

zu § 5 V Die Niederlassungsfreiheit (Art. 43 ff. EGV)

Schema 9

Die Niederlassungsfreiheit

I. Schutzbereich

1) Persönlicher Schutzbereich

- a) **Staatsangehörige der Mitgliedstaaten**
 - müssen bei Gründung von *Zweitniederlassungen* in der Union *ansässig* sein (Art. 43 UA 1 S. 2 EGV)
 - Exkurs: *Familienangehörige* haben keine Rechte aus Art. 43 EGV, wohl aber aus der Rechtsstellung des Niederlassenen "abgeleitete" Rechte nach VO 1408/71 und RL 2004/38/EG¹
- b) **Juristische Personen ("Gesellschaften")** aus den Mitgliedstaaten (Art. 48 UA 1 EGV)
 - weiter, *gemeinschaftsrechtlicher Begriff der "Gesellschaft"*
 - aa) Nach den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaates gegründete Vereinigung, die im Rechtsverkehr unter eigenem Namen handeln kann
 - auch OHG, KG, GbR, auch Personen des öff. Rechts (vgl. Art. 48 UA 2, 1. HS EGV)
 - bb) Erwerbszweck (Art. 48 UA 2, 2. HS EGV)
 - setzt nicht Gewinnstreben voraus
 - cc) Satzungsmäßiger Sitz, Hauptverwaltung oder Hauptniederlassung in einem Mitgliedstaat

3) Sachlicher Schutzbereich

- a) **Grenzüberschreitender Sachverhalt** (→ Gemeinschaftsbezug)
 - auch Rückkehr in Heimatstaat nach Tätigkeit oder Erwerb von Qualifikationen in anderem Mitgliedstaat
- b) **Selbständige Erwerbstätigkeit** (vgl. Art. 43 UA 2 EGV)
 - aa) Entgeltliche Tätigkeit
 - bb) Weisungsfreie und eigenverantwortliche Tätigkeit
 - hier Abgrenzung zur ANFr
- c) **Niederlassung** (vgl. Art. 43 UA 1 EGV)
 - weiter, *gemeinschaftsrechtlicher Niederlassungsbegriff* (EuGH, Rs. C-221/89, *Factortame*)
 - aa) Feste Einrichtung
 - bb) Dauerhaftigkeit
 - hier Abgrenzung zur DLF (häufig schwierig)
- d) **Geschützte Verhaltensweisen** (vgl. insbes. Art. 43 UA 2 EGV)
 - aa) Aufnahme der Erwerbstätigkeit (Einrichtung und Inbetriebnahme der Niederlassung)
 - konkretisiert durch *Richtlinien nach Art. 47 EGV* und RL 2004/38/EG
 - bb) Ausübung der Erwerbstätigkeit in der Niederlassung
 - cc) Insbesondere Gründung und Leitung von Unternehmen
 - dd) Aufenthalt nach Beendigung der selbständigen Tätigkeit
 - konkretisiert in RL 2004/38/EG
 - ee) Annex: geschützte Verhaltensweisen der Familienangehörigen (RL 2004/38/EG)
- e) **Keine Ausübung öffentlicher Gewalt** (Art. 45 UA 1 EGV)
 - enger, *gemeinschaftsrechtlicher Begriff der Ausübung öff. Gewalt*: nur unmittelbare und spezifische Teilnahme (EuGH, Rs. 2/74, *Reyners*)
 - bisher keine ausgenommenen Bereiche nach Art. 45 UA 2 EGV

¹ Richtlinie 2004/38/EG vom 29. April 2004 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten (bis April 2006 umzusetzen).

II. Beeinträchtigungen

- nicht durch Private (keine unmittelbare Drittwirkung, STR.)

1) Diskriminierungen

- a) Offene Diskriminierungen
 - = Verstöße gegen den Grundsatz der "Inländergleichbehandlung" (Art. 43 UA 2 EGV)
 - vor allem Regelungen zur Berufswahl und Berufsausübung
- b) Versteckte Diskriminierungen

2) Unterschiedslose Beschränkungen?

- Problematik: Ein allg. Beschränkungsverbot im Bereich der NLF könnte das traditionelle Berufsrecht aushebeln.
- Nach HEUTE HL enthält Art. 43 EGV jedoch ebenso wie die anderen GF ein solches Verbot (Begründung: Wortlaut, Konvergenz der GF). Auch die RSPR. tendiert in diese Richtung (vgl. EuGH, Rs. C-55/94, *Gebhard*).
- Die begriffliche Eingrenzung ist noch noch unklar (Dassonville-Formel und Keck-Formel hier ungeeignet!).

III. Rechtfertigung der Beeinträchtigung durch Schranken

1) Rechtfertigung durch die Schranke des Art. 46 I EGV

- a) Anwendbarkeit des Art. 46 I EGV: nur bei offenen Diskriminierungen
 - nur "Sonderregelungen für Ausländer"
- b) Erfüllung der Voraussetzungen des Art. 46 I EGV
 - aa) Maßnahme aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit
 - nur aus *nicht-wirtschaftlichen Gründen*; Konkretisierung in Art. 27 ff. RL 2004/38/EG
 - Rückgriff auf "öffentliche Ordnung" nur bei tatsächlicher und hinreichend schwerer Gefährdung eines Grundinteresses der Gesellschaft durch das *persönliche Verhalten des Betroffenen* (EuGH, Rs. 30/77, *Boucherau*)
 - bb) Fehlen von Regelungen zum Schutz dieser Rechtsgüter im Recht der Union
- c) Beachtung der Schranken-Schranken
 - aa) Verhältnismäßigkeit der Beeinträchtigung
 - bb) Kein Verstoß gegen Grundrechte
 - cc) Kein Verstoß gegen sonstiges Primär- oder Sekundärrecht der Union

2) Rechtfertigung durch die immanenten Schranken der Niederlassungsfreiheit

- a) Anwendbarkeit der immanenten Schranken: nur bei unterschiedslos geltenden Maßnahmen
- b) Voraussetzungen der immanenten Schranken: Verfolgung nicht-wirtschaftlicher, *zwingender öffentlicher Interessen*
 - Beispiele: Maßnahmen zur Sicherung der Zuverlässigkeit oder zum Verbraucherschutz
- c) Beachtung der Schranken-Schranken (s.o.)
 - insbes. kein Verstoß gegen Richtlinien nach Art. 47 EGV

Vertiefungshinweis: Eine ausführlichere Fassung dieses Schemas findet sich unter www.jura.uni-goettingen.de/schmitz/Lehre/Downloads/Schmitz_EuR-II_Schema5.pdf. Siehe zur Niederlassungsfreiheit außerdem das Schema von *Calliess*, Vorlesung Europarecht II (SS 2004), <http://www.user.gwdg.de/~ujvr/europa/lehre/calliess/Niederlassungsfreiheit.pdf>.