

# Die gleiche Freiheit der Unionsbürger

## - Zu den unterschiedlichen Perspektiven von unionalem und nationalem Recht -

Peter M. Huber\*

### I. Einleitung

Zu den schillerndsten und zugleich dynamischsten Instituten des Unionsrechts gehört die in Art. 17 ff. EG geregelte Unionsbürgerschaft. Mit dem Maastrichter EU-V in das Primärrecht aufgenommen, wurde sie zunächst als eine Art Placebo für die nach wie vor rudimentäre Politische Union Europas betrachtet, als “*publicity gag*” bzw. “*little more than a cynical exercise in public relation on the part of the High Contracting Parties*”,<sup>1</sup> als tönendes Versprechen ohne eigenen Selbststand.<sup>2</sup> Die in den Art. 19 ff. EG verbrieften Rechte – Kommunalwahlrecht für Unionsbürger, Europawahlrecht, Anspruch auf diplomatischen und konsularischen Schutz und das Petitionsrecht – erschienen kaum mehr als ein erster bescheidener Schritt auf dem Weg zur immer engeren Union der Völker Europas, zur Gleichstellung aller Unionsbürger auf sämtlichen politischen Ebenen und damit zu einem Zustand gleicher Freiheit, wie er traditionell nur Staatsbürgern zukommt.

Diese Einschätzung hat sich mittlerweile grundlegend gewandelt, vor allem weil die mit der Unionsbürgerschaft verbundene Freizügigkeitsgarantie durch die Rechtsprechung des EuGH in den vergangenen 10 Jahren so entfaltet worden ist, dass sie heute in der Tat als Grundlage “gleicher Freiheit” erscheint. Die durch diese Rechtsprechung bewirkte “Inklusion” der Unionsbürger anderer Mitgliedstaaten geht so weit, dass sie an die Grundfesten des nationalen Verfassungsrechts, ja der Nationalstaaten selbst zu rühren droht. Denn was bleibt von der Nation, dem Staatsvolk, wenn der sie verfassende Staat nicht mehr über Exklusionsmechanismen verfügt?<sup>3</sup>

Vor diesem Hintergrund muss es im Folgenden darum gehen, die mit der Unionsbürgerschaft verbundenen Partizipationsrechte daraufhin zu befragen, inwieweit sie im “*Status activus*” allen Unionsbürgern die gleiche Freiheit zur Selbstbestimmung gewähren. Dass damit auch Rückwirkungen auf das nationale Recht

---

\* Prof. Dr. iur., München.

<sup>1</sup> J. H. H. Weiler, Citizenship and Human Rights, in: Winter u. a. (Hrsg.), Reforming the Treaty on European Union, 1996, 57-68.

<sup>2</sup> S. Kadelbach, Staatsbürgerschaft – Unionsbürgerschaft – Weltbürgerschaft, in: Drexler u. a. (Hrsg.), Europäische Demokratie, 1999, 89-98.

<sup>3</sup> Zu dieser Frage siehe R. Münz, Migration in Europa aus globaler Sicht – Historische, soziologische und demographische Perspektiven, in: SIPE 5 (2009) i. E.

verbunden sein können, die insbesondere zu einer Europäisierung der Bürgerrechte zwingen, allen Unionsbürgern also auch eine gleiche Freiheit in den “*Status negativus*” und “*positivus*” garantieren, liegt auf der Hand (II.). Sodann soll darauf eingegangen werden, wie weit insbesondere die Freizügigkeitsgarantie der Unionsbürger in ihrer Abwehrdimension reicht und in welchem Umfang sie ihnen auch gleiche Teilhabe im “*Status positivus*” sichert (III.). Bei genauerem Hinsehen zeigt sich jedoch, dass das Unionsrecht keine grenzenlose Gleichstellung von Staatsangehörigen und Unionsbürgern anderer Mitgliedstaaten fordert und dass eine solche – nicht nur in Deutschland – auch an den integrationsfesten Grenzen der Verfassung scheitern müsste (IV.). So ergibt sich das Bild einer zwar weit fortgeschrittenen, aber doch nicht grenzenlosen Inklusion aller Unionsbürger, die nicht nur dem Stand der Integration entspricht, sondern auch die gegenläufigen Konzepte des Unionsrechts wie des nationalen Verfassungsrechts ohne Brüche verbinden kann. Eine noch weitergehende Verwirklichung gleicher Freiheit aller Unionsbürger bedeutete dagegen den Abschied vom Nationalstaat, der im – seit dem Referendum in Irland vom 12. Juni 2008 wieder zweifelhaft gewordenen – Vertrag von Lissabon an einer Stelle in der Tat aufscheint (V.).

## II. Gleiche Freiheit der Unionsbürger im “*Status activus*”

Die Unionsbürgerschaft ist akzessorisch zur Staatsangehörigkeit der Mitgliedstaaten. Sie ergänzt diese, ersetzt sie aber nicht (Art. 17 Abs. 1 EG) und vermittelt den Unionsbürgern einen gleichen “Bürgerstatus” bzw. einen Kanon gleicher Rechte und Pflichten (Art. 17 Abs. 2 EG). Inhaltlich knüpft sie nach wie vor an die Stellung des “Marktbürgers” an. Seit der Gründung der EU (1993) wird sie allerdings zunehmend durch dem “*Status activus*” zuzurechnende Partizipationsrechte der Unionsbürger ergänzt.

### 1. Partizipationsrechte auf unionaler Grundlage

#### a) Wahlrechte

Wichtigstes Mitwirkungsrecht ist insoweit das an die Unionsbürgerschaft gekoppelte Wahlrecht zum Europäischen Parlament (Art. 19 Abs. 2 EG). Art. 19 Abs. 2 EG knüpft dabei an den Wohnsitz und nicht an die Staatsangehörigkeit an und gestaltet dieses Wahlrecht – ungeachtet der nationalen Segmentierung des Europäischen Parlaments (Art. 190 Abs. 2 EG) – staatsangehörigkeitstranszendierend aus.

Nicht weniger systemsprengend wirkt Art. 19 Abs. 1 EG, der allen Unionsbürgern das Kommunalwahlrecht auch in den Mitgliedstaaten eröffnet, deren Staats-

angehörigkeit sie nicht besitzen. Weil das – i. d. R. nationalstaatlich verstandene<sup>4</sup> – Demokratieprinzip dadurch beschränkt wird, wurde vor der Ratifikation dieser Bestimmung in Deutschland (Art. 28 Abs. 1 Satz 3 GG)<sup>5</sup>, Frankreich (Art. 88-3 Frz.Verf.)<sup>6</sup> und Spanien (Art. 13 Abs. 2 SpanVerf.)<sup>7</sup> eine Verfassungsänderung durchgeführt.

Der Rat hat von der Ermächtigung des Art. 19 Abs. 1 EG durch die Kommunalwahlrechts-RiL 94/80/EG Gebrauch gemacht, die neben einer Reihe deklaratorischer Bestimmungen Vorschriften über die maximale Länge der Mindestwohnsitzdauer (Art. 4), über das Verfahren für die Eintragung in Wählerlisten (Art. 7 ff.) und zahlreiche Ausnahmeregelungen (Art. 5 f., 12)<sup>8</sup> enthält.

## b) Politische Parteien

Eine, wenn auch bislang nur in Ansätzen erkennbare<sup>9</sup> Partizipationsmöglichkeit für den Einzelnen bietet das Engagement in politischen Parteien. Nach Art. 191 EG sind diese nicht nur als Faktoren für die Integration von Bedeutung. Art. 191 Satz 2 EG ergänzt diese allgemeine Feststellung vielmehr durch die Erläuterung, dass politische Parteien dazu beitragen, ein europäisches Bewusstsein herauszubilden und den politischen Willen der Unionsbürger zum Ausdruck zu bringen.

Um aus den politischen Parteien auf Unionsebene effektive Partizipationsinstrumente im Vorfeld der Europawahlen zu machen, bedarf es freilich mehr als dieser Deklamation. Es bedarf dazu eines die Mitgliedstaaten übergreifenden unionalen Parteienrechts, das durch organisatorische und verfahrensrechtliche Vorkehrungen sicherstellen muss, dass die Willensbildung auch in den politischen Parteien auf europäischer Ebene von unten nach oben erfolgt und die unionale Ebene tatsächlich mit umfasst, und das diese zum anderen in die Lage versetzt, europäische

---

<sup>4</sup> C. G r e w e, Demokratie ohne Volk oder Demokratie der Völker? Zur Demokratiefähigkeit der Europäischen Union, in: Drexl u.a. (Anm. 2), 59-61; P. M. H u b e r, Offene Staatlichkeit: Vergleich, in: v. Bogdandy/Cruz Villalón/ders. (Hrsg.), IPE II, 2008, § 26 Rdnr. 43 m. w. N.; Belgien: Art. 33 BelgVerf.; Deutschland: Art. 20 Abs. 2 GG; BVerfGE 83, 30 – *kommunales Ausländerwahlrecht SH*; E 83, 60 – *kommunales Ausländerwahlrecht Hamburg*; E 89, 155 – *Maastricht*; Finnland: § 2 FinnGG; Frankreich: Art. 3 CF; CC Nr. 92-308 DC v. 9.4.1992, EuGRZ 1993, 187, 189 – *Maastricht I*; Nr. 97-394 DC v. 31.12.1997, EuGRZ 1998, 27, 29 – *Amsterdam*; M. F r o m o n t, Frankreich und die Europäische Union, DÖV 1994, 481; Griechenland: Art. 1 Abs. 3 GriechVerf.; Irland: Art. 6 Abs. 1 IrlVerf.; *Supreme Court v. 9.4.1987*, [1987] ILM 400, 403 – *Crotty*; Italien: Art. 1 Satz 2 Cost.; Luxemburg: Art. 32 LuxVerf.; Österreich: Art. 1 Satz 2 B-VG; Portugal: Art. 3 Abs. 1 PortVerf.; Schweden: Kap. 1 § 1 Regierungsform; Spanien: Art. 1 Abs. 2 CE.

<sup>5</sup> BVerfGE 83, 37, 59 – *Ausländerwahlrecht SH*; 83, 60 ff. – *Ausländerwahlrecht HH*; P. M. H u b e r, Maastricht – ein Staatsstreich?, 1993, 25.

<sup>6</sup> CC Nr. 92 – 308 DC v. 9.4.1992; Nr. 98-400 DC v. 20.5.1998 (RiL 94/80).

<sup>7</sup> TC EuGRZ 1993, 285 ff.; hier spielte das spanische Demokratieprinzip allerdings keine Rolle, da dieses nicht für den kommunalen Bereich gilt, sondern nur die (technische) Regelung des Art. 13 SpanVerf.

<sup>8</sup> Siehe K. H a s s e l b a c h, ZG 12 (1997), 49 ff.

<sup>9</sup> V. N e ß l e r, Deutsche und europäische Parteien, EuGRZ 1998, 191.

Politikkonzeptionen zu vertreten – materiell wie personell. Anreize für den Aufbau grenzüberschreitender Strukturen können dafür besonders hilfreich sein. Denn nur, wenn die Parteien den Gewinn oder Verlust ihrer Partner in den anderen Mitgliedstaaten als eigenen Gewinn oder Verlust erleben und an deren Erfolg deshalb ein vitales Interesse haben, werden sie auf Unionsebene mehr sein als Gipfeltreffen der nationalen Parteispitzen.<sup>10</sup>

Das Europäische Parteienstatut<sup>11</sup> trägt diesen Erwägungen mit den in Art. 3 VO (EG) Nr. 2004/2003 normierten Anforderungen im Großen und Ganzen Rechnung. Über das Ziel hinausschießen dürfte es allerdings, dass der Status einer politischen Partei auf europäischer Ebene davon abhängt, dass sie in wenigstens einem Viertel der Mitgliedstaaten vertreten (*lit.* b) und insoweit auch transnational tätig ist. Denn damit wird die Partei(gründungs)freiheit unverhältnismäßig begrenzt, weil die nationale oder auch regionale (Selbst-)Beschränkung einer Partei, wie die Beispiele von CSU und SVP belegen, ihren unionsweiten Politikanspruch keineswegs ausschließt, und weil politische Parteien, die der europäischen Integration ablehnend gegenüberstehen, was der Legitimität ihrer Tätigkeit freilich keinen Abbruch tut,<sup>12</sup> typischerweise nicht transnational tätig werden dürften. Ob es insoweit wirklich genügt, dass sie sich einem “Bündnis politischer Parteien” i. S. v. Art. 2 Nr. 2 VO/EG Nr. 2004/2003 anschließen können, erscheint fraglich.

### c) Sonstige Partizipationsmöglichkeiten

Art. 21 Abs. 1 und Art. 194 EG verbürgen den Unionsbürgern ferner das Petitionsrecht zum Europäischen Parlament. Sofern es sich um Angelegenheiten handelt, “die in die Tätigkeitsbereiche der Gemeinschaft” fallen, ist dieses sowohl als Einzel- als auch als Massenpetition zulässig.

Skandinavischen Vorbildern entsprechend hat mit dem EU-V auch der Bürgerbeauftragte Eingang in das Unionsrecht gefunden, Artt. 21 Abs. 2, 195 EG. Bei ihm handelt es sich um eine allgemeine Beschwerdeinstanz, die von jedem Unionsbürger und jeder juristischen Person mit Sitz in der EU wegen Missständen in der Tätigkeit eines EG-Organs angerufen werden kann, mit Ausnahme von EuG und EuGH.<sup>13</sup>

<sup>10</sup> P. M. Huber, Demokratie ohne Volk oder Demokratie der Völker?, in: Drexel u.a. (Anm. 2), 27, 44 f.; W. Kluth, Die demokratische Legitimation der Europäischen Union, 1995, 62; Neßler (Anm. 9), 191, 192.

<sup>11</sup> Verordnung (EG) Nr. 2004/2003 des Europäischen Parlaments und des Rates über die Regelungen für die politischen Parteien auf europäischer Ebene und ihre Finanzierung vom 4.11.2003, ABl. EU 2003 Nr. L 297/1.

<sup>12</sup> P. M. Huber, EuR 34 (1999), 579-591.

<sup>13</sup> Beschluss des Europäischen Parlaments über die Regelungen und allgemeinen Bedingungen für die Ausübung der Aufgaben des Bürgerbeauftragten, ABl. EG 1994 Nr. L/15; Durchführungsbestimmungen des Europäischen Bürgerbeauftragten vom 16.10.1997.

## 2. Gleiche Freiheit durch Europäisierung des nationalen Verfassungsrechts

Zur gleichen Freiheit der Unionsbürger gehört ferner, dass die Inklusions- und Exklusionsmechanismen des nationalen (Verfassungs-)Rechts an Steuerungskraft und Wirkmächtigkeit einbüßen. Das gilt – um zwei Beispiele herauszugreifen – für die Europäisierung des Grundrechtsschutzes<sup>14</sup>, oder auch für Berufsbeamtentum und Funktionsvorbehalt.

### a) Bürgerrechte

Soweit sich insbesondere die Art. 8, 9, 11 und 12 GG ihrem Wortlaut nach als Bürgerrechte darstellen, kann dies im Anwendungsbereich des EU-V jedenfalls im Ergebnis nicht mehr aufrecht erhalten werden.<sup>15</sup> Zwar steht der Wortlaut des Art. 116 Abs. 1 GG einer unionsrechtskonformen Interpretation des “Deutschen”-Begriffs entgegen; über eine differenzierte Interpretation des Art. 2 Abs.1 GG im Lichte von Art. 12, 18, 28 ff. EG muss jedoch durch eine “Schrankenleihe” sichergestellt werden, dass die allgemeine Handlungsfreiheit Unionsbürgern anderer Mitgliedstaaten dieselbe Schutzintensität vermittelt wie dies Versammlungs-, Vereinigungs- und Koalitionsfreiheit, Freizügigkeit und Berufsfreiheit für Deutsche tun. Insoweit besteht auch in Ansehung des nationalen Verfassungsrechts eine “gleiche Freiheit der Unionsbürger”.

### b) Art. 19 Abs. 3 GG

Vergleichbares gilt mit Blick auf Art. 19 Abs. 3 GG, der den Grundrechtsschutz auf inländische juristische Personen beschränkt, also auf Personen, die ihren Sitz in Deutschland haben. In ihrem Anwendungsbereich zwingen jedoch die Art. 12, 28, 43 und 49 EG wiederum zu einer unionsrechtskonformen Auslegung des Tatbestandsmerkmals “inländisch”.<sup>16</sup> Deshalb sind alle in der EU ansässigen juristischen Personen und Personenvereinigungen grundsätzlich gleich zu behandeln, wodurch die von Art.19 Abs.3 GG gewollte Privilegierung einer Sitzwahl im Inland weitgehend konterkariert wird. Angesichts des Binnenmarktes (Art. 14 Abs. 2 EG) ist dies allerdings nur konsequent. Wichtigste praktische Konsequenz dieser Überformung dürfte es sein, dass den in anderen Mitgliedstaaten ansässigen

---

<sup>14</sup> P. M. Huber, *Recht der Europäischen Integration*, 2. Aufl. 2002, § 23 Rdnr. 11 ff.

<sup>15</sup> H. Bauer/W. Kahl, *Europäische Unionsbürger als Träger von Deutschen-Grundrechten?*, JZ 1995, 1077 ff.

<sup>16</sup> P. M. Huber, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, *GG*, Bd. I, 5. Aufl. 2005, Art.19 Abs.3 Rdnr. 308 ff.

juristischen Personen ein diskriminierungsfreier Zugang zur Verfassungsbeschwerde eröffnet wird.<sup>17</sup>

### c) Staatsangehörigenvorbehalt und Beamtenrecht

Längst erfasst hat die Europäisierung auch den Anspruch des Einzelnen auf chancengleichen Zugang zum öffentlichen Dienst. Wenn Art. 33 Abs. 2 GG nämlich allen Deutschen nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amt verbürgt, dann macht er damit zugleich deutlich, dass nach der Vorstellung des Grundgesetzes für die Bekleidung öffentlicher Ämter in Deutschland typischerweise auch nur Deutsche in Betracht kommen.<sup>18</sup> Die h. M. leugnet dies zwar,<sup>19</sup> übersieht jedoch, dass Art. 33 Abs. 2 GG die Regelung des Abs. 1 spezifiziert, der allen Deutschen die gleichen staatsbürgerlichen Rechte und Pflichten verheißt und insoweit eine Brücke zum demokratischen Prinzip des Art. 20 GG schlägt.<sup>20</sup> Der Zugang zum Beamtenverhältnis unterfällt i. V. m. Art. 3 Abs. 1 GG<sup>21</sup> zwar auch dem subsidiären Schutz von Art. 12 Abs. 1 GG, einem Bürgerrecht (!). Er ist der Sache nach jedoch vor allem staatsbürgerliches Mitwirkungsrecht im Sinne des „*Status activus*“, eine Ausprägung „staatsbürgerlicher Mündigkeit“<sup>22</sup> und eine wichtige Facette der demokratischen Staatsordnung unter dem Grundgesetz.<sup>23</sup>

Die Öffnung der Beamtenlaufbahn für nicht deutsche Unionsbürger durch Art. 39 Abs. 1 EG und jenseits der Bereichsausnahme des Art. 39 Abs. 4 EG steht daher in einem Spannungsverhältnis zu Art. 33 Abs. 2 GG. Soweit Unionsbürger anderer Mitgliedstaaten auf dieser Grundlage diskriminierungsfreien Zugang zu „öffentlichen Ämtern“ beanspruchen können, kommt dem Unionsrecht Anwendungsvor-

<sup>17</sup> H. Dreier, in: Dreier (Hrsg.), GG Bd. I, 2. Aufl. 2004, Art. 19 III Rdnr. 20; Huber (Anm. 16), Art. 19 Abs. 3 Rdnr. 312.

<sup>18</sup> M. Jachmann, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG Bd. II, 5. Aufl. 2005, Art. 33 Abs. 2 Rdnr. 14; C. Tomuschat, Zur politischen Betätigung des Ausländers in der Bundesrepublik Deutschland, 1968, 57; ähnlich Art. 4 Abs. 4 GriechVerf.: dazu W. Skouris, Das Recht des öffentlichen Dienstes in Griechenland, in: Magiera/Siedentopf (Hrsg.), Das Recht des öffentlichen Dienstes in den Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft, 1994, 31, 328.

<sup>19</sup> P. Kunig, in: v. Münch/Kunig (Hrsg.), GG Bd. II, 5. Aufl. 2001, Art. 33 Rdnr. 19; J. Masing, in: Dreier (Hrsg.), GG Bd. II, 2. Aufl. 2006, Art. 33 Rdnr. 40; T. Rieckhoff, Die Entwicklung des Berufsbeamtenrechts in Europa, 1993, 22 f.; zurückhaltender T. Schotten, Die Auswirkungen des Europäischen Gemeinschaftsrechts auf den Zugang zum öffentlichen Dienst in der Bundesrepublik Deutschland, 1994, 18, 103 f. Übersehen wird in diesem Zusammenhang i. ü. auch die konkurrenzschützende Dimension des Staatsangehörigkeitsvorbehalts.

<sup>20</sup> Rieckhoff (Anm. 19) sieht das demokratische Prinzip zumindest bei leitenden Positionen berührt.

<sup>21</sup> Dazu schon W. Leisner, Öffentliches Amt und Berufsfreiheit, in: ders., Beamtenrecht, J. Isensee (Hrsg.), 1995, 4-20 f. = AöR 93 (1968), 161 ff.

<sup>22</sup> Zu diesem Begriff P. M. Huber, Das Menschenbild im Grundgesetz, Jura 1998, 505, 511.

<sup>23</sup> U. Battis, in: Sachs (Hrsg.), 4. Aufl. 2007, Art. 33 Rdnr. 23; J. Isensee, in: Benda/Maihofer/Vogel, HdbVerfR, 2. Aufl. 1995, § 22 Rdnr. 42; M. Jestaedt, Demokratieprinzip und Kondominalverwaltung, 1993, 398; Leisner (Anm. 21).

rang<sup>24</sup> zu. Art. 33 Abs. 2 GG hat insoweit zurückzutreten, ohne dass er deshalb selbst unionsrechtswidrig würde. Die anders lautende Auffassung<sup>25</sup> verkennt das Verhältnis von nationalem Recht und Unionsrecht, das sich aufgrund eines durch Art. 23 Abs. 1 GG legitimierten staatlichen Rechtsanwendungsbefehls in den Grenzen von Integrationsprogramm und Art. 23 Abs. 1, 79 Abs. 3 GG immer nur im Einzelfall durchsetzt.

### III. Gleiche Freiheit der Unionsbürger in den “*Status negativus*” und “*positivus*”

Die “gleiche Freiheit” der Unionsbürger wird – was auf den ersten Blick überraschen mag – freilich weniger durch die nach wie vor begrenzte Gleichstellung im “*Status activus*” geprägt, als durch die weitgehende Einebnung der Unterschiede bei der Gewährleistung von Freizügigkeit im “*Status negativus*” sowie beim Zugang zu staatlichen Leistungen im sog. “*Status positivus*”. Hier unterscheiden sich Staatsangehörige und Unionsbürger anderer Mitgliedstaaten nur noch marginal.

#### 1. Entwicklungslinien der Unionsbürgerschaft

Die Wurzeln des Freizügigkeitsrechts liegen schon in der “Marktbürgerschaft” der alten Europäischen Gemeinschaften.<sup>26</sup> Dort waren die an den Personenfreiheiten anknüpfenden Freizügigkeitsgarantien des EG-V zunächst jedoch marktakzessorisch,<sup>27</sup> so dass von einer Einebnung der Unterschiede zwischen Staatsangehörigen und freizügigkeitsberechtigten Unionsbürgern in einem engeren Sinne keine Rede sein konnte.<sup>28</sup> Durch eine bis an die Sinngrenze gehende, nur zeitlich beschränkte Ausdehnung auf Dienstleistungsempfänger<sup>29</sup> und Studierende wurden diese marktakzessorischen Freizügigkeitsgarantien allerdings so verallgemeinert, dass sie praktisch einen an den Aufenthalt anknüpfenden allgemeinen Inländerbehandlungsanspruch nach sich zogen.<sup>30</sup> Die so eröffnete Inländerbehandlung von

<sup>24</sup> Ständige Rechtsprechung EuGHE 1964, 1251 ff. – *Costa/Enel*: 1970, 125 ff.; Internationale Handelsgesellschaft, 1978, 629 ff. – *Simmenthal*: BVerfGE 31, 145-174; 75, 223-244.

<sup>25</sup> T. Schotten, Der Zugang von Unionsbürgern zum deutschen Beamtenverhältnis, DVBl. 1994, 567-574; ders. (Anm. 19), 115, 145.

<sup>26</sup> A. R andelzhofer, Marktbürgerschaft – Unionsbürgerschaft – Staatsbürgerschaft, GD für E. Grabitz, 1995, 581, der darauf hinweist, dass der Begriff erstmals von H. P. Ipsen auf dem II. F.I.D.E.-Kongress 1963 in Den Haag gebraucht wurde; C. Tomuschat, Staatsbürgerschaft – Unionsbürgerschaft – Weltbürgerschaft, in: Drexl u.a. (Anm. 2), 73-74.

<sup>27</sup> F. Wollenschläger, Grundfreiheit ohne Markt, 2007, 15 ff.

<sup>28</sup> *Ibid.*, 22 ff.

<sup>29</sup> Krit. auch A. v. Bogdandy/S. Bitter, Unionsbürgerschaft und Diskriminierungsverbot. Zur wechselseitigen Beschleunigung der Schwungräder unionaler Grundrechtsjudikatur, in: FS für Manfred Zuleeg, 2005, 309-318.

<sup>30</sup> Wollenschläger (Anm. 27), 30.

Rentnern, Arbeitssuchenden, Arbeitslosen, Arbeitsunfähigen, in der Fortbildung befindlichen Arbeitnehmern und Familienangehörigen bei allen die Integration von Arbeitnehmern, Selbständigen und Dienstleistern fördernden Leistungen – bis zur Registrierung von Sportbooten<sup>31</sup> – hat die Diskriminierungsverbote aus Art. 39, 43 und 49 EG ihrer tatbestandlichen Schranken praktisch enthoben. Lediglich beim Zugang zu Studienbeihilfen und Stipendien ließ der EuGH – wohl auch im Interesse der Akzeptanz seiner Rechtsprechung – zunächst noch Einschränkungen zu, korreliert(e) die Erstreckung des Freizügigkeitsrechts auf Nichterwerbstätige mit einem schwächeren Diskriminierungsschutz.

## 2. Freizügigkeitsgarantie als Kern der Unionsbürgerschaft

Seit etwa 10 Jahren hat der EuGH diesen Faden konsequent weitergesponnen. In einer von den “Herren der Verträge” so wohl nicht erwarteten, bei entsprechender Um- und Voraussicht allerdings durchaus vorhersehbaren Weise<sup>32</sup> hat er, beginnend mit der Entscheidung in der Rs. *María Sala*,<sup>33</sup> die Unionsbürgerschaft unter Rückgriff auf die in Art. 18 EG gewährleistete Freizügigkeit zum zentralen Ansatzpunkt für die Bestimmung der Stellung des Einzelnen in der Rechtsordnung der EU erhoben. “Der Unionsbürgerstatus”, heißt es in der drei Jahre später ergangenen Rs. *Grzelczyk*,

“ist ... dazu bestimmt, der grundlegende Status der Angehörigen der Mitgliedstaaten zu sein, der es denjenigen unter ihnen, die sich in der gleichen Situation befinden, erlaubt, unabhängig von ihrer Staatsangehörigkeit und unbeschadet der insoweit ausdrücklich vorgesehenen Ausnahmen gleiche rechtliche Behandlung zu genießen”.<sup>34</sup>

Weitere Stationen sind – um nur die wichtigsten zu nennen – die Rs. *Bickel und Franz*,<sup>35</sup> *Baumbast und R*,<sup>36</sup> *Avello*,<sup>37</sup> *Collins*,<sup>38</sup> *Trojani*,<sup>39</sup> *Chen/Zhu*<sup>40</sup> und *Dany*

<sup>31</sup> EuGH, NJW 1999 2355 – *Erich Ciola / Land Vorarlberg*.

<sup>32</sup> Weitsichtig allerdings Tomuschat (Anm. 26), 73-74, mit Bezugnahme auf das schon in den 1960er Jahren entwickelte Konzept der “Marktbürgerschaft”.

<sup>33</sup> EuGHE 1998, I – 2691 ff. – *María Sala* (Erziehungsgeld trotz fehlender Aufenthaltserlaubnis oder -berechtigung zum Antragszeitpunkt).

<sup>34</sup> EuGHE 2001, I – 6193 – *Grzelczyk*, Rz. 31.

<sup>35</sup> EuGHE 1998, I – 7637 ff. – *Bickel und Franz* (deutsche Sprache vor Südtiroler Gerichten).

<sup>36</sup> EuGHE 2002, I – 7091 ff. – *Baumbast und R* (Aufenthaltsrecht in Großbritannien trotz fehlender Krankenversicherung).

<sup>37</sup> EuGHE 2003, I – 11613 ff. – *Avello* (unzulässige Gleichbehandlung von Staatsangehörigen und Doppelstaatlern bei der Namensgebung).

<sup>38</sup> EuGHE 2004, I – 2703 ff. – *Collins* (Beihilfe für Arbeitssuchende in Großbritannien).

<sup>39</sup> EuGHE 2004, I – 7573 ff. – *Trojani* (Sozialhilfe während des rechtmäßigen Aufenthalts bis zur Abschiebung).

<sup>40</sup> EuGHE 2004, I – 9925 ff. – *Chen/Zhu* (Aufenthaltsrecht von Drittstaatsangehörigen zur Betreuung von minderjährigen Unionsbürgern).



*Bidar*<sup>41</sup>. Sie alle stehen für die gleiche Freiheit der von ihrem Freizügigkeitsrecht Gebrauch machenden Unionsbürger und ihre Teilhabe an Sozialleistungen wie Erziehungsgeld, Studienbeihilfen, Studentendarlehen oder der Sozialhilfe, d. h. für eine tendenziell umfassende Inländerbehandlung.

Noch rätselt die Wissenschaft über die richtige Deutung dieser Rechtsprechung.<sup>42</sup> Während die einen in ihr lediglich eine – kritikwürdige – Arrondierung bisheriger Berechtigungen sehen, sprechen andere von einem “großen Schritt”.<sup>43</sup> Manche halten sie sogar für “*ultra vires*”, mit der Folge, dass sie jedenfalls in Deutschland gar nicht anwendbar wäre.<sup>44</sup> Aber ist hier wirklich, gleichsam durch die Hintertür, die dem unionalen Verfassungsgeber vorbehaltene Inklusion der Unionsbürger richterrechtlich ins Werk gesetzt worden? Hat sich der EuGH, ganz in der Tradition seines Selbstverständnisses als “Motor der Integration”,<sup>45</sup> tatsächlich zum Verfassungsgeber aufgeschwungen?

Dies lässt sich nur beantworten, wenn auf einer niedrigeren Abstraktionsebene zunächst der genaue Gewährleistungsgehalt des Freizügigkeitsrechts nach Art. 18 Abs. 1 EG geklärt wird, seine Bedeutung im Gesamtgefüge der Unionsbürgerschaft, das Verhältnis von Freizügigkeit und Grundfreiheiten, seine Qualifikation als Grundfreiheit oder Grundrecht, die verbleibende Bedeutung der (nationalen) Staatsangehörigkeit, die durch die Unionsbürgerschaft ausweislich des Art. 17 Abs. 1 Satz 3 EG nur ergänzt, nicht ersetzt werden soll, sowie das Verhältnis zwischen Art. 18 EG und dem ihn konkretisierenden Sekundärrecht.

#### a) Schutzbereich: Inländerbehandlung und Beschränkungsverbot

Art. 18 EG begründet einen umfassenden, tatbestandlich begrenzten und begrenzten Anspruch. Von seinem sachlichen Gehalt her garantiert er das Recht zur Fortbewegung in den Aufnahmestaat und das Recht, dort Aufenthalt zu nehmen. Im Verein mit Art. 12 Abs. 1 EG verbürgt er insoweit einen grundsätzlichen Anspruch aller Unionsbürger auf Inländerbehandlung. Dieser Anspruch ist freizügigkeitsakzessorisch.<sup>46</sup> Deshalb besteht auch der Diskriminierungsschutz nur solange, solange der Mitgliedstaat keine aufenthaltsbeendenden Maßnahmen ergriffen hat, womit sich die Ergebnisse in den Rs. *Sala* und Rs. *Trojani* überzeugend begründen lassen.

<sup>41</sup> EuGHE 2005, I – 2119 ff. – *Dany Bidar* (Studentendarlehen in Großbritannien für französischen Studenten).

<sup>42</sup> Siehe etwa A. Hatje/P. M. Huber (Hrsg.), Unionsbürgerschaft und soziale Rechte, EuR Beiheft 1/2007 mit Beiträgen von C. Calliess, T. Kingreen, W. Cremer und U. Becker.

<sup>43</sup> Von einem “großen Schritt” sprechen v. Bogdandy/Bitter (Anm. 29), 309-311.

<sup>44</sup> BVerfGE 89, 155/188 – *Maastricht*; Huber (Anm. 14), § 21 Rdnr. 65.

<sup>45</sup> Huber (Anm. 14), § 14 Rdnr. 3.

<sup>46</sup> Wollenschläger (Anm. 27), 175 ff.

Darüber hinaus garantiert Art. 18 Abs. 1 EG Mobilität auch jenseits der Inländerbehandlung<sup>47</sup> und schützt insoweit auch eigene Staatsangehörige, wenn sie von ihrem Freizügigkeitsrecht Gebrauch machen. Eine umfassende Mobilitätsgarantie, parallel zur allgemeinen Handlungsfreiheit des deutschen Verfassungsrechts (Art. 2 Abs. 1 GG), lässt sich der Freizügigkeitsgewährleistung dagegen nicht entnehmen, schon weil damit eine Entdifferenzierung des grundfreiheitlichen Schutzinstrumentariums und eine empfindliche Beschränkung nationaler Regelungsmöglichkeiten verbunden wäre. Reine Inlandssachverhalte werden von Art. 18 Abs. 1 EG ebenfalls nicht erfasst, so dass sich insbesondere die eigenen Staatsangehörigen – von nationalen Grenzen für die Inländerdiskriminierung einmal abgesehen<sup>48</sup> – gegenüber ihren Mitgliedstaaten i. d. R.<sup>49</sup> nicht auf die Garantie der “Freizügigkeit” berufen können.

Zweifelhaft ist darüber hinaus, ob auch der unionale Gesetzgeber bei der Konkretisierung des Freizügigkeitsrechts nach Art. 18 Abs. 2 EG selbst an dessen Gewährleistungsgehalt gebunden ist. Während der Gerichtshof im Bereich der Warenverkehrs-, Niederlassungs-, Dienstleistungs- und Kapitalverkehrsfreiheit von einem “Anwendungsvorrang” des Sekundärrechts ausgeht,<sup>50</sup> scheint er hier – wie im Anwendungsbereich der Arbeitnehmerfreizügigkeit<sup>51</sup> – doch einen Rückgriff auf die Normenhierarchie vorzunehmen. Hatte er in der Rs. *Grzelczyk* eine Überprüfung der Richtlinie anhand des Primärrechts noch übergangen und richtlinienimmanent argumentiert,<sup>52</sup> wird die in Rede stehende Richtlinie in den Rs. *Baumbast und R*<sup>53</sup> und *Trojani*<sup>54</sup> klar als Beschränkung i. S. d. Art. 18 EG betrachtet, die namentlich dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit genügen muss.<sup>55</sup>

## b) Rechtfertigungsbedürftigkeit von Diskriminierungen und Beschränkungen

Wie sehr hinter dieser Rechtsprechung die Vorstellung einer prinzipiell “gleichen Freiheit der Unionsbürger” steht, wird klar, wenn man die Grenzen des Freizügigkeitsregimes betrachtet. Sie werden – vor dem Hintergrund der “graduellen Verallgemeinerung” des Freizügigkeitsrechtes konsequent – vom Gerichtshof re-

<sup>47</sup> *Ibid.*, 228 ff.

<sup>48</sup> Huber (Anm. 14), § 17 Rdnr. 71 ff.

<sup>49</sup> Zu Ausnahmen siehe vorstehend.

<sup>50</sup> A. v. Bogdandy, Grundrechtsgemeinschaft als Integrationsziel?, JZ 2001, 157-166; C. Callies, Diskussionsbeitrag, ZaöRV 64 (2004), 665; M. Dogan, The Constitutional Dimension of the Case Law on Union Citizenship, E.L.Review 2006, 613 ff.; Huber (Anm. 14), § 17 Rdnr. 44; siehe aber EuGHE 1998, I – 1931 – *Kobll*, Rz. 25.

<sup>51</sup> Differenzierend A. Randelzhofer/U. Forsthoﬀ, in: Grabitz/Hilf (Hrsg.), EUV/EGV, (Stand Januar 2008) Vor Art. 39 Rn. 146 ff.

<sup>52</sup> EuGHE 2001, I – 6193 – *Grzelczyk*, Rz. 44.

<sup>53</sup> EuGHE 2002, I – 7091 – *Baumbast und R*, Rz. 91.

<sup>54</sup> EuGHE 2004, I – 7573 – *Trojani*, Rz. 33.

<sup>55</sup> Siehe auch GA Colomer, EuGHE 2004, I – 2703, Rz. 62; C. Müller-Graff, Grundfreiheiten und Gemeinschaftsgrundrechte, FS für Helmut Steinberger, 2002, 1281/1293, Fn. 57.

striktiv gehandhabt und strikt an den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gebunden.<sup>56</sup>

Die – vom Wortlaut des Art. 18 Abs. 1 EG nahe liegende – Differenzierung zwischen Beschränkungen und Bedingungen spielt dagegen keine Rolle. Da ihr der Vertragsgeber wohl keine ausschlaggebende Bedeutung zugemessen hat, lässt sie sich überzeugend nur im Sinne eines einheitlichen Schrankenvorbehalts auflösen.<sup>57</sup> Das hat den Vorteil, dass sich sämtliche unmittelbaren oder mittelbaren, aktuellen oder potentiellen Beeinträchtigungen der rationalisierenden Kraft der Verhältnismäßigkeitsprüfung stellen müssen.<sup>58</sup> Für den *ordre public*-Vorbehalt gilt das ebenso wie für die bei nicht Erwerbstätigen geforderten wirtschaftlichen Anforderungen (Lebensunterhalt, Krankenversicherung). Sie müssen von den Mitgliedstaaten nicht nur einzelfallbezogen gehandhabt werden, sondern auch tendenziell restriktiv – der *ordre public*-Vorbehalt “besonders eng”, die ökonomischen Aufenthaltsvoraussetzungen, wie die Rs. *Baumbast und R* zeigt, abhängig von der Integration des Unionsbürgers in den Aufnahmemitgliedstaat.

Diskriminierungen aus Gründen der Staatsangehörigkeit sind als Beschränkungen des Inländerbehandlungsanspruchs auf der Rechtfertigungsebene besonders begründungsbedürftig. Im Anwendungsbereich von Art. 18 Abs. 1 EG i. V. m. Art. 12 EG lassen sie sich praktisch nur noch mit Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung oder die Gesundheit rechtfertigen und nur, wenn sie sich zudem an Art und Ausmaß der Integration des Unionsbürgers im Aufnahmestaat orientieren.<sup>59</sup> Das wird mit zunehmender Integration der Betroffenen immer schwieriger. Letztlich ergibt sich so ein “Konzept der abgestuften Solidarität”,<sup>60</sup> bei dem der effektive Schutz des Diskriminierungsverbotes als Korrelat eines vom Stand der Integration abhängigen “unionsbürgerlichen Solidaritätsverbundes” erscheint. Die Entscheidung des Gerichtshofes in der Rs. *Dany Bidar* fällt dabei allerdings aus dem Rahmen.<sup>61</sup>

### 3. Die staatstheoretische Bedeutung der Freizügigkeit

Hinter der bei oberflächlicher Betrachtung technisch anmutenden Fortentwicklung des Freizügigkeitsregimes verbirgt sich, genau genommen, nicht mehr und nicht weniger als ein staatstheoretischer Anspruch. Formulierungen wie die vom “grundlegenden Status des Unionsbürgers” und das Pathos eines “*civis europaëus*

<sup>56</sup> EuGH 2002, I – 7091 ff. – *Baumbast und R*, Rz. 91; 2004, I – 9925 ff. – *Chen/Zhu*, Rz. 32; v. Bogdandy/Bitter (Anm. 29), 309-313.

<sup>57</sup> Wollenschläger (Anm. 27), 145 ff., am Beispiel der ökonomischen Voraussetzungen.

<sup>58</sup> v. Bogdandy/Bitter (Anm. 29), 309-313; Wollenschläger (Anm. 27), 128 ff.

<sup>59</sup> Wollenschläger (Anm. 27), 189 ff.

<sup>60</sup> Wollenschläger (Anm. 27), 206 ff.

<sup>61</sup> Zu Recht krit. Wollenschläger (Anm. 27), 195, 220.

sum” aus den Schlussanträgen des GA Francis Jacobs in der Rs. *Konstantinidis*,<sup>62</sup> das auch in Schlussanträgen der GA Léger, La Pergola und Cosmas in den Rs. *Boukhalfa*,<sup>63</sup> *Stöber und Pereira*<sup>64</sup> und *Wijsenbeek*<sup>65</sup> anklingt, machen dies deutlich.

Und in der Tat gibt es ideengeschichtliche Verbindungslinien zwischen Freizügigkeit und bürgerschaftlicher Zugehörigkeit. Sowohl die deutsche als auch die US-amerikanische Verfassungsgeschichte belegen etwa, dass die Freizügigkeit Grundvoraussetzung für die Entstehung und Konsolidierung des Bundesstaates war, eine entscheidende Etappe auf dem Weg des “*nation building*”.<sup>66</sup> In der Grundrechtsgarantie des Art. 11 GG lebt sie heute ebenso fort wie in der Anordnung des Art. 33 Abs. 1 GG, wonach alle Deutschen in allen Ländern die gleichen staatsbürgerlichen Rechte und Pflichten besitzen. Die “*interstate commerce clause*” der US-Verfassung erfüllt eine vergleichbare Funktion.

Auch im europäischen Mehr-Ebenen-System war die für die Freizügigkeit leitende Idee eines Europas der Bürger von Anfang an untrennbar mit dem Konzept einer Politischen Union verbunden und von Hans Peter Ipsen schon in den 1960er Jahren mit dem Begriff der “Marktbürgerschaft” auf den Punkt gebracht worden.<sup>67</sup>

## IV. Grenzen gleicher Freiheit

### 1. Die Ebene des Unionsrechts

#### a) Freizügigkeit als bloße “Grundfreiheit ohne Markt”

Wie dargelegt, besteht der materielle Kern der Unionsbürgerschaft in der Gewährleistung und Entfaltung der Freizügigkeitsgarantie. Bei dieser handelt es sich um ein zu den Grundfreiheiten des Binnenmarktes subsidiäres, von ökonomischen Bezügen allerdings abgelöstes Rechtsinstitut, das Ferdinand Wollenschläger überzeugend als “Grundfreiheit ohne Markt” qualifiziert hat.<sup>68</sup> Dafür sprechen – ungeachtet der unleugbaren Parallelen zwischen der Freizügigkeitsgarantie und den Grundrechten – vor allem ihre primär horizontale Ausrichtung, ihre spezifi-

<sup>62</sup> GA Jacobs, in: EuGHE 1993, I – 1191 – *Konstantinidis*, Rz. 46.

<sup>63</sup> GA Léger, in: EuGHE 1996, I – 2253 – *Boukhalfa*, Rz. 63.

<sup>64</sup> GA La Pergola, in: EuGHE 1997, I – 511 – *Stöber und Pereira*, Rz. 50.

<sup>65</sup> GA Cosmas in: EuGHE 1999, I – 6207 – *Wijsenbeek*, Rz. 83 f.

<sup>66</sup> Grundlegend C. Schönberger, *Unionsbürger*, 2005, 100 ff.; ferner A. Böhm er, *Die Europäische Union im Lichte der Reichsverfassung von 1871*, 1999, 111.

<sup>67</sup> H. P. Ipsen/G. Nicolaysen, *Haager Kongreß für Europarecht und Bericht über die aktuelle Entwicklung des Gemeinschaftsrechts*, NJW 1964, 339-340; C. Calliess, *Der Unionsbürger: Status, Dogmatik und Dynamik*, EuR, Beiheft 1/2007, 7-9 f.

<sup>68</sup> Wollenschläger (Anm. 27), *passim*.

sche Integrationsfunktion, ihr instrumenteller Charakter und, *last not least*, ihr mit den Grundfreiheiten vergleichbarer – dreifacher – Gewährleistungsgehalt.

Das allgemeine Freizügigkeitsrecht, hat seine Freizügigkeitsakzessorietät nicht verloren. Die Anknüpfung an einen grenzüberschreitenden Sachverhalt bleibt konstitutiv. Auch bei Art. 18 EG geht es primär um die Gewährleistung eines Fortbewegungs- und Aufenthaltsrechts, eines Anspruchs auf Inländerbehandlung und Mobilitätsschutz, die – und “nur” das ist das eigentlich Neue – anders als die Grundfreiheiten des Art. 14 Abs. 2 EG – keine ökonomischen Anknüpfungspunkte (mehr) enthält.<sup>69</sup> Zwar hat das zunächst nur sekundärrechtlich verbrieft Freizügigkeitsrecht der nicht Erwerbstätigen durch die Ansiedelung in Art. 18 Abs. 1 EG eine “Rangerhöhung” erfahren, doch unterstreicht auch dies die Nähe zu den anderen Grundfreiheiten.

Gegenüber den Marktfreiheiten bleibt Art. 18 Abs. 1 EG allerdings *lex generalis*.<sup>70</sup> Allein durch seine Existenz ermöglicht er aber deren schärfere Konturierung. Insoweit ist etwa die alte Rechtsprechung des EuGH zur Freizügigkeit Studierender – wie die Rs. *Grzelczyk* und Rs. *Dany Bidar* belegen – in Art. 18 Abs. 1 EG aufgegangen. Fälle, in denen Unionsbürger spezifische, länger dauernde Dienstleistungen wie eine ärztliche Behandlung oder Schulausbildung in Anspruch nehmen, müssen jedoch auch weiterhin dem Schutzbereich der (passiven) Dienstleistungsfreiheit zugeordnet werden.<sup>71</sup> Gilt das aber auch für Personen, deren Erwerbstätigkeit ihren Lebensunterhalt nicht deckt?<sup>72</sup> Dafür spricht, dass die Rechte der Erwerbstätigen die der nur Freizügigkeitsberechtigten nach wie vor übertreffen. Auf der anderen Seite werden deren Nachteile durch Art. 6 RiL 2004/38/EG gemindert.

So gesehen nimmt sich der spezifische Garantiegehalt der Unionsbürgerschaft freilich eher bescheiden aus, wirkt er eher wie eine Abrundung des Binnenmarktkonzeptes denn wie die vorrangige, Bruchlinien mit dem mitgliedstaatlichen Recht provozierende Garantie eines grundlegenden neuen Status. Eine umfassende Gleichstellung von Unionsbürgern und Staatsangehörigen bewirkt die Entfaltung der Freizügigkeit durch den EuGH naturgemäß nicht; sie vermindert die Unterschiede zwischen Staatsangehörigen und Unionsbürgern mit Blick auf ihre freiheitsrechtlichen Berechtigungen, ebnet sie jedoch nicht ein. Überhaupt geht es in erster Linie gar nicht um das Verhältnis zwischen dem Einzelnen und der EU, um die Begründung eines Bandes gegenseitiger Rechte und Pflichten, um die Inklusion und Exklusion Dritter oder die Schaffung eines Status “*civis europaei*”. Dass sich die Unionsbürgerschaft *de constitutione lata* in den eher technischen Bestimmungen der Art. 17 ff. EG findet und nicht im EU-V,<sup>73</sup> macht vor diesem Hintergrund Sinn.

---

<sup>69</sup> *Ibid.*, 4.

<sup>70</sup> *Ibid.*, 101.

<sup>71</sup> *Ibid.*, 123.

<sup>72</sup> *Ibid.*, 310.

<sup>73</sup> *Ibid.*, 92.

## b) Relativierung der Unionsbürgerschaft durch Gleichstellung von Drittstaatsangehörigen

Quer zu der Indienstnahme der Unionsbürgerschaft für die europäische Integration, quer zu dem Bestreben, sie zum grundlegenden Status aller Unionsbürger zu erheben, liegt auch die Tendenz des unionalen Gesetzgebers, Drittstaatsangehörigen den Unionsbürgern hinsichtlich der Freizügigkeit und aus ihr abgeleiteter Berechtigungen wie Aufenthalt, Zugang zum Arbeitsmarkt und zu Bildungseinrichtungen etc. zunehmend gleichzustellen.<sup>74</sup> Damit wird die Idee eines mit der Unionsbürgerschaft zusammenhängenden, mit spezifischen Privilegien verbundenen Status gleicher Freiheit unterminiert. Ohne In- und Exklusionsmechanismen kann Integration im Sinne der Integrationslehre Rudolf Smends<sup>75</sup> nicht funktionieren.

## 2. Bruchlinien zu den Demokratiekonzepten des nationalen Verfassungsrechts

Die Freizügigkeit der Unionsbürger und der mit ihr einher gehende, zunehmend unbeschränkte Inländerbehandlungsanspruch brechen sich freilich am nationalen Verfassungsrecht, insbesondere an dem in nahezu allen Mitgliedstaaten hoch gehaltenen, häufig sogar gegen Verfassungsänderungen mehr oder wenig abgeschirmten Konzept des Nationalstaats und einer nationalstaatlich ausgerichteten Demokratie.<sup>76</sup>

Das gilt auch für Deutschland, wo das Demokratieprinzip lange Zeit ein rechtsdogmatisches Schattendasein gefristet hat. Die konstitutionellen Rahmenbedingungen des Kaiserreichs, die für die deutsche Staatsrechtslehre besonders prägend waren, haben spezifisch deutsche Beiträge zur gemeineuropäischen Demokratietheorie – anders als bei Rechts- und Bundesstaatlichkeit – nicht gerade begünstigt.<sup>77</sup> Das hat auch die Staatspraxis unter dem Grundgesetz noch lange Zeit geprägt, was sich u. a. daran ablesen lässt, dass die spezifisch dem Demokratieprinzip gewidme-

<sup>74</sup> Siehe etwa Art. 11 Richtlinie 2003/109/EG des Rates vom 25. November 2003 betreffend die Rechtsstellung der langfristig aufenthaltsberechtigten Drittstaatsangehörigen (ABl. EU 2003 Nr. L 16/44-53); Art. 12 ff., 17 Richtlinie 2004/114/EG des Rates vom 13. Dezember 2004 über die Bedingungen für die Zulassung von Drittstaatsangehörigen zur Absolvierung eines Studiums oder zur Teilnahme an einem Schüleraustausch, einer unbezahlten Ausbildungsmaßnahme oder einem Freiwilligendienst (ABl. EU 2004 Nr. L 375/12-18); A. Epiney, Rechtsgrundlagen der Migration in Europa (allgemeines Völkerrecht, EMRK, Gemeinschaftsrecht und Rechtsvergleichung), demn. in: SIPE 5 (2009). Zur Bilaterale I und II mit der Schweiz H. Keller, Offene Staatlichkeit: Schweiz, in: v. Bogdandy/Cruz Villalón/Huber (Anm. 4), § 23 Rdnr. 19 ff.

<sup>75</sup> R. Smend, HdSW Bd. V, 1956.

<sup>76</sup> Huber (Anm. 4), § 26 Rdnr. 85 ff.

<sup>77</sup> R. Smend, Deutsche Staatswissenschaft vor hundert Jahren – und heute, in: ders. Staatsrechtliche Abhandlungen, 3. Aufl. 1994, 618: "Schmerzskind der deutschen Staatstheorie"; M. Kotzur, Die Demokratiedebatte in der deutschen Verfassungsrechtslehre, in: Bauer/Huber/Sommermann (Hrsg.), Demokratie in Europa, 2005, 351-384.

ten Leitentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts überwiegend erst aus der Zeit nach 1990 datieren.<sup>78</sup>

### a) Kategoriale Unterscheidung von Staatsangehörigen und Ausländern

Das Demokratieprinzip des Grundgesetzes besitzt – wie in manchen Entscheidungen anklingt<sup>79</sup> – zwar einen in der Würde des Menschen angesiedelten Kern.<sup>80</sup> Ausweislich von Art. 20 Abs. 2 GG fordert es in der Sache jedoch, „dass alle Staatsgewalt vom Volke ausgeht und von diesem in Wahlen und Abstimmungen und durch besondere Organe der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung ausgeübt wird; diese bedürfen hierfür einer Legitimation, die sich auf die Gesamtheit der Bürger als Staatsvolk zurückführen lässt“.<sup>81</sup> Staatliches Handeln – nicht nur Handeln mit Entscheidungscharakter, wie das BVerfG meint<sup>82</sup> – erfordert insoweit ein hinreichendes Legitimationsniveau, das typischerweise durch personelle, materielle und institutionelle Vorkehrungen sichergestellt wird,<sup>83</sup> in bestimmten Bereichen – mit Blick auf Europa oder die funktionale Selbstverwaltung – jedoch auch Durchbrechungen, Einschränkungen oder „Einflussknicks“<sup>84</sup> zulässt.<sup>85</sup>

Die Unionsbürger anderer Mitgliedstaaten bleiben aus dieser Perspektive grundsätzlich Ausländer, ihre „Inklusion“, ihre Inländerbehandlung jedenfalls im „*Status activus*“, ein „Einflussknick“. Denn ihre Mitwirkung reduziert das demokratische Legitimationsniveau, verglichen mit dem *Status quo ante*.

<sup>78</sup> BVerfGE 9, 268 ff. – *Personalvertretung*; 83, 37 ff. – *Ausländerwahlrecht SH*; 83, 60 ff. – *Ausländerwahlrecht HH*; 89, 155 ff. – *Maastricht*; 93, 37 ff. – *Mitbestimmungsgesetz SH*; 107, 59 ff. – *Wasserverbände*; 111, 191/214 ff. – *Notarkassen*.

<sup>79</sup> BVerfGE 5, 85/204; 44, 125/142; 107, 59/92.

<sup>80</sup> BVerfGE 5, 85/204 f. – *KPD*; 89, 155/182 – *Maastricht* i. V. m. Art. 38 GG; 107, 59/91 f. – *Wasserverbände*.

<sup>81</sup> BVerfGE 107, 59/87 – *Wasserverbände* m. w. N.

<sup>82</sup> BVerfGE 83, 60/73; 93, 37/68; krit. S. Storr, Verfassungsrechtliche Direktiven des demokratischen Prinzips für die Nutzung privatrechtlicher Organisations- und Kooperationsformen durch die öffentliche Verwaltung, in: Bauer/Huber/Sommermann (Anm. 77), 411-421.

<sup>83</sup> P. M. Huber, Demokratie in Europa – Zusammenfassung und Ausblick, in: Bauer/Huber/Sommermann (Anm. 77.), 491-500.

<sup>84</sup> Siehe dazu P. M. Huber, Die entfesselte Verwaltung, StWiss 8 (1997), 423-424; ders., Weniger Staat im Umweltschutz, DVBl. 1999, 489 (495). Der Begriff geht in seinem verwaltungswissenschaftlichen Kern zurück auf F. W agener, Typen der verselbständigten Erfüllung öffentlicher Aufgaben, in: ders. (Hrsg.), Verselbständigung von Verwaltungsträgern, 1976, 40; Storr (Anm. 82), 411-424 ff. verwendet den Begriff „Steuerungsreduktion“.

<sup>85</sup> Huber (Anm. 83), 491-508 f.

## b) Gleichstellung der Unionsbürger als rechtfertigungsbedürftige Privilegierung

Vor diesem Hintergrund stellt sich die Inländerbehandlung von Unionsbürgern anderer Mitgliedstaaten zumindest bei den sich auf das demokratische Legitimationsniveau auswirkenden Mitwirkungsrechten als rechtfertigungsbedürftige Privilegierung dar. Das gilt für das in Art. 19 Abs. 1 EG enthaltene Kommunalwahlrecht für Unionsbürger anderer Mitgliedstaaten,<sup>86</sup> ihre faktische Gleichbehandlung im Anwendungsbereich von Bürgerrechten wie der Versammlungs- (Art. 8 GG), Vereinigungs- (Art. 9 GG) und Berufsfreiheit (Art. 12 GG), im Schutzbereich der Freizügigkeit (Art. 11 GG) oder von Art. 33 Abs. 2 GG. Allerdings lassen sich die mit diesen Privilegierungen verbundenen "Einflussknicks" mit der Staatszielbestimmung des Art. 23 Abs. 1 GG rechtfertigen.

## c) Grenzen der Inländerbehandlung

Wieweit diese "Einflussknicks" gehen können und wie sie verfassungsrechtlich zu bewerten sind, ist dagegen offen. Dem deutschen Demokratieprinzip eignet insoweit eine gewisse begriffliche und dogmatische Unschärfe. Sie zeigt sich zunächst daran, dass das Demokratiegebot in Art. 20 GG in einem Spannungsverhältnis zu anderen Verfassungsgrundsätzen und -prinzipien steht, was in den Formeln vom "freiheitlichen Rechtsstaat", der "freiheitlich-demokratischen Grundordnung", dem "demokratischen Bundesstaat" etc. einen gegensatzaufhebenden Ausdruck gefunden hat. Das zieht erhebliche Unsicherheiten nach sich, etwa wenn es darum geht, ob dem Grundgesetz ein reines "Input-Konzept" zugrunde liegt oder ob und inwieweit es auch für *Output*-Aspekte offen ist. Es erschwert die Antwort auf die Frage, ob das Demokratieprinzip des Art. 20 GG und die ihm entnommene Anforderung eines hinreichenden Legitimationsniveaus eine "Regel" darstellen, oder, darüber hinausgehend, ein auf Optimierung der Partizipationsmöglichkeiten drängendes Prinzip.<sup>87</sup> Seit das Bundesverfassungsgericht davon gesprochen hat, dass Art. 20 Abs. 2 GG eine Staatszielbestimmung und ein Verfassungsprinzip enthalte und aufgrund seines Prinzipiencharakters entwicklungs offen sei,<sup>88</sup> geht der Trend zwar eindeutig zur zweiten Alternative. Eine überzeugende Begründung dafür fehlt jedoch.<sup>89</sup>

<sup>86</sup> BVerfGE 83, 37/59.

<sup>87</sup> BVerfGE 5, 85/204 f. – *KPD*; 107, 59/91 f. – *Wasserverbände NRW*; BayVerfGHE 2, 181/218; P. M. Huber, Volksgesetzgebung und Ewigkeitgarantie, 2003, 28 ff.; S. Unger, Das Verfassungsprinzip der Demokratie, 2008; a. A. C. Hillgruber, Die Herrschaft der Mehrheit, AöR 127 (2002), 460/469; J. Isensee, Verfassungsreferendum mit einfacher Mehrheit, 1999, 53; allgemein zum Prinzip R. Alexy, Theorie der Grundrechte, 2. Aufl. 1994, 71 ff.; H. Dreier, in: ders. (Hrsg.), GG Bd. II, Art. 20 Rdnr. 10.

<sup>88</sup> BVerfGE 107, 59/91 – *Wasserverbände*.

<sup>89</sup> Siehe nun aber Unger (Anm. 87).



Der rechtswissenschaftliche Demokratiebegriff ist freilich umso gehaltvoller, seine normative Steuerungskraft umso größer, je klarer er sich zu anderen verfassungsrechtlichen Grundentscheidungen hin abgrenzen lässt.<sup>90</sup> Nicht überholtes Trennungsgedenken,<sup>91</sup> sondern das Gebot einer die Wirkkraft der Verfassung bestmöglich entfaltenden Interpretation zwingt deshalb ungeachtet aller Interdependenzen, die zwischen den unterschiedlichen Verfassungsgewährleistungen im freiheitlichen Verfassungsstaat fraglos bestehen, dazu, diese auf ihren Kern zurückzuführen und sie einander zuzuordnen. Kollisionen und Zielkonflikte mit dem Gebot der Rechtsstaatlichkeit,<sup>92</sup> einem materiell verstandenen republikanischen Prinzip<sup>93</sup> oder mit der Garantie der Bundesstaatlichkeit<sup>94</sup> sind insoweit unumgänglich. Sie ermöglichen aber auch eine rationale Abwägung zwischen den divergierenden Belangen, auf deren Grundlage allein sich verlässliche und berechenbare Aussagen über das Verhältnis von grundrechtlicher und partizipativer Selbstbestimmung, parlamentarischer und unmittelbarer Demokratie u. v. a. m. treffen lassen.<sup>95</sup>

Das BVerfG hat den Legitimations- und Zurechnungszusammenhang zwischen öffentlicher Gewalt und Volk, also den Umstand, "daß (sich) die Wahrnehmung staatlicher Aufgaben und die Ausübung staatlicher Befugnisse [...] auf das Staatsvolk zurückführen lassen und grundsätzlich ihm gegenüber verantwortet werden" muss, als nicht antastbaren Gehalt des Demokratieprinzips bezeichnet (Art. 79 Abs. 3 GG).<sup>96</sup> Indem es die mit dem Kommunalwahlrecht verbundenen "Einflussknicks" zulasten des (deutschen) Demokratieprinzips und der (deutschen) Volkssouveränität (Art. 20 Abs. 1 und 2 GG) als mit Blick auf die besondere verfassungsrechtliche Legitimation der europäischen Integration im Hinblick auf Art. 79 Abs. 3 GG noch hinnehmbare Regelung bezeichnet hat, hat es zugleich zum Ausdruck gebracht, dass ein staatliches Wahlrecht zu den Landtagen oder zum Bundestag mit Art. 79 Abs. 3 GG kollidieren würde.<sup>97</sup> Das setzt einer Weiterentwicklung der Unionsbürgerschaft (Art. 22 EG) jedenfalls aus deutscher Sicht definitive Grenzen.<sup>98</sup>

---

<sup>90</sup> Krit. L. Heuschling, Krise der Demokratie und Krise der juristischen Demokratielehre, in: Bauer/Huber/Sommermann (Anm. 77), 33-40; K o t z u r (Anm. 77), 351-384 ff.

<sup>91</sup> So die Kritik von K o t z u r (Anm. 77), 351-382 ff.

<sup>92</sup> P. M. H u b e r, Volksgesetzgebung und Ewigkeitsgarantie, 2003, 52 f.

<sup>93</sup> *Ibid.*, 63 ff.

<sup>94</sup> P. M. H u b e r, Deutschland in der Föderalismusfalle?, 2003, 17 f.; d e r s., Klarere Verantwortungsteilung von Bund, Ländern und Kommunen?, Gutachten D 65. Deutscher Juristentag, 2004, D 37 ff.

<sup>95</sup> Zum Verfahren der Volksgesetzgebung und der Einordnung von Quoren und Haushaltsvorbehalt H u b e r (Anm. 92), 33 ff., 63 f.; zum parallelen Problem beim Sozialstaatsprinzip des Grundgesetzes U. V o l k m a n n, Aussprache, VVDStRL 64 (2005), 91 ff.

<sup>96</sup> BVerfGE 89, 155, 182 – *Maastricht*.

<sup>97</sup> BVerfGE 83, 37/59 – *kommunales Ausländerwahlrecht SH*.

<sup>98</sup> H u b e r (Anm. 4), § 26 Rdnr.87; zu den Grenzen unionsbürgerlicher Gleichheit W o l l e n s c h l ä g e r (Anm. 27), 335 ff.; zu ihrem dynamischen Charakter *ibid.*, 115 f., 324 f., 357 f.

## V. Freizügigkeitsregime und Stand der Integration

### 1. Grundsätzliche Korrelation

Gravitationszentrum des Unionsbürgerstatus, wie er sich unter dem Einfluss der EuGH-Rechtsprechung herausgebildet hat, ist, das ist im Einzelnen dargelegt worden, die Freizügigkeitsgarantie des Art. 18 EG.<sup>99</sup> Von hier aus lässt sich der Bogen zu anderen föderalen Systemen und ihrer Entwicklungsgeschichte schlagen sowie ihre Kontextabhängigkeit belegen.<sup>100</sup> Je nachdem, welche Perspektive man dabei anlegt, wird der *Status quo* in der EU zufrieden stellen oder enttäuschen. Historische Vergleiche mit den USA oder mit der Einigung Deutschlands im 19. Jahrhundert legen ersteres nahe.

Dermaßen rekonstruiert überzeugt dann auch die Entfaltung der unionalen Freizügigkeitsgarantie durch den EuGH – aus funktionell-rechtlichen Überlegungen und wegen ihrer Einbettung in den Stand der Integration und die fortdauernde Struktur der EU als Staaten- und Verfassungsverbund. Diese sichert die Gestaltungsspielräume der Mitgliedstaaten auf der Rechtfertigungsebene,<sup>101</sup> vermeidet das Postulat einer undifferenzierten gleichen Freiheit aller Unionsbürger und damit kaum zu lösende Grundsatzkonflikte mit dem nationalen Verfassungsrecht.

Auf der Grundlage von Freizügigkeit und Diskriminierungsverbot ist die gleiche Freiheit der Unionsbürger in den vergangenen 10 Jahren kontinuierlich entfaltet worden. Vollständige Gleichheit ist insoweit jedoch nicht erreicht und bis auf weiteres wohl auch nicht erreichbar. Bezeichnenderweise ist die Freizügigkeitsgarantie in erster Linie horizontal ins Werk gesetzt worden, als gegen die mitgliedstaatlichen Teilrechtsordnungen zu entfaltende Gewährleistung, und konsequenterweise richten sich die Solidaritätserwartungen der Unionsbürger denn auch primär an die Mitgliedstaaten, weniger an die EU.

Hatte die Furcht vor einer übermäßigen Belastung der Sozialkassen eine Entfaltung der Freizügigkeitsgarantie zunächst verhindert, was in den AufenthaltsRiL 90/364/EWG, 90/365/EWG und 90/366/EWG ebenso Ausdruck gefunden hat wie in Art. 18 Abs. 2 EG, so hat sich der EuGH davon seit Ende der 1990er Jahre doch Stück für Stück emanzipiert. Dabei kann man durchaus unterstellen, dass die nur geringe tatsächliche Inanspruchnahme der von ihm großzügig ausgedehnten Inländerbehandlungsansprüche diese Rechtsprechung begünstigt, wenn nicht sogar erst möglich gemacht hat. Die Freizügigkeitsrichtlinie 2004/38/EG<sup>102</sup> hat den „*acquis*“

<sup>99</sup> Wollenschläger (Anm. 27), 263 ff.

<sup>100</sup> C. Schönberger, Unionsbürger. Europas föderales Bürgerrecht in vergleichender Sicht, 2006; ders., Die Europäische Union als Bund, AöR 129 (2004), 81 ff.; Wollenschläger (Anm. 27), 394 f.

<sup>101</sup> Wollenschläger (Anm. 27), 203 ff.

<sup>102</sup> Richtlinie 2004/38/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, zur Änderung der Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 und zur Aufhebung der Richtlinien 64/221/EWG, 68/360/EWG, 72/194/EWG, 73/148/EWG, 75/34/EWG, 75/35/

später zusammengeführt und die Rechtsprechung des EuGH kodifiziert. Aber auch sie hat die im Unionsrecht angelegte Differenzierung zwischen ökonomisch und nicht ökonomisch motivierter Freizügigkeit nicht vollständig aufgehoben. Insbesondere bei den nicht nur kurzfristig Aufenthaltsberechtigten (3 Monate – 5 Jahre) bleibt der Status gleicher Freiheit ausländischer Unionsbürger prekär (Art. 7, 14 Abs. 1, 27, 28 RiL 2004/38/EG), sobald die Mitgliedstaaten aufenthaltsbeendende Maßnahmen einleiten.

Somit erscheint das Konzept der Unionsbürgerschaft derzeit durchaus ambivalent. In der Traditionslinie anderer Mehr-Ebenen-Systeme eignet sie sich zwar als Kern einer „*magna charta*“ der Unionsbürger. Im Anwendungsbereich der Verträge, d. h. überall dort, wo sich Unionsbürger in der EU außerhalb ihres Heimatstaates aufhalten, garantiert sie ihnen grundsätzlich die gleiche Freiheit wie den Staatsangehörigen und unterwirft ihre Beschränkung besonderen Rechtfertigungserfordernissen.

Gleichwohl ist die bislang nur begrenzte Solidarität zwischen den in der EU zusammengeschlossenen Staaten und ihren Völkern allerdings ein dermaßen legitimer Grund, Abstriche von der gleichen Freiheit und der gleichen Teilhabe an solidarisch finanzierten Leistungen zu machen. Insoweit reflektieren der begrenzte aufenthaltsrechtliche Status der nicht nur kurzfristig Aufenthaltsberechtigten (Art. 7 RiL 2004/38/EG), aber auch der *ordre public*-Vorbehalt für die Daueraufenthaltsberechtigten (Art. 27, 28 RiL 2004/38/EG) letztlich nur die Struktur der EU als Staaten- und Verfassungsverbund. Das Ausmaß, in dem die gleiche Freiheit der Unionsbürger verwirklicht ist, ist m. a. W. Gradmesser für den Stand der Integration und umgekehrt.

Nur diese differenzierte und abgestufte gleiche Freiheit der Unionsbürger ermöglicht es im Übrigen, den Konflikt mit dem nationalen Verfassungsrecht zu vermeiden, das die Unterscheidung zwischen Staatsangehörigen und Ausländern zwingend – zum Teil sogar verfassungsänderungsfest – vorgibt und der gleichen Freiheit aller Unionsbürger insoweit von vornherein widerstreitet. Das Unionsrecht respektiert diese Vorgabe ausweislich des Art. 6 Abs. 3 EU und trägt ihr bei der Verwirklichung des Integrationsprogramms durch den unionalen Gesetzgeber wie den EuGH Rechnung.

## 2. Ausblick

Wie die europäische Integration insgesamt, so werden auch die Unionsbürgerschaft und die mit ihr einhergehende gleiche Freiheit aller Unionsbürger auf der Agenda bleiben. Schon in den Detailregelungen des Lissabonner Vertrages finden sich Vorschriften, die die Korrelation von Unionsbürgerschaft und Integrationsstand testen, und mit ihr die Grenzen nationaler Integrationsgewalt. Wenn der Eu-

---

EWG, 90/364/EWG, 90/365/EWG und 93/96/EWG (Text von Bedeutung für den EWR), ABl. EU 2004 Nr. L 158/77-123.

ropäische Rat nach Art. 48 Abs. 7 EU (Lissabon) durch einstimmigen Beschluss auch dort zu Mehrheitsentscheidungen übergehen kann, wo EU-V und AEU-V eigentlich eine Ratifizierung durch die nationalen Parlamente vorsehen – bei der Bestimmung der Obergrenze der Finanzmittel etwa (Art. 311 UAbs. 3 AEU-V [Lissabon]) oder bei der hier interessierenden Weiterentwicklung der Unionsbürgerschaft (Art. 25 UAbs. 2 AEU-V [Lissabon]) – dann eröffnet dies auch die Möglichkeit, den Unionsbürgern anderer Mitgliedstaaten durch Mehrheitsbeschluss das Wahlrecht zu den regionalen und nationalen Parlamenten zuzuerkennen. Zwar können die nationalen Parlamente hier binnen sechs Monaten widersprechen (Art. 48 Abs. 7 UAbs. 3 EU (Lissabon)); wenn sie es nicht tun, kann der unionale Gesetzgeber die gleiche Freiheit der Unionsbürger jedoch vollenden und die EU kurzerhand in einen Bundesstaat verwandeln. Insoweit hat es wohl nicht nur symbolische Bedeutung, wenn die Unionsbürgerschaft mit dem Vertrag von Lissabon an die Spitze der “Verfassung” rücken soll (Art. 9 EU [Lissabon]) – wenn er denn in Kraft treten wird.