
Civis europaeus sum Gewährleistungen und Grenzen der Freizügigkeit der Unionsbürger

Anders Leopold und Constanze Semmelmann*

Inhalt

I.	Einleitung	276
II.	Das Freizügigkeitsrecht im System des Gemeinschaftsrechts	280
1.	Das Verhältnis zu den Grundfreiheiten	280
2.	Gewährleistung, Reichweite und Rechtsnatur des Art. 18 EGV	283
a)	Persönlicher und sachlicher Anwendungsbereich des Art. 18 EGV	283
b)	Unmittelbare Anwendbarkeit	284
c)	Grundfreiheit oder Grundrecht?	285
d)	Erfordernis eines grenzüberschreitenden Bezugs	288
e)	Diskriminierungs- und Beschränkungsverbot?	288
f)	Verhältnis zum Sekundärrecht	290
3.	Das Gleichbehandlungsgebot des Art. 12 i.V.m. Art. 18 EGV	291
a)	Persönlicher Anwendungsbereich des Vertrags i.S.d. Art. 12 EGV	293
b)	Sachlicher Anwendungsbereich des Vertrags i.S.d. Art. 12 EGV	293
4.	Grenzen der Unionsbürgerschaft	296
a)	Beschränkungen der Freizügigkeit	296
b)	Beschränkungen der Gleichbehandlungsansprüche	296
III.	Stellungnahme und Ausblick	301

* Dr. Anders Leopold ist als Richter beim Sozialgericht Lübeck tätig. Constanze Semmelmann ist Oberassistentin am Institut für Europarecht an der Universität Fribourg, Schweiz (Lehrstuhl Prof. Dr. Astrid Epiney LL.M.).

I. Einleitung

Die Freizügigkeit der Bürger in Europa ist eine der ursprünglichen Ideen der Europäischen Union (EU).¹ Dabei stand neben der Warenverkehrsfreiheit die Freizügigkeit der Arbeitnehmer im Vordergrund, denn gefördert werden sollte vor allem die grenzüberschreitende Beschäftigung von Personen auf der Grundlage von Art. 39 EGV. Diesem Ziel wurde zusätzlich zur primärrechtlichen Gewährleistung des Freizügigkeitsrechts durch mehrere Verordnungen und Richtlinien, unter ihnen die Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 und die Verordnung (EWG) Nr. 1408/71, und deren Auslegung in zahlreichen Gerichtsentscheidungen² zu praktischer Wirksamkeit verholfen. Mit der Freizügigkeit und deren flankierenden Maßnahmen wurde eine überwiegend ökonomische Zielsetzung verfolgt, nämlich die Verwirklichung des Binnenmarktes.

Viele der in den letzten Jahren ergangenen Urteile des Europäischen Gerichtshofs in Luxemburg (EuGH) verdeutlichen jedoch, dass neben die wirtschaftliche Dimension der Freizügigkeit in der EU inzwischen auch eine bedeutsame – großteils durch den Gerichtshof geschaffene – nicht-wirtschaftliche Dimension getreten ist. Als ein wesentlicher Katalysator dieser nicht-wirtschaftlichen Komponente der EU erweisen sich die Vorschriften über die Unionsbürgerschaft in Art. 17 und 18 EGV. Ziel ihrer Einführung mit dem Vertrag von Maastricht 1992 war der weitere Ausbau der EU von einem Europa der Wirtschaft zu einem Europa der Bürger,³ in dem der Einzelne „zum Zentrum des Unionsrechts“ geworden zu sein scheint.⁴ Dies wird auch an Art. 2, 3. Spiegelstrich EUV deutlich. Zwar wurde der Unionsbürgerschaft zunächst lediglich die Bedeutung eines bloßen Identifikationssymbols oder Legitimationsfaktors zugedacht. Weit über einen symbolischen Charakter hinaus haben die Vorschriften über die Unionsbürgerschaft – auch im Zusammenspiel mit dem allgemeinen Diskriminierungsverbot des Art. 12 EGV – in den letzten Jahren aber die Dynamik des EU-Rechts unter Beweis gestellt und in besonderem Maße den Stand der europäischen Integration verdeutlicht. Ihnen kommt durch die Entwicklung der jüngsten Rechtsprechung des EuGH eine immer größer werdende praktische Bedeutung zu. Die Unionsbürgerschaft überwindet zweifelsohne den Status des EU-Bürgers als Marktbürger.⁵ Auch wenn der EG-Vertrag

¹ Aus Gründen der Übersichtlichkeit wird im Folgenden für die Bereiche der Europäischen Union (EU) als auch der Europäischen Gemeinschaft (EG) nur der Begriff „Europäische Union (EU)“ verwendet, soweit nicht ausdrücklich auf die EG verwiesen wird. Vgl. insgesamt Schlussanträge GA Colomer zu EuGH, Rs. C-11/06 und C-12/06, *Morgan*, Nr. 3, noch nicht in aml. Slg., jedoch unter <http://curia.europa.eu/> abrufbar.

² Einen Überblick zur VO (EWG) Nr. 1408/71 bietet *Eichenhofer*, Neuere Rechtsprechung des EuGH zum Europäischen Sozialrecht, JZ 1995, S. 1047 ff.; ders., Rechtsprechung des EuGH zum Europäischen koordinierenden Sozialrecht, JZ 2005, S. 558 ff.

³ *Kluth*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/EGV, 3. Aufl. 2007, Art. 19 EGV, Rdnr. 1.

⁴ *Kadelbach*, in: von Bogdandy (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, 2003, S. 539.

explizit politische Rechte an die Unionsbürgerschaft knüpft, sind es weniger die Wahlrechte oder das Recht auf diplomatischen Schutz irgendeines Mitgliedstaats, sondern die Freizügigkeit und die damit zusammenhängenden Gleichbehandlungsrechte, die quantitativ ins Auge fallen und qualitativ – insbesondere aus methodischen und dogmatischen Gründen⁶ – für Furore sorgten und sorgen. Indes wachsen mit ihnen auch die Herausforderungen für die Mitgliedstaaten. So zeigen sich haushaltsrechtliche Schwierigkeiten speziell bei der Gewährung bestimmter Sozialleistungen.⁷ Dort entfaltet die Unionsbürgerschaft ihre bisher stärkste Innovationskraft.⁸

Betrachtet man die politische und die rechtliche Dimension der Unionsbürgerschaft, so wird deutlich, dass zwischen beiden durchaus beträchtliche Divergenzen bestehen und das Recht in Teilen der Politik weit voraus ist. Auf die politische Dimension der Unionsbürgerschaft soll hier nur am Rande eingegangen werden.⁹ Topoi wie Identität und Identifikation, Zugehörigkeitsgefühl zu einem wie auch immer konstituierten *demos*, politische Mitsprache und Partizipation, Pflichten und Loyalitäten zwischen der nationalen Staatsangehörigkeit und der Unionsbürgerschaft prägen die Debatten. Der Begriff der Bürgerschaft bezeichnet das Verhältnis des Einzelnen zu einem Gemeinwesen und zur öffentlichen Gewalt. So stand beispielsweise der römisch-rechtliche *civis* für den Anspruch, als gleichberechtigtes Mitglied einer bestimmten Gemeinschaft anerkannt zu werden.¹⁰ Der Bürger verschreibt sich einer bestimmten Identität, wird nach innen mit Rechten und Pflichten ausgestattet und nach außen von Nichtbürgern abgegrenzt.¹¹ Er definiert dadurch seine Zugehörigkeit.

⁵ *Ipsen/Nicolaysen*, Europäisches Gemeinschaftsrecht im Hochschulstudium, Bericht über die aktuelle Entwicklung des Gemeinschaftsrechts, NJW 1964, S. 961 f.; *Everson*, in: Shaw/More (Hrsg.), New Legal Dynamics of European Union, 1995, S. 73; *Kadelbach*, in: von Bogdandy, (Fn. 4), S. 541.

⁶ Sehr deutlich *Hailbronner*, Die Unionsbürgerschaft und das Ende rationaler Jurisprudenz durch den EuGH?, NJW 2004, S. 2185 ff.; relativierend *Schreiber*, Die Bedeutung des Gleichbehandlungsanspruchs aus Art. 12 i.V.m. Art. 18 EGV für Grundsicherungsleistungen (SGB II und SGB XII), ZESAR 2006, S. 427.

⁷ Näher hierzu *ibid.*, S. 423 ff.

⁸ *Hilpold*, Hochschulzugang und Unionsbürgerschaft, Das Urteil des EuGH, vom 07.07.2005 – Rs. C-147/03 – Kommission gegen Österreich, EuZW 2005, S. 647.

⁹ Weiterführend *Haltern*, Europarecht, 2. Aufl. 2007, Rdnr. 632 f.; *Weiler*, To be a European citizen – Eros and civilization, JEPP 4 (1997), S. 495; *Magnette*, How can one be European? Reflections on the Pillars of European Civic Identity, ELJ 13 (2007), S. 664 ff.

¹⁰ Weiterführend *Riedel*, Bürger, Staatsbürger, Bürgertum, in: Brunner/Conze/Koselleck (Hrsg.), Geschichtliche Grundbegriffe, Bd. I, 1972, S. 672 ff.

¹¹ *Kingreen*, Die Universalisierung sozialer Rechte im europäischen Gemeinschaftsrecht, EuR Beiheft 1/2007, S. 43 f., 51.

Problematisch ist die Bestimmung dieser Identität und ihrer Voraussetzungen, denn sie können komplex und fragmentiert sein.¹² Auf der einen Seite stehen affektive und emotionale Bindungen an ein bestimmtes Projekt, während andererseits politische Identitäten die Zugehörigkeit zu einem Staat, einer Region oder einer Staatengemeinschaft ausdrücken. Damit sich ein Gemeinwesen konstituiert und Legitimität gewinnt, bedarf es der Partizipation von Individuen am politischen Prozess.¹³ Wer partizipieren darf, wird historisch insbesondere durch geographische Repräsentationskonzepte festgelegt. Damit erhält der Begriff des „Volkes“ eine demokratiegestützte Konnotation, wenn man nicht außerhalb von Nationalstaaten der „no-demos“-These folgt. Darüber hinaus stellt er aber auch Anforderungen an die kulturelle und soziale Homogenität, wobei ein Verfassungspatriotismus jedoch ebenso in einem Nebeneinander verschiedener kultureller Lebensformen mit Sozialisation in einer gemeinsamen liberalen politischen Kultur liegen kann.¹⁴

Wo es um Beziehungen des Einzelnen zu mehreren Gemeinschaften geht, bestehen unterschiedlich gestaltete Beziehungen: Statt eines Exklusivitätsverhältnisses gilt es, die Andersartigkeit in der Vielfalt anzuerkennen und zu respektieren.¹⁵ Da die Unionsbürgerschaft über die nach nationalem Recht zu definierende Staatsangehörigkeit vermittelt wird, sind diese Beziehungen des Einzelnen zur EU noch zu vertiefen. Ein erfolgreiches und funktionierendes Konzept der Unionsbürgerschaft würde also voraussetzen, dass innerhalb eines bestimmten abgegrenzten Raumes ein gemeinsames Projekt der EU-Bürger unter deren politischer Mitsprache verfolgt wird. In der EU sind gewisse rechtliche Voraussetzungen zur Wahrnehmung und Durchsetzung von Rechten, wie beispielsweise die unmittelbare Anwendbarkeit von Grundfreiheiten, die Anerkennung von Grundrechten und über die nationalen Gerichte vermittelter Rechtsschutz geschaffen worden. Darüber hinaus findet politische Mitsprache durch Wahlen zum Europäischen Parlament und indirekt über die nationalen Parlamente statt. Es fehlt jedoch meist die affektive Dimension neben dem Bedürfnis nach intensiverer Einbindung in das politische Leben und Regieren, die zu einer Legitimation der politischen Dimension der EU erforderlich ist. Das rationalistische Konzepte des Marktbürgers sich im kol-

¹² Haltern, (Fn. 9), Rdnr. 632.

¹³ Weiler, in: De La Torre (Hrsg.), *European Citizenship. An institutional challenge*, 1998, S. 6.

¹⁴ Habermas, *Faktizität und Geltung*, 1992, S. 642.

¹⁵ Weiler, in: De La Torre, (Fn. 13), S. 1 f.; *Magnette*, (Fn. 9), S. 664, der für einen Prozess der „gegenseitigen Anerkennung“ innerhalb der EU plädiert. Siehe dazu auch Grundrechtecharta der EU, ABl. Nr. C 303 v. 14.12.2007, S. 1, Präambel: „Die Union trägt zur Erhaltung und zur Entwicklung dieser gemeinsamen Werte unter Achtung der Vielfalt der Kulturen und Traditionen der Völker Europas sowie der nationalen Identität der Mitgliedstaaten und der Organisation ihrer staatlichen Gewalt auf nationaler, regionaler und lokaler Ebene bei. Sie ist bestrebt, eine ausgewogene und nachhaltige Entwicklung zu fördern und stellt den freien Personen-, Dienstleistungs-, Waren- und Kapitalverkehr sowie die Niederlassungsfreiheit sicher.“

lektiven Gedächtnis nicht als ausreichend identitätsstiftend erwiesen haben, verwundert nicht. Daher gilt es, neue, moralisch und partizipatorisch begründete Wege zur Schaffung eines (parallelen) Zugehörigkeitsgefühls zu begründen. Eine Herausforderung stellen in diesem Zusammenhang die Vermeidung der Rhetorik eines Superstaats sowie der Flaggen- und Hymnensymbolik, das Fehlen einer gemeinsamen, mit europäischen Mythen und Geschichten gesäumten Vergangenheit sowie einer gemeinsamen Sprache dar.

Es stellt sich außerdem die Frage, ob eine soziale Komponente notwendigerweise Teil einer Bürgerschaft sein soll.¹⁶ Grenzüberschreitende Solidarität, das Füreinander-Einstehen auch in finanzieller Hinsicht, ist zuerst eine Frage des „Teilen-Wollens“, die umso wahrscheinlicher bejaht wird, je homogener eine Gemeinschaft ist und weniger fremd das Andersartige wirkt. Erst auf der folgenden Stufe stellt sich das Problem der Belastung öffentlichen Haushalte.¹⁷

Je mehr Pflichten und Rechtsbefolgungen verlangt werden – sei es von Individuen oder mitgliedstaatlichen Stellen – desto mehr Zugehörigkeitsgefühl ist erforderlich.

Vor diesem Hintergrund und mit dem Ziel einer Annäherung von rechtlicher und politischer Dimension ist es daher umso wichtiger, die Vorschriften über die Freizügigkeit der Unionsbürger auf ihre Gewährleistungen und Grenzen zu überprüfen. Dieser Aufgabe dienen die folgenden Ausführungen.

Nachstehend wird zunächst eine Abgrenzung des Freizügigkeitsrechts im Zusammenhang mit wirtschaftlicher Tätigkeit und dessen flankierenden Ansprüchen von demjenigen Freizügigkeitsrecht vorgenommen, das keine wirtschaftliche Tätigkeit voraussetzt (II.1.). Im Anschluss daran folgt eine Analyse der Gewährleistungen des Art. 18 EGV, seiner Rechtsnatur, Reichweite sowie des Verhältnisses von Art. 18 EGV zum darauf gestützten Sekundärrecht (II.2.). Ferner sollen die aus Art. 18 i.V.m Art. 12 EGV resultierenden Rechte näher beleuchtet werden (II.3.), bevor auf die Grenzen der Unionsbürgerschaft und deren Folgeansprüche eingegangen wird (II.4.). Abschließend erfolgt eine Stellungnahme sowie ein kurzer Ausblick (III.).

¹⁶ Dazu klassisch *Marshall*, *Citizenship and social class*, 1950, dt. Ausgabe, hrsg. von Rieger, *Bürgerrechte und Soziale Klassen*, 1992, der Bürgerschaftszugehörigkeit als Grundlage auch sozialer Inklusion betrachtete.

¹⁷ *Haltern*, (Fn. 9), Rdnr. 643.

II. Das Freizügigkeitsrecht im System des Gemeinschaftsrechts

1. Das Verhältnis zu den Grundfreiheiten

Die praktisch wichtigste Gewährleistung des zweiten Teils des EG-Vertrags ist die in Art. 18 EGV normierte Freizügigkeit. Die wissenschaftlichen Diskussionen und die – wenig überraschend – uneinheitliche Rechtsprechung hinsichtlich der Rechtsnatur sind nicht zuletzt Irritationen wegen der fehlenden wirtschaftlichen Komponente geschuldet. Denn bis zur Einführung der Unionsbürgerschaft stellte der EG-Vertrag Freizügigkeitsrechte nur denjenigen zur Verfügung, die sich wirtschaftlich betätigten. Dies umfasst die Warenverkehrsfreiheit (Art. 28 EGV), die Arbeitnehmerfreizügigkeit (Art. 39 EGV), die Dienstleistungs- (Art. 49 f. EGV) wie auch die Niederlassungs- (Art. 43 EGV) und die Kapitalverkehrsfreiheit (Art. 56 EGV).

Mit der (Personen-)Freizügigkeit verbundene Rechte für wirtschaftlich Tätige und ihre Familienangehörigen waren und sind aber nicht nur im Primärrecht, sondern auch im Sekundärrecht geregelt.¹⁸ Denn ohne beispielsweise die Berücksichtigung etwaig vorhandener (nicht selbst wirtschaftlich tätiger) Familienangehöriger bei der Ausgestaltung der Freizügigkeitsgewährleistungen und weiterer flankierender Ansprüche, die in Verbindung mit der wirtschaftlichen Tätigkeit stehen, würden die Freizügigkeitsrechte lediglich einen reduzierten Ausschnitt der Realität wiedergeben. Bleiberechte nach Beendigung eines Arbeitsverhältnisses oder einer selbstständigen Tätigkeit waren und sind zur Abrundung des Freizügigkeitsrechts ebenfalls sekundärrechtlich geregelt.¹⁹

Die Bleibe- und Aufenthaltsrechte sowie die soziale Sicherung von Familienangehörigen waren ebenso an die wirtschaftliche Tätigkeit der Aktiven gebunden. Somit war sichergestellt, dass eine Eingliederung in das Arbeitsleben des AufnahmeStaats grundsätzlich Voraussetzung des (abgeleiteten) Aufenthaltsrechts und etwaiger Leistungen war, was regelmäßig zu Steuer- und Lohnnebenkosteneinnahmen

¹⁸ Vgl. insbesondere VO (EWG) Nr. 1612/68 (Freizügigkeit der Arbeitnehmer), RL 68/360/EWG (Reise- und Aufenthaltsbeschränkungen der Arbeitnehmer und ihrer Familienangehörigen); zum früheren Sekundärrecht *Kluth*, in: Calliess/Ruffert, (Fn. 3), Art. 18 EGV, Rdnr. 1; *Kaufmann-Bühler*, in: Lenz/Borchardt (Hrsg.), EUV/EGV, 4. Aufl. 2006, Art. 18 EGV, Rdnr. 4. Jetzt gilt auch in diesem Bereich weitestgehend die RL 2004/38/EG des Rates und des Parlaments v. 29.4.2004 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, zur Änderung der VO (EWG) Nr. 1612/68 und zur Aufhebung der RL 64/221/EWG, 68/360/EWG, 72/194/EWG, 73/148/EWG, 75/34/EWG, 75/35/EWG, 90/364/EWG, 90/365/EWG und 93/96/EWG, ABl. Nr. L 158 v. 30.4.2004, S. 77 (im Folgenden: RL 2004/38/EG).

¹⁹ VO (EWG) Nr. 1251/70 hinsichtlich ehemaliger Arbeitnehmer und ihrer Familienangehörigen; RL 75/34/EWG hinsichtlich selbstständiger in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassener Unternehmer und ihrer Familienangehörigen. Auch hier gilt nun die RL 2004/38/EG.

im Aufnahmestaat führte. Auf Grundlage der unmittelbar anwendbaren, gegenüber den Mitgliedstaaten gewährten und wirtschaftlich begründeten Rechte wurde der Einzelne zum Durchsetzungsinstrument integrationspolitischer Forderungen weitgehend ohne moralische Dimension.²⁰ Eine „Entfunktionalisierung“ und damit Emanzipierung der Grundfreiheiten aus dem wirtschaftlichen Kontext wurde erst im Bereich der passiven Dienstleistungsfreiheit vorgenommen.²¹

Artikel 18 EGV hingegen verleiht jedem – also insbesondere dem wirtschaftlich nicht aktiven – Unionsbürger das Recht, vorbehaltlich Bedingungen und Beschränkungen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten sowie das Recht, einen Mitgliedstaat verlassen zu können.²²

Die sekundärrechtliche Ausgestaltung des von einer wirtschaftlichen Tätigkeit unabhängigen Freizügigkeitsrechts war in den frühen 90er Jahren Gegenstand mehrerer Richtlinien²³ betreffend Studenten, nicht (mehr) Erwerbstätiger und anderer Personen. Hiermit einher ging eine Erweiterung der vorwiegend wirtschaftlichen Ausrichtung der Gemeinschaft hin zu einem Europa der Bürger. In der Vergangenheit hat sich das Nebeneinander zahlreicher sekundärrechtlicher Regelungen indes als wenig überschaubar erwiesen. Die Richtlinie 2004/38/EG fasst nun jegliche früheren bereichsspezifischen und fragmentarischen Richtlinien und Verordnungen in Verbindung mit der – wie auch immer gearteten – Freizügigkeit in einem einheitlichen Rechtsakt zusammen.²⁴ Demnach können sich Unionsbürger drei Monate in einem Mitgliedstaat aufhalten und brauchen dafür lediglich im Besitz eines gültigen Identitätsausweises zu sein.²⁵ Ein Aufenthalt zwischen drei Monaten und fünf Jahren erfordert den Nachweis ausreichender Existenzmittel für den Unionsbürger und seine Familienangehörigen neben einem umfassenden Krankenversicherungsschutz.²⁶ Das Daueraufenthaltsrecht setzt einen rechtmäßigen fünfjährigen ununterbrochenen Aufenthalt im Gaststaat voraus, gilt dann jedoch ohne weitere Voraussetzungen.²⁷

²⁰ Dazu *Calliess*, Der Unionsbürger: Status, Dogmatik und Dynamik, EuR Beiheft 1/2007, S. 23 f.; *Everson*, in: Shaw/More, (Fn. 5), S. 73.

²¹ *Kadelbach*, in: von Bogdandy, (Fn. 4), S. 543 unter Verweis auf EuGH, verb. Rs. 286/82 und 26/83, *Luisi und Carbone*, Slg. 1984, 377.

²² *Kubicki*, Die subjektivrechtliche Komponente der Unionsbürgerschaft, EuR 2006, S. 489 f.

²³ RL 90/364/EWG, RL 90/365/EWG, RL 93/96/EWG.

²⁴ Art. 38 und 40 RL 2004/38/EG.

²⁵ Art. 6 RL 2004/38/EG.

²⁶ Art. 7 RL 2004/38/EG.

²⁷ Art. 16 und 17 RL 2004/38/EG.

Im Verhältnis zwischen Art. 18 EGV und den Grundfreiheiten gehen letztere grundsätzlich als *leges speciales* vor.²⁸ Jedoch hat sich die Unionsbürgerschaft als Mittel erwiesen, den Anwendungsbereich der Grundfreiheiten an seinen Rändern zu erweitern. Dies geschah beispielsweise im Urteil *Collins* mit Blick auf eine Beihilfe für Arbeitssuchende im Vereinigten Königreich, in dem der Anwendungsbereich der Arbeitnehmerfreizügigkeit auf Grundlage der Unionsbürgerschaft auf die Phase der Arbeitssuche „vorverlagert“ wurde.²⁹

Einen weiteren Fall der Einwirkung der Unionsbürgerschaft auf das Konzept des Arbeitnehmers im Sinne des Art. 39 EGV und des flankierenden Sekundärrechts stellt die Situation der Wohnsitzverlegung aus nichtberuflichen Gründen dar. Die Erfordernisse des grenzüberschreitenden Bezugs und die Exportierbarkeit von Sozialleistungen zwischen wirtschaftlicher und nicht-wirtschaftlicher Tätigkeit wurden vom Gerichtshof in einigen kürzlich ergangenen Entscheidungen ohne explizite Prüfung der Unionsbürgerschaft, aber vermutlich unter Berücksichtigung einer davon inspirierten fortgeschrittenen Integrationsstufe ausgelegt: In den Rechtssachen *Hartmann*³⁰ und *Hendrix*³¹ bestätigte der Gerichtshof seine Rechtsprechung aus *Ritter Coulais*³² und kam zu dem Ergebnis, dass eine bloße Wohnsitzverlegung unabhängig von einer Verlegung des Arbeitsplatzes in einen anderen Mitgliedstaat die Anwendbarkeit der Arbeitnehmerfreizügigkeit und deren flankierenden Rechte begründen kann. Da Generalanwalt *Geelhoed* in seinen Schlussanträgen zu *Hartmann*³³ für eine enge binnenmarktgestützte Definition von Freizügigkeit und deren flankierenden Ansprüchen plädiert hatte³⁴ und Generalanwältin *Kokott* im Fall *Hendrix* für eine Personenfreizügigkeit unabhängig vom wirt-

²⁸ Statt vieler *Scheuing*, Freizügigkeit als Unionsbürgerrecht, EuR 2003, S. 763 f.; *Haltern*, (Fn. 9), Rdnr. 1265.

²⁹ EuGH, Rs. C-138/02, *Collins*, Slg. 2004, I-2703, Rdnr. 63: „Angesichts der Einführung der Unionsbürgerschaft und angesichts der Auslegung, die das Recht der Unionsbürger auf Gleichbehandlung in der Rechtsprechung erfahren hat, ist es nicht mehr möglich, vom Anwendungsbereich des Artikels 48 Absatz 2 EG-Vertrag, der eine Ausprägung des in Artikel 6 EG-Vertrag garantierten tragenden Grundsatzes der Gleichbehandlung ist, eine finanzielle Leistung auszunehmen, die den Zugang zum Arbeitsmarkt eines Mitgliedstaats erleichtern soll.“ Bestätigung in EuGH, Rs. C-258/04, *Ioannidis*, Slg. 2005, I-8275, Rdnr. 22.

³⁰ EuGH, Rs. C-212/05, *Hartmann*, noch nicht in der amtlichen Slg., jedoch unter <http://curia.europa.eu/> abrufbar; zu diesem Urteil vgl. die Anmerkung von *Devetzi*, ZESAR 2008, S. 99 ff.

³¹ EuGH, Rs. C-287/05, *Hendrix*, noch nicht in amtl. Slg., jedoch unter <http://curia.europa.eu/> abrufbar.

³² EuGH, Rs. C-152/03, *Ritter Coulais*, Slg. 2006, I-1711, in der die Rechtsprechung des EuGH, Rs. C-112/91, *Werner*, Slg. 1993, I-429 neu interpretiert wird.

³³ Schlussanträge GA *Geelhoed* zu EuGH, Rs. C-212/05, *Hartmann*, noch nicht in amtl. Slg., jedoch unter <http://curia.europa.eu/> abrufbar.

³⁴ Insb. *ibid.*, Nr. 41.

schaftlichen Eingebundensein in den Staat des Leistungserbringers Position bezogen hatte,³⁵ wurden diese Urteile mit großer Spannung erwartet.

Der Europäische Gerichtshof schloss sich letzterem Ansatz an und setzte sich damit über das Vorbringen der Mitgliedstaaten und der Kommission hinweg. In *Hartmann* ging es um die Gewährung von Erziehungsgeld an die österreichische Ehefrau eines Deutschen, der in Deutschland arbeitet und mit seiner Familie in Österreich wohnt, also aus privaten Gründen nach Österreich gezogen war. Der Gerichtshof bejahte die Wanderarbeitnehmereigenschaft des Mannes, der seinen Wohnsitz aus berufsfremden Gründen verlegt hatte, und hielt das im Bundeserziehungsgeldgesetz normierte Wohnsitzerfordernis in Deutschland unter Verweis auf die Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 für mittelbar diskriminierend. Gegenstand der Rechtssache *Hendrix* war die Frage der Vereinbarkeit der Beschränkung einer beitragsunabhängigen Sonderleistung zulasten eines behinderten Arbeitnehmers mangels Wohnsitzes im Staat des Leistungsträgers. Der Gerichtshof bejahte auch hier die Wanderarbeitnehmereigenschaft und befürwortete eine Auslegung der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 im Lichte ihres Zweckes, nämlich der „Herstellung der größtmöglichen Freizügigkeit für die Wanderarbeitnehmer“.³⁶ Ein an den wirtschaftlichen und sozialen Kontext gebundenes nationales Wohnortfordernis kann gerechtfertigt sein, wenn es gemeinschaftsrechtskonform ausgelegt wird. Auch wenn die Unionsbürgerschaft keine ausdrückliche Rolle gespielt hat, wurden Schnittstellen der wirtschaftlichen und nicht-wirtschaftlichen Tätigkeiten in den Schlussanträgen diskutiert, die implizit die Reichweite der wirtschaftlich basierten flankierenden Sozialleistungsansprüche ausgedehnt haben.³⁷

Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, inwieweit sich das allgemeine Freizügigkeitsrecht des Art. 18 EGV dogmatisch in Bezug auf die Reichweite, das Erfordernis eines grenzüberschreitenden Elements und die Anforderungen an eine Rechtfertigung von Beschränkungen den Grundfreiheiten annähert.

2. Gewährleistung, Reichweite und Rechtsnatur des Art. 18 EGV

a) Persönlicher und sachlicher Anwendungsbereich des Art. 18 EGV

In sachlicher Hinsicht erstreckt sich Art. 18 EGV auf die Bewegung und den Aufenthalt innerhalb des Gebietes der Mitgliedstaaten. Erfasst werden damit die Einreise in die Mitgliedstaaten, die freie Bewegung in ihrem Hoheitsgebiet, das Ver-

³⁵ Schlussanträge GAin *Kokott* zu EuGH, Rs. C-287/05, *Hendrix*, noch nicht in amtl. Slg., jedoch unter <http://curia.europa.eu/> abrufbar.

³⁶ *Ibid.*, Rdnr. 52.

³⁷ Ähnlich *Cousins*, Free Movement of Workers, EU Citizenship and Access to Social Advantages, *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 14 (2007), S. 359.

lassen des Hoheitsgebietes des Heimatstaats oder eines anderen Mitgliedstaats und der ständige Aufenthalt an einem Ort einschließlich Wohnsitznahme.³⁸

Die Gewährleistung des Art. 18 EGV erfasst in persönlicher Hinsicht in erster Linie natürliche Personen. Auch juristische Personen können erfasst sein. Da diese jedoch größtenteils unter die wirtschaftlichen Freiheiten fallen, erscheint die Vorschrift jenseits natürlicher Personen allenfalls für gemeinnützige Vereinigungen ohne Erwerbszweck von praktischer Bedeutung zu sein.³⁹ Unschädlich ist, wenn Mitgliedstaatsangehörige gleichzeitig die Staatsangehörigkeit eines Drittstaats besitzen.⁴⁰ Drittstaatsangehörige fallen zwar nach derzeitigem Stand *per definitionem* (vgl. Art. 17 Abs. 1 Satz 2 EGV) nicht in den persönlichen Anwendungsbereich der Unionsbürgerschaft. In der Literatur werden jedoch Erweiterungen diskutiert, insbesondere gestützt auf Rechte Drittstaatsangehöriger im Sekundärrecht.⁴¹ Auch in der Praxis scheinen die Grenzen bereits fließend zu sein. So wurde im Urteil *Zhu und Chen* ein eigenständiges, aus Art. 18 EGV abgeleitetes (Aufenthalts-)Recht für eine drittstaatsangehörige Mutter eines mit EU-Staatsangehörigkeit geborenen Kindes anerkannt.⁴²

b) Unmittelbare Anwendbarkeit

Aufgrund des Wortlauts des Art. 18 EGV war lange Zeit umstritten, ob sich der Einzelne vor nationalen Gerichten direkt auf diese Bestimmung berufen kann oder ob sie nur im Zusammenhang mit ihren sekundärrechtlich festgelegten Grenzen zu sehen ist.⁴³ Unmittelbare Anwendbarkeit einer Primärrechtsnorm bedeutet, dass sich ein Einzelner vor nationalen Gerichten und Behörden direkt auf eine

³⁸ Kluth, in: Calliess/Ruffert, (Fn. 3), Art. 18 EGV, Rdnr. 4.

³⁹ Hatje, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, 2000, Art. 18 EGV, Rdnr. 7.

⁴⁰ EuGH, Rs. C-122/96, *Saldanha*, Slg. 1997, I-5325, Rdnr. 15.

⁴¹ Z.B. *Epiney*, The Scope of Article 12 EC: Some Remarks on the Influence of European Citizenship, ELJ 13 (2007), S. 622 mit insoweit grundsätzlich positiver Haltung.

⁴² EuGH, Rs. C-200/02, *Zhu und Chen*, Slg. 2004, I-9925, Rdnr. 45: „Würde aber dem Elternteil mit Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaats oder eines Drittstaats, der für ein Kind, dem Artikel 18 EG und die Richtlinie 90/364 ein Aufenthaltsrecht zuerkennen, tatsächlich sorgt, nicht erlaubt, sich mit diesem Kind im Aufnahmemitgliedstaat aufzuhalten, so würde dem Aufenthaltsrecht des Kindes jede praktische Wirksamkeit genommen. Offenkundig setzt nämlich der Genuss des Aufenthaltsrechts durch ein Kind im Kleinkindalter voraus, dass sich die für das Kind tatsächlich sorgende Person bei diesem aufhalten darf und dass es demgemäß dieser Person ermöglicht wird, während dieses Aufenthalts mit dem Kind zusammen im Aufnahmemitgliedstaat zu wohnen (sinngemäß zu Artikel 12 der Verordnung Nr. 1612/68 EuGH, Urt. v. 17.9.2002, C-413/99, Slg. 2002, I-7091, Rdnr. 71-75 – Baumbast).“

⁴³ Zum früheren Streitstand, vgl. *Bode*, Von der Freizügigkeit zur sozialen Gleichstellung aller Unionsbürger? Zur Wirkung und Reichweite von Art. 18 EG in der Rechtsprechung des EuGH, EuZW 2003, S. 552, 554.

Vorschrift des Gemeinschaftsrechts berufen kann und sie auf diese Weise gerichtlich durchsetzbare Rechte Einzelner begründet.⁴⁴ Die EU-Rechtsordnung selbst bestimmt die unmittelbare Anwendbarkeit von Vorschriften unter folgenden Bedingungen: Es bedarf einer klaren, uneingeschränkten und vorbehaltlosen Verpflichtung, deren Erfüllung nicht von einem internen Rechtssetzungsakt abhängig ist.⁴⁵ Darin wird die Emanzipierung des EG-Rechts von seinem völkerrechtlichen Ursprung deutlich, wo *self-executing* Normen die Ausnahme darstellen.⁴⁶ Der EuGH hat sich im Fall *Baumbast*⁴⁷ unter Zustimmung der Literatur⁴⁸ ausdrücklich zur unmittelbaren Anwendbarkeit von Art. 18 EGV bekannt. Damit reiht sich Art. 18 EGV hinsichtlich seiner Wirkung in den nationalen Rechtsordnungen in die Kategorie des Zollverbots, des freien Warenverkehrs, der Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit sowie des allgemeinen Diskriminierungsverbotes aufgrund der Staatsangehörigkeit und der Lohngleichheit von Männern und Frauen ein.⁴⁹

c) Grundfreiheit oder Grundrecht?

Gerade weil dem Freizügigkeitsrecht des Art. 18 EGV die wirtschaftliche und somit funktionale Komponente fehlt, ist wenig überraschend, dass es teilweise als Grundrecht aufgefasst wird.⁵⁰ Dieses Ergebnis wird zum einen daraus hergeleitet, dass Art. 18 EGV einen Kontrollmaßstab für nachrangiges Gemeinschafts- und nationales Recht darstellt und zum anderen aus dem symbolischen Gehalt, der ihm zuge-

⁴⁴ EuGH, Rs. 26/62, *van Gend & Loos*, Slg. 1962, 25. Zur unmittelbaren Anwendbarkeit von Richtlinien im vertikalen Verhältnis, siehe EuGH, Rs. 103/88, *Fratelli Costanzo*, Slg. 1989, 1839, Rdnr. 31.

⁴⁵ Klassisch EuGH, Rs. 26/62, *van Gend & Loos*, Slg. 1962, 25.

⁴⁶ Dazu *de Witte*, in: Craig/de Búrca (Hrsg.), *The Evolution of EU Law*, 1999, S. 177.

⁴⁷ EuGH, Rs. C-413/99, *Baumbast*, Slg. 2002, I-7091, Rdnr. 84 f.

⁴⁸ Siehe z.B. *Kadelbach*, in: Ehlers (Hrsg.), *Europäische Grundfreiheiten und Grundrechte*, 2. Aufl. 2005, § 21, Rdnr. 39; *Kubicki*, (Fn. 22), EuR 2006, S. 489 f.

⁴⁹ Dazu etwa *Pernice*, *Der verfassungsrechtliche Status der Unionsbürger*, in: Colneric u.a. (Hrsg.), *Une communauté de droit*, Fs. für Rodríguez Iglesias, 2003, S. 177, 182.

⁵⁰ Vereinzelt sogar in der Rspr. des EuGH, vgl. z.B. EuGH, Rs. C-200/02, *Zhu und Chen*, Slg. 2004, I-9925, Rdnr. 33; EuGH, Rs. C-408/03, *Kommission/Belgien*, Slg. 2006, I-2647, Rdnr. 44. So z.B. Schlussanträge GA Tizzano zu EuGH, Rs. C-200/02, *Zhu und Chen*, Slg. 2004, I-9925, Nr. 73; vgl. auch *Hatje*, in: Schwarze, (Fn. 39), Art. 18 EGV, Rdnr. 1; *Kluth*, in: Calliess/Ruffert, (Fn. 3), Art. 18 EGV, Rdnr. 15, der Art. 18 EG zumindest „auch als Grundrecht“ bezeichnet. Vorsichtig in Richtung Grundrecht mit Verweis auf Art. 44 der Grundrechtecharta auch *Kadelbach*, in: von Bogdandy, (Fn. 4), S. 554. Gegen diese Qualifizierung und für die Annahme einer Grundfreiheit *Schulze/Zuleeg/Griegerich*, *Europarecht*, 2006, S. 293; *Calliess*, (Fn. 20), S. 23 f. i.V.m. Fn. 86 m.w.N.

sprochen wird. Demgegenüber steht eine Einordnung als (politische⁵¹) Grundfreiheit oder „Grundfreiheit ohne Markt“⁵², die sich an die Mitgliedstaaten richtet.⁵³

Von ihrer Entstehung aus betrachtet entbehren Unionsbürgerschaft und Grundrechte entscheidender Gemeinsamkeiten: Während erstere von Rat und Kommission und nicht zuletzt durch den Gerichtshof (weiter-)entwickelt wurde, gehen die Grundrechte insbesondere auf Bedenken über die Vereinbarkeit von Sekundärrecht mit nationalen Grundrechten und die daraus resultierenden Legitimitätsprobleme der EU zurück.⁵⁴ Die unterschiedliche Normierung in EG- und EU-Vertrag lässt weitere Gemeinsamkeiten vermissen, was aber mit der Verankerung der Unionsbürgerschaft in Art. 9 des neuen EU-Vertrags⁵⁵ behoben sein könnte.

Im Ergebnis führen jedenfalls beide Interpretationen zu einer Verpflichtung der Mitgliedstaaten und in Teilen auch der EU, die unter Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsprinzips eingeschränkt werden kann. Relevanz hat eine Differenzierung jedoch im Zusammenhang mit dem Kriterium des „grenzüberschreitenden Bezugs“ sowie bis zu einem gewissen Grad hinsichtlich der Adressaten (Mitgliedstaat oder EU) der jeweiligen Regelung.⁵⁶ Auch wenn im Rahmen der Grundfreiheiten das Erfordernis des grenzüberschreitenden Bezugs zunehmend großzügig gehandhabt wird,⁵⁷ fällt eine extrem niedrige Schwelle bei der Prüfung der auf Art. 18 EGV gestützten Freizügigkeit auf. Grundfreiheiten richten sich in erster Linie an die Mitgliedstaaten, während eine Bindung der Gemeinschaft von weitaus geringerer Relevanz ist.⁵⁸ Die Gemeinschaftsgrundrechte binden grund-

⁵¹ So *ibid.*, S. 26.

⁵² *Haag*, in: v. d. Groeben/Schwarze (Hrsg.), EUV/EGV-Kommentar, 6. Aufl. 2003, Bd. 1, Art. 18 EGV, Rdnr. 6; *Wollenschläger*, Grundfreiheit ohne Markt, 2006, S. 373 f.

⁵³ Für die Annahme einer Grundfreiheit *Schulze/Zuleeg/Griegerich*, (Fn. 50), S. 293; *Calliess*, (Fn. 20), S. 23 f. i.V.m. Fn. 86 m.w.N.; zum entsprechenden Art. III-125 im Verfassungsvertrag, der nie ratifiziert wurde, und klar für die Einordnung als Grundfreiheit *Folz*, in: Vedder/Heintschel von Heinegg (Hrsg.), Europäischer Verfassungsvertrag, 2007, Art. III-125, Rdnr. 1 f.; deutlich auch Schlussanträge GAin *Kokott* zu EuGH, Rs. C-192/05, *Tas-Hagen*, Slg. 2006, I-10451, Nr. 33 f.; *Kubicki*, (Fn. 22), S. 498, plädiert für ein Recht *sui generis*, ohne diese Begrifflichkeit näher auszufüllen.

⁵⁴ *Kadelbach*, in: von Bogdandy, (Fn. 4), S. 567 m.w.N. aus der Rechtsprechung des BVerfG sowie aus der deutschen Literatur.

⁵⁵ Vertrag v. 13.12.2007 zur Änderung des Vertrags über die Europäische Union und des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, ABl. Nr. C 306 v. 17.12.2007, S. 1 (im Folgenden: Vertrag von Lissabon); konsolidierte Fassung der Verträge, ABl. Nr. C 115 v. 9.5.2008, S. 1.

⁵⁶ *Kluth*, in: Calliess/Ruffert, (Fn. 3), Art. 18 EGV, Rdnr. 14.

⁵⁷ Vgl. z.B. EuGH, Rs. C-281/98, *Angonese*, Slg. 2000, I-4139.

⁵⁸ Näher dazu *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert, (Fn. 3), Art. 28-30 EGV, Rdnr. 109 f.

sätzlich nur die Gemeinschaft und lediglich in Ausnahmefällen die Mitgliedstaaten, z.B. beim Vollzug des Gemeinschaftsrechts.⁵⁹

Ferner bestehen Unterschiede, wenn in einem Fall ein subjektives Recht und im anderen eine objektiv-rechtliche Regelung angenommen würde.⁶⁰ Mit dem „Baumbast“-Urteil ist jedenfalls geklärt, dass sich Private auf Art. 18 EGV berufen können,⁶¹ was die terminologischen Divergenzen relativiert. Man darf gespannt sein, inwieweit die Auslegung des Art. 45 der Grundrechtecharta (Freizügigkeit des Unionsbürgers)⁶² die Rechtsnatur des durch den Vertrag von Lissabon in Art. 21 des neuen Vertrags über die Arbeitsweise der EU niedergelegten Freizügigkeitsrechts beeinflusst, zumal schon aufgrund der EMRK EU-Ausländer unter gewissen Bedingungen nicht mehr als Ausländer im Sinne des Art. 16 EMRK betrachtet werden dürfen.⁶³

Da jedenfalls die parallelen Entwicklungen der dogmatischen Strukturen des Art. 18 EGV deutlich an die Fortentwicklung der Grundfreiheiten erinnern, erscheint eine Einordnung des Art. 18 EGV als Grundfreiheit vor dem Hintergrund des gegenwärtigen Stands der EU-Grundrechtsdogmatik sachgerecht, was auch die Konsolidierung und Konkretisierung aller Freizügigkeitsrechte in der Richtlinie 2004/38/EG unter Beweis stellt. Außerdem zeigt die bisherige Kombination von Art. 12 und 18 EGV, dass selbst bei Annahme eines Grundrechts keine positive Dimension aus Art. 18 EGV als solchem abgeleitet werden könnte. Daher wird die wichtigste rechtliche Querverbindung zwischen den Grundrechten und der Unionsbürgerschaft in Art. 12 EGV gesehen.⁶⁴ Dieser terminologische wie dogmatische Streit demonstriert, dass es klärender Worte hinsichtlich der Auswirkungen einer Klassifizierung von Individualrechten als Grundrechte oder Grundfreiheiten bedarf, die ebenso wichtig wären wie Diskussionen um Etikette.

⁵⁹ *Nettesheim*, Grundfreiheiten und Grundrechte in der EU, Schriften des ZEW Bonn, 2006, S. 16.

⁶⁰ Zur Diskussion vgl. *Kluth*, in: Calliess/Ruffert, (Fn. 3), Art. 18 EGV, Rdnr. 15; *Hatje*, in: Schwarze, (Fn. 39), Art. 18 EGV, Rdnr. 5, der sich konsequenterweise für die subjektive Komponente ausspricht; genauso *Becker*, Freizügigkeit in der EU: auf dem Weg vom Begleitrecht zur Bürgerfreiheit, EuR 1999, S. 528 f.

⁶¹ EuGH, Rs. C-413/99, *Baumbast*, Slg. 2002, I-7091, Rdnr. 90 f.

⁶² Einschließlich der Evolutivklausel für Drittstaatsangehörige, Art. 45 Abs. 2 Grundrechtecharta.

⁶³ Dazu EGMR, *Piermont/Frankreich*, Ser. A 314, Rdnr. 64, zit. bei *Kadelbach*, in: von Bogdandy, (Fn. 4), S. 569.

⁶⁴ *Ibid.*, S. 567 unter Verweis auf *Lenaerts/de Smijter*, A “bill of rights” for the European Union, CMLR 38 (2001), S. 273, 275.

d) Erfordernis eines grenzüberschreitenden Bezugs

Nicht gänzlich geklärt ist, ob und inwieweit Art. 18 EGV das Vorliegen eines grenzüberschreitenden Elements verlangt. Wäre dies nicht der Fall, so stellte sich das ansonsten bestehende Problem der Inländerdiskriminierung nicht mehr.⁶⁵ Der EuGH⁶⁶ hat jedoch immer wieder das Erfordernis eines grenzüberschreitenden Elements als Voraussetzung der Anwendung des Art. 18 EGV betont, dessen Anforderungen letztlich aber niedrig angesetzt.⁶⁷ Parallel zu den Grundfreiheiten bestehen jedenfalls Rechte und Ansprüche auch gegenüber dem Herkunftsstaat.⁶⁸ Zutreffenderweise scheint auf eine (potenzielle) physische Grenzüberschreitung des Rechtsinhabers zugunsten eines minimalen – wie auch immer gearteten – transnationalen Bezugs verzichtet zu werden.⁶⁹

e) Diskriminierungs- und Beschränkungsverbot?

Umstritten und nicht klar aus der Rechtsprechung abzuleiten ist, ob Art. 18 EGV über direkte wie auch indirekte Diskriminierungen aufgrund der Staatsangehörigkeit hinaus jegliche Beschränkungen der geschützten Freizügigkeit verbietet. Grundsätzlich sind auch hier Parallelen zwischen Art. 18 EGV und der Entwicklung der Grundfreiheiten ersichtlich. Es scheint sich eine vorsichtige Tendenz der Auslegung des Art. 18 EGV hin zu einem breiteren Beschränkungsverbot abzuzeichnen, was in den Schlussanträgen zur Rechtssache *Pusa*⁷⁰ oder im Urteil *Schempp*⁷¹ deutlich wird. Bei einer derartigen Annahme wäre weiter die Frage zu stellen, ob ein solches Beschränkungsverbot lediglich die durch Art. 18 EGV gewährten Aufenthaltsrechte im weitesten Sinn oder etwa auch Teilhaberechte be-

⁶⁵ Dazu Besson/Utzinger, Introduction: Future Challenges of European Citizenship – Facing a Wide-Open Pandora's Box, ELJ 13 (2007), S. 583. Für eine Ausweitung auf innerstaatliche Mobilität Hatje, in: Schwarze, (Fn. 39), Art. 18 EGV, Rdnr. 6; für die Abschaffung der umgekehrten Diskriminierung aufgrund der Unionsbürgerschaft Tryfonidou, Reverse Discrimination in Purely Internal Situations: An Incongruity in a Citizens' Europe, Legal Issues of Economic Integration 35 (2008), S. 43.

⁶⁶ St. Rspr., vgl. EuGH, Rs. C-64/96, *Uecker*, Slg. 1997, I-3171, Rdnr. 16; EuGH, Rs. C-148/02, *Garcia Avello*, Slg. 2003, I-11613, Rdnr. 26 f.

⁶⁷ *Epiney*, (Fn. 41), S. 616 m.w.N.

⁶⁸ Vgl. EuGH, Rs. C-19/92, *Kraus*, Slg. 1993, I-1663 für die Grundfreiheiten; EuGH Rs. C-192/05, *Tas Hagen*, Slg. 2006, I-10451 Rdnr. 19; EuGH, Rs. C-11/06 und C-12/06, *Morgan*, Rdnr. 22, noch nicht in amtl. Slg., jedoch unter <http://curia.europa.eu/> abrufbar.

⁶⁹ *Epiney*, (Fn. 41), S. 611; *Kubicki*, (Fn. 22), S. 493; vgl. auch Mörsdorf/Schulte, Europäische Impulse für Namen und Status des Mehrstaaters, IPRax 2004, S. 317 f.

⁷⁰ Schlussanträge GA Jacobs zu EuGH, Rs. C-224/02, *Pusa*, Slg. 2004, I-5763, Nr. 18 f.; der EuGH ist dem indes nicht gefolgt, vgl. EuGH, Rs. C-224/02, *Pusa*, Slg. 2004, I-5763, Rdnr. 20.

⁷¹ EuGH, Rs. C-403/03, *Schempp*, Slg. 2005, I-6421; so auch Kokott, in: Dupuy u.a. (Hrsg.), Fs. für Tomuschat, 2006, S. 224; Kluth, in: Calliess/Ruffert, (Fn. 3), Art. 18 EGV, Rdnr. 6.

träfe.⁷² In der neueren Rechtsprechung heißt es zu Art. 18 Abs. 1 EGV: „Die vom EG-Vertrag auf dem Gebiet der Freizügigkeit der Unionsbürger gewährten Erleichterungen könnten nämlich nicht ihre volle Wirkung entfalten, wenn ein Staatsangehöriger eines Mitgliedstaats von ihrer Wahrnehmung durch Hindernisse abgehalten werden könnte, die seinem Aufenthalt in einem anderen Mitgliedstaat infolge einer Regelung seines Herkunftsstaats entgegenstehen, die Nachteile allein daran knüpft, dass er von ihnen Gebrauch gemacht hat (vgl. in diesem Sinne Urteile vom 11. Juli 2002, D’Hoop, C-224/98, Slg. 2002, I-6191, Randnr. 31, vom 29. April 2004, Pusa, C-224/02, Slg. 2004, I-5763, Randnr. 19, sowie Schwarz und Gootjes-Schwarz, Randnr. 89).“⁷³

Fraglich ist, wie weit die erwähnten „Erleichterungen“ reichen müssen: Der Wortlaut des Art. 18 EGV umfasst lediglich (positiv) die freie Bewegung und den Aufenthalt im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten. Die wirtschaftlichen Freiheiten nennen dagegen bereits die Verbote von gewissen Beschränkungsmaßnahmen: Art. 28 EGV nennt das Verbot mengenmäßiger Einfuhrbeschränkungen und Maßnahmen gleicher Wirkung; Art. 39 EGV erwähnt beides, positiv die Gewährleistung der Freizügigkeit der Arbeitnehmer und negativ die Abschaffung unterschiedlicher Behandlung; Art. 43 und 49 EGV verbieten die Beschränkung der freien Niederlassung und der Dienstleistungserbringung.

Der Wortlaut des Art. 18 EGV legt somit nahe, dass ein als Beschränkungsverbot interpretierter Schutzbereich nicht über das „Ob“ des Aufenthalts hinausgeht.⁷⁴ Alle darüber hinausgehenden Regelungen würden so dem Art. 18 i.V.m. Art. 12 EGV unterfallen. Dies würde der ursprünglichen Idee des Diskriminierungsverbots in „föderalen Gefährdungslagen“⁷⁵ am nächsten kommen und nicht „deregulierend“ im nicht-wirtschaftlichen Sinne wirken. Es bleibt jedoch abzuwarten, inwieweit eine noch stärkere Annäherung des Art. 18 EGV an die Struktur der Grundfreiheiten erfolgt und jede Art von Beschränkungen (d.h. des „Ob“ und des „Wie“ des Aufenthalts) an ihm alleine zu messen wären.⁷⁶ Mit der Annahme eines umfassenden Beschränkungsverbotes wären auf Grundlage einer „effet-utile“-Argumentation Grundsteine für eine inhaltliche Anreicherung des Unionsbürgerstatus

⁷² Siehe dazu *Bode*, (Fn. 43), EuZW 2003, S. 556.

⁷³ EuGH, Rs. C-11/06 und C-12/06, *Morgan*, Rdnr. 26, noch nicht in amtl. Slg., jedoch unter <http://curia.europa.eu/> abrufbar.

⁷⁴ So *Kingreen*, (Fn. 11), S. 55 f., 61 f., auch mit der Unterscheidung „Recht im/auf Aufenthalt“; so im Ergebnis *Bode*, Europarechtliche Gleichbehandlungsansprüche Studierender und ihre Auswirkungen in den Mitgliedstaaten, 2005, S. 217.

⁷⁵ Terminologie bei *Kingreen*, (Fn. 11), S. 55.

⁷⁶ In diese Richtung weisen EuGH, Rs. C-192/05, *Tas Hagen*, Slg. 2006, I-10451; EuGH, Rs. C-11/06 und C-12/06, *Morgan*, Rdnr. 26, noch nicht amtl. Slg., jedoch unter <http://curia.europa.eu/> abrufbar; EuGH, Rs. C-499/06, *Nerkowska*, Rdnr. 31 ff., noch nicht amtl. Slg., jedoch unter <http://curia.europa.eu/> abrufbar.

gelegt. Gleichzeitig würde das Bedürfnis nach umfassenden Rechtfertigungsgründen wachsen, welches auch die sogenannte „Dassonville-Formel“ und ihre Äquivalente bei den anderen Grundfreiheiten geprägt hat.

f) Verhältnis zum Sekundärrecht

Die unmittelbare Anwendbarkeit des Art. 18 EGV trägt der praktischen Wirksamkeit der Vorschrift Rechnung, wirft jedoch diffizile Fragen nach dem Verhältnis zum Sekundärrecht auf, das die „Bedingungen und Beschränkungen“ konkretisiert.⁷⁷ Möglich wäre zum einen, dass Art. 18 EGV dem Sekundärrecht stets als übergeordneter Prüfungsmaßstab vorgeht. Zum anderen ist denkbar, dass das Sekundärrecht die primärrechtliche Grundlage konkretisiert und insoweit abschließend ausformt, so dass Art. 18 EGV nur dann von Bedeutung sein könnte, wenn das Sekundärrecht Regelungslücken enthielte. Der EuGH hat sich in dieser Frage im Sinne der erstgenannten Alternative entschieden. So hat er das Sekundärrecht dem primärrechtlichen Verhältnismäßigkeitsprinzip unterstellt,⁷⁸ wodurch beispielsweise der Wegfall von Existenzmitteln nicht automatisch zum Wegfall des Aufenthaltsrechts führen dürfe.⁷⁹ Weiter entschied der Gerichtshof in diesem Zusammenhang: Die Herkunft finanzieller Mittel von einem rechtlich nicht zum Unterhalt Verpflichteten kann vor dem Hintergrund des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes nicht zu einem Ausschluss des Aufenthaltsrechts führen.⁸⁰ Ferner gelten die Garantien der Richtlinie 64/221/EWG auch für Unionsbürger, die sich nicht rechtmäßig im Hoheitsgebiet des Aufnahmestaats aufhalten.⁸¹ Diese Rechtsprechung bestätigt, dass das Sekundärrecht in seiner Gänze im Lichte des normhierarchisch betrachteten höherrangigen Art. 18 EGV auszulegen ist.⁸² Die Anforderungen, die der EuGH in den Urteilen hinsichtlich der Prüfung des Sekundärrechts am Verhältnismäßigkeitsprinzip aufstellt, weisen auf einen eigenständigen, prioritären Gehalt des Art. 18 EGV hin, dessen Schutzbereich durch das Sekundärrecht nicht eingeschränkt wird.⁸³ Dem ist zuzustimmen.

⁷⁷ Vgl. EuGH, Rs. C-413/99, *Baumbast*, Slg. 2002, I-7091, Rdnr. 90 f.

⁷⁸ EuGH, Rs. C-200/02, *Zhu und Chen*, Slg. 2004, I-9925, Rdnr. 91; EuGH, Rs. C-413/99, *Baumbast*, Slg. 2002, I-7091, Rdnrn. 90-92; EuGH, Rs. C-456/02, *Trojani*, Slg. 2004, I-7573, Rdnr. 36; krit. *Hailbronner*, (Fn. 6), S. 2185 ff.

⁷⁹ EuGH, Rs. C-184/99, *Grzelczyk*, Slg. 2001, I-6193, Rdnr. 31.

⁸⁰ EuGH, Rs. C-408/03, *Kommission/Belgien*, Slg. 2006, I-2647, Rdnrn. 39, 41.

⁸¹ EuGH, Rs. C-50/06, *Kommission/Niederlande*, Slg. 2007, I-4383, Rdnr. 34 f.

⁸² *Epiney*, (Fn. 41), S. 619; in diese Richtung auch *Craig/de Búrca*, EU Law, 3. Aufl. 2007, S. 853; *Kadelbach*, in: von Bogdandy, (Fn. 4), S. 554; *Borchardt*, Der sozialrechtliche Gehalt der Unionsbürgerschaft, NJW 2000, S. 2060.

⁸³ *Haltern*, (Fn. 9), Rdnr. 1264.

3. Das Gleichbehandlungsgebot des Art. 12 i.V.m. Art. 18 EGV

Neben der Erweiterung des Anwendungsbereichs der Grundfreiheiten gewann die Unionsbürgerschaft insbesondere als „Türöffner“ zur Anwendung des Art. 12 EGV als „soziale Schleuse“⁸⁴ an Bedeutung und Dynamik. Dadurch kam es zu einer Abwendung vom Primat des Ökonomischen zugunsten einer politischen, moralischen und vor allem sozialrechtlichen Dimension in Form der Verbürgung von Leistungsansprüchen. Angesichts der oben genannten Tendenzen, alle erforderlichen Erleichterungen der Freizügigkeit allein unter Art. 18 EGV zu prüfen, stellt sich die Frage, ob der Türöffner zugunsten einer einheitlichen dogmatischen Struktur aller Grundfreiheiten ausgedient hat.

Artikel 12 EGV stellt ein „Leitmotiv“⁸⁵ des Vertrags dar, indem er im Anwendungsbereich des Vertrags Diskriminierungen aufgrund der Staatsangehörigkeit verbietet und damit eine besondere Ausprägung des allgemeinen Gleichheitssatzes⁸⁶ verkörpert. Er ist für besondere Anwendungsfälle in besonderen Bestimmungen des EG-Vertrags konkretisiert, wie beispielsweise den Grundfreiheiten.⁸⁷ Artikel 12 EGV ist unmittelbar wirksam.⁸⁸ Zum Teil werden er und besondere Bestimmungen nebeneinander herangezogen.⁸⁹ Verbotene Diskriminierungen implizieren, dass die zu vergleichenden Verhaltensweisen auf das Verhalten desselben Hoheitsträgers zurückzuführen sind, so dass Unterschiede zwischen verschiedenen nationalen Rechtsvorschriften nicht erfasst sind.⁹⁰ Artikel 12 EGV verbietet direkte/formelle/offene und indirekte/materielle/versteckte Diskriminierungen aufgrund der Staatsangehörigkeit.⁹¹ Umgekehrte Diskriminierungen sind grundsätzlich nach einer dem Binnenmarktkonzept nahestehenden Ansicht nicht erfasst, da sie keinen grenzüberschreitenden Bezug aufweisen und sich somit nicht „im Anwendungsbereich des Vertrags“ befinden. Weitergehende Ansätze und fortgeschrittenere Integrationsstufen streben danach, nationale Grenzen auch in dieser Hinsicht zu überwinden.⁹²

⁸⁴ So Calliess, (Fn. 20), S. 30.

⁸⁵ *Epiney*, in: Calliess/Ruffert, (Fn. 3), Art. 12 EGV, Rdnr. 1 m.w.N.

⁸⁶ Z.B. EuGH, Rs. 147/79, *Hochstrass*, Slg. 1980, 3005, Rdnr. 7.

⁸⁷ EuGH, Rs. 186/87, *Cowan*, Slg. 1989, 195, Rdnr. 14.

⁸⁸ EuGH, Rs. 152/82, *Forcheri*, Slg. 1983, 2323, Rdnr. 18; EuGH, Rs. C-85/96, *Martinez Sala*, Slg. 1998, I-2691, Rdnr. 62.

⁸⁹ EuGH, Rs. C-388/01, *Kommission/Italien*, Slg. 2003, I-721.

⁹⁰ *Epiney*, in: Calliess/Ruffert, (Fn. 3), Art. 12 EGV, Rdnr. 9.

⁹¹ St. Rspr., vgl. etwa EuGH, Rs. C-209/03, *Bidar*, Slg. 2005, I-2119, Rdnr. 51 und die dort zitierten Fälle.

⁹² *Borchardt*, (Fn. 82), S. 2059; *Epiney*, in: Calliess/Ruffert, (Fn. 3), Art. 9, Rdnr. 27 f.

Der Anwendungsbereich des Vertrags ist grundsätzlich dynamisch zu bestimmen, wobei im Wesentlichen Vollzug und Durchführung des Gemeinschaftsrechts, die Ausübung oder tatsächliche Verwirklichung der Grundfreiheiten und die Fälle der Unionsbürgerschaft eingeschlossen sind. Grundsätzlich ist er aber je nach Betroffenheit eines gemeinschaftlich gewährten Rechts funktional zu bestimmen.⁹³

Trotz des Wortlauts („jede Diskriminierung“) sind Rechtfertigungen einer unterschiedlichen Behandlung verschiedener Fälle aus nicht-wirtschaftlichen Gründen möglich.⁹⁴ Auch wenn die Rechtsprechung Rechtfertigungen selbst bei formellen Diskriminierungen nicht auszuschließen scheint,⁹⁵ ist dies in der Literatur umstritten.⁹⁶

Grundsätzlich können alle Gebiete des nationalen Privat- und öffentlichen Rechts an den Vorschriften über die Unionsbürgerschaft in Verbindung mit dem Gleichbehandlungsgebot aus Gründen der Staatsangehörigkeit gemessen werden.⁹⁷ „Nach ständiger Rechtsprechung kann sich ein Unionsbürger, der sich rechtmäßig im Gebiet des Aufnahmemitgliedstaats aufhält, in allen Situationen, die in den sachlichen Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts fallen, auf Art. 12 EG berufen.“⁹⁸ Neben dem weit interpretierten sachlichen Anwendungsbereich des Vertrags im Sinne des Art. 12 EGV erfuhr auch der persönliche Anwendungsbereich eine Auslegung über die im Sekundärrecht enthaltenen Bedingungen und Beschränkungen hinaus. In Anbetracht der folgenden, häufig wiederholten Äußerung des EuGH verwundert dies nicht: „Der Unionsbürgerstatus ist nämlich dazu bestimmt, der grundlegende Status der Angehörigen der Mitgliedstaaten zu sein, der es denjenigen unter ihnen, die sich in der gleichen Situation befinden, erlaubt, unabhängig von ihrer Staatsangehörigkeit und unbeschadet der insoweit ausdrücklich vorgesehenen Ausnahmen die gleiche rechtliche Behandlung zu genießen.“⁹⁹ Der folgende Abschnitt gibt einen Überblick über die Voraussetzungen des Art. 18 i.V.m. Art. 12 EGV, deren Gewährleistungen und Grenzen.

⁹³ Ibid., Rdnrn. 15-18, 23.

⁹⁴ EuGH, Rs. C-388/01, *Kommission/Italien*, Slg. 2003, I-721, Rdnr. 19 f.

⁹⁵ EuGH, Rs. C-122/96, *Saldanha*, Slg. 1997, I-5325, Rdnr. 29.

⁹⁶ Vgl. *Epiney*, in: Calliess/Ruffert, (Fn. 3), Art. 12 EGV, Rdnr. 39 f.

⁹⁷ *Epiney*, (Fn. 41), S. 618, hinsichtlich der Auslegung des „Anwendungsbereichs“ des EG-Vertrags im Rahmen des Art. 12 EGV.

⁹⁸ Z.B. EuGH, Rs. C-209/03, *Bidar*, Slg. 2005, I-2119, Rdnr. 32.

⁹⁹ EuGH, Rs. C-184/99, *Grzelczyk*, Slg. 2001, I-6193, Rdnr. 31; Erwägungsgrund 3 RL 2004/38/EG.

a) Persönlicher Anwendungsbereich des Vertrags i.S.d. Art. 12 EGV

Der persönliche Anwendungsbereich der Unionsbürgerschaft und damit des Vertrags ist grundsätzlich eröffnet, wenn sich der Betroffene als Angehöriger eines Mitgliedstaats „rechtmäßig im Gebiet des Aufnahmemitgliedstaats aufhält“.¹⁰⁰ Dies bedeutet grundsätzlich, dass die hierfür aufgestellten Voraussetzungen des Sekundärrechts erfüllt sein müssen. Wie oben bereits dargestellt, hat der Gerichtshof in der Vergangenheit Beschränkungen und Bedingungen des Sekundärrechts nicht immer wörtlich genommen und sie dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit unterstellt.¹⁰¹ Häufig wird der persönliche Anwendungsbereich des Vertrags in der Rechtsprechung jedoch überhaupt nicht diskutiert.

b) Sachlicher Anwendungsbereich des Vertrags i.S.d. Art. 12 EGV

Bei der Prüfung des sachlichen Anwendungsbereiches¹⁰² kommt es insbesondere auf den entsprechenden Stand des Gemeinschaftsrechts an,¹⁰³ woran die der EU-Rechtsordnung inhärente Dynamik ersichtlich wird. Der sachliche Anwendungsbereich des Vertrags umfasst Situationen, „die zur Ausübung der durch den Vertrag garantierten Grundfreiheiten, und die, die zur Ausübung der durch Art. [18] EG-Vertrag verliehenen Freiheit, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten zu bewegen und aufzuhalten, gehören“.¹⁰⁴ Auch wenn der Europäische Gerichtshof in diesem Zusammenhang auf Primär- (insbesondere die Grundfreiheiten) und/oder Sekundärrecht rekurriert, wird die Rechtsprechung überwiegend dahingehend verstanden, dass weder bestehende noch ausgeübte Kompetenzen ausschlaggebend sind.¹⁰⁵ Dies verwundert insoweit nicht, da gerade Diskriminierungen außerhalb der Kompetenzen der Gemeinschaft als Ausdruck „föderaler Gefährdungslagen“ auftreten.¹⁰⁶ Um Anknüpfungspunkte im Vertrag zu finden, bedarf es damit keiner Vorschrift, die der EG umfassende Gesetzgebungskom-

¹⁰⁰ EuGH, Rs. C-85/96, *Martinez Sala*, Slg. 1998, I-2691, Rdnrn. 61-63; EuGH, Rs. C-209/03, *Bidar*, Slg. 2005, I-2119, Rdnr. 32.

¹⁰¹ EuGH, Rs. C-413/99, *Baumbast*, Slg. 2002, I-7091, Rdnr. 91 zur Begründung des Aufenthaltsrechts; EuGH, Rs. C-184/99, *Grzelczyk*, Slg. 2001, I-6193, Rdnr. 42 zum Ende des Aufenthaltsrechts; vgl. auch EuGH, Rs. C-456/02, *Trojani*, Slg. 2004, I-7573, Rdnr. 40; EuGH, Rs. C-200/02, *Zhu und Chen*, Slg. 2004, I-9925, Rdnr. 32.

¹⁰² Siehe dazu *Epiney*, in: Dies u.a. (Hrsg.), Fs. für Bieber, 2007, S. 661 ff.

¹⁰³ EuGH, Rs. C-184/99, *Grzelczyk*, Slg. 2001, I-6193, Rdnr. 34.

¹⁰⁴ *Ibid.*, Rdnr. 32 f.

¹⁰⁵ Vgl. *Schreiber*, (Fn. 6), ZESAR 2006, S. 426; *Epiney*, (Fn. 41), S. 615 f.; *Kanitz/Steinberg*, Grenzenloses Gemeinschaftsrecht?, Die Rechtsprechung des EuGH zu Grundfreiheiten, Unionsbürgerschaft und Grundrechten als Kompetenzproblem, EuR 2003, S. 1017 m.w.N.

¹⁰⁶ *Kingreen*, (Fn. 11), S. 58.

petenzen verleiht. Ausreichend ist bereits, wenn der EG-Vertrag einen Politikbereich als Tätigkeitsfeld der Gemeinschaft nennt – einschließlich der Bereiche, in welchen den Mitgliedstaaten die Kompetenzen verblieben sind und die Gemeinschaft lediglich fördernd oder ergänzend tätig wird, wie z.B. im Bildungsbereich¹⁰⁷ gemäß Art. 149 f. EGV. So hat der EuGH beispielsweise entschieden, dass beim entsprechenden Stand des Gemeinschaftsrechts beitragsunabhängige Sozialleistungen wie die Gewährung des Existenzminimums für einen studierenden Unionsbürger¹⁰⁸ genauso wie vergünstigte Darlehen oder Stipendien zur Deckung des Lebensunterhaltes für Studenten¹⁰⁹ in den sachlichen Anwendungsbereich des EG-Vertrags fallen. Dies gilt ebenso für die deutsche Ausbildungsförderung nach dem BAföG¹¹⁰ oder die Unterstützung für Arbeitssuchende.¹¹¹

Im Rahmen der Entschädigung ziviler Kriegsoffer¹¹² sowie des Steuer¹¹³ oder Namensrechts¹¹⁴ hat der EuGH zwar klargestellt, dass diese Gegenstände in die mitgliedstaatliche Kompetenz fallen. Er hat jedoch zugleich betont, dass die Mitgliedstaaten ihre Kompetenzen unter Beachtung des Gemeinschaftsrechts, also auch der Unionsbürgerschaft, ausüben müssten.¹¹⁵ Da Art. 24 Abs. 2 Richtlinie 2004/38/EG unterstreicht, dass die dort genannten Bereiche vom Gleichbehandlungsgebot ausgenommen sein können, wird jedenfalls angenommen, dass sie grundsätzlich in den sachlichen Anwendungsbereich des Vertrags fallen.¹¹⁶ Gerade im Bereich des Namensrechts wurde deutlich, dass Gemeinschaftsrecht und

¹⁰⁷ Dazu näher Bode, (Fn. 74), S. 235 f.; Armbrrecht, Ausbildungsförderung für Studenten - Gleicher Zugang für Unionsbürger?, ZEuS 2005, S. 197 f.; vgl. zur Gewährung des „Minimex“ für Studenten, EuGH, Rs. C-184/99, *Grzelczyk*, Slg. 2001, I-6193, Rdnr. 34 f.; hinsichtlich eines vergünstigten Darlehens oder Stipendiums für Studenten, vgl. EuGH, Rs. C-209/03, *Bidar*, Slg. 2005, I-2119, Rdnr. 42.

¹⁰⁸ EuGH, Rs. C-184/99, *Grzelczyk*, Slg. 2001, I-6193, Rdnr. 35.

¹⁰⁹ EuGH, Rs. C-209/03, *Bidar*, Slg. 2005, I-2119, Rdnr. 39 f.

¹¹⁰ EuGH, Rs. C-11/06 und 12/06, *Morgan*, Rdnr. 24, noch nicht amtl. Slg., jedoch unter <http://curia.europa.eu/> abrufbar.

¹¹¹ EuGH, Rs. C-224/98, *d'Hoop*, Slg. 2002, I-6191; EuGH, Rs. C-138/02, *Collins*, Slg. 2004, I-2703, Rdnr. 63.

¹¹² EuGH, Rs. C-192/05, *Tas Hagen*, Slg. 2006, I-10451, Rdnr. 21; EuGH, Rs. C-499/06, *Nerkowska*, Rdnr. 23, noch nicht amtl. Slg., jedoch unter <http://curia.europa.eu/> abrufbar; vgl. auch Art. 4 Abs. 4 VO (EWG) 1408/71.

¹¹³ EuGH, Rs. C-403/03, *Schempp*, Slg. 2005, I-6421, Rdnr. 19; EuGH, Rs. C-224/02, *Pusa*, Slg. 2004, I-5763.

¹¹⁴ EuGH, Rs. C-148/02, *Garcia Avello*, Slg. 2003, I-11613, Rdnr. 25.

¹¹⁵ EuGH, Rs. C-192/05, *Tas Hagen*, Slg. 2006, I-10451, Rdnr. 22; EuGH, Rs. 499/06, *Nerkowska*, Rdnr. 24, noch nicht in amtl. Slg., jedoch unter <http://curia.europa.eu/> abrufbar.

¹¹⁶ Vgl. EuGH, Rs. C-209/03, *Bidar*, Slg. 2005, I-2119, Rdnr. 43.

Internationales Privatrecht so schonend als nur möglich in Einklang gebracht werden müssen.¹¹⁷

Durch diese Rechtsprechung kommt es zunehmend zu Interferenzen mit der Kompetenzverteilung zwischen den Mitgliedstaaten und der Gemeinschaft. Auch wenn es der ständigen Rechtsprechung entspricht, dass mitgliedstaatliche Kompetenzbereiche gegenüber dem EG-Recht nicht abgeschirmt sind und ihre Ausübung insbesondere mit Art. 12 EGV, den Grundfreiheiten und dem Wettbewerbsrecht vereinbar sein müssen, stellt sich zunehmend die Frage nach praktischen Abgrenzungskriterien.

Ausgangspunkt ist zunächst Art. 5 Abs. 1 EGV, der das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung normiert. Auch wenn keine Zweifel an den begrenzten Gesetzgebungskompetenzen der EG insbesondere im Bereich der Sozialpolitik¹¹⁸ bestehen, hinderte dies den Gerichtshof nicht, die Ausübung mitgliedstaatlicher Kompetenzen an den Grundfreiheiten zu messen.¹¹⁹

Weniger problematisch erscheinen diejenigen Entscheidungen, in denen der EuGH dem entsprechenden Mitgliedstaat keine wesentlichen finanziellen Belastungen auferlegt.¹²⁰ Vorbehaltlich Rechtfertigungen für festgestellte Ungleichbehandlungen ergeben sich jedoch aus Art. 12 i.V.m. Art. 18 EGV unter anderem Teilhaberechte an bestimmten Sozialleistungen.¹²¹ Wo Ansprüche auf finanzielle Leistungen geschaffen werden, erweisen sich generalisierende Vereinfachungen dieser äußerst komplexen Fragen als sehr problematisch.¹²²

¹¹⁷ Dazu Schlussanträge der GA in *Sharpston* zu EuGH, Rs. C-353/06, *Standesamt Stadt Niebüll*, noch nicht in amtl. Slg., jedoch unter <http://curia.europa.eu/> abrufbar.

¹¹⁸ Siehe z.B. Art. 137 EGV. Zu den Erweiterungen durch den Vertrag von Lissabon, vgl. *Ruiss*, Lissabon Vertrag angepasst, KrV 2008, S. 75.

¹¹⁹ EuGH, Rs. C-341/05, *Laval*, Rdnr. 87, noch nicht in amtl. Slg., jedoch unter <http://curia.europa.eu/> abrufbar; EuGH, Rs. C-438/05, *Viking*, Rdnr. 40, noch nicht in amtl. Slg., jedoch unter <http://curia.europa.eu/> abrufbar; hierzu *Rebhahn*, Grundfreiheit vor Arbeitskampf – der Fall Viking, ZESAR 2008, S. 109 ff.; EuGH, Rs. C-158/96, *Kohll*, Slg. 1998, I-1931, Rdnr. 18 f.; EuGH, Rs. C-120/95, *Decker*, Slg. 1998, I-1831, Rdnr. 22 f.; für den Bereich direkter Steuern, siehe EuGH, Rs. C-334/02, *Kommission/Frankreich*, Slg. 2004, I-2229, Rdnr. 21; EuGH, Rs. C-446/03, *Marks & Spencer*, Slg. 2005, I-10837, Rdnr. 29.

¹²⁰ *Jacobs*, Citizenship of the European Union – A Legal Analysis, ELJ 13 (2007), S. 594 unter Verweis auf EuGH, Rs. C-274/96, *Bickel und Franz*, Slg. 1998, I-7637 betreffend die Gerichtsverfahrenssprache in der norditalienischen Provinz Bozen.

¹²¹ *Bode*, (Fn. 43), S. 552, 553.

¹²² So auch *Jacobs*, (Fn. 120), S. 594.

4. Grenzen der Unionsbürgerschaft

Artikel 18 Abs. 1 EGV nennt ausdrücklich die Zulässigkeit von „Beschränkungen und Bedingungen“. Das Primärrecht konkretisiert jedoch nicht, was darunter zu verstehen ist. Einschränkungen finden sich dafür im Sekundärrecht. Zu unterscheiden ist zwischen den Grenzen der Bewegungsfreiheit und des Aufenthaltsrechts und denjenigen im Zusammenhang mit der (Nicht-)Gewährung von staatlichen Leistungen.

a) Beschränkungen der Freizügigkeit

Zur ersten Kategorie gehören die Art. 27 bis 33 Richtlinie 2004/38/EG, welche die früheren Richtlinien und die dazu ergangene Rechtsprechung zusammenfassen, indem sie Beschränkungen des Einreise- und Aufenthaltsrechts aus Gründen der öffentlichen Ordnung, der Sicherheit und der Gesundheit vorsehen.¹²³ Zu diesen Beschränkungen und Bedingungen gilt das unter II.2.a) und e) Gesagte.

b) Beschränkungen der Gleichbehandlungsansprüche

Daneben kann eine Beschränkung der aus Art. 18 i.V.m. Art. 12 EGV resultierenden Teilhaberechte gerechtfertigt sein, „wenn sie auf objektiven, von der Staatsangehörigkeit der Betroffenen unabhängigen Erwägungen beruht und in einem angemessenen Verhältnis zu dem Zweck steht, der mit den nationalen Rechtsvorschriften zulässigerweise verfolgt wird.“¹²⁴

Grundsätzlich ist denkbar, dass der Aufnahmestaat die Gewährung von Leistungen für Staatsangehörige anderer EU-Mitgliedstaaten beschränkt. Außerdem gelangen zunehmend Fälle vor den EuGH, in denen der Heimatstaat eines Unionsbürgers seinen eigenen Staatsangehörigen Leistungen bei Vorliegen eines grenzüberschreitenden Elements verwehrt.

Die Tatsache allein, dass finanzielle Belastungen für den Aufnahme- oder auch Herkunftsstaat geschaffen werden, ist als Rechtfertigung nicht ausreichend. Auch wenn zaghaft anerkannt ist, dass die Begrenzung von finanzieller Unterstützung zur Verhinderung der Herabsetzung des vorherigen Niveaus nicht ausgeschlossen wird,¹²⁵ ist der EuGH einer Fortentwicklung dieser Argumentationslinie immer

¹²³ Dazu EuGH, Rs. C-50/06, *Kommission/Niederlande*, Slg. 2007, I-4383, Rdnr. 43 f. betreffend die RL 64/221/EWG.

¹²⁴ EuGH, Rs. C-274/96, *Bickel und Franz*, Slg. 1998, I-7637, Rdnr. 27; EuGH, Rs. C-209/03, *Bidar*, Slg. 2005, I-2119, Rdnr. 54; EuGH, Rs. C-138/02, *Collins*, Slg. 2004, I-2703, Rdnr. 66; EuGH, Rs. C-224/98, *d'Hoop*, Slg. 2002, I-6191, Rdnr. 36; vgl. auch *Borchardt*, (Fn. 82), S. 2057 ff.

¹²⁵ EuGH, Rs. C-209/03, *Bidar*, Slg. 2005, I-2119, Rdnr. 56; EuGH, Rs. C-11/06 und C-12/06, *Morgan*, Rdnr. 43, noch nicht in amtl. Slg., jedoch unter <http://curia.europa.eu/> abrufbar.

aus dem Weg gegangen.¹²⁶ Der Grundsatz, dass finanzielle Belastungen allein keine Beschränkungen rechtfertigen können, entspricht dem durch die sogenannte „Cassis“-Rechtsprechung für die Grundfreiheiten entwickelten allgemeinen Grundsatz, dass wirtschaftliche Gründe allein keine anerkannten Rechtfertigungsgründe darstellen.¹²⁷ Jedoch hat der Gerichtshof festgestellt, dass eine erhebliche Gefährdung des finanziellen Gleichgewichts des Systems der sozialen Sicherheit einen zwingenden Grund des Allgemeininteresses darstellen kann, der eine solche Beschränkung zu rechtfertigen vermag.¹²⁸ Diese Argumentationslinie ist auch in den in Art. 24 Abs. 2 Richtlinie 2004/38/EG aufgeführten Begrenzungen der Ansprüche aus Abs. 1 zu finden, die darauf hinweisen, dass die Mitgliedstaaten insbesondere bei kurzen Aufenthalten von der Gewährung von Leistungsansprüchen absehen können.

Dies scheint auf den durch den EuGH statuierten Anforderungen zu beruhen, dass eine gewisse Verbindung zu dem oder Integration in den relevanten Bereich des Leistungsträgers zur Voraussetzung gemacht werden darf, um das finanzielle Gleichgewicht der auf kollektiver Risikotragung oder Steuerfinanzierung beruhenden nationalen Systeme sozialer Sicherheit nicht zu gefährden. Dabei haben die Mitgliedstaaten für Leistungen, die nicht gemeinschaftsrechtlich geregelt sind, unbeschadet der vom Gemeinschaftsrecht gezogenen Grenzen ein weites Ermessen in Bezug auf die Festlegung der Kriterien zur Beurteilung einer solchen Verbundenheit.¹²⁹

Als Rechtfertigungsgrund für das Erfordernis eines Abschlusses der höheren Schulbildung im Staat des Leistungsträgers kommt z.B. in Betracht, dass sich der Mitgliedstaat eines tatsächlichen Zusammenhangs zwischen demjenigen, der Überbrückungsgeld beantragt, und dem betroffenen räumlichen Arbeitsmarkt vergewissern will.¹³⁰ Außerdem waren das Erfordernis eines Schulabschlusszeugnisses im Heimatstaat bei Leistungen des Heimatstaats (*d'Hoop*) oder im Aufnahmestaat

¹²⁶ Instruktiv dazu z.B. EuGH, Rs. C-76/05, *Schwarz und Gootjes-Schwarz*, Rdnr. 80, noch nicht in amtl. Slg., jedoch unter <http://curia.europa.eu/> abrufbar, zur steuerlichen Abzugsfähigkeit von Schulgeld, allerdings im Rahmen der Dienstleistungsfreiheit, wonach es einem Mitgliedstaat zur Vermeidung einer übermäßigen finanziellen Belastung nämlich möglich ist, die Abzugsfähigkeit des Schulgelds auf einen bestimmten Betrag zu beschränken, der der steuerlichen Vergünstigung entspricht, die dieser Staat gemäß bestimmten eigenen Wertvorstellungen für den Besuch von Schulen im Inland gewährt, was ein milderes Mittel als die Versagung der betreffenden Steuerbegünstigung darstellt.

¹²⁷ In diesem Sinne EuGH, Rs. C-398/95, *SETTG*, Slg. 1997, I-3091, Rdnr. 23; siehe auch EuGH, Rs. 72/83, *Campus Oil*, Slg. 1984, 2727.

¹²⁸ EuGH, Rs. C-158/96, *Kohll*, Slg. 1998, I-1931, Rdnr. 41.

¹²⁹ EuGH, Rs. C-192/05, *Tas Hagen*, Slg. 2006, I-10451, Rdnr. 36; *Borchardt*, (Fn. 82), S. 2059.

¹³⁰ EuGH, Rs. C-224/98, *d'Hoop*, Slg. 2002, I-6191, Rdnr. 38; EuGH, Rs. C-326/00, *Ioannidis*, Slg. 2003, I-1703, Rdnr. 31; EuGH, Rs. C-138/02, *Collins*, Slg. 2004, I-2703, Rdnr. 69.

bei Leistungen des Aufnahmestaats (*Ioannidis*) als Voraussetzung für die Leistungsgewährung sowie ein Wohnsitzerfordernis im Aufnahmestaat (*Collins*) Gegenstand des jeweiligen Rechtsstreits. Der EuGH erkannte die nationalen Regelungen jedoch nicht als verhältnismäßig zur Erreichung des angeführten Ziels an.

Im Zusammenhang mit der Begrenzung von Ausbildungsförderungshilfen hat der EuGH anerkannt, dass das Ziel des raschen Studienabschlusses – und damit das Aufstellen von Bedingungen für die Gewährung von Ausbildungsförderung – als Beitrag zum finanziellen Gleichgewicht des Bildungssystems einen legitimen Zweck darstellt.¹³¹ In der Rechtssache *Morgan* ging es um eine Regelung, nach der nur denjenigen eine Ausbildungsförderung gewährt werden sollte, die eine einjährige Ausbildungsphase im Heimatstaat absolviert hatten und damit gemäß dem Vorbringen des Mitgliedstaats zeigen sollten, dass sie zu einem erfolgreichen Studium in der Lage waren und die richtige Wahl getroffen hatten – was vom Gerichtshof als ungeeignet zur Erreichen des genannten Ziels zurückgewiesen wurde. Der EuGH legte jedoch den Schwerpunkt der Prüfung entgegen dem Vorbringen einiger Regierungen auf den Nachweis eines ausreichenden Grades gesellschaftlicher Integration der Antragsteller in den Staat des Leistungserbringers.¹³² Da dies bei den eigenen Staatsangehörigen gegenüber dem Heimatstaat wenig über den Integrationsgrad zum Zeitpunkt der Antragstellung aussagt, hat der EuGH die Voraussetzung der einjährigen Ausbildungsphase im Heimatstaat ebensowenig anerkannt, weil sie zu allgemein und einseitig sei.¹³³

In Bezug auf Leistungen des Heimatstaats an seine eigenen Staatsangehörigen kommt es wesentlich auf den für den erforderlichen Integrationsgrad relevanten Zeitpunkt sowie die Art der Leistung oder die Kontrolle der Einhaltung der Voraussetzungen für ihre Gewährung an: Der Ausschluss von Sozialleistungen anhand einer Aufenthaltsklausel des eigenen Heimatstaats kann dann gerechtfertigt sein, wenn letztere der – zwingend spontan vorzunehmenden – Kontrolle der Leistungsempfänger während des Bewilligungszeitraums dient und verhältnismäßig ist.¹³⁴

Zwar werden nationale Vorschriften betreffend Leistungen aus Solidarität mit den Opfern von Krieg und Vertreibung, in welchen die Leistungsgewährung auf im Inland Ansässige beschränkt wird, nicht per se als gemeinschaftsrechtswidrig angesehen, da es auch hierfür einen legitimen Grund geben kann. Der EuGH hat die ihm bislang unterbreiteten Fragen zu Art. 18 EGV indes dergestalt beantwortet, dass Wohnsitzerfordernisse wegen Unverhältnismäßigkeit ausschieden. In der

¹³¹ EuGH, Rs. C-11/06 und C-12/06, *Morgan*, Rdnr. 36 f., noch nicht in amtl. Slg., jedoch unter <http://curia.europa.eu/> abrufbar.

¹³² Ibid., Rdnr. 43 f.

¹³³ Ibid., Rdnr. 45.

¹³⁴ EuGH, Rs. C-406/04, *de Cuyper*, Slg. 2006, I-6947, Rdnr. 40 f.; vgl. EuGH, Rs. C-499/06, *Nerkowaska*, Rdnr. 37, noch nicht in amtl. Slg., jedoch unter <http://curia.europa.eu/> abrufbar.

Rechtssache *Tas Hagen*¹³⁵ ging es um ein Wohnsitzerfordernis zum Zeitpunkt der Antragstellung. Hier urteilte der Gerichtshof, dass ein solches Erfordernis die Verbundenheit des Antragstellers mit der Gesellschaft, die sich ihm solidarisch zeige, nicht hinreichend belege und daher wegen Unverhältnismäßigkeit zur Erreichung des Ziels als Rechtfertigungsgrund ausscheide. Weiter hat der Gerichtshof im Urteil *Nerkowska*¹³⁶ ausgeführt, dass ein Wohnsitzerfordernis bei gleichzeitiger Staatsangehörigkeit dieses Mitgliedstaats und einem länger als 20 Jahre dauernden Wohnaufenthalts im Leistung gewährenden Staat ausreichen könne, um hinreichende Verbindungen zwischen diesem Staat und dem Leistungsempfänger zu belegen. Ein darüberhinausgehendes Wohnsitzerfordernis sei unverhältnismäßig, denn notwendige Kontrollen – etwa, ob der Leistungsempfänger noch lebt – können auch anderweitig sichergestellt werden.

Die Gewährleistung der Wirksamkeit der Steuererhebung und die Vereinfachung und Klarheit des Steuersystems wurden grundsätzlich als legitime Ziele des Heimatstaats anerkannt, seine im Ausland lebenden eigenen Staatsangehörigen höher zu besteuern. Artikel 18 EGV steht jedoch einer nationalen Regelung, wonach die Einkommensteuer auf das Ruhegehalt, das von einem Träger des betreffenden Mitgliedstaats einer in einem anderen Mitgliedstaat ansässigen Person gezahlt wird, in bestimmten Fällen die Steuer übersteigt, die geschuldet würde, wenn diese Person im erstgenannten Mitgliedstaat ansässig wäre, dann entgegen, wenn das Ruhegehalt die gesamten oder nahezu die gesamten Einkünfte dieser Person ausmacht.¹³⁷ Grund für diese Entscheidung war das Vorhandensein milderer Mittel, um die steuerrechtlich komplexe Situation bewältigen zu können.

Im Rahmen von Beihilfen zu den Unterhaltskosten für Studenten kann ein Mitgliedstaat im Rahmen eines Wohnsitzerfordernisses verlangen, dass sich die Betroffenen „zu einem gewissen Grad in die Gesellschaft dieses Staats integriert haben“, jedoch nicht, „dass sie eine Verbindung zu seinem Arbeitsmarkt herstellen.“¹³⁸

All diese Beispiele zeigen, dass eine gewisse Nähe oder Verbindung zum relevanten Bereich des Aufnahmestaats oder auch des Heimatstaats gefordert und auch als legitim erachtet wird. Den Mitgliedstaaten steht bei der Auswahl der Kriterien, die diese Verbundenheit manifestieren sollen, ein weites Ermessen zu.¹³⁹ Besondere Aufmerksamkeit verdient in diesem Zusammenhang die Unterscheidung danach, ob der Heimatstaat oder der Aufnahmestaat Leistungen beschränkt und

¹³⁵ EuGH, Rs. C-192/05, *Tas Hagen*, Slg. 2006, I-10451.

¹³⁶ EuGH, Rs. C-499/06, *Nerkowska*, Rdnr. 43 f., noch nicht in amtl. Slg., jedoch unter <http://curia.europa.eu/> abrufbar.

¹³⁷ EuGH, Rs. 520/04, *Turpeinen*, Slg. 2006, I-10685, Rdnr. 31 f.

¹³⁸ EuGH, Rs. C-209/03, *Bidar*, Slg. 2005, I-2119, Rdnr. 57.

¹³⁹ EuGH, Rs. C-499/06, *Nerkowska*, Rdnr. 38, noch nicht in amtl. Slg., jedoch unter <http://curia.europa.eu/> abrufbar.

welche Implikationen sich daraus für das Verbundenheitskriterium ergeben. Außerdem lassen sich aus der Rechtsprechung Ansätze zu Differenzierungen ablesen, je nachdem, ob eine Leistung von den wirtschaftlichen Bedingungen des Aufenthaltsstaats abhängig gemacht werden soll oder davon unabhängig Solidaritätsbekundungen verkörpert. Darüber hinaus scheinen Wohnsitzerfordernisse, die als Kontrollen der fortdauernden Erfüllung der Voraussetzungen für die entsprechende Leistung dienen, insbesondere und richtigerweise dann eher gerechtfertigt, wenn sie nur bei unangekündigter Durchführung sinnvoll sind, was wiederum von der Art der Leistung abhängig ist.

Zunehmend prüft der Gerichtshof selbst die Elemente der Verhältnismäßigkeit im Detail und überlässt dies nicht den nationalen Gerichten. So wird sichergestellt, dass das Potenzial von Art. 18 EGV (i.V.m. Art. 12 EGV) jedenfalls im Ergebnis ausgeschöpft wird.¹⁴⁰ Auch wenn der Spielraum der Mitgliedstaaten damit in der Sache erheblich beschränkt wird, ist dies aus der Sicht der nationalen Gerichte und der Praktikabilität bei der Umsetzung eines EuGH-Judikats auf den nationalen Fall zu begrüßen.

Die Anwendung der oben genannten Verbundenheitskriterien bereitet jedoch im Einzelfall Schwierigkeiten und wirft beispielsweise im Bereich des Sozialrechts die Problematik auf, inwieweit Leistungsempfänger oder mit ihnen verbundene Personen jemals Beiträge geleistet haben müssen.¹⁴¹ Außerdem drängt sich die Frage auf, inwieweit die Kompetenzen der Mitgliedstaaten Aufschluss darüber geben können, welche Ziele sie bei der Beschränkung von Leistungsansprüchen legitimerweise verfolgen dürfen und bei welchen Aspekten Solidarität geboten ist.¹⁴² Artikel 24 Abs. 2 Richtlinie 2004/38/EG begrenzt den nach Abs. 1 grundsätzlich bestehenden Gleichbehandlungsanspruch, denn „[a]bweichend von Absatz 1 ist der Aufnahmemitgliedstaat jedoch nicht verpflichtet, anderen Personen als Arbeitnehmern oder Selbstständigen, Personen, denen dieser Status erhalten bleibt, und ihren Familienangehörigen während der ersten drei Monate des Aufenthalts [...] einen Anspruch auf Sozialhilfe oder vor Erwerb des Rechts auf Daueraufenthalt Studienbeihilfen, einschließlich Beihilfen zur Berufsausbildung, in Form eines Stipendiums oder Studiendarlehens, zu gewähren.“ Es bleibt abzuwarten, wie dies mit der Rechtsprechung hinsichtlich des Vorhandenseins finanzieller Mittel als Bedingung des Aufenthaltsrechts in Einklang gebracht werden wird und ob sich allgemeingültige Zeitspannen hinsichtlich Wohnsitzvoraussetzungen ausmachen lassen.

¹⁴⁰ Dazu z.B. EuGH, Rs. C-11/06 und C-12/06, *Morgan*, Rdnr. 28 f., noch nicht in amtl. Slg., jedoch unter <http://curia.europa.eu/> abrufbar.

¹⁴¹ *Jacobs*, (Fn. 120), S. 595.

¹⁴² *Ibid.*, S. 597, der sich skeptisch zu einer kompetenzen-basierten Auswahl der legitimen Ziele der Mitgliedstaaten äußert und idealerweise die Bestimmung des Ausmaßes der finanziellen Verpflichtungen im Sekundärrecht sieht. Siehe Schlussanträge GA *Geelhoed* zu EuGH, Rs. C-212/05, *Hartmann*, Nr. 86 für die Zurückhaltung des Gerichtshofs bei der Gewährung von Sozialansprüchen und steuerlichen Vorteilen.

III. Stellungnahme und Ausblick

Schon 1993 hat der frühere Generalanwalt *Jacobs* in der Rechtssache *Konstantinidis*¹⁴³ noch vor Inkrafttreten des Maastricht-Vertrags im Zusammenhang mit der Pflicht zur Transliterierung eines griechischen Namens durch ein deutsches Standesamt für ein Grundrecht als *civis europaeus* plädiert. Dieser kurze Beitrag unterstreicht die Herauslösung der Freizügigkeits- und Gleichbehandlungsrechte aus ihrem ökonomischen Kontext. Er kommt zu dem Schluss, dass sich Art. 18 EGV in dogmatischer Hinsicht zunehmend einer nicht-wirtschaftlichen Grundfreiheit annähert, was sogar Art. 12 EGV in seiner bisher anerkannten Form verzichtbar machen könnte. In einem solchen Fall erweisen sich die komplexen Diskussionen über den Anwendungsbereich des Vertrags und die Kompetenzabgrenzungen als obsolet. Mit einer solchen Entwicklung würde das fortbestehende Erfordernis eines wie auch immer gearteten grenzüberschreitenden Erfordernisses in Einklang stehen, wie es im Rahmen der Grundfreiheiten besteht. Auch wenn beispielsweise in der Grundrechtecharta Evolutivklauseln zur Einbeziehung von Drittstaatsangehörigen bestehen und trotz emphatischer Ausführungen in der Literatur und bei einigen Generalanwälten kann beim momentanen Integrationsstand kein Grundrechtscharakter der Freizügigkeit angenommen werden, zumal die Geltung primär gegen Mobilitätshindernisse von Seiten der Mitgliedstaaten und nicht der Gemeinschaft gerichtet ist. Beschränkungen insbesondere der finanziellen Leistungen mit grenzüberschreitendem Element sind im Grundsatz nur aus nicht-wirtschaftlichen Gründen unter strikter Kontrolle des EuGH anerkannt, wobei die Details hier noch auszuloten sind.

Auch wenn eine politische und soziale Union aus verschiedenen Gründen wünschenswert ist, zeigt die Entwicklung der Unionsbürgerschaft, dass die Rechtsprechung der Politik weit voraus ist, indem der EuGH eine Sozialunion weitgehend ohne die vorgesehene Beteiligung der Legislative antizipiert hat,¹⁴⁴ auch wenn der EU-Gesetzgeber mittlerweile „nachgezogen“ hat. Öffentliche Debatten fehlten weitestgehend, was die EU-Organe mittels laienverständlicher Informationsmaterialien zu kompensieren suchen.¹⁴⁵ Insgesamt weisen die hier genannten Urteile in die Richtung eines politischen Programms, Solidarität zwischen den Mitgliedstaaten zu entwickeln und Mobilität der nicht-wirtschaftlich Aktiven zu fördern. Wohlfahrtssysteme sind jedoch traditionell an Mitgliedschaften im weitesten Sinne und eine Kombination von Rechten und Pflichten gekoppelt, sei es,

¹⁴³ Schlussanträge GA *Jacobs* zu EuGH, Rs. C-168/91, *Konstantinidis*, Slg. 1993, I-1191, Nr. 46.

¹⁴⁴ Ähnlich *Kanitz/Steinberg*, (Fn. 104), S. 1035.

¹⁴⁵ Z.B. Kommission, GD Justiz, Freiheit und Sicherheit, Rights of Union Citizens and their family members to move and reside freely within the Union, Guide on how to get the best out of Directive 2004/38/EC, *civis europaeus sum*, abrufbar unter: http://ec.europa.eu/commission_barroso/frattini/archive/guide_2004_38_ec_en.pdf (26.5.2008).

dass die Systeme auf Beiträgen oder Steuern basieren. Um die territoriale Begrenzung der Ansprüche zu überwinden, bedarf es eines politischen Konsenses und in der Regel eines gewissen Maßes an Homogenität einer Gesellschaft oder einer bewussten Entscheidung zu Gunsten eines Entstehen-Wollens für einen anderen Unionsbürger. Anstatt eines Gesamtkonzepts wurden von Einzelfall zu Einzelfall und seit 2004 auch unter Einbeziehung der nicht immer klaren Reichweite der Richtlinie 2004/38/EG Grundsteine einer gemeinsamen gesamteuropäischen Identität und Solidarität gelegt, die aber noch mit Inhalt gefüllt, konzeptionell verfeinert und begründet sowie einer breiten politischen Akzeptanz und institutionellen Reformen zugeführt werden müssen.

Der Vertrag von Lissabon beinhaltet hinsichtlich der Unionsbürgerschaft und den Gleichbehandlungserfordernissen der Unionsbürger folgende erwähnenswerte Punkte:¹⁴⁶ Zum einen ist die Unionsbürgerschaft nun säulenübergreifend anwendbar,¹⁴⁷ zum anderen sind die Vorschriften der Art. 17 f. EGV nun gemäß dem Titel II „Nichtdiskriminierung und Unionsbürgerschaft“ und der expliziten Nennung der Bürgerinitiative etwas deutlicher als politische Rechte und Vorschriften akzentuiert.¹⁴⁸ Diese Neuerung hat in jedem Fall das Potential, die partizipatorische Dimension der Unionsbürgerschaft zu stärken und der Verbindung des Unionsbürgers zum Europäischen Gemeinwesen legitimationsfördernde Wirkung zuzuschreiben. Ob und welche Folgerungen die Rechtsanwendungspraxis aus der Verknüpfung der vormaligen Art. 12 und 18 EGV in einem Titel zieht, darf mit Spannung erwartet werden. Solidarität ist als Wert der Union in Art. 1a des neuen EUV in der Fassung des Vertrags von Lissabon verankert (vgl. bisher Art. 1 Abs. 3 EUV und Art. 2 EGV). Grenzüberschreitende Sozialansprüche können in Zukunft vom EU-Gesetzgeber geschaffen werden.¹⁴⁹

Die gegenwärtig noch fortbestehende Diskrepanz zwischen Recht und Politik hat nicht zu Unrecht Kritik erfahren: Die Transformation der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft von einer völkerrechtlichen Einheit zu einer Rechtsordnung *sui generis*¹⁵⁰ hat zwar gezeigt, dass eine gewisse Dynamik im Projekt angelegt ist, was eine Auslegung wie im nationalen Recht als zu statisch erscheinen lässt. Daher bedarf es bei Kritik an der Rechtsfortbildung des EuGH einer differenzierten

¹⁴⁶ Vgl. dazu auch *Ruiss*, (Fn. 118), S. 75.

¹⁴⁷ Art. 9 EUV in der Fassung des Vertrags von Lissabon.

¹⁴⁸ Titel II, Art. 16 f. des Vertrags über die Arbeitsweise der EU in der Fassung des Vertrags von Lissabon (AEUV).

¹⁴⁹ Art. 21 Abs. 3 AEUV: „(3) Zu den gleichen wie den in Absatz 1 genannten Zwecken kann der Rat, sofern die Verträge hierfür keine Befugnisse vorsehen, gemäß einem besonderen Gesetzgebungsverfahren Maßnahmen erlassen, die die soziale Sicherheit oder den sozialen Schutz betreffen. Der Rat beschließt einstimmig nach Anhörung des Europäischen Parlaments.“

¹⁵⁰ Klassisch *Weiler*, *The Transformation of Europe*, *Yale Law Journal* 100 (1991), S. 2403 f.

Sichtweise: Die Dynamik an sich zu verurteilen, erscheint als zu kurz gegriffen, da sie dem Integrationsprozess inhärent ist. Methodik und (mangelndes) Zusammenwirken der Institutionen in Frage zu stellen, erscheint jedoch wichtig und notwendig, zumal nationale Gerichte handhabbare Vorgaben aus Luxemburg benötigen.¹⁵¹ Diesem Zwecke sind apodiktische Feststellungen ohne Offenlegung der Interessen und wirtschaftlichen Hintergründe wenig förderlich.

Einer Klärung zugeführt werden sollte insbesondere das Verhältnis der Grundfreiheiten zu Art. 18 EGV hinsichtlich ihres Inhalts wie auch ihrer Konvergenz. Angesichts der Entscheidungen *Carpenter*, *Zhu und Chen* sowie *Baumbast* und der Richtlinie 2003/109/EG¹⁵² wäre auch die Stellung von Drittstaatsangehörigen im Zusammenhang mit Art. 18 EGV in dogmatisch konsistenter Form zu konkretisieren. Aus akademischer Perspektive interessant wäre zudem das Verhältnis der Unionsbürgerschaft zu den Grundrechten. Für die Praxis von außerordentlicher Bedeutung ist jedoch die Festlegung handhabbarer Kriterien, wann Leistungsansprüche auf der Basis des Gleichbehandlungsgebots des Art. 12 EGV aus dem Unionsbürgerstatus resultieren,¹⁵³ wobei insbesondere das Zusammenspiel des Art. 24 Abs. 2 Richtlinie 2004/38/EG mit früheren Entscheidungen des Gerichtshofs einer näheren Beleuchtung bedürfte. Dies betrifft zum einen die Voraussetzungen hinsichtlich des Aufenthaltsstatus, insbesondere das Verhältnis des Sekundärrechts zu Art. 18 EGV, sowie zum anderen die Kriterien der Rechtfertigung einer Verweigerung eines Anspruchs. Die Komplexität der Fälle, das Nebeneinander nationaler und europäischer Aufenthaltsvorgaben sowie die Tatsache, dass sich der Gerichtshof im Kompetenzbereich der Mitgliedstaaten und deren nicht vergemeinschafteter Kompetenzen auf dem Gebiet der Sozialpolitik bewegt, führt zum rechtspolitischen Kristallisationspunkt, ob nicht die Kompetenzen im Sozialbereich wenigstens teilweise anzupassen sind und ein europäisches Regime für einzelne Sozialleistungen zu errichten ist. Anknüpfungspunkt hierfür mag sein, dass der EuGH einen gewissen Grad an Solidarität¹⁵⁴ zwischen den Mitgliedstaaten im Bereich sozialer Leistungen verlangt. Bis zu einer in Zukunft jedenfalls möglichen

¹⁵¹ Erwähnt sei, dass Urteile in Verfahren nach Art. 234 EG zwar formal betrachtet lediglich eine Bindungswirkung *inter partes* entfalten. *De facto* hat die in einem solchen Urteil geäußerte Rechtsauffassung des EuGH jedoch präjudizielle Wirkung, vgl. *Dausies*, Das Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 177 EWG-Vertrag, 2. Aufl. 1995, S. 154; *Seyr*, Der verfahrensrechtliche Ablauf vor dem EuGH am Beispiel der Rechtssache "Prosciutto di Parma", JuS 2005, S. 320.

¹⁵² RL 2003/109/EG des Rates v. 25.11.2003 betreffend die Rechtsstellung der langfristig aufenthaltsberechtigten Drittstaatsangehörigen, ABl. Nr. L 16 v. 23.1.2004, S. 44.

¹⁵³ In Einzelfällen führt die Komplexität der Rechtslage in der Praxis dazu, dass die Behandlung gemeinschaftsrechtlicher Fragestellungen in Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes nur oberflächlich erfolgt und so in das Hauptsacheverfahren verlagert wird, vgl. z.B. LSG Niedersachsen-Bremen, Beschl. v. 2.11.2007, L 6 AS 664/07, juris, für den Bereich existenzsichernder Leistungen nach dem SGB II.

¹⁵⁴ Vgl. EuGH, Rs. C-184/99, *Grzelczyk*, Slg. 2001, I-6193, Rdnr. 44.

normgeberischen Initiative wird ihm wohl weiterhin die Aufgabe zukommen, den – vom jeweiligen Integrationsstand abhängigen – Grad an Solidarität und dessen Grenzen zu definieren. Man darf gespannt sein, wann sich die „Einheit in der Vielfalt“ der EU zu einem Integrationsstand entwickelt, den die Vereinigten Staaten von Amerika längst erreicht haben,¹⁵⁵ wo „[t]he Constitution was [...] framed under the dominion of a political philosophy less parochial in range. It was framed upon the theory that the peoples of the several states must sink or swim together, and that in the long run prosperity and salvation are in union and not division.“¹⁵⁶ An konzeptioneller Offenheit und Dynamik hierfür fehlt es der Unionsbürgerschaft jedenfalls nicht.

¹⁵⁵ Instruktiv dazu *van der Mei*, The free movement of persons within the European Community, Cross-border access to public benefits, 2003, S. 178 f.

¹⁵⁶ US Supreme Court, *Edwards/People of the State of California*, 314 U.S. 160 (1941), S. 174 mit Bezug auf Justice Cardozo in: *Baldwin v. Seelig*, 294 U.S. 511, 523 , 55 S.Ct. 497, 500, 101 A.L.R. 55.