



**Walter Hallstein-Institut**  
für Europäisches Verfassungsrecht

**Humboldt-Universität zu Berlin**

WHI - Paper 3/04

## **Grenzenloses Gemeinschaftsrecht?**

Die Rechtsprechung des EuGH zu Grundfreiheiten,  
Unionsbürgerschaft und Grundrechten als Kompetenzproblem

Philipp Steinberg und Ralf Kanitz

Zuerst erschienen in EuR 6/2003, S. 1013 ff.

**Februar 2004**

# Grenzenloses Gemeinschaftsrecht?

## Die Rechtsprechung des EuGH zu Grundfreiheiten, Unionsbürgerschaft und Grundrechten als Kompetenzproblem

Ralf Kanitz und Philipp Steinberg, Berlin \*

Einleitung .....	1
A. Unionsbürgerschaft, Grundfreiheiten und Grundrechte in der neueren Rechtsprechung des Gerichtshofs .....	3
I. Die Unionsbürgerschaft als Kern einer Sozialunion? .....	3
1. Die Urteile Grzelczyk und d’Hoop – Beispiele für den begrenzten Anwendungsbereich des koordinierenden Sozialrechts .....	4
2. Der Anwendungsbereich des Vertrages im Spiegel der Kompetenzen .....	5
II. Grundfreiheiten und begrenzter Anwendungsbereich des koordinierenden Sozialrechts .....	7
III. Europäischer Grundrechtsschutz als Kompetenzproblem .....	10
IV. Zwischenergebnis .....	11
B. Sozial- und Grundrechtsprechung als Kompetenzproblem und mögliche Lösungen .....	12
I. Grundrechtsschutz im Verfassungsverbund .....	12
II. Die Notwendigkeit einer politischen Sozialunion .....	15
1. Kompetenzen der Gemeinschaft für das Sozial(versicherungs)recht .....	16
2. Die Notwendigkeit positiver Integration .....	19
C. Fazit .....	20

## Einleitung

Der Europäische Verfassungskonvent diskutiert unter anderem über eine klarere Aufteilung der Kompetenzen zwischen Gemeinschaft und Mitgliedstaaten. An Vorschlägen fehlt es nicht.<sup>1</sup>

---

\* Die Autoren sind wissenschaftliche Mitarbeiter am Walter Hallstein-Institut für Europäisches Verfassungsrecht, Berlin, [www.whi-berlin.de](http://www.whi-berlin.de) ([Ralf.Kanitz@web.de](mailto:Ralf.Kanitz@web.de); [psteinberg@rz.hu-berlin.de](mailto:psteinberg@rz.hu-berlin.de)). Sie danken Stefan Müller und Prof. Dr. Ingolf Pernice für ihre konstruktive Kritik.

<sup>1</sup> Vgl. Leonardy, „Kompetenzabgrenzung: Zentrales Verfassungsprojekt für die Europäische Union“, in: Cullen/Zervakis (eds.), *Der Post-Nizza-Prozess: Auf dem Weg zu einer Europäischen Verfassung?*, 2001; Streinz, *Die Abgrenzung der Kompetenzen zwischen der Europäischen Union und den Mitgliedstaaten unter besonderer Berücksichtigung der Regionen*, BayVBl. 2001 481 ff.; Pernice, *Eine neue Kompetenzordnung für die Europäische Union*, WHI-Paper 15/02, [www.whi-berlin.de/pernice-kompetenzordnung.htm](http://www.whi-berlin.de/pernice-kompetenzordnung.htm).

Weitgehend unbeeindruckt hiervon betreibt der Europäische Gerichtshof jedoch in einigen Bereichen judikative Rechtsfortbildung, indem er den Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts zunehmend extensiv interpretiert.

Dies wird zum einen deutlich am Beispiel neuerer Entscheidungen zu den Grundfreiheiten und ihrer Anwendung auf Sozialversicherungssysteme.<sup>2</sup> In ähnlicher Weise erhebt der Gerichtshof die Unionsbürgerschaft in Verbindung mit dem allgemeinen Diskriminierungsverbot quasi zum allgemeinen Gleichbehandlungsgebot aus Gründen der Nationalität.<sup>3</sup> Als gemeinschaftsrechtlicher Anknüpfungspunkt genügt ihm bereits das reine Gebrauchmachen des Freizügigkeitsrechts nach Artikel 18 EG, um Anspruch auf Sozialhilfe oder andere Leistungen der sozialen Sicherheit zu erlangen, auch wenn die Voraussetzungen des koordinierenden Sozialrechts mit ihrer Anknüpfung an die Arbeitnehmereigenschaft – insbesondere der Verordnungen 1408/71 und 1612/68<sup>4</sup> – nicht erfüllt sind. Schließlich bestätigt der Gerichtshof in einem neueren Urteil seine Rechtsprechung zum Anwendungsbereich europäischer Grundrechte: Der Gerichtshof misst nationale Maßnahmen, die Grundfreiheiten beschränken, im Rahmen der Rechtfertigung an europäischen Grundrechten.<sup>5</sup> Europäische Grundrechte werden so nach der neuen Rechtsprechung des Gerichtshofs zum Maßstab originär nationaler Regelungen.<sup>6</sup>

Diese Rechtsprechung des Gerichtshofs mag dem einzelnen Unionsbürger auf den ersten Blick nützen, fordert aber auch Kritik heraus. Es stellt sich die Frage, ob der Gerichtshof hier eine unter verfassungs- und integrationstheoretischen Aspekten sinnvolle Rechtsfortbildung betrieben hat. Bereits die Erweiterung des Anwendungsbereichs der Grundfreiheiten und des allgemeinen Diskriminierungsverbots droht die Mitgliedstaaten in weiten Teilen ihres politischen Gestaltungsspielraums zu berauben.<sup>7</sup> Dort, wo Vertrag und Rechtsprechung an und für sich Abweichungen von Grundfreiheiten und Diskriminierungsverbot zulassen, misst der Gerichtshof mitgliedstaatliche Regelungen am Maßstab europäischer Grundrechte und begrenzt so erneut mitgliedstaatliche Kompetenzen. 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.

Im Folgenden wird zunächst die neuere Rechtsprechung zu Unionsbürgerschaft, Grundfreiheiten und Grundrechten dargestellt und kritisch beleuchtet (A). Im Anschluss daran wird die Problematik als Kompetenzproblem eingegrenzt. Mögliche Lösungen werden aufgezeigt (B).

---

<sup>2</sup> EuGH Rs. C-368/98 (Vanbraekel) Slg. 2001 I-5363; EuGH Rs. C-157/99 (Smits und Peerbooms) Slg. 2001 I-5473; zuvor bereits EuGH Rs. C-158/96 (Kohll) Slg. 1998 I-1931 und EuGH Rs. C-120/95 (Decker) Slg. 1998 I-1831.

<sup>3</sup> EuGH Rs. C-224/98 (Marie-Nathalie D’Hoop) Slg. 2002 I-6191; EuGH Rs. C-184/99 (Rudy Grzelczyk), Slg. 2001 I-6293.

<sup>4</sup> Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 des Rates vom 15. Oktober 1968 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Gemeinschaft, Abl. Nr. L 257/2, letztmalig geändert durch die Verordnung (EWG) Nr. 2434/92, Abl. Nr. L 245/1; Verordnung (EWG) 1408/71 des Rates vom 14. Juni 1971 über die Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und Selbständige sowie deren Familienangehörige, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern, Abl. Nr. L 149/2, letztmalig geändert durch die Verordnung (EG) Nr. 1386/2001 des Europäischen Parlaments und des Rates, Abl. Nr. L 187/1, zur geplanten Neufassung s. den Vorschlag für eine Verordnung (EG) des Rates zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit KOM (1998) 779 endg., Abl. (1999) Nr. C 38/8 sowie den „Bericht der hochrangigen Arbeitsgruppe unter Vorsitz von Simone Veil“, Kapitel III S. 39 ff.

<sup>5</sup> EuGH Rs. C-60/00 (Carpenter) Slg. 2002, I-6279 Rn. 40; grundlegend EuGH C-260/89 (ERT) Slg. 1991, I-2925 Rn. 42; ferner EuGH C-368/95 (Familiapress) Slg. 1997, I-3689 Rn. 24.

<sup>6</sup> Mager, JZ 2003, S. 204 (205).

<sup>7</sup> Weiterführend zum Verhältnis von Recht und Politik Haltern, ELJ 9, 2003, S. 14 (19 ff).

## A. Unionsbürgerschaft, Grundfreiheiten und Grundrechte in der neueren Rechtsprechung des Gerichtshofs

### I. Die Unionsbürgerschaft als Kern einer Sozialunion?

In neueren Entscheidungen erweitert der Gerichtshof den Anwendungsbereich des allgemeinen Diskriminierungsverbotes (Art. 12 EG) beträchtlich. Es wird quasi zum allgemeinen Gleichbehandlungsgebot aus Gründen der Nationalität erhoben und ist damit als genuines Teilhaberecht zu qualifizieren. Den benachteiligten oder diskriminierten Personen wird damit die Teilhabe an bestehenden (Sozial-)leistungen und Rechten unter den gleichen Bedingungen eröffnet wie den anderen von der betreffenden Regelung erfassten Personen auch.<sup>8</sup> Damit hat sich die Unionsbürgerschaft, welcher anfänglich noch bescheinigt wurde, sie sei „nichts anderes, als ein Sammelbegriff für die bereits bisher bestehenden Rechte“<sup>9</sup>, zu einem bedeutenden politischen Recht weiterentwickelt. Dies geschieht dadurch, dass die Unionsbürgerschaft (Art. 18 EG) den Anwendungsbereich des Vertrages eröffnet.

Die Unionsbürgerschaft ist seit ihrer Einführung durch den Vertrag von Maastricht ein relativ unbekanntes Wesen geblieben, welches durch Gerichtshof und Literatur erst allmählich erforscht wurde. Zutreffende Aussagen, wonach die Europäische Union durch Anerkennung und rechtliche Ausgestaltung der Unionsbürgerschaft zum Ausdruck gebracht hätte, dass sie sich nicht nur als technokratische Zweckgemeinschaft, sondern als politische Rechtsgemeinschaft verstehe,<sup>10</sup> sagen noch nichts über den konkreten Bedeutungsgehalt der Vorschrift insbesondere in sozialrechtlicher Hinsicht aus. Dieser Aspekt hat erst in letzter Zeit mit den neueren Entscheidungen des Gerichtshofs Aufmerksamkeit erregt.<sup>11</sup> Abgesehen von einigen klaren Aussagen des Vertrages, die insbesondere das Kommunalwahlrecht, den diplomatischen Schutz sowie das Petitionsrecht betreffen (Art. 19 bis 21 EG), besagt Art. 17 EG vieldeutig, dass „die Unionsbürger die in diesem Vertrag vorgesehenen Rechte und Pflichten“ haben. Hierzu gehört das nicht minder weniger klar gefasste Recht in Art. 18 Abs. 1 EG, sich vorbehaltlich „der in diesem Vertrag und in den Durchführungsvorschriften vorgesehenen Beschränkungen und Bedingungen frei zu bewegen und aufzuhalten“. Wie dieser Vorbehalt auszulegen ist, war bis in jüngste Zeit weitgehend unklar.<sup>12</sup> Zweifelhaft war auf der einen Seite, ob das Aufenthaltsrecht für Unionsbürger aus Art. 18 EG unmittelbar anwendbar ist,<sup>13</sup> auf der anderen Seite, ob es den für Art. 12 EG notwendigen Anwendungsbereich des Vertrages – auch hinsichtlich sozialrechtlicher Leistungsansprüche – eröffnet. Dies ist angesichts der vorsichtigen Formulierung in Art. 18 EG, die auf einen politischen Gestaltungsauftrag hindeutet, in der Tat nicht evident. In der Rechtsprechung des Gerichtshofes lässt sich jedoch eine klare Entwicklung zu einer immer selbstbewussteren Interpretation und Nutzung der Unionsbürgerschaft erkennen.

---

<sup>8</sup> *Borhardt*, NJW 2000, S. 2057 (2058).

<sup>9</sup> *Everling*, ZfRV 1992, S. 241 (248).

<sup>10</sup> *Everling*, ZfRV 1992, S. 241 (254).

<sup>11</sup> Grundlegend *Borhardt*, NJW 2000, S. 2057 (2058). Davor hat vor allem der politische Aspekt der Unionsbürgerschaft Aufmerksamkeit erregt, s. z. B. *Randelshofer*, Marktbürgerschaft – Unionsbürgerschaft – Staatsbürgerschaft, in: Gedächtnisschrift Grabitz Bd. I, 1995, S. 581 ff.; *Tomuschat*, Staatsbürgerschaft – Unionsbürgerschaft – Weltbürgerschaft, in: Drexl u. a. (Hrsg.), Europäische Demokratie, 1999, S. 73 ff.; *Bode*, EuZW 2003, S. 553 ff.

<sup>12</sup> Vgl. z. B. (restriktiv) auch noch in neuerer Zeit *Tomuschat*, CML Rev. 2000, S. 449 (454); (extensiv) *Letzner*, JuS 2003, S. 118 (119); *Martínez Soria*, JZ 2002, S. 643 (647 ff.).

<sup>13</sup> Dagegen *Pechstein/Bunk*, EuGRZ 1997, S. 547 (549 ff.); wohl auch *Degen*, DÖV 1993, S. 749 (752 f.); eindeutig dafür jetzt EuGH Rs. C-413/99 (Baumbast) Slg. 2002, I-7091 Rn. 86; dafür wohl auch *Tomuschat*, Staatsbürgerschaft – Unionsbürgerschaft – Weltbürgerschaft, in: Drexl u. a. (Hrsg.), Europäische Demokratie, 1999, S. 73 (79) .

So lies der Gerichtshof es in *Martínez Sala* noch bewusst offen, ob das Aufenthaltsrecht der Unionsbürger den Anwendungsbereich des Vertrages eröffnen kann, da sich die Klägerin auf ein im Grunde bestehendes Aufenthaltsrecht gemäß dem Europäischen Fürsorgeabkommen vom 11. Dezember 1953, welches eine Ausweisung der Betroffenen verbietet, berufen konnte.<sup>14</sup> In weiteren Entscheidungen, die ebenfalls mit Fragen der Ausbildungsfinanzierung zusammenhängen, hat der Gerichtshof ohne Erwähnung von Art. 17 und 18 EG den Anwendungsbereich unter Verweis auf die Art. 139 ff. EG und einem weiten Verständnis des Begriffs „Berufsausbildung“ für eröffnet angesehen.<sup>15</sup> Schließlich hat der Gerichtshof in der Entscheidung *Bickel und Franz* einen zweigleisigen Ansatz gewählt, indem er sich zur Eröffnung des Anwendungsbereiches des Vertrages zum einen die passive Dienstleistungsfreiheit, zum anderen – zusätzlich – auf die Unionsbürgerschaft stützte.<sup>16</sup> In dem zu Grunde liegenden Fall wurde Angehörigen anderer Mitgliedstaaten das in Italien nur in Bozen wohnenden Italienern gewährte Privileg, vor Gerichten in Bozen sowohl in Italienisch wie auch auf Deutsch auftreten zu können, verwehrt. Wenig überraschend stufte der Gerichtshof eine solche Regelung als Verstoß gegen Art. 12 EG ein.

### 1. Die Urteile *Grzelczyk* und *d’Hoop* – Beispiele für den begrenzten Anwendungsbereich des koordinierenden Sozialrechts

In der Rechtssache *Grzelczyk* ging es um den Fall eines Franzosen, der in Belgien studierte. Nach anfänglicher eigenständiger Finanzierung beantragte er Sozialhilfe, die ihm mit dem Argument, diese Leistung stehe nur Belgiern zu, versagt wurde.<sup>17</sup> In der Entscheidung *d’Hoop* beantragte eine Belgierin, die ihre schulische Ausbildung in Frankreich absolviert hatte, Überbrückungsgeld, das die Zeitspanne zwischen Berufsausbildung und Beruf abdecken sollte. Das Überbrückungsgeld ist für junge Arbeitslose auf der Suche nach der ersten Beschäftigung bestimmt und beinhaltet neben einer Geldleistung den Anspruch auf Teilnahme an verschiedenen Beschäftigungsprogrammen. Ihr Antrag wurde mit der Begründung abgelehnt, Überbrückungsgeld stehe nur Bildungsinländern und unterhaltsberechtigten Kindern von in Belgien wohnenden Wanderarbeitnehmern im Sinne des Artikels 39 EG, die im Ausland einen gleichwertigen Abschluss erhalten haben, zu.<sup>18</sup>

Nach Ansicht des Gerichtshofes konnten sich mangels Arbeitnehmereigenschaft<sup>19</sup> weder Herr Grzelczyk noch Frau d’Hoop auf die Diskriminierungsverbote in Art. 39 EG oder in Art. 7 der VO 1612/68 stützen<sup>20</sup> – im Fall Grzelczyk ausdrücklich entgegen den Schlussanträgen des Generalanwalts.<sup>21</sup> Diese „insbesondere auf Art. 49 EGV“ gestützte Verordnung regelt als Teil des koordinierenden Sozialrechts die Gewährung von sozialen Vergünstigungen, die ermessensunabhängig an Arbeitnehmer auf Grund dieser Eigenschaft – und unabhängig von einem konkreten Beschäftigungsverhältnis – gewährt werden und deren Ausdehnung auf

---

<sup>14</sup> EuGH Rs. C-85/96 (*Martínez Sala*) Slg. 1998, I-2691 Rnrn. 14, 60.

<sup>15</sup> Z. B. EuGH Rs. 293/83 (*Gravier*) Slg. 1985, 606 Rnrn. 19 ff.

<sup>16</sup> EuGH Rs. C-274/96 (*Bickel und Franz*) Slg. 1998, I-7637 Rn. 15.

<sup>17</sup> EuGH Rs. C- 184/ 99 (*Rudy Grzelczyk*) Slg. 2001, I-6293 Rn. 13.

<sup>18</sup> EuGH Rs. C-224/98 (*Marie-Nathalie D’Hoop*) Slg. 2002, I-6191 = EuZW 2002 635 Rnrn. 7 f.

<sup>19</sup> Grundsätzlich ist Arbeitnehmer im Sinne der VO 1612/68, wer einer nicht völlig untergeordneten Beschäftigung weisungsgebunden gegen Entlohnung nachgeht, vgl. EuGH C-3/90 (*Bernini*) Slg. 1992, I-1071 Rnrn. 14 ff

<sup>20</sup> EuGH Rs. C- 184/ 99 (*Rudy Grzelczyk*) Slg. 2001, I-6293 Rnrn. 27 – 29, wo der Gerichtshof diese Frage anspricht, jedoch ohne Antwort sofort die Unionsbürgerschaft thematisiert; EuGH Rs. C-224/98 (*Marie-Nathalie D’Hoop*) Slg. 2002, I-6191 = EuZW 2002 635 Rn. 18, da Arbeitnehmer nur ist, wer bereits Zugang zum Arbeitsmarkt gefunden hat.

<sup>21</sup> Schlussanträge GA *Alber* zu EuGH Rs. C- 184/ 99 (*Rudy Grzelczyk*) Slg. 2001, I-6293 Rn. 75.

Ausländer geeignet erscheint, deren Mobilität innerhalb der Gemeinschaften zu erleichtern.<sup>22</sup> Hierzu gehört auch das Recht auf die Herstellung gleicher Bildungschancen für die Kinder der Wanderarbeitnehmer, welches entweder direkt aus dem zentralen Antidiskriminierungsgebot der Verordnung, Art. 7, hergeleitet wird, teilweise auch speziell in dieser Verordnung geregelt ist.<sup>23</sup>

Auch eine Berufung auf die zweite zentrale Säule des gemeinschaftlichen koordinierenden Sozialrechts,<sup>24</sup> die Verordnung 1408/71, die im Kern eine Anrechnung der auch in anderen Mitgliedstaaten erworbenen Ansprüche der sozialen Sicherheit vorsieht,<sup>25</sup> war in beiden Fällen nicht möglich. Frau d'Hoop und Herr Grcelczyk erfüllten weder personal den sozialrechtlichen Arbeitnehmerbegriff, da sie nicht gegen ein in der Verordnung genanntes Risiko versichert waren, noch fielen sie in den sachlichen Anwendungsbereich des Art. 4 VO 1408/71. Im Gegenteil, Sozialhilfe ist hier ausdrücklich ausgenommen.

Damit war es dem Gerichtshof im Ergebnis nicht möglich, diese auf die weitgehende Angleichung der Rechtsstellung der Arbeitnehmer und ihrer Angehörigen zielenden Sekundärrechtsakte zu nutzen.

## 2. Der Anwendungsbereich des Vertrages im Spiegel der Kompetenzen

Eine sozialrechtliche Gleichstellung von Nicht-Arbeitnehmern ließ sich also nur über Art. 12 EG vornehmen. Der Gerichtshof lässt neben Primärrecht auch Sekundärrecht zur Eröffnung des Anwendungsbereichs des Vertrages im Sinne von Art. 12 EG ausreichen. Entscheidend ist demnach, ob eine Situation in den Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts fällt, wobei Berührungspunkte genügen.<sup>26</sup> Insbesondere kommt es auf eine spezielle Gemeinschaftskompetenz für den betroffenen *Sachbereich selbst* nicht an.<sup>27</sup> Eine solche gemeinschaftsrechtlich geregelte Situation kann vor allem durch die Anwendung der Richtlinien über das (allgemeine) Aufenthaltsrecht<sup>28</sup> sowie das Aufenthaltsrecht für Rentner<sup>29</sup> und Studenten<sup>30</sup> geschaffen werden. Gleichzeitig können Vertragsbestimmungen und Sekundärrecht<sup>31</sup>

---

<sup>22</sup> Z. B. EuGH Rs. 39/86 (Lair) Slg. 1988, 3161 Rn. 21. Oftmals wird im Rahmen der Diskussion um die Zukunft der sozialen Sicherungssysteme lediglich auf Verordnung 1408/71 eingegangen. Auch auf Grund der Abgrenzungsschwierigkeiten und des sich überschneidenden Anwendungsbereiches – dazu EuGH Rs. C-85/96 (Martínez Sala), Slg. 1998 I-2691 Rn. 27 und der sich in großen Teilen überschneidenden Zielrichtung scheint es jedoch angebracht, beide Regelungskomplexe anzusprechen.

<sup>23</sup> Art. 10 bis 12 der VO 1612/68 (oben Fn. 4). Diese werden vom Gerichtshof extensiv ausgelegt, so z. B. EuGH Rs. C-308/89 (Di Leo) Slg. 1990, I-4185 Rn. 12 ff.

<sup>24</sup> Vgl. EuGH Rs. C-111/91 (Kommission/Luxemburg), Slg. 1993 I-817, Rn. 21; EuGH Rs. C-85/96 (Martínez Sala), Slg. 1998, I-2691 Rn. 27.

<sup>25</sup> S. z. B. Art. 18 und 38 VO 1408/71 (oben Fn. 4). Näher *Beyer/Freytag*, JuS 2000, S. 852 ff.

<sup>26</sup> EuGH verb. Rs. 35 und 36/82 (Morson) Slg. 1982, 3723 Rn. 15; EuGH Rs. 186/87 (Cowan) Slg. 1989, 195 Rn. 10; EuGH Rs. C-85/96 (Martínez Sala) Slg. 1998, I-2691 Rn. 57. Weitergehend *Jacqueson*, E.L.Rev. 27, 2002, S. 760 (773), die alle Maßnahmen, die den Gebrauch der Grundfreiheiten negativ beeinflussen können, als den Anwendungsbereich eröffnend ansieht.

<sup>27</sup> EuGH Rs. 293/83 (Gravier) Slg. 1985, 593 Rn. 19. *Obwexer*, EuZW 13, 2002, S. 56 (57); *Jacqueson*, E.L.Rev. 27, 2002, S. 760 (773).

<sup>28</sup> RL 90/364/EWG des Rates vom 28. Juni 1990 über das Aufenthaltsrecht, ABl. Nr. L 180/26, gestützt „insbesondere“ auf Art. 235 (308 EG).

<sup>29</sup> RL 90/365/EWG des Rates vom 28. Juni 1990 über das Aufenthaltsrecht der aus dem Erwerbsleben ausgeschiedenen Arbeitnehmer und selbständig Erwerbstätigen, ABl. Nr. L 180/28, gestützt „insbesondere“ auf Art. 235 EGV (308 EG).

<sup>30</sup> RL 93/96/EWG des Rates vom 29. Oktober 1993 über das Aufenthaltsrecht der Studenten, ABl. Nr. L 317/59, gestützt „insbesondere“ auf Art. 7 Abs. 2 EGV (aufgehoben). Weiterhin existieren noch eine große Anzahl weiterer Richtlinien über das Aufenthaltsrecht spezieller Personengruppen, so zur Konkretisierung, der

jedoch „Bedingungen“ für den Gebrauch des Rechts auf Freizügigkeit aufstellen und dieses auch beschränken (Art. 18 Abs. 1 EG).<sup>32</sup>

Frau d’Hoop unterfiel nicht einer der durch die Richtlinien geregelten gemeinschaftsrechtlichen Situation. Dem Gerichtshof reichte indes zur Eröffnung des Anwendungsbereichs des Vertrages die Inanspruchnahme des Freizügigkeitsrechts in Art. 18 Abs. 1 EG.<sup>33</sup> Im Fall des Studenten Grzelczyk setzte sich der EuGH mit einer engen Definition des Wortlauts der einschlägigen Studentenrichtlinie über den Ausschluss der Studenten durch Art. 3 der RL von „Unterhaltsbeihilfen“ hinweg, indem er den „Minimex“ nicht hierunter subsumierte. Ferner musste der durch die Richtlinie geforderte „Nachweis ausreichender Mittel zur Finanzierung des Studiums“ seiner Ansicht nach nur bei der Einreise vorhanden sein.<sup>34</sup> Nach Ausräumung dieser „Beschränkungen“ des Aufenthaltsrechts wäre es somit auch möglich gewesen, den Anwendungsbereich des Vertrages durch die nun auch sachlich einschlägige Studentenrichtlinie zu begründen. Dies unterblieb jedoch, da der Gerichtshof hier – in Abkehr von seiner früheren Rechtsprechung<sup>35</sup> – deutlich machen wollte, dass der Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts auch in Bereichen ohne (ausgeübte) Gemeinschaftskompetenz<sup>36</sup> allein durch die Ausübung des Rechts auf Freizügigkeit begründet wird.<sup>37</sup> Die Richtlinien fungieren somit nunmehr lediglich noch als „Bedingungen und Beschränkungen“ der Freizügigkeit.<sup>38</sup>

Der bloße rechtmäßige Aufenthalt in einem Mitgliedstaat reicht danach, um den Anwendungsbereich des Vertrages im Sinne des Artikels 12 EG zu eröffnen.<sup>39</sup> Nimmt man als Unionsbürger folglich sein Aufenthaltsrecht aus Art. 18 Abs. 1 EG wahr, sind nicht nur aufenthaltsbeschränkende mitgliedstaatliche Regelungen rechtfertigungsbedürftig.<sup>40</sup> Darüber hinaus vermittelt das allgemeine Diskriminierungsgebot aus Art. 12 EG nach der vorliegenden Rechtsprechung Anspruch auf sozialrechtliche Gleichbehandlung mit Inländern.<sup>41</sup> Auch ein

---

Dienstleistungsfreiheit, der Arbeitnehmerfreizügigkeit und der Niederlassungsfreiheit (auch) nach dem Ausscheiden aus dem Beruf.

<sup>31</sup> Zu nennen ist hier neben den genannten Richtlinien, die jeweils auch Bedingungen und Beschränkungen enthalten, insbesondere RL 64/221/EWG des Rates vom 25. Februar 1964 zur Koordinierung der Sondervorschriften für die Einreise und den Aufenthalt von Ausländern, soweit sie aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit gerechtfertigt sind, Abl. S. 850.

<sup>32</sup> Sehr eng hier *Borhardt*, NJW 2000, S. 2057 (2060), der lediglich Beschränkungen zur Vermeidung des Missbrauchs von Sozialleistungen zulassen will; weitergehend mit Beispielen *Bode*, EuZW 2003, S. 552 (554 f.).

<sup>33</sup> EuGH Rs. C-224/98 (Marie-Nathalie D’Hoop) Slg. 2002, I-6191 = EuZW 2002, 635 Rn. 29.

<sup>34</sup> EuGH Rs. C-184/99 (Rudy Grzelczyk) Slg. 2001, I-6293 Rnrn. 39 und 45 mit einem nicht ohne weiteres einleuchtenden Umkehrschluss zu den Bestimmungen der Richtlinien 90/364 und 90/365 und unter Missachtung des Art. 4 der Studentenrichtlinie, der ein Vorhandensein insbesondere auch der finanziellen Mittel bis zum Ende des Aufenthalts fordert. Zustimmend jedoch *Martínez Soria*, JZ 2002, S. 643 (648 f.). Wie hier bezogen auf diesen Aspekt *Letzner*, JuS 2003, 118 (120).

<sup>35</sup> EuGH Rs. 197/86 (Brown) Slg. 1988, 3205 Rn. 18. Zu diesem Zeitpunkt war die Studentenrichtlinie noch nicht in Kraft.

<sup>36</sup> Zur Verknüpfung des Anwendungsbereichs mit den Kompetenzen und Ansätzen in der Literatur s. *Rossi*, EuR 2000, S. 197 (202 f.).

<sup>37</sup> *Obwexer*, EuZW 13, 2002, S. 56 (57).

<sup>38</sup> So wohl auch *Martínez Soria*, JZ 2002, S. 643 (647).

<sup>39</sup> So auch *Rossi*, JZ 2002, S. 351 (352); *Borhardt*, NJW 2000, S. 2057 (2059); *Hilf* in: Grabitz/Hilf, Das Recht der EU, Stand: Januar 2001, Art. 18 EG Rn. 7.

<sup>40</sup> So nun deutlich EuGH Rs. C-413/99 (Baumbast) Slg. 2002 I-7091 Rnrn. 80 ff., insbesondere Rnrn. 86, 94.

<sup>41</sup> Diese Frage ist von dem aus Art. 18 EG begründetem Aufenthaltsrecht klar zu trennen, vgl. dazu auch *Pechstein/Bunk*, EuGRZ 1997, S. 547 (552). Anders jedoch *Borhardt*, NJW 2000, S. 2057 (2059 f.) und wohl auch *Bode*, EuZW 13, 2002, S. 637 (638), die ein über das aufenthaltsrechtliche Gleichbehandlungsgebot hinaus gehendes

Verstoß gegen Art. 12 EG kann aus objektiven, sachlichen Gründen gerechtfertigt sein.<sup>42</sup> Die Mitgliedstaaten können also das Gleichheitsgebot in Art. 12 EG beschränken, solange dies mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit vereinbar ist. Es wird daher vielfach eine gewisse zeitliche, räumliche, inhaltliche<sup>43</sup> oder persönliche<sup>44</sup> Nähe zum Gebrauch des Freizügigkeitsrechts gefordert. Mitgliedstaatliche Regeln sollen diese als Bedingung für die Inanspruchnahme von Sozialleistungen fest legen können.

Erkennt der Gerichtshof, diese nationale Maßnahmen seien gerechtfertigt, wäre eine mögliche Konsequenz der Erlass von Harmonisierungsmaßnahmen durch die Union auch im Bereich des Sozialrechts.<sup>45</sup> Den Mitgliedstaaten durch Gleichheitsgrundsatz und Aufenthaltsrecht für Unionsbürger entzogene politische Gestaltungsmöglichkeiten im Sozialbereich könnten so über Harmonisierungskompetenzen der Gemeinschaft kompensiert werden. Hierfür müsste sie allerdings die dafür notwendigen Kompetenzen haben. Dies ist weitgehend ungeklärt<sup>46</sup> und wird noch Gegenstand der Erörterung sein.<sup>47</sup>

Befindet der Gerichtshof dagegen, dass die Einschränkungen des Gleichheitsgebots nicht aus objektiven Gründen gerechtfertigt sind, die nationale Regelung also gegen Art. 12 EG verstößt, ist es in einem Bereich ohne ausschließliche Gemeinschaftskompetenzen auf Grund des Subsidiaritätsprinzips ohnehin nicht möglich, zu harmonisieren, da dann eine gemeinschaftsrechtliche Maßnahme schwerlich als erforderlich angesehen werden könnte.<sup>48</sup> Im Ergebnis käme es allerdings zu einem faktischen Anpassungszwang „nach unten“: Mitgliedstaaten mit einem hohen sozialen Schutzniveau senkten dieses auf ein geringeres Niveau ab oder versuchten auch auf Grund der expansiven Rechtsprechung des Gerichtshofes, Leistungen der sozialen Sicherheit anders zu definieren.<sup>49</sup>

## II. Grundfreiheiten und begrenzter Anwendungsbereich des koordinierenden Sozialrechts

Ganz ähnlich stellt sich die Rechtsprechung zur Anwendbarkeit der Grundfreiheiten im Sozialversicherungsrecht dar. Auch mitgliedstaatliche Krankenversicherungssysteme sind danach an den Grundfreiheiten zu messen.

---

Diskriminierungsverbot direkt aus der Unionsbürgerschaft ableiten. In diese Richtung kann auch EuGH Rs. C-224/98 (Marie-Nathalie D’Hoop) Slg. 2002, I-6191 = EuZW 2002, 635 Rn. 27 gedeutet werden.

<sup>42</sup> EuGH Rs. C-224/98 (Marie-Nathalie D’Hoop) Slg. 2002, I-6191 = EuZW 2002, 635 Rn Rnm. 36 ff; *Bode*, EuZW 13, 2002, 639; *Letzner*, JuS 2003, S. 118 (122).

<sup>43</sup> So *Bode*, EuZW 13, 2002, S. 637 (639).

<sup>44</sup> Dazu (ablehnend) *Borchardt*, NJW 2000, S. 2057 (2059).

<sup>45</sup> Vgl. *Bode*, EuZW 13, 2002, S. 657 (659) die davon ausgeht, die Rechtsprechung des EuGH würde „faktisch zu einem Harmonisierungszwang führen“. *Rossi*, JZ 2002, S. 351 (353) konstatiert, dass „Regelungen über einen Finanzausgleich unabdingbar sind“; *Scheffer*, ZRP 36, 2003, S. 55 sieht eine Vereinheitlichung der „sozialen Sicherungs- und Steuersysteme“ als „erstrebenswert“, aber kurzfristig nicht realisierbar an.

<sup>46</sup> Einerseits: *Martínez Soria*, JZ 2002, S. 643 (645): „Überaus begrenzt“; *Wilms*, Soziale Sicherung durch Europäische Integration, 1990, S. 33; wohl auch *Rossi*, JZ 2002, S. 351 (352); andererseits *Schrammel/Winkler*, Arbeits- und Sozialrecht der Europäischen Gemeinschaft, 2002, S. 142 f.

<sup>47</sup> S. unten B.II.1.

<sup>48</sup> Vgl. Art. 5 Abs. 2 EG iVm dem Protokoll (Nr. 30) über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit (1997) insb. unter 5. sowie *Callies*, Subsidiaritäts- und Solidaritätsprinzip in der Europäischen Union, 2. Aufl. 1999, S. 271 ff.

<sup>49</sup> Dies ist teilweise bereits heute der Fall. So hat Frankreich laut *Ruellan*, Vers un dépassement des spécificités nationales? in: Bourinet (Hrsg.), Union européenne et protection sociale, 2002, S. 33 (38) 1989 aus Angst vor dieser Konsequenz den RMI (Sozialhilfe) außerhalb des Sozialgesetzbuches geschaffen.

In mehreren Fällen wurde eine Verletzung von Grundfreiheiten durch nationale Regelungen gerügt, die die grenzüberschreitende Inanspruchnahme von ärztlichen Leistungen zumindest erschwerten.<sup>50</sup> Der Gerichtshof bejahte die grundsätzliche Anwendbarkeit der Grundfreiheiten auch auf diese Sachverhalte. Dies war bezweifelt worden, da die Kompetenz zur Ausgestaltung der Systeme der sozialen Sicherheit (zumindest beim momentanen Stand des Gemeinschaftsrechts) noch bei den Mitgliedstaaten liege. Von den Generalanwälten war in Anlehnung an die *Humbel* und *Poucet und Pistre* Rechtsprechung<sup>51</sup> eine Nichtanwendung der Grundfreiheiten in gewissen sozialrechtlichen Fällen gefordert worden<sup>52</sup>. Die Begründung der Generalanwälte erfolgte jedoch nicht in erster Linie kompetenzrechtlich, sondern setzte am Merkmal der Entgeltlichkeit an. Diese sei in Sachleistungssystemen nicht gegeben, da hier die Versicherten zwar Beiträge an die Versicherungen leisteten, diese jedoch nicht lediglich zur Kompensation der durch die Versicherten verursachten Kosten dienten.<sup>53</sup> Vielmehr würden hieraus auch versicherungsfremde Leistungen bezahlt. Ferner habe die soziale Krankenversicherung auch die Möglichkeit, Einfluss auf die Art und Weise der Gesundheitsdienstleistung zu nehmen. Die Versicherten hätten Anspruch auf die Leistung an sich, nicht nur Anspruch auf Erstattung.<sup>54</sup> Zumindest die Krankenhäuser erhielten Pauschalen unabhängig von den tatsächlich angefallenen Kosten.<sup>55</sup> Betont – und insoweit wurde dann doch kompetenzrechtlich argumentiert – wurde von den Generalanwälten allerdings auch, dass es dem Gerichtshof nicht darum gehen könne, die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten zur Organisation der nationalen Krankenversicherungssysteme in Frage zu stellen.<sup>56</sup> Der Gerichtshof teilt indes die Bedenken der Generalanwälte nicht und wendet die Grundfreiheiten auch auf

---

<sup>50</sup> Grundlegend EuGH Rs. C-158/96 (Kohll) Slg. 1998, I-1931 Rn. 41; EuGH Rs. C-120/95 (Decker) Slg. 1998, I-1831 Rn. 39; in der Entscheidung EuGH Rs. C-157/99 (Smits und Peerbooms) Slg. 2001, I-5473 = EuZW 12, 2001, 464 m. Anm. *Novak* wurden nationale Regelungen als mit der Dienstleistungsfreiheit unvereinbar angesehen, die die Erteilung einer Genehmigung zur Inanspruchnahme medizinischer Leistungen im Ausland von der Voraussetzung abhängig machten, dass die Behandlung „üblich“ und „notwendig“ sei, dabei diese Kriterien aber dahingehend auslegten, dass die „nationale“ Üblichkeit und Notwendigkeit der Maßstab sein sollte. EuGH Rs. C-368/98 (Vanbraekel) Slg. 2001, I-5363 = EuZW 12, 2001, 471 m. Anm. *Novak*. Ähnlich bereits zuvor EuGH Rs. C-160/96 (Molenaar) Slg. 1998, I-843, Rn. 19; dazu *Füßler*, NJW 1998, S. 1762 f.

<sup>51</sup> EuGH Rs. 263/86 (Humbel) Slg. 1988, 5365 Rnrn. 15 bis 19; verb. Rs. C-159/91 und C-160/91 (Poucet und Pistre) Slg. 1993, I-637, Rnrn. 17 und 18. Der Gerichtshof befand hier, dass Krankenkassen eine ausschließliche soziale Zielrichtung verfolgten.

<sup>52</sup> GA *Colomer*, Schlussanträge zu EuGH Rs. C-157/99 (Smits und Peerbooms) Slg. 2001, I-5473 Rnrn. 47 f. Dieses Argument ist noch deutlicher in anderen Entscheidungen zum Wettbewerbsrecht zu erkennen: In mehreren Entscheidungen hatte der Gerichtshof hier die Anwendung des Wettbewerbsrechts auf Systeme sozialer Sicherung unter Hinweis auf die soziale Zielrichtung, die damit verwirklicht würde und die ein Teil des – national zu verwirklichenden (*Häberle*, Gib es ein europäisches Gemeinwohl? – eine Problemskizze, in: FS Steinberger, 2002, S. 1153, (1155 f.)) – Europäischen Gemeinwohls darstellten, ausgeschlossen, und damit quasi eine Bereichsausnahme zugelassen, vgl. EuGH Rs. C-115/97 bis C-117/97 (Brentjens) Slg. 1999, I – 6025 Rnrn. 51 – 53, 56; EuGH Rs. C-219/97 (Maatschappij Drijvende Bokken) Slg. 1999, I-6121 Rnrn. 41 – 47; EuGH Rs. 67/96 (Albany) Slg. 1999 I-5751. Dazu *Berg*, EuZW 2000, S. 170 ff. und *Mortelmans* CML Rev. 38, 2001, 613 (629), der dies den „Brentjens-Ansatz“ nennt.

<sup>53</sup> So die Argumentation von GA *Colomer*, Schlussanträge zu EuGH Rs. C-157/99 (Smits und Peerbooms) Slg. 2001, I-5473 Rnrn. 44 bis 46

<sup>54</sup> Näher zu diesem in Deutschland in dem § 2 II SGB V, §§ 36 I; 40; 41; 42; 43 SGB XI geregelten Prinzip *Heberlein*, NVwZ 2001, 773.

<sup>55</sup> Schlussanträge von GA *Colomer* zu EuGH Rs. C-157/99 (Smits und Peerbooms) Slg. 2001, S. I-5473 Rnrn. 44 ff. unter Verweis auf EuGH Rs. 263/86 (Humbel) Slg. 1988, 5365 Rnrn. 17 bis 19 und EuGH Rs. C-159/90 (Society for the Protection of Unborn Children Ireland) Slg. 1991, I-4685 Rn. 18.

<sup>56</sup> Schlussanträge GA *Saggio* zu EuGH Rs. C-368/98 (Vanbraekel) Slg. 2001, I-5363 Rn. 20.

Krankenversicherungssysteme an.<sup>57</sup> Letztlich beschränkt also auch hier der weite Anwendungsbereich der Grundfreiheit den politischen Gestaltungsspielraum der Mitgliedstaaten bei der Ausgestaltung ihrer Sozialversicherungssysteme. Grundsätzlich sind sie verpflichtet, EG-Ausländer wie Inländer zu behandeln. Einschränkungen sind nur möglich, wenn sie aus den im Vertrag genannten oder zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt sind.<sup>58</sup> Mit der Ausdehnung des Anwendungsbereichs der Dienstleistungsfreiheit steigt daher auch der Bedarf an möglichen Rechtfertigungen durch geschriebene und vor allem ungeschriebene Allgemeinwohlintressen. Die Rechtsprechung des Gerichtshofes, die mittlerweile auch nicht nur „rein wirtschaftliche“ Gründe anerkennt,<sup>59</sup> und selbst (mittelbare) Diskriminierungen<sup>60</sup> mit ungeschriebenen zwingenden Erfordernissen des Allgemeinwohls rechtfertigt,<sup>61</sup> zeigt dies eindrücklich.

Der Gerichtshof ist sich offenbar der besonderen kompetenzrechtlichen Situation bewusst,<sup>62</sup> er bedient sich der (impliziten) Auslegungsmethode des „unvollkommenen Binnenmarktes“.<sup>63</sup> Dies führt aber zutreffender Weise nicht dazu, den Anwendungsbereich der Grundfreiheiten einzuschränken, da in der Tat mit *Rossi* die Trennung von materieller Grundrechts- und Freiheitsgewährleistung und organisationsrechtlicher Kompetenzverteilung zu betonen ist.<sup>64</sup>

---

<sup>57</sup> EuGH Rs. C-368/98 (Vanbraekel) Slg. 200I, I-5363. Eine gut begründete abweichende Position wird von *Fuchs*, ELJ 8, 2002, S. 536 (543 ff.) vertreten. Allerdings können die vorgebrachten historischen Argumente im Europarecht nur bedingt überzeugen.

<sup>58</sup> Wieder stellt sich die Frage, ob es – sollten die Beschränkungen nicht gerechtfertigt sein – zu einer faktischen Angleichung der Sozialversicherungssysteme kommen wird, oder – sollten die Beschränkungen gerechtfertigt sein – ob die Gemeinschaft harmonisieren darf. Die Rechtsprechung zeigt, dass die „Sozialunion“ für den einzelnen Bürger gar nicht mehr soweit entfernt ist, so i. E. auch *Nowak*, EuZW 12, 2001, S. 476 (477), der anmerkt, „den Schutz dieser Interessen (sc.: der Bürger) hatte der EuGH offensichtlich vor Augen, wenn er in diesem Fall das Pendel zu Gunsten der Versicherten ausschlagen ließ“.

<sup>59</sup> EuGH (Kohll) Rs. C-158/96 Slg. 1998, I-1931; EuGH (Decker) Rs. C-120/95, Slg. 1998, I-1831 Rn. 39 „Finanzierbarkeit der Sozialversicherungssysteme“; Bis zu diesen Urteilen waren wirtschaftliche Gründe generell als Rechtfertigungsgrund ausgeschlossen, vgl. EuGH (Bond van Adverteerders und andere) Rs. 352/85 Slg. 1988, 2085 Rn. 34; EuGH (SETTG) Rs. C-398/95 Slg. 1997, I-3091 Rn. 23; auch in EuGH (Finalarte) verb. Rs. C-49/98, C-50/98, C-52/98 bis C-54/98 und C-68/98 bis C-71/98, Slg. 2001, I-7831 Rn. 42 – der soziale Schutz der Arbeitnehmer, der jedoch auch dem wirtschaftlichen Ziel, inländische Unternehmen zu schützen, diene, als Rechtfertigung anerkannt.

<sup>60</sup> So die Einschätzung von *van der Mies*, MJ 9, 2002, S. 189 (195), vgl. auch EuGH Rs. C-158/96 (Kohll) Slg. 1998, I-1931 und dazu *Streinz/Leible*, EuZW 11, 2000, S. 459 (462); *Beyer/Freitag*, JuS 2000, S. 852 (856); *P. Steinberg*, EuGRZ 29, 2002, S. 13 (22).

<sup>61</sup> EuGH Rs. C-157/99 (Smits und Peerbooms) Slg. 2001, I-5473 Rn. 67 ff. Es erfolgt keine nähere Untersuchung, ob eine Diskriminierung oder eine Beschränkung vorliegt, was manche Autoren auch dazu bewogen hat, auf Grund der Kompetenzproblematik einen „Sonderweg im Bereich der sozialen Sicherheit“ zu untersuchen, vgl. *Nowak/Schnitzler*, EuZW 11, 2000, S. 629 ff.; *P. Steinberg*, EuGRZ 29, 2002, S. 13 (22 f.); ähnlich *Beyer/Freitag*, JuS 2000, S. 852 (856). Denkbar ist es natürlich auch, generell die Rechtfertigung auch mittelbarer Diskriminierungen zu akzeptieren, so *Gundel*, Jura 2001, S. 79 ff. Auf Grund der neuerlichen Ausdehnung des Anwendungsbereiches von Art. 12 EG hat der EuGH auch hier die Strategie verfolgt, wonach eine großzügigere Eröffnung des Anwendungsbereiches auch eine großzügigere Rechtfertigungsmöglichkeit nach sich zieht, vgl. *Bode*, EuZW 13, 2002, S. 636 (638).

<sup>62</sup> Dies wird auch in anderen Entscheidungen zum Sozialrecht deutlich, so etwa in den zum Entsenderecht ergangenen Entscheidungen EuGH verb. Rs. C-49/98, C-50/98, C-52/98 bis C-54/98 und C-68/98 bis C-71/98 – (Finalarte) Slg. 2001, I-7831 und EuGH Rs. C-164/99 (Portugaia) Slg. 2002, I-787.

<sup>63</sup> Zur Anwendung im Umweltrecht (Rechtfertigung von unmittelbaren Diskriminierungen) *Heselhaus*, EuZW 12, 2001, S. 645 (649). Zur Anwendung auf vergaberechtliche Steuerung insbesondere im Sozialrecht s. *P. Steinberg*, The Social Aspects of European Public Procurement Law and the European Economic Constitution, in: Snyder (Hrsg.), The European Union and Governance, 2003, Abschnitt II. B. (i. E) und *ders.*, EuZW 13, 2002, S. 634 (635).

<sup>64</sup> *Rossi*, EuR 2000, S. 197 (204); *ders.*, JZ 2002, S. 351 (352); *Letzner*, JuS 2003, S. 118 (122).

Wohl aber zeigt diese Rechtsprechung plastisch den Zusammenhang zwischen den beiden Komplexen.

### III. Europäischer Grundrechtsschutz als Kompetenzproblem

Seit der grundlegenden „ERT“-Entscheidung des Gerichtshofs werden nationale Maßnahmen, die in den „Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts“ fallen, an gemeinschaftsrechtlichen Grundrechten gemessen.<sup>65</sup> In ERT entschied der Gerichtshof, dass nationale Maßnahmen nur dann aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit im Sinne der Artikel 55 und 46 EG gerechtfertigt sein können, wenn sie darüber hinaus mit den vom Gerichtshof zu wahren Grundrechten im Einklang stünden.<sup>66</sup> Diese Rechtsprechung dehnte der Gerichtshof in der Rechtssache *Familiapress* auf Fälle aus, in denen sich ein Mitgliedstaat auf zwingende Erfordernisse beruft, um eine Regelung zu rechtfertigen. Auch hier seien die Gemeinschaftsgrundrechte zu beachten.<sup>67</sup>

In der Rechtssache *Carpenter* bestätigte der Gerichtshof nun erneut die mit ERT begründete Rechtsprechungslinie.<sup>68</sup> Der Gerichtshof urteilte, dass die nach britischem Recht zulässige Ausweisung von Frau Carpenter, einer philippinischen Staatsangehörigen, geeignet sei, die Dienstleistungsfreiheit von Herrn Carpenter zu behindern, der zu Geschäftszwecken in andere Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft reist, und prüfte dann die nationale Maßnahme auf ihre Vereinbarkeit mit dem gemeinschaftsrechtlichen Grundrecht auf Achtung des Familienlebens.<sup>69</sup> Der Gerichtshof prüfte hier nicht mehr Grundfreiheit und Grundrecht getrennt – wie noch in ERT und *Familiapress*.<sup>70</sup> Statt dessen fließt das Grundrecht mit in die Abwägung von zwingendem Erfordernis auf der einen Seite und Grundfreiheit auf der anderen Seite ein. Es wird so letztlich geprüft, ob die Beschränkung des *Grundrechts* aus Allgemeinwohlgründen verhältnismäßig ist, nicht mehr, ob die Beschränkung der *Grundfreiheit* aus zwingenden Gründen gerechtfertigt ist. Die Grundfreiheit dient hier lediglich als Anknüpfungspunkt für die Grundrechtsprüfung.

Europäische Grundrechte werden so zum Maßstab originär nationaler Maßnahmen. Damit begrenzen europäische Grundrechte im Sinne von negativen Kompetenzgrenzen<sup>71</sup> im Ergebnis erneut die Reichweite mitgliedstaatlicher Gestaltungsspielräume. Den Mitgliedstaaten wird vom Vertrag ausdrücklich oder durch die Rechtsprechung des Gerichtshofs das Abweichen von gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften eingeräumt. Der politische Gestaltungsspielraum, den die Mitgliedstaaten dadurch gewinnen, wird dann jedoch wiederum durch Gemeinschaftsgrundrechte beschränkt.

---

<sup>65</sup>EuGH Rs. C-260/89(ERT) Slg. 1991, I-2925 Rn. 43.

<sup>66</sup>EuGH Rs. C-260/89 (ERT) Slg. 1991, I-2925 Rn. 43.

<sup>67</sup>EuGH Rs.C-368/95 (*Familiapress*) Slg. 1997, I-3689 Rn. 24.

<sup>68</sup> EuGH Rs. C-60/00 (*Carpenter*) Slg. 2002, I-6279. Sehr kritisch zur Eröffnung des Anwendungsbereichs der Dienstleistungsfreiheit – im Hinblick auf den grenzüberschreitenden Bezug – *Mager*, JZ 2003, S. 204 (206).

<sup>69</sup> EuGH Rs. C-60/00 (*Carpenter*) Slg. 2002, I-6279 Rn. 40.

<sup>70</sup> Vgl. zur Einordnung des Gemeinschaftsgrundrechts als Schranken-Schranke *Kingreen*, in: Callies/Ruffert, Kommentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag, 2. Auflage 2002, EU-Vertrag Art. 6 Rn. 60.

<sup>71</sup> Dazu *Mayer*, ZaöRV 61, 2001, S. 577 (584); *Pernice/Mayer*, in Grabitz/Hilf, Das Recht der EU, (Stand: August 2002), EUV nach Art. 6 Rn. 12.

#### IV. Zwischenergebnis

Der politische Spielraum der Mitgliedstaaten zur Gestaltung der Sozialversicherungssysteme und der Sozialsysteme wird durch die oben skizzierte Rechtsprechung begrenzt: Sozialversicherungssysteme und Sozialhilfe fallen in den Anwendungsbereich von Grundfreiheiten und allgemeinem Diskriminierungsverbot des Art. 12 EG. Dort, wo das Gemeinschaftsrecht Abweichungen erlaubt, misst der Gerichtshof diese am Maßstab europäischer Grundrechte und engt den Spielraum weiter ein. Man denke nur an aus der Grundrechtecharta abgeleitete mitgliedstaatliche Schutzpflichten im Sozialbereich – zum Beispiel einen Anspruch auf ausreichende medizinische Versorgung – die gegen die „Finanzierbarkeit der Sozialsysteme“ angeführt werden könnten.

Ein Zusammenhang zwischen organisationsrechtlich bedeutsamer Kompetenzverteilung und -ausübung und materiellen Grundrechts- und Grundfreiheitsgewährleistung wird nicht aufgestellt. Dahinter steht die Überlegung, dass es bei der Anwendbarkeit des Art. 12 EG, der Grundfreiheiten des EGV und bei Grundrechten nicht um Kompetenzabgrenzungen im Verhältnis der EG zu ihren Mitgliedstaaten, sondern allein um eine materielle Rechtsverbürgung für den Unionsbürger ginge. Damit gewinnen nicht nur Grundrechte, sondern auch Grundfreiheiten und Diskriminierungsverbot die Funktion von Kompetenzausübungsschranken.<sup>72</sup> Dies ist einerseits auf Grund eines Verständnisses, das dem Bürger und nicht lediglich den Mitgliedstaaten eine zentrale Rolle als „Europäischem Souverän“ gibt und Europäische Verfassung als Ergebnis eines Gesellschaftsvertrags konstruiert,<sup>73</sup> begrüßenswert.

Andererseits streitet der Verbundcharakter der Europäischen Verfassung gegen eine einseitige Betonung dieses Aspekts. Hiernach sind gemeinschaftliche und mitgliedstaatliche Regelungskompetenzen Teil der gesamteuropäischen Hoheitsgewalt. Auch letztere müssen jedoch innerhalb des Europäischen Verfassungsverbunds,<sup>74</sup> in dem sich mitgliedstaatliche und Europäische Kompetenzen oftmals nicht trennscharf abgrenzen lassen,<sup>75</sup> vom Gerichtshof beachtet werden – insbesondere im Hinblick auf die notwendige Herausbildung eines politischen Gemeinwesens. Gleiches gilt für notwendige politische Entscheidungen – hier ist die Rechtsprechung des Gerichtshofes, die eine Europäische Sozialunion für den (Markt-)bürger schon weitgehend vorweg genommen hat, auch politisch zu verwirklichen. Der Schritt zum Ausbau des Europäischen Sozialstaates<sup>76</sup> erscheint dringend geboten.

Daraus die Konsequenz zu ziehen, die Eröffnung des Anwendungsbereichs des Vertrages an die der EG übertragenen Kompetenzen zu knüpfen,<sup>77</sup> wobei teilweise auch nach ausgeübten und nicht ausgeübten Kompetenzen unterschieden wird,<sup>78</sup> scheint indes den materiellen Gewährleistungsgehalt der Grundrechte und -freiheiten unzulässig aus kompetenzrechtlichen Gründen einzuschränken.<sup>79</sup> Dennoch kann die Frage des Ausmaßes materieller

---

<sup>72</sup> Rossi, EuR 2000, S. 197 (204); Jarass AöR 121 1996, S. 174 (194 f.). Zu Grundrechten s. Pernice, EuZW 12, 2001, S. 673.

<sup>73</sup> Umfassend Pernice, VVDStRL 60, 2001, S. 148 (167 f.) und Pernice/Mayer/Wernicke, KCLJ 12, 2001, S. 61 (68 ff.).

<sup>74</sup> Dazu Pernice, E.L.Rev. 27, 2002, S. 511 ff.; ders., VVDStRL 60, 2001, S. 148 ff. (163 ff.).

<sup>75</sup> So auch Pernice, JZ 2000, S. 866 (875); Schwarze, JZ 1998, S. 1077 (1085).

<sup>76</sup> Hierzu Zacher, EuR 37, 2002, S. 147 ff.

<sup>77</sup> So wohl v. Bogdandy, in: Grabitz/Hilf, Kommentar z. EUV/EGV (Stand: 7. EL), Art. 6 Rn. 38.; Braun, IPRax 1994, 263, (264); Schroeder, JuS 1995, S. 1010 (1012).

<sup>78</sup> So der BGH (*Phil Collins*) GRUR 1992, 845 (847: zwar Gemeinschaftskompetenz für Urheberrecht, aber noch nicht davon Gebrauch gemacht); *Kischel*, EuGRZ 1997, S. 1 (7); dazu Rossi, EuR 2000, S. 197 (202 f.).

<sup>79</sup> Rossi, JZ 2002, S. 351 (352).

Gewährleistungen, welche in der Rechtsprechung des EuGH zu einer Sozialunion der Bürger ohne politische Einrahmung und weitgehend auch ohne politische Akzeptanz führt,<sup>80</sup> nicht von der Frage der Kompetenzen getrennt werden. Der Gerichtshof antizipiert sonst eine ‚finanzielle Solidargemeinschaft der Unionsbürger‘,<sup>81</sup> die beim momentanen Stand des Gemeinschaftsrechts noch nicht vorhanden ist.<sup>82</sup> Die Entscheidung hierüber lediglich dem Gerichtshof zu überlassen widerspricht dem Grundanliegen eines politischen Gemeinwesens,<sup>83</sup> welches sich nicht mehr lediglich als Zweckverband funktionaler Integration versteht.<sup>84</sup>

## B. Sozial- und Grundrechtsprechung als Kompetenzproblem und mögliche Lösungen

### I. Grundrechtsschutz im Verfassungsverbund

Die ERT-Rechtsprechung des Gerichtshofs führt, wie oben dargestellt, im Ergebnis zu einer weiteren Beschränkung der Kompetenzen der Mitgliedstaaten. Den Mitgliedstaaten wird vom Vertrag ausdrücklich oder durch die Rechtsprechung des Gerichtshofs das Abweichen von gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften eingeräumt. Der politische Gestaltungsspielraum, den die Mitgliedstaaten dadurch gewinnen, wird durch Gemeinschaftsgrundrechte wieder beschränkt. Diese Rechtsprechung, obwohl bisher weitgehend akzeptiert,<sup>85</sup> gilt es zu hinterfragen.

Der Gerichtshof begründet die Notwendigkeit europäischer Grundrechte ursprünglich aus dem Prinzip der uniformen Geltung des Gemeinschaftsrechts: Ohne Gemeinschaftsgrundrechte werde Rechtsschutz in nationalen Verfassungen gesucht, was die Einheitlichkeit des Gemeinschaftsrechts gefährde, dem keine nationale Vorschrift gleich welcher Art vorgehen könne.<sup>86</sup> Das Gemeinschaftsrecht genießt Vorrang vor dem Recht der Mitgliedstaaten, damit seine uniforme Geltung gewährleistet ist. Wenn das Gemeinschaftsrecht Vorrang auch vor nationalen Verfassungen und damit auch Grundrechten in Anspruch nimmt, ist ein funktionelles Äquivalent auf Gemeinschaftsebene zu schaffen. Dies wurde vom Gerichtshof schon früh erkannt, woraufhin er bekanntermaßen europäische Grundrechte aus den allgemeinen

---

<sup>80</sup> Vgl. *Zacher*, EuR 27, 2002, S. 147 (161 ff.).

<sup>81</sup> EuGH Rs. C- 184/ 99 (Rudy Grzelczyk) Slg. 2001, I-6293 Rn. 44.

<sup>82</sup> So auch *Martínez Soria*, JZ 2002, S. 643 (650 f.); *Tomuschat*, CML Rev. 2000, 449 (454).

<sup>83</sup> Zur Entwicklung *Joerges*, EuR 2002, 17 (26 ff.) mit einer Darstellung der Versuche, dies sozial- und rechtswissenschaftlich zu konzeptualisieren.; *Everling*, Die EU im Spannungsfeld zu nationaler Politik und Rechtsordnung, in: v. Bogdandy (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, 2003, 847 (853 ff.). Die Alternative wäre, sich mit *Halter*, ELJ 9, 2003, S. 14 (19) wieder ausschließlich auf den Marktbürger zu besinnen: „Europe’s potential lies precisely in its superficiality, in its privileging of the commercial, in its shallowness and emptiness“.

<sup>84</sup> So die mittlerweile klassische Konzeptualisierung *Hans-Peter Ipsens*, Europäisches Gemeinschaftsrecht, 1972, S. 197 ff. „Wegen ihrer rationalen Versachlichung sind sie [die Gemeinschaften] weder bestimmt noch geeignet, geistige, ideologische oder gar mythische Gehalte, die dem Staat verloren gehen oder schon gegangen sind, zu ersetzen“ (Rn. 27) ... „weil ihre Aktivität einen Gemeinsamen Markt schafft und sichert, in dem sich die Marktgesetze ohne staatlich-hoheitliche Beschränkungen entfalten können, der Markt also „funktioniert““. Dennoch war die Gemeinschaft für *Ipsen* immer auch politisch, da Wirtschaft und Politik nicht zu trennen sind (z. B. aaO S. 977).

<sup>85</sup> Vgl. *Cirker*, Die Bindung der Mitgliedstaaten an die Gemeinschaftsgrundrechte, 1999, S. 141 ff.; *Jürgensen/Schliender*, AöR 121, 1996, S. 200 (213 ff.); *Kübling*, EuGRZ 1997, S. 296 (299 f.).

<sup>86</sup> EuGH Rs. 11/70 (Internationale Handelsgesellschaft) Slg. 1970, 1125/1135; EuGH verb. Rs. 7/56 und 3-7/57 (Algera) Slg. 1957, 81, 83/118.

Rechtsgrundsätzen, die allen Mitgliedstaaten gemeinsam sind, entwickelte.<sup>87</sup> Diese Überlegungen überzeugen, solange europäische Hoheitsgewalt an die Stelle mitgliedstaatlicher Hoheitsgewalt tritt und legislativ in Form von Richtlinien und Verordnungen, oder exekutiv in Form von Entscheidungen, in Erscheinung tritt.<sup>88</sup> Es mag hier Abgrenzungsschwierigkeiten geben,<sup>89</sup> indes überzeugt die typologische Unterscheidung.

Anders aber im Anwendungsbereich der Grundfreiheiten. Hier wird den Mitgliedstaaten bereits vertraglich die Möglichkeit des Abweichens eingeräumt (Art. 30, 39 Abs. 3, 46, 55, 57, 58 EG). Zugleich hat der Gerichtshof die Möglichkeit anerkannt, Rechtfertigungen auf Grund weiterer, ungeschriebener Rechtfertigungsgründe zuzulassen.<sup>90</sup> Die Definition von Gründen, die ein Abweichen vom europäischen Recht erlauben, darf dabei nur gemeinschaftsrechtlich erfolgen: Die uniforme Erlaubnis zur Abweichung ist Voraussetzung der einheitlichen Geltung von Grundfreiheiten. In der Rechtssache *Schmidberger* argumentiert der Generalanwalt daher auch überzeugend, dass gemeinschaftsrechtlich anerkannte Grundrechte bei der Definition der Allgemeinwohlinteressen zu berücksichtigen seien.<sup>91</sup> Aus gemeinschaftsrechtlicher Perspektive räumt also der Vertrag bzw. die Rechtsprechung uniforme – das heißt an den Freiheiten gemessene und somit gemeinschaftsrechtlich determinierte – Abweichungen ein.

Die Uniformität des Gemeinschaftsrechts erfordert dagegen nicht, dass darüber hinaus europäische Grundrechte zum Maßstab mitgliedstaatlicher Regelungen werden. Im Gegenteil, der Vertrag gewährt den Mitgliedstaaten vielmehr eine relative Autonomie. Trägt das Argument ‚Uniformität‘ nicht mehr, besteht aber auch keine Notwendigkeit europäischen Grundrechtsschutzes, eine Vereinheitlichung über den „Hebel“ der gemeinschaftsrechtlichen Grundrechte verbietet sich.<sup>92</sup> Der Gerichtshof selbst hält es zwar für selbstverständlich, dass in der Gemeinschaft keine Maßnahmen als Rechtens anerkannt werden könnten, die mit der Beachtung der Menschenrechte unvereinbar sind.<sup>93</sup> Und in der Tat ist die Beachtung der Menschenrechte Ausdruck gemeinsamer Werte in der Europäischen Union. Diese Werte sind aber nicht allein auf europäischer, sondern auch auf mitgliedstaatliche Ebene verbürgt.<sup>94</sup> Im Verfassungsverbund, in dem eine komplementäre Aufgabenverteilung zwischen nationaler und europäischer Ebene stattfindet, darf daher die höhere Ebene der niedrigeren Ebene ‚vertrauen‘.

---

<sup>87</sup> Seit EuGH Rs. 44/79 (Hauer) Slg. 1979, 3727 Rn. 15; EuGH Rs. 18/57 (Nold) Slg. 1959, 89 Rn. 13. Dazu umfassend *Pernice*, Grundrechtsgehalte im Europäischen Gemeinschaftsrecht, 1979, S. 25 ff.

<sup>88</sup> So auch *Jürgensen/Schlünder*, AöR 121, 1996, S. 200 (208 ff.)

<sup>89</sup> Vgl. dazu EuGH Rs. C-94/00 (Roquette Frères SA) Slg. 2002, I-9011 und EuGH Rs. 46/87 und 227/88 (Hoechst) Slg. 1989, 2859. Zu den Schwierigkeiten bei der Umsetzung von Richtlinien s. *Thym*, Charter of Fundamental Rights: Competition or Consistency of Human Rights Protection in Europe, in: Finnish Yearbook of International Law 2002, S. 11 (24 ff.) und *Kingreen*, in Callies/Ruffert, Kommentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag, 2. Auflage 2002, EU-Vertrag Art. 6 EU Rn. 59 und 87 ff.

<sup>90</sup> Grundlegend EuGH Rs. C-120/78 (Cassis de Dijon) Slg. 1979, I-649.

<sup>91</sup> GA *Jacobs*, Schlussanträge in der beim EuGH anhängigen Rs. C-112/00 (Schmidberger): Ein Mitgliedstaat, der versuche, ein gemeinschaftsrechtlich anerkanntes Grundrecht zu schützen, verfolge automatisch ein legitimes Ziel im Sinne zwingender Erfordernisse des Allgemeinwohls. Das Gemeinschaftsrecht könne den Mitgliedstaaten nicht verbieten, Ziele zu verfolgen, die die Gemeinschaft selbst zu verfolgen hat, vgl. Rn. 102.

<sup>92</sup> So auch *Störmer*, AöR 123 (1998), S. 541 (567); ferner *Kingreen*, in Callies/Ruffert, Kommentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag, 2. Auflage 2002, EU-Vertrag Art. 6 Rn. 62, der auch keinen Anhaltspunkt für die Ausweitung der Grundrechtsverpflichtung der Mitgliedstaaten in den in Art. 6 Abs. 2 EU für die Auslegung entscheidenden Rechtserkenntnisquellen erkennt, aaO Rn. 61.

<sup>93</sup> EuGH Rs. C-260/89, (ERT) Slg. 1991, I-2925 Rn. 41; Rs. C-299/95, (Kremzow) Slg. 1997, I-2629 Rn. 14.

<sup>94</sup> Für Sachverhalte ohne grenzüberschreitenden Bezug erkennt daher auch der Gerichtshof die Geltung nationaler Grundrechte ohne weiteres an, vgl. EuGH Rs. C-299/95 (Kremzow) Slg. 1997, I-2629; EuGH Rs. C-309/96 (Annibaldi) Slg. 1997, I-7493.

Grundrechtsschutz darf in konkreter Umsetzung des Prinzips der Subsidiarität ‚delegiert‘ werden. Hier liegt der Unterschied zu einem Bundesstaat wie der Bundesrepublik Deutschland,<sup>95</sup> wo es einen solchen Verbund auf Grundrechts- bzw. Verfassungsebene nicht gibt, sondern vielmehr das Grundgesetz mit seinen Werten und Grundrechten auch die Hoheitsausübung auf regionaler, das heißt Länderebene determiniert.<sup>96</sup> Die ERT-Rechtsprechung des Gerichtshofs droht damit einen grundlegenden Unterschied zwischen Grundfreiheiten und europäischen Grundrechten zu verwischen. Grundfreiheiten sind primär an die Mitgliedstaaten gerichtet<sup>97</sup>, sie wirken wie ein Gleichheitsgebot aus Gründen der Nationalität und beanspruchen Vorrang auch vor nationalen Grundrechten. Der allgemeine Gleichheitssatz<sup>98</sup> im Gemeinschaftsrecht und europäische Grundrechte hingegen gelten generell nur für die Gemeinschaft – für die Mitgliedstaaten indes also allein dann, wenn sie gemeinschaftsrechtlich determiniert handeln.<sup>99</sup> Wird nun jede nationale Maßnahme, die in den Anwendungsbereich der Grundfreiheiten fällt – aber nicht gemeinschaftsrechtlich determiniert ist, sondern originär mitgliedstaatlicher Hoheitsgewalt entspringt –, nicht nur dahin gehend geprüft, ob sie aus Gründen der Nationalität diskriminiert wird, sondern findet vielmehr eine vollständige Prüfung am Maßstab europäischer Grundrechte statt, bleibt von diesem Unterschied zwischen Grundfreiheiten und Grundrechten nicht mehr viel übrig. Bewusst halten sich die Verträge hier zurück. Dies sollte auch für den Gerichtshof gelten. Die relative Offenheit, die auch Abweichungen zwischen den Grundrechtskatalogen der Mitgliedstaaten zulässt, in denen sich Geschichte und insbesondere politische Kultur des jeweiligen Mitgliedstaates spiegeln,<sup>100</sup> kennzeichnen gerade den grundrechtlichen Verfassungsverbund.

Kann somit Hoheitsgewalt durch nationale Grundrechte in ihrer Funktion als Abwehrrechte begrenzt werden, kommen europäische Grundrechte nicht zur Anwendung. Nur dort, wo nationale Grundrechte auf Grund des Vorrangs von Gemeinschaftsrecht Hoheitsgewalt nicht mehr begrenzen können, sind europäische Grundrechte nicht subsidiär.<sup>101</sup> Es entsteht so eine dem Verfassungsverbund immanente Verflechtung der Verfassungsebenen sowie eine komplementäre kompetenzadäquate Aufteilung der Aufgaben. Insbesondere letzteres ist auch in Anbetracht der Erweiterung notwendig, wollen sich EuGH und EuG nicht als europäische „Supergerichte“ – mit der damit verbundenen starken Zentralisierungstendenz und Arbeitsüberlastung – etablieren.

In der Konsequenz beinhaltet das Konzept des Verbunds also den Grundsatz, dass erst dann, wenn der europäische Gesetzgeber tätig wird, wenn also zum Beispiel nationales Recht harmonisiert ist, am Maßstab europäischer Grundrechte gemessen wird. Im Verfassungsverbund bilden daher nationale und europäische Verfassung gemeinsam die Grundlage für die Ausübung der Verfassungsfunktionen in einem integrierten gesamteuropäischen Gemeinwesen. Wenn jedoch europäische und nationale Ebene komplementär, ja kooperativ zusammen wirken,<sup>102</sup> muss

---

<sup>95</sup> Hierzu auch *Jarass*, AöR 121, 1996, S. 174 (194 f).

<sup>96</sup> Hier herrscht ein größeres Maß an Homogenität, obwohl es auch im Bundesstaat zu Grundrechtskollisionen kommen kann, vgl. BVerfGE 96, S. 345 ff. und *Enders*, JuS 2001, S.462 ff.

<sup>97</sup> Zur Begründung überzeugend *Möstl*, EuR 2002, S. 318 (325 ff.).

<sup>98</sup> Dazu allgemein *Kischel*, EuGRZ 1997, S. 1 ff.

<sup>99</sup> Dazu allgemein *Kingreen*, in *Callies/Ruffert*, Kommentar zum EU-Vertrag und EG-Vertrag, 2. Auflage 2002, EU-Vertrag Art. 6 Rn. 57 und 59.

<sup>100</sup> GA *Jacobs*, Schlussanträge zur beim EuGH anhängigen Rs. C-112/00 (*Schmidberger*) Rn. 97.

<sup>101</sup> Im Ergebnis ebenso *Kingreen/Störmer*, EuR 1998, S. 263 (281 ff.); *Störmer*, AöR 123, 1998, S. 541 (567).

<sup>102</sup> *Pernice*, DVBl. 2000, S. 847 (854 ff.); vgl. auch *Pernice*, in: *Dreier*, Grundgesetz, Bd. I, Art. 23 Rn. 67: „Unter dem Gesichtspunkt der Subsidiarität muss der geforderte Ausbau der sozialen Dimension der Gemeinschaft die gewachsenen Sozialordnungen in den Mitgliedstaaten berücksichtigen“; *Thym*, *European Constitutional Theory and*

auch Platz für genuine mitgliedstaatliche Kompetenzausübung sein. Dies gilt, wie gezeigt, insbesondere auch für den Grundrechtsschutz. Ansonsten besteht, wie *Kingreen/Störmer* es anschaulich beschrieben haben, die Gefahr, dass „eine von der Rechtsprechung dominierte Vergemeinschaftung eintritt, die die Kompetenzverteilung zwischen den verschiedenen Ebenen überspielt“.<sup>103</sup> Das Konzept des Verfassungsverbund streitet so gegen die Konzentration des Grundrechtsschutzes auf europäischer und für eine dezentralisierend wirkende Kooperation von europäischer und mitgliedstaatlicher Ebene. Die Diskussion im Europäischen Konvent über die Zukunft der Europäischen Union um die Aufnahme der Grundrechtecharta in den zukünftigen Verfassungsvertrag sollte zum Anlass genommen werden, den Anwendungsbereich europäischer Grundrechte in diesem Sinne noch klarer zu formulieren.<sup>104</sup>

## II. Die Notwendigkeit einer politischen Sozialunion

Im Sozialversicherungsbereich stellt sich die Frage, ob die neue expansive Rechtsprechung des Gerichtshofs über die bisherige Koordinierung hinaus gehende Rechtsetzungsmaßnahmen der Gemeinschaft erfordert – und ob man diese auf bestehende Rechtsgrundlagen stützen kann oder, gerade auch vor dem Hintergrund des laufenden Verfassungskonvents, gegebenenfalls neue Kompetenzen im Vertrag schaffen sollte. Dies vor allem deshalb, weil ansonsten möglicherweise gewachsene sozialversicherungsrechtliche Strukturen auf Grund eines durch die Rechtsprechung ermöglichten „Gesundheitsshoppings“ in Frage gestellt werden,<sup>105</sup> auf jeden Fall jedoch, um eine notwendige politische Diskussion um das Europäische Sozialmodell der Zukunft zu führen.<sup>106</sup>

Man mag die oben skizzierte Rechtsprechungsentwicklung im Sozialrecht unter dem Blickwinkel des Individualschutzes und der Rechtseinheitlichkeit begrüßen. Bedenklich ist jedoch, dass die geschilderte Erweiterung des Anwendungsbereichs des Gemeinschaftsrechts durch den Gerichtshof dazu führt, politische Entscheidungen zu antizipieren. Politische Diskussionen, die auch zur Entwicklung einer gemeinschaftlichen Identität führen könnten,<sup>107</sup> werden dadurch einmal mehr durch die Normativität des Faktischen überrollt. Bereits auf Grundlage der geltenden Kompetenzgrundlagen und auch im Rahmen des Verfassungskonvents sollte über

---

the Post-Nice Process in: Andenas/Usher (Hrsg.), *The Treaty of Nice, Enlargement and Constitutional Reform*, 2002, (i. E.) unter II.

<sup>103</sup> *Kingreen/Störmer*, EuR 1998, S. 263 (265).

<sup>104</sup> Abl. C 364, 1. Artikel 51 der Charta spricht von „Durchführung des Unionsrechts“, nicht mehr vom „Anwendungsbereich“. Die Erläuterungen des Präsidiums verweisen indes auf die ERT Rechtsprechung des Gerichtshofs. Zur Diskussion, ob Artikel 51 Abs. 1 der Charta bereits in seiner jetzigen Form die bisherige Grundrechtsprechung des Gerichtshofs begrenzt, vgl. für eine restriktive Interpretation *de Witte*, MJ 2001, S. 81 (86), der den Gerichtshof unter Druck sieht, von seiner bisherigen Rechtsprechung abzuweichen; ebenso *Lenaerts*, CJEL 2000, S. 18 ff. und *Besselink*, MJ 2001, S. 68 (80); im Ergebnis auch *Thym*, *Charter of Fundamental Rights: Competition or Consistency of Human Rights Protection in Europe*, in: *Finnish Yearbook of International Law* 2002, S. 11 (28 f.). Dagegen indes *Griller*, *Der Anwendungsbereich der Grundrechtecharta und das Verhältnis zu sonstigen Gemeinschaftsrechten, Rechten aus der EMRK und zu verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechten*, in: *Duschanek/Griller*, *Grundrechte für Europa. Die EU nach Nizza*, 2002, S. 131 (144), der eine restriktive Interpretation von Art. 51 Abs. 1 der Charta für „künstlich und unangemessen“ hält. Wie hier für eine Klarstellung *Pernice*, *The Charta of Fundamental Rights in the Constitution of the European Union*, WHI-Paper 14/02, [www.whi-berlin.de/pernice-fundamental-rights.htm](http://www.whi-berlin.de/pernice-fundamental-rights.htm), S. 20.

<sup>105</sup> So z. B. auch mit Blick auf die Osterweiterung *Scheffer*, ZRP 36, 2003, S. 55 (58).

<sup>106</sup> Näher hierzu auch im Hinblick auf die Verfassungsdebatte *Linder/Steinberg*, *Berliner Republik* 2/2003, S. 64 ff.

<sup>107</sup> Das Fehlen einer solchen, die eng mit dem Begriff des Volkes verknüpft ist, war z. B. für *Grimm*, *Braucht Europa eine Verfassung?* JZ 1995, S. 581 ff. der Hauptgrund, Europa die Verfassungsfähigkeit abzusprechen. Auch in jüngerer Zeit wird das Fehlen eines solchen bzw. der dadurch resultierenden Unmöglichkeit für die Mitglieder eines (supranationalen) Gemeinwesens, sich als „Träger einer bestimmten Allgemeinheit erkennen [zu] können und wollen“, als Indiz für die Schwierigkeit, ja Unmöglichkeit gewertet, Demokratie ohne Staat zu konzeptualisieren, so z. B. *Volkmann*, AöR 127, 2002, S. 575 (601).

erweiterte Gemeinschaftskompetenzen und Nutzung der vorhandenen Kompetenzen im Sozialbereich diskutiert werden. Die Union muss – und kann – auch politisch zu einer Sozialunion ausgebaut werden.

Diese Problemlage wird zutreffend im Hinblick auf die im Rahmen des Verfassungskonvents geführte Kompetenzdebatte von *Jürgen Schwarze* angesprochen, der ausführt,

„der hier zu Tage tretende Konflikt zwischen den Erfordernissen des Binnenmarktes, der durch die Grundfreiheiten des gemeinsamen Marktes konstituiert wird, und den Regeln über die Zuständigkeitsverteilung zwischen Gemeinschaft und Mitgliedstaaten für bestimmte Politikbereiche, läßt hinreichend deutlich werden, wie schwierig es sein kann, bei komplexen Sachverhalten und sich überlappenden Fragestellungen bestimmte Gebiete möglichst eindeutig bestimmten Kompetenzträgern zuzuordnen“<sup>108</sup>.

Damit rückt jedoch wieder die Kompetenzfrage in den Mittelpunkt: Welche Aufgaben des politischen mehrstufigen Gemeinwesens,<sup>109</sup> zu dem ausweislich der Aufgaben- und Zielbestimmungen des Vertrages auch ein „hohes Maß an sozialem Schutz“ sowie „eine Sozialpolitik mit einem Europäischen Sozialfonds“ gehören, sind in erster Linie gemeinschaftlich, welche mitgliedstaatlich zu lösen.<sup>110</sup>

### 1. *Kompetenzen der Gemeinschaft für das Sozial(versicherungs)recht*

Im Rahmen der gemeinschaftlichen Sozialpolitik spielte, wie *Hans F. Zacher* schreibt, eine eigenständige, primäre (im Sinne von originär gemeinschaftlich) Sozialpolitik anfangs nur eine geringe Rolle.

„Daneben spielt vielmehr die abgeleitete, sekundäre Sozialpolitik eine beträchtliche Rolle. ‚Sekundäre Sozialpolitik‘ verstanden als Sozialpolitik, die in Dienst genommen ist, um *Nicht Sozialpolitik* zur realisieren. Die Bedeutung dieser sekundären Sozialpolitiken zählt zu den eigentümlichsten Zügen des ‚sozialen Europas‘“<sup>111</sup>.

Mit anderen Worten: Sekundäre Sozialpolitiken wie die oben genannten Verordnungen des koordinierenden Sozial- und des Aufenthaltsrechts,<sup>112</sup> vor allem gestützt auf Art. 51 EGV (42 EG) und 49 EGV (40 EG), gelegentlich auch auf Art. 235 (308 EG) dienten und dienen vor allem der Errichtung des Gemeinsamen Marktes und hierbei insbesondere der effektiven Gewährleistung der Freizügigkeit. Weder die Verordnung 1408/71 noch die Verordnung 1612/68 hat im übrigen das Ziel, die Regelungen über die soziale Sicherheit und Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen zu vereinheitlichen.<sup>113</sup> Es werden lediglich bestehende Ansprüche und

---

<sup>108</sup> *Schwarze*, JZ 1998, S. 1077 (1085).

<sup>109</sup> S. zur Konzeptualisierung der Europäischen Union als Mehrebenensystem aus der Literatur nur exemplarisch *Schuppert*, Demokratische Legitimation jenseits des Nationalstaates. Einige Bemerkungen zum Legitimationsproblem der Europäischen Union, in: *Heyde/Schaber*, Demokratisches Regieren in Europa?, 2000, S. 65 (76 ff.); *Mayer*, Kompetenzüberschreitung und Letztentscheidung, 2000, S. 31 ff.. Die konsequente rechtliche Weiterentwicklung ist das von *Pernice* entwickelte Konzept des „Europäische Verfassungsverbunds“. Dazu *Pernice*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, Bd. II, Art. 23 Rn. 20.

<sup>110</sup> Das hier ein ständiges Spannungsverhältnis besteht, was mit nicht zu unterschätzenden Problemen verbunden ist, hat *Scharpf*, PVS 26, 1985, S. 323 ff. anschaulich mit dem Begriff „Politikverflechtungs-Falle“ belegt.

<sup>111</sup> *Zacher*, EuR 37, 2002, S. 147 (152). Hervorhebung von den Verf. Zu Versuchen, zu einer Harmonisierung zu gelangen, s. *Coursier*, La permanence des particularismes nationaux, in: Bourinet (Hrsg.), Union européenne et protection sociale, 2002, S. 17 (18 f.).

<sup>112</sup> S. oben Fn. 4, 28, 29 und 30.

<sup>113</sup> *Schrammel/Winkler*, Arbeits- und Sozialrecht der Europäischen Gemeinschaft, 2002, S. 142 f.; *Rodière*, Droit communautaire de la protection sociale, in: Bourinet (Hrsg.), Union européenne et protection sociale, 2002, S. 9 ff; allerdings wird zu Recht darauf hingewiesen, dass auch eine Koordinierung harmonisierende Effekte haben kann, so *Ruellan*, Vers un dépassement des spécificités nationales? in: Bourinet (Hrsg.), Union européenne et protection sociale, 2002, S. 33 (36).

solche, die an die objektive Arbeitnehmereigenschaft anknüpfen, gesichert. Die von der Kommission geplante Neufassung der Verordnung 1408/71 ändert am Koordinierungsprinzip nichts, auch wenn durch sie der Katalog der „exportfähigen Leistungen“ erweitert wird und die soziale Sicherung pauschal – ohne Verknüpfung mit der Staatsangehörigkeit – zur (sozialrechtlichen) Qualifikation als Arbeitnehmer ausreichen soll.<sup>114</sup> Es stellt sich dann aber die Frage, wie weit diese ‚sekundäre Sozialpolitik‘ reicht. Soll sie lediglich koordiniert werden, oder weiter gehend zu einer Vereinheitlichung der mitgliedstaatlichen Sozialvorschriften führen .

Der wohl durch die Rechtsprechung induzierte Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen,<sup>115</sup> der eine drastische Vereinfachung des bislang in den genannten zwei Verordnungen und neun Richtlinien geregelten Einreise- und Aufenthaltsrechts anstrebt, nimmt nur vorsichtige Schritte zur Verwirklichung einer Sozialunion vor. Allerdings würde er mehr noch als das bestehende Koordinationsrecht, was auch bereits harmonisierende Tendenzen aufweist, Harmonisierungseffekte haben.<sup>116</sup> Immerhin soll nach vier Jahren ein Recht auf Daueraufenthalt entstehen, welches gemäß der Begründung

„mehrere wichtige Rechte [beinhaltet], wie das Recht auf Sozialhilfe im Aufnahmemitgliedstaat für alle Begünstigte der Richtlinie oder das Verbot der Abschiebung“<sup>117</sup>.

Die Richtlinie soll auf Art. 12, 18 Abs. 2, 42, 44 und 52 EG gestützt werden. Durch den Vertrag von Nizza ist jedoch ein neuer dritter Absatz 3 in Art. 18 EG eingefügt worden, demzufolge Bestimmungen über die soziale Sicherheit oder den sozialen Schutz nicht auf der Grundlage von Art 18 Abs. 2 EG erlassen werden können. Ferner sieht der modifizierte Art. 137 Abs. 2 lit. a „unter Ausschluss jeglicher Harmonisierung“ eine offene Koordinierung auch auf dem Gebiet der sozialen Ausgrenzung und der Modernisierung der Systeme der sozialen Sicherheit (Art. 137 Abs. 1 lit. j und k) vor.<sup>118</sup> Für diese Bereiche ist somit explizit die Möglichkeit der Festsetzung von Mindeststandards ausgeschlossen worden. Der Gerichtshof hat darüber hinaus entschieden, dass andere Kompetenzgrundlagen nicht genutzt werden dürfen, um spezielle Harmonisierungsverbote zu umgehen.<sup>119</sup> Eine Rechtsangleichung im Sozialbereich über Art. 40 und 42 EG scheint daher ausgeschlossen. Als Konsequenz konnte das Aufenthaltsrecht mit Ansprüchen im Bereich der sozialen Sicherheit zumindest in Anbetracht der nun geltenden Rechtslage lediglich in der Begründung „versteckt“ werden.

Auch eine Verwirklichung der Sozialunion über Art. 95 EG scheint nach Einfügung des Abs. 3 in Art. 18 EG sowie der Abs. 2 und 4 in Art. 137 EG problematisch. Maßnahmen der sozialrechtlichen Gleichstellung der Arbeitnehmer können zwar grundsätzlich in den Anwendungsbereich von Art. 95 EG fallen. Bedingung dafür ist, dass ein auf Grundlage von Art.

---

<sup>114</sup> Art. 1 und 2 des Vorschlags für eine Verordnung (EG) des Rates zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit KOM (1998) 779 endg. ABl. 1999 Nr. C 38/08. Vgl. Dazu auch den „Bericht der hochrangigen Arbeitsgruppe unter Vorsitz von Simone Veil“, Kapitel III S. 39 ff. Näher *Eichenhofer*, Plädoyer für ein vereinfachtes Europäisches koordinierendes Sozialrecht, Diskussionspapiere zu Staat und Wirtschaft 4/1999, S. 13 ff.

<sup>115</sup> KOM(2001) 257 vom 23. 5. 2001.

<sup>116</sup> Zutreffend daher *Bieback*, NZS 2001, S. 561, der ausführt, die EG habe keine Kompetenz zur Etablierung eines *eigenen* Systems sozialer Sicherheit.

<sup>117</sup> Begründung zu Art. 17 des Vorschlags der Kommission KOM(2001) 257 S. 18.

<sup>118</sup> S. hierzu auch den Bericht über den sozialen Schutz in Europa vom 21. 3. 2000, Komm(2000) 163 endgültig S. 23 f.

<sup>119</sup> So der Gerichtshof zu Art. 129 EG (jetzt Art. 152 EG) in EuGH Rs. C-376/98 (Bundesrepublik Deutschland/Europäisches Parlament und Rat der EU, „Tabakwerberichtlinie“) Slg. 2000, I-8419 Rn. 79. Hieran würde wohl mittlerweile auch eine Nutzung von Art. 308 und Art. 94 EG scheitern, da das Argument hierauf übertragbar ist. Zuvor wären dies sicherlich denkbare Kompetenzgrundlagen gewesen, s. *Rodière*, Droit communautaire de la protection sociale, in: Bourinet (Hrsg.), Union européenne et protection sociale, 2002, S. 9 (12).

95 EG erlassener Rechtsakt tatsächlich den Zweck haben muss, die Voraussetzungen für die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarktes zu verbessern.<sup>120</sup> Der Anwendung des Art. 95 EG steht aber neben dem genannten Umgehungsverbot Art. 95 Abs. 2 EG entgegen, der Steuern, Freizügigkeit und Rechte und Interessen der Arbeitnehmer explizit ausnimmt.

Eine sozialrechtliche Gleichstellung *aller* Unionsbürger durch Gemeinschaftsmaßnahmen würde ohnehin nicht der Errichtung und dem Funktionieren des Binnen- bzw. Gemeinsamen Marktes im überkommenen Sinne entsprechen.<sup>121</sup> Zwar ist es an der Zeit, das Binnenmarktkonzept zu erweitern und auch die politische und soziale Dimension zu berücksichtigen. Ob der Gerichtshof angesichts seiner im organisationsrechtlich kompetenziellen Sinne zunehmend restriktiven Rechtsprechung dies allerdings akzeptieren würde,<sup>122</sup> erscheint fraglich.

Zwar ist die Vergemeinschaftung der primären Europäischen Sozialpolitik durch das Protokoll zur Sozialpolitik zum Vertrag von Maastricht, das mit Amsterdam in den Vertrag eingefügt wurde (Art. 136 ff. EG), ein großes Stück voran gekommen.<sup>123</sup> Dennoch können auch hiernach lediglich Bedingungen für eine adäquate Sicherheit *der Arbeitnehmer* geschaffen werden.<sup>124</sup> Eine Sozialunion auch für Nicht-Arbeitnehmer erscheint daher momentan ausgeschlossen.<sup>125</sup>

Die soziale Sicherung im Europäischen Verfassungsverbund hat also nach wie vor in einem Kooperationsverhältnis, einer Politikverflechtung zu erfolgen. Eine klare Kompetenzabgrenzung ist hier schwierig. Eine Koordinierung der nationalen Sozialpolitiken findet lediglich durch die Methode der Offenen Koordinierung statt<sup>126</sup>. Die jeweiligen Ebenen sollten jedoch aufeinander Rücksicht nehmen. Das heißt im Ergebnis, dass die organisationsrechtliche Kompetenzverteilung auch im Rahmen der materiellen Grundrechts- und Grundfreiheitenrechtsprechung zu beachten ist. Dies führt im Einklang mit der Rechtsprechung nicht zu einer Verneinung des Anwendungsbereichs des Vertrages im Rahmen der Grundfreiheiten und des Diskriminierungsverbotes. Mitgliedstaatliche Regelungskompetenz zur Verwirklichung eines Europäischen Gemeinwohls ist jedoch bei der Rechtfertigung oder der Verhältnismäßigkeitsprüfung stärker, als es der Gerichtshof bisher tut, im Rahmen einer vertikalen praktischen Konkordanz im Verfassungsverbund zu berücksichtigen.<sup>127</sup> Dies gerade auch in Bereichen wie Teilen des Sozialrechts und der Beschäftigungsförderung, wo der Mehrwert einer Vergemeinschaftung über den bestehenden Stand hinaus zweifelhaft bzw. politisch (noch) nicht durchsetzbar erscheint. Der Vertrag von Nizza unterstreicht diese Position, da im neuen Art. 137 Abs. 4 EG explizit bestimmt ist, dass das Gemeinschaftsrecht die

---

<sup>120</sup> EuGH aaO.

<sup>121</sup> Zu den Konzepten und ihren Spannungen weiterführend *Mortelmans*, CML Rev. 35, 1998, S. 101 ff.; Schubert, Der Gemeinsame Markt als Rechtsbegriff – Die allgemeine Wirtschaftsfreiheit des EG-Vertrages, 1999, S. 133 ff.

<sup>122</sup> Neben dem Tabakwerbe-Urteil ist hier insbesondere die Entscheidung EuGH Rs. C-186/01 (*Dory*) Rnrrn. 39 ff. zu nennen.

<sup>123</sup> Dazu *Joussen*, ZIAS 2000, S. 191 ff.

<sup>124</sup> Näher *Schrammel/Winkler*, Arbeits- und Sozialrecht der Europäischen Gemeinschaft, 2002, S. 143 f.

<sup>125</sup> Auch der Rückgriff auf Art. 308 EG ist (wohl) ausgeschlossen, *Martínez Soria*, JZ 2002, S. 643 (645); *Wilms*, Soziale Sicherung durch Europäische Integration, 1990, S. 33; *Bieback*, NZS 2001, S. 652; wohl auch *Rossi*, JZ 2002 S. 351 (352); im Ergebnis auch *Zacher*, EuR 37, 2002, S. 147 (157 f.).

<sup>126</sup> Näher *Hodson/Maber*, JCMS 39, 2001, S. 719 ff; *Heise*, integration 24, 2002, S. 390 - 402.

<sup>127</sup> So auch – mit anderer Terminologie - *Scharpf*, JCMS 40, 2002, S. 645 (659); *Schwarze*, EuZW 12, 2001, S. 334 (339); *Bieback*, Rechtliche und politische Dimensionen der EU-Gesundheitspolitik, in: Igl (Hrsg.) Europäische Union und gesetzliche Krankenversicherung, 1999, S. 663; *V. Dannewitz*, EuZW 13, 2002, S. 237 (242); *P. Steinberg*, The Social Aspects of European Public Procurement Law and the European Economic Constitution, in: Snyder (Hrsg.), The European Union and Governance, 2003, i. E.; ablehnend, da "eine Präferenz zugunsten der grenzüberschreitenden Wettbewerbsfreiheit" bestünde *Hatje*, Wirtschaftsverfassung, in: V. Bogdandy (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, 2003, S. 683 (743).

Kompetenz der Mitgliedstaaten, ihre Sozialsysteme zu organisieren, nicht berührt. Soll diese Formel mit Leben gefüllt werden, muss die Rechtsprechung darauf reagieren. Das heißt nichts anderes, als dass die Kompetenzverteilung im hier dargestellten Sinn auch Eingang in die materielle Rechtsprechung findet.

## 2. Die Notwendigkeit positiver Integration

*Fritz Scharpf* hat diesen Zustand, unter anderem auch die Rechtsprechung zum Sozialversicherungsrecht aufnehmend, wie folgt auf den Punkt gebracht:

„But, as was true of dental care abroad, retail price maintenance for books, public transport, or publicly owned banks, the only thing that stands between the Scandinavian welfare state and the market is not a vote in the Council of Ministers or in the European Parliament, but merely the initiation of treaty infringement proceedings by the Commission or legal action by potential private competitors before a national court that is then referred to the European Court of Justice for a preliminary opinion“<sup>128</sup>.

Das Vorgehen der Kommission in den ‚Goldenen Aktien‘-Fällen hat diese Feststellung noch einmal eindrucksvoll belegt.<sup>129</sup> Damit wird der politische Unionsbürger aber im Ergebnis auf einen unpolitischen Marktbürger, dem im Rahmen der Freizügigkeit auch soziale Ansprüche zugestanden werden, reduziert, ohne dass er die Möglichkeit hat, das supranationale politische Gemeinwesen Europäische Union im Sozialbereich auf nationaler oder mitgliedstaatlicher Ebene mitzugestalten. Zwar ist gemäß den Schlussfolgerungen der Konvents-Arbeitsgruppe Ordnungspolitik geplant, die Methode der Offenen Koordinierung zu konstitutionalisieren.<sup>130</sup> Was das genau heißt, ist allerdings unklar. Zwingende Maßnahmen werden im Rahmen der offenen Koordinierung nicht ergriffen. Vielmehr soll durch Vergleich der jeweils angewandten Politiken, verbessertem Informationsaustausch und dadurch festgelegte „beste Standards“ die beste Lösung gefunden werden.<sup>131</sup> Diese Methode wird vor allem im Bereich der Beschäftigung, aber auch der Bildungs- Kultur-, Sozial-, Migrations- und Umweltpolitik angewandt, wo die Gemeinschaft in der Regel keine Rechtsetzungskompetenzen hat oder nicht zentralisiert Recht setzen will (z. B. in gewissen Bereichen der Umweltpolitik), aber auch im Bereich der Wirtschaftspolitik. Grundsätzlich sind jedoch immer noch die Mitgliedstaaten für diese Bereiche zuständig. Auf Dauer ist diese Methode zumindest im Bereich der Sozialpolitik ungenügend. Da keine gemeinschaftsweiten Standards gesetzt werden können, kann auf den weiten Anwendungsbereich des materiellen Gemeinschaftsrechts politisch nicht reagiert werden.

In der Tat ist festzustellen, dass angesichts der mittlerweile vorhandenen Heterogenität der Mitgliedstaaten eine Harmonisierung der sozialen Standards nur noch schwer erreichbar wäre.<sup>132</sup> Denkbar ist es jedoch, für gemeinschaftliche Mindest-Standards auch im Bereich der sozialen Inklusion sowie der Modernisierung der Systeme der sozialen Sicherung neue Kompetenzen z. B. im Rahmen der Art. 136 ff. EG zu schaffen.<sup>133</sup> Diese wären – entweder primärrechtlich oder im Rahmen von Richtlinien, die Differenzierung erlauben – durch die Möglichkeit national höherer Schutzstandards sowie die Möglichkeit, unterschiedliche finanzielle Belastungen zu

---

<sup>128</sup> *Scharpf*, JCMS 40, 2002, S. 645 (657).

<sup>129</sup> Vgl. GA *Colomer* Schlussanträge zu Rs. C-367/98, C-483/99 und C-503/99 (Kommission gegen Belgien/Frankreich/Portugal, ‚Golden Shares I-III‘) Rnrn. 65 f. zur Frage, welchen Regelungsspielraum Mitgliedstaaten noch aus Art. 295 EG haben sowie die „Antwort“ in EuGH Rs. C-367/98 (Kommission gegen Portugal, ‚Golden shares III‘) Rn. 48.

<sup>130</sup> Abschlussbericht der Arbeitsgruppe VI „Ordnungspolitik“ CONV 357/02 S. 5 f.

<sup>131</sup> Nachweise oben Fn. 126.

<sup>132</sup> Näher *Huber/Stephens*, *Development and Crisis of the Welfare State*, 2001; *Scharpf*, JCMS 40, 2002, S. 645 (649 ff.); eine gründliche Analyse der momentan praktizierten Strategie gibt *Atkinson*, JCMS 40, 2002, S. 625 ff.

<sup>133</sup> So der Vorschlag von *Scharpf*, JCMS 40, 2002, S. 645 (663).

berücksichtigen,<sup>134</sup> zu flankieren. Hier könnten auch Rahmenrichtlinien, wie sie von der Kommission als neues Mittel der Europäischen Governance ins Spiel gebracht worden sind, zum Einsatz kommen.<sup>135</sup> Die generelle Koordinierung könnte nach wie vor durch die Methode der Offenen Koordinierung erfolgen. Mit dem Vertrag von Nizza sind die genannten Bereiche zwar explizit in Art. 137 aufgenommen worden, allerdings lediglich als Bereiche der offenen Koordinierung unter Ausschluss jeglicher Harmonisierung. Dies erscheint angesichts der dargestellten Lage als unzureichend.<sup>136</sup> Zwar wurde in Abs. 3 auch das Verbot der finanziellen Belastung durch Gemeinschaftsakte aufgenommen. Ob damit aber insbesondere die Rechtsprechung zu einer Revision des bisherigen Ansatzes veranlasst wird, erscheint fraglich, da ökonomische Aspekte auch im Europarecht noch nicht zum allgemein anerkannten Auslegungskanon gehören. Ferner berücksichtigt der Gerichtshof diese bereits formell insbesondere als Rechtfertigungsgrund, legt die Schwelle für den Nachweis aber fast unerreichbar hoch oder setzt sich mit diesbezüglichen Einwänden nicht auseinander.<sup>137</sup> Die notwendige politische Dimension der Sozialunion wird damit ohnehin nicht verwirklicht. Offene Koordinierung kann hier nur komplementär wirken. Eine Sozialpolitik nur durch offene Koordinierung würde lediglich ein europäisches Sozialmodell der wettbewerblichen Solidarität (competitive solidarity)<sup>138</sup> schaffen und darauf hinwirken, soziale Sicherungssysteme bestmöglich den Marktkräften und finanziellen Notwendigkeiten anzupassen.<sup>139</sup> Dies kann aber auch angesichts der neuen Europäischen Verfassung, die den Bürger als politischen und sozial bedürftigen Menschen in den Mittelpunkt stellt, nicht ausreichen.

Diese hier nur angerissenen Möglichkeiten, die durch die Rechtsprechung geschaffene Sozialunion auch politisch zu komplementieren, würde weder zu einer völligen Harmonisierung noch Uniformisierung der mitgliedstaatlichen Sozialordnungen führen. Sie würde es jedoch ermöglichen, (auch) der Rechtsprechung politische Vorgaben zu machen und damit den erreichten Stand der Integration wiederzuspiegeln. Insbesondere hinge die Art und Weise der Integration nicht mehr von der Einleitung eines Vertragsverletzungsverfahrens durch die Kommission bzw. individuellen Klagen ab.

## C. Fazit

Wieder einmal ist die Rechtsprechung der Politik voraus. Das durch sie verfolgte Grundanliegen ist für den einzelnen Bürger begrüßenswert und unterstreicht somit den Anspruch der Union, Bürgerunion zu sein. Allerdings wird der Aspekt des komplementären vertikalen Zusammenwirkens von Europäischer und nationalen Verfassungen vom Gerichtshof nicht ausreichend zur Kenntnis genommen. Mehr als bisher muss in Zukunft zum Ausdruck kommen, dass auch Mitgliedstaaten europäisches Gemeinwohl befördern können. Dies bedeutet, dass die Prüfungsdichte in Bereichen, die mitgliedstaatlicher Kompetenz unterfallen, in denen somit keine

---

<sup>134</sup> *Scharpf*, *Governing in Europe. Effective and Democratic?*, 1999, S. 175 ff.

<sup>135</sup> *Europäisches Regieren. Ein Weißbuch*, KOM(2001) 428 endgültig, S. 27.

<sup>136</sup> Oftmals wird die Weiterentwicklung der Offenen Koordinierung alleine als ausreichend angesehen, s. z. B. *Brusse/Hemerijck*, *Deepening Social Europe in an Enlarged Union*, in: *Dauderstädt/Witte* (Hrsg.), *Work and Welfare in the Enlarging Euroland*, 2002, S. 113 (128 ff.).

<sup>137</sup> Vgl. EuGH Rs. C-55/00 (Gottardo) Slg. 2002, I-413 Rn. 38.

<sup>138</sup> *Streeck*, *Competitive Solidarity*, in *Hinrichs/Kitschelt* (Hrsg.) *Festschrift Offe*, 2000, S. 245 ff.

<sup>139</sup> *Scharpf*, *JCMS* 40, 2002, S. 645 (658).

positive Integration möglich ist, geringer sein muss als in Bereichen, wo dies möglich ist.<sup>140</sup> Generell ist mehr Vertrauen auch in nationalen Grundrechtsschutz zu setzen.

Die vom Gerichtshof bereits weitgehend verwirklichte Sozialunion muss auch ihr politisches Pendant finden. Hierzu ist die Methode der offenen Koordinierung zu konstitutionalisieren. Weitergehend ist jedoch die Möglichkeit vorzusehen, auch im Bereich der sozialen Sicherheit und der sozialen Integration Mindeststandards zu setzen, ohne dass die differenzierten Sozialsysteme der Mitgliedstaaten hierdurch vereinheitlicht werden. Im Gegenteil, erst eine gemeinschaftliche Koordinierung kann ihre Existenz gegenüber einer undifferenzierten Anwendung von Wettbewerbsrecht und Grundfreiheiten sichern.

Der Gerichtshof muss sich der komplementären Zuständigkeiten im europäischen Verfassungsverbund bewusst sein. Dies ist, wie gezeigt wurde, teilweise bereits der Fall, ohne dass es jedoch in der Begründung der Urteile erscheint.

---

<sup>140</sup> Dezidiert für mitgliedstaatliche Autonomie auf dem Gebiete des Arbeits- und Sozialrechts *Heinzle*, Zum Einfluß des europäischen Rechts auf das deutsche Arbeits- und Sozialrecht, in Due/Lutter/Schwarze (Hrsg.), FS Everling, 1996, S. 433 (442 ff.) .