

5. Fallstudie 1: Transnationale soziale Rechte

»Das ist keine utopische, unrealistische Forderung, sondern ein simpler juridischer Status.«
(HARDT/NEGRI 2000: 400°)

Die hegemonietheoretische Untersuchung der Konstitutionalisierungskämpfe beginne ich also in der Zone I stratifizierter Rechte des Migrationsmanagements: mit den Rechten der Unionsbürger*innen. Die 1992 mit dem Maastricht-Vertrag eingeführte eher technokratisch formulierte Norm der Unionsbürgerschaft¹ ist alles andere als eine Selbstverständlichkeit. Noch im Fordismus wurden die innereuropäischen Migrant*innen unter dem Gastarbeitsregime auf ihre bloße Existenz als Ware Arbeitskraft reduziert. Sie mussten relativ geringe Löhne und schlechte Arbeitsbedingungen akzeptieren und konnten die soziale Infrastruktur nur eingeschränkt nutzen. Die west-europäischen Staaten versuchten, »Arbeit zu importieren, nicht jedoch die Menschen« (Castles 2006: 742°). Die Bewegung der Migration ließ sich aber in ihrer eigensinnigen Praxis nicht mehr aus dem metropolitanen Europa verdrängen, sondern ist längst Teil dieser Gesellschaften geworden und erstritt ihre Rechte in alltäglichen Kämpfen (Bojadzijeve 2008). Durch die Einführung der Unionsbürgerschaft wurden die ehemaligen Migrant*innen dann zu genuin europäischen Rechtssubjekten. Ihr Status emanzipierte sich dadurch mit wachsender Aufenthaltsdauer »endgültig von dem allgemeinen Ausländerrecht« und näherte »sich demjenigen der Staatsangehörigen des Aufenthaltsstaates« an (Schönberger 2006: 227). Dies war kein gradliniger Prozess. So blieben etwa die Rechte der osteuropäischen Unionsbürger*innen nach der Ostweiterung zunächst weiterhin einer peripheren Logik folgend eingeschränkt und auch die europäischen Roma werden nach wie

1 »Es wird eine Unionsbürgerschaft eingeführt. Unionsbürger ist, wer die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaats besitzt. Die Unionsbürgerschaft tritt zur nationalen Staatsbürgerschaft hinzu, ersetzt sie aber nicht.« (Art. 20 Abs. 1 AUEV)

vor – trotz ihres Status als Unionsbürger*innen – faktisch nicht als solche behandelt.²

Die Unionsbürgerschaft konstituiert also einen die nationale Zugehörigkeit überschreitenden Status, an den staatsbürgerliche Rechte geknüpft sind. Dies hat seit den 1990er Jahren im wissenschaftlichen Diskurs eine anhaltende Debatte um transnationale Staatsbürgerschaftskonzeptionen (Andrijasevic et al. 2005: 361; Joppke 2001; Soysal 2000: 6) bzw. um eine »neue Politik kosmopolitischer Zugehörigkeit« (Benhabib 2008: 42) ausgelöst. Diese Veränderungen dürfen aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass der neue Bürgerschaftsstatus keinen grundlegenden Bruch mit der gouvernementalen Praxis der Spaltung der Bevölkerung in regierbare Untereinheiten (Diez/Squire 2008: 566f.) vollzieht. Vielmehr entsteht im Kontext des Konstitutionalisierungsprozesses des Staatsprojekts Europa eine europäische Bürger*innenschaft, die die biopolitische Zäsur von den nationalen Grenzen an die EU-Außengrenzen verschiebt.

Was jedoch nun in der im Folgenden zu untersuchenden Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs geschah, kann verdeutlichen, wie ein solcher Rechtsstatus, einmal etabliert, einer fortschreitenden »inkrementellen Konstitutionalisierung« als Anknüpfungspunkt dienen kann. Denn als die Unionsbürgerschaft relativ unbemerkelt im Trubel um den Widerstand gegen den Maastricht-Vertrag, vor allem auf Drängen des spanischen Ministerpräsidenten Felipe González, in den Vertrag über die Europäischen Gemeinschaften aufgenommen wurde, ging die Mehrheit der Beteiligten davon aus, dass dies keine wesentlichen Veränderungen nach sich ziehen würde, sondern dass es sich schlicht um eine Positivierung bereits bestehender Rechtspositionen handele. Das Letzte, was die europäischen Regierungen erwarteten, war eine daran anknüpfende neue Gattung europäischer sozialer Rechte. Denn es war den Akteur*innen der sozialen Hegemonieprojekte aufgrund des massiven Widerstands nicht gelungen, die Sozialpolitik zu europäisieren. Soziale Rechte konnten sich daher zunächst nur im Kontext des gemeinsamen Marktes bzw. später des Europäischen Binnenmarktes – dem hegemonialen neoliberalen Dispositiv – herausbilden: als Komponenten der Freizügigkeit der europäischen Wanderarbeiter*innen. Sie waren die funktionalen sozialen Rechte des »Marktbürgers«.

Inmitten dieser über Jahrzehnte tradierten Konstellation kam Ende der 1990er Jahre eine subkutane Verschiebung in Gang, mit der sich diese Bindung der sozialen Rechte an die notwendige Voraussetzung der Erwerbstätigkeit allmählich auflöste. In der ersten Fallstudie wird dieser bemerkenswerte Vorgang in den Fokus

2 Hinzu kommt, dass die türkischen Staatsbürger*innen – da die Türkei der EU (noch) nicht beigetreten ist – nicht dieser Norm unterliegen. Allerdings hat sich ihr Status durch das Assoziationsabkommen zwischen der EWG und der Türkei vom 12.9.1963 und vor allem durch die daran anschließende extensive Rechtsprechung des EuGH ebenfalls demjenigen der EU-Bürger*innen angenähert.

der Untersuchungen gerückt: Entgegen den Vorstellungen der Mehrheit der mitgliedstaatlichen Regierungen generierte der EuGH seit dem Ende der 1990er Jahre, anknüpfend an die Unionsbürgerschaft, soziale Rechte für Nichterwerbstätige. Im Zentrum dieser Rechtsprechungslinie stehen Arbeitslose und Arbeitssuchende, alleinerziehende Mütter, Studierende und selbst ein von der Heilsarmee unterstützter Obdachloser. Wenn jene nun aber nicht mehr als migrantische Bittsteller*innen auftreten müssen, sondern sich als Unionsbürger*innen auf ihre sozialen Rechte berufen können, dann sind im europäischen Staatsprojekt gravierende Transformationen im Gange, die eine Art beginnende europäische Wohlfahrtsstaatlichkeit markieren. Es ist unter Gegner*innen wie Befürworter*innen dieses Prozesses unbestritten, dass die rechtspolitische Anknüpfung der Rechtsprechung an die Unionsbürgerschaft einen »geradezu revolutionären Charakter« (Hilpold 2009: 41) aufweist. Indem der EuGH »ziemlich schnell Fleisch auf die Knochen der Unionsbürgerschaft brachte« (Meulman/de Waele 2004: 275°), habe sich diese, wie EuGH-Richter Lenaerts bemerkte, zum »notorischen Katalysator für die Vorschriften über die sozialen Rechte« entwickeln können (Lenaerts/Heremans 2006: 103°). Die Unionsbürgerschaft sei somit zu einem »vom politischen Prozess autonomisierten Schwungrad« geworden, mit dem »auf spektakuläre Weise der Zugriff des Gemeinschaftsrechts auf die nationalen sozialen Sicherungssysteme« vertieft werde (von Bogdandy/Bitter 2005: 314).

Mit der folgenden hegemonietheoretischen Diskursanalyse dieser Rechtsprechungslinie versuche ich, indem ich die Auseinandersetzungen um Hegemonie in der Rechtsform nachzeichne, eine Antwort auf die Frage zu finden, wie es zu dieser vom politischen Prozess abweichenden sozialrechtlichen Konstitutionalisierung kommen konnte, insbesondere angesichts der Tatsache, dass der Gerichtshof seit Mitte der 1970er Jahre weitaus eher als das »Schwungrad« des neoliberalen Binnenmarktprogramms bezeichnet werden konnte (Buckel/Oberndorfer 2009). Die leitende Frage der Fallstudie lautet also: Welches juristische Projekt bildete sich in diesem Prozess gegen welche Widerstände heraus?

5.1 DER POLITISCH-ÖKONOMISCHE KONTEXT: PHASEN DER EUROPÄISCHEN INTEGRATION

Die Entwicklung der untersuchten Rechtsprechungslinie zwischen 1998 und 2009 ereignete sich in einer Phase der europäischen Integration, die sich regulationstheoretisch als Anfang jener Krise der »wettbewerbsstaatlichen Integrationsweise« bezeichnen lässt, welche in den folgenden Jahren in eine große Krise der EU mündete und sich bis heute immer weiter ausdehnt. Die kritische Politische Ökonomie unterteilt den Integrationsprozess – parallel zur regulationstheoretischen Periodisierung

in Fordismus, Krise des Fordismus und– Postfordismus – in die Phase der (fordistischen) »monnetschen Integrationsweise«, die Phase ihrer Krise sowie schließlich in die Phase der (postfordistischen) »wettbewerbsstaatlichen Integrationsweise« (grundlegend: Bieling/Steinhilber 2000; Ziltener 1999).

Die erste Phase der europäischen Integration wird auf den Zeitraum zwischen dem Ende des Zweiten Weltkrieges und dem Ausbruch der Weltwirtschaftskrise gegen Mitte der 1970er Jahre datiert. Sie ist durch eine in den 1950er und 60er Jahren forcierte Integration (Bieling 2010: 57) im Lichte einer – im Vergleich zu den USA – nachholenden Entwicklung gekennzeichnet, die zu einer rasanten Verbreitung fordistischer Produktionsmethoden und keynesianisch-korporatistischer Politiken in Westeuropa führte (Ziltener 1999: 102). Patrick Ziltener hat diese Phase mit dem Begriff der »monnetschen Integrationsweise« charakterisiert, um die spezifische Entwicklung des institutionellen Gefüges hervorzuheben, das in diesem Kontext entstand. Schon Jacques Delors, von 1985 bis 1995 Kommissionspräsident, hatte die Strategie einer ökonomisch-bürokratisch fortschreitenden Integration als »Methode Jean Monnet« bezeichnet: als den »lange Zeit in nahezu geheimer Diplomatie vorangetriebenen« Aufbau Europas, »abgeschottet von der öffentlichen Meinung in den Mitgliedsstaaten« (Delors 1993, zit. nach Ziltener 1999: 102).

Im Zuge der Weltwirtschaftskrise geriet auch die Europäische Integration in die Krise, die bis Mitte der 1980er Jahre andauerte und mit einer Stagnation der europäischen Entwicklung verbunden war (Bieling 2010: 57).

Mit der Herausbildung des postfordistischen Akkumulationsregimes kam es auch im Prozess der europäischen Einigung zu einem neuen Integrationsschub. »Dieser stützte sich anfangs auf die Vertiefung der Markt- und Währungsintegration [...], bevor auch die außenpolitischen Kompetenzen und Gestaltungsmöglichkeiten der EU erweitert wurden« (ebd.). Ziltener hat diese Phase als »wettbewerbsstaatliche Integrationsweise« bezeichnet. Die Politik der EU wurde von nun an durch eine neoliberale Regierungskunst geprägt, in deren Zentrum der Wettbewerb stand (Foucault 2004/1979: 173ff.). Der Markt wurde zum regulativen Prinzip der Gesellschaft und »Wettbewerb« zum Motor der Verhaltens-Führung. Dabei ging es nicht notwendig um »realen« Wettbewerb – so ist es etwa unklar, ob die Binnenmarktherstellung der 1980er und 90er Jahre tatsächlich die vermeintlichen Wettbewerbsvorteile brachte (Ziltener 2004) –, sondern vor allem um den Diskurs der Wettbewerbsfähigkeit zur Flexibilisierung der fordistischen Subjekte und Sicherungssysteme. Die Anleitung zum Wettbewerb diente vor allem als Führungstechnologie: Anders als im Fordismus soll die Gesellschaft nicht standardisiert, sondern bis in die Kapillaren hinein in Basiseinheiten fragmentiert werden, die allesamt die Form eines Unternehmens annehmen (Foucault 2004/1979: 208; Höpner/Schäfer 2008a: 137; Jessop 2002: 212). Die neoliberalen Regierungstechniken bestanden in der Herstellung von Investitionssicherheit über die politische Abschottung der Geldpolitik in einer unabhängigen Zentralbank, einem fiskalisch nachhaltigen

Schuldenmanagement, der Überwachung und Normalisierung aller Politiken unter der Marktperspektive, der Schwächung demokratischer Strukturen über die Verlagerung von wirtschaftspolitischen Entscheidungen in die Hände von »technokratischen Kadern« sowie schließlich in der Bevorzugung von Markteffizienz gegenüber Gleichheitspolitiken und sozialer Solidarität (Gill 1998: 16ff.). Es war das neoliberale Hegemonieprojekt, welches im Zuge dieser Entwicklung hegemonial wurde und die Rationalität der Integrationsweise prägte.

5.1.1 Wettbewerbsstaatliche Integrationsweise

Die wettbewerbsstaatliche Integrationsweise war mit einem »transnationalen europäischen Akkumulationsregime« artikuliert (Beckmann/Bieling/Deppe 2003: 8). Als sich die EU in der Krise befand und die Produktionsmodelle Japans und der USA die Position von großen Teilen der europäischen Industrie bedrohten, haben sich über den »European Round Table of Industrialists« (ERT) die großen europäischen Unternehmen koordiniert (van Apeldoorn 2000: 189, 194). In Kooperation mit der Kommission wurde die Förderung europäischer Transnationaler Konzerne zur zentralen Politik, um die Wettbewerbsfähigkeit Westeuropas zu steigern. Das Europäische Währungssystem von 1979 stellte den Startschuss für die Restrukturierung Europas dar, indem es traditionelle institutionelle Strukturen aufbrach und die Mitgliedsstaaten dazu zwang, Haushaltsdisziplin und eine restriktive Geldpolitik zu akzeptieren (Bieling/Steinhilber 2000b: 112). Aber erst das Binnenmarktprogramm Mitte der 80er Jahre brachte nennenswerte Impulse für den europäischen Integrationsprozess:

»Die Komplettierung des gemeinsamen Marktes durch die Beseitigung nichttarifärer (technischer, administrativer und politischer) Handelshemmnisse förderte den intra-europäischen Wettbewerb, erleichterte den Marktzugang für transnationale Unternehmen und führte schließlich zu einer soliden Basis, auf der sich die europäische Ökonomie in den neunziger Jahren entwickeln konnte. [...] Das Projekt wurde jedoch auch deshalb erfolgreich umgesetzt, da das Binnenmarktprogramm eine ideale supranationale Ergänzung zu den diversen neoliberalen Modernisierungsdiskursen in den Mitgliedsstaaten darstellte« (ebd.: 113).

Hatte die Europäische Politik bis dahin fast 30 Jahre lang in der Marktschaffung mittels Harmonisierung und Rechtsangleichung bestanden, also in einem Wettbewerb *innerhalb eines Rahmens gemeinsamer Regeln*, bedeutete das Binnenmarktdi-positiv als Reaktion auf jene Krise des Fordismus, die sich durch ordnungspolitische Divergenzen der Mitgliedsstaaten und einstimmige europäische Entscheidungsverfahren ausdrückte, eine integrationsstrategische Neuorientierung (Ziltener 1999: 140). Die Aufhebung des fragmentierten gemeinsamen Marktes sollte nicht

mehr im Wege der Rechtsangleichung, sondern über das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung nationaler Standards geschaffen werden. In dem von der Kommission veröffentlichten Weißbuch von 1985, dessen Kernstück auf den ERT zurückgeht (ebd.: 136), wurde der Deregulierungskonsens umgesetzt. Die kritische Literatur ist sich einig, dass die Realisierung des Binnenmarktprogramms »eines der größten Deregulierungsprojekte [war], das je durchgeführt wurde« (ebd.: 158), und das zu einer bislang nie da gewesenen Entfesselung der Konkurrenz führte (Huffs Schmid 2007: 309). Es organisierte die Liberalisierung von Märkten und die Privatisierung öffentlicher Infrastruktur vom Verkehrssystem über die Energieversorgung und die Telekommunikation bis hin zu Gesundheitsdiensten und der Alterssicherung (Altvater/Mahnkopf 2007: 32).

Das *rechtliche* Kernelement des Binnenmarktprojektes war der Wettbewerb der Rechtsordnungen. Diesen Wettbewerb hatte der Europäische Gerichtshof Mitte der 1970er Jahre durch eine Umdeutung der zentralen Bausteine der bisherigen europäischen Integration, der Grundfreiheiten, initiiert. Die Grundfreiheiten waren ursprünglich als Gleichbehandlungsgebote konzipiert worden. Dies galt lange Zeit als selbstverständlich, bis der EuGH 1974 das bisherige Verständnis über Bord warf und eine freiheitsrechtliche Komponente in die Grundfreiheiten hineinlas: Jegliche ungerechtfertigte *Beschränkung* der Freiheiten sei verboten.³ Exportierende Unternehmen wurden damit in die Lage versetzt, ihnen als zu streng erscheinende politische Regulationen gerichtlich als »Behinderungen des freien Warenverkehrs« zu bekämpfen. 1979 wurde dieses Element dann ergänzt durch eine Formel, welche die Mitgliedsstaaten dazu verpflichtete, ihre Rechtsordnungen – mit unterschiedlichen Regulationsniveaus – wechselseitig anzuerkennen,⁴ unter Umständen also auf dem niedrigsten Schutzniveau. Diese Rechtsprechungslinie wurde allmählich auf alle anderen Freiheiten ausgedehnt und erzeugte so die innereuropäische Konkurrenz um niedrige regulatorische Standards. Sie gipfelte in den letzten Jahren⁵ in der Ausdehnung auf das Arbeitskampfrecht (Buckel/Oberndorfer 2009).

Allerdings setzten sich die neoliberalen Strategien nicht in Reinform durch. Vielmehr konnte das Binnenmarktdispositiv gerade deswegen hegemonial werden, weil es Zugeständnisse an die Akteur*innen der beiden sozialen Hegemonieprojekte enthielt:

»Was als ein Versuch zur Stärkung der Wettbewerbsfähigkeit Europas begonnen hatte, führte zusammen mit den damit verbundenen (Deregulierungs-)Strategien schnell zur Verstrickung der EU in immer mehr Politikfelder und zur Entwicklung einer ausgefeilten Regulationsma-

3 Rs. Dassonville, 8/74, Slg. 1974, 837.

4 Rs. Cassis de Dijon, 120/78, Slg. 1979, 649, Rn. 14.

5 Rs. Viking, C-438/05, Urteil v. 11.12.2007, Slg. 2007, I-10779; Rs. Laval, C-341/05, Urteil v. 18.12.2007, Slg. 2007, I-11767.

schinerie. Es war insbesondere das Interesse der europäischen Gesetzgebung und der Kommission an »sozialer Regulierung« (Verbraucher-, Arbeitnehmer- und Umweltschutz), die dies in aller Deutlichkeit belegt.« (Joerges/Rödl 2008: 6)

Sowohl die Schaffung europäischer Betriebsräte als auch das Sozialprotokoll als Annex zum Maastricht-Vertrag, die Europäische Beschäftigungsstrategie im Rahmen der Lissabon-Strategie sowie der Diskurs über das »Europäische Sozialmodell« waren weitere politische Strategien der sozialen Kräfte. Insbesondere französische Regierungsbeamte, wie etwa Jacques Delors, haben sie vorangetrieben. Allerdings war das neoliberale Hegemonieprojekt dazu in der Lage, »die Agenda zu verwässern und dafür zu sorgen, dass das Minimalprogramm auch nur minimal umgesetzt wird« (van Apeldoorn 2000: 205). Zentrale Elemente der Sozialpolitik, vor allem Umverteilungsmechanismen und die soziale Absicherung, blieben nach wie vor nationalstaatlich reguliert. Europäische Elemente hingegen wurden der neoliberalen Wettbewerbsregierungspraxis unterworfen, indem sie funktionalistisch auf ihren Beitrag zur internen Kohäsion im Hinblick auf die externe Leistungsfähigkeit reduziert wurden, statt wie im Fordismus auf eine wohlfahrtsstaatliche Korrektur der Primärverteilung durch den Markt abzielen (Altwater/Mahnkopf 2007: 129f.). Demgemäß wurden sie eher zum Bestandteil des Dispositivs »als zu seiner Anti-These« (Parker 2008: 410°).

Der Maastricht-Vertrag von 1992 schränkte durch die Festlegung der Geldpolitik auf das Ziel der Preisstabilität und die Unterordnung der Fiskalpolitik unter das Dogma des ausgeglichenen Haushaltes zusätzlich auf makroökonomischer Ebene die Gestaltungsspielräume der Wirtschaftspolitik ein (Huffschmid 2007: 310). Mit dem Regierungsratstreffen im Jahr 2000 und der dort proklamierten Lissabon-Strategie wurde die Wettbewerbsfähigkeit nunmehr zum fixierten hegemonialen Konsens der EU, da dieser Diskurs das Potenzial aufwies, das allgemeine Interesse zu repräsentieren (»EU als wettbewerbsfähigste Region der Welt«) und sich somit an alle Hegemonieprojekte zugleich zu wenden (van Apeldoorn 2000: 208). Die periphere Einbindung der mittel- und osteuropäischen Staaten in die EU folgte schließlich ebenfalls der politischen Zielsetzung eines verschärften innereuropäischen Wettbewerbes: Die Art und Weise der Erweiterung ermöglichte es transnational orientierten Kapitalfraktionen, ihre internationale Konkurrenzfähigkeit durch den Zugriff auf die ökonomischen Potenziale Osteuropas und auf kostengünstige, aber gleichzeitig gut ausgebildete Arbeitskräfte zu erhöhen (Oberndorfer 2007: 17ff.).

Staatstheoretisch betrachtet, veränderte sich mit der Integrationsweise auch die Institutionalisierung der politischen Form. Ziltener (1999: 206) kommt zu dem Schluss, dass während der monnettschen Integrationsweise noch die europäischen Mitgliedsstaaten die entscheidenden staatlichen Akteure blieben. Mit Anbruch der wettbewerbsstaatlichen Integrationsweise aber wurden sukzessive Staatsfunktionen

in einem komplexen Prozess teilweise ergänzt, teilweise ersatzlos abgeschafft, aber auch schleichend unterminiert, während die EU zu einer immer bedeutenderen Schnittstelle wurde. Das ökonomistische und scheinbar unpolitische Voranschreiten über »spill-over-Effekte« machte nach und nach einer Politisierung Platz. Vor dem Hintergrund des zuvor skizzierten staatstheoretischen Ansatzes lässt sich dieser Prozess als allmähliche Herausbildung des postfordistischen europäischen Staatsapparateensembles fassen.

5.1.2 Krise der wettbewerbsstaatlichen Integrationsweise

Doch genau diese Form der Integration geriet bereits Mitte der 1990er Jahre in die »Post-Maastricht-Krise« (Deppe 1993). Wirtschaftliche Stagnation und steigende Arbeitslosenzahlen aufgrund der tiefgreifenden Krisentendenzen des finanzdominierten Akkumulationsregimes ließen weitere monetäre Integrationsschritte nicht mehr attraktiv erscheinen: Überproduktion aufgrund der Deckung des Bedarfs an langlebigen Konsumgütern, Sinken der Lohnquote und Beschränkung der staatlichen Nachfrage aufgrund von Austeritätspolitiken, Schranken der möglichen Verschuldung der Lohnabhängigen, exponentielles Anwachsen der Gesamtverschuldung (Demirović/Sablowski 2012: 85–89). Erste Anzeichen einer Legitimationskrise der EU zeigten sich darin, dass größere Teile der Bevölkerung immer weniger dazu bereit waren, die sozialen Konsequenzen der neoliberalen Restrukturierung zu akzeptieren (Bieling/Steinhilber 2000b: 118). Diverse Proteste kristallisierten sich zunächst in sozialdemokratischen Wahlerfolgen und Forderungen nach einem sozial verantwortlichen politischen Europa. Doch aufgrund der *longue durée* der institutionalisierten neoliberalen Politiken der vergangenen 20 Jahre, die das neoliberale Hegemonieprojekt strukturell privilegierten, kam es zu keinen grundlegenden Veränderungen. Daher weitete sich die Krise Ende der 1990er Jahre – zu Beginn der EuGH-Rechtsprechung zu den sozialen Rechten – zu einer »Mehrebenen-Legitimationskrise« (van Apeldoorn 2009: 21°) aus, welche die Grundlagen der wettbewerbsstaatlichen Integrationsweise in Frage stellte. Diese Situation spitzte sich 2007/2008 mit der Weltwirtschaftskrise zu. Den politischen und ökonomischen Eliten fehlt bis heute eine überzeugende Transformationsperspektive (Buckel/Georgi/Kannankulam/Wissel 2012). Sie setzten weiter auf den »technokratischen Inkrementalismus« (Bieling/Steinhilber 2000b: 119), der die europäische Integration bislang geprägt hat. Angesichts der institutionellen und alltagspraktischen Verankerung der alten Politiken, der Schwäche der anderen Hegemonieprojekte und des Fehlens einer alternativen politischen Rationalität bedeutete diese Krise dennoch kein Ende der europäischen neoliberalen Politiken (van Apeldoorn 2009: 21).

Insbesondere die ausbleibende Harmonisierung der Wirtschaftspolitiken sowie die – jenseits regulativer Politiken – unterlassene Europäisierung der Sozialpolitik wirkten krisenverstärkend. Den materiellen Hintergrund der immensen Widerstände gegen eine EU-Sozialpolitik bilden das erhebliche Wohlstandsgefälle innerhalb Europas und damit verbunden die divergenten Wohlfahrtssysteme. Hinzu kommt das Fehlen eines eigenen nennenswerten Budgets der EU, mit dem dieses Gefälle ausgeglichen werden könnte (Leibfried/Obinger 2008: 338f.). Die »Konstruktion einer sozialstaatlich nicht einhegten Marktintegration« verhärtet sich so und »kann zu einer ernststen Gefahr für das Integrationsprojekt selbst werden« (ebd.: 340f.). Das Wohlstandsgefälle wiederum basiert auf der ungleichen Entwicklung in der EU. In ihr verschränken sich eine exportorientierte industrielle Entwicklung und Kapitalexporte auf der einen Seite (um die bundesdeutsche Ökonomie herum) mit einer ausgeprägten Finanzialisierung und Waren- und Kapitalimporten auf der anderen Seite (vor allem in Südeuropa). Dies manifestierte sich in großen Leistungsbilanzüberschüssen bzw. –defiziten, die in der späteren Fiskalkrise massiv zunehmen sollten: »Die offene Überakkumulationskrise in den Zentrumsökonomien setzte sich in der europäischen Peripherie in eine Zahlungsbilanzkrise um.« (Becker 2012: 470)

Bereits gegen Ende der 1990er Jahre nahmen die sozialen, politischen und ökonomischen Krisentendenzen zu; sozialdemokratische und grüne Parteienkonstellationen gelangten in Europa an die Regierung, Referenden und der Verfassungsvertrag scheiterten am Widerstand sozialer Bewegungen, das »Demokratiedefizit der EU« sowie das »soziale Defizit« wurden omnipräsente Diskursfragmente, und die Kritik an den seit 20 Jahren betriebenen Privatisierungs- und Deregulierungspolitiken verschärfte sich. Das neoliberale Hegemonieprojekt geriet in eine Krise, die schließlich durch die Weltwirtschaftskrise noch verstärkt wurde. Auch der Wettbewerb der Rechtsordnungen, den die Gewerkschaften und die sozialen Kräfte zunächst relativ widerstandslos hatten passieren lassen, wurde zunehmend kritisiert, als er nämlich ins Zentrum des Arbeitskampfrechtes und der Tariftreue⁶ vordrang. Selbst der EuGH geriet daher wegen seiner neoliberalen Dogmen, seines »Imperialismus des Europarechts« (Höpner 2008: 23), unter Beschuss – bis hin zur Aufforderung an die Mitgliedsstaaten, dem »EuGH den Gehorsam zu verweigern« (Scharpf 2008a).

Die krisenhaften Entwicklungen nach 2009 bleiben in dieser Darstellung ausgeblendet, weil sie den Zeithorizont der Rechtsprechungslinie überschreiten. Wesentlich für das Verständnis der untersuchten Rechtsprechung zu den sozialen Rechten ist hingegen diese bereits Ende der 1990er Jahre beginnende Krise der wettbewerbsstaatlichen Integrationsweise, denn sie markiert den sozialpolitischen Kontext der Auseinandersetzungen um Hegemonie, wie sie auch auf dem Terrain der Rechtsform ausgetragen wurden.

6 Rs. Rüffert, C-346/06, Slg. 2008, I-1989.

5.2 DER POLITISCHE KONTEXT: DIE UNIONSBÜRGERSCHAFT

Nachdem die Europäische Kommission bereits 1985 in ihrem Binnenmarkt-Weißbuch (KOM (85) 310) gefordert hatte, dass Freizügigkeit nicht ausschließlich von der Eigenschaft als Arbeitskraft abhängen dürfe, markierten Anfang der 1990er Jahre, auf dem Höhepunkt des Binnenmarktdispositivs und der dadurch beschleunigten Herausbildung des europäischen Staatsapparate-Ensembles, die Einführung von Unionsbürgerschaft und Allgemeinem Freizügigkeitsrecht durch den Vertrag von Maastricht⁷ eine Wende. Dem waren im Rat langwierige politisch-institutionelle Auseinandersetzungen unter den Mitgliedsstaaten, aber auch mit Kommission und Europäischem Parlament vorausgegangen (ausführlich Wissel 2014). Während die Regierungen Spaniens, der BRD und Frankreichs vehemente Befürworterinnen waren, opponierten vor allem Dänemark und Großbritannien unter Thatcher dagegen, weil sie einen Verlust nationaler Souveränität befürchteten (ebd.: 36ff.), wohingegen wiederum sowohl Kommission als auch Parlament sowie Teile der Zivilgesellschaft diese Regelungen schon viel früher gefordert und deutlich weiter gehende Vorschläge unterbreitet hatten.

Parallel dazu hatte der Rat auf sekundärrechtlicher Ebene zwischen Juni 1990 und Oktober 1993 drei Richtlinien zur Freizügigkeit von Studierenden, Rentner*innen, Arbeitssuchenden und anderen *Nichterwerbstätigen* beschlossen,⁸ also einer Personengruppe, die sich nicht mehr auf die Grundfreiheiten – den Kern des Binnenmarkts – berufen konnte. Und genau aus diesem Grund waren die dem Beschluss vorangegangenen Verhandlungen über die Richtlinien im Rat sehr kompliziert. So war die Kommission 1979 in einem ersten Anlauf mit einem Vorschlag für eine Richtlinie gescheitert, die das Freizügigkeitsrecht auch auf Nichterwerbstätige und deren Familienmitglieder ausdehnen sollte.⁹ Die meisten Mitgliedsstaaten wiesen diesen Vorschlag damals, in der Krise des Fordismus, angesichts von Anwerbestopp und Massenarbeitslosigkeit zurück (ebd.: 22). Neue Richtlinien-Vorschläge brachte die Kommission erst zehn Jahre später, 1989, ein.¹⁰ Und erst im Kontext des Vertrages von Maastricht sollte sich die Ansicht durchsetzen, dass die Gemein-

7 Vertrag über die Europäische Union, ABl. Nr. C 191 v. 29.7.1992.

8 RL 90/365/EWG des Rates vom 28.6.1990 über das Aufenthaltsrecht der aus dem Erwerbsleben geschiedenen Arbeitnehmer und selbständig Erwerbstätigen, Abl.EG 1990 Nr. L 180, S. 28; RL 93/96/EWG des Rates vom 29.10.1993 über das Aufenthaltsrecht der Studenten, Abl.EG 1993 Nr. L 317, S. 59; RL 90/364/EWG des Rates vom 13.7.1990 über das Aufenthaltsrecht, Abl.EG 1990 Nr. L a 180, S. 26.

9 ABl. Nr. C 207 v. 17.8.1979, S. 14.

10 Abl.EG 1989 Nr. C 191, S. 2, geänd. Abl.EG 1990 Nr. C 26, S. 15.

schaft für solche Regelungen überhaupt die Kompetenz besitzt (Calliess 2007: 13). Schließlich konnten Anfang der 1990er die genannten Richtlinien erlassen werden – bezeichnenderweise auf Grundlage des heutigen Art. 352 Abs. 1 AEUV¹¹, also der Generalklausel zur Fortentwicklung des Binnenmarktes bei fehlender Gemeinschaftskompetenz.¹² Die Verhandlungen hatten sich auch zuletzt noch kompliziert gestaltet, vor allem im Bereich der sozialen Leistungen (Wind 2009: 226). Nichterwerbstätigen sollte zwar Freizügigkeit ermöglicht werden, nicht jedoch der Zugang zu öffentlichen Leistungen des Aufnahmestaates. Studierende beispielsweise mussten sicherstellen, dass sie über Krankenversicherungsschutz und ausreichende finanzielle Mittel verfügten.

Der 1993 in Kraft getretene Maastricht-Vertrag brachte dann den »qualitativen Sprung« (Renner 2005: Vorbem. Rdnr. 3), nämlich die zentrale institutionelle Veränderung auf der Ebene der europäischen Verträge durch die Einführung der Unionsbürgerschaft in Art. 17 EG (Art. 20 AEUV) und des Freizügigkeitsrechts in Art. 18 EG (Art. 21 AEUV).¹³ Dabei wurde Art. 18 Abs. 1 allerdings unter den Vorbehalt des nachrangigen Sekundärrechts gestellt: Nur unter den »Bedingungen und Beschränkungen« etwa der drei Nichterwerbstätigen-Richtlinien sollte das Freizügigkeitsrecht gelten. Diese Widersprüchlichkeit war wiederum Ausdruck der immer noch virulenten Sorge um die nationalen sozialen Leistungssysteme. »Mit diesem Vorbehalt glaubten sich die Mitgliedsstaaten ausreichend geschützt. Doch dies war kurzfristig.« (Martínez Soria 2002: 643)

-
- 11 Mit Ausnahme der Student*innen-Richtlinie – das Europäische Parlament hatte gegen diese vor dem EuGH geklagt, weil es unter dieser Kompetenznorm nicht beteiligt wurde. Es erhielt Recht, sodass diese Richtlinie auf der Grundlage von Art. 7 II EWGV beschlossen werden musste (Wollenschläger 2007: 109).
 - 12 Die heutige Fassung des ehemaligen Art. 308 EG bzw. 235 EGV ist nicht mehr auf den Binnenmarkt beschränkt, enthält dafür aber in den folgenden Absätzen diverse Sicherungsklauseln, die eine expansive Interpretation dieser Norm verhindern sollen – dass dies gelingt, ist jedoch aufgrund der geschichtlichen Erfahrungen mit der Rechtsfortbildung des EuGH eher unwahrscheinlich.
 - 13 Was die zentralen Normen des zu analysierenden Rechtsdiskurses betrifft, wird im Folgenden *nicht* die Nummerierung des Lissabonvertrages (das heißt des Vertrages über die Arbeitsweise der EU) verwendet, sondern die Nummerierung, die zum Zeitpunkt der Rechtsprechung die maßgebliche war: die des EG-Vertrages nach Amsterdam. Es kommt erschwerend hinzu, dass zwischen dem ersten hier untersuchten Urteil von 1998 und heute diese Nummerierung bereits zum dritten Mal verändert wurde – auch ein Ausdruck der Dynamik des europäischen Staatsprojekts, wenn man bedenkt, dass die Artikelnummerierungen der nationalen europäischen Verfassungen sich ausschließlich in Zeiten von Systemtransformationen veränderten.

Weitere zehn Jahre später, 2004, wurde schließlich auch das Sekundärrecht angepasst: Der »wahre Flickenteppich« (Schönberger 2006: 226) der diversen bisherigen Freizügigkeitsrichtlinien für Erwerbstätige und Nichterwerbstätige wurde durch eine neue »Freizügigkeits-« bzw. »Unionsbürger-Richtlinie« auf der Grundlage der neuen Normen des Maastricht-Vertrages systematisch zusammengefasst und durch diese vollständig ersetzt.¹⁴ Dabei war dieser neue Sekundärrechtsakt keine bloße Zusammenfassung, sondern enthielt, immer noch der politischen Dynamik folgend, welche die Unionsbürgerschaft hervorgebracht hatte, »eine grundlegende Neuorientierung«, insofern nämlich, als die Richtlinie »das Aufenthaltsrecht der Unionsbürger – ungeachtet der Art ihrer Betätigung – nach einem fünfjährigen rechtmäßigen Aufenthalt in einem anderen Mitgliedsstaat in ein sehr verfestigtes Daueraufenthaltsrecht einmünden lässt« (ebd.: 227). Dabei unterscheidet sie in Art. 7 I verschiedene Formen des Aufenthalts, abhängig von der Dauer, jeweils mit differenzierten Rechten. Die politischen Akteur*innen waren also inzwischen bereit, Unionsbürger*innen nach einem legalen Aufenthalt von fünf Jahren ein Aufenthaltsrecht zuzugestehen, das sich kaum mehr von dem ihrer Staatsbürger*innen unterschied. Allerdings musste der Aufenthalt während der ersten fünf Jahre vollständig aus eigenen Mitteln bestritten werden. Zum Zeitpunkt der Verabschiedung dieser Richtlinie, kurz vor der Osterweiterung, lebten in der EU nur 1,6 Prozent aller Unionsbürger*innen in einem anderen Mitgliedsstaat als dem, dessen Staatsbürgerschaft sie besaßen – im Vergleich zu einem Anteil von 3,8 Prozent Drittstaatler*innen; nach der Osterweiterung hat sich dieses Verhältnis nicht maßgeblich verändert (ebd.: 231).

Somit wurden zwei zentrale Elemente einer »Politischen Union« erstmals im Primärrecht verankert und im Sekundärrecht entsprechend umgesetzt: der seit den Anfangsjahren der EWG geforderte offizielle Status der Staatsbürger*innen der EU-Mitgliedsstaaten als Unionsbürger*innen sowie, damit einhergehend, ein allgemeines, nicht auf die Grundfreiheiten beschränktes Recht, sich im Hoheitsgebiet der anderen Mitgliedsstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten. Dieser politische Durchbruch erfolgte wenig emphatisch und ohne großes Aufsehen. Nicht einmal die gesellschaftliche Kräfteallianz, die sich damit letztlich durchsetzte, feierte ihre Errungenschaft – denn das Projekt war im Verlauf der jahrzehntelangen Verfahren verwässert worden. Diejenigen, die unter dem Banner des »Europas der Bürger« schon seit Beginn der Gemeinschaft immer wieder einen europäischen Bürgerstatus gefordert hatten – der Europäische Gewerkschaftsbund, marginale Bürgerrechtsgruppierungen und europafreundliche Intellektuelle – (Wissel 2014: 16ff.), verfügten nicht über starke Ressourcen. Auch einige südliche Mitgliedsstaaten, vor allem Spanien, hofften durch eine »Politische Union« der Heterogenität der EG und der damit drohenden eigenen Marginalisierung als europäische Peripherie

14 RL 2004/38/EG, ABl. Nr. L 158/77 v. 30.4.2004.

entgegenwirken zu können (ebd.: 3f.). So erfolgte die Positivierung maßgeblich auf das Drängen des spanischen Ministerpräsidenten Felipe González (ebd.: 33ff., 39ff.). Diese gesellschaftliche Kräftekonstellation des linksliberal-alternativen und teilweise des proeuropäisch-sozialen Hegemonieprojekts konnte sich seit den 1970er Jahren auf dem politisch-institutionellen Terrain auf Kommission und Europäisches Parlament stützen, wobei letzteres allerdings damals noch keinerlei Mitentscheidungsbefugnisse besaß.

Die über Jahrzehnte ausgetragenen Auseinandersetzungen um die Einführung der Unionsbürgerschaft waren mit ihrer Einführung in das europäische Primärrecht auf dem politischen Terrain zu einem vorläufigen Ende gekommen. Die Befürworter*innen einer rechtlich verankerten Unionsbürgerschaft hatten sich durchgesetzt, aber um den Preis, dass die konkrete Formulierung in den Augen der meisten politischen Beteiligten in Wirklichkeit nichts Neues hinzufügte, sondern vielmehr als die Bestätigung des ohnehin schon vorhandene Acquis galt (ebd.: 38). Darüber hinausgehende Positionen wurden enttäuscht – sowohl derjenigen, die eine weitergehende Bürger*innenschaft forderten, als auch derjenigen, welche die Entwicklung grundsätzlich ablehnten. Die Auseinandersetzungen verschoben sich nach der Positivierung auf das juristische Terrain.

Die Enttäuschung der linksliberal-alternativen Kritiker*innen fand sich dort anfänglich in einer Haltung wieder, die überwiegend »von kritischer Distanz ja zum Teil von herablassender Missachtung geprägt« war. »Die emphatische Natur des Begriffs [der Unionsbürgerschaft, S.B.] präsentierte sich eigenartig vor dem Hintergrund eines bescheiden erscheinenden Regelungsgehalts.« (Hilpold 2008: 17) Joseph Weiler etwa sah darin »wenig mehr als eine zynische Werbeaktion« (Weiler 1996°), denn sie schien keine neuen Rechtspositionen zu enthalten und eher symbolische Politik zu sein, ein halbherziger Legitimationsversuch angesichts des Demokratiedefizits. Nur wenige linksliberal-alternativen Jurist*innen hofften, dass sich ihre Forderungen dadurch erfüllen würden, dass in den nächsten zwei Dekaden »diese embryonale Konzeption der Unionsbürgerschaft [...] progressiv expandieren« werde (Lodge 1993: 380°). So nannte noch 1998, im Jahr der ersten EuGH-Entscheidung, die Bürgerschafts-Forscherin Jo Shaw eine solche Perspektive »futuristisch« und hielt dem entgegen: »[A]uf den Europäischen Gerichtshof zu vertrauen, dass er eine innovative und dynamische Rolle in der Interpretation der Art. 8ff. [17ff. EG, S.B.] in der näheren Zukunft vornehmen wird, übertreibt daher seine momentanen Kapazitäten in Sachen Agenda-Setting.« (Shaw 1998: 309°) Es sollte sich zeigen, dass sich die skeptischen Autor*innen irrten.

5.3 GENEALOGIE DES RECHTSDISKURSES ZU DEN SOZIALEN RECHTEN

Die Rechtsprechungslinie zu den sozialen Rechten begann nach einhelliger Ansicht mit dem Urteil in der *Rechtssache (Rs.) Martínez Sala* 1998: Es stellt das konstituierende, »keineswegs zu erwartende« (Cremer 2007: 85) Ereignis des zu untersuchenden Rechtsdiskurses dar, welches in der Folge die vorhandenen diskursiven Aussagen neu strukturierte. Es sollte sich als »ausdrücklich vollzogener Rechtswandel« erweisen, der jedoch erst mit den nachfolgenden Urteilen als solcher deutlich wurde (ebd.). Dann allerdings wurde das Urteil als die »Geburtsstunde« des Diskurses interpretiert (Kingreen 2007: 47), mit welchem der EuGH »zum allerersten Mal« (Minderhoud 1999) die Unionsbürgerschaft für die sozialen Rechte in Anschlag brachte. Die diskursive Konstruktion dieses Ereignisses stellt dabei die superdifferenzielle Grenzziehung dar, die in zeitlicher Hinsicht bestimmte, was in den diskursiven Raum dieses Diskurses gehört und was nicht.

Aus einer bestimmten Perspektive, die in der folgenden Diskursanalyse noch deutlich hervortreten wird, erschien das Urteil als »Dammbbruch für die sozialrechtliche Instrumentalisierung der Unionsbürgerschaft« (Sander 2005: 1015). Die Metapher des brechenden Damms verdeutlicht dabei die Ansicht, dass schon vorher ein immenser Druck auf der Unionsbürgerschaft gelastet habe, die bis 1998 aber durch Schutzwälle gegen das »Überfluten« der nationalen Wohlfahrtsstaaten vor »Missbrauch« gesichert war. Und in der Tat gibt es in der Genealogie dieses Diskurses Voraussetzungen, die einer Jurisdiktion, die den Zugang zu sozialen Rechten öffnet, im Wege standen, ohne die sie aber zugleich nicht denkbar gewesen wäre. Die neue Rechtsprechung musste an sie anknüpfen, sie benutzen und verschieben, »instrumentalisieren«. Diese Voraussetzungen sollen nun zunächst nachgezeichnet werden, ehe mit der diskursanalytischen Rekonstruktion der Rechtsprechung zu den sozialen Rechten begonnen wird.

5.3.1 Rechtsprechung vor der Unionsbürgerschaft: Die Freizügigkeit des »Humankapitals«

Bis zur Einführung der Unionsbürgerschaft, also fast das ganze erste halbe Jahrhundert der E(W)G, war der Status der Staatsangehörigen der Mitgliedsstaaten im Verhältnis zur Gemeinschaft nicht ausdrücklich geregelt. Allerdings gab es diesen Status im rechtlichen Diskurs dennoch: als aus den Grundfreiheiten abgeleiteten »Marktbürger«-Status, welcher den grenzüberschreitenden Arbeiter*innen, den Dienstleister*innen und den Gewerbetreibenden, vermittelt über das Gleichbehandlungsgebot, ökonomische Rechtspositionen zugestand (Kluth 2006: 2f.). Auch wenn es keine ausdrücklichen Kompetenzen dafür gab, erließ der Rat 1968 mit der

VO/EWG/1612/68¹⁵ bereits die erste sekundärrechtliche Regelung in dem Bereich der Freizügigkeit der Arbeitnehmer*innen und ihrer Familien, begründet ausschließlich mit der Menschenwürde der Figur des »Marktbürgers« (Renner 2005: Vorbem. Rdnr. 3). Daran kann man ablesen, dass die EG bis zu diesem Zeitpunkt kein Staatsprojekt ausbildete, das etwa die Frage der Staatsbürgerschaft aufgeworfen hätte.

Der Europäische Gerichtshof griff die Normen dieser Verordnung auf und weitete bereits relativ früh den Begriff des »Arbeitnehmers« und damit die Personen-Gruppe, die sich auf die Vergünstigungen der Verordnung beziehen konnte, »dramatisch« aus (Hatzopoulos 2005: 1603). Dies geschah mit dem Argument, dass es gefährlich sei, den Begriff in die Definitionsmacht der Mitgliedsstaaten zu übergeben, weil so keine *einheitliche* Anwendung gesichert sei. Er müsse vielmehr gemeinschaftsrechtlich, also vom EuGH selbst, gedeutet werden.¹⁶ In Anwendung dieses Arguments sowie des Verbots der Diskriminierung aufgrund der Nationalität subsumierte er sodann unter den Begriff des »Arbeitnehmers« sowohl Teilzeitbeschäftigte, gegen den Einwand des zu geringen Einkommens,¹⁷ als auch weiter gehend: Auszubildende mit einem nur noch symbolischen Lohn,¹⁸ dann Prostituierte¹⁹ und schließlich Fußballspieler.²⁰ Eine »zu enge« Interpretation der Arbeitnehmerfreizügigkeit könne die Erfüllung der Freizügigkeitsziele der Gemeinschaft verhindern, da dann nur eine sehr kleine Gruppe darunter fielen.²¹ Die maßgeblichen Bezugspunkte dieser Rechtsprechungslinie bildeten nach wie vor die Grundfreiheiten in der neoliberalen Auslegung:

»Es ist klar, dass das Binnenmarktprojekt mit seinem Ziel der effizienten Allokation der Produktionsfaktoren nur dann erfolgreich sein wird, wenn dem »Humankapital« adäquate Möglichkeiten zur Verfügung gestellt werden, sich in das sozioökonomische Netzwerk des Aufnahmemitgliedsstaates zu integrieren.« (Lenaerts/Heremans 2006: 103°)

Auch noch auf einem weiteren rechtlichen Terrain fanden erste Suchprozesse zur Ausdehnung der sozialen Rechte statt, welche ebenfalls als Voraussetzungen der neuen Rechtsprechungslinie angesehen werden müssen. Im Zentrum standen dabei nicht die sozialen Rechte im Aufnahmestaat, sondern der Export von sozialen Leistungen dorthin. Aber, wie Herwig Verschueren, Professor für europäisches Sozial-

15 Abl.EG Nr. L 257 v. 19.10.1968, S. 2–12.

16 Rs. Hoekstra, 75/63, Slg. 1964, 379.

17 Rs. Levin, 53/81, Slg. 1982, 1035.

18 Rs. Lawrie-Blum, 66/85, Slg. 1986, 2121.

19 Verb. Rs. Ardoui & Cornuaille, 115 & 116/82, Slg. 1982, 1665.

20 Rs. Bosman, C-415/93, Slg. 1995, I-4921.

21 Rs. Antonissen, C-292/89, Slg. 1991, 745.

recht der Universität Antwerpen und langjähriger Beamter der europäischen Kommission, feststellte, begann, »im Gegensatz zur herkömmlichen Literatur, die Diskussion um die sozialen Rechte nicht erst mit dem case law des EuGH zur Unionsbürgerschaft«, sondern bereits in den 1980er Jahren mit dem »case law« zur Anwendung der Verordnung 1408/71 (Verschuereen 2007: 310°).

Diese sogenannte EU-Wanderarbeiterverordnung bzw. das in der VO 1408/71²² enthaltene EU-Sozialversicherungs-Koordinationsystem zielte darauf ab, die Hindernisse, die aus der Vielfalt mitgliedsstaatlicher Sozialleistungssysteme entstehen, zu beseitigen, da diese Wanderarbeiter*innen davon abhalten könnten, von ihrer Freizügigkeit Gebrauch zu machen (Kingreen 2007: 44). Dies war eine heikle Angelegenheit, denn es fehlte ja gerade eine europäische Sozialpolitik, und die Regierungen der national-sozialen Wohlfahrtsstaaten legten großen Wert darauf, dass diese nationalen Differenzen erhalten blieben. Einen Ausgleich zwischen diesen widerstreitenden Interessen versuchte man dadurch herzustellen, dass es zu keiner »Harmonisierung«, sondern lediglich zu einer »Koordinierung« der Sozialsysteme kam, mittels derer aber alle Diskriminierungen aufgrund der Nationalität gebannt werden sollten (Verschuereen 2007: 312). Hinzu kommt, dass nicht alle sozialen Leistungen, insbesondere nicht die Sozialhilfe oder Studienförderungen davon umfasst waren, und dass der persönliche Schutzbereich sich weitgehend auf Erwerbstätige beschränkte. Deswegen konnten sich die Protagonist*innen des hier zu analysierenden Rechtsdiskurses auch nicht darauf beziehen. Implizit, und das macht die Parallelität aus, wurde die Verordnung jedoch auch auf nicht-ökonomisch aktive Personen wie Pensionäre, Arbeitslose oder Familienmitglieder der Erwerbstätigen angewendet: Entscheidend sei nicht die Ausübung einer ökonomischen Aktivität als solche, sondern der Umstand, dass man schon einmal *als Erwerbstätiger oder Selbständiger* von einem nationalen Sozialsystem erfasst gewesen sei (ebd.: 313).

Wie auch immer, es handelt sich durch die Fixierung auf die Erwerbsarbeit hierbei immer noch um die traditionellen sozialen Rechte der fordistischen und der postfordistischen Ära der europäischen Integration und gerade noch nicht um die neue Generation sozialer Rechte. Die Regelung war Ausdruck der Freizügigkeit des Produktionsfaktors Arbeit und der weiterhin nur national betriebenen europäischen Sozialpolitik. So enthält die Verordnung vor allen Dingen Kollisionsregeln, die Doppelbelastungen von grenzüberschreitend reisenden Personen verhindern und den Export erworbener Sozialleistungen ermöglichen sollen. Nach Art. 4 Abs. 4 der Verordnung ist insbesondere die Sozialhilfe nicht exportierbar. Nun geschah aber Folgendes: Der EuGH wurde seit den 1970er Jahren wiederholt mit der Frage kon-

22 Am 1.5.2010 trat die VO (EG) 883/2004 vom 29.4.2004 in Kraft. Sie ersetzte die VO 1408/71, nachdem die nach Art. 91 der neuen VO erforderlichen Durchführungsbestimmungen erlassen wurden, was am 16.9.2009 mit der VO (EG) 987/2009 geschah (Art. 97 dieser VO), ABl. Nr. L 166 v. 30.4.2004, S. 1.

frontiert, welche Leistungen genau unter diese Ausnahmenorm des Art. 4 Abs. 4 fallen. Denn die große Varianz von Leistungen, von denen die traditionelle Sozialhilfe nur eine ist, nahm oft eine Mischform von erworbenen und beitragsunabhängigen Leistungen an. Und genau solche Fragen nutzte der EuGH, um durch strenge Maßstäbe möglichst viele Leistungen als exportierbar zu erklären. Nicht wenige davon überschritten sich mit Leistungen, die von der neuen Rechtsprechungslinie umfasst sind, die Abgrenzung ist teilweise schwierig.

Dies war die Ausgangskonstellation, in welcher die Rechtsprechungslinie zu den sozialen Rechten Nichterwerbstätiger entstehen konnte. Sie markierte den ersten post-neoliberalen Schritt oder poetischer formuliert: »das Erwachen des sozialen Bewusstseins des EuGHs« (Hatzopoulos 2005: 1604°). Der im Folgenden darzustellende Rechtsdiskurs illustriert die »unaufhaltsame Evolution des Binnenmarktes von einem bloß ökonomischen Feld hin zu einem solchen, in welchem das Recht die sozialen Parameter des Einheitsprozesses in Rechnung stellt« (ebd.: 1605°). Wir werden sehen, wie die Grundfreiheitenjudikatur nun in den Dienst eines neuen Prinzips genommen wurde.

5.3.2 Erste Diskursfragmente – die Generalanwaltschaft

In den ersten Jahren nach Inkrafttreten des Maastrichter Vertrages 1993 vermieden es die Richter*innen des Gerichtshofes, auf die neue Unionsbürgerschaft auch nur Bezug zu nehmen. Auch der allgemeinen Freizügigkeit in Art. 18 wurde nur eine sekundäre, marginale Rolle zuerkannt (Hilpold 2008: 20). Die juristischen Intellektuellen blieben vielmehr auf ihrem eingefahrenen Pfad der extensiven Auslegung der Grundfreiheiten. Sie gelangten dadurch zwar zu ähnlichen Ergebnissen, wie sie auch eine Anwendung der Unionsbürgerschaft ermöglicht hätte, aber eben in den alten Kategorien. So verwiesen sie höchstens ab und an auch auf die Unionsbürgerschaft, ohne jedoch daraus Schlussfolgerungen für den konkreten Fall zu ziehen. »Das Unionsbürgerschaftskonzept ist hier noch nicht mit eigenem Leben erfüllt, wird aber gleichsam in Reserve gehalten für den Zeitpunkt, zu welchem es nach einer weiteren Präzisierung konkret einsetzbar wird.« (Ebd.: 22)

»Wagemutigere Sondierungsversuche« (ebd.: 20) unternahmen hingegen schon früher die Generalanwält*innen. Sie begründeten eine Tradition, »den grundrechtsgeschützten Bürgerschaftsdiskurs mit Verve weiterzuentwickeln« (Haltern 2005: 92). So argumentierte etwa Generalanwalt Léger in der *Rs. Boukhalfa* 1995, der Begriff der Unionsbürgerschaft solle eine »völlige Gleichstellung der Unionsbürger unabhängig von ihrer Nationalität ermöglichen« und es obliege gerade dem Ge-

richtshof, ihm diese volle Bedeutung zu geben.²³ Doch der EuGH folgte »seinen emphatischen Generalanwälten« zunächst nicht (ebd.: 95). Er war »noch nicht bereit, auf dem noch weitgehend unergründeten Feld der Unionsbürgerschaft« den weitreichenden Thesen zu folgen (Hilpold 2008: 21). Es war die Zeit der Post-Maastricht-Krise, in der sich die Richter*innen vorsichtig zurückhielten. Doch dann, 1998, als bereits das nächste Vertragswerk verhandelt wurde, mit dem sowohl die europäische Antidiskriminierungspolitik weiterentwickelt als auch das Migrationsrecht und das Grenzregime europäisiert wurden, kam es zu einem vorsichtigen, aber folgenreichen ersten Schritt des Gerichtshofs: »Sein Weg führte ihn von völliger Ignorierung über eine tastende Suche nach Potential zu einer Konzeptionalisierung, die die Unionsbürgerschaft von einer rechtlichen Marginalie zu einer festen und dynamischen Größe hat werden lassen.« (Haltern 2005: 95)

Dieser Prozess soll nun im Folgenden diskursanalytisch rekonstruiert werden. Dabei werde ich genealogisch vorgehen, um so die strategischen Auseinandersetzungen, die Durchbrüche und Zugeständnisse und darüber vermittelt die allmähliche Herausbildung dieses Rechtsdiskurses nachzuzeichnen. Die sozialen Rechte der Unionsbürger*innen lassen sich auf diese Weise als Effekte dieses Diskurses (Butler 1991: 9) in ihrer historischen Kontingenz und Ereignishaftigkeit aufzeigen. Ich werde dabei von Urteil zu Urteil die Herausbildung der juristischen Argumentationsfiguren verfolgen. Dabei weiche ich von der üblichen juristischen Darstellung von Urteilen (Sachverhalt, Entscheidungsgründe, Kommentar) ab, um mit dem verfremdeten Blick der Diskursanalytikerin die Entstehung von Sinn als Resultat regulativer Praxen zu analysieren. Auch das Schicksal der konkreten Streitparteien, welches in den juristischen Verfahren verhandelt wird, der »Ereignisstrom«, wird dabei im Rechtsdiskurs rechtsintern rekonstruiert und neu geordnet (Teubner 1989: 31) – der relationalen Autonomie der Rechtsform entsprechend. Die spezifisch hegemonietheoretische Perspektive identifiziert dabei die Kernstrategeme – die Äquivalenzen, Kontraritäten und die Repräsentation – sowie das sich herausbildende hegemoniale juristische Projekt. Alle diese Elemente sind bereits im ersten Rechtsfall präsent, auch wenn sie sich erst in der Folge durch Wiederholung und Verschiebung etablieren.

23 Schlussanträge des Generalanwalts Philippe Léger v. 14.11.1995, Rs. C-214/94, Slg. 1996, I-2253.

5.3.3 »Martínez Sala« vom 12. Mai 1998²⁴ – »wahre Sozialunion« vs. »nationale Wohlfahrtssouveränität«

Die folgenden Rechtsfälle wurden alle im oben erläuterten Vorabentscheidungsverfahren gemäß Art. 267 AEUV entschieden. Das heißt, die nationalen Gerichte setzten ihr Verfahren aus und legten dem EuGH verschiedene Rechtsfragen vor, die das Europarecht betreffen und für die er die alleinige Auslegungskompetenz besitzt. Die Antworten des Gerichtshofs auf diese Fragen mussten im Anschluss von den nationalen Gerichten aufgenommen werden. Der Gerichtshof entschied also nicht unmittelbar über die Berechtigung der konkreten Ansprüche der Kläger*innen, darüber entschieden vielmehr im Anschluss die nationalen Gerichte auf der Grundlage der EuGH-Entscheidung.

Die Fragestellung des ersten Rechtsfalles lautete, ob eine erwerbslose Spanierin mit legalem Aufenthaltsstatus, aber ohne förmliche Aufenthaltsgenehmigung Erziehungsgeld in der BRD beantragen kann. Das vorliegende bayerische Landessozialgericht hatte seine Vorlagefrage noch ganz in den Kategorien der bisherigen Rechtsprechung formuliert, das heißt, es hatte auf eine vermeintliche Arbeitnehmer*innen-Eigenschaft der Klägerin und nicht auf ihren Unionsbürgerinnenstatus abgestellt. Doch die große Kammer des EuGH brach mit diesem Pfad. Die drei zentralen Normen, die das Gerüst des neuen Rechtsdiskurses darstellen werden, bilden dabei von Anfang an explizite Bezugspunkte: Art. 18 EG (Freizügigkeit), Art. 12 EG (Diskriminierungsverbot) und Art. 17 EG (Unionsbürgerschaft).

Der erste diskursive Kampf drehte sich um den Status von Art. 18: Könnte er ein generelles und eigenständiges Aufenthaltsrecht normieren, welches sich unmittelbar aus dem Vertrag, also unabhängig von den Freizügigkeitsrichtlinien, ergibt? Das vertraten zumindest die Kommission, die spanische Regierung und Generalanwalt La Pergola.²⁵ Die Kommission argumentierte, dass es »nach Inkrafttreten der Unionsbürgerschaft« ein solches Recht gebe. Dagegen behaupteten die deutsche, die französische und die britische Regierung, dass Art. 18 nur die Rechte wiederhole und zusammenfasse, die den Einzelnen als »Marktbürgern« bereits zuerkannt waren, aber keinesfalls einen neuen Inhalt hinzufüge.²⁶ Der EuGH folgte nun nicht dem »radikalen Weg« (Hilpold 2008: 22), sondern wählte einen eigenen, der aber im Ergebnis auf das Gleiche hinauslief: Die Klägerin halte sich erlaubt in der BRD auf. Da dies von keiner Partei bestritten werde, brauche gar »nicht geprüft zu wer-

24 Rs. C-85/96, Slg. 1998, I-2691.

25 Schlussanträge des Generalanwalts Antonio Mario La Pergola v. 1.7.1997, Rs. C-85/96, Rn. 15, 20.

26 Wiedergegeben nach GA La Pergola (Fn. 25), Rn. 15.

den, ob ihr Aufenthaltsrecht aus Art. 18 EG stammt²⁷. Diese Antwort wurde von allen Diskursteilnehmer*innen als offensichtliche *Ausweichstrategie* interpretiert. Der EuGH vermeide es (Tomuschat 2000: 452; Hilpold 2008: 22), diese »fundamentale Argumentation« (Timmermans 2003: 197) anzugehen. Dies sei problematisch, weil Art. 18 gerade »der Schlüssel, das Tor zur Antidiskriminierungsklausel von Art. 12« sei (Tomuschat 2000: 453°). Es wurde daher die Vermutung geäußert, der Gerichtshof habe damit für eine spätere Auseinandersetzung mit Art. 18 »den Grund bereitet« (Fries/Shaw 1998: 546). Die Schlussfolgerungen des EuGH seien jedenfalls »als revolutionär zu bezeichnen«, auch wenn die Richter*innen noch nicht bereit gewesen seien, den »revolutionären Konstruktionen« des Generalanwalts zu folgen (Hilpold 2008: 22). Der Trick habe gerade darin bestanden, dass der Gerichtshof formal auf Kontinuität gesetzt, keine emphatische Sprache verwendet, zugleich aber einen »Bruch« mit seiner Rechtsprechung vorgenommen habe, sodass »folglich Ecksteine der Judikatur [...] neu zu setzen waren« (ebd.).

Da der EuGH das »Tor« des Art. 18 strategisch mied, umging er zugleich die Diskussion um dessen Beschränkungen: Wenn einer Gemeinschaftsbürgerin, »wie auch immer, das Recht eingeräumt worden [ist], sich in einem anderen Mitgliedstaat [...] aufzuhalten«, falle sie automatisch unter das Diskriminierungsverbot aufgrund der Nationalität,²⁸ lautete die profane Schlussfolgerung des Generalanwalts, welcher der EuGH folgte. Käme es hingegen auf Art. 18 an, dann hätte sich der Gerichtshof damit auseinandersetzen müssen, dass die Klägerin unter eine der drei Nichterwerbstätigen-Richtlinien falle,²⁹ die ausreichende eigene finanzielle Mittel verlangt,³⁰ – so die Position der deutschen Regierung. Dies sei eine faire Beschränkung, weil nur die »klassischen Freizügigkeitsberechtigten«, sprich: die Erwerbstätigen, in das ökonomische Leben der Aufnahmestaaten integriert seien und zu dessen Reichtum beitragen (Tomuschat 2000: 453°). Daher unterscheide das sekundäre Gemeinschaftsrecht »deutlich zwischen Erwerbstätigen und Nichterwerbstätigen« (Hailbronner 2004: 2188). Art. 18 Abs. 1 EG habe diese Restriktionen als Beschränkungen der Freizügigkeit normiert: »Sie zeigen an, dass die Mitgliedsstaaten nicht bereit waren, Fremden den Zugang zu ihrem Territorium zu gewähren, die, obwohl sie Unionsbürger sind, eine Last für die öffentlichen Wohlfahrtsysteme werden könnten« (ebd.).

Eine national-soziale Argumentationsstrategie nimmt hier erste Konturen an: Die EG habe

27 Urteil in der Rs. Martínez Sala (Fn. 24), Rn. 60.

28 GA La Pergola (Fn. 25), Rn. 20, Herv. i.O.

29 RL 90/364/EWG.

30 Wiedergegeben nach GA La Pergola (Fn. 25), Rn. 15.

»noch nicht die Schwelle zu einer wahren Sozialunion überschritten, in der die Völker der 15 Mitgliedsstaaten als eine einzige Gemeinschaft betrachtet werden, die gegenseitig Solidarität ausweiteten, wo Einkommen und finanzielle Belastungen geteilt werden, unabhängig von nationalen Grenzen«, wie Tomuschat (2000: 454^o) positiv hervorhebt.

Sozialleistungen seien die Crux der Freizügigkeit, da sie Leistungen seien, die nicht durch eine Teilnahme am »kollektiven Arbeitsprozess« »verdient« wurden. So könnten die Staaten mit der großzügigsten Regelung gerade Personen ohne reguläres Einkommen anziehen. Das wiederum könnte nationale Behörden zu einem Abbau nationaler sozialer Rechte für alle Anspruchsberechtigten veranlassen. Der EuGH liefe also Gefahr, mit einer solchen Rechtsprechung negative Staatspraxen zu stimulieren (ebd.: 456^o). Da der EuGH Art. 18 gar nicht prüfe, erfolge die gesamte Argumentation »ohne auch nur mit einem Wort auf die Systematik des sekundären Gemeinschaftsrechts und die einschlägigen Richtlinien einzugehen [...]. Man ist perplex« (Hailbronner 2004: 2188).

Die »wahre Sozialunion« wird als das Gegenprojekt identifiziert, von dem sich die Autoren abgrenzen. Als Subjektpositionen inkludieren sie nur die erwerbstätigen Unionsbürger*innen, die zudem Fremde bleiben. Und nationale Grenzen sind zugleich die Grenzen der Solidarität: Solidarität wird durch Arbeitsleistung für das nationale Kollektiv verdient, was nicht durch Ausnutzung von Großzügigkeit unterhöhlt werden dürfe.

Diese Melange aus national-sozialen und national-konservativen Kritiken zeichnet sich hier als defensiv-hegemoniale Strategie ab, die auf Abwehr und Zerstreuung eines möglichen hegemonialen Projektes zielt, dem aber kein eigenes Projekt entgegengesetzt wird, sondern lediglich das Bestreiten der Existenz des europäischen Projektes und das Beharren auf der Rechtsetzungskompetenz der Mitgliedsstaaten. Es werden von dieser Seite zwei strikte Kontraritätsrelationen eingeführt, indem der diskursive Raum antagonistisch geteilt wird: in Sozialunion vs. nationale Zuständigkeit für Sozialpolitik sowie, von den Subjektpositionen her, in Erwerbstätige und Nichterwerbstätige. Die Konzeption des *gesellschaftlich Allgemeinen*, die hinter dieser Kräftekonstellation steht, lässt sich am treffendsten mit der von Fries und Shaw in ihrer Urteilsbesprechung verwendeten und in der Folge von der Literatur immer wieder zitierten Bezeichnung der »*national welfare sovereignty*« (Fries/Shaw 1998: 558, Herv. S.B.) benennen.³¹

Die proeuropäischen Strategien wiederum deuteten die »Beschränkungen und Bedingungen« lediglich als solche, die »die bloße Ausübung« des Freizügigkeits-

31 Die Autorinnen beschreiben diese Konzeption allerdings von der anderen Seite aus und betonen, dass ein beträchtlicher Teil dieser nationalen Wohlfahrtssouveränität nun innerhalb des Bereiches des Gemeinschaftsrechts scheinbar unter eine strikte juristische Kontrolle gestellt wurde (ebd.).

rechts betreffen,³² und gerade nicht seine Entstehung (Borchardt 2000: 2059). Es lasse sich nicht mehr die Meinung vertreten, »dass das Aufenthaltsrecht durch die Richtlinie begründet worden sei, sozusagen von den Mitgliedstaaten ›bewilligt‹«. Das Recht sei inzwischen in einer Primärvorschrift niedergelegt »und verschwindet nicht oder besteht, je nachdem, ob es vom [...] Sekundärrecht beschränkt wird«³³. »Es hat mit Art. 18 EG eine primärrechtliche Rechtsgrundlage erhalten«, sodass »jeder Bürger eines Mitgliedsstaats der EU als Unionsbürger beim Überschreiten einer innergemeinschaftlichen Grenze bereits über das Aufenthaltsrecht« verfüge (Borchardt 2000: 2060). Das Kontraritätsstrategem des national-sozialen Projekts findet also auf der Seite des proeuropäisch-sozialen Projekts seine Entsprechung: ein primärrechtlich genuin europäisches Aufenthaltsrecht im Gegensatz zu einer von den Mitgliedsstaaten nur sekundärrechtlich abgesicherten *Bewilligung*.

Klaus-Dieter Borchardt, Hauptverwaltungsrat im juristischen Dienst der Kommission und ›Schüler‹ des ehemaligen deutschen proeuropäischen EuGH-Richters Manfred Zuleeg, vertritt im gesamten Diskurs die umfassendste Konzeption sozialer Rechte – eine Position, die dem proeuropäisch-sozialen Hegemonieprojekt zugeordnet werden kann. Er versuchte gleich zu Beginn, allein aus Art. 18 auch die sozialen Rechte abzuleiten: »Aus Artikel 18 EG folgt unmittelbar, dass der Mitgliedsstaat verpflichtet ist, den Unionsbürgern neben dem Aufenthaltsrecht selbst auch alle damit im Zusammenhang stehenden oder daraus ableitbaren Rechte zu gewähren« (ebd.: 2059).

Er nennt seinen eigenen Ansatz den »maximalistischen Ansatz«, der »gleichwohl noch ein Stückchen Utopie sei« (ebd.: 2061). Es ist genau diese früh geäußerte maximalistische Position, die in der Folge als Gespenst durch die Texte geistern wird. Zunächst einmal aber folgte der EuGH dieser Position nicht, sondern entwickelt einen alternativen Zugang über die Äquivalenzierung von Art. 17 und Art. 12. Das juristische Terrain, auf welches er damit die Auseinandersetzung verlagerte, lautet »Anwendungsbereich«: Der Generalanwalt hatte systematisch argumentiert, dass es »sich nicht leugnen« lasse, »dass die Schaffung der Unionsbürgerschaft sich auf den Anwendungsbereich des Vertrages«, also die *Reichweite des Europarechts* auswirke.³⁴ Um dies zu begründen hatte er zunächst die Unionsbürgerschaft näher eingeordnet: Sie sei der Status,

»der neu und *ohne Unterschied* allen Staatsangehörigen der Mitgliedsstaaten gemeinsam ist. Es ist die *grundlegende* Rechtsstellung, möchte ich sagen, die dem Staatsangehörigen *jedes* Mitgliedstaats von der Rechtsordnung der [...] Union garantiert ist.«³⁵

32 Kommission, wiedergegeben nach GA La Pergola (Fn. 25).

33 GA La Pergola (Fn. 25), Rn. 18.

34 GA La Pergola (Fn. 25), Rn. 20.

35 Ebd., Rn. 18, Herv. S.B.

Daher verlange es die im Vertrag von Maastricht vorgezeichnete Union, dass das Diskriminierungsverbot auch auf den Bereich des neuen Rechtsinstituts angewendet werde. »Dieser Fall ist somit ein ›test case‹ für eine Reihe von Problemen, die sich in der Zukunft dem Gerichtshof stellen können«³⁶, orakelte der Generalanwalt, obwohl die Richter*innen bislang diese Testfälle grundsätzlich ignoriert hatten.

Auch wenn sie darauf zunächst keinen expliziten Bezug nahmen, sind in diesen Worten des Generalanwalts die entscheidenden Aussagen des neuen Projekts enthalten – und die Richter*innen sollten sie ab der nächsten Entscheidung wie ein Mantra wiederholen. Die Unionsbürgerschaft wird dabei zur *Repräsentantin des Allgemeinen*. Sie nimmt auf das imaginäre Allgemeine Bezug, indem sie den Einzelnen die grundlegende Rechtssubjektivität in diesem Projekt zuweist und als symbolische Repräsentantin, als exklusive Maklerin (Nonhoff 2006: 218), alle anderen Elemente der Äquivalenzkette vermittelt. Sie bindet schließlich alle europäischen staatsbürgerlichen Subjekte ohne Unterschied in ein europäisches Projekt ein und erzeugt eine Wir-alle-Gruppe (ebd.: 263), die sich signifikant von den Drittstaatsangehörigen abgrenzt. Sie konstituiert so das Innen und zwangsläufig auch das Außen eines europäischen Staatsprojekts.

Die Anwendung der Unionsbürgerschaft auf das Diskriminierungsverbot führte zu einer Ausweitung des Anwendungsbereiches von Art. 12. Die Richter*innen differenzierten diesen Anwendungsbereich in einen »sachlichen« und einen »persönlichen«. *Sachlich* sei Art. 12 anwendbar, weil es um Erziehungsgeld gehe. Dieses sei als soziale Vergünstigung von der Wanderarbeiter*innen- und der Arbeitnehmer*innen-Verordnung umfasst, also schlicht europarechtsrelevant.³⁷ Diese »attraktive Einfachheit« des Ansatzes, so der EuGH-Richter Timmermans, der an einigen der späteren Urteile beteiligt war, sei aber »zugleich der Schwachpunkt« gewesen. Denn nun müsse in jedem einzelnen weiteren Fall bewiesen werden, dass eine Angelegenheit in den sachlichen Anwendungsbereich falle. Hinzu komme, dass der bloße Umstand, dass es zwei Verordnungen gebe, genau besehen noch gar keine Antwort auf die sachliche Zuständigkeit der EU sei (Timmermans 2003: 198). Denn Unionsbürger*innen, die die Voraussetzungen der Verordnungen nicht erfüllen (weil sie keine Arbeitnehmer*innen oder Selbständige sind), können die Rechte aus den Verordnungen ja gerade *nicht* geltend machen. Der EuGH durchbreche also diese Zuordnung und »entzieht seiner Argumentation zugleich die rechtliche Grundlage« (von Bogdandy/Bitter 2005: 311f.).

Hinzu kommt erneut ein kompetenzrechtliches Argument: Die Kompetenz der EG für sozialrechtliche Regelungen sei überaus begrenzt und der Zugang von nicht erwerbstätigen Unionsbürger*innen zu Sozialleistungen sei gerade nicht davon um-

36 Ebd., Rn. 23.

37 Urteil in der Rs. Martínez Sala (Fn. 24), Rn. 57.

fasst. Es gibt zwei dogmatische Grundauffassungen bezüglich der Frage, wie festzustellen ist, ob eine Materie in den sachlichen Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts fällt. Nach ersterer, die von den national argumentierenden Autoren vertreten wird, ist der Anwendungsbereich nur eröffnet, wenn die EU eine Kompetenz für diesen Regelungsbereich besitzt. Denn sie verfüge über keine sogenannte Kompetenz-Kompetenz und könne sich daher nicht eigenständig neue Anwendungsgebiete erschließen. Der Gerichtshof hingegen vertrat bereits in der Vergangenheit eine »funktionale Betrachtungsweise«, wonach ein Zusammenhang mit der Errichtung und dem Funktionieren des Gemeinsamen Marktes für ausreichend erachtet wird, sodass der Prüfungspunkt des Anwendungsbereiches auf die schlichte Frage reduziert wird, ob es eine »gemeinschaftsrechtlich geregelte Situation« gebe (Höfler 2002: 1207). Das konnte man vorliegend bejahen, egal *wie* die Situation geregelt war (Martínez Soria 2002: 645). Entwickelt hatte der EuGH diesen funktionalen Ansatz im Kontext der Arbeitnehmerfreizügigkeit. Bereits damals hatte er Sozialleistungen zuerkannt, obwohl sie ebenfalls Politikgebieten entstammten, die noch nicht in den Zuständigkeitsbereich des Vertrages fielen (van der Mei 2005: 207f.).

Der Verweis auf den sachlichen Anwendungsbereich werde dadurch aber, so die Einwände, »inhaltlich weitgehend entleert« und »uneingrenzbar« (Hilpold 2008: 23f.). Bei den Auseinandersetzungen um die Rechtsfigur »Anwendungsbereich« geht es also um die Reichweite des Europarechts und damit zugleich um die Jurisdiktionshoheit des EuGH selbst.

Selbst die proeuropäischen Kritiker*innen des EuGH schlugen einen anderen Weg vor, nämlich in Zukunft darauf abzustellen, dass Art. 18 den Anwendungsbereich von Art. 12 eröffne (Timmermans 2003: 198; von Bogdandy/Bitter 2005: 312). Man kann festhalten, dass der Lösungsversuch der Vermeidung von Art. 18 bei gleichzeitiger Ausdehnung des sachlichen Anwendungsbereiches für keines der Hegemonieprojekte überzeugend erschien, sondern inkohärent blieb.

Der nächste Prüfungsschritt war sodann der *persönliche* Anwendungsbereich. Hier nun befinden wir uns am eigentlichen *Wendepunkt* der Rechtsprechungslinie: Der Rechtsstatus der Unionsbürgerschaft beinhalte gewisse Rechte, darunter dasjenige, nicht im sachlichen Anwendungsbereich aus Gründen der Staatsbürgerschaft diskriminiert zu werden. Daraus folge, und dies sollte zum zweiten Mantra des EuGH werden, dass die Klägerin als »Angehörige eines Mitgliedstaates, die sich rechtmäßig im Gebiet eines anderen Mitgliedstaats aufhält«, in den »persönlichen Anwendungsbereich der Vertragsbestimmungen über die Unionsbürgerschaft« falle.³⁸ Dass sie diskriminiert wurde, wurde von niemandem in Frage gestellt, weswegen ihr mit der Klage verfolgtes Anliegen berechtigt erschien. Die einzige Voraussetzung, um in den Schutzbereich des Diskriminierungsverbotes zu kommen, ist

38 Urteil in der Rs. Martínez Sala (Fn. 24), Rn. 62, 61.

demnach neben der Unionsbürgerschaft der rechtmäßige Aufenthalt in einem anderen Mitgliedsstaat. Dieser »expansive« (Fries/Shaw 1998: 550) Ansatz war es nun, der auf die vehementeste Kritik der nationalen (sozialen wie auch konservativen) Projekte stieß. Dahinter wurde ein »quasi universelles Zugangsrecht zu allen Arten von Sozialleistungen« (Haltern 2005: 97), eine Art »Pauschalgleichheitsrecht« »radikaler Gleichheit«, ein »vollständiges Gleichheitsprinzip, welches alle Bürger der Union bevorzugt« (Tomuschat 2000: 456, 451°), sozusagen Borchardts maximalistischer Ansatz, vermutet. Und dieses Projekt wurde abgelehnt, weil es »unvermittelt« lediglich mit einem »pauschalen Hinweis auf die Unionsbürgerschaft begründet« (Hailbronner 2004: 2188) bzw. »versteckt« werde hinter einer formellen Verbindung zum völlig entleerten Anwendungsbereich (Tomuschat 2000: 457). Der Gerichtshof sei eine »überzeugende Stellungnahme zum Anwendungsbereich ratione personae schuldig« geblieben und habe »erhebliche Kritik« verdient (Niemann 2004: 948). Das Urteil werfe mehr Fragen als Antworten auf (Minderhoud 1999: 159).

Die »erstaunliche Breite dieses Ansatzes« (Fries/Shaw 1998: 550) stattete also über die universelle Zuschreibung der Unionsbürgerschaft *alle Staatsbürger*innen der Mitgliedsstaaten*, die sich legal in einem anderen Mitgliedsstaat aufhalten, mit einem Recht aus, nicht aufgrund der Staatsbürgerschaft diskriminiert zu werden, unabhängig von ihrem ökonomischen Status (ebd.). Durch die Äquivalenzierung des Diskriminierungsverbotes mit der Unionsbürgerschaft komme es zu einer Ent-Territorialisierung der sozialen Rechte in Europa. Während Tomuschat (2000: 450) davon ausging, dass diese Argumentation »weit davon entfernt« sei, »überzeugend zu sein«, hielten die linksliberalen Autor*innen sie trotz der methodischen Mängel »konzeptionell für einen großen Schritt«, gerade weil der Anspruch auf Gleichbehandlung nicht mehr von einer wirtschaftlichen Tätigkeit abhängig gemacht wurde: »Die Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten treten endgültig aus dem gemeinschaftsrechtlichen Status bloßer Marktbürger heraus.« (von Bogdandy/Bitter 2005) Auch der Generalanwalt hatte bereits aus Art. 18 gefolgert, dass dieser die allgemeine Freizügigkeit als »ein Recht, das aus der Unionsbürgerschaft nicht nur abgeleitet, sondern mit dieser untrennbar verbunden ist«, von den anderen Verkehrsfreiheiten abgelöst habe.³⁹

Der Bruch mit dem alten Pfad zeigte sich also schon in der ersten Entscheidung. Es kündigte sich ein juridisches Projekt an, welches Element eines Staatsprojekts sein könnte, weil in ihm die europäischen Bourgeois zu Citoyens subjektiviert werden. Dies lässt sich an folgendem zustimmenden Zitat zugespielt zeigen:

»Nach dem EuGH-Urteil in Martínez Sala jedoch schien es, dass so etwas ähnliches wie ein universelles Antidiskriminierungsrecht inklusive des Zugangs zu allen möglichen Wohl-

39 GA La Pergola (Fn. 25), Rn. 18.

fahrtsleistungen im Gemeinschaftsrecht als Konsequenz aus der Schaffung der Figur des Unionsbürgers Fuß gefasst hat. [...] Es mag eine Zeit kommen – obwohl wir davon im Moment noch entfernt sind – in der die angemessene ›Gemeinschaft‹, in welcher soziale Probleme, inklusive der Verteilung öffentlicher Güter [...], gelöst werden müssen, eine Körperschaft aller EU-Bürger konstituieren wird und nicht mehr nur separate nationale Bürgerschaften.« (Fries/Shaw 1998: 536, 556°)

Der Widerstand gegen das Urteil war massiv, sodass eine Nicht-Anschlussfähigkeit der Rechtsoperationen drohte, weil etablierte Rechtsfiguren nicht kohärent verschoben wurden. Darauf stützten sich die Gegenstrategeme und es war unabsehbar, ob dieses Urteil nicht eher ein Ausreißer bleiben würde. Das nächste Urteil, mehr als drei Jahre später, schloss allerdings daran an und half dabei, den neuen Pfad zu stabilisieren.

5.3.4 »Grzelczyk« vom 20. September 2001⁴⁰ – »eine genuin politische Imagination«

Der zweiten Rechtssache lag die Beantragung des belgischen Existenzminimums durch einen französischen Studenten zugrunde. Dieses Mal übernahm der EuGH die Konzeption der Unionsbürgerschaft des Generalanwalts aus der vorangegangenen Rechtssache. Mit geringfügigen Änderungen lautet die offizielle Definition der Repräsentantin des Allgemeinen fortan:

»Der Unionsbürgerstatus ist nämlich dazu bestimmt, der grundlegende Status der Angehörigen der Mitgliedstaaten zu sein, der es denjenigen unter ihnen, die sich in der gleichen Situation befinden, erlaubt, unabhängig von ihrer Staatsangehörigkeit und unbeschadet der insoweit ausdrücklich vorgesehenen Ausnahmen die gleiche rechtliche Behandlung zu genießen.«⁴¹

Unionsbürger*innen werden so als Rechtssubjekte konzipiert, die eine grundlegende Rechtsstellung innehaben, die sie mit gleichen Rechten unabhängig von der Staatsbürgerschaft ausstattet. Die portugiesische Regierung hatte in ihrer Stellungnahme bereits darauf insistiert, dass die Angehörigen der EU durch die Unionsbürgerschaft nicht länger »bloße Wirtschaftsfaktoren« seien und die Gleichstellung daher nicht mehr nur auf Arbeitnehmer*innen beschränkt werden könne.⁴² Es komme

40 Rs. C-184/99, Slg. 2001, I-6193.

41 Urteil in der Rs. Grzelczyk (Fn. 40), Rn. 31.

42 Wiedergegeben nach den Schlussanträgen des Generalanwalts Siegbert Alber v. 28.9.2000, Rs. C-184/99, Rn. 52.

demnach zu einer »Abkehr von der ›wirtschaftlichen Tätigkeit‹ als Anknüpfungspunkt für Rechte«. Mit ihrer Einführung »haben die Mitgliedstaaten ihren politischen Willen bekundet, ›ein *Europa der Bürger*‹ voranzutreiben« (Letzner 2003: 119, Herv. i.O.). Das Diskursfragment des ›Europas der Bürger‹ entstammte den Staatsbürgerschafts-Debatten der 1960er Jahre. Erstmals verwendete es die Kommission 1961 in einem Bericht als »citoyenneté européenne« im Zusammenhang mit Freizügigkeitsrechten im Gemeinsamen Markt (Fischer 2005: 133). Und seit der Haager Gipfelkonferenz von 1969 wurde es zum festen Bestandteil der europapolitischen Diskussion (Hilpold 2008: 15). Durch die Einführung der Unionsbürgerschaft im Maastrichter Vertrag erhielt dieses linksliberal-alternative Argument allerdings erst 30 Jahre später eine institutionelle Stütze. Ausgerechnet die mitgliedstaatlichen Regierungen, die die Unionsbürgerschaft in ihrer Bedeutung eher gering schätzten und keinesfalls mit diesem Pathos aufladen wollten, wurden dabei diskursiv zu den Urheberinnen des Europas der Bürger*innen.

Diese Entwicklung wurde von zwei Seiten aus kritisiert. Zum einen vom radikaldemokratischen Flügel des linksliberal-alternativen Hegemonieprojekts, dem diese Entwicklung nicht weit genug ging: Mit dieser Auslegung werde zwar das soziale, nicht hingegen das Demokratiedefizit behoben. So habe es schon immer ein starkes Erbe der Marktbürgerschaft gegeben, welches nun graduell generalisiert werde. Dies sei Ergebnis einer kontinuierlichen Entwicklung des rechtebasierten Konstitutionalismus der EU. Diese Rechtsprechung werde jedoch in keiner Weise das politische Element auf, sie bleibe vielmehr abgetrennt von einer Konzeption der EU-Bürger*innen als politischem Souverän (Fries/Shaw 1998: 559). Viel zu lange schon habe die Idee einer »Gemeinschaft des Rechts« das unangefochtene Legitimationsmodell der EG/EU-Aktivitäten dargestellt, als eine Art Rechtsstaatsideologie, sodass nicht über die fehlende Partizipation der Bürger*innen geredet werden müsse (Shaw 1998: 307).

Die weitaus vehementeren Einwände kamen jedoch von der anderen, der konservativen Kritik, die bestritt, dass der »ausgeprägte Solidaritätsgedanke«, der dem Unionsbürgerschaftskonzept durchaus innewohne, im Gemeinschaftsrecht auch verankert worden sei (Hilpold 2008: 26). Die Unionsbürgerschaft sei lediglich eine »Klammer über bereits Gegebenes, ohne unmittelbar einen Mehrwert hinzuzufügen« (ebd.: 27). Der EuGH hingegen verselbständige weitreichend die nicht-wirtschaftliche Bewegungsfreiheit, für welche unter den politischen Organen gerade *kein* Konsens zu finden war. Die Möglichkeit dazu sei ihm durch die Einfügung des »inhärent politischen Konzepts« der Unionsbürgerschaft in die Rechtsordnung eröffnet worden. Mit seiner Definition stecke er ein Programm in »maximaler Breite« ab, sodass die *Grzelczyk-Entscheidung* einem »Dambruch« gleichkomme (ebd.: 28). Die Metapher des Dambruchs wird bereits zum zweiten Mal bemüht und mit ihr die Vorstellung einer Unbeherrschbarkeit von naturkatastrophengleichen Ereignissen, gegen die man sich habe schützen wollen, was letztlich durch die

Unionsbürgerschaft unmöglich geworden sei. Das im Migrationsdiskurs bekannte Bild der »Überflutung«, in diesem Fall der Sozialsysteme durch nicht erwerbstätige Fremde, wird assoziativ mobilisiert.

Die weiteren Prüfungsschritte der Richterschaft, die wieder als Plenum tagte (Reich 2005: 679) – was für die außergewöhnliche Bedeutung des Falles spricht –, kreisten dieses Mal explizit um den Umgang und die Bedeutung des Art. 18 EG, sein Verhältnis zu den sekundärrechtlichen Richtlinien sowie um den Anwendungsbereich des Diskriminierungsverbotes in Art. 12 EG:

Dieses Mal konnte der EuGH Art. 18 nicht direkt umgehen, denn die Studierenden-Richtlinie, als seine mögliche Beschränkung, sah in ihrem Art. 3 eine explizite Regelung dieses Falles vor. Diese besagte, dass ein Anspruch von Student*innen »auf Gewährung von Unterhaltsstipendien durch den Aufnahmemitgliedstaat« durch diese Richtlinie »nicht begründet« werde. Es unterliege daher, so die mitgliedstaatliche Position,

»keinen Zweifeln, dass mit der Inkorporierung der Unionsbürgerschaft in den EG-Vertrag nicht die Vorstellung der Vertragsstaaten verbunden war, eine von der Inanspruchnahme der Grundfreiheiten unabhängige Grundlage für Gleichbehandlungsansprüche auf soziale Transferleistungen zu schaffen. Eben dies sollte [durch die] Aufenthalts-Richtlinien für Nichterwerbstätige ausgeschlossen werden.« (Cremer 2007: 89f.)

Doch die Richter*innen interpretierten diese Konstellation völlig anders. Der Generalanwalt hatte die Möglichkeit aufgeworfen, dass die Richtlinie nicht mit dem höherrangigen Art. 18 zu vereinbaren sei, sodass sie außer Betracht zu lassen wäre.⁴³ Dies wäre eine sicher umstrittene, aber in der dogmatischen Logik konsequente Auslegung gewesen. Die Richterschaft selbst vermied hingegen erneut eine solche grundlegende Kategorisierung, stattdessen kam sie zu dem Ergebnis, dass Art. 18 durch die Studierenden-Richtlinie zwar konkretisiert werde, diese allerdings gerade »keine Sozialleistungen ausschließe – auch wenn Art. 3 der Richtlinie keinen Anspruch auf ein Unterhaltsstipendium gewähre«⁴⁴. Sie wichen der Vereinbarkeitsfrage von Sekundär- und Primärrecht also aus und neutralisierten dafür die Richtlinie, indem sie sie als unergiebig einstufen: »Mit anderen Worten: Die Richtlinie begründet zwar kein Recht auf Unterstützung, verbietet es aber auch nicht ausdrücklich« (Cremer 2007: 88).

Auch diese Taktik wurde sofort von den Diskursteilnehmer*innen als mögliches Ausweichstrategem identifiziert: »Als kritischer Punkt bleibt allerdings, dass der Gerichtshof den Restriktionen der Aufenthaltsrechte von Studenten ausgewichen sein könnte.« (Reich 2005: 680°) Während Reich dem positiv gegenüberstellte, dass

43 GA Alber (Fn. 42), Rn. 112.

44 Urteil in der Rs. Grzelczyk (Fn. 40), Rn. 39.

auf der anderen Seite dieses Urteil ein »weiterer Schritt in Richtung einer wahren Gleichheit von Unionsbürgern« sei (ebd.^o), wurden die konservativen Kritiker von einem »gewissen methodischen Unbehagen« befallen, welches die Formulierung des EuGH als »mysteriös« einstuft, die einen »logischen Gehalt« vermissen ließ (Hailbronner 2004: 2186). Obwohl doch sowohl die Entstehungsgeschichte als auch die Gesamtsystematik, also zwei zentrale Auslegungsmethoden, verdeutlichten, »dass die Mitgliedstaaten die Zuerkennung eines Aufenthaltsrechts außerhalb einer wirtschaftlich bedingten Freizügigkeit sehr wohl an das Vorhandensein ausreichender Existenzmittel knüpfen wollten, verschiebt der EuGH nun Gewichte und Perspektiven« (Hilpold 2008: 26).

Die linksliberal-alternativen wie auch die proeuropäisch-sozialen Gegenpositionen ergriffen hingegen eindeutig Partei für den EuGH. So kritisierte die deutsche Generalanwältin beim EuGH den führenden deutschen konservativen Migrationsrechtler Kay Hailbronner massiv für seine nationale Perspektive: Seine Kritik sei zwar »heftig, aber unzutreffend«, da er das europäische Recht schlicht »missverstehe«. Zum einen unterstelle er der Unionsbürgerschaft eine lediglich deklaratorische Wirkung, wo sie doch eine konstitutive Wirkung besäße. Höherrangige Ansprüche könnten schlicht durch eine sekundärrechtliche Richtlinie nicht beschränkt werden. Hinzu komme zudem, dass die Richtlinie überhaupt nur Unterhaltsstipendien, nicht jedoch Sozialhilfeansprüche regle (Kokott 2006: 219f.). Dieses Argument wurde von Martínez Soria (2002: 648) unterstützt. Wenn man berücksichtigt, dass die Verfahrenssprache Französisch war, und die französische Fassung der Richtlinie den Begriff der »bourses d'entretien« verwende, also der Ausbildungsbeihilfen, so werde deutlich, dass die »prestations sociales«, also die sonstigen Sozialleistungen, überhaupt nicht von Art. 3 der Richtlinie umfasst seien.

Die Auslegung der Richtlinie sei zwar »sicherlich angreifbar«, so die Mitarbeiterin im deutschen Bundesministerium für Arbeit und Soziales, Peggy Letzner, in einer vermittelnden Position, doch eine »Bestrebung des Gerichts, aus Art. 18 ein unmittelbar anwendbares Individualrecht des Unionsbürgers ohne Beachtung des Sekundärrechts zu begründen«, sei nicht zu erkennen (Letzner 2002: 120). Zu einer starken, eigenständigen Ausprägung des allgemeinen Freizügigkeitsrechts, wie dies in der vorangegangenen Rechtssache gefordert worden war, konnte sich der EuGH tatsächlich immer noch nicht durchringen. Er nutzte vielmehr den Bedeutungsspielraum des Sekundärrechts selbst und vermied so eine radikale Verwerfung des mitgliedstaatlich gesetzten Sekundärrechts. Das Ausweichstrategem brachte ihm allerdings erneut den Vorwurf der Inkohärenz ein.

War nun geklärt worden, dass ein Sozialleistungsanspruch für Studierende nicht per se ausgeschlossen war, wendete sich der EuGH wieder dem Anwendungsbe-
reich des Art. 12 zu. Dabei hatte er nun noch eine weitere Hürde zu überwinden.

Denn in der *Rs. Brown*⁴⁵ ein Jahrzehnt zuvor hatten die damaligen EuGH-Richter festgehalten, dass die EG im Bildungsbereich keine Kompetenz und das Gericht somit keine Jurisdiktion in solchen Fällen besäße. Doch diese Ausgangslage habe sich, so argumentierten die Richter*innen nunmehr, durch die Aufnahme der Unionsbürgerschaft in den Vertrag geändert. Damit läuteten sie einen expliziten Rechtsprechungswechsel ein und erweiterten erneut durch Art. 17 EG den Anwendungsbereich des Art. 12: »Nichts im Text des geänderten Vertrags erlaubt die Annahme, dass Studenten, die Unionsbürger sind, die diesen Bürgern durch den Vertrag verliehenen Rechte verlieren, wenn sie sich zu Studienzwecken in einen anderen Mitgliedstaat begeben.«⁴⁶

Im Folgenden prüften sie den sachlichen Anwendungsbereich gar nicht mehr gesondert, sondern gingen vielmehr unabhängig von der konkret beanspruchten Sozialleistung davon aus, dass die Wahrnehmung des allgemeinen Freizügigkeitsrechts für sich genommen bereits ausreiche (Papp 2009: 88). Für den persönlichen Anwendungsbereich verwendeten sie wieder die Formel des *Martínez Sala*-Urteils, wonach sich »ein Unionsbürger, der sich rechtmäßig im Gebiet des Aufnahmemitgliedsstaats aufhält«, auf Art. 12 EG berufen könne.⁴⁷ Daraus folgte insgesamt eine weite, nur mit Art. 17 und 18 begründete Anwendungsbereichseröffnung:

»Liest man die Urteile *Martínez Sala* und *Grzelczyk* zusammen, so ist die Unionsbürgerschaft persönlicher und das aus eben dieser Unionsbürgerschaft folgende Freizügigkeitsrecht sachlicher Anknüpfungspunkt für ein im Übrigen nahezu grenzenloses Diskriminierungsverbot. Fortan musste für die aus der Unionsbürgerschaft fließenden Rechte eine Auslegung erwartet werden, wie sie extensiver kaum sein konnte«,

befürchteten bereits konservative Kritiker angesichts der »Sprengkraft« dieses Urteils (Niemann 2004: 948f.). Denn diese »uferlose Ausdehnung des Anwendungsbereiches« entwerte das Prinzip der limitierten Einzelermächtigung (Höfler 2002: 1207). Neben der Metapher des Dammbrechens herrschten Bilder der Ufer- und Grenzenlosigkeit vor: Die Überflutung durch den gesprengten Damm der zuvor noch begrenzten EU-Kompetenz sei nun nicht mehr eingrenzbare. Der maximalistische, proeuropäisch-soziale Ansatz Borchardts schien sich durchzusetzen. So hatte dieser noch vor Verkündung des Urteils im Hinblick auf selbiges geschrieben:

»Allen Unionsbürgern wird in *allen* Mitgliedstaaten der EU über den an die Unionsbürgerschaft anknüpfenden Grundsatz der Nichtdiskriminierung die Teilhabe an *allen* im jeweiligen nationalen Recht bestehenden Sozialleistungen *unter denselben Bedingungen* garantiert wie

45 Rs. 197/86, Slg. 1988, 3205.

46 Urteil in der Rs. *Grzelczyk* (Fn. 40), Rn. 35.

47 Urteil in der Rs. *Grzelczyk* (Fn. 40), Rn. 31.

sie für die Staatsangehörigen des jeweiligen Mitgliedsstaats gelten. [...] Es ist nicht das Gemeinschaftsrecht, das sich an den sozialpolitischen Wünschen und Vorstellungen der Mitgliedstaaten auszurichten hat, sondern umgekehrt sind es die Mitgliedstaaten, die ihre sozialen Leistungssysteme in Übereinstimmung mit dem Gemeinschaftsrecht gestalten müssen.« (Borchardt 2000: 2059, Herv. S.B.)

Die umfassende Inklusion der europäisch-staatsbürgerlichen Subjekte in ein System umfassender europäischer sozialer Rechte ist das Ziel der Strategien dieses Hegemonieprojekts. Das Urteil wird als »ein bemerkenswertes Beispiel für einen juridischen Aktivismus« eingeschätzt, welcher der Idee »of a people's Europe« eine wirkliche Substanz verleihe (Iliopoulou/Toner 2002: 617°). Die Kompetenz dafür wurde vom konservativen Projekt jedoch bestritten: »[E]in solches solidarisches Band, das alle Unionsbürger miteinander verbindet, dürfte sekundärrechtliche Regelungen zur Harmonisierung der Sozialsysteme [...] geradezu notwendigerweise nach sich ziehen. Die Gemeinschaft hat aber keine Kompetenz zur Schaffung einer Sozialunion.« (Niemann 2004: 949)

Das neue Urteil wurde von der Literatur zwar »nicht als derart bahnbrechend wie *Sala* selbst«, aber als eine willkommene Bestätigung dafür bewertet, dass dieser Ansatz wahrscheinlich auch in zukünftigen Fällen angewendet werden wird. »*Sala* kann nun nicht mehr als eine isolierte Ausnahme, sondern muss als etablierte Regel betrachtet werden.« (Iliopoulou/Toner 2002: 615°) Durch Iterationen in aufeinanderfolgenden Urteilen und Kommentaren bilden sich sukzessive hegemoniale Rechtsnormen aus, so auch die vorliegende Äquivalenzierung, in der Art. 17 und 18 den Anwendungsbereich des Art. 12 eröffnen.

Doch nun tauchte erneut die aus Art. 18 folgende Problematik auf: Dadurch, dass die Anforderungen »ausreichender finanzieller Mittel« und eines Krankenversicherungsschutzes in der Studierenden-Richtlinie vom EuGH nicht als *Bedingung* des Aufenthaltsrechts nach Art. 18 eingeordnet wurden, blieb, um sie nicht völlig zu ignorieren, nur die Möglichkeit, sie als »einen möglichen *Beendigungstatbestand*« zu werten. Dies wäre allerdings eine widersprüchliche Konsequenz der expansiven Rechtsprechung gewesen. Daher fügten die Richter*innen sofort hinzu, dass ein solcher Beendigungsgrund wegen der Inanspruchnahme von Sozialhilfe zwar eine gemeinschaftsrechtlich gedeckte Ungleichbehandlung sei, für welche dann aber Rechtfertigungsgründe angeführt werden müssten.⁴⁸ Der Generalanwalt nahm dazu auf den Erwägungsgrund 6 der Richtlinie Bezug, in dem es heißt, die öffentlichen Finanzen dürften »nicht über Gebühr« belastet werden. Daraus folge jedoch keine exakte Grenzziehung. Klar sei nur, dass »keine automatische Beendigung des Aufenthaltsrechts mit der Inanspruchnahme öffentlicher Mittel« einherge-

48 So GA Alber (Fn. 42), Rn. 110.

hen könne.⁴⁹ Noch vor dem Urteil hatte Borchardt argumentiert, die Tatsache, dass das Aufenthaltsrecht nicht nur das Recht auf physische Präsenz in einem anderen Mitgliedsstaat vermittele, sondern auf Vollintegration des Unionsbürgers gerichtet sei, führe zu einer »teleologischen Reduktion« der Bedingung ausreichender finanzieller Mittel, »und zwar in dem Sinne, dass diese Bedingung lediglich noch als Bedingung zur Vermeidung des Missbrauchs von Sozialleistungen angewendet werden kann« (Borchardt 2000: 2060). Der EuGH übernahm schlicht die Formel des Generalanwalts und stellte fest, dass aufenthaltsbeendende Maßnahmen möglich sind, »jedoch keinesfalls die automatische Folge der Tatsache sein« könnten, dass Sozialhilfe in Anspruch genommen werde.⁵⁰ Auch in der Begründung mit dem Erwägungsgrund der Richtlinie, die Mitgliedsstaaten »nicht über Gebühr zu belasten«, folgte der Gerichtshof dem Generalanwalt und schlussfolgerte dann in einem überraschenden Umkehrschluss: »Die Richtlinie 93/96 erkennt somit [...] eine *bestimmte finanzielle Solidarität* der Angehörigen dieses Staates mit denen der anderen Mitgliedstaaten an«⁵¹.

Hailbronner (2004: 2187) sah darin eine »nachgerade skurrile« Verdrehung des Wortlautes. Es sei zudem »nicht akzeptabel [...], dass eine Begründungserwägung [...] dazu verwendet wird, eine materielle Bestimmung der Richtlinie entgegen ihrem insoweit eindeutigen Wortlaut umzudrehen«. Dies laufe eindeutig dem Willen der Mitgliedsstaaten entgegen, die mehr als zehn Jahre über die Nichterwerbstätigen-Richtlinien verhandelt hätten, welche immer wieder an dem befürchteten »Risiko einer sozialleistungsinduzierten Freizügigkeit« gescheitert seien.

»Selten ist eine Richtlinie nach Wortlaut, Systematik und Entstehungsgeschichte in diesem Punkt deutlicher als die Richtlinie 93/96/EWG. [...] Die Postulierung von Prinzipien mit weitreichender Bedeutung, wie zum Beispiel das Prinzip der finanziellen Solidarität, das, wie der EuGH wohl weiß, sich sofort verselbständigt und als eigenständiger juristischer Topos in allen künftigen Auseinandersetzungen herangezogen wird« (ebd.).

Mit der Beweisführung der Methodenkritik wurde dem Gerichtshof also unerlaubte Rechtsfortbildung vorgeworfen. Entgegen dem Willen des politischen (nationalen Wohlfahrts)Souveräns folge der EuGH ohne Legitimation seinem »rechtspolitischen Sendungsbewusstsein« (ebd.).

Weitere massive Kritiken hefteten sich an das Verbot einer automatischen Aufenthaltsbeendigung. Der EuGH lasse völlig im Unklaren, was das konkret bedeute, wie lange etwa ein Student vorübergehend Sozialhilfe in Anspruch nehmen (Obwexer 2002: 57), oder wann im Einzelfall ein Aufenthaltsrecht beendet werden

49 Ebd., Rn. 123.

50 Urteil in der Rs. Grzelczyk (Fn. 40), Rn. 43.

51 Ebd., Rn. 44, Herv. i.O.

dürfe (Höfler 2002: 2107). Der EuGH musste diese Frage im vorliegenden Fall ja nicht entscheiden, die Aussage bildete daher eher eine frühzeitige Warnung an die Mitgliedsstaaten, seine Gleichheitsrechtsprechung nicht mit Ausweisungen zu konkretisieren.

Die erst drei Jahre später beschlossene Freizügigkeits-Richtlinie – zum Zeitpunkt des *Grzelczyk-Urteils* hatte die Kommission gerade einmal den ersten Entwurf für die Freizügigkeitsrichtlinie vorgelegt⁵² – normiert zudem als Positivierung dieser Rechtsprechung in ihrem 16. Erwägungsgrund eine Konkretisierung der nicht-automatischen Ausweisung: Eine Ausweisung solle nicht erfolgen, solange die Aufenthaltsberechtigten die Sozialhilfeleistungen »nicht unangemessen« in Anspruch nehmen. Dadurch komme es, so wurde kritisiert, zu einer merkwürdigen Zwischensituation, in der die Mitgliedsstaaten nach drei Monaten bereits Fürsorgeleistungen gewähren müssen, die Inanspruchnahme aber zum Verlust des Aufenthaltsrechts führen könne (Schönberger 2006: 229). Es bleibe aber unklar, was eine unangemessene Inanspruchnahme überhaupt sein soll. Die Mitgliedsstaaten würden daher »in eine heikle Situation gebracht«, indem ihnen die politisch-moralische Verantwortung für den Einzelfall in dem »diskretionären Spielraum« zugewiesen werde und zugleich die strikte Rechtsprechung des EuGH bekannt sei. »Es ist also damit zu rechnen, dass ein Automatismus der Art greifen wird, wonach das Recht auf Daueraufenthalt faktisch durch Zeitablauf erworben wird.« (Hilpold 2008: 44) Die Macht, einen ungewollten EU-Bürger wieder loszuwerden, werde also weitgehend begrenzt (Wind 2009: 263). Diese Situation sei »das Resultat der judiziellen Tätigkeit eines Organs, des EuGH, das politisch keine Verantwortung übernehmen muss« (Hilpold 2008: 45). Dadurch nehme er den Mitgliedsstaaten den sozialrechtlichen Gestaltungsspielraum, ohne dass dies aufenthaltsrechtlich kompensiert werden könne. »Die Mitgliedsstaaten haben durch die Mitgliedschaft in der Europäischen Union zwar die Möglichkeit verloren, sich als füreinander abgeschlossene Personal- und Solidarverbände zu konstituieren. Sie dürfen aber grundsätzlich durchaus eine Form abgestufter Solidarität praktizieren«, so Schönberger (2006: 230f.). Und in Anlehnung an ein bekanntes Zitat des US Supreme Courts heißt es zustimmend weiter: »Die Unionsbürger sinken und schwimmen politisch wie sozial jedoch noch kaum gemeinsam.« (Ebd.: 231)

Das Urteil, bei dem ein studentischer Kläger im Zentrum stand, der seinen Unterhalt bis dahin über Nebentätigkeiten finanziert hatte und lediglich in der Abschlussphase seines Studiums nicht mehr arbeiten konnte, hatte also eine prinzipielle Diskussion um die Zuständigkeit für die Sozialpolitik ausgelöst, weil es durch die

52 Kommission der Europäischen Gemeinschaften: Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, KOM(2001)257 endg. v. 23.5.2001.

Wiederholung, Ausweitung und Absicherung der Rechtsfiguren des drei Jahre zuvor ergangenen Urteils offensichtlich einen neuen Pfad etablierte. Auch die Sozialpolitik sei keine »domaine réservé« der Mitgliedsstaaten mehr, so die Gesamtbeurteilung (Letzner 2003: 122): »Bei grenzüberschreitenden Sachverhalten muss sich der nationale Gesetzgeber zukünftig auch in den Rechtsgebieten am allgemeinen Diskriminierungsverbot messen lassen, in denen die Mitgliedstaaten die Regelungskompetenz haben« (ebd.). Dies sei eine Absage an all jene, »die zur Bestimmung des ›Anwendungsbereichs des EGV‹ an die der EG übertragenen Kompetenzen anknüpfen wollen und damit das Verhältnis von bloß organisationsrechtlich bedeutsamer Kompetenzverteilung zur materiellen Grundrechtsgewährleistung verkennen«, so Rossi (2002) zustimmend. Die bloß ›organisationsrechtliche‹ Bedeutung ist für das konservative Projekt hingegen eine Frage der nationalen Souveränität: »Die Gemeinschaft hat aber keine Kompetenz zur Schaffung einer Sozialunion [...], [daher] liefe eine Rechtsprechung, die die Sozialunion am politischen Prozess vorbei erzwingt, Gefahr, die der Gemeinschaft übertragene Integrationsbefugnis zu überdehnen« (Niemann 2004: 949).

Man sieht hier deutlich die antagonistische Zweiteilung des Raumes durch eine Kontraritätsrelation zwischen bloßer Organisation und nationaler Kompetenzsicherung: Während der einen Seite zufolge die Unionsbürgerschaft, die eigentlich nur ein »Mittel zur Schaffung einer gemeinsamen Identität« gewesen sein soll, sich als »Damoklesschwert für die nationalen sozialen Sicherungssysteme« entwickle (Höfler 2002: 1026), verteidigte das proeuropäisch-soziale Gegenprojekt »die integrationsfreundliche Sozialrechtsprechung des Gerichtshofs gegenüber staatlich gesteuerten Kampagnen«, die für die Akteur*innen des national-sozialen Projekts »als regelrechte Provokation erscheinen« müsse (Borchardt 2000: 10). Denn es handele sich in der Tat um »einen Einbruch in die *nationale Wohlfahrtssouveränität*« (Iliopoulou/Toner 2002: 619^o, Herv. S.B.). Die proeuropäisch-soziale Argumentation widersprach dem Kompetenzargument mit dem Hinweis, dass es die Mitgliedsstaaten selbst waren, die sich dafür entschieden hatten, die Unionsbürgerschaft zu schaffen, »und so sollten sie auch die Konsequenzen ihrer Entscheidung akzeptieren. Die Einführung der Unionsbürgerschaft in den EG-Vertrag hat nun einmal legitime Erwartungen der Einzelnen geweckt.« (Ebd.^o)

Das Urteil wurde zudem zum Anlass für staatstheoretische Reflexionen: Nur *vordergründig* gehe es in ihm um die Frage des Existenzminimums, während genauer besehen »die Bedeutung der nationalen Staatsangehörigkeit« verhandelt werde und damit die Frage, »wie viel Staatlichkeit bleibt, wenn die Bedeutung der Staatsangehörigkeit schwindet« (Rossi 2002: 351). So trage das Verbot der Diskriminierung

»das Personalitätsprinzip zu Grabe. Stattdessen tritt mit dem rechtmäßigen Aufenthalt das Territorialitätsprinzip in den Vordergrund, das aber gerade nicht [...] das Staatsvolk, sondern

das Staatsgebiet mit der Staatsgewalt verknüpft. Insofern haben sich die Mitgliedstaaten mit Art. 12 Abs. 1 EGV ein Stück weit von ihrem jeweiligen Staatsvolk verabschiedet. Die Schicksalsgemeinschaft, der man sich nicht mehr entziehen kann, wird [...] immer mehr das Volk der Europäischen Union.« (Ebd.: 353)

Wieder wird also die EU als Gemeinschaft der europäischen Bürger*innen, wie schon bei Fries und Shaw anlässlich der *Rs. Martínez Sala*, mit der Rechtsprechung assoziiert, dieses Mal sogar in der Tradition des substantialistischen Nationenbegriffs als ›Schicksalsgemeinschaft‹. Ulrich Haltern spitzte diese Aussage noch zu: Die Union trete in eine »neue Phase der Integration« ein, in der sie sich auf die Suche nach einer »genuin politischen Imagination«, »nach einem angemessenen Begriff des Politischen« mache (Halter 2005: 89f.). In dem Postulat »transnationaler Gleichheit im Rahmen des Bürgerschaftskonzeptes«, in dieser kollektiven Dimension, nicht – so gegen Rossi gewendet – in der ›Verabschiedung des Staatsvolks‹, liege die Kehrtwende des EuGH. Es sei »das Raunen der Nation« zu vernehmen. Das »Arkanum des Politischen« treibe also an die Oberfläche: die Frage nach der Identität als »Bürger eines Gemeinwesens«, dem »Kern des Politischen« (ebd.: 101ff.). Das Auftauchen der sozialen Rechte Nichterwerbstätiger, die über die Unionsbürgerschaft und nicht mehr über die Grundfreiheiten begründet werden, evokierte die »politische Imagination« eines europäischen Allgemeinen. Sozialpolitisch schien sich dabei in den Anfangsjahren der maximalistische, proeuropäisch-soziale Ansatz durchzusetzen, allerdings mit einer vehementen Kritik versehen, sodass von einem hegemonialen Projekt keineswegs die Rede sein konnte. Für eine Universalisierung dieser Position waren offensichtlich noch Zugeständnisse nötig.

5.3.5 »D’Hoop« vom 11. Juli 2002⁵³ – Diskriminierung der eigenen Staatsbürger*innen

Die Rechtssache einer belgischen Studentin, die in Frankreich studiert hatte und nach der Rückkehr erfolglos ein Überbrückungsgeld für junge Arbeitslose in ihrem Herkunftsstaat beantragte, drehte die bisherige Konstellation um. Dieses Mal ging es nicht um Richtlinien, die mit Art. 18 in Konflikt geraten könnten, sondern um das Diskriminierungsverbot, allerdings angesichts einer »umgekehrten Diskriminierung« (Epiney 2007: 27) der eigenen Staatsbürger*innen aufgrund eines Aufenthalts im Unionsgebiet außerhalb des Herkunftsstaates.

Der Generalanwalt erklärte, dass sich die Klägerin im Anschluss an das *Grzelczyk-Urteil* zur Abwehr der Beeinträchtigung des Aufenthaltsrechts aus Art. 18 EG auf das Diskriminierungsverbot aus Art. 12 EG berufen könne. Dies müsse

53 Rs. 224/98, Slg. 2002, I-6191.

gerade auch für eine Staatsbürgerin gelten, die ungleich behandelt werde, eben weil sie von Art. 18 Gebrauch gemacht habe.⁵⁴ Während bisher also Art. 18 zur Eröffnung des Anwendungsbereiches von Art. 12 herangezogen worden war, ging es nun um eine Ungleichbehandlung in der Ausübung von Art. 18.

Dem folgte der EuGH.⁵⁵ Genau besehen werde die Klägerin nicht wegen ihrer Staatsangehörigkeit, sondern wegen der Inanspruchnahme ihres unionsbürgerlichen Freizüchtigkeitsrechts diskriminiert. Darauf solle Art. 12 auch anwendbar sein. Diese Argumentationsfigur hatte der EuGH bereits in der Rechtsprechung zur Arbeitnehmer*innenfreizügigkeit entwickelt und dehnte sie nun auf Studierende aus (Martin 2003: 146). Die Kernelemente der bisherigen Rechtsprechung – Unionsbürgerschaft als grundlegender Status, Verbot der Diskriminierung, Eröffnung des Anwendungsbereich durch Art. 18 – wurden unauffällig bestätigt und nur in Bezug auf die eigenen Staatsbürger*innen ausgeweitet, sodass die massive Kritik an der neuen Rechtsprechungslinie nicht wieder aufflammte. Sie wurde vielmehr auf diese Weise konsolidiert: »Ein Jahr zuvor wäre ein solches Urteil undenkbar gewesen. Nach dem Urteil in Grzelczyk wäre es allerdings auch undenkbar gewesen, eine andere Schlussfolgerung zu ziehen.« (Ebd.: 143°)

Daneben kam es in diesem Urteil aber auch erstmals zur Anwendung von Rechtsfiguren, die das zukünftige Terrain für die Berücksichtigung der bisher geäußerten Kritiken bildeten. Es handelte sich um die dritte Ebene der Argumentation, die nun eingezeichnet wurde. Wenn bisher zunächst erstens die Anwendbarkeit, zweitens der Schutzbereich der Unionsbürgerrechte und sodann drittens der Eingriff bzw. die Ungleichbehandlung geprüft worden waren, erfolgte nun viertens zusätzlich die Prüfung einer möglichen Rechtfertigung dieser Diskriminierung. Denn nicht jede Diskriminierung sei rechtswidrig, sondern nur eine solche, die sich nicht rechtfertigen lasse. Rechtfertigen lasse sie sich, so die von Gerichtshof und Generalanwaltschaft gleichermaßen vorgetragene tradierte Formel, »wenn sie auf objektiven, von der Staatsangehörigkeit der Betroffenen unabhängigen Erwägungen beruhe und in einem angemessenen Verhältnis zu einem legitimen Zweck stünde, der mit den nationalen Rechtsvorschriften verfolgt würde«⁵⁶. So bewertete es der Gerichtshof als »legitimes Anliegen«, sich eines »tatsächlichen Zusammenhangs zwischen demjenigen, der Überbrückungsgeld beantragt, und dem betroffenen räumlichen Arbeitsmarkt vergewissern zu wollen«⁵⁷. Allerdings müsse die nationale Regelung auch geeignet und erforderlich sein, um das Ziel zu erreichen. Und dies sah der Gerichtshof im vorliegenden Fall nicht für gegeben an. Denn der Ort der Erlan-

54 Schlussanträge des Generalanwalts Leendert A. Geelhoed v. 21.2.2002., Rs. 224/98, Rn. 34.

55 Urteil in der Rs. D’Hoop (Fn. 53), Rn. 33.

56 Urteil in der Rs. D’Hoop (Fn. 53), Rn. 36; GA Geelhoed (Fn. 54), Rn. 54.

57 Urteil in der Rs. D’Hoop (Fn. 53), Rn. 38.

gung des Schulabgangszeugnisses sei viel zu abstrakt und nicht für den tatsächlichen und effektiven »Grad der Verbundenheit des Antragstellers mit dem räumlichen Arbeitsmarkt repräsentativ«. Insofern gehe die Regelung »über das zur Erreichung des verfolgten Ziels Erforderliche hinaus«⁵⁸. Denn, so der Generalanwalt, die tatsächliche Verbindung mit dem Arbeitsmarkt sei im vorliegenden Fall in hohem Maß gegeben, nicht nur wegen der Staatsbürgerschaft, sondern auch durch die Anerkennung des erlangten Diploms in Belgien.⁵⁹

Der EuGH gestand also den Mitgliedsstaaten zu, Diskriminierungen auch rechtfertigen zu können, allerdings erhob er bestimmte Anforderungen an die Qualität der Rechtfertigung, indem er die Regelung dem sogenannten *Verhältnismäßigkeitsprinzip* unterwarf. Da diese Rechtsfigur in den zukünftigen Entscheidungen das Hauptkampfterrain sein wird, auf das sich die hegemonialen Auseinandersetzungen verschieben, soll vorab ihre Herkunft und dogmatische Relevanz dargestellt werden: Die Verhältnismäßigkeitsprüfung gilt inzwischen als allgemeiner Rechtsgrundsatz,⁶⁰ der einen ungeschriebenen Bestandteil der Rechtsstaatlichkeit der EU selbst zum Ausdruck bringe (Pache 1999: 1033). Er wird aus dem »Wesen der Grundrechte selbst« als allgemeiner Freiheitsanspruch der Bürger abgeleitet, »von der öffentlichen Gewalt jeweils nur soweit beschränkt« zu werden, »als es zum Schutze öffentlicher Interessen unerlässlich ist«⁶¹. Im Europarecht tauchte die Argumentation zum ersten Mal in einem Urteil von 1956 auf, in dem der Europäische Gerichtshof der Montanunion die Regel aufstellte, dass das Vorgehen der Hohen Behörde gegen unerlaubte Verhaltensweisen von Unternehmen einem anerkannten Rechtssatz zufolge zu dem Ausmaß des unerlaubten Verhaltens »in einem gewissen Verhältnis stehen« müsse.⁶² Aus diesem Ansatz entwickelte sich im Laufe der Jahrzehnte eine ausführliche Judikatur, und inzwischen ist der Grundsatz in Art. 5 Abs. 1 S. 2 EU verankert. Die Verhältnismäßigkeitsprüfung entstammte ursprünglich dem deutschen öffentlichen Recht und gelangte vermittelt über die deutschen Richter am europäischen Gerichtshof in dessen Rechtsprechung (Kischel 2000: 380, 391; Pache 1999: 1035; Tomkins 2006: 448). Das Verhältnismäßigkeitsprinzip wurde zum »weitreichenden Überprüfungsmaßstab, zur mächtigsten Waffe im Arsenal des öffentlich-rechtlichen Richters« (Tridimas 1993: 93°; ähnlich Tomkins 2006: 450). Bereits in der *Rs. D'Hoop* lässt sich die Brisanz erahnen: Es ist der

58 Ebd., Rn. 39.

59 GA Geelhoed (Fn. 54), Rn. 57.

60 EuGH, Rs. C-368/96, Slg. 1998, I-7967, 1979, Rn. 66f. (Generics). Ständige Rspr. des EuGH, vgl. nur EuGH, verb. Rs. 41, 121 und 796/79, Slg. 1980, Rn. 21 (Testa/Bundesanstalt f. Arbeit).

61 BVerfGE 19, 342 (348f.).

62 EuGH, Slg. 1955/1956, 297 (311) (Fédération Charbonnière de Belgique/Hohe Behörde).

EuGH, der die Legitimität des Ziels bestimmt und die Maßnahmen zur Erreichung dieses Ziels auf ihre Geeignetheit und Erforderlichkeit hin überprüft. Bereits das nächste Urteil sollte die Implikationen verdeutlichen.

5.3.6 »Baumbast und R.« vom 17. September 2002⁶³ – »kein sicherer Hafen«

In den beiden verbundenen Rechtsfällen standen zwei Familien mit drittstaatsangehörigen Ehepartner*innen und Kindern im Zentrum. Die in diesem Kontext interessierende Vorlagefrage betraf ein unabhängiges, unmittelbar aus Art. 18 EG abgeleitetes Aufenthaltsrecht für Unionsbürger*innen. Dies ist der einzige Fall in dieser Reihe, in dem es nicht um soziale Rechte ging, sondern, ganz im Gegenteil, um das Aufenthaltsrecht wohlhabender selbständiger Geschäftsleute. Der Fall gehört dennoch in diese Rechtsprechungslinie, weil der Durchbruch in Bezug auf Art. 18 erfolgte – und dies nicht zufällig in einer Rechtssache, in der keine sozialen Rechte eingefordert wurden. Wieder entschied die große Kammer des Gerichtshofes, welcher La Pergola, der Generalanwalt der ersten Rechtssache, inzwischen als Richter angehörte.

Durch die Vorlagefrage waren die Richter*innen gezwungen, sich ausführlich mit Art. 18 zu beschäftigen, da sie ihn nicht länger mittels eines Ausnahmestrategems umgehen konnten. Dies macht die Rolle der vorlegenden nationalen Gerichte deutlich: Von ihnen hängt es ab, welches Verfahren vor den Europäischen Gerichtshof gelangt – und zu einem gewissen Maße auch, welche Fragestellung bearbeitet wird.

Die deutsche und die britische Regierung behaupteten, dass sich aus Art. 18 Abs. 1 EG kein unmittelbares Aufenthaltsrecht ableiten lasse, denn die genannten Beschränkungen und Bedingungen zeigten, dass er keine selbständige Anspruchgrundlage sei.⁶⁴ Generalanwalt Geelhoed antwortete hierauf zunächst mit der Erinnerung daran, dass die Richterschaft sich in der *Rs. Martínez Sala* nicht zum Anwendungsbereich des Art. 18 geäußert habe, was massiv kritisiert worden sei. Dies wirkte wie eine Aufforderung, diese Auslegung nun endlich nachzuholen.⁶⁵ Sodann schlug er eine Interpretation vor, wonach der Wortlaut von Art. 18 in Abs. 1 eindeutig und bedingungslos formuliert sei, die Begriffe demnach keiner weiteren Umschreibung bedürften und deswegen Art. 18 Abs. 1 unmittelbare Wirkung zukom-

63 Rs. C-413/99, Slg. 2002, I-7091.

64 Wiedergegeben lt. Urteil in der Rs. Baumbast (Fn. 63), Rn. 78.

65 Schlussanträge des Generalanwalts Leendert A. Geelhoed v. 5.7.2001, Rs. C-413/99, Rn. 48ff.

me.⁶⁶ Damit wandte der Generalanwalt eine tradierte Rechtsfigur über die Voraussetzungen unmittelbarer Wirkung von EG-Rechtsnormen an. Der EuGH folgte ihm darin. Allein weil der Kläger Unionsbürger sei, sei er berechtigt sich auf den Artikel zu berufen.⁶⁷

Dieses eindeutige Bekenntnis zur unmittelbaren Wirkung des allgemeinen Freizügigkeitsrechts wurde diskursiv von allen Akteur*innen als Durchbruch gewertet: Während *Grzelczyk* und *D'Hoop* neues Recht in Bezug auf die Gleichbehandlung von Unionsbürgern etabliert hätten, habe *Baumbast* neue Grenzen überwunden in Bezug auf das Aufenthaltsrecht (Martin 2003: 157). Das Gericht komme erst jetzt in dieser Rechtssache voran, so der beteiligte Richter Timmermans, da es erst hier eine unabhängig von Art. 12 und dessen Grenzen existierende autonome Quelle von durchsetzbarem Gemeinschaftsrecht konstituiere (Timmermans 2003: 200ff.). Insofern sei die »lang erwartete Äußerung des EuGH zu begrüßen, wenn auch in inhaltlicher Hinsicht nicht überraschend«, sei doch die Rechtsprechung in den bisherigen Urteilen implizit vorausgesetzt gewesen (Bode 2002: 767f.). Obwohl also diese Rechtsprechung klarstellte, dass nicht nur Art. 17, sondern auch Art. 18 einen eigenständigen Gehalt besäße und keinen bloß deklaratorischen Charakter (Kokott 2006: 215), und auch, dass damit die mitgliedstaatliche Einwanderungsrechtskompetenz beschnitten sei (van der Mei 2003: 428), führte sie nicht zu einer vergleichbar vehementen Kritik wie die ersten beiden Urteile. Dies hing ganz offensichtlich damit zusammen, dass es in diesem Rechtsfall nicht um das Einklagen sozialer Rechte ging.

Das Urteil nahm zudem eine weitere systematische Einordnung vor: Die »Bedingungen und Beschränkungen«, die zuvor als nicht-konstitutiv für das Freizügigkeitsrecht erklärt worden waren, wurden nun lediglich als Schranken seiner Ausübung interpretiert (Wollenschläger 2007: 174), die selbst wiederum einer strikten gerichtlichen Kontrolle unterlägen,⁶⁸ zumal der Kläger unstreitig die in der Richtlinie statuierte Bedingung ausreichender Existenzmittel erfüllte.⁶⁹ Die Beschränkungen und Bedingungen seien also »unter Einhaltung der einschlägigen gemeinschaftsrechtlichen Grenzen und im Einklang mit den allgemeinen Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts, insbesondere dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, anzuwenden«⁷⁰. Damit müssten »nationale Behörden die Prinzipien des Gemeinschaftsrechts respektieren, wenn sie Beschränkungen des Aufenthaltsrechts einrichten« (Timmermans 2003: 201°) – selbst die nationalen Gerichte müssten die Übereinstimmung mit diesen Prinzipien sicherstellen. »Man könnte sagen«, so Richter

66 Ebd., Rn. 103

67 Urteil in der Rs. *Baumbast* (Fn. 63), Rn. 81–84.

68 Urteil in der Rs. *Baumbast* (Fn. 63), Rn. 86.

69 Ebd., Rn. 88.

70 Ebd., Rn. 91.

Timmermans, »dass der Gerichtshof hier die jüngste und strikteste Stufe des Verhältnismäßigkeits-tests anwendet« (ebd.). Diese Systematik: unmittelbar geltendes Recht – Schranke – Schranken-Schranke, sei der Versuch einer Ausbalancierung von einerseits dem Bedürfnis, unzumutbare finanzielle Belastungen zu vermeiden, und andererseits dem Bestreben, das Freizügigkeitsrecht der Unionsbürger zu gewährleisten. Um sicherzustellen, dass das primärrechtliche Freizügigkeitsrecht keinen willkürlichen Maßnahmen unterworfen werde, könnten die Beschränkungen einer gerichtlichen Kontrolle unterworfen werden. Insofern seien die drei Nichterwerbstätigen-Richtlinien »nicht mehr notwendig ein sicherer Hafen« (ebd.: 203°).

Umso erstaunlicher ist es, dass sich auch hier die bisherige Fundamentalkritik nur sehr abgeschwächt zu Wort meldete und das Urteil insgesamt eher Zustimmung erfahren hat. Es sei nur konsequent (Bode 2002: 768). Die Einführung der Verhältnismäßigkeitskontrolle verbunden mit der Akzeptanz einer Beschränkbarkeit von Art. 18, die zwar schon mit der *Rs. D’Hoop* erstmals erwähnt, jedoch erst hier systematisch beachtet wurde, lässt sich als *Zugeständnisstrategem* begreifen: Der »Ausgleich« und die Abwägung zwischen mitgliedstaatlichen und Einzelrechten in einem Rechtsfall, der maßgeblich um das Freizügigkeitsrecht und nicht die sozialen Rechte kreiste, ist ein Zugeständnis an die bisherige Kritik, welches zumindest symbolisch verdeutlichte, dass auch die Interessen der Mitgliedsstaaten berücksichtigt werden. Allerdings behält der EuGH das letzte Wort. Das Zugeständnisstrategem ist Teil des hegemonialen juristischen Projektes, folgt dessen Logik und ermöglicht innerhalb dieses Rahmens die Berücksichtigung gegenläufiger Interessen. Die massive Kritik an den ersten beiden Urteilen machte es notwendig, Verknüpfungen zu einem diskursiven Element herzustellen, das bislang eher in die entgegengesetzte Äquivalenzkette eingeordnet wurde: die mitgliedstaatliche Forderung nach Berücksichtigung ihrer nationalen Sozialsysteme. Insofern ist das Verhältnismäßigkeitsprinzip eine idealtypische Hegemonietechnik, gerade durch das feingliedrige Vermitteln der gegensätzlichen Positionen.

Einzig Hailbronner ließ sich nicht darauf ein (2004: 2188). Er war nicht bereit, sich durch das Verhältnismäßigkeitsprinzip beruhigen zu lassen, da dieses voraussetze, dass es überhaupt eine »gemeinschaftsrechtlich vorgegebene Rechtsposition« gebe, in die eingegriffen werden könne. Nur dann sei der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit überhaupt anwendbar. Da es aber »keinerlei Indizien dafür« gebe, »dass die Unionsbürgerschaft tatsächlich ein derart verstandenes Aufenthaltsrecht, das – ähnlich der Staatsangehörigkeit – auch das solidarische Füreinandereinstehen ohne Rücksicht auf Herkunft, Wohnsitz, Erwerb und Einkommen beinhaltet«, sei die Heranziehung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes »unreflektiert« und weise sogar »Züge von Willkürlichkeit« auf (ebd.). Die Kontraritätsrelation wurde aufrechterhalten. Es gab allerdings nur noch wenige Diskursteilnehmer*innen, die nach wie vor die »expansive« Interpretation der Unionsbürgerschaftsvorschriften als gegen die ursprüngliche Bedeutung gerichtet ablehnten (Lyons 2004: 162f.).

5.3.7 »Collins« vom 23. März 2004⁷¹ – »Sozialtourismus«

Zwei Jahre später wurde ein Rechtsfall vor dem EuGH verhandelt, in dem es um die Frage ging, ob ein irischer EU-Bürger nach nur achttägigem Aufenthalt in Großbritannien einen Anspruch auf Beihilfe zur Arbeitssuche erhalten kann. Erneut stand britisches Recht auf dem Prüfstand, und erstmals war der spanische Generalanwalt Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer involviert. Der Rechtsfall betraf wieder die erste Konstellation der Art. 12 und 17 EG.

Da es sich um einen Arbeitssuchenden handelte, kam allerdings nicht Art. 12, sondern Art. 39 EG (Arbeitnehmerfreizügigkeit) als spezielleres Gleichbehandlungsgebot in Frage.⁷² Das Problem bestand nun, ähnlich wie bereits in der Vergangenheit, darin, dass der EuGH auch hier in einer früheren Entscheidung aus 1987, in der *Rs. Lebon*⁷³, festgehalten hatte, dass das Recht auf Gleichbehandlung in Bezug auf Beihilfen nur für Arbeitnehmer, nicht für Arbeitssuchende gelte. Diese könnten sich ausschließlich dann auf Art. 39 berufen, wenn es um den Zugang zur Beschäftigung gehe. Dieser Linie folgte auch der Generalanwalt, der entgegen der Generalanwälte-Tradition keine Rechtsprechungswende durch Art. 17 forderte, sondern sich im Gegenteil abgrenzte von den Positionen des maximalistischen Ansatzes, wie sie seit der *Rs. Martínez Sala* vertreten wurden: »Es sprechen jedoch gewichtige Gründe dafür, dass diese Rechtsprechung zwar ohne Zweifel einen Fortschritt darstellt, aber nicht so weitgehend ist, wie neben einem Teil der Lehre auch Herr Collins und die Kommission meinen.«⁷⁴ Die Kommission hatte die Auffassung vertreten, »dass sich Herr Collins, der Unionsbürger sei, rechtmäßig als Arbeitssuchender im Vereinigten Königreich aufhalte und als solcher den Schutz des Artikels 12 EG vor jeder Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit in allen gemeinschaftsrechtlich geregelten Fallgestaltungen genießen könne«⁷⁵. Der Gerichtshof, der wieder wegen der besonderen Bedeutung des Rechtsfalles als Plenum getagt hatte, schloss sich der weiter gehenden Position der Kommission an. Damit distanzierte sich der EuGH von seinem Urteil in der *Rs. Lebon* mit dem schon bekannten Argument, dass die Einführung der Unionsbürgerschaft es verunmögliche, vom Anwendungsbereich des Art. 39 Abs. 2 EG eine finanzielle Leistung auszunehmen, die den Zugang zum Arbeitsmarkt eines Mitgliedsstaates erleichtern soll.⁷⁶

71 Rs. C 138/02, Slg. 2004, I-2703.

72 Urteil in der *Rs. Collins* (Fn. 71), Rn. 55–57.

73 Rs. C 316/85, Slg. 1987, 2811.

74 Schlussanträge des Generalanwalts Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer v. 10.7.2003, Rs. C 138/02, Rn. 63.

75 Wiedergegeben nach GA Colomer (Fn. 74), Rn. 16.

76 Urteil in der *Rs. Collins* (Fn. 71), Rn. 63.

Auch dieser Rechtsprechungswandel zu Art. 39 traf wieder auf vehemente Kritik des konservativen Projekts. Die Methodik dieser »evolutiven Rechtsprechung« sei zu beanstanden, denn Herr Collins werde einerseits als Arbeitssuchender nach Art. 39 Abs. 2 behandelt und andererseits als Unionsbürger, so als ob ein Anspruch sich unmittelbar aus der Unionsbürgerschaft ableiten ließe.

»Tatsächlich wird aber nicht klar, auf welchem rechtsdogmatischen Wege die bloße Verknüpfung von Arbeitnehmerfreizügigkeit und Unionsbürgerschaft zu einer Erweiterung der Anspruchsberechtigung auf Sozialhilfe führen soll. Er hat die Anwendungsbedingungen gemeinschaftlicher Solidarität derart breit interpretiert, dass das Solidaritätskonzept eine bedenkliche Reichweite erlangt hat.« (Hilpold 2008: 30f.)

Die neue Äquivalenzierung von Art. 17 und Art. 39 rief erneut die Widerstände hervor, die bereits die Äquivalenzierung von Art. 17 und Art. 12 erzeugt hatte. Auch eher liberale Kritiker wendeten nun ein, diese Begründung sei »umständlich und kurios«, die Schlussfolgerung, dass eine Person, die noch Arbeit sucht, bereits als Arbeiter angesehen werden könne, sei »skurril« (van der Mei 2004: 282°). Die Erweiterung bestehender Rechte durch die Einführung der Unionsbürgerschaft, wie dies auch im Bereich der Bildung geschehen war, überzeugte die Kritiker nicht – offensichtlich auch deswegen, weil es sich bei den einen um Studierende, bei den anderen aber um Arbeitssuchende handelte: »Warum sollten die zwei Situationen gleich gesetzt werden?« (Oosterom-Staples 2005: 215°).

In der Prüfung der Verhältnismäßigkeit dieser mittelbaren Diskriminierung bestimmten die Richter*innen als das legitime Ziel das Anliegen des britischen Gesetzgebers, welches auf der objektiven, von der Staatsangehörigkeit unabhängigen Erwägung beruhe, dass dieser sich einer »tatsächlichen Verbindung zwischen demjenigen, der Leistungen beantragt, und dem betroffenen räumlichen Arbeitsmarkt vergewissern« wolle.⁷⁷ Der Generalanwalt hatte diese Argumentation vorbereitet, mit dem Argument, so könne »der so genannte Sozialtourismus« verhindert werden.⁷⁸ Er griff damit die Wortwahl der Kommission auf, die allerdings eingewandt hatte, es sei doch unstrittig, dass Herr Collins Arbeit gesucht habe, schließlich habe er sehr schnell welche gefunden.⁷⁹ Zum ersten Mal taucht also dieses Diskursfragment auf, angesichts eines bloß achttägigen Aufenthalts vor Antragstellung. Daraufhin stellte sich die Frage, an der die nationale Regelung in der *Rs. D'Hoop* gescheitert war: ob das Wohnortfordernis geeignet und erforderlich zur Erreichung des Ziels sei. Geeignet sei es auf jeden Fall, so der EuGH, erforderlich jedoch nur dann, wenn eine Mindestaufenthaltsdauer nicht über den Zeitraum hinausgehe, in

77 Urteil in der *Rs. Collins* (Fn. 71), Rn. 67.

78 GA Colomer (Fn. 74), Rn. 75.

79 Wiedergegeben lt. Urteil in der *Rs. Collins* (Fn. 71), Rn. 50.

welchem die nationalen Behörden sich vergewissern könnten, dass die betreffende Person tatsächlich auf der Suche nach einer Beschäftigung sei.⁸⁰

Die Ausweitung von Art. 39 alleine, so die Einschätzung der Diskursteilnehmer*innen, war innerhalb des Kräfteverhältnisses nicht machbar: »Ein durchweg positives Urteil wäre eine Grundsatzentscheidung gewesen. Doch so keck war das Gericht nicht.« (Oosterom-Staples 2005: 211°) Das Zugeständnisstrategem wurde vielmehr weiter ausgebaut, und dieses Mal ließ sich ein Wohnsitzerfordernis als erforderlich ausweisen. So wundert es nicht, dass die Verhältnismäßigkeitsprüfung, anders als die Ausweitung von Art. 39, von der konservativen Position aus begrüßt und sogar als »Notbremse« gewertet wurde (Niemann 2004: 950). Der EuGH habe »einen Gang zurückgeschaltet, ohne sich der Möglichkeit zur extensiven Auslegung der Unionsbürgerschaft ganz zu begeben« (ebd.: 946ff.).

Für diejenigen allerdings, »die das Entstehen einer universellen Wohlfahrtssolidarität aufkommen sahen, repräsentierte das Urteil in der Rechtssache Collins einen Rückschlag«, so Marlene Wind in der Logik des proeuropäisch-sozialen Projekts, nicht jedoch ohne sofort hinzuzufügen, dass dies keinesfalls eine Umkehr der Rechtsprechung sei, denn es sei das Gericht, das die Regeln der Verbindung zum Arbeitsmarkt und einer Mindestaufenthaltsdauer aufstelle: »[D]ies alles sind reine vom Gericht geschaffene Bedingungen« (Wind 2009: 261°). Ein Wohnsitzerfordernis wurde von Vertreter*innen des proeuropäisch-sozialen Projekts allerdings nicht als notwendig angesehen, um eine Verbindung zum Arbeitsmarkt herzustellen, denn eine solche Verbindung existiere, wann immer ein Unionsbürger tatsächlich nach Arbeit suche. Der Gerichtshof habe scheinbar versucht, nicht in eine Debatte darüber verwickelt zu werden, »ob die Angst vor einem Wohlfahrtstourismus auf Fakten basiert oder nicht« (van der Mei 2004: 284°).

Schließlich tauchte noch eine neue Argumentationsfigur in dieser Rechtssache auf, die im weiteren Diskurs präsent blieb: der Gegensatz zwischen Richtlinie und Rechtsprechung. Wurde die Freizügigkeitsrichtlinie 2004/38 EG während der bisher analysierten Rechtsfälle nur im Rat auf einen Kommissionsentwurf hin beraten, so erfolgte ihr Beschluss durch Rat und Parlament im Jahr 2004, einen Monat nach dem Urteil. Darauf folgte wiederum die Umsetzungsperiode bis zum Jahr 2006, so dass ein Zeitraum entstand, in dem darüber spekuliert werden konnte, wie der EuGH mit dieser neuen Richtlinie umgehen würde. So wies bereits der Generalanwalt in seiner skeptischen Stellungnahme darauf hin, dass nach Art. 24 Abs. 2 der Richtlinie kein Aufnahmemitgliedsstaat gehalten sei, anderen Personen als Erwerbstätigen das Recht auf Sozialhilfe oder Studienbeihilfe zu gewähren, bevor sie nach fünf Jahren das Daueraufenthaltsrecht erworben hätten.⁸¹ Daran knüpfte eine Diskurskoalition an, die nun das »Haltbarkeitsdatum« der Rechtsprechungslinie ge-

80 Urteil in der Rs. Collins (Fn. 71), Rn. 72.

81 GA Colomer (Fn. 74), Rn. 70.

kommen sah. Die Richtlinie zeige deutlich, »dass der Gemeinschaftsgesetzgeber die Ansichten des Urteils in der Rs. Collins nicht teile« (Oosterom-Staples 2005: 223°) und den Bereich der sozialen Teilhaberechte mit der Richtlinie »angemessen begrenzt« (Niemann 2004: 953). Auch die Gegenposition erkannte einen Widerspruch zwischen Richtlinie und Rechtsprechung, behauptete aber einen Vorrang der Rechtsprechung (Wind 2009: 261).

Betrachtet man den parallelen legislativen Prozess (vgl. Wissel 2014: 59ff.), werden die Auseinandersetzungen noch deutlicher: Zunächst hatte die Kommission in ihrem Vorschlag von 2001 tatsächlich vorgesehen, damals in Art. 21 Abs. 2, einen Anspruch auf Sozialhilfe erst mit dem Erwerb des Daueraufenthaltsrechts entstehen zu lassen, nach damals beabsichtigten vier, in der Endfassung nach fünf Jahren. Nach dem *Grzelczyk-Urteil* beauftragten aber sowohl die »Arbeitsgruppe Freizügigkeit« des Rats als auch die Kommission ihre jeweiligen juristischen Dienste mit der Erstellung von Rechtsgutachten zu den Folgen des Urteils (ebd.: 60). Im Anschluss daran vertrat die Kommission in den weiteren Verhandlungen vehement die Position, dass eine neue Richtlinie nicht hinter den gemeinsamen Besitzstand (*acquis communautaire*) – darunter verstand sie die Normen in der Auslegung des EuGH – zurückfallen dürfe. Sie erzeugte so in den Ratsverhandlungen den Eindruck, es gäbe keine Alternative zum Stand der Rechtsprechung.⁸² António Vitorino, der damalige Kommissar für Inneres und Justiz, kündigte dann 2003 einen geänderten Kommissionsvorschlag an, der dem *Grzelczyk-Urteil* gerecht werden solle. Dieser erfolgte am 15. April 2003 (KOM (2003): 199). Mit der Neufassung sollten Nichterwerbstätige nunmehr auch vor Erlangung des Daueraufenthaltsrechts nicht von der Sozialhilfe ausgeschlossen werden. Diese Neufassung wurde in den Verhandlungen mit dem Rat so abgeändert, dass der Anspruch auf Sozialhilfe dennoch nicht in den ersten drei Monaten bestehen sollte. Die heute geltende Fassung des Art. 24 Abs. 2, der diese Ausnahmen von der Gleichbehandlung aller Unionsbürger*innen behandelt, hält nun fest, dass der Aufnahmemitgliedsstaat nicht verpflichtet ist, Nichterwerbstätigen während der ersten drei Monate des Aufenthalts »einen Anspruch auf Sozialhilfe oder vor Erwerb des Rechts auf Daueraufenthalt Studienbeihilfen, einschließlich Beihilfen zur Berufsausbildung, in Form eines Stipendiums oder Studiendarlehns, zu gewähren«.

Das heißt im Umkehrschluss aber, dass es den Mitgliedsstaaten nach dreimonatigem Aufenthalt nicht länger freisteht, einem nichterwerbstätigen Unionsbürger die Sozialhilfe zu verweigern. *Die Richtlinie positivierte also in weitem Maße die Rechtsprechung* (Schönberger 2006: 229). Und nicht nur an dieser Stelle, auch in den Erwägungsgründen tauchen bis in den Wortlaut hinein die Urteile des EuGH auf. »Damit hat die positive Integration – erneut analog zum Binnenmarktprozess –

82 Expert*innen-Interview, Mitarbeiter*in des deutschen Bundesministeriums des Inneren, Abteilung Ausländerrecht v. 28.2.2010, Berlin.

die methodisch angreifbaren Ergebnisse des Sala- und insbesondere des Grzelczyk-Urteils sekundärrechtlich abgesichert« (Cremer 2007: 92f.).

5.3.8 »Trojani« vom 7. September 2004⁸³ – »Zauberstab« für »social citizenship«

Nur ein halbes Jahr später erging erneut ein vom Ergebnis her betrachtet durchaus spektakuläres Urteil, dieses Mal durch die große Kammer mit elf Richter*innen – darunter einige von denjenigen, die diese Rechtsprechungslinie bereits geprägt hatten, und auch solche, die sich, wie Koen Lenaerts, schon länger in der Literatur als Befürworter von sozialen Rechten Nichterwerbstätiger geäußert hatten. Dieses Mal hatte ein französischer Staatsbürger, der zunächst in Belgien auf einem Campingplatz und danach bei der Heilsarmee lebte, dort Unterkunft und Taschengeld verdiente und eine befristete Aufenthaltsgenehmigung besaß, das belgische Existenzminimum beantragt.

In diesem Urteil wurden keine neuen Rechtsfiguren entwickelt. Stattdessen kombinierte das Gericht seine zwei bis dato entwickelten Wege, allerdings in einer Weise, die alte schwelende Konflikte wieder auf die Tagesordnung setzte. Denn war das Aufenthaltsrecht aus Art. 18 EG als unmittelbar geltender Anspruch in der *Rs. Baumbast* anhand eines global agierenden Geschäftsmannes konzipiert und konsentiert worden, so stellte das Urteil in der *Rs. Trojani* nunmehr klar, dass es aufgrund der universellen Geltung des Rechts auch einem Herrn Trojani zustehen musste: »Der Kläger ist daher bereits aufgrund seiner Unionsbürgerschaft berechtigt, sich auf diese Bestimmung zu berufen.«⁸⁴ Allerdings könne es durch Art. 1 der Richtlinie 90/364 beschränkt werden, welcher für den rechtmäßigen Aufenthalt ausreichende Existenzmittel voraussetze.⁸⁵ Generalanwalt Geelhoed hatte dies zuvor ebenfalls konstatiert und dabei das Argument des Schutzes vor »Sozialtourismus« wiederholt.⁸⁶ Im Anschluss wurde daher die Verhältnismäßigkeit dieser Beschränkungen geprüft und festgehalten, dass dem Kläger im Unterschied zu Herrn Baumbast die ausreichenden Existenzmittel fehlten, weswegen eine Verneinung des Rechts verhältnismäßig sei.⁸⁷ Das gehe nicht über das Erforderliche hinaus, so auch

83 Rs. C-45g/02, Slg. 2004, I-7573.

84 Urteil in der *Rs. Trojani* (Fn. 83), Rn. 31. Ähnlich Schlussanträge des Generalanwalts Leendert A. Geelhoed v. 19.2.2004, *Rs. C-45g/02*, Rn. 11f.

85 Urteil in der *Rs. Trojani* (Fn. 83), Rn. 33.

86 GA Geelhoed (Fn. 84), Rn. 17f.

87 Urteil in der *Rs. Trojani* (Fn. 83), Rn. 36.

schon der Generalanwalt, wenn Personen, »die auf Sozialleistungen angewiesen sind, im eigenen Staat aufgefangen werden«⁸⁸.

Der zweite Pfad – die Begründung von sozialen Rechten Nichterwerbstätiger auf der Basis von Art. 18 Abs. 1 EG – war also offensichtlich durch die Einfügung des Zugeständnisstrategems für einen maximalistischen Ansatz sozialer Rechte verschlossen. Man könnte meinen, damit habe sich seine Etablierung für ein mögliches juridisches Projekt als Bumerang erwiesen. Doch stattdessen kehrten die Richter*innen auf ihren ersten Weg in einer deutlichen Parallele zur *Rs. Martínez Sala* zurück: Der Kläger halte sich durch die belgische Aufenthaltsgenehmigung rechtmäßig im Aufnahmestaat auf, sodass er in den Anwendungsbereich von Art. 12 falle. Den Widerspruch zwischen dem gemeinschaftsrechtlichen Nichtbestehen eines Aufenthaltsanspruches und dem nationalen Aufenthaltsrecht löste er durch den Hinweis,

»dass die Mitgliedstaaten den Aufenthalt eines nicht wirtschaftlich aktiven Unionsbürgers zwar von der Verfügbarkeit ausreichender Existenzmittel abhängig machen dürfen, sich daraus aber nicht ergibt, dass einer solchen Person während ihres rechtmäßigen Aufenthalts im Aufnahmemitgliedstaat nicht das grundlegende Prinzip der Gleichbehandlung [...] zugute kommt«⁸⁹.

Trojani werde hier eindeutig aufgrund der Staatsangehörigkeit diskriminiert.⁹⁰ In keiner der bisherigen Rechtssachen trat der Widerspruch zwischen Art. 18 und einem nationalen Aufenthaltsrecht in der Beurteilung der Anwendungsbereichseröffnung so offen zu Tage wie in dieser. Denn zuvor hatten die Richter*innen immer von einer Einordnung des Art. 18 abgesehen. Nachdem diese aber in der *Rs. Baumbast* erfolgt war, gab es nunmehr zwei Linien, zwischen denen scheinbar, je nach Bedarf, gewählt werden konnte.

Dies rief, wenig überraschend, erneut die alten Widerstände hervor: Es sei nach wie vor hinsichtlich der dogmatischen Herleitung des Gleichbehandlungsanspruches

»kein kohärenter Ansatz zu erkennen. [...] Ferner bleibt der Zusammenhang des allein auf Grund nationalen Rechts bestehenden Aufenthaltsrechts zur Anwendung des allgemeinen Diskriminierungsverbots unklar. [...] Dogmatisch überzeugender wäre eine Anknüpfung des allgemeinen Diskriminierungsverbotes an die Ausübung des allgemeinen Freizügigkeitsrechts gewesen.« (Wollenschläger 2005a: 311f.)

88 GA Geelhoed (Fn. 84), Rn. 70.

89 Urteil in der *Rs. Trojani* (Fn. 83), Rn. 40.

90 Ebd., Rn. 44.

So bleibe ein »zwiespältiger Eindruck« zurück. Denn einerseits dokumentiere die Verneinung des Aufenthaltsrechts einen im Vergleich zu früheren Entscheidungen restriktiven Ansatz angesichts der »heraufbeschworenen Gefahr eines ›Sozialtourismus‹«. Andererseits blieb diese Verneinung jedoch ohne Auswirkung auf das Ergebnis (ebd.: 312). Dieser zwiespältige Eindruck beschreibt präzise den zwiespältigen Charakter des Diskurses nach dem Versuch der Integration der Kritiken durch das Zugeständnisstrategem. Keine der konträren Positionen schien zufrieden: Das Urteil sei »dogmatisch nicht nachvollziehbar«, es erscheine so, als ob ein »unbegrenztes Diskriminierungsverbot« existiere, was »höchst problematisch« sei, denn »in dieser Konstellation verlieren die Mitgliedstaaten [...] weitgehend ihre Mitsprache- und Gestaltungsrechte, die ihnen Art. 18 EG in Verbindung mit dem einschlägigen Sekundärrecht vermittelt« und zugleich werde die »Unionsbürgerschaft zu einem absoluten Recht auf ›Sozialtourismus‹« (Calliess 2007: 33ff.). Im Hintergrund stehe

»erneut der Grundsatz der Solidarität. [...] Auf welcher rechtsdogmatischen Grundlage der EuGH die Unionsbürgerschaft in ein Vehikel zur umfassenden Umwandlung der Europäischen Union in eine Solidargemeinschaft verwandelt, bleibt im Dunkeln. [...] Die Unionsbürgerschaft wird zum kompetenzrechtlichen Zauberstab für die Verwirklichung der Vollintegration.« (Hilpold 2008: 33)

Die »sozialpolitisch ambitionierte Rechtsprechung des EuGH« dringe »in den Bereich ›wohlfahrtsstaatlicher Souveränität‹ der Mitgliedstaaten in weitaus stärkerem Maße vor« als bisher, argumentierte Sander (2005: 1016), womit bereits zum dritten Mal wortidentisch das Allgemeine der Gegenstrategien zitiert wird.⁹¹ Die »materielle Ausdeutung der Unionsbürgerschaft als ›social citizenship‹ findet in der Aufnahme der Unionsbürgerschaft durch den Maastrichtvertrag jedenfalls keine Stütze«, denn dabei sei es um die Ausdehnung von Freizügigkeit, nicht jedoch um eine sozialhilferechtliche Dimension gegangen (ebd.: 1017). Der Gerichtshof baue aber die Unionsbürgerschaft schrittweise »als rechtliche ›Eintrittskarte‹ zu nationalstaatlichen Sicherungssystemen« aus. Damit rufe das Urteil »grundlegende Fragen ins Bewusstsein zurück« (ebd.: 1014). Als »konzeptionell unpolitisches Organ« könne der EuGH keine politische Verantwortung für grundlegende sozialpolitische Fragestellungen übernehmen. »Sollte sich herausstellen, dass die teilweise ohnehin sanierungsbedürftigen sozialen Sicherungssysteme der Mitgliedstaaten mit dieser weiteren Öffnung des Berechtigtenkreises überfordert sind«, stehe zu befürchten, dass die EU bald mit zusätzlichen Gestaltungsproblemen konfrontiert werde (ebd.: 1020). Zudem stelle die Rechtsprechung Art. 24 der Freizügigkeitsrichtlinie bereits vor Ablauf der Umsetzungsfrist als zu eng in Frage (Wollenschläger 2005a: 312).

91 Mit der Anmerkung, dass sei eine »treffende Bezeichnung« (ebd., Rn. 28).

Die Widerstände gegen den EuGH formierten sich alles in allem zu einer stabilen Äquivalenzkette mit den Aussagen: Methodische Mängel + unbegrenztes Diskriminierungsverbot + Solidargemeinschaft + unrechtmäßige Kompetenzverschiebung + Sozialtourismus + Eingriff in wohlfahrtsstaatliche Souveränität. Die Hegemoniestrategie des EuGH geriet in eine Krise. Emphatische Unterstützung gab es nur von Autoren, welche die diskursive Strategie des proeuropäisch-sozialen Projekts verfolgten:

»Der frühere französische Staatspräsident Georges Pompidou hat die Europäische Gemeinschaft zu Beginn der 70er Jahre des vergangenen Jahrhunderts einmal etwas despektierlich als ›Gemeinschaft der Kaufleute und Krämer‹ bezeichnet. Vermutlich hätte er nicht im Traum daran gedacht, dass sein Landsmann Michel Trojani einmal zu europarechtlichem Ruhm gelangen würde. [Er] [...] dürfte in der Welt eines auf ökonomische Transaktionen fixierten Binnenmarktes nicht vorkommen. Doch diese Welt existiert so nicht mehr. [...] [Der EuGH] leistet damit einen weiteren wichtigen Beitrag zur Entkräftung der These, die das europäische Gemeinschaftsrecht als Bedrohung für die überkommene Sozialstaatlichkeit in den Mitgliedstaaten ansieht. In einem ›Europa der Bürger‹ ist nämlich auch für einen armen Schlucker wie Michel Trojani Platz.« (Kingreen 2007: 74)

Damit wurde die Äquivalenzkette des proeuropäisch-sozialen Projekts pointiert zusammengefasst: Auflösung des neoliberalen Binnenmarktprojekts – durch das politische Projekt des Europas der Bürger – welches sich den Vorwurf der sozialen Bedrohung durch die EU nicht mehr gefallen lassen muss.

5.3.9 »Bidar« vom 15. März 2005⁹² – Ein »Bypass«

Wieder ein halbes Jahr später entschied die Große Kammer des Gerichtshofes nach den Schlussanträgen von Generalanwalt Geelhoed den Fall eines französischen Staatsbürgers in Großbritannien, der dort bei seiner Großmutter gelebt und die Schule besucht hatte und nun anlässlich seines Studiums ein Studiendarlehen beantragte.

Gerichtshof und Generalanwalt verfolgten wieder den ersten Weg: Die Unionsbürgerschaft als grundlegender Status eröffne den Anwendungsbereich des Diskriminierungsverbots.⁹³ Eine breite Diskurskoalition, bestehend aus der österreichischen, dänischen, finnischen, französischen, deutschen, niederländischen und britischen Regierung und darüber hinaus auch der Kommission, hatte zuvor versucht,

92 Rs. C-209/03, Slg. 2005, I-2119.

93 Urteil in der Rs. Bidar (Fn. 92), Rn. 31–42; Schlussanträge des Generalanwalts Leendert A. Geelhoed v. 11.11.2004, Rs. C-209/03, Rn. 28–33.

ein altes Gegenargument zu mobilisieren, dieses Mal angesichts Art. 24 Abs. 2 der noch nicht implementierten, aber bereits beschlossenen Freizügigkeitsrichtlinie. Dieser verpflichtete die Mitgliedsstaaten *nicht* dazu, Unionsbürgern ohne wirtschaftliche Betätigung vor dem Erwerb des Daueraufenthaltsrechts Unterhaltsbeihilfe zu gewähren. Daher sei der Anwendungsbereich des Vertrages auch nicht eröffnet.⁹⁴ Der Generalanwalt hatte dem entgegengehalten, dass die Frage des Anwendungsbereiches, wie der EuGH bereits diverse Male klargestellt habe, von der Frage zu unterscheiden sei, ob konkrete Personen einen Anspruch auf konkrete Leistungen hätten. Daher stehe die Ausbildungsförderung nicht mehr außerhalb des Geltungsbereiches.⁹⁵ Der EuGH radikalisierte diese Argumentation: Art. 24 der Richtlinie bestätige gerade, dass diese Fälle in den Anwendungsbereich fielen. Denn indem er normiere, dass Stipendien für Studierende ohne Daueraufenthaltsrecht begrenzt werden können, sehe er »die Gewährung solcher Beihilfen als einen Bereich an, der nach diesem Absatz 1 gegenwärtig in den Anwendungsbereich des Vertrages fällt«. Denn Abs. 1 normiere ja gerade, dass diese Personengruppe im Anwendungsbereich des Vertrages nicht zu diskriminieren sei.⁹⁶

Obwohl der Gerichtshof ziemlich genau an seiner von Anfang an verfolgten Argumentationsstrategie festhielt, wonach Einschränkungen durch sekundärrechtliche Richtlinien nicht den Anwendungsbereich des Vertrages beschränken können, rief sie erneut heftige Kritik hervor. Die Argumentation sei »nahezu abenteuerlich«, so Stefanie Bode (2005: 281), damals Referentin in der Europaabteilung des deutschen Bundesministeriums der Finanzen. Der Gesetzgeber habe unter Umständen mit Art. 24 Abs. 2 gerade in Reaktion auf die Ausdehnung des unionsbürgerschaftlichen Freizügigkeitsrechts deklaratorisch zum Ausdruck bringen wollen, dass die bisherigen Beschränkungen weiter gelten. Dafür spreche auch, dass die von der Kommission zunächst vorgeschlagene Erweiterung des Freizügigkeitsrechts für Studierende sich im Legislativverfahren nicht durchsetzen konnte. Dies alles erwäge der EuGH nicht einmal. Vielmehr reduziere er die Wirkungen der eindeutigen Regel von Art. 24 Abs. 2., bereits bevor die Implementationsperiode der Richtlinie ausgelaufen sei (Brand 2006: 303). »Heißt das, dass das Gericht in einem Fall, der nach dem Inkrafttreten der Richtlinie aufkommt, die Beschränkungen des Gleichheitsprinzips durch die Richtlinien missachten wird?«, fragte Catherine Barnard (2005: 1481^o) aus einer britischen Perspektive argwöhnisch. Sie wies drohend darauf hin, dass es in ähnlichen Fällen als Reaktion der Mitgliedsstaaten zu korrigierenden Klarstellungen in den Verträgen gekommen sei. Das im Gedächtnis behaltend, »ist es unwahrscheinlich, dass der Gerichtshof in der Zukunft so schroff agieren wird«, sodass das »Haltbarkeitsdatum« des Urteils nur bis zur Umsetzung der

94 Wiedergegeben nach GA Geelhoed (Fn. 93), Rn. 64.

95 GA Geelhoed (Fn. 93), Rn. 50, 53.

96 Urteil in der Rs. Bidar (Fn. 92), Rn. 43.

Richtlinie laufen dürfte (ebd.; ähnlich auch Dusterhaus 2005: 326). Eher bewundernd wurde dies hingegen von der Gegenposition als »das außergewöhnlichste Beispiel für juristischen Aktivismus« bezeichnet, indem der Gerichtshof im Wesentlichen die Ausnahme aus Art. 24 Abs. 2 herausgestrichen habe (Chalmers/Hadjjemmanuil/Monti/Tomkins 2006: 600°).

Damit gemäß der tradierten Argumentationslinie das Studiendarlehen in den Anwendungsbereich fiel, musste aber auch noch der persönliche Anwendungsbereich eröffnet sein: durch den rechtmäßigen Aufenthalt des Unionsbürgers. Der EuGH folgte seiner bisherigen Strategie, wonach diejenigen Studierenden, die sich in einen anderen Mitgliedsstaat begeben, um dort zu studieren, gemäß der Richtlinie zwar keinen Anspruch auf Unterhaltsbeihilfe geltend machen könnten, dies allerdings keinen Unionsbürger, der sich gemäß Art. 18 und der Studierendenrichtlinie rechtmäßig dort aufhalte, daran hindere, sich während dieses Aufenthalts auf den in Art. 12 Abs. 1 aufgestellten Gleichbehandlungsgrundsatz zu berufen.⁹⁷

Der Gerichtshof unterschied also zwei unterschiedliche Rechtsansprüche: einen aufgrund der Richtlinie und einen aufgrund von Art. 12 und 18. So hatte er bereits in der *Rs. Grzelczyk* argumentiert. Trotzdem umging er damit erneut den Widerspruch zwischen Primär- und Sekundärrecht, der zur Nichtigkeitserklärung des Sekundärrechts hätte führen können. Dieser Weg musste dem Gerichtshof als nicht hegemoniefähiger Affront erschienen sein, zumal die alten Richtlinien sowieso ausliefen. »Den Willen des Gemeinschaftsgesetzgebers zur Nichteinbeziehung von Studienbeihilfen in den EG-Vertrag [...] scheint der EuGH nicht für maßgeblich zu halten«, kritisierte Bode (2005: 281). Mit dieser »künstlichen Unterscheidung« erzeuge er einen »Bypass« um Art. 3 der Studierenden-Richtlinie herum, um so eine mögliche contra legem Interpretation dieser Vorschrift abzuwenden (Brand 2006: 301). Denn anders als in der *Rs. Grzelczyk* gehe es hier tatsächlich um eine Studienbeihilfe, die in der Richtlinie explizit verweigert wird (Niedobitek 2006: 114). So vermieden die Richter*innen »eine Auseinandersetzung mit dieser Problematik durch Anstellung einer äußerst formalistischen Betrachtungsweise« (Wollenschläger 2005b: 1025). Der Begriff des Bypasses, der in dieser diskursiven Auseinandersetzung zum ersten Mal auftauchte, ist eine metaphorisch treffende Bezeichnung für die Argumentationsstrategie des Gerichtshofes, mit der es möglich war, der Frage nach einer möglichen Primärrechtswidrigkeit der Richtlinien zumindest vorerst auszuweichen.

Im nächsten Schritt prüfte der EuGH nun die Rechtfertigung der mittelbaren Diskriminierung des Klägers. Letztere bestand darin, dass die Gewährung einer Beihilfe an die Wohnsitzvoraussetzung gebunden war, wonach die Antragsteller bereits drei Jahre vor dem ersten Studientag im Vereinigten Königreich gewohnt ha-

97 Urteil in der *Rs. Bidar* (Fn. 92), Rn. 45f.

ben müssen und in dieser Zeit keiner Vollzeitausbildung nachgegangen sein dürfen. Dies sei von Inländern leichter zu erfüllen.⁹⁸

Als legitimes Ziel dieser Regelung diskutierten die Richter*innen sowie der Generalanwalt das Wohnsitzerfordernis als Vergewisserung darüber, dass zwischen dem Antragsteller und dem neuen Mitgliedsstaat eine ausreichende Verbindung bestehe, in dem Fall durch die »Integration in das soziale Leben«. Der Generalanwalt bestand allerdings darauf, dass ein »bloßes Wohnsitzerfordernis« für die Erreichung dieses Zieles zu wenig zielgerichtet sei. Es komme eher darauf an, ob eine echte Verbindung zum nationalen Bildungssystem oder der nationalen Gesellschaft vorliege. Bidar habe dort schließlich bereits die Schule besucht.⁹⁹ Der EuGH hingegen ließ für die Ermittlung des »gewissen Grades«, bis zu dem sich ein Antragsteller in »die Gesellschaft dieses Staates integriert« habe, den Aufenthalt über »eine gewisse Zeit« genügen.¹⁰⁰ Der Gerichtshof scheine, so die Anmerkungen, einen »quantitativen Gleichheitsansatz« zu verfolgen: »Je länger sich Migranten in dem Mitgliedsstaat aufhalten, umso integrierter sind sie in diesen Staat und umso größer ist die Anzahl von Leistungen, die sie zu gleichen Bedingungen wie die eigenen Bürger erhalten können.« (Barnard 2005: 1478°) Dies stimme wiederum mit der Freizügigkeitsrichtlinie überein (ebd.: 1480). Dieser quantitative Ansatz, im Unterschied zum weiteren Ansatz des Generalanwalts, wurde als Reaktion auf »die heftige Ablehnung« des *Grzelczyk-Urteils* interpretiert. Der EuGH relativiere sukzessive wieder den Bedeutungsgehalt des Art. 12 Abs. 1 in Verbindung mit (i.V.m.) Art. 17f. EG im Hinblick auf Sozialleistungsansprüche. Dies entziehe »einem Großteil der nach dem *Grzelczyk-Urteil* geäußerten Bedenken den Boden. [...] Namentlich dem teils befürchteten Sozial- bzw. Bildungstourismus« (Cremer 2007: 91).

Auch der Generalanwalt argumentierte, dass es »eindeutig [...] nicht Absicht des Gerichtshofes« sei, »dass die Mitgliedsstaaten ihre Sozialhilfesysteme Unionsbürgern, die in ihr Hoheitsgebiet einreisen und sich dort aufhalten, *in vollem Umfang* öffnen«. Damit machte er deutlich, dass der maximalistische Ansatz des pro-europäisch-sozialen Projekts nicht mehr das Projekt der Generalanwaltschaft war. Dieser ging es vielmehr darum, festzuhalten, dass »auf der einen Seite die Mitgliedsstaaten berechtigt« seien, »sicherzustellen, dass die sozialen Vergünstigungen, die sie bieten, für die Zwecke gewährt werden, für die sie bestimmt sind. Auf der anderen Seite müssen sie hinnehmen, dass Unionsbürger, die sich in ihrem Hoheitsgebiet für erhebliche Zeit rechtmäßig aufhalten, ebenfalls für solche Förderung in Betracht kommen können«¹⁰¹.

98 Urteil in der Rs. Bidar (Fn. 92), Rn. 52f.; GA Geelhoed (Fn. 93), Rn. 55.

99 GA Geelhoed (Fn. 93), Rn. 60ff.

100 Urteil in der Rs. Bidar (Fn. 92), Rn. 59

101 GA Geelhoed (Fn. 93), Rn. 32, Herv. S.B.

Die Literatur wertete das Urteil in diesem Sinne als »Kompromiss [...] zwischen dem Postulat einer möglichst umfassenden Gleichstellung aller Unionsbürger und dem Bestreben, ökonomisch motivierte Wanderungsbewegungen Nichterwerbstätiger mit entsprechend negativen Konsequenzen für die nationalen Sozialsystem zu verhindern« (Wollenschläger 2005b: 1025).

Daher sei »Entwarnung geboten«, erklärte Dominik Dusterhaus, der spätere Pressesprecher des EuGHs, denn das Urteil mache deutlich, »wie streng die Maßstäbe für derartige Ausnahmefälle sind. Das Gemeinschaftsrecht fordert weder eine unbedingte Gleichstellung, noch fördert es den Sozialleistungstourismus.« (Dusterhaus 2005: 325) Und auch Barnard gestand dem Gerichtshof ein »gewisses Bewusstsein über die Sensibilität der Thematik, insbesondere der Bedenken über den ›Sozialleistungstourismus‹ zu, nicht jedoch ohne hinzuzufügen,

»wenn es anders wäre, würde die durchgesetzte Gleichheit ein Potential haben, um solche Feindseligkeiten und anti-migrantische Gefühle unter den Angehörigen der Nationalstaaten auslösen, dass die Unionsbürgerschaft nicht gefestigt, sondern das Gegenteil erreicht würde« (Barnard 2005: 1489°).

Das Diskursfragment des »Sozialleistungstourismus« war verbunden mit einem Resignifizierungsversuch: Gelten die inneuropäischen Migrant*innen seit Einführung der Unionsbürgerschaft alle einheitlich als Bürger*innen der Union und befinden sich seitdem diesseits der biopolitischen Zäsur, so versuchten die defensiv-hegemonialen nationalen Strategien nunmehr über das Argument »anti-migrantischer Gefühle« den Rechtsstatus wieder zurückzudrehen und die Bürger*innen zu migrantisieren.

Das bereits in der *Rs. D’Hoop* eingeführte Zugeständnisstrategem der Verhältnismäßigkeitsprüfung konnte über die diskursive Betonung des »legitimen Allgemeinwohlinteresse« der Mitgliedsstaaten erneut für Zustimmung sorgen. Allerdings enthüllte bereits der nächste Schritt, wie trügerisch diese Sicherheit war und wie das Verhältnismäßigkeitsprinzip zwar ein Zugeständnis machte, mit diesem jedoch zugleich die konkrete Abwägung im Einzelfall und damit das letzte Wort wieder unter die Entscheidungshoheit des Gerichtshofes stellte. Das Prinzip lenkte den Gegendiskurs zunächst mit der Anerkennung des legitimen Interesses in die eigenen Bahnen, um dann die Richtung vorzugeben: Da die »fragliche Regelung für einen Angehörigen eines anderen Mitgliedstaates jede Möglichkeit ausschließt, als Student den Status einer auf Dauer ansässigen Person zu erlangen«, mache sie ihm, so der Gerichtshof, »welches auch immer der Grad seiner tatsächlichen Integration in die Gesellschaft des Aufnahmemitgliedstaats sein mag, unmöglich, diese Bedin-

gungen zu erfüllen«. Eine solche Maßnahme sei also ungeeignet und damit unverhältnismäßig.¹⁰²

Art. 24 Abs. 2 der Freizügigkeitsrichtlinie musste also gar nicht als primärrechtswidrig interpretiert werden, da nationale Maßnahmen, die auf ihrer Grundlage ergangen waren, über den Bypass direkt in die Verhältnismäßigkeitsprüfung gelangten und dort in letzter Instanz der Abwägung des Gerichtshofes unterworfen wurden. Die klaren Kriterien der Richtlinie wurden ersetzt durch die »vagen Begriffe einer ›tatsächlichen Verbindung‹ sowie ›einer ausreichenden Integration‹« (Brand 205: 302). Doch diese Taktik fiel nicht weiter ins Gewicht, da sie im Ergebnis einem Kläger Recht gab, dessen Fall so ungewöhnlich war, dass daraus keine ökonomischen Konsequenzen erwartet wurden. Dies zeigte sich an den rechtstat-sächlichen Reaktionen: Vor dem Urteil, zur Zeit der Schlussanträge des General-anwaltes, entwarf die britische Presse das Szenario von 50.000 EU-Studierenden, die allesamt in Großbritannien Anspruch auf Studienbeihilfe haben könnten. Die Politik des damaligen Ministerpräsidenten Tony Blair sei konzipiert worden in einer Zeit vor der Osterweiterung und verliere jetzt ihre Grundlagen.¹⁰³ Auch die britische Regierung hatte in ihrer Stellungnahme angeführt, dass es zu Kosten in Höhe von 66 Millionen britischem Pfund kommen könne, wenn das Urteil zu Gunsten des Klägers ausgehe.¹⁰⁴ Es sei folglich, so Catherine Barnard, »der nationale Steuerzahler, der die Rechnung zu begleichen« habe. Hinter der Rechtsprechung verstecke sich eine »fundamentale Ungleichheit im System«, die auf den »ungleichmäßigen Zustrom von Studenten« zurückzuführen sei. Großbritannien und Irland seien Netto-Empfängerländer, und in der Realität unterstützten »(arme und gewöhnlich nicht-mobile) Steuerzahler der Aufnahmestaaten die höhere Bildung von (bereits gut ausgebildeten Mittelklasse-)Studierenden anderer Mitgliedstaaten, mit denen sie wenig gemeinsame Interessen teilen«. Eine radikalere Lösung bestünde daher darin, dass die EU selbst die Rechnung für diese Migration bezahle, doch dies sei zum gegenwärtigen Zeitpunkt »reines Wunschenken«, denn sie habe kein solches Budget und wahrscheinlich auch keine Kompetenz so zu agieren. »Und genau darin liegt das Paradox«, so die national-soziale Kritik (Barnard 2005: 1484ff.°).

Doch nach dem Urteil änderte sich die Stimmung, obwohl es gemeinschaftsweit zu Anpassungen im Stipendienwesen führte (Hilpold 2009: 42): Aufgrund der Anerkennung des Wohnsitzerfordernisses werde die große Mehrheit nicht in der Lage sein, Ansprüche zu stellen, sodass die behaupteten Kosten »übertrieben« gewesen seien (van der Mei 2005: 211°). Die britische Regierung erläuterte demgemäß nach Urteilsverkündung, dass die »Anzahl von EU- Studierenden, die direkt von dem Urteil profitierten, sehr gering« sei. Die »Öffnung irgendwelcher Schleusentore für

102 Urteil in der Rs. Bidar (Fn. 92), Rn. 61.

103 Daily Mail v. 12.11.2004.

104 Wiedergegeben lt. Urteil in der Rs. Bidar (Fn. 92), Rn. 25.

tausende von EU-Bürgern, die billige Darlehen« verlangten, stehe nicht in Frage.¹⁰⁵ Und auch in der BRD erklärten Regierungsbeamte, dass die Rechtsprechung nur einen geringen Anteil der »EU-Auslandsstudenten« betreffe. Sie schmälere die Befürchtungen, »dass Deutschland für Gaststudenten aus EU-Ländern [...] bezahlen muss [...], die nie in die Sozialkassen hierzulande eingezahlt« hätten.¹⁰⁶

Die jeweiligen Projekte, die über den Kompromiss hinausgingen, blieben in der abschließenden Einschätzung des Urteils jedoch präsent. So hielt Bode aus konservativer Perspektive fest, die statuierte Gleichbehandlungspflicht gehe »trotz der eingeräumten Rechtfertigungsmöglichkeiten über den derzeitigen Stand der Integration hinaus«. Sodann wiederholte er die Aussage, dass die EU gegenwärtig »nicht den Schritt zu einer Sozialunion vollzogen« habe. Zudem müsse eine derart substantielle Fortentwicklung der Integration dem entsprechend legitimierten »Gesetzgeber« vorbehalten bleiben, da es der Rechtsprechung nicht möglich sei, »die aus der Einzelfallentscheidung resultierenden, insbesondere finanzpolitischen Konsequenzen hinreichend zu berücksichtigen und der Vielschichtigkeit der Fragestellungen gerecht zu werden« (Bode 2005: 281f.). Van der Mei hingegen war davon überzeugt, dass die Urteile in den *Rs. Trojani* und *Bidar* zwar keine Grundsatzentscheidungen seien, sie allerdings »in die Geschichtsbücher des Gemeinschaftsrechts eingehen« könnten, denn sie

»markieren das Ende einer Ära, in der Mitgliedstaaten den Bürgern anderer Mitgliedstaaten den Zugang zu ihren wohlfahrtsstaatlichen Leistungen einzig auf Grund ihrer Nationalität verweigern konnten. In Bezug auf Unionsbürger können Nationalitätskriterien nicht mehr länger angewendet werden, um den Zugang zu Sozialleistungen zu schützen oder zu regulieren. Im Prinzip verlangt das Gemeinschaftsrecht die *De-Nationalisierung der Europäischen Wohlfahrtsstaaten*. Zur gleichen Zeit jedoch demonstrieren *Trojani* und *Bidar*, dass das Gemeinschaftsrecht nicht notwendig die De-Territorialisierung der Wohlfahrtsstaaten bedeutet. Wohnsitzerfordernisse und nicht Nationalitätserfordernisse konstituieren die geeigneten Werkzeuge, um grenzüberschreitenden Zugang zu Sozialleistungen zu regulieren.« (Van der Mei 2005: 207°, Herv. S.B.)

Die privilegierende Wirkung der nationalen Staatsangehörigkeit werde weiter relativiert und durch eine Art »transnationaler Solidarität« (Barnard 2005: 1477°) ersetzt. Spaniens konstitutive Rolle im Prozess der Etablierung der Unionsbürgerschaft vorausgesetzt, erschien die Rechtsprechung aus dieser Perspektive durchaus als »revolutionär«, denn der »ökonomische Aspekt, der in den römischen Verträgen so präsent war, wird gerade durch eine Serie von Bestimmungen ausgeglichen, die

105 The Daily Telegraph v. 16.3.2005 und The Times v. 16.3.2005.°

106 Spiegel Online v. 16.3.2005.

einen viel politischeren, humaneren, sozialeren und solidarischeren Charakter besitzen« (Candela Soriano 2005: 1477°).

Obwohl also ein Zugeständnisstrategem in den Diskurs eingefügt wurde, welches schwierige und detaillierte Aushandlungsprozesse mit sich brachte und das Projekt gewissermaßen verwässerte, schien sich das juristische Projekt des Gerichtshofes zu stabilisieren.

5.3.10 »De Cuyper« vom 18. Juli 2006¹⁰⁷ – »Hinauswachsen aus der Solidargemeinschaft«

Die nächsten beiden Rechtssachen betrafen wieder, wie schon die *Rs. D’Hoop*, die umgekehrte Konstellation: die Verweigerung von Leistungen durch den eigenen Mitgliedsstaat wegen des Aufenthalts in einem anderen Mitgliedsstaat. In dieser Konstellation stand der zweite Weg, also Art. 18 EG und nicht die Verbindung von Art. 12 und 17 EG, im Zentrum der Prüfung. Dieser wurde nun ausgebaut. So traten über ein Jahr später die gleichen Akteure wieder zusammen: die große Kammer des Gerichtshofes und Generalanwalt Geelhoed aus den Niederlanden, anlässlich des Falles eines belgischen Arbeitslosen, der neun Jahre in Frankreich lebte.

Das Urteil war unspektakulär, kaum umstritten und in der Literatur eher wenig beachtet. Es ist eine Art Zwischenstandsmeldung hinsichtlich der Akzeptanz der Rechtsprechungslinie: So erhoben die Regierungen inzwischen nicht mehr den Einwand gegen die Anwendbarkeit des Gemeinschaftsrechts, sondern akzeptierten die Einschlägigkeit des Art. 18 und fokussierten direkt die Rechtfertigungsebene. Die Entziehung der Leistungen für den im EU-Ausland lebenden Kläger durch das belgische Arbeitsamt wurde vom Gerichtshof als Beschränkung des Freizügigkeitsrechts aus Art. 18 bewertet.¹⁰⁸ Die anschließende Verhältnismäßigkeitsprüfung sah die Beschränkung allerdings als gerechtfertigt an. Als legitimes Ziel wurde die »Notwendigkeit« anerkannt, »die berufliche und familiäre Situation der Arbeitslosen zu überwachen. Diese Rechtfertigung beruht demnach auf objektiven Erwägungen des Allgemeininteresses, die von der Staatsangehörigkeit der Betroffenen unabhängig sind.«¹⁰⁹ Und für die Wirksamkeit dieser Kontrollmechanismen, welche die familiäre Situation und das mögliche Vorhandensein vom Betroffenen nicht gemeldeter Einkunftsquellen prüften, sei auch erforderlich, dass die Kontrollen unerwartet stattfinden und an Ort und Stelle durchgeführt werden könnten. Diese Konstellation rechtfertige »einschneidendere Mechanismen« als bei der Kontrolle

107 *Rs. C 406/04*, Slg. 2006, I-6947.

108 Urteil in der *Rs. De Cuyper* (Fn. 107), Rn. 22, 34–39; Schlussanträge des Generalanwalts Leendert A. Geelhoed vom 2.2.2006, *Rs. C 406/04*, Rn. 53.

109 Urteil in der *Rs. De Cuyper* (Fn. 107), Rn. 41.

anderer Leistungen.¹¹⁰ Damit gab der Gerichtshof den Argumenten der Regierungen, insbesondere Frankreichs und der BRD, Recht.¹¹¹

Hatten die bisherigen Urteile unter dem Thema der »unionsbürgerlichen Solidarität« immer nach dem Grad der Öffnung der inländischen Sozialsystem für nicht-erwerbstätige Ausländer gefragt, zeige dieser Fall, so die Kommentierungen des Urteils, »erstmal die Kehrseite der Medaille«: das Ausscheiden aus der Solidargemeinschaft des Heimatstaats (Wollenschläger 2006: 503f.).

5.3.11 »Tas/Tas-Hagen«¹¹² vom 26. Oktober 2006 – eine neue Epoche: »Grundfreiheiten ohne Markt«

Mit dem folgenden Fall – der sich um zwei Niederländer*innen drehte, denen Sozialleistungen für zivile Kriegsoffer mit der Begründung verweigert wurden, dass sie in Spanien ansässig seien – war erstmals eine einfache Kammer beschäftigt, so als bewegte sich die Thematik inzwischen auf gefestigten Bahnen. In Wirklichkeit begann mit diesem Urteil jedoch die Eröffnung eines dritten Begründungspfades für soziale Rechte Nichterwerbstätiger. Als Generalanwältin war erstmals Juliane Kokott aus der BRD involviert, die der bisherigen Argumentation eine völlig neue Richtung gab. Außerdem war mit der Regierung Litauens erstmals eine osteuropäische Regierung beteiligt.

Mit dieser Fallkonstellation gelangte nun auch in Bezug auf Art. 18 EG die Problematik auf die Tagesordnung, wie es einzuschätzen sei, wenn eine soziale Leistung verweigert wird, deren Regelung nicht in die Kompetenz des Gemeinschaftsrechts fällt. In Bezug auf Art. 12 und 17 EG, also den ersten Pfad, hatte der Gerichtshof bereits seine aus der Grundfreiheitenjudikatur stammende, »funktionale« Betrachtung angewendet. In Bezug auf Art. 18 trugen die britische und die niederländische Regierung aber in der Argumentationsfigur des »Anwendungsbereiches des Vertrages« erneut vor, dass die Kläger*innen keinen Verstoß gegen Art. 18 geltend machen könnten, denn Leistungen für Kriegsoffer seien keine gemeinschaftsrechtlich geregelte Materie und fielen daher nicht in den sachlichen Anwendungsbereich des Vertrages.¹¹³

Maßgeblicher als die Entscheidung des Gerichtes war nun die Auslegung der Generalanwältin. Denn diese nahm den Fall zum

110 Ebd., Rn. 43–45.

111 Wiedergegeben nach GA Geelhoed (Fn. 108), Rn. 87.

112 Rs. C-11/06 und C-12/06, Slg. 2007, I-9161.

113 Wiedergegeben nach den Schlussanträgen der Generalanwältin Juliane Kokott v. 30.3.2006, Rs. C-11/06 und C-12/06, Rn. 28.

»Anlass, die Tragweite von Artikel 18 Absatz 1 EG weiter zu präzisieren: Kann ein Unionsbürger sich immer schon dann auf diese Vorschrift berufen, wenn er von seinem Freizügigkeitsrecht Gebrauch gemacht hat, oder bedarf es eines darüber hinausgehenden Anknüpfungspunktes an das Gemeinschaftsrecht?«¹¹⁴

Um diese Frage zu beantworten, müsse auf die »Natur des Freizügigkeitsrechts« eingegangen werden. Und hier nun – die Richter*innen hatten sich dazu bisher »bedeckt gehalten« (Calliess 2007: 28), Generalanwalt Geelhoed hatte mehrfach von einem »Grundrecht« gesprochen, die Literatur war uneins – leitete Kokott den Wandel ein: Art. 18 sei eine »Grundfreiheit« und damit unmittelbar anwendbar und weit auszulegen. Deswegen habe das Freizügigkeitsrecht »einen Anwendungsbereich, der nicht auf einzelne Sachgebiete beschränkt ist«¹¹⁵. Die Generalwältin übertrug geradezu selbstverständlich die über Jahrzehnte entwickelten Argumentationen der Grundfreiheitenrechtsprechung auf Art. 18:

»So gelten die klassischen Grundfreiheiten auch für diejenigen Sachgebiete, für die der Vertrag der Gemeinschaft keine eigenen Zuständigkeiten einräumt«. Andernfalls ließe sich auch »eine der Kernaufgaben der Gemeinschaft, die Verwirklichung eines Binnenmarktes [...] nicht sinnvoll verwirklichen. Der Binnenmarkt hätte dann nicht mehr den umfassenden Anspruch eines Raums ohne Binnengrenzen, sondern hätte nur noch einen fragmentarischen Charakter«¹¹⁶.

Mit dem Hinweis auf eines der beiden zentralen Urteile, die die Rechtsprechungslinie des Wettbewerbs der Rechtsordnungen ausgelöst hatten, »Cassis de Dijon« und »Dassonville«, trug sie vor:

»Erst recht kann sich der Anwendungsbereich der Grundfreiheiten nicht lediglich auf diejenigen Sachgebiete beschränken, für welche die Gemeinschaft ihre Zuständigkeiten bereits ausgeübt hat, insbesondere durch den Erlass von Harmonisierungsmaßnahmen: Vielmehr entspricht es dem Sinn und Zweck der Grundfreiheiten und ist geradezu Ausdruck ihrer unmittelbaren Anwendbarkeit, dass sie vor allem in nicht oder noch nicht harmonisierten Bereichen ihre Wirkungen entfalten können.«¹¹⁷

Während bisherige Urteile und Schlussanträge es tunlichst vermieden hatten, den Eindruck zu erwecken, die Rechtsprechung würde eine politisch nicht gewollte Harmonisierung der Sozialleistungssysteme anstreben, zeigte Kokott also nicht die

114 Ebd., Rn. 1.

115 GA Kokott (Fn. 113), Rn. 34.

116 Ebd., Rn. 35.

117 Ebd., Rn. 36.

geringsten Berührungspunkte in diese Richtung. Ihre Übertragung der anhand des Produktionsfaktors Arbeit entwickelten Argumentation auf die Unionsbürgerschaftsnormen erfolgte offensiv:

»Ganz genauso widerspräche es aber dem Konzept der Unionsbürgerschaft als dem grundlegenden Status aller Unionsbürger, der ihnen *unabhängig von jeglicher wirtschaftlicher Betätigung* zusteht, wenn die Mitgliedstaaten das in Artikel 18 Absatz 1 EG niedergelegte Freizügigkeitsrecht der Unionsbürger nicht sachgebietsübergreifend beachten müssten, sondern lediglich im Hinblick auf vereinzelte Materien, für die der Vertrag der Gemeinschaft eigene Zuständigkeiten einräumt«¹¹⁸.

In einem zeitgleich erschienen Aufsatz verdeutlichte sie die damit verfolgte Strategie:

»Um zu einer vollständigen Grundfreiheit zu erwachsen, darf die Freizügigkeit der Unionsbürger nicht – wie in vielen bisherigen Urteilen – bei einem bloßen Diskriminierungsverbot verharren, sondern muss sich – wie bei den anderen Grundfreiheiten auch – zu einem Beschränkungsverbot entwickeln. [...] Als Beschränkungen sind alle Maßnahmen anzusehen, die die Ausübung einer Freiheit verbieten, behindern oder weniger attraktiv machen. [...] Darüber hinaus fordert ein Beschränkungsverbot, dass sich auch unterschiedslos auf Inländer und Ausländer anwendbare, aber beschränkend wirkende Vorschriften durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses rechtfertigen lassen.« (Kokott 2006: 224)

Auf diese Weise argumentierte sie auch in den Schlussanträgen anlässlich der Frage, ob eine Diskriminierung vorliege. Sie hätte im Anschluss an die *Rs. D’Hoop* und die Rechtsfigur der »umgekehrten *Diskriminierung*« argumentieren können, die Kläger*innen würden im Vergleich zu ihren Mitbürger*innen diskriminiert, weil sie das Freizügigkeitsrecht ausgeübt hatten. Doch das überzeugte die Generalanwältin nicht, denn die Kläger*innen würden ja gar nicht wegen ihrer Staatsbürgerschaft diskriminiert. Die Unionsbürger*innen wären jedoch nicht nur auf den Schutz vor Diskriminierungen gemäß Art. 12 beschränkt. »An Artikel 18 Absatz 1 EG müssen sich vielmehr auch Regelungen messen lassen, die dazu führen, dass ein Unionsbürger bei Inanspruchnahme seines Freizügigkeitsrechts weniger günstig behandelt wird, als wenn er nicht von diesem Recht Gebrauch gemacht hätte.«¹¹⁹ An Art. 18 seien somit alle Maßnahmen zu messen, die das Recht der Unionsbürger *beeinträchtigen*, sich in anderen Mitgliedsstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, oder

118 Ebd., Rn. 38, Herv. S.B.

119 GA Kokott (Fn. 113), Rn. 49

die sonst ein Hindernis darstellen, durch das die Unionsbürger vom Gebrauch des allgemeinen Freizügigkeitsrechts abgehalten werden könnten.¹²⁰

Damit übertrug sie wortidentisch die beiden zentralen Argumentationsfiguren der neoliberalen Rechtsprechungslinie des Wettbewerbs der Rechtsordnungen (vgl. Buckel/Oberndorfer 2009) auf die Unionsbürgerschaftsnormen und damit eine binnenmarktorientierte Argumentation auf die Situation von Nichterwerbstätigen. Aufgrund der Hegemonie dieser neoliberalen Grundfreiheiten-Rechtsprechung war die Literatur darüber auch in keiner Weise verwundert, sondern hatte lediglich Bedenken, »dass die Probleme, die durch Dassonville im Gebiet der Waren erzeugt wurden«, nämlich der neoliberale Wettbewerb der Rechtsordnungen, »im Bereich der Freizügigkeit der Personen sich wiederholen könnten. Dies bleibt zu beobachten.« (Yaneva 2007: 2007^o) Die »Folgen einer Qualifizierung des Art. 18 EG als Beschränkungsverbot« seien »schwer [zu] fassen. Letztlich wären dann alle Maßnahmen nur noch am Verhältnismäßigkeitsprinzip zu messen« (Calliess 2007: 29).

Die diskursive Strategie Kokotts bestand folglich darin, das tragende Diskursfragment des hegemonialen neoliberalen juristischen Projekts mit ganz anders gear teten, nicht der Binnenmarktlogik folgenden Diskursfragmenten der Unionsbürgerschaftsnormen an einem Punkt zu re-artikulieren, an dem sie überlappen: Freizügigkeit. Ernesto Laclau und Chantal Mouffe haben gezeigt, wie sehr die erfolgreiche Artikulation einer Reihe von demokratischen Widerständen gegen die Transformation sozialer Verhältnisse mit dem neoliberalen Diskurs entscheidend für den Erfolg des neoliberalen Projektes war (Laclau/Mouffe 2000/1985: 212). Genauso scheint auch hier die Artikulation der Grundfreiheiten- mit der Unionsbürgerschaftsjudikatur einen Durchbruch in der bisherigen Argumentation mit sich zu bringen. Bisher war letztere immer wieder wegen ihrer Inkonsistenz kritisiert worden. Die Grundfreiheiten-Rechtsprechung war aber so selbstverständlich geworden, dass ihre Implantierung in den bestehenden Sozialrechtsdiskurs das Potenzial zur Eröffnung eines neuen, dritten Pfades in sich barg. Wollenschläger erkannte darin den »Paradigmenwechsel im bislang marktfreiheitlich dominierten Integrationsprogramm«, der nach und nach dem unionsbürgerlichen Freizügigkeitsrecht »den von den Marktfreiheiten her bekannten weiten Freizügigkeitseingehalt« zugestand. »Damit schuf der EuGH eine [...] ›Grundfreiheit ohne Markt« (Wollenschläger 2007: 125).

Die Richter*innen argumentierten nun, dass zwar die Kriegsoferenschädigung »beim gegenwärtigen Stand des Gemeinschaftsrechts« in die Zuständigkeit der Mitgliedsstaaten falle. Diese müssten aber von jener Zuständigkeit »unter Beachtung des Gemeinschaftsrechts, insbesondere der Vertragsbestimmungen über die jedem Unionsbürger zuerkannte Freiheit, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten

120 Ebd., Rn. 50, Herv. S.B.

frei zu bewegen und aufzuhalten, Gebrauch machen«¹²¹. Daher prüfte der EuGH die Vereinbarkeit der belgischen Regel mit Art. 18 und gelangte zu der Feststellung, dass das Wohnsitzerfordernis bestimmte Staatsangehörige allein deswegen benachteiligte, weil sie von dem Freizügigkeitsrecht Gebrauch gemacht hätten. Dies stelle »eine Beschränkung der Freiheiten dar, die Artikel 18 Absatz 1 EG jedem Unionsbürger verleiht«¹²².

Wenn der EuGH auch keine Überlegungen zur Rechtsnatur des Art. 18 anstellte, so übernahm er doch implizit den Ansatz der Generalanwältin. Es komme daher, wie die Literatur sofort bemerkte, zu einer Ausweitung des Geltungsbereiches des Gemeinschaftsrechts, denn unter der Prüfung von Art. 18 werde im Gegensatz zu Art. 12 und 17 darauf verzichtet, dass die Leistungen in den sachlichen Anwendungsbereich des Vertrages fallen müssen. »So unterstützte das Urteil in Tas-Hagen und Tas die Behauptung, dass Art. 18 sogar außerhalb des sachlichen Anwendungsbereiches des EG-Rechts angewendet werden kann« (Yaneva 2007: 411f.°). Diese Rechtsprechung habe weitreichende Konsequenzen und sei bisher ohne Präzedenzfall, was einigermaßen beunruhigend sei (Martin 2007: 156). Mit diesem Urteil wurde eine neue Epoche und ein dritter Pfad in der Rechtsprechung zu den sozialen Rechten nichterwerbstätiger Unionsbürger*innen eröffnet, der in den folgenden Urteilen weiter ausgebaut wurde.

Das Urteil wies jedoch noch weitere Besonderheiten auf. Zunächst hätte man den Fall auch nach der Wanderarbeiterverordnung 1408/71 lösen können – schließlich ging es um den Export von Sozialleistungen. Da Leistungen für Kriegsopfer nicht in deren Anwendungsbereich fallen und demgemäß keine Pflicht zur Exportierbarkeit besteht, hätte die Rechtssache bereits daran scheitern können. Und genauso hatte der Gerichtshof nur zwei Jahre zuvor in der *Rs. Baldinger*¹²³ auch entschieden. Das vorliegende Gericht hatte damals nicht nach der Auslegung von Art. 18 gefragt. Generalanwalt Colomer hatte Art. 18 zwar ins Spiel gebracht und ihn bejaht, ebenso die Kommission. Allerdings – und das war der entscheidende Unterschied – argumentierten beide mit einer Kombination von Art. 12 und Art. 18, mit dem Recht also »sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, ohne befürchten zu müssen, Opfer einer ungerechtfertigten *Diskriminierung* aufgrund seiner Staatsangehörigkeit zu werden«¹²⁴. Die Richter*innen waren dieser Argumentation nicht gefolgt, sondern hatten auf Art. 18 und 12 schlicht keinen Bezug genommen. Dies war auf Zustimmung in der Literatur gestoßen, denn das Urteil verdeutliche »treffend Reichweite, Wirkung und Grenzen des europäi-

121 Urteil in der Rs. Tas/Tas-Hagen (Fn. 112), Rn. 22.

122 Ebd., Rn. 31.

123 Rs. C-3896/02 v. 16.9.2004, Slg. 2004, I-8411.

124 Schlussanträge des Generalanwalts Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer v. 11.12.2003, Rs. C-3896/02, Rn. 40, Herv. S.B.

schen Sozialrechts«. Kriegsoferenschädigung sei »seit jeher« nicht Gegenstand der Sozialrechtskoordinierung. Daran könnten auch »die nahezu alle Rechtsordnungen durchdringenden Grundfreiheiten – wie etwa die Freizügigkeit der Unionsbürger –« nichts ändern, denn diese Leistungen gehörten »zum Kernbereich der von den Mitgliedstaaten selbst zu bestimmenden Rechte, die an die Zugehörigkeit zur jeweiligen politischen Gemeinschaft knüpfen«, und damit sei das Entschädigungsrecht »einer der wenigen verbliebenen Bereiche« seien, »die nicht durch Gemeinschaftsrecht bestimmt werden« (Meißner 2005: 118f.).

Insofern war das Urteil in der *Rs. Tas/Tas-Hagen* ein ziemlich offensichtlicher Rechtsprechungswandel. Die Generalanwältin mit ihrer neuen Argumentationslinie sah offensichtlich das Problem des widersprechenden Urteils, hielt dem aber entgegen, dass angesichts der sonstigen Rechtsprechung des Gerichtshofes zum Freizügigkeitsrecht der Unionsbürger*innen kein Grund bestehe, »sein bloßes Schweigen im Urteil Baldinger als ein zwingendes Indiz gegen die Anwendbarkeit von Art. 18 Absatz 1 EG zu deuten«¹²⁵. Die Strategie des Nichtäußerns zur Rechtsnatur des Art. 18 war ja in der Rechtsprechungslinie von Anfang an präsent. Im vorliegenden Urteil kam es sogar zu einer Art Schweigen zweiten Grades, nämlich zum Schweigen über das Schweigen in der *Rs. Baldinger*: Die Richter*innen nahmen schlichtweg keinen Bezug darauf. Die Literatur bemerkte diese Strategie natürlich:

»Die Tatsache, dass mit diesem Urteil das Gericht Baldinger vollständig verwirft, führt zu der Frage: war Baldinger falsch entschieden? Wenn man das Fallrecht der damaligen Zeit in Rechnung stellt, kann man aber nicht leugnen, dass das damalige Urteil korrekt war. Das heißt, dass der Gerichtshof in Tas-Hagen sich entschied, eine Ad-hoc-Argumentation für die Freizügigkeit von Bürgern zu »kreieren«. Das wiederum führt zu der anderen Frage: warum »kreierte« der Gerichtshof nicht die selbe Argumentation in Baldinger für die Freizügigkeit von Arbeitnehmern?« (Martin 2007: 155f.°)

Doch darauf würde es keine Antwort mehr geben, vielmehr bestätigte der EuGH diese Rechtsprechungslinie in einem ähnlichen Fall, der sich in Polen abspielte, im Jahr 2008.¹²⁶ Damit war das *Baldinger-Urteil* endgültig Geschichte.

Nachdem geklärt war, dass Art. 18 die einschlägige Rechtsnorm war und dass eine Beschränkung vorlag, überprüfte der Gerichtshof in der inzwischen bekannten Weise die Verhältnismäßigkeit dieser Beschränkung. Zunächst beinhalte die niederländische Regelung einen legitimen Zweck, nämlich, so die Generalanwältin, diese Leistungen nur bestimmten Personen vorzubehalten, da sie »Ausdruck der besonderen Solidarität des niederländischen Volkes« seien, eben mit einem Personenkreis, »der sich durch seine besondere Verbundenheit mit der niederländischen Gesell-

125 GA Kokott (Fn. 113), Rn. 43.

126 Rs. Nerkowska, C-499/06 v. 22.5.2008, Slg. 2008, I-0000.

schaft ausgezeichnet hat¹²⁷. Wie schon in den vorherigen Rechtssachen wird also die Sicherstellung einer bestimmten Anbindung an die nationale Gesellschaft als legitimer Zweck anerkannt. Allerdings scheiterte die Rechtfertigung dann am Kriterium des Wohnsitzes zur Bestimmung des Integrationsgrades. Denn von den Betroffenen werde verlangt, dass sie zum Zeitpunkt ihres Leistungsantrages in den Niederlanden wohnen. Dies führe aber gerade für Personen, die für die Vergangenheit einen Grad an Integration vorweisen könnten, zu einem willkürlichen Ergebnis und eröffne zudem Ansprüche für Personen, die erst kurz vor der Antragstellung ihren Wohnsitz in den Mitgliedsstaat verlegt haben. Das »Territorialitätskriterium« sei also kein geeignetes und erforderliches Mittel.¹²⁸ Auch die Richter*innen lehnten es als ungeeignete Maßnahme ab. Es sei kein »hinreichendes Indiz für die Verbundenheit der Antragsteller«¹²⁹.

»Ich wage es nicht, zu behaupten«, so Tanya Yaneva (2007: 418°), »dass es in Tas-Hagen und Tas eine neue Entwicklung gibt, aber ich würde definitiv daran festhalten, dass durch dieses Urteil das Fallrecht des Europäischen Gerichtshofes einen Schritt näher an die geschätzte ›immer dichtere Union unter den Völkern Europas‹ gelangt ist«. Die Vertreter*innen der nationalen Strategie waren in dieser Rechtssache, in der die hegemoniale neoliberale Argumentationsfigur in die Sozialrechts-Rechtsprechungslinie implantiert wurde, erstaunlich wenig präsent. Die Vermutung liegt nahe, dass dies damit zusammenhängt, dass es sich bei den Kläger*innen nicht um fremde, sondern um die eigenen Staatsbürger*innen eines Mitgliedsstaates handelte.

5.3.12 »Morgan/Bucher« vom 23. Oktober 2007¹³⁰ – »Der Richter als Künstler«

Auch bei der ein Jahr später entschiedenen Rechtssache handelte es sich um einen Fall der Verweigerung nationaler Leistungen aufgrund des Aufenthalts in einem anderen Mitgliedsstaat: Zwei deutsche Staatsbürgerinnen beantragten Auslands-Bafög, welches ihnen nicht gewährt wurde, da sie nicht zuvor in einer ersten Ausbildungsphase ein Jahr in der BRD studiert hatten. Auf Seiten des Gerichtes entschied dieses Mal wieder die Große Kammer, Generalanwalt war erneut der Spanier Colomer.

127 GA Kokott (Fn. 113), Rn. 57f. So auch die Richter*innen, Urteil in der Rs. Tas/Tas-Hagen (Fn. 112), Rn. 33f.

128 GA Kokott (Fn. 113), Rn. 71.

129 Urteil in der Rs. Tas/Tas-Hagen (Fn. 112), Rn. 37f.

130 Verb. Rs. C-11/06 und C-12/06, Slg. 2007, I-9161.

Die Regierungen der BRD, der Niederlande, Österreichs, Schwedens und Großbritanniens sowie die Kommission argumentierten vornehmlich mit dem Verbot der »umgekehrten Diskriminierung« aus Art. 12 EG und erklärten, dass nach Art. 149 Abs. 1 EG die Mitgliedsstaaten für die Lehrinhalte und die Gestaltung ihrer jeweiligen Bildungssysteme zuständig seien und somit die Regelung nicht in den Anwendungsbereich des Diskriminierungsverbotes falle.¹³¹ »Dies entsprach bis 2006 auch der Rechtsprechung des EuGH« (Kruse 2007: 261). Nicht mehr jedoch seit dem Urteil in der *Rs. Tas/Tas-Hagen*. Daher prüfte der EuGH Art. 18 EG unabhängig von Art. 12 und kam zu dem Schluss, dass die BRD zwar keine Verpflichtung treffe, überhaupt ein Recht auf Ausbildungsförderung für eine Ausbildung im Ausland zu schaffen. »Wenn sie es aber regelt, hat sie das Recht der Union zu beachten.«¹³² Die Zuständigkeit müsse »unter Beachtung des Gemeinschaftsrechts«, in dem Fall Art. 18 Abs. 1 EG ausgeübt werden.¹³³ Die Richter*innen gingen en passant davon aus, dass Art. 18 eine Grundfreiheit sei und dadurch bereits den Geltungsbereich des Gemeinschaftsrechts eröffne.¹³⁴ Damit bestätigten sie nunmehr den – bislang ohne Erfolg vorgetragenen – Standpunkt des Generalanwalts Colomer: Schon in der *Rs. Baldinger* hatte dieser argumentiert, dass die Schaffung der Unionsbürgerschaft und der Freizügigkeit

»einen beträchtlichen qualitativen Fortschritt bedeutet, da sie dieses Recht seiner funktionalen oder instrumentalen Bestandteile (Zusammenhang mit einer wirtschaftlichen Tätigkeit oder mit der Verwirklichung des Binnenmarktes) entkleidet und damit in den Rang eines eigenständigen und unabhängigen Rechts erhebt, das zum politischen Status der Bürger der Union gehört«¹³⁵.

Diese Formulierung wiederholte er nun wortidentisch in seinen Schlussanträgen vier Jahre später¹³⁶ und fügt hinzu, dass im Urteil in der *Rs. Tas/Tas-Hagen* diese These nun auch vom Gerichtshof aufgegriffen worden sei. Da kein weiterer gemeinschaftlicher Bereich außer der Ausübung des Gemeinschaftsrecht mehr notwendig sei, um den Geltungsbereich zu eröffnen, wie auch Generalanwältin Kokott gezeigt habe, sei die »Autonomie der Freizügigkeit« dargelegt.¹³⁷ Art. 18 wurde damit von Art. 12 entkoppelt.

131 Wiedergegeben lt. Urteil in den verb. Rs. Morgan/Bucher (Fn. 130), Rn. 24.

132 Schlussanträge des Generalanwalts Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer v. 20.3.2007, verb. Rs. C-11/06 und C-12/06.

133 Urteil in den verb. Rs. Morgan/Bucher (Fn. 130), Rn. 24.

134 Ebd., Rn. 23.

135 GA Colomer (Fn. 124), Rn. 25.

136 GA Colomer (Fn. 132), Rn. 82.

137 Ebd., Rn. 83, 85, 82.

Während in der *Rs. Baumbast* die unmittelbare Wirkung und der eigenständige Regelungsgehalt von Art. 18 festgestellt worden waren, hatte das Urteil in der *Rs. Tas/Tas-Hagen*, nunmehr bestätigt durch die *Rs. Morgan/Bucher*, Art. 18 darüber hinaus eine Autonomie in der Weise zugestanden, dass allein die Berufung auf diese Freizügigkeitsausübung ausreichen sollte, um unter die Hoheit des Europarechts zu geraten – unabhängig davon, ob Leistungen beansprucht werden, für die das Europarecht nach wie vor nicht zuständig ist. Diese »Autonomie« löse Art. 18 von dem funktionalen Binnenmarktbezug ab und kennzeichne ihn als politisches Recht. Die Äquivalenzkette lautet also: Autonomie der Freizügigkeit + Zuständigkeit des Gemeinschaftsrechts + Entkleidung des wirtschaftlichen Charakters + politischer Status.

Nach 2006 begann demnach eine zweite Phase der Rechtsprechungslinie zu den sozialen Rechten, die durch einen »beträchtlichen normativen Zugewinn des Gemeinschaftsrechts durch die Einführung der Unionsbürgerfreizügigkeit« gekennzeichnet war (Kruse 2007: 261). Das Ergebnis lasse sich fassen als »Binnenmarkt(-Freizügigkeits-)Rahmen gepanzert mit Bürgerschaftsrechten« (Shuibhne 2008: 781f.°). Durch die Trennung von Art. 12 und 18 schien mit dem Urteil in *Morgan/Bucher* das »Ursprungs«-Urteil in *Martínez Sala* beinahe schon rückständig. Noch mehr als das: der funktionale Schritt in der damaligen Rechtssache, das Kindergeld innerhalb des sachlichen Anwendungsbereichs des Gemeinschaftsrechts zu verorten, wurde ebenfalls stufenweise der Rechtsgeschichte übergeben.« (Ebd.: 778°) Das führe zu einer gewissen Dynamik, denn je mehr der Korpus des Fallrechts zur Unionsbürgerschaft anwachse, umso deutlicher werde es, dass auch die nationalen Gerichte sein Potenzial erkennen. »Sofern der Gerichtshof damit inkrementell fortfährt, zunehmend entökonomisierte Freizügigkeitsrechte zu formen, wissen dies auch die Mitgliedstaaten.« (Ebd.°) Daraus wiederum folgten unvermeidlich »Fragen der unbefugten Gemeinschaftseinmischung in sensible Staatskompetenzen« (ebd.: 772°).

Die 1998 begonnene Sozialrechtslinie des EuGH markiert einen diskursiven Bruch mit der vorhergehenden Rechtsprechung. Innerhalb des Diskurses wird dies markiert durch das Fragment der »Ablösung vom Tatbestand der Erwerbstätigkeit« bzw. vom »Binnenmarkt«, also von der ökonomistischen Tradition der Europäischen Gemeinschaften durch den Bedeutungsgewinn des politischen Projekts. Ein »neues Sozialrechtsverhältnis« werde begründet, »das keinerlei Bezug zu einer ausgeübten oder vorangegangenen wirtschaftlichen Betätigung hat«. Dies beinhalte »einen qualitativen Sprung in der Geschichte sozialer Rechte im europäischen Gemeinschaftsrecht« (Kingreen 2007: 49). »Das Gemeinschaftsrecht hat so innerhalb weniger Jahrzehnte einen weiten Weg zurückgelegt.« (Schönberger 2006: 230)

Damit wuchs nun aber der Druck auf eine Rechtfertigungsdogmatik, »welche die Verwendung von Territorialitätskriterien am Freizügigkeitsrecht auszurichten hat und diese damit nicht mehr in das nationale Ermessen der Mitgliedstaaten stel-

len kann« (Franzius 2009: 286). Die Mitgliedsstaaten hatten eine Reihe von Rechtfertigungsgründen vorgetragen, lediglich die italienische Regierung erkannte keine Rechtfertigungsmöglichkeit für die Beschränkung der Freizügigkeit.¹³⁸ So argumentierten die deutsche, die österreichische sowie die niederländische Regierung, dass die Beschränkung durch das Interesse daran gerechtfertigt sei, zu verhindern, »dass die Ausbildungsförderung, die für ein vollständig in einem anderen Mitgliedstaat absolviertes Studium gewährt werde, zu einer übermäßigen Belastung werde, die zu einer generellen Herabsetzung des Gesamtniveaus der im Herkunftsmitgliedstaat als Ausbildungsförderung gewährten Leistungen führen könne«¹³⁹. Die Rechtfertigung bestand also aus den bereits bekannten Diskursfragmenten: übermäßige Belastung + Herabsetzung des Gesamtniveaus. Die Kommission und die schwedische Regierung ergänzten die Argumentation mit einem weiteren etablierten Diskursfragment: der Verbindung zum leistungsgewährenden Mitgliedsstaat, das heißt der Sicherstellung, »dass die betreffenden Studierenden sowohl seiner Gesellschaft im Allgemeinen als auch seinem Bildungssystem angehörten«¹⁴⁰. Als einziges neues Argument fügten Österreich, Schweden, Großbritannien und die Kommission hinzu, dass es durch das Fehlen einer Koordinierung der europäischen Ausbildungsförderung zu einer Anspruchskumulierung kommen könne, falls die erste Ausbildungsphase als Anforderung aufgehoben würde.¹⁴¹

Richter*innen und Generalanwalt erkannten zunächst die »Knappheit öffentlicher Mittel«¹⁴² an und damit die Notwendigkeit, sicherzustellen, dass die Studierenden ihr Studium »rasch abschließen«. Dies sei ein »legitimer Zweck«¹⁴³. Allerdings sei die Voraussetzung einer einjährigen Ausbildung im Inland »kaum wirtschaftlichen Gründen geschuldet«, denn »solche würden eher dafür sprechen, die Ausbildungsförderung auf die Personen zu orientieren, die größere Verdienste und Fähigkeiten nachweisen«.¹⁴⁴ Dieses Erfordernis sei daher nicht geeignet, »den Abschluss des Studiums durch die betreffenden Studenten sicherzustellen«, zumal dies in der Praxis eher »eine Verlängerung der gesamten Studiendauer [...] zur Folge haben könnte«.¹⁴⁵

Dem Argument der »übermäßigen Belastung«, die durch Sicherstellung eines »gewissen Grades der Integration« vermieden werden solle, stimmten die Richter*innen zwar zu, indem sie anerkannten, dass solche Erwägungen auch hier ein-

138 Wiedergegeben lt. Urteil in den verb. Rs. Morgan/Bucher (Fn. 130), Rn. 21.

139 Ebd., Rn. 42.

140 Ebd.

141 Ebd., Rn. 47.

142 GA Colomer (Fn. 132), Rn. 116.

143 Urteil in den verb. Rs. Morgan/Bucher (Fn. 130), Rn. 36.

144 GA Colomer (Fn. 132), Rn. 116.

145 Urteil in den verb. Rs. Morgan/Bucher (Fn. 130), Rn. 36.

schlägig sein könnten. Aber ein solcher Grad an Integration sei doch gerade nachgewiesen, »weil die Klägerinnen der Ausgangsverfahren in Deutschland aufgewachsen sind und dort ihre Schulzeit verbracht haben«. Damit gehe das Erfordernis über das zur Erreichung des verfolgten Ziels Erforderliche hinaus.¹⁴⁶ Und schließlich lehnten die Richter*innen auch das letzte Argument einer möglichen Anspruchskumulierung ab, da das Erfordernis einer ersten Ausbildungsphase keineswegs darauf abziele, eine solche Kumulierung zu verhindern.¹⁴⁷

Es wiederholte sich in dieser Rechtssache eine Kritik, die aus der vorangegangenen bekannt war: Während zwar betont wird, dass die Mitgliedsstaaten bei der Festlegung der Kriterien über ein weites Ermessen verfügen, lasse die Verhältnismäßigkeitsprüfung durch den EuGH dafür keinerlei Raum. Dies sei umso problematischer, als die EG im Bereich der Bildung nur begrenzte Befugnisse habe. »Das Fehlen primär- und sekundärrechtlicher Vorgaben [sollte] wenigstens auf der Rechtfertigungsebene berücksichtigt werden«, indem den Mitgliedsstaaten zugestanden werde, »allein zu bestimmen, welche Kriterien der Leistungsgewährung geeignet sind«. (Kruse 2007: 262) Dieses Dilemma verdeutlicht die bereits zuvor skizzierte Logik des Zugeständnisstrategems: Es kanalisiert die Kritik in die eigenen Diskursbahnen und hat dabei zudem das letzte Wort über die Rechtfertigungsvorbringen. Haben diese sich erst einmal auf die bloße Ebene der Rechtfertigung eingelassen, können sie nur noch bereits vom Gericht akzeptierte Rechtfertigungsgründe vorbringen, die aber jederzeit als für die konkrete Sache unpassend zurückgewiesen werden können. Daher ist es nicht weiter verwunderlich, dass es, wie Niamh Nic Shuibhne (2008: 782) in Bezug auf Catherine Barnards empirische Studie berichtete, in den letzten zwei Dekaden einen deutlichen Trend gab, wonach eine zunehmende Anzahl von Typen von Rechtfertigungsargumenten von den Mitgliedsstaaten vorgebracht wurden, während deren Erfolgsrate im gleichen Zeitraum gefallen war. »In der überwältigenden Mehrheit von Freizügigkeitsurteilen arbeitet das Gericht mit einem Rechtsinstinkt, mit einem pragmatischen Sinn von Logik, vielleicht sogar mit etwas so Amorphem wie einem Bauchgefühl.« (Ebd.: 784°)

Das Urteil markierte den vorläufigen Höhepunkt der Rechtsprechungsentwicklung zu den sozialen Rechten. Genau in dieser Situation stellte Generalanwalt Colomer seinen Schlussanträgen eine prinzipielle Überlegung zur Rolle von Richter*innen voran, die durchaus ungewöhnlich in der kontinentalen juristischen Argumentation war und einen mit poetischen Worten formulierten Generalangriff auf den modernen Gesetzespositivismus darstellte:

»Einem lateinamerikanischen Juristen zufolge«, so Colomer, gebe es »drei Arten von Richtern: die Handwerker, wahre Automaten, die mit bloßen Händen Urteile in Serie und in rauen

146 Ebd., Rn. 45f.

147 Ebd.

Mengen produzieren, ohne in die Bereiche des Menschlichen oder der sozialen Ordnung hinauszusteigen, die Kunsthandwerker, die Hand und Hirn benutzen und sich dabei den traditionellen Auslegungsregeln unterwerfen, die sie unweigerlich dazu führen, den Willen des Gesetzgebers ohne weiteres umzusetzen, und die Künstler, die mit Hilfe der Hände, des Kopfes und des Herzens den Bürgern weitere Horizonte eröffnen, ohne der Realität und den konkreten Sachverhalten den Rücken zu kehren.«¹⁴⁸

Der Gerichtshof habe sich »immer mit der letzten Kategorie identifiziert, insbesondere wenn die unaufhaltsame Entwicklung der Ideen, die das Entstehen der Gemeinschaft erhellen, ins Stocken geriet. [...] Die Freizügigkeit ist eine dieser ursprünglichen Ideen«¹⁴⁹. Um dies zu dokumentieren, leitete er die Freizügigkeit in einer rechtsgeschichtlichen Abhandlung über mehrere Seiten aus einer Art teleologischen Geschichtsmetaphysik in der Tradition Hegels ab, beginnend mit der griechischen Antike und endend mit dem Binnenmarkt. Ungewöhnlich an dieser vorangestellten rechtsphilosophischen Überlegung war zunächst der Umstand, dass sie für die folgende dogmatische Auseinandersetzung nicht von Belang war, ja dies auch nicht sein konnte, weil sie sich auf keinerlei Rechtsfigur bezog und keine dogmatischen, sondern rechtsphilosophische und -historische Argumente verwendete, sich also nicht an die Diskursregeln hielt. Der Generalanwalt nahm zwar an späterer Stelle einmal Bezug darauf, allerdings ohne ersichtlichen dogmatischen oder argumentativen Mehrwert.¹⁵⁰ Die Richter*innen gingen mit keiner Silbe darauf ein.

Des Weiteren stellte diese Stellungnahme inhaltlich – trotz ihrer dogmatischen Irrelevanz – innerhalb des massiven diskursiven Kontraritäts-Strategems bezüglich der nationalen Kompetenzen eine kaum zu überschätzende Provokation dar. Die konservative Kritik betrachtete sie daher auch als »geradezu emblematisch für die Haltung des EuGH in Fragen der Bildungsrechte und der Unionsbürgerschaft« sowie als »charakteristisch für das Selbstverständnis verschiedener EuGH-Richter« (Hilpold 2008: 12). Angesichts des Erfolges des offensiv-hegemonialen Projektes konnte diese Abhandlung wie die subjektive Erklärung zum objektiven Vorgehen des Gerichtshofes erscheinen.

148 GA Colomer (Fn. 132), Rn. 1.

149 Ebd., Rn. 2f.

150 Ebd., Rn. 126.

5.3.13 »Förster« vom 18. November 2008¹⁵¹ – »Notbremse«

Nachdem das juristische Projekt der transnationalen sozialen Rechte erwerbsloser Unionsbürger*innen relativ stabil etabliert war und geradezu auf dem Höhepunkt seines Erfolges angekommen schien, geschah etwas Unerwartetes: Die Richter*innen nahmen eine Feinsteuerung innerhalb des Zugeständnisstrategems vor, die faktisch zur Anerkennung der Ausnahmeregel in Art. 24 Abs. 2 der Freizügigkeitsrichtlinie führte. In der nächsten Rechtssache verlangte der niederländische Staat von einer deutschen Studentin ein bereits gewährtes Unterhaltsstipendium zurück, da sie sich nicht fünf Jahre ununterbrochen in den Niederlanden aufgehalten hatte. Die Besonderheit lag darin, dass die Fünf-Jahresregelung erst kurz zuvor durch eine Gesetzesänderung aufgrund einer Anpassung der Gesetzeslage an die Rechtsprechung des EuGH in der *Rs. Bidar* beschlossen worden war. Der niederländische Gesetzgeber hatte sich dabei offensichtlich an der Freizügigkeitsrichtlinie und der dortigen Fünf-Jahresregelung orientiert, deren Implementierungsfrist nun abgelaufen war. Das Urteil der Großen Kammer erfolgte in zwei von drei Punkten gegen die Schlussanträge von Generalanwalt Ján Mazák, dem früheren Präsidenten des slowakischen Verfassungsgerichts.

Da dies die erste Rechtssache war, die nach dem Urteil in *Bidar* wieder eine Studienbeihilfe in und von einem anderen Mitgliedsstaat als dem Herkunftsstaat zum Inhalt hatte, standen die noch offenen Streitfragen wieder auf der Tagesordnung. Vor allem der Umgang der Richter*innen mit der inzwischen in Kraft getretenen Regelung in Art. 24 Abs. 2 der Freizügigkeitsrichtlinie war mit Spannung erwartet worden. Diese sah keine Studienbeihilfen vor Erlangung des Daueraufenthaltsrechts vor. Würde der Gerichtshof seine Strategie des Bypasses um die Richtlinie herum fortführen, sie damit schlicht ignorieren? Oder war nun das »Haltbarkeitsdatum« seiner bisherigen Rechtsprechung überschritten? Welche Rolle würde das Wohnsitzerfordernis als Mittel zur Sicherstellung der Verbindung zum Mitgliedsstaat spielen? Würden dabei die Richter*innen ihren quantitativen Ansatz weiterverfolgen oder angesichts der Fünfjahresregelung den damaligen Vorschlag von Generalanwalt Geelhoed aufgreifen, wonach weitere Kriterien als die bloße Dauer des Aufenthalts hinzuzuziehen seien? Inwiefern würde der Kompromiss halten, den *Bidar* nach *Grzelczyk* darstellte: das Aустarieren zwischen Freizügigkeit und der Verhinderung von »Sozialtourismus«?

Die Auseinandersetzungen begaben sich erneut auf die alte Linie des Diskriminierungsverbotes gegenüber Unionsbürger*innen. Die Literatur wertete dies in der Weise, dass es inzwischen zwei Konstellationen gebe. In jenen Fällen, in denen ein*e Unionsbürger*in Sozialleistungen im Zusammenhang mit der Ausübung des

151 Rs. C-158/07, Slg. 2008, I-0000.

Freizügigkeitsrechts *gegenüber dem eigenen Heimatstaat* geltend macht, werde dies ausschließlich an Art. 18 geprüft. Dagegen würden Ansprüche auf Sozialleistungen *gegenüber dem Aufnahmestaat* grundsätzlich an Art. 12 i.V.m. Art. 18 EG gemessen, wobei dann sowohl der persönliche als auch der sachliche Anwendungsbereich eröffnet sein müsse. »Abzuwarten bleibt, ob sich die divergierende dogmatische Entwicklung je nach Adressat des Anspruchs konsolidiert und eines Tages explizit begründet wird.« (Simmelmann 2009: 687)

Es trat erneut das bekannte Problem auf, dass auf der Basis einer einschränkenden Richtliniennorm Studienbeihilfe verweigert wurde. Es war dies immer noch die Richtlinie 93/95 (Studierenden-Richtlinie) und noch nicht die neue Freizügigkeitsrichtlinie, da sich der Sachverhalt im Jahr 2005, also vor ihrem Inkrafttreten, abgespielt hatte. Wieder wurde das Argument vorgetragen, Art. 3 der Richtlinie müsse als »tatbestandliche Eingrenzung« und nicht als Rechtfertigungsgrund verstanden werden (Schollmeyer 2009: 827), das heißt als Einschränkung des Anwendungsbereiches. Doch diese Auslegung hatte das Gericht inzwischen so durchgehend abgelehnt, dass es dies auch in diesem Fall tat. Exakt auf der in der *Rs. Bidar* verfolgten Linie und mit explizitem Verweis auf selbige schlussfolgerten die Richter*innen, dass diese Situation in den Anwendungsbereich des Vertrages im Sinne des Art. 12 Abs. 1 EG falle.¹⁵²

In der darauf folgenden Verhältnismäßigkeitsprüfung stellte sich die Frage, ob ein Wohnsitzerfordernis von fünf Jahren eine geeignete und erforderliche Maßnahme sei, um dem legitimen Zweck der Feststellung einer tatsächlichen Verbindung zum Aufnahmestaat gerecht zu werden. Die Kommission schloss sich der damaligen Auffassung von Generalanwalt Geelhoed in der *Rs. Bidar* an, dass je nach den Umständen andere Kriterien zu berücksichtigen seien, um den Grad der Integration festzustellen, z.B. ob die Unionsbürgerin, wie vorliegend die Klägerin, schon im Aufnahmestaat gearbeitet habe.¹⁵³ Die Regierungen hingegen gingen davon aus, dass es keine Verpflichtung gebe, die Integration einzelfallbezogen spezifisch zu prüfen und andere Kriterien als die Aufenthaltsdauer anzuwenden.¹⁵⁴ Es wurde deutlich, dass sich die Kämpfe um Hegemonie in der Dogmatik inzwischen von den großen Fragen der Zuständigkeit des Gemeinschaftsrechts mehr und mehr in detaillierte Auslegungsfragen innerhalb der Abwägung der Verhältnismäßigkeitsprüfung verschoben hatten.

Generalanwalt Mazák schloss sich seinem Kollegen in der *Rs. Bidar* und der Kommission an. Die Voraussetzungen zur Prüfung des Grades der Integration dürften nicht so allgemein sein, dass die Studierenden »unabhängig vom tatsächlichen

152 Urteil in der *Rs. Förster* (Fn. 151), Rn. 42, 43, 41.

153 Wiedergegeben nach den Schlussanträgen des Generalanwalts Ján Mazák v. 11.7.2008, *Rs. C-158/07*, Rn. 97.

154 Ebd., Rn. 100.

Grad ihrer Integration in die Gesellschaft« systematisch daran gehindert würden, zu den gleichen Bedingungen wie die Angehörigen des Aufnahmemitgliedsstaats zu studieren: »Meines Erachtens trifft dies auf das Erfordernis eines fünfjährigen Aufenthalts nicht zu, da vernünftigerweise angenommen werden kann, dass eine Reihe von Studenten möglicherweise bereits lange vor Ablauf dieses Zeitraums einen nennenswerten Grad an Integration in die Gesellschaft aufweist.«¹⁵⁵

Die Richter*innen allerdings folgten dieser Argumentation dieses Mal nicht. Das Fünfjahreskriterium des vorliegenden Falles sei »geeignet, sicherzustellen, dass derjenige, der das fragliche Unterhaltsstipendium beantragt, im Aufnahmemitgliedsstaat integriert ist«. Es sei zudem auch erforderlich, da »es nicht als unverhältnismäßig angesehen werden« könne.¹⁵⁶ Obwohl die Richter*innen also das Kriterium auf seine Verhältnismäßigkeit prüften, geschah das so gut wie ohne Argumente und »relativ unbestimmt« (Martin 2009: 100). Es schien so, als habe der Gerichtshof der mehrfach geäußerten Kritik nachgegeben, wonach es Sache der Mitgliedsstaaten sei, die Geeignetheit und Erforderlichkeit selbst zu bestimmen. Die Kritik kam daher dieses Mal von den proeuropäisch argumentierenden Autor*innen. Die Begründung falle »mager aus« und weiche ab von der üblichen strengen Prüfung allzu genereller Regelungen. Gerade die pauschale fünfjährige Wartefrist sei ein zu starres und gegebenenfalls unverhältnismäßiges Erfordernis, denn man werde sich fragen müssen, ob eine solche Wartefrist »nicht de facto ebenfalls einen Ausschluss von Unterhaltsbeihilfen bedeutet. Der größte Teil der Studenten dürfte sein Studium bzw. zumindest sein Auslandsstudium innerhalb von fünf Jahren abschließen.« Daher könne »dieses Urteil nur als ›Notbremse‹ verstanden werden« (Papp 2009: 88ff.). Es lasse kaum noch irgendeinen Raum für das Konzept der »tatsächlichen Verbindung«, das auf »eine unnötige Verdopplung des Wohnsitzerfordernisses« reduziert werde. Erst kürzlich eingereiste Personen, genauso wie solche, die schon einen beträchtlichen Zeitraum im Land verbracht hätten, könnten so von den Studienförderungen ausgeschlossen werden (Golynger 2009: 2030°).

Die konservative Position hingegen fühlte sich bestätigt und auch versöhnt: Es spreche einiges dafür, dass dies eine geeignete Abwägung erlaube: »Damit hat der EuGH eine Mindestaufenthaltsdauer akzeptiert, die über die Dreijahresfrist im Urteil ›Bidar‹ hinausreicht.« (Hilpold 2009: 43) Konstanze Semmelmann (2009: 690ff.) wies allerdings darauf hin, dass der EuGH sich zwar hier für die Verfahrensvereinfachung entschieden habe, er allerdings in anderen Fällen, die nicht explizit durch Art. 24 Abs. 2 der Richtlinie erfasst seien, derart allgemeine Nachweiskriterien untersage. Außerdem scheine er nach wie vor die nationalen Normen und ihre Anwendungspraxis »überwiegend streng und selbst prüfen zu wollen«.

155 Ebd., Rn. 129f.

156 Urteil in der Rs. Förster (Fn. 151), Rn. 50, 53f.

Ganz offensichtlich war der Umstand ausschlaggebend, dass die Niederlande nach dem Urteil in der *Rs. Bidar* ihre Gesetzgebung geändert und an die Freizügigkeitsrichtlinie angepasst hatten. Darauf hatten auch die allermeisten Regierungen in ihren Stellungnahmen hingewiesen. Der Gerichtshof erklärte daher, dass, auch wenn die Richtlinie auf das Verfahren keine Anwendung finde, doch »darauf hinzuweisen« sei, dass Art. 24 Abs. 2 der Richtlinie die Mitgliedsstaaten gerade nicht verpflichte Studienbeihilfen vor Erreichen des Daueraufenthaltsrecht nach fünf Jahren zu gewähren.¹⁵⁷ Selbst die zustimmenden Positionen wandten ein, dies sei »in systematischer Hinsicht überraschend«, wenn auch »sachgerecht«, denn eine Norm des Sekundärrechts diene hier als Maßstab für eine primärrechtliche Prüfung (Lindner 2009: 1048). So hatte der Generalanwalt genau andersherum argumentiert: Die Freizügigkeitsrichtlinie könne »die Erfordernisse, die sich aus Art. 12 EG und dem allgemeinen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ergeben, nicht außer Kraft setzen«¹⁵⁸. »Mit anderen Worten«, fasste die Rechtsanwältin Konstanze von Papp (2009: 90) dieses Argument zusammen: »Sekundärrecht darf nicht gegen Primärrecht verstoßen«. Papp hätte daher auch einen anderen Lösungsweg präferiert, nämlich eine primärrechtskonforme Auslegung der Richtlinie, die Raum für Ausnahmen von der fünfjährigen Wartefrist im Einzelfall zulasse. »Der Sachverhalt Förster hätte Anlass dazu gegeben, solche Ausnahmen zu konkretisieren. Leider ist die unterblieben.« (Ebd.) Lindner (2009: 1048f.) erklärte diese Entscheidung damit, dass der EuGH sich an den politischen Kompromissen orientiere, weil er »im Rahmen der Interpretation des Art. 12 EG ohnehin schon sehr weit gegangen [sei], was ihm bisweilen heftige Kritik eingetragen hat«. Damit scheine sich doch die Position durchzusetzen, die seit einigen Jahren schon die Rechtsprechung etwa in *Bidar* nach Inkrafttreten der Richtlinie für überflüssig erachte. Nationale Autoritäten würden ermutigt, lediglich auf die Aufenthaltsdauer abzustellen (Mataija 2009: 63) und damit den durch die Richtlinie gegebenen Spielraum einer Mindestdauer von fünf Jahren auszunutzen, was gleichbedeutend sei mit der beinahe vollständigen Exklusion von migrantischen Studierenden aus dem System der Studienbeihilfen. »Aber, vielleicht war es genau das, was die Mitgliedstaaten beabsichtigten, als sie Artikel 24 Abs. 2 der Richtlinie 2004/38 schufen.« (Golynger 2009: 2026°)

Man kann festhalten: Die *Rs. Förster* war der diskursive Triumph der national orientierten Strategien. Der EuGH habe endlich den Befürchtungen der Mitgliedsstaaten Rechnung getragen, »die prätorische Rechtsprechung könnte die Solidaritätsverpflichtungen der Mitgliedsstaaten überstrapazieren« (Hilpold 2009: 43). Es käme darauf an den Zugang zu den Sozialleistungen »konsensual« zu definieren. Primär nach objektiven Gesichtspunkten ausgestaltete Zugangsregeln wie der Fünf-Jahres-Zeitraum seien angesichts der ohnehin bereits sehr weitgehenden Leistungs-

157 Urteil in der *Rs. Förster* (Fn. 151), Rn. 55.

158 GA Mazák (Fn. 153), Rn. 131

rechte ein »akzeptabler Gesamtkompromiss« (ebd.). Der »Kompromisscharakter« (Lindner 2009: 1049) wird von allen Seiten betont – aus der einen Perspektive als »begrüßenswerte Korrektur einer zu starken Akzentuierung«, die sich »die wachsende Kritik« »zu Herzen genommen« habe (ebd.), aus der anderen Perspektive als »unvermeidlicher Kompromiss« angesichts des Umstandes, dass der Prozess der

»Evolution einer sozialen Solidarität der EU eine schmerzhaft Wahl produziert: zwischen den Idealen der sozialen Gerechtigkeit in einer »immer engeren Union« und der Notwendigkeit, die legitimen Rechte der Mitgliedstaaten sowie der migrantischen Unionsbürger*innen in einem Gleichgewicht zu halten« (Golyner 2009: 2038°).

Indem der Gerichtshof nun den nationalen Projekten in der Verhältnismäßigkeit entgegenkam – man muss hinzufügen: zu einem Zeitpunkt, als die Weltwirtschaftskrise ausgebrochen war –, schienen deren Akteur*innen mit der Rechtsprechung versöhnt. Noch mehr: Sie wollten sie nun auf diesem Stand festklopfen. Eine lange währende Diskussion über den Anspruch von Unionsbürgern auf Unterhaltsstipendien sei zu einem Ergebnis gelangt: Der Fünfjahreszeitraum stehe nun »außer Streit«. Die Andeutungen des Generalanwalts, dass die Freizügigkeitsrichtlinie durch eine Bezugnahme auf das Primärrecht relativiert werden könnte, seien vom EuGH »in der Substanz zurückgewiesen« worden, sprich der Gerichtshof habe »einer schwierigen und kaum definitiv zu beendenden Diskussion einen Riegel vorgeschoben« (Hilpold 2009: 43). Und auch Schollmeyer (2009: 829) hoffte, dass damit »nunmehr eine gewisse Konsolidierung eingetreten« sei. Sofort wurde damit die tradierte Kompetenzargumentation verknüpft, als habe es die bisherige Rechtsprechung nie gegeben: Mangels EG-Gesetzgebungskompetenzen und Budget in diesem Bereich bedürfe es politischer Lösungen, »für die sich der EuGH zurecht nicht berufen fühlt [...]. Beim momentanen Stand der europäischen Integration bedarf unbegrenzte grenzüberschreitend geforderte und geleistete Solidarität noch vertiefter Debatten und Entscheidungen auf politischer Ebene.« (Sammelmann 2009: 686) Der Umstand, dass der EuGH erstmalig die Schwelle einer Richtlinie nicht übertreten, sondern ihre Restriktionen akzeptiert hatte, war ein diskursives Ereignis, welches selbst die proeuropäisch Argumentierenden als »vorläufigen Schlussstrich unter diese Rechtsprechung« (Papp 2009: 88) interpretierten.

5.3.14 »Vatsouras/Koupatantze« vom 4. Juni 2009¹⁵⁹ – »... alles andere als eine Notbremse«

Der vorläufig letzte Rechtsfall zu sozialen Rechten Nichterwerbstätiger, ein halbes Jahr später entschieden, bot die nächste Möglichkeit zur Auseinandersetzung mit der Freizügigkeitsrichtlinie. Dieses Mal lautete die erste Vorlagefrage des Sozialgerichts Nürnberg sogar explizit, ob Art. 24 Abs. 2 der Freizügigkeitsrichtlinie (der in Bezug auf den vorliegenden Fall – noch einmal in Erinnerung gerufen – besagt, dass die Mitgliedsstaaten nicht verpflichtet sind, Arbeitssuchenden einen Anspruch auf Sozialhilfe zu gewähren) mit Art. 17 i.V.m. Art. 39 EG vereinbar sei. Die Fragestellung verschob sich also nach der *Rs. Förster* von den Studierenden als erste Ausnahme vom Gleichheitsgebot in Art. 24 Abs. 2 zu den Arbeitssuchenden als zweite Ausnahme. In diesem Fall hatten zwei griechische Staatsbürger wenige Monate nach ihrer Ankunft in der BRD nach Aufnahme einer Erwerbstätigkeit Leistungen nach dem Sozialgesetzbuch (SGB) II beantragt. Diese Leistungen (Grundsicherung, »Hartz IV«), zunächst genehmigt, wurden ihnen in dem Moment verweigert, da sie ihre Arbeit kurz darauf wieder verloren. Dabei hatten sich die zuständigen Arbeitsgemeinschaften (ARGE) jeweils auf § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II bezogen. Dieser schließt für Unionsbürger*innen, die zum Zweck der Arbeitssuche einreisen, während dieser Zeit einen Anspruch auf Sozialhilfe aus. Er setzt damit Art. 24 Abs. 2 der Freizügigkeitsrichtlinie in der BRD um. Innerhalb der deutschen Jurisprudenz war die Frage der Vereinbarkeit von § 7 SGB II mit dem Europarecht uneinheitlich beantwortet worden, sodass die Frage nun dem EuGH zur Klärung vorgelegt wurde (Steffen 2009).

Nachdem es im vorangegangenen Urteil so scheinen konnte, als akzeptiere der EuGH die gesetzgeberischen Entscheidungen, die in der Richtlinie 2004/38 zum Ausdruck kommen, und als sei damit also endgültig der inzwischen zehn Jahre dauernde Streit um das Verhältnis von Primär- und Sekundärrecht beendet, beendete die Entscheidung in der *Rs. Vatsouras/Koupatantze* vielmehr diese Spekulationen – denn der EuGH blieb darin der vorangegangenen Rechtsprechungstendenz treu. So werteten die Kommentator*innen das Urteil auch als weiteres Vorantreiben der »Integration der mitgliedstaatlichen Wohlfahrtssysteme im Feld der Arbeitslosenpolitiken durch die Aufforderung, einer weiteren Öffnung des grenzüberschreitenden Zugangs zu Sozialleistungen für eine bestimmte Kategorie von migrantischen Unionsbürger*innen« (Damjanovic 2010: 854°). Angesichts der Bedeutung des Falles sei es unverständlich, warum dieser nur von der 3. Kammer entschieden worden sei, und warum zudem nur wenige Mitgliedsstaaten interveniert hatten (Fahey 2009: 938). Gerade angesichts der sehr unterschiedlichen Arbeitslosenraten in Europa so-

159 Rs. C-22/08 und C-23/08, Slg. 2009, I-0000.

wie der Finanzkrise sei die Frage, wie der grenzüberschreitende Zugang zu Leistungen im Falle von Arbeitslosigkeit zu organisieren sei, von zunehmender Bedeutung (Damjanovic 2010: 847). Die vorliegende Entscheidung werde daher einige Rechtsfälle nach sich ziehen, insbesondere in einem Europa mit stark zunehmender Arbeitslosigkeit im Kontext der globalen finanziellen Herausforderungen (Fahey 2009: 949). Diskursiv wurde in dieser Rechtssache damit auch zum ersten Mal auf die Krise Bezug genommen.

Was war nun konkret die Antwort des Gerichtshofes auf die Frage nach der Vereinbarkeit von Art. 24 Abs. 2 der Freizügigkeitsrichtlinie mit dem Primärrecht? Gerichtshof und Generalanwaltschaft schlossen an das Urteil in der *Rs. Collins* an, an jenes also, welchem einige Kommentator*innen nur vorübergehende Geltung zugesprochen hatten, in der Erwartung, dass es nach Inkrafttreten der Freizügigkeitsrichtlinie hinfällig werden würde. Durch die Einführung der Unionsbürgerschaft in Art. 17 EG sei der Anwendungsbereich von Art. 39 EG, als *lex specialis* zu Art. 12 EG, eröffnet, wenn es sich um finanzielle Leistungen handle, die den Zugang zum Arbeitsmarkt eines Mitgliedsstaates erleichtern sollen.¹⁶⁰ Auf der Rechtfertigungsebene sei es dann ein legitimes Ziel der Mitgliedsstaaten, eine solche Beihilfe erst zu gewähren, nachdem das Bestehen einer tatsächlichen Verbindung des Arbeitssuchenden mit dem Arbeitsmarkt dieses Staates festgestellt wurde.¹⁶¹ Diese Prüfung diene, so der Generalanwalt, dem Schutz vor »den Gefahren des sogenannten ›Sozialtourismus‹«, daher dürfe sie nicht über das hinausgehen, was erforderlich sei, damit die nationalen Behörden sich über die tatsächliche Arbeitssuche vergewissern können.¹⁶²

Dies wurde als »sehr enge Abwägungsdirektive« bewertet: »Allein die Verhinderung einer gezielten Zuwanderung in das Sozialleistungssystem [...] ist hiernach zulässig, nicht aber ein unbefristeter Ausschluss integrierter Arbeitssuchender« (Schreiber 2009: 198). Die Mitgliedsstaaten hätten in der Darlegung der Verhältnismäßigkeit einen Gestaltungsspielraum, allerdings müsse sich der Leistungsausschluss »gleichsam als Maßnahme der ›Feinsteuerung‹ innerhalb dieses Gestaltungsspielraumes erweisen« (ebd.: 199). Bereits in der *Rs. Collins* sei der Gerichtshof »substanziell abgewichen« von dem ursprünglichen Prinzip, dass nur diejenigen Unionsbürger*innen, die auch zu einem gewissen Ausmaß zum Sozialbudget eines Mitgliedsstaates beigetragen haben, Zugang zu Sozialhilfe haben sollen. Über die bloße Anforderung einer tatsächlichen Verbindung zum Arbeitsmarkt habe der Gerichtshof eine dritte Kategorie von Arbeitssuchenden hinzugefügt: neben denjenigen mit Arbeitnehmerstatus und solchen ohne nun auch Arbeitssuchende, die den

160 Urteil in der *Rs. Vatsouras/Koupatantze* (Fn. 159), Rn. 37.

161 Ebd., Rn. 38.

162 Schlussanträge des Generalanwalts Damaso Ruiz-Jarabo Colomer v. 12.3.2009, *Rs. C-22/08* und *C-23/08*, Rn. 49.

Status *noch nicht* erlangt, aber bereits eine tatsächliche Verbindung aufgebaut und einen Anspruch gem. Art. 39 Abs. 2 i.V.m. Art. 17 haben (Damjanovic 2010: 850f.).

Der Gerichtshof hielt also an seiner Äquivalenzierung von Art. 39 Abs. 2 und Art. 17 fest. Diese sehr weitgehende Auslegung des Primärrechts wurde in der vorliegenden Rechtssache von linksliberal-alternativen juristischen Intellektuellen aber als nicht weitgehend genug kritisiert: Statt auf Art. 39 hätten die Richter auf Art. 18 EG und damit den stärkeren zweiten Strang abstellen sollen, der »großzügigere und günstigere Auswirkungen mit sich bringt«. Wenn auf das Diskriminierungsverbot abgestellt werde (»legislativorientierter Ansatz«), stünden die Richtlinie und die Interessen der Mitgliedsstaaten im Vordergrund, während ein eher »bürgerschaftsorientierter Ansatz«, der auf das Freizügigkeitsrecht in Art. 18 gestützt ist, zu günstigeren Ergebnissen für die Einzelnen führe (Fahey 2009: 941°). *Vatsouras/Koupatantze* unterliege damit, wie *Förster*, dem legislativorientierten Zugang. Der bürgerschaftsorientierte Zugang hingegen möge materiell von den Vorschriften der Richtlinie abweichen. Aber dies sei gerechtfertigt, da »die Vorschriften der Richtlinie abgefasst wurden, um das existierende Fallrecht des Gerichts in der Auslegung der Unionsbürgerschaft zu kodifizieren, wie man den Erwägungsgründen entnehmen kann« (ebd.: 944°). Wurde, wie oben dargestellt, im Legislativprozess noch kritisiert, dass der EU-Gesetzgeber die Ergebnisse des judikativen Prozesses schlicht übernehme, so wird nunmehr diese Positivierung als Argument für die Legitimität der Rechtsfortbildung genutzt. Wie könne es vor dem Hintergrund sein, dass Rechtsfälle mit Bezug zur Freizügigkeitsrichtlinie nicht Art. 18, also das Freizügigkeitsrecht, aufbringen? Die kumulativen Auswirkungen der »neuen fünften Freiheit« auf die existierenden Freiheiten und die Richtlinie blieben in expliziter Weise durch den Gerichtshof unerforscht (ebd.: 949°). Zum ersten Mal kam es zu einer derart weitgehenden Kritik, die sich ganz offensichtlich auf die gefestigte Relevanz von Art. 18 seit dem Urteil in *Tas/Tas-Hagen* stützte und nunmehr einforderte, den alten Strang über das Diskriminierungsverbot zugunsten der Argumentationslinie entlang von Art. 18 ganz fallen zu lassen.

Dies alles war allerdings zunächst nur die Rekapitulation der primärrechtlichen Ausgangslage, an der nun im Folgenden, um die erste Vorlagefrage beantworten zu können, die Freizügigkeitsrichtlinie gemessen wurde. Und an diesem heikelsten Punkt des Urteils – noch nie zuvor hatte der Gerichtshof in den vergangenen elf Jahren eine Richtlinie als europarechtswidrig erklärt – griffen die Richter*innen wiederum auf ein, wenn auch neues, Ausweichstrategem zurück: auf die »europarechtskonforme Auslegung« der Richtlinie. Generalanwalt Colomer stellte zunächst fest, dass das Urteil in der *Rs. Förster* zwar die durch die Richtlinie eingeführte Beschränkung für Studierende als mit Art. 12 und 18 EG vereinbar erklärt habe, aber »ohne zur Gültigkeit von Art. 24 Abs. 2 Stellung zu nehmen«. Mittelbar sei so über

die Zulässigkeit der Beschränkung für Studierende entschieden, nicht aber über solche für Arbeitssuchende.¹⁶³

In seiner darauf folgenden Prüfung untersuchte er sodann die Rechtsqualität der deutschen Beihilfe und zwar »nicht anhand der formalen Struktur der Leistung«, sondern »nach Maßgabe ihrer Ergebnisse«. Sie solle die Eingliederung in den Arbeitsmarkt fördern und auch die Aufgabe der ARGen sei es, »die Wiedereingliederung in den Arbeitsmarkt« zu bewerkstelligen. Und damit sei auf sie die Rechtsprechung zu Art. 39 in der Fassung von *Collins* anzuwenden.¹⁶⁴ Die deutsche Regelung übernehme mit dem Verbot, diese Leistungen an Personen auszuzahlen, die nach Deutschland zur Arbeitssuche einreisen, die »restriktive Auslegung von Art. 24 Abs. 2 der Richtlinie«. Daher müsse »die Unvereinbarkeit des Bundesrechts mit dem EG-Vertrag in der Auslegung durch den Gerichtshof im Urteil *Collins* festgestellt« werden.¹⁶⁵ Der EuGH stimmte dieser Interpretation explizit zu¹⁶⁶ und formulierte das methodische Vorgehen folgendermaßen: »Auf jeden Fall ist die Ausnahme nach Art. 24 Abs. 2 der Richtlinie 2004/38 im Einklang mit Art. 39 Abs. 2 EG auszulegen.«¹⁶⁷ Anstatt die Richtlinie also als primärrechtswidrig zu erklären, verlangte er, ihre Ausnahmen vom Gleichbehandlungssatz primärrechtskonform auszuliegen. Das laufe im konkreten Fall darauf hinaus, »finanzielle Leistungen, die unabhängig von ihrer Einstufung nach nationalem Recht den Zugang zum Arbeitsmarkt erleichtern sollen« nicht als Sozialhilfeleistungen im Sinne von Art. 24 Abs. 2 anzusehen.¹⁶⁸ Daraus lässt sich implizit ableiten, dass die deutsche Norm europarechtswidrig ist, da sie die Richtlinie nicht primärrechtskonform ausgelegt hat. Was die Richtlinie selbst und damit die Vorlagefrage betrifft, habe sich hingegen »aus der bisherigen Prüfung nichts ergeben [...], was die Gültigkeit von Art. 24 Abs. 2 der Richtlinie 2004/38 berühren könnte«¹⁶⁹.

Dieses Vorgehen ließ wieder ein exemplarisches Ausweichstrategem erkennen. Abermals wurde die Richtlinie nicht angetastet, sondern ihr Wortlaut durch eine spezifische Interpretation in Übereinstimmung mit der EuGH-Rechtsprechung gedeutet: Sie umfasse nur Sozialleistungen, wohingegen § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGB II ganz andere Leistungen behandle, nämlich solche zur Wiedereingliederung in den Arbeitsmarkt – die aber fälschlicherweise als »Sozialleistungen« bezeichnet würden. Insofern setze sie entweder die Richtlinie europarechtswidrig um oder sei auf diese Fälle gar nicht anwendbar. Entscheidend ist: Die Richtlinie wurde nicht in

163 GA Colomer (Fn. 162), Rn. 46.

164 Ebd., Rn. 57f.

165 Ebd., Rn. 61.

166 Urteil in der Rs. *Vatsouras/Koupatantze* (Fn. 159), Rn. 41.

167 Ebd., Rn. 44.

168 Ebd., Rn. 45.

169 Ebd., Rn. 46.

Frage gestellt, und es blieb offen, was in einem tatsächlichen Fall von Sozialhilfebezug von Arbeitssuchenden das Ergebnis der Prüfung wäre.

Wie reagierten nun die Kommentator*innen auf diese Lösung? Erstaunlicherweise blieben die nationalen Kritiken aus, obwohl, wie Schreiber (2009: 200f.) feststellte, der wesentliche Ertrag des Urteils sei, dass »der EuGH im Hinblick auf die teilhaberechtliche Dimension der Unionsbürgerschaft alles andere getan hat, als die »Notbremse zu ziehen«, sondern seine bisherige Linie bestätigte«.

Stattdessen wiesen die deutschen Kommentator*innen zunächst darauf hin, dass damit die bisherige deutsche sozialgerichtliche Praxis obsolet sei, nach der einfach unterstellt wurde, dass SGB II-Leistungen Sozialhilfe im Sinne der Unionsbürgerrichtlinie seien (Steffen 2009). Die einzige Kritik am EuGH lässt sich als Kritik am zu ungenauen methodischen Vorgehen zusammenfassen. So weist zunächst Frank Schreiber, Richter am Sozialgericht Wiesbaden, aus einer praxisorientierten Perspektive darauf hin, dass der Gerichtshof keine Hinweise an das vorliegende Gericht gebe, wie eine primärrechtskonforme Auslegung des Art. 24 Abs. 2 der Richtlinie vorzunehmen sei. Vielmehr stelle der EuGH die Unterscheidung in einem obiter dictum fest (Schreiber 2009: 197). Auch Fahey (2009: 941°) kritisiert, dass der Gerichtshof daran scheitere, den »schmalen Grat zwischen einfacher Sozialhilfe und Leistungen für Arbeitssuchende zu unterscheiden«. Damjanovic führt dies ebenfalls auf die ausgebliebenen Erläuterungen zur europarechtskonformen Auslegung zurück. Denn eine solche werfe die grundlegende methodische Frage des Europarechtssystems auf, wie sich EU-Fallrecht und EU-Sekundärrecht zueinander verhalten. Der EuGH mache deutlich, dass es im Falle individueller Rechte von Unionsbürger*innen im Prinzip keinen Raum für den Sekundärrechtsgeber gebe, um das frühere Fallrecht des Gerichtshofes, welches Primärrecht auslegt, zu korrigieren (Damjanovic 2010: 857°).

Allerdings erfordere eine primärrechtskonforme Auslegung, dass die Richtlinie an der entscheidenden Stelle unklar sein müsse und nicht stattdessen eine eindeutige Norm gegen ihren vom Gesetzgeber intendierten Wortlaut ausgelegt werde.

»Vor diesem Hintergrund ist es auffällig, dass im vorliegenden Fall der Gerichtshof diesen Aspekt überhaupt nicht adressiert. [...] Der EuGH überträgt eine Bedeutung auf Art. 24 Abs. 2, die alles andere als offensichtlich ist und riskiert damit, den schmalen Grat zwischen Interpretation des Inhalts einer Norm und der Veränderung der Norm zu überschreiten. Man könnte erwarten, dass er wenigstens gründlich erläutert, was er tut.« (Ebd.: 858°)

Während die erwartbare konservative Kritik, die sich in diesem Diskurs bislang wesentlich auf eine Methodenkritik stützte, ausblieb, waren es dieses Mal die proeuropäischen Diskursteilnehmer*innen, die das methodische Vorgehen kritisierten. An der häufigen Verwendung des Begriffs des »schmalen Grats« in Kombination mit der prinzipiellen Zustimmung und hauptsächlichen Einforderung von Transparenz

und gründlicherer Argumentation zeigt sich, dass die Kritik hier vor allem auf die Fragilität des Ausweichstrategems abzielt.

Ganz zum Schluss, als Antwort auf Vorlagefrage 3, tauchte also nun spät in der Genealogie der unionsbürgerschaftsgestützten transnationalen sozialen Rechte ein bisher implizit gebliebenes weiteres Strategem auf, nämlich eine zusätzliche superdifferenzielle Grenzziehung, die den diskursiven Raum begrenzt. Dieses Mal wurde der Diskurs nicht zeitlich eingegrenzt, sondern durch die Reichweite auf eine bestimmte Bezugsgruppe, die Unionsbürger*innen – während andere, hier die sogenannten Drittstaatler*innen, aus dem diskursiven Raum verbannt wurden, indem die Differenz zwischen ihnen und den Unionsbürger*innen betont wird. Die Vorlagefrage lautete, ob Art. 12 einer nationalen Regelung entgegenstehe, die Unionsbürger*innen von der Sozialhilfeleistung ausschließt und diese zugleich aber illegalisierten Migrant*innen gewähre. Damit wird auf die bundesdeutsche Regelung abgestellt, wonach gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 1 Asylbewerberleistungsgesetz Asylsuchende mit Aufenthaltsgestattung nach dem Asylverfahrensgesetz leistungsberechtigt sind – womit sie im Übrigen nicht »illegal« sind. Die Vorlagefrage war sehr wahrscheinlich hilfsweise gestellt worden, für den Fall, dass die Regelung nicht schon an Art. 39 Abs. 2 scheiterte. Der EuGH antwortete darauf, dass das Diskriminierungsverbot aufgrund der Nationalität nur Situationen betreffe, die »in den Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts« fallen.¹⁷⁰ Diese Argumentation spielte gerade während der ersten Hälfte der Rechtsprechungslinie eine große Rolle. Denn die Einführung der Unionsbürgerschaft wurde als Eröffnung genau dieses Anwendungsbereichs ausgelegt und hatte damit umfänglich *alle* Unionsbürger*innen in die Rechtsprechungslinie inkludiert. Das Diskriminierungsverbot, so die Richter*innen weiter, »findet aber keine Anwendung im Fall einer etwaigen Ungleichbehandlung zwischen Angehörigen der Mitgliedstaaten und Drittstaatsangehörigen«¹⁷¹. Die herrschende Meinung in der Literatur lautete, dass Art. 12 grundsätzlich nicht auf Drittstaatler*innen anwendbar sei. Es mehrten sich jedoch die Stimmen, die nach der Einbeziehung von Asyl- und Migrationsrecht in die erste Säule des EG-Vertrags durch den Amsterdamer Vertrag den Anwendungsbereich ausgeweitet sahen, so dass auch Drittstaatsangehörige unter Art. 12 fielen (Damjanovic 2010: 860). Diese letzte juristische Argumentationsfigur brachte eine bisher implizit gebliebene Voraussetzung an die Oberfläche: dass nämlich die Unionsbürgerschaft nur die EU-Bürger*innen als Subjektpositionen inkludiert und damit zugleich ein Außen schafft. Dieses superdifferenzielle Strategem schließt den Diskurs in Bezug auf die Subjektpositionen. Während *innerhalb* des Diskurses umkämpft ist, wer welche Rechte haben soll – Studierende vs. Arbeitssuchende, fremde vs. eigene Staatsbürger*innen –, so ist doch immer schon vorausgesetzt, wer grundsätzlich ausgeschlossen

170 Urteil in der Rs. Vatsouras/Koupatantze (Fn. 159), Rn. 52.

171 Ebd.

sen bleibt: die Nicht-Bevölkerung. In der Sprache der Diskursanalyse: »antagonistische Elemente gleichen verfeindeten Geschwistern, superdifferenzielle Elemente hingegen gehören zu verschiedenen Familien« (Nonhoff 2006: 231).

5.4 FAZIT

Die juristischen Auseinandersetzungen um die transnationalen sozialen Rechte Nichterwerbstätiger mündeten in eine sozialrechtliche Konstitutionalisierung, in der sich die proeuropäischen Strategien durchsetzen und zu einem hegemonialen juridischen Projekt formieren konnten. Denn sie enthielten alle notwendigen Kernstrategeme sowie weitere ergänzende, stabilisierende Strategeme und formulierten eine neuartige Perspektive, die man als »europäisch soziale Union« bezeichnen kann. Die nationalen Strategeme der »nationalen Wohlfahrtssouveränität« hingegen liefen hauptsächlich auf Kontraritätsstrategeme hinaus, zudem fehlte ihnen eine diskursive Repräsentation. Das verdeutlicht ihren rein defensiv-hegemonialen Charakter.

Die hegemonietheoretische Diskursanalyse vollzieht nicht nur das Zustandekommen eines Diskurses nach, sondern zugleich, wie sich dieser allmählich aus mehreren konträren diskursiven Strategien und strategischen Allianzen zusammensetzt. Der EuGH nimmt hierbei eine wichtige Rolle ein, ist allerdings – das sollte deutlich geworden sein – nicht dazu in der Lage, selbstbezüglich eine Rechtsprechungslinie zu erschaffen, wie dies in der Europaforschung häufig unterstellt wird (vgl. z.B. Streeck 2013: 150). Er ist nur ein, wenn auch privilegierter, Diskursteilnehmer, dessen Urteile aber auf den Auseinandersetzungen um Hegemonie zwischen verschiedenen gesellschaftlichen Kräften aufrufen, die sich im Recht als Auseinandersetzungen um die Verschiebung von Rechtsfiguren niederschlagen. Im Folgenden sollen daher noch einmal diese verschiedenen Diskursteilnehmer*innen und ihre strategischen Beiträge zum Zustandekommen des Diskurses reflektiert werden. Dazu werde ich die jeweiligen Positionen zusammenfassen und durch weitere exemplarische Argumente anreichern, die sich von der rechtsdogmatischen Argumentation dadurch unterscheiden, dass sie rechtstheoretische Reflexionen der juristischen und sozialwissenschaftlichen Fachliteratur darstellen.

5.4.1 Die Diskursgesellschaft

Die juristischen Intellektuellen der beiden nationalen Projekte, die in dieser rechtlichen Auseinandersetzung eine Diskursallianz bildeten, unterschieden sich in Ziel und Argumentation. Die konservativen Strategien zeichneten sich vor allem durch Kompetenz- und damit verbundene Methoden-Argumente aus. Darüber vermittelt war es die nationale Souveränität, die sie verteidigten, während es den national-

sozialen Strategien im Wesentlichen um die nationalen Wohlfahrtsstaatssysteme ging. Entgegengesetzt waren ihnen jeweils linksliberal-alternative Strategien, welche der nationalen Identität eine europäische Bürgerschaft entgegensetzten, sowie proeuropäisch-soziale Strategien, die wiederum ein europäisches Wohlfahrtssystem befürworteten. Keine Rolle spielten hingegen diskursive Strategien aus dem Kontext des neoliberalen Hegemonieprojekts.

Im Einzelnen: Die methodische Kritik wurde am prägnantesten vom führenden bundesdeutschen konservativen Migrationsrechtswissenschaftler, Kay Hailbronner, vorgetragen. Er stellte abschließend sogar die Frage, wie es möglich sei, »dass Entscheidungen so hoch qualifizierter Richter solche methodischen Mängel aufweisen«. Dies erkläre sich, so seine Vermutung, durch das »Zusammenwirken von Juristen aus doch sehr unterschiedlichen Rechtsordnungen und unterschiedlicher Provenienz« (Hailbronner 2004: 2189). Diese Konstellation begünstige »offenbar nicht gerade eine rationale, nachvollziehbare Entscheidungspraxis«. Bedenklich sei auch die juristische Literatur, welche die Rechtsprechung mehrheitlich »als rechtspolitisch gebotenen Schritt zur Überwindung überholter national-staatlicher Vorstellungen« begrüße (ebd.). Diese Kritik markiert den Bruch mit der neuen Rechtsprechung entlang der Unterscheidung national/europäisch und führt dabei das methodische Defizit – in anderen Worten: die juristische Inkompetenz – auf die europäische Praxis zurück.

Die Argumentation der national-sozialen Intellektuellen hingegen lässt sich wiederum am pointiertesten mit den Überlegungen des gewerkschaftsnahen ehemaligen Direktors des Kölner Max-Planck-Instituts für Gesellschaftsforschung, Fritz W. Scharpf (2008b: 91f.), zusammenfassen: Die Rechtsprechung ziele auf ein Aufbrechen der »Grenzen der nationalen Sozialsysteme«. Man könne dies zwar als »Beitrag zur sozialen Integration Europas« begreifen, sobald allerdings massenhaft von der dadurch gewonnenen Mobilität Gebrauch gemacht werde, untergrabe eine »derart menschenfreundliche Politik« (ebd.: 93) die »Legitimität und Effektivität nationaler Regime«. Dies weise die Rechtsprechung letztlich als weiteres Liberalisierungsprojekt aus, denn in der Konsequenz ziele

»die ›sozial-liberale‹ Rechtsprechung zur Unionsbürgerschaft, zur Freizügigkeit und zum Diskriminierungsverbot in die gleiche Richtung wie die ›wirtschaftsliberale‹ Rechtsprechung zur Niederlassungsfreiheit, Dienstleistungsfreiheit und zum europäischen Wettbewerbsrecht. Beide sind Kampfansagen an den Bestand national unterschiedlicher Regimes der Wirtschaftsordnung, der Unternehmensverfassung, der Daseinsvorsorge und des sozialen Ausgleichs.« (Ebd.)

Die nationalen Regime werden vor allem deswegen verteidigt, weil eine »europäische Rekonstruktion des Sozialstaats oder auch nur die europäische Harmonisierung nationaler Sozialregime« auch weiterhin, erst recht nach der Osterweiterung,

als »chancenlos« eingeschätzt werden (ebd.: 94). Diese Gesamtentwicklung sei so gravierend, dass Scharpf vorschlägt, durch die Verweigerung des nationalen Vollzugs der problematischen Urteile eine europäische Verfassungskrise auszulösen. Damit solle zwar nicht die EU zerstört, aber der »Tempel des europäischen Richterrechts« zum Einsturz gebracht werden (ebd.: 96). Mitgliedsstaaten hätten inzwischen kaum noch andere Verteidigungsrechte als eine solche »Provokation einer prinzipienorientierten *non-compliance*« (ebd.: 96).

Diese Diskursallianz konnte sich zwar mit ihrem national-orientierten Projekt nicht durchsetzen, sich jedoch über das Zugeständnisstrategem in das hegemoniale juristische Projekt einschreiben, wobei die national-soziale Position deutlicheren Niederschlag fand. Das Diskursfragment der »Verhinderung des Sozialleistungstourismus« ist maßgeblich auf sie zurückzuführen sowie letztlich auch die Verhinderung des »maximalistischen Ansatzes«, dessen Durchsetzung noch während der ersten beiden Urteile durchaus auf der Tagesordnung des EuGHs stand.

Weder dieser letztgenannte Ansatz noch derjenige des linksliberal-alternativen Projekts konnten sich vollständig durchsetzen, prägten aber dennoch zu großen Teilen den Diskurs. Weder das »universelle Zugangsrecht zu allen Arten von Sozialleistungen«, die »radikale Gleichheit«, noch das radikaldemokratische Projekt jenseits einer bloßen »Gemeinschaft des Rechts« konnten sich als Antworten auf das soziale bzw. demokratische »Defizit« etablieren. Allerdings ruhte das juristische Projekt des EuGH mehrheitlich auf ihren Positionen auf. Linksliberal-alternative Diskursteilnehmer*innen, wie etwa die Direktorin des Amsterdamer Centres for European Politics, Marlene Wind, interpretierten den Erfolg daher als »postnationale, europäische Sozialbürgerschaft«, welche die Autonomie der Nationalstaaten allmählich erodieren lasse (Wind 2009: 242°) und darüber zugleich das Ansehen der EU in der Mehrheit ihrer Bürgerschaft verbessere, indem sie den Fokus von der Marktintegration auf die Menschenrechte verschiebe (ebd.: 253). Denn in der »Post-Maastricht-Ratifizierungskrise«, so Jo Shaw, britische Europarechtlerin und eine der führenden Citizenship-Forscher*innen, sei die Notwendigkeit eines Identifikationsangebots für die europäischen Bürger offensichtlich geworden – eines, das der EU eine »raison d'être gibt, die nicht nur rein ökonomisch sei. Dies wirft das Dilemma der Bürgerschaft auf« (Shaw 1998: 295°).

Das proeuropäisch-soziale Projekt betonte weniger die Menschenrechte als vielmehr die Ablösung vom Binnenmarktprojekt und damit eine EU, die, zugespitzt formuliert, jetzt auch »arme Schlucker wie Michel Trojani« integrieren kann. »Es ist nicht verborgen geblieben, dass im Herzen des europäischen Integrationsprojekts eine kalte modernistische Leerstelle« liege, und der »Markt als Integrationstelos« zunehmend an Attraktivität verliere, so der Europarechtswissenschaftler Ulrich Haltern (2005: 91).

Verschueren (2007: 339°) widersprach aus dieser Perspektive der national-sozialen Kritik an der Aushöhlung der nationalen Sicherungssysteme mit dem Ar-

gument, die EU benötige ein »soziales Antlitz, welches die Marktbürgerschaft komplettiert«, einen »contrat social zwischen den europäischen Bürgern und der Union«. Zudem sei die Mobilität in der EU traditionellerweise gering aufgrund der sozialen, kulturellen und sprachlichen Barrieren. Die Verlagerung des Wohnsitzes sei nicht gerade eine günstige Lösung für finanzielle Probleme, zumal Mitgliedsstaaten mit hohen Sozialleistungen zugleich auch hohe Lebenshaltungskosten aufwiesen, was den sogenannten Sozialtourismus wenig attraktiv mache. Die Migrationsmuster nach der Osterweiterung hätten zudem gezeigt, dass die neuen EU-Bürger an ökonomischer Migration und nicht am Sozialtourismus interessiert seien. Auch Verschueren – und darin liegt die Schnittmenge dieser Diskursallianz zwischen dem linksliberal-alternativen und dem proeuropäisch-sozialen Projekt – schlussfolgert, dass das Fallrecht des EuGH den Übergang von der marktbasierter Bürgerschaft zu einer sozialeren Bürgerschaft markiere, durch die Solidarität nicht länger an nationalen Grenzen halt mache (ebd.: 342, 346).

An diesen Diskurskonstellationen zeigt sich zudem die Schwächung der beiden sozialen Hegemonieprojekte entlang der Grenze des Nationalstaates. Transnationale soziale Rechte scheinen kein geeignetes politisches Projekt für eine gemeinsame Perspektive zu sein. Ein solches könnte nur gelingen, wenn die europäischen sozialen Rechte wirklich transnational in dem Sinne wären, dass sie über den erreichten Stand der nationalen Rechte hinausgingen.

Ganz abwesend in dieser diskursiven Auseinandersetzung waren diskursive Strategien aus dem Kontext des neoliberalen Hegemonieprojekts – selbst in dem Augenblick, da eines seiner Kernargumentationen in das neue Projekt implantiert wurde. Zeitgleich waren seine Strategien aber nach wie vor in den Rechtsverfahren zu den klassischen Grundfreiheiten präsent und auch hegemonial (Buckel/Oberndorfer 2009). Daraus lässt sich schlussfolgern, dass Hegemonieprojekte nicht gleichermaßen auf allen Terrains präsent sind, sondern nur dort, wo die in ihnen verdichteten strategischen Praxen Anknüpfungspunkte finden. Das neoliberale Sicherheitsdispositiv des »Migrationsmanagements« ist in seinem Kernanliegen, der Ausrichtung auf einen globalen Arbeitsmarkt, durch das neoliberale Hegemonieprojekt geprägt. Darunter fallen etwa die Anwerbung (hoch)qualifizierter Arbeitskräfte aus Drittstaaten genauso wie die Mobilität der EU-Erwerbstätigen, etwa über die Arbeitnehmerfreizügigkeit. Die Mobilität Nichterwerbstätiger hingegen, um die es sich vorliegend handelte, steht nicht im Zentrum der Strategien. Sie widerspricht ihnen nicht, denn weder das mögliche »Auszehren« nationaler Wohlfahrtssysteme noch europäische soziale Rechte bedrohen das Projekt, zumal letztere weniger eine vertikale als eine horizontale Umverteilung bewirken. So kommt es über diese Rechtsprechung nicht zu einem grundlegenden Pfadwechsel durch einen alternativen makroökonomischen Ansatz, wie dieser von den sozialen Projekten immer wieder gefordert wurde (vgl. etwa Bieling/Steinhilber 2000: 128). Um dieses Kernanliegen im Zentrum des Sicherheitsdispositivs herum, die globale Arbeits-

marktperspektive, bildete sich eine Strategie der Restriktion von Mobilität heraus. Die vorliegende Fallstudie verdeutlicht, wie es zu dieser Verbindung von Mobilität und Restriktion, zum Firewall-Charakter der postfordistischen Grenztechnik, kommen kann: Die strategischen Praxen des neoliberalen Hegemonieprojektes kaprizieren sich auf das Kernanliegen, während sie die Auseinandersetzungen um den Rand den konkurrierenden Projekten überlassen. Das institutionell vermittelte Ergebnis dieser Auseinandersetzung lautete in diesem Fall: soziale Rechte auch für Nichterwerbstätige unter der Bedingung einer konkreten Verbindung zum Aufnahmestaat.

Allerdings ist die Nichtpräsenz des neoliberalen Projekts bereits auch Ausdruck seiner beginnenden Krise in diesem Zeitraum. Denn die Proklamationen der proeuropäischen Projekte, dass es zur Ablösung vom Binnenmarktprojekt gekommen sei, sowie die des »sozialen und demokratischen Defizits«, die in diesem Diskurs hegemonial waren, markieren einen ersten diskursiven Triumph über das neoliberale Hegemonieprojekt, welches dem aufgrund seiner Nichtpräsenz nichts entgegenzusetzen konnte.

Die juristischen Intellektuellen des EuGH schließlich lassen sich – trotz der entsprechenden Semantiken und Anrufungen durch die Diskursbeteiligten – nicht mehr als die Schöpfer*innen dieses Diskurses begreifen. Sie besitzen allerdings als Entscheidungsinstanz eine privilegierte Diskursposition. Und diese übten sie keineswegs neutral aus. Die strategische juristische Praxis des Gerichtshofs lässt sich über viele Urteile, richterliche Zusammensetzungen und Konfliktfelder hinweg immer wieder als *grundlegend proeuropäisch* nachzeichnen, entsprechend der institutionellen Logik (Borchert/Lessenich 2006: 18), die auf eine Ausweitung des Europarechts und damit des eigenen Wirkungsbereichs zielt (Alter 2001; Höreth 2008; Stone Sweet 2004; Slaughter/Stone Sweet/Weiler 1998). Vor dem Hintergrund dieser institutionellen Logik, die sich nicht zuletzt in der Subjektivierung der Richter*innen niederschlägt (Höpner 2011), können sich die proeuropäisch argumentierenden Strategien auf die Ressource der institutionellen Privilegierung stützen. Allerdings ist diese institutionelle Strategie immer vermittelt über die Fähigkeit, einen hegemonialen Konsens zu formulieren, ein verallgemeinerbares Projekt zu entwerfen, um die eigene Legitimität nicht zu untergraben. Und dies ist den juristischen Intellektuellen des EuGH in diesem Fall gelungen. Indem sich der Gerichtshof auf die Diskurskoalition des proeuropäisch-sozialen und des linksliberal-alternativen Hegemonieprojekts stützte und in begrenztem Maß Zugeständnisse an die nationalen Projekte machte, gelang es ihm zugleich, seine Rechtsprechungskompetenz auszuweiten.

Innerhalb dieser eigenlogischen Verfahren der Rechtsform, gemäß dem Spiel von Regeln und Definitionen, Instrumenten und Techniken des Rechtsdiskurses, kam es zu einer massiven Auseinandersetzung um die soziale Ausrichtung der EU, die sich, vermittelt über die Hegemonieprojekt-Analyse, auf eine gesellschaftliche Kräftekonstellation in Europa zurückführen lässt. Das Besondere dieser Auseinan-

dersetzung war es allerdings, dass sie im Verborgenen, jenseits einer politischen Öffentlichkeit stattfand – in der Rechtsform eben. Diese ist nur den juristischen Intellektuellen zugänglich, denn sie erfordert die Kenntnis ihrer verselbständigten Arbeitsweise in den juristischen Verfahren. Auch die juristischen Akteur*innen thematisierten diese Verselbständigung des Rechtlichen:

»Der Gerichtshof nimmt damit politische Entscheidungen vorweg, die einer breiten europäischen gesellschaftlichen Debatte bedurft hätten. Eine judikativ induzierte Sozialunion ohne politisches Pendant, weitgehend unbemerkt von einer notwendigen europäischen Öffentlichkeit, erscheint für eine wirklich politische Union nicht angemessen.« (Kanitz/Steinberg 2003: 1014)

Diese Äußerung ereignete sich jedoch wiederum im Rechtsdiskurs selbst, als Argument, das nicht an jene Öffentlichkeit, sondern gegen die konkrete Rechtsprechungslinie gerichtet war. Der scheinbare Vorteil dieses Terrainwechsels der proeuropäischen Projekte von der Politik zum Recht ist zugleich auch ihr Nachteil. Denn der wesentliche Erfolg einer strategischen Prozessführung wäre es gerade, gesellschaftliche Missstände oder aber auch Chancen einer breiten Öffentlichkeit zugänglich zu machen und darüber weitere Ressourcen zu mobilisieren. Der vorliegende Diskurs blieb jedoch aufgrund der rechtsförmigen Verselbständigung weithin rein juristisch und kann so nur schwerlich strategisch-selektive Anknüpfungspunkte für soziale Bewegungen, Gewerkschaften oder andere Akteur*innen der beiden proeuropäischen Hegemonieprojekte bereitstellen.

5.4.2 Auf der Suche nach einem europäischen Staatsprojekt

Das auf diese Weise zustande gekommene hegemoniale juristische Projekt, so die hier vertretene These, ist zugleich Element eines europäischen Staatsprojekts. Ein Staatsprojekt, um dies noch einmal zu rekapitulieren, ist eine Kombination juridischer und politischer Projekte, die in Staatsapparaten ausgearbeitet werden und darauf zielen, die Einheit des Staates zu gewährleisten, obwohl dieser ein heterogenes Ensemble konkurrierender Staatsapparate ist. Zentrale Elemente des fordistischen Staates waren die Nation und der Wohlfahrtsstaat. Wie ich mit Balibar (2010: 25) argumentiert hatte, bedingten sich beide im »national-sozialen Staat«: das juristische Projekt einer privilegierten, sakralisierten Gemeinschaft und die Regulation der sozialen Kämpfe durch die Sozialpolitik. Das rekonstruierte juristische Projekt hat nun die »europäisch-soziale Union« zum Inhalt: wiederum eine Verbindung von Zugehörigkeit zu einer neuen, größeren Gemeinschaft und daran anknüpfenden sozialen Rechten. Ein paralleler Suchprozess lässt sich auch auf dem politischen Terrain nachzeichnen (Wissel 2014), auch wenn dort das zweite Moment, die sozialen

Rechte, noch schwächer institutionalisiert ist – und sich die Auseinandersetzung geradezu auf das juristische Terrain mit seiner vor der Öffentlichkeit verborgenen Arbeitsweise verlagert hatte.

Beide Elemente entwickelten sich in unterschiedlichen Kontexten: mit Anbruch der wettbewerbsstaatlichen Integrationsweise und der Regelungsmaschinerie des Binnenmarktprojekts bildete sich sukzessive das europäische Staatsapparate-Ensemble heraus, als ein Ensemble konkurrierender Apparate. In diesem Kontext setzte sich nach jahrzehntelanger Diskussion auch ein Bürgerschaftsstatus in der nun mehr »Union« genannten neuen sozialräumlichen Konstellation durch. Mit diesem zunächst nur formalen Status wurde, ebenso formal, eine europäische Bevölkerung konstituiert. Zeitgleich kam es zu Reterritorialisierungsprozessen sowie europäischen Grenzpolitiken (vgl. die nächste Fallstudie). Diese Veränderungen gingen nur ganz allmählich vonstatten, vorangetrieben von einer europäischen Bürokratie und mit den für den Integrationsprozess typischen nationalen Ausnahmeregelungen und »package deals«. Dies ist der Kontext, den Haltern (2005: 111) diskursiv als »Suche nach einer politischen Imagination« konstruiert. Dieser neue Pfad bildete institutionalisierte Praxen und damit strategische Selektivitäten heraus. Diese privilegierten in den vorliegenden Rechtsfällen die europäischen Hegemonieprojekte, während die nationalen Strategien – auf dem europäischen Terrain – ins Hintertreffen gerieten, weil sie nach wie vor auf die Nation, statt auf die Union setzten und die neuen Unionsbürger*innen weiterhin als Migrant*innen konstruierten.

Auf dem Höhepunkt dieser Entwicklung erschöpfte sich jedoch das Integrationspotenzial der wettbewerbsstaatlichen Integrationsweise, die folglich in die Krise geriet. Die »Ablösung vom Binnenmarktprojekt« sowie die »demokratischen und sozialen Defizite« wurden zu hegemonialen Diskursfragmenten. Damit konnten die Kritiken dieser Integrationsweise sich erstmals durchsetzen. Die seit 30 Jahren praktizierte und auf diese Weise institutionell auf Dauer gestellte neoliberale Regierungskunst mit ihrer zentralen Technik des Wettbewerbs auf der Grundlage eines Wohlstandsgefälles, den darauf basierenden divergenten nationalen Wohlfahrtssystemen und der ausbleibenden Europäisierung einer umverteilenden Sozialpolitik wurde dadurch allerdings nicht transformiert. Dies kann als der zentrale Grund angesehen werden, warum sich das national-soziale Hegemonieprojekt, in dem sich die Strategien großer Teile der Arbeiter*innenklasse der nördlichen EU-Mitgliedsstaaten verdichten, nicht widerstandslos in das neue juristische Projekt des EuGH einbinden ließ.

Es kam also zu einem diskursiven Bruch mit der neoliberalen Regierungsweise, nicht jedoch zu institutionellen oder gar strukturellen Transformationen. Der Diskurs ist zu unterscheiden von seinen Effekten, das heißt der Umsetzung des institutionell-normativen Programms in soziale Praxen. Die Auseinandersetzungen im Rechtsdiskurs lassen sich daher als Suchprozesse in der Krise dieser Integrationsweise beschreiben; Suchprozesse allerdings, die bereits erste materielle Auswirkun-

gen mit sich führten. Denn diskursive Aussagen sind keine bloßen Repräsentationen, sondern sie wirken, und das ist ihre konstitutive, materielle Bedeutung, realitätsstiftend, weil sie Umrisse des Denk- und Sagbaren formieren. Sie etablieren damit Möglichkeitsräume und Wiederholbarkeitsstrukturen. Indem sie zuallererst die Gegenstände, von denen gesprochen wird, konstituieren (Pieper 2006: 271), verfügen sie über eine »performative, wirklichkeitskonstituierende Macht« (Keller 2004: 8).

In diesem institutionalisierten rechtlichen Diskurs wurde die neoliberale Hegemonie gebrochen und in ihren Ruinen entwickelte sich eine neue gegenhegemoniale Position, die verlangte, dass die EU politisch-sozial und nicht bloß ökonomisch programmiert sein soll. Das darin zum Ausdruck kommende universelle Projekt einer Sozialunion wird durch die Unionsbürgerschaft, das heißt einen genuin politischen Status repräsentiert. Jede*r einzelne Bürger*in der EU – und zugleich nur diese – können sich nunmehr zur Durchsetzung ihrer Rechte institutionell abgesichert darauf berufen. Damit werden ihre Rechte Teil der strategisch-selektiven Möglichkeitsstrukturen, an welche bestimmte Hegemonieprojekte wiederum strategisch-selektiv anknüpfen können.

Das juristische Projekt zielte im Kontext dieser Suchprozesse in der Krise der wettbewerbsstaatlichen Integrationsweise auf die Verschiebung der Kompetenzen zwischen nationalen und europäischen Staatsapparaten und darüber hinaus auf die Schaffung eines europäischen Allgemeinen: aus linksliberal-alternativer Perspektive auf ein »Europa der Bürger«/»a people's Europe«/»citoyenneté européenne« und aus proeuropäisch-sozialer Perspektive auf eine »wahre Sozialunion«, die jeweils aneinander gekoppelt wurden. Auf diese Weise wurden im juristischen Projekt zwei wesentliche Momente eines europäischen Staatsprojekts kombiniert – verfassungstheoretisch während der vierten Stufe der Konstitutionalisierung im Sinne Brunkhorsts (2011: 468ff.): in der Sozial- und Sicherheitsverfassung.

Ein umfassendes »Staatsprojekt Europa«, welches die europäischen Apparate in einer europäischen Logik einen könnte, kann sich allerdings erst in dem Moment etablieren, wenn es sämtliche, auch die nationalen, Apparate umfassen, einhegen und überformen kann. Ob dies gelingen wird oder nicht – gerade in der aktuellen Krisensituation –, hängt wiederum von der gesellschaftlichen Kräftekonstellation und den strategischen Praxen ab – die Suchprozesse in diese Richtung haben allerdings, das zeigt die Rechtsprechung zu den sozialen Rechten Nichterwerbstätiger, bereits begonnen.

5.4.3 Transnationale Soziale Rechte

Die auf diese Weise durchgesetzten sozialen Rechte unterscheiden sich von denjenigen der fordistischen Ära. Im Unterschied zu Balibars Analyse nimmt die Regula-

tion der sozialen Kämpfe in der Krise der wettbewerbsstaatlichen Integrationsweise eine völlig andere Form an. Sie ist zugleich transnational (statt national) und horizontal (statt vertikal) umverteilend. Das heißt, die fordistische, wohlfahrtsstaatliche Korrektur der Primärverteilung durch den Markt, die einen Klassenkompromiss darstellte, wird in der EU ersetzt durch eine Umverteilung zwischen den mitgliedsstaatlichen Bürgerschaften. Dies folgt im Rechtsdiskurs aus der Logik des Diskriminierungsverbotes: Das entwickelte europäische Antidiskriminierungsrecht kennt vielfältige Diskriminierungsverbote, etwa aufgrund von nationaler Herkunft, Geschlecht, sexueller Orientierung, Behinderung oder Alter, allerdings keines aufgrund der Klassenherkunft. Soziale Gerechtigkeit und Umverteilung rücken daher in den Hintergrund (Sauer 2012b).

Die Rechtsprechung zu den sozialen Rechten Nichterwerbstätiger stützt sich maßgeblich auf die Normen der Unionsbürgerschaft, des Freizügigkeitsrechts und des Diskriminierungsverbots aufgrund der Nationalität. Der hauptsächliche Effekt dieser Rechtsprechung ist daher die Förderung innereuropäischer Mobilität. Die wirklichkeitskonstituierende Wirkung des Diskurses ist die Schaffung einer europäischen Bevölkerung, die in ihrer Mobilität in der EU in keiner Weise beeinträchtigt werden soll. Die Rechtsprechung ist also beteiligt an der Organisation eines inner-europäischen Raums nichtrestringierter Mobilität. Die zweite Fallstudie wird zeigen, wie demgegenüber das europäische Außen durch Immobilisierungsstrategien in Bezug auf die große Mehrheit der Nicht-Bevölkerung gekennzeichnet ist.

Für die Verwirklichungschancen globaler sozialer Rechte lässt sich aus dieser Fallstudie vor allem der Schluss ziehen, dass diese sich nicht durch rein institutionelle Transformationsprozesse verwirklichen lassen. Soziale Kämpfe für eine europäische Sozialpolitik können nicht durch juristische Strategien ersetzt werden, sondern müssen einander im besten Fall ergänzen. Eine bloße juristische Auseinandersetzung ohne politische Mobilisierung kann keinen Pfadwechsel initiieren. Die bisherige Kritik am sozialen Defizit der EU durch die beiden sozialen Projekte war nicht stark genug, um eine solche Mobilisierung zu ermöglichen. Dies hängt nicht zuletzt mit der Uneinigkeit beider Projekte in Bezug auf die relevante Maßstabsebene zusammen.

Allerdings kommen die neuen Mobilitätsrechte innerhalb dieser Rechtsprechungslinie gerade den Nichterwerbstätigen zugute. Dies verändert zwar nichts an der grundlegend horizontalen Ausrichtung, ist aber, wie im vorherigen Abschnitt erläutert, dennoch bereits Ergebnis der sozialen Kritikstrategie in der Krise der neoliberalen wettbewerbsstaatlichen Integrationsweise. Und gerade während der Zuspitzung dieser Krise könnten diese neuen sozialen Rechte für Nichterwerbstätige eine gewisse Dynamik entfalten. Wenn nämlich Unionsbürger*innen aufgrund der Verwerfungen, die vom Wohlstandsgefälle und der europäischen Krisenpolitik ausgelöst werden, ihren Aufenthalt tatsächlich in die nördlichen und westlichen Mitgliedsstaaten verlegen, könnte dies eine gewisse vertikale Umverteilung, zumindest

zwischen den Angehörigen der Mitgliedsstaaten, nach sich ziehen. Die Annahme nationaler Kritiker*innen, die Rechtsprechung des EuGH könne einer Umverteilung Vorschub leisten, ist also durchaus nicht unberechtigt – wenn auch das Heraufbeschwören der »Gefahr« einer »Überflutung« der Sozialsysteme der privilegierteren Mitgliedsstaaten angesichts der bisherigen realen Konsequenzen der EU-Osterweiterung eher auf genau jene Ressentiments verweist, die einer nicht nur ökonomischen, sondern auch gesellschaftlichen Teilhabe der migrierenden Unionsbürger*innen im Wege stehen. Es ist kein Zufall, dass in aktuellen Diskussionen die Einwanderung von Roma aus Bulgarien und Rumänien bereits mit großer medialer Aufmerksamkeit bedacht wurde. Unter dem Schlagwort der »Armutswanderung« (»Gefahr für den sozialen Frieden«, Frankfurter Allgemeine Zeitung v. 19.2.2013) wird das bekannte Diskursfragment des »Sozialstaatstourismus« reformuliert und zugleich eine bestimmte, historisch stigmatisierte und verfolgte soziale Gruppe migrantisiert, indem ihre Eigenschaft, Unionsbürger*innen zu sein, ausgeblendet wird. Begriffe wie »Sozialstaatstourismus« und »Armutswanderung« sind dabei symptomatisch für den Zynismus und die Ignoranz gegenüber der komplexen Situation von Menschen, die es vielleicht selbst vorziehen würden – oder eben ungeachtet der EuGH-Rechtsprechung und allen Widrigkeiten zum Trotz tatsächlich vorziehen –, ihr Leben innerhalb ihrer gewachsenen Beziehungsnetze zu gestalten, statt sich den Anstrengungen eines kompletten Neuanfangs auszusetzen.

Nimmt man die konservativen Kritiken an der fehlenden politischen Grundlage der EuGH-Rechtsprechung ernst, dann folgt daraus gerade, dass ein rechtlicher Rahmen für eine Umverteilung auch aus ihrer Sicht nicht *per se* abgelehnt werden kann. Denn wird die Argumentation nicht nur instrumentell vorgetragen, so beinhalten die demokratietheoretischen Implikationen der Argumentation die regelrechte Aufforderung, eine gesellschaftliche Auseinandersetzung über die *genuin politische Frage* zu führen, welchen Stellenwert Solidarität in der Organisation menschlichen Zusammenlebens, auch über den staatlichen Rahmen hinaus, einnehmen soll und wie diese konkret aussehen könnte – und schließlich über die Frage, worin überhaupt die »Legitimität und Effektivität« nationaler Regime bestehen, wenn eine »menschfreundliche Politik« als Bedrohung für diese wahrgenommen wird. Diese Fragen stellen sich angesichts des jüngsten EU-Krisendiskurses umso dringlicher.¹⁷²

172 In einem Artikel der »Frankfurter Allgemeinen Zeitung« über die Verhandlung zur Verfassungsklage gegen das sogenannte Anti-Krisen-Programm der Europäischen Zentralbank im Juni 2013 heißt es: »Hinter all dem Streit der Juristen und Ökonomen steht am Ende die eine große Frage: Wie viel Solidarität wollen die Staaten Europas untereinander üben?« (»Eine Frage der Solidarität«, FAZ v. 11.6.2013).