

SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS
JEAN MISCHO

vom 13. Mai 2003¹

Inhaltsverzeichnis

I — Rechtlicher Rahmen	I-12306
A — Die Assoziation EWG—Türkei	I-12306
B — Die nationale Regelung	I-12309
II — Sachverhalt und Ausgangsverfahren	I-12310
A — Rechtssache C-317/01	I-12310
B — Rechtssache C-369/01	I-12311
III — Prüfung der Vorlagefragen	I-12312
A — Erste Vorlagefrage in der Rechtssache C-317/01	I-12312
1. Ansicht des vorlegenden Gerichts und Vorbringen vor dem Gerichtshof ..	I-12313
2. Stellungnahme	I-12316
B — Zweite Frage in der Rechtssache C-371/01 und dritte Frage in der Rechtssache C-369/01	I-12318
1. Standpunkt des vorlegenden Gerichts und der Verfahrensbeteiligten, die Erklärungen abgegeben haben	I-12319
2. Stellungnahme	I-12321
C — Teil b der dritten Frage in der Rechtssache C-317/01 und der ersten Frage in der Rechtssache C-369/01	I-12324
1. Ansicht des vorlegenden Gerichts und Vorbringen vor dem Gerichtshof ..	I-12325
2. Stellungnahme	I-12328
a) Ist Artikel 41 Absatz 1 auf dem Gebiet des Verkehrs anwendbar? Handelt es sich im vorliegenden Fall um Maßnahmen in diesem Bereich?	I-12328

¹ — Originalsprache: Französisch.

b) Zum Vorliegen einer neuen Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs	I - 12333
i) Die Beförderung erfolgt im Namen und unter der Verantwortung eines türkischen Unternehmens	I - 12333
— Das türkische Unternehmen setzt seine eigenen Fahrzeuge und Fahrer ein	I - 12333
— Das türkische Unternehmen setzt seine eigenen Fahrer ein, jedoch auf Fahrzeugen, die einem deutschen Unternehmen gehören und in Deutschland zugelassen sind	I - 12334
ii) Die Beförderung erfolgt im Namen und unter der Verantwortung eines deutschen Unternehmens	I - 12336
— Die türkischen Fahrer werden unmittelbar vom deutschen Unternehmen eingestellt	I - 12336
— Die türkischen Fahrer werden von einem türkischen Unternehmen eingestellt und entlohnt	I - 12339
D — Teil a der dritten Frage in der Rechtssache C-317/01 und der ersten Frage in der Rechtssache C-369/01	I - 12343
E — Zweite Frage in der Rechtssache C-369/01	I - 12345
IV — Ergebnis	I - 12346

1. Der 7. und der 11. Senat des Bundessozialgerichts (Deutschland) haben dem Gerichtshof Fragen nach der Auslegung von Artikel 41 Absatz 1 des am 23. November 1970 unterzeichneten Zusatzprotokolls zum Assoziierungsabkommen EWG—Türkei von 1963² und von Artikel 13 des Beschlusses Nr. 1/80 des durch das vorgenannte Abkommen eingesetzten Assoziationsrates vom 19. September 1980 über die Entwicklung der Assoziation³ zur Vorabentscheidung vorgelegt.

I — Rechtlicher Rahmen

A — Die Assoziation EWG—Türkei

2. Das Abkommen zur Gründung einer Assoziation zwischen der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft und der Türkei (im Folgenden: Abkommen) wurde am 12. September 1963 in Ankara von der Republik Türkei einerseits und von den Mitgliedstaaten der EWG und der Gemeinschaft andererseits unterzeichnet und durch Beschluss 64/732/EWG des Rates vom 23. Dezember 1963 über den Ab-

2 — Das Zusatzprotokoll wurde durch die Verordnung (EWG) Nr. 2760/72 des Rates vom 19. Dezember 1972 (ABl. L 293, S. 1) geschlossen, gebilligt und bestätigt.

3 — Der Beschluss vom 19. September 1980 über die Entwicklung der Assoziation trat am 1. Juli 1980 in Kraft. Er wurde nicht im Amtsblatt veröffentlicht, ist aber in einer Veröffentlichung des Amtes für amtliche Veröffentlichungen der Europäischen Gemeinschaften mit dem Titel „Assoziierungsabkommen und Protokolle EWG—Türkei sowie andere Basisdokumente“ (Brüssel 1992) enthalten.

schluss des Abkommens zur Gründung einer Assoziation zwischen der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft und der Türkei⁴ im Namen der Gemeinschaft geschlossen, gebilligt und bestätigt.

3. Ziel des Abkommens ist nach dessen Artikel 2 Absatz 1 die Förderung einer beständigen und ausgewogenen Verstärkung der Handels- und Wirtschaftsbeziehungen zwischen den Vertragsparteien — unter Einbeziehung des Bereichs der Arbeitskräfte — durch die schrittweise Verwirklichung der Freizügigkeit der Arbeitnehmer (Artikel 12) sowie durch die Beseitigung der Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit (Artikel 13) und der Dienstleistungsfreiheit (Artikel 14).

4. Artikel 6 des Abkommens sieht die Errichtung eines Assoziationsrates vor, der im Rahmen der Befugnisse tätig wird, die ihm das Abkommen zuweist.

5. Artikel 12 des Abkommens bestimmt:

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

6. Artikel 14 des Abkommens lautet:

„Die Vertragsparteien vereinbaren, sich von den Artikeln 55, 56 und 58 bis 65 des Vertrages zur Gründung der Gemeinschaft leiten zu lassen, um untereinander die Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs aufzuheben.“

7. Artikel 22 Absatz 1 des Abkommens sieht vor:

„Zur Verwirklichung der Ziele des Abkommens und in den darin vorgesehenen Fällen ist der Assoziationsrat befugt, Beschlüsse zu fassen. Jede der beiden Parteien ist verpflichtet, die zur Durchführung der Beschlüsse erforderlichen Maßnahmen zu treffen ...“

8. Titel II, „Freizügigkeit und Dienstleistungsverkehr“, des Zusatzprotokolls betrifft in seinem Kapitel I „Arbeitskräfte“ und in Kapitel II „Niederlassungsrecht, Dienstleistungen und Verkehr“. In Artikel 36 des Zusatzprotokolls, der zu Kapitel I gehört, sind nach den Grundsätzen des Artikels 12 des Abkommens die Fristen für die schrittweise Verwirklichung der Freizügigkeit der Arbeitnehmer zwischen den Mitgliedstaaten der Gemeinschaft und der Republik Türkei festgelegt. Nach Artikel 36 Absatz 2 legt der Assoziationsrat die hierfür erforderlichen Regeln fest.

4 — ABl. 1964, Nr. 217, S. 3685.

9. Artikel 41 des Zusatzprotokolls steht in Titel II Kapitel II und bestimmt:

„(1) Die Vertragsparteien werden untereinander keine neuen Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit und des freien Dienstleistungsverkehrs einführen.

(2) Der Assoziationsrat setzt nach den Grundsätzen der Artikel 13 und 14 des Assoziierungsabkommens die Zeitfolge und die Einzelheiten fest, nach denen die Vertragsparteien die Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit und des freien Dienstleistungsverkehrs untereinander schrittweise beseitigen.

Der Assoziationsrat berücksichtigt bei der Festsetzung der Zeitfolge und der Einzelheiten für die verschiedenen Arten von Tätigkeiten die entsprechenden Bestimmungen, welche die Gemeinschaft auf diesen Gebieten bereits erlassen hat, sowie die besondere wirtschaftliche und soziale Lage der Türkei. Die Tätigkeiten, die in besonderem Maß zur Entwicklung der Erzeugung und des Handelsverkehrs beitragen, werden vorrangig behandelt.“

10. Am 19. September 1980 erließ der Assoziationsrat den Beschluss Nr. 1/80.

11. Artikel 6 des Beschlusses Nr. 1/80 gewährt dem türkischen Arbeitnehmer einen schrittweisen Zugang zum Arbeitsmarkt; er hat demnach nach einem Jahr ordnungsgemäßer Beschäftigung Anspruch auf Erneuerung seiner Arbeitserlaubnis bei dem gleichen Arbeitgeber, nach drei Jahren — vorbehaltlich des den Arbeitnehmern aus den Mitgliedstaaten der Gemeinschaft einzuräumenden Vorrangs — das Recht, sich für den gleichen Beruf an anderer Stelle zu bewerben, und nach vier Jahren freien Zugang zu jeder von ihm gewählten Beschäftigung im Lohn- oder Gehaltsverhältnis. Die Durchführung wird nach Absatz 3 dieses Artikels im Einzelnen durch nationale Vorschriften geregelt.

12. Artikel 8 Absatz 1 lautet: „Kann in der Gemeinschaft eine offene Stelle nicht durch die auf dem Arbeitsmarkt der Mitgliedstaaten verfügbaren Arbeitskräfte besetzt werden und beschließen die Mitgliedstaaten im Rahmen ihrer Rechts- und Verwaltungsvorschriften zu gestatten, dass zur Besetzung dieser Stelle Arbeitnehmer eingestellt werden, die nicht Staatsangehörige eines Mitgliedstaats der Gemeinschaft sind, so bemühen sich die Mitgliedstaaten, den türkischen Arbeitnehmern in diesem Falle einen Vorrang einzuräumen.“

13. Artikel 13 des Kapitels II, „Soziale Bestimmungen“, Abschnitt 1, „Fragen betreffend die Beschäftigung und die Freizü-

gigkeit der Arbeitnehmer“, des Beschlusses Nr. 1/80 bestimmt:

„Die Mitgliedstaaten der Gemeinschaft und die Türkei dürfen für Arbeitnehmer und ihre Familienangehörigen, deren Aufenthalt und Beschäftigung in ihrem Hoheitsgebiet ordnungsgemäß sind, keine neuen Beschränkungen der Bedingungen für den Zugang zum Arbeitsmarkt einführen.“

B — Die nationale Regelung

14. In § 9 der Verordnung über die Arbeitserlaubnis für nichtdeutsche Arbeitnehmer (Arbeitserlaubnisverordnung; im Folgenden: AEVO) vom 2. März 1971 (BGBl. I S. 152) in der Fassung vom 1. Januar 1973 heißt es:

„Keiner Arbeitsgenehmigung bedürfen

15. § 9 Nummer 2 AEVO wurde durch die am 1. September 1993 erlassene und in Kraft getretene zehnte Änderungsverordnung (BGBl. I S. 1527) dahin gehend geändert, dass die Ausnahmeregelung zur Arbeitserlaubnispflicht auf im grenzüberschreitenden Personen- und Güterverkehr fahrendes Personal „bei Arbeitgebern mit Sitz im Ausland“ beschränkt wurde.

16. Am 30. September 1996 wurde § 9 Nummer 2 AEVO erneut geändert (BGBl. I S. 1491). Daraufhin lautete die ab 10. Oktober 1996 geltende Fassung wie folgt:

„2. das fahrende Personal im grenzüberschreitenden Personen- und Güterverkehr bei Arbeitgebern mit Sitz im Ausland, sofern

a) das Fahrzeug im Sitzstaat des Arbeitgebers zugelassen ist,

...“

...

2. das fahrende Personal im grenzüberschreitenden Personen- und Güterverkehr... für eine Tätigkeit bei Unternehmen mit Sitz im Geltungsbereich dieser Verordnung.“

17. In § 9 Absatz 3 der Verordnung über die Arbeitsgenehmigung für ausländische Arbeitnehmer (Arbeitsgenehmigungsverordnung; im Folgenden: ArGV) vom 17. September 1998 (BGBl. I S. 2899), die

an die Stelle der AEVO getreten ist, wurde der Inhalt von § 9 Nummer 2 AEVO unverändert übernommen.

fristete Arbeitserlaubnis erteilt; für die Zeit danach lehnte sie jedoch die Erteilung einer Arbeitserlaubnis ab.

II — Sachverhalt und Ausgangsverfahren

A — *Rechtssache C-317/01*

18. Herr Abatay, Herr Balikci, Herr Birer und Herr Günes (im Folgenden: Kläger Abatay u. a.) sind türkische Staatsangehörige, wohnen in der Türkei und sind hauptsächlich als Kraftfahrer im grenzüberschreitenden Güterverkehr tätig. Sie sind angestellt bei Baqir Dis Tic. Ve Paz. Ltd St in Mersin (Türkei) (im Folgenden: Baqir Ltd), einem Tochterunternehmen der in Stuttgart ansässigen Baqir GmbH. Die Baqir Ltd und die Baqir GmbH importieren Obst und Gemüse, das größtenteils aus eigenem Anbau stammt, nach Deutschland. Die Ware wird mittels Lastkraftwagen, die auf die Baqir GmbH in Deutschland zugelassen sind und u. a. von den Klägern Abatay u. a. gefahren werden, von der Türkei nach Deutschland transportiert.

19. Die Bundesanstalt für Arbeit hatte nach Inkrafttreten der neuen Regelung den Fahrern noch eine bis 30. September 1996 be-

20. Das Sozialgericht Nürnberg, das die Kläger Abatay u. a. angerufen hatten, entschied, dass die Antragsteller des Ausgangsverfahrens keiner Arbeitserlaubnis bedürften. Das Bayerische Landessozialgericht bestätigte diese Entscheidung im Berufungsverfahren. Beide Gerichte vertraten im Wesentlichen die Auffassung, dass die durch die neue Regelung eingeführte Verschärfung, wonach die Kläger Abatay u. a. Inhaber einer Arbeitserlaubnis sein müssten, eine Beschränkung mit sich bringe, die im Widerspruch zur Stillhalteklausele des Artikels 13 des Beschlusses Nr. 1/80 stehe.

21. Die Bundesanstalt für Arbeit legte Revision beim Bundessozialgericht ein und widersprach hierbei der Auslegung des Artikels 13 des Beschlusses Nr. 1/80 durch das Berufungsgericht.

22. Der 11. Senat des Bundessozialgerichts wirft in seinem Vorlagebeschluss die Frage auf, ob sich die von den Klägern gemachte Arbeitserlaubnisbefreiung nicht aus Artikel 13 des Beschlusses Nr. 1/80 oder Artikel 41 Absatz 1 des Zusatzprotokolls ergeben könnte. Die ab 1. September 1993 und 10. Oktober 1996 geltenden Neufassungen der AEVO könnten nämlich gegebenenfalls

als neue Beschränkungen des Beschäftigungszugangs im Sinne von Artikel 13 des Beschlusses Nr. 1/80 oder neue Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs im Sinne von Artikel 41 Absatz 1 des Zusatzprotokolls angesehen werden.

23. Nicht zweifelhaft sei hierbei, dass diese Bestimmungen in den Mitgliedstaaten unmittelbar anwendbar seien; doch ergäben sich mehrere Fragen hinsichtlich ihrer Tragweite.

24. Die betreffenden Vorlagefragen des 11. Senats und dessen wesentliche Ausführungen hierzu werden später wiedergegeben.

legende Gericht ausführt, besteht zwischen der deutschen Firma des Klägers Sahin und seinem türkischen Tochterunternehmen ein „Agenturvertrag“, wonach die Anadolu A.S. die Fahrzeuge des Klägers Sahin im grenzüberschreitenden Güterverkehr nutzt.

26. In dem Dokument „Agenturvertrag“, das in den Akten enthalten ist, die das vorlegende Gericht übermittelt hat, wird indessen lediglich festgestellt, dass das türkische Tochterunternehmen „berechtigt [ist], unsere Fahrzeuge sowie die Fahrzeuge der von uns eingesetzten Transportunternehmer zu ent- und beladen, die damit im Zusammenhang stehenden zollamtlichen und behördlichen Tätigkeiten vorzunehmen“.

B — *Rechtssache C-369/01*

25. Herr Sahin, ursprünglich türkischer und seit 1991 deutscher Staatsangehöriger, betreibt in Göppingen (Deutschland) das Transportunternehmen „Sahin Internationale Transporte“. Er ist gleichzeitig Inhaber eines Tochterunternehmens dieses Unternehmens, der Anadolu Dis Ticaret A.S. (im Folgenden: Anadolu A.S.) mit Sitz in Istanbul (Türkei). Das Göppinger Unternehmen ist Eigentümer mehrerer Lastkraftwagen, die es im internationalen Fernverkehr Deutschland/Türkei/Iran/Irak einsetzt. Sämtliche Fahrzeuge sind in Deutschland zugelassen. Wie das vor-

27. Wie das vorlegende Gericht darlegt, setzte der Kläger Sahin bereits vor dem 1. September 1993 etwa 17 Fahrer auf den in Deutschland zugelassenen Fahrzeugen ein. Diese Arbeitnehmer sind türkische Staatsangehörige, leben in der Türkei und hatten vor diesem Datum Arbeitsverträge mit der Anadolu A.S. geschlossen. Für jede Beschäftigung in Deutschland erhielten sie vom zuständigen Generalkonsulat ein deutsches Visum. Der 7. Senat fügt jedoch hinzu, dass es zur Zeit an den nötigen sachlichen Feststellungen fehle, um zu bestimmen, wer der Arbeitgeber der Fernfahrer sei.

28. Mit Klageschrift vom 29. Mai 1996 beantragte der Kläger Sahin die Feststellung, dass die genannten Arbeitnehmer für ihre Tätigkeit keiner Arbeitserlaubnis bedürfen. Ferner erwirkte er am 9. Dezember 1996 beim Sozialgericht Ulm den Erlass einer einstweiligen Anordnung, mit der die Bundesanstalt für Arbeit verpflichtet wurde, den Fernfahrern vorläufig, bis zur rechtskräftigen Entscheidung im Hauptsacheverfahren, Arbeitserlaubnisse zu erteilen.

29. Mit Urteil vom 10. Februar 1998 im Hauptsacheverfahren stellte das Sozialgericht Ulm indessen fest, dass die Beschäftigungsverhältnisse der genannten 17 Arbeitnehmer arbeitserlaubnisfrei seien.

30. Mit Urteil vom 27. Juli 2000 wies das Landessozialgericht Baden-Württemberg die Berufung der Bundesanstalt für Arbeit im Wesentlichen unter Hinweis auf Artikel 41 Absatz 1 des Zusatzprotokolls zurück und stellte fest, dass die am 1. Januar 1973 geltende Rechtslage noch immer bestehe.

31. Mit ihrer Revision gegen dieses Urteil rügt die Bundesanstalt für Arbeit insbesondere einen Verstoß gegen § 9 Nummer 2 AEVO.

32. Der Kläger Sahin beantragte, die Revision zurückzuweisen. Sowohl Artikel 41 Absatz 1 des Zusatzprotokolls als auch Artikel 13 des Beschlusses Nr. 1/80 ent-

hielten eine Stillhalteklausel, aus der abzuleiten sei, dass hinsichtlich der Arbeitserlaubnis für türkische Arbeitnehmer keine neuen Beschränkungen eingeführt werden dürften.

33. Der 7. Senat des Bundessozialgerichts hat Zweifel bezüglich der Tragweite von Artikel 41 des Zusatzprotokolls, des Verhältnisses zwischen diesem Artikel und Artikel 13 des Beschlusses Nr. 1/80 sowie der Tragweite der letztgenannten Bestimmung. Zur Klärung dieser Punkte hat er dem Gerichtshof mehrere Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt.

III — Prüfung der Vorlagefragen

34. Die von der Kommission vorgenommene Umstellung und Umformulierung der Vorlagefragen erscheint zwar sinnvoll, ich ziehe es jedoch vor, vom Wortlaut der Fragen auszugehen.

A — *Erste Vorlagefrage in der Rechts-sache C-317/01*

35. Diese Frage lautet:

1. Ist Artikel 13 des Beschlusses Nr. 1/80... so auszulegen, dass er einem Mitglied-

staat der Gemeinschaft die Einführung nationaler Regelungen verbietet, die im Vergleich zu der am 1. Dezember 1980 geltenden nationalen Rechtslage allgemein für türkische Arbeitnehmer neue Beschränkungen des Zugangs zum Arbeitsmarkt vorsehen, oder bezieht sich das Verbot der Einführung neuer Beschränkungen gemäß Artikel 13 des Beschlusses Nr. 1/80 nur auf den Zeitpunkt des erstmaligen ordnungsgemäßen Aufenthalts und der erstmaligen ordnungsgemäßen Beschäftigung eines Arbeitnehmers?

1. Ansicht des vorlegenden Gerichts und Vorbringen vor dem Gerichtshof

36. Nach Ansicht des *vorlegenden Gerichts* spricht der Wortlaut des Artikels 13 dafür, das darin enthaltene Verbot der Einführung neuer Beschränkungen nur auf den Zeitpunkt zu beziehen, zu dem Aufenthalt und Beschäftigung des Arbeitnehmers im Hoheitsgebiet des betroffenen Mitgliedstaats erstmals ordnungsgemäß sind, nicht aber auf den Zeitpunkt der erstmaligen Anwendbarkeit der Bestimmung. Diese Auslegung des Artikels 13 sei jedoch nicht zwingend.

37. Die *Kläger Abatay u. a.* verstehen die erste Frage in der Rechtssache C-317/01 dahin, dass das vorlegende Gericht wissen möchte, ob Artikel 13 des Beschlusses Nr. 1/80 abstrakt gesehen jede den Zugang zum Arbeitsmarkt neu beschränkende Regelung untersagt oder ob im Einzelfall auf den Zeitpunkt des erstmaligen ordnungs-

gemäßen Aufenthalts und der erstmaligen ordnungsgemäßen Beschäftigung des Arbeitnehmers abzustellen ist.

38. Ihres Erachtens verbietet Artikel 13 des Beschlusses Nr. 1/80 die Einführung neuer nationaler Regelungen des Zugangs zum Arbeitsmarkt, die restriktiver sind als die bei Inkrafttreten dieses Artikels geltende Regelung. Die in dieser Bestimmung enthaltene Voraussetzung, dass sich türkische Staatsangehörige im Hoheitsgebiet des Aufnahmemitgliedstaats ordnungsgemäß aufhalten und dort ordnungsgemäß beschäftigt sein müssten, solle lediglich verhindern, dass sich Personen, die illegal in einem Mitgliedstaat lebten oder arbeiteten, auf die Rechte aus diesem Artikel berufen könnten.

39. Die erste Frage sei im Übrigen nicht entscheidungserheblich, wenn sich die Kläger zum Zeitpunkt der Rechtsänderung bereits ordnungsgemäß in dem betreffenden Mitgliedstaat aufhielten oder zum Zeitpunkt der Rechtsänderung bereits ordnungsgemäß beschäftigt seien. Ordnungsgemäß seien Beschäftigung und Aufenthalt in einem Mitgliedstaat, wenn sie im Einklang mit den Rechts- und Verwaltungsvorschriften des Mitgliedstaats stünden⁵. Daher seien die Kläger vor der am 10. Oktober 1996 wirksam gewordenen Änderung der AEVO ordnungsgemäß beschäftigt gewesen, so dass sie unter die Schutzvorschrift des Artikels 13 fielen. Die erste Frage brauche somit nicht beantwortet zu werden.

⁵ — Urteil vom 26. November 1998 in der Rechtssache C-1/97 (Birden, Slg. 1998, I-7747).

40. Die Kläger Abatay u. a. berufen sich zudem hilfsweise auf Artikel 6 des Beschlusses Nr. 1/80, wonach ein in einem Mitgliedstaat ordnungsgemäß beschäftigter türkischer Arbeitnehmer dort nach vier Jahren freien Zugang zu jeder von ihm gewählten Beschäftigung im Lohn- oder Gehaltsverhältnis habe.

41. Herr Sahin, Inhaber eines Unternehmens für internationale Transporte und Kläger des Ausgangsverfahrens in der Rechtssache C-369/01, ist der Auffassung, dass der Standstill bereits seit Inkrafttreten des Beschlusses Nr. 2/76 vom 20. Dezember 1976 wirksam sei, der dem Beschluss Nr. 1/80 vorausgegangen sei und für die Arbeitnehmer in Artikel 7 eine ähnliche Bestimmung enthalte wie Artikel 13 des letztgenannten Beschlusses. Es wäre nach seiner Ansicht paradox, diese Artikel (wie es die Bundesanstalt für Arbeit und die Mitgliedstaaten tun) dahin auszulegen, dass sich das Verbot der Einführung neuer Beschränkungen für den Zugang zum Arbeitsmarkt auf den Zeitpunkt des erstmaligen ordnungsgemäßen Aufenthalts und der erstmaligen ordnungsgemäßen Beschäftigung der betroffenen Arbeitnehmer beziehe, da jemand, der bereits in einem Mitgliedstaat beschäftigt sei, keine Vorschrift mehr benötige, die es verbiete, den Zugang zum Arbeitsmarkt restriktiver zu gestalten.

42. Dies werde durch den Wortlaut des Artikels 13 des Beschlusses Nr. 1/80 bestätigt. Die nach diesem Artikel begünstigten Familienangehörigen seien ersichtlich noch nicht beschäftigt, denn andernfalls wären sie schon als Arbeitnehmer begünstigt. Die Regelung begünstige also

auch unbeschäftigte Arbeitsuchende. Wer beschäftigt sei, benötige keinen Zugang zum Arbeitsmarkt, denn er habe ihn bereits erlangt. Die Bestimmung solle also eine Zugangsmöglichkeit zum Arbeitsmarkt fördern, weshalb es für die Anwendung der Klausel nicht auf den Zeitpunkt der ersten ordnungsgemäßen Beschäftigung ankommen könne. Es könne auch nicht auf den Zeitpunkt des erstmaligen ordnungsgemäßen Aufenthalts ankommen. Vielmehr stelle die Vorschrift hier nur die Selbstverständlichkeit klar, dass aus einem illegalem Aufenthalt keine Beschäftigungsrechte erwachsen könnten⁶.

43. Die *deutsche Regierung* vertritt die Auffassung, dass sich das Verbot der Einführung neuer Beschränkungen gemäß Artikel 13 des Beschlusses Nr. 1/80 nur auf den Zeitpunkt des erstmaligen ordnungsgemäßen Aufenthalts und der erstmaligen ordnungsgemäßen Beschäftigung eines Arbeitnehmers im Aufnahmemitgliedstaat beziehe. Bestätigt werde diese Auffassung auch durch einen Vergleich mit Artikel 41 Absatz 1 des Zusatzprotokolls. Während diese Bestimmung allgemeine Tragweite habe, sei der Wortlaut des Artikels 13 des Beschlusses Nr. 1/80 enger, da hier nur auf diejenigen Arbeitnehmer und ihre Familienangehörigen abgestellt werde, die sich ordnungsgemäß aufhielten.

44. Dieses Ergebnis entspreche auch dem Zweck des Artikels 13 des Beschlusses Nr. 1/80, der nicht auf eine dauerhafte Regelung der Freizügigkeit der Arbeitnehmer

6 — Urteil vom 20. September 1990 in der Rechtssache C-192/89 (Sevince, Slg. 1990, I-3461).

zwischen der Türkei und den Mitgliedstaaten abziele, sondern lediglich die schrittweise Konsolidierung der Situation derjenigen türkischen Arbeitnehmer sichern wolle, die ordnungsgemäßen Zugang zum Arbeitsmarkt eines Mitgliedstaats gefunden hätten. Der jeweilige Arbeitnehmer solle sich darauf verlassen können, dass Beeinträchtigungen seiner Rechte, die zum Zeitpunkt der Einreise bestanden hätten, ausgeschlossen seien. Dieser Konsolidierungszweck des Beschlusses Nr. 1/80 lasse aber die Befugnis der nationalen Behörden unberührt, die Einreise und die erstmalige Arbeitsaufnahme türkischer Staatsangehöriger in dem jeweiligen Mitgliedstaat zu steuern. Das Gleiche gelte für Artikel 6 des Beschlusses Nr. 1/80.

45. Die *französische Regierung* teilt weitgehend die Ansicht der deutschen Regierung. Artikel 13 des Beschlusses Nr. 1/80 ziele nicht auf eine dauerhafte Regelung der Freizügigkeit der Arbeitnehmer zwischen der Türkei und den Mitgliedstaaten ab, sondern wolle lediglich die schrittweise Konsolidierung der Situation derjenigen türkischen Arbeitnehmer sicherstellen, die ordnungsgemäßen Zugang zum Arbeitsmarkt eines Mitgliedstaats gefunden hätten. Dieser Konsolidierungszweck des Beschlusses Nr. 1/80 lasse aber die Befugnis der nationalen Behörden unberührt, die Einreise und die erstmalige Arbeitsaufnahme türkischer Staatsangehöriger in dem jeweiligen Mitgliedstaat zu steuern. Das Gleiche gelte für Artikel 6 des Beschlusses Nr. 1/80.

46. Nach Auffassung der *niederländischen Regierung* macht der Wortlaut des Artikels

13 des Beschlusses Nr. 1/80 deutlich, dass sich das darin ausgesprochene Verbot ausschließlich auf bereits beschäftigte „ordnungsgemäße“ Arbeitnehmer beziehe. Die Stillhalteverpflichtung betreffe nämlich allein bereits zum Arbeitsmarkt zugelassene Arbeitnehmer. Dieser Artikel regule hingegen nicht die Voraussetzungen der ersten Zulassung dieser Arbeitnehmer. Die Mitgliedstaaten könnten somit weiterhin neue Beschränkungen der erstmaligen Zulassung zum Arbeitsmarkt erlassen, sie dürften indessen keine Beschränkungen einführen, die sich auf bereits zum Arbeitsmarkt zugelassene Arbeitnehmer auswirkten.

47. Dies ergebe sich auch aus einer genaueren Betrachtung des Artikels 13 im Zusammenhang mit anderen Bestimmungen des in Rede stehenden Beschlusses. So enthielten die Artikel 6, 7, 8, 9, 10 und 11 des Beschlusses jeweils eine Verweisung auf den „regulären Arbeitsmarkt“ oder auf die „ordnungsgemäße Beschäftigung“, jedoch keine einzige Verweisung auf die Zulassung zum Arbeitsmarkt als solche.

48. Diese Auslegung werde außerdem durch die ständige Rechtsprechung bestätigt (u. a. Urteile Tetik⁷, Randnr. 21, und Savas⁸, Randnr. 58), wonach es weiterhin Sache der Mitgliedstaaten sei, den ersten Zugang zum Arbeitsmarkt zu regeln. Es stünde im Widerspruch zu dieser Feststellung, wenn angenommen würde, dass die Mitgliedstaaten bereits vom Inkrafttreten des Beschlusses Nr. 1/80 an keine

7 — Urteil vom 23. Januar 1997 in der Rechtssache C-171/95 (Slg. 1997, I-329).

8 — Urteil vom 11. Mai 2000 in der Rechtssache C-37/98 (Slg. 2000, I-2927).

neuen Beschränkungen für die erstmalige Zulassung zum Arbeitsmarkt einführen dürften.

49. Die *Kommission* führt aus: „Der Beschluss ... Nr. 1/80 gewährt mithin kein ... Freizügigkeitsrecht für türkische Arbeitnehmer. Die Festlegung der Bedingungen für den Zugang bleibt beim gegenwärtigen Stand des Assoziationsrechts den Mitgliedstaaten der Europäischen Union weiterhin vorbehalten. Erst wenn türkische Arbeitnehmer bereits einen Zugang zum Arbeitsmarkt eines Mitgliedstaats gefunden haben, kommen sie in den Genuss der Rechte, die ihnen der Beschluss des Assoziationsrats Nr. 1/80 gewährt.“

2. Stellungnahme

50. Diese Ausführungen der Kommission sind ebenso wie das entsprechende Vorbringen der Regierungen der Mitgliedstaaten zweifellos zutreffend.

51. Der Gerichtshof hat im vorgenannten Urteil Savas zudem Folgendes ausgeführt:

„58... ist auf die ständige Rechtsprechung zu verweisen, nach der die Vorschriften

über die Assoziation EWG—Türkei beim gegenwärtigen Stand des Gemeinschaftsrechts die Befugnis der Mitgliedstaaten unberührt lassen, Vorschriften sowohl über die Einreise türkischer Staatsangehöriger in ihr Hoheitsgebiet als auch über die Voraussetzungen für deren erste Beschäftigung zu erlassen, und lediglich die Stellung türkischer Arbeitnehmer regeln, *die bereits ordnungsgemäß* in den Arbeitsmarkt der Mitgliedstaaten *eingegliedert*⁹ sind (vgl. u. a. Urteil vom 23. Januar 1997 in der Rechtssache C-171/95, Tetik, Slg. 1997, I-329, Randnr. 21).

59 Sodann hat der Gerichtshof wiederholt entschieden, dass türkische Arbeitnehmer im Gegensatz zu den Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten keine Freizügigkeit innerhalb der Gemeinschaft genießen, sondern nur bestimmte Rechte in dem Aufnahmemitgliedstaat besitzen, in dessen Hoheitsgebiet sie rechtmäßig eingereist sind und in dem sie eine bestimmte Zeit lang eine ordnungsgemäße Beschäftigung ausgeübt haben (vgl. u. a. Urteil Tetik, Randnr. 29).“

52. Das Urteil Savas bezieht sich global auf die „Vorschriften über die Assoziation EWG—Türkei“.

53. Artikel 13 des Beschlusses Nr. 1/80 lässt sich somit nicht in einem anderen Sinne auslegen, indem z. B. nur ein Teil dieser Bestimmung herangezogen wird

9 — Hervorhebung von mir.

(„Die Mitgliedstaaten der Gemeinschaft und die Türkei dürfen für Arbeitnehmer und ihre Familienangehörigen ... keine neuen Beschränkungen der Bedingungen für den Zugang zum Arbeitsmarkt einführen“) und der andere Teil entfällt („... deren Aufenthalt und Beschäftigung in ihrem Hoheitsgebiet ordnungsgemäß sind“).

57. Diese Arbeitnehmer genießen weiterhin in vollem Umfang die Rechte, die ihnen nach Artikel 6 (oder ihren Familienangehörigen nach Artikel 7) zustehen¹⁰.

58. Im Urteil Kurz¹¹ wird ausgeführt, was unter „Arbeitnehmer“ und „dem regulären Arbeitsmarkt angehören“ zu verstehen ist.

54. Man kann auch nicht wie die Kläger der Ausgangsverfahren geltend machen, dass seit dem 1. Dezember 1980 keine neuen Beschränkungen mehr für türkische Arbeitnehmer eingeführt werden dürften, die sich zu diesem Zeitpunkt nicht im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats aufgehalten hätten, und dass solche Beschränkungen nur gegenüber türkischen Arbeitnehmern zulässig seien, die illegal eingereist seien.

59. Die Wendung „Bedingungen für den Zugang zum Arbeitsmarkt“ in Artikel 13 kann in der Tat nicht auf etwas anderes abheben als auf die Rechte aus Artikel 6.

55. Somit können die Mitgliedstaaten auch nach dem 1. Dezember 1980 noch neue Beschränkungen für die Einreise türkischer Arbeitnehmer einführen, die Zugang zu einer Beschäftigung im Lohn- oder Gehaltsverhältnis suchen.

60. Es handelt sich hierbei bekanntlich darum, dass der Arbeitnehmer nach einem Jahr ordnungsgemäßer Beschäftigung Anspruch auf Erneuerung seiner Arbeitslaubnis bei dem gleichen Arbeitgeber hat, wenn dieser noch über einen Arbeitsplatz verfügt, dass sich der Arbeitnehmer nach drei Jahren für den gleichen Beruf an anderer Stelle bewerben kann und dass er nach vier Jahren ordnungsgemäßer Beschäftigung freien Zugang zu jeder von ihm gewählten Beschäftigung im Lohn- oder Gehaltsverhältnis hat.

56. Andererseits dürfen gemäß Artikel 13 solche Beschränkungen nicht diejenigen Arbeitnehmer beeinträchtigen, die bereits vor Einführung dieser neuen Beschränkungen rechtmäßig eine Beschäftigung und ein Aufenthaltsrecht in dem jeweiligen Mitgliedstaat erlangt haben.

10 — Allerdings vorbehaltlich der folgenden Schutzklausel des Artikels 12 des Beschlusses Nr. 1/80:

„Wenn in einem Mitgliedstaat der Gemeinschaft oder in der Türkei der Arbeitsmarkt ernststen Störungen ausgesetzt oder von ernststen Störungen bedroht ist, die ernste Gefahren für den Lebensstandard und das Beschäftigungsniveau in einem Gebiet, einem Wirtschaftszweig oder einem Beruf mit sich bringen können, so kann der betreffende Staat davon absehen, automatisch die Artikel 6 und 7 anzuwenden. Der betreffende Staat unterrichtet den Assoziationsrat von dieser zeitweiligen Einschränkung.“

11 — Urteil vom 19. November 2002 in der Rechtssache C-188/00 (Slg. 2002, I-10691, Randnr. 68).

61. Wie die deutsche, die französische und die niederländische Regierung ausgeführt haben, bezweckt Artikel 13 demnach lediglich die Konsolidierung (nach den Artikeln 6 und 7) der Situation derjenigen türkischen Arbeitnehmer, die bereits ordnungsgemäßen Zugang zum Arbeitsmarkt gefunden haben.

62. Es kann vielleicht eingewandt werden, dass Artikel 13 unter diesen Umständen überflüssig erscheint, da es den Mitgliedstaaten bereits nach dem Grundsatz *pacta sunt servanda* untersagt ist, die Rechte anzutasten, die die Arbeitnehmer aufgrund der Artikel 6 und 7 erworben haben¹².

63. Meines Erachtens kann dieser Bestimmung indessen insofern eine bestimmte Zweckmäßigkeit nicht abgesprochen werden, als sie das Recht ordnungsgemäß beschäftigter Arbeitnehmer bekräftigt, nicht von neuen Beschränkungen berührt zu werden, die die Mitgliedstaaten im Übrigen jederzeit einführen können.

64. Wollte man Artikel 13 eine weiter gehende Wirkung zusprechen, so stünde dies im Widerspruch zu seinem Wortlaut und zur Auslegung der „Vorschriften über die Assoziation EWG—Türkei“ durch den Gerichtshof im Urteil *Savas*.

65. Ich schlage demnach vor, die erste Frage in der Rechtssache C-317/01 wie folgt zu beantworten:

Artikel 13 des Beschlusses Nr. 1/80 ist dahin auszulegen, dass neue Beschränkungen des Zugangs türkischer Arbeitnehmer zum Arbeitsmarkt, die ein Mitgliedstaat nach dem 1. Dezember 1980 einführt, nicht auf die türkischen Arbeitnehmer Anwendung finden dürfen, die sich zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieser Beschränkungen bereits ordnungsgemäß im Hoheitsgebiet dieses Mitgliedstaats aufhalten und dort ordnungsgemäß beschäftigt sind.

B — Zweite Frage in der Rechtssache C-371/01 und dritte Frage in der Rechtssache C-369/01

66. Diese beiden Fragen, die sich mit der spezifischen Situation der türkischen Fernfahrer im grenzüberschreitenden Verkehr befassen, sind mehr oder weniger gleichlautend. Sie sind gemeinsam zu prüfen und zu beantworten. Sie lauten wie folgt:

Rechtssache C-317/01:

Ist Artikel 13 des Beschlusses Nr. 1/80 auch auf in der Türkei beschäftigte Ar-

¹² — Urteil *Kurz* (zitiert in Fußnote 11, Randnr. 68).

beitnehmer anzuwenden, die als Fernfahrer im grenzüberschreitenden Güterverkehr regelmäßig einen Mitgliedstaat der Gemeinschaft durchfahren, ohne dem regulären Arbeitsmarkt dieses Mitgliedstaats anzugehören?

68. Der 11. Senat legt Folgendes dar:

Rechtssache C-369/01:

„... ist zweifelhaft, ob Art 13 ARB Nr 1/80 auch auf in der Türkei beschäftigte Arbeitnehmer wie die Kläger anzuwenden sei, die jeweils als fahrendes Personal einen Mitgliedstaat wie Deutschland lediglich im grenzüberschreitenden Güterverkehr durchfahren, ohne dem regulären Arbeitsmarkt in Deutschland anzugehören (Frage 2).

Ist Artikel 13 des Beschlusses Nr. 1/80 auch auf türkische Arbeitnehmer eines Arbeitgebers mit Sitz in der Türkei anzuwenden, die als Fernfahrer im grenzüberschreitenden Güterverkehr regelmäßig einen Mitgliedstaat der Gemeinschaft durchfahren, ohne dem (regulären) Arbeitsmarkt dieses Mitgliedstaats anzugehören?

1. Standpunkt des vorlegenden Gerichts und der Verfahrensbeteiligten, die Erklärungen abgegeben haben

67. Bei diesen Fragen erscheint es zweckmäßig, die entsprechenden Ausführungen des 11. Senats des Bundessozialgerichts (vorlegender Senat in der Rechtssache Abatay u. a.) zu zitieren, zumal der 7. Senat darauf verweist.

Für die Zugehörigkeit zum regulären Arbeitsmarkt kommt es darauf an, ob das Arbeitsverhältnis im Hoheitsgebiet des Mitgliedstaats lokalisiert werden kann oder eine hinreichend enge Verknüpfung mit diesem Gebiet aufweist, wobei insbesondere der Ort der Einstellung des türkischen Staatsangehörigen, das Gebiet, in dem oder von dem aus die Tätigkeit im Lohn- oder Gehaltsverhältnis ausgeübt wird, und die nationalen Vorschriften im Bereich des Arbeitsrechts und der sozialen Sicherheit zu berücksichtigen sind ([Urteile des Gerichtshofes vom 6. Juni 1995 in der Rechtssache C-434/93, Bozkurt, Slg. 1995, I-1475, vom 30. September 1997 in der Rechtssache C-36/96, Günaydin, Slg. 1997, I-5143, und vom 30. September 1997 in der Rechtssache C-98/96, Ertanir, Slg. 1997, I-5179]). Nach diesen Voraussetzungen gehören Arbeitnehmer wie die Kläger, die als Fernfahrer in der Türkei angestellt sind, *jedenfalls dann nicht dem regulären deutschen Arbeitsmarkt an*¹³, wenn sie —

13 — Hervorhebung von mir.

wovon im vorliegenden Fall auszugehen ist — in der Türkei bezahlt werden und den türkischen arbeits- und sozialrechtlichen Bestimmungen unterliegen.

bei einem ausländischen Arbeitgeber, dass Fernfahrer wie die Kläger überhaupt keine schrittweise zu verfestigende Integration in den deutschen Arbeitsmarkt anstreben, weshalb sich die Kläger im Übrigen auch nicht auf Art 6 ARB Nr 1/80 (freier Zugang zu Beschäftigungen nach Tätigkeit innerhalb des regulären Arbeitsmarktes) berufen können.

Der systematische Standort des Art 13 innerhalb des 1. Abschnitts des Kapitels II des ARB Nr 1/80 („Fragen betreffend die Beschäftigung und die Freizügigkeit der Arbeitnehmer“) sowie weiterer Regelungen dieses Abschnitts (insbesondere Art 6, 7, 10 und 11) sprechen für die Annahme, dass sich Art 13 ARB Nr 1/80 nur auf Arbeitnehmer bezieht, die dem regulären Arbeitsmarkt eines Mitgliedstaats angehören ... Dass die das deutsche Gebiet nur in eingeschränktem Umfang berührende Tätigkeit von ausländischen Fernfahrern nicht von den Regelungen des Abschnitts 1 in Kapitel II des ARB Nr 1/80, also auch nicht von Art 13, erfasst wird, könnte sich ua daraus ergeben, dass die Bestimmungen des genannten Abschnitts auf die schrittweise Integration türkischer Arbeitnehmer und ihrer Familienangehörigen in den Arbeitsmarkt abzielen; die Rechte zur Aufnahme einer weiteren Beschäftigung und demzufolge auf Aufenthalt im Hoheitsgebiet des jeweiligen Staates (vgl. Urteile des Gerichtshofes vom 20. September 1990, Sevince, und vom 16. Dezember 1992 in der Rechtssache C-237/91, Kus, Slg. 1992, I-6781) sind umso größer, je länger und kontinuierlicher zuvor eine Beschäftigung ordnungsgemäß ausgeübt worden ist. Ob sich solche Rechte auf Fernfahrer, die regelmäßig nur für begrenzte Zeit in das Hoheitsgebiet eines Staates einfahren und dieses dann auch immer wieder verlassen, sachgerecht übertragen lassen, ist fraglich. So verdeutlicht etwa die Tatsache der — für die Arbeits-erlaubnisfreiheit nach deutschem Recht erforderlichen — anhaltenden Beschäftigung

Die Begrenzung des Anwendungsbereichs des Art 13 ARB Nr 1/80 auf Arbeitnehmer des regulären Arbeitsmarktes ist allerdings nicht zwingend, wie der Standpunkt des [Landessozialgerichts] zeigt. Seiner Argumentation, der Schutzbereich des Art 13 ARB Nr 1/80 müsse auch im grenzüberschreitenden Verkehr zum Einsatz kommende türkische Arbeitnehmer erfassen, da in Fällen wie den vorliegenden der inländische Arbeitsmarkt nur marginal berührt werde und folglich eine restriktive Interpretation der Stillhalteklausele nicht angebracht sei, folgt der Senat allerdings nicht. Sie würde nämlich die Mitgliedstaaten und die Türkei ohne Not in ihren Möglichkeiten beschränken, Missbräuchen auf ihren Arbeits- und Wirtschaftsmärkten wirksam entgegenzutreten. Im Übrigen ist zweifelhaft, ob in Fällen vorliegender Art der deutsche Arbeitsmarkt nur marginal berührt wird, wenn — wie im vorliegenden Fall von der Beklagten in den Tatsacheninstanzen geltend gemacht — die Beschäftigung von Fahrern aus Niedriglohnländern auf in Deutschland zugelassenen Fahrzeugen dazu führt, dass in Deutschland wohnende arbeitslose Fahrer nicht eingestellt werden.“

69. Die Kläger Abatay u. a. führen aus, dass Beschäftigung und Aufenthalt in einem Mitgliedstaat ordnungsgemäß seien, wenn sie im Einklang mit den Rechts- und Verwaltungsvorschriften dieses Staates stünden¹⁴. In diesem Sinne seien die Kläger vor der Änderung der deutschen Vorschriften ordnungsgemäß beschäftigt gewesen.

70. Die Besonderheit, dass der Tätigkeitsschwerpunkt der Kläger nicht im Inland eines Mitgliedstaats liege, dürfe nicht zu ihren Lasten gehen. Nach Artikel 13 müsse vielmehr die konkrete Ausgestaltung einer Beschäftigung geschützt sein, unabhängig davon, ob sie grenzüberschreitend sei.

71. Die Kläger bestreiten auch, dass nur Beschäftigungen geschützt seien, die dem Arbeits- und Sozialrecht eines Mitgliedstaats unterlägen (die also vom „regulären“ Arbeitsmarkt eines Mitgliedstaats erfasst würden).

72. Die deutsche Regierung vertritt die Auffassung, dass Artikel 13 des Beschlusses Nr. 1/80 nicht für Fernfahrer gelte, die in der Türkei beschäftigt seien und von dort aus im grenzüberschreitenden Güterverkehr eingesetzt würden, da sie nicht dem „regulären Arbeitsmarkt“ des jeweiligen Mitgliedstaats angehörten.

73. Für diese Auffassung spreche der systematische Standort des Artikels 13 innerhalb des Kapitels II Abschnitt 1, „Fragen betreffend die Beschäftigung und die Freizügigkeit der Arbeitnehmer“, das Konkurrenzverhältnis zu weiteren Regelungen dieses Abschnitts, insbesondere zu den Artikeln 6, 7, 10 und 11, sowie das Ziel, die türkischen Arbeitnehmer und ihre Familieneingehörigen schrittweise in den Arbeitsmarkt zu integrieren.

74. Im vorliegenden Fall sei keiner der Anhaltspunkte gegeben, die im vorerwähnten Urteil Bozkurt genannt seien.

75. Nach Ansicht der Kommission steht die Stillhalteklausele des Artikels 13 des Beschlusses Nr. 1/80 der Einführung einer nationalen Regelung nicht entgegen, mit der eine bisherige Arbeitserlaubnisfreiheit türkischer Fernfahrer im grenzüberschreitenden Güterverkehr, die bei einem Arbeitgeber mit Sitz in der Türkei beschäftigt seien und auf in dem betreffenden Mitgliedstaat zugelassenen Lastkraftwagen eingesetzt würden, abgeschafft werde. Bei solchen Arbeitnehmern liege nämlich keine hinreichend enge Anknüpfung an das Hoheitsgebiet des Mitgliedstaats vor.

2. Stellungnahme

76. Nach dem Wortlaut der beiden Fragen und den Darlegungen des vorliegenden Ge-

14 — Vgl. Urteil Birden.

richts ist dieses bereits zu dem Schluss gelangt, dass die betroffenen türkischen Arbeitnehmer nicht dem regulären deutschen Arbeitsmarkt angehörten, da sie nicht die Anknüpfungskriterien des Urteils Bozkurt¹⁵ erfüllten.

77. Mit den beiden zu prüfenden Fragen soll also letztlich geklärt werden, ob sich Personen, deren Arbeitsverhältnis keine enge Anknüpfung an das Gebiet eines Mitgliedstaats aufweist, gleichwohl auf Artikel 13 berufen können.

78. Eine Bejahung dieser Frage setzt zunächst voraus, dass der in Artikel 13 des Beschlusses Nr. 1/80 enthaltene Begriff „Arbeitnehmer ..., deren Aufenthalt und Beschäftigung ... ordnungsgemäß sind“, eine andere Bedeutung hat als der Begriff „Arbeitnehmer, der dem regulären Arbeitsmarkt eines Mitgliedstaats angehört“, in Artikel 6 Absatz 1 Unterabsatz 1 dieses Beschlusses oder der Begriff „ordnungsgemäße Beschäftigung“ in jedem der drei Gedankenstriche des genannten Absatzes.

79. Es erscheint indessen kaum möglich, diesen praktisch gleichen Begriffen eine unterschiedliche Bedeutung beizumessen, je nachdem, in welchem Artikel desselben Abschnitts des Beschlusses sie sich befinden.

15 — Zitiert in Nr. 68. Die Kriterien des Urteils Bozkurt führen in der Tat zu dem Schluss, dass die betroffenen Fernfahrer dem regulären türkischen Arbeitsmarkt angehören.

80. Ferner ist zu bedenken, dass der Gerichtshof im Urteil Bozkurt im Zusammenhang mit Artikel 6 unterschiedslos davon, dass eine „ordnungsgemäße Beschäftigung ... vorliegen kann“ (Randnrn. 25 und 31), von der „Ordnungsmäßigkeit der Beschäftigung“ (Randnrn. 26, 27 und 29) und von „türkischen Staatsangehörigen, die bereits ordnungsgemäß in den Arbeitsmarkt ... integriert sind“ (Randnr. 30) spricht.

81. Er ist also offensichtlich davon ausgegangen, dass die in Artikel 6 und in Artikel 13 verwendeten Begriffe gleich sind.

82. Das Urteil Bozkurt ist noch in anderer Hinsicht erwähnenswert. Der Gerichtshof hat nämlich in Randnummer 31 dieses Urteils ausgeführt, dass bei einem türkischen Arbeitnehmer, der für die Ausübung seiner Berufstätigkeit nach den anwendbaren nationalen Rechtsvorschriften weder eine Arbeiterlaubnis noch eine Aufenthaltserlaubnis der Behörden des Aufnahmelandes benötigte, eine ordnungsgemäße Beschäftigung „vorliegen kann“. Dem Zusammenhang ist zu entnehmen, dass der Gerichtshof sagen wollte, „auf anderem Wege“.

83. Für die Nachweise, mit denen sich das Vorliegen einer ordnungsgemäßen Beschäftigung dartun lässt, finden sich in diesem Urteil jedoch nur die drei bereits genannten Kriterien, nämlich der Gesichtspunkt des Ortes der Einstellung, des Gebietes, von dem aus die Tätigkeit im Lohn- oder Gehaltsverhältnis ausgeübt wird, und der Vorschriften im Bereich des Arbeitsrechts und der sozialen Sicherheit.

84. Das vorliegende Gericht führt indessen aus, dass „nach diesen Voraussetzungen Arbeitnehmer wie die Kläger, die als Fernfahrer in der Türkei angestellt sind, jedenfalls dann nicht dem regulären deutschen Arbeitsmarkt [angehören], wenn sie — wovon im vorliegenden Fall auszugehen ist — in der Türkei bezahlt werden und den türkischen arbeits- und sozialrechtlichen Bestimmungen unterliegen“.

— sie besaßen zeitweilig eine Arbeitserlaubnis, so dass sie von dem betroffenen Mitgliedstaat wohl als zu seinem Arbeitsmarkt gehörend angesehen wurden;

— sie werden auf in Deutschland zugelassenen Fahrzeugen eingesetzt;

85. Aus Randnummer 31 des Urteils Bozkurt ergibt sich somit, dass Arbeitnehmer, bei denen eine Arbeitserlaubnis nach den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats nicht erforderlich ist, nicht, wie die Kläger der Ausgangsverfahren behaupten, automatisch im Sinne von Artikel 13 ordnungsgemäß beschäftigt sind.

— sie befinden sich in einer besonderen Lage, da sie „das deutsche Gebiet nur in eingeschränktem Umfang berühren“ und „überhaupt keine schrittweise zu verfestigende Integration in den deutschen Arbeitsmarkt anstreben“ (mit den Worten des vorliegenden Gerichts).

86. Man könnte jedoch auch versucht sein, die oben dargelegten Textargumente und die Rechtsprechung des Gerichtshofes über eine hinreichend enge Verknüpfung beiseite zu lassen, um eine praktische Lösung des Problems der türkischen Fernfahrer zu erreichen, und sich hierbei auf folgende Punkte zu stützen:

87. Dem kann indessen nicht gefolgt werden.

88. Der Umstand, dass diese Fernfahrer auf in Deutschland zugelassenen Fahrzeugen eingesetzt werden, ist von vornherein nicht von Belang.

— Die Fahrer übten ihre Tätigkeit im Einklang mit den deutschen Rechtsvorschriften aus, bis die restriktivere Regelung eingeführt wurde;

89. Bei der Rechtssache Bozkurt handelte es sich ebenfalls um einen türkischen Fernfahrer, der auf einem in den Nieder-

landen zugelassenen Fahrzeug eingesetzt wurde; dies hat den Gerichtshof jedoch nicht daran gehindert, andere Kriterien aufzustellen¹⁶. Im Urteil Lopes da Veiga¹⁷ hat der Gerichtshof zwar erwähnt, dass der betroffene portugiesische Staatsangehörige auf einem in den Niederlanden registrierten Schiff gearbeitet hatte, er hat dem nationalen Gericht jedoch fünf weitere „Umstände“ genannt, die zu berücksichtigen sind, um zu beurteilen, ob das Arbeitsverhältnis des Klägers eine hinreichend enge Verbindung mit dem niederländischen Gebiet aufwies, um die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis zu rechtfertigen; dabei handelte es sich um Folgendes: Der Kläger arbeitete im Dienst einer in den Niederlanden niedergelassenen Reedereigesellschaft niederländischen Rechts, er war in den Niederlanden eingestellt worden, das Arbeitsverhältnis mit seinem Arbeitgeber unterlag niederländischem Recht und der Betroffene war im Sozialversicherungssystem in den Niederlanden versichert und dort einkommensteuerpflichtig.

90. Der Umstand, dass die türkischen Fernfahrer vorher entsprechend den deutschen Rechtsvorschriften tätig waren, kann meines Erachtens ebenfalls keine Ad-hoc-Lösung rechtfertigen.

91. Diese Fahrer kamen nämlich in den Genuss der Sonderregelung, die die Bundesrepublik Deutschland allen im grenzüberschreitenden Verkehr beschäftigten Fernfahrern und nicht nur den Fahrern türkischer Staatsangehörigkeit gewährte.

92. Zudem wurde ihnen die Arbeits-erlaubnis nur befristet erteilt, damit sich das Unternehmen an die Neuregelung anpassen konnte.

93. Nach alledem schlage ich dem Gerichtshof vor, die zweite Frage in der Rechtssache C-317/01 und die dritte Frage in der Rechtssache C-369/01 wie folgt zu beantworten:

Artikel 13 des Beschlusses Nr. 1/80 ist nicht auf türkische Arbeitnehmer eines Arbeitgebers mit Sitz in der Türkei anzuwenden, die als Fernfahrer im grenzüberschreitenden Güterverkehr regelmäßig einen Mitgliedstaat der Gemeinschaft durchfahren, ohne dem regulären Arbeitsmarkt dieses Mitgliedstaats anzugehören.

C — Teil b der dritten Frage in der Rechtssache C-317/01 und der ersten Frage in der Rechtssache C-369/01

16 — In Randnr. 3 des Urteils wird festgestellt, dass sich dieser Fahrer zwischen seinen Fahrten und während seiner Urlaubszeit in den Niederlanden aufhielt.

17 — Urteil vom 27. September 1989 in der Rechtssache 9/88 (Slg. 1989, 2989, Randnr. 17).

94. Die Texte dieser Fragen ähneln sich. Sie sind gemeinsam zu prüfen und zu beantworten. Sie lauten wie folgt:

Rechtssache C-317/01

Ist Artikel 41 Absatz 1 des Zusatzprotokolls so auszulegen, dass

...

- b) auch dann eine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs vorliegt, wenn ein Mitgliedstaat der Gemeinschaft eine bisherige Arbeits-erlaubnisfreiheit türkischer Fahrer im grenzüberschreitenden Güterverkehr, die bei einem (türkischen) Arbeitgeber mit Sitz in der Türkei beschäftigt sind, abschafft?

1. Ansicht des vorlegenden Gerichts und Vorbringen vor dem Gerichtshof

- b) auch dann eine neue Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs vorliegt, wenn ein Mitgliedstaat der Gemeinschaft ab dem Zeitpunkt des Inkrafttretens des Zusatzprotokolls den Zugang türkischer Arbeitnehmer zum Arbeitsmarkt beschränkt und dadurch für türkische Unternehmer, bei denen die Arbeitnehmer beschäftigt sind, die Teilnahme am freien Dienstleistungsverkehr erschwert?

95. Nach Ansicht des 11. *Senats* des Bundessozialgerichts ist nicht klar, ob auch dann eine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs im Sinne von Artikel 41 Absatz 1 vorliegt, wenn durch die Einführung einer Maßnahme der gegebenen Art mittelbar die Teilnahme der solche Arbeitnehmer beschäftigenden Unternehmen am freien Dienstleistungsverkehr erschwert wird.

Rechtssache C-369/01

Ist Artikel 41 Absatz 1 des Zusatzprotokolls so auszulegen, dass

...

96. Der 7. *Senat* des Bundessozialgerichts wirft die Frage auf, ob Maßnahmen der vorliegenden Art überhaupt als „Beschränkungen“ im Sinne von Artikel 41 des Zusatzprotokolls zu werten sind. Seines Erachtens könnte es im vorliegenden Fall auch darauf ankommen, ob die Geltung von Artikel 41 zugunsten der türkischen Arbeitnehmer voraussetzt, dass es sich um Arbeitnehmer allein eines türkischen Arbeitgebers handelt, oder ob an dem Arbeitsverhältnis — in welcher Form auch immer — ein weiterer (deutscher) Arbeitgeber beteiligt sein kann. Nach Ansicht des

7. Senats kann eine Maßnahme von vornherein nicht als neue Beschränkung verstanden werden, wenn hierdurch als Unternehmer nur ein in Deutschland ansässiger Deutscher nachteilig betroffen sei; der Rechtsstreit betreffe indessen die Frage, ob der Kläger Sahin, der seit 1991 deutscher Staatsangehöriger sei, künftig türkische Fahrer ohne Arbeitserlaubnis einsetzen dürfe.

97. Die *türkischen Fernfahrer*, Kläger des Ausgangsverfahrens in der Rechtssache C-317/01, vertreten die Auffassung, dass die Einführung einer Arbeitserlaubnispflicht für eine Tätigkeit, die bisher davon befreit gewesen sei, den freien Dienstleistungsverkehr türkischer Transportunternehmen im Gebiet eines Mitgliedstaats behindere.

98. Der *Kläger Sahin* führt aus, dass zum freien Dienstleistungsverkehr auch die Möglichkeit des Unternehmens gehöre, Personal zur Ausführung der Dienstleistungen einzusetzen, und dass eine Verschärfung der geltenden nationalen Rechtsvorschriften, wie sie hier vorliege, geeignet sei, die Dienstleistungen unter Verletzung von Artikel 41 Absatz 1 des Zusatzprotokolls zu verhindern. Eine unternehmerische Tätigkeit bestehe nach internationalem Verständnis nicht nur im persönlichen Einsatz, sondern könne auch in der Ausführung einer Tätigkeit durch Arbeitnehmer bestehen.

99. Herr Sahin legt die besonderen Merkmale des Marktes im Bereich des grenzüberschreitenden Güterverkehrs, insbesondere mit dem Zielgebiet Mittlerer Osten, dar. Er bemerkt, grenzüberschreitender Güterfernverkehr sei zwangsläufig eine Tätigkeit auf einem Markt, den sich Unternehmen aufteilen, die unterschiedlichen Rechtssystemen angehörten und daher ihren Mitarbeitern nach den rechtlichen und tatsächlichen Verhältnissen der Staaten, denen sie angehörten, unterschiedliche Einkommen und soziale Leistungen gewährten. Unternehmen aus Drittstaaten könnten mit niedrigeren Lohnkosten kalkulieren, vor allem aber fänden sie auf den ihnen zugänglichen Arbeitsmärkten eher das Personal, das angesichts der heimatlichen ökonomischen Schwierigkeiten bereit sei, wochenlang von der Familie getrennt zu sein, und das über die erforderlichen sprachlichen Kenntnisse für Fahrten in die Türkei und teilweise darüber hinaus in Länder wie Iran, Jordanien oder Ägypten verfüge.

100. Die *deutsche Regierung* vertritt die Auffassung, dass Artikel 41 Absatz 1 des Zusatzprotokolls einer Änderung, wie sie hier vorliege, nicht entgegenstehe, da die Bestimmungen des Assoziierungsabkommens EWG—Türkei auf dem Gebiet des freien Dienstleistungsverkehrs begrenzter seien als die entsprechende Regelung im Rahmen der Europäischen Union.

101. Die *französische Regierung* ist der Ansicht, dass die in Artikel 41 Absatz 1 des Zusatzprotokolls vorgesehenen Regelungen über den freien Dienstleistungsverkehr

nicht auf einen Fall anzuwenden seien, in dem ein türkisches Verkehrsunternehmen, das eine Tochtergesellschaft einer in Deutschland niedergelassenen Muttergesellschaft sei, zur Durchführung von Beförderungsdienstleistungen zwischen der Türkei und Deutschland in Deutschland auf die Muttergesellschaft zugelassene Fahrzeuge einsetze. Da das türkische Unternehmen in Deutschland zugelassene Fahrzeuge verwendet habe, seien die deutschen Behörden zu der Annahme berechtigt gewesen, dass die betreffenden grenzüberschreitenden Transporte in Wirklichkeit von dem deutschen Mutterunternehmen durchgeführt worden seien und dass die türkischen Fernfahrer demzufolge Inhaber einer deutschen Arbeiterlaubnis hätten sein müssen; die Bestimmungen des Artikels 41 Absatz 1 fänden somit auf einen derartigen Fall keine Anwendung. Im Übrigen könnten die deutschen Transportunternehmen bei jeder anderen Auslegung die deutschen arbeitsrechtlichen Vorschriften dadurch umgehen, dass sie ihren in der Türkei niedergelassenen Tochtergesellschaften Fahrzeuge zur Verfügung stellten, um die Transporte nach Deutschland durchzuführen.

102. Die *niederländische Regierung* trägt vor, dass Artikel 41 des Zusatzprotokolls für die vorliegenden Rechtssachen über Verkehrsdienstleistungen nicht den richtigen Bezugsrahmen biete. Im EG-Vertrag seien diese Dienstleistungen ausdrücklich aus dem freien Dienstleistungsverkehr herausgenommen und unterlägen einer besonderen Regelung. Auch habe der Gerichtshof anerkannt, dass die Dienstleistungsvorschriften auf Verkehrsdienstleistungen keine Anwendung fänden¹⁸.

Artikel 42 des Zusatzprotokolls, wonach „der Assoziationsrat die Bestimmungen des Vertrages zur Gründung der Gemeinschaft, die den Verkehr betreffen,... auf die Türkei [ausdehnt]“, bestätige, dass die allgemeine Dienstleistungsregelung auf Verkehrsdienstleistungen nicht anwendbar sei.

103. Selbst wenn Artikel 41 jedoch auf die vorliegenden Rechtssachen anwendbar wäre, sei Absatz 1 dieses Artikels so auszulegen, dass die Befugnisse der Mitgliedstaaten auf dem Gebiet der Freizügigkeit der Arbeitnehmer nicht illusorisch würden. Die Mitgliedstaaten besäßen nämlich nach wie vor die Befugnis, im Hinblick auf den Schutz der Stabilität ihrer Arbeitsmärkte sowohl den Zugang türkischer Staatsangehöriger zu ihrem Hoheitsgebiet als auch die Voraussetzungen für deren erstmalige Beschäftigung zu regeln. Diese Befugnis würde illusorisch, wenn die Maßnahmen, die die Mitgliedstaaten im Rahmen der Freizügigkeit der Arbeitnehmer treffen dürften, im Rahmen des freien Dienstleistungsverkehrs verboten wären.

104. Nach Ansicht der *Kommission* hingegen steht die Stillhalteklausele, wie sie in Artikel 41 des Zusatzprotokolls enthalten ist, der Einführung einer nationalen Regelung entgegen, mit der eine bisherige Arbeiterlaubnisfreiheit türkischer Fahrer im grenzüberschreitenden Güterverkehr, die auf in dem betreffenden Mitgliedstaat zugelassenen Lastkraftwagen eingesetzt würden, abgeschafft werde. Die Verpflichtung, für jeden Fahrer eine Arbeiterlaubnis zu beantragen — und in noch stärkerem Maße die Verweigerung einer derartigen Erlaubnis —, behindere nämlich den freien Dienstleistungsverkehr.

18 — Urteil vom 13. Dezember 1989 in der Rechtssache C-49/89 (Corsica Ferries France, Slg. 1989, 4441).

105. Die Kommission bestreitet auch, dass es sich im vorliegenden Fall um Verkehrs-dienstleistungen handelt.

Vertrag (nach Änderung jetzt Artikel 51 Absatz 1 EG) lautet in der Tat:

„Für den freien Dienstleistungsverkehr auf dem Gebiet des Verkehrs gelten die Bestimmungen des Titels über den Verkehr.“

2. Stellungnahme

106. Ich werde in erster Linie die von der niederländischen Regierung vorgetragene Auffassung prüfen und mich in zweiter Linie mit den übrigen Argumenten befassen, die im Verfahren vor dem Gerichtshof erörtert wurden.

108. Schon in den Beziehungen zwischen Mitgliedstaaten ist es somit nicht möglich, die Vertragsbestimmungen über den freien Dienstleistungsverkehr einfach auf den Verkehrsbereich anzuwenden.

109. In den Beziehungen zur Türkei finden sich die einschlägigen Texte in den Artikeln 14 und 15 des Assoziierungsabkommens und in Artikel 42 des Zusatzprotokolls.

a) Ist Artikel 41 Absatz 1 auf dem Gebiet des Verkehrs anwendbar? Handelt es sich im vorliegenden Fall um Maßnahmen in diesem Bereich?

110. Artikel 14 bestimmt: „Die Vertragsparteien vereinbaren, sich von den Artikeln 55, 56 und 58 bis 65 des Vertrages zur Gründung der Gemeinschaft leiten zu lassen, um untereinander die Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs aufzuheben.“

107. Wie wir bereits gesehen haben, ist Artikel 41 Absatz 1 des Zusatzprotokolls nach Ansicht der niederländischen Regierung nicht der richtige Bezugsrahmen für die vorliegenden Rechtssachen, da die in Rede stehende Regelung dem Verkehrsbereich zuzuordnen sei. Im EG-Vertrag seien diese Tätigkeiten ausdrücklich aus dem freien Dienstleistungsverkehr herausgenommen. Artikel 61 Absatz 1 EG-

111. Artikel 61 EG-Vertrag gehört demnach zu den Bestimmungen, von denen sich die Vertragsparteien leiten lassen müssen. Analoge Rückschlüsse sind folglich nicht möglich, ohne auch diesem Artikel Rechnung zu tragen.

112. Artikel 15 des Assoziierungsabkommens sieht vor:

„Die Bedingungen und Einzelheiten der Ausdehnung der den Verkehr betreffenden Bestimmungen des Vertrages zur Gründung der Gemeinschaft und der aufgrund dieser Bestimmungen ergangenen Maßnahmen auf die Türkei werden unter Berücksichtigung der geografischen Lage der Türkei festgelegt.“

113. Artikel 42 Absatz 1 des Zusatzprotokolls schließlich ist wie folgt abgefasst:

„Der Assoziationsrat dehnt die Bestimmungen des Vertrages zur Gründung der Gemeinschaft, die den Verkehr betreffen, entsprechend den von ihm vor allem unter Berücksichtigung der geografischen Lage der Türkei festgelegten Einzelheiten auf die Türkei aus. Er kann unter den gleichen Bedingungen die Akte, welche die Gemeinschaft zur Durchführung dieser Bestimmungen für den Eisenbahn-, Straßen- und Binnenschiffsverkehr erlassen hat, auf die Türkei ausdehnen.“

114. Nach meiner Kenntnis hat der Assoziationsrat keinen Akt aufgrund dieser Bestimmungen erlassen.

115. Unter diesen Umständen könnte vielleicht eingewandt werden, dass die Stillhalteklauseel auch dann zur Anwendung kommen müsse, wenn die Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs auf dem Gebiet des Verkehrs im Zuge der Erweiterung der gemeinsamen Verkehrspolitik auf die Türkei zu beseitigen seien.

116. Dies geht jedoch ins Leere, was sich eindeutig aus dem Urteil *Corsica Ferries France*¹⁹ ergibt, auf das die niederländische Regierung hingewiesen hat.

117. Dabei handelte es sich um eine zu Lasten des Reeders gehende Gebühr für in korsischen Häfen aus-, ein- oder umgeschifft Passagiere. Für Schiffe, die zwischen Korsika und dem französischen Festland verkehrten, war die Fahrgastgebühr nur ab dem korsischen Hafen zu entrichten, während sie bei der Verbindung zwischen Korsika und außerfranzösischen Häfen sowohl beim Anlaufen eines korsischen Hafens als auch beim Auslaufen aus diesem Hafen erhoben wurde.

118. Der Gerichtshof hat in den Randnummern 14 und 15 dieses Urteils ausgeführt:

„14... in den Jahren 1981 und 1982, dem im Ausgangsverfahren fraglichen Zeit-

¹⁹ — Zitiert in Fußnote 18.

raum, [war] der freie Dienstleistungsverkehr auf dem Gebiet der Seeschifffahrt noch nicht verwirklicht und die Mitgliedstaaten [waren] daher berechtigt, Rechtsvorschriften von der Art, wie sie Gegenstand des Ausgangsverfahrens sind, anzuwenden.

121. Die Kommission wendet ein, die streitige deutsche Regelung habe nichts mit dem Verkehrssektor zu tun, da es im Grunde um eine Überlassung von Fahrern und um die Vermietung von Lastkraftwagen gehe. Die Verbindung zum Verkehrssektor sei nicht unmittelbarer als etwa beim Kauf eines Lastkraftwagens.

15 Dem steht nicht entgegen, dass die betreffende Regelung 1981 *wieder* in den französischen Code des ports maritimes *aufgenommen* worden ist, *nachdem* sie 1969 *aufgehoben* worden war. Artikel 62 EWG-Vertrag, wonach die Mitgliedstaaten die bei seinem Inkrafttreten tatsächlich erreichte Freiheit des Dienstleistungsverkehrs *keinen neuen Beschränkungen unterwerfen, ist* nämlich aufgrund von Artikel 61 Absatz 1 EWG-Vertrag *nicht anwendbar*²⁰ „

122. Gegen diese These bestehen jedoch ernsthafte Bedenken.

123. Hat nämlich erstens der Gerichtshof in der erwähnten Rechtssache Corsica Ferries France festgestellt, dass eine Gebühr, die nicht für auf dem französischen Festland eingeschifft und in Korsika an Land gehende Passagiere, andererseits jedoch für alle übrigen Verbindungen erhoben wird, unter die Verkehrspolitik fällt, so muss dies umso mehr auch für eine Vorschrift gelten, die „das fahrende Personal im grenzüberschreitenden Personen- und Güterverkehr“ betrifft.

119. Demnach ist der Schluss erlaubt, dass die Stillhalteklausele des Artikels 41 Absatz 1 des Zusatzprotokolls ebenfalls nicht auf den Verkehrssektor anwendbar ist.

120. Es ist noch zu prüfen, ob die streitige Maßnahme zu diesem Sektor gehört.

124. Die Befreiung von der Arbeitslaubnis nach der deutschen Verordnung von 1971 in Abweichung von der üblicherweise für Staatsangehörige dritter Länder geltenden Regelung war zweifellos durch die Besonderheiten des grenzüberschreitenden Verkehrs begründet und beruhte auch darauf, dass sich das ausländische „fahrende Personal“ nur kurz in

20 — Hervorhebung von mir.

Deutschland aufhält und keine Integration in den deutschen Arbeitsmarkt anstrebt²¹.

125. Die Betroffenen kamen also nur deshalb in den Genuss dieser Sonderregelung, weil ihre Tätigkeit unmittelbar vom Verkehrsbereich erfasst wurde.

126. Zweitens wurde das Problem für die Kläger der Ausgangsverfahren dadurch ausgelöst, dass die Arbeitserlaubnisbefreiung ab 1996 nicht mehr gewährt wurde, wenn das eingesetzte *Fahrzeug* nicht im Sitzstaat des Arbeitgebers, sondern in Deutschland zugelassen war. Eine Vorschrift, die sich nach dem Zulassungsort von Lastkraftwagen richtet, fällt indessen meines Erachtens in den Verkehrsbereich.

127. Drittens sind die Implikationen der Verordnung (EG) Nr. 484/2002 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 1. März 2002 zur Änderung der Verordnungen (EWG) Nr. 881/92 und Nr. 3118/93 des Rates hinsichtlich der Einführung einer Fahrerbescheinigung²² zu berücksichtigen.

128. Die Verordnung (EWG) Nr. 881/92 des Rates vom 26. März 1992 betrifft den Zugang zum Güterkraftverkehrsmarkt in der Gemeinschaft für Beförderungen aus oder nach einem Mitgliedstaat oder durch einen oder mehrere Mitgliedstaaten²³.

129. Diese Verordnung stützt sich ebenso wie die Verordnung Nr. 484/2002 auf Artikel 75 EG-Vertrag (nach Änderung jetzt Artikel 71 EG), der zum Titel „Verkehr“ gehört (Titel IV, jetzt Titel V).

130. Die Verordnung Nr. 881/92 in der Fassung der Verordnung Nr. 484/2002 sieht in ihrem Artikel 3 Absatz 1 zusammengefasst vor, dass der grenzüberschreitende Verkehr einer Gemeinschafts-lizenz — sofern der Fahrer Staatsangehöriger eines Drittstaats ist — in Verbindung mit einer Fahrerbescheinigung unterliegt.

131. Der durch die Verordnung Nr. 484/2002 angefügte Absatz 3 des Artikels 3 der Verordnung Nr. 881/92 bestimmt:

21 — Auch in den Niederlanden fielen die im grenzüberschreitenden Verkehr tätigen Fahrer nicht unter die allgemeine Ausländerpolitik. Vgl. das in Nr. 68 zitierte Urteil Bozkurt (Randnrn. 4 und 5).

22 — ABl. L 76, S. 1.

23 — ABl. L 95, S. 1.

„(3) Die Fahrerbescheinigung wird von einem Mitgliedstaat ... jedem Verkehrsunternehmer ausgestellt, der

— Inhaber einer Gemeinschaftslizenz ist und der

— in diesem Mitgliedstaat Fahrer, die Staatsangehörige eines Drittlandes sind, rechtmäßig *beschäftigt* oder Fahrer rechtmäßig einsetzt, die Staatsangehörige eines Drittstaats sind und *ihm* als Arbeitskraft gemäß den Bestimmungen *zur Verfügung gestellt* ²⁴ werden, die in diesem Mitgliedstaat für die Beschäftigung und die Berufsausbildung von Fahrern durch

— Rechts- und Verwaltungsvorschriften und

— gegebenenfalls Tarifverträge nach den in diesem Mitgliedstaat geltenden Vorschriften festgelegt wurden.“

132. Diese Verordnung führt nicht nur eine Bescheinigung ein (die erst ab 19. März

2003 zwingend wird), sondern bekräftigt auch grundsätzlich, dass Drittländern angehörende Fahrer, die einem Verkehrsunternehmer eines Mitgliedstaats zur Verfügung gestellt werden, rechtmäßig, also gemäß den Beschäftigungsbedingungen, eingesetzt werden müssen, die in diesem Mitgliedstaat für Fahrer der eigenen Staatsangehörigkeit oder mit inländischem Wohnsitz gelten. Ich werde noch darauf zurückkommen.

133. Ich möchte betonen, dass diese Regelung auf Artikel 71 EG beruht. Somit fällt eine Regelung wie die vorliegende ebenfalls in den Verkehrsbereich.

134. Demnach schlage ich dem Gerichtshof hauptsächlich vor, festzustellen, dass Artikel 41 Absatz 1 des Zusatzprotokolls nicht auf eine nationale Regelung Anwendung findet, die zum Verkehrssektor gehört, wie er in den Ausgangsverfahren in Rede steht.

135. Ich prüfe nachstehend nur hilfsweise die übrigen zur Diskussion stehenden Argumente, die von der gegenteiligen Hypothese ausgehen.

²⁴ — Hervorhebung von mir.

b) Zum Vorliegen einer neuen Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs

schaften der deutschen Unternehmen sind, oder unter Verantwortung der deutschen Unternehmen selbst erbracht werden. Somit sind beide Fallgestaltungen zu untersuchen.

136. Zunächst ist zu verdeutlichen, worin der Grundsatz des freien Dienstleistungsverkehrs liegt. Nach Artikel 50 EG (früher Artikel 60 EG-Vertrag) „kann der Leistende zwecks Erbringung seiner Leistungen seine Tätigkeit vorübergehend in dem Staat ausüben, in dem die Leistung erbracht wird, und zwar unter den Voraussetzungen, welche dieser Staat für seine eigenen Angehörigen vorschreibt“.

i) Die Beförderung erfolgt im Namen und unter der Verantwortung eines türkischen Unternehmens

140. In diesem Fall bestehen zwei Möglichkeiten.

137. Dieser Grundsatz bedeutet in Verbindung mit der Stillhalteklausele in erster Linie, dass der Türkei neue Hemmnisse für vorübergehende Tätigkeiten untersagt sind, die deutsche Verkehrsunternehmen dort ausüben wollen. Ein derartiges Problem hat sich indessen in den vorliegenden Rechts-sachen nicht ergeben.

— Das türkische Unternehmen setzt seine eigenen Fahrzeuge und Fahrer ein

138. Auch die Bundesrepublik Deutschland darf keine neuen Hemmnisse für Tätigkeiten errichten, die türkische Kraftverkehrsunternehmen in Deutschland ausüben wollen.

141. Es handelt sich dann um den typischen Fall einer Leistung des grenzüberschreitenden Verkehrs.

139. Es steht in den Ausgangsverfahren jedoch nicht fest, ob die Leistungen im grenzüberschreitenden Verkehr im Namen und unter der Verantwortung der türkischen Unternehmen, die Tochtergesell-

142. Von der Bundesrepublik Deutschland geht in diesem Fall indessen keine Behinderung aus, da sie eine Arbeitserlaubnisbefreiung gewährt für „das fahrende Personal im grenzüberschreitenden ... Verkehr bei Arbeitgebern mit Sitz im Ausland,

sofern das Fahrzeug im Sitzstaat des Arbeitgebers zugelassen ist“²⁵.

mission im vorliegenden Fall gegeben sein könnten, wobei es sich um die Vermietung eines Lastkraftwagens durch ein deutsches Unternehmen an ein türkisches Unternehmen handelt.

143. Es sei jedoch bemerkt, dass ein türkisches Unternehmen, das seine eigenen Lastkraftwagen einsetzt, gegebenenfalls mit einer Begrenzung der Anzahl von Fahrten zu rechnen hat, die es jährlich durchführen darf. In bilateralen Verträgen sind nämlich zumeist Jahreskontingente vorgesehen. Solche Kontingente bestanden auch zwischen den Mitgliedstaaten, bevor die Verordnung Nr. 881/92 in Kraft trat.

146. In diesem Fall haben die einem Drittland angehörenden Fahrer nach der streitigen deutschen Regelung nicht länger Anspruch auf eine Befreiung von der Arbeitserlaubnis in Deutschland, da das Fahrzeug nicht im Sitzstaat des Arbeitgebers zugelassen ist.

144. Seitdem erhalten die Eigentümer in einem Mitgliedstaat zugelassener Lastkraftwagen Lizenzen, die ihnen eine unbegrenzte Anzahl von Fahrten ermöglichen. Dies dürfte die Erklärung dafür sein, dass türkische Unternehmen solche Fahrzeuge so gern verwenden.

147. Die deutsche Regierung hat in der mündlichen Verhandlung betont, dass bereits vor Inkrafttreten des Zusatzprotokolls in einem Drittland ansässige Unternehmen keine Genehmigung für Beförderungen in Deutschland erhalten hätten, wenn ihre Fahrzeuge nicht im Sitzstaat zugelassen gewesen seien. Deutschland habe somit inhaltlich keine *neue* Beschränkung der Rechte türkischer Unternehmen eingeführt, sondern es könne jetzt mit Hilfe der Arbeitserlaubnis besser dafür gesorgt werden, dass eine alte Regelung eingehalten werde, die in der Vergangenheit häufig verletzt worden sei.

— Das türkische Unternehmen setzt seine eigenen Fahrer ein, jedoch auf Fahrzeugen, die einem deutschen Unternehmen gehören und in Deutschland zugelassen sind

145. Dies entspricht einer der beiden Möglichkeiten, die nach Ansicht der Kom-

148. Falls sich der Gerichtshof meinem hauptsächlich vorgetragenen Ergebnis nicht anschließen kann, ist es gegebenenfalls Sache des vorlegenden Gerichts, diese tatsächliche Frage zu prüfen, die offensichtlich von entscheidender Bedeutung ist.

²⁵ — § 9 Nr. 2 AEVO in der geänderten Fassung (zitiert in Nr. 16).

149. In diesem Zusammenhang ist aber auch zu betonen, dass ein deutsches Verkehrsunternehmen gegen das Gemeinschaftsrecht verstoßen würde, wenn es sein Fahrzeug einem türkischen Unternehmen mit der entsprechenden Lizenz überließe.

150. Der Gerichtshof hat nämlich unlängst im Urteil Bourrasse und Perchicot²⁶ bekräftigt, dass der freie Verkehr eines Fahrzeugs, das ein Unternehmen eines Mitgliedstaats an ein in einem anderen Mitgliedstaat ansässiges Unternehmen vermietet, auch innerhalb der Gemeinschaft nur unter bestimmten Voraussetzungen zugelassen ist. Dies muss umso mehr gelten, wenn an ein in einem Drittland niedergelassenes Verkehrsunternehmen vermietet wird.

151. Der Gerichtshof hat in diesem Urteil entschieden:

„34 Was die Transportgenehmigungen angeht, so ist nach Artikel 1 Absatz 1 in Verbindung mit Artikel 3 Absatz 1 der Verordnung Nr. 881/92 für den grenzüberschreitenden gewerblichen Güterkraftverkehr im Gebiet der Gemeinschaft eine Gemeinschaftslizenz erforderlich; nach Artikel 5 Absätze 1 und 2 der Verordnung stellen die Behörden des Mitgliedstaats, in dem das Transportunternehmen niedergelassen ist, diese Lizenz aus und händigen

deren Inhaber das Original sowie so viele beglaubigte Abschriften aus, wie dem Inhaber Fahrzeuge, u. a. aus Mietvertrag, zur Verfügung stehen. Nicht der Vermieter, sondern der Mieter muss sich also bei den Behörden des Mitgliedstaats, in dem er niedergelassen ist, die Gemeinschaftslizenz für die gemieteten Fahrzeuge beschaffen.

35 Außerdem wird die Gemeinschaftslizenz nach Artikel 5 Absatz 4 der Verordnung Nr. 881/92 auf den Namen des Transportunternehmers ausgestellt und darf von diesem nicht an Dritte übertragen werden. Werden Fahrzeuge, die zunächst von einem Güterkraftverkehrsunternehmer benutzt werden, der über eine Gemeinschaftslizenz verfügt, später an einen anderen Güterkraftverkehrsunternehmer vermietet, so ist der Vermieter folglich nicht berechtigt, den Mieter seine eigene Gemeinschaftslizenz nutzen zu lassen.“

152. In der weiteren Urteilsbegründung führt der Gerichtshof aus, dass nach Artikel 2 Nummer 1 der Richtlinie 84/647/EWG des Rates vom 19. Dezember 1984 über die Verwendung von ohne Fahrer gemieteten Fahrzeugen im Güterkraftverkehr²⁷ in der durch die Richtlinie

26 — Urteil vom 7. November 2002 in den Rechtssachen C-228/01 und C-289/01 (Slg. 2002, I-10213).

27 — ABl. L 335, S. 72.

90/398/EWG des Rates vom 24. Juli 1990²⁸ geänderten Fassung „jeder Mitgliedstaat zulassen muss, dass Fahrzeuge, die von Unternehmen eines anderen Mitgliedstaats gemietet wurden, in seinem Gebiet verwendet werden, sofern u. a. die Fahrzeuge in dem Mitgliedstaat, in dem der mietende Transportunternehmer ansässig ist, in Übereinstimmung mit dessen Rechtsvorschriften zugelassen oder in den Verkehr gebracht worden sind“ (Randnr. 40 des Urteils).

153. Die französische Regierung weist im Übrigen darauf hin, dass auch nach den Abkommen der Gemeinschaft mit Drittländern, wie etwa Ungarn²⁹, ein z. B. in Ungarn ansässiges Verkehrsunternehmen, das Fahrten zwischen diesem Land und der Gemeinschaft durchführe, zwangsläufig Kraftfahrzeuge einsetzen müsse, die in Ungarn zugelassen seien.

154. Beruht das Rechtsverhältnis in den Ausgangsverfahren auf einer Fahrzeugvermietung durch ein deutsches an ein türkisches Unternehmen — diese Feststellung obliegt dem vorlegenden Gericht —, so ist die Verwendung solcher Fahrzeuge durch das türkische Unternehmen in Deutschland demgemäß als rechtswidrig anzusehen.

28 — ABl. L 202, S. 46.

29 — Dies entspricht auch der Auslegung dieser Regelung durch Generalanwalt Van Gerven in seinen Schlussanträgen in der zweiten Rechtssache Corsica Ferries (zum Urteil vom 17. Mai 1994 in der Rechtssache C-18/93, Slg. 1994, I-1783, Nr. 25).

155. Der Grundsatz des freien Dienstleistungsverkehrs kann indessen nicht zugunsten einer rechtswidrigen Tätigkeit geltend gemacht werden, und es kann sich demnach nicht um eine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs handeln, wenn türkische Arbeitnehmer, die auf solchen Fahrzeugen eingesetzt werden, eine deutsche Arbeitserlaubnis besitzen müssen. Artikel 41 Absatz 1 des Zusatzprotokolls wäre dann schlichtweg nicht anwendbar.

ii) Die Beförderung erfolgt im Namen und unter der Verantwortung eines deutschen Unternehmens

156. In diesem Fall bestehen zwei Möglichkeiten hinsichtlich der Rechtsstellung der Fahrer.

— Die türkischen Fahrer werden unmittelbar vom deutschen Unternehmen eingestellt

157. Wie aus der zweiten Frage in der Rechtssache C-317/01 und der dritten Frage in der Rechtssache C-369/01 hervorgeht, gehören die türkischen Arbeitnehmer nach Ansicht des vorlegenden Gerichts nicht dem regulären deutschen Arbeitsmarkt an.

158. In seinen Erläuterungen führt der 7. Senat des Bundessozialgerichts jedoch aus,

dass „die erforderlichen tatsächlichen Feststellungen, die den Schluss zuließen, wer Arbeitgeber der Fahrer ist, bisher [fehlen]“. Er wirft sodann die Frage auf, ob es darauf ankommt, „dass es sich um Arbeitnehmer allein eines türkischen Arbeitgebers handelt oder ob an dem Arbeitsverhältnis — in welcher Form auch immer — ein weiterer (deutscher) Arbeitgeber beteiligt sein kann“.

159. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass das wesentliche Merkmal des Arbeitsverhältnisses nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofes darin besteht, dass jemand während einer bestimmten Zeit für einen anderen nach dessen Weisung Leistungen erbringt, für die er als Gegenleistung eine Vergütung erhält³⁰.

160. Im vorliegenden Fall ist anzunehmen, dass die türkischen Fahrer ihre Weisungen im Wesentlichen von den deutschen Unternehmen erhalten, jedoch wurde nicht gesagt, dass sie von diesen auch entlohnt werden.

161. Es ist daher unwahrscheinlich, dass sie als von deutschen Unternehmen entlohnte Arbeitnehmer angesehen werden können.

Da jedoch ein Zweifel besteht, ist die Hypothese zu prüfen, der zufolge die Fahrer türkischer Staatsangehörigkeit tatsächlich von einem deutschen Unternehmen entlohnte Arbeitnehmer sind.

162. Es stellt sich somit die Frage, ob die von den deutschen Behörden verlangte Arbeitserlaubnis für die Fahrer türkischer Staatsangehörigkeit eine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs *zum Nachteil des deutschen Verkehrsunternehmens* darstellt, wenn dieses der Arbeitgeber der Fahrer ist.

163. Die Frage ist meines Erachtens zu verneinen.

164. Sofern das von den deutschen Behörden eingeführte Erfordernis einer Arbeitserlaubnis deutsche Verkehrsunternehmen nachteilig berührt, kann es unter dem Gesichtspunkt des freien Dienstleistungsverkehrs höchstens eine Behinderung der *Ausfuhr* von Dienstleistungen durch die genannten Unternehmen darstellen.

165. In der Rechtssache *Corsica Ferres France* ging es um ein Hemmnis für die Ausfuhr von Dienstleistungen. Bevor der Gerichtshof auf die oben behandelte Frage der Anwendung der Bestimmungen über den freien Dienstleistungsverkehr auf dem Transportsektor eingegangen ist, hat er entschieden, dass „die französischen Rechtsvorschriften, um die es im Ausgangsverfahren geht, geeignet sind, den freien Dienstleistungsverkehr innerhalb der

30 — Vgl. u. a. Urteile vom 3. Juli 1986 in der Rechtssache C-66/85 (Lawrie-Blum, Slg. 1986, 2121, Randnrn. 16 und 17), vom 12. Mai 1998 in der Rechtssache C-85/96 (Martínez Sala, Slg. 1998, I-2691, Randnr. 32), vom 8. Juni 1999 in der Rechtssache C-337/97 (Meeusen, Slg. 1999, I-3289) sowie Urteil Kurz.

Gemeinschaft im Sinne des Artikels 59 Absatz 1 EWG-Vertrag zu beschränken, da sie die Dienstleistungserbringer, die Beförderungen zwischen einem Hafen im Inland und einem Hafen in einem anderen Mitgliedstaat der Gemeinschaft durchführen, gegenüber denjenigen *diskriminieren*, die Beförderungen zwischen zwei inländischen Häfen vornehmen“³¹.

166. Im vorliegenden Fall bringt die deutsche Regelung jedoch keine Diskriminierung mit sich. Die Arbeitserlaubnispflicht berührt die Transporte gleichermaßen, unabhängig davon, ob das deutsche Unternehmen Beförderungen innerhalb Deutschlands, nach einem anderen Mitgliedstaat oder in die Türkei vornimmt.

167. Eine derartige Maßnahme eines Mitgliedstaats, die unterschiedslos von eigenen Staatsangehörigen innerhalb des Mitgliedstaats geleistete Dienste zum einen und die Ausfuhr der gleichen Dienste durch dieselben Staatsangehörigen in einen anderen Mitgliedstaat oder wie hier in die Türkei zum anderen berührt, stellt keine Behinderung des freien Dienstleistungsverkehrs dar.

168. Ich bin nämlich der Ansicht, dass eine entsprechende Anwendung der Rechtsprechung des Gerichtshofes über den freien Warenverkehr geboten ist.

169. Der Gerichtshof hat in Bezug auf Artikel 30 EG-Vertrag (nach Änderung jetzt Artikel 28 EG), der Einfuhrbeschränkungen betrifft, in Randnummer 5 des Urteils Dassonville³² entschieden, dass „jede Handelsregelung der Mitgliedstaaten, die geeignet ist, den innergemeinschaftlichen Handel unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potenziell zu behindern, als Maßnahme mit gleicher Wirkung wie eine mengenmäßige Beschränkung anzusehen [ist]“. Dieselbe weitgehende Definition des Begriffes der Behinderung gilt für den freien Dienstleistungsverkehr bei der Einfuhr von Dienstleistungen, was insbesondere in Randnummer 29 des Urteils De Coster³³ verdeutlicht wird; danach „verlangt ... Artikel 59 des Vertrages nicht nur die Beseitigung jeder Diskriminierung von in einem anderen Mitgliedstaat ansässigen Dienstleistenden aufgrund ihrer Staatsangehörigkeit, sondern auch die Aufhebung aller Beschränkungen — selbst wenn sie unterschiedslos für inländische Dienstleistende wie für solche aus anderen Mitgliedstaaten gelten —, sofern sie geeignet sind, die Tätigkeiten eines Dienstleistenden, der in einem anderen Mitgliedstaat ansässig ist und dort rechtmäßig ähnliche Dienstleistungen erbringt, zu unterbinden oder zu behindern (Urteile vom 25. Juli 1991 in der Rechtssache C-76/90, Säger, Slg. 1991, I-4221, Randnr. 12, und vom 9. August 1994 in der Rechtssache C-43/93, Vander Elst, Slg. 1994, I-3803, Randnr. 14)“.

170. Andererseits hat der Gerichtshof zu Artikel 34 EG-Vertrag (nach Änderung jetzt Artikel 29 EG), der Ausfuhrbeschränkungen betrifft, im Urteil Groenveld³⁴ entschieden: „Diese Bestimmung

32 — Urteil vom 11. Juli 1974 in der Rechtssache 8/74 (Slg. 1974, 837).

33 — Urteil vom 29. November 2001 in der Rechtssache C-17/00 (Slg. 2001, I-9445).

34 — Urteil vom 8. November 1979 in der Rechtssache 15/79 (Slg. 1979, 3409, Randnr. 7).

31 — Randnr. 7 des in Fußnote 18 zitierten Urteils. Hervorhebung von mir.

bezieht sich auf nationale Maßnahmen, die spezifische Beschränkungen der Ausfuhrströme bezwecken oder bewirken und damit unterschiedliche Bedingungen für den Binnenhandel innerhalb eines Mitgliedstaats und seinen Außenhandel schaffen, so dass die nationale Produktion oder der Binnenmarkt des betroffenen Staates zum Nachteil der Produktion oder des Handels anderer Mitgliedstaaten einen besonderen Vorteil erlangt.“³⁵

171. In diesem Sinne kann eine nationale Regelung nur dann als Behinderung des freien Dienstleistungsverkehrs angesehen werden, wenn sie die Einfuhr von Dienstleistungen in anderer Weise betrifft als die Leistung der gleichen Dienste innerhalb des Mitgliedstaats.

172. Eine andere Betrachtungsweise hätte nämlich zur Folge, dass bereits die geringste Verpflichtung, die ein Mitgliedstaat den auf dem Dienstleistungsmarkt tätigen eigenen Staatsangehörigen auferlegt, eine Behinderung des freien Dienstleistungsverkehrs darstellen würde, da jeder dieser Staatsangehörigen ein potenzieller Dienstleistungsexporteur ist. Dies ließe keinen Raum für Situationen, die nicht über die Grenzen eines Mitgliedstaats hinausgehen, während die ständige Rechtsprechung davon ausgeht, dass „die Vertragsbestimmungen über den freien Dienstleistungsverkehr nicht auf Betätigungen anwendbar sind, deren wesentliche Ele-

mente sämtlich nicht über die Grenzen eines Mitgliedstaats hinausweisen“³⁶.

173. Aus all dem ergibt sich, dass die von den deutschen Behörden verlangte Arbeits-erlaubnis für die Fahrer türkischer Staatsangehörigkeit keine Behinderung der Leistung grenzüberschreitender Dienste durch deutsche Verkehrsunternehmen, von denen die genannten Fahrer entlohnt werden, darstellen kann. Artikel 41 Absatz 1 des Zusatzprotokolls findet folglich nicht auf den soeben geprüften Fall Anwendung.

— Die türkischen Fahrer werden von einem türkischen Unternehmen eingestellt und entlohnt

174. Geht man weiterhin von einer Transporttätigkeit aus, die unter der Verantwortung des deutschen Unternehmens stattfindet, so ist eine andere Dienstleistungsart denkbar, die sich als Überlassung von Fahrern bezeichnen lässt. Es handelt sich hierbei um die zweite Fallgestaltung, die nach Ansicht der Kommission im vorliegenden Fall gegeben sein kann.

35 — Hervorhebung von mir. Vgl. auch Urteile vom 7. Februar 1984 in der Rechtssache 237/82 (Jongeneel Kaas, Slg. 1984, 483, Randnr. 22), vom 9. Juni 1992 in der Rechtssache C-47/90 (Delhaize und Le Lion, Slg. 1992, I-3669, Randnr. 12) und vom 10. November 1992 in der Rechtssache C-/91 (Exportur, Slg. 1992, I-5529, Randnr. 21).

36 — Urteil vom 18. März 1980 in der Rechtssache 52/79 (Debaue u. a., Slg. 1980, 833, Randnr. 9). Vgl. auch Urteile vom 23. April 1991 in der Rechtssache C-41/90 (Höfner und Elser, Slg. 1991, I-1979, Randnr. 37) und vom 17. Juni 1997 in der Rechtssache C-70/95 (Sodemare u. a., Slg. 1997, I-3395, Randnr. 38).

175. Das türkische Unternehmen würde gleichsam als Vermittler von Interimsarbeit handeln. Ich sage „gleichsam“, da in der mündlichen Verhandlung erkennbar wurde, dass es hier weder Verträge über die Überlassung von Fahrern noch Verträge über eine Fahrzeugvermietung gibt. Nach Ansicht der Kläger der Ausgangsverfahren lässt sich die objektive Lage einfach unter dem einen oder anderen Blickwinkel analysieren.

176. Es erhebt sich also die Frage, ob die Abschaffung der Arbeitserlaubnisbefreiung in Verbindung mit der systematischen Verweigerung einer solchen Erlaubnis eine neue Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit bei der Überlassung von Fahrern türkischer Staatsangehörigkeit durch ein türkisches Unternehmen an ein deutsches Unternehmen mit sich bringt.

177. Hierzu hat die deutsche Regierung in der mündlichen Verhandlung erklärt, es habe in Deutschland bis 1972 ein allgemeines Verbot der Leiharbeit für Unternehmen bestanden. Dieses Verbot sei so dann unter bestimmten Voraussetzungen für deutsche Arbeitnehmer und Arbeitnehmer anderer Mitgliedstaaten aufgehoben worden. Es sei aber für Arbeitnehmer von Drittländern einschließlich der Türkei beibehalten worden.

178. Da also die Überlassung türkischer Arbeitnehmer durch ein türkisches an ein deutsches Unternehmen vor Inkrafttreten des Zusatzprotokolls nicht möglich gewesen sei, hätten die Abschaffung der Ar-

beitserlaubnisbefreiung und die systematische Verweigerung einer solchen Erlaubnis keine *neue* Beschränkung bewirkt. Selbst wenn nämlich keine Arbeitserlaubnis verlangt worden sei, sei eine Leiharbeit türkischer Arbeitnehmer nicht rechtmäßig gewesen.

179. Trifft dies tatsächlich zu — es ist gegebenenfalls vom vorlegenden Gericht zu prüfen —, so erhebt sich die Frage erst gar nicht, ob die Arbeitserlaubnispflicht eine Beschränkung darstellt. Es ist nämlich nicht ersichtlich, inwiefern das Erfordernis einer Arbeitserlaubnis eine Beschränkung darstellen könnte, wenn die fragliche Beschäftigung stets verboten war und verboten bleibt.

180. Sollte die Leiharbeit indessen gleichwohl grundsätzlich erlaubt sein, so stellt sich subsidiär noch die Frage, ob es sich konkret um eine Dienstleistung handelt, die der Definition des Artikels 50 EG entspricht.

181. Es ist nämlich zu klären, ob die Überlassung von Fahrern tatsächlich „vorübergehend“ (wie es in Artikel 50 EG heißt) erfolgt ist. Dem vorlegenden Gericht obliegt es gegebenenfalls, die nötige Sachverhaltsprüfung vorzunehmen.

182. Es könnte sich hierbei auf das Urteil Gebhard³⁷ stützen, in dem der Gerichtshof ausgeführt hat, dass „der vorübergehende Charakter der fraglichen Tätigkeiten nicht nur unter Berücksichtigung der Dauer der Leistung, sondern auch ihrer Häufigkeit, regelmäßigen Wiederkehr oder Kontinuität zu beurteilen [ist]“.

183. Die Rechtsprechung des Gerichtshofes ermöglicht es den Mitgliedstaaten auch, Pseudodienstleistungen entgegenzutreten. So „kann einem Mitgliedstaat nicht das Recht zum Erlass von Vorschriften abgesprochen werden, die verhindern sollen, dass der Erbringer einer Leistung, dessen Tätigkeit ganz oder vorwiegend auf das Gebiet dieses Staates ausgerichtet ist, sich die durch Artikel 59 garantierte Freiheit zunutze macht, um sich den Berufsregelungen zu entziehen, die auf ihn Anwendung fänden, wenn er im Gebiet dieses Staates ansässig wäre“³⁸.

184. Unter demselben Blickwinkel ist auch das Urteil Rush Portuguesa³⁹ zu betrachten; darin wird ausgeführt:

„Da der Begriff der Dienstleistungen, wie ihn Artikel 60 EWG-Vertrag näher bestimmt, jedoch Tätigkeiten höchst unter-

schiedlicher Natur umfasst, braucht das Ergebnis nicht in allen Fällen das gleiche zu sein. Insbesondere ist in Übereinstimmung mit der französischen Regierung anzuerkennen, dass ein Unternehmen, das Dritten Arbeitskräfte überlässt, zwar Erbringer von Dienstleistungen im Sinne des Vertrages ist, jedoch Tätigkeiten ausübt, die gerade darin bestehen, dem Arbeitsmarkt des Aufnahmemitgliedstaats Arbeitnehmer zuzuführen. In einem derartigen Fall stünde Artikel 216 der Beitrittsakte der Überlassung von Arbeitnehmern aus Portugal an Dritte durch ein Dienstleistungen erbringendes Unternehmen entgegen.“

185. Das türkische Unternehmen strebt hier zwar nicht den Zugang der Arbeitnehmer zum deutschen Arbeitsmarkt im Sinne einer Integration in diesen Markt an, es handelt sich aber um eine nicht unähnliche Situation, da es darum geht, deutsche Fahrzeuge nach den Weisungen eines deutschen Unternehmens zu fahren. Wie zudem die niederländische Regierung betont, ist Artikel 41 Absatz 1 so auszulegen, dass die Befugnisse nicht illusorisch werden, die die Mitgliedstaaten nach wie vor besitzen, um den Zugang türkischer Staatsangehöriger zu ihrem Hoheitsgebiet wie auch zu ihrem Arbeitsmarkt zu regeln.

186. Schließlich sollte in diesem Zusammenhang nicht die Rechtsprechung des Gerichtshofes außer Acht gelassen werden, in der festgestellt wird, dass „es das Gemeinschaftsrecht den Mitgliedstaaten nicht verwehrt, ihre Rechtsvorschriften oder die von den Sozialpartnern geschlossenen Tarifverträge unabhängig davon, in welchem Land der Arbeitgeber ansässig ist, auf alle Personen auszudehnen, die in ihrem Ho-

37 — Urteil vom 30. November 1995 in der Rechtssache C-55/94 (Slg. 1995, I-4165, Randnr. 27).

38 — Urteil vom 3. Dezember 1974 in der Rechtssache 33/74 (Van Binsbergen, Slg. 1974, 1299, Randnr. 13). Vgl. auch Urteile vom 27. September 1989 in der Rechtssache 130/88 (Van de Bijl, Slg. 1980, 3039, Randnr. 26), vom 16. Dezember 1992 in der Rechtssache C-211/91 (Kommission/Belgien, Slg. 1992, I-6757, Randnr. 12), vom 3. Februar 1993 in der Rechtssache C-148/91 (Veronica Omroep Organisatie, Slg. 1993, I-487, Randnr. 12) und vom 5. Oktober 1994 in der Rechtssache C-23/93 (TV 10, Slg. 1994, I-4795, Randnr. 20).

39 — Urteil vom 27. März 1990 in der Rechtssache C-113/89 (Slg. 1990, I-1417, Randnr. 16).

heitsgebiet, und sei es auch nur vorübergehend, eine unselbständige Erwerbstätigkeit ausüben; ebenso wenig verbietet es das Gemeinschaftsrecht den Mitgliedstaaten, die Beachtung dieser Regeln mit den geeigneten Mitteln durchzusetzen (Urteil vom 3. Februar 1982 in den verbundenen Rechtssachen 62/81 und 63/81, *Seco/EVI*, Slg. 1982, 223)⁴⁰.

187. Die Richtlinie 96/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 1996 über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen⁴¹ sieht ihrerseits vor, dass unabhängig von dem auf das jeweilige Arbeitsverhältnis anwendbaren Recht auf zwischen den Mitgliedstaaten entsandte Arbeitnehmer die Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen, einschließlich der Mindestentgeltsätze, angewandt werden müssen, die in dem Mitgliedstaat, in dessen Gebiet die Arbeitsleistung erbracht wird,

— durch Rechts- und Verwaltungsvorschriften und/oder

— durch Tarifverträge festgelegt sind.

Artikel 1 Absatz 4 dieser Richtlinie bestimmt im Übrigen, dass „Unternehmen mit

Sitz in einem Nichtmitgliedstaat keine günstigere Behandlung zuteil werden [darf] als Unternehmen mit Sitz in einem Mitgliedstaat“.

188. Wenngleich diese Vorschriften erst ab 16. Dezember 1999 zwingend geworden sind, stand es den Mitgliedstaaten frei, sie bereits vorher freiwillig anzuwenden. Nach dem Wortlaut der oben zitierten Passage des Urteils *Rush Portuguesa*, die wörtlich in die zwölfte Begründungserwägung der genannten Richtlinie aufgenommen wurde, „[verwehrt] es das Gemeinschaftsrecht den Mitgliedstaaten [nämlich] nicht, ihre Rechtsvorschriften ... auszudehnen“.

189. Schließlich ist nochmals auf die genannte Verordnung Nr. 484/2002 hinzuweisen, die die gleichen Grundsätze ausdrücklich für den Kraftverkehr aufstellt.

190. Soweit also die Arbeitserlaubnispflicht ein Mittel darstellt, um die Beachtung der nationalen Vorschriften des Arbeits- und Sozialrechts zu gewährleisten, die die Mitgliedstaaten nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes und nach den vorgenannten Bestimmungen durchsetzen können, erscheint sie mir auch aus einem zwingenden Grund des Allgemeininteresses gerechtfertigt.

191. Es sei jedoch erneut bemerkt, dass die vorstehenden Betrachtungen subsidiärer

⁴⁰ — Urteil *Rush Portuguesa* (zitiert in Fußnote 39, Randnr. 18). Vgl. auch Urteil *Vander Elst* (zitiert in Nr. 170, Randnr. 23).

⁴¹ — ABl. 1997, L 18, S. 1.

Natur sind. Ich schlage Ihnen demnach vor, auf Teil b der dritten Frage in der Rechtssache C-317/01 und der ersten Frage in der Rechtssache C-369/01 zu antworten, dass Artikel 41 Absatz 1 des Zusatzprotokolls dahin auszulegen ist, dass er nicht auf eine nationale Regelung Anwendung findet, die wie die der Ausgangsverfahren in den Verkehrsbereich fällt.

D — Teil a der dritten Frage in der Rechtssache C-317/01 und der ersten Frage in der Rechtssache C-369/01

192. Diese beiden identischen Fragen sind in gleicher Weise zu beantworten. Sie lauten:

Ist Artikel 41 Absatz 1 des Zusatzprotokolls so auszulegen, dass

- a) ein türkischer Arbeitnehmer berechtigt ist, sich auf eine protokollwidrige Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs zu berufen?

193. Die türkischen Fahrer sind der Auffassung, sie könnten sich auf Artikel 41 Absatz 1 des Zusatzprotokolls berufen, da die streitige Maßnahme den freien Dienstleistungsverkehr der türkischen Verkehrsunternehmen im Gebiet eines Mitgliedstaats behindere und insoweit auch die Rechtsstellung der Arbeitnehmer dieser Unternehmen beeinträchtige.

194. Nach Ansicht der deutschen Regierung und der Kommission können sich die Arbeitnehmer nicht auf diesen Artikel 41 Absatz 1 stützen. Nach Auffassung der Kommission ist nur der Arbeitgeber mit Sitz in der Türkei berechtigt, eine Verletzung dieser Bestimmung des Assoziierungsabkommens EWG—Türkei vor einem nationalen Gericht geltend zu machen. Dieses Recht komme weder den türkischen Arbeitnehmern, die bei einem Arbeitgeber mit Sitz in der Türkei beschäftigt seien, noch dem Unternehmen mit Sitz in dem betreffenden Mitgliedstaat zu, das mit dem türkischen Arbeitgeber über ein Dienstleistungsverhältnis in Verbindung stehe.

195. Die niederländische Regierung meint, aus dem Urteil *Clean Car Autoservice*⁴² gehe analog hervor, dass eine Bestimmung mit unmittelbarer Wirkung wie Artikel 41 des Zusatzprotokolls nicht nur von den durch die darin enthaltenen Rechte unmittelbar Begünstigten (hier also im Zuge des freien Dienstleistungsverkehrs von den Arbeitgebern), sondern auch von anderen Personen, insbesondere von bei diesen Arbeitgebern beschäftigten Arbeitnehmern, herangezogen werden könne.

⁴² — Urteil vom 7. Mai 1998 in der Rechtssache C-350/96 (Slg. 1998, I-2521).

196. Die französische Regierung führt aus, es sei zu bezweifeln, ob sich die Erwägungen des Gerichtshofes im Urteil *Clean Car Autoservice*⁴³ auf den vorliegenden Fall übertragen ließen und ob ein in der Türkei beschäftigter Arbeitnehmer berechtigt sei, sich auf die Stillhalteklauseel auf dem Gebiet des freien Dienstleistungsverkehrs im Zusatzprotokoll zu berufen. Zum einen regelt das Gemeinschaftsrecht nämlich nicht die Voraussetzungen für die Einstellung von türkischen Arbeitnehmern durch türkische Arbeitgeber. Zum anderen sei die Einstellung solcher Arbeitnehmer durch türkische Arbeitgeber nicht zwangsläufig mit deren Befugnis verknüpft, Dienstleistungen in der Gemeinschaft zu erbringen. Artikel 41 Absatz 1 des Zusatzprotokolls beziehe sich nur auf die Niederlassungsfreiheit und den freien Dienstleistungsverkehr und nicht auf den Zugang zur Beschäftigung; eine solche Vorschrift betreffe daher in erster Linie die Unternehmen und nicht deren Arbeitnehmer.

197. Ich habe oben dargelegt, dass Artikel 41 Absatz 1 meines Erachtens unter den in den Ausgangsverfahren gegebenen Umständen nicht anwendbar ist.

198. Diese Frage wird daher nur hilfsweise geprüft.

199. Aus dem Urteil *Savas*⁴⁴ geht hervor, dass „Artikel 41 Absatz 1 eine unmittelbare

Wirkung in den Mitgliedstaaten hat“. Bei einer Anwendung unter den Umständen der Ausgangsverfahren könnte er also von den türkischen Unternehmen, die deutschen Unternehmen Fahrer überlassen, herangezogen werden.

200. Er könnte meines Erachtens auch von diesen Fahrern herangezogen werden.

201. Der Gerichtshof hat nämlich im Urteil *Clean Car Autoservice*⁴⁵ festgestellt, dass sich ein Arbeitgeber, der einen bisher in einem anderen Mitgliedstaat wohnenden Geschäftsführer einstellen will, ebenso wie dieser Geschäftsführer selbst auf den Gleichbehandlungsgrundsatz im Bereich der Freizügigkeit nach Artikel 48 EG-Vertrag (nach Änderung jetzt Artikel 39 EG) berufen kann.

202. Sie haben hierzu ausgeführt:

„20 Zudem kann das Recht der Arbeitnehmer, bei Einstellung und Beschäftigung nicht diskriminiert zu werden, *nur dann* seine volle Wirkung entfalten, *wenn die Arbeitgeber ein entsprechendes Recht darauf haben, Arbeitnehmer nach Maßgabe der Bestimmungen über die Freizügigkeit einstellen zu können*.

43 — Zitiert in Fußnote 42.

44 — Zitiert in Fußnote 8.

45 — Zitiert in Fußnote 42.

21 Diese Bestimmungen würden nämlich leicht um ihre Wirkung gebracht, wenn die Mitgliedstaaten die dort enthaltenen Verbote schon dadurch umgehen könnten, dass sie den Arbeitgebern die Einstellung eines Arbeitnehmers verböten, der gewisse Voraussetzungen nicht erfüllte, die, wenn er unmittelbar zu ihrer Erfüllung verpflichtet würde, Beschränkungen seines Rechts auf Freizügigkeit nach Artikel 48 EG-Vertrag darstellen würden.“

203. Entsprechende Überlegungen, die man als „spiegelbildlich“ bezeichnen könnte, bieten sich nach meiner Ansicht an, wenn ein Dienstleistungserbringer eine grenzüberschreitende Tätigkeit nicht ausüben kann, weil die Beschäftigung seiner Arbeitnehmer behindert wird.

204. Um es mit den Worten des Urteils Clean Car Autoservice auszudrücken, kann man nämlich sagen, dass das Recht der Unternehmen, Dienstleistungen ohne Diskriminierung zu erbringen, nur dann seine volle Wirkung entfalten kann, wenn die Arbeitnehmer ein entsprechendes Recht darauf haben, die Aufgabe zu erfüllen, mit der sie im Rahmen einer Dienstleistung betraut sind. Die Bestimmungen über den freien Dienstleistungsverkehr könnten nämlich leicht umgangen werden, wenn die Mitgliedstaaten einfach dadurch die entsprechenden Verbote vermeiden könnten, dass sie den Arbeitnehmern für die Ausübung ihrer Tätigkeit Bedingungen auferlegen, die — wenn sie den diese Arbeitnehmer beschäftigenden Unternehmen unmittelbar auferlegt würden — als Be-

schränkungen des diesen Unternehmen zustehenden freien Dienstleistungsverkehrs anzusehen wären.

205. Im vorliegenden Fall geht es indessen nicht um eine innergemeinschaftliche Angelegenheit. Der freie Dienstleistungsverkehr ist zwischen der Gemeinschaft und der Republik Türkei nicht verwirklicht. Folglich können türkische Arbeitnehmer nur das Recht ihrer Arbeitgeber geltend machen, nicht mit *neuen* Beschränkungen grenzüberschreitender Dienstleistungen, die sie erbringen möchten, konfrontiert zu werden.

206. Demnach schlage ich vor, auf die Frage zu antworten, dass Artikel 41 Absatz 1 des Zusatzprotokolls, sofern er unter den in den Ausgangsverfahren gegebenen Umständen Anwendung findet, dahin auszulegen ist, dass ein türkischer Arbeitnehmer berechtigt ist, sich auf eine neue Beschränkung einer Dienstleistung zu berufen, die sein Arbeitgeber erbringen möchte.

E — *Zweite Frage in der Rechtssache C-369/01*

207. Diese Frage lautet:

Betrifft eine solche Beschränkung ausschließlich den freien Dienstleistungs-

verkehr oder auch bzw. allein den Zugang zum Arbeitsmarkt im Sinne des Artikels 13 des Beschlusses Nr. 1/80?

208. Aus den vorstehenden Ausführungen ergibt sich, dass im vorliegenden Fall weder Artikel 41 Absatz 1 des Zusatzprotokolls noch Artikel 13 des Beschlusses Nr. 1/80 herangezogen werden kann. Somit braucht diese Frage nicht gesondert beantwortet zu werden.

209. Schließlich sei am Rande vermerkt, dass es eine Lösung gibt, mit der vermieden werden könnte, dass die türkischen Fahrer arbeitslos werden und dass die deutschen Unternehmen Fahrer beschäftigen müssen, die weder Türkisch sprechen noch die örtlichen Gepflogenheiten kennen. Sie bestünde darin, dass den Betroffenen eine Arbeitserlaubnis erteilt wird, sofern sie von den deutschen Unternehmen nach den Vorschriften des deutschen Arbeits- und Sozialrechts eingestellt werden.

IV — Ergebnis

210. Aufgrund der vorstehenden Erwägungen schlage ich Ihnen vor, die Fragen des 7. und des 11. Senats des Bundessozialgerichts wie folgt zu beantworten:

1. Artikel 13 des Beschlusses Nr. 1/80 des durch das Assoziierungsabkommen zwischen der EWG und der Türkei eingesetzten Assoziationsrates ist dahin auszulegen, dass neue Beschränkungen des Zugangs türkischer Arbeitnehmer zum Arbeitsmarkt, die ein Mitgliedstaat nach dem 1. Dezember 1980 ein-

führt, nicht auf türkische Arbeitnehmer Anwendung finden dürfen, die sich zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieser Beschränkungen bereits ordnungsgemäß im Hoheitsgebiet dieses Mitgliedstaats aufhalten und dort ordnungsgemäß beschäftigt sind.

2. Artikel 13 des Beschlusses Nr. 1/80 des Assoziationsrates ist nicht auf türkische Arbeitnehmer eines Arbeitgebers mit Sitz in der Türkei anzuwenden, die als Fernfahrer im grenzüberschreitenden Güterverkehr regelmäßig einen Mitgliedstaat der Gemeinschaft durchfahren, ohne dem regulären Arbeitsmarkt dieses Mitgliedstaats anzugehören.
3. Artikel 41 Absatz 1 des Zusatzprotokolls zum Assoziierungsabkommen EWG—Türkei ist dahin auszulegen, dass er nicht auf eine nationale Regelung Anwendung findet, die wie die der Ausgangsverfahren in den Verkehrsbereich fällt.
4. Artikel 41 Absatz 1 des Zusatzprotokolls ist, sofern er unter den in den Ausgangsverfahren gegebenen Umständen Anwendung findet, dahin auszulegen, dass ein türkischer Arbeitnehmer berechtigt ist, sich auf eine neue Beschränkung einer Dienstleistung zu berufen, die sein Arbeitgeber erbringen möchte.