

# EuR EUROPARECHT

Beiheft 1 | 2007

Armin Hatje | Peter M. Huber [Hrsg.]

**Unionsbürgerschaft und soziale Rechte**



Nomos

# EuR EUROPARECHT

---

Beiheft 1 | 2007

Armin Hatje | Peter M. Huber [Hrsg.]

**Unionsbürgerschaft und soziale Rechte**



**Nomos**

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.ddb.de> abrufbar.

ISBN 978-3-8329-2668-7

ISSN 1435-5078

1. Auflage 2007

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2007 Printed in Germany. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der photomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

## Vorwort

Dieses Beiheft von EUROPARECHT verdankt seine Entstehung einer glücklichen Koinzidenz. Es vereint Aufsätze zu einem Themenkreis, der in den vergangenen Jahren verstärkt in den Mittelpunkt des wissenschaftlichen und politischen Interesses gerückt ist.

Der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften hat die Unionsbürgerschaft von einem integrationspolitischen Symbol zu einem rechtlichen Status fortentwickelt, aus dem Ansprüche auf persönliche Freizügigkeit sowie politische und soziale Teilhaberechte abgeleitet werden können. Diese Rechtsprechung ist zwar keineswegs unumstritten, jedoch spiegelt sie, in der Zusammenschau mit dem Binnenmarktrecht, den heutigen Entwicklungsstand des europäischen Integrationsprozesses wider. Europarecht ist nicht länger nur Wirtschaftsrecht, die Gründungsverträge sind nicht länger nur Wirtschaftsverfassung. Sie sind auch rechtliche Grundordnung eines Staaten- und Verfassungsverbundes, dessen Integrationsdichte trotz mancher Rückschläge und Zweifel kontinuierlich voranschreitet. 50 Jahre nach Abschluss der Römischen Verträge ist heute für viele Menschen greifbar, was die Präambel des EGKS-Vertrages von 1952 als Kernziel der europäischen Integration bezeichnete: „... *den Grundstein für eine weitere und vertiefte Gemeinschaft unter Völkern zu legen, die lange Zeit durch blutige Auseinandersetzungen entzweit waren, und die institutionellen Grundlagen zu schaffen, die einem nunmehr allen gemeinsamen Schicksal die Richtung weisen können*“.

Vor diesem Hintergrund stand das Thema „Unionsbürgerschaft“ in dem von Prof. Dr. Peter Michael Huber und Prof. Dr. Armin Hatje geleiteten Gesprächskreis „Europäisches Verfassungsrecht“ der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer anlässlich der Tagung in Rostock am 4. Oktober 2006 auf dem Programm. Zur gleichen Zeit lagen der Schriftleitung von EUROPARECHT weitere ausgezeichnete Abhandlungen zum Themenkreis der Unionsbürgerschaft und der damit verbundenen sozialen Dimension des Gemeinschaftsrechts vor. Wir freuen uns, dass die Beiträge in diesem Heft zusammengeführt werden konnten.

Armin Hatje, Hamburg  
Peter Michael Huber, München



## Inhaltsverzeichnis

<i>Prof. Dr. Christian Calliess</i> , Göttingen	
Der Unionsbürger: Status, Dogmatik und Dynamik .....	7
<i>Prof. Dr. Thorsten Kingreen</i> , Regensburg	
Die Universalisierung sozialer Rechte im europäischen Gemeinschaftsrecht .....	43
<i>Prof. Dr. Wolfram Cremer</i> , Bochum	
Negative und positive Integration: Die Europäische Gemeinschaft als Sozial- und Bildungsunion .....	75
<i>Prof. Dr. Ulrich Becker, LL.M.</i> , München	
Migration und soziale Sicherheit – die Unionsbürgerschaft im Kontext .....	95



# Der Unionsbürger: Status, Dogmatik und Dynamik

Von Christian Calliess, Göttingen\*

## I. Einführung

„Civis Europeus Sum“ – wer möchte dieser, von Generalanwalt Jacobs 1993 im Konstantinidis-Fall gebrauchten Statusbeschreibung für den Unionsbürger nicht zustimmen? Ein Gemeinschaftsbürger, so der Generalanwalt in diesem Kontext, habe, wo immer er sich in der EU hinbegebe, das Recht, „stets im Einklang mit einer gemeinsamen Ordnung von Grundwerten behandelt“<sup>1</sup> zu werden. Auch wenn jener Status im konkreten Falle im Zusammenhang mit der Durchsetzung von Grundrechten und Grundfreiheiten ins Feld geführt wurde, so begründete Generalanwalt Jacobs damit doch apodiktisch und ein wenig trotzig jenen Unionsbürgerstatus, den der EuGH später im Jahre 2001 im Grzelczyk-Fall in der ihm oftmals eigentümlichen etwas überkomplexen Formulierungsweise wie folgt definierte:

*„Der Unionsbürgerstatus [...] ist 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.“*<sup>2</sup>

Art. 17 Abs. 2 EG knüpfe, so fährt der EuGH fort, an den Status des Unionsbürgers die im Vertrag vorgesehenen Rechte und Pflichten, wozu neben dem allgemeinen Diskriminierungsverbot (Art. 12 Abs. 1 EG)<sup>3</sup> auch die allgemeine Freizügigkeit (Art. 18 Abs. 1 EG)<sup>4</sup> zähle.

Auf Grundlage der hiermit skizzierten Normentrias entwickelte der EuGH seine weit reichende und insbesondere im Hinblick auf ihre sozialstaatlichen Konsequenzen heiß umstrittene Rechtsprechung<sup>5</sup> zum Unionsbürgerstatus, die ganz zentral um die Frage kreist, inwieweit soziale oder sonstige Vergünstigungen, die ein Mitgliedstaat seinen eigenen Staatsangehörigen gewährt, auf alle Unionsbür-

\* Prof. Dr. Christian Calliess, M.A.E.S. (Brügge), LL.M. ist Inhaber des Lehrstuhls für öffentliches Recht und Europarecht an der Universität Göttingen sowie Geschäftsführender Direktor des dortigen Instituts für Völkerrecht und Europarecht. Bei dem Beitrag handelt es sich um die ausführliche Fassung des am 4.10.2006 im Arbeitskreis Europäisches Verfassungsrecht der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer gehaltenen Vortrags.

1 Generalanwalt Jacobs, Schlussanträge vom 9.12.1992, Rs. C-168/91 (Konstantinidis), Slg. 1993, I-1191, Rn. 46.

2 EuGH, Urteil vom 20.9.2001, Rs. C-184/99 (Grzelczyk), Slg. 2001, I-6193, Rn. 31.

3 Vgl. EuGH, Urteil vom 12.5.1998, Rs. C-85/96 (Martínez Sala), Slg. 1998, I-2691, Rn. 62.

4 EuGH, Urteil vom 20.9.2001, Rs. C-184/99 (Grzelczyk), Slg. 2001, I-6193, Rn. 33.

5 Vgl. etwa Hailbronner, Die Unionsbürgerschaft und das Ende rationaler Jurisprudenz durch den EuGH?, NJW 2004, S. 2185 (2186 ff.), Haltern, Europarecht, 2005, S. 503 ff.



ger ausgedehnt werden müssen, die sich rechtmäßig in diesem Mitgliedstaat aufhalten. Das Verhältnis der in Bezug genommenen Normen untereinander bleibt freilich ebenso unklar wie ihr dogmatischer Anteil an der jeweiligen Entscheidung.<sup>6</sup> Auf diese Weise provoziert der EuGH seine Kritiker und lässt selbst ihm wohl gesonnene Begleiter im Stich. So freudig man soeben noch „Civis Europeus Sum“ in die Welt rufen wollte, so heftig stoßen einen die vom EuGH im Kontext der Unionsbürgerschaft entschiedenen Fälle in ein Labyrinth von Fragen, die einen zunächst ratlos umherirren lassen:

Kann es sein, dass

- eine spanische Staatsangehörige, die zwar seit mehr als zwanzig Jahren in Deutschland wohnt und immer wieder erwerbstätig war, zwischenzeitlich aber von Sozialhilfe lebt und keine Aufenthaltserlaubnis mehr besitzt, Erziehungsgeld bekommt?<sup>7</sup>
- einem französischen Studenten, der zum Ende seines Studiums in Belgien auf staatliche Unterstützung angewiesen ist, Sozialhilfe geleistet wird?<sup>8</sup>
- einer belgischen Staatsangehörigen von ihrem eigenen Mitgliedstaat – es geht also um einen rein inländischen Sachverhalt – ein Überbrückungsgeld für belgische Schulabgänger zu zahlen ist, obwohl sie ihren Schulabschluss in Frankreich erworben hat?<sup>9</sup>
- ein Darlehen zur Finanzierung der Studiengebühren in Großbritannien zu gewähren ist?<sup>10</sup>
- einem irischen Staatsangehörigen in Großbritannien eine Beihilfe für Arbeitsuchende gezahlt werden muss?<sup>11</sup>
- ein Herr Trojani (schon der Name lässt mit Blick auf ein antikes hölzernes Pferd schmunzeln), ein französischer Vagabund, der in Belgien ein Leben auf Campingplätzen, in Jugendherbergen und bei der Heilsarmee fristet,<sup>12</sup> Anspruch auf belgische Sozialhilfe hat?<sup>13</sup>
- das in Irland zur Welt gebrachte Kind eines chinesischen Ehepaares kraft seiner durch ius soli erworbenen irischen Staatsangehörigkeit sich und seinen Eltern ein Aufenthaltsrecht in Großbritannien „erstreitet“?<sup>14</sup>
- das spanische Namensrecht im Falle einer spanisch-belgischen Ehe in Belgien anzuwenden ist?<sup>15</sup>

6 Kingreen, in diesem Heft.

7 EuGH, Urteil vom 12.5.1998, Rs. C-85/96 (Martínez Sala), Slg. 1998, I-2691, Rn. 62 ff.

8 EuGH, Urteil vom 20.9.2001, Rs. C-184/99 (Grzelczyk), Slg. 2001, I-6193, Rn. 33.

9 EuGH, Urteil vom 11.07.2002, Rs. C-224/98 (D’Hoop), Slg. 2002, I-6191, Rn. 30 f.

10 EuGH, Urteil vom 15.3.2005, Rs. C-209/03 (Bidar), Slg. 2005, I-2119, Rn. 31 ff.

11 EuGH, Urteil vom 23.3.2004, Rs. C-138/02 (Collins), Slg. 2004, I-2703, Rn. 65.

12 EuGH, Urteil vom 7.9.2004, Rs. C-456/02 (Trojani), Slg. 2004, I-7573, Rn. 9 f.

13 EuGH, Urteil vom 7.9.2004, Rs. C-456/02 (Trojani), Slg. 2004, I-7573, Rn. 31 ff.

14 EuGH, Urteil vom 19.10.2004, Rs. C-200/02 (Chen), Slg. 2004, I-9925, Rn. 42 f.

15 EuGH, Urteil vom 02.10.2003, Rs. C-148/02 (Garcia Avello), Slg. 2003, I-11613, Rn. 30 f.

- eine Kriegsentschädigung von einem Mitgliedstaat auch dann auszubezahlen ist, wenn der Betroffene zum Zeitpunkt der Antragstellung in einem anderen Mitgliedstaat wohnt?<sup>16</sup>

Spontan ist man versucht zu rufen: Nein, das kann nicht sein, die EU ist keine Sozialunion, es gibt kein europarechtliches Sozialstaatsprinzip.<sup>17</sup> Aber wir wollen nachfolgend auf die Rationalisierungsfunktion des Rechts vertrauen und auf diese Weise zwei Fragenkreise klären.

- Zum einen: Was ist der Maßstab zur Beurteilung der Fälle? Die Antwort ist eng mit der Frage nach dem Status der EU verbunden – ist sie noch immer ein rein auf ökonomische Integration angelegter Wirtschaftsraum, oder ist sie nicht längst darüber hinausgewachsen und auf dem Weg zu einem politisch integrierten Staaten-, Verfassungs- und Bürgerverbund?
- Zum anderen: Ist die Dogmatik des EuGH in sich stimmig, mit anderen Worten, sind die Rechtsfolgen aus der verwandten Normentrias kohärent entwickelt?

## II. Marktbürger und Unionsbürger

### 1. Der funktionale Marktbürger

Bereits lange vor der Einführung der Unionsbürgerschaft, Mitte der sechziger Jahre, prägte die deutsche Literatur den Begriff des Marktbürgers. Er ging von *Hans Peter Ipsen* aus, der ihn erstmalig auf dem FIDE-Kongress 1963 in Den Haag verwendete.<sup>18</sup> Nach *Ipsens* Vorstellung war „Marktbürger“ die Umschreibung für das Phänomen der gleichzeitigen Berührung des einzelnen durch seinen eigenen Mitgliedstaat einerseits und durch den Gemeinsamen Markt andererseits: Nicht nur der Mitgliedstaat, sondern auch die Gemeinschaft konnte den „Marktbürger“ in bestimmter Weise berechtigen und verpflichten.<sup>19</sup> Während die Möglichkeiten der Mitgliedstaaten, ihre Bürger zu berechtigen und zu verpflichten grundsätzlich umfassend sind, sind die Möglichkeiten der Gemeinschaft sowohl zur Berechtigung als auch zur Verpflichtung einzelner – auch als Konsequenz aus dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung – nur auf übertragene Bereiche beschränkt. Gleichwohl liegt eben gerade in der unmittelbaren rechtlichen Beziehung des einzelnen zum Gemeinsamen Markt diejenige Besonderheit, die durch

16 EuGH, Urteil vom 26.10.2006, Rs. C-192/05 (Tas-Hagen und Tas), noch nicht in Slg., Rn. 30 f.

17 Vgl. hierzu aber die geschilderten Entwicklungstendenzen bei: *Ress/Stein* (Hrsg.), *Europäischer Sozialraum*, 1995; *Kingreen*, *Das Sozialstaatsprinzip im europäischen Verfassungsverbund*, 2003; *Losch/Radau*, NVwZ 2003, S. 1440 ff., die eine „soziale Verfassungsaufgabe der EU“ konstatieren; *Karl*, *Die Europäische Sozialunion im Kontext der Erweiterung*, in: Calliess/Isak (Hrsg.), *Der Konventsentwurf für eine EU-Verfassung im Kontext der Erweiterung*, 2004, S. 155 ff.;

18 *Ipsen/Nicolaysen*, NJW 1964, S. 339 (340).

19 Vgl. *Oppermann*, *Vom Marktbürger zum EG-Bürger?* in: Nicolaysen/Quaritsch (Hrsg.), *Lüneburger Symposium für Hans Peter Ipsen*, 1988, S. 75 (88).

den Begriff beschrieben werden sollte.<sup>20</sup> Die „Marktbürgerschaft“ bringt deutlich zum Ausdruck, welches Verständnis der EWG-Vertrag noch den Individuen, den europäischen Bürgern entgegenbrachte. Die Teilhabe des Marktbürgers an der Vergemeinschaftung ist rein ökonomisch. Es wurde gerade nicht dem Bürger, sondern nur dem Produktionsfaktor Arbeit Freizügigkeit gewährt. Eine grundsätzliche, wirtschaftliche unbedingte Berechtigung war nicht vorgesehen,<sup>21</sup> der Marktbürger „lebte“ daher nur im Rahmen einzelner, konkretisierender Normen. Aus seiner Stellung an sich ließen sich keinerlei Rückschlüsse auf etwaige Individualberechtigungen ziehen. Wegen dieses Konkretisierungserfordernisses stellte sich die Position des Marktbürgers auch nicht als ein ausfüllbarer Status<sup>22</sup> dar, wie es hingegen typischerweise die Staatsangehörigkeit ist. Die Marktbürger waren deshalb auch nicht das „Volk der Gemeinschaft“,<sup>23</sup> die Marktbürgerschaft folglich keine Gemeinschaftsangehörigkeit. Diese Auffassung blieb jedoch nicht unwidersprochen. So sah beispielsweise *Grabitz* bereits 1970 in der Stellung der Marktbürger ein der Staatsangehörigkeit ähnliches Statusverhältnis.<sup>24</sup> Durch eine Loslösung vom „funktionalen Moment“ des ökonomisch relevanten Sachverhalts, also der „Brücke“ zur Beschreibung des Verhältnisses zwischen den Individuen und der Gemeinschaft, die *Ipsen* nutzte, wollte *Grabitz* den Marktbürger aufwerten.

Die Erreichbarkeit des einzelnen durch das Gemeinschaftsrecht, die für die Figur des Marktbürgers charakteristisch ist, konkretisierte sich – abgesehen von einigen unmittelbar wirkenden Rechtsnormen – erst durch die Leitentscheidungen des EuGH in den Rechtssachen *van Gend & Loos* und *Costa/ENEL*.<sup>25</sup> In der ersten Entscheidung stellte der EuGH fest,

*„dass die Gemeinschaft eine neue Rechtsordnung des Völkerrechts darstellt, [...] deren Rechtssubjekte nicht nur die Mitgliedstaaten, sondern auch die Einzelnen sind. Das von der Gesetzgebung der Mitgliedstaaten unabhängige Gemeinschaftsrecht soll daher den Einzelnen, ebenso wie es ihnen Pflichten auferlegt, auch Rechte verleihen.“*<sup>26</sup>

Mit der so begründeten Anerkennung der unmittelbaren Anwendbarkeit hinreichend klarer und bestimmter sowie unbedingter Normen des primären (und (später auch) sekundären Gemeinschaftsrechts und der Klärung der Vorrangfrage in der nachfolgenden *Costa/ENEL*-Entscheidung verfolgte der Gerichtshof aber auch ein Ziel. Wörtlich führte der EuGH insoweit in seiner *Van Gend & Loos*-Entscheidung aus:

20 *Ipsen*, Europäisches Gemeinschaftsrecht, 1972, 8/6, S. 187.

21 *Randelzhofer*, Marktbürgerschaft-Unionsbürgerschaft-Staatsbürgerschaft, in: GS-Grabitz, 1995, S. 581 ff.

22 Vgl. *Ipsen*, Europäisches Gemeinschaftsrecht, 1972, 9/132, S. 250 f.; *Randelzhofer*, Marktbürgerschaft-Unionsbürgerschaft-Staatsbürgerschaft in: GS-Grabitz, S. 581 (583).

23 *Ipsen*, Europäisches Gemeinschaftsrecht, 1972, 8/6, S. 187.

24 *Grabitz*, Europäisches Bürgerrecht zwischen Marktbürgerschaft und Staatsbürgerschaft, 1970, S. 103.

25 EuGH, Urteil vom 5.2.1963, Rs. 26/62 (*van Gend & Loos*), Slg. 1963, S. 1 und Urteil vom 15.7.1964, Rs. 6/64, (*Costa/ENEL*), Slg. 1964, S. 1141.

26 EuGH, Urteil vom 5.2.1963, Rs. 26/62 (*van Gend & Loos*), Slg. 1963, S. 1 (25).

*„Die Wachsamkeit der an der Wahrung ihrer Rechte interessierten Einzelnen stellt eine wirksame Kontrolle dar, welche die durch die Kommission und die Mitgliedstaaten gemäß den Artikeln 169 und 170 ausgeübte Kontrolle ergänzt“.*<sup>27</sup>

Hiermit hat der EuGH den wesentlichen Schritt zur Funktionalisierung (oder auch Mobilisierung) des Bürgers für die Durchsetzung des Gemeinschaftsrechts getan. Die Stellung des Einzelnen hatte sich damit grundlegend gewandelt, er wurde neben der Kommission als „Hüterin der Verträge“ zum Garanten für die dezentrale Durchsetzung gemeinschaftsrechtlicher Vorgaben.<sup>28</sup> Durch ihre unmittelbare Anwendbarkeit haben die Grundfreiheiten – wie es *Generalanwalt Cosmas* in seinen Schlussanträgen im Fall *Wijsenbeck*<sup>29</sup> treffend formulierte –

*„...zugunsten der Angehörigen der Mitgliedstaaten eine funktionale Möglichkeit geschaffen, die ihnen eingeräumt wurde, damit sie sie zur Schaffung eines Gemeinsamen Marktes einsetzen, dessen Ziel es lediglich war, den Personen die Ausübung ihrer wirtschaftlichen Tätigkeiten unter besseren Bedingungen zu ermöglichen.“*

## 2. Der autonome Unionsbürger

Unter der Bezeichnung „Europa der Bürger“ hat es seit der Haager Gipfelkonferenz im Jahre 1969 einige Initiativen gegeben, durch die nicht nur die Rechte der Angehörigen der Mitgliedstaaten aus dem Gemeinschaftsrecht heraus gestärkt werden, sondern auch identitätsstiftende Impulse auf den Bürger übergehen sollten, mit dem Ziel, dass dieser die Gemeinschaft „nicht nur als gute, sondern auch als seine Sache betrachtet“.<sup>30</sup> Auf dem Pariser Gipfel im Jahre 1974 beschlossen die Regierungschefs der Mitgliedstaaten durch die Bildung von Arbeitsgruppen ein „Europa für die Bürger“ Gestalt annehmen zu lassen. Diese Gruppen sollten ausarbeiten, „unter welchen Voraussetzungen und innerhalb welcher Fristen den Bürgern der neun Mitgliedstaaten besondere Rechte als Angehörige der Gemeinschaft zuerkannt werden könnten“.<sup>31</sup> Zunächst sollte dabei eine Passunion ins Leben gerufen werden, wobei der Pass zwar auch weiterhin als nationales Dokument ausgegeben, dennoch aber eine gewisse identitätsstiftende Bindung an die Gemeinschaften erzeugen sollte. Diese stellte man sich derart vor, dass durch die Passunion nach innen und nach außen der Eindruck einer europäischen Staatsan-

27 EuGH, Urteil vom 5.2.1963, Rs. 26/62 (van Gend & Loos), Slg. 1963, S. 1 (26).

28 *Masing*, Die Mobilisierung des Bürgers für die Durchsetzung des Rechts, 1997, S. 42 f.; 45; *Calliess*, Grundlagen, Grenzen und Perspektiven europäischen Richterrechts, NJW 2005, S. 929 (931).

29 EuGH, Urteil vom 21.9.1999, Rs. C-378/97 (Wijsenbeck), Slg. 1999, I-6207, Rn. 84.

30 *Magiera*, Die Europäische Gemeinschaft auf dem Wege zu einem Europa der Bürger, DÖV 1987, S. 221 (221); ähnlich *Nettesheim*, Die politische Gemeinschaft der Unionsbürger, FS-Häberle, 2004, S. 193 (196).

31 Achter Gesamtbericht über die Tätigkeit der Europäischen Gemeinschaften 1974, S. 337 (339), Ziffer 11 des Abschlusskommunikés, zitiert nach: *Hilf*, in: Grabitz/Hilf (Hrsg.), Kommentar zur Europäischen Union, Altband, Maastrichter Fassung, Art. 8 EGV, Rn. 22.

gehörigkeit (sic!) oder Staatsbürgerschaft erweckt werden könne.<sup>32</sup> Der belgische Premierminister Tindemans legte Ende 1975 seinen im Auftrag des Rates von Paris von 1974 erarbeiteten Bericht<sup>33</sup> vor, der vorsah, den Ausbau der Freizügigkeit durch einen schrittweisen Abbau der Grenzkontrollen an den Binnengrenzen und durch die gegenseitige Anerkennung von Universitätsabschlüssen sowie die Förderung von verschiedenen Austauschprogrammen für Schüler und Studenten voranzutreiben. Die Kommission unterbreitete sodann – möglicherweise waren die Gipfel insofern ein Anstoß – nach einer Parlamentsentschließung von 1977<sup>34</sup> im Jahre 1979 einen Richtlinienvorschlag<sup>35</sup> über ein allgemeines Aufenthaltsrecht der Gemeinschaftsangehörigen in den anderen Mitgliedstaaten. Dieser Vorschlag wurde jedoch nie angenommen, die Zeit war offenbar noch nicht reif dafür.

Erst der Europäische Rat von Fontainebleau im Juni 1984 wandte sich wieder dem „Europa der Bürger“ zu. Der insoweit eingesetzte, nach seinem Vorsitzenden benannte Adonnino-Ausschuss legte im Juni 1985 seinen Abschlussbericht<sup>36</sup> vor. In ihm findet sich an erster Stelle<sup>37</sup> die Forderung nach der Freizügigkeit für die Bürger der Gemeinschaft sowie der Ausweitung der Aufenthaltsmöglichkeiten.<sup>38</sup> Auch ohne wirtschaftliche Betätigung sollte für den Bürger eines Mitgliedstaates der Gemeinschaft in jedem anderen Mitgliedstaat ein unbeschränkter Aufenthalt möglich sein, sofern sichergestellt ist, dass allein sozialpolitisch motivierte Wanderbewegungen aufgrund ungleicher Sozialsysteme nicht auftreten können. Es sollte gewährleistet werden, dass ein Bürger, der sich in einem anderen als seinem eigenen Mitgliedstaat aufhalten möchte „im Aufnahmeland nicht in unvertretbarer Weise der Öffentlichkeit zur Last fallen“<sup>39</sup> würde. Fast zeitgleich zum Rat von Fontainebleau verabschiedete das Europäische Parlament im Februar 1984 den sog. Spinelli-Vertragsentwurf zur Gründung der Europäischen Union, in dessen Art. 3 erstmals der Begriff der Unionsbürgerschaft erwähnt ist.<sup>40</sup> Dort heißt es:

*„Die Bürger der Mitgliedstaaten sind als solche Bürger der Union. Die Unionsbürgerschaft ist an die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaats gebunden; sie kann nicht selbständig erworben oder verloren werden. Die Unionsbürger nehmen am politischen Leben der Union in den durch diesen Vertrag vorgesehenen Formen teil, genießen die ihnen durch die Rechtsordnung der Union zuerkannten Rechte und unterliegen den Normen dieser Rechtsordnung.“*

Das „Europa der Bürger“ verwandelte sich dann aber erst 1987, im Kontext des ERASMUS-Programms, von einer politischen Idee zu einem Begriff des gelten-

32 Bulletin EG, Beilage 7/75, S. 9 ff. (17).

33 Bulletin EG, Beilage 1/76.

34 Parlamentsentschließung vom 16.11.1977, ABl. 1977 C 299/26.

35 Richtlinienvorschlag über das Aufenthaltsrecht der Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaates vom 31.07.1979, ABl. 1979 C 207/14.

36 Bulletin EG, Beilage 7/85, S. 9 ff. und S. 19 ff.

37 Bulletin EG, Beilage 7/85, S. 10, A 1.

38 Bulletin EG, Beilage 7/85, S. 13 ff.

39 Bulletin EG, Beilage 7/85, S. 14.

40 Sonderdruck aus dem Bulletin EG 2/1984.

den Gemeinschaftsrechts: In Art. 2 iv) des diesbezüglichen Ratsbeschlusses heißt es, das Programm verfolge die Perspektive „das Zusammenwirken der Bürger der einzelnen Mitgliedstaaten mit dem Ziel zu verstärken, den Begriff eines Europas der Bürger zu festigen“.<sup>41</sup> In einem Urteil zu den Rechtsgrundlagen dieses Programms stellte der EuGH<sup>42</sup> sodann fest, dass die Verwirklichung des Europas der Bürger zu den allgemeinen Zielen der Gemeinschaft gehört.<sup>43</sup> Im Jahre 1989 legte die Kommission neue Richtlinienvorschläge<sup>44</sup> vor, die Aufenthaltsrechte für nicht wirtschaftlich tätige Personen vorsahen. Durch sie sollten aus dem Erwerbsleben ausgeschiedene Arbeitnehmer und Selbstständige (Rentner), Studenten und die noch verbleibenden Gemeinschaftsangehörigen berechtigt werden. Die Richtlinienvorschläge wurden vom Ministerrat aber erst 1990 angenommen,<sup>45</sup> nachdem sich im Kontext des Vertrages von Maastricht die Ansicht durchgesetzt hatte, die Gemeinschaft habe die Kompetenz zur Regelung der Freizügigkeit auch nicht-erwerbstätiger Gemeinschaftsangehöriger.<sup>46</sup>

Die konkrete Idee einer „Europabürgerschaft“ wurde vom Europäischen Rat aber erst Ende 1990 anlässlich der Verhandlungen über eine die Wirtschafts- und Währungsunion ergänzende Politische Union wieder aufgenommen. Dabei bat der Europäische Rat die Regierungskonferenz zu prüfen, „inwieweit die folgenden Rechte im Vertrag verankert werden könnten“. Einzig an dieser Stelle, in den Schlussfolgerungen des Europäischen Rats, tauchte – ohne erläuternde Motive – der Gedanke auf, die Europabürgerschaft auch auf Rechte der „Chancengleichheit und Gleichbehandlung für alle Gemeinschaftsbürger“ zu erstrecken,<sup>47</sup> und zwar ohne dass dies mit den an gleicher Stelle ebenfalls vorgesehenen Freizügigkeitsrechten in irgendeiner Verbindung stehen sollte. Diese Gleichheitsidee fand jedoch so keinen Eingang in das Primärrecht.<sup>48</sup>

Die Einführung der Unionsbürgerschaft an sich war damit jedoch angestoßen, die Vorschriften über die Unionsbürgerschaft (Art. 8 ff. EGV in der Maastrichter Fassung, nun Art. 17 ff. EG) wurden durch den Vertrag von Maastricht in den EGV eingefügt. Art. 2 Abs. 1 Spiegelstrich 3 EU verdeutlicht, dass der Zweck der Einführung einer Unionsbürgerschaft in der Stärkung des Schutzes der Rechte und Interessen der Angehörigen der Mitgliedstaaten liegt. Damit ist die Unions-

41 Beschluss des Rates vom 15. 06. 1987 über ein gemeinschaftliches Aktionsprogramm zur Förderung der Mobilität von Hochschulstudenten (ERASMUS), 87/327/EWG, ABl. 1987, L 166/20.

42 EuGH, Urteil vom 30.5.1989, Rs. 242/87 Kommission/Rat, Slg. 1989, S. 1425, Rn. 29.

43 Zum Ganzen: *Magiera*, Ansätze für ein Europa der Bürger in der Rechtsordnung der Europäischen Gemeinschaften in: *ders.* Das Europa der Bürger in einer Gemeinschaft ohne Binnengrenzen, 1990, S. 13.

44 ABl. 1989 C 191/2 geänd. ABl. 1990 C 26/15.

45 RL 90/364 des Rates vom 28.06.1990 über das Aufenthaltsrecht, RL 90/365 des Rates vom 28.06.1990 über das Aufenthaltsrecht der aus dem Erwerbsleben ausgeschiedenen Arbeitnehmer und selbstständig Erwerbstätigen, RL 90/366 des Rates vom 28.06.1990 über das Aufenthaltsrecht der Studenten, ABl. 1990 L 180/26, ABl. 1990 L 180/28, ABl. 1990 L 180/30.

46 *Magiera*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/EGV, Art. 18 EGV, Rn. 3.

47 Bulletin EG, 12/90, S. 11.

48 Vgl. *Hilf*, in: Grabitz/Hilf (Hrsg.), Kommentar zur Europäischen Union, Altband, Maastrichter Fassung, Art. 8 EGV, Rn. 33.

bürgerschaft Ausdruck des mit dem EU-Vertrag angestrebten integrationspolitischen Fortschritts.<sup>49</sup> So gesehen ist weder die Unionsbürgerschaft an sich, noch ihre materielle Konzeption „über Nacht“ in das Europarecht eingebrochen. Vielmehr zeigen die vorstehenden Ausführungen, dass mit den entsprechenden Vorschriften eine fast zwanzig Jahre andauernde Entwicklung darin vorerst – denn die Unionsbürgerschaft ist ja entsprechend der in Art. 22 Abs. 2 EG enthaltenen Evolutivklausel auf Fortentwicklung angelegt – ihren Abschluss gefunden hat. Mit ihr wurde die politisch spätestens seit Anfang der siebziger Jahre gewünschte Loslösung bestimmter Rechte von wirtschaftlichen Zusammenhängen erreicht. Der bereits zum Marktbürger zitierte *Generalanwalt Cosmas* bringt diesen Aspekt in seinen Schlussanträgen im Fall *Wijsenbeck*<sup>50</sup> treffend auf den Punkt. Art. 18 EG schaffe im Unterschied zu den funktionalen Möglichkeiten der Grundfreiheiten

„... zugunsten der Angehörigen der Mitgliedstaaten eine Möglichkeit substantiellen Charakters, d.h. ein wirkliches und wahrhaftiges Recht, das der autonomen Verwirklichung eines Ziels des Inhabers selbst dient und nicht zugunsten der Gemeinschaft oder des Erfolgs ihrer Ziele gilt.“

Die Norm begründe

„ein andersartiges Recht, ein Recht auf Freizügigkeit, das sich aus dem Status des Unionsbürgers ergibt und im Verhältnis zur wirtschaftlichen oder nicht-wirtschaftlichen europäischen Einigung keine subsidiäre Bedeutung hat“.<sup>51</sup>

### 3. Stärkung der Unionsbürger durch die Europäische Verfassung

Träte die Europäische Verfassung in Kraft, würde der Unionsbürger durch sie aufgewertet und gestärkt. Dies macht schon Art. I-1 Abs. 1 VerfEU deutlich. Hiernach ist die EU sowohl eine „Union der Staaten“ als auch eine „Union der Bürger“. Die Bürgerinnen und Bürger treten erstmals gleichrangig neben den Staaten als Träger der europäischen Integration auf und werden diesen textlich sogar vorangestellt.<sup>52</sup> In einer solchen „Union der Bürger und Staaten“ müssen

49 *Fischer*, Die Unionsbürgerschaft in: Ress/Stein (Hrsg.), Vorträge, Reden und Berichte aus dem Europa-Institut der Universität des Saarlandes – Sektion Rechtswissenschaft, 1992, Nr. 269, S. 1.

50 EuGH, Urteil vom 21.9.1999, Rs. C-378/97 (*Wijsenbeck*), Slg. 1999, I-6207, Rn. 84.

51 EuGH, Urteil vom 21.9.1999, Rs. C-378/97 (*Wijsenbeck*), Slg. 1999, I-6207, Rn. 85.

52 So auch das überwiegende Schrifttum *Schoo*, Das institutionelle System aus Sicht des Europäischen Parlaments, in: Schwarze (Hrsg.), Der Verfassungsentwurf des Europäischen Konvents, 2004, S. 63 (64); *Oppermann*, Konzeption und Struktur des Verfassungsentwurfs des Europäischen Konvents, in: ebd. S. 23 (32); *Fischer*, Der Europäische Verfassungsvertrag, 2005, S. 123; *Hänsch*, Die Verfassung für die Europäische Union – nach der Regierungskonferenz, ZEuS 2004, S. 1 (5); *Bieber/Epiney/Haag*, Die Europäische Union, 2005, § 2, Rn. 1 ff.; *Schwarze*, Ein pragmatischer Verfassungsentwurf – Analyse und Bewertung des vom Europäischen Verfassungskonvent vorgelegten Entwurfs eines Vertrags über eine Verfassung für Europa, EuR 2003, S. 525 (556); *Obwexer*, Der Entwurf eines Verfassungsvertrages für Europa, europablätter 2003, S. 208 (210); *Weber*, Zur föderalen Struktur der Europäischen Union im Entwurf des Europäischen Verfassungsvertrags, EuR 2005, S. 841 (843). *Huber*, Das institutionelle Gleichgewicht zwischen Rat und Europäischem Parlament in der künftigen Verfassung für Europa, EuR 2003, S. 574 (594), spricht dagegen von einer „falsa demonstratio“.

dem völkerrechtlichen Grundsatz der Gleichheit der Staaten und dem demokratischen Grundsatz der Gleichheit der Bürger Geltung verschafft werden. Diese Notwendigkeit dualer Legitimation der EU kommt neben Art. I-1 VerfEU auch im Aufbau der Verfassung zum Ausdruck; dieser weist den individuellen Rechten der einzelnen Bürger neben der Regelung der Zuständigkeitsverteilung zwischen Union und Mitgliedstaaten und den Grundprinzipien eine herausgehobene Stellung zu.<sup>53</sup> Abgesehen von den Wahlen wird der Bürgerstatus durch die Grundfreiheiten (s. Art. I-4, III-130 ff.), die Anerkennung von Grundrechten (s. Art. II-61 ff.) sowie die mit der Unionsbürgerschaft (s. Art. I-10) verbundenen Rechte bestimmt.

Die Vorschriften über die Unionsbürgerschaft an sich sind freilich weitgehend unverändert aus dem EGV übernommen worden. So findet sich in Art. I-10 der Unionsbürgerstatus des Art. 17 EG wieder. Allerdings heißt es nunmehr in S. 2: „Die Unionsbürgerschaft tritt zur nationalen Staatsangehörigkeit hinzu, ohne diese zu ersetzen“. Fraglich ist, ob diese Umformulierung einen Hinweis auf eine gewollte Weiterentwicklung beinhaltet. *Haltern* hält die neue Formulierung nur für eine misslungene Übersetzung und meint, es müsse eigentlich Staatsbürgerschaft heißen. Dies ergebe sich auch aus dem Vergleich mit den anderen Sprachfassungen.<sup>54</sup> Geht man jedoch davon aus, dass sich die Unionsbürgerschaft mit dieser Formulierung selbst zu einem angehörigkeitsrechtsähnlichen Verhältnis entwickeln soll, so ist auch in dieser Formulierung eine Stärkung des Unionsbürgerstatus zu sehen.

### III. Der Unionsbürger im Staaten- und Verfassungsverbund

#### 1. Begriff des Staaten- und Verfassungsverbunds

Bekanntlich ist die EU – ebenso wie die unter ihrem Dach befindliche EG – kein (Bundes-) Staat im herkömmlichen, völkerrechtlichen Sinne.<sup>55</sup> Ihr fehlt – zumindest nach den herkömmlichen Anforderungen an die kulturelle, soziale und politische Homogenität eines Staatsvolks – auch weiterhin ein einheitliches europäisches Volk;<sup>56</sup> die Unionsbürgerschaft begründet gem. Art. 17 EG explizit keine

53 *Bieber/Epiney/Haag*, Die Europäische Union, 2005, § 2, Rn. 4.

54 *Haltern*, Europarecht, 2005, S. 484.

55 Ganz h.M., vgl. dazu den Überblick über den Diskussionsstand bei *Schmitz*, Integration in der Supranationalen Union, 2001, S. 169 ff., 198 ff.; 361 ff.; ferner *Dorau*, Die Verfassungsfrage der Europäischen Union, 2001, S. 29 ff.; a.A. nach dem Vertrag von Maastricht *Ossenbühl*, Maastricht und das Grundgesetz – eine verfassungsrechtliche Wende?, DVBl 1993, S. 629 (631 f.); *Schachtschneider*, in: Blomeyer/ders. (Hrsg.), Die EU als Rechtsgemeinschaft, 1995, S. 75 ff.

56 BVerfGE 89, 155 (185 f.), unter Berufung auf *Heller*, Politische Demokratie und soziale Homogenität, Gesammelte Schriften, Bd. 2, 1971, S. 421 (427 ff.); ebenso die h.M. im Schrifttum, vgl. nur *Ress*, Die Europäische Union und die neue juristische Qualität der Beziehungen zu den Europäischen Gemeinschaften, JuS 1992, S. 985 (987); *Grimm*, Braucht Europa eine Verfassung?, JZ 1995, S. 581 (589); *Hilf*, in: Grabitz/Hilf, Kommentar zur Europäischen Union, Altband, Maastrichter Fassung Art. A, Rn. 12.



Staatsbürgerschaft.<sup>57</sup> Ferner fehlt der EU – aufgrund des Prinzips der begrenzten Einzelermächtigung – die dem Staat eigene Kompetenz-Kompetenz in Form einer der Staatsgewalt korrespondierenden Allgemeinzuständigkeit in sämtlichen, das gesellschaftliche Leben erfassenden Politikbereichen. Die Verfassung bringt insoweit keine Änderungen.<sup>58</sup> Mit Blick auf ihre Supranationalität – definiert zuvorderst durch das anerkanntermaßen vorrangige und in den Mitgliedstaaten unmittelbar anwendbare, d.h. mit Durchgriffswirkung auf den Bürger ausgestattete Gemeinschaftsrecht – unterscheidet sich die EU aber auch von den klassischen internationalen Organisationen.<sup>59</sup>

Wenn sich die EU also nur unvollkommen in die klassischen staats- und völkerrechtlichen Kategorien einordnen lässt, so kann man sie am ehesten als neuartigen Staaten- und Verfassungsverbund beschreiben,<sup>60</sup> in welchem die staatliche Souveränität zurückgenommen und die Verfassungsordnungen von EU und Mitgliedstaaten wechselseitig miteinander verzahnt sind.<sup>61</sup>

Im *Staatenverbund*<sup>62</sup> bleiben die Mitgliedstaaten zwar Träger eines wesentlichen Ausmaßes an Souveränität, zugleich wird aber zum Ausdruck gebracht, dass die EU nicht mehr nur ein loser Bund souveräner Nationalstaaten, sondern eben gerade „mehr“ ist. Greift man insoweit – ohne Frage vereinfachend – auf die Dreielemente-Lehre zurück, impliziert dies zunächst die Vorstellung einer zwischen den Mitgliedstaaten und der EU geteilten Staatsgewalt.<sup>63</sup> Diese verschafft sich im erwähnten Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung, demzufolge die EU nur in den Bereichen handeln kann, in denen ihr von den Mitgliedstaaten eine Kompetenz zugewiesen wurde (Art. 5 Abs. 1 EG; Art. I-11 Abs. 2 VerfEU) sinnfällig Ausdruck. Insoweit darf nicht übersehen werden, dass aufgrund des fortschreitenden und praktisch unwiderruflichen Kompetenzzuwachses die Letztverantwortung für eine Reihe existentieller Belange im Verhältnis von Union und Mitgliedstaaten in der „Schwebe“ liegt, indem die Souveränität der Mitgliedstaaten in wesentlichen Bereichen des politischen, wirtschaftlichen und sozialen Lebens im

57 So aber *Bleckmann*, Der Vertrag über die Europäische Union, DVBl. 1992, S. 335 (336), der in der Unionsbürgerschaft eine echte Staatsbürgerschaft sieht.

58 Vgl. zur Unterscheidung der Union vom Staat nach dem Kriterium des Gewaltmonopols *Mayer*, Macht und Gegenmacht in der Europäischen Verfassung, ZaöRV 63 (2003), S. 59 (61 f.); *Pernice*, Zur Finalität Europas, in: Schuppert/ders./Haltern (Hrsg.), Europawissenschaft, 2005, S. 743 (776 ff.). Krit. *Möller*, Staat als Argument, 2000, S. 272 ff. Dazu auch die ausdrückliche Regelung in Art. III-276 Abs. 3 S. 2 VerfEU.

59 Dazu *Stein*, Europäische Union: Gefahr oder Chance für den Föderalismus in Deutschland, Österreich und der Schweiz? VVDStRL 53 (1994), S. 26 (29 ff.); ausführlich *Schmitz*, Integration in der Supranationalen Union, 2001, S. 65 ff., 113 ff.; *Dorau*, Die Verfassungsfrage der Europäischen Union, 2001, S. 20 ff. jeweils m. w. N.

60 Dazu *Calliess*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/EGV-Kommentar, 3. Auflage 2007, Art. 1 EUV, Rn. 17 ff.; *ders.*, in Calliess/Ruffert (Hrsg.), Verfassung der EU, Kommentar, 2006, Art. I-1, Rn. 11 ff.

61 Kritisch zum Verbundgedanken insgesamt *Jestaedt*, Der Europäische Verfassungsverbund: Verfassungsrechtlicher Charme und rechtstheoretische Insuffizienz einer Unschärferelation in: GS-Blomeyer, 2004, S. 637 ff., insbes. S. 645 ff.

62 BVerfGE 89, 155 (188) – Maastricht, in Anlehnung an *Kirchhoff*, in: Isensee/Kirchhoff (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band. VII, 1992, § 183, Rn. 38.

63 *Huber*, Recht der Europäischen Integration, 2. Aufl., 2002, S. 71.

Ergebnis längst zugunsten der Union reduziert ist.<sup>64</sup> Diese Form einer geteilten Souveränität ist, wie die sich in den Federalist Papers spiegelnde Gründungs- geschichte der Vereinigten Staaten zeigt, keineswegs so ungewöhnlich, wie es zu- nächst scheinen mag.<sup>65</sup> Dies gilt jedenfalls dann, wenn man den Begriff der Sou- veränität an den Kompetenzbegriff koppelt und ihn solchermaßen aus jenem Ar- kanum befreit, in dem ihn Teile der deutschen Staatsrechtslehre in Anlehnung an Carl Schmitt belassen.<sup>66</sup> Auch wenn das Dogma der unteilbaren Souveränität von den Gründungsvätern der Vereinigten Staaten thematisiert wurde, so einigte man sich doch auf ein Konzept der „Dual Sovereignty“, um die Kompetenzen der föderationsbildenden Staaten zu bewahren. Ihm zufolge sind die zentrale Ebene des Bundes einerseits und die dezentralen Einheiten der Bundesstaaten anderer- seits in ihrem jeweiligen Kompetenzbereich souverän, die volle Souveränität kommt somit weder der einen noch der anderen Ebene zu, sondern sie ist aufge- teilt. Auf die EU übertragen bedeutet dies: Die EU kann in Übereinstimmung mit vorstehenden Ausführungen nicht als Staat angesehen werden, weil die Mitglied- staaten ihre Kompetenzkompetenz zurückbehalten haben. Daraus folgt aber nicht, dass die Souveränität innerhalb der Union nicht geteilt werden könnte. Vielmehr wird, wie ein Blick auf den Rechtsrahmen des Verfassungsverbundes und dort insbesondere auf das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung zeigt, die Souve- ranität im Staatenverbund der EU gemeinsam ausgeübt. Um also im Staatenver- bund die volle Souveränität wiederherzustellen, muss die Gesamtheit der Union und ihrer Mitgliedstaaten in den Blick genommen werden.

Und ebenso wie die Gründerväter der Vereinigten Staaten das „Atom der Souve- ranität“ gespalten haben, haben sie auch erkannt, dass in der Folge auch die Bür- ger zwei politische Eigenschaften oder Arten von Status haben müssen, einen auf der Ebene des Gliedstaates und einen auf der zentralen Bundesebene. Blickt man daher im europäischen Staatenverbund auf das Element des „Staatsvolks“, so wird auch hier deutlich, dass sich die Union ihre Bürger mit den Mitgliedstaaten teilt. Die in den Mitgliedstaaten lebenden Markt- und Unionsbürger werden, wie bereits beschrieben, durch die EU erreicht. Gleichermäßen kann schließlich auch mit dem Element des Staatsgebiets verfahren werden: Ganz in diesem Sinne macht Art. 299 EG deutlich, dass sich die EU ihr „Gebiet“ mit den Mitgliedstaa- ten teilt.

Um die so skizzierte Teilbarkeit näher zu beschreiben, ist – wie schon vorstehend deutlich wurde – ein Blick in die Verfassung des europäischen Staatenverbundes notwendig. Denn der Staatenverbund bleibt ohne die ihn konstituierende Verfas-

64 Everling, Sind die Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft noch Herren der Verträge?, FS-Mosler, 1983, S. 173 (189); Doebring, Staat und Verfassung in einem zusammenwachenden Europa, ZRP 1993, S. 98 ff.; Ress, Menschenrechte, europäisches Gemeinschaftsrecht und nationales Verfassungsrecht, FS-Winkler, 1997, S. 897 (901).

65 Instrukтив dazu *Jacqué*, Der Vertrag über eine Verfassung für Europa, EuGRZ 2004, S. 551 (554 f.).

66 Vgl. Schmidt, Politische Theologie, 4 Kapitel zur Lehre von der Souveränität, 7. Aufl. 1996, S. 13, vgl. dazu Schliesky, Souveränität und Legitimität von Herrschaftsgewalt, 2004, S. 108 ff.

sung inhaltsleere Beschreibung der EU, er ist für sich betrachtet ein Torso, der erst durch die Verfassung mit Inhalt gefüllt wird. Daher muss der Staatenverbund durch den Begriff des Verfassungsverbundes ergänzt werden.

Mit dem *Verfassungsverbund*<sup>67</sup> wird jener, im Kontext der europäischen Integration stattfindender Konstitutionalisierungsprozess erfasst, der über die materielle Perspektive den Weg für ein Verfassungsverständnis bereitet, das den Verfassungsbegriff vom Staat löst und so der Internationalisierung des Staates durch Öffnung gegenüber suprastaatlichen Organisationsstrukturen (vgl. Art. 23 Abs. 1, 24 Abs. 1 GG) Rechnung trägt.<sup>68</sup> So ist mit der europäischen Integration ein europäisches (Teil-) Verfassungsrecht entstanden, das vermittelt über seinen Vorrang in einem inhaltlichen Verbund mit den Verfassungsordnungen der Mitgliedstaaten steht. Es entsteht ein System wechselseitiger Verfassungsbefruchtung und -stabilisierung, in welchem sich europäisches und nationales Verfassungsrecht gegenseitig beeinflussen und ergänzen sowie eine wechselseitige komplementäre Maßstabswirkung entfalten: Aufgrund des Anwendungsvorrangs hat sich das nationale Verfassungsrecht den europäischen Homogenitätsanforderungen anzupassen und unter Umständen – auch weit reichende – Relativierungen hinzunehmen (vgl. z.B. Art. 6 Abs. 1, 7 EU). Gleichzeitig ist das nationale Verfassungsrecht – vermittelt über die allgemeinen Rechtsgrundsätze – aber auch wichtigstes Rezeptionsreservoir für das europäische Verfassungsrecht (vgl. etwa Art. 6 Abs. 2 EU, 288 EG: allgemeine Rechtsgrundsätze) und kann dies, wie die Rechtsprechung des EuGH zum Grundrechtsschutz in Reaktion auf das BVerfG zeigte, auch maßstabsetzend beeinflussen (vgl. jetzt z.B. Art. 23 Abs. 1 GG).<sup>69</sup> Charakteristisch für den so definierten Verfassungsverbund ist daher die Verzahnung der beiden Verfassungsebenen und in der Folge ein Ineinandergreifen europäischer und nationaler Verfassungsprinzipien, zu deren Verwirklichung ein latentes und loyales Kooperationsverhältnis (Art. 10 EG, noch deutlicher: Art. I-5 Abs. 2 VerfEU) zwischen nationalen und europäischen Verfassungsorganen (insbesondere zwischen nationalen Verfassungsgerichten und EuGH) erforderlich ist.

Auf diese Weise werden im Verfassungsverbund auch europäische und nationale Verfassungswerte (vgl. etwa Art. 6 Abs. 1 EU, Art. I-2 VerfEU) miteinander verzahnt. Aufgrund der Wechselbezüglichkeit der Werte im „Werteverbund“ ist demnach auf beiden Ebenen nach größtmöglicher praktischer Konkordanz zu suchen, wobei der EuGH als „Verfassungsgericht“ dazu berufen ist, die Kongruenz von nationalen und europäischen Werten durchzusetzen.

67 Begriff zunächst bei *Pernice*, Verfassungsrechtliche Mechanismen zur Wahrung der Verfassungsordnung in: Bieber/Widmer (Hrsg.), Der europäische Verfassungsraum, 1995, S. 225 (261 ff.).

68 Dazu *Walter*, Die Folgen der Globalisierung für die europäische Verfassungsdiskussion, DVBl. 2000, S. 1 ff.; *Hobe*, Der offene Verfassungsstaat, 1998, S. 409 ff.; zusammenfassend *Wahl*, JuS 2003, S. 1145 ff.

69 Vgl. hierzu *Pernice*, Europäisches und nationales Verfassungsrecht, VVDStRL 60 (2001), S. 148 (163 ff., insbesondere 172 ff.); *Huber*, Europäisches und nationales Verfassungsrecht, VVDStRL 60 (2001), S. 194 (208 ff., insbesondere 222 ff.); *Steinberg*, Grundgesetz und Europäische Verfassung, ZRP 1999, S. 365 (371 ff.); kritisch *Jestaedt*, Der Europäische Verfassungsverbund: Verfassungsrechtlicher Charme und rechtstheoretische Insuffizienz einer Unschärferelation in: GS-Blomeyer, 2004, S. 645 ff.

In Verbindung mit Art. 10 EG kann das Gebot der Rücksichtnahme als ultima-ratio aber auch den Anwendungsvorrang europäischen Verfassungsrechts suspendieren. Voraussetzung dafür ist, dass entweder ein gemeinsamer Verfassungswert durch die EU verletzt wird (Art. 6 Abs. 1 EU, Art. I-2 VerfEU) oder aber der mitgliedstaatliche Verfassungskern (Art. 79 Abs. 3 GG) verletzt ist und alle Versuche, den Verfassungskonflikt im Wege der Kooperation beizulegen, gescheitert sind.

## **2. Die Unionsbürgerschaft im europäischen Staaten- und Verfassungsverbund – Zum Status des geteilten Bürgers**

### *a) Der im Verbund geteilte Bürger*

Das System und die Wirkweise des Staaten- und Verfassungsverbundes spiegeln sich fast schon vorbildlich im Unionsbürgerstatus. Dem Konzept des Staatenverbunds ist, wie soeben skizziert wurde, der Gedanke der Teilung der drei staatsbe-gründenden Elemente immanent. Dementsprechend teilt sich die EU mit ihren Mitgliedstaaten auch die jeweiligen Staatsvölker, die sich im Staatenverbund auf der europäischen Ebene konsequenterweise als europäisches Volk konstituieren. Dieses europäische Volk setzt sich also dem Verbundsgedanken entsprechend aus den Völkern der Mitgliedstaaten zusammen.<sup>70</sup> Und genau so verhält es sich beim Unionsbürger: Er hat im Staatenverbund einen Status als Staatsangehöriger seines jeweiligen Mitgliedstaates und parallel dazu auf der zentralen Ebene der EU einen Status als Unionsbürger. Beide Status sind im Staatenverbund untrennbar miteinander verflochten. In welcher Art und Weise diese Verflechtung ausgestaltet ist, darüber gibt die Konzeption des Staatenverbunds keine nähere Auskunft.

Dies erhellt erst der Blick auf den Verfassungsverbund und konkret auf die im EGV enthaltenen Regelungen der Unionsbürgerschaft. Schon der Unionsbürgerstatus selbst ist gem. Art. 17 Abs. 1 S. 2 EG an die Staatsangehörigkeit der Mitgliedstaaten gekoppelt. Nur wer Staatsangehöriger eines Mitgliedstaates ist, kann überhaupt Unionsbürger sein. Insoweit bleiben die Mitgliedstaaten in der Ausgestaltung ihres Staatsangehörigkeitsrechts grundsätzlich frei, sie müssen aber, wie der EuGH zu Recht entschieden hat,<sup>71</sup> im Rahmen ihrer Kooperations- und Loyalitätspflicht aus Art. 10 EG im europäischen Staaten- und Verfassungsverbund die Konsequenzen im Blick behalten, die sich aufgrund der Akzessorietät der Unionsbürgerschaft für den persönlichen Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts ergeben. Sie dürfen mithin durch eine großzügige oder restriktive Einbürgerungspolitik nicht die Interessen der Gemeinschaft und der anderen Mit-

70 Mit einer formalen Herangehensweise lässt sich die Summe der Unionsbürger als Volk konzipieren, vgl. *Augustin*, Das Volk der Europäischen Union, 2000, S. 62, 110 f.; *Schmitz*, Das europäische Volk und seine Rolle bei einer Verfassungsgebung in der Europäischen Union, EuR 2003, S. 217 (219 ff.).

71 EuGH, Urteil vom 7.7.1992, Rs. C-369/90 (Micheletti), Slg. 1992, I-4239, Rn. 10, 12.

gliedstaaten beeinträchtigen.<sup>72</sup> Art. 17 Abs. 1 S. 3 EG unterstreicht den Verbundgedanken überdies durch die Feststellung, dass die Unionsbürgerschaft die Staatsangehörigkeit nicht ersetzt, sondern ergänzend zu dieser hinzutritt. Damit ist klar gestellt, dass die beiden Status zwar miteinander verbunden sind, aber – entsprechend den vorstehenden Ausführungen – den Bürgern des europäischen Staaten- und Verfassungsverbundes zwei politische Eigenschaften bzw. Arten von Status zuweisen, die nicht miteinander verschmelzen.

Der Verbundcharakter der Unionsbürgerschaft kommt aber auch in den aus dem Unionsbürgerstatus fließenden Rechten zum Ausdruck, sei es dem Recht auf diplomatischen und konsularischen Schutz, das auf die mitgliedstaatlichen Institutionen rekurriert,<sup>73</sup> sei es dem Wahlrecht, das im wesentlichen der mitgliedstaatlichen Organisation und Ausgestaltung unterworfen ist.<sup>74</sup>

### b) *Der Status des geteilten Bürgers*

Im folgenden ist nunmehr der Status des Unionsbürgers im Verbund, mithin der Status des geteilten Bürgers näher zu bestimmen. Was steckt hinter „der Unionsbürgerschaft“? Mit welchen Rechten wird der ausfüllbare Status der Staatsangehörigkeit zu einem Mitgliedstaat durch die Union ausgestaltet? Der Wortlaut des Art. 17 EG selbst gibt hierüber wenig Aufschluss. In Abs. 2 heißt es nur: „Die Unionsbürger haben die in diesem Vertrag vorgesehenen Rechte und Pflichten.“ Vorrangig sind dies dann die in den Art. 17 ff. EG vorgesehenen, sowie auch die anderen Rechte aus dem EG-Vertrag, die schon vor Einführung der Unionsbürgerschaft bestanden.

Möglicherweise ergeben sich jedoch auch schon allein aus dem Bestehen der Unionsbürgerschaft Rechte und Pflichten. Dies impliziert nicht nur das eingangs schon erwähnte „Civis Europeus Sum“ von *Generalanwalt Jacobs*, sondern auch die zitierte Rechtsprechung des EuGH, wonach der Unionsbürgerstatus dazu bestimmt ist

*„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.“<sup>75</sup>*

72 Schütz/Bruha/König, Casebook Europarecht, 2004, S. 910.

73 Dazu Kluth, in: Calliess/Ruffert, EUV/EGV-Kommentar, 3. Aufl. 2007, Art. 20, Rn. 1; ausführlich Ruffert, ArchVR 35 (1997), 459; Szczechalla, Die Pflicht der Gemeinschaft und der Mitgliedstaaten zum diplomatischen und konsularischen Schutz, EuR 1999, S. 325.

74 Kluth, in: Calliess/Ruffert, EUV/EGV-Kommentar, 3. Aufl. 2007, Art. 19, 10 ff. und 19 ff.

75 Grundlegend EuGH, Urteil vom 20.9.2001, Rs. C-184/99 (Grzelczyk), Slg. 2001, I-6193, Rn. 31, seitdem ständige Rechtsprechung vgl. z.B. Urteil vom 11.07.2002, Rs. C-224/98 (D’Hoop), Slg. 2002, I-6191, Rn. 22; Urteil vom 02.10.2003, Rs. C-148/02 (Garcia Avello), Slg. 2003, I-11613, Rn. 22, 23; Urteil vom 23.3.2004, Rs. C-138/02 (Collins), Slg. 2004, I-2703, Rn. 61; Urteil vom 29.4.2004, Rs. C-224/02 (Pusa), Slg. 2004, I-5763, Rn. 16; Urteil vom 19.10.2004, Rs. C-200/02 (Chen), Slg. 2004, I-9925, Rn. 25; Urteil vom

Doch ist dieser Ansatz tatsächlich tragfähig? Zunächst ist denkbar, durch Auslegung des Wortes „Bürgerschaft“ den Gehalt des durch Art. 17 EG etablierten Instituts zu ermitteln. Dieses Unterfangen gestaltet sich jedoch schwierig, denn der Begriff des Bürgers bzw. der Bürgerschaft selbst ist nirgendwo festgelegt. Das Wort Bürger, vormals Burger, stammt ursprünglich von „Burgbewohner“. Da sich jedoch mit der Zeit um die Burgen Städte entwickelten, waren die Bewohner der Städte alsbald Bürger<sup>76</sup> und im Gegensatz zu denen, die außerhalb der Burg bzw. Stadt wohnten, privilegiert. Untereinander waren die Bürger aber gleichermaßen privilegienlos.<sup>77</sup> Es ging dabei zuvorderst um politische Gleichheit, nicht aber um soziale Gleichheit.

Insoweit könnte daher ein anderer Ansatz im Schrifttum von Interesse sein, der die Unionsbürgerschaft mit dem gemeinsamen Indigenat der deutschen Reichsverfassung vergleicht: Hintergrund ist der Gedanke, dass sich gerade an diesem Institut die Wechselbeziehung von Staatsentwicklung – vom Staatenbund zum Bundesstaat – und Staatsangehörigkeitsrecht beobachten lässt.<sup>78</sup> Durch das gemeinsame Indigenat als Teil der Regelungen zur Herstellung eines einheitlichen deutschen Wirtschaftsraumes sollte bewirkt werden, dass der Angehörige jedes Bundesstaates in jedem anderen Bundesstaat als Inländer behandelt und unter denselben Voraussetzungen wie der Einheimische zur Ausübung bestimmter Rechte zugelassen wird; alle Angehörigen der anderen Bundesstaaten waren damit überall Inländer,<sup>79</sup> ein bundeseinheitliches Angehörigkeitsrecht wurde aber – auch dies zeigt eine Ähnlichkeit zur Unionsbürgerschaft – nicht eingeführt.

Beim gemeinsamen Indigenat handelt es sich bei genauer Betrachtung um ein umfassendes Gleichheitsrecht, andere Rechte – etwa Freiheitsrechte – wurden durch das Indigenat selber nicht gewährt. Um die Gleichheit nutzen zu können, mussten daher erst Freizügigkeitsregelungen geschaffen werden, von denen dann jedoch wieder soziale Vergünstigungen ausgeschlossen waren. Bundesangehörige aus anderen Staaten, die Unterstützung brauchten, konnten deshalb in ihren Heimatstaat zurückgewiesen werden.<sup>80</sup>

Somit besteht die offenkundige Parallele zur Unionsbürgerschaft darin, dass der Gedanke der solidarischen Unterstützung zunächst ganz ausdrücklich ausgenommen sein soll. Eine soziale Unterstützung ergibt sich immer erst dann, wenn Freizügigkeit und Gleichheit zusammenfallen. Ebenso wie das Indigenat um Freizü-

15.3.2005, Rs. C-209/03 (Bidar), Slg. 2005, I-2119, Rn. 31; Urteil vom 9.11.2006, Rs. C-520/04 (Turpeinen), noch nicht in Slg., Rn. 18.

76 „Bürger“ in: Deutsches Wörterbuch von Jacob Grimm und Wilhelm Grimm, Band 2, Spalte 537 ff.

77 Vgl. Grabitz, Europäisches Bürgerrecht, 1970, B I. 1. b) cc) (S. 33 f.).

78 Hobe, Die Unionsbürgerschaft nach dem Vertrag von Maastricht, Der Staat 32 (1993), S. 245 (252 f.); *Hilf*, in: Grabitz/Hilf (Hrsg.), Kommentar, Art. 8 EGV, 12. EL Mai 1998, Rn. 14-16; aufgegriffen und vertiefend entwickelt dann von Schönberger, Unionsbürger, 2005, S. 100 ff.; zum Verhältnis der Reichs- zur Staatsangehörigkeit vgl. auch Böhm, Die Europäische Union im Lichte der Reichsverfassung von 1871, 1999, S. 111.

79 Hobe, Der Staat 32 (1993), S. 245 (253) m. N.

80 Schönberger, Unionsbürger, 2005, S. 104 m. N.

gigkeitsbestimmungen ergänzt werden musste, so müsste die Unionsbürgerschaft noch um einen allgemeinen Gleichheitssatz ergänzt werden, wollte man auf europäischer Ebene eine auf das Solidaritätsprinzip gegründete Sozialunion schaffen. Die Frage nach einem sozialen Gehalt der Unionsbürgerschaft und damit die Frage, ob sie ein – vielleicht gar allgemeines? – Gleichheitsrecht umfasst, ist im Zuge der eingangs zitierten Rechtsprechung des EuGH nunmehr in den Mittelpunkt der Debatte um die Unionsbürgerschaft gerückt. Entgegen der Auffassung des Gerichtshofs ist jedoch Art. 17 EG selbst insoweit nicht aussagekräftig. Offenkundiger Sinn der Vorschrift ist die Festlegung des Adressatenkreises und damit die Bestimmung des persönlichen Anwendungsbereichs der Vorschriften über die Unionsbürgerschaft. Sie selbst enthält jedoch keine subjektive Rechtsposition.<sup>81</sup> Auch wenn eine Bürgerschaft heutzutage mit typischen Rechten ausgestattet ist, etwa dem Recht auf Aufenthalt und dem Wahlrecht – diese Charakteristika finden sich auch in den Art. 17 ff. EG – so sind die inhaltlichen Bestandteile keineswegs zwingend und können deshalb auch variieren. Art. 17 S. 1 EG legt an sich also nur den persönlichen Anwendungsbereich der *anderen* Vorschriften des Unionsbürgerschaftsteils fest. Dies unterstreicht Art. 17 Abs. 2 EG, der auf die in diesem Vertrag vorgesehenen Rechte und Pflichten verweist.

Systematisch am nächsten liegt Art. 18 EG, das Freizügigkeitsrecht der Unionsbürger. Die erwähnte, mit der Einführung der Unionsbürgerschaft politisch bezweckte Stärkung der Identifikation der Bürger in den Mitgliedstaaten mit der Union basiert ganz zentral auf der Tatsache, ob sie sich – ganz so wie in ihrem jeweiligen Heimatland – allgemein innerhalb der Union frei bewegen dürfen. Ein allgemeines und eigenständiges Freizügigkeitsrecht ist deshalb ein zentrales Moment der Unionsbürgerschaft. Denn ohne das Recht sich frei bewegen und aufhalten zu dürfen, sind andere Rechte und deren Nutzung kaum vorstellbar.<sup>82</sup>

Vor diesem Hintergrund kommt es daher darauf an, ob sich für die vom EuGH eingeführte Normentrias aus Art. 17, 12 und 18 EG ein in sich schlüssiger Rahmen entwickeln lässt, der die eingangs dargestellten Schlussfolgerungen des Gerichtshofs trägt.

#### IV. Die dogmatische Verortung der Unionsbürgerrechte

Vorstehend konnte gezeigt werden, dass Art. 17 EG nur den persönlichen Anwendungsbereich der Unionsbürgerschaft regelt, nicht aber subjektive Rechte verleihen kann. Erst der sachliche Anwendungsbereich der folgenden Rechte (vgl. auch Art. 17 Abs. 2 EG) gibt der Unionsbürgerschaft inhaltliche Gestalt. Nachdem das Freizügigkeitsrecht aus Art. 18 EG dabei am bedeutsamsten ist, ist die

81 Diesen Schluss zieht *Borchardt*, Der sozialrechtliche Gehalt der Unionsbürgerschaft, NJW 2000, S. 2057 (2058).

82 *Schulz*, Freizügigkeit für Unionsbürger, 1997, S. 68.

Bestimmung seiner Reichweite auch besonders relevant. Sie hängt in erster Linie von seiner Funktion ab, die aber nach wie vor umstritten ist.

## 1. Art. 18 EG: Grundrecht oder Grundfreiheit?

Immerhin besteht spätestens seit dem Urteil des EuGH im Fall *Baumbast* weitgehend Einigkeit darüber, dass es sich bei Art. 18 EG um ein unmittelbar anwendbares, subjektives Recht handelt.<sup>83</sup> Zugleich versteht der EuGH die Formulierung, wonach die Freizügigkeit nur „vorbehaltlich der in diesem Vertrag und in den Durchführungsvorschriften vorgesehenen Beschränkungen“ gewährt wird, als bloße Schranke für die Wahrnehmung der in Art. 18 EG garantierten Rechte, die gerichtlicher Kontrolle am Maßstab des Verhältnismäßigkeitsprinzips unterliegt. Wörtlich führt er aus:

*„Diese Beschränkungen und Bedingungen stehen daher nicht dem entgegen, dass Artikel 18 Absatz 1 EG den Einzelnen Rechte verleiht, die sie gerichtlich geltend machen können und die die innerstaatlichen Gerichte zu wahren haben [...] Allerdings sind diese Beschränkungen und Bedingungen unter Einhaltung der einschlägigen gemeinschaftsrechtlichen Grenzen und im Einklang mit den allgemeinen Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts, insbesondere dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, anzuwenden.“*<sup>84</sup>

Umstritten bleibt freilich, ob Art. 18 EG ein Grundrecht<sup>85</sup> oder aber eine Grundfreiheit<sup>86</sup> darstellt.<sup>87</sup> Der EuGH hält sich insoweit bedeckt und verwendet keine

83 Vgl. EuGH, Urteil vom 17.9.2002, Rs. C-413/99 (*Baumbast* und R), Slg. 2002, I-7091, Rn. 84 ff. So auch *Kluth*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/EGV-Kommentar, 3. Aufl. 2007, Art. 18 EGV, Rn. 9, 15; *Hatje*, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, Art. 18 EGV, Rn. 5; *Magiera*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/EGV, Art. 18 EGV, Rn. 11; *Pernice*, Der verfassungsrechtliche Status der Unionsbürger im Vorfeld des Vertrages über eine Verfassung für Europa, in: FS-Rodríguez-Iglesias, 2003, S. 177 (183); *ders.*, in: Dreier (Hrsg.), GG, 2. Aufl. 2004, Bd. I, Art. 11 GG, Rn. 5; *Füßer*, Grundrecht auf wirtschaftliche Freizügigkeit und Art. 8a EGV als Aufhebungsbefreiung des Gemeinschaftsrechts, DÖV 1999, S. 96 (100); *Becker*, Freizügigkeit in der EU – auf dem Weg vom Begleitrecht zur Bürgerfreiheit, EuR 1999, S. 522 (528). Dagegen noch *Pechstein/Bunk*, Das Aufenthaltsrecht als Auffangrecht, EuGRZ 1997, S. 547 (549, 554); *Degen*, Die Unionsbürgerschaft nach dem Vertrag über die Europäische Union unter besonderer Berücksichtigung des Wahlrechts, DÖV 1993, S. 749 (752).

84 EuGH, Urteil vom 17.09.2002, Rs. C-413/99 (*Baumbast* und R), Slg. 2002, I-7091, Rn. 86 und 91.

85 *Kluth*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), Kommentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag, Art. 18 EGV, Rn. 15; *Magiera*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/EGV Art. 18 EGV, Rn. 10; *Kadelbach*, § 21 – Die Unionsbürgerrechte, Rn. 40 f., in: Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2. Aufl., 2005; *Pernice*, in: Dreier (Hrsg.), GG, 2. Aufl. 2004, Bd. I, Art. 11 GG, Rn. 5; *Hatje*, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, Art. 18 EGV, Rn. 1, der Art. 18 Abs. 1 „zu den wenigen ausdrücklich normierten Grundrechten der EG“ zählt; *Gebauer*, Die Grundfreiheiten des EG-Vertrages als Gemeinschaftsgrundrechte, 2004, S. 212 ff.; wohl auch *Sczekalla*, Die sogenannten grundrechtlichen Schutzpflichten im deutschen und europäischen Recht, 2002, S. 478 f. und *Hilf*, in: Grabitz/Hilf (Hrsg.), Kommentar, Art. 18 EGV, Rn. 1.

86 Andeutend *Kingreen*, Theorie und Dogmatik der Grundrechte im europäischen Verfassungsrecht, EuGRZ 2004, S. 570 (572); *Niemann*, Von der Unionsbürgerschaft zur Sozialunion?, EuR 2004, S. 946 (950); *Scheuing*, Freizügigkeit als Unionsbürgerrecht, EuR 2003, S. 744 (745) nennt Art. 18 EGV eine „unionsbürgerliche Grundfreiheit“; ausdrücklich hierfür *Seyr/Rümke*, Das grenzüberschreitende Element in der Rechtsprechung des EuGH zur Unionsbürgerschaft, EuR 2005, S. 667 und *Kokott*, EU citizenship – citoyens sans frontières?, Durham European Law Institute, European Law Lecture 2005, S. 2, nennt Art. 18 „fundamental freedom“; *dies.*, in: FS-Tomuschat, 2006, S. 207 (214): „eigenständige Grundfreiheit“.



einheitliche Terminologie. So spricht er beispielsweise in der Rechtssache Chen einerseits von dem „durch Artikel 18 EG gewährleisteten Grundrecht [...] auf Freizügigkeit und Aufenthalt“.<sup>88</sup> Andererseits führt er aber in dem selben Urteil im Zusammenhang mit dem Freizügigkeitsrecht aus, dass es nicht Sache eines Mitgliedstaats sei, die Wirkungen der Verleihung der Staatsangehörigkeit eines anderen Mitgliedstaats dadurch zu beschränken, dass er eine zusätzliche Voraussetzung für die Anerkennung dieser Staatsangehörigkeit im Hinblick auf die Ausübung der im Vertrag vorgesehenen Grundfreiheiten verlange.<sup>89</sup>

In den Rechtssachen D’Hoop, Garcia Avello und Bidar spricht der Gerichtshof dann ausdrücklich von der „Ausübung der im EG-Vertrag garantierten Grundfreiheiten [...], namentlich [...] der in Artikel 18 EG verliehenen Freiheit, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten zu bewegen und aufzuhalten.“<sup>90</sup> Das dargestellte Zitat aus der Rechtssache Chen ist bislang das einzige geblieben, in dem der EuGH die Freizügigkeit als Grundrecht bezeichnet, die Urteile, in denen er von Grundfreiheit spricht, sind hingegen deutlich häufiger. Diese Tatsache sowie die Herangehensweise des Gerichtshofs deuten deshalb an, dass Art. 18 EG von ihm zumindest grundfreiheitsähnlich eingestuft wird.

Die Äußerungen der Generalanwälte bezüglich der Verortung des Freizügigkeitsrechts sind ebenfalls unterschiedlich. So deuten z.B. die vorstehend bereits zitierten Äußerungen von Generalanwalt Cosmas im Fall Wijsenbeck („substantieller Charakter, andersartiges Recht“) darauf hin, dass er eher einen grundrechtlichen Charakter des Freizügigkeitsrechts annimmt. Generalanwalt Tizzano spricht in seinen Schlussanträgen in der Rechtssache Chen ausdrücklich von einem Grundrecht<sup>91</sup> ebenso wie Generalanwalt Geelhoed in der Rechtssache Bidar.<sup>92</sup> In anderen Schlussanträgen lässt die Herangehensweise der Generalanwälte hingegen erkennen, dass sie bei Art. 18 EG einen grundfreiheitlichen Charakter annehmen.<sup>93</sup> Generalanwältin Kokott bezeichnet in ihren Schlussanträgen in der vor kurzem entschiedenen Rechtssache Tas-Hagen Art. 18 EG ausdrücklich als eine Grundfreiheit.<sup>94</sup>

87 Für ein Recht sui generis *Kubicki*, Die subjektivrechtliche Komponente der Unionsbürgerschaft, EuR 2006, S. 489 (498).

88 Urteil vom 19.10.2004, Rs. C-200/02 (Chen), Slg. 2004, I-9925, Rn. 33.

89 Urteil vom 19.10.2004, Rs. C-200/02 (Chen), Slg. 2004, I-9925, Rn. 39.

90 Urteil vom 11.07.2002, Rs. C-224/98 (D’Hoop), Slg. 2002, I-6191, Rn. 29, Urteil vom 02.10.2003, Rs. C-148/02 (Garcia Avello), Slg. 2003, I-11613, Rn. 24, Urteil vom 15.3.2005, Rs. C-209/03 (Bidar), Slg. 2005, I-2119, Rn. 33. Leicht abweichende Formulierung, mit der aber dasselbe gemeint sein dürfte in EuGH, Urteil vom 24.11.1994, Rs. C-274/98 (Bickel und Franz), Slg. 1994, I-7637, Rn. 15, 16; Urteil vom 20.09.2001, Rs. C-184/99 (Grzelczyk), Slg. 2001, I-6193, Rn. 33; Urteil vom 29.4.2004, Rs. C-224/02 (Pusa), Slg. 2004, I-5763, Rn. 17, Urteil vom 12.7.2005, Rs. C-403/03 (Schempp), Slg. 2005, I-6421, Rn. 18, Urteil vom 9.11.2006, Rs. C-520/04 (Turpeinen), noch nicht in Slg. Rn. 19.

91 Schlussanträge vom 18.5.2004, Rs. C-200/02 (Chen), Slg. 2004, I-9925, Rn. 73.

92 Schlussanträge vom 11.11.2004, Rs. C-209/03 (Bidar), Slg. 2005, I-2119, Rn. 45, ähnlich auch derselbe in den Schlussanträgen in der Rechtssache Trojani Rn. 62, 69 (grundlegendes Recht).

93 So z.B. Schlussanträge vom 20.11.2003, Rs. C-224/02 (Pusa), Slg. 2004, I-5763, Rn. 12 f., Schlussanträge vom 18.5.2006, Rs. C-520/04 (Turpeinen), noch nicht in Slg., Rn. 62 ff.

94 Schlussanträge vom 30.3.2006, Rs. C-192/05 (Tas-Hagen und Tas), noch nicht in Slg., Rn. 23 ff.

Auf den ersten Blick spricht in der Tat vieles dafür, dass es sich bei einem allgemeinen Freizügigkeitsrecht wie demjenigen des Art. 18 EG um ein Grundrecht handeln muss. Gerade die Tatsache, dass der EuGH seit seiner Entscheidung im Fall Baumbast – in Übereinstimmung mit der inzwischen ganz herrschenden Meinung im Schrifttum – Art. 18 EG zum Kontrollmaßstab nachrangigen nationalen und europäischen Rechts macht, also auch das Art. 18 EG ausgestaltende gemeinschaftliche Sekundärrecht (vgl. auch Art. 18 Abs. 2 EG) samt den darauf basierenden mitgliedstaatlichen Maßnahmen im Lichte der Norm auf seine Verhältnismäßigkeit überprüft,<sup>95</sup> spricht zunächst für den grundrechtlichen Charakter des Art. 18 EG.

Dies ist freilich nicht zwingend. Auch Grundfreiheiten sind nach ständiger Rechtsprechung Kontrollmaßstab nachrangigen nationalen und – allerdings nur hin und wieder<sup>96</sup> – europäischen Rechts. Hinzu kommen jedoch weitere Gründe: Wäre Art. 18 EG ein Grundrecht, so handelte es sich jedenfalls um den einzigartigen Fall eines geschriebenen europäischen Grundrechts im EG-Vertrag. Solche geschriebenen Grundrechte sind vom Unionsrecht aber offenbar grundsätzlich gar nicht vorgesehen, denn jedenfalls der Wortlaut des Art. 6 Abs. 2 EU nennt den EG-Vertrag selbst nicht als Quelle für Grundrechte.<sup>97</sup> Sieht man in Art. 18 Abs. 1 EG dennoch ein Grund- und damit Freiheitsrecht,<sup>98</sup> so müsste das Freizügigkeitsrecht auch Maßstab für die Begleitrechte im Aufenthalt sein. Dieses hätte zur problematischen Konsequenz, dass die Freizügigkeit zu einer Expansion europäischer Grundrechte in den sozialen Bereich führte.

Gewichtiger ist aber noch ein weiteres Argument: Üblicherweise wird zur Abgrenzung zwischen Grundrechten und Grundfreiheiten im Gemeinschaftsrecht der Adressatengedanke herangezogen. Nach einer Faustformel lässt sich feststellen, dass eine Norm, die die Mitgliedstaaten verpflichtet, eine Grundfreiheit ist, wird die Union gebunden, liegt ein grundrechtlicher Charakter näher. Gemeinschaftsgrundrechte dienen dazu, einen Akt der Gemeinschaft (und einen Akt der Mitgliedstaaten nur im Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts) abzuwehren. Bereits der Wortlaut des Art. 18 Abs. 1 EG zeigt jedoch, dass sich die Vorschrift an die Mitgliedstaaten wendet, hat doch danach jeder Unionsbürger das Recht, sich im Hoheitsgebiet *der Mitgliedstaaten* aufzuhalten.<sup>99</sup> Insoweit verbindet

95 Vgl. z.B. Urteil vom 15.3.2005, Rs. C-209/03 (Bidar), Slg. 2005, I-2119, Rn. 54 ff.

96 Vgl. z.B. EuGH, verb. Rs. 80 und 81/77 (S.A.R.L.), Slg. 1978, 927; Rs. 15/83 (Denkavit Nederland), Slg. 1984, 2171, Rn. 15; Rs. 37/83 (REWE), Slg. 1984, 1229, Rn. 18; Rs. C-51/93 (Meyhui), Slg. 1994, I-3879, Rn. 11; Rs. C-114/96 (Kieffer und Thill), Slg. 1997, I-3629, Rn. 22; Rs. 169/99 (Schwarzkopf), Slg. 2001, I-5901, Rn. 37.

97 Vgl. *Rothfuchs*, Die traditionellen Personenverkehrsfreiheiten des EG-Vertrages und das Aufenthaltsrecht der Unionsbürger, 1999, S. 179; a.A. *Gebauer*, Die Grundfreiheiten des EG-Vertrages als Gemeinschaftsgrundrechte, 2004, S. 213.

98 Vgl. insoweit nur von *Bogdandy/Bitter*, Unionsbürgerschaft und Diskriminierungsverbot, FS-Rodríguez Iglesias, 2005, S. 309 (321).

99 So auch *Seyr/Rümke*, Das grenzüberschreitende Element in der Rechtsprechung des EuGH zur Unionsbürgerschaft, EuR 2005, S. 667 (672), *Kubicki*, Die subjektivrechtliche Komponente der Unionsbürgerschaft, EuR 2006, S. 489 (498).

Art. 18 Abs. 1 EG, entsprechend dem vorstehend beschriebenen Verbundskonzept, den Status des Unionsbürgers mit dem Gebiet der Mitgliedstaaten, er bezieht diesen eben gerade nicht auf den räumlichen Geltungsbereich des Unionsrechts oder gar das „Gebiet der Union“. Typischerweise ist also ein Schutz des Unionsbürgerstatus gegenüber den Mitgliedstaaten notwendig. Wollte man dagegen eine (grundrechtliche) Schutzrichtung gegenüber der Union annehmen, könnte dies allenfalls dahin zu verstehen sein, der Union die Dispositionsmöglichkeit über das Freizügigkeitsrecht im Sinne einer Bestandsgarantie zu nehmen.<sup>100</sup> Der maßgebliche Schutzbedarf des Unionsbürgerstatus besteht daher gegenüber den Mitgliedstaaten, so dass Art. 18 EG als eine Grundfreiheit zu verstehen ist, die sich von den für die Grundfreiheiten des Marktbürgers an sich typischen ökonomischen Bezügen emanzipiert hat.<sup>101</sup> Man könnte Art. 18 EG daher als politische Grundfreiheit bezeichnen.

Als Grundfreiheit stellt Art. 18 EG ein Diskriminierungsverbot dar, das Inländergleichbehandlung in Bezug auf die gewährleisteten Freizügigkeitsrechte des Zugangs und des Aufenthalts garantiert und einen grenzüberschreitenden Bezug fordert.<sup>102</sup> Auch diesbezüglich ist Rechtsprechung des EuGH freilich nicht einheitlich. So betont er zwar in verschiedenen Urteilen, dass die Bestimmungen über die Unionsbürgerschaft nicht dazu bestimmt seien, den sachlichen Anwendungsbereich des Vertrages auf rein interne Sachverhalte auszudehnen, die keinerlei Bezug zum Gemeinschaftsrecht aufweisen.<sup>103</sup> Andererseits stellte er aber in der Rechtssache *Chen* fest, dass „die Situation des Angehörigen eines Mitgliedstaats, der im Aufnahmemitgliedstaat geboren wurde und von dem Recht auf Freizügigkeit keinen Gebrauch gemacht hat, [...] nicht allein aufgrund dieser Tatsache einer rein internen Situation gleichgestellt werden [kann], in der dieser Staatsangehörige im Aufnahmemitgliedstaat die gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften über die Freizügigkeit und den Aufenthalt nicht geltend machen kann.“<sup>104</sup> In der Rechtssache *Schempp* kam der EuGH unter Berufung auf die soeben zitierte Passage aus dem *Chen*-Urteil zu dem Ergebnis, dass die Konstellation, in der ein deutscher Staatsangehöriger, der nie von seinem Recht auf Freizügigkeit Gebrauch gemacht hat, der aber an seine mittlerweile in Österreich lebende geschiedene Ehefrau Unterhaltszahlungen leisten muss und dafür steuerliche Nachteile in Kauf nehmen muss, nicht als rein interner Sachverhalt ohne Bezug zum Gemeinschaftsrecht angesehen werden könne. Er begründete dies damit, dass die Ausübung eines durch die Gemeinschaftsrechtsordnung gewährten

100 Vgl. *Pechstein/Bunk*, Das Aufenthaltsrecht als Auffangrecht, EuGRZ 1997, S. 547 ff.

101 *Kingreen*, in diesem Heft, gerade deshalb gegen eine Einordnung als Grundfreiheit *Kubicki*, Die subjektivrechtliche Komponente der Unionsbürgerschaft, EuR 2006, S. 489 (498 f.).

102 Vgl. ausführlich dazu *Seyr/Rümke*, Das grenzüberschreitende Element in der Rechtsprechung des EuGH zur Unionsbürgerschaft, EuR 2005, S. 667 f. (insbes. 670 f.).

103 Vgl. z.B. Urteil vom 2.10.2003, Rs. C-148/02 (*Garcia Avello*), Slg. 2003, I-11613, Rn. 26; Urteil vom 12.7.2005, Rs. C-403/03 (*Schempp*), Slg. 2005, I-6421, Rn. 20; Urteil vom 26.10.2006, Rs. C-192/05 (*Tas-Hagen und Tas*), noch nicht in Slg., Rn. 23.

104 Urteil vom 19.10.2004, Rs. C-200/02 (*Chen*), Slg. 2004, I-9925, Rn. 19.

Rechts durch die frühere Ehefrau von Herrn Schempp Auswirkungen auf dessen Anspruch auf steuerlichen Abzug in dem Mitgliedstaat hat, in dem er selbst wohnt.<sup>105</sup> In der Rechtssache Garcia Avello entschied der EuGH, dass ein Bezug zum Gemeinschaftsrecht bei Personen bestehe, die eine doppelte Staatsangehörigkeit besitzen, auch wenn sie von ihrem Recht auf Freizügigkeit nie Gebrauch gemacht haben und sich somit immer nur im Staat ihrer Geburt aufgehalten haben.<sup>106</sup>

In Anbetracht der Kompetenzverteilung zwischen der Gemeinschaft und den Mitgliedstaaten kann es zu problematischen Eingriffen in die mitgliedstaatlichen Zuständigkeiten – wie hier z.B. im Bereich des Namens-<sup>107</sup> oder des Steuerrechts – kommen, wenn der EuGH an das Vorhandensein eines grenzüberschreitenden Bezuges nur geringe Anforderungen stellt.<sup>108</sup>

Anknüpfend an die Qualifizierung des Freizügigkeitsrechts als Grundfreiheit<sup>109</sup> stellt sich sodann die Frage, wie weit es materiell reichen kann. Kommt ihm neben der typischen Nichtdiskriminierungsfunktion auch die Rolle eines für alle Grundfreiheiten anerkannten Beschränkungsverbotes zu,<sup>110</sup> mit der Folge, dass ferner alle mitgliedstaatlichen Maßnahmen verboten sind, die die Ausübung der Freiheit verbieten, behindern oder auch nur weniger attraktiv machen?<sup>111</sup> *Generalanwalt Jacobs* führte insoweit in seinem Schlussantrag zum Fall Pusa<sup>112</sup> aus:

*Es ist auch klar, dass die Freizügigkeit mehr umfasst als nur die Abschaffung der Beschränkungen des Rechts einer Person, in einen Mitgliedstaat einzureisen, sich darin aufzuhalten oder aus ihm auszureisen. Freizügigkeit ist nicht gewährleistet, solange nicht alle Maßnahmen gleich welcher Art ebenfalls abgeschafft sind, die denjenigen, die von diesem Recht Gebrauch machen, eine ungerechtfertigte Belastung auferlegen. [...] In Übereinstimmung mit den Urteilen des Gerichtshofes in den Rechtssachen D'Hoop und Baumbast und ergänzend dazu muss das Ergebnis daher sein, dass vorbehaltlich der in Artikel 18 EG selbst genannten Beschränkungen einem Bürger der Europäischen Union, der das Recht auf Freizügigkeit oder Aufenthalt wahrnehmen möchte, keine ungerechtfertigte Belastung auferlegt werden darf. Sofern eine solche*

105 Urteil vom 12.7.2005, Rs. C-403/03 (Schempp), Slg. 2005, I-6421, Rn. 21 f.

106 Urteil vom 02.10.2003, Rs. C-148/02 (Garcia Avello), Slg. 2003, I-11613, Rn. 27.

107 Der EuGH wurde auch in einem weiteren Verfahren mit der Vereinbarkeit einer nationalen Rechtsvorschrift über die Bestimmung des Nachnamens eines Kindes mit dem Diskriminierungsverbot und den Bürgerrechten aus dem EGV befasst (Urteil vom 27.4.2006, Rs. 96/04 (Standesamt Stadt Niebüll), Slg. 2006, I-3561). Anders als Generalanwalt Jacobs, der eine Unvereinbarkeit der nationalen Regelung mit dem Gemeinschaftsrecht annahm, entschied der EuGH, dass er zur Beantwortung der gestellten Frage nicht zuständig sei, weil das vorlegende Amtsgericht Niebüll im diesem Verfahren keine Rechtsprechungstätigkeit ausübe.

108 *Seyr/Rümke*, Das grenzüberschreitende Element in der Rechtsprechung des EuGH zur Unionsbürgerschaft, EuR 2005, S. 667 (674 f.).

109 Vgl. zur Frage der Abgrenzung des Freizügigkeitsrecht von den anderen Grundfreiheiten die Schlussanträge der *Generalanwältin Kokott* vom 30.3.2006 in der anhängigen Rechtssache C-470/04 (N.), noch nicht in Slg., Rn. 22 ff.

110 Dafür *Kokott*, in: FS-Tomuschat, S. 207 (224 ff.).

111 Vgl. dazu z.B. EuGH, Urteil vom 25.7.1991, Rs. C-76/90 (Säger/Dennemeyer), Slg. 1991, I-4221.

112 Schlussanträge vom 20.11.2003, Rs. C-224/02 (*Pusa*), Slg. 2004, I-5763, Rn. 20-22.

*Belastung nachgewiesen werden kann, ist es unerheblich, ob sie Angehörige anderer Mitgliedstaaten stärker beeinträchtigt als die des die Belastung auferlegenden Mitgliedstaats.*

Ähnlich deutlich äußerte sich auch Generalanwalt Geelhoed in seinen Schlussanträgen in der Rechtssache De Cuyper:<sup>113</sup>

*„Für die Anwendung des Artikel 18 EG braucht keine Diskriminierung dargelegt werden. [...] [Es] erscheint [...] nicht notwendig, Artikel 18 EG, der ein Recht auf Freizügigkeit und Aufenthalt vorsieht, ohne ein Diskriminierungsverbot zu erwähnen, dahin auszulegen, dass er nur dann Anwendung findet, wenn eine Maßnahme diskriminierend ist. Vielmehr stellt sich die Frage, ob eine Maßnahme die Ausübung des Rechts auf Freizügigkeit und freien Aufenthalt eines Unionsbürgers beschränkt und, wenn ja, ob eine solche Beschränkung gerechtfertigt sein kann.“*

Der Gerichtshof hat sich bezüglich der Reichweite des Freizügigkeitsrechts bislang bedeckt gehalten, da er – wie dargestellt – auch keine grundsätzliche Einordnung in die Kategorien der Grundfreiheit oder des Grundrechts vorgenommen hat. Das vor kurzem ergangene Urteil in der Rechtssache De Cuyper<sup>114</sup> scheint aber anzudeuten, dass der EuGH von einem weiten Verständnis der von Art. 18 EG erfassten Maßnahmen ausgeht. Er führte darin nämlich aus, dass *„eine nationale Regelung wie diejenige, um die es im Ausgangsverfahren geht, die einige Staatsangehörige allein deswegen benachteiligt, weil sie ihre Freiheit, sich in einen anderen Mitgliedstaat zu begeben und sich dort aufzuhalten, wahrgenommen haben, eine Beschränkung der Freiheiten darstellt, die Artikel 18 EG jedem Unionsbürger verleiht.“*

Nachdem das Ausgangsverfahren eine nicht-diskriminierende Regelung zum Gegenstand hatte, lässt die Allgemeinheit der Formulierung durch den EuGH vermuten, dass er einen weiten Beschränkungs-begriff vertritt und dass es ihm auf eine eventuelle diskriminierende Wirkung der Maßnahme nicht ankommt. Dieser Schluss wird durch die Tatsache untermauert, dass der Gerichtshof im De Cuyper Urteil *nicht* auf Art. 12 EG zurückgreift. Diese Vorgehensweise ist logisch konsequent, weil das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit nur unmittelbare und mittelbare Diskriminierungen umfasst, aber nicht auf sonstige Beschränkungen ausgedehnt werden kann.<sup>115</sup> Das De Cuyper Urteil ist im Übrigen das erste Urteil zur Unionsbürgerschaft, in dem der EuGH bezüglich der mit Art. 18 EG unvereinbaren Maßnahmen so generell auf den *Beschränkungs*begriff zurückgreift.<sup>116</sup> Soweit ersichtlich, tat er das in den vorangegangenen Urteilen bislang nicht in dieser Deutlichkeit, gleichwohl das nachfolgende Urteil Turpeinen<sup>117</sup> wieder Zweifel aufkommen lässt: Eine nationale Regelung,

113 Schlussanträge vom 2.2.2006, Rs. C-406/04 (De Cuyper), noch nicht in Slg., Rn. 104, 107, 108.

114 EuGH, Urteil vom 18.7.2006, Rs. C-406/04 (De Cuyper), noch nicht in Slg., Rn. 39.

115 Vgl. statt vieler Streinz (Hrsg.), EUV/EGV, Art. 12 EGV, Rn. 47 f., insbes. 52.

116 Bestätigt in Urteil vom 26.10.2006, Rs. C-192/05 (Tas-Hagen und Tas), noch nicht in Slg., Rn. 31.

117 Urteil vom 9.11.2006, Rs. C-520/04 (Turpeinen), Rn. 22.

die bestimmte Inländer allein deshalb benachteiligt, weil sie von ihrem Recht Gebrauch gemacht haben, sich in einem anderen Mitgliedstaat frei zu bewegen und aufzuhalten, würde zu einer Ungleichbehandlung führen, die den Grundsätzen widerspräche, auf denen der Status eines Unionsbürgers beruht, nämlich der Garantie der gleichen rechtlichen Behandlung bei der Ausübung seiner Freizügigkeit. Hier spricht der EuGH also wiederum von Ungleichbehandlung, prüft aber dennoch nicht Art. 12 EG.

Die konkreten Folgen einer Qualifizierung des Art. 18 EG als Beschränkungsverbot sind jedoch schwer zu erfassen. Letztlich wären dann alle Maßnahmen nur noch am Verhältnismäßigkeitsprinzip zu messen.<sup>118</sup> So war denn auch die Reihenfolge der Prüfung des EuGH in dem De Cuyper Urteil,<sup>119</sup> der in der unmittelbar auf die soeben zitierte Textpassage folgenden Randnummer ausführte, dass „[e]ine solche Beschränkung [...] nach Gemeinschaftsrecht nur dann gerechtfertigt sein [kann], wenn sie auf objektiven, von der Staatsangehörigkeit der Betroffenen unabhängigen Erwägungen des Allgemeininteresses beruht, die in einem angemessenen Verhältnis zu dem mit dem nationalen Recht rechtmäßigerweise verfolgten Zweck stehen.“ Die Tatsache, dass die mitgliedstaatlichen Maßnahmen nur mehr am Verhältnismäßigkeitsprinzip zu messen wären, würde im Ergebnis dazu führen, dass dem Freizügigkeitsrecht der Unionsbürger auch ein grundrechtsähnlicher Gehalt zukommen könnte, denn grundrechtliche Prüfungen sind typischerweise vom Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gekennzeichnet.

Aus einer Qualifizierung des Freizügigkeitsrechts als Beschränkungsverbot ergäben sich weit reichende Folgen, da wohl nahezu jede staatliche Maßnahme geeignet sein könnte, als „ungerechtfertigte Belastung“ verstanden zu werden. Anders als im Falle eines grundrechtlichen Verständnisses garantiert Art. 18 EG als Grundfreiheit aber wie gesehen gerade nicht alle tatsächlichen Voraussetzungen, die für den Zugang und den Verbleib erforderlich sind.<sup>120</sup> Sein sachlicher Schutzbereich beschränkt sich, wie im Schrifttum insbesondere *Kingreen* zutreffend herausgearbeitet hat,<sup>121</sup> auf das „Ob“ des Aufenthalts. Hingegen sind die Modalitäten (das „Wie“) des Aufenthalts von der allgemeinen Freizügigkeitsgarantie nicht erfasst. In der Folge gibt Art. 18 EG an und für sich auch keinen Anspruch auf die Gewährung von Sozialleistungen durch den aufnehmenden Mitgliedstaat. Dementsprechend wird das Aufenthaltsrecht, entsprechend dem Gedanken des Indigenats, im einschlägigen Sekundärrecht auch davon abhängig gemacht, dass keine sozialrechtliche Bedürftigkeit vorliegt oder einzutreten droht. Im Ergebnis

118 Schlussanträge vom 20.11.2003, Rs. C-224/02 (Pusa), Slg. 2004, I-5763, Rn. 23.

119 EuGH, Urteil vom 18.7.2006, Rs. C-406/04 (De Cuyper), noch nicht in Slg., Rn. 40.

120 *Becker*, Freizügigkeit in der EU – auf dem Weg vom Begleitrecht zur Bürgerfreiheit, EuR 1999, S. 522 (529, 533); *Bode*, Europarechtliche Gleichbehandlungsansprüche Studierender und ihre Auswirkungen in den Mitgliedstaaten, 2005, S. 216 ff. A. A. etwa *Scheuing*, Freizügigkeit als Unionsbürgerrecht, EuR 2003, S. 744 (783 f.) und wohl auch *Magiera*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/EGV, Art. 18 EGV, Rn. 16.

121 Vgl. *Kingreen*, in diesem Heft.

beinhaltet Art. 18 EG also ein Recht *auf* Aufenthalt, das aber keine Rechte *im* Aufenthalt einschließt.<sup>122</sup>

Aus der Etablierung dieses Freizügigkeitsrechts wird demnach zwar nicht zu Unrecht auf den angehörigkeitsrechtlichen Charakter der Unionsbürgerschaft geschlossen – schließlich ist der Aufenthalt in einem Gebiet gerade die wichtigste aller Angehörigkeitsbeziehungen zu einem Territorialverband.<sup>123</sup> Dies zeigt, dass in der Einräumung umfassender Freizügigkeit auch im Hinblick auf die Entwicklung von Angehörigkeitsverhältnissen offenbar erhebliches Potential steckt. Ein Gleichheitsgehalt lässt sich dem Recht auf Aufenthalt dennoch nicht entnehmen. Nicht von ungefähr hat der EuGH daher auch in vielen seiner Urteile das allgemeine Diskriminierungsverbot des Art. 12 EG zum Bestandteil seiner eingangszitierten Normentrias gemacht, auch wenn er sich in den erwähnten Urteilen Chen, De Cuyper, Tas-Hagen und Turpeinen nicht explizit auf Art. 12 EG stützt. Die Frage, ob Art. 12 EG überhaupt in Verbindung mit der Freizügigkeit der Unionsbürger gem. Art. 18 EG fruchtbar gemacht werden kann, ist unter dogmatischen Aspekten allerdings nicht ganz unproblematisch.

## 2. Art. 12 Abs. 1 EG als soziale „Schleuse“ des Unionsbürgerstatus?

Der Ansatz des EuGH, aus den Unionsbürgerrechten – zumeist in Verbindung mit Art. 12 EG – auch soziale Teilhaberechte zu entwickeln, hat der Unionsbürgerschaft erst die aktuelle, durchaus kontroverse Aufmerksamkeit in der Rechtswissenschaft beschert. Das allgemeine Diskriminierungsverbot aus Gründen der Staatsangehörigkeit in Art. 12 Abs. 1 EG gewährleistet als subsidiäres Auffangrecht Gleichbehandlung „im Anwendungsbereich des Vertrages“. Der EuGH konkretisierte dieses Erfordernis bislang dahingehend, dass eine „gemeinschaftsrechtlich geregelte Situation“<sup>124</sup> gegeben sein müsse bzw. der Fall „Berührungspunkte mit irgendeinem der Sachverhalte“ haben müsse, „auf die das Gemeinschaftsrecht abstellt“.<sup>125</sup> Insoweit sei freilich immer der „gegenwärtige Entwicklungsstand des Gemeinschaftsrechts“<sup>126</sup> zu berücksichtigen. Im Fall Martínez Sala<sup>127</sup> knüpfte der Gerichtshof insoweit erstmals alleinig an den Unionsbürgerstatus und die Freizügigkeitsvorschrift des Art. 18 EG an, um den „Anwendungsbereich des Vertrages“ zu begründen. Eine spanische Staatsangehörige, die von 1976 bis 1989 Jahre als Arbeitnehmerin in Deutschland tätig gewesen war und seither von Sozialhilfe lebte, beantragte 1993 für ihr zweites Kind Erziehungsgeld. Die Behörde lehnte diesen Antrag ab, weil sie nicht Deutsche und nicht im

122 Zu dieser Unterscheidung auch Becker, Unionsbürgerschaft und soziale Rechte, ZESAR 2002, S. 8 f.

123 Schönberger, Unionsbürger, 2005, S. 301.

124 EuGH, Urteil vom 2.2.1989, Rs. 186/87 (Cowan), Slg. 1989, 195, Rn. 10.

125 EuGH, Urteil vom 27.10.1982, verb. Rs. 35 u. 36/82 (Morson), Slg. 1982, 3723, Rn. 16.

126 EuGH, Urteil vom 21.6.1988, Rs. 39/86 (Lair), Slg. 1988, 3161, Rn. 15; Urteil vom 21.6.1988, Rs. 197/86 (Brown), Slg. 1988, 3205, Rn. 18.

127 EuGH, Urteil vom 12.5.1998, Rs. C-85/96 (Martínez Sala), Slg. 1998, I-2691.

Besitz einer Aufenthaltsberechtigung sei; dies sei jedoch Voraussetzung für einen Anspruch nach § 1 a BerzGG.<sup>128</sup> Das vorlegende Gericht fragte den EuGH, ob das Erfordernis einer Aufenthaltsgenehmigung zur Gewährung der begehrten Sozialleistung im Einklang mit dem Gemeinschaftsrecht stünde. Insoweit prüfte der EuGH das allgemeine Diskriminierungsverbot des Art. 12 EG, demzufolge sich der relevante Sachverhalt im Anwendungsbereich des EGV bewegen muss. Diesbezüglich führte der Gerichtshof aus, dass sich: „... [E]in Unionsbürger, der sich [...] rechtmäßig im Gebiet des Aufnahmemitgliedstaates aufhält, in allen vom sachlichen Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts erfassten Fällen auf Artikel 6 (heute Art. 12 EG) des Vertrages berufen“<sup>129</sup> kann. Im Ergebnis folgte der EuGH dem Vorschlag des *Generalanwalts La Pergola*, wonach das Erfordernis der Vorlage einer von der inländische Verwaltung ausgestellten förmlichen Aufenthaltserlaubnis eine gemeinschaftsrechtswidrige Ungleichbehandlung sei, weil Inländer lediglich einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt im Inland nachweisen bräuchten. In späteren Urteilen setzte der Gerichtshof den „sachlichen Anwendungsbereich“ dann immer nur noch mit dem Erfordernis rechtmäßigen Aufenthalts gleich.<sup>130</sup> Das führt zu dem Ergebnis, dass ein rechtmäßiger Aufenthalt automatisch zu einem umfassenden Diskriminierungsverbot führt.<sup>131</sup>

*Generalanwältin Kokott* beschäftigte sich in ihren Schlussanträgen in der Rechtsache *Tas-Hagen*<sup>132</sup> eingehend mit der Frage, ob ein Unionsbürger sich immer schon dann auf Art. 18 Abs. 1 EG berufen könne, wenn er sein Freizügigkeitsrecht ausgeübt hat oder ob darüber hinaus auch ein Sachgebiet betroffen sein müsse, zu dem das Gemeinschaftsrecht selbst Regelungen, und seien es nur Zielvorgaben enthalte. Auch sie entnimmt der Rechtsprechung des Gerichtshofs, dass eine Situation schon dann in den sachlichen Anwendungsbereich des Vertrages fällt, wenn ein Unionsbürger von seinem Recht auf Freizügigkeit gemäß Art. 18 Abs. 1 EG Gebrauch gemacht hat. So verfähre der Gerichtshof auch in den Fällen, in denen die Ausübung des Freizügigkeitsrechts oder der Status des Betroffenen als Unionsbürger die einzigen Anknüpfungspunkte zum Gemeinschaftsrecht seien.<sup>133</sup> Sie kommt deshalb zu dem Schluss, dass es „*allenfalls ein zusätzlicher Gesichtspunkt im Rahmen der Würdigung des jeweiligen Falles sein [kann], dass auch das betroffene Sachgebiet oder die beanspruchte soziale Leistung ihrerseits gemeinschaftsrechtlich geregelt sind oder den Zielen der Gemeinschaft dienen.* Eine zwingende Voraussetzung für die Anwendung von Artikel 18 Absatz 1 EG

128 Gesetz über die Gewährung von Erziehungsgeld und Erziehungsurlaub.

129 EuGH, Urteil vom 12.5.1998, Rs. C-85/96 (Martínez Sala), Slg. 1998, I-2691, Rn. 63.

130 Vgl. z.B. Urteil vom 20.9.2001, Rs. C-184/99 (Grzelczyk), Slg. 2001, I-6193, Rn. 33; Urteil vom 11.7.2002, Rs. C-224/98 (D'Hoop), Slg. 2002, I-6191, Rn. 29 oder Urteil vom 29.4.2004, Rs. C-224/02 (Pusa), Slg. 2004, I-5763, Rn. 17.

131 Dafür auch *Borchardt*, Der sozialrechtliche Gehalt der Unionsbürgerschaft, NJW 2000, S. 2057 (2058).

132 Schlussanträge vom 30.3.2006, Rs. C-192/05 (Tas-Hagen und Tas), noch nicht in Slg.

133 Schlussanträge vom 30.3.2006, Rs. C-192/05 (Tas-Hagen und Tas), noch nicht in Slg., Rn. 30-31.



*sind solche zusätzlichen Erwägungen indes nicht. Vielmehr können sich Unionsbürger auf ihr Freizügigkeitsrecht auch dann berufen, wenn das betroffene Sachgebiet oder die beanspruchte Leistung selbst nicht gemeinschaftsrechtlich geregelt sind.*<sup>134</sup> Für Generalanwältin Kokott kommt im Übrigen auch gerade in diesem Aspekt *„die Natur des Freizügigkeitsrechts der Unionsbürger als Grundfreiheit zum Ausdruck [...] Insbesondere hat diese Vorschrift, wie auch die klassischen Grundfreiheiten des Binnenmarkts, einen Anwendungsbereich, der nicht auf einzelne Sachgebiete beschränkt ist. So gelten die klassischen Grundfreiheiten auch für diejenigen Sachgebiete, für die der Vertrag der Gemeinschaft keine eigenen Zuständigkeiten einräumt oder sonst Regelungen enthält. [...] Ganz genauso widerspräche es aber dem Konzept der Unionsbürgerschaft als dem grundlegenden Status aller Unionsbürger, der ihnen unabhängig von jeglicher wirtschaftlicher Betätigung zusteht, wenn die Mitgliedstaaten das in Artikel 18 Absatz 1 EG niedergelegte Freizügigkeitsrecht [...] nicht sachgebietsübergreifend beachten müssten, sondern lediglich im Hinblick auf vereinzelte Materien, für die der Vertrag der Gemeinschaft eigene Zuständigkeiten einräumt oder sonst gemeinschaftsrechtliche Regelungen bestehen.*<sup>135</sup>

Wenn aber für den EuGH ein rechtmäßiger Aufenthalt – wie gezeigt – automatisch zu einem umfassenden Diskriminierungsverbot führt, dann sind insoweit seine Ausführungen im Fall *Trojani*<sup>136</sup> verwirrend, in dem der eingangs erwähnte französische Vagabund belgische Sozialhilfe beantragte: Da Art. 18 EG nicht absolut, sondern nur vorbehaltlich der im Vertrag und den Durchführungsvorschriften vorgesehenen Beschränkungen und Bedingungen gelte, erwachse dem mittellosen Kläger nach Sekundärrecht kein Aufenthaltsrecht; Art. 18 EG ist mithin nicht einschlägig. Dennoch geht der EuGH weiter auf das allgemeine Diskriminierungsverbot ein. Ging bislang die Tendenz in der Rechtsprechung dahin, dass Art. 18 EG durch rechtmäßigen Aufenthalt gewissermaßen die „Schleuse“ zum „Anwendungsbereich des Vertrages“ und damit zu Art. 12 EG öffnete, so führte der Gerichtshof nunmehr aus, es sei zu prüfen, ob sich der Kläger *trotz* des Fehlens eines rechtmäßigen Aufenthalts gem. Art. 18 EG auf das allgemeine Diskriminierungsverbot berufen könne.<sup>137</sup> Darin zeigt sich eine Tendenz, dass es offenbar gar nicht mehr auf den rechtmäßigen Aufenthalt i.S.d. Art. 18 EG ankommen soll. Denn der Gerichtshof führt aus, dass die Leistung von Sozialhilfe selbst in den Anwendungsbereich des Vertrages fiele. Dies begründet er – sich selbst falsch zitierend – mit seinem Urteil im Fall *Grzelczyk*,<sup>138</sup> hatte er doch in dieser Entscheidung gerade auf den rechtmäßigen Aufenthalt abgestellt, den er

134 Schlussanträge vom 30.3.2006, Rs. C-192/05 (Tas-Hagen und Tas), noch nicht in Slg., Rn. 32-33, ähnlich argumentierend auch *Kubicki*, Die subjektivrechtliche Komponente der Unionsbürgerschaft, EuR 2006, S. 489 (500).

135 Schlussanträge vom 30.3.2006, Rs. C-192/05 (Tas-Hagen und Tas), noch nicht in Slg., Rn. 34 f.

136 EuGH, Urteil vom 7.9.2004, Rs. C-456/02 (Trojani), Slg. 2004, I-7573.

137 EuGH, Urteil vom 7.9.2004, Rs. C-456/02 (Trojani), Slg. 2004, I-7573, Rn. 39.

138 EuGH, Urteil vom 7.9.2004, Rs. C-456/02 (Trojani), Slg. 2004, I-7573, Rn. 42.

vorliegend doch verneint. Der EuGH prüft sodann das allgemeine Diskriminierungsverbot und zwar in Verbindung mit dem Status der Unionsbürgerschaft, mithin Art. 17 EG. Insoweit führt er aus, ein Mitgliedstaat könne zwar den Antragsteller sozialer Leistungen ausweisen (!), eine Ablehnung des Bescheides sei jedoch eine Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit.<sup>139</sup> Auch im Fall *Garcia Avello*<sup>140</sup> geht der Gerichtshof ähnlich vor. Es stellte sich in diesem Verfahren die Frage, ob die belgischen Behörden einem in Belgien lebenden spanisch-belgischen Ehepaar verweigern könnten, den Nachnamen seiner Kindern nach dem spanischen Namensrecht zusammenzusetzen. Ohne den rechtmäßigen Aufenthalt gem. Art. 18 EG zu prüfen, nimmt der EuGH in seinem Urteil ausdrücklich nur auf Art. 12 und 17 EG Bezug, um zu begründen, dass in Belgien spanisches Namensrecht angewendet werden muss.<sup>141</sup>

Kurzerhand wird der „Anwendungsbereich des Vertrages“ als Voraussetzung des Art. 12 Abs. 1 EG mit dem Bestehen der Unionsbürgerschaft, ihrem bloßen Status gem. Art. 17 EG, gleichgesetzt. Diese bloße Kombination, die das aus Art. 18 EG fließende Aufenthaltsrecht völlig ausblendet, ist dogmatisch nicht nachvollziehbar. Insoweit fragt man sich, an welcher Stelle einer Prüfung des Art. 12 Abs. 1 EG der Unionsbürgerstatus des Art. 17 EG zum Tragen kommen soll. Denn wollte man Art. 17 EG im Sinne des sachlichen Anwendungsbereichs des Vertrages verstehen, so läge Art. 12 EG folgende Formel zugrunde: Im Anwendungsbereich des Vertrages (= bei Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten) ist jede Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit verboten. Das kann schon deshalb nicht richtig sein, weil so das Tatbestandsmerkmal „Anwendungsbereich des Vertrages“, das der EuGH durch sein Verständnis von „dynamischer Auslegung“ ohnehin schon an die Grenzen rechtstaatlicher Methoden geführt hat, nun gänzlich entfiele. Somit bliebe dann ein unbegrenztes allgemeines Diskriminierungsverbot aus Gründen der Staatsangehörigkeit, benannt als Unionsbürgerschaft, übrig.

Vor diesem Hintergrund kann die vom EuGH verwandte Normentrias dogmatisch überzeugend nur wie folgt zur Anwendung gebracht werden: Art. 12 Abs. 1 EG gewährleistet Gleichbehandlung nur „im Anwendungsbereich des Vertrages“. In diesem Kontext macht der EuGH nunmehr wie gesehen den Status der Unionsbürgerschaft fruchtbar.<sup>142</sup> Wie vorstehend dargelegt wurde, beinhaltet Art. 17 EG zwar selbst kein subjektiv-öffentliches Recht, er bringt aber einen rechtlichen Status hervor, der neben die nationale Staatsbürgerschaft tritt. Nach Art. 17 Abs. 2 EG docken an diesen Status transnationale Rechte wie Art. 18 EG an. Auf

139 EuGH, Urteil vom 7.9.2004, Rs. C-456/02 (Trojani), Slg. 2004, I-7573, Rn. 44, kritisch insoweit auch *Kubicki*, Die subjektivrechtliche Komponente der Unionsbürgerschaft, EuR 2006, S. 489 (503 f).

140 EuGH, Urteil vom 2.10.2003, Rs. C-148/02 (Garcia Avello), Slg. 2003, I-11613.

141 EuGH, Urteil vom 2.10.2003, Rs. C-148/02 (Garcia Avello), Slg. 2003, I-11613, Rn. 30 f. So auch die Vorgehensweise von GA Jacobs in seinen Schlussanträgen vom 22.5.2003 in derselben Rechtssache, Slg. 2003, I-11613, Rn. 55 f., insbes. 66.

142 Instruktiv hierzu und zum nachfolgenden *Kingreen*, in diesem Heft.

Grundlage dieser Norm erwerben die Unionsbürger ein Recht auf Freizügigkeit, das wiederum den Anwendungsbereich des Vertrages im Sinne von Art. 12 Abs. 1 EG eröffnet.

Das nach traditionellem Verständnis eher unflexible, absolute Diskriminierungsverbot des Art. 12 Abs. 1 EG eröffnet sodann im Verbund mit Art. 18 Abs. 1 EG Möglichkeiten der Differenzierung, indem letzterer die Gewährleistung unter den Vorbehalt eines rechtmäßigen Aufenthalts im Sinne der Beschränkungen und Bedingungen des Unionsrechts stellt. Zu Recht wird daher im Schrifttum hervorgehoben, dass die Prüfung des Anwendungsbereiches des Gemeinschaftsrechts nicht auf ein binäres „Entweder-oder“ reduziert werden kann, sondern man vielmehr fragen muss, wie weit dieser im konkreten Fall reicht.<sup>143</sup> So verstanden entwickelt Art. 18 Abs. 1 EG eine Maßstabswirkung im Rahmen der Prüfung des Anwendungsbereiches des Vertrages in Art. 12 Abs. 1 EG und ermöglicht unter Umständen daher auch die Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen aufgrund der Staatsangehörigkeit. Demgemäß hat zwar einerseits jeder Unionsbürger, der sich rechtmäßig in einem anderen Mitgliedstaat aufhält, einen grundsätzlichen Anspruch auf Gleichbehandlung nach Art. 12 Abs. 1 EG. Andererseits kann aber sein aufenthaltsrechtlicher Status jedoch Anlass für Differenzierungen geben.<sup>144</sup>

Die Formel aus der viel zitierten Normentrias des EuGH kann dogmatisch überzeugend daher nur wie folgt lauten: Macht ein Unionsbürger von seinem Freizügigkeitsrecht des Art. 18 EG Gebrauch, indem er sich in einen anderen Mitgliedstaat begibt und sich dort rechtmäßig aufhält, dann wird er grundsätzlich über das allgemeine Diskriminierungsverbot des Art. 12 Abs. 1 EG geschützt.<sup>145</sup> Das allgemeine Diskriminierungsverbot wird auf diese Weise zu einer „funktionelle(n) Verlängerung der Freizügigkeitsvorschriften“.<sup>146</sup> So verstanden ergänzt Art. 12 Abs. 1 EG das in Art. 18 EG enthaltene Recht auf Aufenthalt durch ein Recht im Aufenthalt.<sup>147</sup>

Dieser Formel scheint der EuGH in manchen Urteilen, wie etwa im Fall *Bidar*,<sup>148</sup> auch zu folgen. Er tut dies, wie die vorstehend diskutierten Urteile gezeigt haben, jedoch nicht konsequent. Wäre er aber konsequent, dann hätte er zumindest den

143 Ausführlich *Kingreen*, Verbot der Diskriminierung wegen der Staatsangehörigkeit, in: Ehlers (Hrsg.), *Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten*, 2. Aufl., 2005, § 13, Rn. 8 ff.; ferner *ders.*, in diesem Heft.

144 *Martínez Soria*, Die Unionsbürgerschaft und der Zugang zu sozialen Vergünstigungen, JZ 2002, S. 643 (646); *Kingreen*, in diesem Heft.

145 So auch von *Bogdandy/Bitter*, Unionsbürgerschaft und Diskriminierungsverbot, FS-Rodríguez Iglesias, 2005, S. 309 (317); *Cremer*, WissR 2003, S. 128 (147); *Hatje*, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, Art. 18 EGV, Rn. 7; *Kanitz/Steinberg*, Grenzenloses Gemeinschaftsrecht? Die Rechtsprechung des EuGH zu Grundfreiheiten, Unionsbürgerschaft und Grundrechten als Kompetenzproblem, EuR 2003, S. 1013 (1018).

146 GA Poiares Maduro, Schlussanträge vom 6.5.2004, Rs. C-72/03 (*Carbonati Apuani*), Slg. 2004, I-8027, Rn. 67 unter Berufung auf *Lenaerts*, L'égalité de traitement en droit communautaire. Un principe unique aux apparences multiples, CDE 1991, S. 3 ff.

147 *Kingreen*, in diesem Heft.

148 Vgl. EuGH, Urteil vom 15.3.2005, Rs. C-209/03 (*Bidar*), Slg. 2005, I-2119; „in allen Situationen, die in den sachlichen Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts fallen, auf Art. 12 EG berufen“ (Rn. 32). „Zu diesen Situationen gehören auch [...] diejenigen, die die Ausübung der durch Art. 18 EG verliehenen Freiheit [...] betreffen“ (Rn. 33; *Hervorhebung nur hier*).

Fall Trojani anders entscheiden müssen. Denn in diesem Fall resultierte das Aufenthaltsrecht nicht aus dem Freizügigkeitsrecht des Art. 18 EG, sondern aus dem nationalen Recht. Darin liegt zugleich der Grund, warum der EuGH in dieser Rechtssache auch mit dem Unionsbürgerstatus des Art. 17 EG argumentieren musste. Ähnlich lag es bei genauer Betrachtung sogar schon im Fall Martínez Sala, da die Klägerin des Ausgangsverfahrens Erziehungsgeld zu dem Zeitpunkt beantragte, als sie keine Aufenthaltserlaubnis mehr besaß.<sup>149</sup> Folgt man dieser dogmatisch in sich nicht schlüssigen Rechtsprechung des EuGH, so bedeutet dies, dass schon der Unionsbürgerstatus des Art. 17 EG an und für sich das Recht vermittelt, sich ohne weitere Bedingungen, insbesondere ohne eigene Mittel, in einem anderen Mitgliedstaat aufzuhalten und dessen sozialen Vergünstigungen in Anspruch zu nehmen.

Freilich behält der jeweilige Aufnahmemitgliedstaat auch nach der Rechtsprechung des EuGH die grundsätzliche Möglichkeit, den betreffenden Unionsbürger auszuweisen, er soll aber insoweit wiederum an die Unionsbürgerschaft, speziell wohl die Grundfreiheit des Art. 18 EG zurückgebunden sein.<sup>150</sup> Dies mit der Folge, dass sich die Ausweisungsmaßnahme als Beeinträchtigung des Freizügigkeitsrechts am Maßstab der Verhältnismäßigkeit rechtfertigen muss. Konkret bedeutet dies, wie der EuGH unter Berufung auf sein Grzelczyk-Urteil<sup>151</sup> im Fall Trojani<sup>152</sup> ausführte:

*„Die Inanspruchnahme des Sozialhilfesystems durch einen Unionsbürger darf jedoch nicht automatisch eine solche Maßnahme zur Folge haben.“*

Im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung, so lässt sich der Rechtsprechung des EuGH seit dem Urteil Grzelczyk entnehmen, sind Aufnahmemitgliedstaat und Unionsbürger gleichermaßen gefordert. Vom Aufnahmemitgliedstaat wird eine „gewisse finanzielle Solidarität“, die freilich nicht zu einer Überbelastung der Sozialsysteme führen darf, verlangt und der betroffene Unionsbürger muss sich bereits in einem gewissen Umfang in das Leben des Aufnahmemitgliedstaats integriert haben.<sup>153</sup> Insbesondere mit dem letzteren Kriterium möchte der EuGH Befürchtungen eines „Sozialtourismus“ begegnen, der die sozialen Sicherungssysteme eines Mitgliedstaates überfordern könnte.

149 Vgl. EuGH, Urteil vom 12.5.1998, Rs. C-85/96 (Martínez Sala), Slg. 1998, I-2691, Rn. 13 f., 46 f.

150 EuGH, Urteil vom 20.9.2001, Rs. C-184/99 (Grzelczyk), Slg. 2001, I-6193, Rn. 42, 43; Urteil vom 7.9.2004, Rs. C-456/02 (Trojani), Slg. 2004, I-7573, Rn. 45; Urteil vom 15.3.2005, Rs. C-209/03 (Bidar), Slg. 2005, I-2119, Rn. 47.

151 EuGH, Urteil vom 20.9.2001, Rs. C-184/99 (Grzelczyk), Slg. 2001, I-6193, Rn. 43 f. Im konkreten Fall hatte der Betroffene bereits drei Jahre im Aufnahmestaat studiert, ohne Sozialleistungen in Anspruch zu nehmen und war erst in seinem vierten und letzten Studienjahr bedürftig geworden, weil er sein Studium wegen der nahenden Abschlussprüfungen nicht mehr durch zeitaufwändige Nebentätigkeiten finanzieren konnte. Zum Problem, das Kriterium der nur vorübergehenden Bedürftigkeit zu konkretisieren, Cremer, WissR 2003, S. 128 (150).

152 Urteil vom 7.9.2004, Rs. C-456/02 (Trojani), Slg. 2004, I-7573, Rn. 45.

153 Vgl. z.B. Urteil vom 15.3.2005, Rs. C-209/03 (Bidar), Slg. 2005, I-2119, Rn. 57.

Erhellend ist in diesem Zusammenhang auch die der Rechtssache *De Cuyper*<sup>154</sup> zugrunde liegende Konstellation, der gewissermaßen ein spiegelbildlicher Sachverhalt zugrunde liegt. Es ging dabei um die Frage, ob ein Mitgliedstaat den Erhalt einer Arbeitslosenunterstützung von einem Wohnsitzerfordernis abhängig machen und somit seine Staatsangehörigen daran hindern könne, von dem Freizügigkeitsrecht aus Art. 18 EG Gebrauch zu machen. Es stellte sich also in diesem Zusammenhang nicht das Problem der Aufnahme des Unionsbürgers in die Solidargemeinschaft des Aufnahmemitgliedstaats, vielmehr war zu klären, ob ein Unionsbürger, der von der Freizügigkeit Gebrauch macht, aus der Solidargemeinschaft seines Herkunftsmitgliedstaats ausscheiden könne.<sup>155</sup> Im Ausgangsfall ging es um eine belgische Regelung, die Sozialleistungsansprüche an den Wohnsitz oder den tatsächlichen Aufenthalt im Inland knüpfte und somit ein Mobilitätshindernis darstellt. Der EuGH kam in seinem Urteil zu dem Schluss, dass die Aufstellung einer Aufenthaltsklausel der Notwendigkeit Rechnung trage, die berufliche und familiäre Situation der Arbeitslosen zu überwachen, um so Veränderungen feststellen zu können, die Einfluss auf die bewilligte Leistung haben könnten. Die Maßnahme beruhe somit auf einem objektiven, von der Staatsangehörigkeit unabhängigen Kriterium und sei verhältnismäßig, weil weniger einschneidende Maßnahmen nicht so wirksam wären.<sup>156</sup>

Diese Erwägungen im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung sind an und für sich durchaus nachvollziehbar. Dies kann aber nur gelten, wenn sie an das einmal rechtmäßig begründete Aufenthaltsrecht des Art. 18 EG – zu dessen Begründung ja das Vorhandensein ausreichender Existenzmittel und einer Krankenversicherung vom Aufnahmemitgliedstaat geprüft werden kann – anknüpfen. Dann kann man eigentlich nur noch darüber streiten, bei wem die ausreichenden Existenzmittel vorhanden sein müssen und wann bzw. wie sie nachgewiesen werden müssen. Dass die ausreichenden Mittel nicht unbedingt beim Unionsbürger selbst vorhanden sein müssen, sondern es ausreicht, wenn Dritte über sie verfügen, lässt sich dem Urteil des EuGH in der Rechtssache *Chen* entnehmen. Bezüglich der Frage, ob der Aufenthalt des Kindes mit der irischen Staatsangehörigkeit in Großbritannien rechtmäßig sei, führte der Gerichtshof aus, dass es nach dem Wortlaut des Art. 1 Abs. 1 der Richtlinie 90/364 genüge, dass die Angehörigen der Mitgliedstaaten über die erforderlichen Mittel verfügten; irgendwelche Anforderungen in Bezug auf die Herkunft dieser Mittel enthalte diese Bestimmung nicht. Diese Auslegung sei umso mehr geboten, als Bestimmungen, in denen ein fundamentaler Grundsatz wie der der Freizügigkeit verankert sei, weit auszulegen seien.<sup>157</sup>

154 EuGH, Urteil vom 18.7.2006, Rs. C-406/04 (*De Cuyper*), noch nicht in Slg.

155 Vgl. dazu *Wollenschläger*, EuZW 2006, S. 503 (505).

156 Vgl. diesbezüglich auch die instruktiven Ausführungen in den Schlussanträgen von GA Geelhoed vom 2.2.2006, Rs. C-406/04 (*De Cuyper*), noch nicht in Slg., Rn. 64 ff. zum Zusammenhang zwischen der Eingliederung in die Solidargemeinschaft des Aufnahmemitgliedstaates und dem Ausscheiden aus derjenigen des Heimatmitgliedstaats.

157 Urteil vom 19.10.2004, Rs. C-200/02 (*Chen*), Slg. 2004, I-9925, Rn. 30, 31.

Deshalb kamen die Richter zu dem Schluss, dass die Bedingung des rechtmäßigen Aufenthalts auch erfüllt sei, wenn ein Familienangehöriger des Unionsbürgers über die notwendigen Existenzmittel verfüge. Dieser Fragenkreis wird EuGH und Schrifttum künftig sicher noch intensiver beschäftigen.

Die Erwägungen des EuGH sind jedoch höchst problematisch, wenn es, wie im Fall *Trojani*, gerade an diesem über Art. 18 EG begründeten Aufenthaltsrecht fehlt und nunmehr über Art. 12 Abs. 1 EG allein in Verbindung mit dem Unionsbürgerstatus des Art. 17 EG, der doch gerade *keine* subjektiven Rechte verleiht, Ansprüche auf soziale Vergünstigungen begründet werden. Denn in dieser Konstellation verlieren die Mitgliedstaaten, entgegen dem vorstehend entwickelten Konzept des geteilten Unionsbürgers im Staaten- und Verfassungsverbund, weitgehend ihre Mitsprache- und Gestaltungsrechte, die ihnen Art. 18 EG in Verbindung mit dem einschlägigen Sekundärrecht vermittelt. Soweit der EuGH daher im Rahmen der von ihm avisierten Normentrias allein auf die Statusnorm des Art. 17 EG zurückgreift und das Freizügigkeitsrecht des Art. 18 EG ignoriert, wird die Unionsbürgerschaft zu einem absoluten Recht auf „Sozialtourismus“, das nicht nur die im historischen Indigenat angelegte, sondern auch im föderalen Rechtsvergleich mit der Schweiz und den USA<sup>158</sup> bestätigte und vorstehend dargestellte Verbindung zwischen Gleichheitsrechten und Freizügigkeitsrechten leugnet.

## V. Ergebnis und Ausblick

In den ersten Jahren nach dem Maastrichter Vertrag lag die Unionsbürgerschaft in einer Art „Dornröschenschlaf“. Sie wurde für ein rechtlich wenig bedeutsames Politikum, für „mehr Schein als Sein“ gehalten,<sup>159</sup> insbesondere deshalb, weil sich ein eigenständiger Anwendungsbereich für die zentralen Vorschriften der Art. 17 und 18 EG zunächst nicht recht erkennen ließ.<sup>160</sup> Erst der von der eingangs zitierten Rechtsprechung des EuGH ausgehende „Weckruf“, insbesondere durch die Urteile *Martinez Sala*, *Grzelczyk* und *Trojani*, die die Unionsbürgerrechte mit dem Diskriminierungsverbot des Art. 12 EG kombinierten, riss die Vorschriften der Unionsbürgerschaft aufgrund ihrer sozialstaatlichen Implikationen unsanft, so mögen es manche empfunden haben, aber zumindest überraschend aus diesem „Dornröschenschlaf“. Im Zuge dessen geriet dann angesichts der Urteile *Baumbast*, *Chen* und *Garcia Avello* auch das Aufenthaltsrecht des Art. 18 EG stärker in den Blick.

Führt man sich die entschiedenen Fälle vor Augen und stellt sie in den Kontext des über Jahrzehnte verfolgten Wandels vom Marktbürger zum Unionsbürger, so sind sie in ihrem Ergebnis zumindest teilweise gar nicht mehr so überraschend.

158 Dazu ausführlich *Schönberger*, Unionsbürger, 2005, S. 51 ff., *Timmermans*, Lifting the Veil of Union Citizens' Rights, FS-Rodriguez Iglesias, 2005, S. 195 (203 f.).

159 *Isensee*, Europäische Union – Mitgliedstaaten, in: *Europa – Idee, Geschichte, Realität*, S. 71 (93).

160 *Rossi*, Beschränkungen der Ausreisefreiheit im Lichte des Verfassungs- und Europarechts, AöR 127 (2002), S. 612 (621 f.).

Davon sind allerdings aus den vorstehend genannten dogmatischen Gründen die Urteile Trojani, Chen und Garcia Avello explizit auszunehmen. Betrachtet man überdies die Unionsbürgerschaft im Rahmen des europäischen Staaten- und Verfassungsverbundes, den die EU bildet, so entsprechen die am Freizügigkeitsrecht des Art. 18 EG anknüpfenden Urteile durchaus dem beschriebenen Konstrukt des „geteilten Unionsbürgers“, dessen Rechtsstatus sich nur noch im Verbund der Rechtsordnungen von EU und Mitgliedstaaten bestimmen lässt. So gesehen kann die vorstehend einmal mehr erprobte Rationalisierungsfunktion des Rechts in Verbindung mit der Erklärungs- und Modellfunktion des europäischen Staaten- und Verfassungsverbunds die eingangs konstatierte Überraschung mindern.

Angesichts dessen ist es vielmehr die unentschiedene Dogmatik des EuGH, die Probleme bereitet, da sie jene zum Einsatz gebrachte Normentrias aus Art. 17, 18 und 12 EG nicht transparent und kohärent ordnet. Der EuGH, so wird diesbezüglich im Schrifttum süffisant von *Kingreen* bemerkt,<sup>161</sup> scheine insoweit dem methodischen Irrglauben zu verfallen, dass mit der Anzahl der präsentierten Normen auch das Gewicht der Argumentation steige. Und in der Tat kann man sich des Eindrucks nicht erwehren, dass der EuGH – den Status der Unionsbürger fest im Blick – seine Auslegungsmethoden nicht transparent macht und es dementsprechend vermeidet, sich auf eine dogmatische Zuordnung seiner Aussagen zu konkreten Normen einzulassen.<sup>162</sup> Für die Legitimität einer Rechtsprechung, die Neuland betritt, noch dazu in politisch hochsensiblen Bereichen wie denjenigen der Sozialpolitik, ist dies jedoch eigentlich unabdingbar.<sup>163</sup>

Nach alledem könnte die oben vorgestellte Formel, die den Unionsbürgerstatus des Art. 17 EG zunächst mit dem subjektiven Aufenthaltsrecht des Art. 18 EG koppelt und erst daran eventuelle Ansprüche aus dem allgemeinen Diskriminierungsverbot des Art. 12 EG knüpft, hilfreich sein. Reichweite und Umfang der vom Aufnahmemitgliedstaat jeweils zu gewährenden Gleichbehandlung wird dabei über den im Kontext des Art. 18 EG erreichten Aufenthaltsstatus gesteuert. Dieser erlaubt Differenzierungen, die bis hin zu einer Ausweisung reichen können. Dabei ist allerdings wiederum jede unterschiedliche Behandlung am Maßstab des Art. 18 EG zu rechtfertigen. Insbesondere muss eine Verhältnismäßigkeitsprüfung durchgeführt werden, die auf Seiten des Aufnahmemitgliedstaats die begrenzte unionsweite Solidarität und den Schutz der nationalen Sicherungssysteme sowie auf Seiten des Unionsbürgers den individuellen Integrationsgrad in die Gesellschaft des Aufnahmemitgliedstaats berücksichtigt.

Freilich ist es nunmehr der europäische Gesetzgeber, der uns überrascht hat. Denn er hat die – ja durchaus umstrittene und in sich dogmatisch nicht konsistente – Rechtsprechung des EuGH zur Unionsbürgerschaft in der neuen Freizügigkeits-

161 *Kingreen*, in diesem Heft.

162 Insoweit nicht zu Unrecht kritisch *Hailbronner*, Die Unionsbürgerschaft und das Ende rationaler Jurisprudenz durch den EuGH?, NJW 2004, S. 2185 (2186 ff.).

163 *Calliess*, Grundlagen, Grenzen und Perspektiven europäischen Richterrechts, NJW 2005, S. 929 (931 f.).

richtlinie 2004/38<sup>164</sup> vom 29.4.2004 weitgehend kodifiziert. Die Richtlinie begründet nunmehr einen einheitlichen Rechtsrahmen für Freizügigkeit und Aufenthalt der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen. Im Hinblick auf nicht erwerbstätige Unionsbürger werden aufenthaltsrechtlich drei verschiedene Stufen unterschieden:

- 1. Stufe: Nach Art. 6 RL 2004/38 steht Unionsbürgern und ihren Familienangehörigen aus Drittstaaten grundsätzlich ein Recht auf Aufenthalt von bis zu drei Monaten zu, ohne dass es dafür weiterer materiell-rechtlicher Voraussetzungen bedarf.
- 2. Stufe: Mit Blick auf einen Aufenthalt von über drei Monaten bis zu 5 Jahren haben Unionsbürger gemäß Art. 7 Abs. 1 RL 2004/38 ein Aufenthaltsrecht, sofern sie für ihr eigenes Auskommen und dasjenige ihrer Familienangehörigen sorgen können.
- 3. Stufe: Mit dem Erreichen von fünf Jahren rechtmäßigem Aufenthalt steht dem Unionsbürger und seinen Familienangehörigen gemäß Art. 16 RL 2004/38 ein Daueraufenthaltsrecht zu.

Entsprechend der vorstehend dargestellten Konzeption der Unionsbürgerschaft entspricht der sozialrechtliche Status dieser aufenthaltsrechtlichen Differenzierung:<sup>165</sup> Im Rahmen der 1. Stufe, einem Aufenthalt von bis zu drei Monaten, ist es Sache der Mitgliedstaaten, ob sie Unionsbürgern Sozialhilfe gewähren. Ist dies der Fall, so kann das Aufenthaltsrecht nach Art. 14 Abs. 1 RL 2004/38 freilich nur beendet werden, wenn Leistungen unangemessen in Anspruch genommen werden.<sup>166</sup> Auf Ebene der 3. Stufe, mithin nach Ablauf von 5 Jahren rechtmäßigen Aufenthalts, spielen eine soziale Bedürftigkeit bzw. ein fehlender oder unzureichender Krankenversicherungsschutz praktisch keine Rolle mehr für das dem Unionsbürger zustehende Aufenthaltsrecht.

Zumindest rechtspolitisch problematisch erscheint im Hinblick auf die 3. Stufe, ob und inwieweit Zeiten eines sozialhilfeabhängigen Aufenthalts mit Blick auf das nach 5 Jahren zu erwerbende Daueraufenthaltsrecht einwirken.<sup>167</sup> Insoweit hätten Zeiten eines Sozialhilfebezugs aus der von der Richtlinie vorgesehenen Frist explizit ausgeklammert werden sollen.<sup>168</sup>

Rechtsfragen stellen sich nicht zuletzt deswegen zuvorderst im Rahmen der 2. Stufe, die man als eine Art Zwischenstufe bezeichnen kann. Denn ein Aufent-

164 Richtlinie 2004/38/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 29. 4. 2004 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, ABl. L 158/77.

165 Instruktiv und vertiefend dazu *Kingreen*, in diesem Heft; ferner *Schönberger*, Die Unionsbürgerschaft als Sozialbürgerschaft, ZAR 2006, S. 226 ff.

166 Dazu, kritisch, *Hailbronner*, Unionsbürgerschaft und Zugang zu den Sozialsystemen, JZ 2005, S. 1138 (1142 f.).

167 Kritisch daher *Hailbronner*, Unionsbürgerschaft und Zugang zu den Sozialsystemen, JZ 2005, S. 1138 (1143); *Schönberger*, Die Unionsbürgerschaft als Sozialbürgerschaft, ZAR 2006, S. 226 (230).

168 Dafür *Schönberger*, Unionsbürger, 2005, S. 378; *ders.*, Die Unionsbürgerschaft als Sozialbürgerschaft, ZAR 2006, S. 226 (230).



halt von über 3 Monaten und unter 5 Jahren hat gemäß Art. 7 Abs. 1 lit. b), d) RL 2004/38 zur Bedingung, dass der eingereiste Unionsbürger für sich und seine Familienangehörigen über eine Krankenversicherung und vor allem über ausreichende Existenzmittel verfügt, er also im Aufnahmemitgliedstaat keine Sozialhilfeleistungen in Anspruch nehmen muss. Was aber passiert, wenn die bei Einreise vorhandenen und nachgewiesenen Existenzmittel wegfallen?<sup>169</sup> Insoweit gibt Art. 24 Abs. 1 RL 2004/38 entsprechend Art. 12 Abs. 1 EG jedem Unionsbürger im Aufnahmemitgliedstaat ein Recht auf gleiche Behandlung. Von diesem ist gemäß Art. 24 Abs. 2 RL 2004/38 nach drei Monaten rechtmäßigem Aufenthalt auch ein Anspruch auf Sozialhilfe umfasst.

An dieser Stelle bricht nun einmal mehr das bereits beschriebene, im Verfassungsrecht der EU angelegte Spannungsverhältnis zwischen Sozial- und Aufenthaltsrecht<sup>170</sup> auf. Denn die Inanspruchnahme von Sozialleistungen macht deutlich, dass der jeweilige Unionsbürger die Aufenthaltsbedingung ausreichender Existenzmittel nicht mehr erfüllt, er also sein aus Art. 7 Abs. 1 lit. b), d) RL 2004/38 fließendes Aufenthaltsrecht verliert und daher ausgewiesen werden kann. Dieses Spannungsverhältnis ist unter Berücksichtigung der vorstehend dargestellten Vorgaben des Art. 18 EG zu lösen, wie sie aus den Entscheidungen des EuGH im Fall *Grzelczyk*<sup>171</sup> und im Fall *Trojani*<sup>172</sup> folgen: Hiernach darf die Inanspruchnahme von Sozialhilfeleistungen nicht automatisch zum Verlust des Aufenthaltsrechts führen, insbesondere wenn die Schwierigkeiten des Aufenthaltsberechtigten vorübergehender Natur sind. Dementsprechend finden sich diese Vorgaben für eine mitgliedstaatliche Ausweisungsbefugnis auch in Art. 14 Abs. 3 RL 2004/38 sowie in deren 16. Erwägungsgrund wieder. Dieser konkretisiert diese Vorgaben im Lichte der Rechtsprechung noch dahingehend, dass bei einer eventuellen Ausweisung alle Umstände des Einzelfalls, zu denen die Dauer des Aufenthalts, die persönlichen Umstände und die Höhe des gewährten Sozialhilfebetrags zählen, im Kontext der vorzunehmenden Verhältnismäßigkeitsprüfung eingestellt werden müssen.<sup>173</sup>

Der Vorwurf, der EuGH hätte sich im Rahmen seiner Rechtsprechung zur Unionsbürgerschaft wieder einmal als „Motor der Integration“ betätigt und damit seine aus Art. 220 EG folgenden Rechtsprechungskompetenzen überschritten, mag zwar für die Vergangenheit teilweise richtig sein, geht jedoch durch die nachzeichnende Gesetzgebung aktuell weitestgehend ins Leere: Der Gerichtshof ist aus dieser Perspektive, im Blick zurück, einmal mehr nur Wegbereiter dessen gewesen, was zumindest potentiell ohnehin schon in der Unionsbürgerschaft an-

169 Vgl. dazu auch die Aussagen des EuGH in seinem Urteil vom 20.9.2001, Rs. C-184/99 (*Grzelczyk*), Slg. 2001, I-6193, Rn. 45.

170 Vgl. *Schönberger*, Die Unionsbürgerschaft als Sozialbürgerschaft, ZAR 2006, S. 226 (230).

171 Urteil vom 20.9.2001, Rs. C-184/99 (*Grzelczyk*), Slg. 2001, I-6193, Rn. 43 f.

172 EuGH, Urteil vom 7.9.2004, Rs. C-456/02 (*Trojani*), Slg. 2004, I-7573, Rn. 45.

173 *von Bogdandy/Bitter*, Unionsbürgerschaft und Diskriminierungsverbot, FS-Rodríguez Iglesias, 2005, S. 309 (315).

gelegt war, aber vom beauftragten Gemeinschaftsgesetzgeber (vgl. Art. 17 Abs. 2, 18 Abs. 2, 22 Abs. 2 EG) zu lange nicht umgesetzt wurde. Ohne Frage hat der EuGH auf diese Weise primärrechtlich Standards gesetzt, hinter die der europäische Gesetzgeber mit Blick auf ihre quasi-verfassungsrechtliche Maßstabswirkung glaubte nicht zurück schreiten zu können – vielleicht wollte er dies aber auch gar nicht. Denn im Ergebnis beruht die Rechtsprechung des EuGH zum Unionsbürgerstatus auf einer politisch gewollten und an sich zeitgemäßen Entwicklung der europäischen Integration, die mit dem Vertrag vom Maastricht in den Vorschriften zur Unionsbürgerschaft ihren verfassungsrechtlichen Ausgangspunkt fand: Der Bürger ist nicht mehr nur Konsument im Markt, mithin bloßer Bourgeois, sondern er soll durch die EU auch politisch als Citoyen wahrgenommen und angesprochen werden. Hintergrund dieser Entwicklung ist sicher auch die vielfach beklagte Bürgerferne der EU, die daran anknüpfende Suche nach einer eigenen europäischen Identität und die damit verbundene Entwicklung des europäischen Staaten- und Verfassungsverbunds zu einem Werteverbund.<sup>174</sup>

Die grenzenlose Erweiterungspolitik der EU<sup>175</sup> steht zu dieser Entwicklung jedoch in einem merkwürdigen Gegensatz, insbesondere konterkariert sie jeden Ansatz eines sich auch auf soziale Vergünstigungen erstreckenden Unionsbürgerstatus. Die mit der Erweiterung verbundene wirtschaftliche, soziale und kulturelle Heterogenität macht die Unionsbürgerschaft als Form der Vertiefung zu einem ambivalenten Projekt. Sie kann plötzlich künstlich und erzwungen wirken, indem sie das Problem der finanziellen Belastung einseitig auf den Aufenthaltsstaat schiebt und damit die zarten Ansätze einer europäischen Solidarität<sup>176</sup> sogleich auf eine harte Probe stellt. Das erforderliche gegenseitige Vertrauen der Unionsbürger zueinander, als Ausdruck und Voraussetzung einer gelebten europäischen Solidarität, ist nach den Erweiterungsrunden viel zu schwach ausgeprägt.<sup>177</sup> Blickt man auf die entsprechenden Entwicklungen in föderalen Staaten wie der Schweiz, den USA oder aber auch dem Deutschen Reich von 1871, so wird schnell deutlich, welch einen großen politischen Integrationsschritt die kaum differenzierende Erweiterung des Unionsbürgerstatus in einen sozialen Gleichheitsstatus bedeutet.<sup>178</sup>

Obwohl das bei der Einführung der Unionsbürgerschaft im Jahre 1992 existierende Leitbild einer relativ homogenen EU der 6 oder auch noch 15 Mitgliedstaaten durch die Erweiterungspolitik in tatsächlicher Hinsicht überholt worden ist, scheinen die Rechtsprechung und in ihrem Sog auch der Gesetzgeber an diesem Leitbild festhalten zu wollen. Das mag zwar solange funktionieren, als vor der

174 Calliess, Europa als Wertegemeinschaft, JZ 2004, S. 1033 ff.

175 Dazu Calliess, Die Verfassung der EU im Kontext der Erweiterung – Eine Einführung anhand von drei Szenarien, in: Calliess/Isak (Hrsg.), Der Konventsentwurf für eine EU-Verfassung im Kontext der Erweiterung, 2004, S. 9 (10 ff.)

176 Vgl. hierzu *Lais*, Das Solidaritätsprinzip im europäischen Verfassungsverbund, 2007 i.E.

177 *Delhey*, Transnationales Vertrauen in der EU, Aus Politik und Zeitgeschichte B 38/2004, S. 6 ff.

178 Dazu *Schönberger*, Die Unionsbürgerschaft als Sozialbürgerschaft, ZAR 2006, S. 226 (231) m.w.N.

letzten Erweiterungsrunde im Jahre 2004 nur 1,6 Prozent der Unionsbürger dauerhaft in einem anderen Mitgliedstaat als ihrem Heimatstaat lebten und überwiegend dort wohl auch arbeiteten. Will die EU aber entsprechend ihrer Ziele, die gerade auch mit der Unionsbürgerschaft gefördert werden sollen, die Mobilität der Unionsbürger stärken und kommt es dabei verstärkt zu einer reinen Sozialmigration, dann könnte sich das mit der Unionsbürgerschaft eigentlich verfolgte Ziel, die Integration zu vertiefen und die europäische Identität zu stärken, schnell in sein Gegenteil umkehren.

## Die Universalisierung sozialer Rechte im europäischen Gemeinschaftsrecht

Von Thorsten Kingreen, Regensburg\*

### I. Das traditionelle Konzept: Akzessorische Sozialpolitik

Die Sozialpolitik war im europäischen Gemeinschaftsrecht lange Zeit ein Anhängsel des Binnenmarktpjekts. *Hans-Peter Ipsen* widmete ihr in seinem monumentalen Lehrbuch „Europäisches Gemeinschaftsrecht“ gerade einmal 19 Seiten.<sup>1</sup> Dabei war der normative Befund auf den ersten Blick gar nicht so mager, denn bereits die Art. 117-128 EWGV enthielten umfangreiche Regelungen über die Sozialpolitik. Doch die herausgehobene Stellung der Sozialpolitik unmittelbar nach den Normen über die Wettbewerbs- und Wirtschaftspolitik, die, so *Ipsen*, „der Bedeutung des Sozialbereichs in der modernen öffentlichen Ordnung durchaus entsprechen würde“, fand „im *normativen* Zuständigkeits- und Ermächtigungsgehalt der Art. 117-128 EWGV *keinen* zulänglichen Ausdruck“.<sup>2</sup> Kernfragen der Sozialpolitik wie Ausbildung, Arbeitsplatz, Arbeitsentgelt, Arbeitsbedingungen und soziale Sicherheit erschienen im positiven Gemeinschaftsrecht, „nicht in einer dem *Sozialstaatsgebot* adäquaten Gemeinschaftsausstattung, wenn es in den Vertragsformulierungen auch am sozialpolitischen Aspekt und Impuls nicht fehlt“.<sup>3</sup>

Zwar wurde die Vergemeinschaftung der Sozialpolitik seinerzeit kontrovers unter den Gründungsstaaten diskutiert, insbesondere zwischen Frankreich und Deutschland.<sup>4</sup> Doch beschränkte sich die Debatte auf den möglichen Einfluss, den Unterschiede in den Sozialpolitiken der Mitgliedstaaten auf das Funktionieren des Binnenmarktes haben würden. Umstritten war, ob die Harmonisierung bestimmter sozialer Bedingungen Voraussetzung (so die Position Frankreichs) oder nur, so die deutsche Position, mögliche Folge eines funktionierenden Binnenmarktes sei.<sup>5</sup> Die grundsätzliche Zuständigkeit der Mitgliedstaaten für die Sozialpolitik stand indes nicht zur Disposition. Das Gemeinschaftsrecht war also in seinen Ursprün-

\* Prof. Dr. Thorsten Kingreen, Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Sozialrecht und Gesundheitsrecht, Universität Regensburg; king@jura.uni-regensburg.de.

1 *H.-P. Ipsen*, Europäisches Gemeinschaftsrecht, 1972, S. 931 ff. Darin lag eine realistische Einschätzung der Bedeutung der europäischen Sozialpolitik und keine Geringschätzung: *Ipsen* selbst war bereits auf der Göttinger Staatsrechtslehrertagung im Jahre 1951 dafür eingetreten, das Sozialstaatsprinzip auch normativ im Sinne einer staatlichen Verantwortung für das Soziale ernst zu nehmen (VVDStRL 10 [1952], 74 ff.).

2 *Ipsen* (Fn. 1), S. 932.

3 *Ipsen* (Fn. 1), S. 932.

4 Ausführlich zur Entwicklung der europäischen Sozialpolitik *H. Berié*, Europäische Sozialpolitik. Von Messina bis Maastricht, in: G. Kleinhenz (Hrsg.), Soziale Integration in Europa I, 1993, S. 31 ff.

5 *R. Sprung*, in: E. Wohlfahrt/U. Everling/H.-J. Glaesner/R. Sprung (Hrsg.), Die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft, 1960, Vorb. vor Art. 117 Anm. 3, 4.

gen geprägt durch eine akzessorische Sozialpolitik. Akzessorisch deshalb, weil sie stets in Abhängigkeit von den Funktionsbedingungen des Binnenmarktes thematisiert wurde, aber keinen darüber hinaus gehenden, eigenständigen Bedeutungsgehalt hatte. Schließlich fiel die Gründungsphase der Europäischen Gemeinschaft noch in die Nachkriegszeit, die alle sechs Vertragsstaaten durch einen erheblichen Ausbau ihrer sozialen Sicherungssysteme zu bewältigen suchten. Mit einer gewissen Selbstverständlichkeit wurde daher die Zuständigkeit für das Zusammenhang stiftende soziale Sicherheitsversprechen den Staaten zugewiesen; besonders in Deutschland, wo der Sozialstaat unter den fünf in Art. 20 Abs. 1 GG genannten Staatszielbestimmungen noch die wenigsten Verletzungen aus der nationalsozialistischen Zeit davongetragen hatte.<sup>6</sup>

Die traditionelle Akzessorietät zwischen Sozialpolitik und Binnenmarkt beschränkt sich nicht auf die Rechtsetzungskompetenzen, sondern lässt sich auch im Bereich der sozialen Rechte nachweisen. Das Gemeinschaftsrecht erfasst den Einzelnen „nicht als integrale Persönlichkeit, sondern nur funktional insoweit [...], als ihm Freiheit und Gleichheit zur Erfüllung der ökonomischen Ziele der Gemeinschaften gewährleistet wird“.<sup>7</sup> Auch Träger sozialer Rechte ist er nur als Marktbürger.<sup>8</sup> Das Gemeinschaftsrecht gewährleistet dementsprechend keine eigenständigen sozialen Rechte, sondern trägt nur zu deren partieller Erstreckung auf transnationale Konstellationen bei, soweit dies für den Zweck der Etablierung des Binnenmarktes erforderlich ist (Art. 40, 42 EG). So zielt die sog. *Wanderarbeitnehmerverordnung* 1408/71<sup>9</sup> darauf ab, diejenigen Hindernisse im mitgliedstaatlichen Sozialrecht zu beseitigen, die geeignet sind, den Einzelnen von der Wahrnehmung seiner grenzüberschreitenden Freizügigkeit abzuhalten.<sup>10</sup> Das geschieht nicht durch Harmonisierung, sondern durch Koordinierung der nationalen Sozialrechtsordnungen. Die Verordnung stellt zu diesem Zweck, insoweit vergleichbar mit dem Internationalen Privatrecht, Kollisionsregeln auf, die bei grenzüberschreitenden Sachverhalten zur Vermeidung von Doppelbelastungen und -begünstigungen über das anwendbare Recht entscheiden; in der Regel ist dies das für den Beschäftigungsort geltende Recht, Art. 13 Abs. 2 lit. a) VO (EWG) 1408/71.<sup>11</sup> Sie enthält ferner wichtige Sachregeln, die verhindern, dass Grenzübertritt und Staatsangehörigkeit zu sozialrechtlichen Brüchen und Benachteiligungen führen: ein Verbot der sozialrechtlichen Diskriminierung von EG-

6 Der Sozialstaat hat nach 1945 keine „Stunde Null“ erlebt: M. Stolleis, Geschichte des Sozialrechts in Deutschland, 2003, S. 209 ff.

7 E. Grabitz, Europäisches Bürgerrecht zwischen Marktbürgerschaft und Staatsbürgerschaft, 1970, S. 68.

8 Zu dieser heuristischen Figur Ipsen (Fn. 1), S. 187, 250 ff.

9 Diese wird ersetzt werden durch die Verordnung (EG) 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. 4. 2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit, ABl. EG Nr. L 166/1 v. 30. 4. 2004, sobald die nach Art. 91 VO/EG 883/2004 erforderlichen Durchführungsbestimmungen erlassen werden.

10 Vgl. etwa M. Fuchs, Europäisches Sozialrecht – eine Einführung, in: M. Fuchs (Hrsg.), Europäisches Sozialrecht, 4. Aufl. 2005, Rn. 35.

11 Dazu T. Kingreen, Doppelbelastung und Doppelbefreiung im grenzüberschreitenden Sozialrecht, in: U. Becker/W. Schön (Hrsg.), Steuer- und Sozialstaat im europäischen Systemwettbewerb, 2005, S. 265 ff.

Ausländern, den Grundsatz der Tatbestandsgleichstellung, der fingiert, dass bestimmte sozialrechtlich relevante Ereignisse, die in einem Mitgliedstaat eingetreten sind, so behandelt werden, als seien sie im Gebiet des zuständigen Staates verwirklicht worden, ferner das Gebot der Zusammenrechnung von Versicherungszeiten und schließlich den Grundsatz des Leistungsexports.<sup>12</sup> Der sachliche Geltungsbereich der Wanderarbeitnehmerverordnung erfasst allerdings nicht alle sozialen Leistungen, insbesondere nicht die Sozialhilfe (Art. 4 Abs. 4 VO [EWG] 1408/71) und die Studienförderung.<sup>13</sup> Gemäß Art. 7 Abs. 2 der VO (EWG) 1612/68 (sog. *Freizügigkeitsverordnung*) genießen Arbeitnehmer und ihre Familienangehörigen aber auch insoweit einen Anspruch auf Gleichbehandlung. Die sozialen Rechte, die das europäische Sozialrecht auf transnationale Sachverhalte erstreckt, sind zweckgebundene Begleitrechte der Personenverkehrsfreiheiten (Art. 39, 43 EG). Deshalb beschränkt sich der persönliche Schutzbereich der Wanderarbeitnehmerverordnung weit gehend auf Erwerbstätige und deren Familienangehörige, Art. 2 Abs. 1 VO (EWG) 1408/71. Die Entterritorialisierung sozialer Rechte ist also funktional beschränkt. Sie dient der Sicherung grenzüberschreitender Erwerbstätigkeit, lässt sich von dieser aber nicht lösen. In dieser Zweckbindung der transnationalen sozialen Rechte äußert sich die Akzessorietät einer europäischen Sozialpolitik, die nicht den universalistischen Anspruch einer von der Staatsangehörigkeit unabhängigen sozialen Absicherung erhebt. Ihr liegt ein „funktionalistisch reduziertes Personenkonzept“<sup>14</sup> zugrunde, das „einem tief verwurzelten nationalstaatlichen Verständnis von Angehörigkeit und Bürgerschaft“<sup>15</sup> entspringt und daher den Einzelnen als Sozialbürger nur wahrnimmt, wenn er zugleich Marktbürger ist.

## II. Die Verselbstständigung transnationaler sozialer Rechte

Die Zuständigkeitsverteilung zwischen Gemeinschaft und Mitgliedstaaten ist bis heute wesentlich durch das Konzept einer nur akzessorischen Sozialpolitik geprägt. Nach wie vor fehlen der Gemeinschaft die wesentlichen Rechtsetzungskompetenzen und Instrumente zur Beeinflussung gesellschaftlicher Verteilungs- und Umverteilungsentscheidungen.<sup>16</sup> Art. 137 EG enthält nur vergleichsweise marginale Harmonisierungskompetenzen<sup>17</sup> und auch die derzeit besonders im

12 Vgl. zusammenfassend etwa *W. Brechmann*, in: C. Calliess/M. Ruffert (Hrsg.), Kommentar zu EUV/EGV, 3. Aufl. 2007, Art. 42 EGV, Rn. 15 ff.

13 Vgl. näher *E. Eichenhofer*, Sozialrecht der Europäischen Union, 3. Aufl. 2006, Rn. 330 ff.; *H.-D. Steinmeyer*, in: Fuchs (Fn. 10), Art. 7 VO (EWG) 1612/68, Rn. 9.

14 *J. Habermas*, Die postnationale Konstellation, 1998, S. 142.

15 *C. Schönberger*, Unionsbürger, 2005, S. 2.

16 Vgl. etwa *A. Hatje*, Wirtschaftsverfassung, in: A. von Bogdandy (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, 2003, S. 683 (720).

17 *T. Kingreen*, Das Sozialstaatsprinzip im europäischen Verfassungsverbund. Gemeinschaftsrechtliche Einflüsse auf das deutsche Recht der gesetzlichen Krankenversicherung, 2003, S. 295 ff.

Bereich der Sozialpolitik propagierte offene Methode der Koordinierung<sup>18</sup> kann allenfalls ein „freiwilliges Parallelverhalten“<sup>19</sup> der Mitgliedstaaten anregen.

Im Bereich der sozialen Rechte hingegen ist, anders als bei den Rechtsetzungskompetenzen, seit einigen Jahren ein Ablösungsprozess zu beobachten, der die Akzessorietät der Sozialpolitik vom Binnenmarkt zunächst relativiert hat und nunmehr zunehmend auflöst. Zu beobachten ist eine Emanzipation der transnationalen sozialen Rechte von bestimmten Aufenthaltszwecken, die wesentlich durch den EuGH vorangetrieben worden ist; konkret: durch die Rechtsprechung zur grenzüberschreitenden Inanspruchnahme von Gesundheitsleistungen (1.) und zur Sozialbürgerschaft (2.).

## 1. Das universalistische Potenzial der Grundfreiheiten

Die Grundfreiheiten bilden die Sinnmitte des Binnenmarktes (Art. 14 Abs. 2 EG). Es mag daher auf den ersten Blick erstaunen, dass sie den Prozess der Universalisierung transnationaler sozialer Rechte vorangetrieben haben sollen.

Tatsächlich brechen sie aber mit einer Unterscheidung, die das Bild der Marktbürgerschaft entscheidend prägt, nämlich derjenigen zwischen Erwerbs- und Nichterwerbstätigen. Konzeptionelle Grundlage dieser Weiterung ist die Konstruktion einer *passiven Freiheit* bei den Produktverkehrsfreiheiten (Art. 28, 49 EG). Persönlich schützen diese nämlich nicht nur den Hersteller und Lieferanten einer Ware und den Erbringer einer Dienstleistung, sondern auch den jeweiligen Empfänger. Das kann nun, anders als bei der aktiven Freiheit, jeder Unionsbürger unabhängig von seinem sozioökonomischen Status sein.<sup>20</sup> Bereits 1989, also vor Einführung der Unionsbürgerschaft, hat es daher der EuGH als Verstoß gegen die passive Dienstleistungsfreiheit (Art. 49 EG) angesehen, dass ein britischer Tourist, der in der Pariser Metro überfallen worden war, nur deshalb keine Opferentschädigung bekam, weil er kein französischer Staatsangehöriger war.<sup>21</sup>

Auch die grenzüberschreitende Inanspruchnahme von Gesundheitsleistungen basiert auf der passiven Seite der Produktverkehrsfreiheiten: Aus der passiven Waren- und Dienstleistungsfreiheit folgt für jeden Versicherten das Recht, ambulante und, mit Abstrichen, auch stationäre Leistungen grenzüberschreitend in Anspruch zu nehmen (sog. *Kohll/Decker-Rechtsprechung*).<sup>22</sup> Der gegenüber der

18 Mitteilung der Kommission an den Rat, das Europäische Parlament, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen „Stärkung der sozialen Dimension der Lissabonner Strategie: Straffung der offenen Koordinierung im Bereich Sozialschutz“, KOM 2003/261 endg./2.

19 R. Streinz, Sozialpolitische Zuständigkeit der EU im Rahmen der offenen Methode der Koordinierung, Schriftenreihe des Deutschen Sozialrechtsverbandes (SDSRV) Bd. 53 (2005), S. 29 (44).

20 S. Völker, Passive Dienstleistungsfreiheit im Europäischen Gemeinschaftsrecht, 1990, S. 73.

21 EuGH, Rs. 186/87 (Cowan), Slg. 1989, I-195, Rn. 15, 17; vgl. bereits EuGH, verb. Rs. 286/82 u. 26/83 (Luisi und Carbone), Slg. 1984, 377, Rn. 16.

22 EuGH, Rs. C-120/95 (Decker), Slg. 1998, I-1831, Rn. 35 f.; Rs. C-158/96 (Kohll), Slg. 1998, I-1931, Rn. 34 f.; Rs. C-157/99 (Smits und Peerboms), Slg. 2001, I-5473, Rn. 68 f.; Rs. C-385/99 (Müller-Fauré/van Riet), Slg. 2003, I-4509, Rn. 44; Rs. C-8/02 (Leichtle), Slg. 2004, I-2641, Rn. 37.

aktiven Freiheit weitere persönliche Schutzbereich der passiven Freiheit ebnet also die traditionelle Unterscheidung des Gemeinschaftsrechts zwischen Erwerbstätigen und Nichterwerbstätigen ein. Er löst damit die transnationalen sozialen Rechte von ihrer Bindung an die Arbeitnehmerfreizügigkeit und die Niederlassungsfreiheit. Im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung ist daraus ein zweigleisiges Anspruchssystem entstanden, das erhebliche Unterschiede hinsichtlich der Voraussetzungen, der Abwicklung und des Inhalts der Leistungen aufweist: Gesundheitsleistungen können einerseits auf der Grundlage der §§ 19 ff., 22 ff. VO (EG) 1408/71, also der akzessorischen sozialen Rechte, andererseits über den durch die passive Komponente der Produktverkehrsfreiheiten veranlassten § 13 Abs. 4 und 5 SGB V in Anspruch genommen werden.<sup>23</sup>

## 2. Die europäische Sozialbürgerschaft

Die transnationalen sozialen Rechte verdanken ihre Ablösung vom Tatbestand der Erwerbstätigkeit aber vor allem der Rechtsprechung des EuGH, der aus den Art. 12 Abs. 1, 17 und 18 Abs. 1 EG einen bürgerschaftlich fundierten Anspruch auf sozialrechtliche Inländerbehandlung ableitet.

Geburtsstunde dieser Rechtsprechung ist die EuGH-Entscheidung *Martínez Sala*. Deren Kernaussage lautet: Jeder Unionsbürger, der sich rechtmäßig im Gebiet eines anderen Mitgliedstaates aufhält, hat einen grundsätzlichen Anspruch auf Gewährung der Inländern zustehenden Leistungen unter den für diese geltenden Bedingungen. Grundlage dieses Anspruchs ist die Trias Art. 12 Abs. 1, 17 Abs. 1, 18 Abs. 1 EG. Mit diesen Bestimmungen war es unvereinbar, dass eine spanische Staatsangehörige beim Bezug von deutschem Erziehungsgeld gegenüber deutschen Staatsangehörigen benachteiligt wurde<sup>24</sup> und dass einem belgischen Studenten, der zum Ende seines Studiums in Frankreich auf staatliche Unterstützung angewiesen war, wegen seiner Staatsangehörigkeit keine Sozialhilfe geleistet wurde.<sup>25</sup> Auch war es ein Verstoß gegen das sozialrechtliche Diskriminierungsverbot, dass einer belgischen Staatsangehörigen von ihrem eigenen Mitgliedstaat nur deshalb der Anspruch auf ein Überbrückungsgeld für Schulabgänger versagt wurde, weil sie ihren Schulabschluss in Frankreich erworben hatte.<sup>26</sup> Weitere Entscheidungen betrafen eine Beihilfe für Arbeit Suchende in Großbritannien,<sup>27</sup> nochmals die belgische Sozialhilfe<sup>28</sup> und schließlich ein Darlehen zur Finanzierung der Studiengebühren in Großbritannien.<sup>29</sup>

23 Dazu näher T. Kingreen, Ein neuer rechtlicher Rahmen für einen Binnenmarkt für Gesundheitsleistungen, NZS 2005, S. 505 (506).

24 EuGH, Rs. C-85/96 (Martínez Sala), Slg. 1998, I-2691, Rn. 62 ff.

25 EuGH, Rs. C-184/99 (Grzelczyk), Slg. 2001, I-6193, Rn. 33.

26 EuGH, Rs. C-224/98 (D'Hoop), Slg. 2002, I-6191, Rn. 30 f.

27 EuGH, Rs. C-138/02 (Collins), Slg. 2004, I-2703, Rn. 65.

28 EuGH, Rs. C-456/02 (Trojani), Slg. 2004, I-7573, Rn. 31 ff.

29 EuGH, Rs. C-209/03 (Bidar), Slg. 2005, I-2119, Rn. 31 ff.



Weil der sozialrechtliche Anspruch auf Inländerbehandlung an die Voraussetzung des rechtmäßigen Aufenthalts geknüpft wird, haben es die Mitgliedstaaten allerdings grundsätzlich in der Hand, den Umfang der Inanspruchnahme sozialer Leistungen durch die Ausgestaltung des Aufenthaltsrechts zu steuern.<sup>30</sup> Sie müssen zwar „bei der Organisation und Anwendung ihres Sozialhilfesystems eine gewisse finanzielle Solidarität mit den Angehörigen anderer Mitgliedstaaten“ zeigen; es steht ihnen aber frei, darauf zu achten, dass die Gewährung sozialer Leistungen an EU-Ausländer nicht zu einer übermäßigen Belastung wird, die sich insgesamt auf das Niveau der sozialen Leistung auswirkt.<sup>31</sup>

### 3. Ein neues Sozialrechtsverhältnis

Man kann also zwei Rechtsprechungslinien ausmachen, die praktisch gleichzeitig<sup>32</sup> die funktionalistische Reduzierung der transnationalen sozialen Rechte auf Begleitrechte zu den Personenverkehrsfreiheiten überwunden haben: die Profilierung der passiven Seite der Produktverkehrsfreiheiten auf der einen und der Ausbau der Unionsbürgerschaft zur Sozialbürgerschaft auf der anderen Seite. Beide kann man, in einem noch sehr allgemeinen Sinne, als Versuch des EuGH interpretieren, einen Beitrag dazu zu leisten, dass Europa als eigenständiges politisches Gemeinwesen wahrgenommen wird, das soziale Zu- und Zusammengehörigkeit auch jenseits des Nationalstaates vermittelt.<sup>33</sup> Der dadurch in Gang gesetzte Ablösungsprozess zeigt sich auch im neuen persönlichen Anwendungsbereich der Wanderarbeitnehmerverordnung, die nicht mehr zwischen Erwerbstätigen/Studierenden und anderen Unionsbürgern differenziert, Art. 2 Abs. 1 VO (EG) 883/2004. Dennoch gibt es einen bedeutsamen Unterschied zwischen den beiden Rechtsprechungslinien, der es rechtfertigt, das Augenmerk im Folgenden allein auf die Rechtsprechung des EuGH zur Sozialbürgerschaft zu richten: Diese begründet nämlich, weil sie auf eine Personen- und nicht auf die Produktverkehrsfreiheit gestützt ist, ein neues Sozialrechtsverhältnis!<sup>34</sup>

Die *Kohll/Decker*-Rechtsprechung basiert auf den *Produktverkehrsfreiheiten*, also der Warenverkehrs- und der Dienstleistungsfreiheit (Art. 28, 49 EG); der grenzüberschreitende Bezug wird hier nicht primär durch die handelnde Person hergestellt, die sich im Zielstaat niederlässt, sondern durch ein Produkt, das dort vertrieben oder erworben wird. Weil nun die handelnde Person ihren durch Aufenthalt/Erwerbstätigkeit bestimmten Mitgliedstaat nicht verlässt, wenn sie Gesund-

30 EuGH, Rs. C-456/02 (Trojani), Slg. 2004, I-7573, Rn. 45.

31 EuGH, Rs. C-209/03 (Bidar), Slg. 2005, I-2119, Rn. 56.

32 Die Ausgangsentscheidungen beider Rechtsprechungslinien (EuGH, Rs. C-120/95 [Decker], Slg. 1998, I-1831; Rs. C-158/96 [Kohll], Slg. 1998, I-1931 für die Inanspruchnahme von Gesundheitsleistungen auf der einen und EuGH, Rs. C-85/96 [Martinez Sala], Slg. 1998, I-2691 für den diskriminierungsfreien Zugang zu sonstigen Sozialleistungen auf der anderen Seite) liegen gerade einmal zwei Wochen auseinander!

33 Vgl. zur Diskussion um das Identität stiftende Potenzial der Unionsbürgerschaft etwa S. Kadelbach, Unionsbürgerschaft, in: A. von Bogdandy (Fn. 16), S. 571 ff.

34 Vgl. zum Sozialrechtsverhältnis H. Bley/R. Kreikebohm/A. Marschner, Sozialrecht, 9. Aufl. 2007, Rn. 58 ff.

heitsleistungen in einem anderen Mitgliedstaat in Anspruch nimmt, bleibt das Sozialrechtsverhältnis, das die rechtliche Grundlage dieser Leistungsanspruchnahme bildet, unberührt. Das vorhandene Sozialrechtsverhältnis wird entterritorialisiert, seine Parteien und damit die ökonomische Basis des Sozialleistungsanspruchs aber nicht tangiert: Es bleibt derjenige Träger verpflichtet, der aufgrund dieses Rechtsverhältnisses Gläubiger von Beiträgen oder anderen Abgaben des Berechtigten ist. Mit den Parteien des sozialrechtlichen Rechtsverhältnisses bleibt also zugleich der – je nach Art der Finanzierung mehr oder weniger enge – Zusammenhang zwischen Abgabepflicht des Berechtigten und Leistungspflicht des Trägers bestehen.

Die Rechtsprechung zur Sozialbürgerschaft hat ihre Grundlage hingegen in einer *Personenverkehrsfreiheit*, in Art. 18 Abs. 1 EG<sup>35</sup>. Diese allgemeine Freizügigkeitsgarantie ist nicht zweckgebunden. Es kann daher ein rechtmäßiger Aufenthalt begründet werden, ohne dass dieser der Erwerbstätigkeit dienen muss. Damit kann, im Falle sozialer Bedürftigkeit, ein neues Sozialrechtsverhältnis begründet werden, das keinerlei sachlichen Bezug zu einer ausgeübten oder vorangegangenen wirtschaftlichen Betätigung hat. Der Aufnahmemitgliedstaat wächst allein aufgrund des rechtmäßigen Aufenthalts in die sozialpolitische Verantwortung hinein, die zuvor dem Herkunftsstaat oblag. Die sozialpolitische Abgrenzung zwischen innen und außen, zwischen sozialer Inklusion und sozialer Exklusion und damit letztlich die Grenze zwischen Zugehörigen und Nichtzugehörigen verschiebt sich zu Lasten des Aufnahmestaates.<sup>36</sup> Die Etablierung eines neuen Sozialrechtsverhältnisses beinhaltet damit einen qualitativen Sprung in der Geschichte sozialer Rechte im europäischen Gemeinschaftsrecht. Die Gewährleistung eines von einem konkreten Aufenthaltszweck gelösten sozialen Leistungsrechts beseitigt die traditionelle Akzessorietät zwischen Sozialpolitik und Binnenmarkt. Das neue sozialrechtliche Rechtsverhältnis wirft allerdings die fundamentale Frage nach dem Grund und dem Grad der „finanzielle[n] Solidarität mit den Angehörigen anderer Mitgliedstaaten“<sup>37</sup> auf. Die Prämisse, dass das Verhältnis zwischen Unionsbürgern und jedem der Mitgliedstaaten eine besondere Qualität besitzt, die den Unionsbürger sozialrechtlich zum Zugehörigen desjenigen Mitgliedstaates befördert, in dem er sich rechtmäßig aufhält, bedarf eines normativen Fundaments, das dieses grenzüberschreitende Solidarprinzip näher ausformt. Das leitet über zu den normativen Grundlagen der Sozialbürgerschaft.

35 Näher unten III. 2. b).

36 Zur Kategorie der Angehörigkeit vgl. *Schönberger* (Fn. 15), S. 128 ff.; zum Verhältnis von Angehörigkeit und Freizügigkeit noch näher unten III. 2. a).

37 So zu Recht EuGH, Rs. C-209/03 (*Bidar*), Slg. 2005, I-2119, Rn. 56 sowie bereits EuGH, Rs. C-184/99 (*Grzelczyk*), Slg. 2001, I-6193, Rn. 44.

### III. Die normativen Maßstäbe der Sozialbürgerschaft

Der EuGH präsentiert zur Begründung dieser Angehörigkeit drei Normen, nämlich Art. 12 Abs. 1, 17 und 18 Abs. 1 EG. Ihr Verhältnis untereinander bleibt aber weitgehend im Dunkeln und damit auch ihr Anteil an der gefundenen Entscheidung. Der EuGH scheint dem methodischen Irrglauben zu verfallen, dass mit der Anzahl der präsentierten Normen auch das Gewicht der Argumentation steigt. Man kann sich des Eindrucks nicht erwehren, dass der Gerichtshof – ein festes Ziel vor Augen – das „mühselige Geschäft vollständiger, offener und rationaler Normkonkretisierung“<sup>38</sup> scheut und sich daher ungern auf eine Zuordnung seiner Aussagen zu konkreten Normen einlässt.<sup>39</sup> Für die Legitimität der Rechtsprechung ist das aber unerlässlich:

#### 1. Art. 17 EG

Die wesentliche Begründung für die Eröffnung des Anwendungsbereiches des EG-Vertrages findet man in einem für den EuGH typischen Bandwurmsatz: „Der Unionsbürgerstatus [...] ist 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.“<sup>40</sup> Art. 17 Abs. 2 EG knüpfe an den Status des Unionsbürgers die im Vertrag vorgesehenen Rechte und Pflichten, wozu neben dem allgemeinen Diskriminierungsverbot (Art. 12 Abs. 1 EG)<sup>41</sup> auch die allgemeine Freizügigkeit (Art. 18 EG)<sup>42</sup> zähle.

#### a) Die Unionsbürgerschaft als Quelle sozialer Rechte?

Die These von der Bürgerschaft als Quelle auch sozialer Rechte der Unionsbürger hat einen durchaus anziehenden Charme. Schließlich reflektiert der Status des Bürgers schon in der Antike das besondere Verhältnis einer politischen Gemeinschaft zu ihren Angehörigen. Bereits der griechische *πολίτης* und der römische *civis* standen für den Anspruch, als gleichberechtigtes Mitglied einer bestimmten Gemeinschaft anerkannt zu werden.<sup>43</sup> Die Bürgerschaft vermittelt eine besondere,

38 B. Pieroth, *Materiale Rechtsfolgen grundgesetzlicher Kompetenz- und Organisationsvorschriften*, AöR 114 (1989), S. 422 (438).

39 Insoweit nicht zu Unrecht kritisch K. Hailbronner, *Die Unionsbürgerschaft und das Ende rationaler Jurisprudenz durch den EuGH?*, NJW 2004, S. 2185 (2186 ff.).

40 EuGH, Rs. C-184/99 (Grzelczyk), Slg. 2001, I-6193, Rn. 31.

41 EuGH, Rs. C-85/96 (Martínez Sala), Slg. 1998, I-2691, Rn. 62.

42 EuGH, Rs. C-184/99 (Grzelczyk), Slg. 2001, I-6193, Rn. 33.

43 Dazu ausführlich M. Riedel, *Bürger, Staatsbürger, Bürgertum*, in: O. Brunner/W. Conze/R. Koselleck (Hrsg.), *Geschichtliche Grundbegriffe* Bd. I, 1972, S. 672 ff.

eine verdichtete Form der Zugehörigkeit, die den Bürger nach innen mit Rechten und Pflichten ausstattet und ihn nach außen von Nichtbürgern abgrenzt.

Als besonders wirkmächtige Tradierung<sup>44</sup> der Konzeption der Bürgerschaft gilt *Thomas Marshalls* Vorlesung „Citizenship and social class“<sup>45</sup> an der Universität Cambridge im Jahre 1950. *Marshalls* Erkenntnisinteresse galt der Spannung zwischen dem formellen Staatsbürgerstatus und der sozialen Ungleichheit in der Gesellschaft. Staatsbürgerschaft behaupte, so Marshall, eine Art grundsätzlicher menschlicher Gleichheit, die mit der Vorstellung einer vollen Mitgliedschaft in der Gemeinschaft verbunden sei – eine Gemeinschaft, die nicht mehr nach den Kriterien der Tradition oder Hierarchie strukturiert ist. Unter der Voraussetzung, dass die „Gleichheit des Staatsbürgerstatus anerkannt ist“,<sup>46</sup> akzeptiert Marshall auch die in der modernen Wettbewerbsgesellschaft selbstverständliche soziale Ungleichheit. Denn die Mitgliedschaft im Staat sei die Quelle von Rechten. Insofern begreift er die Entstehung des modernen Staatsbürgerstatus als eine über drei Jahrhunderte verlaufende Entwicklung, die den gesellschaftlichen und politischen Differenzierungsprozess in der Moderne nachvollzieht und deren Schritte jeweils auf die Herstellung von Chancengerechtigkeit gerichtet sind. Die drei Elemente, die dieser Prozess hervorgebracht hat, sind der bürgerliche, der politische und der soziale Status:<sup>47</sup> „Alle, die diesen Status innehaben, sind hinsichtlich der Rechte und Pflichten, mit denen der Status verknüpft ist, gleich.“<sup>48</sup> Die Unterscheidung zwischen bürgerlichen, politischen und sozialen Rechten verbindet er mit dem Anspruch, „die Entstehungsgeschichte der verschiedenen Stufen je einem anderen Jahrhundert zuzuordnen – bürgerliche Rechte dem achtzehnten, politische Rechte dem neunzehnten, und soziale Rechte dem zwanzigsten Jahrhundert“;<sup>49</sup> eine Unterscheidung, die Engländer naturgemäß eher überzeugt als Deutsche. Während die bürgerlichen und politischen Rechte bereits herkömmlicherweise mit dem Bürgerstatus in Verbindung gebracht worden waren, betritt Marshall mit dem im 20. Jahrhundert herausgebildeten sozialen Bürgerstatus Neuland. Unter sozialen Rechten versteht Marshall „eine ganze Reihe von Rechten, vom Recht auf ein Mindestmaß an wirtschaftlicher Wohlfahrt und Sicherheit, über das Recht an einem vollen Anteil am gesellschaftlichen Erbe, bis zum Recht auf ein Leben als zivilisiertes Wesen entsprechend den gesellschaftlich vorherrschenden Standards“.<sup>50</sup>

44 *R. Dahrendorf*, Der moderne soziale Konflikt, 1994, S. 60: „Juwel der Sozialanalyse“; *J. Mackert*, Citizenship und Immigration: Heterogenisierung des Nationalstaates und neue Formen der Zugehörigkeit. Neuere Beiträge zur Diskussion um Staatsbürgerschaft, Berliner Journal für Soziologie 1996, S. 261 (263): „Beginn einer politischen Soziologie der Staatsbürgerschaft“.

45 *T. H. Marshall*, Citizenship and social class [1950], 1981; dt. Ausgabe hrsg. von *E. Rieger*, Bürgerrechte und soziale Klassen, 1992.

46 *Marshall* (Fn. 45), S. 38.

47 *Marshall* (Fn. 45), S. 40 ff.

48 *Marshall* (Fn. 45), S. 53.

49 *Marshall* (Fn. 45), S. 42 f.

50 *Marshall* (Fn. 45), S. 40.

Die Bürgerschaft ist also *Marshall's* wesentliche argumentative Grundlage für den Anspruch auf soziale Inklusion. Man könnte daraus folgern, dass mit der Anerkennung einer zwar aus der mitgliedstaatlichen Staatsangehörigkeit abgeleiteten, aber diese doch übergreifenden Unionsbürgerschaft (Art. 17 EG) die wesentliche normative Grundlage für ein grenzüberschreitendes Solidarprinzip geschaffen wurde, welches die Mitgliedstaaten verpflichtet, den sozialen Schutz eines jeden Unionsbürgers sicherzustellen, der sich in seinem Hoheitsgebiet aufhält. Aus der Unionsbürgerschaft folgte dann die Sozialbürgerschaft, aus Art. 17 EG die erforderliche normative Grundlage für die Ausdehnung der sozialpolitischen Verantwortung des einzelnen Mitgliedstaates. Tatsächlich wird gerade in der Einführung der Unionsbürgerschaft regelmäßig die Grundlage für eine, neben die nationale tretende, besondere transnationale Loyalität gesehen.<sup>51</sup>

### b) *Der Sozialstaat als Territorialstaat*

Die Dinge liegen indes, was ein transnationales Solidarprinzip angeht, doch etwas komplizierter. Der Sozialstaat ist zwar, zumal in Deutschland, als Nationalstaat entstanden und hat wesentlich dazu beigetragen, diesem die erforderliche innere Legitimation zu verschaffen.<sup>52</sup>

Tatsächlich waren Staatsbürgerschaft bzw. Heimat im vorindustriellen Armenrecht die entscheidenden Anknüpfungspunkte für die Gewährung sozialer Leistungen.<sup>53</sup> Das führte allerdings zu der aus heutiger Sicht eher befremdlichen Konsequenz, dass bedürftig gewordene Personen noch nach langer Zeit in ihre Heimatgemeinde zurückgeschickt werden durften, zu der sie jegliche Bindungen verloren hatten.<sup>54</sup> Es stellt also ein erhebliches Mobilitätshindernis dar, soziale Leistungsrechte von der Staatsangehörigkeit abhängig zu machen. Das Recht der mobilen Gesellschaft macht daher die Entstehung von Sozialrechtsverhältnissen, von wenigen Ausnahmen abgesehen,<sup>55</sup> nicht von der ethnischen Zugehörigkeit abhängig.<sup>56</sup> Die Übernahme sozialer Verantwortung entspringt zudem dem Bedürfnis des Staates, auf seinem Territorium für Frieden und Sicherheit zu sorgen. Der Sozialstaat übernimmt daher eine räumliche Einstandspflicht für jeden, der sich auf seinem Staatsgebiet mit einer gewissen Dauerhaftigkeit aufhält. Er ist also vor allem Territorialstaat. Beitragsverpflichtungen und Leistungsversprechen knüpfen aus diesem Grunde auch im deutschen Sozialrecht an territorialen

51 Vgl. etwa S. Magiera, in: R. Streinz (Hrsg.), EUV/EGV, 2003, Art. 17 EGV, Rn. 18.

52 Vgl. Kingreen (Fn. 17), S. 170 ff.

53 Vgl. dazu E. Eichenhofer/C. Abig, Zugang zu steuerfinanzierten Sozialleistungen nach dem Staatsangehörigkeitsprinzip?, 2004, S. 33 ff.

54 Schönberger (Fn. 15), S. 351.

55 Beispiel: § 24 SGB XII, wonach Sozialhilfeleistungen im Ausland nur an Deutsche erbracht werden.

56 Vgl. H. F. Zacher, Westdeutschland – ein offener Sozialstaat, in: P. Kirchhof/M. Lehner/A. Raupach/M. Rodi (Hrsg.), Staaten und Steuern. Festschrift für Klaus Vogel zum 70. Geburtstag, 2001, S. 65 (68) sowie ders., Deutschland den Deutschen? Die wechselvolle Geschichte des sozialen Einschlusses im Deutschland des 19. und 20. Jahrhunderts, in: M. Brenner/P. M. Huber/M. Möstl (Hrsg.), Der Staat des Grundgesetzes – Kontinuität und Wandel. Festschrift für Peter Badura zum 70. Geburtstag, 2004, S. 639 ff.

Merkmale an. Dabei muss man freilich differenzieren.<sup>57</sup> Bei steuerfinanzierten Sozialleistungen wie der Sozialhilfe (§§ 24 Abs. 1, 98 Abs. 1 S. 1 SGB XII), der Kinder- und Jugendhilfe (§ 6 SGB VIII), dem Wohngeld (§ 1 WoGG) und dem Kindergeld (§ 62 EStG) wird die Leistungsberechtigung in der Regel an den Aufenthalts- und/oder den Wohnort (§ 30 SGB I) des Leistungsberechtigten geknüpft. Die beitragsfinanzierten Systeme der Sozialversicherung erklären hingegen grundsätzlich den Beschäftigungsort zum Anknüpfungspunkt für die Entstehung der Mitgliedschaft (§ 3 SGB IV).

Soziale Zugehörigkeit und soziale Inklusion werden also, nicht nur im deutschen Sozialrecht, durch den Aufenthalt oder die Erwerbstätigkeit im Hoheitsgebiet eines bestimmten Mitgliedstaates, nicht aber durch eine (staats-)bürgerliche Angehörigenbeziehung begründet. Es gilt das Territorialitätsprinzip; die wohlfahrtsstaatliche Staatsgewalt wird also auf das Staatsgebiet, nicht auf das Staatsvolk bezogen.<sup>58</sup> Die Unionsbürgerschaft hingegen ist, wie die Staatsbürgerschaft (wenn auch auf einer höheren Ebene), Ausdruck des Personalitätsprinzips.<sup>59</sup> Weil nun aber die Staatsangehörigkeit keine entscheidende Kategorie für soziale Rechte ist, ist es bei der aus ihr abgeleiteten Unionsbürgerschaft nicht anders. Nicht jeder Unionsbürger ist daher in jedem Mitgliedstaat Sozialbürger; umgekehrt ist aber auch nicht jeder Sozialbürger ein Unionsbürger.<sup>60</sup> Art. 17 EG ist somit keine taugliche Grundlage für ein gemeineuropäisches Solidarprinzip. Wie die Staatsbürgerschaft beschreibt auch die Unionsbürgerschaft einen Status, an den subjektive Rechte anknüpfen (Art. 17 Abs. 2 EG), der aber selbst kein solches ist.<sup>61</sup> Die aus der Sozialbürgerschaft folgende qualifizierte soziale Zugehörigkeit leitet sich also nicht aus dem Status selbst ab, sondern aus den subjektiven Rechten, die diesen prägen.

## 2. Art. 18 Abs. 1 EG

Der Umstand, dass der Sozialstaat wesentlich Territorialstaat ist, der eine Verantwortung für alle Personen übernimmt, die sich in seinem Hoheitsgebiet aufhalten, leitet über zu derjenigen Norm, die diesen Aufenthalt subjektiv-rechtlich ermöglicht. Es ist die in Art. 18 EG garantierte Freizügigkeit.

57 Vgl. näher R. Giesen, Die Vorgaben des EG-Vertrages für das Internationale Sozialrecht, 1999, S. 7 ff. und H.-D. Steinmeyer, Das nationale Recht grenzüberschreitender Sachverhalte, in: B. von Maydell/F. Ruland (Hrsg.), Sozialrechtshandbuch, 3. Aufl. 2003, D. 31 Rn. 42 ff., 73 ff.

58 M. Rossi, Nationale Staatsangehörigkeit und Sozialleistungen in der EU. Anmerkung zum Urteil des EuGH vom 20.9.2001, Rs. C-184/99 (Grzelczyk), JZ 2002, S. 351 (353).

59 U. Becker, Unionsbürgerschaft und soziale Rechte, ZESAR 2002, S. 8 (12); Schönberger (Fn. 15), S. 233 f.

60 E. Eichenhofer, Unionsbürgerschaft – Sozialbürgerschaft?, ZIAS 2003, S. 404 (411 ff.); ferner etwa F. Welti, Anmerkung, ZESAR 2005, S. 356 (359).

61 S. Kadelbach, Unionsbürgerrechte, in: D. Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2. Aufl. 2005, § 21, Rn. 13: „Rahmen eines umfassend angelegten Systems der Rechte“; J. Ziekow, Die Freizügigkeit des Unionsbürgers, in: O. Dörr (Hrsg.), Ein Rechtslehrer in Berlin. Symposium für Albrecht Randelzhofer, 2004, S. 101 (103 f.).

### a) Freizügigkeit und soziale Fürsorge

Das antike und das mittelalterliche Gemeinwesen wurden durch Wanderbewegungen kaum berührt, weil Herrschaft über einen bestimmten Personenkreis, nicht über ein Territorium ausgeübt wurde; Aufenthalt führte also nicht automatisch zu politischer und sozialer Inklusion. Im Territorialstaat hingegen ist Aufenthalt das „Kernelement aller Angehörigkeitsbeziehungen zu Territorialverbänden“. <sup>62</sup> Deshalb nimmt der Staat auch nur seine eigenen Angehörigen von der Entscheidung darüber aus, ob sie Zugang zum Staatsgebiet haben oder nicht. <sup>63</sup> In föderalen Ordnungen ist das Aufenthaltsrecht zudem das verbindende Element zwischen den Gliedstaaten. Die bundesrechtliche Aufenthaltsgarantie vermittelt Freizügigkeit über deren Grenzen hinaus und erklärt damit, soweit sie reicht, die personale Zugehörigkeit zu einem Gliedstaat für irrelevant. Mit der Gewährleistung grenzüberschreitender Mobilität vereinbaren die beteiligten Staaten, dass sie ihre Staatsangehörigen wechselseitig nicht mehr als Fremde ansehen, sondern ihren eigenen Angehörigen grundsätzlich gleichstellen möchten. Die Freizügigkeit zwischen den Gliedstaaten hat daher stets eine zentrale Bedeutung bei der Entstehung föderaler Ordnungen gehabt, sei es in Deutschland, der Schweiz oder in den Vereinigten Staaten. <sup>64</sup>

Allerdings gibt es durchaus Abstufungen. Nicht stets folgt aus der Bundesangehörigkeit ein voraussetzungs- und unterschiedslos gewährleistetes Aufenthaltsrecht, das mit demjenigen vergleichbar ist, das den Einzelnen mit seinem Gliedstaat verbindet. Oftmals behalten die Gliedstaaten die Befugnis, den Aufenthalt von Angehörigen anderer Gliedstaaten zu beenden, was gegenüber den eigenen Staatsangehörigen ausgeschlossen ist (vgl. Art. 16 Abs. 2 S. 1 GG). Wegen der territorialen Ausrichtung sozialer Leistungen besteht ein enger Zusammenhang zwischen Aufenthaltsrecht und Fürsorgepflicht, die Ausdruck der Solidarität eines Verbandes mit seinen Angehörigen ist. Soziale Bedürftigkeit hat daher in der Geschichte stets die Frage aufgeworfen, ob und ggfs. unter welchen Voraussetzungen der Bedürftige dem zuständigen Verband angehört oder nicht; sie ist daher wesentlicher Anknüpfungspunkt auch für Abstufungen beim Aufenthalt. <sup>65</sup>

Es besteht also eine enge Wechselwirkung zwischen Aufenthaltsrecht und der Pflicht zur sozialen Fürsorge: Weil der Sozialstaat Territorialstaat ist, setzt der Anspruch auf soziale Leistungen regelmäßig den Aufenthalt voraus. Aufenthalt bewirkt soziale Inklusion. Das Aufenthaltsrecht Angehöriger anderer Gliedstaaten wird daher in Frage gestellt, wenn soziale Bedürftigkeit eintritt. Als Territorialstaat kann sich der Sozialstaat seiner Pflicht zur Sicherung des Existenzminimums eben nur durch aufenthaltsbeendende Maßnahmen entziehen. Soziale Bedürftig-

62 Schönberger (Fn. 15), S. 301.

63 R. Brubaker, Staats-Bürger, 1994, S. 49.

64 Schönberger (Fn. 15), S. 305.

65 Schönberger (Fn. 15), S. 131 ff.

keit ist damit stets eine Art Lackmustest für den Grad der Verfestigung des Aufenthaltsrechts und damit für die Qualität der bundesrechtlich vermittelten Angehörigkeit: Je mehr die personale Zuordnung der Bürger durch die Bundes- und nicht durch die gliedstaatliche Ebene erfolgt desto weniger wird das Aufenthaltsrecht in einem Gliedstaat durch soziale Bedürftigkeit berührt.

### b) Beschränkungen und Bedingungen der Freizügigkeit

Art. 18 Abs. 1 EG ist nun Ausdruck eben dieser ambivalenten Beziehung zwischen Aufenthalt und sozialer Bedürftigkeit. Er garantiert Freizügigkeit unabhängig von der Arbeitnehmereigenschaft, ist also eine aus dem ökonomischen Kontext gelöste Grundfreiheit.<sup>66</sup> Doch gewährleistet er das Recht, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, nur vorbehaltlich der im EG-Vertrag und seinen Durchführungsvorschriften vorgesehenen Beschränkungen und Bedingungen. Daraus kann man schließen, dass die nicht zweckgebundene allgemeine Freizügigkeit weiter gehenden Einschränkungen unterliegt als die traditionellen Personenverkehrsfreiheiten (Art. 39 und 43 EG), die einen solchen Vorbehalt nicht enthalten. Das Gemeinschaftsrecht hält damit die traditionelle Unterscheidung zwischen Erwerbstätigen und Nichterwerbstätigen partiell aufrecht. Während es davon ausgeht, dass aufgrund der Erwerbstätigkeit sozialrechtliche Bedürftigkeit gar nicht erst entstehen und es daher grundsätzlich unbeschränkte Freizügigkeit gewähren kann, macht es den Aufenthalt bei Nichterwerbstätigen von sozialrechtlichen Voraussetzungen im Sekundärrecht abhängig, insbesondere fehlender Bedürftigkeit und einem ausreichenden Krankenversicherungsschutz.<sup>67</sup>

Art. 18 Abs. 1 EG ist ein Gleichheitsrecht, das auf Zugang und Aufenthalt abzielt, damit Staatsangehörige anderer Mitgliedstaaten einen Inländern insoweit vergleichbaren Status erlangen.<sup>68</sup> Er garantiert aber nicht alle tatsächlichen Voraus-

66 Str.; vgl. näher C. Calliess, Der Unionsbürger: Status, Dogmatik und Dynamik, in diesem Heft (IV. 1.); Kingreen (Fn. 17), S. 572; P. Kubicki, Die subjektiv-rechtliche Komponente der Unionsbürgerschaft, EuR 2006, S. 489 (494 f.); Schönberger (Fn. 15), S. 327 ff.; S. Seyr/H.-C. Rümke, Das grenzüberschreitende Element in der Rechtsprechung des EuGH zur Unionsbürgerschaft, EuR 2005, S. 667 (672 f.). – Für die Einstufung als Grundrecht etwa A. Hatje, in: J. Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, 2000, Art. 18 EGV, Rn. 1 und tendenziell auch E. Pache, Begriff, Geltungsgrund und Rang der Grundrechte der EU, in: S. Heselhaus/C. Nowak (Hrsg.), Handbuch der europäischen Grundrechte, 2006, § 4, Rn. 70. Differenzierend B. Schöbener, in: P. J. Tettinger/K. Stern (Hrsg.), Kölner Gemeinschaftskommentar zur Europäischen Grundrechtecharta, 2006, Art. 45, Rn. 5.

67 Näher unten IV. 2.

68 Sieht man hingegen in Art. 18 Abs. 1 EG ein Freiheitsrecht (so A. von Bogdandy/S. Bitter, Unionsbürgerschaft und Diskriminierungsverbot. Zur wechselseitigen Beschleunigung der Schwungräder unionaler Grundrechtsjudikatur, in: C. Gaitanides/S. Kadelbach/G. C. Rodríguez Iglesias (Hrsg.), Europa und seine Verfassung, Festschrift für Manfred Zuleeg, 2005, S. 309 [321]), muss dieser Maßstab auch für die Rechte im Aufenthalt sein mit der auch von diesen Autoren als hochproblematisch empfundenen Konsequenz, dass die Freizügigkeit zur Expansion unionaler Grundrechte führt. Vgl. näher zum hier vertretenen Zusammenhang zwischen Zugangsrecht und gleichheitsrechtlicher Interpretation Kingreen, in: Calliess/Ruffert (Fn. 12), Art. 28-30 EGV, Rn. 65, 68.



setzungen, die für den Zugang und den Verbleib erforderlich sind.<sup>69</sup> Sein sachlicher Schutzbereich beschränkt sich auf das „Ob“ des Aufenthalts; die Modalitäten (das „Wie“) des Aufenthalts sind hingegen nicht Gegenstand der allgemeinen Freizügigkeitsgarantie. Aus eben diesem Grund gewährleistet die Freizügigkeitsgarantie daher auch keinen Anspruch auf die Gewährung von Sozialleistungen durch den aufnehmenden Mitgliedstaat. Im Gegenteil wird ja das Aufenthaltsrecht davon abhängig gemacht, dass gerade keine sozialrechtliche Bedürftigkeit vorliegt oder einzutreten droht. Art. 18 EG enthält also ein Recht *auf* Aufenthalt, ist aber keine Grundlage für Rechte *im* Aufenthalt.<sup>70</sup> Der EuGH leitet aus eben diesem Grunde sozialrechtliche Teilhabeansprüche von Unionsbürgern zu Recht nicht aus Art. 18 Abs. 1 EG, sondern aus Art. 12 Abs. 1 EG ab.<sup>71</sup>

### 3. Art. 12 Abs. 1 EG

Das leitet über zu Art. 12 Abs. 1 EG, der ein Verbot der Diskriminierung wegen der Staatsangehörigkeit statuiert, wenn und soweit der Anwendungsbereich des Vertrages eröffnet ist.

#### a) Der Grundsatz der Inländerbehandlung

Für das Gleichheitsgebot ist die föderal gegliederte Fläche eine „offene Flanke“.<sup>72</sup> Föderale Systeme bergen die Gefahr, dass die Gliedstaaten den Wettbewerb untereinander durch Bevorzugung ihrer Mitglieder zu beeinflussen suchen (*föderale Gefährdungslagen*).<sup>73</sup> Bundesstaatliche Verfassungen reagieren darauf mit innerföderalen Gleichbehandlungsansprüchen. Diese beinhalten das Verbot, die Zugehörigkeit zu einem Mitgliedstaat zur Grundlage einer Differenzierung durch einen anderen Mitgliedstaat zu machen. Das Gebot der Inländerbehandlung zielt auf die „Überwindung des Fremdenstatus“.<sup>74</sup> Die Gliedstaaten kommen überein, dass sie

69 U. Becker, Freizügigkeit in der EU – auf dem Weg vom Begleitrecht zur Bürgerfreiheit, EuR 1999, S. 522 (529, 533); S. Bode, Europarechtliche Gleichbehandlungsansprüche Studierender und ihre Auswirkungen in den Mitgliedstaaten, 2005, S. 216 ff. A. A. etwa D. Scheuing, Freizügigkeit als Unionsbürgerrecht, EuR 2003, 744 (783 f.) und wohl auch Magiera, in: Streinz (Fn. 51), Art. 18 EGV, Rn. 16.

70 Zu dieser Unterscheidung auch Becker (Fn. 59), S. 8.

71 Vgl. etwa die klare Trennung zwischen Art. 18 EG und Art. 12 EG in EuGH, Rs. C-456/02 (Trojani), Slg. 2004, I-7573, Rn. 30-38 und 39-45; weniger deutlich noch in EuGH, Rs. C-184/99 (Grzelczyk), Slg. 2001, I-6193, Rn. 30 ff. Keine andere Beurteilung rechtfertigt EuGH, Rs. C-224/98 (d’Hoop), Slg. 2002, I-6191, Rn. 29 ff., wo der Gerichtshof allein Art. 18 EG heranzieht: Die Ablehnung der sozialen Vergünstigung durch den zuständigen Träger beruhte nämlich nicht auf der Staatsangehörigkeit, sondern auf einem früheren Gebrauchmachen von der Freizügigkeit (Schulausbildung in einem anderen Mitgliedstaat).

72 G. Dürig, in: T. Maunz/G. Dürig u. a. (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, Loseblattslg., Art. 3 Abs. 1 [1973], Rn. 233.

73 T. Kingreen, Die Struktur der Grundfreiheiten des Europäischen Gemeinschaftsrechts, 1999, S. 27; die Kennzeichnung ist nicht pejorativ, sondern ein am subjektiv-öffentliches Recht auf bundesweite Gleichbehandlung ansetzender Befund (zutreffend Schönberger [Fn. 15], S. 383).

74 A. von Bogdandy, in: E. Grabitz/M. Hilf (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, Loseblattslg., Art. 6 EGV [1994], Art. 6 EGV, Rn. 1.

die Angehörigen der anderen Gliedstaaten rechtlich nicht mehr als Fremde, sondern wie ihre eigenen Staatsangehörigen behandeln.

Derartige Normen finden sich in vielen bundesstaatlichen Verfassungen, wobei ihre Bedeutung vom Grad der bundesrechtlichen Unitarisierung abhängt. In dem Maße, in dem die Rechtsordnung des Gesamtverbandes vereinheitlicht wird, geht ihre praktische Bedeutung zurück.<sup>75</sup> Daher sind zwar das Diskriminierungsverbot in Art. 12 Abs. 1 EG und die Grundfreiheiten bedeutende Bausteine des europäischen Verfassungsverbundes, wohingegen der bundesdeutsche Art. 33 Abs. 1 GG mittlerweile das triste Dasein eines „verfassungsrechtlichen Fossils“<sup>76</sup> fristet.

### b) Der Anwendungsbereich des Vertrages

Art. 12 Abs. 1 EG war bis zum Maastrichter Vertrag das einzige subjektiv-öffentliche Recht im primären Gemeinschaftsrecht, das nicht an den Tatbestand der Erwerbstätigkeit anknüpft. Allerdings gewährleistet er innerföderale Gleichbehandlung nur „im Anwendungsbereich des Vertrages“. Daraus hat man lange Zeit geschlossen, dass ein irgendwie gearteter Bezug zum Binnenmarkt gegeben sein muss. Der EuGH übersetzt die Wendung dahingehend, dass eine „gemeinschaftsrechtlich geregelte Situation“<sup>77</sup> vorliegt bzw. der Fall „Berührungspunkte mit irgendeinem der Sachverhalte“ aufweist, „auf die das Gemeinschaftsrecht abstellt“.<sup>78</sup> Er hat dies in zwei Urteilen aus dem Jahre 1988 lediglich durch die Bemerkung eingeschränkt, dass der „gegenwärtige Entwicklungsstand des Gemeinschaftsrechts“<sup>79</sup> zu berücksichtigen sei. So fiel beim damaligen Entwicklungsstand des Gemeinschaftsrechts die finanzielle Förderung der Studierenden (BAföG) nicht in den Anwendungsbereich des Vertrages, weil Bildungs- und Sozialpolitik als Sache der Mitgliedstaaten galt.<sup>80</sup>

Diese Rechtsprechung sieht der EuGH allerdings durch unionsrechtliche Fortentwicklungen als überholt an. Nunmehr soll auch die finanzielle Förderung ausländischer Studierender, die von ihrem Recht auf Freizügigkeit Gebrauch gemacht haben, in den Anwendungsbereich des Vertrages fallen.<sup>81</sup> Der EuGH begründet diese neue Einsicht damit, dass durch den Vertrag über die Europäische Union ein Kapitel über die allgemeine und berufliche Bildung sowie die Unionsbürgerschaft in den EG-Vertrag aufgenommen worden seien.<sup>82</sup> Diese Begründung ist nur par-

75 Vgl. bereits P. Laband, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, Bd. I, 5. Aufl. 1911, S. 186 für Art. 3 Abs. 1 RV 1871.

76 So bereits H.-U. Gallwas, Zur Aktualität des Prinzips bundesstaatlicher Gleichheit, in: H. Spanner u. a. (Hrsg.), Festschrift für Theodor Maunz, 1971, S. 103 (111); ausführlich zu Art. 33 Abs. 1 GG U. Pfütze, Die Verfassungsmäßigkeit von Landeskirchenklauseln, 1998, S. 50 ff.

77 EuGH, Rs. 186/87 (Cowan), Slg. 1989, 195, Rn. 10.

78 EuGH, Verb. Rs. 35 u. 36/82 (Morson), Slg. 1982, 3723, Rn. 16.

79 EuGH, Rs. 39/86 (Lair), Slg. 1988, 3161, Rn. 15; Rs. 197/86 (Brown), Slg. 1988, 3205, Rn. 18.

80 EuGH, Rs. 39/86 (Lair), Slg. 1988, 3161, Rn. 14 f.; Rs. 197/86 (Brown), Slg. 1988, 3205, Rn. 17 f.

81 EuGH, Rs. C-184/99 (Grzelczyk), Slg. 2001, I-6193, Rn. 35.

82 EuGH, Rs. C-184/99 (Grzelczyk), Slg. 2001, I-6193, Rn. 35; Rs. C-209/03 (Bidar), Slg. 2005, I-2119, Rn. 39.

tiell überzeugend:<sup>83</sup> Aufgaben- und Befugnisnormen der *Union* besagen nichts darüber, welche Diskriminierungen durch die *Mitgliedstaaten*, die ja Ausübung mitgliedstaatlicher, nicht unionaler Kompetenzen sind, in den Anwendungsbereich des Vertrages fallen.<sup>84</sup> Diskriminierungen wegen der Staatsangehörigkeit sind Ausdruck föderaler Gefährdungslagen und treten daher nur dort auf, wo die Union gerade keine Kompetenzen hat. Abgesehen davon würde auch das Kapitel über die allgemeine und die berufliche Bildung nicht die spätere Aussage des EuGH stützen, dass die (unabhängig von Bildungsangeboten gewährte) Sozialhilfe in den Anwendungsbereich des Vertrages fällt.<sup>85</sup>

Gehaltvoller ist demgegenüber der Begründungsansatz über die Unionsbürgerschaft. Zwar ist diese selbst kein subjektiv-öffentliches Recht.<sup>86</sup> Sie schafft aber einen rechtlichen Status, der neben die nationale Staatsbürgerschaft tritt. An diesen Status knüpft das Unionsrecht transnationale Rechte wie Art. 18 EG. Dieser begründet nur für Unionsbürger ein Recht auf Freizügigkeit, das seinerseits die Voraussetzung dafür ist, dass soziale Leistungen in Anspruch genommen werden können. Art. 18 Abs. 1 EG eröffnet damit den Anwendungsbereich des Vertrages im Sinne von Art. 12 Abs. 1 EG: Wer von seiner Freizügigkeit Gebrauch macht, indem er sich in einen anderen Mitgliedstaat begibt und sich dort rechtmäßig aufhält, wird grundsätzlich durch das Diskriminierungsverbot des Art. 12 Abs. 1 EG geschützt.<sup>87</sup> Das allgemeine Diskriminierungsverbot ist damit eine „funktionelle Verlängerung der Freizügigkeitsvorschriften“.<sup>88</sup> Es ergänzt das Recht auf Aufenthalt durch ein Recht im Aufenthalt. In diesem Sinne wird man auch den EuGH verstehen können:<sup>89</sup> Der Gerichtshof begründet seine veränderte Rechtsprechung zwar mit der Unionsbürgerschaft, bezieht aber Art. 18 Abs. 1 EG in allen seinen Entscheidungen unmittelbar auf die Prüfung des Anwendungsbereiches des Gemeinschaftsrechts i. S. v. Art. 12 Abs. 1 EG.<sup>90</sup>

83 Kritisch etwa auch *S. Bode*, Unterhaltsbeihilfen für ausländische Studenten ohne Daueraufenthaltsstatus. Anmerkung zum Urteil des EuGH vom 15.3.2005, Rs. C-209/03 (Bidar), EuZW 2005, S. 279 (280 f.) und *Schönberger* (Fn. 15), S. 399 f.

84 Vgl. näher *T. Kingreen*, Verbot der Diskriminierung wegen der Staatsangehörigkeit, in: D. Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2. Aufl. 2005, § 13, Rn. 8, 10.

85 EuGH, Rs. C-456/02 (Trojani), Slg. 2004, I-7573, Rn. 42.

86 Vgl. oben I. b).

87 So auch von *Bogdandy/Bitter* (Fn. 68), S. 317; *W. Cremer*, Unterhaltsstipendien für Studierende aus anderen Mitgliedstaaten nach dem Grzelczyk-Urteil des EuGH – Ausbildungsförderung für alle?, WissR 36 (2003), S. 128 (147); *Hatje*, in: Schwarze (Fn. 66), Art. 18 EGV, Rn. 7; *R. Kanitz/P. Steinberg*, Grenzenloses Gemeinschaftsrecht? Die Rechtsprechung des EuGH zu Grundfreiheiten, Unionsbürgerschaft und Grundrechten als Kompetenzproblem, EuR 2003, S. 1013 (1018).

88 GA Pöiares Maduro, Rs. C-72/03 (Carbonati Apuani), Slg. 2004, I-8027, Ziff. 67 unter Berufung auf *K. Lenaerts*, L'égalité de traitement en droit communautaire. Un principe unique aux apparences multiples, CDE 1991, S. 3 ff.

89 *Ziekow* (Fn. 61), S. 105; tendenziell auch *F. Wollenschläger*, Studienbeihilfen für Unionsbürger?, NVwZ 2005, S. 1023 (1024).

90 Vgl. etwa EuGH, Rs. C-209/03 (Bidar), Slg. 2005, I-2119: „in allen Situationen, die in den sachlichen Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts fallen, auf Art. 12 EG berufen“ (Rn. 32). „Zu diesen Situationen gehören auch [...] diejenigen, die die Ausübung der durch Art. 18 EG verliehenen Freiheit [...] betreffen“ (Rn. 33; *Hervorhebung nur hier*).

Dagegen wird nun vorgebracht, dass Art. 18 Abs. 1 EG keine Vollintegration bewirken solle und daher allein das Gebrauchmachen von der Freizügigkeit nicht automatisch zur Eröffnung des Anwendungsbereiches des Diskriminierungsverbotes führen dürfe.<sup>91</sup> Doch trifft diese Kritik nicht den Kern der Problematik. Art. 18 Abs. 1 EG kann nämlich den Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts nur so weit eröffnen, wie er selbst reicht. Zwar ist das Gemeinschaftsrecht über lange Zeit nach dem Prinzip „Alles oder nichts“ verfahren.<sup>92</sup> Die sozialen Rechte der nach Art. 39 EG Freizügigkeitsberechtigten wurden uneingeschränkt auf transnationale Sachverhalte ausgedehnt, für alle anderen ist eine transnationale Leistungsberechtigung hingegen schon dem Grunde nach verneint worden. Tertium non datur. Art. 18 Abs. 1 EG eröffnet nun aber für die sonstigen Freizügigkeitsberechtigten die Möglichkeit differenzierter Integration, indem er seine Gewährleistung unter den Vorbehalt der Beschränkungen und Bedingungen des Unionsrechts stellt. Die Prüfung des Anwendungsbereiches des Gemeinschaftsrechts kann daher nicht auf ein binäres „Entweder-oder“ reduziert werden; sie muss vielmehr fragen, wie weit dieser im konkreten Fall reicht.<sup>93</sup> Nur bei dieser Interpretation behält die Wendung auch in Art. 12 Abs. 1 EG eine sinnvolle Funktion und löst sich das Gemeinschaftsrecht von den Alternativen Voll- oder Nullintegration.

Art. 18 Abs. 1 EG eröffnet daher zwar prinzipiell den Anwendungsbereich des Vertrages, bleibt aber im weiteren Verlauf der Prüfung des Art. 12 Abs. 1 EG präsent und eröffnet daher auch die Möglichkeit für Differenzierungen zwischen In- und Ausländern. Das Verhältnis zwischen Aufenthaltsrecht auf der einen und diskriminierungsfreiem Zugang zu Sozialleistungen auf der anderen Seite ist damit dogmatisch kein Problem des Anwendungsbereiches des Gemeinschaftsrechts, sondern lässt sich im Rahmen der Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen aufgrund der Staatsangehörigkeit abarbeiten.<sup>94</sup> Das hat zur Konsequenz, dass zwar jeder Unionsbürger, der sich rechtmäßig in einem anderen Mitgliedstaat aufhält, einen grundsätzlichen Anspruch auf Gleichbehandlung nach Art. 12 Abs. 1 EG hat, sein aufenthaltsrechtlicher Status aber zum Anknüpfungspunkt für Differenzierungen genommen werden kann.<sup>95</sup>

91 Ausführliche Kritik vor allem bei *Bode* (Fn. 69), S. 252 ff.; ebenso etwa *W. Kluth*, in: *Calliess/Ruffert* (Fn. 12), Art. 18 EGV, Rn. 5.

92 *Schönberger* (Fn. 15), S. 410.

93 Näher *Kingreen*, in: *Ehlers*, (Fn. 84), § 13, Rn. 8 ff.

94 Näher unten V. 1.

95 *J. Martínez Soria*, Die Unionsbürgerschaft und der Zugang zu sozialen Vergünstigungen, *JZ* 2002, S. 643 (646).

#### 4. Das Gemeinsame Indigenat

Die europäische Sozialbürgerschaft besteht damit aus zwei Komponenten: der Freizügigkeit zwischen den Mitgliedstaaten (Art. 18 EG) und dem Verbot der Diskriminierung wegen der Staatsangehörigkeit (Art. 12 EG).

Es ist also weder die Unionsbürgerschaft selbst noch sind es soziale oder sonstige Grundrechte, die soziale Leistungsrechte in anderen Mitgliedstaaten begründen. Die normative Basis der Sozialbürgerschaft findet sich vielmehr in den klassischen transnationalen Integrationsnormen, die sich spezifisch dem Abbau föderaler Gefährdungslagen verschrieben haben.<sup>96</sup> Dieser enge Zusammenhang zwischen Freizügigkeit und Diskriminierungsverbot ist in der Rechtsprechung des EuGH angedeutet, aber nicht wirklich ausgearbeitet. Dabei sind historisch und rechtsvergleichend Aufenthaltsrecht und Inländerbehandlung die beiden prägenden Merkmale der Bundesangehörigkeit in föderalen Ordnungen. Die deutsche Staatsrechtslehre des 19. Jahrhunderts hat sie im Begriff des gemeinsamen Indigenats zusammengefasst.<sup>97</sup> Das gemeinsame Indigenat bildet eine dritte Angehörigkeitsbeziehung zwischen dem Einzelnen und der Hoheitsgewalt ab: Neben die Beziehung zum eigenen Mitgliedstaat und zum Bund tritt das Verhältnis zur Hoheitsgewalt anderer Gliedstaaten, das durch die subjektiven Rechte auf Aufenthalt und Inländerbehandlung geprägt ist.<sup>98</sup> Der Zusammenhang zwischen diesen beiden Rechten lässt sich etwa auch in der Schweizer und der US-amerikanischen Verfassung nachweisen. Nirgends ist er aber so klar profiliert worden wie in der Weimarer Reichsverfassung: Gemäß Art. 110 Abs. 2 WRV hatte jeder Deutsche „in jedem Lande des Reiches die gleichen Rechte und Pflichten wie die Angehörigen des Landes selbst“. Im unmittelbar anschließenden Art. 111 WRV wurde dieses Gebot der Inländerbehandlung durch die Garantie der Freizügigkeit und des Aufenthalts im ganzen Reich ergänzt. Im Grundgesetz konnte dieser Zusammenhang durch die Auslagerung von Art. 33 Abs. 1 GG aus dem Grundrechtsabschnitt auseinander gerissen werden, nachdem eine Landesstaatsangehörigkeit nicht mehr existiert<sup>99</sup> und damit föderale Gefährdungslagen nur noch eine untergeordnete Rolle im bundesstaatlichen Diskurs spielen.

Damit ist zumindest dem Grunde nach die Ausgangsfrage nach den normativen Grundlagen für die Universalisierung sozialer Rechte im europäischen Gemeinschaftsrecht beantwortet: Art. 12 Abs. 1 und Art. 18 Abs. 1 EG bilden die wesentlichen verfassungsrechtlichen Grundlagen für die Begründung eines neuen Sozialrechtsverhältnisses, das allerdings recht voraussetzungs voll ist: Die Inanspruch-

96 Vgl. zur Unterscheidung zwischen den der supranationalen Legitimation dienenden Grundrechten und den auf transnationale Integration gerichteten Grundfreiheiten T. Kingreen, Grundfreiheiten, in: A. von Bogdandy (Fn. 16), S. 652 ff.

97 Vgl. dazu etwa O. Bockshammer, Das Indigenat des Art. 3 der deutschen Reichsverfassung, 1896 zur Entwicklung *Pfütze* (Fn. 76), S. 3 ff.

98 Schönberger (Fn. 15), S. 208 f.; vgl. bereits Kingreen (Fn. 73), S. 28 ff.

99 Vgl. etwa J. Masing, in: H. Dreier (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar Bd. I, 2. Aufl. 2004, Art. 16, Rn. 42.

nahme sozialer Leistungen setzt zwar einerseits den Aufenthalt auf dem Territorium des zuständigen Staates voraus; sie löst aber andererseits stets die Frage nach der Aufenthaltsberechtigung aus. Anders gewendet: Je mehr Möglichkeiten der Differenzierung Art. 12 Abs. 1 EG im Hinblick auf die über Art. 18 Abs. 1 EG zuwandernden Unionsbürger aus anderen Mitgliedstaaten eröffnet, desto weniger besteht die Notwendigkeit aufenthaltsverweigernder oder -beendender Maßnahmen. Trotz dieses engen Zusammenhanges lassen sich aber im konkreten Fall die hier auftretenden Fragen im Hinblick auf die Prüfungsmaßstäbe getrennt abarbeiten.<sup>100</sup>

- Art. 18 Abs. 1 EG garantiert das Recht *auf* Aufenthalt (das „Ob“ des Aufenthaltes). Er ist daher Maßstab für die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen der Aufenthalt verweigert bzw. beendet werden kann, wenn soziale Leistungen in Anspruch genommen werden.
- Art. 12 Abs. 1 EG hingegen enthält das zentrale Recht *im* Aufenthalt (das „Wie“ des Aufenthaltes). Er ist der entscheidende Maßstab für die Frage, ob und ggfs. in welchem Maße ein Mitgliedstaat bei der Gewährung sozialer Leistungen zwischen den eigenen Staatsangehörigen und anderen Unionsbürgern differenzieren darf.

Methodisch bedeutet dies, dass zwischen Art. 12 Abs. 1 und Art. 18 Abs. 1 EG kein Verhältnis der Spezialität besteht.<sup>101</sup> Wegen der sachlich aufeinander aufbauenden Gewährleistungsgehalte (hier das „Ob“, dort das „Wie“ des Aufenthaltes) überschneiden sich beide vielmehr überhaupt nicht, so dass sich die Frage nach der Konkurrenz nicht stellt.

## IV. Recht auf Aufenthalt: Art. 18 Abs. 1 EG

### 1. Aufenthaltsrechtliche Regelungen in der Freizügigkeitsrichtlinie

Art. 18 Abs. 1 EG ist trotz des Vorbehaltes primär- und sekundärrechtlicher Beschränkungen und Bedingungen unmittelbar anwendbar<sup>102</sup> und damit als höherrangiges Recht auch Maßstab für die Setzung und Anwendung des sekundären Gemeinschaftsrechts. Zugleich wird er durch eben dieses Recht geprägt. Daraus erwächst ein kompliziertes Wechselspiel zwischen verfassungsrechtlichem Maßstab und einfach-rechtlicher Ausgestaltung: Der einfache Gesetzgeber ist befugt, das subjektiv-öffentliche Verfassungsrecht auszugestalten, aber zugleich an dasselbe gebunden. Diese Wechselbeziehung wird vor allem durch den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gesteuert: Das Sekundärrecht ist daher zunächst im Sinne

<sup>100</sup> Auch der EuGH stellt nur auf Art. 18 Abs. 1 EG und nicht auch auf Art. 12 Abs. 1 EG ab, wenn das Aufenthaltsrecht wegen sozialer Bedürftigkeit, nicht aber die sozialrechtliche Gleichbehandlung selbst in Rede steht; vgl. EuGH, Rs. C-413/99 (Baumbast und R), Slg. 2002, I-7091, Rn. 84 ff.

<sup>101</sup> So aber etwa von *Bogdandy/Bitter* (Fn. 68), S. 318; *Magiera*, in: *Steinz* (Fn. 51), Art. 18 EGV, Rn. 8.

<sup>102</sup> EuGH, Rs. C-413/99 (Baumbast und R), Slg. 2002, I-7091, Rn. 84 ff.; vgl. für Nachweise auf die bis dahin kontroverse Debatte *Bode*, (Fn. 69), S. 208 ff.

des Verhältnismäßigkeitsprinzips primärrechtskonform auszulegen. Rechtsakte des sekundären Gemeinschaftsrechts, die selbst unverhältnismäßig sind und nicht primärrechtskonform ausgelegt werden können, stellen sich als fehlgeschlagene einfach-rechtliche Ausgestaltung der verfassungsrechtlichen Freizügigkeitsgarantie dar; sie sind unzulässige Eingriffe.<sup>103</sup> Das Sekundärrecht prägt daher zwar die Prüfung des Einflusses sozialer Bedürftigkeit auf das Aufenthaltsrecht, wird aber durch primärrechtliche Vorgaben beeinflusst: Aufenthaltsverweigerung und Ausweisung tangieren Art. 18 Abs. 1 EG und sind daher nur primärrechtskonform, wenn sie verhältnismäßig sind.<sup>104</sup>

Der Gemeinschaftsgesetzgeber hat das Freizügigkeitsrecht zunächst in Gestalt von bereichsspezifischen Richtlinien geregelt, die überwiegend bereits älter sind als die verfassungsrechtliche Freizügigkeitsgarantie selbst.<sup>105</sup> An deren Stelle ist am 29. 4. 2004 die sog. Freizügigkeits-Richtlinie getreten, die einen einheitlichen Rechtsrahmen für Freizügigkeit und Aufenthalt der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen implementiert.<sup>106</sup> Für nicht erwerbstätige Unionsbürger sind danach aufenthaltsrechtlich drei Stadien zu unterscheiden:

- (1) Gemäß Art. 6 RL 2004/38 haben Unionsbürger und ihre Familienangehörigen aus Drittstaaten grundsätzlich ein Recht auf Aufenthalt von bis zu drei Monaten, ohne dass es dafür weiterer materiell-rechtlicher Voraussetzungen bedürfte.
- (2) Für einen Aufenthalt von über drei Monaten bis zu 5 Jahren haben Unionsbürger gemäß Art. 7 Abs. 1 RL 2004/38 ein Aufenthaltsrecht, wenn sie für ihr eigenes Auskommen und dasjenige ihrer Familienangehörigen Sorge tragen können.
- (3) Nach fünf Jahren rechtmäßigem Aufenthalt erwerben dann gemäß Art. 16 RL 2004/38 der Unionsbürger und seine Familienangehörigen ein Daueraufenthaltsrecht.

## 2. Sozialrechtlicher Einfluss auf das Aufenthaltsrecht

Der sozialrechtliche Status knüpft an diese aufenthaltsrechtliche Differenzierung an: Bei einem Aufenthalt bis zu drei Monaten (1) bleibt es den Mitgliedstaaten überlassen, ob sie Unionsbürgern Sozialhilfe gewähren. Wenn sie dies tun, darf

<sup>103</sup> Vgl. zur Problematik normgeprägter Grundrechte *B. Pieroth/B. Schlink*, Grundrechte, Staatsrecht II, 22. Aufl. 2006, Rn. 209 ff.; ausführlich *M. Cornils*, Die Ausgestaltung der Grundrechte, 2005.

<sup>104</sup> Weiter gehend für die Reduzierung des Vorbehalts sozialer Absicherung auf einen Missbrauchsvorbehalt *Scheuing* (Fn. 69), S. 771 ff.

<sup>105</sup> Vgl. die Aufstellung im 4. Erwägungsgrund der Richtlinie 2004/38/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 29. 4. 2004 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, ABl. EG Nr. L 158/77.

<sup>106</sup> Richtlinie 2004/38/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 29. 4. 2004 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, ABl. EG Nr. L 158/77; dazu *C. Schönberger*, Die Unionsbürgerschaft als Sozialbürgerschaft, ZAR 2006, S. 226 (227 ff.).

das Aufenthaltsrecht nach Art. 14 Abs. 1 RL 2004/38 aber nur beendet werden, wenn Leistungen unangemessen in Anspruch genommen werden.<sup>107</sup> Nach Ablauf von 5 Jahren rechtmäßigen Aufenthalts (3) berühren demgegenüber soziale Bedürftigkeit bzw. ein fehlender/unzureichender Krankenversicherungsschutz das Aufenthaltsrecht gar nicht mehr. Problematisch ist daher vor allem der unter (2) genannte Zeitraum: Ein Aufenthalt von über 3 Monaten und unter 5 Jahren setzt gemäß Art. 7 Abs. 1 lit. b), d) RL 2004/38 voraus, dass der eingereiste Unionsbürger für sich und seine Familienangehörigen über ausreichende Existenzmittel verfügt, so dass sie während ihres Aufenthalts keine Sozialhilfeleistungen in Anspruch nehmen müssen. Außerdem müssen sie über einen umfassenden Krankenversicherungsschutz verfügen.

#### a) Sozialhilferechtliche Bedürftigkeit

Hinsichtlich der sozialrechtlichen Bedürftigkeit werden im Wesentlichen zwei Fragen thematisiert.

Erstens wird diskutiert, ob der Einreisende selbst die erforderlichen Existenzmittel nachweisen muss oder ob er sich auch auf finanzielle Ressourcen anderer, ihm nahe stehender Personen berufen kann. Da das einschlägige Sekundärrecht nur fordert, dass der Einreisende über erforderliche Existenzmittel „verfügen“ muss, kommt es nach Ansicht des EuGH auf die Herkunft der Mittel grundsätzlich nicht an.<sup>108</sup> Es muss sich also jedenfalls nicht um eigene Mittel handeln. Fraglich ist allerdings, ob der (Rechts-)Grund der Leistungen, die die Existenz sichern, eine Rolle spielt. So könnte man überlegen, dass Mittel anderer Personen nur berücksichtigt werden müssen, wenn diese aufgrund rechtlicher Verpflichtungen, insbesondere also bürgerlich-rechtlicher Unterhaltspflichten, fließen. Nach Ansicht des EuGH wäre es indes unverhältnismäßig, eine rechtliche Beziehung zwischen Leistendem und Begünstigten zu fordern. Der Wegfall ausreichender Existenzmittel stelle stets ein latentes Risiko dar, und zwar auch für den Fall, dass Dritte zur Erbringung der Leistungen gesetzlich verpflichtet sind.<sup>109</sup> Das überzeugt nicht: Es geht nämlich bei der Frage des Rechtsgrundes nicht um das tatsächliche Risiko der Zahlungsfähigkeit, sondern um die Möglichkeit des Staates, Rückgriff (§§ 33 SGB II, 93 f. SGB XII) bei einem zwar zahlungsfähigen, aber nicht zahlungswilligen Dritten zu nehmen.

Problematisch ist zweitens, ob das anfängliche Fehlen ausreichender Existenzmittel genauso zu behandeln ist wie deren nachträglicher Wegfall. Art. 24 Abs. 1 RL 2004/38 garantiert nämlich jedem Unionsbürger im Aufnahmemitgliedstaat ein Recht auf gleiche Behandlung. Dieses umfasst gemäß Art. 24 Abs. 2 RL 2004/38

107 Dazu, kritisch K. Hailbronner, Unionsbürgerschaft und Zugang zu den Sozialsystemen, JZ 2005, S. 1138 (1142 f.).

108 EuGH, Rs. C-200/02 (Zhu und Chen), Slg. 2004, I-9925, Rn. 30.

109 EuGH, Rs. C-408/03 v. 23. 3. 2006, Kommission/Belgien, n. n. i. Slg., Rn. 47.



nach drei Monaten rechtmäßigem Aufenthalt auch einen Anspruch auf Sozialhilfe. Wenn nun aber die Inanspruchnahme der Sozialhilfe stets aufenthaltsbeendende Maßnahmen nach sich ziehen würden, würde sich dieser Anspruch als Danaergeschenk erweisen. Die Ausweisung würde den territorialen Kontakt mit dem Aufnahmemitgliedstaat unterbinden, der seinerseits Voraussetzung für die Inanspruchnahme der Leistungen ist. Eine derart bedingungslose Verknüpfung zwischen Bedürftigkeit und Ausweisung würde das durch Art. 18 Abs. 1 und Art. 12 Abs. 1 EG begründete neue Sozialrechtsverhältnis weit gehend ins Leere laufen lassen. Aus diesem Grunde werden Sozialhilfeanspruch und Aufenthaltsrecht auch partiell entkoppelt. Diese Ablösung ist bereits in der Entscheidung Grzelczyk angelegt: Danach darf die Inanspruchnahme von Sozialhilfeleistungen nicht automatisch zum Verlust des Aufenthaltsrechts führen, insbesondere wenn die Schwierigkeiten des Aufenthaltsberechtigten vorübergehender Natur sind.<sup>110</sup> Insoweit vermittelt Art. 18 Abs. 1 EG also primärrechtlichen Schutz, den auch das sekundäre Aufenthaltsrecht und das dieses umsetzende nationale Recht achten müssen. Tatsächlich finden sich die genannten Einschränkungen der Ausweisungsbefugnis in Art. 14 Abs. 3 RL 2004/38 sowie im 16. Erwägungsgrund der Richtlinie. Dieser enthält zudem die Erläuterung, dass alle Umstände des Einzelfalls (Dauer des Aufenthalts, persönliche Umstände, gewährter Sozialhilfebetrag) bei der Entscheidung über die Ausweisung zu berücksichtigen seien. Letztlich hängt die Zulässigkeit der Ausweisung damit von einer umfassenden Verhältnismäßigkeitsprüfung ab, die insoweit als verfassungsrechtliche Schranken-Schranke der Ausweisungsbefugnis fungiert.<sup>111</sup> Der deutsche § 4 FreizügG/EU vollzieht diese partielle Entkoppelung hingegen bislang noch nicht, kann aber europarechtskonform entsprechend ausgelegt werden.

#### *b) Umfassender Krankenversicherungsschutz*

Auch das Erfordernis eines umfassenden Krankenversicherungsschutzes ist im Lichte von Art. 18 Abs. 1 EG auszulegen. Daher bedarf es auch insoweit der Prüfung, ob eine Ausweisung wegen unzureichender Krankenversicherung verhältnismäßig ist.

Die Richtlinie enthält dazu, anders als bei der Inanspruchnahme von Sozialhilfeleistungen, keine weiteren Regelungen. Der EuGH hatte allerdings in der Entscheidung Baumbast Gelegenheit, zu dieser Frage Stellung zu nehmen. Eine britische Ausländerbehörde hatte es abgelehnt, einem deutschen Staatsangehörigen und seinen Familienangehörigen eine unbefristete Aufenthaltserlaubnis zu ertei-

<sup>110</sup> EuGH, Rs. C-184/99 (Grzelczyk), Slg. 2001, I-6193, Rn. 43 f.: Im konkreten Fall hatte der Betreffende bereits drei Jahre im Aufnahmestaat studiert, ohne Sozialleistungen in Anspruch zu nehmen und war erst in seinem vierten und letzten Studienjahr bedürftig geworden, weil er sein Studium wegen der nahenden Abschlussprüfungen nicht mehr durch zeitaufwändige Nebentätigkeiten finanzieren konnte. Zum Problem, das Kriterium der nur vorübergehenden Bedürftigkeit zu konkretisieren, Cremer (Fn. 87), S. 150.

<sup>111</sup> von Bogdandy/Bitter (Fn. 68), S. 315.

len, weil seine deutsche Krankenversicherung keine Notfallversorgung im Vereinigten Königreich abdeckte. Der EuGH hat darin einen Verstoß gegen Art. 18 Abs. 1 EG gesehen: Die Beschränkungen und Bedingungen i. S. v. Art. 18 Abs. 1 EG sind danach „unter Einhaltung der einschlägigen gemeinschaftsrechtlichen Grenzen und im Einklang mit den allgemeinen Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts, insbesondere dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, anzuwenden. Das bedeutet, dass unter diesem Gesichtspunkt erlassene nationale Maßnahmen zur Erreichung des angestrebten Zwecks geeignet und erforderlich sein müssen.“<sup>112</sup> Insoweit sei von Belang, dass der Betreffende erstens unstreitig über ausreichende Existenzmittel verfüge, „dass er zweitens mehrere Jahre lang, zunächst als Arbeitnehmer und dann als Selbständiger, im Aufnahmemitgliedstaat gearbeitet und somit rechtmäßig gewohnt hat, dass drittens in dieser Zeit auch seine Familie im Aufnahmemitgliedstaat wohnte und nach Beendigung seiner dortigen unselbständigen und selbständigen Erwerbstätigkeit in diesem Staat verblieben ist, dass viertens weder Herr Baumbast noch seine Familienangehörigen die öffentlichen Finanzen des Aufnahmemitgliedstaats belastet haben und dass schließlich sowohl Herr Baumbast als auch seine Familie in einem anderen Mitgliedstaat in vollem Umfang krankenversichert sind“.<sup>113</sup> Die Nichterteilung der unbefristeten Aufenthaltserlaubnis sei unter diesen Gesichtspunkten ein unverhältnismäßiger Eingriff in Art. 18 Abs. 1 EG.

## V. Recht im Aufenthalt: Art. 12 Abs. 1 EG

### 1. Dogmatische Verarbeitung unmittelbarer Diskriminierungen wegen der Staatsangehörigkeit

Die gemeinschaftsrechtliche Rechtstellung im Aufenthalt wird vor allem durch Art. 12 Abs. 1 EG geprägt. Dieser ist Maßstab, wenn ein Mitgliedstaat Staatsangehörige aus anderen Mitgliedstaaten sozialrechtlich schlechter behandelt als Inländer. Darin liegt eine unmittelbare Diskriminierung wegen der Staatsangehörigkeit: Der Mitgliedstaat stützt die Benachteiligung nämlich allein auf den gegenüber Inländern abgeschwächten aufenthaltsrechtlichen Status des Berechtigten, der seinerseits Folge der Staatsangehörigkeit ist. Während die eigenen Staatsangehörigen ein prinzipiell unbeschränktes Aufenthaltsrecht besitzen, ist dieses bei Staatsangehörigen anderer Mitgliedstaaten abgestuft und damit beschränkt.

Unmittelbare Diskriminierungen wegen der Staatsangehörigkeit ziehen eine klare Linie zwischen Zugehörigen und Fremden und bringen dies auch deutlich zum Ausdruck. Sie wagen es, Grenzen, auch und gerade des innerföderalen Solidarprinzips, zu ziehen. Diese abzubauen, ist indes gerade die wesentliche Funktion des Bundesrechts im föderalen Verbund. Unmittelbare Diskriminierungen wegen

112 EuGH, Rs. C-413/99 (Baumbast und R), Slg. 2002, I-7091, Rn. 91.

113 EuGH, Rs. C-413/99 (Baumbast und R), Slg. 2002, I-7091, Rn. 92.

der Staatsangehörigkeit gelten daher als schwerwiegende Belastungsproben für ein föderales Gemeinwesen und werden bundesrechtlich entsprechend sanktioniert. Das mag ein wesentlicher Grund dafür sein, dass im Schrifttum sogar die Ansicht vertreten wird, dass unmittelbare Diskriminierungen wegen der Staatsangehörigkeit überhaupt nicht vor Art. 12 Abs. 1 EG gerechtfertigt werden können,<sup>114</sup> während der EuGH der Frage trotz einschlägiger Fallgestaltungen regelmäßig ausweicht.<sup>115</sup> Nur vereinzelt finden sich Ansätze, die darauf hinauslaufen, dass der Gerichtshof unmittelbare Diskriminierungen jedenfalls einer strengeren Rechtfertigungsprüfung unterwerfen möchte als mittelbare Diskriminierungen, die selbst nicht an der Staatsangehörigkeit anknüpfen, sondern andere Anforderungen enthalten, die jedoch typischerweise denselben Effekt haben wie eine Differenzierung nach der Staatsangehörigkeit.<sup>116</sup> Das ist nicht einsichtig: Warum sollten unmittelbare und mittelbare Diskriminierungen unterschiedlich behandelt werden? Die Differenzierung des EuGH fördert den versteckten Protektionismus, der Benachteiligungen wegen der Staatsangehörigkeit nur geschickt verschleiert, statt sie offen zu legen. Und für den benachteiligten Ausländer kann es ohnehin keinen Unterschied machen, ob er durch eine unmittelbar an die Staatsangehörigkeit anknüpfende Maßnahme oder durch eine sonstige Maßnahme diskriminiert wird, die im Ergebnis wie eine Ungleichbehandlung wegen der Staatsangehörigkeit wirkt.<sup>117</sup>

Die Tatsache, dass unmittelbare Diskriminierungen wegen der Staatsangehörigkeit nach wie vor mit Samthandschuhen angefasst werden, hat bislang verhindert, dass die Frage abgestufter innerföderaler Solidarität Eingang in die Rechtfertigungsdogmatik des Art. 12 Abs. 1 EG gefunden hat. Das Problem ist zwar in Einzelfällen aufgetreten, aber doch nicht grundlegender thematisiert worden, weil es, so die traditionelle Vorstellung, unmittelbare Diskriminierungen aufgrund der Staatsangehörigkeit angesichts des fortgeschrittenen Integrationsprozesses eigentlich nicht (mehr) geben darf.<sup>118</sup> Bei genauerem Hinsehen sind es aber gerade die Vertiefung des Integrationsprozesses und das Ausgreifen des Unionsrechts in alle Lebensbereiche, die einen Beitrag zur Enttabuisierung unmittelbarer Diskriminierungen leisten. Denn gerade dieser umfassende politische Anspruch bewirkt, dass das Unionsrecht auch in diejenigen Bereiche vordringt, die traditionell als Reservate der Nationalstaaten gelten. Diese Reservate, etwa Teilbereiche des öffentlichen Dienstes und der Verteidigung, bleiben nach wie vor durch die Kategorie der Staatsangehörigkeit geprägt (vgl. nur Art. 39 Abs. 4 EG). Dann kann es aber

114 von Bogdandy, in: Grabitz/Hilf (Fn. 74), Art. 6 EGV, Rn. 23; Holoubek, in: Schwarze (Fn. 66), Art. 12 EGV, Rn. 55.

115 S. Plötscher, Der Begriff der Diskriminierung im Europäischen Gemeinschaftsrecht, 2003, S. 131 f.

116 Vgl. EuGH, Rs. C-388/01, Kommission/Italien, Slg. 2003, I-721, Rn. 19, 21; sowie dazu Kingreen, in: Ehlers (Fn. 84), § 13, Rn. 19.

117 So im Ergebnis auch A. Epiney in: Calliess/Ruffert (Fn. 12), Art. 12 EGV, Rn. 42; M. Rossi, Das Diskriminierungsverbot nach Art. 12 EGV, EuR 2000, S. 197, 213 f.

118 Diesen Eindruck erweckt deutlich EuGH, Rs. C-209/03 (Bidar), Slg. 2005, I-2119, Rn. 49, 54; vgl. auch den Befund von Schönberger (Fn. 15), S. 407 ff.

den Mitgliedstaaten auch nicht grundsätzlich verwehrt sein, zwischen Zugehörigen und Fremden zu unterscheiden.

Diese an der Staatsangehörigkeit anknüpfende Differenzierungsbefugnis lässt sich auch normativ stützen, wenn man noch einmal den Bogen zurückschlägt zu der bereits thematisierten Frage des Anwendungsbereiches des Gemeinschaftsrechts i. S. v. Art. 12 Abs. 1 EG. Dieser wird ja ausgestaltet durch die Normen, die seine Eröffnung bewirken, hier also Art. 18 Abs. 1 EG. Weil die Verknüpfung zwischen Staatsangehörigkeit und sozialer Leistungsberechtigung über den durch Art. 18 Abs. 1 EG ermöglichten und begrenzten aufenthaltsrechtlichen Status des Betroffenen erfolgt, muss die rechtliche Beurteilung sozialrechtlicher Differenzierungen die normativen Vorgaben des Aufenthaltsrechts einbeziehen. Wenn und soweit die Mitgliedstaaten aufenthaltsrechtliche Differenzierungen vornehmen dürfen, müssen sie also auch zu sozialrechtlicher Differenzierung, die am Aufenthaltsrecht anknüpft, befugt sein. Die Einbeziehung der aufenthaltsrechtlichen „Beschränkungen und Bedingungen“ (Art. 18 Abs. 1 EG) in die Prüfung der Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen wegen der Staatsangehörigkeit (Art. 12 Abs. 1 EG) bildet also die Grundlage für eine differenzierte sozialrechtliche Integration, die die parallele Vermittlung von Zugehörigkeit durch Mitgliedstaaten und Gemeinschaft abbildet. Sie ist damit auch der Schlüssel zur Öffnung des binären Schematismus von Voll- oder Nullintegration.

## 2. Möglichkeiten differenzierter sozialrechtlicher Integration

### a) Die „Welfare Magnets Thesis“

Das vorherrschende Argumentationsmuster für sozialrechtliche Differenzierungen zwischen Zugehörigen und Fremden ist die sog. Welfare Magnets Thesis.<sup>119</sup> Sie beruht, vereinfacht gesagt, auf zwei Prämissen:

- Gliedstaaten mit vergleichsweise hohen Sozialleistungen ziehen Bedürftige aus anderen Gliedstaaten an.
- Das bisherige Sozialleistungsniveau kann nicht gehalten werden, wenn die Gliedstaaten mit vergleichsweise üppigen Sozialleistungen Neuankömmlingen Leistungen in der gleichen Höhe gewährleisten müssten wie ihren eigenen Staatsangehörigen. Die Gliedstaaten müssten daher entweder restriktivere Aufnahme- und Aufenthaltsbestimmungen erlassen<sup>120</sup> oder ihre sozialen Leistungen auf ein Niveau reduzieren, das Aufenthaltswillige abschreckt.<sup>121</sup>

Die beiden Prämissen sind wissenschaftlich allerdings ebenso umstritten wie die Konsequenzen, die aus ihnen zu ziehen sind: Es ist unklar, ob und ggfs. in wel-

119 Vgl. zum Folgenden grundlegend und rechtsvergleichend A. Graser, Dezentrale Wohlfahrtsstaatlichkeit im föderalen Binnenmarkt?, 2001, S. 27 ff.

120 von Bogdandy/Bittner (Fn. 68), S. 315.

121 EuGH, Rs. C-209/03 (Bidar), Slg. 2005, I-2119, Rn. 56; vgl. auch Cremer (Fn. 87), S. 154.

chem Maße Sozialleistungen tatsächlich Einfluss auf Umzugsentscheidungen haben.<sup>122</sup> Und es ist nicht gesichert, ob die Wanderungsbewegungen ein Ausmaß erreichen, das sich tatsächlich negativ auf das Sozialleistungsniveau auswirkt. So ist wegen der sprachlichen Barrieren etwa die Wanderungsbereitschaft innerhalb der Europäischen Union weniger stark ausgeprägt als in den USA. Vermutlich lässt sich die Welfare Magnets Thesis jedenfalls nicht allgemein verifizieren. Ihre argumentative Kraft hängt vielmehr von bestimmten Rahmenbedingungen ab, die in bündischen Systemen sehr unterschiedlich sein können:

Entscheidend dürfte vor allem sein, wie stark das Wohlfahrtsgefälle zwischen den Mitgliedstaaten ist. Je geringer dieses ist (und sein Abbau ist jedenfalls bislang eine der großen Leistungen des europäischen Projekts), desto weniger dürften Sozialleistungen ein Grund für einen Umzug sein. Die Überzeugungskraft der „Welfare Magnets Thesis“ hängt daher vom Grad der sozialrechtlichen Integration ab. Ein bündisches Gemeinwesen, das sozialrechtlich so weitgehend integriert ist wie Deutschland, kann sich auf Zuständigkeitsvorschriften beschränken (vgl. etwa §§ 97 ff. SGB XII), um eine angemessene Lastenteilung unter den zuständigen Gebietskörperschaften herbeizuführen. Materiell differenziert es hingegen nicht zwischen den Angehörigen der einzelnen Länder, weil diese keine sozialrechtlich relevante Zugehörigkeit begründen. Umgekehrt wird sozialrechtliche Zugehörigkeit im europäischen Verfassungsverbund zwar maßgeblich durch die Mitgliedstaaten (und zwar durch die Verknüpfung des Aufenthaltsrechts mit der Staatsangehörigkeit) vermittelt, aber durch Unionsbürgerschaft und Freizügigkeitsrecht ergänzt.<sup>123</sup> Cum grano salis kann man also sagen, dass die argumentative Kraft der Welfare Magnets Thesis in dem Maße steigt, in dem sozialrechtliche Zugehörigkeit durch die Gliedstaaten und nicht durch den Gesamtstaat vermittelt wird.

Ferner kommt es auf die Art der sozialen Leistung an: Eine soziale Mindestsicherung, die ohnehin nicht mehr als die Existenz sichert, ist jedenfalls dann wenig attraktiv, wenn ein Mindeststandard auch im Herkunftsland garantiert ist. Anders ist es hingegen bei sonstigen sozialen Leistungen, die nicht allein der Lebensstandardsicherung dienen, sondern im weitesten Sinne der gleichberechtigten Teilhabe an gesellschaftlichen Subsystemen, insbesondere etwa Bildungseinrichtungen. Sicherlich kann man einen Vergleich zwischen Herkunfts- und Zielstaat bei Bildungsgängen nicht auf monetäre Unterstützungsleistungen beschränken. Doch ist es durchaus plausibel, dass ein attraktives Stipendiensystem auf der einen und hohe Studiengebühren auf der anderen Seite einer Grenze durchaus Wanderungsbewegungen auslösen können. Und daraus könnte sich, so wird befürchtet,<sup>124</sup> ein „Wettstreit um das schlechteste Fördermodell“ entwickeln. Unter diesem Aspekt

122 Skeptisch Schönberger (Fn. 106), S. 231. Vgl. ferner die Nachweise auf die US-amerikanische Diskussion bei Graser (Fn. 119), S. 29 ff.

123 Dazu noch gleich unten b).

124 So Cremer (Fn. 87), S. 155.

sind auch unterschiedliche Zulassungsbeschränkungen bei Studiengängen nicht ganz unproblematisch, so etwa beim Fach Medizin zwischen den Nachbarstaaten Deutschland und Österreich.<sup>125</sup> Österreich hatte den aus dem deutschen Numerus Clausus erwachsenden „Ansaugeffekt“ dadurch zu unterbinden versucht, dass alle Studienwilligen in Österreich nachweisen mussten, dass sie auch im Herkunftsstaat die Voraussetzungen zum Zugang zu den Universitäten nachweisen mussten – was bei den nicht unter den Numerus Clausus fallenden Studierwilligen gerade nicht der Fall war. Der zur Rechtfertigung dieser Diskriminierung vorgebrachte Hinweis Österreichs auf die „Einheitlichkeit des österreichisches Bildungssystems“ hat den EuGH freilich nicht überzeugt.<sup>126</sup>

Der zuletzt genannte Fall belegt indes auch die Relativität der Welfare Magnets Thesis. Die Gliedstaaten können nämlich, ungeachtet der Belastungen durch soziale Leistungen, im Einzelfall durchaus ein Eigeninteresse an Zuwanderung haben. So versuchen die deutschen Hochschulen bekanntermaßen seit Jahren, den Anteil ausländischer Studierender zu erhöhen, um den Bildungsstandort im internationalen Wettbewerb um die besten Kräfte zu stärken, wobei sich stets die Frage stellt, ob die ausländischen Studierenden nach Abschluss ihrer Ausbildung tatsächlich in demjenigen Mitgliedstaat verbleiben, der ihre Ausbildung finanziert hat. Man kann aber immerhin festhalten, dass es politisch gewünschte Zuwanderung gibt, für die auch die Notwendigkeit von zu tätigenden Sozialinvestitionen (in Gestalt von Studienplätzen und -beihilfen) zunächst in Kauf genommen wird, dass hingegen eine Zuwanderung allein aus Gründen der sozialrechtlichen Bedürftigkeit unerwünscht ist. Aus diesem Grunde unterscheidet etwa das deutsche Aufenthaltsgesetz beim Aufenthaltstitel Aufenthaltserlaubnis zwischen Aufenthaltswzwecken, für die jeweils unterschiedliche Voraussetzungen gelten (§ 7 Abs. 1 AufenthG).

*b) Die gemeinsame Vermittlung sozialrechtlicher Zugehörigkeit durch Mitgliedstaaten und Union*

Die Rechtfertigung sozialrechtlicher Differenzierungen hängt also maßgeblich davon ab, welche Ebene eines bündischen Systems soziale Zugehörigkeit vermittelt.

Das Verhältnis zwischen Union und Mitgliedstaaten entzieht sich allerdings, was die Vermittlung von Zugehörigkeit angeht, eindeutigen Zuordnungen. Die europäischen Verträge bilden gemeinsam mit den Verfassungen der Mitgliedstaaten einen Verfassungsverbund, der das Monopol der Nationalstaaten, Gemeinwohlverantwortung wahrzunehmen und Zugehörigkeit zu vermitteln, relativiert: „Nur im Verbund von nationaler und europäischer Verfassungsebene wird die vom Bürger jeweils konstituierte, legitimierte und auf ihn wirkende Verfassungsord-

125 Dazu P. Hilpold, Hochschulzugang und Unionsbürgerschaft, EuZW 2005, S. 647 ff.

126 Vgl. EuGH, Rs. C-147/03, Kommission/Österreich, Slg. 2005, I-1245, Rn. 49 ff.

nung in vollem Umfang erkennbar als das, was ehemals die Fülle der legitimen Staatsgewalt war und heute auf die verschiedenen Ebenen öffentlicher Verantwortung verteilt ist.<sup>127</sup> Das überkommene „Denken in Einheiten“,<sup>128</sup> das sich durch die deutsche politische Philosophie von Hobbes’ Leviathan über Hegels Staat als „Wirklichkeit der sittlichen Idee“ bis zu von Steins sozialem Königtum zieht,<sup>129</sup> wird konfrontiert mit einem „polyzentrischen und fragmentierten Verhandlungssystem“,<sup>130</sup> d. h. mit der Dezentralisierung des politischen Prozesses, der auch vor der Sozialpolitik nicht Halt macht. Auch der Bürger als Träger sozialer Rechte ist mit diesem Verantwortungsverbund konfrontiert, der sinnfällig zum Ausdruck kommt in der Unionsbürgerschaft und der aus ihr folgenden Freizügigkeit, die eine neue Ebene der Zugehörigkeit einziehen, die neben die nationale Staatsangehörigkeit, aber nicht an deren Stelle tritt (Art. 17 Abs. 1 S. 2 EG).<sup>131</sup>

Die Staatsangehörigkeit ist daher zwar nach wie vor legitime Grundlage für Aufenthalts- und daher auch sozialrechtliche Differenzierungen. Ihre primäre Zuständigkeit für sozialrechtliche Inklusion und Exklusion dürfen die Mitgliedstaaten aber nur nach Maßgabe der sozialen Teilhaberechte der Unionsbürger ausüben, die Art. 12 Abs. 1 und 18 Abs. 1 EG vermitteln. Konkret bedeutet dies, dass die Mitgliedstaaten grundsätzlich befugt sind, soziale Leistungsansprüche an die Bedingung einer *qualifizierten Zugehörigkeit* zum Aufnahmestaat zu knüpfen, dass an diese Zugehörigkeit aber keine unverhältnismäßigen Anforderungen gestellt werden dürfen. Art. 18 Abs. 1 und 12 Abs. 1 bilden das Nebeneinander einer durch die Mitgliedstaaten begründeten sozialrechtlichen Zugehörigkeit und den materiellen Grenzen, die das Unionsrecht für die Begründung dieser Zugehörigkeit setzt, ab: Es wird zwar Freizügigkeit gewährt, aber nur nach Maßgabe bestimmter „Beschränkungen und Bedingungen“ i. S. v. Art. 18 Abs. 1 EG. Diese sind maßgeblich auch für die Frage der Zulässigkeit sozialrechtlicher Differenzierung nach Art. 12 Abs. 1 EG, und zwar deshalb, weil ja erst Art. 18 Abs. 1 EG, samt der „Beschränkungen und Bedingungen“, den Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts i. S. v. Art. 12 Abs. 1 EG eröffnet. Die eigentliche Feinjustierung zwischen den beiden Ebenen sozialer Zugehörigkeitsvermittlung und damit letztlich auch die Bestimmung des Grades innerföderaler Solidarität ist daher primär Aufgabe des Gemeinschaftsgesetzgebers, der die „Beschränkungen und Bedingungen“ der Freizügigkeit formuliert.

127 I. Pernice, in: H. Dreier (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar Bd. 2, 2. Aufl. 2006, Art. 23, Rn. 21.

128 U. Haltern, Europäischer Kulturkampf, Der Staat 37 (1998), S. 591 (591 ff.); zum staatsrechtlichen Hintergrund des Einheitsideals C. Möllers, Staat als Argument, 2000, S. 221 ff.

129 Näher dazu Kingreen (Fn. 73), S. 26 ff., 74 ff., 89 ff.

130 A. von Bogdandy, Supranationaler Föderalismus als Wirklichkeit und Idee einer neuen Herrschaftsform, 1999, S. 43 ff.; A. Hatje, Europäische Union, Europäische Gemeinschaften, in: W. Heun/M. Honecker/M. Morlok/J. Wieland (Hrsg.), Evangelisches Staatslexikon, 4. Aufl. 2006, Sp. 486 (502).

131 Dazu näher Kingreen (Fn. 16), S. 381 ff., 411 ff.

c) *Das Erfordernis der qualifizierten Zugehörigkeit in einzelnen Sozialleistungsbereichen*

Die qualifizierte Zugehörigkeit zum Aufnahmestaat kann entweder durch bestimmte Ereignisse in der Vergangenheit entstanden sein oder sie kann durch Verhaltensweisen in der Gegenwart begründet werden, die belegen, dass sich die Betroffenen „bis zu einem gewissen Grad in die Gesellschaft dieses Staates integriert haben“.<sup>132</sup>

aa) *Soziale Entschädigungsleistungen für Kriegsschäden*

Einzelne soziale Entschädigungsleistungen kompensieren schädigende Ereignisse aus der Vergangenheit, für die der entschädigende Mitgliedstaat eine spezielle Verantwortung übernommen hat. Diese wird begründet durch Sonderopfer, die Einzelne im Interesse der Allgemeinheit, und zwar einer durch das Staatsvolk definierten Allgemeinheit, erbracht haben. Deshalb ist es nach Ansicht des EuGH etwa zulässig, die eigenen Staatsangehörigen bei der Kriegsopferversorgung<sup>133</sup> zu bevorzugen: Diese habe nämlich ihren wesentlichen Grund „in den Diensten, die die Begünstigten in Kriegszeiten ihrem eigenen Land erwiesen haben“. Ihr wesentlicher Zweck bestehe darin, „diesen Staatsangehörigen eine Vergünstigung im Hinblick auf die für dieses Land erduldeten Prüfungen zu gewähren“.<sup>134</sup>

bb) *Soziale Basissicherung*

Sozialleistungen, die gegenwärtige Bedürftigkeit befriedigen, können hingegen grundsätzlich auch von Staatsangehörigen anderer Mitgliedstaaten in Anspruch genommen werden. Die erforderliche qualifizierte Zugehörigkeit wird bei Leistungen, die der Existenzsicherung dienen (also insbesondere Sozialhilfeleistungen), durch einen rechtmäßigen, nicht nur vorübergehenden Aufenthalt begründet.<sup>135</sup> Der bereits erwähnte Art. 24 Abs. 2 RL 2004/38/EG konkretisiert das nunmehr dahingehend, dass ab einem Aufenthalt von drei Monaten grundsätzlich ein sozialhilferechtlicher Gleichbehandlungsanspruch besteht. Der Aufnahmestaat kann sich dieser Verpflichtung dann nur noch durch aufenthaltsbeendende Maßnahmen entziehen, wobei Art. 18 Abs. 1 EG zu beachten ist.<sup>136</sup>

Bei zweckgebundenen Leistungen kann der Anspruch von weiteren Bedingungen abhängig gemacht werden, die der Erfüllung dieses Zwecks dienen. Leistungen

132 EuGH, Rs. C-209/03 (Bidar), Slg. 2005, I-2119, Rn. 57.

133 Vgl. S. Muckel, Sozialrecht, 2. Aufl. 2007, § 15, Rn. 3 ff.

134 EuGH, Rs. 207/78 (Even), Slg. 1979, 2019, Rn. 23 f. Vgl. auch EuGH, Rs. C-386/02 (Baldinger), Slg. 2004, I-8411, Rn. 17: Die Entschädigung werde gewährt, um „einen Beweis der nationalen Anerkennung für die erduldeten Prüfungen zu geben, und wird daher als Gegenleistung für die ihrem Land erwiesenen Dienste gezahlt.“

135 EuGH, Rs. C-456/02 (Trojani), Slg. 2004, I-7573, Rn. 37.

136 Vgl. oben IV. 2.



für Arbeitssuchende etwa setzen „eine tatsächliche Verbindung des Arbeitssuchenden mit dem Arbeitsmarkt dieses Mitgliedstaates“ voraus. Diese kann sich, so der EuGH, u. a. aus der Feststellung ergeben, „dass der Betroffene während eines angemessenen Zeitraums tatsächlich eine Beschäftigung in dem betreffenden Mitgliedstaat gesucht hat“.<sup>137</sup> Diese Voraussetzung dürfte allerdings regelmäßig auch für Arbeitsförderungs- und Entgeltausgleichsmaßnahmen (vgl. § 119 Abs. 1 Nr. 3 SGB III) zugunsten der eigenen Staatsangehörigen gelten und ist schon aus diesem Grunde nicht zu beanstanden.

### cc) Studienbeihilfen

Problematischer ist die transnationale Ausweitung von Ansprüchen auf Studienbeihilfen. Nach herkömmlichem Verständnis setzt ein solcher Anspruch eine Verbindung zum Tatbestand der Erwerbstätigkeit voraus.<sup>138</sup> Studierende nutzen ihre Freizügigkeit aber regelmäßig nicht zum Zwecke der Arbeitsaufnahme, sondern der wissenschaftlichen Ausbildung an einer Hochschule eines anderen Mitgliedstaates. Fraglich ist daher, ob auch diese sog. „Nur-Studierenden“, gestützt auf Art. 12 Abs. 1 EG, in den Genuss einer Inländern gewährten Studienförderung kommen können. In der Entscheidung Bidar hatte es der EuGH mit einem solchen Fall zu tun. Das britische Recht der Ausbildungsförderung für Studierende machte die Gewährung von Darlehen von einem dreijährigen gewöhnlichen Wohnsitz im Vereinigten Königreich abhängig, der zudem nicht einer Vollzeitausbildung dienen durfte. Der EuGH hat das Wohnsitzerfordernis als solches akzeptiert, weil es die erforderliche Integration in die Gesellschaft des Aufnahme staates sicherstelle;<sup>139</sup> allerdings dürfe hier keine Verbindung zum nationalen Arbeitsmarkt verlangt werden.<sup>140</sup> Er hat aber die daran geknüpfte Bedingung, dass der Drei-Jahres-Zeitraum nicht der Vollzeitausbildung dienen dürfe, als unzulässige Diskriminierung angesehen. Denn das ist eine Voraussetzung, die Staatsangehörige aus anderen Mitgliedstaaten gar nicht erfüllen können. Wenn sie den Zeitraum zu einer Erwerbstätigkeit nutzen oder sich als Familienangehörige im Vereinigten Königreich aufhalten, genießen sie ja bereits den Schutz des allgemeinen Diskriminierungsverbotes (Art. 7 Abs. 2 VO [EWG] 1612/68).<sup>141</sup> Der „Nur-Studierende“ hält sich aber nicht erst drei Jahre im Zielstaat auf, ohne sich einer Ausbildung zu widmen.

Art. 24 Abs. 2 RL/EG 2004/38 nimmt daher Studienbeihilfen wesentlich weiter gehend als Sozialhilfeleistungen von der Pflicht zur innerföderalen Gleichbehand-

137 EuGH, Rs. C-138/02 (Collins), Slg. 2004, I-2703, Rn. 69 f.; vgl. bereits EuGH, Rs. C-224/98 (d'Hoop), Slg. 2002, I-6191, Rn. 38.

138 Dazu näher etwa Bode (Fn. 69), S. 340 ff. Vgl. zum umgekehrten Fall der Ausbildung einer eigenen Staatsangehörigen im Ausland (15 BaföG) die Vorlagebeschlüsse des VG Aachen v. 22.11.2005, Az 5 K 4336/04 und 5 K 395/05 sowie W. Frenz, Die Studierendenfreizügigkeit in Europa, JA 2007, S. 4 (9 f.)

139 EuGH, Rs. C-209/03 (Bidar), Slg. 2005, I-2119, Rn. 59.

140 EuGH, Rs. C-209/03 (Bidar), Slg. 2005, I-2119, Rn. 58.

141 Dazu oben II. 1.

lung aus. Sie müssen erst gewährt werden, nachdem das Recht auf Daueraufenthalt erworben wurde, also erst nach 5 Jahren (Art. 16 Abs. 1 RL/EG 2004/38). Die Differenzierung ist aufgrund der unterschiedlichen Funktion und der unterschiedlichen Anziehungskraft von existenzsichernden Unterhaltsbeihilfen auf der einen und Studienbeihilfen auf der anderen Seite grundsätzlich legitim und dürfte vermutlich vom EuGH auch noch akzeptiert werden.<sup>142</sup> Das deutsche Recht der Ausbildungsförderung enthält allerdings noch nicht einmal nach fünf Jahren einen Leistungsanspruch. Es privilegiert Unionsbürger nämlich nur, wenn sie nach § 3 FreizügG/EU als Familienangehörige von in Deutschland lebenden Unionsbürgern freizügigkeitsberechtigt sind (§ 8 Abs. 1 Nr. 8 BAföG) oder wenn sie selbst einen Bezug zum deutschen Arbeitsmarkt haben (§ 8 Abs. 1 Nr. 9 BAföG). Das BAföG verharret damit auf dem überkommenen Verständnis der Binnenmarktakzessorietät sozialer Rechte: Sie werden nur eingeräumt, wenn und soweit ein Zusammenhang mit der Arbeitnehmerfreizügigkeit (Art. 39 EG) oder der Niederlassungsfreiheit (Art. 43 EG) besteht. Die weit gehende Ablösung dieser Rechte vom Tatbestand der Erwerbstätigkeit hat es nicht mitvollzogen.<sup>143</sup> Nachdem am 1. 5. 2006 die zweijährige Umsetzungsfrist (Art. 40 Abs. 1 RL/EG 2004/38) abgelaufen ist, haben nunmehr EU-Ausländer, die nach Art. 16 Abs. 1 RL/EG 2004/38 ein Recht auf Daueraufenthalt haben, einen Anspruch auf die Inländern gewährten Studienbeihilfen.

Problematisch sind zudem die an den Tatbestand der Ausbildung anknüpfenden sozialhilferechtlichen Regelungen. Gemäß § 22 Abs. 1 S. 1 SGB XII haben nämlich u. a. Auszubildende, deren Ausbildung im Rahmen des Bundesausbildungsgesetzes dem Grunde nach förderungsfähig ist, keinen Anspruch auf Hilfe zum Lebensunterhalt. „Dem Grunde nach“ sind alle Personen berechtigt, die grundsätzlich gemäß den §§ 2-7 BAföG einen Förderungsanspruch haben, auch wenn sie in concreto persönliche Voraussetzungen wie eben die deutsche Staatsangehörigkeit (§ 8 BAföG) nicht erfüllen.<sup>144</sup> Damit soll vermieden werden, dass eine versteckte Ausbildungsförderung über die Sozialhilfe erfolgt.<sup>145</sup> EU-Ausländer hätten dann aber weder einen Anspruch auf Sozialhilfe (§ 23 SGB XII) noch auf Ausbildungsförderung. Zwar sieht § 22 Abs. 1 S. 2 SGB XII vor, dass in besonderen Härtefällen Hilfe zum Lebensunterhalt als Beihilfe oder als Darlehen geleistet werden kann. Das wird man bejahen können bei vorübergehenden Notlagen, insbesondere zum Ende einer Ausbildung. Paradigma ist Rudi Grzelczyk, der nach einem dreijährigen Studium im vierten Studienjahr bedürftig wurde, weil er aufgrund der Anforderungen des Studiums nicht mehr in der Lage war, sein Stu-

142 So auch Bode (Fn. 69) S. 281; rechtspolitische Kritik: Schönberger (Fn. 106), S. 230 f.

143 Das gilt auch für OVG Berlin, NVwZ-RR 2002, S. 118 (120): Das Gericht stellte noch 2001 (kurz vor der Entscheidung Grzelczyk) die heute kaum mehr vertretbare These auf, dass das Gemeinschaftsrecht einen über Art. 7 VO (EG) 1612/68 hinaus gehenden Anspruch auf Ausbildungsförderung nicht geschaffen habe.

144 A. Brühl, in: J. Münder u. a., LPK-SGB XII, 7. Aufl. 2005, § 22 SGB XII, Rn. 4.

145 BVerwGE 61, 352 (357); 94, 224 (226).

dium durch Nebentätigkeiten selbst zu finanzieren.<sup>146</sup> Doch haben EU-Ausländer nach Art. 24 Abs. 2 RL/EG 2004/38 ohnehin bereits nach 3 Monaten einen Anspruch auf Gleichbehandlung bei der existenzsichernden Sozialhilfe, also nicht nur in besonderen Härtefällen, sondern stets bei Bedürftigkeit. Art. 24 Abs. 2 RL/EG 2004/38 ist daher unmittelbar geltende Anspruchsgrundlage. Allerdings können die Mitgliedstaaten grundsätzlich nicht verpflichtet sein, Sozialhilfe auf dem Niveau der Ausbildungsförderung zu leisten. Anderenfalls würde der weitgehende Ausschluss von Ansprüchen auf Ausbildungsförderung durch den vergleichsweise früh einsetzenden Gleichbehandlungsanspruch bei der Sozialhilfe umgangen.

## VI. Schluss

Der frühere französische Staatspräsident Georges Pompidou hat die Europäische Gemeinschaft zu Beginn der 70er Jahre des vergangenen Jahrhunderts einmal etwas despektierlich als „Gemeinschaft der Kaufleute und Krämer“ bezeichnet.<sup>147</sup> Vermutlich hätte er nicht im Traum daran gedacht, dass sein Landsmann Michel Trojani einmal zu europarechtlichem Ruhm gelangen würde: Ein französischer Vagabund, der in Belgien ein Leben auf Campingplätzen, in Jugendherbergen und bei der Heilsarmee fristet und auf Sozialhilfe angewiesen ist,<sup>148</sup> dürfte in der Welt eines auf ökonomische Transaktionen fixierten Binnenmarkts nicht vorkommen. Doch diese Welt existiert so nicht mehr. Sicherlich haben die Mitgliedstaaten nicht geahnt, welches sozialpolitische Potenzial die Grundfreiheiten und vor allem die Unionsbürgerschaft und die daran anknüpfende Freizügigkeit in der Rechtsprechung des EuGH entfalten würden. Doch hat der EuGH den ganzheitlichen, nicht mehr auf den Binnenmarkt beschränkten politischen Anspruch, den vor allem die Unionsbürgerschaft erhebt, nur konsequent (wenn auch dogmatisch nicht immer konsistent) umgesetzt. Die Rechtsprechung ist dabei ein Spiegelbild des Integrationsprozesses, der zunehmend auch im Bereich der sozialen Sicherung durch ein Nebeneinander von nationaler und supranationaler Verantwortung geprägt ist. Der EuGH löst die transnationalen sozialen Rechte von ihrer funktionalen Ausrichtung auf den Binnenmarkt, ohne daraus aber einen ausnahmslosen sozialrechtlichen Gleichbehandlungsanspruch abzuleiten. Er leistet damit einen weiteren wichtigen Beitrag zur Entkräftung der These, die das europäische Gemeinschaftsrecht als Bedrohung für die überkommene Sozialstaatlichkeit in den Mitgliedstaaten ansieht. In einem „Europa der Bürger“ ist nämlich auch für einen armen Schlucker wie Michel Trojani Platz.

146 Vgl. EuGH, Rs. C-184/99 (Grzelczyk), Slg. 2001, I-6193, Rn. 10 f.

147 Zitiert nach P. Karpenstein, Chancen für ein europäisches Arbeitsrecht in einem vereinten Europa, in: D. Merten/R. Pitschas (Hrsg.), Der europäische Sozialstaat und seine Institutionen, 1993, S. 153 (158).

148 EuGH, Rs. C-456/02 (Trojani), Slg. 2004, I-7573, Rn. 9 f.

## Negative und positive Integration: Die Europäische Gemeinschaft als Sozial- und Bildungsunion

*Von Wolfram Cremer, Bochum\**

### I. Zur These von der Asymmetrie zwischen negativer und positiver Integration

Bekanntlich ist der Prozess der Europäischen Integration ins Stocken geraten. Das (vorläufige) Scheitern der so genannten Verfassungs(vertrags)gebung wegen des „Non“ der Franzosen und des „Nee“ der Niederländer im Frühjahr 2005<sup>1</sup> hat nicht nur in diesen, sondern auch in vielen anderen Mitgliedstaaten zu einer ungewöhnlich lebhaften Diskussion um das „Warum?“ geführt. Das gilt auch für Deutschland, wo das Votum der Bevölkerung im Falle einer Volksbefragung im Frühjahr 2005 keineswegs mit Gewissheit zustimmend ausgefallen wäre.<sup>2</sup> Mag die öffentliche Diskussion mittlerweile auch wieder etwas verebbt sein,<sup>3</sup> die Skepsis gegenüber der EU – und nicht nur gegenüber ihrer weiteren Vertiefung durch den Verfassungsvertrag – besteht in nicht wenigen Mitgliedstaaten weitgehend unverändert fort.<sup>4</sup> Dabei haben Umfragen ergeben, dass – ungeachtet eines insgesamt diffusen Motivbündels – einer der zentralen Gründe für die Ablehnung der EU in Deutschland und insbesondere in Frankreich darin liegt, dass sie es nicht vermocht habe, den Prozess der wirtschaftlichen Integration sozial auszugestalten.<sup>5</sup>

\* Prof. Dr. Wolfram Cremer ist Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht und Europarecht an der Ruhr-Universität Bochum. Der Beitrag beruht auf der vom Verfasser am 23.06.2006 an der Ruhr-Universität Bochum gehaltenen Antrittsvorlesung. Die Vortragsform wurde im Wesentlichen beibehalten.

1 29. Mai bzw. 1. Juni 2005.

2 So standen laut einer Infratest-dimap-Umfrage von Mitte Juni 2005 nur 42 % der Deutschen hinter dem Verfassungsvertrag, während 44 % ihn ablehnten.

3 In der Wissenschaft wird dagegen rege über Auswege aus der (Verfassungs)krise diskutiert, vgl. zu verschiedenen Vorschlägen bzw. Ansätzen und deren Systematisierung *Udo Diedrichs/Wolfgang Wessels*, Die Europäische Union in der Verfassungsfalle. Analysen, Entwicklungen, Optionen, integration 4/2005, S. 287 (293 ff.) und bereits im Vorfeld der ablehnenden Referenden in Frankreich und den Niederlanden *Andreas Maurer*, Austritt, Ausschluss oder institutionelle Anpassung, in: Internationale Politik und Gesellschaft 2005, S. 165 ff. Instrukтив auch die (freilich im Hinblick auf den Verfassungsentwurf) angestellten Überlegungen zur flexiblen Integration von *Armin Hatje*, Grenzen der Flexibilität einer erweiterten Europäischen Union, EuR 2005, S. 148 ff. Auch im politischen Raum wird seit Ende 2005 wieder verstärkt um Lösungen gerungen, vgl. dazu nur die Nachweise bei *Daniel Göhler/Matthias Jopp*, Die europäische Verfassungskrise und die Strategie des „langen Atems“, integration 2/2006, S. 91 (91 mit Fn. 1).

4 Freilich variieren die Zustimmungs- und Ablehnungsquoten in den einzelnen Mitgliedstaaten erheblich, vgl. zu jüngeren Zahlen *Göhler/Jopp* (Fn. 3), S. 93 f.

5 Vgl. für Frankreich auch *Göhler/Jopp* (Fn. 3), S. 95 ff. In den Niederlanden dürfte dagegen das „verfassungsfremde“ Thema Nettobeitragszahler und die Angst vor einem (weiteren) Souveränitätsverlust dominiert haben, auch dazu *Göhler/Jopp* (Fn. 3), S. 96.

Es fehle an der sozialen Begleitung einer sich ausschließlich einer offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb<sup>6</sup> verpflichtet fühlenden Politik der Europäischen Gemeinschaft.<sup>7</sup>

In der Politik- und daran anknüpfend auch in der (Europa)rechtswissenschaft wird dieses Phänomen verbreitet durch die Unterscheidung zwischen negativer und positiver Integration erfasst. Dabei bezeichnen die Begriffe nicht wirtschaftliche Prozesse als solche, sondern unterschiedliche politische bzw. rechtliche Konzepte zur Herstellung eines einheitlichen europäischen Wirtschaftsraums.<sup>8</sup> Dabei wird unter negativer Integration ein auf Marktöffnung, sprich den Abbau von Handelshemmnissen und Wettbewerbsverfälschungen, gerichteter Prozess – ich vermeide bewusst den Begriff Politik, weil „negative Integration“ oftmals mit der Vorstellung verbunden ist, sie beruhe nicht auf einer Entscheidung demokratisch legitimer Entscheidungsträger (in Gestalt der Mitgliedstaaten als Schöpfer und Herren der Verträge), sondern komme weitgehend ungesteuert und willkürlich in Gestalt insbesondere von Entscheidungen des EuGH „über uns“ – durch die Anwendung der Grundfreiheiten des EG-Vertrages und das EG-Wettbewerbsrecht verstanden, während positive Integration die „Ausübung wirtschaftspolitischer und regulativer Kompetenzen auf der Ebene der größeren wirtschaftlichen Einheit“, mithin durch die Rechtssetzungsorgane der EG meint.<sup>9</sup> Im Hinblick auf den Prozess der wirtschaftlichen Integration in der EG wird sodann eine Asymmetrie zwischen negativer und positiver Integration diagnostiziert und das attestierte Zurückbleiben der positiven gegenüber der negativen Integration vor allem in der Politikwissenschaft mit dem Entstehen einer sozialen Schieflage in Verbindung gebracht – dieser Einschätzung entspricht auch die pejorative Konnotation des Begriffs „negative Integration“.<sup>10</sup> Auch in der Rechtswissenschaft wird auf die Gefahren dieser Entwicklung hingewiesen. So sieht etwa *Ernst-Wolfgang Bockenförde* „die einstmals mühsam erkämpfte Einheit von Staatsraum, geregelter Wirtschaftsraum und Sozialraum, eine Geschäftsgrundlage des modernen Wohl-

6 Vgl. zu dieser Zielstellung die Art. 4 Abs. 1, 98 EG.

7 Daneben wird beklagt, dass die EG auch die Bereiche der Daseinsvorsorge bzw. den „service public“ oder in der Terminologie des EG-Vertrages die „Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse“ dem „Diktat“ von Marktöffnung und Wettbewerb aussetze.

8 Vgl. nur *Fritz W. Scharpf*, Regieren in Europa, 1999, S. 49.

9 *Scharpf* (Fn. 8), S. 49. Vgl. zu weiteren – auch in der Sache teils leicht abweichenden – Definitionen *Thorsten Kingreen*, Das Sozialstaatsprinzip im Europäischen Verfassungsverbund, 2003, S. 7; *Ulrich Haltern*, Europarecht, 2005, S. 545; *Hans-Jürgen Wagener/Thomas Eger/Heiko Fritz*, Europäische Integration – Recht und Ökonomie, Geschichte und Politik, 2006, S. 24; *Volker Neumann*, Soziale Rechte und Partizipation, in: *Christoph Linzbach/Uwe Lübking/Stephanie Scholz/Bernd Schulte* (Hrsg.), Die Zukunft der sozialen Dienste vor der Europäischen Herausforderung, 2005, S. 183 (199); *ders.*, Besprechung der Habilitationsschrift von *Thorsten Kingreen*, Der Staat 44 (2005), S. 494 (494); *Karl-Jürgen Bieback*, Europäischer Sozialstaat und soziale Grundrechte, in: *Stephan Albrecht/Werner Goldschmidt/Gerhard Stuby* (Hrsg.), Die Welt zwischen Recht und Gewalt, 2003, S. 89 (90 f.). Vgl. zu weiteren Differenzierungen in der Begrifflichkeit *Michael Zürn*, Die Implementation internationaler Umweltregime und „positive Integration“, MPIFG Discussion Paper 96/3, S. 8 f.

10 Vgl. zu der Einschätzung, dass mit der Unterscheidung zwischen negativer und positiver Integration im Allgemeinen ein Bedauern über das Voraneilen der negativen gegenüber der positiven Integration einhergeht, *Zürn* (Fn. 9), S. 6.

fahrtsstaates und sozialer Marktwirtschaft“ in Frage gestellt.<sup>11</sup> Für *Thorsten Kingreen* war der skizzierte Befund und die damit verbundene steuerungspolitische Problematik gar zentraler Anlass für seine im Jahre 2003 vorgelegte Habilitationsschrift *Das Sozialstaatsprinzip im Europäischen Verfassungsverbund*: „Gerade in den Bereichen, in denen die positive Integration kaum fortgeschritten ist, werden die Auswirkungen der negativen Integration (...) als besonders einschneidend wahrgenommen. Die Asymmetrie zwischen der immer weiter fortschreitenden negativen Integration führt zu einer problematischen Aufspaltung der Gemeinwohlvorsorge, die sich als Abbild der abnehmenden Steuerungsfähigkeit der Nationalstaaten im Internationalisierungsprozess darstellt: Der Gemeinschaft fehlt die Kompetenz zu positiver Rechtssetzung, weil die Mitgliedstaaten um ihre Souveränität fürchten; diese verlieren aufgrund des weiten Verständnisses der Binnenmarktrechte, insbesondere der Grundfreiheiten, zunehmend die Fähigkeit, auf sozial unerwünschte Nebenfolgen grenzüberschreitender Transaktionen zu reagieren.“<sup>12</sup> *Kingreen* hat sodann darauf hingewiesen, dass zur Lösung dieses Problems prinzipiell zwei Wege in Betracht kommen: „Entweder schreitet die positive Integration durch Kompetenzübertragungen auf die Gemeinschaft [im Wege der Vertragsänderung, der Verf.] weiter voran oder die Reichweite der negativ integrierenden Normen wird [im Wege der Auslegung, der Verf.] auf ein Maß zurückgestutzt, die den Mitgliedstaaten in ihrem Zuständigkeitsbereich die erforderliche Gestaltungsfreiheit belässt.“<sup>13</sup> Um eine rechtsdogmatische Fragestellung handelt es sich nur im Hinblick auf den letztgenannten Lösungsweg, auf den *Kingreen* sich nachfolgend konzentriert. Insoweit hat er zur Zurückdrängung negativer Integration insbesondere den Vorschlag unterbreitet und begründet, die Grundfreiheiten entgegen der Judikatur der Gemeinschaftsgerichtsbarkeit und der herrschenden Lehre nicht als Freiheits-, sondern lediglich als (besondere) Gleichheitsrechte zu verstehen.<sup>14</sup> Mit anderen Worten soll eine engere Auslegung des Primärrechts den berechtigten sozialpolitischen Anliegen der Mitgliedstaaten und der Unionsbürger Rechnung tragen. Ob diesem Vorschlag zukünftig Erfolg beschieden sein wird, muss angesichts eines – ungeachtet einiger dogmatischer Inkonsistenzen – im Kern gefestigten Verständnisses der Grundfreiheiten als Freiheitsrechte bzw. Beschränkungsverbote in der Judikatur der Gemeinschaftsgerichtsbarkeit als fraglich gelten und soll hier jedenfalls dahin stehen. Vielmehr will ich in diesem Beitrag zeigen, dass die oftmals dichotomische Gegenüberstellung der (inhaltlichen) Wirkungen von negativer und positiver Integration jedenfalls jenseits des Binnenmarktrechts nicht durchgehalten werden kann, dass negative Integration vielmehr einen durchaus substanziellen Beitrag zu einer

11 *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, Welchen Weg geht Europa?, in: ders., Staat, Nation, Europa, 1. Aufl., 1999, S. 68 (80).

12 *Kingreen* (Fn. 9), S. 7.

13 *Kingreen* (Fn. 9), S. 8.

14 *Kingreen* (Fn. 9), S. 445 ff.; ders., Die Struktur der Grundfreiheiten des Europäischen Gemeinschaftsrechts, 1999, S. 115 ff.

Sozial- und Bildungsunion leisten kann. Insofern werde ich einen Bereich beleuchten, in den in jüngerer Zeit durch verschiedene Judikate des EuGH eine besondere – freilich nicht immer in die gleiche Richtung weisende – Dynamik gekommen ist, nämlich den Bereich sozial motivierter Transferleistungen, namentlich die Gewährung von Sozialhilfe und von Leistungen zur Ausbildungsförderung.<sup>15</sup> Bevor ich mich aber näher mit der EG als Sozial- und Bildungsunion befasse, gilt es die Begriffe der positiven und negativen Integration zu verdeutlichen und gleichzeitig, weil damit untrennbar verbunden, die Geschichte der EG als Geschichte von negativer und positiver Integration oder besser vor der Folie dieser Unterscheidung zu skizzieren. Eine Präzisierung ist angezeigt, weil bei der Verwendung der Begrifflichkeiten teils kategorial Verschiedenes einander gegenübergestellt wird, insbesondere Inhalt und Struktur nicht genügend auseinander gehalten werden. Eine Begriffsklärung ist also aus Gründen der Systematisierung nützlich und gar unverzichtbar. Die historischen Exkurse mögen schließlich auch veranschaulichen, dass die verbreitete und vereinseitigende Verantwortungszuweisung an den EuGH für eine „Politik sozialer Kälte“ durch negative Integration zu kurz greift.

## II. Negative und positive Integration im Prozess der Binnenmarktwerdung

Die Unterscheidung zwischen negativer und positiver Integration<sup>16</sup> hat ihre Wurzeln in der Theorie der Wirtschaftspolitik<sup>17</sup> und geht – soweit ersichtlich – auf die fünfziger Jahre des letzten Jahrhunderts und den Ökonometriker und ersten Träger des Nobelpreises für Ökonomie,<sup>18</sup> den Niederländer *Jan Tinbergen*, zurück.<sup>19</sup> Dabei knüpft die Unterscheidung bei *Tinbergen* weniger an inhaltliche, sondern vor allem an strukturelle Differenzen an. Zentrales Kennzeichen der negativen Integration ist das Destruktive, nämlich die Abschaffung von Handelshemmnis-

15 In den Bereich der Bildungsunion gehört ferner EuGH, Urt. v. 7.7.2005, Rs. C-147/03, Kommission/Österreich, EuZW 2005, S. 465 ff, in welchem der Gerichtshof in der Ausgestaltung des österreichischen Zulassungsrechts zum Hochschulstudium insbesondere einen Verstoß gegen die Verpflichtungen aus den Art. 12 EG i.V.m. den Art. 149 f. EG erkennt.

16 Unter Integration wird zumeist (nicht ein Zustand resp. ein Ergebnis, sondern) ein Prozess verstanden, in welchem eine Vielheit allmählich zu einer Einheit zusammenwächst, vgl. nur *John Pinder*, Positive integration and negative integration – Some problems of economic union in the EEC, in: *World Today* 24 (1969), S. 88 (88); *Albert Bleckmann*, Europarecht, 5. Aufl., 1990, Rn. 496: „zusammenschmilzt“.

17 So auch die Einordnung bei *Scharpf* (Fn. 8), S. 49 unter Verweis auf *Jan Tinbergen*, *International Economic Integration*, 2. Aufl., 1965.

18 1969 zusammen mit dem Norweger *Ragnar Frisch*.

19 Vgl. *Jan Tinbergen*, *International Economic Integration*, 2. Aufl., 1965, S. 76 ff. Die Unterscheidung findet sich in der Sache und leicht modifiziert auch begrifflich („negative integration“ sowie „positive policy of integration“) schon in der 1. Aufl., 1954/55, S. 117 ff, insbesondere S. 122. Grundlegend, mit gegenüber *Tinbergen* freilich schon modifiziertem Begriffsverständnis auch *Pinder* (Fn. 16), S. 88 ff. und zur Modifizierung insbesondere S. 90 mit Fn. 3. *Pinders* Definition von negativer Integration, nämlich als auf die Beseitigung von Diskriminierungen gerichtete Maßnahmen, muss vor dem Hintergrund seiner Zeit verstanden werden. 1968 wurden die Grundfreiheiten noch nicht als Beschränkungs-, sondern unisono als bloße Diskriminierungsverbote qualifiziert.

sen im Interesse der Herstellung eines funktionierenden Binnenmarkts. Positive Integration ist bei *Tinbergen* dagegen „positive action“<sup>20</sup> bzw. kreativ,<sup>21</sup> was gleichermaßen Maßnahmen umfasst, welche den Prozess des Abbaus von Handelshemmnissen beschleunigen oder effektuieren wie auch solche, die diesen Prozess regulativ gestalten.<sup>22</sup> Im Zuge der Anpassung an und der Fruchtbarmachung für das reale Projekt der europäischen wirtschaftlichen Integration im Rahmen der E(W)G wurden dieser Unterscheidung sodann vor allem zwei Elemente hinzugefügt: Die Unterscheidung zwischen Primär- und Sekundärrecht und wegen der insoweit divergierenden Verantwortlichkeiten eine (insbesondere in der Politikwissenschaft breit analysierte und diskutierte) institutionelle Dimension. Danach meint positive Integration nach verbreiteter Auffassung schlicht Maßnahmen der EG in Ausübung ihrer Rechtssetzungskompetenzen, also die Verabschiedung europäischen Sekundärrechts, wofür vor allem der Rat und das Europäische Parlament zuständig sind. Eine marktkorrigierende Wirkung des Sekundärrechtsakts ist dagegen im Einklang mit den meisten (neueren) Definitionsangeboten,<sup>23</sup> aber entgegen einer (noch) verbreiteten Intuition nicht begriffsnotwendig. Unter negativer Integration wird dagegen die Beseitigung nationaler Handelshemmnisse im Interesse der Herstellung eines freien Binnenmarktes unter Rekurs auf die Grundfreiheiten des EG-Vertrages (und das europäische Wettbewerbsrecht) verstanden – als zentrale Akteure zur Herstellung dieser Form der Integration werden aber nicht etwa die Mitgliedstaaten als Schöpfer und Herren der Verträge und mithin auch der primärrechtlichen Grundfreiheiten genannt; vielmehr wird die Verantwortung zumeist dem Europäischen Gerichtshof (und teils der Kommission) zugewiesen.<sup>24</sup> Hintergrund dieser Zuordnung ist die (zutreffende) Diagnose, wonach der EuGH beim Umgang mit den die negative Integration tragenden Grundfreiheiten weniger Normauslegung als Rechtssetzung oder jedenfalls Rechtsfortbil-

20 *Jan Tinbergen*, *International Economic Integration*, 1. Aufl., 1954/55, S. 122.

21 So ausdrücklich *Jan Tinbergen*, *International Economic Integration*, 2. Aufl., 1965, S. 76: „création“, einschließlich „modification“.

22 *Tinbergen* (Fn. 20), S. 122.

23 Deziert *Volker Neumann*, in: Christoph Linzbach/Uwe Lübking/Stephanie Scholz/Bernd Schulte (Hrsg.), *Die Zukunft der sozialen Dienste vor der Europäischen Herausforderung*, 2005, S. 183 (199): „schlicht die Kompetenz der Gemeinschaft zur Rechtssetzung“; *Wagener/Eger/Fritz* (Fn. 8), S. 24: „die Schaffung gemeinsamer politischer Regelungen“. Vgl. auch die in Fn. 9 nachgewiesene Definition von *Scharpf*, der in Abkehr und zumindest Klarstellung gegenüber früheren Beiträgen (Politische Optionen im vollendeten Binnenmarkt, in: Markus Jachtenfuchs/Beate Kohler-Koch [Hrsg.], *Europäische Integration*, 1. Aufl., 1996, S. 109 ff., dazu *Zürn* [Fn. 8], S. 8) die Unterscheidung zwischen negativer und positiver Integration ausdrücklich nicht (mehr) an der Unterscheidung zwischen marktschaffend und marktkorrigierend festmacht. Vgl. zu weiteren Definitionsangeboten die Nachweise in Fn. 8.

24 Vgl. nur *Scharpf* (Fn. 8), S. 53 und öfter.



dung<sup>25</sup> betrieben habe.<sup>26</sup> Allerdings hat der Europäische Gerichtshof für diesen schöpferischen Umgang mit dem Gemeinschaftsrecht in der (deutschen) Europarechtswissenschaft lange Zeit eher Zu- als Widerspruch erfahren – das gilt zumal für die Hochzeit der „negativen Integration“, nämlich die Zeit von 1970 bis weit in die zweite Hälfte der 1980er Jahre. Zwar wurde das eine oder andere vorsichtige methodische Fragezeichen hinter diese Rechtsprechung des EuGH gesetzt – um ein Massenphänomen handelte es sich freilich nicht. Kennzeichnend für die Reaktion einer breiten Mehrheit in der (deutschen) Europarechtswissenschaft war zu dieser Zeit vielmehr die Freude oder zumindest Erleichterung darüber, dass die Europäische Integration überhaupt voranschritt. Auch in Politik, Medien und Bevölkerung regte sich damals kaum nennenswerter Widerstand gegen die Europäisierung durch negative Integration. Diese weit gehende Einigkeit muss angesichts der lange vertrauten Kontroverse zwischen den (so genannten) „Wirtschafts- bzw. Neoliberalen“ einerseits und den (so genannten) „Interventionisten“ andererseits überraschen. Gegenüber einer durchweg marktschaffend wirkenden „negativen Integration“ hätte man einen entschiedene(re)n Widerstand „interventionistischer“ Wissenschaftler, politischer Parteien und Interessengruppen erwarten können.<sup>27</sup> Indes schlug das Herz der Interventionisten gerade in dieser Zeit nicht nur „links“, sondern auch besonders heftig proeuropäisch. Diese dezidiert proeuropäische Haltung der (deutschen) Interventionisten – und hier schließt sich der Kreis zur „positiven Integration“ – fiel in eine Phase, in welcher die EG in der Politikgestaltung durch die Verabschiedung europäischen Sekundärrechts kaum vorankam. Es fehlte an der Bereitschaft der Mitgliedstaaten, das Europäische Projekt im Ministerrat durch die Verabschiedung europäischen Sekundärrechts weiter zu entwickeln.<sup>28</sup> Für das Jahrzehnt vor der Verabschiedung des Binnenmarktwoißbuchs (1985)<sup>29</sup> und der Einheitlichen Europäischen Akte (1986/87) ist demgemäß ein gegenüber der negativen Integration signifikantes Zurückbleiben positiver Integration zu attestieren. Indes wurde dieser Befund noch kaum mit der

- 25 Vgl. allgemein zur schöpferischen Rechtsprechung resp. Rechtsfortbildung des EuGH nur *Christian Calliess*, Rechtsprechung und Europarecht – Zum Richterrecht in der EG, in: Wilfried Erbguth/Johannes Masing (Hrsg.), *Die Bedeutung der Rechtsprechung im System der Rechtsquellen: Europarecht und nationales Recht*, 2005, S. 155 ff.; *ders.*, Grundlagen, Grenzen und Perspektiven europäischen Richterrechts, NJW 2005, S. 929 ff.; *Rudolf Streinz*, Die Auslegung des Gemeinschaftsrechts durch den EuGH, ZEuS 2004, S. 387 ff.
- 26 Vgl. dazu *Hans D. Jarass*, Die Kompetenzverteilung zwischen der Europäischen Gemeinschaft und den Mitgliedstaaten, AöR 121 (1996), S. 173 (194); *Marion Simm*, Der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften im föderalen Kompetenzkonflikt, 1998, S. 72; *Heinrich Beisse*, Rechtsfortbildung durch den Europäischen Gerichtshof, StVJ 1992, S. 42 (44).
- 27 Umgekehrt fand diese Rechtsprechung eben wegen der marktschaffenden Wirkungen der „negativen Integration“ auch bei den gegenüber Souveränitätsverlusten eher reservierten Konservativen ob ihrer zumeist wirtschaftsliberalen Gesinnung verbreitet Zustimmung.
- 28 Vor allem deshalb wird der EG (zumeist etwa) für den Zeitraum von der Mitte der siebziger bis in die Mitte der achtziger Jahre des letzten Jahrhunderts eine Eurosklrose diagnostiziert. Freilich waren die institutionellen Rahmenbedingungen für ein Fortschreiten im Wege der Verabschiedung europäischen Sekundärrechts schon wegen des in den allermeisten Bereichen geltenden Einstimmigkeitsanfordernisses wenig geeignet. Ein zusätzliches Erschweren bildete der so genannte Luxemburger Kompromiss von 1966, dazu *Rolf Lahr*, Die Legende vom „Luxemburger Kompromiß“, EA 1983, S. 223 ff.
- 29 Prägnant dazu *Thomas Oppermann*, Europarecht, 3. Aufl., 2005, § 1 Rn. 34.

dezidierten Forderung verbunden, die Asymmetrie zwischen negativer und positiver Integration im Interesse einer sozialen Arrondierung des Gemeinsamen Markts bzw. Binnenmarkts zu beseitigen.

So war dann auch die Einheitliche Europäische Akte zwar darauf gerichtet, Maßnahmen der positiven Integration durch die Abschaffung des Einstimmigkeitserfordernisses im Ministerrat der EG in wesentlichen Politikbereichen – zu nennen ist zuvörderst Art. 95 EG (ex-Art. 100a E[W]GV) – zu erleichtern,<sup>30</sup> indes zielte dies entsprechend den Vorschlägen des Binnenmarktweißbuchs keineswegs primär auf Marktkorrektur durch positive Integration, sondern ganz im Gegenteil darauf, die weiter bestehenden Handelshemmnisse, welche mittels negativer Integration und insbesondere der Grundfreiheiten des E(W)G-Vertrages (vom EuGH) nicht beseitigt worden waren, durch Sekundärrechtsakte, also im Wege positiver Integration zu beseitigen.<sup>31</sup> Diesem Projekt „Vollendung des Binnenmarkts“ war sodann in einer relativ kurzen Phase einer Binnenmarkt- und gar Europaeuphorie am Ende der achtziger und zu Beginn der neunziger Jahre nachhaltiger Erfolg beschieden. Als sich diese Euphorie bereits im Kontext der Diskussion über den Vertrag zur Gründung einer Europäischen Union – so genannter Vertrag von Maastricht – abschwächte, war das Projekt des Abbaus der Handelshemmnisse resp. der Vollendung des Binnenmarkts durch (Primär- und) Sekundärrecht bereits weitgehend verwirklicht.<sup>32</sup>

Mit dem Maastricht-Vertrag beginnt dann eine im Kern bis heute andauernde Phase, die von Skepsis bis Ablehnung gegenüber EU und EG geprägt ist, was nicht zuletzt in der verbreiteten Ablehnung des Verfassungsvertrages zum Ausdruck kommt. Dabei lassen sich jenseits diffuser Vorbehalte und Ängste im Wesentlichen zwei (sich im Hinblick auf eine Gestaltung durch positive Integration diametral gegenüber stehende) Stoßrichtungen der Kritik ausmachen. Die eine, insbesondere von den Konservativen vertretene und hier nicht weiter interessierende Stoßrichtung beklagt weniger eine *bestimmte* inhaltliche Ausrichtung der Europäischen (Wirtschafts)politik, sondern eher allgemein bzw. bereichsunspezifisch einen Kompetenzzuwachs und gar Kompetenzüberschreitungen der EU/EG.<sup>33</sup> In eine gänzlich andere Richtung zielt die bereits eingangs erwähnte Kritik, wonach das Binnenmarktprojekt keine ausreichende soziale Arrondierung erfährt und mangels einschlägiger Kompetenzen de lege lata auch nicht oder nur im We-

30 Freilich mögen die Mitgliedstaaten die Reichweite dieser Entscheidung nicht vollends übersehen haben, prägnant und instruktiv dazu *Haltern* (Fn. 9), S. 50 ff.

31 Vgl. zur sozialpolitischen Bedeutung der EEA und der Sozialpolitik der Folgezeit *Görg Haverkate/Stefan Huster*, *Europäisches Sozialrecht* 1999, Rn. 28 ff.

32 Vgl. dazu *Wolfgang Kahl*, in: Christian Calliess/Matthias Ruffert (Hrsg.), *EU-/EGV*, 3. Aufl., 2006, Art. 14 EG, Rn. 28 f.; *Oppermann* (Fn. 29), § 1 Rn. 34 und ausführlicher *Jörn Pipkorn/Angela Bardenhewer/Hans Claudius Taschner*, in: Hans von der Groeben/Jürgen Schwarze (Hrsg.) *EU-/EGV*, 6. Aufl., 2003, Art. 14 EG, Rn. 1 ff.

33 In diese Linie der Kritik fügt sich das viel beachtete Tabakwerberichtlinie-Urteil des EuGH vom Oktober 2000, Rs. C-376/96, Deutschland/Rat und EP, Slg. 2000, I-8149, welches die Grenzen positiver Integration jenseits des Abbaus von Handelshemmnissen und Wettbewerbsverfälschungen de lege lata deutlich macht.

ge schwerlich herbeizuführender einstimmiger Entscheidungen im Rat erfahren kann<sup>34</sup>, und verbindet dies eben teils mit der Diagnose einer Asymmetrie zwischen negativer und positiver Integration.

Ich komme zu einem kurzen Resümee, welches zugleich in die Befassung mit der Sozial- und Bildungsunion überleiten soll. Der historische und begriffshistorische Exkurs hat gezeigt, dass die marktkorrigierende Wirkung keine begriffsnotwendige Eigenschaft der positiven Integration beschreibt und positive Integration in der Realität der Binnenmarktwerdung sogar maßgeblich zum Abbau von Binnenmarkthemmnissen beigetragen, also marktschaffend gewirkt hat. Die These, wonach die Europäisierung (und Globalisierung) der Märkte dazu führt, dass immer mehr (interne) regulative Parameter unter Wettbewerbsdruck stehen,<sup>35</sup> ist zwar richtig, indes ist dies keineswegs allein der negativen Integration geschuldet. Es war vielmehr ein Zusammenspiel von negativer und positiver Integration, welches für das heute weitgehend vollendete Binnenmarktprojekt verantwortlich zeichnet – ein Binnenmarkt, der zwar umweltpolitisch, nicht aber sozial durchaus substanziell eingeeht. Dabei ist gerade im Hinblick auf die nachfolgend zu analysierenden gemeinschaftsrechtlich fundierten Ansprüche auf soziale Transferleistungen hervorzuheben, dass – fokussiert man auf die großen Linien beim Abbau der Handelshemmnisse in der EG – es zunächst nahezu allein die negative Integration (in Gestalt einer schöpferischen Auslegung der Grundfreiheiten seitens des EuGH) war, welche diesen Prozess vorantrieb. Und – die These erscheint mir alles andere als kühn – die nachfolgende durch positive Integration (Sekundärrecht) herbeigeführte weit gehende Vervollkommenung dieses Prozesses wurde durch die vorgängige schöpferische Judikatur des EuGH zur Auslegung der Grundfreiheiten politisch erst möglich. Die positive ist der negativen Integration also im Hinblick auf den Abbau der Handelshemmnisse nicht nur zeitlich nachgefolgt, sondern war auch von ihr inspiriert; kehrseitig hat die positive Integration die methodisch teils fragwürdigen (wenn auch in ihrer Zeit kaum in Frage gestellten) Ergebnisse der negativen Integration nicht nur weiterentwickelt, sondern auch abgesichert. Zur Illustration dieser These sei nur auf die nicht immer in die gleiche Richtung weisende Entwicklung der Dogmatik der primärrechtlichen Warenverkehrsfreiheit verwiesen, welche eine gewisse Volatilität der EuGH-Rechtsprechung verdeutlicht.<sup>36</sup>

Die beschriebene Entwicklung soll keineswegs in Frage stellen, dass Marktkorrekturen im *Binnenmarkt*kontext (wohl) allein durch positive Integration bewirkt werden können und wurden; als Beispiele seien die EG-Umwelt- und Verbrau-

34 Vgl. zu den sozialpolitischen Rechtsgrundlagen des EG-Vertrages *Oppermann* (Fn. 29), § 27 Rn. 5 ff. und ausführlich zur Entwicklung der sozialpolitischen Kompetenzen der E(W)G bis zum Vertrag von Amsterdam *Haverkate/Huster* (Fn. 31), Rn. 22 ff.

35 Vgl. dazu oben bei Fn. 12.

36 Instruktiv zu dieser Dogmatik und ihrer Entwicklungen und Inkonsistenzen *Thorsten Kingreen*, in: Christian Calliess/Matthias Ruffert (Hrsg.), *EU-/EGV*, 3. Aufl., 2006, Art. 28 EG, Rn. 127 ff.

cherschutzpolitik<sup>37</sup> genannt. Aber die marktkorrigierende Wirkung und mithin ein sachlich-inhaltliches Merkmal sind eben für die positive Integration nicht begriffsnotwendig; die Differenzierung zwischen marktschaffend und marktkorrigierend ist kein Gesichtspunkt, welcher die Unterscheidung zwischen negativer und positiver Integration zu tragen vermag. Maßgeblich ist vielmehr – und damit ist auch das hier freilich im Hinblick auf die Grundfreiheitenjudikatur nicht zu vertiefende juristische Problem gekennzeichnet –, dass negative Integration in der Gestalt einer schöpferisch-ausgreifenden Binnenmarktrechtsprechung des EuGH eher gestaltend als rechtsauslegend und -anwendend<sup>38</sup> „daher kommt“, während diese Gestaltungsaufgabe nach der Konzeption des EG-Vertrags doch vor allem der Sekundärrechtssetzung durch den Rat und das Europäische Parlament zugewiesen ist. Verschärft wird die Problematik noch dadurch, dass der EuGH die EG-Sekundärrechtssetzung verpflichtet, die von ihm „ausgelegten“ (primärrechtlichen) Grundfreiheiten zu beachten,<sup>39</sup> die Gestaltungsspielräume der positiven Integration also nach Maßgabe „seiner“ negativen Integration verengt.

Vor dem Hintergrund dieses Befundes zu Begriff und Stellenwert von negativer und positiver Integration im Prozess der EG-Binnenmarktwerdung komme ich nun zur negativen und positiven Integration im Rahmen sozial motivierter Transferleistungen als Beitrag zu einer Sozial- und Bildungsunion. Dabei sei vorweg genommen, dass sich bemerkenswerte strukturelle und chronologische Parallelen in dem Wirksamwerden von negativer und positiver Integration im Binnenmarktkontext einerseits und bei der Anerkennung gemeinschaftsrechtlich fundierter Sozialleistungsansprüche andererseits zeigen werden.

37 Vgl. zur instrumentellen Ambivalenz einer an den wirtschaftlichen Interessen der Verbraucher ausgerichteten Politik – der wirtschaftliche Verbraucherschutz hat eine sozialstaatlich-schutzbezogene und eine freiheitlich-wettbewerbsöffnende Facette – Wolfram Cremer, in: Sebastian M. Heselhaus/Carsten Nowak (Hrsg.), Handbuch des Grundrechtsschutzes in der Europäischen Union, 2006, § 62 Rn. 36; Norbert Reich, in: ders./Hans-Wolfgang Micklitz, Europäisches Verbraucherrecht, 4. Aufl., 2003, S. 39, 142 ff.

38 Damit sollen hier keineswegs die Schwierigkeiten einer (randscharfen) Abgrenzung zwischen Rechtsanwendung und Rechtssetzung in Abrede gestellt werden, vgl. dazu jüngst mit zahlreichen Nachweisen Ralf Poscher, Rechtsprechung und Verfassungsrecht, in: Wilfried Erbguth/Johannes Masing (Hrsg.), Die Bedeutung der Rechtsprechung im System der Rechtsquellen: Europarecht und nationales Recht, 2005, S. 127 ff.

39 Die Judikatur ist insoweit zwar nicht frei von Ungereimtheiten. Insbesondere wird nicht ganz deutlich, ob die EG unmittelbar an die Grundfreiheiten des EG-Vertrages, etwa Art. 28 EG, gebunden sein soll oder nur an die in den Grundfreiheiten zum Ausdruck kommenden Grundsätze, etwa die Grundsätze des freien Warenverkehrs, vgl. dazu Kingreen (Fn. 36), Art. 28 EG, Rn. 109 f.; Wolfram Cremer, Forschungssubventionen im Lichte des EGV, 1995, S. 187 ff.

### III. Die EG als Sozial- und Bildungsunion: Soziale Transferleistungen

#### 1. Keine Ansprüche auf soziale Transferleistungen ohne Anknüpfung an eine Grundfreiheit

Die Frage, ob das Gemeinschaftsrecht Staatsangehörigen anderer Mitgliedstaaten<sup>40</sup> Ansprüche auf soziale Transferleistungen verbürgt, beschäftigt den EuGH bereits seit mehreren Jahrzehnten. Dabei ging es niemals um die Begründung originärer Leistungsrechte, sondern stets um derivative Teilhaberechte,<sup>41</sup> sprich um eine Gleichbehandlung mit den eigenen Staatsangehörigen des jeweiligen Mitgliedstaats. Insoweit sind grundsätzlich zwei Konstellationen zu unterscheiden und zwar Ansprüche auf soziale Transferleistungen unter Anknüpfung an eine Grundfreiheit, vor allem die Arbeitnehmerfreizügigkeit nach Art. 39 EG,<sup>42</sup> und solche ohne Anknüpfung an eine Grundfreiheit. Ersterem will ich mich heute freilich nur am Rande zuwenden;<sup>43</sup> fokussieren will ich vielmehr auf Ansprüche auf soziale Transferleistungen ohne Anknüpfung an die Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit resp. eine Grundfreiheit.

Solchen Ansprüchen stand der EuGH bis in die jüngere Vergangenheit durchweg ablehnend gegenüber. Soziale Transferleistungen wie Sozialhilfe oder Ausbildungsförderung konnten zwar in Anknüpfung an eine Grundfreiheit, etwa im Anschluss an die Beschäftigung in einem anderen Mitgliedstaat oder, wie ergänzende Sozialhilfe, zeitlich parallel zu einer solchen Beschäftigung unter Berufung auf die Arbeitnehmerfreizügigkeit – insbesondere Art. 7 Abs. 2 VO 1612/68/EWG –<sup>44</sup> geltend gemacht werden;<sup>45</sup> soweit ein Unionsbürger aber keinerlei wirtschaftliche Tätigkeit in einem anderen Mitgliedstaat entfaltet hatte, hat der EuGH

40 Vgl. zu Sozialleistungsansprüchen – namentlich Ausbildungsförderung – türkischer Staatsangehöriger in einem EU-Mitgliedstaat unter Anknüpfung an die Beschäftigung in eben diesem EuGH, Urt. v. 7.7.2005, Rs. C-374/03 (Gürol), EuZW 2005, S. 667.

41 Vgl. zu dieser Begrifflichkeit *Wolfram Cremer*, Freiheitsgrundrechte, 2003, S. 360 ff.

42 Vgl. zur rechtlichen Gleichbehandlung der in praxi weniger bedeutenden Niederlassungsfreiheit *Wolfram Cremer*, Unterhaltstipendien für Studierende aus anderen Mitgliedstaaten nach dem Grzelczyk-Urteil des EuGH – Ausbildungsförderung für alle?, WissR 36 (2003), S. 128 (141 f.).

43 Vgl. dazu *Stephanie Bode*, Europarechtliche Gleichbehandlungsansprüche Studierender und ihre Auswirkungen in den Mitgliedstaaten, 2005, S. 340 ff. und 374 ff.; *Cremer* (Fn. 42), S. 129 ff.

44 Danach genießen Wanderarbeitnehmer die gleichen „sozialen Vergünstigungen“ wie inländische Arbeitnehmer. Nachdem der EuGH in einem ersten Urteil zur Auslegung des Merkmals „soziale Vergünstigungen“ aus dem Jahre 1973 (EuGH, Rs. 76/72 (Michel S.), Slg. 1973, 457) dieses noch sehr restriktiv interpretierte, plädiert er seit 1975 für eine weite Auslegung. Soziale Vergünstigungen seien nicht „nur die mit der Beschäftigung verbundenen“ Vergünstigungen (so noch EuGH, ebenda, Rn. 6/10), sondern all diejenigen, „die – ob sie an einen Arbeitsvertrag anknüpfen oder nicht – den inländischen Arbeitnehmern im allgemeinen hauptsächlich wegen deren objektiver Arbeitnehmerereignschaft oder einfach wegen ihres Wohnsitzes im Inland gewährt werden und deren Ausdehnung auf die Arbeitnehmer, die Staatsangehörige eines anderen Mitgliedstaats sind, deshalb als geeignet erscheint, deren Mobilität innerhalb der Gemeinschaft zu fördern“, st. Rspr. seit EuGH, Rs. 207/78 (Even), Slg. 1979, 2019, Rn. 22.

45 EuGH, Rs. 39/86 (Lair), Slg. 1988, 3161; Rs. 197/86 (Brown), Slg. 1988, 3205; Rs. C-357/89 (Raulin), Slg. 1992, I-1027 und zur ergänzenden Sozialhilfe EuGH, Rs. 139/85 (Kempf), Slg. 1986, 1741.

Gleichbehandlungsansprüche im Hinblick auf soziale Transferleistungen unter Einschluss von Ausbildungsförderung in ständiger Rechtsprechung abgelehnt.<sup>46</sup>

## 2. Die primärrechtliche Unionsbürgerschaft als Grundlage für derivative Teilhabe an sozialen Transferleistungen

Umso mehr Aufmerksamkeit hat der im Jahre 1998 mit der Entscheidung in der Rechtssache *Sala*<sup>47</sup> einsetzende und im Jahr 2001 im *Grzelczyk*-Urteil gar ausdrücklich vollzogene Rechtswandel erregt. Im *Sala*-Urteil entschied der EuGH, dass die Mitgliedstaaten verpflichtet sind, jeden Unionsbürger aus einem anderen Mitgliedstaat im Hinblick auf soziale Vergünstigungen genauso zu behandeln wie die eigenen Staatsangehörigen, soweit sich dieser nur – aus welchen Gründen auch immer, Frau *Sala* konnte ihr Aufenthaltsrecht jedenfalls auf das Europäische Fürsorgeabkommen von 1953 stützen –<sup>48</sup> rechtmäßig in diesem Mitgliedstaat aufhält. Rechtliche Grundlage der *Sala*-Entscheidung waren Normen des Primärrechts und zwar das so genannte allgemeine Diskriminierungsverbot gem. Art. 12 EG (damals Art. 6 EGV) i.V.m. mit den die Unionsbürgerschaft betreffenden Art. 17 f. EG (damals Art. 8 und 8a EGV), wobei die genaue normative Verknüpfung (Art. 17 Abs. 1 und/oder 2 und/oder Art. 18 Abs. 1 EG) nicht deutlich wird.<sup>49</sup> Die Entscheidung wurde in der Literatur zwar durchaus zur Kenntnis genommen, stärkere Beachtung fand sie aber erst nach dem *Grzelczyk*-Urteil und weiteren Nachfolgeentscheidungen.<sup>50</sup> Dies war wohl der Tatsache geschuldet, dass im konkreten Fall die Verweigerung bzw. Gewährung von Erziehungsgeld nach dem Bundeserziehungsgeldgesetz (BERzGG) in Rede stand, nicht aber die Gewährung von Leistungen zur Bestreitung des allgemeinen Lebensunterhalts wie Sozialhilfe oder Ausbildungsförderung nach Maßgabe des BAföG. Und eine diesbezügliche Ausstrahlung der *Sala*-Entscheidung war angesichts der vorangegangenen Judikatur<sup>51</sup> und der Tatsache, dass im Sekundärrecht ein Recht auf Aufenthaltsnahme in einem anderen EU-Mitgliedstaat von dem Nachweis bzw. der Glaubhaftmachung ausreichender Mittel zur Bestreitung des Lebensunterhalts abhängig gemacht wurde,<sup>52</sup> auch keineswegs zu erwarten. Genau dies erfolgte dann aber im *Grzelczyk*-Urteil, welchem folgender Fall zugrunde lag: Der französische Staatsangehörige *Grzelczyk* nahm 1995 ein Sport-

46 Vgl. dazu sogleich im Text mit Nachweisen in Fn. 58.

47 EuGH, Rs. C-85/96 (*Sala*), Slg. 1998, I-2691.

48 Vgl. dazu insbesondere EuGH, Rs. C-85/96 (*Sala*), Slg. 1998, I-2691, Rn. 60 f.

49 Zentral scheint in diesem Urteil Art. 17 Abs. 2 EG (Art. 8 Abs. 2 EGV) zu sein, vgl. insbesondere Rn. 62 des *Sala*-Urteils.

50 Vgl. zur Kritik am *Sala*-Urteil Ingo Niemann, Von der Unionsbürgerschaft zur Sozialunion?, EuR 2004, S. 946 (948); Kai Hailbronner, Die Unionsbürgerschaft und das Ende rationaler Jurisprudenz durch den EuGH?, NJW 2004, S. 2185 (2188 f.); Florian Sander, Die Unionsbürgerschaft als Türöffner zu mitgliedstaatlichen Sozialversicherungssystemen?, DVBl. 2005, S. 1014 (1016 ff.).

51 Vgl. dazu die Nachweise unten Fn. 58.

52 Näher dazu unten Fn. 72.

studium an einer Universität in Belgien auf und kam in den ersten drei Studienjahren selbst für seinen Unterhalt und sein Studium auf. Er finanzierte sich ausschließlich durch verschiedene Beschäftigungen in Belgien. Zu Beginn des vierten und letzten Studienjahres beantragte er beim zuständigen Sozialamt in Belgien Sozialhilfe für eben dieses letzte Studienjahr. Der Antrag wurde (letztlich im Wesentlichen) abgelehnt,<sup>53</sup> obwohl ein Belgier in der Situation des *Grzelczyk* die Sozialhilfe gewährt bekommen hätte.

Bis zum *Grzelczyk*-Urteil war in der Rechtsprechung des EuGH anerkannt, dass Staatsangehörige aus anderen Mitgliedstaatlichen zwar im Hinblick auf den Zugang zu einem Studienplatz und insbesondere die Erhebung von Einschreibe- und Studiengebühren nicht schlechter behandelt werden dürfen als inländische Studierende, wohl aber bzgl. Leistungen der Ausbildungsförderung zur Bestreitung des allgemeinen Lebensunterhalts. Grundlage für den erstmals 1985 im *Gravier*-Urteil anerkannten Gleichbehandlungsanspruch bzgl. Einschreibe- und Studiengebühren<sup>54</sup> war das so genannte allgemeine Diskriminierungsverbot gem. Art. 12 Abs. 1 EG (damals Art. 7 EWGV, später Art. 6 EGV). Danach ist „(u)nbeschadet besonderer Bestimmungen dieses Vertrags (...) in seinem Anwendungsbereich jede Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit verboten“.<sup>55</sup> Problematisch war bzw. ist im Hinblick auf die Anwendbarkeit des Diskriminierungsverbots für Studiengebühren, ob deren Erhebung in den Anwendungsbereich des EG-Vertrages fällt. Der EuGH hat dies 1985 und nachfolgend vor allem unter Hinweis darauf bejaht, dass der (damalige) EWGV in seinem Art. 128<sup>56</sup> eine sich der Berufsausbildung widmende Vorschrift enthalte, die zwar der EWG in diesem Bereich keine Harmonisierungskompetenz gebe, wohl aber die Verabschiedung (unverbindlicher) allgemeiner Grundsätze zur Durchführung einer gemeinsamen Politik erlaube.<sup>57</sup> Wenig später hat der Gerichtshof dann allerdings entschieden, dass „beim gegenwärtigen Stand des Gemeinschaftsrechts“ – die Urteile bezogen sich sämtlich noch auf den EWGV – eine Förderung, welche Studierenden für den Lebensunterhalt und die Ausbildung gewährt wird, grundsätzlich nicht als im Anwendungsbereich des Vertrages im Sinne von Art. 7 EWGV (nunmehr Art. 12 EG) liegend zu qualifizieren sei.<sup>58</sup> Die Bildungspolitik als solche falle nämlich

53 Einzelheiten des Sachverhalts sollen hier nicht interessieren.

54 EuGH, Rs. 293/83 (*Gravier*), Slg. 1985, 573. Wichtige Anhaltspunkte im Hinblick auf diesen Zusammenhang enthielt freilich schon das Urteil des EuGH in der Rs. 152/52 (*Forchere*), Slg. 1983, 2323, dazu *Jutta Christine Möller*, Rahmenbedingungen der Hochschulzulassung, 2001, S. 201 ff.

55 Hier ist nicht der Ort für eine akribische Analyse von Art. 12 EG, dazu *Matthias Rossi*, Das Diskriminierungsverbot nach Artikel 12 EG-Vertrag, EuR 2000, S. 197 ff.; *Michael Schweitzer*, Art. 12 EGV – Auf dem Weg zum allgemeinen Gleichheitssatz?, in: Hans-Wolfgang Arndt/Franz-Ludwig Knemeyer/Dieter Kugelman/Werner Meng/Michael Schweitzer (Hrsg.), Festschrift für Walter Rudolf, 2001, S. 189 ff.

56 Art. 128 EWGV wurde durch den Vertrag von Maastricht aufgehoben. An Stelle dessen befassen sich heute die inhaltlich völlig veränderten Art. 149 f. EG (ex Art. 126 f. EGV) mit der allgemeinen und beruflichen Bildung.

57 Vgl. dazu und weiteren Einzelheiten der Begründung EuGH, Rs. 293/83 (*Gravier*), Slg. 1985, 573, Rn. 21 f.

58 EuGH, Rs. 197/86 (*Brown*), Slg. 1988, 3205, Rn. 18; Rs. 39/86 (*Lair*), Slg. 1988, 3161, Rn. 15; Rs. C-357/89 (*Raulin*), Slg. 1992, I-1027, Rn. 25; Rs. C-109/92 (*Wirth*), Slg. 1993, I-6447, Rn. 25.

nicht in den Anwendungsbereich des EWGV und auch die Sozialpolitik gehöre zur Zuständigkeit der Mitgliedstaaten, soweit sie nicht im Einzelfall Gegenstand besonderer Vorschriften des EWGV sei.<sup>59</sup> Der Beitrag der Rechtsprechung zur Schaffung einer Bildungs- und Sozialunion im Wege negativer Integration blieb demgemäß in der Sache zunächst bescheiden und erfuhr sicherlich auch deshalb, obwohl teils als kühne Rechtsfortbildung bezeichnet,<sup>60</sup> kaum nachhaltige Kritik.<sup>61</sup> Dies ändert sich freilich mit dem *Grzelczyk*-Urteil. In diesem Urteil judizierte der EuGH unter Rekurs auf die erst mit dem Maastricht-Vertrag in den EG-Vertrag eingefügte Unionsbürgerschaft – und unter Hinweis darauf, dass der Gerichtshof die Exklusion der Ausbildungsförderung aus dem Anwendungsbereich des EWGV stets unter den Vorbehalt des „derzeitigen Stands des Gemeinschaftsrechts“ gestellt hatte –, dass die *Grzelczyk* verweigerte Sozialhilfe sehr wohl in den Anwendungsbereich des Vertrags falle.<sup>62</sup>

Zur Begründung führt der EuGH aus, dass die in Art. 17 EG-Vertrag konstituierte Unionsbürgerschaft als grundlegender Status der Angehörigen der Mitgliedstaaten jedem Unionsbürger in jedem Mitgliedstaat einen umfassenden Anspruch auf Gleichbehandlung gebe, soweit das Gemeinschaftsrecht eine Ungleichbehandlung nicht ausdrücklich erlaube.<sup>63</sup> Auf das *Sala*-Urteil Bezug nehmend fügt der Gerichtshof hinzu, dass ein Unionsbürger, der sich rechtmäßig im Gebiet eines anderen Mitgliedstaats aufhält, sich in allen Situationen, die in den sachlichen Anwendungsbereich des Vertrages fallen, gegenüber diesem Mitgliedstaat auf Art. 12 EG berufen kann.<sup>64</sup> Eine solche Situation sei auch die Ausübung des allgemeinen Freizügigkeitsrechts durch Unionsbürger gem. Art. 18 EG.<sup>65</sup> Das Freizügigkeitsrecht sei zudem nicht nur im Primärrecht, sondern für Studierende auch in der Richtlinie 93/96/EWG über das Aufenthaltsrecht für Studenten von 1993 verankert.<sup>66</sup> Demgemäß leitet der EuGH aus der Verknüpfung der Art. 12 EG und 17 f. EG ab, dass die Vergabe von Unterhaltsstipendien für Studierende aus anderen Mitgliedstaaten im Anwendungsbereich des Vertrages liegt, soweit diese sich rechtmäßig in dem betreffenden Mitgliedstaat aufhalten. Dabei soll „Rechtmäßig-

59 Vgl. EuGH, Rs. 197/86 (Brown), Slg. 1988, 3205, Rn. 18.

60 Hans-Joachim Schütz/Thomas Bruha/Doris König, Casebook Europarecht, 2004, S. 631.

61 Vgl. zur moderaten Kritik im zeitgenössischen Schrifttum nur Thomas Oppermann, Von der EG-Freizügigkeit zur gemeinsamen europäischen Ausbildungspolitik? Die „Gravier“-Doktrin des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften, 1988, insbesondere S. 15 ff.

62 Die Bestimmungen der Art. 149 f. EG über die allgemeine und berufliche Bildung werden nur am Rande erwähnt.

63 EuGH, Rs. C-184/99 (Grzelczyk), Slg. 2001, I-6193, Rn. 31. Diese Ausführungen implizieren im Gegensatz zu einer gefestigten Rechtsprechung (zu den Grundfreiheiten) im Übrigen auch, dass der Unionsbürgerstatus auch Konstellationen der umgekehrten Diskriminierung (discrimination a rebours, reverse discrimination) erfasst, so dass etwa ein belgischer Staatsangehöriger durch den belgischen Staat nicht schlechter behandelt werden darf als ein Franzose. Dem kann hier freilich nicht weiter nachgegangen werden.

64 EuGH, Rs. C-184/99 (Grzelczyk), Slg. 2001, I-6193, Rn. 32. Vgl. auch schon EuGH, Rs. C-274/96 (Bickel und Franz), Slg. 1998, I-7637, insbesondere Rn. 16; dazu Schweitzer (Fn. 55), S. 196 f.

65 EuGH, Rs. C-184/99 (Grzelczyk), Slg. 2001, I-6193, Rn. 33.

66 EuGH, Rs. C-184/99 (Grzelczyk), Slg. 2001, I-6193, Rn. 35.



keit des Aufenthalts“ in Anknüpfung an das Urteil *Sala*<sup>67</sup> nicht voraussetzen, dass das Gemeinschaftsrecht das Aufenthaltsrecht verbürgt.

Daran anschließend wendet sich der EuGH (in der Sache) dem dritten Tatbestandsmerkmal des Art. 12 EG zu.<sup>68</sup> Das Diskriminierungsverbot gilt nämlich nur „unbeschadet besonderer Bestimmungen dieses Vertrages“. Nach dieser so genannten Subsidiaritätsklausel kann ein Gleichbehandlungsanspruch Studierender auf Unterhaltsstipendien dann nicht auf Art. 12 EG gestützt werden, wenn er aufgrund einer im Vertrag vorgesehenen Ausnahme ausgeschlossen ist. Anknüpfungspunkt für eine solche Ausnahme ist die primärrechtliche Regelung des Art. 18 Abs. 1 EG, welche das dort statuierte Freizügigkeitsrecht für Unionsbürger unter den Vorbehalt der im „Vertrag und in den Durchführungsvorschriften vorgesehenen Beschränkungen und Bedingungen“ stellt. Sedes materiae dieses Vorbehalts ist der primärrechtliche Verweis auf die „Durchführungsvorschriften“, das Sekundärrecht eben, und namentlich die Richtlinie 93/96/EWG des Rates vom 29.10.1993 über das Aufenthaltsrecht der Studenten.<sup>69</sup> Nach Art. 1 dieser Richtlinie können die Mitgliedstaaten von Studierenden, die das Aufenthaltsrecht in ihrem Hoheitsgebiet begehren, verlangen, dass sie glaubhaft machen, über ausreichende Existenzmittel zu verfügen, so dass sie während ihres Aufenthalts nicht die Sozialhilfe des Aufnahmestaats in Anspruch nehmen müssen. Des Weiteren stellt Art. 3 der Richtlinie 93/96/EWG klar, dass die Richtlinie keinen Anspruch für aufenthaltsberechtigte Studierende auf Gewährung von Unterhaltsstipendien begründet.<sup>70</sup> Daraus zieht der EuGH aber nicht den Schluss, dass die Richtlinie einen Anspruch Studierender aus anderen Mitgliedstaaten ausschließe; vielmehr wird die Richtlinie als insoweit schlicht unergiebig eingestuft.<sup>71</sup> Mit anderen Worten: Die Richtlinie begründet zwar kein Recht auf Unterstützung, verbietet es aber auch nicht ausdrücklich.<sup>72</sup>

Nachdem der EuGH mithin alle Hürden für eine primärrechtliche Fundierung des Sozialhilfeanspruches von Herrn *Grzelczyk* beseitigt zu haben scheint, gießt er abschließend freilich Wasser in den Wein. Unbeschadet des Anspruchs Studierender mit EU-Staatsangehörigkeit auf Inländergleichbehandlung hinsichtlich der Vergabe von Unterhaltsstipendien bei rechtmäßigem Aufenthalt nach Art. 12

67 EuGH, Rs. C-85/96 (*Sala*), Slg. 1998, I-2691, Rn. 60 f.

68 Vgl. EuGH, Rs. C-184/99 (*Grzelczyk*), Slg. 2001, I-6193, Rn. 37 ff.

69 ABl. EG 1993 Nr. L 317, S. 59.

70 So auch der EuGH, Rs. C-184/99 (*Grzelczyk*), Slg. 2001, I-6193, Rn. 39.

71 EuGH, Rs. C-184/99 (*Grzelczyk*), Slg. 2001, I-6193, Rn. 39.

72 Weiter weist der EuGH darauf hin, dass sich die RL 93/96/EWG über das Aufenthaltsrecht für Studenten von der RL 90/365/EWG des Rates vom 28.06.1990 über das Aufenthaltsrecht der aus dem Erwerbsleben ausgeschiedenen Arbeitnehmer und selbständig Erwerbstätigkeiten (ABl. EG 1990 Nr. L 180, S. 28) und der RL 90/364/EWG vom 28.06.1990 über das Aufenthaltsrecht (ABl. EG 1990 Nr. L 180, S. 26) dadurch unterscheidet, dass sie lediglich verlange, dass der Studierende durch eine Erklärung oder andere gleichwertige Mittel der nationalen Behörde glaubhaft mache, dass er über Existenzmittel verfüge, so dass er während seines Aufenthalts nicht die Sozialhilfe des Aufnahmestaats in Anspruch nehmen müsse. Die anderen beiden RL verlangten dagegen die Vorlage von Dokumenten, die Angaben über die Mindesteinkünfte enthielten, Rs. C-184/99 (*Grzelczyk*), Slg. 2001, I-6193, Rn. 40 f.

Abs. 1 EG, räumt der EuGH den Mitgliedstaaten unter Anknüpfung an die Richtlinie 93/96/EWG über das Aufenthaltsrecht der Studenten das Recht ein, Maßnahmen zu ergreifen, um das Aufenthaltsrecht Studierender zu beenden oder nicht mehr zu verlängern, wenn diese Sozialhilfe (resp. Ausbildungsförderung) in Anspruch genommen haben.<sup>73</sup> Dieses Recht zur Aufenthaltsbeendigung wird dann seinerseits freilich wieder beschränkt: Die Aufenthaltsbeendigung bzw. Nichtverlängerung des Aufenthaltsrechts dürfe nicht die „automatische Folge“ der Inanspruchnahme von Sozialhilfe sein, weil sich aus der sechsten Begründungserwägung der Richtlinie 93/96/EWG lediglich ergebe, dass die Studierenden die öffentlichen Finanzen des Aufnahmemitgliedstaats „nicht über Gebühr“ belasten dürfen. Damit anerkenne die Richtlinie gleichzeitig eine „bestimmte finanzielle Solidarität“ der Angehörigen des Aufenthaltsstaates mit den Angehörigen der anderen Mitgliedstaaten. Dies gelte insbesondere, wenn die finanziellen Schwierigkeiten des Aufenthaltsberechtigten nur vorübergehender Natur seien.<sup>74</sup>

### 3. Einordnung und Bewertung unionsbürgerschaftlich fundierter sozialer Transferleistungen durch negative Integration

Wie ist das *Grzelczyk*-Urteil nun einzuordnen und zu bewerten? Das Urteil steht methodisch zweifelsfrei in der Tradition einer schöpferischen und „proeuropäischen“ Judikatur des EuGH und liegt *insofern* insbesondere auf einer Linie mit der skizzierten Grundfreiheitenjudikatur. Anders als bei der weit ausgreifenden „Gestaltung“ des Binnenmarktes durch negative Integration hat der EuGH für seinen Beitrag zur Sozial- und Bildungsunion durch negative Integration neben Beifall aber auch vielfachen und überaus scharfen Widerspruch erfahren. Namentlich *Kai Hailbronner* sieht im Urteil *Sala*<sup>75</sup> und – besonders drastisch – im *Grzelczyk*-Urteil eine „Tendenz zum Verzicht auf herkömmliche juristische Methoden“<sup>76</sup> sowie das „Ende rationaler Jurisprudenz durch den EuGH“.<sup>77</sup> Unionsbürgerschaft, Inländergleichbehandlung und allgemeine Grundsätze des Gemeinschaftsrechts würden auf sehr diffuse Weise eingesetzt, um sekundäres Gemeinschaftsrecht ganz oder teilweise aus den Angeln zu heben.<sup>78</sup> In der Tat unterliegt es keinen Zweifeln, dass mit der Inkorporierung der Unionsbürgerschaft in den EG-Vertrag nicht die Vorstellung der Vertragsstaaten verbunden war, eine von der Inanspruchnahme der Grundfreiheiten unabhängige Grundlage für Gleichbe-

73 EuGH, Rs. C-184/99 (*Grzelczyk*), Slg. 2001, I-6193, Rn. 42.

74 EuGH, Rs. C-184/99 (*Grzelczyk*), Slg. 2001, I-6193, Rn. 43 f.

75 Des Weiteren nennt er die Urteile *Baumbast* (EuGH, Rs. C-413/99, Slg. 2002, I-7091) und *Carpenter* (EuGH, Rs. C-60/00, Slg. 2002, I-6279).

76 *Hailbronner* (Fn. 50) S. 2185.

77 *Hailbronner* (Fn. 50), der diese im Titel seines Beitrags in Frageform aufgeworfene These nachfolgend bejaht, vgl. schon S. 2185: „fehlende Rationalität“. Kritisch zudem *Christian Tomuschat*, Das Europa der Richter, in: Jürgen Bröhmer u.a. (Hrsg.), Internationale Gemeinschaft und Menschenrechte, Festschrift für Georg Ress zum 70. Geburtstag, 2005, S. 857 (872 f.); *Sander* (Fn. 50), S. 1016 ff.

78 *Hailbronner* (Fn. 50), S. 2185.

handlungsansprüche auf soziale Transferleistungen zu schaffen.<sup>79</sup> Eben dies sollte auch durch die zitierten Bestimmungen der Richtlinie 93/96/EWG über das Aufenthaltsrecht der Studenten und zwei weitere Aufenthalts-Richtlinien für Nicht-erwerbstätige<sup>80</sup> ausgeschlossen werden.<sup>81</sup> Der EuGH hat sich mittels negativer Integration also auch in diesem Bereich über die Vorstellungen der Vertragsstaaten als Schöpfer dieses Rechts hinweg gesetzt. Die Vertragsstaaten haben das Aufenthaltsrecht des Unionsbürgers in Art. 18 Abs. 1 EG unmissverständlich so modelliert, dass es nach Substanz und Tragweite von seiner Ausgestaltung durch das Sekundärrecht abhängt<sup>82</sup> und das Sekundärrecht macht das Aufenthaltsrecht (u.a.) vom Vorhandensein ausreichender Mittel zur Bestreitung des Lebensunterhalts abhängig und negiert gleichzeitig eine Anspruchsbegründung im Hinblick auf Leistungen zur Bestreitung eben dieses Lebensunterhalts (durch die Richtlinie).

Die strukturelle Parallele zur ersten Stufe der Binnenmarktwerdung liegt auf der Hand. So wie der EuGH durch seine schöpferische Grundfreiheitenjudikatur – insbesondere vor Verabschiedung der EEA – den Grundfreiheiten einen von den Vertragsstaaten kaum<sup>83</sup> intendierten Inhalt gegeben und auf diese Weise gleichzeitig die vergeblichen oder unterbliebenen Versuche im Ministerrat im Wege der Sekundärrechtssetzung bei der Realisierung des Binnenmarktes resp. des Gemeinsamen Marktes voranzukommen, zur Makulatur werden ließ, handelt es sich

79 Vgl. auch *Niemann* (Fn. 50), S. 946.

80 Vgl. zu diesen Richtlinien oben Fn. 72.

81 Vgl. auch *Kerstin Strick*, Ansprüche alter und neuer Unionsbürger auf Sozialhilfe und Arbeitslosengeld II, NJW 2005, S. 2182 (2184).

82 Das lässt mich im Übrigen zweifeln, ob Art. 18 Abs. 1 EG unmittelbar anwendbar ist, wie der EuGH es freilich mittlerweile entschieden hat (vgl. EuGH, Rs. C-413/99 [Baumbast], Slg. 2002, I-7091, Rn. 83 f. sowie jüngst EuGH Rs. C-408/03, Kommission/Belgien, Urt. v. 23.3.2006, Rn. 34 = EuZW 2006, S. 410) und es einer verbreiteten Auffassung in der Literatur entspricht, vgl. *Meinhard Hilf*, in: Eberhard Grabitz/Meinhard Hilf, EU-/EGV, Art. 18 EG, Rn. 1; *Stefan Kadelbach*, Die Unionsbürgerrechte, in: Dirk Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2. Aufl., 2005, § 21 Rn. 39; *Christian Koenig/Andreas Haratsch*, Europarecht, 5. Aufl., 2006, Rn. 647; *Ulrich Becker*, Freizügigkeit in der EU – auf dem Weg vom Begleitrecht zur Bürgerfreiheit, EuR 1999, S. 522 (528 f. m.w.N.); dagegen *Matthias Pechstein/Artur Bunk*, Das Aufenthaltsrecht als Auffangrecht, EuGRZ 1997, S. 547 (549 ff.); *Manfred Degen*, Die Unionsbürgerschaft nach dem Vertrag über die europäische Union unter besonderer Berücksichtigung des Wahlrechts, DÖV 1993, S. 749 (752); *Werner Kaufmann-Bühler*, in: Carl-Otto Lenz (Hrsg.), EGV, 2. Aufl. 1999, Art. 18 EG, Rn. 1, der diese Position in der 3. Aufl., 2003, freilich aufgegeben hat.

83 Da die travaux préparatoires zum Pariser Vertrag von 1951/52 und zu den Römischen Verträgen von 1957/58 der Öffentlichkeit 30 Jahre nicht zugänglich waren, scheidet eine subjektiv-historische Auslegung (schon aus rechtsstaatlichen Gründen) jedenfalls bezogen auf diese Gründungsverträge aus, näher dazu *Matthias Wendel*, Die Auslegung der Verfassung für Europa, WHI – Paper 4/05, S. 9 m.w.N.; *Ingolf Pernice/Franz C. Mayer*, in: Eberhard Grabitz/Meinhard Hilf, EU-/EGV, Art. 220 EG, Rn. 53; *Klaus-Dieter Borchart*, in: Carl-Otto Lenz/Klaus-Dieter Borchart (Hrsg.), EU-/EGV, 4. Aufl., 2006, Art. 220 EG, Rn. 22.

auch beim *Grzelczyk*-Urteil um einen den politischen Prozess negierenden<sup>84</sup> und den Willen des Sekundärrechtsgesetzgebers gar konterkarierenden Beitrag zu einer Bildungs- und Sozialunion.

#### 4. Der verspätete Rückzug des EuGH oder soziale Transferleistungsansprüche durch positive Integration

Nun markiert das – im Übrigen in mehrerlei Hinsicht wenig konturenscharfe –<sup>85</sup> *Grzelczyk*-Urteil von 2001 aber nicht einmal den vorläufigen Endpunkt der Entwicklung des an die Unionsbürgerschaft (und den rechtmäßigen Aufenthalt) anknüpfenden Gleichbehandlungsanspruchs auf Sozialleistungen. Nach teils heftiger Ablehnung des Urteils nicht nur in der Literatur, sondern auch seitens verschiedener Mitgliedstaaten, hat der EuGH in mehreren Entscheidungen, zuletzt vor allem im Urteil *Bidar* aus dem Jahre 2005,<sup>86</sup> den Bedeutungsgehalts der Art. 12 Abs. 1 EG i.V.m. Art. 17 f. EG im Hinblick auf Sozialleistungsansprüche wieder sukzessive relativiert. Im *Bidar*-Fall bleibt der EuGH zwar dabei, eine mitgliedstaatliche Zuwendung an Studierende zur Deckung der Unterhaltskosten als in den Anwendungsbereich des Vertrages im Sinne von Art. 12 EG fallend zu qualifizieren,<sup>87</sup> aber er erlaubt die Rechtfertigung einer diskriminierenden Unterhaltsverweigerung unter Berufung auf legitime Allgemeinwohlintereessen bzw. objektive, von der Staatsangehörigkeit unabhängige Erwägungen. Dabei handele es sich um ein solches legitimes Allgemeinwohlinteresse, wenn eine Sozialleistung an Studierende von dem Nachweis abhängig gemacht werde, dass dieser sich zu einem gewissen Grad in die Gesellschaft dieses Staates integriert habe. Daran anknüpfend wird die im *Bidar*-Fall (u.a.) in Rede stehende Anspruchsvoraussetzung eines dem Studium vorangehenden mindestens dreijährigen Aufenthalts im Vereinigten Königreich oder den Inseln vom EuGH als gemeinschaftsrechtskonform angesehen.<sup>88</sup> Damit hat der EuGH einem Großteil der nach dem *Grzelczyk*-Urteil geäußerten Bedenken den Boden entzogen. Namentlich dem teils befürchteten Sozial- bzw. Bildungstourismus nach Maßgabe der jeweils besten Unterstüt-

84 Vgl. auch *Stephanie Bode*, Von der Freizügigkeit zur sozialen Gleichstellung aller Unionsbürger, EuZW 2003, S. 552 (557); *Christian Tomuschat*, Comment on Case C-85/96 *Maria Martinez Sala v. Freistaat Bayern*, Judgement of 12 May 1998, CMLRev. 37 (2000), S. 449 (454). Der Wille der Vertragsstaaten des Maastrichtvertrages ging (zumindest überwiegend) dahin, dass aus der primärrechtlichen Unionsbürgerschaft keine – auch nicht i.V.m. Art. 12 EG/Art. 7 EGV – neuen Sozialleistungsansprüche hergeleitet werden können, vgl. dazu auch *Christoph Schönberger*, Unionsbürger, 2005, S. 342. Im Unterschied zu den EG-Gründungsverträgen von 1951/52 und 1957/58 (dazu siehe Fn. 83) wird einer subjektiv-historischen Auslegung im Hinblick die verschiedenen Primärrechtsänderungen zunehmend und zu Recht mit größerer Offenheit begegnet, vgl. nur *Pernice/Mayer* (Fn. 83), Art. 220 EG, Rn. 53.

85 Vgl. dazu *Schönberger* (Fn. 84), S. 345 ff.; *Cremer* (Fn. 42), insbesondere S. 149 ff. und S. 151 ff.

86 EuGH, Rs. C-209/03 (*Bidar*), Slg. 2005, I-2119.

87 EuGH, Rs. C-209/03 (*Bidar*), Slg. 2005, I-2119, Rn. 31 ff.

88 Vgl. zu Rechtfertigung EuGH, Rs. C-209/03 (*Bidar*), Slg. 2005, I-2119, Rn. 50 ff.

zungsleistungen wird ein Riegel vorgeschoben,<sup>89</sup> wenn die Mitgliedstaaten die Gewährung der Sozialleistung von einem vorherigen mehrjährigen und rechtmäßigen Aufenthalt abhängig machen dürfen. Gleiches gilt für die als Reaktion auf das *Grzelczyk*-Urteil reklamierte Notwendigkeit einer sekundärrechtlichen Harmonisierung der Sozialsysteme oder eines innergemeinschaftlichen Finanzausgleichs und die Schaffung entsprechender EG-Kompetenzen<sup>90</sup> – eine Forderung, die im Übrigen strukturell derjenigen entspricht, den durch (negative Integration) entfesselten Binnenmarkt durch positive Integration zu begleiten, wobei auch insofern die Schaffung entsprechender EG-Kompetenzen eingefordert wird. Ob es die so beschriebenen Konsequenzen waren, die den EuGH bewogen haben, den mit den Urteilen *Sala* und *Grzelczyk* beschrittenen Weg nicht nur nicht weiter, sondern gar zurück zu gehen, mag hier dahin stehen.

Das Zurückweichen der negativen Integration kam in der Sache jedenfalls zu spät, denn die positive Integration war wohl inspiriert durch die EuGH-Rechtsprechung – und mithin wiederum strukturell parallel zum Prozess der Binnenmarktwerdung – schon auf dem Weg, die Ansprüche auf Inländerbehandlung im Sozialleistungsbereich (weitergehend nach dem Vorbild des *Grzelczyk*-Urteils) sekundärrechtlich zu verankern und – teils möglicherweise ungewollt –<sup>91</sup> gar weiter zu entwickeln. Während die Aufenthalts-Richtlinie für Studenten aus dem Jahre 1993 und die beiden anderen Aufenthalts-Richtlinien für Erwerbslose aus dem Jahre 1990<sup>92</sup> – wie gezeigt – noch von dem eindeutigen Bestreben geprägt waren, jegliche Sozialleistungsansprüche für nichterwerbstätige Personen auszuschließen, greift die neue, die genannten Richtlinien ersetzende allgemeine Aufenthalts-Richtlinie für Unionsbürger 2004/38/EG vom 29. April 2004<sup>93</sup> den Gedanken der finanziellen Solidarität aller Unionsbürger mit allen Unionsbürgern auf und knüpft gar bis in einzelne Begrifflichkeiten<sup>94</sup> an das *Grzelczyk*-Urteil an. Damit hat die positive Integration – erneut analog zum Binnenmarktprozess – die methodisch angreifba-

89 Dass das EuGH im Urteil *Bidar* das Erfordernis „dauernder Ansässigkeit“ abschließend (Rn. 61 f.) als gemeinschaftsrechtswidrig qualifiziert, vermag eine solche Befürchtung angesichts seiner vorangegangenen Ausführungen nicht zu tragen.

90 Vgl. *Matthias Rossi*, Gewährung von Sonderleistungen für Studenten aus einem anderen Mitgliedstaat – Anmerkung zum Urteil des EuGH in der Rs. 184/99 (*Grzelczyk*), JZ 2002, S. 351 (353); *Ralf Kanitz/Philipp Steinberg*, Grenzenloses Gemeinschaftsrecht? Die Rechtsprechung des EuGH zu Grundfreiheiten, Unionsbürgerschaft und Grundrechten als Kompetenzproblem, EuR 2003, S. 1013 (1019); *Niemann* (Fn. 50), S. 949.

91 Vgl. dazu, dass die deutsche Politik offenbar die Reichweite der gemeinschaftsrechtlichen Regeln verkennt Pressemitteilung des Bundesministeriums für Gesundheit und Soziale Sicherung v. 21. 6. 2004: „Es gibt kein Recht zur Migration in den Sozialstaat. Nach den eindeutigen Bestimmungen sowohl des Gemeinschaftsrechts als auch des deutschen Rechts kann niemand nach Deutschland einreisen, um hier Sozialhilfe in Anspruch zu nehmen.“ Pressemitteilung der Sozialexpertin der SPE-Fraktion im Europäischen Parlament, *Barbara Weiler*, MdEP, v. 2. 6. 2004: „Erwerbslose aus den neuen EU-Staaten können bei uns keine Sozialhilfe beantragen.“

92 Vgl. dazu die Nachweise in Fn. 72.

93 RL 2004/38/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, zur Änderung der Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 und zur Aufhebung der Richtlinien 64/221/EWG, 68/360/EWG, 72/194/EWG, 73/148/EWG, 75/34/EWG, 75/35/EWG, 90/364/EWG, 90/365/EWG und 93/96/EWG, ABl. EG 2004 Nr. L 229, S. 35.

94 Zu nennen ist etwa die Wendung, wonach keine „automatische“ Aufenthaltsbeendigung erfolgen darf.

ren Ergebnisse des *Sala-* und insbesondere des *Grzelczyk*-Urteils sekundärrechtlich abgesichert – und wegen der dynamischen Verweisung des Art. 18 Abs. 1 EG auf das Sekundärrecht gar zum nunmehr methodisch unangreifbaren Primärrecht erhoben. Hier ist nicht der Ort, um Einzelheiten der seit dem 29. April 2006 unmittelbar anwendbaren Richtlinie 2004/38/EG auszubreiten, ihr Verhältnis zum vom EuGH authentisch ausgelegten Primärrecht zu beleuchten und das nationale Sozialhilfe-, Arbeitslosengeld II- und Ausbildungsförderungsrecht auf seine Vereinbarkeit mit der Richtlinie und dem Primärrecht zu untersuchen. Ich will mich hier mit einem Beispiel bescheiden, welches aber m.E. den Quantensprung im Bereich der Bildungs- und Sozialunion sehr eindrücklich illustriert, einen Quantensprung, welcher letztlich auf das Zusammenwirken von negativer und positiver Integration zurückzuführen ist. Nach Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie 2004/38/EG haben Unionsbürger erstmals ein für drei Monate von keinerlei (materiellrechtlichen) Voraussetzungen abhängiges Aufenthaltsrecht in anderen Mitgliedstaaten. Nun sind es nach Art. 24 Abs. 2 dieser Richtlinie zwar gerade die ersten drei Aufenthaltsmonate, in denen kein Gleichbehandlungsanspruch auf Sozialhilfe besteht; indes folgt etwa in Deutschland schon aus der (verfassungsrechtlich unabänderlichen) Gewährleistung der Menschenwürde (i.V.m. dem Sozialstaatsprinzip)<sup>95</sup> die staatliche Verpflichtung, jedem, der in Deutschland Aufenthalt genommen hat, zumal wenn er ein Aufenthaltsrecht besitzt, die Mindestvoraussetzungen für ein menschenwürdiges Dasein zu sichern.<sup>96</sup> Und schließlich legt die Richtlinie fest, dass die Inanspruchnahme von Sozialhilfe resp. ALG II die Mitgliedstaaten nicht zur „automatischen“<sup>97</sup> Beendigung des Aufenthalts des Leistungsempfängers berechtigt, sondern gem. Art. 14 Abs. 1 der Aufenthalts-Richtlinie nur, wenn die Inanspruchnahme der Sozialhilfe (in den ersten drei Monaten!) unangemessen ist oder besser unangemessen wird.

#### IV. Schluss

Abrunden möchte ich meinen analytisch-systematisch ausgerichteten Vortrag zur Bildungs- und Sozialunion mit einer freilich sehr kursorischen rechtspolitischen Stellungnahme. Vielen mag der soeben geschilderte Regelungsmechanismus wie auch das „Hin und Her“ des *Grzelczyk*-Urteils wenig überzeugend erscheinen; denjenigen sei die Lektüre der jüngst erschienenen Habilitationsschrift von *Christoph Schönberger* mit dem schlichten Titel „Unionsbürger“ empfohlen. Dort wird unter Bezugnahme auf prominente historische Vorbilder gezeigt, dass mit der Bundesangehörigkeit in jungen föderalen Ordnungen geradezu typischerweise im Hinblick auf Freizügigkeit und Unterstützungsrecht für Bedürftige noch keine vollständige Gleichstellung in den fremden Gliedstaaten mit den jeweiligen

95 Vgl. näher zur Konstruktion *Cremer* (Fn. 41), S. 386 ff.

96 Vgl. dazu auch *Strick* (Fn. 81), S. 2185 m.w.N.

97 Vgl. Art. 14 Abs. 3 sowie die 16. Begründungserwägung der Richtlinie 2004/38/EG.

Gliedstaatsangehörigen verbunden ist. Vielmehr erinnert die skizzierte Unentschiedenheit der Rechtsstellung des Unionsbürgers im Hinblick auf Aufenthalts- und Unterstützungsrechte etwa an die Rechtslage im älteren Schweizer Bundesstaat, im Bismarckreich und gar noch in der Weimarer Republik unter Geltung der Reichsverfassung von 1919.<sup>98</sup> Erst in konsolidierten Bundesstaaten wie der heutigen Bundesrepublik und den heutigen USA folgen Aufenthalts- und Unterstützungsrecht vollständig der Bundesangehörigkeit und gelten mithin im gesamten Bundesgebiet. Damit ist zugleich eine Zukunftsvision für die Europäische Union beschrieben, deren Realisierung es behutsam, aber gleichwohl entschieden voranzutreiben gilt.

98 Vgl. dazu m.w.N. *Schönberger* (Fn. 84), S. 308 f., 322 f. und öfter.

## Migration und soziale Sicherheit – die Unionsbürgerschaft im Kontext

*Von Ulrich Becker, München\**

### I. Einführung

1. Aus der Unionsbürgerschaft können soziale Rechte folgen. Diese Erkenntnis ist keineswegs ganz neu. Sie scheint aber an Bedeutung zu gewinnen. Kritiker werfen dem Europäischen Gerichtshof vor, er untergrabe durch seine einschlägige jüngere Rechtsprechung die Zuständigkeiten der Mitgliedstaaten für die Ausgestaltung von Sozialleistungen (wie auch die Schaffung von Bildungseinrichtungen). Manche Befürworter sehen hingegen eine neue Entwicklungsstufe angebrochen. *T.H. Marshall* folgend,<sup>1</sup> soll die Verleihung sozialer Rechte (*social citizenship*) den Status der Unionsbürger krönend vervollständigen. Dabei wird nicht nur übersehen, dass *Marshall's* Folgerung zeit- und ortsgebunden war und, soweit es die allgemeinen Aussagen betrifft, über lange zuvor publizierte wissenschaftliche Erkenntnisse<sup>2</sup> und Entwicklungen des Verfassungs- und internationalen Rechts<sup>3</sup> wenig hinausweist. Auch der Umstand, dass sowohl die politische und gemeinschaftsstiftende Bedeutung der Unionsbürgerschaft offen ist,<sup>4</sup> vor allem aber, dass die Europäische Union selbst keine sozialen Rechte realisieren, sondern nur auf die vorfindlichen verweisen kann,<sup>5</sup> bleibt ausgeblendet.

2. Will man analysieren und kritisch reflektieren, welche Bedeutung der Unionsbürgerschaft für die Gewährung sozialer Rechte zukommt, empfiehlt es sich, einen allgemeineren Betrachtungsrahmen zu wählen. Im folgenden wird es deshalb grundsätzlich um den Zugang von Ausländern zu Sozialleistungen gehen. Dieser Punkt ist von zentraler Bedeutung für eine Reihe aktueller Fragen und höchstrichterlicher Entscheidungen. Genannt seien – neben der anwachsenden Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zu den Rechten von Unionsbürgern und der im Zuge der EU-Osterweiterung medienwirksam platzierten Warnung vor dem Sozialtourismus, der den Systemwettbewerb zwischen den Mitgliedstaaten zu einer ruinösen Veranstaltung werden lassen könnte – die Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte zur Gewährung von Gesundheitsleistungen an von Abschiebung bedrohten Ausländern und die Ent-

\* Prof. Dr. Ulrich Becker ist geschäftsführender Direktor und wissenschaftliches Mitglied des MPI für ausländisches und internationales Sozialrecht.

1 *Marshall*, Citizenship and Social Class, in: *ders.*, Class, Citizenship, and Social Development, 1964 (reprint 1973), S. 65 ff.

2 *G. Jellinek*, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 1905.

3 Vgl. nur *Tomuschat*, Human Rights, 2003, S. 24 ff.

4 Vgl. nur *Weiler*, The Constitution of Europe, 1999, S. 324 ff.

5 Vgl. nur *Eichenhofer*, Unionsbürgerschaft – Sozialbürgerschaft?, ZIAS 2003, S. 404 ff.



scheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Nichtgewährung von Erziehungs- und Kindergeld an Ausländer, die nur über eine Aufenthaltsbefugnis verfügen. Es handelt sich also um verschiedenste Aspekte, die im folgenden zusammengeführt und einer näheren Betrachtung unterzogen werden sollen. Zu diesem Zweck sind in einem ersten Schritt die allgemeinen Grundsätze herauszuarbeiten, die eine systematische Verortung der Einzelfragen ermöglichen (unten, II.). Anschließend geht es, unter Einbeziehung der angerissenen Einzelfragen, um deren Durchbrechungen (unten, III.). In der Gesamtschau werden die aktuellen Entwicklungen erkennbar.

## II. Grundsätze

### 1. Begründung staatlicher Verantwortung

#### a) Staatliche Verantwortung für Sozialleistungen

Ausgangspunkt der folgenden Überlegungen ist, in aller Kürze gesprochen, dass die Gewährung jeglicher Sozialleistungen begründbar sein muss. Das gilt sowohl für die Errichtung von Sozialleistungssystemen und den Umfang der zu gewährenden Leistungen als auch die Frage, wer in den Genuss dieser Leistungen kommen soll. Hintergrund ist die Tatsache, dass Sozialleistungen staatliche Interventionen voraussetzen.<sup>6</sup> Sie können zumindest weitgehend ohne Zwang, in jedem Fall aber ohne die Verteilung finanzieller Mittel nicht realisiert werden. Andererseits ist zu berücksichtigen, dass nach in den meisten Staaten verbreiteten Ansicht der Staat zumindest einen gewissen sozialen Schutz bieten muss,<sup>7</sup> dass er zu entsprechenden Vorkehrungen verpflichtet ist. Dieser Verantwortung werden die Staaten vor allem durch die Gewährung von Sozialleistungen gerecht, deren Art und Umfang nicht nur im Hinblick auf den jeweiligen Entwicklungsstand äußerst unterschiedlich ist. Trotz Globalisierung und europäischer Integration werden auch in Zukunft die Staaten die wesentlichen Verteilungsgemeinschaften bilden.<sup>8</sup>

6 Vor dem weiteren Hintergrund einer die individuellen Freiheiten schützenden Gesellschaftsordnung. Je nach staatsphilosophischem Grundverständnis wird man allerdings das Legitimationserfordernis verschieden einschätzen; grundl. für eine liberale Position und auch sozialpolitisch wirkmächtig *Rawls*, *A Theory of Justice*, rev. ed. 1999; darauf aufbauend, aber mit anderer Begründung *Sen*, *Inequality reexamined*, 1995.

7 Weltweit gesehen kommt dies in der Festschreibung von Menschenrechten der sog. zweiten Generation zum Ausdruck, vgl. dazu unten II. 2. b) aa). Dass diese Rechte in der Regel nicht als subjektiv durchsetzbare Ansprüche formuliert werden, hängt mit deren Bedingtheit von wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Voraussetzungen zusammen, die eine konkrete Formulierung durch eine internationale Staatengemeinschaft nur beschränkt als legitim erscheinen lässt, ohne aber damit eine grundsätzliche Verpflichtung auszuschließen. Allerdings lassen diese Vorgaben offen, wie viel sozialstaatliche Intervention im Einzelnen gefordert und gerechtfertigt ist; vgl. auch nachfolgend b).

8 Ungeachtet der wachsenden Bedeutung des Sozialen für die Entwicklung der EU, vgl. nur *Becker*, *Die soziale Dimension des Binnenmarktes*, in: *Schwarze* (Hrsg.), *Der Verfassungsentwurf des Europäischen Konvents*, 2004, S. 210 ff. Skept. zu den Entwicklungsmöglichkeiten auch *Zacher*, *Wird es einen europäischen Sozialstaat geben?*, EuR 2002, S. 147 ff.

## b) Personale Verantwortung

aa) In der Annahme, der Staat sei seinen Bürgern gegenüber verantwortlich, kommt eine besondere personale Verantwortung zum Ausdruck. Diese besteht gegenüber den eigenen Staatsangehörigen. Grund dafür ist der Zusammenhang zwischen der Legitimation von Hoheitsgewalt durch das Volk und die Rückbindung dieser Hoheitsgewalt an das Gemeinwohl. Gerade in der Frage, wer in welchem Umfang staatliche Unterstützung erhalten soll, manifestiert sich ein bestimmtes Bild der angemessenen Teilung von Verantwortlichkeit im Verhältnis zwischen Individuum und Staat. Auch wenn es nicht an Versuchen fehlt, das richtige Maß sozialstaatlicher Intervention staatsphilosophisch zu begründen – erinnert sei an die sehr unterschiedlichen Konzepte sozialer Gerechtigkeit, die vor allem im letzten Jahrhundert entworfen worden sind<sup>9</sup> – hängt letztlich das Erscheinungsbild des, mit Worten *Lorenz von Steins* gesprochen, „gesellschaftlichen Staates“<sup>10</sup> von politischen Entscheidungen ab. Wie unterschiedlich diese ausfallen können, lässt sich – unabhängig von dem vielfach beschworenen „europäischen Sozialmodell“ – selbst innerhalb der Europäischen Union erkennen, wenn etwa die Situation im Vereinigten Königreich mit der im Nachbarstaat Frankreich verglichen wird. Demokratische Legitimation spielt also nach alledem für die Gewährung von Sozialleistungen eine besondere Rolle.<sup>11</sup> Unabhängig davon kann die personale Verantwortung des Staates gegenüber seinen Staatsangehörigen auch unmittelbar aus der Staatsangehörigkeit selbst erklärt werden. Diese Angehörigkeit verbindet ein Individuum mit seinem Staat<sup>12</sup> und begründet zugleich, wie gerade die jüngere deutsche Vergangenheit beweist, schicksalhafte Zuordnungen.<sup>13</sup>

Dass die personale Verantwortung in diesem Sinn über das eigene Territorium hinausreicht, zeigt etwa der diplomatische Schutz.<sup>14</sup> Sie kann auch, wie vor einiger Zeit durch einen öffentlich viel beachteten Fall, der bezeichnenderweise unter

9 Zusammenfassend dazu etwa die Beiträge in *Kersting* (Hrsg.), *Politische Philosophie des Sozialstaats*, 2000; vgl. auch *Hofmann*, *Einführung in die Rechts- und Staatsphilosophie*, 3. Aufl. 2006, S. 193 ff.

10 Gegenwart und Zukunft der Rechts- und Staatswissenschaft Deutschlands, 1876 (Neudruck 1970), S. 215: „Er (der Staat) muss aber endlich mit seiner Macht den wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Fortschritt aller seiner Angehörigen fördern, weil zuletzt die Entwicklung des Einen stets die Bedingung und eben so sehr die Konsequenz der Entwicklung des Andern ist; in diesem Sinne sprechen wir von dem gesellschaftlichen oder dem socialen Staate.“

11 Nicht gesagt ist damit, dass diese Legitimation äquivalenzbezogen zu konstruieren ist, vgl. aber auch *Schmehl*, *Das Äquivalenzprinzip im Recht der Staatsfinanzierung*, 2004, S. 195 ff.

12 Vgl. IGH (*Nottebohm*), ICJ Rep. 1955, 4, 23; näher *Grawert*, *Staatsvolk und Staatsangehörigkeit*, HStR II, 3. Aufl., 2004, § 16, Rdnr. 42; zur Geschichte und der Veränderung der Schutzverhältnisse *ders.*, *Staat und Staatsangehörigkeit*, 1973, S. 133 ff.

13 Ausdruck dessen ist Art. 16 GG, insbesondere das Verbot des Entzugs der Staatsangehörigkeit und dessen Verlust bei drohender Staatenlosigkeit. Zu den geschichtlichen Hintergründen die Nachw. bei *Becker*, in: v. *Mangoldt/Klein/Starck* (Hrsg.), GG, 5. Aufl. 2005, Art. 16, Rdnr. 8; jetzt dazu auch BVerfG v. 24.5.2006, 2 BvR 669/04 (unter [www.bverfge.de](http://www.bverfge.de)).

14 Vgl. etwa *Doehring*, *Die Pflicht des Staates zur Gewährung diplomatischen Schutzes*, 1959; *Flauss* (dir.), *La protection diplomatique: mutations contemporaines et pratiques nationales*, 2003; *Storost*, *Diplomatischer Schutz durch EU und EG?*, 2005.

dem Namen „Florida-Rolf“ kursierte,<sup>15</sup> eine finanzielle Unterstützung im Ausland umfassen.

bb) Diese Verantwortung ist aber nicht auf die eigenen Staatsangehörigen beschränkt. Wenn Ausländern Aufenthalt gewährt wird, begründet dies ebenfalls eine besondere, wenn auch zunächst schwächere und in keinem Fall extraterritorial wirkende Verantwortungsbeziehung. Den im Lande Aufgenommenen dürfen zumindest grundlegende Rechte nicht verwehrt werden. Anknüpfungspunkt ist hier eine freiwillige Entscheidung des Staates, entsprechend dem völkerrechtlichen Grundsatz, dass jeder Staat das Recht besitzt, Ausländern Aufenthaltsrechte einzuräumen.<sup>16</sup> Die Vorgaben des internationalen Rechts gehen zum Teil weiter, und sehen – schrittweise begleitet von der Anerkennung individueller Rechte – in bestimmten Situationen auch Aufnahmeverpflichtungen vor.<sup>17</sup> Insofern wird die personale durch eine territoriale Verantwortung ergänzt, erklärbar aus der völker- und staatsrechtlichen Abgrenzung von Hoheitsräumen.

### c) *Territoriale Verantwortung und Rechte im Aufenthalt*

Für die modernen Nationalstaaten fand die umfassende territoriale Verantwortung – bezogen auf den sozialen Schutz beispielgebend, wenn auch sozusagen nach innen hin abgrenzend – ihren Ausdruck im Preußischen Allgemeinen Landrecht von 1794.<sup>18</sup> Wie ausländische Personen in nationale Sozialleistungssysteme eingebunden werden, hängt aber nicht nur von allgemeinen Überlegungen ab, sondern insbesondere auch der konkreten Ausgestaltung dieser Systeme.<sup>19</sup> Denn einmal geschaffen, entwickeln sie eigene Rationalitäten. Für eine systematische Betrachtung sind dabei vor allem zwei Gesichtspunkte wichtig: die Finanzierung und die Zwecksetzung einzelner Sozialleistungen.

aa) Hinsichtlich der Finanzierung lassen sich für den hier interessierenden Zusammenhang zwei Grundformen unterscheiden. Beruhen Sozialleistungen auf Beiträgen und in diesem Sinne auf einer Vorsorge, so kann jedenfalls im Grundsatz davon ausgegangen werden, dass alle Personen berechtigt sein sollen, die zum Kreis der Beitragszahler zählen.<sup>20</sup> Das gilt unabhängig davon, ob das Finan-

15 Hintergrund ist eine Bestimmung im Sozialhilferecht, früher § 119 BSHG, jetzt § 24 SGB XII. Vgl. zu dem angesprochenen Fall *Thising*, „Florida-Rolf“ – Von der Macht der Medien und dem Sinn der Sozialhilfe, NJW 2003, S. 3246 ff.

16 Dazu nur *Hailbronner*, in: Graf Vitzthum (Hrsg.), Völkerrecht, 3. Aufl. 2004, Rn. 268 ff.

17 Dazu unten II. 2. c) bb) und III.

18 Teil II, Titel 19, § 1: „Dem Staate kommt es zu, für die Ernährung und Verpflegung derjenigen Bürger zu sorgen, die sich ihren Unterhalt nicht selbst verschaffen, und denselben auch von andern Privatpersonen, welche nach besondern Gesetzen dazu verpflichtet sind, nicht erhalten können ... § 4: Fremde Bettler sollen in das Land nicht gelassen, oder darin geduldet, und wenn sie sich gleichwohl einschleichen, sofort über die Grenze zurückgeschafft werden.“

19 Vgl. allgemeiner zu „Techniken des Einschlusses“ *Zacher*, Die Bundesrepublik Deutschland als Sozialstaat: eine Geschichte des sozialen Einschlusses im Zeichen von Nationalisierung und Internationalisierung, ZIAS 2002, S. 193, 281.

20 Ohne dass in jedem Fall eine vorhergehende Beitragszahlung Voraussetzung einer Leistungsgewährung sein müsste.

zierungsverfahren auf einer Umlage oder einer Kapitaldeckung beruht, und unabhängig davon, dass zwischen Beitrag und Leistungen in sozialen Sicherungssystemen eine Individualäquivalenz im eigentlichen Sinne nicht besteht.<sup>21</sup> Dennoch ergibt sich im genannten Sinne ein Gegenseitigkeitsverhältnis, das aus rechtlicher Perspektive bei steuerfinanzierten Sozialleistungen nicht angenommen werden kann. Man kann es auch so formulieren: Die Einbeziehung in beitragsabhängige Systeme knüpft an der Beitragseinzahlung, nicht aber an einem persönlichen Status an.

bb) Nicht vergessen werden darf die Zielsetzung einzelner Sozialleistungen. Sie spielt zwar weniger für die personale, aber doch für die territoriale sozialrechtliche Verantwortung eine Rolle. Geht es um eine Risikoabsicherung nach individuellen Verhältnissen, so kann das Territorialitätsprinzip weitgehend vernachlässigt werden. Geht es hingegen um die Unterstützung in spezifischen Situationen der Bedürftigkeit, bestimmt sich die Leistung nicht nur nach persönlichen, sondern auch nach räumlichen Gesichtspunkten. Denn Bedürftigkeit hängt, wie die Diskussionen um den Armutsbegriff zeigen, von den jeweils relevanten gesellschaftlichen Lebensumständen ab.

## 2. Verkoppelung von Ausländer- und Sozialrecht

### a) *Ausländer- und sozialrechtliche Stufungen*

Es wäre allerdings falsch, sich die Übernahme personaler Verantwortung als Entscheidung über Alles oder Nichts, über die Versagung jeglichen oder die Gewährung völligen Schutzes vorzustellen. Vielmehr existieren Stufungen, und zwar sowohl was die Einräumung von Aufenthaltsrechten als auch von Ansprüchen auf Sozialleistungen angeht.

aa) Klar erkennbar ist dies im (nationalen) Ausländerrecht. Hier wird im Grundsatz schon immer,<sup>22</sup> wenn auch im Laufe der Zeit mit unterschiedlicher Feinheit,<sup>23</sup> zwischen verschiedenen Formen von Aufenthaltsrechten unterschieden. Im relativ neuen, im Zuge der mit Schwierigkeiten realisierten<sup>24</sup> und lange geplanten<sup>25</sup> Zuwanderungsgesetzgebung<sup>26</sup> erlassenen Aufenthaltsgesetz<sup>27</sup> ist von Aufenthaltsti-

21 Die Ansichten darüber, wie die Gegenseitigkeitsbeziehung zu verstehen sein soll, gehen auseinander; vgl. etwa J. Becker, *Transfergerechtigkeit*, 2001; Hase, *Versicherungsprinzip und sozialer Ausgleich*, 2000.

22 Ausländergesetz v. 28.4.1965 (BGBl. I, 353).

23 An Stelle der früher unter dem Oberbegriff Aufenthaltsgenehmigung existierenden Kategorien der Aufenthaltsberechtigung, befristeten und unbefristeten Aufenthaltserlaubnis, Aufenthaltsbewilligung und Aufenthaltsbefugnis treten nun das Visum, die Aufenthaltserlaubnis und die Niederlassungserlaubnis.

24 Nach langen politischen Auseinandersetzungen führte das Verfahren im Bundesrat zur Aufhebung des zunächst beschlossenen Gesetzes, vgl. zu den verfassungsrechtlichen Hintergründen BVerfGE 106, 110, 129 f.

25 Zu den Vorschlägen aus der Wissenschaft Wollenschläger, *Konzeption für eine Zu-/Einwanderungsgesetzgebung für die Bundesrepublik Deutschland*, ZRP 2001, S. 459 ff.

26 Gesetz zur Steuerung und Begrenzung der Zuwanderung und zur Regelung des Aufenthalts und der Integration von Unionsbürgern und Ausländern (Zuwanderungsgesetz) v. 30.7.2004 (BGBl. I, 1950).

27 Gesetz über den Aufenthalt, die Erwerbstätigkeit und die Integration von Ausländern im Bundesgebiet (Aufenthaltsgesetz – AufenthG), erlassen als Art. 1 des Zuwanderungsgesetzes (Fußn. 26).

teln die Rede, die in den Formen der Aufenthaltserlaubnis und der Niederlassungserlaubnis erteilt werden.<sup>28</sup> Der eine Titel ist befristet, der andere nicht, und wie die Erteilungsvoraussetzungen zeigen, soll ein stufenweiser Übergang erfolgen.<sup>29</sup> In diesem Sinne erfährt das Aufenthaltsrecht mit der Zeit eine Verfestigung, wobei neben dem Nachweis gewisser Assimilationserfolge<sup>30</sup> im Übrigen auch zu belegen ist, dass für die Alterssicherung vorgesorgt wurde.<sup>31</sup> Am unteren Ende stehen die Duldung als vorübergehende Aussetzung der Abschiebung<sup>32</sup> und, als besonderes Aufenthaltsrecht, die Aufenthaltsgestattung nach dem AsylVfG.<sup>33</sup>

bb) Etwas weniger eindeutig lässt sich eine Stufung der sozialen Rechte vornehmen. Zwar dienen als Basis die Hilfesysteme,<sup>34</sup> von denen es mittlerweile allgemeine und besondere allgemeine<sup>35</sup> gibt. Sie sind bedürftigkeitsabhängig und subsidiär. Dann ließe sich der Bogen über die Förderungssysteme zu den Versorgungssystemen schlagen, die von der Anlage her einer individuellen Einkommensstandardsicherung dienen – wenn auch in Zukunft angesichts der demographischen Entwicklung keineswegs gesichert ist, welche Systeme tatsächlich das höhere Leistungsniveau bereithalten werden.<sup>36</sup>

#### b) Vorgaben für die Verknüpfung der Stufungen

Es liegt nahe, Aufenthalts- und Sozialrechte dergestalt miteinander zu verknüpfen, dass sich Stufungen einander entsprechen.<sup>37</sup> Jedenfalls von spezifisch sozialrechtlicher Seite her betrachtet bestehen insoweit wenige Vorgaben.

aa) Zu bedenken sind natürlich die einschlägigen Menschenrechtsabkommen, also vor allem der UN-Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte<sup>38</sup> sowie

28 § 7 und § 9 AufenthG.

29 Die Erteilung der Niederlassungserlaubnis knüpft an den Besitz einer Aufenthaltserlaubnis (5 Jahre) an, § 9 II S.1 Nr.1 AufenthG.

30 Das Gesetz spricht in § 9 II S.1 AufenthG von ausreichenden Kenntnissen der deutschen Sprache (Nr.7) und von Grundkenntnissen der Rechts- und Gesellschaftsordnung und der Lebensverhältnisse (Nr.8), wobei diese Voraussetzungen nach S.2 durch die erfolgreiche Teilnahme an einem Integrationskurs nachgewiesen werden können.

31 § 9 II S.1 Nr.3 AufenthG (Beitragsleistungen über mind. 60 Monate).

32 als Nachweis über die Aussetzung der Abschiebung, § 60a AufenthG.

33 Vgl. § 55 des Asylverfahrensgesetzes (AsylVfG) v. 27.7.1993 (BGBl. I, 1361), zul. geändert durch Gesetz v. 14.3.2005 (BGBl. I, 721).

34 Vgl. zu einer systemischen Erfassung der Sozialleistungssysteme vor allem Zacher, Grundtypen des Sozialrechts, in: FS für Zeidler, 1987, S. 571 ff.; vgl. auch Becker, JuS 1998, S. 90 ff.

35 In Form der Grundsicherung für Arbeitsuchende (SGB II), sowie im Alter und bei Erwerbsminderung (§§ 41 ff. SGB XII).

36 Das ist jedenfalls für die Alterssicherung nicht zuletzt davon abhängig, welche Schutzwirkungen man der Eigentumsgarantie bzw. dem Vertrauensschutz zuerkennen mag, und ab welchem Zeitpunkt überhaupt schützenswerte Positionen entstehen, vgl. dazu nur Papier, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Loseblatt (Stand 8/2005), Art. 14 Rdnr. 136 ff.; Becker, Verfassungsrechtlicher Schutz rentenrechtlicher Positionen, LVA Mitt. 2005, S. 228 ff.

37 Ausgeblendet bleiben die Rechte illegaler Ausländer oder der Ausländer mit ungesichertem Rechtsstatus, dazu nur den Bericht von van Thijn, Human rights of irregular migrants v. 4.5.2006. Doc. 10924 (<http://assembly.coe.int>); Kulke, The role of social security in protecting migrant workers: The ILO approach, 2006 (<http://www.issa.int/pdf/newdelhi06/2kulke.pdf>), jew. m.w.N.

die Europäische Sozialcharta,<sup>39</sup> ferner einige Übereinkommen der IAO<sup>40</sup> und spezielle Abkommen für Wanderarbeitnehmer.<sup>41</sup> Ohne auf Einzelheiten eingehen zu können, enthalten die wenigsten Bestimmungen, soweit sie überhaupt gelten,<sup>42</sup> klar umrissene oder gar auch den Einzelnen berechtigende Normen, ihre Bedeutung für die Verleihung sozialer Rechte bleibt damit gering.<sup>43</sup>

bb) Gerade als Bestätigung der Handlungsspielräume erweisen sich die bi- oder multilateralen Sozialversicherungsabkommen.<sup>44</sup> Denn soweit in entsprechenden völkerrechtlichen Verträgen bestimmten Ausländern soziale Rechte versprochen werden,<sup>45</sup> bleibt es grundsätzlich bei einer souveränen Regelung. Ausschlaggebend sind hier freiwillige Willensakte, in diesem Sinne politische Entscheidungen. Sie werden nicht zuletzt deswegen getroffen, weil die Gleichbehandlung eigener Staatsangehöriger im Ausland gesichert oder ein besonderes Interesse an der Anwerbung bestimmter Arbeitskräfte besteht.<sup>46</sup> Die Wahrung des nach außen gerichteten Handlungsspielraums ist regelmäßig auch im Lichte des verfassungsrechtlichen Gleichbehandlungsgebots ein ausreichender Grund dafür, zwischen verschiedenen Gruppen von Ausländern zu differenzieren, also Angehörige von Abkommensstaaten bevorzugt zu behandeln<sup>47</sup> – jedenfalls dann, wenn es nicht um den Schutz bereits erworbener Rechtspositionen geht.<sup>48</sup>

38 International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR) v. 16.12.1966, in Kraft seit 3.1.1976 (abrufbar im Internet unter [www.ohchr.org/english/law/](http://www.ohchr.org/english/law/)); von der Bundesrepublik ratifiziert am 17.12.1973.

39 Europäische Sozialrechtscharta (Nr.35) v. 18.10.1961 und v. 3.5.1996 (Nr. 165, revidierte Fassung), in Kraft seit 26.2.1965 bzw. 1.7.1999 (abrufbar im Internet unter [www.conventions.coe.int](http://www.conventions.coe.int)); von der Bundesrepublik wurde am 27.1.1965 nur die Charta von 1961 ratifiziert.

40 Übereinkommen Nr. 97 „Wanderarbeiter (Neufassung) v. 1.7.1949 und Nr. 143 „Übereinkommen über Missbräuche bei Wanderungen und die Förderung der Chancengleichheit und der Gleichbehandlung“ v. 24.6.75, in Kraft seit 19.12.1952 bzw. 9.12.1978 (abrufbar im Internet unter [www.ilo.org/ilolex](http://www.ilo.org/ilolex)); von der Bundesrepublik wurde am 27.6.1959 das Übereinkommen C 97 ratifiziert.

41 Internationale Konvention zum Schutz der Rechte aller Wanderarbeitnehmer und ihrer Familienangehörigen (ICRMW) v. 18.12.1990, in Kraft seit 1.7.2000, von der Bundesrepublik noch nicht ratifiziert (abrufbar im Internet unter [www.ohchr.org/english/law/](http://www.ohchr.org/english/law/)); Europäisches Übereinkommen über die Rechtsstellung der Wanderarbeitnehmer v. 24.11.1977, in Kraft seit 1.5.1983, von der Bundesrepublik noch nicht ratifiziert (abrufbar im Internet unter [www.conventions.coe.int](http://www.conventions.coe.int)).

42 Auch die im Rahmen der hier interessierenden internationalen Organisationen geschaffenen Abkommen bedürfen der Ratifikation durch die Mitgliedstaaten.

43 Näher dazu *Wollenschläger*, Die Internationale Arbeitsorganisation (IAO) – Entstehung, Entwicklung und Bedeutung für den Schutz der Wanderarbeiter, in: Festschrift für Hahn, 1997, S. 573 ff.

44 Überblick bei *Plöger/Wortmann*, Internationales Sozialrecht, Bd. 6 bis 9, Loseblatt (Stand 1/2006).

45 Dies geschieht zumeist dadurch, dass für die Staatsangehörigen der jeweils anderen Vertragsparteien, die sich im Hoheitsgebiet der Vertragsparteien aufhalten, eine entsprechende Gleichbehandlung vereinbart wird, und im Einzelnen durch Anrechnung versicherungsrechtlicher Zeiten und die Vereinbarung des Leistungsexports.

46 So auch vom BVerfG als „sachlich einleuchtend“ akzeptiert, E 51, 1, 24.

47 Vgl. auch *Kokott*, Die Staatsangehörigkeit als Unterscheidungsmerkmal für soziale Rechte von Ausländern, in: *Hailbronner* (Hrsg.), Die allgemeinen Regeln des völkerrechtlichen Fremdenrechts, 2000, S. 23 ff.

48 BVerfGE 51, 1, 23 f., 28.

c) *Tatsächliche und rechtliche Schranken nationaler Verknüpfungsentscheidungen*

Wenn im Grundsatz gilt, dass Staaten frei sind, über die Aufnahme von Ausländern und über die Zuerkennung sozialer Rechte zu entscheiden, und wenn dementsprechend auch Stufungen zu lässig sind, so ergeben sich daraus Kombinationsmöglichkeiten, die man sich bildlich als schachbrettartiges Raster vorstellen kann. Allerdings sind die Zugmöglichkeiten zur Nutzung des Rasters alles andere als unbeschränkt.

aa) In der Praxis erweist sich eine Regulierung des Zugangs von Migranten mit der Absicht, den jeweils erwünschten Grad gesellschaftlicher Integration schon im Zeitpunkt der Einreise festzulegen, als schwer durchführbar. Das zeigt eindringlich die gut erforschte Geschichte der Anwerbung sogenannter Gastarbeiter in den sechziger Jahren des letzten Jahrhunderts. Sie lässt sich kaum treffender zusammenfassen als durch den berühmten Ausspruch *Max Frischs*: „ (...) man hat Arbeitskräfte gerufen, und es kommen Menschen.“<sup>49</sup> Auch wenn dies der in Debatten über die Einwanderungspolitik meistzitierte Satz sein mag, bringt er doch eine ebenso einfache wie wichtige Tatsache auf den Punkt: Dass sich Lebensschicksale anders entwickeln können als erwartet, und dass Recht darauf reagieren muss.

bb) Es soll aber nicht auf Steuerungsprobleme eingegangen werden, die sich aus mangelnder Vorhersehbarkeit individueller Entwicklungen ergeben. Vielmehr interessieren andere Durchbrechungen der genannten Grundsätze, nämlich jene, die allgemein und von vornherein bestehen. Sie können sich, den Grundlinien des Schachbrettmusters folgend, entweder aus dem Recht auf einen Aufenthalt oder aus dem Anspruch auf bestimmte Sozialleistungen folgen. Und sie lassen sich folgendermaßen rechtlich systematisieren:

(1) Erstens als Folge des Umstandes, dass eine Person nicht abgeschoben werden kann, in Verbindung mit dem Schutz grundlegender Rechte. Hier geht es um die Zuerkennung punktueller, in erster Linie aus der territorialen Verantwortung folgender Ansprüche.

(2) Zweitens als Folge der Ausgestaltung von Sozialleistungssystemen, aus der eine Erweiterung der territorialen und personalen Verantwortung folgen kann, allerdings funktional auf einen bestimmten Anknüpfungspunkt beschränkt.

(3) Und drittens aus einem weitergehenden Zusammenspiel zwischen Aufenthalts- und Sozialrechten, das am ehesten aus einer Anreicherung der personalen Verantwortung erklärt werden kann. Grund dafür kann die Verfestigung des Aufenthalts sein, durch die faktisch eine Situation des Angewiesenseins auf den

49 Vorwort zu *Seiler, Siamo italiani*, 1965, S. 7.

Schutz durch den Aufenthaltsstaat entsteht.<sup>50</sup> Grund dafür kann aber auch die Existenz einer neuen, supranationalen Gemeinschaft sein, wenn diese einen neuen Angehörigkeitsstatus (der auch Nichtstaatsangehörige einschließt)<sup>51</sup> und damit Rechte der Angehörigen begründet, die auf den Ebenen aller eingeschlossenen Gemeinschaften anzuerkennen sind.

Die rechtlichen Mechanismen, die jeweils Ansprüche begründen, sind dabei unterschiedlich. Im erstgenannten Fall werden die Ansprüche vermittelt aus Menschenrechten, der Struktur nach als positive Rechte auf ein Existenzminimum, die sich durch das Zusammenspiel mit der territorialen Verantwortung als negative Rechte konstruieren lassen. In den beiden anderen Fällen ist die vermittelnde rechtliche Konstruktion die der fortwirkenden Aufnahmeentscheidung oder der neuen Zugehörigkeitsrechte, jeweils in Verbindung mit dem Diskriminierungsverbot bzw. dem Gleichbehandlungsgrundsatz.

### III. Durchbrechungen

#### 1. Territoriale Verantwortung und Mindestrechte

##### a) Soziale Rechte aus dem Aufenthalt

Die wohl wichtigste Personengruppe, die im Grunde genommen auf humanitärer Basis Aufenthaltsrechte beanspruchen kann, ist die der Asylbewerber und Flüchtlinge. Zwar mag die Rechtsgrundlage der Aufnahme in einzelnen Ländern dem nationalen Recht entstammen, im Hintergrund stehen aber völkerrechtliche Grundlagen. Zudem ist in der EU ein starker Europäisierungsprozess im Gange.<sup>52</sup> Das beschränkt und beschränkte schon immer nationale Reformoptionen.<sup>53</sup> In einem Handbuch zum Asylrecht aus dem Jahr 1980 wurde es als ein Ziel bezeichnet, mit dem wissenschaftlichen Werk dazu beizutragen, dass Flüchtlinge „menschlich und großzügig“ behandelt werden.<sup>54</sup> Ob angesichts der Rechtsentwicklungen in Europa noch von einer großzügigen Praxis die Rede sein kann, erscheint zweifelhaft. Aber sicher bleibt die Verpflichtung der Aufnahmestaaten auf die Wahrung der Menschenwürde und die Gewährung eines Existenzminimums. Ob das aus dem Asylrecht selbst oder anderen Normen folgt,<sup>55</sup> ist von sekundärer Bedeutung.

50 Dazu *Isensee*, Die staatsrechtliche Stellung der Ausländer in der Bundesrepublik Deutschland, VVDStRL H. 32 (1974), S. 49, 79 ff.; *Bernsdorff*, Probleme der Ausländerintegration in verfassungsrechtlicher Sicht, 1986; S. 43 ff.; *Rieken*, Die Duldung als Verfassungsproblem, 2006, S. 159 ff.

51 Vgl. zur Unionsbürgerschaft als „föderalem Angehörigkeitsverhältnis“ *Schönberger*, Unionsbürger, 2005, S. 272 ff., 517.

52 Dazu *Becker*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG (Fußn. 13), Art. 16a, Rdnr. 22 ff. m.w.N.

53 Vgl. *Wollenschläger/Becker*, Änderung des Grundrechts auf Asyl (Art. 16 II 2 GG)?, ZRP 1987, S. 326 ff.; *Wollenschläger/Schraml*, Art. 16a GG, das neue Grundrecht auf Asyl?, JZ 1994, S. 61 ff.

54 *Wollenschläger*, Einleitung, in: Beitz/Wollenschläger (Hrsg.), Handbuch des Asylrechts, Bd. 1, 1980, S. 17, 26.

55 Vgl. dazu nur *Becker*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG (Fußn. 13), Art. 16a, Rdnr. 117 ff. m.w.N.



Die Aufnahmestaaten versuchen, zwischen Flucht vor politischer Verfolgung und Einreise aus wirtschaftlichen Gründen zu unterscheiden, und sie sind bemüht, keine eigenständigen Wanderungsanreize zu setzen. Sozialleistungen werden deshalb auf ein Minimum reduziert, weshalb in Deutschland mit dem Asylbewerberleistungsgesetz,<sup>56</sup> das mittlerweile nicht mehr nur für Asylbewerber gilt,<sup>57</sup> Sondersozialhilferecht geschaffen worden ist.<sup>58</sup> Unvermeidlich bleibt aber das Einkommens- und Armutsgefälle, das in der Regel zwischen Herkunfts- und Aufnahmestaaten existiert. Angesichts dessen wird es weiterhin eine wichtige Aufgabe bleiben, das verständliche Anliegen der Aufnahmestaaten mit einer humanitären Ausgestaltung der Hilfe in Einklang zu bringen.

### b) Aufenthalt aus sozialen Rechten

Im vorgenannten Beispiel folgt das Recht auf Sozialleistungen einem Recht auf Aufenthalt. Es gibt aber auch die umgekehrte Fallgruppe, und diese ist, angesichts der erwähnten grundsätzlichen Offenheit sozialer Menschenrechte, in besonderem Maße diskutabel. Grundlage ist der vom EGMR entschiedene Fall D.<sup>59</sup> Der Sachverhalt war folgender: D., der in St. Kitts geboren worden war und dort die meiste Zeit seines Lebens verbracht hatte, wollte in London als Tourist einreisen, was ihm wegen Besitzes von Kokain in beträchtlicher Menge verweigert wurde. Er wurde nicht zurückgeschoben, sondern im Vereinigten Königreich verurteilt. Er saß eine dreijährige Gefängnisstrafe ab und sollte im Anschluss nach St. Kitts gebracht werden. Schon während der Haftstrafe war D. als HIV-positiv diagnostiziert worden. D. wehrte sich gegen die Abschiebung und wollte im Vereinigten Königreich bleiben, mit dem Argument, er könne in seinem Heimatstaat nicht ausreichend medizinisch behandelt werden. Der EGMR sah in der Abschiebung angesichts des mittlerweile sehr schlechten Gesundheitszustandes von D., der in England stationär versorgt werden musste, eine Art. 3 der EMRK widersprechende unmenschliche Behandlung. Das mit dem Abbruch der Behandlung und der Abschiebung verbundenen Risiko, unter elenden Umständen zu sterben, rechtfertigte ausnahmsweise diesen Schluss.

Nun könnte man gegen die Entscheidung einwenden, die menschenrechtswidrige Lage sei rechtlich nicht dem Aufenthaltsstaat zuzurechnen, Besonderheiten der Auslandsberührung des Falls blieben unberücksichtigt, der Gerichtshof instrumentiere ein Abwehrrecht für die Konstruktion eines Anspruchs auf die Gesundheitsbehandlung. Richtig ist sicher, dass zunehmend Menschenrechte erster Gene-

56 AsylbLG v. 5.8.1997 (BGBl. I, 2022), zuletzt geändert durch das Gesetz v. 21.03.2005 (BGBl. I, 818).

57 Vgl. vor allem die Änderungen des § 1 („Leistungsberechtigte“) des ursprünglichen AsylbLG v. 30.6.1993 (BGBl. I, 1074) durch das Erste Gesetz zur Änderung des AsylbLG v. 26.5.1997 (BGBl. I, 1130).

58 Näher *Wollenschläger*, Der sozialrechtliche Schutz von Asylbewerbern in Deutschland, in: Festschrift 50 Jahre BSG, 2004, S. 317 ff. Vgl. dazu jetzt auch BVerfG v. 11.7.2006, 1 BvR 293/05 (gleichheitswidrige Verpflichtung zum Einsatz des Schmerzensgeldes).

59 EGMR v. 2.5.1997, Fall Nr. 146/ 1996/ 767/964, D./United Kingdom, ECHR 1997 – III; NVwZ 1998, S. 161 ff. = EZAR 933 Nr. 7.

ration für die Gewährung von Sozialleistungen eine Rolle spielen.<sup>60</sup> Aber dogmatisch sind Begründung und Ergebnis haltbar. Denn einem Staat können unter bestimmten Voraussetzungen auch die im Abschiebungsstaat eintretenden Folgen seines Handelns zugerechnet werden,<sup>61</sup> die territoriale Verantwortung knüpft an den Ort des Handelns, nicht aber den der Folgen, an. Zudem war sich der Gerichtshof selbst darüber im Klaren, dass er einen Grenzfall zu behandeln hatte. Im vier Jahre später entschiedenen Fall Bensaïd kam er zu einem anderen Ergebnis.<sup>62</sup> Der algerische Staatsangehörige Bensaïd war in das Vereinigte Königreich eingereist, verfügte dort über kein Aufenthaltsrecht mehr und sollte nach Algerien zurückgebracht werden – obwohl er an Schizophrenie erkrankt und es zu erwarten war, dass eine angemessene medizinische Behandlung der Krankheit in Algerien auf Schwierigkeiten stoßen würde. Hier hat der Gerichtshof sowohl berücksichtigt, dass eine Behandlung im Heimatstaat nicht völlig ausgeschlossen war, als auch die Unsicherheit des Behandlungserfolgs. Insgesamt gesehen wird deshalb Art. 3 EMRK nicht das Tor sein, das allen Bewohnern von Staaten mit schlechter Gesundheitsversorgung Zugang zu Behandlungen in entwickelten Staaten eröffnet. Durchschlupf wird nur in eng gefassten Ausnahmefällen gewährt, und das ist mit der Funktion der Bestimmung vereinbar.

## 2. Soziale Rechte und Gleichbehandlung

### a) Territoriale Erstreckung

Die Erstreckung von sozialen Rechten kann sich unmittelbar aus dem Sozialrecht selbst ergeben. Dabei handelt es sich im Grunde um Fälle der Systemkonsistenz,<sup>63</sup> wenn auch diese dogmatische Figur nicht eigenständig bemüht werden muss, weil unmittelbar an die Ausgestaltung und Funktion einzelner Sozialleistungsansprüche angeknüpft werden kann. Zu erwähnen ist zunächst der Export von Sozialleistungen. Beruhen diese auf einer Beitragszahlung und bestehen in Geldleistungen, ist nicht zu erkennen, mit welcher sachlichen Begründung die Leistungsgewährung auf das Territorium des Vorsorgestaates beschränkt werden könnte. Hier könnte auf das Eigentumsrecht an erworbenen Anwartschaften hingewiesen werden, das nach der Rechtsprechung des BVerfG einen subjektiv-rechtlichen Schutz, vor allem bei der Gewährung von Renten, bietet.<sup>64</sup> In seiner Entscheidung zum Rentenexport hat sich das Gericht aber auf den Gleichheitssatz gestützt und daraus immerhin abgeleitet, es dürfe zwar aus verschiedenen Gründen zwischen

60 Vgl. dazu *Nußberger*, Sozialstandards im Völkerrecht, 2005, S. 351 ff.

61 Vgl. dazu auch BVerfGE 57, 9, 23.

62 EGMR v. 6.2.2001, Fall Nr. 44599/98, Bensaïd/United Kingdom, ECHR 2001 – I; NVwZ 2002, S. 413 ff. = EZAR 933 Nr. 11.

63 Vgl. dazu grundl. *Degenhart*, Systemgerechtigkeit und Selbstbindung des Gesetzgebers als Verfassungspostulat, 1976; ferner *Becker*, Selbstbindung des Gesetzgebers im Sozialrecht, in: FS 50 Jahre BSG, 2004, S. 77 ff. m.w.N.

64 Vgl. BVerfGE 53, 257, 289 ff.; E 81, 109.

Inlands- und Auslandszahlung differenziert werden, aber nur in angemessenem Umfang.<sup>65</sup> Keinesfalls darf aber das Territorialitätsprinzip als Blankoscheck für die Begründung von Ausnahmen hergenommen werden, um trotz Erfüllung der Leistungsvoraussetzungen die Zahlung ins Ausland zu verweigern. Dementsprechend ist zu Recht den im Inland versicherten, aber im Ausland lebenden Grenzarbeitnehmern<sup>66</sup> im Falle der Arbeitslosigkeit das Arbeitslosengeld über die Grenze zu zahlen.<sup>67</sup>

Allerdings hat die Exportierbarkeit ihre Grenzen, und nicht umsonst werden in die gemeinschaftsrechtliche Koordinierung der sozialen Sicherungssysteme nicht alle Sozialleistungen einbezogen. Denn es muss möglich sein, steuerfinanzierte Leistungen so anzulegen, dass sie für eine bestimmte, auch räumlich erfassbare Bedarfssituation gelten. Das sollte auch der EGMR bedenken. Er lässt in seiner Rechtsprechung eine Tendenz erkennen, den eigentumsrechtlichen Schutz sozialer Rechte von Voraussetzungen abzukoppeln, die eine Qualifizierung eines öffentlich-rechtlichen Anspruchs gerade als Eigentum nachvollziehbar erscheinen lassen.

#### b) Personale Erstreckung

Der Gleichheitssatz kann nicht nur eine territoriale, sondern auch eine personale Erstreckung gebieten. Das zeigen die jüngeren Entscheidungen des BVerfG zu den persönlichen Voraussetzungen für die Gewährung von Erziehungs- und Kindergeld.<sup>68</sup> Man kann die Rechtsprechung auch mit dem Stichwort Probleme des Gleichlaufs aufenthalts- und sozialrechtlicher Stufungen erfassen.

Die Entscheidungen haben eine lange Vorgeschichte. Denn über Jahre war streitig, wie der Begriff des gewöhnlichen Aufenthalts zu verstehen sein sollte, sofern es um die Gewährung von Familienleistungen ging. Die Rechtswissenschaft war um eine Aufarbeitung der keineswegs einheitlichen Rechtsprechungspraxis<sup>69</sup> bemüht.<sup>70</sup> Der Gesetzgeber entschied sich dann für eine spezialgesetzliche Klarstellung in den einschlägigen Leistungsgesetzen:<sup>71</sup> Ausländer, die nur eine Aufenthaltserlaubnis besaßen, sollten keine Familienleistungen mehr erhalten.<sup>72</sup> Der Zweck der Regelung war, Kinder- und Erziehungsgeld den Personen vorzubehalten, von denen zu erwarten war, dass sie auf Dauer in Deutschland leben würden.<sup>73</sup> Beim Erziehungsgeld kam ein Zusammenhang zur Erwerbstätigkeit hin-

65 BVerfGE 51, 1.

66 Näher Wollenschläger, Die Grenzarbeitnehmer – arbeits- und sozialrechtliche Fragen, in: Raum und Recht, Festschrift 600 Jahre Würzburger Juristenfakultät, 2002, S. 527 ff.

67 BVerfG (Kammer), NZA 2000, S. 391 ff.

68 BVerfGE 111, 160 (Kindergeld für Ausländer); E 111, 176 (Erziehungsgeld für Ausländer).

69 Vgl. BSG, SozR 3-7833 § 1 Nr.1; SozR 3-7833 § 1 Nr.3; zuletzt SozR 3-7833 § 1 Nr.7.

70 Becker/Wollenschläger, 40 Jahre Asyl Grundrecht – Rückblick und Ausblick, AöR 115 (1990), S. 369 ff.; dies., Die sozialrechtliche Stellung von De-facto Flüchtlingen, SGB 1989, S. 317 ff.

71 Mit Wirkung v. 1.1.2005 durch das Zuwanderungsgesetz v. 30.7.2004 (BGBl. I, 1950).

72 § 1 Abs. 1a BerzGG; § 1 Abs. 3 S. 1 BKGG.

73 BT-Drucks. 12/4401, S. 74.

zu,<sup>74</sup> weil Anreize zu deren Unterbrechung gesetzt werden sollten.<sup>75</sup> Um es kurz zu sagen, sind zwar beide Gründe legitim und können zur Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen dienen.<sup>76</sup> Jedoch hat das BVerfG dem Gesetzgeber vorgehalten, dass die aufenthaltsrechtlichen Stufungen nicht geeignet sind,<sup>77</sup> diesen Zwecken ausreichend klar zu entsprechen.<sup>78</sup> Nicht nur faktisch, sondern auch rechtlich ermöglichte selbst die Aufenthaltsbefugnis einen Daueraufenthalt, und sie schloss nicht in jedem Fall die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit aus. Gefordert ist also ein präziseres Anknüpfen an die tatsächlich statusbegründenden Regelungen. Damit dürfte zugleich den Vorgaben der Europäischen Menschenrechtskonvention genügt werden.<sup>79</sup>

### 3. Freizügigkeitsrechte und Gleichbehandlung

#### a) Supranationale Einwirkungen

Während der nationale Gesetzgeber entsprechend den genannten Vorgaben eine Feinsteuerung vornehmen kann, wird befürchtet, dass ihm diese Möglichkeit innerhalb der Europäischen Union zunehmend genommen wird. Diese Furcht speist sich zum einen aus den möglichen Folgen der EU-Osterweiterung, zum anderen aus der rechtlichen Weiterentwicklung des Freizügigkeitsrechts. Jeweils folgen die Vorgaben aus dem Primärrecht, genauer der Auslegung der im EGV enthaltenen Grundfreiheiten.<sup>80</sup> Diese berühren mittlerweile in vielfältiger Weise die mitgliedstaatlichen Sozialleistungssysteme, worauf aber an dieser Stelle –

74 Dazu näher Becker, in: Buchner/Becker, BerzGG, 7. Aufl. 2003, BerzGG Einf, Rdnr. 2 f.

75 In dem Sinne, dass es entsprechender Anreize dann nicht bedarf, wenn eine Erwerbstätigkeit ohnehin ausgeschlossen ist, vgl. BT-Drucks. 10/3792, S. 13.

76 So ausdrücklich das BVerfG, E 111, 176, 185 (Erziehungsgeld für Ausländer).

77 Dogmatische Grundlage der gestuften Prüfung ist der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, der im Rahmen der sog. neuen Formel Anwendung findet.

78 BVerfGE 111, 176, 185 f. (Erziehungsgeld für Ausländer).

79 Der EGMR (v. 25.10.2005, Fall Nr. 59140/00, Okpisz/Deutschland, NVwZ 2006, S. 917) hat angenommen, Kindergeld falle in den Anwendungsbereich des Art. 8 EMRK, womit das Diskriminierungsverbot des Art. 14 EMRK anwendbar wird, ferner, dass in der konkreten Ausgestaltung des deutschen Kindergeldrechts eine Ungleichbehandlung zwischen verschiedenen Ausländergruppen nicht zu rechtfertigen war. Er hat sich dabei inhaltlich nur auf die Entscheidung des BVerfG (E 111, 160) gestützt, auf eine eigene inhaltliche Stellungnahme aber verzichtet, vgl. EGMR, a.a.O., Rdnr. 34: „The Court is not called upon to decide generally to what extent it is justified to make distinctions, in the field of social benefits, between holders of different categories of residence permits. Rather it has to limit itself to the question whether the German law on child benefits as applied in the present case violated the applicants' rights under the Convention. Like the Federal Constitutional Court in the pilot cases (see paragraph 18 above), the Court does not discern sufficient reasons justifying the different treatment with regard to child benefits of aliens who were in possession of a stable residence permit on one hand and those who were not, on the other.“

80 Während das Wettbewerbsrecht zwar ebenfalls eine Rolle spielt, in seinem Anwendungsbereich aber nach der Rspr. des EuGH stark von der gesetzlichen Ausgestaltung der Mitgliedstaaten abhängig ist und deshalb keine Markteröffnungsfunktion entfaltet, vgl. EuGH v. 16.3.04, Rs. C-264/1 u.a. (AOK – Festbeträge), n.v. (abrufbar im Internet unter [www.europa.eu.int/cj/de](http://www.europa.eu.int/cj/de)).

ebenso wenig wie auf das Ringen um den Erlass der Dienstleistungsrichtlinie – eingegangen werden soll.<sup>81</sup>

Hinsichtlich der Folgen der Osterweiterung genügen einige Anmerkungen. Nach Ablauf der beim Beitritt ausgehandelten<sup>82</sup> Übergangsbestimmungen<sup>83</sup> wird von manchen ein Wanderungsdruck erwartet,<sup>84</sup> der selbst im Hinblick auf beitragsfinanzierte Sozialleistungssysteme für problematisch gehalten wird.<sup>85</sup> Daraus resultiert der Vorschlag der sog. „verzögerten Integration“,<sup>86</sup> bei dem es darum geht, die Äquivalenzbeziehungen zu stärken. Es soll für die Einbeziehung in die Sozialleistungssysteme zunächst eine bestimmte Dauer des Aufenthalts gefordert werden. Damit die Sache einen Sinn macht, müssten schon während des Vor-Aufenthalts im Tätigkeitsstaat Beiträge und Steuern entrichtet werden. Dann verstieße die Konstruktion einer „Teiläquivalenz“ aber bei steuerbezogenen Leistungen gegen das Nonaffektationsprinzip, bei beitragsbezogenen Leistungen gegen das abgeschwächte Gegenleistungsprinzip der Sozialversicherung.<sup>87</sup> Sie ist auch mit der sozialrechtlichen territorialen Verantwortung nicht zu vereinbaren.<sup>88</sup>

#### b) Zur rechtlichen Entwicklung des Freizügigkeitsrechts

Das Freizügigkeitsrecht hat sich spätestens mit der Unionsbürgerschaft vom Marktrecht zum Bürgerrecht gewandelt.<sup>89</sup> Einmal mehr erweist sich der EuGH – wie schon bei der Aktualisierung der Waren- und Dienstleistungsfreiheiten – als

81 Näher dazu *Kingreen*, Das Sozialstaatsprinzip im europäischen Verfassungsverbund, 2003, S. 459 ff. (am Beispiel der GKV); *Becker*, Das Gemeinschaftsrecht, die deutschen Sozialleistungssysteme und die Debatten um deren Reform, in: ders./Boecken/Nußberger/Steinmeyer (Hrsg.), Reformen des deutschen Sozial- und Arbeitsrechts im Lichte supra- und internationaler Vorgaben, 2005, S. 15 ff.

82 Die Beitrittsakte (Abl. EG L 236 v. 23.9.2003) ist abrufbar unter [www.europa.eu.int/eur-lex/lex](http://www.europa.eu.int/eur-lex/lex). Nach Art. 24 der Beitrittsakte (Abl. EG L 236 v. 23.9.2003, S. 40) finden die in den Anhängen V–XIV angeführten Maßnahmen unter dort festgelegten Bedingungen Anwendung. Mit Blick auf die Arbeitnehmerfreizügigkeit (Art. 39 EG) kann der Zugang zu den Arbeitsmärkten auf Grundlage des sog. „2+3+2“ Modells bis zu sieben Jahre eingeschränkt werden.

83 Zu deren Zulässigkeit *Becker*, EU-Erweiterung und differenzierte Integration, 1999; *Hänlein*, Übergangsregelungen beim EU-Beitritt der MOE-Staaten im Bereich der Arbeitnehmerfreizügigkeit und der sozialen Sicherheit, EuZW 2001, S. 165 ff.

84 Die Einschätzung sowohl des Ausmaßes als auch der Folgen dieser Wanderung ist aber durchaus unterschiedlich, vgl. zusammenfassend *Becker*, Nationale Sozialleistungssysteme im europäischen Systemwettbewerb, in: ders./Schön (Hrsg.), Steuer- und Sozialstaat im europäischen Systemwettbewerb 2005, S. 33 f.

85 Vgl. zur Diskussion *Wollenschläger/Pietsch*, Die Auswirkungen der Osterweiterung der EU auf den Arbeitsmarkt und die sozialen Sicherungssysteme der EU-Staaten, ZAR 2003, S. 259 ff.

86 Gutachten des Wissenschaftlichen Beirats beim Bundesministerium der Finanzen, Freizügigkeit und soziale Sicherung in Europa, 2000, S. 80 ff.

87 Vgl. dazu schon oben, Fn. 21.

88 Dazu *Becker*, in: ders./Schön, Steuer- und Sozialstaat im europäischen Systemwettbewerb (Fußn. 84), S. 1, 33 ff.

89 Vgl. bereits *Oppermann*, Vom Marktbürger zum EG-Bürger?, in: Lüneburger Symposium f. Hans Peter Ipsen zur Feier des 80. Geburtstages, 1988, S. 87, 90 ff.; *Everling*, Von der Freizügigkeit der Arbeitnehmer zum Europäischen Bürgerrecht?, EuR Beih. 1/1990, S. 81 ff.; *Randelzhofer*, Marktbürgerschaft – Unionsbürgerschaft – Staatsbürgerschaft, in: GS für Grabitz, 1995, S. 581 ff.; zur Entwicklung umfassend *Scheuing*, Freizügigkeit als Unionsbürgerrecht, EuR 2003, S. 744 ff.

Motor der europäischen Integration,<sup>90</sup> soweit die Ableitung von Rechten aus der Unionsbürgerschaft in Rede steht.<sup>91</sup>

aa) Waren die Anfänge noch eher verworren,<sup>92</sup> so steht doch mittlerweile fest, dass Art. 18 EG in Verbindung mit dem Diskriminierungsverbot verbietet, Leistungen der sozialen Hilfe und Förderung auf eigene Staatsangehörige zu beschränken oder Anknüpfungspunkte zu wählen, die ohne sachlichen Grund mittelbar diskriminierend wirken.<sup>93</sup> Damit können weitgehende Folgen verbunden sein. Denn hier geht es nicht mehr um besondere, humanitär zu schützende Personengruppen oder um eng umrissene Einzelfälle. Deswegen wurde die Besorgnis geäußert, die Freizügigkeit innerhalb der EU könne letztendlich zu einer Gefährdung der Sozialleistungssysteme und damit zu einer Aushöhlung mitgliedstaatlicher Kompetenzen führen. Die Einwände sind ernst zu nehmen. Sie berühren die ökonomische Grundlage der europäischen Integration, weil Wanderungen mit dem alleinigen Ziel der Inanspruchnahme von Sozialleistungen negative Effekte haben.<sup>94</sup> Und sie berühren die Zuständigkeitsverteilung zwischen der Europäischen Gemeinschaft und den Mitgliedstaaten, was keineswegs ein nur formaler Aspekt ist, weil hinter dieser unterschiedliche Legitimationsstrukturen stehen.<sup>95</sup>

bb) Dennoch sind die Einwände weitgehend unbegründet, wie auch die Kritik am EuGH nicht unverständlich, aber zum Teil überzogen ist. Zugegebenermaßen sind nicht alle Einzelheiten geklärt. Der Gerichtshof hat, seiner allgemein bekannt kargen Begründungspraxis folgend, gerade auch in der Rechtssache *Bidar*, in der

90 Vgl. dazu die kritische Analyse von *Kingreen*, Grundfreiheiten, in: v. Bogdandy (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, 2003, S. 636 ff.

91 EuGH v. 20.9.2001, Rs. C-184/99 (Grzelczyk), Slg. 2001, I-6193 = JZ 2002, S. 349 m. Anm. *Rossi*, S. 351 ff.; v. 11.7.2002, Rs. C-224/98 (D'Hoop), Slg. 2002, I-6191.

92 Vgl. EuGH v. 12.5.1998, Rs. C-85/96 (Martinez Sala), Slg. 1998, I-2691.

93 Zur Rspr. *Becker*, Unionsbürgerschaft und soziale Rechte, ZESAR 2002, S. 8 ff.; *Soria*, Die Unionsbürgerschaft und der Zugang zu sozialen Vergünstigungen, JZ 2002, S. 643 ff.; *Bode*, Von der Freizügigkeit zur sozialen Gleichstellung aller Unionsbürger?, EuZW 2003, S. 552 ff.; kurzer Bericht auch bei *Welti*, Die kommunale Daseinsvorsorge und der Vertrag über eine Verfassung für Europa, AöR 130 (2005), S. 529, 554 f. Zuvor schon *Borchardt*, Der sozialrechtliche Gehalt der Unionsbürgerschaft, NJW 2000, S. 2057 ff. Vgl. jetzt auch zum Export von Sozialleistungen EuGH v. 26.10.2006, Rs. C-192/05 (Tas-Hagen), n.v.

94 Vgl. hierzu bspw. *Sinn*, CESifo, Working Paper No. 1367, EU Enlargement, Migration and the New Constitution, Dec. 2004, *ders.*, Europe faces a Rise in Welfare – Migration, Financial Times v. 13.7.2004, S. 13.

95 Zu dem Zusammenhang oben, II 1 b).

die Gewährung einer Studienförderung streitig war, sowohl auf eine positive Beschreibung des Anwendungsbereichs des EGV<sup>96</sup> als auch auf eine Präzisierung des Verhältnisses von Primär- zu Sekundärrecht<sup>97</sup> verzichtet.<sup>98</sup>

Man kann aber doch die Leitlinien erkennen. Aufenthaltsrechte für Nichterwerbstätige setzen den Nachweis von Existenzmitteln voraus.<sup>99</sup> Fehlen diese zumindest in den ersten Jahren des Aufenthalts auf längere Zeit und nicht nur vorübergehend, sind Maßnahmen zur Beendigung des Aufenthalts zulässig. In diesem Sinne lässt sich der Ausschluss einer unangemessenen Inanspruchnahme von Sozialhilfeleistungen („über Gebühr“)<sup>100</sup> jedenfalls verstehen,<sup>101</sup> wobei allerdings eine Einzelfallprüfung erforderlich bleibt. Soweit das Aufenthaltsrecht auf der zur Erwerbstätigkeit zählenden Arbeitssuche beruht, ist dieses zwar nicht an das Vorhandensein von Existenzmitteln geknüpft, jedoch zum einen zeitlich, zum anderen wohl auch auf die Begründung von Leistungen beschränkt, die der Eingliederung in den Arbeitsmarkt dienen<sup>102</sup> – obwohl das zugegebenermaßen fraglich bleibt.

Jedenfalls sind die Mitgliedstaaten nicht gehindert, die Sozialleistungen an Voraussetzungen zu knüpfen, die als mittelbar diskriminierend zu qualifizieren wären – wenn dies für die Kontrolle der Leistungsvoraussetzungen erforderlich ist,<sup>103</sup> und auch, wenn sie damit das Vorhandensein einer „tatsächlichen Beziehung“ zum Aufnahmemitgliedstaat fordern wollen.<sup>104</sup> Die letztgenannte Bedingung mag in ihrer Herleitung zunächst fragwürdig klingen, wird aber bei den betroffenen Sozialleistungen funktionsadäquat sein und entspricht dem Gedanken, dass sich

96 Als Tatbestandsmerkmal des allgemeinen Diskriminierungsverbots (Art. 12 EG).

97 Das Sekundärrecht entstand vor der Unionsbürgerschaft, jedoch kann Art. 18 I EG so verstanden werden, dass er einen Ausgestaltungsvorbehalt enthält, vgl. dazu Becker, Freizügigkeit in der EU – auf dem Weg vom Begleitrecht zur Bürgerfreiheit, EuR 1999, S. 522, 528 f. Sekundärrechtliche Vorschriften waren zunächst RL 90/365 v. 28.6.1990 über das Aufenthaltsrecht der aus dem Erwerbsleben ausgeschiedenen Arbeitnehmer und selbständigen Erwerbstätigen, ABl. L 180/1990, S. 28; RL 93/96 v. 29.10.1993 über das Aufenthaltsrecht der Studenten, ABl. L 317/1993, S. 59 (als Neuerlass der RL 90/366 v. 28.06.1990, ABl. L 180/1990, S. 30, die nicht auf die zutreffende Ermächtigungsgrundlage gestützt worden war, so EuGH v. 7.7.1992, Rs. C-295/90, Parlament/Rat, Slg. 1992, S. I-4193 Rdnr. 16 – 20); RL 90/364 v. 28.06.1990 über das Aufenthaltsrecht von Personen, denen das Aufenthaltsrecht nicht aufgrund anderer Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts zuerkannt ist, ABl. L 180/1990, S. 26. Diese Bestimmungen wurden zusammengefasst durch die RL 2004/38 v. 29.4.2004 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, ABl. L 158/2004, S. 77. Vgl. dazu Egger, Die neue Aufenthaltsrichtlinie der EU, in: Festschrift für Hablitzel, 2005, S. 95, 101 ff.

98 EuGH v. 15.3.2005, Rs. C-209/03, Bidar/London Borough of Healing, n.v.

99 Vgl. Art. 7 I lit. b) RL 2004/38/EG (Fn. 72).

100 Vgl. den Erwägungsgrund 16 zu Art. 14 III RL 2004/38/EG (Fn. 72). Die Formulierung geht zurück auf die Entscheidung des EuGH in der Rs. C-184/99 (Grzelczyk), Slg. 2001, I-6193 (Fußn. 56), I-6245 Rz. 44.

101 Skept. hingegen Hailbronner, Unionsbürgerschaft und Zugang zu den Sozialsystemen, JZ 2005, S. 1138, 1142 f.

102 Dazu EuGH v. 23.3.2004, Rs. C-138/02 (Collins), n.v. m. Anm. Becker, ZESAR 2004, S. 496 ff.

103 So EuGH v. 18.7.2006, Rs. C-406/04 (De Cuyper), n.v. Rdnr. 40 ff.

104 Die sekundärrechtliche Ausgestaltung hält Schönberger (Die Unionsbürgerschaft als Sozialbürgerschaft, ZAR 2006, S. 226, 230) wegen der Verknüpfung eines „sehr kurzfristig zu erwerbenden Sozialhilfeanspruchs und eines langen Zeitraums bis zum Erwerb des Daueraufenthaltsrechts“ für fragwürdig; die Kombination folgt aber gerade aus der Zwecksetzung der Sozialleistung einerseits in Verknüpfung mit der möglichen Beendigung des Aufenthalts andererseits. Die Forderung von Wartezeiten würde hingegen der in der Sozialhilfegebarung zum Ausdruck kommenden territorialen Verantwortlichkeit nicht gerecht.

Rechte auf Aufenthalt und im Aufenthalt mit der Zeit verstärken – was nicht zuletzt auch deshalb akzeptabel ist, weil eine längere Aufenthaltsdauer eine längere Zeit der Beteiligung an den finanziellen Lasten, die für Sozialleistungen aufzubringen sind, bedeutet. Bei entsprechendem Verständnis der Rechtsprechung folgt aus der allgemeinen Freizügigkeit weder der Untergang der nationalen Sozialleistungssysteme noch das Erfordernis grenzenlos grenzüberschreitender Solidarität. Allerdings muss der EuGH auch hier ausreichend beachten, dass die Grundfreiheiten zwar nicht an Kompetenzen gebunden sind, die Zuständigkeiten der Mitgliedstaaten aber durch eine zurückhaltende Überprüfung der Rechtfertigung etwaiger Ungleichbehandlungen gewahrt bleiben müssen.

#### **IV. Schluss**

Soweit Staaten frei sind, Ausländer aufzunehmen, ist dies zugleich die Freiheit zur Übernahme personaler Verantwortung. Sie ist in einer Rechtsgemeinschaft von Staaten ebenso wenig unbeschränkt wie die Freiheiten jeden Individuums.

Während aber völkerrechtliche Verpflichtungen zur Schutzgewährung Ausnahmen bleiben, führt die Unionsbürgerschaft zu einer sehr viel allgemeineren Verknüpfung von Aspekten territorialer und personaler Verantwortung. Bezogen auf die Gewährung von Sozialleistungen folgt aus der personalen Erstreckung über den Hebel der Diskriminierungsverbote eine Erweiterung des Kreises anspruchsberechtigter Personen. Allerdings bleibt die Erstreckung territorialbezogen, denn die grundsätzlich mögliche Beendigung des Aufenthalts beendet zugleich die Inanspruchnahme von Leistungen.

Auch wenn damit die personale Verantwortung gegenüber eigenen Staatsangehörigen und anderen Unionsbürgern Unterschiede aufweist, wird der Zusammenhang zwischen personaler Legitimation sozialstaatlicher Interventionen und der Berechtigung zu Sozialleistungen berührt: Der Kreis der Leistungsberechtigten geht über den Kreis der Wahlberechtigten hinaus, soweit die politische Ebene betroffen ist, auf der über die Gewährung von Sozialleistungen entschieden wird. Unabhängig von dem geringen Umfang dieser Verschiebungen stellt das aber die Gesamtkonstruktion nicht in Frage: Auf die Vermittlung der Legitimation hat der Kreis der Anspruchsberechtigten keine unmittelbare Auswirkung, und sozialpolitisch lässt sich dessen Erweiterung bewältigen, wenn auch in Zukunft auf die Funktion der Sozialleistungen Rücksicht genommen wird.



# FORUM CONSTITUTIONIS EUROPAE



## **Europäische Verfassung in der Krise – auf der Suche nach einer gemeinsamen Basis für die erweiterte Europäische Union**

Forum Constitutionis Europae – Band 7

Herausgegeben vom Walter Hallstein-Institut für  
Europäisches Verfassungsrecht

2007, 120 S., brosch., 26,– €, ISBN 978-3-8329-2381-5  
(Schriftenreihe Europäisches Verfassungsrecht, Bd. 24)

Mit der Erweiterung der Europäischen Union im Jahre 2004 wurde die Frage nach politischer Integration aktueller denn je. Der Vertragsentwurf über eine Verfassung für Europa hatte das Ziel, den Charakter der EU als politische Union zu unterstreichen und das Gefühl der Zusammengehörigkeit von multinationalen Unionsbürgern zu fördern.

Der Sammelband enthält Beiträge aus der Vortragsreihe FORUM CONSTITUTIONIS EUROPAE, die sich in vielfältigen **Stellungnahmen internationaler Wissenschaftler und Europapolitiker** mit dem Thema Verfassungsvertrag auseinandersetzen.

Der Band gibt sowohl Entscheidungsträgern als auch Studenten interessante Einblicke in die Materie. Bereits seit 1998 beteiligen sich namhafte Juristen, Politiker und Experten an der regen Diskussion europapolitischer Themen im Rahmen der Vortragsreihe CE der Humboldt-Universität zu Berlin.