

# Die Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften auf dem Gebiet des freien Personenverkehrs innerhalb der EG

Fortsetzung

## 5. Die Ausnahmen von den Regeln des freien Personenverkehrs

### 5.1. Die öffentliche Verwaltung

Art. 48 EWG-Vertrag findet nach seinem Absatz 4 keine Anwendung auf die Beschäftigung in der **öffentlichen Verwaltung**. Dieser Bestimmung hinsichtlich der Freizügigkeit entspricht Art. 55 Abs. 1 EWG-Vertrag für den Bereich des Niederlassungsrechts und der Dienstleistungsfreiheit. Er bestimmt, daß auf Tätigkeiten, die in einem Mitgliedstaat dauernd oder zeitweilig mit der Ausübung **öffentlicher Gewalt** verbunden sind, das Kapitel über das Niederlassungsrecht keine Anwendung findet.

5.1.1. Die Frage nach der Tragweite von Art. 48 Abs. 4 EWG-Vertrag war Gegenstand der Rechtssache **Sotgiu**<sup>28)</sup>. Die Frage ist im Rahmen eines Rechtsstreits aufgeworfen worden, den ein bei der Deutschen Bundespost als Arbeiter beschäftigter italienischer Staatsangehöriger wegen **Zahlung einer Trennungentschädigung** angestrengt hatte, die außerhalb ihres Wohnortes beschäftigten Arbeitnehmern gewährt wird.

Der Gerichtshof hat erneut die grundlegende Bedeutung unterstrichen, die im Rahmen des Vertrages den Grundsätzen der Freizügigkeit und Gleichbehandlung zukommt. Er folgerte daraus, daß die in Art. 48 Abs. 4 zugelassenen Ausnahmen nicht weiter reichen können als der Zweck es erfordert, um dessentwillen sie vorgesehen sind. Den Interessen, die diese Bestimmung den Mitgliedstaaten zu schützen erlaube, sei mit der Möglichkeit Genüge getan, den Zugang ausländischer Staatsangehöriger zu gewissen Tätigkeiten der öffentlichen Verwaltung zu beschränken. Diese Bestimmung könne jedoch keine unterschiedliche Behandlung in bezug auf Entlohnung oder sonstige Arbeitsbedingungen der Arbeitnehmer rechtfertigen, wenn diese einmal in den Dienst der Verwaltung aufgenommen sind; denn bereits die Tatsache ihrer Aufnahme in den Dienst der Verwaltung zeige, daß die Interessen, die die Ausnahmen vom Grundsatz der Nichtdiskriminierung rechtfertigen, nicht in Frage stehen.

<sup>28)</sup> Urteil vom 12. Februar 1974, Sotgiu/Deutsche Bundespost, Rs 152/73, Slg. 1974, S. 153, 161 ff.

In dem Urteil wurde weiterhin klargestellt, daß es nicht auf die Art des Rechtsverhältnisses zwischen dem Arbeitnehmer und der ihn beschäftigenden Verwaltung ankommt, es mithin ohne Bedeutung ist, ob ein Arbeitnehmer als Arbeiter, Angestellter oder Beamter beschäftigt wird oder sein Beschäftigungsverhältnis öffentlichem oder privatem Recht unterliegt; denn diese rechtlichen Qualifizierungen könnten je nach den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften verschiedenen Inhalt haben und seien deswegen für die Bedürfnisse des Gemeinschaftsrechts als Auslegungsmerkmal ungeeignet.

Verboten seien, so führte der Gerichtshof abschließend aus, nicht nur offensichtliche Diskriminierungen aufgrund der Staatsangehörigkeit, sondern auch **alle versteckten Formen der Diskriminierung**, die durch die Anwendung anderer Unterscheidungsmerkmale tatsächlich zu dem gleichen Ergebnis führen. Daher sei auch eine unterschiedliche Behandlung wegen des Wohnsitzes in einem anderen Mitgliedstaat verboten; denn in der Tat könnten Unterscheidungsmerkmale wie der Herkunftsort oder der Wohnsitz eines Arbeitnehmers in ihren tatsächlichen Auswirkungen je nach den Umständen auf eine gemeinschaftsrechtlich verbotene Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit hinauslaufen.

5.1.2. Um eine ähnliche Rechtsfrage, nämlich die Auslegung von Art. 55 Abs. 1 EWG-Vertrag ging es in der vielzitierten Rechtssache **Reyners**<sup>29)</sup>.

Dem niederländischen Staatsangehörigen Reyners, Inhaber eines staatlichen Diploms, das in Belgien den Zugang zur Rechtsanwaltschaft eröffnet, war die **Zulassung zur Anwaltschaft in Belgien wegen seiner Staatsangehörigkeit versagt** worden. Die zuständigen Behörden machten geltend, daß der Beruf des Rechtsanwalts mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sei, so daß auf ihn die Bestimmungen des EWG-Vertrages über die Niederlassungsfreiheit keine Anwendung fänden. Der mit dem Rechtsstreit befaßte belgische Conseil d'Etat ersuchte den Gerichtshof im Vorlageverfahren um Klärstellung, ob unter „Tätigkeiten, die in einem Mitgliedstaat dauernd oder zeitweise mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sind“, beim Beruf des Rechtsanwalts nur diejenigen berufsbezogenen Tätigkeiten fallen, die mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sind, oder ob der Beruf des Rechtsanwalts insgesamt von der Anwendung des Kapitels über das Niederlassungsrecht anzunehmen ist, weil er Tätigkeiten mitumfaßt, die an der Ausübung der öffentlichen Gewalt teilnehmen. In anderen Worten ging es darum, ob der Anwaltsberuf sich als Ganzes den Vertragsvorschriften über das Niederlassungsrecht entzieht, weil er organisch in die Rechtspflege eingebettet ist, d. h. der Rechtsanwalt ein Hilfsorgan der Justiz ist.

Der Gerichtshof hat diese Frage verneint. Ausländische Staatsangehörige könnten lediglich von denjenigen Tätigkeiten ferngehalten werden, die in sich betrachtet „eine unmittelbare und spezifische Teilnahme an der

**Ausübung öffentlicher Gewalt**“ darstellen. Berufliche Dienstleistungen, die einen Verkehr mit den Gerichten mit sich bringen, stellten als solche keine Teilnahme an der Ausübung öffentlicher Gewalt dar, und zwar selbst dann nicht, wenn sie regelmäßig erbracht würden, organisch in das Gerichtsverfahren eingebettet seien und auf eine obligatorische Mitarbeit bei der Erfüllung der Aufgaben der Gerichte hinausliefen. Insbesondere könnten die typischsten Tätigkeiten des Anwaltsberufs, wie Rechtsberatung und Rechtsbeistand, nicht als eine derartige Teilnahme angesehen werden, desgleichen nicht die Vertretung und die Verteidigung des Auftraggebers vor Gericht, und zwar selbst dann nicht, wenn das Gesetz die Wahrnehmung dieser Aufgaben durch den Rechtsanwalt zwingend und ausschließlich vorschreibe.

## 5.2. Der Vorbehalt des „ordre public“

5.2.1. Der Grundsatz des freien Personenverkehrs innerhalb der Gemeinschaft steht unter dem **Vorbehalt „der aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit gerechtfertigten Beschränkungen“** (Art. 48 Abs. 3, Art. 56 Abs. 1 EWG-Vertrag).

Die ordre-public-Klausel ist eine in den internationalen Beziehungen übliche **Ausnahmeklausel**, die eng mit der Idee der nationalen Souveränität verknüpft ist. Sie ist auch in der europäischen Gemeinschaftsrechtsordnung, zumindest beim derzeitigen Stand der Integration, unverzichtbar. Jedoch kann sie im Gemeinschaftsrecht nur beschränkt Anwendung finden; denn ihr uneingeschränkter Gebrauch würde die Freiheitsgarantien des Vertrages ihrer Substanz berauben und die Integrationsziele gefährden.

Im Schrifttum ist die Frage aufgeworfen worden, ob der Begriff des ordre public **auf das jeweilige nationale Recht verweist oder gemeinschaftsrechtlich zu verstehen ist**. Als Begründung für die erstere Auffassung wird ins Feld geführt, daß dieser Begriff von Land zu Land verschieden sein kann, da er in den einzelnen Mitgliedstaaten entscheidend von den jeweiligen Lebensgewohnheiten und Traditionen sowie der allgemeinen Politik abhängt. Daher sei den innerstaatlichen Behörden ein weiter Beurteilungsspielraum einzuräumen. Für die zweite Auffassung spricht dagegen, daß bei **extensiver** Auslegung des Begriffs durch die nationalen Stellen die gemeinschaftsrechtlich angestrebten Freiheiten **praktisch ihres Sinnes beraubt und gegenstandslos werden** könnten, so etwa wenn die Ausweisung von Ausländern bereits wegen geringfügiger Verstöße gegen die nationale Rechtsordnung zulässig wäre.

Eine Analyse der einschlägigen Rechtsprechung dürfte ergeben, daß der Gerichtshof, ohne sich allerdings auf doktrinerliche Auseinandersetzungen einzulassen, wohl mehr der letzteren Auffassung zuneigt, also den Begriff

<sup>29)</sup> Urteil vom 21. Juni 1974, Reyners/Belgischer Staat, Rs 2/74, Slg. 1974, S. 631, 649 ff.

der öffentlichen Ordnung als **gemeinschaftsrechtlichen Begriff** ansieht. Das bedeutet, daß es den Mitgliedstaaten zwar unbenommen bleibt, ihn entsprechend den jeweiligen nationalen Bedürfnissen zu bestimmen, daß jedoch ihr Spielraum, Beschränkungen der vertragsmäßigen Freiheitsrechte aus Gründen der öffentlichen Ordnung anzuordnen, seinerseits durch das Gemeinschaftsrecht umgrenzt wird. Damit hat der Gerichtshof den Vorbehalt des *ordre public* als eine **Ausnahmebestimmung** zu den grundlegenden Prinzipien des freien Personenverkehrs gedeutet und in das hermeneutische Regel-Ausnahme-Schema eingebunden.

5.2.2. Das erste einschlägige Urteil ist in der Rechtssache **van Duyn**<sup>30)</sup> erlassen worden. Der niederländischen Staatsangehörigen van Duyn war die Einreise in das Vereinigte Königreich zu dem Zweck, eine Beschäftigung als Sekretärin bei der **Church of Scientology** zu übernehmen, versagt worden, da die britische Regierung die Praktiken dieser Organisation für gesellschaftsschädlich hielt.

Das Verfahren gab dem Gerichtshof Gelegenheit, sich in grundsätzlicher Weise zu dem **Vorbehalt des *ordre public*** zu äußern:

„Der Begriff der öffentlichen Ordnung ist im Gemeinschaftsrecht, namentlich wenn er eine Ausnahme von dem wesentlichen Grundsatz der Freizügigkeit der Arbeitnehmer rechtfertigt, eng zu verstehen; daher darf seine Tragweite nicht von jedem Mitgliedstaat einseitig ohne Nachprüfung durch die Organe der Gemeinschaft bestimmt werden.“

In diesem Zusammenhang war auch die Frage zu entscheiden, ob ein Mitgliedstaat sich aus Gründen der öffentlichen Ordnung dagegen wehren darf, daß in seinem Hoheitsgebiet ein Staatsangehöriger aus einem anderen Mitgliedstaat eine entgeltliche Beschäftigung aufnimmt, obgleich seine eigenen Staatsangehörigen keinen vergleichbaren Beschränkungen unterliegen. Es ging also um das **Verhältnis des *ordre-public*-Vorbehalts zu dem Verbot der Diskriminierung** aus Gründen der Staatsangehörigkeit. Die Antwort des Gerichtshofes war, daß ein völkerrechtlicher Grundsatz, der auch in den Beziehungen der Mitgliedstaaten zueinander nicht außer acht bleiben könne, besage, daß ein Staat seinen eigenen Angehörigen die Einreise in sein Hoheitsgebiet oder

<sup>30)</sup> Urteil vom 4. Dezember 1974, van Duyn/Home Office, Rs 41/74, Slg. 1974, S. 1337, 1346 ff.

den Aufenthalt in diesem nicht versagen dürfe. Daraus folge, daß ein Mitgliedstaat gegebenenfalls die Rechtsvorteile der Freizügigkeit den Angehörigen anderer Mitgliedstaaten versagen könne, auch wenn er seinen eigenen Staatsangehörigen keine vergleichbare Beschränkung auferlege.

5.2.3. Die eingangs erwähnte **Richtlinie Nr. 64/221<sup>8)</sup>** zur Koordinierung der Sondervorschriften für die Einreise und den Aufenthalt von Ausländern, soweit sie aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit gerechtfertigt sind, bestimmt in ihrem Artikel 3, daß „bei Maßnahmen der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit ... ausschließlich das persönliche Verhalten der in Betracht kommenden Einzelpersonen ausschlaggebend sein (darf)“, und daß insbesondere **strafrechtliche Verurteilungen allein nicht ohne weiteres Maßnahmen der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit begründen** können. Die Auslegung dieser Vorschrift war Gegenstand der Rechtssache **Bonsignore<sup>31)</sup>**. Herr Bonsignore, ein italienischer Staatsangehöriger, ist in der Bundesrepublik Deutschland wegen Verstoßes gegen das Waffengesetz und wegen fahrlässiger Tötung verurteilt worden. Die zuständige Ausländerbehörde erließ gegen ihn eine Ausweisungsverfügung, die auf Gesichtspunkte „generalpräventiver“ Art, nämlich die Abschreckungswirkung der Ausweisung in Einwandererkreisen, gestützt war.

Der Gerichtshof hat entschieden, daß Abweichungen von den Regeln über die Freizügigkeit eng auszulegende **Ausnahmevorschriften** sind. Daher drücke der Begriff des „**persönlichen Verhaltens**“ die Forderung aus, daß eine Ausweisungsmaßnahme nur auf Gefährdungen der öffentlichen Ordnung und Sicherheit abstellen dürfe, die von der betroffenen Einzelperson ausgehen könnten. Dagegen stehe das Gemeinschaftsrecht der Ausweisung eines Staatsangehörigen eines Mitgliedstaates entgegen, wenn diese zum Zweck der Abschreckung anderer Ausländer verfügt werde.

5.2.4. Auf der gleichen Linie liegt das Urteil in der Rechtssache **Bouchereau<sup>32)</sup>**. Auch hier ging es um die Auslegung des genannten Artikels 3 der **Richtlinie Nr. 64/221<sup>8)</sup>**. Die Fragen sind von einem britischen Gericht im Rahmen eines Strafverfahrens gegen einen französischen Staatsangehörigen gestellt worden, der des rechtswidrigen Besitzes von Betäubungsmitteln für schuldig befunden worden war. Das Instanzgericht beabsichtigte, gemäß dem **britischen Immigration Act 1971** dem Minister die Ausweisung zu empfehlen. Der Gerichtshof hat zunächst klargestellt, daß auch eine **Ausweisungsempfehlung**, die ein Gericht an die vollziehende Gewalt richtet, eine „Maßnahme“ im Sinne der genannten Richtlinie darstellt, wenn diese – unverbindliche – Empfehlung eine notwendige Vorbedingung der Ausweisung darstellt. Folglich sei auch das Gericht, das eine solche Empfehlung ausspreche, gehalten, die ge-

meinschaftsrechtlich auferlegten Beschränkungen zu beachten.

Die zentrale Frage, die in diesem Verfahren aufgeworfen war, ging dahin, ob das der strafrechtlichen Verurteilung zugrundeliegende frühere Verhalten des Angeklagten berücksichtigt werden darf, oder ob strafrechtliche Verurteilungen nur insoweit berücksichtigt werden dürfen, als sie eine gegenwärtige oder künftige Neigung offenbaren, in einer gegen die öffentliche Ordnung und Sicherheit verstoßenden Weise zu handeln. Der Gerichtshof hat in dem zweiten Sinne entschieden, d. h. eine frühere **strafrechtliche Verurteilung darf nur insoweit berücksichtigt werden, als die ihr zugrunde liegenden Umstände ein persönliches Verhalten erkennen lassen, das eine gegenwärtige Gefährdung der öffentlichen Ordnung darstellt**. Zudem müsse außer der Störung der öffentlichen Ordnung, die jede Gesetzesverletzung darstelle, eine tatsächliche und hinreichend schwere Gefährdung vorliegen, die ein **Grundinteresse der Gesellschaft** berühre.

5.2.5. Die Rechtsprechung des Gerichtshofs hat durch das Urteil in der Rechtssache **Rutili<sup>33)</sup>** eine wesentliche Fortentwicklung erfahren. In ihm hat der Gerichtshof zu den Grenzen der mitgliedstaatlichen Befugnis, die Freizügigkeit der Arbeitnehmer aus Gründen der öffentlichen Ordnung einzuschränken, grundlegend Stellung genommen. Gegenstand des Ausgangsrechtsstreits war eine **Aufenthaltsgenehmigung**, die der Pariser Polizeipräfekt dem italienischen Staatsangehörigen Rutili erteilt hatte und die durch ein **Aufenthaltsverbot für bestimmte französische Departements**, unter anderem das Departement, in dem der Betroffene mit seiner Familie wohnte, eingeschränkt war. Die Einschränkung war verfügt worden, weil dem Betroffenen **politische und gewerkschaftliche Betätigungen** zur Last gelegt wurden und seine Anwesenheit in den fraglichen Departements als „zur Störung der öffentlichen Ordnung geeignet“ angesehen wurde.

Der Gerichtshof hat hinsichtlich des materiellen Rechts erneut unterstrichen, daß der **Begriff der öffentlichen Ordnung** im Gemeinschaftsrecht, namentlich wenn er eine Ausnahme von den wesentlichen Grundsätzen der Gleichbehandlung und der Freizügigkeit der Arbeitnehmer rechtfertigt, **eng zu verstehen** ist, und daß seine Tragweite nicht von jedem Mitgliedstaat einseitig ohne Nachprüfung durch die Organe der Gemeinschaft bestimmt werden darf. Das Freizügigkeitsrecht dürfe nur beschränkt werden, wenn die Anwesenheit oder das

<sup>31)</sup> Urteil vom 26. Februar 1975, Bonsignore/Oberstadtdirektor der Stadt Köln, Rs 67/74, Slg. 1975, S. 297, 305 ff.

<sup>32)</sup> Urteil vom 27. Oktober 1977, Bouchereau, Rs 30/77, Slg. 1977, S. 1999, 2008.

<sup>33)</sup> Urteil vom 28. Oktober 1975, Rutili/Minister des Innern, Rs 36/75, Slg. 1975, S. 1219, 1227 ff.

Verhalten des Betroffenen eine **tatsächliche und hinreichend schwerwiegende Gefährdung der öffentlichen Ordnung darstelle**. Die aus der öffentlichen Ordnung hergeleiteten Gründe dürften nicht dadurch von ihrer Funktion losgelöst werden, daß sie für wirtschaftliche Zwecke geltend gemacht würden. Insbesondere dürfe der Vorbehalt der öffentlichen Ordnung nicht aus Gründen geltend gemacht werden, die mit der Ausübung gewerkschaftlicher Rechte in Zusammenhang stünden, da das Gemeinschaftsrecht gerade die **gleiche Behandlung hinsichtlich der Zugehörigkeit zu Gewerkschaften und der Ausübung gewerkschaftlicher Rechte garantiere**.

In diesem Zusammenhang ist hervorzuheben, daß das Urteil **den grundrechtlichen Bezug der Freizügigkeit** besonders herausstellt, indem es auf die am 4. November 1950 in Rom unterzeichnete **Europäische Menschenrechtskonvention** eingeht. Ich zitiere:

„Insgesamt stellen sich die Beschränkungen der ausländerpolizeilichen Befugnisse der Mitgliedstaaten als eine besondere Ausprägung eines allgemeinen Grundsatzes dar, der in ... (der) von allen Mitgliedstaaten ratifizierten Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten und in ... (dem) Protokoll Nr. 4 zu dieser Konvention verankert ist, die gleichlautend bestimmen, daß die zum Schutz der öffentlichen Ordnung und Sicherheit vorgenommenen Einschränkungen der ... zugesicherten Rechte nicht den Rahmen dessen überschreiten dürfen, was für den Schutz ‚in einer demokratischen Gesellschaft‘ notwendig ist.“

Damit wird der freie Personenverkehr innerhalb der Gemeinschaft als ein grundlegendes subjektives Freiheitsrecht des Einzelnen verstanden und unter den **allgemeinen Rechtsgrundsatz der Verhältnismäßigkeit (Übermaßverbot)** gestellt. Dieser Grundsatz besagt, daß Belastungen und Beschränkungen individueller Rechte nicht das Maß übersteigen dürfen, das zur Verwirklichung der rechtmäßigen Ziele erforderlich ist.

Die Zulässigkeit eines partiellen, auf bestimmte Teile des Staatsgebietes beschränkten Aufenthaltsverbots gegenüber Angehörigen von Mitgliedstaaten hat der Gerichtshof verneint. Aufenthaltsverbote dürften unter Berufung auf den Schutz der öffentlichen Ordnung nur für das gesamte Staatsgebiet ausgesprochen werden, es sei denn, daß solche Verbote auch gegenüber den eigenen Staatsangehörigen angewandt würden.

5.2.6. Ging es im Fall Rutili um ein partielles Aufenthaltsverbot, das die zuständige Verwaltungsbehörde unter Berufung auf den Schutz der öffentlichen Ordnung ausgesprochen hatte, so lag einer weiteren Rechtssache (**Saunders**)<sup>34)</sup> ein räumlich beschränktes Aufenthaltsverbot zugrunde, das ein Gericht angeordnet hatte. Genauer gesagt handelte es sich um den Beschluß eines britischen Gerichts, durch den einer britischen Staatsangehörigen im Rahmen eines Strafverfahrens wegen

Diebstahls aufgegeben wurde, sich nach Nordirland zu begeben und für einen Zeitraum von drei Jahren nicht nach England und Wales zurückzukehren.

Der Gerichtshof hat zwar anerkannt, daß die den Arbeitnehmern in Artikel 48 gewährten Rechte die Mitgliedstaaten durchaus auch veranlassen könnten, ihre Rechtsvorschriften gegebenenfalls sogar im Hinblick auf ihre eigenen Staatsangehörigen zu ändern. Jedoch sei mit dieser Bestimmung nicht beabsichtigt, die Befugnis der Mitgliedstaaten einzuschränken, in ihrem eigenen Hoheitsgebiet **in Ausführung der innerstaatlichen Strafgesetze Beschränkungen der Freizügigkeit** für die ihrer Gerichtsbarkeit unterliegenden Personen vorzusehen. **Die Bestimmungen des Vertrages über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer könnten deshalb nicht auf Sachverhalte angewandt werden, die einen Mitgliedstaat rein intern betreffen**, das heißt, denen jeglicher Bezug zu irgendeinem vom Gemeinschaftsrecht geregelten Tatbestand fehlt.

5.2.7. Erinnern wir uns an die bereits angeführte Rechtsache **Royer**<sup>20)</sup>. In ihr ist entschieden worden, daß das Aufenthaltsrecht der Staatsangehörigen eines Mitgliedstaates unmittelbar aus dem Gemeinschaftsrecht fließt und daher die **Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nicht rechtsbegründend**, sondern nur deklaratorisch wirkt. Aus dieser Feststellung hat der Gerichtshof unter anderem eine wichtige Schlußfolgerung im Hinblick auf den Vorbehalt des ordre public gezogen. Er hat gefolgert, daß, wenn ein Gemeinschaftsbürger die für die Einreise, den Ortswechsel und Aufenthalt von Ausländern geltenden Formalitäten nicht erfüllt, dieser Umstand für sich allein nicht als Beeinträchtigung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit angesehen werden könne. Er könne daher **weder eine Entfernung aus dem Hoheitsgebiet noch eine vorläufige Freiheitsentziehung** zum Zwecke dieser Entfernung rechtfertigen.

Das Urteil befaßt sich weiterhin mit der **sofortigen Vollziehbarkeit** einer Entscheidung über die Entfernung aus dem Hoheitsgebiet. Eine solche Entscheidung sei, außer im Falle nachweislicher Dringlichkeit, gegenüber einer vom Gemeinschaftsrecht geschützten Person nicht vollziehbar, bevor nicht der Betroffene die ihm **gemeinschaftsrechtlich garantierten** Rechtsbehelfe (d. h. in erster Linie die Inländern gegenüber Verwaltungsakten zustehenden Rechtsbehelfe, in zweiter Linie, wenn geeignete Rechtsmittel nicht gegeben sind, die Durchführung eines besonderen Verfahrens vor einer von der entscheidenden Behörde verschiedenen Behörde des Aufnahmelandes; Art. 8 und 9 der Richtlinie Nr. 64/221<sup>8)</sup>) auszuschöpfen in der Lage war; denn die gemeinschaftsrechtliche Rechtsschutzgarantie würde hinfällig, wenn die Mitgliedstaaten dem Betroffenen durch die so-

<sup>34)</sup> Urteil vom 28. März 1979, Saunders, Rs 175/78, Slg. 1979, S. 1129, 1133 ff.

fortige Vollziehung einer Entscheidung über die Entfernung aus dem Hoheitsgebiet die Möglichkeit abschneiden könnten, tatsächliche Vorteile aus den garantierten Rechtsbehelfen zu ziehen. Der Betroffene müsse wenigstens die Möglichkeit behalten, schon **vor der Vollziehung der Entscheidung Klage zu erheben, um damit die Aussetzung der Vollziehung der getroffenen Maßnahme zu erreichen.**

5.2.8. Unbestritten ist die Rechtsprechung des Gerichtshofs zum Vorbehalt des *ordre public* ein **zentrales Element seines rechtsschöpferischen Beitrages** zum Aufbau der europäischen Integrationsordnung. Diese Judikatur ist durch zwei neuere Urteile (**Pecastaing** und **Santillo**) speziell im Hinblick auf den Umfang und die Grenzen der mitgliedstaatlichen Befugnis, die Aufenthaltserlaubnis aus Gründen des *ordre public* zu verweigern und EG-Ausländer aus dem Hoheitsgebiet zu entfernen, weiter präzisiert und gefestigt worden.

Der französischen Staatsangehörigen **Pecastaing**<sup>34a</sup>), die ordnungsgemäß nach Belgien eingereist war, hat das zuständige Ausländeramt die Aufenthaltserlaubnis wegen „persönlichen Verhaltens, das ihren Aufenthalt aus Gründen der öffentlichen Ordnung als unerwünscht erscheinen läßt“ versagt, da die Betroffene ihren Lebensunterhalt mit Prostitution bestritt. Der Bescheid enthielt die Aufforderung, das belgische Hoheitsgebiet innerhalb von 15 Tagen nach seiner Bekanntgabe zu verlassen. Der Beirat für Ausländerfragen, der nach belgischem Recht auf Antrag Entscheidungen prüft, durch die einem EG-Ausländer die Aufenthaltserlaubnis versagt oder seine Entfernung aus dem Hoheitsgebiet angeordnet wird, erklärte in seiner Stellungnahme die Versagung der Aufenthaltserlaubnis für gerechtfertigt. Mit Klage wegen einstweiliger Verfügung beantragte Frau Pecastaing, dem belgischen Staat die Vollziehung der Ausweisungsverfügung bis zur endgültigen Entscheidung über die Rechtmäßigkeit der Maßnahme zu untersagen. Der Instanzrichter legte eine Reihe von Fragen vor, die das in Art. 8 und 9 der Richtlinie Nr. 64/221 gewährleistete Rechtsbehelfsverfahren gegen Maßnahmen zur Entfernung aus dem Hoheitsgebiet und insbesondere dessen aufschiebende Wirkung betrafen. Ohne auf Einzelheiten des Urteils einzugehen, die nur im Hinblick auf die Besonderheiten der belgischen Regelung von Interesse sind, verdienen die folgenden Klarstellungen von allgemeiner Bedeutung hervorgehoben zu werden:

Die Richtlinie (Art. 8) verpflichtet die Mitgliedstaaten, im Rahmen aller Rechtsbehelfe gegen Verwaltungsakte den unter sie fallenden Personen Rechtsschutz – gegebenenfalls einschließlich der Aussetzung der Vollziehung der angegriffenen Maßnahmen – zu gewähren, der mindestens so weit geht wie der Rechtsschutz, den sie ihren eigenen Staatsangehörigen bei Rechtsbehelfen gegen Maßnahmen der Verwaltung gewähren. Diese Vorschrift verpflichtet die Mitgliedstaaten jedoch **nicht,**

**die Anwesenheit eines Ausländers im Hoheitsgebiet während der Dauer des Prozesses zu dulden, vorausgesetzt, daß trotzdem ein fairer Prozeß für den Betroffenen gewährleistet ist und er seine Verteidigung uneingeschränkt wahrnehmen kann.**

Art. 9 der Richtlinie Nr. 64/221 schreibt ergänzend die Einschaltung einer von der entscheidenden Stelle verschiedenen Stelle in Fällen vor, in denen gegen die Entscheidung über die Verweigerung der Aufenthaltserlaubnis oder über die Entfernung aus dem Hoheitsgebiet keine Rechtsmittel gegeben sind oder aber die Rechtsmittel nur die Gesetzmäßigkeit (nicht aber die tatsächlichen Feststellungen) der Entscheidung betreffen oder keine aufschiebende Wirkung haben. Die Verwaltungsbehörde darf dann ihre Entscheidung – außer bei Dringlichkeit – erst nach Erhalt der Stellungnahme dieser Stelle treffen, d. h. **die Vollziehung einer Maßnahme zur Entfernung aus dem Hoheitsgebiet muß** – außer in dringenden Fällen – so lange **aufgeschoben werden**, bis diese Stelle sich geäußert hat. Hieraus folgt, daß die Entfernung aus dem Hoheitsgebiet vollzogen werden kann, sobald die fragliche Stellungnahme abgegeben und dem Betroffenen mitgeteilt worden ist. Allerdings ist dabei das Recht des Betroffenen zu beachten, sich so lange im Hoheitsgebiet aufzuhalten, wie es für die Einlegung des Rechtsbehelfs erforderlich ist. Das durch Art. 9 vorgesehene Verfahren zur Prüfung und Stellungnahme ist als Ausgleich für die Unzulänglichkeiten der Rechtsbehelfe gedacht. Es verleiht den Gerichten daher weder eine zusätzliche Befugnis, die Vollziehung der unter die Richtlinie fallenden Maßnahmen auszusetzen, noch das Recht zur Prüfung der Dringlichkeit einer Maßnahme zur Entfernung aus dem Hoheitsgebiet. Das Urteil Pecastaing ist noch aus einem anderen Grund erwähnenswert. Das vorliegende Gericht hatte nämlich weiterhin nach der Vereinbarkeit der gemeinschaftsrechtlichen Richtlinien-Regelung mit **Art. 6 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten** (EuMRK) gefragt. Nach dieser Bestimmung des **grundlegenden Übereinkommens**, das heute von allen Mitgliedstaaten der Gemeinschaft ratifiziert ist, dem die Gemeinschaft selbst jedoch nicht als Vertragspartei angehört, „(hat) jedermann ... Anspruch darauf, daß seine Sache in billiger Weise öffentlich und innerhalb einer angemessenen Frist gehört wird, und zwar von einem unabhängigen und unparteiischen, auf Gesetz beruhenden Gericht, das über zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen oder über die Stichhaltigkeit der gegen ihn erhobenen strafrechtlichen Anklage zu entscheiden hat“.

Bekanntlich schützt der Gerichtshof in bereits gefestigter Rechtsprechung die **Grundrechte der Person** in der Gemeinschaftsrechtsordnung als Bestandteil der **allgemei-**

<sup>34a</sup>) Urteil vom 5. März 1980, Pecastaing, Rs 98/79, noch nicht veröffentlicht.

**nen Rechtsgrundsätze**, ausgehend von den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten und unter Berücksichtigung der Hinweise, die die von den Mitgliedstaaten abgeschlossenen internationalen Verträge über den Schutz der Menschenrechte geben. Die Frage des Instanzgerichts nach den Wirkungen der EuMRK in der Gemeinschaftsrechtsordnung betraf daher einen sehr wesentlichen und kritischen Punkt der Judikatur des Gerichtshofs. Sie zielte auf die verbindliche Wirkung der EuMRK in der Gemeinschaftsrechtsordnung und darüber hinaus auf den normenhierarchischen Rang ihrer Bestimmungen im Verhältnis zum abgeleiteten Gemeinschaftsrecht sowie auf das Schutzniveau der in der EuMRK enthaltenen Rechtsgarantien zu denen des Gemeinschaftsrechts. Die Antwort des Gerichtshofs war von vorsichtiger Zurückhaltung geprägt. Er hat die Frage der Vereinbarkeit und des Vorranges dahingestellt sein lassen und ausgeführt, daß jedenfalls das in der Richtlinie vorgesehene Rechtsschutzsystem durch die Gerichte dem in der EuMRK niedergelegten Erfordernis eines „fairen Prozesses“ gerecht wird. Mit anderen Worten: der vom Gerichtshof durch die allgemeinen Rechtsgrundsätze geschützte **Grundrechtsstandard ist dem der EuMRK zumindest gleichwertig**, so daß eine Normenkollision zwischen den beiden Rechtsordnungen ausgeschlossen ist.

5.2.9. Art. 9 der Richtlinie Nr. 64/221 schreibt, wie bereits ausgeführt, die vorherige **Stellungnahme einer** von der entscheidenden Stelle verschiedenen „zuständigen Stelle“ vor, sofern das nationale Recht keine gewissen Mindestansprüchen genügenden Rechtsmittel gegen die Entscheidung über die Verweigerung der Aufenthaltserlaubnis oder die Entfernung aus dem Hoheitsgebiet eröffnet. Diese Vorschrift hat, wie der Gerichtshof in der Rechtssache **Santillo**<sup>34b)</sup> festgestellt hat, **unmittelbare Wirkung** in dem Sinne, daß sie den Mitgliedstaaten Verpflichtungen auferlegt, auf die sich die Einzelnen vor den innerstaatlichen Gerichten berufen können. Sie beläßt jedoch den Mitgliedstaaten einen Beurteilungsspielraum für die Bestimmung der „zuständigen Stelle“. Eine solche Stelle kann jede Behörde sein, die für den Erlaß der in der Richtlinie vorgesehenen Maßnahmen zuständig ist, vorausgesetzt, daß diese Stelle so verfaßt ist, daß der Betroffene das Recht hat, sich vor ihr vertreten zu lassen und zu verteidigen.

Daher kann etwa auch eine beim Erlaß eines Urteils in Strafsachen vom Gericht abgegebene **Empfehlung der Ausweisung** – ein solches Institut sieht das britische Recht vor – eine Stellungnahme im Sinne von Art. 9 der Richtlinie darstellen, sofern die sonstigen Voraussetzungen gegeben sind, d. h. das Gericht berücksichtigen muß, daß die bloße Existenz einer strafrechtlichen Verurteilung Maßnahmen zur Entfernung aus dem Hoheitsgebiet nicht ohne weiteres begründen kann. Der Gerichtshof hat weiterhin klargestellt, daß die **Stellungnahme der „zuständigen Stelle“ in einem hinreichend**

**engen zeitlichen Zusammenhang mit der Ausweisungsverfügung** stehen muß, so daß die Gewähr gegeben ist, daß es keine neuen zu berücksichtigenden Gesichtspunkte gibt. Sowohl die Verwaltungsbehörde als auch die Betroffene müssen Gelegenheit erhalten, die Gründe zu erfahren, welche die „zuständige Stelle“ zu ihrer Stellungnahme veranlaßt haben, es sei denn, daß dem die Sicherheit des Staates betreffende Gründe entgegenstehen. Das vorlegende Gericht hat weiterhin angefragt, ob der Zeitablauf zwischen der Abgabe einer Empfehlung und dem Erlaß der Ausweisungsverfügung es ausschließt, daß die Empfehlung als Stellungnahme angesehen werden kann. Die Antwort des Gerichtshofs war, daß ein Zeitraum von mehreren Jahren zwischen der Empfehlung der Ausweisung und der Verfügung der Verwaltungsbehörde geeignet ist, der Empfehlung die Funktion der Stellungnahme im Sinne von Art. 9 zu nehmen. Denn es komme darauf an, daß die mit der Anwesenheit des Ausländers verbundene **Gefahr für die Allgemeinheit in dem Zeitpunkt** beurteilt werde, **in dem gegen ihn die Ausweisungsverfügung ergeht**, da die für die Beurteilung maßgeblichen Faktoren, insbesondere das Verhalten des Betroffenen, sich im Laufe der Zeit ändern könnten.

5.2.10. Am Rand sei auf eine weitere Entscheidung hingewiesen, die auf der gleichen Linie liegt (**Watson und Belmann**)<sup>35)</sup> Sie stellt, ähnlich wie das Rutili-Urteil<sup>33)</sup>, den Vorbehalt des *ordre public* unter den allgemeinen Rechtsgrundsatz der Verhältnismäßigkeit. Um was ging es in dieser Sache? Die italienischen Rechtsvorschriften erlegen Ausländern grundsätzlich die Verpflichtung auf, sich binnen drei Tagen nach der Einreise bei der Polizeibehörde ihres Aufenthaltsortes auszuweisen und eine Aufenthaltsanzeige zu erstatten. Für den Fall der Nichteinhaltung werden Geldstrafe oder Freiheitsstrafe sowie die Ausweisung angedroht. Geldstrafe oder Freiheitsstrafe droht auch den eigenen Staatsangehörigen, die es unterlassen, der Polizeibehörde binnen 24 Stunden die Personalien fremder Staatsangehöriger mitzuteilen, denen sie Unterkunft gewähren bzw. die sie bei sich einstellen. Hierzu hat der Gerichtshof festgestellt, daß zwar eine **Meldepflicht** der fraglichen Art für sich allein nicht gegen die Freizügigkeitsbestimmungen verstößt oder als verbotene Diskriminierung angesehen werden kann, daß sich jedoch die Fristen für die Erfüllung dieser Verpflichtung in angemessenen Grenzen halten müssen. Weiterhin dürften die **Sanktionen**, die an die Nichterfüllung geknüpft werden, **nicht außer Verhältnis zur Schwere der Tat stehen und insbesondere nicht die Ausweisung mitumfassen**, da anderenfalls das durch den Vertrag verliehene und garantierte Recht selbst verneint würde.

<sup>34b)</sup> Urteil vom 22. Mai 1980, Santillo, Rs 131/79, noch nicht veröffentlicht.

<sup>35)</sup> Urteil vom 7. Juli 1976, Watson und Belmann, Rs 118/75, Slg. 1976, S. 1185, 1196 ff.