
Die Unionsbürgerschaft und ihre Dynamik für den Integrationsprozess jenseits des Marktes

Ferdinand Wollenschläger*

Inhalt	
A. Einleitung	2
B. Das marktfreiheitliche Integrationsprogramm	4
I. Die schwindende Bedeutung der nationalen Staatsangehörigkeit: der marktfreiheitliche Inländerbehandlungsanspruch	6
II. Die schwindende Bedeutung nationaler Grenzen	10
1. Das marktfreiheitliche Aufenthaltsrecht im EWG-Ausland	10
2. Die Marktfreiheiten als „Beschränkungsverbote“	11
III. Die Grenzen des marktfreiheitlichen Freizügigkeitsregimes	15
C. Die Unionsbürgerschaft und ihre Dynamik für den Integrationsprozess jenseits des Marktes	20
I. Das Fortbewegungs- und Aufenthaltsrecht des Unionsbürgers	23
1. Die Neuradizierung des Freizügigkeitsrechts in der Unionsbürgerschaft: ein Integrationsfortschritt?	23
2. Die Konsequenzen im Einzelnen	26
a) Weitere Zurückdrängung des „Ordre-public“-Vorbehalts	26
b) Relativierung der ökonomischen Aufenthaltsvoraussetzungen	28

* Dr. Ferdinand Wollenschläger ist Akademischer Rat am Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Staatsphilosophie an der Ludwig-Maximilians-Universität München (Prof. Dr. Peter M. Huber) sowie an der dort angeschlossenen Forschungsstelle für das Recht der Europäischen Integration. Der Beitrag basiert auf einem Vortrag des Verfassers auf dem VIII. Interdisziplinären Kongress „Junge Wissenschaft und Europa“ der Hanns Martin Schleyer-Stiftung zum Thema „Lissabon-Vertrag: Sind die Weichen richtig gestellt? Recht und Politik der Europäischen Union als Voraussetzung für wirtschaftliche Dynamik“ am 28.5.2008 in Berlin und akzentuiert Überlegungen, die der Verfasser im Rahmen seiner Dissertation (Grundfreiheit ohne Markt, Die Herausbildung der Unionsbürgerschaft im grundfreiheitlichen Freizügigkeitsregime, 2007) angestellt hat. Für die Unterstützung bei Vortrag und Publikation dankt der Autor Prof. Dr. Christian Callies LL.M.

II. Die Verallgemeinerung und Verbreiterung des unionsrechtlichen Diskriminierungsverbots	30
1. Die Verallgemeinerung des unionsrechtlichen Diskriminierungsverbots	31
a) Die tatbestandliche Weite des unionsbürgerlichen Diskriminierungsverbots	32
b) Die Grenzen des unionsbürgerlichen Diskriminierungsverbots auf Rechtfertigungsebene	35
2. Die Verbreiterung des unionsrechtlichen Diskriminierungsverbots	37
III. Mobilitätsschutz jenseits des Gebots der Inländerbehandlung: das allgemeine Freizügigkeitsrecht als Beschränkungsverbot	38
1. Die Rechtsprechung des Gerichtshofs	39
2. Das allgemeine Freizügigkeitsrecht als Beschränkungsverbot	41
D. Das allgemeine Freizügigkeitsrecht als „Grundfreiheit ohne Markt“	45
E. Die Herausbildung einer Europäischen Bürgerschaft	48

A. Einleitung

«*Le citoyen à la une de l'Europe*»¹ – diese schon zu Beginn der 1970er Jahre erhobene Forderung, den Bürger in den Mittelpunkt des europäischen Integrationsprojekts zu rücken,² findet in der durch den Vertrag von Maastricht 1993 institutionalisierten Unionsbürgerschaft einen prominenten Ausdruck. Obgleich in ihrer Bedeutung anfänglich eher im Symbolischen verortet – erinnert sei an Weilers Charakterisierung als “*little more than a cynical exercise in public relations on the part of the High Contracting Parties*”³ –, firmiert sie in der Judikatur des EuGH mittlerweile als „der grundlegende Status der Angehörigen der Mitgliedstaaten“.⁴ Anders als dies das Institut der Unionsbürgerschaft begrifflich nahe legen könnte, steht im Mittelpunkt dieser Rechtsprechung, wie im Übrigen auch der Art. 17 ff. EG,

¹ So der Titel des Beitrags von Lboest, *Le citoyen à la une de l'Europe*, RMC 1975, S. 431.

² Ausführlich zur Genese der Idee eines „Europa der Bürger“ Wollenschläger, *Grundfreiheit ohne Markt, Die Herausbildung der Unionsbürgerschaft im unionsrechtlichen Freizügigkeitsregime*, 2007, S. 91 ff.

³ Weiler, *Citizenship and Human Rights*, in: Winter/Curtin/Kellermann/de Witte (Hrsg.), *Reforming the Treaty on European Union*, 1996, S. 68.

⁴ Vgl. statt vieler EuGH, Rs. C-184/99, *Grzelczyk*, Slg. 2001, I-6193, Rdnr. 31.

allerdings nicht der Unionsbürger als Bürger der Union, sondern dessen Rechtsstellung gegenüber den Mitgliedstaaten. Insoweit haben für den Unionsbürger sowohl die nationale Staatsangehörigkeit als auch nationale Grenzen an Bedeutung verloren. Angelegt war diese Entwicklung bereits in den Marktfreiheiten des EWG-Vertrags (B.). Jene auf Marktteilnehmer und Marktteilnahme fokussierten Integrationsinstrumente hat der EuGH nunmehr im Zuge seiner kontroversen Entfaltung der Unionsbürgerschaft⁵ ihres ökonomischen Gewandes entkleidet – ein Integrationsfortschritt, dessen Konsequenzen für die Sozialleistungssysteme der wohlhabenderen Mitgliedstaaten bereits lebhaft diskutiert werden, der aber auch im Übrigen die nationale Regelungsautonomie empfindlich zu beschneiden droht (C.).⁶

⁵ Mittlerweile liegt eine umfangreiche Rechtsprechung vor: EuGH, Rs. C-85/96, *Martínez Sala*, Slg. 1998, I-2691; EuGH, Rs. C-274/96, *Bickel und Franz*, Slg. 1998, I-7637; EuGH, Rs. C-184/99, *Grzelczyk*, Slg. 2001, I-6193; EuGH, Rs. C-378/97, *Wijzenbeek*, Slg. 1999, I-6207; EuGH, Rs. C-135/99, *Elsen*, Slg. 2000, I-10409; EuGH, Rs. C-224/98, *D'Hoop*, Slg. 2002, I-6191; EuGH, Rs. C-413/99, *Baumbast*, Slg. 2002, I-7091; EuGH, Rs. C-148/02, *Avello*, Slg. 2003, I-11613; EuGH, Rs. C-138/02, *Collins*, Slg. 2004, I-2703; EuGH, Rs. C-224/02, *Pusa*, Slg. 2004, I-5763; EuGH, Rs. C-456/02, *Trojani*, Slg. 2004, I-7573; EuGH, Rs. C-200/02, *Chen/Zhu*, Slg. 2004, I-9925; EuGH, Rs. C-209/03, *Dany Bidar*, Slg. 2005, I-2119; EuGH, Rs. C-403/03, *Schempp*, Slg. 2005, I-6421; EuGH, Rs. C-258/04, *Ioannidis*, Slg. 2005, I-8275; EuGH, Rs. C-96/04, *Standesamt Niebüll*, Slg. 2006, I-3561; EuGH, Rs. C-406/04, *De Cuyper*, Slg. 2006, I-6947; EuGH, Rs. C-192/05, *Tas-Hagen*, Slg. 2006, I-10451; EuGH, Rs. C-520/04, *Turpeinen*, Slg. 2006, I-10685; EuGH, Rs. C-50/06, *EK/Niederlande*, Slg. 2007, I-4383; EuGH, Rs. C-318/05, *Kommission/Deutschland*, Slg. 2007, I-6957; EuGH, Rs. C-76/05, *Schwarz*, Slg. 2007, I-6849; EuGH, verb. Rs. C-11 und 12/06, *Morgan und Bucher*, Slg. 2007, I-9161; EuGH, Rs. C-152/05, *Kommission/Deutschland*, Slg. 2008, I-39. Noch nicht in der amtl. Slg. veröffentlicht sind EuGH, Rs. C-398/06, *Kommission/Niederlande*; EuGH, Rs. C-499/06, *Nerkowska*; EuGH, Rs. C-33/07, *Jipa*; EuGH, Rs. C-127/08, *Metock*; EuGH, Rs. C-353/06, *Grunkin und Paul*; EuGH, Rs. C-158/07, *Förste*; EuGH, Rs. C-221/07, *Zablocka-Weyhermüller*; EuGH, Rs. C-524/06, *Huber*. Anhängig sind EuGH, verb. Rs. C-22/08 und C-23/08, *Vatsouras und Koupatantze*; EuGH, Rs. C-135/08, *Rottmann*; EuGH, Rs. C-310/08, *Ibrahim*; EuGH, Rs. C-535/08, *Pignataro*; EuGH, Rs. C-480/08, *Teixeira*.

⁶ Aus der reichen Literatur zur Unionsbürgerschaft exemplarisch genannt seien: *Aust*, Von Unionsbürgern und anderen Wählern, ZEuS 2008, S. 253; *Bode*, Europarechtliche Gleichbehandlungsansprüche Studierender und ihre Auswirkungen in den Mitgliedstaaten, 2005; *von Bogdandy/Bitter*, Unionsbürgerschaft und Diskriminierungsverbot, in: Fs. Zuleeg, 2005, S. 309; *Callies*, Der Unionsbürger: Status, Dogmatik und Dynamik, in: Hatje/Huber (Hrsg.), Unionsbürgerschaft und soziale Rechte, EuR Beih. 1/2007, S. 7; *Domröse/Kubicki*, Die unionsbürgerliche Freizügigkeit und der Zugang zu sozialen Leistungen des Herkunftsstaates, EuR 2008, S. 873; *Dörr*, Die Unionsbürgerschaft zwischen Auffanggrundfreiheit und demokratischer Legitimation, in: Fs. Rengeling, 2008, S. 205; *Dougan*, The constitutional dimension to the case law on Union Citizenship, 31 EL Rev. (2006), S. 613; *Düsterhaus*, Nationalität – Mobilität – Territorialität, EuZW 2008, S. 103; *Epiney*, The Scope of Article 12 EC: Some Remarks on the Influence of European Citizenship, ELJ 13 (2007), S. 611; *Hailbronner*, Die Unionsbürgerschaft und das Ende rationaler Jurisprudenz durch den EuGH?, NJW 2004, S. 2185; *ders.*, Union Citizenship and Access to Social Benefits, 42 CML Rev. (2005), S. 1245; *ders.*, Unionsbürgerschaft und Zugang zu den Sozialsystemen, JZ 2005, S. 1138; *Halterm*, Das Janusgesicht der Unionsbürgerschaft, SPSR 2005, S. 87; *Heinig*, Art. 18 i.V.m. Art. 12 EG als Schlüssel zur Teilhabe von arbeitssuchenden Unionsbürgern aus anderen Mitgliedstaaten an steuerfinanzierten Sozialleistungen in Deutschland, ZESAR 2008, S. 465; *Hilpold*, Unterhaltsstipendien für

Das Aufscheinen einer aus dem ökonomischen Kontext gelösten Grundfreiheit, einer „Grundfreiheit ohne Markt“,⁷ verweist auf eine Erweiterung des für den Integrationsprozess zentralen Binnenmarktkonzepts und wirft die Frage nach der verbleibenden Bedeutung dieser Normkategorie auf (D.). Die beschriebene Entwicklung bedarf schließlich einer Einordnung in den Prozess der Herausbildung einer Europäischen Bürgerschaft (E.).

B. Das marktfreiheitliche Integrationsprogramm

Das zentrale Anliegen der 1957 gegründeten Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft bestand in der Integration der nationalen Teilmärkte zu einem Gemeinsamen Markt (Art. 2 EWGV). Die Verwirklichung dieses Integrationsziels setzte die Mobilisierung des Produktionsfaktors Arbeit innerhalb der Gemeinschaft voraus:

Unionsbürger, *EuZW* 2009, S. 40; *Huber*, Die gleiche Freiheit der Unionsbürger, *ZaöRV* 68 (2008), S. 307; *Jacobs*, Citizenship of the European Union – A Legal Analysis, *ELJ* 13 (2007), S. 591; *Kadelbach*, Unionsbürgerschaft, in: von Bogdandy (Hrsg.), *Europäisches Verfassungsrecht*, 2003, S. 539; *Kingreen*, Die Universalisierung sozialer Rechte im europäischen Gemeinschaftsrecht, in: Hatje/Huber (Hrsg.), *Unionsbürgerschaft und soziale Rechte*, *EuR* Beih. 1/2007, S. 43; *Kokott*, Die Freizügigkeit der Unionsbürger als neue Grundfreiheit, in: *Fs. Tomuschat*, 2006, S. 207; *Kotalakidis*, Von der nationalen Staatsangehörigkeit zur Unionsbürgerschaft, 2000; *Kubicki*, Die subjektivrechtliche Komponente der Unionsbürgerschaft, *EuR* 2006, S. 489; *Leopold/Semmelmann*, *Civis europaeus sum*, Gewährleistungen und Grenzen der Freizügigkeit der Unionsbürger, *ZEuS* 2008, S. 275; *Maas*, *Creating European Citizens*, 2007; *Nettesheim*, Die politische Gemeinschaft der Unionsbürger, in: *Fs. Häberle*, 2004, S. 193; *Obwexer*, Grundfreiheit Freizügigkeit, 2009, i.E.; *Pernice*, Der verfassungsrechtliche Status der Unionsbürger im Vorfeld des Vertrages über eine Verfassung für Europa, in: *Fs. Rodríguez Iglesias*, 2003, S. 177; *Scheuing*, Die Freizügigkeit der Unionsbürger in der Europäischen Union, in: *Fs. 600 Jahre Würzburger Juristenfakultät*, 2002, S. 103; *ders.*, Freizügigkeit als Unionsbürgerrecht, *EuR* 2003, S. 744; *Schönberger*, Unionsbürger, 2005; *ders.*, Die Unionsbürgerschaft als Sozialbürgerschaft, *ZAR* 2006, S. 226; *Spaventa*, Seeing the Wood despite the Trees?, On the Scope of Union Citizenship and its Constitutional Effects, *45 CML Rev.* (2008), S. 13; *dies.*, Free Movement of Persons in the European Union, 2007; *Wollenschläger*, Grundfreiheit ohne Markt, (Fn. 2); *ders.*, Migration und Osterweiterung: Der unionsrechtliche Rahmen innergemeinschaftlicher Freizügigkeit, *AWR-Bulletin* 44 (2006), S. 178; *ders.*, Vernetzte Angehörigkeiten, Staats- und Unionsbürgerschaft als komplementäre Zugehörigkeitsverhältnisse im Mehrebenensystem Europäische Union, in: *Boysen u.a.* (Hrsg.), *Netzwerke. 47. Assistententagung Öffentliches Recht*, 2007, S. 104; *Ziekow*, Die Freizügigkeit des Unionsbürgers, in: *Dörr* (Hrsg.), *Ein Rechtslehrer in Berlin*, 2004, S. 101. Siehe ferner die weiteren Beiträge in *Hatje/Huber* (Hrsg.), *Unionsbürgerschaft und soziale Rechte*, *EuR* Beih. 1/2007, 2007; *ELJ* 13 (2007), Heft 5 und in *Leclerc/Akandi-Kombé* (Hrsg.), *La Citoyenneté Européenne*, 2006.

⁷ So der Titel meiner Dissertation *Wollenschläger*, *Grundfreiheit ohne Markt*, (Fn. 2). Siehe ferner die Editorial Comments: Two-speed European Citizenship?, Can the Lisbon Treaty help close the Gap?, *CML Rev.* 45 (2008), S. 1, 3, wo von einer „fifth Treaty freedom“ bzw. „fifth fundamental freedom“ die Rede ist.

Namentlich Arbeitslose aus strukturschwachen Gebieten mit Arbeitsplatzmangel sollten die Möglichkeit erhalten, in Ländern mit Arbeitskräftemangel tätig zu werden. Genauso musste Selbstständigen ermöglicht werden, sich an dem Ort niederzulassen, an dem die für sie günstigsten Standortbedingungen anzutreffen waren. Dementsprechend sah der EWG-Vertrag die schrittweise Realisierung des freien Personenverkehrs Erwerbstätiger vor. Instrument dieses Integrationsziels waren die Marktfreiheiten, insbesondere die Freizügigkeit der Arbeitnehmer (Art. 48 ff. EWGV) und das Niederlassungsrecht Selbstständiger (Art. 52 ff. EWGV).

Diese Verbürgungen entfalteten einen Integrationsschub, der bei Weitem das übertraf, was die ihnen zugrunde liegende wirtschaftsvölkerrechtliche Verpflichtung der Mitgliedstaaten, den freien Personenverkehr Erwerbstätiger schrittweise zu liberalisieren, vermuten ließ. Den Grundstein für diese Entwicklung legte der EuGH mit der Qualifikation der Marktfreiheiten als unmittelbar anwendbare Normen.⁸ Damit war dem Einzelnen Rechtssubjektivität im Rahmen der Gemeinschaftsrechtsordnung verliehen und zugleich ein neues Rechtssubjekt geschaffen worden: der Marktbürger.⁹ Die diesem durch die Marktfreiheiten verbürgte gleiche und freie Marktteilnahme sollte sich als folgenreich erweisen: Das Erwerbstätigen gewährleistete Recht, unter gleichen Bedingungen wie die Angehörigen des Aufnahmemitgliedstaats eine Erwerbstätigkeit aufzunehmen und auszuüben, zumal es der Gerichtshof im Laufe der Zeit zu einem allein an die Ansässigkeit im Zielstaat angeknüpften, tatbestandlich umfassenden und nahezu unbedingten Inländerbehandlungsanspruch ausgebaut hat, relativierte in zunehmendem Maße die Bedeutung der nationalen Staatsangehörigkeit (I.); und die Bedeutung nationaler Grenzen schwand nicht nur angesichts des Erwerbstätigen eingeräumten gesicherten Aufenthaltsrechts im EWG-Ausland, sondern auch im Zuge des Ausbaus der Marktfreiheiten zu Beschränkungsverboten (II.). Freilich blieb das Integrationsprogramm der Grundfreiheiten mit seiner Fokussierung auf Marktteilnehmer und Marktteilnahme, allen erreichten Integrationsfortschritten und manch markttranszendierenden Moments zum Trotz, einem sich vornehmlich als Wirtschaftsgemeinschaft definierenden Europa verpflichtet (III.).

⁸ Grundlegend: EuGH, Rs. 26/62, *van Gend en Loos*, Slg. 1963, 16 ff.; für die Arbeitnehmerfreizügigkeit EuGH, Rs. 167/73, *Kommission/Frankreich*, Slg. 1974, 359, Rdnr. 35 ff.; EuGH, Rs. 41/74, *van Duyn*, Slg. 1974, 1337, Rdnr. 4 ff.; für die Niederlassungsfreiheit EuGH, Rs. 2/74, *Reyners*, Slg. 1974, 631, Rdnr. 3 ff. Die Bedeutung der damit einhergehenden Durchbrechung der nationalen Souveränität für den Integrationsprozess betonen *Everling*, Die Stellung des Bürgers in der Europäischen Gemeinschaft, ZfRV 1992, S. 242 ff.; *Kosłowski*, Intra-EU Migration, Citizenship and Political Union, 32 JCMS (1994), S. 379; *Wollenschläger*, Grundfreiheit ohne Markt, (Fn. 2), S. 25 ff.

⁹ Grundlegend *Ipsen/Nicolaysen*, Haager Konferenz für Europarecht und Bericht über die aktuelle Entwicklung des Gemeinschaftsrechts, NJW 1964, S. 340 f. mit Fn. 2; *Ipsen*, Europäisches Gemeinschaftsrecht, 1972, S. 187. Siehe dazu auch *Calliess*, (Fn. 6), S. 9 ff.; *Wollenschläger*, Grundfreiheit ohne Markt, (Fn. 2), S. 313 ff.

I. Die schwindende Bedeutung der nationalen Staatsangehörigkeit: der marktfreiheitliche Inländerbehandlungsanspruch

Das gewichtigste Hindernis, das der innergemeinschaftlichen Mobilisierung des Produktionsfaktors Arbeit zu Beginn der europäischen Integration entgegenstand, resultierte daraus, dass Ausländern die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit im Inland nicht ohne Weiteres gestattet war. Mittels der Personenverkehrsfreiheiten sollten daher bestehende Beschränkungen des Zugangs von Ausländern zu den nationalen Arbeitsmärkten schrittweise abgebaut werden. Seit dem Ablauf der insoweit vorgesehenen Übergangszeiten Ende der 1960er Jahre kommt abhängig Beschäftigten und Selbstständigen das Recht zu, unter den gleichen Voraussetzungen wie Inländer eine Erwerbstätigkeit aufzunehmen (Art. 39 Abs. 1, Abs. 2, Abs. 3 lit. c); Art. 43 UAbs. 2 EG).¹⁰ Um auch darüber hinaus eine generelle Gleichstellung des Wanderarbeitnehmers im Arbeitsleben zu erreichen, erstreckte sich dessen Inländerbehandlungsanspruch auf mit der Ausübung seiner Beschäftigung zusammenhängende Aspekte, wie etwa Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen (Art. 39 Abs. 2 EG; Art. 7 Abs. 1 Verordnung Nr. 1612/68), soziale und steuerliche Vergünstigungen (Art. 7 Abs. 2 Verordnung Nr. 1612/68) oder die Beschaffung einer Wohnung (Art. 9 Verordnung Nr. 1612/68).¹¹

Dies markierte jedoch nicht den Endpunkt der Entwicklung des marktfreiheitlichen Diskriminierungsschutzes. Vielmehr mutierte das jedenfalls dem Wortlaut des Vertrags nach beschäftigungsbezogen formulierte Inländerbehandlungsgebot zu einem umfassenden Gleichbehandlungsanspruch des Arbeitnehmers im Aufnahmemitgliedstaat. Diese Entwicklung lässt sich zum einen am Universum der Rechtspositionen ablesen, die der EuGH unter den Begriff „soziale Vergünstigung“ fasste, hinsichtlich derer EWG-ausländische Arbeitnehmer Inländerbehandlung gemäß Art. 7 Abs. 2 Verordnung Nr. 1612/68 beanspruchen können. Obwohl die Systematik der Verordnung Nr. 1612/68 eine Beschränkung auf Vorteile nahe

¹⁰ Siehe zur schrittweisen Realisierung der Arbeitnehmerfreizügigkeit *Boni*, Freizügigkeit und Integration, 1976; *von der Groeben*, Aufbaujahre der Gemeinschaft, 1982, insb. S. 92 ff., 290 f.; *Jungmann*, Die Freizügigkeit von Arbeitnehmern aus EG-Staaten in der Bundesrepublik Deutschland, 1984, S. 16 ff.; *Wollenschläger*, Grundfreiheit ohne Markt, (Fn. 2), S. 23, Fn. 21.

¹¹ Nicht übersehen werden darf freilich, dass das Gleichstellungsgebot (ursprünglich) auch dem Schutz der inländischen Beschäftigten zu dienen bestimmt war, verhinderte es doch, dass Wanderarbeitnehmer zu schlechteren Bedingungen als Inländer eingestellt werden konnten, und damit die Verdrängung der letzteren vom Arbeitsmarkt. Dazu EuGH, Rs. 167/73, *Kommission/Frankreich*, Slg. 1974, 359, Rdnrn. 45, 47: „[Art. 48 Abs. 2 EWGV] hat im übrigen nicht bloß den Zweck, in jedem Mitgliedstaat den Angehörigen der anderen Mitgliedstaaten gleichen Zugang zu Arbeitsplätzen zu verschaffen, sondern darüber hinaus auch, wie es dem in Artikel 117 des Vertrages gesteckten Ziel entspricht, Inländer vor den Nachteilen zu bewahren, die sich daraus ergeben können, dass Angehörige anderer Mitgliedstaaten ungünstigere Arbeitsbedingungen oder Entlohnung anbieten oder annehmen, als das geltende nationale Recht sie vorsieht, denn dergleichen anzubieten oder anzunehmen ist ebenfalls verboten.“; ferner *Wollenschläger*, Grundfreiheit ohne Markt, (Fn. 2), S. 21 f.

legte, die mit der Ausübung einer Beschäftigung in Zusammenhang stehen,¹² fasste der Gerichtshof hierunter alle Vergünstigungen, „die – ob sie an einen Arbeitsvertrag anknüpfen oder nicht – den inländischen Arbeitnehmern hauptsächlich wegen ihrer objektiven Arbeitnehmereigenschaft oder einfach wegen ihres Wohnorts 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 erleichtern.“¹³ Damit erstreckte sich der marktfreiheitliche Diskriminierungsschutz nicht nur auf Sozialleistungen,¹⁴ sondern erfasste auch das Recht, sich in seiner Heimatsprache vor Gericht zu verteidigen,¹⁵ oder eine Aufenthaltserlaubnis für den drittstaatsangehörigen Ehepartner.¹⁶

Zum anderen verstand der Gerichtshof die im Primär- und Sekundärrecht normierten beschäftigungsbezogenen Diskriminierungsverbote nicht als abschließende Kodifikation des Inländerbehandlungsanspruchs des Arbeitnehmers. Vielmehr hat er im Ergebnis ein allein an die Ansässigkeit des Arbeitnehmers im Aufnahmemitgliedstaat geknüpft Gebot der Inländerbehandlung entwickelt.¹⁷ Bereits 1977

¹² Siehe auch *O'Keefe*, Equal Rights for Migrants: the Concept of Social Advantages in Article 7(2) Regulation 1612/68, 5 YEL (1985), S. 95; sowie die ursprünglich vom EuGH, Rs. 76/72, *Michel S.*, Slg. 1973, 457, Rdnrn. 6,10 vertretene Auffassung; im Weiteren betonte der EuGH allerdings, dass es unschädlich sei, wenn die fragliche Vergünstigung nicht nur Arbeitnehmern eingeräumt wird.

¹³ EuGH, Rs. 207/78, *Even*, Slg. 1979, 2019, Rdnr. 22; ferner EuGH, Rs. 249/83, *Hoeckx*, Slg. 1985, 973, Rdnr. 20; EuGH, Rs. 261/83, *Castelli*, Slg. 1984, 3199, Rdnr. 11; EuGH, Rs. 122/84, *Scrivener*, Slg. 1985, 1027, Rdnr. 24; EuGH, Rs. 59/85, *Reed*, Slg. 1986, 1283, Rdnr. 26; EuGH, Rs. 39/86, *Lair*, Slg. 1988, 3161, Rdnr. 21; EuGH, Rs. C-57/96, *Meints*, Slg. 1997, I-6689, Rdnr. 39.

¹⁴ Für Sozialhilfe etwa EuGH, Rs. 249/83, *Hoeckx*, Slg. 1985, 973, Rdnr. 22; EuGH, Rs. 122/84, *Scrivener*, Slg. 1985, 1027, Rdnr. 26; für Fahrpreismäßigungen der staatlichen Eisenbahngesellschaft für kinderreiche Familien EuGH, Rs. 32/75, *Cristini*, Slg. 1975, 1085, Rdnrn. 10, 13.

¹⁵ EuGH, Rs. 137/84, *Mutsch*, Slg. 1985, 2681, Rdnr. 14 ff.

¹⁶ EuGH, Rs. 59/85, *Reed*, Slg. 1986, 1283, Rdnr. 24 ff. Diese Entscheidung hat freilich in EuGH, Rs. C-356/98, *Kaba I*, Slg. 2000, I-2623, eine Relativierung erfahren, kritisch dazu *Peers*, *Dazed and confused: family members' residence rights and the Court of Justice*, 26 EL Rev. (2001), S. 76.

¹⁷ Vgl. auch *Dony*, Les discriminations fondées sur la nationalité dans la jurisprudence de la cour de justice des communautés européennes, in: *Bribosia/Dardenne/Magnette/Weyembergh* (Hrsg.), *Union Européenne et Nationalités*, 1999, S. 47; *van der Mei*, *Free Movement of Persons within the European Community*, 2003, S. 34; *Pechstein/Bunk*, *Das Aufenthaltsrecht als Aufnahmerecht*, EuGRZ 1997, S. 553; Grundfreiheiten auf Vollintegration gerichtet; *Randelzhofer/Forsthoff*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim* (Hrsg.), *Das Recht der Europäischen Union*, 36. EL 2008, Art. 39 EG, Rdnr. 134 ff.; *Schönberger*, *Unionsbürger*, (Fn. 6), S. 395 ff.; *Steiner*, *The Right to Welfare*, 10 EL Rev. (1985), S. 39; *Wollenschläger*, *Grundfreiheit ohne Markt*, (Fn. 2), S. 34 ff. Kritisch mangels gesetzgeberischer Willensentscheidung für diese Erweiterung des ursprünglichen Diskriminierungskonzepts *Sundberg-Weitman*, *Discrimination on Grounds of Nationality*, 1977, S. 167 f.

formulierte der EuGH, dass das Gemeinschaftsrecht auf der Personenverkehrsfreizügigkeit und „- abgesehen von besonderen Ausnahmen - auf der generellen Anwendung des Grundsatzes der Inländerbehandlung beruht“.¹⁸ Dementsprechend hat der Gerichtshof dann in späteren Entscheidungen Aspekte des Privat- und Soziallebens, wie etwa die Registrierung von Sportbooten, als „Folgeerscheinung der Freizügigkeit“ am Diskriminierungsverbot des Art. 39 EG gemessen.¹⁹

Eine parallele Entwicklung nahm das Niederlassungsrecht Selbstständiger. Obgleich dieses seinem Wortlaut nach lediglich die Aufnahme und Ausübung selbstständiger Erwerbstätigkeiten nach den Bestimmungen gewährleistet, die auch für die Angehörigen des Aufnahmemitgliedstaats gelten (Art. 43 UAbs. 2 EG), hat es der Gerichtshof - mit einer fragwürdigen marktorientierten Begründung²⁰ - zu einem Inländerbehandlungsanspruch selbstständig Tätiger erweitert: „[Das Diskriminierungs]verbot bezieht sich nicht nur auf besondere Vorschriften über die Ausübung beruflicher Tätigkeiten, es gilt auch [...] für jede Beeinträchtigung der Ausübung selbständiger Tätigkeiten durch Angehörige anderer Mitgliedstaaten, die in einer unterschiedlichen Behandlung der Angehörigen anderer Mitgliedstaaten gegenüber Inländern besteht“.²¹

Nicht zu verkennen ist das dieser Rechtsprechung zugrunde liegende legitime Anliegen, Menschen, die unter Umständen ihr restliches Leben in einem anderen Mitgliedstaat verbringen und dort zum Wohlstand durch ihre Erwerbstätigkeit beitragen, die Gleichberechtigung nicht in einem über die Ausübung einer Erwerbstätigkeit hinausgehenden Kontext zu versagen. Die dem Ziel einer ökonomischen Integration entsprechend beschäftigungsbezogen formulierten grundfreiheitlichen Diskriminierungsverbote werden durch die Schaffung eines allein an den Aufenthalt im Aufnahmemitgliedstaat geknüpften Inländerbehandlungsanspruchs freilich bis an ihre Grenze ausgedehnt.

Den hohen Grad des EWG-Ausländern zustehenden Integrationsanspruchs reflektiert auch die Unbedingtheit des Inländerbehandlungsgebots gerade im Bereich beitragsunabhängiger Sozialleistungen. Denn Zugang zu diesen darf nicht an eine hinreichende Integration des EWG-ausländischen Marktteilnehmers in den Aufnahmemitgliedstaat geknüpft werden, gemessen etwa an einer bestimmten Aufenthaltsdauer.²² Ökonomische Erwägungen können nämlich keine Beschränkung des

¹⁸ EuGH, Rs. 8/77, *Sagulo*, Slg. 1977, 1495, Rdnr. 12; vgl. ferner EuGH, Rs. 137/84, *Mutsch*, Slg. 1985, 2681, Rdnr. 12.

¹⁹ EuGH, Rs. C-334/94, *Kommission/Frankreich*, Slg. 1996, I-1307, Rdnr. 20 ff.; EuGH, Rs. C-151/96, *Kommission/Irland*, Slg. 1997, I-3327, Rdnr. 13 ff.

²⁰ Siehe auch *Robin-Olivier*, *Le Principe d'Égalité en Droit Communautaire*, 1999, S. 379 f.

²¹ EuGH, Rs. C-111/91, *Kommission/Luxemburg*, Slg. 1993, I-817, Rdnr. 17. In diese Richtung bereits EuGH, Rs. 63/86, *Kommission/Italien*, Slg. 1988, 29, Rdnr. 14 ff.; EuGH, Rs. 305/87, Slg. 1989, *Kommission/Griechenland*, 1461, Rdnr. 21 f.

marktfreiheitlichen Diskriminierungsschutzes rechtfertigen, da diese weder zur Aktualisierung des „Ordre-public“-Vorbehalts taugen (Art. 2 Abs. 2 Richtlinie 64/221/EWG) noch zwingende Gründe des Allgemeininteresses darstellen.²³ Seine Rechtfertigung findet diese großzügige Auslegung der marktfreiheitlichen Diskriminierungsverbote im Beitrag des Erwerbstätigen zur Produktivität im Aufnahmemitgliedstaat, der eine Partizipation am dort generierten Wohlstand gebietet. Angesichts der geringen innergemeinschaftlichen Mobilität mussten zudem nicht Konsequenzen einer Massenwanderung verhindert, sondern eher Mobilitätsanreize gesetzt werden.²⁴

Versagt blieb dem EWG-Ausländer die Gleichbehandlung allerdings in Bereichen, die mit der nationalen Staatsangehörigkeit eng verknüpft waren. Angesichts des Staat und Staatsangehörigen verbindenden besonderen Verhältnisses fand nämlich ein Kernbestand nicht auf Angehörige anderer Staaten ausdehnbarer Rechte und Pflichten Anerkennung.²⁵ Hiervon zeugt die bereits im EWG-Vertrag vorgesehene,

²² Für Sozialhilfe EuGH, Rs. 249/83, *Hoecx*, Slg. 1985, 973, Rdnr. 23 ff.; für die Garantie eines Mindesteinkommens EuGH, Rs. C-299/01, *Kommission/Luxemburg*, Slg. 2002, I-5899, Rdnrn. 12, 14; für Mindesteinkommen im Alter EuGH, Rs. 157/84, *Frascogna*, Slg. 1985, 1739, Rdnr. 24; für Beihilfen für Behinderte EuGH, Rs. C-326/90, *Kommission/Belgien*, Slg. 1992, I-5517; für Erziehungsgeld – allerdings in einer Rückkehrerkonstellation – EuGH, Rs. C-185/04, *Öberg*, Slg. 2006, I-1453, Rdnr. 14 ff. Ein Mindestaufenthaltskriterium fordern dagegen *Hailbronner*, Die neuere Rechtsprechung zum EG-Freizügigkeitsrecht, ZAR 1988, S. 6; *Schockweiler*, La portée du principe de non-discrimination de l'article 7 du traité CEE, RDE 1991, S. 23 f.; *Steiner*, (Fn. 17), S. 41.

²³ Vgl. auch EuGH, Rs. C-388/01, *Kommission/Italien*, Slg. 2003, I-721, Rdnrn. 19, 22; EuGH, Rs. C-109/04, *Kranemann*, Slg. 2005, I-2421, Rdnr. 31; EuGH, Rs. C-185/04, *Öberg*, Slg. 2006, I-1453, Rdnr. 21. Lediglich als *ultima ratio* hat der Gerichtshof anerkannt, für den Mitgliedstaat entstehende besondere finanzielle Lasten als Rechtfertigungsgrund zu berücksichtigen, wenn etwa im Bereich der sozialen Sicherheit eine Gefährdung des finanziellen Gleichgewichts der nationalen Sozialleistungssysteme abzuwehren ist. Dazu EuGH, Rs. C-120/95, *Decker*, Slg. 1998, I-1831; EuGH, Rs. C-158/96, *Kohll*, Slg. 1998, I-1931; EuGH, Rs. C-185/04, *Öberg*, Slg. 2006, I-1453, Rdnr. 20 ff., dort auch zu den Anforderungen an den Nachweis.

²⁴ 2006 leben und arbeiten lediglich 1,5 % aller Unionsbürger in einem anderen Mitgliedstaat als dem ihrer Herkunft, eine Quote, die über die letzten drei Jahrzehnte konstant geblieben ist, vgl. http://ec.europa.eu/employment_social/workersmobility_2006/index.cfm?id_page_category=F F (2.3.2009). Siehe auch *Schönberger*, Unionsbürger, (Fn. 6), S. 354 f., sowie *ders.*, ZAR 2006, (Fn. 6), S. 231.

²⁵ *Davis*, Citizenship of the Union ... rights for all?, 27 EL Rev. (2002), S. 123 f.; *Doehring*, Die Europäische Union aus der Sicht des Bürgers, ZEuS 2001, S. 399; *Garrone*, Les droits du citoyen européen: l'acquis communautaire et l'apport de traité de Maastricht, SZIER 1993, S. 267; *Hailbronner*, Diskriminierungsverbot, Unionsbürgerschaft und gleicher Zugang zu Sozialleistungen, ZaöRV 64 (2004), S. 615; *Kotalakidis*, (Fn. 6), S. 156 ff.; *Pernice*, (Fn. 6), S. 187; *Scheuing*, Die Freizügigkeit der Unionsbürger, (Fn. 6), S. 139; *Tomuschat*, Anmerkung zu EuGH, Rs. C-85/96 – Martínez Sala, 37 CML Rev. (2000), S. 457; Schlussanträge GA *Jacobs* zu EuGH, Rs. C-274/96, *Bickel und Franz*, Slg. 1998, I-7637, Nr. 27; Schlussanträge GA *La Pergola* zu EuGH, Rs. C-85/96, *Martínez Sala*, Slg. 1998, I-2691, Nr. 21; *ders.* zu EuGH, Rs. C-356/98,

freilich eng ausgelegte²⁶ Bereichsausnahme für hoheitliche Tätigkeiten (Art. 39 Abs. 4, 45 und 55 i.V.m. 45 EG) genauso wie die Zurückhaltung des Gerichtshofs, Vergünstigungen, die geleisteten Wehr- und Kriegsdienst honorierten, als soziale Vergünstigungen im Sinn des Art. 7 Abs. 2 Verordnung Nr. 1612/68 zu qualifizieren und damit in den Diskriminierungsschutz einzubeziehen.²⁷ Im Übrigen blieb selbst dauerhaft in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassenen EWG-Ausländern die politische Partizipation im Aufnahmemitgliedstaat versagt.

II. Die schwindende Bedeutung nationaler Grenzen

1. Das marktfreiheitliche Aufenthaltsrecht im EWG-Ausland

Die Möglichkeit, in einem anderen Mitgliedstaat eine Erwerbstätigkeit auszuüben, setzt voraus, sich dort überhaupt aufhalten zu dürfen. Dies stellt freilich eine Rechtsposition dar, die Ausländern weder kraft Völkerrechts²⁸ noch nach dem nationalen Ausländerrecht als Selbstverständlichkeit zusteht, sondern die traditionell Privileg des Inländers ist.²⁹ Dieses erstreckte der EWG-Vertrag auf erwerbstätige EWG-Ausländer (Art. 39 Abs. 3 lit. c) EG). Zwar stand deren Aufenthaltsrecht, anders als das des Inländers, unter einem „Ordre-public“-Vorbehalt, der den Aufnahmemitgliedstaat berechtigt, aufenthaltsbeendende Maßnahmen aus Grün-

Kaba I, Slg. 2000, I-2623, Nr. 54. Siehe aber auch *Rass*, Die Europäische Union und die neue juristische Qualität der Beziehungen zu den Europäischen Gemeinschaften, JuS 1992, S. 987, nach dem ein Europa der Bürger auch Diskriminierungen im staatsbürgerlich-politischen Bereich verbiete. Ebenso *de lege ferenda White*, Free Movement, Equal Treatment, and Citizenship of the Union, 54 ICLQ (2005), S. 902.

²⁶ EuGH, Rs. 66/85, *Lawrie-Blum*, Slg. 1986, 2121, Rdnr. 26; EuGH, Rs. 225/85, *Kommission/Italien*, Slg. 1987, 2625, Rdnr. 7; EuGH, Rs. C-405/01, *Colegio de Oficiales*, Slg. 2003, I-10391, Rdnr. 41.

²⁷ Ausgenommen hat der EuGH die Invalidenrente, da sie auf der nationalen Anerkennung für geleistete Kriegsdienste beruhe [EuGH, Rs. 207/78, *Even*, Slg. 1979, 2019, Rdnr. 23 f.; ebenso EuGH, Rs. C-386/02, *Baldinger*, Slg. 2004, I-8411, Rdnr. 19. Als zwar im Ergebnis angemessen, jedoch systemfremd qualifiziert dies *Schönberger*, Unionsbürger, (Fn. 6), S. 414 f. Ähnlich *Ball*, The Making of a Transnational Capitalist Society, 37 Harv. Int'l LJ (1996), S. 355 f., Fn. 229], sowie die Weiterzahlung von Beiträgen zu einer zusätzlichen Altersversorgung während des Wehrdienstes, da damit ein Nachteilsausgleich für die Ableistung des Wehrdienstes bezweckt sei. Eine Anrechnung des Wehrdienstes auf Sozialversicherungszeiten sei jedoch geboten, vgl. EuGH, Rs. 15/69, *Ugliola*, Slg. 1969, 363, Rdnr. 4 ff.

²⁸ Weder hat sich eine entsprechende völkergewohnheitsrechtliche Norm des Fremdenrechts herausgebildet, vgl. etwa *Heintzen*, Fremde in Deutschland, Der Staat 36 (1997), S. 333 f.; *Streinz*, Einreise, Aufenthalt und Ausweisung von EG-Ausländern, ZfRV 1991, S. 98 f.; *Tomuschat*, Freizügigkeit nach deutschem Recht und Völkerrecht, DÖV 1974, S. 761 ff., noch zählt ein transnationales Freizügigkeitsrecht zum völkervertraglich gewährleisteten internationalen Menschenrechtsstandard, vgl. Art. 29 Abs. 1 AEMR; Art. 12 f. IPbPR; Art. 2, 4. ZP EMRK.

²⁹ Siehe etwa BVerfGE 113, 273 (294), Europ. Haftbefehl.

den der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit zu ergreifen (Art. 39 Abs. 3 EG). Allerdings handhabte der Gerichtshof diesen „Ordre-public“-Vorbehalt als Ausnahme vom „wesentlichen Grundsatz“ der Freizügigkeit von Anfang an sehr streng³⁰ und näherte so die aufenthaltsrechtliche Position von In- und EWG-Ausländer aneinander an.³¹

2. Die Marktfreiheiten als „Beschränkungsverbote“

Die Bedeutung der grundfreiheitlichen Diskriminierungsverbote für die Errichtung eines Gemeinsamen Marktes liegt darin, den Angehörigen der Mitgliedstaaten die Aufnahme und Ausübung einer Erwerbstätigkeit überall in der Gemeinschaft unter den gleichen Voraussetzungen wie Inländern zu ermöglichen. Während die Realisierung dieses Anliegens in den Anfangsjahren der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft im Vordergrund stand, wovon etwa die Konkretisierungen der Arbeitnehmerfreizügigkeit in Art. 39 Abs. 2 und 3 EG zeugen, sollte sich bald herausstellen, dass allein durch den Diskriminierungsabbau die transnationale Marktintegration nicht verwirklicht werden konnte. In diesem Sinne betonte der EuGH in einer Entscheidung aus dem Jahr 1979, dass „die Niederlassungsfreiheit durch die Anwendung des Grundsatzes der Inländergleichbehandlung allein nicht vollständig gewährleistet ist, da diese alle anderen Hindernisse außer denjenigen, die aus der fehlenden Staatsangehörigkeit des Aufnahmestaats entstehen, aufrechterhält“.³² Die versagte Anerkennung von durch Inländer im EWG-Ausland erworbenen beruflichen Qualifikationen oder Behinderungen eines grenzüberschreitenden Tätigkeitswechsels, wie etwa Transferentschädigungen im Berufssport oder Wegzugsteuern, mögen dies illustrieren. Eine am Binnenmarktziel der Gemeinschaft, das die möglichst umfassende Beseitigung der Hindernisse für die Mobilität der Produktionsfaktoren fordert (Art. 3 Abs. 1 lit. c), Art. 14 Abs. 2 EG), orientierte Auslegung der Marktfreiheiten gebietet folglich, diesen Mobilitätsschutz auch jenseits des Gebots der Inländerbehandlung beizumessen. Wie weit ein derartiger Gewährleistungsgehalt reicht, ist allerdings trotz einer ausufernden Kasuistik und einer schon Jahrzehnte währenden Diskussion in der Literatur – Stichwort: die Grundfreiheiten als (reine) „Diskriminierungs-“ oder (auch) „Beschränkungsverbote“ – nach wie vor umstritten.

³⁰ EuGH, Rs. 41/74, *van Duyn*, Slg. 1974, 1337, Rdnr. 18 f.; EuGH, Rs. 67/74, *Bonignore*, Slg. 1975, 297, Rdnr. 6; EuGH, Rs. 36/75, *Rutili*, Slg. 1975, 1219, Rdnrn. 26, 28; EuGH, Rs. 30/77, *Bouchereau*, Slg. 1977, 1999, Rdnrn. 29 f., 33, 35.

³¹ Ausführlich zu dieser Entwicklung *Wollenschläger*, Grundfreiheit ohne Markt, (Fn. 2), S. 27 ff.

³² EuGH, Rs. 136/78, *Auer*, Slg. 1979, 437, Rdnr. 21; siehe auch EuGH, Rs. 115/78, *Knoors*, Slg. 1979, 399, Rdnr. 17.

Der EuGH erkannte im Laufe der Zeit eine freiheitsrechtliche Dimension der Marktfreiheiten an.³³ Angesichts der Zielsetzung der Personenverkehrsfreiheiten, „den Gemeinschaftsangehörigen die Ausübung jeder Art von Berufstätigkeit im Gebiet der Gemeinschaft [zu] erleichtern“, stehen sie „Maßnahmen [entgegen], die die Gemeinschaftsangehörigen benachteiligen könnten, wenn sie im Gebiet eines anderen Mitgliedstaats eine wirtschaftliche Tätigkeit ausüben wollen [...]. In diesem Zusammenhang haben die Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten insbesondere das unmittelbar aus dem Vertrag abgeleitete Recht, ihr Herkunftsland zu verlassen, um sich zur Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit in das Gebiet eines anderen Mitgliedstaats zu begeben und sich dort aufzuhalten [...]. Bestimmungen, die einen Staatsangehörigen eines Mitgliedstaats daran hindern oder davon abhalten, sein Herkunftsland zu verlassen, um von seinem Recht auf Freizügigkeit Gebrauch zu machen, stellen daher Beeinträchtigungen dieser Freiheit dar, auch wenn sie unabhängig von der Staatsangehörigkeit der betroffenen Arbeitnehmer Anwendung finden.“³⁴ Nichts anderes gilt für die Niederlassungsfreiheit.³⁵ Zu Recht erachtet es der Gerichtshof für unschädlich, dass die beanstandete nationale Maßnahme die – gemeinschaftsrechtlich irrelevante – Freizügigkeit innerhalb des eigenen Mitgliedstaats genauso wie die vom Unionsrecht erfasste transnationale Mobilität beeinträchtigt. Denn an der Behinderung der letzteren ändert das gleichzeitige Betroffensein eines inländischen Vergleichsfalls nichts.³⁶

Eine starke Mindermeinung im Schrifttum folgt dem EuGH nur teilweise und möchte die Grundfreiheiten auf – allerdings weit verstandene – Diskriminierungsverbote reduzieren, die über das Inländerbehandlungsgebot hinaus lediglich die Schlechterstellung transnationaler gegenüber rein inländischen Sachverhalten verbieten.³⁷ Angesichts der bereits im Wortlaut der Grundfreiheiten angelegten freiheitsrechtlichen Komponente (vgl. etwa Art. 39 Abs. 1, 3 lit. c), Art. 43 UAbs. 1

³³ Ausführlich zur Entwicklung der Rechtsprechung des EuGH mit ihren Etappen rein terminologische Überwindung des Diskriminierungskonzepts (1), materielle Erweiterung des Diskriminierungsschutzes über das Gebot der Inländerbehandlung hinaus (2) und Anerkennung einer freiheitsrechtlichen Komponente (3): *Wollenschläger*, Grundfreiheit ohne Markt, (Fn. 2), S. 43 ff.

³⁴ EuGH, Rs. C-415/93, *Bosman*, Slg. 1995, I-4921, Rdnr. 94 ff.

³⁵ Siehe nur EuGH, Rs. C-79/01, *Payroll*, Slg. 2002, I-8923, Rdnr. 26.

³⁶ EuGH, Rs. C-415/93, *Bosman*, Slg. 1995, I-4921, Rdnr. 98 ff.

³⁷ *Bernard*, Discrimination and free movement in EC Law, 45 ICLQ (1996), S. 82; *Davies*, Nationality Discrimination in the European Internal Market, 2003; *Kingreen*, Die Struktur der Grundfreiheiten des europäischen Gemeinschaftsrechts, 1999; *Marenco*, Pour une interprétation traditionnelle de la notion de mesure d'effet équivalent à une restriction quantitative, CDE 1984, S. 291; *Snell*, Goods and Services in EC Law, 2002. Siehe auch *Gebauer*, Die Grundfreiheiten des EG-Vertrags als Gemeinschaftsgrundrechte, 2004, S. 105 ff., 350, der die Grundfreiheiten als Diskriminierungsverbote versteht und die nicht zu verneinende freiheitsrechtliche Komponente einer grundrechtlichen Funktion zuordnet, die der Gerichtshof fälschlicherweise den Grundfreiheiten entnimmt.

Satz 1 EG),³⁸ der Binnenmarktrelevanz auch nicht-diskriminierender Mobilitäts-hindernisse³⁹ und der Unschärfe eines vom Differenzierungskriterium der Staatsangehörigkeit gelösten materiellen Diskriminierungsbegriffs⁴⁰ erkennt die herrschende Auffassung im Schrifttum jedoch zu Recht in Einklang mit dem Gerichtshof eine freiheitsrechtliche Komponente der Marktfreiheiten an.⁴¹ Zuzugeben ist den Kritikern freilich, dass nicht jede belastende und damit potentiell mobilitäts-hemmende nationale Maßnahme vom Schutzbereich der Grundfreiheiten erfasst sein darf. Unbeschadet des Binnenmarktziels, die Hindernisse für den freien Waren-, Personen-, Dienstleistungs- und Kapitalverkehr zwischen den Mitgliedstaaten gemäß Art. 3 Abs. 1 lit. c) EG abzubauen, stellte eine derartige Auslegung nämlich eine uferlose, dem Subsidiaritätsprinzip nach Art. 5 UAbs. 2 EG sowie der Kompetenzverteilung zwischen Mitgliedstaaten und Union (Art. 5 UAbs. 1 EG) widersprechende, da zu einem faktischen Harmonisierungszwang führende Ausdehnung der Grundfreiheiten dar und bedeutete ihre Mutation von einer Freizügigkeitsgarantie in ein allgemeines Freiheitsrecht im wirtschaftlichen Bereich.⁴² Um dies zu verhindern, ist allerdings kein gleichheitsrechtliches Verständnis der

³⁸ Ehlers, Die Grundfreiheiten des europäischen Gemeinschaftsrechts, Jura 2001, S. 270; Mühl, Diskriminierung und Beschränkung, 2004, S. 231; Wollenschläger, Grundfreiheit ohne Markt, (Fn. 2), S. 55.

³⁹ Siehe Barnard, Fitting the remaining pieces into the goods and persons jigsaw?, 26 EL Rev. (2001), S. 54 f.; Ehlers, (Fn. 38), S. 270; Streinz, Konvergenz der Grundfreiheiten, in: Fs. Rudolf, 2001, S. 208 f.; Wollenschläger, Grundfreiheit ohne Markt, (Fn. 2), S. 55.

⁴⁰ Ibid., S. 55 f.; Mühl, (Fn. 38), S. 231 f.

⁴¹ Becker, Arbeitnehmerfreizügigkeit, in: Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2. Aufl. 2005, § 9, Rdnr. 41 ff.; Biondi, In and Out of the Internal Market, 19 YEL (1999/2000), S. 480 ff.; Bleckmann, Die Freiheiten des Gemeinsamen Marktes als Grundrechte, in: Gs. Sasse, Bd. II, 1981, S. 675; Due/Gulmann, Restrictions à la libre circulation intracommunautaire, in: Fs. Rodríguez Iglesias, 2003, S. 378 f.; Ehlers, (Fn. 38), S. 269 ff.; Frenz, Handbuch Europarecht, Europäische Grundfreiheiten, Bd. 1, 2004, Rdnrn. 415 ff., 432 f., 456, 1445 ff.; Jarass, Elemente einer Dogmatik der Grundfreiheiten II, EuR 2000, S. 711 f.; ders., A Unified Approach to the Fundamental Freedoms, in: Andenas/Roth (Hrsg.), Services and free movement in EU law, 2002, S. 146 ff.; Maduro, Harmony and Dissonance in Free Movement, in: Andenas/Roth (Hrsg.), Services and free movement in EU law, 2002, S. 63 ff.; Nettesheim, Die europarechtlichen Grundrechte auf wirtschaftliche Mobilität, NVwZ 1996, S. 342; O'Keefe/Bavasso, Four Freedoms, one Market and National Competence, in: Fs. Lord Slynn of Hadley, 2000, S. 545 ff.; Oliver/Roth, The Internal Market and The Four Freedoms, 41 CML Rev. (2004), S. 415 f.; Plötscher, Der Begriff der Diskriminierung im Europäischen Gemeinschaftsrecht, 2003, S. 295 ff.; Streinz, (Fn. 39), S. 207 ff.; Toner, Non-discriminatory Obstacles to the Exercise of Treaty Rights, 23 YEL (2004), S. 280 ff.; Weatherill, After Keck, 33 CML Rev. (1996), S. 901; White, Workers, establishment, and services in the European Union, 2004, S. 261 ff.; Wollenschläger, Grundfreiheit ohne Markt, (Fn. 2), S. 54 ff.; ders., Kommunalabgabenrecht unter europäischem Einfluss, NVwZ 2008, S. 511.

⁴² Siehe zu dieser Problematik etwa Möstl, Grenzen der Rechtsangleichung im europäischen Binnenmarkt, EuR 2002, S. 328 ff. Zusammenfassend zu den insoweit vorgebrachten Argumenten Hilson, Discrimination in Community free movement law, 24 EL Rev. (1999), S. 453 ff.

Grundfreiheiten geboten; vielmehr kann notwendigen Beschränkungen durch tatbestandliche Korrektive, die sich auch in der Rechtsprechung des EuGH und in der Literatur finden, Rechnung getragen werden.⁴³

Die Qualifikation einer Beschränkung als Maßnahme, die die Ausübung des Freizügigkeitsrechts behindern oder weniger attraktiv machen könnte,⁴⁴ kann demnach nur der Ausgangspunkt einer tatbestandlichen Konturierung der Grundfreiheiten sein.⁴⁵ Der Gerichtshof verlangt vielmehr, dass die fragliche Regelung zum einen den Marktzugang betreffen⁴⁶ und zum anderen einen hinreichend engen Bezug zur Ausübung des Freizügigkeitsrechts aufweisen müsse – zu ungewisse und indirekte Folgen genügen nicht.^{47,48} Zu bejahen ist beides bei einer direkten oder schweren Beeinträchtigung des Rechts, sich in einen anderen Mitgliedstaat zu begeben, um dort eine Erwerbstätigkeit auszuüben.⁴⁹

Nationale Gestaltungsspielräume wahrt schließlich die Möglichkeit, Beschränkungen des Freizügigkeitsrechts nach der sogenannten „Gebhard“-Formel zu rechtfertigen: „[N]ationale Maßnahmen, die die Ausübung der durch den Vertrag garantierten grundlegenden Freiheiten behindern oder weniger attraktiv machen können, [müssen] vier Voraussetzungen erfüllen [...]: Sie müssen in nichtdiskriminierender

⁴³ Wollenschläger, Grundfreiheit ohne Markt, (Fn. 2), S. 56.

⁴⁴ Siehe etwa EuGH, Rs. C-55/94, *Gebhard*, Slg. 1995, I-4165, Rdnr. 37.

⁴⁵ Siehe demgegenüber aber auch *Tietje*, Niederlassungsfreiheit, in: Ehlers, (Fn. 41), § 10, Rdnr. 54 f., der für ein weites Verständnis des Tatbestands und einen Schutz der nationalen Regelungskompetenz auf Rechtfertigungsebene plädiert.

⁴⁶ EuGH, Rs. C-415/93, *Bosman*, Slg. 1995, I-4921, Rdnr. 103; EuGH, Rs. C-190/98, *Graf*, Slg. 2000, I-493, Rdnr. 23. Insoweit verbietet es sich allerdings, mit einer Literaturmeinung zwischen dem „Ob“ und dem „Wie“ der beruflichen Betätigung zu differenzieren und Berufsausübungsmodalitäten aus dem Tatbestand der Arbeitnehmerfreizügigkeit auszuklammern [so aber *Ehlers*, (Fn. 38), S. 485; *Mischo*, Les Restrictions à la liberté d'établissement, in: Fs. Schockweiler, 1999, S. 458 ff.], denn auch letztere können den Marktzugang behindern, vgl. EuGH, Rs. C-464/02, *Kommission/Dänemark*, Slg. 2005, I-7929, Rdnr. 34 ff.; *Barnard*, (Fn. 39), S. 58; *Becker*, (Fn. 41), Rdnr. 43; *Costello*, Market Access All Areas, 27 LIEI (2000), S. 273 ff.; Wollenschläger, Grundfreiheit ohne Markt, (Fn. 2), S. 56 f.

⁴⁷ Siehe etwa EuGH, Rs. C-190/98, *Graf*, Slg. 2000, I-493, Rdnr. 25; EuGH, verb. Rs. C-418/93 bis 421/93, C-460/93 bis 462/93, C-464/93, C-9/94 bis 11/94, C-14/94, C-15/94, C-23/94, C-24/94 und C-332/94, *Semeraro*, Slg. 1996, I-2975, Rdnr. 32.

⁴⁸ Siehe zur Bedeutung der Schwere des Eingriffs einerseits EuGH, Rs. C-134/03, *Viacom*, Slg. 2005, I-1167, Rdnr. 38; und andererseits EuGH, Rs. 270/83, *Kommission/Frankreich*, Slg. 1986, 273, Rdnr. 21; EuGH, Rs. C-49/89, *Corsica Ferries*, Slg. 1989, 4441, Rdnr. 8; EuGH, Rs. C-34/98, *Kommission/Frankreich*, Slg. 2000, I-995, Rdnr. 49; EuGH, Rs. C-9/02, *de Lasteyrie du Saillant*, Slg. 2004, I-2409, Rdnr. 43. Näher Wollenschläger, NVwZ 2008, (Fn. 41), S. 512.

⁴⁹ Näher Wollenschläger, Grundfreiheit ohne Markt, (Fn. 2), S. 57 f. m.w.N. zu entsprechenden [etwa *Toner*, (Fn. 41), S. 283 ff., 297] und alternativen [etwa *Weatherill*, (Fn. 41), S. 896 f.: Kombination beider Kriterien], Konzeptionen sowie – im Kontext des Art. 18 Abs. 1 EG – unter C.II.2.

Weise angewandt werden, sie müssen aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt sein, sie müssen geeignet sein, die Verwirklichung des mit ihnen verfolgten Zieles zu gewährleisten, und sie dürfen nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung dieses Zieles erforderlich ist“.⁵⁰

III. Die Grenzen des marktfreiheitlichen Freizügigkeitsregimes

Allen Integrationsfortschritten zum Trotz stellte sich das marktfreiheitliche Freizügigkeitsregime mit seiner Fokussierung auf Marktteilnehmer und Marktteilnahme als ein Integrationsprogramm dar, das einem sich vornehmlich als Wirtschaftsgemeinschaft definierenden Europa verpflichtet blieb. Zwar zeichneten sich ab Mitte der 1980er Jahre Verallgemeinerungstendenzen ab, die – genauso wie die bereits skizzierte Verbreiterung des Inländerbehandlungsanspruchs – die Marktlogik infrage stellten; überwunden wurde letztere jedoch (noch) nicht. Die Reichweite der Arbeitnehmerfreizügigkeit, die Anerkennung der passiven Dienstleistungsfreiheit und die Herausbildung eines Freizügigkeitsrechts Studierender illustrieren dies.⁵¹

Grenzverwischungen zeichneten sich weniger bei der mitunter hierfür als Beispiel angeführten Arbeitnehmerfreizügigkeit ab⁵²: Auch wenn der EuGH den Arbeitnehmerbegriff weit⁵³ und die Bereichsausnahme für eine Beschäftigung in der

⁵⁰ EuGH, Rs. C-55/94, *Gebhard*, Slg. 1995, I-4165, Rdnr. 37.

⁵¹ In diesem Kontext ferner zu nennen ist das sekundärrechtliche Aufenthaltsrecht für Nichterwerbstätige, durch die drei nach einem über zehnjährigen Rechtsetzungsprozess [dazu *Wollenschläger*, Grundfreiheit ohne Markt, (Fn. 2), S. 101 ff.], kurz vor Einführung der Unionsbürgerschaft verabschiedeten Freizügigkeitsrichtlinien, RL 90/364/EWG des Rates v. 28.6.1990 über das Aufenthaltsrecht, ABl. Nr. L 180 v. 13.7.1990, S. 26; RL 90/365/EWG des Rates v. 28.6.1990 über das Aufenthaltsrecht der aus dem Erwerbsleben ausgeschiedenen Arbeitnehmer und selbständig Erwerbstätigen, ABl. Nr. L 180 v. 13.7.1990, S. 28; RL 93/96/EWG des Rates v. 29.10.1993 über das Aufenthaltsrecht der Studenten, ABl. Nr. L 317 v. 18.12.1993, S. 59. Dies markiert einerseits eine weitere Überwindung eines rein ökonomisch orientierten Freizügigkeitsregimes; andererseits verdeutlichen die in den Richtlinien verankerten ökonomischen Aufenthaltsvoraussetzungen (ausreichende Existenzmittel, umfassender Krankenversicherungsschutz) die schwächere Rechtsstellung von Nichterwerbstätigen gegenüber Erwerbstätigen, deren Aufenthaltsrecht derartige Kautelen nicht kennt. Mit der Neuregelung des Freizügigkeits-„Acquis“ in der RL 2004/38/EG des EP 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. Nr. L 158 v. 30.4.2004, S. 77; berichtigte Fassung in ABl. Nr. L 229 v. 29.6.2004, S. 35), sind diese Richtlinien außer Kraft getreten.

⁵² Ebenso *O’Keefe*, Trends in the Free Movement of Persons within the European Communities, in: Fs. Walsh, S. 272 f.; *O’Leary*, The Social Dimension of Community Citizenship, in: Rosas/Antola (Hrsg.), *A Citizens’ Europe*, 1995, S. 158 ff.; *Randelzhofer*, Marktbürgerschaft – Unionsbürgerschaft – Staatsbürgerschaft, in: Gs. Grabitz, 1995, S. 587.

⁵³ EuGH, Rs. 53/81, *Levin*, Slg. 1982, 1035, Rdnr. 13; EuGH, Rs. 66/85, *Lawrie-Blum*, Slg. 1986, 2121, Rdnr. 16.

öffentlichen Verwaltung (Art. 39 Abs. 4 EG) eng⁵⁴ auslegte, so blieb die Ausübung einer „tatsächlichen und echten Tätigkeit“ doch Voraussetzung, um von den Vergünstigungen der Arbeitnehmerfreizügigkeit zu profitieren,⁵⁵ und ein Beruf, der mit der Wahrnehmung hoheitlicher Kernaufgaben einhergeht, ausgeklammert.⁵⁶ Genauso darf die Einbeziehung noch nicht, derzeit nicht und nicht mehr im Erwerbsleben stehender Personen nicht darüber hinwegtäuschen, dass der Inländerbehandlungsanspruch Arbeitsuchender hinter dem des Arbeitnehmers zurückblieb,⁵⁷ der Fortbestand des Arbeitnehmerstatus bei Arbeitslosigkeit, Arbeitsunfähigkeit und Eintritt in den Ruhestand grundsätzlich eine gewisse Mindestarbeitsleistung im Aufnahmemitgliedstaat voraussetzte,⁵⁸ und bei Fortbildungsmaßnahmen nur dann der Status als Arbeitnehmer erhalten blieb, wenn diese mit der früheren Berufstätigkeit in Zusammenhang standen.⁵⁹

Allerdings lockerten die ab Mitte der 1980er Jahre erfolgte Schaffung eines neuen Wirtschaftsteilnehmers, des Dienstleistungsempfängers, und die Einbeziehung Studierender in das gemeinschaftsrechtliche Freizügigkeitsregime den Konnex von Freizügigkeit und Marktintegration.

Obleich die Dienstleistungsfreiheit die Erbringung unkörperlicher Leistungen regelt und der EWG-Vertrag sie sogar systematisch vom freien Personenverkehr trennt (Art. 3 lit. c) EWGV), kam ihr eine besondere Bedeutung für die Verallgemeinerung des Freizügigkeitsrechts zu. Denn (fast) jeder Aufenthalt in einem anderen Mitgliedstaat lässt sich zumindest als Serie einer Inanspruchnahme von Dienstleistungen deuten und damit ein Freizügigkeitsrecht jedermanns qua Dienstleistungsempfang begründen (passive Dienstleistungsfreiheit). Deren Anerkennung konfliktierte freilich mit dem Befund, dass der EWG-Vertrag gerade kein allgemeines Freizügigkeitsrecht vorsah, sondern Freizügigkeit lediglich bestimmten Gruppen von Marktteilnehmern gewährleistete.⁶⁰ Gleichwohl bezog der EuGH

⁵⁴ Ibid., Rdnr. 26; EuGH, Rs. 225/85, *Kommission/Italien*, Slg. 1987, 2625, Rdnr. 7; EuGH, Rs. C-405/01, *Colegio de Oficiales*, Slg. 2003, I-10391, Rdnr. 41.

⁵⁵ EuGH, Rs. 53/81, *Levin*, Slg. 1982, 1035, Rdnrn. 16, 21; EuGH, Rs. 344/87, *Betray*, Slg. 1989, 1621, Rdnr. 13.

⁵⁶ EuGH, Rs. 149/79, *Kommission/Belgien I*, Slg. 1980, 3881, Rdnr. 10; EuGH, Rs. 149/79, *Kommission/Belgien II*, Slg. 1982, 1845, Rdnr. 7; EuGH, Rs. 307/84, *Kommission/Frankreich*, Slg. 1986, 1725, Rdnr. 12; EuGH, Rs. 66/85, *Lawrie-Blum*, Slg. 1986, 2121, Rdnr. 27; EuGH, Rs. C-47/02, *Anker*, Slg. 2003, I-10477, Rdnr. 58.

⁵⁷ Insoweit von Bedeutung ist insb. der Arbeitsuchenden versagte gleiche Zugang zu Sozialleistungen, dazu EuGH, Rs. 316/85, *Lebon*, Slg. 1987, 2811, Rdnr. 25 ff.

⁵⁸ Siehe *Wollenschläger*, Grundfreiheit ohne Markt, (Fn. 2), S. 66 ff.

⁵⁹ EuGH, Rs. 39/86, *Lair*, Slg. 1988, 3161, Rdnr. 29 ff.; EuGH, Rs. C-357/89, *Raulin*, Slg. 1992, I-1027, Rdnr. 20 ff.; EuGH, Rs. C-3/90, *Bernini*, Slg. 1992, I-1071, Rdnr. 18 ff.; EuGH, Rs. C-413/01, *Ninni-Orasche*, Slg. 2003, I-13187, Rdnr. 34 f.

⁶⁰ Ablehnend daher Schlussanträge GA *Trabucchi* zu EuGH, Rs. 118/75, *Watson und Belman*, Slg. 1976, 1185, 1203; Schlussanträge GA *Capotorti* zu EuGH, Rs. 66/77, *Kuyken*, Slg. 1977, 2311,

nach anfänglicher Zurückhaltung⁶¹ den Aufenthalt von Dienstleistungsempfängern wie Touristen, Studien- und Geschäftsreisenden in einem anderen Mitgliedstaat in die Dienstleistungsfreiheit ein.⁶² Zudem hat er das tätigkeitsbezogen formulierte Diskriminierungsverbot der Dienstleistungsfreiheit nach Art. 50 UAbs. 3 EG, parallel zur Entwicklung bei den übrigen Personenverkehrsfreiheiten, als gegenständlich nicht beschränkten Inländerbehandlungsanspruch verstanden⁶³ und auch auf Dienstleistungsempfänger erstreckt. Als *leading case* firmiert die Rechtssache *Cowan*, in der der Gerichtshof den französischen Staat verpflichtete, einem in der Pariser Metro überfallenen englischen Touristen Opferentschädigung unter denselben Voraussetzungen, wie sie für Inländer gelten, zu gewähren.⁶⁴

Damit war das Band von Freizügigkeit und ökonomischer Aktivität gelockert: Mag in manchen Fällen, etwa bei einer medizinischen Behandlung im Ausland, das Interesse des Dienstleistungsempfängers an der konkreten Leistung noch im Vordergrund stehen, so ist die Motivation des Touristen oder Geschäftsreisenden, von seinem Freizügigkeitsrecht Gebrauch zu machen, regelmäßig nicht primär dienstleistungsbezogen.⁶⁵ Zutreffend hält daher *Lenaerts* mit Blick auf das Dis-

unter 3.; *Riegel*, Zum Anwendungsbereich der Art. 48 ff. EWGV, NJW 1978, S. 468. Zusammenfassend zur Diskussion um die Anerkennung der passiven Dienstleistungsfreiheit in der Literatur *Völker*, Passive Dienstleistungsfreiheit im Europäischen Gemeinschaftsrecht, 1990, S. 64 ff.; ferner *Wollenschläger*, Grundfreiheit ohne Markt, (Fn. 2), S. 76 ff.

⁶¹ In EuGH, Rs. 118/75, *Watson und Belman*, Slg. 1976, 1185, griff der EuGH eine entsprechende Vorlage des GA *Trabucchi* nicht auf. Kritisch insoweit *Tomuschat*, Le Principe de Proportionnalité, CDE 1977, S. 101 f.

⁶² EuGH, verb. Rs. 286/82 und 26/83, *Luisi und Carbone*, Slg. 1984, 377, Rdnr. 12 ff. Ebenso EuGH, Rs. 186/87, *Cowan*, Slg. 1989, 195, Rdnr. 15; EuGH, Rs. C-348/96, *Calfa*, Slg. 1999, I-11, Rdnr. 16; EuGH, Rs. C-215/03, *Oulane*, Slg. 2005, I-1215, Rdnr. 37. Die Rspr. des EuGH erscheint freilich weniger gewagt, berücksichtigt man, dass die passive Dienstleistungsfreiheit – obgleich vertraglich nicht explizit normiert (vgl. Art. 60 UAbs. 3 EWGV) – von Anfang an jedoch im Grundsatz anerkannt war, vgl. insoweit EG-Gesamtbericht 3/1960, S. 109 ff.; Art. 1 Abs. 1 lit. a) RL 64/220/EWG, sowie *Everling*, Von der Freizügigkeit der Arbeitnehmer zum Europäischen Bürgerrecht, in: Nicolaysen/Rabe (Hrsg.), Europäisches Arbeits- und Sozialrecht, EuR-Beih. 1/1990, S. 93 f.

⁶³ EuGH, Rs. 63/86, *Kommission/Italien*, Slg. 1988, 29, Rdnr. 18 f.

⁶⁴ EuGH, Rs. 186/87, *Cowan*, Slg. 1989, 195, Rdnr. 17 f. Die Reichweite dieses Diskriminierungsverbots ist umstritten: Für eine gegenständliche Beschränkung etwa von *Bogdandy*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, (Fn. 17), Art. 12 EG, Rdnr. 42 („Konnexität“); *Dougan/Spaventa*, ‘Wish You Weren’t Here...’, in: Dougan/Spaventa (Hrsg.), Social Welfare and EU Law, 2005, S. 196 f.; *Garrone*, La libre circulation des personnes, 1993, S. 120; für einen umfassenden Inländerbehandlungsanspruch *Handoll*, Free Movement of Persons in the EU, 1995, S. 161, Rdnr. 5.167; *O’Leary*, The Principle of Equal Treatment on Grounds of Nationality in Article 6 EC, in: Dashwood/O’Leary (Hrsg.), The Principle of Equality in Community Law, 1997, S. 112 f.; *Schockweiler*, (Fn. 22), S. 22 f.; ferner EuGH, verb. Rs. C-92/92 und C-326/92, *Collins*, Slg. 1993, I-5145, Rdnr. 32; Schlussanträge GA *Jacobs* zu EuGH, Rs. C-274/96, *Bickel und Franz*, Slg. 1998, I-7637, Nr. 19.

⁶⁵ Siehe auch *Völker*, (Fn. 60), S. 50 ff.

kriminierungsverbot fest: «[M]ême lorsqu'il demeure limité à l'exercice des libertés économiques garanties par le Traité C.E.E., le principe de non-discrimination en raison de la nationalité debouche, en fait, sur une protection du citoyen communautaire en tant que tel.»⁶⁶ Preis für diese Verallgemeinerung war allerdings eine Beschränkung der passiven Dienstleistungsfreiheit *ratione temporis*: Personen, die ihren Hauptaufenthalt in einem anderen Mitgliedstaat nahmen, um dort auf unbestimmte Dauer Dienstleistungen zu empfangen, blieben ausgeklammert.⁶⁷ Da der EuGH auch keine passive Niederlassungsfreiheit anerkannte, war noch kein allgemeines Freizügigkeitsrecht unter dem Deckmantel der Marktfreiheiten geschaffen.

Darüber hinaus bezog der EuGH Studierende an öffentlichen Hochschulen in das gemeinschaftsrechtliche Freizügigkeitsregime ein.⁶⁸ Zunächst erstreckte er das „im Anwendungsbereich des Vertrages“ greifende allgemeine Diskriminierungsverbot (Art. 12 EG) auf den Zugang zu Bildungseinrichtungen, obgleich für diesen Bereich nur schwache Anknüpfungspunkte im Gemeinschaftsrecht bestanden.⁶⁹ Als „logische Konsequenz“ aus diesem Teilhaberecht folgte zudem, so der EuGH in einem nächsten Schritt, ein entsprechendes Aufenthaltsrecht im Zielstaat, da das Zugangsrecht sonst entwertet würde.⁷⁰ Auch mit dieser rechtsfortbildenden Kreation einer „kleinen Grundfreiheit“ für Studierende war der Konnex von Freizügigkeit und Marktintegration weiter gelockert, auch wenn manche eine ökonomische Rechtfertigung, freilich sehr weitgehend, im Studium als Schlüssel zu einer späteren Marktteilnahme suchten.⁷¹ Wiederum erfolgte die Ausdehnung allerdings nur um den Preis einer im Vergleich zu Erwerbstätigen schwächeren Rechtsstellung: So las der EuGH zum einen in das Aufenthaltsrecht nur rechtspolitisch erklärbare ökonomische Voraussetzungen hinein, nämlich die Erfordernisse ausreichender

⁶⁶ *Lenaerts*, L'égalité de traitement en droit communautaire, Un principe unique aux apparences multiples, CDE 1991, S. 28. Ähnlich *O'Keefe*, (Fn. 52), S. 270 f.

⁶⁷ EuGH, Rs. 196/87, *Steymann*, Slg. 1988, 6159, Rdnr. 16 f. Bestätigt in EuGH, Rs. C-200/02, *Chen/Zhu*, Slg. 2004, I-9925, Rdnr. 22. Weiter *Mancini*, The making of a constitution for Europe, 26 CML Rev. (1989), S. 608. Näher zu den daraus resultierenden Abgrenzungsfragen *Wollenschläger*, Grundfreiheit ohne Markt, (Fn. 2), S. 78.

⁶⁸ Ausführlich hierzu *ibid.*, S. 80 ff.

⁶⁹ EuGH, Rs. 152/82, *Forcheri*, Slg. 1983, 2323, Rdnr. 13 ff.; EuGH, Rs. 293/83, *Gravier*, Slg. 1985, 593, Rdnr. 19 ff.; EuGH, Rs. 24/86, *Blaizot*, Slg. 1988, 379, Rdnr. 16 ff.

⁷⁰ EuGH, Rs. C-357/89, *Raulin*, Slg. 1992, I-1027, Rdnr. 30 ff. Zustimmend *Klein/Haratsch*, Neuere Entwicklungen des Rechts der Europäischen Gemeinschaften – 2. Teil, DÖV 1994, S. 134.

⁷¹ Den Aspekt der Vorwirkung im Hinblick auf eine spätere Berufstätigkeit betonen EuGH, Rs. 293/83, *Gravier*, Slg. 1985, 593, Rdnr. 23 f.; EuGH, Rs. 242/87, *Kommission/Rat*, Slg. 1989, 1425, Rdnr. 29; *Garot*, La Citoyenneté de l'Union Européenne, 1999, S. 85; *Kadelbach* (Fn. 6), S. 552. Von einer Flankierung sprechen *Klein/Haratsch*, Das Aufenthaltsrecht der Studenten, die Unionsbürgerschaft und intertemporales Gemeinschaftsrecht, JuS 1995, S. 11. Ähnlich *von Wilmoowsky*, Zugang zu den öffentlichen Leistungen anderer Mitgliedstaaten, ZaöRV 50 (1990), S. 244. Zurückhaltend demgegenüber *Randelzhofer*, (Fn. 52), S. 589.

Existenzmittel und eines adäquaten Krankenversicherungsschutzes.⁷² Zum anderen klammerte der EuGH der Deckung des Lebensbedarfs dienende Studienbeihilfen wie Stipendien oder Studentendarlehn – nicht aber die Bezuschussung von Einschreibe- und anderen mit dem Zugang zum Unterricht verbundenen Gebühren – aus dem Diskriminierungsschutz aus.⁷³

Damit verblieb es im Grundsatz bei der im gemeinschaftlichen Integrationsprogramm angelegten Grenzziehung zwischen ökonomisch und nicht-ökonomisch motivierter Migration, einmal ganz abgesehen von der auch im Übrigen nur unvollkommenen Gleichstellung von In- und Ausländern (verwiesen sei auf den „Ordre-public“-Vorbehalt, die Bereichsausnahme für hoheitliche Tätigkeiten oder die Ausklammerung politischer Rechte). Drei Beispiele mögen dies abschließend illustrieren: Als der Europäische Gerichtshof 1989 darüber zu befinden hatte, ob dem in einem Sozialprojekt zur Wiedereingliederung in das Arbeitsleben aufgenommenen deutschen Staatsangehörigen *Betray* ein gemeinschaftsrechtliches Aufenthaltsrecht in den Niederlanden zusteht, fiel die Antwort für den Betroffenen negativ aus: In einer der Marktintegration verpflichteten Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft war für nicht im Erwerbsleben stehende Personen kein Platz. Als 1988 in Luxemburg die Frage zur Entscheidung anstand, ob der Ausschluss nichterwerbstätiger Ausländer von der deutschen Ausbildungsförderung (BAföG) mit dem Gemeinschaftsrecht in Einklang steht, fiel die Antwort des EuGH für die Inländerbehandlung begehrende französische Studentin *Lair* gleichfalls negativ aus: Angesichts des damaligen Entwicklungsstands des Gemeinschaftsrechts liege eine derartige Förderung für nicht ökonomisch aktive Studierende außerhalb des Anwendungsbereichs des EWG-Vertrags.⁷⁴ Genauso wenig marktfreiheitlich relevant war die spiegelbildliche Konstellation, nämlich der vom früheren BAföG angeordnete und 2005 von den deutschen Staatsangehörigen *Morgan* und *Bucher* angegriffene⁷⁵ Ausschluss der Förderung des Vollstudiums eines Inländers im Ausland. Denn mangels wirtschaftlich relevanten grenzüberschreitenden Bezugs eröffnete ein Auslandsstudium nicht die Möglichkeit, sich auf die Marktfreiheiten zu berufen.⁷⁶

⁷² EuGH, Rs. C-357/89, *Raulin*, Slg. 1992, I-1027, Rdnr. 38 ff.

⁷³ EuGH, Rs. 39/86, *Lair*, Slg. 1988, 3161, Rdnr. 14 f.; EuGH, Rs. 197/86, *Brown*, Slg. 1988, 3205, Rdnr. 18; EuGH, Rs. C-109/92, *Wirth*, Slg. 1993, I-6447, Rdnr. 25.

⁷⁴ EuGH, Rs. 39/86, *Lair*, Slg. 1988, 3161, Rdnr. 15. Siehe auch EuGH, Rs. 197/86, *Brown*, Slg. 1988, 3205, Rdnr. 18; EuGH, Rs. C-109/92, *Wirth*, Slg. 1993, I-6447, Rdnr. 25.

⁷⁵ Siehe EuGH, verb. Rs. C-11 und 12/06, *Morgan und Bucher*, Slg. 2007, I-9161.

⁷⁶ Siehe ferner den 1993 entschiedenen EuGH, Rs. C-112/91, *Werner*, Slg. 1993, I-429, Rdnr. 16: Dass der in seinem Heimatstaat berufstätige deutsche Staatsangehörige *Werner* aufgrund seines Wohnsitzes in den Niederlanden einer höheren Steuerbelastung unterlag, als dies bei einem Wohnsitz im Inland der Fall gewesen wäre, konnte gemeinschaftsrechtlich nicht beanstandet werden: „Der einzige über den nationalen Rahmen hinausweisende Aspekt“, so der Gerichtshof, „ist die Tatsache, daß der Kläger in einem anderen Mitgliedstaat wohnt als dem, in dem er seine

C. Die Unionsbürgerschaft und ihre Dynamik für den Integrationsprozess jenseits des Marktes

Wollte man nun auf der Makroebene den Charakter des europäischen Integrationsprojekts als Wirtschaftsgemeinschaft überwinden und dieses zu einer politischen Union fortentwickeln, musste sich dies auch auf der Mikroebene der Instrumente der Integration widerspiegeln. Die auf Marktteilnehmer und Marktteilnahme zugeschnittenen Personenverkehrsfreiheiten mussten ihre ökonomische Ausrichtung verlieren.

Im politischen Diskurs wurden entsprechende Forderungen seit Beginn der 1970er Jahre im Kontext der angemahnten Institutionalisierung einer „Europäischen Bürgerschaft“ erhoben: Die die Rechtsstellung des Individuums gegenüber den Mitgliedstaaten entscheidend prägenden Marktfreiheiten sollten – einem allgemeinen Bürgerstatus gemäß – *ratione personae* verallgemeinert und insbesondere im Hinblick auf politische Rechte *ratione materiae* verbreitert werden.⁷⁷ Auf der Basis des geltenden Gemeinschaftsrechts war dies, wie gezeigt, nicht möglich. Zwar sah dann auch das Binnenmarktziel der Gemeinschaft die Beseitigung aller Hindernisse für den freien Personenverkehr vor (Art. 3 Abs. 1 lit. c), Art. 14 Abs. 2 EG), aber eben nur nach Maßgabe des EG-Vertrags, der mit den Marktfreiheiten lediglich die Freizügigkeit Erwerbstätiger erfasste.⁷⁸

Berufstätigkeit ausübt“. Mangels wirtschaftlich relevantem grenzüberschreitenden Bezugs eröffnete dies nicht die Möglichkeit, sich auf die Marktfreiheiten des EGV zu berufen. Eine vergleichbare Konstellation lag auch dem bereits 1976 entschiedenen Fall EuGH, Rs. 66/77, *Kuyken*, Slg. 1977, 2311, Rdnr. 20 ff. zugrunde: Als der belgische Staat 1976 seiner Angehörigen *Kuyken*, die in Frankreich ihr Abitur ablegte, ein Überbrückungsgeld für erstmals Arbeitssuchende verweigerte, da dieses einen Schulabschluss im Inland voraussetzte, schied ein Verstoß gegen Gemeinschaftsrecht aus: Mangels wirtschaftlich relevantem grenzüberschreitenden Bezugs berechnete der Erwerb eines Schulabschlusses im EWG-Ausland nämlich nicht dazu, sich gegenüber dem Heimatstaat auf das gemeinschaftliche Freizügigkeitsrecht zu berufen. In jüngeren Entscheidungen, vgl. EuGH, Rs. C-212/05, *Hartmann*, Slg. 2007, I-6303 und EuGH, Rs. C-152/03, *Ritter-Coulais*, Slg. 2006, I-1711, ordnete der EuGH vergleichbare Fallgestaltungen der bloßen Wohnsitzverlagerung eines erwerbstätigen Inländers in das EU-Ausland den Marktfreiheiten zu. Angesichts der Einführung der Unionsbürgerschaft ist dies im Ergebnis nicht zu beanstanden; aufgrund des fehlenden grenzüberschreitenden ökonomischen Bezugs ist jedoch Art. 18 Abs. 1 EG, nicht aber die Arbeitnehmerfreizügigkeit einschlägig.

⁷⁷ Vgl. etwa *Tindemans*, Bericht über die EU v. 29.12.1975, EG-Bulletin, Beilage 1/1976; Entschließung des EP zur Zuerkennung besonderer Rechte an die Bürger der EG v. 16.11.1977, ABl. Nr. C 299 v. 12.12.1977, S. 26; Bericht des „Adonnino“-Ausschusses, EG-Bulletin, Beilage 7/1985, S. 13 ff.; Mitteilung der Kommission zum Europa der Bürger v. 24.6.1988, KOM (1988) 331 endg. Ausführlich zur Genese der Europäischen Bürgerschaft *Wollenschläger*, Grundfreiheit ohne Markt, (Fn. 2), S. 90 ff.

⁷⁸ Gleichwohl wurde unter Verweis auf das mit der Einheitlichen Europäischen Akte neu eingeführte Binnenmarktziel versucht, auch Nichterwerbstätige in das grundfreiheitliche Integrationsprogramm einzubeziehen; angesichts des klaren Wortlauts des Vertrags musste dies jedoch scheitern, vgl. *ibid.*, S. 105 f.

Mit Einführung der Unionsbürgerschaft im Zuge der Maastrichter Vertragsrevision war dieser bedeutsame Schritt vollzogen, auch wenn dies deren zunächst stiefmütterliche Behandlung in Rechtsprechung und Literatur nicht vermuten ließ: „Mehr Schein als Sein“,⁷⁹ „*pie in the sky*“,⁸⁰ „*little more than a cynical exercise in public relations on the part of the High Contracting Parties*“,⁸¹ „*weak institution; a pale shadow of its national counterpart*“⁸² – um nur einige der wenig schmeichelhaften Charakterisierungen zu zitieren. Die weitere Entwicklung sollte diese Einschätzung jedoch widerlegen.⁸³

Als Dreh- und Angelpunkt der Entwicklung erwies sich das an der Spitze der Regelungen zur Unionsbürgerschaft stehende allgemeine, d.h. allein an den Status als Unionsbürger geknüpfte und von einer wirtschaftlichen Betätigung unabhängige Freizügigkeitsrecht. Dieses berechtigt jeden Unionsbürger, „sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten vorbehaltlich der [im Primär- und Sekundärrecht] vorgesehenen Beschränkungen und Bedingungen frei zu bewegen und aufzuhalten.“ Anders als dies sein eben zitierter Wortlaut nahelegen könnte, erschöpft sich die Bedeutung des Art. 18 EG nicht darin, nunmehr auch Nichterwerbstätigen ein voraussetzungsvolles Fortbewegungs- und Aufenthaltsrecht einzuräumen. Vielmehr läutete seine Einführung einen Paradigmenwechsel im grundfreiheitlichen Integrationsprogramm ein. Der Gerichtshof hat das allgemeine Freizügigkeitsrecht nämlich in einer dynamischen, mitunter als das „Ende rationaler Jurisprudenz“⁸⁴ gebrandmarkten Rechtsprechung zu einer strukturell mit den Marktfreiheiten vergleichbaren Gewährleistung, einer „Grundfreiheit ohne Markt“,⁸⁵ entwickelt: Ein Aufenthaltsrecht im EU-Ausland einschließlich eines weit reichenden Inländergleichbehandlungsanspruchs ebenda war nunmehr auch Nichterwerbstätigen gewährleistet, Schutz vor Beschränkungen der transnationalen Mobilität auch in

⁷⁹ *Isensee*, Europäische Union – Mitgliedstaaten, in: Akademie der Wissenschaften und der Literatur Mainz (Hrsg.), Europa – Idee, Geschichte, Realität, 2. Symposium der Deutschen Akademien der Wissenschaften, 1996, S. 93.

⁸⁰ *D’Oliveira*, Union Citizenship: Pie in the Sky?, in: Rosas/Antola, (Fn. 52), S. 141, ferner S. 147: „*a symbolic plaything without substantive content*“.

⁸¹ *Weiler*, (Fn. 3), S. 68; ähnlich *ders.*, Les droits des citoyens européens, RMUE 1996, S. 36 ff.

⁸² *Kostakopoulou*, Citizenship, identity and immigration in the European Union, 2001, S. 66; *dies.*, Nested “old” and “new” citizenship in the European Union, CJEL 5 (1999), S. 391.

⁸³ In diesem Sinne bereits *Tomuschat*, Staatsbürgerschaft – Unionsbürgerschaft – Weltbürgerschaft, in: Drexl/Kreuzer/Scheuing/Sieber (Hrsg.), Europäische Demokratie, 1999, S. 74: Die Einführung der Unionsbürgerschaft ist, „langfristig betrachtet, vielleicht die bedeutsamste Entscheidung der Maastrichter Regierungskonferenz, folgenswerer noch als die Schaffung [...] des Euro“. Ähnlich *Sottili*, Cittadinanza europea e libertà economica, Contratto e impresa. Europa 1997, S. 715, 719 ff.; *Verhoeven*, Les citoyens de l’Europe, Annales de droit de Louvain 1993, S. 165. Zusammenfassend *Wollenschläger*, Grundfreiheit ohne Markt, (Fn. 2), S. 1 ff.

⁸⁴ So der Titel des Aufsatzes von *Hailbronner*, NJW 2004, (Fn. 6).

⁸⁵ *Wollenschläger*, Grundfreiheit ohne Markt, (Fn. 2).

nicht-ökonomischen Kontexten. Das allgemeine Freizügigkeitsrecht tritt damit als *lex generalis* hinter die Marktfreiheiten, die in Sachverhalten mit ökonomischem Bezug als speziellere Normen vorrangig heranzuziehen sind;⁸⁶ mit letzteren teilt es das Erfordernis eines grenzüberschreitenden Bezugs.⁸⁷

Freilich bleibt die Herausbildung einer das wirtschaftliche Moment hinter sich lassenden Integrationsnorm prekär: Nicht nur stellt sich die Frage ihrer vertraglichen Fundierung. Freizügigkeit für Nichterwerbstätige einschließlich eines Zugangsrechts zu Sozialleistungsansprüchen birgt vielmehr auch die Gefahr, Anreize für ökonomisch motivierte Wanderungsbewegungen mit den entsprechenden negativen Konsequenzen für die Sozialleistungssysteme der wohlhabenderen Mitgliedstaaten zu setzen. Zudem entfalteten bereits die freiheitsrechtlich verstandenen Marktfreiheiten ein oftmals mit dem Grundsatz der Subsidiarität gemäß Art. 5 UAbs. 2 EG und der fortbestehenden Regelungsautonomie der Mitgliedstaaten konfligierendes Deregulierungspotential; diese Dynamik erscheint bei einem als

⁸⁶ Zur Spezialität der Marktfreiheiten gegenüber Art. 18 Abs. 1 EG, die sich auf alle Gewährleistungsdimensionen bezieht EuGH, Rs. C-100/01, *Olazabal*, Slg. 2002, I-10981, Rdnr. 26; EuGH, Rs. C-193/94, *Skanavi*, Slg. 1996, I-929, Rdnr. 22; EuGH, Rs. C-348/96, *Calfa*, Slg. 1999, I-11, Rdnr. 29 f.; EuGH, Rs. C-92/01, *Stylianakis*, Slg. 2003, I-1291, Rdnrn. 18, 20; EuGH, Rs. C-520/04, *Turpeinen*, Slg. 2006, I-10685, Rdnr. 13; EuGH, Rs. C-318/05, *Kommission/Deutschland*, Slg. 2007, I-6957, Rdnr. 32 ff.; EuGH, Rs. C-76/05, *Schwarz*, Slg. 2007, I-6849, Rdnr. 34 f.; EuGH, Rs. C-152/05, *Kommission/Deutschland*, Slg. 2008, I-39, Rdnr. 18; ferner – auch zur Kritik am Spezialitätsverständnis – *Wollenschläger*, Grundfreiheit ohne Markt, (Fn. 2), S. 131 f., 208 ff., 308 f., 378 ff.

⁸⁷ Damit findet Art. 18 Abs. 1 EG in rein internen Sachverhalten keine Anwendung und hat die Unionsbürgerschaft – obgleich sie den Angehörigen der Mitgliedstaaten unabhängig von der Ausübung des Freizügigkeitsrechts zusteht – an der unionsrechtlichen Zulässigkeit der Inländerdiskriminierung nichts geändert. Dies wird zwar verschiedentlich in Frage gestellt, jüngst Schlussanträge GAin *Sharpston* zu EuGH, Rs. C-212/06, *Gouvernement de la Communauté française*, Nr. 112 ff., noch nicht in amtl. Slg.; ferner *Borchardt*, Der soziale rechtliche Gehalt der Unionsbürgerschaft, NJW 2000, S. 2059; *Epiney*, Von Akrich über Jia bis Metock: zur Anwendbarkeit der gemeinschaftlichen Regeln über den Familiennachzug – Gleichzeitig eine Anmerkung zu EuGH, Urt. v. 25.7.2008, Rs. C-127/08 (Metock), EuR 2008, S. 850 ff.; *Hangartner*, Das Bürgerrecht der Europäischen Union, in: Fs. Zäch, 1999, S. 710; *Reich*, Bürgerrechte in der Europäischen Union, 1999, S. 427 f.; *Reich/Harbačevica*, Citizenship and family on trial, 40 CML Rev. (2003), S. 633 ff.; *Spaventa*, From Gebhard to Carpenter, 41 CML Rev. (2004), S. 771; *dies.*, Free Movement of Persons, (Fn. 6), S. 126 ff.; *dies.*, 45 CML Rev. (2008), (Fn. 6), S. 30 ff.; *Staeglich*, Rechte und Pflichten aus der Unionsbürgerschaft, ZEuS 2003, S. 506 ff.; *Tryfonidou*, Reverse Discrimination in Purely Internal Situations, LIEI 35 (2008), S. 43; *White*, (Fn. 25), S. 901. Da der Unionsbürgerschaft jedoch kein autonomer Gleichbehandlungsanspruch innewohnt, lässt sich ein gegenteiliges Ergebnis primärrechtlich nicht begründen, siehe nur *Wollenschläger*, Grundfreiheit ohne Markt, (Fn. 2), S. 85 f., 222 f., 341 ff.; ferner EuGH, verb. Rs. C-64/96 und C-65/96, *Uecker und Jacquet*, Slg. 1997, I-3171, Rdnr. 22; EuGH, Rs. C-148/02, *Avello*, Slg. 2003, I-11613, Rdnr. 26; EuGH, Rs. C-403/03, *Schempp*, Slg. 2005, I-6421, Rdnr. 20; sowie die noch nicht in der amtl. Slg. veröffentlichten Entscheidungen EuGH, Rs. C-212/06, *Gouvernement de la Communauté française*, Rdnr. 39; EuGH, Rs. C-499/06, *Nerkowska*, Rdnr. 25; EuGH, Rs. C-127/08, *Metock*, Rdnr. 77 f.; *Huber*, (Fn. 6), S. 316.

Beschränkungsverbot verstandenem allgemeinen Freizügigkeitsrecht potenziert. Wie kann es insoweit gelingen, legitime Anliegen der Mitgliedstaaten bei der Fortentwicklung der Integration jenseits des Marktes zu wahren? Dem soll im Folgenden anhand einer Analyse der drei grundfreiheitlichen Gewährleistungsdimensionen des allgemeinen Freizügigkeitsrechts – Fortbewegungs- und Aufenthaltsrecht (I.), Inländerbehandlungsanspruch (II.) und Mobilitätsschutz jenseits des Inländerbehandlungsgebots (III.) – nachgegangen werden.

I. Das Fortbewegungs- und Aufenthaltsrecht des Unionsbürgers

1. Die Neuradizierung des Freizügigkeitsrechts in der Unionsbürgerschaft: ein Integrationsfortschritt?

Nachdem bereits die Marktfreiheiten Freizügigkeit für Erwerbstätige gewährleitet, der Gerichtshof zudem ab Mitte der 1980er Jahre Studierenden und Dienstleistungsempfängern wie Touristen ein Freizügigkeitsrecht zuerkannte und die – nach einem über zehnjährigen Rechtsetzungsprozess – Anfang der 1990er Jahre in Kraft getretenen drei Aufenthaltsrichtlinien 90/364/EWG, 90/365/EWG und 93/96/EWG verbliebene Lücken im Freizügigkeitsregime hinsichtlich ökonomisch nicht aktiver Personen geschlossen hatten,⁸⁸ schien der mit der Einführung eines allgemeinen Freizügigkeitsrechts verbundene Gewinn gering. Gewiss, die bestehenden Garantien galten nicht schrankenlos, wovon sowohl die Möglichkeit, aufenthaltsbeendende Maßnahmen aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit zu ergreifen („Ordre-public“-Vorbehalt), als auch die im Sekundärrecht nur für Nichterwerbstätige vorgesehenen ökonomischen Aufenthaltsvoraussetzungen zeugten. Doch nahm das neue unionsbürgerliche Freizügigkeitsrecht mit seinem Vorbehalt zugunsten im Primär- und Sekundärrecht vorgesehener Beschränkungen und Bedingungen diese Schranken gerade in Bezug. Verständlich, dass Art. 18 Abs. 1 EG vor diesem Hintergrund in der Literatur als *“paper declaration”*⁸⁹ bezeichnet und der mit seiner Einführung einhergehende Integrationsfortschritt für gering erachtet wurden: *“Union Citizenship may have ‘constitutionalised’ the Community law rights of free movement, but it has not added much that is substantially new to existing community law”*.⁹⁰ Diese ersten Einschätzungen sollten sich jedoch nicht bewahrheiten.

⁸⁸ Zu diesen bereits unter Fn. 51.

⁸⁹ Pollard, Rights of Free Movement, in: Neuwahl/Rosas (Hrsg.), *The European Union and human rights*, 1995, S. 116.

⁹⁰ Kostakopoulou, (Fn. 82), S. 66. Ähnlich zurückhaltend Bernard, *Multilevel Governance in the European Union*, 2002, S. 186 ff.; Fischer, *Die Unionsbürgerschaft*, EuZW 1992, S. 568; Kadelbach, *Die Unionsbürgerrechte*, in: Ehlers, (Fn. 41), § 21, Rdnr. 96; Magnette, *La citoyenneté européenne*, 1999, S. 162: *«la valeur ajoutée de la citoyenneté de l’Union apparaît nulle jusqu’à présent»*; O’Keefe, *Union Citizenship*, in: O’Keefe/Twomey (Hrsg.), *Legal Issues of the Maastricht Treaty*, 1994, S. 93 f.; O’Leary, *The relationship between community citizenship and*

Zunächst einmal legitimiert der in Art. 18 Abs. 1 EG enthaltene Vorbehalt nicht dazu, dieser Verbürgung, anders als in der Literatur vielfach vertreten,⁹¹ ihre eigenständige Bedeutung und damit auch ihre unmittelbare Anwendbarkeit abzusprenken.⁹² Denn diese Norm erkennt jedem Unionsbürger unmittelbar ein Aufenthaltsrecht klar und präzise zu und ist damit unmittelbar anwendbar.⁹³ Dies hat der Gerichtshof nach anfänglichem Zögern⁹⁴ in der Rechtssache *Baumbast* anerkannt.⁹⁵

Der in den Vertragswortlaut aufgenommene Vorbehalt zugunsten der im Primär- und Sekundärrecht enthaltenen Beschränkungen und Bedingungen verdeutlicht freilich, dass letztere, auch nach dem Willen der Vertragsparteien, nach wie vor

the protection of fundamental rights in community law, 32 CML Rev. (1995), S. 519 f.; *dies.*, European Union citizenship, 1996, S. 92; *Shaw*, Citizenship of the Union, in: Academy of European Law (Hrsg.), Collected Courses – 1995 European Community Law, Bd. 6, Buch 1, 1998, S. 247; *dies.*, European Union Citizenship, 3 EPL (1997), S. 416 f.; *Stein*, Aufenthaltsrecht und aufenthaltsbeendende Maßnahmen in Deutschland, in: Hailbronner (Hrsg.), 30 Jahre Freizügigkeit in Europa, 1998, S. 30; *Villani*, La cittadinanza dell'Unione europea, in: Gs. Panzera, Bd. 2, 1995, S. 1015; *Weiler*, RMUE 1996, (Fn. 81), S. 39. Siehe auch Schlussanträge GA *La Pergola* zu EuGH, Rs. C-356/98, *Kaba I*, Slg. 2000, I-2623, Nr. 57.

⁹¹ Siehe etwa *Degen*, Die Unionsbürgerschaft nach dem Vertrag über die europäische Union unter besonderer Berücksichtigung des Wahlrechts, DÖV 1993, S. 752 – jedoch relativiert in Fn. 19; *Heintzen*, (Fn. 28), S. 341, Fn. 59; *Kaufmann-Bübler*, in: Lenz/Borchardt (Hrsg.), EGV, 2. Aufl. 1999, Art. 18 EG, Rdnr. 1 – jedoch aufgegeben in der 3. Aufl. 2003, Art. 18 EG, Rdnr. 1; *Pechstein/Bunk*, (Fn. 17), S. 554. Offen gelassen bei *O'Leary*, The Evolving Concept of Community Citizenship, 1996, S. 139 ff.; *Toner*, Judicial Interpretation of European Union Citizenship, 7 MJECL (2000), S. 158. Nach wie vor ablehnend *Mather*, The Court of Justice and the Union Citizen, 11 EL Rev. (2005), S. 725 ff., unter Verweis auf die sekundärrechtliche Konkretisierungsbedürftigkeit.

⁹² Zusammenfassend zur Kontroverse um die unmittelbare Anwendbarkeit des Art. 18 Abs. 1 EG *Wollenschläger*, Grundfreiheit ohne Markt, (Fn. 2), S. 126 ff.

⁹³ Siehe nur *Adam*, Prime riflessioni sulla cittadinanza dell'Unione, Riv. Dir. Int. 1992, S. 641; *Becker*, Freizügigkeit in der EU, EuR 1999, S. 528 f.; *Bode*, (Fn. 6), S. 208 ff.; *Hatje*, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, 2. Aufl. 2008, Art. 18 EG, Rdnr. 7; *Hilf*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, (Fn. 17), Art. 18 EG, Rdnr. 1; *Huber*, Recht der Europäischen Integration, 2002, § 8, Rdnr. 12; *Kadelbach*, (Fn. 90), Rdnr. 39; *ders.*, (Fn. 6), S. 553; *Kotalakidis*, (Fn. 6), S. 158 ff.; *Martin/Guild*, Free Movement of Persons in the European Union, 1996, S. 97 f.; *Scheuing*, (Fn. 6), S. 119 ff.; *ders.*, EuR 2003, (Fn. 6), S. 759 ff.; *Schönberger*, Unionsbürger, (Fn. 6), S. 320 ff.; *Wollenschläger*, Grundfreiheit ohne Markt, (Fn. 2), S. 126 ff.; *Wollenschläger, M.*, Freizügigkeit und Aufenthaltsfreiheit, in: Heselhaus/Nowak (Hrsg.), Handbuch der Europäischen Grundrechte, 2006, § 15, Rdnr. 11 ff.

⁹⁴ Offen gelassen noch in EuGH, Rs. C-85/96, *Martínez Sala*, Slg. 1998, I-2691, Rdnr. 60; EuGH, Rs. C-378/97, *Wijzenbeek*, Slg. 1999, I-6207, Rdnr. 41 ff.; EuGH, Rs. C-357/98, *Yiadom*, Slg. 2000, I-9265, Rdnr. 23; EuGH, Rs. C-192/99, *Kaur*, Slg. 2001, I-1237, Rdnrn. 15 und 28.

⁹⁵ EuGH, Rs. C-413/99, *Baumbast*, Slg. 2002, I-7091, Rdnr. 80 ff. Bekräftigt in st. Rspr. EuGH, Rs. C-456/02, *Trojani*, Slg. 2004, I-7573, Rdnr. 31; EuGH, Rs. C-408/03, *Kommission/Belgien*, Slg. 2006, I-2647, Rdnr. 34; EuGH, Rs. C-50/06, *Kommission/Niederlande*, Slg. 2007, I-4383, Rdnr. 32; EuGH, Rs. C-398/06, *Kommission/Niederlande*, Rdnr. 27, noch nicht in amtl. Slg.

Geltung beanspruchen und das Freizügigkeitsrecht damit nicht voraussetzungslos gewährleistet ist.⁹⁶ Nicht übersehen werden bei der Bestimmung von dessen Tragweite darf allerdings auch, dass sich dieses in einem kategorial anderen normativen Kontext findet: Es steht an der Spitze der den Angehörigen der Mitgliedstaaten qua ihrer gemeinsamen Unionsbürgerschaft zustehenden Rechte, ein Status, der weder von der Eigenschaft als In- oder Ausländer noch von der Ausübung einer Erwerbstätigkeit abhängig ist. Zudem hat das Schutzgut „Freizügigkeit“ eine Aufwertung erfahren: Erwerbstätigen ist sie nicht mehr nur als Annexgewährleistung zu einer Marktfreiheit verbürgt, mithin als Aspekt der ökonomischen Betätigung, sondern um ihrer selbst willen. Für Nichterwerbstätige zeigt sich die Aufwertung in der Rangerhöhung von der sekundär- zur primärrechtlichen Gewährleistung. Einen weiteren Anhaltspunkt bietet Art. 2, 3. Spiegelstrich EUV, nach dem eines der Ziele der Union ist, den Schutz der Rechte und Interessen der Angehörigen der Mitgliedstaaten durch die Einführung der Unionsbürgerschaft zu stärken.⁹⁷ Schließlich betont auch die Präambel des Unionsvertrags an ihrer Spitze, dass durch ihn der mit der Gründung der Europäischen Gemeinschaften eingeleitete Prozess der europäischen Integration auf eine neue Stufe gehoben werden soll, um auch die Freizügigkeit zu fördern. Der aufgezeigte Paradigmenwechsel kann für die Auslegung ebenfalls nicht unberücksichtigt bleiben,⁹⁸ und

⁹⁶ Siehe nur EuGH, Rs. C-456/02, *Trojani*, Slg. 2004, I-7573, Rdnr. 32; EuGH, Rs. C-50/06, *Kommission/Niederlande*, Slg. 2007, I-4383, Rdnr. 33; EuGH, Rs. C-398/06, *Kommission/Niederlande*, Rdnr. 28; EuGH, Rs. C-33/07, *Jipa*, Rdnr. 21, sowie EuGH, Rs. C-524/06, *Huber*, Rdnr. 54, alle noch nicht in amlt. Slg.; *Bode*, (Fn. 6), S. 221 ff.; *Dienelt*, Freizügigkeit nach der Osterweiterung, 2004, Rdnr. 92 ff.; *Klein/Haratsch*, (Fn. 71), JuS 1995, S. 12; *van der Mei*, (Fn. 17), S. 46 ff.; *O’Leary*, European Union citizenship, (Fn. 90), S. 136; *Schönberger*, Unionsbürger, (Fn. 6), S. 342 f.; *Tomuschat*, (Fn. 25), S. 454; *Villani*, (Fn. 90), S. 1016; Schlussanträge GA *La Pergola* zu EuGH, Rs. C-356/98, *Kaba I*, Slg. 2000, I-2623, Nr. 54 f. Von deren Hinfalligkeit gehen dagegen *Constantinesco*, La citoyenneté de l’Union, in: Schwarze (Hrsg.), Vom Binnenmarkt zur Europäischen Union, 1993, S. 29 f., sowie die portugiesische Regierung aus, siehe Schlussanträge GA *Alber* zu EuGH, Rs. C-184/99, *Grzelczyk*, Slg. 2001, I-6193, Nr. 52. Dazu *Shuibhne*, Free Movement of Persons and the wholly internal rule, 39 CML Rev. (2002), S. 753 f.

⁹⁷ Siehe auch Abschnitt A des Beschlusses der im Europäischen Rat vereinigten Staats- und Regierungschefs zu bestimmten von Dänemark aufgeworfenen Problemen betreffend den Vertrag über die Europäische Union, ABl. Nr. C 348 v. 31.12.1992, S. 1: „Mit den im Zweiten Teil des Vertrages über die Europäische Union enthaltenen Bestimmungen über die Unionsbürgerschaft werden den Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten die in diesem Teil aufgeführten zusätzlichen Rechte und der dort spezifizierte zusätzliche Schutz gewährt.“

⁹⁸ Siehe ferner *Bode*, (Fn. 6), S. 221 ff.; *Dougan*, (Fn. 6), S. 615; *Evans*, Union Citizenship and the Constitutionalization of Equality in EU Law, in: La Torre (Hrsg.), European Citizenship, 1998, S. 267 f.; *Haltern*, Europarecht und das Politische, 2005, S. 454; *Kotalakidis*, (Fn. 6), S. 153 f.; *Martin/Guild*, (Fn. 93), S. 99 f.; *O’Leary*, European Union citizenship, (Fn. 90), S. 136; *Scheuing*, (Fn. 6), S. 125 f.; *Schönberger*, Unionsbürger, (Fn. 6), S. 343; *Schulz*, Freizügigkeit für Unionsbürger, 1997, S. 249; Schlussanträge GA *Cosmas* zu EuGH, Rs. C-378/97, *Wijsenbeek*, Slg. 1999, I-6201, Nr. 80.

blieb es auch nicht, wie die im Folgenden aufgezeigte restriktivere Handhabung sowohl des „Ordre-public“-Vorbehalts (a) als auch der ökonomischen Aufenthaltsvoraussetzungen (b) zeigen.

2. Die Konsequenzen im Einzelnen

a) Weitere Zurückdrängung des „Ordre-public“-Vorbehalts

Der „Ordre-public“-Vorbehalt gestattet den Mitgliedstaaten, den Aufenthalt eines EU-Ausländers aus Gründen der öffentlichen Sicherheit, Ordnung und Gesundheit zu beschränken, und zeigt damit, dass das Aufenthaltsrecht eines EU-Ausländers anderen Regeln als das des Inländers folgt. Kann diese Differenzierung, so könnte man mit Teilen der Literatur fragen, vor dem neuen, In- und EU-Ausländern gemeinen Status als Unionsbürger noch Bestand haben?⁹⁹ Wie eingangs aufgezeigt, beantwortet der in Art. 18 Abs. 1 EG aufgenommene Vorbehalt dies im Grundsatz positiv, wenngleich dem veränderten normativen Hintergrund des Freizügigkeitsrechts durch ein restriktiveres Verständnis des „Ordre-public“-Vorbehalts Rechnung zu tragen ist. In diesem Sinne betonte der EuGH, dass – während nach seiner bisherigen Rechtsprechung die Ausnahmen vom Grundsatz der Freizügigkeit lediglich eng auszulegen seien¹⁰⁰ – der Unionsbürgerstatus nunmehr „eine

⁹⁹ *Pernice*, (Fn. 6), S. 187 f. Auch die Schlussanträge GA *Cosmas* zu EuGH, Rs. C-378/97, *Wijsenbeek*, Slg. 1999, I-6201, Nr. 95 f., widersprechen einer unbesehenen Übertragung der Schranken der Grundfreiheiten auf den andersartigen Art. 18 EG. Ähnlich *Adam*, (Fn. 93), S. 638 f.; *Costello*, Anmerkung zu EuGH, Rs. C-348/96 – Donatella Calfa, 37 CML Rev. (2000), S. 827; *Martin/Guild*, (Fn. 93), S. 99 f.; *O’Leary*, European Union citizenship, (Fn. 90), S. 138 f.; *Scheuing*, (Fn. 6), S. 128; *ders.*, EuR 2003, (Fn. 6), S. 769; *Staeglich*, (Fn. 87), S. 512. *De lege ferenda Lippolis*, La Cittadinanza Europea, 1994, S. 120; *Schulz*, (Fn. 98), S. 340 f.; jedenfalls für Daueraufenthaltsberechtigte i.S.d. RL 2004/38/EG *Iliopoulou*, Le nouveau droit de séjour des citoyens de l’Union et des membres de leur famille, RDUE 2004, S. 549. Für eine Beibehaltung des bisherigen Verständnisses dagegen *Kluth*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/EGV, 3. Aufl. 2007, Art. 18 EG, Rdnr. 19; *Pomell*, European Union Citizenship in Focus, 2000, S. 44 f.; *Rothfuchs*, Die traditionellen Personenverkehrsfreiheiten des EG-Vertrages und das Aufenthaltsrecht der Unionsbürger, S. 255 f. Offen gelassen bei *Doppelhammer*, *Expulsion*, 24 EL Rev. (1999), S. 626; *Verhoeven*, (Fn. 83), S. 177. Für eine restriktive Handhabung mit zunehmender Integration *Carens*, Citizenship and Civil Society, in: Hansen/Weil (Hrsg.), Dual Nationality, Social Rights and Federal Citizenship in the U.S. and Europe, 2002, S. 102 ff. Ähnlich wird im Übrigen für die Bereichsausnahme der Art. 39 Abs. 4 und 45 EG argumentiert, die ebenfalls restriktiv ausgelegt werden müsse, vgl. *Blumann*, La Citoyenneté européenne, in: Fs. Ipsen, 2000, S. 20 ff.; *Handoll*, (Fn. 64), S. 286, Rdnr. 9.93; *Menegazzi Munari*, Cittadinanza Europea, 1996, S. 110; *O’Leary*, European Union citizenship, (Fn. 90), S. 305; *White*, (Fn. 41), S. 86 f.; *ders.*, The Citizen’s Right to Free Movement, 16 EBLR (2005), S. 550: “problematic”; *Wouters*, European Citizenship and the Case-Law of the Court of Justice of the European Communities on the Free Movement of Persons, in: Marias (Hrsg.), European Citizenship, 1994, S. 53. A.A. *Pomell*, in: *ibid.*, S. 44 f.

¹⁰⁰ EuGH, verb. Rs. C-482/01 und 493/01, *Orfanopoulos und Olivieri*, Slg. 2004, I-5257, Rdnr. 64 m.w.N.

besonders enge Auslegung der Ausnahmen von dieser Freiheit [fordere].“ Denn „dieser Status [soll] der grundlegende Status der Angehörigen der Mitgliedstaaten sein.“¹⁰¹

Dem hat der Gemeinschaftsgesetzgeber in der neuen, den fortgeschrittenen *Acquis* kodifizierenden Freizügigkeitsrichtlinie 2004/38/EG Rechnung getragen.¹⁰² Deren 23. und 24. Erwägungsgrund betonen: „Die Ausweisung von Unionsbürgern und ihren Familienangehörigen aus Gründen der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit ist eine Maßnahme, die Personen, die ihre Rechte und Freiheiten aus dem Vertrag in Anspruch genommen haben und vollständig in den Aufnahmemitgliedstaat integriert sind, sehr schaden kann. Die Wirkung derartiger Maßnahmen sollte daher gemäß dem Verhältnismäßigkeitsprinzip begrenzt werden [...]. Daher sollte der Schutz vor Ausweisung in dem Maße zunehmen, wie die Unionsbürger und ihre Familienangehörigen in den Aufnahmemitgliedstaat stärker integriert sind. Gegen Unionsbürger, die sich viele Jahre im Hoheitsgebiet des Aufnahmemitgliedstaats aufgehalten haben, insbesondere in Fällen, in denen sie dort geboren sind und dort ihr ganzes Leben lang ihren Aufenthalt gehabt haben, sollte nur unter außergewöhnlichen Umständen aus zwingenden Gründen der öffentlichen Sicherheit eine Ausweisung verfügt werden.“¹⁰³

Dementsprechend unterwirft Art. 27 Abs. 2 Richtlinie 2004/38/EG aufenthaltsbedingende Maßnahmen nunmehr ausdrücklich dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz.¹⁰⁴ So muss der Aufnahmemitgliedstaat bei der Entscheidung über eine Ausweisung aus Gründen der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit „insbesondere die Dauer des Aufenthalts des Betroffenen im Hoheitsgebiet, sein Alter, seinen Gesundheitszustand, seine familiäre und wirtschaftliche Lage, seine soziale und kulturelle Integration im Aufnahmemitgliedstaat und das Ausmaß seiner Bindungen zum Herkunftsstaat“ nach Art. 28 Abs. 1 berücksichtigen. Mit zunehmender Auf-

¹⁰¹ Ibid., Rdnr. 65. Siehe ferner allgemein Schlussanträge GA Léger zu EuGH, Rs. C-215/03, *Oulane*, Slg. 2005, I-1215, Nr. 50: „[D]ie Unionsbürgerschaft, die dazu bestimmt [ist], der grundlegende Status der Angehörigen der Mitgliedstaaten zu sein, [ist] ein Merkmal, das bei der Auslegung aller Gemeinschaftsvorschriften über die Freizügigkeit [...] als dynamisches Element zu berücksichtigen ist“; ferner *Huber*, (Fn. 6), S. 317.

¹⁰² RL 2004/38/EG des EP 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, zur Änderung der VO (EWG) Nr. 1612/68 und zur Aufhebung der RL 64/221/EWG, 68/360/EWG, 72/194/EWG, 73/148/EWG, 75/34/EWG, 75/35/EWG, 90/364/EWG, 90/365/EWG und 93/96/EWG, (Fn. 51). Zu dieser *Carlier*, *Le devinir de la libre circulation des personnes dans l'Union Européenne: Regard sur la directive 2004/38*, CDE 2006, S. 13; *Iliopoulou*, (Fn. 99); *Wollenschläger*, *Grundfreiheit ohne Markt*, (Fn. 2), S. 119 ff.

¹⁰³ Kritisch zur damit einhergehenden Rechtsunsicherheit und der Möglichkeit divergierender nationaler Praktiken *Carrera*, *What Does Free Movement Mean in Theory and Practice in an Enlarged EU?*, 11 *EL Rev.* (2005), S. 714 f.

¹⁰⁴ Siehe auch EuGH, Rs. C-33/07, *Jipa*, Rdnr. 29, noch nicht in amlt. Slg.

enthaltensdauer steigt zudem der Ausweisungsschutz: Gegenüber Daueraufenthaltsberechtigten sind nur schwerwiegende Gründe der öffentlichen Sicherheit und Ordnung gemäß Art. 28 Abs. 2 berücksichtigungsfähig; Unionsbürger, die sich bereits seit zehn Jahren im Aufnahmemitgliedstaat aufgehalten haben, können darüber hinaus nur aus zwingenden Gründen der öffentlichen Sicherheit nach Art. 28 Abs. 3 ausgewiesen werden.

b) Relativierung der ökonomischen Aufenthaltsvoraussetzungen

Um keine Anreize für primär wirtschaftlich motivierte Wanderungsbewegungen zu setzen und damit die Sozialleistungssysteme insbesondere der wohlhabenderen Mitgliedstaaten zu schützen, knüpften die zum Zeitpunkt der Einführung des Art. 18 Abs. 1 EG geltenden Freizügigkeitsrichtlinien 90/364/EWG, 90/365/EWG und 93/96/EWG das Aufenthaltsrecht Nichterwerbstätiger an ökonomische Kautelen, nämlich die Voraussetzungen hinreichender Existenzmittel und eines umfassenden Krankenversicherungsschutzes. Bedeutend stärker, als dies beim „Ordre Public“-Vorbehalt der Fall war, sahen sich diese Schranken des Freizügigkeitsrechts in Konsequenz der Einführung einer allen Angehörigen der Mitgliedstaaten gemeinen Unionsbürgerschaft in Frage gestellt und wurden entweder ganz abgelehnt¹⁰⁵ oder lediglich als Missbrauchsvorbehalt verstanden^{106,107} *“When taken seriously, Union citizenship ought to be developed in such a way that both the ‘rich’ and the ‘poor’ can enjoy the rights that come with it.”*¹⁰⁸ Oder: *“Non è compatibile con la ratio ultima del nuovo statuto di cittadino europeo, che è quella dell’integrazione fra i popoli degli Stati membri, la quale non può trovare ‘mortificazione’ in logiche di bilancio.”*¹⁰⁹

¹⁰⁵ Kotalakidis, (Fn. 6), S. 170 f.; Pérez Vera, *Citoyenneté de l’Union Européenne, Nationalité et Condition des Étrangers*, 261 RdC 1996 (1998), S. 350 f.; van der Mei, *EU Law and Education*, in: Dougan/Spaventa, (Fn. 64), S. 229 ff. für Studierende. Wegen Hinfalligkeit Constantinesco, (Fn. 96), S. 29 f.; sowie die portugiesische Regierung, siehe Schlussanträge GA Alber zu EuGH, Rs. C-184/99, Grzelczyk, Slg. 2001, I-6193, Nr. 52. Offen gelassen bei Kovar/Simon, *La citoyenneté européenne*, CDE 1993, S. 297 f.; Nascimbene, *Profili della cittadinanza dell’Unione Europea*, Riv. int. dir. uomo 1995, S. 256, der hierin jedoch eine Kompromittierung des Aufenthaltsrechts sieht; Pomoell, (Fn. 99), S. 44 ff. (befürwortend); Sottili, (Fn. 83), S. 722 ff. *De lege ferenda Carrera*, (Fn. 103), 11 EL Rev. (2005), S. 721; Mengazzi Munari, (Fn. 99), S. 177; Nys, *Une liberté de circulation incomplète*, in: Magnette (Hrsg.), *De l’étranger au citoyen*, 1997, S. 124.

¹⁰⁶ Borchardt, (Fn. 87), S. 2060; Kokott, (Fn. 6), S. 221 f.; Scheuing, (Fn. 6), S. 130 f.; ders., *EuR* 2003, (Fn. 6), S. 769 ff.

¹⁰⁷ Ausführlich zur Kritik an den ökonomischen Aufenthaltsvoraussetzungen Wollenschläger, *Grundfreiheit ohne Markt*, (Fn. 2), S. 166 ff.

¹⁰⁸ van der Mei, (Fn. 17), S. 220.

¹⁰⁹ *Condinanzi/Lang/Nascimbene, Cittadinanza dell’Unione e libera circolazione delle persone*, 2003, S. 34.

Freilich verbietet wiederum der in Art. 18 Abs. 1 EG enthaltene Schrankenvorbehalt, den ökonomischen Aufenthaltsvoraussetzungen ihre Fortgeltung abzusprechen. Angesichts des beschriebenen Wandels stellen sich diese jedoch nunmehr als sekundärrechtliche Schranke der primärrechtlichen Freizügigkeitsgarantie dar und dürfen letztere damit nicht unverhältnismäßig beschränken.¹¹⁰ Mit dem EuGH ist folglich davon auszugehen, dass das Freizügigkeitsrecht zwar vom legitimen Ziel der Wahrung berechtigter finanzieller Interessen der Mitgliedstaaten abhängig gemacht werden kann, wie sie in den erwähnten Voraussetzungen zum Ausdruck kommen, dem der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit jedoch Grenzen setzt: Dass etwa ein Student temporär sozialhilfebedürftig wird oder die von den Aufenthaltsrichtlinien geforderte Krankenversicherung nicht alle Risiken abdeckt, darf mithin keine aufenthaltsrechtlichen Konsequenzen nach sich ziehen.¹¹¹

Trotz aller Kritik seitens der Mitgliedstaaten an der Rechtsprechung des EuGH hat sich auch der Gemeinschaftsgesetzgeber diese partielle Relativierung der ökonomischen Aufenthaltsvoraussetzungen in der neuen Freizügigkeitsrichtlinie 2004/38/EG zu eigen gemacht: Aufenthalte von einer Dauer von bis zu drei Monaten sind ökonomisch voraussetzungslos möglich (Art. 6 Richtlinie 2004/38/EG). Nimmt der Unionsbürger aber Sozialhilfeleistungen des Aufnahmemitgliedstaats während dieses Zeitraumes unangemessen in Anspruch, kann er ausgewiesen werden (Art. 14 Abs. 1 Richtlinie 2004/38/EG).¹¹² Über drei Monate hinausgehende Aufenthalte Nichterwerbstätiger sind zwar weiterhin von den Voraussetzungen ausreichender Existenzmittel und eines umfassenden Krankenversicherungsschutzes abhängig (Art. 7 Abs. 1 lit. b) und c) Richtlinie 2004/38/EG). Gemäß Art. 14 Abs. 3 darf jedoch die Inanspruchnahme von Sozialhilfeleistungen durch einen Unionsbürger nicht automatisch zu seiner Ausweisung führen.¹¹³ Die

¹¹⁰ Näher *Wollenschläger*, Grundfreiheit ohne Markt, (Fn. 2), S. 176 ff. Siehe auch *Spaventa*, 45 CML Rev. (2008), (Fn. 6), S. 26 f.

¹¹¹ EuGH, Rs. C-413/99, *Baumbast*, Slg. 2002, I-7091, Rdnr. 90 f.; EuGH, Rs. C-456/02, *Trojani*, Slg. 2004, I-7573, Rdnr. 30 ff.; EuGH, Rs. C-200/02, *Chen/Zhu*, Slg. 2004, I-9925, Rdnr. 33; EuGH, Rs. C-408/03, *Kommission/Belgien*, Slg. 2006, I-2647, Rdnr. 38 ff.; EuGH, Rs. C-398/06, *Kommission/Niederlande*, Rdnr. 29, noch nicht in aml. Slg. Bereits in EuGH, Rs. C-184/99, *Grzelczyk*, Slg. 2001, I-6193, Rdnr. 37 ff. hat der EuGH die sekundärrechtlichen Aufenthaltsvoraussetzungen einschränkend ausgelegt und einem Studenten, der diese temporär nicht erfüllte, die Berufung auf Art. 18 Abs. 1 EG ermöglicht. Methodisch liegt dieser Entscheidung allerdings ein anderer Ansatz zugrunde: In ihr hat der Gerichtshof nämlich die ökonomischen Bedingungen angesichts der von der Richtlinie gebotenen gewissen finanziellen Solidarität zwischen den Mitgliedstaaten teleologisch reduziert. Ausführlich zur Entwicklung der Rechtsprechung des EuGH *Wollenschläger*, Grundfreiheit ohne Markt, (Fn. 2), S. 170 ff.

¹¹² In diesem Zeitraum besteht allerdings kein unionsrechtlicher Gleichbehandlungsanspruch hinsichtlich der Gewährung von Sozialhilfe. Art. 24 Abs. 2 RL 2004/38/EG schließt einen solchen vielmehr für die ersten drei Monate des Aufenthalts explizit aus. Dazu unter C.II.1.b).

¹¹³ Zu verstehen sind die ökonomischen Aufenthaltsvoraussetzungen – genauso wie der „Ordre public“-Vorbehalt (siehe insoweit EuGH, Rs. 48/75, *Royer*, Slg. 1976, 497, Rdnr. 28 ff.; EuGH,

Parameter für die insoweit erforderliche Abwägungsentscheidung liefert der 16. Erwägungsgrund der neuen Freizügigkeitsrichtlinie: Nach diesem sollte der „Aufnahmemitgliedstaat [...] prüfen, ob es sich bei dem betreffenden Fall um vorübergehende Schwierigkeiten handelt, und die Dauer des Aufenthalts, die persönlichen Umstände und den gewährten Sozialhilfebetrag berücksichtigen, um zu beurteilen, ob der Leistungsempfänger die Sozialhilfeleistungen unangemessen in Anspruch genommen hat, und in diesem Fall seine Ausweisung zu veranlassen.“¹¹⁴ Eine wesentliche Neuerung der Freizügigkeitsrichtlinie stellt schließlich die Einführung eines Rechts auf Daueraufenthalt dar, das der Unionsbürger regelmäßig nach fünfjährigem unterbrochenem und rechtmäßigem Aufenthalt erwirbt. Dieses ist – auch für Nichterwerbstätige – nach Art. 16 und 17 von keinerlei ökonomischen Voraussetzungen mehr abhängig. Damit ist es nicht mehr möglich, einen daueraufenthaltsberechtigten Unionsbürger selbst bei eintretender Unterstützungsbedürftigkeit auf unabsehbare Dauer aus wirtschaftlichen Gründen auszuweisen. Der 17. Erwägungsgrund der Richtlinie 2004/38/EG hält insoweit fest: „Wenn Unionsbürger, die beschlossen haben, sich dauerhaft in dem Aufnahmemitgliedstaat niederzulassen, das Recht auf Daueraufenthalt erhielten, würde dies ihr Gefühl der Unionsbürgerschaft verstärken und entscheidend zum sozialen Zusammenhalt – einem grundlegenden Ziel der Union – beitragen.“

II. Die Verallgemeinerung und Verbreiterung des unionsrechtlichen Diskriminierungsverbots

Mit der Verankerung eines allen Angehörigen der Mitgliedstaaten gemeinen Status als Unionsbürger im EG-Vertrag war das Ideal eines gleichen Bürgerstatus postuliert und die im *Acquis* seinerzeit angelegte Differenzierung zwischen wirtschaftlich aktiven Personen und Nichterwerbstätigen sowie zwischen In- und Ausländern – auch über das Aufenthaltsrecht hinaus – in Frage gestellt. Der Fortgang der Integration war damit vorprogrammiert¹¹⁵: Auch wenn der Unionsbürgerschaft nach ihrer vertraglichen Ausgestaltung kein genereller Gleichbehandlungsanspruch innewohnt,¹¹⁶ so führte sie – namentlich in ihrer kontroversen Entfaltung durch

Rs. 118/75, *Watson und Belman*, Slg. 1976, 1185, Rdnr. 20; EuGH, Rs. 157/79, *Pieck*, Slg. 1980, 2171, Rdnr. 9) – nicht als Bedingung des Aufenthaltsrechts, das mit deren Entfallen automatisch erlischt, sondern als (zu aktualisierende) Beschränkungsmöglichkeit. Dazu *Wollenschläger*, Grundfreiheit ohne Markt, (Fn. 2), S. 180 ff., 187 f. Ebenso *Schönberger*, ZAR 2006, (Fn. 6), S. 228; *Strick*, Ansprüche alter und neuer Unionsbürger auf Sozialhilfe und Arbeitslosengeld II, NJW 2005, S. 2183, Fn. 15.

¹¹⁴ Kritisch zur Unbestimmtheit dieser Kriterien *Hailbronner*, 42 CML Rev. (2005), (Fn. 6), S. 1260 ff.; *ders.*, JZ 2005, (Fn. 6), S. 1141 ff.

¹¹⁵ Schon früh vorausgesehen haben diese Entwicklung *Garrone*, (Fn. 25), S. 261 f.; *O’Leary*, (Fn. 91), S. 134 ff.

den EuGH – zu einer weiteren Angleichung der Rechtsstellung von In- und EU-Ausländern. Angesichts des weit reichenden Inländerbehandlungsanspruchs, den Erwerbstätige bereits vor Einführung der Unionsbürgerschaft aufgrund der Marktfreiheiten genossen,¹¹⁷ stand dessen Verallgemeinerung, mithin die Einbeziehung der bislang nur marginal vom gemeinschaftsrechtlichen Diskriminierungsschutz erfassten Nichterwerbstätigen, im Zentrum der Entwicklung (1.). Doch auch im Übrigen, d.h. hinsichtlich der gegenständlichen Reichweite der Diskriminierungsverbote, sind Fortschritte zu verzeichnen (2.).

1. Die Verallgemeinerung des unionsrechtlichen Diskriminierungsverbots

Den Dreh- und Angelpunkt der Entwicklung stellte das allgemeine Diskriminierungsverbot (Art. 12 Abs. 1 EG) dar, das mit seinem Bezug auf den Anwendungsbereich des Vertrags die Reichweite des Inländerbehandlungsanspruchs des EU-Ausländers mit dem Stand der Integration korreliert. Doch war letzterer seit Einführung der Unionsbürgerschaft so weit gediehen, dass er eine Rechtsprechung deckt, als deren Quintessenz von *Bogdandy* und *Bitter* die Vermutungsregel formulieren, dass jeder Unionsbürger, sobald er einer anderen Rechtsordnung untersteht, dem Schutz des allgemeinen Diskriminierungsverbots unterfällt?¹¹⁸ Oder ist mit der expansiven Rechtsprechung des EuGH zur Unionsbürgerschaft nicht vielmehr mit *Hailbronner* das „Ende rationaler Jurisprudenz“ erreicht?¹¹⁹ Letzteres ist – trotz berechtigter methodischer Einwände gegen einzelne Entscheidungen des Gerichtshofs – jedoch nicht der Fall. Die Rechtsprechung des EuGH steht vielmehr in Einklang mit dem Integrationsprogramm des EG-Vertrags (a). Zu einer gänzlichen Gleichstellung von nichterwerbstätigen EU-Ausländern mit ausländischen Marktteilnehmern – geschweige denn mit Inländern – hat allerdings auch sie nicht geführt (b).

¹¹⁶ So aber Schlussanträge GA *La Pergola* zu EuGH, Rs. C-85/96, *Martínez Sala*, Slg. 1998, I-2691, Nrn. 20, 23; *David*, *La citoyenneté de l'Union, statut fondamental des ressortissants des Etats membres*, RTDE 2003, S. 575: «*La reconnaissance d'un statut de citoyen de l'Union à l'article 17 ne rend plus nécessaire la référence à l'article [...] 12 du Traité CE. Une telle interdiction est contenue de façon implicite dans la notion de citoyenneté elle-même.*» Auch die – nur im Ergebnis überzeugenden – Entscheidungen des EuGH, Rs. C-85/96, *Martínez Sala*, Slg. 1998, I-2691 und EuGH, Rs. C-456/02, *Troiani*, Slg. 2004, I-7573, weisen in diese Richtung. Ausführlich gegen ein solches primärrechtlich nicht begründbares „*blanket right of equality*“ *Tomuschat*, (Fn. 25), S. 456; *Wollenschläger*, Grundfreiheit ohne Markt, (Fn. 2), S. 216 ff.

¹¹⁷ Dazu unter B.II.

¹¹⁸ So von *Bogdandy/Bitter*, (Fn. 6), S. 317; ebenso *Spaventa*, 45 CML Rev. (2008), (Fn. 6), S. 27 f.

¹¹⁹ So *Hailbronner*, NJW 2004, (Fn. 6), S. 2185. Ähnlich *Martin*, A Big Step Forward for Union Citizens, but a Step Backwards for Legal Coherence, EJML 2002, S. 136.

a) Die tatbestandliche Weite des unionsbürgerlichen Diskriminierungsverbots

Tatbestandlich besteht ein thematisch grundsätzlich¹²⁰ umfassender Inländerbehandlungsanspruch auch nichterwerbstätiger EU-Ausländer. Zwar können sich diese mangels Entfaltung einer wirtschaftlichen Aktivität nicht auf die marktfreie Diskriminierungsverbote berufen. Jedoch sieht der EG-Vertrag seit Einführung der Unionsbürgerschaft und an ihrer Spitze ein allgemeines, d.h. jeden Unionsbürger unabhängig von einer wirtschaftlichen Betätigung berechtigendes Freizügigkeitsrecht vor (Art. 18 Abs. 1 EG). Diese Verbürgung räumt nunmehr auch Nichterwerbstätigen ein primärrechtliches Aufenthaltsrecht in anderen Mitgliedstaaten ein. Damit besteht ein Anknüpfungspunkt für die Anwendung des allgemeinen Diskriminierungsverbots,¹²¹ ohne dass damit freilich schon gesagt wäre, wie weit der Inländerbehandlungsanspruch im Aufnahmemitgliedstaat reicht.¹²²

¹²⁰ Zu den Grenzen unter C.II.1.b) und C.II.2.

¹²¹ Da das Aufenthaltsrecht solange besteht, wie der Aufnahmemitgliedstaat keine aufenthaltsbedingenden Maßnahmen ergriffen hat, vgl. Fn. 108, können die Schranken des Aufenthaltsrechts (ökonomische Aufenthaltsvoraussetzungen und „Ordre-public“-Vorbehalt) nicht als tatbestandliche Schranken des Inländerbehandlungsanspruchs verstanden werden. Vielmehr entfällt letzterer – genauso wie das Aufenthaltsrecht – erst mit der Aktualisierung der Beschränkungsmöglichkeit. Siehe insoweit *Borchardt*, (Fn. 87), S. 2059; *David*, (Fn. 116), S. 580; *Scheuing*, (Fn. 6), S. 138 f.; *ders.*, EuR 2003, (Fn. 6), S. 784 f.; *Staeglich*, (Fn. 87), S. 515 f.; *Wollenschläger*, Grundfreiheit ohne Markt, (Fn. 2), S. 215 f. A.A. *Bode*, (Fn. 6), S. 258 f.

¹²² Die Erweiterung des Inländerbehandlungsanspruchs Arbeitssuchender, der sich bislang nicht auf Sozialleistungen erstreckte, erfolgte demgegenüber durch eine extensive Auslegung des marktfreie Diskriminierungsverbots im Lichte der Unionsbürgerschaft: „Angesichts der Einführung der Unionsbürgerschaft und angesichts der Auslegung, die das Recht der Unionsbürger auf Gleichbehandlung in der Rechtsprechung erfahren hat, ist es nicht mehr möglich, vom Anwendungsbereich des Artikels [39 Abs. 2 EG], der eine Ausprägung des in Artikel [12 EG] garantierten tragenden Grundsatzes der Gleichbehandlung ist, eine finanzielle Leistung auszunehmen, die den Zugang zum Arbeitsmarkt eines Mitgliedstaats erleichtern soll“, EuGH, Rs. C-138/02, *Collins*, Slg. 2004, I-2703, Rdnr. 51 ff.; EuGH, Rs. C-258/04, *Ioannidis*, Slg. 2005, I-8275, Rdnr. 22. Damit ist allerdings kein absoluter Inländerbehandlungsanspruch postuliert, vielmehr können die Mitgliedstaaten Ungleichbehandlungen rechtfertigen, insb. indem sie eine tatsächliche Verbindung zwischen Antragsteller und betroffenem Arbeitsmarkt verlangen, näher dazu *Dougan*, *Free Movement: The Workseeker as Citizen*, CYELS 2001, S. 93; *Muir*, *Statut et droits du demandeur d’emploi-travailleur-citoyen*, RDUE 2004, S. 249; *Wollenschläger*, Grundfreiheit ohne Markt, (Fn. 2), S. 65 f., 208 ff., 255 f., 272 ff., 364; *ders.*, Anmerkung zu EuGH, Rs. C-258/04 (*Ioannis Ioannidis*), Sozialleistungen für arbeitssuchende Unionsbürger, EuZW 2005, S. 665. Die neue Aufenthaltsrichtlinie 2004/38/EG hält demgegenüber an der überkommenen Rechtsprechung fest, indem sie einen Inländerbehandlungsanspruch Arbeitssuchender hinsichtlich Sozialhilfe für den Zeitraum ausschließt, in dem Arbeitssuchende ein voraussetzungsloses Aufenthaltsrecht bzw. Ausweisungsschutz bei Mittellosigkeit genießen, Art. 24 Abs. 2. Die erwähnten Entscheidungen des EuGH in den Rs. *Collins* und *Ioannidis* haben diesen Ausschluss jedoch in Frage gestellt, näher *Heinig*, (Fn. 6), S. 469 ff.; *Mangold/Pattar*, Ausschluss von Leistungen für arbeitssuchende Ausländer, VSSR 2008, S. 243; *Wollenschläger*, Grundfreiheit ohne Markt, (Fn. 2), S. 272 ff.; die anhängigen Verfahren EuGH, verb. Rs. C-22 und C-23/08, *Vatsouras und Koupatantze*, bieten die Gelegenheit einer Klärung.

Restriktive Auffassungen in der Literatur wollen das Gleichbehandlungsgebot durch unterschiedlich gefasste Konnexitätskriterien auf mehr oder weniger eng mit dem Aufenthalt zusammenhängende Situationen beschränken.¹²³ Dem ist jedoch nicht zu folgen; der Inländerbehandlungsanspruch des Unionsbürgers ist vielmehr in Einklang mit der Rechtsprechung des EuGH¹²⁴ im Grundsatz umfassend zu verstehen.¹²⁵ Nicht nur sehen sich die vorgebrachten Konnexitaterfordernisse dem Einwand mangelnder Abgrenzungstauglichkeit ausgesetzt,¹²⁶ vielmehr widerlegt bereits das Primärrecht ein restriktives Konnexitätsverständnis, da es in Art. 18 Abs. 2 und 3 EG nicht nur eng mit dem Aufenthaltsrecht zusammenhängende Bereiche (z.B. Passfragen oder Aufenthaltstitel), sondern auch die nur einen mittelbaren Aufenthaltsbezug aufweisenden Materien der sozialen Sicherheit und des sozialen Schutzes als mit der Ausübung des Freizügigkeitsrechts zusammenhängende Aspekte begreift.¹²⁷ Ferner sieht sich die unter Verweis auf die Kompetenzverteilung zwischen Union und Mitgliedstaaten geltend gemachte Begrenzung der Reichweite des unionalen Diskriminierungsschutzes¹²⁸ dem Einwand ausgesetzt, dass dieser ohnehin nur in Bereichen greifen kann, in denen die Mitgliedstaaten regelungsbefugt geblieben sind.¹²⁹ Auch kann nicht von einer Aus-

¹²³ Relativ weit wird der Inländerbehandlungsanspruch etwa von *Epiney*, Neuere Rechtsprechung des EuGH in den Bereichen institutionelles Recht, allgemeines Verwaltungsrecht, Grundfreiheiten, Umwelt- und Gleichstellungsrecht, NVwZ 2004, S. 1070 [ähnlich *dies.*, The Scope of Article 12 EC, ELJ 13 (2007), S. 617 ff.] gefasst, die lediglich einen mittelbaren oder unmittelbaren Zusammenhang zum Freizügigkeitsrecht verlangt. Demgegenüber muss etwa nach *Bode*, (Fn. 6), S. 242 ff., die begehrte Rechtsposition zur effektiven Ausübung des Aufenthaltsrechts notwendig sein. Ähnlich restriktiv *Frenz*, (Fn. 41), Rdnr. 2985 ff.; *Kohler*, Verständigungsschwierigkeiten zwischen europäischem Gemeinschaftsrecht und IPR, in: Fs. Jayme, 1. Bd., 2004, S. 456 f.; *Schulz*, (Fn. 98), S. 273.

¹²⁴ Entscheidungen des EuGH suggerieren zwar mitunter Konnexitaterfordernisse, siehe etwa EuGH, Rs. C-274/96, *Bickel und Franz*, Slg. 1998, I-7637, Rdnr. 16: Eignung, die Ausübung des Freizügigkeitsrechts zu erleichtern; EuGH, Rs. C-184/99, *Grzelczyk*, Slg. 2001, I-6193, Rdnr. 32 f.: Situationen, die „zur Ausübung der durch Artikel [18 EG] verliehenen Freiheit, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten zu bewegen und aufzuhalten, gehören“; angesichts deren vager Formulierung kommt ihnen aber kein limitierender Charakter zu, was auch die in den Diskriminierungsschutz einbezogenen Materien unterstreichen. Näher *Wollenschläger*, Grundfreiheit ohne Markt, (Fn. 2), S. 226 ff.

¹²⁵ Ausführlich dazu *ibid.*, S. 231 ff.

¹²⁶ Siehe nur *Epiney*, NVwZ 2004, (Fn. 123), S. 1070. Etwa mit *Bode*, (Fn. 6), S. 242 ff., 260 f., nach der die begehrte Rechtsposition zur effektiven Ausübung des Aufenthaltsrechts notwendig sein muss, den gleichberechtigten Zugang zu Sozialhilfe als erfasst anzusehen, nicht aber den zu Sozialwohnungen, illustriert die Schwierigkeit widerspruchsfreier Abgrenzungen.

¹²⁷ Dazu *Wollenschläger*, Grundfreiheit ohne Markt, (Fn. 2), S. 232. Für eine Beschränkung der Rechtsetzungsmächtigung auf „Maßnahmen [...], die direkt die Wahrnehmung der Freizügigkeit erleichtern sollen“, *Epiney*, (Fn. 87), S. 848 f.

¹²⁸ Vgl. insoweit *Bode*, (Fn. 6), S. 256.

¹²⁹ Siehe auch *Becker*, Unionsbürgerschaft und soziale Rechte, ZESAR 2002, S. 10; *Düsterhaus*, Bidar und BAföG, EuZW 2005, S. 325; *Hailbronner*, Diskriminierungsverbot, Unionsbürgerschaft und

höhnung mitgliedstaatlicher Kompetenzen gesprochen werden, da eine tatbestandlich prinzipiell unbeschränkte Konzeptionalisierung des unionsbürgerlichen Diskriminierungsverbots gemeinschaftsrechtlich vorgezeichnet ist. Für sie streitet, dass seit Einführung der Unionsbürgerschaft das Binnenmarktziel der Gemeinschaft verlangt, Hindernisse – wozu Diskriminierungen zählen – für den freien Personenverkehr auch Nichterwerbstätiger umfassend zu beseitigen (Art. 3 Abs. 1 lit. c), Art. 14 Abs. 2 EG). Angesichts der Existenz eines allgemeinen Freizügigkeitsrechts ist der freie Personenverkehr nach Maßgabe des EG-Vertrags, auf den sich das Binnenmarktziel bezieht, nunmehr auch der Nichterwerbstätiger.¹³⁰ Diese rechtsverbindliche Zielvorgabe für die Gemeinschaft¹³¹ ist im Rahmen der teleologischen Interpretation der Personenverkehrsfreiheiten zu berücksichtigen.¹³² Allein dieser Gewährleistungsgleichlauf von markt- und unionsbürgerlicher Freizügigkeit trägt der gemeinsamen Wurzel des freien Personenverkehrs Erwerbs- und Nichterwerbstätiger in Art. 3 Abs. 1 lit. c) EG Rechnung¹³³ und vollzieht den Schritt von einer Markt- zur Unionsbürgerschaft konsequent mit.¹³⁴ Schließlich ist zu berücksichtigen, dass legitimen mitgliedstaatlichen Differenzierungsspielräumen auch auf Rechtfertigungsebene Rechnung getragen werden kann.¹³⁵

gleicher Zugang zu Sozialleistungen, ZaöRV 64 (2004), S. 604 f.; *Kubicki*, (Fn. 6), S. 502 f.; *Pernice*, (Fn. 6), S. 186; *Schönberger*, Unionsbürger, (Fn. 6), S. 403 f.

¹³⁰ Vgl. auch EuGH, Rs. C-127/08, *Metock*, Rdnr. 68, noch nicht in amtl. Slg.

¹³¹ Zum Zielcharakter der Art. 2 f. EG EuGH, Rs. 249/81, *Kommission/Irland*, Slg. 1982, 4005, Rdnr. 28; *Hatje*, in: Schwarze, (Fn. 93), Art. 3 EG, Rdnr. 1 f.; *Kabl*, in: Calliess/Ruffert, (Fn. 99), Art. 14 EG, Rdnr. 12; *Streinz*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/EGV, 2003, Art. 3 EG, Rdnr. 3.

¹³² EuGH, verb. Rs. 6/73 und 7/73, *Istituto Chemioterapico Italiano*, Slg. 1974, 223, Rdnr. 32 zum Wettbewerbsrecht; *von Bogdandy*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, (Fn. 64), Art. 3 EG, Rdnr. 3, Art. 2 EG, Rdnr. 13 ff.; *Hatje*, in: Schwarze, (Fn. 93), Art. 3 EG, Rdnr. 4; *Streinz*, (Fn. 131), Art. 3 EG, Rdnr. 6.

¹³³ Zu Art. 3 Abs. 1 lit. c) EG als Grundlage für die einheitliche Auslegung der Personenverkehrsfreiheiten *von Bogdandy*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, (Fn. 64), Art. 3 EG, Rdnr. 10; *Streinz*, (Fn. 131), Art. 3 EG, Rdnr. 15.

¹³⁴ Vgl. *Barnard*, The Substantive Law of the EU, 2004, S. 419; *Füßler*, Grundrecht auf wirtschaftliche Freizügigkeit und Art. 8a EGV als Auffangbeschränkungsverbot des Gemeinschaftsrechts, DÖV 1999, S. 101; *Magiera*, Der Rechtsstatus der Unionsbürger, in: Fs. Delbrück, 2005, S. 441 f., 448; *Schulz*, (Fn. 98), S. 95; *Toner*, (Fn. 41), S. 295 ff.; Schlussanträge GA *Geelhoed* zu EuGH, Rs. C-406/04, *De Cuyper*, Slg. 2006, I-6947, Nr. 105 ff.

¹³⁵ Ebenso *Kubicki*, (Fn. 6), S. 503; *Schönberger*, Unionsbürger, (Fn. 6), S. 404, 407 ff.; *von Wilmořsky*, (Fn. 71), S. 248.

b) Die Grenzen des unionsbürgerlichen Diskriminierungsverbots auf Rechtfertigungsebene

Erwartungsgemäß zielten die Gleichstellungsbegehren Nichterwerbstätiger in erster Linie auf den Zugang zu bislang Inländern und erwerbstätigen Angehörigen anderer Mitgliedstaaten vorbehaltenen sozialen Vergünstigungen. Tatbestandlich sind diese vom unionsbürgerlichen Diskriminierungsverbot erfasst, wie der EuGH etwa für Sozialhilfe,¹³⁶ Studienförderung¹³⁷ oder das Erziehungsgeld¹³⁸ entschied. Hier lag die vielfach betonte sozialstaatliche Sprengkraft der Unionsbürgerschaft; hier hat sich aber allen Integrationsfortschritten zum Trotz auch gezeigt, dass das Unionsrecht keine unbedingte Gleichstellung des wirtschaftlich nicht aktiven EU-Ausländers mit den Inländern verlangt. In der Rechtsprechung des EuGH hat sich vielmehr ein Modell der „nur“ gestuften Einbeziehung Nichterwerbstätiger in die nationale Solidargemeinschaft abgezeichnet.¹³⁹

Das unionsbürgerliche Diskriminierungsverbot, das im Übrigen auch im Straf- und Strafverfahrensrecht,¹⁴⁰ im Internationalen Privatrecht (Namensrecht),¹⁴¹ im Steuerrecht,¹⁴² im Datenschutzrecht¹⁴³ und im Zwangsvollstreckungsrecht¹⁴⁴ zum Tragen kam, fordert nämlich keine absolute Gleichstellung von In- und Ausländern. Vielmehr kann eine Ungleichbehandlung nach der in ständiger Rechtsprechung des EuGH verwendeten Formel dann gerechtfertigt werden, „wenn sie auf objektiven, von der Staatsangehörigkeit der Betroffenen unabhängigen Erwägungen beruht und in einem angemessenen Verhältnis zu dem Zweck steht, der mit den nationalen Rechtsvorschriften zulässigerweise verfolgt wird.“¹⁴⁵ Diese Formel ist sachbereichsspezifisch zu konkretisieren.

¹³⁶ EuGH, Rs. C-184/99, *Grzelczyk*, Slg. 2001, I-6193; EuGH, Rs. C-456/02, *Troiani*, Slg. 2004, I-7573.

¹³⁷ EuGH, Rs. C-209/03, *Bidar*, Slg. 2005, I-2119; EuGH, Rs. C-158/07, *Förster*, noch nicht in aml. Slg.

¹³⁸ EuGH, Rs. C-85/96, *Martínez Sala*, Slg. 1998, I-2691.

¹³⁹ Näher zum Konzept einer gestuften Integration *Schönberger*, Unionsbürger, (Fn. 6), S. 407 ff.; *Wollenschläger*, Grundfreiheit ohne Markt, (Fn. 2), S. 253 ff.

¹⁴⁰ EuGH, Rs. C-274/96, *Bickel und Franz*, Slg. 1998, I-7637, Rdnr. 17 f.

¹⁴¹ EuGH, Rs. C-148/02, *Avello*, Slg. 2003, I-11613, Rdnr. 25.

¹⁴² EuGH, Rs. C-403/03, *Schempp*, Slg. 2005, I-6421, Rdnr. 19; vgl. ferner EuGH, Rs. C-520/04, *Turpeinen*, Slg. 2006, I-10685, Rdnr. 11.

¹⁴³ EuGH, Rs. C-524/06, *Huber*, Rdnr. 69 ff., noch nicht in aml. Slg.

¹⁴⁴ EuGH, Rs. C-224/02, *Pusa*, Slg. 2004, I-5763, Rdnr. 22.

¹⁴⁵ EuGH, Rs. C-274/96, *Bickel und Franz*, Slg. 1998, I-7637, Rdnr. 27; EuGH, Rs. C-138/02, *Collins*, Slg. 2004, I-2703, Rdnr. 66; EuGH, Rs. C-209/03, *Bidar*, Slg. 2005, I-2119, Rdnr. 54; EuGH, Rs. C-524/06, *Huber*, Rdnr. 75, noch nicht in aml. Slg.

So erachtete es der Gerichtshof hinsichtlich des hier näher betrachteten Bereichs des Zugangs zu Sozialleistungen für legitim, nichterwerbstätige Unionsbürger nicht bereits mit der Einreise in den Aufnahmemitgliedstaat umfassend in das nationale Solidarsystem einzubeziehen, und ließ Abstufungen namentlich nach der Aufenthaltsdauer¹⁴⁶ und der Art der erstrebten Vergünstigung¹⁴⁷ zu. Darüber hinaus stellt der Fortbestand des nationalen Sozialleistungssystems eine äußerste Grenze dar.¹⁴⁸

Wirtschaftlich nicht aktiven EU-Ausländern erst ab einer gewissen Aufenthaltsdauer den gleichen Zugang zu Sozialleistungen zu gewähren, ist mithin legitim.¹⁴⁹ Dieses zwar beschränkte, gleichwohl aber weit über den *Acquis* hinausgehende Integrationskonzept hat zwischenzeitlich auch der Gemeinschaftsgesetzgeber in der neuen Freizügigkeitsrichtlinie übernommen – erstaunlicherweise trotz aller Kritik seitens der Mitgliedstaaten an der Rechtsprechung des EuGH.¹⁵⁰ Artikel 24 Abs. 1 der Freizügigkeitsrichtlinie 2004/38/EG bestimmt: „Vorbehaltlich spezifischer und ausdrücklich im Vertrag und im abgeleiteten Recht vorgesehener Bestimmungen genießt jeder Unionsbürger, der sich aufgrund dieser Richtlinie im Hoheitsgebiet des Aufnahmemitgliedstaats aufhält, im Anwendungsbereich des Vertrags die gleiche Behandlung wie die Staatsangehörigen dieses Mitgliedstaats.“ Der zweite Absatz des Art. 24 nimmt Nichterwerbstätige für die ersten drei Monate ihres Aufenthalts und Arbeitsuchende für die Dauer der Arbeitsuche¹⁵¹ vom gleichen Zugang zu Sozialhilfe aus; Studierenden steht darüber hinaus bis zum Erwerb des Rechts auf Daueraufenthalt nach regelmäßig fünf Jahren gemäß Art. 16 kein Inländerbehandlungsanspruch hinsichtlich Studienbeihilfen zu. Im Umkehrschluss folgt hieraus aber, dass ab den genannten Zeitpunkten EU-Ausländern die entsprechenden Sozialleistungen unter gleichen Voraussetzungen wie Inländern zu gewähren sind, Sozialhilfe etwa also bereits ab einer Aufenthaltsdauer von drei Monaten, freilich unbeschadet der bis zum Erwerb des Daueraufenthaltsrechts bestehenden Ausweisungsmöglichkeit (Art. 14 Abs. 3 Richtlinie 2004/38/EG).¹⁵²

¹⁴⁶ EuGH, Rs. C-209/03, *Bidar*, Slg. 2005, I-2119, Rdnr. 49 ff.; EuGH, Rs. C-158/07, *Förster*, Rdnr. 49 ff., noch nicht in aml. Slg.

¹⁴⁷ EuGH, Rs. C-138/02, *Collins*, Slg. 2004, I-2703, Rdnr. 67 ff. und EuGH, Rs. C-258/04, *Ioannidis*, Slg. 2004, I-8275 Rdnr. 30 ff.

¹⁴⁸ Zu dieser *Wollenschläger*, Grundfreiheit ohne Markt, (Fn. 2), S. 262. Vgl. auch – wohl tendenziell großzügiger – EuGH, Rs. C-158/07, *Förster*, Rdnr. 48, noch nicht in aml. Slg.; ferner EuGH, Rs. C-209/03, *Bidar*, Slg. 2005, I-2119, Rdnr. 56.

¹⁴⁹ *Ibid.*, Rdnr. 49 ff.; EuGH, Rs. C-158/07, *Förster*, Rdnr. 49 ff., noch nicht in aml. Slg.

¹⁵⁰ Dazu *Calliess*, (Fn. 6), S. 38 ff.

¹⁵¹ Für Arbeitsuchende haben dies die Entscheidungen des EuGH, Rs. C-138/02, *Collins*, Slg. 2004, I-2703 und EuGH, Rs. C-258/04, *Ioannidis*, Slg. 2004, I-8275, teilweise in Frage gestellt; dazu bereits unter Fn. 122.

Kontrastiert man freilich diesen „nur“ gestuften Integrationsanspruch Nichterwerbstätiger mit der Rechtsstellung Erwerbstätiger, die eine nahezu unbedingte Gleichbehandlung im sozialen Bereich beanspruchen können,¹⁵³ so verdeutlicht dies, dass die dem Unionsbürger qua Unionsbürgerschaft geschuldete Solidarität schwächer ist als die dem ausländischen Marktteilnehmer qua dessen Beitrag zu Produktivität und Wohlstand im Inland.

Demnach müsste sich nunmehr, um auf einen der Beispielsfälle zurückzukommen, die Versagung von BAföG für die französische Studentin *Lair* am unionsbürgerlichen Diskriminierungsverbot messen lassen; im Ergebnis hätte der Gleichbehandlungsanspruch allerdings nur Erfolg, wenn Frau *Lair* aufgrund ihrer Aufenthaltsdauer als hinreichend integriert in die nationale Solidargemeinschaft gelten würde: Nach der Neuregelung des BAföG durch den deutschen Gesetzgeber ist dies – in Einklang mit Art. 24 Abs. 1 und 2 Richtlinie 2004/38/EG – regelmäßig nach einem fünfjährigem Aufenthalt der Fall (§ 8 Abs. 1 Nr. 2 BAföG). Der EuGH hat kürzlich eine vergleichbare niederländische Regelung nicht beanstandet.¹⁵⁴

2. Die Verbreiterung des unionsrechtlichen Diskriminierungsverbots

Das der Unionsbürgerschaft immanente Ideal eines gleichen Bürgerstatus hat nicht nur die in persönlicher Hinsicht bestehenden Grenzen des unionsbürgerlichen Diskriminierungsschutzes in Frage gestellt, sondern auch seine gegenständlichen Lücken, nämlich die Ausklammerung von mit der nationalen Staatsangehörigkeit wesensmäßig verknüpften Rechtspositionen: So geboten die Marktfreiheiten weder ein unbedingtes Aufenthaltsrecht noch den Zugang zu Beschäftigungen, die mit der Ausübung hoheitlicher Befugnisse verbunden waren, noch die Möglichkeit der politischen Partizipation im Zielstaat. Hier waren die Fortschritte bescheidener: Bereits verwiesen wurde auf die weitere Zurückdrängung des die Ausländerstellung reflektierenden „Ordre-public“-Vorbehalts sowie die Einführung eines gesicherten Aufenthaltsrechts, des Daueraufenthaltsrechts (Art. 16 und 17 Richtlinie 2004/38/EG). Hinsichtlich des Inländerbehandlungsanspruchs hin-

¹⁵² Die gebotene sozialrechtliche Gleichstellung steht nicht in Widerspruch zur Beendbarkeit des Aufenthaltsrechts nichterwerbstätiger Unionsbürger bei Mittellosigkeit, da Aufenthalts- und Sozialrecht nicht zwingend synchron laufen müssen. Dem Aufnahmemitgliedstaat bleibt es vielmehr unbenommen, den ausländischen Unionsbürger bei unangemessener Inanspruchnahme von Sozialleistungen vor Erwerb des Rechts auf Daueraufenthalt auszuweisen (Art. 14 Abs. 3 RL 2004/38/EG). Solange der Aufnahmemitgliedstaat seinen Aufenthalt im Inland jedoch duldet, ist es aber gerechtfertigt, ihn unionsrechtlich auch zur Unterstützung anzuhalten.

¹⁵³ Dazu bereits unter B.I.

¹⁵⁴ EuGH, Rs. C-158/07, *Förster*, Rdnr. 45 ff., noch nicht in aml. Slg. Siehe aber auch *von Papp*, EuGH zieht Notbremse zum Schutze der sozialen Sicherungssysteme der Mitgliedstaaten bei Unterhaltsstipendien für Studenten, NVwZ 2009, S. 90, die statt starrer Fristen eine Prüfung der Integration im Einzelfall befürwortet.

zuzufügen wären dem im Bereich politischer Rechte die Gleichstellung beim aktiven und passiven Wahlrecht bei Kommunalwahlen (Art. 19 Abs. 1 EG)¹⁵⁵ und im Übrigen die beim diplomatischen und konsularischen Schutz erzielten Fortschritte (Art. 20 EG).¹⁵⁶ Ein Blick auf die vertragliche Ausgestaltung der Unionsbürgerschaft zeigt freilich auch, dass allen Integrationsfortschritten zum Trotz nach wie vor ein Kernbereich von wesensmäßig mit der Staatsangehörigkeit verknüpften Rechten besteht, auf den sich der Inländerbehandlungsanspruch nicht erstreckt¹⁵⁷: So genießt der Unionsbürger aufgrund der fortbestehenden Ausweisungsmöglichkeit aus wirtschaftlichen Gründen sowie solchen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit kein unbedingtes Aufenthaltsrecht; zudem ist ihm die politische Partizipation jenseits der kommunalen Ebene versagt, wie ein Umkehrschluss zu Art. 19 EG nahe legt.¹⁵⁸ Der diplomatische und konsularische Schutz hat in Art. 20 EG seine besondere Ausprägung erfahren, und die Bereichsausnahme der Art. 39 Abs. 4, 45 und 55 i.V.m. 45 EG behält diejenigen Tätigkeiten eigenen Angehörigen vor, die eine auf der Staatsangehörigkeit beruhende besondere Verbundenheit des Beschäftigten mit dem Staat voraussetzen.

III. Mobilitätsschutz jenseits des Gebots der Inländerbehandlung: das allgemeine Freizügigkeitsrecht als Beschränkungsverbot

Die Erkenntnis, dass die Schlechterstellung ausländischer Erwerbstätiger gegenüber Inländern nicht das einzige der Marktintegration entgegenstehende Hindernis für den zu liberalisierenden Personenverkehr darstellt, führte im Kontext der Marktfreiheiten zu deren oben skizzierter Erweiterung von Diskriminierungs- zu Beschränkungsverboten. Auch für das unionsbürgerliche Freizügigkeitsrecht zeichnet sich eine entsprechende Entwicklung in der Rechtsprechung des EuGH ab (1.). Angesichts der potentiellen Weite eines als Beschränkungsverbot verstandenen all-

¹⁵⁵ Zum Kommunalwahlrecht *Schönberger*, Unionsbürger, (Fn. 6), S. 433 ff.; *Schunda*, Das Wahlrecht von Unionsbürgern bei Kommunalwahlen in Deutschland, 2002; RL 94/80/EG v. 19.12.1994 über die Einzelheiten der Ausübung des aktiven und passiven Wahlrechts bei den Kommunalwahlen für Unionsbürger mit Wohnsitz in einem Mitgliedstaat, dessen Staatsangehörigkeit sie nicht besitzen, ABl. Nr. L 368 v. 31.12.1994, S. 38.

¹⁵⁶ Zu diesem ausführlich *Kleinlein/Rabenschlag*, Auslandsschutz und Staatsangehörigkeit, ZaöRV 67 (2007), S. 1277; *Schönberger*, Unionsbürger, (Fn. 6), S. 463 ff.; *Storost*, Diplomatischer Schutz durch EG und EU?, 2005; ferner das Grünbuch der Kommission, Der diplomatische und konsularische Schutz des Unionsbürgers in Drittländern, KOM (2006) 712 endg. v. 28.11.2006.

¹⁵⁷ Siehe dazu die Nachweise in Fn. 25. *Pernice*, (Fn. 6), S. 187, spricht von der Ausnahme der „Privilegien des Staatsbürgers, die aus der Unionsverfassung anerkannten, ja strukturell vorausgesetzten Staatlichkeit der Mitgliedstaaten resultieren“.

¹⁵⁸ So *Obwexer*, Anmerkung zu: EuGH, U. v. 20.09.2001 - Rs. C-184/99 - (Sozialhilfe für Studenten aus anderem Mitgliedstaat), EuZW 2002, S. 57; *Scheuing*, (Fn. 6), S. 139; *Schönberger*, Unionsbürger, (Fn. 6), S. 404.

gemeinen Freizügigkeitsrechts bedarf diese Gewährleistungsdimension allerdings einer scharfen Konturierung (2.).

1. Die Rechtsprechung des Gerichtshofs

Der Gerichtshof hat dem allgemeinen Freizügigkeitsrecht – namentlich unter Verweis auf dessen andernfalls in Frage gestellte praktische Wirksamkeit¹⁵⁹ – Mobilitätsschutz jenseits des Gebots der Inländerbehandlung beigemessen. Zwei Fallgruppen scheinen in seiner Rechtsprechung auf: Ein von Art. 18 Abs. 1 EG tatbestandlich erfasstes Mobilitätshindernis hat der Gerichtshof zum einen dann angenommen, wenn der Heimatstaat eigene Angehörige, die sich im EU-Ausland aufhalten oder aufgehalten haben, im Vergleich zu im Inland verbliebenen Personen schlechter behandelt. Die Beispiele sind Legion: ein Hochschulabsolventen gewährtes Überbrückungsgeld, das vom Schulabschluss im Inland abhing (*d’Hoop*);¹⁶⁰ ein inländischer Wohnsitz als Voraussetzung für die Gewährung von Arbeitslosengeld (*de Cuyper*),¹⁶¹ einer Sozialleistung für zivile Kriegsofopfer (*Tas-Hagen, Nerkońska, Zablocka-Weyhermüller*)¹⁶² oder die Eigenheimzulage (*Kommission/Deutschland*);¹⁶³ die Versagung der Studienförderung für ein Vollstudium im Ausland (*Morgan und Bucher*);¹⁶⁴ die Beschränkung der steuerlichen Abzugsfähigkeit von Schulgeld auf den Besuch inländischer Schulen (*Schwarz, Kommission/Deutschland*)¹⁶⁵ – um nur einige der zahlreichen sozial-,¹⁶⁶ steuer-¹⁶⁷ und zwangsvollstreckungsrechtlichen¹⁶⁸ Konstellationen zu nennen.

¹⁵⁹ Siehe etwa EuGH, Rs. C-224/98, *d’Hoop*, Slg. 2002, I-6191, Rdnr. 31.

¹⁶⁰ *Ibid.*

¹⁶¹ EuGH, Rs. C-406/04, *de Cuyper*, Slg. 2006, I-6947.

¹⁶² EuGH, Rs. C-192/05, *Tas-Hagen*, Slg. 2006, I-10451; EuGH, Rs. C-499/06, *Nerkońska* sowie EuGH, Rs. C-221/07, *Zablocka-Weyhermüller*, beide noch nicht in amtl. Slg.

¹⁶³ EuGH, Rs. C-152/05, *Kommission/Deutschland*, Slg. 2008, I-39.

¹⁶⁴ EuGH, verb. Rs. C-11/06 und C-12/06, *Morgan und Bucher*, Slg. 2007, I-9161.

¹⁶⁵ EuGH, Rs. C-318/05, *Kommission/Deutschland*, Slg. 2007, I-6957; EuGH, Rs. C-76/05, *Schwarz*, Slg. 2007, I-6849.

¹⁶⁶ Siehe ferner EuGH, Rs. C-135/99, *Elsen*, Slg. 2000, I-10409, Berücksichtigung von Erziehungszeiten im Ausland bei der Rentenberechnung; EuGH, verb. Rs. C-502/01 und C-31/02, *Gaumain-Cerri und Barth*, Slg. 2004, I-6483, Übernahme von Rentenversicherungsbeiträgen für betreuende Person abhängig vom Wohnsitz des Pflegebedürftigen.

¹⁶⁷ Siehe auch EuGH, Rs. C-403/03, *Schempp*, Slg. 2005, I-6421, Abzugsfähigkeit von Unterhaltsleistungen bei im Ausland wohnendem geschiedenen Ehegatten; EuGH, Rs. C-520/04, *Turpeinen*, Slg. 2006, I-10685, höhere Steuerbelastung aufgrund eines ausländischen Wohnsitzes.

¹⁶⁸ Siehe insoweit EuGH, Rs. C-224/02, *Pusa*, Slg. 2004, I-5763, Berücksichtigung von am Wohnsitz im Ausland gezahlter Einkommensteuer bei Pfändungsmaßnahmen im Inland.

Erklärbar ist diese Gewährleistungsdimension noch als Aspekt eines Diskriminierungsverbots. Anders als der EuGH dies noch in frühen Entscheidungen angenommen hat, greift hier allerdings nicht das allgemeine Diskriminierungsverbot, da der Heimatstaat eigene Angehörige nicht wegen des allein von Art. 12 Abs. 1 EG pönalisierten Differenzierungskriteriums der Staatsangehörigkeit schlechter stellt.¹⁶⁹ Anknüpfungspunkt für die Ungleichbehandlung ist vielmehr die Inanspruchnahme des allgemeinen Freizügigkeitsrechts. Vertraglich rückzukoppeln ist diese „Garantie gleicher rechtlicher Behandlung bei Ausübung der Freizügigkeit“ nur an Art. 18 Abs. 1 EG, indem derartige Ungleichbehandlungen als Hindernisse für dessen Ausübung qualifiziert werden.¹⁷⁰

Zum anderen finden sich vereinzelt – weniger klar konturierbare – Fälle, denen kein wie auch immer geartetes diskriminierendes Moment innewohnt: die (nicht beanstandete) Pflicht zur Passvorlage bei Einreise (*Wijsenbeek*),¹⁷¹ die Verweigerung des Aufenthaltsrechts für die drittstaatsangehörige Mutter einer aufenthaltsberechtigten Unionsbürgerin im Kleinkindalter (*Chen/Zhu*),¹⁷² die Führung eines Registers mit personenbezogenen Daten ausländischer Unionsbürger (*Huber*)¹⁷³ oder die versagte Anerkennung eines nach ausländischem Recht gebildeten und geführten Namens (*Grunkin und Paul*).¹⁷⁴ Weiterhin sah die Kommission in einem allerdings eingestellten Vertragsverletzungsverfahren gegen Spanien einen Verstoß gegen Art. 18 Abs. 1 EG in einem ausnahmslosen Verwendungsverbot für Anhänger und Sattelanhänger bei Motorrädern, dreirädrigen Fahrzeugen, Kleinkraftfahrzeugen, Mopeds und Fahrrädern.¹⁷⁵

¹⁶⁹ Ausführlich dazu *Wollenschläger*, Grundfreiheit ohne Markt, (Fn. 2), S. 293 ff.; ferner *Düsterhaus*, (Fn. 6), S. 104.

¹⁷⁰ Deutlich EuGH, verb. Rs. C-11/06 und C-12/06, *Morgan und Bucher*, Slg. 2007, I-9161, Rdnr. 25 f.; EuGH, Rs. C-318/05, *Kommission/Deutschland*, Slg. 2007, I-6957, Rdnr. 128 ff.; EuGH, Rs. C-76/05, Schwarz, Slg. 2007, I-6849, Rdnr. 89 ff.; EuGH, Rs. C-499/06, *Nerkowska*, Rdnr. 31 f. sowie EuGH, Rs. C-221/07, *Zablocka-Weyhermüller*, Rdnr. 34 f., beide noch nicht in amtl. Slg.

¹⁷¹ EuGH, Rs. C-378/97, *Wijsenbeek*, Slg. 1999, I-6207.

¹⁷² EuGH, Rs. C-200/02, *Chen/Zhu*, Slg. 2004, I-9925.

¹⁷³ EuGH, Rs. C-524/06, *Huber*, Rdnr. 54 ff., noch nicht in amtl. Slg.

¹⁷⁴ EuGH, Rs. C-353/06, *Grunkin und Paul*, noch nicht in amtl. Slg. Dazu *Funken*, Das Anerkennungsprinzip im Internationalen Privatrecht, 2009, i.E.; *Kroll-Ludwigs*, Anmerkung zu: EuGH, U. v. 14.10.2008 – Rs. C-353/06 – (Namensrecht und unionsbürgerliche Freizügigkeit), JZ 2009, S. 153; *dies.*, Hinkende Namensrechtsverhältnisse im Fokus der gemeinschaftsrechtlichen Freizügigkeit, ZVglRWiss 107 (2008), S. 320.

¹⁷⁵ EuGH, Rs. C-197/02, *Kommission/Spanien*; Streichung aus dem Register, ABl. Nr. C 273 v. 6.11.2004, S. 26.

2. Das allgemeine Freizügigkeitsrecht als Beschränkungsverbot

Noch bevor sich ein entsprechender Gewährleistungsgehalt in der Rechtsprechung des EuGH abzeichnete, erkannten Teile der Literatur das freiheitsrechtliche Potential des Art. 18 Abs. 1 EG,¹⁷⁶ der zwischenzeitlich weithin als Beschränkungsverbot verstanden wird.¹⁷⁷ In diesem Sinne formulierte Generalanwältin *Kokott* in ihrem Schlussantrag in der Rechtssache *Tas-Hagen*, dass an „Artikel 18 Absatz 1 EG [...] alle Maßnahmen zu messen [sind], die das Recht des Unionsbürgers beeinträchtigen, sich in anderen Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, oder die sonst ein Hindernis darstellen, durch das der Unionsbürger vom Gebrauch dieses allgemeinen Freizügigkeitsrechts abgehalten werden könnte“.¹⁷⁸ Der EuGH hat eine vergleichbar allgemeine Formulierung indes bislang noch nicht verwendet.¹⁷⁹

Freilich ist Zurückhaltung bei der Erweiterung des allgemeinen Freizügigkeitsrechts zu einem Beschränkungsverbot angezeigt. Bereits das freiheitsrechtliche Verständnis der Marktfreiheiten beschnitt die – auch unionsrechtlich anerkannte – nationale Regelungsautonomie in empfindlicher Weise. Ungleich prekärer erscheint der Nachvollzug dieser Entwicklung im Kontext des allgemeinen Freizügigkeitsrechts. Anders als die immerhin noch eine ökonomische Betätigung voraussetzenden Marktfreiheiten umfasst Art. 18 EG nämlich keine über den Aufenthalt im EU-Ausland hinausgehende tatbestandliche Schranke. Damit wohnt einem als Beschränkungsverbot verstandenen allgemeinen Freizügigkeitsrecht das

¹⁷⁶ Bereits 1993 *Dautzenberg*, Der Vertrag von Maastricht, das neue Grundrecht auf allgemeine Freizügigkeit und die beschränkte Steuerpflicht der natürlichen Person, BB 1993, S. 1565; ferner *Füßler*, (Fn. 134), DÖV 1999, S. 97, 100 ff.; *Schulz*, (Fn. 98), S. 95; *Zuleeg*, Die Einwirkung des Europäischen Gemeinschaftsrechts auf die deutsche Pflegeversicherung, DVBl. 1997, S. 448.

¹⁷⁷ Siehe nur *von Bogdandy/Bitter*, (Fn. 6), S. 320 f.; *Bode*, (Fn. 6), S. 215 ff.; *Dörr*, (Fn. 6), S. 208 f.; *Dougan*, Fees, Grants, Loans and dole Cheques, 42 CML Rev. (2005), S. 980 f.; *Frenz*, (Fn. 41), Rdnr. 2994; *Jacobs*, Citizenship of the European Union, ELJ 13 (2007), S. 597; *Kluth*, in: *Calliess/Ruffert*, (Fn. 99), Art. 18 EG, Rdnr. 6; *Kokott*, (Fn. 6), S. 224 f.; *Kroll-Ludwigs*, ZVglRWiss 107 (2008), (Fn. 174), S. 328 f.; *Magiera*, (Fn. 134), S. 448 f.; *Mattera*, Civis europaeus sum, DUE 1999, S. 454; *Obwexer*, (Fn. 158), S. 57 f.; *Pernice*, (Fn. 6), S. 184 f.; *Scheuing*, (Fn. 6), S. 134; *ders.*, EuR 2003, (Fn. 6), S. 779 f.; *Spaventa*, 45 CML Rev. (2008), (Fn. 6), S. 23; *Wollenschläger*, Grundfreiheit ohne Markt, (Fn. 2), S. 297 ff.; *Wollenschläger, M.*, in: *Heselhaus/Nowak*, (Fn. 93), § 15, Rdnr. 42; *Ziekow*, (Fn. 6), S. 106. Ablehnend *Kubicki*, EuR 2006, (Fn. 6), S. 508 ff., der allerdings die Kategorie der „Garantie gleicher rechtlicher Behandlung bei Ausübung der Freizügigkeit“ als „unionsbürgerliches Diskriminierungsverbot“ anerkennt; restriktiv auch *Domröse/Kubicki*, (Fn. 6), S. 881 ff.; offen gelassen von *Leopold/Semmelmann*, (Fn. 6), S. 290.

¹⁷⁸ Schlussanträge GAin *Kokott* zu EuGH, Rs. C-192/05, *Tas-Hagen*, Slg. 2006, I-10451, Nr. 50. Ähnlich *dies.* zu EuGH, Rs. C-470/04, *N.*, Slg. 2006, I-7409, Nr. 65. Siehe ferner Schlussanträge GA *Jacobs* zu EuGH, Rs. C-224/02, *Pusa*, Slg. 2004, I-5763, Nr. 22; *ders.*, (Fn. 177), S. 597.

¹⁷⁹ Siehe aber die Parallelisierung mit dem Beschränkungsverbot der Marktfreiheiten in EuGH, Rs. C-152/05, *Kommission/Deutschland*, Slg. 2008, I-39, Rdnr. 30 i.V.m. 22; dazu *Herdegen*, Europarecht, 11. Aufl. 2009, § 13, Rdnr. 11.

Potential inne, wie die in Art. 2 Abs. 1 GG niedergelegte allgemeine Handlungsfreiheit des Grundgesetzes zu einem „Auffanggrundrecht des Gemeinschaftsrechts“¹⁸⁰ zu werden. Entsprechende, bereits bei den Marktfreiheiten nicht zu übersehende Tendenzen würden damit potenziert. Denn macht nicht jede belastende und damit mobilitätshemmende nationale Regelung die Ausübung des Freizügigkeitsrechts weniger attraktiv?

Eine derart weite Auslegung des Art. 18 EG widerspräche jedoch Wortlaut und Charakter dieser Verbürgung, die als allgemeines Freizügigkeitsrecht, nicht aber als allgemeines Freiheitsrecht ausgestaltet ist. Zudem würden mitgliedstaatliche Regelungskompetenzen, die nach dem auf den Grundsätzen der begrenzten Einzelermächtigung nach Art. 5 UAbs. 1 EG und der Subsidiarität nach Art. 5 UAbs. 2 EG fußenden EG-Vertrag fortbestehen, in weitem Umfang ausgehöhlt und faktisch harmonisiert. Freilich kann sich ein am Maßstab des Effektivitätsgrundsatzes ausgelegtes Freizügigkeitsrecht auch nicht lediglich auf die Gewährleistung des Rechts auf Ein- und Ausreise sowie auf physische Präsenz im Zielstaat beschränken,¹⁸¹ sichert dies allein doch nicht effektiv die transnationale Mobilität. Zudem hat das Binnenmarktziel der Union mit Einführung der Unionsbürgerschaft eine Erweiterung erfahren: Angesichts der Existenz eines allgemeinen Freizügigkeitsrechts ist der freie Personenverkehr nach Maßgabe des EG-Vertrags, auf den sich das Binnenmarktziel bezieht, nämlich auch der Nichterwerbstätiger. Hindernisse sind somit auch für diesen umfassend zu beseitigen.¹⁸²

In diesem Spannungsfeld zwischen der Wahrung nationaler Regelungsspielräume einerseits und der Effektuierung der Freizügigkeitsgarantie andererseits muss sich die dogmatische Strukturierung des freiheitsrechtlichen Gewährleistungsgehalts des Art. 18 Abs. 1 EG bewegen.¹⁸³ Die Balance erscheint bei einer streng frei-

¹⁸⁰ *Fißer*, (Fn. 134), S. 97. Siehe auch den „Das Aufenthaltsrecht als Auffangrecht“ titulierten Aufsatz von *Pechstein/Bunk*, (Fn. 17), S. 547. Auf die potentielle Reichweite eines freiheitsrechtlich verstandenen Art. 18 Abs. 1 EG verweisen auch *Bode*, Von der Freizügigkeit zur sozialen Gleichstellung aller Unionsbürger, *EuZW* 2003, S. 553; *Calliess*, (Fn. 6), S. 29 f.; *Rossi*, Beschränkungen der Ausreisefreiheit im Lichte des Verfassungs- und Europarechts, *AöR* 127 (2002), S. 622, Fn. 44; *Spaventa*, 41 *CML Rev.* (2004), (Fn. 6), S. 765; *Toner*, (Fn. 41), S. 299 f.

¹⁸¹ Siehe für einen engen Beschränkungsbegriff aber *Bode*, (Fn. 180), S. 555 f.; *dies.*, (Fn. 6), S. 216 ff.; Stellungnahme der belgischen Regierung in *EuGH*, Rs. C-148/02, *Avello*, *Slg.* 2003, I-11613 (in den Schlussanträgen *GA Jacobs*, Nr. 41) sowie der niederländischen Regierung in *EuGH*, Rs. C-364/01, *Barbier*, *Slg.* 2003, I-15013, Rdnr. 52.

¹⁸² Vgl. auch *EuGH*, Rs. C-127/08, *Metock*, Rdnr. 68, noch nicht in amtl. *Slg.*

¹⁸³ Dieses Spannungsfeld wird auch in den Schlussanträgen *GA in Stix-Hackl* zu *EuGH*, Rs. C-76/05, *Schwarz*, *Slg.* 2007, I-6849 und *EuGH*, Rs. C-318/05, *Kommission/Deutschland*, *Slg.* 2007, I-6957, Nr. 2 ff. aufgezeigt. Zum Charakter des allgemeinen Freizügigkeitsrechts als Kompetenzausübungsschranke *EuGH*, verb. Rs. C-11/06 und C-12/06, *Morgan und Bucher*, *Slg.* 2007, I-9161, Rdnr. 24; *EuGH*, Rs. C-499/06, *Nerkowska*, Rdnr. 23 f., noch nicht in amtl. *Slg.*; Schlussanträge *GA Colomer* zu *EuGH*, verb. Rs. C-11/06 und C-12/06, *Morgan und Bucher*, *Slg.* 2007, I-9161, Nr. 85 ff.; *Wollenschläger*, Grundfreiheit ohne Markt, (Fn. 2), S. 304 f.

zügigkeitsorientierten Konturierung des Tatbestands am besten gewahrt: Um von diesem erfasst zu sein, muss die nationale Maßnahme die Freizügigkeit direkt oder schwer beeinträchtigen.¹⁸⁴

Ersteres ist bei Regelungen der Fall, die die Ein- respektive Ausreise, das Aufenthalttsrecht im Aufnahmemitgliedstaat oder den Zu- und Wegzug an sich beeinträchtigen. Für diese Fallgruppe kann nicht nur die Passvorlagepflicht in der Rechtssache *Wijzenbeek* als Beispiel angeführt werden; vielmehr lässt sich hierunter auch die aus der Rechtsprechung des EuGH hervorstechende Garantie gleicher Behandlung bei Ausübung der Freizügigkeit fassen. Denn behandelt der Mitgliedstaat eine Person, die von ihrem Freizügigkeitsrecht Gebrauch gemacht hat, ungünstiger als eine im Inland verbliebene,¹⁸⁵ so ist regelmäßig von einer direkten Beeinträchtigung der transnationalen Mobilität auszugehen.¹⁸⁶ Darüber hinaus betonte der EuGH jüngst in der Rechtssache *Morgan und Bucher*, dass eine nationale Maßnahme nicht vom Tatbestand des Art. 18 Abs. 1 EG erfasst ist, wenn diese

¹⁸⁴ Ausführlich, auch zu alternativen Konzeptionen, *ibid.*, S. 303 ff. Eine alternative Kombination beider Kriterien befürwortet auch *Toner*, (Fn. 41), S. 297, 283 ff.: “Any measure which has direct or substantial (possibly exclusionary) effect [...] is incompatible with the Treaty unless objectively justified by imperative reasons of public interest”. Anders hinsichtlich der Reichweite des Beschränkungsverbots aber *Domröse/Kubicki*, (Fn. 6), S. 881 ff., die aus Gründen der Rechtssicherheit in der Wegzugsdimension grundsätzlich nur ein Verbot der Diskriminierung aufgrund der Ausübung des Freizügigkeitsrechts anerkennen möchten. Diese Auffassung verkennt freilich die mobilitätshemmende Wirkung auch nicht-diskriminierender Beeinträchtigungen, weshalb diese einzubeziehen sind und zur gebotenen tatbestandlichen Konturierung am Erfordernis einer direkten oder schweren Beeinträchtigung festzuhalten ist. Trotz der Wertungs Offenheit dieser Formel darf nicht verkannt werden, dass sie den Tatbestand – soweit dies mittels einer abstrakten Formel möglich ist – strukturiert und damit die Rechtssicherheit fördert; ein Parallelproblem kennt im Übrigen auch die deutsche Grundrechtsdogmatik im Kontext der Bestimmung der Eingriffsrelevanz mittelbar-faktischer Beeinträchtigungen. Nicht überzeugend ist ferner, dass *Domröse/Kubicki*, S. 884 f. trotz ihrer Kritik an der hier vorgeschlagenen Formel „spezifische Beschränkungen der Fortbewegung von Unionsbürgern“ über Diskriminierungsfälle hinaus dann doch in den Tatbestand von Art. 18 Abs. 1 EG einbeziehen möchten.

¹⁸⁵ Darüber hinaus ist es nicht erforderlich darzutun, dass inländischer und grenzüberschreitender Sachverhalt vergleichbar sind, so aber *ibid.*, S. 883. Zwar setzt die Gleichheitsprüfung stets das Vorliegen vergleichbarer Sachverhalte voraus, was aufgrund einer wertenden Betrachtung zu ermitteln ist. Die Wertentscheidung ist mit der Mobilitätsgarantie des Art. 18 Abs. 1 EG jedoch vorgezeichnet, der die Vergleichsgruppenbildung abschließend determiniert: die Situation bei Ausübung des Freizügigkeitsrechts gegenüber der bei Verbleib im Inland. Insoweit bestehende Schlechterstellungen sind per se verdächtig und müssen auf ihre Rechtfertigung hin befragt werden. Siehe dazu im Kontext des Diskriminierungsverbots aufgrund der Staatsangehörigkeit *Plötscher*, (Fn. 41), S. 42 f., 122 ff., 269; *Wollenschläger*, Grundfreiheit ohne Markt, (Fn. 2), S. 248.

¹⁸⁶ In diesem Sinne auch Schlussanträge GAin *Kokott* zu EuGH, Rs. C-192/05, *Tas-Hagen*, Slg. 2006, I-10451, Nr. 51. Dieser Unteraspekt kommt vornehmlich gegenüber dem Heimatstaat zum Tragen; bei entsprechenden Maßnahmen des Zielstaats dürfte nämlich im Regelfall bereits eine (verdeckte) Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit vorliegen.

„zu ungewiss[e] und zu unbedeutend[e]“ Konsequenzen für das Freizügigkeitsrecht zeitigt.¹⁸⁷

Alternativ kann eine Beeinträchtigung des Freizügigkeitsrechts auch aus besonders gravierenden Konsequenzen einer mitgliedstaatlichen Maßnahme für dieses resultieren.¹⁸⁸ Dies war in der Rechtssache *Chen/Zhu* der Fall, in der die Versagung des Aufenthaltsrechts für die sorgeberechtigte drittstaatsangehörige Mutter zur Folge gehabt hätte, dass das aus Art. 18 Abs. 1 EG folgende Aufenthaltsrecht der minderjährigen Tochter faktisch entwertet worden wäre; ein schwerer Eingriff in das Freizügigkeitsrecht ist ferner in der Rechtssache *Grunkin und Paul* angegriffenen Weigerung des Heimatstaats zu sehen, einen nach ausländischem Recht gebildeten und im EU-Ausland geführten Namen anzuerkennen.

Nationale Regelungsspielräume werden zudem dadurch gewahrt, dass eine tatbestandliche Beschränkung der Freizügigkeitsgarantie einer Rechtfertigung aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses zugänglich ist, nämlich „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.“¹⁸⁹ Wie im Kontext des unionsbürgerlichen Diskriminierungsverbots auch, sind diese abstrakten Vorgaben für die jeweils betroffenen Materien zu konkretisieren.

Spiegelbildlich zur vom unionsbürgerlichen Diskriminierungsverbot geforderten Integration nichterwerbstätiger EU-Ausländer in die nationalen Solidarsysteme stellt sich hier etwa die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen der Heimatstaat die Gewährung sozialer Vergünstigungen für Inländer an den Wohnsitz im Inland knüpfen kann. Die Beantwortung hat genauso wie beim Inländerbehandlungsanspruch des Unionsbürgers anhand temporaler, qualitativer und quantitativer Kriterien zu erfolgen: Maßgebliche Aspekte sind damit, ob einmal Art und Zweck der Sozialleistung einer Gewährung an im Ausland wohnhafte Inländer ent-

¹⁸⁷ EuGH, verb. Rs. C-11/06 und C-12/06, *Morgan und Bucher*, Slg. 2007, I-9161, Rdnr. 32. Ähnlich bereits EuGH, Rs. C-299/95, *Kremzow*, Slg. 1997, I-2629, Rdnr. 16, in der der EuGH den Zusammenhang zwischen dem Freiheitsentzug und der Ausübung des Freizügigkeitsrechts als zu entfernt qualifizierte, um Freiheitsstrafen an Art. 18 Abs. 1 EG (und damit auch den Gemeinschaftsgrundrechten) zu messen.

¹⁸⁸ Das Schwerekriterium ausdrücklich anerkennend EuGH, Rs. C-353/06, *Grunkin und Paul*, Rdnr. 29, noch nicht in amtl. Slg.

¹⁸⁹ EuGH, Rs. C-406/04, *de Cuyper*, Slg. 2006, I-6947, Rdnr. 39; EuGH, Rs. C-192/05, *Tas-Hagen*, Slg. 2006, I-10451, Rdnr. 33; EuGH, Rs. C-520/04, *Turpeinen*, Slg. 2006, I-10685, Rdnr. 32; EuGH, verb. Rs. C-11/06 und C-12/06, *Morgan und Bucher*, Slg. 2007, I-9161, Rdnr. 33; EuGH, Rs. C-318/05, *Kommission/Deutschland*, Slg. 2007, I-6957, Rdnr. 133; EuGH, Rs. C-76/05, *Schwarz*, Slg. 2007, I-6849, Rdnr. 94; EuGH, Rs. C-499/06, *Nerkowska*, Rdnr. 34; EuGH, Rs. C-353/06, *Grunkin und Paul*, Rdnr. 29; EuGH, Rs. C-221/07, *Zablocka-Weyhermüller*, Rdnr. 37, alle noch nicht in amtl. Slg. Siehe im Kontext der Marktfreiheiten ferner EuGH, Rs. C-55/94, *Gebhard*, Slg. 1995, I-4165, Rdnr. 37.

gegenstehen; daneben von Bedeutung ist der namentlich an der Dauer der Abwesenheit zu messende fortbestehende Grad der Verbundenheit mit der nationalen Solidargemeinschaft. Grenzen können schließlich aus einer übermäßigen finanziellen Belastung des Heimatstaats folgen.¹⁹⁰ Bei der Festlegung der Kriterien steht den Mitgliedstaaten nach der Rechtsprechung des EuGH ein weiter Ermessensspielraum zu.¹⁹¹

Für den Beispielsfall des BAföG-Anspruchs von Frau *Morgan* gilt demnach: Ein direktes Mobilitätshindernis ist zu bejahen, werden durch den Verlust des Förderungsanspruchs doch Personen, die ihr Freizügigkeitsrecht ausüben, schlechter als im Inland verbliebene behandelt. Rechtfertigen könnte man die sozialrechtliche Schlechterstellung von Inländern mit Wohnsitz im Ausland unter Verweis auf deren erloschene Beziehung zur Solidargemeinschaft des Heimatstaats.¹⁹² Da hiervon bei der Studienaufnahme unmittelbar nach dem Wegzug ins EU-Ausland allerdings noch keine Rede sein kann, war Frau *Morgan* BAföG zu gewähren. In diesem Sinne hat auch der EuGH entschieden¹⁹³ und der deutsche Gesetzgeber zwischenzeitlich das BAföG geändert (siehe § 5 Abs. 2 Nr. 3 BAföG).

D. Das allgemeine Freizügigkeitsrecht als „Grundfreiheit ohne Markt“

Bereits die Präambel des am 1. Januar 1958 in Kraft getretenen EWG-Vertrags verweist auf das markttranszendierende Anliegen des als Wirtschaftsgemeinschaft begonnenen europäischen Integrationsprojekts, „die Grundlagen für einen immer engeren Zusammenschluß der europäischen Völker zu schaffen“ sowie durch den „Zusammenschluß [der] Wirtschaftskräfte Frieden und Freiheit zu wahren und zu

¹⁹⁰ Siehe auch EuGH, Rs. C-318/05, *Kommission/Deutschland*, Slg. 2007, I-6957, Rdnr. 134 ff.; EuGH, Rs. C-76/05, *Schwarz*, Slg. 2007, I-6849, Rdnr. 95 ff.; EuGH, Rs. C-499/06, *Nerkowska*, Rdnr. 35 ff., sowie EuGH, Rs. C-221/07, *Zablocka-Weyhermüller*, Rdnr. 38 ff., beide noch nicht in amtl. Slg.; *Wollenschläger*, Grundfreiheit ohne Markt, (Fn. 2), S. 308; *ders.*, Anmerkung zu EuGH, U. v. 18.07.2006 – Rs. C-406/04 – (Kein Verstoß gegen Freizügigkeit bei Bedingung des Aufenthalts im Arbeitslosengeld leistenden Mitgliedstaat; Gérald De Cuyper/Office national de l'emploi), EuZW 2006, S. 504 ff.; ferner Schlussanträge GA *Geelhoed* zu EuGH, Rs. C-212/05, *Hartmann*, Slg. 2007, I-6303, Nr. 62 ff., für das Erziehungsgeld.

¹⁹¹ EuGH, Rs. C-192/05, *Tas-Hagen*, Slg. 2006, I-10451, Rdnr. 36; EuGH, Rs. C-499/06, *Nerkowska*, Rdnr. 38, noch nicht in amtl. Slg.

¹⁹² Siehe nur EuGH, Rs. C-192/05, *Tas-Hagen*, Slg. 2006, I-10451, Rdnr. 34 ff.; EuGH, verb. Rs. C-11/06 und C-12/06, *Morgan und Bucher*, Slg. 2007, I-9161, Rdnr. 42 ff. Näher zur Problematik *Wollenschläger*, Grundfreiheit ohne Markt, (Fn. 2), S. 307 f., 346 ff.

¹⁹³ EuGH, verb. Rs. C-11/06 und C-12/06, *Morgan und Bucher*, Slg. 2007, I-9161.

festigen“. Diese von Anfang an angestrebte Fortentwicklung der europäischen Integration von einer Wirtschafts- zu einer sich auch politisch verstehenden Gemeinschaft manifestierte sich in der Folgezeit nicht nur in der zunehmenden Einbeziehung nicht-ökonomischer Politikfelder in die Verträge. Vielmehr bewirkte die Einführung der Unionsbürgerschaft und deren kontroverse Entfaltung durch den EuGH den im zweiten Teil (B.) nachgezeichneten Paradigmenwechsel im bislang der Marktintegration verpflichteten grundfreiheitlichen Liberalisierungsprogramm. Sie ermöglichte, den in der Gründung einer „Europäischen Union“ zum Ausdruck kommenden Übergang von einem wirtschaftlichen zu einem sich auch politisch verstehenden Integrationsprojekt für die schlagkräftigsten Instrumente dieser Integration, die Grundfreiheiten, zu übersetzen: Weder die Eigenschaft als Marktteilnehmer noch die grenzüberschreitende Marktteilnahme fungieren nämlich mehr als Voraussetzung, um von einem Aufenthaltsrecht einschließlich eines weit reichenden Anspruchs auf Inländerbehandlung im Zielstaat zu profitieren und mitgliedstaatliche Mobilitätshindernisse umfassend infrage zu stellen.

Die Herausbildung einer nicht-ökonomischen *lex generalis* zu den Grundfreiheiten, die als Kern des Binnenmarktes bislang ausschließlich im Dienst der Marktintegration gesehen wurden,¹⁹⁴ als „rechtlich-normative Umsetzung eines Liberalisierungsprogramms, das auf den Zusammenschluss der nationalen Märkte der Mitgliedstaaten gerichtet ist“,¹⁹⁵ wirft die Frage nach der verbleibenden Bedeutung dieser Normkategorie auf. Muss diese in einer EU, in der nach *von Bogdandy* der Gemeinsame Markt keine überzeugende Vision für die weitere Integration mehr darstellt,¹⁹⁶ möglicherweise als „eine Art Eierschale der EU-Evolution einfach abgelegt werden“ (*Dreier*)?¹⁹⁷ Ist das Nebeneinander von Grundrechten und Grund-

¹⁹⁴ *Behrens*, Die Konvergenz der wirtschaftlichen Freiheiten im europäischen Gemeinschaftsrecht, EuR 1992, S. 145; *Daniele*, Non-discriminatory restrictions to the free movement of persons, 22 EL Rev. (1997), S. 191; *Kingreen/Störmer*, Die subjektiv-öffentlichen Rechte des primären Gemeinschaftsrechts, EuR 1998, S. 266; *Müller-Graff*, Grundfreiheiten und Gemeinschaftsgrundrechte, in: Fs. Steinberger, 2002, S. 1285 ff.; *Oliver*, Les quatre libertés et les droits fondamentaux, in: Fs. Louis, Bd. I, 2003, S. 355; *Pernice*, Grundrechtsgehalte im europäischen Gemeinschaftsrecht, 1980, S. 125; *Pernice/Mayer*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, (Fn. 17), nach Art. 6 EU, Rdnr. 265; *Streinz*, (Fn. 39), S. 204.

¹⁹⁵ *Behrens*, (Fn. 194), S. 145. Siehe auch *Körber*, Grundfreiheiten und Privatrecht, 2004, S. 74 ff.

¹⁹⁶ *von Bogdandy*, Grundrechtsgemeinschaft als Integrationsziel?, JZ 2001, S. 170.

¹⁹⁷ *Dreier*, in: *Dreier* (Hrsg.), Grundgesetz, 2. Aufl. 2004, Vorb., Rdnr. 49. Nach *Gebauer*, (Fn. 37), S. 218, sei „[f]ür die Grundfreiheiten [...] nicht auszuschließen, dass Art. 39 EGV oder die Grundfreiheiten insgesamt unter dem Einfluss des Art. 18 Abs. 1 EGV ihre Funktion und Struktur verändern“. Auch *Spaventa*, 41 CML Rev. (2004), (Fn. 87), S. 768 ff., sieht die Rechtfertigung für neuere Entscheidungen des EuGH nicht mehr im Binnenmarktkonzept, sondern in der Unionsbürgerschaft. Vgl. ferner *Staeglich*, (Fn. 87), S. 485, nach der man sich darauf einzustellen habe, dass die Freizügigkeitsvorschriften von der Unionsbürgerschaft „erheblich beeinflusst werden, bzw. sich evtl. sogar als überflüssig erweisen könnten“.

freiheiten mit *Hoffmann-Riem* noch zukunftsfähig.¹⁹⁸ Sind die Marktfreiheiten angesichts ihrer Unterfütterung durch die *lex generalis* allgemeines Freizügigkeitsrecht zur Bedeutungslosigkeit verdammt, wie nicht nur *Davies* meint: “[S]ince [Art. 18, 12 EG] are as broadly worded as the economic rights, the economic Treaty articles do become entirely superfluous. One may rely on them as a matter of *lex specialis* legal form, but the limits of their scope become entirely unimportant, since where they stop citizenship will pick up”?¹⁹⁹

Dem ist zu widersprechen.²⁰⁰ Zum einen ist mit der Eigenschaft als Marktakteur, wie etwa die fortbestehenden ökonomischen Aufenthaltsvoraussetzungen für Nichterwerbstätige und deren schwächer ausgeprägter Solidaritätsanspruch zeigen, nach wie vor eine stärkere Rechtsstellung verbunden. Zum anderen kann aus der Erosion des für die Grundfreiheiten bislang zentralen ökonomischen Moments nicht ihre Bedeutungslosigkeit als Normkategorie oder ihr Aufgehen in der Normkategorie „Grundrecht“ geschlossen werden. Ihr Anliegen ist vielmehr nach wie vor aktuell: Als Instrumente „negativer Integration“ kam und kommt den Marktfreiheiten eine spezifische Funktion im europäischen Integrationsprozess zu, nämlich primär von den Mitgliedstaaten ausgehende transnationale Mobilitätshindernisse im Interesse der Marktintegration abzubauen. Dies unterscheidet sie von den Gemeinschaftsgrundrechten, die zwar ebenfalls in der Unionsrechtsordnung wurzelnde subjektive Rechte darstellen, aber primär die Rechtsstellung des Einzelnen gegenüber der Unionsgewalt betreffen.²⁰¹ Dem grundfreiheitlichen Integrationsprogramm bleibt indes auch das allgemeine Freizügigkeitsrecht verpflichtet,²⁰² indem es auf die Beseitigung der aus nationaler Staatsangehörigkeit und mitgliedstaatlicher Grenzen resultierenden Hemmnisse für die innergemeinschaftliche Mobilität abzielt. Dass sich das für die Marktfreiheiten zentrale wirtschaftliche

¹⁹⁸ So *Hoffmann-Riem*, Kohärenz der Anwendung europäischer und nationaler Grundrechte, EuGRZ 2002, S. 480.

¹⁹⁹ *Davies*, (Fn. 37), S. 189. Siehe auch *Wilkinson*, Towards European Citizenship?, 1 EPL (1995), S. 436, der auf die englische Entscheidung *ex parte Vitale* verweist, in der der Richter feststellte, dass Art. 18 EG verstanden als absolutes Freizügigkeitsrecht die Arbeitnehmerfreizügigkeit wertlos (*nugatory*) mache.

²⁰⁰ Ausführlich *Wollenschläger*, Grundfreiheit ohne Markt, (Fn. 2), S. 358 ff.

²⁰¹ Diese Differenzierung betrifft eine andere Ebene als die Kontroverse um den grundrechtlichen Gehalt der Grundfreiheiten, der angesichts deren instrumentellen Charakters mitunter bestritten wird, so etwa *Kombos*, Fundamental Rights and Fundamental Freedoms, 12 EPL (2006), S. 435; *Nicolaysen*, Die gemeinschaftsrechtliche Begründung von Grundrechten, EuR 2003, S. 737 f.; anders *Due/Gulmann*, Community Fundamental Rights as Part of National Law, in: Fs. Mancini, Vol. II, 1998, S. 407 f. Umfassend dazu *Gebauer*, (Fn. 37), S. 264 ff.; *Wollenschläger*, Grundfreiheit ohne Markt, (Fn. 2), S. 368 ff. Siehe ferner *Mösl*, Die grundfreiheitliche Dimension der Bundesgrundrechte, in: Fs. Stober, 2008, S. 163.

²⁰² Zu dessen kontroverser Einordnung *Wollenschläger*, Grundfreiheit ohne Markt, (Fn. 2), S. 370 ff.; siehe auch *Callies*, (Fn. 6), S. 23 ff.

Moment im Tatbestand des Art. 18 Abs. 1 EG nicht findet, ist demgegenüber für die Qualifikation als Grundfreiheit nicht entscheidend. Hierin spiegelt sich nämlich nur der mit der Gründung einer Europäischen Union erreichte Integrationsfortschritt wider, für die die ökonomische Einigung des Kontinents zwar nach wie vor bedeutend, nicht aber das alleinige Integrationsziel ist. Das spezifisch grundfreiheitliche Anliegen, die innergemeinschaftliche Mobilität zu fördern und die Integration des ausländischen Unionsbürgers in den Aufnahmemitgliedstaat sicherzustellen, hat dies jedoch nicht geändert.²⁰³ Damit ist an der Normkategorie Grundfreiheit auch weiterhin festzuhalten.

Mit diesem Paradigmenwechsel im grundfreiheitlichen Integrationsprogramm hat auch das Binnenmarktkonzept eine Erweiterung erfahren. Dieser durch die Beseitigung der Hindernisse für den freien Personenverkehr gekennzeichnete Raum (Art. 14 Abs. 2 EG) schließt seit der Einführung des allgemeinen Freizügigkeitsrechts auch die Freizügigkeit Nichterwerbstätiger ein. Um dies auch terminologisch zu verdeutlichen, empfiehlt es sich, den Begriff des Binnenmarkts durch den des Binnenraums zu ersetzen.²⁰⁴

E. Die Herausbildung einer Europäischen Bürgerschaft

Dass sich die Unionsbürgerschaft ausgerechnet um die Achse einer transnationalen Freizügigkeitsgarantie entwickeln sollte, ist nicht weiter verwunderlich. Bereits im marktfreiheitlichen Freizügigkeitsregime identifizierte man nämlich Frühformen einer Europäischen Bürgerschaft. So qualifizierte der frühere Staatssekretär im Auswärtigen Amt und spätere Präsident der ersten Europäischen Kommission, *Hallstein*, bereits in seiner am 28. April 1951 gehaltenen Rede zum „Schuman“-Plan die Freizügigkeit der Montan-Facharbeiter als Ausdruck des „Gedanken[s] einer gemeinsamen europäischen – fast hätte ich gesagt – ‚Staatsangehörigkeit‘ in einer besonderen Ausprägung“,²⁰⁵ und 1968 wies *Levi-Sandri*, seinerzeit Vizepräsi-

²⁰³ Siehe auch *Mortelmans*, Book Review, 40 CML Rev. (2003), S. 776 f.: „recent judgments [...] indicate that a new dimension of the Single Market is under construction. This dimension goes back to the basics of European Integration: free movement of persons in order to create a peaceful world. The late European Coal and Steel Treaty gave legal ‘Authority’ to a friendly invasion of miners and their families. The European Treaties, since Amsterdam and Nice, give citizens of Europe and their families [...] a right to stay in what is still a land of Cockaigne“. Nach den Schlussanträgen GA *Mazák* zu EuGH, Rs. C-158/07, Förster, Nr. 54, noch nicht in aml. Slg., markiert die Unionsbürgerschaft „einen Prozess der Loslösung der Gemeinschaftsrechte von ihren wirtschaftlichen Denkmustern“.

²⁰⁴ *Wollenschläger*, Grundfreiheit ohne Markt, (Fn. 2), S. 376. Siehe auch *Müller-Graff*, Der Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts in der Lissabonner Reform, EuR Beih. 1/2009, S. 125 f., für eine Kontextualisierung im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts.

²⁰⁵ *Hallstein*, Der Schuman-Plan, 1951, S. 18.

dent der Kommission, darauf hin, dass die „Freizügigkeit der Personen etwas Höheres und Anspruchsvolleres als die bloße Beweglichkeit eines Produktionsfaktors [ist]. Sie ist vielmehr ein erster Keim, eine noch unvollkommene Gestalt des europäischen Bürgerrechts“.²⁰⁶ Diese *prima facie* überraschende Deutung von Normen des Wirtschaftsvölkerrechts, welche – in den Worten des „Spaak“-Berichts – die transnationale „Zusammenlegung der Produktionsfaktoren“ Kapital und Arbeit bezweckten,²⁰⁷ resultiert aus der den Angehörigen der Mitgliedstaaten durch die Marktfreiheiten vermittelten besonderen Rechtsstellung, für die sich dann der von *Ipsen* geprägte Begriff der Marktbürgerschaft etablierte.²⁰⁸ Ihr zentrales Moment war die im ersten Teil beschriebene, durch die marktfreiheitlichen Diskriminierungsverbote bewirkte weitgehende, wenngleich nicht grenzenlose Gleichstellung von erwerbstätigen EWG-Ausländern und Inländern, durch die die nationale Staatsangehörigkeit zugunsten des Status als Marktbürger an Bedeutung verlor.²⁰⁹ Daneben verloren auch nationale Grenzen an Bedeutung, profitierten die Marktbürger doch von einem Aufenthaltsrecht im EWG-Ausland und konnten transnationale Mobilitätshindernisse als Beschränkungen des Freizügigkeitsrechts in Frage stellen – so kommt etwa angesichts des aus den Marktfreiheiten abgeleiteten grundsätzlichen Verbots, grenzüberschreitende Sachverhalte schlechter als inländische zu behandeln, dem Ort innerhalb der Gemeinschaft, an dem sich diese verwirklichten – etwa der Erwerb einer Berufsqualifikation –, keine Bedeutung mehr zu.

²⁰⁶ Rede abgedruckt in EG-Bulletin 11/1968, S. 6. Vorausschauend auch *Everling*, Das Niederlassungsrecht im Gemeinsamen Markt, 1963, S. 3, der vom Diskriminierungsverbot als Keim eines allgemeinen Staatsbürgerrechts auf Gleichbehandlung sprach; ähnlich *Franz*, Das Völkerrecht als Quelle des innerdeutschen Aufenthalts- und Niederlassungsrechts der Fremden, DVBl. 1965, S. 461. Zu späteren Deutungen in diesem Sinne vgl. *Downes*, Market Citizenship, in: Bellamy/Warleigh (Hrsg.), Citizenship and Governance in the European Union, 2001, S. 95 f.; *Evans*, European Citizenship, MLR 45 (1982), S. 497; *ders.*, European Citizenship, 32 AJCL (1984), S. 689 ff., 714; *Everson*, The Legacy of the Market Citizen, in: Shaw/More (Hrsg.), New legal dynamics of the EU, 1995, S. 79; *Fischer*, Die Unionsbürgerschaft, in: Fs. Winkler, 1997, S. 245; *Kluth*, Reichweite und Folgen der Europäisierung des Ausländer- und Asylrechts, ZAR 2006, S. 3; *Maas*, The Genesis of European Rights, 43 JCMS (2005), S. 1009 ff., 1021 f.; *Menegazzi Munari*, (Fn. 99), S. 101 ff.; *Oppermann*, Sinn und Grenzen einer EG-Angehörigkeit, in: Fs. Doehring, 1989, S. 714 ff.; *Plender*, An Incipient Form of European Citizenship, in: Jacobs (Hrsg.), European Law and the Individual, 1976; *ders.*, Citizenship and Immigration, 16 EBLR (2005), S. 559 f.; *Shaw*, (Fn. 90), S. 248; *Wilkinson*, (Fn. 199), S. 417.

²⁰⁷ Spaak-Bericht v. 21.4.1956, S. 20.

²⁰⁸ Vgl. *Ipsen/Nicolaysen*, (Fn. 9), S. 340 mit Fn. 2; ferner *Ipsen*, (Fn. 9), S. 187, 250 ff., 715 ff., 752 ff. Nach *Ipsen*, S. 187, 205 f., sollte die Marktbürgerschaft allerdings keinen neben die nationale Staatsangehörigkeit tretenden „Gemeinschafts-Status“ begründen.

²⁰⁹ Ausführlich zum – hier stark verkürzt skizzierten – Prozess der Herausbildung einer Europäischen Bürgerschaft *Wollenschläger*, Grundfreiheit ohne Markt, (Fn. 2), S. 313 ff.

„*Non più stranieri, non ancora cittadini*“, so brachte *Sica* 1979 diese gemeinschaftsrechtlich vermittelte Rechtsstellung der EWG-Ausländer in anderen Mitgliedstaaten als dem ihrer Herkunft auf den Punkt.²¹⁰ Die gegenüber Drittstaatsangehörigen privilegierte, aber dennoch nicht der des Inländers gleichkommende Rechtsstellung, die das marktfreiheitliche Freizügigkeitsregime hervorgebracht hat, lässt sich mit der Unionsbürgerschaft nunmehr als Rechtsinstitut begrifflich fassen: ein allen Angehörigen der Mitgliedstaaten gemeiner, aber zur nationalen Staatsangehörigkeit dennoch nur komplementärer Status. Gleichzeitig war mit der Institutionalisierung einer allen Angehörigen der Mitgliedstaaten gemeinen Unionsbürgerschaft das Ideal eines gleichen Bürgerstatus postuliert. Dieses stellte die beiden Defizite des *Acquis* – die verbleibende unterschiedliche Behandlung von In- und Ausländern („*Ordre-public*“-Vorbehalt, Versagung politischer Rechte) sowie die weitgehende Ausklammerung wirtschaftlich nicht aktiver Personen – in Frage und hat den Fortgang der Integration, wie die im zweiten Teil (B.) dargelegte Entwicklung illustriert, entsprechend programmiert. Die Einbeziehung Nichterwerbstätiger in den unionsrechtlichen Diskriminierungsschutz mag hierfür das prominenteste Beispiel sein.

Das Universalisierungspotential der Unionsbürgerschaft hat sich indes als beschränkt erwiesen. Versagt bleibt etwa die politische Partizipation jenseits der kommunalen Ebene, und auch der Solidaritätsanspruch, den der Unionsbürger qua seiner Unionsbürgerschaft einfordern kann, kennt Grenzen. Dies belegt, dass die in der Staatsangehörigkeit zum Ausdruck kommende grundlegende Bindung des Staatsangehörigen an seinen Heimatstaat trotz aller unionsrechtlich induzierten Relativierungen nicht ihre fundamentale Bedeutung verloren hat, indem ein Kernbereich von mit der nationalen Staatsangehörigkeit untrennbar verknüpften Rechtspositionen ausländischen Unionsbürgern vorenthalten bleibt. Dieser Befund ist jedoch nicht als Defizit der Unionsbürgerschaft aufzufassen, sondern in ihr konzeptionell angelegt. So betont zum einen Art. 17 Abs. 1 Satz 3 des EG, dass die Unionsbürgerschaft die nationale Staatsbürgerschaft ergänzt, nicht aber ersetzt. Zum anderen schützt der EU-Vertrag in Art. 6 Abs. 3 die nationale Identität der Mitgliedstaaten und mit dieser die Staatsangehörigkeit als wesentliches Element ihrer Staatlichkeit.²¹¹

Entstanden ist mithin ein wechselbezügliches Verhältnis von Unions- und Staatsbürgerschaft: So lässt sich die Bedeutung der nationalen Staatsangehörigkeit ohne die Berücksichtigung der durch die Unionsbürgerschaft bewirkten Relativierung genauso wenig erfassen wie die Tragweite der Unionsbürgerschaft ohne Blick auf die durch das Institut der Staatsangehörigkeit gezogenen Grenzen. Diese Interdependenz zeigt sich im Übrigen auch bei der Begründung des Status: So

²¹⁰ *Sica*, *Verso la cittadinanza europea*, 1979, S. 1.

²¹¹ So auch *Pernice*, (Fn. 6), S. 187; vgl. ferner BVerfGE 113, 273 (298), Europ. Haftbefehl.

bestimmt die nationale Staatsangehörigkeit, wer Unionsbürger ist (Art. 17 Abs. 1 Satz 2 EG); gleichzeitig wirkt die Unionsbürgerschaft aber auf die Definitionsmacht der Mitgliedstaaten zurück.²¹² Für das Angehörigkeitsverhältnis gilt folglich nichts anderes wie für die Gesamtarchitektur der EU selbst: Aufgrund ihrer Mehrebenenstruktur erschließt sich mit *Huber* die Grundordnung des politischen und sozialen Lebens in der EU nur noch aus der Zusammenschau von nationalem und unionalem Verfassungsrecht;²¹³ beides sind komplementäre „Teilordnungen eines einheitlichen Systems“,²¹⁴ für das *Pernice* den Begriff des „Verfassungsverbundes“ geprägt hat.²¹⁵ Dieser Befund lässt sich auf die Angehörigkeitsstruktur übertragen: Dem von *Huber* beobachteten „Phänomen aufeinander bezogener und verklammerter Teilverfassungen“²¹⁶ entspricht ein wechselbezügliches Angehörigkeitsverhältnis, der „Präponderanz des nationalen Rechtsanwendungsbefehls“²¹⁷ der nur komplementäre Charakter der Unionsbürgerschaft (Art. 17 Abs. 1 Satz 3 EG)^{218, 219}.

Zweifelsohne ist mit der skizzierten Ablösung des „funktionalen Marktbürgers“ durch den „autonomen Unionsbürger“²²⁰ nun ein wesentlicher Beitrag dazu geleistet, den Bürger in den Mittelpunkt des europäischen Integrationsprojekts zu rücken. Schritt halten damit muss freilich auch die Rolle des Bürgers auf europäi-

²¹² Dazu EuGH, Rs. C-369/90, *Micheletti*, Slg. 1992, I-4239, Rdnr. 10 ff.; EuGH, Rs. C-148/02, *Avello*, Slg. 2003, I-1161, Rdnr. 26 ff.; EuGH, Rs. C-200/02, *Chen/Zhu*, Slg. 2004, I-9925, Rdnr. 36 ff. Siehe ferner den Vorlagebeschluss des BVerwG, NVwZ 2008, S. 686, zur Bedeutung der Unionsbürgerschaft für die Befugnis, eine erschlundene Einbürgerung zurückzunehmen. Näher *Schönberger*, Unionsbürger, (Fn. 6), S. 275 ff.; *Wollenschläger*, Grundfreiheit ohne Markt, (Fn. 2), S. 144 ff.; *ders.*, Vernetzte Angehörigkeiten, (Fn. 6), S. 106 ff.

²¹³ *Huber*, Europäisches und nationales Verfassungsrecht, VVDStRL 60 (2001), S. 208. Siehe auch *Hillgruber*, Der Nationalstaat in der überstaatlichen Verflechtung, Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 2. Bd., 3. Aufl. 2004, § 32, Rdnr. 96.

²¹⁴ *Pernice*, Europäisches und nationales Verfassungsrecht, VVDStRL 60 (2001), S. 172.

²¹⁵ *Ibid.*, S. 163 ff. Siehe ferner *ders.*, Multilevel constitutionalism in the European Union, 27 EL Rev. (2002), S. 511.

²¹⁶ *Huber*, (Fn. 213), S. 210.

²¹⁷ *Ibid.*, S. 214; siehe auch *Hillgruber*, (Fn. 213), Rdnr. 96.

²¹⁸ Siehe zu diesem auch *Kokott*, (Fn. 6), S. 213: „Die Unionsbürgerschaft in ihrer gegenwärtigen Ausprägung passt sich in ein solches Modell gestufter Verbandszugehörigkeiten ein. Dabei behält aber die Staatsangehörigkeit weiterhin eine herausgehobene Stellung“; BVerfGE 113, 273 (298), Europ. Haftbefehl: „Die Unionsbürgerschaft ist – ungeachtet ihrer sonstigen Bedeutung [...] – ein abgeleiteter und die mitgliedstaatliche Staatsangehörigkeit ergänzender Status“. Umfassend ferner *Calliess*, (Fn. 6), S. 15 ff.

²¹⁹ Das soeben skizzierte Verhältnis von Staats- und Unionsbürgerschaft als komplementäre Zugehörigkeitsverhältnisse im Mehrebenensystem EU entstammt *Wollenschläger*, Vernetzte Angehörigkeiten, (Fn. 6), S. 120 ff. Siehe ferner *Calliess*, (Fn. 6), S. 15 ff.

²²⁰ *Ibid.*, S. 9 ff.

scher Ebene, die von Anfang an Teil des Projekts „Europäische Bürgerschaft“ war²²¹ und die hier in Blick genommene Dimension der Unionsbürgerschaft nicht verdecken darf²²². Der Lissabonner Vertrag²²³ hat mit seinen auf eine Erhöhung von Akzeptanz und Legitimation der EU zielenden Änderungen insoweit wesentliche Weichen gestellt: Im neu geschaffenen Titel über die demokratischen Grundsätze in der Union (Titel II EUV) verpflichtet er diese nicht nur, ihre Entscheidungen so offen und bürgernah wie möglich zu treffen (Art. 10 Abs. 3 Satz 2 EUV; ferner Art. 11 Abs. 1 und 2 EUV). Vielmehr kürt der Reformvertrag den Unionsbürger auch zum Legitimationssubjekt des europäischen Gemeinwesens (Art. 10 Abs. 2 UAbs. 1, Art. 14 Abs. 2 UAbs. 1 Satz 1 EUV) und gewährleistet ihm das Recht, am demokratischen Leben der Union teilzunehmen (Art. 10 Abs. 3 Satz 1 EUV), beispielsweise mittels der neu eingeführten Möglichkeit, ein Bürgerbegehren auf europäischer Ebene nach Art. 11 Abs. 4 EUV zu initiieren.

²²¹ Wollenschläger, Grundfreiheit ohne Markt, (Fn. 2), S. 91 ff., 319 ff.

²²² In diese Richtung auch Leclerc, Les Droits du Citoyen Européen, De Rome à Maastricht, in: Leclerc/Akandi-Kombé, (Fn. 6), S. 75 ff.

²²³ Allgemein zum Reformvertrag von Lissabon Mayer, Die Rückkehr der Europäischen Verfassung?, ZaöRV 67 (2007), S. 1141; Müller-Graff, Der Vertrag von Lissabon auf der Systemspur des Europäischen Primärrechts, integration 2008, S. 123; Terbechte, Der Vertrag von Lissabon, EuR 2008, S. 143; Weber, Vom Verfassungsvertrag zum Vertrag von Lissabon, EuZW 2008, S. 7.