

EUROPARECHT II

zu § 8 Die Niederlassungsfreiheit (Art. 43 ff. EGV)

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), d.h. dort den Ort ihrer Erwerbstätigkeit haben
- b) **Juristische Personen ("Gesellschaften")** aus den Mitgliedstaaten (Art. 48 UA 1 EGV)
 - 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 OHG, KG, GbR, auch Personen des öff. Rechts (vgl. Art. 48 UA 2, 1. HS EGV)
 - auch Tochtergesellschaften von Unternehmen aus Drittstaaten
 - bb) Erwerbszweck (Art. 48 UA 2, 2. HS EGV)
 - setzt nicht Gewinnstreben voraus
 - cc) Satzungsmäßiger Sitz, Hauptverwaltung oder Hauptniederlassung in einem Mitgliedstaat

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

- keine eigenen Rechte aus Art. 43 EGV, wohl aber aus der Rechtsstellung des Niedergelassenen "abgeleitetes" Aufenthaltsrecht (EuGH, Rs. C-370/90, Singh; vgl. jetzt *RL 2004/38/EG¹*) sowie weitere "abgeleitete" Rechte nach *VO 1408/71²*
- gilt auch für Familienangehörige aus Drittstaaten

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. Europäisches Niederlassungsabkommen von 1955, Europa-Abkommen mit osteurop. Staaten,)

2) Sachlicher Schutzbereich

- a) **Grenzüberschreitender Sachverhalt** (→ Gemeinschaftsbezug)
 - Tätigkeit in einem anderen Mitgliedstaat oder Rückkehr in den Heimatstaat nach Tätigkeit oder Erwerb von Qualifikationen in einem anderen Mitgliedstaat
- b) **Selbständige Erwerbstätigkeit** (vgl. Art. 43 UA 2 EGV)
 - aa) Entgeltliche Tätigkeit
 - nicht erforderlich: Gewinnstreben; nicht erforderlich: Zugehörigkeit zu einem best. Berufsstand
 - unbeachtlich: etwaige "Sozialschädlichkeit" (EuGH, Rs. C-268/99, Jany; auch Prostitution)
 - bb) Weisungsfreie und eigenverantwortliche Tätigkeit
 - hier Abgrenzung zur ANFr

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, zur Änderung der Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 und zur Aufhebung der Richtlinien 64/221/EWG, 68/360/EWG und anderer Richtlinien (bis April 2006 umzusetzen).

² 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).

- c) **Niederlassung** (vgl. Art. 43 UA 1 EGV)
- weiter, *gemeinschaftsrechtlicher Niederlassungsbegriff* (EuGH, Rs. C-221/89, *Factortame*): "tatsächl. Ausübung einer wirtschaftl. Tätigkeit mittels einer festen Einrichtung in einem anderen Mitgliedstaat auf unbestimmte Zeit"
- aa) Feste Einrichtung
- i.d.R. durch Erwerb/Anmietung von Räumlichkeiten (Büros, Verkaufsräume, Produktionsstätten etc.)
 - nicht ausreichend: formale Akte (z.B. Registrierung von Schiffen)
- bb) Dauerhaftigkeit
- NLF zielt auf dauerhafte und stabile Eingliederung in die Volkswirtschaft des anderen Mitgliedstaates
 - 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)
- α) Einrichtung einer Ersteiniederlassung (originäre Gründung, grenzüberschreitende Verlegung oder Neugründung der Hauptniederlassung)
- β) Einrichtung einer Zweitniederlassung (nur bei Ansässigkeit in der Union)
- 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 (z.B. RL 98/5/EG für Rechtsanwälte)
 - Harmonisierungsrichtlinien nach Art. 47 II EGV
- δ) Aufenthalt im Niederlassungsstaat
- konkretisiert seit 2004 in *RL 2004/38/EG¹* (vorher in *RL 73/148/EWG³*)
- bb) Ausübung der Erwerbstätigkeit in der Niederlassung
- auch Aufenthalt zu diesem Zweck
- cc) Insbesondere Gründung und Leitung von Unternehmen
- dd) Aufenthalt nach Beendigung der selbständigen Tätigkeit
- konkretisiert seit 2004 in *RL 2004/38/EG* (vorher in *RL 75/34/EWG⁴*)
- ee) Annex: geschützte Verhaltensweisen der Familienangehörigen (RL 2004/38/EG)
- e) **Keine Bereichsausnahme nach Art. 45 EGV**
- aa) Keine *Ausübung öffentlicher Gewalt* (Art. 45 UA 1 EGV)
- enger, gemeinschaftsrechtlicher Begriff der Ausübung öff. 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: (-)

II. Beeinträchtigungen

- nur durch Maßnahmen der Mitgliedstaaten oder der Union; keine unmittelbare Drittwirkung wie bei ANFr und DLF (STR.)

1) Diskriminierungen

- a) Offene Diskriminierungen
- = Verstöße gegen den Grundsatz der *"Inländergleichbehandlung"* (gebräuchliche Terminologie) 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 *Schlechterstellung* (auch der Familien) *bei sozialen und steuerlichen Vergünstigungen*
 - siehe die auch auf Selbständige anwendbare Wanderarbeitnehmerverordnung (*VO 1408/71*)²
- b) Versteckte Diskriminierungen
- z.B. Beschränkungen des Immobilienerwerbs für ausländische Unternehmen

2) Unterschiedslose Beschränkungen?

- a) Problematik
- Ein allg. Beschränkungsverbot im Bereich der NLF könnten auf eine Verpflichtung der Mitgliedstaaten zur allg. Liberalisierung des Niederlassungsrechts hinauslaufen und damit die traditionellen Konzepte des nationalen Berufsrechts gefährden.

³ Richtlinie 73/148/EWG zur Aufhebung der Reise- und Aufenthaltsbeschränkungen für Staatsangehörige der Mitgliedstaaten innerhalb der Gemeinschaft auf dem Gebiet der Niederlassung und des Dienstleistungsverkehrs.

⁴ Richtlinie 75/34/EWG über das Recht der Staatsangehörigen eines Mitgliedstaates, nach Beendigung der Ausübung einer selbständigen Tätigkeit im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats zu verbleiben.

- b) Streit in der Literatur
 - aa) TEIL DER LIT.: Art. 43 EGV enthält nur Diskriminierungs-, kein allg. Beschränkungsverbot
 - Begründung: umfassende wirtsch. Liberalisierung wird von Art. 43 EGV nicht bezweckt.
 - bb) HEUTE HERRSCHENDE LEHRE: Art. 43 EGV enthält ebenso wie die anderen GF ein allg. Beschränkungsverbot
 - Begründung: neugefaßter *Wortlaut* des Art. 43 UA 1 EGV; Konvergenz der GF
- c) Entwicklung in der Rechtsprechung zu einer Interpretation als allg. 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

- 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
 - beachte die auf der Grundlage von Art. 46 II EGV erfolgte Konkretisierung in *Art. 27 ff. RL 2004/38/EG* (vorher: RL 64/221/EWG⁵)
 - nur Maßnahmen aus *nicht-wirtschaftlichen Gründen*
 - 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
 - sonst Rechtfertigung der Beeinträchtigung nur nach diesen Regelungen
- 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 *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
 - spezifische Beispiele: Maßnahmen zum Schutz vor der mißbräuchlichen Führung akademischer Grade, zur Sicherung der Zuverlässigkeit und eines hohen Ausbildungsstandes, zur Sicherung einer geordneten Rechtspflege, zum Verbraucherschutz
- c) Beachtung der Schranken-Schranken (s.o.)
 - insbes. Notwendigkeit zur angemessenen Verfolgung der zwingenden öff. Interessen (häufig nicht gegeben bei Verlangen eines Wohnsitzes im Inland oder der Vorlage best. Bescheinigungen)
 - insbes. kein Verstoß gegen berufsbezogene Harmonisierungsvorschriften des Gemeinschaftsrechts oder Regelungen zur gegenseitigen Anerkennung von Diplomen und anderen Befähigungsnachweisen.

Vertiefungshinweis: Siehe zur Niederlassungsfreiheit auch das Schema von *Calliess*, Vorlesung Europarecht II (SS 2004), <http://www.user.gwdg.de/~ujvr/europa/lehre/calliess/Niederlassungsfreiheit.pdf>; ferner die Schemata von *Streinz*, Europarecht, 6. Aufl. 2003, Rdnr. 766 und *Koenig/Haratsch*, Europarecht, 4. Aufl. 2003, Rdnr. 655 (dort wird lediglich zwischen "Tatbestand" [entspricht "Schutzbereich" + "Beeinträchtigung"] und "Rechtfertigung" unterschieden).

(Datei: Schema 5 (EuR II))

⁵ Richtlinie 64/221/EWG zur Koordinierung der Sondervorschriften für die Einreise und den Aufenthalt von Ausländern, soweit sie aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit gerechtfertigt sind (Geltungsbereich erweitert durch RL 75/35/EWG).