

## Anmerkung zum EuGH Urteil vom 19. Februar 2009, C-228/06 (Soysal)

(Veröffentlicht in: *Jurisprudentie Vreemdelingenrecht 2009*, nr. 144)

1. Nach der Stillhalteklausele des Art. 41 des Zusatzprotokolls kann ein Mitgliedstaat, der bei Inkrafttreten dieses Protokolls von türkischen Staatsangehörigen kein Einreisevisum verlangte, türkischen Staatsangehörigen, die wie die bei einem in der Türkei ansässigen Unternehmen tätigen türkischen Fernfahrer zum Zweck der Erbringung von Dienstleistungen einreisen, eine nachträgliche eingeführte Visumpflicht nicht entgegenhalten. Unter Berücksichtigung der bisherigen Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften verwundert das vorstehende Urteil kaum. Bereits im Urteil *Abatay* (Slg. 2003, I-12301) hatte der Gerichtshof entschieden, dass die Einführung einer Arbeitserlaubnispflicht für solche Fahrer Art. 41 entgegenstehe. Weiterhin stellte der Gerichtshof in dem Urteil *Tum und Dari* (Slg. 2007, I-7415) fest, das Verbot der Einführung neuer Beschränkungen schließe solche ein, die „die materiell- und/oder verfahrensrechtlichen Voraussetzungen für die erstmalige Aufnahme“ türkischer Staatsangehöriger im Hoheitsgebiet des Mitgliedstaats betreffen, die sich dort zur Aufnahme einer selbstständigen Erwerbstätigkeit niederlassen wollen. Wie der Gerichtshof unter Verweis auf die bisherige Rechtsprechung in Randnr. 51 des vorstehenden Urteils feststellte, ginge es auch in dem Ausgangsverfahren in Deutschland um diese Frage. Folglich entschied der Gerichtshof über die Rechtssache *Soysal* ohne Schlussanträge des Generalanwalts.

Dennoch nahm sich der Gerichtshof für die Entscheidung in dieser Sache fast drei Jahre Zeit, was den Auswirkungen dieses Urteils geschuldet sein dürfte, die für den Gerichtshof schwer vorhersehbar waren. Die Türkei ist in der Liste der visumpflichtigen Länder in Anhang I der Visumverordnung (EG) Nr. 539/2001 aufgeführt. Außerdem können die Auswirkungen von Mitgliedstaat zu Mitgliedstaat verschieden sein. Welche politische Brisanz darin steckt, zeigte sich auch, als die Europäische Kommission in der mündlichen Verhandlung vor dem Gerichtshof einen völlig anderen Standpunkt vertrat als im schriftlichen Verfahren. Das entlockte einem der Richter die rhetorische Frage, ob der Kommission inzwischen der Heilige Geist erschienen sei. Möglicherweise hatten sich ein oder mehrere Mitgliedstaaten in der Zwischenzeit mit der Kommission ins Benehmen gesetzt.

Das Vorbringen Deutschlands, die nationalen Visabestimmungen seien rechtmäßig, da die EG-Visumverordnung dadurch korrekt umgesetzt worden sei, wies der Gerichtshof mit dem Hinweis auf seine Rechtsprechung zurück, dass die von der Gemeinschaft geschlossenen völkerrechtlichen Übereinkommen (hier das Zusatzprotokoll) Vorrang vor dem abgeleiteten Gemeinschaftsrecht (hier die Visumverordnung) haben. Das abgeleitete Recht muss so weit als möglich dem primären Gemeinschaftsrecht entsprechen. Anderenfalls muss das abgeleitete Recht weichen. Gleichwohl formuliert der Gerichtshof dies in Randnr. 59 nicht so ausdrücklich.

Die Kommission bemerkte in der mündlichen Verhandlung, dieses Einreisevisum gewähre türkischen Staatsangehörigen mit Visum gegenwärtig mehr Rechte als 1973 ohne Visum. Mit diesem Visum könnten sie nunmehr in dem gesamten Schengen-Gebiet reisen, die damalige Visumfreiheit hingegen habe nur für einen einzelnen Staat gegolten. Der Gerichtshof urteilt, ein solcher neuer Vorteil ändere nichts daran, dass die Einführung der Visumpflicht die Ausübung der Dienstleistungsfreiheit hindert. Das kollidiere mit der Stillhalteklausele, „und zwar insbesondere aufgrund des zusätzlichen und wiederholten Verwaltungs- und finanziellen Aufwands“, den die Erlangung einer solchen Erlaubnis, deren Gültigkeit zeitlich befristet ist, mit sich bringt (Randnr. 55). Diese letztgenannte Erwägung betrachte ich als einen herben Schlag für die Einführung von Gebühren in den Niederlanden nach Inkrafttreten der

Stillhalteklauseln des Art. 41 des Zusatzprotokolls und Art. 13 des Beschlusses Nr. 1/80 des Assoziationsrates EWG-Türkei in Bezug auf die betreffenden türkischen Staatsangehörigen. Der Gerichtshof macht in Randnr. 55 deutlich, dass eine staatliche Maßnahme den Charakter einer neuen Beschränkung nicht verliert, wenn die Maßnahme neben einer offensichtlichen Verschlechterung auch mit einem Vorteil für die betreffenden Individuen verbunden ist. Die Stillhalteklausele ist ein rigoroses Instrument, das im Gemeinschaftsrecht in einem Prozess der schrittweisen Liberalisierung bewusst angewandt wird, um neben der Aufhebung von Beschränkungen und der Beseitigung von Hindernissen keine anderen Änderungen zuzulassen.

2. Dieses Urteil findet nicht nur auf türkische Dienstleistungserbringer, sondern auch auf türkische Staatsangehörige Anwendung, die sich in den fraglichen Mitgliedstaaten zur Aufnahme einer selbstständigen Erwerbstätigkeit niederlassen wollen. Die Niederlande können auch von ihnen kein Einreisevisum fordern, da diese Regelung 1973 nicht bestand. In Art. 41 wird die Niederlassungsfreiheit in einem Atemzug mit der Dienstleistungsfreiheit genannt. Der Verweis des Gerichtshofs auf das Urteil *Tum und Dari* in Randnr. 49 bestätigt die Gleichbehandlung in diesen beiden Fällen.

In dem Urteil *Savas* (Slg. 2000, I-2927, Randnr. 50) und dem Urteil *Abatay* (Slg. 2003, I-12301, Randnr. 101) äußerte sich der Gerichtshof zu der analogen Bedeutung der Begriffe in Art. 41 des Zusatzprotokolls und in der einschlägigen Bestimmung des mittlerweile gestrichenen Art. 53 des EG-Vertrags, auf die Art. 13 des Assoziationsabkommens verweist. Nach Art. 14 dieses Abkommens lassen sich die Vertragsparteien von den Bestimmungen über die Dienstleistungsfreiheit im EG-Vertrag leiten, um untereinander die Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs aufzuheben. Art. 14 selbst hat keine unmittelbare Wirkung, ist jedoch für die Auslegung von Art. 41 des Zusatzprotokolls maßgeblich.

Der Gerichtshof hat in mehreren Urteilen entschieden, dass sich die Dienstleistungsfreiheit auch auf den Empfang von Dienstleistungen erstreckt. Folglich fallen EU-Bürger, die sich beispielsweise als Touristen zeitweilig in einem anderen Mitgliedstaat aufhalten, in ihrer Eigenschaft als Dienstleistungsempfänger in den Anwendungsbereich der Dienstleistungsfreiheit und können sich daher auch auf das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit berufen. Siehe unter anderem die Urteile *Luisi und Carbone* (Slg. 1984, 377), *Cowan* (Slg. 1989, 195) sowie *Bickel und Franz* (Slg. 1998, I-7637). In Anbetracht des analogen allgemeinen Verbots der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit in Art. 9 des Assoziationsabkommens EWG-Türkei halte ich es für gut vertretbar, dass das vorstehende Urteil auch türkische Staatsangehörige erfasst, die sich zeitweilig als Dienstleistungsempfänger in einem EU-Mitgliedstaat aufhalten. Das bedeutet, weder türkische Fahrer, noch beispielsweise türkische Sportler, ausführende Künstler, Geschäftsleute, Touristen und Personen, die Familienangehörige besuchen, dürfen, sofern sie weniger als drei Monate in den Niederlanden weilen, bei der Einreise der Visumpflicht unterliegen. Da Art. 41 des Zusatzprotokolls auf der Grundlage der Gegenseitigkeit formuliert ist, gilt dies im Übrigen auch für niederländische Geschäftsleute, Touristen sowie andere Dienstleistungserbringer und -empfänger in der Türkei.

Das Urteil *Soysal* dürfte schon allein wegen der praktischen Probleme, die sich für Luftverkehrsunternehmen und den Grenzschutz aus der Aufhebung der Visumpflicht für bestimmte Gruppen türkischer Staatsangehöriger ergeben, lösungsorientiertes Denken erfordern. Ihnen obliegt es doch zu prüfen, welche türkischen Staatsangehörigen im Rahmen der Dienstleistungserbringung oder des -empfangs oder als Selbstständige in die Niederlande einreisen. Eine Übergangslösung könnte in einer zügigen und kostenlosen Visaerteilung an der Grenze und der Nichtanwendung von Sanktionen gegen Beförderungsunternehmen bestehen. An die Stelle der nationalen und der EG-Sanktionsvorschriften sowie der

Visumverordnung muss im Hinblick auf diese türkischen Staatsangehörigen die in Art. 41 des Zusatzprotokolls enthaltene völkerrechtliche Stillhalteklausele treten.

3. Im Übrigen betreffen diese Auswirkungen nur die Mitgliedstaaten, in denen am 1. Januar 1973 oder zum Zeitpunkt ihres Beitritts zur EG für türkische Staatsangehörige keine Visumpflicht galt. Dies gilt insbesondere für die Niederlande und die übrigen fünf Gründungsstaaten der EWG sowie Portugal und Spanien. Die sechs erstgenannten Staaten waren ebenso wie die Türkei 1973 Vertragspartei des 1957 geschlossenen Europäischen Übereinkommens über die Regelung des Personenverkehrs zwischen den Mitgliedstaaten des Europarats (EÜPV). Im Jahr 1980 hoben sie die Visumfreiheit für türkische Staatsangehörige aufgrund dieses Übereinkommens unter anderem wegen der Zahl von Asylbewerbern aus der Türkei auf, die angesichts der angespannten politischen Lage vor dem Militärputsch stetig wuchs. Portugal und Spanien, die vor ihrem Beitritt zur EG Vertragspartei geworden waren, suspendierten die Geltung dieses Übereinkommens für türkische Staatsangehörige erst nach ihrem Beitritt. Im Vereinigten Königreich, das nicht an das EÜPV gebunden ist, galt 1973 für türkische Staatsangehörige noch keine Visumpflicht.

4. Das vorstehende Urteil ist für türkische Staatsangehörige, die im Rahmen der Familienzusammenführung oder zur Aufnahme einer nichtselbstständigen Erwerbstätigkeit in die Niederlande oder die anderen genannten Mitgliedstaaten einreisen, ohne Bedeutung. Art. 41 des Zusatzprotokolls bezieht sich einzig und allein auf die Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit. Der Beschluss Nr. 1/80, der türkischen Arbeitnehmern und ihren Familienangehörigen ein langfristiges Aufenthaltsrecht einräumt, bezieht sich nicht auf die erstmalige Zulassung dieser beiden Gruppen und mithin auch nicht auf die Voraussetzungen für die Einreise vor dieser Zulassung.

Auf türkische Staatsangehörige, die zum Zwecke der Erbringung oder des Empfangs von Dienstleistungen oder zur Aufnahme einer selbstständigen Erwerbstätigkeit ohne Visum in die Niederlande einreisen, können die Rechtsvorschriften über den Aufenthalt innerhalb des freigestellten Zeitraums sowie die Rechtsvorschriften über die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis Anwendung finden, die Anfang 1973 in Kraft waren. Für diese Personengruppe bedeutet das unter anderem, dass sich der freigestellte Zeitraum auf höchstens drei Monate erstreckt (§ 46 Abs. 1 Buchst. c Ausländergesetz von 1966 (Vreemdelingenwet 1966)). Dieser Zeitraum endet von Rechts wegen im Falle nicht ausreichender Existenzmittel, der Gefährdung der öffentlichen Ordnung und des Verstoßes gegen die Vorschriften der damaligen Bestimmungen des Ausländerrechts (Art. 8 Ausländererlass von 1965 (Vreemdelingenbesluit 1965)). Außerdem endet dieser freigestellte Zeitraum „acht Tage nachdem Umstände vorliegen, die darauf schließen lassen, dass sich der Ausländer mehr als drei Monate innerhalb einer Frist von sechs Monaten in den Niederlanden aufhalten möchte“ (Art. 46 Abs. 2 Ausländererlass von 1966). In der Erläuterung sind als Beispiel für derartige Umstände die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit, das Mieten von Räumen für mehr als drei Monate oder die Einreichung eines Antrags auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis erwähnt, siehe A.H.J. Swart, *De toelating en uitzetting van vreemdelingen*, Deventer 1978 (Kluwer), S. 94 ff.

5. Das vorstehende Urteil wird noch eine Fülle von Reaktionen auslösen. Welche politische Brisanz diese Materie birgt, wurde in den Niederlanden anlässlich der Dringlichkeitsdebatte deutlich, die das Parlamentsmitglied Fritsma (PVV) innerhalb von zwei Wochen nach dem Urteil beantragt hatte. Siehe Schreiben des Ministers für auswärtige Angelegenheiten vom 5. März 2009 mit einer ersten Stellungnahme zu der Entscheidung (TK 30573, Nr. 36). Angesichts der kurzfristigen Anberaumung und der zwangsläufig mangelhaften Vorbereitung der Parlamentarier trägt eine solche Debatte nicht nennenswert zu einer sorgfältigen Bewertung der praktischen Bedeutung des Urteils bei.

Auch in Deutschland traf das Urteil *Soysal* eine empfindliche Stelle. Das Bundesministerium

des Innern blockierte vorübergehend den Intranetzzugang zu der Website „Ausländerrecht für die Polizei“ (www.westphal-stoppa.de), da die beiden an der deutschen Bundespolizeiakademie tätigen Hauptkommissare der Bundespolizei Volker Westphal und Edgar Stoppa auf dieser Website erklärten, das Urteil *Soysal* betreffe nicht nur türkische Fernfahrer im grenzüberschreitenden Güterkraftverkehr, sondern sei von weit reichenderer Bedeutung. Sie schrieben: „Es betrifft aber generell das Verhältnis von Dienstleistungsfreiheit, Stand-Still-Klausel und Visumpflicht und gilt daher auch für andere Gruppen von Dienstleistungserbringern (z. B. Geschäftsleute) und Dienstleistungsempfängern (z. B. Touristen). Damit ist klaggestellt, dass diese türkischen Staatsangehörigen ab sofort (wieder) wie „Positivstaater“ reisen können.“ (Stand: 18. März 2009). Siehe zu dieser Informationsblockade R. Gutmann, Editorial, Neue Juristische Wochenschrift 14/2009, die Süddeutsche Zeitung vom 9. März 2009 und die Website des in Ausländerrecht sachverständigen deutschen Richters Klaus Dienelt (www.migrationsrecht.net). Offensichtlich wollte das Ministerium seine Beamten daran hindern, auf einfache Weise Kenntnis von dem Standpunkt der beiden Hauptkommissare zu erlangen, dass Deutschland und einige andere EU-Mitgliedstaaten infolge des Urteils *Soysal* von größeren Gruppen türkischer Staatsangehöriger nicht länger ein Einreisevisum verlangen können.

5. Das vorstehende Urteil bestätigt auch die Richtigkeit der jüngsten Entscheidung der Ausländerkammer 's-Hertogenbosch vom 5. Januar 2009 (LJN: BG9606), der zufolge die Forderung nach einer Arbeitserlaubnis für türkische Fernfahrer im grenzüberschreitenden Güterkraftverkehr mit der Stillhalteklause des Art. 13 des Beschlusses Nr. 1/80 kollidiere. Diese Vorschrift sei für diese Arbeitnehmer erst 1995, also weit nach 1980 eingeführt worden. Die Kollision ergebe sich unmittelbar aus dem 2003 ergangenen Urteil *Abatay*. Der Erlass zur Durchführung des Ausländerbeschäftigungsgesetzes (Uitvoeringsbesluit Wav) und die betreffende Passage B11/3.3.2 des Ausländerrunderlasses (Vreemdelingencirculaire) seien zu Unrecht noch nicht an die Rechtsprechung des Gerichtshofs angeglichen worden. Infolge der fortgesetzten Unterlassung des Staates, die niederländischen Rechtsvorschriften in diesem Punkt an das EG-Recht anzugleichen, haftet der Staat für die den Fahrern und ihren Arbeitgebern dadurch entstehenden Schäden. In diesen Fällen kann dieser Anspruch nicht an dem Relativitätserfordernis scheitern, das dem Hohen Rat zufolge verhindere, dass der Staat zivilrechtlich haftbar für den Schaden eines Flüchtlings ist, der sein Recht auf Arbeit nach Maßgabe der Flüchtlingskonvention nicht ausüben konnte, solange ihm noch keine Arbeitserlaubnis erteilt war (JV 2007/322). Diese Argumentation dehnte die Kammer für Verwaltungssachen des Staatsrats (Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State) kurz darauf auf das gesamte niederländische Ausländerrecht aus (JV 2007/348 und LJN: GB5893). Man kann schwerlich behaupten, dass die Bestimmungen des Beschlusses Nr. 1/80, die den betreffenden türkischen Staatsangehörigen freien Zugang zu Arbeit gewähren, „nicht dem Schutz der Vermögensinteressen [dieser Arbeitnehmer] dienen“. Außerdem unterliegt die Schadenshaftung in Fällen, die unter das EG-Migrationsrecht fallen, nicht ausschließlich niederländischem Recht, sondern auch dem Gemeinschaftsrecht. Dort gilt eher ein Kausalitäts- als ein Relativitätserfordernis.

Kees Groenendijk  
Zentrum für Migrationsrecht  
Radboud Universität Nijmegen  
Niederlanden