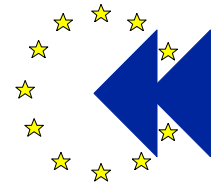


UNIVERSITÄT KONSTANZ
FACHBEREICH
RECHTSWISSENSCHAFT
PROF. EM. DR. DR. H.C. KAY
HAILBRONNER



Forschungszentrum für
internationales und europäisches
Ausländer- und Asylrecht

Universitätsstraße 10
Fach 116
78457 Konstanz

Telefon: 07531/88-3781
Telefax: 07531/88-3146
10.4. 2013

Stellungnahme zur Anhörung des Innenausschusses des Deutschen Bundestags vom 15.04.2013

BT- Drs. 17/12193

BT-Drs. 17/7373 Assoziationsrecht

I. Aufnahme assoziationsrechtlicher Vorschriften in das AufenthG

Der Gesetzentwurf hat zum Ziel, Transparenz und Klarheit über die aufenthalts- und beschäftigungsrechtliche Lage assoziationsrechtlich begünstigter türkischer Staatsangehöriger durch Aufnahme von Vorschriften des ARB 1/80 in das AufenthG und zusätzliche Sonderregelungen im Beamten- und Beschäftigungsrecht zu fördern. Diese Zielsetzung wird durch den Gesetzentwurf nicht erreicht.

Zwar wird im Ausgangspunkt zutreffend dargestellt, dass die aufenthaltsrechtliche Situation türkischer Arbeitnehmer und ihrer Familienangehörigen durch das AufenthG nicht ausreichend dargestellt wird, nachdem der EuGH in einer umfangreichen Rechtsprechung die assoziationsrechtlichen Rechte türkischer Staatsangehöriger und ihrer Familienangehörigen auf Zugang zum Arbeitsmarkt durch ein "implizites Aufenthaltsrecht" ergänzt und in einer dynamischen Interpretation weiterentwickelt hat. Es handelt sich hierbei um eine richterrechtliche Rechtsfortbildung.

Würde die rechtliche Basis dieser Rechtsfortbildung (ARB 1/80) ganz oder teilweise ins AufenthG aufgenommen, wäre damit kein Mehr an rechtstaatlicher Bestimmtheit und Klarheit

erreicht, sondern allenfalls die unbestrittene Geltung des ARB deklaratorisch festgestellt. Nach wie vor hätten die Behörden ebenso wie die innerstaatlichen Gerichte das Assoziationsrecht entsprechend dem jeweiligen Stand der EuGH Rechtsprechung mit all seinen Unklarheiten und Zweifelsfragen anzuwenden. Es gilt insoweit für das Assoziationsrecht nichts wesentlich anderes als für andere Bereiche des EU Freizügigkeitsrechts, deren Inhalt nur durch ständige Anpassung an die EuGH Rechtsprechung ermittelt werden kann. Mehr Transparenz könnte möglicherweise dadurch hergestellt werden, dass durch ständige Aktualisierung der einschlägigen Anwendungshinweise die gerichtliche Fortentwicklung des Rechts dargestellt wird. Möglicherweise ließe sich durch eine online –Information in standardisierter Form und in regelmäßigen Zeiträumen bezogen auf die jeweiligen Artikel des ARB eine transparentere Übersicht über den Stand des Assoziationsrechts erzielen.

Entgegen der Begründung des Gesetzentwurfs besteht keine unionsrechtliche Pflicht zur „Umsetzung“. Die Begründung des Entwurfs übersieht, dass die zitierte Rechtsprechung des EuGH sich auf die Pflicht zur Richtlinienumsetzung bezieht. Das Assoziationsabkommen ist demgegenüber wie die Assoziationsbeschlüsse selbst unmittelbar geltendes Recht. Das keiner Umsetzung im AufenthG bedarf. Eine teilweise Wiedergabe von Vorschriften des Assoziationsrechts würde an der Rechtslage nichts ändern. Ob sie zur größeren Klarheit beitragen würde, ist zu bezweifeln.

II. Die einzelnen Vorschläge

Die im Gesetzentwurf vorgelegten einzelnen Vorschläge gehen z.T. von einer unzutreffenden, bzw. ungeklärten Auslegung des Assoziationsrechts aus. Z.T. werden durch die EuGH Rspr. geklärte Auslegungsfragen in Gesetzesform gegossen. Soweit gesicherte Rechtsprechung vorliegt, ist hiergegen nichts einzuwenden, wenn damit die Lesbarkeit und Verständlichkeit des Gesetzes erhöht wird. Das Assoziationsrecht ist allerdings ein besonders dynamisches Rechtsgebiet, das im Falle einer gesetzlichen Kodifizierung ggfs. ständig hinter dem Stand der Rechtsprechung „hinterherhinkt“. Deshalb sollte überlegt werden, ob es auch im Hinblick auf etablierte Rechtsprechung sinnvoll erscheint, eine auf eine Vielzahl von Einzelfällen bezogene Rechtsprechung in einer abstrakt generellen Norm zu kodifizieren. Die Erfahrungen mit der Gesetzgebungstechnik der EU, die häufig EuGH Rechtsprechung in sekundäres Unionsrecht transponiert, sind nicht positiv, weil dadurch nicht selten neue Unklarheiten erzeugt werden.

Teilweise werden in dem vorgeschlagenen Gesetzentwurf mögliche Auslegungen des Assoziationsrechts, über die der EuGH bislang noch nicht entschieden, auch als angebliche „Klarstellungen“ unterstellt und gesetzlich festgelegt. Davon ist grundsätzlich abzuraten. Es bleibt dem Gesetzgeber zwar jederzeit freigestellt, über das assoziationsrechtlich Gebotene hinaus die Rechtsstellung türkischer Staatsangehöriger zu verbessern. Er sollte sich aber nicht in voreilemdem Gehorsam als Erfüllungsgehilfe des EuGH verstehen, zumal die angeblichen Klarstellungen bei näherer Betrachtung keineswegs so klar sind, wie das der Entwurf unterstellt.

1) Befreiung von der Visumpflicht für türkische Staatsangehörige bei einem Kurzaufenthalt.

Der Vorschlag zur Befreiung von der Visumpflicht stützt sich, wie eine Reihe weiterer Vorschläge auf eine Auslegung der sog. „Stillstandsklauseln“, des Assoziationsrechts, insbes. auf Art. 41 des Zusatzprotokolls zum Assoziationsabkommen und Art. 13 ARB 1/80.

Die Stillstandsklauseln verbieten eine Verschlechterung der innerstaatlichen Regeln bezüglich der Niederlassungsfreiheit und des freien Dienstleistungsverkehrs und bezüglich des Zugangs türkischer Arbeitnehmer zum Arbeitsmarkt eines Aufnahmemitgliedstaats. Der EuGH hat diese Klauseln als „Verschlechterungsverbot“ weit ausgelegt und in ihren Anwendungsbereich auch aufenthaltsrechtliche Rahmenbedingungen, einschließlich derjenigen, die für die erstmalige Zulassung türkischer Staatsangehöriger zu einer Erwerbstätigkeit relevant sind, subsumiert. Auf dieser Grundlage hat der EuGH auch Visumpflichten für türkische LKW Fahrer, die Dienstleistungen in Deutschland erbringen wollen, für unzulässig angesehen. Gleichzeitig ist unbestritten, dass die Mitgliedstaaten weiterhin die volle Entscheidungskompetenz darüber besitzen, ob türkischen Staatsangehörigen die erstmalige Einreise und Aufenthalt zum Zweck der Erwerbstätigkeit oder zum Zweck der Familienzusammenführung gestattet werden.

Bislang nicht eindeutig geklärt ist, inwieweit die Stillstandsklauseln auch für Regelungsbereiche gelten, die keinen Bezug zur wirtschaftlichen Tätigkeit eines türkischen Arbeitnehmers oder selbständiger Tätigkeit aufweisen. Der EuGH hat in neueren Entscheidungen auch deutlich auf Unterschiede zwischen den wirtschaftlichen Zielen des Assoziationsrechts und damit auch des Anwendungsbereichs der Stillstandsklauseln einerseits und dem EU Freizügigkeitsrecht andererseits hingewiesen. Daraus ergeben sich Grenzen analoger Anwendung des Freizügigkeitsrechts. Über die Visumbefreiung türkischer Touristen und Besucher wird der EuGH demnächst im Verfahren

Demirkan zu entscheiden haben. Die Bundesrepublik hat in diesem Verfahren, im Einklang mit der Kommission und den am Verfahren teilnehmenden Mitgliedstaaten eine andere Position zum Anwendungsbereich der Stillstandsklauseln eingenommen, als sie im vorliegenden Gesetzentwurf vertreten wird.

Das Visumrecht entzieht sich im übrigen dem Kompetenzbereich des deutschen Gesetzgebers. Soweit also die vorgeschlagene Regelung nicht entgegen der hier vertretenen Auffassung assoziationsrechtlich geboten, wäre sie wegen Inkompatibilität mit der EU VisumVO 539/2001 (unionseinheitliche Regelung der Visumpflicht unter Ausschluß einer Kompetenz der Mitgliedstaaten) rechtswidrig und unanwendbar.

3. Streichung des Sprachnachweiserfordernisses beim Ehegattennachzug – Reduzierung der Ehebestandszeit von drei auf zwei Jahre

Die Begründung des Gesetzgebungsvorschlags begegnet insoweit den gleichen Bedenken. Es erscheint grundsätzlich nicht sinnvoll, das System des Aufenthaltsgesetzes durch assoziationsrechtlich nicht erforderliche Sondervorschriften partiell aufzulösen. Der Verweis auf die EuGH Entscheidungen *Toprak und Oguz* ist kein zwingender Nachweis dafür, dass die Regelung des Familiennachzugs als solche oder die Regelung über den Erwerb eigenständiger Aufenthaltsrechte von Ehegatten dem Verschlechterungsverbot unterliegt. Im Urteil *Dülger*, auf das die Begründung als Kronzeugen verweist, ging es nicht um die Reichweite des assoziationsrechtlichen Verschlechterungsverbots, sondern um die Frage, ob sich auch eine thailändische Staatsangehörige als Familienangehörige auf Art. 7 des ARB 1/80 berufen kann, was der EuGH in Auslegung des Art. 7 bejaht hat.

In *Toprak und Oguz* war zwar über eine Verschärfung einer niederländischen Regelung über den Erwerb eines eigenständigen Aufenthaltsrechts eines türkischen Ehegatten einer niederländischen Staatsangehörigkeit zu entscheiden, dh. über eine aufenthaltsrechtliche Rahmenbedingung. Entscheidend war aber nach der Urteilsbegründung die unmittelbare Auswirkung auf einen türkischen Arbeitnehmer, dessen Rechtsstellung als temporär erwerbstätiger Ehegatte einer niederländischen Staatsangehörigkeit (die Voraussetzungen für ein implizites Aufenthaltsrecht nach Art. 6 ARB 1/80 waren aber noch nicht erfüllt) sich dadurch verschlechtert hat. Es ging also nicht um eine Entscheidung über den erstmaligen Zuzug.

Daraus kann nicht abgeleitet werden, dass auch ohne eine direkte Auswirkung auf die aufenthaltsrechtliche Stellung erwerbswirtschaftlich tätiger türkischer Staatsangehöriger die

Stillstandsklauseln des Assoziationsrechts auf den Zuzug von Familienangehörigen Anwendung finden. Wo der EuGH die Grenze des Anwendungsbereichs der Verschlechterungsverbote im Hinblick auf die begrenzte Zielsetzung der Klauseln ziehen wird, ist noch offen. Eine Klärung dieser Fragen durch den EuGH sollte abgewartet werden, bevor der Gesetzgeber am AufenthG Korrekturen vornimmt.

4) Gebühren

Bezüglich der Gebühren hat das BVerwG am 19.3.2013 (1_C 12.12.) entschieden, dass die assoziationsrechtliche Stillhalteklausele und das Diskriminierungsverbot es ausschließen, Gebühren für die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis zu erheben, die im Vergleich zu entsprechenden Gebühren für Unionsbürger unverhältnismäßig hoch sind. Es erscheint sachgerecht, entsprechend dem Vorschlag keine gebührenrechtlichen Differenzierungen zu machen.

5.) Verlustfeststellung

Die deutsche Verwaltungsrechtsprechung wendet die vom EuGH zur Auslegung von Art. 14 ARB 1/80 entwickelten Grundsätze für aufenthaltsbeendende Maßnahmen analog den für freizügigkeitsberechtigte Personen geltende Regeln an. Die Transparenz und Rechtssicherheit würde aber kaum durch die vorgeschlagene Einfügung des §56a erhöht, da die Einfügung der einschlägigen unionsrechtlichen Grundsätze einerseits ohne Einbeziehung der dazu ergangenen EuGH Rechtsprechung kaum verständlicher ist, andererseits mit den Modifikationen am Wortlaut, die in § 56 a vorgenommen worden sind (soziale und kulturelle Integration), potentielle Unklarheiten in sich birgt. Hinzu kommt, dass das gesamte System des Rechts der aufenthaltsbeendenden Maßnahmen (§§53 ff AufenthG) mit der Unterscheidung zwischen Ist-Regel- und Kannausweisung ohnedies auf Grund der Rechtsprechung des EGMR zur Art. 8 EMRK und der Rechtsprechung des BVerfG die geltende Rechtslage nur unvollkommen wiedergibt. Daran würde die Neuregelung nichts ändern. Soweit die Neuregelung die Stufenregelung der Unionsbürgerrichtlinie für die Aufenthaltsbeendigung von EU Daueraufenthaltsberechtigten schlicht auf das assoziationsrechtliche Aufenthaltsrecht überträgt, wird übersehen, dass die Stufenfolge des Art. 28 der Unionsbürgerrichtlinie 2004/38 und damit auch der Maßstab der „schwerwiegenden Gründe“ (vgl. §56 a Abs. 4 AufenthG) gerade nicht auf das assoziationsrechtliche Aufenthaltsrecht nach dem Urteil *Ziebell* übertragbar sind.

6) Befristung auf fünf Jahre , Daueraufenthaltsrecht , Zugang zur Niederlassungserlaubnis .

Die vorgeschlagene Regelbefristung auf fünf Jahre entspricht nicht dem Assoziationsrecht mit seinem abgestuften System von einjähriger , dreijähriger und vierjähriger Beschäftigung . Art. 6 ARB 1/80 verleiht nicht bereits nach einem Jahr ordnungsgemäßer Beschäftigung ein Daueraufenthaltsrecht , sondern verleiht nur das Recht zu Erneuerung des Arbeitsrechts beim gleichen Arbeitgeber (und ein entspr. implizites Aufenthaltsrecht) . Ein“ Daueraufenthaltsrecht“ entsteht bei prinzipiell unbeschränktem Zugang zum Arbeitsmarkt . Das BVerwG hat dies in seinem Urteil v. 22.5, 2012 (1 C 6/11) für Familienangehörige nach Art. 7 S. 1 2.

Spiegelstrich ARB 1/80 angenommen und gleichzeitig die Behörden verpflichtet , einen Aufenthaltstitel auszustellen, der eindeutig erkennen läßt , dass es sich um ein Daueraufenthaltsrecht handelt , der mindestens eine Geltungsdauer von fünf Jahren aufweisen muss. Diese Rechtsprechung läßt sich nicht undifferenziert auf jedes assoziationsrechtliche implizite Aufenthaltsrecht übertragen. Die vorgeschlagene Regelung von § 4 Abs.5 entspricht daher nicht dem Assoziationsrecht und der Systematik des Aufenthaltsrechts.

Eine Erteilung einer Niederlassungserlaubnis zur Verbesserung der aufenthaltsrechtlichen Lage ist durch Assoz. Recht weder vorgeschrieben , noch ausgeschlossen (BVerwG v. 14.3. 2013 , aaO.) . Das BVerwG hat allerdings klargestellt , dass ein assoziationsrechtliches Daueraufenthaltsrecht noch nicht automatisch ohne Erfüllung der im AufenthG vorgesehenen weiteren Voraussetzungen einen Anspruch auf eine Niederlassungserlaubnis begründet . Ob angesichts der erweiterten Zugangsmöglichkeiten für qualifizierte Drittstaatsangehörige zur Niederlassungserlaubnis ein Bedürfnis für Sonderregeln für türkische Staatsangehörige zusätzlich zu den assoziationsrechtlichen Regeln besteht , wäre gesondert zu prüfen.

7) Fiktionswirkung , Suspensiveffekt

Ob die Stillhalteklausele die generelle Nichtanwendbarkeit der Regelung des § 81 Abs. 3 Satz 2 für türkische Staatsangehörige gebietet , erscheint fraglich . Eine Auswirkung der Anwendung der Vorschrift auf die Verschlechterung der Rahmenbedingungen des Zugangs zur Beschäftigung ist nicht recht ersichtlich. Erforderlich wäre zumindest eine Beschränkung assoziationsrechtlicher Rechtspositionen. Soweit das assoziationsrechtliche Aufenthaltsrecht fortbesteht (die Aufenthaltserlaubnis hat insoweit nur deklaratorische Funktion) , entfällt die Grundlage aufenthaltsbeendender Maßnahmen. Die Begründung verweist allerdings auf die Lage von türkischen Staatsangehörigen , die noch kein assoziationsrechtliches Aufenthaltsrecht haben, insoweit besteht aber auch grundsätzlich kein Grund für eine Sonderregelung. Im

übrigen ist darauf hinzuweisen, dass die Ausländerbehörde zur Vermeidung einer unbilligen Härte die Fortgeltung nach §81 Abs.4 S. 2 in der Neufassung anordnen kann. Eine unbillige Härte kann angenommen werden, wenn die Voraussetzungen für einen Erwerb eines assoziationsrechtlichen Aufenthaltsrechts nach Ablauf der erforderlichen Beschäftigungszeit erfüllt sind.

Für eine Privilegierung türkischer Staatsangehöriger, die die Voraussetzungen des Assoziationsrechts nicht erfüllen, beim Suspensiveffekt nach §84 AufenthG, besteht m.E. kein sachlicher Grund. Das Verschlechterungsverbot ist wegen der rein verfahrensrechtlichen Bedeutung der Vorschrift und wegen der fehlenden Qualifikation als aufenthaltsrechtliche Rahmenbedingung der in Art. 1/ 80 garantierten Rechte auf Zugang zum Arbeitsmarkt nicht anwendbar.

8) Beschäftigungsrechtliche Privilegierung, selbständige Erwerbstätigkeit

Grundsätzlich entspricht die Liberalisierung des Zugangs zum Arbeitsmarkt und der Aufnahme einer selbständigen Beschäftigung der Zielrichtung der Reformierung des Aufenthaltsrechts, wie sie insbesondere im Gesetz vom 1.6.2012 zur Umsetzung der Hochqualifizierten –Richtlinie erfolgt ist. Die Bundesregierung hat dem Bundesrat einen Entwurf einer VO zur Neuregelung des Ausländerbeschäftigungsrechts vorgelegt, der auch für Drittstaatsangehörige mit abgeschlossener Berufsausbildung einen weitgehend unbeschränkten Zugang zum Arbeitsmarkt vorsieht und im Juli 2013 in Kraft treten soll. Bei dieser Ausgangslage ist nicht recht ersichtlich, welche Gründe dafür sprechen, besondere Bestimmungen für türkische Staatsangehörige und ihre Familienangehörigen zu erlassen, die bereits auf Grund des Assoziationsrechts eine privilegierte Rechtsstellung in Bezug auf den Zugang zum Arbeitsmarkt genießen.

Soweit Beschränkungen beim Zugang zu Erwerbstätigkeiten für türkische Staatsangehörige weiterbestehen (selbständige Erwerbstätigkeit, Beamtenrecht) sollte geprüft werden, inwiefern eine Aufrechterhaltung solcher Beschränkung nicht Integrationszielen zuwiderläuft und ggfs. auch assoziationsrechtlichen Grundsätzen über den unbeschränkten Zugang zum Arbeitsmarkt widerspricht.

10.4.2013

Hailbronner