

# Inhaltsübersicht

<b>Vorwort .....</b>	<b>7</b>
<b>Abkürzungsverzeichnis .....</b>	<b>23</b>
<b>A. Einleitung .....</b>	<b>27</b>
I. Untersuchungsfragen und Hypothesen der Arbeit .....	27
II. Gang der Untersuchung .....	29
<b>B. Das Konzept der Niederlassungsfreiheit .....</b>	<b>31</b>
I. Die Stellung der Niederlassungsfreiheit im System des Binnenmarktrechts .....	31
II. Die Verwirklichung der Binnenmarktziele als Bestandteil der Zielsetzung der Niederlassungsfreiheit .....	32
1. Ziele der Niederlassungsfreiheit – systematische Analyse des Primärrechts .....	34
2. Ziele der Niederlassungsfreiheit – historische Analyse des Primärrechts .....	48
III. Die Dogmatik der primärrechtlichen Niederlassungsfreiheit .....	50
1. Anwendungsvoraussetzungen des Art. 49 AEUV .....	50
2. Anwendungsvoraussetzungen des Art. 54 AEUV .....	52
3. Der Norminhalt der Art. 49 und 54 AEUV .....	54
4. Entwicklung vom reinen Diskriminierungsverbot zum Beschränkungsverbot .....	56
5. Bestimmung einer Beschränkung durch das Marktzugangskriterium .....	65
6. Das Recht oder der Anspruch auf Gleichstellung? .....	72
IV. Entwicklung des niederlassungsrechtlichen Rechtsrahmens .....	72
1. Grundlagen in den Primärverträgen .....	72

2. Das allgemeine Programm zur Aufhebung der Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit innerhalb der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft .....	73
3. Richtlinie des Rates vom 25. Februar 1964 (64/225/EWG) .....	76
4. Richtlinie des Rates vom 21. Dezember 1988 über eine allgemeine Regelung zur Anerkennung der Hochschuldiplome, die eine mindestens dreijährige Berufsausbildung abschließen (89/48/EWG) .....	79
5. Richtlinie 92/51/EWG des Rates vom 18. Juni 1992 über eine zweite allgemeine Regelung zur Anerkennung beruflicher Befähigungsnachweise in Ergänzung zur Richtlinie 89/48/EWG .....	81
6. Richtlinie 98/5/EG des Europäischen Parlaments und Rates vom 16. Februar 1998 zur Erleichterung der ständigen Ausübung des Rechtsanwaltsberufs in einem anderen Mitgliedstaat als dem, in dem die Qualifikation erworben wurde .....	83
7. Richtlinie 2005/36/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. September 2005 über die Anerkennung von Berufsqualifikationen .....	85
8. Richtlinie 2006/123/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt .....	86
9. Richtlinie 2012/17/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juni 2012 zur Änderung der Richtlinie 89/666/EWG des Rates sowie der Richtlinien 2005/56/EG und 2009/101/EG des Europäischen Parlaments und des Rates in Bezug auf die Verknüpfung von Zentral-, Handels- und Gesellschaftsregistern .....	88
10. Diskussionen über einem weiteren Harmonisierungsbedarf der Niederlassungsfreiheit .....	89
V. Rechtliche Konstellationen in der praktischen Ausübung der Niederlassungsfreiheit innerhalb des Binnenmarkts durch Unternehmen .....	90
1. Darstellung der Problematik .....	90
2. Problem der Marktzugangs- und Marktausgangskomponenten .....	91

3. Marktausgangskomponente der Niederlassungsfreiheit .....	95
4. Grenzüberschreitende Vorgänge nach der EuGH-Rechtsprechung .....	101
5. Die Nutzung steuerrechtlicher Vorteile als Hauptmotiv für grenzüberschreitende niederlassungsrechtliche Vorgänge .....	110

<b>C. Das Problem der Ausübung der Niederlassungsfreiheit trotz Fehlens des Elements einer wirtschaftlichen Tätigkeit .....</b>	<b>115</b>
I. Problemstellung .....	115
II. Das Erfordernis der Ausübung einer wirklichen wirtschaftlichen Tätigkeit .....	116
1. Inhalt der Niederlassungsfreiheit .....	116
2. Das Erfordernis der Ausübung einer wirklichen wirtschaftlichen Tätigkeit .....	117
3. Mangelhafte Inhaltsbestimmung der wirklichen wirtschaftlichen Tätigkeit .....	120
4. Briefkastengesellschaften als Beispiel für das Problem mangelnder wirklicher wirtschaftlicher Tätigkeiten .....	123
III. Entwicklung der Rechtsprechung des EuGH zum Erfordernis einer wirklichen wirtschaftlichen Tätigkeit .....	124
1. <i>Centros</i> .....	124
2. <i>Cadbury Schweppes</i> .....	126
3. <i>VALE Építési</i> .....	128
4. <i>Polbud</i> .....	130
5. Zwischenfazit .....	135
IV. Sekundärrecht als Folge des <i>Polbud</i> -Urteils: Das Company Law Package .....	136
1. Richtlinie (EU) 2019/1151 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Juni 2019 zur Änderung der Richtlinie (EU) 2017/1132 im Hinblick auf den Einsatz digitaler Werkzeuge und Verfahren im Gesellschaftsrecht .....	136
2. Richtlinie (EU) 2019/2121 zur grenzüberschreitenden Umwandlungen, Verschmelzungen und Spaltungen .....	138

3. Company Law Package als weiteres Hindernis zu einer immer engeren Union .....	142
V. Würdigung der Rechtsprechung des EuGH und des Company Law Packages .....	143
1. Mangelnde Methodik des EuGH .....	144
2. Gewährleistet die Niederlassungsfreiheit eine Gesellschaftswahlfreiheit? .....	149
<b>D. Niederlassungsfreiheit auch bei Fehlen einer     wirklichen wirtschaftlichen Tätigkeit – Ein     Ungleichbehandlungsfall? .....</b>	<b>167</b>
I. Problemstellung .....	167
II. Gleichbehandlungsgebot als Bestandteil der Niederlassungsfreiheit .....	169
1. Das Vorliegen einer Diskriminierung .....	169
2. Diskriminierungsarten .....	171
3. Sekundärrechtliche Diskriminierungsverbote .....	175
4. Niederlassungsfreiheit und Beschränkungsverbot: Abgrenzung zur Diskriminierung .....	176
5. Unionsrechtlicher Gleichbehandlungsgrundsatz .....	181
6. Vergleichspaarbildung als Voraussetzung des Bestehens einer Ungleichbehandlung .....	186
III. Prüfung des Bestehens einer Ungleichbehandlung seitens des EuGH im <i>Polbud</i> -Urteil .....	188
1. Bildung eines Vergleichspaares .....	188
2. Das Ergebnis der Prüfung des Bestehens einer Ungleichbehandlung .....	197
<b>E. Schlussfolgerungen und Darstellung der     Ergebnisse der Arbeit .....</b>	<b>203</b>
<b>Literaturverzeichnis .....</b>	<b>205</b>

# Inhaltsverzeichnis

- Vorwort** ..... 7
- Abkürzungsverzeichnis** ..... 23
- A. Einleitung** ..... 27
  - I. Untersuchungsfragen und Hypothesen der Arbeit ..... 27
  - II. Gang der Untersuchung ..... 29
- B. Das Konzept der Niederlassungsfreiheit** ..... 31
  - I. Die Stellung der Niederlassungsfreiheit im System des Binnenmarktrechts ..... 31
  - II. Die Verwirklichung der Binnenmarktziele als Bestandteil der Zielsetzung der Niederlassungsfreiheit ..... 32
    - 1. Ziele der Niederlassungsfreiheit – systematische Analyse des Primärrechts ..... 34
      - a) Vertrag über die Gründung der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl von 23.07.1952 ..... 34
        - aa) Inhalt ..... 34
        - bb) Bewertung ..... 35
      - b) Resolution von Messina ..... 35
      - c) Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft vom 25. März 1957 ..... 36
        - aa) Grundlegende Ziele ..... 36
        - bb) Niederlassungsfreiheit ..... 38
        - cc) Kartellverbot ..... 39
        - dd) Bewertung ..... 40
      - d) Einheitliche Europäische Akte (EEA) ..... 40
        - aa) Grundlegende Ziele ..... 40
        - bb) Bewertung ..... 42

e) Vertrag über die Europäische Union – Vertrag von Maastricht .....	42
aa) Grundlegende Ziele .....	42
bb) Bewertung .....	44
f) Vertrag von Amsterdam .....	44
aa) Grundlegende Ziele .....	44
bb) Bewertung .....	45
g) Vertrag von Nizza .....	46
h) Vertrag von Lissabon .....	46
aa) Vertrag über die Europäische Union (EUV) .....	46
bb) Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) .....	47
2. Ziele der Niederlassungsfreiheit – historische Analyse des Primärrechts .....	48
III. Die Dogmatik der primärrechtlichen Niederlassungsfreiheit .....	50
1. Anwendungsvoraussetzungen des Art. 49 AEUV .....	50
2. Anwendungsvoraussetzungen des Art. 54 AEUV .....	52
3. Der Norminhalt der Art. 49 und 54 AEUV .....	54
4. Entwicklung vom reinen Diskriminierungsverbot zum Beschränkungsverbot .....	56
a) Das Diskriminierungsverbot als Bestandteil der Niederlassungsfreiheit .....	56
b) Weiterentwicklung zum Beschränkungsverbot .....	56
aa) Hintergrund .....	56
bb) Die Rechtsprechung des EuGH .....	58
(1) Das Urteil <i>Klopp</i> .....	58
(2) Das Urteil <i>Gebhard</i> .....	60
(3) Aktueller Stand der Rechtsprechung des EuGH .....	62
c) Diskriminierungsverbot und Beschränkungsverbot – der aktuelle Stand der juristischen Literatur .....	64
5. Bestimmung einer Beschränkung durch das Marktzugangskriterium .....	65
a) Gerichtspraxis des EuGH .....	66
aa) Das Urteil <i>Choquet</i> .....	66

bb) Das Urteil CaixaBank France .....	67
b) Bestimmung des Marktzugangs .....	69
aa) Die Problematik .....	69
bb) Marktzugang und das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung als potenziellen Lösungsansätze .....	71
6. Das Recht oder der Anspruch auf Gleichstellung? .....	72
IV. Entwicklung des niederlassungsrechtlichen Rechtsrahmens .....	72
1. Grundlagen in den Primärverträgen .....	72
2. Das allgemeine Programm zur Aufhebung der Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit innerhalb der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft .....	73
3. Richtlinie des Rates vom 25. Februar 1964 (64/225/EWG) .....	76
4. Richtlinie des Rates vom 21. Dezember 1988 über eine allgemeine Regelung zur Anerkennung der Hochschuldiplome, die eine mindestens dreijährige Berufsausbildung abschließen (89/48/EWG) .....	79
5. Richtlinie 92/51/EWG des Rates vom 18. Juni 1992 über eine zweite allgemeine Regelung zur Anerkennung beruflicher Befähigungsnachweise in Ergänzung zur Richtlinie 89/48/EWG .....	81
6. Richtlinie 98/5/EG des Europäischen Parlaments und Rates vom 16. Februar 1998 zur Erleichterung der ständigen Ausübung des Rechtsanwaltsberufs in einem anderen Mitgliedstaat als dem, in dem die Qualifikation erworben wurde .....	83
7. Richtlinie 2005/36/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. September 2005 über die Anerkennung von Berufsqualifikationen .....	85
8. Richtlinie 2006/123/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt .....	86
9. Richtlinie 2012/17/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juni 2012 zur Änderung der Richtlinie 89/666/EWG des Rates sowie der Richtlinien 2005/56/ EG und 2009/101/EG des Europäischen Parlaments und	

- des Rates in Bezug auf die Verknüpfung von Zentral-, Handels- und Gesellschaftsregistern ..... 88
- 10. Diskussionen über einem weiteren Harmonisierungsbedarf der Niederlassungsfreiheit ..... 89
- V. Rechtliche Konstellationen in der praktischen Ausübung der Niederlassungsfreiheit innerhalb des Binnenmarkts durch Unternehmen ..... 90
  - 1. Darstellung der Problematik ..... 90
  - 2. Problem der Marktzugangs- und Marktausgangskomponenten ..... 91
    - a) Die Problematik ..... 91
    - b) Marktausgangshindernis durch die Rechtsprechung des EuGH am Beispiel des Dienstleistungsverkehrs und der Arbeitnehmerfreizügigkeit ..... 92
      - aa) Alpine Investment ..... 93
      - bb) Graf ..... 94
  - 3. Marktausgangskomponente der Niederlassungsfreiheit ..... 95
    - a) Die Problematik ..... 95
    - b) Marktausgangshindernis bei der Ausübung der Niederlassungsfreiheit durch die Rechtsprechung des EuGH ..... 96
      - aa) *National Grid Indus BV* ..... 97
      - bb) *Polbud* ..... 99
  - 4. Grenzüberschreitende Vorgänge nach der EuGH-Rechtsprechung ..... 101
    - a) Sitzverlegung bei Wegzugs- und Zuzugskonstellationen ... 101
      - aa) Wegzug – *Daily Mail Urteil* ..... 102
      - bb) Formwahrender Wegzug – *Cartesio* ..... 103
      - cc) Zuzug – *Centros* ..... 104
      - dd) *Überseering* – formwahrende Sitzverlegung ..... 105
      - ee) *Inspire Art* ..... 106
    - b) Verschmelzung ..... 107
    - c) Spaltung und Umwandlung ..... 109



5. Die Nutzung steuerrechtlicher Vorteile als Hauptmotiv für grenzüberschreitende niederlassungsrechtliche Vorgänge	110
a) Die Problematik	110
b) Auswirkungen auf den Binnenmarkt	112

<b>C. Das Problem der Ausübung der Niederlassungsfreiheit trotz Fehlens des Elements einer wirtschaftlichen Tätigkeit</b>	115
I. Problemstellung	115
II. Das Erfordernis der Ausübung einer wirklichen wirtschaftlichen Tätigkeit	116
1. Inhalt der Niederlassungsfreiheit	116
2. Das Erfordernis der Ausübung einer wirklichen wirtschaftlichen Tätigkeit	117
a) Stand der Literatur	117
b) Die klassische Rechtsprechung des EuGH	118
c) Stellungnahme	119
3. Mangelhafte Inhaltsbestimmung der wirklichen wirtschaftlichen Tätigkeit	120
a) Rechtsprechung des EuGH	120
b) Auffassungen in der Literatur	122
4. Briefkastengesellschaften als Beispiel für das Problem mangelnder wirklicher wirtschaftlicher Tätigkeiten	123
III. Entwicklung der Rechtsprechung des EuGH zum Erfordernis einer wirklichen wirtschaftlichen Tätigkeit	124
1. <i>Centros</i>	124
a) Urteil	124
b) Einordnung des Urteils	126
2. <i>Cadbury Schweppes</i>	126
a) Urteil	126
b) Einordnung des Urteils	127
3. <i>VALE Építési</i>	128
a) Urteil	128

b) Einordnung des Urteils .....	130
4. <i>Polbud</i> .....	130
a) Urteil .....	130
b) Einordnung des Urteils .....	133
5. Zwischenfazit .....	135
IV. Sekundärrecht als Folge des <i>Polbud</i> -Urteils: Das Company Law Package .....	136
1. Richtlinie (EU) 2019/1151 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Juni 2019 zur Änderung der Richtlinie (EU) 2017/1132 im Hinblick auf den Einsatz digitaler Werkzeuge und Verfahren im Gesellschaftsrecht .....	136
2. Richtlinie (EU) 2019/2121 zur grenzüberschreitenden Umwandlungen, Verschmelzungen und Spaltungen .....	138
a) Die Richtlinie .....	138
b) Mangel an einheitlichen Regelungen .....	140
3. Company Law Package als weiteres Hindernis zu einer immer engeren Union .....	142
V. Würdigung der Rechtsprechung des EuGH und des Company Law Packages .....	143
1. Mangelnde Methodik des EuGH .....	144
a) Ausgangspunkt .....	144
b) Besonderheiten der Auslegung europäischer Rechtsnormen .....	145
c) Auswirkungen der <i>Polbud</i> -Entscheidung auf die Niederlassungsfreiheit .....	147
d) Auswirkung der im Urteil- <i>Polbud</i> ausgelegten isolierten Sitzverlegung auf das Konzept des Binnenmarkts .....	148
2. Gewährleistet die Niederlassungsfreiheit eine Gesellschaftswahlfreiheit? .....	149
a) Niederlassungsfreiheit als „Cherry-picking“ System? .....	149
aa) Zum Begriff „Cherry-picking“ .....	149
bb) „Cherry-picking“ System und die Niederlassungsfreiheit .....	150

cc) Vereinbarkeit des „Cherry-picking“ Systems mit den Zielen der Niederlassungsfreiheit und der Gründungsverträge .....	151
dd) Das „Cherry-picking“ System im Rahmen der aktuellen Entwicklungen der unionsrechtlichen Gesetzgebung .....	154
(1) Die Europäische Kohäsionspolitik 2021–2027 .....	154
(2) „Entsenderichtlinie“ .....	155
(a) Klagen von Republik Polen und Ungarn .....	156
(b) Würdigung .....	158
(3) Das Mobilitätspaket der Europäischen Union .....	159
(a) Die Problematik .....	159
(b) Verordnung 2020/1055 .....	160
(c) Würdigung .....	163
b) Ergebnisse der Würdigung der Rechtsprechung des EuGH und des Company Law Packages .....	164

<b>D. Niederlassungsfreiheit auch bei Fehlen einer wirklichen wirtschaftlichen Tätigkeit – Ein Ungleichbehandlungsfall?</b> .....	167
I. Problemstellung .....	167
II. Gleichbehandlungsgebot als Bestandteil der Niederlassungsfreiheit .....	169
1. Das Vorliegen einer Diskriminierung .....	169
a) Aktueller Stand der Rechtspraxis des EuGH .....	169
b) Stand der Literatur .....	170
2. Diskriminierungsarten .....	171
a) Unmittelbare/direkte/offene Diskriminierung .....	171
b) Mittelbare/indirekte/versteckte Diskriminierung .....	173
c) Rechtfertigung einer Diskriminierung .....	174
3. Sekundärrechtliche Diskriminierungsverbote .....	175
a) Richtlinie 76/207/EWG des Rates vom 9. Februar 1976 zur Verwirklichung des Grundsatzes der	

Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in Bezug auf die Arbeitsbedingungen .....	175
b) Richtlinie 2000/43/EG des Rates vom 29. Juni 2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft .....	175
c) Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf .....	176
d) Richtlinie 2004/113/EG des Rates vom 13. Dezember 2004 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen .....	176
4. Niederlassungsfreiheit und Beschränkungsverbot: Abgrenzung zur Diskriminierung .....	176
a) Normative Grundlage .....	176
b) Identifizierung einer Beschränkung .....	177
c) Das Zusammenspiel mit einer Diskriminierung .....	178
d) Die uneinheitliche Rechtsprechung des EuGH zur Frage des Bestehens einer Diskriminierung oder Ungleichbehandlung .....	179
e) Stellungnahme .....	180
5. Unionsrechtlicher Gleichbehandlungsgrundsatz .....	181
a) Bindung des EuGH an die Grundrechtecharta (GRCh) .....	181
b) Gleichbehandlungsgrundsatz als Grundprinzip des Europäischen Rechts .....	181
c) Unternehmen als Träger der Grundrechte .....	182
d) Inhalt des Gleichbehandlungsgrundsatzes nach Art. 20 GRCh .....	182
6. Vergleichspaarbildung als Voraussetzung des Bestehens einer Ungleichbehandlung .....	186
III. Prüfung des Bestehens einer Ungleichbehandlung seitens des EuGH im <i>Polbud</i> -Urteil .....	188

1. Bildung eines Vergleichspaares .....	188
a) Problemstellung .....	188
b) Möglichen Vergleichspaargruppen .....	189
aa) Unternehmen A und Polbud .....	189
bb) Unternehmen B und Polbud .....	190
cc) Unternehmen C und Polbud .....	190
dd) Unternehmen D und Polbud .....	190
c) Prüfung des Unterscheidungsmerkmals: Ausübung der wirtschaftlichen Tätigkeit .....	191
aa) Bestimmung des „genuine links“ .....	192
bb) Vorschlag für Kriterien zur Bestimmung des „genuine links“ .....	193
cc) Bestimmung einer dauerhaften Einrichtung im hypothetischen Fall des Unternehmens D .....	194
dd) Bestimmung der Qualität der Integration in das Wirtschaftsleben in einer stabilen und kontinuierlichen Weise .....	195
2. Das Ergebnis der Prüfung des Bestehens einer Ungleichbehandlung .....	197
 <b>E. Schlussfolgerungen und Darstellung der     Ergebnisse der Arbeit .....</b>	 <b>203</b>
 <b>Literaturverzeichnis .....</b>	 <b>205</b>