

## DER FREIE PERSONENVERKEHR IN DER EUROPÄISCHEN UNION

zu § 4 I Die Niederlassungsfreiheit (Art. 43 ff. EGV / 49 ff. AEUV)

## Schema 5

### Die Niederlassungsfreiheit

#### I. Schutzbereich

##### 1) Persönlicher Schutzbereich

- a) **Staatsangehörige der Mitgliedstaaten**
- bei Gründung von *Zweitniederlassungen* müssen diese in der Union (nicht notwendigerweise im Gründungsstaat) *ansässig* sein (Art. 43 UA 1 S. 2 EGV<sup>1</sup>), das heißt dort den Ort ihrer Erwerbstätigkeit haben
- b) **Juristische Personen ("Gesellschaften")** aus den Mitgliedstaaten (Art. 48 UA 1 EGV<sup>2</sup>)
- weiter, *gemeinschaftsrechtlicher Begriff der "Gesellschaft"*
  - Staatsangehörigkeit der Gesellschafter/Mitglieder/Kapitaleigner unerheblich
- aa) Nach den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaates gegründete Vereinigung, die im Rechtsverkehr unter eigenem Namen handeln kann
- auch Personengesellschaften, auch Personen des öffentlichen Rechts (vgl. Art. 48 UA 2, 1. Halbsatz EGV)
  - auch Tochtergesellschaften von Unternehmen aus Drittstaaten
- bb) Erwerbszweck (Art. 48 UA 2, 2. Halbsatz EGV)
- setzt nicht Gewinnstreben voraus (→ restriktive Interpretation der anderslautenden englischen Sprachfassung)
- cc) Sitzungsmäßiger Sitz, Hauptverwaltung oder Hauptniederlassung in einem Mitgliedstaat

**Exkurs:** Der Schutz der **Familienangehörigen** der Niedergelassenen

- Familienangehörige haben keine eigenen Rechte aus Art. 43 EGV, wohl aber ein aus der Rechtsstellung des Niedergelassenen "abgeleitetes" Aufenthaltsrecht (EuGH, Rs. C-370/90, Singh; vgl. jetzt *RL 2004/38/E<sup>3</sup>*) sowie weitere "abgeleitete" Rechte nach *VO 1408/71<sup>4</sup>* (demnächst abgelöst durch *VO 883/2004<sup>5</sup>*)
- dies gilt auch für Familienangehörige aus Drittstaaten (Nicht-Mitgliedstaaten)

**Exkurs:** Niederlassungsfreiheit von Staatsangehörigen oder Unternehmen aus Drittstaaten nach besonderen völkerrechtlichen Verträgen

- Niederlassungsfreiheit nach Art. 31 EWRV
- Niederlassungsfreiheit nach dem Freizügigkeitsabkommen mit der Schweiz von 1999
- schwächere Gewährleistungen nach weiteren Verträgen (z.B. dem Europäischen Niederlassungsabkommen von 1955)

##### 2) Sachlicher Schutzbereich

- a) **Grenzüberschreitender Sachverhalt** (→ Gemeinschaftsbezug)
- Tätigkeit in einem anderen Mitgliedstaat oder Rückkehr nach Tätigkeit oder Erwerb von Qualifikationen in einem anderen Mitgliedstaat

<sup>1</sup> Zukünftig Art. 49 UA 1 S. 2 AEUV.

<sup>2</sup> Zukünftig Art. 54 UA 1 AEUV.

<sup>3</sup> **Richtlinie 2004/38/EG** über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, zur Änderung der Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 und zur Aufhebung der Richtlinien 64/221/EWG, 68/360/EWG und anderer Richtlinien.

<sup>4</sup> **Verordnung (EWG) Nr. 1408/71** über die Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und Selbständige sowie deren Familienangehörige, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern (Geltungsbereich erweitert durch VO 1390/81).

<sup>5</sup> **Verordnung (EG) Nr. 883/2004** zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit. Die Verordnung wird gemäß ihrem Art. 91 erst ab dem Inkrafttreten der geplanten Durchführungsverordnung angewendet.

- b) **Selbständige Erwerbstätigkeit** (vgl. Art. 43 UA 2 EGV<sup>6</sup>)
- aa) Entgeltliche Tätigkeit
- nicht erforderlich: Gewinnstreben
  - nicht erforderlich: Tätigkeit in einem klassischen oder fest definierten Beruf
  - unbeachtlich: etwaige "Unsittlichkeit" oder "Sozialschädlichkeit" (EuGH, Rs. C-268/99, Jany: auch Prostitution)
- bb) Weisungsfreie und eigenverantwortliche Tätigkeit
- hier Abgrenzung zur Arbeitnehmerfreizügigkeit
- c) **Niederlassung** (vgl. Art. 43 UA 1 EGV<sup>7</sup>)
- weiter, *gemeinschaftsrechtlicher Niederlassungsbegriff* (EuGH, Rs. C-221/89, *Factortame*): "tatsächliche Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit mittels einer festen Einrichtung in einem anderen Mitgliedstaat auf unbestimmte Zeit"
- aa) Feste Einrichtung
- zumeist aufgrund Kauf oder Miete von Räumlichkeiten (Büros, Verkaufsräumen, Produktionsräumen etc.)
  - nicht ausreichend: formale Akte (z.B. Registrierung von Schiffen)
- bb) Dauerhaftigkeit
- Niederlassungsfreiheit zielt auf *dauerhafte und stabile Eingliederung in die Volkswirtschaft* des anderen Mitgliedstaates
  - hier *Abgrenzung zur Dienstleistungsfreiheit* (häufig schwierig)
- d) **Geschützte Verhaltensweisen** (vgl. insbesondere Art. 43 UA 2 EGV)
- aa) Aufnahme der Erwerbstätigkeit (Einrichtung und Inbetriebnahme der Niederlassung)
- α) Einrichtung einer Ersteniederlassung
- auch grenzüberschreitende Verlegung oder Neugründung der Hauptniederlassung
- β) Einrichtung einer Zweitniederlassung (nur bei Ansässigkeit in der Union)
- auch wenn die Gesellschaft ausschließlich zur Umgehung des nationalen Rechts in einem anderen Mitgliedstaat errichtet worden ist und dort keine Geschäftstätigkeit entfaltet, jetzt aber beabsichtigt, ihre gesamte Geschäftstätigkeit im Staat der Zweitniederlassung auszuüben (EuGH, Rs. C-212/97 ["keine mißbräuchliche Ausnutzung"]; UMSTRITEN)
- γ) Aufnahme der Erwerbstätigkeit
- konkretisiert durch **Sekundärrecht zur Erleichterung des grenzüberschreitenden Berufszugangs**:
    - Richtlinien zur gegenseitigen Anerkennung von Diplomen, Prüfungszeugnissen und sonstigen Befähigungsnachweisen nach Art. 47 I EGV<sup>8</sup> (siehe vor allem RL 2005/36/EG<sup>9</sup> und, speziell für Rechtsanwälte, RL 98/5/EG<sup>10</sup>)
    - Harmonisierungsrichtlinien nach Art. 47 II EGV<sup>11</sup>  
(bisher wurden Richtlinien häufig sowohl auf Art. 47 I als auch auf Art. 47 II gestützt)
- δ) Aufenthalt im Niederlassungsstaat
- konkretisiert in *RL 2004/38/EG*<sup>3</sup>
- bb) Ausübung der Erwerbstätigkeit in der Niederlassung
- auch Aufenthalt zu diesem Zweck (vgl. auch Art. 7 I lit. a *RL 2004/38/EG*)
- cc) Insbesondere Gründung und Leitung von Unternehmen
- dd) Aufenthalt nach Beendigung der selbständigen Tätigkeit
- konkretisiert in *Art. 7 III RL 2004/38/EG*
- ee) Annex: geschützte Verhaltensweisen der Familienangehörigen (*RL 2004/38/EG*)
- insbes. Aufenthaltsrecht nach Art. 7 I lit. d, II, IV
- e) **Kein ausgenommener spezieller Bereich** (keine Bereichsausnahme nach Art. 45 EGV<sup>12</sup>)
- aa) Keine *Ausübung öffentlicher Gewalt* (Art. 45 UA 1 EGV)
- enger, *gemeinschaftsrechtlicher Begriff der Ausübung öffentlicher Gewalt*: nur unmittelbare und spezifische Teilnahme an der Ausübung öffentlicher Gewalt (EuGH, Rs. 2/74, Reyners)
- bb) Keine Bereichsausnahme nach Sekundärrecht (Art. 45 UA 2 EGV) → bisher: (-)

<sup>6</sup> Zukünftig Art. 49 UA 2 AEUV.

<sup>7</sup> Zukünftig Art. 49 UA 1 AEUV.

<sup>8</sup> Zukünftig Art. 53 I AEUV.

<sup>9</sup> **Richtlinie 2005/36/EG** über die Anerkennung von Berufsqualifikationen. Sie enthält allgemeine Regelungen (insbes. zur Anerkennung von Ausbildungsnachweisen und Berufserfahrung) und spezielle Regelungen betreffend Ärzte, Zahnärzte, Tierärzte, Krankenschwestern, Hebammen, Apotheker und Architekten.

<sup>10</sup> **Richtlinie 98/5/EG** zur Erleichterung der ständigen Ausübung des Rechtsanwaltsberufs in einem anderen Mitgliedstaat als dem, in dem die Qualifikation erworben wurde. Beachte die weitgehende Einschränkung in Art. 5 III: Für die Ausübung von Tätigkeiten, die mit der Vertretung von Mandanten vor Gerichten verbunden sind, kann ausländischen Rechtsanwälten auferlegt werden, dass sie im Einvernehmen mit einem örtlich zugelassenen Rechtsanwalt handeln, der dem Gericht gegenüber die Verantwortung trägt [Freizügigkeitsrichtlinie].

<sup>11</sup> Zukünftig ebenfalls Art. 53 I AEUV.

<sup>12</sup> Zukünftig Art. 51 AEUV.

## II. Beeinträchtigungen

- nur durch Maßnahmen der Mitgliedstaaten oder der Union; keine unmittelbare Drittwirkung der Niederlassungsfreiheit (STRITTIG)

### 1) Diskriminierungen

- a) Offene Diskriminierungen
  - = Verstöße gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung mit Inländern in Art. 43 UA 2 EGV ("nach den Bestimmungen des Aufnahmestaates für seine eigenen Angehörigen")
  - vor allem Regelungen zur Berufswahl und Berufsausübung, aber auch z.B. Beschränkungen der Prozessfähigkeit der in anderen Mitgliedstaaten gegründeten Gesellschaften
  - insbesondere *Slechterstellung* (auch der Familien) *bei sozialen und steuerlichen Vergünstigungen* (siehe die auch auf Selbständige anwendbare VO 1408/71<sup>4</sup> bzw. zukünftig VO 883/2004<sup>5</sup>)
- b) Versteckte Diskriminierungen
  - z.B. Beschränkungen des Immobilienerwerbs für ausländische Unternehmen

### 2) Unterschiedslose Beschränkungen?

- a) Problematik
  - Ein allgemeines Beschränkungsverbot im Bereich der Niederlassungsfreiheit könnte auf eine Verpflichtung der Mitgliedstaaten zur allgemeinen Liberalisierung des Niederlassungsrechts hinauslaufen und damit die traditionellen Konzepte des nationalen Berufsrechts (die traditionelle Ordnung der Berufe in den einzelnen Mitgliedstaaten) in Frage stellen.
  - Diese Problematik hat eine besondere sozialpolitische Bedeutung in den alten Mitgliedstaaten. Sie kann dort die Akzeptanz der Osterweiterung oder sogar allgemein der Niederlassungsfreiheit in der Bevölkerung gefährden.
- b) Streit in der Literatur
  - aa) TEIL DER LITERATUR: Art. 43 EGV enthält nur ein Diskriminierungs-, kein allgemeines Beschränkungsverbot
    - Begründung: eine umfassende wirtschaftliche Liberalisierung wird von Art. 43 EGV nicht bezweckt.
  - bb) HEUTE HERRSCHENDE LEHRE: Art. 43 EGV enthält ebenso wie die anderen Grundfreiheiten ein allgemeines Beschränkungsverbot
    - Begründung: neugefasster Wortlaut des Art. 43 UA 1 EGV; Konvergenz der Grundfreiheiten
- c) Entwicklung in der Rechtsprechung: hin zu einer Interpretation als allgemeines Beschränkungsverbot
  - "Maßnahmen, die die Ausübung ... behindern oder weniger attraktiv machen können" (EuGH, Rs. C-55/94, *Gebhard*; siehe vorher bereits EuGH, Rs. C-19/92, *Kraus*)
  - begriffliche Eingrenzung 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<sup>13</sup>

- a) Anwendbarkeit des Art. 46 I EGV: nur bei offenen Diskriminierungen
  - nur "*Sonderregelungen für Ausländer*" (vor allem Regelungen des Ausländerrechts)
- 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 (auf der Grundlage von Art. 46 II EGV) 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*; vgl. jetzt Art. 27 II UA 2 RL 2004/38/EG)
  - bb) Fehlen von Regelungen zum Schutz dieser Rechtsgüter im Recht der Union
    - sonst Rechtfertigung der Beeinträchtigung nur nach diesen Regelungen
    - siehe insbesondere VO 1408/71, RL 2004/38/EG

<sup>13</sup> Zukünftig Art. 52 I AEUV.

- c) Beachtung der Schranken-Schranken
  - aa) Verhältnismäßigkeit der Beeinträchtigung
    - α) Zulässiger Zweck der Maßnahme
      - ausschließlich der Schutz der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit!
    - β) Geeignetheit der Maßnahme
    - γ) Erforderlichkeit der Maßnahme
      - insbes.: gibt es Alternativen zum Verbot bzw. zur Schließung der Niederlassung, zum Verbot der Erwerbstätigkeit, zur Ausweisung ?
    - δ) Angemessenheit der Maßnahme (→ siehe Schema 4, S. 4)
      - für Ausweisungen aus Gründen der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit konkretisiert in Art. 28 RL 2004/38/EG
      - für Maßnahmen zum Schutz der öffentlichen Gesundheit konkretisiert in Art. 29 RL 2004/38/EG
  - 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 (versteckten Diskriminierungen und Beschränkungen)
  - also nicht bei Maßnahmen, die sich gezielt gegen die Niederlassung von ausländischen Unionsbürgern richten!
- b) Voraussetzungen der immanenten Schranken: Verfolgung *zwingender öffentlicher Interessen*
  - Terminologie des EuGH: "aus *zwingenden Gründen des Allgemeininteresses* gerechtfertigt" (Rs. C-19/92, Kraus)
  - nur Maßnahmen zur Verfolgung nicht-wirtschaftlicher öffentlicher Interessen
  - Beispiele: Maßnahmen zum Schutz vor der missbräuchlichen Führung akademischer Grade, zur Sicherung der Zuverlässigkeit und eines hohen Ausbildungsstandes im Beruf, zur Sicherung einer geordneten Rechtspflege, zum Verbraucherschutz
- c) Beachtung der Schranken-Schranken (s.o.)
  - insbesondere Angemessenheit der Maßnahme zur Verfolgung der zwingenden öffentlichen Interessen (in der Regel nicht gegeben bei Verlangen eines Wohnsitzes im Inland oder der Vorlage bestimmter Bescheinigungen)
  - insbesondere kein Verstoß gegen *berufsbezogene Harmonisierungsvorschriften* des Gemeinschaftsrechts oder *Regelungen zur gegenseitigen Anerkennung von Diplomen* und anderen Befähigungsnachweisen (siehe insbes. RL 2005/36/EG<sup>9</sup> und RL 1998/5/EG<sup>10</sup>)

**Vertiefungshinweis:** Tietje, in: Ehlers (Herausgeber), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2. Auflage 2005 = Ehlers (Herausgeber), European Fundamental Rights and Freedoms, 2007, jeweils § 10; Frenz, Handbuch Europarecht, Band 1, 2004, Randnummern 1848 ff.; Haratsch/Koenig/Pechstein, Europarecht, 5. Auflage 2006, Randnummern 807 ff. Siehe auch die Schemata bei Frenz, Randnummer 1900, und Streinz, Europarecht, 6. Auflage 2003, Randnummer 766.