

Aus der Beratungspraxis

Aktuelle Entwicklungen im Assoziationsrecht EWG/Türkei

RA Ünal Zeran, Hamburg*

I. Einleitung

Die Rechtsstellung türkischer Staatsangehöriger, die sich auf ihre Assoziationsfreizügigkeit berufen, war lange Zeit ungeklärt. Erst die Rechtsprechung des EuGH konturierte ihre Rechtsposition und verlieh ihr zugleich Wirksamkeit gegenüber den Mitgliedstaaten. 25 Jahre nach Inkrafttreten des Assoziationsratsbeschlusses 1/80 EWG/Türkei (ARB 1/80) hat sich der deutsche Gesetzgeber mit der Einführung des § 4 Abs. 5 AufenthG halbherzig bemüht, die besondere Rechtsstellung auch gesetzlich zu normieren.

Ging man bis vor Kurzem davon aus, dass der EuGH die wesentlichen Rechtsprobleme schon geklärt hat und keine weiteren Grundsatzentscheidungen mehr zu erwarten sind, so zeigen die vielen Vorlagefragen, dass der EuGH uns (vermutlich bis zum EU-Beitritt der Türkei) mit weiteren interessanten Erkenntnissen bereichern wird, etwa zum Umfang des Ausweisungsschutzes oder zum Verlust der Rechtsstellung durch Annahme einer anderen Staatsangehörigkeit. Klärungsbedürftig ist auch die Frage, ob einmal gewährte Vergünstigungen unter Beachtung der Standstill-Klausel wieder zurückgenommen werden können.

Der Kollege Thomas Oberhäuser hat vor drei Jahren in einem Grundlagenaufsatz das Assoziationsrecht in dieser Zeitschrift ausführlich dargestellt.¹ Aufbauend auf den dortigen Grundlagen sollen die Entwicklungen der letzten drei Jahre in der Rechtsprechung sowie klärungsbedürftige Fragen und mögliche Handlungsperspektiven aufgezeigt werden.

II. Aus der Rechtsprechung des EuGH

Es werden vier zentrale Bereiche aus dem Assoziationsrecht nach der aktuelleren Judikatur des EuGH kurz dargestellt: Die Rechtsposition aus Art. 6 ARB 1/80 (1.), die Rechtsposition aus Art. 7 ARB 1/80 (2.), die Standstill-Bestimmungen und das Diskriminierungsverbot (3.).

1. Rechtsposition aus Art. 6 ARB 1/80

In Artikel 6 Abs. 1 ARB 1/80 wird einem türkischen Arbeitnehmer unter bestimmten Voraussetzungen das Recht zur Fortsetzung seiner Beschäftigung eingeräumt. Mit dem Recht zur Fortsetzung einer Beschäftigung ist nach der Rechtsprechung des EuGH auch ein Aufenthaltsrecht verbunden, da das Recht ansonsten wirkungslos wäre.

Zusammengefasst lauten die Voraussetzungen zur Fortsetzung einer Beschäftigung gemäß Art. 6 Abs. 1 wie folgt:

- Erster Spiegelstrich: Nach einjähriger Beschäftigung beim gleichen Arbeitgeber das Recht auf Fortsetzung dieser Beschäftigung bei diesem Arbeitgeber.
- Zweiter Spiegelstrich: Nach dreijähriger Beschäftigung im gleichen Beruf beim gleichen Arbeitgeber das Recht auf Wechsel des Arbeitgebers im gleichen Beruf.
- Dritter Spiegelstrich: Nach vierjähriger Beschäftigung und davon drei Jahre durchgehender Beschäftigung im gleichen Beruf beim gleichen Arbeitgeber das Recht auf Beschäftigung in jedem Beruf.

Umstritten war, wer als Arbeitnehmer anzusehen ist. Der EuGH hat inzwischen den Begriff des Arbeitnehmers konkretisiert. Spätestens seit den Entscheidungen Payir/Öztürk und Havva Genc ist geklärt, wer aus europäischer Sicht als Arbeitnehmer im Sinne des Assoziationsrechts zu betrachten ist.²

Der EuGH hatte zunächst in der Entscheidung Payir/Öztürk aufgrund einer britischen Vorlage über die Rechtsstellung zweier Studenten, die einer Nebenbeschäftigung nachgingen, und einer Au-Pair zu befinden.³ Der EuGH hat erklärt, dass der Arbeitnehmerbegriff autonome Bedeutung hat und europarechtlich zu interpretieren ist. Als Arbeitnehmer ist jeder anzusehen, der eine tatsächliche und echte Tätigkeit ausübt, wobei Tätigkeiten außer Betracht bleiben, die einen so geringen Umfang haben, dass sie als völlig untergeordnet betrachtet werden. Das wesentliche Merkmal ist, dass jemand während einer bestimmten Zeit für einen anderen nach dessen Weisung Leistungen erbringt, für die er eine Vergütung erhält. In diesem Verfahren sprach der EuGH sowohl den Studenten als auch der türkischen Au-Pair die Rechtsstellung von Arbeitnehmern zu. Er erklärte zum wiederholten Mal, dass der ursprüngliche Einreiseweck für die Erlangung der Rechtsposition unbeachtlich ist.

Nach dem Urteil des EuGH wurden die Durchführungsanweisungen (DA) der Bundesagentur zur Beschäftigungsverfahrensverordnung geändert.⁴ Auch der Hessische Verwaltungsgerichtshof, der ohne Vorlage an den EuGH zuvor behauptete, dass türkische Studenten, die im Rahmen des § 16 Abs. 3 AufenthG an 90 ganzen bzw. 180 halben Tagen arbeiten, keine Arbeitnehmer sein können, hat diese Rechtsprechung inzwischen ausdrücklich aufgegeben.⁵

In der Entscheidung Havva Genc musste der EuGH auf Vorlage des VG Berlin klären, ob auch sozialversicherungsfrei Beschäftigte als Arbeitnehmer zu betrachten sind. Frau Genc arbeitete wöchentlich 5,5 Stunden und erhielt 175 €

* Ünal Zeran ist in Hamburg als Rechtsanwalt mit den Tätigkeitsschwerpunkten Aufenthalts- und Familienrecht tätig.

¹ Thomas Oberhäuser, Die Rechte türkischer Staatsangehöriger nach dem ARB 1/80, Ein Überblick, ASYLMAGAZIN 4/2007, S. 5 ff.

² EuGH, Urteil vom 4.2.2010 – Genc, C-14/09 – [asyl.net, M16603]; EuGH, Urteil vom 24.1.2008 – Payir/Öztürk, C-294/06 – [asyl.net, M13005].

³ EuGH, Urteil vom 24.1.2008 – Payir/Öztürk, C-294/06 – [asyl.net, M13005].

⁴ Vgl. DA zu § 15 BeschVerfV Ziffer 3.15.114 und 3.15.115.

⁵ Hessischer VGH, Urt. v. 8.4.2009, 11 A 2264/08, InfAuslR 2009, 325ff. [asyl.net, M16031]

Rechtstexte in Auszügen

Assoziationsabkommen 1963, Artikel 9

Die Vertragsparteien erkennen an, daß für den Anwendungsbereich des Abkommens unbeschadet der besonderen Bestimmungen, die möglicherweise auf Grund von Artikel 8 noch erlassen werden, dem in Artikel 7 des Vertrages zur Gründung der Gemeinschaft verankerten Grundsatz entsprechend jede Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit verboten ist.

Zusatzprotokoll Art. 41

Die Vertragsparteien werden untereinander keine neuen Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit und des freien Dienstleistungsverkehrs einführen.

Zusatzprotokoll Art. 59

In den von diesem Protokoll erfassten Bereichen darf der Türkei keine günstigere Behandlung gewährt werden als diejenige, die sich die Mitgliedstaaten untereinander auf Grund des Vertrages zur Gründung der Gemeinschaft einräumen.

Netto Tariflohn.⁶ Der EuGH erklärte, dass weder die begrenzte Höhe der Vergütung noch die Herkunft der Mittel eine Auswirkung auf die Arbeitnehmereigenschaft haben. Es sei auch beachtlich, dass in diesem Fall ein Anspruch auf Lohnfortzahlung im Krankheitsfall und bezahlter Urlaubsanspruch bestehe sowie ein Tarifvertrag angewendet werde.

Bereits in einem Urteil aus dem Jahre 1995 hatte der EuGH das Vorbringen der deutschen Regierung, dass geringfügig Beschäftigte nicht zur Erwerbsbevölkerung zählen, da sie ihren Lebensunterhalt nicht eigenständig sichern könnten, zurückgewiesen.⁷ Es finden sich sowohl in der Literatur der darauf folgenden Jahre als auch in zahlreichen deutschen Gerichtsurteilen jedoch gegenteilige Behauptungen. Die Anwendungshinweise aus dem Jahre 2002 der Bundesregierung ignorieren den Spruch des EuGH, sie verlangen eine sozialversicherungspflichtige Beschäftigung und verweisen auf die Verdienstgrenzen beim Minijob.⁸

Ausblick

Eine ungeklärte Frage sind noch die Voraussetzungen für den Verlust der Rechtsposition aus Art. 6 ARB 1/80 bei einem Arbeitgeberwechsel. Voraussetzung für das Entstehen eines Beschäftigungs- und impliziten Aufenthaltsanspruchs ist nach Art. 6 Abs. 1 erster Spiegelstrich eine einjährige Beschäftigung beim gleichen Arbeitgeber, die weiterhin andauert. Nach dreijähriger Beschäftigung bei demselben Arbeitgeber kann in demselben Beruf ein Arbeitgeberwechsel stattfinden.

Infolge der Entscheidung Sedef wird in der Praxis allerdings für das Entstehen des Rechts nach Art. 6 Abs. 1 erster Spiegelstrich verlangt, dass mindestens durchgehend drei Jahre Beschäftigungszeiten bei demselben Arbeitgeber vorzuweisen sind.⁹ Dieser Auffassung ist aus systematischen Gründen nur eingeschränkt zu folgen. Der EuGH verlangt die dreijährige ununterbrochene Beschäftigung für den Übergang vom 1. zum 2. Spiegelstrich. Der EuGH hat es als Kohärenz des Systems bezeichnet, dass die drei Spiegelstriche als Verfestigungsstufen aufeinander aufbauen. Das heißt, die Spiegelstriche sind wie eine Leiter zu betrachten, Sprosse um Sprosse ist jeder Spielstrich nacheinander zu durchlaufen.

Der EuGH hat in der Entscheidung Birden erklärt, dass nach einjähriger Beschäftigung für den selben Arbeitgeber

sowie Weiterbeschäftigung bei diesem eine europarechtliche Schutzposition entsteht.¹⁰ Die Bestimmung von Art. 6 Abs. 2 Satz 2, nach welcher Zeiten unverschuldeter Arbeitslosigkeit, die von den Behörden ordnungsgemäß festgestellt worden sind, nicht die aufgrund vorheriger Beschäftigungszeiten erworbenen Rechte berühren, würde leer laufen und im Ergebnis nur ab der Rechtsstellung nach dem zweiten Spiegelstrich greifen, wenn jede Arbeitslosigkeit zum Verlust der Rechtsstellung führen würde. Sollte im Rahmen der Anwartschaftsphase zwischen dem ersten und dritten Jahr ein unverschuldeter Arbeitgeberwechsel erfolgen und die Regelung des Art. 6 Abs. 2 Satz 2 eingreifen, so führt dies nach meiner Auffassung nur dazu, dass beim neuen Arbeitgeber erst einmal drei Jahre gearbeitet werden muss, damit der zweite Spiegelstrich erreicht werden kann. Nicht jedoch führt dies zum Verlust der erreichten Ansprüche nach einem Jahr.

Auch Herr Sedef hatte übrigens niemals länger als drei Jahre bei einem Arbeitgeber gearbeitet. Dennoch hat der EuGH erklärt, dass die Unterbrechungen der Beschäftigungen nicht zum Verlust der erworbenen Rechte führen können.¹¹

Auch ergeben Art. 8 und Art. 10 Abs. 2 ARB 1/80 keinen Sinn, wenn einerseits den Mitgliedstaaten die Befugnis eingeräumt wird, die türkischen Arbeitssuchenden zu vermitteln, andererseits aber dem im Sinne von Art. 6 Abs. 2 Satz 2 unschädlichen Arbeitsverlust keinerlei Bedeutung zukäme. Möglicherweise wird künftig aus dem niederländischen Ersuchen Ünal¹² einiges an Klarheit gewonnen werden können. Es sollte daher entweder auf eine Vorlage an den EuGH bzw. auf Aussetzen des Verfahrens gedrängt werden, wenn vor Erreichen der Rechtsstellung aus dem zweiten Spiegelstrich ein unverschuldeter Arbeitgeberwechsel bzw. Arbeitslosigkeit eintritt.

⁶ EuGH, Urteil vom 4.2.2010 – Genc, C-14/09 – [asyl.net, M16603].

⁷ EuGH, Urteil vom 14.12.1995 – Megner und Scheffel, C-444/93 –.

⁸ Vgl. Ziffer 2.2.2 der Allgemeinen Anwendungshinweise zum ARB vom 2.5.2002.

⁹ EuGH, Urteil vom 10.1.2006 – Sedef, C-230/03 –.

¹⁰ EuGH, Urteil vom 26.11.1998 – Birden, C- 1/97 – Rn.44 und 62 [asyl.net, M17720].

¹¹ EuGH, Urteil vom 10.1.2006 – Sedef, C-230/03 –, Rn. 62.

¹² EuGH, Ersuchen Ünal – C-187/10 –.

2. Die Rechtsposition aus Art. 7 ARB 1/80

Artikel 7 Abs. 1 ARB 1/80 räumt den Familienangehörigen türkischer Arbeitnehmer im Falle des Familiennachzugs nach dreijährigem Zusammenleben das Recht zur eingeschränkten Beschäftigung und nach fünfjährigem Zusammenleben das uneingeschränkte Recht zur Beschäftigung ein. In Art. 7 Abs. 2 wird den Kindern türkischer Arbeitnehmer, die eine Berufsausbildung im Mitgliedstaat abgeschlossen haben, das Recht zur Beschäftigung eingeräumt, wenn ein türkischer Elternteil zuvor mindestens drei Jahre im Mitgliedstaat beschäftigt war.

In der Entscheidung Polat¹³ legte der EuGH einen für das Verständnis des Assoziationsrechts wichtigen Grundsatz fest, der in Art. 59 des Zusatzprotokolls (ZP) zum Assoziationsabkommen enthalten ist: Die türkischen Staatsangehörigen dürfen keine bessere Behandlung erfahren als sich die Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten untereinander gewähren. Dieser Grundsatz ist als eine Schranke im Assoziationsrecht zu beachten.

In der Rechtssache Derin wurde vom EuGH entschieden, dass das Kind eines türkischen Elternteils weiterhin als Familienangehöriger i. S. v. Art. 7 Abs. 1 zu betrachten ist, selbst wenn es volljährig bzw. über 21 Jahre alt ist.¹⁴ Dies ist auch mit Art. 59 ZP vereinbar.

Die Rechtssache Er¹⁵ bedeutete die Absage an die Vorstellung, dass Familienangehörige, die das Recht auf Beschäftigung haben, von diesem Recht Gebrauch machen müssen, wie es nach Art. 6 der Fall ist. Es reicht die rechtliche Möglichkeit zur Beschäftigung aus, um von Art. 7 begünstigt zu sein. Weiter wurde in ständiger Rechtsprechung wiederholt, dass dieses Recht nur unter zwei Bedingungen erlöschen kann: erstens aus dem *ordre public*-Vorbehalt des Art. 14 ARB 1/80 und zweitens beim längerfristigen unberechtigten Verlassen des Mitgliedstaats.

In der Rechtssache Altun konnte der EuGH klären, dass das einmal entstandene Recht des Familienangehörigen (nach drei- bzw. fünfjährigem Zusammenleben mit einem türkischen Arbeitnehmer) vom Stammberechtigten losgelöst ist und von diesem unabhängig gewährt wird.¹⁶ In Folge dieser verselbstständigten Rechtsposition kann dem Familienangehörigen auch nicht vorgehalten werden, dass der Stammberechtigte seine Assoziationsfreizügigkeit evtl. durch eine Täuschungshandlung erlangt hat.

Zudem hatte der Vater des Klägers lediglich zwei Jahre und sechs Monate bei dem selben Arbeitgeber gearbeitet, bevor er unverschuldet sechs Monate arbeitslos wurde. Der EuGH verlangt beim Entstehen des Rechts aus Art. 7 also nicht, dass der Stammberechtigte durchgehend bei demselben Arbeitgeber beschäftigt gewesen sein muss. Der Vater hatte seine Arbeitnehmereigenschaft trotz Arbeitslosigkeit nicht verloren. Da diese Entscheidung nach der Sedef-Entscheidung gefällt wurde, spricht dies auch für die obige Ansicht (vgl. II 1.), dass die Arbeitnehmereigenschaft nicht durch unverschuldete Arbeitslosigkeit endet.¹⁷

Der EuGH erteilte darüber hinaus dem Vorbringen

der Bundesregierung, dass Flüchtlinge im Sinne der Genfer Flüchtlingskonvention keine assoziationsrechtliche Vergünstigung erfahren dürfen, eine Absage.¹⁸

Es ist auch zu erwarten, dass der EuGH auf die Vorlagefrage vom BVerwG¹⁹ in der Rechtssache Bozkurt nicht anders entscheiden wird, nämlich dass die Rechtsstellung nicht erlischt, wenn die Eheleute sich scheiden lassen.²⁰

Eine weitere Absage erfuhr die Bundesregierung, als sie argumentierte, dass in Fällen des Art. 7 Abs. 2 die Kinder türkischer Arbeitnehmer, die im Bundesgebiet eine Ausbildung abschließen, nur dann begünstigt seien, wenn die Eltern sich weiterhin in dem Mitgliedstaat aufhalten würden. So wurde der Klägerin Bekleyen ein Aufenthaltsrecht zugesprochen, obwohl ihre Eltern nach über dreijähriger Beschäftigung seit mehreren Jahren Deutschland dauerhaft verlassen hatten, als ihre Tochter nach Deutschland zurückkehrte und ihr Studium beendete.²¹

Praxistipp

Die Rechtsstellung aus Art. 6 und Art. 7 ARB 1/80 ist auch bei der Bleiberechtsregelung (§ 104 a AufenthG), sonstigen humanitären Gründen (§ 25 Abs. 3 und 5 AufenthG) oder dem Widerruf des Flüchtlingsstatus zu beachten.²² Auch bei der Verlängerung eines Aufenthaltstitels, wenn der Lebensunterhalt nicht gesichert ist oder bei den Restriktionen der Familiennachzugsgründe aus § 29 Abs. 3 AufenthG spielt diese Rechtsstellung eine wichtige Rolle. Daher ist es wichtig, sich diese Rechtsstellung bescheinigen zu lassen.

3. Standstill-Bestimmungen und Diskriminierungsverbot

Das Assoziationsrecht enthält in den Regelungen der Art. 7 ARB 2/76, Art. 13 ARB 1/80, Art. 41 Zusatzprotokoll sogenannte Standstill-Bestimmungen. Diese besagen, dass die Rechtsstellung von türkischen Staatsangehörigen in ihrem jeweiligen Anwendungsbereich nach dem Inkrafttreten der obigen Artikel keiner neuen Beschränkung unterworfen werden darf. Folglich sind alle gesetzlichen Verschärfungen nach dem Inkrafttreten der Standstill-Klauseln gegenüber türkischen Staatsangehörigen unwirksam.

¹³ EuGH, Urteil vom 4.10.2007 – Polat, C-349/06 – [asyl.net, M11778].

¹⁴ EuGH, Urteil vom 18.7.2007 – Derin, C- 325/05 – [asyl.net, M11565].

¹⁵ EuGH, Urteil vom 25.9.2008 – Er, C-453/07 – [asyl.net, M14109].

¹⁶ EuGH, Urteil vom 18.12.2008 – Altun, C-337/07 – [ASYLMAGAZIN 4/2009, S. 28 ff.].

¹⁷ EuGH, Urteil vom 18.12.2008, Altun, C-337/07 vgl. instruktiv Rn 26-28 [= ASYLMAGAZIN 4/2009, S. 28].

¹⁸ EuGH, Urteil vom 18.12.2008, Altun, C-337/07, Rn 41-50 [= ASYLMAGAZIN 4/2009, S. 28].

¹⁹ BVerwG, Beschluss vom 24.4.2008, 1 C 20.07 [asyl.net, M13641]; vgl. auch Gutmann, InfAuslR 2009, 1.

²⁰ EuGH, Rs Bozkurt, C-303/08.

²¹ EuGH, Urteil vom 21.1.2010 – Bekleyen, C-462/08 – [asyl.net, M16594].

²² Elif Dikkaya u. Hanswerner Odendahl, Perspektiven vor und nach Widerruf bei türkischen Staatsangehörigen, ASYLMAGAZIN 6/2008, S. 8.

a) Die Entscheidungen Tum und Dari sowie Soysal

In der Rechtssache Tum und Dari hat der EuGH aufgrund einer britischen Vorlage entschieden, dass die Stillhalteklausele die grundsätzliche Zuständigkeit der Mitgliedstaaten zur Festlegung ihrer nationalen Einwanderungspolitik nicht in Frage stelle. Der bloße Umstand, dass eine solche Stillhalteklausele ab dem Inkrafttreten den EU-Staaten eine Unterlassungspflicht auferlegt, durch die ihr Handlungsspielraum auf diesem Gebiet in gewissem Umfang beschränkt wird, lässt nämlich nicht die Annahme zu, dass damit ihre souveräne Zuständigkeit für das Ausländerrecht in ihrem Wesensgehalt angetastet worden ist.²³

Art. 41 Zusatzprotokoll verbietet es nach Auffassung des EuGH, neue Beschränkungen für die Ausübung der Niederlassungsfreiheit einzuführen. Dies gilt auch für neue Beschränkungen der materiellen und/oder verfahrensrechtlichen Voraussetzungen für die erstmalige Aufnahme türkischer Staatsangehöriger in einem Mitgliedsstaat, wenn sie sich dort zur Aufnahme einer selbständigen Erwerbstätigkeit niederlassen wollen.²⁴

Die Kläger Tum und Dari bekamen durch den EuGH-Spruch das Recht, als abgelehnte Asylbewerber ihre in England gegründeten Kleinbetriebe weiterzuführen, ohne ein vorheriges Visumsverfahren zum Zwecke der selbständigen Tätigkeit durchlaufen zu müssen. Es war die günstige Regelung anzuwenden, die in England beim Inkrafttreten des Art. 41 ZP galt und eine selbständige Niederlassung auch ohne ein Visumsverfahren ermöglichte.

In Deutschland konnten beim Inkrafttreten des Art. 41 ZP (1.1.1973) türkische Staatsangehörige nicht ohne Visum für eine selbständige Tätigkeit einreisen. Sofern sie dies nach der Einreise beantragten, stand dies im Ermessen der Behörden. Von türkischen Staatsangehörigen können aber nicht die strengen Voraussetzungen des § 21 AufenthG verlangt werden, auch muss keine Bedürfnisprüfung erfolgen, sondern die Erteilung muss sich allein nach § 2 Abs. 1 Satz AuslG 1965 richten. Entscheidend ist damit in Deutschland allein, ob der türkische Staatsangehörige sich in das Wirtschaftsleben einleben kann.²⁵

In der Entscheidung Soysal erklärte der EuGH eine Verschlechterung der Rechtsposition von Dienstleistungserbringern als unvereinbar mit der Dienstleistungsfreiheit aus Art. 41 ZP.²⁶ Dadurch war türkischen LKW-Fahrern, die für einen in Deutschland zugelassenen Fuhrbetrieb tätig waren, die visumfreie Einreise nach Deutschland zu gestatten. Dass die Europäische Union mit dem Schengener Abkommen ein einheitliches Visavergabesystem eingeführt hatte, konnte die EuGH-Richter nicht überzeugen. Anders als die Mitgliedstaaten und die EU-Kommission folgte der EuGH in seiner Argumentation dem Grundsatz, dass der primärrechtliche (völkerrechtliche) Vertrag mit der Türkei Vorrang vor dem sekundärrechtlichen Schengener Abkommen genießt.

Gemäß § 5 Abs. 1 Nr. 1 DV AuslG waren türkische Staatsangehörige am 1.1.1973 von der Visumpflicht befreit, so-

fern sie nicht eine Erwerbstätigkeit ausüben wollten (vergleichbar mit § 41 Abs. 2 AufenthV).²⁷ Da der EuGH in früheren Entscheidungen Touristen unter die passive Dienstleistungsfreiheit fasste, glaubte die überwiegende Fachöffentlichkeit, dass der Widerstand endlich gebrochen wäre und erwartete, dass türkische Touristen die Möglichkeit für eine visumfreie Einreise in das Bundesgebiet erhalten würden.

Doch wer die Reaktionen aus den Ministerien und die Entscheidungspraxis der deutschen Gerichtsbarkeit kannte, ahnte schon, dass dort die Umsetzung der visafreien Einreise verhindert werden würde. Die nationalen Gerichte verletzen bezüglich dieser Frage ihre Vorlagepflicht. Die Kommission als Hüterin des Unionsrechts ist untätig, da sie an diesem Punkt die politische Erosion mehr fürchtet, als auf die Einhaltung der europäischen Verträge zu drängen.²⁸ Stattdessen werden türkische Staatsangehörige zu Unrecht an den Grenzen zurückgeschoben oder wegen angeblich unerlaubten Aufenthaltes verurteilt.

b) Das Diskriminierungsverbot aus Art. 9 Assoziationsabkommen 1963

In zwei weiteren Urteilen hat sich der EuGH zum Standstill-Gebot und Diskriminierungsverbot aus Art. 9 Assoziationsabkommen geäußert. Beide Entscheidungen betrafen Vorlagen aus den Niederlanden bezüglich der Gebühren für die Erteilung von Aufenthaltstiteln an türkische Staatsangehörige.²⁹

Insbesondere in der Entscheidung Kommission./Niederlande vom 29.4.2010 hat der EuGH alle Klagegründe der Kommission durchgeprüft. Er entschied, dass die niederländische Regelung unverhältnismäßig ist und sowohl Art. 41 ZP, Art. 10 Abs. 1 ARB 1/80 und Art. 13 ARB 1/80 als auch Art. 9 Assoziationsabkommen verletzt.

Nach dieser Entscheidung kommt dem Diskriminierungsverbot aus Art. 9 Assoziationsabkommen eine erhöhte Bedeutung zu. Selbst wenn im konkreten Fall eine

²³ EuGH, Urteil vom 20.9.2007 – Tum und Dari, C 16/05 –, Rn. 58 [asyl.net, M11958].

²⁴ EuGH, Urteil vom 20.9.2007 – Tum und Dari, C 16/05 –, Rn. 64 [asyl.net, M11958]. Dies wiederholt der EuGH in der Soysal-Entscheidung, vgl. Rn. 49 des Urteils vom 19.2.2009 – C-228/06 – [ASYLMAGAZIN 4/2009, S. 26 ff.] und in der Entscheidung vom 29.4.2010 – Kommission./Niederlande, C-92/07 –, Rn. 47 und 49 [asyl.net, M 17030].

²⁵ Vgl. die Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der FDP vom 26.11.2007 – BtDRs 16/7268 – Frage 2.

²⁶ EuGH, Urteil vom 19.2.2009 – Soysal, C-228/06 – [ASYLMAGAZIN 4/2009, S. 26 ff.].

²⁷ Die Frage der Visafreiheit kann hier nicht ausführlich behandelt werden. Vgl. die Übersicht zum Meinungsstand bei Westphal/Stoppa, www.westphal-stoppa.de/Tuerken-Einreise.htm.

²⁸ Vgl. zu den Reaktionen innerhalb der EU, Kees Groenendijk und Elspeth Guild, Visa Policy of the Member States and EU towards Turkish Nationals after Soysal, März 2010, Economic Development Foundation Publications Nr. 232.

²⁹ EuGH, Urteil vom 17.9.2009 – Sahin, C-242/06 – [asyl.net, M16080]; EuGH, Urteil vom 29.4.2010 – Kommission./Niederlande, C-92/07 – [asyl.net, M17030].

Standstill-Bestimmung aufgrund einer wirtschaftlichen Betätigung nicht existiert hätte, so hätte aus dem Diskriminierungsverbot gefolgert werden müssen, dass neue Regelungen die türkischen Staatsangehörigen nicht belasten dürfen, es sei denn, diese sind für die Unionsbürger vorgesehen.

Das Diskriminierungsverbot macht aus Türken in gewisser Hinsicht Unionsbürger. Hier sind Überlegungen zur Verhältnismäßigkeit nicht möglich. Entweder eine Vorschrift behandelt aufgrund der Staatsangehörigkeit ungleich oder gleich. Ungefähr gleich gibt es nicht, aber gerade noch verhältnismäßig schon.

Die aufenthaltsrechtlichen Wirkungen des Diskriminierungsverbotes aus Art 10 ARB 1/80 können hier nicht behandelt werden. Eine abschließende Entscheidung durch den EuGH trotz des Urteils des BVerwG vom 8.12.2009, 1 C 16.08, liegt nicht vor.

c) Konsequenzen für Deutschland aus den Urteilen Sahin und Kommission./ Niederlande

Da es sich bei der Assoziationsfreizügigkeit um ein Daueraufenthaltsrecht handelt³⁰ ist die Praxis, die Verlängerung des Titels nach § 4 Abs. 5 zu fordern und hierfür Gebühren zu erheben, rechtswidrig. Die gesetzliche Pflicht einer Bescheinigung des Aufenthaltsrechts greift ohne Rechtfertigung in ein geschütztes europäisches Aufenthaltsrecht ein und beschwert die Rechtsinhaber.

Unionsbürger müssen keine Gebühren für die Bescheinigung ihres Daueraufenthaltsrechts zahlen (§ 2 Abs. 6 FreizügG/EU). Nichts anderes darf angesichts des Art. 9 Assoziationsabkommen für assoziationsfreizügige Daueraufenthaltsberechtigte gelten. Außerdem verstößt die Gebührenhöhe in Deutschland gegen das Standstillgebot und das Diskriminierungsverbot.³¹

Weitergehende Konsequenzen sind aus dem Standstillgebot zu fordern, das eine Verschlechterung der verfahrensrechtlichen und / oder materiellen Rechte türkischer Staatsangehöriger verbietet. Bislang wird aus den Savas-, Tum und Dari- und Soysal-Entscheidungen rezipiert, dass diese sich auf die Dienstleistungsfreiheit oder Niederlassungsfreiheit beziehen. Die Einreisemodalität wurde zudem als Verfahrensvorschrift behandelt. Übersehen wird hierbei gerne, dass nach der Rechtsprechung des EuGH eine materiellrechtliche Verschlechterung ebenfalls unzulässig ist.

Deshalb können Integrationskurse und der Nachweis von Sprachkenntnissen beim Ehegattennachzug von türkischen Staatsangehörigen nicht verlangt werden.³² Artikel 13 ARB 1/80 ist extensiv auszulegen. Unter Beachtung von Art. 8 EMRK, Art. 6 GG und des sozialen Zwecks der Art. 6 und 7 ARB 1/80 wird in das Recht des im Mitgliedstaat ordnungsgemäß beschäftigten³³ türkischen Arbeitnehmers auf Achtung seines Familienlebens eingegriffen. Somit wird auch sein Recht beschnitten, wenn sich die Rechtslage zu seinen Ungunsten verschlechtert. Dies gilt auch für seine Familienangehörigen und die Kinder (Altersbeschränkung).

III. § 4 Abs. 5 AufenthG als reformbedürftige Norm

1. Die misslungene Vorschrift des § 4 Abs. 5 AufenthG

Die durch das Aufenthaltsgesetz 2005 neu eingeführte Regelung § 4 Abs. 5 AufenthG sieht vor, dass ein Ausländer, dem nach dem Assoziationsabkommen EWG/Türkei ein Aufenthaltsrecht zusteht, verpflichtet ist, das Bestehen dieses Aufenthaltsrechts durch den Besitz einer Aufenthaltserlaubnis nachzuweisen. Die Aufenthaltserlaubnis wird auf Antrag ausgestellt. Diese Norm ist in vielfacher Hinsicht misslungen und wird der eigentlichen Rechtsposition nicht gerecht.

Die Regelung ist dennoch bedeutsam, da für den Nachweis des bestehenden Aufenthaltsrechts ein Aufenthaltstitel erteilt wird, der einen feststellenden Charakter hat. Verwaltungsrechtlich ist der erteilte Aufenthaltstitel nach § 4 Abs. 5 AufenthG nicht bloß eine Bescheinigung, sondern zugleich ein feststellender Verwaltungsakt. Dies hat verwaltungsrechtliche Bedeutung für den Fall des Erlöschens oder der Rücknahme des bestehenden wirksamen begünstigenden Verwaltungsakts.³⁴ Ein Mangel des § 4 Abs. 5 AufenthG ist zudem, dass über die Dauer des Aufenthaltsrechts keine Aussage getroffen wird. Das Aufenthaltsgesetz 2005 kennt nur befristete und unbefristete Aufenthaltstitel und seit 2007 ein Daueraufenthaltsrecht-EG.³⁵ Die Verwaltungsvorschriften zum AufenthG enthalten in Ziffer 4.5.3 folgende Aussage:

»Sofern nicht die Erteilung einer Niederlassungserlaubnis in Betracht kommt, ist entsprechend der eigentlichen Zwecksetzung des ARB 1/80, nämlich eine Bewerbung um und die Ausübung einer Beschäftigung zu ermöglichen, die deklatorische Aufenthaltserlaubnis für denjenigen Zeitraum auszustellen, für den sie erteilt würde, wenn die Voraussetzungen einer Aufenthaltserlaubnis nach § 18 [AufenthG] vorliegen würden. Ergibt sich daraus kein hinreichender Maßstab für die Bemessung, ist die Aufenthaltserlaubnis jeweils für drei Jahre auszustellen.«

³⁰ Siehe unten III. 1.

³¹ Vgl. Ünal Zeran, EU Türkei: Standstill der Gebühren, in: ANA-ZAR 1/2010, S. 1 ff. Der Republikanische Anwaltverein hat aktuell ein Vertragsverletzungsverfahren gegen Deutschland wegen der Gebührenpraxis bezüglich türkischer Staatsangehöriger bei der EU-Kommission angeregt.

³² So bei der Dienstleistungsfreiheit bereits Behnke, ANA-ZAR 1/2008, S.1 ff. und Gutmann, Integration durch Kurse?, Informationsbrief Ausländerrecht 2005, 45 sowie zwei niederländische Entscheidungen des Rechtsbank Rotterdam vom 12.08.2010, 08/4394 und 09/3814.

³³ Art. 13. Dies ungeachtet der Tatsache, dass der EuGH aus Art 7 keinen Familiennachzugsanspruch wie bei Unionsbürgern ableitet. Es muss zwischen einem unbedingten Anspruch auf Familiennachzug und der materiellrechtlichen Verschlechterung der Voraussetzung unterschieden werden.

³⁴ Klaus Dienelt, Die Rechtsstellung türkischer Staatsangehöriger nach Art. 6 und 7 ARB 1/80 unter Berücksichtigung der aktuellen Rechtsprechung des EuGH, 2007, eBooks, www.migrationsrecht.net; HK-AuslR-Oberhäuser, Art. 6 ARB 1/80, Rn. 3 m. w. N.

³⁵ Nach Art. 2b und 8 Abs. 2 RL 2003/19/EG, ABI Nr. L 16/44 vom 23.1.2004, wird in der amtlichen Übersetzung die korrekte Bezeichnung »langfristige Aufenthaltsberechtigung-EG« verwendet.

Tatsächlich ist nach meiner Auffassung die Rechtsposition als Assoziationsfreizügiger als eine unbefristete zu bezeichnen, da z. B. Art. 7 ARB 1/80 für das Entstehen des Rechts geringere Voraussetzungen regelt, als es der Gesetzgeber bei der Niederlassungserlaubnis nach § 9 AufenthG oder bei der Daueraufenthaltserlaubnis-EG vorgesehen hat. Es sind weder Sprachkenntnisse noch die Lebensunterhaltssicherung noch die Altersvorsorge oder sonstige Integrationsleistungen maßgeblich für die Erlangung dieser Rechtsstellung.

Das Bundesministerium des Inneren sieht es ähnlich.³⁶ In den Vorläufigen Anwendungshinweisen des BMI zum Staatsangehörigkeitsgesetz vom 17.4.2009 heißt es beim ius soli-Erwerb aus § 4 Abs. 3 StAG in Ziffer 4.3.1.3.:

»Ein unbefristetes Aufenthaltsrecht besitzen folgende Personengruppen: Freizügigkeitsberechtigte Unionsbürger und gleichgestellte Staatsangehörige eines EWR-Staates (Island, Liechtenstein, Norwegen) sowie deren Familienangehörige und Lebenspartner, türkische Staatsangehörige, die unter Art. 6 und 7 des Beschlusses Nr. 1/80 des Assoziationsrates EWG-Türkei fallen.«

Es gibt nach der Rechtsprechung des EuGH nur zwei abschließende Gründe für den Verlust der erworbenen Rechtsstellung als Assoziationsfreizügiger. Zum einen kann der Verlust auf den ordre public-Vorbehalt des Art. 14 ARB 1/80 EWG/Türkei beruhen, wenn beim Familienangehörigen Gründe der öffentlichen Sicherheit und Ordnung dafür sprechen. Zum anderen kann die Rechtsstellung auch dann verloren gehen, wenn der Familienangehörige ohne berechtigte Gründe den Mitgliedstaat für einen nicht unerheblichen Zeitraum verlässt. Dies sind Begriffe, die innerhalb der Europäischen Union einheitlich ausgelegt und angewandt werden müssen.

Es ist stets der Einzelfall zu betrachten. Weder kann eine bestimmte Straftat noch eine bestimmte Strafhöhe von vornherein den Verlust begründen. In der zweiten Alternative sind sowohl objektive als auch subjektive Gründe zu prüfen. Berechtigte Gründe für das Verlassen des Mitgliedstaates für einen nicht unerheblichen Zeitraum sind zwei ungeschriebene Tatbestandsmerkmale für den Verlust der Rechtsstellung. Sie müssen kumulativ vorliegen. Der EuGH hat sich bislang zum Begriff der berechtigten Gründe nach Entstehen der Rechtsstellung nicht geäußert. Denkbare Gründe wären beispielsweise Wehrdienst im Ausland, Ausbildung, Pflege eines Familienangehörigen.

Umso mehr überrascht es, dass nationale Gerichte auf türkische Staatsangehörige § 51 Nr. 6 und 7 AufenthG weiterhin anwenden und auch das Bundesverwaltungsgericht dem EuGH die Gefolgschaft verweigert oder zumindest eine Vorlage nicht in Erwägung zieht.³⁷

2. Sanktion bei fehlendem Nachweis des Aufenthaltsrechts

Die assoziationsrechtlichen Bestimmungen EWG/Türkei enthalten keine Bestimmung, die eine Bescheinigung zum Nachweis eines Aufenthaltsrechts vorsehen würde. Bis 2005

war eine derartige Nachweispflicht nicht einmal im nationalen Recht vorgesehen. Sie wurde erstmalig durch § 4 Abs. 5 AufenthG eingeführt. Der fehlende Nachweis des Bestehens des assoziationsrechtlichen Aufenthaltsrechts stellt seit 2005³⁸ eine bußgeldbewährte Ordnungswidrigkeit dar.³⁹ Nach dem Ausländergesetz 1990 war dies weder als Straftat nach § 92 AuslG, noch als Ordnungswidrigkeit nach § 93 AuslG sanktionsbewehrt.⁴⁰

§ 98 (2) Nr. 1 AufenthG stellt mithin einen Verstoß gegen das Standstill-Gebot aus Art. 13 ARB 1/80 für Arbeitnehmer und deren Familienangehörige dar, da es die Rechtsstellung des ARB-Berechtigten verschlechtert hat.

In jedem Fall ist es nicht mit dem Diskriminierungsverbot aus Art. 9 des Assoziationsabkommens von 1963 zu vereinbaren, da Unionsbürger bereits seit dem Jahr 2000 keiner Sanktion bei fehlendem Nachweis des Freizügigkeitsrechts unterliegen.⁴¹

IV. Resümee und Ausblick

Die Probleme im Assoziationsrecht werden nicht enden. Das BMI müsste dringend die Anwendungshinweise aus dem Jahre 2002 auf den neuesten Stand der EuGH-Rechtsprechung bringen. Anstatt sich für die Rechtsstellung der Assoziationsberechtigten nur eines einzigen Absatzes eines Paragraphen zu bedienen, sollte der Gesetzgeber eine allumfassende Regelung der aufenthalts-, beschäftigungs- und sozialrechtlichen Positionen schaffen.

Bei den Verlustgründen des § 51 AufenthG muss künftig auf die besondere Rechtsstellung reagiert werden. Eine gesetzliche Normierung könnte Klarheit bringen. Die zukünftige Judikatur hat ihre Schranken im Diskriminierungsverbot des Art. 9 Assoziationsabkommen einerseits und im Art. 59 ZP andererseits. Zwischen beiden Positionen wird die Rechtsstellung der Assoziationsfreizügigen künftig konturiert werden. Die Standstill-Bestimmungen sind nicht nur auf das Verfahrensrecht bei der erstmaligen Einreise anzuwenden. Vielmehr gehört jegliche materiellrechtliche Verschlechterung auf den Prüfstand.

³⁶ So auch HK-AuslR-Oberhäuser, § 4 StAG, Rn. 18.

³⁷ BVerwG, Urteil vom 3.12.2008 – 1 C 35.07 – [asyl.net, M14790]; BVerwG, Urteil vom 30.4.2009 – 1 C 6.08 – [asyl.net, M15869]; anders OVG Hamburg, Beschluss vom 4.9.2009 – 4 Bs 109/09 – [ASYLMAGAZIN 1–2/2010, S. 36 ff.]; BayVGH, Beschluss vom 15.10.2009 – 19 CS 09.2194 – [asyl.net, M16912]; und OVG Berlin Brandenburg, Urteil vom 11.5.2010 – 12 B 26.09 –.

³⁸ § 98 Abs. 2 Nr. 1 AufenthG: Ordnungswidrig handelt, wer entgegen § 4 Abs. 5 Satz 1 einen Nachweis nicht führt.

³⁹ AAH-ARB BMI, Ziffer 1.5.5.6; vgl. auch Westphal/Stoppa, Ausländerrecht für die Polizei, 3. Aufl., S. 670f.

⁴⁰ Vgl. Ünal Zeran, Ein assoziationsrechtliches Daueraufenthaltsrecht, in: Hohenheimer Tage zum Ausländerrecht 2009, Baden-Baden: Nomos 2010, S. 70–78.

⁴¹ Aus anwaltlicher Sicht sollte man an Wiederaufnahmeverfahren nach § 85 OwiG denken. Diese Problematik wird auch auf uns zukommen, wenn der EuGH aufgrund des Art. 41 ZP die visafreie Einreise judizieren wird.