

Arbeitsvermittlung mit bürokratischen Hindernissen Lösungsvorschlag

© Heike Krieger (Freie Universität Berlin)

Bearbeitung für Hauptstadtfälle: Dominik Steiger
Stand der Bearbeitung: Mai 2014

Die Klage der Alexis Papariga Sàrl wird Erfolg haben, wenn sie zulässig und begründet ist und keine Vorlagepflicht besteht.

A) Zulässigkeit

Die Klage der Alexis Papariga Sàrl ist zulässig, wenn die Sachentscheidungsvoraussetzungen der §§ 40 ff. VwGO vorliegen.

Anmerkung: Für die Prüfung der Sachentscheidungsvoraussetzungen im Verwaltungsprozess siehe [diesen Hinweis](#).

I. Verwaltungsrechtsweg (§ 40 Abs. 1 S. 1 VwGO)

Da keine ab- oder aufdrängende Sonderzuweisung ersichtlich ist, ist der Verwaltungsrechtsweg eröffnet, wenn eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nicht-verfassungsrechtlicher Art i.S.d. § 40 Abs. 1 Satz 1 VwGO vorliegt. Dies ist der Fall, wenn die für die Streitentscheidung maßgeblichen Normen solche des öffentlichen Rechts sind und keine Verfassungsorgane über Rechte und Pflichten aus der Verfassung streiten. Die streitentscheidenden Normen sind die des Limbosa-Gesetzes und Art. 56 AEUV. Diese sind öffentlich-rechtlich, da sie zumindest auch immer einen Träger öffentlicher Gewalt berechtigen oder verpflichten (modifizierte Subjektstheorie). Eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit liegt somit vor, der Verwaltungsrechtsweg somit eröffnet

Anmerkung I: Hier ist auch die entscheidende Norm des Europarechts zu nennen, da es im vorliegenden Fall um eine Feststellungsklage geht und damit um die Frage, ob ein Rechtsverhältnis besteht. Dafür ist aber Art. 56 AEUV entscheidend, da die GewO laut Bearbeitervermerk keine Anwendung findet und daher auf § 1 GewO nicht zurückgegriffen werden kann.



Anmerkung II: Eine Zuständigkeit deutscher Gerichte ist hier nicht zu prüfen, da es um eine deutsche Behörde geht, auch wenn sie europäisches Recht zu beachten oder umzusetzen hat.

II. Statthafte Klageart

Die statthafte Klageart richtet sich nach dem Begehren des Klägers, wie es sich bei verständiger Würdigung der Rechtslage darstellt (vgl. § 88 VwGO). Die Alexis Paporiga Sàrl beantragt, dass das Gesetz, das vorsieht, dass er jeden entsandten Selbstständigen, den er nach Deutschland vermittelt, in Deutschland registrieren lassen muss, und dass ihm im Fall einer Zuwiderhandlung eine Geldbuße androht, vom VG für rechtswidrig erklärt wird und festgestellt wird, dass er direkt aus den Grundfreiheiten des AEUV einen Anspruch auf Ausübung seiner Tätigkeit besitzt.

Fraglich ist, welche Klageart für eine solche Rechtswidrigkeitserklärung in Betracht kommt. Verfahren von Privaten, die darauf gerichtet sind, dass ein formelles (Bundes-)Gesetz für rechtswidrig oder nichtig erklärt wird, sind dem Bundesverfassungsgericht vorbehalten (Verfassungsbeschwerde, Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, §§ 13 Nr. 8a, 90 ff. BVerfGG). Die VwGO sieht lediglich für Klagen unmittelbar gegen (materielle) Gesetze eine Verfahrensart vor, nämlich das Normenkontrollverfahren gem. § 47 VwGO. Hier handelt es sich aber um ein Bundesgesetz, so dass § 47 VwGO nicht in Betracht kommt. Damit scheint die Verfassungsbeschwerde die statthafte Klageart zu sein, allerdings kann sie nur vor dem Bundesverfassungsgericht erhoben werden und außerdem wäre sie verfristet, da die Ein-Jahres-Frist (§ 93 Abs. 3 BVerfGG) nicht mehr eingehalten werden kann.

Der Antrag der Alexis Paporiga Sàrl kann und muss aber nach § 88 VwGO ausgelegt werden. Aus dem SV ergibt sich, dass seine Tätigkeit nur nach dem Limbosa-Gesetz registrierungspflichtig ist und er jedenfalls dann, wenn es rechtswidrig wäre oder nicht angewendet werden dürfte, ohne Registrierung oder Genehmigung in Deutschland tätig werden dürfte. Er will daher wissen, ob er wirklich einer Registrierung bedarf. Da er diese Gründe auch in der Klage darlegt, ist sein Antrag entsprechend auszulegen. Eine solche Auslegung ergibt, dass sich sein Begehren in erster Linie darauf richtet, dass festgestellt wird, dass er in Deutschland keiner Registrierungspflicht aufgrund des Limbosa-Gesetzes unterliegt. Dies trägt er auch ausdrücklich vor. Hierfür könnte die Feststellungsklage die richtige Klageart sein. Voraussetzung dafür ist, dass ein feststellungsfähiges Rechtsverhältnis besteht oder gerade nicht besteht. Ein Rechtsverhältnis ist jede sich aus einem konkreten Sachverhalt aufgrund einer konkreten Rechtsnorm ergebende Beziehung einer Person zu einer anderen Person (auch in Ansehung einer Sache).¹ Eine Norm, die für ein bestimmtes Verhalten eine Registrierung anordnet, begründet ein **Rechtsverhältnis**. Geht also jemand davon aus, ein Verhalten sei nicht registrierungsbedürftig, so kann er im Wege einer negativen Feststellungsklage nach § 43 Abs. 1 VwGO klären lassen, ob eine Registrierungspflicht besteht.

Für diesen Antrag ist demzufolge die **(negative) Feststellungsklage** nach § 43 Abs.

¹ Hufen, § 18 Rn. 4; Schmitt Glaeser/Horn, Rn. 328.

1 VwGO die statthafte Klageart.

Anmerkung: Eine Anfechtungsklage kommt unter keinem Gesichtspunkt in Betracht. Es sollte aber nicht zu Punktabzug führen, wenn sie ganz kurz behandelt wird.

III. Subsidiarität, § 43 Abs. 2 S. 1 VwGO

Nach der Subsidiaritätsklausel des § 43 Abs. 2 S. 1 VwGO kann die Feststellungsklage nicht erhoben werden, wenn Gestaltungs- oder Leistungsklage rechtsschutzintensiver sind.

Es lässt sich daran denken, dass die Alexis Papariga Sàrl zunächst abwarten kann und im Falle eines Bußgeldbescheides gegen den Bescheid und damit inzidenter gegen die Registrierungspflicht des LimbosaG klagen kann. Dies ist der Alexis Papariga Sàrl allerdings nicht zumutbar, so dass die Subsidiarität der Feststellungsklage durch diese Möglichkeit nicht aufgehoben wird.²

Eine Klage nach § 47 VwGO kommt wie bereits festgestellt nicht in Betracht, außerdem ist sie von dem Subsidiaritätserfordernis nicht umfasst.³

Damit steht die Subsidiarität nach § 43 Abs. 2 VwGO einer Feststellungsklage nicht entgegen.

IV. Feststellungsinteresse (§ 43 Abs. 1 VwGO) und Klagebefugnis (§ 42 Abs. 2 VwGO analog)

Voraussetzung für die Erhebung einer Feststellungsklage ist gem. § 43 Abs. 1 VwGO, dass die Alexis Papariga Sàrl ein berechtigtes Interesse an der Feststellung hat. Ein berechtigtes Interesse ist jedes nach der Sachlage anzuerkennende schutzwürdige Interesse rechtlicher, wirtschaftlicher oder ideeller Art.⁴ Die Alexis Papariga Sàrl will zum einen verhindern, dass gegen sie ein Bußgeldbescheid ergeht, zum anderen will sie den Aufwand sparen, der sie durch die Registrierungspflicht trifft. Damit liegt sowohl ein rechtliches wie ein wirtschaftliches Interesse vor.

Zunehmend wird die Ansicht vertreten, v.a. von der Rechtsprechung, dass bei der Feststellungsklage das Erfordernis einer subjektiven Rechtsverletzung i.S.d. § 42 Abs. 2 VwGO (analog) zu prüfen sei. Aufgrund des Erfordernisses eines Feststellungsinteresses kann dies aber nicht überzeugen.⁵ Außerdem setzt nach h.M. ein Rechtsverhältnis gerade kein subjektives Recht voraus.

Anmerkung: Falls hier dennoch der Ansicht gefolgt werden sollte, dass eine subjektive Rechtsverletzung notwendig ist, so muss die Frage der unmittelbaren Anwendbarkeit des Art. 56 AEUV hier angesprochen werden und zusätzlich erwähnt werden, dass die Grund-

² S. BVerwGE 16, 92; OVG RP NVwZ-RR 1993, 23; Pietzcker, in: Schoch/Schneider/Bier (Hrsg.), Verwaltungsgerichtsordnung, Loseblattsammlung, § 43, Rn. 49.

³ Möstl, in: Posser/Wolff (Hrsg.), BeckOK VwGO (2013), § 43 Rn. 11.

⁴ Vgl. BVerwG NVwZ 1991, 470, 471.

⁵ S. auch *Hufen*, § 18 Rn. 17; *Schmitt Glaeser/Horn*, Rn. 341.

freiheiten subjektive Recht gewähren. Unter B.) II.) 1.) (Anwendbarkeit des Europarechts) kann dann auf die Ergebnisse hier verwiesen werden. Die dort laut Bewertungshinweise zu vergebenden Punkte müssen dann auch hier vergeben werden.

V. Passive Prozessführungsbefugnis (Rechtsgedanke des § 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO / § 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO analog)

Richtiger Beklagter im Verfahren der allgemeinen Feststellungsklage ist – ausgehend von dem in § 78 VwGO zum Ausdruck kommenden Rechtsträgerprinzip – diejenige juristische Person des öffentlichen Rechts, der gegenüber das Nichtbestehen des Rechtsverhältnisses festgestellt werden soll.⁶ Dies ist hier das Land Berlin, da nach § 65 LimbosaG die Länder zuständig sind und die Alexis Pappariga Sàrl laut SV ihre Leistungen zunächst ausschließlich in Berlin anbieten will.

Anmerkung I: Z.T. wird auch eine analoge Anwendung befürwortet.⁷ In der Sache macht dies aber keinen Unterschied. Es muss allerdings in der Fallbearbeitung deutlich werden, dass § 78 VwGO nicht direkt Anwendung finden kann, da er sich aufgrund seiner systematischen Stellung auf eine Anfechtungs- und Verpflichtungssituation bezieht.

Anmerkung II: Z.T. ist umstritten, ob die Klage nicht gegen den Bund zu richten ist, sofern es um ein Bundesgesetz geht. Sollte diese Frage thematisiert werden, so können hierfür ggf. zusätzliche Punkte verteilt werden.⁸

VI. Beteiligten- und Prozessfähigkeit

Der Kläger ist als juristische Person nach § 61 Nr. 1 Alt. 2 VwGO beteiligtenfähig. Dies gilt auch für juristische Personen aus EU-Staaten, sofern der Anwendungsbereich des AEUV eröffnet ist und sie nach dem Recht ihres Heimatstaates klagebefugt sind.⁹ Da dies eine Frage der Begründetheit ist, muss hier von der Beteiligtenfähigkeit ausgegangen werden. Die Beteiligtenfähigkeit des Landes Berlin ergibt sich aus § 61 Nr. 1 Alt. 2 VwGO.

Der Kläger muss sich gemäß § 62 Abs. 3 VwGO von ihrem gesetzlichen Vertreter vertreten lassen. Dies gilt ebenso für das Land Berlin.

Anmerkung: Die Frage der Beteiligtenfähigkeit von juristischen Personen anderer EU-Staaten verlangt eine tiefere Kenntnis des Europarechts, u.a. den Streit um die Sitztheorie.

⁶ Vgl. z.B. [Kopp/Schenke](#), § 43 Rn. 15.

⁷ Redeker/v. Oertzen, Verwaltungsgerichtsordnung, 15. Aufl. 2010, § 43 Rn. 28.

⁸ S. ausführlich zu diesem Streit Möstl, in: Posser/Wolff (Hrsg.), BeckOK VwGO (2013), § 43 Rn. 29 ff.

⁹ Porz, in: Fehling/Kastner/Strömer (Hrsg.), Hk-Verwaltungsrecht, 2013, § 61 VwGO, Rn. 9 mwN.

Dies wird hier nicht verlangt. Es sollte aber positiv berücksichtigt werden, falls sich die Bearbeiter damit auseinandersetzen.

VII. Ergebnis

Da auch alle Förmlichkeiten eingehalten wurden, ist die Feststellungsklage insgesamt zulässig.

B) Begründetheit

Die Klage ist begründet, wenn die geplante Tätigkeit des Alexis Papariga Sàrl keiner Registrierung bedarf und das festzustellende Rechtsverhältnis somit nicht besteht. Die ist der Fall, wenn zwar die tatbestandlichen Voraussetzungen des LimbosaG erfüllt sind, aber aufgrund europarechtlicher Vorgaben ein Anspruch auf Registrierungsfreiheit besteht.

I. Tatbestandliche Voraussetzungen

Nach § 53 Abs. 1 LimbosaG bedarf jede selbständige Tätigkeit einer vorherigen Registrierung, die im Falle einer Vermittlung vom Vermittler vorzunehmen ist, § 53 Abs. 2 LimbosaG. Die Alexis Papariga Sàrl will hier laut SV Tätigkeiten in diesem Sinne vornehmen und muss daher bei jeder Vermittlung die in § 54 LimbosaG verlangten Daten übermitteln.

II. Modifikation durch das Europarecht?

Fraglich ist, ob sich aus dem Unionsrecht, v.a. der Dienstleistungsfreiheit, etwas anderes ergibt. Das EU-Recht muss zunächst entgegen der Ansicht des Landes Berlin unmittelbar anwendbar sein, damit das VG Berlin es prüfen kann. Im Anschluss daran ist zu prüfen, ob die Dienstleistungsfreiheit verletzt ist.

1. Anwendbarkeit des Unionsrechts

Ein Verstoß gegen Europarecht ist nur dann zu berücksichtigen, wenn die nationalen Gerichte die Grundfreiheiten zu beachten haben. Voraussetzung dafür ist, dass das Unionsrecht unmittelbare Anwendbarkeit findet und somit vom nationalen Gericht zu beachten ist.¹⁰

Der Europäische Gerichtshof hat schon 1963 – gegen den erheblichen Widerstand mehrerer Mitgliedstaaten – in der Rs. Van Gend en Loos entschieden, dass gewisse Normen des Vertrages über die Europäische Gemeinschaft unmittelbar in den Mit-

¹⁰ Vgl. dazu Haratsch/König/Pechstein, Europarecht, 8. Aufl. 2012, Rn. 181.



gliedstaaten gelten¹¹ und damit von der Verwaltung und den Gerichten zu beachten sind. Das setzt voraus, dass die europarechtliche Norm keiner nationalen Umsetzungsnorm bedarf, weil sie eine hinreichend genaue und unbedingte Verpflichtung enthält.¹² Dazu gehören die Grundfreiheiten.

Anmerkung: Der in dieser Lösungsskizze erst unter III. angesprochene Vorrang des EU-Rechts kann auch hier schon angesprochen werden. Von den dort laut Bewertungshinweise zu vergebenden 15 Punkten können dann max. 5 Punkte hier verteilt werden.

2. Schutzbereich

Durch die Registrierungspflicht kommt ein Verstoß gegen die Dienstleistungsfreiheit, Art. 56 ff. AEUV, in Betracht. Da keine Harmonisierung, d.h. kein anwendbares sekundäres Gemeinschaftsrecht vorliegt,¹³ lässt sich auch direkt auf den AEUV abstellen.

a. Sachlicher Schutzbereich

Der sachliche Schutzbereich des Art. 56 AEUV schützt die Dienstleistungsfreiheit. Nach der Legaldefinition des Art. 57 Abs. 1 AEUV sind Dienstleistungen Leistungen, die in der Regel gegen Entgelt erbracht werden, soweit sie nicht den Vorschriften über den freien Waren- und Kapitalverkehr und über die Freizügigkeit der Personen unterliegen. Nach Art. 57 Abs. 2 AEUV gelten als Dienstleistungen insbesondere gewerbliche, kaufmännische, handwerkliche und freiberufliche Tätigkeiten. Daraus folgt, dass Dienstleistungen **selbständige** und **zeitlich beschränkte** Tätigkeiten sind, die darauf gerichtet sind, **nicht-körperliche Leistungen** in der Regel gegen **Entgelt** zu erbringen.

Vier verschiedenen Arten von Dienstleistungen sind anerkannt:¹⁴ die **aktive** Dienstleistungsfreiheit, die **passive** Dienstleistungsfreiheit, die **Korrespondenz-Dienstleistungsfreiheit** sowie die **auslandsbedingte Dienstleistungsfreiheit**. Im Rahmen der aktiven Dienstleistungsfreiheit begibt sich der Dienstleistungserbringer in einen anderen Mitgliedstaat zum Dienstleistungsempfänger. Ein Fall der passiven Dienstleistungsfreiheit liegt vor, wenn sich der Dienstleistungsempfänger zum Dienstleistungserbringer begibt. Die Korrespondenz-Dienstleistung ist immer dann gegeben, wenn sich nur die Dienstleistung selbst, aber weder Empfänger noch Erbringer in ein anderes Land begeben. Überschreiten beide in eine Grenze, so spricht man von einer auslandsbedingten Dienstleistung.

¹¹ EuGH, Rs. 26/62, Slg. 1963, 3 – *Van Gend en Loos*.

¹² EuGH, Rs. 26/62, Slg. 1963, 3, 25 – *Van Gend en Loos*; EuGH, R. 33/74, Slg. 1974, 1299, Rn. 24, 26 – *van Binsbergen*.

¹³ Entsenderichtlinie 96/71/EG ist nicht einschlägig, weil es nicht um die Entsendung von Arbeitnehmern geht.

¹⁴ S. insgesamt Haratsch/König/Pechstein, Europarecht, 8. Aufl. 2012, Rn. 953 ff.

Anmerkung: Diese vier verschiedenen Arten der Dienstleistungsfreiheit lassen sich auch beim grenzüberschreitenden Sachverhalt prüfen.

Hier begibt sich die Alexis Papariga Sàrl nicht ein anderes Land, sondern **vermittelt gegen Entgelt Tätigkeiten von entsandten Selbstständigen**, die sich gegen Entgelt in ein anderes Land begeben. Das Verhalten der entsandten Selbstständigen könnte in den Schutzbereich der aktiven Dienstleistung fallen, ihre Vermittlung hingegen in den Schutzbereich der **Korrespondenzdienstleistung**.

Anmerkung: Auf die Tätigkeiten der entsandten Selbstständigen, die laut SV darauf angelegt sind, nur kurz- und mittelfristig vorgenommen zu werden, ist nicht abzustellen, da die Alexis Papariga Sàrl in eigenem Recht klagt und nicht für die von ihr vermittelten Selbstständigen.

Fraglich ist aber, ob nicht andere Grundfreiheiten einschlägig sind, die Dienstleistungsfreiheit schützt nämlich nur subsidiär.

Die **Abgrenzung zur Niederlassungsfreiheit** erfolgt v.a. über das Kriterium der Dauerhaftigkeit. Abzustellen ist außerdem auf das Vorliegen einer **festen Infrastruktur**, die **Häufigkeit der Leistung**, ihre **regelmäßige Wiederkehr** und ihre **Kontinuität**. Hierbei ist zu beachten, dass u.U. selbst die über mehrere Jahre dauernde Dienstleistungserbringung als Dienstleistung und nicht als Niederlassung zu werten sein kann. Hier kommt es v.a. darauf an, dass die Alexis Papariga Sàrl weiter von Paris aus tätig werden will. Damit kommt die Niederlassungsfreiheit nicht in Betracht.

Die Abgrenzung zur Warenverkehrsfreiheit erfolgt über das Kriterium der Verkörperung der Ware. Hier werden Menschen vermittelt, sie fallen nicht unter den Begriff der Ware.

Die Abgrenzung zur Arbeitnehmerfreizügigkeit nach Art. 45 AEUV erfolgt über das **Kriterium der Weisungsgebundenheit**. Die Alexis Papariga Sàrl wird gerade nicht weisungsgebunden tätig (ebensowenig wie die von ihr entsandten Selbstständigen). Somit findet die Arbeitnehmerfreizügigkeit auf diesen Fall keine Anwendung.

Da die Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit ebenfalls nicht in Betracht kommt, ist **der sachliche Schutzbereich der Dienstleistungsfreiheit eröffnet**.

b. Grenzüberschreitender Bezug

Außerdem muss ein grenzüberschreitender Bezug vorliegen, da nur dann der Anwendungsbereich des Europarechts eröffnet ist. Hier will ein in Frankreich ansässiger Grieche nach Deutschland Sportler und Artisten vermitteln, ein grenzüberschreitender Bezug liegt vor.



c. Bereichsausnahme

Die Bereichsausnahme des Art. 62 i.V.m. Art. 51 AEUV für Tätigkeiten, die eine unmittelbare und spezifische Teilnahme an der Ausübung öffentlicher Gewalt darstellen, ist grundsätzlich eng auszulegen und betrifft nur bestimmte Tätigkeiten und nicht notwendigerweise komplette Berufe.¹⁵ Sie kommt hier nicht in Betracht.

Anmerkung: Es kann hier auch darauf verzichtet werden, dass die Bereichsausnahme angesprochen wird, da sie offensichtlich nicht einschlägig ist. Wird sie angesprochen, darf dies nur ganz kurz geschehen.

Anmerkung II: b.) und c.) lassen sich auch als Unterpunkt im Rahmen des sachlichen Schutzbereichs prüfen, dann muss der Prüfungspunkt unter a) „Geschützte Tätigkeit“ (oder ähnlich) lauten.

d. Persönlicher Schutzbereich

Nur natürliche Personen, die Staatsangehörige eines Mitgliedstaates sind und in einem solchen ansässig sind, können sich nach Art. 56 Abs. 1 AEUV auf die Dienstleistungsfreiheit berufen. Hier klagt aber die Sàrl, so dass diese Norm nicht einschlägig ist. Juristische Personen können sich nach Art. 54 AEUV i.V.m. Art. 62 AEUV auf die Dienstleistungsfreiheit berufen, wenn sie nach den Vorschriften eines Mitgliedstaates gegründet worden sind und ihre Hauptniederlassung in der EU haben. Die Sàrl wurde nach französischem Recht gegründet und sitzt in Paris. Damit ist der persönliche Schutzbereich eröffnet.

Damit ist die Tätigkeit der Alexis Papariga Sàrl durch die Dienstleistungsfreiheit geschützt.

3. Beeinträchtigung / Eingriff

Desweiteren müsste ein Eingriff vorliegen. Ein Eingriff in die Dienstleistungsfreiheit liegt immer dann vor, wenn eine national-rechtliche Maßnahme einen Marktteilnehmer unmittelbar (direkt) oder mittelbar (versteckt) diskriminiert oder zwar nicht diskriminiert, ihn aber in seiner Marktbeteiligung beschränkt, sofern diese Maßnahmen „geeignet sind, die Tätigkeiten des Dienstleistenden, der in einem anderen Mitglied-

¹⁵ Haratsch/König/Pechstein, Europarecht, 8. Aufl. 2012, Rn. 966.



staat niedergelassen ist und dort rechtmäßig vergleichbare Dienstleistungen erbringt, zu unterbinden, zu behindern oder weniger attraktiv zu machen.“¹⁶

Eine Diskriminierung liegt vor, wenn ein inländischer Staatsangehöriger gegenüber einem ausländischen Staatsangehörigen besser gestellt wird. Dies ist immer dann der Fall wenn „unterschiedliche Vorschriften auf gleichartige Situationen angewandt werden oder wenn dieselbe Vorschrift auf unterschiedliche Situationen angewandt wird.“¹⁷ Unmittelbar / direkt ist eine solche Diskriminierung, wenn unmittelbar / direkt an die Staatsangehörigkeit angeknüpft wird. Mittelbar / versteckt ist sie dann, wenn sie an Umstände anknüpft, die typischerweise nur von einem inländischer Staatsangehörigen (oder einem ausländischen Staatsangehörigen) erfüllt werden.

§ 53 Abs. 2 LimbosaG verlangt von Vermittlern von entsandten Personen, dass sie jedesmal, bevor diese eine Tätigkeit i.S.d. LimbosaG aufnehmen, diese in Deutschland registrieren. Diese Registrierung muss spätestens alle zwei Monate verlängert werden (§ 53 Abs. 3 LimbosaG). Die Formalitäten, die die Registrierungspflicht mit sich bringt, macht die Ausübung der Dienstleistungsfreiheit weniger attraktiv. Selbst wenn man der Argumentation des Landes Berlin folgen sollte, dass eine geringfügige Beeinträchtigung nicht als Diskriminierung zu werten sei, so ist hier darauf abzustellen, dass der Vermittler mehr als eine Registrierung vorzunehmen hat und die angesetzten 20-30 min. pro Registrierung in vielen Fällen treffen wird. Außerdem wird man eine solche *De-minimis*-Regel ablehnen müssen.¹⁸ Dies gilt dementsprechend auch für § 54 LimbosaG, der die Möglichkeit vorsieht, bei Zuwiderhandeln ein Bußgeld zu verhängen. Beides stellt somit ein Hindernis für den freien Dienstleistungsverkehr dar.

Anmerkung: Zwar gilt dies auch für die entsandten Selbständigen, es ist aber auf den Vermittler abzustellen.

Das Limbosa-Gesetz knüpft an den (Wohn-)Sitz der Person und damit nicht ausdrücklich an die Staatsbürgerschaft an. Es ist nicht unmittelbar / direkt diskriminierend. Da zwar Ausländer im Inland wohnen können und Inländer im Ausland, aber typischerweise Inländer im Inland und Ausländer im Ausland wohnen, ist das Wohnsitzerfordernis jedoch eine mittelbar / versteckt diskriminierende Maßnahme.

¹⁶ EuGH, Rs. C-577/10, EuZW 2013, 234, Rn. 44 – Kommission / Belgien unter Verweis auf die Urteile vom 23. November 1999, Arblade u. a., C-369/96 und C-376/96, Slg. 1999, I-8453, Randnr. 33, sowie vom 21. Juli 2011, Kommission/Portugal, C-518/09, Randnr. 63 und die dort angeführte Rechtsprechung.

¹⁷ EuGH, Rs. C-80/94, Slg. 1995, S. I-2493, Rn. 17 – *Wielockx*.

¹⁸ Vgl. Haratsch/König/Pechstein, Europarecht, 8. Aufl. 2012, Rn. 837 für die Warenverkehrsfreiheit.



Damit liegt eine beeinträchtigende Maßnahme in Form einer versteckt diskriminierenden Maßnahme durch das Limbosa-Gesetz vor.

4. Rechtfertigung

Die versteckte Diskriminierung könnte aber gerechtfertigt sein, sofern sie einen legitimen Zweck verfolgt und verhältnismäßig ist. Neben den geschriebenen Rechtfertigungsgründen des Art. 62 AEUV i.V.m. Art. 52 AEUV kommen grundsätzlich die ungeschriebenen Rechtfertigungsgründe der zwingenden Erfordernisse des Allgemeinwohls i.S.d. sog. Cassis-Formel (i.R.d. Warenverkehrsfreiheit, Gebhard-Formel bei den anderen Grundfreiheiten) in Betracht.

a. Geschriebene Rechtfertigungsgründe

Nach Art. 62 AEUV i.V.m. Art. 52 AEUV kann eine Maßnahme aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit gerechtfertigt werden. Der Begriff der öffentlichen Ordnung ist eng auszulegen und setzt voraus, dass eine tatsächliche und hinreichend schwere Gefährdung besteht, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt.¹⁹ Hier ließe sich zwar daran denken, dass der Schutz sozialer Sicherungssystem vor Betrug unter diesen Rechtfertigungsgrund fallen könnte. Dies wird vom Land Berlin allerdings nicht vorgebracht, außerdem können **wirtschaftliche Ziele keine Gründe der öffentlichen Ordnung** im Sinne dieses Artikels sein.²⁰ Schließlich stellt die Begründung des Landes Berlin auf den Rechtfertigungsgrund des **finanziellen Gleichgewichts des Systems der sozialen Sicherheit** ab, der als ungeschriebener Rechtfertigungsgrund vom EuGH anerkannt ist.

Damit kommt kein geschriebener Rechtfertigungsgrund in Betracht.

b. Ungeschriebene Rechtfertigungsgründe

Fraglich ist, ob die Registrierungspflicht nicht aufgrund ungeschriebener Rechtfertigungsgründe rechtfertigbar ist. Dies ist grundsätzlich denkbar, da im vorliegenden Bereich noch keine Harmonisierung stattgefunden hat.

Fraglich ist allerdings schon, ob die Gebhard-Formel auf mittelbar / versteckt diskriminierende Maßnahmen Anwendung finden kann. Dies scheint bislang in der Literatur und der Rechtsprechung ungeklärt zu sein. Der EuGH hat dies 2003 für den Fall einer Einschränkung der Dienstleistungsfreiheit, die am Wohnsitzkriterium orientiert war, im Fall *Italienische Museen* angenommen. 1997 hatte er allerdings im Fall *Ciola* ebenfalls in Bezug auf eine Einschränkung der Dienstleistungsfreiheit, die am Wohn-

¹⁹ Haratsch/König/Pechstein, *Europarecht*, 8. Aufl. 2012, Rn. 928; EuGH, Rs. 30/77, Slg. 1977, 1999, Rn. 33/35 – *Bochereau*; EuGH, verb. Rs. 115/81 und 116/81, Slg. 1982, I-1665, Rn. 8 – *Adoui u. Cornuaille*.

²⁰ EuGH, Rs. C-288/89, Slg. 1991, I-4007, Rn. 11 – *Gouda*.

sitzkriterium orientiert war entschieden, dass eine Rechtfertigung aufgrund zwingender Gründe nicht in Betracht komme. Für eine Anwendung der ungeschriebenen Rechtfertigungsgründe spricht, dass der EuGH die geschriebenen Rechtfertigungsgründe eng auslegt. Außerdem unterscheidet der EuGH oft nicht zwischen Beschränkungen und Diskriminierungen. Dagegen spricht allerdings, dass er den Staaten so versteckte Diskriminierungen unter Umständen erlaubt, die von den Staaten selbst nicht vorgesehen waren. Aufgrund der neuen Rechtsprechungslinie des EuGH, die auch im Rahmen der anderen Marktfreiheiten erkennbar ist, spricht vieles dafür, faktisch diskriminierende Maßnahmen auch aufgrund zwingender Erfordernisse zu rechtfertigen. Dies muss aber dann nicht entschieden werden, wenn eine Rechtfertigung nicht in Betracht kommt.

aa. Legitimer Zweck

Das Ziel, Betrug – insbesondere Sozialbetrug – zu bekämpfen und Missbräuche zu verhindern – insbesondere Scheinselbstständigkeit aufzudecken und gegen Schwarzarbeit vorzugehen –, fällt unter das Ziel, das **finanzielle Gleichgewicht des Systems der sozialen Sicherheit** zu bewahren. Dies ist ein zwingendes Erfordernis des Allgemeininteresses.

bb. Geeignetheit

Die Regelungen des Limbosa-Gesetzes müssten geeignet sein, das finanzielle Gleichgewicht des Systems der sozialen Sicherheit zu bewahren. Geeignet sind sie immer dann, wenn sie in der Lage sind, das Ziel zu fördern.

Durch die Registrierung können Daten abgeglichen werden, sie dient der Überwachung und zur Aufdeckung von Betrugsfällen – vorliegend durch Umgehung der Sozialvorschriften, insbesondere in Gestalt von Schwarzarbeit und Scheinselbstständigkeit. Die Geeignetheit wird auch von Alexis Papariga nicht in Abrede gestellt.

cc. Erforderlichkeit

Die Beschränkungen durch das LimbosaG müssen auch erforderlich sein.

Anmerkung: Das Verhältnismäßigkeitsprinzip kommt zwar aus dem deutschen Recht, jedoch prüft der EuGH oft nicht die Angemessenheit, sondern zieht die Aspekte der Angemessenheit mit in die Erforderlichkeitsprüfung hinein. Sie sollten die Angemessenheit jedoch immer dann mitprüfen, wenn Sie die Erforderlichkeit bejahen, alleine um die Kongruenz zum Lernstoff des Öffentlichen Rechts herzustellen (und außerdem stammen Ihre Prüfer aus der deutschen Rechtstradition). Hier ist allerdings schon die Erforderlichkeit abzulehnen.



Erforderlich ist eine Regelung dann, wenn keine gleich geeignete, aber weniger in die Grundfreiheiten des Einzelnen eingreifende Maßnahme besteht. Hierbei kommt dem Staat ein Beurteilungsspielraum zu.

Die Erforderlichkeit steht zum einen deswegen in Frage, weil die Registrierung nur für zwei Monate gültig ist und danach erneuert werden muss. Hier würde auch ein längerer Zeitraum ausreichen. Dies betrifft allerdings nur den Zeitraum, nicht die Registrierungspflicht an sich.

Zum anderen lässt sich an der Erforderlichkeit der Registrierung als solcher zweifeln. Grundsätzlich kann ein **genereller Betrugsverdacht** eine Maßnahme, die die Ziele des AEU-Vertrags beeinträchtigt, nicht rechtfertigen.²¹ Problematisch ist hier, dass die Registrierungspflicht **nicht auf konkrete Fälle beschränkt ist, in denen Anlass zur Prüfung besteht, ob gegen steuerliche und soziale Verpflichtungen verstoßen wurde**. Außerdem ist mit der Registrierungspflicht das Erfordernis verbunden, den deutschen Behörden **sehr detaillierte Informationen** zu übermitteln. Als milderes Mittel zur Bekämpfung von Scheinselbständigkeit und Schwarzarbeit kommt allerdings in Betracht, dass im Einzelfall, also wenn ein konkreter Verdacht auftaucht, Informationen bei den Herkunftsstaaten angefragt werden. Schließlich ist es auch nicht erforderlich, dass alle deutschen Behörden Zugriff auf diese Daten haben.

Anmerkung: Der letzte Punkt (Zugriff aller Behörden) lässt sich auch schon in der Geeignetheit ablehnen.

Damit ist das Limbosa-Gesetz nicht erforderlich.

Zwischenergebnis: Die Registrierungspflicht ist nicht europarechtskonform.

C) Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 267 AEUV?

Fraglich ist, wie mit diesem Ergebnis umzugehen ist und ob etwa ein Vorabentscheidungsverfahren gem. Art. 267 AEUV einzuleiten ist. Nach deutschem Recht gilt, dass die Judikative ein formelles, nachkonstitutionelles Gesetz grundsätzlich anwenden muss. Wenn es von seiner (Verfassungs-)Rechtswidrigkeit überzeugt ist, dann muss das Verfahren ausgesetzt und dem Verfassungsgericht vorgelegt werden. Dies gilt aber dann nicht, wenn das Gesetz gegen das Europarecht und nicht Verfassungsrecht verstößt. Vielmehr werden dann die Normen aufgrund des Vorrangs des EU-Rechts nicht angewendet. Grundlage für diese Rechtsprechung ist der Fall *Costa ./. Enel*. Hier hat der Gerichtshof deutlich gemacht, dass alle europarechtlichen Regelungen Vorrang vor nationalen Regelungen haben müssen, da sonst die praktische Wirksamkeit („*effet utile*“) des EG-Vertrages unterlaufen werden könnte.²² Diese

²¹ EuGH, Rs. C-433/04, Slg. 2006, I-10653, Rn. 35 – *Kommission/Belgien*; EuGH, Rs. C-577/10, EuZW 2013, 234, Rn. 53 – *Kommission/Belgien*.

²² EuGH, Rs. 6/64, Slg. 1964, 1253 – *Costa ./. E.N.E.L.*

Rechtsprechung wurde vom Bundesverfassungsgericht anerkannt.²³ Nationale Regelungen sind deshalb unionsrechtskonform auszulegen.²⁴ Ist dies nicht möglich, dann wird das nationale Recht nicht etwa unwirksam, sondern findet im konkreten Fall keine Anwendung.²⁵

Ein Vorabentscheidungsverfahren ist daher nur dann zwingend, wenn die Vorlagefrage entscheidungserheblich ist **und** wenn das Gericht entweder Europarecht (oder europarechtlich determiniertes nationales Recht) nicht anwenden möchte **oder** wenn es letztinstanzlich tätig wird, also eine Berufung oder Revision im konkreten Fall nicht möglich ist, **und** es Zweifel an der Gültigkeit oder Auslegung des Unionsrechts hat (Art. 267 Abs. 3 AEUV).²⁶ Eine Vorlagepflicht besteht aber selbst unter diesen Umständen dann nicht, wenn die Frage vom EuGH schon entschieden wurde **oder** die Acte-Claire Doktrin greift (also die Vorlage derart offenkundig ist, dass keinerlei vernünftige Zweifel an der Unionrechtswidrigkeit oder -gültigkeit bestehen). Hier will das Gericht aber gerade Europarecht anwenden, weshalb nicht vorgelegt werden muss.

D) Ergebnis

Die Klage ist zulässig und begründet, da die geplante Tätigkeit der Alexis Pappariga Sàrl keiner Registrierung bedarf und damit das festzustellende Rechtsverhältnis nicht besteht.

²³ BVerfGE 77, 339, 375 - Solange II.

²⁴ EuGH, Rs. 14/83, Slg. 1984, I-1891, Rn. 26 – *von Colson und Kamann*; EuGH, Rs. C-106/89, Slg. 1990, I-4135, Rn.8, 13 – *Marleasing*.

²⁵ EuGH, verb. Rs. C-10/97 bis C-22/97, Slg. 1998, I-6307, Rn. 18 ff. – *IN.CO.GE.'90 U.A.*

²⁶ Vgl. Haratsch/König/Pechstein, Europarecht, 8. Aufl. 2012, Rn. 564 f.