

Tübinger Schriften
zum internationalen und europäischen Recht

Band 3

Schranken der Freizügigkeit
aus Gründen der öffentlichen Ordnung
und Sicherheit im Recht der Europäischen
Wirtschaftsgemeinschaft

Von

Dr. Wolfgang Bongen



DUNCKER & HUMBLLOT / BERLIN

WOLFGANG BONGEN

**Schranken der Freizügigkeit aus Gründen der öffentlichen Ordnung
und Sicherheit im Recht der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft**

Tübinger Schriften
zum internationalen und europäischen Recht

Herausgegeben von Thomas Oppermann, Tübingen

Band 3

Schranken der Freizügigkeit
aus Gründen der öffentlichen Ordnung
und Sicherheit im Recht der Europäischen
Wirtschaftsgemeinschaft

Von

Dr. Wolfgang Bongen



DUNCKER & HUMBLLOT / BERLIN

Alle Rechte vorbehalten
© 1975 Duncker & Humblot, Berlin 41
Gedruckt 1975 bei Buchdruckerei Richard Schröter, Berlin 61
Printed in Germany
ISBN 3 428 03375 2
D 21

Vorwort

Diese Arbeit lag im Sommersemester 1974 dem Fachbereich Rechtswissenschaft der Universität Tübingen als Dissertation vor. Später erschienene Literatur und Rechtsprechung wurde, soweit möglich, zumindest noch in den Fußnoten bis Oktober 1974 berücksichtigt.

Mein besonderer Dank gilt Herrn Prof. Dr. Thomas Oppermann für Anregung und stets aufgeschlossene Förderung der Arbeit. Dank schulde ich auch der Bundesrepublik Deutschland und dem Land Baden-Württemberg, die die Arbeit im Rahmen des Graduiertenförderungsgesetzes finanziell unterstützt haben. Herrn Senator E. h. Ministerialrat a. D. Dr. J. Broermann danke ich für die Aufnahme der Arbeit in sein Verlagsprogramm.

Tübingen, im Oktober 1974

Wolfgang Bongen

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	15
<i>Erster Teil</i>	
Die Freizügigkeit	17
<i>Erstes Kapitel</i>	
<i>Die Entwicklung der Freizügigkeit in Europa vor Inkrafttreten des EWG-Vertrages</i>	17
I. Vorbemerkung	17
II. Die Entwicklung bis zum Jahre 1914	17
III. Die Entwicklung bis zum Jahre 1939	20
IV. Die Entwicklung der Freizügigkeit nach 1945	21
1. Nationales Recht	21
2. Bi- und multilaterale völkerrechtliche Verträge	21
a) Bilaterale Verträge	21
b) Multilaterale Verträge	23
3. Freizügigkeit nach dem EGKS-Vertrag	25
4. Zusammenfassung	26
<i>Zweites Kapitel</i>	
<i>Freizügigkeit im EWG-Vertrag</i>	28
I. Vorbemerkung	28
II. Das Kapitel über die Arbeitskräfte	28
1. Der Begriff der Freizügigkeit in Art. 48 ff. EWG-Vertrag	28
a) Arbeitnehmerfreizügigkeit	28
b) Freizügigkeit als Ausprägung des allgemeinen Diskriminierungsverbots	29
aa) In sachlicher Hinsicht	29
bb) In persönlicher Hinsicht	30
c) Zusammenfassung	31
2. Der Inhalt des Kapitels über die Arbeitskräfte	31
3. Die Verwirklichung der Freizügigkeit	31
a) Sekundäres Gemeinschaftsrecht	31
b) Nationales Recht	33

III. Das Niederlassungsrecht	33
1. Der Begriff des Niederlassungsrechts in Art. 52 ff. EWG-Vertrag ..	33
a) Niederlassung	33
b) Niederlassungsrecht als Ausprägung des allgemeinen Diskriminierungsverbots	34
c) Niederlassungsfreiheit als koordinierte Inländerbehandlung ..	35
2. Der Inhalt des Kapitels über das Niederlassungsrecht	36
3. Die Verwirklichung der Niederlassungsfreiheit	37
a) Sekundäres Gemeinschaftsrecht	37
aa) Das „Allgemeine Programm“	37
bb) Richtlinien allgemeiner Art	37
cc) Richtlinien, die bestimmte Tätigkeiten betreffen	38
b) Nationales Recht	39
IV. Zusammenfassung	40

Zweiter Teil

Die Schranken aus Gründen der öffentlichen Ordnung und Sicherheit	42
--	----

Erstes Kapitel

<i>Öffentliche Ordnung und Sicherheit im Polizeirecht der Mitgliedstaaten</i>	44
---	----

I. Vorbemerkung	44
II. Bundesrepublik Deutschland	46
1. Vorbemerkung	46
2. Öffentliche Sicherheit und Ordnung im Polizei- und Ordnungsrecht	47
a) Der Begriff der öffentlichen Sicherheit	47
b) Der Begriff der öffentlichen Ordnung	48
c) Rechtliche Einordnung, Funktion und Bedeutung der Begriffe der öffentlichen Ordnung und Sicherheit	50
aa) In der polizeirechtlichen Generalklausel	50
bb) Im Polizei- und Ordnungsrecht außerhalb der Generalklausel	51
3. „Öffentliche Sicherheit“, „öffentliche Ordnung“ und „Belange der BRD“ im Ausländerrecht	52
a) Vorbemerkung	52
b) Der Begriff der öffentlichen Sicherheit und Ordnung im Ausländerrecht	52
c) Der Begriff der Belange der Bundesrepublik Deutschland	55
d) Rechtliche Einordnung, Funktion und Bedeutung im Ausländerrecht	57

III. Frankreich	59
1. Vorbemerkung	59
2. Der ordre public im Bereich der police administrative	59
a) Abstrakte Definitionen	59
b) Bestimmung des ordre public durch Art. 97 des Gesetzes vom 5.4.1884	60
aa) bon ordre	60
bb) „Sécurité“ oder „sûreté publique“	61
cc) „Salubrité“ oder „santé publique“	61
c) Ausdehnung des traditionellen ordre public	62
d) Rechtliche Einordnung, Funktion und Bedeutung des ordre public	64
aa) In der polizeirechtlichen Generalklausel	64
bb) Im Verwaltungsrecht allgemein	66
3. Der Begriff des ordre public im Ausländerrecht	66
IV. Ergebnis	67

Zweites Kapitel

*Die Begriffe der öffentlichen Ordnung
und Sicherheit in den Vorbehaltsklauseln
des EWG-Vertrages*

	69
I. „Gemeinschaftsrechtliche Begriffe“	69
1. Vorbemerkung	69
2. Die Bestimmung der Begriffe der öffentlichen Ordnung und Sicherheit anhand des Vertrages	70
3. Die Diskussion um den gemeinschaftsrechtlichen Charakter der Begriffe	73
4. Zusammenfassung	78
II. Der Inhalt der Vorbehaltsklauseln der Art. 48 Abs. 3 und 56 Abs. 1 ..	79
1. Vorbemerkung	79
2. Bestimmung anhand des Vertrages zur Gründung der EWG	80
a) Vorbemerkung	80
b) Der Wortlaut	81
c) Historische Interpretation	83
d) Systematische Auslegung	84
e) Teleologische Interpretation	86
aa) Grundsatz der restriktiven Auslegung	86
bb) Öffentliche Ordnung und wirtschaftliche Zwecke	87
cc) Politische Zwecke	90
dd) Weitere Konkretisierung	91

f) Rechtsvergleichung	92
aa) Vorbemerkung	92
bb) Art. 69 EGKS-Vertrag	92
cc) Bilaterale völkerrechtliche Verträge	94
dd) Das Europäische Niederlassungsabkommen	95
ee) Nationales Recht	97
III. „Gerechtfertigte“ Beschränkungen	98
1. Vorbemerkung	98
2. Art. 69 § 1 Montanvertrag	98
3. „Gerechtfertigte“ Beschränkungen — kein selbständiger Maßstab	99
4. „Gefahr“ für die öffentliche Ordnung und Sicherheit	100
5. Schlußbemerkung	102

Drittes Kapitel

Die Vorbehaltsklauseln im sekundären Gemeinschaftsrecht 104

I. Vorbemerkung	104
II. Die Richtlinie 64/221/EWG	106
1. Der Geltungsbereich	106
2. Art. 2 Abs. 2	107
3. Art. 3 Abs. 1	108
4. Art. 3 Abs. 2	109
5. Art. 6	144
6. Zusammenfassende Bemerkungen	114
III. Andere Richtlinien und Verordnungen	116
1. Vorbemerkung	116
2. Verordnungen und Richtlinien, die die Freizügigkeit betreffen ..	116
3. Richtlinien auf dem Gebiet des Niederlassungsrechts	117
a) Generelle Richtlinien	117
b) Spezielle Richtlinien	117

Viertes Kapitel

Die Vorbehaltsklauseln der Art. 48 Abs. 3 und 56 Abs. 1 EWG-Vertrag in den nationalen Rechtsordnungen 120

I. Vorbemerkung	120
II. Die Vorbehaltsklauseln im deutschen Ausländerrecht	120
1. Vorbemerkung	120

2.	„Gesetz über Einreise und Aufenthalt von Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft“	121
a)	Keine notwendigerweise einheitliche Terminologie	122
b)	„Weiter“ Begriff aus dem romanischen Rechtskreis?	123
c)	Sachfremder Vergleich	125
d)	„Belange der BRD“ im AufenthG/EWG	126
e)	Gemeinschaftsrechtskonforme Inhaltsbestimmung	128
f)	Zusammenfassende Bemerkungen	130
3.	§ 12 AufenthG/EWG in der Verwaltungspraxis und -rechtsprechung	131
III.	Die Vorbehaltsklauseln in den anderen Mitgliedstaaten	133
1.	Vorbemerkung	133
2.	Belgien	134
3.	Frankreich	136
4.	Italien	137
5.	Luxemburg	137
6.	Niederlande	139
IV.	Zusammenfassung	141

Fünftes Kapitel

*Die Weiterentwicklung der Gemeinschaft
und die Vorbehaltsklauseln* **143**

I.	Vorbemerkung	143
II.	Der Einfluß der Rechtsprechung auf die weitere Entwicklung	144
1.	Rechtsbehelfe nach dem Gemeinschaftsrecht	144
a)	Die Ideallösung	144
b)	Zweiteilige Ersatzlösung	145
2.	Rechtsbehelfe in den einzelnen Mitgliedstaaten	147
a)	Bundesrepublik Deutschland	147
b)	Belgien	147
c)	Frankreich	148
d)	Italien	148
e)	Luxemburg	148
f)	Niederlande	148
3.	Ergebnis	149
III.	Weitere Richtlinien	150
1.	Vorbemerkung	150
2.	Mit der Richtlinie 64/221/EWG vergleichbare Schranken	150

3. Abschließender Katalog	150
4. Katalog im Bereich des Niederlassungsrechts	151
IV. Vertragsänderung	152
1. Vorbemerkung	152
2. Ausbau der Freizügigkeit und der Niederlassungsfreiheit — Auswirkungen auf die Vorbehaltsklauseln	152
a) Auswirkungen auf das allgemeine Ausländerrecht	154
b) Auswirkungen auf das besondere Ausländerrecht	154
Schlußbemerkung	156
Literaturverzeichnis	158

Abkürzungsverzeichnis

ABl.	= Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften
Alt.	= Alternative
ALR	= Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten
AöR	= Archiv des öffentlichen Rechts
APVO	= Ausländerpolizeiverordnung
AufenthG/EWG	= Gesetz über Einreise und Aufenthalt von Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten der EWG.
AuslG	= Ausländergesetz
AuslGVvw.	= Verwaltungsvorschrift zum Ausländergesetz
AVAVG	= Gesetz über Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung
AVV	= Allgemeine Verwaltungsvorschrift
AWD des BB	= Außenwirtschaftsdienst des Betriebsberaters
Bad.-Württ.	= Baden-Württemberg
BAnz.	= Bundesanzeiger
bay PAG	= Gesetz über die Aufgaben und Befugnisse der Polizei in Bayern
BB	= Betriebsberater
BGBI.	= Bundesgesetzblatt
BM	= Bundesminister
BRD	= Bundesrepublik Deutschland
BT	= Bundestag
BVerfG	= Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	= Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	= Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	= Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts
C. E.	= Conseil d'Etat
C. E. E.	= Communauté Economique Européenne
CDE	= Cahiers de droit européen
DÖV	= Die öffentliche Verwaltung
Dok.	= Dokument
DVBl.	= Deutsches Verwaltungsblatt
EFTA	= European Free Trade Association
EGKS	= Europäische Gemeinschaft für Kohle und Stahl
EGKSV	= Vertrag über die Europäische Gemeinschaft für Kohle und Stahl
ENA	= Europäisches Niederlassungsabkommen
EP	= Europäisches Parlament, Verhandlungen
EuGH Rspr.	= Sammlung der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften
EuR	= Europarecht
Euratom	= Europäische Atomgemeinschaft
EWG	= Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWGV	= Vertrag über die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
GABl.	= Gemeinsames Amtsblatt

GesBl.	=	Gesetzblatt
GewArch.	=	Gewerbearchiv
GG	=	Grundgesetz
GMBL.	=	Gemeinsames Ministerialblatt
G. U.	=	Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana
ILO	=	International Labour Organisation
IM	=	Innenministerium
IPR	=	Internationales Privatrecht
J. O.	=	Journal Officiel de la Republique Française
lit.	=	Buchstabe
M. B.	=	Moniteur Belge — Belgisch Staatsblad
Min. Bl.	=	Ministerialblatt
nds. Min. Bl.	=	Niedersächsisches Ministerialblatt
NJW	=	Neue juristische Wochenschrift
OVG	=	Oberverwaltungsgericht
prOVG	=	(ehemaliges) Preußisches Oberverwaltungsgericht
prOVGE	=	Entscheidungen des (ehemaligen) Preußischen Oberverwaltungsgerichts
prPVG	=	Preußisches Polizeiverwaltungsgesetz
RabelsZ	=	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
Rdn.	=	Randnummer
RGBl.	=	Reichsgesetzblatt
R. M. C.	=	Revue du Marché Commun
SEW	=	Social-Economische Wetgeving
StGB	=	Strafgesetzbuch
VGH	=	Verwaltungsgerichtshof
VO	=	Verordnung
VVDStRL	=	Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer
VwGO	=	Verwaltungsgerichtsordnung
ZaöRV	=	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht
ZgesStW	=	Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft

Einleitung

Den Bestimmungen des EWG-Vertrages über die Arbeitskräfte, das Niederlassungsrecht und die Dienstleistungen¹, die den freien Personenverkehr aller Angehörigen der Mitgliedstaaten in ökonomisch relevanten Funktionen und die von Diskriminierungen aus Gründen der Staatsangehörigkeit freie Ausübung einer Erwerbstätigkeit innerhalb der ganzen Gemeinschaft ermöglichen sollen, wird eine außergewöhnlich starke integrierende Wirkung zugeschrieben². Man darf aber nicht übersehen, daß die betreffenden Vertragsartikel nur eine langfristige Entwicklung in Richtung auf die in ihnen umrissenen Ziele einleiten konnten³, die bis zum Ende der Übergangszeit abgeschlossen sein sollte, tatsächlich aber bis heute lückenhaft geblieben ist⁴. Das hat seine Ursache zum einen zweifellos in den der Materie innewohnenden Schwierigkeiten⁵, andererseits können diese allein den Rückstand nicht hinreichend erklären. Man muß vielmehr davon ausgehen, daß die Mitgliedstaaten manche Sonderregelungen für Ausländer nur deshalb so zögernd aufgeben, weil sie den eigenen Interessen dienlich sind. Während eine solche wenig gemeinschaftsfreundliche Grundhaltung die weitere Verwirklichung der Niederlassungsfreiheit und des freien Dienstleistungsverkehrs aber nur bremsen, nicht aber verhindern kann, läßt sie befürchten, daß die Mitgliedstaaten darüber hinaus versuchen könnten, die bereits erzielten Fortschritte in diesen Bereichen zu unterlaufen. Als Mittel dazu bieten sich die im Gemeinschaftsrecht enthaltenen Vorbehaltsklauseln an⁶. Vielfältige Beispiele bi- und multilateraler Niederlassungsabkommen machen deutlich, wie leicht

¹ Art. 48 ff. EWGV, Art. 52 ff. EWGV und Art. 59 ff. Artikel ohne nähere Bezeichnung sind solche des EWGV.

² Vgl. etwa *Catalano*, S. 255 ff.; *Chesné*, S. 24; *Braun*, R. M. C. 1959, 437; *Desmedt*, S. 55; siehe auch Bulletin der Europäischen Gemeinschaften 1969, Nr. 9/101 S. 28.

³ Siehe dazu z. B. *Maestriperi*, R. M. C. 1971, 56.

⁴ Nur die Freizügigkeit der Arbeitnehmer konnte mit der VO der Kommission Nr. 1251/70 v. 29. 6. 1970, ABl. Nr. 142/24 (Verbleiberecht) endgültig hergestellt werden, vgl. *Bülow*, Europarecht 71, 168; man kann den Zeitpunkt ihrer Verwirklichung sogar schon früher ansetzen, vgl. Art. 1 der VO(EWG) 1612/68 v. 15. 10. 68; ABl. Nr. 257/2 v. 19. 10. 1968. Zum Stand der Niederlassungsfreiheit am Ende der Übergangszeit vgl. Sitzungsdok. Nr. 234 des Europäischen Parlaments vom 9. 2. 1971.

⁵ Zu den Gründen des Rückstandes im einzelnen *Maestriperi*, R. M. C. 71, 55.

⁶ Vgl. Art. 48 Abs. 3 und Abs. 4 und Art. 55 und 56 Abs. 1.

das, was mit einer Hand gegeben, mit der anderen wieder genommen werden kann.

Der Hinweis auf diese herkömmlichen völkerrechtlichen Verträge, der grundsätzlich wegen des völlig anderen Charakters des EWG-Vertrages nur mit größter Zurückhaltung gegeben werden kann, drängt sich in der angesprochenen Frage geradezu auf, da es hier wie dort in erster Linie Gründe der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit sind, die in den Vorbehaltsklauseln zugunsten der jeweiligen Staaten genannt werden. Die Tatsache, daß gerade diese kaum faßbaren Begriffe der öffentlichen Ordnung und Sicherheit zur Begründung möglicher Ausnahmen verwendet werden, macht deutlich, daß die Realisierung der in diesen Vertragskapiteln niedergelegten Ziele in ganz besonderem Maße davon abhängt, welche Bestimmung diese Vorbehaltsklauseln bzw. die sie prägenden Begriffe erfahren haben, und inwieweit sich die Mitgliedstaaten ihrer bedienen können. Natürlich kann man die betreffenden Bestimmungen nicht isoliert betrachten, sie sind vielmehr eingebettet in das System der Freizügigkeit, des Niederlassungsrechts und des freien Dienstleistungsverkehrs zu würdigen. Dieses ist seinerseits wiederum nur verständlich, wenn man es auf dem Hintergrund der Beschränkungen sieht, denen der freie Personenverkehr, und die ungehinderte Ausübung einer Erwerbstätigkeit in Europa vor Inkrafttreten des EWG-Vertrages unterlagen und alle die Versuche berücksichtigt, die zu jener Zeit unternommen worden sind, um in diesem Bereich Änderungen herbeizuführen.

Erster Teil

Die Freizügigkeit

Erstes Kapitel

Die Entwicklung der Freizügigkeit in Europa vor Inkrafttreten des EWG-Vertrages

I. Vorbemerkung

Der Stellenwert der gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen betreffend die Freizügigkeit¹ und der durch sie bewirkten Veränderungen ergibt sich aus einem Überblick darüber, in welchem Umfang in Europa in der Vergangenheit, d. h. bis zum Inkrafttreten des EWG-Vertrages, die Einreise und der Aufenthalt von Ausländern zu Zwecken der Erwerbstätigkeit, und die Ausübung einer solchen erschwert oder gar unterbunden worden sind. Das breite Spektrum der ausländerpolizeilichen Vorschriften und aller der Bestimmungen, die Ausländer an einer beruflichen Betätigung behinderten und gegenüber den Angehörigen des jeweiligen Aufenthaltsstaates benachteiligten, machen die Aufgaben deutlich, denen das Gemeinschaftsrecht gerecht werden muß.

Darüber hinaus bieten die vielfältigen Versuche, mehr Freizügigkeit zu schaffen, interessante Vergleichsmöglichkeiten im Hinblick auf ihre unterschiedlichen Ansatzpunkte und die Gründe für ihre durchweg nur sehr geringe Effektivität.

II. Die Entwicklung bis zum Jahre 1914

Nicht selten findet man in der Literatur die Feststellung, bis zum Beginn des ersten Weltkrieges hätten die meisten europäischen Staaten

¹ Der Begriff der Freizügigkeit wird hier nicht im engen Sinne der Art. 48 ff. EWGV verwendet, der nur die Ausübung unselbständiger Erwerbstätigkeit durch Ausländer umfaßt, vielmehr ist jede Art der Erwerbstätigkeit einbezogen; ebenso z. B. *Bülowl*, Die Rechtsstellung des einzelnen in der EWG, S. 80.

Man hat es also mit drei verschiedenen Begriffen der Freizügigkeit zu tun: Mit dem des Art. 48 EWGV, dann einem Oberbegriff, der die Ausübung