

DAS RECHT DES EUROPÄISCHEN BINNENMARKTES

zu § 7 Die Niederlassungsfreiheit (Art. 49 ff. AEUV, früher 43 ff. EGV)

Schema 5 Die Niederlassungsfreiheit

I. Schutzbereich

1) Persönlicher Schutzbereich

a) Staatsangehörige der Mitgliedstaaten

- bei Gründung von *Zweigniederlassungen* müssen diese in der Union (nicht notwendigerweise im Gründungsstaat) *ansässig* sein (Art. 49 UA 1 S. 2 AEUV¹), das heißt dort den Ort ihrer Erwerbstätigkeit haben
- Exkurs: *Familienangehörige* von Niedergelassenen haben keine Rechte aus Art. 49 AEUV, wohl aber ein aus der Rechtsstellung des Niedergelassenen "abgeleitetes" Aufenthaltsrecht (EuGH, Rs. C-370/90, Singh; vgl. jetzt *RL 2004/38/EG*²) sowie weitere "abgeleitete" Rechte nach *VO 1408/71*³ (demnächst: *VO 883/2004*⁴); dies gilt auch für Familienangehörige aus Drittstaaten (Nicht-Mitgliedstaaten)
- Exkurs: *Staatsangehörige [und auch Unternehmen] aus einigen Drittstaaten* genießen Niederlassungsfreiheit nach besonderen völkerrechtlichen Verträgen (z.B. nach Art. 31 EWRV und dem Freizügigkeitsabkommen mit der Schweiz von 1999); schwächere Rechte folgen aus weiteren Verträgen (z.B. dem Europäischen Niederlassungsabkommen von 1955)

b) Juristische Personen ("Gesellschaften") aus den Mitgliedstaaten (Art. 54 UA 1 AEUV⁵)

- weiter, *unionsrechtlicher 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. 54 UA 2, 1. Halbsatz AEUV)
- auch Tochtergesellschaften von Unternehmen aus Drittstaaten

bb) Erwerbszweck (Art. 54 UA 2, 2. Halbsatz AEUV)

- setzt nicht Gewinnstreben voraus (→ restriktive Interpretation der anderslautenden, auch mit dem Vertrag von Lissabon nicht geänderten englischen Sprachfassung)

cc) Sitzungsmäßiger Sitz, Hauptverwaltung oder Hauptniederlassung in einem Mitgliedstaat

2) Sachlicher Schutzbereich

a) Grenzüberschreitender Sachverhalt (→ Unionsbezug)

- Tätigkeit in einem anderen Mitgliedstaat oder Rückkehr nach Tätigkeit oder Erwerb von Qualifikationen in einem anderen Mitgliedstaat

¹ Früher (bis zum Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon) Art. 43 UA 1 S. 2 EGV.

² **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 [Freizügigkeitsrichtlinie].

³ 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).

⁴ 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 (Nr. 987/2009) angewendet, nämlich ab Mai 2010.

⁵ Früher Art. 48 UA 1 EGV.

- b) **Selbständige Erwerbstätigkeit** (vgl. Art. 49 UA 2 AEUV⁶)
- aa) Entgeltliche Tätigkeit
- nicht erforderlich: Gewinnstreben
 - nicht erforderlich: Tätigkeit in einem klassischen oder fest definierten Beruf
 - unbeachtlich: etwaige "Unsitlichkeit" oder "Sozialschädlichkeit" (EuGH, Rs. C-268/99, Jany: auch Prostitution)
- bb) Weisungsfreie und eigenverantwortliche Tätigkeit
- hier Abgrenzung zur Arbeitnehmerfreizügigkeit
- c) **Niederlassung** (vgl. Art. 49 UA 1 AEUV⁷)
- weiter, *unionsrechtlicher 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. 49 UA 2 AEUV)
- aa) Aufnahme der Erwerbstätigkeit (Einrichtung und Inbetriebnahme der Niederlassung)
- α) Einrichtung einer Ersteniederlassung
- auch grenzüberschreitende Verlegung oder Neugründung der Hauptniederlassung
 - auch grenzüberschreitende Fusion von Gesellschaften (EuGH, Rs. C-411/03, *Sevic Systems AG*; siehe jetzt auch RL 2005/56/EG⁸)
 - Gesellschaften können sich auch dafür entscheiden, nur ihren tatsächlichen Verwaltungssitz, nicht aber ihren satzungsmäßigen Sitz zu verlegen, und müssen weiterhin als ausländische Gesellschaften anerkannt werden (EuGH, Rs. C-208/00, *Überseering*)
- β) Einrichtung einer Zweigniederlassung (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 Zweigniederlassung auszuüben (EuGH, Rs. C-212/97, *Centros* ["keine mißbräuchliche Ausnutzung"]; UMSTRITTEN)
- γ) Aufnahme der Erwerbstätigkeit
- konkretisiert durch **Sekundärrecht zur Erleichterung des grenzüberschreitenden Berufszugangs**:
 - Richtlinien zur gegenseitigen Anerkennung von Diplomen, Prüfungszeugnissen und sonstigen Befähigungsnachweisen nach Art. 53 I (1. Fallgruppe) AEUV⁹ (siehe vor allem RL 2005/36/EG¹⁰ und, speziell für Rechtsanwälte, RL 98/5/EG¹¹)
 - Harmonisierungsrichtlinien nach Art. 53 I (2. Fallgruppe) AEUV¹²
- δ) Aufenthalt im Niederlassungsstaat
- konkretisiert in *RL 2004/38/EG*²
- 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)
- e) **Kein ausgenommener spezieller Bereich (keine Bereichsausnahme nach Art. 51 AEUV¹³)**
- aa) Keine *Ausübung öffentlicher Gewalt* (Art. 51 UA 1 AEUV)
- enger, *unionsrechtlicher 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. 51 UA 2 AEUV) → bisher: (-)

⁶ Früher Art. 43 UA 2 EGV.

⁷ Früher Art. 43 UA 1 EGV.

⁸ Richtlinie 2005/56/EG über die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten.

⁹ Früher Art. 47 I EGV.

¹⁰ Richtlinie 2005/36/EG über die Anerkennung von Berufsqualifikationen.

¹¹ Richtlinie 98/5/EG zur Erleichterung der ständigen Ausübung des Rechtsanwaltsberufs in einem anderen Mitgliedstaat als dem, in dem die Qualifikation erworben wurde.

¹² Früher Art. 47 II EGV.

¹³ Früher Art. 45 EGV.

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 "Inländergleichbehandlung" (gebräuchliche Terminologie) in Art. 49 UA 2 AEUV ("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 VO 1408/71³ bzw. zukünftig VO 883/2004⁴)
- 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) gefährden. Die Niederlassungsfreiheit könnte so zu einem Hebel werden, um den Mitgliedstaaten eine bestimmte (neo-liberale) Ausrichtung ihrer Berufspolitik aufzuzwingen. Dies ließe sich nur durch eine kompensierende überaus "großzügige" Auslegung des Begriffs der "zwingenden Gründe des Allgemeininteresses", welche Beschränkungen der Grundfreiheiten rechtfertigen können, vermeiden.
- b) Streit in der Literatur
 - aa) FRÜHERE LITERATUR: Art. 43 EGV (heute 49 AEUV) enthält nur ein Diskriminierungs-, kein allgemeines Beschränkungsverbot
 - Begründung: eine umfassende wirtschaftliche Liberalisierung wird von dieser Regelung nicht bezweckt. Eine so weit reichende politische Grundentscheidung konnte und sollte damit nicht getroffen werden.
 - bb) HEUTE HERRSCHENDE LEHRE: Art. 43 EGV (heute 49 AEUV) enthält ebenso wie die anderen GF auch ein allgemeines Beschränkungsverbot
 - Begründung: neugefasster Wortlaut des Art. 43 UA 1 EGV (heute 49 UA 1 AEUV); Konvergenz der GF
- c) Entwicklung in der Rechtsprechung: 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*)
 - siehe auch EuGH, Rs. C-212/97, *Centros* und EuGH, Rs. C-9/02, *De Lasteyrie du Saillant*
 - die begriffliche Eingrenzung (zur Vermeidung einer Überdehnung des Beschränkungsbegriffs) ist noch unklar (die Keck-Formel ist hier ungeeignet!)

III. Rechtfertigung der Beeinträchtigung durch Schranken

1) Rechtfertigung durch die Schranke des Art. 52 I AEUV¹⁴

- a) Anwendbarkeit des Art. 52 I AEUV: nur bei offenen Diskriminierungen
 - nur "Sonderregelungen für Ausländer" (vor allem Regelungen des Ausländerrechts)
- b) Erfüllung der Voraussetzungen des Art. 52 I AEUV
 - aa) Maßnahme aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit
 - beachte die auf der Grundlage von Art. 46 II EGV (heute 52 II AEUV) erfolgte Konkretisierung in *Art. 27 ff. RL 2004/38/EG*
 - 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*; vgl. jetzt Art. 27 II UA 2 RL 2004/38/EG)

¹⁴ Früher Art. 46 I EGV.

- 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 (demnächst: VO 883/2004) und RL 2004/38/EG
- c) Beachtung der Schranken-Schranken
 - aa) Verhältnismäßigkeit der Beeinträchtigung
 - α) Zulässiger Zweck der Maßnahme
 - β) Geeignetheit der Maßnahme
 - γ) Erforderlichkeit der Maßnahme
 - δ) Angemessenheit der Maßnahme
 - beachte insbesondere die Konkretisierung in Art. 28 f. 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 Unionsrechts oder Regelungen zur gegenseitigen Anerkennung von Diplomen und anderen Befähigungsnachweisen.

Vertiefungshinweis: *Tietje*, in: Ehlers (Herausgeber), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 3. Auflage 2009 [2. Auflage 2005 = Ehlers (Herausgeber), European Fundamental Rights and Freedoms, 2007], § 10; *Frenz*, Handbuch Europarecht, Band 1, 2004, Randnummern 1848 ff.; *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Europarecht, 6. Auflage 2009, Randnummern 807 ff.; *Hobe*, Europarecht, 8. Auflage 2009, Randnummern 648 ff.; *Oppermann/Classen/Nettesheim*, Europarecht, 4. Auflage 2009, § 29. Siehe auch die Schemata bei *Frenz*, Randnummer 1900, und *Streinz*, Europarecht, 8. Auflage 2008, Randnummer 898.