

Diskriminierungsverbote aus dem Assoziationsrecht EU/Türkei

Beschäftigungs-, sozial- und aufenthaltsrechtliche Folgen für türkische Arbeitnehmer und ihre Familienangehörigen

Dissertation

zur Erlangung des akademischen Grades eines Doktors der Rechtswissenschaft
der Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Bielefeld

vorgelegt von Kerstin Terhardt aus Paderborn

2014

II

Erste Gutachterin: Prof. Dr. Ulrike Davy
Zweite Gutachterin: Prof. Dr. Angelika Siehr, LL.M. (Yale)

Tag der mündlichen Prüfung: 26.01.2015

Vorwort

Vorliegende Arbeit wurde im Januar 2015 von der Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Bielefeld als Dissertation angenommen.

Mein besonderer Dank gilt meiner Doktormutter Frau Prof. Dr. Ulrike Davy für die angenehme und sorgfältige Betreuung meines Dissertationsvorhabens, ihre konstruktive Kritik und ihre Geduld angesichts der doch recht langen Bearbeitungsdauer. Die Gespräche mit ihr haben mich immer wieder motiviert, die Dissertation neben meiner Tätigkeit als Rechtsanwältin fertig zu stellen.

Danken möchte ich auch Frau Prof. Dr. Angelika Siehr, LL.M. (Yale), für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Nicht zuletzt gilt mein Dank meinen Eltern Adalbert und Maria Terhardt, die mich stets in jeder Hinsicht unterstützt haben. Mein Vater hat darüber hinaus einen Teil seines wohlverdienten Ruhestandes für das Korrekturlesen meiner Arbeit aufgewandt. Ich danke auch meiner Oma Gertrud Furmann, die den Fortgang meiner Dissertation trotz ihrer nun fast 95 Jahre immer interessiert verfolgt hat, und die es sich auch nicht hat nehmen lassen, eine Art Dissertationsstipendium einzurichten.

Schließlich danke ich Cayan Cankatli, der es immer wieder versteht, die Dinge in ein richtiges Verhältnis zu setzen.

Bielefeld, April 2015

Kerstin Terhardt

Gliederung

**Diskriminierungsverbote aus dem Assoziationsrecht EU/Türkei
Beschäftigungs-, sozial- und aufenthaltsrechtliche Folgen
für türkische Arbeitnehmer und ihre Familienangehörigen**

Einleitung	1
Teil 1	4
Die assoziationsrechtlichen Grundlagen	
I. Historische Entwicklung und Inhalt des Assoziierungsabkommens und der Assoziationsratsbeschlüsse	4
1. <i>Das Assoziierungsabkommen EWG/Türkei von 1963</i>	4
a. Historische Entwicklung bis zum Abschluss des Assoziierungsabkommens	4
b. Inhalt	12
2. <i>Das Zusatzprotokoll von 1970</i>	14
a. Entwicklung der Assoziation bis zum Zusatzprotokoll von 1970	14
b. Inhalt	16
3. <i>Der ARB Nr. 2/76</i>	17
a. Entwicklung der Assoziation bis zum ARB Nr. 2/76	17
b. Inhalt	18
4. <i>Die ARB Nr. 1/80 und Nr. 3/80</i>	19
a. Entwicklung der Assoziation bis zu den ARB Nr. 1/80 und Nr. ARB 3/80	19
b. Inhalt des ARB Nr. 1/80	20
c. Inhalt des ARB Nr. 3/80	22
II. Rechtliche Grundlagen	24
1. <i>Das Assoziierungsabkommen und das Zusatzprotokoll</i>	24
a. Rechtsnatur	24
b. Bindungswirkungen	25
c. Auslegungsbefugnis des EuGH	26
d. Auslegung des Assoziierungsabkommens	26
e. Anwendungsvorrang	29
f. Unmittelbare Anwendbarkeit	30
2. <i>Der ARB Nr. 2/76</i>	31
3. <i>Der ARB Nr. 1/80</i>	32
a. Rechtsnatur	33
b. Innergemeinschaftliche Geltung	33
c. Auslegungsbefugnis des EuGH	35
d. Auslegung der Assoziationsratsbeschlüsse	35
e. Anwendungsvorrang	37
f. Unmittelbare Anwendbarkeit	37
4. <i>Der ARB Nr. 3/80</i>	38
a. Innergemeinschaftliche Geltung	40
b. Unmittelbare Anwendbarkeit	41
III. Wesentliche Zwischenergebnisse	43

Teil 2	44
Verbotene Diskriminierung	
I. Wortlaut der Diskriminierungsverbote und der zur Bestimmung ihres Umfangs relevanten Bestimmungen im Assoziationsrecht	44
1. <i>Assoziierungsabkommen</i>	44
2. <i>Zusatzprotokoll</i>	45
3. <i>ARB Nr. 1/80</i>	46
4. <i>ARB Nr. 3/80</i>	46
II. Der Diskriminierungsbegriff	47
1. <i>Wortlaut</i>	47
2. <i>Bedeutung in der Rechtswissenschaft</i>	48
III. Gemeinschaftsrechtlicher Diskriminierungsbegriff und Voraussetzungen einer (verbotenen) Diskriminierung	49
1. <i>Rechtsquellen</i>	50
2. <i>Definition der Diskriminierung in der Rechtsprechung des EuGH und in der Literatur</i>	52
3. <i>Voraussetzungen für eine (verbotene) Diskriminierung</i>	54
a. <i>Vergleichbarkeit der Sachverhalte</i>	54
b. <i>Gleich-/Ungleichbehandlung</i>	57
c. <i>Maßnahmen desselben Hoheitsträgers</i>	57
d. <i>Diskriminierende Intention des Gesetzgebers erforderlich?</i>	58
e. <i>Tatsächliche Benachteiligung erforderlich?</i>	58
4. <i>Adressat der Diskriminierungsverbote</i>	60
5. <i>Formen und Reichweite der Diskriminierungsverbote</i>	66
a. <i>Diskriminierungsverbot gleich Gleichbehandlungsgebot?</i>	66
b. <i>Allgemeine und besondere Diskriminierungsverbote</i>	66
c. <i>Unmittelbare Diskriminierung</i>	67
d. <i>Mittelbare Diskriminierung</i>	67
e. <i>Ausweitung zum Beschränkungsverbot</i>	68
6. <i>Rechtfertigung der Diskriminierung</i>	68
a. <i>Absolutes oder relatives Diskriminierungsverbot</i>	69
b. <i>Rechtfertigungsgründe</i>	72
7. <i>Ordre public-Vorbehalt</i>	73
IV. Der assoziationsrechtliche Diskriminierungsbegriff und Voraussetzungen einer (verbotenen) Diskriminierung im Assoziationsrecht	74
1. <i>Auslegung der Diskriminierungsverbote und Diskriminierungsbegriff im Assoziationsrecht</i>	74
2. <i>Voraussetzungen einer (verbotenen) Diskriminierung</i>	77
3. <i>Adressat der Diskriminierungsverbote</i>	77
4. <i>Reichweite der Diskriminierungsverbote</i>	81
5. <i>Rechtfertigung der Diskriminierung</i>	82
V. Wesentliche Zwischenergebnisse	82

Teil 3	83
Beschäftigungsbezogene und soziale Rechte türkischer Arbeitnehmer und ihrer Familienangehörigen aus den assoziationsrechtlichen Diskriminierungsverboten	
I. Das unspezifische Diskriminierungsverbot aus Gründen der Staatsangehörigkeit in Art. 9 AssAbk	84
1. unmittelbare Anwendbarkeit	84
2. Anwendungsbereich des Abkommens	85
3. Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit	85
4. Drittwirkung	86
5. Subsidiarität	86
II. Das beschäftigungsbezogene Diskriminierungsverbot in Art. 37 ZP	87
1. Unmittelbare Anwendbarkeit	87
2. Verhältnis des Art. 37 ZP zu Art. 9 AssAbk und Art. 10 Abs. 1 ARB Nr. 1/80	87
3. Ordnungsgemäße Beschäftigung erforderlich?	88
4. Drittwirkung des Art. 37 ZP und ihre Reichweite	89
a. Drittwirkung	89
b. Auswirkung der Drittwirkung auf die Abschluss- und Inhaltsfreiheit?	90
5. Ordre public-Vorbehalt?	91
III. Das Verbot der Diskriminierung zwischen den türkischen Staatsangehörigen untereinander in Art. 58 ZP	91
IV. Das beschäftigungsbezogene Diskriminierungsverbot in Art. 10 Abs. 1 ARB Nr. 1/80	92
1. Unmittelbare Anwendbarkeit	92
2. Begünstigter Personenkreis	93
a. Arbeitnehmer	93
b. Familienangehörige begünstigt?	96
aa. Familienangehörige mit türkischer Staatsangehörigkeit	97
bb. Drittstaatsangehörige Familienangehörige	108
3. Zugehörigkeit zum regulären Arbeitsmarkt	111
4. Umfang der Rechte	114
a. Regelung hinsichtlich des Arbeitsentgeltes	114
b. Regelung hinsichtlich der sonstigen Arbeitsbedingungen	114
c. Soziale Leistungen an Familienangehörige Teil der sonstigen Arbeitsbedingungen	119
d. Familiennachzug als Teil der sonstigen Arbeitsbedingungen	120
5. Ordre public-Vorbehalt	122
V. Das Recht auf Gleichbehandlung in Bezug auf die Unterstützung bei der Beschaffung eines Arbeitsplatzes in Art. 10 Abs. 2 ARB Nr. 1/80	123
1. Unmittelbare Anwendbarkeit	123
2. Begünstigter Personenkreis	124
a. Arbeitnehmer	124
b. Familienangehörige	124
3. Rechte nach Art. 6 und 7 ARB Nr. 1/80 Voraussetzung	127
4. Umfang der Rechte	129
5. Ordre public-Vorbehalt	130

VI. Die Gleichberechtigung in Bezug auf die schulische und berufliche Ausbildung in Art. 9 ARB Nr. 1/80	131
1. <i>Unmittelbare Anwendbarkeit</i>	131
2. <i>Begünstigter Personenkreis</i>	134
3. <i>Ordnungsgemäßes Wohnen bei den Eltern</i>	135
4. <i>Ordnungsgemäße Beschäftigung der Eltern</i>	137
5. <i>Dieselbe Qualifikation wie die Kinder von Staatsangehörigen dieses Mitgliedstaates</i>	137
6. <i>Umfang der Rechte</i>	138
a. Entsprechend der Rechte aus Art. 10 VO Nr. 492/2011?	138
b. Zulassung zum Allgemeinen Schulunterricht, zur Lehrlingsausbildung und zur beruflichen Bildung	140
c. Gleichberechtigter Zugang zur Schul- und Berufsausbildung	142
d. Soziale Vorteile	143
7. <i>Ordre public-Vorbehalt</i>	143
VII. Der sozialrechtliche Gleichbehandlungsanspruch in Art. 3 Abs. 1 ARB Nr. 3/80	144
1. <i>Unmittelbare Anwendbarkeit</i>	144
2. <i>Persönlicher Anwendungsbereich</i>	147
a. Arbeitnehmer	148
b. Familienangehöriger	152
c. Hinterbliebene	156
d. Wanderung innerhalb der EU nicht erforderlich	157
e. Rechtmäßiger Aufenthalt	158
3. <i>Sachlicher Geltungsbereich</i>	158
a. Leistungen der sozialen Sicherheit	160
b. Leistungen bei Krankheit und Mutterschaft	161
c. Leistungen bei Invalidität einschließlich der Leistungen, die zur Erhaltung der Besserung der Erwerbstätigkeit bestimmt sind	163
d. Leistungen bei Alter	163
e. Leistungen an Hinterbliebene	164
f. Leistungen bei Arbeitsunfällen und Berufskrankheiten	164
g. Sterbegeld	165
h. Leistungen bei Arbeitslosigkeit	165
i. Familienleistungen	166
j. Umfasste Systeme der sozialen Sicherheit	170
k. Ausschluss von Sozialhilfe und Leistungssysteme für Opfer des Krieges und seiner Folgen	171
4. <i>Voraussetzungen des Art. 3 ARB Nr. 3/80</i>	173
a. Personen, für die der ARB Nr. 3/80 gilt	173
b. Wohnsitz im Gebiet eines Mitgliedstaates	173
5. <i>Soweit dieser Beschluss nichts anderes bestimmt</i>	175
6. <i>Rechtsfolgen und Reichweite des Diskriminierungsverbotes</i>	176
a. Rechtsfolgen des Diskriminierungsverbotes	176
b. Reichweite wie die Diskriminierungsverbote aus Art. 3 Abs. 1 VO 1408/71 bzw. Art. 4 VO 883/2004 und aus den Europa-Mittelmeerabkommen mit den Maghrebstaaten.	176
c. Allgemeine Grundsätze	178
d. Bisherige Entscheidungen des EuGH zu	179

VIII

Art. 3 Abs. 1 ARB Nr. 3/80	
e. Gleichstellung von Leistungen, Einkünften, Sachverhalten oder Ereignissen?	181
f. Zusammenrechnung von Versicherungszeiten?	183
VIII. Diskriminierungsverbot in Bezug auf das Wahlrecht in Art. 3 Abs. 2 ARB Nr. 3/80	185
IX. Aufhebung der Wohnortklausel in Art 6 Abs. 1 ARB Nr. 3/80	185
1. Unmittelbare Anwendbarkeit	186
2. Voraussetzungen	187
3. Rechtsfolgen	187
4. Verstoß gegen Art. 59 ZP bei beitragsunabhängigen Sonderleistungen?	187
5. Vorrang vor Art. 3 Abs. 1 ARB Nr. 3/80	189
Teil 4	189
Aufenthaltsrechte aus den assoziationsrechtlichen Diskriminierungsverboten in Art. 9 und 10 ARB Nr. 1/80	
I. Aufenthaltsrecht aus Art. 10 Abs. 1 ARB Nr. 1/80	189
1. Die Rechtsprechung des EuGH in den Rechtssachen <i>El-Yassini und Gattoussi</i>	190
2. Die Kritik an der Rechtsprechung des EuGH	193
3. Stellungnahme	194
4. Die Rechtsprechung des EuGH in der Sache <i>Güzeli</i>	197
5. Die Schlussanträge des Generalanwaltes <i>L. A. Geelhoed</i> in der Rechtssache <i>Güzeli</i>	199
6. Die deutsche Rechtsprechung	198
a. Zur rechtlichen Situation bis zum Inkrafttreten des Zuwanderungsgesetzes	199
b. Zur rechtlichen Situation ab Inkrafttreten des Zuwanderungsgesetzes	203
7. Stellungnahme	207
8. Voraussetzungen für das Aufenthaltsrecht aus dem Diskriminierungsverbot in Verbindung mit einer überschießenden Arbeitserlaubnis	213
a. Arbeitnehmer	213
b. Überschießende Arbeitserlaubnis	213
c. Zugehörigkeit zum regulären Arbeitsmarkt	213
d. keine entgegenstehenden berechtigten Interessen des Staates	213
aa. Ordre public-Vorbehalt	214
bb. Umfang des ordre public-Vorbehaltes	215
9. Umfang der Aufenthaltsrechte	224
10. Verlust der Aufenthaltsrechte	226
a. Verlassen der EU ohne besonderen Grund	228
b. Art. 14 ARB Nr. 1/80	228
II. Recht des Familienangehörigen auf Nachzug zum türkischen Arbeitnehmer als abgeleitetes Recht aus Art. 10 Abs. 1 ARB Nr. 1/80	234
III. Aufenthaltsrecht aus Art. 10 Abs. 2 ARB Nr. 1/80	234
IV. Aufenthaltsrecht aus Art. 9 Abs. 1 S. 1 ARB Nr. 1/80	235
1. Aufenthaltsrechtliche Wirkung	235

<i>des Art. 9 Abs. 1 S. 1 ARB Nr. 1/80?</i>	
2. <i>Voraussetzungen</i>	240
a. <i>Kinder türkischer Arbeitnehmer</i>	240
b. <i>Wohnen bei Eltern</i>	240
c. <i>Eltern, die im Mitgliedstaat ordnungsgemäß beschäftigt sind oder waren</i>	241
3. <i>Umfang der Aufenthaltsrechte</i>	241
4. <i>Verlust der Aufenthaltsrechte</i>	241
Schlussbetrachtung	241
I. Zusammenfassung und Ergebnisse	241
1. <i>Zusammenfassung und Ergebnisse Teil 1 Die assoziationsrechtlichen Grundlagen</i>	241
2. <i>Zusammenfassung und Ergebnisse Teil 2 Verbotene Diskriminierung</i>	244
3. <i>Zusammenfassung und Ergebnisse Teil 3 Beschäftigungsbezogene und soziale Rechte türkischer Arbeitnehmer und ihrer Familienangehörigen aus den assoziationsrechtlichen Diskriminierungsverboten</i>	245
4. <i>Zusammenfassung und Ergebnisse Teil 4 Aufenthaltsrechte aus den assoziationsrechtlichen Diskriminierungsverboten in Art. 9 und 10 ARB Nr. 1/80</i>	250
II. Fazit und Ausblick	252

Literaturverzeichnis

Akyürek, Metin

Das Assoziationsabkommen EWG – Türkei

Aufenthalt und Beschäftigung von türkischen Staatsangehörigen in Österreich
Wien 2005

And, Metin

Atatürk and the Arts, with special Reference to Music and Theater

in: Jacob M. Landau (Hrsg.), Atatürk and the Modernization of Turkey
Leiden 1984, 215-232

Bagci, Huseyin

Die türkische Außenpolitik 1945-1956

In: Wiggershaus, Norbert/Heinemann, Winfried (Hrsg.), Nationale Außen- und Bünd-
nispolitik der NATO-Mitgliedstaaten, Bd. II
München 2000, 281-309

Baysu, Ilknur/Hänlein, Andreas

Gleichbehandlung bei der Ausbildungsförderung – auch für Kinder türkischer Arbeit-
nehmer!

Anmerkung zum Urteil des EuGH vom 07.07.2005 in der Rechtssache C-374/03
Gaye Gürol / Bezirksregierung Köln
ZESAR 2005, 425-430

Bebr, Gerhard

Gemeinschaftsabkommen und ihre mögliche unmittelbare Wirksamkeit
EuR 1983, 128–160

Becker, Friedrich/Braasch, Dietrich

Recht der ausländischen Arbeitnehmer: eine systematische Darstellung
1. Auflage
Neuwied, Darmstadt 1980

Bergmann, Jan/Dienelt, Klaus (Hrsg.)

Renner/Bergmann/Dienelt

Kommentar zum Ausländerrecht

10. Auflage

München 2013

Bieber, Roland/Epiney, Astrid/Haag, Marcel

Die Europäische Union

Europarecht und Politik

13. Auflage

Baden-Baden 2013

Birand, Mehmet Ali

Die Beziehungen der Türkei zur EG

In: Özak, Halil/Dagyeli, Yildirim (Hrsg.), Die Türkei im Umbruch
Frankfurt a.M. 1989, 187-207

Bode, Stefanie
Europarechtliche Gleichbehandlungsansprüche Studierender und ihre Auswirkungen
in den Mitgliedstaaten
Zur Reichweite des Diskriminierungsverbots im Hochschulbereich unter besonderer
Berücksichtigung der Unionsbürgerschaft
Baden-Baden 2004

Bokeloh, Arno
Die Gleichbehandlung der Staatsangehörigen in der Europäischen Sozialrechtskoo-
rdinierung
ZESAR 2013, 398 - 406

Breidenbach, Wolfgang
Befristeter Arbeitsvertrag mit türkischer Lektorin
Anmerkung zum Urteil des BAG vom 22.03.2000, 7 AZR 226/98, BB 2001, 991
BB 2001, 993-994

Breidenbach, Wolfgang
Die Auswirkungen des Assoziationsrechts EG/Türkei auf das deutsche Arbeitsge-
nehmigungsrecht
Frankfurt a.M. 2001

Brockhaus Enzyklopädie, Bd. 7
21. Auflage
Leipzig, Mannheim 2006

Calliess/Ruffert (Hrsg.)
EUV/AEUV
Kommentar
4. Auflage
München 2011

Cremer, Wolfram
Ausbildungsrechtliche Ansprüche türkischer Kinder aufgrund des Assoziationsrats-
beschlusses EWG/Türkei Nr. 1/80
InfAuslR 95, 45-49

Criss, Nur Bilge
Europa in den Augen der osmanischen Reformelite
In: Elgin Kürsat-Ahlers/Dursun Tan/ Hans-Peter Waldhoff (Hrsg.), Türkei und Europa,
Facetten einer Beziehung in Vergangenheit und Gegenwart
Frankfurt a.M. 2001, 123-139

Delbrück, Jost/Tietje, Christian
Die Frage der unmittelbaren Anwendbarkeit des Assoziationsratsbeschlusses
EWG/Türkei Nr. 3/80
ZAR 1995, 29-32

Dienelt, Klaus

Die aufenthaltsrechtliche Bedeutung des Diskriminierungsverbots nach Art. 37 des Zusatzprotokolls

NVwZ 2003, 54–56

Epiney, Astrid

Umgekehrte Diskriminierungen

Verlag Heymanns, Carl, Köln 1995

Erzene-Bürgin, Defne

Die Anpassung des türkischen Angrarsektors an den Acquis Communautaire der EU

Berlin 2010

Ete, Mulis

Probleme der Assoziierung der Türkei mit der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft

München 1963

Forsthoff, Ulrich

Drittwirkung der Grundfreiheiten – Das EuGH-Urteil Angonese

EWS 2000, 389–397

Fritz, Roland/Vormeier, Jürgen (Hrsg.)

Gemeinschaftskommentar zum Aufenthaltsgesetz

Stand Februar 2013

Köln

Fuchs, Maximilian (Hrsg.)

Europäisches Sozialrecht

6. Auflage

Wien 2013

Geiger/Khan/Kotzur (Hrsg.)

EUV / AEUV

Vertrag über die Europäische Union und Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union

5. Auflage

München 2010

Gildsdorf, Peter

Die Rechtswirkungen der im Rahmen von Gemeinschaftsabkommen erlassenen Organbeschlüsse

EuZW 1991, 459–464

Gonlubol, Mehmet

Nato, USA and Turkey

In: Kemal H. Karpat (Hrsg.) Turkey's Foreign Policy in Transition 1950 - 1974

Leiden 1975, 13–50.

Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.)
Das Recht der Europäischen Union EUV/AEUV
51. Auflage
München 2013

Gümrükcü, Harun
EU-Türkei-Beziehungen im Spannungsfeld zwischen Assoziation und Vollmitgliedschaft. Werdegang einer ungleichen Partnerschaft
In: Lichtenberg, Hagen /Linne, Gudrun/Gümrükcü, Harun (Hrsg.) Gastarbeiter – Einwanderer – Bürger?
Baden-Baden 1996, 27-60

Gundel, Jörg
Die Rechtfertigung von faktisch diskriminierenden Eingriffen in die Grundfreiheiten des EG
Jura 2001, 79-85

Gottschlich, Jürgen
Die Türkei auf dem Weg nach Europa
Ein Land im Aufbruch
Berlin 2004

Gundel, Jörg
Die Rechtfertigung von faktisch diskriminierenden Eingriffen in die Grundfreiheiten des EG
Jura 2001, 79–85

Gutmann, Rolf
Die Assoziationsfreizügigkeit türkischer Staatsangehöriger. Ihre Entdeckung und ihr Inhalt
2. Auflage
Baden-Baden 1999

Gutmann, Rolf
Europarechtlicher Diskriminierungsschutz für türkische Arbeitnehmer
AuR 2000, 81-86

Gutmann, Rolf
Europarechtliches Diskriminierungsverbot und Aufenthaltsrecht
NVwZ 2000, 281-282

Hailbronner, Kay (Hrsg.)
Ausländerrecht
Kommentar
84. Auflage
Heidelberg 2013

Hailbronner, Kay
Die Freizügigkeit türkischer Staatsangehöriger nach dem Assoziations-Abkommen EWG/Türkei
EuR 1984, 54-84

Hailbronner, Kay/Leible, Stefan
Die unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten
EuZW 2000, 459–467

Hailbronner, Kay
Diskriminierungsverbot, Unionsbürgerschaft und gleicher Zugang zu Sozialleistungen
ZaöRV 64 2004, 603-619

Huber, Bertold (Hrsg.)
Handbuch des Ausländer- und Asylrechts
20. Auflage
München 2006

Heldmann, Hans Heinz
Familiennachzug für Türken in Deutschland
InfAuslR 1995, 1-2

Heldmann, Hans Heinz
Familiennachzug für Türken in Deutschland
In: Lichtenberg, Hagen/Linne, Gudrun/Gümrückü, Harun (Hrsg.) Gastarbeiter – Einwanderer – Bürger?
Baden-Baden 1996, 157-168

Herzog, Roman / Gerken, Lüder
Stoppt den Europäischen Gerichtshof
FAZ vom 08.09.2008

Heyer, Jörg
Diskriminierungs- und Beschränkungsverbot im Rahmen der gemeinschaftsrechtlichen Arbeitnehmerfreizügigkeit
Köln 1996

Hintersteininger, Margit
Binnenmarkt und Diskriminierungsverbot: Unter besonderer Berücksichtigung der Situation nicht-staatlicher Handlungseinheiten
Berlin 1999

Höller, Edlyn
Soziale Rechte Drittstaatsangehöriger nach europäischem Gemeinschaftsrecht
Baden-Baden 2005

Hofmann, Rainer M.
Rechtstreue, was ist das?
Der Fall Sürül und die Folgen
InfAuslR 2000, 265–266

Hormel, Ulrike/Scherr, Albert
Diskriminierung, Grundlagen und Forschungsergebnisse
Wiesbaden 2010

Husmann, Manfred
Europa-Abkommen – dargestellt am Abkommen mit Polen
ZSR 1998, 100-148

Husmann, Manfred
Zur Exportierbarkeit von Leistungen nach dem deutschen Unterhaltsvorschussgesetz
im Lichte der VO 883/2004/EG
NZS 2013, 121-129

Husmann, Manfred
Diskriminierungsverbot und Gleichbehandlungsgebot des Art. 3 VO 1408/71 und der
Art. 4 und 5 VO 883/2004
ZESAR 2010, 97-106

Husmann, Manfred
Arbeitnehmerfreizügigkeitsregeln in Assoziationsabkommen der EG
ZAR 2009, 305–314

Jaensch, Michael
Die unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten
Untersuchung der Verpflichtung von Privatpersonen durch Art. 30, 48, 52, 59, 73 b
EGV
Baden-Baden 1987

Jährlicher Tätigkeitsbericht des Assoziationsrates, 1.1. – 31.12.1968

Keskin, Yildirim
The Turkey – EEC Association and its Problems, in: Gumpel, Werner (Hrsg.), Die
Türkei auf dem Weg in die EG
München 1979, 65-72

Kewening, Wilhelm
Der Grundsatz der Nichtdiskriminierung im Völkerrecht der internationalen Handels-
beziehungen, Bd. I Der Begriff der Diskriminierung
Königstein im Taunus 1972

Kischel, Uwe
Zur Dogmatik des Gleichheitssatzes in der Europäischen Union
EuGRZ 1997, 1-11

Kramer, Heinz
Die Europäische Gemeinschaft und die Türkei
Entwicklung, Probleme und Perspektiven einer schwierigen Partnerschaft
Baden-Baden 1988

Kramer, Heinz/Reinkowski, Marius
Die Türkei und Europa
Eine wechselhafte Beziehungsgeschichte
Stuttgart 2008

Kreiser, Klaus
Atatürk. Eine Biographie
München 2008

Lachmayer, Konrad/Bauer, Lukas (Hrsg.)
Praxiswörterbuch Europarecht
Wien 2008

Lewis, Bernhard
The Emergence of Modern Turkey
3. Auflage
Oxford 2002

Lichtenberg, Hagen
Die Auswirkungen der Freizügigkeitsbestimmungen des Rechts der Assoziation zwischen der EWG und der Türkei auf die Praxis des Ehegattennachzugs nach deutschem Ausländerrecht
In: Barwig, Klaus/Lörcher, Klaus/Schumacher, Christoph (Hrsg.), Familiennachzug von Ausländern auf dem Hintergrund völkerrechtlicher Verträge
Baden-Baden 1985, 189–226

Lippert, Ralf
Gleichbehandlung bei sozialen Vergünstigungen und Arbeitnehmerfriezügigkeit in der Europäischen Gemeinschaft
Eine Analyse von Art. 7 II VO (EWG) Nr. 1612/68 auf der Basis der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes
Augsburg 1993

Mayer, Franz
Die Türkei, ein Glied der europäischen Staaten- und Rechtsgemeinschaft,
in: Grothusen, Klaus-Detlev (Hrsg.), Die Türkei in Europa, Beiträge der Osteuropa-Arbeitskreises der deutschen Forschungsgemeinschaft zum internationalen Südosteuropa-Kongress der Association internationale d'études du Sud Est Europeen
Göttingen 1979, 247-259

Mörsdorf, Oliver
Diskriminierung jüngerer Arbeitnehmer
NJW 2010, 1046–1050

Mohn, Astrid Sybille
Der Gleichheitssatz im Gemeinschaftsrecht:
Differenzierungen im Gemeinschaftsrecht und ihre Vereinbarkeit mit dem Gleichheitssatz
Kehl am Rhein 1990

Morris, Christopher (Hrsg.)
Academic Press
Dictionary of Science and Technology
San Diego 1992

Moser, Brigitte/Weithmann, Michael W.
Die Türkei, Nation zwischen Europa und dem Nahen Osten
Regensburg 2002

Özak, Halil
Die Auswirkungen des sozialen Umbruchs auf die Außenpolitik
in: Özak, Halil / Dagyeli, Yildirim (Hrsg.), Die Türkei im Umbruch
Frankfurt a.M. 1989, 208–246

Oppermann, Thomas/Classen, Claus Dieter/Nettesheim, Martin
Europarecht
Ein Studienbuch
5. Auflage
München 2011

Partsch, Karl Joseph
Discrimination against Individuals and Groups
In: Bernhardt, Rudolf (Hrsg.), Encyclopedia of Public International Law, Vol. I
Amsterdam 1992, 1079-1083

Parpart, Heike
Die unmittelbare Bindung Privater an die Personenverkehrsfreiheiten im europäischen Gemeinschaftsrecht: Eine Darstellung der Arbeitnehmerfreizügigkeit, Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit
München 2003

Plötscher, Stefan
Der Begriff der Diskriminierung im Europäischen Gemeinschaftsrecht
Zugleich ein Beitrag zur einheitlichen Dogmatik der Grundfreiheiten des EG-Vertrages
Berlin 2003

Reitmaier, Marion-Angela
Inländerdiskriminierung nach dem EWG-Vertrag
Zugleich ein Beitrag zur Auslegung von Art. 7 EWGV
Kehl am Rhein, 1984

Riemer, Andrea K.
Die Türkei an der Schwelle zum 21. Jahrhundert
Die Schöne oder der kranke Mann am Bosphorus?
Frankfurt a.M. 1998

Rönsberg, Ute
Die gemeinschaftsrechtliche Koordinierung von Leistungen bei Arbeitslosigkeit.
Die VO (EWG) Nr. 1408/71 und ihre Reformbedürftigkeit
Freiburg 2006

Rossi, Matthias
Das Diskriminierungsverbot nach Art. 12 Abs. 1 EGV
EuR 2000, 197–217

Rüstow, Dankwart A.
Die Türkei
Brücke zwischen Orient und Okzident
Göttingen 1990

Schneider, Katja
Das neue türkische Staatsangehörigkeitsgesetz – ein Grund zur Freude für in Europa
lebende Türken?
ZAR 2009, 296-304

Schwarze, Jürgen
Die EWG in ihren völkerrechtlichen Beziehungen. Grundfragen und aktuelle Rechts-
probleme
NJW 1979, 456–462

Schwarze, Jürgen (Hrsg.)
EU-Kommentar
3. Auflage
Baden-Baden 2012

Sieveking, Klaus
Soziale Sicherheit für türkische Staatsangehörige nach dem Assoziationsratsbe-
schluss EWG – Türkei Nr. 3/89
ZIAS 2001, 160-169

Sieveking, Klaus
Die Anwendung des Assoziationsratsbeschlusses Nr. 3/80 auf türkische Staatsange-
hörige in Deutschland
NZS 1994, 213–218

Slezak, Michael
Rechtliche Grundlagen und Entwicklung der Assoziation EWG – Türkei
ZESAR 2013, 53 - 60

Sordi, Italo
Die Osmanen
In: Schreiber, Hermann (Hrsg.), Weltreiche, Bd. II, deutsche Ausgabe
Weinheim 1980/81

Spiegel, Bernhard
Die neue europäische Sozialrechtskoordinierung
ZIAS 2006, 85–145

Stellungnahme des Auswärtigen Amtes der Türkei
In: Das Parlament, Nr. 50 vom 11.12.1976, S. 5,
abgedruckt in: Hasenpflug, Hajo / Kohler, Beate (Hrsg.), Die Süderweiterung der Eu-
ropäischen Gemeinschaft, Wende oder Ende der Integration?
Hamburg 1977, 217

Stork, Florian

Das Anti-Diskriminierungsrecht der Europäischen Union und seine Umsetzung in das deutsche Zivilrecht
Frankfurt a.M. 2006

Streinz, Rudolf

Der „effet utile“ in der Rechtsprechung des EuGH
In: Ole Due/Marcus Lutter/Jürgen Schwarze (Hrsg.) Festschrift für Ulrich Everling,
Bd. II
Baden-Baden 1995, 1491-1510

Streinz (Hrsg.)

EUV/AEUV

Vertrag über die Europäische Union und Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
2. Auflage
München 2012

Tomuschat, Christian

Zur Rechtswirkung der von der Europäischen Gemeinschaft abgeschlossenen Verträge in der Gemeinschaftsrechtsordnung
In: Lüke, Gerhard / Ress, Georg / Will, Michael R. (Hrsg.) Rechtsvergleichung, Europarecht und Staatensintegration, Gedächtnisschrift für Léontin Constantinesco, Köln 1983, 801–822

Vedder, Christoph

Ausländerrecht für türkische Arbeitnehmer. Die Demirel-Entscheidung des EuGH, das Bundesverfassungsgericht und die Folgen
EuR 1988, 50–66

Vogt, Oliver

Die Regelung des Personenverkehrs in den Europa-Abkommen
Ein Beitrag zur Auslegung des Assoziationsrechts der Europäischen Gemeinschaft mit den mittel- und osteuropäischen Staaten
Baden-Baden 2001

von Auer, Peter

Art. 9 RL 64/221 EWG, assoziationsberechtigte türkische Staatsangehörige und „Ziebell“
[http:// www.anwalt.de/rechtstipps/art-rl-ewg-assoziationsberechtigte-tuerkische-staatsangehoerige-und-ziebell_026573.html](http://www.anwalt.de/rechtstipps/art-rl-ewg-assoziationsberechtigte-tuerkische-staatsangehoerige-und-ziebell_026573.html)

von Borries, Reimer

Staatsangehörigkeitsabhängige Erhebung von Eintrittsgeldern in staatlichen Museen als Verstoß gegen Gemeinschaftsrecht
EuZW 1994, 474–475

von der Groeben, Hans / Schwarze, Jürgen (Hrsg.)
Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
6. Auflage
Baden-Baden 2003

Wahle, Corinna
Der allgemeine Gleichheitssatz in der Europäischen Union:
neuere Entwicklungen und Perspektiven unter Berücksichtigung der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) sowie der Rechtsordnung Deutschlands, Frankreichs und Großbritanniens
Osnabrück 2002

Walker, Peter MB (Hrsg.)
Larousse
Dictionary of Science and Technology
New York 1995

Weber, Claus
Der assoziationsrechtliche Status Drittstaatsangehöriger in der Europäischen Union
Frankfurt a.M. 1997

Weber, Claus
Die Freizügigkeit für Arbeitnehmer in der EG nach der Entscheidung „Bosman“
RdA 1996, 107 - 110

Weisser, Jan
Behinderung als Fall von Diskriminierung – Diskriminierung als Fall von Behinderung
In: Hormel, Ulrike/Scherr, Albert (Hrsg.), Diskriminierung, Grundlagen und Forschungsergebnisse
Wiesbaden 2010, 307–322

Weiß, Wolfgang
Die Personenverkehrsfreiheiten von Staatsangehörigen assoziierter Staaten in der EU
Eine vergleichende Analyse der Assoziationsabkommen
Frankfurt a.M. 1998

Welter, Nobert
Griechenland und die europäische Integration. Die Assoziierung Griechendlands mit der EWG als Beispiel europäischer Entwicklungshilfe
in: Cornides, Wilhelm (Hrsg.) Europaarchiv 1961, Halbmonatsschrift der Deutschen Gesellschaft für auswärtige Politik, Folge 15
Bonn 1962, 417–426

Zeran, Ünal
Die Demirkan Entscheidung – eine nicht überzeugende Neujustierung des Assoziationsvertrages mit der Türkei
InfAuslR 2013, 405-407

Zürcher, Erik Jan
Youngh Turks, Ottoman Muslims and turkish Nationalists: Identity Politics 1908 –
1938,
in: Karpas, Kemal H. (Hrsg.), Ottoman Past and Today´s Turkey
Boston 2000, 150-179

Zuleeg, Manfred
Das Urteil Taflan-Met des Europäischen Gerichtshofs
ZAR 1997, 170-173

Abkürzungsverzeichnis

ABl.	Amtsblatt
Abs.	Absatz
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AEVO	Arbeitsurlaubsverordnung
a. F.	alte Fassung
ARB	Assoziationsratsbeschluss
ArGV	Arbeitsgenehmigungsverordnung
Art.	Artikel
AssAbk	Assoziierungsabkommen
AufenthG	Aufenthaltsgesetz
AuR	Arbeit und Recht (Zeitschrift)
BAG	Bundesarbeitsgericht
BArbBl	Bundesarbeitsblatt
BayVGH	Bayerischer Verwaltungsgerichtshof
BB	Betriebs-Berater (Zeitschrift)
Bd.	Band
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BKGG	Bundeskindergeldgesetz
BSG	Bundessozialgericht
Buchst.	Buchstabe
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
bzw.	beziehungsweise
COM	European Commission
d. h.	das heißt
DPT	Devlet Planlama Teşkilatı
ECU	European currency unit
EEC	European Economic Community
EFTA	European Free Trade Association
EG	Europäische Gemeinschaft
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
EG-Vertrag	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
EStG	Einkommensteuergesetz
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuGRZ	Europäische GRUNDRECHTE-Zeitschrift
EuR	Europarecht (Zeitschrift)
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft
EWG-Vertrag	Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft
EWR	Europäischer Wirtschaftsraum
EWS	Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht (Zeitschrift)
f	folgende / folgender
ff	folgende
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung

FS	Festschrift
GA	Generalanwalt
GK	Gemeinschaftskommentar
GRC	Charta der Grundrechte der Europäischen Union
Hrsg.	Herausgeber
InfAuslR	Informationsbrief Ausländerrecht (Zeitschrift)
i. V. m.	in Verbindung mit
JURA	Juristische Ausbildung (Zeitschrift)
lit.	Littera
LSG	Landessozialgericht
LSG BW	Landessozialgericht Baden-Württemberg
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
NATO	North Atlantic Treaty Organization
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NZS	Neue Zeitschrift für Sozialrecht
OEEC	Organization for European Economic Co-operation
OECD	Organization for Economic Co-operation and Development
OVG	Oberverwaltungsgericht
RdA	Recht der Arbeit (Zeitschrift)
RL	Richtlinie
Rn.	Randnummer
RR	Rechtsprechungsreport
Rs.	Rechtssache
S.	Satz; Seite
SG	Sozialgericht
SGB	Sozialgesetzbuch
Slg.	Sammlung
s. o.	siehe oben
s. u.	siehe unten
u. a.	und andere
UN	United Nations
UNO	United Nations Organization
Unterabs.	Unterabsatz
verb.	Verbundene
VG	Verwaltungsgericht
VGH BW	Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg
vgl.	vergleiche
VO	Verordnung
Vol.	Volume
vs.	versus
WVK	Wiener Vertragsrechtskonvention
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht
ZAR	Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik
ZESAR	Zeitschrift für europäisches Sozial- und Arbeitsrecht
ZIAS	Zeitschrift für ausländisches und internationales Arbeits- und Sozialrecht
Ziff.	Ziffer
ZP	Zusatzprotokoll
ZSR	Zeitschrift für Sozialreform

Einleitung

Betrachtet man die Entwicklung der rechtlichen und politischen Beziehungen der Türkei zur Europäischen Union kann man davon sprechen, dass hier ein besonderes, vielleicht auch ein besonders problematisches Verhältnis vorliegt. Kein anderer Staat strebt schon so lange die Mitgliedschaft in der EU an und bei keinem anderen potentiellen Beitrittsstaat scheint der Beitritt derzeit fraglicher. Die Ursachen hierfür zu erforschen und darzustellen, würde Material für eine eigene Untersuchung bieten. Gegenstand der vorliegenden Arbeit ist dagegen ein Ausschnitt aus den Rechtsgrundlagen, welche aktuell das Verhältnis zwischen der Türkei und der EU bzw. den Mitgliedstaaten regeln: Bereits im Jahr 1963 wurde das Abkommen zur Gründung einer Assoziation zwischen der EWG und der Türkei geschlossen. Das Abkommen wurde 1970 durch ein Zusatzprotokoll ergänzt. Zur Verwirklichung der Ziele des Abkommens erließ der auf der Grundlage des Abkommens eingerichtete Assoziationsrat im Jahr 1980 unter anderem die Beschlüsse Nr. 1/80 und Nr. 3/80. Die genannten Texte enthalten an verschiedenen Stellen Diskriminierungsverbote. Ziel dieser Arbeit ist es nun, die Rechte, die sich aus diesen Diskriminierungsverboten für türkische Staatsangehörige und ihre Familienangehörigen ergeben, umfassend zu untersuchen.

Obwohl die Türkei seit 1999 Beitrittskandidat ist, ist ein EU-Beitritt der Türkei derzeit nicht abzusehen. Es ist daher damit zu rechnen, dass das Assoziierungsabkommen, das Zusatzprotokoll und die Beschlüsse des Assoziationsrates noch lange eine wesentliche Rolle bei der Bestimmung der Rechte von türkischen Staatsangehörigen und ihren Familienangehörigen spielen werden. Die umfassende Untersuchung, welche Rechte sich aus den Diskriminierungsverboten ergeben, ist daher auf absehbare Zeit für die praktische Rechtsanwendung von großer Bedeutung.

Darüber hinaus sind auch in anderen Assoziierungsabkommen, welche die EU mit Drittstaaten geschlossen hat, in der Regel Diskriminierungsverbote enthalten. Eine eingehende Untersuchung der Diskriminierungsverbote aus dem Assoziierungsabkommen EWG/Türkei kann daher auch zur Bestimmung der Rechte von Staatsangehörigen anderer assoziierter Staaten eine Grundlage sein. Hierauf wird in der Schlussbetrachtung zu dieser Arbeit noch einmal eingegangen.

Der Rechtsprechung und der Literatur wurde erst nach und nach klar, welche praktische Bedeutung das Assoziierungsabkommen, das Zusatzprotokoll von 1970 sowie die Assoziationsratsbeschlüsse Nr. 1/80 und Nr. 3/80 haben. Mittlerweile gibt es zahlreiche Entscheidungen des EuGH und auch der nationalen Gerichte, welche sich mit dem Assoziationsrecht EU/Türkei befassen und den türkischen Staatsangehörigen und ihren Familienangehörigen daraus Rechte ableiten. Dies gilt insbesondere in Bezug auf die aufenthaltsrechtlichen Wirkungen der Art. 6 und 7 ARB Nr. 1/80 und deren Beschränkung durch Art. 14 ARB Nr. 1/80.

Der EuGH und die nationalen Gerichte haben sich in einigen Urteilen auch mit den assoziationsrechtlichen Diskriminierungsverboten auseinandergesetzt. Bestimmte Grundlagen, Einzelheiten und insbesondere der Umfang dieser Rechte sind aber weiter klärungsbedürftig. Im Folgenden sind einige Beispiele genannt:

Bei einzelnen Diskriminierungsverboten besteht Uneinigkeit in Bezug auf deren unmittelbare Anwendbarkeit. Diese ist aber Voraussetzung dafür, dass der Einzelne überhaupt Rechte aus den Diskriminierungsverboten geltend machen kann. Von Bedeutung ist auch die grundlegende Frage, nach welchen Grundsätzen Assoziationsrecht auszulegen ist. Hier ist insbesondere darauf einzugehen, ob die Auslegung nach völkerrechtlichen oder gemeinschaftsrechtlichen Regeln zu erfolgen hat. In diesem Zusammenhang ist zu untersuchen, inwieweit die Rechtsprechung des EuGH zu Diskriminierungsverboten aus Gemeinschaftsrecht im engeren Sinne auf assoziationsrechtliche Diskriminierungsverbote übertragbar ist. Ungeklärt ist auch, inwieweit die Diskriminierungsverbote Drittwirkung entfalten, d.h. Privatpersonen entgegen gehalten werden können.

Hinsichtlich einiger Diskriminierungsverbote ist noch offen, ob und gegebenenfalls welche Familienangehörige profitieren können. Für den Umfang der Rechte der türkischen Arbeitnehmer und ihrer Familienangehörigen spielt eine große Rolle, wie der Begriff der „sonstigen Arbeitsbedingungen“ in dem beschäftigungsbezogenen Diskriminierungsverbot in Art. 10 Abs. 1 ARB Nr. 1/80 zu verstehen ist. Hier gehen die Literaturmeinungen stark auseinander und führen zu teilweise extrem unterschiedlichen Rechtspositionen.

Der EuGH hat sich bisher erst in einer Entscheidung mit dem sozialrechtlichen Diskriminierungsverbot in Art. 3 ARB Nr. 3/80 auseinander gesetzt. Dessen Untersuchung ist besonders interessant, da er potentiell weit reichende Rechte vermittelt.

Einen Schwerpunkt der vorliegenden Arbeit bildet die Prüfung, inwieweit die Diskriminierungsverbote im Assoziationsrecht EU/Türkei aufenthaltsrechtliche Wirkung entfalten können. Hierzu liegt bisher ebenfalls erst eine Entscheidung des EuGH vor. Insbesondere in der deutschen Rechtsprechung gehen die Meinungen darüber, wie die Entscheidung des EuGH aufzufassen ist, sehr weit auseinander. Gerade die Frage der aufenthaltsrechtlichen Wirkung assoziationsrechtlicher Bestimmungen ist für die betroffenen türkischen Staatsangehörigen und ihre Familienangehörigen aber oft von besonderer Bedeutung.

Im ersten Teil der Arbeit werden die assoziationsrechtlichen Grundlagen erörtert. Neben einer historischen Einführung und einer inhaltlichen Darstellung der einzelnen Rechtsquellen enthält dieser Teil die rechtliche Einordnung des Assoziationsrechtes. Er befasst sich insbesondere auch mit der Frage, nach welchen Grundsätzen die assoziationsrechtlichen Bestimmungen auszulegen sind. Im zweiten Teil der Arbeit werden der Begriff der Diskriminierung erläutert und die Voraussetzungen für eine nach Assoziationsrecht verbotene Diskriminierung dargelegt. Da die Rechtsprechung und die Literatur sich überwiegend mit den Diskriminierungsverboten nach Gemeinschaftsrecht befasst haben, sollen zunächst die in diesem Zusammenhang aufgestellten Grundsätze erörtert werden. Anschließend wird geklärt, inwieweit die im Gemeinschaftsrecht gefundenen Ergebnisse auf die assoziationsrechtlichen Diskriminierungsverbote übertragen werden können.

Unter Berücksichtigung der Ergebnisse aus den ersten beiden Teilen der Arbeit werden im dritten und vierten Teil die einzelnen assoziationsrechtlichen Diskriminierungsverbote dahingehend untersucht, welche Rechte sie türkischen Arbeitnehmern und ihren Familienangehörigen gewähren. Der dritte Teil befasst sich dabei mit den beschäftigungsbezogenen und sozialen Rechten, der vierte Teil mit den Aufenthaltsrechten.

Teil 1

Die assoziationsrechtlichen Grundlagen

Im ersten Abschnitt des ersten Teils der Arbeit sollen zunächst die Grundlagen des Assoziationsrechtes erörtert werden. Es werden die historische Entwicklung und der Inhalt der assoziationsrechtlichen Vereinbarungen zwischen der EU und der Türkei dargestellt, anschließend werden die rechtlichen Grundlagen des Assoziationsrechtes geklärt.

I. Historische Entwicklung und Inhalt des Assoziierungsabkommens und der Assoziationsratsbeschlüsse

Bei der Darstellung der historischen Entwicklung wird deutlich, dass die Türkei lange vor Abschluss des Assoziierungsabkommens von 1963 eine west- bzw. europaorientierte Politik anstrebte. Im Folgenden werden in einzelnen Abschnitten jeweils die Entwicklung hin zu der assoziationsrechtlichen Vereinbarung der EU mit der Türkei sowie deren Inhalt dargestellt.

1. Das Assoziierungsabkommen EWG/Türkei von 1963

Primäre rechtliche Grundlage der Assoziierung zwischen der EU und der Türkei ist das Abkommen zur Gründung einer Assoziation zwischen der EWG und der Türkei von 1963¹. Schon lange vorher zeichnete sich eine europafreundliche Entwicklung in der Türkei ab.

a. Historische Entwicklung bis zum Abschluss des Assoziierungsabkommens

Bereits im osmanischen Reich kam es Ende des 19. Jahrhunderts vor allem im Rahmen der Bewegung der Jungtürken zu europäisch inspirierten Reformbestrebungen². Ein Großteil der Gründer der jungtürkischen Bewegung bestand aus nach europäischem Vorbild und zum Teil in Europa ausgebildeten Staatsbediensteten³. Die verschiedenen jungtürkischen Gruppierungen einte, dass sie in Opposition zur autokratischen Herrschaft Abdülhamids II vor allem für die Wiedereinführung der 1878

¹ ABl. 1964, 3687 und BGBl. 1964 II, 509, im Folgenden: Assoziierungsabkommen, zur Bezeichnung der Artikel: AssAbk.

² Mayer in: Grothusen (Hrsg.), Die Türkei in Europa, S. 247, 249f.

³ Zürcher in: Karpat (Hrsg.), Ottoman Past and Today's Turkey, S. 150, 151.

ausgesetzten Verfassung eintraten⁴. Die ganz überwiegende Mehrheit befürwortete dabei die Beibehaltung des Sultan-Kalif als oberste politische und religiöse Repräsentationsfigur⁵. Erziehung und Bildung erachteten die Jungtürken als Mittel für umfassende Reformen, die zur Überwindung der Überlegenheit des Westens bzw. Europas notwendig seien⁶. Europa wurde dabei als Wiege der Zivilisation und als Ausgangspunkt für Modernität angesehen⁷. Das aus verschiedenen jungtürkischen Gruppierungen gebildete Komitee für Einheit und Fortschritt übernahm nach der Entmachtung Abdülhamids 1908 zunächst faktisch die Regierung⁸ und behielt diese mit kurzen Unterbrechungen bis zum Ende des Ersten Weltkrieges bei⁹. Unter den Jungtürken kämpften im Wesentlichen drei große Strömungen um die Vorherrschaft: Die Liberalen oder Westorientierten, welche einer individuell-liberalistischen Idee konstitutioneller Monarchie nach britischem Vorbild anhängen, die Islamisten, welche das Reich auf der Grundlage eines reformierten Islam erneuern wollten und die von den Ideologien der europäischen Nationalbewegungen des 19. Jahrhunderts beeinflussten türkischen Nationalisten¹⁰. Das Komitee für Einheit und Fortschritt bildete dabei den politischen Kern der türkischen Nationalisten und unternahm einige weit reichende politische und gesellschaftliche Reformen¹¹. So führten sie das parlamentarische System ein und säkularisierten das Staatswesen, indem sie zum Beispiel die religiösen Gerichte der Aufsicht des Justizministeriums und religiöse Stiftungen der staatlichen Verwaltung unterstellten¹². 1917 wurde ein umfassendes Familienrecht und damit beispielsweise die zivilrechtliche Regelung der Eheschließung und – auflösung eingeführt¹³. Dies stellte neben der Öffnung der Schulen und Universitäten für Mädchen und Frauen eine wesentliche Verbesserung für die Rechte von Frauen dar¹⁴. Die Zuständigkeit für das gesamte Schulwesen wurde auf das Erziehungsministerium übertragen, Fächer wie Geschichte, Literatur und Philosophie kamen auf den Lehrplan¹⁵. Wirtschaftspolitisch herrschten von 1908 bis 1913 eher liberale An-

⁴ *Kramer/Reinkowski*, Die Türkei und Europa, S. 103.

⁵ *Kramer/Reinkowski*, Die Türkei und Europa, S. 104.

⁶ *Kramer/Reinkowski*, Die Türkei und Europa, S. 104.

⁷ *Criss* in: Kürsat-Ahlers/Tan/Waldhoff (Hrsg.), *Türkei und Europa, Facetten einer Beziehung in Vergangenheit und Gegenwart*, S. 123, 130, 132f.

⁸ *Sordi* in: Schreiber (Hrsg.), *Weltreiche*, Bd. II, deutsche Ausgabe, S. 321.

⁹ *Kramer/Reinkowski*, Die Türkei und Europa, S. 87.

¹⁰ *Kramer/Reinkowski*, Die Türkei und Europa, S. 104.

¹¹ *Kramer/Reinkowski*, Die Türkei und Europa, S. 108; *Lewis*, *The Emergence of Modern Turkey*, S. 223 ff.

¹² *Kramer/Reinkowski*, Die Türkei und Europa, S. 109.

¹³ *Kramer/Reinkowski*, Die Türkei und Europa, S. 109; *Lewis*, *The Emergence of modern Turkey*, S. 225.

¹⁴ *Lewis*, *The Emergence of modern Turkey*, S. 225.

¹⁵ *Kramer/Reinkowski*, Die Türkei und Europa, S. 109.

sätze vor¹⁶. Die Regierung des Komitees für Einheit und Fortschritt förderte anschließend vor allem die nationale Wirtschaft¹⁷.

Mustafa Kemal Atatürk führte nach der Gründung der türkischen Republik am 29.10.1923 die von den Jungtürken begonnenen Reformen weiter: Am 03.03.1924 beschloss die Nationalversammlung die Beendigung des Kalifats und beschränkte die Einflussnahme des religiösen Establishments, indem ein einheitliches nationales Erziehungssystem eingeführt wurde, in welchem die Bildung nun in den Händen staatlich geleiteter Vorbereiter und Predigerschulen lag¹⁸. Außerdem wurde das Ministerium für das islamische Recht und die Verwaltung der frommen Stiftungen abgeschafft¹⁹. Verschiedene Rechtsbereiche wurden an die Rechtssysteme westlicher Staaten angepasst. So lehnte das Zivilrecht an das schweizer Zivilrecht an²⁰, das Strafrecht wurde nach italienischem, das Strafprozessrecht und das Handelsrecht nach deutschem Vorbild umgestaltet²¹. Die Nationalversammlung strich 1928 den Islam als Staatsreligion aus der Verfassung²². Der Religionsunterricht wurde in den städtischen Schulen 1930, in den Dorfschulen 1933 abgeschafft. Arabisch und Persisch wurde seit 1928 nur noch an den Universitäten gelehrt²³. Mustafa Kemal Atatürk erstellte ab Herbst 1929 selbst einen Entwurf eines Lehrbuchs für alle Schulen, welches nach dem Vorbild der deutschen „Staatsbürgerkunde“ bzw. nach der französischen „*Instruction civique*“ gestaltet war und den Schülern die Prinzipien des kemaalistischen Staates nahe bringen sollte²⁴. Der Text wurde von Ayşe Afet Inan, der Adoptivtochter Atatürks redigiert und 1930 veröffentlicht²⁵. Im Rahmen der Bildungsreform war vorgesehen, dass zumindest übergangsweise europäische Gastprofessoren engagiert werden sollten²⁶. In den Dreißiger- und Vierzigerjahren handelte es sich dabei überwiegend um deutsche Wissenschaftler, die aus Nazi-Deutschland emigriert waren²⁷. Die Türkei passte sich weiter insoweit der westlichen Kultur an, als

¹⁶ Kramer/ Reinkowski, Die Türkei und Europa, S. 109.

¹⁷ Kramer/Reinkowski, Die Türkei und Europa, S. 109.

¹⁸ Kreiser, Atatürk. Eine Biographie, S. 219, 225ff.

¹⁹ Kramer/Reinkowski, Die Türkei und Europa, S. 121 f; Kreiser, Atatürk, Eine Biographie, S. 219, 225ff.

²⁰ Kramer/ Reinkowski, Die Türkei und Europa, 122; Lewis, The Emergence of Modern Turkey, S. 267.

²¹ Kramer/Reinkowski, Die Türkei und Europa, S. 123; Mayer in: Grothusen (Hrsg.), Die Türkei in Europa, S. 247, 252.

²² Lewis, The Emergence of modern Turkey, S. 271.

²³ Kramer/Reinkowski, Die Türkei und Europa, S. 123.

²⁴ Kreiser, Atatürk. Eine Biographie, S. 219, 237.

²⁵ Kreiser, Atatürk. Eine Biographie, S. 219, 237.

²⁶ Kramer/ Reinkowski, Die Türkei und Europa, S. 148.

²⁷ Rüstow, Die Türkei, S. 147.

sie zum Dezember 1925 den gregorianischen Kalender und die international übliche 24-Stunden-Zeitmessung einführt²⁸. Am 01.01.1929 wurde das türkische, auf der Grundlage lateinischer Buchstaben entwickelte Alphabet zur offiziellen Schrift²⁹. Darüber hinaus war Atatürk bestrebt, die Modernisierung durch Etablierung westlicher Elemente in der Kunst, vor allem in der Musik zu fördern indem er zum Beispiel die Nutzung westlicher Musiktechniken anregte oder europäische Musiker und Komponisten wie Joseph Marx, Paul Hindemith, Bela Bartok und Eduard Zuckmayer in die Türkei einlud³⁰. Die kulturellen Reformen machten auch vor der Kleiderordnung nicht Halt. Das bereits 1925 in Kraft getretene Hutgesetz schrieb den Hut als Kopfbedeckung für Männer vor und verbot damit unter Strafe das Tragen des traditionellen Fes³¹. Das Verbot des Schleiers als traditionelle weibliche Kopfbedeckung galt dagegen nur für Staatsbedienstete und in öffentlichen Gebäuden³². Wirtschaftlich war Atatürk um eine möglichst umfassende Autarkie bemüht³³ und folgte dem Prinzip des Etatismus³⁴.

Während des Zweiten Weltkrieges bemühte sich die Türkei, möglichst neutral zu bleiben. Sie erklärte Deutschland erst kurz vor Kriegsende und wohl vor allem, um UNO-Gründungsmitglied werden zu können, den Krieg³⁵. Nach dem Ende des Zweiten Weltkrieges kam es zu einer neuerlichen und verstärkten Westorientierung der Türkei³⁶. Als Ursache sind zum einen sicherheitspolitische Gründe zu sehen, welche sich aus einem angespannten Verhältnis der Türkei zur Sowjetunion ergaben³⁷. Diese Spannungen waren bedingt durch sowjetische Gebietsansprüche auf Teile der türkischen Nordostprovinzen und die Forderung nach Errichtung eines gemeinschaftlichen türkisch-sowjetischen Kontrollregimes über die Meerenge in der Türkei³⁸. Die der Sowjetunion militärisch weit unterlegene Türkei entschied, sich unter den Schutz der Vereinigten Staaten zu stellen und besiegelte damit ihre Einbindung in das west-

²⁸ *Lewis*, *The Emergence of modern Turkey*, S. 265, 272.

²⁹ *Kramer/Reinkowski*, *Die Türkei und Europa*, S. 124.

³⁰ *And* in: Landau (Hrsg.) *Atatürk and the Modernization of Turkey*, S. 215, 220.

³¹ *Kreiser*, *Atatürk: Eine Biographie*, S. 219, 242; *Lewis*, *The Emergence of modern Turkey*, S. 264.

³² *Kramer/Reinkowski*, *Die Türkei und Europa*, S. 123.

³³ *Riemer*, *Die Türkei an der Schwelle zum 21. Jahrhundert*, S. 28.

³⁴ *Riemer*, *Die Türkei an der Schwelle zum 21. Jahrhundert*, S. 27.

³⁵ *Kramer/Reinkowski*, *Die Türkei und Europa*, S. 154.

³⁶ *Bagci* in: Wiggershaus/Heinemann (Hrsg.), *Nationale Außen- und Bündnispolitik der NATO-Mitgliedstaaten*, Bd. II, S. 281; *Riemer*, *Die Türkei an der Schwelle zum 21. Jahrhundert*, S. 28.

³⁷ *Kramer*, *Die Europäische Gemeinschaft und die Türkei*, S. 15.

³⁸ *Gonlubol* in: Karpat (Hrsg.), *Turkey's Foreign Policy in Transition*, S. 13; Moser/Weithmann, *Die Türkei, Nation zwischen Europa und dem Nahen Osten*, S. 144.

liche militärische Sicherheitssystem³⁹. Die Truman-Doktrin vom 12. 03. 1947 garantierte die territoriale Unversehrtheit der Türkei⁴⁰. Die im Rahmen des Marshall-Plans für den europäischen Wiederaufbau erfolgte Unterzeichnung eines militärischen Abkommens zwischen den Vereinigten Staaten und der Türkei am 12.07.1947 dokumentiert die Westorientierung der Türkei⁴¹. Die Türkei wurde 1947 in den Internationalen Währungsfonds und in die Weltbank aufgenommen⁴². Im Zusammenhang mit dieser Westorientierung steht auch die Änderung der Haltung der Türkei zur Palästinafrage. Die Türkei befürwortete nun nicht mehr die Gründung eines unabhängigen arabischen Staates, sondern anerkannte stattdessen den Staat Israel neun Monate nach seiner Gründung⁴³. Diese weitere Annäherung an die Positionen westlicher Staaten, insbesondere der Vereinigten Staaten, erfolgte auf Kosten der Beziehungen der Türkei zu den arabischen Staaten⁴⁴.

Die Türkei war bestrebt, Gründungsmitglied in der NATO zu werden⁴⁵. Dies wurde von den Vereinigten Staaten und den Staaten des Brüsseler Vertrages jedoch zunächst abgelehnt mit der Begründung, dem Nordatlantikvertrag läge ein geographisches Verteidigungskonzept zu Grunde, welches auf die Länder der nordatlantischen Region beschränkt sei⁴⁶. Der türkische Außenminister versuchte daraufhin, das Vereinigte Königreich und die Vereinigten Staaten für einen den Nordatlantikpakt ergänzenden Mittelmeerpakt zu gewinnen, stieß dabei aber auf wenig Interesse⁴⁷. Eine Wendung in der NATO-Beitrittsfrage trat ein mit dem Beschluss der neu gewählten türkischen Regierung unter Adnan Menderes vom 18.07.1950, wonach die Türkei als zweites Land nach den Vereinigten Staaten dem Aufruf des UN-Sicherheitsrates, der von Nordkorea angegriffenen Republik Südkorea zu Hilfe zu kommen, folgte⁴⁸. Unter diesem Eindruck und auf Initiative des US-amerikanischen Botschafters in Ankara,

³⁹ Kramer, Die Europäische Gemeinschaft und die Türkei, S. 15.

⁴⁰ Moser/Weithmann, Die Türkei, Nation zwischen Europa und dem Nahen Osten, S. 143 f; Riemer, Die Türkei an der Schwelle zum 21. Jahrhundert, S. 28.

⁴¹ Özak in: Özak/Dagyeli (Hrsg.), Die Türkei im Umbruch, S. 208, 210 f.

⁴² Moser/Weithmann, Die Türkei, Nation zwischen Europa und dem Nahen Osten, S. 145.

⁴³ Bağcı in: Nationale Außen- und Bündnispolitik der NATO-Mitgliedstaaten, Bd. II, S. 281, 282.

⁴⁴ Bağcı in: Nationale Außen- und Bündnispolitik der NATO-Mitgliedstaaten, Bd. II, S. 281, 282 m.w.N.; Moser/Weithmann, Die Türkei, Nation zwischen Europa und dem Nahen Osten, S. 155; Özak in: Özak/Dagyeli (Hrsg.), Die Türkei im Umbruch, S. 208, 211.

⁴⁵ Bağcı in: Nationale Außen- und Bündnispolitik der NATO-Mitgliedstaaten, Bd. II, S. 281, 282.

⁴⁶ Bağcı in: Nationale Außen- und Bündnispolitik der NATO-Mitgliedstaaten, Bd. II, S. 281, 282.

⁴⁷ Bağcı in: Wiggershaus/Heinemann (Hrsg.), Nationale Außen- und Bündnispolitik der NATO-Mitgliedstaaten, Bd. II, S. 281, 285.

⁴⁸ Bağcı in: Wiggershaus/Heinemann (Hrsg.), Nationale Außen- und Bündnispolitik der NATO-Mitgliedstaaten, Bd. II, S. 281, 286f; Moser/Weithmann, Die Türkei, Nation zwischen Europa und dem Nahen Osten, S. 145.

George McGhee, erhielten die Beitrittsbestrebungen der Türkei eine neue Dynamik. McGhee hielt die Aufnahme der Türkei in die NATO für unerlässlich zum Schutz schwächerer Staaten des mittleren Ostens gegen sowjetische Einflüsse oder Angriffe⁴⁹. Am 20.09.1951 wurde die Türkei schließlich vom NATO-Rat zum Beitritt eingeladen, der am 18.02.1952 erfolgte.

Darüber hinaus war die Türkei außenpolitisch um eine Mitgliedschaft in allen wichtigen multinationalen westeuropäischen Organisationen bemüht⁵⁰. So wurde sie 1948 Gründungsmitglied der Organisation für europäische wirtschaftliche Zusammenarbeit (OEEC, 1961 abgelöst durch die Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung, OECD). Die Türkei trat dem Europarat noch im Jahr seiner Gründung 1949 bei und ist seitdem ununterbrochen im Ministerrat des Europarates und als einer der ersten Staaten mit einem ständigen Vertreter beim Europarat in Straßburg vertreten⁵¹.

Aus der außen- und sicherheitspolitischen Anbindung der Türkei an den Westen folgte eine wirtschaftspolitische Ausrichtung auf das System offener Märkte und freier internationaler Wirtschaftsbeziehungen und gleichzeitig die wirtschaftliche Abhängigkeit von engen Verbindungen zu dem westlichen Wirtschaftssystem⁵². Diese marktwirtschaftliche Orientierung hatte eine weitere Ursache in der deutschen Gelehrtenmigration während des Nationalsozialismus⁵³. Eine Zeit lang hatten deutsche Wirtschaftswissenschaftler die Mehrheit der wirtschaftswissenschaftlichen Lehrstühle an der Universität Istanbul inne und prägten das wirtschaftspolitische Denken in der Türkei mit ihren marktwirtschaftlichen Ideen⁵⁴.

Am 31.07.1959 stellte die türkische Regierung den Antrag, mit der EWG in Verhandlungen über den Abschluss eines Assoziierungsabkommens einzutreten. Der Zeitpunkt für die Antragstellung ergibt sich offenbar aus der Tatsache, dass Griechenland einige Wochen zuvor ebenfalls die Aufnahme von Assoziierungsverhandlungen

⁴⁹ *Bagci* in Wiggershaus/Heinemann (Hrsg.): Nationale Außen- und Bündnispolitik der NATO-Mitgliedstaaten, Bd. II, S. 281, 293.

⁵⁰ *Keskin* in: Werner Gumpel (Hrsg.), Die Türkei auf dem Weg in die EG, S. 65; *Kramer*, Die Europäische Gemeinschaft und die Türkei, S. 18.

⁵¹ *Mayer* in: Grothusen (Hrsg.), Die Türkei in Europa, S. 247, 253.

⁵² *Kramer*, Die Europäische Gemeinschaft und die Türkei, S. 20.

⁵³ *Kramer/Reinkowski*, Die Türkei und Europa, S. 148 f.

⁵⁴ *Kramer/Reinkowski*, Die Türkei und Europa, S. 148 f.

mit der EWG beantragt hatte⁵⁵. Aufgrund der zwischen Griechenland und der Türkei ständig herrschenden politischen Spannungen war die Türkei bemüht, jegliches Ungleichgewicht in den Beziehungen beider Staaten zu Westeuropa zu vermeiden⁵⁶.

Die Hauptmotive für den Antrag der Türkei waren politischer Natur: Westorientierung und die Anerkennung der Türkei als moderne westeuropäische Demokratie und Industrienation⁵⁷ sowie das Bestreben, ein Gleichgewicht in den Beziehungen von Griechenland und der Türkei zu Westeuropa herzustellen⁵⁸. Daneben sind wirtschaftspolitische Erwägungen wie Verbesserung der Exportchancen, Kapital- und Technologieimporte und der Nutzen aus der Rolle Westeuropas in den internationalen Finanzbeziehungen zu nennen⁵⁹. Im Rahmen der wirtschaftlichen Erwägungen war das Konkurrenzverhältnis zwischen Griechenland und der Türkei in Bezug auf Exportwaren auf den EWG-Markt maßgeblich⁶⁰. Die Türkei befürchtete bei einer Assoziierung Griechenlands mit der EWG und damit verbundenen Zollbegünstigungen starke Einbußen auf diesem Markt, der immerhin 35 % der türkischen Gesamtexporte ausmachte⁶¹. Weiter verband die Türkei mit der Assoziierung die Hoffnung auf Entlastung ihres Arbeitsmarktes, Devisenzufluss durch den Arbeitskräfteexport sowie Finanzhilfen durch die Gemeinschaft⁶².

Als Motivation für die Aufnahme von Assoziierungsverhandlungen überwogen bei der EWG ebenfalls politische, vor allem sicherheitspolitisch-militärische Erwägungen⁶³. Die Assoziation mit der Türkei wurde als wertvolle Ergänzung zur NATO-Bindung der Türkei angesehen⁶⁴. Hierbei spielten vor allem die Funktionen der Türkei als Grenze sowjetischen Vordringens und als Brücke zwischen Europa und den nah- und mittel-

⁵⁵ *Kramer*, Die Europäische Gemeinschaft und die Türkei, S. 32.

⁵⁶ *Akyürek*, Das Assoziationsabkommen EWG – Türkei, S. 1; *Birand* in: Özak/Dagyeli (Hrsg.), Die Türkei im Umbruch, S. 187, 188 f; *Kramer*, Die Europäische Gemeinschaft und die Türkei, S. 32.

⁵⁷ *Birand* in: Özak/Dagyeli (Hrsg.), Die Türkei im Umbruch, S. 187, 189; *Kramer*, Die Europäische Gemeinschaft und die Türkei, S. 21 f, 31; vgl. auch *Ete*, Probleme der Assoziierung der Türkei mit der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, S. 15.

⁵⁸ *Akyürek*, Das Assoziationsabkommen EWG – Türkei, S. 1; *Ete*, Probleme der Assoziierung der Türkei mit der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, S. 48.

⁵⁹ *Akyürek*, Das Assoziationsabkommen EWG – Türkei, S. 1; *Kramer*, Die Europäische Gemeinschaft und die Türkei, S. 23; vgl. auch *Ete*, Probleme der Assoziierung der Türkei mit der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, S. 18.

⁶⁰ *Kramer*, Die Europäische Gemeinschaft und die Türkei, S. 32.

⁶¹ *Akyürek*, Das Assoziationsabkommen EWG – Türkei, S. 1; *Birand* in: Özak/Dagyeli (Hrsg.), Die Türkei im Umbruch, S. 187, S. 190; *Kramer*, Die Europäische Gemeinschaft und die Türkei, S. 32.

⁶² *Akyürek*, Die Europäische Gemeinschaft und die Türkei, S. 1; *Birand* in: Özak/Dagyeli (Hrsg.), Die Türkei im Umbruch, S. 187, 190.

⁶³ *Kramer*, Die Europäische Gemeinschaft und die Türkei, S. 32.

⁶⁴ *Kramer*, Die Europäische Gemeinschaft und die Türkei, S. 32.

östlichen Krisengebieten eine Rolle⁶⁵. Darüber hinaus wollte die Gemeinschaft ihr internationales Ansehen durch vielfältige Beziehungen zu Drittländern stärken⁶⁶. Aufgrund der sicherheitspolitischen Bedeutung des östlichen Mittelmeerraumes war die EWG bestrebt, dort nicht durch Ungleichbehandlung Griechenlands und der Türkei Spannungen zu verstärken⁶⁷. Teilweise wurde die Assoziierung der Türkei mit der EWG auch als logische Folge der NATO-Mitgliedschaft der Türkei angesehen⁶⁸. In wirtschaftlicher Hinsicht ging es den Mitgliedstaaten primär um den Schutz der europäischen Wirtschaft vor türkischen Textilimporten und Agrarprodukten, welche in Konkurrenz zu europäischen Produkten standen⁶⁹.

Aus Sicht Deutschlands sprach zunächst sein Bedarf an Arbeitskräften für eine Assoziierung mit der Türkei und die daraus folgende weitgehende Arbeitnehmerfreizügigkeit. Am 30.10.1961 hatten Deutschland und die Türkische Republik eine Vereinbarung zur Regelung der Vermittlung von türkischen Arbeitnehmern nach der Bundesrepublik Deutschland⁷⁰ geschlossen. Beide Staaten unterzeichneten am 30.04.1964 das binationale Abkommen über die Soziale Sicherheit⁷¹.

Wohl aus dem oben genannten Bestreben heraus, eine Ungleichbehandlung von Griechenland und der Türkei zu vermeiden, war es zunächst das Bestreben der EWG, mit beiden Staaten gleich lautende Verträge auszuhandeln⁷². Dies scheiterte jedoch zum einen an den unterschiedlichen wirtschaftlichen Voraussetzungen, aber wohl auch aufgrund der aus Sicht der EWG unrealistischen Forderungen der Türkei nach freiem Marktzugang für industrielle und landwirtschaftliche Erzeugnisse, einem Kredit in Höhe von 500 Mio. US-Dollar, der schriftlichen Garantie der Mitgliedschaft nach einem Zeitraum von 22 Jahren und dem automatischen Übergang von der Vorbereitungs- zur Übergangsphase der Assoziation⁷³.

⁶⁵ *Gottschlich*, Die Türkei auf dem Weg nach Europa, S. 154; *Kramer*, Die Europäische Gemeinschaft und die Türkei, S. 24.

⁶⁶ *Birand* in: Özak/Dagyeli (Hrsg.), Die Türkei im Umbruch, S. 187, 191; *Kramer*, Die Europäische Gemeinschaft und die Türkei, S. 32.

⁶⁷ *Birand* in: Özak/Dagyeli (Hrsg.), Die Türkei im Umbruch, S. 187, S. 191; *Kramer*, Die Europäische Gemeinschaft und die Türkei, S. 32.

⁶⁸ *Kramer*, Die Europäische Gemeinschaft und die Türkei, S. 32.

⁶⁹ *Kramer*, Die Europäische Gemeinschaft und die Türkei, S. 27.

⁷⁰ BArbBl 3/1962, S. 69.

⁷¹ BGBl II 1965/1170

⁷² *Kramer*, Die Europäische Gemeinschaft und die Türkei, S. 32.

⁷³ *Kramer*, Die Europäische Gemeinschaft und die Türkei, S. 32 f.

Die Verhandlungen über den Assoziierungsantrag begannen am 28.09.1959 und zogen sich über zehn mehrtägige Verhandlungsrunden bis zum endgültigen Abschluss am 25.06.1963 hin⁷⁴. Der Verhandlungsverlauf wurde dabei durch den am 27.05.1960 in der Türkei erfolgten Militärputsch verzögert, jedoch nicht entscheidend behindert⁷⁵. Das Ziel einer Zollunion wurde von den Verhandlungspartnern zunächst relativ schnell festgelegt⁷⁶. Im April 1961 rückte die EWG jedoch von diesem Ziel ab und favorisierte ein Modell, welches den Beziehungen der EWG zu den Mittelmeer-Anrainern ähnelte⁷⁷ und daher lediglich als ein Kooperationsabkommen auf wirtschaftlichem Gebiet zu bezeichnen gewesen wäre⁷⁸. Am 09.07.1961 wurde das Assoziierungsabkommen mit Griechenland⁷⁹ abgeschlossen. Da mit Griechenland nicht nur eine Zollunion vereinbart, sondern ihm auch die Mitgliedschaft in Aussicht gestellt wurde, ließ die türkische Seite sich nicht auf die abweichenden Vorschläge ein und bestand auf einer Zollunion als Kernziel der Assoziierung⁸⁰. Mit dieser Forderung setzte sich die Türkei letztlich auch durch. Nachdem am 20.11.1961 die Militärdiktatur von einer zivilen Regierung unter der Leitung von Ministerpräsident Ismet İnönü abgelöst worden war, wurde am 12.09.1963 das Abkommen in Ankara unterzeichnet.

b. Inhalt

Das Assoziierungsabkommen bestimmt in Art. 2 Abs. 1 zunächst das Ziel, die Handels- und Wirtschaftsbeziehungen zwischen den Vertragsparteien zu fördern und dabei den beschleunigten Aufbau der türkischen Wirtschaft und die Hebung des Beschäftigungsstandes und der Lebensbedingungen des türkischen Volkes zu gewährleisten. Die schrittweise Errichtung einer Zollunion ist vorgesehen (Art. 2 Abs. 2 AssAbk). Die Assoziation umfasst nach dem Abkommen Vorbereitungs-, Übergangs- und Endphase (Art. 2 Abs. 3 AssAbk). Während der fünfjährigen, nach den Bestimmungen des Vorläufigen Protokolls bis zu elf Jahren verlängerbaren Vorbereitungsphase hat die Türkei ihre Wirtschaft mit Hilfe der Gemeinschaft zu festigen (Art. 3 Abs. Abs. 1 AssAbk). Die sich anschließende, unter Ausnahmeverbehalt maximal

⁷⁴ *Kramer*, Die Europäische Gemeinschaft und die Türkei, S. 33.

⁷⁵ *Akyürek*, Das Assoziationsabkommen EWG – Türkei, S. 3.

⁷⁶ *Ete*, Probleme der Assoziierung der Türkei mit der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, S. 21.

⁷⁷ *Kramer*, Die Europäische Gemeinschaft und die Türkei, S. 33, vgl. *Ete*, Probleme der Assoziierung der Türkei mit der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, S. 23 f.

⁷⁸ Vgl. *Welter*, Europaarchiv 1961, 417, 425, der aufgrund der am 10.04.1961 wieder aufgenommenen Verhandlungen davon ausging, dass nicht die Zollunion das Ziel der Assoziierung der EWG mit der Türkei sei sondern ein „lockeres Gebilde“.

⁷⁹ ABl. 26 vom 18.02.1963, S. 294 – 342.

⁸⁰ *Ete*, Probleme der Assoziierung der Türkei mit der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, S. 22; *Kramer*, Die Europäische Gemeinschaft und die Türkei, S. 24.

zwölf Jahre dauernde Übergangsphase dient der schrittweisen Errichtung einer Zollunion und der Annäherung der türkischen und der gemeinschaftlichen Wirtschaftspolitik (Art. 4 Abs. 1 AssAbk). Die Endphase soll schließlich auf der Zollunion beruhen und eine verstärkte Koordinierung der Wirtschaftspolitiken der Vertragsparteien einschließen (Art. 5 AssAbk).

Das Assoziierungsabkommen enthält in seinem Art. 9 ein Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit und bezieht sich dabei auf den entsprechenden in Artikel 7 des Vertrages zur Gründung der Gemeinschaft⁸¹ verankerten Grundsatz (Art. 9 AssAbk).

Gemäß Artikel 12 AssAbk vereinbaren die Vertragsparteien, „sich von den Artikeln 48, 49 und 50 des Vertrages zur Gründung der Gemeinschaft⁸² leiten zu lassen, um untereinander die Freizügigkeit der Arbeitnehmer schrittweise herzustellen.“ Das Assoziierungsabkommen der Gemeinschaft mit der Türkei ist damit neben dem Assoziierungsabkommen EWG/Griechenland⁸³ eines der ersten Assoziierungsabkommen, die als Zielsetzung ausdrücklich die Herstellung der Freizügigkeit beinhalten⁸⁴. Entsprechende Regelungen enthält das Assoziierungsabkommen in seinen Artikeln 13 und 14 zur Aufhebung der Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit und des freien Dienstleistungsverkehrs und orientiert sich damit an dem System der Grundfreiheiten des EGV bzw. jetzt AEUV⁸⁵.

In den Art. 15 – 21 enthält das Assoziierungsabkommen weitere Bestimmungen wirtschaftlicher Art. Es verweist in Bezug auf Verkehrspolitik (Art. 15 AssAbk), Wettbewerb, Steuern und Rechtsangleichung (Art. 16 AssAbk) auf die entsprechenden Grundsätze im EWGV und verpflichtet die Vertragsparteien unter anderem zum Betreiben einer Wirtschaftspolitik, insbesondere Konjunktur-, Finanz- und Währungspolitik, welche der Verwirklichung der Ziele der Assoziation dient (Art. 17 AssAbk). Mit derselben Zielrichtung soll der Kapitalverkehr zwischen den Mitgliedstaaten und der Türkei erleichtert werden (Art. 19 und 20 AssAbk).

⁸¹ Jetzt Art. 18 AEUV.

⁸² Jetzt Art. 45, 46 und 47 AEUV.

⁸³ ABl. Nr. 26 vom 18.02.1963, S. 294.

⁸⁴ *Akyürek*, Das Assoziationsabkommen EWG – Türkei, S. 4.

⁸⁵ *Akyürek*, Das Assoziationsabkommen EWG – Türkei, S. 6.

Wesentliche Mittel zur Umsetzung der Ziele des Assoziierungsabkommens sind in Art. 6 – 8 und 22 AssAbk geregelt: Die Vertragsparteien treten in einem Assoziationsrat zusammen, welcher im Rahmen der ihm zugewiesenen Befugnisse zur Sicherstellung der Anwendung und Entwicklung der Assoziationsregelung tätig wird (Art. 6 AssAbk). Die Vertragsparteien sind verpflichtet, geeignete Maßnahmen zur Erreichung der Ziele des Abkommens zu ergreifen und diesen entgegenstehende Maßnahmen zu unterlassen (Art. 7 AssAbk). Der Assoziationsrat bestimmt die Bedingungen, Einzelheiten und den Zeitplan für die Durchführung der Bestimmungen bezüglich der zu berücksichtigenden Sachbereiche des Vertrages zur Gründung der Gemeinschaft, insbesondere Zollunion, Landwirtschaft und Verkehrs- und Wirtschaftspolitik sowie Schutzklauseln aller Art (Art. 8 AssAbk). Der Assoziationsrat ist ermächtigt, Beschlüsse zu fassen und verpflichtet die Parteien, die zur Durchführung der Beschlüsse erforderlichen Maßnahmen zu treffen (Art. 22 Abs. 1 AssAbk). Der Assoziationsrat überprüft regelmäßig die Auswirkungen der Assoziationsregelung unter Berücksichtigung der Ziele des Abkommens und hat das Recht auf zweckdienliche Empfehlungen (Art. 22 Abs. 2 AssAbk). Er fasst mit Beginn der Übergangsphase Beschlüsse in den Fällen, in denen zur Erreichung der Ziele des Abkommens ein gemeinsames Tätigwerden der Vertragsparteien erforderlich erscheint, das Abkommen die dafür erforderlichen Befugnisse aber nicht enthält (Art. 22 Abs. 3 AssAbk).

Der Assoziationsrat ist zur Beilegung von Streitigkeiten in Bezug auf Anwendung oder Auslegung des Abkommens berufen, soweit sie die Gemeinschaft, einen Mitgliedstaat der Gemeinschaft oder die Türkei betreffen (Art. 25 Abs. 1 AssAbk).

Schließlich soll die Möglichkeit eines Beitritts der Türkei zur Gemeinschaft geprüft werden, „sobald das Funktionieren des Abkommens es in Aussicht zu nehmen gestattet, dass die Türkei die Verpflichtungen aus dem Vertrag zur Gründung der Gemeinschaft vollständig übernimmt“ (Art. 28 AssAbk).

2. Das Zusatzprotokoll von 1970

a. Entwicklung der Assoziation bis zum Zusatzprotokoll von 1970

Nach dem Abschluss des Assoziierungsabkommens entwickelten sich die Beziehungen zwischen der EWG und der Türkei eher träge. Trotz der Vereinbarung einer In-

tensivierung der Handelsbeziehungen nahm beispielsweise der landwirtschaftliche Export der Türkei in die EG zwischen 1965 und 1968 weniger zu als der in die Vereinigten Staaten, die EFTA und den Ostblock⁸⁶. Die von der EWG bereitgestellte Finanzhilfe in Höhe von 175 Mio. US-Dollar konnte von der Türkei nicht vollumfänglich genutzt werden, da die Türkei nicht über ausreichende förderungsfähige Projekte verfügte⁸⁷. Dennoch forderte die türkische Regierung im Mai 1967 den Einstieg in die Übergangsphase zum Beginn des Jahres 1970⁸⁸. Der Assoziationsrat beschloss am 09.12.1968 entgegen dem Votum der Kommission, die den Eintritt in die Übergangsphase aus wirtschaftlichen Gründen für verfrüht hielt, mit den Vorarbeiten zum Eintritt in die Übergangsphase zu beginnen⁸⁹. Diese wurden durch innertürkische Uneinigkeit über eine engere Integration in die EWG erschwert⁹⁰. Es gab in der Türkei sowohl linke als auch rechte Gruppierungen, welche eine Zollunion und EWG-Mitgliedschaft mit der Befürchtung ablehnten, diese würde den Untergang der türkischen Industrie bedeuten⁹¹. Vor allem die türkische Privatwirtschaft befürwortete dagegen eine Zollunion und weitergehende Integration der Türkei in die EWG, da sie sich durch die damit einhergehende Marktöffnung und den Technologietransfer positive Impulse für die türkische Wirtschaft erhoffte⁹². Auch innerhalb der türkischen Regierung bestand Uneinigkeit. Die Staatliche Planungsbehörde (DPT) befürwortete die weitere Integration in die EWG erst nach einer Stabilisierung der türkischen Basisindustrien wie Metall, Investitionsgüter, Energie und Chemie⁹³. Das Außenministerium strebte aus politischen Gründen eine sofortige Intensivierung der Beziehung zur EWG an⁹⁴.

Auf der Seite der EWG-Mitgliedstaaten überwog das Interesse, in der Übergangszeit mittelfristig zu einer Gegenseitigkeit der Handelskonzessionen zwischen der Türkei und der EWG zu kommen⁹⁵. Gleichzeitig sollte in Bezug auf den Handel mit Agrar-

⁸⁶ *Kramer*, Die Europäische Gemeinschaft und die Türkei, S. 41 m.w.N.

⁸⁷ *Kramer*, Die Europäische Gemeinschaft und die Türkei, S. 42.

⁸⁸ *Birand* in: Özak/Dagyeli (Hrsg.), Die Türkei im Umbruch, S. 187, S. 194; *Kramer*, Die Europäische Gemeinschaft und die Türkei, S. 43.

⁸⁹ *Kramer*, Die Europäische Gemeinschaft und die Türkei, S. 44; 4. Jährlicher Tätigkeitsbericht des Assoziationsrates 1.1.- 31.12.1968, S. 26.

⁹⁰ *Kramer*, Die Europäische Gemeinschaft und die Türkei, S. 44.

⁹¹ *Kramer*, Die Europäische Gemeinschaft und die Türkei, S. 44 f; Özak in: Özak/Dagyeli (Hrsg.), Die Türkei im Umbruch, S. 208, 223.

⁹² *Kramer*, Die Europäische Gemeinschaft und die Türkei, S. 45.

⁹³ *Kramer*, Die Europäische Gemeinschaft und die Türkei, S. 45.

⁹⁴ *Kramer*, Die Europäische Gemeinschaft und die Türkei, S. 45.

⁹⁵ *Kramer*, Die Europäische Gemeinschaft und die Türkei, S. 46.

produkten der Grundsatz der Gemeinschaftspräferenz, das heißt der Etablierung eines Systems, welches den Vorrang der innerhalb der EWG-Staaten produzierten Produkte vor Erzeugnissen aus Drittstaaten sichert⁹⁶, auch gegenüber der Türkei möglichst lange aufrechterhalten bleiben⁹⁷.

Nach wegen der unterschiedlichen Interessenlagen problematischen Verhandlungen wurde am 23.11.1970 das Zusatzprotokoll zum Abkommen zur Gründung einer Assoziation zwischen der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft und der Türkei⁹⁸, unterzeichnet und somit die Einzelheiten der Übergangsphase geregelt. Nach einigen Verzögerungen unter anderem wegen des erneuten Militärputsches in der Türkei am 12.09.1971⁹⁹ trat das Zusatzprotokoll erst am 01.01.1973 in Kraft¹⁰⁰.

b. Inhalt

Das Zusatzprotokoll legt die Bedingungen, die Einzelheiten und den Zeitplan der Übergangsphase fest. Es regelt vor allem die einzelnen Schritte zur Errichtung der Zollunion, enthält neben den Bestimmungen zum freien Warenverkehr aber unter anderem auch solche zu Freizügigkeit und Dienstleistungsverkehr und zur Angleichung der Wirtschaftspolitik. In dem hier besonders interessierenden Titel II Kapitel I des Zusatzprotokolls über die Arbeitskräfte ist zum einen in Art. 36 festgelegt, dass die Freizügigkeit der Arbeitnehmer zwischen den Mitgliedstaaten der Gemeinschaft und der Türkei nach den Grundsätzen des Art. 12 AssAbk zwischen dem Ende des zwölften und dem Ende des zweiundzwanzigsten Jahres nach dem Inkrafttreten des Assoziierungsabkommens schrittweise hergestellt wird und der Assoziationsrat die hierfür erforderlichen Regeln festlegt. Art. 37 ZP enthält ein Diskriminierungsverbot aufgrund der Staatsangehörigkeit in Bezug auf die Arbeitsbedingungen und das Entgelt. Art 39 ZP verpflichtet den Assoziationsrat binnen Jahresfrist nach Inkrafttreten des Protokolls zum Erlass von Bestimmungen auf dem Gebiet der sozialen Sicherheit für türkische Wanderarbeitnehmer und deren in der Gemeinschaft wohnende Familien. Geregelt werden muss beispielsweise die Anrechnung von in verschiedenen Mitgliedstaaten zurückgelegten Versicherungszeiten und der Leistungsexport.

⁹⁶ *Erzene-Bürgin*, Die Anpassung des türkischen Agrarsektors an den Acquis Communautaire der EU, S. 20.

⁹⁷ *Kramer*, Die Europäische Gemeinschaft und die Türkei, S. 46.

⁹⁸ ABl. L 293 vom 29.12.1972, S. 4, im Folgenden: Zusatzprotokoll.

⁹⁹ *Birand* in: Özak/Dagyeli (Hrsg.), Die Türkei im Umbruch, S. 187, S. 195.

¹⁰⁰ *Kramer*, Die Europäische Gemeinschaft und die Türkei, S. 53.

3. Der ARB Nr. 2/76

a. Entwicklung der Assoziation bis zum ARB Nr. 2/76

Auch nach Abschluss des Zusatzprotokolls zeigte sich keine wesentliche Intensivierung der Beziehung, insbesondere der wirtschaftlichen, zwischen der EWG und der Türkei¹⁰¹. Problematisch war die weiterhin defizitäre Handelsbilanz der Türkei mit der EWG¹⁰². Die Türkei machte die Wirtschaftspolitik der EWG, welche Präferenzabkommen mit vielen Ländern der Dritten Welt und das bewusste Fernhalten türkischer Textilexporte vom westeuropäischen Markt beinhaltete¹⁰³, dafür verantwortlich¹⁰⁴. Außerdem behinderte die EWG den Export von türkischen Agrarprodukten¹⁰⁵. Gleichzeitig fühlte sich die Türkei wegen der EWG-Erweiterung um Dänemark, Irland und das Vereinigte Königreich und aufgrund der sich abzeichnenden Süderweiterung um Griechenland, Portugal und Spanien vernachlässigt¹⁰⁶. Die Türkei bemängelte weiterhin die Finanzhilfen der EWG als zu niedrig¹⁰⁷. Auch EWG-interne Unstimmigkeiten in Bezug auf die Beziehungen zur Türkei hinderten die Stärkung der Assoziation¹⁰⁸. So forderte Frankreich für Griechenland höhere Finanzhilfen als für die Türkei, Italien wandte sich gegen weit reichende Präferenzen für türkische Agrarexporte¹⁰⁹. Als weiteres Problemfeld erwies sich die in Art. 36 des Zusatzprotokolls vorgesehene schrittweise Herstellung der Freizügigkeit türkischer Arbeitnehmer zwischen dem 01.12.1976 und dem 01.12.1986¹¹⁰. In der BRD war 1973 der Anwerbestopp in Kraft getreten¹¹¹. Eine rasche Herstellung der Freizügigkeit lag nun nicht mehr im deutschen Interesse, wurde aber von der Türkei als Indikator für den Willen der Gemeinschaft angesehen, die Entwicklung der Türkei zu fördern¹¹². Die EWG schlug in der

¹⁰¹ Stellungnahme des Auswärtigen Amtes der Türkei, in: Das Parlament, Nr. 50 vom 11.12.1976, S. 5, abgedruckt in: Hasenpflug und Kohler (Hrsg.), Die Süd-Erweiterung der Europäischen Gemeinschaft, S. 217, 220 f; *Kramer*, Die Europäische Gemeinschaft und die Türkei, S. 16.

¹⁰² *Kramer*, Die Europäische Gemeinschaft und die Türkei, S. 55.

¹⁰³ Vgl. *Birand* in: Özak/Dagyeli (Hrsg.), Die Türkei im Umbruch, S. 187, S. 200.

¹⁰⁴ *Kramer*, Die Europäische Gemeinschaft und die Türkei, S. 55 f; vgl. auch *Keskin* in: Gumpel, (Hrsg.) Die Türkei auf dem Weg in die EG, Reihe Wirtschaft und Gesellschaft in Südosteuropa Bd. 1, S. 68.

¹⁰⁵ *Kramer*, Die Europäische Gemeinschaft und die Türkei, S. 55; vgl. auch *Keskin*, in: Gumpel, (Hrsg.) Die Türkei auf dem Weg in die EG, Reihe Wirtschaft und Gesellschaft in Südosteuropa Bd. 1, S. 68.

¹⁰⁶ Vgl. Stellungnahme des Auswärtigen Amtes der Türkei, in: Das Parlament, Nr. 50 vom 11.12.1976, S. 5, abgedruckt in: Hasenpflug und Kohler (Hrsg.), Die Süd-Erweiterung der Europäischen Gemeinschaft, S. 217, 220; *Kramer*, Die Europäische Gemeinschaft und die Türkei, S. 55; vgl. auch *Keskin* in: Gumpel, (Hrsg.) Die Türkei auf dem Weg in die EG, Reihe Wirtschaft und Gesellschaft in Südosteuropa Bd. 1, S. 68.

¹⁰⁷ *Kramer*, Die Europäische Gemeinschaft und die Türkei, S. 58.

¹⁰⁸ *Kramer*, Die Europäische Gemeinschaft und die Türkei, S. 63 f.

¹⁰⁹ *Kramer*, Die Europäische Gemeinschaft und die Türkei, S. 63 f.

¹¹⁰ *Kramer*, Die Europäische Gemeinschaft und die Türkei, S. 60 f.

¹¹¹ *Moser/Weithmann*, Die Türkei, Nation zwischen Europa und dem Nahen Osten, S. 183.

¹¹² *Kramer*, Die Europäische Gemeinschaft und die Türkei, S. 59 ff.

Sitzung des Assoziationsrates am 20.12.1976 hinsichtlich der Herbeiführung der Freizügigkeit lediglich vor, zunächst die für türkische Arbeitnehmer sich bereits aus nationalen Bestimmungen ergebenden Vorteile zu festigen und der schrittweisen Verbesserung des Zugangs türkischer Arbeitnehmer und ihrer bereits in der Gemeinschaft lebenden Familienangehörigen zur Beschäftigung besondere Aufmerksamkeit zu schenken¹¹³. Wesentliche Fortschritte in Bezug auf die Erlangung der Freizügigkeit sind darin nicht zu sehen¹¹⁴. Gegenstand der Erörterungen in der Sitzung des Assoziationsrates am 20.12.1976 waren Präferenzen für weitere Agrarprodukte der Türkei sowie die Intensivierung der wirtschaftlichen Zusammenarbeit¹¹⁵. Der Beschluss Nr. 2/76 des Assoziationsrates über die Durchführung des Artikels 12 des Abkommens von Ankara vom 20. Dezember 1976¹¹⁶, wurde gefasst.

b. Inhalt

Durch den ARB Nr. 2/76 sollte die die erste Stufe zur Herstellung der Arbeitnehmerfreizügigkeit festgelegt werden. Gemäß Art. 2 ARB Nr. 2/76 hatte ein türkischer Arbeitnehmer nach dreijähriger ordnungsgemäßer Beschäftigung in einem Mitgliedstaat „vorbehaltlich des den Arbeitnehmern aus den Mitgliedstaaten der Gemeinschaft einzuräumenden Vorrangs das Recht, sich auf einen bei den Arbeitsämtern dieses Mitgliedstaates für den gleichen Beruf, den gleichen Tätigkeitsbereich und das gleiche Gebiet eingetragenes und zu den normalen Bedingungen unterbreitetes Stellenangebot zu bewerben.“ Nach fünfjähriger ordnungsgemäßer Beschäftigung erhielt der türkische Arbeitnehmer „freien Zugang zu jeder von ihm gewählten Beschäftigung im Lohn- oder Gehaltsverhältnis.“ Diese Rechte waren einschränkbar für den Fall, dass „in einem Mitgliedstaat der Gemeinschaft oder in der Türkei der Arbeitsmarkt Störungen ausgesetzt oder von Störungen bedroht ist, die ernste Gefahren für den Lebensstandard und das Beschäftigungsniveau in einem Gebiet, einem Wirtschaftszweig oder einem Beruf mit sich bringen können“ (Art. 6 ARB Nr. 2/76). Festgelegt waren die Modalitäten zur Berechnung der Zeiten ordnungsgemäßer Beschäftigung (Art. 2 Abs. 1 Buchst. c) ARB Nr. 2/76). Türkische Kinder¹¹⁷ mit ordnungsgemäßem Wohnsitz bei ihren Eltern in einem Mitgliedstaat genossen das Recht auf Zugang zum allgemeinen Schulunterricht (Art. 3 ARB Nr. 2/76). Staatsangehörigen der Mitgliedstaa-

¹¹³ *Kramer*, Die Europäische Gemeinschaft und die Türkei, S. 65.

¹¹⁴ *Kramer*, Die Europäische Gemeinschaft und die Türkei, S. 65.

¹¹⁵ *Kramer*, Die Europäische Gemeinschaft und die Türkei, S.64.

¹¹⁶ Nicht im Amtsblatt veröffentlicht, im Folgenden: ARB Nr. 2/76.

¹¹⁷ Zur Problematik dieser Wortwahl s.u. Teil 3 VI 2.

ten wurden in der Türkei entsprechende Rechte eingeräumt (Art. 4 ARB Nr. 2/76). Bei der Besetzung offener Stellen in der Gemeinschaft sollten türkische Arbeitnehmer nachrangig zu Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten, aber vorrangig vor anderen Drittstaatsangehörigen zu berücksichtigen sein (Art. 5 ARB Nr. 2/76). Art. 7 des ARB Nr. 2/76 enthielt eine Standstill-Klausel dahingehend, dass für ordnungsgemäß in einem Mitgliedstaat beschäftigte türkische Arbeitnehmer keine neuen Beschränkungen der Bedingungen für den Zugang zum Arbeitsmarkt eingeführt werden durften. Die sich aus dem Beschluss ergebenden Rechte konnten aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit beschränkt werden (Art. 9 ARB Nr. 2/76).

4. Die ARB Nr. 1/80 und Nr. 3/80

a. Entwicklung der Assoziation bis zu den ARB Nr. 1/80 und Nr. ARB 3/80

Der Abschluss des ARB Nr. 2/76 brachte zunächst keine wesentlichen Impulse. Der Assoziationsrat tagte weder 1977 noch 1978¹¹⁸. Nachdem sich die Wirtschaftslage in der Türkei weiter zugespitzt hatte¹¹⁹, besuchte der damalige Ministerpräsident Bülent Ecevit aber im Mai 1978 einige westeuropäische Staaten und die Kommission der EG, um die Möglichkeiten für ein Wiederbeleben der Assoziation auszuloten¹²⁰. Im Mai 1979 wurden dann auch einige Vereinbarungen getroffen¹²¹. So wurden die türkischen Verpflichtungen im Zoll- und Handelsbereich für fünf Jahre eingefroren, ab 1982 sollte über die Abschaffung der Gemeinschaftszölle für türkische Agrarausfuhren verhandelt werden¹²². Die zweite Stufe für die Herbeiführung der Freizügigkeit türkischer Arbeitnehmer wurde um drei Jahre auf 1983 verschoben¹²³. Im Gegenzug sollten die Verhandlungen über ein viertes Finanzprotokoll vorgezogen werden und eine Soforthilfe für die Türkei in Höhe von 75 Mio. ECU wurde vereinbart¹²⁴. Im November 1979 kam in der Türkei die außenpolitisch europafreundlich ausgerichtete Gerechtigkeitspartei an die Regierung. Der neue Ministerpräsident Demirel war bestrebt, die Assoziation zu reaktivieren¹²⁵. Tatsächlich einigten sich die EWG und die

¹¹⁸ *Kramer*, Die Europäische Gemeinschaft und die Türkei, S. 70.

¹¹⁹ *Moser/Weithmann*, Die Türkei, Nation zwischen Europa und dem Nahen Osten, S. 189.

¹²⁰ *Kramer*, Die Europäische Gemeinschaft und die Türkei, S. 71.

¹²¹ *Kramer*, Die Europäische Gemeinschaft und die Türkei, S. 74.

¹²² *Kramer*, Die Europäische Gemeinschaft und die Türkei, S. 74.

¹²³ *Kramer*, Die Europäische Gemeinschaft und die Türkei, S. 74.

¹²⁴ *Kramer*, Die Europäische Gemeinschaft und die Türkei, S. 74.

¹²⁵ *Gümrükcü* in: Lichtenberg/Linne/Gümrükcü (Hrsg.), Gastarbeiter – Einwanderer – Bürger?, S. 27, 35.

Türkei am 05.02.1980, möglichst bald ein entsprechendes Programm zu verabschieden¹²⁶. Einen Tag später kündigte der türkische Außenminister Erkmen überraschend den türkischen Beitrittsantrag vor Ende 1980 an¹²⁷. Während der Tagung des Assoziationsausschusses Ende Februar 1980 forderte die Türkei unter anderem die deutliche Verbesserung der sozialen Lage der bereits in der im EWG-Raum beschäftigten türkischen Arbeitnehmer und eine engere Zusammenarbeit im Hinblick auf die Einleitung der zweiten Stufe der Umsetzung der Freizügigkeitsregelungen¹²⁸. Entsprechende Grundlinien wurden in der Sitzung des Ministerrates am 22.04.1980 festgelegt¹²⁹. Dabei forderte die BRD aber die Gewährleistung, dass keine weitere Zuwanderung aus der Türkei erfolgt¹³⁰. Während eines Treffens der EWG-Arbeits- und Sozialminister am 15./16.05.1980 wurde diese Forderung auf Initiative des deutschen Arbeitsministers Ehrenberg allgemeine Gemeinschaftslinie¹³¹. Nachdem sich die innenpolitische Lage in der Türkei in den siebziger Jahren bei instabilen Regierungen und großen wirtschaftlichen Problemen stetig zugespitzt hatte, erfolgte am 12.09.1980 in der Türkei ein weiterer Militärputsch¹³². Auch dieser Putsch hatte jedenfalls insoweit keinen Einfluss auf den Assoziierungsprozess, als nur eine Woche später, also am 19.09.1980 der Beschluss Nr. 1/80 des Assoziationsrats EWG/Türkei über die Entwicklung der Assoziation vom 19. September 1980¹³³ und der Beschluss Nr. 3/80 des Assoziationsrats vom 19. September über die Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit der Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaften auf die türkischen Arbeitnehmer und auf deren Familienangehörigen¹³⁴ gefasst wurden.

b. Inhalt des ARB Nr. 1/80

Nach den Begründungserwägungen soll der ARB Nr. 1/80 die Assoziation vor allem in den Bereichen Agrar- und Landwirtschaft, Soziales und wirtschaftliche, technische und finanzielle Zusammenarbeit neu beleben und entwickeln. Dazu soll eine gegenüber dem ARB Nr. 2/76 bessere Regelung zu Gunsten der Arbeitnehmer und ihrer Familienangehörigen im sozialen Bereich eingeführt werden (3. Begründungserwä-

¹²⁶ *Kramer*, Die Europäische Gemeinschaft und die Türkei, S. 76.

¹²⁷ *Kramer*, Die Europäische Gemeinschaft und die Türkei, S. 76.

¹²⁸ *Kramer*, Die Europäische Gemeinschaft und die Türkei, S. 77.

¹²⁹ *Kramer*, Die Europäische Gemeinschaft und die Türkei, S. 78.

¹³⁰ *Kramer*, Die Europäische Gemeinschaft und die Türkei, S. 78.

¹³¹ *Kramer*, Die Europäische Gemeinschaft und die Türkei, S. 78.

¹³² *Moser/Weithmann*, Die Türkei, Nation zwischen Europa und dem Nahen Osten, S. 191 f; *Riemer*, Die Türkei an der Schwelle zum 21. Jahrhundert, S. 31.

¹³³ Nicht im Amtsblatt veröffentlicht, im Folgenden ARB Nr. 1/80.

¹³⁴ ABl. EG vom 25.04.1983, C 1983, 110, 60, im Folgenden: ARB Nr. 3/80.

gung). Der ARB Nr. 1/80 enthält in Kapitel I unter anderem Regelungen zum Zollabbau für landwirtschaftliche Produkte, in Kapitel III werden insbesondere die Maßnahmen zur Erreichung einer verstärkten wirtschaftlichen und technischen Zusammenarbeit im Einzelnen festgelegt.

In dem mit „Soziale Bestimmungen“ überschriebenen und hier besonders interessierenden Kapitel II enthält der ARB Nr. 1/80 unter Abschnitt 1 Bestimmungen zu den Fragen betreffend die Beschäftigung und die Freizügigkeit der Arbeitnehmer. Gemäß Art. 6 Abs. 1 ARB Nr. 1/80 hat ein türkischer Arbeitnehmer, der dem regulären Arbeitsmarkt eines Mitgliedstaats angehört, vorbehaltlich der Bestimmungen in Art. 7 ARB Nr. 1/80 über den freien Zugang der Familienangehörigen zur Beschäftigung

„- nach einem Jahr ordnungsgemäßer Beschäftigung Anspruch auf Erneuerung seiner Arbeitserlaubnis bei dem gleichen Arbeitgeber, wenn er über einen Arbeitsplatz verfügt;

- nach drei Jahren ordnungsgemäßer Beschäftigung – vorbehaltlich des den Arbeitnehmern aus den Mitgliedstaaten einzuräumenden Vorrangs – das Recht, sich für den gleichen Beruf bei einem Arbeitgeber seiner Wahl auf ein unter normalen Bedingungen unterbreitetes und bei den Arbeitsämtern dieses Mitgliedstaates eingetragenes anderes Stellenangebot zu bewerben,

- nach vier Jahren ordnungsgemäßer Beschäftigung freien Zugang zu jeder von ihm gewählten Beschäftigung im Lohn- oder Gehaltsverhältnis.“

Der Art. 6 ARB Nr. 1/80 erweitert somit die entsprechenden Rechte aus Art. 2 Abs. 1 a und b ARB Nr. 2/76. Die Vorschrift zur Berechnung der Zeiten ordnungsgemäßer Berechtigung entsprechen im Wesentlichen denen in ARB Nr. 2/76. Art. 7 ARB Nr. 1/80 bestimmt:

„Die Familienangehörigen eines dem regulären Arbeitsmarkt eines Mitgliedstaates angehörenden Arbeitnehmers, die die Genehmigung erhalten haben, zu ihm zu ziehen

- haben vorbehaltlich des den Arbeitnehmern aus den Mitgliedstaaten einzuräumenden Vorrangs das Recht, sich auf jedes Stellenangebot zu bewerben, wenn sie dort seit mindestens drei Jahren ihren ordnungsgemäßen Wohnsitz haben;

- haben freien Zugang zu jeder von ihnen gewählten Beschäftigung im Lohn- oder Gehaltsverhältnis, wenn sie dort seit mindestens fünf Jahren ihren ordnungsgemäßen Wohnsitz haben.

Die Kinder türkischer Arbeitnehmer, die im Aufnahmeland eine Berufsausbildung abgeschlossen haben, können sich unabhängig von der Dauer ihres Aufenthalts in dem betreffenden Mitgliedstaat dort auf jedes Stellenangebot bewerben, sofern ein Elternteil in dem betreffenden Mitgliedstaat seit mindestens drei Jahren ordnungsgemäß beschäftigt war.“

Art 9 ARB Nr. 1/80 enthält unter bestimmten Bedingungen das Recht türkischer Kinder, zum allgemeinen Schulunterricht, zur Lehrlingsausbildung und zur beruflichen Bildung zugelassen zu werden und in diesem Bereich die gleichen Vorteile wie Staatsangehörige der jeweiligen Mitgliedstaaten zu genießen. Art. 10 Abs. 1 ARB Nr. 1/80 enthält ein Diskriminierungsverbot zu Gunsten türkischer Arbeitnehmer hinsichtlich des Arbeitsentgeltes und der sonstigen Arbeitsbedingungen. Art. 11 ARB Nr. 1/80 räumt die Rechte aus Art. 6, 7, 9 und 10 AssAbk den in der Türkei lebenden EU-Staatsangehörigen und ihren Familienangehörigen ein. Entsprechend der Regelung in ARB Nr. 2/76 können die Rechte aus Art 6 und 7 ARB Nr. 1/80 gemäß Art. 12 ARB Nr. 1/80 eingeschränkt werden, sofern der betreffende Arbeitsmarkt ernststen Störungen ausgesetzt oder von ernststen Störungen bedroht ist. Art. 13 ARB Nr. 1/80 erweitert die in Art. 7 ARB Nr. 2/76 enthaltene Standstillklausel, d.h. das Verbot, für Arbeitnehmer neue Beschränkungen für den Zugang zum Arbeitsmarkt einzuführen, auf Familienangehörige. Art. 14 Abs. 1 ARB Nr. 1/80 ermöglicht die Einschränkung der Rechte aus Kapitel II Abschnitt 1 ARB Nr. 1/80 aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit und entspricht damit Art. 7 ARB Nr. 2/76. Gemäß Art. 14 Abs. 2 ARB Nr. 1/80 sind für die Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten oder der Türkei günstigere einzelstaatliche Regelungen vorrangig vor den Bestimmungen aus Kapitel II 1. Abschnitt ARB Nr. 1/80.

c. Inhalt des ARB Nr. 3/80

Mit ARB Nr. 3/80 setzt der Assoziationsrat seine Verpflichtung aus Art. 39 ZP um, wonach der Assoziationsrat Bestimmungen auf dem Gebiet der sozialen Sicherheit erlässt. Die Bestimmungen betreffen nach dem Wortlaut des Art. 39 Abs. 1 ZP zunächst nur Wanderarbeitnehmer und deren Familienangehörige und müssen die in

Art. 39 Abs. 2 bis 4 ZP näher bestimmten Rechte sicherstellen. Mit dem ARB Nr. 3/80 sollen die Systeme der sozialen Sicherheit der Mitgliedstaaten koordiniert werden mit der Folge, dass die in der Gemeinschaft beschäftigten türkischen Arbeitnehmer sowie ihre Familienangehörigen und Hinterbliebenen Leistungen in den üblichen Zweigen der sozialen Sicherheit beziehen können. Die Europäische Kommission legte einen Entwurf einer Durchführungsverordnung zum ARB Nr. 3/80¹³⁵ vor, welche aber letztlich nie verabschiedet wurde.

Titel I des ARB Nr. 3/80 enthält allgemeine Vorschriften. Danach umfasst der persönliche Geltungsbereich des ARB Nr. 3/80 Arbeitnehmer sowie deren im Gebiet eines Mitgliedstaats wohnende Familienangehörige und Hinterbliebene (Art. 2 ARB Nr. 3/80). Sachlich umfasst der ARB Nr. 3/80 alle Rechtsvorschriften über Zweige der sozialen Sicherheit, welche die Leistungen bei Krankheit und Mutterschaft, Invalidität, Alter, Leistungen an Hinterbliebene, bei Arbeitsunfällen und Berufskrankheiten, Sterbegeld, Leistungen bei Arbeitslosigkeit und Familienleistungen betreffen (Art. 4 Abs. 1 ARB Nr. 3/80). Der Beschluss gilt dabei für beitragspflichtige und beitragsfreie Systeme der sozialen Sicherheit und für solche, nach denen die Arbeitgeber zu den oben genannten Leistungen verpflichtet sind (Art. 4 Abs. 2 ARB Nr. 3/80). Art. 3 ARB Nr. 3/80 enthält den Grundsatz der Gleichbehandlung derjenigen Personen, die in einem Mitgliedstaat wohnen und für die der Beschluss gilt, und der Staatsangehörigen dieses Mitgliedstaates, wobei sich aus dem Beschluss selbst Ausnahmen ergeben können. Art. 6 ARB Nr. 3/80 ermöglicht nach seinem Wortlaut den Export von Leistungen bei Invalidität, Alter oder für die Hinterbliebenen sowie die Renten bei Arbeitsunfällen oder Berufskrankheiten. Art. 7 ARB Nr. 3/80 erklärt die in den Mitgliedstaaten geltenden Bestimmungen über die Anpassung von Leistungen für anwendbar, Art. 8 ARB Nr. 3/80 verbietet mit Ausnahmen das Zusammentreffen von Leistungen aus derselben Pflichtversicherungszeit. Der mit „Bestimmung der anzuwenden Rechtsvorschriften“ überschriebene Titel II enthält mit Art. 9 ARB Nr. 3/80 lediglich eine Kollisionsvorschrift und verweist zur Frage, welche Rechtsvorschriften auf die in der Gemeinschaft beschäftigten türkischen Arbeitnehmer anzuwenden sind, auf Art. 13 Abs. 1 und 2 lit. a) und b), Art. 14, 15 und 17 der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 des Rates vom 14. Juni 1971 über die Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und Selbständige sowie deren Familien, die in-

¹³⁵ ABl. C 110 vom 25.04.1983, S. 1.

nerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern¹³⁶. Titel III des ARB Nr. 3/80 enthält besondere Vorschriften für die einzelnen Leistungsarten und verweist jeweils auf die entsprechenden Vorschriften in der Verordnung Nr. 1408/71. Titel IV ist mit „Verschiedene Vorschriften“ bezeichnet und regelt Einzelheiten insbesondere in Bezug auf die Zusammenarbeit der Mitgliedstaaten und der Türkei bei der Durchführung und Anwendung des Beschlusses. Die Schlussbestimmungen in Titel V des ARB Nr. 3/80 ermöglichen Vereinbarungen zur Ergänzung der verwaltungsmäßigen Durchführungsvorschriften des Beschlusses und verpflichten die Türkei und die Gemeinschaft, die zur Durchführung des Beschlusses erforderlichen Maßnahmen zu treffen.

II. Rechtliche Grundlagen

Im Folgenden werden die rechtlichen Grundlagen, die bei der Anwendung des Assoziationsrechtes maßgeblich sind, dargestellt. Dabei wird deutlich, dass durch die Rechtsprechung zunächst zu klären war, wie das Assoziationsrecht im Gemeinschaftsrecht einzuordnen ist und wie sich das Assoziationsrecht auf die nationale Rechtsprechung der EU-Mitgliedstaaten auswirkt. Von besonderer Bedeutung ist dabei, nach welchen Regeln das Assoziationsrecht auszulegen ist.

1. Das Assoziierungsabkommen und das Zusatzprotokoll

a. Rechtsnatur

Bei Assoziierungsabkommen, dazugehörigen Protokollen und Anhängen handelt es sich um primäres Assoziationsrecht. Es steht im Rang nach primärem Gemeinschaftsrecht und vor sekundärem Gemeinschaftsrecht¹³⁷.

b. Bindungswirkungen

Als völkerrechtliche Verträge sind Assoziierungsabkommen mit Abschluss für die Vertragsparteien verbindlich¹³⁸. Das Assoziierungsabkommen bindet völkerrechtlich die EU und die einzelnen Mitgliedstaaten, da es sich um ein gemischtes Abkommen handelt, bei dem auf der Gemeinschaftsseite sowohl die EU als auch die einzelnen

¹³⁶ ABl. L 149 vom 05.07.1971, S. 2, im Folgenden VO Nr. 1408/71, aufgehoben und ersetzt durch die VO (EG) Nr. 883/2004 vom 29.04.2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit, ABl. L 166/1 vom 30.04.2004, im Folgenden: VO Nr. 883/2004.

¹³⁷ Höller, Soziale Rechte Drittstaatsangehöriger nach europäischem Gemeinschaftsrecht, S. 160; s.u. Teil I 1 II 1 e.

¹³⁸ Höller, Soziale Rechte Drittstaatsangehöriger nach europäischem Gemeinschaftsrecht, S. 159.

Mitgliedstaaten Vertragspartner sind¹³⁹. Von der völkerrechtlichen ist die gemeinschaftsinterne Bindungswirkung zu unterscheiden. Die völkerrechtliche Bindungswirkung ergibt sich aus dem Grundsatz „pacta sunt servanda“¹⁴⁰. Die gemeinschaftsinterne Bindungswirkung ergab sich bis zum Inkrafttreten des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union aus Art. 300 Abs. 7 EGV, welcher besagt, dass die nach Maßgabe dieses Artikels geschlossenen Abkommen für die Organe der Gemeinschaft und für die Mitgliedstaaten verbindlich sind. Nunmehr folgt dies aus Art. 216 Abs. 2 AEUV, der den Wortlaut des Art. 300 Abs. 7 EGV mit geringfügigen redaktionellen Änderungen übernimmt¹⁴¹. Durch den Abschluss des Assoziierungsabkommens entstehen damit völker- und gemeinschaftsrechtliche Verpflichtungen¹⁴².

Nach dem in Art. 2 Abs. 1 AEUV¹⁴³ enthaltenen Grundsatz der begrenzten Ermächtigung gilt die gemeinschaftsinterne Bindungswirkung aber nur, soweit die getroffenen Vereinbarungen im Kompetenzbereich der Gemeinschaft liegen¹⁴⁴. Da das Assoziierungsabkommen mit Ausnahme der im Finanzprotokoll enthaltenen Regeln über die finanzielle und technische Unterstützung der Türkei durch die Mitgliedstaaten keine Bestimmungen umfasst, welche in die ausschließliche Zuständigkeit der Mitgliedstaaten fallen¹⁴⁵, sind diese durch das Abkommen im übrigen gemeinschaftsintern gebunden¹⁴⁶.

Der EuGH hat im *Haegeman*-Urteil¹⁴⁷ erstmals ausdrücklich festgestellt, dass die Bestimmungen eines völkerrechtlichen Abkommens mit dessen In-Kraft-Treten einen integrierenden Bestandteil der Gemeinschaftsrechtsordnung bilden¹⁴⁸. Diese Rechtsprechung hat der EuGH in seinem Urteil *Demirel*¹⁴⁹ für das Assoziierungsabkommen bestätigt¹⁵⁰.

¹³⁹ Akyürek, Das Assoziationsabkommen EWG – Türkei, S. 18.

¹⁴⁰ Mögele in Streinz, Kommentar zum EUV/AEUV, Art. 216, Rn. 46.

¹⁴¹ Mögele in Streinz, Art. 216 AEUV, Rn. 45 f.

¹⁴² Mögele in Streinz, Art. 216 AEUV, Rn. 46.

¹⁴³ Ex-Art. 5 EGV.

¹⁴⁴ Vgl. auch Hailbronner, EuR 1984, 54, 64.

¹⁴⁵ Lichtenberg in: Barwig/Lörcher/Schumacher (Hrsg.), Familiennachzug von Ausländern auf dem Hintergrund völkerrechtlicher Verträge, S. 189, 209.

¹⁴⁶ Akyürek, Das Assoziationsabkommen EWG – Türkei, S. 20; vgl. Herrmfeld in Schwarze, Art. 217 AEUV, Rn. 16; a.A. Hailbronner, EuR 1984, 54, 64.

¹⁴⁷ EuGH, Urteil vom 30.04.1974, Rs. 181/73, Slg. 1974, 449, Haegeman.

¹⁴⁸ EuGH, Urteil vom 30.04.1974, Rs. 181/73, Slg. 1974, 449, Haegeman, Rn. 2/6; Höller, Soziale Rechte Drittstaatsangehöriger nach Europäischem Gemeinschaftsrecht, S. 159.

¹⁴⁹ EuGH, Urteil vom 30.09.1987, Rs. 12/86, Demirel, Slg. 1987, 3719.

¹⁵⁰ EuGH, Urteil vom 30.09.1987, Rs. 12/86, Demirel, Slg. 1987, 3719, Rn. 7.

c. Auslegungsbefugnis des EuGH

Aufgrund der rechtlichen Einordnung des Assoziierungsabkommens als integrierender Bestandteil der Gemeinschaftsrechtsordnung ist der EuGH zu dessen Auslegung befugt¹⁵¹.

d. Auslegung des Assoziierungsabkommens

Zunächst ist zu überprüfen, anhand welcher Auslegungsregeln Assoziierungsabkommen zu beurteilen sind. Assoziierungsabkommen sind völkerrechtliche Verträge und folgen daher zunächst völkerrechtlichen und nicht gemeinschaftsrechtlichen Auslegungsregeln¹⁵². Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus der häufig getroffenen Feststellung des EuGH, Assoziierungsabkommen seien mit Inkrafttreten integrativer Bestandteil der Gemeinschaftsrechtsordnung¹⁵³. Assoziierungsabkommen sind eben nur Bestandteil der Gemeinschaftsrechtsordnung und nicht Gemeinschaftsrecht im engeren Sinne¹⁵⁴. Sie verlieren durch ihre gemeinschaftsrechtliche Bindungswirkung nicht ihre völkerrechtliche Natur¹⁵⁵. Von Bedeutung ist dies vor allem, da bei der gemeinschaftsrechtlichen Auslegung anders als bei der völkerrechtlichen Auslegung der Maßstab des *effet utile*, d.h. der praktischen Wirksamkeit besondere Bedeutung erlangt hat¹⁵⁶. Aufgrund der Anwendung unterschiedlicher Auslegungsregeln können wortgleiche Bestimmungen in gemeinschaftsrechtlichen Verträgen und Assoziationsabkommen unterschiedliche Bedeutung haben¹⁵⁷. Allerdings ist festzustellen, dass der EuGH dieser Prämisse nicht immer allzu große Bedeutung beimisst. So hat er unter anderem mit dem fast identischen Wortlaut des Art. 10 ARB 1/80 und des Art. 48 Abs. 2 EGV¹⁵⁸ die übereinstimmende Auslegung beider Vorschriften begründet¹⁵⁹.

¹⁵¹ EuGH, Urteil vom 30.09.1987, Rs. 12/86, Slg. 1987, 3719, Demirel, Rn. 7 ff; EuGH, Urteil vom 30.04.1974, Rs. 181/73, Slg. 1974, 449, 460, Haegeman, Rn. 2/6.

¹⁵² *Bebr*, Gemeinschaftsabkommen und ihre mögliche unmittelbare Wirksamkeit, EuR 1983, 128, 160; *Höller*, Soziale Rechte Drittstaatsangehöriger nach europäischem Gemeinschaftsrecht, S. 163; *Tomuschat* in: GS-Constantinesco, S. 801, 819; *Vogt*, Die Regelung des Personenverkehrs in den Europa-Abkommen, S. 143.

¹⁵³ *Vogt*, Die Regelung des Personenverkehrs in den Europa-Abkommen, S. 142.

¹⁵⁴ *Vogt*, Die Regelung des Personenverkehrs in den Europa-Abkommen, S. 142.

¹⁵⁵ *Vogt*, Die Regelung des Personenverkehrs in den Europa-Abkommen, S. 142.

¹⁵⁶ Vgl. *Streinz* in FS für Ulrich Engerling, Bd. II, S. 1491 ff.

¹⁵⁷ EuGH, Urteil vom 09.02.1982, Rs. C-270/80, Slg. 1982, 329, Polydor, Rn. 15; *Bebr*, Gemeinschaftsabkommen und ihre mögliche unmittelbare Wirksamkeit in EuR 1983, 128, 129; *Gutmann* in GK-AufenthG, IX-1 Art. 6 ARB 1/80, Rn. 16; *Höller*, Soziale Rechte Drittstaatsangehöriger nach europäischem Gemeinschaftsrecht, S. 163; *Vogt*, Die Regelung des Personenverkehrs in den Europa-Abkommen, S. 165.

¹⁵⁸ Jetzt Art. 45 Abs. 2 AEUV.

¹⁵⁹ EuGH, Urteil vom 08.05.2003, Rs. C-171/01, Slg. 2003 I, 4301, Wählergruppe Gemeinsam, Rn. 74.

Die Auslegung völkerrechtlicher Verträge richtet sich grundsätzlich nach Art. 31, 32 WVK und hat gemäß Art. 31 Abs. 1 WVK „nach Treu und Glauben in Übereinstimmung mit der gewöhnlichen, seinen Bestimmungen in ihrem Zusammenhang zukommenden Bedeutung und im Lichte seines Zieles und Zweckes“ zu erfolgen. Dabei kommt neben dem Wortlaut der Zielsetzung des auszulegenden Abkommens eine entscheidende Bedeutung zu¹⁶⁰. Ergänzend und nur sofern die genannten Kriterien nicht ausreichend sind oder zu einem sinnwidrigen Ergebnis führen, können weitere Auslegungsmittel wie die vorbereitenden Arbeiten und die Umstände des Vertragsabschlusses herangezogen werden (Art. 32 WVK). Für die Frage, ob assoziationsrechtliche Bestimmungen entsprechend dem Gemeinschaftsrecht im engeren Sinne, d.h. dem primären und sekundären Gemeinschaftsrecht auszulegen sind, bedeutet dies, je mehr die Zielsetzung des Assoziierungsabkommens mit der gemeinschaftsrechtlichen Zielsetzung übereinstimmt, desto mehr ist auch eine einheitliche Auslegung der Bestimmungen vorzunehmen¹⁶¹. In dem Fall, in dem das Ziel eines Abkommens der Beitritt zur EU ist, wird teilweise gefordert, dass über die Anwendung der völkerrechtlichen Auslegungsregeln hinaus auch die gemeinschaftsrechtlichen Auslegungsregeln, insbesondere die des *effet utile* zur Anwendung kommen¹⁶². Hierbei sollen auch die allgemeinen, über die bloße Gründung der Assoziation hinausgehenden Vertragsziele berücksichtigt werden¹⁶³. Für die Anwendung gemeinschaftsrechtlicher Auslegungsregeln im Rahmen der Assoziation EU/Türkei spricht der Art. 25 AssAbk, nach welchem zur Beilegung von Streitigkeiten in Bezug auf Anwendung und Auslegung des Abkommens der EuGH angerufen werden kann¹⁶⁴. Dessen Auslegungsmethoden wurden somit für die Bestimmungen des Assoziierungsabkommens akzeptiert¹⁶⁵. Der EuGH hat bei der Auslegung assoziationsrechtlicher Bestimmungen auch häufig ohne weiteres geprüft, bei welcher Interpretation der

¹⁶⁰ EuGH, Gutachten 1/91 vom 14.12.1991 zum Entwurf eines Abkommens zwischen der Gemeinschaft einerseits und den Ländern der Europäischen Freihandelsassoziation andererseits über die Schaffung des Europäischen Wirtschaftsraums, (EWR), Slg. 1991 I, 6084, Rn. 14; EuGH, Urteil vom 01.07.1993, Rs. C-312/91, Slg. 1193 I, 03751, Metalsa, Rn. 12; EuGH, Urteil vom 16.07.1992, Rs. C-163/90, Slg. 1992 I, 04625, Legros, Rn. 23; Höller, Soziale Rechte Drittstaatsangehöriger nach europäischem Gemeinschaftsrecht, S. 164; Vogt, Die Regelung des Personenverkehrs in den Europa-Abkommen, Rn. 156.

¹⁶¹ EuGH Rs. C-312/91, Slg. 1993, I-3769, Metalsa, Rn. 11; Höller, Soziale Rechte Drittstaatsangehöriger nach europäischem Gemeinschaftsrecht, S. 164; so für das AssAbk EWG/Polen: Husmann, ZSR, S. 100, 107.

¹⁶² Husmann, zum AssAbk EWG/Polen, ZSR, S. 100, 107.

¹⁶³ Husmann, zum AssAbk EWG/Polen, ZSR, S. 100, 107.

¹⁶⁴ Gutmann, Die Assoziationsfreizügigkeit türkischer Staatsangehöriger, S. 67; Gutmann in GK-AufenthG, IX-1 Art. 6 ARB Nr. 1/80, Rn. 17.

¹⁶⁵ Gutmann, Die Assoziationsfreizügigkeit türkischer Staatsangehöriger, S. 67; Gutmann in GK-AufenthG, IX-1 Art. 6 ARB Nr. 1/80, Rn. 17.

Bestimmung praktische Wirksamkeit zukommt¹⁶⁶. Die europa- und integrationsfreundliche Auslegung von Bestimmungen einer Beitrittsassoziation ist eine notwendige Folge aus dem oben dargelegten Ziel einer Beitrittsassoziation, dass der assoziierte Vertragspartner letztlich den gemeinschaftlichen Rechtsbestand übernimmt¹⁶⁷.

Unter Berücksichtigung der oben aufgezeigten Auslegungsregeln ist grundsätzlich eine weitgehend übereinstimmende Auslegung der sich im Wortlaut entsprechenden assoziations- und der gemeinschaftsrechtlichen Regelungen vorzunehmen: Der EuGH hat das Ziel der Assoziierung wie folgt zusammengefasst: „Gemäß seinem Art. 2 Abs. 1 ist Ziel des Assoziierungsabkommens, durch die schrittweise Herstellung der Freizügigkeit der Arbeitnehmer (Art. 12 des Assoziierungsabkommens) sowie durch die Aufhebung der Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit (Art. 13 des Abkommens) und des freien Dienstleistungsverkehrs (Art. 14 des Abkommens) eine beständige und ausgewogene Verstärkung der Handels- und Wirtschaftsbeziehungen zwischen den Vertragsparteien, u.a. im Bereich der Arbeitskräfte, zu fördern, um die Lebenshaltung des türkischen Volkes zu verbessern und später den Beitritt der Republik Türkei zur Gemeinschaft zu erleichtern (vierter Erwägungsgrund und Art. 28 des Abkommens)“¹⁶⁸. Es sollen die Rechts- und Wirtschaftsordnung der Vertragsparteien harmonisiert werden mit der in Art. 28 AssAbk formulierten Aussicht, die Möglichkeit eines EU-Beitritts der Türkei zu prüfen, „sobald das Funktionieren des Abkommens es in Aussicht zu nehmen gestattet, dass die Türkei die Verpflichtungen aus dem Vertrag zur Gründung der Gemeinschaft vollständig übernimmt“. Das bereitet letztlich den Beitritt der Türkei zur EU und damit die Übernahme des gemeinschaftlichen Rechtsbestandes durch die Türkei vor¹⁶⁹. Fraglich ist allerdings, wie sich die Feststellung des EuGH in neueren Entscheidungen¹⁷⁰ auswirkt, die Assoziierung verfolge ausschließlich einen wirtschaftlichen Zweck. Der EuGH schickt dieser Feststellung aber die oben zitierten und in der Präambel und in Art. 2 Abs. 1 und Art. 28 AssAbk aufgeführten Ziele der Assoziierung voraus¹⁷¹. Die Feststellung des EuGH, die Assoziierung verfolge ausschließlich wirtschaftliche Ziele, kann demnach nur so

¹⁶⁶ EuGH, Urteil vom 17.04.1997, Rs. C-351/95, Slg. 1997 I, 2133, Kadiman, Rn. 40; EuGH, Urteil vom 20.09.1990, Rs. C-192/89, Slg. 1190 I, 3461, Sevince, Rn. 29.

¹⁶⁷ Vgl. *Husmann*, zum AssAbk EWG/Polen, ZSR, S. 100, 107.

¹⁶⁸ EuGH, Urteil vom 08.12.2011, Rs. C-371/08, Slg. 2011 I, 12735, Ziebell, Rn. 3.

¹⁶⁹ *Akyürek*, Das Assoziationsabkommen EWG – Türkei, S. 18.

¹⁷⁰ EuGH, Urteil vom 08.12.2011, Rs. C-371/08, Slg. 2011 I, 12735, Ziebell, Rn. 3, 64; EuGH, Urteil vom 24.09.2013, Rs. C-221/11, Demirkan, noch nicht in der Sammlung veröffentlicht, Rn. 50.

¹⁷¹ EuGH, Urteil vom 08.12.2011, Rs. C-371/08, Slg. 2011 I, 12735, Ziebell, Rn. 3, 63; EuGH, Urteil vom 24.09.2013, Rs. C-221/11, Demirkan, noch nicht in der Sammlung veröffentlicht, Rn. 4.

verstanden werden, dass die in Art. 2 Abs. 1 und Art. 28 AssAbk genannten Ziele des Abkommens auf der Basis der Förderung der wirtschaftlichen Beziehungen erreicht werden sollen. An dem eigentlichen Ziel, den EU-Beitritt der Türkei und damit deren Übernahme des Gemeinschaftsrechtsbestandes vorzubereiten, ändert sich damit nichts¹⁷². Eine unterschiedliche Interpretation der Bestimmungen des Assoziationsrechts und der Bestimmungen des Gemeinschaftsrechtes im engeren Sinne würde diesem Ziel entgegenstehen. Dies spricht im Rahmen des Assoziierungsabkommens grundsätzlich für eine übereinstimmende Auslegung der gleich oder ähnlich formulierten Begriffe im Assoziations- und Gemeinschaftsrecht¹⁷³. Diese Auffassung lässt sich mit dem Argument unterstützen, dass einige Bestimmungen im Assoziationsabkommen ausdrücklich auf Bestimmungen im EGV Bezug nehmen¹⁷⁴. Beispielsweise sollen sich gemäß Art. 12 AssAbk die Vertragsparteien bei der Herstellung der Freizügigkeit von den Art. 48, 49 und 50 EWGV¹⁷⁵ leiten lassen. Da es sich bei der Assoziierung zwischen der EU und der Türkei um eine Beitrittsassoziiierung handelt, sind auch die gemeinschaftsrechtlichen Auslegungsregeln, insbesondere die des *effet utile* anzuwenden. Bei der Auslegung des Assoziierungsabkommens ist daher auch zu prüfen, welches Verständnis der auszulegenden Bestimmung oder Regelung dieser praktische Wirksamkeit im Hinblick auf ihre Ziele verschafft.

e. Anwendungsvorrang

Da völkerrechtliche Abkommen gemäß Art. 218 Abs. 11 AEUV mit dem primären Gemeinschaftsrecht im Einklang stehen müssen, gehen sie diesem nach¹⁷⁶. Aus der Bindungswirkung des Assoziierungsabkommens gemäß Art. 216 Abs. 2 AEUV folgt der Vorrang des primären Assoziationsrechts vor dem sekundären Gemeinschaftsrecht¹⁷⁷. Aus der Einordnung des Assoziationsrechts als integrierendem Bestandteil

¹⁷² Zur Kritik an der Rechtsprechung des EuGH in den Sachen Ziebell und Demirkan: *Zeran*, InfAusLR 2013, 405.

¹⁷³ *Akyürek*, Das Assoziationsabkommen EWG – Türkei, S. 18; *Gutmann* in GK-AufenthG, IX-1 Art 6 ARB Nr. 1/80, Rn. 16; *Zeran*, InfAusLR 2013, S. 405; vgl. EuGH, Urteil vom 29.04.1982, Rs. 17/81, Slg. 1982, 323, Pabst & Richarz, Rn. 26.

¹⁷⁴ *Akyürek*, Das Assoziationsabkommen EWG – Türkei, S. 18.

¹⁷⁵ Jetzt Art. 45, 46, 47 AEUV.

¹⁷⁶ *Höller*, Soziale Rechte Drittstaatsangehöriger nach europäischem Gemeinschaftsrecht, S. 160.

¹⁷⁷ *Akyürek*, Das Assoziationsabkommen EWG – Türkei, S. 33; *Höller*, Soziale Rechte Drittstaatsangehöriger nach europäischem Gemeinschaftsrecht, S. 160; *Mögele* in Streinz, Kommentar zum EUV/AEUV, Art. 216, Rn. 45.

der Gemeinschaftsrechtsordnung ergibt sich der Vorrang vor dem nationalen Recht der Mitgliedstaaten¹⁷⁸.

f. Unmittelbare Anwendbarkeit

Von der Verbindlichkeit für die Vertragsparteien ist die Frage nach der unmittelbaren Anwendbarkeit der Vorschriften des Assoziationsabkommens zu trennen. Damit sich im Falle eines Konfliktes zwischen nationalem und Assoziationsrecht letzteres durchsetzt, ist dessen unmittelbare Anwendbarkeit, also die Fähigkeit der Bestimmungen, Staatsorgane und Rechtsunterworfenen zu berechtigen oder zu verpflichten, ohne dass es zur Durchsetzung einer innerstaatlichen Rechtsnorm bedarf¹⁷⁹, erforderlich¹⁸⁰. Nach der Rechtsprechung des EuGH ist eine Bestimmung eines von der Gemeinschaft mit Drittländern geschlossenen Abkommens dann unmittelbar anwendbar, „wenn sie unter Berücksichtigung ihres Wortlauts und im Hinblick auf den Sinn und Zweck des Abkommens eine klare und eindeutige Verpflichtung enthält, deren Erfüllung oder deren Wirkungen nicht vom Erlass eines weiteren Aktes abhängen“¹⁸¹. Die grundsätzliche Fähigkeit des Assoziierungsabkommens zur unmittelbaren Anwendbarkeit hat der EuGH erstmalig in der Rechtssache *Demirel*¹⁸² festgestellt und seitdem in ständiger Rechtsprechung bestätigt¹⁸³. Da Assoziierungsabkommen, wie dargelegt, mit Inkrafttreten integrierender Bestandteil der Gemeinschaftsrechtsordnung werden, ist die grundsätzliche Möglichkeit unmittelbarer Anwendbarkeit folgerichtig. Der einheitlich und unmittelbar beginnenden Geltung und Anwendung der Abkommen kann eine gemeinschaftsfördernde Wirkung beigemessen werden¹⁸⁴. Dem steht nicht entgegen, dass einzelne Bestandteile der Abkommen in den Mitgliedstaaten unterschiedlich interpretiert werden könnten. Die unmittelbare Anwendung bewirkt eine grundsätzliche Rechtsangleichung, auch wenn die Anwendung in Einzelheiten uneinheitlich ist. Die Beschränkung der unmittelbaren Anwendbarkeit

¹⁷⁸ Höller, Soziale Rechte Drittstaatsangehöriger nach europäischem Gemeinschaftsrecht, 160; zum Vorrang des Gemeinschaftsrechtes vor nationalem Recht allgemein vgl. EuGH, Urteil vom 15.07.1964, Rs. 6/64, *Costa / ENEL*, Slg. 1964, 1253, 1269 f.

¹⁷⁹ EuGH, Urteil vom 09.03.1978, Rs. 106/77, Slg. 1978, 629, *Staatliche Finanzverwaltung / S.p.A. Simmenthal*, Rn. 14/16.

¹⁸⁰ *Hailbronner*, EuR 1984, 54, 61.

¹⁸¹ EuGH, Urteil vom 30.09.1987, Rs. 12/86, Slg. 1987, 3719, *Demirel*, Rn. 14.

¹⁸² EuGH, Urteil vom 30.09.1987, Rs. 12/86, Slg. 1987, 3710, *Demirel*.

¹⁸³ EuGH, Urteil vom 08.05.2003, Rs. C-171/01, Slg. 2003 I, 4301, *Wählergruppe Gemeinsam*, Rn. 54; EuGH, Urteil vom 04.05.1999, Rs. C-262/96, Slg. 1999 I, Sürül, Rn. 60; EuGH, Urteil vom 20.09.1990, Rs. C-192/89, Slg. 1990 I, 3461, *Sevince*, Rn. 15.

¹⁸⁴ Höller, Soziale Rechte Drittstaatsangehöriger nach europäischem Gemeinschaftsrecht, S. 166; *Schwarze*, NJW 1979, 456, 462.

auf Bestimmungen, welche im Hinblick auf Sinn und Zweck des Abkommens eine klare und eindeutige Verpflichtung enthalten, die zur Durchsetzung keines weiteren Rechtsaktes bedarf, stellt auch sicher, dass keine im Wesentlichen abweichende Anwendung erfolgt. Grundsätzlich sind daher Bestimmungen des Assoziierungsabkommens zur unmittelbaren Anwendbarkeit fähig¹⁸⁵. Ob die assoziationsrechtliche Bestimmung, auf die sich der Betroffene im Einzelfall beruft, tatsächlich unmittelbar anwendbar ist, ist jeweils nach den oben genannten Kriterien zu überprüfen.

2. Der ARB Nr. 2/76

Der ARB Nr. 2/76 spielte im deutschen Ausländerrecht keine besondere Rolle. Aus Art. 2 ARB Nr. 2/76 wurde lediglich das Recht auf Erteilung bzw. Verlängerung einer Arbeitserlaubnis abgeleitet, aufenthaltsrechtliche Bedeutung wurde der Bestimmung ganz überwiegend nicht beigemessen¹⁸⁶, obwohl der ARB Nr. 2/76 mit Art. 2 Abs. 1 a und b bereits Bestimmungen enthält, die denen in Art. 6 Abs. 1, 3. und 4. Spiegelstrich ARB Nr. 1/80 weitgehend entsprechen¹⁸⁷. Gerichtsentscheidungen, die sich eingehend mit der Bedeutung des ARB Nr. 2/76 auseinandersetzen, gibt es soweit ersichtlich nicht. Jedenfalls für die deutsche Rechtsprechung folgt dies offenbar daraus, dass die aufenthaltsrechtliche Bedeutung auch von der Wissenschaft und den Prozessbevollmächtigten der Betroffenen verkannt wurde und sich rein beschäftigungsrechtliche Vorteile aus ARB Nr. 2/76 im Verhältnis zu den entsprechenden nationalen Normen nicht ergaben¹⁸⁸.

Der ARB Nr. 2/76 wurde nicht formell aufgehoben. Der ARB Nr. 1/80 enthält aber den gesamten Inhalt des ARB Nr. 2/76 und erweitert die sich daraus ergebenden Rechte zum Teil. Laut der dritten Begründungserwägung des ARB Nr. 1/80 soll dieser die sich aus den Regelungen des ARB Nr. 2/76 ergebenden sozialen Rechte zu Gunsten der Arbeitnehmer und ihrer Familienangehörigen verbessern. Es kann daher von einer teilweisen materiellen Derogation des ARB Nr. 2/76 durch den ARB Nr. 1/80 als *lex posterior* gesprochen werden¹⁸⁹. Von Bedeutung bleibt lediglich der sich aus Art. 7 ARB Nr. 2/76 ergebende Standstill-Zeitpunkt für die Rechte der Ar-

¹⁸⁵ Höller, Soziale Rechte Drittstaatsangehöriger nach europäischem Gemeinschaftsrecht, S. 166.

¹⁸⁶ Becker/Braasch, Das Recht der ausländischen Arbeitnehmer: eine systematische Darstellung, S. 26 f; mit Verweis auf Becker/Braasch: Gutmann, Die Assoziationsfreizügigkeit türkischer Staatsangehöriger, S. 16.

¹⁸⁷ Zu deren heute unbestrittener aufenthaltsrechtlichen Bedeutung s.u. Teil I II 3.

¹⁸⁸ Gutmann, Die Assoziationsfreizügigkeit türkischer Staatsangehöriger, 16 f.

¹⁸⁹ Akyürek, Das Assoziationsabkommen EWG – Türkei, Aufenthalt und Beschäftigung von türkischen Staatsangehörigen in Österreich, 13.

beitnehmer¹⁹⁰. Einzelheiten zur rechtlichen Bedeutung des ARB Nr. 2/76 sollen hier daher nicht dargestellt werden.

3. Der ARB Nr. 1/80

Der ARB Nr. 1/80 wurde in der deutschen Rechtspraxis ebenso wie der ARB Nr. 2/76 zunächst vernachlässigt¹⁹¹. Die Redaktion des *Informationsbrief Ausländerrecht* veröffentlichte die Begründungserwägungen sowie Kapitel II Abschnitt 1 des ARB Nr. 1/80 und den entsprechenden Runderlass der Bundesanstalt für Arbeit vom 24.11.1980¹⁹². Die Redaktion vertrat dabei die Auffassung, dass es aufgrund des Erfordernisses der effektiven Anwendung völkerrechtlicher Regelungen den Ausländerbehörden untersagt sei, Aufenthaltserlaubnisse von türkischen Staatsangehörigen mit Auflagen zu versehen, die den Bestimmungen des ARB Nr. 1/80 widersprechen¹⁹³. Weiterhin habe der ARB Nr. 1/80 besondere Bedeutung für türkische Seeleute, die auf deutschen Schiffen tätig sind. Aufgrund von Art. 6 Abs. 1, 4. Spiegelstrich ARB Nr. 1/80 stehe ihnen nach vierjähriger ordnungsgemäßer Tätigkeit auch eine Aufenthaltserlaubnis für eine Tätigkeit an Land zu¹⁹⁴. In Deutschland leiteten zunächst die Sozialgerichte unmittelbare Rechte für türkische Staatsangehörige aus dem ARB Nr. 1/80, beispielsweise auf Erteilung einer Arbeitserlaubnis aufgrund Art. 7 Abs. 1 ARB Nr. 1/80, ab¹⁹⁵. Die Verwaltungsgerichte sprachen dagegen zunächst keine Rechte, insbesondere keine Aufenthaltsrechte, aus dem ARB Nr. 1/80 zu¹⁹⁶. Die Ablehnung erfolgte unter anderem mit der Begründung, der ARB Nr. 1/80 sei rein völkerrechtlicher Natur und nicht fähig, dem Einzelnen unmittelbar Rechte zu vermitteln¹⁹⁷. Auch das Bundesverwaltungsgericht war der Auffassung, der ARB Nr. 1/80 bedürfe zu seiner Anwendung der Umsetzung in innerstaatliches Recht¹⁹⁸. Aufgrund der Offenkundigkeit dieses Ergebnisses bedürfe es eines Vorabentscheidungsersuchens nicht¹⁹⁹. Der niederländische Raad van State war anderer Auffassung und leg-

¹⁹⁰ Akyürek, Das Assoziationsabkommen EWG – Türkei, Aufenthalt und Beschäftigung von türkischen Staatsangehörigen in Österreich, 13.

¹⁹¹ Gutmann, Die Assoziationsfreizügigkeit türkischer Staatsangehöriger, S. 17.

¹⁹² InfAuslR 1982, 33 f.

¹⁹³ InfAuslR 1982, 33 f.

¹⁹⁴ InfAuslR 1982, 33.

¹⁹⁵ Gutmann, die Assoziationsfreizügigkeit türkischer Staatsangehöriger, S. 18 mit Verweis auf SG Kassel, Urteil vom 09.03.1982, 5/Ar-182/81, InfAuslR 1982, 191.

¹⁹⁶ Vgl. Darstellung bei Gutmann, die Assoziationsfreizügigkeit türkischer Staatsangehöriger, S. 18 f.

¹⁹⁷ Gutmann, die Assoziationsfreizügigkeit türkischer Staatsangehöriger, S. 18 mit Verweis auf OVG Hamburg, Urteil vom 29.05.1985, OVG Bf V102/83, InfAuslR 1985, 227

¹⁹⁸ BVerwG, Urteil vom 27.10. 1987, 1 C 19/85, juris, Rn. 22.

¹⁹⁹ BVerwG, Urteil vom 27.10. 1987, 1 C 19/85, juris, Rn. 25.

te dem EuGH im Rahmen eines Vorabentscheidungsersuchens einige Fragen zur Anwendbarkeit und zum Inhalt des Art. 2 Abs. 1 ARB Nr. 2/76 und Art. 6 Abs. 1 ARB Nr. 1/80 vor. In dem daraufhin ergangenen Urteil des EuGH in der Rechtssache *Sevince*²⁰⁰ stellte der EuGH fest, dass Vorschriften der Assoziationsratsbeschlüsse grundsätzlich fähig sind, unmittelbar anwendbar zu sein, und dem Einzelnen Rechte vermitteln können²⁰¹. Die Entscheidung des EuGH in der Rechtssache *Sevince* war von besonderer Bedeutung für das Ausländerrecht, da der EuGH feststellte, dass die Rechte aus Art. 6 Abs. 1, 3. Spiegelstrich ARB Nr. 1/80 auf Zugang zum Arbeitsmarkt implizieren, dass den betroffenen Arbeitnehmern zur Wahrnehmung dieser Rechte auch ein Aufenthaltsrecht zusteht²⁰². Trotz dieser eindeutigen Ausführungen des EuGH lehnten deutsche Gerichte zum Teil die aufenthaltsrechtliche Wirkung des Art. 6 ARB Nr. 1/80 weiter ab²⁰³. Mittlerweile ist die aufenthaltsrechtliche Wirkung der Art. 6 und 7 ARB Nr. 1/80 auch bei den deutschen Gerichten anerkannt²⁰⁴.

a. Rechtsnatur

Da die Assoziationsratsbeschlüsse von den durch ein Assoziationsabkommen eingerichteten Organen erlassen wurden, handelt es sich bei den Assoziationsratsbeschlüssen um sekundäres Assoziationsrecht.

b. Innergemeinschaftliche Geltung

Es stellt sich in Bezug auf die Assoziationsratsbeschlüsse die Frage, ab wann sie in der Gemeinschaft Rechtswirkungen entfalten, insbesondere ob ihre innergemeinschaftliche Geltungskraft von einem Umsetzungsakt abhängig ist²⁰⁵. Die Antwort auf die Frage, ob auch Assoziationsratsbeschlüsse gemeinschaftsinterne Bindungswirkungen entfalten, bedarf einer eingehenderen Betrachtung als die Frage, ob das Assoziierungsabkommen selbst derartige Bindungswirkungen entfaltet. Anders als bei Assoziierungsabkommen ergibt sich die Bindungswirkung nämlich nicht zwanglos aus Art. 216 Abs. 2 AEUV. Bei den Beschlüssen handelt es sich nicht um Übereinkünfte in diesem Sinne. Der EuGH hat zunächst in seiner Entscheidung *Griechen-*

²⁰⁰ EuGH, Urteil vom 20.09.1990, Rs. C-192/89, Slg. 1990 I, 3461, *Sevince*.

²⁰¹ EuGH, Urteil vom 20.09.1990, Rs. C-192/89, Slg. 1990 I, 3461, *Sevince*, Rn. 15.

²⁰² EuGH, Urteil vom 20.09.1990, Rs. C-192/89, Slg. 1990 I, 3461, *Sevince*, Rn. 29.

²⁰³ *Gutmann*, die Assoziationsfreizügigkeit türkischer Staatsangehöriger, S. 44 ff.

²⁰⁴ BVerwG, Urteil vom 24.01.1995, 1 C 2/94, juris, 1. Leitsatz zur aufenthaltsrechtlichen Wirkung des Art. 6 Abs. 1 ARB Nr. 1/80; BVerwG, Urteil vom 22.02.1995, 1 C 11/94, juris, 1. Leitsatz zur aufenthaltsrechtlichen Wirkung des Art. 7 Abs. 1 ARB Nr. 1/80.

²⁰⁵ *Breidenbach*, Die Auswirkungen des Assoziationsrechts EG/Türkei auf das deutsche Arbeitsgenehmigungsrecht, S. 51.

*land / Kommission*²⁰⁶ entschieden, dass aufgrund des unmittelbaren Zusammenhangs von Assoziationsratsbeschlüssen und Assoziierungsabkommen, zu deren Durchführung die Beschlüsse ergehen, diese ab Inkrafttreten integrierender Bestandteil der Gemeinschaftsrechtsordnung sind²⁰⁷. Dieser Feststellung des EuGH, dass die Assoziationsratsbeschlüsse allein aufgrund ihres unmittelbaren Zusammenhangs mit dem Assoziierungsabkommen integrierender Bestandteil der Gemeinschaftsrechtsordnung sind, wurde mit dem mit Hinweis auf Art. 2 Abs. 1 des Abkommens über die zur Durchführung des Abkommens zur Gründung einer Assoziation zwischen der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft und der Türkei zu treffenden Maßnahmen und die dabei anzuwendenden Verfahren²⁰⁸, widersprochen²⁰⁹. Die genannte Vorschrift lautet: „Die Anwendbarkeit der Beschlüsse und Empfehlungen des Assoziationsrats, die nach dem Vertrag zur Gründung der Gemeinschaft zu deren Zuständigkeit gehören, wird durch einstimmig gefasste Beschlüsse des Rates nach Stellungnahme der Kommission ausgesprochen.“ Nach dem Wortlaut scheint daher eine Umsetzung in Gemeinschaftsrecht notwendig zu sein. In der Literatur wird vereinzelt bestritten, dass Art. 2 Abs. 1 des internen Durchführungsabkommens überhaupt eine Rechtsgrundlage für eine generelle Umsetzungspflicht von Assoziationsratsbeschlüssen in das Gemeinschaftsrecht bilden kann, da diese Bestimmung entgegen dem missverständlichen Wortlaut der deutschen Fassung nur die Durchführung eines Assoziationsratsbeschlusses betreffe, nicht jedoch die Bindungswirkung des Beschlusses in der Gemeinschaftsrechtsordnung²¹⁰. An dieser Auffassung lässt sich wegen des klaren Wortlautes der Bestimmung zweifeln²¹¹. Allerdings ist eine Deutung dahingehend, dass ein Umsetzungsakt zwingend erforderlich ist, nicht mit der Verpflichtung der Vertragsparteien aus Art. 22 AssAbk in Einklang zu bringen²¹². Gemäß Art. 22 Abs. 1 S. 1 AssAbk ist der Assoziationsrat befugt, zur Verwirklichung der Ziele des Abkommens Beschlüsse zu fassen. Die Kompetenz zur Beschlussfassung wurde damit auf den Assoziationsrat übertragen²¹³. Weiter verpflichtet Art. 22 Abs. 1 S. 2 AssAbk die Vertragsparteien zur Ergreifung aller Maßnahmen, die zur Durchführung der Beschlüsse erforderlich sind. Es wäre nicht zu erklären, aus wel-

²⁰⁶ EuGH, Urteil vom 14.11.1989, Rs. 30/88. Slg. 1989, S. 3711, Griechenland / Kommission.

²⁰⁷ EuGH, Urteil vom 14.11.1989, Rs. 30/88. Slg. 1989, S. 3711, Griechenland / Kommission, Rn. 13.

²⁰⁸ 64/737/EWG, ABl. 1964, 3703, im Folgenden: Durchführungsabkommen.

²⁰⁹ Vgl. Akyürek, Das Assoziationsabkommen EWG – Türkei, 22; Hailbronner, EuR 1984, 54, 66.

²¹⁰ Vgl. Breidenbach, Die Auswirkungen des Assoziationsrechts EG/Türkei auf das deutsche Arbeitsgenehmigungsrecht, 54

²¹¹ Akyürek, Das Assoziationsabkommen EWG – Türkei, S. 25.

²¹² Akyürek, Das Assoziationsabkommen EWG – Türkei, S. 26.

²¹³ Akyürek, Das Assoziationsabkommen EWG – Türkei, S. 26; Gilsdorf, EuZW 1991, S. 459, 461.

chem Grund ein Mitgliedstaat einen im Assoziationsrat gemäß Art 23 AssAbk einstimmig gefassten Beschluss durch ablehnendes Votum im Rat außer Kraft setzen und damit die Erfüllung der Pflichten aus Art. 22 AssAbk vereiteln können sollte²¹⁴. In der Rechtssache *Sevince* bestätigte der EuGH seine Rechtsprechung zur Bindungswirkung von Assoziationsratsbeschlüssen für die ARB Nr. 2/76 und Nr. 1/80²¹⁵. Der ARB Nr. 1/80 entfaltet demnach mit seinem Inkrafttreten am 1. Juli 1980 innergemeinschaftliche Bindungswirkung.

c. Auslegungsbefugnis des EuGH

Der EuGH hat in der Sache *Sevince* entschieden, dass er aufgrund seiner Befugnis zur Vorabentscheidung über das Assoziierungsabkommen als eine Handlung eines Gemeinschaftsorganes ebenfalls befugt ist, „über die Auslegung von Beschlüssen des durch das Abkommen geschaffenen und mit dessen Durchführung beauftragten Organs zu entscheiden“²¹⁶. Danach ist der EuGH aufgrund der rechtlichen Einordnung der Assoziierungsabkommen als integrierender Bestandteil der Gemeinschaftsrechtsordnung zu deren Auslegung befugt. Weiter begründet hat der EuGH diese Auffassung mit dem Sinn des Vorabentscheidungsverfahrens, die einheitliche Anwendung aller zur Gemeinschaftsrechtsordnung gehörenden Bestimmungen innerhalb der Gemeinschaft zu sichern und so die Folge unterschiedlicher Rechtswirkungen einer Bestimmung je nach Auslegung in den verschiedenen Mitgliedstaaten zu vermeiden²¹⁷.

d. Auslegung der Assoziationsratsbeschlüsse

Assoziationsratsbeschlüsse folgen als sekundäres Assoziationsrecht den gleichen Auslegungsregeln wie das primäre Assoziationsrecht²¹⁸. Dies ergibt sich daraus, dass die Assoziationsratsbeschlüsse auf der Grundlage und zur Konkretisierung des Assoziierungsabkommens ergangen sind. Auch bei der Auslegung des sekundären Assoziationsrechts ist daher insbesondere die Zielsetzung der assoziationsrechtlichen Regelung mit derjenigen der entsprechenden gemeinschaftsrechtlichen Regelungen zu vergleichen. Sofern sich diese gleichen, ist eine übereinstimmende Ausle-

²¹⁴ *Akyürek*, Das Assoziationsabkommen EWG – Türkei, S. 26; *Gutmann*, Die Assoziationsfreizügigkeit türkischer Staatsangehöriger, S. 65.

²¹⁵ EuGH, Urteil vom 20.09.1990, Rs. C-192/89, Slg. 1990 I, 346, *Sevince*, Rn. 9.

²¹⁶ EuGH, Urteil vom 20.09.1990, Rs. C-192/89, Slg. 1990 I, 346, *Sevince*, Rn. 10.

²¹⁷ EuGH, Urteil vom 20.09.1990, Rs. C-192/89, Slg. 1990 I, 346, *Sevince*, Rn. 11.

²¹⁸ *Höller*, Soziale Rechte Drittstaatsangehöriger nach europäischem Gemeinschaftsrecht, S. 173.

gung vorzunehmen. In der Sache *Ayaz*²¹⁹ hat der EuGH zur Klärung des Begriffs des Familienangehörigen beispielsweise festgestellt, dass Art. 7 ARB Nr. 1/80 und die VO (EWG) Nr. 1612/68 des Rates vom 15. Oktober 1968 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Gemeinschaft²²⁰ welche Art. 48 EWGV²²¹ konkretisierte, gleichermaßen bezwecken, die Familienzusammenführung durch Verleihung eines Aufenthaltsrechtes und nach Ablauf einer bestimmten Frist auch einer Arbeitserlaubnis zu begünstigen²²². Aus dieser übereinstimmenden Zielsetzung hat der EuGH gefolgert, dass der Begriff des Familienangehörigen in beiden Bestimmungen die gleiche Bedeutung hat²²³. Zum Teil finden sich in den Assoziationsratsbeschlüssen in Bezug auf die Auslegung einzelner Begriffe auch ausdrückliche Verweise auf das Gemeinschaftsrecht. So legt Artikel 1 lit. a ARB Nr. 3/80 fest, dass die dort genannten Begriffe die Bedeutung haben, wie sie in der VO Nr. 1408/71, welcher die Systeme der sozialen Sicherheit auf Gemeinschaftsebene koordiniert, definiert war.

Bei der Auslegung der Assoziationsratsbeschlüsse ist ebenso wie bei der Auslegung des Assoziierungsabkommens der Grundsatz des *effet utile* besonders zu berücksichtigen. Auch die Auslegung der Assoziationsratsbeschlüsse hat daher insbesondere so zu erfolgen, dass die Bestimmung praktische Wirksamkeit zur Erreichung ihres Ziels entfaltet.

In Bezug auf den ARB Nr. 1/80 hat der EuGH generell festgehalten, dass dieser unter anderem das Ziel verfolgt, die Herstellung der Freizügigkeit für die türkischen Arbeitnehmer voranzubringen, und sich dabei von den Art. 48, 49, und 50 EWGV²²⁴ leiten lässt²²⁵. Dies führe dazu, dass die sich aus diesen Artikeln ergebenden Grundsätze so weit wie möglich auf assoziationsberechtigte türkische Arbeitnehmer anzuwenden seien²²⁶. Auch in der Literatur wird die Auffassung vertreten, dass der

²¹⁹ EuGH, Urteil vom 30.09.2004, Rs. C-275/02, Slg. 2004 I, 8765, *Ayaz*.

²²⁰ ABl. EG L 295 vom 07.12.1968, S. 12, im Folgenden: VO Nr. 1612/68, aufgehoben und ersetzt durch die VO (EU) Nr. 492/2011 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 05. 04.2011 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Union, ABl. EU L 141 vom 27.05.2011, S. 1, im Folgenden VO Nr. 492/2011.

²²¹ Jetzt Art. 45 AEUV.

²²² EuGH, Urt. v. 30.09.2004, Rs. C-275/02, Slg. 2004 I, 8765, *Ayaz*, Rn. 41 f.

²²³ EuGH, Urt. v. 30.09.2004, Rs. C-275/02, Slg. 2004 I, 8765, *Ayaz*, Rn. 45.

²²⁴ Jetzt Art. 45, 46, 47 AEUV.

²²⁵ EuGH, Urteil vom 08.05.2003, Rs. C-171/01, Slg. 2003 I-04301, *Wählergruppe Gemeinsam*, Rn. 64; EuGH, Urteil vom 23.01.1997, Rs. C-171/95, Slg. 1997, I-329, *Tetik*, Rn. 20; EuGH, Urteil vom 30.09.1997, Rs. C-36/96, Slg. 1997, I-5143, *Günaydin*, Rn. 21; EuGH, Urteil vom 30.09.1997, Rs. C-98/96, Slg. 1997 I, 5179, *Ertanir*, Rn. 21; EuGH, Urteil vom 06.06.1995, Rs. C- 434/93, Slg. 1995, I-1475, *Bozkurt*, Rn. 19.

²²⁶ EuGH, Urteil vom 08.05.2003, Rs. C-171/01, Slg. 2003 I-04301, *Wählergruppe Gemeinsam*, Rn. 72; EuGH, Urteil vom 23.01.1997, Rs. C-171/95, Slg. 1997, I-329, *Tetik*, Rn. 20; Urteil vom 30.09.1997, Rs. C-36/96, *Gün-*

Verweis in Art. 12 AssAbk auf die Art 45, 46 und 47 AEUV „eine Vermutung zugunsten der entsprechenden Anwendung unionsrechtlicher Grundsätze auf die Auslegung und Anwendung des Assoziationsratsbeschlusses“ begründet²²⁷.

Der EuGH zieht zur Auslegung einzelner Bestimmungen des ARB Nr. 1/80 das entsprechende gemeinschaftsrechtliche Sekundärrecht, d.h. die VO Nr. 1612/68, bzw. nunmehr die VO Nr. 492/2011, heran²²⁸. Zur Auslegung einzelner Bestimmungen des ARB Nr. 3/80 werden die entsprechenden Regelungen in der VO Nr. 1408/71 bzw. jetzt in der VO Nr. 883/2004 herangezogen²²⁹. Aufgrund der Ziele der Assoziation, den Beitritt und damit die Übernahme des gemeinschaftlichen Rechtsbestandes zu ermöglichen, ist dies grundsätzlich zu befürworten²³⁰. Wie weit die übereinstimmende Auslegung im Einzelnen reicht und welche Folgen sich aus der Aufhebung bzw. Ersetzung der genannten Verordnungen ergeben, wird im Rahmen der Untersuchung der einzelnen assoziationsrechtlichen Vorschriften erörtert.

e. Anwendungsvorrang

Das sekundäre Assoziationsrecht nimmt aufgrund seines unmittelbaren Zusammenhangs mit dem primären Assoziationsrecht denselben Rang in der Gemeinschaftsrechtsordnung ein wie das primäre Assoziationsrecht²³¹. Die Assoziationsratsbeschlüsse gehen daher ebenso dem sekundären Gemeinschaftsrecht und dem nationalen Recht der Mitgliedstaaten vor²³². Dem primären Gemeinschaftsrecht sind sie nachrangig.

f. Unmittelbare Anwendbarkeit

Auch in Bezug auf den ARB Nr. 1/80 stellt sich die Frage der unmittelbaren Anwendbarkeit, also danach, ob eine Bestimmung dazu geeignet ist, Staatsorgane und Rechtsunterworfenen zu berechtigen oder zu verpflichten, ohne dass es zur Durchset-

aydin, Slg. 1997, I-5143, Rn. 21; Urteil vom 30.09.1997, Rs. C-98/96, Slg. 1997, I-5179, Ertanir, Rn. 21; EuGH, Urteil vom 06.06.1995, Rs. C- 434/93, Bozkurt, Slg. 1995 I, 1475, Rn. 20.

²²⁷ Brechmann in Calliess/Ruffert, Art. 48 AEUV, Rn. 120.

²²⁸ EuGH, Urteil vom 08.05.2003, Rs. C-171/01, Slg. 2003 I, 04301, Wählergruppe Gemeinsam, Rn. 80 ff; Höller in Fuchs, Europäisches Sozialrecht, S. 909, Teil 12, Rn. 14.

²²⁹ EuGH, Urteil vom 04.05.1999, Rs. C-262/96, Slg. 1999 I, 2685, Sürül, Rn. 84 ff.

²³⁰ Höller in Fuchs, Europäisches Sozialrecht, S. 909, Teil 12, Rn. 14.

²³¹ EuGH, Urteil vom 20.09.1990, Rs. C-192/89, Slg. 1190 I, 3461, Sevince, Rn. 9; EuGH, Urteil vom 14.11.1989, Rs. 30/88, Slg. 1989 I, 3711, Griechenland / Kommission, Rn. 13; Akyürek, Das Assoziationsabkommen EWG - Türkei, S. 32; Höller, Soziale Rechte Drittstaatsangehöriger nach europäischem Gemeinschaftsrecht, S. 173; Slezak, ZESAR 2013, 53, 55.

²³² Akyürek, Das Assoziationsabkommen EWG – Türkei, S. 33.

zung einer innerstaatlichen Rechtsnorm bedarf²³³. Zum Teil wird die Nichtveröffentlichung des ARB Nr. 1/80 als Argument gegen seine unmittelbare Anwendbarkeit herangezogen²³⁴. Nach der Rechtsprechung des EuGH schließt die mangelnde Veröffentlichung eines Assoziationsratsbeschlusses dessen unmittelbare Anwendbarkeit nicht aus. Diese könne lediglich zur Folge haben, dass die Beschlüsse nicht den Einzelnen entgegen gehalten werden können²³⁵. Dieser Auffassung schließt sich Gutmann an mit dem Argument, dass gemäß Art. 191 Abs. 2 EGV a.F. für die Anwendbarkeit von Richtlinien und Entscheidungen nur die Bekanntgabe bzw. Zustellung erforderlich gewesen ist²³⁶. Assoziationsratsbeschlüsse seien als Entscheidungen in diesem Sinne anzusehen und dadurch bekannt gegeben, dass sie nur einstimmig ergehen können und daher mit Beschlussfassung den Regierungen der Mitgliedstaaten als ihr eigener Wille bekannt werden²³⁷. Es sprechen auch rechtsstaatliche Gründe für die unmittelbare Anwendbarkeit der Assoziationsratsbeschlüsse²³⁸. Den Begünstigten könnten andernfalls durch Geringhalten oder Verhindern der Publizität ihre Rechte vorenthalten werden, obwohl die Beschlüsse nicht veröffentlichungsbedürftig sind und die Bestimmungen die Kriterien der unmittelbaren Anwendbarkeit erfüllen²³⁹. Der EuGH hat in der Entscheidung *Sevince* festgestellt, dass die Bestimmungen des ARB Nr. 1/80 ebenso wie die Bestimmungen eines Assoziierungsabkommens dann unmittelbar anwendbar sind, „wenn sie im Hinblick auf ihren Wortlaut, Sinn und Zweck sowie unter Berücksichtigung von Wortlaut, Sinn und Zweck des Assoziierungsabkommens eine klare und eindeutige Verpflichtung enthalten, deren Erfüllung oder deren Wirkungen nicht vom Erlass eines weiteren Aktes abhängen.“²⁴⁰ Auch die einzelnen Bestimmungen des ARB Nr. 1/80 sind unter Zugrundelegung dieser Kriterien auf ihre unmittelbare Anwendbarkeit hin zu untersuchen.

4. Der ARB Nr. 3/80

Auch dem ARB Nr. 3/80 wurde zunächst weder in Deutschland noch in anderen EU – Mitgliedstaaten besondere Beachtung geschenkt. Für Deutschland mag das daran

²³³ Vgl. EuGH, Urteil vom 09.03.1978, Rs. 106/77, Slg. 1978, 629, Staatliche Finanzverwaltung / S.p.A. Simmenthal, Rn. 14/16.

²³⁴ Z.B. *Weber*, Der assoziationsrechtliche Status Drittstaatsangehöriger in der Europäischen Union, 62.

²³⁵ EuGH, Urteil vom 20.09.1990, Rs. C-192/89, Slg. 1990 I, 3461, *Sevince*, Rn. 24.

²³⁶ *Gutmann*, Die Assoziationsfreizügigkeit türkischer Staatsangehöriger, S. 61.

²³⁷ *Gutmann*, Die Assoziationsfreizügigkeit türkischer Staatsangehöriger, S. 61.

²³⁸ *Akyürek*, Das Assoziationsabkommen EWG – Türkei, S. 32.

²³⁹ Vgl. *Akyürek*, Das Assoziationsabkommen EWG – Türkei, S. 32.

²⁴⁰ EuGH, Urteil vom 20.09.1990, Rs. C-192/89, Slg. 1990 I, 3461, *Sevince*, Rn. 15.

liegen, dass neben der Veröffentlichung im Amtsblatt der EG²⁴¹ eine Veröffentlichung in deutscher Sprache erst 1992 durch das Amt für amtliche Veröffentlichungen der Europäischen Gemeinschaft²⁴² erfolgte²⁴³. In der deutschen Rechtsprechung taucht der ARB Nr. 3/80 erstmalig in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts in einem Urteil vom 18.12.1992²⁴⁴ auf, ohne dass aus ihm im konkreten Fall Rechte abgeleitet wurden. Angesichts der Tatsache, dass der Gemeinschaftsgesetzgeber die VO Nr. 1408/71 bzw. deren nachfolgende VO Nr. 883/2004²⁴⁵ und die dazu jeweils ergangenen Durchführungsverordnungen auf Drittstaatsangehörige für anwendbar erklärt²⁴⁶, stellt sich die Frage, welche eigenständige Bedeutung der ARB Nr. 3/80 noch hat. Die VO Nr. 883/2004 koordiniert die Systeme der Sozialen Sicherheit auf Gemeinschaftsebene. Dieselbe Funktion hatte die VO Nr. 1408/71, welcher der ARB Nr. 3/80 nachgebildet ist und auf welche dieser an zahlreichen Stellen Bezug nimmt. Sowohl die VO Nr. 1408/71 als auch die VO Nr. 883/2004 finden keine Anwendung, wenn der Sachverhalt nur einen einzigen Mitgliedstaat und einen Drittstaat betrifft. Dies folgt jeweils aus der 12. Begründungserwägung der VO Nr. 1231/2010 bzw. der VO Nr. 859/2003. Ist somit der Drittstaatsangehörige direkt in den Mitgliedstaat eingereist oder dort geboren und hat er niemals in einem weiteren Mitgliedstaat gelebt, ist die VO 883/2004 nicht auf ihn anwendbar. Zur Anwendung des ARB Nr. 3/80 ist dagegen kein solches Wanderungselement erforderlich²⁴⁷. Der ARB Nr. 3/80 behält demnach für solche Fallgestaltungen Bedeutung, welche nur Bezug zu einem einzigen Mitgliedstaat aufweisen²⁴⁸. Es ist darauf hinzuweisen, dass die Kommission zwischenzeitlich die Empfehlung abgegeben hat, den ARB Nr. 3/80 durch einen neuen Beschluss abzulösen²⁴⁹. Es bleibt also abzuwarten, wie lange der ARB Nr. 3/80 noch anwendbar bleibt. Da auch der Entwurf der Kommission zu einem

²⁴¹ ABl. C 110 vom 25.04.1983, S. 60.

²⁴² Rat der EG (Hrsg.), Assoziierungsabkommen und Protokolle EWG – Türkei sowie andere Basisdokumente, Brüssel 1992.

²⁴³ *Sieveling*, ZIAS 2001, 160, 163.

²⁴⁴ BVerwG, Urteil vom 18.12.1992, 7 C 12/92, NVwZ 1993, 778.

²⁴⁵ Verordnung (EG) Nr. 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit, ABl. L 166 v. 30.03.2004, S. 1, im Folgenden VO Nr. 883/2004.

²⁴⁶ VO (EG) Nr. 859/2003 des Rates vom 14. Mai 2003 zur Ausdehnung der Bestimmungen der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 und der Verordnung (EWG/Nr. 574/72 auf Drittstaatsangehörige, die ausschließlich aufgrund ihrer Staatsangehörigkeit nicht bereits unter diese Bestimmung fallen, ABl. L 124 v. 20.05.2003, S. 1 und VO (EU) Nr. 1231/2010 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. November 2010 zur Ausdehnung der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 und der VO (EG) Nr. 987/2009 auf Drittstaatsangehörige, die ausschließlich aufgrund ihrer Staatsangehörigkeit nicht bereits unter diese Verordnung fallen, ABl. L 344 v. 29.12.2010, S. 1, im Folgenden: VO Nr. 1231/2010.

²⁴⁷ Dazu s.u. Teil 3 VII 2 d.

²⁴⁸ *Bokeloh*, ZESAR 2013, S. 389, 406; *Slezak*, ZESAR 2013, 53, 60.

²⁴⁹ COM (2012) 152 final, 5 f.

neuen Beschluss Diskriminierungsverbote enthält, werden die vorliegend gefundenen Ergebnisse auch dann weiter von Bedeutung sein, wenn der Assoziationsrat einen neuen Beschluss erlässt, welcher dem Entwurf der Kommission entspricht.

a. Innergemeinschaftliche Geltung

In Bezug auf den ARB Nr. 3/80 stellt sich in besonderem Maße die Frage, ab wann dieser für die Vertragsparteien Bindungswirkung entfaltet und ob für seine innergemeinschaftliche Geltung ein Umsetzungsakt erforderlich ist. Dies folgt zum einen aus der Tatsache, dass der ARB Nr. 3/80 keinen Zeitpunkt seines Inkrafttretens nennt²⁵⁰. Zum anderen war zunächst vorgesehen, dass der ARB Nr. 3/80 durch eine von der Kommission vorgeschlagene Ratsverordnung in das Gemeinschaftsrecht eingeführt werden sollte, welche die Formulierung enthält: „Der Beschluss Nr. 3/80 (...) findet in der Gemeinschaft Anwendung“²⁵¹. Aus dieser Formulierung könnte der Schluss gezogen werden, dass zur innergemeinschaftlichen Geltung ein Umsetzungsakt erforderlich ist. Der EuGH beschäftigte sich erstmalig in der Sache *Taflan-Met*²⁵² mit dem ARB Nr. 3/80 und kam zu dem Ergebnis, dass dieser mit dem Tag seines Erlasses in Kraft getreten ist und seitdem die Vertragsparteien bindet. Da der ARB Nr. 3/80 keine Bestimmung über sein Inkrafttreten enthält, schließt der EuGH „aus der Verbindlichkeit, die das Abkommen den Beschlüssen des Assoziationsrates EWG Türkei verleiht, dass der genannte Beschluss am Tag seines Erlasses, d.h. am 19. September 1980, in Kraft getreten ist und dass die Vertragsparteien seither an ihn gebunden sind“²⁵³. Der EuGH stellt in der Entscheidung *Taflan-Met* noch einmal klar, dass es sich bei den ARB um Rechtsakte eines im Abkommen vorgesehenen Organs handelt, zu deren Erlass dieses Organ von den Vertragsparteien ermächtigt wurde²⁵⁴. Weiter würden durch die Beschlüsse die Ziele des Abkommens verwirklicht. Dadurch hingen sie unmittelbar mit dem Abkommen zusammen und seien nach dessen Art. 22 Abs. 1 S. 2 für die Vertragsparteien verbindlich²⁵⁵. Die Vertragsparteien hätten

²⁵⁰ *Akyürek*, Das Assoziationsabkommen EWG - Türkei, S. 26.

²⁵¹ Art. 1 Vorschlag einer Verordnung (EWG) des Rates über die Durchführung des Beschlusses Nr. 3/80 des Assoziationsrates EWG/Türkei über die Anwendung des Systems der sozialen Sicherheit der Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaften auf türkische Arbeitnehmer und deren Familienangehörigen innerhalb der Gemeinschaft, ABl. C 110 vom 25.04.1983, S. 1.

²⁵² EuGH, Urteil vom 10.09.1996, Rs C-277/94, Slg. 1996 I, 4085, *Taflan-Met*

²⁵³ EuGH, Urteil vom 10.09.1996, Rs C-277/94, Slg. 1996 I, 4085, *Taflan-Met*, Rn. 21.

²⁵⁴ EuGH, Urteil vom 10.09.1996, Rs C-277/94, Slg. 1996 I, 4085, *Taflan-Met*, Rn. 17

²⁵⁵ EuGH, Urteil vom 10.09.1996, Rs C-277/94, Slg. 1996 I, 4085, *Taflan-Met*, Rn. 18.

durch den Abschluss des Assoziierungsabkommens der Verbindlichkeit der Beschlüsse zugestimmt²⁵⁶.

Aus diesen Gründen könne die Verbindlichkeit der Beschlüsse auch nicht vom Erlass von Durchführungsmaßnahmen abhängen²⁵⁷. Die Tatsache, dass der ARB Nr. 3/80 zunächst durch eine von der Kommission vorgeschlagene Ratsverordnung in das Gemeinschaftsrecht eingeführt werden sollte, welche die Formulierung enthält „Der Beschluss Nr. 3/80 (...) findet in der Gemeinschaft Anwendung“, spricht also nicht gegen die Annahme, der ARB Nr. 3/80 entfalte bereits mit seinem Erlass Bindungswirkung²⁵⁸. Andernfalls könnten die Vertragsparteien sich durch eigene Untätigkeit von ihren Verpflichtungen aus dem Vertrag freihalten²⁵⁹. Die Auffassung, dass der Beschluss aufgrund des Art. 22 AssAbk mit Inkrafttreten für die Vertragsparteien verbindlich wird, wurde in der Literatur überwiegend geteilt²⁶⁰.

b. Unmittelbare Anwendbarkeit

Die unmittelbare Anwendbarkeit der einzelnen Bestimmungen des ARB Nr. 3/80 verneinte der EuGH in der Entscheidung *Taflan-Met* noch generell mit der Begründung, sie erfüllten nicht die Voraussetzung, unter Berücksichtigung ihres Wortlauts und im Hinblick auf den Sinn und Zweck des Abkommens eine klare und eindeutige Verpflichtung zu enthalten, deren Erfüllung oder deren Wirkungen nicht vom Erlass eines weiteren Aktes abhängen²⁶¹. Der Beschluss sei vielmehr seiner Art nach dazu bestimmt, durch einen weiteren Rechtsakt des Rates ergänzt und in der Gemeinschaft durchgeführt zu werden²⁶². Aus diesem Grund habe die Kommission am 08. Februar 1983 einen Vorschlag für eine Verordnung (EWG) des Rates zur Anwendung des Beschlusses Nr. 3/80 in der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft vorgelegt. Die vorgeschlagene Verordnung orientiere sich weitgehend an der Verordnung (EWG) Nr. 574/72 des Rates vom 21. März 1972 über die Durchführung der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 zur Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeit-

²⁵⁶ EuGH, Urteil vom 10.09.1996, Rs C-277/94, Slg. 1996 I, 4085, *Taflan-Met*, Rn. 19

²⁵⁷ EuGH, Urteil vom 10.09.1996, Rs C-277/94, Slg. 1996 I, 4085, *Taflan-Met*, Rn. 20.

²⁵⁸ *Breidenbach*, Die Auswirkungen des Assoziationsrechts EG/Türkei auf das deutsche Arbeitsgenehmigungsrecht, S. 52 ff.

²⁵⁹ *Zuleeg*, ZAR 1997, 170.

²⁶⁰ Vgl. *Delbrück/Tietje*, ZAR 1995, 29, 30; *Sieveking*, NZS 1994, 213, 215; *Zuleeg*, ZAR 1997, 170.

²⁶¹ EuGH, Urteil vom 10.09.1996, Rs. C-277/94, Slg. 1996 I, 4085, *Taflan-Met*, Rn. 33.

²⁶² EuGH, Urteil vom 10.09.1996, Rs. C-277/94, Slg. 1996 I, 4085, *Taflan-Met*, Rn. 33.

nehmer und deren Familien, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern²⁶³, welche zur Durchführung der Verordnung Nr. 1408/71 erforderlich gewesen sei. Etwas widersprüchlich folgert der EuGH, dass zwar einige Bestimmungen des ARB Nr. 3/80 eindeutig und bestimmt seien, der Beschluss aber dennoch nicht angewandt werden könne, solange der Rat nicht ergänzende Durchführungsmaßnahmen erlassen habe. In der Literatur fand diese Auffassung zum Teil Unterstützung: Aus Art. 32 ARB Nr. 3/80, wonach die Türkei und die Gemeinschaft beiderseits die zur Durchführung dieses Beschlusses erforderlichen Maßnahmen treffen, folge das Erfordernis weiterer Durchführungsbestimmungen²⁶⁴. Die erforderliche Maßnahme habe in dem Vorschlag einer Verordnung (EWG) des Rates über die Durchführung des Beschlusses Nr. 3/80 des Assoziationsrats EWG/Türkei über die Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit der Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaften auf türkische Arbeitnehmer und deren Familienangehörige innerhalb der Gemeinschaft bestanden²⁶⁵. Da die Verordnung noch nicht verabschiedet sei, seien die Bestimmungen des ARB Nr. 3/80 noch nicht anwendbar²⁶⁶. Die Verpflichtung aus Art. 32 ARB Nr. 3/80 zur Ergreifung von Durchführungsmaßnahmen ist aber so zu verstehen, dass sie die Wirksamkeit der eingeräumten Rechte sicherstellen soll. Würde man den Art. 32 ARB Nr. 3/80 so auffassen, dass dieser den Erlass weiterer Durchführungsbestimmungen erfordert, würde er zur Einschränkung bzw. zur Beseitigung der Rechte führen, deren Wirksamkeit er sichern soll²⁶⁷. Die pauschale Ablehnung der unmittelbaren Anwendbarkeit des ARB Nr. Nr. 3/80 revidierte der EuGH bereits mit seiner nächsten Entscheidung in der Sache *Sürüß*²⁶⁸ insoweit, als er die genannten Voraussetzungen der unmittelbaren Anwendbarkeit für Art. 3 ARB Nr. 3/80 bejahte, da er klar, eindeutig und unbedingt das Verbot aufstelle, Personen, die im Gebiet eines Mitgliedstaats wohnen und für die der Beschluss gilt, aus Gründen der Staatsangehörigkeit zu diskriminieren²⁶⁹. Die Bundesanstalt für Arbeit setzte diese Entscheidung mit den Runderlassen vom 23.07.1999²⁷⁰ und vom 29.02.2000²⁷¹ um. Auch die einzelnen Bestimmungen des ARB Nr. 3/80 sind nach den oben genannten

²⁶³ ABl. L 074 vom 27.03.1972, S. 1 – 83, im Folgenden VO Nr. 574/72.

²⁶⁴ *Delbrück/Tietje*, ZAR 1995, 29, 32.

²⁶⁵ *Delbrück/Tietje*, ZAR 1995, 29, 32.

²⁶⁶ *Delbrück/Tietje*, ZAR 1995, 29, 32.

²⁶⁷ *Zuleeg*, ZAR 1997, 170, 172.

²⁶⁸ EuGH, Urteil vom 04.05.1999, Rs C-262/96, Slg. 1999, I 2685, Sürül.,

²⁶⁹ EuGH, Urteil vom 04.05.1999, Rs C-262/96, Slg. 1999, I 2685, Sürül, Rn. 62 ff.

²⁷⁰ Bundesanstalt für Arbeit, Erlass vom 23.07.1999, Iib2 – 7504.1 – an die Landesarbeitsämter, InfAuslR 1999, 488f.

²⁷¹ Runderlass der Bundesanstalt für Arbeit vom 29.02.2000, Iib2 – 7504.1 (74) – A-/9033/9046/9329/9340, InfAuslR 2000, 355 f.

Kriterien daher jeweils gesondert auf ihre unmittelbare Anwendbarkeit hin zu überprüfen.

III. Wesentliche Zwischenergebnisse

Wesentlich und für die weitere Bearbeitung besonders bedeutsam sind folgende Zwischenergebnisse: Sowohl die Vorschriften des Assoziierungsabkommens als auch die Bestimmungen der Assoziationsratsbeschlüsse sind grundsätzlich in der Lage, unmittelbare Anwendung zu finden. Ob die einzelnen Diskriminierungsverbote tatsächlich unmittelbar anwendbar sind, ist jeweils anhand der Frage zu beurteilen, ob sie unter Berücksichtigung ihres Wortlauts und im Hinblick auf Sinn und Zweck des Abkommens eine klare und eindeutige Verpflichtung enthalten, deren Erfüllung oder deren Wirkung nicht vom Erlass eines weiteren Aktes abhängen. Die Auslegung sowohl des Assoziierungsabkommens als auch der Assoziationsratsbeschlüsse richtet sich grundsätzlich nach Völkerrecht. Hierbei kommen zunächst dem Wortlaut und der Zielsetzung der auszulegenden Bestimmung sowie der Zielsetzung des Vertrages, in welchem die Bestimmung enthalten ist, maßgebliche Bedeutung zu. Ziel des Assoziierungsabkommens ist unter anderem, durch die schrittweise Herstellung der Freizügigkeit der Arbeitnehmer die Wirtschaftsbeziehungen zwischen den Vertragsparteien zu fördern, die Lebensbedingungen der Bevölkerung der Türkei zu verbessern und den Beitritt der Türkei zur EU vorzubereiten. Dabei sollen die Rechts- und Wirtschaftsordnung der Gemeinschaft und der Türkei harmonisiert werden. Ergänzend zur Zielsetzung können die vorbereitenden Arbeiten und die Umstände des Vertragschlusses berücksichtigt werden. Je mehr sich die Zielsetzungen der assoziationsrechtlichen der entsprechenden gemeinschaftsrechtlichen Bestimmung gleichen, desto mehr ist eine übereinstimmende Auslegung vorzunehmen. Da es sich bei der Assoziierung der EU mit der Türkei um eine Beitrittsassoziiierung handelt, spielt bei der Auslegung auch der Grundsatz des *effet utile* eine maßgebliche Rolle. Bei der Auslegung des Assoziierungsabkommens und der Assoziationsratsbeschlüsse führen die dargelegten Auslegungsregeln dazu, dass grundsätzlich eine übereinstimmende Auslegung der assoziationsrechtlichen und der entsprechenden gemeinschaftsrechtlichen Regelung vorzunehmen ist. Zur Auslegung der Assoziationsratsbeschlüsse kann in der Regel das entsprechende sekundäre Gemeinschaftsrecht herangezogen werden.

Teil 2

Verbotene Diskriminierung

Die Frage, wann eine verbotene Diskriminierung vorliegt, ist eine zentrale Frage im Rahmen der assoziationsrechtlichen Anti-Diskriminierungsvorschriften. Im zweiten Teil der Arbeit sollen daher der assoziationsrechtliche Diskriminierungsbegriff erläutert und die Voraussetzungen einer nach Assoziationsrecht verbotenen Diskriminierung dargelegt werden. Da sich Literatur und Rechtsprechung im Wesentlichen mit den Diskriminierungsverboten nach Gemeinschaftsrecht im engeren Sinne befassen, wird zunächst diesen besondere Aufmerksamkeit geschenkt und anschließend geklärt, inwieweit die dort entwickelten Grundsätze auf das Assoziationsrecht zu übertragen sind.

Im Assoziationsrecht EU-Türkei finden sich zum Teil ausdrückliche Diskriminierungsverbote und zum Teil Bestimmungen, die als Diskriminierungsverbote verstanden werden oder für deren Verständnis, Auslegung und Umfang von Bedeutung sein können. Zur Erleichterung der weiteren Lektüre werden diese Bestimmungen hier zunächst in ihrem Wortlaut aufgeführt. Sodann wird der Diskriminierungsbegriff geklärt. Ausgehend vom Wortlaut und Ursprung des Begriffs Diskriminierung wird anschließend kurz die Bedeutung des Begriffs Diskriminierung in der rechtlichen Entwicklung dargestellt. Anschließend wird das Verständnis der Diskriminierung und der Umfang der Diskriminierungsverbote im engeren Gemeinschaftsrecht erörtert. Schließlich wird dargelegt, dass dieses Verständnis ebenso im Assoziationsrecht gilt.

I. Wortlaut der Diskriminierungsverbote und der zur Bestimmung ihres Umfangs relevanten Bestimmungen im Assoziationsrecht

1. Assoziierungsabkommen

Art. 9 AssAbk

„Die Vertragsparteien erkennen an, dass für den Anwendungsbereich des Abkommens unbeschadet der besonderen Bestimmungen, die möglicherweise auf Grund von Artikel 8 noch erlassen werden, dem in Artikel 7 des Vertrages

zur Gründung der Gemeinschaft²⁷² verankerten Grundsatz entsprechend jede Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit verboten ist.“

Art. 12 AssAbk

„Die Vertragsparteien vereinbaren, sich von den Artikeln 48, 49 und 50 des Vertrages zur Gründung der Gemeinschaft²⁷³ leiten zu lassen, um untereinander die Freizügigkeit der Arbeitnehmer schrittweise herzustellen.“

2. Zusatzprotokoll

Art. 37 ZP

„Jeder Mitgliedstaat sieht für die in der Gemeinschaft beschäftigten Arbeitnehmer türkischer Staatsangehörigkeit eine Regelung vor, die in Bezug auf die Arbeitsbedingungen und das Entgelt keine auf der Staatsangehörigkeit beruhende Diskriminierung gegenüber Arbeitnehmern enthält, die Staatsangehörige der anderen Mitgliedstaaten sind.“

Art. 58 ZP

„In den von diesem Protokoll erfassten Bereichen

- darf die von der Türkei gegenüber der Gemeinschaft angewandte Regelung zu keinen Diskriminierungen zwischen den Mitgliedstaaten, deren Staatsangehörigen oder deren Gesellschaften führen;
- darf die von der Gemeinschaft gegenüber der Türkei angewandte Regelung zu keinen Diskriminierungen zwischen den türkischen Staatsangehörigen oder Gesellschaften führen.“

Art. 59 ZP

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

²⁷² Jetzt Art. 18 AEUV.

²⁷³ Jetzt Art. 45, 46, 47 AEUV.

3. ARB Nr. 1/80

Art. 9 ARB Nr. 1/80

„Türkische Kinder, die in einem Mitgliedstaat der Gemeinschaft ordnungsgemäß bei ihren Eltern wohnen, welche dort ordnungsgemäß beschäftigt sind oder waren, werden unter Zugrundelegung derselben Qualifikationen wie die Kinder von Staatsangehörigen dieses Mitgliedstaates zum allgemeinen Schulunterricht, zur Lehrlingsausbildung und zur beruflichen Bildung zugelassen. Sie können in diesem Mitgliedstaat Anspruch auf die Vorteile haben, die nach den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften in diesem Bereich vorgesehen sind.“

Art. 10 ARB Nr. 1/80

„(1) Die Mitgliedstaaten der Gemeinschaft räumen den türkischen Arbeitnehmern, die ihrem regulären Arbeitsmarkt angehören, eine Regelung ein, die gegenüber den Arbeitnehmern aus der Gemeinschaft hinsichtlich des Arbeitsentgeltes und der sonstigen Arbeitsbedingungen jede Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit ausschließt.

(2) Vorbehaltlich der Artikel 6 und 7 haben die in Absatz 1 genannten türkischen Arbeitnehmer und ihre Familienangehörigen in gleicher Weise wie die Arbeitnehmer aus der Gemeinschaft Anspruch auf die Unterstützung der Arbeitsämter bei der Beschaffung eines Arbeitsplatzes.“

Art. 14 ARB Nr. 1/80

„(1) Dieser Abschnitt gilt vorbehaltlich der Beschränkungen, die aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit gerechtfertigt sind.

(2) Er berührt nicht die Rechte und Pflichten, die sich aus den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften oder zweiseitigen Abkommen zwischen der Türkei und den Mitgliedstaaten der Gemeinschaft ergeben, soweit sie für ihre Staatsangehörigen eine günstigere Regelung vorsehen.“

4. ARB Nr. 3/80

Art. 3 ARB Nr. 3/80

„Gleichbehandlung

(1) Die Personen, die im Gebiet eines Mitgliedstaats wohnen und für die dieser Beschluss gilt, haben die gleichen Rechte und Pflichten aufgrund der

Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats wie die Staatsangehörigen dieses Staates, soweit dieser Beschluss nichts anderes bestimmt.

(2) Absatz 1 gilt auch für das aktive Wahlrecht bei der Wahl der Mitglieder der Organe der Träger der sozialen Sicherheit und für das Recht, sich an ihrer Benennung zu beteiligen; die Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Wählbarkeit und die Art der Benennung der genannten Personen für diese Organe werden jedoch davon nicht berührt.“

Art. 6 Abs. 1 Unterabs. 1 ARB Nr. 3/80

„Die Geldleistungen bei Invalidität, Alter oder für die Hinterbliebenen sowie die Renten bei Arbeitsunfällen oder Berufskrankheiten, auf die nach den Rechtsvorschriften eines oder mehrerer Mitgliedstaaten Anspruch erworben worden ist, dürfen, sofern in diesem Beschluss nichts anderes bestimmt ist, nicht deshalb gekürzt, geändert, zum Ruhen gebracht, entzogen oder beschlagnahmt werden, weil der Berechtigte in der Türkei oder im Gebiet eines anderen Mitgliedstaats als des Staates wohnt, in dessen Gebiet der zur Zahlung verpflichtete Träger seinen Sitz hat“.

II. Der Diskriminierungsbegriff

Der Begriff Diskriminierung wird mittlerweile im alltäglichen Sprachgebrauch häufig verwendet. Wesentlich für die dieser Arbeit zu Grunde liegende Frage, welche Folgen sich für türkische Arbeitnehmer und ihre Familienangehörigen aus den assoziationsrechtlichen Diskriminierungsverboten ergeben, ist die Erörterung, was unter einer Diskriminierung rechtlich zu verstehen ist und wann eine verbotene Diskriminierung vorliegt.

1. Wortlaut

Das Wort Diskriminierung leitet sich vom lateinischen „discriminare“, also „abtrennen“, „unterscheiden“ ab²⁷⁴ und ist in diesem ursprünglichen Sinne wertneutral. Auch in den Naturwissenschaften wird der Begriff Diskriminierung noch im ursprünglichen Sinne gebraucht²⁷⁵. Im allgemeinen Sprachgebrauch wird unter Diskriminierung dagegen die Benachteiligung oder Herabwürdigung eines Individuums oder ei-

²⁷⁴ Brockhaus, Bd. 7, S. 79.

²⁷⁵ *Morris* (Hrsg.), *Dictionary of Science and Technology*, S. 657; *Walker* (Hrsg.), *Larousse, Dictionary of Science and Technology*, S. 317.

ner Gruppe aufgrund bestimmter Merkmale verstanden²⁷⁶. Auch in der Soziologie beinhaltet Diskriminierung grundsätzlich die Schlechterstellung des oder der Betroffenen aufgrund einer bestimmten Gruppenzugehörigkeit²⁷⁷. Vor allem in der Soziologie wird weiter unterteilt beispielsweise in sozioökonomische, institutionelle und strukturelle Diskriminierung²⁷⁸. Allerdings wird auch der Begriff der positiven oder umgekehrten Diskriminierung erörtert, in der Rechtswissenschaft zum Beispiel im Rahmen von Maßnahmen zur Herstellung der vollen Gleichstellung²⁷⁹.

2. Bedeutung in der Rechtswissenschaft

Bereits der in der Unabhängigkeitserklärung der Vereinigten Staaten von Amerika von 1776 und in der französischen Erklärung der Bürger- und Menschenrechte von 1789 enthaltene Grundsatz der Freiheit und Gleichheit aller Menschen kann als implizites Diskriminierungsverbot verstanden werden²⁸⁰. In diesem Grundsatz ist bereits der Gedanke enthalten, dass Menschen grundsätzlich gleich zu behandeln sind. Der Begriff Diskriminierung tauchte in der Rechtswissenschaft im Laufe des 19. Jahrhunderts vor allem im Wettbewerbsrecht der Vereinigten Staaten auf²⁸¹. Auch in Europa spielte Diskriminierung bzw. deren Verbot zunächst vor allem im Wettbewerbsrecht eine Rolle²⁸². Ab Anfang des 20. Jahrhunderts erlangte der Grundsatz, in Bezug auf zustehende Rechte nicht nach Kriterien wie Rasse, Sprache oder Religion zu unterscheiden, im Völkerrecht Bedeutung, beispielsweise im Rahmen von Minderheitenschutz- oder Friedensverträgen, die nach dem Ersten Weltkrieg geschlossen wurden²⁸³. Ab dem Ende der 1920er Jahre wurde der Begriff der Diskriminierung bzw. deren Verbot vermehrt im Zusammenhang mit internationalen Handelsverträgen gebraucht²⁸⁴, wobei die positiv formulierte Verpflichtung zur Gleichbehandlung mit dem bestbehandelten Dritten, also Meistbegünstigungsklauseln, bereits lange vorher Be-

²⁷⁶ Vgl. *Hormel/Scherr*, Diskriminierung, Grundlagen und Forschungsergebnisse, S. 7, 9; *Weisser*, in: *Hormel und Scherr*, Diskriminierung, Grundlagen und Forschungsergebnisse, S. 307.

²⁷⁷ Brockhaus, Bd. 7, S. 79 f; Fuchs-Heinritz/Klimke/Lautmann/Rammstedt/Stäheli/Weischer/Wienold (Hrsg.), *Lexikon zur Soziologie*, 5. Überarbeitete Auflage, Wiesbaden 2011, 143.

²⁷⁸ Brockhaus, Bd. 7, S. 79; *Hormel/Scherr*, Diskriminierung, Grundlagen und Forschungsergebnisse, S. 9.

²⁷⁹ Bauer (Hrsg.), *Praxiswörterbuch Europarecht*, S. 197.

²⁸⁰ *Hormel/Scherr*, Diskriminierung, Grundlagen und Forschungsergebnisse, S. 8.

²⁸¹ *Partsch* in Bernhardt (Hrsg.), *Encyclopedia of Public International Law*, Vol. I, S. 1079.

²⁸² *Plötscher*, Der Begriff der Diskriminierung im Europäischen Gemeinschaftsrecht, S. 28.

²⁸³ Vgl. *Kewening*, Der Grundsatz der Nichtdiskriminierung im Völkerrecht der internationalen Handelsbeziehungen, Bd. I Der Begriff der Diskriminierung, S. 25; *Plötscher*, Der Begriff der Diskriminierung im Europäischen Gemeinschaftsrecht, S. 29.

²⁸⁴ *Kewening*, Der Grundsatz der Nichtdiskriminierung im Völkerrecht der internationalen Handelsbeziehungen, Bd. I Der Begriff der Diskriminierung, S. 25; *Plötscher*, Der Begriff der Diskriminierung im Europäischen Gemeinschaftsrecht, S. 29.

standteil handelsrechtlicher Vereinbarungen wurde²⁸⁵. Nach dem Zweiten Weltkrieg erhielt das Verbot von Diskriminierungen besondere Bedeutung im Rahmen der Entwicklung eines völkerrechtlichen Menschenrechtsschutzes, so beispielsweise in der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte vom 10.12.1948, in den beiden internationalen Pakten der Vereinten Nationen über bürgerliche und politische Rechte und über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte vom 19.12.1966 und in der Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und der Grundfreiheiten vom 04.11.1950. Im Gemeinschaftsrecht war das in Art. 7 EWGV enthaltene Diskriminierungsverbot aus Gründen der Staatsangehörigkeit bereits wesentlicher Bestandteil der Römischen Verträge von 1957²⁸⁶. Das nun in Art. 18 S. 1 AEUV enthaltene Verbot der Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit wird auch als Leitmotiv des Vertrages bezeichnet²⁸⁷. Die Bedeutung des Diskriminierungsverbotes wurde zuletzt durch seine Aufnahme in die Grundrechtecharta der Europäischen Union, Art. 21 Abs. 1, unterstrichen.

Es ist festzustellen, dass das Verbot der Diskriminierung bzw. das Gebot der Gleichbehandlung in verschiedenen Rechtsbereichen zum Tragen kommt und jeweils einen Grundsatzcharakter annimmt. Auch wenn nicht von Anfang an der Begriff Diskriminierung bzw. Diskriminierungsverbot verwendet wurde, so handelt es sich bei dem Grundgedanken, dass Gleiches grundsätzlich gleich zu behandeln ist, um ein Prinzip, welches grundlegend für verschiedene Regelungsbereiche ist. Auch im Gemeinschaftsrecht spielte das Diskriminierungsverbot von Anfang an eine tragende Rolle. Die Annahme, dass es sich bei dem Diskriminierungsverbot um ein Leitmotiv im Gemeinschaftsrecht handelt, wurde soweit ersichtlich nicht angezweifelt.

III. Gemeinschaftsrechtlicher Diskriminierungsbegriff und Voraussetzungen einer (verbotenen) Diskriminierung

Wie bereits angesprochen, befassen sich sowohl Rechtsprechung als auch Literatur schwerpunktmäßig mit den Diskriminierungsverboten aus Gemeinschaftsrecht im engeren Sinne. Da, wie noch zu zeigen sein wird, die im Gemeinschaftsrecht im en-

²⁸⁵ *Kewening*, Der Grundsatz der Nichtdiskriminierung im Völkerrecht der internationalen Handelsbeziehungen, Bd. I Der Begriff der Diskriminierung, S. 25.

²⁸⁶ *Hailbronner*, *ZaöRV* 2004, 603.

²⁸⁷ *Bieber/Epiney/Haag*, Die Europäische Union, S. 294, Teil B, § 10, Rn. 4; *Bogdandy* in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Art. 18 AEUV, Rn. 1; *Epiney* in *Calliess/Ruffert*, Art. 18 AEUV, Rn. 1; *Hailbronner* *ZaöRV* 2004, 603.

geren Sinne entwickelten Grundsätze im Wesentlichen auf die assoziationsrechtlichen Diskriminierungsverbote übertragen werden können, soll hier zunächst eine ausführliche Erörterung mit den Diskriminierungsverboten im Gemeinschaftsrecht im engeren Sinne erfolgen.

1. Rechtsquellen

Im Folgenden werden einige wesentliche gemeinschaftsrechtliche Bestimmungen kurz skizziert, in denen Diskriminierungsverbote oder Gleichbehandlungsgebote enthalten sind.

Das Gemeinschaftsrecht enthält zu verschiedenen Bereichen Diskriminierungsverbote, zum Teil ausdrücklich, zum Teil verbieten die Bestimmungen nicht ausdrücklich eine Diskriminierung, verpflichten aber zur Gleichbehandlung oder zur Schaffung gleicher Bedingungen für den sie betreffenden Bereich. Im Folgenden werden die wesentlichen derjenigen Bestimmungen dargestellt, die für Arbeitnehmer relevant sein können und in der vorliegenden Untersuchung eine Rolle spielen.

Der AEUV enthält, anders als noch der EGV, einen zweiten Teil unter der Überschrift „Nichtdiskriminierung und Unionsbürgerschaft“. Diese besondere Betonung des Nichtdiskriminierungsgrundsatzes mag für dessen noch gewachsene Bedeutung in den Augen des EU-Gesetzgebers sprechen. Der im zweiten Teil des AEUV enthaltene Art. 18 S. 1 AEUV stellt ein Verbot der Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit auf und bestimmt in Satz 1: „Unbeschadet besonderer Bestimmungen dieses Vertrags ist in seinem Anwendungsbereich jede Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit verboten.“ Art. 18 S. 2 AEUV ermächtigt das Europäische Parlament und den Rat, Regelungen für das Verbot solcher Diskriminierungen zu treffen. Das in Art. 18 S. 1 AEUV enthaltene Diskriminierungsverbot wird auch als „Leitmotiv“ des Vertrages bezeichnet²⁸⁸.

Art. 45 Abs. 2 AEUV legt fest, dass die nach Art. 45 Abs. 1 AEUV gewährleistete Arbeitnehmerfreizügigkeit die Abschaffung „jeder auf der Staatsangehörigkeit beruhenden unterschiedlichen Behandlung der Arbeitnehmer der Mitgliedstaaten in Bezug auf Beschäftigung, Entlohnung und sonstige Arbeitsbedingungen“ umfasst. Art. 45

²⁸⁸ *Bieber/Epiney/Haag*, Die Europäische Union, S. 294, Teil B, § 10, Rn. 4; *Bogdandy* in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Art. 18 AEUV, Rn. 1; *Epiney* in *Caliess/Ruffert*, Art. 18 AEUV, Rn. 1; *Hailbronner*, *ZaöRV* 2004, 603.

Abs. 3 lit. c) ordnet an, dass für Arbeit nehmende Unionsbürger die gleichen Rechts- und Verwaltungsvorschriften gelten wie für die Staatsangehörigen des Mitgliedstaates, in dem sie sich aufhalten. Dabei gilt diese Vorschrift gemäß Art. 45 Abs. 4 AEUV nicht für die Beschäftigung in der öffentlichen Verwaltung.

Die am 01.12.2009 in Kraft getretene Grundrechtecharta der Europäischen Union (GRC) verbietet in Art. 21 Abs. 1 die Diskriminierung insbesondere wegen des Geschlechts, der Rasse, der Hautfarbe, der ethnischen oder sozialen Herkunft, der genetischen Merkmale, der Sprache, der Religion oder der Weltanschauung, der politischen oder sonstigen Anschauung, der Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit, des Vermögens, der Geburt, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung. Art. 21 Abs. 2 GRC enthält das Verbot jeder Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit unbeschadet besonderer Bestimmungen des Vertrages. Nach den offiziellen Erläuterungen zur GRC²⁸⁹ entspricht Art. 21 Abs. 2 GRC Art. 18 Abs. 1 AEUV und findet entsprechend Anwendung.

Das die Diskriminierung und Diskriminierungsverbote betreffende Sekundärrecht erging überwiegend in Ausführung der im Primärrecht angelegten Grundprinzipien. Einige sekundärrechtliche Diskriminierungsverbote enthalten Definitionen der unmittelbaren und mittelbaren Diskriminierung. Die Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf²⁹⁰ führt in seinem Art. 2 Abs. 2 beispielsweise aus, dass eine unmittelbare Diskriminierung in dem von der Richtlinie betroffenen Bereich vorliegt, wenn eine Person in einer vergleichbaren Situation eine weniger günstige Behandlung erfährt, als eine andere Person erfährt, erfahren hat oder erfahren würde. Eine mittelbare Diskriminierung liegt nach der genannten Vorschrift dann vor, wenn dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren Personen mit einer bestimmten religiösen, sozialen oder sexuellen Zugehörigkeit gegenüber anderen Personen in besonderer Weise benachteiligen können, es sei denn, diese Vorschriften, Kriterien oder Verfahren sind durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt, und die Mittel sind zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich²⁹¹. Darüber hinaus kommt dem sekundären Ge-

²⁸⁹ ABl. C 303 vom 14.12.2007, S. 17.

²⁹⁰ ABl. L 303 vom 02.12.2000, S. 16.

²⁹¹ Zur unmittelbaren und mittelbaren Diskriminierung s.u. Teil 2 III 5 c und d.

meinschaftsrecht zur Klärung des Begriffes Diskriminierung keine eigenständige Bedeutung zu²⁹². Allerdings spielt das Sekundärrecht für die Frage der Auslegung und insbesondere für die Bestimmung der Reichweite der primärrechtlichen Diskriminierungsverbote eine bedeutende Rolle, da es diese konkretisiert. Die zu Art. 45 AEUV ergangene VO Nr. 492/2011 führt in ihren Begründungserwägungen 6. und 7. und insbesondere in ihren Art. 2 - 10 aus, in welchen Bereichen Arbeitnehmer, welche Staatsangehörige eines Mitgliedstaates und in einem anderen Mitgliedstaat beschäftigt sind, nicht diskriminiert werden dürfen bzw. gleich behandelt werden müssen im Vergleich zu den inländischen Staatsangehörigen. Die VO Nr. 492/2011 ist daher zur Bestimmung des Umfangs des sich aus Art. 45 Abs. 2 AEUV ergebenden Diskriminierungsverbotes heranzuziehen. Art. 4 VO 883/2004 enthält eine Konkretisierung des Diskriminierungsverbotes aus Art. 45 Abs. 2 AEUV für den besonderen Bereich der sozialen Sicherung²⁹³ und ist gleichermaßen zur Ermittlung des Umfangs des sich aus Art. 45 Abs. 2 AEUV ergebenden Diskriminierungsverbotes heranzuziehen.

Der allgemeine Gleichheitssatz, wonach vergleichbare Sachverhalte nicht unterschiedlich behandelt werden dürfen, es sei denn, dass eine Differenzierung objektiv gerechtfertigt ist, gehört nach der Rechtsprechung des EuGH zu den Grundprinzipien des Gemeinschaftsrechts²⁹⁴.

2. Definition der Diskriminierung in der Rechtsprechung des EuGH und in der Literatur

Der EuGH definiert in seiner Rechtsprechung überwiegend nicht ausdrücklich den Begriff der Diskriminierung, sondern führt nur aus, dass ein Verstoß gegen ein Diskriminierungsverbot voraussetzt, dass vergleichbare Sachverhalte ungleich bzw. nicht vergleichbare Sachverhalte gleich behandelt werden²⁹⁵. Jedenfalls in Fällen einer mittelbaren Diskriminierung, d. h., wenn eine Regelung durch Anknüpfung an ein neutrales Kriterium zu dem gleichen Ergebnis führt, als wenn sie ausdrücklich am

²⁹² Vgl. *Plötscher*, Der Begriff der Diskriminierung im Europäischen Gemeinschaftsrecht, S. 31.

²⁹³ EuGH, Urteil vom 09.11.2006, Rs. C-346/05, Slg. 2006 I, 10951, Chateignier, Rn. 29.

²⁹⁴ EuGH, Urteil vom 19.10.1977, verb. Rs. 117/76 und 16/77, Slg. 1977, 1753, Ruckdeschel, Rn. 7; *Kischel*, EuGRZ 1997, 1, 3; *Rossi*, EuR 2000, S. 197, 209.

²⁹⁵ EuGH, Urteil vom 02.03.2010, T 16/04, Slg. 2010 II, 211, Arcelor gegen Parlament und Rat, Rn. 167; EuGH, Urteil vom 03.05.2007, Rs. C-303/05, Slg. 2007 I, 3633, Advocaten voor de Wereld, Rn. 56; EuGH, Urteil vom 26.10.2006, Rs. C-248/04, Slg. 2006 I, 10211, Koninklijke Coöperative Cosun, Rn. 72; EuGH, Urteil vom 02.10.2003, Rs. C-148/02, Slg. 2003 I, 11613, Garcia Avello, Rn. 31; EuGH, Urteil vom 23.12.1983, Rs. 2/82, Slg. 1983, 371, Wagner/BALM, Rn. 18.

verbotenen Unterscheidungsmerkmal anknüpfen würde²⁹⁶, prüft der EuGH weiter, ob die Gleich- bzw. Ungleichbehandlung sachlich gerechtfertigt ist²⁹⁷. In einigen Entscheidungen definiert der EuGH die Diskriminierung als Ungleichbehandlung gleicher bzw. Gleichbehandlung ungleicher Sachverhalte²⁹⁸. Das Vorliegen objektiver Gründe für diese Ungleich- bzw. Gleichbehandlung wird dann gegebenenfalls entweder auf einer gesonderten Rechtfertigungsebene geprüft²⁹⁹ oder innerhalb des Tatbestandsmerkmals der Vergleichbarkeit der Sachverhalte, wobei objektiv rechtfertigende Gründe für die Ungleichbehandlung die Vergleichbarkeit ausschließen sollen³⁰⁰. Auch in der Literatur ist man sich einig, dass eine Diskriminierung die Ungleichbehandlung vergleichbarer Sachverhalte oder die Gleichbehandlung ungleicher Sachverhalte beinhalten muss³⁰¹. Die Frage der objektiven Gründe für diese Ungleich- bzw. Gleichbehandlung wird, jedenfalls im Falle von mittelbaren Diskriminierungen, von einer Auffassung als Tatbestandselement angesehen³⁰². Die andere Meinung geht dagegen von einer gesonderten Rechtfertigungsebene aus³⁰³. Im Ergebnis spielt diese Unterscheidung keine entscheidende Rolle, da zumindest in den Fällen der mittelbaren Diskriminierung immer ein Rechtfertigungselement geprüft wird. Zumindest aus Gründen der Übersichtlichkeit und Klarheit ist die Trennung in Tatbestands- und Rechtfertigungsebene zu bevorzugen und soll auch hier vorgenommen werden. Ob eine Rechtfertigung auch in Fällen einer unmittelbaren Diskriminierung, d.h. in Fällen, in denen eine Ungleichbehandlung unmittelbar an das untersagte Dif-

²⁹⁶ Zum Begriff der mittelbaren Diskriminierung s.u. Teil 2 III 5 d.

²⁹⁷ EuGH, Urteil vom 03.05.2007, Rs. C-303/05, Slg. 2007 I, 3633, *Advocaten voor de Wereld*, Rn. 56; Urteil vom 26.10.2006, Rs. C-248/04, Slg. 2006 I, 10211, *Koninklijke Coöperative Cosun*, Rn. 72; Urteil vom 02.10.2003, Rs. C-148/02, Slg. 2003 I, 11613, *Garcia Avello*, Rn. 31; EuGH, Urteil vom 23.02.1983, Rs. 8/82, Slg. 1983, 371, *Wagner/BALM*, Rn. 18; EuGH, Urteil vom 31.03.1981, Rs. 96/80, Slg. 1981, 911, *Jenkins/Kingsgate*, Rn. 11ff; EuGH, Urteil vom 19.10.1977, verb. Rs. 117/76 und 16/77, Slg. 1977, 1753, *Ruckdeschel*, Rn. 7.

²⁹⁸ EuGH, Urteil vom 16.07.2009, Rs. C-537/07, Slg. 2009 I, 6525, *Gómez-Limón*, Rn. 56; EuGH, Urteil vom 15.03.2005, Rs. C-209/03, Slg. 2005 I, 2119, *Bidar*, Rn. 31 f; EuGH, Urteil vom 11.07.2002, Rs. C-224/98, Slg. 2002 I, 619, *D'Hoop*, Rn. 28, 30; EuGH, Urteil vom 21.10.1999, Rs. C-333/97, Slg. 1999 I, 7243 *Lewen*, Rn. 36; EuGH, Urteil vom 13.02.1996, Rs. C-342/93, Slg. 1996, I-475, *Gillespie*, Rn. 16; EuGH, Urteil vom 14.02.1995, Rs. C-279/93, Slg. 1995 I, 225, *Schumacker*, Rn. 30; EuGH, Urteil vom 17.07.1963, Rs. 13/63, Slg. 1963, 337, *Italienische Republik gegen Kommission der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft*.

²⁹⁹ EuGH, Urteil vom 11.07.2002, Rs. C-224/98, Slg. 2002 I, 619, *D'Hoop*, Rn. 36, Urteil vom 24.11.1998, Rs. C-274/96, Slg. 1998 I, 7637, *Bickel und Franz*, Rn. 27.

³⁰⁰ EuGH, Urteil vom 16.07.2009, Rs. C-537/07, Slg. 2009 I, 6525, *Gómez-Limón*, Rn. 57 ff; EuGH, Urteil vom 15.03.2005, Rs. C-209/03, Slg. 2005, I-2119, *Bidar*, Rn. 54 ff; EuGH, Urteil vom 02.10.2003, Rs. C-148/02, Slg. 2003 I, 11613, *Garcia Avello*, Rn. 34; EuGH, Urteil vom 21.10.1999, Rs. C-333/97, Slg. 1999 I, 7243, *Lewen*, Rn. 37 f; EuGH, Urteil vom 27.10.1998, Rs. C-411/96, Slg. 1998 I, 6401, *Boyle*, Rn. 39 ff; EuGH, Urteil vom 13.02.1996, Rs. C-342/93, Slg. 1996 I, 475, *Gillespie*, Rn. 17 ff; EuGH, Urteil vom 14.02.1995, Rs. C-279/93, Slg. 1995 I, 225, *Schumacker*, Rn. 37.

³⁰¹ *Streinz* in *Streinz*, Art. 18 AEUV, Rn. 45.

³⁰² *Holoubek* in *Schwarze*, Art. 18 AEUV, Rn. 22; *Reitmaier*, *Inländerdiskriminierung nach dem EWG-Vertrag*, S. 36 ff; *Zuleeg* in *von der Groeben/Schwarze*, Art. 12 EGV, Rn. 1.

³⁰³ *Streinz* in *Streinz*, Art. 58 AEUV, Rn. 58.

ferenzierungskriterium anknüpft³⁰⁴, möglich ist, wird daher in diesem Teil der Arbeit unter III 6 a erörtert.

3. Voraussetzungen für eine (verbotene) Diskriminierung

a. Vergleichbarkeit der Sachverhalte

Nach der oben genannten Definition³⁰⁵ ist maßgeblich für die Überprüfung, ob eine Diskriminierung vorliegt, die Frage, unter welchen Voraussetzungen zwei Sachverhalte gleich bzw. ungleich sind³⁰⁶. Trotz dieser wesentlichen Bedeutung der Vergleichbarkeit der Sachverhalte hat der EuGH nur selten ausdrücklich Kriterien für deren Überprüfung aufgestellt und geprüft³⁰⁷. In zahlreichen Entscheidungen hat der EuGH lediglich zwei Sachverhalte gegenüber gestellt und dann ohne Erwähnung irgendwelcher Vergleichskriterien das Vorliegen oder Fehlen der Vergleichbarkeit festgestellt³⁰⁸.

Es gibt einige wenige Entscheidungen, welche sich mit dem Merkmal der Vergleichbarkeit der Sachverhalte etwas eingehender befassen und Hinweise auf Vergleichsmaßstäbe liefern. In einer jüngeren Entscheidung hat der EuGH festgehalten, dass die Anwendung des Grundsatzes der Nichtdiskriminierung verlangt, „dass das Kriterium der Vergleichbarkeit der Situationen auf objektive, leicht identifizierbare Faktoren gestützt wird“³⁰⁹. In der Rechtssache *Acciaierie ferrière*³¹⁰ hat der EuGH formuliert: „Der Begriff der Vergleichbarkeit ist nach den Verträgen objektiver Natur und gestattet es nicht, rein subjektive Umstände (...) zu berücksichtigen, soll nicht das Diskriminierungsverbot seiner Wirksamkeit beraubt werden“³¹¹. Als subjektive Umstände hatte der EuGH in dieser Sache verwandtschaftliche Beziehungen zwischen

³⁰⁴ Zum Begriff der unmittelbaren Diskriminierung s.u Teil 2 III 5 c.

³⁰⁵ S.o. Teil 2 III 3 a.

³⁰⁶ *Hintersteininger*, Binnenmarkt und Diskriminierungsverbot, S. 9; *Kewening*, Der Grundsatz der Nichtdiskriminierung im Völkerrecht der internationalen Handelsbeziehungen, Bd. I Der Begriff der Diskriminierung, S. 73; *Plötscher*, Der Begriff der Diskriminierung im Europäischen Gemeinschaftsrecht, S. 42 f; zum allgemeinen Gleichheitssatz: *Mohn*, Der Gleichheitssatz im Gemeinschaftsrecht, S. 48.

³⁰⁷ Zum allgemeinen Gleichheitssatz: *Mohn*, Der Gleichheitssatz im Gemeinschaftsrecht, S. 48.

³⁰⁸ EuGH, Urteil vom 08.10.1980, Rs. 810/79, Slg. 1980, 2747, Überschar, Rn. 17; EuGH, Urteil vom 09.03.1978, Rs. 79/77, Slg. 1978, 611, Kühlhaus Zentrum, Rn. 8; EuGH, Urteil vom 17.07.1963, Rs. C-13/63, Slg. 1963, 337, Italienische Republik gegen Kommission der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft.

³⁰⁹ EuGH, Urteil vom 14. 06.2012, veröffentlicht in der digitalen Sammlung (Allgemeine Sammlung), Rs. C-542/09, Europäische Kommission gegen Königreich der Niederlande, Rn. 42.

³¹⁰ EuGH, Urteil vom 12.06.1962, Rs. 16/61, Slg. 1962, 547, *Acciaierie ferrière*.

³¹¹ EuGH, Urteil vom 12.06.1962, Rs. 16/61, Slg. 1962, 547, *Acciaierie ferrière*.

den Beteiligten angesehen³¹². Dabei ist zu beachten, dass es natürlich auch subjektive bzw. persönliche Umstände eines Beteiligten geben kann, die in einem sachlichen Zusammenhang zu dem zu bewertenden Sachverhalt stehen, insoweit nicht mehr rein subjektiv sind und daher mitberücksichtigt werden müssen³¹³. Geht es dem Betroffenen beispielsweise um die Gleichbehandlung im Hinblick auf die Rechte von Familienangehörigen, sind die verwandschaftlichen Beziehungen gerade entscheidend. Es ist daher nicht möglich, eine pauschale Aussage darüber zu treffen, welche Umstände grundsätzlich berücksichtigungsfähig sind und welche nicht. Letztlich ist immer anhand des konkreten Sachverhaltes zu entscheiden, welche Umstände im Einzelfall zur Feststellung der Vergleichbarkeit herangezogen werden müssen.

In der Rechtssache *Arcelor*³¹⁴ prüft der EuGH im Rahmen des Gleichheitsgrundsatzes, ob „die betreffenden Sachverhalte im Hinblick auf alle Merkmale, die sie kennzeichnen, vergleichbar sind“³¹⁵. In dieselbe Richtung geht die vom EuGH an anderer Stelle³¹⁶ vorgenommene Prüfung, ob objektive Unterschiede von einigem Gewicht bzw. von rechtlicher Bedeutung vorliegen³¹⁷. Entscheidend für die Vergleichbarkeit der Sachverhalte ist demnach, ob diese in den wesentlichen Merkmalen übereinstimmen. Dabei beurteilt der EuGH die Frage, welche Merkmale kennzeichnend bzw. wesentlich sind, anhand des jeweiligen Einzelfalles³¹⁸. In diesem Zusammenhang berücksichtigt der EuGH maßgeblich die Ziele des Gemeinschaftsrechts in dem betroffenen Sachgebiet³¹⁹. So stellt der EuGH in der Rechtssache *Arcelor Atlantique et Lorraine*³²⁰ ausdrücklich fest: „Die Merkmale unterschiedlicher Sachverhalte und somit deren Vergleichbarkeit sind unter anderem im Licht des Zieles und Zwecks der Gemeinschaftsmaßnahme, die die fragliche Unterscheidung einführt, zu bestimmen

³¹² EuGH, Urteil vom 12.06.1962, Rs. 16/61, Slg. 1962, 547, Acciaierie ferrière.

³¹³ Mohn, Der Gleichheitssatz im Gemeinschaftsrecht, S. 51.

³¹⁴ EuGH, Urteil vom 21.05.2008, T-16/04, Slg. 2010 II, 211, Arcelor gegen Parlament und Rat.

³¹⁵ EuGH, Urteil vom 21.05.2008, T 16/04, Slg. 2010 II, 211, Arcelor gegen Parlament und Rat, Rn. 168 mit Verweis auf EuGH, Urteil vom 16.12.2008, C-127/07, Slg. 2008 I – 9895, Arcelor Atlantique et Lorraine, Rn. 25 ff.

³¹⁶ EuGH, Urteil vom 15.01.1985, Rs. 250/83, Slg. 1985, 131, Finsider, Rn. 8; EuGH, Urteil vom 13.07.1962, verb. Rs. 17 und 20/61, Slg. 1962, 655, Klöckner; EuGH, Urteil vom 13.07.1962, Rs. 19/61, Slg. 1962, 675, Mannesmann.

³¹⁷ Mohn, Der Gleichheitssatz im Gemeinschaftsrecht, S. 52.

³¹⁸ EuGH, Urteil vom 21.12.1954, Rs. 1/54, Slg. 1954, 7, Frankreich/Kommission.

³¹⁹ EuGH, Urteil vom 16.12.2008, C-127/07, Slg. 2008 I, 9895, Arcelor Atlantique et Lorraine, Rn. 25 ff; EuGH, Urteil vom 21.05.2008, T-16/04, Slg. 2010 II, 211, Arcelor gegen Parlament und Rat, Rn. 168; EuGH, Urteil vom 27.10.1971, Rs. 6/71, Slg. 1971, 823, Rheinmühlen, Rn. 14.

³²⁰ EuGH, Urteil vom 16.12.2008, C-127/07, Slg. 2008 I, 9895, Arcelor Atlantique et Lorraine.

und zu beurteilen. Außerdem sind die Grundsätze und Ziele des Regelungsbereichs zu berücksichtigen, denen die in Rede stehende Maßnahme unterfällt³²¹.

Soweit ersichtlich, stimmt die Literatur in Bezug auf die Prüfung der Vergleichbarkeit der Sachverhalte mit der Rechtsprechung des EuGH überein und fasst Vergleichbarkeit ebenfalls auf als Übereinstimmung in den im konkreten Fall wesentlichen Merkmalen³²². Dabei wird ebenfalls eine Wertung unter Berücksichtigung der jeweiligen Gesamtumstände für erforderlich gehalten³²³, wobei der geltenden Rechtsordnung eine maßgebliche Bedeutung zukommt³²⁴. Dabei wird darauf hingewiesen, dass in den Fällen, in denen ein konkretes verbotenes Differenzierungskriterium angegeben ist, sich zunächst aus diesem häufig Anhaltspunkte dafür ergeben, was als wesentlich angesehen werden muss und was nicht³²⁵. Dabei ist das verbotene Differenzierungskriterium selbst immer als für die Vergleichbarkeit unwesentliches Merkmal anzusehen³²⁶. Im Rahmen des Art. 157 AEUV, der die Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Bezug auf das Arbeitsentgelt für gleiche oder gleichwertige Arbeit vorschreibt, kann die Vergleichbarkeit beispielsweise in keinem Fall anhand des Geschlechtes geprüft werden. Vielmehr muss das Geschlecht der betroffenen Personen gerade unerheblich sein für die Höhe des Arbeitsentgeltes. Auch aus dem gesamten Wortlaut des Diskriminierungsverbotes lassen sich oft Schlüsse in Bezug auf die Bedeutung der einzelnen Vergleichsmerkmale ziehen³²⁷. Dem Art. 157 AEUV lässt sich zum Beispiel unschwer entnehmen, dass wesentliches Merkmal für die Vergleichbarkeit der Sachverhalte die Gleichheit bzw. Gleichwertigkeit der Arbeit ist. Nur für den Fall, dass eine gleiche bzw. gleichwertige Arbeit ausgeübt wird, ist für Männer und Frauen das gleiche Arbeitsentgelt zu zahlen. Teilweise wird die Prüfung in der Litera-

³²¹ EuGH, Urteil vom 16.12.2008, C-127/07, Slg. 2008 I, 9895, Arcelor Atlantique et Lorraine, Rn. 26.

³²² *Hintersteininger*, Binnenmarkt und Diskriminierungsverbot, S. 10; *Kewening*, Der Grundsatz der Nichtdiskriminierung im Völkerrecht der internationalen Handelsbeziehungen, Bd. I Der Begriff der Diskriminierung, S. 73 ff; *Plötscher*, Der Begriff der Diskriminierung im Europäischen Gemeinschaftsrecht, S. 43; *Zuleeg* in von der Groeben/Schwarze, Art. 12 EGV, Rn. 1.

³²³ *Hintersteininger*, Binnenmarkt und Diskriminierungsverbot, S. 10; *Kewening*, Der Grundsatz der Nichtdiskriminierung im Völkerrecht der internationalen Handelsbeziehungen, Bd. I Der Begriff der Diskriminierung, S. 75; *Plötscher*, Der Begriff der Diskriminierung im Europäischen Gemeinschaftsrecht, S. 43.

³²⁴ *Kewening*, Der Grundsatz der Nichtdiskriminierung im Völkerrecht der internationalen Handelsbeziehungen, Bd. I Der Begriff der Diskriminierung, S. 75.

³²⁵ *Kewening*, Der Grundsatz der Nichtdiskriminierung im Völkerrecht der internationalen Handelsbeziehungen, Bd. I Der Begriff der Diskriminierung, S. 74; *Plötscher*, Der Begriff der Diskriminierung im Europäischen Gemeinschaftsrecht, S. 43.

³²⁶ *Plötscher*, Der Begriff der Diskriminierung im Europäischen Gemeinschaftsrecht, S. 44.

³²⁷ *Kewening*, Der Grundsatz der Nichtdiskriminierung im Völkerrecht der internationalen Handelsbeziehungen, Bd. I Der Begriff der Diskriminierung, S. 97; *Plötscher*, Der Begriff der Diskriminierung im Europäischen Gemeinschaftsrecht, S. 43.

tur etwas differenzierter vorgenommen als in der Rechtsprechung des EuGH. Dabei wird zunächst auf den Wortlaut des Diskriminierungsverbotes abgestellt³²⁸. Sofern sich aus dem Wortlaut des Diskriminierungsverbotes keine ausreichenden Anhaltspunkte ergeben, werden Hilferwägungen angestellt, indem zunächst auf den Sinn und Zweck des konkreten Diskriminierungsverbotes, dann auf den Zusammenhang des Diskriminierungsverbotes innerhalb des Vertrages und schließlich auf die Zielvorstellung, welche dem gesamten Vertrag zugrunde liegt, abgestellt wird³²⁹. Dabei handelt es sich letztlich aber nur um eine systematischere Ausformulierung der von dem EuGH aufgestellten Maßstäbe.

b. Gleich-/Ungleichbehandlung

Eine Diskriminierung setzt voraus, dass Vergleichbares ungleich bzw. nicht Vergleichbares gleich behandelt wird. Die Gleich- bzw. Ungleichbehandlung kann sich nur auf die rechtliche Behandlung beziehen. Ungleichbehandlung bedeutet demnach, dass die vergleichbaren Sachverhalte unterschiedliche Rechtsfolgen nach sich ziehen, Gleichbehandlung dementsprechend, dass die Rechtsfolgen gleich sind³³⁰. Im Rahmen der hier im Wesentlichen zu betrachtenden Diskriminierungsverbote aus Gründen der Staatsangehörigkeit ist daher zu prüfen, ob eine andere Rechtsfolge gegeben wäre, wenn der Betroffene die Staatsangehörigkeit des Staates hätte, demgegenüber er das Diskriminierungsverbot geltend macht³³¹.

c. Maßnahmen desselben Hoheitsträgers

Die Ungleichbehandlung muss auf die Maßnahme ein und desselben Hoheitsträgers zurückgehen. Vor Diskriminierungen, die sich daraus ergeben, dass der Betroffene einer anderen Rechtsordnung unterliegt als der im Verhältnis zu ihm Bessergestellte, schützt das gemeinschaftsrechtliche Diskriminierungsverbot nicht³³².

³²⁸ *Kewening*, Der Grundsatz der Nichtdiskriminierung im Völkerrecht der internationalen Handelsbeziehungen, Bd. I Der Begriff der Diskriminierung, S. 97.

³²⁹ *Kewening*, Der Grundsatz der Nichtdiskriminierung im Völkerrecht der internationalen Handelsbeziehungen, Bd. I Der Begriff der Diskriminierung, S. 97.

³³⁰ *Streinz* in *Streinz*, Art. 18 AEUV, Rn. 47.

³³¹ *Streinz* in *Streinz*, Art. 18 AEUV, Rn. 47.

³³² EuGH, Urteil vom 25.01.1983, Rs. 126/82, Slg. 1983, 73, D.J. Smit Transport b.V. vs. Commissie Grensoverschrijdend Beroepsegoederenvervoer, Rn. 27; *Streinz* in *Streinz*, Art. 18 AEUV, Rn. 49; *Zuleeg* in von der Groeben/Schwarze, Art. 12 EGV, Rn. 6.

d. Diskriminierende Intention des Gesetzgebers erforderlich?

Diskutiert wird die Frage, ob das Diskriminierungsverbot nur solche Diskriminierungen erfasst, die vom Gesetzgeber intendiert sind, der Betroffene also nicht geschützt ist vor Benachteiligungen, die nur zufällige Folge einer Regelung sind³³³. Wenn eine unterschiedliche Behandlung ausdrücklich aufgrund des verbotenen Unterscheidungskriteriums erfolgt, d. h. bei Vorliegen einer unmittelbaren Diskriminierung³³⁴, kann man grundsätzlich von einer intendierten Diskriminierung ausgehen, so dass dann auf diese Frage nicht näher eingegangen werden muss³³⁵. Aber auch in den Fällen, in denen die unterschiedliche Behandlung an ein neutrales Kriterium anknüpft und dadurch zu dem gleichen Ergebnis führt, als wenn aufgrund des verbotenen Unterscheidungskriteriums differenziert worden wäre, d. h. in Fällen der mittelbaren Diskriminierung³³⁶, kann es insbesondere unter Berücksichtigung des Prinzips des *effet utile* nicht darauf ankommen, ob der Gesetzgeber die diskriminierende Wirkung einer Regelung vorausgesehen hat oder nicht. Im Übrigen wird sich die Intention der an der Rechtsetzung mitwirkenden Personen auch nur schwer bzw. gar nicht abschließend feststellen lassen³³⁷. Auch der EuGH prüft im Rahmen der mittelbaren Diskriminierung lediglich, ob die Anknüpfung an ein neutrales Kriterium „tatsächlich“ zu demselben Ergebnis führt wie die direkte Anknüpfung an das verbotene Unterscheidungskriterium³³⁸. Eine diskriminierende Intention des Gesetzgebers ist somit nicht Voraussetzung für den Diskriminierungsschutz³³⁹.

e. Tatsächliche Benachteiligung erforderlich?

Die Frage, ob eine tatsächliche Benachteiligung, d.h. eine reale Schlechterstellung des Betroffenen aufgrund der unterschiedlichen Behandlung erforderlich ist, wird in

³³³ Plötscher, Der Begriff der Diskriminierung im Europäischen Gemeinschaftsrecht, S. 52.

³³⁴ S.u. Teil 2 III 5 c.

³³⁵ Plötscher, Der Begriff der Diskriminierung im Europäischen Gemeinschaftsrecht, S. 53.

³³⁶ S.u. Teil 2 III 5 d.

³³⁷ Epiney, Umgekehrte Diskriminierungen, 101 f; Hintersteiner, Binnenmarkt und Diskriminierungsverbot, S. 17.

³³⁸ EuGH, Urteil vom 23.01.1997, Rs. C-29/95, Slg. 1997 I, 285, Pastoors, Rn. 16; EuGH, Urteil vom 08.05.1990, Rs. C-175/88, Slg. 1990 I, 1779, Biehl, Rn. 13; EuGH, Urteil vom 29.10.1980, Rs. C-22/80, Slg. 1980, 3427, Boussac Saint-Frères, Rn. 9; EuGH, Urteil vom 12.02.1974, Rs. 152/73, Slg. 1975, 154, Giovanni Maria Sotgiu vs. Deutsche Bundespost, Rn. 11.

³³⁹ Bogdandy in Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 18 AEUV, Rn. 14; Epiney in Calliess/Ruffert, Art. 18 AEUV, Rn. 11; Epiney, Umgekehrte Diskriminierungen, S. 100 ff; Hintersteiner, Binnenmarkt und Diskriminierungsverbot; Rossi, EuR 2000, 197, 211.

der Literatur überwiegend bejaht³⁴⁰. Auch nach der Rechtsprechung des EuGH kommt es auf das Vorliegen einer tatsächlichen Benachteiligung an³⁴¹.

Im Sinne dieser ergebnisorientierten Betrachtungsweise ist auch die Frage zu beantworten, ob eine verbotene Diskriminierung vorliegt, wenn zwar eine Regelung oder eine Bestimmung in einer Regelung eine Schlechterstellung nach sich zieht, diese Schlechterstellung aber durch eine andere Regelung oder Bestimmung in einer Regelung ausgeglichen wird. Danach ist im Rahmen eines Gesamtvergleiches festzustellen, ob aus der Ungleichbehandlung eine tatsächliche Benachteiligung folgt oder nicht³⁴². Allerdings sind in diesen Gesamtvergleich nicht jegliche Regelungen oder Bestimmungen einzubeziehen, sondern lediglich solche, die in einem sachlich-objektiven Zusammenhang stehen³⁴³. Andernfalls drohen zufällige Ergebnisse.

Teilweise wird aus der Rechtsprechung des EuGH in der Sache *Boussac Saint-Frères SA vs. Brigitte Gerstenmeier*³⁴⁴, nach welcher nur geringe Erschwerungen vom Diskriminierungsverbot des Art. 6 EGV³⁴⁵ nicht umfasst sind³⁴⁶, eine *de minimis*-Grenze für ein Diskriminierungsverbot abgeleitet³⁴⁷. Dies widerspricht jedenfalls dem Wortlaut derjenigen Diskriminierungsverbote, nach denen *jede* Ungleichbehandlung aus Gründen der Staatsangehörigkeit verboten ist. Weiterhin wird es für die Behörden und Gerichte äußerst schwierig sein, die Bagatellgrenze für eine Diskriminierung festzulegen. Damit sprechen Gesichtspunkte der Rechtseinheit und Rechtssicherheit für ein umfängliches Diskriminierungsverbot³⁴⁸. Das Problem lässt sich auch ggf. auf der Rechtfertigungsebene lösen, da die Rechtfertigung sehr geringer Beeinträchtigungen leichter möglich sein dürfte.

³⁴⁰ *Bogdandy* in Grabitz/Hilf, Art. 18 AEUV, Rn. 7; *Hintersteininger*, Binnenmarkt und Diskriminierungsverbot, S. 8 und 14; *Khan* in Geiger/Khan/Kotzur, Art. 18 AEUV, Rn. 8 ff; *Streinz* in Streinz, Art. 18 AEUV, Rn. 48.

³⁴¹ EuGH, Urteil vom 23.01.1997, Rs. C-29/95, Slg. 1997 I, 285, Pastoors, Rn. 16; EuGH, Urteil vom 08.05.1990, Rs. C-175/88, Slg. 1990 I, 1779, Biehl, Rn. 13; EuGH, Urteil vom 29.10.1980, Rs. C-22/80, Slg. 1980, 3427, Boussac Saint-Frères, Rn. 9; EuGH, Urteil vom 12.02.1974, Rs. 152/73, Slg. 1975, 154, Giovanni Maria Sotgiu vs. Deutsche Bundespost, Rn. 11.

³⁴² EuGH, Urteil vom 12.02.1974, Rs. 152/73, Slg. 1975, 154, Giovanni Maria Sotgiu vs. Deutsche Bundespost, Rn. 12.

³⁴³ Vgl. EuGH, Rs. 152/73, Slg. 1975, 154, Giovanni Maria Sotgiu vs. Deutsche Bundespost, Rn. 12; *Hintersteininger*, Binnenmarkt und Diskriminierungsverbot, S. 17.

³⁴⁴ EuGH, Urteil vom 29.10.1980, Rs. C-22/80, Slg. 1980, 3427, Boussac Saint-Frères.

³⁴⁵ Jetzt Art. 18 AEUV.

³⁴⁶ EuGH, Urteil vom 29.10.1980, Rs. C-22/80, Slg. 1980, 3427, Boussac Saint-Frères, Rn. 13.

³⁴⁷ *Streinz* in Streinz, Art. 18 AEUV, Rn. 48; vgl. *Hintersteininger*, Binnenmarkt und Diskriminierungsverbot, S. 18.

³⁴⁸ Vgl. *Plötscher*, Der Begriff der Diskriminierung im Europäischen Gemeinschaftsrecht, S. 273.

4. Adressat der Diskriminierungsverbote

Zu untersuchen ist, an wen sich die Diskriminierungsverbote richten, d. h., wer durch sie verpflichtet wird. Insbesondere stellt sich die Frage, ob sich ein Betroffener auch auf die Diskriminierungsverbote berufen kann, wenn die diskriminierende Behandlung von einem Privaten ausgeht. Dies wird unter dem Stichwort der „Drittwirkung“ erörtert. Zunächst verpflichten die Diskriminierungsverbote die Mitgliedstaaten und den Gemeinschaftsgesetzgeber³⁴⁹. Uneinheitlich wird die Frage beantwortet, ob die Diskriminierungsverbote Drittwirkung entfalten, also auch Privatpersonen entgegen gehalten werden können. Lediglich im Rahmen des Art. 157 AEUV, welcher den Grundsatz des gleichen Arbeitsentgeltes für Männer und Frauen bei gleicher oder gleichwertiger Arbeit festlegt, ist eine solche Drittwirkung allgemein anerkannt³⁵⁰. Der EuGH begründet diese Auffassung mit dem zwingenden Charakter der Vorschrift³⁵¹. Sie habe einen doppelten Zweck: Zum einen solle sie eine Besserstellung derjenigen Unternehmen, die ihren Sitz in einem Mitgliedstaat haben, welcher den Grundsatz der Entgeltgleichheit noch nicht verwirklicht hat, im Vergleich zu Unternehmen, die ihren Sitz in einem Mitgliedstaat haben, welcher den Grundsatz der Entgeltgleichheit verwirklicht hat, vermeiden. Zum anderen diene die Bestimmung dazu, durch gemeinsames Vorgehen den sozialen Fortschritt und die ständige Besserung der Lebens- und Beschäftigungsbedingungen in den Mitgliedstaaten sicher zu stellen³⁵². Aus dieser doppelten Zielsetzung schließt der EuGH, dass es sich bei dem Grundsatz des gleichen Entgeltes um eine Grundlage der Gemeinschaft handelt³⁵³. Im Rahmen des Art. 18 Abs. 1 AEUV, der das Verbot jeder Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit aufstellt, und des Art. 45 Abs. 2 AEUV, welcher bestimmt, dass die Arbeitnehmerfreizügigkeit die Abschaffung jeder auf der Staatsangehörigkeit beruhenden unterschiedlichen Behandlung in Bezug auf Beschäftigung, Entlohnung und sonstige Arbeitsbedingungen umfasst, ist eine Drittwirkung dagegen umstritten.

Für das in Art. 45 Abs. 2 AEUV bzw. in ex-Art. 39 Abs. 2 EGV und ex-Art. 48 Abs. 2 EWGV enthaltene Diskriminierungsverbot jedenfalls bejaht der EuGH eine solche

³⁴⁹ *Epiney* in Calliess/Ruffert, Art. 18 AEUV Rn. 44; *Franzen* in Streinz, Art. 45 AEUV, Rn. 92; *Kischel*, EuGRZ 1997, 1, 6; *Streinz* in Streinz, Art. 18 AEUV, Rn. 41, 42.

³⁵⁰ EuGH, Urteil vom 07.02.1991, Rs. C-184/89, Slg. 1991 I, 297, Nimz, Rn. 11; EuGH, Urteil vom 27.06.1990, Rs. C-33/89; Slg. 1990 I, 2591, Kowalska, Rn. 12; EuGH, Urteil vom 08.04.1976, Rs. 43/75, Slg. 1976, 455, Defrenne, Rn. 38/39; *Eichenhofer* in Streinz, Art. 157 AEUV, Rn. 7; Geiger/Khan/Kotzur, EUV/AEUV, Art. 157, Rn. 4; *Kischel*, EuGRZ, 1, 7.

³⁵¹ EuGH, Urteil vom 08.04.1976, Rs. 43/75, Slg. 1976, 455, Defrenne, Rn. 38/39.

³⁵² EuGH, Urteil vom 08.04.1976, Rs. 43/75, Slg. 1976, 455, Defrenne, Rn. 8/11.

³⁵³ EuGH, Urteil vom 08.04.1976, Rs. 43/75, Slg. 1976, 455, Defrenne, Rn. 12.

Drittwirkung³⁵⁴. Der EuGH beruft sich zur Begründung zunächst auf den allgemein formulierten, d. h. in Bezug auf den Adressaten nicht eingeschränkten Wortlaut des grundfreiheitlichen Diskriminierungsverbotes³⁵⁵. Weiterhin sei die Beseitigung der Hindernisse für den freien Personen- und Dienstleistungsverkehr wesentliches Ziel der Gemeinschaft und wäre gefährdet, wenn privatrechtliche Vereinigungen oder Einrichtungen derartige Hindernisse aufbauen könnten und die Wirkung der staatlichen Schranken dadurch in ihren Wirkungen aufgehoben würde³⁵⁶. Schließlich ist die Drittwirkung nach der Rechtsprechung des EuGH zur EU-einheitlichen Rechtsanwendung notwendig, da je nach Mitgliedstaat die Arbeitsbedingungen durch Gesetze und Verordnungen oder durch Verträge und sonstige Rechtsgeschäfte geregelt werden. Das Diskriminierungsverbot würde ohne Drittwirkung nur in ersterem Fall eingreifen. Dies würde zu deutlich unterschiedlichen Rechtspositionen der Arbeitnehmer in den verschiedenen Mitgliedstaaten führen³⁵⁷. Nachdem die Frage der Drittwirkung in der Rechtsprechung des EuGH zunächst bei Sachverhalten erörtert und bejaht wurde, in denen der diskriminierende Beteiligte über eine faktische Machtstellung verfügt bzw. eine private Normsetzungsbefugnis innehat³⁵⁸, hat der EuGH in der Sache *Angonese*³⁵⁹ die Drittwirkung auch auf Private ohne eine derartige Sonderstellung ausgedehnt³⁶⁰. In der Literatur wird die Drittwirkung der Grundfreiheiten zum Teil gänzlich abgelehnt³⁶¹. Teilweise wird danach unterschieden, ob der Private anstelle des Staates handelt³⁶² bzw. wenigstens eine regionale faktische Machtstellung innehat³⁶³ oder nicht. Nur in den ersten beiden Fällen soll dann aufgrund der teilweise schwierigen Grenzziehung zwischen privater und staatlicher Normsetzung in den

³⁵⁴ EuGH, Urteil vom 06.06.2000, Rs. C-281/98, Slg. 2000 I, 4139, *Angonese*, Rn. 30 ff; EuGH, Urteil vom 13.04.2000, Rs. C-176/96, Slg. 2000 I, 2681, *Lehtonen*, Rn. 35; EuGH, Urteil vom 15.12.1995, Rs. C-415/93, Slg. 1995 I, 4921, *Bosman*, Rn. 82 ff; EuGH, Urteil vom 14.07.1976, Rs. 13/76, Slg. 1976, 1333, *Donà*, Rn. 17/18; EuGH, Urteil vom 12.12.1974, Rs. 36/74, Slg. 1974, 1405, *Walrave und Koch*, Rn. 20/24.

³⁵⁵ EuGH, Urteil vom 06.06.2000, Rs. C-281/98, Slg. 2000, I-4139, *Angonese*, Rn. 30.

³⁵⁶ EuGH, Urteil vom 13.04.2000, Rs. C-176/96, Slg. 2000, I-2681, *Lehtonen*, Rn. 35; EuGH, Urteil vom 11.04.2000, Rs. C-191/97, Slg. 2000 I, 2549, *Deliège*, Rn. 47; EuGH, Urteil vom 15.12.1995, Rs. C-415/93, Slg. 1995, I-4921, *Bosman*, Rn. 83; EuGH, Urteil vom 12.12.1974, Rs. 36/74, Slg. 1974, 1405, *Walrave und Koch*, Rn. 18.

³⁵⁷ EuGH, Urteil vom 15.12.1995, Rs. C-415/93, Slg. 1995 I, 4921, *Bosman*, Rn. 84; EuGH, Urteil vom 12.12.1974, Rs. 36/74, Slg. 1974, 1405, *Walrave und Koch*, Rn. 19.

³⁵⁸ EuGH, Urteil vom 13.04.2000, Rs. C-176/96, Slg. 2000 I, 2681, *Lehtonen*, Rn. 35; EuGH, Urteil vom 11.04.2000, Rs. C-191/97, Slg. 2000 I, 2549, *Deliège*, Rn. 47; EuGH, Urteil vom 15.12.1995, Rs. C-415/93, Slg. 1995 I, 4921, *Bosman*, Rn. 83; EuGH, Urteil vom 12.12.1974, Rs. 36/74, Slg. 1974, 1405, *Walrave und Koch*, Rn. 18.

³⁵⁹ EuGH, Urteil vom 06.06.2000, Rs. C-281/98, Slg. 2000 I, 4139, *Angonese*,

³⁶⁰ EuGH, Urteil vom 06.06.2000, Rs. C-281/98, Slg. 2000 I, 4139, *Angonese*, Rn. 34 ff.

³⁶¹ *Bode*, Europäische Gleichbehandlungsansprüche Studierender und ihre Auswirkungen in den Mitgliedstaaten, S. 165.

³⁶² *Hailbronner/Leible*, EuZW 2000, 459, 464; *Weber*, RdA 1996, 107, 108.

³⁶³ *Franzen* in *Streinz*, Art. 45, AEUV Rn. 92 f.

einzelnen Mitgliedstaaten die Regelung am Maßstab des Art. 45 Abs. 2 AEUV gemessen werden³⁶⁴.

Die eine Drittwirkung grundsätzlich ablehnende Auffassung wird im Wesentlichen damit begründet, eine Drittwirkung stelle eine unverhältnismäßige Einschränkung der Privatautonomie dar³⁶⁵, widerspreche den Zielen der Grundfreiheiten, der Errichtung und dem Funktionieren des Binnenmarktes zu dienen³⁶⁶, und führe zu dogmatischen Problemen auf der Rechtfertigungsebene, da weder die normierten Rechtfertigungsgründe des Art. 45 Abs. 3 AEUV noch die von der Rechtsprechung anerkannten zwingenden Gründe des Allgemeinwohls auf Private übertragbar seien³⁶⁷. Diese Auffassung geht nur von einer mittelbaren Drittwirkung aus, wonach Diskriminierungen nur über Art. 4 Abs. 3 EUV³⁶⁸, in der Form von Schutzgesetzen zu Gunsten von Arbeitnehmern unterbunden werden könnten³⁶⁹. Eine solche mittelbare Drittwirkung genügt dem Grundsatz des *effet utile* jedoch nicht³⁷⁰. Aufgrund der Tatsache, dass Beschäftigungsverhältnisse in der Mehrheit der Fälle zwischen Privaten eingegangen werden, würde das Verbot unterschiedlicher Behandlung in Bezug auf Beschäftigung, Entlohnung und sonstige Arbeitsbedingungen eines Großteils seiner praktischen Wirksamkeit beraubt, wenn das Verbot gerade nicht von privaten Arbeitgebern zu beachten wäre. Die Möglichkeit der Mitgliedstaaten, ein Schutzgesetz zu erlassen, könnte die fehlende Drittwirkung des Diskriminierungsverbotes aus Art. 45 Abs. 2 AEUV nicht ausreichend kompensieren, da der Betroffene keinen Einfluss auf den Erlass eines solchen Gesetzes hat und auch die inhaltliche Ausgestaltung naturgemäß den Mitgliedstaaten überlassen ist. Im Übrigen würde das Erfordernis, in jedem Mitgliedstaat Schutzgesetze zur Verwirklichung des Diskriminierungsverbotes zu erlassen, dem Erfordernis der einheitlichen Geltung des Gemeinschaftsrechtes entge-

³⁶⁴ Franzen in Streinz, Art. 45 AEUV, Rn. 92 ff; nur bei Handeln anstelle des Staates: *Hailbronner/Leible*, EuZW 2000, 459 ff; *Weber*, RdA 1996, 107.

³⁶⁵ *Bode*, Europarechtliche Gleichbehandlungsansprüche Studierender und ihre Auswirkungen in den Mitgliedstaaten, S. 166.

³⁶⁶ *Bode*, Europarechtliche Gleichbehandlungsansprüche Studierender und ihre Auswirkungen in den Mitgliedstaaten, S. 166.

³⁶⁷ *Bode*, Europarechtliche Gleichbehandlungsansprüche Studierender und ihre Auswirkungen in den Mitgliedstaaten, S. 166;

³⁶⁸ Ex-Art.10 EGV.

³⁶⁹ *Franzen* in Streinz, Art. 45 AEUV, Rn. 96 (nur bei genereller Drittwirkung); vgl. auch *Bode*, Europarechtliche Gleichbehandlungsansprüche Studierender und ihre Auswirkungen in den Mitgliedstaaten, S. 167, Fn. 817; vgl. auch *Kluth* in *Calliess/Ruffert*, Art. 56, 57 AEUV, Rn. 50.

³⁷⁰ Vgl. *Schneider/Wunderlich* in *Schwarze*, Art. 45 AEUV, Rn. 39; vgl. *Stork*, Das Antidiskriminierungsrecht der Europäischen Union und seine Umsetzung in das deutsche Zivilrecht, S. 200.

gen stehen³⁷¹. Unter diesen Gesichtspunkten ist auch eine Einschränkung der Privatautonomie durch die Drittwirkung des Diskriminierungsverbotes hinzunehmen³⁷². Dabei ist festzuhalten, dass die Drittwirkung der Diskriminierungsverbote nicht zu einer allgemeinen und mit der Privatautonomie tatsächlich nicht zu vereinbarenden Gleichbehandlung führt. Die Privatautonomie wird aufgrund überragender Allgemeininteressen lediglich in Bezug auf die Ausgestaltung von Arbeitsverträgen im Hinblick auf Beschäftigung, Entlohnung und sonstige Arbeitsbedingungen eingeschränkt³⁷³. Der Vorwurf des Widerspruchs zu den Zielen der Grundfreiheiten lässt sich nicht aufrecht erhalten, da die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarktes nicht mit allen Mitteln realisiert werden soll. Vielmehr ist der Grundsatz der Nichtdiskriminierung ebenfalls ein wesentlicher Bestandteil des Binnenmarktkonzeptes³⁷⁴. Dogmatische Schwierigkeiten auf der Rechtfertigungsebene können per se kein Argument gegen eine Drittwirkung sein. Es stellt sich allenfalls die Frage, unter welchen Bedingungen eine Diskriminierung durch Private gerechtfertigt werden kann³⁷⁵.

Die Auffassung, welche die Drittwirkung auf Private mit faktischer Machtstellung beschränken will, ist abzulehnen, da eine solche Eingrenzung der Wirkung der Diskriminierungsverbote nicht der Systematik der Grundfreiheiten entspricht³⁷⁶. Ziel der Grundfreiheiten ist die Errichtung eines beschränkungsfreien Binnenmarktes³⁷⁷. Sie unterscheiden daher nicht danach, ob die beschränkende Maßnahme von privater oder staatlicher Stelle ausgeht³⁷⁸. Ein Anhaltspunkt für das Erfordernis einer unterschiedlichen Behandlung von Privaten mit faktischer Machtposition und Privaten ohne eine faktische Machtposition ergibt sich weder aus dem Wortlaut des Diskriminierungsverbotes noch aus seiner Funktion. Im Gegenteil ist aus der grundlegenden Bedeutung des Diskriminierungsverbotes im Gemeinschaftsrecht dessen Anwendung mit der größtmöglichen Wirksamkeit zu fordern. Für die umfassende Wirkung des Diskriminierungsverbotes zwischen Privaten spricht auch Art. 7 Abs. 4 VO Nr. 492/2011, der bestimmt, dass alle Bestimmungen in Tarif- oder Einzelarbeitsverträ-

³⁷¹ *Parpart*, Die unmittelbare Bindung Privater an die Personenverkehrsfreiheiten im europäischen Gemeinschaftsrecht, S. 402.

³⁷² Vgl. *Bogdandy* in Grabitz/Hilf/Nettesheim zu Art. 18 AEUV, Rn. 28.

³⁷³ Vgl. *Bogdandy* in Grabitz/Hilf/Nettesheim zu Art. 18 AEUV, Rn. 28.

³⁷⁴ *Forsthoff*, EWS 2000, 389, 392 f; *Jaensch*, Die unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten, S. 254 f; *Stork*, Das Anti-Diskriminierungsrecht der Europäischen Union und seine Umsetzung in das deutsche Zivilrecht, S. 200.

³⁷⁵ *Brechmann* in Calliess/Ruffert, Art. 45 AEUV, Rn. 55.

³⁷⁶ *Brechmann* in Calliess/Ruffert, Art. 45 AEUV, Rn. 55.

³⁷⁷ *Brechmann* in Calliess/Ruffert, Art. 45 AEUV, Rn. 55.

³⁷⁸ *Brechmann* in Calliess/Ruffert, Art. 45 AEUV, Rn. 55.

gen oder sonstigen Kollektivvereinbarungen betreffend Zugang zur Beschäftigung, Entlohnung und sonstige Arbeits- und Kündigungsbedingungen nichtig sind, soweit sie für Arbeitnehmer, die Staatsangehörige anderer Mitgliedstaaten sind, diskriminierende Bedingungen vorsehen oder zulassen³⁷⁹. Nach Art. 7 Abs. 4 VO Nr. 492/2011 ist das Diskriminierungsverbot in den genannten Bereichen somit ausdrücklich von privaten Arbeitgebern zu berücksichtigen. Daraus geht hervor, dass der EU-Gesetzgeber grundsätzlich davon ausgeht, dass ein Diskriminierungsverbot Wirkung gegen Private haben kann. Da Art. 7 Abs. 4 VO Nr. 492/2011 als sekundäres Recht kein eigenes Recht schaffen kann, sondern lediglich das primärrechtliche Diskriminierungsverbot konkretisiert, ist aus dieser Vorschrift zu schließen, dass das primärrechtliche Diskriminierungsverbot Drittwirkung entfalten kann. Schließlich werden durch die umfassende Drittwirkung Abgrenzungsschwierigkeiten in Bezug auf die Frage, ob eine faktische Machtstellung vorliegt oder nicht, vermieden.

Nach der Rechtsprechung des EuGH verpflichtet Art. 18 AEUV jedenfalls Private, die eine faktische Machtposition innehaben³⁸⁰. Zu Gunsten der Drittwirkung von Art. 18 AEUV lässt sich zunächst ebenfalls dessen Wortlaut anführen, der *jede* Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit untersagt³⁸¹. Gegen die Drittwirkung von Art. 18 AEUV wird im Wesentlichen wie bei den Grundfreiheiten die aus der Drittwirkung folgende Einschränkung der Privatautonomie angeführt³⁸². Weiter beinhaltet die systematische Konzeption des EGV, dass grundsätzlich nur die Mitgliedstaaten und die Gemeinschaftsorgane durch das Gemeinschaftsrecht gebunden seien, sofern eine Norm die Verpflichtung Privater nicht ausdrücklich anordne³⁸³. Die Bedenken im Hinblick auf die Einschränkung der Privatautonomie greifen ebenso wie bei Art. 45 Abs. 2 AEUV nicht durch. Auch im Rahmen des Art. 18 AEUV muss die Privatautonomie zurückstehen aufgrund überragender Interessen des Allgemeinwohls, hier aufgrund des Diskriminierungsverbotes³⁸⁴. Das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit ist ein Grundprinzip im Gemeinschaftsrecht. Die praktische Wirksamkeit dieses Grundprinzips wäre erheblich eingeschränkt, wenn es nicht grundsätzlich auch gegen Private gelten könnte, da die meisten Rechtsgeschäf-

³⁷⁹ *Brechmann* in Calliess/Ruffert, Art. 45 AEUV Rn. 55; *Wölker/Grill* in von der Groeben/Schwarze, Art. 39 EGV, Rn. 16.

³⁸⁰ EuGH, Urteil vom 12.12.1974, Rs. 36/74, Slg. 1974, 1405, Walrave und Koch, Rn. 16/19.

³⁸¹ *Forsthoff*, EWS 2000, 389, 393.

³⁸² *Rossi*, EuR 2000, 197, 217.

³⁸³ *Rossi*, EuR 2000, 197, 216 f.

³⁸⁴ *Bogdandy* in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 18 AEUV, Rn. 28.

te zwischen Privaten vorgenommen werden. Auch eine grundsätzliche Konzeption des EGv, lediglich die Mitgliedstaaten und die Gemeinschaftsorgane zu verpflichten, kann nicht angenommen werden, da beispielsweise die Drittwirkung des Art. 157 AEUV allgemein anerkannt ist³⁸⁵.

Zu der Frage, welche Reichweite diese Drittwirkung hat, d. h. ob insbesondere jeder Dritte verpflichtet sein kann oder ob eine faktische Machtstellung erforderlich ist, liegt zu Art. 18 AEUV, soweit ersichtlich, noch keine abschließende Rechtsprechung vor. Die Literatur ist überwiegend der Auffassung, dass die Drittwirkung gegen Private auf solche Rechtssubjekte zu beschränken ist, die eine faktische Machtstellung innehaben³⁸⁶. Zum Teil wird aber auch die Auffassung vertreten, auch Art. 18 AEUV solle im Anwendungsbereich des EU-Vertrages in vertraglichen Bindungen zwischen Privaten allgemein Geltung erlangen³⁸⁷. Im Ergebnis würde dies bedeuten, dass das Verbot der Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit im Anwendungsbereich des Vertrages im Rahmen jeglicher privatrechtlicher Verträge Beachtung finden müsste.

Diese Auffassung ist zu weitgehend. Zu Gunsten dieser Auffassung wird ausgeführt, es sei kein Grund ersichtlich, aus dem Art. 18 AEUV und Art. 157 AEUV unterschiedlich ausgelegt werden sollten³⁸⁸. Auch zur Vermeidung von Wertungsdifferenzen in Bezug auf die Grundfreiheiten sei von einer einheitlichen Reichweite der jeweiligen Drittwirkung auszugehen³⁸⁹. Sowohl Art. 157 AEUV als auch die Grundfreiheiten, hier insbesondere Art. 45 Abs. 2 AEUV, unterscheiden sich von Art. 18 AEUV aber dadurch, dass die beiden erstgenannten Bestimmungen Beschäftigungsverhältnisse betreffen, Art. 18 AEUV jedoch nicht auf derartige Rechtsverhältnisse beschränkt ist. Beschäftigungsverhältnisse sind aber in der Regel durch eine überlegene Position des Arbeitgebers gekennzeichnet. In Bezug auf Art. 157 AEUV und Art. 45 Abs. 2 AEUV ist daher bereits aufgrund des Anwendungsbereiches der Vorschriften gewährleistet, dass das Diskriminierungsverbot die Privatautonomie nicht unverhältnismäßig einschränkt, sondern nur dann greift, wenn ein Privater seine überlegene Stellung im Rahmen eines Beschäftigungsverhältnisses zu einer diskriminierenden Be-

³⁸⁵ Vgl. auch *Jaensch*, Die unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten, S. 254.

³⁸⁶ *Franzen* in *Streinz*, Art. 45 AEUV, Rn. 92 f, 96; *Kischel*, EuGRZ, 1997, 1, 5; *Rossi*, EuR 2000, 197, 217.

³⁸⁷ *Bogdandy* in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Art. 18 AEUV, Rn. 28.

³⁸⁸ *Bogdandy* in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Art. 18 AEUV, Rn. 28.

³⁸⁹ *Stork*, Das Anti-Diskriminierungsrecht der Europäischen Union und seine Umsetzung in das deutsche Zivilrecht, S. 213

handlung ausnutzt. Das Eingreifen des Diskriminierungsverbotes in jeglichem privaten Rechtsverhältnis würde die Privatautonomie dagegen tatsächlich zu stark einschränken. Im Rahmen des Art. 18 AEUV ist daher erforderlich, dass sich der Private, gegen den das Diskriminierungsverbot geltend gemacht wird, in einer Machtposition befindet. Nicht erforderlich ist, dass der Private über eine spezifische Rechtssetzungsbefugnis verfügt. Dies würde dem Erfordernis der praktischen Wirksamkeit des Diskriminierungsverbotes nicht gerecht. Ausreichend ist vielmehr, dass der Dritte eine wirtschaftliche Machtposition innehat.

5. Formen und Reichweite der Diskriminierungsverbote

a. Diskriminierungsverbot gleich Gleichbehandlungsgebot?

Teilweise enthalten die erörterten Bestimmungen nicht ausdrücklich ein Diskriminierungsverbot, sondern verpflichten zu einer Gleichbehandlung. Es stellt sich daher die Frage, ob ein Gleichbehandlungsgebot seinem Inhalt nach einem Diskriminierungsverbot gleich zu setzen ist. Allein die unterschiedliche Formulierung könnte gegen diese Annahme sprechen³⁹⁰. Dies Argument lässt sich aber mit dem Hinweis auf das grundsätzlich anerkannte Verständnis des Diskriminierungsverbotes als Verbot einer Ungleichbehandlung, was lediglich die negative Umschreibung eines Gebotes einer Gleichbehandlung darstellt, entkräften³⁹¹. Diskriminierungsverbot und Gleichbehandlungsgebot können als Kehrseiten desselben Prinzips bezeichnet werden³⁹². Dementsprechend bejaht auch der EuGH eine Identität von Diskriminierungsverbot und Gleichbehandlungsgebot für das Gemeinschaftsrecht³⁹³.

b. Allgemeine und besondere Diskriminierungsverbote

Als allgemeine Diskriminierungsverbote werden solche bezeichnet, die das verbotene Differenzierungskriterium nicht benennen. Besondere Diskriminierungsverbote enthalten dagegen ausdrücklich oder schlüssig das Kriterium, nach welchem eine Differenzierung nicht erfolgen darf. Dementsprechend handelt es sich bei dem Diskriminierungsverbot in Art. 18 AEUV um ein besonderes Diskriminierungsverbot, da

³⁹⁰ *Plötscher*, Der Begriff der Diskriminierung im Europäischen Gemeinschaftsrecht, S. 34.

³⁹¹ *Plötscher*, Der Begriff der Diskriminierung im Europäischen Gemeinschaftsrecht, S. 35 f; *Streinz* in *Streinz*, Art. 18 AEUV, Rn. 47; *Wahle*, Der allgemeine Gleichheitssatz in der Europäischen Union, S. 23.

³⁹² *Stork*, Das Anti-Diskriminierungsrecht der Europäischen Union und seine Umsetzung in das deutsche Zivilrecht, S. 83.

³⁹³ Vgl. EuGH, Urteil vom 23.05.1996, Rs. C-237/94, Slg. 1996 I, 2617, O'Flynn, Rn. 17; EuGH, Urteil vom 02.02.1989, Rs. C-186/87, Slg. 1989, 195, Cowan, Rn. 10ff.

diese Bestimmung mit der Staatsangehörigkeit ausdrücklich das verbotene Differenzierungskriterium benennt. Dem widersprechend und fälschlicherweise wird das Diskriminierungsverbot in Art. 18 AEUV häufig als allgemeines Diskriminierungsverbot bezeichnet. Bei den hier erörterten gemeinschaftsrechtlichen Diskriminierungsverboten handelt es sich, mit Ausnahme des allgemeinen Gleichheitssatzes, durchgängig um besondere Diskriminierungsverbote, da den Bestimmungen jeweils ausdrücklich oder schlüssig das verbotene Unterscheidungskriterium entnommen werden kann.

c. Unmittelbare Diskriminierung

Eine unmittelbare oder auch formale, direkte oder offene Diskriminierung liegt vor, wenn eine Ungleichbehandlung unmittelbar an das untersagte Differenzierungskriterium anknüpft³⁹⁴. Dies ist im Rahmen von Diskriminierungsverboten aus Gründen der Staatsangehörigkeit beispielsweise der Fall, wenn eine Prozesskostensicherheit nur von Angehörigen anderer Mitgliedstaaten verlangt wird³⁹⁵.

d. Mittelbare Diskriminierung

Eine mittelbare, auch bezeichnet als versteckte, materielle oder indirekte Diskriminierung ist gegeben, wenn die Regelung durch Anknüpfung an ein neutrales Kriterium zu dem gleichen Ergebnis führt, als wenn sie ausdrücklich am verbotenen Unterscheidungsmerkmal anknüpfen würde³⁹⁶. Für eine mittelbare Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit ist ausreichend, wenn eine Vorschrift geeignet ist, verglichen mit den Inländern einen wesentlich größeren Anteil der Wanderarbeitnehmer zu betreffen³⁹⁷. Die Ermittlung einer mittelbaren Diskriminierung erfordert daher im Rahmen der hier untersuchten Diskriminierungsverbote aus Gründen der Staatsangehörigkeit eine Bewertung des Differenzierungskriteriums danach, ob das gewählte Differenzierungskriterium im Ergebnis dieselbe verbotene protektionistische bzw. inländerbevorzugende Wirkung entfaltet³⁹⁸. Eine mittelbare Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit liegt beispielsweise vor, wenn an das Kriterium des

³⁹⁴ *Streinz* in *Streinz*, Art. 18 AEUV, Rn. 52.

³⁹⁵ EuGH, Urteil vom 02.10.1997, Rs. C-122/96, Slg. 1997, I-5325, Saldanha, Rn. 26.

³⁹⁶ EuGH, Urteil vom 23.01.1997, Rs. C-29/95, Slg. 1997 I, 285, Pastoors, Rn. 16; EuGH, Urteil vom 23.05.1996, Rs. C-237/94, Slg. 1996, I-2617, O'Flynn, Rn. 17; EuGH, Urteil vom 10.02.1994, Rs. C-398/92, Slg. 1994 I, 467, Mund & Fester, Rn. 14; EuGH, Urteil vom 27.09.1988, Rs. 313/86, Slg. 1988, 5391, Lenoir, Rn. 14; EuGH, Urteil vom 29.10.1980, Rs. 22/80, Slg. 1980 I, 467, Boussac Saint-Frères, Rn. 9; EuGH, Urteil vom 12.02.1974, Rs. 152/73, Slg. 1974, 153, Sotgiu, Rn. 11.

³⁹⁷ EuGH, Urteil vom 15.03.2005, Rs. C-209/03, Slg. 2005 I, 2119, Bidar, Rn. 53; EuGH, Urteil vom 23.05.1996, Rs. C-237/94, Slg. 1996 I, 2617, O'Flynn, Rn. 18; *Holoubek* in *Schwarze*, Art. 18 AEUV, Rn. 7.

³⁹⁸ *Bogdandy* in *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Art. 18 AEUV, Rn. 18; *Holoubek* in *Schwarze*, Art. 18 AEUV, Rn. 8.

Wohnsitzes im Inland angeknüpft wird, da es in der Regel Ausländer sind, die ihren Wohnsitz nicht im Inland haben³⁹⁹.

e. Ausweitung zum Beschränkungsverbot

Der EuGH hat das Diskriminierungsgebot des Art. 45 Abs. 2 AEUV zu einem Beschränkungsverbot erweitert und festgestellt, dass dieses alle innerstaatlichen Rechtsvorschriften verbietet, welche die Freizügigkeit der Arbeitnehmer beschränken⁴⁰⁰. Es sei dabei unerheblich, ob die Bestimmung an die Staatsangehörigkeit des Betroffenen anknüpft oder nicht⁴⁰¹. Eine Bestimmung könne bereits dann eine unzulässige Beschränkung des Freizügigkeitsrechtes darstellen, wenn sie geeignet ist, einen Staatsangehörigen eines EU-Mitgliedstaates davon abzuhalten, von seinem Recht, sein Herkunftsland zu verlassen und sein Recht auf Freizügigkeit wahrzunehmen, Gebrauch zu machen⁴⁰².

6. Rechtfertigung der Diskriminierung

Sofern man ein rechtfertigendes Element nicht auf der Tatbestandsebene berücksichtigt, stellt sich die Frage ob und gegebenenfalls unter welchen Bedingungen eine Diskriminierung gerechtfertigt werden kann.

a. Absolutes oder relatives Diskriminierungsverbot

Insbesondere im Rahmen des Art. 18 AEUV ist umstritten, ob eine Diskriminierung überhaupt gerechtfertigt werden kann. Dies wird unter den Stichworten absolutes oder relatives Diskriminierungsverbot diskutiert. Teilweise werden Diskriminierungsverbote, die das verbotene Unterscheidungsmerkmal selbst nennen, als absolute Diskriminierungsverbote aufgefasst, welche eine Rechtfertigung der Diskriminierung grundsätzlich ausschließen⁴⁰³. Der Wortlaut des Art. 18 AEUV, der „jede“ Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit verbietet, legt zunächst ein solches Verständnis nahe. Argumentiert wird weiter, dass die Wertung des Gesetzgebers, der die Differenzierung nach dem genannten Kriterium gerade verbieten wollte, unterlau-

³⁹⁹ EuGH, Urteil vom 23.01.1997, Rs. C-29/95, Slg. 1997 I, 285, Pastoors, Rn. 17.

⁴⁰⁰ EuGH, Urteil vom 17.03.2005, Rs. C-109/04, Slg. 2005 I, 2421, Kranemann, Rn. 25 f; EuGH, Urteil vom 15.12.1995, Rs. C-415/93, Slg. 1995 I, 4921, Bosman, Rn. 93 ff; *Franzen* in Streinz, Art. 45 AEUV, Rn. 86; *Holoubek* in Schwarze, Art. 45 AEUV, Rn. 42 f; *Wölker/Grill* in von der Groeben/Schwarze, Art. 39 EGV, Rn. 19.

⁴⁰¹ EuGH, Urteil vom 15.12.1995, Rs. C-415/93, Slg. 1995 I, 4921, Bosman, Rn. 96.

⁴⁰² EuGH, Urteil vom 15.12.1995, Rs. C-415/93, Slg. 1995 I, 4921, Bosman, Rn. 96.

⁴⁰³ Dazu *Reitmaier*, Inländerdiskriminierung nach dem EWG-Vertrag, S. 37

fen würde, wenn zusätzlich sachliche Gründe für die Differenzierung geprüft würden⁴⁰⁴. Im Übrigen könne im Umkehrschluss aus Vorschriften wie Art. 36 AEUV, der ausdrücklich *willkürliche* Diskriminierungen (im Zusammenhang mit Einfuhr-, Ausfuhr- und Durchfuhrverboten oder –beschränkungen) verbietet, das absolute Verständnis der nicht derartig eingeschränkten Diskriminierungsverbote gefolgert werden⁴⁰⁵. Wenn der EuGH bei mittelbaren Diskriminierungen das Vorliegen objektiv rechtfertigender Gründe prüfe, so geschehe dies auf der Tatbestandsebene, sofern nämlich objektive Gründe für eine Ungleichbehandlung gegeben seien, läge gar keine Diskriminierung vor⁴⁰⁶. Demnach hält auch diese Auffassung jedenfalls bei einer mittelbaren Diskriminierung objektive Gründe für die unterschiedliche Behandlung für berücksichtigungsfähig. Diese werden nur nicht auf der Rechtfertigungs-, sondern bereits auf der Tatbestandsebene geprüft. Es wurde bereits ausgeführt, dass aus Gründen der Übersichtlichkeit und Klarheit die Prüfung objektiver Gründe auf der Rechtfertigungsebene zu bevorzugen ist⁴⁰⁷. Eine zweite Auffassung argumentiert genau entgegengesetzt, indem sie den Art. 18 AEUV als Ausprägung des allgemeinen Gleichheitssatzes auffasst und eine Rechtfertigung grundsätzlich für möglich hält⁴⁰⁸. Die Rechtsprechung des EuGH ist diesbezüglich uneinheitlich. Eine abschließende Entscheidung ist noch nicht getroffen. Teilweise wird eine Tendenz in Richtung dieser zweiten Auffassung ausgemacht⁴⁰⁹. Die vermittelnde Auffassung, welche der EuGH wohl überwiegend vertritt⁴¹⁰, unterscheidet zwischen unmittelbarer und mittelbarer Diskriminierung. Nur letztere soll einer Rechtfertigung durch sachliche Gründe zugänglich sein⁴¹¹. Die unmittelbare Diskriminierung könne nur durch primär- oder sekundärrechtlich ausdrücklich festgeschriebene Ausnahmenvorschriften ge-

⁴⁰⁴ *Reitmaier*, Inländerdiskriminierung nach dem EWG-Vertrag, S. 37.

⁴⁰⁵ *Reitmaier*, Inländerdiskriminierung nach dem EWG-Vertrag, S. 39.

⁴⁰⁶ *Holoubek* in Schwarze, Art. 18 AEUV, Rn. 22; *Reitmaier*, Inländerdiskriminierung nach dem EWG-Vertrag, S. 37.

⁴⁰⁷ Teil 2 III 2.

⁴⁰⁸ *Epiney* in Calliess/Ruffert, Art. 18 AEUV, Rn. 41; *Kischel*, EuGRZ 1997, S. 1, 5.

⁴⁰⁹ *Epiney* in Calliess/Ruffert, Art. 18 AEUV, Rn. 39; *Holoubek* in Schwarze, Art. 18 AEUV, Rn. 21; vgl. EuGH, Urteil vom 06.06.2002, Rs. C-360, Slg. 2002 I, 5089, Ricordi, Rn. 32 f; EuGH, Urteil vom 12.05.1998, Rs. C-85/96, Slg. 1998 I, 2691, Martínez Sala, Rn. 64; EuGH, Urteil vom 02.10.1997, Rs. C-122/96, Slg. 1997 I, 5325, Saldanha, Rn. 29.

⁴¹⁰ Für ein absolutes Diskriminierungsverbot bei unmittelbarer Diskriminierung wegen der Staatsangehörigkeit: EuGH, Urteil vom 20.10.1993, verb. Rs. C-92/92 und C-326/92, Slg. 1993 I, 5145, Phil Collins, Rn. 32; EuGH, Urteil vom 13.02.1986, Rs. 293/83, Slg. 1985, 593, Gravier, Rn. 15, 26; für ein relatives Diskriminierungsverbot bei mittelbarer Diskriminierung wegen der Staatsangehörigkeit: EuGH, Urteil vom 01.07.2004, Rs. C-65/03, Slg. 2004 I, 6427, Kommission / Belgien, Rn. 30; Urteil vom 23.01.1997, Rs. C-29/95, Slg. 1997 I, 285, Pastoors, Rn. 19; EuGH, Urteil vom 10.02.1994, Rs. C-398/92, Slg. 1994 I, 467, Mund & Fester, Rn. 17.

⁴¹¹ *Bode*, Europarechtliche Gleichbehandlungsansprüche Studierender und ihre Auswirkungen in den Mitgliedstaaten, S. 279; *von Borries*, EuZW 1994, 474 f; vgl. auch *Kischel*, EuGRZ 1997, 1, 5.

rechtfertigt werden⁴¹². Dieser differenzierenden Auffassung ist zu folgen, da nur diese der Bedeutung und Funktion des Art. 18 AEUV gerecht wird⁴¹³ und zu einer einheitlichen Anwendung der verschiedenen Diskriminierungsverbote führt. Gegen die vermittelnde Meinung und für eine generelle Rechtfertigungsmöglichkeit wird vorgebracht, eine unterschiedliche Behandlung von unmittelbaren und mittelbaren Diskriminierungen sei nicht plausibel, da beide Formen der Diskriminierung nach derselben Vorschrift verboten seien, und die Einbeziehung auch der materiellen Diskriminierung die Wirksamkeit des Diskriminierungsverbots sicherstellen solle⁴¹⁴. Zur Beantwortung der Frage, ob eine Diskriminierung zu rechtfertigen ist, könne es nicht darauf ankommen, auf welchem Weg diese Diskriminierung entstanden ist, maßgeblich müsse das Ergebnis sein⁴¹⁵. Diese Auffassung verkennt aber, dass zwischen einer unmittelbaren und einer mittelbaren Diskriminierung ein substantieller Unterschied besteht, da nur erstere ausdrücklich an ein verbotenes Unterscheidungskriterium anknüpft, eine Unterscheidung also gerade wegen des verbotenen Unterscheidungskriteriums erfolgt. Es ist davon auszugehen, dass der EU-Gesetzgeber es ernst meint, wenn er ein Kriterium ausdrücklich als Anknüpfungspunkt für unterschiedliche Behandlung verbietet. In einem solchen Fall kann es Ausnahmen nur im Rahmen von gesetzlich festgelegten Ausnahmetatbeständen geben⁴¹⁶. Auch der Hinweis auf den *effet utile* führt hier nicht weiter. Die Tatsache, dass das Diskriminierungsverbot zu seiner Wirksamkeit auch mittelbare Diskriminierungen umfasst, taugt nicht als Argument dafür, dass auch unmittelbare Diskriminierungen einer Rechtfertigung zugänglich sein sollten, da dies gerade die Wirksamkeit des Diskriminierungsverbotes einschränkt⁴¹⁷. Für eine grundsätzliche Rechtfertigungsmöglichkeit wird weiter vorgebracht, dass eine fortschreitende Integration elastisch genug sein müsse, „um sachangemessene Reste der Ausrichtung auf die Staatsangehörigkeit der Mitgliedstaaten hinnehmen zu können“⁴¹⁸, dass letztlich die besonderen Umstände des Einzelfalles berücksichtigt werden können⁴¹⁹. Dagegen lässt sich sagen, dass es gerade

⁴¹² Bode, Europarechtliche Gleichbehandlungsansprüche Studierender und ihre Auswirkungen in den Mitgliedstaaten, S. 278.

⁴¹³ Bode, Europarechtliche Gleichbehandlungsansprüche Studierender und ihre Auswirkungen in den Mitgliedstaaten, S. 278.

⁴¹⁴ Epiney in Calliess/Ruffert, Art. 18 AEUV, Rn. 41.

⁴¹⁵ So zu Art. 119 EGV Kischel, EuGRZ 1997, S. 1, 4 f.

⁴¹⁶ Bode, Europarechtliche Gleichbehandlungsansprüche Studierender und ihre Auswirkungen in den Mitgliedstaaten, S. 279.

⁴¹⁷ Vgl. Bode, Europarechtliche Gleichbehandlungsansprüche Studierender und ihre Auswirkungen in den Mitgliedstaaten, S. 279.

⁴¹⁸ Zuleeg in von der Groeben/Schwarze, Art. 12 EGV, Rn. 2.

⁴¹⁹ Rossi, EuR 2000, S. 197, 213.

für die differenzierende Auffassung spricht, dass dadurch die Bedeutung der Staatsangehörigkeit gegenüber der Unionsbürgerschaft zurückgedrängt wird⁴²⁰. Auch die Funktion des Art. 18 AEUV als Auffangtatbestand zu den spezielleren Diskriminierungsverboten spricht für die differenzierende Auffassung, da der EuGH auch bei diesen eine Rechtfertigungsmöglichkeit grundsätzlich nur bei den mittelbaren Diskriminierungen für möglich hält⁴²¹. Die Rechtfertigung mittelbarer Diskriminierungen ist auch hier nur aufgrund ausdrücklicher gesetzlicher Bestimmungen möglich⁴²². Auch die Auffassung, die eine Rechtfertigung generell für möglich hält, geht davon aus, dass bei unmittelbaren Diskriminierungen das Vorliegen sachlicher Rechtfertigungsgründe in der Regel zu verneinen sein wird⁴²³. Die verschiedenen Auffassungen werden sich im Ergebnis daher nicht wesentlich unterscheiden⁴²⁴.

Bei dem sich aus Art. 45 Abs. 2 AEUV ergebenden Diskriminierungsverbot wird in Rechtsprechung und Literatur ganz überwiegend ebenfalls differenziert zwischen unmittelbarer und mittelbarer Diskriminierung. Erstere ist allenfalls mit Ausnahme der geschriebenen Rechtfertigungsmöglichkeiten verboten⁴²⁵, letztere soll einer Rechtfertigung grundsätzlich zugänglich sein⁴²⁶. Zur Ablehnung einer Rechtfertigungsmöglichkeit für unmittelbare Diskriminierungen wird dabei auf den Wortlaut des Art. 45 Abs. 2 AEUV verwiesen, welcher die „Abschaffung jeder auf der Staatsangehörigkeit beruhenden unterschiedlichen Behandlung der Arbeitnehmer in den Mitgliedstaaten“ verlangt⁴²⁷. Die mittelbare Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit sei dagegen von einer staatsangehörigkeitsunabhängigen Beschränkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit in der Praxis oft nur schwer zu unterscheiden und daher unter den gleichen Voraussetzungen einer Rechtfertigung zugänglich⁴²⁸.

⁴²⁰ *Holoubek* in Schwarze, Art. 18 AEUV, Rn. 24.

⁴²¹ *Bode*, Europarechtliche Gleichbehandlungsansprüche Studierender und ihre Auswirkungen in den Mitgliedstaaten, S. 278.

⁴²² *Bode*, Europarechtliche Gleichbehandlungsansprüche Studierender und ihre Auswirkungen in den Mitgliedstaaten, S. 278.

⁴²³ *Epiney* in Calliess/Ruffert, Art. 18 AEUV, Rn. 41.

⁴²⁴ *Streinz* in Streinz, Art. 18 AEUV, Rn. 60.

⁴²⁵ EuGH, Urteil vom 13.12.1972, Rs. 44/72, Slg. 1972, 1243, Marsman, Rn. 4; *Franzen* in Streinz, EUV/EGV, Art. 45 AEUV, Rn. 81, 84; *Brechmann* in Callies/Ruffert, Art. 45 AEUV, Rn. 46, 48; *Forsthoff* in Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 45 AEUV, Rn. 245; *Gundel*, Jura 2001, 79 ff; *Schneider/Wunderlich* in Schwarze, EGV.

⁴²⁶ EuGH, Urteil vom 23.05.1996, Rs. C-237/94, Slg. 1996, I-2617, O'Flynn, Rn. 20; EuGH, Urteil vom 30.09.2003, Rs. C-224/01, Slg. 2003 I, 10239, Köbler, Rn. 77; EuGH, Urteil vom 02.08.1993, verb. Rs. C-259/91, C-331/91 und C-332/91, Slg. 1993 I, 4309, Allué u. a., Rn. 15; *Franzen* in Streinz, EUV / EGV, Art. 45 AEUV, Rn. 81, 84; *Brechmann* in Callies/Ruffert, Art. 45 AEUV, Rn. 46, 48; *Forsthoff* in Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 45 AEUV, Rn. 245; *Gundel*, Jura 2001, 79 ff; *Schneider/Wunderlich* in Schwarze, EGV, Art. 39, Rn. 38

⁴²⁷ *Schneider/Wunderlich* in Schwarze, Art. 45 AEUV, Rn. 36.

⁴²⁸ *Schneider/Wunderlich* in Schwarze, Art. 45 AEUV, Rn. 38.

b. Rechtfertigungsgründe

Nach der Rechtsprechung des EuGH ist eine Diskriminierung im Rahmen des Art. 18 AEUV dann gerechtfertigt, wenn objektive Gründe für die Ungleichbehandlung vorliegen⁴²⁹. Wie oben dargelegt sind nur mittelbare Diskriminierungen einer Rechtfertigung durch ungeschriebene Rechtfertigungsgründe zugänglich⁴³⁰. Die Rechtfertigung erfordert eine Güter- und Interessenabwägung unter Berücksichtigung der Vertragsziele und des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes⁴³¹. Die Verhältnismäßigkeit ist dann gewahrt, wenn die Maßnahme zur Erreichung des angestrebten Zieles angemessen, erforderlich und unerlässlich ist⁴³².

Im Rahmen des Art. 45 Abs. 2 AEUV wird geprüft, ob die Ungleichbehandlung zur Erreichung eines berechtigten Zweckes zum Schutz zwingender Gründe des Allgemeininteresses geeignet und erforderlich ist und ob ihre Auswirkungen zu dem Zweck in einem angemessenen Verhältnis stehen⁴³³. Auch hier ist nur bei mittelbaren Diskriminierungen eine Rechtfertigung durch diesen ungeschriebenen Rechtfertigungsgrund möglich⁴³⁴.

Es stellt sich die Frage, ob die Diskriminierung durch Private nach den gleichen Grundsätzen zu rechtfertigen ist wie die staatliche Diskriminierung. Dies muss jedenfalls in den Fällen gelten, in denen Private anstelle des Staates handeln oder eine vergleichbare Machtposition innehaben⁴³⁵. Andernfalls könnte der Schutz vor staatlicher Diskriminierung allzu leicht ausgehebelt oder zumindest aufgeweicht werden. Die Geltung der genannten Rechtfertigungsgrundsätze auch für Private ohne eine derartige Machtposition kann mit dem Argument bezweifelt werden, dass Privatpersonen keine Zwecke verfolgen, die im Allgemeininteresse liegen⁴³⁶. Dementsprechend hat auch der EuGH eine Diskriminierung durch Private ohne besondere

⁴²⁹ EuGH, Urteil vom 23.01.1997, Rs. C-29/95, Slg. 1997 I, 285, Pastoors, Rn. 19.

⁴³⁰ Teil 2 III 6 a.

⁴³¹ EuGH, Urteil vom 23.01.1997, Rs. C-29/95, Slg. 1997 I, 285, Pastoors, Rn. 24 ff; *Rossi*, EuR 2000, 197, 214; *Streinz* in *Streinz*, Art. 18 AEUV, Rn. 61.

⁴³² *Rossi*, EuR 2000, 197, 214 f.; EuGH, Urteil vom 23.01.1997, Rs. C-29/95, Slg. 1997 I, 285, Pastoors, Rn. 24.

⁴³³ EuGH, Urteil vom 23.05.1996, Rs. C-237/94, Slg. 1996 I, 3011, O'Flynn, Rn. 19; EuGH, Urteil vom 31.03.1993, Rs. C-19/92, Slg. 1993 I, 1663, Kraus, Rn. 32; *Brechmann* in *Callies/Ruffert*, Art. 45 AEUV, Rn. 48; *Gundel*, Jura 2001, 79, 82ff.;

⁴³⁴ Teil 2 III 6 a.

⁴³⁵ EuGH, Urteil vom 15.12.1995, Rs. C-415/93, Slg. 1995 I, 5066, Bosman, Rn. 82 ff; *Forsthoff*, EWS 2000, 389, 395.

⁴³⁶ *Bode*, Europarechtliche Gleichbehandlungsansprüche Studierender und ihre Auswirkungen in den Mitgliedstaaten, S. 166 f; *Forsthoff*, EWS 2000, 389, 395; *Franzen* in *Streinz*, Art. 45 AEUV, Rn. 95.

Machtposition bereits als gerechtfertigt erachtet, „wenn sie auf sachliche Erwägungen gestützt wäre, die unabhängig von der Staatsangehörigkeit der betroffenen Personen und in Bezug auf das berechtigterweise verfolgte Ziel verhältnismäßig sind“⁴³⁷. Ein zwingendes Interesse des Allgemeinwohls ist danach nicht erforderlich. Vielmehr dürften wirtschaftliche Erwägungen grundsätzlich ausreichend sein⁴³⁸. Diese Ausweitung der Rechtfertigungsgründe im Vergleich zu den Rechtfertigungsgründen bei staatlicher Diskriminierung ist sachgerecht. Die von verschiedenen Stimmen kritisierte Beschränkung der Privatautonomie⁴³⁹ wird dadurch auf das Notwendigste reduziert.

7. *Ordre public*-Vorbehalt

Fraglich ist, ob der *ordre public*-Vorbehalt aus Art. 45 Abs. 3 AEUV für das Diskriminierungsverbot des Art. 45 Abs. 2 AEUV gilt. Dies ist in der Literatur umstritten⁴⁴⁰. Eine Auffassung wendet den *ordre public*-Vorbehalt aus Art. 45 Abs. 3 AEUV auf das Diskriminierungsverbot aus Art. 45 Abs. 2 AEUV nicht an. Begründet wird dies mit dem Wortlaut und mit der Systematik des Art. 45 AEUV⁴⁴¹. Die Gegenmeinung befürwortet vor allem aus Gründen der Einheitlichkeit mit der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit die Rechtfertigungsmöglichkeit aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit⁴⁴². Die Diskriminierungsverbote aus der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit gelten unbestritten unter einem *ordre public*-Vorbehalt. Ein Vergleich mit den Regelungen zur Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit spricht aber gerade gegen die Gleichbehandlung. Die Niederlassungsfreiheit und das daraus folgende Diskriminierungsverbot sind im 2. Kapitel des 4. Titels des AEUV in Art. 49 AEUV geregelt. Art. 52 AEUV stellt das gesamte Kapitel unter den *ordre public*-Vorbehalt im Zusammenhang mit der Anwendbarkeit der Rechts- und Verwaltungsvorschriften, die eine Sonderregelung für Ausländer vorsehen. Art. 52 AEUV ist gemäß Art. 62 AEUV auch auf die Dienstleistungsfreiheit und das damit verbundene Diskriminierungsverbot aus Art. 54 AEUV anwendbar. Anders als der Art. 45 Abs. 2 AEUV stehen damit sowohl das Diskriminierungsverbot aus der

⁴³⁷ EuGH, Urteil vom 06.06.2000, C-281/98, Rs. C-281/98, Slg. 2000 I, 4139, Angonese, Rn. 42.

⁴³⁸ Brechmann in Calliess/Ruffert, Art. 45 AEUV, Rn. 53, 55; Forsthoff, EWS 2000, 389, 395; Forsthoff in Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 45 AEUV, Rn. 183.

⁴³⁹ Franzen in Streinz, Art. 45 AEUV, Rn. 96.

⁴⁴⁰ Vgl. Darstellung des Streitstandes bei Wölker/Grill in von der Groeben, Schwarze, Art. 39 EGV, Fn. 466.

⁴⁴¹ Hoyer, Diskriminierungs- und Beschränkungsverbot im Rahmen der gemeinschaftsrechtlichen Arbeitnehmerfreizügigkeit, S. 59; Oppermann/Classen/Nettesheim, Europarecht, 3. Teil § 28 Rn. 49.

⁴⁴² Forsthoff in Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 45 AEUV, Rn. 416.

Niederlassungsfreiheit und das Diskriminierungsverbot aus der Dienstleistungsfreiheit ausdrücklich unter dem *ordre public*-Vorbehalt. Der Gesetzgeber hat damit eine eindeutige Unterscheidung getroffen. Es spricht allerdings nichts dagegen, wie in der Rechtsprechung des EuGH erfolgt⁴⁴³, die öffentliche Ordnung, Sicherheit und Gesundheit als mögliche zwingende Gründe des Allgemeinwohls im Rahmen der ungeschriebenen Rechtfertigungsgründe zu prüfen. Dies gilt zum einen, da es sich bei den genannten Rechtsgütern gerade um typische Gründe des öffentlichen Wohls handelt, zum anderen ist eine enge Auslegung dieser Begriffe anerkannt⁴⁴⁴, so dass dadurch keine ausufernde Rechtfertigungsmöglichkeit zu befürchten ist.

IV. Der assoziationsrechtliche Diskriminierungsbegriff und Voraussetzungen einer (verbotenen) Diskriminierung im Assoziationsrecht

Nachdem nun dargelegt wurde, unter welchen Voraussetzungen eine verbotene Diskriminierung im Gemeinschaftsrecht im engeren Sinne vorliegt und welche Reichweite diese grundsätzlich hat, soll im Folgenden geklärt werden, wie die entsprechenden Rechtsfragen im Assoziationsrecht zu beantworten sind.

1. Auslegung der Diskriminierungsverbote und Diskriminierungsbegriff im Assoziationsrecht

Die Ausführungen zur Definition des Begriffs Diskriminierung und zu den Voraussetzungen einer verbotenen Diskriminierung betreffen gemeinschaftsrechtliche Diskriminierungsverbote insbesondere aus Art. 18 AEUV und Art. 45 Abs. 2 AEUV. Es stellt sich die Frage, ob diese Definition und Voraussetzungen ebenso für assoziationsrechtliche Diskriminierungsverbote gelten. Es soll zunächst geklärt werden, ob gemeinschafts- und assoziationsrechtliche Diskriminierungsverbote einheitlich auszulegen sind. Sofern dies der Fall ist, muss auch ein einheitlicher Diskriminierungsbegriff gelten und die Voraussetzungen einer verbotenen Diskriminierung müssen grundsätzlich gleich sein. Es würde keinen Sinn ergeben, die gemeinschaftsrechtlichen und assoziationsrechtlichen Diskriminierungsverbote grundsätzlich überein-

⁴⁴³ EuGH, Urteil vom 07.05.1998, Rs. C-350/96, Slg. 1998 I, 2521, Clean Car Autoservice, Rn. 24; EuGH, Urteil vom 23.05.1996, Rs. C-237/94, Slg. 1996, 2617, O'Flynn, Rn. 26.

⁴⁴⁴ *Khan* in Geiger/Khan/Kotzur Art. 45 AEUV, Rn. 41; EuGH, Urteil vom 03.06.1986, Rs. 139/85, Slg. 1986, 1741, Kempf, Rn. 13; zur öffentlichen Ordnung: EuGH, Urteil vom 04.12.1974, Rs. 41/74, Slg. 1974, 1337, van Duyn, Rn. 18/19; zur öffentlichen Sicherheit: EuGH, Urteil vom 15.05.1986, Rs. 222/84, Slg. 1986, 1651, Johnston, Rn. 26.

stimmend auszulegen, aber von einem unterschiedlichen Diskriminierungsbegriff und unterschiedlichen Voraussetzungen für eine verbotene Diskriminierung auszugehen.

Der Wortlaut des Art. 9 AssAbk ist an den Wortlaut des Art. 18 AEUV angelehnt und verbietet ebenso wie dieser jede Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit. Ausnahmen können sich für das Diskriminierungsverbot des Art. 18 AEUV aus den besonderen Bestimmungen des Vertrages, für das Diskriminierungsverbot aus Art. 9 AssAbk aus den besonderen Bestimmungen, die möglicherweise auf Grund von Art. 8 AssAbk noch erlassen werden, ergeben. Der Wortlaut des Art. 37 ZP und des Art. 10 ARB Nr. 1/80 entspricht im Wesentlichen dem Wortlaut des Art. 45 Abs. 2 AEUV. Die Bestimmungen verbieten insoweit gleichermaßen die Diskriminierung von Arbeitnehmern im Bereich Arbeitsbedingungen und Entlohnung. Zwar ist ein übereinstimmender Wortlaut bei Bestimmungen von Assoziations- und Gemeinschaftsrecht nicht immer ein Indiz für eine übereinstimmende Auslegung⁴⁴⁵. Der EuGH hat jedoch im Falle des Art. 10 ARB Nr. 1/80 unter anderem mit seinem mit Art. 48 Abs. 2 EGV bzw. jetzt Art. 45 Abs. 2 AEUV nahezu übereinstimmenden Wortlaut die übereinstimmende Auslegung begründet⁴⁴⁶. Vor allem nimmt Art. 9 AssAbk, der das unspezifische assoziationsrechtliche Diskriminierungsverbot aufgrund der Staatsangehörigkeit enthält, ausdrücklich Bezug auf das gemeinschaftsrechtliche Diskriminierungsverbot in Art. 7 EGV⁴⁴⁷, auch dies legt ein entsprechendes Verständnis in diesem Zusammenhang nahe. Da das Diskriminierungsverbot in Art. 9 AssAbk durch die in Art. 37 ZP und Art. 10 ARB Nr. 1/80 enthaltenen arbeitsrechtlichen Diskriminierungsverbote ergänzt und konkretisiert wird⁴⁴⁸, kann auch für die Diskriminierungsverbote in Art. 37 ZP und Art. Nr. 10 ARB 1/80 nichts anderes gelten. Schließlich sollen sich gemäß Art. 12 AssAbk die Vertragsparteien bei der Herstellung der Freizügigkeit von den Art. 48, 49 und 50 EWGV⁴⁴⁹, leiten lassen, mithin auch von den dort enthaltenen Diskriminierungsverboten. Der EuGH hat mit dieser Begründung ausdrücklich festgestellt, dass bei der Bestimmung der Tragweite des Diskriminierungsverbotes aus Art. 10 ARB Nr. 1/80 darauf abzustellen ist, wie das gemeinschafts-

⁴⁴⁵ Teil 1 II 1 d.

⁴⁴⁶ EuGH, Urteil vom 08.05.2003, Rs. C-171/01, Slg. 2003 I, 4301, Wählergruppe Gemeinsam, Rn. 88.

⁴⁴⁷ Jetzt Art. 18 AEUV.

⁴⁴⁸ *Gutmann* in GK-AufentG, IX-1 Art. 10 ARB Nr. 1/80, Rn. 4 f; EuGH, Urteil vom 14.03.2000, Rs. C-102 u. 211/98, Slg. 2000 I, 1311, Kocak und Örs, Rn. 36 f; EuGH, Urteil vom 04.05.1999, Rs. C-262/96, Slg. 1998 I, 2743, Sürül, Rn. 64.

⁴⁴⁹ Jetzt Art. 45, 46, 47 AEUV.

rechtliche Diskriminierungsverbot auszulegen ist⁴⁵⁰. Dieses Ergebnis wird bei Berücksichtigung von Ziel und Zweck des Abkommens bestätigt. Geht man zunächst davon aus, dass Ziel und Zweck des Abkommens letztlich die Vorbereitung des EU-Beitritts der Türkei und damit der Übernahme des gemeinschaftlichen Rechtsbestandes durch die Türkei ist⁴⁵¹, so spricht dies bereits für eine einheitliche Auslegung der Diskriminierungsverbote. Dies gilt insbesondere auch wegen derer grundlegenden Bedeutung im Gemeinschaftsrecht. Das Diskriminierungsverbot wird auch als Leitmotiv des Vertrages bezeichnet⁴⁵². Eine unterschiedliche Auslegung eines so grundlegenden Prinzips ist mit dem dargelegten Ziel des Assoziationsabkommens unvereinbar. Aus Art. 2 Abs. 1 AssAbk ergibt sich nach der Rechtsprechung des EuGH das konkrete Ziel des Abkommens, die Lage der türkischen Staatsangehörigen durch die schrittweise Herstellung der Freizügigkeit der Arbeitnehmer und die Aufhebung der Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit und des freien Dienstleistungsverkehrs an die Lage der Unionsbürger anzunähern⁴⁵³. Die Diskriminierungsverbote aus Art. 9 AssAbk, Art. 37 ZP und Art. 10 ARB Nr. 1/80, welche den gemeinschaftsrechtlichen Diskriminierungsverboten aus Art. 18 S. 1 AEUV bzw. Art. 45 Abs. 2 AEUV entsprechen, trügen dabei zur schrittweisen Integration der assoziationsrechtlich begünstigten türkischen Staatsangehörigen bei⁴⁵⁴. Auch aus dieser Funktion der Diskriminierungsverbote folgt, dass diese im Gemeinschafts- und im Assoziationsrecht grundsätzlich einheitlich verstanden werden müssen. Der EuGH hat zur Auslegung der assoziationsrechtlichen Diskriminierungsverbote, insbesondere aus Art. 10 Abs. 1 ARB Nr. 1/80 und Art. 3 ARB Nr. 3/80 die zur Konkretisierung der primärrechtlichen Diskriminierungsverbote ergangenen Art. 7 VO Nr. 1612/68, jetzt Art. 7 VO 492/2011, bzw. Art. 4 VO 1408/71, jetzt Art. 4 VO Nr. 883/2004, herangezogen.

Eine einheitliche Auslegung der gemeinschaftsrechtlichen und assoziationsrechtlichen Diskriminierungsverbote verbietet sich nur in dem Fall, in welchem der EuGH das Diskriminierungsverbot zu einem Beschränkungsverbot ausgeweitet hat. Das Beschränkungsverbot kann zur Unanwendbarkeit unterschiedslos anwendbarer

⁴⁵⁰ EuGH, Urt. v. 08.05.2003, Rs. C-171/01, Slg. 2003 I, 4301, Wählergruppe Gemeinsam, Rn. 73.

⁴⁵¹ S. o. Teil I II 1 d.

⁴⁵² *Bieber/Epiney/Haag*, Die Europäische Union, S. 294, Teil B, § 10, Rn. 4; *Bogdandy* in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Art. 18 AEUV, Rn. 1; *Epiney* in *Caliess/Ruffert*, Art. 18 AEUV, Rn. 1; *Hailbronner*, *ZaöRV* 64 2004, 603.

⁴⁵³ EuGH, Urteil vom 29.04.2010, C-92/07, Slg. 2010 I, 3683, Kommission / Niederlande, Rn. 67.

⁴⁵⁴ EuGH, Urteil vom 29.04.2010, C-92/07, Slg. 2010 I, 3683, Kommission / Niederlande, Rn. 68; EuGH, Urteil vom 08.05.2003, C-171/01, Slg. 2003 I, 4301, Wählergruppe Gemeinsam, Rn. 64.

Rechtsvorschriften führen, wenn diese geeignet sind, die Freizügigkeit der Arbeitnehmer zu beschränken⁴⁵⁵. Das Beschränkungsverbot folgt nach der Rechtsprechung des EuGH aus der fundamentalen Bedeutung der Freizügigkeit in der Gemeinschaft⁴⁵⁶. Da den türkischen Arbeitnehmern kein mit der gemeinschaftsrechtlichen Freizügigkeit vergleichbares Recht zusteht⁴⁵⁷, kann diese Ausweitung des Diskriminierungsverbotes im Rahmen der assoziationsrechtlichen Diskriminierungsverbote nicht übernommen werden.

Die grundsätzlich einheitliche Auslegung der Diskriminierungsverbote im Gemeinschaftsrecht und im Assoziationsrecht Türkei/EU bedingt, dass der Begriff der Diskriminierung einheitlich definiert werden muss. Der EuGH übernimmt in seiner Rechtsprechung zu assoziationsrechtlichen Diskriminierungsverboten ohne weiteres die im Rahmen der Diskriminierungsverbote zu Gunsten EU-Staatsangehöriger entwickelten Voraussetzungen und Definitionen⁴⁵⁸. Die Literatur ist dieser Auffassung soweit ersichtlich nicht entgegen getreten⁴⁵⁹.

2. Voraussetzungen einer (verbotenen) Diskriminierung

Eine Diskriminierung setzt damit auch im Rahmen der assoziationsrechtlichen Diskriminierungsverbote die Ungleichbehandlung gleicher bzw. Gleichbehandlung ungleicher Sachverhalte voraus. Die Vergleichbarkeit ist anhand der Übereinstimmung in den wesentlichen Merkmalen zu prüfen. Die als diskriminierend beanstandete Maßnahme muss auf denselben Hoheitsträger zurückgehen. Eine diskriminierende Intention des Gesetzgebers ist nicht erforderlich. Maßgeblich ist vielmehr, ob eine tatsächliche Benachteiligung gegeben ist. Diese muss keinen besonderen Schweregrad erreichen, auch geringfügige Benachteiligungen können eine Diskriminierung darstellen.

3. Adressat der Diskriminierungsverbote

Ebenso wie bei den gemeinschaftsrechtlichen Diskriminierungsverboten stellt sich auch bei den assoziationsrechtlichen Diskriminierungsverboten die Frage, wer Ver-

⁴⁵⁵ S. o. Teil 2 III 5 e.

⁴⁵⁶ EuGH, Urteil vom 15.12.1995, Rs. C-415/93, Slg. 1995, 4921, Bosman, Rn. 93 ff.

⁴⁵⁷ S. o. Teil 1 I 4 b.

⁴⁵⁸ Zu Art. 3 ARB Nr. 3/80: EuGH, Urteil vom 14.03.2000, verb. Rs. 102/98 und C-211/98, Slg. 2000 I, 1287, Kocak und Örs, Rn. 39, 52; vgl. *Franzen* in Streinz, Art. 45 AEUV, Rn. 65; vgl. auch *Randelzhofer/Forsthoff* in Grabitz/Hilf, Art. 39 EGV, Rn. 118.

⁴⁵⁹ Vgl. *Franzen* in Streinz, Art. 45 AEUV, Rn. 65.

pflichteter ist, ob insbesondere auch Dritte, d.h. Private gebunden sind. In diesem Teil der Arbeit wird zunächst nur geklärt, ob die Bestimmungen grundsätzlich fähig sind, Drittwirkung zu entfalten oder ob sie aufgrund ihrer Rechtsnatur oder des Regelungsbereiches, in welchem sie enthalten sind, von einer Drittwirkung ausgeschlossen sind. Ob die einzelnen assoziationsrechtlichen Vorschriften tatsächlich Drittwirkung entfalten und wie weit diese gegebenenfalls reicht wird bei der Untersuchung der einzelnen Bestimmungen erörtert⁴⁶⁰.

Gemäß Art. 216 Abs. 2 AEUV⁴⁶¹ binden die von der Union geschlossenen Übereinkünfte zunächst die Organe der Union und die Mitgliedstaaten. In Bezug auf die Drittwirkung, d. h. die Wirkung der Diskriminierungsverbote zu Lasten Privater ist zu unterscheiden zwischen den Diskriminierungsverboten aus dem primären Assoziationsrecht und aus dem sekundären Assoziationsrecht.

Die sich aus den Assoziationsratsbeschlüssen, also dem sekundären Assoziationsrecht, ergebenden Diskriminierungsverbote entfalten keine Drittwirkung. Private können in ihrer Handlungsfreiheit nur durch veröffentlichtes Recht eingeschränkt werden⁴⁶². Diese Voraussetzung erfüllt jedenfalls der ARB Nr. 1/80 nicht⁴⁶³. Der Hinweis auf Art. 7 Abs. 4 VO Nr. 492/2011 ändert an dieser Einschätzung nichts. Art. 7 Abs. 4 VO Nr. 492/2011 bestimmt: „Alle Bestimmungen in Tarif- oder Einzelarbeitsverträgen oder sonstigen Kollektivvereinbarungen betreffend Zugang zu Beschäftigung, Entlohnung und allen übrigen Arbeits- und Kündigungsbedingungen sind von Rechts wegen nichtig, soweit sie für Arbeitnehmer, die Staatsangehörige anderer Mitgliedstaaten sind, diskriminierende Bedingungen vorsehen oder zulassen.“ Zwar kann diese Bestimmung des sekundären Gemeinschaftsrechtes grundsätzlich zur Auslegung des assoziationsrechtlichen Diskriminierungsverbotes herangezogen werden⁴⁶⁴. Die VO Nr. 492/2011 konkretisiert aber lediglich die gemeinschaftsrechtlichen

⁴⁶⁰ S. u. Teil 3.

⁴⁶¹ Früher Art. 228 Abs. 7 EGV bzw. Art. 300 Abs. 7 EGV.

⁴⁶² *Gutmann*, AuR 2000, 81, 86; *Gutmann* in GK-AufenthG, IX-1 Art. 10 Rn. 94; *Weiß*, Die Personenverkehrsfreiheiten von Staatsangehörigen assoziierter Staaten in der EU, S. 113; vgl. auch *Gilsdorf*, EuZW 1991, 459, 462.

⁴⁶³ *Gutmann*, AuR 2000, 81, 86; *Gutmann* in GK-AufenthG, IX-1 Art. 10 Rn. 94; *Weiß*, Die Personenverkehrsfreiheiten von Staatsangehörigen assoziierter Staaten in der EU, S. 113, vgl. auch *Gilsdorf*, EuZW 1991, 459, 462.

⁴⁶⁴ S. o. Teil 1 II 3 d.

Diskriminierungsverbote, neues Recht wird dadurch nicht geschaffen⁴⁶⁵. Mit Art. 7 Abs. 4 VO 492/2011 lässt sich somit lediglich die Auffassung stützen, dass auch grundsätzlich staatengerichtete Freizügigkeitsbestimmungen Drittwirkung entfalten können. Dass aus diesem Grund Private auch durch unveröffentlichtes Recht verpflichtet werden könnten, folgt daraus nicht. Der EuGH hat demgemäß auch angemerkt, dass die fehlende Veröffentlichung zur Folge haben mag, dass die Beschlüsse nicht dem Einzelnen entgegengehalten werden können⁴⁶⁶. Anzumerken ist, dass der ARB Nr. 3/80 zwar veröffentlicht ist und die vorausgehende Argumentation zur Ablehnung der Drittwirkung insoweit nicht greift. Der ARB Nr. 3/80 betrifft nach seinem sachlichen Geltungsbereich aber Rechtsvorschriften über verschiedenen Zweige der sozialen Sicherheit⁴⁶⁷. Es geht also um die Gewährung sozialer Rechte nach dem Recht der Mitgliedstaaten. Aufgrund dieser Grundkonzeption des ARB Nr. 3/80 kommt eine Drittwirkung dessen Bestimmungen nicht in Frage.

Anders ist dies bei den zu untersuchenden Bestimmungen des primären Assoziationsrechtes. Sie sind im Amtsblatt veröffentlicht und können grundsätzlich Verpflichtungen von Privaten bewirken⁴⁶⁸. Dies wird mit dem Argument bestritten, es handele sich bei Assoziationsrecht um klassisches Völkerrecht, welches grundsätzlich staatengerichtet sei⁴⁶⁹. Dies Argument greift nicht durch, da es sich bei Assoziationsrecht zwar zunächst um Völkerrecht handelt, es aber eben auch ab Inkrafttreten einen integrierenden Teil der Gemeinschaftsrechtsordnung bildet. Das Assoziationsrecht dient zur Vorbereitung des EU-Beitritts der Türkei und damit zu deren Übernahme der gemeinschaftsrechtlichen Regelungen. Diesem Ziel würde es widersprechen, beide Rechtsbereiche unterschiedlichen Grundsätzen zu unterwerfen. Weiter wird eingewandt, die Assoziierungsabkommen seien mit Richtlinien vergleichbar und auch für diese werde eine Drittwirkung allgemein abgelehnt⁴⁷⁰. Zunächst kann die Vergleichbarkeit von Assoziierungsabkommen mit Richtlinien bezweifelt werden. Aus der Bindungswirkung aus Art. 216 Abs. 2 AEUV und aus der Tatsache, dass gemäß Art. 218 Abs. 11 AEUV Assoziierungsabkommen mit dem Gemeinschaftsrecht in Einklang stehen müssen, folgt jedenfalls, dass Assoziierungsabkommen im Rang dem

⁴⁶⁵ *Heyer*, Diskriminierungs- und Beschränkungsverbot im Rahmen der gemeinschaftsrechtlichen Arbeitnehmerfreizügigkeit, S. 299.

⁴⁶⁶ EuGH, Urteil vom 20.09.1990, Rs. C-192/89, Slg. 1990 I, 3461, Sevince, Rn. 24.

⁴⁶⁷ S. u. Teil 3 VII 3.

⁴⁶⁸ *Gutmann*, AuR 2000, 81, 86.

⁴⁶⁹ *Franzen* in *Streinz*, Art. 45 AEUV, Rn. 97.

⁴⁷⁰ *Weiß*, Die Personenverkehrsfreiheiten von Staatsangehörigen assoziierter Staaten in der EU, S. 113.

primären Gemeinschaftsrecht nachgehen aber über dem sekundären Gemeinschaftsrecht also auch über Richtlinien stehen⁴⁷¹. Ein wesentlicher Unterschied zwischen Assoziierungsabkommen und Richtlinien besteht darin, dass Richtlinien anders als Assoziierungsabkommen gerade auf Umsetzung in das nationale Recht angelegt sind. Die Möglichkeit der unmittelbaren Anwendbarkeit von Bestimmungen des Assoziierungsabkommens hängt nicht von dem Ablauf einer Umsetzungsfrist ab, sondern ist von Anfang an bei jeder Bestimmung gesondert zu ermitteln⁴⁷². Es trifft auch nicht zu, dass die Drittwirkung von Richtlinien einhellig abgelehnt wird. Jedenfalls für Richtlinien, die gemäß § 297 Abs. 2 S. 2 AEUV veröffentlichungsbedürftig sind, wird die Drittwirkung von einigen Stimmen befürwortet^{473, 474}. Die ablehnende Auffassung begründet die Vergleichbarkeit von Assoziierungsabkommen und Richtlinien hinsichtlich ihrer fehlenden Drittwirkung damit, dass sich Assoziierungsabkommen wie Richtlinien von ihrer Struktur her an den Staat bzw. an die Gemeinschaft richteten. Art. 216 Abs. 2 AEUV⁴⁷⁵, nach dessen Wortlaut die von der Union geschlossenen Übereinkünfte die Organe der Union und die Mitgliedstaaten binden, betone, ähnlich wie Art. 288 S. 3 AEUV⁴⁷⁶ in Bezug auf Richtlinien, die Bindung (nur) der Staaten durch Assoziierungsabkommen⁴⁷⁷. Zum einen lässt sich aus der Formulierung des Art. 216 Abs. 2 AEUV ebenso wenig wie aus Art. 288 S. 3 AEUV entnehmen, dass ausschließlich die Organe der Gemeinschaft und die Mitgliedstaaten verpflichtet werden können⁴⁷⁸. Zum anderen ist der Wortlaut des Art. 288 S. 3 AEUV als Hauptargument des EuGH gegen die Drittwirkung von Richtlinien⁴⁷⁹ insofern nicht

⁴⁷¹ Höller, Soziale Rechte Drittstaatsangehöriger nach europäischem Gemeinschaftsrecht, S. 160.

⁴⁷² S. o. Teil I II 1 f.

⁴⁷³ Generalanwalt Jacobs, Schlussanträge vom 27.01.1994, in der Rs. C-316/93, Slg. 1994 I, 763, Vaneetfeld, Rn. 18 ff; Generalanwalt Yves Bot, Schlussanträge vom 07.07.2009, in der Rs. C-555/07, Slg. 2010 I, 365, Küçükdeveci, Rn. 70f für eine negative unmittelbare Richtlinienwirkung im Privatrecht, bei der die Richtlinie die Anwendung einer entgegenstehenden nationalen Vorschrift im Privatrecht ausschließen kann; Mörsdorf, NJW 2010, S. 1046, 1048f.

⁴⁷⁴ Es bleibt auch die Entwicklung der Rechtsprechung des EuGH in der Frage der Drittwirkung von Richtlinien abzuwarten. Teilweise wird eine zunehmende Tendenz des EuGH dahingehend ausgemacht, dass der EuGH die Drittwirkung von Richtlinien annimmt, da der EuGH die Richtlinien bereits jetzt mittelbar zwischen Privaten gelten lässt, indem er sie zur Konkretisierung des allgemeinen Rechtsgrundsatzes im Sinne des Art. 6 Abs. 3 EUV heranzieht.

⁴⁷⁵ Ex- Art. 228 Abs. 7 EGV bzw. ex-Art. 300 Abs. 7 EGV „Die nach Maßgabe dieses Artikels geschlossenen Abkommen sind für die Organe der Gemeinschaft und für die Mitgliedstaaten verbindlich.“

⁴⁷⁶ „Die Richtlinie ist für jeden Mitgliedstaat, an den sie gerichtet wird, hinsichtlich des zu erreichenden Ziels verbindlich, überlässt jedoch den innerstaatlichen Stellen die Wahl der Form und der Mittel.“, ex-Art. 189 Abs. EGV bzw. ex-Art. 249 EGV.

⁴⁷⁷ Vgl. Weiß, Die Personenverkehrsfreiheiten von Staatsangehörigen assoziierter Staaten in der EU, S. 113.

⁴⁷⁸ Vgl. zu Richtlinien Generalanwalt Jacobs, Schlussanträge vom 27.01.1994 in der Rs. C-316/93, Slg. 1994 I, 763, Vaneetfeld, Rn. 20.

⁴⁷⁹ Generalanwalt Jacobs, Schlussanträge vom 27.01.1994 in der Rs. C-316/93, Slg. 1994 I, 763, Vaneetfeld, Rn. 20.

überzeugend, als der EuGH zur Auslegung von Gemeinschaftsrecht in der Regel nicht vorrangig auf den Wortlaut abstellt⁴⁸⁰. So hat der EuGH auch grundsätzlich entschieden, „dass die Tatsache, dass bestimmte Vertragsvorschriften ausdrücklich die Mitgliedstaaten ansprechen, nicht ausschließt, dass zugleich allen an der Einhaltung der so umschriebenen Pflichten interessierten Privatpersonen Rechte verliehen sein können“⁴⁸¹. Es ist daher nicht einzusehen, dass die Drittwirkung von Richtlinien vor allem von ihrer ausdrücklichen Erwähnung abhängig gemacht werden soll. Da im Assoziationsrecht die Zielsetzung der auszulegenden Regelung eine herausragende Rolle spielt, kann auch hier nicht dem Wortlaut die ausschlaggebende Bedeutung beigemessen werden. Auch die Drittwirkung von Bestimmungen in Assoziationsabkommen ist daher unter Berücksichtigung deren Zielsetzung und den Erfordernissen der praktischen Wirksamkeit zu bestimmen⁴⁸².

4. Reichweite der Diskriminierungsverbote

Der EuGH erweitert den assoziationsrechtlichen Diskriminierungsschutz auch entsprechend dem gemeinschaftsrechtlichen Diskriminierungsverbot auf mittelbare Diskriminierungen⁴⁸³. Hiergegen werden in der Literatur soweit ersichtlich keine Bedenken erhoben⁴⁸⁴.

Die der gemeinschaftsrechtlichen Auslegung im Rahmen des Art. 45 AEUV entsprechende Ausweitung des Diskriminierungsschutzes zu einem Beschränkungsverbot kommt nicht in Frage, da dieses ausdrücklich die Beschränkung des Freizügigkeitsrechtes untersagt. Nach der Rechtsprechung des EuGH folgt das Beschränkungsverbot aus der fundamentalen Bedeutung der Freizügigkeit in der Gemeinschaft⁴⁸⁵. Das Freizügigkeitsrecht steht assoziationsberechtigten türkischen Staatsangehörigen jedoch noch nicht zu⁴⁸⁶. Da sich die Vertragsparteien aber gemäß Art. 12 AssAbk bei der schrittweisen Herstellung der Freizügigkeit für türkische Arbeitnehmer von den

⁴⁸⁰ Generalanwalt Jacobs, Schlussanträge vom 27.01.1994 in der Rs. C-316/93, Slg. 1994 I, 763, Vaneetfeld, Rn. 20.

⁴⁸¹ EuGH, Urteil vom 06.06.2000, Slg. 2000 I, 4139, Angonese, Rn. 34; EuGH, Urteil vom 08.04.1976, Rs. 43/75, Slg. 1976, 455, Defrenne, Rn. 31.

⁴⁸² Vgl. *Gutmann*, AuR 2000, 81, 86.

⁴⁸³ Zu Art. 3 ARB 1/80, EuGH, Urteil vom 14.03.2000, C-102/98 und C-211/98, Slg. 2000 I, 1287, Kocak und Örs, Rn. 39.

⁴⁸⁴ *Franzen* in Streinz, Art. 45 AEUV, Rn. 65.

⁴⁸⁵ EuGH, Urteil vom 15.12.1995, Rs. C-415/93, Slg. 1995 I, 4921, Bosman, Rn. 93 ff.

⁴⁸⁶ *Randelzhofer/Forsthoff* in Grabitz/Hilf, Art. 39 EGV, Rn. 85, 89; EuGH, Urteil vom 11.05.2000, Rs. C-37/98, Slg. 2000 I, 2927, Savas, Rn. 59; EuGH, Urteil vom 23.01.1997, Rs. C-171/95, Slg. 1997 I, 329, Tetik, Rn. 29.

Artikeln, 48, 49 und 50 EGV⁴⁸⁷, also auch von den darin enthaltenen Diskriminierungsverboten leiten lassen sollen, spricht die Erweiterung des gemeinschaftsrechtlichen Diskriminierungsverbotes im Rahmen des Art. 45 Abs. 2 AEUV zu einem Beschränkungsverbot dafür, auch das assoziationsrechtliche Diskriminierungsverbot möglichst weit greifend und effektiv anzuwenden.

5. Rechtfertigung der Diskriminierung

Aus der in Teil 1 IV 1 begründeten entsprechenden Auslegung des assoziationsrechtlichen und des gemeinschaftsrechtlichen Diskriminierungsverbotes folgt, dass eine Diskriminierung im Assoziationsrecht grundsätzlich unter den gleichen Bedingungen zu rechtfertigen ist wie eine Diskriminierung im Gemeinschaftsrecht⁴⁸⁸. Dies bedeutet, dass unmittelbare Diskriminierungen nicht zu rechtfertigen sind. Mittelbare Diskriminierungen können bei Vorliegen objektiver Erwägungen gerechtfertigt sein, wenn sie in einem angemessenen Verhältnis zu den Zwecken stehen, die mit den nationalen Rechtsvorschriften zulässigerweise verfolgt werden⁴⁸⁹. Eine Diskriminierung durch Dritte ist im Assoziationsrecht ebenso unter vereinfachten Voraussetzungen zu rechtfertigen wie im Gemeinschaftsrecht im engeren Sinne: wirtschaftliche Erwägungen reichen aus. Zu der Frage, ob im Rahmen assoziationsrechtlicher Diskriminierungsverbote ein *ordre public*-Vorbehalt gilt, wird bei der Erörterung der einzelnen Diskriminierungsverbote Stellung genommen⁴⁹⁰.

V. Wesentliche Zwischenergebnisse

Wesentlich und für die weitere Bearbeitung besonders bedeutsam sind folgende Zwischenergebnisse: Der Begriff der Diskriminierung und die Voraussetzungen einer verbotenen Diskriminierung wurden vor allem im Rahmen der gemeinschaftsrechtlichen Diskriminierungsverbote entwickelt. Die in diesem Zusammenhang gefundenen Ergebnisse sind auf den assoziationsrechtlichen Diskriminierungsbegriff zu übertragen. Voraussetzung einer Diskriminierung ist zunächst die Ungleichbehandlung gleicher oder die Gleichbehandlung ungleicher Sachverhalte. Grundsätzlich ist anhand des konkreten Einzelfalles zu ermitteln, welche Umstände zur Ermittlung der Vergleichbarkeit der Sachverhalte herangezogen werden müssen. Eine Vergleichbarkeit

⁴⁸⁷ Jetzt Art. 45, 46, 47 AEUV.

⁴⁸⁸ Vgl. auch *Randelzhofer/Forsthoff* in Grabitz/Hilf, Art. 39 EGV, Rn. 118.

⁴⁸⁹ Zu Art. 3 ARB Nr. 3/80, EuGH, Urteil vom 14.03.2000, C-102/98 und C-211, Slg. 2000 I, 1287, Kocak und Örs, Rn. 52.

⁴⁹⁰ S. u. Teil 3.

der Sachverhalte ist gegeben, wenn diese in den wesentlichen Merkmalen übereinstimmen. Hierbei sind der Wortlaut und die Ziele des Assoziationsrechtes in dem betroffenen Sachgebiet zu berücksichtigen. Aus dem in dem Diskriminierungsverbot enthaltenen verbotenen Differenzierungskriterium ergeben sich in der Regel Anhaltspunkte dafür, was wesentlich ist. Das verbotene Differenzierungskriterium selbst ist dagegen immer unwesentlich. Eine Gleichbehandlung liegt dann vor, wenn der Sachverhalt dieselben Rechtsfolgen nach sich zieht. Eine Ungleichbehandlung ist dann gegeben, wenn die Rechtsfolgen unterschiedlich sind. Die Diskriminierung muss von demselben Hoheitsträger ausgehen. Eine Intention des Gesetzgebers zur Diskriminierung ist nicht erforderlich. Die Ungleich- bzw. Gleichbehandlung muss eine tatsächliche Benachteiligung nach sich ziehen. Auch die assoziationsrechtlichen Diskriminierungsverbote umfassen unmittelbare und mittelbare Diskriminierungen. Eine unmittelbare Diskriminierung liegt vor, wenn die Ungleichbehandlung direkt am verbotenen Kriterium anknüpft. Eine mittelbare Diskriminierung ist gegeben, wenn die Regelung durch Anknüpfung an ein neutrales Kriterium zu dem gleichen Ergebnis führt, als wenn sie ausdrücklich am verbotenen Unterscheidungsmerkmal anknüpfen würde. Primärrechtliche Diskriminierungsverbote sind grundsätzlich in der Lage, Drittwirkung zu entfalten. Die in den ARB Nr. 1/80 und Nr. 3/80 enthaltenen Diskriminierungsverbote können Privaten dagegen nicht entgegengehalten werden. Anders als gemeinschaftsrechtliche Diskriminierungsverbote können assoziationsrechtliche Diskriminierungsverbote nicht zu einem Beschränkungsverbot erweitert werden. Unmittelbare Diskriminierungen sind nicht zu rechtfertigen. Mittelbare Diskriminierungen können bei Vorliegen objektiver Erwägungen gerechtfertigt sein, wenn sie in einem angemessenen Verhältnis zu den Zwecken stehen, die mit den nationalen Rechtsvorschriften zulässigerweise verfolgt werden.

Teil 3

Beschäftigungsbezogene und soziale Rechte türkischer Arbeitnehmer und ihrer Familienangehörigen aus den assoziationsrechtlichen Diskriminierungsverboten

Im dritten Teil der Arbeit sollen nun die assoziationsrechtlichen Bestimmungen, welche Diskriminierungsverbote zu Gunsten türkischer Arbeitnehmer und ihrer Familien-

angehörigen enthalten, im Hinblick auf beschäftigungsbezogene und soziale Rechte untersucht werden.

Im Assoziationsrecht sind an verschiedenen Stellen Diskriminierungsverbote enthalten, aus denen sich beschäftigungsbezogene und soziale Rechte ergeben können.

I. Das unspezifische Diskriminierungsverbot aus Gründen der Staatsangehörigkeit in Art. 9 AssAbk

Das Assoziationsabkommen enthält mit Art. 9 ein unspezifisches Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit: Art. 9 AssAbk bestimmt, „dass für den Anwendungsbereich des Abkommens unbeschadet der besonderen Bestimmungen, die möglicherweise auf Grund von Artikel 8 noch erlassen werden, dem in Artikel 7 des Vertrages zur Gründung der Gemeinschaft⁴⁹¹ verankerten Grundsatz entsprechend jede Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit verboten ist“. Da dieses Diskriminierungsverbot weit gefasst ist, könnte es grundsätzlich auch vor Diskriminierungen im Bereich der beschäftigungsbezogenen und sozialen Rechte schützen.

1. Unmittelbare Anwendbarkeit

Nach den unter Teil 1 II 1 f dargelegten Grundsätzen zur Ermittlung der unmittelbaren Anwendbarkeit ist dem Art. 9 AssAbk unmittelbare Anwendbarkeit zuzuerkennen. Er enthält unter Berücksichtigung seines Wortlauts und im Hinblick auf den Sinn und Zweck des Abkommens eine klare und eindeutige Verpflichtung, deren Erfüllung oder deren Wirkungen nicht vom Erlass eines weiteren Aktes abhängen⁴⁹². Generalanwalt La Pergola hat sich in seinen Schlussanträgen zu der Rechtssache *Sürü*⁴⁹³ ausführlich mit der unmittelbaren Anwendbarkeit des Art. 9 AssAbk auseinandergesetzt. Aus dem Wortlaut der Vorschrift ergebe sich unzweifelhaft die Verpflichtung der Vertragsparteien, „die Gleichbehandlung von Gemeinschaftsbürgern und türkischen Staatsangehörigen auf den in den Anwendungsbereich des Abkommens fallenden Gebieten zu gewährleisten.“⁴⁹⁴ Die Wirkungen dieses Diskriminierungsverbotes hänge nicht vom Erlass irgendwelcher weiterer Maßnahmen ab, es sei somit vergleichbar mit

⁴⁹¹ Jetzt Art. 18 AEUV.

⁴⁹² Vgl. zu den Voraussetzungen der unmittelbaren Anwendbarkeit der Bestimmungen des Assoziationsabkommens, EuGH, Urteil vom 30.09.1987, Rs. C-12/86, Slg. 1987, 3719, Demirel, Rn. 14.

⁴⁹³ EuGH, Urteil vom 04.05.1999, Rs. C-262/96, Slg. 1999 I, 2685, Sürül.

⁴⁹⁴ GA La Pergola, Schlussanträge vom 17.12.1998 in der Rs. C-262/96, Slg. 1999 I, 2685, Sürül, Rn. 7.

dem in Art. 6 EGV⁴⁹⁵ enthaltenen Diskriminierungsverbot⁴⁹⁶. Auch erfülle die Vorschrift des Art. 9 AssAbk denselben Zweck wie die Vorschrift des Art. 6 EGV⁴⁹⁷. Auch die ausdrückliche Bezugnahme des Art. 9 AssAbk bzw. jetzt auf Art. 18 AEUV, dessen unmittelbare Anwendbarkeit vom EuGH anerkannt ist⁴⁹⁸, spricht für die unmittelbare Anwendbarkeit des Art. 9 AssAbk⁴⁹⁹.

2. Anwendungsbereich des Abkommens

Das Diskriminierungsverbot gilt nach dem Wortlaut des Art. 9 AssAbk im Anwendungsbereich des Abkommens. Grundsätzlich kann das Diskriminierungsverbot des Art. 9 AssAbk alle Regelungen betreffen, die im Zusammenhang mit dem Ziel des Abkommens stehen⁵⁰⁰. Dieses besteht zum einen darin, die beständige und ausgewogene Verstärkung der Handels- und Wirtschaftsbeziehungen zwischen den Vertragsparteien zu fördern und dabei die Notwendigkeit zu berücksichtigen, dass hierbei der beschleunigte Aufbau der türkischen Wirtschaft sowie die Hebung des Beschäftigungsstandes und der Lebensbedingungen des türkischen Volkes gewährleistet werden (Art. 2 Abs. 1 AssAbk). Zur Verwirklichung dieses Ziels ist die schrittweise Errichtung einer Zollunion vorgesehen (Art. 2 Abs. 2 AssAbk). Wesentliche Ziele des Abkommens sind aber auch die schrittweise Herstellung der Freizügigkeit der Arbeitnehmer, (Art. 12 AssAbk), die Aufhebung der Beschränkung der Niederlassungsfreiheit (Art. 13 AssAbk) und die Aufhebung der Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs (Art. 14 AssAbk). Diese ausdrücklich formulierten Ziele sind vor der in der Begründungserwägung des Abkommens dargelegten Motivation zu betrachten, den späteren Beitritt der Türkei zur EU zu erleichtern. Der Anwendungsbereich des Diskriminierungsverbotes ist damit sehr weit gefasst.

3. Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit

Der Art. 9 AssAbk verbietet im Anwendungsbereich des Abkommens jede Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit. Bei Vorliegen vergleichbarer Sachverhalte darf somit grundsätzlich weder unmittelbar noch mittelbar eine unterschiedliche Rechtsfolge an die Staatsangehörigkeit der Betroffenen geknüpft werden. Eine

⁴⁹⁵ Jetzt Art. 18 AEUV.

⁴⁹⁶ GA La Pergola, Schlussanträge vom 17.12.1998 in der Rs. C-262/96, Slg. 1999 I, 2685, Sürül, Rn. 7.

⁴⁹⁷ GA La Pergola, Schlussanträge vom 17.12.1998 in der Rs. C-262/96, Slg. 1999 I, 2685, Sürül, Rn. 8.

⁴⁹⁸ Zu Art. 7 Abs. 1 EWG-Vertrag: EuGH, Urteil vom 20.10.1993, verb. Rs. 92/92 und 326/92, Slg. 1993 I, 5145, Phil Collins, Rn. 34.

⁴⁹⁹ Höller in Fuchs, Europäisches Sozialrecht, S. 913, Teil 12, Rn. 31.

⁵⁰⁰ Vgl. BayVGh, Urteil vom 24.11.2011, 4 N 11.1412, juris, Rn. 42.

mittelbare Diskriminierung kann aber bei Vorliegen objektiver Erwägungen gerechtfertigt sein, wenn sie in einem angemessenen Verhältnis zu den Zwecken stehen, die mit den nationalen Rechtsvorschriften zulässigerweise verfolgt werden⁵⁰¹.

4. *Drittwirkung*

Es wurde bereits geklärt, dass Art. 9 AssAbk grundsätzlich in der Lage sein kann, Drittwirkung, d.h. Wirkung gegen Private zu erlangen⁵⁰². Da der Art. 9 AssAbk in seinem Inhalt dem Art. 18 AEUV entspricht und sogar auf diesen verweist, ist hier gleichermaßen davon auszugehen, dass das Diskriminierungsverbot aus Art. 9 AssAbk Wirkung gegen Private entfaltet. Auch im Rahmen des Assoziierungsabkommens handelt es sich um ein grundlegendes Prinzip, welches in seiner Wirksamkeit zu stark beschränkt wäre, wenn es Private nicht verpflichten könnte. Zur Vermeidung eines unverhältnismäßigen Eingriffs in die Privatautonomie ist aber auch im Rahmen des Art. 9 AssAbk zu fordern, dass im Rahmen der Rechtsverhältnisse ein gewisses Machtverhältnis zu Gunsten desjenigen besteht, gegen den das Diskriminierungsverbot geltend gemacht wird⁵⁰³.

5. *Subsidiarität*

Art. 9 AssAbk gilt ausweislich seines Wortlauts „unbeschadet der besonderen Bestimmungen, die möglicherweise auf Grund von Art. 8 AssAbk noch erlassen werden“. Unbeschadet bedeutet hier vorbehaltlich⁵⁰⁴. Bestimmungen im Sinne des Art. 8 AssAbk sind insbesondere die in den Assoziationsratsbeschlüssen enthaltenen Regelungen. Art. 9 AssAbk ist in Bezug auf die hier ins Auge gefassten beschäftigungsbezogenen und sozialen Rechte insoweit subsidiär zu den Art. 9 und 10 ARB Nr. 1/80 und Art. 3 und 6 ARB Nr. 3/80⁵⁰⁵. Fraglich ist, ob der Art. 9 AssAbk als Auffangtatbestand dienen kann in den Fällen, in denen die Diskriminierungsverbote aus den Assoziationsratsbeschlüssen nicht greifen. Der EuGH hat jedoch in der Sache *Öztürk* festgestellt, dass aus dem Wortlaut der Vorschrift, wonach Diskriminierungen „unbeschadet der besonderen Bestimmungen, die möglicherweise vom Assoziationsrat

⁵⁰¹ Zu Art. 3 ARB 1/80: EuGH, Urteil vom 14.03.2000, Rs. C-102/98 und C-211, Slg. 2000 I, 1287, Kocak und Örs, Rn. 52.

⁵⁰² S.o. Teil 2 III 4.

⁵⁰³ Vgl. oben Teil 2 III 4.

⁵⁰⁴ Zu Art. 18 AEUV: *Bogdandy* in Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 18 AEUV, Rn. 55; EuGH, Urteil vom 14.07.1977, Rs. 8/77, Slg. 1977, 1495, Sagulo, Rn. 11.

⁵⁰⁵ EuGH, Urteil vom 12.02.2004, Rs. C-373/02, Slg. 2004 I, 3605, *Öztürk*, Rn. 49; EuGH, Urteil vom 14.03.2000, Rs. C-102/98 und C-211, Slg. 2000 I, 1287, Kocak und Örs, Rn. 36; GA Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer, Schlussanträge vom 12.02.2004 in der Rs. 373/02, Slg. 2004 I, 3605, *Öztürk*, Rn. 25 ff.

noch erlassen werden“ verboten sind, folgt, dass Art. 9 AssAbk nicht autonom anwendbar ist in Bereichen, in denen der Assoziationsrat ein spezielles Diskriminierungsverbot erlassen hat⁵⁰⁶. Bei der vorliegenden Untersuchung geht es ausschließlich um Bereiche, zu denen spezielle Diskriminierungsverbote bestehen. Das Diskriminierungsverbot aus Art. 9 AssAbk hat für die beschäftigungsbezogenen und sozialen Rechtspositionen türkischer Arbeitnehmer und ihrer Familienangehöriger somit keine eigenständige Bedeutung.

II. Das beschäftigungsbezogene Diskriminierungsverbot in Art. 37 ZP

Art. 37 ZP verbietet die Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit der in der Gemeinschaft beschäftigten türkischen Arbeitnehmer in Bezug auf die Arbeitsbedingungen und das Entgelt im Vergleich zu Staatsangehörigen der anderen Mitgliedstaaten. Da das in Art. 37 ZP enthaltene Diskriminierungsverbot fast wortgleich in Art. 10 Abs. 1 ARB Nr. 1/80 wiederholt wird, sollen hier im Rahmen des Art. 37 ZP lediglich die Punkte ausführlich erörtert werden, die in Bezug auf die beiden Vorschriften jeweils eigenständig zu beurteilen sind bzw. aus denen sich für die Betroffenen möglicherweise eigene Rechtsfolgen ergeben.

1. Unmittelbare Anwendbarkeit

Art. 37 ZP ist nach den oben unter Teil 1 II 1 f dargelegten Kriterien unmittelbar anwendbar, da er klar, genau und unbedingt ein Verbot für jeden Mitgliedstaat aufstellt, ordnungsgemäß im Gebiet eines Mitgliedstaates beschäftigte türkische Arbeitnehmer aufgrund ihrer Staatsangehörigkeit hinsichtlich der Entlohnung und der übrigen Arbeitsbedingungen im Vergleich zu EU-Staatsangehörigen zu diskriminieren⁵⁰⁷.

2. Verhältnis des Art. 37 ZP zu Art. 9 AssAbk und Art. 10 Abs. 1 ARB Nr. 1/80

Art. 37 ZP ergänzt und konkretisiert das Diskriminierungsverbot des Art. 9 AssAbk⁵⁰⁸. Das in Art. 37 ZP enthaltene Diskriminierungsverbot wird fast wortgleich in Art. 10 Abs. 1 ARB Nr. 1/80 wiederholt. Der Art. 10 Abs. 1 ARB Nr. 1/80 betrifft seinem Wortlaut nach allerdings insofern einen weiteren Personenkreis als der Art. 37 ZP, als er Arbeitnehmer begünstigt, die dem regulären Arbeitsmarkt angehören⁵⁰⁹. Dem Ar-

⁵⁰⁶ EuGH, Urteil vom 12.02.2004, Rs. C-373/02, Slg. 2004 I, 3605, Öztürk, Rn. 49.

⁵⁰⁷ EuGH, Beschluss vom 25.08.2008, Rs. C-152/08, Slg. 2008 I, 6291, Real Sociedad de futbol SAD, Rn. 28 f; vgl. auch *Dienelt*, NVwZ 2003, 54.

⁵⁰⁸ *Gutmann*, AuR 2000, 81, 82, *Gutmann* in GK-AufenthG, IX – 1 Art. 10 ARB Nr. 1/80, Rn. 5.

⁵⁰⁹ *Gutmann*, AuR 2000, 81, 82

beitsmarkt gehört auch an, wer nach Beendigung seiner Erwerbstätigkeit für einen angemessenen Zeitraum eine Beschäftigung sucht und diesbezüglich alle in dem Mitgliedstaat vorgesehenen Formalitäten erfüllt⁵¹⁰. Eine aktuelle Beschäftigung ist insoweit anders als in Art. 37 ZP nicht erforderlich⁵¹¹. Auf der anderen Seite könnte eine Begünstigung durch Art. 10 ARB Nr. 1/80 wegen des Erfordernisses der Zugehörigkeit zum *regulären* Arbeitsmarkt von strengeren Voraussetzungen abhängen als die Rechte aus Art. 37 ZP, der lediglich von der Beschäftigung und nicht von einer regulären oder ordnungsgemäßen Beschäftigung spricht. Somit stellt sich die Frage, ob Art. 37 ZP auch nicht ordnungsgemäß beschäftigte Arbeitnehmer begünstigt⁵¹².

3. Ordnungsgemäße Beschäftigung erforderlich?

Gegen das Erfordernis einer ordnungsgemäßen, d.h. den aufenthalts- und arbeitserlaubnisrechtlichen Anforderungen entsprechende Beschäftigung, könnte wie oben erwähnt der Wortlaut des Art. 37 ZP sprechen, der die Rechtmäßigkeit der Beschäftigung nicht voraussetzt. Die Zielsetzung des Art. 37 ZP, der Herbeiführung der Freizügigkeit durch Förderung der Integration der türkischen Arbeitnehmer zu dienen, spricht jedoch dafür, eine ordnungsgemäße Beschäftigung vorauszusetzen⁵¹³. Es wäre widersprüchlich, den unrechtmäßigen Aufenthalt oder die unrechtmäßige Erwerbstätigkeit durch ein Diskriminierungsverbot indirekt zu begünstigen mit dem Argument, die Integration der Betroffenen solle gefördert werden. Eine rechtliche Integration ist bei unrechtmäßigem Aufenthalt oder einer unrechtmäßigen Beschäftigung nicht möglich. Auch angesichts der weit reichenden Rechte, die sich aus dem Diskriminierungsverbot des Art. 37 ZP ergeben⁵¹⁴, muss die Beschäftigung daher den aufenthalts- und arbeitserlaubnisrechtlichen Vorschriften genügen. Darüber hinaus muss der Arbeitnehmer über eine gesicherte und nicht nur vorläufige Position auf dem Arbeitsmarkt verfügen⁵¹⁵. Die Beschäftigung während der Zeit, in der die Klage gegen die Versagung der Verlängerung der Aufenthaltserlaubnis aufschiebende Wirkung entfaltet, ist daher beispielsweise nicht ordnungsgemäß in diesem Sinne⁵¹⁶. Das Gleiche gilt für die Zeiten, in denen der Arbeitnehmer im Besitz einer Aufenthaltsgestattung oder einer Fiktionsbescheinigung im Sinne des § 81 Abs. 3 AufenthG

⁵¹⁰ S. u. Teil 3 IV 3.

⁵¹¹ Im Einzelnen s. u. Teil 3 IV 3.

⁵¹² Gutmann in GK-AufenthG, IX - 1 Art. 10 ARB Nr. 1/80, Rn. 15.

⁵¹³ Gutmann in GK-AufenthG, IX - 1 Art. 10 ARB Nr. 1/80, Rn. 15.

⁵¹⁴ S.u. Teil 3 II 4.

⁵¹⁵ EuGH, Urteil vom 20.09.1990, Rs. C-192/89, Slg. 1990 I, 3461, Sevince, Rn. 30.

⁵¹⁶ EuGH, Urteil vom 20.09.1990, Rs. C-192/89, Slg. 1990 I, 3461, Sevince, Rn. 32.

ist⁵¹⁷. Insoweit gewährt Art. 37 ZP keine weiter reichenden Rechte als Art. 10 Abs. 1 ARB Nr. 1/80.

4. Drittwirkung des Art. 37 ZP und ihre Reichweite

Eine eigenständige Bedeutung hat Art. 37 ZP allerdings in Bezug auf die Frage der Drittwirkung der Diskriminierungsverbote. Wie oben dargelegt⁵¹⁸ kann eine Drittwirkung der Diskriminierungsverbote sich hier nur aus den Vorschriften des Abkommens und des Zusatzprotokolls ergeben.

a. Drittwirkung

Die im primären Assoziationsrecht enthaltenen Diskriminierungsverbote sind grundsätzlich in der Lage, Drittwirkung zu entfalten⁵¹⁹. Für die Verpflichtung Privater durch das Diskriminierungsverbot aus Art. 37 ZP spricht ebenso wie bei Art. 45 Abs. 2 AEUV der Grundsatz des *effet utile*. Art. 37 ZP garantiert Diskriminierungsfreiheit in Bezug auf Arbeitsbedingungen und Entgelt. Da Arbeitsverhältnisse in der Mehrzahl der Fälle zwischen Privaten eingegangen werden, wäre der Art. 37 ZP eines Großteils seiner Wirksamkeit beraubt, wenn er private Arbeitgeber nicht verpflichten könnte⁵²⁰. Zu Gunsten der Drittwirkung von Art. 37 ZP kann Art. 7 Abs. 4 VO Nr. 492/2011 angeführt werden, wonach sich das Diskriminierungsverbot aus Art. 45 Abs. 2 AEUV ausdrücklich auf privatrechtliche Rechtsverhältnisse erstreckt. Die VO Nr. 492/2011 konkretisiert zunächst das Diskriminierungsverbot aus Art. 45 Abs. 2 AEUV. Da die sich entsprechenden gemeinschaftsrechtlichen und assoziationsrechtlichen Diskriminierungsverbote wie oben dargelegt grundsätzlich übereinstimmend auszulegen sind, sind auch die Konkretisierungen der VO Nr. 492/2011 grundsätzlich gleichermaßen zu berücksichtigen⁵²¹. Aufgrund der Konkretisierungsfunktion des Art. 7 Abs. 4 VO Nr. 492/2011 kann diese Vorschrift zwar kein eigenes Recht schaffen und somit nicht eigenständig die Drittwirkung des Diskriminierungsverbotes festlegen. Allerdings ist ihr zu entnehmen, dass der Gemeinschaftsgesetzgeber davon ausgegangen ist, dass das Diskriminierungsverbot in Bezug auf Zugang zur Beschäftigung, Entlohnung und sonstige Arbeits- und Kündigungsbedingungen Drittwirkung entfaltet.

⁵¹⁷ Dienelt in Renner, Art. 6 ARB Nr. 1/80, Rn. 36; BVerwG, Beschluss vom 27.08.1997, 1 B 169/97, juris, Leitsatz, Rn. 5.

⁵¹⁸ S.o. Teil 2 IV 3.

⁵¹⁹ S.o. Teil 2 IV 3.

⁵²⁰ Gutmann, AuR 2000, 81, 86.

⁵²¹ Heyer, Diskriminierungs- und Beschränkungsverbot im Rahmen der gemeinschaftsrechtlichen Arbeitnehmerfreizügigkeit, S. 299.

Wie bei Art. 45 Abs. 2 AEUV ist auch im Rahmen des Art. 37 ZP nicht erforderlich, dass der Dritte über eine besondere Machtposition verfügt bzw. die Vorschrift impliziert bereits, dass der Verpflichtete sich in einer Machtposition befindet, da es sich bei dem Verpflichteten in der Regel um den Arbeitgeber handelt.

b. Auswirkung der Drittwirkung auf die Abschluss- und Inhaltsfreiheit?

Es stellt sich die Frage, ob das Diskriminierungsverbot einen Einfluss auf die Vertragsfreiheit bei Abschluss des Arbeitsvertrages hat oder ob es sich lediglich auf den Inhalt auswirken kann. Grundsätzlich kann zur Bestimmung der Reichweite auf die Konkretisierung in Art. 7 Abs. 4 VO Nr. 492/2011 zurück gegriffen werden⁵²². Danach sind diskriminierende Bestimmungen in Einzelarbeitsverträgen betreffend Zugang zur Beschäftigung, Beschäftigung, Entlohnung und alle übrigen Arbeits- und Kündigungsbedingungen nichtig. Das Diskriminierungsverbot könnte über das Kriterium „Zugang zur Beschäftigung“ einen Einfluss auf die Frage haben, ob der Arbeitsvertrag mit dem türkischen Arbeitnehmer geschlossen werden muss bzw. ob diesem in gleicher Weise wie EU-Staatsangehörigen Vorrang bei der Einstellung gewährt werden muss. Eine Auswirkung des Diskriminierungsverbotes auf die Abschlussfreiheit verbietet sich aber bereits aufgrund des Wortlauts des Art. 37 ZP. Selbst wenn der Begriff der Arbeitsbedingungen hier weit verstanden wird⁵²³, so umfasst dieser grundsätzlich die Bedingungen, unter denen die konkrete Beschäftigung ausgeübt wird⁵²⁴. Das Vorliegen eines Arbeitsvertrages ist also bereits Voraussetzung. Die Frage, ob der Vertrag mit dem türkischen Arbeitnehmer abgeschlossen werden muss, kann nicht betroffen sein. Das Diskriminierungsverbot kann somit Einfluss haben auf den Inhalt des Arbeitsvertrages, die Entscheidung über die Einstellung an sich verbleibt dem Arbeitgeber uneingeschränkt⁵²⁵. Zur Unterstützung dieses Ergebnisses kann auch auf Art. 8 Abs. 2 ARB Nr. 1/80 verwiesen werden, wonach sich die Arbeitsämter der Mitgliedstaaten lediglich zu bemühen haben, „die bei ihnen eingetragenen offenen Stellen, die nicht durch dem regulären Arbeitsmarkt dieses Mitgliedstaats angehörende Arbeitskräfte aus der Gemeinschaft besetzt werden konnten, mit regulär als Arbeitslose gemeldeten türkischen Arbeitnehmern zu besetzen,

⁵²² Heyer, Diskriminierungs- und Beschränkungsverbot im Rahmen der gemeinschaftsrechtlichen Arbeitnehmerfreizügigkeit, S. 300.

⁵²³ S.u. Teil 3 IV 4 b.

⁵²⁴ Gutmann in GK-AufenthG, IX – 1 Art. 10 ARB Nr. 1/80, Rn. 19.

⁵²⁵ Heyer, Diskriminierungs- und Beschränkungsverbot im Rahmen der gemeinschaftsrechtlichen Arbeitnehmerfreizügigkeit, S. 300 f.

die im Hoheitsgebiet des genannten Mitgliedstaats ihren ordnungsgemäßen Wohnsitz haben“. Wenn schon diese staatlichen Stellen nicht verpflichtet sind, türkische Staatsangehörige wie EU-Staatsangehörige zu bevorzugen, kann dies von privaten Arbeitgebern erst recht nicht verlangt werden⁵²⁶. Demnach wirkt sich die Drittwirkung des Diskriminierungsverbotes nicht auf die Frage aus, ob ein Vertrag abgeschlossen werden muss, dem Diskriminierungsverbot unterliegt nur der Inhalt des Vertrages.

5. *Ordre public*-Vorbehalt?

Fraglich ist, ob die Gewährung der Rechte aus Art. 37 ZP unter einem *ordre public*-Vorbehalt stehen. Eine dem Art. 14 ARB Nr. 1/80 entsprechende Regelung enthält das Zusatzprotokoll nicht. Da das sekundäre Assoziationsrecht die Rechte aus dem primären Assoziationsrecht nicht einschränken kann, gilt der *ordre public*-Vorbehalt des Art. 14 ARB Nr. 1/80 im Rahmen des Art. 37 ZP nicht⁵²⁷. Es besteht in Bezug auf das Diskriminierungsverbot des Art. 37 ZP auch kein gemeinschaftsrechtlicher *ordre public*-Vorbehalt, der übertragen werden könnte. Art. 45 Abs. 2 AEUV gewährt die Abschaffung jeder auf der Staatsangehörigkeit beruhenden unterschiedlichen Behandlung der Arbeitnehmer der Mitgliedstaaten in Bezug auf Beschäftigung, Entlohnung und sonstige Arbeitsbedingungen grundsätzlich unbeschränkt⁵²⁸.

III. Das Verbot der Diskriminierung zwischen den türkischen Staatsangehörigen untereinander in Art. 58 ZP

In Art. 58, 2. Spiegelstrich ZP ist bestimmt, dass die von der Gemeinschaft gegenüber der Türkei angewandte Regelung in den von dem Zusatzprotokoll erfassten Bereichen zu keinen Diskriminierungen zwischen den türkischen Staatsangehörigen oder Gesellschaften führen darf.

Soweit ersichtlich liegt zu dieser Bestimmung noch keinerlei Rechtsprechung vor.

Die Bestimmung ist nicht unmittelbar anwendbar. Sie enthält zwar eine klare und eindeutige Verpflichtung, Diskriminierungen zwischen türkischen Staatsangehörigen oder Gesellschaften in den von dem Zusatzprotokoll erfassten Bereichen durch ge-

⁵²⁶ *Heyer*, Diskriminierungs- und Beschränkungsverbot im Rahmen der gemeinschaftsrechtlichen Arbeitnehmerfreizügigkeit, S. 300.

⁵²⁷ *Gutmann* in GK-AufenthG, IX – 1 Art. 10 ARB Nr. 1/80, Rn. 22

⁵²⁸ S.o. Teil 2 III 7.

meinschaftsrechtliche Regelungen zu unterlassen. Das Zusatzprotokoll regelt unter anderem die schrittweise Herstellung der assoziationsrechtlichen Freizügigkeit. Allerdings betrifft das Diskriminierungsverbot die „von der Gemeinschaft gegenüber der Türkei“ angewandten Regelungen. Festgelegt ist hier also, dass das Assoziationsrecht selbst nicht zu Diskriminierungen der türkischen Staatsangehörigen oder Gesellschaften untereinander führen darf. Darüber hinaus befindet sich der Art. 58 ZP in Titel IV des Zusatzprotokolls, welcher mit „Allgemeine und Schlussbestimmungen“ überschrieben ist. Auch dies deutet hier darauf hin, dass sich aus der Bestimmung keine konkreten Rechte für den Einzelnen ableiten lassen sollen. Die Vorschrift kann von den türkischen Staatsangehörigen daher allenfalls im Rahmen der Auslegung assoziationsrechtlicher Regelungen vorgebracht werden. Allerdings sind nur schwer assoziationsrechtliche Regelungen vorstellbar, die im Bereich der Freizügigkeit zu einer Diskriminierung der türkischen Staatsangehörigen untereinander führen könnten.

IV. Das beschäftigungsbezogene Diskriminierungsverbot in Art. 10 Abs. 1 ARB Nr. 1/80

1. Unmittelbare Anwendbarkeit

Art. 10 Abs. 1 ARB Nr. 1/80 ist unmittelbar anwendbar⁵²⁹. Die Bestimmung lautet: „Die Mitgliedstaaten der Gemeinschaft räumen den türkischen Arbeitnehmern, die ihrem regulären Arbeitsmarkt angehören, eine Regelung ein, die gegenüber den Arbeitnehmern aus der Gemeinschaft hinsichtlich des Arbeitsentgeltes und der sonstigen Arbeitsbedingungen jede Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit ausschließt.“ Der EuGH hat in seiner Entscheidung *Wählergruppe Gemeinsam* festgestellt, „dass diese Bestimmung in klaren, eindeutigen und unbedingten Worten das Verbot für die Mitgliedstaaten aufstellt, türkische Wanderarbeitnehmer, die ihrem regulären Arbeitsmarkt angehören, hinsichtlich des Arbeitsentgeltes und der sonstigen Arbeitsbedingungen aufgrund ihrer Staatsangehörigkeit zu diskriminieren.“⁵³⁰ Die Vorschrift sei daher kein reiner Programmsatz, enthalte vielmehr auf dem Gebiet der Arbeits- und Entgeltbedingungen einen eindeutigen und unbedingten Grundsatz, der

⁵²⁹ EuGH, Urteil vom 25.07.2008, Rs. C-152/08, Slg. 2008 I, 6291, *Real Sociedad de Futbol SAD*, Rn. 29 ff; EuGH, Urteil vom 25.03.2004, Rs. C-171/02, Slg. 2003 I, 4301, *Kommission / Portugal*, Rn. 57 – 67; EuGH, Urteil vom 08.05.2003, Rs. C-171/01, Slg. 2003 I, 4301, *Wählergruppe Gemeinsam*, Rn. 54 ff; BAG, Urteil vom 22.03.2000, 7 AZR 226/98, juris, Rn. 21.

⁵³⁰ EuGH, Urteil vom 08.05.2003, Rs. C-171/01, Slg. 2003 I, 4301, *Wählergruppe Gemeinsam*, Rn. 57.

bestimmt genug sei, um von einem nationalen Gericht angewandt werden zu können und sei daher in der Lage, die Rechtsstellung des Einzelnen zu regeln⁵³¹. Nach Auffassung des EuGH stellt der Art. 10 ARB Nr. 1/80 die Durchführung und Konkretisierung des in Art. 9 AssAbk enthaltenen Verbots der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit für den Bereich des Arbeitsentgelts und der sonstigen Arbeitsbedingungen dar⁵³². Zur Begründung der unmittelbaren Anwendbarkeit bezieht sich der EuGH auch auf die Funktion der Vorschriften des Kapitels II Abschnitt 1 des ARB Nr. 1/80, zu denen auch Art. 10 ARB Nr. 1/80 gehört, den Weg zur Freizügigkeit für türkische Arbeitnehmer zu ebnen⁵³³.

2. Begünstigter Personenkreis

Zu untersuchen ist, welcher Personenkreis von dem Diskriminierungsverbot aus Art. 10 Abs. 1 ARB Nr. 1/80 begünstigt ist. Nach seinem Wortlaut sind dies die Arbeitnehmer. Hier ist zunächst der entsprechende Arbeitnehmerbegriff zu klären. Weiter ist zu erörtern, ob auch Familienangehörige des Arbeitnehmers von dem Diskriminierungsverbot profitieren können, obwohl diese nicht ausdrücklich in der Vorschrift genannt sind.

a. Arbeitnehmer

Der EuGH hat in der Rechtssache *Birden* festgestellt, dass der Begriff des Arbeitnehmers im Assoziationsrecht die gleiche Bedeutung hat wie im Gemeinschaftsrecht im engeren Sinne und weit auszulegen ist⁵³⁴. Dabei sei der Begriff anhand objektiver Kriterien, die das Arbeitsverhältnis im Hinblick auf die Rechte und Pflichten des Betroffenen kennzeichnen, zu definieren⁵³⁵. Arbeitnehmer sei danach „jeder, der eine tatsächliche und echte Tätigkeit ausübt, wobei solche Tätigkeiten außer Betracht bleiben, die wegen ihres geringen Umfangs völlig untergeordnet und unwesentlich sind“⁵³⁶. Wesentlich für das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses sei, „dass jemand während einer bestimmten Zeit für einen anderen nach dessen Weisung Leistungen erbringt, für die er als Gegenleistung eine Vergütung erhält“⁵³⁷. Unerheblich sei die Art

⁵³¹ EuGH, Urteil vom 08.05.2003, Rs. C-171/01, Slg. 2003 I, 4301, Wählergruppe Gemeinsam, Rn. 66.

⁵³² EuGH, Urteil vom 08.05.2003, Rs. C-171/01, Slg. 2003 I, 4301, Wählergruppe Gemeinsam, Rn. 59.

⁵³³ EuGH, Urteil vom 08.05.2003, Rs. C-171/01, Slg. 2003 I, 4301, Wählergruppe Gemeinsam, Rn. 64.

⁵³⁴ EuGH, Urteil vom 26.11.1998, Rs. C-1/97, Slg. 1998 I, 7747, *Birden*, Rn. 25.

⁵³⁵ EuGH, Urteil vom 26.11.1998, Rs. C-1/97, Slg. 1998 I, 7747, *Birden*, Rn. 25.

⁵³⁶ EuGH, Urteil vom 26.11.1998, Rs. C-1/97, Slg. 1998 I, 7747, *Birden*, Rn. 25.

⁵³⁷ EuGH, Urteil vom 26.11.1998, Rs. C-1/97, Slg. 1998 I, 7747, *Birden*, Rn. 25.

des Rechtsverhältnisses zwischen dem Arbeitnehmer und dem Arbeitgeber⁵³⁸. Es spiele keine Rolle, woher die Mittel für die Vergütung stammen, auch das Maß der Produktivität des Arbeitnehmers sei unerheblich⁵³⁹. Der ergänzende Bezug von Sozialleistungen hindere die Arbeitnehmereigenschaft ebenfalls nicht⁵⁴⁰. In der Entscheidung *Genc* hat der EuGH die Arbeitszeit und die Höhe der Vergütung, einen Anspruch auf bezahlten Urlaub, Geltung von Lohnfortzahlung im Krankheitsfall, die Anwendung des Tarifvertrags auf den Arbeitsvertrag und die Bestandsdauer des Arbeitsverhältnisses in der Firma als zu berücksichtigende Kriterien festgelegt⁵⁴¹. Auszubildende können ebenfalls Arbeitnehmer in diesem Sinne sein⁵⁴². Das gleiche gilt grundsätzlich auch für Arbeitslose. Dies ergibt sich aus dem Wortlaut des Art. 8 Abs. 2 ARB Nr. 1/80, wonach die Mitgliedstaaten sich bemühen, offene Stellen, die nicht durch gemeinschaftsangehörige Arbeitskräfte besetzt werden können, „mit regulär als Arbeitslose gemeldeten türkischen Arbeitnehmern zu besetzen“.

Entsprechend Art. 45 Abs. 4 AEUV sind von dem Diskriminierungsverbot Beschäftigte in der öffentlichen Verwaltung nicht begünstigt. Eine derartige Einschränkung ist zwar ausdrücklich im Assoziationsrecht nicht enthalten, folgt aber bereits aus Art. 59 ZP, welcher eine Besserstellung türkischer Arbeitnehmer im Verhältnis zu Arbeitnehmern aus EU-Mitgliedstaaten verbietet.

Fraglich ist, ob eine Person erst dann als Arbeitnehmer angesehen werden kann, wenn sie eine Erwerbstätigkeit aufgenommen hat oder bereits dann, wenn sie Arbeit suchend ist. Dem Wortlaut nach liegt das Verständnis nahe, dass nur bereits erwerbstätige Personen umfasst sind. Soweit ersichtlich, hat der EuGH diese Frage in Bezug auf türkische Arbeitnehmer, die Rechte aus Art. 10 Abs. 1 ARB Nr. 1/80 geltend machen, noch nicht entschieden. Da nach der Rechtsprechung des EuGH der Begriff des Arbeitnehmers im Gemeinschaftsrecht und im Assoziationsrecht gleich auszulegen ist⁵⁴³, kann die Rechtsprechung des EuGH zu Art. 7 VO Nr. 1612/68 bzw. jetzt Art. 7 VO Nr. 492/2011 übertragen werden. Art. 7 Abs. 1 und 2 VO Nr.

⁵³⁸ EuGH, Urteil vom 26.11.1998, Rs. C-1/97, Slg. 1998 I, 7747, Birden, Rn. 25.

⁵³⁹ EuGH, Urteil vom 23.03.1982, Rs. C-53/81, Slg. 1982, 1035, Levin, Rn. 16 f.

⁵⁴⁰ EuGH, Urteil vom 03.06.1986, Rs. C-139/85, Slg. 1986, 1741, Kempf, Rn. 14.

⁵⁴¹ EuGH, Urteil vom 02.02.2010, Rs. C-14/09, Slg. 2010 I, 931, *Genc*, Rn. 27.

⁵⁴² EuGH, Urteil vom 19.11.2002, Rs. C-188/00, Slg. 2002 I, 10691, Kurz, Rn. 34.

⁵⁴³ EuGH, Urteil vom 26.11.1998, Rs. C-1/97, Slg. 1998 I, 7747, Birden, Rn. 24.

1612/68 und Art. 7 Abs. 1 und 2 VO Nr. 492/2011 haben denselben folgenden Wortlaut:

„(1) Ein Arbeitnehmer, der Staatsangehöriger eines Mitgliedstaats ist, darf auf Grund seiner Staatsangehörigkeit im Hoheitsgebiet der anderen Mitgliedstaaten hinsichtlich der Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen, insbesondere im Hinblick auf Entlohnung, Kündigung und, falls er arbeitslos geworden ist, im Hinblick auf berufliche Wiedereingliederung oder Wiedereinstellung, nicht anders behandelt werden als die inländischen Arbeitnehmer.

(2) Er genießt dort die gleichen sozialen und steuerlichen Vergünstigungen wie der inländischen Arbeitnehmer.“

Nach der Rechtsprechung des EuGH ist danach zu unterscheiden, ob der Betroffene erstmalig eine Arbeitsstelle sucht oder nach Verlust seines Arbeitsplatzes erneut auf der Suche nach einer Arbeitsstelle ist. In der Rechtssache *Lebon* hat der EuGH mit dem Hinweis auf den Wortlaut des Art. 7 Abs. 2 VO Nr. 1612/68 entschieden, dass erstmalig Arbeit suchende Personen nicht als Arbeitnehmer von dem Gleichbehandlungsgebot des Art. 7 Abs. 2 VO Nr. 1612/68 umfasst sind⁵⁴⁴. Hierfür spricht auch, dass die VO Nr. 1612/68 bzw. VO Nr. 492/2011 sprachlich unterscheidet zwischen Arbeitnehmern und Arbeit Suchenden⁵⁴⁵. Art. 5 VO Nr. 492/2011, welcher die gleichberechtigte Unterstützung durch die Arbeitsämter bei der Suche nach einer Beschäftigung betrifft, spricht beispielsweise von einem „Staatsangehörigen eines Mitgliedstaats, der im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats eine Beschäftigung sucht“. Art. 7 Abs. 1 VO Nr. 492/2011 begünstigt dagegen den „Arbeitnehmer, der Staatsangehöriger eines Mitgliedstaates ist“. In seiner Rechtsprechung in der Rechtssache *Collins*⁵⁴⁶ hat der EuGH zwar festgestellt, dass der Begriff des Arbeitnehmers in der VO Nr. 1612/68 nicht einheitlich gebraucht wird und teilweise auch Arbeit Suchenden Rechte eingeräumt werden⁵⁴⁷. Er geht jedoch weiterhin davon aus, dass der Begriff des Arbeitnehmers in Titel II des Ersten Teils, zu dem auch Art. 7 der VO Nr. 1612/68

⁵⁴⁴ EuGH, Urteil vom 18.06.1987, Rs. C-316/85, Slg. 1987, 2811, *Lebon*, Rn. 25 f.

⁵⁴⁵ Generalanwalt Lenz, Schlussanträge vom 14.01.1987, Rs. C 316/85, Slg. 1987, 2811, *Lebon*, Rn. 49; *Lippert*, Gleichbehandlung bei sozialen Vergünstigungen und Arbeitnehmerfreizügigkeit in der Europäischen Gemeinschaft, S. 45.

⁵⁴⁶ EuGH, Urteil vom 23.03.2004, Rs. C-138/02, Slg. 2004 I, 2703, *Collins*.

⁵⁴⁷ EuGH, Urteil vom 23.03.2004, Rs. C-138/02, Slg. 2004 I, 2703, *Collins*, Rn. 32.

gehört, ausschließlich die Personen umfasst, die bereits Zugang zum Arbeitsmarkt gefunden, das heißt, bereits eine Erwerbstätigkeit aufgenommen haben⁵⁴⁸. Hiervon zu unterscheiden ist die Frage, wann diese einmal erworbene Arbeitnehmereigenschaft wieder verloren geht. Grundsätzlich ist dies nach Auffassung des EuGH mit Verlust des Arbeitsplatzes der Fall⁵⁴⁹. Der EuGH hat aber weiter entschieden, dass derjenige, der in dem betreffenden Mitgliedstaat bereits erwerbstätig war und nach Verlust seines Arbeitsplatzes tatsächlich eine neue Arbeitsstelle sucht, weiterhin die Arbeitnehmereigenschaft hat⁵⁵⁰. Dementsprechend gilt auch für türkische Staatsangehörige, die Rechte aus Art. 10 Abs. 1 ARB Nr. 1/80 geltend machen: Arbeitnehmer sind nur diejenigen, die einer Erwerbstätigkeit nachgehen oder nach Verlust des Arbeitsplatzes tatsächlich eine neue Arbeitsstelle suchen.

b. Familienangehörige begünstigt?

Nach dem Wortlaut schützt der Art. 10 Abs. 1 ARB Nr. 1/80 nur türkische Arbeitnehmer vor Diskriminierungen hinsichtlich des Arbeitsentgeltes und der sonstigen Arbeitsbedingungen. Dennoch wird die Frage diskutiert, ob auch Familienangehörige von dem Diskriminierungsverbot des Art. 10 Abs. 1 ARB Nr. 1/80 begünstigt sein können. In Frage kommt vor allem eine mittelbare Begünstigung der Familienangehörigen durch Art. 10 Abs. 1 ARB Nr. 1/80. Eine solche mittelbare Begünstigung hat der EuGH im Rahmen des Art. 7 Abs. 2 VO Nr. 492/2011 zu Gunsten der Familienangehörigen von EU-Staatsangehörigen Arbeitnehmern angenommen, indem er die Gewährung der sozialen Rechte an Familienangehörige als Vergünstigung für die Arbeitnehmer angesehen hat⁵⁵¹. Zu untersuchen ist, ob diese Rechtsprechung auf die Familienangehörigen türkischer Arbeitnehmer übertragbar ist. Im Rahmen der Untersuchung ist zu unterscheiden zwischen türkischen und drittstaatsangehörigen Familienangehörigen sowie zwischen erwerbstätigen und nicht erwerbstätigen Familienangehörigen. Dabei stellt sich bei den nicht erwerbstätigen Familienangehörigen die Frage der Anwendbarkeit des Art. 10 Abs. 1 ARB Nr. 1/80 nur dann, wenn das Diskriminierungsverbot nicht nur die Gleichbehandlung hinsichtlich der Beschäfti-

⁵⁴⁸ EuGH, Urteil vom 23.03.2004, Rs. C-138/02, Slg. 2004 I, 2703, Collins, Rn. 32.

⁵⁴⁹ EuGH, Urteil vom 12.05.1998, Rs. C-85/96, Slg. 1998 I, 2691, Martínez Sala, Rn. 32.

⁵⁵⁰ EuGH, Urteil vom 12.05.1998, Rs. C-85/96, Slg. 1998 I, 2691, Martínez Sala, Rn. 32; EuGH, Urteil vom 26. Februar 1991, Rs. C-292/89, Slg. 1991, I-745, Antonissen, Rn. 12 und 13; EuGH, Urteil vom 21. Juni 1988, Rs. 39/86, Slg. 1988, 3161, Lair, Rn. 31 bis 36; EuGH, Urteil vom 3. Juli 1986, Rs. 66/85, Slg. 1986, 2121, Lawrie-Blum, Rn. 17.

⁵⁵¹ Dazu s. u. Teil 4 IV 2 b aa.

gungs- und Arbeitsbedingungen im Sinne des Art. 7 Abs. 1 VO Nr. 492/2011⁵⁵² fordert, sondern auch die Nichtdiskriminierung in Bezug auf soziale Leistungen im Sinne des Art. 7 Abs. 2 VO 492/2011⁵⁵³ umfasst⁵⁵⁴. Wenn der Art. 10 Abs. 1 Nr. 1/80 nur die Gleichbehandlung hinsichtlich Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen im engeren Sinne gewähren würde, so würde dieses Recht nur relevant werden, wenn der Familienangehörige selbst Arbeitnehmer ist. Wie unter Teil 3 IV 4 bb gezeigt wird, schützt der Art. 10 Abs. 1 ARB Nr. 1/80 auch vor einer Nichtdiskriminierung in Bezug auf soziale Leistungen im Sinne des Art. 7 Abs. 2 VO 492/2011. Daher kommt grundsätzlich auch die Begünstigung nicht erwerbstätiger Familienangehöriger in Frage. Türkische Familienangehörige sind jedenfalls dann, wenn sie selbst erwerbstätig sind, unmittelbar von Art. 10 Abs. 1 ARB Nr. 1/80 umfasst. Die Frage der mittelbaren Begünstigung stellt sich bei ihnen daher nicht. Drittstaatsangehörige Familienangehörige unterfallen dagegen nicht unmittelbar dem persönlichen Anwendungsbereich des Art. 10 Abs. 1 ARB Nr. 1/80.

aa. Familienangehörige mit türkischer Staatsangehörigkeit

Die Frage, ob auch Familienangehörige von dem Diskriminierungsverbot des Art. 10 Abs. 1 ARB Nr. 1/80 profitieren können, stellt sich nur bei türkischen Familienangehörigen, die selbst keiner Beschäftigung nachgehen. Erwerbstätige türkische Familienangehörige fallen als türkische Arbeitnehmer unmittelbar in den persönlichen Anwendungsbereich des Art. 10 Abs. 1 ARB Nr. 1/80.

Es kann die Frage gestellt werden, ob der türkische Familienangehörige ein eigenes Recht aus Art. 10 Abs. 1 ARB Nr. 1/80 hat, das heißt ob er selbst unmittelbar von dieser Vorschrift profitiert. Hiergegen spricht vor allem ein Vergleich des Wortlauts des Art. 10 Abs. 1 Nr. ARB 1/80 mit dem Wortlaut des Art. 10 Abs. 2 ARB Nr. 1/80. Art. 10 Abs. 1 Nr 1/80 schützt seinem Wortlaut nach nur türkische Arbeitnehmer. Art. 10 Abs. 2 ARB Nr. 1/80 garantiert dagegen „türkischen Arbeitnehmern und ihren Familienangehörigen“ in gleicher Weise wie den Arbeitnehmern aus der Gemeinschaft

⁵⁵² „Ein Arbeitnehmer, der Staatsangehöriger eines Mitgliedstaats ist, darf aufgrund seiner Staatsangehörigkeit im Hoheitsgebiet der anderen Mitgliedstaaten hinsichtlich der Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen, insbesondere im Hinblick auf Entlohnung, Kündigung und, falls er arbeitslos geworden ist, im Hinblick auf berufliche Wiedereingliederung oder Wiedereinstellung, nicht anders behandelt werden als die inländischen Arbeitnehmer.“

⁵⁵³ „Er genießt dort die gleichen sozialen und steuerlichen Vergünstigungen wie die inländischen Arbeitnehmer.“

⁵⁵⁴ Dazu s. u. Teil 3 IV 4 b.

Anspruch auf die Unterstützung der Arbeitsämter bei der Beschaffung eines Arbeitsplatzes. Während Art. 10 Abs. 2 ARB Nr. 1/80 also ausdrücklich Familienangehörige berechtigt, spricht der Art. 10 Abs. 1 ARB Nr. 1/80 ausschließlich von Arbeitnehmern als Berechtigten. Es ist anzunehmen, dass in dem Fall, dass Art. 10 Abs. 1 ARB Nr. 1/80 auch Familienangehörigen Rechte gewähren wollte, diese ebenfalls ausdrücklich genannt wären. Die Systematik des ARB Nr. 1/80 ist in diesem Zusammenhang nicht aufschlussreich. Die Überschrift des Abschnitts 1 des ARB Nr. 1/80, in welchem Art. 10 ARB Nr. 1/80 enthalten ist, „Fragen betreffend die Beschäftigung und die Freizügigkeit der Arbeitnehmer“ legt zwar die Annahme nahe, dass hier nur Rechte der Arbeitnehmer selbst geregelt sein sollen. Der Abschnitt 1 enthält jedoch mit Art. 7, 9, 10 Abs. 2, 11, 13 ARB Nr. 1/80 ausdrücklich Bestimmungen zu Gunsten von Familienangehörigen. Der Systematik des ARB Nr. 1/80 lässt sich somit nichts zu der Frage entnehmen, ob Art. 10 Abs. 1 ARB Nr. 1/80 lediglich die Arbeitnehmer selbst begünstigt. Gegen die direkte Anwendbarkeit des Art. 10 Abs. 1 ARB Nr. 1/80 auf Familienangehörige türkischer Arbeitnehmer spricht neben dem eindeutigen Wortlaut, dass der EuGH auch den Familienangehörigen von EU-Staatsangehörigen keine unmittelbaren Rechte aus Art. 7 Abs. 2 VO Nr. 492/2011 zugesteht⁵⁵⁵. Zwar lässt der EuGH die Familienangehörigen von dem Diskriminierungsverbot aus Art. 7 Abs. 2 VO Nr. 492/2011 profitieren. Die Familienangehörigen sind aber nur mittelbar begünstigt, indem der EuGH die sozialrechtliche Gleichbehandlung der Familienangehörigen als Teil der Vergünstigung für den Arbeitnehmer ansieht⁵⁵⁶. Würde man den türkischen Familienangehörigen dagegen unmittelbare eigene Rechte aus Art. 10 Abs. 1 ARB Nr. 1/80 zugestehen, würde dies ein Verstoß gegen das Besserstellungsverbot aus Art. 59 ZP darstellen, wonach türkischen Staatsangehörigen keine bessere Rechtsposition zuteil werden darf als EU-Staatsangehörigen⁵⁵⁷. Die türkischen Familienangehörigen fallen daher nicht unmittelbar in den persönlichen Anwendungsbereich des Art. 10 Abs. 1 ARB Nr. 1/80, wenn sie keiner Erwerbstätigkeit nachgehen.

Es ist zu untersuchen, ob türkische Familienangehörige, die keiner Beschäftigung nachgehen, zumindest mittelbar von dem Diskriminierungsverbot aus Art. 10 Abs. 1 ARB Nr. 1/80 profitieren können, indem dies als soziale Vergünstigung zu Gunsten

⁵⁵⁵ Zu Art. 7 Abs. 2 VO 1612/68: EuGH, Urteil vom 18.06.1987, Rs. C-316/85, Slg. 1987, 2811, Lebon, Rn. 12.

⁵⁵⁶ EuGH, Urteil vom 18.06.1987, Rs. C-316/85, Slg. 1987, 2811, Lebon, Rn. 12.

⁵⁵⁷ *Gutmann*, AuR 2000, 81, 82.

des türkischen Arbeitnehmers angesehen wird. Wie bereits dargestellt hat der EuGH eine solche mittelbare Begünstigung Familienangehöriger von EU-Staatsangehörigen bereits festgestellt⁵⁵⁸. Er hat eine solche Begünstigung jedoch nur für Familienangehörige angenommen, denen der Arbeitnehmer Unterhalt gewährt. Dies folgt aus dem Umstand, dass es sich bei den sozialen Rechten, die den Familienangehörigen gewährt werden, eigentlich um soziale Vergünstigungen für den Arbeitnehmer handelt⁵⁵⁹. Eine soziale Vergünstigung für den Arbeitnehmer durch Gewährung sozialer Leistungen an den Familienangehörigen des Arbeitnehmers liegt aber nur dann vor, wenn die soziale Leistung an den Familienangehörigen sich auf die finanzielle Situation des Arbeitnehmers auswirkt. Dies ist nur dann der Fall, wenn der Arbeitnehmer dem Familienangehörigen Unterhalt gewährt. Dabei ist es nach der Rechtsprechung des EuGH unerheblich, ob der Familienangehörige einen rechtlichen Anspruch auf die Unterhaltsleistung durch den Arbeitnehmer hat oder nicht⁵⁶⁰. Ausschlaggebend sei, dass der Arbeitnehmer tatsächlich Unterhalt an den Familienangehörigen zahlt⁵⁶¹. Zunächst hat der EuGH die mittelbare Begünstigung für Familienangehörige in absteigender Linie, denen der Arbeitnehmer Unterhalt gewährt, angenommen⁵⁶². In späteren Entscheidungen hat der EuGH die mittelbare Begünstigung auch auf Familienangehörige in aufsteigender Linie, denen der Arbeitnehmer Unterhalt gewährt, ausgedehnt⁵⁶³.

Fraglich ist aber, ob sich diese Rechtsprechung des EuGH, mit welcher er die Begünstigung aus dem Gleichbehandlungsgebot aus Art. 7 Abs. 2 VO Nr. 492/2011 auf Familienangehörige ausdehnt, auf das assoziationsrechtliche Gleichbehandlungsgebot aus Art. 10 Abs. 1 ARB Nr. 1/80 übertragen lässt.

In der Rechtssache *Cristini*⁵⁶⁴, in der die Rechte soweit ersichtlich erstmalig auf Familienangehörige ausgedehnt wurden, bestand die Besonderheit darin, dass die Familienangehörigen eines verstorbenen Arbeitnehmers die Rechte geltend gemacht

⁵⁵⁸ EuGH, Urteil vom 26.02.1992, Rs. C-3/90, Slg. 1992, 1071, Bernini, Rn. 25; EuGH, Urteil vom 18.06.1987, Rs. C-316/85, Slg. 1987, 2811, Lebon, Rn. 12.

⁵⁵⁹ EuGH, Urteil vom 26.02.1992, Rs. C-3/90, Slg. 1992, 1071, Bernini, Rn. 25; EuGH, Urteil vom 18.06.1987, Rs. C-316/85, Slg. 1987, 2811, Lebon, Rn. 12.

⁵⁶⁰ EuGH, Urteil vom 18.06.1987, Rs. C-316/85, Slg. 1987, 2811, Lebon, Rn. 21

⁵⁶¹ EuGH, Urteil vom 18.06.1987, Rs. C-316/85, Slg. 1987, 2811, Lebon, Rn. 22.

⁵⁶² EuGH, Urteil vom 16.12.1976, Rs. 63/76, Slg. 1976, 2057, Inzirillo, Rn. 15/17; grundsätzlich möglich aber im konkreten Fall verneint: EuGH, Urteil vom 18.06.1987, Rs. C-316/85, Slg. 1987, 2811, Lebon, Rn. 12 ff.

⁵⁶³ EuGH, Urteil vom 06.06.1985, Rs. C-157/84, Slg. 1985, 1739, Frascogna, Rn. 21; EuGH, Urteil vom 12.07.1984, Rs. C-261/83, Slg. 1983, 3199, Castelli, Rn. 10.

⁵⁶⁴ EuGH, Urteil vom 30.09.1975, Rs. C-32/75, Slg. 1975, 1085, Cristini.

hatten: Frau Cristini, eine italienische Staatsangehörige, lebte mit ihren vier minderjährigen Kindern nach dem Tod ihres Ehemannes, der in Frankreich Arbeitnehmer gewesen war, weiterhin in Frankreich. Ihr Ehemann hatte noch vor seinem Tod einen Antrag für sich und seine Familienangehörigen auf Ausstellung einer Ermäßigungskarte für kinderreiche Familien gestellt. Mit dieser Ermäßigungskarte konnten öffentliche Verkehrsmittel zu verbilligten Preisen genutzt werden. Die Ausstellung dieser Karte wurde abgelehnt mit der Begründung, dass die Antragsteller nach französischem Recht nicht berechtigt seien, da Voraussetzung die französische Staatsangehörigkeit sei. Frau Cristini machte einen Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot aus Art. 7 Abs. 2 VO Nr. 1612/68⁵⁶⁵ geltend. Der EuGH führt in der Rechtssache *Cristini* zum einen aus, dass es dem Geist und Zweck der gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer zuwiderlaufen würde, wenn man den Hinterbliebenen die beantragte Vergünstigung verwehren wollte, obwohl sie den Hinterbliebenen eines Inländers gewährt würde. Der EuGH verweist ferner auf Art. 3 Abs. 1 und 7 VO Nr. 1251/70 über das Recht der Arbeitnehmer, nach Beendigung einer Beschäftigung im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats zu verbleiben⁵⁶⁶. Nach Art. 3 Abs. 1 VO Nr. 1251/70 waren die bei einem verbleibeberechtigten Arbeitnehmer wohnenden Familienangehörigen auch nach seinem Tod berechtigt, dort ständig zu verbleiben⁵⁶⁷. Gemäß Art. 7 VO Nr. 1251/70 waren die nach dieser Verordnung Begünstigten im Sinne des Art. 7 VO Nr. 1612/68 gleich zu behandeln wie Staatsangehörige des Mitgliedstaates, in dem sie verbleibeberechtigt sind⁵⁶⁸. Die Entscheidung des EuGH in der Rechtssache *Cristini* betrifft somit den Sonderfall, dass der Arbeitnehmer verstorben ist. Insoweit erscheint hier die Argumentation, die Einbeziehung der Familienangehörigen in die Anwendung des Art. 7 Abs. 2 VO Nr. 492/2011 sei Bestandteil der Rechte des Arbeitnehmers bzw. beeinflusse dessen Möglichkeit, von seinem Freizügigkeitsrecht Gebrauch zu machen, unpassend. Eine dem Art. 3 Abs. 1 VO 1251/70 bzw. dem Art. 17 Abs. 3 und 4 RL 2004/38/EG vergleichbare Regelung gibt es jedenfalls im Assoziationsrecht nicht.

⁵⁶⁵ Jetzt Art. 7 Abs. 2 VO 492/2011.

⁵⁶⁶ ABl. L 142 vom 30.06.1970, S. 24 – 26, im Folgenden: VO Nr. 1251/70, aufgehoben durch VO (EG) Nr. 635/2006 vom 25.04.2006 zur Aufhebung der VO (EWG) Nr. 1251/70 über das Recht der Arbeitnehmer, nach Beendigung einer Beschäftigung im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats zu verbleiben, im Folgenden: VO Nr. 635/2006.

⁵⁶⁷ Nach Aufhebung der VO 1251/70 ist das Verbleiberecht bzw. das Daueraufenthaltsrecht der Familienangehörigen, welche die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaates haben, in Art. 17 Abs. 3 und 4 RL 2004/38/EG geregelt.

⁵⁶⁸ Das Recht auf Gleichbehandlung aufenthaltsberechtigter Familienangehöriger bestimmt nunmehr Art. 24 Abs. 1 RL 2004/83/EG.

Insoweit lässt sich die Rechtsprechung des EuGH nicht auf Familienangehörige türkischer Arbeitnehmer übertragen.

In der nachfolgenden Entscheidung *Inzirillo*⁵⁶⁹ ging es um einen italienischen Staatsangehörigen, der in Frankreich beschäftigt war und für seinen erwachsenen behinderten Sohn, der ebenfalls die italienische Staatsangehörigkeit hatte und dem er Unterhalt gewährte, Beihilfe beantragt hatte. Diese Beihilfe wurde von den Behörden abgelehnt mit der Begründung, berechtigt seien nur französische Staatsangehörige. Der EuGH verweist zunächst darauf, dass das Gemeinschaftsrecht an verschiedenen Stellen Familienangehörige begünstigt, denen der Arbeitnehmer Unterhalt leistet⁵⁷⁰. Beispielsweise gewähre Art. 10 Abs. 1 Buchstabe a VO Nr. 1612/68 allgemein Abkömmlingen, denen Unterhalt gewährt wird, das Recht, bei dem Arbeitnehmer ihren Wohnsitz zu nehmen⁵⁷¹. Der EuGH führt weiter aus: „Art. 7 Abs. 2 VO Nr. 1612/68⁵⁷² bestimmt, dass ein Arbeitnehmer, der Staatsangehöriger eines Mitgliedstaates ist, im Hoheitsgebiet der anderen Mitgliedstaaten die gleichen steuerlichen und sozialen Vergünstigungen wie die inländischen Arbeitnehmer genießt. Unter dem Blickwinkel der mit der VO Nr. 1612/68⁵⁷³ angestrebten Gleichbehandlung und unter Berücksichtigung der Gesamtheit der darin enthaltenen Bestimmungen ist der sachliche Anwendungsbereich von Art. 7 Abs. 2 VO Nr. 1612/68 in der Weise abzugrenzen, dass er alle sozialen und steuerlichen Vergünstigungen umfasst, ob diese nun an den Arbeitsvertrag anknüpfen oder nicht“⁵⁷⁴. Hier verweist der EuGH zunächst auf eigene Rechte des Familienangehörigen eines Arbeitnehmers, beispielsweise auf das Recht, bei dem Arbeitnehmer seinen Wohnsitz zu nehmen, stellt letztlich aber heraus, dass es sich bei der Gewährung von Leistungen für Familienangehörige um eine soziale Vergünstigung für den Arbeitnehmer handelt.

Genauso argumentiert der EuGH in der Rechtssache *Castelli*⁵⁷⁵. Darin ging es um eine italienische Staatsangehörige, die in Italien eine Teilhinterbliebenenrente bezog und bei ihrem in Belgien lebenden Sohn, ebenfalls italienischer Staatsangehöriger, lebte. Der Sohn von Frau Castelli war in Belgien Arbeitnehmer gewesen und bezog

⁵⁶⁹ EuGH, Urteil vom 16.12.1976, Rs. C-63/76, Slg. 1976, 2057, *Inzirillo*.

⁵⁷⁰ EuGH, Urteil vom 16.12.1976, Rs. C-63/76, Slg. 1976, 2057, *Inzirillo*, Rn. 18/21.

⁵⁷¹ EuGH, Urteil vom 16.12.1976, Rs. C-63/76, Slg. 1976, 2057, *Inzirillo*, Rn. 18/21.

⁵⁷² Jetzt Art. 7 Abs. 2 VO Nr. 492/2011.

⁵⁷³ Jetzt VO Nr. 492/2011.

⁵⁷⁴ EuGH, Urteil vom 16.12.1976, Rs. C-63/76, Slg. 1976, 2057, *Inzirillo*, Rn. 18/21.

⁵⁷⁵ EuGH, Urteil vom 12.07.1984, Rs. C-261/83, Slg. 1984, 3199, *Castelli*.

eine Altersrente. Das von Frau Castelli begehrte Altersmindesteinkommen wurde von den belgischen Behörden abgelehnt, sie erfülle nicht die Voraussetzungen, da sie weder belgische Staatsangehörige sei noch Angehörige eines Staates, mit welchem Belgien ein Gegenseitigkeitsabkommen abgeschlossen habe. Sie beziehe auch keine Alters- oder Hinterbliebenenrente in Belgien. Auch hier verweist der EuGH zunächst auf das Recht eines Familienangehörigen in aufsteigender Linie, dem Unterhalt gewährt wird, bei dem Arbeitnehmer seinen Wohnsitz zu nehmen gemäß Art. 10 Abs. 1 VO Nr. 1612/68. Da der Sohn der Klägerin bereits in Rente war, zieht der EuGH zusätzlich die VO Nr. 1251/70 heran, wonach dieses Recht zur Wohnsitznahme auch auf die Familienangehörigen eines ehemaligen Arbeitnehmers, denen dieser Unterhalt gewährt, ausgedehnt wurde. Es stehe somit fest, dass die Klägerin zum Kreis der Begünstigten der VO Nr. 1612/68 gehöre. Im Übrigen verweist der EuGH auf die Rechtsprechung in den Rechtssachen *Cristini* und *Inzirillo* und stellt erneut fest, dass der Begriff der sozialen Vergünstigung alle Vergünstigungen umfasst, „die – ob sie an einen Arbeitsvertrag anknüpfen oder nicht – den inländischen Arbeitnehmern hauptsächlich wegen deren objektiver Arbeitnehmereigenschaft oder einfach wegen ihres Wohnsitzes im Inland gewährt werden und deren Ausdehnung auf die Arbeitnehmer, die Staatsangehörige eines anderen Mitgliedstaates sind, deshalb als geeignet erscheint, deren Mobilität innerhalb der Gemeinschaft zu erleichtern“⁵⁷⁶. Auch hier streicht der EuGH zunächst die generelle Begünstigung der Familienangehörigen, denen der Arbeitnehmer Unterhalt gewährt, durch die VO Nr. 1612/68 heraus, letztlich stellt er aber auch hier wieder darauf ab, dass es sich bei der Gewährung der sozialen Leistungen an die Familienangehörigen des Arbeitnehmers um eine soziale Vergünstigung für den Arbeitnehmer handelt.

Die aus der Rechtssache *Castelli* wörtlich zitierte Argumentation übernahm der EuGH in der Rechtssache *Fascogna*⁵⁷⁷. Frau Fascogna, eine italienische Staatsangehörige und Witwe, die bei ihrem in Frankreich erwerbstätigen Sohn, ebenfalls italienischer Staatsangehöriger, lebte und von diesem unterhalten wurde, beanspruchte Altersbeihilfe nach französischem Recht. Dies wurde mit der Begründung abgelehnt, Frau Fascogna erfülle nicht die erforderlichen Voraufenthaltszeiten. Der EuGH stellt mit derselben Argumentation wie in der Rechtssache *Castelli* fest, dass es sich bei der Gewährung der Altersbeihilfe um eine soziale Vergünstigung im Sinne des Art. 7

⁵⁷⁶ EuGH, Urteil vom 12.07.1984, Rs. C-261/83, Slg. 1984, 3199, *Castelli*, Rn. 11.

⁵⁷⁷ EuGH, Urteil vom 06.06.1985, Rs. C-157/84, Slg. 1985, 1739, *Fascogna*.

Abs. 2 VO Nr. 1612/68⁵⁷⁸ zu Gunsten des Arbeitnehmers handelt. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes folgt aus dem grundlegenden Verbot der Diskriminierung auf dem Gebiet der Freizügigkeit, das in Art. 7 Abs. 2 VO Nr. 1612/68⁵⁷⁹ verankert ist, dass Familienangehörige aufsteigender Linie eines Arbeitnehmers aus einem anderen Mitgliedstaat nicht schlechter gestellt werden dürfen, wenn sie von ihrem Recht, bei dem Arbeitnehmer Wohnung zu nehmen, das ihnen gemäß Art. 10 VO Nr. 1612/68⁵⁸⁰ zusteht, Gebrauch gemacht haben.

In der Rechtssache *Lebon*⁵⁸¹ hatte eine volljährige französische Staatsangehörige, die zunächst in Belgien bei ihrem Vater und später in einem Obdachlosenheim lebte, die Gewährung des Existenzminimums beantragt. Der Vater von Frau Lebon hatte lange in Frankreich gearbeitet und lebte dort nunmehr als Rentner und gewährte Frau Lebon keinen Unterhalt. Der EuGH verneint hier einen mittelbaren Anspruch von Frau Lebon auf Gewährung des Existenzminimums mit der Begründung: „Die Familienangehörigen des Arbeitnehmers im Sinne von Artikel 10 der VO Nr. 1612/68 sind jedoch nur mittelbare Nutznießer der Gleichbehandlung, die diesem durch Artikel 7 der VO Nr. 1612/68 zuerkannt wird. Sozialleistungen wie das in den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats vorgesehene Altersmindesteinkommen (siehe Urteil vom 12. Juli 1984 in der Rechtssache 261/83, *Castelli*, Slg. 1984, 3199) oder solche, die allgemein das Existenzminimum garantieren, werden den Familienangehörigen des Arbeitnehmers nur gewährt, wenn sie für diesen als soziale Vergünstigung im Sinne von Artikel 7 Abs. 2 der Verordnung Nr. 1612/68 angesehen werden können“⁵⁸². In diesem Zusammenhang führt der EuGH aus: „Die Gleichbehandlung, auf die die Arbeitnehmer, die Staatsangehörige der Mitgliedstaaten sind und eine Erwerbstätigkeit im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats ausüben, gegenüber den inländischen Arbeitnehmern dieses Staates bezüglich der Vergünstigungen für ihre Familienangehörigen Anspruch haben, trägt zur Eingliederung der Wanderarbeitnehmer in die Arbeitswelt des Aufnahmestaats gemäß den Zielen der Freizügigkeit der Arbeitnehmer bei“⁵⁸³. In dieser Entscheidung führt der EuGH erstmalig ausdrücklich aus, dass es

⁵⁷⁸ Jetzt Art. 7 Abs. 2 VO Nr. 492/2011.

⁵⁷⁹ Jetzt Art. 7 Abs. 2 VO Nr. 492/2011.

⁵⁸⁰ Jetzt Art. 7 Abs. 1 Buchst. d) RL 2004/38/EG.

⁵⁸¹ EuGH, Urteil vom 18.06.1987, Rs. C-316/85, Slg. 1987, 2811, *Lebon*.

⁵⁸² EuGH, Urteil vom 18.06.1987, Rs. C-316/85, Slg. 1987, 2811, *Lebon*, Rn. 12 f.

⁵⁸³ EuGH, Urteil vom 18.06.1987, Rs. C-316/85, Slg. 1987, 2811, *Lebon*, Rn. 11.

sich bei der Gewährung sozialer Leistungen an Familienangehörige des Arbeitnehmers um soziale Vergünstigungen für den Arbeitnehmer handelt.

Zuletzt hat der EuGH in Bezug auf die Studienförderung für Kinder von EU-Arbeitnehmern entschieden, dass es sich dabei um eine soziale Vergünstigung im Sinne des Art. 7 Abs. 2 VO Nr. 492/2011 für den Arbeitnehmer handelt, sofern dieser seinem Kind Unterhalt gewährt⁵⁸⁴. In diesem Zusammenhang hat der EuGH festgestellt, dass es dabei nicht auf den Wohnsitz des Kindes ankommt, wenn ein solches auch nicht für die Kinder inländischer Arbeitnehmer gilt⁵⁸⁵.

Fraglich ist, ob sich aus den Entscheidungen des EuGH ergibt, dass Voraussetzung für die Einbeziehung von Familienangehörigen in das Diskriminierungsverbot aus Art. 7 Abs. 2 VO Nr. 492/2011 ist, dass der Familienangehörige von seinem Recht auf Wohnsitznahme bei dem Arbeitnehmer aus Art. 10 VO Nr. 1612/68 bzw. jetzt Art. 7 Abs. 1 Buchst. d) Abs. 2 RL 2004/38/EG Gebrauch gemacht hat. Festzuhalten ist, dass es im Assoziationsrecht weder eine dem Art. 10 VO Nr. 1612/68 noch eine dem Art. 7 Abs. 1 Buchst. d) Abs. 2 RL 2004/38/EG vergleichbare Vorschrift gibt. Den Familienangehörigen wird nicht ausdrücklich das Recht gewährt, bei dem türkischen Arbeitnehmer ihren Wohnsitz zu nehmen. Vielmehr ist Voraussetzung für die ausdrücklichen Rechte der Familienangehörigen aus Art. 7, 9 und 10 Abs. 2 ARB Nr. 1/80, dass ihnen nach den nationalen Vorschriften das Recht eingeräumt wurde, bei dem türkischen Arbeitnehmer zu wohnen bzw. dass sie dort ordnungsgemäß wohnen. Allerdings kann es keinen Unterschied machen, aus welchen Vorschriften den Familienangehörigen das Recht zur Wohnsitznahme bei den türkischen Arbeitnehmern gewährt wurde. Sofern der Familienangehörige die Genehmigung erhalten hat, bei dem Arbeitnehmer Wohnsitz zu nehmen und der Arbeitnehmer dem Familienangehörigen Unterhalt gewährt, betrifft die Erschwerung oder Verhinderung der Wahrnehmung dieses Rechtes indirekt die Rechte des Arbeitnehmers. Im Übrigen macht der EuGH die Gewährung von sozialen Leistungen im Sinne des Art. 7 Abs. 2 VO Nr. 492/2011 ausdrücklich nicht davon abhängig, dass der Familienangehörige seinen Wohnsitz bei dem Arbeitnehmer hat. Wie dargelegt hat der EuGH in der Rechts-

⁵⁸⁴ EuGH, Urteil vom 14.06.2012, Rs. C-542/09, veröffentlicht in der digitalen Sammlung (Allgemeine Sammlung), Kommission / Niederlande, Rn. 35; EuGH, Urteil vom 26.02.1992, C-3/90, Slg. 1992 I, 1071, Bernini, Rn. 25 f.

⁵⁸⁵ EuGH, Urteil vom 26.02.1992, C-3/90, Slg. 1992 I, 1071, Bernini, Rn. 28.

sache *Bernini* festgestellt, dass der Wohnsitz des Kindes für die Anerkennung einer Studienfinanzierung als soziale Vergünstigung im Sinne des Art. 7 Abs. 2 VO Nr. 492/2011 für den Arbeitnehmenden Elternteil keine Rolle spielt⁵⁸⁶. Wesentlich wird nur noch darauf abgestellt, dass der Elternteil dem Kind Unterhalt gewährt⁵⁸⁷. Von zentraler Bedeutung ist daher nicht die Frage, nach welcher Vorschrift der Familienangehörige die Genehmigung erhalten hat, bei dem Arbeitnehmer seinen Wohnsitz zu nehmen, sondern die Frage, ob sich die Ablehnung der Leistungen an den Familienangehörigen negativ auf das Recht des Arbeitnehmers auswirkt, in Bezug auf seine Arbeitsbedingungen nicht diskriminiert zu werden.

Zu diskutieren ist, ob die Ausführungen des EuGH, die Gewährung sozialer Leistungen an Familienangehörige solle die Mobilität der Arbeitnehmer innerhalb der Gemeinschaft fördern, gegen die Ausdehnung der Rechtsprechung auf türkische Arbeitnehmer spricht. Hierfür könnte man anführen, dass das Assoziationsrecht türkischen Arbeitnehmern weder die Einreise in die EU erlaubt, noch ihnen ein Freizügigkeitsrecht innerhalb der EU zugesteht. Allerdings ging es in den dargestellten Entscheidungen schwerpunktmäßig nicht darum, den Arbeitnehmern die Einreise in den EU-Mitgliedstaat zu ermöglichen oder zu erleichtern. Vielmehr hatten die betroffenen Arbeitnehmer von ihrem Freizügigkeitsrecht bereits Gebrauch gemacht. Die Ablehnung der sozialen Leistungen für die Familienangehörigen hätte aber möglicherweise dazu geführt, dass die Arbeitnehmer ihr Freizügigkeitsrecht nicht weiter wahrnehmen und sie den EU-Mitgliedstaat, in dem sie erwerbstätig waren, hätten verlassen müssen, wenn sie ihre familiäre Lebensgemeinschaft mit dem Familienangehörigen hätten aufrecht erhalten wollen. In einer vergleichbaren Situation befinden sich aber auch türkische Arbeitnehmer, die in einem EU-Mitgliedstaat erwerbstätig sind. Bei Ablehnung der sozialen Leistungen für Familienangehörige ist es ihnen eventuell nicht mehr möglich, weiterhin ihrer Erwerbstätigkeit in dem EU-Mitgliedstaat nachzugehen. Zur Begründung der Einbeziehung von Familienangehörigen kann auf Art. 12 AssAbk und damit auf die Pflicht der Vertragsparteien, sich bei der Herbeiführung der Freizügigkeit für türkische Arbeitnehmer von den gemeinschaftsrechtlichen Freizügigkeitsregelungen leiten zu lassen, verwiesen werden⁵⁸⁸. Ziel des ARB Nr. 1/80 ist

⁵⁸⁶ EuGH, Urteil vom 26.02.1992, C-3/90, Slg. 1992 I, 1071, *Bernini*, Rn. 28.

⁵⁸⁷ EuGH, Urteil vom 26.02.1992, C-3/90, Slg. 1992 I, 1071, *Bernini*, Rn. 25 ff.

⁵⁸⁸ *Heyer*, Diskriminierungs- und Beschränkungsverbot im Rahmen der gemeinschaftsrechtlichen Arbeitnehmerfreizügigkeit, S. 297, hier für die Einbeziehung drittstaatsangehöriger Familienangehöriger.

ausweislich seiner Präambel insbesondere die Förderung der Herbeiführung der Freizügigkeit der türkischen Arbeitnehmer und die Verbesserung der Regelungen im sozialen Bereich zu Gunsten der Arbeitnehmer und ihrer Familienangehörigen. Auch wenn den türkischen Arbeitnehmern das volle Freizügigkeitsrecht noch nicht zusteht, so müssen auf dem Weg der Herstellung alle Hindernisse so weit wie möglich beseitigt werden. Dass die Anwesenheit der Familienangehörigen sich wesentlich auf alle Lebensbereiche des Arbeitnehmers auswirkt, kann nicht bestritten werden. In dem Fall, in dem der Arbeitnehmer dem Familienangehörigen Unterhalt gewährt, beeinflusst die Ablehnung von sozialen Leistungen massiv die Möglichkeit des Arbeitnehmers, in dem Mitgliedstaat zu verbleiben und seiner Erwerbstätigkeit dort nachzugehen. Um die dargestellten Ziele des ARB Nr. 1/80 erreichen zu können, ist die Einbeziehung der Familienangehörigen in den Diskriminierungsschutz daher unerlässlich. Wie bei Familienangehörigen von EU-Staatsangehörigen muss die Gewährung der sozialen Leistungen gemäß Art. 7 Abs. 2 VO Nr. 492/2011 für Familienangehörige in ab- und aufsteigender Linie gelten. Maßgeblich ist allein, dass der Arbeitnehmer den Familienangehörigen unterhält. Es ist nach der Rechtsprechung des EuGH auch unerheblich, ob der Familienangehörige einen Anspruch auf Unterhalt hat⁵⁸⁹. Maßgeblich kann allein sein, dass tatsächlich Unterhalt gewährt wird. Andernfalls würde die Gewährung von Rechten aus Art. 7 Abs. 2 VO Nr. 492/2011 zu sehr von der nationalen Ausgestaltung des Unterhaltsrechtes abhängen.

Im Ergebnis sind daher die türkischen Familienangehörigen der türkischen Arbeitnehmer, denen der Arbeitnehmer Unterhalt gewährt, mittelbar von Art. 10 Abs. 1 ARB Nr. 1/80 begünstigt. Da es sich bei der Begünstigung der Familienangehörigen um eine soziale Vergünstigung für den Arbeitnehmer handelt, stellt sich die Frage, ob die Familienangehörigen die Rechte selbst geltend machen können. Dies hat der EuGH für Familienangehörige von EU-staatsangehörigen Arbeitnehmern ausdrücklich bejaht⁵⁹⁰. Es ist kein Grund ersichtlich, aus welchem diese Rechtsprechung nicht auf die Familienangehörigen türkischer Arbeitnehmer übertragen werden sollte. Andernfalls könnten die Rechte auch nicht effektiv wahrgenommen werden.

⁵⁸⁹ Vgl. EuGH, Urteil vom 18.06.1987, Rs. C-316/85, Slg. 1987, 2811, Lebon, Rn. 21.

⁵⁹⁰ EuGH, Urteil vom 14.06.2012, Rs. C-542/09, veröffentlicht in der digitalen Sammlung (Allgemeine Sammlung), Europäische Kommission / Königreich der Niederlande, Rn. 48.

Teilweise wird die Frage aufgeworfen, ob türkische Familienangehörige, die gemäß Art. 7 Abs. 1, zweiter Gedankenstrich ARB Nr. 1/80 nach mindestens fünfjährigem ordnungsgemäßen Wohnsitz freien Zugang zu jeder von ihnen gewählten Beschäftigung im Lohn- oder Gehaltsverhältnis erworben haben, von dem Diskriminierungsverbot des Art. 10 Abs. 1 ARB Nr. 1/80 erst dann profitieren können, wenn sie eine Beschäftigung aufgenommen haben⁵⁹¹. Folgt man der hier vertretenen Auffassung, dass Familienangehörige jedenfalls mittelbar vor Diskriminierungen geschützt sind, so spielt diese Frage nur eine Rolle in den Fällen, in denen dem Familienangehörigen kein abgeleitetes Recht zusteht, weil ihm kein Unterhalt gewährt wird oder der türkische Arbeitnehmer nicht mehr dem Arbeitsmarkt angehört. Der Familienangehörige kann in dem dargestellten Fall jedenfalls noch nicht selbst als Arbeitnehmer angesehen werden, da zur Erlangung der Arbeitnehmereigenschaft die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit erforderlich ist⁵⁹². Zu Gunsten eigener Rechte der Familienangehörigen werden Entscheidungen des EuGH angeführt, nach der die türkischen Familienangehörigen auch dann ein zeitlich befristetes Recht zur Arbeitsuche haben, wenn der Arbeitnehmer, von dem sie ihre Rechte ableiten, verstorben oder ausge-reist ist⁵⁹³. Es verbleibt aber dennoch dabei, dass Art. 10 Abs. 1 ARB Nr. 1/80 Arbeitnehmer begünstigen soll. So lange der Familienangehörige keine Erwerbstätigkeit aufgenommen hat, mangelt es an der erforderlichen Arbeitnehmereigenschaft. In diesem Zusammenhang kann auch auf die Rechtsprechung des EuGH in der Sache *Lebon*⁵⁹⁴ verwiesen werden, wonach auch Verwandten von EU-Staatsangehörigen in absteigender Linie, die das 21. Lebensjahr vollendet haben und die keinen Unterhalt vom Arbeitnehmer mehr beziehen, kein eigenes Recht aus Art. 7 Abs. 2 VO Nr. 1612/68 bzw. jetzt Art. 7 Abs. 2 VO Nr. 492/2011 zusteht, solange sie die Arbeitnehmereigenschaft noch nicht erlangt haben. Insoweit würde eine Begünstigung von türkischen Familienangehörigen einen Verstoß gegen Art. 59 ZP darstellen. Auch türkische Familienangehörige, welche die Rechtsposition des Art. 7 S. 1, 2. Spiegelstrich ARB Nr. 1/80 erlangt haben, können sich demnach auf eigene Rechte aus Art. 10 Abs. 1 ARB Nr. 1/80 erst dann berufen, wenn sie eine Erwerbstätigkeit aufgenommen haben.

⁵⁹¹ *Gutmann* in GK-AufenthG, IX, 1 Art. 10 ARB Nr. 1/80, Rn. 17.

⁵⁹² S. o. Teil 3 IV 2 a.

⁵⁹³ *Gutmann* in GK-AufenthG, IX – 1 Art. 10 ARB Nr. 1/80, Rn. 18 unter Bezugnahme auf die Urteile des EuGH vom 26.02.1991, Rs. C-292/89, Slg. 1991 I, 745, Antonissen und vom 23.01.1997, Rs. C-171/95, 1997 I, 329, Tetik.

⁵⁹⁴ EuGH, Urteil vom 18.06.1987, Rs. 316/85, Slg. 1987, 2811, *Lebon*.

bb. Drittstaatsangehörige Familienangehörige

Fraglich ist, ob das in Art. 10 Abs. 1 ARB Nr. 1/80 enthaltene Diskriminierungsverbot auch drittstaatsangehörige Familienangehörige des türkischen Arbeitnehmers begünstigen kann. Auch in Bezug auf drittstaatsangehörige Familienangehörige ist zunächst zu unterscheiden zwischen solchen, die einer Erwerbstätigkeit nachgehen und solchen, die von der Unterhaltsgewährung des türkischen Arbeitnehmers abhängig sind.

Zunächst kann für drittstaatsangehörige Familienangehörige, die ihren ordnungsgemäßen Wohnsitz bei dem Arbeitnehmer haben und denen der Arbeitnehmer Unterhalt gewährt, nichts anderes gelten als für türkische Familienangehörige, die ihren ordnungsgemäßen Wohnsitz bei dem Arbeitnehmer haben und denen der Arbeitnehmer Unterhalt gewährt. Die Gewährung sozialer Leistungen an den Familienangehörigen hat in gleichem Maße Auswirkungen auf die Möglichkeit des Arbeitnehmers, sich im Mitgliedstaat aufzuhalten, unabhängig davon, ob der Familienangehörige die türkische oder eine andere Drittstaatsangehörigkeit hat. Der EuGH hat in seiner Entscheidung *Deak*⁵⁹⁵ festgestellt, dass die Vergünstigungen des Art. 7 Abs. 2 VO Nr. 1612/68⁵⁹⁶ auch drittstaatsangehörigen Familienangehörigen zustehen, denen der EU-Arbeitnehmer Unterhalt gewährt⁵⁹⁷. Andernfalls wäre die Mobilität des EU-Arbeitnehmers eingeschränkt⁵⁹⁸. Auch hier wird wieder deutlich, dass es sich bei der Berücksichtigung des Diskriminierungsverbotes zu Gunsten der drittstaatsangehörigen Familienangehörigen eigentlich um eine soziale Vergünstigung für den Arbeitnehmer handelt. Diese Rechtsprechung ist auf drittstaatsangehörige Familienangehörige von assoziationsberechtigten türkischen Arbeitnehmern zu übertragen. Zur Begründung kann auf die Einbeziehung türkischer Familienangehöriger, denen der Arbeitnehmer Unterhalt gewährt, verwiesen werden⁵⁹⁹. Sofern man die sozialen Rechte entsprechend Art. 7 Abs. 2 VO Nr. 492/2011 als vom Diskriminierungsverbot des Art. 10 Abs. 1 ARB Nr. 1/80 umfasst sieht, stehen diese den drittstaatsangehörigen Familienangehörigen türkischer Arbeitnehmer zu, denen dieser Unterhalt gewährt. Die drittstaatsangehörigen Familienangehörigen können diese Rechte auch in eigenem Namen geltend machen.

⁵⁹⁵ EuGH, Urteil vom 20.06.1985, C-94/84, Slg. 1985, 1873, Deak.

⁵⁹⁶ Jetzt Art. 7 Abs. 2 VO Nr. 492/2011.

⁵⁹⁷ EuGH, Urteil vom 20.06.1985, C-94/84, Slg. 1985, 1873, Deak, Rn. 22 ff.

⁵⁹⁸ EuGH, Urteil vom 20.06.1985, C-94/84, Slg. 1985, 1873, Deak, Rn. 22 ff.

⁵⁹⁹ S. o. Teil 3 IV 2 b aa.

Anders als die türkischen arbeitnehmenden Familienangehörigen sind drittstaatsangehörige Familienangehörige, die einer Erwerbstätigkeit nachgehen, nicht per se Berechtigte gemäß Art. 10 ARB Nr. 1/80. Es ist daher zu erörtern, ob diese Personengruppe auch in den Genuss der sozialen Rechte aus Art. 10 Abs. 1 ARB Nr. 1/80 kommen können. Gegen die Einbeziehung von Familienangehörigen spricht auch hier zunächst der Wortlaut des Art. 10 Abs. 1 ARB Nr. 1/80, der Familienangehörige nicht erwähnt. Heyer misst diesem Argument aber keine ausschlaggebende Bedeutung bei, da auch weder Art. 11 VO Nr. 1612/68⁶⁰⁰, Art. 48 Abs. 2 EGV⁶⁰¹ noch Art. 7 VO Nr. 1612/68⁶⁰² ausdrücklich das Diskriminierungsverbot auf drittstaatsangehörige Familienangehörige erstrecken und der EuGH dennoch festgestellt habe, dass der drittstaatsangehörige Familienangehörige, der das Recht auf Zugang zu einer Tätigkeit im Lohn- oder Gehaltsverhältnis erworben hat, diese Tätigkeit unter denselben Voraussetzungen ausüben können müsse, unter denen der freizügigkeitsberechtigte Arbeitnehmer seine Tätigkeit ausübt⁶⁰³. Das Wortlautargument wirkt im Rahmen des Art. 10 ARB Abs. 1 Nr. 1/80 aber schwerer, da dem Art. 10 Abs. 1 ARB Nr. 1/80, der Familienangehörige nicht erwähnt, unmittelbar Art. 10 Abs. 2 ARB Nr. 1/80 folgt, der das Recht auf Unterstützung der Arbeitsämter bei der Beschaffung eines Arbeitsplatzes ausdrücklich auf Familienangehörige ausdehnt. Eine derartige wörtliche Differenzierung ist im Art. 7 VO Nr. 492/2011 nicht enthalten.

Heyer zieht zur Klärung der Frage, ob Drittstaatsangehörige ihre Erwerbstätigkeit unter den gleichen Bedingungen wie türkische Arbeitnehmer ausüben können müssen, die Rechtsprechung des EuGH zu Art. 3 Abs. 1 VO Nr. 1612/68⁶⁰⁴ heran⁶⁰⁵. Diese Vorschrift untersagte unter anderem die Anwendung von Rechts- und Verwaltungsvorschriften oder Verwaltungspraktiken, welche den Zugang zur Beschäftigung und deren Ausübung durch Ausländer einschränken oder von Bedingungen abhängig machen, die für Inländer nicht gelten. In diesem Zusammenhang hat der EuGH festgehalten, dass die Rechte des Familienangehörigen aufgrund der Art. 10 und 11

⁶⁰⁰ Jetzt Art. 3 Abs. 1 VO Nr. 492/2011.

⁶⁰¹ Jetzt Art. 45 Abs. 2 AEUV.

⁶⁰² Jetzt Art. 7 VO Nr. 492/2011.

⁶⁰³ Heyer, Diskriminierungs- und Beschränkungsverbot im Rahmen der gemeinschaftsrechtlichen Arbeitnehmerfreizügigkeit, S. 297, mit Verweis auf EuGH, Urteil vom 07.05.1986, Rs. C-131/85, Slg. 1986, 1573, Gül.

⁶⁰⁴ Jetzt Art. 3 Abs. 1 VO Nr. 492/2011

⁶⁰⁵ Heyer, Diskriminierungs- und Beschränkungsverbot im Rahmen der gemeinschaftsrechtlichen Arbeitnehmerfreizügigkeit, S. 297.

VO Nr. 1612/68⁶⁰⁶ an die Rechte des Arbeitnehmers aus Art. 48 EWGV⁶⁰⁷ und Art. 1 ff der VO Nr. 1612/68⁶⁰⁸ gebunden sind⁶⁰⁹. Aus dieser Abhängigkeit folgert der EuGH, dass die Arbeitsbedingungen des Arbeitnehmers und seines Familienangehörigen gleich sein müssen⁶¹⁰. Heyer misst dieser Schlussfolgerung allgemeine gemeinschaftsrechtliche Gültigkeit bei⁶¹¹. Diese Rechtsprechung des EuGH müsse daher auch für Rechte von Familiangehörigen gelten, die ihre Rechte aus den Freizügigkeitsrechten türkischer Staatsangehöriger ableiten⁶¹².

Hiergegen sprechen folgende Überlegungen: Die Familienangehörigen leiten ihre Aufenthalts- und Beschäftigungsrechte zunächst nicht von dem assoziationsrechtlichen Freizügigkeitsrecht des Arbeitnehmers ab, da dieses keinen Anspruch auf Familienzusammenführung vorsieht. Im Assoziationsrecht gibt es keine Regelungen, die den Art. 10 und 11 VO 1612/68 bzw. Art. 7 Abs. 1 Buchst. d, Abs. 2 RL 2004/38/EG entsprechen. Sowohl das Recht des Arbeitnehmers als auch des Familienangehörigen, den Wohnsitz erstmalig im EU-Mitgliedstaat zu nehmen, richtet sich nicht nach Assoziationsrecht, sondern nach nationalem Recht. Aufgrund dieses grundsätzlichen Unterschiedes zwischen den Rechten Familienangehöriger von EU-Arbeitnehmern und Familienangehöriger von türkischen Arbeitnehmern erscheint es an dieser Stelle unzulässig, die Rechtsprechung des EuGH zur Einbeziehung von Familienangehörigen in den gemeinschaftsrechtlichen Diskriminierungsschutz auf das Assoziationsrecht zu übertragen. Nach dem Verständnis des EuGH handelt es sich bei den möglichen Diskriminierungsverboten zu Gunsten der Familienangehörigen auch nicht um einen Teil des Rechtes des EU-staatsangehörigen Arbeitnehmers. Vielmehr werden die dem Familienangehörigen zustehenden eigenen Rechte in ihrem Umfang den Rechten des EU-staatsangehörigen Arbeitnehmers angeglichen. Über derartige eigene assoziationsrechtliche Rechtspositionen verfügt der Drittstaatsangehörige zunächst aber nicht. Eine Übertragung der Rechtsprechung des EuGH auf erwerbstätige drittstaatsangehörige Familienangehörige kommt also erst dann in Frage, wenn der Familienangehörige über eigene Rechte aus dem Assozia-

⁶⁰⁶ Jetzt geregelt in Art. 7 Abs. 1 Buchst. d, Abs. 2 RL 2004/38/EG.

⁶⁰⁷ Jetzt Art. 45 AEUV.

⁶⁰⁸ Jetzt Art. 1 ff VO Nr. 492/2011.

⁶⁰⁹ EuGH, Urteil vom 07.05.1986, Rs. 131/85, Slg. 1986, 1573, Gül, Rn. 20.

⁶¹⁰ EuGH, Urteil vom 07.05.1986, Rs. 131/85, Slg. 1986, 1573, Gül, Rn. 20.

⁶¹¹ Heyer, Diskriminierungs- und Beschränkungsverbot im Rahmen der gemeinschaftsrechtlichen Arbeitnehmerfreizügigkeit, S. 297.

⁶¹² Heyer, Diskriminierungs- und Beschränkungsverbot im Rahmen der gemeinschaftsrechtlichen Arbeitnehmerfreizügigkeit, S. 297.

tionsrecht verfügt, beispielsweise aus Art. 7 ARB Nr. 1/80. Auch dann wird man aber aufgrund der eindeutigen Unterscheidung der Rechte für türkische Arbeitnehmer und ihrer Familienangehörigen in Art. 10 Abs. 1 und 2 ARB Nr. 1/80 über das Wortlautargument nicht hinwegkommen.

Das Erfordernis gleicher Arbeitsbedingungen für drittstaatsangehörige Familienangehörige lässt sich auch nicht damit begründen, dabei handele es sich eigentlich um eine Vergünstigung für den türkischen Arbeitnehmer. Auch bei einer weiten Auslegung des Diskriminierungsschutzes hat die Frage, unter welchen Bedingungen drittstaatsangehörige Familienangehörige ihre Beschäftigung ausüben, keinen Einfluss auf die Rechte des türkischen Arbeitnehmers. Dementsprechend lässt sich die Einbeziehung von arbeitnehmenden Familienangehörigen in den Diskriminierungsschutz auch nicht mit dem Hinweis auf Art. 12 AssAbk und damit auf die Pflicht der Vertragsparteien, sich bei der Herbeiführung der Freizügigkeit für türkische Arbeitnehmer von den gemeinschaftsrechtlichen Freizügigkeitsregelungen leiten zu lassen, begründen⁶¹³. Die Herbeiführung der Freizügigkeit des Arbeitnehmers wird durch eine diskriminierende Behandlung seiner arbeitnehmenden Familienangehörigen nicht beeinträchtigt, da dies letztlich keine Auswirkungen auf die Entscheidung des Arbeitnehmers haben kann, seinen Wohnsitz weiterhin in dem EU-Mitgliedstaat beizubehalten.

3. Zugehörigkeit zum regulären Arbeitsmarkt

Die Zugehörigkeit zum regulären Arbeitsmarkt wird nach der Rechtsprechung des EuGH angenommen, wenn „das Arbeitsverhältnis des Betroffenen im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats lokalisiert werden kann oder eine hinreichend enge Verknüpfung mit diesem Gebiet aufweist, wobei insbesondere der Ort der Einstellung des türkischen Staatsangehörigen, das Gebiet, in dem oder von dem aus die Tätigkeit im Lohn- oder Gehaltsverhältnis ausgeübt wird, und die nationalen Vorschriften im Bereich des Arbeitsrechts und der sozialen Sicherheit zu berücksichtigen sind“⁶¹⁴. Voraussetzung ist dabei, dass der Arbeitnehmer entsprechend den Rechts- und Verwal-

⁶¹³ So aber *Heyer*, Diskriminierungs- und Beschränkungsverbot im Rahmen der gemeinschaftsrechtlichen Arbeitnehmerfreizügigkeit, S. 297.

⁶¹⁴ EuGH, Urteil vom 19.11.2002, Rs. C-188/2000, Slg. 2002 I, 10691, Kurz, Rn. 37; EuGH, Urteil vom 26.11.1998, Rs. C-1/97, Slg. 1998 I, 7747, Birden, Rn. 33; EuGH, Urteil vom 30.09.1997, Rs. C-36/96, Slg. 1997 I, 5143, Günaydin, Rn. 29; EuGH, Urteil vom 30.09.1997, Rs. C-98/96, Slg. 1997 I, 5179, Ertanir, Rn. 39; EuGH, Urteil vom 06.06.1995, Rs. C-434/93, Slg. 1995 I, 1475, Bozkurt, Rn. 22, 23.

tungsvorschriften des Aufnahmemitgliedstaats über die Einreise in sein Hoheitsgebiet und über die Beschäftigung das Recht hat, eine Berufstätigkeit in diesem Staat auszuüben⁶¹⁵. Insoweit stimmen die Voraussetzungen mit denen einer ordnungsgemäßen Beschäftigung überein⁶¹⁶. Der EuGH hat in der Rechtssache *Birden* festgestellt, dass es sich bei dem Begriff der Zugehörigkeit zum regulären Arbeitsmarkt eines Mitgliedstaats insoweit nur um eine Verdeutlichung des Begriffs der ordnungsgemäßen Beschäftigung handelt⁶¹⁷. Die Beschäftigung muss daher den aufenthalts- und arbeitsrechtlichen Vorschriften genügen. Außerdem darf der Aufenthalt nicht nur vorläufig oder bestritten sein⁶¹⁸. Der Grund der Einreise spielt keine Rolle. Auch die Tatsache, dass jemand zunächst gestattet einreist, ihm die Ausübung einer entgeltlichen Tätigkeit aber zunächst verboten ist und erst später genehmigt wird, hindert die Zugehörigkeit zum regulären Arbeitsmarkt nicht⁶¹⁹. Dies führt dazu, dass beispielsweise auch als Au-Pair-Kraft oder als Studierende eingereiste türkische Staatsangehörige dem regulären Arbeitsmarkt angehören können, wenn ihnen nach der Einreise eine Erwerbstätigkeit erlaubt wird⁶²⁰. Die Einreise als Asylsuchender hindert die spätere Zugehörigkeit zum regulären Arbeitsmarkt nicht, wenn der Asylantrag Erfolg hat und dem Betreffenden als Asylberechtigtem oder anerkanntem Flüchtling eine Aufenthalts- und Arbeitserlaubnis erteilt wird⁶²¹. Auch ein Auszubildender gehört dem regulären Arbeitsmarkt an, eine andere Auslegung widerspräche Zweck und Systematik des ARB Nr. 1/80, welche die Förderung der Integration türkischer Staatsangehöriger im Aufnahmemitgliedstaat zum Ziel haben⁶²². Die Tatsache, dass eine Tätigkeit mit öffentlichen Mitteln gefördert wird und dazu bestimmt ist, die Eingliederung des Betreffenden in das Berufsleben zu fördern, hindert nicht die Zugehörigkeit zum regulären Arbeitsmarkt⁶²³. Das gleiche gilt für eine vorübergehende Unterbrechung des Arbeitsverhältnisses für einen zur Beschäftigungssuche angemessenen Zeitraum, dies

⁶¹⁵ EuGH, Urteil vom 18.12.2008, Rs. C-337/07, Slg. 2008 I, 10323, Altun, Rn. 23; EuGH, Urt. v. 19.11.2002, Rs. C-188, Slg. 2002 I, 10691, Kurz, Rn. 39; EuGH, Urteil vom 10.02.2000, Rs. C-340/97, Slg. 2000 I, 957, Nazli, Rn. 31; EuGH, Urteil vom 26.11.1998, Rs. C-1/97, Slg. 1998 I, 7747, Birden, Rn. 51; BVerwG, Urteil vom 19.09.2000, BVerwG I C 13.00, juris, Rn. 21.

⁶¹⁶ S.o. Teil 3 II 3.

⁶¹⁷ EuGH, Urteil vom 26.11.1998, Rs. C-1/97, Slg. 1998 I, 7747, Birden, Rn. 53.

⁶¹⁸ S.o. Teil III 2 3.

⁶¹⁹ EuGH, Urteil vom 24. 01.2008, Rs. C-294/06, Slg. 2008 I, 203, Payir, Rn. 41; Urteil vom 30.09.1997, Rs. C-36/96, Slg. 1997 I, 5143, Günaydin, Rn. 52.

⁶²⁰ EuGH, Urteil vom 24. 01.2008, Rs. C-294/06, Slg. 2008 I, 203, Payir, Rn. 44 f.

⁶²¹ EuGH, Urteil vom 18.12.2008, Rs. C-337/07, Slg. 2008 I, 10323, Altun, Rn. 50.

⁶²² EuGH, Urt. v. 19.11.2002, Rs. C-188, Slg. 2002 I, 10691, Kurz, Rn. 44 f.

⁶²³ EuGH, Urt. v. 29.11.2008, Rs. C-1/97, Slg. 1998 I, 7747, Birden. Rn. 42 ff.

gilt unabhängig vom Grund für die Unterbrechung des Arbeitsverhältnisses⁶²⁴. Auch eine Eigenkündigung ist insoweit unschädlich⁶²⁵. Der Arbeitnehmer muss während seiner Arbeitslosigkeit grundsätzlich alle im betreffenden Mitgliedstaat vorgeschriebenen Formalitäten erfüllen, sich beispielsweise Arbeit suchend melden und Vermittlungsbemühungen zur Verfügung stehen⁶²⁶. Von diesen Voraussetzungen hat der EuGH aber im Einzelfall abgesehen, wenn der Arbeitnehmer beispielsweise arbeitsmarktüblich mehrere befristete Arbeitsverträge hintereinander geschlossen hat und die Unterbrechung der Erwerbstätigkeit daher unabhängig vom Willen des Arbeitnehmers erfolgt⁶²⁷. Der türkische Arbeitnehmer gehört erst dann dem regulären Arbeitsmarkt nicht mehr an, wenn er objektiv keine Möglichkeit mehr hat, sich in den Arbeitsmarkt wiederinzugliedern oder wenn der zur Beschäftigungssuche angemessene Zeitraum überschritten ist⁶²⁸. Dies ist beispielsweise bei einer dauerhaften Arbeitsunfähigkeit der Fall⁶²⁹. Die Frage, wann ein Zeitraum zur Arbeitsuche noch angemessen ist, kann nicht pauschal festgelegt werden. Der EuGH hat die Entscheidung darüber den Mitgliedstaaten bzw. den dort angerufenen Gerichten überlassen⁶³⁰. Allerdings reiche ein Zeitraum von lediglich einigen Tagen nicht aus⁶³¹. Der EuGH hat in der Rechtssache *Antonissen* im Rahmen des gemeinschaftlichen Freizügigkeitsrechtes festgestellt, dass ein Zeitraum von sechs Monaten zur Arbeitsuche grundsätzlich angemessen erscheint⁶³². Sofern der Betroffene nach Ablauf dieser sechs Monate nachweist, dass er weiterhin und mit begründeter Aussicht auf Erfolg Arbeit sucht, dürfe er nicht ausgewiesen werden⁶³³. Es ist kein Grund ersichtlich, aus welchem diese Vorgabe nicht auch in Bezug auf die Zugehörigkeit zum regulären Arbeitsmarkt der assoziationsberechtigten türkischen Staatsangehörige gelten sollte. Strafgefangene gehören grundsätzlich nicht dem regulären Arbeitsmarkt an. Anders ist dies bei Untersuchungshaftgefangenen, wenn sie zu einer Freiheitsstrafe verurteilt werden, deren Vollstreckung zur Bewährung ausgesetzt wird und sie innerhalb einer

⁶²⁴ EuGH, Urteil vom 18.12.2008, Rs. C-337/07, Slg. 2008 I, 10323, Altun, Rn. 24; Urteil vom 07.07.2005, Rs. C-383/03, Slg. 2005 I, 6237, Dogan, Rn. 19 f.

⁶²⁵ EuGH, Urteil vom 23.01.1997, Rs. C-171/95, Slg. 1997 I, 329, Tetik, Rn. 40

⁶²⁶ EuGH, Urteil vom 23.01.1997, Rs. C-171/95, Slg. 1997 I, 329, Tetik, Rn. 41.

⁶²⁷ EuGH, Urteil vom 10.01.2006, Rs. C-230/03, Slg. 2006 I, 157, Sedef, Rn. 56 f.

⁶²⁸ EuGH, Urteil vom 18.12.2008, Rs. C-337/07, Slg. 2008 I, 10323, Altun, Rn. 25; EuGH, Urteil vom 07.07.2005, Rs. C-383/03, Slg. 2005 I, 6237, Dogan, Rn. 23.

⁶²⁹ EuGH, Urteil vom 06.06.1995, Rs. C-434/93, Slg. 1995 I, 1475, Bozkurt, Rn. 39.

⁶³⁰ EuGH, Urteil vom 23.01.1997, Rs. C-171/95, Slg. 1997 I, 329, Tetik, Rn. 43.

⁶³¹ EuGH, Urteil vom 23.01.1997, Rs. C-171/95, Slg. 1997 I, 329, Tetik, Rn. 34.

⁶³² EuGH, Urteil vom 26.02.1991, Rs. C-292/89, Slg. 1991 I, 745, Antonissen, Rn. 21.

⁶³³ EuGH, Urteil vom 26.02.1991, Rs. C-292/89, Slg. 1991 I, 745, Antonissen, Rn. 21.

angemessenen Frist nach Haftentlassung wieder eine Arbeitsstelle finden⁶³⁴. Auch Strafgefangene, die während des offenen Vollzuges einem freien Beschäftigungsverhältnis nachgehen, gehören dem regulären Arbeitsmarkt an⁶³⁵. Dies folgt auch bereits daraus, dass es sich bei dem freien Beschäftigungsverhältnis um eine reguläre Arbeitsstelle handelt, die unabhängig von der Frage, ob jemand in Strafhaft ist oder nicht, besetzt wird. Der Strafgefangene unterliegt denselben Beschäftigungs- und Kündigungsbedingungen wie ein in Freiheit befindlicher Arbeitnehmer. Nicht selten setzt der Betroffene das Arbeitsverhältnis nach Haftentlassung fort. Es ist daher kein Grund ersichtlich, aus dem die Beschäftigung eines Freigängers anders bewertet werden sollte als dieselbe Beschäftigung eines anderen Arbeitnehmers.

4. Umfang der Rechte

Zu untersuchen ist, welche Bereiche von dem Diskriminierungsverbot des Art. 10 Abs. 1 ARB Nr. 1/80 umfasst sind. Seinem Wortlaut nach verbietet der Art. 10 Abs. 1 ARB Nr. 1/80 jede Ungleichbehandlung hinsichtlich des Arbeitsentgeltes und der sonstigen Arbeitsbedingungen.

a. Regelung hinsichtlich des Arbeitsentgeltes

Wie sogleich ausgeführt wird, ist der Begriff der sonstigen Arbeitsbedingungen weit zu verstehen⁶³⁶. Daher kommt der ausdrücklichen Erwähnung des Arbeitsentgeltes keine eigenständige Bedeutung zu.

b. Regelung hinsichtlich der sonstigen Arbeitsbedingungen

Zentraler Begriff in Bezug auf den Umfang des Diskriminierungsverbotes aus Art. 10 Abs. 1 ARB Nr. 1/80 ist der Begriff der „sonstigen Arbeitsbedingungen“. Besonders umstritten ist hier die Frage, ob diese lediglich im Sinne des Art. 7 Abs. 1 VO Nr. 492/2011⁶³⁷ als Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen zu verstehen sind oder ob auch die sozialen und steuerlichen Vergünstigungen im Sinne des Art. 7 Abs. 2 VO

⁶³⁴ EuGH, Urteil vom 10.02.2000, Rs. C-340/97, Slg. 2000 I, 957, Nazli, Rn. 49.

⁶³⁵ Dienelt in Renner, Art. 6 ARB Nr. 1/80, Rn. 25 mit Verweis auf EuGH, Urteil vom 10.02.2000, Rs. C-340/97, Slg. 2000 I, 957, Nazli, welches allerdings den Fall eines türkischen Untersuchungshaftgefangenen betrifft, der zu einer Bewährungsstrafe verurteilt wurde und nach Haftentlassung wieder eine Arbeitsstelle fand.

⁶³⁶ Teil 3 IV 4 b.

⁶³⁷ Die bisherigen Auseinandersetzungen mit dieser Frage betrafen immer die Frage, ob die „sonstigen Arbeitsbedingungen“ nur die Rechte aus Art. 7 Abs. 1 VO Nr. 1612/68 oder auch die Rechte aus Art. 7 Abs. 1 VO Nr. 1612/68 entsprechen. Die VO Nr. 1612/68 wurde durch die VO Nr. 492/11 aufgehoben und durch diese in wesentlichen Teilen ersetzt. Der Art. 7 VO 492/11 entspricht wortgleich dem Art. 7 VO 1612/68. Bezugnahmen auf Art. 7 VO 1612/68 wurden hier daher durch Bezugnahmen auf Art. 7 VO 492/11 ersetzt.

492/2011 umfasst sind. Noch nicht abschließend geklärt ist ebenfalls die bedeutende Frage, ob der Familiennachzug als Teil der sonstigen Arbeitsbedingungen angesehen werden kann.

Unter Arbeitsbedingungen sind zunächst die Bedingungen zu verstehen, unter denen die konkrete Beschäftigung ausgeübt wird⁶³⁸. Nach der Rechtsprechung des EuGH ist dem Begriff der sonstigen Arbeitsbedingungen grundsätzlich ein weiterer Anwendungsbereich zuzuerkennen, da Art. 45 Abs. 2 AEUV „die Gleichbehandlung in Bezug auf all das vorsieht, was sich unmittelbar oder mittelbar auf die Ausübung einer Erwerbstätigkeit im Aufnahmemitgliedstaat bezieht“⁶³⁹.

Die Frage, welche Tragweite der Begriff der sonstigen Arbeitsbedingungen im Rahmen des Art. 10 ARB Nr. 1/80 hat, wird uneinheitlich beantwortet. Der EuGH hat in der Rechtssache *Wählergruppe Gemeinsam* festgestellt, „dass bei der Bestimmung der Tragweite des in Art. 10 Abs. 1 ARB Nr. 1/80 vorgesehenen Diskriminierungsverbotes in Bezug auf die Arbeitsbedingungen darauf abzustellen ist, wie der gleiche Grundsatz im Bereich der Freizügigkeit der Arbeitnehmer, die Angehörige der Mitgliedstaaten der Gemeinschaft sind, ausgelegt wird.“⁶⁴⁰ Dies folgert der EuGH aus dem aus Art. 12 AssAbk, Art. 36 ZP und dem Zweck des ARB Nr. 1/80 in Verbindung mit Art 45, 46 und 47 AEUV abgeleiteten Erfordernis, die im Rahmen dieser Artikel geltenden Grundsätze soweit wie möglich auf die assoziationsberechtigten türkischen Arbeitnehmer zu übertragen⁶⁴¹. Weiterhin stellt der EuGH auf den fast übereinstimmenden Wortlaut des Art. 10 ARB Nr. 1/80 und des Art. 45 Abs. 2 AEUV⁶⁴² sowie auf den Zweck und die Systematik des ARB Nr. 1/80, die Freizügigkeit der Arbeitnehmer schrittweise herzustellen und die Integration assoziationsberechtigter türkischer Staatsangehöriger zu fördern⁶⁴³, ab. Nach der Auffassung des EuGH stellt die Gewährung gleicher Arbeitsbedingungen „einen wichtigen Faktor beim Aufbau eines geeigneten Rahmens für die schrittweise Integration der türkischen Wanderarbeitnehmer dar“⁶⁴⁴.

⁶³⁸ *Gutmann* in GK-AufenthG, IX-1 Art. 10 ARB Nr. 1/80, Rn. 19.

⁶³⁹ EuGH, Urteil vom 08.05.2003, Rs. C-171/01, Slg. 2003 I, 4301, *Wählergruppe Gemeinsam*, Rn. 85.

⁶⁴⁰ EuGH, Urteil vom 08.05.2003, Rs. C-171/01, Slg. 2003 I, 4301, *Wählergruppe Gemeinsam*, Rn. 73.

⁶⁴¹ EuGH, Urteil vom 08.05.2003, Rs. C-171/01, Slg. 2003 I, 4301, *Wählergruppe Gemeinsam*, Rn. 72.

⁶⁴² EuGH, Urteil vom 08.05.2003, Rs. C-171/01, Slg. 2003 I, 4301, *Wählergruppe Gemeinsam*, Rn. 74.

⁶⁴³ EuGH, Urteil vom 08.05.2003, Rs. C-171/01, Slg. 2003 I, 4301, *Wählergruppe Gemeinsam*, Rn. 79.

⁶⁴⁴ EuGH, Urteil vom 08.05.2003, Rs. C-171/01, Slg. 2003 I, 4301, *Wählergruppe Gemeinsam*, Rn. 79.

Nach dem EuGH ist der Begriff der sonstigen Arbeitsbedingungen im Sinne von Art. 45 Abs. 2 AEUV und mithin auch im Sinne von Art. 10 ARB Nr. 1/80 weit auszulegen, da diese Vorschriften einen allgemeinen Grundsatz beinhalten⁶⁴⁵. Art. 48 Abs. 2 EGV⁶⁴⁶ stelle eine Konkretisierung des in Art. 7 EGV⁶⁴⁷ enthaltenen fundamentalen Verbots der Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit dar und werde seinerseits durch die besonderen Bestimmungen der VO Nr. 1612/68⁶⁴⁸ durchgeführt und konkretisiert⁶⁴⁹.

Diskutiert wird nunmehr vor allem, ob die sonstigen Arbeitsbedingungen im Sinne des Art. 10 Abs. 1 ARB Nr. 1/80 auch die gleichen sozialen und steuerlichen Vergünstigungen gemäß Art. 7 Abs. 2 VO Nr. 492/2011 umfassen oder ob lediglich Art. 7 Abs. 1 VO Nr. 492/2011 zur Bestimmung der Reichweite herangezogen werden kann. Art. 7 Abs. 1 VO Nr. 492/2011 verbietet die Diskriminierung „hinsichtlich der Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen, insbesondere im Hinblick auf Entlohnung Kündigung und, falls er (der Arbeitnehmer) arbeitslos geworden ist, im Hinblick auf berufliche Wiedereingliederung oder Wiedereinstellung“. Nach Art. 7 Abs. 2 VO Nr. 492/2011 genießt er „dort die gleichen sozialen und steuerlichen Vergünstigungen wie die inländischen Arbeitnehmer“. Dürfte lediglich Art. 7 Abs. 1 VO Nr. 492/2011 zur Konkretisierung des Art. 10 Abs. 1 ARB Nr. 1/80 herangezogen werden, würde dieser nur die Gleichbehandlung hinsichtlich der Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen, vor allem im Hinblick auf Entlohnung, Kündigung und berufliche Wiedereingliederung oder Wiedereinstellung fordern. Teilweise wird angenommen, selbst das Gleichbehandlungsgebot in Art. 7 Abs. 1 VO Nr. 492/2011 sei weit reichender als das in Art. 10 ARB Nr. 1/80⁶⁵⁰. Gegen die Ausweitung des Begriffs der sonstigen Arbeitsbedingungen im Sinne des Art. 7 Abs. 2 VO Nr. 492/2011 wird eingewandt, dass im Assoziationsratsbeschluss eine dem Art. 7 Abs. 2 VO Nr. 492/11 vergleichbare Vorschrift fehle⁶⁵¹. Aus der vom EuGH festgestellten übereinstimmenden rechtlichen Bedeutung des Begriffs der Arbeitsbedingungen in Art. 45 Abs. 2 AEUV und Art. 10 ARB Nr. 1/80 könne nicht gefolgert werden, dass auch soziale Vergünstigungen im

⁶⁴⁵ EuGH, Urteil vom 08.05.2003, Rs. C-171/01, Slg. 2003 I, 4301, Wählergruppe Gemeinsam, Rn. 85.

⁶⁴⁶ Jetzt Art. 45 Abs. 2 AEUV.

⁶⁴⁷ Jetzt Art. 18AEUV.

⁶⁴⁸ Jetzt VO Nr. 492/2011.

⁶⁴⁹ EuGH, Urteil vom 08.05.2003, Rs. C-171/01, Slg. 2003 I, 4301, Wählergruppe Gemeinsam, Rn. 85.

⁶⁵⁰ *Breidenbach*, BB 2001, 993, 994.

⁶⁵¹ *Husmann*, Arbeitnehmerfreizügigkeitsregeln in Assoziationsabkommen der EG, S. 305, 307.

Sinne des Art. 7 Abs. 2 VO Nr. 492/2011 umfasst sind⁶⁵². Bei den Arbeitsbedingungen handele es sich nur um den in Art. 7 Abs. 1 VO Nr. 492/2011 geregelten speziellen Ausschnitt aus dem Bereich der sozialen Vergünstigungen. Art. 7 Abs. 1 VO Nr. 492/2011 sei somit *lex specialis* zu Art. 7 Abs. 2 VO Nr. 492/2011⁶⁵³. Mangels ausdrücklicher Anordnung im ARB Nr. 1/80 seien die über den Bereich der Arbeitsbedingungen hinausgehenden sozialen Vergünstigungen nicht umfasst⁶⁵⁴. Gegen das Wortlautargument lässt sich zunächst sagen, dass das Assoziationsrecht jedenfalls keine Regelung enthält, welche eine vom gemeinschaftsrechtlichen Begriff der Arbeitsbedingungen abweichende Definition nahe legt⁶⁵⁵ und dass der Wortlaut des Art. 7 VO Nr. 492/2011 keinen Hinweis darauf gibt, dass Art. 7 Abs. 1 VO Nr. 492/2011 *lex specialis* zu Art. 7 Abs. 2 VO Nr. 492/11 sein soll. Es könnte sich bei Abs. 2 ebenso gut um eine nähere Bestimmung der Reichweite der in Abs. 1 genannten Arbeitsbedingungen handeln. Hierfür spricht auch die Überschrift des Abschnitts 2 der VO Nr. 492/2011 „Ausübung der Beschäftigung und Gleichbehandlung“. Hätte es sich bei den sozialen Vergünstigungen um den übergeordneten und umfassenderen Begriff handeln sollen, hätte es nahe gelegen, den Titel auch entsprechend zu überschreiben. Für die Einbeziehung des Art. 7 Abs. 2 VO Nr. 492/2011 in die Auslegung des assoziationsrechtlichen Begriffs der gleichen Arbeitsbedingungen spricht aber vor allem, dass es sich bei der VO Nr. 492/2011 nicht um eine eigenständige Rechtsquelle handelt, sondern um eine Konkretisierung primären Gemeinschaftsrechts⁶⁵⁶. Art. 45 AEUV stellt hier die eigentliche Rechtsgrundlage dar⁶⁵⁷. Von diesem sollen sich gemäß Art. 12 AssAbk die Vertragsparteien leiten lassen, um untereinander die Freizügigkeit der Arbeitnehmer schrittweise herzustellen. Die sich aus der VO Nr. 492/2011 ergebenden Konkretisierungen des Art. 45 AEUV müssen somit ebenso für den assoziationsrechtlichen Begriff der gleichen Arbeitsbedingungen gelten⁶⁵⁸.

⁶⁵² Husmann, Arbeitnehmerfreizügigkeitsregeln in Assoziationsabkommen der EG, S. 305, 307.

⁶⁵³ Husmann, Arbeitnehmerfreizügigkeitsregeln in Assoziationsabkommen der EG, S. 305, 307.

⁶⁵⁴ Breidenbach, BB 2001, 993, 994; Husmann, Arbeitnehmerfreizügigkeitsregeln in Assoziationsabkommen der EG, S. 305, 307.

⁶⁵⁵ Hoyer, Diskriminierungs- und Beschränkungsverbot im Rahmen der gemeinschaftsrechtlichen Arbeitnehmerfreizügigkeit, S. 301.

⁶⁵⁶ EuGH, Urteil vom 08.05.2003, Rs. C-171/01, Slg. 2003 I, 4301, Wählergruppe Gemeinsam, Rn. 83, Gutmann in GK-AufenthG, IX – 1 Art. 10 ARB Nr. 1/80, Rn. 21.

⁶⁵⁷ Gutmann in GK-AufenthG, IX – 1 Art. 10 ARB Nr. 1/80, Rn. 21.

⁶⁵⁸ Hoyer, Diskriminierungs- und Beschränkungsverbot im Rahmen der gemeinschaftsrechtlichen Arbeitnehmerfreizügigkeit, S. 298 f; Gutmann in GK-AufenthG, IX – 1 Art. 10 ARB Nr. 1/80, Rn. 21.

Gegen die Einbeziehung der sozialen und steuerlichen Vergünstigungen aus Art. 7 Abs. 2 VO Nr. 492/2011 unter den Begriff der sonstigen Arbeitsbedingungen wird weiter die sich daraus ergebende mobilitätsfördernde Wirkung⁶⁵⁹ vorgebracht⁶⁶⁰. Im Assoziationsrecht gehe es nicht wie im Gemeinschaftsrecht um die „dynamische Verwirklichung einer bereits vertraglich garantierten Freizügigkeit, sondern um die schrittweise Verwirklichung der im Assoziationsabkommen vorgesehenen Zielsetzung nach Maßgabe weiterer Beschlüsse des Assoziationsrats“⁶⁶¹. Die Funktion des ARB Nr. 1/80 beschränke sich auf den Zugang zum Arbeitsmarkt⁶⁶². Dem lässt sich ebenfalls der Art. 12 AssAbk entgegenhalten, wonach die schrittweise Herstellung der Freizügigkeit ausdrücklich angestrebt wird. Berücksichtigt man weiterhin, dass gemäß Art. 28 AssAbk letztlich der Beitritt der Türkei und damit die Übernahme des gemeinschaftlichen Rechtsbestandes das Ziel der Assoziierung ist, so ist eine mobilitätsfördernde Auslegung des Art. 10 ARB Nr. 1/80 gerade angezeigt. Der Überschrift des Abschnitts 1 des Kapitels II des ARB Nr. 1/80 „Fragen betreffend die Beschäftigung und die Freizügigkeit der Arbeitnehmer“ lässt sich entnehmen, dass auch der ARB Nr. 1/80 die Herstellung der Freizügigkeit der Arbeitnehmer im Blick hat und sich seine Bedeutung nicht auf den Zugang zum Arbeitsmarkt beschränkt. Die Verengung des Begriffs der sonstigen Arbeitsbedingungen auf den Arbeitsvertrag würde der wesentlichen Bedeutung des Diskriminierungsverbotes im Zusammenhang mit den Arbeitsbedingungen auch nicht gerecht⁶⁶³. Dessen Bedeutung würde sinnwidrig beschränkt, indem Diskriminierungen in Bereichen möglich würden, die zwar mit der Beschäftigung im Zusammenhang stehen aber nicht unmittelbar den Arbeitsvertrag betreffen⁶⁶⁴. Die sonstigen Arbeitsbedingungen in Art. 10 Abs. 1 ARB Nr. 1/80 umfassen daher auch die sozialen und steuerlichen Vergünstigungen im Sinne des Art. 7 Abs. 2 VO Nr. 492/2011.

Art. 7 Abs. 3 VO Nr. 492/2011 gewährt das Recht des Arbeitnehmers, unter den gleichen Bedingungen wie ein Inländer Berufsschulen und Umschulungszentren in Anspruch zu nehmen. Da es sich bei Art. 7 Abs. 3 VO Nr. 492/2011 um einen Fall der

⁶⁵⁹ Vgl. EuGH, Urteil vom 14.01.1982, Rs. C-64/81, Slg. 1982, 33, Reina, Rn. 12.

⁶⁶⁰ *Hailbronner*, Kommentar zum AuslR, D 5.2, Art. 10 Rn. 10.

⁶⁶¹ *Hailbronner*, Kommentar zum AuslR, D 5.2, Art. 10 Rn. 10.

⁶⁶² *Hailbronner*, Kommentar zum AuslR, D 5.2, Art. 10 Rn. 10.

⁶⁶³ Vgl. *Gutmann* in GK-AufenthG, IX – 1 Art. 10 ARB Nr. 1/80.

⁶⁶⁴ Vgl. *Gutmann* in GK-AufenthG, IX – 1 Art. 10 ARB Nr. 1/80, Rn. 19

sozialen Vergünstigungen im Sinne von Art. 7 Abs. 2 VO Nr. 492/2011 handelt⁶⁶⁵, steht auch den türkischen Arbeitnehmern das Recht auf Inanspruchnahme von Berufsschulen und Umschulungszentren zu.

Auch das sich aus Art. 8 S. 1 und 3 VO Nr. 492/2011 ergebende Diskriminierungsverbot wegen gewerkschaftlicher Betätigung und das in Art. 9 VO Nr. 492/2011 enthaltene Diskriminierungsverbot bei der Wohnungsvergabe können in das assoziationsrechtliche Diskriminierungsverbot in Bezug auf sonstige Arbeitsbedingungen einbezogen werden. Auch bei diesen Vorschriften handelt es sich lediglich um Konkretisierungen des in Art. 45 Abs. 2 AEUV enthaltenen Diskriminierungsverbotes⁶⁶⁶.

c. Soziale Leistungen an Familienangehörige als Teil der sonstigen Arbeitsbedingungen

Wie oben dargelegt, handelt es sich bei der Gewährung sozialer Leistungen an Familienangehörige des Arbeitnehmers dann um von Art. 7 Abs. 2 VO Nr. 492/2011 umfasste soziale Vergünstigungen für den Arbeitnehmer, wenn dieser dem Familienangehörigen Unterhalt gewährt⁶⁶⁷.

Zu Gunsten der Familienangehörigen von EU-Arbeitnehmern, hat der EuGH beispielsweise entschieden, dass als soziale Vergünstigungen für den Arbeitnehmer eine Ermäßigungskarte für Familienangehörige zur verbilligten Nutzung öffentlicher Verkehrsmittel⁶⁶⁸, Beihilfe für volljährige behinderte Kinder⁶⁶⁹, Altersmindesteinkommen bzw. Altersbeihilfe für einen Elternteil des Arbeitnehmers⁶⁷⁰, die Gewährung des Existenzminimums⁶⁷¹ und die Gewährung einer Studienfinanzierung an ein studierendes Kind des Arbeitnehmers⁶⁷² anzusehen sind.

⁶⁶⁵ EuGH, Urteil vom 21.06.1988, Rs. 39/86, Slg. 1988, 3161, Lair, Rn. 27; *Schneider/Wunderlich* in Schwarze, Art. 45 AEUV, Rn. 89.

⁶⁶⁶ Zu den wortgleichen Art. 8 und 9 VO 1612/68 *Heyer*, Diskriminierungs- und Beschränkungsverbot im Rahmen der gemeinschaftsrechtlichen Arbeitnehmerfreizügigkeit, S. 299 f; zu Art. 8 VO 1612/68, EuGH, Urteil vom 08.05.2003, Rs. C-171/01, Slg. 2003 I, 4301, Wählergruppe Gemeinsam, Rn. 84ff.

⁶⁶⁷ S. o. Teil IV 2 c.

⁶⁶⁸ EuGH, Urteil vom 30.09.1975, Rs. C-32/75, Slg. 1985, 1085, Cristini, Rn. 10/13.

⁶⁶⁹ EuGH, Urteil vom 16.12.1976, Rs. C-63/76, Slg. 1976, 2057, Inzirillo, Rn. 18/21.

⁶⁷⁰ EuGH, Urteil vom 12.07.1984, Rs. C-261/83, Slg. 1984, 3199, Castelli, Rn. 11; EuGH, Urteil vom 06.06.1985, Rs. 157/84, Slg. 1985, 1739, Frascogna, Rn. 25.

⁶⁷¹ EuGH, Urteil vom 18.06.1987, Rs. C-316/85, Slg. 1987, 2811, Lebon, Rn. 12.

⁶⁷² EuGH, Urteil vom 14.06.2012, Rs. C-542/09, veröffentlicht in der digitalen Sammlung (Allgemeine Sammlung), Kommission / Niederlande, Rn. 34 f; EuGH, Urteil vom 26.02.1992, Rs. C-3/90, Slg. 1992 I, 1071, Bernini, Rn. 25 f.

Trotz des Ergebnisses, dass die Familienangehörigen nur mittelbar begünstigt sind, können diese nach der Rechtsprechung des EuGH die Ansprüche im eigenen Namen geltend machen⁶⁷³. Andernfalls könnten diese Rechte auch nicht effektiv wahrgenommen werden.

d. Familiennachzug als Teil der sonstigen Arbeitsbedingungen

Es wird diskutiert, ob der Familiennachzug Teil der sonstigen Arbeitsbedingungen im Sinne des Art. 10 Abs. 1 ARB Nr. 1/80 ist⁶⁷⁴. Im Rahmen des Gemeinschaftsrechtes wurde die Annahme, dass auch die in den nunmehr aufgehobenen Art. 10 bis 12 der VO Nr. 1612/68 enthaltenen Nachzugsregelungen eine Konkretisierung der Rechte aus Art. 48 ff EGV⁶⁷⁵ darstellten, für die Einbeziehung des Familiennachzugs als Teil der Freizügigkeit in den Begriff der sonstigen Arbeitsbedingungen vorgebracht⁶⁷⁶. Die Art. 10 bis 12 VO Nr. 1612/68 gewährten den Familienangehörigen ausdrücklich eigene Rechte. Der Familiennachzug Familienangehöriger von EU-Staatsangehörigen ist nunmehr in Art. 7 Abs. 1 Buchst. b und d, Abs. 2 und 4 RL 2004/38/EG geregelt. Auch hier ist der Anspruch auf Familiennachzug aber als eigenes Recht der Familienangehörigen ausgestaltet. Es kann insoweit bezweifelt werden, dass diese Rechte als Teil der sonstigen Arbeitsbedingungen des Arbeitnehmers anzusehen sind. Im Übrigen enthält der ARB Nr. 1/80 den Art. 10 bis 12 VO Nr. 1612/68 oder Art. 7 Abs. 1 Buchst. b und d, Abs. 2 und 4 RL 2004/38/EG entsprechende Regelungen gerade nicht. Für die Gewährung eines Rechts auf Familiennachzug aus dem Diskriminierungsverbot spricht aber, dass Arbeitnehmer andernfalls als reine Produktionsfaktoren betrachtet würden, was mit der Menschenwürde nicht vereinbar ist⁶⁷⁷. Der EuGH hat die Frage, ob der Familiennachzug Teil der assoziationsrechtlichen Freizügigkeit ist, in seiner Entscheidung *Demirel*⁶⁷⁸ ausdrücklich offen gelassen. Gegen die Einbeziehung des Familiennachzugs unter den assoziationsrechtlichen Begriff der sonstigen Arbeitsbedingungen wird eingewandt, der ARB Nr. 1/80 enthalte mit Art. 7 ARB

⁶⁷³ EuGH, Urteil vom 14.06.2012, Rs. C-542/09, veröffentlicht in der digitalen Sammlung (Allgemeine Sammlung), Europäische Kommission / Königreich der Niederlande, Rn. 48, s. o. Teil 3 IV 2 b aa.

⁶⁷⁴ *Höller* in Fuchs, Europäisches Sozialrecht, S. 917, Teil 12, Rn. 43; für den Familiennachzug generell als Teil auch der assoziationsrechtlichen Freizügigkeit: *Lichtenberg* in Barwig/Lörcher/Schumacher (Hrsg.), Familienachzug von Ausländern auf dem Hintergrund völkerrechtlicher Verträge, S. 189, 216f.

⁶⁷⁵ Jetzt Art. 45 ff AEUV.

⁶⁷⁶ Vgl. *Vedder*, EuR, 1988, 50, 62.

⁶⁷⁷ *Heldmann*, Familiennachzug für Türken in Deutschland, InfAuslR 1995, 1, 2; *Heldmann* in: *Lichtenberg/Linne/Gümrükcü* (Hrsg.) Gastarbeiter – Einwanderer – Bürger?, S. 157, 167 m.w. N..

⁶⁷⁸ EuGH, Urteil vom 30.09.1987, Rs. 12/86, Slg. 1987, 3719, *Demirel*.

Nr. 1/80 spezielle Regelungen für Familienangehörige⁶⁷⁹. Da darin der Familiennachzug nicht enthalten ist, sei dieser von den assoziationsrechtlichen Regelungen auch nicht umfasst⁶⁸⁰. Generalanwalt Darmon hat in seinen Schlussanträgen in der Rechtssache *Demirel* dargelegt, der Familiennachzug sei ein notwendiges Element bei der Verwirklichung der Freizügigkeit der Arbeitnehmer⁶⁸¹. Das Recht auf Familiennachzug entstehe aber erst, wenn das Freizügigkeitsrecht bereits entstanden und eine entsprechende gesetzliche Regelung erlassen sei. An beidem fehle es im Assoziationsrecht EWG/Türkei⁶⁸².

Die Annahme, dass mit Art. 7, 9 und 10 Abs. 2 ARB Nr. 1/80 abschließend alle Rechte von Familienangehörigen geregelt werden sollten, führt nicht zwingend zu einer Ablehnung eines Rechts auf Familiennachzug aus Art. 10 Abs. 1 ARB Nr. 1/80. Die Art. 7, 9 und 10 Abs. 2 ARB Nr. 1/80 enthalten lediglich Regelungen des Erwerbs von eigenständigen Rechten der Familienangehörigen. Vorliegend geht es aber um die Frage, ob es sich bei dem Familiennachzug um einen Teil der sonstigen Arbeitsbedingungen, in Bezug auf welche der Arbeitnehmer nicht diskriminiert werden darf, und somit zunächst um ein Recht des Arbeitnehmers selbst handelt. Die ausdrückliche Erwähnung des Rechtes im Assoziationsabkommen oder in den Beschlüssen ist nicht erforderlich. Wie sich aus der Rechtsprechung des EuGH in der Rechtssache *Wählergruppe Gemeinsam*⁶⁸³ ergibt, ist nach Auffassung des EuGH beispielsweise auch das Recht auf gewerkschaftliche Betätigung im Sinne des Art. 8 VO Nr. 492/2011 von den sonstigen Arbeitsbedingungen umfasst, ohne dass dies im Assoziationsabkommen oder in den Beschlüssen ausdrücklich erwähnt ist. Bei dem Recht auf Familiennachzug handelt es sich um einen wesentlichen Bestandteil der Freizügigkeit⁶⁸⁴. Zwar sind assoziationsberechtigte türkische Arbeitnehmer noch nicht im Besitz dieses Freizügigkeitsrechtes. Die Vertragsparteien sollen sich jedoch gemäß Art. 12 AssAbk unter anderem von dem die Freizügigkeit der Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten regelnden Art. 45 AEUV leiten lassen, um untereinander die schrittweise Herstellung der Freizügigkeit herzustellen. Angestrebtes Ziel ist die Freizügigkeit. Kernbestandteil des Freizügigkeitsrechtes aus Art. 45 Abs. 1 AEUV ist das

⁶⁷⁹ Vedder, EuR, 1988, 50, 62.

⁶⁸⁰ Vedder, EuR, 1988, 50, 62.

⁶⁸¹ Generalanwalt Darmon, Schlussanträge vom 19.05.1987, Rs. C-12/86, Slg. 1987, 3719, *Demirel*, Rn. 27.

⁶⁸² Generalanwalt Darmon, Schlussanträge vom 19.05.1987, Rs. C-12/86, Slg. 1987, 3719, *Demirel*, Rn. 27.

⁶⁸³ EuGH, Urteil vom 08.05.2003, Rs. C-171/01, Slg. 2003 I, 4301, *Wählergruppe Gemeinsam*.

⁶⁸⁴ Vgl. 5. Begründungserwägung der RL 2004/38/EG vom 29.04.2004, ABl. L 158/77 vom 30.04.2004.

Recht auf Familiennachzug⁶⁸⁵. Auch hier kann das vom EuGH aufgestellte Erfordernis, die im Rahmen der Artikel 45, 46, 47 AEUV geltenden Grundsätze soweit wie möglich auf die assoziationsberechtigten türkischen Arbeitnehmer zu übertragen, herangezogen werden. Es ist nicht einzusehen, dass auf dem Weg zur Herstellung der Freizügigkeit ausgerechnet der wesentliche Bestandteil Familiennachzug außer Acht gelassen werden soll. Dementsprechend greift auch der Einwand nicht, der Begriff der Arbeitsbedingungen würde durch die Einbeziehung des Familiennachzuges überstrapaziert⁶⁸⁶. Es ist zwar richtig, dass Familienangehörige oder menschliche Wesen keine Arbeitsbedingungen sein können⁶⁸⁷. Hier soll aber auch nicht der Familienangehörige als Teil der Arbeitsbedingungen angesehen werden sondern dessen Anwesenheit bei dem Arbeitnehmer. Es kann nicht bezweifelt werden, dass die Anwesenheit der Familie im Mitgliedstaat für die dort beschäftigten türkischen Arbeitnehmer eine wesentliche Rolle spielt und sich auf allen Ebenen des täglichen Lebens auswirkt und somit zu den Arbeitsbedingungen gezählt werden muss. Dementsprechend hat der EuGH beispielsweise in seinem Urteil zur Studenten-Richtlinie⁶⁸⁸ festgehalten, dass das Aufenthaltsrecht der Familienangehörigen eines Studenten für die Ausübung seines eigenen Aufenthaltsrechtes unerlässlich ist⁶⁸⁹. Diese Grundannahme kann auf den vorliegenden Fall übertragen werden, indem der Familiennachzug auch für die Ausübung des Rechtes auf Beschäftigung als unerlässlich angesehen wird und somit Bestandteil der sonstigen Arbeitsbedingungen ist⁶⁹⁰.

5. *Ordre public*-Vorbehalt

Der Art. 14 ARB Nr. 1/80 stellt die Rechte aus dem ersten Abschnitt des zweiten Kapitels des ARB Nr. 1/80, zu denen auch das Diskriminierungsverbot des Art. 10 Abs. 1 ARB Nr. 1/80 gehört, unter den *ordre public*-Vorbehalt. Demnach könnte das Diskriminierungsverbot aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit beschränkt werden. Der Art. 10 Abs. 1 ARB Nr. 1/80 ist aber fast wortgleich mit Art. 37 ZP und weder das Assoziationsabkommen selbst noch das Zusatzprotokoll enthalten eine dem Art. 14 ARB Nr. 1/80 vergleichbare Vorschrift. Da primäres Asso-

⁶⁸⁵ Zu Art. 48 EWGV: *Lichtenberg* in Barwig, Lörcher, Schumacher (Hrsg.), Familiennachzug von Ausländern auf dem Hintergrund völkerrechtlicher Verträge, Baden-Baden 1995, S. 189 – 226, 216.

⁶⁸⁶ So aber *Gutmann*, Die Assoziationsfreizügigkeit türkischer Staatsangehöriger, S. 121.

⁶⁸⁷ *Gutmann*, Die Assoziationsfreizügigkeit türkischer Staatsangehöriger, S. 121.

⁶⁸⁸ EuGH, Urteil vom 07.07.1992, Rs. C-295/90, Slg. 1992 I, 4193, Parlament / Rat.

⁶⁸⁹ EuGH, Urteil vom 07.07.1992, Rs. C-295/90, Slg. 1992 I, 4193, Parlament / Rat, Rn. 19; *Heldmann* in: *Lichtenberg/Linne/Gümrückü* (Hrsg.) *Gastarbeiter – Einwanderer – Bürger?*, S. 157, 167.

⁶⁹⁰ Vgl. *Heldmann* in: *Lichtenberg/Linne/Gümrückü* (Hrsg.) *Gastarbeiter – Einwanderer – Bürger?*, S. 157, 167.

ziationsrecht nicht durch sekundäres Assoziationsrecht eingeschränkt werden kann, besteht der Art. 37 ZP zunächst unbeschränkt⁶⁹¹. Das gleiche muss dann aber auch für Art. 10 Abs. 1 ARB Nr. 1/80 gelten, andernfalls stünden die genannten Regelungen des ARB Nr. 1/80 in einem nicht aufzulösenden Widerspruch zu dem Art. 37 ZP⁶⁹². Der *ordre public*-Vorbehalt des Art. 14 ARB Nr. 1/80 gilt somit für das Diskriminierungsverbot aus Art. 10 Abs. 1 ARB Nr. 1/80 nicht. Etwas anderes muss allerdings für das abgeleitete Recht des Familienangehörigen eines in einem EU-Mitgliedstaat lebenden türkischen Arbeitnehmers, diesem nachzuziehen, gelten. Da auch das Recht auf Familiennachzug zu EU-Staatsangehörigen nicht unbeschränkt gilt, muss hier der *ordre public*-Vorbehalt greifen. Andernfalls läge ein Verstoß gegen das Besserstellungsverbot aus Art. 59 ZP vor.

V. Das Recht auf Gleichbehandlung in Bezug auf die Unterstützung bei der Beschaffung eines Arbeitsplatzes in Art. 10 Abs. 2 ARB Nr. 1/80

Seinem Wortlaut nach gewährt der Art. 10 Abs. 2 ARB Nr. 1/80 türkischen Arbeitnehmern und ihren Familienangehörigen in gleicher Weise wie den Arbeitnehmern aus der Gemeinschaft einen Anspruch auf die Unterstützung der Arbeitsämter bei der Beschaffung eines Arbeitsplatzes. Dieser Anspruch wird „vorbehaltlich der Art. 6 und 7 (ARB Nr. 1/80)“ gewährt. Soweit ersichtlich gibt es zu Art. 10 Abs. 2 ARB Nr. 1/80 keine Rechtsprechung. Dies kann zum einen daran liegen, dass den Arbeitsämtern selbst daran gelegen ist, arbeitslos gewordene türkische Arbeitnehmer und deren Familienangehörigen möglichst effektiv in Arbeit zu vermitteln. Zum anderen ergeben sich die Rechte aus Art. 10 Abs. 2 ARB Nr. 1/80 auf gleiche Unterstützung der Arbeitsämter bei der Beschaffung eines Arbeitsplatzes zum Teil auch bereits aus Art. 10 Abs. 1 ARB Nr. 1/80.

1. Unmittelbare Anwendbarkeit

Art. 10 Abs. 2 ARB Nr. 1/80 ist unmittelbar anwendbar. Er enthält im Hinblick auf seinen Wortlaut, Sinn und Zweck sowie unter Berücksichtigung von Wortlaut, Sinn und Zweck des Assoziierungsabkommens eine klare und eindeutige Verpflichtung zur Gleichbehandlung von türkischen Arbeitnehmern und deren Familienangehörigen mit den Arbeitnehmern aus der Gemeinschaft und ihren Familienangehörigen in Bezug auf die Unterstützung durch die Arbeitsämter bei der Beschaffung eines Arbeitsplat-

⁶⁹¹ Gutmann in GK-AufenthG, IX – 1 Art. 10 ARB Nr. 1/80, Rn. 22.

⁶⁹² Vgl. Gutmann in GK-AufenthG, IX – 1 Art. 10 ARB Nr. 1/80, Rn. 22.

zes. Die Erfüllung oder die Wirkungen der Bestimmung hängen auch nicht vom Erlass eines weiteren Aktes ab.

2. Begünstigter Personenkreis

a. Arbeitnehmer

Der Begriff des Arbeitnehmers hat dieselbe Bedeutung wie im Rahmen des Art. 10 Abs. 1 ARB Nr. 1/80. Art. 10 Abs. 2 ARB Nr. 1/80 begünstigt ausdrücklich „die in Abs. 1 genannten türkischen Arbeitnehmer“⁶⁹³. Unter den Arbeitnehmerbegriff in diesem Sinne fällt jeder, der tatsächlich einer Beschäftigung nachgeht, welche wegen ihres geringen Umfangs nicht völlig untergeordnet und unwesentlich ist⁶⁹⁴. Das erforderliche Arbeitsverhältnis liegt dann vor, wenn „jemand während einer bestimmten Zeit für einen anderen nach dessen Weisung Leistungen erbringt, für die er als Gegenleistung eine Vergütung erhält“⁶⁹⁵. Hinweise für das Vorliegen einer Beschäftigung können sich dabei ergeben aus der Arbeitszeit, der Höhe der Vergütung, dem Anspruch auf bezahlten Urlaub, Lohnfortzahlung im Krankheitsfall, der Anwendung des Tarifvertrages auf den Arbeitsvertrag und der Bestandsdauer des Arbeitsverhältnisses⁶⁹⁶. Aus Art. 8 Abs. 2 ARB Nr. 1/80 folgt, dass auch Arbeitslose Arbeitnehmer sein können. Nach dieser Vorschrift bemühen sich die Mitgliedstaaten, offenen Stellen, die nicht durch gemeinschaftsangehörige Arbeitskräfte besetzt werden können, „mit regulären als Arbeitslose gemeldeten türkischen Arbeitnehmern zu besetzen“. Erforderlich ist aber, dass der Arbeitslose bereits in dem Mitgliedstaat erwerbstätig gewesen ist⁶⁹⁷.

b. Familienangehörige

Der Begriff des Familienangehörigen ist im ARB Nr. 1/80 nicht definiert. Soweit ersichtlich hat sich der EuGH noch nicht ausdrücklich mit dem Begriff des Familienangehörigen in Art. 10 Abs. 2 ARB Nr. 1/80 befasst. Zum Begriff des Familienangehörigen in Art. 7 ARB Nr. 1/80 hat der EuGH ausgeführt, dass dieser genauso wie in Art. 10 Abs. 1 VO Nr. 1612/68⁶⁹⁸ zu verstehen ist⁶⁹⁹. Dann kann aber für den Begriff des

⁶⁹³ Zu dem Begriff des Arbeitnehmers im Sinne des Art. 10 Abs. 1 ARB Nr. 1/80 s.o. Teil 3 IV 2 a.

⁶⁹⁴ EuGH, Urteil vom 26.11.1998, Rs. C-1/97, Slg. 1998 I, 7747, Birden, Rn. 25.

⁶⁹⁵ EuGH, Urteil vom 26.11.1998, Rs. C-1/97, Slg. 1998 I, 7747, Birden, Rn. 25.

⁶⁹⁶ EuGH, Urteil vom 02.02.2010, Rs. C-14/09, Slg. 2010 I, 931, Genc, Rn. 27.

⁶⁹⁷ S.o. Teil 3 IV 2 a.

⁶⁹⁸ Jetzt geregelt in Art. 2 Nr. 2 RL 2004/38/EG.

Familienangehörigen in Art. 10 Abs. 2 ARB Nr. 1/80 nichts anderes gelten⁷⁰⁰. Zum einen ist kein Anhaltspunkt dafür ersichtlich, dass der Begriff des Familienangehörigen innerhalb des ARB Nr. 1/80 eine unterschiedliche Bedeutung haben könnte. Ein einheitlicher Begriff im gesamten ARB Nr. 1/80 folgt auch aus dessen Funktion, wie sie in seiner Präambel festgelegt ist. Der ARB Nr. 1/80 dient danach unter anderem zur Verbesserung der Rechte der Arbeitnehmer und ihrer Familienangehörigen. Der Begriff der Familienangehörigen ist somit ein zentraler Begriff im Rahmen des ARB Nr. 1/80. Ein unterschiedlicher Bedeutungsgehalt innerhalb des Beschlusses ließe sich damit nicht vereinbaren. Nach Art. 10 Abs. 1 VO Nr. 1612/68 waren als Familienangehörige der Ehegatte des Arbeitnehmers sowie seine Verwandten in absteigender Linie, die noch nicht 21 Jahre alt sind oder denen Unterhalt gewährt wird und die Verwandten des Arbeitnehmers und die Verwandten des Ehegatten in aufsteigender Linie, denen der Arbeitnehmer Unterhalt gewährt, anzusehen. Der EuGH hat dazu ausgeführt, dass der Begriff auf Gemeinschaftsebene einheitlich auszulegen ist, „um seine homogene Anwendung in den Mitgliedstaaten sicher zu stellen“⁷⁰¹. Der EuGH folgert die einheitliche Anwendung weiter aus einem Vergleich der Zielsetzung des ARB Nr. 1/80 mit derjenigen der VO Nr. 1612/68. Da in beiden Fällen die Stärkung der Rechte der Familienangehörigen der Arbeitnehmer angestrebt werde, sei jeweils der gleiche Personenkreis begünstigt⁷⁰². Im Übrigen zieht der EuGH auch hier die Formel heran, dass die im Rahmen der Art. 48, 49 und 50 EGV⁷⁰³ geltenden Grundsätze so weit wie möglich auf die assoziationsberechtigten türkischen Arbeitnehmer übertragen werden müssen⁷⁰⁴.

Art. 10 VO Nr. 1612/68 wurde gemäß Art. 38 Abs. 1 RL 2004/38/EG mit Wirkung zum 30.04.2006 aufgehoben. Das Recht auf Einreise und Aufenthalt der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen ist nunmehr in Art. 6 und 7 RL 2004/38/EG geregelt. Der Begriff der Familienangehörigen ist in Art. 2 Nr. 2 RL 2004/38/EG definiert. Nach den Begründungserwägungen 3 und 5 der RL 2004/38/EG ist dessen Zielsetzung unter anderem, die Rechte der Familienangehörigen weiter zu stärken. Die Argumentation, mit welcher der EuGH den Familienbegriff in Art. 7 ARB Nr. 1/80 genauso ver-

⁶⁹⁹ EuGH, Urteil vom 30.09.2004, Rs. C-275/02, Slg. 2004 I, 8765, Ayaz, Rn. 39.

⁷⁰⁰ Vgl. *Gutmann* in GK-AufenthG, IX – 1 Art. 10 AB Nr. 1/80, Rn. 98.

⁷⁰¹ EuGH, Urteil vom 30.09.2004, Rs. C-275/02, Slg. 2004 I, 8765, Ayaz, Rn. 39.

⁷⁰² EuGH, Urteil vom 30.09.2004, Rs. C-275/02, Slg. 2004 I, 8765, Ayaz, Rn. 41 f.

⁷⁰³ Jetzt Art. 45, 46, 47 AEUV.

⁷⁰⁴ EuGH, Urteil vom 30.09.2004, Rs. C-275/02, Slg. 2004 I, 8765, Ayaz, Rn. 41.

steht wie denjenigen in Art. 10 Abs. 1 VO Nr. 1612/68, lässt sich auch auf dessen Nachfolgevorschrift in Art. 2 Nr. 2 RL 2004/38/EG übertragen⁷⁰⁵. Auch die Tatsache, dass gemäß Art. 38 Abs. 3 RL 2004/38/EG Bezugnahmen auf den aufgehobenen Art. 10 VO Nr. 1612/68 als Bezugnahmen auf die Richtlinie 2004/38/EG gelten, spricht dafür, dass nunmehr auch im Rahmen des Art. 7 ARB Nr. 1/80 der Familienbegriff des Art. 2 Nr. 2 RL 2004/38/EG gilt.

Die Definition in Art. 2 Nr. 2 RL 2004/38/EG übernimmt zunächst die Definition aus Art. 10 Abs. 1 VO Nr. 1612/68, ist aber um den „Lebenspartner, mit dem der Unionsbürger auf der Grundlage der Rechtsvorschriften des Aufnahmemitgliedstaats eine eingetragene Partnerschaft eingegangen ist, sofern nach den Rechtsvorschriften des Aufnahmemitgliedstaats die eingetragene Partnerschaft der Ehe gleichgestellt ist und die in den einschlägigen Rechtsvorschriften des Aufnahmemitgliedstaats vorgesehenen Bedingungen erfüllt sind“ und dessen Verwandte in gerader absteigender Linie, die das 21. Lebensjahr noch nicht vollendet haben oder denen Unterhalt gewährt wird und dessen Verwandten in gerade aufsteigender Linie, denen Unterhalt gewährt wird, erweitert. Nach dem Vorgesagten gilt diese Erweiterung auch für die Familienangehörigen von türkischen Arbeitnehmern.

In Bezug auf die Unterhaltsgewährung bei über 21jährigen Kindern in absteigender und bei Verwandten in aufsteigender Linie kommt es auf den Unterhaltsbedarf und auf die tatsächliche Unterhaltsgewährung an⁷⁰⁶. Der Grund für den Unterhaltsbedarf spielt dabei keine Rolle⁷⁰⁷. Es ist also nicht zu fragen, ob der Familienangehörige seine Bedürftigkeit durch eine eigene Erwerbstätigkeit beheben könnte⁷⁰⁸. Nicht entscheidend ist, ob ein rechtlicher Unterhaltsanspruch besteht oder ob ergänzend soziale Leistungen bezogen werden⁷⁰⁹.

Aus der Rechtsprechung des EuGH in der Rechtssache *Eyüp*⁷¹⁰ könnte man schließen, dass der EuGH die Familieneigenschaft entgegen seiner ursprünglichen Recht-

⁷⁰⁵ Vgl. *Gutmann* in GK-AufenthG, IX – 1 Art. 7 ARB Nr. 1/80, Rn. 47.1; VGH BW, Urteil vom 18.10.2007, 13 S 192/06, Rn. 32, InfAuslR 2007, 49.

⁷⁰⁶ EuGH, Urteil vom 09.01.2007, Rs. C-1/05, Slg. 2007 I, 1, Jia, Rn. 35 f; EuGH, Urteil vom 16.06.1987, Rs. C-316/85, Slg. 1987, 2811, Lebon, Rn. 20 ff.

⁷⁰⁷ EuGH, Urteil vom 16.06.1987, Rs. C-316/85, Slg. 1987, 2811, Lebon, Rn. 22.

⁷⁰⁸ EuGH, Urteil vom 16.06.1987, Rs. C-316/85, Slg. 1987, 2811, Lebon, Rn. 22.

⁷⁰⁹ EuGH, Urteil vom 16.06.1987, Rs. C-316/85, Slg. 1987, 2811, Lebon, Rn. 21.

⁷¹⁰ EuGH, Urteil vom 22.06.2000, Rs. C-65/98, Slg. 2000 I, 4747, *Eyüp*.

sprechung⁷¹¹ auch auf Lebensgefährten ausdehnen will. Diese Sache betraf eine türkische Staatsangehörige, welche zunächst mit einem türkischen Arbeitnehmer verheiratet war und mit ihm gemeinsam in Österreich lebte. Nach der Scheidung lebten beide weiter in eheähnlicher Lebensgemeinschaft zusammen und bekamen vier ihrer insgesamt sieben Kinder. Nachdem beide erneut miteinander die Ehe geschlossen hatten, erkannte der türkische Arbeitnehmer die vier Kinder als seine eigenen an. Der EuGH nimmt auch für die Zeit, in der nur eine eheähnliche Lebensgemeinschaft vorgelegen hatte, an, dass eine familiäre Lebensgemeinschaft zwischen den (ehemaligen) Eheleuten vorlag und erkennt somit auch für diesen Zeitraum die Familienangehörigeneigenschaft für die Frau an. Diese Rechtsprechung ist aber ganz offensichtlich den Besonderheiten des Einzelfalles geschuldet und nicht verallgemeinerungsfähig. Eine Ausdehnung der Familienangehörigeneigenschaft für nichteheliche Lebensgefährten widerspricht dem eindeutigen Wortlaut des Art. 2 Nr. 2 RL 2004/38/EG und würde in Bezug auf die Rechte türkischer Arbeitnehmer einen Verstoß gegen Art. 59 ZP darstellen, wonach die Besserstellung türkischer Staatsangehöriger im Vergleich zu Unionsbürgern verboten ist⁷¹².

3. Rechte nach Art. 6 und Art. 7 ARB Nr. 1/80 Voraussetzung

Das Recht auf gleiche Unterstützung bei der Beschaffung eines Arbeitsplatzes haben die Arbeitnehmer und ihre Familienangehörigen nach dem Wortlaut des Art. 10 Abs. 2 ARB Nr. 1/80 „vorbehaltlich der Artikel 6 und 7“. In den Genuss der Rechte aus Art. 10 Abs. 2 ARB Nr. /80 kann demnach nur kommen, wer bereits Rechte aus Art. 6 oder 7 ARB Nr. 1/80 erworben hat. Art. 6 Abs. 1 ARB Nr. 1/80 lautet:

„Vorbehaltlich der Bestimmungen in Artikel 7 über den freien Zugang der Familienangehörigen zur Beschäftigung hat der türkische Arbeitnehmer, der dem regulären Arbeitsmarkt eines Mitgliedstaats angehört, in diesem Mitgliedstaat

- nach einem Jahr ordnungsgemäßer Beschäftigung Anspruch auf Erneuerung seiner Arbeitserlaubnis bei dem gleichen Arbeitgeber, wenn er über einen Arbeitsplatz verfügt;
- nach drei Jahren ordnungsgemäßer Beschäftigung – vorbehaltlich des den Arbeitnehmern aus den Mitgliedstaaten der Gemeinschaft einzuräumenden Vorrangs – das Recht, sich für den gleichen Beruf bei einem Arbeitgeber seiner Wahl auf ein unter

⁷¹¹ EuGH, Urteil vom 17.04.1986, Rs. C-59/85, Slg. 1986, 1283, Niederlande / Reed, Rn. 16.

⁷¹² Dienelt in Renner, Kommentar zum Ausländerrecht, § 4 AufenthG, Rn. 149.

normalen Bedingungen unterbreitetes und bei den Arbeitsämtern dieses Mitgliedstaates eingetragenes anderes Stellenangebot zu bewerben;
- nach vier Jahren ordnungsgemäßer Beschäftigung freien Zugang zu jeder von ihm gewählten Beschäftigung im Lohn- oder Gehaltsverhältnis.“

Art. 7 ARB Nr. 1/80 lautet:

„Die Familienangehörigen eines dem regulären Arbeitsmarkt eines Mitgliedstaates angehörenden türkischen Arbeitnehmers, die die Genehmigung erhalten haben, zu ihm zu ziehen,

- haben vorbehaltlich des den Arbeitnehmern aus den Mitgliedstaaten der Gemeinschaft einzuräumenden Vorrangs das Recht, sich auf jedes Stellenangebot zu bewerben, wenn sie dort seit mindestens drei Jahren ihren ordnungsgemäßen Wohnsitz haben;

Die Kinder türkischer Arbeitnehmer, die im Aufnahmeland eine Berufsausbildung abgeschlossen haben, können sich unabhängig von der Dauer ihres Aufenthalts in dem betreffenden Mitgliedstaat dort auf jedes Stellenangebot bewerben, sofern ein Elternteil in dem betreffenden Mitgliedstaat seit mindestens drei Jahren ordnungsgemäß beschäftigt war.“

Fraglich ist, welche der in Art. 6 oder 7 ARB Nr. 1/80 genannten Voraussetzungen die Arbeitnehmer und ihre Familienangehörigen erfüllen müssen, um auch die Rechte aus Art. 10 Abs. 2 ARB Nr. 1/80 in Anspruch nehmen zu können. Im Rahmen des Art. 6 ARB Nr. 1/80 kann jedenfalls das Erreichen der ersten Stufe, Anspruch auf Erneuerung seiner Arbeitserlaubnis bei dem gleichen Arbeitgeber nach einem Jahr ordnungsgemäßer Beschäftigung, nicht ausreichen, da das Beschäftigungsrecht ja gerade nur für den aktuellen Arbeitsplatz gilt. Sofern der Betroffene den Arbeitsplatz verliert und damit erst ein Bedürfnis nach Arbeitsplatzvermittlung entsteht, entfallen die Rechte aus Art. 6, 1. Spiegelstrich ARB Nr. 1/80. Aber auch das Erreichen der Rechte aus Art. 6, 2. Spiegelstrich und Art. 7, 1. Spiegelstrich ARB Nr. 1/80 dürfte nicht ausreichen. Nach diesen Vorschriften steht den Arbeitnehmern das Bewerbungsrecht jeweils nur vorbehaltlich des den Arbeitnehmern aus den Mitgliedstaaten der Gemeinschaft einzuräumenden Vorrangs zu. Das Gleichbehandlungsgebot des Art. 10 Abs. 2 ARB Nr. 1/80 ist insoweit nachrangig. Die Arbeitnehmer bzw. ihre Fa-

milienangehörigen müssen also die jeweils höchste Stufe und damit den Zugang zum gesamten Arbeitsmarkt erreicht haben⁷¹³. Dies ist der Fall, wenn die Arbeitnehmer gemäß Art. 6, 3. Spiegelstrich ARB Nr. 1/80 vier Jahre ordnungsgemäß im Aufnahmeland beschäftigt waren, die Familienangehörigen gemäß Art. 7, 2. Spiegelstrich ARB Nr. 1/80 fünf Jahre ihren ordnungsgemäßen Wohnsitz bei dem Arbeitnehmer hatten und wenn die Kinder türkischer Arbeitnehmer gemäß Art. 7 S. 2 ARB Nr. 1/80 eine Ausbildung im Aufnahmeland abgeschlossen haben.

4. Umfang der Rechte

Die türkischen Arbeitnehmer und ihre Familienangehörigen haben gemäß Art. 10 Abs. 2 ARB Nr. 1/80 „in gleicher Weise wie die Arbeitnehmer aus der Gemeinschaft Anspruch auf die Unterstützung der Arbeitsämter bei der Beschaffung eines Arbeitsplatzes“. Die entsprechenden Rechte der Unionsbürger ergeben sich aus Art. 3 VO Nr. 492/2011. Dieser verbietet die Anwendung von Rechts- und Verwaltungsvorschriften oder Verwaltungspraktiken eines Mitgliedstaats, welche in Bezug auf Stellenangebote und Arbeitsgesuche, den Zugang zur Beschäftigung oder deren Ausübung für Ausländer einschränken oder besonderen Bedingungen unterwerfen oder deren wesentlicher Zweck oder Wirkung ist, dass Unionsbürger, die nicht Staatsangehörige des Mitgliedsstaates sind, in dem sie die Tätigkeit aufnehmen möchten, von dieser Tätigkeit ferngehalten werden. Weiter bestimmt Art. 5 VO Nr. 492/2011, dass ein Staatsangehöriger eines Mitgliedstaats, der im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats eine Beschäftigung sucht, in gleicher Weise zu unterstützen ist, wie die eigenen Staatsangehörigen. Weitere Rechte ergeben sich aus Art. 7 Abs. 1 VO Nr. 492/2011, in welchem die Gleichbehandlung mit Inländern in Bezug auf berufliche Wiedereingliederung und Wiedereinstellung festgelegt ist. Gemäß Art. 7 Abs. 3 VO Nr. 492/2011 hat der Arbeitnehmer auch in gleicher Weise wie ein inländischer Arbeitnehmer das Recht, Berufsschulen und Umschulungszentren in Anspruch zu nehmen wie Inländer. Dies bedeutet letztlich, dass türkische Arbeitnehmer und ihre Familienangehörigen in Bezug auf die genannten Rechte in Bezug auf die Beschaffung eines Arbeitsplatzes wie Inländer zu behandeln sind. Umfasst sind demnach

⁷¹³ *Gutmann* in GK-AufenthG, IX – 1 Art. 10 ARB Nr. 1/80, Rn. 98.

neben der Gleichbehandlung bei der Vermittlung von Arbeitsplätzen auch soziale Leistungen wie Arbeitslosengeld und die Förderung der beruflichen Qualifikation⁷¹⁴.

Da bereits Art. 10 Abs. 1 ARB Nr. 1/80, welcher Diskriminierungen hinsichtlich des Arbeitsentgeltes und der sonstigen Arbeitsbedingungen verbietet, weit reichende soziale Rechte vermittelt⁷¹⁵ überschneiden sich die Rechte aus Art. 10 Abs. 1 ARB Nr. 1/80 teilweise mit denen aus Art. 10 Abs. 2 ARB Nr. 1/80.

5. *Ordre public*-Vorbehalt

Fraglich ist, ob der *ordre public*-Vorbehalt des Art. 14 ARB Nr. 1/80 im Rahmen des Art. 10 Abs. 2 ARB Nr. 1/80 gilt. Art. 14 ARB Nr. 1/80 stellt den Abschnitt, in welchem auch der Art. 10 ARB Nr. 1/80 enthalten ist, unter den Vorbehalt der Beschränkungen, die aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit gerechtfertigt sind. Das Argument, mit welchem die Gültigkeit des *ordre public*-Vorbehaltes im Rahmen des Art. 10 Abs. 1 ARB Nr. 1/80 ausgeschlossen wurde⁷¹⁶, greift hier nicht. Art. 10 Abs. 1 ARB Nr. 1/80 beinhaltet das Diskriminierungsverbot hinsichtlich des Arbeitsentgeltes und der sonstigen Arbeitsbedingungen. Der *ordre public*-Vorbehalt greift im Rahmen des Art. 10 Abs. 1 ARB Nr. 1/80 grundsätzlich nicht. Dies folgt daraus, dass mit dem Art. 37 ZP eine dem Art. 10 Abs. 1 ARB Nr. 1/80 im Wesentlichen gleich lautende primärrechtliche Vorschrift existiert. Das primäre Assoziationsrecht enthält aber keinen dem Art. 14 ARB Nr. 1/80 entsprechenden *ordre public*-Vorbehalt. Der Art. 37 ZP besteht damit unbeschränkt. Das Gleiche muss dann aber auch für Art. 10 Abs. 1 ARB Nr. 1/80 gelten, da Art. 10 Abs. 1 ARB Nr. 1/80 in Verbindung mit Art. 14 ARB Nr. 1/80 andernfalls in einem nicht aufzulösenden Widerspruch zum Art. 37 ZP stünde⁷¹⁷. Diese Argumentation kann für den Art. 10 Abs. 2 ARB Nr. 1/80 nicht übernommen werden. Im primären Assoziationsrecht gibt es keine dem Art. 10 Abs. 2 ARB Nr. 1/80 entsprechende Regelung. Ein Widerspruch zu etwaigen schrankenlos gewährten Rechten aus primärem Assoziationsrecht ist damit nicht gegeben. Insofern ist Art. 14 ARB Nr. 1/80 grundsätzlich anwendbar. Praktische Auswirkungen dürfte dies nicht haben. Es sind keine Gründe der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit denkbar, aus denen die Unterstützung

⁷¹⁴ Gutmann in GK-AufenthG, IX - 1, Art. 10 ARB Nr. 1/80, Rn. 99; Hailbronner, Kommentar zum Ausländerrecht, D 5.2 Art. 10 ARB 1/80, Rn. 12.

⁷¹⁵ S.o. Teil 3 IV 4.

⁷¹⁶ S.o. Teil 3 IV 5.

⁷¹⁷ Vgl. Gutmann in GK-AufenthG, IX - 1 Art. 10 ARB Nr. 1/80, Rn. 22; oben Teil 3 IV 5.

türkischer Arbeitnehmer und ihrer Familienangehörigen bei der Arbeitsvermittlung versagt werden könnte.

VI. Die Gleichberechtigung in Bezug auf die schulische und berufliche Ausbildung in Art. 9 ARB Nr. 1/80

1. Unmittelbare Anwendbarkeit

Art. 9 S. 1 ARB Nr. 1/80 gewährt nach seinem Wortlaut türkischen Kindern, die in einem EU-Mitgliedstaat ordnungsgemäß bei ihren Eltern wohnen, welche dort ordnungsgemäß beschäftigt sind oder waren, den Zugang zum allgemeinen Schulunterricht, zur Lehrlingsausbildung und zur beruflichen Bildung, wenn sie über dieselbe Qualifikation wie die Kinder von Staatsangehörigen des Mitgliedstaates verfügen. Nach Art. 9 S. 2 ARB Nr. 1/80 können die türkischen Kinder Anspruch auf die Vorteile haben, die nach den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften in diesem Bereich vorgesehen sind. Da der Art. 9 ARB Nr. 1/80 in seinen zwei Sätzen jeweils unterschiedliche Regelungsbereiche enthält, ist die unmittelbare Anwendbarkeit für jeden Satz einzeln zu prüfen⁷¹⁸.

Art. 9 S. 2 ARB Nr. 1/80 enthält nach seinem Wortlaut unzweifelhaft das Gebot, türkische Kinder, die in einem Mitgliedstaat der Gemeinschaft ordnungsgemäß bei ihren Eltern wohnen, welche dort ordnungsgemäß beschäftigt sind oder waren, in Bezug auf die Zulassung zum allgemeinen Schulunterricht, zur Lehrlingsausbildung und zur beruflichen Bildung unter der Voraussetzung derselben Qualifikation gleich zu behandeln mit den Angehörigen des Mitgliedstaates, in dem sie ihren Wohnsitz haben⁷¹⁹. Dies Gleichbehandlungsgebot entspricht auch dem sich aus seiner Präambel ergebenden Ziel des ARB Nr. 1/80, die Position türkischer Arbeitnehmer und ihrer Familienangehörigen im sozialen Bereich zu verbessern. Die Erfüllung oder die Wirkung der Vorschrift ist auch nicht vom Erlass eines weiteren Aktes abhängig. Die Voraussetzungen für die unmittelbare Anwendbarkeit liegen vor⁷²⁰ und wurden vom EuGH auch unproblematisch bejaht⁷²¹.

⁷¹⁸ *Baysu/Hänlein*, ZESAR, 2005, 425, 427.

⁷¹⁹ EuGH, Urteil vom 07.07.2005, Rs. C-374/03, Slg. 2005 I, 6199, Gürol, Rn. 22.

⁷²⁰ So auch *Cremer*, InfAuslR 95, 45 f, *Gutmann* in GK-AufenthG, IX – 1 Art. 9, Rn. 30; *Heyer*, Diskriminierungs- und Beschränkungsverbot im Rahmen der gemeinschaftsrechtlichen Arbeitnehmerfreizügigkeit, S. 266.

⁷²¹ EuGH, Urteil vom 07.07.2005, Rs. C-374/03, Slg. 2005 I, 6199, Gürol, Rn. 20 ff.

Hinsichtlich der unmittelbaren Anwendbarkeit des Art. 9 S. 2 ARB Nr. 1/80 bestehen unterschiedliche Auffassungen. Der EuGH kommt zu einer unmittelbaren Anwendbarkeit und entnimmt dem Art. 9 S. 2 ARB Nr. 1/80 den Anspruch türkischer Kinder auf die Vorteile, die nach den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften in dem Bereich Schulunterricht, Lehrlingsausbildung und beruflichen Bildung für die Angehörigen der Mitgliedstaaten vorgesehen sind⁷²². Dieser Anspruch umfasse auch die von den Regelungen der Mitgliedstaaten vorgesehene Förderung in Bezug auf die Kosten für den Zugang zur Ausbildung und der Sicherung des Lebensunterhaltes⁷²³. Begründet wird dieses Verständnis vor allem mit dem Argument, dass die Verwirklichung der Rechte aus Art. 9 S. 1 ARB Nr. 1/80 auf gleichberechtigten Zugang der türkischen Kinder zu Unterricht und Ausbildung weitgehend illusorisch bliebe, wenn ihnen der Anspruch auf die genannte finanzielle Förderung versagt bliebe⁷²⁴. Weiter nimmt der EuGH Bezug auf die Zielsetzung des Art. 9 ARB Nr. 1/80, „die Chancengleichheit der türkischen Kinder und der Staatsangehörigen des Aufnahmemitgliedstaats im Bereich der schulischen und der beruflichen Ausbildung zu gewährleisten“⁷²⁵. Der Generalanwalt L.A. Geelhoed hat sich in der Sache *Gürol* gegen die unmittelbare Anwendbarkeit des Art. 9 S. 2 ARB Nr. 1/80 ausgesprochen und sich dabei auf seine Auffassung vom Sinn und Zweck des ARB Nr. 1/80 bezogen. Zwar solle der erste Abschnitt des zweiten Kapitels des ARB Nr. 1/80 zu einer besseren Regelung zu Gunsten der Arbeitnehmer und ihrer Familienangehörigen im sozialen Bereich gegenüber der Regelung des ARB Nr. 2/76 führen, diesbezüglich werde jedoch mit großer Behutsamkeit vorgegangen⁷²⁶. Der erste Abschnitt des zweiten Kapitels enthalte eine in jeder Hinsicht restriktivere Regelung als die Art. 39 bis 42 EGV⁷²⁷ und das entsprechende sekundäre Gemeinschaftsrecht⁷²⁸. Dieser Auffassung steht bereits Art. 12 AssAbk entgegen, wonach die Vertragsparteien vereinbaren, sich von den Art. 48, 49, und 50 EGV⁷²⁹ leiten zu lassen, um untereinander die Freizügigkeit der Arbeitnehmer schrittweise herzustellen. Dass dementsprechend grundsätzlich eine einheitliche Auslegung angezeigt ist, wurde oben⁷³⁰ eingehend erörtert. Der Generalanwalt ist der Auffassung, die Regelungen des ARB Nr. 1/80 beruhten anders

⁷²² EuGH, Urteil vom 07.07.2005, Rs. C-374/03, Slg. 2005 I, 6199, *Gürol*, Rn. 22 f.

⁷²³ EuGH, Urteil vom 07.07.2005, Rs. C-374/03, Slg. 2005 I, 6199, *Gürol*, Rn. 38.

⁷²⁴ EuGH, Urteil vom 07.07.2005, Rs. C-374/03, Slg. 2005 I, 6199, *Gürol*, Rn. 39.

⁷²⁵ EuGH, Urteil vom 07.07.2005, Rs. C-374/03, Slg. 2005 I, 6199, *Gürol*, Rn. 40.

⁷²⁶ GA L.A. Geelhoed, Schlussanträge vom 02.12.2004, in der Rs. C-374/03, Slg. 2005 I, 6199, *Gürol*, Rn. 46.

⁷²⁷ Jetzt Art. 45 bis 48 AEUV.

⁷²⁸ GA L.A. Geelhoed, Schlussanträge vom 02.12.2004, in der Rs. C-374/03, Slg. 2005 I, 6199, *Gürol*, Rn. 47.

⁷²⁹ Jetzt Art. 45, 46, 47 AEUV.

⁷³⁰ S.o. Teil I II 1 d und Teil I II 3 d.

als die gemeinschaftsrechtlichen Regelungen nicht auf dem Grundsatz der Gleichheit oder Nichtdiskriminierung⁷³¹. Die Reichweite der einzelnen Bestimmungen, die eine Gleichbehandlung zum Gegenstand haben, sei jeweils genau abgegrenzt⁷³². Als Beispiel benennt der Generalanwalt die Regelung des Art. 10 Abs. 1 ARB Nr. 1/80, welcher die Diskriminierung der Arbeitnehmer hinsichtlich des Arbeitsentgeltes und der sonstigen Arbeitsbedingungen verbietet. Diesem Einwand kann nicht gefolgt werden. Dass auch im Assoziationsrecht der Grundsatz der Nichtdiskriminierung eine maßgebliche Rolle spielt, ergibt sich hier vor allem aus Art. 9 AssAbk, wonach für den Anwendungsbereich des Abkommens und damit auch der auf dieser Grundlage gefassten Beschlüsse entsprechend Art. 7 EGV⁷³³ grundsätzlich jede Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit verboten ist. Art. 10 Abs. 1 ARB Nr. 1/80 ist gerade ein Beispiel dafür, dass der Gleichbehandlungsgrundsatz hier nicht eng umgrenzt ist, sondern entsprechend der gemeinschaftsrechtlichen Regelung einen weiten Anwendungsbereich hat⁷³⁴. Zur Beantwortung der Frage der unmittelbaren Anwendbarkeit des Art. 9 S. 2 ARB Nr. 1/80 ist nach der Auffassung des Generalanwalts L.A. Geelhoed auf den Wortlaut, die Systematik und den Kontext des ARB Nr. 1/80 abzustellen⁷³⁵. Aus dem fehlenden inhaltlichen Einklang folge, dass große Vorsicht geboten sei, den ARB Nr. 1/80 entsprechend den Regelungen des primären und sekundären Gemeinschaftsrechts auszulegen⁷³⁶. Aus diesem Grund sei Art. 9 ARB Nr. 1/80 auch nicht entsprechend Art. 12 VO Nr. 1612/68⁷³⁷ auszulegen⁷³⁸. Problematisch ist hier sicherlich auf den ersten Blick der Wortlaut des Art. 9 S. 2 ARB Nr. 1/80, wonach die Vergünstigungen lediglich gewährt werden „können“⁷³⁹. Dem Wortlaut kann hier jedoch nicht die entscheidende Bedeutung beigemessen werden. Zum einen sind die verschiedenen Sprachfassungen nicht einheitlich. Insbesondere haben die türkischen Kinder nach der dänischen Fassung einen vorbehaltlosen Anspruch auf die Vorteile⁷⁴⁰. Zum anderen würde Art. 9 S. 2 ARB Nr. 1/80 jeder Wirkung entbehren, wenn es lediglich als Ermächtigungsnorm für die Mitgliedstaaten verstanden würde, den türkischen Kindern die gleichen Vorteile wie den Angehörigen

⁷³¹ GA L.A. Geelhoed, Schlussanträge vom 02.12.2004, in der Rs. C-374/03, Slg. 2005 I, 6199, Gürol, Rn. 49.

⁷³² GA L.A. Geelhoed, Schlussanträge vom 02.12.2004, in der Rs. C-374/03, Slg. 2005 I, 6199, Gürol, Rn. 49.

⁷³³ Jetzt Art. 18 AEUV.

⁷³⁴ S. o. Teil 3 IV 4.

⁷³⁵ GA L.A. Geelhoed, Schlussanträge vom 02.12.2004, in der Rs. C-374/03, Slg. 2005 I, 6199, Gürol, Rn. 51.

⁷³⁶ GA L.A. Geelhoed, Schlussanträge vom 02.12.2004, in der Rs. C-374/03, Slg. 2005 I, 6199, Gürol, Rn. 51.

⁷³⁷ Jetzt Art. 10 VO Nr. 492/2011.

⁷³⁸ GA L.A. Geelhoed, Schlussanträge vom 02.12.2004, in der Rs. C-374/03, Slg. 2005 I, 6199, Gürol, Rn. 52.

⁷³⁹ So auch *Heyer*, Diskriminierungs- und Beschränkungsverbot im Rahmen der gemeinschaftsrechtlichen Arbeitnehmerfreizügigkeit, S. 266.

⁷⁴⁰ *Baysu/Hänlein*, ZESAR 2005, S. 427; *Gutmann* in GK-AufenthG, IX – 1 Art. 9 ARB Nr. 1/80, Rn. 35.1.

der Mitgliedstaaten zu gewähren, da die Mitgliedstaaten einer solchen Ermächtigung nicht bedürfen⁷⁴¹. Der Generalanwalt sieht selbst auch das Problem, dass der Art. 9 S. 1 ARB Nr. 1/80 wirkungslos wäre, wenn der Anspruch auf Zulassung der türkischen Kinder zur Ausbildung nicht materiell abgesichert wäre. Insoweit rät der Generalanwalt zu einer gemeinsamen Auslegung von S. 1 und S. 2 des Art. 9 ARB Nr. 1/80⁷⁴². Art. 9 S. 2 ARB Nr. 1/80 sei insoweit eine ergänzende „*enabling clause*“, welche die Mitgliedstaaten verpflichte, den Anspruch auf Zulassung zur Ausbildung durch die dafür erforderlichen Maßnahmen abzusichern⁷⁴³. Diese Vorgehensweise erscheint allerdings konstruiert und die Tatsache, dass sie dennoch für notwendig gehalten wird, spricht nur für die Annahme, dass dem Art. 9 S. 2 ARB Nr. 1/80 unmittelbare Wirkung zuerkannt werden muss, da das Ziel des gesamten Art. 9 ARB Nr. 1/80 andernfalls nicht zu erreichen ist.

2. Begünstigter Personenkreis

Als Berechtigte nennt der Art. 9 ARB Nr. 1/80 „türkische Kinder“, die ordnungsgemäß bei ihren Eltern wohnen. Voraussetzung ist also nach dem Wortlaut, dass es sich bei den Kindern um türkische Staatsangehörige handelt. Die Staatsangehörigkeit der Eltern ist in der Vorschrift nicht erwähnt und ist somit nach dem Wortlaut unerheblich. Die Regelung widerspricht insoweit aber der Grundkonzeption des gesamten ARB Nr. 1/80, welcher der Verbesserung der Stellung von türkischen Arbeitnehmern und ihren Familienangehörigen im sozialen Bereich dienen soll⁷⁴⁴. Besonders deutlich wird dies auch bei einem Vergleich mit der Regelung des Art. 7 S. 2 ARB Nr. 1/80. Voraussetzung für die Rechte daraus ist die türkische Staatsangehörigkeit des Arbeitnehmers. Die Staatsangehörigkeit der Kinder spielt dagegen keine Rolle. Auf der einen Seite kann gerade der Vergleich mit Art. 7 ARB Nr. 1/80 als Argument angesehen werden, dass der Assoziationsrat es im Rahmen des Art. 9 ARB Nr. 1/80 offenbar anders regeln wollte, sonst hätte er einen vergleichbaren Wortlaut wie im Art. 7 ARB Nr. 1/80 gewählt⁷⁴⁵. Auf der anderen Seite ist kein sachlicher Grund erkennbar, aus dem in Art. 7 S. 2 ARB Nr. 1/80 und in Art. 9 ARB Nr. 1/80 ein unterschiedlicher

⁷⁴¹ EuGH, Urteil vom 07.07.2005, Rs. C-374/03, Slg. 2005 I, 6199, Gürol, Rn. 41; *Gutmann* in GK-AufenthG, IX – 1 Art. 9 ARB Nr. 1/80, Rn. 36.

⁷⁴² GA L.A. Geelhoed, Schlussanträge vom 02.12.2004, in der Rs. C-374/03, Slg. 2005 I, 6199, Gürol, Rn. 56.

⁷⁴³ GA L.A. Geelhoed, Schlussanträge vom 02.12.2004, in der Rs. C-374/03, Slg. 2005 I, 6199, Gürol, Rn. 56.

⁷⁴⁴ *Gutmann* in GK-AufenthG, IX – 1 Art. 9 ARB Nr. 1/80, Rn. 5; *Heyer*, Diskriminierungs- und Beschränkungsverbot im Rahmen der gemeinschaftsrechtlichen Arbeitnehmerfreizügigkeit, S. 306.

⁷⁴⁵ *Cremer*, InfAuslR 1995, 45, 46.

Personenkreis berechtigt sein sollte⁷⁴⁶. Vielmehr muss aus der Grundkonzeption des ARB Nr. 1/80 geschlossen werden, dass es auch im Rahmen des Art. 9 ARB Nr. 1/80 darum ging, die Kinder türkischer Arbeitnehmer zu fördern⁷⁴⁷. Dies folgt auch aus einem Vergleich der Vorschrift mit Art. 10 VO Nr. 492/2011, der entsprechenden gemeinschaftsrechtlichen Regelung zu Gunsten der Kinder von Wanderarbeitnehmern⁷⁴⁸. Auch hier kommt es maßgeblich darauf an, dass die Eltern die Staatsangehörigkeit eines EU-Mitgliedstaates besitzen. Es ist anzunehmen, dass in Bezug auf den unterschiedlichen Wortlaut ein Redaktionsversehen vorliegt⁷⁴⁹. In der Regel wird es zwar so sein, dass die Eltern türkischer Kinder auch die türkische Staatsangehörigkeit haben, so dass das Redaktionsversehen in den allermeisten Fällen keine Auswirkungen haben wird. Aufgrund der Besonderheiten des türkischen Staatsangehörigkeitsrechts⁷⁵⁰ ist es jedoch bei unehelichen Kindern möglich, dass die Kinder die türkische Staatsangehörigkeit nicht über den Vater erlangen⁷⁵¹. Dies würde zu einer gegen Art. 6 GG verstoßenden Diskriminierung nichtehelicher Kinder führen⁷⁵². Auch dies spricht für die Annahme, dass es auch im Rahmen des Art. 9 ARB Nr. 1/80 auf die türkische Staatsangehörigkeit der Eltern und nicht der Kinder ankommt.

Eine Altersgrenze ist im Art. 9 ARB Nr. 1/80 nicht festgelegt. Auch volljährige Kinder können insoweit von den Rechten aus Art. 9 ARB Nr. 1/80 profitieren⁷⁵³.

3. Ordnungsgemäßes Wohnen bei den Eltern

Aus der Rechtsprechung des EuGH in der Sache *Gürol*⁷⁵⁴ folgt, dass der Begriff des ordnungsgemäßen Wohnens bei den Eltern grundsätzlich großzügig auszulegen ist⁷⁵⁵. Eine bestimmte Modalität oder Form des Wohnens ist nicht erforderlich. Insbesondere ist eine häusliche Gemeinschaft nicht erforderlich⁷⁵⁶. Es ist ausreichend,

⁷⁴⁶ Gutmann in GK-AufenthG, IX – 1 Art. 9 ARB Nr. 1/80, Rn. 5.

⁷⁴⁷ Heyer, Diskriminierungs- und Beschränkungsverbot im Rahmen der gemeinschaftsrechtlichen Arbeitnehmerfreizügigkeit, S. 306.

⁷⁴⁸ Zu Art. 12 VO Nr. 1612/68, der Vorgängervorschrift zu Art. 10 VO Nr. 492/2011: Heyer, Diskriminierungs- und Beschränkungsverbot im Rahmen der gemeinschaftsrechtlichen Arbeitnehmerfreizügigkeit, S. 306.

⁷⁴⁹ Gutmann in GK-AufenthG, IX – 1 Art. 9 ARB Nr. 1/80, Rn. 5; Heyer, Diskriminierungs- und Beschränkungsverbot im Rahmen der gemeinschaftsrechtlichen Arbeitnehmerfreizügigkeit, S. 306.

⁷⁵⁰ Vgl. Schneider, ZAR 2009, 296.

⁷⁵¹ Gutmann in GK-AufenthG, IX – 1 Art. 9 ARB Nr. 1/80, Rn. 6.

⁷⁵² Gutmann in GK-AufenthG, IX – 1 Art. 9 ARB Nr. 1/80, Rn. 6.

⁷⁵³ Gutmann in GK-AufenthG IX – 1 Art. 9 ARB Nr. 1/80, Rn. 8; VG Frankfurt, Beschluss vom 19.12.1996, 9 G 3832/96 (2), NVwZ –RR 1997, 299.

⁷⁵⁴ EuGH, Urteil vom 07.07.2005, Rs. C-374/03, Slg. 2005 I, 6199, Gürol.

⁷⁵⁵ So auch Baysu/Hänlein, ZESAR 2005, S. 428.

⁷⁵⁶ EuGH, Urteil vom 07.07.2005, Rs. C-374/03, Slg. 2005 I, 6199, Gürol, Rn. 29 ff.

wenn das Kind einen Nebenwohnsitz am Wohnsitz der Eltern angemeldet hat⁷⁵⁷. Eine andere Auslegung würde die Wirksamkeit der Vorschrift auch in weiten Teilen beschränken, da es häufig der Fall sein wird, dass eine bestimmte Ausbildung nicht in der Nähe des Wohnortes der Eltern angeboten wird⁷⁵⁸. Es ist aber erforderlich, dass das Kind seinen ständigen Aufenthalt bei seinen Eltern im Mitgliedstaat hat, ein nur vorübergehender Aufenthalt ist insoweit nicht ausreichend⁷⁵⁹. Diese Voraussetzung ergibt sich bereits aus dem Erfordernis des Wohnsitzes. Zur Begründung des ständigen Wohnsitzes reicht ein nur vorübergehender Aufenthalt nicht aus. Erforderlich ist, dass zumindest ein Elternteil⁷⁶⁰ während der gesamten Ausbildung in dem Mitgliedstaat wohnt, da der Art. 9 ARB Nr. 1/80 anders als der Art. 10 VO Nr. 492/2011 verlangt, dass das Kind *bei seinen Eltern* im EU-Mitgliedstaat wohnt⁷⁶¹. Art. 9 ARB Nr. 1/80 spricht zwar vom ordnungsgemäßen Wohnen „bei den Eltern“, die Annahme, dass das Kind nur dann begünstigt ist, wenn es bei beiden Elternteilen im Mitgliedstaat lebt, würde jedoch zu einer nicht zu rechtfertigenden Ungleichbehandlung von denjenigen Kindern führen, die nur noch einen Elternteil haben, deren Eltern getrennt leben oder bei denen kein rechtlicher Vater vorhanden ist⁷⁶².

Ordnungsgemäßes Wohnen ist gleichbedeutend mit Rechtmäßigkeit der Wohnsitznahme⁷⁶³. Dies bedeutet insbesondere, dass die aufenthaltsrechtlichen Vorschriften des Mitgliedstaates eingehalten werden müssen.

4. Ordnungsgemäße Beschäftigung der Eltern

Die Eltern des Kindes müssen in dem Mitgliedstaat einer Beschäftigung nachgehen oder nachgegangen sein. Aus dem Wortlaut des Gesetzestextes ergeben sich keine Vorgaben in Bezug auf die Dauer oder den Umfang der Beschäftigung. Es reicht demnach aus, wenn die Eltern nur kurzfristig einer geringfügigen Beschäftigung nachgegangen sind⁷⁶⁴. In Bezug auf die grundsätzlichen Voraussetzungen für das

⁷⁵⁷ EuGH, Urteil vom 07.07.2005, Rs. C-374/03, Slg. 2005 I, 6199, Gürol, Rn. 29; *Gutmann* in GK-AufenthG, IX – 1, Art. 9 ARB Nr. 1/80, Rn. 10.

⁷⁵⁸ EuGH, Urteil vom 07.07.2005, Rs. C-374/03, Slg. 2005 I, 6199, Gürol, Rn. 31 f; GA L.A. Geelhoed, Schlussanträge vom 02.12.2004 in der Rs. C-374/03, Slg. 2005 I, 6199, Gürol, Rn. 34; Baysu/Hänlein, ZESAR 2005, S. 428; *Gutmann* in GK-AufenthG, IX – 1 Art. 9 ARB Nr. 1/80, Rn. 10.

⁷⁵⁹ *Gutmann* in GK-AufenthG, IX – 1, Art. 9 ARB Nr. 1/80, Rn. 10.1.

⁷⁶⁰ *Cremer*, InfAuslR 1995, 45, 46; *Gutmann* in GK-AufenthG, IX – 1, Art. 9 ARB Nr. 1/80, Rn. 11.

⁷⁶¹ *Heyer*, Diskriminierungs- und Beschränkungsverbot im Rahmen der gemeinschaftsrechtlichen Arbeitnehmerfreizügigkeit, S. 306.

⁷⁶² *Cremer*, InfAuslR 1995, 45, 46; *Gutmann* in GK-AufenthG, IX – 1, Art. 9 ARB Nr. 1/80, Rn. 11.

⁷⁶³ *Gutmann* in GK-AufenthG, IX – 1, Art. 9 ARB Nr. 1/80, Rn. 10.

⁷⁶⁴ *Gutmann* in GK-AufenthG, IX – 1, Art. 9 ARB Nr. 1/80, Rn. 13.

Vorliegen einer ausreichenden Beschäftigung kann insoweit auf die Ausführungen unter Teil 3 II 3 verwiesen werden. Anders als der Wortlaut des Art. 9 ARB Nr. 1/80 nahe legt kann es nicht darauf ankommen, dass beide Elternteile beschäftigt sind oder waren. Andernfalls droht auch hier Kindern, die nur noch einen Elternteil haben, deren Eltern getrennt leben oder bei denen kein rechtlicher Vater vorhanden ist, eine nicht zu rechtfertigende Diskriminierung⁷⁶⁵. Die Ordnungsmäßigkeit der Beschäftigung entspricht der Rechtmäßigkeit der Beschäftigung⁷⁶⁶ und setzt somit voraus, dass die aufenthalts- und beschäftigungsrechtlichen Vorschriften eingehalten wurden⁷⁶⁷.

5. Dieselbe Qualifikation wie die Kinder von Staatsangehörigen dieses Mitgliedstaates

Nach dem Wortlaut des Art. 9 S. 1 ARB Nr. 1/80 setzt dieser voraus, dass die türkischen Kinder „dieselbe“ Qualifikation haben müssen wie die Staatsangehörigen des betreffenden Mitgliedstaates, um gleichberechtigten Zugang zur Ausbildung zu erhalten. Grundsätzlich ist also erforderlich, dass die Kinder die Qualifikation für den Zugang zur Ausbildung im Inland erworben haben. Begünstigt sind somit so genannte Bildungsinländer⁷⁶⁸. Allerdings würde es eine Verletzung des Anspruchs auf gleichen Zugang zu den Bildungseinrichtungen darstellen, wenn ein im Ausland erworbener gleichwertiger Abschluss nicht ausreichen würde⁷⁶⁹. Im Übrigen würde dies auch dem Sinn und Zweck des Art. 9 ARB Nr. 1/80 und auch des gesamten ARB Nr. 1/80 widersprechen. Ziel und Zweck ist unter anderem, die Regelungen im sozialen Bereich zu Gunsten türkischer Arbeitnehmer und ihrer Familienangehörigen zu verbessern. Bei Wanderarbeitnehmern aus der Türkei wird es naturgemäß immer wieder vorkommen, dass deren Kinder ihren Schulabschluss noch in der Türkei erworben haben. Es würde die Wirksamkeit des Art. 9 S. 1 ARB Nr. 1/80 deutlich einschränken, wenn gerade der Umstand, dass das Kind nicht sein ganzes Leben in Deutschland sondern die Schulzeit in der Türkei verbracht hat, zum Ausschluss des Anspruchs führen würde. Soweit der Abschluss gleichwertig mit einem in Deutschland erworbenen Abschluss ist, ist auch kein sinnvoller Grund ersichtlich, aus dem eine unterschiedliche Behandlung erfolgen sollte. Im übrigen würde durch die Forde-

⁷⁶⁵ Cremer, InfAuslR 1995, 45, 46; Gutmann in GK-AufenthG, IX – 1, Art. 9 ARB Nr. 1/80, Rn. 13.

⁷⁶⁶ Gutmann in GK-AufenthG, IX – 1, Art. 9 ARB Nr. 1/80, Rn. 14.

⁷⁶⁷ EuGH, Urteil vom 26.11.1998, Rs. C-1/97, Slg. 1998 I, 7747, Birden, Rn. 48.

⁷⁶⁸ Cremer, InfAuslR 1995, 45, 46; Gutmann in GK-AufenthG, IX – 1 Art. 9 ARB Nr. 1/80, Rn. 20.

⁷⁶⁹ Gutmann in GK-AufenthG, IX – 1 Art. 9 ARB Nr. 1/80, Rn. 21.

rung, die Qualifikation müsse zwingend im Inland erworben sein, eine im Gesetzestext nicht enthaltene weitere Anspruchsvoraussetzung geschaffen: Der Aufenthalt des Kindes müsste schon vor Aufnahme der Ausbildung über einen längeren Zeitraum im Mitgliedstaat bestanden haben. Dies setzt Art. 9 S. 1 ARB Nr. 1/80 aber gerade nicht voraus.

6. Umfang der Rechte

a. Entsprechend der Rechte aus Art. 10 VO Nr. 492/2011?

In Bezug auf den Umfang der Rechte aus Art. 9 ARB Nr. 1/80 wird in der Rechtsprechung und Literatur häufig zunächst die Frage diskutiert, ob die Rechte aus Art. 9 ARB Nr. 1/80 den Rechten aus Art. 10 VO Nr. 492/2011 (früher Art. 12 VO Nr. 1612/68), welcher die Rechte der Kinder von gemeinschaftsangehörigen Arbeitnehmern auf den Zugang zur Bildung betrifft, entsprechen bzw. ob der Art. 9 ARB Nr. 1/80 entsprechend dem Art. 10 VO Nr. 492/2011 auszulegen ist⁷⁷⁰. Der mit Art. 12 VO Nr. 1612/68 wortgleiche Art. 10 VO Nr. 492/2011 lautet:

„Die Kinder eines Staatsangehörigen eines Mitgliedstaats, der im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats beschäftigt ist oder beschäftigt gewesen ist, können, wenn sie im Hoheitsgebiet dieses Mitgliedstaats wohnen, unter den gleichen Bedingungen wie die Staatsangehörigen dieses Mitgliedstaats am allgemeinen Unterricht sowie an der Lehrlings- und Berufsausbildung teilnehmen.

Die Mitgliedstaaten fördern die Bemühungen, durch die diesen Kindern ermöglicht werden soll, unter den besten Voraussetzungen am Unterricht teilzunehmen.“

Generalanwalt L.A. Geelhoed verneint die übereinstimmende Auslegung in der Sache *Gürol* zunächst mit dem Argument einer unterschiedlichen Ausrichtung der assoziationsrechtlichen und der gemeinschaftsrechtlichen Regelungen. Anders als die gemeinschaftsrechtliche Regelung beruhe die assoziationsrechtliche Regelung nicht auf dem Grundsatz der Gleichheit oder der Nichtdiskriminierung⁷⁷¹. Dort, wo der ARB Nr. 1/80 die Gleichbehandlung türkischer Arbeitnehmer mit den Arbeitnehmern des

⁷⁷⁰ *Baysu/Hänlein*, ZESAR 2005, S. 426; *Heyer*, Diskriminierungs- und Beschränkungsverbot im Rahmen der gemeinschaftsrechtlichen Arbeitnehmerfreizügigkeit, S. 306; GA L.A. Geelhoed, Schlussanträge vom 02.12.2004 in der Rs. C-374/03, Slg. 2005 I, 6199, *Gürol*, Rn. 49 ff.

⁷⁷¹ GA L.A. Geelhoed, Schlussanträge vom 02.12.2004 in der Rs. C-374/03, Slg. 2005 I, 6199, *Gürol*, Rn. 49.

Aufnahmelandes vorschreibt, sei die Reichweite der Rechte jeweils genau abgegrenzt⁷⁷². GA L. A. Geelhoed lehnt die einheitliche Auslegung weiter mit dem Hinweis auf Wortlaut, Systematik und Kontext des ARB Nr. 1/80 ab⁷⁷³. Aus der unterschiedlichen inhaltlichen Ausgestaltung der ARB Nr. 1/80 und der Regelungen des primären und sekundären Gemeinschaftsrechts folge, dass das fragliche Assoziations- und Gemeinschaftsrecht nicht grundsätzlich einheitlich auszulegen sei⁷⁷⁴. In Bezug auf Art. 9 ARB Nr. 1/80 und Art. 12 VO Nr. 1612/68⁷⁷⁵ habe der Gesetzgeber durch den unterschiedlichen Wortlaut beider Vorschriften deutlich gemacht, dass keine identische Regelung getroffen werden sollte. Demnach sei eine einheitliche Auslegung abzulehnen.

Dass grundsätzlich eine einheitliche Auslegung des ARB Nr. 1/80 mit den entsprechenden gemeinschaftsrechtlichen Regelungen zur Arbeitnehmerfreizügigkeit vorzunehmen ist, wurde oben⁷⁷⁶ ausführlich dargestellt. Auch ein Vergleich der Ziele des Art. 9 ARB Nr. 1/80 und des Art. 12 VO Nr. 1612/68 bzw. jetzt Art. 10 VO Nr. 492/2011 spricht für eine einheitliche Auslegung. Der Art. 9 ARB Nr. 1/80 ist begründet durch das Ziel des ARB Nr. 1/80, die sozialen Regelungen für die türkischen Arbeitnehmer und ihre Familienangehörigen zu verbessern. Der Art. 9 ARB Nr. 1/80 zielt letztlich darauf ab, die Integration des Arbeitnehmers und seiner Familienangehörigen in dem Mitgliedstaat zu fördern. Auch den Begründungserwägungen der VO Nr. 1612/68 und der Begründungserwägung Nr. 6 der VO Nr. 492/2011 ist das Ziel der jeweiligen Verordnung zu entnehmen, die Integration der Familienangehörigen des Arbeitnehmers zu fördern. Die Einschätzung des GA L.A Geelhoed, die Bedeutung der Diskriminierungsverbote im Assoziationsrecht sei geringer als deren Bedeutung im Gemeinschaftsrecht, ist unzutreffend. Art. 9 AssAbk enthält ein grundsätzliches Verbot aus Gründen der Staatsangehörigkeit im Anwendungsbereich des Vertrages entsprechend Art. 18 AEUV. Art. 37 ZP und Art. 10 ARB Nr. 1/80 enthalten ein dem Art. 45 Abs. 2 AEUV entsprechendes Diskriminierungsverbot hinsichtlich des Arbeitsentgeltes und der sonstigen Arbeitsbedingungen. Darüber hinaus sollen sich die Vertragsparteien gemäß Art. 12 AssAbk von den Artikeln 48, 49 und 50 EGV⁷⁷⁷

⁷⁷² GA L.A. Geelhoed, Schlussanträge vom 02.12.2004 in der Rs. C-374/03, Slg. 2005 I, 6199, Gürol, Rn. 49.

⁷⁷³ GA L.A. Geelhoed, Schlussanträge vom 02.12.2004 in der Rs. C-374/03, Slg. 2005 I, 6199, Gürol, Rn. 52 ff.

⁷⁷⁴ GA L.A. Geelhoed, Schlussanträge vom 02.12.2004 in der Rs. C-374/03, Slg. 2005 I, 6199, Gürol, Rn. 52 ff.

⁷⁷⁵ Jetzt Art. 10 VO Nr. 492/2011.

⁷⁷⁶ S. o. Teil I II 3 d

⁷⁷⁷ Art. 45, 46, 47 AUEV.

und damit von den darin enthaltenen Diskriminierungsverboten leiten lassen, um untereinander die Freizügigkeit der Arbeitnehmer schrittweise herzustellen. Das gemeinschaftsrechtliche Diskriminierungsverbot gewinnt dadurch Einfluss auf die Auslegung des Assoziationsrechts. Das Argument, das Diskriminierungsverbot sei im Assoziationsrecht grundsätzlich in seiner Reichweite beschränkt und kein tragender Gedanke, ist damit nicht haltbar. Grundsätzlich ist daher von einer einheitlichen Auslegung der Art. 9 ARB Nr. 1/80 mit der entsprechenden gemeinschaftsrechtlichen Regelung auszugehen⁷⁷⁸. Aufgrund des unterschiedlichen Wortlauts des Art. 10 VO Nr. 492/2011 und des Art. 9 ARB Nr. 1/80 bleibt aber dennoch fraglich, ob ohne weiteres davon ausgegangen werden kann, der Art. 9 ARB Nr. 1/80 gewähre im Einzelnen die gleichen Rechte wie Art. 10 VO Nr. 492/2011. Diese Frage soll in Folgenden bei der Erörterung der gewährten Rechte untersucht werden.

b. Zulassung zum allgemeinen Schulunterricht, zur Lehrlingsausbildung und zur beruflichen Bildung

Art. 9 S. 1 ARB Nr. 1/80 gewährt bei Erfüllung seiner Voraussetzungen das Recht auf Teilnahme am allgemeinen Schulunterricht. Fraglich ist, ob sich daraus in Bezug auf die Reichweite der Rechte ein Unterschied zu Art. 10 S. 1 VO Nr. 492/2011 ergibt, der von der Teilnahme am allgemeinen Unterricht spricht. Art. 9 S. 1 ARB Nr. 1/80 könnte nach seinem Wortlaut enger gefasst sein und beispielsweise nicht die universitäre Ausbildung umfassen. Der zuletzt genannte Unterschied lässt sich durch einen Vergleich mit anderen Sprachfassungen des Art. 9 S. 1 ARB Nr. 1/80 entkräften⁷⁷⁹. Die englische Fassung spricht von *general educational courses*, die französische von *cours d'enseignement général*. In diesen Fassungen wird also keine Einschränkung auf den Schulunterricht vorgenommen, sondern wie in Art. 10 VO S. 1 Nr. 492/2011 nur von allgemeinem Unterricht gesprochen. Die Wortwahl in Art. 9 S. 1 ARB Nr. 1/80 in der englischen und französischen Fassung entspricht auch der Wortwahl in Art. 10 VO S. 1 Nr. 492/2011 in der englischen und französischen Fassung. In der englischen Fassung des Art. 10 VO S. 1 Nr. 492 wird der Ausdruck *general educational courses* genutzt. Die französische Fassung des Art. 10 S. 1 VO Nr. 492/2011 spricht von *cours d'enseignement général*. Die englische bzw. französische Fassung

⁷⁷⁸ Baysu/Hänlein, ZESAR 2005, S. 426; Gutmann in GK-AufenthG, IX – 1 Art. 9 ARB Nr. 1/80, Rn. 1; Heyer, Diskriminierungs- und Beschränkungsverbot im Rahmen der gemeinschaftsrechtlichen Arbeitnehmerfreizügigkeit, 306; vgl. Cremer, InfAuslR 1995, 45; vgl. EuGH, Urteil vom 07.07.2005, Rs. C-374/03, Slg. 2005 I, 6199, Gürol, Rn. 36.

⁷⁷⁹ Baysu/Hänlein, ZESAR 2005, 425, 428.

des Art. 10 S. 1 VO Nr. 492/2011 stimmt insoweit wörtlich mit der englischen bzw. französischen Fassung des Art. 9 ARB S. 1 ARB Nr. 1/80 überein. Es ist auch kein Grund ersichtlich, aus dem die Beschränkung der Zulassung auf den Schulunterricht sinnvoll sein könnte. Eine solche Beschränkung würde dem Ziel des Art. 9 S. 1 ARB Nr. 1/80, die Integration des betroffenen Personenkreises über eine nichtdiskriminierende Behandlung im Bereich der Bildung zu fördern, entgegenstehen. Aus diesen Gründen muss auch der Art. 9 S. 1 ARB Nr. 1/80 den allgemeinen Unterricht und nicht nur den Schulunterricht umfassen. Der Wortlaut ist insoweit nicht maßgeblich. Auch der EuGH ist der Auffassung, dass sich der gleichberechtigte Zugang zum Unterricht auf jede Form von Unterricht einschließlich des Universitätsstudiums erstreckt⁷⁸⁰. Der EuGH stellt dies in seiner Entscheidung *Gürol* nur knapp fest und verweist dabei auf seine Entscheidung in den Sachen *Echternach und Moritz*, die sich auf das Recht auf Zugang zum allgemeinen Unterricht aus Art. 12 VO Nr. 1612/68 bezieht⁷⁸¹. Der Begriff schulischer Unterricht ist somit weit zu fassen und beinhaltet beispielsweise auch eine Vorschulerziehung, welche die spätere Teilnahme am schulischen Unterricht erleichtern soll⁷⁸². Umfasst sind auch Studienaufenthalte im Ausland⁷⁸³. Nur so lässt sich das Ziel des Art. 9 ARB Nr. 1/80 „die Chancengleichheit der türkischen Kinder und der Staatsangehörigen des Aufnahmemitgliedstaats im Bereich der schulischen und der beruflichen Ausbildung zu gewährleisten“⁷⁸⁴ erreichen⁷⁸⁵. Im Rahmen des Art. 12 VO Nr. 1612/68 hat der EuGH festgestellt, dass das in dieser Vorschrift enthaltene Wohnortersfordernis nur dazu da ist, die Vergünstigungen auf Kinder von EG-Arbeitnehmern zu beschränken, die im Aufnahmeland ihrer Eltern wohnen. Es habe keine Bedeutung für die Frage, wo das Kind am Unterricht teilnimmt⁷⁸⁶. Der EuGH begründet seine Auffassung weiter damit, dass eine bestmögliche Integration der Familie des EG-Arbeitnehmers im Aufnahmeland nur gelingen kann, wenn das Kind des EG-Arbeitnehmers, welches mit seinen Eltern im Aufnahmemitgliedstaat wohnt, sein Studium unter den gleichen Bedingungen wählen kann wie das Kind eines Staatsangehörigen des Aufnahmemitgliedstaates⁷⁸⁷. Diese

⁷⁸⁰ EuGH, Urteil vom 07.07.2005, Rs. C-374/03, Slg. 2005 I, 6199, *Gürol*, Rn. 36.

⁷⁸¹ EuGH, Urteil vom 07.07.2005, Rs. C-374/03, Slg. 2005 I, 6199, *Gürol*, Rn. 36.

⁷⁸² *Gutmann* in GK-AufenthG, IX – 1 Art. 9 Rn. 15.

⁷⁸³ EuGH, Urteil vom 07.07.2005, Rs. C-374/03, Slg. 2005 I, 6199, *Gürol*, Rn. 39 f; *Gutmann* in GK-AufenthG, IX – 1 Art. 9 ARB Nr. 1/80, Rn. 38.

⁷⁸⁴ EuGH, Urteil vom 07.07.2005, Rs. C-374/03, Slg. 2005 I, 6199, *Gürol*.

⁷⁸⁵ EuGH, Urteil vom 07.07.2005, Rs. C-374/03, Slg. 2005 I, 6199, *Gürol*; *Baysu/Hänlein*, ZESAR 2005, S. 425, 427; *Gutmann* in GK-AufenthG, IX – 1 Art. 9 ARB Nr. 1/80, Rn. 38.

⁷⁸⁶ EuGH, Urteil vom 13.11.1990, Rs. C-308/89, Slg. 1990 I, 4185, di Leo, Rn. 12.

⁷⁸⁷ EuGH, Urteil vom 13.11.1990, Rs. C-308/89, Slg. 1990 I, 4185, di Leo, Rn. 13.

Argumentation des EuGH kann im Rahmen des Art. 9 ARB Nr. 1/80 übernommen werden, da auch hier Ziel die Integration der Familienangehörigen des Arbeitnehmers ist⁷⁸⁸.

c. Gleichberechtigter Zugang zur Schul- und Berufsausbildung

Fraglich ist, wie weit der Gleichbehandlungsanspruch des Art. 9 S. 1 ARB Nr. 1/80 reicht. Seinem Wortlaut nach garantiert er nur, dass die Kinder türkischer Arbeitnehmer bei gleicher Qualifikation Zugang zum allgemeinen Schulunterricht, zur Lehrlingsausbildung und zur beruflichen Bildung wie die Kinder von Staatsangehörigen des Aufnahmestaates haben. Art. 10 S. 1 VO Nr. 492/2011 gewährt den gleichberechtigten Zugang zur Ausbildung unter den gleichen Bedingungen und ist somit weiter gefasst. Teilweise wird angenommen, diese unterschiedliche Wortwahl diene dazu klarzustellen, dass der Art. 9 S. 1 ARB Nr. 1/80 anders als Art. 10 VO Nr. 492/2011 keine Ansprüche auf staatliche Förderung zur Deckung des Lebensunterhaltes gewährt⁷⁸⁹. Diese Unterscheidung sei erforderlich, da Art. 9 S.1 ARB Nr. 1/80 andernfalls im Widerspruch zu Art. 9 S. 2 ARB Nr. 1/80 stünde, der einen *Anspruch* auf Gleichbehandlung bei sozialen Vorteilen gerade ausschließe⁷⁹⁰. Nach Art. 9 S. 2 ARB Nr. 1/80 *können* die betroffenen Kinder Anspruch auf die Vorteile haben, die nach den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften in dem Bereich der schulischen und beruflichen Ausbildung haben. Oben⁷⁹¹ wurde dargelegt, dass der Ausschluss eines Anspruchs auf staatliche Förderung zur Deckung des Lebensunterhaltes nicht die Folge des Art. 9 S. 2 ARB Nr. 1/80 sein kann. Zum einen wäre er sonst funktionslos, und zum anderen können die Rechte auf gleichberechtigten Zugang zur Ausbildung andernfalls oft schwer oder gar nicht wahrgenommen werden. Der Ausschluss von Ansprüchen auf soziale Vorteile kann somit nicht Hintergrund der unterschiedlichen Wortwahl sein. Letztlich ist in Art. 10 S. 1 VO Nr. 492/2011 der gleichberechtigte Zugang zur Ausbildung und die Gleichbehandlung in Bezug auf soziale Rechte in einem Satz geregelt. Art. 9 ARB Nr. 1/80 unterscheidet sich lediglich insoweit, als beide Gleichbehandlungsrechte in zwei Sätzen geregelt sind⁷⁹². Bei Art. 9 ARB Nr. 1/80 handelt es sich um eine Konkretisierung des Diskriminierungsverbotes aus Art. 9

⁷⁸⁸ S. o. Teil 3 VI 6 a.

⁷⁸⁹ Hoyer, Diskriminierungs- und Beschränkungsverbot im Rahmen der gemeinschaftsrechtlichen Arbeitnehmerfreizügigkeit, S. 306.

⁷⁹⁰ Hoyer, Diskriminierungs- und Beschränkungsverbot im Rahmen der gemeinschaftsrechtlichen Arbeitnehmerfreizügigkeit, S. 306.

⁷⁹¹ S. o. Teil 3 VI 1.

⁷⁹² S. o. Teil 3 VI 1.

AssAbk⁷⁹³, der wiederum dem Art. 18 AEUV entspricht. Art. 9 ARB Nr. 1/80 gewährt somit ebenso ein Recht auf Zulassung zum Studium ohne die Erhebung diskriminierender Studiengebühren⁷⁹⁴. Das Recht auf gleichberechtigten Zugang zur Ausbildung umfasst das Recht auf gleiche Ausgestaltung⁷⁹⁵. Weiterhin ist aufgrund des Art. 9 S. 1 ARB Nr. 1/80 eine Arbeitserlaubnis zu erteilen, sofern eine solche für die Ausbildung erforderlich ist⁷⁹⁶. In Deutschland ist eine Arbeitserlaubnis grundsätzlich für jede betriebliche Ausbildung erforderlich, dies folgt aus § 4 Abs. 3 S. 1 f AufenthG. Für eine rein schulische Ausbildung ist eine Arbeitserlaubnis dagegen nicht notwendig.

d. Soziale Vorteile

Wie dargestellt ergibt sich aus Art. 9 S. 2 ARB Nr. 1/80 ein Anspruch auf gleiche Behandlung in Bezug auf Vergünstigungen, die den inländischen Kindern im Bereich der Ausbildung gewährt werden. Den Kindern türkischer Arbeitnehmer ist daher im Rahmen ihrer Ausbildung die für die jeweilige Ausbildung vorgesehene Ausbildungsförderung zu gewähren. Darüber hinaus stehen ihnen alle sonstigen sozialen Vergünstigungen wie beispielsweise Studierendentarife bei Eintrittskarten und Fahrpreisermäßigungen für Schüler und Studierende zu⁷⁹⁷.

7. *Ordre public*-Vorbehalt

Der *ordre public*-Vorbehalt des Art. 14 ARB Nr. 1/80 muss im Rahmen des Art. 9 ARB Nr. 1/80 ebenso wie bei 10 Abs. 2 ARB Nr. 1/80 gelten. Auch hier greift das Argument, mit welchem die Gültigkeit des *ordre public*-Vorbehaltes im Rahmen des Art. 10 Abs. 1 ARB Nr. 1/80 ausgeschlossen wurde⁷⁹⁸, nicht. Im primären Assoziationsrecht gibt es keine dem Art. 9 ARB Nr. 1/80 entsprechende Regelung. Ein Widerspruch zu etwaigen schrankenlos gewährten Rechten aus primärem Assoziationsrecht kann somit nicht vorliegen. Art. 14 ARB Nr. 1/80 ist hier daher grundsätzlich anwendbar. Praktische Auswirkungen dürfte dies auch hier nicht haben. Es sind keine Gründe der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit denkbar, aus de-

⁷⁹³ EuGH, Urteil vom 07.07.2005, Rs. C-374/03, Slg. 2005 I, 6199, Gürol, Rn. 24.

⁷⁹⁴ Akyürek, Das Assoziationsabkommen EWG – Türkei, 2005, S. 151; Gutmann in GK-AufenthG, IX – 1 Art. 9 ARB Nr. 1/80, Rn. 17; Heyer, Diskriminierungs- und Beschränkungsverbot im Rahmen der gemeinschaftsrechtlichen Arbeitnehmerfreizügigkeit, S. 307; EuGH, Urteil vom 13.02.1985, Rs. 293/83, Slg. 1985, 593, Gravier, Rn. 26.

⁷⁹⁵ Gutmann in GK-AufenthG, IX – 1 Art. 9 ARB Nr. 1/80, Rn. 22.

⁷⁹⁶ Heyer, Diskriminierungs- und Beschränkungsverbot im Rahmen der gemeinschaftsrechtlichen Arbeitnehmerfreizügigkeit, S. 307.

⁷⁹⁷ Gutmann in GK -AufenthG, IX – 1 Art. 9 ARB Nr. 1/80, Rn. 32.

⁷⁹⁸ S. o. Teil 3 IV 5.

nen die Zulassung der Kinder türkischer Arbeitnehmer zum allgemeinen Schulunterricht, zur Lehrlingsausbildung und zur beruflichen Bildung oder die Gewährung von Vorteilen, die in diesem Bereich vorgesehen sind, versagt werden könnten.

VII. Der sozialrechtliche Gleichbehandlungsanspruch in

Art. 3 Abs. 1 ARB Nr. 3/80

Nach Art. 3 Abs. 1 ARB Nr. 3/80 haben die Personen, die im Gebiet eines Mitgliedstaats wohnen und für die dieser Beschluss gilt, die gleichen Rechte und Pflichten aufgrund der Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats wie die Staatsangehörigen dieses Staates, soweit dieser Beschluss nichts anderes bestimmt. Der Aufbau des ARB Nr. 3/80 entspricht dem der VO Nr. 1408/71, der Vorgängerverordnung zur VO Nr. 883/2004, welche zur Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und Selbständige sowie deren Familienangehörige, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern, ergangen war.

1. Unmittelbare Anwendbarkeit

Wie oben dargelegt, hat der EuGH in der Sache *Sürül*⁷⁹⁹ zunächst festgestellt, dass eine Bestimmung des ARB Nr. 3/80 unmittelbare Wirkung entfaltet, „wenn sie unter Berücksichtigung ihres Wortlauts und im Hinblick auf den Gegenstand und die Natur des Abkommens eine klare und eindeutige Verpflichtung enthält, deren Erfüllung oder deren Wirkungen nicht vom Erlass eines weiteren Aktes abhängen“⁸⁰⁰. Es ist also zu untersuchen, ob der Art. 3 Abs. 1 ARB Nr. 1/80 diese Kriterien erfüllt. Der EuGH hat dies in seiner Entscheidung *Sürül* bejaht⁸⁰¹. Der EuGH hat zunächst den Wortlaut des Art. 3 Abs. 1 ARB Nr. 1/80 untersucht und kommt zu dem Ergebnis, dass dieser klar, eindeutig und unbedingt das Verbot aufstellt, die im Gebiet eines Mitgliedstaats wohnhaften Personen, für die der ARB Nr. 3/80 gilt, aus Gründen der Staatsangehörigkeit zu diskriminieren⁸⁰². Nach der Auffassung des EuGH folgt daraus eine Verpflichtung zur Herstellung eines ganz bestimmten Ergebnisses⁸⁰³. Der Einzelne könne sich vor einem nationalen Gericht auf das Gleichbehandlungsgebot stützen, um zu erreichen, dass eine diskriminierende Regelung eines Mitgliedstaates unangewendet bleibt, welche die Gewährung eines Anspruchs davon abhängig

⁷⁹⁹ EuGH, Urteil vom 04.05.1999, Rs. C-262/96, Slg. 1999 I, 2685, *Sürül*.

⁸⁰⁰ EuGH, Urteil vom 04.05.1999, Rs. C-262/96, Slg. 1999 I, 2685, *Sürül*, Rn. 60.

⁸⁰¹ EuGH, Urteil vom 04.05.1999, Rs. C-262/96, Slg. 1999 I, 2685, *Sürül*, Rn. 74.

⁸⁰² EuGH, Urteil vom 04.05.1999, Rs. C-262/96, Slg. 1999 I, 2685, *Sürül*, Rn. 62.

⁸⁰³ EuGH, Urteil vom 04.05.1999, Rs. C-262/96, Slg. 1999 I, 2685, *Sürül*, Rn. 63.

macht, dass der Betroffene eine Voraussetzung erfüllt, die für Inländer nicht gilt⁸⁰⁴. Ergänzende Durchführungsvorschriften seien nicht erforderlich⁸⁰⁵. Der EuGH hält fest, dass es sich bei Art. 3 Abs. 1 ARB Nr. 3/80 anders als bei Art. 12 und 13 ARB Nr. 3/80 nicht um eine Koordinierungsvorschrift handelt, für welche der EuGH in seiner Entscheidung *Taflan-Met*⁸⁰⁶ die unmittelbare Anwendbarkeit verneint hatte⁸⁰⁷. Vielmehr stelle Art. 3 Abs. 1 ARB Nr. 3/80 die Durchführung und Konkretisierung des allgemeinen Verbotes der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit aus Art. 9 AssAbk dar⁸⁰⁸. Der EuGH verweist in der Entscheidung *Sürül* auch auf die ständige Rechtsprechung des Gerichtshofes zum Gleichbehandlungsgrundsatz in Art. 39 Abs. 1 des inzwischen aufgehobenen Kooperationsabkommens zwischen der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft und der Demokratischen Republik Algerien⁸⁰⁹ und Art. 41 Abs. 1 des inzwischen aufgehobenen Kooperationsabkommens zwischen der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft und dem Königreich Marokko⁸¹⁰. Art. 39 Abs. 1 Kooperationsabkommen EWG/Algerien lautete:

„Vorbehaltlich der folgenden Absätze wird den Arbeitnehmern algerischer Staatsangehörigkeit und den mit ihnen zusammenlebenden Familienangehörigen auf dem Gebiet der sozialen Sicherheit eine Behandlung gewährt, die keine auf der Staatsangehörigkeit beruhende Benachteiligung gegenüber den Staatsangehörigkeiten der Mitgliedstaaten, in denen sie beschäftigt sind, bewirkt.“

Art. 41 Abs. 1 Kooperationsabkommen EWG/Marokko lautete:

„Vorbehaltlich der folgenden Absätze wird den Arbeitnehmern marokkanischer Staatsangehörigkeit und den mit ihnen zusammenlebenden Familienangehörigen auf dem Gebiet der sozialen Sicherheit eine Behandlung gewährt, die keine auf der Staatsangehörigkeit beruhende Benachteiligung gegenüber den Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten, in denen sie beschäftigt sind, bewirkt.“

⁸⁰⁴ EuGH, Urteil vom 04.05.1999, Rs. C-262/96, Slg. 1999 I, 2685, *Sürül*, Rn. 63.

⁸⁰⁵ EuGH, Urteil vom 04.05.1999, Rs. C-262/96, Slg. 1999 I, 2685, *Sürül*, Rn. 63.

⁸⁰⁶ EuGH, Urteil vom 10.09.1996, Rs. C-277/94, Slg. 1996 I, 4085, *Taflan-Met*.

⁸⁰⁷ EuGH, Urteil vom 04.05.1999, Rs. C-262/96, Slg. 1999 I, 2685, *Sürül*, Rn. 55.

⁸⁰⁸ EuGH, Urteil vom 04.05.1999, Rs. C-262/96, Slg. 1999 I, 2685, *Sürül*, Rn. 64.

⁸⁰⁹ ABl. L 263 vom 27.09.1978, S. 2-118, im Folgenden: Kooperationsabkommen EWG/Algerien.

⁸¹⁰ ABl. L 264 vom 27.09.1978, S. 2-118, im Folgenden: Kooperationsabkommen EWG/Marokko.

Auch diese Vorschriften haben nach der Rechtsprechung des EuGH unmittelbare Wirkung, obwohl der Assoziationsrat keine Durchführungsmaßnahmen gemäß Art. 40 Kooperationsabkommen EWG/Algerien und Artikel 42 Abs. 1 Kooperationsabkommen EWG/Marokko erlassen hat⁸¹¹. Eine Vergleichbarkeit des Art. 3 Abs. 1 ARB Nr. 3/80 mit Art. 39 Kooperationsabkommen EWG/Algerien bzw. Art. 41 Abs. 1 des Kooperationsabkommens EWG/Marokko wird teilweise verneint mit dem Argument, bei den beiden letzteren Regelungen handele es sich um primäres Assoziationsrecht, und primäres und sekundäres Assoziationsrecht sei hinsichtlich seiner unmittelbaren Anwendbarkeit unterschiedlich zu behandeln⁸¹². Im Rahmen des ARB Nr. 3/80 fordere dessen Art. 32 legislative Maßnahmen zur Durchführung des Beschlusses. Dass dies nicht so ist, wurde oben⁸¹³ ausführlich erörtert. Auch die Tatsache, dass der von der Kommission vorgelegte Vorschlag einer Verordnung über die Durchführung des Beschlusses Nr. 3/80 innerhalb der Gemeinschaft keine Bestimmung über die Anwendung des Art. 3 Abs. 1 ARB Nr. 3/80 enthält, spricht dafür, dass der Art. 3 Abs. 1 ARB Nr. 3/80 bereits ausreichend bestimmt ist⁸¹⁴. Ebenso führt ein Vergleich mit Art. 3 Abs. 1 der VO Nr. 1408/71 dazu, dass keine weitere Durchführungsbestimmung erforderlich ist⁸¹⁵. Der Art. 3 Abs. 1 ARB Nr. 3/80 ist dem Art. 3 Abs. 1 VO Nr. 1408/71 nahezu wortgleich nachgebildet. Art. 3 Abs. 1 VO Nr. 1408/71 wurde von Art. 4 VO Nr. 883/2004 abgelöst, die Wortlaute beider Vorschriften weichen nur insofern voneinander ab, als der Art. 4 VO Nr. 883/2004 nicht mehr das Erfordernis enthält, dass der Betroffene in dem Mitgliedstaat wohnt, mit deren Staatsangehörigen er die Gleichbehandlung beansprucht. Auch die zu der VO Nr. 1408/71 ergangene Durchführungsverordnung Nr. 574/72 enthielt keine Durchführungsbestimmung zu Art. 3 Abs. 1 VO Nr. 1408/71. Letztlich ist auch nicht ersichtlich, welche ergänzenden Bestimmungen zur Durchführung des Diskriminierungsverbotes aus Art. 3 Abs. 1 ARB Nr. 3/80 noch notwendig sein sollten⁸¹⁶. Auch die in Art. 3 Abs. 1 ARB Nr. 3/80 enthaltene Einschränkung „soweit dieser Beschluss nichts anderes

⁸¹¹ EuGH, Urteil vom 15.01.1998, Rs. C-113, Slg. 1998 I, 183, Babahenini, Rn. 17 f; EuGH, Urteil vom 03.10.1996, Rs. C-126/95, Slg. 1996 I, 4807, Hallouzi-Choho, Rn. 19 f; EuGH, Urteil vom 05.04.1995, Rs. C-103/94, Slg. 1995 I, 719, Krid, Rn. 21 ff; EuGH, Urteil vom 20.04.1994, Rs. C-58/93, Slg. 1994 I, 1353, Yousfi, Rn. 16 ff; EuGH, Urteil vom 31.01.1991, Rs. C-18/90, Slg. 1991 I, 199, Kziber, Rn. 23.

⁸¹² *Delbrück/Tietje*, ZAR 1995, 29.

⁸¹³ S. o. Teil 1 II 4 b.

⁸¹⁴ EuGH, Urteil vom 04.05.1999, Rs. C-262/96, Slg. 1999 I, 2685, Sürül, Rn. 56; Schlussanträge GA La Pergola, Schlussanträge vom 12.02.1998 in der Rs. C-262/96, Slg. 1999 I, 2685, Sürül, Rn. 42.

⁸¹⁵ EuGH, Urteil vom 04.05.1999, Rs. C-262/96, Slg. 1999 I, 2685, Sürül, Rn. 56; GA La Pergola, Schlussanträge vom 12.02.1998 in der Rs. C-262/96, Slg. 1999 I, 2685, Sürül, Rn. 42.

⁸¹⁶ GA La Pergola, Schlussanträge vom 12.02.1998 in der Rs. C-262/96, Slg. 1999 I, 2685, Sürül, Rn. 42

bestimmt“ nimmt dem Art. 3 Abs. 1 ARB Nr. 3/80 nicht seine unmittelbare Wirkung⁸¹⁷. Die gegenteilige Auffassung wurde teilweise vertreten mit der Begründung, der zitierte Passus beinhalte eine Spezialitätsregel⁸¹⁸. Er bringe zum Ausdruck, dass „die Gleichbehandlung im Bereich der Systeme der sozialen Sicherheit nur so weit gehen soll, wie es dem Willen und der Zielsetzung der Assoziationspartner entspricht“⁸¹⁹. Die konkrete Reichweite des Gleichbehandlungsgebotes ergebe sich nur aus den speziellen Bestimmungen des ARB Nr. 3/80⁸²⁰. Bei Art. 3 Abs. 1 ARB Nr. 3/80 handle es sich nur um einen Programmsatz⁸²¹. Eine entsprechende Einschränkung ist aber auch in Art. 9 AssAbk und Art. 18 AEUV enthalten. Auch diese Vorschriften werden nicht lediglich als reiner Programmsatz angesehen. Wie oben dargelegt ist Art. 3 Abs. 1 ARB Nr. 3/80 auch zu konkret, um lediglich als reiner Programmsatz betrachtet werden zu können. Die Einschränkung führt letztlich nur dazu, dass geprüft werden muss, ob der ARB Nr. 3/80 an anderer Stelle eine von Art. 3 Abs. 1 ARB Nr. 3/80 abweichende Vorschrift enthält⁸²². Teilweise wurde die unmittelbare Anwendbarkeit des Art. 3 Abs. 1 ARB Nr. 3/80 aufgrund seiner systematischen Stellung in Titel I des Beschlusses, welcher die allgemeinen Vorschriften enthalte, abgelehnt⁸²³. Im Übrigen würden die spezielleren Regelungen in Titel II leer laufen, wenn Art. 3 Abs. 1 ARB Nr. 3/80 schon ein umfassendes Diskriminierungsverbot enthalte⁸²⁴. Diese Argumente sind nicht ganz nachzuvollziehen. Zum einen zeigt die anerkannte unmittelbare Anwendbarkeit der vergleichbaren Regelungen des Art. 9 AssAbk und des Art. 18 AEUV⁸²⁵, dass die Stellung in den allgemeinen Bestimmungen die unmittelbare Anwendbarkeit nicht ausschließt. Zum anderen sind die besonderen Bestimmungen des ARB Nr. 3/80 nicht überflüssig, da sie ja gerade über die Regelung „soweit dieser Beschluss nichts anderes bestimmt“ Bedeutung erlangen.

2. Persönlicher Anwendungsbereich

Nach dem Wortlaut des Art. 3 Abs. 1 ARB Nr. 3/80 besteht das Gleichbehandlungsgebot für die Personen, die im Gebiet eines Mitgliedstaats wohnen und für die dieser

⁸¹⁷ EuGH, Urteil vom 04.05.1999, Rs. C-262/96, Slg. 1999 I, 2685, Sürül, Rn. 67 f.

⁸¹⁸ Delbrück/Tietje, ZAR 1995, 29.

⁸¹⁹ Delbrück/Tietje, ZAR 1995, 29.

⁸²⁰ Delbrück/Tietje, ZAR 1995, 29.

⁸²¹ Delbrück/Tietje, ZAR 1995, 29.

⁸²² Vgl. EuGH, Urteil vom 04.05.1999, Rs. C-262/96, Slg. 1999 I, 2685, Sürül, Rn. 68.

⁸²³ Delbrück/Tietje, ZAR 1995, 29.

⁸²⁴ Delbrück/Tietje, ZAR 1995, 29.

⁸²⁵ Zu Art. 7 EWG-Vertrag: EuGH, Urteil vom 20.10.1993, verb. Rs. 92/92 und 326/92, Slg. 1993 I, 5145, Phil Collins, Rn. 34, zu Art. 9 AssAbk: EuGH, Urteil vom 04.04.1999, Rs. C-262/96, Slg. 1999 I, 2685, Sürül, Rn. 24; Höller in Fuchs, Europäisches Sozialrecht, S. 913, Teil 12, Rn. 31.

Beschluss gilt. Festzustellen ist danach zunächst der persönliche Anwendungsbereich des ARB Nr. 3/80. Der persönliche Anwendungsbereich des ARB Nr. 3/80 ist in dessen Art. 2 festgelegt. Danach gilt der Beschluss

- „- für Arbeitnehmer, für welche die Rechtsvorschriften eines oder mehrerer Mitgliedstaaten gelten oder galten, und die türkische Staatsangehörige sind;
- für die Familienangehörigen dieser Arbeitnehmer, die im Gebiet eines Mitgliedstaats wohnen;
- für Hinterbliebene dieser Arbeitnehmer“.

a. Arbeitnehmer

Der Begriff des Arbeitnehmers umfasst nach Art. 1 Buchstabe b ARB Nr. 3/80

„jede Person,

- i) die gegen ein Risiko oder gegen mehrere Risiken, die von den Zweigen eines Systems der sozialen Sicherheit für Arbeitnehmer erfasst werden, pflichtversichert oder freiwillig weiterversichert ist, und zwar vorbehaltlich der Einschränkungen in Anhang V Punkt A. Belgien Absatz 1 zur Verordnung (EWG) Nr. 1408/71;
- ii) jede Person, „die im Rahmen eines für alle Einwohner oder die gesamte erwerbstätige Bevölkerung geltenden Systems der sozialen Sicherheit gegen ein Risiko oder gegen mehrere Risiken pflichtversichert ist, die von den Zweigen erfasst werden, auf die dieser Beschluss anzuwenden ist,
 - wenn diese Person aufgrund der Art der Verwaltung oder der Finanzierung dieses Systems als Arbeitnehmer unterschieden werden kann, oder
 - wenn sie bei Fehlen solcher Kriterien im Rahmen eines für die Arbeitnehmer errichteten Systems aufgrund einer Pflichtversicherung oder freiwilligen Weiterversicherung gegen ein anderes im Anhang näher bezeichnetes Risiko im Rahmen eines Systems für Arbeitnehmer versichert ist“.

Der EuGH hat in der Sache *Sürü*⁸²⁶ zunächst festgestellt, dass diese Definition des Arbeitnehmerbegriffs weitgehend mit der in Artikel 1 Buchstabe a der VO Nr. 1408/71 enthaltenen Definition des Arbeitnehmerbegriffs übereinstimmt und sich daher an

⁸²⁶ EuGH, Urteil vom 04.04.1999, Rs. C-262/96, Slg. 1999 I, 2685, *Sürü*.

letzterer orientiere⁸²⁷. Es ist darauf hinzuweisen, dass der EuGH in der Sache *Sürül* auf seine eigene Rechtsprechung rekurriert, welche auf die Ursprungsfassung der VO Nr. 1408/71⁸²⁸ Bezug nimmt. Die VO Nr. 1408/71 in ihrer Ursprungsfassung definierte in ihrem Art. 1 Buchstabe a) als Arbeitnehmer jede Person,

- „i) die gegen ein Risiko oder gegen mehrere Risiken, die von den Zweigen eines Systems der sozialen Sicherheit für Arbeitnehmer erfasst werden, pflichtversichert oder freiwillig weiterversichert ist, und zwar vorbehaltlich der Einschränkungen in Anhang V;
- ii) die im Rahmen eines für alle Einwohner oder die gesamte erwerbstätige Bevölkerung geltenden Systems der sozialen Sicherheit gegen ein Risiko oder gegen mehrere Risiken pflichtversichert ist, die von den Zweigen erfasst werden, auf die diese Verordnung anzuwenden ist,
 - wenn diese Person auf Grund der Art der Verwaltung oder der Finanzierung dieses Systems als Arbeitnehmer unterschieden werden kann oder
 - wenn sie bei Fehlen solcher Kriterien im Rahmen eines für Arbeitnehmer errichteten Systems gegen ein anderes in Anhang V bestimmtes Risiko pflichtversichert oder freiwillig weiterversichert ist;
- iii) die gegen ein Risiko oder gegen mehrere Risiken, die von den unter diese Verordnung fallenden Zweigen erfasst werden, im Rahmen eines für Arbeitnehmer, für alle Einwohner eines Mitgliedstaats oder für bestimmte Gruppen von Einwohnern geschaffenen Systems der sozialen Sicherheit eines Mitgliedstaats freiwillig versichert ist, wenn sie früher im Rahmen eines für die Arbeitnehmer desselben Mitgliedstaats errichteten Systems gegen das gleiche Risiko pflichtversichert war“.

Nach der Rechtsprechung des EuGH besitzt diese in Art. 1 Buchstabe a) VO Nr. 1408/71 enthaltene Definition des Arbeitnehmerbegriffs allgemeine Tragweite und umfasst auch Personen, die keiner Erwerbstätigkeit nachgehen, solange sie nur nach den in Art. 1 Buchstabe a) der VO Nr. 1408/71 festgelegten Voraussetzungen im Rahmen eines der dort aufgeführten Systeme der sozialen Sicherheit gegen die dort

⁸²⁷ EuGH, Urteil vom 04.04.1999, Rs. C-262/96, Slg. 1999 I, 2685, *Sürül*, Rn. 82.

⁸²⁸ Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 des Rates vom 14. Juni 1971 zur Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und deren Familien, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern, ABl. L 149 vom 05.07.1971 S. 2–50.

genannten Risiken versichert sind⁸²⁹. Zur Bejahung der Arbeitnehmerschaft reicht es demnach aus, wenn eine Person nur gegen ein einziges Risiko in einem allgemeinen oder besonderen System der sozialen Sicherheit pflichtversichert oder freiwillig versichert ist. Der EuGH hat damit dem von der deutschen Regierung in der Rechtssache *Sürül* vorgebrachten Einwand, die Versicherung in einem Zweig der sozialen Sicherheit führe nicht dazu, dass die betroffene Person auch in einem anderen Zweig der sozialen Sicherheit als Arbeitnehmer angesehen werden könne⁸³⁰, eine Absage erteilt. Die deutsche Regierung war der Auffassung, dass die in Artikel 1 Buchstabe b Ziffern i und ii ARB Nr. 3/80 enthaltenen Definitionen nicht alternativ, sondern risiko- und systemspezifisch zu verstehen seien⁸³¹. Dem Wortlaut des Art. 1 Buchstabe b Ziffern i und ii ARB Nr. 3/80 lässt sich ein Anhaltspunkt für eine solche Deutung jedoch nicht entnehmen. Im Übrigen wäre auch die Regelung im Anhang I der VO Nr. 1408/71 Buchstabe D. (Deutschland), welcher gemäß Art. 25 Abs. 1 ARB Nr. 3/80 für die Durchführung des ARB Nr. 3/80 gilt, überflüssig gewesen. Nach dieser Regelung war in dem Fall, in dem ein deutscher Träger zuständig für die Gewährung von Familienleistungen nach Titel III Kapitel 7 der Verordnung ist, nur derjenige als Arbeitnehmer im Sinne des Art. 1 Buchstabe a der Verordnung anzusehen, der für den Fall der Arbeitslosigkeit pflichtversichert ist oder im Anschluss an diese Versicherung Krankengeld oder entsprechende Leistungen erhält. Wäre zur Annahme der Arbeitnehmereigenschaft stets für jeden Zweig einzeln danach zu beurteilen, ob eine risiko- und systemspezifische Versicherung vorliegt, wäre die genannte Einschränkung nicht notwendig gewesen.

Aus der genannten Regelung im Anhang I der VO Nr. 1408/71 Buchstabe D. (Deutschland) kann sich auch keine Einschränkung des Arbeitnehmerbegriffes im Rahmen des hier untersuchten Art. 3 ARB Nr. 3/80 ergeben. Der EuGH hat zunächst festgehalten, dass die Einschränkung ausschließlich für die Gewährung von Familienleistungen im Sinne des Titel III Kapitel 7 der VO (EWG) Nr. 1408/71 gilt⁸³². Titel III der VO 1408/71 war mit „Besondere Vorschriften für die einzelnen Leistungsarten“ überschrieben. Kapitel 7 umfasste nach seiner Überschrift „Familienleistungen und –

⁸²⁹ EuGH, Urteil vom 04.04.1999, Rs. C-262/96, Slg. 1999 I, 2685, *Sürül*, Rn. 85; EuGH, Urteil vom 03.05.1990, Rs. C-2/89, Slg. 1990 I, 1755, *Kits van Heijningen*, Rn. 10.

⁸³⁰ EuGH, Urteil vom 04.04.1999, Rs. C-262/96, Slg. 1999 I, 2685, *Sürül*, Rn. 77.

⁸³¹ EuGH, Urteil vom 04.04.1999, Rs. C-262/96, Slg. 1999 I, 2685, *Sürül*, Rn. 77.

⁸³² EuGH, Urteil vom 04.04.1999, Rs. C-262/96, Slg. 1999 I, 2685, *Sürül*, Rn. 89; EuGH, Urteil vom 12.05.1998, Rs. C-85/96, Slg. 1998 I, 2691, *Martínez Sala*, Rn. 43.

beihilfen für Arbeitnehmer und Arbeitslose“. Das gesamte Kapitel betraf dabei grenzüberschreitende Tatbestände und insbesondere die Fragen, wie Beschäftigungszeiten, die in unterschiedlichen Mitgliedstaaten zurückgelegt wurden, zusammen gerechnet werden und nach den Rechtsvorschriften welchen Staates und durch welchen Träger die Familienleistungen zu gewähren sind, wenn die Familienangehörigen in einem anderen Mitgliedstaat leben als der Arbeitnehmer. Es handelte sich demnach bei den Vorschriften des Titel III Kapitel 7 der VO Nr. 1408/71 durchgängig um Koordinierungsvorschriften. Vorliegend geht es aber um die Arbeitnehmereigenschaft im Sinne des Diskriminierungsverbotes aus Art. 3 ARB 3/80 und nicht im Sinne einer etwaigen Koordinierungsvorschrift. Die Koordinierungsvorschriften des ARB Nr. 3/80 sind nicht unmittelbar anwendbar⁸³³. Die Einschränkung im Anhang I der VO Nr. 1408/71 Buchstabe D. (Deutschland) spielt demnach für den Arbeitnehmerbegriff in Art. 3 ARB Nr. 3/80 keine Rolle.

Fraglich ist, ob die Definition in Anlehnung an den Arbeitnehmerbegriff der VO Nr. 1408/71 weiterhin gelten kann, da die VO Nr. 1408/71 durch die VO Nr. 883/2004 aufgehoben wurde und letztere keine Definition des Arbeitnehmerbegriffes enthält. In Art. 1 Buchstabe a der VO Nr. 883/2004 ist lediglich der Begriff der Beschäftigung definiert. Dies folgt aus dem unterschiedlich festgelegten Regelungsbereich der beiden Verordnungen. Die VO Nr. 1408/71 betraf nach ihrem Titel die „Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und deren Familien, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern“. Der Titel der VO Nr. 883/2004 ist weiter gefasst und beinhaltet nur die „Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit“. Die Tatsache, dass die VO Nr. 883/2004 den Arbeitnehmerbegriff nicht mehr definiert, ist dem Umstand geschuldet, dass die VO Nr. 883/2004 nach ihrem in Art. 2 festgelegten persönlichen Geltungsbereich „für Staatsangehörige eines Mitgliedstaats, Staatenlose und Flüchtlinge mit Wohnort in einem Mitgliedstaat, für die die Rechtsvorschriften eines oder mehrerer Mitgliedstaaten gelten oder galten, sowie für ihre Familienangehörigen und Hinterbliebenen“ und „für Hinterbliebene von Personen, für die die Rechtsvorschriften eines oder mehrerer Mitgliedstaaten galten, und zwar ohne Rücksicht auf die Staatsangehörigkeit dieser Personen, wenn die Hinterbliebenen Staatsangehörige eines Mitgliedstaats sind oder als Staatenlose oder Flüchtlinge in einem Mitgliedstaat wohnen“ gilt und somit einen weiteren persönlichen Anwen-

⁸³³ EuGH, Urteil vom 10.09.1996, Rs. C-277/94, Slg. 1996 I, 4085, Taflan-Met, Rn. 38.

dungsbereich hat als die VO Nr. 1408/71. Aus der fehlenden Definition des Arbeitnehmerbegriffes in der VO Nr. 883/2004 kann daher nicht der Schluss gezogen werden, dass die im Rahmen der VO Nr. 1408/71 entwickelte Definition für den Arbeitnehmerbegriff im Rahmen des ARB Nr. 3/80 keine Bedeutung mehr haben kann. Sie spielt nur für den persönlichen Anwendungsbereich der VO Nr. 882/2004 keine Rolle, da dieser einen größeren Personenkreis umfasst, welcher Arbeitnehmer im Sinne der VO Nr. 1408/71 per se beinhaltet.

Nach der Rechtsprechung des EuGH ist es unerheblich, ob die betroffene Person in einem Arbeitsverhältnis steht oder nicht⁸³⁴. Diese Feststellung ist eine Folge aus der vom EuGH festgestellten Definition des Arbeitnehmerbegriffes im Sinne des ARB Nr. 3/80. Schließlich ist auch unerheblich, wann die Arbeitnehmereigenschaft entstanden ist. Es ist daher insbesondere nicht erforderlich, dass der Betroffene bereits als Arbeitnehmer in den Mitgliedstaat eingereist ist⁸³⁵.

b. Familienangehöriger

Der persönliche Geltungsbereich des ARB Nr. 3/80 umfasst laut Art. 2, 3. Spiegelstrich die Familienangehörigen der türkischen Arbeitnehmer, die im Gebiet eines Mitgliedstaats wohnen. Gemäß Art. 1 Buchstabe a) hat der Ausdruck „Familienangehöriger“ die Bedeutung, wie sie in Artikel 1 der VO Nr. 1408/71 definiert ist. Wie bereits dargestellt, wurde die VO Nr. 1408/71 zunächst abgeändert und schließlich durch die VO Nr. 883/2004 ersetzt. Es stellt sich also die Frage, ob dies Auswirkungen auf die Definition des Familienangehörigen im Sinne des ARB Nr. 3/80 hat. Gemäß Art. 90 Abs. 1 Buchstabe c) VO Nr. 883/2004 bleibt die VO Nr. 1408/71 anwendbar auf Abkommen, die auf die VO Nr. 1408/71 Bezug nehmen und die nicht infolge der VO Nr. 883/2004 geändert worden sind. Das Assoziierungsabkommen selbst nimmt nicht Bezug auf die VO Nr. 1408/71. Der ARB Nr. 3/80 ist auf der Grundlage des Assoziierungsabkommens EWG/Türkei ergangen und nimmt Bezug auf die VO Nr. 1408/71. Weder das Assoziierungsabkommen EWG/Türkei noch der ARB Nr. 3/80 ist infolge der VO 883/2004 abgeändert worden. Man könnte bereits aus diesem Grund davon ausgehen, dass die VO Nr. 1408/71 im Rahmen des ARB Nr. 3/80 weiter Bestand

⁸³⁴ EuGH, Urteil vom 04.04.1999, Rs. C-262/96, Slg. 1999 I, 2685, Sürül, Rn. 85; EuGH, Urteil vom 11.06.1998, Rs. C-275/96, Slg. 1998 I, 3419, Kuusijärvi, Rn. 21; EuGH, Urteil vom 12.05.1998, Rs. C-85/96, Slg. 1998 I, 2691, Martínez Sala, Rn. 36.

⁸³⁵ BVerwG, Urteil vom 06.12.2001, BVerwG 3 C 25.01, Rn. 25 mit Verweis auf EuGH, Urteil vom 30.09.1997, Rs. C-36/96, Slg. 1997 I, 5143, Günaydin, Rn. 52.

haben muss. Maßgeblich ist aber eine andere Überlegung: Würde man Änderungen, welche die VO Nr. 1408/71 betreffen, ohne Weiteres für den ARB Nr. 3/80 gelten lassen, so würde der ARB Nr. 3/80 durch eine Änderung bzw. Ersetzung des VO Nr. 1408/71 abgeändert, obwohl für eine solche Änderung gemäß Art. 8 und 22 AssAbk ausschließlich der Assoziationsrat zuständig ist⁸³⁶. Der EuGH hat mit derselben Argumentation festgestellt, dass bei Bezugnahmen des ARB Nr. 3/80 auf die VO Nr. 1408/71 immer auf diese Verordnung in ihrer zum Zeitpunkt der Fassung des ARB Nr. 3/80 gültigen, also ihrer ursprünglichen Fassung abzustellen ist⁸³⁷. Auch nachdem die VO Nr. 1408/71 durch die VO Nr. 883/2004 aufgehoben wurde, ist daher bei Bezugnahmen des ARB Nr. 3/80 weiter auf die VO 1408/71 in ihrer ursprünglichen Fassung abzustellen. Einschränkungen können sich nur dann ergeben, wenn die Heranziehung der VO Nr. 1408/71 anstelle der VO Nr. 883/2004 zu einem Verstoß gegen das Besserstellungsverbot aus Art. 59 ZP führen würde.

Gemäß Artikel 1 Buchstabe f) VO Nr. 1408/71 ist ein Familienangehöriger grundsätzlich jede Person, die in den Rechtsvorschriften, nach denen die Leistungen gewährt werden, als Familienangehöriger bestimmt, anerkannt oder als Haushaltsangehöriger bezeichnet ist. Hat nach diesen Rechtsvorschriften die Person nur dann die Eigenschaft als Familien- oder Haushaltsangehöriger, wenn sie mit dem Arbeitnehmer in häuslicher Gemeinschaft lebt, ist zur Annahme der häuslichen Lebensgemeinschaft ausreichend, wenn der Unterhalt der Person überwiegend von dem Arbeitnehmer geleistet wird.

Insoweit stimmen die Definitionen des Begriffs des Familienangehörigen in Art. 1 Buchstabe f) VO Nr. 1408/71 und Art. 1 Buchstabe i) VO Nr. 883/2004 überein.

Fraglich ist, wie weit der Begriff des Familienangehörigen geht, wenn in einer Vorschrift nicht zwischen Familienangehörigen und anderen Personen unterschieden wird. Die VO Nr. 1408/71 in ihrer ursprünglichen Fassung macht dazu keine Angaben. Art. 1 Buchstabe f) i) der VO Nr. 1408/71 in der konsolidierten Fassung der Verordnung (EG) Nr. 118/97 des Rates vom 2. Dezember 1996⁸³⁸ verweist dazu auf die

⁸³⁶ Vgl. zur Auswirkung der Abänderung der VO (EWG) Nr. 1407/71 auf den ARB Nr. 3/80: EuGH, Urteil vom 26.05.2011, Rs. C-485/07, Slg. 2011 I, 4499, Akdas, Rn. 91.

⁸³⁷ EuGH, Urteil vom 26.05.2011, Rs. C-485/07, Slg. 2011 I, 4499, Akdas, Rn. 91.

⁸³⁸ ABl. L 28 vom 30.01.1997, S. 1.

Definitionen, die dem Begriff des Familienangehörigen in den einzelnen Mitgliedstaaten laut Anhang I zur VO Nr. 1408/71 in im Einzelnen aufgeführten Bestimmungen gegeben wird. Für Deutschland enthält der Anhang I zur VO Nr. 1408/71 dabei keine Regelung. In Bezug auf Leistungen für Behinderte, die unabhängig von der Eigenschaft als Familienangehöriger gewährt werden, sind nach Art. 1 Buchstabe f) ii) der VO Nr. 1408/71 „wenigstens der Ehegatte, die minderjährigen Kinder sowie die unterhaltsberechtigten volljährigen Kinder“ unter den Begriff des Familienangehörigen zu fassen. Es wird somit ein Mindeststandard festgelegt in Bezug auf die Frage, wer als Familienangehöriger im Rahmen von Leistungen für Behinderte angesehen werden kann⁸³⁹. Fraglich ist, ob dies bedeutet, dass dieser Mindeststandard grundsätzlich überschritten werden kann oder ob dies nur durch die sozialrechtlichen Vorschriften der einzelnen Mitgliedstaaten möglich ist. Aus dem systematischen Zusammenhang des Art. 1 Buchstabe f) Ziffer ii) VO Nr. 1408/71 mit Art. 1 Buchstabe f) Ziffer i) VO Nr. 1408/71 könnte man letzteres schließen⁸⁴⁰. Dies hätte zur Folge, dass in den Fällen, in denen die Leistungen für Behinderte unabhängig vom Status des Familienangehörigen gewährt werden und in denen die entsprechende Vorschrift somit keine eigene Definition des Familienangehörigen enthält, der Kreis der Familienangehörigen auf den Mindeststandard beschränkt wäre⁸⁴¹. Generalanwalt Alber hat sich in der Rechtssache *Mesbah*⁸⁴² ausführlich mit dem Begriff des Familienangehörigen im Rahmen der VO Nr. 1408/71 auseinandergesetzt und hält dieses Ergebnis für unvereinbar mit der historischen Zwecksetzung von Artikel 1 Buchstabe f) Ziffer ii) der VO Nr. 1408/71. Insbesondere aus der zweiten Begründungserwägung der VO Nr. 1247/92(48), welche die VO Nr. 1408/71 abändert, folge, dass der Mindeststandard nicht nur durch einzelstaatliche Bestimmungen, sondern auch durch Gemeinschaftsrecht erweitert werden könne⁸⁴³. Die zweite Begründungserwägung zur VO Nr. 1247/92 lautet „Es ist erforderlich, die Definition für „Familienangehöriger“ in der VO (EWG) Nr. 1408/71 in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Gerichtshofs zu der Auslegung dieses Begriffes zu erweitern“. Nach der maßgeblichen Rechtsprechung des EuGH in den Rechtssachen *Eheleute F.*⁸⁴⁴ und *Inzirillo*⁸⁴⁵ ist die Definition

⁸³⁹ GA Alber, Schlussanträge vom 18.05.1999 in der Rs. C-179/98, Slg. 1999 I, 7955, Mesbah, Rn. 76.

⁸⁴⁰ GA Alber, Schlussanträge vom 18.05.1999 in der Rs. C-179/98, Slg. 1999 I, 7955, Mesbah, Rn. 76.

⁸⁴¹ GA Alber, Schlussanträge vom 18.05.1999 in der Rs. C-179/98, Slg. 1999 I, 7955, Mesbah, Rn. 76.

⁸⁴² GA Alber, Schlussanträge vom 18.05.1999 in der Rs. C-179/98, Slg. 1999 I, 7955, Mesbah.

⁸⁴³ GA Alber, Schlussanträge vom 18.05.1999 in der Rs. C-179/98, Slg. 1999 I, 7955, Mesbah, Rn. 78.

⁸⁴⁴ EuGH, Urteil vom 17.06.1975, Rs. C-7/75, Slg. 1975, 679, Eheleute F.

⁸⁴⁵ EuGH, Urteil vom 16.12.1976, Rs. C-63/76, Slg. 1976, 2057, Inzirillo.

des Familienangehörigen nach einzelstaatlichem Recht nicht ausreichend⁸⁴⁶. Der Begriff des Familienangehörigen wird auf volljährige Kinder erweitert, denen der Arbeitnehmer Unterhalt gewährt⁸⁴⁷. Generalanwalt Alber folgert daraus, dass die Frage, welche Personen unter den Familienbegriff des Art. 1 Buchstabe f) Ziffer ii der VO Nr. 1408/71 fallen, nicht abschließend geregelt ist und grundsätzlich auch Personengruppen einbezogen sein können, die nicht ausdrücklich genannt sind⁸⁴⁸. Der EuGH erweitert den Begriff des Familienangehörigen in der Sache *Mesbah*, in der es um den Familienbegriff im Rahmen des Art. 41 des Kooperationsabkommens zwischen der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft und dem Königreich Marokko ging, auf die Schwiegermutter des Arbeitnehmers⁸⁴⁹. Der EuGH setzt sich dabei nicht im Einzelnen mit der Frage auseinander, an welchen Familienbegriff sich der Familienbegriff des Art. 41 des Kooperationsabkommens anlehnt.

Fraglich ist aber, ob diese erweiternde Auslegung nach Wirksamwerden der VO Nr. 883/2004 noch gelten kann. Ein Mindeststandard ist dort nicht mehr festgelegt. Grundsätzlich richtet sich der Familienbegriff nach den einschlägigen nationalen Vorschriften. Art. 1 Buchstabe b) Ziffer 2. legt fest, dass in den Fällen, in denen die Rechtsvorschriften, nach denen die Leistungen gewährt werden, nicht zwischen Familienangehörigen und anderen Personen, auf die diese Rechtsvorschriften anwendbar sind, unterscheiden, der Ehegatte, die minderjährigen Kinder und die unterhaltsberechtigten volljährigen Kinder als Familienangehörige angesehen werden. Diese Definition lässt keinen Raum für eine Erweiterung durch Gemeinschaftsrecht und kann als Klarstellung der Rechtslage verstanden werden. Die Beschränkung der Familienangehörigen auf die genannten Personengruppen muss auch im Rahmen des ARB Nr. 3/80 gelten. Ein anderes Verständnis würde auch zu einem Verstoß gegen Art. 59 ZP führen, da türkische Staatsangehörige besser behandelt würden als Staatsangehörige der EU-Mitgliedstaaten.

Vom persönlichen Anwendungsbereich des ARB Nr. 3/80 sind nur Familienangehörige umfasst, die im Gebiet eines Mitgliedstaats wohnen. Der Begriff „wohnen“ ist in

⁸⁴⁶ GA Alber, Schlussanträge vom 18.05.1999 in der Rs. C-179/98, Slg. 1999 I, 7955, *Mesbah*, Rn 77; EuGH, Urteil vom 16.12.1976, Rs. C-63/76, Slg. 1976, 2057, *Inzirillo*, Rn. 11/14.

⁸⁴⁷ EuGH, Urteil vom 16.12.1976, Rs. C-63/76, Slg. 1976, 2057, *Inzirillo*, Rn. 15/17; EuGH, Urteil vom 17.06.1975, Rs. C-7/75, Slg. 1975, 679, *Eheleute F.*, Rn. 18/20.

⁸⁴⁸ Alber, Schlussanträge vom 18.05.1999 in der Rs. C-179/98, Slg. 1999 I, 7955, *Mesbah*, Rn. 77.

⁸⁴⁹ EuGH, Urteil vom 11.11.1999, Rs. C-179/89, Slg. 1999 I, 7955, *Mesbah*, Rn. 47.

Art. 1 Buchstabe 1) ARB Nr. 3/80 nicht näher geregelt. Dort ist aber bestimmt, dass „Wohnort“, die gleiche Bedeutung hat, wie in der VO Nr. 1408/71 festgelegt. Gemäß Art. 1 Buchstabe h) bezeichnet der Wohnort den Ort des gewöhnlichen Aufenthaltes. Da wohnen und einen Wohnort innehaben synonym sind, ist die Voraussetzung des Wohnens in einem Mitgliedstaat dann erfüllt, wenn man in einem Mitgliedstaat seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat. Zu klären ist, ob ein „Wohnen“, d.h. der gewöhnliche Aufenthalt verlangt, dass der Betroffene sich rechtmäßig in dem Mitgliedstaat aufhält, d.h. über ein Aufenthaltsrecht verfügt. Diese Frage soll unter den Voraussetzungen des Art. 3 Abs. 1 ARB Nr. 3/80 geklärt werden⁸⁵⁰, da das Wohnen in dem Mitgliedstaat dort Voraussetzung für die Anwendbarkeit des Diskriminierungsverbotes sowohl bei den türkischen Arbeitnehmern als auch bei ihren Familienangehörigen ist.

c. Hinterbliebene

Auch die Definition des Hinterbliebenen richtet sich gemäß Art. 1 Buchstabe 1) des ARB Nr. 3/80 nach der Definition dieses Begriffs in der VO Nr. 1408/71. In deren Art. 1 Buchstabe g) wird als Hinterbliebener jede Person bezeichnet, die in den Rechtsvorschriften, nach denen die Leistungen gewährt werden, als Hinterbliebener bestimmt oder anerkannt ist. Sofern die Hinterbliebeneneigenschaft in der Vorschrift davon abhängig gemacht wird, dass die betroffene Person mit dem Verstorbenen in häuslicher Lebensgemeinschaft gelebt hat, so wird diese Voraussetzung bejaht, wenn der Unterhalt der betroffenen Person überwiegend von dem Verstorbenen sichergestellt wurde. Diese Definition ist auch nach der Änderung der VO Nr. 1408/71 aufgrund der VO Nr. 1247/92 gleich geblieben. Die VO Nr. 883/2004 enthält keine Definition des Begriffes des Hinterbliebenen mehr. Soweit ersichtlich, liegt noch keine Rechtsprechung des EuGH zum Hinterbliebenenbegriff vor. Es liegt aber nahe, für den Fall, dass die Rechtsvorschriften, nach denen die Leistungen gewährt werden, keinen Aufschluss über den Hinterbliebenenbegriff geben, jedenfalls die Personen als Hinterbliebene anzusehen, die bis zum Tod des Arbeitnehmers als dessen Familienangehörige gemäß Art. 1 Buchstabe b) Ziffer 2 VO Nr. 883/2004 anzusehen waren.

⁸⁵⁰ S. u. Teil 3 VII 4 b.

d. Wanderung innerhalb der EU nicht erforderlich

Der persönliche Anwendungsbereich des ARB Nr. 3/80 enthält nicht das Erfordernis, dass der betroffene Arbeitnehmer oder seine Familienangehörigen oder Hinterbliebenen innerhalb der EU oder aus der Türkei in die EU gewandert sind. Zunächst ermächtigt Art. 217 AEUV dazu, Assoziationsbestimmungen zu erlassen, welche türkische Arbeitnehmer unabhängig von einem Wanderungselement begünstigen⁸⁵¹. Der EuGH hat in seiner Entscheidung *Sürü*⁸⁵² nicht geprüft, ob die Klägerin innerhalb der EU gewandert ist. Hieraus lässt sich zunächst schließen, dass eine Binnenwanderung innerhalb der EU nicht erforderlich ist⁸⁵³. Darüber hinaus ist aber auch nicht erforderlich, dass der Betroffene aus der Türkei in den Mitgliedstaat gewandert ist. Nach dem Wortlaut des Art. 2 ARB Nr. 3/80 gilt der ARB Nr. 3/80 unter anderem für „Arbeitnehmer, für welche die Rechtsvorschriften eines oder mehrerer Mitgliedstaaten gelten oder galten“. Daraus, dass es ausreicht, wenn für den Betroffenen die Rechtsvorschriften eines Rechtsbereiches gelten oder galten, könnte man bereits schließen, dass ein Wanderungselement nicht erforderlich ist. Allerdings enthielt der Art. 2 der VO Nr. 1408/71 denselben Wortlaut, obwohl die Anwendung der VO Nr. 1408/71 die Wanderung des Arbeitnehmers innerhalb der EU voraussetzte⁸⁵⁴. Die VO Nr. 1408/71 verlangte aber schon nach ihrem Titel „über die Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und Selbstständige sowie deren Familienangehörige, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern“ für ihre Anwendung ein Wanderungselement. Der ARB Nr. 3/80 enthält keine entsprechende Voraussetzung in seinem Titel „über die Anwendung der sozialen Sicherheit der Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaften auf die türkischen Arbeitnehmer und auf deren Familienangehörige“. Auch im Übrigen ergibt sich aus ARB Nr. 3/80 nicht, dass für seine Anwendung grundsätzlich das Vorliegen eines Wanderungselementes Voraussetzung ist. Der ARB Nr. 3/80 ist daher grundsätzlich auch anwendbar, wenn der türkische Arbeitnehmer bzw. sein Familienangehöriger oder Hinterbliebener in Deutschland geboren ist⁸⁵⁵.

⁸⁵¹ BVerwG, Urteil vom 06.12.2001, BVerwG 3 C 25.01, juris, Rn. 31.

⁸⁵² EuGH, Urteil vom 04.05.1999, C-262/96, Slg. 1999 I, 2685, *Sürü*.

⁸⁵³ BVerwG, Urteil vom 06.12.2001, BVerwG 3 C 25.01, juris, Rn. 24 ff.

⁸⁵⁴ *Höller* in Fuchs, Europäisches Sozialrecht, S. 921, Teil 12, Rn. 52.

⁸⁵⁵ VGH Baden-Württemberg, Urteil vom 15.03.2001, 1 S 286/00, juris, Rn. 19; vgl. BVerwG, Urteil vom 06.12.2001, BVerwG 3 C 25.01, InfAuslR 2002, 255, das BVerwG führt hier aus, dass es unerheblich ist, ob der Betroffene als Arbeitnehmer nach Deutschland eingereist ist oder seine Arbeitnehmereigenschaft erst in Deutschland erworben hat; *Höller*, Soziale Rechte Drittstaatsangehöriger nach europäischem Gemeinschaftsrecht, S. 205.

e. Rechtmäßiger Aufenthalt

Nach seinem Wortlaut setzt der persönliche Anwendungsbereich des ARB Nr. 3/80 nicht voraus, dass sich die Betroffenen rechtmäßig im Mitgliedstaat aufhalten. Insofern müssten beispielsweise auch Personen, die in dem Mitgliedstaat lediglich geduldet sind und damit nicht über einen rechtmäßigen Aufenthalt verfügen, in den persönlichen Anwendungsbereich des ARB Nr. 3/80 fallen können. Möglicherweise fallen aber Familienangehörige wegen des Erfordernisses des Wohnens im Mitgliedstaat nur dann in den persönlichen Anwendungsbereich des ARB Nr. 3/80, wenn sie sich rechtmäßigerweise in dem Mitgliedstaat aufhalten. Jedenfalls nach der deutschen Rechtsprechung setzt das Wohnen im Bundesgebiet voraus, dass sich der Betroffene rechtmäßig im Bundesgebiet aufhält⁸⁵⁶. Die Frage, ob das Wohnen einen rechtmäßigen Aufenthalt voraussetzt, soll im Rahmen der Voraussetzungen des Art. 3 Abs. 1 ARB Nr. 3/80 näher untersucht werden⁸⁵⁷, da es sich dort für alle potentiell Berechtigten um eine Voraussetzung dafür handelt, dass sie in den Genuss des Diskriminierungsverbotes gelangen.

3. Sachlicher Geltungsbereich

Der sachliche Geltungsbereich des ARB Nr. 3/80 ist in Artikel 4 ARB Nr. 3/80 festgelegt. Nach dessen Absatz 1 gilt der Beschluss für alle Rechtsvorschriften über Zweige der sozialen Sicherheit in Bezug auf

- „i) Leistungen bei Krankheit und Mutterschaft;
- ii) Leistungen bei Invalidität einschließlich der Leistungen, die zur Erhaltung oder Besserung der Erwerbsfähigkeit bestimmt sind;
- iii) Leistungen bei Alter;
- iv) Leistungen an Hinterbliebene;
- v) Leistungen bei Arbeitsunfällen und Berufskrankheiten;
- vi) Sterbegeld;
- vii) Leistungen bei Arbeitslosigkeit;
- vii) Familienleistungen.“

Gemäß Art. 4 Abs. 2 ARB Nr. 3/80 sind die allgemeinen und die besonderen, die auf Beiträgen beruhenden und die beitragsfreien Systeme der sozialen Sicherheit sowie die Systeme, nach denen die Arbeitgeber, einschließlich der Reeder, zu den genann-

⁸⁵⁶ BSG, Urteil vom 05.10.2006, B 10 EG 6/04 R, juris, Rn. 41.

⁸⁵⁷ S. u. Teil 3 VII 4 b.

ten Leistungen verpflichtet sind, umfasst. Die konkrete Ausgestaltung und Finanzierung der nationalen Sozialsysteme ist somit unerheblich⁸⁵⁸. Nach Art. 4 Abs. 3 ARB Nr. 3/80 berührt Titel III des ARB Nr. 3/80, welcher besondere Vorschriften für die einzelnen Leistungsarten umfasst, nicht die Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Verpflichtungen eines Reeders. Gemäß Art. 4 Abs. 4 ARB Nr. 3/80 gilt der Beschluss nicht für die Sozialhilfe und für Leistungssysteme für Opfer des Krieges und seiner Folgen. Anders als Leistungen der sozialen Sicherheit ist die Sozialhilfe in der Regel bedarfsabhängig, aber unabhängig von einer Vorleistung und oft in das Ermessen des Leistungsträgers gestellt⁸⁵⁹.

Der sachliche Geltungsbereich des ARB Nr. 3/80 stimmt somit wörtlich mit dem sachlichen Geltungsbereich der VO Nr. 1408/71 in ihrer ursprünglichen Fassung, wie er sich aus deren Art. 4 ergibt, überein. Der sachliche Geltungsbereich der VO Nr. 1408/71 wurde erstmalig durch Art. 1 Abs. 2 der VO Nr. 1247/92 vom 30.04.1992 zur Änderung der VO Nr. 1408/71⁸⁶⁰, die zum 01.06.1992 in Kraft getreten ist, in Art. 4 Abs. 2 a um besondere beitragsunabhängige Geldleistungen ergänzt. Beitragsunabhängig sind Leistungen dann, wenn ihre Finanzierung durch öffentliche Mittel und nicht durch Beiträge des Versicherten sichergestellt wird⁸⁶¹. Eine besondere Leistung oder Sonderleistung in diesem Sinne liegt vor, wenn ihr Zweck darin besteht, eine Leistung der sozialen Sicherheit zu ersetzen oder zu ergänzen und sie gleichzeitig den Charakter einer Sozialhilfeleistung aufweist, die aus wirtschaftlichen und sozialen Gründen gerechtfertigt ist⁸⁶². Schließlich muss nach einer Regelung, die objektive Kriterien festlegt, über sie entschieden werden⁸⁶³. Nach erneuter Änderung des Art. 2 a VO Nr. 1408/71 durch Art. 1 Nr. 2 der VO Nr. 647/2005⁸⁶⁴ umfasste der sachliche Geltungsbereich der VO Nr. 1408/71 „besondere beitragsunabhängige Geldleistungen, die nach Rechtsvorschriften gewährt werden, die aufgrund ihres persönlichen Geltungsbereichs, ihrer Ziele und/oder ihrer Anspruchsvoraussetzungen sowohl Merkmale der in Art. 4 Abs. 1 VO Nr. 1408/71 genannten Rechtsvorschriften der so-

⁸⁵⁸ Zu Art. 4 VO 1408/71: EuGH, Urteil vom 03.06.1992, Rs. C-45/90, Slg. 1992 I, 3423, Paletta, Rn. 18; EuGH, Urteil vom 24.02.1987, Rs. 379 bis 381/85 und 93/86, Slg. 1987, 955 Tampan u.a., Rn. 7; Höller, Soziale Rechte Drittstaatsangehöriger nach europäischem Gemeinschaftsrecht, S. 292.

⁸⁵⁹ EuGH, Urteil vom 27.03.1985, Rs. C-249/83, Slg. 1985, 973, Hoeckx, Rn. 13; Bergmann, NZS 2003, 175, 182; Fuchs in Fuchs: Europäisches Sozialrecht, S. 131, Teil 2, Rn. 33 ff; Höller, Soziale Rechte Drittstaatsangehöriger nach europäischem Gemeinschaftsrecht, S. 292.

⁸⁶⁰ ABl. L 136 vom 19.05.1992, S. 1-6.

⁸⁶¹ EuGH, Urteil vom 29.04.2004, Rs. C-160/02, Slg. 2004 I, 5613, Skalka, Rn. 28 ff.

⁸⁶² EuGH, Urteil vom 29.04.2004, Rs. C-160/02, Slg. 2004 I, 5613, Skalka, Rn. 25.

⁸⁶³ EuGH, Urteil vom 29.04.2004, Rs. C-160/02, Slg. 2004 I, 5613, Skalka, Rn. 25.

⁸⁶⁴ ABl. L 117 vom 04.05.2005, S. 1-12.

zialen Sicherheit als auch Merkmale der Sozialhilfe aufweisen“. Gemäß Art. 2 b VO 1408/71 waren hiervon die in Anhang II Teil III der VO Nr. 1408/71 genannten beitragsunabhängigen Sonderleistungen, deren Geltung auf einen Teil des Gebietes dieses Mitgliedstaats beschränkt ist, ausgenommen. Danach sind lediglich für Deutschland und Österreich die aufgrund der Rechtsvorschriften der Bundesländer an Behinderte und insbesondere an Blinde gewährten Leistungen ausgenommen. Der sachliche Anwendungsbereich der VO Nr. 883/2004 ist um Leistungen bei Vaterschaft, die den Leistungen bei Mutterschaft gleichgestellt sind, und um Vorruhestandsleistungen erweitert, entspricht im übrigen aber dem sachlichen Anwendungsbereich der VO Nr. 1408/71.

a. Leistungen der sozialen Sicherheit

Gemäß Art. 1 Buchstabe a) ARB Nr. 3/80 hat der Ausdruck „Leistungen“ dieselbe Bedeutung, wie sie in Art. 1 VO Nr. 1408/71 festgelegt ist. Gemäß Art. 1 Buchstabe t) umfasst der Begriff „Leistungen“ grundsätzlich sämtliche Leistungen einschließlich aller ihrer Teile aus öffentlichen Mitteln, aller Zuschläge, Anpassungsbeträge und Zulagen und Beitragserstattungen. Ausnahmen können sich aus Titel III der VO Nr. 1408/71 in Bezug auf bestimmte Leistungen ergeben.

Wie dargelegt, sind nur Leistungen der sozialen Sicherheit umfasst. Eine Leistung wird dann als eine Leistung der sozialen Sicherheit bezeichnet, „wenn sie den Begünstigten aufgrund eines gesetzlich umschriebenen Tatbestands ohne jede im Ermessen liegende individuelle Prüfung der persönlichen Bedürftigkeit gewährt wird und wenn sie sich auf eines der in Art. 4 Abs. 1 der VO Nr. 1408/71 ausdrücklich aufgezählten Risiken bezieht“⁸⁶⁵. Diese Definition gilt entsprechend für die Definition der Leistungen der sozialen Sicherheit gemäß Art. 4 ARB Nr. 3/80⁸⁶⁶. Der EuGH hat festgestellt, dass aus dem Erfordernis einer einheitlichen Anwendung des Unionsrechts folgt, dass sich die im Rahmen der verschiedenen Leistungen verwendeten Begriffe nicht nach dem nationalen Recht richten, sondern dass sie anhand objektiver Kriterien zu bestimmen sind, die in einem unionsrechtlichen Rahmen festgelegt

⁸⁶⁵ EuGH, Urteil vom 21.07.2011, Rs. C-503/09, Slg. 2011 I, 6497, Stewart, Rn. 32; EuGH, Urteil vom 11.09.2008, Rs. C-228/07, Slg. 2008 I, 6989, Petersen, Rn. 19; EuGH, Urteil vom 18.12.2007, Rs. C-396/05, C419/05 und C-450/05, Slg. 2007 I, 11895, Habelt u.a., Rn. 63; EuGH, Urteil vom 21.02.2006, Rs. C-286/03, Slg. 2006 I, 1771, Hosse, Rn. 37; vgl. auch EuGH, Urteil vom 10.10.1996, Rs. C-245/94 und 312/94, Slg. 1996 I, 4895, Hoever und Zachow, Rn. 18.

⁸⁶⁶ BVerwG, Urteil vom 06.12.2001, 3 C 25/01, juris, Rn. 39 f.

wurden⁸⁶⁷. Zur Bestimmung der Frage, welche Leistung in Rede steht, sei daher maßgeblich, welche Bestandteile der Leistungen durch die unionsrechtlichen Regeln festgelegt werden⁸⁶⁸.

b. Leistungen bei Krankheit und Mutterschaft

Die Begriffe Krankheit und Mutterschaft sind weder im ARB Nr. 3/80 noch in der VO Nr. 1408/71 oder in der VO Nr. 883/2004 definiert.

Nach der Rechtsprechung des EuGH deckt eine Leistung bei Krankheit im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Buchstabe a der VO Nr. 1408/71 das Risiko eines krankhaften Zustands, der dazu führt, dass der Betroffene seine Tätigkeit vorübergehend aussetzt⁸⁶⁹. Dies beinhaltet insbesondere Leistungen der gesetzlichen Krankenversicherung, der medizinischen Rehabilitation und die Lohnfortzahlung im Krankheitsfall⁸⁷⁰. Darunter fallen auch die Leistungen bei Pflegebedürftigkeit⁸⁷¹ und damit das Pflegegeld⁸⁷².

Der Begriff der Mutterschaft erfordert neben der rechtlichen nicht zwingend auch die biologische Mutterschaft. Dies lässt sich aus der Rechtsprechung des EuGH ableiten. In neueren Entscheidungen hat er nicht in Frage gestellt, dass auch bei einer so genannten Bestellmutter, die im Rahmen einer Ersatzmuttervereinbarung ein Kind erhalten hat, eine Mutterschaft vorliegt⁸⁷³. Das Gleiche muss dann auch für Adoptivmütter gelten. Eine andere Frage ist, ob Leistungen bei Mutterschaft auch dann, wenn lediglich eine rechtliche Mutterschaft vorliegt, in vollem Umfang zu gewähren sind. Rechtsprechung zu der Frage, wie Leistungen bei Mutterschaft zu definieren sind, liegt soweit ersichtlich nicht vor. Abgrenzungsprobleme kann es bei der Frage geben, ob eine Leistung als Leistung bei Mutterschaft oder als Familienleistung anzusehen ist, insbesondere bei der Beurteilung von Erziehungsleistungen⁸⁷⁴. Der

⁸⁶⁷ EuGH, Urteil vom 21.07.2011, Rs. C-503/09, Slg. 2011 I, 6497, Stewart, Rn. 35.

⁸⁶⁸ EuGH, Urteil vom 21.07.2011, Rs. C-503/09, Slg. 2011 I, 6497, Stewart, Rn. 35.

⁸⁶⁹ EuGH, Urteil vom 21.07.2011, Rs. C-503/09, Slg. 2011 I, 6497, Stewart, Rn. 37.

⁸⁷⁰ *Brechmann* in Calliess/Ruffert, Art. 48 AEUV, Rn. 26.

⁸⁷¹ *Brechmann* in Calliess/Ruffert, Art. 48 AEUV, Rn. 26.

⁸⁷² EuGH, Urteil vom 21.02.2006, Rs. C-286/03, Slg. 2006, I-1771, Hosse, Rn. 48; EuGH, Urteil vom 08.03.2001, Rs. C-215/99, Slg. 2001, I-1901, Jauch, Rn. 24 ff. und 31 ff.; EuGH, Urteil vom 05.03.1998, Rs. C-160/96, Slg. 1998, I-843, Molenaar, Rn. 25 ff. und 44; *Brechmann* in Calliess/Ruffert, Art. 48 AEUV, Rn. 26.

⁸⁷³ EuGH, Urteil vom 18.03.2014, Rs. C-363/12, zitiert nach juris; EuGH, Urteil vom 18.03.2014, Rs. C-167/12, zitiert nach juris.

⁸⁷⁴ *Spiegel*, ZIAS 2006, 85, 99.

EuGH hat in der Sache *Kuusijärvi*⁸⁷⁵ festgestellt, dass eine Leistung, die die Betreuung des Kindes in dessen erster Lebensphase durch einen Elternteil ermöglichen soll, d.h. im Prinzip als Vergütung dieser Betreuung anzusehen ist, mit einer Familienleistung im Sinne der Artikel 1 Buchstabe u Ziffer i und Artikel 4 Abs. 1 Buchstabe h) VO Nr. 1408/71 gleichzustellen ist. Aus der 19. Begründungserwägung zu VO Nr. 883/2004 lassen sich Anhaltspunkte für das Verständnis von Leistungen bei Mutterschaft entnehmen. Danach werden Leistungen bei Mutterschaft im engeren Sinne (und die ihnen gleichgesetzten Leistungen bei Vaterschaft) lediglich in den ersten Monaten nach der Geburt des Kindes gewährt. Anders als Erziehungsleistungen werden die Leistungen bei Mutterschaft in der Regel nur kurzfristig und damit im unmittelbaren Zusammenhang mit der Geburt des Kindes gewährt. Es spricht nichts dagegen, dieses Merkmal auch im Rahmen der Leistungen bei Mutterschaft gemäß Art. 4 Abs. 1 ARB Nr. 3/80 gelten zu lassen. Wird eine Leistung bei Mutterschaft gewährt, um dem körperlichen Zustand der Mutter nach der Geburt Rechnung zu tragen oder ist Voraussetzung für ihre Gewährung die Entbindung, können rein rechtliche Mütter von den Leistungen ausgeschlossen werden. So hat der EuGH beispielsweise einen Anspruch der Bestellmutter auf Mutterschaftsurlaub abgelehnt⁸⁷⁶.

In Anbetracht der Tatsache, dass der sachliche Anwendungsbereich des VO Nr. 883/2004 ausdrücklich auch die den Leistungen bei Mutterschaft gleichgestellten Leistungen bei Vaterschaft umfasst, stellt sich die Frage, ob auch der persönliche Anwendungsbereich der VO Nr. 1408/71 bzw. der persönliche Anwendungsbereich des ARB Nr. 3/80 auf diese Leistungen ausgeweitet werden kann. Dagegen spricht, dass der EuGH mehrfach ausgeführt hat, dass die Aufzählung der umfassten Leistungen in Art. 4 Abs. 1 VO Nr. 1408/71 abschließend ist⁸⁷⁷. Eine Ausweitung des sachlichen Anwendungsbereiches auf die Leistungen bei Vaterschaft würde eine Änderung des ARB Nr. 3/80 durch die VO 883/2004 bedeuten, obwohl hierfür der Assoziationsrat zuständig ist. Leistungen bei Vaterschaft fallen daher nicht in den sachlichen Anwendungsbereich des Art. 4 Abs. 1 ARB Nr. 3/80.

⁸⁷⁵ EuGH, Urteil vom 11.06.1998, C-275/96, Slg. 1998 I, 3419, *Kuusijärvi*, Rn. 60 f.

⁸⁷⁶ EuGH, Urteil vom 18.03.2014, Rs. C-363/12, juris; EuGH, Urteil vom 18.03.2014, Rs. C-167/12, juris.

⁸⁷⁷ Vgl. EuGH, Urteil vom 05.03.1998, Rs. C-160/96, Slg. 1998 I, 843, *Molenaar*, Rn. 20; EuGH, Urteil vom 27.03.1985, Rs. C-249/83, Slg. 1985, 973, *Hoeckx*, Rn. 12.

c. Leistungen bei Invalidität einschließlich der Leistungen, die zur Erhaltung der Besserung der Erwerbstätigkeit bestimmt sind

Der Begriff der Invalidität ist weder in ARB Nr. 3/80 noch in der VO Nr. 1408/71 oder der VO Nr. 883/2004 definiert. Nach der Rechtsprechung des EuGH sollen die Leistungen bei Invalidität das Risiko der Erwerbsunfähigkeit eines bestimmten Grades decken, wenn anzunehmen ist, dass die Erwerbsunfähigkeit von Dauer ist⁸⁷⁸. Ein Arbeitsunfähigkeitsgeld sei auch dann als Leistung bei Invalidität anzusehen, wenn das Arbeitsunfähigkeitsgeld in zwei Schritten gewährt wird und die Bewilligung des ersten Teils zeitlich befristet ist, sofern bereits bei Antragstellung feststeht, dass die Invalidität bleibend oder dauerhaft ist⁸⁷⁹. Zu den Leistungen bei Invalidität gehören neben den Rentenansprüchen auch Leistungen zur Erhaltung und Besserung der Erwerbsfähigkeit⁸⁸⁰.

d. Leistungen bei Alter

Leistungen bei Alter sind weder im ARB Nr. 3/80 noch in der VO Nr. 1408/71 oder der VO Nr. 883/2004 definiert. Eine Leistung bei Alter hat grundsätzlich das Ziel, einer Person, die aufgrund des Erreichens einer bestimmten Altersgrenze ihre Erwerbstätigkeit aufgibt, den Lebensunterhalt sicher zu stellen⁸⁸¹. Typischerweise werden diese Leistungen aufgrund eigener Beiträge erworben und auch aus diesen Beiträgen finanziert⁸⁸². Die Höhe der Leistungen richtet sich in der Regel nach der Dauer der Zugehörigkeit zu dem Versicherungssystem⁸⁸³. Dies ist jedoch nicht zwingende Voraussetzung, der Zweck der Leistung spielt bei deren Qualifizierung Leistung bei Alter eine größere Rolle⁸⁸⁴. Typische Leistung bei Alter ist die Altersrente. Wird eine Leistung aus denselben Mitteln wie die Altersrente finanziert, ist dies ein Hinweis darauf, dass es sich bei der Leistung ebenfalls um eine Leistung bei Alter handelt⁸⁸⁵. Das gleiche gilt für eine Leistung, die ausschließlich den Empfängern einer Alters- und / oder Hinterbliebenenrente gewährt wird⁸⁸⁶.

⁸⁷⁸ EuGH, Urteil vom 21.07.2011, C-503/09, Slg. 2001 I, 6497, Stewart, Rn. 38.

⁸⁷⁹ EuGH, Urteil vom 21.07.2011, C-503/09, Slg. 2001 I, 6497, Stewart, Rn. 45.

⁸⁸⁰ *Brechmann* in Calliess/Ruffert, Art. 48 AEUV, Rn. 35.

⁸⁸¹ EuGH, Urteil vom 05.07.1983, Rs. 171/82, Slg. 1983, 2157, Valentini, Rn. 14

⁸⁸² EuGH, Urteil vom 05.07.1983, Rs. 171/82, Slg. 1983, 2157, Valentini, Rn. 14.

⁸⁸³ EuGH, Urteil vom 05.07.1983, Rs. 171/82, Slg. 1983, 2157, Valentini, Rn. 14.

⁸⁸⁴ EuGH, Urteil vom 20.01.2005, Rs. C-101/04, Noteboom, Slg. 2005 I, 771, Rn. 29.

⁸⁸⁵ EuGH, Urteil vom 20.01.2005, Rs. C-101/04, Noteboom, Slg. 2005 I, 771, Rn. 27.

⁸⁸⁶ EuGH, Urteil vom 20.01.2005, Rs. C-101/04, Noteboom, Slg. 2005 I, 771, Rn. 27.

e. Leistungen an Hinterbliebene

Gemäß Art. 1 Buchstabe a) ARB Nr. 3/80 hat der Ausdruck „Hinterbliebener“ die Bedeutung, wie sie in Artikel 1 der VO Nr. 1408/71 definiert ist. Artikel Buchstabe g) VO Nr. 1408/71 bezeichnet als „Hinterbliebenen“

„jede Person, die in den Rechtsvorschriften, nach denen die Leistungen gewährt werden, als Hinterbliebener bestimmt oder anerkannt ist; wird nach diesen Rechtsvorschriften eine Person jedoch nur dann als Hinterbliebener angesehen, wenn sie mit dem Verstorbenen in häuslicher Gemeinschaft gelebt hat, so gilt diese Voraussetzung als erfüllt, wenn der Unterhalt der betreffenden Person überwiegend von dem Verstorbenen bestritten worden ist.“

Typischer Fall für eine Leistung an Hinterbliebene ist die Hinterbliebenenrente. Die Hinterbliebenenrente beruht auf der Zugehörigkeit des Ehegatten des Hinterbliebenen zu dem Rentensystem. Der Hinterbliebene erwirbt den Rentenanspruch aufgrund des Beschäftigungsverhältnisses zwischen seinem Ehegatten und dessen Arbeitgeber⁸⁸⁷.

f. Leistungen bei Arbeitsunfällen und Berufskrankheiten

Die Leistungen bei Arbeitsunfällen und Berufskrankheiten sind weder im ARB Nr. 3/80 noch in der VO Nr. 1408/71 und der VO Nr. 883/2004 definiert. Soweit ersichtlich existiert zu diesen Begriffsbestimmungen noch keine Rechtsprechung des EuGH.

Die Begriffe Arbeitsunfall und Berufskrankheit sind im nationalen deutschen Recht in § 8 und § 9 SGB VII festgelegt. Nach § 8 Abs. 1 SGB VII sind Arbeitsunfälle „Unfälle von Versicherten infolge einer den Versicherungsschutz nach § 2, 3, oder 6 begründenden Tätigkeit (versicherte Tätigkeit)“. Unfälle sind nach dieser Vorschrift „zeitlich begründete, von außen auf den Körper einwirkende Ereignisse, die zu einem Gesundheitsschaden oder zum Tod führen.“

⁸⁸⁷ EuGH, Urteil vom 09.10.2001, Rs. C-379/99, Slg. 2001 I, 7275, Menauer, Rn. 18; EuGH, Urteil vom 17.04.1997, Rs. C-147/95, Slg. 1997 I, 2057, Evrenopoulos, Rn. 22; EuGH, Urteil vom 28.09.1994, Rs. C-200/91, Slg. 1994 I, 4389, Coloroll Trustees, Rn. 18; EuGH, Urteil vom 06.10.1993, Rs. C-109/91, Slg. 1993 I, 4879, Ten Oever, Rn. 13.

Nach § 9 Abs. 1 SGB VII sind Berufskrankheiten „Krankheiten, die die Bundesregierung durch Rechtsverordnung mit Zustimmung des Bundesrates als Berufskrankheiten bezeichnet und die Versicherte infolge einer den Versicherungsschutz nach § 2, 3 oder 6 begründenden Tätigkeit erleiden“. Allerdings hat der EuGH in Bezug auf die Begriffe „Leistungen bei Krankheit“ und „Leistungen bei Invalidität“ entschieden, dass aus dem Erfordernis einer einheitlichen Anwendung des Unionsrechtes folgt, dass sich diese Begriffe nicht nach den nationalen Vorschriften sondern nach objektiven Kriterien richten, die in einem unionsrechtlichen Rahmen festzulegen sind⁸⁸⁸. Dasselbe dürfte für die Begriffe Leistungen bei Arbeitsunfällen und bei Berufskrankheiten gelten. Die genannten Vorschriften des SGB VII sind daher nicht zur Begriffsbestimmung heranzuziehen. Jedenfalls enthält § 8 Abs. 1 SGB VII aber eine vom nationalen Recht unabhängige und verallgemeinerungsfähige Definition eines Unfalls.

g. Sterbegeld

Gemäß Art. 1 Buchstabe a) ARB Nr. 3/80 hat der Ausdruck „Sterbegeld“ die Bedeutung, wie sie in Art. 1 VO Nr. 1408/71 festgelegt ist. Nach Art. 1 Buchstabe v) in Verbindung mit Art. 1 Buchstabe t) VO Nr. 1408/71 umfasst das Sterbegeld jede einmalige Zahlung im Todesfall, mit Ausnahme von Kapitalabfindungen, die an die Stelle einer Rente treten.

h. Leistungen bei Arbeitslosigkeit

Der Begriff der Leistungen bei Arbeitslosigkeit ist weder im ARB Nr. 3/80 noch in den VO Nr. 1408/71 und Nr. 883/2004 definiert. Die Leistungen bei Arbeitslosigkeit sollen vor allem den entgangenen Arbeitslohn ersetzen, um für den Unterhalt des Betroffenen zu sorgen⁸⁸⁹. Charakteristisch für eine Leistung bei Arbeitslosigkeit ist, dass ihre Entstehung und ihre Höhe von der Dauer der Arbeitslosigkeit abhängen⁸⁹⁰ und dass sie regelmäßig gezahlt wird⁸⁹¹. Umfasst sind auch die Leistungen zur Förderung der beruflichen Fortbildung⁸⁹². Dies gilt aber nur dann, wenn der Betroffene entweder bereits arbeitslos ist oder für ihn die konkrete Gefahr besteht, arbeitslos zu werden⁸⁹³. Erforderlich ist, dass der Betroffene bereits erwerbstätig gewesen ist⁸⁹⁴.

⁸⁸⁸ EuGH, Urteil vom 21.07.2011, Rs. C-503/09, Slg. 2011 I, 6497, Stewart, Rn. 35.

⁸⁸⁹ EuGH, Urteil vom 27.11.1997, Rs. C-57/96, Slg. 1997 I, 6689, Meints, Rn. 27; EuGH, Urteil vom 08.07.1992, Rs. C-102/91, Slg. 1992 I, 4341, Knoch, Rn. 44f.

⁸⁹⁰ EuGH, Urteil vom 27.11.1997, Rs. C-57/96, Slg. 1997 I, 6689, Meints, Rn. 30.

⁸⁹¹ EuGH, Urteil vom 27.11.1997, Rs. C-57/96, Slg. 1997 I, 6689, Meints, Rn. 31.

⁸⁹² EuGH, Urteil vom 04.06.1987, Rs. C-375/85, Slg. 1987, 2387, Campana, Rn. 10 ff.

⁸⁹³ EuGH, Urteil vom 04.06.1987, Rs. C-375/85, Slg. 1987, 2387, Campana, Rn. 12.

Erstmalige Leistungen an Schul- oder Hochschulabsolventen sind daher nicht umfasst⁸⁹⁵.

i. Familienleistungen

Art. 1 Buchstabe a) ARB Nr. 3/80 verweist zur Bestimmung des Begriffs der Familienleistungen auf die Definition in Artikel 1 VO Nr. 1408/71. Nach Art. 1 Buchstabe u) Ziffer i) VO Nr. 1408/71 versteht man unter Familienleistungen alle Sach- oder Geldleistungen, die zum Ausgleich von Familienlasten bestimmt sind, ausgenommen sind die im Anhang II aufgeführten besonderen Geburts- oder Adoptionsbeihilfen. In Anhang II, II. sind für die einzelnen Mitgliedstaaten die ausgenommenen besonderen Geburts- oder Adoptionsbeihilfen aufgeführt. Deutschland nimmt keine Geburts- oder Adoptionsbeihilfen von den Familienleistungen aus.

Um als Familienleistung angesehen zu werden, muss eine Leistung demnach den Zweck verfolgen, Familienlasten auszugleichen.

Unstreitig handelt es sich bei dem deutschen Kindergeld um Familienleistungen im Sinne des Artikel 4 Abs. 1 Buchstabe h) ARB Nr. 3/80⁸⁹⁶. Es dient dem Zweck, Familienlasten auszugleichen, indem es die mit der Kindererziehung verbundenen finanzielle Last mindert. Für die Qualifizierung als Familienleistung spricht auch, dass es abhängig von der Anzahl der Kinder geleistet wird.

Nach der Rechtsprechung des EuGH fällt auch das deutsche Erziehungsgeld unter die Familienleistungen in diesem Sinne⁸⁹⁷. Der EuGH begründet dies damit, dass das Erziehungsgeld zum einen nur dann gezahlt wird, wenn Kinder zur Familie des Betroffenen gehören und dass es in Bezug auf seine Höhe abhängig ist von dem Alter und der Anzahl der Kinder sowie vom Einkommen der Eltern⁸⁹⁸. Zum anderen vergütete das Erziehungsgeld die Erziehung des Kindes und gleiche die anderen Betreu-

⁸⁹⁴ *Rönsberg*, Die gemeinschaftsrechtliche Koordinierung von Leistungen bei Arbeitslosigkeit, Die VO (EWG) Nr. 1408/71 und ihre Reformbedürftigkeit, S. 36.

⁸⁹⁵ EuGH, Urteil vom 12.09.1996, Rs. C-278/94, Slg. 1996 I, 4307, Kommission/Belgien, Rn. 40; EuGH, Urteil vom 01.12.1977, Rs. C-66/77, Slg. 1977, 2311, Kuyken, Rn. 14/19 ff; *Rönsberg*, Die gemeinschaftsrechtliche Koordinierung von Leistungen bei Arbeitslosigkeit, Die VO (EWG) Nr. 1408/71 und ihre Reformbedürftigkeit, S. 37.

⁸⁹⁶ EuGH, Urteil vom 04.05.1999, Rs. C-262/96, Slg. 1999 I, 2685, Sürül, Rn. 75.

⁸⁹⁷ EuGH, Urteil vom 12.05.1998, Rs. C-85/96, Slg. 1998 I, 2691, Martínez Sala, Rn. 28; EuGH, Urteil vom 10.10.1996, Rs. C 245/94 und 312/94, Slg. 1996 I, 4895, Hoever und Zachow, Rn. 27.

⁸⁹⁸ EuGH, Urteil vom 10.10.1996, Rs. C 245/94 und 312/94, Slg. 1996 I, 4895, Hoever und Zachow, Rn. 24.

ungs- und Erziehungskosten sowie gegebenenfalls die finanziellen Nachteile aus, die sich aus dem Verzicht auf ein Vollerwerbseinkommen zu Gunsten der Kinderbetreuung ergeben⁸⁹⁹. Das Elterngeld, welches das Erziehungsgeld abgelöst hat, dient demselben Zweck und ist daher ebenfalls als Familienleistung anzusehen⁹⁰⁰.

Der EuGH hat auch den Unterhaltsvorschuss als Familienleistung im Sinne des Art. 4 Abs. 1 Buchstabe h) VO Nr. 1408/71 angesehen⁹⁰¹. Der Unterhaltsvorschuss sei zunächst als Leistung der sozialen Sicherheit anzusehen, da er nicht von einer persönlichen Bedürftigkeit abhängt, sondern aufgrund eines gesetzlichen Tatbestandes gewährt würde⁹⁰². Unerheblich sei, dass Anspruchsberechtigter das Kind sei, da bei Familienleistungen nicht zwischen eigenen und abgeleiteten Rechten zu unterscheiden sei⁹⁰³. Auch die Rechtsnatur der Leistung habe keine Auswirkung auf ihre Einordnung als Familienleistung⁹⁰⁴. Dass der Unterhaltsvorschuss dem Familienrecht zuzuordnen sei, wirke sich daher nicht aus⁹⁰⁵. Familienleistungen dienten dazu, Arbeitnehmer mit Familienlasten durch Beteiligung der Allgemeinheit an diesen Lasten zu unterstützen⁹⁰⁶. Diese Voraussetzung sei bei dem Unterhaltsvorschuss gegeben⁹⁰⁷. Der Ausdruck „Ausgleich von Familienlasten“ in Artikel 1 Buchstabe u) Ziff. I) VO Nr. 1408/71 erfasse „einen staatlichen Beitrag zum Familienbudget, der die Kosten des Unterhalts von Kindern verringern soll“⁹⁰⁸. Grund für die Gewährung von Unterhaltsvorschuss sei, dass dem allein erziehenden Elternteil nicht auch noch aufgebürdet werden soll, den Unterhalt für das Kind bei dem säumigen Unterhaltsverpflichteten einzutreiben⁹⁰⁹. Darüber hinaus solle die Liquidität der Familie unmittelbar verbessert werden⁹¹⁰. Der berechtigte Elternteil erhalte die Leistungen auch endgültig, da der Unterhaltsvorschuss unabhängig davon gezahlt wird, ob er anschließend von dem säumigen Elternteil eingetrieben werden kann oder nicht⁹¹¹. Gegen die Einord-

⁸⁹⁹ EuGH, Urteil vom 10.10.1996, Rs. C 245/94 und 312/94, Slg. 1996 I, 4895, Hoever und Zachow, Rn. 25.

⁹⁰⁰ LSG Niedersachsen-Bremen, Urteil vom 21.09.2011, L 2 EG 3/11, juris, Rn. 52.

⁹⁰¹ EuGH, Urteil vom 15.03.2001, Rs. C-85/99, Slg. 2001 I, 2261, Offermanns, Rn. 26 ff.

⁹⁰² EuGH, Urteil vom 15.03.2001, Rs. C-85/99, Slg. 2001 I, 2261, Offermanns, Rn. 28.

⁹⁰³ EuGH, Urteil vom 15.03.2001, Rs. C-85/99, Slg. 2001 I, 2261, Offermanns, Rn. 34 mit Verweis auf EuGH, Urteil vom 10.10.1996, Rs. C 245/94 und 312/94, Slg. 1996 I, 4895, Hoever und Zachow, Rn. 33.

⁹⁰⁴ EuGH, Urteil vom 15.03.2001, Rs. C-85/99, Slg. 2001 I, 2261, Offermanns, Rn. 37.

⁹⁰⁵ EuGH, Urteil vom 15.03.2001, Rs. C-85/99, Slg. 2001 I, 2261, Offermanns, Rn. 37.

⁹⁰⁶ EuGH, Urteil vom 15.03.2001, Rs. C-85/99, Slg. 2001 I, 2261, Offermanns, Rn. 38 mit Verweis auf EuGH, Urteil vom 04.07.1985, Rs. 104/84, Slg. 1985, 2205, Kromhout, Rn. 14.

⁹⁰⁷ EuGH, Urteil vom 15.03.2001, Rs. C-85/99, Slg. 2001 I, 2261, Offermanns, Rn. 42.

⁹⁰⁸ EuGH, Urteil vom 15.03.2001, Rs. C-85/99, Slg. 2001 I, 2261, Offermanns, Rn. 41.

⁹⁰⁹ EuGH, Urteil vom 15.03.2001, Rs. C-85/99, Slg. 2001 I, 2261, Offermanns, Rn. 42.

⁹¹⁰ EuGH, Urteil vom 15.03.2001, Rs. C-85/99, Slg. 2001 I, 2261, Offermanns, Rn. 43.

⁹¹¹ EuGH, Urteil vom 15.03.2001, Rs. C-85/99, Slg. 2001 I, 2261, Offermanns, Rn. 44.

nung als Familienleistung spreche auch nicht, dass der Unterhaltsvorschuss neben der Linderung der finanziellen Lasten des allein erziehenden Elternteils der Beschleunigung des Verfahrens zur Durchsetzung der Unterhaltspflicht diene, eine Doppelfunktion schlieÙe die Einordnung als Familienleistung nicht aus⁹¹².

Anders regelt dies die VO Nr. 883/2004 in ihrem Art. 1 Ziff. z), welcher die im Anhang I zur VO Nr. 883/2004 enthaltenen Unterhaltsvorschüsse ausdrücklich von den Familienleistungen ausnimmt. Nach diesem Anhang sind für Deutschland die nach dem Unterhaltsvorschussgesetz gewährten Unterhaltsvorschüsse von den Familienleistungen ausgeschlossen. In der Begründungserwägung Nr. 36 der VO Nr. 883/2004 wird ausgeführt, dass Unterhaltsvorschüsse nicht als Familienleistungen angesehen werden sollen. Es handele sich bei den Unterhaltsvorschüssen vielmehr um zurück zu zahlende Vorschüsse, die einen Ausgleich dafür schaffen sollen, dass ein Elternteil seiner familienrechtlichen Verpflichtung zur Zahlung von Unterhalt für sein Kind nicht nachkommt.

Da im Rahmen des ARB Nr. 3/80 aber weiterhin die Verweise auf die VO Nr. 1408/71 gelten, ist hier grundsätzlich weiter die Rechtsprechung des EuGH zu 1 Buchstabe u Ziff. i) VO Nr. 1408/71 maßgeblich, wonach Unterhaltsvorschüsse von Familienleistungen umfasst sind⁹¹³. Allerdings würde die weitere Einbeziehung von Unterhaltsvorschüssen in den sachlichen Anwendungsbereich des ARB Nr. 3/80 wohl einen Verstoß gegen das Besserstellungsverbot aus Art. 59 ZP darstellen, da wie dargestellt der Art. 1 Ziff. z) VO 883/2004 den Unterhaltsvorschuss ausdrücklich von der Familienleistung ausnimmt. Die Argumente, mit welchen der EuGH in der Rechtssache *Akdas*⁹¹⁴ die Exportmöglichkeit von beitragsunabhängigen Sonderleistungen gemäß Art. 6 Abs. 1 Unterabs. 1 ARB Nr. 3/80 auch in den Fällen annimmt, in denen diese Exportmöglichkeit für EU-Staatsangehörige ausgeschlossen werden kann⁹¹⁵, und hierin keinen Verstoß gegen Art. 59 ZP sieht, greifen vorliegend nicht. Art. 6 Abs. 1 Unterabs. 1 ARB Nr. 3/80 lautet:

⁹¹² EuGH, Urteil vom 15.03.2001, Rs. C-85/99, Slg. 2001 I, 2261, Offermanns, Rn. 45 mit Verweis auf EuGH, Urteil vom 16.07.1992, Rs. C-78/91, Slg. 1992 I, 4839, Hughes, Rn. 19.

⁹¹³ Vgl. *Husmann*, NZS 2013, 121, 123.

⁹¹⁴ EuGH, Urteil vom 26.05.2011, Slg. 2011 I, 4499, Akdas.

⁹¹⁵ S. u. Teil 3 IX 4.

„Die Geldleistungen bei Invalidität, Alter oder für die Hinterbliebenen sowie die Renten bei Arbeitsunfällen oder Berufskrankheiten, auf die nach den Rechtsvorschriften eines oder mehrerer Mitgliedstaaten Anspruch erworben worden ist, dürfen, sofern in diesem Beschluss nichts anderes bestimmt ist, nicht deshalb gekürzt, geändert, zum Ruhen gebracht, entzogen oder beschlagnahmt werden, weil der Berechtigte in der Türkei oder im Gebiet eines anderen Mitgliedstaats als des Staates wohnt, in dessen Gebiet der zur Zahlung verpflichtete Träger seinen Sitz hat.“

Die VO 1408/71 enthielt in ihrem Art. 10 Abs. 1 eine vergleichbare Aufhebung der Wohnortklauseln für EU-Staatsangehörige. Der Export bestimmter beitragsunabhängiger Sonderleistungen konnte aber gemäß Art. 10 a Abs. 1 VO Nr. 1408/71 ausgeschlossen werden. Eine solche Ausschlussregelung enthält der ARB Nr. 3/80 nicht. Trotz der Tatsache, dass EU-Staatsangehörigen die genannten Leistungen entzogen werden können, wenn die EU-Staatsangehörigen sich nicht mehr in dem Mitgliedstaat aufhalten, der die Leistung bewilligt hat, sieht der EuGH in der Anwendung des Art. 6 Abs. 1 Unterabs. 1 ARB Nr. 3/80 auf beitragsunabhängige Sonderleistungen keinen Verstoß gegen das Bessergestelltenverbot aus Art. 59 ZP⁹¹⁶. Die Hauptargumentation des EuGH in der Rechtssache *Akdas*, wonach die Situation von assoziationsberechtigten türkischen Arbeitnehmern und ihren Familienangehörigen wegen der unterschiedlichen Aufenthaltsrechtlichen Gegebenheiten nicht vergleichbar sei mit EU-Staatsangehörigen⁹¹⁷, greift vorliegend nicht. Der EuGH hatte die fehlende Vergleichbarkeit damit begründet, dass türkische Staatsangehörige anders als EU-Staatsangehörige nach Eintritt der Arbeitsunfähigkeit nicht das Recht haben, in dem EU-Mitgliedstaat zu verbleiben⁹¹⁸. Das Freizügigkeitsrecht der türkischen Arbeitnehmer sei an deren Arbeitnehmerstatus gebunden⁹¹⁹. Anders als EU-Staatsangehörige könnten türkische Arbeitnehmer dem Verlust der Ansprüche daher nicht ohne Weiteres entgehen, indem sie in dem Mitgliedstaat verbleiben⁹²⁰. Bezüglich der Frage, ob Unterhaltsvorschüsse vom Anwendungsbereich des ARB Nr. 3/80 bzw. von der VO Nr. 883/2004 ausgenommen sind, befinden sich türkische Staatsangehörige nicht in einer schlechteren Position als EU-Staatsangehörige, die sich daraus ergeben könnte, dass EU-Staatsangehörige freizügigkeitsberechtigt sind, türkische Staatsangehörige

⁹¹⁶ EuGH, Urteil vom 26.05.2011, Slg. 2011 I, 4499, *Akdas*, Rn. 88.

⁹¹⁷ S. o. Teil 3 IX 4.

⁹¹⁸ EuGH, Urteil vom 26.05.2011, Slg. 2011 I, 4499, *Akdas*, Rn. 95.

⁹¹⁹ EuGH, Urteil vom 26.05.2011, Slg. 2011 I, 4499, *Akdas*, Rn. 95.

⁹²⁰ EuGH, Urteil vom 26.05.2011, Slg. 2011 I, 4499, *Akdas*, Rn. 95.

rige und ihre Familienangehörigen dagegen nicht. Diese Frage ist nämlich gänzlich unabhängig von der aufenthaltsrechtlichen Situation der Betroffenen. Unterhaltsvorschlüsse fallen somit wegen des Besserstellungsverbot in Art. 59 ZP nicht als Familienleistungen in den sachlichen Anwendungsbereich des ARB Nr. 3/80.

j. Umfasste Systeme der sozialen Sicherheit

Nach Art. 4 Abs. 2 ARB Nr. 3/80 sind von dem Beschluss die allgemeinen und die besonderen, die auf Beiträgen beruhenden und die beitragsfreien Systeme der sozialen Sicherheit sowie die Systeme, nach denen die Arbeitgeber einschließlich der Reeder, zu Leistungen gemäß Absatz I verpflichtet sind, umfasst. Nach Art. 4 Abs. 4 ARB Nr. 3/80 ist der Beschluss nicht anwendbar auf die Sozialhilfe und auf Leistungssysteme für Opfer des Krieges und seiner Folgen. Der EuGH hat im Rahmen der VO Nr. 1408/71 entschieden, dass eine Leistung dann als eine Leistung der sozialen Sicherheit bezeichnet wird, „wenn sie den Begünstigten aufgrund eines gesetzlich umschriebenen Tatbestands ohne jede im Ermessen liegende individuelle Prüfung der persönlichen Bedürftigkeit gewährt wird und wenn sie sich auf eines der in Art. 4 Abs. 1 der VO Nr. 1408/71 ausdrücklich aufgezählten Risiken bezieht“⁹²¹. Nach der ständigen Rechtsprechung des EuGH zu dem Geltungsbereich in Art. 4 VO Nr. 1408/71 hängt die Einordnung einer Leistung in den Geltungsbereich der Verordnung nicht davon ab, ob sie nach dem nationalen Recht als Leistung der sozialen Sicherheit angesehen wird, sondern davon, ob die Leistung nach ihren Wesensmerkmalen, ihrem Zweck und den Voraussetzungen ihrer Gewährung als Leistung der sozialen Sicherheit anzusehen ist⁹²². Der EuGH hatte noch keine Veranlassung, die Merkmale einer Leistung der sozialen Sicherheit im Rahmen des ARB Nr. 3/80 näher zu bestimmen, da in seinen bisher zur Auslegung des ARB Nr. 3/80 ergangenen Urteilen unstreitig war, dass es um eine Leistung der sozialen Sicherheit ging. Es ist jedoch kein Grund ersichtlich, aus welchem eine Leistung der sozialen Sicherheit gemäß Art. 4 ARB Nr. 3/80 anders definiert werden sollte als im Rahmen des Art. 4 VO Nr. 1408/71.

⁹²¹ EuGH, Urteil vom 21.07.2011, Rs. C-503/09, Slg. 2011 I, 6497, Stewart, Rn. 32; EuGH, Urteil vom 11.09.2008, Rs. C-228/07, Slg. 2008 I, 6989, Petersen, Rn. 19; EuGH, Urteil vom 18.12.2007, verb. Rs. C-396/05, C419/05, C-450/05, Slg. 2007 I, 11895, Habelt u.a., Rn. 63; EuGH, Urteil vom 21.02.2006, Rs. C-286/03, Slg. 2006 I, 1771, Hosse, Rn. 37.

⁹²² EuGH, Urteil vom 18.01.2007, Rs. C-332/05, Slg. 2007 I, 563, Celozzi, Rn. 16; EuGH, Urteil vom 10.10.1996, verb. Rs. C-245/94 und C-312/94, Slg. 1996 I, 4895, Hoever und Zachow, Rn. 17; EuGH, Urteil vom 16.07.1992, Rs. C-78/91, Slg. 1992 I, 4839, Hughes, Rn. 14; EuGH, Urteil vom 27.03.1985, Rs. C-249/83, Slg. 1985, 973, Hoecks, Rn. 11.

Nach der in Art. 4 Abs. 2 ARB Nr. 3/80 erfolgten Aufzählung ist es unerheblich, ob diese Leistungen von einer Beitragszahlung abhängen oder nicht bzw. auf welcher Grundlage die Finanzierung erfolgt und ob die Leistungen allgemein oder nur bestimmten Bevölkerungsgruppen gewährt werden.

Fraglich ist, ob die ausdrückliche Aufnahme der besonderen beitragsunabhängigen Geldleistungen in Art. 4 Abs. 2 a VO Nr. 1408/71 Auswirkungen auf die von dem ARB Nr. 3/80 umfassten Systeme der sozialen Sicherung hat. Beitragsunabhängig sind Leistungen dann, wenn ihre Finanzierung durch öffentliche Mittel und nicht durch Beiträge des Versicherten sichergestellt wird⁹²³. Eine besondere Leistung oder Sonderleistung in diesem Sinne liegt vor, wenn ihr Zweck darin besteht, eine Leistung der sozialen Sicherheit zu ersetzen oder zu ergänzen und sie gleichzeitig den Charakter einer Sozialhilfeleistung aufweist, die aus wirtschaftlichen und sozialen Gründen gerechtfertigt ist⁹²⁴. Schließlich muss nach einer Regelung, die objektive Kriterien festlegt, über sie entschieden werden⁹²⁵. Festzuhalten ist, dass der EuGH diese Leistungen ohne Weiteres als vom sachlichen Anwendungsbereich des ARB Nr. 3/80 umfasst sah⁹²⁶. Der EuGH hat die Regelung des Art. 4 Abs. 2 a VO Nr. 1408/71 also offenbar lediglich als Klarstellung aufgefasst. Es ist daher davon auszugehen, dass auch der sachliche Anwendungsbereich des ARB Nr. 3/80 die beitragsunabhängigen Geldleistungen umfasst.

k. Ausschluss von Sozialhilfe und Leistungssysteme für Opfer des Krieges und seiner Folgen

Gemäß Art. 4 Abs. Abs. 4 ARB Nr. 3/80 sind Sozialhilfe und Leistungssysteme für Opfer des Krieges und seiner Folgen nicht vom sachlichen Anwendungsbereich des ARB Nr. 3/80 umfasst. Dass Sozialhilfe nicht umfasst ist, ergibt sich schon aus der Definition der Leistungen der sozialen Sicherheit, welche beinhaltet, dass die Leistungen ohne im Ermessen liegende individuelle Prüfung der Bedürftigkeit gewährt werden⁹²⁷. Wesensmerkmal der Sozialhilfe ist aber gerade, dass diese nur im Falle

⁹²³ EuGH, Urteil vom 29.04.2004, Rs. C-160/02, Slg. 2004 I, 5613, Skalka, Rn. 28 ff.

⁹²⁴ EuGH, Urteil vom 29.04.2004, Rs. C-160/02, Slg. 2004 I, 5613, Skalka, Rn. 25.

⁹²⁵ EuGH, Urteil vom 29.04.2004, Rs. C-160/02, Slg. 2004 I, 5613, Skalka, Rn. 25.

⁹²⁶ EuGH, Urteil vom 26.05.2011, Rs. C-485/07, Slg. 2011 I, 4499, Akdas, Rn. 77, 83 ff..

⁹²⁷ Vgl. EuGH, Urteil vom 21.07.2011, Rs. C-503/09, Slg. 2011 I, 6497, Stewart, Rn. 32; EuGH, Urteil vom 11.09.2008, Rs. C-228/07, Slg. 2008 I, 6989, Petersen, Rn. 19; EuGH, Urteil vom 18.12.2007, verb. Rs. C-396/05, C419/05, C-450/05, Slg. 2007 I, 11895, Habelt u.a., Rn. 63; EuGH, Urteil vom 21.02.2006, Rs. C-286/03, Slg. 2006 I, 1771, Hosse, Rn. 37.

der Bedürftigkeit und nach einer Einzelfallprüfung gewährt wird. Neben der Voraussetzung der Bedürftigkeit und der Gewährung ohne Einzelfallprüfung sieht der EuGH als wesentliches Merkmal der Sozialhilfe an, dass zu ihrer Gewährung keinerlei Berufstätigkeits-, Mitgliedschafts- oder Beitragszeiten erforderlich sind⁹²⁸. Der EuGH hat aber früh erkannt, dass es zu Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen Sozialhilfe und Leistungen der sozialen Sicherheit kommen kann, wenn eine Rechtsvorschrift ihrem persönlichen Anwendungsbereich, ihren Zielen und den Einzelheiten ihrer Anwendung nach Elemente beider Leistungsarten aufweist⁹²⁹. In diesem Zusammenhang hat der EuGH entschieden, dass zur Bestimmung, ob eine der VO Nr. 1408/71 unterliegende Leistung der sozialen Sicherheit oder eine vom Anwendungsbereich der VO Nr. 1408/71 ausgenommene Sozialhilfe vorliegt, hauptsächlich auf die Wesensmerkmale der einzelnen Leistung und insbesondere auf ihre Zweckbestimmung und die Voraussetzungen für ihre Gewährung abzustellen ist⁹³⁰. Der EuGH hat in der Rechtssache *Frilli* die Abgrenzung, ob eine Leistung der sozialen Sicherheit oder Sozialhilfe vorliegt, wesentlich auf die Frage gestützt, ob eine Einzelfallprüfung vorgenommen wird oder nicht⁹³¹. Soweit keine Einzelfallprüfung erfolgt, hat der EuGH eine Leistung der sozialen Sicherheit dann auch in dem Fall angenommen, in welchem die Leistung die Bedürftigkeit als wesentliche Voraussetzung und keinerlei Berufstätigkeits-, Mitgliedschafts- oder Beitragszeiten fordert⁹³². Im Zweifelsfall ist damit die Einzelfallprüfung das entscheidende Element. Ist eine solche erforderlich, kann keine Leistung der sozialen Sicherheit vorliegen. Darüber hinaus hat der EuGH im Rahmen der Abgrenzungsproblematik noch einmal deutlich gemacht, dass nur dann eine Leistung der sozialen Sicherheit vorliegen kann, wenn sie einen Bezug zu einer der ausdrücklich in dem sachlichen Anwendungsbereich der Verordnung aufgeführten Risiken hat⁹³³.

⁹²⁸ EuGH, Urteil vom 22.06.1972, Slg. 1972, 457, Rs. 1/72, Frilli, Rn. 14/15; EuGH, Urteil vom 05.05.1983, Rs. 139/82, Slg. 1983, 1427, Piscitello, Rn. 11; Vgl. *Fuchs* in Fuchs, Europäisches Sozialrecht, Teil 2 Rn. 35, S. 131.

⁹²⁹ EuGH, Urteil vom 22.06.1972, Rs. 1/72, Slg. 1972, 457, Frilli, Rn. 11/13.

⁹³⁰ EuGH, Urteil vom 05.05.1983, Rs. 139/82, Slg. 1983, 1427, Piscitello, Rn. 10.

⁹³¹ EuGH, Urteil vom 22.06.1972, Slg. 1972, 457, Rs. 1/72, Frilli, Rn. 14/15.

⁹³² EuGH, Urteil vom 22.06.1972, Rs. 1/72, Slg. 1972, 457, Frilli, Rn. 14/15.

⁹³³ EuGH, Urteil vom 27.03.1985, Rs. 249/83, Slg. 1985, 973, Hoeckx, Rn. 12.

4. Voraussetzungen des Art. 3 ARB Nr. 3/80

a. Personen, für die der ARB Nr. 3/80 gilt

Das Diskriminierungsverbot schützt nach dem Wortlaut des Art. 3 ARB Nr. 3/80 die Personen, für die dieser Beschluss gilt, d. h. die Personen, die gemäß Art. 2 ARB Nr. 3/80 von dem persönlichen Geltungsbereich des ARB Nr. 3/80⁹³⁴ umfasst sind.

b. Wohnsitz im Gebiet eines Mitgliedstaates

Weitere Voraussetzung ist, dass diese Personen ihren Wohnsitz in einem Mitgliedstaat der Europäischen Union haben. Der Begriff des Wohnortes in diesem Sinne richtet sich gemäß Art. 1 ARB Nr. 3/80 nach der Definition in Art. 1 Buchstabe h) VO Nr. 1408/71. Danach ist der Wohnort der Ort des gewöhnlichen Aufenthaltes. Maßgeblich ist der Begriff des Wohnortes, wie er im Gemeinschaftsrecht interpretiert wird⁹³⁵. Ein Rückgriff auf das nationale Recht ist nicht zulässig, da der Wohnortbegriff in den verschiedenen Staaten andernfalls unterschiedlichen Inhalt haben könnte⁹³⁶. Diese Auffassung legt auch die Rechtsprechung des EuGH in der Sache *Sürül* nahe⁹³⁷. Der EuGH hat hier das Vorliegen des gewöhnlichen Aufenthaltes der Klägerin in der Bundesrepublik bejaht, ohne auf das nationale Recht einzugehen⁹³⁸. Festzustellen ist, dass der EuGH in der Rechtssache *Öztürk* das Wohnsitzerfordernis aufgeweicht hat. Der EuGH hat in dieser Rechtssache entschieden, dass das Diskriminierungsverbot aus Art. 3 Abs. 1 ARB Nr. 3/80 von jedem Mitgliedstaat, in welchem der Betroffene Rechte im Rahmen der sozialen Sicherheit erworben hat oder sozialrechtlich relevante Zeiten zurück gelegt hat, zu berücksichtigen ist, unabhängig vom aktuellen Wohnsitz des Betroffenen⁹³⁹.

Fraglich ist, ob das Innehaben eines Wohnsitzes bzw. der gewöhnliche Aufenthalt voraussetzt, dass die Betroffenen ihren Wohnsitz rechtmäßigerweise in dem Mitgliedstaat begründet haben müssen, d. h., ob sie im Besitz einer Aufenthaltserlaubnis sein müssen. Hiergegen lässt sich im Rahmen des Art. 3 Abs. 1 ARB Nr. 3/80 zunächst einwenden, dass der Art. 3 Abs. 1 ARB Nr. 3/80 nur vom Wohnen und nicht

⁹³⁴ S. o. Teil 3 VII 2.

⁹³⁵ BSG, Urteil vom 05.10.2006, B 10 EG 6/04 R, juris, Rn. 36.

⁹³⁶ BSG, Urteil vom 05.10.2006, B 10 EG 6/04 R, juris, Rn. 37, mit Verweis auf BSG, Urteil vom 13.07.2004, B 1 KR 33/02 R, juris, Rn. 33.

⁹³⁷ BSG, Urteil vom 05.10.2006, B 10 EG 6/04 R, juris, Rn. 38.

⁹³⁸ BSG, Urteil vom 05.10.2006, B 10 EG 6/04 R, juris, Rn. 38.

⁹³⁹ EuGH, Urteil vom 29.04.2004, Rs. C-273/02, Slg. 2004 I, 3605, *Öztürk*, Rn. 51.

wie beispielsweise Art. 9 Abs. 1 ARB Nr. 1/80 vom ordnungsgemäßen Wohnen spricht. Der Wortlaut der Vorschrift deutet also bereits darauf hin, dass ein Aufenthaltsrecht zur Begründung des Wohnsitzes nicht erforderlich ist. Wenn man für den gewöhnlichen Aufenthalt auch den auf Dauer angelegten tatsächlichen Aufenthalt als ausreichend erachtet, werden auch die nach deutschem Recht möglichen sinnwidrigen Ergebnisse vermieden, dass sich Personen zum Teil seit Jahrzehnten geduldet im Bundesgebiet aufhalten, ein gewöhnlicher Aufenthalt aber mangels Aufenthaltserlaubnis verneint wird. Für das Erfordernis der Rechtmäßigkeit des Aufenthaltes wird vorgebracht, dass die Begründung eines gewöhnlichen Aufenthaltes nach dem europäisch-türkischen Assoziationsrecht die Berechtigung zum Aufenthalt in dem Mitgliedstaat voraussetze, da türkische Staatsangehörige keine Freizügigkeit in der Gemeinschaft genießen⁹⁴⁰. Das Erfordernis des Besitzes eines irgendwie gearteten Aufenthaltsrechtes ist nach der Entscheidung des EuGH in der Rechtssache *Sürü*⁹⁴¹ aber gerade nicht gegeben⁹⁴². Der EuGH hat dort in seinem ersten Entscheidungssatz festgehalten:

„Art. 3 Abs. 1 des Beschlusses Nr. 3/80 des Assoziationsrates vom 19. September 1980 über die Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit der Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaften auf die türkischen Arbeitnehmer und auf deren Familienangehörige verbietet es einem Mitgliedstaat, den Anspruch eines türkischen Staatsangehörigen, für den dieser Beschluss gilt und dem er den Aufenthalt in seinem Hoheitsgebiet gestattet hat, der jedoch dort nur eine zu einem bestimmten Zweck erteilte, befristete Aufenthaltsbewilligung besitzt, auf Kindergeld für sein Kind, das in diesem Mitgliedstaat mit ihm zusammenwohnt, vom Besitz einer Aufenthaltsberechtigung oder Aufenthaltserlaubnis abhängig zu machen, während Inländer insofern nur ihrem Wohnsitz in diesem Mitgliedstaat haben müssen.“

Es läge also eine verbotene Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit vor, wenn die Gewährung der sozialen Leistungen vom Vorliegen eines Aufenthaltstitels oder eines bestimmten Aufenthaltstitels abhängig gemacht würde, während dies bei Inländern naturgemäß nicht der Fall ist. Die Gewährung der Leistungen darf von keinen zusätzlichen Kriterien abhängig gemacht werden im Vergleich zu Inländern. Es

⁹⁴⁰ BSG, Urteil vom 05.10.2006, B 10 EG 6/04 R, juris, Rn. 41.

⁹⁴¹ EuGH, Urteil vom 04.05.1999, Rs. C-262/96, Slg. 1999 I, 2685, *Sürü*.

⁹⁴² *Hofmann*, InfAuslR 2000, 265, 265 f.

wäre also widersinnig zu verlangen, dass der Betroffene seinen Wohnsitz in dem jeweiligen Mitgliedstaat insoweit rechtmäßig genommen hat, als er über eine entsprechende Aufenthaltserlaubnis verfügt⁹⁴³. Demnach können auch Personen, die in dem Mitgliedstaat lediglich über eine Duldung oder eine Aufenthaltsgestattung zur Durchführung des Asylverfahrens und damit nicht über einen Aufenthaltstitel verfügen, in den Genuss des Diskriminierungsverbotes aus Art. 3 ARB Nr. 3/80 kommen⁹⁴⁴.

5. Soweit dieser Beschluss nichts anderes bestimmt

Der Art. 3 ARB Nr. 3/80 garantiert die Gleichbehandlung nur „soweit dieser Beschluss nichts anderes bestimmt“. Der ARB Nr. 3/80 enthält an keiner Stelle ausdrücklich eine Bestimmung, welche das Gleichbehandlungsgebot in Bezug auf die in Art. 4 Abs. 1 ARB Nr. 3/80 gewährten Rechte einschränkt oder modifiziert. Eine praktische Bedeutung dieses Zusatzes ist insofern nicht zu erkennen. Für die Familienleistungen hat der EuGH ausdrücklich festgestellt, dass der ARB Nr. 3/80 keine Ausnahmen oder Einschränkungen des Diskriminierungsverbotes aufstellt⁹⁴⁵. In der Rechtssache *Öztürk* hat der EuGH eine solche ausdrückliche Aussage für die dort in Rede stehende Leistung bei Alter nicht getroffen. Da er aber letztlich zu dem Ergebnis kommt, dass die fragliche Leistung zu gewähren ist, muss er ohne Weiteres davon ausgegangen sein, dass der ARB Nr. 3/80 auch bezüglich der Leistungen bei Alter keine Ausnahmen oder Einschränkungen des Diskriminierungsverbotes enthält.

Der EuGH hat allerdings in der Rechtssache *Akdas* festgestellt, dass Art. 6 Abs. 1 Unterabs. 1 ARB Nr. 3/80, welcher den Export von Geldleistungen bei Invalidität, Alter oder für die Hinterbliebenen sowie die Renten bei Arbeitsunfällen oder Berufskrankheiten ermöglicht, eine andere Bestimmung im Sinne des Art. 3 Abs. 1 ARB Nr. 3/80 darstellt⁹⁴⁶. In Art. 6 Abs. 1 Unterabs. 1 ARB Nr. 3/80 ist mit der Ermöglichung des Exportes bestimmter Leistungen aber auch keine Einschränkung, sondern eher

⁹⁴³ LSG Baden-Württemberg, Urteil vom 23.11.2004, L 11 EG 948/02, juris, Rn. 24 f.

⁹⁴⁴ So auch Runderlass der Bundesagentur für Arbeit vom 19.02.2001 betreffend Kindergeld nach dem Einkommensteuergesetz (EStG) und dem Bundeskindergeldgesetz (BKGG) i.V.m. über- und zwischenstaatlichen Rechtsvorschriften; Ansprüche von ausländischen Staatsangehörigen ohne Aufenthaltserlaubnis oder Aufenthaltsermächtigung, hier: Umsetzung neuerer Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (BSG) und des Europäischen Gerichtshofs (EuGH), Geschäftszeichen: I Ib2 – 7601 (3) – A-/7504/9020/9320/2112; LSG Baden-Württemberg, Urteil vom 23.11.2004, L 11 EG 948/02, Rn. 21 ff.

⁹⁴⁵ EuGH, Urteil vom 04.05.1999, Rs. C-262/96, Slg. 1999 I, 2685, Sürül, Rn. 68.

⁹⁴⁶ EuGH, Urteil vom 26.05.2011. Rs. C-485/07, Slg. 2011 I, 4499, Akdas, Rn. 99 f.

eine Konkretisierung des in Art. 3 Abs. 1 ARB Nr. 3/80 enthaltenen Diskriminierungsverbotes zu sehen⁹⁴⁷.

6. Rechtsfolgen und Reichweite des Diskriminierungsverbotes

Im Folgenden wird dargelegt, welche Rechtsfolgen und welche Reichweite das Diskriminierungsverbot aus Art. 3 Abs. 1 ARB Nr. 3/80 hat.

a. Rechtsfolgen des Diskriminierungsverbotes

Gemäß Art. 3 Abs. 1 ARB Nr. 3/80 haben die durch diese Vorschrift berechtigten Personen die gleichen Rechte und Pflichten aufgrund der Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats wie die Staatsangehörigen dieses Staates, soweit dieser Beschluss nichts anderes bestimmt. Zur Reichweite des Diskriminierungsverbotes aus Art. 3 Abs. 1 ARB Nr. 3/80 hat der EuGH in der Rechtssache *Sürül* folgende rechtlichen Ausführungen gemacht:

„Zunächst bedeutet das in Artikel 3 Absatz 1 des Beschlusses Nr. 3/80 aufgestellte Verbot jeder Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit im Geltungsbereich dieses Beschlusses, dass ein türkischer Staatsangehöriger, für den der Beschluss gilt, ebenso behandelt werden muss wie die Staatsangehörigen des Aufnahmemitgliedstaats, so dass die Rechtsvorschriften dieses Mitgliedstaates die Gewährung eines Anspruchs an einen solchen türkischen Staatsangehörigen nicht von zusätzlichen oder strengeren Voraussetzungen abhängig machen dürfen, als sie für die Staatsangehörigen dieses Mitgliedstaates gelten“⁹⁴⁸.

b. Reichweite wie die Diskriminierungsverbote aus Art. 3 Abs. 1 VO 1408/71 bzw.

Art. 4 VO 883/2004 und aus den Europa-Mittelmeer-Abkommen mit den Maghrebstaaten

Der EuGH hat zur Feststellung der Reichweite des Diskriminierungsverbotes aus Art. 3 Abs. 1 ARB Nr. 3/80 auf seine entsprechende Rechtsprechung zur Tragweite der Diskriminierungsverbote aus Art. 7 EWGV und Art. 41 Kooperationsabkommen EWG/Marokko⁹⁴⁹ verwiesen⁹⁵⁰. Hieraus lässt sich zunächst schließen, dass in Bezug

⁹⁴⁷ Dazu s. u. Teil 3 IX 4.

⁹⁴⁸ EuGH, Urteil vom 04.05.1999, Rs. C-262/96, Slg. 1999 I, 2685, *Sürül*, Rn. 97.

⁹⁴⁹ Kooperationsabkommen zwischen der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft und dem Königreich Marokko vom 27. April 1976, Abl. EG L 264/1978, S. 1, im Folgenden: Kooperationsabkommen EWG/Marokko, abgelöst durch das Europa-Mittelmeer-Abkommen zur Gründung einer Assoziation zwischen den Europäischen Gemein-

auf die Reichweite des Diskriminierungsverbotes aus Art. 3 ARB Nr. 3/80 grundsätzlich auf die Rechtsprechung des EuGH zu Art. 3 VO Nr. 1408/71, welcher den Art. 7 EWG-Vertrag bzw. jetzt Art. 18 AEUV konkretisierte, und zu den Diskriminierungsverboten aus den Europa-Mittelmeer-Abkommen mit den Maghrebstaaten zurück gegriffen werden kann. Für eine übereinstimmende Tragweite des Art. 3 Abs. 1 ARB Nr. 3/80 und der Diskriminierungsverbote in den Europa-Mittelmeer-Abkommen spricht weiterhin, dass der EuGH zur Begründung der unmittelbaren Anwendbarkeit des Art. 3 Abs. 1 ARB Nr. 3/80 auf die Diskriminierungsverbote in den Europa-Mittelmeer-Abkommen Bezug genommen hat⁹⁵¹. Für die übereinstimmende Auslegung des Art. 3 Abs. 1 ARB Nr. 3/80 und des Art. 3 VO Nr. 1408/71 bzw. Art. 4 VO 883/2004 in Bezug auf ihre Reichweite spricht, dass der Art. 3 Abs. 1 ARB Nr. 3/80 dem Art. 3 VO Nr. 1408/71 nachgebildet ist⁹⁵² und dass beide Vorschriften die gleiche Zielrichtung haben⁹⁵³. Art. 3 Abs. 1 ARB Nr. 3/80 stellt wie Art. 3 VO Nr. 1408/71 bzw. Art. 4 VO Nr. 883/2004 die Durchführung und Konkretisierung des allgemeinen Verbotes der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit für den besonderen Bereich der sozialen Sicherheit dar⁹⁵⁴. Lediglich in Fällen, in welchen das Diskriminierungsverbot zu Gunsten EU-Staatsangehöriger zu einem Beschränkungsverbot erweitert wurde, ist die Übertragung der Rechtsprechung zu dem gemeinschaftsrechtlichen Diskriminierungsverbot auf das assoziationsrechtliche Diskriminierungsverbot nicht möglich⁹⁵⁵. Die Erweiterung des Diskriminierungsverbotes zu einem Beschränkungsverbot bedeutet, dass alle innerstaatlichen Rechtsvorschriften verboten sind, welche die Freizügigkeit der Arbeitnehmer beschränken. Es ist dabei unerheblich, ob die Bestimmung an die Staatsangehörigkeit des Betroffenen anknüpft oder nicht. Nach den durch den EuGH aufgestellten Grundsätzen kann eine Bestimmung bereits dann eine unzulässige Beschränkung des Freizügigkeitsrechtes darstellen, wenn sie geeignet ist, einen Staatsangehörigen davon abzuhalten, von seinem Recht, sein Herkunftsland zu verlassen und sein Recht auf Freizügigkeit wahrzu-

schaften und ihren Mitgliedstaaten einerseits und dem Königreich Marokko andererseits vom 26. Februar 1996, ABl. EG L 70/2000, im Folgenden: Europa-Mittelmeer-Abkommen/Marokko.

⁹⁵⁰ EuGH, Urteil vom 04.05.1999, Rs. C-262/96, Slg. 1999 I, 2685, Sürül, Rn. 97 mit Verweis auf EuGH, Urteil vom 02.02.1989, Rs. 187/87, Slg. 1989, 195, Cowan, Rn. 10; EuGH, Urteil vom 03.10.1996, Rs. C-126/95, Slg. 1996 I, 4807, Hallouzi-Choho, Rn. 35 und 36; EuGH, Urteil vom 31.01.1991, Rs. C-18/90, Slg. 1991 I, 199, Kziber, Rn. 28.

⁹⁵¹ EuGH, Urteil vom 04.05.1999, Rs. C-262/96, Slg. 1999 I, 2685, Sürül, Rn. 65.

⁹⁵² *Husmann*, ZESAR 2010, 97, 100.

⁹⁵³ VGH Baden-Württemberg, Urteil vom 08.02.2001, 1 S 287/00, juris, Rn. 22.

⁹⁵⁴ Vgl. EuGH, Urteil vom 04.05.1999, Rs. C-262/96, Slg. 1999 I, 2685, Sürül, Rn. 64.

⁹⁵⁵ S. o. Teil 2 IV 4.

nehmen, Gebrauch zu machen⁹⁵⁶. Diese Ausweitung des Diskriminierungsverbotes zu einem Beschränkungsverbot knüpft aber unmittelbar an die gemeinschaftsrechtliche Freizügigkeit an. Da diese den türkischen Arbeitnehmern und ihren Familienangehörigen noch nicht zusteht⁹⁵⁷, kann das assoziationsrechtliche Diskriminierungsverbot nicht entsprechend ausgedehnt werden⁹⁵⁸.

c. Allgemeine Grundsätze

Der EuGH hat in Bezug auf die sozialen Rechte von EU-Staatsangehörigen mehrfach festgehalten, dass es zunächst Sache des nationalen Gesetzgebers ist, die Systeme der sozialen Sicherung zu gestalten und dass er in dieser Ausgestaltung frei ist, sofern es dabei nicht zu einer Diskriminierung von EU-Staatsangehörigen im Vergleich zu Inländern kommt⁹⁵⁹. Dieser Grundsatz muss auch für das Diskriminierungsverbot aus Art. 3 Abs. 1 ARB Nr. 3/80 gelten.

Das Diskriminierungsverbot gilt für alle Rechte, welche der sachliche Anwendungsbereich des ARB Nr. 3/80 umfasst. Wie bei den gemeinschaftsrechtlichen Diskriminierungsverboten verbietet der Art. 3 ARB Nr. 3/80 unmittelbare und mittelbare Diskriminierungen⁹⁶⁰. Das Diskriminierungsverbot ist von jedem Mitgliedstaat zu berücksichtigen, in dem der Betroffene Rechte im Rahmen der sozialen Sicherheit erworben hat oder sozialrechtlich relevante Zeiten zurück gelegt hat, unabhängig vom aktuellen Wohnsitz des Betroffenen⁹⁶¹.

Der EuGH hat in seinem Urteil in der Rechtssache *Sürül* die zeitliche Wirkung des Urteils dahingehend beschränkt, dass es nur Wirkungen in Bezug auf solche Rechtsverhältnisse entfalten kann, die vor Erlass des Urteils noch nicht rechtskräftig geregelt waren⁹⁶². Der EuGH hat in diesem Fall eine Ausnahme von dem Grundsatz gemacht, dass die Auslegung, die im Rahmen eines Vorabentscheidungsersuchens durch den EuGH erfolgt, auch auf Rechtsverhältnisse, die vor Erlass des Urteils entstanden sind, Anwendung findet, wenn alle sonstigen Voraussetzungen für die Anru-

⁹⁵⁶ S. o. Teil 2 III 5 e.

⁹⁵⁷ S. o. Teil 1 I 4 b.

⁹⁵⁸ S. o. Teil 2 IV 4.

⁹⁵⁹ EuGH, Urteil vom 24.04.1980, Rs. C-110/79, Slg. 1980, 1445, Coonan, Rn. 12.

⁹⁶⁰ EuGH, Urteil vom 29.04.2004, C-373/02, Slg. 2004 I, 3605, Öztürk, Rn. 54; EuGH, Urteil vom 14.03.2000, Rs. 102/98 und C-211/98, Slg. 2000 I, 1287, Kocak und Örs, Rn. 39.

⁹⁶¹ EuGH, Urteil vom 29.04.2004, Rs. C-273/02, 2004 I, 3605, Öztürk, Rn. 51;

⁹⁶² EuGH, Urteil vom 04.05.1999, Rs. C-262/96, Slg. 1999 I, 2685, Sürül, Rn. 111 f.

fung der zuständigen Gerichte in Bezug auf die entsprechende Streitfrage vorliegen⁹⁶³. Der EuGH begründet dies damit, dass er in der Rechtssache *Sürül* erstmalig mit der Auslegung des Art. 3 ARB Nr. 3/80 befasst war und dass das Urteil in der Rechtssache *Taflan Met* bei vernünftiger Betrachtung Ungewissheit über die unmittelbare Anwendbarkeit des Art. 3 ARB Nr. 3/80 entstehen lassen konnte⁹⁶⁴. Infolgedessen schlossen es zwingende Erwägungen der Rechtssicherheit aus, die bereits vor Erlass des Urteils rechtskräftig gewordenen Rechtsverhältnisse nachträglich in Frage zu stellen⁹⁶⁵.

d. Bisherige Entscheidungen des EuGH zu Art. 3 Abs. 1 ARB Nr. 3/80

Konkrete Rechte aus Art. 3 Abs. 1 ARB Nr. 3/80 zu Gunsten türkischer Staatsangehöriger hat der EuGH bisher in zwei Fällen abgeleitet. In der Rechtssache *Sürül* kommt der EuGH zu dem Ergebnis, dass ein türkischer Arbeitnehmer in gleicher Weise wie ein Angehöriger des betreffenden Mitgliedstaates einen Anspruch auf Zahlung von Kindergeld hat. Der EuGH qualifiziert das Kindergeld hierbei als Familienleistung im Sinne des Art 4 Abs. 1 viii) ARB Nr. 3/80⁹⁶⁶. Der Entscheidung lag der Sachverhalt zu Grunde, dass die deutsche Familienkasse die Gewährung des Kindergeldes versagt hatte, da die Klägerin, eine türkische Staatsangehörige, über keine Aufenthaltsberechtigung oder Aufenthaltserlaubnis verfügte, dies nach den maßgeblichen deutschen Vorschriften aber Voraussetzung für den Bezug von Kindergeld war. Von Inländern wurde eine Aufenthaltsberechtigung oder Aufenthaltserlaubnis naturgemäß nicht verlangt. Einen Verstoß gegen Art. 3 ARB Nr. 3/80 sieht der EuGH hier darin, dass die Gewährung von Kindergeld für die Klägerin von strengeren Voraussetzungen abhängig gemacht wurde als bei Inländern, ohne dass diese Ungleichbehandlung gerechtfertigt sei⁹⁶⁷. In der Rechtssache *Öztürk* stellt der EuGH fest, dass die Versagung einer vorgezogenen Rente bei Langzeitarbeitslosigkeit mit der Begründung, der Betroffene erfülle nicht die Voraussetzung, vor einem bestimmten Stichtag über einen festgesetzten Mindestzeitraum eine andere Sozialleistung in demselben Mitgliedstaat bezogen zu haben, gegen das Diskriminierungsverbot aus Art. 3 ARB Nr. 3/80 verstößt, wenn die Berücksichtigung des Umstandes ausgeschlossen ist, dass der Betroffene innerhalb eines maßgeblichen Zeitraumes vor

⁹⁶³ EuGH, Urteil vom 04.05.1999, Rs. C-262/96, Slg. 1999 I, 2685, *Sürül*, Rn. 107 ff.

⁹⁶⁴ EuGH, Urteil vom 04.05.1999, Rs. C-262/96, Slg. 1999 I, 2685, *Sürül*, Rn. 109 f.

⁹⁶⁵ EuGH, Urteil vom 04.05.1999, Rs. C-262/96, Slg. 1999 I, 2685, *Sürül*, Rn. 111.

⁹⁶⁶ EuGH, Urteil vom 04.05.1999, Rs. C-262/96, Slg. 1999 I, 2685, *Sürül*, Rn. 75.

⁹⁶⁷ EuGH, Urteil vom 04.05.1999, Rs. C-262/96, Slg. 1999 I, 2685, *Sürül*, Rn. 103 ff.

dem Stichtag diese Sozialleistung in einem anderen Mitgliedstaat bezogen hat⁹⁶⁸. Die Entscheidung betraf den Sachverhalt, dass der Betroffene türkische Staatsangehörige zunächst für einige Jahre in Österreich und anschließend für einige Jahre in Deutschland gearbeitet hatte. Nach längerer Arbeitslosigkeit beantragte er sowohl in Deutschland als auch in Österreich eine vorgezogene Altersrente bzw. Alterspension wegen Arbeitslosigkeit. In Deutschland wurde sie ihm gewährt, in Österreich dagegen abgelehnt mit der Begründung, er erfülle nicht die Voraussetzung, innerhalb der letzten fünfzehn Monate vor dem Stichtag Leistungen aus der österreichischen Arbeitslosenversicherung bezogen zu haben und sich auch nicht auf einen dem Bezug dieser Leistung gleichgestellten Tatbestand berufen zu können⁹⁶⁹. Der EuGH nimmt hier eine mittelbare Diskriminierung an, da bei ausländischen Arbeitnehmern die Wahrscheinlichkeit höher sei, dass sie einen Teil ihres Arbeitslebens in einem anderen Mitgliedstaat verbracht haben⁹⁷⁰. Zur Bejahung einer mittelbaren Diskriminierung reiche hier die Annahme, dass die in Rede stehende Vorschrift geeignet ist, einen wesentlichen größeren Anteil der Wanderarbeitnehmer zu treffen⁹⁷¹. In dieser Entscheidung hat sich der EuGH nicht ausdrücklich mit dem sachlichen Anwendungsbereich des Art. 3 ARB Nr. 3/80 befasst, die fragliche Leistung aber als Rente und damit als Leistung bei Alter im Sinne des Art. 4 Abs. 1 Buchst. iii) ARB Nr. 3/80 aufgefasst⁹⁷².

Mit dem Diskriminierungsverbot in Art. 3 ARB Nr. 3/80 vereinbar sieht der EuGH in den verbundenen Rechtssachen *Kocak und Örs*⁹⁷³ dagegen die Regelung des § 33 a SGB I an, wonach bei altersabhängigen Rechten oder Pflichten stets das Alter maßgeblich ist, welches sich aus der ersten Altersangabe des Betroffenen gegenüber dem Sozialleistungsträger ergibt. Die Entscheidung betraf den Fall, dass zwei türkische Staatsangehörige dagegen klagten, dass die deutschen Behörden in Bezug auf die Altersrente der Kläger das in ihrem Sozialversicherungsausweis enthaltene unrichtige anstelle des von einem türkischen Gericht festgestellte berichtigte Alter berücksichtigten. In Rede stand eine mittelbare Diskriminierung dadurch, dass diese Regelung besonders häufig türkische Staatsangehörige benachteilige, da die türki-

⁹⁶⁸ EuGH, Urteil vom 28.04.2004, Rs. C-373/02, Slg. 2004 I, 3605, Öztürk, 1. Entscheidungssatz.

⁹⁶⁹ EuGH, Urteil vom 28.04.2004, Rs. C-373/02, Slg. 2004 I, 3605, Öztürk, Rn. 29.

⁹⁷⁰ EuGH, Urteil vom 28.04.2004, Rs. C-373/02, Slg. 2004 I, 3605, Öztürk, Rn. 36.

⁹⁷¹ EuGH, Urteil vom 28.04.2004, Rs. C-373/02, Slg. 2004 I, 3605, Öztürk, Rn. 57.

⁹⁷² EuGH, Urteil vom 28.04.2004, Rs. C-373/02, Slg. 2004 I, 3605, Öztürk, Rn. 66.

⁹⁷³ EuGH, Urteil vom 14.03.2000, Rs. C-102/98 und C-211/98, Slg. 2000 I, 1287, Kocak und Örs.

schen Personenstandsregistereintragungen nicht selten unzuverlässig seien und daher besonders häufig nachträgliche Berichtigungen erforderlich seien⁹⁷⁴. Der EuGH stellt hier zwar noch einmal fest, dass auch mittelbare Diskriminierungen von dem Diskriminierungsverbot des Art. 3 ARB Nr. 3/80 umfasst sind. Vorliegend rührten die Schwierigkeiten für türkische Arbeitnehmer aber allein aus den türkischen Vorschriften über die Führung der Personenstandsregister und aus den Besonderheiten ihrer praktischen Anwendung⁹⁷⁵. Von einem Mitgliedstaat könne aber nicht verlangt werden, bei der Festlegung, welches Alter für die Gewährung einer Altersrente maßgeblich sei, auf die Besonderheiten der türkischen Personenstandsregisterführung Rücksicht zu nehmen⁹⁷⁶. Der EuGH verneint mit dieser Begründung das Vorliegen einer auch nur mittelbaren Diskriminierung⁹⁷⁷.

e. Gleichstellung von Leistungen, Einkünften, Sachverhalten oder Ereignissen?

In der VO Nr. 883/2004, der Nachfolgeverordnung zur VO Nr. 1408/71, ist mit Art. 5 VO Nr. 883/2004 eine ausdrückliche Verpflichtung zur Gleichstellung von Leistungen, Einkünften, Sachverhalten oder Ereignissen, welche ihren Ursprung in einem anderen Mitgliedstaat als demjenigen haben, in welchem Leistungen geltend gemacht werden, enthalten. Art. 5 VO Nr. 883/2004 lautet:

„Sofern in dieser Verordnung nicht anders bestimmt ist, gilt unter Berücksichtigung der besonderen Durchführungsbestimmungen Folgendes:

a) Hat nach den Rechtsvorschriften des zuständigen Mitgliedstaats der Bezug von Leistungen der sozialen Sicherheit oder sonstigen Einkünfte bestimmte Rechtswirkungen, so sind die entsprechenden Rechtsvorschriften auch bei Bezug von nach den Rechtsvorschriften eines anderen Mitgliedstaats gewährten gleichartigen Leistungen oder bei Bezug von in einem andern Mitgliedstaat erzielten Einkünften anwendbar.

b) Hat nach den Rechtsvorschriften des zuständigen Mitgliedstaats der Eintritt bestimmter Sachverhalte oder Ereignisse Rechtswirkungen, so berücksichtigt dieser Mitgliedstaat die in einem anderen Mitgliedstaat eingetretenen entsprechenden Sachverhalte oder Ereignisse, als ob sie im eigenen Hoheitsgebiet eingetreten wären“.

⁹⁷⁴ EuGH, Urteil vom 14.03.2000, Rs. C-102/98 und C-211/98, Slg. 2000 I, 1287, Kocak und Örs, Rn. 45.

⁹⁷⁵ EuGH, Urteil vom 14.03.2000, Rs. C-102/98 und C-211/98, Slg. 2000 I, 1287, Kocak und Örs, Rn. 50.

⁹⁷⁶ EuGH, Urteil vom 14.03.2000, Rs. C-102/98 und C-211/98, Slg. 2000 I, 1287, Kocak und Örs, Rn. 51.

⁹⁷⁷ EuGH, Urteil vom 14.03.2000, Rs. C-102/98 und C-211/98, Slg. 2000 I, 1287, Kocak und Örs, Rn. 51.

Weder der ARB Nr. 3/80 noch die VO Nr. 1408/71 enthalten eine vergleichbare Regelung. Eine Gleichstellung von Leistungen, Einkünften, Sachverhalten oder Ereignissen ließe sich im Rahmen des ARB Nr. 3/80 daher allenfalls direkt aus Art. 3 ARB Nr. 3/80 ableiten. Hiervon ist jedoch nicht auszugehen. Mangels ausdrücklicher Regelung sind die Mitgliedstaaten nicht grundsätzlich verpflichtet, die in einem anderen Mitgliedstaat verwirklichten Sachverhalte bei der Frage des Rechtserwerbs zu berücksichtigen⁹⁷⁸. Nur in Ausnahmefällen kann sich aus dem Diskriminierungsverbot eine Pflicht zur Gleichstellung von Leistungen, Einkünften, Sachverhalten oder Ereignissen ergeben. Dies ist beispielsweise dann der Fall, wenn nach den nationalen Vorschriften auch für die eigenen Staatsangehörigen zur Entstehung einer Leistung ohne Weiteres auch die Leistungen, Einkünfte, Sachverhalte oder Ereignisse zu berücksichtigen sind, die sich in einem anderen Mitgliedstaat ereignet haben⁹⁷⁹. Der EuGH hat im Rahmen des Art. 3 VO Nr. 1408/71 in mehreren Entscheidungen weitere Ausnahmefälle angenommen⁹⁸⁰. Wegen der grundsätzlich übereinstimmenden Auslegung von Art. 3 ARB Nr. 3/80 und Art. 3 VO Nr. 1408/71 kann zur Bestimmung, in welchen Fällen sich aus Art. 3 ARB Nr. 3/80 die Pflicht zur Gleichstellung von Leistungen, Einkünften, Sachverhalten oder Ereignissen ergibt, auf die Rechtsprechung des EuGH zu Art. 3 Abs. 1 VO Nr. 1408/71 zurück gegriffen werden. Beispielsweise muss aus Art. 3 Abs. 1 ARB Nr. 3/80 ebenso wie aus Art. 3 Abs. VO Nr. 1408/71 folgen, dass „ein Mitgliedstaat den in einem anderen Mitgliedstaat geleisteten Wehrdienst den nach seinen eigenen Rechtsvorschriften geleisteten Wehrdienst gleichstellen muss, wenn seine Rechtsvorschriften für Rentenempfänger, deren Ausbildung durch die Ableistung des Wehrdienstes unterbrochen worden ist, die Verlängerung des Anspruchs auf eine Waisenrente über die Vollendung des 25. Lebensjahres hinaus vorsehen“⁹⁸¹. Eine Übertragung der Rechtsprechung des EuGH zu Art. 3 Abs. 1 VO 1408/71 auf Art. 3 Abs. 1 ARB Nr. 3/80 ist allerdings nicht möglich bei den Entscheidungen, welche die Gleichstellung aus der Ausweitung des Diskriminierungs- zu einem Beschränkungsverbot ableiten⁹⁸². Dies folgt daraus, dass die Ausweitung des Diskriminierungsverbotes zu einem Beschränkungsverbot im Rahmen der assoziationsrechtlichen Diskriminierungsverbote nicht möglich ist, da auch assoziations-

⁹⁷⁸ So zu Art. 3 Abs. 1 VO Nr. 1408/71: *Husmann*, ZESAR 2010, 97, 103.

⁹⁷⁹ EuGH, Urteil vom 09.11.2006, Rs. C-346/07, Slg. 2006 I, 10951, Chateignier, Rn. 29 ff.; *Husmann*, ZESAR 2010, 103.

⁹⁸⁰ Vgl. die bei *Husmann*, ZESAR 2010, 97, 104 f. aufgeführte Rechtsprechung.

⁹⁸¹ EuGH, Urteil vom 25.06.1997, Rs. C-131/96, Slg. 1997 I, 3659, Mora Romero, Rn. 36.

⁹⁸² Dazu s. o. Teil 2 IV 4.

berechtigte türkische Staatsangehörige noch nicht über ein dem gemeinschaftsrechtlichen Freizügigkeitsrecht entsprechendes Recht verfügen⁹⁸³. Im Übrigen darf die Anwendung des Art. 3 Abs. 1 ARB Nr. 1/80 nicht zur Umgehung speziellerer Regelungen des ARB Nr. 3/80 führen. Dies folgt bereits aus der Einschränkung in Art. 3 Abs. 1 ARB Nr. 3/80 selbst „soweit dieser Beschluss nichts anderes bestimmt“.

f. Zusammenrechnung von Versicherungszeiten?

In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob über das Diskriminierungsverbot aus Art. 3 Abs. 1 Nr. 3/80 eine Zusammenrechnung von Versicherungszeiten, die in verschiedenen Mitgliedstaaten zurückgelegt wurden, erreicht werden kann. Dies könnte die Rechtsprechung des EuGH in der Rechtssache *Öztürk* nahe legen. Wie dargelegt, hat der EuGH dort entschieden, dass bei der Frage, ob der Betroffene vor der Beantragung einer vorgezogenen Altersrente über den erforderlichen Zeitraum Leistungen aus der Arbeitslosenversicherung bezogen hat, auch die Zeiten zu berücksichtigen sind, in denen die Leistungen aus der Arbeitslosenversicherung in einem anderen Staat bezogen wurden. Aus dieser Rechtsprechung könnte der Schluss gezogen werden, dass bei der Berechnung von Leistungen grundsätzlich die in verschiedenen Mitgliedstaaten zurück gelegten Versicherungszeiten zusammen zu rechnen sind. So ist die Entscheidung des EuGH aber nicht zu verstehen. In dem Verfahren hatte die österreichische Regierung geltend gemacht, dass auf die im ARB Nr. 3/80 enthaltenen technischen Vorschriften über die Zusammenrechnung von Versicherungszeiten zurück gegriffen werden müsse, wenn die in Deutschland zurück gelegten Zeiten Berücksichtigung finden sollten⁹⁸⁴. Diesen technischen Vorschriften über die Zusammenrechnung habe der EuGH in der Rechtssache *Taflan-Met* die unmittelbare Anwendbarkeit aber gerade abgesprochen⁹⁸⁵. Dieser Auffassung ist der EuGH entgegengetreten mit der Begründung, das Ausgangsverfahren betreffe nicht ein Problem der Anrechnung von Beitragszeiten in der Rentenversicherung, von deren Zurücklegung der Erwerb des Anspruchs auf die Altersrente oder deren Bemessung abhängen würde, sondern nur die Frage der Berücksichtigung eines Mindestreferenzzeitraums, in dem der Betroffene Leistungen bei Arbeitslosigkeit bezogen haben muss, um überhaupt einen Anspruch auf die vorgezogene Al-

⁹⁸³ Dazu s. o. Teil II 3 5 e.

⁹⁸⁴ EuGH, Urteil vom 28.04.2004, Rs. C-373/02, Slg. 2004 I, 3605, *Öztürk*, Rn. 61.

⁹⁸⁵ EuGH, Urteil vom 28.04.2004, Rs. C-373/02, Slg. 2004 I, 3605, *Öztürk*, Rn. 61.

tersrente wegen Arbeitslosigkeit geltend machen zu können⁹⁸⁶. Der Mindestreferenzzeitraum könne nicht als Versicherungszeit angesehen werden, welche im Hinblick auf den Erwerb, die Aufrechterhaltung oder das Wiederaufleben von Rentenansprüchen von den technischen Vorschriften über die Zusammenrechnung der in verschiedenen Mitgliedstaaten zurück gelegten Zeiten erfasst wird⁹⁸⁷. Durch den Mindestreferenzzeitraum solle nur sicher gestellt werden, dass der Betroffene tatsächlich über einen längeren Zeitraum arbeitslos war und seine Wiedereingliederung in den Arbeitsmarkt auf Schwierigkeiten stieß⁹⁸⁸. Die Vorschrift betreffe somit nicht die konkrete Berechnung des Anspruchs auf Altersrente und sei in vollem Umfang an Art. 3 Abs. 1 ARB Nr. 3/80 zu messen⁹⁸⁹. Der EuGH hat in dieser Entscheidung deutlich gemacht, dass mit dem Art. 3 Abs. 1 ARB Nr. 3/80 nicht die in dem ARB Nr. 3/80 enthaltenen Vorschriften über die Zusammenrechnung der Versicherungszeiten umgangen werden können, sondern dass nur in bestimmten Fällen Sachverhalte, die in einem Mitgliedstaat entstanden sind, auch in dem Mitgliedstaat, in welchem Rechte geltend gemacht werden, so zu berücksichtigen sind, wie wenn sie dort entstanden wären⁹⁹⁰. Bei der Prüfung, ob ein Sachverhalt, der sich in einem anderen Mitgliedstaat ereignet hat als demjenigen, in welchem der Anspruch geltend gemacht wird, von dem Diskriminierungsverbot umfasst ist, ist also danach zu unterscheiden, ob lediglich die Zusammenrechnung von Versicherungszeiten erreicht werden soll oder ob die Berücksichtigung des Sachverhaltes aus einem darüber hinausgehenden Grund erfolgt. Allein die Zusammenrechnung von Versicherungszeiten kann über das Diskriminierungsverbot nicht erreicht werden. Geht es bei der Berücksichtigung des Sachverhaltes aber darum, eine darüber hinaus gehende Voraussetzung für die Gewährung der Leistungen zu belegen, so ist die Berücksichtigung des Sachverhaltes aufgrund des Diskriminierungsverbotes möglich. So hat der EuGH beispielsweise zu Art. 3 Abs. 1 VO Nr. 1408/71 entschieden, dass die Weigerung eines Mitgliedstaates, bei der Gewährung des in einem Mitgliedstaat gewährten Kinderbetreuungsgeldes den Zeitraum, in dem der Lebensgefährte der Betroffenen eine vergleichbare Leis-

⁹⁸⁶ EuGH, Urteil vom 28.04.2004, Rs. C-373/02, Slg. 2004 I, 3605, Öztürk, Rn. 63 f.

⁹⁸⁷ EuGH, Urteil vom 28.04.2004, Rs. C-373/02, Slg. 2004 I, 3605, Öztürk, Rn. 65.

⁹⁸⁸ EuGH, Urteil vom 28.04.2004, Rs. C-373/02, Slg. 2004 I, 3605, Öztürk, Rn. 65.

⁹⁸⁹ EuGH, Urteil vom 28.04.2004, Rs. C-373/02, Slg. 2004 I, 3605, Öztürk, Rn. 65.

⁹⁹⁰ Vgl. GA Ruiz Jarabo-Colomer Schlussanträge vom 12.02.2004 in der Rs. C-373/02, Slg. 2004 I, 3605, Öztürk, Rn. 55 ff; Höller, Soziale Rechte Drittstaatsangehöriger nach europäischem Gemeinschaftsrecht. S. 207.

tung in einem anderen Mitgliedstaat bezogen hat, zu berücksichtigen, einen Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot darstellen kann⁹⁹¹.

Die Anrechnung von Versicherungszeiten, die in einem anderen Mitgliedstaat zurück gelegt worden sind, kann aber dann über den Art. 3 Abs. 1 ARB Nr. 3/80 erreicht werden, wenn die in einem anderen Mitgliedstaat zurück gelegten Zeiten nach den nationalen Vorschriften auch bei Inländern angerechnet werden. Der EuGH hat entschieden, dass die Anwendung des Art. 3 Abs. 1 VO Nr. 1408/71 grundsätzlich nicht zu einer Zusammenrechnung von Versicherungszeiten führt, dass aber eine Anrechnung von Versicherungszeiten, die in einem anderen Mitgliedstaat zurückgelegt wurden, erfolgen muss, wenn diese auch bei Inländern als Versicherungszeiten angerechnet werden⁹⁹². Aufgrund der grundsätzlich einheitlichen Auslegung der Diskriminierungsverbote aus Art. 3 VO Nr. 1408/71 bzw. Art. 4 VO 883/2004 und Art. 3 Abs. 1 ARB Nr. 3/80 muss diese Rechtsprechung auch für das assoziationsrechtliche Diskriminierungsverbot gelten.

VIII. Diskriminierungsverbot in Bezug auf das Wahlrecht in Art. 3 Abs. 2 ARB

Nr. 3/80

Gemäß Art. 3 Abs. 2 ARB Nr. 3/80 gilt Art. 3 Abs. 1 ARB Nr. 3/80 auch für das aktive Wahlrecht bei der Wahl der Mitglieder der Organe der Träger der sozialen Sicherheit und für das Recht, sich an ihrer Benennung zu beteiligen. Davon unberührt bleiben die Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Wählbarkeit und die Art der Benennung der genannten Personen für diese Organe. Soweit ersichtlich hatten weder der EuGH noch die nationalen deutschen Gerichte bisher Veranlassung, sich mit dieser Vorschrift auseinander zu setzen. Dies liegt vermutlich daran, dass die direkte Anwendung des Art. 3 Abs. 1 ARB Nr. 1/80 zu den gleichen rechtlichen Ergebnissen führt⁹⁹³.

IX. Aufhebung der Wohnortklausel in Art 6 Abs. 1 ARB Nr. 3/80

Auch in der Aufhebung der Wohnortklauseln durch Art. 6 Abs. 1 ARB Nr. 3/80 ist ein Diskriminierungsverbot zu sehen. Diese Vorschrift bestimmt, dass die Geldleistungen bei Invalidität, Alter oder für die Hinterbliebenen sowie die Renten bei Arbeitsunfällen

⁹⁹¹ EuGH, Urteil vom 21.02.2008, Rs. C-507/06, Slg. 2008 I, 943, Klöppel, Rn. 19.

⁹⁹² EuGH, Urteil vom 09.11.2006, Rs. C-346/05, Slg. 2006 I, 10951, Chateignier, Rn. 29 ff.

⁹⁹³ *Husmann* zum entsprechenden Art. 3 Abs. 2 VO Nr. 1408/71, ZESAR 2010, 97.

oder Berufskrankheiten, auf die nach den Rechtsvorschriften eines oder mehrerer Mitgliedstaaten Anspruch erworben worden ist, nicht deshalb gekürzt, geändert, zum Ruhen gebracht, entzogen oder beschlagnahmt werden, weil der Berechtigte in der Türkei oder im Gebiet eines anderen Mitgliedstaats als des Staates wohnt, in dessen Gebiet der zur Zahlung verpflichtete Träger seinen Sitz hat. Dies gilt unter dem Vorbehalt, dass in dem ARB Nr. 3/80 nichts anderes bestimmt ist. Ein Verstoß gegen diese Vorschrift würde eine mittelbare Diskriminierung wegen der Staatsangehörigkeit darstellen. Es werden vor allem türkische Staatsangehörige sein, die ihren Wohnsitz nach Beendigung ihrer Erwerbstätigkeit in die Türkei verlegen. Würde man an der Wohnortklausel festhalten, wären daher vor allem diese türkischen Staatsangehörigen benachteiligt.

1. Unmittelbare Anwendbarkeit

Unter Zugrundelegung seiner ständigen Rechtsprechung, dass eine Bestimmung eines von der Gemeinschaft mit Drittländern geschlossenen Abkommens als unmittelbar anwendbar anzusehen ist, wenn sie unter Berücksichtigung ihres Wortlauts und im Hinblick auf den Gegenstand und die Natur des Abkommens eine klare und eindeutige Verpflichtung enthält, deren Erfüllung oder deren Wirkungen nicht vom Erlass eines weiteren Akts abhängen, hat der EuGH in der Rechtssache *Akdas*⁹⁹⁴ entschieden, dass der Art. 6 Abs. 1 Unterabschnitt 1 ARB Nr. 3/80 unmittelbare Wirkung hat⁹⁹⁵. Diese Vorschrift begründe eine Ergebnisverpflichtung indem sie jede Beschränkung des Exports von Leistungen, auf welche die betroffenen türkischen Staatsangehörigen nach den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats einen Anspruch erworben haben, verbiete⁹⁹⁶. Diese Verpflichtung könne von dem Einzelnen in Anspruch genommen werden, ohne dass es noch ergänzender Durchführungsbestimmungen bedürfe⁹⁹⁷. Der Vorbehalt „soweit in diesem Beschluss nichts anderes bestimmt ist“ ändert nach Auffassung des EuGH nichts an der unmittelbaren Anwendbarkeit der Vorschrift, da der Beschluss keine abweichende Bestimmung enthält⁹⁹⁸.

⁹⁹⁴ EuGH, Urteil vom 26.05.2011, Rs. C-485/07, Slg. 2011 I, 4499, Akdas

⁹⁹⁵ EuGH, Urteil vom 26.05.2011, Rs. C-485/07, Slg. 2011 I, 4499, Akdas, Rn. 67 f.

⁹⁹⁶ EuGH, Urteil vom 26.05.2011, Rs. C-485/07, Slg. 2011 I, 4499, Akdas, Rn. 69.

⁹⁹⁷ EuGH, Urteil vom 26.05.2011, Rs. C-485/07, Slg. 2011 I, 4499, Akdas, Rn. 69.

⁹⁹⁸ EuGH, Urteil vom 26.05.2011, Rs. C-485/07, Slg. 2011 I, 4499, Akdas, Rn. 71.

2. Voraussetzungen

Das Diskriminierungsverbot betrifft Geldleistungen bei Invalidität, Alter oder für die Hinterbliebenen sowie die Renten bei Arbeitsunfällen oder Berufskrankheiten, auf die nach den Rechtsvorschriften eines oder mehrerer Mitgliedstaaten Anspruch erworben worden ist. Zur Bestimmung der verschiedenen Leistungen kann auf die obigen Ausführungen⁹⁹⁹ verwiesen werden.

3. Rechtsfolgen

Die Leistungen dürfen nicht deshalb gekürzt, geändert, zum Ruhen gebracht, entzogen oder beschlagnahmt werden, weil der Berechtigte in der Türkei oder im Gebiet eines anderen Mitgliedstaats als des Staates wohnt, in dessen Gebiet der zur Zahlung verpflichtete Träger seinen Sitz hat. Der Schutz der Leistungen ist demnach umfassend und verbietet jegliche Form der Verschlechterung der Leistungen. Der § 113 Abs. 3 SGB VI beispielsweise, wonach bei der Berechnung der Höhe der Rente für berechnete Drittstaatsangehörige, die im Ausland leben, nur 70 % der persönlichen Entgeltpunkte berücksichtigt werden, ist daher auf die nach Art. 6 Abs. 1 ARB Nr. 3/80 berechtigten Personen unanwendbar¹⁰⁰⁰.

4. Verstoß gegen Art. 59 ZP bei beitragsunabhängigen Sonderleistungen?

Im Rahmen des Art. 6 ARB Nr. 3/80 stellte sich dem EuGH in der Rechtssache *Akdas* die Frage, ob die Exportmöglichkeit von beitragsunabhängigen Sonderleistungen nach dieser Vorschrift einen Verstoß gegen das Besserstellungsverbot aus Art. 59 ZP darstellen könnte. Diese Frage ergab sich daraus, dass gemäß Art. 10 a Abs. 1 VO Nr. 1408/71 die Exportmöglichkeit für die in Art. 4 Abs. 2 a VO Nr. 1408/71 enthaltenen beitragsunabhängigen Sonderleistungen ausgeschlossen werden konnte. Diese Vorschrift wurde durch Art. 1 Abs. 4 der VO Nr. 1247/92 in die VO Nr. 1408/71 eingefügt. Trotz der Tatsache, dass EU-Staatsangehörigen die genannten Leistungen entzogen werden können, wenn die EU-Staatsangehörigen sich nicht mehr in dem Mitgliedstaat aufhalten, der die Leistungen bewilligt hat, sieht der EuGH keinen Verstoß gegen das Besserstellungsverbot aus Art. 59 ZP¹⁰⁰¹. Der EuGH begründet dies zum einen damit, dass Art. 39 Abs. 4 ZP die Ausfuhr bestimmter Leistungen der

⁹⁹⁹ S. o. Teil 3 VII c, d, e, f.

¹⁰⁰⁰ *Fuchs*, Europäisches Sozialrecht, S. 922, Teil 12, Rn. 54.

¹⁰⁰¹ EuGH, Urteil vom 26.05.2011, Rs. C-485/07, Slg. 2011 I, 4499, *Akdas*, Rn. 88.

sozialen Sicherheit vorsieht¹⁰⁰². Art. 39 Abs. 4 ZP lautet: „Für die Alters-, Hinterbliebenen- und Invaliditätsrenten, die aufgrund von nach Abs. II erlassenen Bestimmungen erworben wurden, muss die Möglichkeit einer Ausfuhr bestehen.“ Weiterhin sei bereits nach dem Anwendungsbereich des Art. 2 erster Gedankenstrich ARB Nr. 3/80 nur erforderlich, dass die Rechtsvorschriften für den Arbeitnehmer „gelten oder galten“¹⁰⁰³. Deren Familienangehörigen kämen dagegen gemäß Art. 2 zweiter Gedankenstrich ARB Nr. 3/80 nur in den Genuss der Rechte aus dem ARB Nr. 3/80, wenn sie im Gebiet eines Mitgliedstaates wohnen¹⁰⁰⁴. Arbeitnehmer fielen somit ohne weiteres in den Anwendungsbereich des ARB Nr. 3/80¹⁰⁰⁵. Würde man die den Export einschränkenden Vorschriften der VO Nr. 1408/71, welche nachträglich eingeführt wurden, auf assoziationsberechtigte türkische Arbeitnehmer anwenden, würde dies schließlich eine Änderung des ARB Nr. 3/80 bedeuten, für welche gemäß Art. 8 und 22 AssAbk allein der Assoziationsrat zuständig sei¹⁰⁰⁶. Schließlich sei die Situation türkischer Arbeitnehmer, welche arbeitsunfähig geworden sind, nicht mit der Situation EU-Staatsangehöriger, welche sich in derselben Situation befinden, vergleichbar¹⁰⁰⁷. Türkische Arbeitnehmer hätten nämlich anders als EU-staatsangehörige Arbeitnehmer nach Eintritt der Arbeitsunfähigkeit nicht das Recht, in dem EU-Mitgliedstaat zu verbleiben, da das Freizügigkeitsrecht der türkischen Arbeitnehmer an deren Arbeitnehmerstatus gebunden sei¹⁰⁰⁸. Arbeitsunfähige türkische Arbeitnehmer hätten somit nicht die Möglichkeit, dem Verlust der Ansprüche dadurch zu entgehen, dass sie in dem Mitgliedstaat verbleiben, da sie mit Verlassen des Arbeitsmarktes grundsätzlich ihr assoziationsrechtliches Aufenthaltsrecht verlören¹⁰⁰⁹. Die Entscheidung des EuGH in der Sache *Akdas* betrifft eine Rente bei Arbeitsunfall, muss aber genauso für die Ansprüche auf beitragsunabhängige Sonderleistungen bei Invalidität, Alter und für die Renten bei Berufskrankheiten gelten, da der Arbeitnehmer in allen Fällen den Arbeitsmarkt verlässt und somit grundsätzlich sein Aufenthaltsrecht in dem Mitgliedstaat verliert. Auch für die Hinterbliebenen muss der Export der Leistungen gemäß Art. 6 Abs. 1 ARB Nr. 1/80 möglich sein. Zunächst ist nach dem persönlichen Anwendungsbereich des ARB Nr. 3/80 auch für die Hinterblie-

¹⁰⁰² EuGH, Urteil vom 25.05.2011, Rs. C-485/07, Slg. 2011 I, 4499, Akdas, Rn. 89.

¹⁰⁰³ EuGH, Urteil vom 25.05.2011, Rs. C-485/07, Slg. 2011 I, 4499, Akdas, Rn. 90.

¹⁰⁰⁴ EuGH, Urteil vom 25.05.2011, Rs. C-485/07, Slg. 2011 I, 4499, Akdas, Rn. 90.

¹⁰⁰⁵ EuGH, Urteil vom 25.05.2011, Rs. C-485/07, Slg. 2011 I, 4499, Akdas, Rn. 90.

¹⁰⁰⁶ EuGH, Urteil vom 25.05.2011, Rs. C-485/07, Slg. 2011 I, 4499, Akdas, Rn. 91.

¹⁰⁰⁷ EuGH, Urteil vom 25.05.2011, Rs. C-485/07, Slg. 2011 I, 4499, Akdas, Rn. 93ff.

¹⁰⁰⁸ EuGH, Urteil vom 25.05.2011, Rs. C-485/07, Slg. 2011 I, 4499, Akdas, Rn. 95.

¹⁰⁰⁹ EuGH, Urteil vom 25.05.2011, Rs. C-485/07, Slg. 2011 I, 4499, Akdas, Rn. 95.

benen nicht erforderlich, dass sie in dem Mitgliedstaat wohnen. Da die Hinterbliebenen nach dem Tod des Familienangehörigen, von welchem sie ihr Aufenthaltsrecht ableiten, grundsätzlich nicht mehr über ein assoziationsrechtliches Aufenthaltsrecht in dem betreffenden Mitgliedstaat verfügen, liefern ihre Ansprüche auf beitragsunabhängige Sonderleistungen an Hinterbliebene auch in der Regel leer, wenn sie bei einer Rückkehr in die Türkei ihre Ansprüche verlören.

5. Vorrang vor Art. 3 Abs. 1 ARB Nr. 3/80

Art. 6 Abs. 1 Unterabschnitt 1 ARB Nr. 3/80 ist vorrangig vor Art. 3 Abs. 1 ARB Nr. 3/80, da er eine andere Bestimmung im Sinne des Art. 3 Abs. 1 ARB Nr. 3/80 darstellt¹⁰¹⁰.

Teil 4

Aufenthaltsrechte aus den assoziationsrechtlichen Diskriminierungsverboten in Art. 9 und 10 ARB Nr. 1/80

Im Folgenden wird die Frage erörtert, ob sich aus den Diskriminierungsverboten selbst Aufenthaltsrechte ableiten lassen. In Rechtsprechung und Literatur wird vor allem diskutiert, ob das Verbot der Diskriminierung hinsichtlich des Arbeitsentgeltes und der sonstigen Arbeitsbedingungen in Art. 10 Abs. 1 ARB Nr. 1/80 ein Aufenthaltsrecht nach sich ziehen kann. Diese Bestimmung wird hier daher vorrangig untersucht. Auch das Gleichbehandlungsgebot in Bezug auf die Unterstützung der Arbeitsämter bei der Beschaffung eines Arbeitsplatzes in Art. 10 Abs. 2 ARB Nr. 1/80 kann aufenthaltsrechtlich relevant sein. Die Frage, ob sich ein Aufenthaltsrecht aus dem Diskriminierungsverbot hinsichtlich des Zugangs zur schulischen und beruflichen Ausbildung in Art. 9 ARB Nr. 1/80 ergeben kann, ist noch gänzlich ungeklärt.

I. Aufenthaltsrecht aus Art. 10 Abs. 1 ARB Nr. 1/80

Nach dem Art. 10 Abs. 1 ARB Nr. 1/80 sind die Mitgliedstaaten der Gemeinschaft nur verpflichtet, den türkischen Arbeitnehmern, die ihrem regulären Arbeitsmarkt angehören, eine Regelung einzuräumen, „die gegenüber den Arbeitnehmern aus der Gemeinschaft hinsichtlich des Arbeitsentgeltes und der sonstigen Arbeitsbedingungen

¹⁰¹⁰ EuGH, Urteil vom 26.05.2011, Rs. C-485/07, Slg. 2011 I, 4499, Akdas, Rn. 100.

jede Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit ausschließt“. Heftig umstritten ist nun, ob sich aus diesem Diskriminierungsverbot auch ein Aufenthaltsrecht ableiten lässt.

1. Die Rechtsprechung des EuGH in den Rechtssachen El-Yassini und Gattoussi

Die Frage, ob sich aus Art. 10 Abs. 1 ARB Nr. 1/80 ein Aufenthaltsrecht ergeben kann, kam in Folge der Rechtsprechung des EuGH in den Rechtssachen *El-Yassini* und *Gattoussi* auf. Hier hatte der EuGH aus den in dem am 27.04.1976 in Rabat unterzeichneten und durch die Verordnung (EWG) Nr. 2211/78 des Rates vom 26.09.1978 im Namen der Gemeinschaft genehmigten Kooperationsabkommens zwischen der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft und dem Königreich Marokko¹⁰¹¹ bzw. in dem Europa-Mittelmeer-Abkommen vom 26.01.1998 zur Gründung einer Assoziation zwischen der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten einerseits und der Tunesischen Republik andererseits¹⁰¹² enthaltenen Diskriminierungsverboten ein Aufenthaltsrecht zu Gunsten marokkanischer bzw. tunesischer Arbeitnehmer abgeleitet. Voraussetzung hierfür war nach den Entscheidungen des EuGH, dass die Arbeitnehmer im Besitz einer Arbeitsgenehmigung waren, welche ihre Aufenthaltserlaubnis in zeitlicher Hinsicht überstieg, und dass sie im Zeitpunkt des Ablaufs ihrer Aufenthaltserlaubnis dem regulären Arbeitsmarkt des Mitgliedstaates angehörten. Den Rechtssachen lagen folgende Sachverhalte zu Grunde: Herr *El-Yassini*, ein marokkanischer Staatsangehöriger, war mit einer britischen Staatsangehörigen verheiratet und lebte mit ihr zusammen im Vereinigten Königreich. Er erhielt aufgrund der Eheschließung eine befristete Aufenthaltserlaubnis. Gleichzeitig wurde das Verbot der Beschäftigung aufgehoben. Nach einiger Zeit trennte sich Herr *El-Yassini* von seiner Ehefrau. Das zuständige *Secretary of State for the Home Department* lehnte die beantragte Verlängerung der Aufenthaltserlaubnis ab. Herr *El-Yassini* stand zu diesem Zeitpunkt in einem ungekündigten Arbeitsverhältnis. Der Rechtssache *Gattoussi* lag ein vergleichbarer Sachverhalt zu Grunde: Herrn *Gattoussi*, einem tunesischen Staatsangehörigen, war aufgrund der Eheschließung mit einer deutschen Staatsangehörigen von der Ausländerbehörde eine befristete Aufenthaltserlaubnis und von dem Arbeitsamt nach der damaligen Rechtslage eine unbefristete Arbeitsgenehmigung erteilt worden. Herr *Gattoussi* trennte sich von seiner Ehefrau noch bevor nach dem deutschen Ausländergesetz ein eheunabhängiges

¹⁰¹¹ ABl. L 264 vom 27.09.1978, S. 2, im Folgenden: Kooperationsabkommen EWG/Marokko.

¹⁰¹² ABl. L 97 vom 30.03.1998, S. 2, im Folgenden: Europa-Mittelmeer-Abkommen/Tunesien.

eigenständiges Aufenthaltsrecht entstanden war. Die Aufenthaltserlaubnis wurde nach Bekanntwerden der Trennung nachträglich befristet und Herr *Gattoussi* wurde zur Ausreise aufgefordert. Zu diesem Zeitpunkt ging er einer Beschäftigung nach.

Der EuGH entschied in der Sache *El-Yassini*, dass es einem Mitgliedstaat grundsätzlich nicht untersagt sei, die Verlängerung der Aufenthaltserlaubnis abzulehnen, wenn der ursprüngliche Grund für deren Erteilung entfallen ist¹⁰¹³. Die praktische Wirksamkeit des Art. 40 Abs. 1 Kooperationsabkommen EWG/Marokko erfordere es aber, dass „ein marokkanischer Staatsangehöriger, dem ordnungsgemäß die Erlaubnis erteilt wurde, im Gebiet eines Mitgliedstaates für eine bestimmte Zeit eine Beschäftigung auszuüben, während dieser gesamten Zeit seine Rechte aus dieser Bestimmung ausüben kann“¹⁰¹⁴. Art. 40 Abs. 1 Kooperationsabkommen EWG/Marokko lautet:

„Jeder Mitgliedstaat gewährt den Arbeitnehmern marokkanischer Staatsangehörigkeit, die in seinem Hoheitsgebiet beschäftigt sind, eine Behandlung, die hinsichtlich der Arbeits- und Entlohnungsbedingungen keine auf der Staatsangehörigkeit beruhende Benachteiligung gegenüber seinen eigenen Staatsangehörigen bewirkt. Marokko gewährt den in seinem Hoheitsgebiet beschäftigten Arbeitnehmern, die Staatsangehörige der Mitgliedstaaten sind, die gleiche Behandlung“.

Eine Ausnahme hiervon könne nur dann gemacht werden, wenn die Ablehnung der Verlängerung der Aufenthaltserlaubnis aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit gerechtfertigt sei¹⁰¹⁵. Das Diskriminierungsverbot verbiete es demnach, die Verlängerung einer Aufenthaltserlaubnis abzulehnen, „wenn dem Betroffenen durch ein derartiges Vorgehen das Recht auf tatsächliche Ausübung einer Beschäftigung, das ihm durch eine von der zuständigen nationalen Behörde ordnungsgemäß erteilte Arbeitserlaubnis erteilt wurde, die länger als die Aufenthaltserlaubnis war, entzogen würde, ohne dass Gründe des Schutzes eines berechtigten Interesses des Staates, namentlich Gründe der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit, dies rechtfertigten“¹⁰¹⁶. Es sei dabei „Sache des nationalen Gerichtes, zu

¹⁰¹³ EuGH, Urteil vom 02.03.1999, Rs. C-416/96, Slg. 1999 I, 1209, *El-Yassini*, Rn. 62.

¹⁰¹⁴ EuGH, Urteil vom 02.03.1999, Rs. C-416/96, Slg. 1999 I, 1209, *El-Yassini*, Rn. 66.

¹⁰¹⁵ EuGH, Urteil vom 02.03.1999, Rs. C-416/96, Slg. 1999 I, 1209, *El-Yassini*, Rn. 65.

¹⁰¹⁶ EuGH, Urteil vom 02.03.1999, Rs. C-416/96, Slg. 1999 I, 1209, *El-Yassini*, Rn. 67.

beurteilen, ob dies der Fall ist“¹⁰¹⁷. Der EuGH hat diese Rechtsprechung in der Rechtssache *Gattoussi* zu dem Diskriminierungsverbot aus Art. 64 Europa-Mittelmeer-Abkommen/Tunesien, bestätigt. Art. 64 Europa-Mittelmeer-Abkommen/Tunesien lautet:

„(1) Jeder Mitgliedstaat gewährt den Arbeitnehmern tunesischer Staatsangehörigkeit, die in seinem Hoheitsgebiet beschäftigt sind, eine Behandlung, die hinsichtlich der Arbeits-, Entlohnungs- und Kündigungsbedingungen keine auf der Staatsangehörigkeit beruhende Benachteiligungen gegenüber seinen eigenen Staatsangehörigen bewirkt.

(2) Abs. 1 gilt hinsichtlich der Arbeits- und Entlohnungsbedingungen für alle tunesischen Arbeitnehmer, die dazu berechtigt sind, im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaates eine befristete nichtselbständige Erwerbstätigkeit auszuüben.

(3) Tunesien gewährt den in seinem Hoheitsgebiet beschäftigten Arbeitnehmern, die Staatsangehörige eines Mitgliedstaates sind, die gleiche Behandlung.“

Zu dem Diskriminierungsverbot im Europa-Mittelmeer-Abkommen/Tunesien existiert eine Gemeinsame Erklärung der Vertragsparteien¹⁰¹⁸, welche lautet:

„Was die nichtdiskriminierende Behandlung bei der Entlassung betrifft, so kann Art. 64 Abs. 1 nicht in Anspruch genommen werden, um die Verlängerung einer Aufenthaltsgenehmigung zu erwirken. Für die Erteilung, die Verlängerung oder die Verweigerung einer Aufenthaltsgenehmigung sind ausschließlich die Rechtsvorschriften der einzelnen Mitgliedstaaten sowie die bilateralen Übereinkünfte...maßgeblich“.

Gemäß Art. 91 Europa-Mittelmeer-Abkommen/Tunesien ist die Gemeinsame Erklärung Bestandteil des Abkommens.

Der EuGH hat festgestellt, dass nicht angenommen werden könne, „dass die Mitgliedstaaten über das Diskriminierungsverbot des Art. 64 des Europa-Mittelmeer-Abkommen/Tunesien verfügen, indem sie dessen praktische Wirksamkeit durch Bestimmungen des nationalen Rechtes beschränken. Eine solche Möglichkeit würde zum einen die Bestimmungen eines von der Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten

¹⁰¹⁷ EuGH, Urteil vom 02.03.1999, Rs. C-416/96, Slg. 1999 I, 1209, El-Yassini, Rn. 67.

¹⁰¹⁸ ABl. L 97 vom 30.03.1998, S. 175, 182.

geschlossenen Abkommens beeinträchtigen und zum anderen die einheitliche Anwendung dieses Verbotes in Frage stellen“¹⁰¹⁹. Der in der Rechtssache aufgestellte Grundsatz, dass die Situation des Wanderarbeitnehmers, dem der Mitgliedstaat im Hinblick auf seine Arbeitserlaubnis weitergehende Rechte eingeräumt hat als in Bezug auf seinen Aufenthalt, nur aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit in Frage gestellt werden kann, müsse aus Gründen des Vertrauensschutzes und der Rechtssicherheit erst recht gelten, wenn der Aufnahmemitgliedstaat die Aufenthaltserlaubnis nachträglich befristet¹⁰²⁰

2. Die Kritik an der Rechtsprechung des EuGH

An dieser Rechtsprechung des EuGH wurde zum Teil grundlegende Kritik geübt. Die Argumentation des EuGH wurde als Zirkelschluss bezeichnet¹⁰²¹. Nach der Rechtsprechung des EuGH umfasse die Verpflichtung zur Gleichbehandlung mit Inländern bei den Arbeitsbedingungen weder ein Aufenthalts- noch ein Beschäftigungsrecht¹⁰²². Dann könne aber auch die nach nationalem Recht erfolgende Beendigung dieser Rechte keinen Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot enthalten¹⁰²³. Im Übrigen sei nach dem deutschen Aufenthaltsrecht sowohl vor als auch nach Inkrafttreten des Zuwanderungsgesetzes die Arbeitsgenehmigung vom Bestand der Aufenthaltsgenehmigung abhängig, so dass ein überschießendes Beschäftigungsrecht gar nicht erst entstehe¹⁰²⁴. Wenn der EuGH in einem solchen Fall aus dem Grundsatz des Vertrauensschutzes dennoch ein überschießendes Beschäftigungsrecht ableite, so verkenne er die Systematik des Arbeitserlaubnisrechtes¹⁰²⁵. Gegen die Rechtsprechung des EuGH wird weiter vorgebracht, es sei nicht nachzuvollziehen, dass die Ausländerbehörde an die Entscheidung des Arbeitsamtes über die Befristung der Arbeitserlaubnis gebunden sein soll¹⁰²⁶. Genauso gut könne eine Bindung der Arbeitsverwaltung an die Entscheidung der Ausländerbehörde angenommen werden¹⁰²⁷. Es stelle sich die Frage, wie bei arbeitserlaubnisfreien Tätigkeiten zu verfahren wäre¹⁰²⁸. Nach der bis zum Inkrafttreten des Zuwanderungsgesetzes gelten-

¹⁰¹⁹ EuGH, Urteil vom 14.12.2006, Rs. C-97/05, Slg. 2006 I, 11917, Gattoussi, Rn. 39.

¹⁰²⁰ EuGH, Urteil vom 14.12.2006, Rs. C-97/05, Slg. 2006 I, 11917, Gattoussi, Rn. 40 und 42.

¹⁰²¹ Hailbronner, NVwZ 2007, 415.

¹⁰²² Hailbronner, NVwZ 2007, 415.

¹⁰²³ Hailbronner, NVwZ 2007, 415.

¹⁰²⁴ Hailbronner, NVwZ 2007, 416.

¹⁰²⁵ Hailbronner, NVwZ 2007, 416.

¹⁰²⁶ Gutmann, NVwZ, 2000, 281, 282.

¹⁰²⁷ Gutmann, NVwZ, 2000, 281, 282.

¹⁰²⁸ Gutmann, NVwZ, 2000, 281, 282.

den Rechtslage ergäbe sich eine nicht zu rechtfertigende Besserstellung von Ehegatten deutscher Staatsangehöriger im Vergleich zu Ehegatten anderer EU-Staatsangehöriger. Dies folge daraus, dass Ehegatten deutscher Staatsangehöriger gemäß § 2 Abs. 2 Nr. 1 ArGV (a. F.) einen Anspruch auf eine für jede beliebige Tätigkeit gültige Arbeitserlaubnis hatten, Ehegatten anderer EU-Staatsangehöriger aber für die Dauer der Ehe zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit nur eine EG-Aufenthaltserlaubnis benötigten und erst ab dem Zeitpunkt der Scheidung eine Arbeitsgenehmigung erforderlich war¹⁰²⁹. Ehegatten anderer EU-Staatsangehöriger könnten demnach nach Scheidung nicht von der Rechtsprechung des EuGH zur aufenthaltsrechtlichen Wirkung des Diskriminierungsverbotes profitieren, da ihnen nach der geltenden Rechtslage keine überschießende Arbeitsgenehmigung erteilt wurde¹⁰³⁰. Zum Teil wurde die Rechtsprechung des EuGH im Ergebnis gutgeheißen, es wurde aber der Rückgriff auf das Diskriminierungsverbot in Frage gestellt¹⁰³¹. Stattdessen ergebe sich das Aufenthaltsrecht aus dem Einwand des „*venire contra factum proprium*“¹⁰³². Wenn eine staatliche Stelle einer Person Rechte gewährt, müsse es dieser Person gleichzeitig auch ermöglicht werden, diese Rechte wahrzunehmen¹⁰³³. Die Wahrnehmung des Beschäftigungsrechtes sei also durch Gewährung eines Aufenthaltsrechtes zu gewährleisten¹⁰³⁴. Schließlich wurde die Entscheidung des EuGH in der Sache *El-Yassini* kritisiert, da sie sich über den eindeutigen Wortlaut der Gemeinsamen Erklärungen der Vertragsparteien zu Art. 64 Europa-Mittelmeer-Abkommen/Tunesien hinwegsetze¹⁰³⁵. Danach seien für Entscheidungen in Bezug auf Aufenthaltserlaubnisse ausschließlich die Mitgliedstaaten verantwortlich und das Diskriminierungsverbot in Bezug auf die Arbeitsbedingungen könne nicht herangezogen werden, um eine Verlängerung von Aufenthaltserlaubnissen zu erreichen¹⁰³⁶.

3. Stellungnahme

Die Kritik an der Rechtsprechung des EuGH ist nicht gerechtfertigt. Insbesondere ist der Vorwurf des Zirkelschlusses nicht haltbar. Das Diskriminierungsverbot betrifft

¹⁰²⁹ Gutmann, NVwZ, 2000, 281, 282.

¹⁰³⁰ Gutmann, NVwZ, 2000, 281, 282.

¹⁰³¹ Husmann, ZAR 2009, 305, 311.

¹⁰³² Husmann, ZAR 2009, 305, 311.

¹⁰³³ Husmann, ZAR 2009, 305, 311.

¹⁰³⁴ Husmann, ZAR 2009, 305, 311.

¹⁰³⁵ Herzog/Gerken, FAZ vom 08.09.2008.

¹⁰³⁶ Herzog/Gerken, FAZ vom 08.09.2008.

seinem Wortlaut nach die Gleichbehandlung in Bezug auf die Beschäftigung. Dementsprechend ist es folgerichtig, wenn der EuGH feststellt, dass das Diskriminierungsverbot es einem Mitgliedstaat grundsätzlich nicht verbietet, die Verlängerung einer Aufenthaltserlaubnis abzulehnen oder eine Aufenthaltserlaubnis nachträglich zu befristen, wenn die Erteilungsvoraussetzungen wegfallen. Unmittelbar betrifft das Diskriminierungsverbot eben nicht das Aufenthaltsrecht. Vorliegend geht es darum, dass der Betroffene den Schutz vor Diskriminierung, der ihm im Zusammenhang mit der Arbeitsgenehmigung entstanden ist, auch tatsächlich wahrnehmen kann. In den durch den EuGH entschiedenen Fällen war den betroffenen Personen in einem eigenen Verwaltungsakt eine Arbeitsgenehmigung erteilt worden. Diese Arbeitsgenehmigung war im Gegensatz zu der von einer anderen Stelle erteilten Aufenthaltserlaubnis unbefristet. Das Recht zur Beschäftigung war damit zunächst unbefristet entstanden. Wenn eine Person durch eine solche Arbeitserlaubnis legitimiert einer Beschäftigung nachgeht, fällt sie grundsätzlich in den Anwendungsbereich des beschäftigungsbezogenen Diskriminierungsverbotes. Auch dieses Recht entsteht entsprechend der zeitlich nicht limitierten Arbeitserlaubnis unbefristet. An der Wahrnehmung seiner Rechte aus dem Diskriminierungsverbot wäre der Arbeitnehmer aber gehindert, wenn ihm der weitere Aufenthalt in dem EU-Mitgliedstaat verwehrt würde. Das Diskriminierungsverbot liefe in diesem Falle leer. Folgerichtig hat der EuGH im Sinne des Grundsatzes der praktischen Wirksamkeit gefordert, dass der Mitgliedstaat in den konkreten Fällen ein Aufenthaltsrecht erteilt. Bei dieser Anwendung des Diskriminierungsverbotes handelt es sich also nicht um einen Zirkelschluss bzw. um den Versuch, dem Diskriminierungsverbot unter allen Umständen eine aufenthaltsrechtliche Bedeutung zukommen zu lassen. Im Vordergrund der Rechtsprechung des EuGH stehen das beschäftigungsrechtliche Diskriminierungsverbot und das Bestreben, diesem praktische Wirksamkeit zukommen zu lassen. Der Rückgriff auf das Diskriminierungsverbot ist daher auch nicht entbehrlich. Es handelt sich bei dieser Anwendung des Diskriminierungsverbotes durch den EuGH auch um eine konsequente Weiterführung der Grundsätze aus seiner Rechtsprechung zu Art. 6 und 7 ARB Nr. 1/80. Nach ihrem Wortlaut gewähren diese Vorschriften türkischen Arbeitnehmern bzw. ihren Familienangehörigen auch nur Arbeitserlaubnisse in Abhängigkeit von einer bestimmten Beschäftigungs- bzw. Aufenthaltszeit. Auch diese Beschäftigungsrechte führen nach der Rechtsprechung des EuGH im Ergebnis zu einem Aufenthaltsrecht des Betroffenen, da er andernfalls die ihm durch Art. 6 und 7 ARB

Nr. 1/80 gewährten Rechte nicht wahrnehmen könnte. Der Einwand, es sei nicht einzusehen, dass hier gerade eine Bindung der Ausländerbehörde an die Entscheidung der Arbeitsverwaltung bestehe und nicht umgekehrt¹⁰³⁷, kann nicht durchgreifen. Er verkennt, dass in den relevanten Fallgestaltungen das Beschäftigungsrecht ja gerade eigenständig im Verhältnis zu der Aufenthaltserlaubnis erteilt wurde. Der Betroffene kann grundsätzlich darauf vertrauen, dass ihm die gewährten Rechte nicht wieder entzogen werden. Wenn aber in einem solchen Fall das Beschäftigungsrecht weiter besteht und der Betroffene einer Beschäftigung nachgeht, ist weiterhin ein Sachverhalt gegeben, welcher dem Diskriminierungsverbot unterfällt. Es geht bei dem Aufenthaltsrecht aus dem Diskriminierungsverbot darum, dass dem Betroffenen die Gelegenheit gegeben werden muss, diese Rechte effektiv wahrzunehmen. Dies ist aber nur dann möglich, wenn er sich im dem betreffenden Mitgliedstaat weiter aufhalten kann. Infolge dieser Überlegungen kann es auch nicht ausschlaggebend sein, dass drittstaatsangehörige Ehegatten von deutschen Staatsangehörigen nach der früheren Rechtslage besser behandelt wurden als drittstaatsangehörige Ehegatten von Unionsbürgern, da letztere keine überschießende Arbeitsgenehmigung erhielten. Zum einen stellt sich hier eher die Frage, ob nicht das Recht der drittstaatsangehörigen Ehegatten von Unionsbürgern ausgedehnt werden muss. Zum anderen besteht diese unterschiedliche Behandlung seit Inkrafttreten des Zuwanderungsgesetzes nicht mehr, da nunmehr auch die drittstaatsangehörigen Ehegatten deutscher Staatsangehöriger keine von der Aufenthaltserlaubnis unabhängige Arbeitserlaubnis mehr erhalten. Stattdessen beinhaltet die dem Ehegatten eines deutschen Staatsangehörigen erteilte Aufenthaltserlaubnis gemäß § 28 Abs. 5 AufenthG per se eine Arbeitserlaubnis. Dass jedenfalls nach der Rechtslage vor Inkrafttreten des Zuwanderungsgesetzes ein von der Arbeitserlaubnis unabhängiges überschießendes Beschäftigungsrecht erteilt wurde, wird unten¹⁰³⁸ näher ausgeführt.

Gegen den Vorwurf des Verstoßes gegen die Gemeinsamen Erklärungen zu Art. 64 Europa-Mittelmeer-Abkommen/Tunesien ist festzuhalten, dass die Vertragsparteien nicht generell erklärt haben, dass sich aus dem arbeitsrechtlichen Diskriminierungsverbot kein Anspruch auf Verlängerung einer Aufenthaltserlaubnis ergeben könne¹⁰³⁹. Die gemeinsame Erklärung betrifft zunächst ausdrücklich den Fall einer Kün-

¹⁰³⁷ Gutmann, NVwZ 2000, 281, 282.

¹⁰³⁸ S. u. Teil 4 I 7.

¹⁰³⁹ Husmann, ZAR 2009, 305, 311.

digung¹⁰⁴⁰. Im Übrigen ist der Argumentation des EuGH zu folgen, wonach die Mitgliedstaaten nicht befugt sind, die Wirksamkeit und einheitliche Anwendung des Diskriminierungsverbotes durch nationale Regelungen zu beeinträchtigen.

4. Die Rechtsprechung des EuGH in der Sache *Güzeli*

Die vorgehend skizzierte Rechtsprechung betrifft die Diskriminierungsverbote aus den Kooperationsabkommen EWG/Marokko bzw. Europa-Mittelmeer-Abkommen/Tunesien. In der Rechtssache *Güzeli* hat sich der EuGH erstmalig mit der Frage der aufenthaltsrechtlichen Wirkung des Diskriminierungsverbotes aus Art. 10 Abs. 1 ARB Nr. 1/80 befasst. Die Rechtssache *Güzeli* beruht auf einem Vorabentscheidungsersuchen des VG Aachen¹⁰⁴¹ an den EuGH mit folgenden Fragen:

„1. Verbieht es das Diskriminierungsverbot des Art. 10 Abs. 1 des Beschlusses Nr. 1/80 einem Mitgliedstaat, den weiteren Aufenthalt eines türkischen Arbeitnehmers in der Situation des Klägers, der im Zeitpunkt des Ablaufs der ihm ursprünglich erteilten nationalen Aufenthaltserlaubnis dem regulären Arbeitsmarkt des Mitgliedstaates angehörte und im Besitz eines unbefristeten Beschäftigungsrechtes war, für die Dauer der Beschäftigung zu versagen?

Ist in diesem Zusammenhang erheblich, dass die dem türkischen Wanderarbeitnehmer erteilte Arbeitserlaubnis

- nach innerstaatlichem Recht ohne zeitliche Befristung erteilt wurde,
- nach innerstaatlichem Recht in Abhängigkeit vom Fortbestand der ursprünglichen Arbeitserlaubnis erteilt worden war, sie aber nicht automatisch mit dem Ablauf der Gültigkeitsdauer der Aufenthaltsgenehmigung erlischt, sondern so lange Geltung hat, bis der Ausländer sich auch nicht mehr vorläufig im Mitgliedstaat aufhalten darf?

2. Ist es dem Mitgliedstaat im Licht des Art. 10 Abs. 1 des Beschlusses Nr. 1/80 erlaubt, den Aufenthalt des türkischen Arbeitnehmers zu versagen, wenn dieser nach dem Zeitpunkt des Ablaufs der ihm zuletzt erteilten Aufenthaltserlaubnis als Saisonarbeiter tätig, d.h. in den Zeiten zwischen den Beschäftigungen ohne Arbeit ist?

3. Hat ein nach dem Zeitpunkt des Ablaufs der ursprünglich erteilten Aufenthaltserlaubnis erfolgte Änderung der rechtlichen Ausgestaltung des nationalen Arbeitsgenehmigungsrechtes Einfluss auf das aus Art. 10 Abs. 1 des Beschlusses Nr. 1/80 resultierende Verbot, den Aufenthalt zu versagen?“

¹⁰⁴⁰ *Husmann*, ZAR 2009, 305, 311.

¹⁰⁴¹ VG Aachen, Beschluss vom 29.12.2004, 8 K 3570/04, juris.

Der EuGH stellt zunächst fest, dass sich auf die Rechte aus Art. 10 Abs. 1 ARB Nr. 1/80 nur berufen kann, wer zum maßgeblichen Zeitpunkt dem regulären Arbeitsmarkt des Mitgliedstaates angehört¹⁰⁴². Der EuGH führt weiter aus, dass Herr Güzeli sich in seiner Stellungnahme vor dem Gerichtshof auf die Auslegung der „vergleichbaren“ Vorschrift des Art. 64 Europa-Mittelmeer-Abkommen/Tunesien beruft, „demzufolge es einem Mitgliedstaat zwar grundsätzlich nicht untersagt ist, die Verlängerung der Aufenthaltserlaubnis eines marokkanischen Staatsangehörigen, dem dieser Mitgliedstaat die Einreise und die Aufnahme einer Beschäftigung erlaubt hatte, abzulehnen, wenn der ursprüngliche Grund für die Gewährung des Aufenthaltsrechtes bei Ablauf der Aufenthaltserlaubnis nicht mehr besteht, es sich jedoch anders verhält, wenn der Aufnahmemitgliedstaat dem marokkanischen Wanderarbeitnehmer in Bezug auf die Ausübung einer Beschäftigung weitergehende Rechte als in Bezug auf den Aufenthalt verliehen hatte“¹⁰⁴³. Es sei „Sache des vorlegenden Gerichtes festzustellen, ob eine solche Fallgestaltung im Ausgangsverfahren vorlag, wobei insbesondere die Verurteilung von Herrn Güzeli wegen Verstoßes gegen die in seiner Arbeitserlaubnis enthaltenen Auflagen zu berücksichtigen ist“¹⁰⁴⁴.

5. Die Schlussanträge des Generalanwaltes L. A. Geelhoed in der Rechtssache Güzeli

Der Generalanwalt Geelhoed lehnte in seinen Schlussanträgen in der Rechtssache *Güzeli* die aufenthaltsrechtliche Wirkung des Diskriminierungsverbotes aus Art. 10 ARB Nr. 1/80 zu Gunsten türkischer Arbeitnehmer ab. Der Generalanwalt bezweifelte bereits aufgrund des Wortlautes des Art. 10 ARB Nr. 1/80, dass sich hieraus eine aufenthaltsrechtliche Wirkung ableiten lasse. Dem Wortlaut nach verbiete der Art. 10 ARB Nr. 1/80 lediglich Diskriminierungen im Bereich des Arbeitsentgeltes und der Arbeitsbedingungen¹⁰⁴⁵. Im Wesentlichen stützte der Generalanwalt aber seine Auffassung auf die Argumentation, die Aufenthaltsrechte türkischer Arbeitnehmer seien abschließend in Art. 6 ARB Nr. 1/80 geregelt¹⁰⁴⁶. Dessen Funktion würde unterminiert, wenn sich derjenige, der dessen Voraussetzungen nicht erfüllt, sich zur Be-

¹⁰⁴² EuGH, Urteil vom 26.10.2006, Rs. C-4/05, Slg. 2006 I, 10279, Güzeli, Rn. 48 und 50.

¹⁰⁴³ EuGH, Urteil vom 26.10.2006, Rs. C-4/05, Slg. 2006 I, 10279, Güzeli, Rn. 52.

¹⁰⁴⁴ EuGH, Urteil vom 26.10.2006, Rs. C-4/05, Slg. 2006 I, 10279, Güzeli, Rn. 53.

¹⁰⁴⁵ Schlussanträge Generalanwalt L. A. Geelhoed i. S. Güzeli vom 23.03.2006, Rn. 52.

¹⁰⁴⁶ Generalanwalt L. A. Geelhoed Schlussanträge vom 23.03.2006, Rs. C-4/05, Slg. 2006 I, 10279, Güzeli, Rn. 55.

gründung eines Aufenthaltsrechtes auf das Diskriminierungsverbot berufen könne¹⁰⁴⁷.

6. Die deutsche Rechtsprechung

Im Folgenden soll dargestellt werden, wie die deutsche Rechtsprechung die Rechtsprechung des EuGH in der Rechtssache *Güzeli* aufgefasst hat bzw. welche Schlussfolgerungen daraus gezogen wurden. Unterschieden wird dabei zwischen der rechtlichen Situation wie sie bis zum Inkrafttreten des Zuwanderungsgesetzes bestanden hat und der rechtlichen Situation nach Inkrafttreten des Zuwanderungsgesetzes. Ein wesentlicher Unterschied besteht nämlich darin, dass bis zum Inkrafttreten des Zuwanderungsgesetzes die Aufenthaltserlaubnis zur Familienzusammenführung von der Ausländerbehörde befristet erteilt wurde, der ausländische Ehegatte von dem Arbeitsamt gleichzeitig gemäß § 2 Abs. 2 ArGV a. F. eine unbefristete Arbeitsgenehmigung erhielt. Seit Inkrafttreten des Zuwanderungsgesetzes erfolgt keine eigenständige Entscheidung durch das Arbeitsamt bzw. die Agentur für Arbeit über die Erteilung einer Arbeitserlaubnis mehr. Vielmehr berechtigt die Aufenthaltserlaubnis zur Familienzusammenführung gemäß Art. 28 Abs. 5 AufenthG per se zur Erwerbstätigkeit. Die Aufenthaltserlaubnis wird demgemäß mit dem Vermerk „Erwerbstätigkeit gestattet“ erteilt. Seit Inkrafttreten des Zuwanderungsgesetzes gilt eine zuvor erteilte unbefristete Arbeitserlaubnis bzw. Arbeitsberechtigung gemäß § 105 Abs. 2 AufenthG nur noch als verwaltungsinterne Zustimmung der Bundesagentur für Arbeit zur Aufnahme einer Beschäftigung fort.

a. Zur rechtlichen Situation bis zum Inkrafttreten des Zuwanderungsgesetzes

In seinen Entscheidungen vom 01.07.2003¹⁰⁴⁸ ging das Bundesverwaltungsgericht noch davon aus, dass sich nach deutschem Recht generell kein Aufenthaltsrecht aus einem Diskriminierungsverbot ergeben könne. Dies hat das Bundesverwaltungsgericht in den genannten Entscheidungen zunächst für das Diskriminierungsverbot aus Art. 64 Europa-Mittelmeer-Abkommen/Marokko festgestellt. Begründet hat das Bundesverwaltungsgericht seine Auffassung damit, dass auch eine bis zum Inkrafttreten des Zuwanderungsgesetzes gemäß § 2 Abs. 2 ArGV unbefristet erteilte Arbeitserlaubnis keine die Aufenthaltserlaubnis in zeitlicher Hinsicht überschießenden Rechte

¹⁰⁴⁷ Generalanwalt L. A. Geelhoed Schlussanträge vom 23.03.2006, Rs. C-4/05, Slg. 2006 I, 10279, *Güzeli*, Rn. 54.

¹⁰⁴⁸ BVerwG, Urteil vom 1.7.2003, 1 C 32/02 und 1 C 18.2, juris.

eingeräumt hätte, da die Arbeitserlaubnis von der Erteilung der Aufenthaltserlaubnis abhängig gewesen sei¹⁰⁴⁹. Eine unbefristete Arbeitsgenehmigung hätte kein von der Aufenthaltserlaubnis unabhängiges Recht auf Fortsetzung der Beschäftigung vermittelt¹⁰⁵⁰. Dies ergebe sich aus § 284 Abs. 5 SGB III a. F., wonach die Arbeitsgenehmigung nur erteilt werden durfte, wenn der Ausländer eine Aufenthaltsgenehmigung nach § 5 AuslG besaß¹⁰⁵¹. Dieser Vorrang der Aufenthaltserlaubnis gelte auch für den Fortbestand der Arbeitsgenehmigung¹⁰⁵². Dies folge aus § 8 Abs. 1 Nr. 1 ArGV, welcher bestimmt, dass die Arbeitserlaubnis erlischt, wenn keine der Voraussetzungen des § 5 ArGV mehr erfüllt werde¹⁰⁵³. § 5 ArGV regelt die Fälle, in denen sich der Betroffene aufgrund verfahrensrechtlicher Vorschriften noch vorläufig vorübergehend weiter im Bundesgebiet aufhalten darf. Dieser Auffassung haben sich einige Oberverwaltungsgerichte angeschlossen¹⁰⁵⁴. Der VGH Mannheim führt in einem Beschluss vom 30.03.2009¹⁰⁵⁵ darüber hinaus aus, es sei angesichts der Tatsache, dass sich der EuGH in seiner Entscheidung in der Sache *Güzeli* nicht mit den in den Schlussanträgen geltend gemachten systematischen Einwänden auseinandergesetzt hat und sich auch nicht ausführlich mit Art. 10 Abs. 1 ARB Nr. 1/80 befasst, fraglich, ob der EuGH mit seiner Entscheidung schon abschließend über die Übertragbarkeit der in den Rechtssachen *El-Yassini* und *Gattoussi* entwickelten Grundsätze auf Art. 10 Abs. 1 ARB Nr. 1/80 entschieden habe¹⁰⁵⁶. Nach der Auffassung des OVG Hamburg ist dagegen die Tatsache unerheblich, dass nach deutschem Recht die Arbeitserlaubnis abhängig ist vom Aufenthaltsrecht¹⁰⁵⁷. Der EuGH habe in der Rechtssache *Gattoussi* entschieden, dass sich für den Betroffenen aus dem Art. 10 Abs. 1 ARB Nr. 1/80 Aufenthaltsrechte ergeben können, obwohl ihm die deutsche Rechtslage bekannt war¹⁰⁵⁸. Aus der Rechtsprechung des EuGH in der Rechtssache *Gattoussi* folge, dass die Mitgliedstaaten nicht das Recht hätten, über das Diskriminierungsverbot zu verfügen, indem sie dessen praktische Wirksamkeit durch Best-

¹⁰⁴⁹ BVerwG, Urteil vom 1.7.2003, 1 C 32/02, juris, Rn. 18; BVerwG, Urteil vom 01.07.2003, 1 C 18.02, juris, Rn. 25.

¹⁰⁵⁰ BVerwG, Urteil vom 1.7.2003, 1 C 32/02, juris, Rn. 18.

¹⁰⁵¹ BVerwG, Urteil vom 01.07.2003, 1 C 18.02, juris, Rn. 25.

¹⁰⁵² BVerwG, Urteil vom 01.07.2003, 1 C 18.02, juris, Rn. 25.

¹⁰⁵³ BVerwG, Urteil vom 01.07.2003, 1 C 18.02, juris, Rn. 25.

¹⁰⁵⁴ VGH Mannheim, Beschluss vom 30.09.2009, 11 S 3249/08, juris, Rn. 19; OVG Münster, Beschluss vom 25.08.2004, 19 B 1741/03, juris, Rn. 25 f.

¹⁰⁵⁵ VGH Mannheim, Beschluss vom 30.03.2009, 11 S 3249/08, juris.

¹⁰⁵⁶ VGH Mannheim, Beschluss vom 30.03.2009, 11 S 3249/08, juris, Rn. 18.

¹⁰⁵⁷ OVG Hamburg, Urteil vom 29.05.2008, 4 Bf 232/07, juris.

¹⁰⁵⁸ OVG Hamburg, Urteil vom 29.05.2008, 4 Bf 232/07, juris, Rn. 65.

immungen des nationalen Rechtes beschränkten¹⁰⁵⁹. Andernfalls drohe eine Beeinträchtigung der Bestimmungen des entsprechenden Abkommens und dessen einheitliche Anwendung sei gefährdet¹⁰⁶⁰. Der EuGH habe in den Rechtssachen *Gattoussi* und *El-Yassini* entschieden, dass der Aufnahmemitgliedstaat die Situation eines Wanderarbeitnehmers, dem ursprünglich in Bezug auf die Ausübung einer Beschäftigung weitergehende Rechte eingeräumt wurden als in Bezug auf den Aufenthalt, nur aus Gründen eines berechtigten Interesses des Staates wie öffentliche Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit in Frage stellen könne¹⁰⁶¹. Der EuGH habe den nationalen Gerichten lediglich die Entscheidung überlassen, ob eine Situation gegeben ist, die der Ausgangslage der Rechtssachen *El-Yassini*, *Gattoussi* und *Güzeli* vergleichbar ist und ob berechtigte Interessen des Staates vorliegen, aus denen die Verlängerung der Aufenthaltserlaubnis abgelehnt werden kann bzw. die Aufenthaltserlaubnis nachträglich befristet werden kann, obwohl eine überschießende Arbeitsgenehmigung erteilt worden war¹⁰⁶². Die nationalen Gerichte seien dagegen nicht befugt, die Wirksamkeit des Diskriminierungsverbotes dadurch auszuhöhlen, dass sie einer ordnungsgemäß erteilten Arbeitsgenehmigung, welche in ihrer Dauer die Aufenthaltsgenehmigung übersteigt, generell und unter Berufung auf nationale Vorschriften, eine aufenthaltsrechtliche Wirkung absprechen¹⁰⁶³.

Das Bundesverwaltungsgericht hält an seiner Auffassung, dass sich nach deutschem Recht generell kein Aufenthaltsrecht aus einem Diskriminierungsverbot ergeben könne, nicht mehr fest. In seiner Entscheidung vom 18.12.2009¹⁰⁶⁴ hat es die Möglichkeit, ein Aufenthaltsrecht aus dem Diskriminierungsverbot aus Art. 10 Abs. 1 ARB Nr. 1/80 abzuleiten, jedenfalls nicht mehr mit der oben dargelegten Begründung abgelehnt. Es hat zwar nicht ausdrücklich festgestellt, dass eine unbefristete Arbeitserlaubnis bzw. Arbeitsberechtigung bis zum Inkrafttreten des Zuwanderungsgesetzes ein Aufenthaltsrecht vermitteln kann, wenn die Arbeitserlaubnis die ursprünglich erteilte Aufenthaltserlaubnis in zeitlicher Hinsicht übersteigt, tendiert aber aufgrund der Rechtsprechung des EuGH in der Sache *Güzeli* offenbar in diese Richtung¹⁰⁶⁵. Das

¹⁰⁵⁹ OVG Hamburg, Urteil vom 29.05.2008, 4 Bf 232/07, juris, Rn. 61.

¹⁰⁶⁰ OVG Hamburg, Urteil vom 29.05.2008, 4 Bf 232/07, juris, Rn. 61 unter Bezugnahme auf EuGH, Urteil vom 14.12.2006, Rs. C-97/05, Slg. 2006 I, 11917, *Gattoussi*, Rn. 39.

¹⁰⁶¹ OVG Hamburg, Urteil vom 29.05.2008, 4 Bf 232/07, juris, Rn. 61.

¹⁰⁶² OVG Hamburg, Urteil vom 29.05.2008, 4 Bf 232/07, juris, Rn. 69.

¹⁰⁶³ OVG Hamburg, Urteil vom 29.05.2008, 4 Bf 232/07, juris, Rn. 69.

¹⁰⁶⁴ BVerwG, Urteil vom 08.12.2009, 1 C 16.08, juris.

¹⁰⁶⁵ BVerwG, Urteil vom 08.12.2009, 1 C 16.08, juris, Rn. 14.

Bundesverwaltungsgericht deutet an, dass sich Aufenthaltsrechte möglicherweise nur aus den besonderen Regelungen der Art. 6 ff ARB Nr. 1/80 ergeben könnten, räumt aber ein, dass der EuGH es nicht von vornherein für ausgeschlossen hält, dass sich ein türkischer Arbeitnehmer zur Begründung eines Aufenthaltsrechtes auf Art. 10 ARB Nr. 1/80 beruft¹⁰⁶⁶. Das Bundesverwaltungsgericht führt aus, dass sich das Aufenthaltsrecht nicht aus einem gemeinschaftsrechtlich begründeten Anspruch auf Ausübung einer Beschäftigung herleite, sondern auf einer sich aus nationalem Recht ergebenden überschießenden beschäftigungsrechtlichen Position in Verbindung mit dem *effet utile* des Diskriminierungsverbotes beruhe¹⁰⁶⁷. Es sei Sinn und Zweck der aufenthaltsrechtlichen Wirkung des Diskriminierungsverbotes, es dem Mitgliedstaat zu untersagen, die praktische Wirksamkeit des Diskriminierungsverbotes dadurch zu unterlaufen, dass durch nach nationalem Recht zulässige aufenthaltsbeschränkende Maßnahmen die Ausübung des ursprünglich eingeräumten Rechtes zur Beschäftigung verhindert wird, wenn dies nicht zum Schutz eines berechtigten Interesses des Staates, wie der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit geboten ist¹⁰⁶⁸. Ohne nähere Begründung nimmt das Bundesverwaltungsgericht an, dass das Diskriminierungsverbot aber nur das konkrete Beschäftigungsverhältnis schützt, welches der Betroffene im Vertrauen auf die ihm erteilte unbefristete Arbeitsgenehmigung aufgenommen hat¹⁰⁶⁹. Der 13. Senat des VGH Mannheim entnimmt zunächst der Tatsache, dass der EuGH Art. 40 des Kooperationsbkommen EWG/Marokko und Art. 10 ARB Nr. 1/80 als vergleichbare Vorschriften bezeichnet, dass die Auslegung beider Diskriminierungsverbote übereinstimmend vorzunehmen ist¹⁰⁷⁰. Der Tatsache, dass der EuGH ohne weitere Problematisierung ausführe, es sei Sache des nationalen Gerichtes festzustellen, ob eine der Fallgestaltung in der Sache *El-Yassini* entsprechende Fallgestaltung vorliege, entnimmt der VGH Mannheim, dass der EuGH die in der Sache *El-Yassini* aufgestellten Grundsätze für Art. 10 Abs. 1 ARB Nr. 1/80 übernimmt¹⁰⁷¹. Hierfür spreche auch der übereinstimmende Wortlaut beider Vorschriften¹⁰⁷². Darüber hinaus verfolge der ARB Nr. 1/80 ein höheres Integrationsziel als das Europa-Mittelmeer-Abkommen/Marokko. Das Diskriminierungsverbot aus Art. 10 Abs. 1 ARB Nr. 1/80 müsse daher erst recht aufenthalts-

¹⁰⁶⁶ BVerwG, Urteil vom 08.12.2009, 1 C 16.08, juris, Rn. 14.

¹⁰⁶⁷ BVerwG, Urteil vom 08.12.2009, 1 C 16.08, juris, Rn. 16.

¹⁰⁶⁸ BVerwG, Urteil vom 08.12.2009, 1 C 16.08, juris, Rn. 16.

¹⁰⁶⁹ BVerwG, Urteil vom 08.12.2009, 1 C 16.08, juris, Rn. 17.

¹⁰⁷⁰ VGH Mannheim, Urteil vom 10.07.2008, 13 S 708/08, juris, Rn. 37.

¹⁰⁷¹ VGH Mannheim, Urteil vom 10.07.2008, 13 S 708/08, juris, Rn. 37.

¹⁰⁷² VGH Mannheim, Urteil vom 10.07.2008, 13 S 708/08, juris, Rn. 38.

rechtliche Wirkungen entfalten können¹⁰⁷³. Es bestehe auch kein Grund, Art. 6 ARB Nr. 1/80 als abschließende aufenthaltsrechtliche Regelung im Rahmen des ARB Nr. 1/80 zu sehen¹⁰⁷⁴. Art. 6 ARB Nr. 1/80 und die aufenthaltsrechtlichen Folgen aus Art. 10 ARB Nr. 1/80 betreffen unterschiedliche Konstellationen. Art. 6 ARB Nr. 1/80 beinhalte ein originäres Aufenthalts- und Beschäftigungsrecht mit dem Ziel der schrittweisen Integration türkischer Arbeitnehmer in den Arbeitsmarkt des Aufnahmemitgliedstaates. Art. 10 ARB Nr. 1/80 führe nur dazu, dass ein Beschäftigungsrecht, welches ein Mitgliedstaat nach seinen nationalen Vorschriften erteilt hat, als Annex ein Aufenthaltsrecht nach sich ziehen muss, wenn die erteilte Arbeitserlaubnis die ursprünglich erteilte Aufenthaltserlaubnis übersteigt¹⁰⁷⁵.

b. Zur rechtlichen Situation ab Inkrafttreten des Zuwanderungsgesetzes

Anders bewertet das Bundesverwaltungsgericht die rechtliche Situation ab Inkrafttreten des Zuwanderungsgesetzes. Wie dargelegt, gilt die ursprünglich erteilte Arbeitsberechtigung gemäß § 105 Abs. 2 AufenthG nur noch als verwaltungsinterne Zustimmung zur Aufnahme einer Beschäftigung fort. Das Bundesverwaltungsgericht spricht dieser Zustimmung als bloßem Verwaltungsinternum jegliche Möglichkeit ab, aufenthaltsrechtliche Wirkungen auf der Grundlage des Diskriminierungsverbotes nach sich zu ziehen, da diese Zustimmung dem Betroffenen keine im Vergleich zum Aufenthaltsrecht zeitlich überschießenden Beschäftigungsrechte verleihe¹⁰⁷⁶.

Das Bundesverwaltungsgericht sieht in der Änderung der Rechtslage in Bezug auf die Erteilung der Arbeitsgenehmigung auch keinen Verstoß gegen das Standstillgebot aus Art. 13 ARB Nr. 1/80. Diese Bestimmung lautet: „Die Mitgliedstaaten der Gemeinschaft und die Türkei dürfen für Arbeitnehmer und ihre Familienangehörigen, deren Aufenthalt und Beschäftigung in ihrem Hoheitsgebiet ordnungsgemäß sind, keine neuen Beschränkungen der Bedingungen für den Zugang zum Arbeitsmarkt einführen.“ Das Bundesverwaltungsgericht bezweifelt, lässt aber im Ergebnis offen, ob bei einem Günstigkeitsvergleich in Bezug auf die unterschiedlichen nationalen Rechtslagen ein gemeinschaftsrechtlicher Anspruch aus Art. 10 ARB Nr. 1/80 einzubeziehen ist¹⁰⁷⁷. Im Ergebnis verneint das Bundesverwaltungsgericht in dem konkre-

¹⁰⁷³ VGH Mannheim, Urteil vom 10.07.2008, 13 S 708/08, juris, Rn. 40.

¹⁰⁷⁴ VGH Mannheim, Urteil vom 10.07.2008, 13 S 708/08, juris, Rn. 41.

¹⁰⁷⁵ VGH Mannheim, Urteil vom 10.07.2008, 13 S 708/08, juris, Rn. 41.

¹⁰⁷⁶ BVerwG, Urteil vom 08.12.2009, 1 C 16.08, juris, Rn. 22.

¹⁰⁷⁷ BVerwG, Urteil vom 08.12.2009, 1 C 16.08, juris, Rn. 25.

ten Fall einen Verstoß gegen das Verschlechterungsverbot mit dem Argument, der Kläger stünde auch unter Zugrundelegung der Rechtslage, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des ARB Nr. 1/80 am 01.12.1980 galt, nicht besser¹⁰⁷⁸. Zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des ARB Nr. 1/80 hätte der Betroffene nach § 2 Abs. 1 Nr. 2 i.V.m. § 4 Abs. 2 S. 1 AEVO eine auf fünf Jahre befristete besondere Arbeitserlaubnis erhalten. Da auch eine solche zu dem für die Entscheidung über das Aufenthaltsrecht maßgeblichen Zeitpunkt bereits abgelaufen wäre, stünde der Betroffene nicht besser als unter Zugrundelegung der aktuellen Rechtslage¹⁰⁷⁹. Das OVG Hamburg ist anderer Auffassung. Es hat dem EuGH mit Beschluss vom 19.05.2001¹⁰⁸⁰ unter anderem folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt:

„Ist Art. 13 des Beschlusses Nr. 1/80 dahin auszulegen, dass die Stillhalteklausele es einem Mitgliedstaat auch verbietet, einem dem regulären Arbeitsmarkt angehörenden türkischen Arbeitnehmer durch eine normative Regelung (hier: durch das Gesetz über den Aufenthalt, die Erwerbstätigkeit und die Integration von Ausländern im Bundesgebiet vom 30.07.2004) die Möglichkeit zu nehmen, sich auf einen Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot in Art. 10 Abs. 1 des Beschlusses Nr. 1/80 im Hinblick auf die ihm zuvor erteilte, die Dauer der Aufenthaltserlaubnis übersteigende Arbeitserlaubnis zu berufen?“

„Ist Art. 10 Abs. 1 des Beschlusses Nr. 1/80 weiter dahin auszulegen, dass von dieser Vorschrift ausschließlich diejenige Beschäftigung erfasst wird, die ein türkischer Arbeitnehmer, der im Besitz einer ihm von den nationalen Behörden ordnungsgemäß erteilten unbefristeten und sachlich nicht eingeschränkten Arbeitserlaubnis ist, in dem Zeitpunkt ausübt, in dem seine für einen anderen Zweck erteilte befristete Aufenthaltserlaubnis endet, und dass ein türkischer Arbeitnehmer in dieser Situation deshalb nicht verlangen kann, dass die nationalen Behörden auch nach endgültiger Aufgabe dieser Beschäftigung seinen weiteren Aufenthalt für eine neue Beschäftigung – gegebenenfalls nach einer für die Stellensuche notwendigen zeitlichen Unterbrechung - erlauben?“

„Ist Art. 10 Abs. 1 des Beschlusses Nr. 1/80 weiter dahin auszulegen, dass das Diskriminierungsverbot es den nationalen Behörden des Aufnahmemitgliedstaats (nur) untersagt, gegenüber einem dem regulären Arbeitsmarkt angehörenden türkischen

¹⁰⁷⁸ BVerwG, Urteil vom 08.12.2009, 1 C 16.08, juris, Rn. 25.

¹⁰⁷⁹ BVerwG, Urteil vom 08.12.2009, 1 C 16.08, juris, Rn. 25 f.

¹⁰⁸⁰ OVG Hamburg, Beschluss vom 19.05.2001, juris, 4 Bf 88/10.

Staatsangehörigen, dem er ursprünglich in Bezug auf die Ausübung einer Beschäftigung weitergehende Rechte als in Bezug auf seinen Aufenthalt verliehen hat, nach dem Ablauf der zuletzt erteilten Aufenthaltserlaubnis aufenthaltsbeendende Maßnahmen zu ergreifen, sofern diese Maßnahmen nicht dem Schutz eines berechtigten Interesses des Staates dienen, sie nicht jedoch dazu verpflichtet, eine Genehmigung zum Aufenthalt zu erteilen?“

Das OVG Hamburg hat in seiner Begründung dieses Vorabentscheidungsersuchens seine Rechtsauffassung dargelegt und die hier aufgeworfenen Fragen zu Gunsten der türkischen Arbeitnehmer beantwortet. Das OVG Hamburg ist der Auffassung, dass die Änderung der deutschen Rechtslage in Bezug auf die Erteilung der Arbeitslaubnis eine neue Beschränkung im Sinne von Art. 13 ARB Nr. 1/80 darstelle und daher auf türkische Arbeitnehmer unanwendbar sei¹⁰⁸¹. Das OVG Hamburg bezieht sich dabei auf die Rechtsprechung des EuGH in den Rechtssachen *Toprak* und *Oguz*¹⁰⁸². Der EuGH habe danach als Ziel des Art. 13 ARB Nr. 1/80 festgelegt „günstige Bedingungen für die schrittweise Verwirklichung der Freizügigkeit der Arbeitnehmer, des Niederlassungsrechtes und des freien Dienstleistungsverkehrs dadurch zu schaffen, dass den innerstaatlichen Stellen verboten werde, neue Hindernisse für diese Freiheiten einzuführen, um die schrittweise Herstellung dieser Freiheiten zwischen den Mitgliedstaaten und der Republik Türkei nicht zu erschweren“¹⁰⁸³. Nach dieser Rechtsprechung erstrecke sich die Tragweite der Stillhalteverpflichtung aus Art. 13 ARB Nr. 1/80 auf „sämtliche neuen Hindernisse für die Ausübung der Arbeitnehmerfreizügigkeit, die eine Verschärfung der zu einem bestimmten Zeitpunkt bestehenden Begründung darstellen“¹⁰⁸⁴. Das OVG Hamburg verweist darauf, dass nach der Rechtsprechung des EuGH gewährleistet sein muss, dass sich die Mitgliedstaaten nicht von dem dargelegten Ziel des Art. 13 ARB Nr. 1/80 entfernen, indem sie Regelungen ändern, welche sie nach Inkrafttreten des ARB Nr. 1/80 zu Gunsten der Freizügigkeit türkischer Arbeitnehmer erlassen haben¹⁰⁸⁵. Nach der Auffassung des OVG spricht in vorliegendem Fall auch nichts dagegen, die Auswirkun-

¹⁰⁸¹ OVG Hamburg, Beschluss vom 19.5.2011, 4 Bf 88/10, juris, Rn. 56.

¹⁰⁸² EuGH, Urteil vom 09.12.2010, C-300/09 und C-301/09, Slg. 2010 I, 12845, *Toprak* und *Oguz*.

¹⁰⁸³ OVG Hamburg, Beschluss vom 19.5.2011, 4 Bf 88/10, juris, Rn. 61 unter Bezugnahme auf EuGH, Urteil vom 09.12.2010, C-300/09 und 301/09, Slg. 2010 I, 12845, *Toprak* und *Oguz*, Rn. 52.

¹⁰⁸⁴ OVG Hamburg, Beschluss vom 19.5.2011, 4 Bf 88/10, juris, Rn. 61 unter Bezugnahme auf EuGH, Urteil vom 09.12.2010, C-300/09 und 301/09, Slg. 2010 I, 12845, *Toprak* und *Oguz*, Rn. 54.

¹⁰⁸⁵ OVG Hamburg, Beschluss vom 19.5.2011, 4 Bf 88/10, juris, Rn. 61 unter Bezugnahme auf EuGH, Urteil vom 09.12.2010, C-300/09 und 301/09, Slg. 2010 I, 12845, *Toprak* und *Oguz*, Rn. 55.

gen des assoziationsrechtlichen Diskriminierungsverbotes in den Günstigkeitsvergleich mit einzubeziehen¹⁰⁸⁶. Das Diskriminierungsverbot aus Art. 10 Abs. 1 ARB Nr. 1/80 und das nationale Aufenthalts- und Arbeitserlaubnisrecht bildeten eine Einheit, die als „in dem betreffenden Hoheitsgebiet geltende Regelung“ im Sinne der Rechtsprechung des EuGH anzusehen sei¹⁰⁸⁷. Es sei daher auch dann eine neue Beschränkung im Sinne des Art. 13 ARB Nr. 1/80 gegeben, wenn durch die Änderung der nationalen Bestimmung eine Voraussetzung für die Geltendmachung einer unionsrechtlichen Position entfällt¹⁰⁸⁸. Das OVG Hamburg ist anders als das Bundesverwaltungsgericht der Auffassung, dass nicht nur das aktuelle Beschäftigungsverhältnis des Betroffenen zum Zeitpunkt des Ablaufs seiner letzten Aufenthaltserlaubnis geschützt ist, sondern dass der Betroffene sich zur Geltendmachung eines Aufenthaltsrechtes auch weiter auf das Diskriminierungsverbot stützen kann, wenn er anschließend sein Arbeitsverhältnis wechselt¹⁰⁸⁹. Dies schließt das OVG Hamburg aus der Rechtsprechung des EuGH in der Sache *Güzeli*¹⁰⁹⁰, nach deren Sachverhalt der betroffene Herr Güzeli seine Arbeitsstelle nach Ablauf seiner Aufenthaltserlaubnis gewechselt hatte, und dies vom EuGH nicht als Hindernis für die Ableitung eines Aufenthaltsrechtes aus der überschießenden Arbeitserlaubnis angesehen wurde¹⁰⁹¹. Schließlich leitet das OVG Hamburg aus dem Diskriminierungsverbot einen Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis und nicht nur auf Aussetzung der Abschiebung ab¹⁰⁹². Es bestehe die Gefahr, dass die Erteilung einer Duldung bereits faktisch nicht ausreiche, um die Erwerbstätigkeit des türkischen Arbeitnehmers weiter zu ermöglichen, da der Arbeitgeber möglicherweise die Weiterbeschäftigung bzw. die Einstellung ablehne, wenn der Betroffene lediglich im Besitz einer Duldung ist¹⁰⁹³. Weiterhin könne auch die Rechtsprechung des EuGH in den Rechtssachen *El-Yassini* und *Gattoussi* für einen Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis angeführt werden, da der EuGH in beiden Fällen von einer „aufenthaltsrechtlichen Wirkung“ des Diskriminierungsverbotes spreche¹⁰⁹⁴. Auch die Formulierung des EuGH in den Rechtssachen *El-Yassini* und *Gattoussi* wonach die Diskriminierungsverbote es den

¹⁰⁸⁶ OVG Hamburg, Beschluss vom 19.5.2011, 4 Bf 88/10, juris, Rn. 62.

¹⁰⁸⁷ OVG Hamburg, Beschluss vom 19.5.2011, 4 Bf 88/10, juris, Rn. 62.

¹⁰⁸⁸ OVG Hamburg, Beschluss vom 19.5.2011, 4 Bf 88/10, juris, Rn. 62.

¹⁰⁸⁹ OVG Hamburg, Beschluss vom 19.5.2011, 4 Bf 88/10, juris, Rn. 71.

¹⁰⁹⁰ EuGH, Urteil vom 26.10.2006, Rs. C-4/05, Slg. 2006 I, 10279, Güzeli.

¹⁰⁹¹ OVG Hamburg, Beschluss vom 19.05.2011, juris, 4 Bf 88/10, Rn. 71 unter Verweis auf EuGH, Urteil vom 26.10.2006, Rs. C-4/05, Slg. 2006 I, 10279, Güzeli.

¹⁰⁹² OVG Hamburg, Beschluss vom 19.05.2011, 4 Bf 88/10, juris, Rn. 76.

¹⁰⁹³ OVG Hamburg, Beschluss vom 19.5.2011, 4 Bf 88/10, juris, Rn. 76.

¹⁰⁹⁴ OVG Hamburg, Beschluss vom 19.5.2011, 4 Bf 88/10, juris, Rn. 77.

Aufnahmemitgliedstaaten grundsätzlich nicht untersagten, die Verlängerung der Aufenthaltserlaubnis abzulehnen bzw. die Aufenthaltserlaubnis nachträglich zu befristen, es sich aber „anders verhielte“, wenn der Betroffene im Besitz einer Arbeitserlaubnis wäre, welche die Aufenthaltserlaubnis in zeitlicher Hinsicht übersteige, spreche dafür, dass der EuGH in diesem zweiten Fall von der Verpflichtung der Mitgliedstaaten zur Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis ausginge¹⁰⁹⁵. Der EuGH hat über das Vorabentscheidungsersuchen des OVG Hamburg bereits mit Urteil vom 08.12.2012¹⁰⁹⁶ entschieden, hat allerdings keine der vom OVG Hamburg aufgeworfenen Fragen beantwortet, da der EuGH davon ausging, dass der Betroffene entgegen der Auffassung des OVG Hamburg bereits ein Aufenthaltsrecht aus Art. 6 ARB Nr. 1/80 ableiten konnte. Der EuGH sah sich daher nicht mehr veranlasst, zu den einzelnen Vorlagefragen konkret Stellung zu nehmen.

7. Stellungnahme

Die grundsätzlichen Zweifel, ob sich aus einer überschießenden Arbeitserlaubnis in Verbindung mit dem Diskriminierungsverbot aus Art. 10 ARB Nr. 1/80 ein Aufenthaltsrecht ergeben kann, sind nicht gerechtfertigt. Insbesondere stehen dieser Annahme nicht die Regelungen der Art. 6 und 7 ARB Nr. 1/80 als etwaige abschließende aufenthaltsrechtliche Bestimmungen entgegen. Zunächst ist festzuhalten, dass auch diese nicht ausdrücklich Aufenthaltsrechte verschaffen, sondern ihrem Wortlaut nach auch nur Beschäftigungsrechte umfassen. Aufgrund der Tatsache, dass diese Beschäftigungsrechte wirkungslos sind, wenn aus ihnen nicht auch gleichzeitig Aufenthaltsrechte abgeleitet werden können, hat der EuGH den Art. 6 und 7 ARB Nr. 1/80 aufenthaltsrechtliche Wirkung beigemessen¹⁰⁹⁷. Weiter ist nicht ersichtlich, aus welchem Grund diese Vorschriften die aufenthaltsrechtliche Position türkischer Arbeitnehmer und ihrer Familienangehörigen abschließend regeln sollten. Die Art. 6 und 7 ARB Nr. 1/80 führen letztlich zu Privilegierungen türkischer Arbeitnehmer und ihrer Familienangehörigen, wenn sie bestimmte Beschäftigungs- bzw. Aufenthaltszeiten zurückgelegt haben. Sie betreffen damit bestimmte Konstellationen, in denen die Betroffenen begünstigt sein sollen. Dass sich Aufenthaltsrechte aber ausschließlich

¹⁰⁹⁵ OVG Hamburg, Beschluss vom 19.5.2011, 4 Bf 88/10, juris, Rn. 77.

¹⁰⁹⁶ EuGH, Urteil vom 08.11.2012, C-268/11, veröffentlicht in der digitalen Sammlung (Allgemeine Sammlung), Gülbahce.

¹⁰⁹⁷ Zu Art. 6 ARB Nr. 1/80: EuGH, Urteil vom 16.12.1992, Rs. C-237/91, Slg. 1992 I, 6781, Kus, Rn. 29 ff; EuGH, Urteil vom 20.09.1990, Rs. C-192/89, Slg. 1990 I, 3461, Sevince, Rn. 29; zu Art. 7 ARB Nr. 1/80: EuGH, Urteil vom 05.10.1994, Rs. 355/93, Slg. 1994 I, 5113, Eroglu, Rn. 20.

in diesen Konstellationen ergeben sollen ist weder dem Wortlaut der Vorschriften zu entnehmen, noch lässt sich diese Annahme sinnvoll mit dem Regelungszweck des ARB 1/80 begründen. Weiterhin widerspräche auch die Annahme, dass die Art. 6 und 7 ARB Nr. 1/80 die aufenthaltsrechtliche Position türkischer Arbeitnehmer und ihrer Familienangehörigen abschließend regeln sollen, der Vorgabe, dass primäres Assoziationsrecht nicht durch sekundäres Assoziationsrecht eingeschränkt werden darf. Das primäre Assoziationsrecht enthält mit Art. 37 ZP nämlich ein im Wesentlichen gleich lautendes Diskriminierungsverbot wie in Art. 10 ARB Nr. 1/80. Dieses primärrechtliche Diskriminierungsverbot kann nicht durch sekundärrechtliche Regelungen wie die Art. 6 und 7 ARB Nr. 1/80 eingeschränkt werden. Es würde aber einen nicht zu erklärenden Widerspruch bedeuten, wenn das Diskriminierungsverbot aus Art. 10 ARB Nr. 1/80 in seiner Reichweite durch die Regelungen der Art. 6 und 7 ARB Nr. 1/80 beschränkt werden würde¹⁰⁹⁸. Auch ein Vergleich der Ziele des Kooperationsabkommens EWG/Marokko und des Europa-Mittelmeerabkommens/Tunesien auf der einen Seite und des Assoziierungsabkommens EWG/Türkei auf der anderen Seite kann nur dazu führen, dass auch dem Art. 10 ARB Nr. 1/80 aufenthaltsrechtliche Wirkung beigemessen wird. Das Assoziierungsabkommen zielt auf die Vorbereitung der Türkei zum EU-Beitritt und in diesem Rahmen auf die schrittweise Herstellung der Arbeitnehmerfreizügigkeit ab. Das Kooperationsabkommen EWG/Marokko bzw. jetzt das Europa-Mittelmeerabkommen/Marokko und das Europa-Mittelmeer-Abkommen/Tunesien zielen nur auf eine Zusammenarbeit im wirtschaftlichen, politischen und sozialen Bereich ab. Ein EU-Beitritt und die Herstellung der Arbeitnehmerfreizügigkeit sind nicht vorgesehen. Es wäre daher widersinnig, dem Diskriminierungsverbot aus Art. 10 ARB Nr. 1/80 eine geringere Tragweite zukommen zu lassen als den nahezu gleich lautenden Diskriminierungsverboten aus Art. 40 Kooperationsabkommen EWG/Marokko und Art. 64 Europa-Mittelmeer-Abkommen/Tunesien. Es kann auch nicht bezweifelt werden, dass der EuGH von der grundsätzlichen Möglichkeit, aus einer überschießenden Arbeitserlaubnis in Verbindung mit dem Diskriminierungsverbot aus Art. 10 ARB Nr. 1/80 Aufenthaltsrechte abzuleiten, ausgeht. In der Rechtssache *Güzeli* hat er dies vorausgesetzt und festgestellt, dass es den nationalen Gerichten überlassen bleibt, zu ermitteln, ob in dem zu entscheidenden Fall die erforderliche Konstellation vorliegt¹⁰⁹⁹.

¹⁰⁹⁸ Vgl. *Dienelt*, NVwZ 2003, 54.

¹⁰⁹⁹ EuGH, Urteil vom 26.10.2006, Rs. C-4/05, Slg. 2006 I, 10279, *Güzeli*, Rn. 53.

Die gemäß § 2 ArGV erteilte Arbeitsberechtigung stellt auch ein überschießendes Beschäftigungsrecht im Sinne der Rechtsprechung des EuGH in den Rechtssachen *El-Yassini*, *Gattoussi* und *Güzeli* dar. Nach der Rechtsprechung des EuGH ist die Frage maßgeblich, ob die Arbeitsgenehmigung *ursprünglich* zeitlich weitergehender war als die Aufenthaltserlaubnis. Der EuGH hat in der Rechtssache *Gattoussi* folgende Feststellung getroffen:

„Insbesondere kann, wie der Gerichtshof bereits in der Rs. *El-Yassini* entschieden hat, der Aufnahmemitgliedstaat dann, wenn er dem Wanderarbeitnehmer ursprünglich in Bezug auf die Ausübung einer Beschäftigung weitergehende Rechte als in Bezug auf den Aufenthalt verliehen hatte, die Situation dieses Arbeitnehmers nicht aus Gründen in Frage stellen, die nicht dem Schutz eines berechtigten Interesses des Staates, wie die öffentliche Ordnung, Sicherheit und Gesundheit dienen“¹¹⁰⁰.

Er stellt also auf die ursprüngliche Situation ab. Ist eine weitergehende Arbeitsgenehmigung erteilt, kann die Aufenthaltserlaubnis nachträglich nur noch aufgrund eines berechtigten Interesses des Staates beschränkt werden. Dem EuGH wurde sowohl in der Rechtssache *Gattoussi* als auch in der Rechtssache *Güzeli* die nach deutschem Recht geltende rechtliche Beziehung zwischen Aufenthalts- und Beschäftigungsrecht dargelegt. Dennoch ist der EuGH grundsätzlich davon ausgegangen, dass sich für den jeweils betroffenen Arbeitnehmer ein Aufenthaltsrecht aus einer überschießenden Arbeitserlaubnis in Verbindung mit dem Diskriminierungsverbot ergeben könne. Zwar stellt der EuGH fest, dass es Sache des nationalen Gerichtes sei zu klären, ob in dem konkreten Fall ein überschießendes Aufenthaltsrecht vorliege. Dies kann aber nur die Frage betreffen, ob die Arbeitsgenehmigung bei ihrer Erteilung in Bezug auf ihren Geltungszeitraum die Aufenthaltsgenehmigung überschreitet und ob die weitergehende Arbeitsgenehmigung aus berechtigten Interessen des Mitgliedstaates nachträglich beschränkt werden kann. Der Hinweis des OVG Hamburg¹¹⁰¹ ist zutreffend: Der EuGH hat entschieden, dass die Mitgliedstaaten nicht über das Diskriminierungsverbot verfügen dürfen, „indem sie dessen praktische Wirksamkeit durch Bestimmungen des nationalen Rechtes beschränken“¹¹⁰². Das

¹¹⁰⁰ EuGH, Urteil vom 14.12.2006, Rs. C-97/05, Slg. 2006 I, 11917, *Gattoussi*, Rn. 40.

¹¹⁰¹ OVG Hamburg, Urteil vom 29.05.2008, 4 Bf 232/07, juris, Rn. 67.

¹¹⁰² EuGH, Urteil vom 14.12.2006, Rs. C-97/05, Slg. 2006 I, 11917, *Gattoussi*, Rn. 39; OVG Hamburg, Urteil vom 29.05.2008, 4 Bf 232/07, juris, Rn. 61.

Erfordernis der einheitlichen Anwendung der Abkommen lässt dies nicht zu¹¹⁰³. Mit der ursprünglichen Erteilung der unbefristeten Arbeitsgenehmigung und der Aufnahme der Beschäftigung ist auch das beschäftigungsbezogene Diskriminierungsverbot unbefristet entstanden. Solange der Betroffene dem Arbeitsmarkt angehört, unterfällt er auch weiter diesem Diskriminierungsverbot. Ist aber ein solcher Schutz durch das Diskriminierungsverbot gegeben, ist es im Sinne der einheitlichen Anwendung und des Effektivitätsgebotes ausgeschlossen, dass die Mitgliedstaaten diese Wirkung unter Berufung auf nationale Vorschriften aushebeln. Bei Bestehen einer die Aufenthaltserlaubnis in zeitlicher Hinsicht übertreffende Arbeitsgenehmigung kann die Aufenthaltserlaubnis daher nur aus einem berechtigten Interesse des Staates, wie öffentliche Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit beschränkt werden¹¹⁰⁴.

Bei der Prüfung, ob eine die Aufenthaltserlaubnis zeitlich übertreffende Arbeitsgenehmigung vorliegt ist also der Zeitpunkt maßgeblich, zu dem die Arbeitsgenehmigung erteilt wurde¹¹⁰⁵. Zum Erteilungszeitpunkt war die Arbeitsgenehmigung nach altem Recht aber zeitlich weitergehend als die Aufenthaltserlaubnis. Nach dem vor Inkrafttreten des Zuwanderungsgesetzes geltenden Recht wurde die Aufenthaltserlaubnis befristet erteilt, die Arbeitsgenehmigung dagegen von Anfang an unbefristet. Aufenthaltserlaubnis und Arbeitsgenehmigung wurden auch von zwei verschiedenen Stellen in demgemäß getrennten Verwaltungsakten erteilt. Die Ausländerbehörde erteilte die Aufenthaltserlaubnis, die Arbeitsberechtigung wurde durch das Arbeitsamt, heute Agentur für Arbeit, erteilt. Aus oben Gesagtem folgt, dass eine nachträgliche Befristung des Aufenthaltsrechtes und damit auch des Beschäftigungsrechtes in diesem Fall nur dann zulässig ist, wenn andernfalls ein berechtigtes Interesse des Staates wie öffentliche Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit beeinträchtigt wäre.

Auch nach Inkrafttreten des Zuwanderungsgesetzes entfaltet das Diskriminierungsverbot aus Art. 10 ARB Nr. 1/80 in Verbindung mit der Erteilung einer Arbeitserlaubnis nach Eheschließung aufenthaltsrechtliche Wirkung. Hier sind zwei Situationen denkbar: Zum einen stellt sich die Frage, welche Auswirkungen die Tatsache hat, dass die nach altem Recht erteilten Arbeitsberechtigungen gemäß § 105 Abs. 2 Auf-

¹¹⁰³ EuGH, Urteil vom 14.12.2006, Rs. C-97/05, Slg. 2006 I, 11917, Gattoussi, Rn. 39; OVG Hamburg, Urteil vom 29.05.2008, 4 Bf 232/07, juris, Rn. 61.

¹¹⁰⁴ EuGH, Urteil vom 02.03.1999, Rs. C-416/96, Slg. 1999 I, 1209, El-Yassini, Rn. 61; OVG Hamburg, Urteil vom 29.05.2008, 4 Bf 232/07, juris, Rn. 61.

¹¹⁰⁵ EuGH, Urteil vom 02.03.1999, Rs. C-416/96, Slg. 1999 I, 1209, El-Yassini, Rn. 40.

enthG nur noch als verwaltungsinterne Zustimmung zur Aufnahme einer Beschäftigung fortgelten. Zum anderen ist die Situation zu beurteilen, dass die Arbeitsgenehmigung seit Inkrafttreten des Zuwanderungsgesetzes nicht mehr in einem eigenen Verwaltungsakt und zeitlich unbefristet erteilt wird, sondern stattdessen nur die Aufenthaltserlaubnis erteilt wird und diese per Gesetz zur Erwerbstätigkeit berechtigt und einen entsprechenden Vermerk enthält. Letztlich dürfen beide Änderungen nicht dazu führen, dass sich für türkische Staatsangehörige keine Aufenthaltsrechte mehr aus dem Diskriminierungsverbot ergeben. Andernfalls läge ein Verstoß gegen das Gebot des *Standstill* aus Art. 13 ARB Nr. 1/80 vor. Hier ist die von dem OVG Hamburg in seinem Vorabentscheidungsersuchen vom 19.05.2011¹¹⁰⁶ dargelegte Auffassung überzeugend. Die dargelegten Änderungen stellen unzweifelhaft eine neue Beschränkung der Bedingungen für den Zugang zum Arbeitsmarkt dar. Vor Gesetzesänderung erhielten die Betroffenen beispielsweise aufgrund ihrer Eheschließung mit einem deutschen Staatsangehörigen eine unbefristete und damit zeitlich die Aufenthaltserlaubnis übertreffende Arbeitsgenehmigung. Aus dem Diskriminierungsverbot des Art.10 Abs. 1 ARB Nr. 1/80 ergab sich für sie in Verbindung mit dieser unbefristeten Arbeitserlaubnis das weitere Recht zum Aufenthalt im Bundesgebiet für den Fall, dass sie sich von ihrem deutschen Ehegatten trennten, wenn sie zu dem Zeitpunkt dem regulären Arbeitsmarkt des Mitgliedstaates angehörten. Indem diese unbefristete Arbeitserlaubnis nur noch als verwaltungsinterne Zustimmung zur Aufnahme einer Beschäftigung fortgalt bzw. ab dem 01.01.2005 gar nicht mehr erteilt wurde, wurde den türkischen Staatsangehörigen dieses Recht genommen, was ihnen den Zugang zum Arbeitsmarkt erschweren bzw. in dem konkreten Fall sogar unmöglich machen würde. Die Änderungen können daher für türkische Staatsangehörige keine Wirkung entfalten. Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus der Tatsache, dass türkischen Staatsangehörigen auch zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des ARB Nr. 1/80 aufgrund der Eheschließung mit einem deutschen Staatsangehörigen keine unbefristete Aufenthaltsgenehmigung zustand. Der EuGH hat nämlich entschieden, dass für türkische Staatsangehörige jeweils die günstigste Rechtslage zu gelten hat, die seit Inkrafttreten des ARB Nr. 1/80 existierte. In seinem Urteil in der Rechtssache *Toprak und Oguz*¹¹⁰⁷ hat der EuGH festgestellt:

¹¹⁰⁶ OVG Hamburg, Beschluss vom 19.05.2011, 4 Bf 88/10, juris.

¹¹⁰⁷ EuGH, Urteil vom 09.12.2010, C-300/09 und C-301/09, Slg. 2010 I, 12845, *Toprak und Oguz*.

„Es muss daher auch gewährleistet sein, dass sich die Mitgliedstaaten nicht von dem verfolgten Ziel entfernen, indem sie von Bestimmungen abgehen, die sie in ihrem Gebiet nach Inkrafttreten des Beschlusses Nr. 1/80 zu Gunsten der Freizügigkeit türkischer Arbeitnehmer erlassen haben¹¹⁰⁸. In Fällen wie den Ausgangsverfahren ist deshalb der Bezugszeitpunkt für die Beurteilung, ob die Einführung neuer Regeln zu „neuen Beschränkungen“ führt, der Zeitpunkt des Erlasses solcher Bestimmungen“¹¹⁰⁹.

Mit dieser Feststellung ist die Auffassung des Bundesverwaltungsgerichtes, es sei für den Günstigkeitsvergleich auf den Zeitpunkt des Inkrafttretens des ARB Nr. 1/80 abzustellen¹¹¹⁰, nicht zu vereinbaren. Der EuGH stellt zur Beurteilung der Frage, ob ein Verstoß gegen die Stillhalteklausele vorliegt, unzweifelhaft auf die günstigste Rechtslage ab, die seit Inkrafttreten des ARB Nr. 1/80 bestanden hat. Dementsprechend muss in Bezug auf die Frage, in welcher Form die Arbeitserlaubnis für die begünstigten türkischen Staatsangehörigen als erteilt gelten muss, auf die günstigste Rechtslage seit Inkrafttreten des ARB Nr. 1/80 abgestellt werden. Dies ist die Form der Arbeitserlaubnis, die in einem gesonderten Verwaltungsakt und für einen unbefristeten Zeitraum erteilt wurde. Die Änderungen in Bezug auf die Weitergeltung bzw. Erteilung der Arbeitserlaubnisse durch das Zuwanderungsgesetz haben für türkische Staatsangehörige damit keine Bedeutung. Sie sind weiter so zu behandeln, als wären sie im Besitz einer unbefristeten Arbeitsgenehmigung. Etwas Anderes folgt auch nicht daraus, dass sich die günstigere Regelung nicht aus dem nationalen Recht selbst, sondern erst im Zusammenspiel mit dem Diskriminierungsverbot aus Art. 10 Abs. 1 ARB Nr. 1/80 ergibt. Wenn die Änderung des nationalen Rechtes dazu führt, dass die sich aus dem Assoziationsrecht ergebenden Vorteile nicht mehr wahrgenommen werden können, dann stellt die Änderung des nationalen Rechtes genau so eine Beschränkung des Zugangs zum Arbeitsmarkt dar wie eine sich unmittelbar aus nationalem Recht ergebende Verschlechterung der Rechtsposition.

¹¹⁰⁸ EuGH, Urteil vom 09.12.2010, C-300/09 und C-301/09, Slg. 2010 I, 12845, Toprak und Oguz, Rn. 55.

¹¹⁰⁹ EuGH, Urteil vom 09.12.2010, C-300/09 und C-301/09, Slg. 2010 I, 12845, Toprak und Oguz, Rn. 56.

¹¹¹⁰ BVerwG, Urteil vom 08.12.2009, 1 C 16.08, juris, Rn. 27.

8. Voraussetzungen für das Aufenthaltsrecht aus dem Diskriminierungsverbot in Verbindung mit einer überschießenden Arbeitserlaubnis

a. Arbeitnehmer

Ausweislich des Wortlautes des Art. 10 Abs. 1 ARB Nr. 1/80 profitieren von dem Diskriminierungsverbot nur die türkischen Arbeitnehmer. Ihre Familienangehörigen können insoweit keine eigenen Aufenthaltsrechte aus einer überschießenden Arbeitserlaubnis in Verbindung mit dem Diskriminierungsverbot ableiten.

b. Überschießende Arbeitserlaubnis

Wie dargelegt, ergibt sich aus dem Diskriminierungsverbot nur dann ein Aufenthaltsrecht, wenn der Betroffene über eine überschießende Arbeitserlaubnis verfügt bzw. wenn ihm nach einer zu irgendeinem Zeitpunkt ab Inkrafttreten des ARB Nr. 1/80 geltenden Regelung eine überschießende Arbeitserlaubnis zu erteilen gewesen wäre und ihm diese nach ihrer ursprünglichen Geltungsdauer auch zum maßgeblichen Zeitpunkt noch zustehen würde. Eine überschießende Arbeitserlaubnis liegt dann vor, wenn die Arbeitserlaubnis die Aufenthaltserlaubnis in zeitlicher Hinsicht übersteigt.

c. Zugehörigkeit zum regulären Arbeitsmarkt

Der türkische Arbeitnehmer muss zu dem Zeitpunkt, zu dem seine ursprüngliche Aufenthaltserlaubnis ihre Gültigkeit verliert, dem regulären Arbeitsmarkt angehören. Er muss also tatsächlich einer Beschäftigung nachgehen oder er muss nach Beendigung seines vorangegangenen Beschäftigungsverhältnisses die begründete Aussicht auf ein neues Beschäftigungsverhältnis innerhalb eines angemessenen Zeitraumes haben. Hierzu muss er alle in dem Mitgliedstaat vorgesehenen Formalitäten für Arbeit Suchende einhalten¹¹¹¹.

d. Keine entgegenstehenden berechtigten Interessen des Staates

Wie dargelegt steht das Diskriminierungsverbot aus Art. 10 Abs. 1 ARB Nr. 1/80 nur dann der Aufenthaltsbeendigung entgegen, wenn keine Gründe des Schutzes eines

¹¹¹¹ Zu dem Begriff Zugehörigkeit zum regulären Arbeitsmarkt s.o. Teil 3 IV 3.

berechtigten Interesses der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit entgegenstehen¹¹¹².

aa. *Ordre public-Vorbehalt*

Zu untersuchen ist, was unter „keine entgegenstehenden berechtigten Interessen des Staates“ zu verstehen ist. Vom Wortlaut her entspricht diese Voraussetzung dem *ordre public*-Vorbehalt in Art. 14 ARB Nr. 1/80 und in Art. 45 Abs. 3 AEUV. Gemäß Art. 14 ARB Nr. 1/80 gilt der Abschnitt 1 des zweiten Kapitels des ARB Nr. 1/80, in welchem auch der Art. 10 ARB Nr. 1/80 enthalten ist, „vorbehaltlich der Beschränkungen, die aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit gerechtfertigt sind“. Art. 45 Abs. 3 AEUV stellt die Freizügigkeit ebenfalls unter den Vorbehalt der Gründe der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit. Der EuGH hat in seinem Urteil in der Rechtssache *Gattoussi* ausgeführt: „Der Begriff der öffentlichen Ordnung setzt nach ständiger Rechtsprechung voraus, dass eine tatsächliche und hinreichend schwere Gefährdung vorliegt, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt“. Der EuGH verweist dabei auf seine Urteile in den Rechtssachen *Rutili*¹¹¹³, *Nazli*¹¹¹⁴ und *MIRAX*¹¹¹⁵. Der EuGH nimmt also insoweit Bezug auf seine Auslegung des *ordre public*-Vorbehaltes aus Art. 14 ARB Nr. 1/80 und Art. 39 Abs. 3 EG bzw. jetzt Art. 45 Abs. 3 AEUV. Ist also mit „berechtigtem Interesse der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit“ der *ordre public*-Vorbehalt aus Art. 14 ARB Nr. 1/80 gemeint? Dagegen spricht, dass die Aufstellung dieses Kriteriums dann überflüssig wäre, da Art. 10 Abs. 1 ARB Nr. 1/80 in dem Fall, in dem es um seine aufenthaltsrechtliche Wirkung geht ja sowieso unter dem *ordre public*-Vorbehalt des Art. 14 ARB Nr. 1/80 steht¹¹¹⁶. Dafür lässt sich aber die Entscheidung des EuGH anführen, die zur Auslegung dieser Einschränkungsmöglichkeit ausdrücklich auf den *ordre public*-Vorbehalt aus Art. 14 ARB Nr. 1/80 Bezug nimmt. Zum anderen spricht dafür, dass es keine sinnvolle Erklärung dafür geben sollte, dass innerhalb eines Abschnittes des ARB Nr. 1/80 eine wortgleiche Formulierung unterschiedlich interpretiert werden sollte.

¹¹¹² EuGH zu Art. 40 Abs. 1 Abkommen EWG/Marokko: Urteil vom 02.03.1999, Rs. C-416/96, Slg. 1999 I, 1209, El-Yassini Rn. 67; EuGH zu Art. 64 Europa-Mittelmeer-Abkommen/Tunesien: Urteil vom 14.12.2006, Rs. C-97/05, Slg. 2006 I, 11917, *Gattoussi*, Rn. 40.

¹¹¹³ EuGH, Urteil vom 28.10.1974, Rs. 36/75, Slg. 1975 I, 1279, *Rutili*, Rn. 28.

¹¹¹⁴ EuGH, Urteil vom 10.02.2000, Rs. C-340/97, Slg. 2000 I, 957, *Nazli*, Rn. 57.

¹¹¹⁵ EuGH, Urteil vom 25.07.2002, Rs. C-459/99, Slg. 2002 I, 6591, *MIRAX*, Rn. 79.

¹¹¹⁶ S. o. Teil 3, IV, 5.

Es ist also grundsätzlich auf die Auslegung des *ordre public*-Vorbehaltes aus Art. 14 ARB Nr. 1/80 abzustellen.

bb. Umfang des *ordre public*-Vorbehaltes

Hierzu hat der EuGH zunächst ausgeführt, „dass bei der Bestimmung des Umfangs der in Artikel 14 Abs. 1 des Beschlusses Nr. 1/80 vorgesehenen Ausnahme der öffentlichen Ordnung darauf abzustellen ist, wie die gleiche Ausnahme im Bereich der Freizügigkeit der Arbeitnehmer, die Angehörige der Mitgliedstaaten der Gemeinschaft sind, ausgelegt wird“¹¹¹⁷.

Ganz grundsätzlich hat der EuGH entschieden, dass Einschränkungsmöglichkeiten des assoziationsrechtlichen Freizügigkeitsrechtes eng auszulegen sind¹¹¹⁸. In seiner Rechtsprechung in der Rechtssache *Nazli* hat der EuGH festgehalten, dass der Begriff der öffentlichen Ordnung voraussetzt, „dass außer der Störung der öffentlichen Ordnung, die jede Gesetzesverletzung darstellt, eine tatsächliche und hinreichend schwere Gefährdung vorliegt, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt“¹¹¹⁹. Die der strafrechtlichen Verurteilung zu Grunde liegenden Umstände müssen dabei „ein persönliches Verhalten erkennen lassen, das eine gegenwärtige Gefährdung der öffentlichen Ordnung darstellt“¹¹²⁰. Daraus folgt für den EuGH, dass eine Ausweisung nicht aus generalpräventiven Zwecken erlassen werden darf¹¹²¹. Es sind jeweils alle Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen und vollumfängliche Ermessenserwägungen anzustellen¹¹²².

aaa. Regelungen der Art. 27, 28 Abs. 2 und 3 RL 2004/38/EG anwendbar?

Insoweit entspricht die Auslegung des Art. 14 Abs. 1 ARB Nr. 1/80 der Auslegung des Art. 45 Abs. 3 AEUV. Fraglich ist aber, wie weitgehend eine einheitliche Auslegung der *ordre public*-Vorbehalte vorzunehmen ist. Lange Zeit ungeklärt war insbesondere, ob die Regelungen der Art. 27, 28 Abs. 2 und 3 der RL 2004/38/EG über

¹¹¹⁷ EuGH, Urteil vom 10.02.2000, C-340/97, Slg. 2000 I, 957, *Nazli*, Rn. 56.

¹¹¹⁸ EuGH, Urteil vom 22.12.2010, Rs. C-303/08, Slg. 2010 I, 13445, *Bozkurt*, Rn. 55 f; *Gutmann* in GK-AufenthG, IX – 1 Art. 14 ARB Nr. 1/80, Rn. 5.

¹¹¹⁹ EuGH, Urteil vom 10.02.2000, C-340/97, Slg. 2000 I, 957, *Nazli*, Rn. 57 mit Verweis auf EuGH, Urteil vom 27.10.1977, Rs. 30/77, Slg. 1977, 1999, *Bouchereau*, Rn. 35.

¹¹²⁰ EuGH, Urteil vom 10.02.2000, C-340/97, Slg. 2000 I, 957, *Nazli*, Rn. 58, mit Verweis auf EuGH, Urteil vom 19.01.1999, Rs. C-348/96, Slg. 1999 I, 11, *Calfa*, Rn. 22 bis 24.

¹¹²¹ EuGH, Urteil vom 10.02.2000, C-340/97, Slg. 2000 I, 957, *Nazli*, Rn. 59, mit Verweis auf EuGH, Urteil vom 26.02.1975, Rs. 67/74, Slg. 1975, 297, *Bonsignore*, Rn. 7.

¹¹²² BVerwG, Urteil vom 03.08.2004, 1 C 29/07, juris, Rn. 13 ff.

das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten¹¹²³, im Rahmen des Art. 14 ARB Nr. 1/80 Berücksichtigung finden müssen. Kapitel VI der RL 2004/38/EG trägt die Überschrift „Beschränkungen des Einreise- und Aufenthaltsrechts aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit“ und konkretisiert den Art. 45 Abs. 3 AEUV. Art. 27 RL 2004/38/EG formuliert dabei allgemeine Grundsätze, anhand welcher Kriterien eine Beschränkung des Einreise- und Aufenthaltsrechtes aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit geprüft werden dürfen. Danach darf eine Ausweisung nicht allein auf wirtschaftliche Zwecke gestützt werden und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ist zu berücksichtigen. Eine strafrechtliche Verurteilung allein reicht nicht. Vielmehr muss das persönliche Verhalten des Betroffenen eine tatsächliche, gegenwärtige und erhebliche Gefahr darstellen, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt. Die Ausweisung darf nicht auf generalpräventive Erwägungen gestützt werden. Der Art. 28 RL 2004/38/EG enthält ein Stufensystem in Bezug auf die Prüfung einer Ausweisung aus Gründen der öffentlichen Ordnung und Sicherheit: Die Voraussetzungen für eine Ausweisung sind um so enger, je länger sich der Betroffene in dem Mitgliedstaat aufhält. Gemäß Art. 28 Abs. 1 RL 2004/38/EG sind bei der Prüfung einer Ausweisung grundsätzlich die Dauer des Aufenthaltes des Betroffenen im Mitgliedstaat, sein Alter, sein Gesundheitszustand, seine familiäre und wirtschaftliche Lage, seine soziale und kulturelle Integration im Aufnahmemitgliedstaat und das Ausmaß seiner Bindungen zum Herkunftsstaat zu berücksichtigen. Gemäß Art. 28 Abs. 2 RL 2004/38/EG darf eine Ausweisung bei Unionsbürgern oder ihren Familienangehörigen, die ein Daueraufenthaltsrecht erworben haben, das heißt grundsätzlich nach einem fünfjährigen rechtmäßigen Aufenthalt im Mitgliedstaat, nur aus schwerwiegenden Gründen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung verfügt werden. Unionsbürger, die sich in den letzten zehn Jahren im Bundesgebiet aufgehalten haben, dürfen gemäß Art. 28 Abs. 3 Buchst. a RL 2004/38/EG nur aus zwingenden Gründen der öffentlichen Sicherheit, die von den Mitgliedstaaten festzulegen sind, ausgewiesen werden. Vor allem im Hinblick auf diese letzte Stufe war lange Zeit streitig, ob auch die Ausweisung assoziationsberechtigter türkischer Staatsangehöriger, die sich seit mindestens zehn Jahren im Mit-

¹¹²³ Unionsbürgerrichtlinie, Abl. L 158 vom 30.04.2004, S. 77-123.

gliedstaat aufhalten, nur unter den Voraussetzungen des Art. 28 Abs. 3 Buchst. a RL 2004/38/EG erfolgen darf¹¹²⁴.

Zunächst könnte man bezweifeln, dass die Frage der Anwendbarkeit des Art. 28 Abs. 3 Buchst. a RL 2004/38/EG für den Erwerb eines Aufenthaltsrechtes aus Art. 10 ARB Nr. 1/80 in Verbindung mit einer überschießenden Arbeitserlaubnis bzw. mit dem *Standstill*-Gebot von Bedeutung sein kann. Dies ist deshalb zweifelhaft, da Personen, die sich bereits seit zehn Jahren legal im Mitgliedstaat aufhalten, ihr Aufenthaltsrecht in der Regel aus dem nationalen Aufenthaltsrecht ableiten können und nicht auf das assoziationsrechtliche Aufenthaltsrecht angewiesen sind. Es sind jedoch Fälle denkbar, in denen es trotz langjährigen rechtmäßigen Aufenthaltes auf das assoziationsrechtliche Aufenthaltsrecht aus Art. 10 Abs. 1 ARB Nr. 1/80 ankommt. Es kann beispielsweise der Fall konstruiert werden, dass ein türkischer Staatsangehöriger zunächst mit einer deutschen Staatsangehörigen verheiratet ist und Aufenthalts- sowie Arbeitserlaubnis erhält. Noch vor Entstehen eines eigenen Aufenthaltsrechtes trennen sich die Eheleute. Der türkische Staatsangehörige ist anschließend über lange Jahre im Besitz einer Aufenthaltserlaubnis gemäß § 25 Abs. 4 oder 5 AufenthG, da er aus gesundheitlichen Gründen nicht abgeschoben werden kann. Eine Niederlassungserlaubnis gemäß § 26 Abs. 4 AufenthG hat er mangels ausreichender Sprachkenntnisse und / oder aufgrund strafrechtlicher Verurteilungen nicht erhalten. Nach Wiederherstellung der Gesundheit nimmt der Betroffene eine Beschäftigung auf. Mit Wiederherstellung der Gesundheit ist das Abschiebungshindernis und damit der Grund für die Aufenthaltserlaubnis weggefallen. Hier kommt die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis aus Art. 10 Abs. 1 ARB Nr. 1/80 in Verbindung mit der überschießenden Arbeitserlaubnis bzw. aus dem *Standstill*-Gebot in Betracht. Wenn der Betroffene sich strafbar gemacht hat, stellt sich die Frage, welches Ausmaß der *ordre public*-Vorbehalt aus Art. 14 Abs. 1 ARB Nr. 1/80 in diesem Fall hat. Die Ablehnung des assoziationsrechtlichen Aufenthaltsrechtes aus Gründen der öffentlichen Ordnung und Sicherheit wäre deutlich schwieriger, wenn die Art. 28 Abs. 3 Buchst. a der RL 2004/38/EG in diesem Fall anwendbar wären als wenn dies nicht der Fall wäre. Gegen die entsprechende Anwendbarkeit des Art. 28 RL 2004/38/EG wurde vorgebracht, dass der Art. 14 Abs. 1 ARB Nr. 1/80 keinen Hinweis enthalte, dass im Rahmen des *ordre public*-Vorbehaltes eine abgestufte Ausweisungsregelung gelten soll-

¹¹²⁴ BVerwG, Vorabentscheidungsersuchen vom 25.08.2009, Az. 1 C 25/08.

te¹¹²⁵. Die gestufte Ausweisungsregelung stehe in untrennbarem Zusammenhang mit den verfestigten Aufenthaltsrechten der EU-Staatsangehörigen nach fünf bzw. zehn Jahren¹¹²⁶. Das Assoziationsrecht sehe aber kein Daueraufenthaltsrecht für türkische Arbeitnehmer vor, deren Aufenthaltsrecht sei von der fortbestehenden Zugehörigkeit zum Arbeitsmarkt abhängig¹¹²⁷.

Es sprechen hingegen gute Gründe für die Anwendbarkeit dieses Stufensystems auch auf türkische Staatsangehörige, welche assoziationsrechtlich begünstigt sind: Der EuGH hat zunächst auch in diesem Zusammenhang festgestellt, dass die Grundsätze, die im Rahmen der gemeinschaftsrechtlichen Arbeitnehmerfreizügigkeit gelten, so weit wie möglich auf die durch das Assoziationsrecht EWG/Türkei berechtigten Personen anzuwenden sind¹¹²⁸. Er hat weiter festgestellt, dass dabei nicht nur das gemeinschaftliche Primärrecht zu berücksichtigen ist, sondern dass gleichermaßen auch das Sekundärrecht, welches zur Konkretisierung der primärrechtlichen Vorschriften erlassen ist, heranzuziehen ist¹¹²⁹. Der dem Art. 14 Abs. 1 ARB Nr. 1/80 im Wesentlichen wortgleiche Art. 45 Abs. 3 AEUV wird durch Art. 28 RL 2004/38/EG konkretisiert. Insoweit liegt eine Berücksichtigung dessen Regelungen auch im Rahmen des Art. 14 Abs. 1 ARB Nr. 1/80 nahe. Andernfalls ergäbe sich aus Art. 14 Abs. 1 ARB Nr. 1/80 auch ein niedrigeres Schutzniveau als aus Art. 45 Abs. 3 AEUV. Dies widerspräche aber dem Ziel des Art. 14 ARB Nr. 1/80¹¹³⁰.

Der EuGH hat in der Rechtssache *Ziebell* jedoch anders entschieden¹¹³¹. Die Unanwendbarkeit des Art. 28 Abs. 3 Buchst. a RL 2004/38/EG ergäbe sich aus dem Zweck und dem Kontext des Assoziierungsabkommens¹¹³². Ziel des Assoziierungsabkommens sei es nach dessen Art. 2 Abs. 1, durch die Freizügigkeit der Arbeitnehmer eine beständige und ausgewogene Verstärkung der Handels- und Wirtschaftsbeziehungen zu fördern¹¹³³. Die Assoziation EWG/Türkei verfolge damit einen aus-

¹¹²⁵ Hailbronner, Kommentar zum Ausländerrecht, Art. 14 ARB 1/80, D 5.2, Rn. 13.

¹¹²⁶ Hailbronner, Kommentar zum Ausländerrecht, Art. 14 ARB 1/80, D 5.2, Rn. 14.

¹¹²⁷ Hailbronner, Kommentar zum Ausländerrecht, Art. 14 ARB 1/80, D 5.2, Rn. 14.

¹¹²⁸ EuGH, Urteil vom 08.11.2011, Rs. C-371/08, Slg. 2011 I, 12735, Ziebell, Rn. 58.

¹¹²⁹ EuGH, Urteil vom 08.11.2011, Rs. C-371/08, Slg. 2011 I, 12735, Ziebell, Rn. 58.

¹¹³⁰ Gutmann in GK-AufenthG, IX – 1 Art. 14 ARB Nr. 1/80, Rn. 23.11; vgl. auch GA Poiares Maduro, Schlussantrag vom 21.10. 2004, Rs. C-136/03, Slg. 2005 I, 4759, Dörr und Ünal, Rn. 59.

¹¹³¹ EuGH, Urteil vom 08.11.2011, Rs. C-371/08, Slg. 2011 I, 12735, Ziebell, Rn. 60.

¹¹³² EuGH, Urteil vom 08.11.2011, Rs. C-371/08, Slg. 2011 I, 12735, Ziebell, Rn. 62 ff.

¹¹³³ EuGH, Urteil vom 08.11.2011, Rs. C-371/08 Slg. 2011 I, 12735, Ziebell, Rn. 63.

schließlich wirtschaftlichen Zweck¹¹³⁴. Diese Zielrichtung würde auch dadurch festgelegt, dass das Assoziierungsabkommen in seinem Art. 12 auf die Art. 39, 40 und 41 EGV¹¹³⁵ verweise, in welchem die Freizügigkeit der Arbeitnehmer geregelt ist. Dadurch, dass gerade Bezug genommen wird auf das Freizügigkeitsrecht der Arbeitnehmer, welches aus einer wirtschaftlichen Betätigung erfolgt, würde deutlich, dass der Assoziation ein ausschließlich wirtschaftlicher Zweck zu Grunde liegt¹¹³⁶. Die RL 2004/38/EG betreffe aber das unionsrechtliche Freizügigkeitsrecht, das heißt das „den Unionsbürgern unmittelbar aus dem Vertrag erwachsene elementare und persönliche Recht, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten“¹¹³⁷ und sei damit nicht auf ein rein wirtschaftliches Ziel beschränkt¹¹³⁸. Daraus folge, dass die RL 2004/38/EG eine erheblich verstärkte Regelung zum Schutz vor Ausweisungsmaßnahmen schaffe, deren Garantien umso weit reichender sind, je besser die Unionsbürger in den Aufnahmemitgliedstaat integriert sind¹¹³⁹. Im Übrigen finde der Begriff der „zwingenden Gründe“ der öffentlichen Sicherheit, wie er in Art. 28 Abs. 3 Buchst. a der RL 2004/38/EG enthalten ist, in Art. 14 Abs. 1 ARB Nr. 1/80 keine Entsprechung¹¹⁴⁰.

Generalanwalt Yves Bot legt in seinen Schlussanträgen in der Rechtssache *Ziebell* im Wesentlichen dieselbe Rechtsauffassung wie der EuGH dar¹¹⁴¹. Darüber hinaus ist der Generalanwalt der Auffassung, dass die Anwendung des Art. 28 RL 2004/38/EG auf türkische Arbeitnehmer zur Schaffung neuer Rechte zu Gunsten der türkischen Staatsangehörigen führe¹¹⁴². Hiermit würde der Gerichtshof seine Befugnisse überschreiten, da es allein Sache des Assoziationsrates sei, die Regelungen zur schrittweisen Herstellung der assoziationsrechtlichen Arbeitnehmerfreizügigkeit zu ändern¹¹⁴³.

Der EuGH bleibt damit zunächst bei seiner Auffassung, die Grundsätze des Gemeinschaftsrechts und des auf dessen Grundlage ergangenen Sekundärrechtes seien so

¹¹³⁴ EuGH, Urteil vom 08.11.2011, Rs. C-371/08, Slg. 2011 I, 12735, Ziebell, Rn. 64.

¹¹³⁵ Jetzt Art. 45, 46, 47 AEUV.

¹¹³⁶ EuGH, Urteil vom 08.11.2011, Rs. C-371/08, Slg. 2011 I, 12735, Ziebell, Rn. 68.

¹¹³⁷ EuGH, Urteil vom 08.11.2011, Rs. C-371/08, Slg. 2011 I, 12735, Ziebell, Rn. 69.

¹¹³⁸ EuGH, Urteil vom 08.11.2011, Rs. C-371/08, Slg. 2011 I, 12735, Ziebell, Rn. 69.

¹¹³⁹ EuGH, Urteil vom 08.11.2011, Rs. C-371/08, Slg. 2011 I, 12735, Ziebell, Rn. 70.

¹¹⁴⁰ EuGH, Urteil vom 08.11.2011, Rs. C-371/08, Slg. 2011 I, 12735, Ziebell, Rn. 71.

¹¹⁴¹ GA Yves Bot, Schlussanträge vom 14.04.2011, Rs. C-371/08, Slg. 2011 I, 12735, Ziebell.

¹¹⁴² GA Yves Bot, Schlussanträge vom 14.04.2011, C-371/08, Slg. 2011 I, 12735, Ziebell, Rn. 55.

¹¹⁴³ GA Yves Bot, Schlussanträge vom 14.04.2011, C-371/08, Slg. 2011 I, 12735, Ziebell, Rn. 55.

weit wie möglich auf das Assoziationsrecht zu übertragen. Er geht aber dann offenbar davon aus, dass dies im Falle des Art. 28 RL 2004/38/EG nicht möglich sei. Die hierfür gegebene Begründung überzeugt indes nicht. Das wesentliche Argument, das Assoziationsrecht verfolge ausschließlich einen wirtschaftlichen Zweck, kann bezweifelt werden. Zunächst gewährt der ARB Nr. 1/80 nicht nur türkischen Arbeitnehmern ein Aufenthaltsrecht. Vielmehr stehen auch deren Familienangehörigen aus Art. 7 ARB Nr. 1/80 nach dort festgelegten Zeiten eigene Aufenthaltsrechte zu. Zwar werden die Aufenthaltsrechte für die Familienangehörigen zunächst gewährt, um die Integration des Arbeitnehmers in den Arbeitsmarkt des Mitgliedstaates zu verbessern¹¹⁴⁴. Die Aufenthaltsrechte der Familienangehörigen sind nach Ablauf einer festgelegten Aufenthaltsdauer aber unabhängig von dem Arbeitnehmer und dessen Erwerbstätigkeit und auch nicht von der eigenen Zugehörigkeit des Familienangehörigen zum Arbeitsmarkt abhängig. Vielmehr hat der EuGH entschieden, dass die gemäß Art. 7 ARB Nr. 1/80 erworbenen Rechte nur dann verloren gehen, wenn der Betroffene das Hoheitsgebiet des Mitgliedstaates für einen nicht unerheblichen Zeitraum ohne besondere Gründe verlässt oder wenn Gründe der öffentlichen Sicherheit und Ordnung dem weiteren Aufenthalt entgegenstehen¹¹⁴⁵. Das Argument, die durch den ARB Nr. 1/80 gewährten Aufenthaltsrechte seien stets von einer wirtschaftlichen Betätigung abhängig, trägt somit nicht. Allerdings betraf die Entscheidung des EuGH in der Rechtssache *Ziebell* gerade den Fall eines türkischen Staatsangehörigen, der sein Aufenthaltsrecht in Deutschland aus Art. 7 ARB Nr. 1/80 ableitete. Im Übrigen ist es zwar richtig, dass das Ziel des ARB Nr. 1/80 ist, durch die stufenweise Schaffung der Arbeitnehmerfreizügigkeit die Handels- und Wirtschaftsbeziehungen der Türkei mit der EU zu fördern. Dies erfolgt aber vor dem Hintergrund des weitergehenden Zieles der Assoziierung, den EU-Beitritt der Türkei vorzubereiten¹¹⁴⁶. Nach der vierten Begründungserwägung des Assoziierungsabkommens dient die Assoziierung der Erleichterung des späteren EU-Beitritts der Türkei. Dieses Ziel ist nicht nur rein wirtschaftlicher Art, sondern zielt im Ergebnis auf die Übernahme der gemeinschaftsrechtlichen Regelungen durch die Türkei ab und geht damit weit über einen rein wirtschaftlichen Zweck hinaus. Auch das Argument, durch die Anwendung des Art. 28

¹¹⁴⁴ EuGH, Urteil vom 17.04.1997, Rs. C-351/95, Slg. 1997 I, 2133, Kadiman, Rn. 34

¹¹⁴⁵ EuGH, Urteil vom 08.12.2011, C-371/08, Slg. 2011 I, 12735, Ziebell, Rn. 49; EuGH, Urteil vom 16.06.2011, C-484/07, Slg. 2011 I, 5203, Pehlivan, Rn. 62; EuGH, Urteil vom 22.12.2010, C-303/08, Slg. 2010 I, 13445, Bozkurt, Rn. 42; EuGH, Urteil vom 18.12.2008, C-377/07, Slg. 2008 I, 10323, Altun, Rn. 62; EuGH, Urteil vom 25.09.2008, C-453/07, Slg. 2008 I, 7299, Er, Rn. 30.

¹¹⁴⁶ *Gutmann* in GK-AufenthG, IX – 1 Art. 14 ARB Nr. 1/80, Rn. 16.

RL 2004/38/EU im Rahmen des Art. 14 ARB Nr. 1/80 würde neues Recht geschaffen und dies sei unzulässig, da hierfür der Assoziationsrat zuständig sei, greift nicht. Die RL 2004/38/EG konkretisiert den Art. 45 AEUV. Nr. 22 der Begründungserwägungen zu RL 2004/38/EG lautet:

„Der Vertrag sieht Beschränkungen des Rechts auf Freizügigkeit und Aufenthalt aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit vor. Um eine genauere Definition der Umstände und Verfahrensgarantien sicherzustellen, unter denen Unionsbürgern und ihren Familienangehörigen die Erlaubnis zur Einreise verweigert werden kann oder unter denen sie ausgewiesen werden können, sollte die vorliegende Richtlinie die Richtlinie 64/221/EWG des Rates vom 25. Februar 1964 zur Koordinierung der Sondervorschriften für die Einreise und den Aufenthalt von Ausländern, soweit sie aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit gerechtfertigt sind, ersetzen.“

Die Richtlinie ist also dazu da, die Voraussetzungen für die Beschränkung des Freizügigkeitsrechtes nach dem Vertrag, in Frage kommt hier Art. 45 Abs. 3 AEUV, zu konkretisieren. Die Richtlinie schafft somit kein eigenes Recht. Daher greift auch das Argument des Generalanwaltes nicht, es würde in Bezug auf die assoziationsrechtlichen Regelungen neues Recht geschaffen. Auch diesbezüglich würde nur eine Konkretisierung der assoziationsrechtlichen Vorschriften vorliegen.

bbb. Umfang des Art. 14 ARB Nr. 1/80 bei langjährig im Mitgliedstaat lebenden türkischen Staatsangehörigen

Wenn man mit dem EuGH der Auffassung ist, dass der Art. 28 der RL 2004/38/EG nicht auf türkische Arbeitnehmer anwendbar ist, stellt sich die Frage, welche Kriterien im Rahmen des Art. 14 ARB Nr. 1/80 dann bei denjenigen assoziationsberechtigten türkischen Staatsangehörigen gelten, die sich langjährig in dem Mitgliedstaat aufhalten.

Der EuGH hat in seiner Entscheidung *Ziebell* zu der Frage, welche Kriterien bei der Ausweisung langjährig in einem Mitgliedstaat lebender assoziationsberechtigter türkischer Staatsangehöriger anzulegen sind, darauf hingewiesen, dass er diesbezüglich bisher auf die in der RL 64/221/EWG des Rates vom 25. Februar 1964 zur Koor-

dinierung der Sondervorschriften für die Einreise und den Aufenthalt von Ausländern, soweit sie aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit gerechtfertigt sind¹¹⁴⁷ festgelegten Grundsätze abgestellt hat¹¹⁴⁸. Diese Richtlinie wurde jedoch durch die RL 2004/38/EG aufgehoben. Gemäß Art. 38 Abs. 3 der RL 2004/38/EG gelten Bezugnahmen auf die RL 64/221EWG als Bezugnahmen auf die RL 2004/38/EG. Nach den vorangegangenen Ausführungen des EuGH kann aber diese Bezugnahme vorliegend keine Bedeutung haben, da nach seiner Auffassung die maßgeblichen Vorschriften der RL 2004/38/EG keine Anwendung finden¹¹⁴⁹. Stattdessen stellt der EuGH in dem von ihm in der Rechtssache *Ziebell* zu beurteilenden Fall, dass der Betroffene sich seit mehr als zehn Jahren rechtmäßig im Mitgliedstaat aufhält, auf die Regelung des Art. 12 der RL 2003/109/EG, welche die Rechtsstellung der langfristig aufenthaltsberechtigten Drittstaatsangehörigen regelt, ab¹¹⁵⁰. Nach dessen Abs. 1 können langfristig Aufenthaltsberechtigte nur dann ausgewiesen werden, wenn sie eine gegenwärtige, hinreichend schwere Gefahr für die öffentliche Ordnung oder die öffentliche Sicherheit darstellen. Weiter ist in Art. 12 RL 2003/109/EG geregelt, dass eine Ausweisungsverfügung nicht auf wirtschaftlichen Überlegungen beruhen darf und dass bei der Entscheidung die Dauer des Aufenthaltes des Betroffenen im Mitgliedstaat, das Alter der betreffenden Person, die Folgen für diese Person und seine Familienangehörigen sowie die Bindungen zum Aufenthaltsstaat oder fehlende Bindungen zum Herkunftsstaat zu berücksichtigen sind. Der EuGH stellt weiter fest, dass die Ausnahme der öffentlichen Ordnung im Bereich der Arbeitnehmerfreizügigkeit im Assoziationsrecht ebenso wie im Gemeinschaftsrecht im engeren Sinne eng auszulegen ist und nicht einseitig von den Mitgliedstaaten festgelegt werden kann¹¹⁵¹. Hieraus zieht der EuGH das Erfordernis einer Einzelfallprüfung dahingehend, ob das individuelle Verhalten des Betroffenen eine gegenwärtige, hinreichend schwere Gefahr für ein Grundinteresse der Gesellschaft darstellt¹¹⁵². Hierbei müssten die Behörden den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit sowie die Grundrechte des Betroffenen, insbesondere sein Recht auf Achtung des Pri-

¹¹⁴⁷ ABl. Nr. 56 vom 04.04.1964, S. 850–857.

¹¹⁴⁸ EuGH, Urteil vom 08.11.2011, Rs. C-371/08, Slg. 2011 I, 12735, Ziebell, Rn. 76.

¹¹⁴⁹ EuGH, Urteil vom 08.11.2011, Rs. C-371/08, Slg. 2011 I, 12735, Ziebell, Rn. 78.

¹¹⁵⁰ EuGH, Urteil vom 08.11.2011, Rs. C-371/08, Slg. 2011 I, 12735, Ziebell, Rn. 79.

¹¹⁵¹ EuGH, Urteil vom 08.11.2011, Rs. C-371/08, Slg. 2011 I, 12735, Ziebell, Rn. 81 unter Bezugnahme auf EuGH, Urteil vom 22.12.2010, Rs. C-303/08, Slg. 2010 I, 13445, Bozkurt, Rn. 56 und die dort zitierte Rechtsprechung.

¹¹⁵² EuGH, Urteil vom 08.11.2011, Rs. C-371/08, Slg. 2011 I, 12735, Ziebell, Rn. 82.

vat- und Familienlebens wahren¹¹⁵³. Zum maßgeblichen Zeitpunkt für die Beurteilung der vorgenannten Kriterien hat der EuGH darauf hingewiesen, dass die Gerichte auch nach der letzten Behördenentscheidung eingetretene Umstände zu berücksichtigen haben¹¹⁵⁴.

In seinem Entscheidungssatz in der Rechtssache *Ziebell* hat der EuGH festgestellt, dass der Art. 14 Abs. 1 ARB Nr. 1/80 „dem nicht entgegensteht, dass eine auf Gründe der öffentlichen Ordnung gestützte Ausweisungsmaßnahme gegen einen türkischen Staatsangehörigen getroffen wird, der eine Rechtsposition nach Art. 7 Abs. 1 zweiter Gedankenstrich dieses Beschlusses besitzt, sofern das persönliche Verhalten des Betroffenen gegenwärtig eine tatsächliche und hinreichend schwere Gefahr für ein Grundinteresse der Gesellschaft des Aufnahmemitgliedstaats darstellt und die Maßnahme für die Wahrung dieses Interesses unerlässlich ist“¹¹⁵⁵. Das Erfordernis der Unerlässlichkeit taucht in den vorangegangenen Ausführungen in dem Urteil nicht auf und es stellt sich die Frage, ob hiermit ein besonderes Kriterium für die Prüfung der Ausweisung assoziationsberechtigter türkischer Staatsangehöriger aufgestellt werden sollte. Hiergegen spricht, dass der EuGH das Kriterium weder besonders begründet noch definiert. Dafür spricht, dass es sich bei der Unerlässlichkeit um ein Kriterium handelt, welches der EuGH im Zusammenhang mit Ausweisungen bisher noch nicht so aufgestellt hat und nicht anzunehmen ist, dass der EuGH diese Wortwahl ohne Grund getroffen hat. Andernfalls würden sich die Kriterien für die Ausweisung türkischer Staatsangehöriger, die sich langjährig im Mitgliedstaat aufhalten, und derjenigen türkischen Staatsangehörigen, bei denen dies nicht der Fall ist, nicht unterscheiden. Es ist daher davon auszugehen, dass der EuGH die Hürde für die Ausweisung assoziationsberechtigter türkischer Staatsangehöriger mit dieser Wortwahl erhöhen wollte.

ccc. Öffentliche Gesundheit

Zum Begriff der Öffentlichen Gesundheit, welche der Erteilung der Aufenthaltserlaubnis entgegen stehen kann, kann hier auf Art. 29 RL 2004/38/EG zurück gegriffen werden. Es ist nicht ersichtlich, dass dieser Begriff unterschiedlich verstanden wer-

¹¹⁵³ EuGH, Urteil vom 08.11.2011, Rs. C-371/08, Slg. 2011 I, 12735, *Ziebell*, Rn. 82.

¹¹⁵⁴ EuGH, Urteil vom 08.11.2011, Rs. C-371/08, Slg. 2011 I, 12735, *Ziebell*, Rn. 84.

¹¹⁵⁵ EuGH, Urteil vom 08.11.2011, Rs. C-371/08, Slg. 2011 I, 12735, *Ziebell*, Entscheidungssatz, 2. Spiegelstrich.

den könnte, je nachdem ob er im Rahmen des Freizügigkeitsrechtes von EU-Staatsangehörigen oder im Rahmen des assoziationsrechtlichen Freizügigkeitsrechtes türkischer Arbeitnehmer geprüft wird. Als Gefahr für die öffentliche Gesundheit im Sinne des Art. 14 Abs. 1 ARB Nr. 1/80 kommt damit gemäß Art. 29 Abs. 1 RL 2004/38/EG nur eine Krankheit in Betracht, die über ein epidemisches Potenzial im Sinne der einschlägigen Rechtsinstrumente der Weltgesundheitsorganisation verfügt und sonstige übertragbare, durch Infektionserreger oder Parasiten verursachte Krankheiten, sofern gegen diese Krankheiten Maßnahmen zum Schutz der Staatsangehörigen des Aufnahmemitgliedstaats getroffen werden. Gemäß Art. 29 Abs. 2 RL 2004/38/EG können Krankheiten nicht mehr berücksichtigt werden, die nach Ablauf einer Frist von drei Monaten ab dem Zeitpunkt der Einreise auftreten.

9. Umfang der Aufenthaltsrechte

Das Diskriminierungsverbot in Art. 10 Abs. 1 ARB Nr. 1/80 schützt zunächst das aktuelle Arbeitsverhältnis. Das Diskriminierungsverbot in Verbindung mit einer überschießenden Arbeitserlaubnis muss aber auch dann weiter zu einem Aufenthaltsrecht führen, wenn der Betroffene seine Arbeitsstelle wechselt. Die entgegenstehende Annahme des Bundesverwaltungsgerichtes¹¹⁵⁶ lässt sich nicht begründen. Eine Begründung gibt auch das Bundesverwaltungsgericht nicht. Es geht bei dem Diskriminierungsverbot darum, dass der Betroffene seine Rechte aus der Arbeitserlaubnis diskriminierungsfrei wahrnehmen kann. Hierzu gehört auch, sich sein Arbeitsverhältnis wählen zu können. Im Übrigen hat der EuGH in der Rechtssache *Güzeli* als Voraussetzung für das Aufenthaltsrecht aus dem Diskriminierungsverbot in Verbindung mit einer überschießenden Arbeitserlaubnis nur aufgestellt, dass der Betroffene dem regulären Arbeitsmarkt des Mitgliedstaates angehört¹¹⁵⁷. Dem regulären Arbeitsmarkt gehört aber auch an, wer nach Beendigung seines letzten Arbeitsverhältnisses für einen angemessenen Zeitraum und Erfolg versprechend eine neue Arbeitsstelle sucht¹¹⁵⁸. Im Ergebnis ist das OVG Hamburg in seinem Vorabentscheidungsersuchen an den EuGH vom 19.05.2012 ebenfalls der Auffassung, dass nicht nur das aktuelle Arbeitsverhältnis geschützt ist, sondern auch Arbeitsverhältnisse, die der Betroffene neu aufnimmt, gegebenenfalls auch nach einer angemessenen Unterbre-

¹¹⁵⁶ BVerwG, Urteil vom 08.12.2009, 1 C 16.08, juris, Rn. 17.

¹¹⁵⁷ EuGH, Urteil vom 26.10.2006, Rs. C-4/05, Slg. 2006 I, 10279, *Güzeli*, Rn. 50.

¹¹⁵⁸ Zu den Voraussetzungen im Einzelnen s. o. Teil 3 IV 3.

chung der Erwerbstätigkeit, in welcher er Arbeit suchend war¹¹⁵⁹. Das OVG Hamburg verweist dazu im Wesentlichen auf die Rechtsprechung des EuGH in der Rechtssache *Güzeli*, in welcher ebenfalls die Situation gegeben war, dass der betroffene Herr Güzeli nach Ablauf seiner ursprünglichen Aufenthaltserlaubnis mehrfach das Arbeitsverhältnis gewechselt hatte, zeitweilig sogar Arbeit suchend gewesen war, und der EuGH dennoch angenommen hat, dass ihm ein Aufenthaltsrecht aus dem Diskriminierungsverbot in Verbindung mit einer überschießenden Arbeitserlaubnis zustehen könne¹¹⁶⁰. Anders sei es lediglich dann, wenn die überschießende Arbeitserlaubnis von Anfang an nur für ein bestimmtes Arbeitsverhältnis erteilt worden ist. In diesem Falle sei nur dieses konkrete Arbeitsverhältnis geschützt¹¹⁶¹. Diese Einschränkung ist nachzuvollziehen. Andernfalls wären die Rechte des Betroffenen aus dem Diskriminierungsverbot in Verbindung mit der überschießenden Arbeitserlaubnis weitreichender als die Rechte, die sich aus der ursprünglich erteilten Aufenthalts- und Arbeitserlaubnis ergaben. Dies wäre nicht zu begründen.

Das Diskriminierungsverbot erfordert auch die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis. Die Aussetzung der Abschiebung bzw. die Erteilung einer Duldung ist nicht ausreichend. Zum einen würde die Erteilung einer Duldung zum Schutz der Rechte aus der überschießenden Arbeitserlaubnis nicht ausreichen. Dies folgt daraus, dass es für den Betroffenen faktisch schwierig wäre, einen Arbeitsvertrag zu erhalten, wenn er lediglich über eine Duldung verfügt, die ja letztlich nichts anderes besagt, als dass der Betroffene ausreisepflichtig ist, diese Ausreisepflicht nur im Moment nicht durchgesetzt wird¹¹⁶². Im Übrigen ist die Duldung jedenfalls nach deutschem Recht in der Regel mit vielen Einschränkungen verbunden, beispielsweise mit dem Verbot, das Residenzbundesland zu verlassen. Die Erteilung einer Duldung kann somit für die diskriminierungsfreie Gewährung gleicher Arbeitsbedingungen nicht ausreichen. Auch die Rechtsprechung des EuGH in den Rechtssachen *El Yassini* und *Gattoussi* legt dieses Ergebnis nahe¹¹⁶³. Der EuGH hatte darüber zu entscheiden, ob es den Mitgliedstaaten erlaubt ist, eine Aufenthaltserlaubnis nachträglich zu befristen bzw. die Verlängerung der Aufenthaltserlaubnis abzulehnen, wenn der ursprüngliche

¹¹⁵⁹ OVG Hamburg, Beschluss vom 19.05.2011, 4 Bf 88/10, juris, Rn. 71.

¹¹⁶⁰ OVG Hamburg, Beschluss vom 19.05.2011, 4 Bf 88/10, juris, Rn. 71.

¹¹⁶¹ OVG Hamburg, Beschluss vom 19.05.2011, 4 Bf 88/10, juris, Rn. 71.

¹¹⁶² OVG Hamburg, Beschluss vom 19.05.2011, 4 Bf 88/10, juris, Rn. 76 mit Verweis auf seine eigene Entscheidung, Urteil vom 29.05.2008, 4 Bf 232/07, juris.

¹¹⁶³ OVG Hamburg, Beschluss vom 19.05.2011, 4 Bf 88/10, juris, Rn. 77.

Grund für die Erteilung der Aufenthaltserlaubnis weggefallen ist. Der EuGH entschied, dass dies grundsätzlich möglich ist und dass dem auch nicht entgegensteht, dass der Betroffene in diesem Fall gezwungen wäre, seine Beschäftigung aufzugeben. Der EuGH führt weiter aus, dass es sich „anders verhielte“, wenn der Betroffene über eine überschießende Arbeitserlaubnis verfügt. Hieraus ist zu schließen, dass der EuGH die Mitgliedstaaten in dem Fall einer überschießenden Arbeitserlaubnis verpflichtet sieht, die Arbeitserlaubnis zu verlängern bzw. dass es ihnen untersagt ist, die Aufenthaltserlaubnis nachträglich zu befristen¹¹⁶⁴. Der EuGH leitet aus dem Diskriminierungsverbot in Verbindung mit einer überschießenden Arbeitserlaubnis also ein Aufenthaltsrecht ab und nicht lediglich einen Anspruch darauf, nicht abgeschoben zu werden¹¹⁶⁵.

10. Verlust der Aufenthaltsrechte

Das Aufenthaltsrecht aus dem Diskriminierungsverbot gemäß Art. 10 Abs. 1 ARB Nr. 1/80 in Verbindung mit einer überschießenden Arbeitserlaubnis geht zunächst dann verloren, wenn der Betroffene den Arbeitsmarkt verlässt. Der Arbeitnehmer verlässt den Arbeitsmarkt auch nach Beendigung seines aktuellen Beschäftigungsverhältnisses zunächst nicht, wenn er ein neues Beschäftigungsverhältnis sucht und alle Formalitäten erfüllt, die dazu in dem betreffenden Mitgliedstaat vorgeschrieben sind, indem er sich zum Beispiel Arbeit suchend meldet und der Arbeitsverwaltung dieses Mitgliedstaates während des dort vorgeschriebenen Zeitraums zur Verfügung steht¹¹⁶⁶. Dem Betroffenen ist nach Verlust seines Arbeitsverhältnisses eine angemessene Frist zur Arbeitsuche einzuräumen. Dies folgt auch aus der Rechtsprechung des EuGH in der Sache *Güzeli*. Auch hier hatte der EuGH die grundsätzliche Möglichkeit des Herrn Güzeli angenommen, aus dem Diskriminierungsverbot in Verbindung mit einer überschießenden Arbeitserlaubnis ein Aufenthaltsrecht abzuleiten, obwohl er nach Ablauf seiner ursprünglichen Aufenthaltserlaubnis die Arbeitsstelle gewechselt hat und zeitweilig ohne Arbeit war¹¹⁶⁷. Wenn man richtigerweise davon ausgeht, dass nicht nur das aktuelle sondern auch zukünftige Arbeitsverhältnisse geschützt sind¹¹⁶⁸, dann kann dieses Recht auch nur dann effektiv wahrgenommen

¹¹⁶⁴ OVG Hamburg, Beschluss vom 19.05.2011, 4 Bf 88/10, juris, Rn. 78.

¹¹⁶⁵ OVG Hamburg, Beschluss vom 19.05.2011, 4 Bf 88/10, juris, Rn. 78.

¹¹⁶⁶ Vgl. EuGH, Urteil vom 07.07.2005, Rs. C-383/03, Slg. 2005 I, 6237, Dogan, Rn. 19; EuGH, Urteil vom 23.01.1997, Rs. C-171/95, Slg. 1997 I, 329, Tetik, Rn. 41, 46, 48.

¹¹⁶⁷ S. o. Teil 4 I 4.

¹¹⁶⁸ S. o. Teil 4 I 9.

werden, wenn dem Betroffenen ein angemessener Zeitraum zur Arbeitsuche eingeräumt wird. Von Bedeutung ist dann weiter die Frage, welcher Zeitraum zur Arbeitsuche als angemessen zu erachten ist. In seinem Urteil in der Rechtssache *Tetik*¹¹⁶⁹ hat der EuGH entschieden, dass einem Arbeitnehmer, welcher Rechte aus Art. 6 ARB Nr. 1/80 erworben hat, nach Beendigung seines Arbeitsverhältnisses ein angemessener Zeitraum eingeräumt werden muss, um eine neue Arbeitsstelle zu finden¹¹⁷⁰. Er hat in diesem Zusammenhang auf seine Rechtsprechung in der Rechtssache *Antonissen*¹¹⁷¹ verwiesen, wonach sich auch aus dem Freizügigkeitsrecht von EU-Staatsangehörigen das Recht ergibt, für einen angemessenen Zeitraum eine Arbeitsstelle zu suchen¹¹⁷². Dabei hat der EuGH einmal mehr darauf verwiesen, dass hierbei die Grundsätze aus Art. 48, 49 und 50 des Vertrages¹¹⁷³ so weit wie möglich auf assoziationsberechtigte türkische Staatsangehörige anzuwenden sind¹¹⁷⁴. Der EuGH hat keine konkreten Angaben dazu gemacht, welcher Zeitraum als angemessen anzusehen ist. Er hat lediglich ausgeführt, dass der Zeitraum lang genug sein muss, um das Recht aus Art. 6 ARB Nr. 1/80 nicht wirkungslos zu machen und die Chancen des türkischen Arbeitnehmers auf eine neue Beschäftigung nicht zu beeinträchtigen¹¹⁷⁵. In den Fällen, in denen das nationale Recht einen konkreten Zeitraum nicht vorsehe, sei es Aufgabe der nationalen Gerichte, im Lichte der im Einzelfall vorliegenden Umstände den angemessenen Zeitraum zu bestimmen¹¹⁷⁶. Ein Zeitraum von lediglich einigen Tagen reiche hierfür jedenfalls nicht aus¹¹⁷⁷. In der Rechtssache *Antonissen* hat der EuGH im Rahmen des gemeinschaftsrechtlichen Freizügigkeitsrechtes festgestellt, dass ein Zeitraum von sechs Monaten zur Arbeitsuche grundsätzlich angemessen erscheine¹¹⁷⁸. Weise der Betroffene jedoch auch nach Ablauf dieses Zeitraums nach, dass er weiterhin und mit begründeter Aussicht auf Erfolg Arbeit sucht, so dürfe er nicht ausgewiesen werden¹¹⁷⁹. Es ist kein Grund ersichtlich, aus welchem diese Vorgabe nicht auch in Bezug auf assoziationsberechtigte türkische Staatsangehörige gelten sollte. Im Übrigen widerspräche auch ein kürzerer Zeitraum zur Arbeitsuche für türkische Arbeitnehmer deren Recht auf gleiche Arbeits-

¹¹⁶⁹ EuGH, Urteil vom 23.01.1997, Rs. C-171/95, Slg. 1997 I, 329, *Tetik*.

¹¹⁷⁰ EuGH, Urteil vom 23.01.1997, Rs. C-171/95, Slg. 1997 I, 329, *Tetik*, Rn. 30 ff.

¹¹⁷¹ EuGH, Urteil vom 26.02.1991, Rs. C-292/89, Slg. 1991 I, 745, *Antonissen*.

¹¹⁷² EuGH, Urteil vom 23.01.1997, Rs. C-171/95, Slg. 1997 I, 329, *Tetik*, Rn. 27.

¹¹⁷³ Jetzt Art. 45, 46, 47 AEUV.

¹¹⁷⁴ EuGH, Urteil vom 23.01.1997, Rs. C-171/95, Slg. 1997 I, 329, *Tetik*, Rn. 28.

¹¹⁷⁵ EuGH, Urteil vom 23.01.1997, Rs. C-171/95, Slg. 1997 I, 329, *Tetik*, Rn. 32.

¹¹⁷⁶ EuGH, Urteil vom 23.01.1997, Rs. C-171/95, Slg. 1997 I, 329, *Tetik*, Rn. 33.

¹¹⁷⁷ EuGH, Urteil vom 23.01.1997, Rs. C-171/95, Slg. 1997 I, 329, *Tetik*, Rn. 34.

¹¹⁷⁸ EuGH, Urteil vom 26.02.1991, Rs. C-292/89, Slg. 1991 I, 745, *Antonissen*, Rn. 21.

¹¹⁷⁹ EuGH, Urteil vom 26.02.1991, Rs. C-292/89, Slg. 1991 I, 745, *Antonissen*, Rn. 21.

vermittlung aus Art. 10 Abs. 2 ARB Nr. 1/80¹¹⁸⁰. Weitere Voraussetzung ist, dass der Betroffene alle in dem Mitgliedstaat vorgesehenen Formalitäten erfüllt indem er sich zum Beispiel Arbeit suchend meldet und dem Arbeitsmarkt zur Verfügung steht¹¹⁸¹. Besteht jedoch keine Aussicht, innerhalb eines angemessenen Zeitraums ein neues Arbeitsverhältnis einzugehen, gehört der Betroffene nicht mehr dem Arbeitsmarkt des Mitgliedstaates an. Dies bedeutet den Verlust des Aufenthaltsrechtes aus dem Diskriminierungsverbot in Verbindung mit der überschießenden Arbeitserlaubnis.

a. Verlassen der EU ohne besonderen Grund

Ebenso wie bei den Aufenthaltsrechten aus Art. 6 und 7 ARB Nr. 1/80 muss das Verlassen der EU für einen nicht unerheblichen Zeitraum ohne besonderen Grund¹¹⁸² den Verlust des Aufenthaltsrechtes aus Art. 10 Abs. 1 ARB Nr. 1/80 bedeuten. Die gleiche Folge ergibt sich hier aber auch schon daraus, dass in diesem Fall von einem Verlassen des Arbeitsmarktes auszugehen ist¹¹⁸³.

b. Art. 14 ARB Nr. 1/80

Das Aufenthaltsrecht steht unter dem *ordre public*-Vorbehalt des Art. 14 Abs. 1 ARB Nr. 1/80¹¹⁸⁴. Dieser ermöglicht also jederzeit die Prüfung, ob der Betroffene eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit, Ordnung oder Gesundheit darstellt. Die Kriterien für den Verlust des Aufenthaltsrechtes nach Art. 14 Abs. 1 ARB Nr. 1/80 wurden oben bereits dargelegt¹¹⁸⁵. Neben den oben dargestellten Meinungsverschiedenheiten in Bezug auf die maßgeblichen Kriterien, ist in diesem Zusammenhang ungeklärt, ob bei der Prüfung einer Ausweisung assoziationsberechtigter türkischer Staatsangehöriger die Verfahrensgarantien der Art. 9 Abs. 1 der Richtlinie 64/221/EWG des Rates vom 25. Februar 1964 zur Koordinierung der Sondervorschriften für die Einreise und den Aufenthalt von Ausländern, soweit sie aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit gerechtfertigt sind¹¹⁸⁶, trotz Aufhebung der Richtlinie, weiter Geltung haben müssen. Art. 9 Abs. 1 der RL 64/221/EWG lautet:

¹¹⁸⁰ Gutmann in GK-AufenthG, IX – 1 Art. 10 ARB Nr. 1/80, Rn. 100.

¹¹⁸¹ EuGH, Urteil vom 23.01.1997, Rs. C-171/95, Slg. 1997 I, 329, Tetik, Rn. 41.

¹¹⁸² Zu Art. 7 ARB Nr. 1/80: EuGH, Urteil vom 16.02.2006, Rs. C-502/04, Slg. 2006 I, 1563, Torun, Rn. 21, 26 und Tenor; EuGH, Urteil vom 07.07.2005, Rs. C-373/03, Slg. 2005 I, 6181, Aydinli, Rn. 27; EuGH, Urteil vom 11.11.2004, Rs. C-467/02, Slg. 2004 I, 10895, Cetinkaya, Rn. 36, 38; EuGH, Urteil vom 16.03.2000, Rs. C-329/97, Slg. 2000 I, 1487, Ergat, Rn. 45, 46, 48.

¹¹⁸³ Zu Art. 6 ARB Nr. 1/80: EuGH, Urteil vom 07.07.2005, Rs. C-383/03, Slg. 2005 I, 6237, Dogan, Rn. 23.

¹¹⁸⁴ S. o. Teil 3 IV 5.

¹¹⁸⁵ S. o. Teil 4 I 8 d bb.

¹¹⁸⁶ ABl. Nr. 56 vom 04.04.1964, S. 850 – 857.

„Sofern keine Rechtsmittel gegeben sind oder die Rechtsmittel nur die Gesetzmäßigkeit der Entscheidung betreffen oder keine aufschiebende Wirkung haben, trifft die Verwaltungsbehörde die Entscheidung über die Verweigerung der Verlängerung der Aufenthaltserlaubnis oder über die Entfernung eines Inhabers einer Aufenthaltserlaubnis aus dem Hoheitsgebiet außer in dringenden Fällen erst nach Erhalt der Stellungnahme einer zuständigen Stelle des Aufnahmelandes, vor der sich der Betroffene entsprechend den innerstaatlichen Rechtsvorschriften verteidigen, unterstützen oder vertreten lassen kann. Diese Stelle muss eine andere sein als diejenige, welche für die Entscheidung über die Verlängerung der Aufenthaltserlaubnis oder über die Entfernung aus dem Hoheitsgebiet zuständig ist.“

Diese Vorschrift beinhaltet damit das so genannte „Vier-Augen-Prinzip“, wonach die Zweckmäßigkeit der Ablehnung der Verlängerung oder Befristung einer Aufenthaltserlaubnis und einer Ausweisung von einer unabhängigen Stelle zu überprüfen ist. Der EuGH kam in seiner Entscheidung in der Rechtssache *Dörr und Ünal*¹¹⁸⁷ zu dem Ergebnis, dass das Vier-Augen-Prinzip aus Art. 9 Abs. 1 RL 64/221/EWG auf assoziationsberechtigte türkische Staatsangehörige zu übertragen ist¹¹⁸⁸. Die Richtlinie 64/221/EWG wurde durch Art. 38 Abs. 2 RL 2004/38/EG zum 30.04.2006 aufgehoben. Ungeklärt ist weiterhin, ob das Vier-Augen-Prinzip dennoch zu Gunsten assoziationsberechtigter türkischer Staatsangehöriger fort zu gelten hat. Im deutschen Recht ist dies vor allem deshalb häufig entscheidungserheblich, da in vielen Bundesländern das Widerspruchsverfahren abgeschafft wurde und eine Zweckmäßigkeitskontrolle durch eine unabhängige Stelle nicht mehr erfolgt.

Das Bundesverwaltungsgericht sieht diese Frage durch die Entscheidung des EuGH in der Sache *Ziebell* als geklärt an¹¹⁸⁹. In seiner Entscheidung vom 10.07.2012 führt das Bundesverwaltungsgericht aus, es sei nur noch Art. 12 der RL 2003/109/EG als unionsrechtlicher Bezugsrahmen für die Anwendung des Art. 14 Abs. 1 ARB Nr. 1/80 heranzuziehen¹¹⁹⁰. Nach Art. 12 Abs. 4 RL 2003/109/EG stehe langfristig Aufenthaltsberechtigten zur Überprüfung einer Ausweisung der Rechtsweg offen, eine

¹¹⁸⁷ EuGH, Urteil vom 02.06.2005, Rs. C-136/03, Slg. 2005 I, 4759, Dörr und Ünal.

¹¹⁸⁸ EuGH, Urteil vom 02.06.2005, Rs. C-136/03, Slg. 2005 I, 4759, Dörr und Ünal, Rn. 61.

¹¹⁸⁹ BVerwG, Urteil vom 10.07.2012, 1 C 19/11, juris, Rn. 22.

¹¹⁹⁰ BVerwG, Urteil vom 10.07.2012, 1 C 19/11, juris, Rn. 22 mit Verweis auf EuGH, Urteil vom 08.11.2011, C-371/08, Slg. 2011 I, 12735, Ziebell.

Zweckmäßigkeitkontrolle durch eine unabhängige Stelle sei nicht vorgesehen¹¹⁹¹. Der EuGH begründe die Übertragbarkeit der Verfahrensgarantien aus Art. 9 Abs. 1 RL 64/221/EWG damit, dass die im Rahmen von Art. 48 EGV eingeräumten Rechtspositionen so weit wie möglich auf assoziationsberechtigte türkische Staatsangehörige zu übertragen seien und dass die sich hieraus ergebenden materiellen Rechte aus Effektivitätsgründen untrennbar mit den Verfahrensgarantien verbunden seien¹¹⁹². Hieraus folge, dass die Rechtsprechung des EuGH, welche den türkischen Staatsangehörigen mit dieser Argumentation Rechte zubilligt, von vornherein offen sei für Rechtsänderungen, welche die Stellung von Unionsbürgern betreffen¹¹⁹³. Die Verfahrensrechte für Unionsbürger ergäbe sich nunmehr aus Art. 31 Abs. 3 S. 1 RL 2004/38/EG. Da dieser keine behördliche Kontrolle im Vier-Augen-Prinzip vorsehe könnten auch assoziationsberechtigte türkische Staatsangehörige diese Verfahrensgarantien nicht mehr beanspruchen¹¹⁹⁴. In seiner Entscheidung vom 13.12.2012 führt das Bundesverwaltungsgericht aus, es könne offen bleiben, ob sich die Vorgaben für das Ausweisungsverfahren gegen assoziationsberechtigte türkische Staatsangehörige nunmehr aus Art. 12 Abs. 4 RL 2003/109/EWG betreffend langfristig Aufenthaltsberechtigte oder aus Art. 31 RL 2004/38/EG betreffend Unionsbürger ergebe¹¹⁹⁵. In keiner sei das Erfordernis einer Zweckmäßigkeitprüfung durch eine unabhängige Stelle enthalten¹¹⁹⁶. Etwas anderes folge auch nicht aus den Stillhalteklauseln in Art. 13 ARB Nr. 1/80 und Art. 41 Abs. 1 ZP¹¹⁹⁷. Art. 13 ARB Nr. 1/80 untersagt es den Mitgliedstaaten und der Türkei, für Arbeitnehmer und ihre Familienangehörigen, deren Aufenthalt und Beschäftigung in ihrem Hoheitsgebiet ordnungsgemäß sind, neue Beschränkungen der Bedingungen für den Zugang zum Arbeitsmarkt einzuführen. Art. 41 Abs. 1 ZP enthält ein entsprechendes Verbot im Rahmen der Niederlassungsfreiheit und des freien Dienstleistungsverkehrs. Dieses Verschlechterungsverbot führt nach Auffassung des Bundesverwaltungsgerichtes jedoch nicht dazu, dass die Verfahrensgarantien in Art. 9 Abs. 1 RL 221/64/EWG für assoziationsberechtigte türkische Staatsangehörige weiterhin Geltung behalten¹¹⁹⁸. Zum einen verpflichte Art. 13

¹¹⁹¹ BVerwG, Urteil vom 10.07.2012, 1 C 19/11, juris, Rn. 22.

¹¹⁹² BVerwG, Urteil vom 10.07.2012, 1 C 19/11, juris, Rn. 23.

¹¹⁹³ BVerwG, Urteil vom 10.07.2012, 1 C 19/11, juris, Rn. 23.

¹¹⁹⁴ BVerwG, Urteil vom 10.07.2012, 1 C 19/11, juris, Rn. 23.

¹¹⁹⁵ BVerwG, Urteil vom 13.12.2012, 1 C 20/11, juris, Rn. 29.

¹¹⁹⁶ BVerwG, Urteil vom 13.12.2012, 1 C 20/11, juris, Rn. 29.

¹¹⁹⁷ BVerwG, Urteil vom 13.12.2012, 1 C 20/11, juris, Rn. 33f; BVerwG, Urteil vom 10.07.2012, 1 C 19/11, juris, Rn. 24.

¹¹⁹⁸ BVerwG, Urteil vom 13.12.2012, 1 C 20/11, juris, Rn. 33f; BVerwG, Urteil vom 10.07.2012, 1 C 19/11, juris, Rn. 24, 42 f.

ARB 1/80 nach seinem Wortlaut nur die Mitgliedstaaten und nicht die EU¹¹⁹⁹. Art. 41 Abs. 1 ZP beträfe sachlich keine aufenthaltsrechtliche Stellung, die der Arbeitnehmerfreizügigkeit zuzurechnen sei sondern nur Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit und des freien Dienstleistungsverkehrs¹²⁰⁰. Weiterhin sei fraglich, ob die auf den Zugang zum Arbeits- bzw. Binnenmarkt zugeschnittenen Stillhaltekláuseln überhaupt Verfahrensregelungen bei der Aufenthaltsbeendigung erfassen und ob die Aufhebung des Vier-Augen-Prinzips tatsächlich eine merkliche Verschlechterung der Rechtsposition darstelle¹²⁰¹. Letztlich sei aber entscheidend, dass eine weitere Anwendung der Verfahrensgarantien aus Art. 9 Abs. 1 RL 221/64/EWG auf assoziationsberechtigte türkische Staatsangehörige ein Verstoß gegen das Besserstellungsgebot aus Art. 59 ZP darstelle, da den türkischen Staatsangehörigen dann eine günstigere Rechtsposition eingeräumt würde als EU-Staatsangehörigen¹²⁰². Von einigen Oberverwaltungsgerichten wird die Auffassung vertreten, der EuGH habe in seiner Entscheidung in der Rechtssache Ziebell konkludent mitentschieden, dass das Vier-Augen-Prinzip aus Art. 9 Abs. 1 RL 64/221/EWG auch auf assoziationsberechtigte türkische Staatsangehörige nicht mehr anwendbar sei¹²⁰³. Begründet wird diese Auffassung damit, der EuGH sei nicht der Stellungnahme der Europäischen Kommission in den Rechtssachen *Polat*¹²⁰⁴ und *Ziebell*¹²⁰⁵ gefolgt. Die Kommission ist danach der Auffassung, dass sich die Auslegung aufenthaltsrechtlicher Bestimmungen des Assoziationsabkommens oder darauf gestützter Rechtsakte wie Art. 14 ARB Nr. 1/80 daran orientieren müsse, dass die Vertragsparteien in Bezug auf die Freizügigkeit türkischer Arbeitnehmer das sich aus der Richtlinie 64/221/EWG ergebende Schutzniveau verwirklichen wollten. Daraus ist nach Auffassung der Kommission zu folgern, dass die Aufhebung der RL 64/221/EWG auf die Auslegung des Assoziationsabkommens und der aufgrund dessen erlassenen Rechtsakte keinen Einfluss habe. Zwar ist richtig, dass der EuGH diese Argumentation nicht übernommen hat. Die Entscheidung des EuGH in der Sache *Ziebell* befasst sich insoweit jedoch aus-

¹¹⁹⁹ BVerwG, Urteil vom 13.12.2012, 1 C 20/11, juris, Rn. 33; BVerwG, Urteil vom 10.07.2012, C 19/11, juris, Rn. 25.

¹²⁰⁰ BVerwG, Urteil vom 13.12.2012, 1 C 20/11, juris, Rn. 33; BVerwG, Urteil vom 10.07.2012, C 19/11, juris, Rn. 25.

¹²⁰¹ BVerwG, Urteil vom 13.12.2012, 1 C 20/11, juris, Rn. 33; BVerwG, Urteil vom 10.07.2012, juris, 1 C 19/11, Rn. 25.

¹²⁰² BVerwG, Urteil vom 13.12.2012, 1 C 20/11, juris, Rn. 33; BVerwG, Urteil vom 10.07.2012, 1 C 19/11, juris, Rn. 25.

¹²⁰³ OVG NRW, Urteil vom 22.03.2012, 18 A 951/09, juris, Rn. 45; VGH Baden-Württemberg, Urteil vom 10.02.2012, 11 S 1361/11, juris, Rn. 35.

¹²⁰⁴ EuGH, Urteil vom 04.10.2007, Rs. C-349/06, Slg. 2007 I, 8167, *Polat*.

¹²⁰⁵ EuGH, Urteil vom 08.11.2011, Rs. C-371/08, Slg. 2011 I, 12735, *Ziebell*.

schließlich mit den materiellen Voraussetzungen einer Ausweisung assoziationsberechtigter türkischer Staatsangehöriger¹²⁰⁶. Der EuGH begründet seine Auffassung, diese Ausweisungsverfügungen seien nicht unter denselben Kriterien zulässig wie der Entzug des Freizügigkeitsrechtes EU-Staatsangehöriger, damit, dass der Assoziation ein ausschließlicher wirtschaftlicher Zweck zugrunde liege. In Bezug auf die Frage der Ausweisung assoziationsberechtigter türkischer Staatsangehöriger hatte der EuGH in der Vergangenheit noch nicht festgestellt, ob dieselben Kriterien für eine Ausweisungsverfügung gegen assoziationsberechtigte türkische Staatsangehörige und den Entzug des Freizügigkeitsrechtes von EU-Staatsangehörigen gelten. Anders ist dies in Bezug auf die genannten Verfahrensrechte aus Artikel 9 der RL 64/221/EWG. Da hier bereits ausdrücklich festgestellt wurde, dass diese Verfahrensgarantien assoziationsberechtigten türkischen Staatsangehörigen zustehen, müssten einer Entscheidung darüber, ob diese Verfahrensgarantien für assoziationsberechtigte nach Aufhebung der RL 64/221/EWG fortgelten, weitergehende Überlegungen zu Grunde gelegt werden. Der EuGH hat sich mit dieser Frage jedoch nicht befasst. Eine Klärung dieser Rechtsfrage durch den EuGH ist in der Rechtssache *Ziebell* nicht erfolgt. Es ist auch nicht anzunehmen, dass der EuGH diese Rechtsfrage, welche die Gerichte lange Zeit beschäftigt hat, ohne konkrete Ausführungen, d.h. stillschweigend mitklären wollte¹²⁰⁷.

Der Wegfall des Vier-Augen-Prinzips stellt hier einen Verstoß gegen die Stillhalteklausele aus Artikel § 13 ARB Nr. 1/80 dar. Das Argument, der Art. 13 ARB Nr. 1/80 richte sich seinem Wortlaut nach nur an die Mitgliedstaaten, lässt sich mit der Natur des Assoziationsabkommens als gemischtes Abkommen entkräften. Als gemischtes Abkommen verpflichtet es sowohl die Mitgliedstaaten als auch die EU¹²⁰⁸. Das Gleiche muss dann auch für den auf der Grundlage des Assoziierungsabkommens ergangenen ARB Nr. 1/80 gelten¹²⁰⁹. Verfahrensregelungen sind auch von der Stillhalteklausele umfasst. Wie dargelegt hat der EuGH entschieden, dass die Verfahrensrechte aus Art. 9 Abs. 1 RL 221/64/EWG untrennbar mit den materiellen Rechten, welche den türkischen Staatsangehörigen in Bezug auf ihren Aufenthalt gewährt werden, verbunden sind. Dem würde es widersprechen, wendete man die Stillhalte-

¹²⁰⁶ von Auer, http://www.anwalt.de/rechtstipps/art-rl-ewg-assoziationsberechtigte-tuerkische-staatsangehoerige-und-ziebell_026573.html.

¹²⁰⁷ VG Berlin, Urteil vom 03.02.2012, 35 K 160.11, juris, Rn. 46.

¹²⁰⁸ S. o. Teil 1 II 1 b.

¹²⁰⁹ S. o. Teil 1 II 3 b.

klausel nur auf materielle Rechte an. Der Wegfall der Zweckmäßigkeitkontrolle kann nur als neue Beschränkung aufgefasst werden. Der Prüfungsumfang wird verringert. Dem Betroffenen wird darüber hinaus nicht die Gelegenheit gegeben, noch einmal darzulegen, aus welchen Gründen die Ausweisungsverfügung rechtswidrig ist. Eine neue Beschränkung ist auch bereits aus dem Grund gegeben, dass der Betroffene weniger Zeit hat, positive Voraussetzungen in Bezug auf eine Ausweisungsentscheidung zu schaffen.

Die Fortgeltung der Verfahrensgarantien zu Gunsten assoziationsberechtigter türkischer Staatsangehöriger stellt hier auch keinen Verstoß gegen das Besserstellungsverbot aus Artikel 59 ZP dar. Eine Besserstellung kann hier bereits aus dem Grund nicht vorliegen, da es sich bei der Ausweisung assoziationsberechtigter türkischer Staatsangehöriger und dem Entzug des Freizügigkeitsrechtes von EU-Staatsangehörigen um unterschiedliche Verfahren handelt. Wie gerade aus der Entscheidung des EuGH in der Sache *Ziebell* hervorgeht, richten sich beide Vorgänge nach unterschiedlichen Kriterien. EU-Staatsangehörige sind bereits aus dem Grund besser gestellt, da an den Entzug des Freizügigkeitsrechtes strengere Anforderungen gestellt werden als an die Ausweisung assoziationsberechtigter türkischer Staatsangehöriger. Aus diesem Grund stellt die Beibehaltung des Vier-Augen-Prinzips zu Gunsten assoziationsberechtigter türkischer Staatsangehöriger im Ergebnis keine Besserstellung dar. Daher trägt auch der Einwand des OVG NRW nicht, dass eine andere Betrachtungsweise als die des OVG dazu führen würde, „dass sich für assoziationsberechtigte türkische Staatsangehörige im Laufe der Zeit ein gegenüber dem geltenden Recht der Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten in unvertretbarer Weise verselbständigt Rechtsregime herausbilden würde“¹²¹⁰. Da das assoziationsrechtliche Freizügigkeitsrecht in Bezug auf seine Reichweite derzeit noch weit hinter dem EU-Freizügigkeitsrecht zurückliegt und es sich damit noch um unterschiedliche Rechtsbereiche handelt, ist eine unterschiedliche Behandlung hinzunehmen. Erst wenn das assoziationsrechtliche Freizügigkeitsrecht dem EU-Freizügigkeitsrecht entspricht, müssen beide Freizügigkeitsrechte vollumfänglich gleich behandelt werden.

¹²¹⁰ OVG Münster, Urteil vom 22.03.2012, 18 A 951/09, juris, Rn. 57.

II. Recht des Familienangehörigen auf Nachzug zum türkischen Arbeitnehmer als abgeleitetes Recht aus Art. 10 Abs. 1 ARB Nr. 1/80

Wie unter Teil IV 4 d ausführlich erörtert, ergibt sich aus Art. 10 Abs. 1 ARB Nr. 1/80 das abgeleitete Recht des Familienangehörigen, zu dem im Mitgliedstaat lebenden türkischen Staatsangehörigen nachzuziehen. Es handelt sich hierbei zunächst nicht um ein originäres Recht des Familienangehörigen. Vielmehr handelt es sich bei dem Familiennachzug um einen Teil der sonstigen Arbeitsbedingungen, die dem türkischen Arbeitnehmer gemäß Art. 10 Abs. 1 ARB Nr. 1/80 diskriminierungsfrei zu gewährleisten sind. Damit dieses Recht aber effektiv wahrgenommen werden kann, muss der Familienangehörige dieses auch im eigenen Namen geltend machen können. So muss der Nachziehende beispielsweise einen Visumsantrag, den er nach deutschem Recht persönlich bei der deutschen Auslandsvertretung zu stellen hat, auf dieses Recht stützen können. Andernfalls wäre es ohne tatsächliche Auswirkungen. Dies entspricht auch der Rechtsprechung des EuGH, wonach die Sozialleistungen an Familienangehörige, die diesen als Teil der sozialen Vergünstigung des Arbeitnehmers selbst gewährt werden, von den Familienangehörigen in eigenem Namen geltend gemacht werden können¹²¹¹.

III. Aufenthaltsrecht aus Art. 10 Abs. 2 ARB Nr. 1/80

Auch aus Art. 10 Abs. 2 ARB Nr. 1/80 kann sich ein Aufenthaltsrecht ergeben. Diese Bestimmung lautet:

„Vorbehaltlich der Artikel 6 und 7 haben die in Absatz 1 genannten türkischen Arbeitnehmer und ihre Familienangehörigen in gleicher Weise wie die Arbeitnehmer aus der Gemeinschaft Anspruch auf die Unterstützung der Arbeitsämter bei der Beschaffung eines Arbeitsplatzes“.

Auch dieses Recht kann nur effektiv wahrgenommen werden, wenn für die Dauer der Arbeitsplatzsuche das Recht zum Aufenthalt im Mitgliedstaat gewährt wird. Ein Aufenthaltsrecht aus dieser Vorschrift kann sich insbesondere in der Situation ergeben,

¹²¹¹ EuGH, Urteil vom 30.09.1975, Rs. C-32/75, Slg. 1985, 1085, Cristini, Rn. 10/13; EuGH, Urteil vom 16.12.1976, Rs. C-63/76, Slg. 1976, 2057, Inzirillo, Rn. 18/21; EuGH, Urteil vom 12.07.1984, Rs. C-261/83, Slg. 1984, 3199, Castelli, Rn. 11; EuGH, Urteil vom 06.06.1985, Rs. 157/84, Slg. 1985, 1739, Frascogna, Rn. 25; EuGH, Urteil vom 18.06.1987, Rs. C-316/85, Slg. 1987, 2811, Lebon, Rn. 12; EuGH, Urteil vom 14.06.2012, Rs. C-542/09, veröffentlicht in der digitalen Sammlung (Allgemeine Sammlung), Kommission / Niederlande, Rn. 34 f; EuGH, Urteil vom 26.02.1992, Rs. C-3/90, Slg. 1992 I, 1071, Bernini, Rn. 25 f; und s. o. Teil 3 IV 4 b.

in welcher der Betroffene bereits ein Aufenthaltsrecht gemäß Art. 6 dritter Spiegelstrich ARB Nr. 1/80¹²¹² erworben hat und aktuell Arbeit suchend ist. Aus Art. 10 Abs. 2 ARB Nr. 1/80 hat er das Recht auf Unterstützung bei der Arbeitsuche durch die Arbeitsämter und mithin das Recht, sich dazu für einen angemessenen Zeitraum¹²¹³ im Bundesgebiet aufzuhalten¹²¹⁴. Das Recht zum Aufenthalt zur Arbeitsuche steht unter dem *ordre public*-Vorbehalt des Art. 14 Abs. 1 ARB 1/80. Im primären Assoziationsrecht gibt es keine dem Art. 10 Abs. 2 ARB Nr. 1/80 entsprechende Vorschrift. Darüber hinaus würde eine schrankenlose Gewährung des Rechtes zur Arbeitsuche auch dem Besserstellungsverbot aus Art. 59 ZP widersprechen, da auch das Freizügigkeitsrecht zur Arbeitsuche von EU-Staatsangehörigen unter dem *ordre public*-Vorbehalt steht¹²¹⁵.

IV. Aufenthaltsrecht aus Art. 9 Abs. 1 S. 1 ARB Nr. 1/80

1. Aufenthaltsrechtliche Wirkung des Art. 9 Abs. 1 S. 1 ARB Nr. 1/80?

Zu untersuchen ist, ob sich aus Art. 9 Abs. 1 S. 1 ARB Nr. 1/80 Aufenthaltsrechte ergeben können. Seinem Wortlaut nach garantiert diese Vorschrift türkischen Kindern, die in einem Mitgliedstaat der Gemeinschaft ordnungsgemäß bei ihren Eltern wohnen, welche dort ordnungsgemäß beschäftigt sind oder waren, die Zulassung zum allgemeinen Schulunterricht, zur Lehrlingsausbildung und zur beruflichen Bildung unter Zugrundelegung derselben Qualifikationen wie die Kinder von Staatsangehörigen dieses Mitgliedstaates. Geregelt ist damit zunächst nur, dass die begünstigten Kinder unter der Bedingung derselben Qualifikation gleichberechtigten Zugang zur Aufnahme der Ausbildung wie die Kinder von Staatsangehörigen des Mitgliedstaates haben und dass ihnen dieselben sozialen Vergünstigungen zustehen wie den Staatsangehörigen des Mitgliedstaates, in welchem sie ihre Ausbildung absolvieren. Weiter könnte man aus dem Erfordernis des ordnungsgemäßen Wohnens bei den Eltern ableiten, dass der rechtmäßige Aufenthalt gerade Voraussetzung dafür ist, in den Genuss der Rechte aus Art. 9 Abs. 1 S. 1 ARB Nr. 1/80 zu gelangen¹²¹⁶. Gutmann führt die Rechtsprechung des EuGH in der Rechtssache *El-Yassini* als Argu-

¹²¹² Dazu, dass die höchste Stufe des Art. 6 ARB Nr. 1/80 erreicht sein muss, s. o. Teil 3 V 3.

¹²¹³ Zur Angemessenheit des Zeitraums s. o. Teil 3 IV 3.

¹²¹⁴ Gutmann in GK-AufenthG, IX-1 Art. 10 ARB Nr. 1/80, Rn. 100 f; Weber, NVwZ 1997, S. 652, 653.

¹²¹⁵ Gutmann in GK-AufenthG, IX-1 Art. 10 ARB Nr. 1/80, Rn. 100.

¹²¹⁶ Hessischer VGH, Urteil vom 02.12.2002, 12 UE 1893/02, juris, Rn. 46; Hessischer VGH, Urteil vom 17.02.1997, 12 UE 4436/96, juris, Rn. 37; VG Darmstadt, Beschluss vom 30.07.1998, 5 G 1086/97(3), juris, Leitsatz; Gutmann in GK-AufenthG, IX – 1 Art. 9 ARB Nr. 1/80, Rn. 27.

ment für eine aufenthaltsrechtliche Wirkung des Diskriminierungsverbotes aus Art. 9 Abs. 1 S. 1 ARB Nr. 1/80 an¹²¹⁷. Die Bedingungen für den Zugang zur Bildung seien unterschiedlich, wenn die vorzeitige Beendigung der Ausbildung und ihr Abbruch von den durch Art. 9 Abs. 1 S. 1 ARB Nr. 1/80 begünstigten Kindern aufgrund des Ablaufs ihrer Aufenthaltserlaubnis verlangt werden könne¹²¹⁸. Zur Begründung der aufenthaltsrechtlichen Wirkung des Art. 9 Abs. 1 S. 1 ARB Nr. 1/80 verweist Gutmann aber auch auf die Rechtsprechung des EuGH in der Sache *Kadiman*¹²¹⁹. Hierin befasst sich der EuGH mit der aufenthaltsrechtlichen Wirkung des Art. 7 S. 1 ARB Nr. 1/80. Dieser lautet:

„Die Familienangehörigen eines dem regulären Arbeitsmarkt eines Mitgliedstaats angehörenden türkischen Arbeitnehmers, die die Genehmigung erhalten haben, zu ihm zu ziehen,

haben vorbehaltlich des den Arbeitnehmern aus den Mitgliedstaaten der Gemeinschaft einzuräumenden Vorrangs das Recht, sich auf jedes Stellenangebot zu bewerben, wenn sie dort seit mindestens drei Jahren ihren ordnungsgemäßen Wohnsitz haben

haben freien Zugang zu jeder von ihnen gewählten Beschäftigung im Lohn- oder Gehaltsverhältnis, wenn sie dort seit mindestens fünf Jahren ihren ordnungsgemäßen Wohnsitz haben.“

Der EuGH hat hierzu entschieden, dass ein Mitgliedstaat, der dem Familienangehörigen die Genehmigung zur Einreise zur Familienzusammenführung zu einem türkischen Arbeitnehmer erteilt hat, dem Familienangehörigen auch während der ersten drei Jahre dessen Aufenthaltes nicht das Recht verweigern darf, sich weiter zu Zwecken der Familienzusammenführung bei dem Arbeitnehmer aufzuhalten¹²²⁰. Der Mitgliedstaat sei aber berechtigt, das Aufenthaltsrecht des Familienangehörigen an Bedingungen zu knüpfen, welche gewährleisten, „dass die Anwesenheit des Familienangehörigen in seinem Hoheitsgebiet dem Geist und dem Regelungszweck des Art. 7 S. 1 ARB Nr. 1/80 entspricht“¹²²¹. Nach der Rechtsprechung des EuGH ist Zweck

¹²¹⁷ Gutmann in GK-AufenthG, IX – 1 Art. 9 ARB Nr. 1/80, Rn. 28.

¹²¹⁸ Gutmann in GK-AufenthG, IX – 1 Art. 9 ARB Nr. 1/80, Rn. 28.

¹²¹⁹ Gutmann in GK-AufenthG, IX – 1 Art. 9 ARB Nr. 1/80, Rn. 29 mit Verweis auf EuGH, Urteil vom 17.04.1997, Rs. C-351/95, Slg. 1997 I, 2133, Kadiman.

¹²²⁰ EuGH, Urteil vom 17.04.1997, C-351/95, Slg. 1997 I, 2133, Kadiman, Rn.33.

¹²²¹ EuGH, Urteil vom 17.04.1997, C-351/95, Slg. 1997 I, 2133, Kadiman, Rn. 33.

des Art. 7 S. 1 ARB Nr. 1/80, die Beschäftigung und den Aufenthalt des türkischen Arbeitnehmers, welcher dem regulären Arbeitsmarkt des Mitgliedstaates angehört, dadurch zu fördern, dass ihm in diesem Mitgliedstaat die Aufrechterhaltung seiner familiären Bande ermöglicht wird¹²²². Nach Gutmann müsse dieser Gedanke auch für den Art. 9 S. 1 ARB Nr. 1/80 gelten¹²²³. Auch dieser bezwecke die Förderung der dauerhaften Eingliederung der Familie der türkischen Arbeitnehmer in dem Aufnahmemitgliedstaat¹²²⁴. Gutmann geht also offenbar davon aus, dass die Kinder zunächst nur dann in den Genuss der Rechte aus Art. 9 Abs. 1 S. 1 ARB Nr. 1/80 kommen können, wenn sie bereits im Besitz eines Aufenthaltsrechtes sind, dass Art. 9 Abs. 1 S. 1 ARB Nr. 1/80 aber dann ein Aufenthaltsrecht implizieren muss, wenn andernfalls die Ausbildung wegen des zwischenzeitlichen Ablaufs der Aufenthaltserlaubnis beendet werden müsste. Im Ergebnis genauso sieht es auch das VG Karlsruhe¹²²⁵. Es bezieht sich dazu auf die Rechtsprechung des EuGH zu der aufenthaltsrechtlichen Wirkung der Art. 6 und 7 ARB Nr. 1/80¹²²⁶. Für Art. 9 Abs. 1 S. 1 ARB Nr. 1/80 könne nichts anderes gelten. Es sei widersinnig, dem türkischen Kind den weiteren Aufenthalt zu verwehren, wenn es unter den Voraussetzungen des Art. 9 Abs. 1 S. 1 ARB Nr. 1/80 zur Ausbildung zugelassen worden sei¹²²⁷. Zwar obliege es weiterhin den Mitgliedstaaten, die Bedingungen für die Einreise und den Aufenthalt türkischer Familienangehöriger festzulegen. Halte sich aber ein Kind ordnungsgemäß im Bundesgebiet auf, könne die Fortsetzung des Aufenthaltes nur noch von den weiteren Voraussetzungen des Art. 9 Abs. 1 S. 1 ARB Nr. 1/80, d. h. Wohnen bei den Eltern und deren ordnungsgemäßer Beschäftigung abhängig gemacht werden¹²²⁸. Das OVG Münster lässt offen, ob dem Art. 9 Abs. 1 S. 1 ARB Nr. 1/80 grundsätzliche aufenthaltsrechtliche Bedeutung zukommt, lehnt eine solche aber jedenfalls für den Fall ab, dass das Kind erst zur Ausbildung nach Deutschland eingereist ist¹²²⁹. Das OVG Münster begründet diese Auffassung damit, dass es den Mitgliedstaaten zusteht, Regelungen für die Familienzusammenführung zu treffen, bis die Familienangehörigen ein eigenständiges Aufenthaltsrecht nach dem ARB Nr. 1/80 erworben ha-

¹²²² EuGH, Urteil vom 17.04.1997, C-351/95, Slg. 1997 I, 2133, Kadiman, Rn. 34.

¹²²³ Gutmann in GK-AufenthG, IX – 1 Art. 9 ARB Nr. 1/80, Rn. 29.

¹²²⁴ Gutmann in GK-AufenthG, IX – 1 Art. 9 ARB Nr. 1/80, Rn. 29.

¹²²⁵ VG Karlsruhe, Urteil vom 02.07.2004, 1 K 2826/03, InfAuslR 2004, 426. 427.

¹²²⁶ VG Karlsruhe, Urteil vom 02.07.2004, 1 K 2826/03, InfAuslR 2004, 426. 427.

¹²²⁷ VG Karlsruhe, Urteil vom 02.07.2004, 1 K 2826/03, InfAuslR 2004, 426. 427.

¹²²⁸ VG Karlsruhe, Urteil vom 02.07.2004, 1 K 2826/03, InfAuslR 2004, 426. 427.

¹²²⁹ OVG Münster, Urteil vom 03.04.2001, 18 B 204/00, juris, Rn. 36.

ben¹²³⁰. Im Zusammenhang mit einer Ausbildung würden türkische Familienangehörige ein eigenständiges Aufenthaltsrecht gemäß Art. 7 S. 2 ARB Nr. 1/80 erst nach Abschluss der Ausbildung erhalten¹²³¹. In einer älteren Entscheidung spricht das OVG Münster dem Art. 9 Abs. 1 S. 1 ARB Nr. 1/80 grundsätzlich aufenthaltsrechtliche Wirkung zu, begrenzt diese aber auf ein auf den Ausbildungszweck begrenztes Aufenthaltsrecht¹²³².

Zunächst spricht die Rechtsprechung des EuGH, den im ARB Nr. 1/80 gewährten Beschäftigungsrechten implizit Aufenthaltsrechte abzuleiten, auch für ein implizites Aufenthaltsrecht aus Art. 9 S. 1 ARB Nr. 1/80. Ebenso wie Art. 6 und 7 ARB Nr. 1/80 ist Art. 9 ARB Nr. 1/80 in Kapitel II Abschnitt 1 des ARB Nr. 1/80 enthalten, welcher die Überschrift „Fragen betreffend die Beschäftigung und die Freizügigkeit der Arbeitnehmer“ trägt. Es spricht nichts dafür, das Recht auf Zugang zur Ausbildung anders zu behandeln als das Recht zur Beschäftigung. Auch das Recht auf gleichberechtigten Zugang zur Ausbildung kann nur dann effektiv wahrgenommen werden, wenn ihm auch aufenthaltsrechtliche Wirkung zukommt. Auch die Zielsetzung der in Kapitel II Abschnitt 1 ARB Nr. 1/80 enthaltenen Regelungen spricht für die aufenthaltsrechtliche Wirkung des Art. 9 S. 1 ARB Nr. 1/80. Die Regelungen haben grundsätzlich zum Ziel, die Integration des türkischen Arbeitnehmers in den Arbeitsmarkt des Mitgliedstaates weiter zu fördern. Die Regelungen, welche die Familienangehörigen betreffen, sollen die Integration des Arbeitnehmers in den Arbeitsmarkt des Mitgliedstaates dadurch gewährleisten, dass sie den Aufenthalt und die Beschäftigung des türkischen Arbeitnehmers dadurch fördern, dass es ihnen erleichtert wird, mit ihren Familienangehörigen im Mitgliedstaat zu leben. Die Förderung der Ausbildung der Kinder der Arbeitnehmer stellt einen wesentlichen Beitrag zur Verwirklichung dieses Ziels dar. Sie erleichtert aufgrund der in der Regel gezahlten Ausbildungsvergütung den Aufenthalt des türkischen Arbeitnehmers im Mitgliedstaat. Zum anderen erhöht sich dadurch die Wahrscheinlichkeit, dass sich auch der Familienangehörige in den Arbeitsmarkt des Mitgliedstaates integrieren kann, was sich häufig auch auf die Bindung des türkischen Arbeitnehmers an den Mitgliedstaat auswirken wird.

¹²³⁰ OVG Münster, Urteil vom 03.04.2001, 18 B 204/00, juris, Rn. 38.

¹²³¹ OVG Münster, Urteil vom 03.04.2001, 18 B 204/00, juris, Rn. 40.

¹²³² OVG Münster, Beschluss vom 30.12.1997, 17 B 1437/96, juris, Rn. 16.

Der Grund für den ursprünglich ordnungsgemäßen Aufenthalt des Familienangehörigen bzw. der Grund der Einreise kann dabei keine Rolle spielen. Insbesondere ist nicht zwingend Voraussetzung, dass sich der rechtmäßige Aufenthalt aus einem Visum bzw. einer Aufenthaltserlaubnis zur Familienzusammenführung ergibt. Zunächst hat der EuGH festgestellt, dass auch diejenigen Familienangehörigen jedenfalls in den Genuss der Rechte aus Art. 7 S. 2 ARB Nr. 1/80 kommen können, die ihren Aufenthalt nicht ausdrücklich aus einem Aufenthaltsrecht ableiten, welches zur Familienzusammenführung erteilt wurde¹²³³. Vielmehr ist auch derjenige Familienangehörige grundsätzlich berechtigt, der sich beispielsweise mit einer Aufenthaltserlaubnis zu Studienzwecken in dem Mitgliedstaat aufhält¹²³⁴. Art. 9 S. 1 ARB Nr. 1/80 setzt seinem Wortlaut nach ebenso wie Art. 7 S. 2 ARB Nr. 1/80 keine Aufenthaltserlaubnis voraus, die zum Familiennachzug erteilt wurde, sondern spricht nur von dem ordnungsgemäßen Wohnen bei den Eltern. Art. 9 S. 1 ARB 1/80 ist also allgemein gefasst und lässt nicht erkennen, dass ein bestimmtes Aufenthaltsrecht gefordert wäre. Dass die Vorschrift dennoch den Zweck erfüllt, die Integration des türkischen Arbeitnehmers in den Arbeitsmarkt des Mitgliedstaates zu fördern, wird durch die Voraussetzung „Wohnen bei den Eltern“ gewährleistet. Nur wenn die Kinder bei den Eltern wohnen, kann die Versagung des Zugangs zur Ausbildung einen Einfluss auf die Integration der türkischen Arbeitnehmer haben. Aus diesem Grund ist eine aufenthaltsrechtliche Wirkung des Art. 9 S.1 ARB Nr. 1/80 auch dann möglich, wenn das türkische Kind die Erlaubnis zur Einreise nach Deutschland zur Aufnahme einer Ausbildung und nicht zur Familienzusammenführung erhalten hat. Im Übrigen wäre es widersinnig gerade in dem Fall, in dem das Kind zur Ausbildung nach Deutschland eingereist ist, deren Fortsetzung unmöglich zu machen, weil zwischenzeitlich die Aufenthaltserlaubnis abgelaufen ist.

Fraglich ist, wie die Situation zu beurteilen ist, in dem der Aufenthalt des Kindes zunächst rechtmäßig ist, die Aufenthaltserlaubnis aber vor Beginn der beabsichtigten Ausbildung abläuft. Denkbar ist hier zum Beispiel der Fall, dass das Kind türkischer Arbeitnehmer eine Aufenthaltserlaubnis zur Familienzusammenführung zu seinen Eltern besitzt, diese aber mit Eintritt der Volljährigkeit und vor Beginn der beabsichtigten Ausbildung abläuft. Ein Vergleich mit der Rechtsprechung des EuGH in den Rechtssachen *El-Yassini* und *Gattoussi* bzw. *Güzeli* spricht gegen das Entstehen

¹²³³ EuGH, Urteil vom 05.10.1994, Rs. C-355/93, Slg. 1994 I, 5113, Eroglu, Rn. 22.

¹²³⁴ EuGH, Urteil vom 05.10.1994, Rs. C-355/93, Slg. 1994 I, 5113, Eroglu, Rn. 22.

eines Aufenthaltsrechtes bis zur Ausbildung. Auch in den genannten Fällen, in denen es um ein Aufenthaltsrecht aus einem Diskriminierungsverbot in Verbindung mit einer überschießenden Arbeitserlaubnis geht, ist stets Voraussetzung, dass der Betroffene im Zeitpunkt des Ablaufs bzw. der Befristung seiner ursprünglichen Aufenthaltserlaubnis dem regulären Arbeitsmarkt des Mitgliedstaats bereits angehört. Genauso geht es bei den Aufenthaltserlaubnissen, die aufgrund der Art. 6 und 7 ARB Nr. 1/80 entstehen, grundsätzlich um die Fortsetzung schon bestehender Aufenthaltsrechte. Es wäre nicht zu erklären, warum sich gerade aus Art. 9 Abs. 1 ARB Nr.1/80 bereits vor Aufnahme der Ausbildung ein Aufenthaltsrecht ergeben sollte.

2. Voraussetzungen

a. Kinder türkischer Arbeitnehmer

Nach seinem Wortlaut begünstigt Art. 9 S. 1 ARB Nr. 1/80 türkische Kinder. Dass es sich bei dieser Formulierung um ein Redaktionsversehen handeln muss, wurde oben¹²³⁵ bereits dargelegt. Es ist davon auszugehen, dass auch der Art. 9 S. 1 ARB Nr. 1/80 Kinder türkischer Arbeitnehmer begünstigen will. Auf die Staatsangehörigkeit der Kinder kann es nicht ankommen. Eine Altersbeschränkung enthält der Art. 9 S. 1 ARB Nr. 1/80 nicht. Somit können auch volljährige Kinder türkischer Arbeitnehmer in den Genuss seiner Rechte kommen¹²³⁶.

b. Wohnen bei Eltern

Die Kinder müssen bei den Eltern wohnen. Dies bedeutet zunächst, dass sie dort grundsätzlich ihren Lebensmittelpunkt haben müssen¹²³⁷. Ausreichend ist natürlich der Wohnsitz bei einem Elternteil¹²³⁸. Es reicht aus, wenn der Nebenwohnsitz bei den Eltern ist¹²³⁹. Nach dem Gesetzeswortlaut muss der Wohnsitz bei den Eltern „ordnungsgemäß“ und damit rechtmäßig sein. Wie oben dargelegt, ist aber nur erforderlich, dass das Kind zunächst seinen Wohnsitz rechtmäßigerweise bei seinen Eltern genommen hat, also im Besitz eines Aufenthaltstitels gewesen ist. Wie ausgeführt

¹²³⁵ S.o. Teil 3 VI 2.

¹²³⁶ *Gutmann* in GK-AufenthG, IX – 1 Art. 9 ARB Nr. 1/80, Rn. 8; VG Frankfurt, Beschluss vom 19.12.1996, 9 G 3832/96 (2), NVwZ RR 1997, 299.

¹²³⁷ *Gutmann* in GK-AufenthG, IX – 1 Art. 9 ARB Nr. 1/80, Rn. 10.1

¹²³⁸ *Gutmann* in GK-AufenthG, IX – 1 Art. 9 ARB Nr. 1/80, Rn. 11.

¹²³⁹ EuGH, Urteil vom 07.07.2005, Rs. C-374/03, Slg. 2005 I, 6199, Gürol, Rn. 29 ff.

ergibt sich aus Art. 9 S. 1 ARB Nr. 1/80 gerade ein Aufenthaltsrecht, wenn die begonnene Ausbildung andernfalls abgebrochen werden müsste.

c. Eltern, die im Mitgliedstaat ordnungsgemäß beschäftigt sind oder waren

Die Eltern bzw. ein Elternteil müssen im Mitgliedstaat beschäftigt sein oder beschäftigt gewesen sein. Die Dauer der Beschäftigung ist unerheblich¹²⁴⁰.

3. Umfang der Aufenthaltsrechte

Das Aufenthaltsrecht muss für die Dauer der Ausbildung gelten, um die Rechte aus Art. 9 S. 1 ARB Nr. 1/80 effektiv zu gewährleisten. Wie dargelegt, gewährt Art. 9 S. 1 ARB Nr. 1/80 aber nur dann ein Recht zum Aufenthalt, wenn die Ausbildung bereits begonnen wurde und andernfalls mangels weiter fortbestehenden Aufenthaltsrechtes abgebrochen werden müsste.

4. Verlust der Aufenthaltsrechte

Das Aufenthaltsrecht aus Art. 9 Abs. 1 ARB Nr. 1/80 steht ebenfalls unter dem *ordre public*-Vorbehalt des Art. 14 ARB Nr. 1/80. Art. 9 ARB Nr. 1/80 befindet sich in Abschnitt I des ARB Nr. 1/80 für welchen Art. 14 ARB Nr. 1/80 gilt. Die Rechte aus Art. 9 ARB Nr. 1/80 sind im primären Assoziationsrecht nicht enthalten. Sie können dort somit nicht unbeschränkt gewährt werden. Andernfalls läge auch ein Verstoß gegen das Besserstellungsverbot aus Art. 59 ZP vor, da auch das Freizügigkeitsrecht von EU-Staatsangehörigen unter dem *ordre public*-Vorbehalt des Art. 45 Abs. 3 AEUV steht.

Schlussbetrachtung

I. Zusammenfassung und Ergebnisse

1. Zusammenfassung und Ergebnisse Teil 1

Die assoziationsrechtlichen Grundlagen

Es war und ist ein historisch und politisch langwieriger und noch nicht abgeschlossener Prozess, das Assoziationsrecht zu entwerfen, weiterzuentwickeln und seine Mög-

¹²⁴⁰ Gutmann in GK-AufenthG, IX – 1 Art. 9 ARB Nr. 1/80, Rn. 13.

lichkeiten zu erkennen. Hierbei ging es zunächst ganz grundlegend darum, die Zielrichtung der Assoziierung der Türkei mit der EU festzulegen. Im Ergebnis beinhaltet bereits das Assoziierungsabkommen von 1963 das Ziel, den späteren EU-Beitritt der Türkei vorzubereiten. Dies soll auf dem Weg der Verbesserung der Wirtschaftsbeziehungen zwischen der EU und der Türkei, der Förderung der wirtschaftlichen Entwicklung in der Türkei und mittels der Einrichtung einer Zollunion erfolgen. Auch die stufenweise Verwirklichung der Freizügigkeit ist bereits im Assoziierungsabkommen vorgesehen. Es enthält ein Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit und verweist dabei auf das entsprechende Diskriminierungsverbot im EWG-Vertrag. Dieser Verweis sowie die Formulierung in Art. 12 AssAbk, dass sich die Vertragsparteien bei der Herstellung der Freizügigkeit von den Art. 48, 49 und 50 des Vertrages zur Gründung der Gemeinschaft leiten lassen, spielt bei der Auslegung der assoziationsrechtlichen Diskriminierungsverbote eine entscheidende Rolle.

Das Zusatzprotokoll von 1970 enthält in seinem Art. 37 bereits eine Konkretisierung des allgemeinen Diskriminierungsverbotes aus Gründen der Staatsangehörigkeit in Bezug auf die Arbeitsbedingungen und das Entgelt.

Zur Verwirklichung der Ziele des Assoziierungsabkommens räumt dieses den Vertragsparteien die Möglichkeit ein, in einem Assoziationsrat zusammen zu treten und Beschlüsse zu fassen. Dies führte unter anderem zu den ARB Nr. 2/76, 1/80 und 3/80. ARB Nr. 2/76 sollte die erste Stufe zur Herstellung der Arbeitnehmerfreizügigkeit festlegen. Der ARB Nr. 1/80 übernimmt und erweitert die Regelungen des ARB Nr. 2/76 und enthält in seinem Art. 9 ein Gebot zur Gleichbehandlung „türkischer Kinder“ in Bezug auf den Zugang zur Schul- und Berufsausbildung und wiederholt in seinem Art. 10 das Diskriminierungsverbot aus Gründen der Staatsangehörigkeit in Bezug auf die Arbeitsbedingungen und das Entgelt. Der ARB Nr. 3/80 betrifft die soziale Sicherheit und enthält in seinem Art. 3 ein Gleichbehandlungsgebot und in seinem Art. 6 ein Verbot, bestimmte Geldleistungen zu vermindern oder zu entziehen, weil der Berechtigte seinen Wohnsitz in die Türkei oder in einen anderen Mitgliedstaat als denjenigen, in welchem der zahlungsverpflichtete Träger seinen Sitz hat, verlegt hat.

Der EuGH hatte in Bezug auf das Assoziierungsabkommen und die Assoziationsratsbeschlüsse zunächst grundlegende Fragen zu klären. Hierbei ging es wesentlich um die innergemeinschaftliche Geltung und die unmittelbare Anwendbarkeit der Bestimmungen des Assoziierungsabkommens und der Assoziationsratsbeschlüsse. Im Ergebnis ist die innergemeinschaftliche Geltung zu bejahen und die unmittelbare Anwendbarkeit der einzelnen Bestimmungen jeweils anhand der Frage zu klären, ob sie unter Berücksichtigung ihres Wortlauts und im Hinblick auf den Sinn und Zweck des Abkommens eine klare und eindeutige Verpflichtung enthalten, deren Erfüllung oder deren Wirkungen nicht vom Erlass eines weiteren Aktes abhängen.

Von besonderer Bedeutung ist die Frage, nach welchen Grundsätzen das Assoziationsrecht auszulegen ist. Diese Frage stellt sich, da es sich bei dem Assoziationsrecht einerseits um Völkerrecht, andererseits um einen integrierenden Bestandteil der Gemeinschaftsrechtsordnung handelt. Grundsätzlich ist das Assoziationsrecht nach völkerrechtlichen Auslegungsregeln zu beurteilen. Maßgeblich für die Auslegung der Bestimmung ist danach zunächst deren Wortlaut und deren Zielsetzung sowie die Zielsetzung des Vertrages, in welchem die Bestimmung enthalten ist. Ergänzend zur Zielsetzung können die vorbereitenden Arbeiten und die Umstände des Vertragsschlusses berücksichtigt werden. Je mehr sich die Zielsetzungen der assoziationsrechtlichen und der entsprechenden gemeinschaftsrechtlichen Bestimmung gleichen, desto mehr ist eine übereinstimmende Auslegung vorzunehmen. Aufgrund des erklärten Zieles der Assoziierung, den späteren EU-Beitritt der Türkei vorzubereiten und somit den Gemeinschaftsrechtsbestand zu übernehmen, sind auch gemeinschaftsrechtliche Auslegungsprinzipien wie die Berücksichtigung der praktischen Wirksamkeit anzuwenden. Dabei ist eine integrations- und europafreundliche Auslegung angezeigt. Unter Berücksichtigung dieser Auslegungsregeln sind die assoziationsrechtlichen Diskriminierungsverbote grundsätzlich analog der ihnen entsprechenden gemeinschaftsrechtlichen Diskriminierungsverbote auszulegen. Zur Bestimmung der Reichweite der assoziationsrechtlichen Diskriminierungsverbote kann in der Regel auch das zu den gemeinschaftsrechtlichen Diskriminierungsverboten ergangene Sekundärrecht herangezogen werden.

2. Zusammenfassung und Ergebnisse Teil 2

Verbotene Diskriminierung

Diskriminierungsverbote bzw. Gleichbehandlungsgebote spielen in der Rechtswissenschaft schon lange eine bedeutende Rolle. Im Gemeinschaftsrecht im engeren Sinne hat sich sowohl die Rechtsprechung als auch die Literatur eingehend mit dem Begriff der Diskriminierung und mit den Voraussetzungen einer verbotenen Diskriminierung auseinander gesetzt. Aufgrund der grundsätzlich einheitlichen Auslegung von gemeinschaftsrechtlichen und assoziationsrechtlichen Diskriminierungsverboten sind aber die Definitionen und Voraussetzungen, wie sie in Bezug auf gemeinschaftsrechtliche Diskriminierungsverbote entwickelt wurden, auf assoziationsrechtliche Diskriminierungsverbote zu übertragen.

Der Verstoß gegen ein Diskriminierungsverbot setzt grundsätzlich voraus, dass vergleichbare Sachverhalte ungleich bzw. nicht vergleichbare Sachverhalte gleich behandelt werden. Die Diskriminierungsverbote schützen nicht nur vor unmittelbaren sondern auch vor mittelbaren Diskriminierungen. Unmittelbare Diskriminierungen knüpfen direkt an das verbotene Differenzierungskriterium an. Mittelbare Diskriminierungen entstehen dadurch, dass sie zur unterschiedlichen Behandlung zwar an ein neutrales, d.h. nicht ausdrücklich verbotenes Kriterium anknüpfen, dadurch aber zu dem gleichen Ergebnis führen, als wenn sie direkt an das verbotene Kriterium anknüpfen würden. Nur solche mittelbaren Diskriminierungen sind zu rechtfertigen, wenn sie zur Erreichung eines berechtigten Zweckes zum Schutz zwingender Gründe des Allgemeininteresses geeignet und erforderlich sind und wenn ihre Auswirkungen zu dem Zweck in einem angemessenen Verhältnis stehen. Unmittelbare Diskriminierungen sind grundsätzlich nicht zu rechtfertigen. Anderes gilt nur, wenn in der Rechtsgrundlage, in welchem das Diskriminierungsverbot enthalten ist, oder in einer auf der Grundlage dieser Rechtsgrundlage erlassenen Bestimmung ausdrücklich eine Ausnahme festgelegt ist.

Wesentlich bei der Prüfung, ob eine verbotene Diskriminierung vorliegt, ist die Frage, ob die unterschiedlich behandelten Sachverhalte gleich bzw. die gleich behandelten Sachverhalte unterschiedlich sind. Es ist jeweils im Einzelfall zu entscheiden welche Merkmale für die betreffenden Sachverhalte kennzeichnend sind und daher zur Feststellung der Vergleichbarkeit herangezogen werden müssen. Dabei müssen Ziel und

Zweck der Bestimmung, welche zu der unterschiedlichen Behandlung führt, und des gesamten Regelungsbereiches, aus welchem sich die Bestimmung ergibt, berücksichtigt werden. Die Ungleichbehandlung muss auf die Maßnahme ein und desselben Hoheitsträgers zurückgehen. Die Diskriminierungsverbote schützen nicht nur vor intendierten Ungleichbehandlungen sondern auch vor solchen, die sich zufällig aus einer Regelung ergeben. Erforderlich ist aber, dass die Diskriminierung den Betroffenen tatsächlich benachteiligt. Eine *de minimis*-Grenze besteht dabei nicht.

Die gemeinschaftsrechtlichen Diskriminierungsverbote und die Diskriminierungsverbote aus dem primären Assoziationsrecht richten sich nicht nur an die Mitgliedstaaten und an die Gemeinschaftsgesetzgeber sondern können auch Privaten entgegen gehalten werden. Im Rahmen der unspezifischen Diskriminierungsverbote aus Gründen der Staatsangehörigkeit ist aber zu fordern, dass der Dritte zumindest eine faktische Machtstellung innehat. Eine generelle Geltung eines solchen Diskriminierungsverbotes im Rahmen privater Verträge würde die Privatautonomie unverhältnismäßig beschränken. Im Assoziationsrecht sind nur primärrechtliche Diskriminierungsverbote, d.h. die Diskriminierungsverbote aus Art. 9 AssAbk und Art. 37 ZP in der Lage, Drittwirkung zu entfalten. Der ARB Nr. 1/80 ist kein formelles Gesetz und nicht veröffentlicht und entfaltet aus diesem Grund keine Drittwirkung. Der ARB Nr. 3/80 ist zwar veröffentlicht, aufgrund seines Regelungsbereiches kann das dort enthaltene Diskriminierungsverbot aber ebenfalls keine Drittwirkung haben.

3. Zusammenfassung und Ergebnisse Teil 3

Beschäftigungsbezogene und soziale Rechte türkischer Arbeitnehmer und ihrer Familienangehörigen aus assoziationsrechtlichen Diskriminierungsverboten

Es ergeben sich sowohl aus den primärrechtlichen als auch aus den sekundärrechtlichen Diskriminierungsverboten beschäftigungsbezogene und soziale Rechte türkischer Arbeitnehmer und ihrer Familienangehörigen.

Art. 9 AssAbk ist unmittelbar anwendbar, spielt aber in Bezug auf beschäftigungsbezogene und soziale Rechte eine untergeordnete Rolle, da er subsidiär zu den Art. 9 und 10 ARB Nr. 1/80 und Art. 3 und 6 ARB Nr. 3/80 ist. Art. 37 ZP ist ebenfalls unmittelbar anwendbar und verbietet die Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit in Bezug auf die Arbeitsbedingungen und das Entgelt. Er ist fast wortgleich mit Art.

10 Abs. 1 ARB Nr. 1/80, entfaltet aber anders als dieser als veröffentlichtes Recht Drittwirkung. Eine besondere Machtposition des Dritten ist dazu nicht erforderlich. Die Drittwirkung beschränkt sich aber auf den Inhalt des Arbeitsvertrages. Sie führt nicht dazu, dass türkische Arbeitnehmer bevorzugt eingestellt werden müssen.

Auch der dem Art. 37 ZP im Wesentlichen entsprechende Art. 10 Abs. 1 ARB Nr. 1/80 ist unmittelbar anwendbar. Der Art. 10 Abs. 1 ARB Nr. 1/80 begünstigt unmittelbar nur türkische Arbeitnehmer. Familienangehörige, die keiner Erwerbstätigkeit nachgehen, und denen der türkische Arbeitnehmer Unterhalt gewährt, sind durch ihn aber mittelbar begünstigt. Die Ausweitung des Diskriminierungsverbotes auf die Familienangehörigen ist als soziale Vergünstigung zu Gunsten des türkischen Arbeitnehmers anzusehen. Dies gilt sowohl für türkische als auch für drittstaatsangehörige Familienangehörige. Erwerbstätige türkische Familienangehörige profitieren unmittelbar von Art. 10 Abs. 1 ARB Nr. 1/80, da sie selbst Arbeitnehmer sind. Erwerbstätige drittstaatsangehörige Familienangehörige sind nicht, auch nicht mittelbar begünstigt.

Maßgeblich zur Bestimmung des Umfangs des Diskriminierungsverbotes in Art. 10 Abs. 1 ARB Nr. 1/80 ist der hierin enthaltene Begriff der „sonstigen Arbeitsbedingungen“. Dieser Begriff ist weit zu verstehen. Umfasst sind nicht nur die Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen sondern auch alle sozialen und steuerlichen Vergünstigungen im Sinne des Art. 7 Abs. 2 VO 492/2011. Die Anwesenheit der Familienangehörigen des türkischen Arbeitnehmers in dem Mitgliedstaat, in welchem er einer Beschäftigung nachgeht, ist Teil der sonstigen Arbeitsbedingungen. Aus Art. 10 Abs. 1 ARB Nr. 1/80 lässt sich somit ein Recht zur Familienzusammenführung ableiten.

Art. 10 Abs. 2 ARB Nr. 1/80 ist ebenfalls unmittelbar anwendbar. Aus ihm ergibt sich für türkische Arbeitnehmer und unmittelbar auch für deren Familienangehörige ein Anspruch auf Gleichbehandlung mit den Arbeitnehmern aus der Gemeinschaft und ihren Familienangehörigen in Bezug auf die Unterstützung durch die Arbeitsämter bei der Beschaffung eines Arbeitsplatzes. Voraussetzung ist, dass der Arbeitnehmer bzw. der Familienangehörige jeweils die höchste Verfestigungsstufe des Art. 6 bzw. Art. 7 ARB Nr. 1/80, d.h. jeweils Zugang zum gesamten Arbeitsmarkt erreicht hat. In der Rechtsprechung hat diese Vorschrift bisher keine Relevanz. Als Familienangehö-

rige im Sinne des Art. 10 ARB Nr. 1/80 sind der Ehegatte sowie der Lebenspartner des Arbeitnehmers, Verwandte des Arbeitnehmers, seines Ehegatten oder Lebenspartners in absteigender Linie, die noch nicht 21 Jahre alt sind oder denen Unterhalt gewährt wird, und die Verwandten des Arbeitnehmers, des Ehegatten oder Lebenspartners in aufsteigender Linie, denen der Arbeitnehmer Unterhalt gewährt, anzusehen. In Bezug auf die Unterhaltsgewährung ist maßgeblich, ob ein Unterhaltsbedarf besteht und Unterhalt gewährt wird. Ein Unterhaltsanspruch ist nicht Voraussetzung. Erfüllt der Arbeitnehmer bzw. der Familienangehörigen die Voraussetzungen des Art. 10 Abs. 2 ARB Nr. 1/80 ist er in Bezug auf die Unterstützung der Arbeitsämter bei der Beschaffung eines Arbeitsplatzes letztlich wie ein Inländer zu behandeln. Er hat daher einen Anspruch auf gleiche Vermittlungsbemühungen und -bedingungen, berufliche Wiedereingliederungsmaßnahmen, Arbeitslosengeld und Förderung der beruflichen Qualifikation wie ein Inländer.

Sowohl Art. 9 S. 1 ARB Nr. 1/80 als auch Art. 9 S. 2 ARB Nr. 1/80, welche den diskriminierungsfreien Zugang zu Schul- und Ausbildung betreffen, sind unmittelbar anwendbar. Begünstigt sind entgegen seinem Wortlaut nicht nur Kinder mit türkischer Staatsangehörigkeit sondern auch drittstaatsangehörige Kinder türkischer Arbeitnehmer. Erforderlich ist, dass zumindest ein Elternteil in dem betreffenden Mitgliedstaat lebt und dort erwerbstätig ist oder war. Eine Altersgrenze ist nicht festgelegt, so dass auch volljährige Kinder in den Genuss der Rechte aus Art. 9 ARB Nr. 1/80 kommen können. Die Voraussetzung des ordnungsgemäßen, d.h. rechtmäßigen Wohnens bei den Eltern ist großzügig auszulegen. Ausreichend ist ein Nebenwohnsitz. Art. 9 S. 1 ARB Nr. 1/80 gewährt den diskriminierungsfreien Zugang zum allgemeinen Unterricht. Umfasst ist neben Schul-, Vorschul- und Berufsausbildung auch das Universitätsstudium inklusive Studienaufenthalte im Ausland. Art. 9 S. 1 ARB Nr. 1/80 umfasst auch das Recht auf gleiche Ausgestaltung des Unterrichts sowie auf Erteilung einer Arbeitserlaubnis, sofern eine solche für die Ausbildung erforderlich ist. Art. 9 S. 2 ARB Nr. 1/80 gewährt den Kindern türkischer Arbeitnehmer dieselben sozialen Vergünstigungen im Rahmen der Ausbildung, wie sie auch inländischen Kindern gewährt werden. Dies umfasst auch die für die jeweilige Ausbildung vorgesehene Ausbildungsvergütung und -förderung.

Das Gleichbehandlungsgebot in Art. 3 ARB Nr. 3/80 ist unmittelbar anwendbar. Begünstigt sind Arbeitnehmer sowie deren Familienangehörige und Hinterbliebene. Die Arbeitnehmereigenschaft ist bereits dann zu bejahen, wenn eine Person nur gegen ein einziges Risiko in einem allgemeinen oder besonderen System der sozialen Sicherheit pflichtversichert oder freiwillig versichert ist. Familienangehörige sind zum einen die Personen, die in den Rechtsvorschriften, nach denen die Leistungen gewährt werden, als Familienangehörige bestimmt, anerkannt oder als Haushaltsangehörige bezeichnet sind. Fehlt es an einer solchen Festlegung, sind als Familienangehörige der Ehegatte, die minderjährigen Kinder und die unterhaltsberechtigten volljährigen Kinder anzusehen. Hinterbliebene sind alle Personen, die in den Rechtsvorschriften, nach denen die Leistungen gewährt werden, als Hinterbliebene bestimmt oder anerkannt sind. Sofern eine solche Bestimmung nicht getroffen ist, sind diejenigen als Hinterbliebene anzusehen, die bis zu dem Tod des Arbeitnehmers als seine Familienangehörigen zu gelten hatten. Der Art. 3 ARB Nr. 3/80 setzt nicht voraus, dass der Berechtigte innerhalb der EU oder aus der Türkei in die EU gewandert ist. Anders als in dem entsprechenden Gemeinschaftsrecht ist ein Wanderungselement daher nicht gefordert. In Art. 4 ARB Nr. 3/80 ist der sachliche Geltungsbereich des ARB Nr. 3/80 festgelegt. Dieser umfasst alle Rechtsvorschriften über Zweige der sozialen Sicherheit in Bezug auf Leistungen bei Krankheit und Mutterschaft, Invalidität einschließlich der Leistungen, die zur Erhaltung oder Besserung der Erwerbsfähigkeit bestimmt sind, Leistungen bei Alter, Leistungen an Hinterbliebene, Leistungen bei Arbeitsunfällen und Berufskrankheiten, Sterbegeld, Leistungen bei Arbeitslosigkeit und Familienleistungen. Ausgenommen sind Sozialhilfe und Leistungssysteme für Opfer des Krieges und seiner Folgen. Voraussetzung, um in den Genuss der Rechte aus Art. 3 ARB Nr. 3/80 zu kommen, ist nur der gewöhnliche Aufenthalt in dem Mitgliedstaat. Der Besitz einer Aufenthaltserlaubnis ist nicht erforderlich, so dass beispielsweise auch geduldete Personen durch das Diskriminierungsverbot des Art. 3 ARB Nr. 3/80 geschützt sein können. Folge dieses Diskriminierungsverbotes ist, dass der Berechtigte in Bezug auf die vom sachlichen Geltungsbereich des ARB Nr. 3/80 umfassten Leistungen der sozialen Sicherheit genauso behandelt werden müssen wie die Staatsangehörigen des Aufnahmemitgliedstaats. Die Rechtsvorschriften dieses Mitgliedstaates dürfen die Gewährung der Leistungen nicht von zusätzlichen oder strengeren Voraussetzungen abhängig machen, als sie für die Staatsangehörigen dieses Mitgliedstaates gelten. Zur Bestimmung der Tragweite des Diskriminie-

rungsverbotes aus Art. 3 ARB Nr. 3/80 kann grundsätzlich auf die Rechtsprechung des EuGH zu den Diskriminierungsverboten aus Art. 3 Abs. 1 VO 1408/71 bzw. jetzt Art. 4 VO 883/2004 und aus den Europa-Mittelmeer-Abkommen mit den Maghrebstaaten zurückgegriffen werden. Auch der Art. 3 ARB Nr. 3/80 verbietet unmittelbare und mittelbare Diskriminierungen. Nur in Ausnahmefällen kann sich aus dem Diskriminierungsverbot eine Pflicht zur Gleichstellung von Leistungen, Einkünften, Sachverhalten oder Ereignissen, welche ihren Ursprung in einem anderen Mitgliedstaat als demjenigen haben, in welchem Leistungen geltend gemacht werden, ergeben. Das Diskriminierungsverbot ist von jedem Mitgliedstaat zu berücksichtigen, in dem der Betroffene Rechte im Rahmen der sozialen Sicherheit erworben oder sozialrechtlich relevante Zeiten zurückgelegt hat. Dies gilt unabhängig vom aktuellen Wohnsitz des Betroffenen. Dies bedeutet aber nicht, dass über das Diskriminierungsverbot aus Art. 3 Abs. 1 Nr. 3/80 unmittelbar eine Zusammenrechnung von Versicherungszeiten erreicht werden kann, die der Arbeitnehmer in verschiedenen Mitgliedstaaten zurückgelegt hat. Der Art. 3 Abs. 1 ARB Nr. 3/80 führt nur dazu, dass in bestimmten Fällen Sachverhalte, die in einem anderen Mitgliedstaat entstanden sind, auch von dem Mitgliedstaat, in welchem die Rechte geltend gemacht werden, zu berücksichtigen sind. Es geht hierbei um Fälle, in denen durch die Berücksichtigung des in dem anderen Mitgliedstaat entstandenen Sachverhaltes eine andere Voraussetzung für die Gewährung der betreffenden Leistung nachgewiesen werden soll als allein die erforderliche Dauer der Versicherungszeit. Eine Zusammenrechnung der Versicherungszeiten hat aber aufgrund des Diskriminierungsverbotes des Art. 3 Abs. 1 ARB Nr. 3/80 dann zu erfolgen, wenn bei Inländern nach den nationalen Vorschriften eine Zusammenrechnung mit den in einem anderen Mitgliedstaat zurückgelegten Versicherungszeiten vorgenommen wird.

Auch in der Wohnortklausel des Art. 6 Abs. 1 ARB Nr. 1/80 ist ein Diskriminierungsverbot zu sehen. Nach dieser Vorschrift dürfen Geldleistungen bei Invalidität, Alter oder für die Hinterbliebenen sowie die Renten bei Arbeitsunfällen oder Berufskrankheiten, auf die nach den Rechtsvorschriften eines oder mehrerer Mitgliedstaaten Anspruch erworben worden ist, nicht deshalb gekürzt, geändert, zum Ruhen gebracht, entzogen oder beschlagnahmt werden, weil der Berechtigte in der Türkei oder im Gebiet eines anderen Mitgliedstaats als des Staates wohnt, in dessen Gebiet der zur Zahlung verpflichtete Träger seinen Sitz hat. Diese Vorschrift ist unmittelbar anwend-

bar. Die Anwendung dieser Vorschrift führt nicht zu einem Verstoß gegen das Beststellungsverbot aus Art. 59 ZP bei beitragsunabhängigen Sonderleistungen. Zwar kann bei EU-Staatsangehörigen die Exportmöglichkeit für diese Leistungen ausgeschlossen werden. EU-Staatsangehörige und türkische Staatsangehörige befinden sich diesbezüglich jedoch nicht in derselben Situation. EU-Staatsangehörigen verbleibt ihr Freizügigkeitsrecht anders als türkischen Arbeitnehmern auch nach Eintritt der Arbeitsunfähigkeit bzw. dem Verlassen des Arbeitsmarktes durch Verrentung. Nur EU-Staatsangehörige können dem Verlust der Rechte daher ohne Weiteres durch weiteren Verbleib in dem betreffenden Mitgliedstaat entgehen.

4. Zusammenfassung und Ergebnisse Teil 4

Aufenthaltsrechte aus Diskriminierungsverboten

Türkische Staatsangehörige, denen eine Arbeitserlaubnis erteilt worden ist, welche ihr Aufenthaltsrecht in zeitlicher Hinsicht übersteigt, bzw. denen zu irgendeiner Zeit ab dem Inkrafttreten des ARB Nr. 1/80 eine solche überschießende Arbeitserlaubnis zu erteilen gewesen wäre, können aus dem Diskriminierungsverbot aus Art. 10 ARB Nr. 1/80 ein Aufenthaltsrecht ableiten. Weitere Voraussetzungen sind, dass die Arbeitserlaubnis nach ihrer ursprünglichen Erteilungsdauer weiterhin Gültigkeit hat bzw. hätte und dass die Betroffenen im Zeitpunkt des Ablaufs ihrer Aufenthaltserlaubnis dem regulären Arbeitsmarkt des Mitgliedstaates angehören. Letzteres ist dann der Fall, wenn sie entweder in einem Arbeitsverhältnis stehen oder nach Verlust des Arbeitsplatzes alle in dem Mitgliedstaat vorgesehenen Formalitäten für Arbeit Suchende erfüllen und die begründete Aussicht auf ein neues Arbeitsverhältnis innerhalb eines angemessenen Zeitraumes besteht. Vorbehaltlich anders lautender nationaler Regelungen ist als angemessen mindestens ein Zeitraum von sechs Monaten anzusehen. Dieser Zeitraum kann aber unter Berücksichtigung der Besonderheiten des Einzelfalles zu verlängern sein. Ein Aufenthaltsrecht aus einer überschießenden Arbeitserlaubnis kann sich in Deutschland sowohl für die Zeit vor als auch nach dem Inkrafttreten des Zuwanderungsgesetzes ergeben. Die nach deutschem Recht auch bis zum Inkrafttreten gegebene Abhängigkeit der Arbeitserlaubnis von der Aufenthaltserlaubnis ist unbeachtlich. Den EU-Mitgliedstaaten ist es untersagt, die praktische Wirksamkeit des Diskriminierungsverbotes dadurch zu unterlaufen, dass durch nach nationalem Recht zulässige aufenthaltsbeschränkende Maßnahmen die Ausübung des ursprünglich eingeräumten Rechtes zu Beschäftigung verhindert wird.

Anderes gilt nur, wenn dies zum Schutz eines berechtigten Interesses des Staates geboten ist. Die Änderungen durch das am 01.01.2005 in Kraft getretene Zuwanderungsgesetz sind unbeachtlich, da andernfalls ein Verstoß gegen das *Standstill*-Gebot aus Art. 13 ARB Nr. 1/80 vorliegen würde. Nach den durch das Zuwanderungsgesetz eingeführten Regelungen gilt eine vor Inkrafttreten des Zuwanderungsgesetzes erteilte unbefristete Arbeitserlaubnis nur noch als verwaltungsinterne Zustimmung zur Aufnahme einer Beschäftigung fort. Weiter wird ab dem 01.01.2005 keine die Aufenthaltserlaubnis in zeitlicher Hinsicht übersteigende Arbeitserlaubnis mehr erteilt. Stattdessen entsteht die Arbeitserlaubnis in Abhängigkeit von der Aufenthaltserlaubnis per Gesetz bzw. wird von den Ausländerbehörden in einer einheitlichen Entscheidung zusammen mit der Aufenthaltserlaubnis erteilt. Diese Änderung entfaltet für türkische Arbeitnehmer aber keine Wirkung, da sie andernfalls entgegen dem *Standstill*-Gebot aus Art. 13 ARB Nr. 1/80 schlechter gestellt würden als nach den vor Inkrafttreten des Zuwanderungsgesetzes geltenden Regelungen. Das sich aus dem Diskriminierungsverbot des Art. 10 ARB Nr. 1/80 ergebende Aufenthaltsrecht steht unter dem *ordre public*-Vorbehalt des Art. 14 ARB Nr. 1/80. Obwohl gute Gründe dafür sprechen würden sind nach der Rechtsprechung des EuGH die Regelungen der Art. 27, 28 Abs. 2 und 3 RL 2004/38/EG, welche den Entzug des Freizügigkeitsrechtes in Abhängigkeit von der Dauer des Betroffenen in dem Mitgliedstaat von strengeren Voraussetzungen abhängig machen, in diesem Rahmen nicht anwendbar. Nach der Rechtsprechung des EuGH ist der Entzug der Aufenthaltserlaubnis nach Art. 14 ARB Nr. 1/80 anhand der Kriterien des Art. 12 der RL 2006/109 zu beurteilen, welche die Ausweisung der langfristig aufenthaltsberechtigten Drittstaatsangehörigen regelt. Der EuGH hat weiterhin festgestellt, dass die Ausnahme der öffentlichen Ordnung auch in Bezug auf die assoziationsrechtliche Freizügigkeit eng auszulegen ist und dass der Entzug des Freizügigkeitsrechtes zur Wahrung eines Grundinteresses der Aufnahmemitgliedstaates unerlässlich sein muss.

Das Diskriminierungsverbot schützt zum einen das im Zeitpunkt des Ablaufs der Aufenthaltserlaubnis bestehende aktuelle Arbeitsverhältnis. Das Aufenthaltsrecht aus dem Diskriminierungsverbot des Art. 10 ARB Nr. 1/80 bleibt auch bestehen, wenn die Arbeitsstelle gewechselt wird. Es geht aber dann verloren, wenn der Arbeitnehmer dem Arbeitsmarkt des Mitgliedstaates nicht mehr angehört. Auch wenn der Arbeitnehmer die EU ohne besonderen Grund verlässt geht das Aufenthaltsrecht aus dem

Diskriminierungsverbot verloren. Das Gleiche gilt, wenn der *ordre public*-Vorbehalt des Art. 14 ARB Nr. 1/80 dies erfordert. Im Rahmen des Entzuges des Aufenthaltsrechtes ist weiterhin das Vier-Augen-Prinzip des Art. 9 Abs. 1 RL 64/221/EWG einzuhalten. Dies bedeutet, dass der Wegfall des Widerspruchsverfahrens in einigen Bundesländern zur Rechtswidrigkeit der entsprechenden Entscheidungen führt.

Auch aus Art. 10 Abs. 2 ARB Nr. 1/80, wonach türkischen Arbeitnehmern und ihren Familienangehörigen ein Anspruch auf Unterstützung der Arbeitsämter bei der Arbeitsplatzsuche zusteht wie einem gemeinschaftsangehörigen Arbeitnehmer, kann sich ein Aufenthaltsrecht ergeben. Dieses Recht entsteht dann, wenn der Arbeitnehmer oder der Familienangehörige bereits Rechte aus Art. 6 oder 7 ARB Nr. 1/80 erworben hat. Auch das Recht auf Unterstützung der Arbeitsämter bei der Arbeitsplatzsuche kann nur dann effektiv wahrgenommen werden, wenn es einhergeht mit einem entsprechenden Aufenthaltsrecht.

Art. 9 Abs. 1 S. 1 ARB Nr. 1/80 kann ebenfalls ein Aufenthaltsrecht ermöglichen. Nach seinem Wortlaut betrifft diese Vorschrift das Recht auf Zulassung zum allgemeinen Schulunterricht, zur Lehrlingsausbildung und zur beruflichen Bildung unter der Bedingung derselben Qualifikation wie die Kinder des Mitgliedstaates. Aus dieser Vorschrift ergibt sich kein Recht auf erstmalige Erteilung der Aufenthaltserlaubnis. Die Entscheidung hierüber bleibt grundsätzlich den Mitgliedstaaten überlassen. Droht dem Betroffenen aber der Abbruch der Schul- oder Berufsausbildung aufgrund des Ablaufs seiner Aufenthaltserlaubnis nach Beginn der Ausbildung, muss der Art. 9 Abs. 1 S. 1 ARB Nr. 1/80 auch ein Aufenthaltsrecht beinhalten. Andernfalls könnte der Betroffene das dort enthaltene Recht nicht wirksam wahrnehmen. Im Übrigen widerspräche dies auch der Zielsetzung des Art. 9 Abs. 1 S. 1 ARB Nr. 1/80, die Integration des Arbeitnehmers in den Arbeitsmarkt des Mitgliedstaates zu fördern. Der Grund für die ursprüngliche Einreise des Kindes in den Mitgliedstaat ist unerheblich. Das Aufenthaltsrecht muss für die Dauer der Ausbildung gelten.

II. Fazit und Ausblick

Die Untersuchung hat gezeigt, dass sich aus den assoziationsrechtlichen Diskriminierungsverboten weit reichende Rechte für türkische Arbeitnehmer und ihre Familienangehörigen ergeben können. Diese Rechte entsprechen in weiten Teilen denje-

nigen, welche den EU-Staatsangehörigen zustehen, die in einem anderen Mitgliedstaat als ihrem Herkunftsstaat Wohnsitz genommen haben. Festzustellen ist aber auch, dass deutsche Gerichte oftmals bestrebt sind, die assoziationsrechtlichen Regelungen möglichst restriktiv auszulegen. Dies gilt insbesondere im Hinblick auf etwaige aufenthaltsrechtliche Ansprüche der Betroffenen. Nicht selten musste erst durch den EuGH klargestellt werden, dass die in Frage kommende Bestimmung überhaupt unmittelbare Anwendung findet und in welchem Sinne sie anzuwenden ist. Hierbei ist die Grundtendenz des EuGH auszumachen, den einzelnen Bestimmungen praktische Wirksamkeit zukommen zu lassen und sie entsprechend der vergleichbaren gemeinschaftsrechtlichen Regelung auszulegen. Dies gilt trotz der in neueren Entscheidungen des EuGH auszumachenden Neigung, den wirtschaftlichen Zweck der Assoziation in den Vordergrund zu rücken. Berücksichtigt man den Sinn und Zweck des Assoziierungsabkommens und der ARB Nr. 1/80 und Nr. 3/80 und wendet man die einschlägigen Auslegungsregeln konsequent an, kann man nur zu dem Ergebnis kommen, dass die assoziationsrechtlichen Diskriminierungsverbote im Zweifel weit und entsprechend der gemeinschaftsrechtlichen Regelung auszulegen sind.

Da der EU-Beitritt der Türkei nicht in der nächsten Zeit zu erwarten ist wird das Assoziationsrecht für den Umfang der Rechte der türkischen Arbeitnehmer und ihrer Familienangehörigen auf absehbare Zeit noch eine herausragende Bedeutung haben. Es ist damit zu rechnen, dass der EuGH sich noch häufig mit dem Assoziationsrecht wird befassen müssen. Dies gilt insbesondere für die Frage der aufenthaltsrechtlichen Wirkung des Diskriminierungsverbotes aus Art. 10 Abs. 1 ARB Nr. 1/80. Aber auch die Frage, welche Rechte sich aus dem Diskriminierungsverbot in Art. 10 Abs. 1 ARB Nr. 1/80 im Hinblick auf die „sonstigen Arbeitsbedingungen“ sowie aus dem sozialrechtlichen Diskriminierungsverbot in Art. 3 ARB Nr. 3/80 ergeben, dürfte sowohl die deutschen Gerichte als auch den EuGH noch beschäftigen.

Wie bereits in der Einleitung angesprochen, können die vorliegend gefundenen Ergebnisse auch Bedeutung für die Auslegung von Diskriminierungsverboten in weiteren Assoziierungsabkommen, welche die EU mit potentiellen Beitrittskandidaten geschlossen hat, haben. Auch in anderen Assoziierungsabkommen sind in der Regel Diskriminierungsverbote enthalten. Voraussetzung für eine übereinstimmende Auslegung ist, dass die Assoziierungsabkommen eine vergleichbare Zielsetzung haben.

Für eine Übertragung der vorliegend gefundenen Ergebnisse auf andere Abkommen kommen aktuell daher vor allem die Stabilisierungs- und Assoziierungsabkommen, welche die EU mit einigen westlichen Balkanländern geschlossen hat, in Frage. Das Assoziierungsabkommen mit der Türkei dient zur Vorbereitung des EU-Beitritts der Türkei. Bei den Assoziierungen mit Mazedonien, Albanien, Montenegro, Bosnien-Herzegowina und Serbien handelt es sich ebenfalls um Beitrittsassoziiierungen. Dies folgt jeweils aus den Begründungserwägungen der Abkommen, in denen die Staaten als potentielle Beitrittskandidaten bezeichnet werden. Mazedonien, Serbien und Montenegro haben auch mittlerweile den Kandidatenstatus erlangt. Die Stabilisierungs- und Assoziierungsabkommen mit den genannten Staaten enthalten zwar kein allgemeines Diskriminierungsverbot aus Gründen der Staatsangehörigkeit, verbieten aber durchgängig die Diskriminierung der Arbeitnehmer, die in einem Mitgliedstaat legal beschäftigt sind, hinsichtlich der Arbeits-, Entlohnungs- und Kündigungsbedingungen. Eine Übertragbarkeit der zu den hier untersuchten entsprechenden assoziationsrechtlichen Diskriminierungsverboten gefundenen Ergebnisse kommt insoweit in Frage. Jedenfalls kann die vorliegende Untersuchung eine Anregung geben, auch die rechtlichen Auswirkungen der in anderen Assoziierungsabkommen enthaltenen Diskriminierungsverbote nicht zu vernachlässigen.