

S. 3755, Rn. 22) und *TV10* (Rs. C-23/93, Slg. 1994, Seite I-4795, Rn. 20) zugestanden, zu verhindern, dass Dienstleistungserbringer sich den Regelungen eines Staates, in dem sie primär tätig sind, durch eine „Ausnutzung“ der Dienstleistungsfreiheit entziehen.

Der Gerichtshof hat hierzu entschieden: „Der Gerichtshof hat im übrigen zu Artikel 49 EWG-Vertrag über den freien Dienstleistungsverkehr bereits festgestellt, dass einem Mitgliedstaat nicht das Recht zum Erlass von Vorschriften abgesprochen werden kann, die verhindern sollen, dass der Erbringer einer Leistung, dessen Tätigkeit ganz oder vorwiegend auf das Gebiet dieses Staates ausgerichtet ist, sich die durch den Vertrag garantierten Freiheiten zunutze macht, um sich den Berufsregelungen zu entziehen, die auf ihn Anwendung fänden, wenn er im Gebiet dieses Staates niedergelassen wäre“ (Urteil van Binsbergen, a.a.O.).

Es ist zu beachten, dass die EuGH-Rechtsprechung zur missbräuchlichen Umgehung zwei Komponenten enthält. Es handelt sich um die objektive Komponente der überwiegenden Ausrichtung der Tätigkeit auf Deutschland und um die subjektive Komponente, wonach der Wille bestehen muss, sich den Regelungen des Zielstaats, also hier den deutschen gewerberechtlichen Vorschriften, zu entziehen. In der Praxis dürfte es aber oftmals möglich sein, aus dem Vorliegen der objektiven Komponente auch auf das Vorliegen der subjektiven Komponente zu schließen, beispielsweise wenn ein Unternehmen mit Niederlassung in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union oder einem Vertragsstaat des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum seine Dienste ausschließlich in Deutschland anbietet.

Absatz 3

Absatz 3 definiert die Niederlassung und nimmt dabei die Definition des Artikel 4 Nummer 5 der Richtlinie zur Niederlassung auf. Ausweislich der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, die ihren Niederschlag in Erwägungsgrund 37 der Richtlinie gefunden hat, kann die Definition der Niederlassung auch erfüllt sein, wenn ein Unternehmen für einen bestimmten Zeitraum gegründet wird oder es das Gebäude mietet, von dem aus es eine Tätigkeit ausübt. Sie kann auch erfüllt sein, wenn eine befristete Genehmigung ausschließlich für bestimmte Dienstleistungen erteilt wird. Eine Niederlassung muss nicht die Form einer Tochtergesellschaft oder Zweigniederlassung haben. Sie kann auch aus einer Geschäftsstelle bestehen, die von einem Beschäftigten des Dienstleistungserbringers oder einer anderen Person, die ermächtigt ist, als Vertreter des Dienstleistungserbringers zu handeln, betrieben wird. Diese Definition erfordert die tatsächliche Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit am Ort der Niederlassung des Dienstleistungserbringers. Ein bloßer Briefkasten begründet daher keine Niederlassung.