

Fall 1: Strenge Vorschriften für Bewachungsunternehmen in Belgien

Urs Kramer

Sachverhalt

Nach einem belgischen Gesetz vom 8.4.2015 über Bewachungs-, Sicherheitsunternehmen und interne Bewachungsdienste bedürfen die genannten Unternehmen einer vorherigen Genehmigung, die an folgende Voraussetzungen geknüpft ist:

- die Verpflichtung des Bewachungsunternehmens, eine Betriebsniederlassung in Belgien zu haben;
- die Verpflichtung der Personen, die mit der tatsächlichen Leitung des Unternehmens betraut sind oder in einem solchen Unternehmen oder für dessen Rechnung arbeiten oder bei dessen Tätigkeit eingesetzt werden, ihren Wohnsitz oder hilfsweise ihren gewöhnlichen Aufenthalt in Belgien zu nehmen; ausgenommen sind nur Bedienstete, die intern für administrative oder logistische Zwecke eingesetzt werden;
- die Verpflichtung eines in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassenen Unternehmens, ungeachtet der von dem Unternehmen bereits für die Ausübung seiner Tätigkeit im Mitgliedstaat der Niederlassung erbrachten Nachweise und Sicherheiten, eine Genehmigung einzuholen;
- die Verpflichtung für jede Person, die in Belgien eine Bewachungstätigkeit ausüben möchte, einen Ausweis nach diesem Gesetz zu beantragen.

Die Europäische Kommission bezweifelt die Vereinbarkeit dieses Gesetzes mit dem freien Dienstleistungsverkehr, der Niederlassungsfreiheit und der Freizügigkeit der Arbeitnehmer und erhebt nach ordnungsgemäßer Durchführung des Vorverfahrens eine Vertragsverletzungsklage gegen das Königreich Belgien. Die belgische Regierung beruft sich auf den besonderen Charakter des Sektors Private Sicherheitsdienste und die Ausnahmebestimmungen der Art. 45 III, 51, 52 AEUV, gegebenenfalls i. V. mit Art. 62 AEUV.

Prüfen Sie die Erfolgsaussichten der Klage!

Wesentliche Probleme

Vertragsverletzungsverfahren, Dienstleistungsfreiheit, Arbeitnehmerfreizügigkeit, sonstige Grundfreiheiten (Überblick), Zollunion, Europäische Kommission

Gliederung

- A. Zulässigkeit der Klage der Kommission
 - I. Zuständigkeit des EuGH
 - II. Beteiligtenfähigkeit
 - III. Klagegegenstand
 - IV. Klagebefugnis bzw. Klageberechtigung
 - V. Vorverfahren

- VI. Rechtsschutzbedürfnis
- VII. Zwischenergebnis
- B. Begründetheit der Klage der Kommission**
 - I. Verpflichtung, eine Niederlassung in Belgien zu haben
 - 1. Schutzbereich der Dienstleistungsfreiheit
 - 2. Eingriff in Art. 56 AEUV
 - 3. Rechtfertigung des Eingriffs
 - a) Rechtfertigungsgrund als „Schranke“
 - b) Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als „Schranken-Schranke“
 - II. Wohnsitzerfordernis für Mitarbeiter und Führungskräfte in Belgien
 - 1. Eingriff in Art. 45 AEUV
 - 2. Eingriff in Art. 49 AEUV
 - 3. Rechtfertigung der Eingriffe
 - a) Rechtfertigungsgrund als „Schranke“
 - b) Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als „Schranken-Schranke“
 - III. Erfordernis der vorherigen Genehmigung oder Zulassung der Bewachungstätigkeit
 - 1. Eingriff in Art. 56 AEUV
 - 2. Rechtfertigung des Eingriffes
 - a) Rechtfertigungsgrund als „Schranke“
 - b) Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als „Schranken-Schranke“
 - IV. Ausweiserfordernis
 - 1. Eingriff in Art. 56 AEUV
 - 2. Rechtfertigung des Eingriffes
 - a) Rechtfertigungsgrund als „Schranke“
 - b) Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als „Schranken-Schranke“
- C. Gesamtergebnis**

Lösung

Die Klage der Europäischen Kommission (nachfolgend: Kommission) hat Erfolg, wenn sie zulässig¹ und begründet ist.

A. Zulässigkeit

I. Zuständigkeit des EuGH

Der EuGH müsste für eine Klage der Kommission zuständig sein. Gemäß Art. 258 AEUV (es gibt keine Generalklausel wie § 40 I 1 VwGO oder Auflistung aller Verfahren wie § 13 BVerfGG, sondern nur die einzelnen Verfahren) ist hier ein „Vertragsverletzungsverfahren“, also eine so genannte Aufsichtsklage der Kommission,² einschlägig, für deren Entscheidung der EuGH auch unter Berücksichtigung des Art. 256 AEUV zuständig ist.³

1 Mangels Anwendbarkeit der §§ 17, 17a GVG kann hier anders als im verwaltungsgerichtlichen Verfahren ohne Bedenken auf die von Verfahren beim BVerfG (oder LVerfG) bekannte Terminologie „Zulässigkeit der Klage“ statt „Sachentscheidungsvoraussetzungen“ zurückgegriffen werden.

2 *Oppermann/Classen/Nettesheim*, Europarecht, § 13 Rn. 29.

3 Zur Abgrenzung der Zuständigkeit zwischen EuGH und EuG (Gericht für Entscheidungen im ersten Rechtszug) vgl. etwa *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Europarecht, Rn. 300 ff.; *Herdegen*, Europarecht, § 7 Rn. 96; sowie Art. 256 AEUV: erstinstanzliche Zuständigkeit des EuG für bestimmte Verfahren.

II. Beteiligtenfähigkeit

Die Beteiligtenfähigkeit der Kommission als Klägerin und des Königreiches Belgien als betroffenem Mitgliedstaat folgt ebenfalls aus Art. 258 AEUV.

III. Klagegegenstand

Des Weiteren müsste ein tauglicher Klagegegenstand gegeben sein. Nach Art. 258 AEUV ist das ein Verstoß gegen eine Verpflichtung aus den Verträgen, d. h. dem Primärrecht (also dem EUV, AEUV oder der Grundrechtecharta). In Betracht kommt hier eine Verletzung des AEU-Vertrages, insbesondere der Art. 45, 49, 56 AEUV, durch den gesetzgeberischen Akt des Mitgliedstaates Belgien. Mithin liegt ein tauglicher Klagegegenstand vor.

IV. Klagebefugnis bzw. Klageberechtigung

Die Kommission müsste ferner auch klageberechtigt sein. Die Klageberechtigung (auch: Klagebefugnis⁴) der Kommission liegt bereits vor, wenn eine Vertragsverletzung behauptet wird, d. h. „nach Auffassung“ der Kommission vorliegt.⁵ Ob sie als möglich erscheint (Möglichkeitstheorie im Verwaltungsprozess), bleibt dagegen unerheblich. In Betracht kommt hier eine Verletzung der Freizügigkeit der Arbeitnehmer nach Art. 45 AEUV, der Niederlassungsfreiheit gemäß Art. 49 AEUV und des freien Dienstleistungsverkehrs nach Art. 56 AEUV. Von deren Verletzung ist die Kommission vorliegend sogar überzeugt, womit ihre Klageberechtigung gegeben ist.

V. Vorverfahren

Ein ordnungsgemäßes Vorverfahren i. S. des Art. 258 I AEUV wurde durchgeführt.

Exkurs: Aus Art. 258 AEUV ergibt sich insoweit folgendes Verfahren: Zunächst ergeht ein Mahnschreiben an den jeweiligen Mitgliedstaat (Abs. 1 Hs. 2). Daraufhin erfolgt eine gegebenenfalls unbefriedigende Antwort des Staates, die in eine begründete Stellungnahme der Kommission mündet (Abs. 1 Hs. 1). Nach Ablauf der von der Kommission gesetzten (Handlungs-)Frist ohne eine die Kommission zufrieden stellende Reaktion des Mitgliedstaates ist eine Klageerhebung möglich (Abs. 2).⁶

VI. Rechtsschutzbedürfnis

Außerdem dürfte das Rechtsschutzbedürfnis nicht ausgeschlossen sein. Das Vertragsverletzungsverfahren dient der objektiv-rechtlichen Kontrolle der mitglied-

4 Bedenken gegen diesen Begriff könnten sich daraus ergeben, dass gerade keine eigene Rechtsbetroffenheit der Kommission erforderlich ist. Andererseits ist das z. B. bei den Normenkontrollen nach Art. 93 I Nr. 2 und Art. 100 I GG ebenfalls so, wo dessen ungeachtet mehrheitlich von einer „Befugnis“ gesprochen wird.

5 Pechstein, EU-Prozessrecht, Rn. 289.

6 Streinz, Europarecht, Rn. 623.

staatlichen Einhaltung des Unionsrechts. Deshalb muss das Rechtsschutzbedürfnis nicht besonders nachgewiesen werden; ausreichend ist vielmehr, dass der betroffene Mitgliedstaat bis zum Ablauf der in der Stellungnahme der EU-Kommission gesetzten Abhilfefrist das beanstandete Verhalten nicht vollständig abgestellt hat.⁷ Eine Beseitigung des Vertragsverstosses nach der Klageerhebung ist dagegen (auch nach dem Normzweck) nicht mehr zu berücksichtigen.⁸ Dieses Problem der Erledigung nach einer Klageerhebung wurde vom EuGH bislang allerdings noch nicht näher betrachtet.⁹

VII. Zwischenergebnis

Die Klage der Kommission gegen das Königreich Belgien ist zulässig.

B. Begründetheit der Klage

Die Klage ist begründet, wenn die von der Kommission geltend gemachte Verletzung des AEU-Vertrages (es wird vom EuGH alles – also auch nicht Gerügtes – geprüft, aber nur ein gerügter Verstoß sanktioniert) durch den Mitgliedstaat Belgien festgestellt werden kann. Dazu bedarf es einer Überprüfung der Vereinbarkeit der einzelnen Regelungen des fraglichen belgischen Gesetzes mit den Grundfreiheiten des AEU-Vertrages.

Exkurs: Die Grundfreiheiten des AEU-Vertrages.¹⁰ Der AEU-Vertrag kennt vier Grundfreiheiten, die zu den internen Unionsmaßnahmen und -politiken des Vertrages zählen.¹¹ Das sind der freie Warenverkehr, der freie Personenverkehr, der freie Dienstleistungsverkehr und der freie Kapitalverkehr. Mit Hilfe dieser vier Grundfreiheiten wird der Binnenmarkt als ein „Raum ohne Binnengrenzen“ als das große Ziel der EU (→ Art. 3 III 1 EUV) verwirklicht, in dem alle Hindernisse für den freien Waren-, Personen-, Dienstleistungs- und Kapitalverkehr beseitigt sind (vgl. Art. 26 I, II AEUV). Alle Grundfreiheiten wirken heute unmittelbar, d. h., jeder begünstigte Bürger kann sich vor den nationalen Gerichten und gegenüber der Verwaltung auf sie berufen;¹² entgegenstehendes nationales Recht ist in grenzüberschreitenden Sachverhalten (nur dann gilt das Unionsrecht; sonst bleibt nationales Recht anwendbar) auf Grund des Anwendungsvorranges des Unionsrechts unanwendbar.¹³ Entgegenstehendes Sekundärrecht der EU wird gebrochen (→ Rangverhältnis).

7 EuGH, U. v. 21.9.1978, Rs. 69/77, Slg. 1978, 1749 Rn. 7 f. – *Kommission/Italien*; *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Europarecht, Rn. 499.

8 *Streinz*, Europarecht, Rn. 581; anders hingegen *Kotzur*, in: Geiger/Khan/Kotzur, EUV/AEUV, Art. 258 AEUV Rn. 19 f., wonach ein beklagter Mitgliedstaat durch die Beseitigung der Verletzung nach der Klageerhebung zumindest das Rechtsschutzbedürfnis der Kommission entfallen lassen kann.

9 Vgl. *Oppermann/Classen/Nettesheim*, Europarecht, § 13 Rn. 37.

10 Jüngst dazu auch *Cremer*, Jura 2015, 39 ff.

11 Vgl. 3. Teil, Art. 26–197 AEUV.

12 *Ehlers*, in: ders., Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, § 7 Rn. 7 f.

13 *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Europarecht, Rn. 819; *Arndt/Fischer/Fetzer*, Europarecht, Rn. 415.

- **Der freie Warenverkehr, Art. 28 ff., 34 ff. AEUV**

Die Errichtung des Binnenmarktes setzt vor allem den freien Handel mit Waren voraus. Aufgabe und Ziel des freien Warenverkehrs ist die Schaffung eines Wirtschaftsraumes, in dem Waren im Rahmen einer einheitlichen Wettbewerbsordnung frei zirkulieren können.¹⁴ Zur Erreichung des freien Warenverkehrs sieht der AEU-Vertrag die Abschaffung der Zölle (so genannte Zollunion, Art. 28, 30 ff. AEUV) sowie aller mengenmäßigen Beschränkungen (Art. 34 ff. AEUV) im Handelsverkehr innerhalb der Union vor.

Dabei umfasst die **Zollunion** als „Kernstück“¹⁵ eines Binnenmarktes die Einführung eines gemeinsamen Zolltarifes gegenüber Drittländern sowie das Verbot, zwischen den Mitgliedstaaten Ein- und Ausfuhrzölle und Abgaben gleicher Wirkung zu erheben.¹⁶

Ergänzend zur Zollunion wird der freie Warenverkehr durch die **Beseitigung mengenmäßiger Ein- und Ausfuhrbeschränkungen und Maßnahmen gleicher Wirkung** gemäß Art. 34 ff. AEUV gewährleistet. Das ist notwendig, um zu verhindern, dass durch Beschränkungen im Warenverkehr die Wirkung von Zöllen auf Umwegen erreicht wird. Unter einer mengenmäßigen Beschränkung ist eine hoheitliche Maßnahme zu verstehen, welche die Ein- oder Ausfuhr einer Ware dem Wert oder der Menge nach kontingentiert.¹⁷ Eine Maßnahme gleicher Wirkung ist – ausgehend vom Ziel der EU (s. oben) – nach der so genannten „**Dassonville-Formel**“ des EuGH „jede Handelsregelung der Mitgliedstaaten, die geeignet ist, den innergemeinschaftlichen Handel unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potenziell zu behindern“.¹⁸ Diese Definition wird seit der so genannten „**Keck-Entscheidung**“ des EuGH allerdings insofern eingeschränkt, als nationale Maßnahmen, die bestimmte Verkaufsmodalitäten beschränken oder verbieten, „nicht geeignet sind, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten [...] zu behindern, sofern diese Bestimmungen für alle betroffenen Wirtschaftsteilnehmer gelten, die ihre Tätigkeit im Inland ausüben, und sofern sie den Absatz der inländischen Erzeugnisse und der Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten rechtlich wie tatsächlich in der gleichen Weise berühren“.¹⁹ Beispiele für Verkaufsmodalitäten, die keine Maßnahmen gleicher Wirkung darstellen, sind das Verbot des Verkaufes zu Verlustpreisen, Werbebeschränkungen, Ladenschlussregelungen, Vorschriften über den Sonn- und Feiertagsverkauf.²⁰ Während der letzte „sofern-Teil“ der „**Keck-Definition**“ zunächst weniger streng angewandt wurde, hat er durch das „**Doc-Morris- Urteil**“²¹ an Bedeutung gewonnen: Wenn die Ver-

14 Hobe, Europarecht, Rn. 667.

15 Streinz, Europarecht, Rn. 785.

16 Haratsch/Koenig/Pechstein, Europarecht, Rn. 846; Streinz, Europarecht, Rn. 856.

17 Hobe, Europarecht, Rn. 674.

18 EuGH, U. v. 11.7.1974, Rs. 8/74, Slg. 1974, 837 – Dassonville. Vgl. zur weiteren Differenzierung zwischen produkt- und vertriebsbezogenen Beschränkungen unten Fall 4 (mit gesondertem Exkurs); Haratsch/Koenig/Pechstein, Europarecht, Rn. 867; Kotzur, in: Geiger/Khan/Kotzur, EUV/AEUV, Art. 34 AEUV Rn. 8.

19 EuGH, U. v. 24.11.1993, verb. Rs. C-267/91 und C-268/91, Slg. 1993, I-6097 – Keck und Mithouard; Haratsch/Koenig/Pechstein, Europarecht, Rn. 873.

20 Weitere Beispiele nennt Schroeder, in: Streinz, EUV/EGV, Art. 28 EGV Rn. 45.

21 EuGH, U. v. 11.12.2003, Rs. C-322/01, Slg. 2003, I-14887-15012 – Doc Morris.

kaufsmodalität zwar für alle unterschiedslos gilt (im konkreten Fall die Pflicht, bestimmte Waren nur in einem Ladenlokal und nicht übers Internet zu verkaufen), faktisch aber doch eine Beeinträchtigung für ausländische Anbieter von Waren verursacht (in diesem Fall hatte das betroffene Unternehmen im Unterschied zu inländischen Konkurrenten noch keinen „Sitz“ im jeweiligen Mitgliedstaat), ist sie verboten.²²

- **Der freie Personenverkehr, Art. 45 ff., 49 ff. AEUV**

Zu der in einem Binnenmarkt erforderlichen Mobilität der Produktionsfaktoren gehört zum einen die Möglichkeit für die Unternehmer, innerhalb der Europäischen Union den unter Kostengesichtspunkten günstigsten Produktions- und Vertriebsstandort zu wählen, sowie die Möglichkeit für die Arbeitnehmer, sich den unter Einkommensgesichtspunkten attraktivsten Arbeitsort auszusuchen. Insofern gewährt die Grundfreiheit des Personenverkehrs (der Oberbegriff „freier Personenverkehr“ ergibt sich aus Art. 26 II AEUV) eine umfassende Freizügigkeit für Unionsbürger im Zusammenhang mit der wirtschaftlichen Tätigkeit, ergänzt durch soziale Rechte. Sie besteht aus zwei Elementen, der Freizügigkeit der Arbeitnehmer, Art. 45–48 AEUV, und der Niederlassungsfreiheit der Arbeitgeber bzw. Selbstständigen, Art. 49–55 AEUV.

Die **Freizügigkeit der Arbeitnehmer** beinhaltet einen Anspruch auf Inländergleichbehandlung aller Unionsbürger im Hinblick auf Beschäftigung, Entlohnung und sonstige Arbeitsbedingungen (Art. 45 II AEUV) sowie das Aufenthaltsrecht der Arbeitnehmer im Beschäftigungsstaat (Art. 45 III AEUV). Art. 45 AEUV soll den abhängig Beschäftigten die freie Wahl des Arbeitsplatzes im gesamten Unionsgebiet ermöglichen, wobei jedoch zwei Einschränkungen bestehen: Das Aufenthaltsrecht findet auf die Beschäftigung in der öffentlichen Verwaltung keine Anwendung (Art. 45 IV AEUV; so genannte Bereichsausnahme)²³ und kann aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit beschränkt werden (Art. 45 III AEUV; Rechtfertigungsgründe bzw. „Schranke“).²⁴

Die **Niederlassungsfreiheit** gewährt den Unionsbürgern die Möglichkeit, kontinuierlich und nicht diskriminiert am Wirtschaftsleben eines anderen Mitgliedstaates zum Zweck der selbstständigen Erwerbstätigkeit teilzunehmen.²⁵ Der Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit wird allerdings gemäß Art. 51 AEUV für Tätigkeiten, die mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sind (→ Bereichsausnahme), begrenzt.²⁶ Darüber hinaus enthält Art. 52 AEUV einen Vorbehalt für Sonderregelungen in Rechts- und Verwaltungsvorschriften, die aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit gerechtfertigt sind (Rechtfertigungsgründe bzw. „Schranke“).²⁷ In diesem Zusammenhang ist auch das „Gebhard-Urteil“ zu beachten. In diesem hat der EuGH entschieden, dass nationale Maßnahmen, welche die Ausübung der durch den Vertrag garantier-

22 Koenig/Meurer/Engelmann, EWS 2004, 65, 67; zu dem Marktzugangskriterium auch Dietz/Strein, EuR 2015, 50 ff. Vgl. dazu noch näher Fall 4.

23 Haratsch/Koenig/Pechstein, Europarecht, Rn. 911.

24 Haratsch/Koenig/Pechstein, Europarecht, Rn. 934.

25 Herdegen, Europarecht, § 16 Rn. 22.

26 Hakenberg, Europarecht, Rn. 416; Haratsch/Koenig/Pechstein, Europarecht, Rn. 954.

27 Hobe, Europarecht, Rn. 793.

ten Grundfreiheiten behindern oder weniger attraktiv machen, zu ihrer Rechtfertigung vier Voraussetzungen (davon die letzten drei als Ausfluss des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes) erfüllen müssen: „Sie müssen in nichtdiskriminierender Weise angewandt werden, sie müssen aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt sein, sie müssen geeignet sein, die Verwirklichung des mit ihnen verfolgten Zieles zu gewährleisten, und sie dürfen nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung dieses Ziels erforderlich ist.“²⁸ Dieses Urteil muss in einer Klausur aber nicht zwingend genannt werden.

- **Die Dienstleistungsfreiheit, Art. 56 ff. AEUV**

Die Errichtung eines Binnenmarktes gilt auch für die grenzüberschreitende Erbringung von Dienstleistungen, die – wirtschaftlich gesehen – immer bedeutender werden.²⁹ Insofern gewährleistet die Dienstleistungsfreiheit **grenzüberschreitende Dienstleistungen** innerhalb des Unionsgebietes im Rahmen einer selbstständigen Erwerbstätigkeit.³⁰ Sie umfasst das Aufenthalts- und Einreiserecht zum Zweck und für die Dauer der Dienstleistung und das Recht auf Gleichbehandlung.³¹ Im Unterschied zu den Personenverkehrsfreiheiten (s. oben) steht hier „die Mobilität des Produktes (Export und Import von *Leistungen*) und nicht des Produktionsfaktors *Arbeit*“ im Vordergrund.³² Was eine „Dienstleistung“ i. S. des AEU-Vertrages ist, bestimmt (bzw. beschreibt) Art. 57 AEUV. Die Art. 56, 57 AEUV enthalten nicht nur ein Diskriminierungsverbot, sondern untersagen auch alle Beschränkungen des Dienstleistungsverkehrs, soweit sie nicht aus Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt und verhältnismäßig sind (Art. 62 AEUV verweist insoweit auf die Bereichsausnahme nach Art. 51 AEUV und die Rechtfertigungsgründe nach Art. 52 AEUV; vgl. dazu insgesamt näher in Fall 5).³³

- **Die Freiheit des Kapitalverkehrs, Art. 63 I, 64 ff. AEUV**

Ziel der Kapitalverkehrsfreiheit ist die Sicherung der Investitionsfinanzierung im Unionsgebiet. Diese Grundfreiheit soll durch freie Zirkulation des verfügbaren Investitionskapitals eine kostenorientierte Standortverteilung der Produktion im Unionsgebiet ermöglichen.³⁴ Der Begriff „**Kapitalverkehr**“ umfasst dabei alle auf Geld (z. B. Wertpapiere, Kredite) oder Sachkapital (z. B. Rechte an Immobilien, Unternehmensbeteiligungen) bezogenen Transaktionen, die *nicht* direkt durch den Waren- und Dienstleistungsverkehr bedingt sind (das sind Arbeitsentgelte, Kaufpreiszahlungen etc., s. sogleich unten).³⁵ Nach Art. 63 I AEUV sind alle Beschränkungen des Kapitalverkehrs zwischen den Mitgliedstaaten sowie zwischen den Mitgliedstaaten und dritten Ländern verboten (das geht also über den Binnenmarkt hinaus). Eine Beschränkung des Kapitalverkehrs ist dabei jede staatliche Maßnahme, die für die Kapitalein- oder -ausfuhr eine gegenüber dem

28 EuGH, U. v. 30.11.1995, Rs. C-55/94, Slg. 1995, I-4165 Rn. 37 – *Gebhard*.

29 *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Europarecht, Rn. 988.

30 *Kotzur*, in: Geiger/Khan/Kotzur, EUV/AEUV, Art. 56 AEUV Rn. 1.

31 *Schroeder*, Grundkurs Europarecht, § 14 Rn. 153 f.

32 *Streinz*, Europarecht, Rn. 784.

33 *Herdegen*, Europarecht, § 17 Rn. 2.

34 *Kotzur*, in: Geiger/Khan/Kotzur, EUV/AEUV, Art. 63 AEUV Rn. 1.

35 *Wojcik*, in: v. d. Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, Art. 63 AEUV Rn. 4.

inländischen Kapitalverkehr formell oder materiell abweichende Regelung vorsieht. Ausnahmen bestehen nach Art. 64 ff. AEUV. Ergänzend ist an dieser Stelle noch die **(Hilfs-)Freiheit des Zahlungsverkehrs, Art. 63 II, 64 ff. AEUV** zu erwähnen, welche die ungehinderte Bezahlung von Waren, Dienstleistungen und die Überweisung der Löhne für Angehörige der Mitgliedstaaten gewährleistet.³⁶

I. Verpflichtung, eine Niederlassung in Belgien zu haben

1. Schutzbereich der Dienstleistungsfreiheit

Die Pflicht, eine Niederlassung in Belgien zu haben, könnte gegen die Dienstleistungsfreiheit verstoßen. Die Anwendbarkeit der Dienstleistungsfreiheit als Grundfreiheit ergibt sich hier aus dem (zumindest potenziellen) grenzüberschreitenden Sachverhalt sowie dem Fehlen spezieller sekundärrechtlicher Regelungen.³⁷ Dienstleistungen sind nach Art. 57 I AEUV Leistungen, die in der Regel gegen Entgelt erbracht werden. Die Dienstleistungsfreiheit ermöglicht dabei **grenzüberschreitende Dienstleistungen** innerhalb des Unionsgebietes im Rahmen einer selbstständigen Erwerbstätigkeit.³⁸ Sie umfasst insbesondere sowohl Aufenthalts- und Einreiserecht zum Zweck und für die Dauer der Dienstleistung als auch das Recht auf Gleichbehandlung.³⁹ Im Vordergrund steht „die Mobilität des Produktes (Export und Import von *Leistungen*)“, nicht des Produktionsfaktors *Arbeit*“. ⁴⁰ Damit ist der Schutzbereich der Dienstleistungsfreiheit vorliegend eröffnet.

2. Eingriff in Art. 56 AEUV

Die zu überprüfende Regelung macht das Erbringen von Dienstleistungen in Belgien für Unternehmen aus anderen Mitgliedstaaten ohne einen dortigen Sitz unmöglich. Damit stellt das belgische Gesetz eine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs in Gestalt einer mittelbaren Diskriminierung dar. Insoweit greift auch keine Bereichsausnahme nach Art. 62 i. V. mit Art. 51 AEUV, üben doch die Bewachungs- und Sicherheitsunternehmen keine Tätigkeit aus, die als solche eine unmittelbare und spezifische Teilnahme an der Ausübung öffentlicher Gewalt darstellt.⁴¹

36 Nach *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Europarecht, Rn. 1045, ist das keine echte Grundfreiheit, sondern „eine unerlässliche Ergänzung des freien Waren-, Personen- und Dienstleistungsverkehrs“; ähnlich *Streinz*, Europarecht, Rn. 784: „Annexfreiheit“.

37 Dieser Punkt ist ebenso wie das Fehlen des die Grundfreiheiten kraft seiner Spezialität verdrängenden Sekundärrechts kurz anzusprechen (er wird bei den folgenden Prüfungsschritten dann aber nicht nochmals wiederholt). Das Erfordernis des „grenzüberschreitenden Sachverhaltes“ klingt im Übrigen etwa auch in Art. 52 AEUV (dazu sogleich) mit der „Sonderregelung für Ausländer“ an, wobei dieses Tatbestandsmerkmal dann keiner gesonderten Prüfung im Rahmen des Rechtfertigungsgrundes mehr bedarf.

38 *Kotzur*, in: Geiger/Khan/Kotzur, EUV/AEUV, Art. 56 AEUV Rn. 1.

39 *Schroeder*, Grundkurs Europarecht, § 14 Rn. 153 f.

40 *Streinz*, Europarecht, Rn. 784.

41 Das gilt dann auch entsprechend für die nachfolgenden Prüfungen.

Hinweis: Denkbar wäre es hier auch, die Niederlassungsfreiheit zu prüfen, die wie alle Grundfreiheiten durchaus ebenfalls eine negative Komponente enthält. Ebenso könnte man im nachfolgenden Punkt III. auf diese Grundfreiheit abstellen, macht doch auch die dortige Voraussetzung des Gesetzes die Niederlassung in Belgien weniger attraktiv. Allerdings gilt für alle derartigen Abgrenzungen, dass der EuGH zumeist auf die nach dem „sozialen Sinn“ (oder der Wirkung) am unmittelbarsten oder stärksten betroffene Grundfreiheit abstellt. Das ist hier und nachfolgend bei III. wegen der Betonung der Dienstleistung (→ die Arbeitnehmer wie die Arbeitgeber sind nur mittelbar, die Dienstleistungserbringung ist hingegen unmittelbar betroffen) trotz der in Art. 57 I AEUV angeordneten Subsidiarität die Grundfreiheit des Art. 56 AEUV. Im Übrigen muss in derart klaren Fällen einer Beschränkung der Grundfreiheiten wie hier beim „Eingriff“ auch nicht genau zwischen einer Diskriminierung und einer Beschränkung unterschieden werden (dazu näher in Fall 5).

3. Rechtfertigung des Eingriffes

a) **Rechtfertigungsgrund als „Schranke“.** Fraglich ist, ob der geschriebene Rechtfertigungsgrund der öffentlichen Ordnung und Sicherheit gemäß Art. 62 i. V. mit Art. 52 AEUV hier eingreift. Der im Unterschied zum deutschen Polizeirecht vorweg zu prüfende Begriff der „öffentlichen Ordnung“ ist dabei jedoch nach dem Ziel des AEUV-Vertrages (s. oben) eng auszulegen und setzt eine gegenwärtige, tatsächliche und hinreichend schwere Gefährdung voraus, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt.⁴² Das Recht der Mitgliedstaaten, den freien Verkehr von Personen und Dienstleistungen aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit einzuschränken, bezweckt es gerade nicht, ganze Wirtschaftsbereiche wie den der privaten Sicherheitsdienste von der Anwendung auszunehmen (begründet also keine „faktische Bereichsausnahme“), sondern soll den Mitgliedstaaten die Möglichkeit eröffnen, solchen Personen die Einreise oder den Aufenthalt in ihrem Staatsgebiet zu verwehren, deren Einreise oder Aufenthalt in diesem Gebiet für sich allein genommen eine Gefahr für die öffentliche Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit darstellt.⁴³ Eine solche Gefährdung liegt hier aber nicht vor, so dass dieser Rechtfertigungsgrund nicht vorliegt.

b) **Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als „Schranken-Schranke“.** Im Übrigen kann die Zuverlässigkeit des Bewachungspersonals anderweitig kontrolliert werden, so dass die getroffene Maßnahme jedenfalls nicht notwendig ist. Damit steht das Erfordernis einer Niederlassung in Belgien außer Verhältnis zu dem verfolgten Zweck und erweist sich auch noch als unverhältnismäßig.

Exkurs: Die Punkte a) und b) können auch zusammengefasst werden (so oft der EuGH). Als Anhaltspunkt mag insoweit dienen (so ebenfalls nachfolgend), dass der Rechtfertigungsgrund als solcher umso leichter bejaht werden kann, je größer die drohende Gefahr ist (dazu etwa in den Rechtsprechungs- und Literaturhinweisen am Ende des Falles zu den offensichtlichen Gefahren

42 Haratsch/Koenig/Pechstein, Europarecht, Rn. 977, mit weiteren Nachweisen zur Rechtsprechung. Nach der Dogmatik des deutschen Polizeirechts bedarf es damit etwa einer „gegenwärtigen konkreten und erheblichen Gefahr“.

43 Haratsch/Koenig/Pechstein, Europarecht, Rn. 977.

des Glücksspieler); bei weniger großen Gefahren ist hingegen gerade darauf zu achten, dass nicht vorschnell eine „faktische Bereichsausnahme“ geschaffen wird (so beispielsweise hier durch ein generelles „Misstrauen“ gegen die Sicherheitsbranche).

II. Wohnsitzerfordernis für Mitarbeiter und Führungskräfte in Belgien

1. Eingriff in Art. 45 AEUV

Die Regelung beschränkt die Freizügigkeit der Arbeitnehmer, die nunmehr einen Wohnsitz in Belgien brauchen.

2. Eingriff in Art. 49 AEUV

Darüber hinaus beschränkt das Wohnsitzerfordernis die in Art. 49 AEUV gewährte Niederlassungsfreiheit (als „Unternehmensleitung“ i. S. des Art. 49 II AEUV a. E.).

3. Rechtfertigung der Eingriffe

a) **Rechtfertigungsgrund als „Schranke“.** Der Rechtfertigungsgrund der in Art. 45 III und 52 AEUV aufgeführten „öffentlichen Ordnung“ ist tatbestandlich mit guten Gründen zu bejahen (im Unterschied zu I. 2. a) geht es hier nicht um eine weitere „faktische Bereichsausnahme“, sondern um die Abwehr potenziell „gefährlicher“ Personen).

b) **Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als „Schranken-Schranke“.** Die Vergangenheit und das Verhalten des Personals können jedoch auch durch Maßnahmen überprüft werden, welche die Freizügigkeit weniger einschränken (nötigenfalls etwa durch die Zusammenarbeit der Behörden der Mitgliedstaaten). Zudem kann jedes in einem Mitgliedstaat niedergelassene Unternehmen unabhängig vom Wohnsitz seiner Führungskräfte kontrolliert und Sanktionen unterworfen werden. Daher ist auch hier zumindest die Erforderlichkeit und damit der als „Schranken-Schranke“ wirkende Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verletzt.

III. Erfordernis der vorherigen Genehmigung oder Zulassung der Bewachungstätigkeit

1. Eingriff in Art. 56 AEUV

Dadurch, dass auch dieses Erfordernis die Dienstleistungsfreiheit einschränkt, ist ein Eingriff in Art. 56 AEUV zu bejahen.

2. Rechtfertigung des Eingriffes

a) **Rechtfertigungsgrund als „Schranke“.** Der freie Dienstleistungsverkehr kann nach Art. 62, 52 AEUV nur durch Regelungen beschränkt werden, die durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses mit dem in den Normen genannten Zweck gerechtfertigt sind. Vorliegend sind schon solche zwingende Gründe fraglich. Ähnlich wie bei I. 2. a) könnte man auch hier insoweit allenfalls wieder auf die Abwehr „gefährlicher“ Personen abstellen.

b) **Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als „Schranken-Schranke“.** Diese Gründe müssen zudem für alle im Hoheitsgebiet des Aufnahmemitgliedstaates tätigen