

■ Rechtsanwalt Ünal Zeran



Kontakt
Tel 040 | 431 351 10
Fax 040 | 432 517 60
zeran@bg124.de
www.bg124.de
Gerichtsfach 380

in Bürogemeinschaft
mit Rechtsanwältinnen
und Rechtsanwälten
Johanna Dreger-Jensen
Mechthild Garweg
Carsten Gericke
Ulrike Horstmann
Dr. Florian Melloh
Dr. Ralf Ritter
Dr. Benjamin Tachau
Dr. Bernd Wagner

Sekretariat
Birgit Hartmann
Thorsten Schmidt
Aysegül Tabak

**Stellungnahme im Rahmen der öffentlichen Anhörung
des Innenausschusses des Deutschen Bundestages
am 15.04.2013**

**Zum Gesetzentwurf der Fraktion
BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN
Entwurf eines Gesetzes zur Klarstellung des
assoziationsrechtlichen Rechtsstatus
Staatsangehöriger der Türkei im Aufenthalts-
Beschäftigungserlaubnis- und Beamtenrecht
BT-DrS 17/12193**

**Zum Antrag der Fraktion DIE LINKE
50 Jahre deutsch-türkisches Anwerbeabkommen-
Assoziationsrecht wirksam umsetzen
BT-DrS 17/7373**

A. Vorbemerkung

In Deutschland leben über 1,6 Millionen türkische Staatsangehörige. Über 37 % leben seit 30 Jahren und länger im Bundesgebiet. Die durchschnittliche Aufenthaltsdauer beträgt 24,8 Jahre. Lediglich 52.145 türkische Staatsangehörige weisen eine geringere Aufenthaltsdauer als 4 Jahre auf¹. Zum Stichtag 30. April 2010 waren im Ausländerzentralregister (AZR) 401.450 türkische Staatsangehörige mit befristeter Aufenthaltserlaubnis als aufhältig erfasst, darunter 6.287 zum Zweck der Ausbildung, 4.344 zum Zweck der Erwerbstätigkeit, 18.077 aus völkerrechtlichen, politischen oder humanitären Gründen sowie 231.026 aus familiären Gründen (im Jahre 2011: 218.958). 31.782 haben besondere Aufenthaltsrechte. 108.832 türkische Staatsangehörige sind noch mit einem befristeten Aufenthaltsrecht nach dem früheren Ausländergesetz erfasst (im Jahre 2011 nur noch 59.350)². Insgesamt leben ca. $\frac{3}{4}$ der türkischen Bevölkerung mit einem unbefristeten und $\frac{1}{4}$ mit einem befristeten Aufenthaltstitel im Bundesgebiet.

Von den 860.418 Ehen mit türkischen Ehegatten entfallen 97.130 auf Ehen mit deutschen Staatsangehörigen³.

Die Familienzusammenführung aus der Türkei ist in der Zeit 2005-2011 um mehr als die Hälfte gesunken (von 15.162 auf 7.456)⁴.

Bei der Betrachtung dieser Statistiken erstaunt es, dass zum Stichtag 30. April 2010 im AZR nur 7.005 türkische Staatsangehörige mit einer Aufenthaltserlaubnis nach § 4 Absatz 5 AufenthG (Assoziationsrecht EWG/ Türkei) erfasst sind⁵. Dies ist eine große Diskrepanz, wenn man die Zahl 7.005 mit 401.450 befristeten und ca. 1,2 Millionen unbefristeten Aufenthaltstitel vergleicht. Gemessen an der Gesamtzahl der türkischen Bevölkerung entspricht dies statistisch einem Anteil von 0,43%, d.h. nur jeder 233. türkische Staatsangehörige wird von den Ausländerbehörden als assoziationsrechtlich privilegiert erfasst.

Aus meiner anwaltlichen Praxis vermute ich, dass eine Vielzahl der 7.005 Aufenthaltstitel türkischen Studierenden erteilt wurde, die während oder nach dem Studium die Voraussetzungen des Art. 6 ARB 1/80 erworben haben, da sonst kein anderer Aufenthaltstitel bei der Verlängerung in Betracht kam. Die türkischen Studierenden sind in der Regel besser informiert über ihre Rechtsstellung. Diese erhebliche Diskrepanz zwischen dem rechtlichen erworbenen und dem tatsächlichen Status ist der mangelnden Kenntnis und dem Unwillen zur Umsetzung des Assoziationsrechts in der behördlichen Praxis geschuldet. Bei der türkischen Bevölkerung wird dies als eine systematische Entrechtung empfunden.

Eine weitere Erklärung dürfte darin liegen, dass die Bundesregierung bislang nicht viel Interesse zeigt, mit Informationen zum Assoziationsrecht an die Betroffenen oder Behörden heranzutreten.

Die zahlreichen, zum Teil unbeantworteten parlamentarischen Anfragen der Fraktion DIE LINKE machen deutlich, dass seitens der Bundesregierung offenkundig kein Interesse an Transparenz besteht. Nur wo es unabweisbar und unzweifelhaft ist, ist die Bundesregierung bereit, eine Rechtsauffassung oder inhaltliche Position zu bestätigen.

¹ Migrationsbericht BAMF 2011, S.324 (Quelle: AZR, Statistisches Bundesamt)

² So die Antwort der BReg auf eine Anfrage der Fraktion DIE LINKE, BT-Drs. 17/1927 zu Frage 2; Statistisches Bundesamt, Ausländische Bevölkerung 2011, S.48

³ Statistisches Bundesamt, Ausländische Bevölkerung 2011, S.48

⁴ Migrationsbericht BAMF 2011, S.288 (Quelle: Auswärtige Amt)

⁵ Antwort der BReg auf BT-Drs. 17/1927 zu Frage 2e

Die Aktualisierung der Anwendungshinweise des BMI zum Assoziationsrecht aus dem Jahre 2002 lässt weiter auf sich warten. Dies erstaunt, da nur ein geringer Aufwand betrieben werden müsste, wenn nach jeder neuen EuGH-Entscheidung zum Thema die erforderliche Anpassung vorgenommen würde. Hätte man dies seit 2002 systematisch betrieben, so müsste die Bundesregierung sich nicht der aus ihrer Sicht schier unüberwindbaren großen Herausforderung stellen 10 Jahre EuGH Rechtsprechung einzuarbeiten. Scheinbar sind die technischen und personellen Ressourcen des Ministeriums anders gebunden, so dass interne Abstimmungsprozesse seit einigen Jahren nicht vorankommen. Da die Anwendungshinweise keine Verwaltungsvorschriften im technischen Sinne sind, unterliegen sie auch keiner Abstimmung innerhalb der Bundesregierung und den Ländern (Artikel 84 Abs2 GG).

Diese offenkundige Lücke zwischen der Rechtsprechung des EuGH zum Assoziationsrecht und den amtlichen Anwendungshinweisen hierzu ist zu schließen. Der Gesetzentwurf der Fraktion B90/Grüne und der Antrag der Fraktion Die Linke zielen darauf ab, diese große Diskrepanz zu minimieren und die Rechtstellung von türkischen Staatsangehörigen an die europarechtlichen Vorgaben anzupassen. Es ist sehr zu begrüßen, dass 50 Jahre nach Verabschiedung des Assoziationsabkommens der erste Versuch einer gesetzlichen Regulierung unternommen wird, um Transparenz zu schaffen und eine bestehende Gerechtigkeitslücke zu schließen.

Der EuGH fordert als Ausdruck der Rechtssicherheit und des Rechtsschutzes, dass die Mitgliedstaaten die vom Gemeinschaftsrecht gewährleisteten Rechte durch entsprechend klare gesetzliche Regelungen sicherstellen müssen. Betroffenen soll die Kenntnis ihrer Rechte und Pflichten ermöglicht werden und Gerichte sollen in die Lage versetzt werden, deren Durchsetzung zu überwachen⁶.

Der Gesetzesentwurf der Fraktion B90/Grüne wird die Verwaltung erheblich entlasten und hat erheblich Spareffekte in den Haushalten der öffentlichen Hand zu Folge.

B. Kurzer historischer Abriss und rechtliche Einordnung der Verträge und Beschlüsse

Am 12.09.1963 wurde in Ankara das Assoziationsabkommen EWG/Türkei ratifiziert (AssAbk). In der Türkei wird es daher als Abkommen von Ankara bezeichnet. Die Ratifizierung jährt sich in diesem Jahr zum fünfzigsten Mal.

Das Abkommen ist ein gemischt völkerrechtlicher Vertrag und beruhte auf Art. 238 EWGV (heute Art. 217 AEUV). Das bedeutet, dass neben der Gemeinschaft auch die Mitgliedstaaten als Vertragspartner an das Abkommen gebunden sind. In den nationalen Parlamenten musste es nach den Vorgaben der Verfassung angenommen werden, für die Gemeinschaft war ein Beschluss des Rates erforderlich⁷. Die Qualifizierung als gemischt völkerrechtlicher Vertrag schließt aus, dass einseitig Änderungen am Vertragswerk vorgenommen werden können.

Seit der Ratifizierung haben die politischen und juristischen Parameter erhebliche Veränderungen erfahren, die von den Vertragspartnern in dieser Form vermutlich nicht antizipiert wurden. Aus

⁶ EuGH, Urt. v. 09.02.1994, Rs. C-119/92 (Kommission ././ Italien), Slg. 1994 I-393

⁷ In Art. 31 AssAbk kommt die Qualifizierung als gemischt völkerrechtlicher Vertrag explizit zum Ausdruck. Für Deutschland verkündet im BGBl. II 1964, S. 520 ff und für die Gemeinschaft durch Beschluss des Rates vom 23. 12.1963, ABl. Nr. 217 von 1964, S. 3685 ff.

heutiger Sicht ragt das politische Bekenntnis des damaligen Kommissionspräsident Hallstein anlässlich der Vertragsunterzeichnung heraus: „Die Türkei ist ein Teil Europas“.

Es gilt auch nach 50 Jahren der Grundsatz: *pacta sunt servanda*.

Mit dem Assoziationsabkommen sollen schrittweise die Freizügigkeit der Arbeitnehmer hergestellt sowie die Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit und des freien Dienstleistungsverkehrs aufgehoben werden⁸. Dies soll der Türkei den späteren Beitritt erleichtern⁹. 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 (1995 realisiert) vorbereiten.

Am 23.11.1970 wurde, trotz des Militärputsches in der Türkei im März 1970, das Zusatzprotokoll (ZP) zum Assoziationsabkommen verabschiedet, das am 1.01.1973 in Kraft getreten ist¹⁰.

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 bisher nur auf Arbeitnehmer und deren Familienangehörige gerichtete Beschlüsse gefasst: ARB 2/76, ARB 1/80 und für das Sozialrecht ARB 3/80. 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 zum gleichen 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.

Angelehnt ist dieses Grundkonzept des ARB 1/80 EWG/Türkei an Art. 6 und 7 der VO 38/64/EWG des Rats über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer und ihre Familienangehörigen vom 25.03.1964.

Einen Beschluss auf der Grundlage des Art. 41 Abs. 2 des Zusatzprotokolls für Selbständige und Dienstleister hat der Assoziationsrat nicht erlassen. Aufgenommene Verhandlungen sind bislang nicht vorangekommen.

Das Assoziationsabkommen, das Zusatzprotokoll und die Assoziationsratsbeschlüsse 2/76, 1/80, 3/80, 1/95 (Zollunion) bilden einen integralen Bestandteil der Gemeinschaftsrechtsordnung und genießen Anwendungsvorrang vor dem nationalen Recht¹¹.

Es wurde früher angenommen, dass die Beschlüsse nicht unmittelbar anwendbar seien und ins

⁸ Nach Art. 12 vereinbaren die Vertragsparteien, sich von den Artikeln 48 EWGV (jetzt Art. 45 AEUV), 49 EWGV (jetzt Art. 50 AEUV) und 50 EWGV [Förderung des Austausches junger Arbeitskräfte, nicht mehr im AEUV] leiten zu lassen, um untereinander die Freizügigkeit der Arbeitnehmer schrittweise herzustellen. Nach Art. 13 vereinbaren die Vertragsparteien, sich von den Artikeln 52 EWGV bis 56 EWGV (jetzt Art. 49 bis 52 AEUV) und 58 EWGV (jetzt Art. 54 AEUV) leiten zu lassen, um untereinander die Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit aufzuheben. Nach Art. 14 vereinbaren die Vertragsparteien, sich von den Artikeln 55 EWGV (jetzt Art. 51 AEUV), 56 EWGV (jetzt Art. 52 AEUV) und 56 und 58 EWGV (jetzt Art. 52 und 54 AEUV) leiten zu lassen, um untereinander die Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs aufzuheben.

⁹ Vierter Erwägungsgrund der Präambel und Art. 28 des Assoziierungsabkommens.

¹⁰ BGBl. II 1972, 387 ff

¹¹ Ständ. Rspr. EuGH Urt. v. 30.09.1987, Rs. 12/86 (Demirel), Slg. 1987, 3719, Rn. 7; EuGH Urt. v. 20. 9 1990, Rs. C-192/89 (Sevince), Slg. 1990, I-3461, Rn. 8f.

nationale Recht transformiert werden müssten¹². Der EuGH trat dieser Auslegung entgegen. Er erklärte, dass die Beschlüsse unmittelbar mit dem AssAbk zusammenhängen und dessen Ziele verwirklichen¹³.

Folgende Vorgaben lassen sich aus der EuGH-Rechtsprechung für die Anwendung und Transformation des EU-Primär- und Sekundärrechts in nationales Recht bestimmen, die im Rahmen einer Gesetzgebung und damit auch bei der effektiven Umsetzung des EWG-Türkei-Assoziationsrechts zu beachten sind:

- Falls der Wortlaut eines gemischt völkerrechtlichen Abkommens und damit zusammenhängender Beschlüsse hinreichend bestimmt ist, bedarf es keines unionsinternen Durchführungsaktes. Eine nationale Regelung dürfte allenfalls zur Bereinigung unionswidriger nationaler Bestimmungen erfolgen.

- Sofern subjektive Rechte verliehen werden, steht es der unmittelbaren Anwendbarkeit nicht entgegen, dass der Beschluss nicht amtlich bekannt gemacht wurde (wie im Falle des ARB 1/80)¹⁴.

- Falls für die Durchführung einzelner Bestimmungen (z.B. Art. 6 Abs.3 ARB 1/80) einzelstaatliche Vorschriften erforderlich werden, schließt dies nicht die unmittelbare Wirkung aus¹⁵.

C. Stillhalteklauseeln im Assoziationsrecht

1. Bedeutung und Wirkung von Stillhalteklauseeln

Zum Schutze und zur Erreichung der Vertragsziele haben sich die Mitgliedstaaten der EWG und die Türkei verpflichtet, dass die bestehenden Rechte und Pflichten nicht durch innerstaatliche Maßnahmen verschlechtert werden dürfen (Stillhalteklauseeln).

Das Gemeinschaftsrecht enthielt in Art. 53 EWG-Vertrag eine ähnliche Schutzklausel. Im Jahre 1964 hatte sich der EuGH im Urteil Costa ./ ENEL mit der Bedeutung der Stillhalteklauseel aus Art. 53 EWGV befasst¹⁶. Die Vertragsparteien haben hiernach eine Unterlassungspflicht, die nicht durch Bedingungen eingeschränkt werden kann und deren Wirksamkeit keiner weiteren Handlung der Mitgliedstaaten oder der EU-Organe bedarf (unmittelbare Anwendbarkeit).

Der Einzelne kann sich gegenüber einem Mitgliedstaat unmittelbar auf diesen aus dem Stillhaltegebot resultierenden Unterlassungsanspruch berufen.

¹² Hailbronner, Ausländerrecht, 1984, Rn. 888; offenbar auch die Bundesregierung (BT-Drs. 9/2419, S. 6); BVerwG Urt. v. 27. 10.1987 – 1 C 19/85 (Rn. 21ff): „Der Kläger kann auch aus dem Assoziationsratsbeschuß Nr. 1/80 (ANBA 1981, 4), auf dessen Art. 6 er sich beruft, nichts für sich herleiten. Der Beschluß vermittelt türkischen Staatsangehörigen kein Aufenthaltsrecht in der Bundesrepublik Deutschland“. Die gegen diese Entscheidung erhobene Verfassungsbeschwerde hat das Bundesverfassungsgericht mit Beschluss vom 21. Dezember 1989 - 2 BvR 1582/87 - nicht zur Entscheidung angenommen.

¹³ Ständ. Rspr. seit EuGH Urt.v. 20. 09. 1990, Rs. C-192/89 (Sevince), Slg. 1990, I-3461, Rn. 9; zuletzt EuGH Urt.v. 19. 7. 2012 Rs. C-451/11 (Dülger), Rn. 33

¹⁴ EuGH Urt.v. 20. 09.1990, Rs. C-192/89 (Sevince), Slg. 1990, I-3461, Rn. 24

¹⁵ EuGH Urt. v. 20.09.1990, Rs. C-192/89 (Sevince), Slg. 1990, I-3461, Rn. 22;

EuGH Urt.v. 30.09.1997, Rs. C-98/96 (Ertanir), Slg. 1997, I-5179, Rn. 30

¹⁶ EuGH, Urt. v. 15.07.1964, Rs. 6/64 Costa ./ ENEL

Stillhalteklauseln bewirken keine unmittelbaren materiell-rechtlichen Ansprüche. Sie können daher keine Anspruchsgrundlage für Rechte oder Pflichten für den Einzelnen sein. Sie wirken verfahrensrechtlich, indem sie in zeitlicher Hinsicht festlegen, nach welchen Bestimmungen eines Mitgliedstaates die Situation eines türkischen Staatsangehörigen zu beurteilen ist¹⁷.

Es muss daher beurteilt werden, wie die Rechtslage zum Zeitpunkt des Inkrafttretens der Stillhalteklauseln in den jeweiligen Mitgliedstaaten ausgestaltet war.

In der Rechtssache Toprak und Oguz hat der EuGH judiziert, dass einmal gewährte Rechte nicht später zurückgenommen werden dürfen, selbst wenn sie mit der Rücknahme wieder das gewähren, was beim Inkrafttreten der Stillhalteklausel schon gewährt wurde¹⁸. Der EuGH hat somit die Argumente der Niederlande und anderer Mitgliedstaaten zurückgewiesen, wonach keine Verschlechterung eintreten könne, wenn nachträglich dieselbe Rechtslage wieder geschaffen werde, wie zum Zeitpunkt des Inkrafttretens der Stillhalteklauseln. Das bedeutet, dass die Mitgliedstaaten gesetzliche Regeln günstiger gestalten können, keinesfalls aber verschärfen. Im Anwendungsbereich der Norm 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 Stillhalteklausel in dem betreffenden Mitgliedstaat galten. Nicht erfasst werden daher Beschränkungen, die eine Vertragspartei zum Zeitpunkt des Inkrafttretens der Stillhalte-Klausel erlassen hatte.

In der Entscheidung Toprak & Oguz stellt der Gerichtshof zudem klar, dass diese Unterlassungsanspruch nicht nur gesetzliche Normen erfasst, sondern auch die Verwaltungspraxis (Runderlasse, Weisungen, Verwaltungsvorschriften etc.)¹⁹.

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 befinden²⁰.

Es ist in jedem Fall für den Anwendungsbereich der Stillhalteklauseln zu prüfen, ob das AuslG 1965, 1990, AufenthG 2005, 2007, 2009 und 2011 sowie die DVAuslG, AEVO, ArGV, AufenthV, BeschV, BeschVerfV, VV BMI sowie zahlreiche Ländererlasse und Anwendungshinweise eine Verschärfung oder eine Verbesserung zur Rechtslage 1973 bzw. 1980 enthalten. Jede Verbesserung bleibt aufrecht erhalten, jede Verschlechterung ist unwirksam. Angesichts der Komplexität dieses Rechtsvergleichs und weil insbesondere die systematische Kenntnis von (zum Teil internen) Anwendungshinweisen über den Zeitraum der letzten 40 Jahre hinweg nur den fachkundigen Ministerien möglich sein dürfte, ist die Forderung im Antrag der Fraktion DIE LINKE zu begrüßen, dass die Bundesregierung einen systematischen Günstigkeitsvergleich des Rechts seit Inkrafttreten der Stillhalteklauseln vornehmen soll, um weiteren Änderungsbedarf erkennen zu können. Nach Auskunft von Prof. Kees Groenendijk hat die niederländische Regierung inzwischen eine umfangreiche Sammlung der alten

¹⁷ Hailbronner, NVwZ 2009, 760, 761; EuGH, Urt. v. 20.09.2007, Rs. C-16/05 (Tum und Dari) Rn. 55

¹⁸ EuGH, Urt. v. 09.12.2010 Rs. C-300/09+301/09, Rn. 49 (Toprak & Oguz).

¹⁹ 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.“

²⁰ EuGH, Urt. v. 17.09.2009, Rs. C-242/06, Rn. 69 ff (Sahin)

Normen, Rundverfügungen etc zusammengestellt. Das Gutachten des Wissenschaftlichen Dienstes des Deutschen Bundestages ist ein kleiner Schritt in diese Richtung.

Ein begünstigter türkischer Staatsbürger kann sich aus den nach 1973 bzw 1976/1980 erlassenen Vorschriften diejenige herausuchen, die 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 Klage²¹. Zusammengefasst ist von einem dynamischen Verständnis der Stillhalteklausele auszugehen. Rechtlich betrachtet ist es eine begünstigende Einbahnstraße, welche als zeitliche Meistbegünstigungsklausel bezeichnet werden kann.²²

2. Begünstigte der Stillhalteklausele und maßgeblicher Zeitpunkt

Nicht alle türkischen Staatsangehörigen können sich auf die Stillhalteklausele berufen. Es muss unterschieden werden, ob es sich bei dem türkischen Staatsangehörigen um einen Arbeitnehmer, Familienangehörigen, Selbstständigen oder Dienstleistungserbringer bzw. -empfänger handelt. Die Stillhalteklausele 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** der Arbeitnehmer: Art. 13 ARB 1/80.
- Für **Selbstständige**: Art. 41 Abs. 1 ZP.
- Für **Dienstleistungserbringer und -empfänger**: Art. 41 Abs. 1 ZP.

Außerdem sind die Stillhalteklausele zu unterschiedlichen Zeitpunkten wirksam geworden. Für die maßgeblichen Zeitpunkte der Stillhalteklausele gilt:

- 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 aber Art. 13 ARB 1/80 erst ab dem 01.12.1980 anwendbar.
- Der ARB 2/76 vom 20.12.1976 ist am 01.12.1976 in Kraft getreten.

²¹ HK-AusIR/*Oberhäuser*, 3.2. ZusProt, Rn. 3

²² A. *Farahat*, „Von der Stillhaltepflicht zur zeitlichen Meistbegünstigung im Assoziationsrecht mit der Türkei“, NVwZ 2011, 343 ff

D. Der Gesetzesentwurf BT-Drs. 17/12193 und der Antrag BT-Drs. 17/7373

Der Antrag auf BT-Drs. 17/7373 enthält in Ziffer 2.7 einen allgemeinen Prüfauftrag, so dass dies an Hand des vorgelegten Gesetzesentwurfs BT-Drs. 17/12193 mitabgehandelt wird. Soweit der Gesetzesentwurf weitere erörterungsbedürftige Punkte nicht enthält, werden sie im Rahmen des Prüfauftrages mitbehandelt.

Die nachfolgenden Anmerkungen beziehen sich auf den Gesetzesentwurf auf BT-Drs. 17/12193.

Art. 1 Ziffer 2 Buchstabe a:

Der Entwurf gibt zutreffend die Rechtslage bis 1997 wieder. Danach unterlagen Kinder und Jugendliche aus den ehemaligen Anwerbestaaten bis zur Vollendung des 16. Lebensjahres keiner Aufenthaltserlaubnispflicht.

Der EuGH hat den Mitgliedstaaten zugestanden, dass die erstmalige Aufnahme türkischer Staatsangehöriger ausschließlich nach nationalem Recht zu beurteilen ist. 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 Stillhalteklausele der Handlungsspielraum der Mitgliedstaaten im gewissen Umfang beschränkt wird, bedeutet nicht den Verlust der nationalen Souveränität in Einwanderungsfragen²³.

Der EuGH wies den Einwand Großbritanniens zurück, wonach türkische Staatsangehörige sich nach dem Savas-Urteil nur dann auf diese Stillhalteklausele 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 Niederlassung rechtmäßig gewesen sei oder nicht.

„Es ist somit davon auszugehen, dass die Stillhalteklausele in Art. 41 Abs. 1 des Zusatzprotokolls auch auf die Regelung über die erstmalige Aufnahme türkischer Staatsangehöriger in einem Mitgliedstaat anwendbar ist, in dessen Hoheitsgebiet diese von der Niederlassungsfreiheit nach Maßgabe des Assoziierungsabkommens Gebrauch machen wollen²⁴.

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 wollen²⁵.“

²³ EuGH, Urt. v. 20.09.2007, Rs. C-16/05, Rn. 58 (Tum und Dari)

²⁴ Vgl. EuGH, Urt. v. 20.09.2007, Rs. C-16/05, Rn. 63 (Tum und Dari)

²⁵ Vgl. EuGH, Urt. v. 20.09.2007, Rs. C-16/05, Rn. 69 (Tum und Dari), Urteilstenor

Die Stillhalteklausele 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 Rs. Toprak nochmals klargestellt, dass die Stillhalteklausele 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 genießen²⁶. Für Familienangehörige gilt nichts anderes²⁷. Demgemäß unterfallen der Stillhalteklausele auch Familienangehörige, die nicht selbst einer Erwerbstätigkeit nachgehen, sofern ihr Aufenthalt ordnungsgemäß ist²⁸.

Das Tatbestandsmerkmal „ordnungsgemäß“ bezieht sich ausdrücklich auch auf den Aufenthaltsstatus und nicht nur – wie Art. 6 ARB 1/80 – auf die Ausübung einer Beschäftigung.²⁹ 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.

Es ist jedoch zu beachten, ob der Aufenthalt durch die Stellung eines Antrages ordnungsgemäß werden kann. So hat der EuGH (Rs. Dereci) in einem österreichischen Fall zum Erfordernis der „Ordnungsgemäßheit“ ausgeführt³⁰:

„Schließlich genügt zu dem Vorbringen der österreichischen und der deutschen Regierung sowie der Regierung des Vereinigten Königreichs, dass sich Herr Dereci „nicht in einer ordnungsgemäßen Situation“ befinde und deshalb nicht in den Genuss der Anwendung von Art. 41 Abs. 1 des Zusatzprotokolls kommen könne, die Feststellung, dass es nach den Angaben in der Vorlageentscheidung zwar zutrifft, dass Herr Dereci im November 2001 unrechtmäßig in das österreichische Hoheitsgebiet eingereist ist, doch hatte er, als er die Erteilung einer Niederlassungsbewilligung beantragte, nach den zu dieser Zeit geltenden innerstaatlichen Rechtsvorschriften aufgrund seiner Heirat mit einer österreichischen Staatsbürgerin ein Niederlassungsrecht und durfte, wie er es im Übrigen getan hat, in Österreich einen dahin gehenden Antrag stellen. Nach den Feststellungen des vorlegenden Gerichts wurde sein ursprünglich rechtmäßiger Aufenthalt erst durch das Inkrafttreten des NAG zu einem nicht ordnungsgemäßen Aufenthalt, was zur Zurückweisung seines Antrags auf Erteilung eines Aufenthaltstitels führte. Folglich kann seine Situation nicht als nicht ordnungsgemäß eingestuft werden, da die Unregelmäßigkeit infolge der Anwendung der Bestimmung eingetreten ist, die eine neue Beschränkung darstellt.“

²⁶ EuGH, Urt. v. 09.12.2010, Rs. C–300/09+301/09, Rn. 45, (Toprak & Oguz) und Urt. v. 21.10.2003, Rs. C–317/01 und C–369/01, Rn. 83, (Abatay und Sahin), und Urt. v. 29.04.2010, Rs. C–92/07, Rn. 45 (Kommission ./ Niederlande)

²⁷ EuGH, Urt. v. 21.10.2003, Rs. C–317/01 und C-369/01, Rn. 82 (Abatay)

²⁸ EuGH, Urt. v. 17.09.2009, Rs. C–242/06, Rn. 51 (Sahin)

²⁹ EuGH, Urt. v. 17.09.2009, Rs. C–242/06, Rn. 53 (Sahin), EuGH, Urt. v. 29.04.2010, Rs. C–92/07, Rn. 45–49 (Kommission ./ Niederlande)

³⁰ EuGH, Urt. v. 15.11.2011, Rs. C–256/11, Rn. 99 f (Dereci)

Zuvor hatte die Europäische Kommission im selbigen Verfahren erklärt³¹:

54. Aus dem Gesagten folgt, dass die Stillhalteklauseln auch auf Herr Dereci anwendbar sind. Es ist nämlich unerheblich, dass er seine wirtschaftliche Freiheit bisher weder in der einen noch in der anderen Weise ausgeübt hat, sondern bloß seine Absicht bekundet hat, eine dieser Freiheiten auszuüben. Es ist auch ohne Belang, dass sich Herr Dereci unrechtmäßig in Österreich aufhält.

Der EuGH hat den Anwendungsbereich von Art. 41 ZP und Art. 13 ARB 1/80 fast angeglichen, da die Klauseln ähnliche Ziele verfolgen³². Damit legt der EuGH den Anwendungsbereich sehr extensiv zu Gunsten 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:

„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 Zusatzprotokolls 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 bildet³³.“

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 ist³⁴. Die Ausübung einer Beschäftigung muss jedoch beabsichtigt sein. Ein bereits Erwerbstätiger bedarf keines Schutzes für den Zugang zum Arbeitsmarkt.

Ergebnis: Sofern ein Elternteil im Bundesgebiet mit dem Arbeitsmarkt/selbständigen Tätigkeit verbunden ist, dürfen die Familienangehörigen unter 16 Jahren ohne Aufenthaltserlaubnis in das Bundesgebiet einreisen und sich dort aufhalten.

Dies vom Besitz einer Aufenthaltserlaubnis nach § 4 Abs. 5 AufenthG abhängig zu machen, schränkt den Anwendungsbereich von § 2 Abs. 1 AuslG 1965 zu stark ein und ist mit Art. 13 ARB 1/80 bzw. 41 ZP nicht vereinbar.

Es reicht vielmehr, wenn der Aufenthalt eines Elternteils ordnungsgemäß ist und diesem die Erwerbstätigkeit gestattet wurde, ohne dass eine Verfestigung nach § 4 Abs. 5 AufenthG bereits erfolgt ist.

³¹ Stellungnahme der Kommission im Verfahren C-256/11 vom 29.07.2011, sj.d(2011)914751, Rn. 54

³² EuGH, Urt. v. 17.09.2009, Rs. C-242/06, Rn. 63 ff (Sahin)

³³ EUGH, Urt. v. 17.09.2009, Rs. C-242/06, Rn. 65 (Sahin),
Urt. v. 15.11.2011, Rs. C-256/11, Rn. 81 ff (Dereci)

³⁴ So die EU-Kommission und die Niederlande in dem EuGH Urteil Dereci Rs. C-256/11 Rn. 78

Art 1. Ziffer 2 Buchstabe b:

Es ist zu begrüßen, dass der deklaratorische Aufenthaltstitel von Amts wegen erteilt werden soll und die Betroffenen keinen Antrag stellen müssen (§ 4 Abs. 5, S.2).

Dies schärft den Blick der Behörden und wird der Normenhierarchie gerecht, wonach das Unionsrecht dem nationalen Recht vorrangig ist.

Des Weiteren ist zu begrüßen, dass dieses Aufenthaltsrecht nunmehr als Daueraufenthaltsrecht bezeichnet wird³⁵. Dies folgt der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichtes vom 22.05.2012, 1 C 6.11, Rn. 26 ff.

Hinsichtlich der Befristung auf mindestens 5 Jahre, die den Vorgaben des BVerwG folgt, bestehen Bedenken. Es erscheint schon semantisch widersprüchlich von einem Daueraufenthaltsrecht zu sprechen und dies zu befristen. Das BVerwG war im Korsett des aktuellen Gesetzes gefangen und übergang die Stillhalteklausele, als es den Fall entschied. Richtig wäre die Heranziehung des AuslG 1965, 1990 und 2005.

Vielmehr ist ein unbefristetes Aufenthaltsrecht als Daueraufenthaltsrecht nach § 4 Abs. 5 zu notifizieren. Nach dem AuslG 1965 hat die Ausländerbehörde ein weites Ermessen, in welcher Form das dem Ausländer zustehende Aufenthaltsrecht bestätigt wird. Dieses Ermessen ist vorliegend aufgrund des nach Art. 6 und 7 ARB 1/80 unbefristet bestehenden Aufenthaltsrechts zu Gunsten der türkischen Staatsangehörigen auf Null reduziert. Denn es ist kein Grund vorstellbar oder gar ersichtlich, nicht ein bestehendes – unbefristetes – Recht, sondern ein davon abweichendes – nur befristetes – Recht zu bescheinigen.

In dem vom Bundesverwaltungsgericht entschiedenen Fall ist die unbefristete Niederlassungserlaubnis (§§ 9, 28 II) deshalb nicht gewährt worden, weil der Lebensunterhalt nicht gesichert war. Dies überzeugt nicht. Der Bezug von Sozialleistungen ist bei Assoziationsfreizügigen unabhängig von der Geltungsdauer des erteilten Aufenthaltstitels. Der Umstand, dass mit der Erteilung einer unbefristeten Aufenthaltserlaubnis ein „Bezugsfall“ erreicht wird, genügt nicht als Rechtfertigung dafür, dass das tatsächlich bestehende Aufenthaltsrecht durch die erteilte Aufenthaltserlaubnis nicht zutreffend notifiziert wird. Vielmehr haben Assoziationsfreizügige einen Anspruch darauf, dass der Rechtsschein, der von der Aufenthaltserlaubnis ausgeht, zutreffend ist, also den tatsächlichen Rechtszustand widerspiegelt. Da dies – allein – über die Erteilung einer unbefristeten Aufenthaltserlaubnis gemäß § 7 Abs. 2 S. 1 AuslG 1965 i. V. m. § 101 Abs. 1 S. 1 AufenthG i. V. m. Art. 13 ARB 1/80 möglich ist, haben sie einen Anspruch auf Erteilung dieses Aufenthaltstitels.

Nach der Rechtsprechung ist das Gewicht von verfassungs- und menschenrechtlichen Schutzansprüchen bereits bei der Anwendung der unbestimmten Rechtsbegriffe von § 2 Abs. 1 S. 2 AuslG 1965 zu berücksichtigen. Nichts anderes kann für unionsrechtliche Aufenthaltsansprüche, wie denjenigen nach dem Assoziationsabkommen, gelten. Denn auch insoweit handelt es sich um vorrangiges, über dem einfachen Bundesrecht stehendes Recht.

Die vollständige wirtschaftliche Integration wurde früher bei der Aufenthaltsberechtigung (§ 8 AuslG 1965 und § 27 AuslG 1990) gefordert. Beim AuslG 1965 war dies kein Tatbestandsmerkmal.

Ab 1.10.1978 wurden die Verwaltungsvorschriften zu § 7 AuslG 1965 angepasst:

³⁵ Vgl. Zeran, „Ein assoziationsrechtliches Daueraufenthaltsrecht“, in: Barwig, Beichel-Benedetti, Brinkmann (Hrsg.), Hohenheimer Tage zum Ausländerrecht 2009, 2010

Nummer 4 zu § 7 erhält folgende Fassung:

(1) Die Aufenthaltserlaubnis für ausländische Arbeitnehmer ist in der Regel bei der erstmaligen Erteilung auf ein Jahr zu befristen und anschließend um jeweils zwei Jahre zu verlängern. Nach einem fünfjährigen, ununterbrochenen rechtmäßigen Aufenthalt in der Bundesrepublik Deutschland ist ausländischen Arbeitnehmern auf Antrag in der Regel eine unbefristete Aufenthaltserlaubnis zu erteilen, wenn

- a) sie die besondere Arbeitserlaubnis nach § 2 der Arbeitserlaubnisverordnung besitzen,*
- b) sie sich auf einfache Art in deutscher Sprache mündlich verständlich machen können,*
- c) ihnen und ihren Familienangehörigen eine Wohnung zur Verfügung steht, die den am Aufenthaltsort geltenden Maßstäben für die Angemessenheit einer Wohnung entspricht und*
- d) ihre hier lebenden Kinder der gesetzlichen Schulpflicht nachkommen.*

(2) Bei Ehegatten der ausländischen Arbeitnehmer, die in ihrem Haushalt leben, ist entsprechend zu verfahren; der Besitz einer Arbeitserlaubnis ist nicht erforderlich. Wenn sie über ausreichende Kenntnisse der deutschen Sprache verfügen und der ausländische Arbeitnehmer bereits eine unbefristete Aufenthaltserlaubnis besitzt, soll ihnen in der Regel schon vor Ablauf von fünf Jahren eine unbefristete Aufenthaltserlaubnis erteilt werden.

§ 24 AuslG 1990 hat diese Vorgaben überwiegend übernommen und für den Fall der Arbeitslosigkeit bestimmt, dass der unverschuldete Bezug von Arbeitslosenhilfe unschädlich war³⁶.

Ehegatten konnten auch unter 5 Jahren eine unbefristete Aufenthaltserlaubnis beantragen.

Der Bundesrat hat in dem Beschluss zum Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechte von international Schutzberechtigten und ausländischen Arbeitnehmern die vorgeschlagene Regelung aufgegriffen und mit einer abweichenden Formulierung als in Art. 1 Ziffer 2 b der BT-DrS 17/12193 als neuen Beschluss empfohlen³⁷. Der Vorschlag des Bundesrates lautet³⁸:

„Liegen die Voraussetzungen eines Daueraufenthaltsrechts nach Artikel 6 Absatz 1 dritter Spiegelstrich oder Artikel 7 des Beschlusses Nr. 1/80 des Assoziationsrates EWG/Türkei über die Entwicklung der Assoziation vor, ist die Aufenthaltserlaubnis mit einer Gültigkeitsdauer von mindestens fünf Jahren zu erteilen und mit dem Hinweis "Daueraufenthaltsrecht" unter Angabe der Rechtsgrundlage nach dem Assoziationsabkommen EWG/Türkei zu versehen.“

Ergebnis: Statt der Befristung sollte der Daueraufenthaltsstatus als unbefristet notifiziert werden. Wenn die Niederlassungserlaubnis (§ 9) als unbefristetes Aufenthaltsrecht für das Daueraufenthaltsrecht erteilt werden soll, dann ist sicher zu stellen, dass dies ohne die 5 jährige Beitragszahlung in die Rentenversicherung (§ 9 Abs. 2 Nr. 3 AufenthG) erfolgt. Es genügt, wenn die Betroffenen „sich auf einfache Art in deutscher Sprache mündlich verständigen“ können (§2 Abs.8 AufenthG, A1 GERR); ausreichende Kenntnisse der deutschen Sprache entsprechend § 9 Abs. 2 Nr. 7 AufenthG (B1 GERR – laut Ziffer 9.1.2.7 AVV zum AufenthG, §2 Abs.10 AufenthG) dürfen nicht gefordert werden. Ebenfalls unzulässig ist es Grundkenntnisse der deutschen Rechts- und Gesellschaftsordnung vorauszusetzen (§ 9 Abs. 2 Nr. 8 AufenthG).

³⁶ So auch Hailbronner: Ausländerrecht, 1984, Rn. 162

³⁷ BR-DrS 97/13, vom 22.03.2013

³⁸ BR-DrS 97/13, vom 22.03.2013 Zu Artikel 1 Nummer 3 Buchstabe c Doppelbuchstabe bb - neu - (§ 4 Absatz 5 Satz 3 - neu - AufenthG)

Die Fraktion DIE LINKE begehrt in ihrem Antrag eine allgemeine Prüfung der Verschlechterungsverbote. Mit dem Zuwanderungsgesetz wurden verpflichtende Integrationskurse eingeführt. Auf die Unvereinbarkeit einer solchen Verpflichtung für assoziationsberechtigte Türken wies bereits Gutmann hin, und die niederländischen Gerichte bestätigen diese Auffassung³⁹. Mit dem Gesetz zur Bekämpfung der Zwangsheirat wurde zum 01.07.2011 in § 8 Abs. 3 AufenthG die Regelung eingeführt, wonach die Aufenthaltserlaubnis nur für ein Jahr erteilt werden soll, solange verpflichtete Integrationskursteilnehmer den Kurs nicht erfolgreich abgeschlossen oder keinen anderweitigen Integrationsnachweis erbracht haben⁴⁰.

Dies ist mit der Stillhalteklausele nicht vereinbar, da sich türkische Staatsangehörige auf diese Klausel berufen können, wenn sie noch nicht mal in den Arbeitsmarkt integriert sind⁴¹.

Diese neue Maßnahme ist zudem eine aufenthaltsrechtliche Erschwernis, die den Weg zu einer unbefristeten Niederlassungserlaubnis versperren oder verzögern kann.

Die Regelung ist in bestimmten Fällen auch nicht mit der Rechtsprechung des BVerwG vom 22.05.2012 – 1 C 6.11 – zu vereinbaren, wonach bei einem assoziationsrechtlichen Daueraufenthaltsrecht mindestens 5 Jahre gültige Aufenthaltstitel zu erteilen sind.

Art. 1 Ziffer 2 Buchstabe c:

Die Wiedergabe von Art. 6 und 7 ARB 1/80 EWG/Türkei in den Absätzen 6 und 7 dient der Transparenz. Die Wiedergabe des Wortlautes dient der Praktikabilität und verdeutlicht, unter welchen Bedingungen die Aufenthaltserlaubnis nach gefestigter Rechtsprechung des EuGH ausgestellt wird. Die Einfügung des § 4 Abs. 8 im Gesetzentwurf dient inhaltlich der Verwirklichung des mit Ziffer 2.7 des Antrages der Fraktion Die Linke auf der BT-Drs. 17/7373 verfolgten Zieles. Die Benennung der maßgeblichen Bezugszeitpunkte für die Verschlechterungsverbote ist erforderlich und entspricht der EuGH-Rechtsprechung. Dies wahrt eine einheitliche Rechtspraxis. Die Vorschrift sichert spätere von der Rechtsprechung oder Gesetzgebung zugesprochene Rechte. Es erlaubt eine flexible Gesetzgebung, die nicht bei jeder Rechtsänderung Ausnahmetatbestände für türkische Staatsangehörige einfügen muss.

Der Meinungsstreit, ob beim Verschlechterungsverbot des Art. 7 ARB 2/76 auf den Beginn der ersten Stufe (1.12.1976) oder dem Zeitpunkt des Inkrafttretens (21.12.1976) abzustellen ist, hat für die Rechtspraxis keine Auswirkung, da nach meinem Kenntnisstand keine relevanten Änderungen in der Zwischenzeit erfolgt sind.

Art. 1 Ziffer 3:

§ 26 Abs. 2 Beschäftigungsverordnung und § 11 Abs. 2 des Entwurfs zur Änderung des Ausländerbeschäftigungsrechts (BR-Drs. 182/13) sehen eine Befristung für Spezialitätenköche von maximal 4 Jahren vor. Die Allgemeinen Anwendungshinweise des BMI vom 02.05.2002 knüpfen an die türkische Staatsangehörigkeit an. Dies ist eindeutig darauf ausgelegt, ein Hineinwachsen in das

³⁹ Gutmann, „Integration durch Kurse?“, InfAusR 2005, 45 ff;
Rechtsbank Rotterdam, Urte. v. 12.08.2008,
08/4394 und 09/3814

⁴⁰ BGBl. I Nr. 33 vom 30.06.2011, S. 1266 ff

⁴¹ Wissenschaftlicher Dienst des Bundestages, WD 3 – 3000 - 188/11, vom 21.06.2011, S. 15

Assoziationsrecht zu verhindern, was mit der speziellen Regelung des Art. 10 ARB 1/80 unvereinbar ist. Es liegt auch ein Verstoß gegen das allgemeine Diskriminierungsverbot des Art. 9 AssAbk sowie gegen Art. 13 ARB 1/80 EWG/Türkei vor.

Um zu verhindern, dass die unzulässige Diskriminierung auf andere Berufsgruppen ausgedehnt werden kann, ist die vorgeschlagene Regelung notwendig.

Art. 1 Ziffer 4:

Will man in der Systematik des Aufenthaltsgesetzes verbleiben, so kommt für die Bescheinigung des unbefristeten Daueraufenthaltsrechtes nur die Niederlassungserlaubnis in Frage (vgl. aber die obigen Ausführungen zu Art. 1 Ziffer 1b).

§ 9 Abs. 2a des Entwurfs setzt in Analogie zum FreizügG/EU das unbefristete Daueraufenthaltsrecht und in der Terminologie des geltenden Aufenthaltsgesetzes um.

Dies ist einer Analogie zu §§ 9a-c Daueraufenthaltserlaubnis-EU vorzuziehen, da dies genauere Vorgaben zum Erwerb des Rechtsstatuts beinhaltet, die beispielsweise von Art. 7 ARB 1/80 EWG/Türkei nicht vorgesehen sind. Des Weiteren würde ein Rechtsstatus nach §§ 9a-c AufenthG die eingeschränkte Arbeitnehmerfreizügigkeit in den Mitgliedstaaten beinhalten, während dies im Assoziationsrecht noch nicht vorgesehen ist.

Der EuGH hat keine assoziationsrechtlichen Vorgaben zu dem Aufenthaltsrecht von Personen judiziert, die aus dem Erwerbsleben in Folge des Erreichens des Rentenalters oder voller Erwerbsminderung ausscheiden.

Dem sozialen Zweck des ARB 1/80 EWG/Türkei folgend ist eine nationale Regelung für diese Personengruppe erforderlich. Es ist nach der Rentengesetzgebung durchaus möglich, dass im Rentenbezug ergänzende Sozialleistungen erforderlich werden. Trotz jahrzehntem Aufenthalt und völkerrechtlichen Absicherungen nach Art. 8 EMRK, Art. 3 Abs. 3 ENA, Art. 1 EFA, Art. 9 des Assoziationsabkommens und Art. 3 ARB 3/80 kann es dadurch zu aufenthaltsrechtlichen Härten kommen⁴².

Die Regelung im Entwurf ist zu begrüßen und schließt eine menschenrechtliche Lücke.

Art. 1 Ziffer 5:

In Art. 41 ZP werden selbständig Erwerbstätige, Freiberufler und Gewerbetreibende begünstigt. Erfasst sind sowohl natürliche als auch juristische Personen. 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.

Der Entwurf sieht keinen materiell rechtlichen Anspruch auf visafreie Einreise und voraussetzungslose Zulassung der Niederlassung vor. Allerdings sieht der Entwurf von § 21 Abs. 7 AufenthG vor, dass die Voraussetzungen für die Niederlassung erleichtert werden.

Seit dem 01.08.2012 ist durch das Gesetz zur Umsetzung der Hochqualifizierten-Richtlinie § 21 AufenthG erneut grundlegend verändert worden. Die Hürden für die Niederlassung sind weiter entschärft worden. Es muss kein übergeordnetes wirtschaftliches Interesse mehr bestehen und regionale Bedürfnisse können stärker berücksichtigt werden. Ein bestimmtes Investitionsvolumen ist

⁴² HK-AusIR/Keßler, Anhang 1 zum AufenthG, dort Rz. 21

nicht mehr erforderlich. Dies nähert sich der früheren Praxis vor dem AuslG 1990 an. Laut Bundesinnenministerium ist inzwischen das Gegenseitigkeitsprinzip aufgrund zahlreicher gesetzlicher Anpassungen in der Türkei im Deutsch-Türkischen-Niederlassungsabkommen gewahrt⁴³. Dies soll vom Ministerium in der Bund-Länder-Referentenbesprechung vom 15./16.04.2008 gegenüber den Ländern kommuniziert worden sein. Daher ist nach geltendem Recht § 21 Abs. 2 AufenthG als Anspruchsgrundlage für die beabsichtigte selbständige Erwerbstätigkeit von türkischen Staatsangehörigen mit heranzuziehen. Das Ermessen der Behörde wird durch das Gegenseitigkeitsprinzip weiter beschränkt.

Die engen deutsch-türkischen Wirtschaftsbeziehungen und der wachsende türkische Markt haben das Interesse türkischer Unternehmer, in Deutschland investieren zu wollen, geweckt.

Es ist ein wachsender Kapitalzufluss aus der Türkei nach Deutschland zu beobachten. Mit der Änderung würde ein wichtiges politisches Signal gesendet und die Unsicherheit für türkische Unternehmer beseitigt.

Art. 1 Ziffer 6 und 7:

Ein Anspruch auf Familienzusammenführung ergibt sich nach ständiger Rechtsprechung des EuGH aus dem Assoziationsabkommen nicht. Der Nachzug muss vorher gestattet werden⁴⁴. Hieraus werden bislang jedoch mitunter falsche Konsequenzen für die Befugnisse der Mitgliedstaaten gezogen.

Exkurs: Das Erfordernis deutscher Sprachkenntnisse ist nach Auffassung der EU-Kommission im EuGH-Verfahren „Imran“ mit Art. 7 Abs. 2 der Familienzusammenführungsrichtlinie nicht vereinbar.

„Die Mitgliedstaaten haben die Möglichkeit, Integrationsmaßnahmen zu verlangen. Diese müssen jedoch angemessen sein und dürfen nicht als Mechanismus funktionieren, das Richtlinienziel, nämlich die Begünstigung der Familienzusammenführung, zu beeinträchtigen. Sie dürfen daher nicht zu einer Ablehnung der Familienzusammenführung führen. Die einzige Situation, in der Integrationsprobleme zu einer Ablehnung führen können, wird in Artikel 4 (1), letzter Unterabsatz der Richtlinie beschrieben. Artikel 7 (2) der Richtlinie muss so ausgelegt werden, dass dieser ein Verbot darstellt, dass ein Mitgliedstaat einem Familienmitglied, wie beschrieben in Artikel 4 (1) (a) der Richtlinie, eines sich rechtmäßig in diesem Mitgliedstaat aufhaltenden Drittstaatsangehörigen ausschließlich aus dem Grund die Einreise und den Aufenthalt verweigert, dass dieser Familienangehörige die nach den Rechtsvorschriften dieses Mitgliedstaats vorgeschriebene Eingliederungsprüfung im Ausland nicht bestanden hat. Andere Faktoren sind in dieser Angelegenheit nicht relevant“⁴⁵.

Würde man zum Ergebnis gelangen, dass die deutsche Regelung richtlinienkonform ist, so müsste zunächst zwingend geprüft werden, ob die Union und die Mitgliedstaaten als Transformationsakt

⁴³ Antwortschreiben des BMI an den Unterzeichner nach IFG vom 10.02.2012, Az Z4 - 004 294-2211; so bereits die Bundesregierung in Antwort auf die Kleine Anfrage der FDP, BT-Drs. 16/7268, S. 2

⁴⁴ B. Huber, AufenthG, 2010, ARB 1/80, Art. 7, Rn. 2; Gutmann, „Familiennachzug und Sprachkenntnisse“, ZAR 2010, 95

⁴⁵ Stellungnahme der EU Kommission im Verfahren C-155/11 PPU vom 04.05.2011, S.j.g (2011) 540657, abgedruckt in ANA-ZAR Dok. 1476b, die von Sevim Dagdelen (DIE LINKE.) in Auftrag gegebene deutsche Übersetzung liegt dem Verfasser vor.

einer Richtlinie einem gemischt völkerrechtlichen Vertrag einseitig einen anderen Inhalt geben dürfen, weil sie die StillhalteklauseIn gegenüber einem Vertragspartner nicht beachten. Nach meinem Verständnis ist dies im Anwendungsbereich der StillhalteklauseIn weder von der Union noch von den Mitgliedstaaten einseitig zulässig.

Neben der Unvereinbarkeit des Spracherfordernisses mit der Familienzusammenführungsrichtlinie stellt sich bei türkischen Staatsangehörigen die Frage nach der Vereinbarkeit mit dem Verschlechterungsverbot aus dem Assoziationsrecht⁴⁶.

In zeitlicher Hinsicht sind die günstigsten Nachzugsbestimmungen anzuwenden. So ist es möglich, einen Aufenthalt im Inland zu legalisieren, wenn der Familiennachzug gesetzlich (z. B. § 9 Abs. 2 DVAuslG 1997) oder durch Verwaltungsvorschriften (Ländererlasse) auch nach der Einreise legalisiert werden konnte.

So hat der EuGH in der Rechtssache Dereci entschieden, dass die österreichischen Regelungen anzuwenden sind, die zwischen 1997 und 2005 für einen Ehegatten von einer österreichischen Staatsangehörigen galten, sofern keine Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung vorliege⁴⁷. Nach der vor dem 1. Januar 2006 geltenden Rechtslage des Fremdenwesengesetzes 1997 (FrG) durfte jeder Ehegatte eines Österreicher – gleich welcher Staatsangehörigkeit – den Antrag auf Erteilung eines Aufenthaltstitels im Inland stellen und die Entscheidung im Inland abwarten („Aushebelung der Inländerdiskriminierung“). Mit der am 1. Januar 2006 in Kraft getretenen Änderung der neuen Rechtslage wurde diese günstige Regelung aufgehoben.

Der Entscheidung Dereci folgend ergingen zwei Beschlüsse des österreichischen Verwaltungsgerichtshofs, wonach türkische Staatsangehörige sich auf die günstigen Bestimmungen des FrG berufen und den Antrag auf Niederlassung im Inland stellen können⁴⁸.

Inzwischen ist aufgrund der Dereci-Entscheidung die österreichische Regierung, wie zuvor die niederländische Regierung, von der Anforderung von Sprachkenntnissen beim Familiennachzug vor der Einreise bei türkischen Staatsangehörigen abgerückt.

Bislang wurden die Stillhaltevorschriften trotz der EuGH-Entscheidungen Tum & Dari sowie Sahin für den Bereich des Familiennachzugs von der Bundesregierung und dem Bundesverwaltungsgericht als nicht einschlägig erachtet.

Ich habe oben unter C. jedoch ausführlich begründet, dass auch die erstmalige Einreise verfahrensrechtlich von der StillhalteklauseIn erfasst ist.

Art. 13 ARB 1/80 und Art. 7 ARB 1/80 sind ihrem sozialen Zweck entsprechend extensiv auszulegen⁴⁹. Unter Beachtung von Art. 8 EMRK, Art. 6 Grundgesetz und dem sozialen Zweck von Art. 6 und 7 ARB 1/80 wird in das Recht des im Mitgliedstaat ordnungsgemäß beschäftigten türkischen Arbeitnehmers auf Achtung seines Familienlebens eingegriffen, wenn ihm neue Erschwernisse für den Familiennachzug aufgebürdet werden. Bevor die gewünschte Familieneinheit des Arbeitnehmers realisiert werden kann, müssen Kosten, Reisen und erfolgreiche Prüfungen beigebracht werden. Die Familientrennung ist nach Interpretation des BVerwG bis zu 3 Jahre zulässig. Somit wird auch sein

⁴⁶ So bei der Dienstleistungsfreiheit bereits *Behnke*, ANA-ZAR 1/2008, 1; *Zeran*, ASYLMAG 2010, 367

⁴⁷ EuGH, Urt. v. 15.11.2011, C-256/11 – Dereci u. a., Rn. 87 ff

⁴⁸ Österr. VGH, Beschwerdeentscheidung vom 13.12.2011, Az 2008/22/180

Österr. VGH vom 19.01.2012, Az 2008/22/0837

⁴⁹ *Zeran*, ASYLMAG 2010, 363

Recht beschnitten, wenn sich die Rechtslage zu seinen Ungunsten oder zu Ungunsten seines Familienangehörigen verschlechtert.

Der EuGH hat in der Rechtssache Toprak klar entschieden, dass die Mitgliedstaaten verpflichtet sind, auch solche neuen Beschränkungen zu unterlassen, die nicht unmittelbar die Arbeitnehmerfreizügigkeit betreffen, sich aber mittelbar auf diese auswirken können⁵⁰. Neue Erschwernisse im Bereich des erstmaligen Zugangs im Rahmen des Familiennachzuges treffen nicht nur den nachzugswilligen Ehegatten, sondern beeinträchtigen auch die Rechte des in Deutschland lebenden türkischen Stamberechtigten, da ein untersagter Familiennachzug sich negativ auf die Verwirklichung der Freizügigkeit des stambberechtigten Arbeitnehmers auswirken kann.

Art. 13 ARB 1/80 soll dazu beitragen, die Beschäftigung und den Aufenthalt des Stambberechtigten zu fördern, indem ihm die Aufrechterhaltung seiner familiären Bande garantiert wird und günstige Voraussetzungen für den Familiennachzug geschaffen werden⁵¹. Daher folgert der Wissenschaftliche Dienst des Bundestages, dass die Voraussetzung einfacher Sprachkenntnisse in § 30 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG auf Familienangehörige türkischer Staatsangehöriger nicht anwendbar ist.

Den nachzugswilligen Familienangehörigen ist die Erwerbstätigkeit gestattet, so dass das Erfordernis von Sprachkenntnissen den Zugang zur Erwerbstätigkeit im Nachzugsfalle erschwert. Dem Familienangehörigen wird im Nachzugsfalle eine Arbeitnehmerposition in Aussicht gestellt. Der Zugang zum Arbeitsmarkt kann erst nach Besuch eines kostenpflichtigen Kurses und der erfolgreichen Teilnahme an einer Prüfung erfolgen. Die Erfahrungen zeigen, dass je nach Bildung und wirtschaftlichen Voraussetzungen mehrere Monate oder Jahre vergehen können, bis der Zugang schließlich realisiert werden kann. Nicht ausgeschlossen ist, dass im schlimmsten Falle gar kein Zugang zum Arbeitsmarkt möglich ist, weil der Test nach aktueller Praxis in manchen Fällen wiederholt nicht bestanden wird. Damit stellt der Spracherwerb sowohl von den Kosten als auch von der benötigten Zeit her ein erhebliches Hindernis des Zugangs zum Arbeitsmarkt dar.

Wenn man wie die Bundesregierung bislang argumentiert, dass durch den Begriff der Ordnungsgemäßheit nur die bereits im Bundesgebiet aufhältige Personen begünstigt werde⁵², so ist dieser Einwand gegenüber dem Stambberechtigten nicht haltbar. Niemand vertritt bislang die Position, dass der Familiennachzug an unerlaubt aufhältige Personen gestattet werden müsse.

Das Erfordernis der „Ordnungsgemäßheit“ kann in Deutschland unter Beachtung des § 21 Abs. 3 AuslG 1965 durch Stellung eines Antrages erreicht werden. Die Argumentationslinie der Bundesregierung fordert geradezu dazu auf, ohne Visum einzureisen und den Antrag im Bundesgebiet zu stellen.

Die deutsche Regelung hat zudem eine europarechtlich unzulässige Diskriminierung zur Folge. Da einige Staatsangehörige (z.B. Japaner, Südkoreaner etc.) keine Sprachkenntnisse beim Ehegattennachzug vorweisen müssen, werden türkische Staatsangehörige beim Zugang zum Arbeitsmarkt aufgrund ihrer Staatsangehörigkeit diskriminiert.

Meines Erachtens verstößt dies gegen das Diskriminierungsverbot aus Art. 10 ARB 1/80. Bei Selbständigen und Dienstleistern folgt die Unzulässigkeit aus dem allgemeinen Diskriminierungsverbot aus Art. 9 AssAbk.

⁵⁰ EuGH, Urt. v. 09.12.2010 Rs. C-300/09+301/09, Rn. 40 u 41 (Toprak & Oguz)

⁵¹ Wissenschaftlicher Dienst des Bundestages WD 3 – 3000 - 188/11 vom 21.06.2011, S. 13; mit gleichem Ergebnis, aber z. T. anderen rechtlichen Erwägungen S. Weh, InfAuslR 2008, 383 ff

⁵² Antwort der BReg auf eine Große Anfrage der Fraktion DIE LINKE, BT-Drs. 17/12071, Frage 23

Die in der Gesetzesbegründung zu den Sprachanforderungen beim Ehegattennachzug vorgebrachte und bislang ohne substantiellen Nachweis gebliebene Argumentation, dass Zwangsverheiratungen verhindert würden oder die Integration gefördert werde, erscheint in diesem Kontext unglaublich, da manche Staatsangehörige von dem Erfordernis der Sprachkenntnisse befreit sind. In §27 Abs.1a Ziffer 2 AufenthG gibt es eine gesetzliche Grundlage, die auf eine Notsituation als Versagungsgrund abstellt. Weitere Massnahmen sind weder erforderlich noch verhältnismäßig.

Dem EuGH wurden die obigen Problemkreise durch die 29. Kammer des VG Berlin zur Vorab-Entscheidung vorgelegt⁵³. Da die Klägerin in diesem Fall den geforderten Sprachnachweis beigebracht hat, könnte eine Erledigung eingetreten sein.

Allerdings hat auch die 23. Kammer des VG Berlin am 13.02.2013 einen ähnlichen Vorlagebeschluss an den EuGH gerichtet, so dass der EuGH möglicherweise weiterhin eine Entscheidungserheblichkeit erkennen könnte⁵⁴.

Aufgrund der hier vertretenen Auffassung zur Tragweite der Stillhalteklauseln folgt auch, dass die im Jahr 2007 vorgenommene Erhöhung des Nachzugsalters eines Ehegatten auf 18 Jahre (§ 30 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG) nicht mit dem Verschlechterungsverbot zu vereinbaren ist.

Wie bereits oben (vgl. Art 1 Ziffer 2a) kritisiert, ist der Schutzbereich der Stillhalteklauseln nicht vom Besitz des Aufenthaltstitels nach § 4 Abs. 5 AufenthG abhängig. Daher sollte im Entwurf auch nicht auf den Besitz des Titels abgestellt werden.

Eine derartige Einschränkung ist unzulässig. Eine Bezugnahme auf die türkische Staatsangehörigkeit würde genügen.

Die vorgeschlagene Änderung von § 31 ist die konsequente Umsetzung der EuGH-Entscheidung Toprak und als Klarstellung des Gesetzes begrüßenswert. Die Bundesregierung hat auf eine Kleine Anfrage der Fraktion DIE LINKE auf BT-Drs. 17/4623 zu Frage 1 eingeräumt, dass die Verschärfung des § 31 dem Anwendungsbereich von Art. 13 ARB 1/80 unterfällt. Sie hielt allerdings eine Gesetzesänderung in Hinblick auf die Öffnungsklausel nach § 4 Abs. 1 Satz 1 und 5 AufenthG nicht für erforderlich. Die Ausländerbehörden seien bei der Anwendung des Aufenthaltsgesetzes grundsätzlich gehalten, vorrangig anzuwendendes Assoziationsrecht zu berücksichtigen und anzuwenden. Dies überzeugt angesichts der Vielzahl der zu beachtenden Sonderregelungen und angesichts der Verpflichtung zu einer effektiven Umsetzung europarechtlicher Bestimmungen nicht.

⁵³ VG Berlin, Vorlagebeschluss vom 25.10.2012, VG 29 K 138.12 V – EuGH Rs Ayalti, C 513/12

⁵⁴ VG Berlin, Vorlagebeschluss vom 13.02.2013, VG 23 K 91.12 V

Art. 1 Ziffer 8 und 9:

Exkurs:

Das Nachzugsalter für minderjährige Kinder war bis zur gesetzlichen Festschreibung vor Vollendung des 16. Lebensjahres durch § 20 Abs. 2 Nr. 2 AuslG 1990 durch Ländererlasse bzw.

Verwaltungsvorschriften geregelt. Grundsätzlich konnte der Kindernachzug bis zur Vollendung des 18. Lebensjahres ermöglicht werden.

Nach Inkrafttreten des Art. 13 ARB 1/80 wurde durch Kabinettsbeschluss vom 02.12.1981 empfohlen, den Kindernachzug auf das Alter bis zur Vollendung des 16. Lebensjahres zu beschränken⁵⁵. Der Kabinettsbeschluss wurde nicht in die Verwaltungsvorschriften eingearbeitet, so dass er für die Länder nicht bindend war⁵⁶. So hat es trotz gewisser Vereinheitlichungen einzelne Abweichungen gegeben. Bremen hat die Altersbeschränkung beispielsweise nicht übernommen. Hessen nahm sie zunächst an und hob sie mit Erlass vom 13.07.1984 wieder auf 18 Jahre an.⁵⁷ Es sollte ähnlich dem § 28 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG durch eine ergänzende Regelung klargestellt werden, dass der Kindernachzug bis zur Volljährigkeit erfolgen kann.

Art. 1 Ziffer 8:

Dies ist für die Praxis bedeutsam, da Behörden sich in erster Linie nicht nach abstrakten deklaratorischen Rechten orientieren, sondern in erster Linie prüfen, ob und wenn ja, welchen Aufenthaltstitel eine Person besitzt. Es sollte vermieden werden, dass vermeintliche Lücken in der Aufenthaltsbiografie entstehen. Nach § 96 Abs. 3 AuslG (1997) wurden die Zeiten der Befreiung vom Erfordernis der Aufenthaltserlaubnis dem Besitz der Aufenthaltserlaubnis gleichgestellt. In den Übergangsvorschriften §§ 101-103 AufenthG ist diese Gleichstellung nicht mehr enthalten. § 34 Abs. 2 und 3 AufenthG sind problematisch in der Praxis. Nachdem sich das Aufenthaltsrecht der Kinder mit Volljährigkeit in ein eigenständiges Aufenthaltsrecht verselbständigt hat, ist der weitere Aufenthalt von der Lebensunterhaltssicherung abhängig. Nicht vielen Jugendlichen gelingt dies, so dass sie mit Ausreiseaufforderungen konfrontiert werden.

Es gibt Fälle, die nicht über § 35 erfasst werden können. Daher sollte neben § 35 in § 34 Abs. 3 bzw. § 35 eine Regelung aufgenommen werden, die den Verwaltungsvorschriften zum AuslG 1965 i.d.F von 1978 entspricht.

§ 7 Ziffer 4 (3) erhielt seinerseits folgende neue Fassung:

(3) Bei Kindern ausländischer Arbeitnehmer, die in ihrem Haushalt leben, ist entsprechend Absatz 1 zu verfahren; der Besitz der Arbeitserlaubnis ist nicht erforderlich. Wenn sie über ausreichende Kenntnisse der deutschen Sprache verfügen und der ausländische Arbeitnehmer bereits eine unbefristete Aufenthaltserlaubnis besitzt, soll ihnen in der Regel schon vor Ablauf von fünf Jahren eine unbefristete Aufenthaltserlaubnis erteilt werden. Kindern, die das 18. Lebensjahr vollendet haben, ist in der Regel die unbefristete Aufenthaltserlaubnis zu erteilen, wenn sie sich ununterbrochen fünf Jahre in der Bundesrepublik Deutschland aufgehalten haben und eine Aufenthaltserlaubnis besitzen.

⁵⁵ Hailbronner, Ausländerrecht, 1984, Rn. 309 ff; Beschluss der BReg „zur sozialverantwortlichen Steuerung der Familienzusammenführung von Ausländern aus Nicht EG Staaten“, ZAR 1981, 159; InfAuslR 1981, 306

⁵⁶ Vgl. Übersicht über die Ländererlasse, InfAuslR 1982, 115 f und InfAuslR 1981, 306 f

⁵⁷ Hailbronner, AuslR, 1984, Rn. 311 ff

Kindern, die sich vor Vollendung des 16. Lebensjahres ununterbrochen fünf Jahre in der Bundesrepublik aufgehalten haben und weiterhin aufhalten, ist in der Regel schon die erste Aufenthaltserlaubnis unbefristet zu erteilen(...).

Demnach sollte ein unbefristetes Aufenthaltsrecht nach 5jährigem rechtmäßigem Aufenthalt an Kinder erteilt werden, wenn sie mit einem Elternteil in häuslicher Lebensgemeinschaft leben. § 35 AufenthG stellt eine Verschlechterung für diese Kinder dar. Es ist für diese Kinder nicht möglich, vor der Vollendung des 16. Lebensjahres eine unbefristete Aufenthaltserlaubnis zu erhalten.

Art 1. Ziffer 9

Ist wie oben zu Ziffer 8 dargelegt empfehlenswert.

Art. 1 Ziffer 10b :

Der deutsche Gesetzgeber hat 2005 mit § 4 Abs. 5 AufenthG eine unzulängliche gesetzliche Norm für das Assoziationsrecht erlassen⁵⁸. Die Bescheinigung des deklaratorischen Aufenthaltsrechts nach § 4 Abs. 5 ist ein feststellender Verwaltungsakt. Nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz kann dieser feststellende Verwaltungsakt erlöschen oder widerrufen werden. Auch für diese Fälle muss ein Verwaltungsakt erlassen werden. Der Entwurf weist zu Recht darauf hin, dass vor der Ausreisepflicht zunächst die Beseitigung dieses feststellenden Verwaltungsaktes erforderlich ist. Andernfalls trifft die Behörde nur eine Entscheidung für den nationalen Aufenthaltstitel, ohne den assoziationsrechtlich festgestellten Status zu beseitigen.

Die vorgeschlagenen Widerrufsgründe folgen der bisherigen EuGH-Rechtsprechung zu Art. 6 und 7 ARB 1/80 EWG/Türkei. Da der Zeitraum des Verlassens des Bundesgebietes sowohl auf subjektiven als auch auf objektiven Gründe beruhen kann, ist eine Einzelfallbetrachtung erforderlich und einer zeitlichen Vorgabe vorzugswürdig.

Art. 1 Ziffer 11

Vorbemerkung: Die im deutschen Ausweisungsrecht vorhandene Konzeption von Ist-, Regel- und Kann-Entscheidungen ist seit den Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts in dieser Form nicht haltbar, da das BVerfG eine an Art. 8 EMRK zu messende umfassende Verhältnismäßigkeitsprüfung vorgibt⁵⁹.

Unter Beachtung von Art. 3 Abs. 3 Europäisches Niederlassungsabkommen sollte der Ausweisungsschutz der assoziationsberechtigten Person als Ermessensentscheidung für die Praxis neu ausgestaltet werden, damit die EuGH-Rechtsprechung in der Praxis beachtet wird.

Der EuGH hatte bislang die Rechtsprechung bei Ausweisungen von Unionsbürgern („ordre public Vorbehalt“, jetzt Art. 45 Abs. 3 AEUV) aufgrund des ähnlichen Wortlauts des Art. 14 ARB 1/80 weitgehend auf türkische Staatsangehörige übertragen. Der EuGH hat mit der Entscheidung Ziebell –

⁵⁸ Zur Kritik an der Norm: Zeran, ASYLMAG 2010, 363 ff

⁵⁹ BVerfG, Beschluss v. 10.05.2007, 2 BvR 304/07 und Beschluss v. 10.08.2007, 2 BvR 535/06

nicht überraschend – festgestellt, dass türkische Staatsangehörige keine Unionsbürger sind⁶⁰.

Der besondere Ausweisungsschutz für Unionsbürger aus Art. 28 Abs. 3 RL 2004/38/EG könne daher aus systematischen und teleologischen Gründen nicht auf türkische Staatsangehörige übertragen werden. Aufgrund der aufgehobenen Richtlinie 64/221/EWG, die bislang den rechtlichen Maßstab bei Ausweisungen bildete, meinte der EuGH, einen neuen Bezugsrahmen für den Ausweisungsschutz wählen zu müssen. Aus meiner Sicht hätte es ohne weiteres genügt, den Bezugsrahmen aus Art. 28 Abs. 1 und Abs. 2 der RL 2004/38/EG zu wählen. Warum der Gerichtshof die rechtliche Grundlage austauschte und zudem mit der „Unerlässlichkeit“ der Maßnahme eine neue Kategorie in das Ausweisungsrecht einführte, ist kaum nachvollziehbar⁶¹.

Es ist begrüßenswert, dass die Verlustfeststellungen aus § 6 FreizügG/EU als Vorbild für die Neukonzeption übernommen werden. Die Absätze in § 56a-Entwurf entsprechen überwiegend dem Aufbau des § 6 FreizügG/EU.

§ 56a Abs. 1 des Entwurfs (vgl. § 6 Abs. 1 Satz 3 FreizügG/EU) übernimmt die für Unionsbürger in Artikel 29 der Richtlinie 2004/38/EG enthaltene Regelung. Eine ähnliche Vorschrift enthält Art. 18 der Daueraufenthaltsrichtlinie 2003/109/EG. Art. 14 Abs. 1 ARB 1/80 EWG/Türkei sieht eine Beschränkung vor, wenn die Gesundheit betroffen ist. § 55 Abs. 2 Nr. 5 AufenthG ermöglicht bei Gefährdung der öffentlichen Gesundheit eine Ausweisung.

Die Vorschriften halte ich vom praktischen Nutzen her für überbewertet und überflüssig. Sie bieten Gelegenheit für populistische Forderungen, ohne dass die Vorschrift zur Anwendung kommen wird. Die Erfahrung im Nationalsozialismus und in der jüngeren deutschen Geschichte zeigt, dass eine Aufenthaltsbeendigung nicht auf gesundheitliche Gründe gestützt werden sollte. Ich erinnere an einige Politiker, als die HIV-Epidemie ausbrach, die sich in populistischen Forderungen überschlugen. Sachliche Debatten über Krankheiten und deren Ursachen werden so erschwert.

§ 56a Abs. 2-Entwurf (vgl. § 6 Abs. 2 FreizügG/EU) stellt im Sinne der EuGH-Rechtsprechung sicher, dass keine generalpräventive Maßnahmen ergriffen werden dürfen.

Der EuGH hatte bislang die Rechtsprechung zur Ausweisung von Unionsbürgern („ordre public Vorbehalt“, jetzt Art. 45 Abs. 3 AEUV) aufgrund des ähnlichen Wortlauts des Art. 14 ARB 1/80 weitgehend auf türkische Staatsangehörige übertragen. Der EuGH hat in seiner Ziebell-Entscheidung zwar den Bezugsrahmen aus Art. 28 Abs. 3 der RL 2004/83/EG mit Art. 12 RL 2003/109/EG ausgetauscht, hat aber an seinen vorgegebenen Kriterien beim Ausweisungsschutz festgehalten.

§ 56a Abs. 3-Entwurf (vgl. § 6 Abs. 3 FreizügG/EU) stellt die menschenrechtlichen Vorgaben des EGMR und des BVerfG bei einer Ausweisungsentscheidung zusammenfassend dar und lehnt sich an Art. 12 Abs. 3 RL 2003/109/EG und Art. 28 Abs. 1 RL 2004/38/EG an.

§ 56a Abs. 4-Entwurf (vgl. sinngemäß § 6 Abs. 4 FreizügG/EU) sollte die Vorgabe aus Art. 3 Abs. 3 Europäisches Niederlassungsabkommen ergänzend übernehmen und nach 10jährigem Aufenthalt die Ausweisung nur bei *besonders schwerwiegenden* Gründen für zulässig erklären.

Damit würde eine Annäherung zu Art. 28 Abs. 3 RL 2004/38/EG erfolgen, was vom EuGH in der Ziebell-Entscheidung zwar aus systematischen Gründen abgelehnt wurde, sich aber bei näherer

⁶⁰ EuGH, Urt. v. 08.12.2011, Rs. C 371/08 (Ziebell ancienne Örnek)

⁶¹ So zutreffend *Dienelt*, Onlinekommentar, ARB 1/80, Art 14, www.migrationsrecht.net

Betrachtung anbietet. Ein abgestuftes System nach Aufenthaltsdauer enthält die RL 2003/109/EG nicht.

Bei dieser Gelegenheit sollte der Gesetzgeber auch der Empfehlung des Europarates zum besonderen Ausweisungsschutz von Minderjährigen und der sogenannten zweiten Ausländergeneration folgen und eine Ausweisung dieser Personen grundsätzlich ausschließen, da diese Menschen hier sozialisiert werden und mit der Ausweisung eine doppelte Bestrafung und Entwurzelung erfahren.

§ 56a Abs. 5-Entwurf (vgl. § 6 Abs. 5 FreizügG/EU) entspricht den Vorgaben des EuGH

§ 56a Abs. 6-Entwurf (vgl. § 6 Abs. 6 FreizügG/EU) sollte aus Einheitlichkeitsgründen beibehalten werden, obwohl m.E. systematisch auch eine Einfügung in § 52 AufenthG (vgl. § 52 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG) möglich erscheint. Es könnte z.B. in § 52 Abs. 3a des Entwurfs als Ziffer 3 aufgeführt werden.

Beachte: In dem Gesetzentwurf fehlt bei der Aufzählung ein Absatz 7. Dies dürfte ein redaktionelles Versehen sein.

§ 56 a Abs. 9 Entwurf: Rechtsmittel gegen die Ausweisung haben aufschiebende Wirkung nach § 84 Abs. 1 AufenthG, sofern nicht die sofortige Vollziehbarkeit verfügt wird.

In der Praxis gibt es i.d.R. Stillhaltevereinbarungen der Gerichte mit den Behörden. Nur in den seltensten Fällen wird eine Abschiebung vor einer Entscheidung des Gerichtes vollzogen.

Nichtsdestotrotz ist eine gesetzliche Regelung wünschenswert, da die Praxis in den Bundesländern uneinheitlich ist, so z.B. bei Rechtsmitteln gegen die gerichtliche Entscheidung.

Die vorgeschlagene Regelung sollte generell im Sinne eines effektiven Rechtsschutzes nach Art. 19 Abs. 4 Grundgesetz für alle Rechtsmittel, die aufschiebende Wirkung haben, eingeführt werden.

Der Vollzug der Ausreisepflicht sollte dann gemäß den Vorgaben aus Art 7 der Rückführungsrichtlinie RL 2008/115/EG erst 30 Tage nach Rechtskraft der Verfügung bzw. Gerichtsbeschlusses möglich sein, wobei der freiwilligen Rückkehr immer der Vorzug zu geben ist.

Art. 1 Ziffer 12:

Da es sich bei der Assoziationsfreizügigkeit um ein Daueraufenthaltsrecht handelt, ist die derzeitige Praxis, die Verlängerung des Titels nach § 4 Abs. 5 AufenthG zu fordern und hierfür Gebühren zu erheben, rechtswidrig⁶². Die gesetzliche Pflicht, nach Fristablauf das Aufenthaltsrecht erneut bescheinigen zu lassen, greift ohne Rechtfertigung in ein geschütztes europäisches Aufenthaltsrecht ein und beschwert die Rechtsinhaber. Unionsbürger müssen keine Gebühren für die Bescheinigung ihres Daueraufenthaltsrechts zahlen (§ 2 Abs. 6 FreizügG/EU). Nichts anderes darf angesichts Art. 9 des Assoziationsabkommens für assoziationsrechtlich Daueraufenthaltsberechtigte gelten. Wenn der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts gefolgt wird, so ist zumindest

⁶²

Vgl. Zeran, EU- Türkei: Standstill der Gebühren, ANA ZAR 2010, Heft 1, S. 1 ff.
Der Republikanische Anwaltverein (RAV) hat ein Vertragsverletzungsverfahren gegen Deutschland wegen der Gebührenpraxis bezüglich türkischer Staatsangehöriger bei der EU-Kommission angeregt.

sicherzustellen, dass nach Ablauf von 5 Jahren keine Gebühren für die Verlängerung der Bescheinigung nach §4Abs.5 verlangt werden dürfen.

Türkische Staatsangehörige sind aufgrund der Stillhalteklausele auch vor dem elektronischen Aufenthaltstitel (eAT), der zum 01.09.2011 eingeführt wurde, geschützt.

Das Argument, dass mit dem eAT die EU-Verordnungen 1030/2002 und 380/2008 umgesetzt werden, greift nicht, da das Primärrecht (Assoziationsrecht) Vorrang vor dem Sekundärrecht (Verordnung und Richtlinie) genießt. So hat der EuGH in der Rs. Soysal den Mitgliedstaaten erklärt, dass sie nicht durch die sekundärrechtliche Visa-Verordnung primärrechtliche Ansprüche untergraben können. Nichts anderes gilt, wenn ein deklaratorisches Aufenthaltsrecht, das nach § 4 Abs. 5 AufenthG lediglich bescheinigt wird, zur Pflicht wird, während Unionsbürger hiervon befreit sind. Bei Unionsbürgern wird seit dem 29.01.2013 die Bescheinigung des deklaratorischen Freizügigkeitsrechts nicht mehr verlangt⁶³.

Die Bescheinigung und der Nachweis eines Aufenthaltsrechts nach dem Assoziationsabkommen können formlos in einem Formblatt erfolgen und zentral im AZR erfasst werden. Bei Schweizer Staatsangehörigen ist der eAT optional und keine Pflicht. Diese Möglichkeit sollte auch türkischen Staatsangehörigen eröffnet werden.

Ferner verstößt die Gebührenhöhe in Deutschland gegen das Stillhaltegebot und das Diskriminierungsverbot⁶⁴, da durch die Einführung des elektronischen Aufenthaltstitels die Gebühren deutlich erhöht worden sind. Das früher verwendete Klebeetikett kostete in der Produktion 0,78 Euro. Die Produktionskosten für den eAT werden mit 30,80 Euro und zusätzlichen Verwaltungskosten (19,20 Euro) angegeben, so dass eine generelle Erhöhung um bis zu 50,00 Euro vom Gesetzgeber? als angemessen erachtet wurde.

Inzwischen gibt es eine höchstrichterliche Klärung der rechtswidrigen Gebührenpraxis.

Das BVerwG hat mit Urteil vom 19.03.2013 - 1 C 12.12 - das VG Aachen bestätigt⁶⁵.

Die schriftlichen Urteilsgründe liegen noch nicht vor. In der Presseerklärung des Gerichtes heißt es: *„Als türkischer Arbeitnehmer kann sich der Kläger auf das Diskriminierungsverbot des Art. 10 und auf die Stillhalteklausele des Art. 13 des Beschlusses Nr. 1/80 des Assoziationsrats EWG-Türkei - ARB 1/80 - berufen. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union - EuGH - stellen Gebühren, die im Vergleich zu den von Unionsbürgern für entsprechende Aufenthaltsdokumente verlangten Gebühren unverhältnismäßig hoch sind, eine gegen Art. 10 ARB 1/80 verstoßende diskriminierende Arbeitsbedingung dar. Damit verletzen alle drei Gebührenbescheide, soweit der Kläger sie angefochten hat, das Diskriminierungsverbot. Denn von Unionsbürgern wurde bei Erlass der Bescheide für die Ausstellung vergleichbarer Dokumente eine Gebühr von höchstens 8 € erhoben. Auch der Hinweis auf die höheren Kosten für elektronische Aufenthaltsdokumente in Form einer Scheckkarte bei der Daueraufenthaltserlaubnis-EG rechtfertigt die verlangte Gebühr von 135 € nicht, weil entsprechende Dokumente für die Familienangehörigen von Unionsbürgern mit 28,80 € deutlich weniger kosten. Diese unionsrechtliche Begrenzung der Gebühren kommt über das Assoziationsrecht auch türkischen Staatsangehörigen zugute.“*

⁶³ Gesetz zur Änderung des FreizügG/EU und anderer aufenthaltsrechtlicher Bestimmungen, BGBl. 2013, Teil 1, S. 86 ff, vom 28.01.2013

⁶⁴ Ebd.

⁶⁵ BVerwG PM 17/2013 vom 19.03.2013

Die Fraktion Die Linke hatte in vielen Kleinen Anfragen an die Bundesregierung auf die rechtswidrige Gebührenpraxis und die Rechtsprechung des EuGH ergebnislos hingewiesen (vgl. z.B. die Bundestagsdrucksachen 17/413, 17/5884, Fragen 4 d/e und 9 bis 14, 17/9718, Frage 18, 17/9719, Fragen 14, 28 bis 30 und die Große Anfrage auf BT-Drs. 17/12071, Fragen 10 und 17). Die Bundesregierung hatte erklärt, dass eine niederländische Besonderheit nicht ins deutsche Recht übertragen werden könne und die Gebühren in Deutschland moderat seien.

Ergebnis: Der Gesetzesentwurf hat die Rechtsprechung des BVerwG zutreffend antizipiert.

§ 78 AufenthG sollte wie vorgesehen eine Optionslösung auch für türkische Staatsangehörige enthalten, so dass sie sich entweder für die elektronische Aufenthaltskarte oder eine Bescheinigung nach dem Muster für schweizerische Staatsangehörige entscheiden können.

Daneben bleibt weiterhin § 78a anwendbar, der ausnahmsweise das Aufenthaltsrecht durch das sehr günstige Klebeetikett bescheinigt.

Der Gesetzesentwurf kann in diesem Punkt für die erforderlich gewordene Änderung der AufenthV übernommen werden.

Die im Gesetzesentwurf vorgeschlagenen Änderungen in Art. 2 Ziffer 3 bis 5 sind erforderliche Folgeänderungen.

Um eine Vereinfachung für die Praxis zu erreichen, sollte man sich hinsichtlich der Gebührenhöhe an § 52 Abs. 2 AufenthV orientieren und keine Differenzierung nach befristeten und unbefristeten Aufenthaltstiteln unter Standstillaspekten vornehmen. Wenn das BVerwG die Gebührenhöhe aufgrund des allgemeinen Diskriminierungsverbotes auf 28,80 Euro beschränken will, so sollte dies bei türkischen Staatsangehörigen auch zur gesetzlichen Regel werden.

Die Gebührenbefreiung für Fiktionsbescheinigungen nach § 47 Abs. 1 Nr. 8 AufenthV sollte entsprechend § 52 Abs. 2 AufenthV letzter Satz auf türkische Staatsangehörige ausgedehnt werden, da die Bescheinigung früher ohne Gebührenerhebung ausgestellt wurde und dies sowohl mit den Stillhalteklauseln als auch mit dem allgemeinen Diskriminierungsverbot nicht vereinbar ist.

Wünschenswert wäre auch, § 54 AufenthV ergänzend zu ändern. Da spätestens seit der EuGH-Entscheidung *Niederlande* ./ . Kommission die Gebührenfrage vom EuGH auch abstrakt und nicht nur für den Einzelfall (*Sahin*) beantwortet wurde, sollte von Amts wegen eine Rückerstattung ermöglicht werden - als europarechtliche Wiedergutmachung. Aktuell können die Betroffenen nur über ein Widerspruchs- oder Klageverfahren die zu viel entrichteten Gebühren erstattet bekommen.

Art. 1 Ziffer 13 und 14:

Grundsätzlich sollten nach alter Rechtslage türkische Staatsangehörige die Aufenthaltserlaubnis vor der Einreise einholen, wenn der Aufenthalt mehr als drei Monate andauern sollte oder eine Erwerbstätigkeit beabsichtigt war (§ 2 Abs. 1–3 AuslG 1965, § 1 Abs. 2 DVAuslG 1965). Nach § 5 Abs. 1 AuslG konnte die Aufenthaltserlaubnis allerdings auch nach der Einreise erteilt werden. Gemäß § 21 Abs. 3 AuslG 1965 galt bei einem Antrag auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis der Aufenthalt bis zur Entscheidung der Behörde als erlaubt. Dies hatte ähnlich dem § 81 Abs. 3 AufenthG Fiktionswirkung und war an keine weitere Voraussetzung gebunden als die der

Antragstellung⁶⁶.

Der EuGH hat interessanterweise in der Rs. Dereci betont, dass durch die Stellung eines Antrages der Aufenthalt rechtmäßig werden kann, wenn nationale Vorschriften dies vorsahen⁶⁷.

Der EuGH wird sich im Falle einer niederländischen Vorlage aus dem Jahr 2012 zu ähnlichen Verfahrensvorschriften wie in § 21 Abs. 3 AuslG 1965 äußern⁶⁸.

In diesem Verfahren hat die Kommission auch für Art. 13 ARB 1/80 EWG folgende Schlussfolgerung gezogen:

- 63 Nach alledem ist die Kommission der Ansicht, dass Artikel 13 des Beschlusses Nr. 1/80 dahingehend auszulegen ist, dass diese Bestimmung auf jede neue, nach dem 1. Dezember 1980 eingeführte materiell- und oder verfahrensrechtliche Voraussetzung für die erste Zulassung anwendbar ist, die eine Verschärfung einer früheren Situation darstellt. Hierbei sind weder der Umstand, dass diese neue Bedingung teilweise darauf abzielt, die illegale Einreise und den illegalen Aufenthalt vor Einreichung eines Antrags auf Erteilung eines Aufenthaltstitels zu bekämpfen, noch der Umstand, dass der türkische Arbeitnehmer nicht alle materiellen Voraussetzungen und/oder Verfahrensbedingungen erfüllt, relevant⁶⁹.

Das bislang von der Bundesregierung vorgebrachte Argument (vgl. BT-Drs. 17/12071, zu Frage 23), wonach das Verschlechterungsverbot nach Art. 13 ARB 1/80 nur bei einem bereits bestehenden „ordnungsgemäßen“ Aufenthalt und nicht für die Bedingungen der erstmaligen Einreise von Familienangehörigen gelte, wird durch nationale Vorschriften, die diesen Antrag „ordnungsgemäß/rechtmäßig“ machen, entkräftet. Nichts anderes beinhaltet § 21 Abs. 3 AuslG 1965. Über § 9 DVAufenthG kann dadurch auch ein Aufenthaltstitel zum Zwecke der Familienzusammenführung erreicht werden.

Außerdem ist zu beachten, dass der stammberechtignte türkische Arbeitnehmer in Art. 13 ARB 1/80 stets einen ordnungsgemäßen Aufenthalt genießt, so dass im Bereich des familiären Aufenthaltes diese Argumentation leer läuft. Der Stammberechtignte ist im Falle der Verweigerung des Aufenthaltes des Nachzugs von Familienangehörigen aus eigenen Rechten (Art. 6 GG) befugt, Rechtsmittel zu erheben⁷⁰.

Es ist zu begrüßen, dass § 84 Abs. 3 AufenthG-E die Rechtmäßigkeitsfiktion der aufschiebenden Wirkung von Klage bzw. Widerspruch wieder einführt. Von Behörden wird die Auffassung vertreten, dass in diesen Fällen nur der Vollzug der Ausreisepflicht ausgesetzt sei. Dieser Standpunkt wird in Ziffer 84.1.2 der AllgVwV zum AufenthG ebenfalls vertreten. Behörden sind daher der Ansicht, dass in diesen Fällen lediglich eine (Duldungs-) Bescheinigung nach §60a AufenthG mit räumlicher Beschränkung in Frage käme.

⁶⁶ Renner/Dienelt, AuslR, § 4 Rn. 235

⁶⁷ EuGH, Urt. v. 15.11.2011, Rs. C-256/11, Rn. 99 f (Dereci)

⁶⁸ EuGH, Rs. C-225/12 (Demir)

⁶⁹ abrufbar: http://www.migrationsrecht.net/cat_view/363-rechtsprechung/391-rechtsprechung-eugh/607-stellungnahmen-der-kommission.html; die Übersetzung ins Deutsche veranlasste die Abgeordnete Sevim Dagdelen (DIE LINKE.)

⁷⁰ BVerwG, Urt. v. 27.08.1996, 1 C 8/94

Art. 1 Ziffer 15:

Die 2005 eingefügte Sanktionsvorschrift in § 98 Abs.2 ist abzuschaffen. Sie verstößt gegen Art. 13 ARB 1/80, Art. 10 ARB 1/80, Art. 41 ZP und Art. 9 AssAbk und stellt eine unzulässige Diskriminierung gegenüber Unionsbürgern dar, da diese seit dem Jahr 2000 keiner Sanktionen bei fehlendem Nachweis der Freizügigkeitsberechtigung unterliegen.

Art. 2 Ziffer 2:

Es ist unbestritten, dass die Einführung der Visapflicht für türkische Staatsangehörige nach dem Inkrafttreten von Art. 41 ZP (01.01.1973) erfolgt ist. Deutschland hat das deutsch-türkische Sichtvermerksabkommen von 1953 mit Wirkung zum 05.10.1980 gekündigt. Die 11. Änderung zum DVAuslG 1965 trat am 01.07.1980 in Kraft und hob die visafreie Einreise für türkische Staatsangehörige auf.

Das Europäische Übereinkommen über die Regelung des Personenverkehrs zwischen den Mitgliedstaaten des Europarates sah in Artikel 1 für einen Aufenthalt bis zu 3 Monaten die visafreie Einreise vor und wurde von Deutschland gegenüber der Türkei mit Wirkung zum 05.10.1980 suspendiert.⁷¹

Kaum eine Frage des Assoziationsrechts EWG/Türkei ist politisch und juristisch so ausführlich behandelt worden wie die Frage der visumfreien Einreise für türkische Staatsangehörige, die unter dem Aspekt der passiven Dienstleistungsfreiheit bzw. des Empfangs von Dienstleistungen erörtert wird⁷². Es wird diskutiert, ob zum einen die Vertragsparteien ein anderes Verständnis bei 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 müsse und nicht rein private Belange wie ein Besuchsaufenthalt von der Dienstleistungsfreiheit erfasst würden. Soweit der Dienstleistungsempfang lediglich eine untergeordnete Begleiterscheinung des eigentlichen Aufenthaltszwecks sei, fehle es nach dieser Ansicht bereits an der erforderlichen Nachhaltigkeit der Inanspruchnahme der passiven Dienstleistungsfreiheit.

Die Durchführbarkeit und Überwachung einer derartigen Unterscheidung ist jedoch faktisch weder mit den Kriterien der Finalität noch der Nachhaltigkeit möglich.

Ein Besuchsaufenthalt kann entgegen der Gepflogenheiten der türkischen Kultur auch so organisiert werden, dass die Dienste eines Hotels für die Übernachtung wahrgenommen werden. Wenn nun die

⁷¹ Europäisches Übereinkommen über die Regelung des Personenverkehrs zwischen den Mitgliedstaaten des Europarats SEV-Nr. 025

⁷² Zum Meinungsstand: Es wird überwiegend die Auffassung vertreten, dass Art. 41 ZP sowohl die aktive als auch die passive Dienstleistungsfreiheit erfasst (vgl. VG München, Urt. v. 09.02.2011, M 23 K 10.1983; VG Frankfurt, Urt. v. 22.05.2009 - 7 K 3732/08.F.-InfAuslR 2009, 327; VG Berlin, B. v. 25.02.2009 - VG 19 V 61.08; VG Darmstadt, B. v. 28.10.2005-8 G1070/05- InfAuslR 2006,45; VGH Mannheim, B. v. 15.02.2001- 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.

Hotelkosten die übrigen Aufenthaltskosten übersteigen, dann würde bei der Forderung der Nachhaltigkeit die Wirtschaftlichkeit überwiegen. Wer kann aber, außer durch Anlegen von Fußfesseln, überwachen, wie viele Tage in einem Hotel verbracht werden, um Dienste zu empfangen, und wie viele bei Verwandten?

Es gibt kein objektives Kriterium für die Finalität oder die Nachhaltigkeit der Dienstleistungsempfangnahme. Sind subjektive Kriterien hier völlig bedeutungslos?

Es ist je nach individuellem Budget möglich, an einem Tag für 10 Euro zu konsumieren, oder aber für 1.000 Euro und mehr. 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 teures Benzin gekauft.

Dieser Umstand ist umso bemerkenswerter, als entgegen dem Verständnis von Dienstleistungsfreiheit Beförderungsunternehmen Bußgelder drohen, wenn sie türkische Staatsangehörige visumfrei befördern. Durch ein solches Verständnis der Dienstleistungsfreiheit sind nicht nur die türkischen Bürger betroffen, sondern auch die Beförderungsunternehmen in ihrer wirtschaftlichen Betätigung eingeschränkt.

Keine gewünschte Klarheit wird die Auslegung nach dem Wortlaut des Art. 41 ZP bringen.

Es ist vielmehr 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.

Nach Art. 64 ZP sind die Sprachfassungen in deutsch, französisch, italienisch, niederländisch und türkisch gleichwertig. Da England noch nicht EU-Mitglied war, ist die englische Sprachfassung „Freedom to provide services“ nicht zur Interpretation geeignet⁷³.

Im deutschen Vertragstext wird freier Dienstleistungsverkehr verwendet. Die anderen Sprachfassungen scheinen eher das Angebot von Dienstleistungen zu erfassen. Prof. Hailbronner wandte bei den Hohenheimer Tagen im Jahr 2010 ein, dass die türkische Fassung von Art. 41 ZP es nahe lege, dass aus Sicht der Türkei nur die aktive Dienstleistungsfreiheit von der dort geregelten Dienstleistungsfreiheit erfasst werde.

Im türkischen Vertragstext heißt es : „*Akit Tarafıar, aralarında, yerleşme hakkı ve hizmetlerin serbest edimine yeni kısıtlamalar koymaktan sakınırlar.*“ Die wortwörtliche Übersetzung von „*hizmetlerin serbest edimine*“⁷⁴ würde lauten: „Freie Leistung von Diensten“ – libre prestation de services.

Da scheint die französische Fassung als Vorbild für die Übersetzung gedient zu haben. Das Wort „*edinmek*“ wird im Türkischen allerdings auch als „Erwerb“ oder „Erlangen“ verwendet. Dies spricht wiederum zugleich für ein passives Verständnis.

Nach der mündlichen Verhandlung vor der Großen Kammer des EuGH in der Rs. Demirkan wird der Generalanwalt Cruz Villalon am 11.04.2013 seine Stellungnahme abgeben, so dass erfahrungsgemäß noch in diesem Jahr eine Entscheidung des EuGH die juristisch und politisch brisante Frage beantworten wird⁷⁵.

⁷³ R. Gutmann, „Die Umsetzung des Urteils Soysal mit Blick auf Deutschland“, VBIBW 2009, 324. Eine Übersicht über die Reaktionen in den EU Staaten bei K. Groenendijk/E. Guild, Visa Policy of the Member States and EU towards turkish nationals after Soysal, März 2010, Economic Development Foundation Publications No: 232.

⁷⁴ H. Pinar, Hizmetin serbest dolasimi kapsaminda Türk Vatandaslari icin vizesiz Avrupa, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XIII, Y. 2009, S. 89f, Sa. 1–2.

⁷⁵ OVG Berlin Brandenburg, B. v. 13.04.2011, OVG 12 B 46.09; EuGH, Rs. C–221/11 (Demirkan)

Der Gang der mündlichen Verhandlung deutet darauf hin, dass die Argumente der Mitgliedstaaten und der Kommission nach dem wirtschaftlichen Zweck der Assoziation durchaus Beachtung finden werden, der EuGH aber seiner Rechtsprechung zum Tourismus treu bleibt und hierin einen wirtschaftlichen Zweck erkennen wird. Damit würden Besuchsaufenthalte nicht durch Art 41. ZP erfasst sein. Dies würde in der Praxis jedoch zu kaum überwindbaren Abgrenzungsschwierigkeiten führen, da eine strikte Trennung von Besuch und touristischem Aufenthalt zumindest in Deutschland kaum möglich ist. Der EuGH könnte eine weitere Einschränkung aufgrund des Gegenseitigkeitsprinzips vornehmen, indem von der Türkei verlangt wird, dass sie ebenfalls ihre Pflichten aus dem Abkommen erfüllt und das gebührenpflichtige Visaerfordernis (wird unproblematisch beim Grenzübertritt erteilt) u.a. für Österreich, Belgien, Niederlande, Großbritannien, Irland, Spanien, Portugal aufhebt.

Die EU verhandelt zugleich über ein Rückübernahmeabkommen mit der Türkei. Im Gegenzug zu dem Abkommen werden Erleichterungen bei der Visumerteilung versprochen. Das Abkommen kann allerdings den Inhalt der völkerrechtlichen Verträge, hier Art. 41 ZP, nicht verändern. Die Entwürfe zu dem Rückübernahmeabkommen enthalten keinerlei Hinweise, dass Art. 41 ZP suspendiert werden würde.

Artikel 3

Die Änderungsvorschläge zur Beschäftigungsverordnung sind im obigen Sinne konsequent und stellen die alte Rechtslage wieder her.

Die Fraktion Die Linke begehrt in ihrem Antrag eine allgemeine Prüfung der Verschlechterungsverbote. Es bietet sich an dieser Stelle an, ein im Gesetzesentwurf nicht enthaltenes Thema zu umreißen.

Da mit dem Arbeitsmarktzugang ein implizites Aufenthaltsrecht verbunden ist, unterliegen nach der oben dargelegten Rechtsprechung des EuGH auch die erstmaligen Zulassungsvorschriften zum Arbeitsmarkt und somit mittelbar die Einreisevorschriften dem Verschlechterungsverbot.

Diese Frage ist bedeutsam, da mit der Neuregelung des Arbeitserlaubnisrechts zum 01.01.2005 die Begünstigung für Ehegatten deutscher Staatsangehöriger gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 1 ArGV (unbefristete Arbeitsberechtigung, § 286 Abs. 3 SGB III) entfallen ist und die Beschäftigung nur noch an den Aufenthalt geknüpft ist. Diese Veränderung ist ein Verstoß gegen die Stillhalteklausele aus Art. 13 ARB 1/80⁷⁶. Der EuGH scheint, ohne dass es zu einer endgültigen Klärung gekommen ist, dem BVerwG zu widersprechen, indem der unbefristeten Arbeitserlaubnis erneut aufenthaltsrechtliche Wirkung zugesprochen wird:

"Außerdem stand ihm nach Art. 2 Abs. 1 Nr. 2 AEVO sowie nach Art. 2 Abs. 1 Nr. 1 und Art. 5 ArGV ein Aufenthaltsrecht zu, das ihm seit dem 29. September 1998, an dem ihm das zuständige Arbeitsamt eine unbefristete Arbeitsgenehmigung erteilt hatte, die freie Ausübung einer Beschäftigung im Lohn- oder Gehaltsverhältnis erlaubte."⁷⁷

⁷⁶ Anders entschied in der Sache des Herrn Gülbahce noch das BVerwG, Urt. v. 08.12.2009, 1 C 16.08

⁷⁷ EuGH Urt. v. 08.11.2012, Rs. C-268/11 (Gülbahce)

Die alten unbefristeten Arbeiterlaubnisse vermitteln somit Aufenthaltsrechte, die im Schutze nicht den Rechtswirkungen des Art. 6 ARB 1/80 entsprechen. Allerdings schützt auch das Diskriminierungsverbot aus Art. 10 ARB 1/80 ähnlich dem des Art. 13 ARB 1/80 insbesondere auch die nicht in den Arbeitsmarkt eingegliederten türkischen Arbeitnehmer, andernfalls wäre es wirkungslos.

Artikel 4 und 5:

Die Änderung, die einen Zugang zum öffentlichen Dienst beinhaltet, ist politisch zu begrüßen. In dem Diskriminierungsverbot aus Art. 10 ARB 1/80 hat es seine materiellrechtliche Grundlage.

E. Schlussbetrachtung:

In der Praxis hat sich die aktuelle Rechtslage nicht bewährt. Dies wird schon, wie Eingangs dargelegt, an der Diskrepanz zwischen den erteilten Aufenthaltstiteln nach § 4 Abs. 5 AufenthG und dem Anteil der türkischstämmigen Bevölkerung in Deutschland deutlich. Der aktuelle Rechtszustand ist ungeeignet, den tatsächlichen Rechtszustand wieder zu spiegeln.

Die Behörden sind vielfach mit der komplizierten Rechtslage überfordert.

Es gelingt nur dem rechtskundigen türkischen Staatsangehörigen mittels fachkundiger Hilfe die Rechtsposition nach dem Assoziationsrecht durchzusetzen. Viele türkische Staatsangehörige scheuen aber einen Konflikt mit den Behörden und das Prozessrisiko. Die Zahl der erfolgreichen Fälle beim EuGH sollte sie eigentlich ermutigen, da der Rechtszustand nicht schlechter werden kann, als es ohnehin der Fall ist. Es können durch gerichtliche Urteile nur Verbesserungen erreicht werden. Wenn türkische Staatsangehörige fachkundigen Rat einholen müssen, damit bestehende Rechte gewährt werden, dann könnte man auch einen politischen Willen vermuten, Rechte vorzuenthalten. Man könnte weiter vermuten, dass entsprechend einer „Salamitaktik“ nur das zugestanden werden soll, was unzweifelhaft nicht zu leugnen ist.

Die abwiegelnde und verweigernde Haltung der Bundesregierung zu vielen parlamentarischen Anfragen, scheint mir ein Beleg für diese These zu sein. Auch wenn die Bundesländer das Aufenthaltsgesetz in eigener Verantwortung umsetzen, so hat die Bundesregierung eine gewisse Kontrollaufsicht aus Art. 84 Abs. 3 GG, wenn auch dies keine klassische Weisungs- und Rechtsaufsicht ist. Durch die Ratifizierung des gemischt völkerrechtlichen Abkommens ist sie eine völkerrechtliche Verpflichtung zur Einhaltung des Vertrages eingegangen. Sie ist wie die Bundesländer in der Pflicht die Einhaltung der vertraglichen Pflichten zu beaufsichtigen.

Diese Aufsichtspflicht hat die Bundesregierung nach meiner Wahrnehmung in der Vergangenheit nicht im gebotenen Maße wahrgenommen. Sie hätte anhand der geringen Zahl erteilter Aufenthaltstitel nach § 4 Abs. 5 AufenthG erkennen müssen, dass ein erheblicher zu beseitigender Mangel in der Anwendung des Assoziationsrechts durch die Bundesländer vorliegt.

Des Weiteren müsste die Bundesregierung die Anwendungshinweise zum ARB 1/80 aus dem Jahre 2002 (!) dringend der neuen Rechtslage (2005 ff) anpassen. Diese Anwendungshinweise berücksichtigen den Rechtszustand (aus Sicht des BMI) nur bis zur EuGH-Entscheidung Eyüp vom 22.06.2000. Folgerichtig finden weder das Zuwanderungsgesetz noch die neueren Entscheidungen des EuGH, insbesondere zur Anwendung und Reichweite der Standstill-Klauseln, Berücksichtigung.

Weder die Terminologie noch die nationalen Normen, auf die in den Anwendungshinweisen verwiesen wird, existieren noch in der Rechtswirklichkeit.

Eine leichte Handhabung kann damit schwerlich erzielt werden.

Der Gesetzentwurf geht nur in wenigen Punkten über die Vorgaben des EuGH hinaus.

Wo dies der Fall ist, werden gesellschaftliche Entwicklungen antizipiert und entsprechende gesetzliche Maßnahmen vorgeschlagen.

Der Gesetzesentwurf und der Antrag der Fraktion Die Linke sind ein nachhaltiger Beitrag zur Partizipation und gerechten Teilhabe, oder wie es die Bundesregierung formulieren würde, ein Beitrag zur Integration.