

Gewitterwolken über dem deutschen Aufenthaltsgesetz - Teil 1

RA Ünal Zeran, Hamburg*

Inhalt

- I. Entstehen der Assoziation EWG/Türkei – ein historischer Rückblick
- II. Standstillklauseln im Assoziationsrecht
 1. Bedeutung und Wirkung von Standstillklauseln
 2. Begünstigte der Standstillklauseln und maßgeblicher Zeitpunkt
 - a) Niederlassung und Dienstleistung, Art. 41 Zusatzprotokoll
 - aa) Niederlassungsfreiheit
 - bb) Aktive und passive Dienstleistungsfreiheit
 - b) Arbeitnehmer und Familienangehörige, Art. 13 ARB 1/80
 3. Zwischenergebnis
- III. Welche materiellrechtlichen Regelungen sind gegenüber türkischen Staatsangehörigen zulässig? (erscheint als Teil 2 im ASYLMAGAZIN 11/2011)

Einleitung

Der folgende Beitrag hat zum Anlass den 50. Jahrestag des deutsch-türkischen Anwerbeabkommens. Ein Blick in die Vergangenheit ist angebracht, um die Rechtsstellung türkischer Staatsangehöriger und ihrer Familienangehörigen unter europarechtlichen Aspekten zu beleuchten.¹ Der Beitrag soll diesbezüglich Handlungsalternativen in der Praxis eröffnen und geht dabei bewusst über einige Expertenmeinungen hinaus. Im Blickpunkt des Artikels stehen die sogenannten Standstillklauseln aus dem Assoziationsrecht. Denn die Politik zeigt sich von den juristischen Debatten unbeeindruckt und setzt auf Gesetzesverschärfungen, die bei näherer Betrachtung auf türkische Staatsangehörige nicht anwendbar sind.²

Im ersten Abschnitt wird das Entstehen der Assoziation EWG/Türkei skizziert. Der zweite Abschnitt stellt die Bedeutung der Standstillklausel dar. Im dritten Abschnitt werden deutsche Normen daraufhin geprüft, ob und in welcher zeitlichen Fassung diese rechtlich Geltung beanspruchen dürfen. Die Auswahl der Normen ist subjektiv und unvollständig.

I. Das Entstehen der Assoziation EWG/Türkei – ein historischer Rückblick

Seit dem Jahre 1963 ist die Türkei auf dem Weg zum erhofften EU-Beitritt. Dieser wurde der Türkei durch das Assoziationsabkommen in Aussicht gestellt, allerdings laufen erst seit dem Jahre 2004 konkrete Beitrittsverhandlungen, die aktuell ins Stocken geraten sind.

Kurz nach der Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft (EWG) im Jahre 1957 stellte die Türkei am 31.7.1959 den Antrag auf Assoziierung mit der EWG. Dies war aus Sicht der türkischen Außenpolitik ein konsequenter Schritt, um die Westorientierung im Kalten Krieg zu unterstreichen. 1949 trat sie dem Europarat bei und ist Gründungsmitglied des OECD. An der Seite der Westmächte zog die Türkei in den Koreakrieg. Gemeinsam mit Grie-

chenland wurde sie 1952 als Südostpfeiler NATO-Mitglied, obwohl sie geografisch mit dem Atlantik nichts verbindet. Im Jahre 1953 gehörte sie zu den Signatarstaaten der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte (EMRK). Als unterentwickelte Volkswirtschaften hatten die Türkei und Griechenland keine andere Wahl, als sich der EWG anzubieten, statt den Plänen für eine Freihandelszone zu folgen, welche federführend von Großbritannien betrieben wurde. Für beide Länder war ein Beitritt zur EWG aufgrund der damaligen wirtschaftlichen Situation kaum realistisch, so dass letztlich die Assoziierung gemäß Art. 238 des EWG-Vertrages eine Perspektive bot.

Am 9.7.1961 wurde der erste Assoziierungsvertrag der EWG mit Griechenland geschlossen, der sich an den Gründungsverträgen der EWG (Römische Verträge) anlehnte und mit zeitlicher Verzögerung den Beitritt in Aussicht stellte. Die Verhandlungen mit der Türkei gestalteten sich aufgrund des Militärputsches von 1960 schwieriger und wurden erst am 12.9.1963 in Ankara mit dem Assoziationsabkommen besiegelt. Der damalige Kommissionspräsident Hallstein erklärte anlässlich der Unterzeichnung feierlich: »Die Türkei ist ein Teil Europas«.

Zum damaligen Zeitpunkt lebten in den sechs EWG Staaten ca. 42.000 türkische Arbeitnehmer, davon 36.000 in Deutschland. Am 31.10.1961 hatte Deutschland mit der Türkei ein Gastarbeiterabkommen (Anwerbeabkommen) abgeschlossen, um den heimischen Arbeitskräftebedarf abzudecken. Erst danach begann die eigentliche Migration. Damals ahnte wohl niemand, dass durch die Anwerbeabkommen die Zahl der türkischen Migranten innerhalb kürzester Zeit die Millionengrenze erreichen würde.

Im März 1970 kam es erneut zu einem Militärputsch in der Türkei. Am 23.11.1970 wurde dennoch das Zusatzprotokoll (ZP) zum Assoziationsabkommen verabschiedet, das am 1.1.1973 in Kraft getreten ist. Die wirtschaftliche Entwicklung in Europa verschlechterte sich durch die Ölkrise rapide. Es kam 1973/1974 zum Anwerbestopp für ausländische Arbeitskräfte. 1974 griff die Türkei in Zypern militärisch ein und hält Nordzypern seither völkerrechtswidrig besetzt. Dies ist einer der wesentlichen Stolpersteine auf dem Weg in die EU. Die Beziehungen zwischen der Türkei und Deutschland kühlten deutlich ab.

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

Besonderer Dank gilt Dr. Klaus Dienelt mit dessen freundlicher Genehmigung durften umfangreiche Textpassagen aus dem kostenlosen Online-Kommentar zum ARB 1/80 von dem Portal www.migrationsrecht.net übernommen werden, ohne dass diese als Zitate gekennzeichnet worden sind. Insbesondere viele Textpassagen aus dem zweiten Abschnitt sind dort entnommen oder angelehnt.

Der Artikel ist eine Fortschreibung des Beitrages: »Aktuelle Entwicklungen im Assoziationsrecht EWG/Türkei«, ASYLMAGAZIN 11/2010, S. 363 ff.

¹ Anwerbeabkommen zwischen der Türkei und Deutschland vom 31.10.1961, später neugefasst 30.09.1964, BANZ Nr.22/1968.

² Vgl. zuletzt die Kleine Anfrage von Sevim Dagdelen für die Bundestagsfraktion DIE LINKE und beispielhaft die BT-DrS 17/5884 vom 23.5.2011 für die unzulängliche Beantwortung der parlamentarischen Anfragen.

Rechtstexte in Auszügen

Art. 41 Abs. 1 ZP (1) Die Vertragsparteien werden untereinander keine neuen Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit und des freien Dienstleistungsverkehrs einführen.

Art. 53 EWGV (1957) Soweit in diesem Vertrag nicht etwas anderes bestimmt ist, führen die Mitgliedstaaten in ihrem Hoheitsgebiet für Angehörige der anderen Mitgliedstaaten keine neuen Niederlassungsbeschränkungen ein.

Art. 13 ARB 1/80 Die Mitgliedstaaten der Gemeinschaft und die Türkei dürfen für Arbeitnehmer und ihre Familienangehörigen, deren Aufenthalt und Beschäftigung in ihrem Hoheitsgebiet ordnungsgemäß sind, keine neuen Beschränkungen der Bedingungen für den Zugang zum Arbeitsmarkt einführen.

Die Mitgliedstaaten der Gemeinschaft und die Türkei dürfen für Arbeitnehmer, deren Aufenthalt und Beschäftigung in ihrem Hoheitsgebiet ordnungsgemäß sind, keine neuen Beschränkungen der Bedingungen für den Zugang zum Arbeitsmarkt einführen.

Art. 7 ARB 2/76 Die Mitgliedstaaten der Gemeinschaft und die Türkei dürfen für Arbeitnehmer, deren Aufenthalt und Beschäftigung in ihrem Hoheitsgebiet ordnungsgemäß sind, keine neuen Beschränkungen der Bedingungen für den Zugang zum Arbeitsmarkt einführen.

Mit dem ZP begann 1976 die Übergangsphase für die Arbeitnehmerfreizügigkeit, so dass im Dezember 1976 der ARB 2/76 verabschiedet wurde. Darin wurde in Art. 2 Abs. 1a ARB 2/76 den Arbeitnehmern nach dreijähriger Beschäftigung der Zugang zu gleichem Beruf und gleicher Tätigkeit eingeräumt. Nach fünfjähriger Beschäftigung wurde in Art. 2 Abs. 1b der Zugang zu jedem Beruf ermöglicht. Diese Bestimmung ist die Vorgängerregelung des heute bedeutsamen Art. 6 ARB 1/80 EWG/Türkei.

Mit dem Assoziationsabkommen sollen nach Art. 2 schrittweise die Freizügigkeit der Arbeitnehmer hergestellt, sowie die Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit und des freien Dienstleistungsverkehrs aufgehoben werden.³ Dies soll der Türkei den späteren Beitritt erleichtern.⁴ Hierzu wurde eine Vorbereitungs-, Übergangs- und Endphase bestimmt. Die Übergangsphase sollte durch den errichteten Assoziationsrat durchgeführt werden und die von der Türkei vehement geforderte Zollunion vorbereiten. Das Zusatzprotokoll, das nach seinem Art. 62 Bestandteil des Assoziierungsabkommens ist, legt die Bedingungen, die Einzelheiten und den Zeitplan für die Verwirklichung der in Art. 4 des Abkommens vorgesehenen Übergangsphase fest. Der Assoziationsrat hat aufenthaltsrechtlich bedeutsam bis heute nur auf Arbeitnehmer und deren Familienangehörige gerichtete Beschlüsse gefasst, ARB 2/76, ARB 1/80 und für das Sozialrecht ARB 3/80. Einen Beschluss auf der Grundlage des Art. 41 Abs. 2 des Zusatzprotokolls für Selbstständige und Dienstleister hat er jedoch nicht erlassen.

II. Standstillklauseln im Assoziationsrecht

1. Bedeutung und Wirkung von Standstillklauseln

Das Assoziierungsabkommen (1963) und das Zusatzprotokoll (1970) sind gemischte völkerrechtliche Verträge und können nicht einseitig verändert werden. Zum Schutze und zur Erreichung der Vertragsziele haben sich die Mitgliedstaaten der EWG und der Türkei verpflichtet, durch Standstillklauseln sicherzustellen, dass die bestehenden Rechte und Pflichten nicht durch innerstaatliche Maßnahmen verschlechtert werden dürfen.

Die Standstillklauseln sind keine Erfindung des Assoziationsrechts. Das Gemeinschaftsrecht enthielt in Art. 53 des EWG-Vertrags eine ähnliche Schutzklausel. Hiernach

durften die Mitgliedstaaten in ihrem Hoheitsgebiet für Angehörige anderer Mitgliedstaaten keine neuen Niederlassungsbeschränkungen einführen. Im Jahre 1964 hatte sich der EuGH im Urteil Costa/ENEL mit der Bedeutung von Standstillklauseln aus Art. 53 EWGV befasst.⁵ Die Vertragsparteien haben hiernach eine Unterlassungspflicht, die nicht durch Bedingungen eingeschränkt werden kann und deren Wirksamkeit (unmittelbare Anwendbarkeit) keiner weiteren Handlung der Mitgliedstaaten oder der EU-Organe bedarf. Der Einzelne kann sich gegenüber einem Mitgliedstaat unmittelbar auf diesen aus dem Standstillgebot resultierenden Unterlassungsanspruch berufen.

Die meisten Juristen und Politiker qualifizierten das Assoziationsrecht als »softlaw«, das heißt als internationale Vertragsregeln, die für den Staat nicht bindend sind. Erst seit den ersten Entscheidungen des EuGH wird anerkannt, dass es sich um »hardlaw«, d. h. bindende und unmittelbar anwendbare Vertragsbestimmungen handelt.⁶

Standstillklauseln bewirken jedoch keine unmittelbaren materiell-rechtlichen Ansprüche. Sie können daher keine Anspruchsgrundlage für Rechte oder Pflichten des Einzelnen sein. Sie wirken (nur) verfahrensrechtlich, indem sie in zeitlicher Hinsicht festlegen, nach welchen Bestimmungen eines Mitgliedstaates die Situation eines türkischen Staatsangehörigen zu beurteilen ist.⁷ Es muss daher beurteilt werden, wie die Rechtslage zum Zeitpunkt des Inkrafttretens der Standstillklausel in den jeweiligen Mitgliedstaaten ausgestaltet war.

In der Rechtssache Toprak & Oguz hat der EuGH judiziert, dass einmal gewährte Rechte nicht später zurückge-

³ Nach Art. 12 vereinbaren die Vertragsparteien, sich von den Artikeln (39 EG, 40 EG und 41 EG) leiten zu lassen, um untereinander die Freizügigkeit der Arbeitnehmer schrittweise herzustellen. Nach Art. 13 vereinbaren die Vertragsparteien, sich von den Artikeln (43 EG bis 46 EG und 48 EG) leiten zu lassen, um untereinander die Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit aufzuheben. Nach Art. 14 vereinbaren die Vertragsparteien, sich von den Artikeln (45 EG, 46 EG und 48 EG bis 54 EG) leiten zu lassen, um untereinander die Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs aufzuheben.

⁴ Vierter Erwägungsgrund der Präambel und Art. 28 des Assoziierungsabkommens.

⁵ EuGH Urt. v. 15. Juli 1964, Rs. 6-64 -Costa/ENEL-.

⁶ Kees Groenendijk, Die Bedeutung der Assoziation EWG/Türkei für türkische Arbeitnehmer in den Niederlanden: Wie soft law zu hartem Gesetz gemacht wird? In ITES Jahrbuch 1998-1999.

⁷ Hailbronner, NVwZ 2009, 760,761; EuGH Urt. v. 20.9.2007, Rs C-16/05 (Tum und Dari) Rn. 55 [asyl.net, M11958].

nommen werden dürfen, selbst wenn sie mit der Rücknahme wieder das gewähren, was beim Inkrafttreten der Standstillklausel schon gewährt wurde.⁸ Der EuGH hat somit die Argumente der Niederlande und anderer Mitgliedstaaten, dass keine Verschlechterung eintreten könne, wenn nachträglich dieselbe Rechtslage wieder geschaffen werde wie zum Zeitpunkt des Inkrafttretens der Standstillklausel, zurückgewiesen.

Das bedeutet, dass die Mitgliedstaaten gesetzliche Regeln günstiger gestalten können, keinesfalls aber verschärfen dürfen. Im Anwendungsbereich der Standstillklauseln dürfen keine neuen Hindernisse und Beschränkungen für die Arbeitnehmerfreizügigkeit, den Dienstleistungsverkehr und die Niederlassungsfreiheit eingeführt werden. Türkische Staatsangehörige dürfen in einem Mitgliedstaat keinen strengeren Voraussetzungen als denjenigen unterworfen werden, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens der Standstillklausel in dem betreffenden Mitgliedstaat galten. Nicht erfasst werden daher Beschränkungen, die eine Vertragspartei bereits zum Zeitpunkt des Inkrafttretens der Standstillklausel erlassen hatte.

In der Entscheidung Toprak & Oguz stellt der Gerichtshof zudem klar, dass dieser Unterlassungsanspruch nicht nur gesetzliche Normen erfasse, sondern auch die Verwaltungspraxis (Runderlasse, Weisungen, Verwaltungsvorschriften etc.).⁹ Eine Ausnahme gilt nach der Rechtssache Sahin nur, wenn die Verschärfung auch für Unionsbürger gilt, da nach Art. 59 ZP den Mitgliedstaaten untersagt wird, türkischen Staatsangehörigen eine günstigere Behandlung zukommen zu lassen als Unionsbürgern, die sich in einer vergleichbaren Situation befinden.¹⁰ Es ist in jedem Fall für den Anwendungsbereich der Standstillklausel zu prüfen, ob das AuslG 1965, 1990, AufenthG 2005, 2007, 2009 und 2011 sowie die DVAuslG, AEVO, ArGV, AufenthV, BeschV, BeschVerfV, VwV BMI sowie zahlreiche Ländererlasse und Anwendungshinweise eine Verschärfung oder eine Verbesserung zur Rechtslage 1973 bzw. 1980 enthalten. Jede Verbesserung bleibt aufrechterhalten, jede Verschlechterung ist unwirksam.

Ein begünstigter türkischer Staatsbürger kann sich aus den nach 1973 erlassenen Vorschriften das herausuchen, was für ihn am Günstigsten ist. Dies kann zu einer Aufspaltung des Rechts, ja sogar der einzelnen Norm führen, ohne dass dies europarechtlich zu beanstanden wäre. Geschützt sind auch verfahrensrechtliche Vorschriften, wie die Erlangung und Verlängerung eines Aufenthaltstitels, die Fiktionswirkung eines Antrages, die Beschränkung von Widerspruch und Klage.¹¹

Zusammengefasst ist von einem dynamischen Verständnis der Standstillklausel auszugehen. Rechtlich betrachtet ist sie eine begünstigende Einbahnstraße, welche als zeitliche Meistbegünstigungsklausel bezeichnet werden kann.¹²

Für die folgende Untersuchung sind die Standstillklauseln aus Art. 7 ARB 2/76, Art. 13 ARB 1/80 und Art. 41 Abs. 1 Zusatzprotokoll bedeutsam.

2. Begünstigte der Standstillklauseln und maßgeblicher Zeitpunkt

Nicht alle türkischen Staatsangehörigen können sich auf die Standstillklauseln berufen. Es muss unterschieden werden, ob es sich bei dem türkischen Staatsangehörigen um einen Arbeitnehmer, Familienangehörigen, Selbstständigen oder Dienstleistungserbringer bzw. -empfänger handelt. Die Standstillklauseln haben unterschiedliche Tatbestandsvoraussetzungen für diese Personengruppen. Insgesamt sind folgende Bestimmungen anzuwenden:

- Für *Arbeitnehmer*: Art. 7 ARB 2/76; Art. 13 ARB 1/80.
 - Für *Familienangehörige*: Art. 13 ARB 1/80.
 - Für *Selbstständige*: Art. 41 Abs. 1 ZP.
 - Für *Dienstleistungserbringer und -empfänger*: Art. 41 Abs. 1 ZP.
- Außerdem sind die Standstillklauseln zu unterschiedlichen Zeitpunkten wirksam geworden. Für die maßgeblichen Zeitpunkte der Standstillklauseln gilt:
- Das Zusatzprotokoll vom 23.11.1970 ist am 1.1.1973 in Kraft getreten.
 - Der ARB 1/80 vom 19.9.1980 ist am 1.7.1980 in Kraft getreten. Nach Art. 16 ARB 1/80 ist aber Art. 13 ARB 1/80 erst ab dem 1.12.1980 anwendbar.
 - Der ARB 2/76 vom 20.12.1976 ist am 1.12.1976 in Kraft getreten.

Der Gerichtshof hat bereits in der Rechtssache Sevince klargestellt, dass sowohl Art. 7 ARB 2/76 als auch Art. 13 ARB 1/80 unmittelbare Wirkung haben.¹³ Nach Auffassung des EuGH ist der ARB 2/76 zwar grundsätzlich unanwendbar, da der ARB 1/80 für die türkischen Arbeitnehmer und ihre Familienangehörigen günstigere Regelungen enthält.¹⁴ Das ARB 2/76 ist mit Inkrafttreten des ARB 1/80 aufgehoben worden, wirkt aber in Bezug auf die aus Art. 7 ARB 2/76 geltende Standstillklausel fort. Andernfalls würde der Rechtsstatus der Arbeitnehmer in zeitlicher Hinsicht verschlechtert, weil alle negativen aufenthalts- und arbeitsrechtlichen Veränderungen bis zum Inkrafttreten des ARB 1/80 am 1.12.1980 plötzlich wirksam geworden wären.¹⁵ Ein dahingehender Wille des Assoziationsrates kann dem ARB 1/80 nicht entnommen werden; vielmehr sollte auch die Rechtsstellung der Arbeitnehmer verbessert werden.

⁸ EuGH Urt. v. 9.12.2010 Rs.C-300/09 u. 301/09, Rn.49, (Toprak u. Oguz) [asyl.net, M17944].

⁹ Rn. 30 »Zunächst ist festzustellen, dass Art. 13 des Beschlusses Nr. 1/80 nicht nur auf Bestimmungen in einer Gesetzes- oder Verordnungsvorschrift, sondern auch auf Bestimmungen in einer Rundverfügung angewandt werden kann, in der die betreffende Regierung darlegt, wie sie das Recht anwenden will. Art. 13 des Beschlusses Nr. 1/80 bezieht sich auf die von den Mitgliedstaaten eingeführten Beschränkungen, ohne anzugeben, durch welche Art Rechtsakt solche Beschränkungen eingeführt werden.«

¹⁰ EuGH Urt.v. 17.9.2009, Rs. C-242/06, Rn. 69 ff. (Sahin).

¹¹ HK-AuslR/Oberhäuser, 3.2.ZusProt, Rn.3.

¹² A. Farahat, Von der Standstillpflicht zur zeitlichen Meistbegünstigung im Assoziationsrecht mit der Türkei, NVwZ 2011, S. 343 ff.

¹³ EuGH Urt. v. 20.9.1990, Rs. C-192/89 (Sevince), InfAuslR 1991, 2.

¹⁴ EuGH Urt.v. 6.6.1995, Rs. C-434/93 (Bozkurt), InfAuslR 1995, 261.

¹⁵ Rolf Gutmann, Standstill als neue Form der Bewegung in Assoziation EWG/Türkei, ZAR 2008, 9.

a) Niederlassung und Dienstleistung, Art. 41 Zusatzprotokoll

aa) Niederlassungsfreiheit

Im Urteil Savas hatte der EuGH bereits erstmalig für Art. 41 ZP die unmittelbare Anwendbarkeit der Vorschrift bejaht und angemerkt, dass Art. 53 EWGV fast den gleichen Wortlaut habe.¹⁶ Art. 41 ZP ergänze Art. 13 des Assoziationsabkommens und sei eine Vorbedingung zur schrittweisen Beseitigung der innerstaatlichen Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit. Daher sei es den Mitgliedstaaten *absolut verboten*, durch eine Verschärfung von Bestimmungen neue Hindernisse im grenzüberschreitenden Personenverkehr einzuführen.¹⁷

Begünstigt sind nur selbstständig Erwerbstätige, Freiberufler und Gewerbetreibende, wobei sowohl natürliche als auch juristische Personen erfasst sind. Art. 41 ZP wurde nicht als Grundfreiheit mit einem Aufenthaltsrecht ausgestaltet. Art. 41 Abs. 1 ZP gewährt daher nicht die Niederlassungsfreiheit, sondern setzt diese als Rechtsposition voraus. Dies darf indes nicht zu der irrigen Annahme verleiten, dass nur die Personen erfasst sind, denen die Einreise in das Bundesgebiet gestattet wurde, so dass die Einreisebestimmungen für den ersten Zuzug nicht erfasst wären. Einer derartigen Auslegung hat der EuGH bereits im Jahre 2007 in der Rechtssache Tum & Dari eine deutliche Absage erteilt.¹⁸ Der EuGH hat den Mitgliedstaaten zugestanden, dass die erstmalige Aufnahme türkischer Staatsangehöriger nach nationalem Recht zu beurteilen sei. Die Mitgliedstaaten bestimmen souverän über die Einreisebestimmungen und die Zulassung zu ihrem Hoheitsgebiet.

Nach dem EuGH bedeutet es aber keine Antastung der nationalen Souveränität, wenn den Mitgliedstaaten in verfahrensrechtlicher Hinsicht vorgegeben wird, welche Rechtsvorschriften diese bei der erstmaligen Einreise von türkischen Staatsangehörigen anzuwenden haben. Der bloße Umstand, dass durch die Standstillklausel der Handlungsspielraum der Mitgliedstaaten in gewissem Umfang beschränkt werde, bedeute nicht den Verlust der nationalen Souveränität in Einwanderungsfragen.¹⁹

Der EuGH wies den Einwand Großbritanniens zurück, wonach türkische Staatsangehörige sich nach dem Savas-Urteil nur dann auf diese Standstillklausel berufen können, wenn sie in einen Mitgliedstaat ordnungsgemäß eingereist sind (erstmalig), wobei es unerheblich sei, ob der Aufenthalt im Aufnahmemitgliedstaat zum Zeitpunkt des Antrags auf Erteilung einer Niederlassung rechtmäßig gewesen sei oder nicht.²⁰

Weder verfahrensrechtliche noch materielle Verschlechterungen sind bei der erstmaligen Einreise zulässig, wenn die Absicht besteht, von den wirtschaftlichen Freiheiten (Niederlassung, Dienstleistung und Arbeitsmarktzugang) Gebrauch zu machen.

Beantragt ein türkischer Staatsangehöriger die Ausübung einer selbstständigen Tätigkeit, ist ein Vergleich vorzuneh-

men zwischen der Rechtslage am 1.1.1973 und der Rechtslage, die danach galt.

bb) Aktive und passive Dienstleistungsfreiheit

Die Dienstleistungsfreiheit ist nach den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben des EuGH zu definieren²¹. Sie ist vorübergehender Natur, so dass der Leistungserbringer sich nicht im anderen Mitgliedstaat dauerhaft niederlassen kann. Die Leistung erfolgt grenzüberschreitend gegen Entgelt und darf nicht von den Vorschriften der Waren- und Kapitalfreiheit erfasst sein.

Nach der Soysal-Entscheidung hat das Bundesinnenministerium in nur relativ restriktiver Weise anerkannt, dass bestimmte Personengruppen, die aktiv eine Dienstleistung erbringen, keiner Visumpflicht unterliegen.²² Die Frage der visumsfreien Einreise von türkischen Staatsangehörigen wird unter dem Aspekt der passiven Dienstleistungsfreiheit bzw. Empfangnahme der Dienstleistung diskutiert.²³ Es wird diskutiert, ob zum einen die Vertragsparteien ein anderes Verständnis von Art. 41 ZP hatten und gerade die passive Dienstleistungsfreiheit nicht erfasst sahen. Zum anderen wird ausgehend von einem finalen Verständnis der Dienstleistungsfreiheit argumentiert, dass Zweck der Einreise die Empfangnahme bestimmter Dienstleistungen (wirtschaftlicher Art) sein müsste und nicht rein private Belange wie einen Besuchsaufenthalt von der Dienstleistungsfreiheit erfasst würden. Soweit der Dienstleistungsempfang lediglich eine untergeordnete Begleiterscheinung des eigentlichen

¹⁶ EuGH Urt. v. 11.5.2000, Rs. C-37/98 (Savas).

¹⁷ EuGH Urt. v. 20.9.2007, Rs. C-16/05, Rn. 55, (Tum und Dari) [asyl.net, M11958].

¹⁸ EuGH Urt. v. 20.9.2007, Rs. C-16/05, Rn. 55 ff. (Tum und Dari).

¹⁹ EuGH Urt. v. 20.9.2007, Rs. C-16/05, Rn. 58, (Tum und Dari).

²⁰ Vgl. EuGH Urt. v. 20.9.2007, Rs. C-16/05, Rn. 55, (Tum und Dari), Urteilstenor: »Der Gerichtshof hat demgemäß insbesondere festgestellt, dass Art. 41 Abs. 1 des Zusatzprotokolls von dem Zeitpunkt an, zu dem der Rechtsakt, dessen Bestandteil diese Bestimmung ist, in dem Aufnahmemitgliedstaat in Kraft getreten ist, neuen Beschränkungen der Ausübung der Niederlassungsfreiheit oder der Dienstleistungsfreiheit einschließlich solchen entgegensteht, die die *materiell- und/oder verfahrensrechtlichen* Voraussetzungen für die erstmalige Aufnahme türkischer Staatsangehöriger im Hoheitsgebiet des fraglichen Mitgliedstaats betreffen, die dort von diesen wirtschaftlichen Freiheiten Gebrauch machen wollen (...)«.

²¹ Vgl. auch Art. 57 AEUV.

²² BMI Rundschreiben, Soysal, 6.5.2009, Az. M13 -125156/148.

²³ Zum Meinungsstand: Es wird überwiegend die Auffassung vertreten, dass Art. 41 ZP sowohl die aktive als auch die passive Dienstleistungsfreiheit erfasse. Vgl. VG München, Urt. v. 9.2.2011, M 23 K 10.1983 [ASYLMAGAZIN 2011, S. 211 ff.]; VG Frankfurt, Urt. v. 22.5.2009, 7 K 3732/08.F, InfAusLR 2009, 327 [asyl.net, M16032]; VG Berlin, B. v. 25.2.2009, VG 19 V 61.08; VG Darmstadt, B. v. 28.10.2005, 8 G 1070/05, InfAusLR 2006,45 [asyl.net, M8002]; VGH Mannheim, B. v. 15.2.2001, 13 S 2500/00, InfAusLR 2001,262; Dienelt, ZAR 2009, 182, 183 f.; ders. in: Renner, Ausländerrecht, 9. Aufl. 2011, § 4 AufenthG Rn. 206 ff.; Westphal, InfAusLR 2009, 134; Mielitz, NVwZ 2009, 279; Gutmann, ZAR 2008, 8; ders., in: GK-AufenthG, Art. 13 ARB 1/80 Rn. 54.1; Funke-Kaiser, in: GK-AufenthG, § 14 Rn. 13.4; a.A. Hailbronner, NVwZ 2009,763 f.; a.A. Armbruster, HTK-AusLR, Assoziationsabkommen EWG/Türkei, Art. 4 1 ZP 01/2011 Nr. 2; a.A. Hecker, ZAR 2009, 143; a.A. Welte, ZAR 2009, 250/253.

Aufenthaltszwecks sei, fehle es nach dieser Ansicht bereits an der erforderlichen Nachhaltigkeit der Inanspruchnahme der passiven Dienstleistungsfreiheit.

In der Praxis ist allerdings für die Behörden und Gerichte weder die Überprüfung derartiger Finalitätskriterien noch der geforderten Nachhaltigkeit des Empfangs von Dienstleistungen möglich. Ein Besuchsaufenthalt kann entgegen der Gepflogenheit der türkischen Kultur auch so organisiert werden, dass die Dienste eines Hotels für die Übernachtung wahrgenommen werden. Wenn nun die Hotelkosten die übrigen Aufenthaltskosten übersteigen, dann würde – bei der Forderung einer gewissen Nachhaltigkeit – das Kriterium der Wirtschaftlichkeit überwiegen. Wer kann aber, außer durch Anlegen von Fußfesseln, überwachen, wie viele Tage in einem Hotel verbracht wurden, um Dienstleistungen zu empfangen, und wie viele Nächte bei Verwandten verbracht wurden?

Eine wirtschaftliche Bilanz der Nachhaltigkeit ist zudem erst am Ende des Aufenthaltes möglich. Müssen ersparte Aufwendungen mit den Ausgaben für Eintrittskarten, Fahrkarten, Einkaufsquittungen etc. verrechnet werden? Wie sollen unterschiedliche Lebenshaltungskosten innerhalb Deutschlands angemessen Berücksichtigung finden?

Es gibt kein objektives Kriterium für die Finalität oder die Nachhaltigkeit einer Dienstleistungsempfangnahme. Sind subjektive Kriterien hier völlig bedeutungslos? Je nach wirtschaftlicher Kaufkraft kann das Ergebnis sehr unterschiedlich sein. Kompliziert wird es, wenn auch ideelle Werte berechnet werden sollen. Je nachdem, ob jemandem im Monat 100 Euro oder 10.000 Euro zur Verfügung stehen, wird die Nachhaltigkeit sehr unterschiedlich zu beurteilen sein. Außerdem darf es keine Rolle spielen, ob die Reise über einen Reiseveranstalter oder selbst organisiert wurde. In jedem Fall werden die Dienste eines Beförderungsunternehmens beansprucht bzw. bei Anreise mit dem PKW wird teures Benzin gekauft. Dies kann in einem Wirtschaftsraum, so wie die EWG ursprünglich konzipiert war, nicht völlig bedeutungslos sein. Durch einen einheitlichen Wirtschaftsraum soll die Wirtschaft durch Dienstleistungs- und Warenaustausch belebt werden. Dieser Umstand ist umso bemerkenswerter, da Beförderungsunternehmen Bußgelder drohen, wenn sie aktiv Dienstleistungen für türkische Staatsangehörige erbringen, indem sie sie visumsfrei befördern.

Der Wortlaut von Art. 41 ZP schützt auch eine mittelbare Einschränkung der wirtschaftlichen Betätigung der Beförderungsunternehmen. Konkret darf es keinen Unterschied machen, ob das Flugticket bei der Lufthansa in Frankfurt oder bei der Niederlassung in Istanbul gekauft wurde oder ob die Abwicklung online erfolgt.

Keine Klarheit über den Umfang der in Art. 41 ZP gewährten Dienstleistungsfreiheit bringt eine Auslegung nach dem Wortlaut der Vorschrift. Nach Art. 64 ZP sind die Sprachfassungen in deutsch, französisch, italienisch, niederländisch und türkisch hierfür gleichwertig zu beurteilen.²⁴ Im deutschen Vertragstext wird die Formulierung »freier

Dienstleistungsverkehr« verwendet. Die anderen Sprachfassungen scheinen jedoch eher das Angebot von Dienstleistungen zu erfassen. Professor Hailbronner wandte bei den Hohenheimer Tagen ein, dass die türkische Fassung von Art. 41 ZP es nahelege, dass aus der Sicht der Türkei nur die aktive Dienstleistungsfreiheit von der dort geregelten Dienstleistungsfreiheit erfasst werde. Im türkischen Vertragstext heißt es: »Akit Tarafklar, aralarında, yerleşme hakkı ve hizmetlerin serbest edimine yeni kısıtlamalar koymaktan sakınırlar.« Die wörtliche Übersetzung von »hizmetlerin serbest edimine« lautet: »Freie Leistung von Diensten« – »libre prestation de services.«²⁵ Da scheint die französische Fassung als Vorbild für die Übersetzung gedient zu haben. Das Wort »edinmek« wird im Türkischen allerdings auch mit der Bedeutung »Erwerb« oder »Erlangen« verwendet. Dies spricht zugleich für ein passives Verständnis.

Das Wortlautargument wird in dieser Frage nicht die gewünschte Klarheit bringen. Es ist absehbar, dass der EuGH bei der Auslegung des Begriffs Dienstleistungsverkehr bzw. -freiheit sich wie in der Vergangenheit an dem Sinn und Zweck der Assoziierung orientieren und die bislang hierzu gefundenen Ergebnisse heranziehen wird. Inzwischen gibt es zu der Frage der visumsfreien Einreise den lang erwarteten Vorlagebeschluss des Oberverwaltungsgerichts Berlin-Brandenburg vom 13.4.2011, so dass der EuGH wie im Sozial-Verfahren unter gewichtigem politischen Druck in ein bis zwei Jahren eine für die Migrationspolitik der Union bedeutsame Frage zu beantworten hat.²⁶

b) Arbeitnehmer und Familienangehörige, Art. 13 ARB 1/80

Die Standstillklausel des Art. 13 ARB 1/80 kommt nicht nur zur Anwendung, wenn der Arbeitnehmer oder Familienangehörige die Rechte aus Art. 6 oder 7 ARB 1/80 erworben hat. Der EuGH hat in der Rechtssache Toprak nochmals klargestellt, dass die Standstillklausel in Art. 13 ARB 1/80 nicht dazu dient, die schon in den Arbeitsmarkt eines Mitgliedstaats integrierten türkischen Staatsangehörigen zu schützen, sondern gerade für die türkischen Staatsangehörigen gelten soll, die noch keine Rechte in Bezug auf Beschäftigung und entsprechend auf Aufenthalt nach Art. 6 Abs. 1 ARB 1/80 genießen.²⁷ Für Familienangehörige gilt nichts anderes.²⁸ Demgemäß unterfallen der Standstillklausel auch

²⁴ Da England noch nicht EU-Mitglied war, ist die englische Sprachfassung »Freedom to provide services« für eine Auslegung nicht maßgeblich.

²⁵ Hamdi Pinar, Hizmetin serbest dolasimi kapsamında Türk Vatandaşları için vizesiz Avrupa, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XIII, Y. 2009, S. 89 f., Sa. 1-2.

²⁶ OVG Berlin Brandenburg, Beschluss vom 13.4.2011, OVG 12 B 46.09 [asyl.net, M18525]; EuGH Rs C-221/11 (Demirkan).

²⁷ EuGH Urt. v. 9.12.2010, Rs.C-300/09 und 301/09, Rn. 45, (Toprak u. Oguz) [asyl.net, M17944] und Urt. v. 21.10.2003, Rs. C-317/01 und C-369/01, Rn. 83, (Abatay u. Sahin), Urt. v. 29.4.2010, Rs. C-92/07, Rn. 45 (Kommission gg. Niederlande) [asyl.net, M17030].

²⁸ EuGH Urt. v. 21.10.2003, Rs. C-317/01 und C-369/01, Rn. 82, (Abatay).

Familienangehörige, die nicht selbst einer Erwerbstätigkeit nachgehen, sofern ihr Aufenthalt ordnungsgemäß ist.²⁹

Begünstigt werden türkische Staatsangehörige, deren Aufenthalt und Beschäftigung ordnungsgemäß ist. Das Tatbestandsmerkmal »ordnungsgemäß« bezieht sich ausdrücklich auch auf den Aufenthaltsstatus und nicht nur – wie Art. 6 ARB 1/80 – auf die Ausübung einer Beschäftigung.³⁰ Das Merkmal »ordnungsgemäß« stellt damit sicher, dass die türkischen Staatsangehörigen sich im Einklang mit den nationalen Bestimmungen im Bundesgebiet aufhalten müssen, so dass weder aus einem illegalen Aufenthalt noch einer unrechtmäßigen Beschäftigung rechtliche Vorteile abgeleitet werden können.

Aber auch bei Art. 13 ARB 1/80 ist zu beachten, dass nicht nur die Personen erfasst sind, denen die Einreise in das Bundesgebiet gestattet wurde; die Einreisebestimmungen für den ersten Zuzug werden von der Standstillklausel ebenfalls erfasst. Der EuGH hat den Anwendungsbereich von Art. 41 ZP und Art. 13 ARB 1/80 fast angeglichen, da die Klauseln ähnliche Ziele verfolgen.³¹ Damit legt der EuGH den Anwendungsbereich sehr extensiv zugunsten der türkischen Staatsangehörigen aus. Man könnte meinen, nur die Personengruppe sei zu unterscheiden, der Inhalt der Vorschriften aber nach der jetzigen EuGH–Judikatur identisch. So der EuGH in nunmehr ständiger Rechtsprechung:³²

Da der Gerichtshof bereits entschieden hat, dass die Standstillklausel in Art. 13 des Beschlusses Nr. 1/80 und diejenige in Art. 41 Abs. 1 des Zusatzprotokolls gleichartig sind und dass die beiden Klauseln dasselbe Ziel verfolgen (...), muss die in der vorstehenden Randnummer wiedergegebene Auslegung ebenso in Bezug auf die Standstillverpflichtung gelten, die die Grundlage von Art. 13 im Bereich der Arbeitnehmerfreizügigkeit bildet.

Insofern wird von der Standstillklausel des Art. 13 ARB 1/80 auch der Zuzug türkischer Staatsangehöriger in die Mitgliedstaaten der EU erfasst und nicht nur eine Regelung für türkische Staatsangehörige getroffen, denen aufgrund der nationalen Einreisebestimmungen die Einreise in das Bundesgebiet gestattet worden ist. Die Ausübung einer Beschäftigung muss jedoch beabsichtigt sein.³³ Ein bereits Erwerbstätiger bedarf keines Schutzes für den Zugang zum Arbeitsmarkt. Schützt das Unterlassungsgebot der Standstillklausel aber seinem Wortlaut nach ausschließlich den unveränderten Zugang zum Arbeitsmarkt, so entfaltet es gleichwohl *mittelbar aufenthaltsrechtliche Wirkungen*, soweit ausländerrechtliche Maßnahmen zur Beeinträchtigung des Arbeitsmarktzuganges führen oder der Aufenthalt eines türkischen Staatsangehörigen im Bundesgebiet beendet werden soll. Den Standstillklauseln des Art. 13 ARB 1/80 sowie des Art. 7 ARB 2/76 kommt also aufenthaltsrechtliche Bedeutung zu, soweit

- ausländerrechtliche Maßnahmen zur Beeinträchtigung des Arbeitsmarktzuganges führen,
- die Erteilung oder Verlängerung eines Aufenthaltstitels erschwert wird oder
- der Aufenthalt eines türkischen Staatsangehörigen im

Bundesgebiet beendet werden soll.

Insofern hat der EuGH in der Rechtssache Toprak entgegen der Auffassung der Niederlande klargestellt, dass auch die Veränderung hinsichtlich des eigenständigen Aufenthaltsrechts nach Auflösung der ehelichen Lebensgemeinschaft (§ 31 AufenthG) von der Standstillklausel erfasst wird.

In der Rechtssache Sahin hat der EuGH außerdem eine Erhöhung der Gebühren für die Erteilung von Aufenthaltstiteln als von dem Anwendungsbereich des Art. 13 ARB 1/80 erfasst angesehen. Die Einführung von Gebühren für die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis, deren Höhe im Vergleich zu den von EU-Bürgern unter gleichartigen Umständen verlangten Gebühren unverhältnismäßig ist, ist eine gemäß Art. 13 ARB 1/80 verbotene Beschränkung.³⁴

3. Zwischenergebnis

Als Fazit für die obigen Ausführungen ist Folgendes festzuhalten:

Nach dem nationalen Recht des Mitgliedstaats kann eine unerlaubte Einreise nicht die Anwendung der Standstillklausel ausschließen. Es ist nach dem nationalen Recht zu prüfen, ob trotz der unerlaubten Einreise die Einwanderungsvorschriften des Mitgliedstaates einen Zugang zum Arbeitsmarkt oder der Niederlassung ermöglichten indem die Aufenthaltserlaubnis auch aus dem Inland heraus beantragt oder erteilt werden konnte. Dabei ist jeweils die günstigste Rechtslage anzuwenden.

Die konkreten Auswirkungen für das deutsche Aufenthaltsgesetz (Sprachkenntnisse, Integrationskurse Beschäftigungserlaubnis, elektronischer Aufenthaltstitel u.v.m.), werden im Novemberheft des Asylmagazins behandelt.

²⁹ EuGH Urt. v. 17.9.2009, C-242/06, Rn. 51 (Sahin) [asyl.net, M16080].

³⁰ EuGH Urt. v. 17.9.2009, C-242/06, Rn. 53 (Sahin) [asyl.net, M16080], EuGH Urt. v. 29.4.2010, C-92/07, Rn. 45–49 (Kommission gg. Niederlande) [asyl.net, M17030].

³¹ EuGH Urt. v. 17.9.2009, C-242/06, Rn. 63 ff. (Sahin) [asyl.net, M16080]; Stellungnahme der Europäischen Kommission vom 30.8.2011 in dem EuGH Verfahren C-256/11 Dereci u.a., Rn 49ff (unveröffentlicht).

³² Unter Bezugnahme auf die bisherige Rechtsprechung zuletzt im EuGH Urt. v. 21.7.2011, C-186/10 Rn. 27 (Oguz). Der EuGH wird möglicherweise in dem Vorlageverfahren des österreichischen VwGH in der verbundenen Rs C-256/11 (Dereci u.a.) die Gelegenheit nutzen, den Begriff der Ordnungsgemäßheit zu präzisieren.

³³ Stellungnahme der Europäischen Kommission vom 30.8.2011 in dem EuGH Verfahren C-256/11 Dereci u.a., Rn 54 (unveröffentlicht).

³⁴ EuGH Urt. v. 17.9.2009, C-242/06, Rn. 74 (Sahin) [asyl.net, M16080].