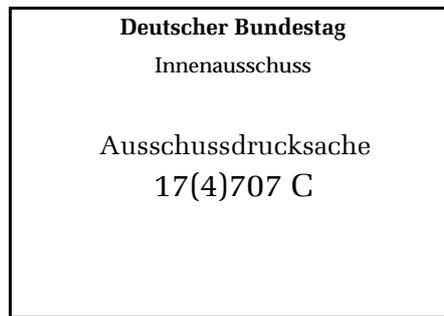


Richter am VG Dr. Klaus Dienelt  
Verwaltungsgericht Darmstadt  
Julius-Rieber-Str. 37  
64293 Darmstadt



10. April 2013

Stellungnahme zu

- dem Entwurf eines Gesetzes der Abgeordneten Memet Kilic, Josef Philip Winkler, Dr. Konstantin von Notz, weiterer Abgeordneter und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN zur Klarstellung des assoziationsrechtlichen Rechtsstatus Staatsangehöriger der Türkei im Aufenthalts-, Beschäftigungserlaubnis- und Beamtenrecht (**BT-Drucksache 17/12193**),
- dem Antrag der Abgeordneten Sevim Dagdelen, Jan Korte, Matthias W. Birkwald, weiterer Abgeordneter und der Fraktion DIE LINKE. 50 Jahre deutsch-türkisches Anwerbeabkommen – Assoziationsrecht wirksam umsetzen (**BT-Drucksache 17/7373**) und
- dem Gutachten des Wissenschaftlichen Dienstes des Deutschen Bundestages „Anwendungsbereiche und Auswirkungen der Stillhalteklausele im Assoziationsrecht der EU mit der Türkei“ (**Ausschussdrucksache 17(4)684**).

## Vorbemerkung

Der Entwurf eines Gesetzes zur Klarstellung des assoziationsrechtlichen Rechtsstatus Staatsangehöriger der Türkei im Aufenthalts-, Beschäftigungserlaubnis- und Beamtenrecht (**BT-Drucksache 17/12193**) ist zu begrüßen. Mit ihm wird zugleich die Forderung der Fraktion DIE LINKE auf eine umfassende Umsetzung des Verschlechterungsverbots und seiner gesetzlichen Verankerung (**BT-Drucksache 17/7373**) weitgehend entsprochen. Eine vollständige gesetzliche Umsetzung der Auswirkungen des Verschlechterungsverbots ist aber auch mit dem Gesetzesentwurf nicht erfolgt. Insbesondere wäre dieser in Bezug auf die Anwendbarkeit von Integrationsmaßnahmen, Erlöschensgründe und die Erlangung von Daueraufenthaltsrechten zu ergänzen.

Ich halte eine gesetzliche Regelung, mit der sowohl die unmittelbaren Rechte türkischer Staatsangehöriger und ihrer Familienangehörigen aus dem ARB 1/80 umgesetzt als auch die Auswirkungen der Stillhalteklausele normativ konkretisiert werden, für unbedingt geboten.

Gegenwärtig ist feststellbar, dass gerade hinsichtlich der Rechtsstellung türkischer Staatsangehöriger und ihrer Familienangehörigen eine große Unsicherheit bei der

Rechtsanwendung durch Behörden, Anwälte, aber auch Gerichte besteht. Viele Rechte, die türkischen Staatsangehörigen aufgrund der Rechtsprechung des EuGH zustehen, sind unbekannt. Insbesondere Fragestellungen, die mit den Stillhalteklauseln in Zusammenhang stehen, werden in der behördlichen Praxis nicht richtig behandelt. Dies ist keine Kritik an der Leistungsfähigkeit der Ausländerbehörden, sondern das Resultat einer sehr komplexen Rechtsmaterie, die durch eine Vielzahl von Entscheidungen des EuGH konkretisiert und weiterentwickelt wurde. Zudem ist zu beachten, dass nicht nur Ausländerbehörden und Verwaltungsgerichte mit der Anwendung des Assoziationsrechts befasst sind. Auch die Sozial- und Arbeitsverwaltung sowie die Sozialgerichtsbarkeit haben die Auswirkungen der Stillhalteklauseln zu beachten, soweit es etwa den Arbeitsmarktzugang oder die Bewertung eines ausländerrechtlichen Status eines türkischen Staatsangehörigen betrifft. Arbeitshilfen finden sich nur in Ansätzen, insbesondere die Überarbeitung der Anwendungshinweise zum ARB 1/80 ist längst überfällig. Soweit in dem Gutachten des Wissenschaftlichen Dienstes des Deutschen Bundestags ein Verstoß gegen die Normenklarheit abgelehnt wird, weil türkische Staatsangehörige sich über die Rechtsprechung des EuGH informieren und auch die öffentlich zugänglichen Informationsquellen (z.B. <http://www.migrationsrecht.net>) sowie Beratungsangebote von Vereinen nutzen könnten<sup>1</sup>, wird dies dem gesetzlichen Auftrag an das Gebot der Normenklarheit sicherlich nicht gerecht.

Mit dem vorliegenden Gesetzentwurf soll diesem Mangel entgegengewirkt werden. Eine korrekte Rechtsanwendung soll sichergestellt und eine Vereinheitlichung der Anwendungspraxis – gerade auch in Problemfällen – herbeigeführt werden.

Bei der Analyse des Gesetzentwurfs gilt es zwischen zwei Fragestellungen zu differenzieren:

**Welche gesetzlichen Regelungen gebietet das Assoziationsrecht?**

und

**Was sind politische Forderungen, die wünschenswert, aber europarechtlich nicht zwingend aus dem Assoziationsrecht abzuleiten sind?**

In Bezug auf Regelungen, die aufgrund des Assoziationsrechts zwingend umzusetzen sind, besteht eine Regelungspflicht, sofern hierdurch die Rechtslage für den Rechtsunterworfenen sowie den Rechtsanwender überhaupt erst klar erkennbar wird. In Bezug **Normierungswünsche, die sich nicht zwingend aus dem Assoziationsrecht ergeben**, kann der Gesetzgeber hingegen seinen politischen Gestaltungsspielraum frei nutzen.

Letzteres betrifft insbesondere die Regelungen zu der Niederlassungserlaubnis nach § 9 Abs. 2a AufenthG (Artikel 1 Nr. 4 des Gesetzentwurfs) und die Regelungen zur Änderung des Beamtengesetzes (Artikel 4 und 5 des Gesetzentwurfs). In Bezug auf die Niederlassungserlaubnis wird insoweit bereits in dem Gesetzentwurf zu Artikel 1 Nr. 4 einschränkend darauf hingewiesen, „dass insbesondere bei Rentnerinnen und Rentnern, die

---

<sup>1</sup> Seite 17 des Gutachtens.

endgültig aus dem Arbeitsleben ausgeschieden sind, das Aufenthaltsrecht assoziationsrechtlich nicht vorgegeben ist (...). Hier für eine großzügige Regelung zu sorgen, entspricht auch der Anerkennung der Lebensleistung der Betroffenen.“ Das BVerwG hat zudem bereits entschieden, dass das Ziel des Art. 7 Satz 1, 2. Spiegelstrich ARB 1/80 nicht die Ausstellung eines unbefristeten Aufenthaltstitels erfordere, weil den Mitgliedstaaten auch weiterhin die Befugnis zum Erlass von Maßnahmen zustünden, die den innerstaatlichen Behörden die genaue Kenntnis der Bevölkerungsbewegungen in ihrem Hoheitsgebiet ermöglichen sollen.<sup>2</sup> Daher könne auch aus Art. 7 Satz 1, 2. Spiegelstrich ARB 1/80 kein Anspruch auf eine Niederlassungserlaubnis ohne Sicherung des Lebensunterhalts an Stelle der nach § 4 Abs. 5 AufenthG ausgestellten (befristeten) Aufenthaltserlaubnis abgeleitet werden.<sup>3</sup>

Da der EuGH in der Rechtssache Ziebell<sup>4</sup> eine weitgehende Gleichstellung türkischer Staatsangehöriger mit EU-Bürgern abgelehnt hat, ist auch eine Gleichstellung im Hinblick auf den Zugang zum Beamtenverhältnis assoziationsrechtlich nicht zwingend erforderlich.

## Zu den Regelungen hinsichtlich des AufenthG (Art. 1 des Gesetzentwurfs)

Die nachfolgende Untersuchung konzentriert sich auf die Regelungen des Gesetzentwurfs, bei denen europarechtliche Vorgaben eine normative Umsetzung gebieten. So einfach, wie die oben vorgenommene Kategorisierung scheint, ist die Sachlage indes nicht. Denn in Bezug auf die Frage, was das Assoziationsrecht gebietet, bestehen zum Teil große Unsicherheiten und zum Teil sind Rechtsfragen, die dem EuGH zur Vorabentscheidung vorliegen oder vorgelegt werden müssten, (noch) ungeklärt. Dies betrifft insbesondere Fragen, die im Zusammenhang mit den Stillhalteklauseln stehen, wie die Stellungnahme im Folgenden zeigen wird.

Weitgehend geklärt sind das **Entstehen und der Verlust der Rechte türkischer Arbeitnehmer und ihrer Familienangehörigen nach Art. 6 und 7 ARB 1/80**. In diesem Bereich können gesetzliche Regelungen erfolgen, ohne dass die Gefahr besteht, dass sich die Rechtsprechung des EuGH nachträglich in eine andere Richtung entwickelt.

Der Gesetzentwurf wählt hier einen klugen Ansatz, um die Rechtsstellung türkischer Staatsangehöriger und ihrer Familienangehörigen flexibel im AufenthG zu verankern. In § 4 Abs. 6 und 7 AufenthG-E werden die deutschen Textfassungen des Art. 6 und 7 ARB 1/80 wiedergegeben. Damit besteht die Möglichkeit, an diese Regelungen durch Verweis anzuknüpfen, ohne eine eigene Definition des begünstigten Personenkreises vornehmen zu

---

<sup>2</sup> BVerwG, U. v. 22.05.2012 – 1 C 6.11 – InfAuslR 2012, 350, Rn. 29.

<sup>3</sup> BVerwG, U. v. 22.05.2012 – 1 C 6.11 – InfAuslR 2012, 350, Rn. 17.

<sup>4</sup> EuGH, U. v. 08.12.2011 – C-371/08 – Ziebell, InfAuslR 2012, 43, Rn. 68; ebenso BVerwG, U. v. 22.05.2012 – 1 C 6.11 – InfAuslR 2012, 350, Rn. 17.

müssen. Die Konkretisierung der Einzelfragen (wer ist Arbeitnehmer, wann entfällt die Arbeitnehmerstellung usw.) kann flexibel durch die Verwaltungsvorschrift zum Aufenthaltsgesetz erfolgen.

Unproblematisch ist auch die Regelung in § 4 Abs. 5 AufenthG-E, mit der die Rechtsprechung des BVerwG vom 22. Mai 2012<sup>5</sup> umgesetzt wird. Denn in dieser Entscheidung hat das BVerwG die Gültigkeitsdauer einer Aufenthaltserlaubnis nach Art. 7 Satz 1, 2. Spiegelstrich ARB 1/80 an Art. 8 Abs. 2 Satz 2 der Richtlinie 2003/109/EG des Rates vom 25. November 2003 betreffend die Rechtsstellung der langfristig aufenthaltsberechtigten Drittstaatsangehörigen (ABl EG Nr. L 16 vom 23. Januar 2004 S. 44) geknüpft, der eine Gültigkeitsdauer des Aufenthaltstitels von mindestens fünf Jahren vorsieht. In Bezug auf die Möglichkeit, neben der Aufenthaltserlaubnis nach § 4 Abs. 5 AufenthG einen weiteren Aufenthaltstitel zu erhalten, kann an die Entscheidung des BVerwG vom 19. März 2013 (1 C 12.12) angeknüpft werden. Eine Sperre mit der Folge, dass ein Ausländer, der die gesetzlichen Erteilungsvoraussetzungen mehrerer Aufenthaltstitel erfüllt, sich für einen der beiden entscheiden müsste, ist weder dem Wortlaut noch der Systematik des Aufenthaltsgesetzes zu entnehmen.<sup>6</sup>

Auch die Regelungen über den Widerruf des Aufenthaltsrechts nach dem ARB 1/80 in § 52 Abs. 3a AufenthG-E steht im Einklang mit den Vorgaben des EuGH. Bei der Aufenthaltserlaubnis nach § 4 Abs. 5 AufenthG handelt es sich um einen feststellenden Verwaltungsakt, der – obwohl er nur deklaratorisch ist – widerrufen werden muss, um die Bindungswirkung in Bezug auf den feststellenden Ausspruch zu beseitigen.

Der neue Verlusttatbestand des § 56a AufenthG-E ist überfällig. Hier werden zu Recht Regelungen des § 6 FreizügG/EU übernommen, soweit diese nicht den besonderen Ausweisungsschutz von EU-Bürgern betreffen. Mit § 56a Abs. 4 AufenthG wird die Rechtsprechung des EuGH aus der Rechtssache Ziebell<sup>7</sup> umgesetzt.

Der EuGH hat in der Rechtssache Ziebell auf seine bisherige Rechtsprechung zum Ausweisungsschutz türkischer Staatsangehörige Bezug genommen. Er betont, dass der ordre public-Vorbehalt als Ausnahmeregelung eng auszulegen ist und sein Umfang nicht einseitig von den Mitgliedstaaten bestimmt werden kann.<sup>8</sup> Maßnahmen, die aus Gründen der öffentlichen Ordnung oder der öffentlichen Sicherheit gerechtfertigt sind, können nur getroffen werden, wenn sich nach einer Einzelfallprüfung durch die zuständigen nationalen Behörden herausstellt, dass das individuelle Verhalten der betroffenen Person außer der Störung der öffentlichen Ordnung, die jede Gesetzesverletzung darstellt, eine gegenwärtige, hinreichend schwere Gefahr für ein Grundinteresse der Gesellschaft darstellt<sup>9</sup>

---

<sup>5</sup> BVerwG, U. v. 22.05.2012 – 1 C 6.11 – InfAuslR 2012, 350, Rn. 29.

<sup>6</sup> BVerwG, U. v. 19.04.2013 – 1 C 12.12 – Presseerklärung des 1. Senats.

<sup>7</sup> EuGH, U. v. 08.12.2011 – C-371/08 – Ziebell, NVwZ 2012, 422.

<sup>8</sup> EuGH, U. v. 08.12.2011 – C-371/08 – Ziebell, aaO.

<sup>9</sup> EuGH, U. v. 08.12.2011 – C-371/08 – Ziebell, aaO.

Der Vorteil einer eigenständigen Regelung besteht darin, dass einer der häufigsten Fehlerquellen bei Ausweisungen türkischer Staatsangehöriger wirksam entgegengewirkt wird: dem Fehlen einer spezialpräventiven Einzelfallentscheidung.

Weiterhin sind auch die Klarstellungen in § 34 AufenthG-E und § 35 AufenthG-E unproblematisch, da mit Ihnen nur eine Gleichstellung mit anderen Aufenthaltstiteln nach § 4 Abs. 1 AufenthG erfolgt.

Die weiteren Regelungen des Gesetzentwurfs beruhen überwiegend auf der **Umsetzung der SillhalteklauseIn** in Art. 13 ARB 1/80 und 40 Abs. 1 Zusatzprotokoll sowie des **Diskriminierungsverbots** in Art. 10 ARB 1/80.

Die Standstill-Problematik erfordert eine Differenzierung zwischen den begünstigten Personengruppen, da sich nicht alle türkische Staatsangehörigen auf Standstill-Klauseln berufen können und die einschlägigen Bestimmungen zudem unterschiedliche Voraussetzungen aufweisen. Demgemäß muss genau geprüft werden, ob u. ggf. welcher der verschiedenen Standstill-Klauseln der jeweilige türkische Staatsangehörige unterfällt. Dabei macht es einen Unterschied, ob es sich um Arbeitnehmer, ihre Familienangehörigen, Selbstständige oder Dienstleistungserbringer bzw. -empfänger handelt. Insgesamt sind folgende Bestimmungen zu unterscheiden:

- für Arbeitnehmer: Art. 7 ARB 2/76,
- für Familienangehörige der Arbeitnehmer: Art. 13 ARB 1/80,
- für Selbstständige: Art. 41 Abs. 1 Zusatzprotokoll,
- für Dienstleistungserbringer und -empfänger: Art. 41 Abs. 1 Zusatzprotokoll.

Bei der Anwendung der einzelnen Standstill-Klauseln sind nicht nur die unterschiedlichen Tatbestandsvoraussetzungen zu beachten, sondern auch dem Umstand Rechnung zu tragen, dass sie zu unterschiedlichen Zeiten wirksam geworden sind. Dabei gilt für die Anwendbarkeit:

- das Zusatzprotokoll vom 23.11.1970 ist am 01.01.1973 in Kraft getreten;
- der ARB 1/80 vom 19.09.1980 ist am 01.07.1980 in Kraft getreten; nach Art. 16 ARB 1/80 ist Art. 13 ARB 1/80 aber erst ab dem 01.12.1980 anwendbar;
- der ARB 2/76 vom 20.12.1976 ist am 01.12.1976 in Kraft getreten.

Der EuGH hatte bereits in der Rechtssache *Sevince* klargestellt, dass sowohl Art. 7 ARB 2/76 als auch Art. 13 ARB 1/80 unmittelbare Wirkung haben.<sup>10</sup> Diese Rechtsauffassung wurde in den Rechtssachen *Savas* und *Sahin* erneut bestätigt.<sup>11</sup>

Standstillklauseln wirken verfahrensrechtlich, indem sie in zeitlicher Hinsicht festlegen, nach welchen Bestimmungen eines Mitgliedstaates die Situation eines türkischen

<sup>10</sup> EuGH, U. v. 20.09.1990 – Rs C-192/89 – *Sevince*, Slg. 1990, I-3461 = InfAuslR 1991, 2.

<sup>11</sup> EuGH, U. v. 11.05. 2000 – Rs C-37/98 – *Savas*, InfAuslR 2000, 326; EuGH, U. v. 17.09. 2009 – Rs C-242/06 – *Sahin*, Rn 62.

Staatsangehörigen zu beurteilen ist<sup>12</sup>. Sie verbieten allgemein die Einführung neuer innerstaatlicher Maßnahmen, die bezwecken oder bewirken, dass die Ausübung der Arbeitnehmerfreizügigkeit oder der Dienstleistungs- oder Niederlassungsfreiheit durch einen türkischen Staatsangehörigen in einem Mitgliedstaat strengeren Voraussetzungen als denjenigen unterworfen wird, die für ihn ab dem Zeitpunkt des Inkrafttretens der Standstillklausel in dem betreffenden Mitgliedstaat galten. Damit ist die Wirkung der Standstillklausel in den Mitgliedstaaten Europas nicht nur von dem jeweiligen Zeitpunkt ihres Inkrafttretens abhängig, sondern auch von dem jeweils geltenden Recht in den Mitgliedstaaten, mit der Folge, dass die Wirkung innerhalb der Mitgliedstaaten sehr unterschiedlich sein kann.<sup>13</sup>

Die Stillhalteklausele, die rechtlich eine reine Unterlassungspflicht beinhaltet, verleiht nicht unmittelbar ein Aufenthaltsrecht, sondern verwehrt den Vertragsparteien, die innerstaatlichen Regelungen für die Begünstigten ab dem Zeitpunkt des Inkrafttretens der Klausel zu erschweren.<sup>14</sup> Die Stillhalteklausele wirken dabei dynamisch, d. h. sie erfassen auch begünstigende Regelungen, die erst nach dem Inkrafttreten der Stillhalteklausele vom nationalen Gesetzgeber eingeführt wurden.

Nicht erfasst werden daher Beschränkungen, die eine Vertragspartei bereits im Zeitpunkt des Inkrafttretens der Standstill-Klausel erlassen hatte; deren Beibehaltung, auch in veränderter Form, ist daher grundsätzlich unschädlich. Dabei richtet sich die Standstill-Klausel nicht nur gegen Beschränkungen durch Gesetz oder Verordnung, sondern erfasst auch nachteilige Veränderungen durch Verwaltungsvorschriften.<sup>15</sup>

Die Stillhalteklausele wirken nicht unbegrenzt. Der EuGH hat in der Rechtssache Sahin eine belastende Veränderung der Rechtslage für zulässig erachtet, wenn die Belastung auch für Unionsbürger Geltung beanspruchen kann. Folglich können sich die türkischen Arbeitnehmer u. ihre Familienangehörigen nicht erfolgreich auf Art. 13 ARB 1/80 berufen, um zu verlangen, dass der Aufnahmemitgliedstaat sie aufgrund der Stillhalteklausele nach einer günstigeren nationalen Regelung behandelt, sofern hierdurch Unionsbürger schlechter behandelt würden.<sup>16</sup> Denn diese Auslegung wäre mit Art. 59 Zusatzprotokoll unvereinbar, der den Mitgliedstaaten untersagt, türkischen Staatsangehörigen eine günstigere Behandlung zukommen zu lassen als EU-Angehörigen, die sich in einer vergleichbaren Situation befinden.<sup>17</sup>

---

<sup>12</sup> Dienelt in: OK-MNet-ARB 1/80 (Stand: 01.07.2012), Rn. 14 mwN; Onlinekommentar unter <http://www.migrationsrecht.net>.

<sup>13</sup> Zu Art. 13 vgl. EuGH, U. v. 17. 9. 2009 – Rs C- 242/06 – Sahin, Nr. 63; zu Art. 41 ZP vgl. EuGH, U. v. 29. 9. 2007 – Rs C-16/05 – Tum u. Dari, Rn 49

<sup>14</sup> EuGH, U. v. 11.05.2000 – Rs. C-37/98 –, Savas, InfAuslR 2000, 326.

<sup>15</sup> Einzelheiten bei Dienelt in: OK-MNet-ARB 1/80 (Stand: 01.07.2012), Rn. 18 mwN; Onlinekommentar unter <http://www.migrationsrecht.net>.

<sup>16</sup> EuGH, U. v. 17. 9. 2009 – Rs C-242/06 – Sahin, Rn 69 ff.

<sup>17</sup> EuGH, U. v. 17. 9. 2009 – Rs C-242/06 – Sahin, Rn 71; EuGH, U. v. 29. 4. 2010 – Rs C-92/07 – Kommission ././ Niederlande, Rn 62.

Die komplexen Rechtsfragen, die sich durch die Stillhalteklausele stellen, versucht der Gesetzentwurf zum einen mit einer generellen Regelung in § 4 Abs. 8 AufenthG-E zu erfassen. Zum anderen finden sich in dem Gesetzentwurf eine Vielzahl von Einzelregelungen, mit denen – ohne Anspruch auf Vollständigkeit – wichtige Einzelfragen geregelt werden.

Gegen die Aufnahme der Stillhalteklausele in § 4 Abs. 8 AufenthG-E gibt es keine Einwände. Sie löst indes nicht das Problem des Vollzugsdefizits. Denn dieses besteht nicht in der Unkenntnis des Bestehens der Stillhalteklausele, sondern der Kenntnis ihrer Auswirkungen im Einzelfall.

Ob eine gesetzliche Regelung zur Konkretisierung der Auswirkungen der Stillhalteklausele auf das Aufenthaltsgesetz zwingend erforderlich ist, ist maßgeblich davon abhängig, ob eine der Stillhalteklausele zur Anwendung kommt. Unproblematisch sind die Fälle, in denen sich der türkische Arbeitnehmer oder sein Familienangehöriger rechtmäßig im Bundesgebiet aufhalten. Insofern sind die Auswirkungen des Art. 13 ARB 1/80 auf das eigenständige Aufenthaltsrecht nach § 31 AufenthG unbestritten. Insoweit hat auch die Bundesregierung in der Bundestagsdrucksache 17/4623 (Seite 3 zu Nr. 1) explizit anerkannt, dass das Verschlechterungsgebot nach Art. 13 ARB 1/80 nach der Rechtsprechung des EuGH Auswirkungen auf die Regelung des eigenständigen Aufenthaltsrechts nach § 31 AufenthG hat:

„Unter Zugrundelegung des Urteils des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) vom 9. Dezember 2010 unterfällt die geplante Erhöhung der Ehemindestbestandszeit dem Anwendungsbereich von Artikel 13 in Bezug auf solche türkischen Staatsangehörigen, die zum Zweck des Ehegattennachzugs nach Deutschland gekommen und hier zum Zeitpunkt der Aufhebung der ehelichen Lebensgemeinschaft einer Erwerbstätigkeit nachgegangen sind. Selbst hinsichtlich dieses begrenzten Berührungspunktes erfordert das Urteil jedoch nach Ansicht der Bundesregierung keine Änderung des geplanten Wortlauts von § 31 des Aufenthaltsgesetzes (AufenthG).“

Ist die Erhöhung der Ehebestandszeit von zwei auf drei Jahren gegenüber türkischen Arbeitnehmern im Hinblick auf Art. 13 ARB 1/80 eine unzulässige Beschränkung des Zugangs zum Arbeitsmarkt, so ist die Umsetzung der Regelung nur eingeschränkt gelungen. Denn die Neuregelung in § 31 Abs. 1 a AufenthG-E knüpft an „die begründete Aussicht auf Ausstellung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 4 Absatz 5“ an:

„(1a) Abweichend von Absatz 1 Satz 1 Nummer 1 genügt für Personen, die die begründete Aussicht auf Ausstellung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 4 Absatz 5 haben, wenn die eheliche Lebensgemeinschaft seit mindestens zwei Jahren bestanden hat.“

Mit dieser Formulierung soll dem Umstand Rechnung getragen werden, dass durch die Stillhalteklausele nicht nur Personen begünstigt werden, die Rechte aus Art. 6 oder 7 ARB 1/80 erworben haben, sondern auch türkische Staatsangehörige, die noch in der Erwerbsphase der Rechtsstellung sind. Die Anwendbarkeit der Stillhalteklausele setzt aber nicht voraus, dass jemals eine Rechtsstellung nach Art. 6 oder 7 ARB 1/80 erworben wird. Ein türkischer Arbeitnehmer, der fortlaufend seine Arbeitsplätze wechselt, kann sich daher ebenso auf die Stillhalteklausele berufen, wie einer, der gerade eine Beschäftigung

aufgenommen hat. Eine begründete Aussicht auf Ausstellung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 4 Abs. 5 AufenthG kann nicht verlangt werden. Dieser Einwand betrifft auch die vorgeschlagenen Neuregelungen in den §§ 78 Abs. 1 (Nr. 12), § 81 Abs. 4 (Nr. 13) und 84 Abs. 3 (Nr. 14) AufenthG-E.

Besonderer Bedeutung dürfte dem Verzicht auf das Nachzugsalter und die Sprachanforderungen beim Ehegattennachzug durch die Regelung des § 30 Abs. 1 AufenthG-E (Nr. 6 des Gesetzentwurfs) zukommen. Die Frage, ob der Ehegattennachzug von der Stillhalteklausele des Art. 13 ARB 1/80 umfasst wird, ist in der Literatur umstritten.

Die Klärung der Frage, ob Familienangehörige türkische Arbeitnehmer visafrei einreisen können oder einfache Sprachkenntnisse beim Ehegattennachzug nachweisen müssen, ist maßgeblich davon abhängig, wie der EuGH das Merkmal des ordnungsgemäßen Aufenthalts in Art. 13 ARB 1/80 auslegt. Begünstigt werden türkische Arbeitnehmer und ihre Familienangehörigen, deren Aufenthalt und Beschäftigung ordnungsgemäß sein müssen. Das Tatbestandsmerkmal „ordnungsgemäß“ bezieht sich ausdrücklich auch auf den Aufenthaltsstatus u. nicht nur – wie Art. 6 ARB 1/80 – auf die Ausübung einer Beschäftigung.

Hinsichtlich der Ordnungsmäßigkeit des Aufenthalts i.S.v. Art. 13 ARB 1/80 hat der EuGH in der Vergangenheit die Auffassung vertreten, der türkische Arbeitnehmer oder sein Familienangehöriger müsse die Vorschriften des Aufnahmemitgliedstaats auf dem Gebiet der Einreise, des Aufenthalts und gegebenenfalls der Beschäftigung beachtet haben, sodass er sich rechtmäßig im Hoheitsgebiet dieses Staates befinde.<sup>18</sup>

Indem die Stillhalteklausele daran anknüpft, dass der Aufenthalt in dem Hoheitsgebiet der Vertragspartei ordnungsgemäß sein muss, wird vorausgesetzt, dass nur Personen erfasst werden, denen der Zuzug in das Bundesgebiet gestattet wurde. Gelangt die Stillhalteklausele aber erst zur Anwendung, wenn dem türkischen Staatsangehörigen die Einreise in das Bundesgebiet nach den nationalen bzw. supranationalen Bestimmungen gestattet worden war, so werden die Einreisebestimmungen selbst – jedenfalls für den erstmaligen Zuzug – nicht von der Stillhalteklausele erfasst. Diese Auslegung entspricht auch dem Sinn und Zweck des Assoziationsratsbeschlusses, der grundsätzlich nicht bezweckt, die Bedingungen der Arbeitnehmerfreizügigkeit im Verhältnis zur Türkei zu regeln, sondern – worauf der Generalanwalt Darmon im Verfahren Sevince<sup>19</sup> hingewiesen hatte – lediglich das Ziel hat, die Situation der türkischen Arbeitnehmer zu konsolidieren, die bereits in den Arbeitsmarkt eines der Mitgliedstaaten ordnungsgemäß integriert waren. Insofern wird von dem ARB 1/80 auch nicht der Zuzug türkischer Staatsangehöriger in die Mitgliedstaaten der EG erfasst, sondern es werden lediglich Regelungen für türkische Staatsangehörige vorgehalten, denen

---

<sup>18</sup> EuGH, U. v. 17.09.2009 – C-242/06 – Sahin, NVwZ 2009, 1551, Rn 53; U. v. 21.10.2003 – Rs. C-317/01 und Rs. C-369/01 – Abatay und Sahin, InfAuslR 2004, 32, Rn 84.

<sup>19</sup> Schlussanträge des Generalanwalts Darmon vom 15. Mai 1990 – C-192/89 – Sevince, Slg. 1990 I-03461.

aufgrund der nationalen Einreisebestimmungen die Einreise in das Bundesgebiet gestattet worden ist.<sup>20</sup> Damit ist Art. 13 ARB 1/80 enger gefasst als Art. 41 Abs. 1 des Zusatzprotokolls.

Das Merkmal ordnungsgemäß stellte ursprünglich 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.<sup>21</sup>

In der jüngeren Rechtsprechung des Gerichtshofs wird hingegen betont, dass die Verbürgungen des Art. 13 ARB 1/80 wegen der Gleichartigkeit und wegen derselben Zielsetzung im Lichte der Parallelvorschrift des Art. 41 Abs. 1 Zusatzprotokoll auszulegen seien; diese Vorschrift verbiete bei selbstständig Tätigen neue Beschränkungen der Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit und verlange insbesondere keinen ordnungsgemäßen Aufenthalt.<sup>22</sup>

Für die Anwendung der Stillhalteklauseln komme es nicht darauf an, ob sich ein türkischer Staatsangehöriger zu dem Zeitpunkt, zu dem er einen Antrag auf Niederlassung im Gebiet eines Mitgliedstaats stellt, rechtmäßig in diesem Staat aufhält oder nicht.<sup>23</sup>

Unter Verkennung des unterschiedlichen Wortlauts von Art. 13 ARB 1/80 und Art. 41 Abs. 1 Zusatzprotokoll hat der EuGH den Anwendungsbereich des Art. 13 ARB 1/80 an den des Art. 41 Abs. 1 Zusatzprotokoll, der auch den Zuzug türkischer Staatsangehöriger erfasst, angeglichen.<sup>24</sup>

Insoweit führte der EuGH in der Rechtssache Sahin aus:

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

Insofern wird von der Stillhalteklausele des Art. 13 ARB 1/80 auch der Zuzug türkischer Staatsangehöriger in die Mitgliedstaaten der EU erfasst und nicht nur eine Regelungen für türkische Staatsangehörige getroffen, denen aufgrund der nationalen Einreisebestimmungen die Einreise in das Bundesgebiet gestattet worden ist.

---

20 Ebenso VG Berlin, U. v. 03.07.2002 – VG 11 A 565.01–, InfAuslR 2002, 384 (389).

21 Ebenso VGH BW, B. v. 15. 2. 2001 – 13 S. 2500/00.

22 EuGH, U. v. 09.12.2010 – C-300/09 und C-301/09 – Toprak und Oguz, NVwZ 2011, 349, Rn 54; EuGH, U. v. 29.04.2010 – C-92/07 – Kommission ./ Niederlande, InfAuslR 2010, 270, Rn 48; EuGH, U. v. 17.09.2009 – C-242/06 – Sahin, NVwZ 2009, 1551, Rn 65.

23 EuGH, U. v. 20.09.2007 – C-16/05 – Tum und Dari, NVwZ 2008, 61, Rn 59. So auch Kommission in der Stellungnahme zu Dereci.

24 EuGH, U. v. 17.9.2009 – C-242 – Sahin, Slg. 2009, I-8465, Rn 63 ff.

Für eine Erweiterung des Art. 13 ARB 1/80 auf die Einreise von Familienangehörigen spricht der Schutzzweck des Art. 7 ARB 1/80. Wie der EuGH in der Rechtssache Dülger<sup>25</sup> betont hat, dient Art. 7 Abs. 1 ARB 1/80 einem doppelten Zweck:

- Erstens sollen bis zum Ablauf des Zeitraums von drei Jahren Familienangehörige die Möglichkeit erhalten, bei dem Arbeitnehmer zu leben, um so durch Familienzusammenführung die Beschäftigung und den Aufenthalt des türkischen Arbeitnehmers, der sich bereits ordnungsgemäß in den Aufnahmemitgliedstaat integriert hat, zu begünstigen
- Zweitens soll diese Vorschrift eine dauerhafte Eingliederung der Familie des türkischen Wanderarbeitnehmers im Aufnahmemitgliedstaat fördern, indem dem betroffenen Familienangehörigen nach drei Jahren ordnungsgemäßen Wohnsitzes selbst der Zugang zum Arbeitsmarkt ermöglicht wird.

Dient die Vorschrift aber auch dem Schutz des Arbeitnehmers, der sich bereits ordnungsgemäß im Bundesgebiet aufhält, so spricht einiges dafür, dass es ausreicht, dass sich dieser rechtmäßig im Bundesgebiet aufhält. Für diese Auslegung spricht auch, dass von Familienangehörigen nicht verlangt werden kann, dass ihre Beschäftigung ordnungsgemäß ist. Denn der Anwendungsbereich der Stillhalteklausele ist nicht davon abhängig, dass die Familienangehörigen selbst einer Beschäftigung nachgehen.

Ob der EuGH mit seiner neuen Rechtsprechungslinie den Anwendungsbereich des Art. 13 ARB 1/80 über das Tatbestandsmerkmal „ordnungsgemäß“ hinaus auf Fälle erweitert, in denen der türkische Staatsangehörige noch keinen rechtmäßigen Aufenthalt im Bundesgebiet begründet hat, bleibt abzuwarten. Die Ausführungen in den vorgenannten Entscheidungen, in denen die Angleichung des Art. 13 ARB 1/80 an Art. 41 Zusatzprotokoll erfolgte, waren nicht entscheidungstragend. In der Rechtssache Dereci, in der ausdrücklich die Frage nach dem ordnungsgemäßen Aufenthalt aufgeworfen worden war, hat der EuGH den unterschiedlichen Anwendungsbereich beider Regelungen betont und ausdrücklich die Ordnungsgemäßheit des Aufenthalts geprüft. Eine Klärung wird daher erst mit der neuerlichen Vorlage aus den Niederlanden in der Rechtssache Demir (Vorlage C-225/12) zu erwarten sein.<sup>26</sup>

Insgesamt kann diese Frage zurzeit als noch nicht abschließend geklärt angesehen werden. Ein Abwarten der Entscheidung des EuGH in der Rechtssache Demir (Vorlage C-225/12) wäre daher sachgerecht.

Die Ergänzung des § 81 AufenthG (Nr. 13 des Gesetzentwurfs) ist sinnvoll. Aufgrund der Standstill-Klauseln der Art. 7 ARB 1/76 und Art. 13 ARB 1/80 können sich Arbeitnehmer und

---

<sup>25</sup> EuGH, U. v. 19.07.2012 – C-451/11 – Dülger, Rn 39.

<sup>26</sup> Einzelheiten bei Dienelt in: OK-MNet-ARB 1/80 (Stand: 01.07.2012), Rn. 23 ff mwN; Onlinekommentar unter <http://www.migrationsrecht.net>.

ihre Familienangehörigen auf die Fiktionswirkung des § 21 Abs. 3 AuslG1965 berufen.<sup>27</sup> Denn am 20.12.1976 galt das Ausländergesetz vom 28.04.1965 ( BGBl. I S. 353, zuletzt geändert durch Gesetz v. 25.06.1975, BGBl. I S. 1542). Gleiches gilt für Selbstständige und Dienstleistungserbinger bzw -empfänger aufgrund des Art. 41 Zusatzprotokoll.

Nach seinem § 21 Abs. 3 Satz 3 AuslG1965 galt der Aufenthalt des Ausländers bis zur Entscheidung der Ausländerbehörde vorläufig als erlaubt, wenn der Ausländer nach der Einreise die Aufenthaltserlaubnis oder deren Verlängerung beantragte. Auf die Einhaltung bestimmter Fristen kam es nach dieser Vorschrift und der Verwaltungs- und Rechtsprechungspraxis nicht an; insbesondere war es nicht erforderlich, die Verlängerung während der Gültigkeit der bisherigen Aufenthaltserlaubnis zu beantragen.<sup>28</sup>

Auch ein nach Erlöschen der bisherigen Aufenthaltserlaubnis gestellter Verlängerungsantrag brachte das vorläufige Aufenthaltsrecht des § 21 Abs. 3 Satz 3 AuslG 1965 – ab dem Zeitpunkt der Antragstellung – zum Entstehen, wenn die Behörde in eine Sachprüfung eintrat.<sup>29</sup>

Die klarstellende Regelung über den Zugang zur selbstständigen Tätigkeit in § 21 Abs. 7 AufenthG-E ist zu begrüßen.

Die Regelung des § 7 Abs. 2 Satz 2 AufenthG-E beruht auf dem Diskriminierungsverbot des Art. 10 ARB 1/80 und sollte zur Klarstellung dahingehend ergänzt werden, dass die Frist nicht „ohne sachlichen Grund“ so bemessen werden darf, dass das Entstehen einer Rechtsposition, die zur Ausstellung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 4 Abs. 5 AufenthG führt, ausgeschlossen wird. Sachliche Gründe können eine kürzere Frist gebieten, ohne dass dies zu einem Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot führen würde.

## Zu den Regelungen hinsichtlich der AufenthV (Art. 2 des Gesetzentwurfs)

Der Entwurf regelt im Wesentlichen zwei Komplexe: Die visafreie Einreise (§§ 15a, 28a AufenthV-E) und die Gebührenermäßigung für Aufenthaltstitel nach § 4 Abs. 5 (§ 52 Abs. 2a AufenthV-E).

In Bezug auf die letztere Problematik liegt eine Entscheidung des BVerwG vor, das mit Urteil vom 19.03.2013 (1 C12.12) entschieden hat, dass Gebühren, die von einem türkischen Arbeitnehmer für Aufenthaltsdokumente erhoben werden, nicht mit dem Assoziationsrecht EWG-Türkei zu vereinbaren sind, wenn sie im Vergleich zu entsprechenden Gebühren für

---

<sup>27</sup> Einzelheiten siehe bei Dienelt in: OK-MNet-ARB 1/80 (Stand: 01.07.2012), Rn. 145 ff mwN; Onlinekommentar unter <http://www.migrationsrecht.net>.

<sup>28</sup> VG Darmstadt, B. v. 28.09.2011 – 5 L 936/11.DA – juris, Rn 15.

<sup>29</sup> BVerwG, B. v. 21.04.1972 – I B 29.72 – DÖV 1972, 797; VG Darmstadt, B. v. 28.9.2011 – 5 L 936/11.DA – juris, Rn 15.

Unionsbürger unverhältnismäßig hoch sind. In der Presseerklärung zu dieser Entscheidung wird ausgeführt, dass die Gebührenbescheide gegen das Diskriminierungsverbot verstoßen würden, weil entsprechende Dokumente für die Familienangehörigen von Unionsbürgern mit 28,80 € deutlich weniger kosten würden. Eine Umsetzung der Vorgaben des BVerwG wird erfolgen müssen, sobald die Entscheidungsgründe vorliegen.

Die Regelung in § 15a AufenthG-E knüpft an die Frage an, ob auch Dienstleistungsempfänger, insbesondere Touristen, visafrei einreisen dürfen. Der Europäische Gerichtshof hat mit seiner Entscheidung in der Rechtssache Soysal die Frage nach der Notwendigkeit eines Visums für touristische Aufenthalte türkischer Staatsangehöriger neu aufgeworfen.

Hintergrund war eine Klage der im grenzüberschreitenden Güterkraftverkehr tätigen Mehmet Soysal und İbrahim Savatlı gegen die Bundesrepublik Deutschland. Die Kläger hatten in der Vergangenheit mehrfach Visa beantragt, bis das deutsche Generalkonsulat in Istanbul ihre 2001 und 2002 eingereichten Visa-Anträge ablehnte. Der EuGH, der im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens des OVG Berlin-Brandenburg mit dem Fall befasst wurde, stellte unter Verweis auf seine bisherige Rechtsprechung Folgendes fest: Art. 41 Abs. 1 des Zusatzprotokolls zum Assoziierungsabkommen EWG-Türkei ist dahin auszulegen, dass er es ab dem Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Protokolls zum 01.01.1973 verbietet, ein Visum für die Einreise türkischer Staatsangehöriger in das Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats zu verlangen, die dort Dienstleistungen für ein in der Türkei ansässiges Unternehmen erbringen wollen, wenn ein solches Visum zu jenem Zeitpunkt nicht verlangt wurde. Auch wenn das Urteil im Fall von türkischen LKW-Fahrern, die für ein türkisches Unternehmen nach Deutschland fahren wollten, erging, betrifft es generell das Verhältnis von Dienstleistungsfreiheit, Stand-Still-Klausel und Visumpflicht und gilt daher für andere Gruppen von Dienstleistungserbringern (z. B. Sportler, Wissenschaftler) und – dies ist umstritten – Dienstleistungsempfängern (z. B. Touristen).

Das Zusatzprotokoll enthält in Art. 41 Abs. 1 eine Stillhalteklause<sup>30</sup>, die folgenden Wortlaut hat: „Die Vertragsparteien werden untereinander keine neuen Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit und des freien Dienstleistungsverkehrs einführen.“

Aufgrund der Stillhalteklause sind alle seit dem 01.01.1973 erfolgten Verschärfungen im Dienstleistungsverkehr mit der Türkei nicht anwendbar. Ausgenommen sind nur diejenigen Verschärfungen, denen auch Dienstleistungserbringer und -empfänger aus anderen Mitgliedstaaten der Gemeinschaft unterliegen; denn türkische Staatsangehörige dürfen gemäß Art. 59 des Zusatzprotokolls nicht besser gestellt werden als Letztere.<sup>31</sup>

---

<sup>30</sup> In diesem Text wird der im Urteil des EuGH benutzte Begriff ‚Stillhalteklause‘ für die in Art. 41 Abs. 1 des Zusatzprotokolls genannte Klausel verwendet.

<sup>31</sup> EuGH, Urteil v. 19.02.2009 – C-228/06 – Soysal, Rdnr. 61.

Der Begriff der Dienstleistungsfreiheit ist nach den Normen des EG-Vertrages zu bestimmen.<sup>32</sup> Denn nach Art. 14 des Assoziierungsabkommens haben die Vertragsparteien vereinbart, sich leiten zu lassen von den Artikeln 55, 56 und 58 bis 65 des Vertrages zur Gründung der Gemeinschaft<sup>33</sup>, um untereinander die Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs aufzuheben.

Vergleicht man die Textfassungen des Art. 41 Zusatzprotokoll, so zeigt sich, dass diese nicht einheitlich sind.<sup>34</sup> Sowohl die niederländische als auch die englische Fassung des Art. 41 Zusatzprotokoll erfasst mit den Formulierungen „het vrij verrichten van diensten“ bzw. „freedom to provide services“, dass unmittelbar nur Dienstleistungserbringer begünstigt werden. Hieraus schließt die Bundesregierung, dass der Begriff der Dienstleistungsfreiheit in Art. 41 Zusatzprotokoll nicht mit dem gemeinschaftsrechtlichen Dienstleistungsbegriff im EU-Vertrag identisch ist.<sup>35</sup> Ist der Wortlaut nicht eindeutig, so muss die Klausel nach Sinn und Zweck des Abkommens ausgelegt werden.

Auch wenn es sich bei dem Zusatzprotokoll, das nach Art. 62 Bestandteil des Assoziierungsabkommens ist, um einen völkerrechtlichen Vertrag handelt, ist dieser Teil des gemeinschaftsrechtlichen Besitzstandes geworden und daher autonom nach gemeinschaftsrechtlichen Maßstäben auszulegen. Maßgeblich für die Interpretation des Zusatzprotokolls und damit auch der Stillhalteklausele ist damit nicht mehr das Verständnis

---

<sup>32</sup> Notwendige Ergänzung der Art. 13 und 14 des Assoziierungsabkommens, EuGH, U. v. 21.10.2003 – C-317/01 und C-369/01 – Abtay und Sahin, Rdnr. 68, Slg. 2003, I-12301. So auch VGH BW, B. v. 15.02.2001 – 13 S 2500/00 –, InfAusIR 2001, 261 [264].

<sup>33</sup> Jetzt – zum Teil nach Änderung – Art. 45 ff. EG.

<sup>34</sup> Englische Fassung: Article 14. „The Contracting Parties shall refrain from introducing between themselves any new restrictions on the freedom of establishment and the freedom to provide services.“ Article 14 Association Treaty: „The Contracting Parties agree to be guided by Articles 55, 56 and 58 to 65 of the Treaty establishing the Community for the purpose of abolishing restrictions on freedom to provide services between them.“

Französische Fassung: L'article 14: „Les Parties contractantes conviennent de s'inspirer des articles [45 CE], [46 CE] et [48 CE] à [54 CE] inclus pour éliminer entre elles les restrictions à la libre prestation des services (Dienstleistungsfreiheit).“ L'article 41 du protocole additionnel: „1. Les parties contractantes s'abstiennent d'introduire entre elles de nouvelles restrictions à la liberté d'établissement et à la libre prestation des services.“

Italienische Fassung: L'art. 14: „Le Parti Contraenti convengono di ispirarsi agli articoli [45 CE], [46 CE] e da [48 CE] a [54 CE] incluso per eliminare tra loro le restrizioni alla libera prestazione dei servizi (Dienstleistungsfreiheit).“ L'art. 41 del protocollo addizionale: „1. Le Parti Contraenti si astengono dall'introdurre tra loro nuove restrizioni alla libertà di stabilimento e alla libera prestazione dei servizi.“

Niederländische Fassung: Artikel 14: „De overeenkomstsluitende partijen komen overeen zich te laten leiden door de artikelen [45 EG], [46 EG] en [48 EG] tot en met [54 EG] inbegrepen, teneinde onderling de beperkingen van het vrij verrichten van diensten op te heffen.“ Artikel 41 van het Aanvullend Protocol: „1. De overeenkomstsluitende partijen voeren onderling geen nieuwe beperkingen in met betrekking tot de vrijheid van vestiging en het vrij verrichten van diensten.“

<sup>35</sup> Antwort der BReg (BT-Drs. 16/14028): „Im Übrigen geht aus anderssprachigen Fassungen des Artikels 14 des Assoziierungsabkommens sowie des Artikels 41 des Zusatzprotokolls noch deutlicher als aus der deutschen Fassung hervor, dass die Dienstleistungsfreiheit im Sinne des Assoziierungsrechts auf die Erbringung von Dienstleistungen beschränkt ist.“

der Vertragsparteien im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Zusatzprotokolls<sup>36</sup>, sondern das gemeinschaftsrechtliche Verständnis des auf den Beitritt der Türkei abzielenden Vertragswerkes.

Für die Übertragbarkeit der Stillhalteklausele auf die passive Dienstleistungsfreiheit spricht der Umstand, dass bereits im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Zusatzprotokolls die Dienstleistungsfreiheit des EWG-Vertrages die passive Dienstleistungsfreiheit als Rechtsposition umschloss. Denn Regelungen des sekundären Gemeinschaftsrechts lassen zweifelsfrei erkennen, dass auch die passive Dienstleistungsfreiheit von dem ursprünglichen EWG-Vertrag umfasst wird. Bereits in der auf Art. 56 Abs. 2 EWG-Vertrag gestützten Richtlinie Nr. 64/221/EWG vom 25.02.1964 zur Koordinierung der Sondervorschriften für die Einreise und den Aufenthalt von Ausländern, soweit sie aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit gerechtfertigt sind, wird in der Präambel auch der grenzüberschreitende Dienstleistungsempfänger in die Regelungsmaterie einbezogen:

„Die Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften, die für Ausländer eine Sonderregelung vorsehen und aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit gerechtfertigt sind, muss sich zunächst auf die Einreise- und Aufenthaltsbedingungen für Staatsangehörige der Mitgliedstaaten beziehen, die den Aufenthalt innerhalb der Gemeinschaft zur Ausübung einer selbständigen oder unselbständigen Erwerbstätigkeit oder als Dienstleistungsempfänger wechseln.“

Folgerichtig werden nach Art. 1 Abs. 1 RL 64/221/EWG auch solche Staatsangehörige eines Mitgliedstaats von der Richtlinie erfasst, die sich in einen anderen Mitgliedstaat begeben, „um Dienstleistungen entgegenzunehmen“. Nach Art. 1 Abs. 2 RL 64/221/EWG werden zudem nahe Familienangehörige der passiven Dienstleistungsempfänger begünstigt.

In einem weiteren Rechtsakt, nämlich der Richtlinie Nr. 64/220/EWG vom 25.02.1964 zur Aufhebung der Reise- und Aufenthaltsbeschränkungen für Staatsangehörige der Mitgliedstaaten innerhalb der Gemeinschaft auf dem Gebiet der Niederlassung und des Dienstleistungsverkehrs<sup>37</sup>, wird die passive Dienstleistungsfreiheit nochmals ausdrücklich anerkannt und zudem aufenthaltsrechtlich verwirklicht. Bereits nach der Präambel der Richtlinie Nr. 64/220/EWG erfordert es der freie Dienstleistungsverkehr, „dass dem Leistungserbringer und dem Leistungsempfänger ein Aufenthaltsrecht entsprechend der Dauer der Dienstleistung gewährt wird“. Diese Aussage wird mit der Regelung in Art. 3 Abs. 2 RL 64/220/EWG materiell-rechtlich umgesetzt.

Umfasste die Dienstleistungsfreiheit des EWG-Vertrages im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Zusatzprotokolls die passive Dienstleistungsfreiheit, so war es nicht erst der Europäische Gerichtshof, der den Begriff der Dienstleistungsfreiheit im Rahmen einer richterlichen

---

<sup>36</sup> So aber die Kommission in der Rechtssache Torun (C-502/04): „Das Wesen des Völkerrechts besteht gerade darin, dass sich die souveränen Vertragsparteien nur selbst verpflichten können, heteronome Normsetzung kommt in diesem Zusammenhang nicht in Betracht.“

<sup>37</sup> ABl. 1964 S. 845.

Rechtsfortbildung erweiternd ausgelegt hat. Er hat lediglich auf den von Anbeginn der gemeinschaftlichen Rechtsetzung bekannten und verwendeten Inhalt der Dienstleistungsfreiheit hingewiesen, zu dem auch der Empfang von Dienstleistungen gehört.

Es ist keiner Erklärung der Vertragsparteien zu entnehmen, dass die Gemeinschaft, die Mitgliedstaaten oder die Türkei bei Vertragsabschluss einen anderen als den im Gemeinschaftsrecht bekannten und akzeptierten Begriff der Dienstleistungsfreiheit in das Assoziierungsrecht einbeziehen wollten. Insoweit bestehen keine Bedenken gegen eine entsprechende Auslegung des Begriffs Dienstleistungsfreiheit im Rahmen der Stillhalteklausele.

Gegen eine Einbeziehung der Dienstleistungsempfänger in die Dienstleistungsfreiheit wird neben dem unterschiedlichen Wortlaut der Stillhalteklausele von der Bundesregierung eingewandt, dass der Dienstleistungsbegriff des EWG-Vertrages nicht ohne Weiteres in den assoziationsrechtlichen Zusammenhang übertragen werden könne.<sup>38</sup> Gegen eine enge Auslegung des Dienstleistungsbegriffs spricht der Sinn und Zweck des Beitrittsvertrages. Ziel des Vertrages ist die Angleichung der Rechtsverhältnisse zum Zeitpunkt des voraussichtlichen Beitritts. Damit ist der Beitrittsvertrag dynamisch auszulegen, um auch späteren Rechtsentwicklungen oder einer sich ändernden Auslegung von Rechtsbegriffen Rechnung tragen zu können. Diese Dynamik deutet sich in den Artikeln 12 bis 14 des Beitrittsabkommens an, die bestimmen, dass man sich von den Grundfreiheiten leiten lassen will. Hieran knüpft der EuGH mit seiner Rechtsprechung an, mit der er die Rechte von EU-Bürgern so weit wie möglich auf türkische Staatsangehörige überträgt, sofern das Abkommen, das Zusatzprotokoll oder die Beschlüsse des Assoziationsrates Rechte vermitteln. So führt der EuGH in der Rechtssache Abatay vom 20.10.2003 (C-317/01) aus: „Weiter geht aus dem Wortlaut des Artikels 14 des Assoziierungsabkommens sowie aus dem Zweck der Assoziation EWG-Türkei hervor, dass die ... im Rahmen der Bestimmungen des EG-Vertrags über den freien Dienstleistungsverkehr geltenden Grundsätze so weit wie möglich auf die türkischen Staatsangehörigen übertragen werden sollen ...“

Grundlage der Übertragbarkeit der Rechte auf türkische Staatsangehörige ist daher das Vorhandensein einer Vertragsbestimmung, die sich in zumindest ähnlicher Weise im Gemeinschaftsrecht wiederfindet. Werden identische Rechtsbegriffe verwandt, so überträgt der EuGH die zu Unionsbürgern entwickelten Rechtsgrundsätze auf die Rechtsstellung türkischer Staatsangehöriger, wenn es keine Anhaltspunkte gibt, die gegen die Übertragung sprechen.

Werden diese Auslegungsgrundsätze bei der Auslegung des Begriffs „Dienstleistungsfreiheit“ angewandt, so spricht der im Vergleich zur AEUV gleichlautende Wortlaut der Formulierung im Hinblick auf das Beitrittsziel für eine Übertragung der Grundsätze des EU-Rechts auf das Assoziationsrecht. Selbst der Wortlaut des Zusatzprotokolls in der englischen und

---

<sup>38</sup> Antwort der BReg (BT-Drs. 16/14028): Der „Dienstleistungsbegriff des EG-Vertrags (kann) nicht ohne Weiteres in den assoziationsrechtlichen Zusammenhang übertragen werden“.

niederländischen Fassung entspricht, obwohl er enger als die deutsche Fassung ist, dem Wortlaut des EU-Vertrages. Anhaltspunkte, die gegen eine Übertragung sprechen könnten, wurden von der Bundesregierung bislang nicht dargetan, daher gibt es keinen sachlichen Grund für eine unterschiedliche Auslegung des Begriffs Dienstleistungsempfänger im EU-Vertrag und dem Zusatzprotokoll.

Wird die passive Dienstleistungsfreiheit von der Stillhalteklausele umfasst, ist aber noch keine Antwort auf die Frage gefunden, die gerade im Visumverfahren eine Rolle spielt, an welche konkreten Voraussetzungen das Gebrauchmachen dieser Rechtsposition gebunden ist.

Durch die Definition der Dienstleistungsfreiheit muss sichergestellt werden, dass der Status einer Person schon an der Grenze feststeht, noch bevor sie sich auf dem Territorium eines anderen Mitgliedstaats befindet, und erst recht, bevor sie eine Dienstleistung auch tatsächlich in Anspruch genommen hat. Für die Eigenschaft als Dienstleistungsempfänger wird somit von vornherein generalisierend auf die im Verlauf einer Reise in Anspruch zu nehmenden Dienstleistungen abgestellt werden müssen, und zwar bereits zum Zeitpunkt des Antritts der Reise. Es geht also nicht darum, nachträglich unter Berücksichtigung der während der Reise tatsächlich in Anspruch genommenen Dienstleistungen die Eigenschaft eines Dienstleistungsempfängers festzustellen.<sup>39</sup>

Die Dienstleistungsfreiheit ergänzt und vervollständigt den Schutz der wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit im Binnenmarkt, indem sie das grenzüberschreitende Angebot von Dienstleistungen garantiert. Die Definition der Dienstleistung i. S. d. Art. 57 AUEV (früher Art. 50 EG) erfasst als gemeinschaftsrechtlicher Begriff insbesondere grenzüberschreitende gewerbliche, kaufmännische, handwerkliche oder freiberufliche Leistungen, die in der Regel gegen Entgelt erbracht werden und nicht den Vorschriften über den freien Waren- und Kapitalverkehr und über die Freizügigkeit der Personen unterliegen. Die Dienstleistungserbringung ist mit keinem Daueraufenthalt verbunden, sondern erfolgt im Rahmen einzelner, grundsätzlich inhaltlich und zeitlich begrenzter Tätigkeiten im Beschäftigungsland. Wesentliches Merkmal einer Dienstleistung ist somit ihre zeitliche und sachliche Zweckgebundenheit.<sup>40</sup>

Hinsichtlich der zeitlichen Komponente ist festzustellen, dass das Aufenthaltsrecht für Dienstleistungserbringer und -empfänger der Dauer der Leistung entspricht.<sup>41</sup> Der Europäische Gerichtshof hat festgestellt, dass der „EG-Vertrag keine Vorschrift enthält, die eine abstrakte Bestimmung der Dauer oder Häufigkeit ermöglicht, von der an die Erbringung einer Dienstleistung oder einer bestimmten Art von Dienstleistung in einem anderen

---

<sup>39</sup> So zutreffend Schlussanträge des Generalanwalts Léger vom 21.10.2004 in der Rechtssache C-215/03, Salah Oulane.

<sup>40</sup> VG Berlin B. v. 25.02.2009 – 19 V 61.08 – migrationsrecht.net; Holoubeck, in: Schwarze (Hg.), EU-Kommentar, 2. Auflage 2009, Art. 49/50 Rdnr. 54.

<sup>41</sup> So schon Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 73/148/EWG, die zwischenzeitlich durch die Richtlinie 2004/38/EG aufgehoben wurde.

Mitgliedstaat nicht mehr als eine Dienstleistung im Sinne des EG-Vertrages angesehen werden kann“.<sup>42</sup>

Hinsichtlich der sachlichen Komponente ist darauf hinzuweisen, dass die Dienstleistungsfreiheit – anders als das Recht auf Aufenthalt in Art. 21 AUEV (früher Art. 18 Abs. 1 EG) – grundsätzlich auf eine wirtschaftliche Betätigung ausgerichtet ist. Insoweit hat sich der Generalanwalt Léger in seinen Schlussanträgen vom 21.10.2004 in der Rechtssache C-215/03<sup>43</sup> wie folgt geäußert: „Ich halte es jedoch für erforderlich, darauf hinzuweisen, dass der Nachweis des völligen Fehlens von Mitteln für den Lebensunterhalt mit der gemeinschaftlichen Definition von Dienstleistungen unvereinbar wäre, bei denen es sich um Leistungen, die normalerweise gegen Entgelt erbracht werden, handelt.“

Hier liegt das wirkliche Problem in der Einbeziehung der Besucher und Touristen in die Dienstleistungsfreiheit. Man wird nicht umhin kommen, eine pragmatische Gesamtbetrachtung vorzunehmen, bei der wegen des gemeinschaftsrechtlichen Effektivitätsgebotes im Zweifel der Visafreiheit der Vorrang einzuräumen ist.

Die Notwendigkeit, vor der Einreise nach Deutschland ein Visum einzuholen, richtete sich im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Zusatzprotokolls nach § 5 Abs. 1 DVAuslG vom 10.09.1965<sup>44</sup> in der Fassung vom 13.09.1972<sup>45</sup> (im Folgenden: DVAuslG 1965). Dieser bestimmt, wann und von welchem Ausländer ein Visum vor der Einreise einzuholen war. Entgegen der Ansicht von Westphal<sup>46</sup> handelt es sich bei § 5 Abs. 1 DVAuslG 1965 um die zentrale Bestimmung für die Regelung der Notwendigkeit der Einholung eines Sichtvermerks vor der Einreise.<sup>47</sup> Die Allgemeine Verwaltungsvorschrift zur Ausführung des Ausländergesetzes (im Folgenden: AuslGVwV) vom 7. Juli 1967<sup>48</sup> stellte insoweit zu § 5 DV AuslG 1965 unter Nummer 2 für die Verwaltungspraxis verbindlich fest:

„Die Fälle, in denen die Aufenthaltserlaubnis vor der Einreise in der Form des Sichtvermerks einzuholen ist, sind in § 5 DVAuslG aufgeführt. In allen anderen Fällen kann die Aufenthaltserlaubnis nach der Einreise eingeholt werden.“

Diese Norm regelte daher nicht die Voraussetzungen für die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis im Inland, sondern die Visumfreiheit der Einreise selbst.

Türkische Staatsangehörige, die entsprechend der Positivliste von der Sichtvermerkspflicht grundsätzlich freigestellt waren, benötigten nach § 5 Abs. 1 Nr. 1 DVAuslG 1965 nur dann vor der Einreise einen Sichtvermerk, wenn sie im Bundesgebiet eine Erwerbstätigkeit ausüben

<sup>42</sup> EuGH, Urteil vom 29.04.2004 – Rs. C-171/02 – Kommission gegen Portugal, Rdnr. 26 unter Bezugnahme auf Urteil vom 11.12.2003 – Rs. C-215-01 – Schnitzer, Slg. 2003, Rdnr. 30 f.

<sup>43</sup> Salah Oulane, Rdnr. 41.

<sup>44</sup> BGBl. I S. 1341.

<sup>45</sup> BGBl. I S. 1743.

<sup>46</sup> Westphal/Stoppa, Report Nr. 19 S. 1 [www.westphal-stoppa.de](http://www.westphal-stoppa.de).

<sup>47</sup> BVerwG, B. v. 06.05.1983 – 1 B 58/83 – InfAuslR 1983, 274. Mielitz, NVwZ 2009, 276 (277); Kanein, Kommentar zum AuslG 1965, 4. Aufl., § 5 AuslG, Rdnr. 9; Hailbronner, Handbuch zum AuslR, 2. Aufl., 1998, Rn. 66.

<sup>48</sup> GMBl. S. 231.

wollten. Als Erwerbstätigkeit in diesem Sinne galt jede selbständige oder unselbständige Tätigkeit, die auf Erzielung von Gewinn gerichtet oder für die ein Entgelt vereinbart oder den Umständen nach zu erwarten war.<sup>49</sup> Insbesondere bei Dienstleistungserbringern muss daher immer genau geprüft werden, ob der Aufenthalt nicht der Ausübung einer Erwerbstätigkeit dient.<sup>50</sup>

Für sonstige Aufenthalte bestand ohne zeitliche Begrenzung grundsätzlich keine Visumpflicht, da diese erst durch die 11. Änderungsverordnung zur DVAusIG vom 01.07.1980<sup>51</sup> auch für türkische Staatsangehörige eingeführt wurde. Dabei konnte die Sichtvermerkplicht im Hinblick auf die noch erforderliche Kündigung der deutsch-türkischen Sichtvermerksvereinbarung von 1953 erst am 5.10.1980 in Kraft treten.

Die generelle Beschränkung des visumfreien Aufenthalts auf einen Zeitraum von drei Monaten ist gleichfalls erst zu einem späteren Zeitpunkt, nämlich durch die 14. Änderungsverordnung zur DVAusIG vom 13.12.1982<sup>52</sup> mit Wirkung zum 18.12.1982 eingeführt worden; sie gilt demnach gleichfalls nicht für türkische Staatsangehörige, die sich auf die Stillhalteklausele berufen können.<sup>53</sup>

War ein Visum nur bei Aufnahme einer Erwerbstätigkeit vor der Einreise einzuholen, so ergab sich aus § 1 Abs. 2 Nr. 1 bis 4 DVAusIG 1965, dass bestimmte Zwecke nicht nur vom Sichtvermerksverfahren, sondern insgesamt vom Erfordernis der Einholung einer Aufenthaltserlaubnis befreit waren. Dies bedeutet, dass nach der Einreise der Aufenthalt ohne Einholung einer Aufenthaltsgenehmigung rechtmäßig war. Nach diesen Regelungen bedurften türkische Staatsangehörige, die Inhaber von Nationalpässen waren, keiner Aufenthaltserlaubnis, wenn sie

- „1. sich nicht länger als drei Monate im Geltungsbereich des Ausländergesetzes aufhalten und keine Erwerbstätigkeit ausüben wollen;
2. sich im Dienst eines nicht im Geltungsbereich des Ausländergesetzes ansässigen Arbeitgebers zu einer ihrer Natur nach vorübergehenden Dienstleistung als Arbeitnehmer im Geltungsbereich des Ausländergesetzes aufhalten, sofern die Dauer des Aufenthalts zwei Monate nicht übersteigt. Die Befreiung gilt nicht für Ausländer, die im Geltungsbereich des Ausländergesetzes ein Reisegewerbe (§ 55 der Gewerbeordnung) ausüben wollen;
3. unter Beibehaltung ihres gewöhnlichen Aufenthalts im Ausland im Geltungsbereich des Ausländergesetzes in Vorträgen oder Darbietungen künstlerischen, wissenschaftlichen oder sportlichen Charakters tätig werden wollen, sofern die Dauer des Aufenthalts zwei Monate nicht übersteigt;

---

<sup>49</sup> BVerwG, B. v. 06.05.1983 – 1 B 58/83 – InfAusR 1983, 274, zur Tätigkeit als Imam.

<sup>50</sup> Hierzu Welte, InfAusR 2004, 177 (179 f.).

<sup>51</sup> BGBl. I S. 782.

<sup>52</sup> BGBl. I S. 1681.

<sup>53</sup> A. A. Westphal/Stoppa, Report Nr. 19 S. 1 [www.westphal-stoppa.de](http://www.westphal-stoppa.de) unter Hinweis auf die Entscheidung des BVerwG, U. v. 04.09.1986 – 1 C–19/86 – BVerwGE 75, 20 = NJW 1987, 597. Die Entscheidung des BVerwG betraf eine türkische Staatsangehörige, der erst 1984 ein Visum zum Besuch des Ehegatten erteilt worden war. Damit betraf der Fall aber die Rechtslage nach der Änderung des § 5 Abs. 1 Nr. 1 DVAusIG 1965.

4. Inhaber von Seefahrtbüchern sind, die von Behörden der Bundesrepublik Deutschland ausgestellt worden sind, sofern sie sich lediglich in Ausübung oder im Zusammenhang mit ihrer Tätigkeit als Besatzungsmitglied eines Schiffes im Geltungsbereich des Ausländergesetzes aufhalten.“

Für touristische Zwecke bedeutet dies Folgendes: Ein türkischer Staatsangehöriger benötigte nach der Einreise eine Aufenthaltserlaubnis, wenn er länger als drei Monate in Deutschland bleiben oder eine Erwerbstätigkeit aufnehmen wollte. Beabsichtigte ein türkischer Staatsangehöriger einen Aufenthalt von mehr als drei Monaten, so war die Einreise zwar ohne Visum möglich<sup>54</sup>, nach der Einreise musste aber eine Aufenthaltserlaubnis eingeholt werden, da der Befreiungstatbestand des § 1 Abs. 2 Nr. 1 DVAusIG 1965 nur für geplante Aufenthalte von bis zu drei Monaten galt.

Der Anwendbarkeit dieses Befreiungstatbestandes steht auch nicht § 1 Abs. 2 Nr. 2 DVAusIG 1965 entgegen. Zwar werden durch die Nummer 2 Dienstleistungserbringer speziell begünstigt, es ist aber nicht erkennbar, dass es sich bei diesem Befreiungstatbestand um eine abschließende Spezialregelung für den gesamten Dienstleistungsbereich handelt, der einen Rückgriff auf die Nummer 1 versperren würde. Vielmehr hat der Gesetzgeber die einer Erwerbstätigkeit besonders nahekommende Dienstleistungserbringung durch Arbeitnehmer zeitlich beschränkt ermöglichen wollen und zugleich Reisegewerbe ausgeschlossen. Für diese Auslegung spricht auch die Nummer 3a der AusIGVwV zur DVAusIG 1965, die ausdrücklich die Einreise als Tourist von der Regelung in Nummer 1 umfasst sah. Denn nach der Verwaltungsvorschrift sollte in Fällen, in denen Anlass zur Annahme bestand, dass ein Ausländer unter Umgehung des § 5 Abs. 1 Nr. 1 DVAusIG in das Bundesgebiet einreisen will, beim Grenzübertritt folgender Hinweis in den Pass aufgenommen werden: „Tourist, Aufenthalt bis zu drei Monate, keine Arbeitsaufnahme“.

Die abschließende Klärung der Frage, ob Dienstleistungsempfänger, insbesondere Touristen, visafrei einreisen dürfen, wird der EuGH in der Rechtssache Demirkan (C-221/11)<sup>55</sup> im Laufe des Jahres entscheiden. Insoweit dürfte es sinnvoll sein, die Entscheidung, die erhebliche Auswirkungen auf die Visafreiheit türkischer Staatsangehöriger haben wird, abzuwarten.

Dr. Dienelt

Herausgeber des Internetportals <http://www.migrationsrecht.net>

---

<sup>54</sup> BayVGH, U. v. 04.11.1977 – 262 X 76 – MDR 1978, 871.

<sup>55</sup> In diesem Verfahren lagen die Schlussanträge des Generalanwalts im Zeitpunkt der Fertigstellung der Stellungnahme noch nicht vor und konnten daher nicht berücksichtigt werden.