

**Grundkurs Öffentliches Recht II. Grundrechte**

Freitag, den 15. Juli 2005

**I. Freizügigkeit der Arbeitnehmer - Schutzbereich**

Die Freizügigkeit der Arbeitnehmer (Art. 39 - 42 EG) ist als ein Differenzierungsverbot formuliert. Nach der Definitionsnorm des Art. 39 II EG umfasst sie die Abschaffung jeder auf der Staatsangehörigkeit beruhenden unterschiedlichen Behandlung der Arbeitnehmer der Mitgliedstaaten in bezug auf Beschäftigung, Entlohnung und sonstige Arbeitsbedingungen. Der sachliche Schutzbereich wird in Art. 39 III EG weiter differenziert, indem aus dem an die Mitgliedstaaten gerichteten Differenzierungsverbot subjektive Rechte der Arbeitnehmer abgeleitet werden: das Recht auf Bewerbung um angebotene Stellen; das Recht, sich zum Zweck der Bewerbung im Hoheitsgebiet aller Mitgliedstaaten frei zu bewegen; das Aufenthaltsrecht für die Dauer der Arbeitstätigkeit; das näherer Ausgestaltung bedürftige Recht, sich nach Beendigung der Arbeitstätigkeit im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats aufzuhalten. Die Punkte b) und d) galten früher als problematisch, weil sie nicht streng auf eine wirtschaftliche Tätigkeit bezogen sind. So hat man den Mitgliedstaaten die Möglichkeit eingeräumt, Staatsangehörige anderer Mitgliedstaaten auszuweisen, wenn die Arbeitssuche länger als sechs Monate dauerte; damit wollte man einem Missbrauch des Art. 39 II EG als allgemeines Aufenthaltsrecht entgegenwirken. Durch die Anerkennung eines allgemeinen Aufenthaltsrechts in Art. 18 I EG als Teil der Unionsbürgerschaft ist diese Problematik entfallen. Der Schutz von Art. 39 II reicht über denjenigen von Abs. 3 hinaus.

Der persönliche Schutzbereich von Art. 39 EG wird von der Formulierung "Arbeitnehmer der Mitgliedstaaten" in Abs. 2 abgesteckt. Der Begriff des "Arbeitnehmers" ist Gegenbegriff zum Selbständigen, dem Art. 43 EG die Niederlassungsfreiheit gibt.

Für den Begriff ist eine weisungsgebundene Tätigkeit prägend, für die eine Gegenleistung gewährt wird. Der Umfang dieser Tätigkeit ist nicht maßgebend; auch geringfügig Beschäftigte werden geschützt. Keine Arbeitnehmer sind Personen, die sich in einer Ausbildung befinden, wenn sie für diese Ausbildung keine Gegenleistung erhalten; Rechtsreferendare oder Lehrlinge sind demnach geschützt. Weiter wird verlangt, dass der Arbeitnehmer die Staatsangehörigkeit eines anderen Mitgliedstaates haben muss.

Seit den 70er Jahren hält der EuGH Art. 39 EG für unmittelbar anwendbar. Jeder einzelne kann sich deshalb gegenüber den Mitgliedstaaten auf diese Vorschrift als Grundlage für subjektive Rechte berufen, selbst wenn keine konkretisierenden Vorschriften ergangen sind.

### **III. Vom Differenzierungs- zum Beschränkungsverbot**

Art. 39 II EG ist als Differenzierungsverbot formuliert. Ihm wird genügt durch die Gewährung von Inländergleichbehandlung. Verboten sind nicht nur ausdrückliche, sondern auch versteckte Diskriminierungen. Darunter versteht man Regelungen, die nicht an die Staatsangehörigkeit anknüpfen, sondern an Merkmale, die mit ihr typischerweise verknüpft sind (Herkunft oder Wohnort).

In der Einleitung meiner Ausführungen über die Grundfreiheiten habe ich jedoch gesagt, dass die Rechtsprechung des EuGH Differenzierungs- und Beschränkungsverbote einander soweit angenähert habe, dass jede Grundfreiheit, unabhängig von dem Textbefund, beides ist. Hierzu möchte ich Ihnen folgenden Fall aus der EuGH-Rechtsprechung vorstellen (Slg. 1993, 4309):

An italienischen Hochschulen wurden Fremdsprachenlektoren nur befristet beschäftigt. Dies galt ohne Ansehen der Staatsangehörigkeit, betraf aber überwiegend Ausländer, weil ca. 75 % der Fremdsprachenlektoren Ausländer waren. Vergleichbare Universitätsbedienstete wurden in unbefristeten Verhältnissen beschäf-

tigt. Der EuGH stellt fest, dass die Maßnahme unterschiedslos auf Inländer und EG-Ausländer Anwendung finde und deshalb nicht gegen das Diskriminierungsverbot verstoße. Unterschiedslos wirkende Maßnahmen, die geeignet seien, die Verwirklichung der Arbeitnehmerfreizügigkeit zu beeinträchtigen, seien aber darüber hinaus am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu messen (S. 4334). Eine solche Beeinträchtigung liege hier vor, weil ein befristetes Beschäftigungsverhältnis weniger attraktiv sei als ein unbefristetes. Die Verhältnismäßigkeitsprüfung führe zu einem negativen Ergebnis. Wenn bei anderen Universitätsbeschäftigten eine Befristung nicht für erforderlich gehalten werde, dann leuchte nicht ein, warum die Rechtslage bei Fremdsprachenlektoren anders sein solle. An einer anderen Stelle der Entscheidungsbegründung spricht der EuGH von einer versteckten Diskriminierung; dies wird aber nicht näher ausgeführt. Im Ergebnis bedeutet diese Rechtsprechung, dass auch nicht-diskriminierende Maßnahmen gegen Art. 39 II EG verstoßen können, wenn sie nicht Belangen des Gemeinwohls dienen und im Hinblick darauf verhältnismäßig sind. Damit wandelt die Arbeitnehmerfreizügigkeit sich von einem reinen Diskriminierungsverbot zu einem Beschränkungsverbot.

Beide Aussagen des Art. 39 EG entfalten Drittwirkung gegenüber sozial mächtigen Unternehmen oder Verbänden. So hat der EuGH im Bosman-Urteil (NJW 1996, 505) nicht nur Ausländerklauseln, d.h. Regelungen, die die Zahl von Ausländern, die in Fußballmannschaften spielen dürfen, beschränken, beanstandet, sondern auch das System des Spielertransfers, das ohne Rücksicht auf die Staatsangehörigkeit eines Spielers den neuen Verein zur Zahlung einer Entschädigungssumme an den bisherigen Verein verpflichtete. Die Beanstandung der Ausländerklauseln lässt sich aus dem Diskriminierungsverbot ableiten; die Beanstandung der Transferregelungen ist jedoch nur nachvollziehbar, wenn man Art. 39 II EG auch als Beschränkungsverbot auffasst.

#### **IV. Die Ausgestaltung der Arbeitnehmerfreizügigkeit**

Art. 39 EG ist auf konkretisierende Regelungen durch die Gemeinschaft angewiesen. Die dafür nötigen Rechtsetzungsermächtigungen findet man in den Art. 40 und 42 EG. Die zwei wichtigsten Regelungswerke seien hier vorgestellt. Grundlegend sind die Verordnungen Nr. 1612 / 68 und 1408 / 71. Eine der wesentlichen Aussagen der Verordnung Nr. 1612 / 68 besteht darin, den Familienangehörigen eines Arbeitnehmers ebenfalls Freizügigkeit zu gewähren und seine Kinder hinsichtlich der schulischen Erziehung und der Berufsausbildung Angehörigen des Gastlandes gleichzustellen.

#### **V. Die Beschränkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit**

Schranken sind der Arbeitnehmerfreizügigkeit in Art. 39 III EG gezogen. Die dort gewährten Rechte können eingeschränkt werden aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit. Diese Schranke haben wir schon bei der Freiheit des Warenverkehrs kennengelernt (Art. 30 EG). Unter einem sehr ähnlichen Vorbehalt steht die Niederlassungsfreiheit gemäß Art. 46 I EG. Auf diese Vorschrift verweist für die Dienstleistungsfreiheit Art. 55. Bei allen Grundfreiheiten wird diese Schrankenklausel vom EuGH restriktiv ausgelegt. Dem entspricht, dass der EuGH eine Ausdehnung der Schrankenklausel auf Art. 39 II EG abgelehnt hat; sie bezieht sich nur auf Art. 39 III.

Weiterhin sieht Art. 39 IV EG eine Ausnahme für den Bereich der öffentlichen Verwaltung vor. Hier gilt die Freizügigkeit der Arbeitnehmer nicht. Diesen Bereich darf jeder Mitgliedstaat seinen Staatsangehörigen vorbehalten. Die Bereichsausnahme trägt dem Umstand Rechnung, dass die Ausübung bestimmter staatlicher Funktionen die Staatsangehörigkeit als Loyalitätsbeziehung voraussetzt.

Die Auslegung des Begriffs "öffentliche Verwaltung" ist umstritten. Der EuGH ist der Ansicht, dass nicht die Rechtsauffassung oder die Organisation der einzelnen Mitgliedstaaten maßgebend

sein könne, sondern dass der Begriff gemeinschaftsrechtlich zu bestimmen sei. Im gemeinschaftsrechtlichen Sinne ist öffentliche Verwaltung nicht jede Staatstätigkeit, sondern nur die Teilnahme an der Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse. Zur öffentlichen Verwaltung in diesem Sinne gehören die Justiz, die Polizei oder die Finanzverwaltung. Nicht zur öffentlichen Verwaltung gehören weite Teile der Sozialversicherung oder der Schuldienst.

Der EuGH ist mit dieser Begriffsbestimmung Versuchen entgegengetreten, den Anwendungsbereich von Art. 39 IV EG mit dem Anwendungsbereich von Art. 33 IV GG zu parallelisieren. Nach Art. 33 IV GG ist die Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse in der Regel Beamten zu übertragen; Angestellte dürfen solche Befugnisse grundsätzlich nicht ausüben. Hoheitsrechtliche Befugnisse im Sinne von Art. 33 IV GG werden nach herrschender, wenn auch umstrittener Ansicht auch von Lehrern ausgeübt. Die Tätigkeit des Lehrers ist deshalb nach deutschem Verfassungsrecht grundsätzlich Beamten vorbehalten. Gleichzeitig verlangt Art. 39 II EG, dass EG-Ausländern in Deutschland gleicher Zugang zum Lehrerberuf zu gewähren ist. Beides lässt sich nur in Einklang bringen, wenn man ein Erfordernis des bisherigen Beamtenrechts preisgibt, nämlich den Deutschenvorbehalt. Die Divergenz zwischen Art. 33 IV GG und Art. 39 IV GG führt dazu, dass in Deutschland EG-Ausländer in bestimmten Bereichen die Möglichkeit erhalten müssen, Beamte zu werden. Dies hat zu Änderungen im deutschen Beamtenrecht geführt. Die Problematik möchte ich Ihnen an einer für das deutsche Beamtenrecht grundlegenden Entscheidung des EuGH verdeutlichen.

#### **VI. Lawrie Blum (Slg. 1986, 2121)**

Frau Blum, britische Staatsangehörige, hatte in Deutschland die Erste Staatsprüfung für das Lehramt erfolgreich absolviert. Sie verfügte über die nötigen Sprachkenntnisse, um in Deutschland als Lehrerin tätig zu sein. Sie beantragte nach dem Bestehen der Ersten Staatsprüfung die Aufnahme in den Vorbereitungsdienst für

das Lehramt. Dieser Antrag wurde abgelehnt, weil die Aufnahme in den Vorbereitungsdienst die Begründung eines Beamtenverhältnisses auf Widerruf erfordert hätte, nach dem damals geltendem Recht die deutsche Staatsangehörigkeit aber eine Voraussetzung für die Beamtenernennung war. Gegenüber dem Einwand, dies verstoße gegen Art. 39 II EG, berief Deutschland sich auf Art. 39 IV EG.

Der EuGH prüft zunächst, ob der Schutzbereich des Art. 39 EG eröffnet ist. Zu diesem Zweck stellt er Überlegungen zum Begriff des Arbeitnehmers an. Arbeitnehmer sei jeder, der gegen Entgelt fremdbestimmte Arbeit leiste. Dies treffe auf einen Studienreferendar zu.

Gegen seinen Arbeitnehmerstatus spreche nicht, dass seine Tätigkeit nicht ökonomischer Natur sei, sondern in den Bereich Bildung und Erziehung falle. Für die Anwendung von Art. 39 EG reiche jede entgeltliche Arbeitsleistung aus, unabhängig davon, in welchem Bereich sie erbracht werde. Die gegenteilige Annahme lasse den Vorbehalt in Art. 39 IV EG überflüssig werden.

Gegen den Arbeitnehmerstatus spreche nicht, dass Studienreferendare in Deutschland als Beamte auf Widerruf beschäftigt werden. Derartige Besonderheiten des nationalen Rechts könnten nicht über die Anwendung von Art. 39 EG entscheiden.

Gegen die Anwendung von Art. 39 EG spreche schließlich nicht, dass Studienreferendare sich noch in der Ausbildung befinden und nur eine geringe Anzahl von Wochenstunden Unterricht erteilen. Auf den Umfang der Tätigkeit kann es nicht ankommen, sofern dafür überhaupt ein Entgelt geschuldet wird.

Nachdem festgestellt ist, dass der Schutzbereich des Art. 39 EG eröffnet ist, fällt es leicht, in der Ablehnung der Einstellung von Frau Blum in das Lehramtsreferendariat eine Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit zu sehen. Denn maßgebend für

diese Entscheidung waren nicht die Note der Bewerberin im Ersten Juristischen Staatsexamen oder etwa mangelnde Deutschkenntnisse, sondern allein ihre Staatsangehörigkeit, die nach deutschem Recht einer Verbeamtung entgegenstand.

Ebenfalls eine Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit hätte vorgelegen, wenn man Frau Blum angeboten hätte, dass sie ihr Referendariat im Angestelltenverhältnis absolvieren könne. Der Angestellte erhielte nämlich bei gleichem Bruttogehalt ein geringeres Nettogehalt als der Beamte, weil bei ihm von dem Bruttogehalt Sozialversicherungsbeiträge abgezogen werden müssen, die der Beamte nicht schuldet.

Damit spitzt der Fall sich auf die Frage zu, ob für das Lehramtsreferendariat die Bereichsausnahme des Art. 39 IV EG gilt. Diese Frage wird vom EuGH verneint. Der EuGH legt den Begriff der öffentlichen Verwaltung eng aus und beschränkt ihn auf die Wahrnehmung hoheitsrechtlicher Befugnisse. Dies ergebe sich aus dem Ausnahmecharakter von Abs. 4, der eine enge Auslegung erforderlich mache. Nur hinsichtlich der Wahrnehmung hoheitsrechtlicher Befugnisse lasse die Ausnahme sich auch rechtfertigen, weil nur insoweit die Treuebeziehung der Staatsangehörigkeit vorausgesetzt werden dürfe. Für das Schulwesen hat dies die Konsequenz, dass die Bereichsausnahme des Art. 39 IV EG praktisch keine Rolle mehr spielt; allenfalls bei Schulleiterpositionen kann man daran denken.

Die Lawrie-Blum-Entscheidung hatte Konsequenzen für das deutsche Beamtenrecht. Sie zwang zur Öffnung des Schuldienstes für EG-Ausländer. Andererseits ist man herrschend der Meinung, dass gemäß Art. 33 IV GG Lehrer Beamte sind, weil sie hoheitsrechtliche Befugnisse wahrnehmen. Das Verbeamtungsgebot des Art. 33 IV GG und das Öffnungsgebot des Art. 39 IV EG kann man nur in Einklang bringen, wenn man auf die deutsche Staatsangehörigkeit als Ernennungsvoraussetzung für Beamte in dem europarechtlich gebotenen Ausmaß verzichtet. Das ist mit einiger Verzögerung 1993 geschehen. § 4 I Nr. 1 BRRG lautet

seither: "In das Beamtenverhältnis darf nur berufen werden, wer Deutscher im Sinne des Artikels 116 des Grundgesetzes ist oder die Staatsangehörigkeit eines anderen Mitgliedstaates der europäischen Gemeinschaften besitzt." Abs. 2 fügt hinzu: "Wenn die Aufgaben es erfordern, dass nur ein Deutscher im Sinne des Art. 116 des Grundgesetzes in ein Beamtenverhältnis berufen werden (Art. 39 IV EWG-Vertrag)." Mit der Verweisung auf Art. 39 IV EG werden die Probleme umgangen, die sich daraus ergeben können, dass diese Norm und Art. 33 IV GG unterschiedliche Anwendungsbereiche haben. Für das Staatsangehörigkeitserfordernis des Beamtenrechts erklärt dieses selbst Art. 39 IV EG für maßgebend.

## **II. Niederlassungsfreiheit**

### **1. Verhältnis zu den anderen Grundfreiheiten**

Die Niederlassungsfreiheit (Art. 43 - 48) ist das Gegenstück zur Arbeitnehmerfreizügigkeit. Nach Art. 43 II EG gibt sie den Staatsangehörigen von EG-Mitgliedstaaten das Recht, in einem anderen EG-Mitgliedstaat eine selbständige Erwerbstätigkeit aufzunehmen und auszuüben sowie Unternehmen zu gründen und zu leiten, dies alles nach den Bestimmungen des Aufnahmestaates für seine eigenen Angehörigen. Die Niederlassungsfreiheit ist, wie die Arbeitnehmerfreizügigkeit, als Diskriminierungsverbot formuliert, nicht als Beschränkungsverbot. Art. 43 II ähnelt Art. 39 II EG.

Die Gemeinsamkeiten zwischen Arbeitnehmerfreizügigkeit und Niederlassungsfreiheit sind nicht zufällig. Beide Grundfreiheiten stimmen im Kern darin überein, dass ihre Ausübung eine Vollintegration in die Volkswirtschaft eines anderen EG-Mitgliedslandes bewirkt. Das unterscheidet sie von der Warenverkehrs-, der Dienstleistungs- und der Freiheit des Kapital- und des Zahlungsverkehrs. Diese Freiheiten betreffen den grenzüberschreitenden Verkehr, während die Freizügigkeit der Arbeitnehmer und das Niederlassungsrecht nach einmal erfolgtem Grenzübertritt



bedeuten, dass der Inhaber des Rechts innerhalb einer anderen Volkswirtschaft tätig wird. Mit diesem Unterschied kann man rechtfertigen, dass Arbeitnehmerfreizügigkeit und Niederlassungsfreiheit als Diskriminierungsverbote formuliert sind und nicht als Beschränkungsverbote. Bei einer Vollintegration sei dem Anliegen des Binnenmarktes durch die Gewährleistung von Inländergleichbehandlung und damit durch ein Diskriminierungsverbot Rechnung getragen. Bei den anderen Grundfreiheiten gebe die Forderung nach Inländergleichbehandlung dagegen weniger Sinn, weil der Inhaber der Grundfreiheit sich nicht in der Rolle eines Inländers befindet; hier komme es auf die Freistellung von Beschränkungen des Grenzübertritts bei fortbestehenden Unterschieden an.

## **2. Inhalt der Niederlassungsfreiheit**

### **a) Persönlicher Schutzbereich**

Vom Niederlassungsrecht profitieren nach Art. 43 I EG die Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten. Vom Niederlassungsrecht profitieren weiterhin nach Art. 48 I EG bestimmte erwerbswirtschaftlich tätige Gesellschaften.

Auf der Grundlage von Art. 48 I grenzt Abs. 2 den persönlichen Schutzbereich weiter ein: erfasst sind Gesellschaften des bürgerlichen und des Handelsrechts einschließlich der Genossenschaften und die sonstigen juristischen Personen des privaten und des öffentlichen Rechts mit Ausnahme derjenigen, die keinen Erwerbszweck verfolgen. Das letzte Kriterium ist das maßgebende. Den Schutz der Niederlassungsfreiheit genießt nur, wer einen Erwerbszweck verfolgt. Dies gilt nach Art. 55 EG auch für die Dienstleistungsfreiheit. Eine Universität kann sich auf den Schutz beider Freiheiten darum nicht berufen, wohl aber ein Universitätsklinikum.

### **b) Sachlicher Schutzbereich**

Den Kern des sachlichen Schutzbereichs der

Niederlassungsfreiheit bildet gemäß Art. 43 II EG das Recht, in einem anderen Mitgliedstaat eine dauernde selbständige Tätigkeit zu den gleichen Bedingungen wie Inländer auszuüben. Art. 43 II EG gestaltet die Niederlassungsfreiheit als Gleichheitsrecht. Verboten sind Diskriminierungen, wobei auch versteckte Diskriminierungen erfasst werden. Versteckt sind Diskriminierungen, wenn ein anderes Differenzierungsmerkmal gewählt wird als die Staatsangehörigkeit, wenn dieses andere Differenzierungsmerkmal aber so gewählt ist, dass seine Anwendung typischerweise zu einer Benachteiligung von EG-Ausländern führt.

Bei dem Diskriminierungsverbot ist der EuGH jedoch nicht stehengeblieben. Die Niederlassungsfreiheit wird zusätzlich als Beschränkungsverbot gedeutet. Begonnen hat dies mit der Klopp-Entscheidung des EuGH (Slg. 1984, 2971), die für die Rechtsanwaltstätigkeit in Deutschland grundlegende Bedeutung erlangen sollte. **Sachverhalt:** Herr Klopp war in Deutschland als Rechtsanwalt tätig. Er besaß die notwendige Qualifikation, um sich auch in Frankreich als Rechtsanwalt niederzulassen. Dies sollte in der Weise geschehen, dass zusätzlich zu seiner Kanzlei in Deutschland in Frankreich eine Zweigniederlassung gegründet werden sollte. Dem hielten die französischen Behörden entgegen, dass Anwälte in Frankreich keine Zweigniederlassungen betreiben dürften. Dies gelte für französische wie für EG-ausländische Rechtsanwälte in gleicher Weise und stelle auch keine versteckte Diskriminierung dar, weil von dem Verbot nicht typischerweise EG-ausländische Rechtsanwälte betroffen seien. **Lösung:** Der EuGH musste letzteres konzедieren. Eine Diskriminierung lag nicht vor. Trotzdem sah der EuGH in dem französischen Verbot von anwaltlichen Zweigniederlassungen eine unzulässige Beschränkung der Niederlassungsfreiheit. Nicht-diskriminierende Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit seien nur zulässig, wenn sie aus zwingenden Gründen des Allgemeinwohls gerechtfertigt und zur Verwirklichung des verfolgten Zieles geeignet und erforderlich seien. Daran gemessen reiche die Erwägung nicht aus, Zweigniederlassungen seien zum Schutz der

Mandanten zu verbieten, weil dort der Kontakt zum Rechtsanwalt erschwert sei. Diese Erwägung habe durch die Entwicklung der modernen Kommunikationsmöglichkeiten ihre Grundlage verloren. Bei der Niederlassungsfreiheit ist damit eine Rechtsprechungsentwicklung festzustellen, die wir auch schon bei der Arbeitnehmerfreizügigkeit kennengelernt haben. Obwohl Art. 43 II EG als Diskriminierungsverbot formuliert ist, entnimmt der EuGH der Norm auch ein Beschränkungsverbot. Das Beschränkungsverbot wird dabei entsprechend der Cassis-de-Dijon-Rechtsprechung zur Warenverkehrsfreiheit konstruiert.

Die Klopp-Entscheidung sollte erhebliche Auswirkungen auf das Berufsrecht der Rechtsanwälte in Deutschland haben. Bis 1988 galt nämlich als verboten, was heute die Organisation der großen Kanzleien bestimmt: die überörtliche Sozietät. Aus ähnlichen Erwägungen wie in Frankreich die Zweigniederlassung von Rechtsanwälten war in Deutschland in den Standesrichtlinien der Rechtsanwälte die Bildung überörtlicher Rechtsanwaltssozietäten, also von Anwaltssozietäten, die nicht nur einen, sondern mehrere Sitzorte haben, verboten. Dies benachteiligte die deutsche Rechtsanwaltschaft, weil es die Bildung größerer Einheiten erheblich erschwerte. Die Klopp-Entscheidung des EuGH und eine Entscheidung des BVerfG zu den anwaltlichen Standesrichtlinien haben dieses Verbot zu Fall gebracht. Seit 1988 gilt darum auch in Deutschland die Bildung überörtlicher Rechtsanwaltssozietäten als zulässig.

## **2. Schranken und Ausnahmen**

Die Niederlassungsfreiheit steht unter einigen Vorbehalten, die sich teilweise mit dem decken, was wir bei der Warenverkehrsfreiheit und der Freizügigkeit der Arbeitnehmer schon kennengelernt haben. Gemäß Art. 45 I EG findet die Niederlassungsfreiheit keine Anwendung auf Tätigkeiten, die in einem Mitgliedstaat dauernd oder zeitweise mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sind. Diese Klausel entspricht Art. 39 IV EG und wird vom EuGH ebenso eng ausgelegt. Die

Tätigkeit eines Rechtsanwalts fällt nicht darunter, obwohl § 1 BRAO den Rechtsanwalt als Organ der Rechtspflege bezeichnet, wenn auch als ein unabhängiges Organ. Dagegen unterfällt dem Art. 55 I EG die Tätigkeit eines Notars im Hinblick auf sein öffentliches Beurkundungsrecht. Desweiteren sind gemäß Art. 46 I EG Sonderregelungen für Ausländer zulässig, die aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit gerechtfertigt sind. So kann auch ein EG-ausländischer Rechtsanwalt, der in Deutschland niedergelassen ist, unter den strengen Voraussetzungen des § 12 I des Gesetzes über Einreise und Aufenthalt von Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft (AufenthG-EWG) ausgewiesen werden. Nach Art. 45 II EG kann der Rat weitere Ausnahmen von der Niederlassungsfreiheit beschließen. Diese Ermächtigung wurde nie gebraucht. Gleichwohl wird sie im Amsterdamer Vertrag nicht gestrichen.

### 3. Sekundärrecht

Bei der Niederlassungsfreiheit bekommt man es mit einem Problem zu tun, das sich bei der Freizügigkeit der Arbeitnehmer dem Grunde nach zwar auch, aber nicht in diesem Umfang nach stellt. Das Problem besteht in subjektiven Berufszugangsvoraussetzungen des jeweiligen nationalen Rechts. **Beispiel:** Die Niederlassung als Rechtsanwalt setzt in Deutschland ein Zweites Juristisches Staatsexamen voraus. Nimmt man Art. 43 II EG wörtlich, so bedeutet er, dass EG-ausländische Rechtsanwälte sich in Deutschland niederlassen dürfen, wenn sie das Zweite Juristische Staatsexamen absolviert haben. Da dieses Examen am Ende einer Ausbildung steht, die mindestens sieben Jahre dauert, würde die Forderung nach einem Zweiten Juristischen Staatsexamen die Niederlassungsfreiheit für EG-ausländische Rechtsanwälte in Deutschland unattraktiv machen. Um hier Abhilfe zu schaffen, müssen Regeln über die gegenseitige Anerkennung von Diplomen, Prüfungszeugnissen und sonstigen Befähigungsnachweisen erlassen werden. Dieses Problem stellt sich vor allem bei selbständigen Berufen, die dem Schutzbereich der Niederlassungs- und der

Dienstleistungsfreiheit unterfallen, weniger bei unselbständigen Tätigkeiten aus dem Schutzbereich der Arbeitnehmerfreizügigkeit. Die dafür nötigen Rechtsetzungsermächtigungen enthält Art. 57 EG. Für die Dienstleistungsfreiheit wird in Art. 55 EG darauf verwiesen; für die Arbeitnehmerfreizügigkeit trifft Art. 40 EG eine vergleichbare Regelung.

Die beiden ersten Absätze von Art. 47 EG unterscheiden zwei Wege zu diesem Ziel. In Absatz 1 geht es um die Anerkennung von Diplomen, Prüfungszeugnissen und sonstigen Befähigungsnachweisen (Anerkennungsrichtlinien), in Absatz 2 um die Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften über Antritt und Ausübung selbständiger Erwerbstätigkeiten (Koordinierungsrichtlinien). Mit dem Erlass einschlägiger Richtlinien war die EG von Branche zu Branche, von Beruf zu Beruf unterschiedlich erfolgreich. Wenig Probleme gibt es in den Bereichen Handel, Handwerk, Industrie und Landwirtschaft. Große Probleme gab es dagegen bei den freien Berufen. Hier war man zunächst der Meinung, man müsse zu einer Angleichung der Ausbildung, des Prüfungswesens und des Berufsrechts kommen (vertikaler Ansatz); dieses ehrgeizige Vorhaben ließ sich nur bei den medizinischen Berufen verwirklichen. Man begnügt sich seit Mitte der 80er Jahre mit der Definition von Mindestanforderungen hinsichtlich der Befähigungsnachweise und verlangt für deren Anerkennung zum Teil eine Mindestdauer praktischer Erfahrung in dem jeweiligen Beruf (horizontaler Ansatz). Dies ist das Konzept der Richtlinie über die allgemeine Regelung der Anerkennung der Hochschuldiplome vom Dezember 1988, die Mindestvoraussetzungen für Hochschuldiplome festlegt und die Mitgliedstaaten zusätzlich ermächtigt, Anpassungslehrgänge oder Eignungsprüfungen vorzuschreiben.

Nicht so strenge Anforderungen gelten, wenn ein EG-ausländischer Rechtsanwalt, etwa ein niederländischer Advocaat, in Deutschland beruflich tätig werden will, ohne sich hier niederzulassen, wenn er etwa einen niederländischen Mandanten, den er in den Niederlanden ohnehin betreut, in Deutschland vor einem Gericht

vertreten will. Der Anwalt macht dann nicht von der Niederlassungs-, sondern von der Dienstleistungsfreiheit Gebrauch. Einschlägig ist die Richtlinie 77 / 249 vom 22. März 1977 zur Erleichterung der tatsächlichen Ausübung des Dienstleistungsverkehrs der Rechtsanwälte. Diese Richtlinie legt fest, dass jeder in einem Mitgliedstaat niedergelassene Rechtsanwalt einen Mandanten auch in einem anderen Mitgliedstaat vertreten oder verteidigen darf; er ist dabei dem Berufs- und Standesrecht des jeweiligen Mitgliedstaates unterworfen.