

SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS
JEAN MISCHO

vom 7. Mai 2002¹

1. Mit Beschluss vom 29. Januar 2001 hat die Corte d'appello di Milano (Erste Zivilkammer) (Italien) dem Gerichtshof eine Frage nach der Auslegung der Artikel 43 EG und 49 EG zur Vorabentscheidung vorgelegt.

Gesetz 144/99) bestimmt nämlich Folgendes:

Artikel 1 Absatz 1 des Gesetzes 12/79:

„Alle Verpflichtungen bezüglich Beschäftigung, Vorsorge und Sozialversicherung von Arbeitnehmern dürfen, wenn sie nicht unmittelbar vom Arbeitgeber oder dessen Arbeitnehmern erfüllt werden, nur von denjenigen übernommen werden, die entweder in der Liste der Arbeitsberater oder aber in der Liste der Rechtsanwälte, der Diplomkaufleute, der Buch- und der Wirtschaftsprüfer eingetragen sind, welche in diesem Fall ihre Tätigkeit dem Arbeitsinspektor der Provinz anzeigen müssen, in der sie die genannten Verpflichtungen erfüllen wollen“.

2. In Italien ist die Ausübung von Tätigkeiten in Verbindung mit den „Verpflichtungen bezüglich Beschäftigung, Vorsorge und Sozialversicherung von Arbeitnehmern“, wie z. B. die Erstellung und der Druck von Lohnzetteln, besonderen Rechtsvorschriften unterworfen. Das Gesetz Nr. 12 vom 11. Januar 1979 zur Regelung des Berufes des Arbeitsberaters² (im Folgenden: Gesetz 12/79) in der Fassung des Artikels 58 Absatz 16 des Gesetzes Nr. 144 vom 17. Mai 1999³ (im Folgenden:

Artikel 1 Absatz 4 des Gesetzes 12/79:

„Die ... als Handwerksbetriebe eingestuft Unternehmen sowie alle anderen kleinen Unternehmen einschließlich der

1 — Originalsprache: Französisch.

2 — GURI Nr. 20 vom 20. Januar 1979, S. 363.

3 — Gesetz über Investitionsmaßnahmen und die gesetzliche Ermächtigung zur Neuregelung der Beschäftigungsanreize und der Regelung über die INAIL (Istituto nazionale per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro [Nationale Versicherungsanstalt für Arbeitsunfälle]) und über die Neuordnung der Einrichtungen der Sozialversicherung, Supplemento ordinario alla GURI Nr. 136 vom 12. Juni 1999, S. 5.

Genossenschaften können die Erfüllung der Verpflichtungen im Sinne von Absatz 1 auf entsprechende Dienste der jeweiligen Berufsorganisationen übertragen. Diese Dienste können mit Hilfe der Arbeitsberater organisiert werden, auch wenn diese in einem Abhängigkeitsverhältnis zu den genannten Organisationen stehen.“

Artikel 58 Absatz 16 des Gesetzes 144/99:

„Am Ende des Artikels 1 des Gesetzes Nr. 12 vom 11. Januar 1979 in der Fassung der späteren Änderungen werden folgende Absätze eingefügt:

Zur Durchführung der Berechnungen und des Drucks im Zusammenhang mit den Verpflichtungen im Sinne von Absatz 1 sowie der damit verbundenen Hilfs- und Nebentätigkeiten können sich die in Absatz 4 bezeichneten Unternehmen auch solcher Datenverarbeitungszentren (DVZ) bedienen, die ausschließlich von Personen gegründet sind und aus Personen bestehen, die in den in diesem Gesetz genannten berufsständischen Listen eingetragen sind ...

Unternehmen mit mehr als 250 Beschäftigten, die solche Tätigkeiten nicht intern durchführen, können sie — auch eigens dazu errichteten oder externen —

Datenverarbeitungszentren übertragen, die jedoch von mindestens einer der in Absatz 1 bezeichneten Personen betreut werden müssen.“

3. Diese Rechtsvorschriften schließen es daher vollständig aus, dass sich Unternehmen mit weniger als 250 Beschäftigten externer Datenverarbeitungszentren bedienen, die nicht ausschließlich aus Personen bestehen, die in den erwähnten berufsständischen Listen eingetragen sind.

4. Wie auch Payroll Data Services (Italy) Srl (im Folgenden: Payroll) bemerkt hat⁴, ist nach Artikel 9 Buchstabe i des Gesetzes 12/79 für die Eintragung in die Liste der Arbeitsberater neben anderen Dokumenten eine Meldebestätigung vorzulegen.

5. Das Unternehmen Payroll, eine Gesellschaft italienischen Rechts, ist eine Tochtergesellschaft zweier französischer Unternehmen, der ADP Europe SA und der ADP GSI SA. Es bietet EDV-Dienstleistungen hinsichtlich der Erstellung und des Drucks von Lohnzetteln an. Da die Zusammensetzung von Payroll nicht den Anforderungen des Artikels 1 des Gesetzes 12/79 in der Fassung des Gesetzes 144/99 (im Folgenden: streitige Bestimmung) entspricht,

⁴ — Seite 16, Fußnote 8, der Erklärungen von Payroll gegenüber dem Gerichtshof.

lehnte das Tribunale di Milano (Italien) den folgenden Antrag des Unternehmens auf Genehmigung einer Änderung des Gesellschaftszwecks ab:

„Zweck der Gesellschaft ist die Berechnung und der Druck von Schriftstücken in Erfüllung der Verpflichtungen bezüglich Beschäftigung, .Vorsorge . und Sozialversicherung von Arbeitnehmern für Unternehmen mit weniger als 250 Beschäftigten.“

6. Im Ausgangsverfahren vor der Corte d'appello di Milano wenden sowohl Payroll als auch die ADP Europe SA und die ADP GSI SA gegen die Ablehnung der Genehmigung ein, dass die streitige Bestimmung nicht angewandt werden dürfe, da sie gegen die Grundsätze der Niederlassungsfreiheit und des freien Dienstleistungsverkehrs nach den Artikeln 43 EG und 49 EG verstoße. Sie diene in keiner Weise dem Schutz eines Allgemeininteresses, sondern verfolge in Wirklichkeit nur das Ziel, die in den genannten berufsständischen Listen eingetragenen Personen vor Konkurrenz zu schützen.

7. Da der Corte d'appello di Milano somit ein Problem der Auslegung des Gemeinschaftsrechts vorgelegt worden ist, hat sie es für dessen Lösung für erforderlich ge-

halten, dem Gerichtshof folgende Frage zur Vorabentscheidung vorzulegen:

Stehen die Artikel 43 EG und 49 EG der Anwendung von Artikel 1 des Gesetzes Nr. 12 vom 11. Januar 1979 in der durch Artikel 58 Absatz 16 des Gesetzes Nr. 144 vom 17. Mai 1999 zur Regelung des Berufes des Arbeitsberaters [Consulente del lavoro] geänderten Fassung durch ein nationales Gericht entgegen, soweit danach externe Dienstleistungsunternehmen, die Lohnzettel erstellen und drucken, ausnahmslos ihre Dienstleistungen nicht Unternehmen mit weniger als 250 Beschäftigten erbringen dürfen?

8. Einleitend lässt sich feststellen, dass der Ausgangsrechtsstreit durchaus jenes grenzübergreifende Element aufweist, dass für die Anwendbarkeit der Artikel 43 EG und 49 EG erforderlich ist. Die Gründung einer Tochtergesellschaft durch zwei Unternehmen, die ihren satzungsmäßigen Sitz in einem anderen Mitgliedstaat haben, und die Erweiterung ihres Gesellschaftszwecks fallen nämlich in den Anwendungsbereich des Artikels 43 EG⁵.

9. In der Frage des vorliegenden Gerichts heißt es, dass die italienischen Bestimmungen den Unternehmen mit weniger als 250 Beschäftigten „ausnahmslos verbieten“, für die Erstellung und den Druck

⁵ — Urteil vom 1. Februar 2001 in der Rechtssache C-108/96 (Mac Quen u. a., Slg. 2001, I-837, Randnr. 16).

ihrer Lohnzettel auf „externe Dienstleistungsunternehmen“ zurückzugreifen. Aus dem Vorlagebeschluss insgesamt ergibt sich hierzu, dass es sich, genauer gesagt, um das Verbot handelt, auf externe Dienstleister zurückzugreifen, die nicht ausschließlich aus Personen bestehen, die in den genannten berufsständischen Listen eingetragen sind.

10. Die italienische Regierung trägt dagegen vor, dass das Verbot nicht ausnahmslos gelte, da die Unternehmen mit weniger als 250 Beschäftigten ohne weiteres auf in anderen Mitgliedstaaten niedergelassene externe Dienstleister zurückzugreifen könnten, die dann lediglich von Arbeitsberatern oder ihnen gleichgestellten Berufsträgern betreut werden müssten. Dies steht in direktem Widerspruch zur Auslegung des nationalen Rechts durch die Corte d'appello in den Gründen ihres Vorlagebeschlusses.

11. Das Argument der italienischen Regierung ist schon auf den ersten Blick mit dem Text der streitigen Bestimmung kaum vereinbar, der klar bestimmt, dass in dem uns hier vorliegenden Fall die Datenverarbeitungszentren „ausschließlich von Personen gegründet [sein] und aus Personen bestehen [müssen], die in den in diesem Gesetz genannten berufsständischen Listen eingetragen sind“.

12. Außerdem kann der Gerichtshof den von der italienischen Regierung angeführten Runderlass Nr. 14 des Arbeits-

ministeriums vom 15. März 2000 nicht berücksichtigen. Erlasse oder Verwaltungspraktiken können nämlich nach ständiger Rechtsprechung das nationale Recht nicht in Übereinstimmung mit dem Gemeinschaftsrecht bringen, wenn nationale Gesetzesbestimmungen gegen dieses verstoßen⁶.

13. Der Gerichtshof hat das Gemeinschaftsrecht jedenfalls im Hinblick auf die von dem vorlegenden Gericht dargestellte Sach- und Rechtslage auszulegen, um diesem für die Entscheidung des Rechtsstreits, mit dem es befasst ist, sachdienliche Hinweise geben zu können.

14. Daher ist im Grunde die Frage zu beantworten, ob die Artikel 43 EG und 49 EG nationalen Rechtsvorschriften entgegenstehen, nach denen Unternehmen mit weniger als 250 Beschäftigten, die die Erstellung und den Druck ihrer Lohnzettel externen Datenverarbeitungszentren übertragen möchten, nur auf solche Zentren zurückgreifen dürfen, die ausschließlich von Arbeitsberatern und ihnen gleichgestellten Personen, die in einer berufsständischen Liste eingetragen sind, gegründet sind und aus solchen Personen bestehen.

15. Aus dem Vorlagebeschluss ergibt sich, dass die Corte d'appello di Milano weder in der streitigen Bestimmung selbst noch bei ihrer Anwendung eine Diskriminierung der

⁶ — Urteil vom 13. Juli 1988 in der Rechtssache 169/87 (Kommission/Frankreich, Slg. 1988, 4093).

Tochtergesellschaften ausländischer Gesellschaften festgestellt hat. Und auch ich kann keine Diskriminierung unmittelbar aufgrund der Staatsangehörigkeit erkennen.

16. Die Vorschriften über die Gleichbehandlung verbieten allerdings nicht nur offensichtliche Diskriminierungen aufgrund der Staatsangehörigkeit, sondern auch alle versteckten Formen der Diskriminierung, die durch die Anwendung anderer Unterscheidungsmerkmale tatsächlich zu dem gleichen Ergebnis führen⁷.

17. Es wäre jedoch verfehlt, der von Payroll in ihren Erklärungen vertretenen Ansicht zu folgen, dass die nationalen Bestimmungen mittelbar diskriminierend seien, weil sie es nicht erlaubten, die in einem anderen Mitgliedstaat erworbenen Kenntnisse zu berücksichtigen, zumal die Qualifikation als Arbeitsberater in den meisten Rechtsordnungen der anderen Mitgliedstaaten keine Entsprechung finde.

18. Nach den Angaben der italienischen Regierung ist für die Tätigkeit als Arbeitsberater in Italien ein Diplom über den Abschluss eines Studiums erforderlich, zum Beispiel in Sozialwissenschaften, Wirtschaftswissenschaften oder Rechtswissenschaften. Die Anerkennung der Gleichwertigkeit entsprechender, in einem anderen Mitgliedstaat erworbener Diplome

sei in Italien ohne weiteres gewährleistet⁸. So könne, wer derartige Studien in einem anderen Mitgliedstaat absolviert habe, sich tatsächlich ohne weiteres in die Liste der italienischen Arbeitsberater eintragen lassen. Im Übrigen stehe die Ausübung der fraglichen Tätigkeit nicht nur den Arbeitsberatern im eigentlichen Sinne offen, sondern auch den Angehörigen anderer, gleichgestellter Berufe wie etwa den Rechtsanwälten und Wirtschaftsprüfern. Diese in anderen Mitgliedstaaten erworbenen Diplome würden nach dem Grundsatz der Gleichwertigkeit der Ausbildungen und nach den Richtlinien zu seiner Umsetzung auch für die Eintragung in die entsprechenden italienischen berufsständischen Listen anerkannt. Dass es sich bei dem Beruf des Arbeitsberaters im eigentlichen Sinne um eine italienische Eigenheit handele, ziehe demnach an und für sich keine mittelbare Diskriminierung nach sich.

19. Nach den einschlägigen Artikeln des EG-Vertrags wird die Niederlassungsfreiheit ebenso wie der freie Dienstleistungsverkehr nach den Bestimmungen des Aufnahmestaats für seine eigenen Staatsangehörigen ausgeübt. Der bloße Umstand, dass der Beruf des Arbeitsberaters in Italien gesetzlich geregelt ist, während dies in anderen Mitgliedstaaten nicht der Fall ist, bewirkt demnach an und für sich nicht die Unvereinbarkeit der italienischen Bestimmungen mit dem Gemeinschaftsrecht⁹.

7 — Vgl. zum Beispiel Urteile vom 12. Februar 1974 in der Rechtssache 152/73 (Sotgiu, Slg. 1974, 153, Randnr. 11) und vom 8. Mai 1990 in der Rechtssache C-175/88 (Biehl, Slg. 1990, I-1779, Randnr. 13).

8 — Richtlinie 89/48/EWG des Rates vom 21. Dezember 1988 über eine allgemeine Regelung zur Anerkennung der Hochschuldiplome, die eine mindestens dreijährige Berufsausbildung abschließen (ABl. 1989, L 19, S. 16).

9 — Vgl. insbesondere Urteile vom 10. Mai 1995 in der Rechtssache C-384/93 (Alpine Investments, Slg. 1995, I-1141, Randnr. 51), vom 12. Dezember 1996 in der Rechtssache C-3/95 (Reisebüro Broede, Slg. 1996, I-6511, Randnrn. 91 und 92) und Mac Quen u. a., Randnr. 33.

20. Zu prüfen bleibt, ob das Erfordernis der Eintragung in eine berufsständische Liste zu einer anderen Beurteilung der Rechtmäßigkeit der streitigen Bestimmung führt.

21. Auch wenn das vorlegende Gericht uns um die Prüfung der Wirkungen der fraglichen Regelung sowohl im Hinblick auf den freien Dienstleistungsverkehr als auch im Hinblick auf die Niederlassungsfreiheit ersucht hat, lässt sich dem Vorlagebeschluss nicht entnehmen, dass im vorliegenden Fall eine grenzüberschreitende Dienstleistung in Frage stünde. Zwar trägt Payroll in ihren Erklärungen vor, dass die fraglichen Bestimmungen ihre in Frankreich niedergelassene Muttergesellschaft ADP daran gehindert hätten, selbst ihre Dienste den in Italien niedergelassenen Unternehmen anzubieten. Der Ausgangsrechtsstreit betrifft jedoch die Absicht einer bereits in Italien niedergelassenen Gesellschaft, ihren Gesellschaftszweck zu ändern, um Tätigkeiten ausüben zu können, die das Gesetz den Angehörigen bestimmter Berufsstände vorbehält.

22. Somit ist die von dem vorlegenden Gericht gestellte Frage, soweit sie den freien Dienstleistungsverkehr betrifft, für die Entscheidung des Ausgangsrechtsstreits nicht erheblich und braucht daher vom Gerichtshof nicht beantwortet zu werden. Nur ergänzend werde ich deshalb weiter unten die nationale Bestimmung im Hinblick auf Artikel 49 EG prüfen.

23. Payroll und die Kommission sind der Auffassung, die Italienische Republik ver-

letze die Bestimmungen des Vertrages über die Niederlassungsfreiheit, indem sie verlange, dass ein „Datenverarbeitungszentrum“ wie Payroll „ausschließlich [aus Spezialisten] bestehen“ müsse, die in bestimmten berufsständischen Listen eingetragen seien.

24. Payroll als in Italien niedergelassene Gesellschaft dürfte in der Lage sein, in diesem Land Arbeitsberater Rechtsanwälte, Diplomkaufleute, Buchprüfer usw. einzustellen, die bereits in den einschlägigen berufsständischen Listen eingetragen sind.

25. Sollte sie dagegen zusätzlich oder sogar ausschließlich Personen einstellen wollen, die bislang in einem anderen Mitgliedstaat ansässig waren, so hat die italienische Regierung meiner Auffassung nach für diesen Fall in überzeugender Weise nachgewiesen, dass diese Personen ihre Diplome anerkennen und sich in die berufsständischen Listen einschreiben lassen können.

26. Im Übrigen ist im Bereich der Niederlassung (im Gegensatz zum freien Dienstleistungsverkehr) das Erfordernis einer Eintragung der Staatsangehörigen anderer Mitgliedstaaten in berufsständische Listen nicht als mit dem Vertrag unvereinbar anzusehen.

27. Nach Artikel 43 EG „umfasst die Niederlassungsfreiheit die Aufnahme und Ausübung selbständiger Erwerbstätigkeiten ... nach den Bestimmungen des Aufnahmestaats für seine eigenen Angehörigen“. Diese Vorschrift kann nicht schlicht und einfach ihres Sinns entleert werden, indem erklärt wird, die Staatsangehörigen anderer Mitgliedstaaten brauchten diese Bestimmungen nicht einzuhalten, wenn sie nicht auch in ihrem Herkunftsland bestünden oder wenn sie mit der Erfüllung einer wie auch immer gearteten Formalität verbunden seien.

28. Weit davon entfernt, in der Gemeinschaft insgesamt Bedingungen zu schaffen, die denen des „Binnenmarktes“ eines Mitgliedstaats entsprechen, würde man so nämlich innerhalb der einzelnen Mitgliedstaaten verschiedene Regelungen für die Ausübung ein und derselben Berufstätigkeit schaffen: eine für die eigenen Staatsangehörigen und die Ausländer, die seit ihrer Kindheit in dem jeweiligen Land leben, und solche für die Staatsangehörigen anderer Mitgliedstaaten, die sich gerade erst dort niedergelassen haben und die in diesem Fall die Besonderheiten ihrer jeweiligen nationalen Rechtsvorschriften einbringen.

29. Meiner Meinung nach ergibt sich aus den Artikeln 43 EG und 100a EG-Vertrag (nach Änderung jetzt Artikel 95 EG) aber, dass der „große Binnenmarkt“ im Wege der Harmonisierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten geschaffen werden muss.

30. In diesem Zusammenhang ist Kritik an dem von der Kommission in ihren Erklärungen angeführten Urteil vom 8. Juni 2000 (Kommission/Italien)¹⁰ angebracht. Das von der Kommission eingeleitete Vertragsverletzungsverfahren betraf eine Frage in Bezug auf Dienstleistungen. Es ging um die Feststellung, dass die Italienische Republik dadurch gegen ihre Verpflichtungen aus den Artikeln 12 EG, 43 EG und 49 EG verstoßen habe, dass sie eine Regelung aufrechterhalten habe, wonach Gemeinschaftsbürger, die in Italien als Dienstleistungserbringer die Tätigkeit eines „Transitpediteurs“ ausübten, vorbehaltlich einer Genehmigung durch das Innenministerium bei der Handelskammer in das Unternehmensregister eingetragen sein müssten.

31. Der Gerichtshof hat die Vertragsverletzung in seinem Urteil entsprechend dem Antrag der Kommission festgestellt, d. h. auch in Bezug auf Artikel 43 EG.

32. Im Hinblick auf diese Bestimmung war jedoch nur das für ausländische Unternehmen und Gesellschaften geltende Erfordernis einer vorherigen Genehmigung durch den Innenminister zu kritisieren, was der Gerichtshof jedoch nicht klar herausgestellt hat.

33. Für die Eintragung in eine berufsständische Liste gilt deshalb meiner Meinung nach allgemein, was der Gerichtshof in seinem Urteil Gullung¹¹ zu Rechtsanwälten

10 — Rechtssache C-264/99, Slg. 2000, I-4417.

11 — Urteil vom 19. Januar 1988 in der Rechtssache C-292/86 (Slg. 1988, 111).

festgestellt hat, dass nämlich „das von einigen Mitgliedstaaten aufgestellte Erfordernis der Zulassung zur Rechtsanwaltschaft als gemeinschaftsrechtlich zulässig anzusehen ist, sofern diese Zulassung den Angehörigen aller Mitgliedstaaten ohne Diskriminierung offen steht. Durch dieses Erfordernis sollen nämlich die Zuverlässigkeit und die Beachtung der standesrechtlichen Grundsätze sowie die disziplinarische Kontrolle der Tätigkeit gewährleistet werden; es dient somit einem schutzwürdigen Zweck.“¹²

34. In seinem Urteil Corsten¹³ hat der Gerichtshof zumindest in Betracht gezogen, dass das Erfordernis der Eintragung ausländischer Handwerker in die deutsche Handwerksrolle im Fall der Niederlassung gerechtfertigt sein kann.

35. Somit lässt sich als Ergebnis festhalten, dass es nicht gegen Artikel 43 EG verstößt, wenn Personen, die sich in Italien *niederlassen*, um dort selbständig oder als Arbeitnehmer eines Unternehmens wie Payroll der Tätigkeit der Berechnung und des Druckens von Lohnzetteln nachzugehen, in der entsprechenden berufsständischen Liste eingetragen sein müssen.

36. Payroll weist allerdings darauf hin, dass zu den Dokumenten, die gemäß Artikel 9 Buchstabe i des Gesetzes 12/79 für die

Eintragung in die Liste der Arbeitsberater vorzulegen sind, eine Meldebestätigung gehört. Stellt diese Vorschrift eine indirekte Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit dar, wenn sie auf Nichtitaliener angewandt wird? Ich weiß sehr wohl, dass der Gerichtshof in seinem Urteil vom 7. März 2002¹⁴ ausgeführt hat, dass die Verpflichtung eines Rechtsanwalts, im Bezirk des Gerichts zu wohnen, in dessen Liste er eingetragen ist, „gegen Artikel 52 EG-Vertrag [verstößt], da sie einen Rechtsanwalt, der in einem anderen Mitgliedstaat als der Italienischen Republik niedergelassen ist, daran hindert, eine Niederlassung in Italien beizubehalten“. Dabei hat sich der Gerichtshof auf seine Rechtsprechung gestützt, wonach „die in Artikel 52 EG-Vertrag garantierte Niederlassungsfreiheit die Möglichkeit umfasst, unter Beachtung der Berufsregelungen im Gebiet der Gemeinschaft mehr als eine Stätte für die Ausübung einer Tätigkeit einzurichten und beizubehalten“¹⁵.

37. Ist daraus abzuleiten, dass sich jeder Gemeinschaftsbürger allgemein auf die Niederlassungsfreiheit berufen kann, ohne den geringsten Bezug zu dem jeweiligen Land zu haben, so wie er sich dagegen nach dem genannten Urteil Gebhard bereits auf die Vorschriften über den freien Dienstleistungsverkehr berufen und sich „im Aufnahmemitgliedstaat mit der für die Erbringung seiner Leistung erforderlichen Infrastruktur ausstatten kann“¹⁶?

14 — Urteil in der Rechtssache C-145/99 (Kommission/Italien, Slg. 2002 I-2235, Randnr. 28).

15 — Ebenda, Randnr. 27.

16 — Urteil vom 30. November 1995 in der Rechtssache C-55/94 (Slg. 1995, I-4165, Randnr. 39).

12 — Ebenda.

13 — Urteil vom 3. Oktober 2000 in der Rechtssache C-58/98 (Slg. 2000, I-7919, Randnr. 45).

38. Diese Frage muss ganz einfach verneint werden, da ansonsten die Grenze zwischen der Niederlassungsfreiheit und dem freien Dienstleistungsverkehr vollständig verwischt würde. Dazu ist mit Nachdruck auf eine andere Stelle des genannten Urteils Gebhard hinzuweisen, nämlich Randnummer 28, wonach ein „Angehöriger eines Mitgliedstaats[, der] in stabiler und kontinuierlicher Weise eine Berufstätigkeit in einem anderen Mitgliedstaat ausübt, in dem er sich von einem Berufsdomizil aus u. a. an die Angehörigen dieses Staates wendet“, unter die Vorschriften des Kapitels über das Niederlassungsrecht fällt.

39. Der Mitgliedstaat der Niederlassung kann daher verlangen, dass jemand, der sich auf die Niederlassungsfreiheit beruft, sich häufig längere Zeit ohne Unterbrechungen in diesem Land aufhält und dort zumindest über ein Berufsdomizil verfügt. Im konkreten Fall wird das zuständige Gericht zu prüfen haben, ob diese Bedingungen erfüllt sind. Soweit dieser Staat als „Meldebestätigung“ auch ein Dokument anerkennt, in dem dieses Berufsdomizil bestätigt wird, kann ihm eine versteckte Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit nicht vorgeworfen werden. Die entsprechende Sachverhaltsaufklärung ist Sache des vorliegenden Gerichts.

40. Etwas anderes in den fraglichen Rechtsvorschriften spricht meines Erachtens aber für eine mittelbare Diskriminierung. Die Datenverarbeitungs-

zentren müssen nämlich nicht nur ausschließlich aus Personen, die in den in dem Gesetz aufgeführten berufsständischen Listen eingetragen sind, „bestehen“, sondern müssen auch ausschließlich von solchen Personen „gegründet“ sein.

41. Das bedeutet meiner Meinung nach, dass nur solche Personen Gründungsmitglieder und Mitglieder des Verwaltungsrats der Datenverarbeitungszentren sein können.

42. Dieses Erfordernis führt somit dazu, dass die Verwaltungsratsmitglieder der ausländischen Muttergesellschaften nicht Gründungsmitglieder sein oder im Verwaltungsrat der italienischen Tochtergesellschaft sitzen können, sofern sie sich nicht in den fraglichen berufsständischen Listen haben eintragen lassen.

43. Es ist aber nicht ersichtlich, warum Personen, die nicht mit der tatsächlichen Leitung des Alltagsgeschäfts der Tochtergesellschaft befasst sind und erst recht nicht an der Berechnung und dem Druck der Lohnzettel mitwirken, die Finanzexperten oder aber auch einfache Aktionäre sein können, in einer der fraglichen berufsständischen Listen eingetragen sein müssten.

44. Nach meiner Meinung haben wir es hier mit einer versteckten Form der Diskriminierung zu tun, die durch die Anwendung eines anderen Unterscheidungs-

merkmals als der Staatsangehörigkeit tatsächlich zu dem gleichen Ergebnis führt wie eine offen an der Staatsangehörigkeit anknüpfende Diskriminierung. Die fragliche Vorschrift stellt eine unzulässige Beschränkung der „Gründung und Leitung von Unternehmen“ im Sinne des Artikels 43 Absatz 2 EG dar.

45. Ich sehe nicht, wie diese Beschränkung aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit gerechtfertigt werden könnte (Artikel 56 EG-Vertrag [nach Änderung jetzt Artikel 46 EG]).

46. Als Ergebnis ist somit festzuhalten, dass die streitige Regelung eine mittelbare Diskriminierung in Bezug auf die „Gründung“ der Datenverarbeitungszentren enthält, nicht aber in Bezug auf ihre ausschließlichen „Zusammensetzung“ aus Personen, die in den im Gesetz 12/79 aufgeführten berufsständischen Listen eingetragen sind. Die Vorschrift über die ausschließliche „Zusammensetzung“ ist jetzt noch anhand der Rechtsprechung des Gerichtshofes¹⁷ zu prüfen, wonach nationale Maßnahmen, die zwar ohne Diskriminierung anwendbar sind, aber die Ausübung der durch den Vertrag garantierten grundlegenden Freiheiten behindern oder weniger attraktiv machen können, aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt und geeignet sein müssen, die Verwirklichung des mit ihnen verfolgten Zweckes zu gewährleisten, und nicht über das hinausgehen dürfen, was zur Erreichung dieses Zweckes erforderlich ist.

47. Auch wenn ich gewisse Bedenken habe, ob diese Rechtsprechung die Tragweite des Artikels 43 EG nicht übermäßig ausdehnt¹⁸, komme ich nicht umhin, festzustellen, dass sie sich zunehmend festigt. Das vorlegende Gericht bezieht sich im Übrigen ausdrücklich darauf.

48. Prüfen wir also, ob die streitige Bestimmung aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt werden kann.

49. In diesem Zusammenhang hat der Gerichtshof zunächst anerkannt, dass bestimmte Tätigkeiten besonders qualifizierten Personen vorbehalten werden können.

50. In der genannten Rechtssache Reisebüro Broede, die einen Fall des freien Dienstleistungsverkehrs betraf, hat der Gerichtshof entschieden, dass „Artikel 59 EG-Vertrag ... einer nationalen Regelung nicht entgegen[steht], die einem Unternehmen, das in einem anderen Mitgliedstaat ansässig ist, die gerichtliche Einziehung fremder Forderungen verbietet, weil die geschäftsmäßige Ausübung dieser Tätigkeit der Anwaltschaft vorbehalten ist“.

17 — Vgl. Urteile vom 31. März 1993 in der Rechtssache C-19/92 (Kraus, Slg. 1993, I-1663, Randnr. 32), Gebhard (Randnr. 37), vom 4. Juli 2000 in der Rechtssache C-424/97 (Haim, Slg. 2000, I-5123, Randnr. 57) und Mac Quen u. a. (Randnr. 26).

18 — In dieser Hinsicht erlaube ich mir, mich auf meine Schlussanträge vom 13. Dezember 2001 in der beim Gerichtshof anhängigen Rechtssache C-294/00 (Gräbner) zu beziehen.

51. Der Gerichtshof war nämlich der Auffassung, dass solche Vorschriften aus Gründen des Allgemeininteresses in Bezug auf den Schutz der Gläubiger und der ordnungsgemäßen Rechtspflege im Bereich der geschäftsmäßigen Besorgung von Rechtsangelegenheiten gerechtfertigt seien und dass der betreffende Mitgliedstaat zu Recht den Standpunkt vertreten habe, dass die mit dieser Regelung verfolgten Ziele nicht mit weniger einschneidenden Mitteln erreicht werden könnten.

52. Zudem, so der Gerichtshof, bedeute der Umstand, dass der Herkunftsmitgliedstaat des Dienstleistenden weniger strenge Vorschriften kenne als ein anderer Mitgliedstaat, nicht, dass dessen Vorschriften unverhältnismäßig und folglich mit dem Gemeinschaftsrecht unvereinbar seien (Randnrn. 41 und 42 des Urteils Reisebüro Broede).

53. Im genannten Urteil Mac Quen u. a. hat der Gerichtshof mit einer vergleichbaren Begründung ausgeführt, dass es Artikel 52 EG-Vertrag (nach Änderung jetzt Artikel 43 EG) beim gegenwärtigen Stand des Gemeinschaftsrechts nicht verwehre, bestimmte Untersuchungen des Sehvermögens aus Gründen des Schutzes der Gesundheit der Bevölkerung einer Gruppe von besonders qualifizierten Berufstätigen wie den Augenärzten unter Ausschluss u. a. der Augenoptiker, die keine Ärzte seien, vorzubehalten.

54. Es ist daher ohne weiteres denkbar, dass ein Mitgliedstaat strengere Be-

stimmungen als die anderen Mitgliedstaaten erlassen kann, um, wie es im Gesetz 12/79 heißt, zu gewährleisten, dass „[a]lle Verpflichtungen bezüglich Beschäftigung, Vorsorge und Sozialversicherung von Arbeitnehmern“ strikt eingehalten werden, insbesondere damit die Arbeitnehmer eines Tages nicht die böse Überraschung erleben müssen, dass ihnen bestimmte Leistungen versagt bleiben, auf die sie einen Anspruch gehabt hätten, wenn alle Beiträge ordnungsgemäß gezahlt worden wären.

55. Der Schutz der Arbeitnehmer gehört nämlich zu den zwingenden Gründen des Allgemeininteresses, die der Gerichtshof bereits anerkannt hat (vgl. insbesondere die Urteile Webb¹⁹, Arblade u. a.²⁰, Mazzoleni und ISA²¹, Finalarte u. a.²² und Portugaia Construções²³).

56. Zu prüfen bleibt noch, ob die klare Vorschrift, um die es hier geht und die nur auf Unternehmen mit weniger als 250 Beschäftigten Anwendung findet, aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt sein kann.

57. Dabei stellt sich zunächst die Frage, was unter „Berechnung und Druck“ zu verstehen ist. Wenn die Arbeitgeber, wie

19 — Urteil vom 17. Dezember 1981 in der Rechtssache 279/80 (Slg. 1981, 3305).

20 — Urteil vom 23. November 1999 in der Rechtssache C-369/96 (Slg. 1999, I-8453).

21 — Urteil vom 15. März 2001 in der Rechtssache C-165/98 (Slg. 2001, I-2189, Randnr. 27).

22 — Urteil vom 25. Oktober 2001 in den Rechtssachen C-49/98, C-50/98, C-52/98, C-53/98, C-54/98 und C-68/98 bis C-71/98 (Slg. 2001, I-7831).

23 — Urteil vom 24. Januar 2002 in der Rechtssache C-164/99 (Slg. 2002 I-787).

Payroll vorträgt, den Datenverarbeitungszentren selbst und in alleiniger Verantwortung einen Datenträger übermitteln, der für jeden einzelnen Arbeitnehmer bereits alle ihn betreffenden Daten enthält, einschließlich der von seinem Arbeitsentgelt einzubehaltenden Abzüge für die verschiedenen Vorsorge- und Sozialversicherungssysteme, dann kann man, wie es der Gerichtshof in der Rechtssache Säger getan hat, zu dem Ergebnis gelangen, dass es sich um „Aufgaben [handelt, die] im Wesentlichen einfacher Art [sind] und [die] keine spezifischen beruflichen Fähigkeiten [verlangen], worauf auch der Automatisierungsgrad schließen lässt, den die Beklagte im vorliegenden Fall offenbar erreicht hat“²⁴.

58. In diesem Fall könnte kein einleuchtender zwingender Grund des Allgemeininteresses angeführt werden, um die fragliche Regelung zu rechtfertigen.

59. Wenn dagegen, wie die italienische Regierung vorträgt, „die Erfüllung der fraglichen Verpflichtungen keine Aufgabe ist, die nur in der einfachen Ausführung von Anweisungen des Arbeitgebers besteht, sondern direkt die Haftung des beauftragten Unternehmens nach sich zieht“, wenn also anders gesagt das Unternehmen, das die Lohnzettel erstellt, zunächst eine intellektuelle Leistung erbringt, nämlich die Bestimmung des Nettoentgelts für jeden Arbeitnehmer auf der Grundlage der einschlägigen Rechtsvorschriften, dann ist eine eingehendere Prüfung der Regelung geboten.

24 — Urteil vom 25. Juli 1991 in der Rechtssache C-76/90 (Säger, Slg. 1991, I-4221, Randnr. 18).

60. In den Gründen des Vorlagebeschlusses äußert sich das nationale Gericht nicht klar, welche Art von Aufgaben die Datenverarbeitungszentren genau haben, sondern erklärt nur, keine zwingenden Gründe des Allgemeininteresses zu sehen, die die streitigen Rechtsvorschriften rechtfertigen könnten. Payroll und die Kommission teilen diesen Standpunkt. Die italienische Regierung führt dagegen den Schutz der Rechte der Arbeitnehmer als Grund an.

61. Ich bin ebenfalls der Ansicht, dass sich die mit dem Gesetz 12/79 getroffene Unterscheidung zwischen den Unternehmen nach Maßgabe ihrer Beschäftigtenzahl kaum mit einem Ziel des Arbeitnehmerschutzes vereinbaren lässt. Wie kann man erklären, dass dieser Schutz je nach Größe des Unternehmens oder auch je nachdem, ob die Lohnzettel intern oder extern erstellt werden, nicht gleichermaßen die Einschaltung von Arbeitsberatern oder ihnen gleichgestellten Personen verlangt? Wie Payroll völlig zu Recht bemerkt, sind die Interessen der Arbeitnehmer identisch, unabhängig davon, ob das Unternehmen, bei dem sie beschäftigt sind, klein oder groß ist. Eine solche Aufteilung schließt es in Wirklichkeit aus, die Sorge um den Schutz der Arbeitnehmer noch als Rechtfertigung anzuführen zu können.

62. Die italienische Regierung trägt im Übrigen keinerlei überzeugende Begründung vor, die diese unterschiedliche Behandlung erklären könnte. Das Argument, dass diese Differenzierung sich aus der Sorge um den „Schutz des Wettbewerbs im Rahmen der Liberalisierung des Marktes gemäß den europäischen Richtlinien“

erkläre, scheint mir äußerst unklar und kaum überzeugend. Diese Aufteilung hat keineswegs die Liberalisierung des Marktes im Blick, sondern weckt im Gegenteil den Verdacht, dass sie den italienischen Arbeitsberatern einen Bereich ausschließlicher Zuständigkeit vorbehalten soll.

63. Die Argumentation, die Einschaltung der einschlägigen Fachkräfte sei zur Gewährleistung des Arbeitnehmerschutzes erforderlich, wird auch dadurch widerlegt, dass der Arbeitgeber, wie Payroll bemerkt, unabhängig von der Anzahl der Arbeitnehmer des Unternehmens und damit auch bei weniger als 250 Arbeitnehmern immer das Recht hat, die fraglichen Aufgaben ohne den Beistand der genannten Fachkräfte selbst zu erledigen.

64. Auch wenn man die Rechtfertigung mit einem Ziel des Arbeitnehmerschutzes anerkennen würde, so könnte dieses Ziel meines Erachtens, so weit es um die Leistungen für Unternehmen mit weniger als 250 Beschäftigten geht, durch eine weniger einschneidende Verpflichtung erreicht werden, so dass die streitige nationale Maßnahme jedenfalls gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verstieße. So begnügen sich die italienischen Vorschriften mit dem Beistand durch einen oder mehrere Arbeitsberater, wenn es sich um Unternehmen mit mehr als 250 Beschäftigten handelt, die auf externe Datenverarbeitungszentren zurückgreifen. Wie das vorlegende Gericht aber zu Recht bemerkt, ist nicht ersichtlich, warum die fraglichen Aufgaben weniger komplex sein sollten, wenn die Zahl der betroffenen Arbeitnehmer steigt.

65. Den anderen Argumenten der italienischen Regierung stehen dieselben Einwände gegenüber. Selbst wenn man unterstellt, dass das „grundlegende Prinzip der persönlichen Erbringung einer freiberuflichen Dienstleistung und der unmittelbaren Beziehung zwischen dem Dienstleistenden und dem Kunden“ die Verpflichtung zur Einschaltung von Arbeitsberatern grundsätzlich rechtfertigen könnten, was noch zu beweisen wäre, so könnte dieses Prinzip doch nicht zu unterschiedlichen Anforderungen führen, je nachdem, ob die betroffenen Unternehmen weniger oder mehr als 250 Arbeitnehmer beschäftigen.

66. Der Vollständigkeit halber möchte ich feststellen, dass die obigen Überlegungen erst recht für den freien Dienstleistungsverkehr gelten. Das Erfordernis, dass ein in einem anderen Staat niedergelassenes Datenverarbeitungszentrum, das vereinzelt die Lohnzettel eines italienischen Unternehmens berechnen und drucken will, ausschließlich von Personen gegründet sein und aus Personen bestehen muss, die in einer der italienischen berufsständischen Listen eingetragen sind, würde solche Dienstleistungen offensichtlich unmöglich machen.

67. Ich komme also zu dem Ergebnis, dass Artikel 43 EG und gegebenenfalls Artikel 49 EG es einem nationalen Gericht verwehren, die italienischen Rechtsvorschriften anzuwenden, wonach externe Dienstleister, die nicht ausschließlich aus Arbeitsberatern oder ihnen gleichgestellten Personen bestehen, ihre Dienstleistungen, die in der Berechnung und im Druck von Lohnzetteln bestehen, nicht an Unternehmen mit weniger als 250 Beschäftigten anbieten dürfen.

Ergebnis

68. Aus den vorstehenden Gründen schlage ich vor, die Frage der Corte d'appello di Milano wie folgt zu beantworten:

Artikel 43 EG und gegebenenfalls Artikel 49 EG verwehren einem nationalen Gericht die Anwendung von Rechtsvorschriften wie Artikel 1 des Gesetzes Nr. 12 vom 11. Januar 1979 in der Fassung des Artikels 58 Absatz 16 des Gesetzes Nr. 144 vom 17. Mai 1999 über die Regelung des Berufes des Arbeitsberaters (Consulente del lavoro), soweit danach Datenverarbeitungszentren (DVZ), die nicht ausschließlich von Personen gegründet sind und aus Personen bestehen, die in den in diesem Gesetz aufgeführten berufsständischen Listen eingetragen sind, Dienstleistungen, die in der Berechnung und im Druck von Lohnzetteln bestehen, nicht an Unternehmen mit weniger als 250 Beschäftigten erbringen dürfen.