SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS SIEGBERT ALBER
vom 7. Mai 1998 *

A — Einführung

1. Das vorliegende Vertragsverletzungsverfahren gegen das Königreich Spanien hat das Gesetz Nr. 23/1992 vom 30. Juli 1992 [1] und die Königliche Verordnung Nr. 2364/94 vom 9. Dezember 1994 zur Reglementierung privater Sicherheitsdienste zum Gegenstand. Das Gesetz schreibt die „spanische Nationalität der Unternehmen" [2], die diese Sicherheitsdienste erbringen, vor. Geschäftsführer und Direktoren müssen in dem Mitgliedstaat wohnen. Außerdem muß das Sicherheitspersonal die spanische Staatsangehörigkeit haben. Die Kommission sieht in diesen Bedingungen jeweils eine verbotene Diskriminierung im Rahmen der Grundfreiheiten, und zwar der Niederlassungsfreiheit, der Dienstleistungsfreiheit und der Arbeitnehmerfreizügigkeit. Die spanische Regierung bestreitet die Ungleichbehandlungen nicht, ist jedoch der Ansicht, sie könne sich auf die im Vertrag aufgeführten Rechtfertigungsgründe berufen.

2. Die Kommission beantragt,

1. festzustellen, daß das Königreich Spanien dadurch gegen seine Verpflichtungen aus dem Vertrag, insbesondere aus den Artikeln 48, 52 und 59 verstoßen hat, daß es die Artikel 7, 8 und 10 des Gesetzes 23/1992 vom 30. Juli 1992 beibehalten hat, soweit darin die Erteilung der Erlaubnis zur Ausübung von Tätigkeiten im privaten Sicherheitsdienst im Fall der sogenannten „Sicherheitsunternehmen" von der Voraussetzung abhängig gemacht wird, daß sie spanischer Nationalität sind und daß ihre Geschäftsführer und Direktoren in Spanien wohnen, sowie im Fall des „Sicherheitspersonals" davon, daß das Personal die spanische Staatsangehörigkeit besitzt;

2. dem Königreich Spanien die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.

3. Das Königreich Spanien beantragt,

1. die Klage abzuweisen,

2. der Kommission die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.

* Originalsprache: Deutsch.

1 — *Boletín Oficial del Estado* vom 4. August 1992.

2 — In Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe b heißt es: „...las empresas de seguridad ... deberán tener la nacionalidad española."

B — Sachverhalt

I. *Unstreitiges Vorbringen*

4. Das Gesetz Nr. 23/1992 (im folgenden: das Gesetz) in Verbindung mit der Königlichen Verordnung Nr. 2364/94 (im folgenden: die Verordnung) definiert Gegenstand und Voraussetzungen privater Sicherheitsdienste. Artikel 5 Absatz 1 des Gesetzes definiert die von den Sicherheitsunternehmen zu erbringenden Dienstleistungen, die sich auf folgende Tätigkeiten beziehen:

— Überwachung und Schutz von Gütern, Einrichtungen und Ereignissen unterschiedlicher Natur [3],

— Schutz bestimmter Personen [4],

— Aufbewahrung, Überwachung, Überprüfung von Geld, Wertpapieren und Wertgegenständen sowie deren Transport und Verteilung [5],

— Einrichtung und Unterhaltung von Überwachungs- und Alarmanlagen [6],

— Betrieb von Zentralen zum Empfang, zur Überprüfung und Übertragung von Alarmsignalen und ihre Mitteilung an die öffentlichen Sicherheitskräfte sowie Dienste zur Beantwortung, soweit sie nicht in den Zuständigkeitsbereich der öffentlichen Sicherheitskräfte fallen [7],

— Planung und Unterstützung der Sicherheitsdienste, die Gegenstand des Gesetzes sind [8].

5. Gemäß Artikel 7 des Gesetzes sind nur die Unternehmen berechtigt, private Sicherheitsdienste zu erbringen, die eine Zulassung des Innenministeriums in der Form einer Eintragung in ein Register haben. Nach Absatz 1 Buchstabe b der Vorschrift ist *eine* Bedingung für die Eintragung eines Unternehmens, das Sicherheitspersonal beschäftigt, die spanische Nationalität [9].

6. Artikel 8 des Gesetzes verlangt, daß Geschäftsführer und Direktoren der Unternehmen zur Erbringung privater Sicherheitsdienste ihren Wohnsitz in Spanien haben.

3 — Vgl. Artikel 5 Absatz 1 Buchstabe a.
4 — Vgl. Artikel 5 Absatz 1 Buchstabe b.
5 — Vgl. Artikel 5 Absatz 1 Buchstaben c und d.
6 — Vgl. Artikel 5 Absatz 1 Buchstabe e.
7 — Vgl. Artikel 5 Absatz 1 Buchstabe f.
8 — Vgl. Artikel 5 Absatz 1 Buchstabe g.
9 — Vgl. im vorigen Fußnote 2.

7. Gemäß Artikel 10 Absatz 1 des Gesetzes bedarf das „Sicherheitspersonal" einer vorab zu erlangenden Ermächtigung durch das Innenministerium. Artikel 10 Absatz 3 Buchstabe a verlangt für diese Zulassung die spanische Staatsangehörigkeit. Als „Sicherheitspersonal" im Sinne des Gesetzes sind zu verstehen: Wachleute, die Verantwortlichen für die Sicherheit, Leibwächter, private Feldhüter und Privatdetektive. Dabei können Feldhüter [10] und Privatdetektive [11] auch selbständig tätig werden.

8. Einige der Tätigkeiten eines Sicherheitsunternehmens — etwa die in Artikel 5 Absatz 1 Buchstaben e und g beschriebenen — bedürfen nicht des Einsatzes von „Sicherheitspersonal". Zur Erfüllung der anderen Aufgaben beschäftigen die Unternehmen sowohl „Sicherheitspersonal" im Sinne des Gesetzes als auch Personal zur Ausübung verwaltender Tätigkeiten. Für letztere gilt das Staatsangehörigkeitserfordernis nicht.

II. *Standpunkt der Kommission*

9. Die *Kommission* stellt ihren Bemerkungen voran, Ziel der Klage sei nicht, die Tätigkeit privater Sicherheitsdienste zu liberalisieren. Sie widersetze sich nur der mit der Gesetzgebung etablierten Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit, die mit den Zielen der spanischen Gesetzgebung nicht zu rechtfertigen sei.

1. Zur Niederlassungsfreiheit

10. Das Wohnsitzerfordernis für Geschäftsführer und Direktoren der Sicherheitsunternehmen komme einem Staatsangehörigkeitserfordernis gleich und sei daher mit Artikel 52 des Vertrages unvereinbar. Die Kommission beruft sich dabei auf das Urteil Factortame [12]. Das „Nationalitätserfordernis für die Unternehmen" [13] selbst komme einer teilweisen Negation der Freiheit gleich, da es einem Unternehmen versagt sei, in der Form der Zweigniederlassung oder Agentur tätig zu werden. Auch das Staatsangehörigkeitserfordernis für selbständig tätige Feldhüter oder Privatdetektive stehe im Widerspruch zu Artikel 52 des Vertrages.

2. Zur Dienstleistungsfreiheit

11. Die Tätigkeit der Unternehmen sowie des Personals seien Dienstleistungen im Sinne des Artikels 60 des Vertrages. Das

10 — Vgl. Artikel 18 Buchstabe b des Gesetzes.

11 — Vgl. Artikel 19 des Gesetzes.

12 — Vgl. Urteil vom 25. Juli 1991 in der Rechtssache C-221/89 (Slg. 1991, I-3905).

13 — Vgl. im vorigen Fußnote 2.

Erfordernis einer Niederlassung zur Ausübung der Tätigkeit sei die Negation der Freiheit an sich. Das „Nationalitätserfordernis für Unternehmen“ [14] und die Wohnsitzvoraussetzung für das Führungspersonal stehe jeglicher Dienstleistungserbringung von nicht in Spanien Niedergelassenen entgegen.

3. Arbeitnehmerfreizügigkeit

12. Die Mehrheit des von den Sicherheitsunternehmen beschäftigten Personals seien Arbeitnehmer. Das Staatsangehörigkeitserfordernis zur Erlangung der „Ermächtigung“ durch das Innenministerium habe zur Folge, daß Angehörige anderer Mitgliedstaaten gänzlich von einer Beschäftigung in dem Sektor privater Sicherheitsdienste ausgeschlossen seien. Dies sei eine Behinderung der Arbeitnehmerfreizügigkeit.

4. Zu den Rechtfertigungsgründen

a) Artikel 55 und 66 des Vertrages

13. *Artikel 55* des Vertrages bestimmt ebenso wie in Verbindung mit *Artikel 66*, daß Tätigkeiten, die dauernd oder zeitweise mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sind, nicht unter die Vorschriften des jeweiligen Kapitels des Vertrages (Niederlassung oder Dienstleistung) fallen. Die Kommission vertritt unter Hinweis auf die Rechtsprechung des Gerichtshofes [15] den Standpunkt, man könne nicht davon ausgehen, daß alle Sicherheitsdienste an der Ausübung öffentlicher Gewalt beteiligt seien. Der Schutz von Gütern und Privatpersonen erfülle ein privates Interesse und sei nicht als Ausübung hoheitlicher Befugnisse zu betrachten. Die Natur der von den Sicherheitsunternehmen angebotenen Leistungen habe keinen öffentlichen Charakter. Sie trügen zur öffentlichen Sicherheit allenfalls in einem untergeordneten Maße bei. Da die Sicherheitsdienste nur im Rahmen privatrechtlicher Beziehungen tätig würden, sei ihnen eine allgemeine Zuständigkeit zur Wahrung der öffentlichen Sicherheit abzusprechen, selbst wenn sie in gewissem Maße zur Vorbeugung gegen Straftaten beitrügen. Letzteres sei kein Vorrecht der Obrigkeit. Selbst die gelegentliche Unterstützung der öffentlichen Sicherheitskräfte sei nicht notwendig als Ausübung öffentlicher Gewalt zu betrachten.

b) Artikel 56 des Vertrages

14. Im Hinblick auf *Artikel 56* des Vertrages trägt die Kommission vor, eine diskriminierende Behandlung sei nur gerechtfertigt,

14 — Vgl. im vorigen Fußnote 2.

15 — Vgl. Urteile vom 21. Juni 1974 in der Rechtssache 2/74 (Reyners, Slg. 1974, 631) und vom 13. Juli 1993 in der Rechtssache C-42/92 (Thijssen, Slg. 1993, I-4047).

wenn sie sich gegen eine tatsächliche und hinreichend schwere Gefährdung richte, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berühre. Das Vorhandensein einer solchen Bedrohung müsse der Mitgliedstaat darlegen. Die Ausübung der Tätigkeit eines Privatdetektivs beziehungsweise eines Feldhüters könne nicht an sich als eine derartige Bedrohung betrachtet werden. Das gleiche gelte für die Ungleichbehandlung juristischer Personen. Selbst bei Vorliegen einer Gefährdung könne ein Mitgliedstaat nicht den Zugang zu einem ganzen Sektor wirtschaftlicher Tätigkeit verschließen. Dies sei auf jeden Fall unverhältnismäßig. Es sei Sache des Mitgliedstaats, die Verhältnismäßigkeit der Maßnahme im Hinblick auf eine etwaige Gefährdung darzulegen. Die von der spanischen Regierung angeführten Gründe seien dazu nicht geeignet.

III. *Standpunkt der spanischen Regierung*

16. Die *spanische Regierung* bestreitet die Behinderung der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit sowie der Arbeitnehmerfreizügigkeit nicht, ist jedoch der Ansicht, sie könne sich erfolgreich auf die im Vertrag aufgeführten Rechtfertigungsgründe berufen. Die Tätigkeiten der privaten Sicherheitsdienste impliziere die Ausübung öffentlicher Gewalt im Hinblick auf ihre Zielsetzung, die in der Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit bestehe.

c) Artikel 48 Absätze 3 und 4 des Vertrages

15. Im Zusammenhang mit der Arbeitnehmerfreizügigkeit vertritt die Kommission die Ansicht, die spanische Regierung könne sich weder auf *Artikel 48 Absatz 3 EG-Vertrag* noch auf *Artikel 48 Absatz 4 EG-Vertrag* erfolgreich berufen. Das Personal privater Sicherheitsdienste habe formal keinen Beamtenstatus und sei auch nicht mit der Ausübung öffentlicher Gewalt zur Wahrung staatlicher Interessen betraut. Die Kommission verweist im übrigen auf ihre Argumentation zur Anwendbarkeit der Artikel 55 und 56 des Vertrages.

17. Gemäß Artikel 13 des Gesetzes seien die Sicherheitsdienste berechtigt, abgelegene Ortschaften oder Industriezonen zu schützen, in denen sich Personen und Fahrzeuge frei bewegten, sowie Ausweispapiere von Personen zu verlangen, die sich in Zonen öffentlicher Nutzung aufhielten. Auch beim Schutz des Transports von Wertgegenständen erstreckt sich die Tätigkeit der Unternehmen auf öffentliche Wege und Plätze. Die Aufgabe privater Sicherheitsdienste, gewisse Hilfsdienste für Beamte bei der Erfüllung bestimmter Überwachungsfunktionen zu erbringen, zeige, daß ihre Tätigkeit in die Rechte und Freiheiten der Bürger eingreifen könne. Deshalb könne eine gewisse Solidarität der Sicherheitsdienste gegenüber dem Staat verlangt werden. Durch Zulassungen und Ermächtigungen behalte sich der Staat die Kontrolle der Mittel zur Aufrechterhaltung von Sicherheit und Ordnung vor.

18. Im Hinblick auf Gründe der öffentlichen Sicherheit und Ordnung ist die spanische Regierung der Ansicht, es sei Aufgabe der Kommission zu beweisen, daß es weniger einschneidende Mittel als die von dem spanischen Staat gewählten gäbe. Wie sich aus der Natur der Aufgaben ergebe, die die Sicherheitskräfte wahrnehmen, könne die öffentliche Sicherheit und Ordnung unter Umständen durch die Sicherheitsdienste selbst bedroht werden, weshalb diese streng kontrolliert werden müßten. Dies sei aber im erforderlichen Umfang nur möglich, wenn Unternehmen und natürliche Personen in dem Mitgliedstaat niedergelassen seien, in dem sie ihrer Beschäftigung nachgingen. Ohne feste Niederlassung sei auch ein schneller und unmittelbarer Kontakt mit den Kunden nicht möglich. Artikel 55 müsse im Lichte des Artikels 56 EG-Vertrag ausgelegt werden.

19. Schließlich beruft sich die spanische Regierung auf zwingende Gründe des Allgemeininteresses. In der Reglementierung der privaten Sicherheitsdienste gebe es Gründe, die eine besondere Vorsicht geböten, wie: [16]

— die Sicherheit von Personen und Gütern in befriedigender Weise zu garantieren,

— die Möglichkeit der Bürger zur Errichtung beziehungsweise zur Nutzung privater Sicherheitsdienste zu präzisieren ebenso wie die Gründe, auf die sich die Sicherheitsdienste stützen,

— Straftaten vorzubeugen und zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit beizutragen,

— Anmaßung von Befugnissen zu verhindern, Abwesenheit von Normen zur Anerkennung von Produkten, unzulängliche Ausbildung der Wachleute, Unregelmäßigkeiten bei der Ausübung ihrer Funktionen und die Begehung zahlreicher Verstöße sowie das Fehlen von Mindestanforderungen,

— sicherstellen, daß die Verteidigung der Sicherheit nicht die Gelegenheit für Angriffe, Gewaltakte, Rechtsmißbräuche oder Eingriffe in die Rechts- oder Eigentumssphäre anderer Personen werde.

20. Außerdem sei der Schutz derer, die die Dienstleistung in Anspruch nähmen, und — in einem allgemeineren Sinne — der Verbraucher und der Sozialordnung zu gewährleisten. All dies sei nicht möglich, wenn die Grundfreiheiten des Vertrages auf diesem Gebiet Anwendung fänden ohne eine vorherige Harmonisierung dieses Bereiches.

16 — Im Schriftsatz der spanischen Regierung heißt es wörtlich:
„a) Garantizar adecuadamente la seguridad de personas y bienes.
b) Articular las facultades que puedan tener los ciudadanos de crear o utilizar los servicios privados de seguridad, con las razones profundas sobre las que se asienta el servicio público de seguridad.
c) Prevención del delito y contribución al mantenimiento de la seguridad pública.
d) Evitar el intrusismo, la falta de normas de homologación de productos, deficiente formación de los vigilantes, irregularidades en su funcionamiento y comisión de numerosas infracciones, así como la ausencia sobrevenida de requisitos esenciales.
e) Garantizar que la defensa de la seguridad no sea ocasión de agresiones, coacciones, desconocimiento de derechos o invasión de las esferas jurídicas y patrimoniales de otras personas."

Schließlich sei es Sache eines jeden Mitgliedstaats, die Bedingungen für die Sicherstellung der öffentlichen Ordnung zu definieren.

21. Im Hinblick auf die Arbeitnehmerfreizügigkeit glaubt die spanische Regierung, sich erfolgreich auf den Vorbehalt des Artikels 48 Absatz 3 EG-Vertrag berufen zu können, weil das Sicherheitspersonal Uniformen trage, berechtigt sei, Waffen zu tragen, und mit besonderen Vorrechten ausgestattet sei, die die Rechte und Freiheiten der Bürger berühren könnten.

C — Stellungnahme

I. *Juristische Personen*

1. Zur Niederlassungsfreiheit

22. Seit Ende der Übergangszeit ist das Diskriminierungsverbot aus Gründen der Staatsangehörigkeit unmittelbar wirkendes, konstitutives Element der Niederlassungsfreiheit. [17] Sie gilt gemäß Artikel 52 in Verbindung mit Artikel 58 des Vertrages für natürliche und juristische Personen. Das Erfordernis für ein Sicherheitsunternehmen, die „Nationalität" des spanischen Staates [18] zu haben, steht der Betätigung eines in einem anderen Mitgliedstaat ansässigen Sicherheitsunternehmens in der Form einer rechtlich unselbständigen Zweigniederlassung oder Agentur entgegen. Es steht daher im Widerspruch zu Artikel 52 EG-Vertrag.

23. Es fragt sich, ob die Tätigkeiten der Sicherheitsunternehmen unter die von Artikel 55 EG-Vertrag definierte Bereichsausnahme fallen, d. h. ob sie den Vertragsvorschriften über die Niederlassungsfreiheit und über Artikel 66 denen der Dienstleistungsfreiheit entzogen sind. Gemäß Artikel 55 Absatz 1 des Vertrages findet das Kapitel keine Anwendung auf Tätigkeiten, die dauernd oder zeitweise mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sind. Bei der Prüfung dieses Merkmals ist zum einen zu bedenken, daß die Ausnahme nicht weiter reichen darf als der Zweck es erfordert [19] und zum anderen, daß sie nur für diejenigen Tätigkeiten gilt, „die, in sich selbst betrachtet, eine unmittelbare und spezifische Teilnahme an der Ausübung öffentlicher Gewalt darstellen." [20]

17 — Vgl. Urteil vom 21. Juni 1974 in der Rechtssache 2/74 (zitiert in Fußnote 15, Randnrn. 30 und 32).

18 — Vgl. im vorigen Fußnote 2.

19 — Vgl. Rechtssache Reyners (zitiert in Fußnote 15, Randnr. 43).

20 — Vgl. Rechtssache Reyners (zitiert in Fußnote 15, Randnr. 45).

24. Zwar ist mangels gemeinschaftsrechtlicher Harmonisierungsrichtlinien auf dem Gebiet privater Sicherheitsdienste ein Rückgriff auf Artikel 55 für jeden Mitgliedstaat gesondert zu würdigen. Dabei ist jedoch zu berücksichtigen, daß den durch Artikel 55 anerkannten Ausnahmen „gemeinschaftsrechtliche Grenzen gesetzt sind, durch die verhindert werden soll, daß der Vertrag durch einseitige Maßnahmen der Mitgliedstaaten seiner praktischen Wirksamkeit in diesem Bereich beraubt wird." [21]

25. Einrichtung und Betrieb eines Sicherheitsunternehmens haben zum Gegenstand, auf der Grundlage privatrechtlicher Beziehungen Überwachungs- und Sicherungs aufgaben zu übernehmen. Die zu bewachenden Güter (Immobilien und Wertgegenstände) werden zu einem beachtlichen Teil in Privateigentum stehen. Gerade die Bewachung beweglicher Sachen kann sich — wie die spanische Regierung vorgetragen hat — auch auf öffentlichen Plätzen und Wegen abspielen. Ebenso können Sicherheitsaufträge anläßlich sportlicher, kultureller, politischer oder ähnlicher Ereignisse die Wahrnehmung der Aufgaben in öffentlichen Einrichtungen bedingen. Zur Bestimmung der Natur des Geschäftsgegenstands der Sicherheitsunternehmen kommt es jedoch darauf letztlich nicht an ebensowenig wie auf die Eigentumsverhältnisse an den zu bewachenden Gütern. Maßgeblich ist, daß sie auf private Initiative im Rahmen vertraglicher Beziehungen tätig werden und dabei nicht mit hoheitlichen Befugnissen ausgestattet sind.

26. Die Feststellung der Personenidentität beispielsweise beim Zutritt eines Gebäudes bedarf nicht der Übertragung hoheitlicher Befugnisse. Die Sicherheitsunternehmen sind daher auch nicht als Beliehene zu betrachten. In der die privaten Sicherheitsdienste reglementierenden spanischen Gesetzgebung wird eine klare Trennung der von den Sicherheitsunternehmen zu übernehmenden Aufgaben [22] und den den öffentlichen Sicherheitskräften vorbehaltenen vorgenommen. Wenn es in Artikel 5 Absatz 1 Buchstabe f des Gesetzes beispielsweise heißt, daß bestimmte Übertragungsdienste ausgeübt werden können, „soweit sie nicht in den Zuständigkeitsbereich der öffentlichen Sicherheitskräfte fallen" [23], wird dadurch die klare Aufgabentrennung unter Beweis gestellt. Selbst die zufällige Überschneidung bei der Durchführung vergleichbarer Funktionen (Übertragung von Alarmsignalen) ist zu vermeiden.

27. Selbst wenn man davon ausgeht, daß die Sicherheitsunternehmen *Hilfs*funktionen für die öffentlichen Sicherheitskräfte übernehmen, kann das nicht darüber hinwegtäuschen, daß die *Haupt*aufgaben den öffentlichen Sicherheitskräften vorbehalten sind. Die Unterscheidung zwischen Haupt- und Hilfsfunktionen ist dabei nicht als ein quantitatives Kriterium sondern als ein qualitatives zu verstehen. Die gesetzliche Beschreibung der Aufgaben der privaten Sicherheitsdienste läßt den Schluß zu, daß gerade die Ausübung öffentlicher Gewalt den öffentlichen Sicherheitskräften vorbehalten ist. Wenn beispielsweise die privaten Sicherheitsdienste im Rahmen ihrer Überwachungsaufgaben verdächtige Ereignisse oder Personen ausmachen, eine etwaige Vernehmung oder gar Festnahme jedoch nur von

21 — Vgl. Urteil vom 15. März 1988 in der Rechtssache 147/86 (Kommission/Griechenland, Slg. 1988, 1637, Randnr. 8).

22 — Vgl. Artikel 5 des Gesetzes.

23 — Im Originaltext heißt es: „...cuya realización no sea de la competencia de dichas Fuerzas y Cuerpos".

den öffentlichen Sicherheitskräften vorgenommen werden darf [24], dann verdeutlicht das den graduellen Unterschied der jeweiligen Befugnisse.

28. Daraus läßt sich der Schluß ziehen, daß die privaten Sicherheitsunternehmen nicht „unmittelbar und spezifisch" an der Ausübung öffentlicher Gewalt teilnehmen. Die Ausnahme des Artikels 55 EG-Vertrag kommt in diesem Kontext daher nicht zum Zuge.

29. Bei der Prüfung, ob sich die spanische Regierung auf Artikel 56 EG-Vertrag berufen kann, der Sonderregelungen für Ausländer gestattet, die „aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit gerechtfertigt sind", ist folgendes zu berücksichtigen: Die Vorschrift berechtigt die Mitgliedstaaten, Sondervorschriften für selbständig erwerbstätige Ausländer aus den genannten Gründen auch auf Gemeinschaftsbürger anzuwenden. Insofern als sie sich auf natürliche Personen bezieht, ist sie mit Artikel 48 Absatz 3 EG-Vertrag verwandt. Struktur und Zweck der Vorschrift sind dabei nicht geeignet, die „Nationalität eines Unternehmens" als Bedingung seiner Betätigungsfreiheit zu rechtfertigen.

30. Sofern ein Mitgliedstaat wegen zwingender Gründe des Allgemeininteresses die Reglementierung eines Wirtschaftszweiges für erforderlich hält, steht es ihm frei, dies durch nichtdiskriminierende Maßnahmen zu tun, soweit die Regelungen geeignet sind, das angestrebte Ziel zu erreichen und die Maßnahmen nicht über das dazu unbedingt erforderliche Maß hinausgehen. [25] So erscheint die Zulassung [26] eines Unternehmens zur Ausübung einer Betätigung ein adäquates Mittel, Belange des Allgemeininteresses zu beschützen. Die Zulassung an sich sowie die Überwachung der Unternehmen, wie sie die spanische Gesetzgebung verlangt, werden von der Kommission auch nicht beanstandet und sind daher auch nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens. Hier sei daher nur festgehalten, daß den von der spanischen Regierung geltend gemachten zwingenden Gründen des Allgemeininteresses im Rahmen der Zulassung und Überwachung der Unternehmen Rechnung getragen werden kann. Nicht zu rechtfertigen ist hingegen, die „Nationalität des Unternehmens" als eine der Zulassungsbedingungen vorzuschreiben.

2. Zur Dienstleistungsfreiheit

31. Die Feststellung der unberechtigten Ungleichbehandlung gilt im Hinblick auf die Vorschrift über die Niederlassungsfreiheit. Sie gilt aber erst recht im Rahmen der Vorschriften über die Dienstleistungsfreiheit. Denn das Erfordernis einer ständigen Niederlassung im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats als Bedingung für die Betätigung eines Unternehmens ist praktisch als eine Nega-

24 — Vgl. z. B. Artikel 71 Absatz 1 Buchstabe d oder Artikel 76 Absatz 2 der Verordnung.

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

26 — Vgl. Urteile vom 4. Dezember 1986 in der Rechtssache 205/84 (Kommission/Deutschland, Slg. 1986, 3755, Randnrn. 42 ff.) und vom 6. Juni 1996 in der Rechtssache C-101/94 (Kommission/Italien, Slg. 1996, I-2691, Randnrn. 9 bis 11).

tion der Dienstleistungsfreiheit zu betrachten. [27] Das „Nationalitätserfordernis" für die Sicherheitsunternehmen geht noch darüber hinaus. Außerdem kann ein Mitgliedstaat für die Erbringung von Dienstleistungen in seinem Gebiet „nicht die Erfüllung aller Bedingungen einer Niederlassung verlangen, weil den Bestimmungen, die den freien Dienstleistungsverkehr gewährleisten sollen, andernfalls ihre praktische Wirksamkeit völlig genommen würde" [28]. Die im Rahmen der Niederlassungsfreiheit einschlägigen Ausnahmen (Artikel 55 EG-Vertrag) und Rechtfertigungsgründe für etwaige Ungleichbehandlungen (Artikel 56 EG-Vertrag) gelten über Artikel 66 auch für die Dienstleistungsfreiheit. Sie gehen dabei inhaltlich nicht über deren im Rahmen der Niederlassungsfreiheit maßgeblichen Umfang hinaus. Das „Nationalitätserfordernis" für Unternehmen ist daher als gemeinschaftsrechtswidrig zu qualifizieren.

ren der Sicherheitsunternehmen als eine mittelbare Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit zu betrachten ist und dadurch im Widerspruch zu den Grundsätzen der Niederlassungsfreiheit steht.

II. *Natürliche Personen*

1. Zur Niederlassungsfreiheit

a) Wohnsitz der Geschäftsführer und Direktoren

32. Es stellt sich die Frage, ob das Wohnsitzerfordernis für Geschäftsführer und Direkto-

33. Man wird davon ausgehen müssen, daß die Staatsangehörigen des Mitgliedstaats ganz überwiegend ihren Aufenthaltsort und ihr Domizil in diesem Staat haben, während Aufenthaltsort und Domizil der Staatsangehörigen der anderen Mitgliedstaaten zunächst in diesen angesiedelt sind. Daher läuft ein solches Wohnsitzerfordernis durchaus auf eine Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit hinaus. [29] Die Staatsangehörigen anderer Mitgliedstaaten müssen ihren Wohnsitz erst in diesen Staat verlegen, um seinen gesetzlichen Anforderungen gerecht zu werden.

34. Die spanische Regierung hält die Bedingung zum einen wegen der erforderlichen strengen Kontrollen und zum anderen wegen des gegebenenfalls gebotenen unmittelbaren Kontakts mit den Kunden für gerechtfertigt.

35. Dem ist zu entgegnen, daß Zulassung und Überwachung der Unternehmen möglich sind, ohne daß Geschäftsführer und

27 — Urteil Kommission/Deutschland (zitiert in Fußnote 26, Randnr. 52) und Urteil Kommission/Italien (zitiert in Fußnote 26, Randnr. 31).

28 — Urteil vom 9. August 1994 in der Rechtssache C-43/93 (Vander Elst, Slg. 1994, I-3803, Randnr. 17).

29 — Vgl. Urteil Factortame (zitiert in Fußnote 12, Randnr. 32).

Direktoren ihren Wohnsitz zwangsläufig im Hoheitsgebiet des Mitgliedstaats einrichten. Zulassung und Unternehmenskontrolle sind gegenüber der Gesellschaft ein eher abstrakter Vorgang, der vom Wohnsitz des Führungspersonals unberührt bleibt. Gerade im Rahmen der Niederlassungsfreiheit illustriert Artikel 54 Absatz 3 Buchstabe f EG-Vertrag, eine Vorschrift über den Beschränkungsabbau, daß der Eintritt des Führungspersonals in die Leitungs- und Überwachungsorgane der sekundären Niederlassung zu fördern ist. [30]

36. Wie schließlich der Kundenkontakt hergestellt und organisiert wird, ist letztlich Sache der Sicherheitsunternehmen auf der einen und der potentiellen Kunden auf der anderen Seite. Die privatrechtliche Ausgestaltung der Geschäftsbeziehungen berechtigt den Mitgliedstaat nicht, hoheitlich ein Wohnsitzerfordernis für eine bestimmte Gruppe des Führungspersonals vorzuschreiben. Das Wohnsitzerfordernis ist daher als unberechtigte Ungleichbehandlung und damit im Widerspruch zu den Grundsätzen der Niederlassungsfreiheit stehend zu betrachten.

30 — Artikel 54 Absatz 3 Buchstabe f lautet: „Der Rat und die Kommission ... veranlassen, daß bei jedem in Betracht kommenden Wirtschaftszweig die Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit in bezug auf die Voraussetzungen für die Errichtung von Agenturen, Zweigniederlassungen und Tochtergesellschaften im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats sowie für den *Eintritt des Personals der Hauptniederlassung in ihre Leitungs- oder Überwachungsorgane* schrittweise aufgehoben werden" (Hervorhebung durch den Verfasser).

b) Staatsangehörigkeit der Feldhüter und Privatdetektive

37. Das Staatsangehörigkeitserfordernis für die als „Sicherheitspersonal" definierten Erwerbstätigen ist für die (kraft Gesetzes ausdrücklich auch selbständig tätigen) Feldhüter und Privatdetektive eine unmittelbare Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit. Sie könnte nur nach Artikel 55 oder 56 EG-Vertrag gerechtfertigt werden. Insofern als weder Feldhüter noch Privatdetektive mit der Ausübung öffentlicher Gewalt betraut sind, verbietet sich eine Berufung auf Artikel 55 EG-Vertrag. Auf der Grundlage des Artikels 56 EG-Vertrag ist es jedoch nur möglich, selbständig Erwerbstätigen aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit Beschränkungen aufzuerlegen, die an in der Person liegende Gefahren anknüpfen. Daher dürfen beispielsweise Maßnahmen zur Durchführung des Vorbehalts gemäß Artikel 3 Absatz 1 der Richtlinie 64/221 [31] nur an das persönliche Verhalten der betroffenen Personen anknüpfen. Generalpräventive Überlegungen sind somit nicht geeignet, einen ganzen Berufszweig durch ein Staatsangehörigkeitserfordernis abzuschotten. Dieses Erfordernis ist daher als gemeinschaftsrechtswidrig zu betrachten.

31 — Richtlinie 64/221 des Rates vom 25. Februar 1964 zur Koordinierung der Sondervorschriften für die Einreise und den Aufenthalt von Ausländern, soweit sie aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit gerechtfertigt sind (ABl. Nr. 56 vom 4. April 1964, S. 850); in dem Urteil vom 4. Dezember 1974 in der Rechtssache 41/74 (van Duyn, Slg. 1974, 1337, Randnr. 15 und Punkt 2 des Tenors) hat der Gerichtshof Artikel 3 Absatz 1 der Richtlinie 64/221 für unmittelbar anwendbar erklärt.

38. Das gleiche muß auch im Hinblick auf die Dienstleistungsfreiheit gelten.

2. Zur Arbeitnehmerfreizügigkeit

39. Für abhängig Beschäftigte kann grundsätzlich nichts anderes gelten. Indem für das Sicherheitspersonal ein Staatsangehörigkeitserfordernis aufgestellt wird, ist der Zugang zu diesem Beschäftigungszweig Angehörigen anderer Mitgliedstaaten verwehrt. Eine derartige Zugangsvoraussetzung stellt sich als eine nach Artikel 48 Absatz 2 EG-Vertrag verbotene unterschiedliche Behandlung der Arbeitnehmer der Mitgliedstaaten in bezug auf die Beschäftigung dar, wenn sie nicht nach Artikel 48 Absatz 3 oder 4 zu rechtfertigen ist.

40. Artikel 48 Absatz 3 läßt Beschränkungen der Freizügigkeit der Arbeitnehmer aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit zu. Wie schon im Rahmen der Erörterung des Artikels 56 EG-Vertrag angedeutet, sind nur in der Person des Betroffenen liegende Gründe geeignet, eine Berufung auf den Vorbehalt zu rechtfertigen. So darf das Recht der Angehörigen der Mitgliedstaaten, in das Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats einzureisen, sich dort aufzuhalten und frei zu bewegen, nur beschränkt werden, wenn ihre Anwesenheit oder ihr Verhalten eine „tatsächliche und hinreichend schwerwiegende Gefährdung der öffentlichen Ordnung darstellt." [32] Ein globaler und abstrakter Ausschluß von einem Beschäftigungszweig, wie es ein Staatsangehörigkeitserfordernis darstellt, ist nicht zulässig.

41. Eine behördliche Zulassung beziehungsweise Prüfung der Geeignetheit der Person zur Ausübung einer bestimmten Tätigkeit ist, solange sie diskriminierungsfrei vorgenommen wird, nicht zu beanstanden. Die „ministerielle Ermächtigung", wie sie das Gesetz vorschreibt, ist daher grundsätzlich aus gemeinschaftsrechtlicher Sicht unproblematisch. In diesem Rahmen wäre es denkbar und möglich, bestimmte Voraussetzungen zur Person des Antragstellers — etwa wie das Vorhandensein der bürgerlichen Ehrenrechte — zu überprüfen.

42. Artikel 48 Absatz 4 nimmt schließlich „die Beschäftigung in der öffentlichen Verwaltung" von der Arbeitnehmerfreizügigkeit nach Artikel 48 aus. Diese Ausnahme ist als Abweichung von der Regel so auszulegen [33], daß sich deren „Tragweite auf das beschränkt, was zur Wahrung der Interessen, die diese Bestimmung den Mitgliedstaaten zu schützen erlaubt, unbedingt erforderlich ist". Inhalt und Grenzen der Ausnahme sind gemeinschaftsrechtlich zu bestimmen. Nach ständiger Rechtsprechung sind unter Beschäftigungen in der öffentlichen Verwaltung nur solche zu verstehen, die eine „unmittelbare oder mittelbare Teilnahme an der Ausübung hoheitlicher Befugnisse und an der Wahrnehmung solcher Aufgaben mit sich bringen, die auf die Wahrnehmung der allgemeinen Belange des Staates oder anderer

32 — Urteile vom 28. Oktober 1975 in der Rechtssache 36/75 (Rutili, Slg. 1975, 1219, Randnr. 28) und vom 27. Oktober 1977 in der Rechtssache 30/77 (Bouchereau, Slg. 1977, 1999, Randnr. 35).

33 — Urteil vom 16. Juni 1987 in der Rechtssache 225/85 (Kommission/Italien, Slg. 1987, 2625, Randnr. 7).

öffentlicher Körperschaften gerichtet sind." [34]

43. Wenngleich die Dienste der privaten Sicherheitsunternehmen mittelbar sicherlich auch zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit beitragen, die zweifellos zu den allgemeinen Belangen des Staates zählt, wurde bereits im Rahmen der Prüfung der Vorschriften über die Niederlassungsfreiheit festgestellt, daß die Sicherheitsunternehmen grundsätzlich nicht mit hoheitlichen Befugnissen ausgestattet sind. Die Tätigkeit der bei diesen angestellten Arbeitnehmern kann dabei nicht weiter gehen als der Geschäftsgegenstand des arbeitgeberischen Unternehmens. Eine Berufung auf Artikel 48 Absatz 4 zur Rechtfertigung der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit ist daher nicht möglich. [35]

44. Dem Klagebegehren der Kommission ist daher stattzugeben.

Kosten

Gemäß Artikel 69 § 2 erster Absatz der Verfahrensordnung wird die unterliegende Partei auf Antrag zur Tragung der Kosten verurteilt. Da die Beklagte nach der hier vorgeschlagenen Lösung unterliegen würde, hätte sie die Kosten des Verfahrens zu tragen.

D — Ergebnis

45. Als Konsequenz vorstehender Überlegungen schlage ich folgende Entscheidung vor:

„1. Das Königreich Spanien hat dadurch gegen seine Verpflichtungen aus dem Vertrag, insbesondere aus den Artikeln 48, 52 und 59 verstoßen, indem die Artikel 7, 8 und 10 des Gesetzes 23/1992 vom 30. Juli 1992 die Erteilung der Erlaubnis zur Ausübung von Tätigkeiten im privaten Sicherheitsdienst im Falle der sogenannten „Sicherheitsunternehmen" von der Voraussetzung abhängig macht, daß sie spanischer Nationalität sind und daß ihre Geschäftsführer und Direktoren in Spanien wohnen sowie im Fall des „Sicherheitspersonals" davon, daß das Personal die spanische Staatsangehörigkeit besitzt.

2. Das Königreich Spanien trägt die Kosten des Verfahrens."

34 — Vgl. Urteile vom 17. Dezember 1980 in der Rechtssache 149/79, 1. Urteil in dieser Rechtssache (Kommission/Belgien, Slg. 1980, 3881, Randnr. 10) und vom 2. Juli 1996 in der Rechtssache C-290/94 (Kommission/Griechenland, Slg. 1996, I-3285, Randnr. 2).

35 — Vgl. Urteil Kommission/Griechenland (zitiert in Fußnote 34, Randnr. 36).