



*Jean - Monnet - Lehrstuhl  
für Europäische Integration*

Freie Universität



Berlin

## *Berliner Online-Beiträge zum Europarecht Berlin e-Working Papers on European Law*

herausgegeben vom  
edited by

Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Europarecht  
Chair of Public Law and European Law

Prof. Dr. Christian Calliess, LL.M. Eur  
Freie Universität Berlin

Nr. 21

30.03.2005

André Lippert:

**Die Rechte von Drittstaatsangehörigen in der EU**

Zitiervorschlag:

Verfasser, in: Berliner Online-Beiträge zum Europarecht, Nr. 1, S. 1-17.



## Gliederung

<b>A) Grundbegriffe</b>	
I) Definition	1
II) Gegenstand und Gang der Untersuchung	1
<b>B) Die Rechte von Drittstaatsangehörigen im Bereich Asyl und Einwanderung</b>	
I) Grundlagen	2
1) Die Vergemeinschaftung der Asyl- und Einwanderungspolitik	2
2) Der Regelungsbereich	2
II) Die Rechte der Drittstaatsangehörigen an Binnen- und Außengrenzen, Visabestimmungen und Reisefreiheit (Art. 62)	3
1) Kontrolle an Binnen- und Außengrenzen	3
2) Reisefreiheit	3
III) Die Asyl-, Flüchtlings- und Einwanderungspolitik (Art. 63)	4
1) Das Asylrecht (Nr. 1)	4
a) Regelungsumfang und Anwendungsbereich	4
b) Ein einheitliches Asylverfahren	5
c) Mindestnormen für die Aufnahme von Asylbewerbern	6
2) Der Schutz von vertriebenen Personen	6
3) Mit der Einwanderung verbundene Rechte von Drittstaatsangehörigen	6
a) Der Entwurf der RL KOM/2001/386 für Drittstaatsangehörige, die eine Erwerbstätigkeit in der Union ausüben	7
b) Die RL 2003/86 zur Familienzusammenführung	7
c) Die RL 2003/109 für langfristig aufenthaltsberechtigte Drittstaatsangehörige	7
4) Zusammenfassung	8
<b>C) Die abgeleitete Rechtsstellung der Drittstaatsangehörigen in Zusammenhang mit den Grundfreiheiten</b>	
I) Herleitung	9
1) Die Natur der Rechte	9
a) Originäre Rechte	9
b) Abgeleitete Rechte	9
2) Die Rechtsstellung nach primärem Gemeinschaftsrecht	10
a) Freier Warenverkehr, Art. 23ff.	10
b) Arbeitnehmerfreizügigkeit (Art. 39ff.) und Niederlassungsfreiheit (Art. 43ff.)	10
c) Dienstleistungsfreiheit (Art. 49ff.)	10
d) Ergebnis	11
3) Die Anwendung der Gemeinschaftsgrundrechte auf die Drittstaatsangehörigen	11
a) Grundlagen einer allgemeinen Grundrechtsberechtigung von Drittstaatsangehörigen	11
aa) Berechtigung Drittstaatsangehöriger aus den Grundfreiheiten vermittelt der Gemeinschaftsgrundrechte?	11
bb) Andere Grundrechtspositionen	12
cc) Positionen in der Literatur	12
dd) Stellungnahme	13
b) Beispiele geschützter Grundrechtspositionen	13
aa) Das Grundrecht auf Vereinigungsfreiheit	13
bb) Das Grundrecht auf Schutz der Familie	13
4) Die abgeleitete Rechtsstellung nach Sekundärrecht	14
II) Aus der Arbeitnehmerfreizügigkeit abgeleitete Rechte	15

### III

1) Familienangehörige	15
a) Aufenthaltsrecht	15
aa) Sekundärrecht	15
bb) Die Rechtsprechung des EuGH	16
b) Recht auf Arbeitsaufnahme	16
2) Angehörige assoziierter Staaten	17
a) Überblick	17
b) EWR und Schweiz	17
aa) Das EWR-Abkommen	17
bb) Das Freizügigkeitsabkommen mit der Schweiz	18
c) Der Sonderfall Türkei	19
aa) Das Assoziationsabkommen EWG/Türkei	19
bb) Sekundäre Assoziationsrecht: Der Assoziationsratsbeschluss Nr. 1/80	20
(1) Inhalt	20
(2) Unmittelbare Anwendbarkeit?	22
(3) Unterschiede zwischen assoziationsrechtlicher und gemeinschaftsrechtlicher Freizügigkeit?	23
d) Europaabkommen	24
aa) Grundlagen	24
bb) Die Rechtsprechung des EuGH und Stellungnahmen in der Literatur	24
e) Kooperationsabkommen	25
f) Bewertung	25
III) Aus der Niederlassungsfreiheit abgeleitete Rechte	26
1) Familienangehörige	26
a) Aufenthaltsrecht	26
aa) Sekundärrecht	26
bb) Die Rechtsprechung des EuGH	26
b) Recht auf Arbeitsaufnahme	27
2) Angehörige assoziierter Staaten	28
a) Das EWR-Abkommen	28
b) Das Freizügigkeitsabkommen mit der Schweiz	28
c) Das Assoziationsabkommen mit der Türkei	28
d) Europa-Abkommen	29
e) Kooperationsabkommen	30
IV) Aus der Dienstleistungsfreiheit abgeleitete Rechte	30
1) Besonderheiten der Dienstleistungsfreiheit und Anwendungsfälle für Drittstaatsangehörige	30
2) Der Entwurf einer Richtlinie gem. Art. 49 II	31
3) Mittelbare Rechte von Drittstaatsangehörigen – Entsenderichtlinien	32
a) Die Entsenderichtlinie 96/71	32
b) Der Entwurf einer Entsenderichtlinie für Drittstaatsangehörige	32
4) Abgeleitete Recht von Drittstaatsangehörigen	32
a) Familienangehörige gem. RL 73/148	33
aa) Aufenthaltsrecht	33
bb) Recht, Dienstleistungen zu empfangen und weitere Rechte der drittstaatsangehörigen Familienmitgliedern	33
cc) Direkt aus den Grundfreiheiten abgeleitete Rechte von Drittstaatsangehörigen?	33
b) Arbeitsvertragliche Rechtsableitung	34
aa) Rechtsprechung des EuGH	34
bb) Weitere Konstellationen und Zusammenfassung	34
cc) Bewertung	35
5) Assoziationsrecht	35
a) Das EWR-Abkommen	35
b) Das Freizügigkeitsabkommen mit der Schweiz	35

## IV

c) Das Assoziationsabkommen mit	der Türkei	
d) Die Europa-Abkommen		36
e) Die Kooperationsabkommen		36
6) Bewertung		36

### **D) Weitere soziale Rechte von Drittstaatsangehörigen aus Sekundärrecht**

I) Soziale Rechte von drittstaatsangehörigen Familienmitgliedern		37
1) Art. 42 EGV iVm VO 1408/71		37
2) Art. 39 II EGV iVm VO 1612/68		38
a) Soziale Vergünstigungen		38
b) Zugang zur Ausbildung		38
3) Art. 137 Abs. 1 lit. g)		39
4) Besonderheiten hinsichtlich einzelner Grundfreiheiten		39
a) Niederlassungsrecht		39
b) Dienstleistungsfreiheit		39
II) Soziale Rechte aufgrund Assoziationsabkommen		39
1) Das EWR-Abkommen		40
2) Das Freizügigkeitsabkommen mit der Schweiz		40
3) Das Assoziationsabkommen mit der Türkei		40
4) Das Kooperationsabkommen mit Marokko		41
III) Statt einer Zusammenfassung: Soziale Rechte als Menschenrecht?		42

### **E) Schluss**

I) Zusammenfassung		43
II) Ausblick: Das Problem der Inländerdiskriminierung		43

## A – Grundbegriffe

### **I. Definition**

Das Schengener Durchführungsübereinkommen von 1999 definiert einen Drittausländer als „eine Person, die nicht Staatsangehöriger eines der Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaften ist“ (Art. 1 SDÜ). Auf die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedsstaats bezieht sich auch die Unionsbürgerschaft (Art. 17 I<sup>1</sup>). Darauf nimmt die VO 343/2003 Bezug, wenn sie als Drittstaatsangehörigen jede Person bezeichnet, „die nicht Bürger der Union im Sinne von Artikel 17 Absatz 1 des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft ist“ (Art. 2 VO).

### **II. Gegenstand und Gang der Untersuchung**

Die EU hat keine allgemeine Kompetenz zur Regelung der Rechtsstellung von Drittstaatsangehörigen. Durch die Vergemeinschaftung von Teilen der Asyl- und Einwanderungspolitik (Art. 61ff EGV) wurden Drittstaatsangehörige direkte Adressaten von gemeinschaftsrechtlichen Regelungen, wenn sie in die EU einreisen wollen (Teil B). Diese originären Rechte erhalten sie auch, wenn sie Angehörige eines Staates sind, mit dem die EU ein Assoziations- oder Kooperationsabkommen abgeschlossen hat.

Der wesentlich Teil ihrer Rechte innerhalb der EU wird jedoch durch das Gemeinschaftsrecht „mitgeregelt“: Sie kommen nur in den Genuss sog. abgeleiteter Rechte, dh sie können ihren Rechtsstatus nicht autonom wie Unionsbürger wahrnehmen, sondern benötigen als Bezugspunkt ihrer Rechtsstellung entweder den Status als Familienangehörige oder als arbeitsvertraglich Berechtigte und Verpflichtete<sup>2</sup>. Die Drittausländer werden dann abgeleitet aus Grundfreiheiten berechtigt (Teil C). Besondere Bestimmungen gelten für die Rechte der sozialen Sicherheit aus Sekundärrechtsakten (Teil D).

Untersucht werden sollen die subjektiven Rechte von Drittstaatsangehörigen: Durch welche gemeinschaftlichen Rechtspositionen werden Drittstaatsangehörige privilegiert und bekommen eine Rechtsstellung eingeräumt, die sich derjenigen von Unionsbürgern annähert? Damit werden diejenigen Rechtspositionen ausgeklammert, die die Drittstaatsangehörigen – genauso wie den Unionsbürger – unabhängig ihrer Staatsangehörigkeit betreffen<sup>3</sup>.

Dies gilt auch für die originären Rechte im Bereich der Einwanderung (B), wo nur die primär- und sekundärrechtlichen Regelungen berücksichtigt werden, die Drittstaatsangehörigen ein subjektives Recht zugestehen. Bei den abgeleiteten Rechten wird nicht nach dem Status der Drittstaatsangehörigen gegliedert, sondern nach der gemeinschaftlichen Rechtsmaterie.

<sup>1</sup> Artikelangaben ohne Bezeichnung sind solche des EGV.

<sup>2</sup> Sievking, ZAR 1998, 201 (202)

<sup>3</sup> z. B. in ihrer Eigenschaft als Verbraucher. Lang, S. 186ff, spricht dabei von „unechten abgeleiteten Rechten“.

## **B. Die Rechte von Drittstaatsangehörigen im Bereich Asyl und Einwanderung**

### **I. Grundlagen**

#### **1. Die Vergemeinschaftung der Asyl- und Einwanderungspolitik**

Durch den Vertrag von Amsterdam wurden Teile der Justiz- und Innenpolitik in das Gemeinschaftsrecht als Kapitel IV des EGV übernommen. Dies betraf die vor allem Grenzkontrollen, die Visapolitik, das Asylrecht und die Einwanderungspolitik. Die Regelungen sollen vor allem dazu beitragen, dass der Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts weiterentwickelt wird. Dieser soll den freien Personenverkehr ermöglichen, gleichzeitig aber auch Ausgleichsmaßnahmen zur besseren Kontrolle der Außengrenzen und zur Bekämpfung von Kriminalität im Bereich der Gemeinschaft für den Wegfall der Kontrollen an den Binnengrenzen (Art. 14) bereithalten. Dies war bereits Ziel des Schengener Übereinkommens<sup>4</sup>, das zusammen mit dem Durchführungsübereinkommen in das Gemeinschaftsrecht integriert und teilweise den Art. 61 ff. als Rechtsgrundlage zugeordnet wurde<sup>5</sup>.

#### **2. Der Regelungsbereich**

Durch die Einführung der Art. 61ff. werden erstmals auch Drittstaatsangehörige in großem Umfang von der Regelungskompetenz der Gemeinschaft erfasst<sup>6</sup>.

Die Rechte, die Drittstaatsangehörige aus den Art. 61ff. ableiten können, beziehen sich jedoch nur auf die Einreise und damit zusammenhängende Konstellationen. Rechte auf Freizügigkeit, Niederlassungsfreiheit u. a. sind grundsätzlich nicht Regelungsgegenstand der Art. 61ff<sup>7</sup>. Die Grenze verschwimmt jedoch, wenn bestimmte Aufenthaltstitel, die nach EG-Vorgaben in einem Mitgliedsstaat ausgestellt werden, auch den Aufenthalt und die Arbeitsaufnahme in den anderen Mitgliedsstaaten ermöglichen<sup>8</sup>. Im Unterschied zu den Grundfreiheiten besteht jedoch hier idR zumindest noch eine zeitliche Beschränkung oder die Notwendigkeit der Genehmigung im aufnehmenden Mitgliedsstaat<sup>9</sup>.

Die Art. 61ff. erfassen nicht Familienangehörige der Unionsbürger, Staatsangehörige der EWR-Vertragsstaaten und deren Familienangehörigen. Diese haben alle ein eigenes Einreise- und Aufenthaltsrecht<sup>10</sup>, das vom Recht des Ehegatten abgeleitet wird.

---

<sup>4</sup> Müller-Graff, Integration 1997, 271 (273). Das Schengener Übereinkommen wurde 1985 zuerst nur zwischen den Benelux-Staaten, Frankreich und Deutschland geschlossen und entwickelte die zwischenstaatliche Zusammenarbeit der EU im Bereich der Justiz- und Innenpolitik durch ein außerhalb der EU stehendes Abkommen – das aber Gemeinschaftsbezug hatte – fort. Das 1990 geschlossene Schengener Durchführungsübereinkommen regelte die Umsetzung des Schengener Abkommens einschließlich von Ausgleichs- und Sicherheitsmaßnahmen, Hailbronner, Thiery, EuR 1998, 583 (604); Schengenabkommen und Gemeinschaftsrecht waren jedoch von Anfang an eng aneinander angelehnt, Martinez Soria, VerwArch 1998, 400 (408)

<sup>5</sup> Brechmann, in: Calliess/Ruffert, Art. 62, Rdn. 8;

<sup>6</sup> vgl. Weber, ZAR 1997, 25 (28)

<sup>7</sup> Mager, JZ 2003, 204 (207)

<sup>8</sup> insbes. die Sekundärrechtsakte zu Art. 63 Nr. 3

<sup>9</sup> vgl. Art. 15 RL 2003/109/EG

<sup>10</sup> Brechmann, in: Calliess/Ruffert, Art. 63, Rdn. 29

## II. Die Rechte der Drittstaatsangehörigen an Binnen- und Außengrenzen, Visabestimmungen und Reisefreiheit (Art. 62)

### 1. Kontrolle an Binnen- und Außengrenzen

An den Binnengrenzen der EU werden neben den Unionsbürger auch die Staatsangehörigen dritter Länder nicht mehr Grenzkontrollen unterzogen (Art. 62 Nr. 1, Art. 2 I SDÜ). Grenzkontrollen sind die an den Grenzen vorgenommenen Kontrollen, die unabhängig von jedem anderen Anlass ausschließlich aufgrund des beabsichtigten Grenzübertritts durchgeführt werden<sup>11</sup>.

Das SDÜ trifft für Drittstaatsangehörige nähere Regelungen, insbes. legt Art. 6 II lit. c) strengere Kontrollen für Drittstaatsangehörige im Vergleich zu Unionsbürgern beim Überschreiten der Außengrenzen der Union fest. Ein Drittausländer kann gem. Art. 5 SDÜ bis zu drei Monaten in einen Mitgliedsstaat der Gemeinschaft einreisen, wenn er im Besitz eines gültigen Sichtvermerks ist, wenn er Dokumente hat, die seinen Aufenthaltsweg belegen, über ausreichende Mittel verfügt, um seinen Lebensunterhalt selbst zu bestreiten und keine Gefahr für die öffentliche Ordnung darstellt. Der Aufenthalt dieses Drittausländers ist zunächst auf das einreisende Mitgliedsland beschränkt (Art. 5 II SDÜ).

Insgesamt haben Drittstaatsangehörige keinen Einreiseanspruch, selbst wenn sie alle formellen Bedingungen für die Einreise erfüllen: Die Entscheidung liegt im Ermessen des für die Kontrolle der Außengrenze zuständigen Mitgliedsstaats<sup>12</sup>.

### 2. Reisefreiheit

Art. 62 Nr. 3 ist die Rechtsgrundlage für Sekundärrechtsakte, die unmittelbar das Recht auf Reisefreiheit von Drittstaatsangehörigen in der EU begründen können. Reisefreiheit meint das Recht, die Binnengrenzen der Gemeinschaft während einer Zeit von max. drei Monaten zu überschreiten und sich in einem anderen Mitgliedsstaat aufzuhalten, ohne dass ein Visum dieses Staates benötigt wird<sup>13</sup>.

Das SDÜ regelt in Art. 19ff. die Voraussetzungen für den Reiseverkehr von Drittausländern: Notwendig ist u. a. ein gültiger Aufenthaltstitel, Reisedokumente und ausreichende Mittel zur Bestreitung des Lebensunterhalts (Art. 19 II iVm Art. 5 SDÜ). Es bestehen Meldepflichten (Art. 22 SDÜ).

Auf Grundlage dieses Artikels hat die Kommission den RL-Vorschlag KOM 2001/388 vorgelegt<sup>14</sup>. Dieser betrifft erstens die Voraussetzungen, unter denen Drittstaatsangehörige im Hoheitsgebiet der Mitgliedsstaaten während drei Monaten Reisefreiheit genießen. Sie entsprechen den Voraussetzungen des Art. 19 iVm 5SDÜ.

Außerdem soll eine besondere Reisegenehmigung eingeführt werden, die die Voraussetzungen festlegt, unter denen Drittstaatsangehörige in die EU einreisen dürfen, um sich während sechs Monaten frei zu bewegen. Zielgruppe sollen Drittstaatsangehörige sein, die als Dienstleistungsempfänger (z. B. Kurgäste, Touristen)

<sup>11</sup> Brechmann, in: Calliess/Ruffert, Art. 62, Rdn. 4

<sup>12</sup> Brechmann, aaO, Rdn. 14

<sup>13</sup> Bechmann, in: Calliess/Ruffert, Art. 62, Rdn. 23; zur Rechtsgrundlage vor Einführung der Art. 61ff. für Maßnahmen der Reisefreiheit von Drittstaatsangehörigen: Weber, ZAR 1997, 25

<sup>14</sup> KOM/2001/388, ABl. Nr. C 270 E v. 25.09.2001, S. 244 – 250; die Kommission hat am 05.02.2002 ihren Standpunkt zu den Änderungsanträgen des Parlaments vorgelegt; vgl. <http://europa.eu.int/eur-lex/de/index.html>

oder –erbringer (z. B. Musiker) ein berechtigtes Interesse an einem zwischen drei und sechs Monaten dauernden Aufenthalt haben, ohne dass sie Einwanderer sind<sup>15</sup>.

Mit diesem Entwurf sollen vereinzelte Initiativen durch ein einziges Rechtsinstrument zusammengeführt werden<sup>16</sup>. Die Rechte von Drittstaatsangehörigen, die Familienmitglieder eines Unionsbürgers sind, werden davon nicht berührt<sup>17</sup>.

### **III. Die Asyl-, Flüchtlings- und Einwanderungspolitik (Art. 63)**

#### **1. Das Asylrecht (Nr. 1)**

##### **a) Regelungsumfang und Anwendungsbereich**

Die Gemeinschaft ist gem. Art. 63 für das gesamte Asyl- und Asylverfahrensrecht zuständig. Die Gruppe von Drittstaatsangehörigen, die Asyl in einem EU-Mitgliedsstaat beantragt oder in die EU einwandern will, kann deshalb unmittelbar in den Genuss besonderer Rechte kommen.

Häufig wird von den Mitgliedsstaaten nur die Festlegung von Mindeststandards verlangt. Insgesamt soll ein vollständig harmonisiertes, gemeinsames Asylsystem geschaffen werden, d. h. ein einheitliches Verfahren für alle Flüchtlingsgruppen einschließlich materiell-rechtlicher Anforderungen für die Flüchtlingseigenschaft<sup>18</sup>.

Flüchtlinge sind gem. der Genfer Flüchtlingskonvention Menschen, die aus der begründeten Furcht vor Verfolgung wegen ihrer Rasse, Religion, politischer Überzeugung oder anderer Merkmale nicht den Schutz ihres Heimatlandes in Anspruch nehmen können<sup>19</sup>. Asylbewerber sind Personen, die Asyl beantragt haben, indem sie sich auf diesen Flüchtlingsstatus berufen.

Die Gemeinschaft ist an die GFK gebunden, die ua das Verbot einer Abschiebung in einen Verfolgerstaat oder in einen Staat, der seinerseits Ausländer in Verfolgerstaaten abschiebt, beinhaltet (Art. 33 GFK). Zudem nennt die EMRK (vgl. Art. 6 II EUV) in Art. 3 mit der Verbot der Folter ein asylunabhängigen Abschiebungsgrund; eine deklaratorische Gewährleistung des Asylrechts seitens der EU findet sich auch in Art. 18 der EU-Grundrechtecharta.

Die Bestimmungen des Art. 63 gelten nur für Flüchtlinge und Vertriebene, die Drittstaatsangehörige sind. Die EU-Mitgliedsstaaten betrachten sich untereinander als sog. „sichere Herkunftsländer“. Ein Asylantrag eines Staatsangehörigen eines Mitgliedsstaates in einem anderen Mitgliedsstaat ist nur in Ausnahmefällen möglich, z. B. wenn das Verfahren zur Feststellung der Verletzung fundamentaler Grundsätze durch einen Mitgliedsstaat gem. Art. 7 EUV eingeleitet worden ist<sup>20</sup>.

<sup>15</sup> Diese Regelungen mussten auf die Rechtsgrundlage des Art. 63 Nr. 3 gestützt werden.

<sup>16</sup> So soll darin auch die VO 1091/2001, ABl. Nr. L 150 v. 06.06.2001, S. 4 – 5 aufgehen, die festlegt, dass das national erteilte Visum für einen längerfristigen Aufenthalt im Zeitraum, in dem dieser Drittstaatsangehörige auf die Erteilung eines nationalen Aufenthaltstitel wartet, zugleich für die anderen Mitgliedsstaaten als Visum für einen kurzfristigen Aufenthalt bis zur drei Monaten gilt.

<sup>17</sup> Art. 3 KOM/2001/388

<sup>18</sup> Brechmann, in: Calliess/Ruffert, Art. 63, Rdn. 3

<sup>19</sup> Art. 1 A Ziff. 2 GFK

<sup>20</sup> Protokoll (Nr. 29) zum Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft über die Gewährung von Asyl für Staatsangehörige von Mitgliedsstaaten der Europäischen Union; ausführlich Hailbronner/Thiery, EuR 1998, 583 (589)

## b) Ein einheitliches Asylverfahren

Die Bestrebung, ein einheitliches Asylverfahren zu schaffen, findet ihren Niederschlag in der Festlegung des zuständigen Mitgliedsstaates für die Prüfung eines Asylantrags (Art. 63 Nr. 1 lit. a)). Die Kriterien der Prüfung orientieren sich noch an dem Dubliner Übereinkommen von 1990<sup>21</sup>, das die einschlägigen Normen des SDÜ überlagert hat<sup>22</sup>. Dieses Abkommen ist jedoch durch die VO 343/2003 zur Festlegung der Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des Mitgliedstaats, der für die Prüfung eines von einem Drittstaatsangehörigen in einem Mitgliedstaat gestellten Asylantrags zuständig ist, gestützt auf Art. 63 I Nr. 1 lit. a), ersetzt worden<sup>23</sup>. Schon beim DÜ wurde ein einklagbarer, subjektiver Anspruch eines jeden Drittstaatsangehörige auf Durchführung eines Asylverfahrens anerkannt<sup>24</sup>. Die VO 343/2003 folgt dem Ziel, ein Gemeinsames Europäisches Asylsystem aufzubauen und einen Raum ohne Binnengrenzen zu schaffen, in dem der freie Personenverkehr gewährleistet ist. Die VO stellt eine Rangfolge auf, nach der der zuständige Mitgliedsstaat für die Durchführung des Asylverfahrens bestimmt wird (Art. 5ff. VO); sie beginnen bei unbegleiteten Minderjährigen und reichen über die Familieneinheit bis zum Ort der illegalen Einreise.

Gem. Nr. 1 lit. d) soll auch das Asylverfahrensrecht harmonisiert werden. Durch den Vorschlag für eine Richtlinie über Mindestnormen für das Verfahren in den Mitgliedsstaaten zur Zuerkennung oder Aberkennung der Flüchtlingseigenschaft<sup>25</sup> erhalten drittstaatsangehörige Flüchtlinge Verfahrensrechte, wie z. B. die Möglichkeit der Berufung und der Information in seiner Sprache (Art. 4ff. Entwurf RL). Dieser RL-Entwurf wurde am 29.04.2004, zwei Tage vor dem Beitritt der zehn neuen Mitgliedsstaaten, vom Rat gebilligt; eine endgültige Annahme soll erst erfolgen, wenn das Parlament noch einmal zu den umfangreichen Änderungen gehört wurde. Durch diese RL wird der Aufbau eines gemeinsamen Asylsystems der EU weitgehend abgeschlossen.

Am gleichen Tag wurde im Rat endgültig die RL 2004/83 über Mindestnormen für die Anerkennung und den Status von Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen als Flüchtlinge oder als Personen, die anderweitig internationalen Schutz benötigen, und über den Inhalt des zu gewährenden Schutzes<sup>26</sup> angenommen. Durch diesen Rechtsakt sollen die Kriterien, unter denen in den einzelnen Mitgliedsstaaten die Zuerkennung der Flüchtlingseigenschaft erfolgt, vereinheitlicht werden. Es werden u. a. Anhaltspunkte und Mindestkriterien für die Prüfung eines Antrags auf internationalen Schutz (Art. 4 RL) und Kriterien zur Prüfung von Verfolgungsgründen von Flüchtlingen festgelegt (Art. 9f. RL). Der verliehene Internationale Schutzstatus beinhaltet den Schutz vor Zurückweisung, das Recht auf Wahrung des Familienverbandes, den Zugang zu Beschäftigung, Bildung, Wohnraum und Sozialhilfeleistungen (Art. 20ff. RL). Die Mitgliedsstaaten müssen Personen, denen die Flüchtlingseigenschaft zuerkannt wurde, einen Aufenthaltstitel ausstellen, der mindestens drei Jahre gültig und verlängerbar ist (Art. 24 RL); die Flüchtlinge genießen nur innerhalb des Mitgliedsstaats, der die Flüchtlingseigenschaft zuerkannt hat, Freizügigkeit (Art. 32 RL).

<sup>21</sup> Übereinkommen über die Bestimmung des zuständigen Staates für die Prüfung eines in einem Mitgliedsstaat der Europäischen Gemeinschaften gestellten Asylantrags, BGBl II 1994, S. 792ff.

<sup>22</sup> Hailbronner/Thiery, ZAR 1997, 55 (56)

<sup>23</sup> Diese VO wird deshalb auch „Dublin II“ genannt; Piotrowicz, ZAR 2003, 383

<sup>24</sup> Löper, ZAR 2000, 16

<sup>25</sup> KOM/2000/578; <http://europa.eu.int/eur-lex/de/index.html>

<sup>26</sup> ABl. EG Nr. L 304/12 v. 30.09.2004

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass diese Rechtsakte materiell-rechtlich nur Mindest- bzw. Rahmenkriterien setzen, nach denen die Mitgliedsstaaten nach ihrem jeweiligen Recht nationalstaatliche Aufenthaltstitel vergeben. Zusammen mit den Verfahrensregeln soll damit eine Vereinheitlichung der weiterhin fortbestehenden nationalen Kriterien erreicht werden. Der Aufbau eines Gemeinsamen Europäischen Asylsystems erfolgt somit nicht durch die Schaffung eines europäischen Asylrechts auf Gemeinschaftsebene, sondern durch die schrittweise Abstimmung der nationalen Asylrechtssysteme.

### **c) Mindestnormen für die Aufnahme von Asylbewerbern**

Auf Nr. 1 lit. b) gestützt hat der Rat eine Richtlinie zur Festlegung von Mindestnormen für die Aufnahme von Asylbewerbern in den Mitgliedsstaaten verabschiedet<sup>27</sup>, die für alle Drittstaatsangehörigen gilt, die einen Asylantrag stellen (Art. 3 RL). Darüber erhalten drittstaatsangehörige Asylbewerber u. a. ein Bleiberecht bis zur event. Abschiebung, grundsätzliche Bewegungsfreiheit, Wahrung der Einheit der Familie, medizinische Versorgung, Zugang zum Bildungssystem und zum Arbeitsmarkt (Art. 5ff. RL).

## **2. Der Schutz von vertriebenen Personen (Nr. 2)**

Art. 63 Nr. 2 sieht den Schutz von einer besonderen Gruppe Drittstaatsangehöriger vor, nämlich solcher, die als vertriebene Personen zu qualifizieren sind. Mit vertriebenen Personen werden – vor dem Hintergrund des Krieges im ehem. Jugoslawien – sog. de-facto-Flüchtlinge bezeichnet, die nicht vor einer individuellen Gefährdung oder Bedrohung fliehen, sondern vor drohender Gewalt, namentlich kriegerischen Handlungen oder systematischen Menschenrechtsverletzungen<sup>28</sup>. Die RL 2001/55 sieht für diese Personen bei einem Massenzustrom einen Status des „vorübergehenden Schutzes“ vor, der für ein Jahr Mindestrechte bzgl. Aufenthalt, Familienzusammenführung, Beschäftigung, Unterkunft und Sozialleistungen festlegt<sup>29</sup>.

## **3. Mit der Einwanderung verbundene Rechte Drittstaatsangehöriger (Nr. 3)**

Durch Art. 63 Nr. 3 befindet sich die Einwanderungspolitik fast ausschließlich in der Kompetenz der Gemeinschaft. Nur die Bedingungen einer Beschäftigung von Drittstaatsangehörigen bleiben in der Kompetenz der Mitgliedsstaaten (Art. 137 Abs. 1 lit. g) iVm. Abs. 2 S. 2).

Gem. Nr. 3 lit. a) kann die Gemeinschaft ua die Einreise- und Aufenthaltsvoraussetzungen von Drittstaatsangehörigen festlegen, wodurch diese einen originären Rechtsanspruch auf Einreise bekommen. In diesem Rahmen sind bereits einige Sekundärrechtsakte geplant oder ergangen.

### **a) Der Entwurf der RL KOM/2001/386 für Drittstaatsangehörige, die eine Erwerbstätigkeit in der Union ausüben**

Die Kommission hat einen Entwurf für eine Richtlinie über die Bedingungen für die Einreise und den Aufenthalt von Drittstaatsangehörigen zur Ausübung einer unselbständigen oder selbständigen

<sup>27</sup> RL 2003/9/EG, ABl. Nr. L 31/18

<sup>28</sup> vgl. Art. 2 lit. c) RL 2001/55

<sup>29</sup> Art. 12 ff. RL 2001/55, ABl. EG Nr. L 212/12

Erwerbstätigkeit vorgelegt<sup>30</sup>. Die Richtlinie soll sich nicht an Drittstaatsangehörige richten, die zur Erbringung grenzüberschreitender Dienstleistungen in einen anderen Mitgliedsstaat entsandt worden oder die Familienangehörige von Unionsbürgern sind (Art. 3 Entwurf RL). Die Erteilung einer Genehmigung sowohl für Aufenthalt als auch für Arbeitsaufnahme soll sich am Bedürfnis des EU-Arbeitsmarktes orientieren und soll nur dann erfolgen, wenn eine bestimmte Stelle nicht durch einen Unionsbürger, einen Familienangehörigen eines Unionsbürgers oder durch in der Freizügigkeit durch völkerrechtliche Abkommen privilegierte Drittstaatsangehörige besetzt werden kann (Art. 6 Entwurf RL). Es soll eine Gleichbehandlung mit Unionsbürgern hinsichtlich dem Zugang zu beruflicher Bildung und sozialer Sicherheit ermöglicht werden. Weitere Rechtspositionen soll der „Aufenthaltstitel Saisonarbeiter“ (für die Dauer von einmalig sechs Monaten, Art. 12 Entwurf RL), der „Aufenthaltstitel innerbetrieblich versetzter Arbeitnehmer“ (für Schlüsselpersonal oder Spezialisten, Art. 14 Entwurf RL) und der „Aufenthaltstitel – in Ausbildung stehende Person“ (Art. 15 Entwurf RL) sein. Die Mitgliedsstaaten können Höchstgrenzen oder Beschränkungen nur aufgrund der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit erlassen. Liegen die Voraussetzungen vor, besteht ein Rechtsanspruch des Drittstaatsangehörigen auf Einreise.

#### **b) Die RL 2003/86 zur Familienzusammenführung**

Geleitet durch das Grundrecht auf Achtung des Familienlebens (Art. 8 EMRK, Art. 33 GRCh) hat der Rat im Jahr 2003 eine Richtlinie betreffend das Recht auf Familienzusammenführung verabschiedet. Familienzusammenführung ist danach die Einreise und der Aufenthalt von Familienangehörigen eines sich rechtmäßig in einem Mitgliedstaat aufhaltenden Drittstaatsangehörigen (oder anerkannten Flüchtlings) mit dem Ziel, die Familiengemeinschaft aufrechtzuerhalten, unabhängig davon, ob die familiären Bindungen vor oder nach der Einreise entstanden sind<sup>31</sup>. Die RL gilt nicht für Familienangehörige eines Unionsbürgers. Drittstaatsangehörige, die im Besitz eines mind. einjährigen Aufenthaltstitels sind, haben danach das Recht auf Familienzusammenführung, sofern keine Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung entgegensteht (Art. 6 RL) und die Ehe bzw. Familie tatsächlich besteht (Art. 16 RL). Die Mitgliedsstaaten können best. Nachweise verlangen, z. B. vorhandener Wohnraum, Krankenversicherung, regelmäßige Einkünfte (Art. 7 RL). Um die Integration von Familienangehörigen zu fördern, wird ihnen eine vom in einem Mitgliedsstaat befindlichen Drittstaatsangehörigen unabhängige Rechtsstellung und das Recht auf Zugang zu allgemeiner und beruflicher Bildung sowie zu einer unselbständigen oder selbständigen Erwerbstätigkeit zugestanden (Art. 14 RL).

#### **c) Die RL 2003/109 für langfristig aufenthaltsberechtigte Drittstaatsangehörige**

Der Rat hat auch eine Richtlinie betreffend die Rechtsstellung der langfristig aufenthaltsberechtigten Drittstaatsangehörigen verabschiedet, die dem Grundsatz folgt, dass die Rechtsstellung der Drittstaatsangehörigen innerhalb der gesamten EU an diejenige der Unionsbürger so weit wie möglich

<sup>30</sup> KOM/2001/386; die Kommission hat am 12.02.2002 ihren Standpunkt zu den Änderungsanträgen des Parlaments vorgelegt, vgl. <http://europa.eu.int/eur-lex/de/index.html>

<sup>31</sup> Art. 2 RL 2003/86/EG

angenähert werden soll<sup>32</sup>. Der Titel des langfristig Aufenthaltsberechtigten soll Drittstaatsangehörigen offen stehen, die rechtmäßig in einem Mitgliedsstaat fünf Jahre ununterbrochen ansässig waren und ihnen in Zukunft den dauerhaften Aufenthalt ermöglichen (Art. 4, 8 RL). Der Titel führt zu einer Gleichbehandlung hinsichtlich des Zugangs zu abhängiger oder selbständiger Erwerbstätigkeit, zu allgemeiner und beruflicher Bildung, hinsichtlich steuerlicher Vergünstigungen sowie des Sozialschutzes und der Sozialhilfe im aufnehmenden Mitgliedsstaat (Art. 11 RL). Der langfristig Aufenthaltsberechtigte erwirbt das Recht, sich länger als drei Monate in einem anderen Mitgliedsstaat – u. a. zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit – aufzuhalten (Art. 14 RL). Er genießt einen hohen Ausweisungsschutz<sup>33</sup>.

#### 4. Zusammenfassung

Auf Grundlage der vergemeinschafteten Regelungen zur Einwanderung erhalten Drittstaatsangehörige in bestimmten Bereichen einen direkten, originären Anspruch auf Einreise, Aufenthalt und Reisefreiheit. Dies ist die wesentliche Änderung im Vergleich zur ehemals intergouvernementalen Regelung der Bereiche Einwanderung usw. im Rahmen des Titel VI EUV.

In diesem Bereich können sie sich auch unmittelbar auf Gemeinschaftsgrundrechte berufen: Durch den Verweis des Art. 63 auf die GFK bekommt der Asylsuchende jedoch kein subjektives Recht *auf* Asyl, sondern nur Rechte *im* Asyl<sup>34</sup>. Zusätzlich wird durch Art. 6 II EUV auch die deklaratorische Bindung der EU an die EMRK (vgl. Art. 3 EMRK) bei der Herausbildung von Gemeinschaftsgrundrechten statuiert<sup>35</sup>. Eine Verbürgung des Asylrechts findet sich schließlich in Art. 18 GRCh.

Ein Anspruch auf Asyl in einem der Mitgliedsstaaten besteht auch deshalb nicht, weil die gemeinschaftlichen Regelungen nur Mindestnormen vorsehen, die von den Mitgliedsstaaten konkretisiert werden müssen. Die Vertragsstaaten können deshalb drittstaatsangehörige Asylbewerber unter Beachtung der GFK ausweisen, wenn zB die Einreise über einen sicheren Drittstaat erfolgt ist oder der Antragsteller aus einem sicheren Herkunftsland stammt<sup>36</sup>.

Das Sekundärrecht zeigt die Tendenz, den Rechtsstatus von Drittstaatsangehörigen demjenigen von Unionsbürgern anzunähern<sup>37</sup>. Dies gilt insbesondere im Bereich der Einwanderung, wo teilweise Bereiche geregelt werden, die sich materiell eng an gemeinschaftsrechtliche Materie anlehnen, zB die Frage der Einreise wegen Erwerbstätigkeit oder zur Familienzusammenführung<sup>38</sup>.

<sup>32</sup> RL 2003/109/EG, ABl. Nr. L 16/44. Als Kompetenznorm für diese RL musste zusätzlich Art. 63 Nr. 4 herangezogen werden, die Bedingungen festlegen soll, unter denen Drittstaatsangehörige während eines Aufenthalts von über drei Monaten Reisefreiheit genießen.

<sup>33</sup> Ausweisung ist nur bei gegenwärtiger, hinreichend schwerer Gefahr für die öffentliche Ordnung oder Sicherheit unter Berücksichtigung von Umständen wie Dauer, Alter, familiäre Bindungen etc. möglich.

<sup>34</sup> Brechmann, in: Calliess/Ruffert, Art. 63, Rdn. 4

<sup>35</sup> beachte insbes. das Verbot der Folter, Art. 3 EMRK; Pechstein/Koenig, Rdn. 117

<sup>36</sup> Brechmann, in: Calliess/Ruffert, Art. 63 Rdn. 19

<sup>37</sup> vgl. die ausdrückliche Nennung dieses Ziels in der RL 2003/109

<sup>38</sup> dazu kritisch: Hägel/Deubner, ZAR 2001, 154 (155)

## **C – Die abgeleitete Rechtsstellung der Drittstaatsangehörigen in Zusammenhang mit den Grundfreiheiten**

### **I. Herleitung**

#### **1. Die Natur der Rechte**

##### **a) Originäre Rechte**

Teil B hat gezeigt, dass Drittstaatsangehörige als Einwanderer Adressaten originärer Rechtspositionen aufgrund ihrer Eigenschaft als Nicht-Unionsbürger sind.

Ein direkter Rechtsstatus kann Drittstaatsangehörigen auch durch Assoziationsabkommen zugesprochen werden. Assoziierungsabkommen sind auf Dauer konzipierte Abkommen zwischen der EG und Drittstaaten gem. Art. 310, die zu eigenständiger Willensbildung befähigte Institutionen vorstehen. Die Abkommen bereiten häufig den Beitritt eines Staates zur EU vor, so v. a. die sog. Europa-Abkommen mit den Ländern MOE<sup>39</sup>, oder dienen der Entwicklungspolitik, z. B. die Kooperation mit den Maghreb-Staaten<sup>40</sup>. Die Assoziierungen weisen idR einen Assoziationsrat, der paritätisch durch Mitglieder des Rates und der Kommission einerseits und Mitgliedern der anderen Vertragspartei besetzt ist, auf. Dazu kommen Assoziationsausschüsse (hochrangige Beamte), Unterausschüsse (technische Ebene) und eine parlamentarische Versammlung<sup>41</sup>.

##### **b) Abgeleitete Rechte**

Den weitaus größten Teil der Rechte, die sich aus den Grundfreiheiten der EG ergeben, können die Drittstaatsangehörigen nur abgeleitet – als Familienangehörige von Unionsbürgern oder durch arbeitserlaubnisrechtliche Zulassung – wahrnehmen<sup>42</sup>. Durch sekundärrechtliche Akte wurden bestimmte Rechte der Unionsbürger auf Drittstaatsangehörige ausgedehnt. Diese sollen als abgeleitet bezeichnet werden, weil ohne einen durch EG-Recht Berechtigten auch keine Rechte für den Drittstaatsangehörigen bestehen<sup>43</sup>.

Die Möglichkeit, dass Drittstaatsangehörige aus der Rechtsstellung der direkt durch die Grundfreiheiten Berechtigten eigene Rechte ableiten können, dient dem Zweck, die Grundfreiheiten, insbes. die Arbeitnehmerfreizügigkeit vollständig durchzusetzen. Dies gilt insbesondere für die Familienangehörigen der durch die Arbeitnehmerfreizügigkeit Berechtigten und Arbeitnehmer einer Firma, die im Bereich der EU tätig ist<sup>44</sup>. Um die Freizügigkeit der Unionsbürger zu gewährleisten, dürfen die Sekundärrechtsnormen, die Drittstaatsangehörige betreffen, nicht eng ausgelegt werden<sup>45</sup>.

<sup>39</sup> Inhalt dieser Europaabkommen sind handelspolitische Fragen und der politische Dialog. Sie zielen darauf ab, eine Freihandelszone zwischen den Vertragspartnern zu etablieren und die Rechtsvorschriften der MOE-Staaten progressiv an die Gemeinschaftsbestimmungen anzupassen; Die EU-Erweiterung, S. 12.

<sup>40</sup> Diese Assoziierung erfolgt gem. Art. 182 und hat das Ziel, die wirtschaftliche und soziale Entwicklung dieser Länder zu fördern, insbes. durch Abschaffung der Zölle (Art. 183); Streinz, Rdn. 613ff.

<sup>41</sup> Schmalenbach, in: Calliess/Ruffert, Art. 310, Rdn. 21

<sup>42</sup> Sieveking, ZAR 1998, 201 (202)

<sup>43</sup> Alexander, EJIL 1992, 53 (55)

<sup>44</sup> Alexander, aaO (54)

<sup>45</sup> EuGH Rs. 267/83 (Diatta), Slg. 1985, S. 567 (589)

## 2. Die Rechtsstellung nach primärem Gemeinschaftsrecht

### a) Freier Warenverkehr, Art. 23ff.

Art. 24 stellt ausdrücklich klar, dass Waren aus Drittländern unter der Voraussetzung, dass sie die Einfuhr-Förmlichkeiten erfüllt haben und die vorgeschriebenen Zölle bezahlt wurden, als Gemeinschaftswaren gelten, d. h. nach Entrichtung des Gemeinsamen Zolltarifs im Binnenmarkt im freien Verkehr gehandelt werden können<sup>46</sup>. Bezüglich ihrer Waren sind Drittstaatsangehörige also innerhalb der Gemeinschaft unter den genannten Voraussetzungen mit den gleichen Rechten wie Unionsbürger ausgestattet.

In diesem Zusammenhang liegt ein Vergleich mit dem Modell des freien Warenverkehrs im Binnenmarkt nicht fern. Art. 14 nennt nicht nur den freien Verkehr von Waren, sondern auch den von Personen als Merkmal des Binnenmarktes. Art. 23 II schließlich dehnt die Anwendung von Art. 25ff. – keine Zölle oder mengenmäßigen Beschränkungen zwischen den Mitgliedsstaaten des Binnenmarktes – auf Waren aus, die aus dritten Ländern stammen und sich in der Union im freien Verkehr befinden. Der Unterschied zu Drittstaatsangehörigen besteht darin, dass sie trotz Wegfall der Binnenkontrollen in der Regel nicht frei innerhalb der gesamten EU „zirkulieren“ können, weil mitgliedstaatliche Genehmigungsvorbehalte bestehen. *Calliess* plädiert deshalb in diesem Zusammenhang für eine Orientierung der EU-Einwanderungspolitik an den Grundsätzen der Warenverkehrsfreiheit. Ähnlich wie eine Ware, die einmal durch Überschreiten der Außengrenzen und Entrichtung des Gemeinsamen Zolltarifs der Zollunion frei auf dem gemeinsamen Markt zirkulieren kann, müsse auch ein Drittstaatsangehöriger nach dem rechtmäßigen Überschreiten der Außengrenze in den Genuss des Nichtdiskriminierungsgrundsatzes kommen<sup>47</sup>.

### b) Arbeitnehmerfreizügigkeit (Art. 39ff.) und Niederlassungsfreiheit (Art. 43ff.)

Nach ganz hM sind Drittstaatsangehörige durch Art. 39 nicht unmittelbar begünstigt<sup>48</sup>. Dies ergibt sich v.a. aus Abs. 2, der sich auf die Abschaffung jeder auf der Staatsangehörigkeit beruhenden Ungleichbehandlung bezieht<sup>49</sup>.

Gleiches gilt auch für die Niederlassungsfreiheit: Art. 43 spricht ausdrücklich nur von Staatsangehörigen der Mitgliedsstaaten<sup>50</sup>.

### c) Dienstleistungsfreiheit (Art. 49ff)

Auch Art. 49 I eröffnet den freien Dienstleistungsverkehr nur für Angehörige der Mitgliedsstaaten. Abs. 2 sieht jedoch vor, dass die Dienstleistungsfreiheit auch auf Drittstaatsangehörige als Erbringer einer Dienstleistung ausgedehnt werden kann, dh der Dienstleistungserbringer ist als Drittstaatsangehöriger innerhalb der Union ansässig<sup>51</sup>. Daraus ergibt sich auch, dass sich ein Drittstaatsangehöriger nicht auf Art. 49

<sup>46</sup> Geiger, Art. 24 Rdn. 1, Art. 23, Rdn. 16

<sup>47</sup> Calliess, in: v. Hoffmann/Robbers, S. 89 (129ff.)

<sup>48</sup> Geiger, Art. 39 Rdn. 9

<sup>49</sup> Lang, S. 54; aA Hilf, in: FS für Doehring, 339 (349)

<sup>50</sup> Bröhmer, in: Calliess/Ruffert, Art. 43, Rdn. 7

<sup>51</sup> Geiger, Art. 49, Rdn. 3; zu den dazu notwendigen Sekundärrechtakten: siehe unten

berufen kann, wenn er in das Land eines dienstleistungserbringenden Mitgliedstaatsangehörigen aus einem Drittstaat einreist, um dort die Dienstleistung zu empfangen<sup>52</sup>.

#### **d) Ergebnis**

Eine Berechtigung von Drittstaatsangehörigen unmittelbar aus den Grundfreiheiten besteht nicht.

### **3. Die Anwendung der Gemeinschaftsgrundrechte auf die Drittstaatsangehörigen**

Wenn schon das Primärrecht Drittstaatsangehörige nicht zum Adressaten von gemeinschaftlichen Rechtsposition macht, könnte sich dies aus einer Grundrechtsberechtigung ergeben. Dazu müssten die Gemeinschaftsgrundrechte jedoch überhaupt auf Drittstaatsangehörige anwendbar sein.

#### **a) Grundlagen einer allgemeinen Grundrechtsberechtigung von Drittstaatsangehörigen**

##### **aa) Berechtigung Drittstaatsangehöriger aus den Grundfreiheiten mittels der Gemeinschaftsgrundrechte?**

(1) Für die Rechtsstellung von Drittstaatsangehörigen stellt sich die Frage, ob die Grundfreiheiten nicht dergestalt im Lichte der (Gemeinschafts-)Grundrechte ausgelegt werden müssen, dass sie auch für Drittausländer in gewissem Umfang Geltung entfalten. Zu dieser Annahme könnte auch die VO 1612/68 verleiten, die in der Freizügigkeit „ein *Grundrecht* der Arbeitnehmer und ihrer (auch drittstaatsangehörigen, d.Verf.) Familien“<sup>53</sup> sieht.

Rechtsgrundlage könnte das europarechtliche Leitmotiv der Nichtdiskriminierung sein, das eine besondere Ausprägung im Diskriminierungsverbot des Art. 12 EGV findet<sup>54</sup>. Fraglich ist jedoch, ob Art. 12 EGV überhaupt auf Drittausländer anwendbar ist. Der EuGH hat zwar die ungleiche Vorenthaltung einer Vergünstigung als eine Verletzung des allgemeinen Gleichheitssatzes angesehen<sup>55</sup>. Art. 12 verbietet jedoch ausdrücklich die Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit eines Mitgliedsstaats, sodass das Diskriminierungsverbot nicht für Drittausländer gelten kann<sup>56</sup>. Folglich führen Gemeinschaftsgrundrechte nicht dazu, dass Drittstaatsangehörige Adressaten von Grundfreiheiten werden.

(2) Dass jedoch auch eine Ausdehnung der Grundfreiheiten auf Drittstaatsangehörige in Zukunft nicht völlig unmöglich ist, zeigt Art. 45 II GRCh. Diese deklaratorische Bestimmung, an der sich die Grundrechtsbildung in der Gemeinschaft orientiert<sup>57</sup>, sieht die Möglichkeit vor, Drittstaatsangehörigen innerhalb der EU Freizügigkeit und Aufenthaltsfreiheit zu gewähren. Damit könnten die Drittstaatler in den Genuss der gemeinschaftsrechtlichen Freizügigkeit ebenso wie Unionsbürger kommen. Die Bestimmung findet sich auch wortgleich im Grundrechteteil des EVerfV, der nach Verabschiedung rechtsverbindlich wäre (Art. II-45 II).

<sup>52</sup> Lang, S. 127

<sup>53</sup> Präambel VO 1612/68, Hervorhebungen nur hier

<sup>54</sup> Epiney, in: Calliess/Ruffert, Art. 12, Rdn. 3

<sup>55</sup> EuGH Rs. 124/76, Slg. 1977, 1795

<sup>56</sup> vgl. Wollenschläger, ZAR 1994, 10 (12)

<sup>57</sup> Die GRCh wird als das Konzentrat der grundrechtlichen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedsstaaten bezeichnet, Kingreen, in: Calliess/Ruffert, Art. 6, Rdn. 40b

## bb) Andere Grundrechtspositionen

Fraglich ist, ob und ggf. welche Gemeinschaftsgrundrechte auch für Drittstaatsangehörige gelten. Der EuGH hat bislang noch nicht explizit entschieden, in welchem Umfang Drittstaatsangehörige durch die Gemeinschaftsgrundrechte berechtigt sind.

(1) In einem neueren Urteil führt der EuGH aus, dass „in der Gemeinschaft keine Maßnahmen als rechtmäßig anerkannt werden können, die mit der Beachtung der (durch die Gemeinschaft, d. Verf.) anerkannten und gewährleisteten Menschenrechte unvereinbar sind“<sup>58</sup> und bezieht sich damit explizit auf die Menschen- und nicht auf die (Unions-)Bürgerrechte. Insgesamt müssten „die Erfordernisse des Grundrechtsschutzes in der Gemeinschaft mit den aus einer im Vertrag verankerten Grundfreiheit fließenden Erfordernissen in Einklang gebracht werden können“.

(2) Das Urteil *Mary Carpenter*<sup>59</sup> schließlich verbindet den Grundrechtsschutz und die Durchsetzung der Grundfreiheiten gerade am Beispiel einer Drittstaatsangehörigen: Die Ausweisung dieser könne die effektive Ausübung der Dienstleistungsfreiheit durch den Ehemann beeinträchtigen. Das Urteil gibt Anlass zur Vermutung, dass das Gericht mithilfe einer Grundfreiheit eine grundrechtliche Verbürgung (hier das Recht auf Familienleben) konstruieren wollte.

## cc) Positionen in der Literatur

In der Literatur wird überwiegend von einer Grundrechtsberechtigung ausgegangen und der Drittstaatsangehörige damit Träger sämtlicher Grundrechte. Im klassischen, d. h. staatlichen Bereich der Grundrechtsanwendung besteht zwar ein Unterschied zwischen Bürger- und Menschenrechten, gerade die Verbürgung letzterer zeige jedoch, dass auch für Nicht-Staatsangehörige ein Mindest-Grundrechtsschutz gelte<sup>60</sup>. Vergleichbares muss auch dann gelten, wenn Hoheitsrechte von der staatlichen auf eine zwischenstaatliche Ebene abgetreten wurden<sup>61</sup>.

*Kingreen* weist darauf hin, dass jedoch die Einschränkung bestehe, die bereits in der Unterscheidung zwischen Bürger- und Menschenrechte deutlich werde: Wenn im staatlichen Bereich bestimmte Grundrechte den Bürgern vorbehalten sind, dann kann hinsichtlich der Drittstaatsangehörigen im Herrschaftsbereich der EU auch nur ein Schutz gewährleistet werden, der spezielle Rechte, die nicht an die Eigenschaft als Unionsbürger anknüpfen, umfasst<sup>62</sup>.

*Wollenschläger* und *Lüdke* wollen eine Berufung auf Gemeinschaftsgrundrechte nur dann zulassen, wenn ein grenzüberschreitender Sachverhalt als Voraussetzung der Anwendung von Gemeinschaftsrecht vorliege. Dies gelte für Drittstaatsangehörige nur dann, wenn dieser seine Rechte von einem Unionsbürger ableiten könne, der von seinen Grundfreiheiten auch Gebrauch macht<sup>63</sup>.

<sup>58</sup> EuGH Rs. 112/00 (Schmidberger), EuZW 2003, 592 (596)

<sup>59</sup> EuGH Rs. 60/00, JZ 2003, 202; siehe dazu ausführlich unten

<sup>60</sup> Wollenschläger, ZAR 1994, 10 (11)

<sup>61</sup> Borchardt, S. 70

<sup>62</sup> Kingreen, in: Calliess/Ruffert, Art. 6, Rdn. 52 EUV

<sup>63</sup> Wollenschläger, ZAR 1994, 10 (13); Lüdke, NVwZ 1994, 1178

## **dd) Stellungnahme**

Insgesamt scheint Einigkeit über den grds. grundrechtlichen Schutz der Drittstaatsangehörigen in der EU zu bestehen, auch wenn das Schutzniveau nicht in vollem Umfang dem der Unionsbürger entspricht. ME kann nicht mehr vorrangig auf die Frage der Kompetenzverteilung zwischen Gemeinschaft und Mitgliedsstaaten abgestellt werden, um mit der fehlenden Gemeinschaftskompetenz zu begründen, dass den Drittstaatsangehörigen ein geringeres Schutzniveau zukomme. Vielmehr ist bei der Bestimmung des Schutzniveaus auch der Umfang der Gemeinschaftsgrundrechte zu bedenken: Im Rahmen der wertenden Rechtsvergleichung zur Ermittlung der Grundrechte prüft der EuGH ua, ob sich die Grundrechte „in die Struktur und Ziele der Gemeinschaft einfügen“<sup>64</sup>: Begrenzungen sind möglich, sofern sie „durch die dem allgemeinen Wohl dienenden Ziele der Gemeinschaft gerechtfertigt sind, solange die Rechte nicht in ihrem Wesen angetastet werden“<sup>65</sup>. Hinsichtlich der Drittstaatsangehörigen ist festzuhalten, dass sie nicht in gleichem Umfang wie Unionsbürger zur Verwirklichung der Ziele der Gemeinschaft beitragen. Die Verwirklichung des Binnenmarktes setzt immer auch eine verminderte Durchlässigkeit an den gemeinsamen Außengrenzen voraus. Insofern kann sich auch aus der Tatsache, dass nicht alle Grundrechtspositionen von Drittstaatsangehörigen den Zielen der Gemeinschaft dienen, ein geringeres Schutzniveau ergeben. In diesem Sinne hat auch der EuGH die Rechtspositionen, die Drittausländern in der EU zustehen, nicht mit dem Hinweis auf Menschenrechte begründet, sondern mit der Sicherstellung der Ziele des EGV (sog. *effet-utile*-Argument)<sup>66</sup>.

## **b) Beispiele geschützter Grundrechtspositionen**

### **aa) Das Grundrecht auf Vereinigungsfreiheit**

Eine Vermutung spricht u. a. für den grundrechtlichen Schutz der Vereinigungsfreiheit auch für Drittstaatsangehörige. So sollen durch die RL 2003/109 Drittausländer ausdrücklich in diesem Grundrecht den Unionsbürgern gleichgestellt werden<sup>67</sup>. Die RL legt einen grundrechtlichen Mindestgehalt fest, der durch den wertenden Rechtsvergleich der Grundrechte in den Verfassungen der Mitgliedsstaaten gewonnen worden ist und der nicht durch nationale Umsetzungsakte in Frage gestellt werden kann<sup>68</sup>.

### **bb) Das Grundrecht auf Schutz der Familie**

(1) Für Art. 6 II EUV dient die EMRK als Rechtserkenntnisquelle. Sie schützt das Familienleben (Art. 8 EMRK) und das Recht auf Eheschließung (Art. 12 EMRK). Auch die GRCh verstärkt den Schutz der Familie, indem sie deren rechtlichen, wirtschaftlichen und sozialen Schutz gewährleistet (Art. 33 GRCh)<sup>69</sup>. Sowohl für Familienangehörige von Unionsbürgern (vgl. zB die VO 1612/68) als auch von in der Union lebenden Drittstaatsangehörigen (vgl. Art. 63 Nr. 3 lit a)) muss die Vereinbarkeit von Beschränkungen mit dem Grundrecht auf Familie am Gemeinschaftsgrundrecht gemessen werden<sup>70</sup>.

<sup>64</sup> EuGH Rs. 11/70 (Internationale Handelsgesellschaft), HSV S. 81

<sup>65</sup> EuGH Rs. 4/73 (Nold), HSV S. 417

<sup>66</sup> EuGH Rs. 267/83 (Diatta), Slg. 1985, S. 567; Rs. 370/90 (Singh), Slg. 1992, 4265; vgl. Lang, S. 139f.

<sup>67</sup> Art. 11 Abs. 1 lit. g) RL 2003/109/EG

<sup>68</sup> vgl. Kingreen, in: Calliess/Ruffert, Art. 6, Rdn. 59

<sup>69</sup> Kingreen, in: Calliess/Ruffert, Art. 6, Rdn. 111

(2) In der Rspr. des EuGH ist eine Neuorientierung zu verzeichnen. Im Urteil *Mary Carpenter*<sup>71</sup> legte das Gericht die Dienstleistungsfreiheit im Licht des Grundrechts auf Achtung des Familienlebens aus. Begünstigter der Entscheidung war ein Unionsbürger, Herr Carpenter, der nach Ansicht des Gerichts nur dann in vollem Umfang von der gemeinschaftsrechtlichen Dienstleistungsfreiheit profitieren konnte, wenn seine Frau nicht ausgewiesen würde. Im vorliegenden Fall ist jedoch zu beachten, dass ein grenzüberschreitender Sachverhalt i.e.S. gar nicht vorlag: Herr Carpenter könnte durch die Ausweisung auch in seinen innerstaatlichen Geschäften beeinträchtigt worden sein. *Mager* folgert aus dem Urteil, dass der EuGH nur mithilfe einer Grundfreiheit eine grundrechtliche Verbürgung (hier das Recht auf Familienleben) einer Drittstaatsangehörigen konstruieren wollte<sup>72</sup>.

Festzuhalten ist jedoch, dass das Urteil *Carpenter* die Frage, ob ein Drittstaatsangehöriger Träger eines Gemeinschaftsgrundrechts ist, nicht beantwortet. Der Nicht-Unionsbürger ist in den genannten Fällen nur Mittel zum Zweck der Schaffung eines (vermeintlichen) Grundrechts des Unionsbürgers.

Etwas anderes gilt jedoch für den kurz nach dem Fall *Carpenter* folgenden Urteil *MRAX*, in dem sich der EuGH mehrfach auf den Fall *Carpenter* bezieht und die Bedeutung des Schutzes des Familienlebens für die „Beseitigung der Hindernisse bei der Ausübung der vom Vertrag garantierten Grundfreiheiten“<sup>73</sup> bekräftigt. Dies führe sogar dazu, dass ein Mitgliedsstaat einen mit einem Unionsbürger verheirateten Drittstaatsangehörigen nicht an der Grenze zurückweisen darf, selbst wenn dieser keinen gültigen Ausweis oder Visum hat. Dieser Ausländer genieße dann vermittelt über seine Eigenschaft als Familienangehöriger auch verfahrensrechtliche Mindestgarantien<sup>74</sup>.

#### **4. Die abgeleitete Rechtsstellung nach Sekundärrecht**

Am häufigsten kommen Drittausländer aufgrund ihrer Rechtsstellung in den Genuss abgeleiteter Rechte des Gemeinschaftsrechts. Wichtig ist dabei insbes. ihr Status als Familienangehörige eines Unionsbürgers oder als Arbeitnehmer einer in der Union tätigen Firma. Dabei sollen auch die Rechte von Staatsangehörigen eines Drittstaats, mit dem die EG ein Assoziationsabkommen geschlossen hat, berücksichtigt werden.

Dieser Zugang zum Sekundärrecht soll im Folgenden untersucht werden, indem die Grundfreiheiten daraufhin analysiert werden, inwieweit Drittstaatsangehörige mittels sekundärrechtlicher Akte ebenfalls in deren Genuss kommen.

---

<sup>70</sup> vgl. zur Rechtslage vor Entstehung des Art. 63 S. 1 Nr. 3 lit. a) Lang, S. 138; vgl. auch die darauf gestützte Richtlinie zur Familienzusammenführung 2003/86/EG, die ausdrücklich auf der Grundrecht zum Schutz der Familie verweist (s. o.)

<sup>71</sup> EuGH Rs. 60/00, JZ 2003, 202

<sup>72</sup> *Mager*, JZ 2003, 204 (206)

<sup>73</sup> EuGH Rs. 259/99 (*MRAX*), EuZW 2002, 595

<sup>74</sup> bestätigt durch EuGH Rs. 63-99 (*Gloszczuk*), Slg. 2001 I-6369, in dem das Gericht festhält, dass bei nationalen Maßnahmen, die bei der Einreise von polnischen Staatsbürgern aufgrund der Europaabkommen weiterhin möglich sind, die Grundrechte des Drittstaatsangehörigen, insbes. das Recht auf Familie, beachtet werden müsse.

## **II. Aus der Arbeitnehmerfreizügigkeit abgeleitete Rechte**

### **1. Familienangehörige**

#### **a) Aufenthaltsrecht**

##### **aa) Sekundärrecht**

##### **(1) Die VO 1612/68**

Art. 10 der VO 1612/68 sieht vor, dass Familienangehörige ungeachtet ihrer Staatsangehörigkeit bei einem Unionsbürger wohnen dürfen. Die Mitgliedsstaaten sollen den Zugang der Familienangehörigen sogar begünstigen, wenn der Unionsbürger ihnen Unterhalt gewährt oder sie im Herkunftsland in häuslicher Gemeinschaft gelebt haben (II). Familienangehörige iS der VO sind der Ehegatte und Verwandte in absteigender Linie, solange sie noch nicht 21 Jahre alt sind, sowie die Verwandten des Unionsbürgers oder seines Ehegatten in aufsteigender Linie.

##### **(2) Die VO 1251/70**

Die VO 1251/70 über das Recht der Arbeitnehmer, nach Beendigung einer Beschäftigung im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats zu verbleiben, definiert den aufenthaltsberechtigten Personenkreis nach Art. 10 der VO 1612/68 (Art. 1 VO). Unter bestimmten Voraussetzungen darf ein Unionsbürger nach Beendigung seiner Beschäftigung in einem anderen Mitgliedsstaat dort verbleiben. Gem. Art. 3 VO steht Familienangehörigen das gleiche Recht zu, auch nach dem Tode des Unionsbürgers. Hat dieser vor seinem Tode noch nicht alle Voraussetzungen für sein Verbleiberecht erfüllt (z. B. die 12monatige Beschäftigung und der 3jährige Aufenthalt), haben die Familienangehörigen unter bestimmten Voraussetzungen (z. B. 2jähriger Aufenthalt) trotzdem ein Aufenthaltsrecht (Art. 3 II VO). Voraussetzung ist immer, dass die Familienangehörigen bei dem Unionsbürger gewohnt haben.

##### **(3) Die RL 68/360**

Die RL 68/360 zur Aufhebung der Reise- und Aufenthaltsbeschränkungen für Arbeitnehmer der Mitgliedstaaten und ihre Familienangehörigen innerhalb der Gemeinschaft nimmt im personellen Anwendungsbereich ebenfalls Bezug auf die VO 1612/68 (Art. 1 RL). Danach gestatten die Mitgliedsstaaten diesen Unionsbürgern die Einreise in und die Ausreise aus ihrem Hoheitsgebiet, damit diese eine Beschäftigung aufnehmen können (Art. 2f. RL). Die Gültigkeitsdauer der Bescheinigung beträgt mindestens fünf Jahre und kann ohne weiteres verlängert werden (Art.6RL). Diese Rechte gelten ebenso für Familienangehörige (Art. 2I RL).

Für kurzfristige Tätigkeiten (max. drei Monate) oder Saisonarbeiter gilt das Aufenthaltsrecht ohne Ausstellung der Aufenthaltserlaubnis (Art. 8 RL). Familienangehörige sind hier jedoch nicht als ebenfalls Berechtigte genannt. Es kann deshalb davon ausgegangen werden, dass sie bei kurzfristigen Tätigkeiten nicht das Aufenthaltsrecht wie der Unionsbürger haben.

#### **(4) Die RL 93/96**

Die RL 93/96 über das Aufenthaltsrecht der Studenten ermöglicht jedem Studenten aus einem Mitgliedsstaat, sich in einem anderen Mitgliedsstaat zum Zwecke der beruflichen Bildung an einer anerkannten Lehranstalt aufzuhalten (Art. 1 RL). Dieses Aufenthaltsrecht haben auch Ehegatten und unterhaltsberechtigende Kinder, selbst wenn sie nicht Unionsbürger sind (Art. 2 I RL), sofern der Student glaubhaft machen kann, dass er über ausreichend Existenzmittel verfügt, sodass die Familie nicht Sozialhilfe in Anspruch nehmen muss.

#### **bb) Die Rechtsprechung des EuGH**

(1) Im Fall *Diatta* entschied der Gerichtshof, dass Art. 10 VO 1612/68 nicht eng ausgelegt werden dürfe<sup>75</sup>. Es ging um einen Franzosen, der in Berlin tätig war und mit einer senegalesischen Staatsangehörigen verheiratet war. Da sie sich in Scheidungsabsicht von ihm getrennt hatte, stellte sich die Frage, ob Art. 10 VO ein Leben in häuslicher Gemeinschaft voraussetzt. Das Gericht entschied, dass Art. 10 im Lichte des Art. 11 (Recht der Familienangehörigen, einer Beschäftigung nachzugehen) auszulegen sei und demnach eine häusliche Gemeinschaft nicht voraussetzt. Um die Freizügigkeit der Arbeitnehmer wirksam durchzusetzen, sei auch ein – weit zu verstehendes – Aufenthaltsrecht für enge Familienangehörige notwendig. Aus Art. 11 ergebe sich jedoch alleine kein generelles Aufenthaltsrecht.

(2) Voraussetzung für dieses aus einem Sekundärrechtsakt zu Art. 39 abgeleiteten Aufenthaltsrechts für Familienangehörige ist jedoch immer der grenzüberschreitende Sachverhalt. Dies bestätigt der EuGH im Urteil *Morson*<sup>76</sup>: Ein Drittstaatsangehöriger, dessen Verwandter zu keiner Zeit in einem anderen Mitgliedsstaat als Arbeitnehmer tätig war, kann sich weder auf Art. 48 aF noch auf das entsprechende Sekundärrecht berufen.

#### **b) Recht auf Arbeitsaufnahme**

##### **aa) Die VO 1612/68 und VO 1251/70**

Gem. Art. 11 dieser VO haben auch die drittstaatsangehörigen Familienmitglieder das Recht, im gesamten Hoheitsgebiet des Mitgliedsstaats, in dem sich der Unionsbürger aufhält, eine Tätigkeit im Lohn- oder Gehaltsverhältnis auszuüben.

Die VO 1251/70 legt in ihrem Art. 7 fest, dass das in VO 1612/68 genannte Recht auf Arbeitsaufnahme für Familienmitglieder auch gilt, wenn der Unionsbürger nach Beendigung seiner Beschäftigung im Hoheitsgebiet des entspr. Mitgliedsstaats verbleibt. Für drittstaatsangehörige Familienmitglieder besteht folglich ein volles Freizügigkeitsrecht, das sie von einem Unionsbürger ableiten können<sup>77</sup>.

##### **bb) Die RL 90/364 und RL 90/365**

Die RL 90/364 ermöglicht – subsidiär – gem. Art. 2 II Drittstaatsangehörigen die Aufnahme jedweder Tätigkeit im Lohn- oder Gehaltsverhältnis. Ebenfalls wird hier die Aufnahme einer selbständigen

<sup>75</sup> EuGH Rs. 267/83 (*Diatta*), Slg. 1985, 567

<sup>76</sup> EuGH Rs. 35 u. 36/82 (*Morson*), Slg. 1982, 3723

<sup>77</sup> vgl. Präambel der VO 1612/68: „Die Freizügigkeit ist ein Grundrecht der Arbeitnehmer und ihrer Familien.“

Erwerbstätigkeit ermöglicht. Dieses Recht haben auch die Familienangehörigen von aus dem Erwerbsleben ausgeschiedenen Arbeitnehmern und selbständigen Erwerbstätigen gem. Art. 2 II RL 90/365.

### cc) Die RL 93/96

Die drittstaatsangehörigen Ehegatten sowie die unterhaltsberechtigten Kinder eines Studenten haben das Recht, im Hoheitsgebiet des Mitgliedsstaats, in dem der Student ansässig ist, jede selbständige und unselbständige Erwerbstätigkeit auszuüben.

### dd) Bewertung

Alle aufgeführten Sekundärrechtsakte ermöglichen drittstaatsangehörigen Familienmitgliedern das Recht zur Aufnahme einer unselbständigen Arbeit. Dabei gelten – so der EuGH in der Entscheidung *Gül* – für drittstaatsangehörigen Ehegatten die selben Regeln hinsichtlich des Zugangs zum Beruf sowie hinsichtlich der Berufsausübung wie für Inländer<sup>78</sup>.

In diesem Zusammenhang ist auf einen Widerspruch zwischen Aufenthaltsrecht und Recht auf Arbeitsaufnahme hinzuweisen: Die drittstaatsangehörigen Kinder eines Studenten (gem. RL 39/96) oder eines Unionsbürgers allgemein (gem. VO 1612/68) haben ein Aufenthaltsrecht, solange sie unterhaltsberechtig sind. Gleichzeitig können sie jedoch eine Erwerbstätigkeit aufnehmen, wodurch der Unterhaltsanspruch und das damit verbundene Aufenthaltsrecht entfallen würden<sup>79</sup>.

## 2. Angehörige assoziierter Staaten

### a) Überblick

Neben Familienangehörigen von Unionsbürgern können auch Drittstaatsangehörige, deren Heimatstaaten Assoziations- oder Kooperationsabkommen mit der EU geschlossen haben, in den Genuss der Arbeitnehmerfreizügigkeit kommen. Für diese gilt ein arbeitsrechtliches Gleichbehandlungsgebot<sup>80</sup>.

Assoziationsabkommen zwischen der EG und dritten Staaten werden idR gem. Art. 310 geschlossen. Dieser befugt zum Abschluss von auf Dauer konzipierten Abkommen, die zu eigenständiger Willensbildung befähigte Institutionen vorsehen und die in den Grenzen der Vertragsziele Vereinbarungen über sämtliche im EGV geregelte Materien enthalten können<sup>81</sup>.

Nicht nur das Assoziierungsabkommen selbst, sondern auch das durch ein solches Abkommen gesetztes (sekundäres) Assoziationsrecht wird als „integrierender Bestandteil des Gemeinschaftsrechts“ mit entsprechender Bindungswirkung und Überprüfungsbefugnis durch den EuGH angesehen<sup>82</sup>.

Der Vorschlag der Kommission, ein umfassendes Übereinkommen über die Regelung der Zulassung von Staatsangehörigen dritter Länder in das Hoheitsgebiet der Mitgliedsstaaten auszuarbeiten, das auch vor dem

<sup>78</sup> EuGH Rs. 131-85 (Gül), Slg. 1986 I-1573

<sup>79</sup> Lang, S. 159

<sup>80</sup> Gutmann, NVwZ 2000, 281

<sup>81</sup> Zum Streit, ob Art. 310 nur auf den Handelsverkehr (vgl. Art. 133) beschränkt ist oder aber eine Kompetenznorm mit originärem sachlichen Regelungsbereich darstellt: Streinz, Rdn. 613

<sup>82</sup> Vedder, EuR 1994, 202 (207f.); Rumpf, RIW 1993, 214 (216)

Hintergrund des Grundrechtsschutzes Drittstaatsangehöriger ihre Aufenthalts- und arbeitsrechtlichen Möglichkeiten verbessern sollte, wurde 2001 zurückgezogen<sup>83</sup>.

## **b) EWR und Schweiz**

### **aa) Das EWR-Abkommen**

Das Abkommen über den Freihandelsblock zwischen der damaligen EWG und den nicht beitrittswilligen EFTA-Staaten wurde zum 1.1.1994 durch den Vertrag über den Europäischen Wirtschaftsraum ersetzt und gilt jetzt zwischen der EG einerseits und Island, Liechtenstein und Norwegen andererseits<sup>84</sup>.

Das Abkommen soll einen dynamischen und homogenen europäischen Wirtschaftsraum mit binnenmarktähnlichen Verhältnissen schaffen<sup>85</sup>. Dies geschieht insbes. durch die Ausdehnung der vier Grundfreiheiten des EGV auf den EWR<sup>86</sup>. Gemeinsame Organe (insbes. ein EWR-Rat, ein Gemeinsamer EWR-Ausschuss und ein Gemeinsamer Parlamentarischer EWR-Ausschuss) sollen EWG und EG aufeinander abstimmen.

Zwischen den EFTA-Staaten und den EG-Mitgliedstaaten wird u. a. die Freizügigkeit der Arbeitnehmer hergestellt (Art. 28 EWRA). Art. 28 II bis IV EWRA stimmen im Wortlaut mit den Vorschriften der Art. 39 II bis IV EGV überein. Die gemeinschaftsrechtlichen Durchführungsvorschriften zur Freizügigkeit sind gem. Art. 28 V EWRA Bestandteil des Vertrags und für die Vertragsparteien verbindliches Recht (Art. 7 EWRA)<sup>87</sup>. Alle durch die EG erlassenen Rechtsvorschriften, die den Anwendungsbereich des EWRA betreffen, werden gem. Art. 102 EWRA durch ein besonderes Verfahren (insbes. Beschluss des Gemeinsamen EWR-Ausschusses) in das Abkommen einbezogen<sup>88</sup>.

Das sekundäre Assoziationsrecht, dh die Beschlüsse des Assoziationsrates, sind unmittelbar anwendbar, wenn der Beschluss unter Berücksichtigung des Wortlauts und im Hinblick auf den Sinn und Zweck des Abkommens eine klare und eindeutige Verpflichtung enthält, deren Erfüllung oder Wirkungen nicht vom Erlass eines weiteren Aktes abhängig ist<sup>89</sup>.

### **bb) Das Freizügigkeitsabkommen mit der Schweiz**

Die Einbeziehung der Schweiz in den EWR scheiterte 1992 am negativen Ausgang des schweizer Referendums. Im Jahr 2002 trat ein Abkommen der Europäischen Gemeinschaft mit der Schweiz über die Freizügigkeit in Kraft<sup>90</sup>.

<sup>83</sup> COM/1997/387; <http://europa.eu.int/eur-lex/de/index.html>; Sieveking, ZAR 1998, 201 (205)

<sup>84</sup> Das Referendum in der Schweiz ging negativ aus, sie ist nicht Mitglied des EWR. Schweden, Österreich und Finnland sind in der Folge (1995) der EU beigetreten; Streinz, Rdn. 62, 616; Brechmann, in: Calliess/Ruffert, Art. 39, Rdn. 24, 38

<sup>85</sup> Welte, ZAR 1994, 80 (81)

<sup>86</sup> Streit, NJW 1994, 555. Der EWR bleibt eine Freihandelszone, weil EG und EFTA-Staaten ihre Autonomie bzgl. des Außenzolls behalten. Agrarprodukte bleiben vom Freihandel ausgeschlossen.

<sup>87</sup> in Deutschland umgesetzt durch AufenthG/EWG, Welte, ZAR 1994, 80 (84)

<sup>88</sup> Welte, ZAR 1994, 80 (83)

<sup>89</sup> EuGH Rs. 192-89 (Sevince), Slg. I-1990, 3461; EuGH Rs. 12-86 (Demirel) HSV 501 (504)

<sup>90</sup> ABl. EG 2002 Nr. L 114/6; auch hier handelte es sich um ein sog. gemischtes Abkommen, bei dem auch die Mitgliedsstaaten als Vertragspartner auftraten, vgl. dazu ausführlich Streinz, Rdn. 428

Institutionell sieht das Abkommen nur einen Gemeinsamen Ausschuss vor (Art. 14ff Abk). Materiell orientiert es sich weitgehend am *acquis communautaire* und sieht in weiten Bereichen dessen Übernahme vor<sup>91</sup>.

Art. 2 beinhaltet ein umfassendes Diskriminierungsverbot, das durch das Ziel, jeweils gleiche Lebens-, Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen wie für Inländer einzuräumen, ergänzt wird. Umfassend ist auch die Freizügigkeit der Arbeitnehmer zwischen Schweiz und EG geregelt. So ist Ziel des Abkommens die Regelung des Rechts auf Einreise, Aufenthalt, Zugang zu einer unselbständigen Erwerbstätigkeit sowie das Recht auf Verbleib im Hoheitsgebiet (Art. 1 Abk.). Das Freizügigkeitsrecht gilt auch für Familienangehörige unabhängig ihrer Staatsangehörigkeit<sup>92</sup>, die zusätzlich ein Recht zur Erwerbstätigkeit und zur Gleichbehandlung hinsichtlich der Arbeitsbedingungen und der steuerlichen und sozialen Vorteile genießen. Ein Einreise und Aufenthaltsrecht gilt sogar für Nichterwerbstätige wie Rentner und Studenten (Art. 6 Abk)<sup>93</sup>; ein Verbleiberecht nach Beendigung der Tätigkeit besteht nach der Maßgabe der VO 1251/70 (Art. 4 Anhang I Abk.).

### c) Der Sonderfall Türkei

Eine eng begrenzte Gruppe von Drittstaatsangehörigen kommt in den Genuss von besonderen Rechten, die ihnen aufgrund eines Assoziationsabkommens mit der EG zugestanden werden: Es handelt sich um türkische Arbeitnehmer.

#### aa) Das Assoziationsabkommen EWG/Türkei

Das Assoziationsabkommen mit der Türkei wurde 1963 geschlossen<sup>94</sup>. Art. 12 AA bestimmt, dass sich die Vertragsparteien von den Art. 39ff. EGV leiten lassen wollen, um untereinander die Freizügigkeit der Arbeitnehmer sicherzustellen.

Das Zusatzprotokoll zum AA von 1972<sup>95</sup> bestimmt zusätzlich, dass die EU-Mitgliedsstaaten eine Regelung verabschieden, die hinsichtlich der Arbeitsbedingungen und des Entgeltes keine auf der Staatsangehörigkeit beruhende Diskriminierung enthält (Art. 37 ZusProt AA).

Auf türkische Arbeitnehmer sind soweit wie möglich die Regeln über die Freizügigkeit anzuwenden. Den Vorschriften des AA soll mangels einer klaren und eindeutigen Verpflichtung nur Programmcharakter zukommen, sie sind nicht unmittelbar anwendbar<sup>96</sup>.

<sup>91</sup> Deshalb gehen Kahil-Wolff/Mosters, EuZW 2001, 5, auch davon aus, dass das Freizügigkeitsabkommen kaum hinter den Vereinbarungen des EWRA zurückbleibt.

<sup>92</sup> Das Abkommen orientiert sich insoweit an der RL 73/148, Art. 3 Anhang I Abk.

<sup>93</sup> Kahil-Wolff/Mosters, EuZW 2001, 5 (8), vermuten, dass sich insofern an der allg. Aufenthaltsrichtlinie 90/364, der AufenthaltsRL für Studenten, 93/96 und für Rentner 90/365 orientiert wurde.

<sup>94</sup> ABLEG 1964 Nr. L 217/3685

<sup>95</sup> ABLEG 1972 Nr. L 293/1

<sup>96</sup> Brechmann, in: Calliess/Ruffert, Art. 39, Rdn. 26; EuGH Rs. 12-86 (Demirel), Slg. I-1987, 3719; ausführlich Nolte, ZaöRV 1987, 755 (762ff.)

**bb) Sekundäres Assoziationsrecht: Der Assoziationsratsbeschluss Nr. 1/80****(1) Inhalt***(a) Schrittweise Herstellung der Freizügigkeit*

Insbes. Art. 6 ARB 1/80 betrifft die Freizügigkeit türkischer Arbeitnehmer. Er sieht vor, dass die Arbeitnehmer nach einem Jahr ordnungsgemäßer Beschäftigung Anspruch auf Erneuerung ihrer Arbeitserlaubnis haben.

Nach drei Jahren ordnungsgemäßer Beschäftigung haben die Arbeitnehmer das Recht, sich für den gleichen Beruf bei einem Arbeitgeber ihrer Wahl auf ein Stellenangebot in dem Mitgliedsstaat zu bewerben. Es gilt jedoch zusätzlich der Vorrang der Arbeitnehmer aus anderen EU-Mitgliedsstaaten.

Erst nach vier Jahren ordnungsgemäßer Beschäftigung genießen die türkischen Arbeitnehmer freien Zugang zu jeder von ihnen gewählten Beschäftigung im Lohn- oder Gehaltsverhältnis. Diese volle Freizügigkeit umfasst dann auch das Recht, sich nach Beendigung einer Tätigkeit auf ein Stellenangebot für eine neue Stelle zu bewerben<sup>97</sup> und im Zeitraum von sechs Monaten nach Arbeit zu suchen<sup>98</sup>.

Laut Abs. 3 werden die Einzelheiten der Freizügigkeitsgewährung durch einzelstaatliche Vorschriften festgelegt. Dies bedeutet jedoch nur die Umsetzung der vom Assoziationsrat getroffenen Beschlüsse; die Mitgliedsstaaten sind nicht ermächtigt, die in Art. 6 ARB 1/80 verbürgten Rechte zusätzlich einzuschränken<sup>99</sup>. Die Mitgliedsstaaten sollen sicherstellen, dass eine Diskriminierung türkischer Arbeitnehmer gegenüber den Arbeitnehmern aus der Gemeinschaft hinsichtlich des Arbeitentgeltes und sonstigen Arbeitsbedingungen ausgeschlossen ist (Art.10 ARB).

Art. 13 ARB 1/80 sieht zusätzlich vor, dass die Mitgliedsstaaten für Arbeitnehmer und deren Familienangehörigen, die sich rechtmäßig in deren Hoheitsgebiet aufhalten, keine neuen Beschränkungen für den Zugang zum Arbeitsmarkt einführen dürfen.

Diese Rechte stehen jedoch unter dem Vorbehalt, dass eine offene Stelle nicht durch die auf dem Arbeitsmarkt der Mitgliedsstaaten verfügbaren Arbeitskräfte besetzt werden kann. Innerhalb der dann herangezogenen Drittstaatsangehörigen ist jedoch türkischen Arbeitnehmern der Vorrang vor anderen Drittausländern einzuräumen (Art. 8 ARB 1/80).

*(b) Beschäftigung und Freizügigkeit der Familienangehörigen türkischer Arbeitnehmer*

(aa) Laut Art. 7 ARB 1/80 haben die Familienangehörigen türkischer Arbeitnehmer das Recht, sich auf jedes Stellenangebot zu bewerben, wenn sie mehr als drei Jahre ordnungsgemäß in einem Mitgliedsstaat leben. Auch hier gilt der Vorrang für Arbeitnehmer aus den Mitgliedsstaaten.

Nach fünf Jahren ordnungsgemäßer Wohnsitznahme haben sie freien Zugang zu jeder von ihnen gewählten unselbständigen Beschäftigung. Voraussetzung für beide Rechte ist, dass die Familienangehörigen die Genehmigung haben, zu dem türkischen Arbeitnehmer zu ziehen. Seit der Einführung der Art. 61ff. kann sich diese Genehmigung auch auf Grundlage der Richtlinie 2003/86/EG zur Familienzusammenführung ergeben,

<sup>97</sup> EuGH Rs. 171/95 (Tetik), Slg. 1997 I-329; Weber, ZAR 2000, 134 (135); ders. NVwZ 1997, 652 (653)

<sup>98</sup> vgl. EuGH Rs. 292-89 (Antonissen), Slg. 1991 I-745, Rdn. 21

<sup>99</sup> EuGH Rs. 192-89 (Sevince), Slg. I-1990, 3461, Rdn. 22

die auf Art. 63 Nr. 3 lit. a) gestützt ist. Diese RL will gerade Familien von Drittstaatsangehörigen zusammenführen, die sich legal in der Gemeinschaft aufhalten<sup>100</sup>.

Die Kinder türkischer Arbeitnehmer werden zum allgemeinen Schulunterricht, zur Lehrlingsausbildung und zur beruflichen Bildung zugelassen (Art. 9 ARB 1/80). Haben sie in einem Mitgliedsstaat eine Berufsausbildung abgeschlossen, können sie sich unabhängig von der Dauer ihres Aufenthalts in diesem Mitgliedsstaat auf jedes Stellenangebot bewerben (Art. 7 II ARB 1/80).

(bb) Der EuGH hat in seiner *Eroglu*-Entscheidung festgehalten, dass auch Art. 7 unmittelbar wirksam ist, weil der Zweck der ausreichend klar formulierten Regelung sei, Familienangehörige zu privilegieren. In diesem Fall ging es um die Bewerbung eines Kindes eines türkischen Arbeitnehmers auf ein Stellenangebot in Deutschland. Dieses Recht hänge nicht davon ab, aus welchem Grund die Einreise- und Aufenthaltsgenehmigung ursprünglich erteilt worden war, vielmehr impliziere auch das Recht des Art. 7 II ARB 1/80 zwangsläufig die Anerkennung eines Aufenthaltsrechts des Bewerbers<sup>101</sup>. Auch hier entsteht also das Aufenthaltsrecht ähnlich wie bei Art. 6 ARB 1/80 aufgrund der Erfüllung des Tatbestandes von Art. 7 ARB 1/80, unabhängig vom ursprünglichen Zweck des Aufenthalts<sup>102</sup>. Das aus Art. 7 ARB 1/80 folgende Recht zur Arbeitsaufnahme entsteht auch unabhängig von der finanziellen Unterstützung durch die Eltern. Es bleibt jedoch beschränkt auf das Territorium des Aufnahmestaats<sup>103</sup>.

*(c) Erstmaliger Zugang zum Arbeitsmarkt nach nationalen Rechtsvorschriften*

Der ARB berührt nach Ansicht des EuGH nicht die Kompetenz der Mitgliedsstaaten, Vorschriften sowohl über die Einreise der türkischen Arbeitnehmer als auch über die Aufnahme einer ersten Beschäftigung zu erlassen<sup>104</sup>. Das BVerwG hat diese Position bestätigt: Art. 6 ARB 1/80 berühre nur „die Stellung türkischer Staatsangehöriger, die bereits ordnungsgemäß in den Arbeitsmarkt der Mitgliedstaaten eingegliedert“ sind<sup>105</sup>. Eine Pflicht der Mitgliedsstaaten zur Herstellung der vollumfänglichen Freizügigkeit incl. des erstmaligen Zugangs zum EG-Arbeitsmarkt bestehe nicht<sup>106</sup>. Diese Rechtslage hat sich auch nicht durch die Vergemeinschaftung von Teilen der Einwanderungspolitik (Art. 61ff.) geändert. Für den Zugang eines türkischer Arbeitnehmer in den Arbeitsmarkt der Mitgliedsstaaten findet sich in Art. 63 keine entsprechende Kompetenz der Gemeinschaft. Folglich wird der Erstzugang türkischer Arbeitnehmer in das Gebiet eines Mitgliedsstaats auch weiterhin national geregelt.

Sind aber einmal die Voraussetzungen des ARB erfüllt, können die Mitgliedsstaaten die Verlängerung der Arbeits- und Aufenthaltserlaubnis nicht mit dem Argument verweigern, der Aufenthalt sei aus anderen Gründen als zur Aufnahme einer unselbständigen Tätigkeit gestattet worden<sup>107</sup>.

*(d) Verbindung des Rechts auf Arbeitsaufnahme mit dem Aufenthaltsrecht*

<sup>100</sup> vgl. zur Zielrichtung der alten Rechtslage Benassi, InfAuslR 1998, 473 (481)

<sup>101</sup> EuGH Rs. 355-93 (*Eroglu*), Slg. 1994 I-5113

<sup>102</sup> Benassi, InfAuslR 1998, 473 (482)

<sup>103</sup> Lang, S. 231

<sup>104</sup> EuGH Rs. 237-91 (*Kus*), Slg. 1992, I-6781, Rdn.25; EuGH Rs. 340-97 (*Nazli*), Slg. 2000 I-957

<sup>105</sup> BVerwG NVwZ 1995, 1110 (1111); im Schrifttum so auch: Mallmann, JZ 1995, 916 (917); Nachbaur JZ 1992, 351 (353)

<sup>106</sup> Lang, S. 220

<sup>107</sup> EuGH Rs. 237-91 (*Kus*) aaO

In seiner *Sevince*-Entscheidung hat der EuGH dargelegt, dass das Recht auf Arbeitsaufnahme und das Aufenthaltsrecht eng miteinander verbunden sind: Ein türkischer Arbeitnehmer kann sich unmittelbar auf die Arbeitserlaubnis berufen, um eine Verlängerung der Aufenthaltserlaubnis zu erreichen<sup>108</sup>.

Es handelt sich um die Fortsetzung der *effet-utile*-Rechtsprechung des EuGH<sup>109</sup>: Eine ordnungsgemäße Beschäftigung zur Erlangung des freien Zugangs zu jedem Stellenangebot setzt ein unbestrittenes Aufenthaltsrecht voraus, da nur dann die Arbeitsaufnahme effektiv wahrnehmbar sei; zugleich kann bei ordnungsgemäßer Beschäftigung eine Aufenthaltserlaubnis nicht verweigert werden. Diese gelte, obwohl die assoziationsrechtlichen Regelungen im strengen Sinne nur die beschäftigungsrechtliche Stellung, nicht jedoch die aufenthaltsrechtliche Stellung betreffen<sup>110</sup>.

Im *Kus*-Urteil wird dieser Ansatz des EuGH noch vertieft<sup>111</sup>: Einem türkischen Staatsangehörigen war die Verlängerung der Aufenthaltserlaubnis versagt worden, weil der ursprüngliche Aufenthaltzweck – Ehegattennachzug – nach der Trennung von seiner Frau weggefallen war. Das Gericht sah jedoch die Voraussetzungen des Art. 6 ARB 1/80 als erfüllt an, was dazu führte, dass dem Türken das Aufenthaltsrecht nicht verweigert werden konnte<sup>112</sup>.

Damit ist im Bereich des Assoziationsrechts EG-Türkei eine Verbindung zwischen Aufenthaltsrecht, das grds. in mitgliedstaatliche Kompetenz fällt, und Recht zur Arbeitsaufnahme festzustellen<sup>113</sup>.

## (2) Unmittelbare Anwendbarkeit?

Nach Auffassung des EuGH bilden die Beschlüsse des Assoziationsrates einen integrierenden Bestandteil der Gemeinschaftsrechtsordnung, weil sie unmittelbar mit dem Abkommen zusammenhängen, zu dessen Durchführung sie ergehen<sup>114</sup>. Die Beschlüsse bedürfen demnach für ihre Rechtswirksamkeit grundsätzlich keines weiteren Durchführungsaktes, soweit sie hinreichend bestimmt sind. Einem Assoziationsratsbeschluss kommt selbst dann unmittelbare Wirkung zu, wenn der zugrundeliegende Assoziationsvertrag EWG-Türkei nicht unmittelbar wirksam ist.

Unmittelbare Wirksamkeit meint hier, dass sich aus der Norm, die durch ein in einem völkerrechtlichen Vertrag geschaffenes Organ erlassen wurde, subjektive Rechte des Einzelnen herleiten lassen<sup>115</sup>.

Die unmittelbare Anwendbarkeit ist deshalb von großer Bedeutung, weil dadurch die mit dem Recht aus Art. 6 ARB 1/80 notwendig verbundene Aufenthaltsberechtigung möglicherweise entgegenstehende nationale Vorschriften verdrängt wird<sup>116</sup>.

<sup>108</sup> Mallmann, JZ 1995, 916

<sup>109</sup> Gilsdorf, EuZW 1991, 459 (463); vgl. Brechmann, in: Calliess/Ruffert, Art. 39 Rdn. 36

<sup>110</sup> Hailbronner, FS Everling, 399 (407)

<sup>111</sup> EuGH Rs. 237-91 (*Kus*), Slg. I-1992, 6781

<sup>112</sup> vgl. Vedder, EuR 1994, 202 (206)

<sup>113</sup> Hailbronner, FS Everling, 399 (405)

<sup>114</sup> EuGH Rs. 192-89 (*Sevince*), Slg. I-1990, 3461

<sup>115</sup> Rumpf, RIW 1993, 214 (217)

<sup>116</sup> Auch Art. 7 ARB 1/80 (Freizügigkeit der Familienangehörigen) ist laut EuGH unmittelbar anwendbar; vgl. Glupe, ZAR 2000, 167(174), Schmalenbach, aaO Rdn. 27f. Dieser Rspr. folgt nach einigem Zögern jetzt auch das BVerwG, vgl. nur BVerwG NVwZ 1995, 1110

### (3) Unterschiede zwischen assoziationsrechtlicher und gemeinschaftsrechtlicher Freizügigkeit?

Der EuGH war im Laufe der Zeit bemüht, ein assoziationsrechtliches Freizügigkeitsrecht zu etablieren, indem er zB türkischen Arbeitnehmern ein subjektives Recht auf Zugang zum Arbeitsmarkt der Union gewährt und aus der beschäftigungsrechtlichen Rechtsposition eine aufenthaltsrechtliche abgeleitet hat<sup>117</sup>. Dabei nimmt das Gericht teilweise eine Analogie zum EG-Freizügigkeitsrecht vor, teilweise zitiert es ausdrücklich die Rspr. zur EG-Freizügigkeit<sup>118</sup>.

In der Lit. ist die Gleichstellung von assoziationsrechtlicher und gemeinschaftlicher Freizügigkeit jedoch teilweise abgelehnt worden. So ist für *Rumpf* die Assoziationsfreizügigkeit durch die EuGH-Rspr. zur unmittelbaren Anwendbarkeit nur in einem Teilbereich näher konkretisiert worden, nämlich im Hinblick auf diejenigen Arbeitnehmer und ihre Familien, die sich ohnehin in einem Mitgliedsstaat aufhalten. Die Frage des Zugangs zum gemeinschaftlichen Arbeitsmarkt, also die Freizügigkeit zwischen der Türkei einerseits und den Mitgliedsstaaten andererseits sei davon nicht berührt. Die Gemeinschaftsfreizügigkeit hingegen sehe auch die Einreise in einen anderen Staat zur Bewerbung und zur Arbeitsaufnahme vor<sup>119</sup>.

ME ist ein Unterschied zwischen Assoziations- und Gemeinschaftsfreizügigkeit zu machen, weil sich beide Begriffe vom Umfang her nicht decken. Insbesondere der Umfang der gemeinschaftsrechtlichen Freizügigkeit wird vom ARB nicht erreicht: Ein türkischer Arbeitnehmer kann nicht ohne Aufenthalts- und Arbeitserlaubnis des entsprechenden Mitgliedsstaats einreisen, während ein Unionsbürger dies in einem anderen Staat der EU ohne weiteres machen kann.

Auch durch den ARB bestehen immer noch Einschränkungen im Vergleich zur gemeinschaftsrechtlichen Freizügigkeit, zB die notwendigen Beschäftigungszeiten bis zur Erlangung der vollständigen Freizügigkeit (Art. 6 I ARB 1/80) oder das fehlende Recht, nach Beendigung der Beschäftigung im Unionsstaat zu bleiben (vgl. Art. 39 III lit. d))<sup>120</sup>.

Die Freizügigkeit des türkischen Arbeitnehmers besteht zusammenfassend nur darin, dass die Rechte des Art. 6 ARB 1/80 nicht von einem vom Aufnahmeland ausgestellten Dokument (wie zB eine Arbeitserlaubnis) abhängig gemacht werden dürfen. Während also hinsichtlich der Arbeitsaufnahme unter bestimmten Voraussetzungen (Art. 6 ARB 1/80) Freizügigkeit besteht, kann der türkische Arbeitnehmer nur in dem Mitgliedsstaat Aufenthalt nehmen, der die Aufenthaltserlaubnis erteilt hat. Insbesondere diese räumliche Beschränkung zeigt den Unterschied zwischen assoziationsrechtlicher und gemeinschaftsrechtlicher Freizügigkeit<sup>121</sup>.

An dieser Stelle kann jedoch die RL 2003/109 anknüpfen, die Drittstaatsangehörigen, die länger als fünf Jahre in einem der Mitgliedsstaaten ansässig waren, das Recht einräumt, sich länger als drei Monate in einem anderen Mitgliedsstaat aufzuhalten, um dort einer Erwerbstätigkeit nachzugehen (Art. 14 RL). Mit Hilfe dieser RL wird der Grundsatz, dass für türkische Arbeitnehmer Freizügigkeit nur mit innerstaatlicher Wirkung hergestellt werde, relativiert.

<sup>117</sup> EuGH Rs. 192-89 (Sevince) aaO; Glupee, ZAR 2000, 167 (169); Brechmann, in: Calliess/Ruffert, Art. 39, Rdn. 25

<sup>118</sup> EuGH Rs. Tetik, aaO; Glupee, ZAR 2000, 167 (172)

<sup>119</sup> vgl. Art. 39 EGV; Rumpf, RIW 1993, 214 (219)

<sup>120</sup> EuGH Rs. 434-93 (Bozkurt) aaO

<sup>121</sup> Nachbaur, JZ 1992, 351 (353)

## d) Europaabkommen

### aa) Grundlagen

Von hoher Aktualität sind die zwischen der EG und den osteuropäischen Staaten geschlossenen Europa-Abkommen<sup>122</sup>. Diese Abkommen standen bei ihrem Abschluss unter der Zielbestimmung, den Beitritt der MOE-Staaten zur EU zu ermöglichen<sup>123</sup>. Die Abkommen verfolgen insges. eine entwicklungspolitische Zielsetzung um eine Freihandelszone zu etablieren und den Kapital-, Zahlungs- und Dienstleistungsverkehr zu liberalisieren<sup>124</sup>. Der Unterschied zu dem EWRA besteht darin, dass bereits mit Blick auf die Mitgliedschaft der MOE-Staaten Abmachungen über den politischen Dialog getroffen wurden<sup>125</sup>.

Im Bereich der Freizügigkeit sehen die Abkommen nur ein Diskriminierungsverbot mit beschränkten Erleichterungen beim Zugang zum EU-Arbeitsmarkt vor. Art. 37 Europa-Abkommen Ungarn und Polen sehen wortgleich vor, dass polnische/ ungarische Arbeitnehmer, die rechtmäßig in einem EU-Mitgliedsstaat arbeiten, nicht hinsichtlich der Arbeitsbedingungen, der Entlohnung oder der Entlassung diskriminiert werden dürfen. Die Kinder und Ehegatten dieses Arbeitnehmers haben Zugang zum Arbeitsmarkt dieses Mitgliedstaats während der Geltungsdauer der Arbeitserlaubnis. Ein umfassendes Freizügigkeitsrecht besteht damit nicht.

### bb) Die Rechtsprechung des EuGH und Stellungnahmen der Literatur

(1) Eine Entscheidung über eine mögliche unmittelbare Wirkung der Bestimmungen über die Freizügigkeit in den Europaabkommen liegt nicht vor. Der EuGH geht aber von der unmittelbaren Wirkung der in den Europaabkommen getroffenen Regelungen über die Niederlassungsfreiheit aus; auf sie könne sich ein Staatsangehöriger eines Beitrittsstaats vor den Gerichten seines Landes unmittelbar berufen<sup>126</sup>. Im Urteil *Barkoci und Malik* führt das Gericht aus, dass als „Nebenrechte“ zur Niederlassungsfreiheit ein Einreise- und Aufenthaltsrecht bestehe, die jedoch von dem Mitgliedsstaaten durch nationale Regelungen beschränkt werden können<sup>127</sup>.

(2) In der Lit. wird jedoch überwiegend von einer fehlenden unmittelbaren Anwendbarkeit der Bestimmungen zur Arbeitnehmerfreizügigkeit in den Europaabkommen ausgegangen. So weist *Streinz* darauf hin, dass das genannte Urteil zur Niederlassungsfreiheit nicht präjudiziell für die Bestimmungen zur Arbeitnehmerfreizügigkeit sein könne: Die Abkommen sähen nur ein Recht auf Niederlassung vor, nicht jedoch ein Recht auf Arbeitnehmerfreizügigkeit. Für letztere gelte insoweit nur ein Recht auf Gleichbehandlung im Rahmen einer zugelassenen Beschäftigung<sup>128</sup>. Außerdem stünde das

<sup>122</sup> Als Beispiel herausgegriffen werden sollen hier nur das Europa-Abkommen mit Polen, ABl. EG 1993 Nr. L 348/1 und mit Ungarn, ABl. EG 1993 Nr. L 347/1

<sup>123</sup> vgl. 15. Erwägungsgrund des Europa-Abkommens mit Polen, aaO

<sup>124</sup> Schmalenbach, in: Calliess/Ruffert, Art. 310, Rdn. 38

<sup>125</sup> Pechstein, ZfRv 1996, 108 (111)

<sup>126</sup> EuGH Rs. 257/99 (Barkoci und Malik); Rs. 235/99 (Kondova); Rs. 63/99 (Gloszczuk)

<sup>127</sup> EuGH Rs. 257/99 (Barkoci und Malik), EuZW 2001, 696

<sup>128</sup> Streinz, JuS 2002, 182 (183f.)

Gleichbehandlungsgebot unter Vorbehalt der Bedingungen, die in den Mitgliedsstaaten gelten, weshalb seine Geltung erst durch nationale Vorschriften angeordnet werde<sup>129</sup>.

### e) Kooperationsabkommen

Kooperationsabkommen bestehen mit den Maghreb-Staaten Marokko, Algerien und Tunesien. Diese Abkommen zielen auf eine Förderung der wirtschaftlichen und sozialen Entwicklung der Länder. Das Beispiel Marokko zeigt, dass gem. Art. 64 des neu abgeschlossenen Abkommens jeder Mitgliedsstaat den marokkanischen Arbeitnehmern die gleiche Behandlung hinsichtlich der Arbeits- und Entlohnungs- und Kündigungsbedingungen zugestehet wie ggü. eigenen Staatsangehörigen. Dies gilt nur für Marokkaner, die einer berechtigten und befristeten nichtselbständigen Erwerbstätigkeit in der Union nachgehen<sup>130</sup>. Eine Arbeitnehmerfreizügigkeit zwischen Marokko und der EG ist folglich damit nicht verbunden<sup>131</sup>.

Der EuGH hat die unmittelbare Anwendbarkeit des arbeitsrechtlichen Diskriminierungsverbots in Art. 40 des (nicht mehr rechtskräftigen) Kooperations-abkommens zwischen der EWG und Marokko<sup>132</sup> bejaht. Dadurch werde hinsichtlich der Entlohnungsbedingungen ein eindeutiger und unbedingter Grundsatz aufgestellt, der ausreichend bestimmt sei, um unmittelbar anwendbar zu sein<sup>133</sup>.

Ausdrücklich stellt das Gericht klar, dass die Rspr. zu Art. 6 ARB 1/80, aus dem bei Weiterbeschäftigung ein Anspruch auf die Aufenthaltsberechtigung folgt, wegen des anderen Wortlauts und Zwecks nicht auf das Abkommen mit Marokko übertragen werden könne<sup>134</sup>. Gleichzeitig stellt das Gericht jedoch eine Verbindung zwischen Aufenthalts- und Arbeitsrecht her: Die Behörde sei bei der Verlängerung der Aufenthaltserlaubnis an die Befristung der Arbeitsgenehmigung gebunden<sup>135</sup>.

### f) Bewertung

Drittstaatsangehörige aus verschiedenen Staaten kommen in den Genuss bestimmter Rechte, wenn die EG mit diesen Drittstaaten Abkommen abgeschlossen hat. Vorliegend wurden vor allem die Rechte betrachtet, die die Drittstaatsangehörigen im Zusammenhang mit den Grundfreiheiten und damit verbundenen Nebenrechten haben. Dabei ergeben sich in der Qualität der Rechte Abstufungen: Das Assoziationsabkommen mit der Türkei sieht – auch aufgrund der EuGH-Rspr. – relativ weitgehende Rechte hinsichtlich der Arbeitnehmerfreizügigkeit vor, die jedoch insgesamt noch hinter der gemeinschaftsrechtlichen Freizügigkeit zurückbleiben. Darunter bestehen Rechte aus Kooperationsabkommen, die in Einzelbereichen (zB Entlohnungsbedingungen) ein Diskriminierungsverbot vorsehen, jedoch keine Arbeitnehmerfreizügigkeit herstellen.

<sup>129</sup> Art. 37 EA Polen; Art. 37 EA Ungarn Weiß, InfAuslR 1998, 313 (315)

<sup>130</sup> Europa-Mittelmeer-Abkommen zur Gründung einer Assoziation zwischen den Europäischen Gemeinschaften und ihren Mitgliedstaaten einerseits und dem Königreich Marokko andererseits, EG.Abl. 2000 Nr. L 70/2. Die Abkommen von Marokko, Algerien und Tunesien stimmten bisher überein, Gutmann, NVwZ 2000, 281 (282)

<sup>131</sup> Lang, S. 242

<sup>132</sup> Abl EG 1978 Nr. L 264/2

<sup>133</sup> EuGH Rs. 416-96 (El-Yassini), Slg. 1999, I-1209, Rdn. 32

<sup>134</sup> EuGH Rs. 416-96 (El-Yassini) aaO, Rdn. 47ff.

<sup>135</sup> Gutmann, NVwZ 2000, 281

Am weitestgehenden ist das EWRA. Jüngere Abkommen zeigen eine Tendenz zum Vorrang nationaler Beschränkungsmöglichkeiten<sup>136</sup>.

### **III. Aus der Niederlassungsfreiheit abgeleitete Rechte**

#### **1. Familienangehörige**

##### **a) Aufenthaltsrecht**

##### **aa) Sekundärrecht**

##### **(1) Die RL 73/148**

Die RL 73/148 zur Aufhebung der Reise- und Aufenthaltsbeschränkungen für Staatsangehörige der Mitgliedsstaaten innerhalb der Gemeinschaft auf dem Gebiet der Niederlassung und des Dienstleistungsverkehrs verpflichtet die Mitgliedsstaaten, die genannten Beschränkungen nicht nur für Unionsbürger aufzuheben, sondern auch für drittstaatsangehörige Ehegatten und noch nicht 21 Jahre alte Kinder (Art. 1 I lit. c) RL). Dies gilt auch für Verwandte in aufsteigender und absteigender Linie und deren Ehegatten, sofern der Unionsbürger diesen Unterhalt gewährt (I lit. d) RL). Die übrigen Familienangehörigen sollen begünstigten Zugang erhalten, sofern der Unionsbürger ihnen Unterhalt gewährt oder sie mit ihm im Herkunftsland in häuslicher Gemeinschaft gelebt haben (Art. 1 II RL).

Gem. Art. 4 RL erlauben die Mitgliedsstaaten den Staatsangehörigen anderer Mitgliedsstaaten, die sich dort niederlassen, um eine selbständige Tätigkeit auszuüben, ein Recht auf unbefristeten Aufenthalt (mind. fünf Jahre mit Verlängerung ohne weiteres). Familienmitgliedern wird ein Aufenthaltsdokument mit der gleichen Gültigkeit ausgestellt wie dem Unionsbürger, von dem es seine Rechte herleitet (Art. 4 II RL).

##### **(2) Die RL 75/34**

Die RL 75/34 garantiert drittstaatsangehörigen Familienmitgliedern ein Bleiberecht in dem Mitgliedsstaat, in dem ein Unionsbürger eine selbständige Tätigkeit ausgeübt hat. Gem. Art. 3 RL haben die Familienangehörigen ein Bleiberecht, wenn auch der Unionsbürger nach Beendigung seiner selbständigen Erwerbstätigkeit die Voraussetzungen zum Verbleiben in diesem Mitgliedsstaat (Art. 2 RL) erfüllt. Dies gilt auch nach dem Tode des Selbständigen und sogar in bestimmten Fällen, wenn der Selbständige verstirbt, ohne zuvor das Bleiberecht erworben zu haben (Art. 3 II RL).

Dabei reicht es aus, dass die Familienangehörigen bei dem Unionsbürger wohnen (Art. 3 RL).

##### **bb) Rechtsprechung des EuGH**

##### **(1) Die *Singh*-Entscheidung**

Besondere Bedeutung für das Aufenthaltsrecht Drittstaatsangehöriger im Rahmen des Niederlassungsrechts erlangte die *Singh*-Entscheidung des EuGH<sup>137</sup>: Der indische Staatsangehörige Singh war mit seiner britischen Ehegattin von Großbritannien in die BRD gereist, um dort von 1983 bis 1985 einer unselbständigen

<sup>136</sup> vgl. Lang S. 207, der dies auf durch die weitgehende Rspr. des EuGH zur unmittelbaren Anwendbarkeit erklärt; auch Hailbronner, FS Everling, 399 (405)

<sup>137</sup> EuGH Rs. 370/90 (Singh), Slg. 1992, 4265

Erwerbstätigkeit nachzugehen. Danach kehrten beide nach Großbritannien zurück, um sich selbständig zu machen. Nachdem sich das Ehepaar hatte scheiden lassen, erging gegen Singh ein Ausweisungsverfügung durch die britischen Behörden.

Der EuGH entschied, dass ein Unionsbürger davon abgehalten werden könne, sein Herkunftsland zu verlassen, um in einem anderen Mitgliedstaat eine unselbständige oder selbständige Tätigkeit aufzunehmen, wenn er für den Fall, dass er zur Ausübung einer Tätigkeit in sein Herkunftsland zurückkehrt, befürchten müsse, dass sein Ehegatte nach nationalen Vorschriften dieses Staates ausgewiesen werde.

Ein Angehöriger eines Mitgliedsstaates müsse – wenn er in diesen Mitgliedsstaat aus einem anderen wieder einreisen wolle – genauso behandelt werden, wie ein anderer Unionsbürger, der sich in diesem Land niederlassen wolle; folglich müsse er bei der Einreise und hinsichtlich des Aufenthaltes in den Genuss von Erleichterungen kommen, die denen anderer Unionsbürgern gleichwertig sind. Die Notwendigkeit der vollen Wirksamkeit der Grundfreiheiten überlagere hier – zu dieser Zeit noch bestehende – nationale Regelungen der Einreise. Die Scheidung spielte zum Zeitpunkt der Einreise noch keine Rolle<sup>138</sup>.

## **b) Recht auf Arbeitsaufnahme**

### **aa) Die VO 1612/68 und VO 1251/70**

Diese beiden Verordnungen sehen nicht vor, dass Familienangehörige eine selbständige Arbeit in der Union aufnehmen können. So erlaubt zB Art. 11 der VO 1612/68 über die Freizügigkeit in der Gemeinschaft drittstaatsangehörigen Familienmitgliedern nur die Aufnahme einer Tätigkeit im Lohn- oder Gehaltsverhältnis.

### **bb) Die RL 90/364, RL 90/365 und RL 93/96**

Die RL 90/364 ermöglicht gem. Art. 2 II Drittstaatsangehörigen die Aufnahme einer selbständigen Erwerbstätigkeit. Dieses Recht haben auch die Familienangehörigen von aus dem Erwerbsleben ausgeschiedenen Arbeitnehmern und selbständigen Erwerbstätigen gem. Art. 2 II RL 90/365 und die drittstaatsangehörigen Ehegatten sowie die unterhaltsberechtigten Kinder eines Studenten.

### **cc) Bewertung**

Die VO 1251/70 und 1612/68 ermöglichen drittstaatsangehörigen Familienmitgliedern nicht, eine selbständige berufliche Tätigkeit auszuüben. *Lang* sieht die Erklärung hierfür in der Regelung des Art. 43, wonach das niederlassungsrecht auf Staatsangehörige eines Mitgliedsstaates beschränkt ist<sup>139</sup>. Jedoch ermöglichen die RL 90/364, 90/365 und 93/96 auch eine selbständige Erwerbstätigkeit und entfalten somit einen eigenen Anwendungsbereich. Dies bedeutet auch, dass über den Umweg der abgeleiteten Rechte von Unionsbürgern über Sekundärrecht drittstaatsangehörigen Familienmitgliedern eine Art Niederlassungsrecht zustehen kann, obwohl Beschränkungen der Niederlassung in einem anderen EU-Mitgliedsstaat gem. Art. 43 nur ggü. Staatsangehörigen der Mitgliedsstaaten behoben werden sollen.

<sup>138</sup> v. Schwanenflügel, NVwZ 1993, 854

<sup>139</sup> Lang, S. 157

## 2. Angehörige assoziierter Staaten

### a) Das EWR-Abkommen

Die Art. 31 – 35 EWRA stellen die Niederlassungsfreiheit vollumfänglich auch für Staatsangehörige aus Norwegen, Island und Lichtenstein her. Es gelten keine Beschränkungen für Staatsangehörige der am Abkommen beteiligten Staaten hinsichtlich der Niederlassung<sup>140</sup>.

### b) Das Freizügigkeitsabkommen mit der Schweiz

Im Abkommen der EG mit der Schweiz über die Freizügigkeit ist auch für die Niederlassung ein umfassendes Recht auf Einreise, Aufenthalt und Zugang zur selbständigen Arbeit vorgesehen (Art. 1 Abk.). Dieses gilt auch für Familienangehörige und orientiert sich an dem Verbleiberecht der RL 75/34 (Art. 4 Anlage I Abk.)<sup>141</sup>.

### c) Das Assoziationsabkommen mit der Türkei

#### aa) Inhalt der Bestimmungen

Art. 13 des AA EWG/Türkei bestimmt – ebenso wie für die Arbeitnehmerfreizügigkeit – dass sich die Vertragsparteien von den Art. 52 – 56 und 58 aF (Art. 43 – 46, 48 nF) leiten lassen, um die Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit zwischen EG und der Türkei aufzuheben. Dies bekräftigt Art. 41 ZusProt AA, der festschreibt, dass die Vertragsparteien keine neuen Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit einführen und die bestehenden schrittweise beseitigen (sog. Standstill-Verpflichtung).

Deutlich wird, dass sich der Wortlaut des Art. 36, der die Freizügigkeit der Arbeitnehmer schrittweise herstellen will, und Art. 41 ZusProt AA unterscheiden. Es wird nur das Ziel formuliert, dass Beschränkungen beseitigt werden sollen. Diese Beschränkungen sind nationalstaatlich festgelegt und jedenfalls zur Zeit des Abschlusses des ZusProt noch rechtmäßig<sup>142</sup>. Außerdem verpflichtet Art. 41 ZusProt AA nur die Vertragsstaaten, keine neuen Beschränkungen einzuführen<sup>143</sup>.

#### bb) Die Rechtsprechung des EuGH

In der Entscheidung *Savas* erklärte der EuGH Art. 41 I ZusProt als unmittelbar anwendbar. Gleichzeitig sei er jedoch als solcher nicht geeignet, einem türkischen Staatsangehörigen ein Niederlassungsrecht und damit verbunden ein Aufenthaltsrecht zu verleihen, wenn sich dieser nicht legal im Mitgliedsstaat aufhalte<sup>144</sup>. Die Norm kann also einem Türken nicht aus sich selbst heraus das Niederlassungs- und damit verbunden das Aufenthaltsrecht verleihen: Die erstmalige Zulassung der Einreise unterliegt ausschließlich dem Recht des Mitgliedsstaats. Der sich einmal in diesem Land ordnungsgemäß aufhaltende Türke kann sich jedoch unmittelbar auf Art. 41 I ZusProt berufen, um zu verhindern, dass der Mitgliedsstaat neue Maßnahmen erlässt,

<sup>140</sup> Streit, NJW 1994, 555 (557); Bröhmer, in: Calliess/Ruffert, Art. 43 Rdn. 7

<sup>141</sup> Zusammenfassung und aktueller Stand unter: [http://europa.eu.int/comm/external\\_relations/switzerland/intro/index.htm](http://europa.eu.int/comm/external_relations/switzerland/intro/index.htm)

<sup>142</sup> Lang, S. 261

<sup>143</sup> Bröhmer, in: Calliess/Ruffert, Art. 43 Rdn. 7; EuGH Rs. 37/89 (*Savas*), Rdn. 64

<sup>144</sup> EuGH Rs. 37-98 (*Savas*), EuZW 2000, 569

die sein Niederlassungs- und Aufenthaltsrecht strengeren Bedingungen als zur Zeit des Inkrafttretens des ZusProt unterwirft.

Im Fall *Savas* war ein türkisches Ehepaar nach Großbritannien eingereist und nach Ablauf einer einmonatigen Besuchserlaubnis im Land geblieben. Sie machten sich dort selbständig. Wegen Verstoß gegen ausländerrechtliche Bestimmungen sollten sie 1994 ausgewiesen werden. Der EuGH orientiert sich an der Standstill-Verpflichtung des Art. 41 ZusProt AA: Weil das AA lediglich die Stellung der Türken betreffe, die bereits ordnungsgemäß in den Arbeitsmarkt des Mitgliedsstaats eingegliedert seien, könnten letztere weiterhin Vorschriften über die erste Einreise erlassen, sodass ein nach nationalen Vorschriften illegaler Aufenthalt folglich kein Niederlassungsrecht begründe.

## **d) Europa-Abkommen**

### **aa) Inhalt der Bestimmungen**

In den Europaabkommen ist das Niederlassungsrecht nicht nur im Vergleich zum AA mit der Türkei, sondern auch im Vergleich zur Arbeitnehmerfreizügigkeit umfassender ausgestaltet. Art. 44 III des EA mit Polen und Ungarn sehen eine Inländergleichbehandlung vor, die den EU-Mitgliedsstaaten aufgibt, vom Inkraft-treten des Abkommens an für die Niederlassung polnischer/ungarischer Gesellschaften und Staatsangehöriger eine Behandlung, die nicht weniger günstig ist als die Behandlung ihrer eigenen Gesellschaften und Staatsangehörigen<sup>145</sup>. Damit wird – nach der Übergangsfrist – eine umfassende Niederlassungsfreiheit angestrebt<sup>146</sup>.

In der Lit. wird jedoch darauf hingewiesen, dass auch die relativ umfassenden, assoziationsrechtlichen Bestimmungen zum Niederlassungsrecht noch nicht die Qualität der des gemeinschaftsrechtlichen Niederlassungsrechts erhalten haben<sup>147</sup>.

### **bb) Die Rechtsprechung des EuGH**

In der bereits zitierten Rspr. des EuGH zu den Europa-Abkommen, hat das Gericht im Fall *Barkoci und Malik* ausdrücklich das Niederlassungsrecht als unmittelbar anwendbar erklärt (Art. 45 III EA Tschechien). Als Nebenrecht hierzu bestehe ein Einreise- und Aufenthaltsrecht. Diese Nebenrechte seien jedoch nicht schrankenlos gewährt, sondern stünden unter dem Vorbehalt der Beschränkung durch Vorschriften des Aufnahmemitgliedsstaats, sofern durch diese Regelungen nicht insgesamt die Vorteile, die der Tschechischen Republik aus dem Europa-Abkommen erwachsen, zunichte gemacht werden (Art. 59 I EA Tschechien)<sup>148</sup>. Eine Kontrolle vor Erteilung einer Einreise- und Aufenthaltsgenehmigung, die vom Antragsteller den Nachweis hinreichender Mittel und seiner wirklichen Absicht verlangt, eine selbständige Tätigkeit aufzunehmen, die vernünftige Erfolgsaussichten beinhaltet, ohne auf öffentliche Mittel zurückgreifen zu

<sup>145</sup> Die zuletzt abgeschlossenen EA (baltische Staaten, Slowenien) enthalten noch eine Meistbegünstigungsklausel, wonach die von den EU-Mitgliedsstaaten gewährte Behandlung nicht schlechter sein darf als die beste Behandlung, die irgend einem anderen Drittstaats gewährt wird; Weiß, InfAuslR 2001, 1

<sup>146</sup> Pechstein, ZfRV 1996, 108 (110)

<sup>147</sup> Weiß, InfAuslR 2001, 1

<sup>148</sup> EuGH Rs. 257-99 (Barkoci und Malik), EuZW 2001, 696

müssen, ist laut EuGH möglich<sup>149</sup>. Insgesamt müssen jedoch die Grundrechte des Drittstaatsangehörigen – insbes. das Recht auf Familienleben und auf Eigentum – bei den nationalen Maßnahmen beachtet werden<sup>150</sup>. Für *Weiß* ergibt sich daraus, dass das Niederlassungsrecht des Europa-Abkommens nicht die gleichen Rechte beinhaltet wie Art. 43 EGV. Auch im Unterschied zum AA Türkei können die Mitgliedsstaaten verlangen, dass die Einreiseerlaubnis zum Zwecke der Niederlassung beantragt wird. Eine andere Begründung als die Niederlassung kann also für die Einreiseerlaubnis von den Mitgliedsstaaten ausgeschlossen werden, selbst wenn ggf. später die Voraussetzungen der Niederlassung erfüllt werden<sup>151</sup>. Im Vergleich zum AA Türkei sind damit die Regelungen der Europaabkommen hinsichtlich der Niederlassungsfreiheit weitergehend, während sie hinsichtlich der Arbeitnehmerfreizügigkeit weniger Rechte vorsehen<sup>152</sup>.

#### e) Kooperationsabkommen

In der Neuauflage des Kooperationsabkommens mit Marokko (Europa-Mittelmeer-Abkommen) wird das Niederlassungsrecht von Gesellschaften miteinbezogen. Alle weiteren Regelungen soll jedoch der Assoziationsrat treffen (Art. 31 Abk.), der sich dabei an der Meistbegünstigung sowie den Verpflichtungen des GATS-Abkommens orientieren soll. Unmittelbare Anwendbarkeit haben diese Bestimmungen nicht<sup>153</sup>.

### IV. Aus der Dienstleistungsfreiheit abgeleitete Rechte

#### 1. Besonderheiten der Dienstleistungsfreiheit und Anwendungsfälle für Drittstaatsangehörige

Der Anwendungsbereich der Dienstleistungsfreiheit ist in den letzten Jahren erheblich erweitert worden. Der EuGH hat Art. 49 zumindest beim Zugang zum Markt eines Mitgliedsstaats als Beschränkungsverbot verstanden. Er verlangt die Beseitigung aller unterschiedslos geltenden Regelungen, die die Erbringung der Dienstleistung behindern oder weniger attraktiv machen könnten<sup>154</sup>.

Außerdem wurde durch die Rspr. des EuGH nicht mehr nur die aktive Dienstleistungsfreiheit (der Erbringer der Leistung begibt sich zu diesem Zweck in einen anderen Mitgliedsstaat), sondern u. a. auch die passive Dienstleistungsfreiheit (der Empfänger begibt sich in einen anderen Mitgliedsstaat) geschützt<sup>155</sup>. Diese Erweiterung hin zu einer umfassenden Personenverkehrsfreiheit führt z. B. dazu, dass Touristen oder Patienten einen Anspruch auf Erteilung einer langfristigen EG-Aufenthaltserlaubnis für die Inanspruchnahme der passiven Dienstleistung haben<sup>156</sup>.

<sup>149</sup> EuGH Rs. 235-99 (Kondova), Slg. 2001, I-6427 (zum Assoziationsabkommen EG-Bulgarien)

<sup>150</sup> EuGH Rs. 63-99 (Gloszczuk), Slg. 2001, I-6369

<sup>151</sup> Weiß, EuZW 2001, 703

<sup>152</sup> vgl. Weiß InfAusIR 2001, 1 (5)

<sup>153</sup> Lang, S. 264

<sup>154</sup> EuGH Rs. 33/74 (van Binsbergen), Slg. 1974, 1299; W. Kluth, in: Calliess/Ruffert, Kommentar zu EUV und EGV, 2. Auflage 2002, Art. 50 Rdn. 38

<sup>155</sup> EuGH Rs. 286/82 und 26/83 (Luisi und Carbone), Slg. 1984 I-377

<sup>156</sup> Streinz, Rdn. 756ff.

Diese Regelungen gelten jedoch gem. Art. 49 I nur für Unionsbürger. Ein Drittstaatsangehöriger kann sich nicht unmittelbar auf die Dienstleistungsfreiheit berufen, wenn er in einem anderen Mitgliedsstaat eine Leistung empfangen will<sup>157</sup>. Dies gilt auch nach den von der Kommission vorgelegten RL-Entwürfen<sup>158</sup>.

Ebenfalls von Art. 49 nicht erfasst ist der Fall, dass ein in einem Drittstaat ansässiger Gewerbetreibender im Heimatstaat des Empfängers eine Dienstleistung erbringt<sup>159</sup>.

## 2. Der Entwurf einer Richtlinie gem. Art. 49 II

Art. 49 II sieht jedoch vor, dass die Dienstleistungsfreiheit auch auf Erbringer von Dienstleistungen Anwendung finden kann, welche die Staatsangehörigkeit eines dritten Staats besitzen und innerhalb der Gemeinschaft ansässig sind.

1999 hat die Kommission einen RL-Entwurf zur Ausdehnung der grenzüberschreitenden Dienstleistungsfreiheit auf in der Gemeinschaft niedergelassene Staatsangehörige dritter Länder<sup>160</sup> angenommen, der sich direkt auf Art. 49 II als Rechtsgrundlage stützt. Diese RL soll drittstaatsangehörigen Dienstleistungserbringern eigene, neue Rechte schaffen<sup>161</sup>. Es soll damit der ungerechtfertigte Zustand beseitigt werden, dass ein Drittstaatsangehöriger, der in enger Verbindung mit der Wirtschaft eines Mitgliedsstaates steht, zwar als Arbeitnehmer von einem in der Union ansässigen Unternehmen entsandt werden kann, während er – um unmittelbar in den Genuss der Dienstleistungsfreiheit zu kommen – eine Gesellschaft iSv Art. 48 gründen müsste (2. und 3. Erwägungsgrund).

Der dienstleistungserbringende Drittstaatsangehörige muss seine Hauptniederlassung in seinem Herkunftsmitgliedstaat behalten und dort mind. zwölf Monate einen rechtmäßigen Wohnsitz gehabt haben. Außerdem sollen zur Verhinderung von sog. Scheinselbständigen, die nur formal Selbständige, eigentlich jedoch Arbeitnehmer sind, Vertragsbeziehungen zu mind. zwei Dienstleistungsempfängern seit mind. zwölf Monaten erforderlich sein, um von einer Hauptniederlassung und einer tatsächlichen und dauerhaften Verbindung zur Wirtschaft eines Mitgliedsstaates sprechen zu können<sup>162</sup>. Dies sind auch – neben einer gesicherten sozialrechtlichen Stellung – die Voraussetzungen für die Ausstellung eines sog. EG-Dienstleistungsausweis, der für die Dauer der Dienstleistungserbringung gilt, max. jedoch für zwölf Monate. Durch den freien Dienstleistungsverkehr kommt der Drittstaatsangehörige auch unmittelbar in den Genuss eines Einreise- und Aufenthaltsrechts, dh, dass der Mitgliedstaat, in dem die Leistung erbracht wird, auf eigene Anforderungen hinsichtlich Einreise, Aufenthalt und Arbeitserlaubnis verzichtet.

<sup>157</sup> Lang, S. 63f.

<sup>158</sup> Art. 1 Entwurf RL KOM/2000/271, dazu unten genauer

<sup>159</sup> Kluth, in: Calliess/Ruffert, Art. 50, Rdn. 27

<sup>160</sup> KOM/2000/271 (zusammen mit dem Entwurf einer Entsenderichtlinie für Drittstaatsangehörige, s. u.). Die Kommission hat ihre Stellungnahme zu den Änderungsvorschlägen des EP an dieses und den Rat am 8.5.2000 übermittelt, vgl.

<http://europa.eu.int/eur-lex/de/index.html>

<sup>161</sup> vgl. Stellungnahme der Kommission zu Änderungsvorschlägen des EP, aaO, 4.2.1.

<sup>162</sup> Stellungnahme Kommission zu Änderungsvorschlägen des EP, aaO, 4.1.1., Erwägungsgrund 5a, Art. 1 III lit. a) und Art. 2 II Entwurf RL. Diese Voraussetzungen dürften auch dazu beitragen, Kettenentsendungen in Form grenzüberschreitender Arbeitnehmerüberlassung zu verhindern, Häußler, ZAR 2000, 24 (28)

### 3. Mittelbare Rechte von Drittstaatsangehörigen – Entsenderichtlinien

Der Rat hat 1996 die RL 96/71 über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen verabschiedet. Obwohl sich diese RL nicht unmittelbar auf Drittstaatsangehörige bezieht, ging man bisher davon aus, dass diese mittelbar Begünstigte der RL seien. Die Kommission hat jedoch 1999 einen Richtlinienvorschlag über die Entsendung von drittstaatsangehörigen Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen angenommen, durch den die Drittausländer direkt begünstigt werden.

#### a) Die Entsenderichtlinie 96/71

Die RL gilt für Unternehmen, die aus ihrem Sitz-Mitgliedsstaat Arbeitnehmer zur Erbringung von Dienstleistungen in das Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedsstaats entsenden (Art. 1 RL). Sie soll ein Mindestmaß an Schutz festlegen, das auch von einem Mitgliedsstaat gewährt werden muss, wenn er einen Dienstleistungserbringer, der von einem in einem anderen Mitgliedsstaat ansässigen Unternehmen entsandt wurde, aufnimmt. Regelungsgegenstand sind Höchstarbeitszeiten, Mindestjahres-urlaub, Mindestlohnsätze, Gesundheitsschutz uvm (Art. 3 RL). Die RL knüpft ausschließlich an den Arbeitnehmerbegriff an, ohne dass dessen Staatsangehörigkeit berücksichtigt wird. Daraus wurde geschlossen, dass Drittstaatsangehörige mittelbar in den Genuss der in der RL garantierten Rechte kommen können<sup>163</sup>.

#### b) Der Entwurf einer Entsenderichtlinie für Drittstaatsangehörige

Diese Einschätzung wird durch den RL-Entwurf KOM/2000/271<sup>164</sup> bekräftigt, der nicht nur festhält, dass zum freien Dienstleistungsverkehr auch die Entsendung von Dienstleistungserbringern in einen anderen Mitgliedsstaat gehört, sondern dass es sich dabei auch um Personen handeln kann, die Angehörige eines dritten Staates sind (2. Erwägungsgrund). Zur Erleichterung der Entsendung soll ein EG-Dienstleistungsausweis dienen, den der Dienstleistungserbringer für den entsendeten Arbeitnehmer in seinem Mitgliedsstaat beantragen muss; dieser soll nur für die Dauer der Dienstleistungserbringung ausgestellt werden, max. jedoch zwölf Monate (Art. 2 II Entwurf RL). Erneuerung ist möglich.

Der freie Dienstleistungsverkehr soll zwar für den entsandten Arbeitnehmer keine unmittelbaren Rechte schaffen (3. Erwägungsgrund). Jedoch soll der Dienstleistungsausweis dazu führen, dass der Mitgliedsstaat, in dem die Dienstleistung erbracht wird, die Einreise und den Aufenthalt des entsandten Drittstaatsangehörigen zulässt und auf seine eigenen Forderungen hinsichtlich Einreise, Aufenthalt und unselbständige Beschäftigung (zB Visa, Arbeitserlaubnis) verzichtet (Art. 3 II Entwurf RL). In der Terminologie des EuGH kommt der Drittausländer folglich direkt (nur) in den Genuss von Nebenrechten.

### 4. Abgeleitete Rechte von Drittstaatsangehörigen

Die Tatsache, dass Art. 49 I die Dienstleistungsfreiheit nicht auch für Drittstaatsangehörige eröffnet und eine Richtlinie gem. Art. 49 II noch nicht verabschiedet ist, bedeutet nicht, dass Drittstaatsangehörige überhaupt

<sup>163</sup> Lang, S. 63; Krebber, in: Calliess/Ruffert, Art. 137, Rdn. 15, Fn. 37, 15

<sup>164</sup> Die Kommission hat ihre Stellungnahme zu den Änderungsvorschlägen des EP an dieses und den Rat am 8.5.2000 übermittelt, vgl. <http://europa.eu.int/eur-lex/de/index.html>

keine Dienstleistungen erbringen können. Sie können dieses und andere Recht wiederum aufgrund abgeleiteter Rechtsposition haben: Im Falle der Dienstleistungsfreiheit ist dabei nicht nur die familiäre Bindung, sondern auch eine arbeitsvertragliche Verbindung möglich.

#### **a) Familienangehörige gem. RL 73/148**

##### **aa) Aufenthaltsrecht**

Die RL garantiert auch drittstaatsangehörigen Familienmitgliedern ein Einreise- und Aufenthaltsrecht, wenn ein Unionsbürger sich gem. Art. 1 für die Erbringung oder den Empfang einer Dienstleistung in einem Mitgliedsstaat der EU aufhält<sup>165</sup>. Übersteigt die Erbringung oder der Empfang der Dienstleistung nicht drei Monate, braucht eine Aufenthaltserlaubnis im Zielmitgliedsstaat nicht ausgestellt zu werden (Art. 4 II RL). Art. 4 III garantiert einem drittstaatsangehörigen Familienmitglied ein Aufenthaltsdokument mit der gleichen Gültigkeit wie das des Unionsbürgers.

##### **bb) Das Recht, Dienstleistungen zu empfangen und weitere Rechte der drittstaatsangehörigen Familienmitglieder**

(1) Innerhalb des Mitgliedsstaats, für den das Aufenthaltsrecht besteht, hat der Drittstaatsangehörige das Recht, Dienstleistungen in Empfang zu nehmen; dies bedürfte mangels grenzüberschreitendem Sachverhalt nicht der ausdrücklichen Regelung. Ein Drittstaatsangehöriger kann jedoch nur dann in einen anderen Mitgliedsstaat zum Empfang einer Dienstleistung reisen, wenn er Rechte aus einer Verbindung mit einem Unionsbürger ableiten kann. Dies ist im Rahmen der RL 73/148 bei Familienangehörigen der Fall, für die keine Reise- und Aufenthaltsbeschränkungen gelten, wenn sie sich in einen anderen Mitgliedsstaat begeben, um dort eine Dienstleistung zu empfangen<sup>166</sup>.

(2) Weitere Rechte, die sich bei einem Aufenthalt von mehreren Monaten für den Drittstaatsangehörigen, der einen Unionsbürger in einen anderen Mitgliedsstaat begleitet, ergeben könnten, nennt die RL nicht. Angesichts der vorübergehenden Natur einer Dienstleistungserbringung ist anzunehmen, dass zB soziale Rechte, oder das Recht auf Zugang zur Bildung bewusst nicht gewollt waren.

##### **cc) Direkt aus den Grundfreiheiten abgeleitete Rechte von Drittstaatsangehörigen?**

Im Urteil *Carpenter* hat der EuGH eine Abkehr von seiner bisherigen Rspr. vollzogen. Er sieht die Verwirklichung der Dienstleistungsfreiheit eines Unionsbürgers durch die Ausweisung seines drittstaatsangehörigen Ehegatten gefährdet<sup>167</sup>. Dies bedeutet, dass der Drittstaatler ein Aufenthaltsrecht direkt von der Ausübung einer Grundfreiheit durch einen Unionsbürgers herleiten könnte. Die bisher notwendige sekundärrechtliche Fundierung abgeleiteter Rechte von Drittstaatsangehörigen wäre damit obsolet. Frau *Carpenter* kommt in den Genuss eines (originären) Aufenthaltsrechts, obwohl sie selbst gar keine Freizügigkeit im Binnenmarkt beehrt. Das Gericht leitet damit vermittelt einer Grundfreiheit eine

<sup>165</sup> vgl. auch EuGH Rs.286/82 und 26/83 (Luisi und Carbone), Slg. 1984 I-377

<sup>166</sup> Lang, S. 178

<sup>167</sup> EuGH Rs. 60/00 (*Carpenter*), EuZW 2003, 202; siehe bereits oben

Rechtsfolge ab, deren Kompetenzgrundlage sich eigentlich in den Art. 62ff findet. Damit wird die Grenze zwischen der Freizügigkeit von Drittstaatsangehörigen aufgrund sekundärrechtlicher oder assoziationsrechtlicher Rechtsableitung und der Einwanderung von Drittstaatsangehörigen im Sinne der erstmalige Begründung eines Aufenthaltsrechts verwischt<sup>168</sup>. Es wird sich in Zukunft zeigen, ob der EuGH diesen Ansatz in der Rspr. weiterverfolgt, oder ob es sich beim Urteil *Carpenter* um eine einmalige Entscheidung handelt.

## **b) Arbeitsvertragliche Rechtsableitung**

Die Dienstleistungsfreiheit für Unionsangehörige umfasst auch das Recht, Drittstaatsangehörige zur Erbringung einer Dienstleistung in einen anderen Mitgliedsstaat zu entsenden<sup>169</sup>.

### **aa) Rechtssprechung des EuGH**

Nach Ansicht des EuGH spielt die Staatsangehörigkeit eines entsandten Arbeitgebers im Rahmen des umfassenden Beschränkungsverbots iSv Art. 49 beim Zugang zum Arbeitsmarkt keine Rolle. Werden Drittstaatsangehörige entsandt, so haben diese einen erleichterten Zugang zu den Arbeitsmärkten der anderen Mitgliedsstaaten: Die entsendende Firma braucht keine vorherige Arbeitserlaubnis, wenn sie von ihrem Recht auf Dienstleistungserbringung Gebrauch macht<sup>170</sup>.

Der EuGH hat auch entschieden, dass eine Regelung, nach der ein Arbeitgeber, der Drittstaatsangehörige beschäftigt, sowohl im Sitzstaat als auch im Staat, in dem diese eine Dienstleistung erbringen, Sozialabgaben zahlen muss, gegen Art. 49 verstößt, weil sie die Erbringung einer Dienstleistung unattraktiver macht<sup>171</sup>.

Gleiches gilt für die Verpflichtung eines Dienstleistungserbringers, bei der nationalen Einwanderungsbehörde des Mitgliedstaats, in dem er seine Leistung erbringen lässt, für seine drittstaatsangehörigen Beschäftigten eine Arbeitserlaubnis einzuholen. Nur zwingende Gründe des Allgemeinwohls könnten die Dienstleistungsfreiheit beschränken; dazu gehören jedenfalls nicht sozialpolitische Erwägungen, weil die Dienstleistungserbringer keinen Zutritt zum Arbeitsmarkt des Zielstaates verlangen, sondern nach (zeitlich befristeter) Erbringung ihrer Leistungen wieder in ihren Herkunftsstaat zurückkehren, wo sie den dortigen Vorschriften über Arbeitsbedingungen und sozialer Sicherheit unterliegen<sup>172</sup>.

Die Entscheidungen machen deutlich, dass eine Gesellschaft ungehindert – dh auch ohne Einholung einer kostenpflichtigen Arbeitserlaubnis – in einen anderen Mitgliedsstaat mit eigenem Personal einreisen darf<sup>173</sup>.

### **bb) Weitere Konstellationen und Zusammenfassung**

Die Rspr. des EuGH geht also davon aus, dass grundsätzlich auch Drittstaatsangehörige als Dienstleistungserbringer sein können, wenn sie dieses Recht aufgrund eines Arbeitsvertrags mit einem, in

<sup>168</sup> Mager, JZ 2003, 204 (207)

<sup>169</sup> Alexander, EJIL 1992, 53 (57); Häußler, ZAR 2000, 24 (25)

<sup>170</sup> Sieveking, ZAR 1998, 201 (204)

<sup>171</sup> EuGH Rs. 62 und 62/81 (SECO), Slg. 1982, 223

<sup>172</sup> EuGH Rs. 43/93 (van der Elst), Slg. 1994, I-3803; Hailbronner, in: FS Everling, S. 412. Ebenso EuGH Rs. 113/89 (Rush Portuguesa), Slg. 1990, I-1417, bei dem es um eine französische Sonderabgabe für portugiesische Bauarbeiter ging.

<sup>173</sup> Sieveking, ZAR 1998, 201 (204)

einem Mitgliedsstaat ansässigen Unternehmen ableiten können. Dies ist konsequent, denn die Ausübung der Dienstleistungsfreiheit wäre weniger attraktiv, wenn ein Unionsbürger gezwungen wäre, grenzüberschreitende Dienstleistungen nur durch Unionsbürger erbringen lassen zu können<sup>174</sup>.

Der Fall, dass ein Drittstaatsangehöriger für einen Unionsbürger, mit dem er arbeitsvertraglich verbunden ist, eine Dienstleistung in einem anderen Mitgliedsstaats empfängt, ist bisher noch nicht entschieden worden. Es dürfte jedoch nichts anderes gelten als bei der Erbringung von Dienstleistungen durch Drittstaatsangehörige. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Drittstaatsangehörige sich nicht selbst unmittelbar auf die Dienstleistungsfreiheit berufen kann, sondern diese nur stellvertretend für den Unionsbürger erbringt oder empfängt, sich sein Recht also von letzterem ableitet. Die Familienangehörigen dieses Drittstaatsangehörigen kommen nicht in den Genuss abgeleiteter Rechte (z. B. Aufenthaltsrecht), da es an einer entsprechenden rechtlichen Grundlage fehlt<sup>175</sup>.

### cc) Bewertung

Die Kommission hat mit ihren beiden RL-Entwürfen die Rspr. des EuGH aufgegriffen, konkretisiert und in Sekundärrecht umgesetzt. Wenn diese RL verabschiedet sind, ist für eine sog. arbeitsvertragliche Rechtsableitung, wie sie anhand der einschlägigen EuGH-Urteile angenommen werden kann, kein Raum mehr und die Beurteilung der Sachverhalte erfolgt allein nach den entspr. RL. Bei der Dienstleistungsfreiheit für Drittstaatsangehörige befindet sich mithin das Gemeinschaftsrecht derzeit in einem Zwischenstadium.

Die Entwürfe haben auch deshalb zu Kritik Anlass gegeben, weil sie den Mitgliedsstaaten die Kompetenz zur Kontrolle des Gebietszugangs – und es sei es nur zur Erbringung einer zeitlich befristeten Dienstleistung, die immerhin bis zu 12 Monaten dauern und verlängert werden kann – nimmt. Rechtsgrundlage für diese Maßnahmen wären eigentlich die Art. 62ff gewesen<sup>176</sup>.

## 5. Assoziationsrecht

### a) Das EWR-Abkommen

Das EWRA sieht in Art. 36 vor, dass der Dienstleistungsverkehr zwischen EFTA- und EG-Mitgliedsstaaten keinerlei Beschränkungen unterliegt. Art. 37 EWRA stimmt im Wortlaut mit Art. 50 EGV überein.

### b) Das Freizügigkeitsabkommen mit der Schweiz

Gem. Art. 1 Abk. soll die Erbringung von Dienstleistung zwischen den Vertragsparteien erleichtert und insbes. kurzzeitige Dienstleistungen liberalisiert werden.

Einzig im Bereich der Dienstleistung bleiben die Regelungen – wie ursprünglich von der Schweiz in allen Bereichen angestrebt – hinter den Bestimmungen des EWRA zurück<sup>177</sup>. Die Dienstleistungsfreiheit ist nicht umfassend gewährt, sondern zeitlich begrenzt (nicht mehr als 90 Arbeitstage pro Kalenderjahr); das

<sup>174</sup> vgl. Häußler, ZAR 2000, 24 (25)

<sup>175</sup> vgl. Lang, S. 184, der dies unter „doppelter Rechtsableitung“ diskutiert: Der drittstaatsangehörige Dienstleistungserbringer leitet sein Aufenthaltsrecht in einem anderen Mitgliedsstaat vom Arbeitsvertrag mit einem Unionsbürger ab, seine Familienangehörigen können aus diesem abgeleiteten Recht kein eigenes Recht ableiten.

<sup>176</sup> Häußler aaO (26f.)

<sup>177</sup> Kahil-Wolff/Mosters, EuZW 2001, 5 (7)

Aufenthaltsrecht zur Erbringung der Dienstleistung ist von bestimmten Voraussetzungen abhängig gemacht (z. B. behördliche Erlaubnis, Art. 5 Abk). Insgesamt gewährt das Abk. damit zwar ein Einreise- und Aufenthaltsrecht, es handelt sich jedoch nicht um ein umfassendes Beschränkungsverbot iSv Art. 49.

### c) Das Assoziationsabkommen mit der Türkei

Gem. Art. 14 AA wollen sich die Vertragsparteien an den Bestimmungen des EGV zur Dienstleistungsfreiheit orientieren, um die Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs aufzuheben. Die Standstill-Verpflichtung für die Niederlassungsfreiheit gilt auch für die Dienstleistungsfreiheit (Art. 41 ZusProt); unmittelbare Anwendbarkeit liegt bei diesen Bestimmungen nicht vor<sup>178</sup>.

In seinem Beschluss Nr. 2/2000 hat der Assoziationsrat beschlossen, dass die Verhandlungen zwischen der Gemeinschaft und der Türkei über die Liberalisierung des Dienstleistungssektors im April 2000 aufgenommen werden, um damit dem Auftrag des Art. 41 ZusProt gerecht zu werden<sup>179</sup>.

### d) Die Europa-Abkommen

Die Europa-Abkommen enthielten die wortgleiche Verpflichtung der Vertragsparteien, durch den Assoziationsrat die erforderlichen Maßnahmen zu treffen, um die schrittweise Erbringung von Dienstleistungen im jeweils anderen Vertragsstaat durch Unternehmen, die im jeweils anderen Vertragsstaat niedergelassen sind, zu erlauben<sup>180</sup>. Dabei gestatten die Vertragsparteien die vorübergehende Einreise der natürlichen Personen, die die Dienstleistung erbringen oder vom Dienstleistungserbringer als Schlüsselpersonal beschäftigt werden.

Die Dienstleistungsfreiheit ist für Drittstaatsangehörige aus MOE in Deutschland nach dem 1. Mai 2004 für max. sieben Jahre für die Branchen Bauwirtschaft, Reinigungsgewerbe und Innendekoration beschränkt<sup>181</sup>.

### e) Die Kooperationsabkommen

Art. 31 des Europa-Mittelmeer-Abkommens mit Marokko sieht vor, dass der Assoziationsrat die erforderlichen Empfehlungen zur Liberalisierung der Erbringung von Dienstleistungen im jeweils anderen Vertragsstaat ausspricht. Ein Assoziationsratsbeschluss zu diesem Bereich liegt soweit ersichtlich noch nicht vor.

## 6) Bewertung

Die Dienstleistungsfreiheit ist wohl die am stärksten wirtschafts- und wettbewerbsrechtlich konzipierte Grundfreiheit. Die Dynamik in der Fortentwicklung zeigt sich nicht nur an der starken Ausweitung des allgemeinen Anwendungsbereichs durch den EuGH. Auch im Bereich der Anwendung bei Drittstaatsangehörigen zeigt sich in EuGH-Rspr. und neuerdings auch im Sekundärrecht eine Fortentwicklung.

<sup>178</sup> siehe dazu oben zur Niederlassungsfreiheit

<sup>179</sup> Abl.EG 2000 Nr. L 138/27

<sup>180</sup> Art. 55 EA Polen und Ungarn

<sup>181</sup> IpB aktuell, S. 17

Die *Carpenter*-Entscheidung des EuGH verbindet die Kompetenz zur Ausgestaltung der Grundfreiheiten mit einer Regelung, die die Einwanderung und den Aufenthalt von Drittstaatsangehörigen betrifft. Diese Tendenz setzt sich fort in den beiden RL-Entwürfen der Kommission, bei denen über die Dienstleistungsfreiheit praktisch ein Einreiserecht ermöglicht wird.

Es lässt sich also eine Linie erkennen, die im Rahmen der Anwendung der Dienstleistungsfreiheit auf Drittstaatsangehörige auch die Materien der Einreise und des Aufenthalts mitregelt. Dies ändert jedoch nichts an der grundsätzlichen Feststellung, dass die Rechte der Drittstaatsangehörigen allein abgeleitete Rechte sind. Auch nach der *Carpenter*-Rspr. muss der Ehegatte von seiner Dienstleistungsfreiheit Gebrauch gemacht haben<sup>182</sup>.

## **D – Weitere soziale Recht von Drittstaatsangehörigen aus Sekundärrecht**

### **I. Soziale Rechte von drittstaatsangehörigen Familienmitgliedern**

Zusätzlich zu den bereits dargestellten Rechten bestehen noch eine Reihe unterschiedlicher, sozialer Rechte für Drittstaatsangehörige.

Dabei sind die Begriffe der „Leistung des sozialen Systems“ iSv Art. 4 VO 1408/71 und der „sozialen Vergünstigung“ iSv Art. 7 VO 1612/68 zu unterscheiden. Erstere sind exportierbar, dh sie werden unabhängig vom Wohnort des Berechtigten gewährt<sup>183</sup>. Die sozialen Vergünstigungen hingegen werden „den inländischen Arbeitnehmern hauptsächlich wegen ihrer objektiven Arbeitnehmerschaft oder einfach wegen ihres Wohnsitzes im Inland gewährt“; sie werden auf andere Unionsbürger ausgedehnt, um deren Mobilität in der Gemeinschaft zu erleichtern<sup>184</sup>.

#### **1. Art. 42 EGV iVm VO 1408/71**

Art. 42 will sicherstellen, dass den Arbeitnehmern ihre Leistungen der sozialen Sicherheit erhalten bleiben, wenn sie von ihrer Freizügigkeit Gebrauch machen. Auf dieser Grundlage hat der Rat die VO 1408/71 über die Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer sowie deren Familienangehörige, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern, erlassen. Vom persönlichen Geltungsbereich der Verordnung werden auch drittstaatsangehörige Familienmitglieder erfaßt (Art. 2 VO)<sup>185</sup>. Seit 1995 wird über eine Ausdehnung der VO auf Drittstaatsangehörige diskutiert, ohne dass bisher ein Ergebnis vorliegt<sup>186</sup>.

Grundsätzlich können Drittstaatsangehörige auch hier nur abgeleitete Rechtspositionen geltend machen. Eine Ausnahme davon stellte der EuGH auf. Gem. Art. 73 VO haben die Familienangehörigen von Arbeitnehmern oder Selbständigen, auch wenn sie im Gebiet eines anderen Mitgliedstaats wohnen, Anspruch auf Familienleistungen<sup>187</sup>. Damit erhalten Familienangehörige auch Leistungen, selbst wenn sie dem

<sup>182</sup> vgl. Esser, EuZW 2002, 606

<sup>183</sup> Brechmann, in: Calliess/Ruffert, Art. 39, Rdn. 65; dazu gehören gem. Art. 4 VO 1408/71 zB Leistungen bei Krankheit, Mutterschaft, Invalidität, im Alter, bei Arbeitslosigkeit.

<sup>184</sup> EuGH Rs. 249/83 (Hoechx), Slg. 1985, 973

<sup>185</sup> Brechmann, in: Calliess/Ruffert, Art. 42, Rdn. 3

<sup>186</sup> Schlussfolgerung des Rates vom 03.12.2003; . <http://europa.eu.int/eur-lex/de/index.html>

<sup>187</sup> EuGH Rs. 245/94 und 312/94 (Hoever und Zachow), Slg. 1996, I-4895

Wanderarbeitnehmer nicht innerhalb der Gemeinschaft folgen. Dies sei eine Ausnahme von der Unterscheidung zwischen eigenen und abgeleiteten Rechten<sup>188</sup>.

## **2. Art. 39 II EGV iVm VO 1612/68**

### **a) Soziale Vergünstigungen**

Das Prinzip, dass Drittstaatsangehörige nur abgeleitete Rechte geltend machen können, gilt auch für Recht von Familienangehörigen aufgrund der VO 1612/68, selbst wenn die Rspr. des EuGH dies auf den ersten Blick nicht vermuten lässt.

Gestützt auf Art. 39 II konkretisiert die VO 1612/68 die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Gemeinschaft. Auf den ersten Blick finden sich in der VO außer dem Recht der drittstaatsangehörigen Familienmitglieder bei einem Unionsbürger, der von seiner Freizügigkeit Gebrauch macht, Wohnung zu nehmen (Art. 10 VO) und einen Beruf auszuüben (Art. 11 VO), keine weiteren sozialen Rechte.

Art. 7 II legt jedoch fest, dass ein unionsangehöriger Arbeitnehmer in dem Mitgliedsstaat, in dem er einer Beschäftigung nachgeht, die gleichen sozialen (und steuerlichen) Vergünstigungen genießt wie Inländer. Der EuGH hat dieses Gebot unmittelbar auch auf Familienangehörige unabhängig ihrer Staatsangehörigkeit ausgedehnt<sup>189</sup>. Sie können deshalb in eigenem Namen einen Anspruch des EG-Arbeitnehmers geltend machen, wenn eine Vergünstigung nach nationalen Vorschriften auch den Familienangehörigen eines inländischen Arbeitnehmer gewährt wird<sup>190</sup>.

Als Begründung wird die andernfalls erhebliche Schlechterstellung von Familienangehörigen, die von Ihrem Recht, bei dem unionsangehörigen Arbeitnehmer Wohnung zu nehmen, Gebrauch machen, herangezogen. Schließlich würde auch ein Verzicht auf jegliche soziale Vergünstigung der Familienangehörigen die Verwirklichung der Arbeitnehmerfreizügigkeit gefährden<sup>191</sup>.

Notwendig bleibt jedoch weiterhin, dass der Drittstaatsangehörige Familienmitglied eines Unionsbürgers ist und vom letzteren Unterhalt bezieht bzw. als Kind noch nicht 21 Jahre alt ist (Art. 10 VO). Insofern kann auch weiterhin von einem abgeleiteten Anspruch gesprochen werden<sup>192</sup>.

### **b) Zugang zur Ausbildung**

Gem. Art.12 VO 1612/68 Kinder eines Unionsbürgers unter den gleichen Bedingungen wie die Staatsangehörigen des Mitgliedsstaats, in dem er sich aufhält, am allgemeinen Unterricht und der Berufsausbildung (incl. universitäre Ausbildung) teilnehmen. Das Kind muss folglich nicht Staatsangehöriger des entsprechenden Mitgliedsstaates sein, während zumindest ein Elternteil diese Voraussetzung erfüllen muss. Der Begriff des Kindes wird nicht durch eine Altergrenze oder das Erfordernis einer Unterhaltsgewährung eingeschränkt<sup>193</sup>.

<sup>188</sup> Sievking, ZAR 1998, 201 (204)

<sup>189</sup> EuGH Rs. 32/75 (Christini./Société nationale), Slg. 1975, 1085

<sup>190</sup> EuGH Rs. 94/84 (ONEM./Deak), Slg. 1985, 1873

<sup>191</sup> EuGH Rs. 94/84 (ONEM./Deak) aaO; Lang, S. 169f.

<sup>192</sup> EuGH Rs. 316/85 (Lebon), Slg. 1987, 2811, Rdn. 13

<sup>193</sup> EuGH Rs. 7/94 (Gaal), Slg. 1995, I-1031, Rdn. 31

Sachlich gehört zu diesem Recht nicht nur die Zulassung zum Unterrecht, sondern auch alle Beihilfen, die für den Lebensunterhalt und zur Deckung der Ausbildungskosten an der Schule oder Universität gezahlt werden<sup>194</sup>.

Dies gilt sogar dann, wenn der EG-Arbeitnehmer vor Beendigung der Ausbildung des Kindes in seinen Heimatstaat zurückkehrt<sup>195</sup>.

### **3. Art. 137 Abs. 1 lit. g)**

Zur Verwirklichung der gemeinschaftlichen Sozialpolitik, die überwiegend in einer Koordinierung der Sozialpolitiken der Mitgliedsstaaten besteht<sup>196</sup>, wird die Gemeinschaft auch unterstützend und ergänzend gem. Art. 137 I lit. g) im Bereich der Beschäftigungsbedingungen von Drittstaatsangehörigen tätig. Betroffen sind davon insbes. arbeitsrechtliche Regelungen – einschließlich des Arbeitslohns – und solche, die den Zugang von Drittausländern zum Arbeitsmarkt betreffen. Art. 137 I lit. g) kann nicht als Grundlage für arbeitskollisionsrechtlicher Regelungen, wie zB der Entsenderichtlinie dienen<sup>197</sup>. Rechtakte, aus denen Drittstaatsangehörige direkt Rechte herleiten können, sind bislang nicht auf Art.137 gestützt worden.

## **4. Besonderheiten hinsichtlich einzelner Grundfreiheiten**

### **a) Niederlassungsfreiheit**

Durch die VO 1390/81 wurde die VO 1408/71 auf Selbständige und ihre Familienangehörigen ausgedehnt, sodass auch drittstaatsangehörige Familienmitglieder von Selbständigen in den Genuss der Leistungen des sozialen Systems kommen.

Im niederlassungsspezifischen Sekundärrecht findet sich kein ausdrückliches Recht auf Ausbildung der Kinder von Drittstaatsangehörigen, wie dies bei Arbeitnehmern der Fall ist (Art. 12 VO 1612/68). Auch eine Generalklausel wie Art. 7 II VO 1612/68 fehlt in der RL 73/148. Deshalb ist in diesem Fall eine effet-utile-Argumentation vorgeschlagen worden: Der Selbständige könnte von dem Gebrauch seiner Niederlassungsfreiheit abgehalten werden, wenn seine Kinder keine Ausbildung bekommen<sup>198</sup>.

### **b) Dienstleistungsfreiheit**

Sekundärrecht, das soziale Recht für DSA von Dienstleistungserbringern oder –empfängern vorsieht, ist nicht ersichtlich. Auch stellt sie die Frage der sozialen Leistung oder Vergünstigung aufgrund der zeitlich beschränkten Leistungserbringung wohl kaum.

## **II. Soziale Rechte aufgrund Assoziationsabkommen**

Für die Integration von Drittstaatsangehörigen ist die Teilhabe an sozialen Leistungen und Vergünstigungen von enormer Bedeutung. Das gemeinschaftliche Sekundärrecht harmonisiert hier teilweise einen Bereich, der

<sup>194</sup> Brechmann, in Call A39 R70

<sup>195</sup> Dies intendiert dann ein Aufenthaltsrecht, vgl. Lang, S. 165; Brechmann, in: Calliess/Ruffert, Art. 39, Rdn. 71

<sup>196</sup> Streinz, Rdn. 909a

<sup>197</sup> Krebber, in: Calliess/Ruffert, Art. 137, Rdn. 15

<sup>198</sup> Lang, S. 175

bis heute fast ausschließlich im Zuständigkeitsbereich der Mitgliedsstaaten liegt. Drittstaats- angehörige können in der Union auch aufgrund besonderer völkerrechtlicher Abkommen in den Genuss sozialer Rechte kommen, insbesondere auch in den Schutzbereich der VO 1408/71 einbezogen werden<sup>199</sup>. Soziale Leistungsansprüche sind jedoch für die Drittstaatler auch nur dann unmittelbar anwendbar, wenn die entsprechenden Regelungen klar, eindeutig und ohne Bedingung formuliert sind<sup>200</sup>.

### **1) Das EWR-Abkommen**

Die Vertragsparteien des EWR-Abkommens sollen die soziale Sicherheit der Arbeitnehmer und Selbständigen herstellen. Dies umfasst zB auch Zahlungen an Personen, die in den Hoheitsgebieten der Vertragsparteien wohnen (Art. 29 EWRA). Dabei gelten jedoch einige Besonderheiten (Anhang VI EWRA). Insgesamt kann von einer weitgehenden Angleichung der Bedingungen der sozialen Sicherheit gesprochen werden<sup>201</sup>.

### **2) Das Freizügigkeitsabkommen mit der Schweiz**

Art. 8 des Freizügigkeitsabkommen mit der Schweiz sieht vor, dass die Systeme der sozialen Sicherheit zwischen den Vertragsparteien derart koordiniert werden sollen, dass ua Gleichbehandlung der jeweils anderen Staatsangehörigen gewährleistet ist. Anhang II nimmt Bezug auf die VO 1408/71. Damit gelten für die Schweiz größtenteils Regelungen, die wortgleich dem EG-Sekundärrecht entsprechen<sup>202</sup>.

### **3) Das Assoziationsabkommen mit der Türkei**

#### **aa) Die rechtlichen Regelungen**

Art. 39 ZusProt. zum AA mit der Türkei sieht vor, dass der Assoziationsrat Bestimmungen erlässt, die das Diskriminierungsverbot des Art. 37 für das Gebiet der sozialen Sicherheit konkretisiert und insbes. die Versicherungs- und Beschäftigungszeiten für die Sozialversicherungen koordiniert. Dies ist mit dem Beschluss Nr. 3/80 des Assoziationsrats geschehen.

Dieser Beschluss gewährt türkischen Arbeitnehmern im Gebiet des Mitgliedsstaats, in dem sie wohnen, einen Anspruch auf Leistungen der sozialen Sicherheit nach den Rechtsvorschriften dieses Staats unter den gleichen Voraussetzungen, die für die eigenen Staatsangehörigen gelten (Art. 3 ARB Nr. 3/80). Er stellt praktisch das assoziationsrechtliche Pendant zu VO 1408/71 dar – auf die der Beschluss auch mehrfach verweist – und umfasst ähnliche Bereiche der sozialen Sicherheitssysteme, nämlich Kranken-, Renten-, Unfall- und Arbeitslosenversicherung, sowie zusätzliche Leistungen wie Mutterschaftsgeld, Familienleistungen ua.

#### **bb) Die Rechtsprechung des EuGH**

<sup>199</sup> Brechmann, in: Calliess/Ruffert, Art. 42, Rdn. 3, 12

<sup>200</sup> Zuleeg, ZAR 1997, 170

<sup>201</sup> Eichenhofer ZAR 1996, 62 (63)

<sup>202</sup> Kahil-Wolff/Mosters, EuZW 2001, 5 (8), die darauf insbes. vor dem Hintergrund hinweisen, dass die Schweiz durch das Freizügigkeitsabkommen qualitativ und quantitativ eigentlich hinter dem EWRA zurückbleiben wollte.

Der Beschluss ist nicht in Gänze unmittelbar anwendbar, weil er nach Ansicht des EuGH trotz Eindeutigkeit und Bestimmtheit seiner Art nach dazu bestimmt sei, durch einen weiteren Rechtsakt des Rates ergänzt zu werden. Zu diesem Ergebnis gelangt das Gericht durch einen Vergleich des durchführungsbedürftigen sekundären Gemeinschaftsrechtsaktes VO 1408/71 (durchgeführt durch VO 574/72<sup>203</sup>), auf den der ARB 3/80 verweist<sup>204</sup>. Die Koordinierungsregelung des Art. 12 ARB 3/80 ist mangels eines bis dato vorliegenden Durchführungsbeschlusses nicht unmittelbar anwendbar, sodass eine Mitnahme von Rentenansprüchen derzeit nicht möglich ist<sup>205</sup>.

Allein Art. 3 I ARB 3/80, der den Grundsatz aufstellt, dass die Personen, die sich im Aufnahmemitgliedstaat aufhalten, den Staatsangehörigen dieses Mitgliedstaats wegen des Verbots der Diskriminierung gleichgestellt sind, ist unmittelbar anwendbar<sup>206</sup>.

Das unmittelbar anwendbare Diskriminierungsverbot hinsichtlich sozialer Ansprüche gem. Art. 3 I ARB 3/80 führt konkret zB dazu, dass die BRD einem türkischen Arbeitnehmer nicht ein Anspruch auf Kindergeld mit der Begründung versagen darf, dass er nur eine befristete, für einen bestimmten Zweck ausgestellte Aufenthaltsbewilligung habe; denn Inländer müssen als Voraussetzung für diesen Anspruch nur ihren Wohnsitz in Deutschland haben. Das Gericht sah die Diskriminierung darin, dass das Erfordernis, für die Bewilligung von Kindergeld zumindest eine unbefristete Aufenthaltsberechtigung zu haben, dem Wesen nach nur an Ausländer gestellt werden kann<sup>207</sup>.

#### 4) Das Kooperationsabkommen mit Marokko

In dem neuen Europa-Mittelmeer-Abkommen zwischen der EG und Marokko hält Art. 65 Abk. fest, dass den marokkanischen Arbeitnehmern und ihren Familienmitgliedern hinsichtlich der sozialen Sicherheit eine Behandlung gewährt wird, die sie nicht ggü. den jeweiligen EG-Staatsangehörigen diskriminiert. Weiterhin wird der Umfang der sozialen Sicherheit genauer definiert, sowie eine Regelung hinsichtlich der Zusammenrechnung von Versicherungszeiten getroffen (Art. 65 II).

Zu einer ähnlichen Bestimmung im Vorläufer dieses Abkommens<sup>208</sup> hatte der EuGH entschieden, dass die Bestimmung unmittelbar anwendbar sei<sup>209</sup>. Der Begriff der sozialen Sicherheit sei gem. VO 1408/71 zu verstehen. Infolgedessen war es im Fall *Kziber* den belgischen Behörden untersagt, einem Familienangehörigen eines marokkanischen Arbeitnehmers aufgrund seiner Staatsangehörigkeit ein Überbrückungsgeld für junge Arbeitssuchende zu versagen.

<sup>203</sup> Diese DurchführungsVO regelt Detailfragen wie das Zusammentreffen von Ansprüchen bei Mutterschaft nach den Rechtsvorschriften mehrerer Mitgliedsstaaten, Sondervorschriften für die Zugehörigkeit zum deutschen System der sozialen Sicherheit, Vorschriften für die Zusammenrechnung von Versicherungszeiten uvm.

<sup>204</sup> EuGH Rs. 277/94 (Teflan-Met), Slg. 1996, I-4085

<sup>205</sup> Schmalenbach, in: Calliess/Ruffert, Art. 310, Rdn. 30; Sieveking, aaO (207)

<sup>206</sup> EuGH Rs. 262/96 (Sürül), Slg. 1999, I-2685; vgl. auch Delbrück/Tietje, ZAR 1995, 29. Art. 3 I ARB 3/80 ist wortgleich mit Art. 3 I VO 1408/71.

<sup>207</sup> EuGH Rs. 262/96 (Sürül) aaO

<sup>208</sup> Art. 41 des Abk. EG-Marokko von 1978 (ABl. EG Nr. L 264/2) nannte in diesem Zusammenhang nur „Arbeitsbedingungen“; der EuGH verstand darunter jedoch auch die Gewährung von Sozialleistungen, Gutmann NVwZ 2000, 281

<sup>209</sup> EuGH Rs. 18/90 (Kziber), EuZW 1991, 283; Rs. 58/93 (Yousfi), InfAuslR 1994, 249

Damit ist für die Kooperationsabkommen festzuhalten, dass für die begünstigten Drittstaatsangehörigen das Gleichbehandlungsgebot hinsichtlich der sozialen Sicherheit unmittelbar gilt, obwohl ihnen kein Recht auf Freizügigkeit zusteht<sup>210</sup>.

### III. Statt einer Zusammenfassung: Soziale Rechte als Menschenrecht?

Im Fall *Gaygusuz* hat der EuGMR Art. 1 des Ersten Zusatzprotokolls zur EMRK so ausgelegt, dass eine soziale Hilfeleistung Eigentum darstellt, wenn sie auf Beiträgen der Empfänger beruht<sup>211</sup>. Deshalb habe ein türkischer Staatsbürger gem. dem Gleichheitssatz des Art. 14 EMRK das Recht, nicht wegen seiner Staatsangehörigkeit von der Leistung ausgeschlossen zu werden. Damit wurde eine auf eigene Leistung gegründete soziale Vergünstigung auf die Ebene eines Menschenrechts erhoben. Fraglich ist deshalb, ob die Gleichbehandlungspflicht weiterhin nur für Unionsbürger gilt<sup>212</sup>.

Dabei ist zu beachten, dass die EG der EMRK nicht angehört; sie achtet jedoch die Menschenrechte wie sie u. a. in der EMRK niedergelegt sind, Art. 6 II EUV.

Während einige Stimmen die unmittelbare Anwendbarkeit von sozialen Rechtspositionen in den AA bejahen<sup>213</sup>, weist zB *Hailbronner* darauf, dass die unterschiedliche Behandlung von Unionsbürgern, für die die VO 1408/71 gelte, und Drittstaatsangehörigen, die sich ggf. nicht unmittelbar auf soziale Vergünstigungen berufen können, sachlich gerechtfertigt sei. Die Gemeinschaftsrechtsakte – ua VO 1408/71 – sähen nämlich keine eigenen Sozialrechtsansprüche der Unionsbürger vor, sondern sollen nur bestehende, mitgliedsstaatliche Ansprüche vor dem Hintergrund der Freizügigkeit in der Union koordinieren. Die Unionsbürger profitieren im Gegensatz zu den Drittstaatsangehörigen innerhalb der EU von einer Freizügigkeit, weshalb damit verbundene soziale Nachteile verhindert werden müssen<sup>214</sup>.

Insgesamt fraglich erscheint trotzdem, dass zB im Vergleich zwischen dem Kooperationsabkommen mit Marokko die Vorschriften bzgl. der sozialen Versicherung unmittelbar anwendbar sein sollen, während dies bei den ARB im Rahmen des Abkommens mit der Türkei nur bedingt der Fall ist. Dies trifft um so mehr zu, als auch beim Kooperationsabkommen mit Marokko bis zum Urteil keine Durchführungsbestimmung erlassen wurde. Zudem wurde und wird die Freizügigkeit zwischen der Türkei und der EU mit der Beitrittsperspektive der Türkei begründet wurde, während eine solche Perspektive für Marokko explizit abgelehnt wurde<sup>215</sup>.

<sup>210</sup> vgl. auch zu anderen Kooperationsabkommen Lang, S. 254ff. Zur weiteren Rspr. des EuGH in dieser Richtung: Sieveking, ZAR 1998, 201 (208)

<sup>211</sup> EuGMR Nr. 39/1995/545/631, JZ 1997, 405

<sup>212</sup> Hailbronner, JZ 1997, 397

<sup>213</sup> Zuleeg, ZAR 1997, 170 (172)

<sup>214</sup> Hailbronner aaO (400)

<sup>215</sup> vgl. Gutmann, EuZW 1997, 181 (182)

## **E - Schluss**

### **I. Zusammenfassung**

Eigene Rechte haben Drittstaatsangehörige nur hinsichtlich der Asyl-, Einwanderungs- und Aufenthaltsrechte, die ihnen durch die Vergemeinschaftung des Schengen-Besitzstandes (Art. 61ff) zustehen. Alle anderen Rechte von Drittstaatsangehörigen bleiben grundsätzlich abgeleitete Rechte<sup>216</sup>. Sie können von einem Ehegatten abgeleitet sein, der Unionsbürger ist und in dessen Person eine sekundärrechtliche Regelung anwendbar ist, die drittstaatsangehörigen Familienmitgliedern eigene Rechte zugesteht. Im Rahmen der Dienstleistungsfreiheit ist diskutiert worden, ob diese Rechtsableitung auch dann möglich ist, wenn dem Unionsbürger nur der effektive Gebrauch seiner Grundfreiheiten ermöglicht werden soll.

Im Rahmen der Dienstleistungsfreiheit besteht noch die Besonderheit, dass auch eine Ableitung eigener Rechte durch eine arbeitsvertragliche Verbindung mit einem in der Union ansässigen Unternehmen möglich ist. Dieses Modell steht jedoch vor der sekundärrechtlichen Regelung durch zwei Entsenderichtlinien-Entwürfe.

Schließlich werden Drittstaatsangehörigen Rechte aufgrund ihrer Nationalität eingeräumt, wenn nämlich Assoziationsabkommen für Staatsangehörige bestimmter dritter Staaten besondere Rechte vorsehen.

Insgesamt ist in Rspr. und Sekundärrecht die Tendenz zu verzeichnen, dass über das Bestreben, auch für Drittstaatsangehörige weitestgehend die Inanspruchnahme der Grundfreiheiten zu ermöglichen, Materien geregelt werden, die entweder den Art. 61ff. unterfallen oder noch in der Kompetenz der Mitgliedsstaaten sind. Dieser Fall ist grds. immer dann gegeben, wenn aufgrund einer gemeinschaftlichen Regelung mit Bezug zu den Grundfreiheiten (insbes. Dienstleistungsfreiheit und Arbeitnehmerfreizügigkeit) die Mitgliedsstaaten auf eine eigene Regelungen hinsichtlich Aufenthalts- und Arbeitserlaubnis verzichten müssen.

### **II. Ausblick: Das Problem der Inländerdiskriminierung**

Diese Ergebnisse führen zum Problem der Inländerdiskriminierung: Unionsbürger, die von den Grundfreiheiten Gebrauch machten, konnten sich auf die Möglichkeit der Familienzusammenführung in zahlreichen Sekundärrechtsakten berufen. Deutschen Staatsangehörigen, die sich nur im Hoheitsgebiet der BRD aufhielten, bleibt dieses Recht verwehrt und eine Familienzusammenführung orientierte sich am nationalen Recht<sup>217</sup>.

Dieses Problem wird durch die Rspr. des EuGH im Fall *Carpenter* noch verschärft: Indem das Gericht aus der gemeinschaftsrechtlichen Freizügigkeit eines Unionsbürgers das Aufenthaltsrecht eines Drittstaatsangehörigen, das eigentlich nach nationalem Recht zu beurteilen wäre, ableitet, stellt es auch die nationalen Regelungen zur Familienzusammenführung und zur erstmaligen Begründung des Aufenthalts unter den Vorbehalt des Gemeinschaftsrechts<sup>218</sup>. Damit könnten die abgeleiteten Rechte von Drittausländern weiter reichen als die Recht der Unionsbürger selbst, dh die ausländischen Familienangehörigen deutscher

---

<sup>216</sup> Egger, EuZW 2002, 606

<sup>217</sup> Lüdke, NVwZ 1994, 1178

<sup>218</sup> Mager, JZ 2003, 204 (207)

Staatsbürger schlechter gestellt sein als ausländische Familienmitglieder von im Bundesgebiet Freizügigkeit genießenden Unionsbürgers aus anderen Mitgliedsstaaten<sup>219</sup>.

---

<sup>219</sup> Lang, S. 152

**Literaturverzeichnis**

- Alexander, Willy                      Free Mouvement of Non-EC Nationals – A Review of the Case-Law of the Court of Justice  
EJIL 1992, 53 – 64
- Benassi, Günter                      ARB 1/80 – Der aktuelle Stand der Rechtsprechung  
InfAuslR 1998, 473 – 485
- Bieber, Roland                      Die Abkommen von Schengen über den Abbau von Grenzkontrollen  
NJW 1994, 294 – 297
- Borchardt, Klaus-Dieter            Die rechtlichen Grundlagen der Europäischen Union  
Heidelberg 1996  
(zitiert: Borchardt)
- Bundeszentrale für politische Bildung    Informationen zur politischen Bildung aktuell  
Erweiterung der Europäischen Union  
Bonn, 2002  
(zitiert: IpB aktuell)
- Calliess, Christian                    The Constitutional Framework of a Common European Immigration Policy – Paving the Way to Fortress Europe?  
in: Bernd von Hoffmann/Gerhard Robbers (Hrsg.), Towards a Common European Immigration Policy: Reports and Discussions of a Symposium Held in Trier on October 24<sup>th</sup> – 25<sup>th</sup>, 2002  
Frankfurt am Main 2003  
(zitiert: Calliess, in: v. Hoffmann/Robbers)
- Calliess, Christian/ Ruffert, Matthias    Kommentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag  
2. Auflage, Neuwied 2002  
(zitiert: Verfasser in: Calliess/Ruffert)
- Delbrück, Jost/ Tietje, Christian        Die Frage der unmittelbaren Anwendbarkeit des Assoziationsratsbeschlusses EWG/Türkei Nr. 3/80  
ZAR 1995, 29 – 32
- Eichenhofer, Eberhard              Die sozialrechtliche Stellung von Ausländern aus Nicht-EWR- und Nicht-Abkommenstaaten  
ZAR 1996, 62 – 71
- Europäische Kommission            Die EU-Erweiterung – Eine historische Chance  
Allgemeiner Überblick über den Erweiterungsprozess und die Heranführungsstrategie der Europäischen Union  
Brüssel 2003  
(zitiert: Die EU-Erweiterung)
- Geiger, Rudolf                      EUV/EGV – Kommentar  
3. Auflage, München 2000
- Gilsdorf, Peter                      Die Rechtswirkungen der im Rahmen von Gemeinschaftsabkommen erlassenen Organbeschlüssen  
EuZW 1991, 459 – 464

- Glupe, Gerrit Die Ausweisung türkischer Arbeitnehmer nach dem Nazli-Urteil des EuGH  
ZAR 2000, 167 – 176
- Gutmann, Rolf Europarechtliches Diskriminierungsverbot und Aufenthaltsrecht  
NVwZ 2000, 281 – 282
- Gutmann, Rolf Anmerkung zum Urteil EuGH Rs. 277/94 (Taflan-Met)  
EuZW 1997, 181 – 182
- Hägel, Peter/ Deubner, Christian Migrationspolitik der Gemeinschaft  
ZAR 2001, 154 – 159
- Hailbronner, Kay/ Thiery, Claus Amsterdam – Vergemeinschaftung der Sachbereiche Freier Personenverkehr, Asylrecht und Einwanderung sowie Überführung des Schengen-Besitzstands auf EU-Ebene  
EuR 1998, 583
- Hailbronner, Kay/ Thiery, Claus Schengen II und Dublin – Der zuständige Asylstaat in Europa  
ZAR 1997, 55 – 66
- Hailbronner, Kay Die sozialrechtliche Gleichbehandlung von Drittstaatsangehörigen – ein menschenrechtliches Postulat?  
JZ 1997, 397 – 401
- Hailbronner, Kay Privilegierte Drittstaatsangehörige in der Europäischen Union  
Festschrift für Everling, S. 399 – 414  
Baden-Baden 1995  
(zitiert: Hailbronner, FS Everling)
- Häußler, Ulf Dienstleistungsfreiheit für Drittstaatsangehörige?  
ZAR 2000, 24 – 31
- Hilf, Meinhard Europäisches Gemeinschaftsrecht und Drittstaatsangehörige  
Festschrift für Karl Doehring: Staat und völkerrechtliche Ordnung  
Berlin 1989  
(zitiert: Hilf, in: FS Doering)
- Huber, Bertold Das Dubliner Übereinkommen  
NVwZ 1998, 150 – 151
- Huber, Bertold Europäische Menschenrechtskonvention und Familiennachzug  
in: Barwig, Klaus/ Lörcher, Klaus/ Schumacher, Christoph:  
Familiennachzug von Ausländern auf dem Hintergrund völkerrechtlicher Verträge, Baden-Baden 1995  
(zitiert: Huber, in: Barwig/Lörcher/Schumacher)
- Huber, Bertold Das Kus-Urteil des EuGH: Weitere aufenthaltsrechtliche Sicherungen für türkische Arbeitnehmer  
NVwZ 1993, 246 – 248

- Hummer, Waldemar/ Simma, Bruno/ Vedder, Christoph      Europarecht in Fällen  
3. Auflage, Baden-Baden 1999  
(zitiert: HSV)
- Kahil-Wolff, Bettina/ Mosters, Robert      Das Abkommen über die Freizügigkeit EG – Schweiz  
EuZW 2001, 5 – 10
- Lang, Gernot      Das Gemeinschaftsrecht der Drittstaatsangehörigen  
Eine Analyse der Rechtsstellung der Nicht-Unionsbürger  
im Recht von Europäischer Gemeinschaft und Union  
Baden-Baden 1998  
(zitiert: Lang)
- Löper, Friedrich      Das Dubliner Übereinkommen über die Zuständigkeit  
für Asylverfahren  
ZAR 2000, 16 – 24
- Lüdke, Hendrik      Inländerdiskriminierung in ausländerrechtlichen  
Vorschriften – Reichweite der Singh-Entscheidung des  
EuGH  
NVwZ 1994, 1178 – 1180
- Mager, Ute      Anmerkung zum Urteil des EuGH vom 11.07.2002  
(Mary Carpenter)  
JZ 2003, 204 – 207
- Mallmann, Otto      Zur aufenthaltsrechtlichen Bedeutung des Assoziationsrats-  
beschlusses EWG/Türkei  
JZ 1995, 916 – 920
- Martínez Soria, José      Die polizeiliche Zusammenarbeit in Europa und der  
Rechtsschutz des Bürgers  
VerwArch 1998, 400
- Müller-Graff, Peter-Christian      Justiz und Inneres nach Amsterdam – Die Neuerungen in      erster  
und dritter Säule  
Integration 1997, 271
- Nachbaur, Andreas      VGH Mannheim versus Europäischer Gerichtshof?  
JZ 1992, 315 – 355
- Nolte, Georg      Freizügigkeit nach dem Assoziationsvertrag EWG – Türkei:  
Auslegungskompetenz, unmittelbare Anwendbarkeit und  
Familiennachzug  
ZaöRV 1987, 755 – 773
- Pechstein, Matthias      Osterweiterung und Zukunftsperspektiven der  
Europäischen Union  
ZfRV 1996, 108 – 118
- Pechstein, Matthias/Koenig, Christian      Die Europäische Union  
3. Auflage, Tübingen 2000  
(zitiert: Pechstein/Koenig)
- Piotrowicz, Ryszard      Dublin II und zukünftige Perspektiven eines gemeinsam  
europäischen Asylsystems

- Rumpf, Christian Freizügigkeit der Arbeitnehmer und Assoziation EG – Türkei  
RIW 1993, 214 – 223
- Sieveking, Klaus Der arbeits- und sozialrechtliche Status von Drittstaats-  
angehörigen in der Rechtsprechung des Europäischen  
Gerichtshofs  
ZAR 1998, 201 – 209
- Steinbeis, Maximilian EU-Gericht korrigiert Abschiebep Praxis  
Handelsblatt v. 05.05.2004, S. 6
- Streinz, Rudolf Europarecht  
6. Auflage, Heidelberg 2003
- Streinz, Rudolf Besprechung des Urteils EuGH Rs. 257-99 (Barkoci und  
Malik)  
JuS 2002, 182 – 184
- Streit, Arnold Das Abkommen über den Europäischen Wirtschaftsraum  
NJW 1994, 555 – 558
- Vedder, Christoph Die Integrationskompetenz der EG in der Rechtsprechung  
des EuGH  
FS für Eberhard Grabitz  
München 1995  
(zitiert: Vedder, FS Grabitz)
- Vedder, Christoph Rechtswirkungen von Assoziationsratsbeschlüssen  
- Die Kus-Entscheidung des EuGH  
EuR 1994, 202 – 214
- von Schwänenflügel, Matthias Die Singh-Entscheidung des EuGH – Niederlassungsrecht  
des Ehegatten eines Gemeinschaftsbürgers aus einem  
Drittstaat  
NVwZ 1993, 854 – 855
- Weber, Claus Anmerkung zum Urteil EuGH Rs. 340-97 (Nazli)  
ZAR 2000, 134 – 136
- Weber, Claus Reisefreiheit für Drittstaatsangehörige – welche Kompetenzen  
besitzen Europäische Gemeinschaft und Europäische Union?  
ZAR 1997, 25 – 28
- Weber, Claus Der Status arbeitssuchender türkischer Staatsangehöriger nach  
europäischem Recht – Die Entscheidung des EuGH in der  
Rechtssache „Tetik“  
NVwZ 1997, 652 – 653
- Weiß, Wolfgang Aktuelle Fragen zum Niederlassungsrecht in den  
Europaabkommen  
InfAuslR 2001, 1 – 6
- Weiß, Wolfgang Anmerkung zu EuGH Rs. 257-99 (Barkoci und Malik)  
EuZW 2001, 703 – 704

- Weiß, Wolfgang                      Zur Wirkung des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgebots  
in den Assoziationsabkommen der EG mit Drittstaaten  
insbesondere auf Ausländerklauseln  
InfAuslR 1998, 313 – 316
- Welte, Hans-Peter                    Das Abkommen über den Europäischen Wirtschaftsraum –  
Freier Personenverkehr  
ZAR 1994, 80 – 84
- Wollenschläger, Michael            Rechtsfragen eines Konzepts gegen Ausländerdiskriminierung  
ZAR 1994, 10 – 16
- Zuleeg, Manfred                      Das Urteil Taflan-Met des Europäischen Gerichtshofs  
ZAR 1997, 170 – 173

**Abkürzungsverzeichnis**

AA	Assoziationsabkommen
aaO.	an angegebenem Ort
ARB	Assoziationsratsbeschluss
DÜ	Dubliner Übereinkommen (Übereinkommen über die Bestimmung des zuständigen Staates für die Prüfung eines in einem Mitgliedsstaat der Europäischen Gemeinschaften gestellten Asylantrags v. 15. Juni 1990)
EA	Europa-Abkommen
EP	Europäisches Parlament
EVerfV	Entwurf eines Vertrags über eine Verfassung für Europa
EWRA	EWK-Abkommen (Abkommen über den Europäischen Wirtschaftsraum v. 2. Mai 1992)
GFK	Genfer Flüchtlingskonvention (Abkommen über die Rechtsstellung der Flüchtlinge v. 28. Juli 1951)
GRCh	EU-Grundrechtecharta (Charta der Grundrechte der Europäischen Union)
idS	in diesem Sinne
iS	im Sinne
MOE	Mittel- und Osteuropa
SDÜ	Übereinkommen zur Durchführung des Übereinkommens von Schengen vom 14. Juni 1985 (Schengener Durchführungsübereinkommen)
ZusProt	Zusatzprotokoll

Bezüglich aller anderen Abkürzungen wird verwiesen auf:

Kirchner, Hildebert/ Butz, Cornelia: Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, Berlin, 5. Auflage 2003