

# Deutsches und Europäisches Verfassungsrecht II

Petersen

2. Auflage 2022  
ISBN 978-3-406-78729-4  
C.H.BECK

versteht der Gerichtshof einen **im Allgemeininteresse liegenden Zweck**.<sup>19</sup> Der im Allgemeininteresse liegende Zweck wird dabei grundsätzlich weit verstanden. Grundsätzlich werden alle Maßnahmen, die nicht rein privatnützige Zwecke verfolgen, dem Kriterium des zwingenden Erfordernisses gerecht. Keine zwingenden Erfordernisse sind jedoch solche wirtschaftspolitischen Ziele, die zur Schaffung eines gemeinsamen Binnenmarktes im Widerspruch stehen.

In seiner folgenden Rechtsprechung hat der EuGH die *Cassis*-Entscheidung konkretisiert und eine zusätzliche Voraussetzung geschaffen. Danach gelten die ungeschriebenen Rechtfertigungsgründe nur für **unterschiedslos anwendbare Maßnahmen**, finden also dann keine Anwendung, wenn sie zwischen in- und ausländischen Produkten unterscheiden.<sup>20</sup> Diese Bedingung wendet der Gerichtshof jedoch selbst nicht immer konsequent an: Vielmehr greift er teilweise auch bei nicht unterschiedslos anwendbaren Maßnahmen auf die *Cassis*-Ausnahme zurück,<sup>21</sup> ohne dass klar würde, unter welchen Bedingungen auf das Kriterium der Nichtdiskriminierung verzichtet werden kann.<sup>22</sup> In der Klausur empfiehlt es sich, weiterhin am Kriterium der Unterschiedslosigkeit festzuhalten.

Schließlich muss eine Maßnahme **verhältnismäßig** – insbesondere geeignet und erforderlich – sein, um gerechtfertigt werden zu können. Der Gerichtshof verzichtet dabei jedoch regelmäßig auf die Angemessenheitsprüfung. Gleichzeitig legt er jedoch ein anderes Konzept der Erforderlichkeit zugrunde als das BVerfG im Bereich der Grundrechte: Der Gerichtshof zieht alternative Maßnahmen auch dann als Vergleichsmaßnahmen heran, wenn zweifelhaft ist, ob sie tatsächlich ebenso effektiv sind wie die angegriffene Maßnahme. Dies zeigt sich etwa im *Cassis*-Urteil. Ein Kennzeichnungserfordernis ist wohl geringfügig weniger effektiv als ein Verbot, da sich erfahrungsgemäß nicht alle Verbraucher die Kennzeichnungen auf Produkten näher ansehen. Der Gerichtshof sah den Unterschied allerdings als so geringfügig an, dass es das Verbot trotzdem als nicht erforderlich einstufte.

## 2. Rechtfertigung nach Art. 36 AEUV

Neben den ungeschriebenen Rechtfertigungsgründen der *Cassis*-Formel enthält Art. 36 AEUV **ausdrückliche Rechtfertigungsgründe**. Durch die Entwicklung der *Cassis*-Formel hat sich die praktische Bedeutung von Art. 36 AEUV erheblich verringert, da der Katalog der zulässigen Rechtfertigungsgründe unter der *Cassis*-Ausnahme erheblich weiter ist. Art. 36 AEUV kommt vor allem dort noch eigenständige Bedeutung zu, wo eine mitgliedstaatliche Maßnahme gerade nicht unterschiedslos anwendbar ist, sondern zwischen in- und ausländischen Produkten differenziert. Dies ist insbesondere auch bei Einfuhrbeschränkungen der Fall, da diese sich ja gerade allein gegen ausländische Produkte richten.

Eine Maßnahme, die nach Art. 36 AEUV gerechtfertigt werden soll, muss zunächst einem der in der Vorschrift genannten Ziele dienen und verhältnismäßig sein. Schließlich darf sie keine willkürliche Diskriminierung oder verschleierte Beschränkung dar-

<sup>19</sup> S. EuGH, Slg. 1999, I-731, Rn. 19 – Van der Laan.

<sup>20</sup> EuGH, Slg. 1981, 1625, Rn. 10 – Kommission ./ Ireland.

<sup>21</sup> S. EuGH, Slg. 1992, I-4431, Rn. 34 – Kommission ./ Belgien.

<sup>22</sup> *Müller-Graff*, GSH-EU, Art. 34, Rn. 196f.

stellen. Der EuGH hat die in Art. 36 AEUV enthaltenen Merkmale **eng ausgelegt**.<sup>23</sup> So hat er etwa abgelehnt, den Verbraucherschutz unter den Begriff der öffentlichen Ordnung oder den Umweltschutz generell unter das Merkmal des Gesundheitsschutzes zu subsumieren. Bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung ergeben sich gegenüber der *Cassis*-Formel keine Besonderheiten.

- 27 Das Verbot der **verschleierte Beschränkung** oder **willkürlichen Diskriminierung** zielt darauf ab, protektionistische Intentionen der Mitgliedstaaten auszuschließen. Das setzt insbesondere voraus, dass ein Ziel auch konsistent umgesetzt wird. So müssen einem Einfuhrverbot entsprechende Produktions- und Verkaufsverbote auf innerstaatlicher Ebene gegenüberstehen, um gerechtfertigt zu sein. Ein Mitgliedstaat kann nicht etwa die Einfuhr pornographischen Materials aus Gründen der öffentlichen Sittlichkeit untersagen, ohne gleichzeitig auch die Produktion und den Verkauf entsprechenden Materials im Inland einzuschränken.

### Prüfungsschema Warenverkehrsfreiheit

#### I. Tatbestand der Warenverkehrsfreiheit

1. Abschließende Harmonisierung durch Sekundärrecht? (\*)
2. Vorliegen einer Ware
3. Zwischenstaatlicher Bezug
4. Einfuhrbeschränkung oder Maßnahme gleicher Wirkung: Ist die Maßnahme geeignet, den innergemeinschaftlichen Handel unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell zu behindern (*Dassonville*-Formel)?
  - a. Wird eine Diskriminierung ausländischer Waren bewirkt oder bezweckt?
  - b. Unterwirft die Maßnahme Waren aus anderen Mitgliedstaaten, die dort rechtmäßig hergestellt und in den Verkehr gebracht worden sind, zusätzlichen Voraussetzungen für den Marktzutritt?
  - c. Handelt es sich um eine sonstige Maßnahme, die den Zugang zum Markt eines Mitgliedstaates für Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten behindert?
5. Kann die Beschränkung dem Staat zugerechnet werden? (\*)

#### II. Rechtfertigung von Einschränkungen

1. Rechtfertigung nach Art. 36 AEUV
  - a. Verfolgt die Maßnahme eines der benannten Ziele?
  - b. Verhältnismäßigkeit
  - c. Keine willkürliche Diskriminierung oder verschleierte Beschränkung?
2. *Cassis*-Formel: Ist die Maßnahme notwendig, um einem zwingenden Erfordernis gerecht zu werden?
  - a. Im Allgemeininteresse liegender Zweck
  - b. Unterschiedslose Anwendbarkeit der Maßnahme
  - c. Verhältnismäßigkeit

Die mit (\*) gekennzeichneten Prüfungspunkte müssen nur angesprochen werden, wenn der Fall dazu Anlass gibt.

<sup>23</sup> S. bspw. zuletzt EuGH 28.1.2010 – C-333/08, EU:C:2010:44, Rn. 87 – Kommission ./ Frankreich; 19.11.2020 – C-663/18, EU:C:2020:938, Rn. 87 – B.S.

## C. Arbeitnehmerfreizügigkeit

**Literatur:** *Pickup*, Reverse Discrimination and Freedom of Movement for Workers, CMLR 23 (1986), 135; *Daniele*, Non-Discriminatory Restrictions to the Free Movement of Persons, ELR 22 (1997), 191; *Westenberg*, Zur Bedeutung der „Keck“-Rechtsprechung für die Arbeitnehmerfreizügigkeit, 2009; *Becker*, Arbeitnehmerfreizügigkeit, in: Ehlers (Hg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 4. Aufl. 2014, § 9.

Die Arbeitnehmerfreizügigkeit ist **politisch** die **umstrittenste Grundfreiheit der EU-Verträge**. Auf der einen Seite sprechen dieselben ökonomischen Gründe, die der Warenverkehrs- und der Dienstleistungsfreiheit zugrunde liegen, auch für eine Freizügigkeit von Arbeitnehmern. Wenn diese sich ohne Hindernisse zwischen den Mitgliedstaaten bewegen, können sie dort eine Stelle annehmen, wo sie den größten wirtschaftlichen Mehrwert schaffen und das beste Gehalt verdienen. Allerdings gibt es bei Arbeitnehmern zwei Komplikationen, die bei Waren oder Dienstleistungen nicht in demselben Maße auftreten. Zum einen sind Arbeitnehmer nicht nur Wirtschaftsfaktoren, sondern auch Menschen, die sich in die Kultur des Gaststaates eingliedern müssen, was zu Reibungen führen kann. Zum anderen besteht die Gefahr, dass Migration nicht in erster Linie zur Aufnahme von Arbeit, sondern aufgrund der in einem anderen Mitgliedstaat bestehenden sozialen Sicherungssysteme erfolgt. Dieses Spannungsverhältnis hat zum Teil auch die Rechtsprechung des EuGH zur Arbeitnehmerfreizügigkeit geprägt. 28

### I. Tatbestand

Art. 45 AEUV gewährleistet die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Union. Zentraler Rechtsbegriff der Vorschrift ist das Konzept des Arbeitnehmers. Dieser setzt sich aus zwei Elementen zusammen. Zum einen muss es sich bei einer Tätigkeit als Arbeitnehmer um eine **wirtschaftliche Tätigkeit** handeln. Zum anderen setzt die Arbeitnehmereigenschaft – in Abgrenzung zur Niederlassungsfreiheit – eine **abhängige Tätigkeit** voraus. Die Arbeitnehmerfreizügigkeit setzt nicht voraus, dass der Betroffene bereits eine Arbeit hat. Vielmehr können sich auch Arbeitssuchende gem. Art. 45 Abs. 3 lit. b AEUV grundsätzlich auf Ihre Arbeitnehmerfreizügigkeit berufen, wobei ihnen für die Arbeitssuche ein angemessener Zeitraum einzuräumen ist.<sup>24</sup> 29

Die Rechtsprechung des EuGH hat sich vor allem mit dem Merkmal der **Wirtschaftlichkeit einer Tätigkeit** beschäftigt. Dabei stellt der Gerichtshof an diese grundsätzlich keine hohen Anforderungen. So sind vom Schutz der Arbeitnehmerfreizügigkeit auch **Teilzeittätigkeiten** sowie solche Tätigkeiten umfasst, deren Einkommen zur **Sicherung des Existenzminimums** nicht ausreicht.<sup>25</sup> Das hat zur praktischen Konsequenz, dass Mitgliedstaaten möglicherweise verpflichtet sein können, ein zu geringes Einkommen von EU-Ausländern mit Sozialbeiträgen zu unterstützen. Würde man jedoch die Arbeitnehmerfreizügigkeit von einem gewissen Mindestgehalt abhängig machen, schloße man gerade diejenigen Arbeitnehmer von ihrem Schutz aus, die aufgrund ihrer prekären sozialen Situation am stärksten schutzbedürftig sind. 30

<sup>24</sup> EuGH 26.2.1991 – C-292/89, EU:C:1991:80, Rn. 21 – Antonissen; 17.12.2020 – C-710/19, EU:C:2020:1037 – G.M.A.

<sup>25</sup> EuGH, Slg. 1982, 1035, Rn. 15 – Levin.

- 31 Auch setzt die Wirtschaftlichkeit der Arbeitnehmertätigkeit nicht zwingend voraus, dass eine Entlohnung in Geld erfolgt. Vielmehr hat der Gerichtshof im Fall *Steymann* anerkannt, dass die Arbeitnehmereigenschaft auch bei Entlohnung durch **Naturalleistungen** gegeben sein kann.<sup>26</sup> Im konkreten Fall war der Betroffene der *Bhagwan* Gemeinschaft beigetreten. Diese versorgte ihre Mitglieder mit Nahrung und Unterkunft, verlangte von diesen aber im Gegenzug die Ausführung von Gemeinschaftsarbeiten.
- 32 Allerdings hat der Gerichtshof festgestellt, dass die wirtschaftliche Tätigkeit **genuin und effektiv** sein muss. So ist etwa eine Person, die an einem Drogenentzugsprogramm teilnimmt, das der Wiedereingliederung in die Gesellschaft dient und vom staatlichen Sozialsystem bezahlt wird, kein Arbeitnehmer i. S. v. Art. 45 AEUV, da es an einer wirtschaftlich verwertbaren Gegenleistung fehlt.<sup>27</sup> Die Bezahlung soll dem Betroffenen ermöglichen, später eine Arbeit aufzunehmen, steht aber nicht im Verhältnis zum wirtschaftlichen Wert seiner Arbeitsleistung.
- 33 Weiterhin setzt der Tatbestand der Arbeitnehmerfreizügigkeit voraus, dass ausländische Arbeitnehmer direkt oder indirekt diskriminiert werden oder die Freizügigkeit von Arbeitnehmern **beschränkt** wird. Zur Frage, welche Beschränkungen dem Tatbestand unterfallen, ist das *Bosman*-Urteil des EuGH instruktiv.<sup>28</sup> Die Entscheidung beschäftigte sich mit einem belgischen Fußballspieler, der nach Ende seines Vertrages bei einem belgischen Erstligaclub in die zweite französische Liga wechseln wollte. Allerdings war der französische Verein nicht bereit, die erforderliche Ablösesumme zu zahlen. Diese Regelung betraf nicht lediglich grenzüberschreitende Wechsel. Vielmehr wurde nach dem damaligen System bei allen Vereinswechseln eine Ablösesumme fällig, egal, ob der Wechsel innerhalb desselben Landes oder über Landesgrenzen hinweg erfolgte. Dennoch sah der Gerichtshof in der Regel eine Beschränkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit, da sie den Zugang zum Arbeitsmarkt in anderen Mitgliedstaaten unmittelbar beeinflusste.<sup>29</sup> Insofern stellt bereits **jede Erschwerung des Zugangs zum Arbeitsmarkt** eine Beschränkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit dar.
- 34 Auch im Rahmen der Arbeitnehmerfreizügigkeit ist grundsätzlich erforderlich, dass die Beschränkung dem Staat **zugerechnet** werden kann. Dies ist zumindest dann der Fall, wenn staatliche Organe gehandelt haben. Darüber hinaus hat der EuGH in einigen Fällen eine beschränkte direkte **Drittwirkung** der Arbeitnehmerfreizügigkeit gegenüber privaten Verbänden mit Regelungsmacht und teilweise sogar einzelnen Arbeitgebern anerkannt (→ § 8 C II).
- 35 Schließlich findet sich in Art. 45 Abs. 4 AEUV eine **Bereichsausnahme für die Beschäftigung in der öffentlichen Verwaltung**. Damit soll der Auffassung Rechnung getragen werden, dass bestimmte Tätigkeiten innerhalb der Staatsverwaltung eine besondere Verbundenheit mit dem Staat voraussetzen. Was als Tätigkeit in der öffentlichen Verwaltung anzusehen ist, bestimmt sich dabei nicht nach dem Recht der Mitgliedstaaten. Vielmehr nimmt der EuGH hier eine autonome Auslegung vor und geht von einem funktionalen Verständnis aus.<sup>30</sup> Eine Tätigkeit ist unter zwei Voraussetzun-

---

<sup>26</sup> EuGH, Slg. 1988, 6159 – Steymann.

<sup>27</sup> EuGH, Slg. 1989, 1621, Rn. 17 – Bettray.

<sup>28</sup> EuGH, Slg. 1995, I-4921 – Bosman.

<sup>29</sup> Ebd., Rn. 103.

<sup>30</sup> EuGH, Slg. 1974, 153, Rn. 4 – Sotgiu.

gen als Tätigkeit der öffentlichen Verwaltung anzusehen: Zum einen muss sie mittelbar oder unmittelbar an der Ausübung hoheitlicher Befugnisse teilnehmen und zum anderen auf die Wahrung der allgemeinen Interessen des Staates gerichtet sein.<sup>31</sup> Tätigkeiten als Nachwächter, Krankenpfleger, Eisenbahner oder Hochschullehrer sind daher keine Tätigkeiten in der öffentlichen Verwaltung, selbst wenn die Stellen institutionell in einer öffentlichen Körperschaft angesiedelt sind.

## II. Rechtfertigung

Auch im Rahmen der Arbeitnehmerfreizügigkeit gibt es sowohl explizit normierte Rechtfertigungsgründe als auch ungeschriebene Rechtfertigungsgründe, die der EuGH als immanente Schranken von Art. 45 AEUV entwickelt hat. Die **geschriebenen Rechtfertigungsgründe** finden sich in Art. 45 Abs. 3 AEUV. Danach sind Beschränkungen „aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit“ grundsätzlich zulässig. Wie im Rahmen der Warenverkehrsfreiheit sind auch diese Begriffe eng zu verstehen.<sup>32</sup> Weiterhin ist es nicht ausreichend, dass eine Beschränkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit einem der genannten Ziele dient. Vielmehr muss eine „tatsächliche und hinreichend schwere Gefährdung vorlieg[en], die ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt.“<sup>33</sup> Letztlich läuft diese Formel auf eine Verhältnismäßigkeitsprüfung hinaus.

Gleichzeitig hat der Gerichtshof analog zu seiner *Cassis*-Rechtsprechung im Bereich der Warenverkehrsfreiheit für indirekte Diskriminierungen und bloße Beschränkungen eine Rechtfertigung auch dann zugelassen, wenn keiner der in Art. 45 Abs. 3 genannten Gründe einschlägig war, die Beschränkung jedoch „**objektiv gerechtfertigt**“ werden konnte.<sup>34</sup> Die Beschränkung muss dabei einem legitimen Zweck dienen und verhältnismäßig sein.<sup>35</sup> So hat der Gerichtshof etwa in vielen Fällen Zulassungsbeschränkungen bei internationalen Sportwettkämpfen aufgrund von Nationalitätsquoten für zulässig erachtet.<sup>36</sup> Auch im Bereich des Steuerrechts hat er die Verhinderung von Steuerflucht oder die Kohärenz des Steuersystems in einigen Fällen als Rechtfertigungsgründe anerkannt, so dass Arbeitnehmer steuerliche Nachteile durch eine Tätigkeit im Ausland teilweise hinzunehmen haben.<sup>37</sup> Demgegenüber ist der Schutz der finanziellen Leistungsfähigkeit der sozialen Sicherungssysteme allein kein legitimer Grund zur Einschränkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit.<sup>38</sup>

<sup>31</sup> EuGH, Slg. 1980, 3881, Rn. 10 – Kommission ./ Belgien.

<sup>32</sup> EuGH, Slg. 1974, 1337, Rn. 4 – Van Duyn.

<sup>33</sup> EuGH, Slg. 1977, 1999, Rn. 33/35 – Bouchereau.

<sup>34</sup> EuGH, Slg. 2000, I-2681, Rn. 51 – Lehtonen.

<sup>35</sup> Ebd., Rn. 56.

<sup>36</sup> EuGH, Slg. 2000, I-2595 – Deliège.

<sup>37</sup> EuGH, Slg. 1992, I-305 – Kommission ./ Belgien; Slg. 1992, I-249 – Bachmann.

<sup>38</sup> EuGH, Slg. 2006, I-1441 – Rockler.

### Prüfungsschema Arbeitnehmerfreizügigkeit

- I. Tatbestand der Arbeitnehmerfreizügigkeit
  1. Abschließende Harmonisierung durch Sekundärrecht? (\*)
  2. Arbeitnehmerbegriff
  3. Zwischenstaatlicher Bezug
  4. Diskriminierung oder Beschränkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit
  5. Zurechnung
    - a. Kann die Beschränkung dem Staat zugerechnet werden? (\*)
    - b. Wenn nein: Ausnahmsweise Direktwirkung gegenüber Privaten? (\*)
  6. Bereichsausnahme für den öffentlichen Dienst, Art. 45 Abs. 4 AEUV (\*)
- II. Rechtfertigung
  1. Rechtfertigung nach Art. 45 Abs. 3 AEUV
    - a. Einschlägigkeit eines in Art. 45 Abs. 3 AEUV genannten Merkmals
    - b. Verhältnismäßigkeit
  2. Ungeschriebene, „objektive“ Rechtfertigung
    - a. Legitimer Rechtfertigungsgrund
    - b. Keine Diskriminierung
    - c. Verhältnismäßigkeit

Die mit (\*) gekennzeichneten Prüfungspunkte müssen nur angesprochen werden, wenn der Fall dazu Anlass gibt.

### D. Niederlassungsfreiheit

**Literatur:** *Hatje*, Die Niederlassungsfreiheit im europäischen Binnenmarkt, JA 2003, 160; *Forsthoff*, Niederlassungsfreiheit für Gesellschaften, 2006; *Schill*, Staatsangehörigkeitsvorbehalt für Notare und europäische Niederlassungsfreiheit, NJW 2007, 2014; *Barthel*, Die Niederlassungsfreiheit der Gesellschaften nach EuGH „Cartesio“, EWS 2010, 316; *Gerner-Beuerle/Schilling*, The mysteries of freedom of establishment of Cartesio, ICLQ 59 (2010), 303; *Tietje*, Niederlassungsfreiheit, in: Ehlers (Hg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 4. Aufl. 2014, § 10; *Franz*, Grenzüberschreitende Sitzverlegung und Niederlassungsfreiheit, EuZW 2016, 930.

- 38 Die Niederlassungsfreiheit **schützt sowohl Individuen als auch Gesellschaften** (Art. 54 AEUV). Soweit sie Individuen schützt, ist das Spannungsverhältnis ähnlich wie bei der Arbeitnehmerfreizügigkeit, wobei sich die Niederlassungsfreiheit auf selbständige im Gegensatz zu abhängiger Tätigkeit bezieht. Zum einen stellt die Niederlassungsfreiheit sicher, dass Unionsbürger dort selbständig tätig werden, wo sie den wirtschaftlich größten Mehrwert schaffen. Zum anderen müssen sie sich ebenfalls in die Gesellschaft des Aufnahmestaates integrieren. Soweit die Niederlassungsfreiheit Gesellschaften zukommt, erlaubt sie diesen, in anderen Staaten eine Niederlassung zu gründen und somit die wirtschaftliche Tätigkeit in diesem Mitgliedstaat zu intensivieren oder überhaupt erst aufzunehmen.

#### I. Tatbestand

- 39 Art. 49 AEUV schützt die Freiheit der Niederlassung. Niederlassung ist dabei jede **auf gewisse Dauer angelegte selbständige Erwerbstätigkeit** auf dem Gebiet eines ande-

ren Mitgliedstaates. Das Merkmal der gewissen Dauer grenzt die Niederlassungs- von der Dienstleistungsfreiheit ab, die ihrer Natur nach auf vorübergehend angelegte Tätigkeiten ausgerichtet ist. Die Selbständigkeit steht in Abgrenzung zur Arbeitnehmerfreizügigkeit, die die abhängige Erwerbstätigkeit schützt. Das Merkmal der *Erwerbstätigkeit* weist schließlich auf die Notwendigkeit einer wirtschaftlichen Tätigkeit hin, da die Grundfreiheiten in erster Linie Wirtschaftsfreiheiten sind.

Ausweislich ihres Wortlauts wendet sich die Niederlassungsfreiheit nicht nur gegen 40 Diskriminierungen, sondern auch gegen **Beschränkungen**. Dabei kann nach Auffassung des EuGH eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit sogar **gegen den eigenen Heimatstaat** geltend gemacht werden.<sup>39</sup> In der Rechtssache *Asscher* war der Antragsteller, ein Niederländer, Vorsitzender von Unternehmen sowohl in Belgien als auch in den Niederlanden. Er lebte jedoch in Belgien und musste deswegen in den Niederlanden höhere Steuern zahlen, als wenn er dort seinen Wohnsitz gehabt hätte. Der EuGH sah darin eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit.<sup>40</sup>

Gem. Art. 54 AEUV gilt die Niederlassungsfreiheit nicht nur für Individuen, sondern 41 auch für **Gesellschaften**, wobei der Begriff der Gesellschaft in Art. 54 Abs. 2 AEUV weit gefasst ist und sich nicht lediglich auf juristische Personen beschränkt, sondern **auch teilrechtsfähige Gesellschaften** erfasst.

Ebenso wie bei der Arbeitnehmerfreizügigkeit gibt es auch im Rahmen der Niederlassungsfreiheit eine **Bereichsausnahme für die Ausübung öffentlicher Gewalt**. Gem. 42 Art. 51 Abs. 1 AEUV sind Tätigkeiten, die mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sind, vom Tatbestand der Niederlassungsfreiheit auszunehmen. Der Begriff der öffentlichen Gewalt ist dabei autonom auszulegen. Es kommt nicht darauf an, ob eine Gesellschaft öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich organisiert ist. Vielmehr ist funktionell darauf abzustellen, ob die betreffende Gesellschaft oder das betreffende Individuum Hoheitsgewalt ausübt. In einem Vertragsverletzungsverfahren gegen die Bundesrepublik Deutschland entschied der EuGH beispielsweise, dass die Notariats-tätigkeit keinen ausreichenden Bezug zur öffentlichen Gewalt habe und daher nicht unter die Bereichsausnahme nach Art. 51 AEUV falle.<sup>41</sup>

## II. Rechtfertigung

Für die Rechtfertigung von Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit bestehen zum 43 einen in Art. 52 Abs. 1 AEUV **explizite Rechtfertigungsgründe**. Diese sind ebenso wie bei den anderen Grundfreiheiten grundsätzlich eng auszulegen. Zudem müssen Maßnahmen, die der Verfolgung der in Art. 52 AEUV genannten Gründe dienen, verhältnismäßig sein. Daneben hat der Gerichtshof jedoch auch für die Niederlassungsfreiheit **ungeschriebene Rechtfertigungsgründe** entwickelt. Die Voraussetzungen sind dabei ähnlich wie bei den anderen Grundfreiheiten: Eine Maßnahme muss **„zwingenden Gründen des Allgemeininteresses“** dienen, in nichtdiskriminierender Weise angewandt werden und verhältnismäßig sein.<sup>42</sup>

<sup>39</sup> EuGH, Slg. 1996, I-3089 – *Asscher*.

<sup>40</sup> Ebd.

<sup>41</sup> EuGH, Slg. 2011, I-4355, Rn. 84 ff. – *Kommission ./.* Deutschland.

<sup>42</sup> EuGH, Slg. 1995, I-4165, Rn. 37 – *Gebhard*.



- 44 Eine Frage, die die Rechtsprechung zur Niederlassungsfreiheit intensiv beschäftigt hat, ist die Frage, inwieweit Mitgliedstaaten die **Rechtsfähigkeit ausländischer Gesellschaften** anerkennen müssen. Erschwert wird die Frage dadurch, dass sich die Nationalität einer Gesellschaft in den verschiedenen Mitgliedstaaten nach unterschiedlichen Ansätzen bestimmt. Einige Mitgliedstaaten stellen auf die **Gründung der Gesellschaft**, andere auf den **Sitz der Gesellschaft** ab. Daher kann es zu Konflikten kommen, wenn eine Gesellschaft aus einem Mitgliedstaat, in dem sich die Nationalität nach der Gründung bestimmt, ihren Sitz in einen Staat verlegt, der die Nationalität nach dem Sitz festlegt. Muss letzterer Mitgliedstaat, die ausländische Gesellschaft auch dann anerkennen, wenn sie die für die Gründung einer Gesellschaft im Sitzstaat notwendigen Voraussetzungen nicht erfüllt?
- 45 Die Rechtsprechung des EuGH ist dabei uneinheitlich. Wenn eine Gesellschaft ihren Sitz in einen anderen Mitgliedstaat verlegen möchte, hat der EuGH eine **Beschränkung der Niederlassungsfreiheit durch den Ausgangsstaat** als gerechtfertigt angesehen, wenn dieser für die Verlegung Bedingungen stellt, etwa die Begleichung von Steuerschulden oder die Auflösung der Gesellschaft im Ausgangsstaat.<sup>43</sup> Dagegen ist es **nicht gerechtfertigt**, wenn ein Mitgliedstaat, der die Nationalität der Gesellschaft nach ihrem Sitz beurteilt, darauf besteht, dass diese auch **nach den nationalen Rechtsvorschriften gegründet wird, um rechtsfähig zu sein**.<sup>44</sup>
- 46 In seinem **Centros-Urteil** hat der EuGH eine Rechtfertigung der mangelnden Anerkennung auch für den Fall verweigert, dass eine Gesellschaft lediglich formal nach ausländischem Recht gegründet war, ihre Tätigkeit aber allein im Inland hatte.<sup>45</sup> Der Fall betraf eine im Vereinigten Königreich gegründete Gesellschaft, die von Dänen gegründet worden war und ausschließlich in Dänemark geschäftlich tätig werden sollte. Die dänischen Behörden verweigerten daraufhin die Eintragung einer Zweigniederlassung, da es sich eigentlich um eine verkappte Hauptniederlassung handele, so dass die Gesellschaft die Voraussetzungen des dänischen Gesellschaftsrechts, insbesondere die Mindestkapitalvorgaben, erfüllen müsse. Der EuGH entschied, dass die Mitgliedstaaten zwar grundsätzlich das Recht hätten, Missbrauch durch Auslandsgründungen entgegenzuwirken, dass **allein die Gründung in einem anderen Mitgliedstaat jedoch noch keine Umgehung** der nationalen Gründungsvorschriften darstelle.<sup>46</sup>

#### Prüfungsschema Niederlassungsfreiheit

- I. Tatbestand der Niederlassungsfreiheit
  1. Abschließende Harmonisierung durch Sekundärrecht? (\*)
  2. Niederlassung
  3. Zwischenstaatlicher Bezug
  4. Diskriminierung oder Beschränkung der Niederlassungsfreiheit
  5. Kann die Beschränkung dem Staat zugerechnet werden? Wenn nein: Ist ausnahmsweise Zurechnung gegenüber Privaten möglich? (\*)
  6. Bereichsausnahme für die Ausübung öffentlicher Gewalt, Art. 51 AEUV (\*)

<sup>43</sup> EuGH, Slg. 1988, 5483 – Daily Mail; Slg. 2008, I-9641 – Cartesio.

<sup>44</sup> EuGH, Slg. 2002, I-9919 – Überseering.

<sup>45</sup> EuGH, Slg. 1999, I-1459 – Centros.

<sup>46</sup> Ebd., Rn. 24ff.