

Gleichheit in der Europäischen Union

*Christian Tomuschat**

I. Einleitung

Gleichheit, *égalité*, ist ein Postulat, das fast jeder politische Redner im Munde führt. Es soll keine Privilegien geben, niemand soll diskriminiert werden – darüber ist man sich jedenfalls in Europa schnell einig, soweit es um Gleichheit im Rechtsstatus geht, Chancengleichheit, die nicht mit Gleichheit im Besitzstand gleichzusetzen ist. Aber Gleichheit wird durchweg nur für einen begrenzten Kreis eingefordert, den Lebenskreis, der einem aus eigener Anschauung bekannt ist. Die Trennungslinie zwischen dem wir und den anderen, zwischen *us and them*, wird keineswegs gänzlich in einem dialektischen Sprung aufgehoben. Gleichheit – damit ist etwa die Gleichheit der Bürger in einer Stadt, einem Land oder vielleicht sogar, mit vielen Zweifeln, in der Europäischen Union gemeint, aber doch nicht etwa die Position des afrikanischen Flüchtlings, der erschöpft aus seinem zerbrechlichen Fahrzeug auf Lampedusa an Land klettert, auch nicht des Flugreisenden, der auf dem Frankfurter Flughafen Zwischenstation macht. Gewiss, er soll menschenwürdig behandelt werden, aber er selbst würde sich nicht anmaßen, sogleich in Deutschland die Gewährung all der Rechte anzumahnen, die dem deutschen Staatsbürger zustehen.

Ganz offenbar gibt es Rechte, die nur auf der Grundlage der Gegenseitigkeit gewährt werden. Volle Gleichheit setzt eine gewisse Solidarität voraus, die keine Selbstverständlichkeit ist. So gilt das Gleichheitsprinzip in seiner ganzen Fülle meist nur innerhalb bestimmter Lebensgemeinschaften in den unterschiedlichsten Abstufungen. Das soll im Folgenden für Deutschland und die Europäische Union näher beleuchtet werden. Die Trendlinien sind eindeutig: fast unisono wird von den Befürwortern des "Fortschritts" die Gleichstellung auch dessen gefordert, der nicht zu der konstituierenden Gemeinschaft gehört. Ausnahmen scheinen besonderer Rechtfertigung zu bedürfen. Geht es hier um Weltbürgertum gegen archaisches Stammesdenken, um Modernität gegen verstockte Rückschrittlichkeit?

* Prof. Dr. *iur.*, Berlin.

II. Der Geltungsbereich des Gleichheitssatzes

A. Geltungsbereich *ratione materiae*

1. Umfassende Gleichheit oder spezielle Diskriminierungsverbote?

Das Grundgesetz besitzt eine schlichte Radikalität: der Gleichheitsgrundsatz (Art. 3) findet überall, in allen Lebensbereichen, Anwendung. Keine einzige Materie ist von seinem Geltungsanspruch ausgenommen. Als im Zuge der deutschen Wiedervereinigung auf die besonderen Verhältnisse in den neuen Bundesländern Rücksicht genommen werden musste, wurde dies eigens durch eine neue Bestimmung im Grundgesetz abgesichert (Art. 143). Es gibt also keine Flucht vor dem Gleichheitspostulat.

Dennoch weiß jeder, dass die Zeit der großen Kodifikationen, die in abstrakter Weise an die menschliche Person als solche anknüpften, im Wesentlichen vorbei ist. Das Maßnahmegesetz ist zum bevorzugten Handlungsmittel geworden. Der moderne Leistungsstaat legiferiert, indem er ständig Unterscheidungen trifft. Das Arbeitsrecht, das Sozialrecht und das Steuerrecht sind zum Eldorado dieser zunehmend verfeinerten Distinktionen geworden. So muss sich folgerichtig auch das BVerfG immer wieder mit den schwierigsten Grenzfragen finanzieller Regelungen in diesen Sektoren auseinandersetzen und dabei häufig erst eine Feldforschung betreiben, um überhaupt zu verstehen, welche Interessen gegen welche anderen abzuwägen sind.¹ Damit ist der Bürger umfassend vor Willkür geschützt, vorausgesetzt, dass das Gericht tatsächlich die richtige Lösung findet. Aber eine Rechtllichkeit jenseits von Karlsruhe ist dem Grundgesetz bekanntlich fremd. Das Widerstandsrecht des Art. 20 Abs. 4 GG ließe sich nur in Extremsituationen aktivieren, wenn von den staatlichen Institutionen nur noch ein Trümmerfeld übrig geblieben ist.

Im europäischen Gemeinschaftsrecht wird nach dem Textbefund ein solch umfassender Anspruch nicht erhoben. Der E(W)G-Vertrag ordnete zunächst für eine Reihe von Sachbereichen die Gleichstellung der E(W)G-Ausländer mit den einheimischen Staatsbürgern an, vor allem im Hinblick auf die Marktfreiheiten: Warenverkehrsfreiheit, Freizügigkeit der Arbeitnehmer, Niederlassungsrecht, Dienstleistungsfreiheit und Kapitalverkehrsfreiheit. Ein Gleichstellungsgebot gab es ferner von Anfang an im Hinblick auf die steuerliche Behandlung ausländischer Waren: eingeführte Waren durften gegenüber im Inland produzierten Erzeugnissen nicht benachteiligt werden (heute: Art. 90 EG). Darüber hinaus statuiert eine Grundsatzregel, ursprünglich Art. 7 EWGV, heute Art. 12 Abs. 1 EG, dass im "Anwendungsbereich" des Vertrages jede Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit verboten ist.

¹ Vgl. etwa den Beschluss vom 18.7.2005, BVerfGE 113, 167 zum Risikostrukturausgleich bei den gesetzlichen Krankenkassen.

Auf den ersten Blick ist diese Abgrenzung sehr einleuchtend. Die Mitgliedstaaten der EU haben diesem Integrationsgebilde lediglich begrenzte Zuständigkeiten übertragen. Alle nicht übertragenen Materien bleiben in nationaler Zuständigkeit, wo nach wie vor eine stärkere demokratische Legitimität herrscht als auf der europäischen Ebene. Ein allgemeiner, nichtakzessorischer Gleichheitssatz wäre hinsichtlich seiner Auswirkungen schwer überschaubar, vor allem wegen des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts. Leicht könnte aus einer solchen generellen Anordnung die Folgerung gezogen werden, dass für die Gleichheitsregeln der nationalen Verfassungen überhaupt kein Raum mehr gegeben sei. Damit wären dann geradezu revolutionäre Auswirkungen verbunden, für nationale Besonderheiten bliebe noch nicht einmal mehr eine Nische. Zu Recht haben sich daher die Verfasser der allgemeinen Gleichheitsregel in Bescheidenheit geübt. Eine interessante Parallele bildet dabei die Tatsache, dass nach Art. 14 EMRK Gleichheit und Nichtdiskriminierung lediglich im Hinblick auf die übrigen materiellen Garantien der EMRK gefordert werden. Das Protokoll Nr. 12,² das den Gleichheitssatz unterschiedslos auf alle Lebensgebiete ausdehnt, hat zu Recht gerade bei den ursprünglichen Vertragsparteien (bisher?) nur geringe Zustimmung erfahren.³

Aber: was ist der Anwendungsbereich des Vertrages? Bekannt ist, dass die europäischen Integrationsverträge vor allem durch die Sekundärrechtsetzung und die Rechtsprechung des EuGH in einem dynamischen Prozess der Fortentwicklung begriffen sind, auch wenn die Gemeinschaftsorgane sich strikt im Rahmen der ihnen erteilten Ermächtigungen halten. Ebenso wenig verkündet man Neues mit der Feststellung, dass einige dieser Ermächtigungen bewusst als Flexibilitätsklauseln ausgestaltet sind, die der EU ein organisches Wachstum ermöglichen sollen (insbesondere: Art. 94, 95 EG über die Rechtsangleichung, Art. 308 EG über die Lückenschließung). Das Bundesverfassungsgericht hat im *Maastricht*-Urteil seine Sorgen über den Expansionsdrang des Gemeinschaftsrechts deutlich artikuliert,⁴ und auch in Bezug auf den NATO-Vertrag hat es sich mit ähnlichen Entwicklungen auseinandersetzen müssen⁵ – so wie sich jüngst das Gericht erster Instanz mit den Wucherungen des Kapitels VII der UN-Charta konfrontiert sah.⁶ Unvermeidlich entwickelt sich ein Rechtssystem, das seine Mitglieder mit handlungsfähigen

² Vom 4.11.2000, CETS Nr. 177.

³ Insgesamt liegen bisher 14 Ratifikationen vor, darunter von den ursprünglichen Vertragsparteien lediglich Luxemburg und die Niederlande.

⁴ BVerfGE 89, 155, 191 ff.

⁵ BVerfGE 104, 151 ff.

⁶ EuG, 21.9.2005, Rs. T-306/01 – *Yusuf*; Rs. T-315/01 – *Kadi*; 12.7.2006, Rs. T-253/02 – *Ayadi*, und dazu etwa Andreas von Arnould, UN-Sanktionen und gemeinschaftsrechtlicher Grundrechtsschutz, AVR 44 (2006), 201 ff.; Ulrich Haltern, Gemeinschaftsgrundrechte und Antiterrormaßnahmen der UNO, JZ 2007, 537 ff.; Saskia Hörmann, Die Befugnis der EG zur Umsetzung von Resolutionen des UN-Sicherheitsrates zur Bekämpfung des internationalen Terrorismus, EuR 2007, 120 ff.; Markus Kotzur, Eine Bewährungsprobe für die Europäische Grundrechtsgemeinschaft, EuGRZ 2006, 19 ff.; Mehrdad Payandeh, Rechtskontrolle des UN-Sicherheitsrates durch staatliche und überstaatliche Gerichte, ZaöRV 66 (2006), 41 ff.; Christian Tomuschat, Die Europäische Union und ihre völkerrechtliche Bindung, EuGRZ 2007, 1 ff.

Organen versehen haben, im Laufe der Zeit weiter, teilweise auch in eine Richtung, die von seinen Schöpfern ursprünglich nicht vorhergesehen worden war. Einen weiteren Schub hat das Wachstum des Gemeinschaftsrechts durch die Einführung der Unionsbürgerschaft erhalten. Schon in dem Begriff steckt eine gewisse gleichmacherische Kraft.⁷ Im Schrifttum wird diese Tendenz keineswegs schöngeredet, sondern teilweise sogar regelrecht als (fast) definitive Überwindung des Nationalstaats gefeiert.⁸ Um sich vor unliebsamen Überraschungen zu schützen, bleibt den Mitgliedern nichts anderes übrig, als die ihnen kompensatorisch zugewachsenen Mitentscheidungsbefugnisse nach besten Kräften zu nutzen, falls sie zu der Auffassung gelangen, dass in der Organisation Fehlentwicklungen drohen – was realistisch betrachtet selten der Fall sein wird, da ja internationale Organisationen unter der ständigen Kontrolle ihrer Mitglieder stehen.

Aber um die Einzelheiten der Grenzziehung zwischen Gemeinschaftsrecht und nationalem Recht geht es an dieser Stelle nicht. Festzuhalten bleibt, dass das Gemeinschaftsrecht nicht den Anspruch erhebt, generell für sämtliche Lebensbeziehungen in der Europäischen Union der 27 Mitgliedstaaten Gleichheit und Nichtdiskriminierung zu postulieren, sondern dass der Querschnittsgrundsatz Gleichheit auf die von der Gemeinschaftsrechtsordnung regulierten Sachgebiete beschränkt ist. Damit bleibt die Eigenständigkeit der nationalen Rechtsordnungen erhalten, die nach wie vor gewisse eigene politische Akzente setzen können.

An diesem Zustand sollte sich auch nach der Grundrechtecharta der Europäischen Union nichts ändern. Zwar hieß es dort in prätorischer Strenge (Art. II-80): "Alle Personen sind vor dem Gesetz gleich", und der Leser fand zudem eine lange Liste mit verbotenen Differenzierungskriterien (Art. II-81 Abs. 1), aber man musste diese Bestimmungen im Zusammenhang mit Art. II-111 Abs. 1 lesen, der den Geltungsbereich der Charta wiederum bewusst eingrenzte. Die Charta sollte für die "Organe, Einrichtungen und sonstigen Stellen" der Union und für die Mitgliedstaaten "ausschließlich bei der Durchführung des Rechts der Union" gelten. Insoweit blieb der Entwurf des Europäischen Verfassungsvertrages im bisherigen Rahmen; der VVE ließ sich nicht als das Dokument eines insgeheim geschmiedeten Komplotts deuten, mit dem die Absicht verfolgt wurde, den Mitgliedstaaten weitere Teile ihrer bislang noch gewährten Kompetenzen zu entziehen. Bekanntlich wurde auf dem Treffen des Europäischen Rates im Juni 2007 der VVE zu Grabe getragen. Ob die Charta der Grundrechte diesen Zwischentod überleben und Eingang in den nunmehr geplanten Änderungsvertrag finden wird, steht bisher nicht fest. Bekannt geworden ist lediglich, dass vor allem das Vereinigte Königreich sich der Bindung an die Fesseln der Charta entziehen will.

⁷ Dazu schon Christian Tomuschat, Staatsbürgerschaft – Unionsbürgerschaft – Weltbürgerschaft, in: Josef Drexler u.a. (Hrsg.), Europäische Demokratie, Baden-Baden 1999, 73, 74.

⁸ Vgl. insbesondere Armin von Bogdandy/Stephan Bitter, Unionsbürgerschaft und Diskriminierungsverbot. Zur wechselseitigen Beschleunigung der Schwungräder unionaler Grundrechtsjudikatur, in: Charlotte Gaitanides u.a. (Hrsg.), Europa und seine Verfassung. Festschrift für Manfred Zuleeg, Baden-Baden 2005, 309, 310, 317.

2. Kriterien verbotener Diskriminierung

a) Gleichheit nach dem Grundgesetz und dem Primärrecht des EG-Vertrages

Auch was die erlaubten oder verbotenen Kriterien einer Unterscheidung angeht, zeigt die Betrachtung erhebliche Disparitäten. Das Grundgesetz erhebt wiederum einen Totalitätsanspruch, der sich als Versuch, um jeden Preis Gerechtigkeit zu schaffen, interpretieren lässt. Alles und jedes bedarf der Rechtfertigung. Keineswegs begnügt sich das Grundgesetz damit, bestimmte Unterscheidungsmerkmale als grundsätzlich unzulässig zu brandmarken, wenngleich es solche Kataloge missbilliger Kriterien in Art. 3 Abs. 2 und 3 GG sowie überdies in Art. 33 GG enthält, wobei geradezu selbstverständlich die Gleichheit von Männern und Frauen die Spitzenposition einnimmt. Überlagert werden aber diese spezifischen Gleichheitsregeln durch das allgemeine Gleichheitsgebot des Art. 3 Abs. 1 GG, das dem Gesetzgeber wie auch der Exekutive auferlegt, bei allen ihren Schritten sachgerechte Anknüpfungen zu suchen, Gleiches gleich zu behandeln und Ungleiches ungleich, wie das BVerfG schon im ersten Bande seiner Entscheidungssammlung festgestellt⁹ und damit ein Jagdfieber ausgelöst hat, das sich bis zum heutigen Tage nicht gelegt hat. So hat sich das Gericht jüngst in einem ausführlichen Beschluss mit der Frage der Erbschaftssteuer auseinandergesetzt und die Auffassung vertreten, dass alle in einem Nachlass vorhandenen Vermögensgegenstände nach ihrem gemeinen Marktwert bewertet werden müssten, so dass etwa die Bewertungsregeln für Grundvermögen gleichheitswidrig und damit verfassungswidrig seien.¹⁰ Der Kritiker kann hier einwenden, dass ja ein Grundrecht wie der Gleichheitssatz die gleiche Behandlung von Personen und nicht von bestimmten Gegenständen fordert. Es trifft zu, dass alle Vermögensgüter irgendeiner Person zugeordnet sind, so dass erbschaftsteuerrechtliche Regelungen letzten Endes auf den Einzelmenschen durchschlagen. Dennoch bleibt, dass den primären Anknüpfungspunkt das Vermögensgut bildet und dass mit der Bevorzugung des Grundvermögens nicht automatisch auch die Bevorzugung einer bestimmten Personengruppe, gar einer sozialen Klasse, verbunden ist.¹¹ In noch drastischerer Weise wurden in einer früheren Entscheidung¹² Gegenstände miteinander verglichen, nämlich Margarine und Halbfettmargarine, also zwei Fettprodukte, die gewiss nicht als Grundrechtsträger in Betracht kommen.¹³ Auch an dieser Stelle kann es nicht um eine Kritik der Einzelentscheidung gehen. Die genannten Judikate werden lediglich als Beleg für ein gewisses Ausufern der Rechtsprechung angeführt, die meint, alles in ein Gleichheitsschema ein-

⁹ BVerfGE 1, 14, 52.

¹⁰ Beschluss vom 7.11.2006, 1 BvL 10/02.

¹¹ Bei Johanna Hey, BVerfG zur Erbschaftssteuer: Bewertungsgleichmaß und Gemeinwohlzwecke, JZ 2007, 564, 565, findet dieser zentrale Gesichtspunkt keine Erwähnung.

¹² BVerfGE 46, 246.

¹³ Für Halbfettmargarine galten Sonderregeln: "Kennzeichnungszwang", "Gestaltzwang" (lediglich bestimmte Verpackungsformen zulässig) und "Symbolzwang" (Kennzeichnung mittels eines roten Streifens).

ordnen zu müssen, auch wenn dabei gar nicht ein Vergleich zwischen verschiedenen Personengruppen zur Debatte steht. Jede Distinktion soll Ausdruck sachgerechter Überlegungen sein. Man weiß nicht so recht, ob die Richter sich hier in einer kunstvoll (selbst?) gelegten Falle verfangen haben oder ob man vielleicht die Diagnose stellen muss, dass ein Machtanspruch erhoben wird, der den Gesetzgeber generell unter richterliche Aufsicht stellen will.

Vom Ansatz her ist das europäische Gemeinschaftsrecht anders. Nach der ursprünglichen Vertragskonzeption zielte die gemeinschaftsrechtliche Gleichheit allein auf die Staatsangehörigkeit als Merkmal der Benachteiligung ab. Inländer und EG-Ausländer sollten im Gemeinsamen Markt mit seiner zunächst ausschließlich wirtschaftlich bestimmten Dimension gleichberechtigt sein. Ausdrücklich artikuliert Art. 12 EG diese Eindimensionalität: jede Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit ist verboten. Die Gründe, die hinter dieser zurückhaltenden Formulierung des Gleichheitssatzes stehen, sind leicht einsehbar. In sämtlichen Mitgliedstaaten des europäischen Integrationsgebildes setzte kurz nach dem Zweiten Weltkrieg, befördert vor allem durch die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK), eine Bewegung ein, die auch den Ausländer als Person mit einem sehr umfangreichen Rechtsstatus anerkannte, vor allem auf dem Gebiet elementarer Freiheitsrechte, weit hinaus über den Mindeststandard des völkerrechtlichen Fremdenrechts. Nicht so leicht vermochten sich die Staaten hingegen auch zu einer Gleichbehandlung auf dem Gebiet wirtschaftlicher Betätigung zu verstehen. Gerade das Grundgesetz ist deutlicher Ausdruck solcher Vorbehalte. Unmissverständlich sagt Art. 12 Abs. 1 GG, dass lediglich "alle Deutschen" das Recht haben, Beruf, Arbeitsplatz und Ausbildungsstätte frei zu wählen. Auch die Vereinigungsfreiheit (Art. 9 Abs. 1 GG) ist als Deutscherrecht ausgebildet. Durchweg liegt es in der Tradition klassischer Staatlichkeit, auf wirtschaftlichem Gebiet den eigenen Staatsangehörigen eine Präferenz zu geben und Personen anderer Staatsangehörigkeit gleiche Rechte lediglich auf der Grundlage der Gegenseitigkeit einzuräumen. Hier gab es also Reformbedarf. Der E(W)G-Vertrag ist ein Rechtsinstrument, das Gegenseitigkeit verbürgt. Jeder Mitgliedstaat der EU gewährt den Unionsbürgern aus den anderen Mitgliedstaaten wirtschaftliche Rechte und Freiheiten unter der Voraussetzung, dass seine eigenen Staatsangehörigen in den Partnerländern in den Genuss der gleichen Rechte kommen. Durch die umfassenden Zuständigkeiten der Gemeinschaftsjustiz ist im Übrigen sichergestellt, dass insoweit Rechtsnormativität und tatsächliche Praxis im Alltag nicht auseinanderdriften.

Diese strenge Ausrichtung auf die Staatsangehörigkeit als das verbotene Unterscheidungskriterium war nicht etwa blind gegenüber sonstigen Gefährdungen der Gleichheit. Denn es konnte im Jahre 1957, als der EWG-Vertrag redigiert wurde, davon ausgegangen werden, dass im Übrigen, vor allem in Ansehung allgemeiner bürgerlicher Rechte und Freiheiten, die Gleichbehandlung der Angehörigen aus den anderen Mitgliedsländern der Gemeinschaft nicht nur auf Grund der nationalen Verfassungen, sondern auch auf Grund der Europäischen Menschenrechtskonvention sichergestellt sein würde. Später kamen dann noch der Internationale Pakt über bürgerliche und politische Rechte der Vereinten Nationen wie auch der Paral-

lelpakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte hinzu. In der Tat war das große Manko allein die wirtschaftliche Benachteiligung des Ausländers, die ja durch die soeben genannten Menschenrechtsübereinkommen nicht behoben wird. Weder die Europäische Menschenrechtskonvention noch die beiden Weltpakte enthalten eine Garantie der Aufnahme einer wirtschaftlichen Betätigung. Das Potential des Art. 6 des Internationalen Paktes über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte, der das "Recht auf Arbeit" anerkennt, welches die "Möglichkeit" ("*opportunity*") umschließt, "seinen Lebensunterhalt durch frei gewählte oder angenommene Arbeit zu verdienen", ist bisher nicht ausreichend aktiviert worden. Der Ausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte stellt zwar in seinen allgemeinen Bemerkungen über das Recht auf Arbeit fest, dass "*every individual*" das Recht auf Arbeit habe, ist aber ganz offensichtlich davor zurückgeschreckt, klare Aussagen über die Rechte von Ausländern insgesamt, vor allem auch von Flüchtlingen und illegalen (undokumentierten) Einwanderern, zu machen.¹⁴ In der Praxis nimmt bis zum heutigen Tage fast jeder Vertragsstaat des Paktes über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte die Befugnis für sich in Anspruch, Arbeitserlaubnisse und Erlaubnisse zu selbstständiger beruflicher Tätigkeit nach freiem Ermessen zu vergeben, lediglich anhand eigener Zweckmäßigkeitserwägungen.

In gewissen Teilbereichen hat der E(W)G-Vertrag darüber hinaus von Anfang an versucht, die Sozialpolitik der Mitgliedstaaten mitzugestalten und zu diesem Zwecke Normativbestimmungen für Rechtsverhältnisse zwischen Privaten im Sinne einer echten Drittwirkung festzulegen. So wurde schon in der Urfassung des EWG-Vertrages der Grundsatz gleichen Entgelts für Männer und Frauen bei gleicher Arbeit festgeschrieben (Art. 119, heute Art. 141). Der Grundsatz des gleichen Arbeitsentgelts für Männer und Frauen hat unter der Führung des EuGH zu einer reichen Judikatur geführt.

b) Das gemeinschaftsrechtliche Sekundärrecht: Gleichheit in privaten Rechtsbeziehungen

Die Bemühungen, auch im gesellschaftlichen Bereich Gleichheit herzustellen, haben überdies zu einer Sekundärrechtsetzung im Wege von Richtlinien geführt. Im Jahre 1976 wurde auf der allgemeinen Grundlage des Art. 235 EWGV (heute: Art. 308 EG) der Grundsatz umfassender Gleichberechtigung von Männern und Frauen auf dem Gebiet des Arbeitsrechts eingeführt.¹⁵ Noch weitergehend schuf der Amsterdamer Vertrag aus dem Jahre 1997 eine Ermächtigungsgrundlage (ursprünglich Art. 6 a, jetzt Art. 13 EG), die es den Gemeinschaftsorganen gestattet, "Vorkehrungen" zu treffen – d.h. Rechtsakte des Sekundärrechts zu erlassen –, die

¹⁴ Vgl. General Comment No. 18, The Right to Work, angenommen am 24.11.2005, UN-Dok. E/C.12/GC/18, 6.2.2006.

¹⁵ Richtlinie 76/207/EWG des Rates vom 9.2.1976 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in Bezug auf die Arbeitsbedingungen, ABl. 1976, Nr. L 39/40 (geändert durch die Richtlinie 2002/73/EG vom 23.9.2002, ABl. 2002, Nr. L 269/15).

zum Ziel haben, "Diskriminierungen aus Gründen des Geschlechts, der Rasse, der ethnischen Herkunft, der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung zu bekämpfen". Es sind in der Tat auf Grund dieser Bestimmung im Jahre 2000 zwei grundlegende Richtlinien erlassen worden,¹⁶ mit deren Umsetzung sich die Mitgliedstaaten der EU bis heute sehr schwer tun. Diese Schwierigkeiten sind nicht lediglich technischer Natur. Mit der Einfügung des Art. 13 in den EG-Vertrag hat man eine Entscheidung getroffen, die von großer verfassungsrechtlicher Brisanz ist. Denn Art. 13 EG gibt der Durchsetzung der dort spezifiziert aufgeführten Gleichheitspostulate einen Vorrang gegenüber den Rechtspositionen der Betroffenen, deren Vertragsfreiheit in grundlegender Weise eingeschränkt wird. Es ist keineswegs sicher, dass das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz,¹⁷ das in Deutschland zur Umsetzung der Richtlinie 2000/78/EG ergangen ist, vor dem BVerfG mit allen seinen Regelungen Bestand haben wird.¹⁸ Solch weitreichende Eingriffe in Grundrechtssubstanz in internationalen Verhandlungen zu treffen, bei denen häufig nicht einmal die Dimensionen des Problems erkannt werden und die nicht ausreichend von einer öffentlichen Debatte begleitet werden, ist in hohem Grade misslich.

Besonders problematisch ist das in Art. 13 Abs. 1 EG aufgeführte Verbot der Diskriminierung wegen des Alters. Herkömmlich gibt es im Arbeitsrecht vieler europäischer Staaten feste Altersgrenzen, im Gegensatz zu den einschlägigen Regelungen in den USA, wo solche starren Grenzen über das Ausscheiden aus dem Beruf in der Tat als unzulässige Altersdiskriminierung angesehen werden. Die auf Art. 13 EG gestützte Richtlinie 2000/78/EG¹⁹ hat freilich in der Präambelerwägung Nr. 14 ausdrücklich klargestellt, dass sie "nicht die einzelstaatlichen Bestimmungen über die Festsetzung der Altersgrenzen für den Eintritt in den Ruhestand" berühre.

¹⁶ Richtlinie 2000/43/EG vom 29.6.2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft, ABl. 2000, Nr. L 180/22; Richtlinie 2000/78/EG vom 27.11.2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf, ABl. 2000, Nr. L 303/16.

¹⁷ Vom 14.8.2006, BGBl. I, 1897.

¹⁸ Vgl. etwa die Kritik von Eduard Picker, Antidiskriminierungsgesetz. Der Anfang vom Ende der Privatautonomie?, JZ 2002, 880 ff.; Hans-Jürgen Säcker, "Vernunft statt Freiheit!" – Die Tugendrepublik der neuen Jakobiner, ZRP 2002, 286 ff.; Jürgen Kohler, Achtung, Ihnen wird platziert! – oder: Unterwegs zum Berliner Integrationskatalog, JZ 2006, 1057 ff.; Manfred Daus, Die Antidiskriminierungsrichtlinien: Faustscher Tatendrang oder mephistotelischer Zynismus?, EuZW 2007, 129; Gregor Thüsing, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz. Das neue Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz und andere arbeitsrechtliche Benachteiligungsverbote, München 2007, 26 f. Zur Verteidigung der angeordneten Einschränkungen der Vertragsfreiheit vgl. Susanne Baer, "Ende der Privatautonomie" und grundrechtlich fundierte Rechtsetzung?, ZRP 2002, 290 ff.; Beate Rudolf, in: dies./Matthias Mahlmann, Gleichbehandlungsrecht, Baden-Baden 2007, 191 f. Zweifel an der Vertragsmäßigkeit der Richtlinien meldet an Alexander Bruns, Die Vertragsfreiheit und ihre Grenzen in Europa und den USA – Movement from Contract to Status?, JZ 2007, 385, 393.

¹⁹ Vgl. oben Anm. 16.

c) Gleichheit als ungeschriebener Grundsatz des Gemeinschaftsrechts

Der EuGH hat in seiner Rechtsprechung eine Abkehr von der Sparsamkeit der Vertragstexte in puncto Gleichheit vollzogen. Seiner Ansicht nach gibt es im Gemeinschaftsrecht einen ungeschriebenen allgemeinen Gleichheitssatz, von dem das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit lediglich eine besondere Ausprägung darstellen soll. Mit diesen Aussagen hat sich der EuGH noch vor der grundlegenden Maastrichter Vertragsrevision (Art. F EUV) auf der Linie seiner allgemeinen Überzeugung bewegt, dass die gemeinsame Verfassungstradition der Mitgliedstaaten einen konstituierenden Bestandteil der Gemeinschaftsrechtsordnung bildet. In den als Grundsatzentscheidungen betrachteten Urteilen *Ruckdeschel*²⁰ und *Hochstrass*²¹ heißt es, dass vergleichbare Lagen nicht unterschiedlich behandelt werden dürften, soweit eine Differenzierung nicht objektiv gerechtfertigt sei. Diese Linie ist auch in späteren Entscheidungen konsequent beibehalten worden.²² Damit nähert sich die Rechtsprechung zum Gemeinschaftsrecht der deutschen Rechtsprechung sehr weitgehend an, jedenfalls auf der Ebene der allgemeinen Leitformulierungen. Politisch gesehen liegt aber nach wie vor der Hauptakzent auf dem Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit. Hier bestand eine Lücke, die aus verständlichen Gründen von den nationalen Rechtsordnungen nicht abgedeckt wurde.

Zum ungeschriebenen allgemeinen Gleichheitssatz gibt es nur wenige Entscheidungen. Hier haben sich rechtspolitische Bedürfnisse nur selten gezeigt, haben aber dem EuGH in Einzelfällen große Schwierigkeiten bereitet. So hat er sich im Urteil *Mangold* nicht gehindert gesehen, das Verbot der Altersdiskriminierung, das ganz offensichtlich in sehr differenzierter Weise betrachtet werden muss, als allgemeinen Grundsatz des Gemeinschaftsrechts anzusehen.²³ Diese Aussage muss man wohl als eher kurzschlüssig bezeichnen.²⁴ Für Rechtsbeziehungen auf dem Gebiet des Arbeitsrechts kann jedenfalls keine Rede davon sein, dass hier die notwendigen Praxiselemente als Grundlage eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes aufzufinden wären. Der EuGH ist in seiner Entscheidung offenbar allzu vertrauensselig seinem Generalanwalt Tizzano gefolgt.²⁵ In seinen Schlussanträgen vom 15. Februar 2007 in der Sache *Palacios de la Villa / Cortefiel* hat sich Generalanwalt Ján Máza k jüngst dezidiert gegen den im Urteil *Mangold* eingeschlagenen Kurs ge-

²⁰ Urteil vom 19.10.1977, Rs. 117/76 und 16/77, Slg. 1977, 1753 Randnr. 7.

²¹ Urteil vom 16.10.1980, Rs. 147/79, Slg. 1980, 3005, 3019 Randnr. 7.

²² Vgl. EuGH, 29.6.1995, Rs. C-56/94 – SCAC, Slg. 1995, I-1769, Randnr. 27; 17.7.1997, Rs. C-354/95 – *National Farmers' Union*, Slg. 1997, I-4559, Randnr. 61; 13.4.2000, Rs. C-292/97 – *Karlsson u.a.*, Slg. 2000, I-2737 Randnr. 39.

²³ Urteil vom 22.11.2005, Rs. C-144/04, Slg. 2005, I-9981, Randnr. 74, 75.

²⁴ Vgl. die Kritik von Norbert Reich, "Mangold" und kein Ende – oder doch?, *EuZW* 2007, 198 f.; Rudolf Streinz/Christoph Herrmann, Der Fall Mangold – eine "kopernikanische Wende im Europarecht", *Recht der Arbeit* 2007, 165 ff.; Bernd Waas, Zur Bewertung von Altersgrenzen nach europäischem Recht, *ibid.*, 359 ff.

²⁵ Schlussanträge vom 30.6.2005, Randnr. 83, 84.

wandt.²⁶ Es bleibt abzuwarten, ob und wie der EuGH versuchen wird, in diese Divergenzen wieder eine gewisse Harmonie hineinzubringen.

B. Geltungsbereich *ratione personae*

1. Die Verpflichteten - Drittwirkung?

Was die Reichweite *ratione personae* angeht, so sind die Divergenzen stärker ausgeprägt. Keinen Zweifel gibt es daran, dass öffentliche Hoheitsträger gebunden sind. Dies gilt sowohl für den grundrechtlichen Gleichheitssatz wie auch für den Gleichheitssatz in seiner unionsrechtlichen Ausprägung. Aber seine Bedeutung für private Rechtsverhältnisse wird doch recht unterschiedlich eingeschätzt. In Deutschland hat sich dank des anhaltenden Widerstandes des BVerfG die Lehre von der unmittelbaren Drittwirkung der Grundrechte nicht durchsetzen können, auch wenn im Schrifttum immer wieder Vorstöße in diese Richtung unternommen worden sind.²⁷ Im Grunde ist es bis heute bei der etwas sibyllinischen Formulierung aus dem *Lüth*-Urteil geblieben, dass die Grundrechte über die Generalklauseln der großen Kodifikationen auch in das Privatrecht einzudringen vermöchten,²⁸ was erst jüngst wieder in Urteilen des BVerfG zur Bürgschaftserklärung des Unbemittelten seinen Niederschlag gefunden hat.²⁹ Im Gemeinschaftsrecht hat hingegen der EuGH stärkere "progressive" Tendenzen gezeigt. In den Urteilen *Walrave* und *Bosman*³⁰ hat er sich auf den Standpunkt gestellt, dass der Private sich jedenfalls gegenüber überragender Verbandsmacht auf den Schutz der Grundrechte und damit auch auf den allgemeinen Gleichheitssatz berufen könne. Generalanwalt Tizzano hat weit darüber hinausgehend in seinen Schlussanträgen zur Rechtssache *Mangold* eher unüberlegt zu erkennen gegeben, dass der Gleichheitsgrundsatz eine Bindungswirkung auch gegenüber anderen Privaten erzeuge. Im europarechtlichen Schrifttum ist dies eine Mindermeinung, die bisher kaum Gefolgschaft gefunden hat.³¹

²⁶ Rs. 411/05. Die Entscheidung des EuGH selbst liegt noch nicht vor.

²⁷ Dazu insbesondere Wolfgang Ruffner, Grundrechtsträger, in: HStR V, Heidelberg 1992, § 117 Rn. 54-79.

²⁸ BVerfGE 7, 198, 203-212.

²⁹ BVerfGE 89, 214; 115, 51.

³⁰ EuGH, 15.12.1995, Rs. C-415/93, Slg. 1995, I-4921.

³¹ So vor allem Armin von Bogdandy, in: Eberhard Grabitz/Meinhard Hilf, Das Recht der Europäischen Union, Kommentierung zu Art. 6 EGV (Stand 1994), Randnr. 28-31; dagegen etwa Walter Frenz, Handbuch Europarecht, Bd. 1, Europäische Grundfreiheiten, Berlin 2004, 1106, Randnr. 2936; Michael Holoubek, Kommentierung des Art. 12 EG, in: Jürgen Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, Baden-Baden 2000, 335 f., Rn. 25-27.

2. Die Berechtigten

a) Die grundgesetzliche Unterscheidung zwischen Menschenrechten und Deutschenrechten

Von Anfang an hat das Grundgesetz in Deutschland dem fremden Staatsangehörigen in bestimmten Lebensbereichen bewusst die Gleichstellung versagt. Für das verfassungsrechtliche Schutzsystem ist die Unterscheidung zwischen Menschenrechten und Deutschenrechten geradezu konstitutiv. Nie hat man freilich diese verfassungsrechtliche Schlechterstellung als ein Verbot einer aufwertenden Höherstufung aufgefasst. Wer nach Art. 12 GG keine verfassungsrechtlich gewährleistete Position auf berufliche Betätigung besitzt, kann sowohl nach einfacher Gesetzgebung – das Hauptbeispiel war immer § 1 der Gewerbeordnung – wie auch auf Grund völkerrechtlicher Verträge eine Aufwertung bis hin zu völliger Gleichstellung mit den Deutschen erfahren. Anders als im Wahlrecht³² wird die Gleichstellung der Ausländer nicht als eine Beeinträchtigung der Rechte der Deutschen angesehen, was auch der wirtschaftlichen Logik einer Marktwirtschaft entspricht und durch die Empirie bestätigt wird.

b) EU-Recht: Die Gleichstellung der Unionsbürger

Es wurde schon aufgezeigt, dass nach EU-Recht jede Diskriminierung von Unionsbürgern verboten ist.³³ Wie noch im Folgenden darzulegen sein wird, hat sich das ursprüngliche reine Diskriminierungsverbot zu einem sehr viel umfassenderen Gleichheitssatz fortentwickelt.

c) Inländerdiskriminierung

Nach EU-Recht soll grundsätzlich die Diskriminierung von Inländern zulässig – aber natürlich nicht geboten sein. Dies entspricht der allgemeinen Zielvorstellung des Vertragswerkes. Der Gleichheitsgrundsatz soll ja lediglich innerhalb des Anwendungsbereichs des Vertrages zum Zuge kommen. Es wird den Mitgliedstaaten überlassen, wie sie ihre interne Rechtsordnung ausgestalten, wenn ein bestimmter Sachverhalt keinen Auslandsbezug aufweist. Die Inländerdiskriminierung stellt also keine Anomalie dar, auch wenn sie auf den ersten Blick als solche empfunden werden mag.³⁴ Andernfalls müsste nach dem Erlass einer Gemeinschaftsregelung, die primär auf Erleichterungen für Unionsbürger aus anderen Mitgliedstaaten abstellt, automatisch auch das interne Recht bereinigt werden. Aber die Gemeinschaftsregelung kann sehr deutliche Hinweise darauf geben, dass die deutschen

³² Vgl. BVerfGE 83, 37 zum schleswig-holsteinischen Kommunalwahlrecht.

³³ Vgl. oben Abschnitt II. A. 1).

³⁴ Vgl. etwa den Beschluss des HessVGh, 23.10.2006, Informationsbrief Ausländerrecht 2007, 95 zum Nachzugsrecht für Ehegatten, das für Ehegatten von Unionsbürgern günstiger gestaltet ist als für die Ehegatten von deutschen Staatsangehörigen.

Normierungen übermäßig streng ausgestaltet sind und deswegen nicht dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz des deutschen Verfassungsrechts entsprechen. Es bleibt dennoch dabei, dass der gemeinschaftsrechtliche Gleichheitsgrundsatz keine Beseitigung sämtlicher für Inländer geltender Benachteiligungen fordert.³⁵ Allerdings hat sich der EuGH in mehreren Entscheidungen gegen die Zulässigkeit solcher Benachteiligungen ausgesprochen, welche geeignet sind, die Unionsbürger davon abzuhalten, von dem allgemeinen Freizügigkeitsrecht des Art. 18 EG Gebrauch zu machen, das seit dem Vertrag von Maastricht ins Zentrum der Gemeinschaftsrechtsordnung gerückt ist.³⁶

d) Ausschluss und Einbeziehung von Drittlandsangehörigen

Dass die Europäische Union ein Binnenraum ist, der seinerseits in vielen Punkten einer staatlichen Rechtsordnung ähnelt, erhellt aus der Tatsache, dass auch sie wieder Unterscheidungen nach dem Leitprinzip trifft: wir gegen die anderen. Nichts anderes hat man getan, als die Schlechterstellungen der nationalen Verfassungen der Mitgliedstaaten und ihrer Gesetzgebung auf die Gemeinschaftsebene zu übertragen. Die grundlegenden Marktfreiheiten, die Freizügigkeit der Arbeitnehmer und das Niederlassungsrecht der Selbständigen und der Unternehmen, stehen nur Unionsbürgern und Unternehmen zu, die als gemeinschaftsangehörig anerkannt sind. Anders steht es hinsichtlich der Warenverkehrsfreiheit und der Freiheit des Kapitalverkehrs. Diese Freiheiten knüpfen an das sachliche Substrat an, das der jeweiligen Transaktion zugrunde liegt. Hier die Unionsbürgerschaft zum ausschlaggebenden Kriterium zu machen, wäre mit den Konstruktionsprinzipien eines freien Marktes unvereinbar und ließe sich im Übrigen selbst bei höchstem Aufwand praktisch gar nicht verwirklichen.³⁷

e) Drittlandsangehörige mit fester Unionsbindung

Selbstverständlich gibt es auch in der EU ein gewisses Bedürfnis, die personale Freizügigkeit nicht ausschließlich an die Unionsbürgerschaft zu knüpfen. Dritt-

³⁵ Näher zu diesem Problemkreis jüngst Josef Drexl, *Competition Law as Part of the European Constitution*, in: Armin von Bogdandy/Jürgen Bast, *Principles of European Constitutional Law Relating to the European Union*, Oxford 2007, 633, 669-671; Christoph Grabenwarter, *National Constitutional Law Relating to the European Union*, *ibid.*, 95, 133 f.; Jörg Gundel, *Die Inländerdiskriminierung zwischen Verfassungs- und Europarecht: Neue Ansätze in der deutschen Rechtsprechung*, DVBl. 2007, 2069 ff.

³⁶ EuGH, 11.7.2002, C-224/98 – *D’Hoop*, Slg. 2002, I-6191, Randnr. 30-35; 29.4.2004, Rs. C-224/02 – *Pusa*, Slg. 2004, I-5763, Randnr. 19; 15.7.2004, Rs. C-365/02 – *Lindfors*, Slg. 2004, Randnr. 35; 18.7.2006, Rs. C-406/04 – *De Cuyper*, Randnr. 39; 26.10.2006, Rs. C-192/05 – *Tas-Hagen und Tas*, Randnr. 30; Schlussanträge des Generalanwalts Ruiz-Jarabo Colomer vom 20.3.2007 in den Rechts-sachen C-11/06 – *Morgan*, und C-12/06 – *Bucher*.

³⁷ Vgl. dazu Stefan Kadelbach, *Union Citizenship*, in: v. Bogdandy/Bast (Anm. 35), 453, 464.

landsangehörige mit festem Aufenthaltsrecht in einem der Mitgliedsländer,³⁸ aber insbesondere anerkannte Flüchtlinge oder Asylbewerber, sollten in einer zunehmend mobiler gewordenen Welt nicht als einzige in einer national begrenzten Zufluchtsstätte eingeschlossen bleiben, sondern auch, zumindest teilweise, an den Vorteilen der Durchlässigkeit der Grenzen innerhalb Europas teilnehmen können.³⁹ Aber eine vollständige Eingliederung, die einen gleichwertigen Status verbürgt, hängt doch nach wie vor von dem Erwerb der Staatsangehörigkeit eines der Mitgliedstaaten ab.

III. Die aktuelle Problemlage

Insgesamt bleibt aber trotz gewisser Unsicherheiten hinsichtlich des Geltungsbereichs *ratione personae* die Zentralfrage für die Anwendung des Gleichheitssatzes in der EU, welche Sachmaterien diesem Komplex zuzuschlagen sind. Dies ist leichter in einem negativen als in einem positiven Sinne zu bestimmen. Daher soll zunächst dargestellt werden, in welchen Sektoren Unionsbürger in den einzelnen Mitgliedstaaten mit einem Weniger an Rechten vorlieb nehmen müssen als die Angehörigen des Aufenthaltsstaates selbst.

A. (Noch) zulässige Diskriminierungen

1. Politische Rechte

Zahlreiche Konsequenzen ergeben sich aus der Tatsache, dass die EU bis heute nicht zu einem Staatswesen emporgewachsen ist und dass deswegen Unionsbürger, auch wenn sie sich aus ihrem Heimatland in ein anderes europäisches EU-Mitgliedsland begeben, dort nach wie vor Fremde sind, allerdings Fremde mit einem in vielerlei Hinsicht privilegierten Status. An den Wahlen auf nationaler und regionaler Ebene können Unionsbürger außerhalb ihres Heimatlandes nicht teilnehmen. Art. 19 EG verleiht ihnen lediglich das aktive und passive Wahlrecht bei Kommunalwahlen und gewährt ihnen überdies an ihrem Wohnort das aktive und passive Wahlrecht zum Europäischen Parlament. Gerade in der Beteiligung an den Wahlen zum Europäischen Parlament kommt die Unionsbürgerschaft als politisches Statusrecht symbolträchtig zum Ausdruck. Insoweit müssen Unionsbürger dann auch

³⁸ Vgl. insoweit Richtlinie 2003/109/EG des Rates vom 25.11.2003 betreffend die Rechtsstellung der langfristig aufenthaltsberechtigten Drittstaatsangehörigen, ABl. 2004, Nr. L 16/44; zur Umsetzungsproblematik vgl. Hans-Peter Welte, Die Daueraufenthaltsrichtlinie-EU, Informationsbrief Ausländerrecht 2007, 45 ff.

³⁹ Vgl. insoweit Richtlinie 2004/38/EG des Rates vom 29.4.2004 über Mindestnormen für die Anerkennung und den Status von Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen als Flüchtlinge oder als Personen, die anderweitig internationalen Schutz benötigen, und über den Inhalt des zu gewährenden Schutzes, ABl. 2004, Nr. L 304/12.

über die allgemeinen politischen Freiheitsrechte verfügen, welche ihnen die EMRK nicht zugesteht (Art. 16).⁴⁰ Ein Recht auf Ausübung öffentlicher Ämter im klassischen Kernbereich von Exekutive und Judikative steht den Unionsbürgern außerhalb der Grenzen ihres Ursprungslandes hingegen nicht zu. Sie werden nicht allein auf Grund der Wahl ihres Aufenthaltsortes Teil der dortigen nationalen Gemeinschaft. Damit ist gleichzeitig gewährleistet, dass die Loyalitätsbindungen zum Staat der Staatsangehörigkeit erhalten bleiben. Vielleicht wird man eines Tages hier noch weitere Verfestigungen im Verhältnis zum Aufenthaltsstaat beschließen. Einstweilen herrscht aber noch Goldonis Erkenntnis vor, dass es doch recht schwierig sei, Diener zweier Herren zu sein.⁴¹

2. Einreise- und Aufenthaltsrecht

Trotz eines gut abgesicherten Aufenthaltsrechtes, das ihm Art. 18 EG verleiht, bleibt der Unionsbürger dennoch im jeweiligen Fremdstaat ein Ausländer. Seine Anwesenheit auf fremdem Boden ist nicht in der gleichen Weise unverbrüchlich wie das Aufenthaltsrecht des Bürgers im eigenen Staat. In der Tat verweist Art. 18 Abs. 1 auf die "in diesem Vertrag und in den Durchführungsvorschriften vorgesehenen Beschränkungen und Bedingungen". Nach der Richtlinie 2004/38/EG vom 29. April 2004,⁴² welche die Materie zusammenfassend geregelt hat, ist der Aufenthalt zwar mit sehr soliden Rechtsgarantien umgeben. Aber immerhin kann auch ein Unionsbürger ausgewiesen werden, wenn er eine tatsächliche, gegenwärtige und erhebliche Gefahr für die öffentliche Ordnung darstellt (Art. 27, 28). Die strikte Einhaltung dieser Bestimmungen ist dadurch gewährleistet, dass nationale Gerichte, die über Ausweisungsfälle zu entscheiden haben, gegebenenfalls den EuGH im Wege der Vorabentscheidung nach Art. 234 EG zu befassen haben. Letzten Endes bleibt also stets ein Rest an Unsicherheit, ob der Aufenthalt sich zu einem echten unaufhebbaaren Dauerrechtsverhältnis verfestigt hat. Es trifft zu, dass für den gesetzestreuen Bürger diese Unsicherheit keinerlei praktische Bedeutung hat. Aber prinzipiell darf doch die Ungleichheit zwischen dem Staatsbürger im eigenen Lande und dem Unionsbürger im Ausland nicht negiert werden. Kein Staat kann sich der eigenen unliebsamen Staatsbürger durch Abschiebung ins Ausland entledigen. Eine solche Verpflichtung zur Duldung besteht gegenüber fremden Unionsbürgern jedenfalls in Extremfällen nicht.

⁴⁰ Dazu Kadelbach (Anm. 37), 482.

⁴¹ Aber auch diese Erkenntnis ist keine ewige Wahrheit, da allein schon durch die Vererbung der Staatsangehörigkeit in gemischt nationalen Ehen die Zahl der Menschen mit doppelter Staatsangehörigkeit rasant ansteigt.

⁴² Richtlinie 2004/38/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, ABl. 2004, Nr. L 158/77.

B. Der sachliche Umfang des Gleichstellungsgebots

Die positive Bestimmung des Anwendungsbereichs des EG-Vertrages bereitet erheblich größere Schwierigkeiten. Der Vertrag ist, wie bereits hervorgehoben, kein statisches Gebilde, sondern befindet sich in einem kontinuierlichen Wandlungsprozess, da es ja seine Zweckbestimmung ist, den Menschen in der EU als Instrument zu dienen, mit dessen Hilfe sie sich mit dem Wechsel der Lagen in den unter Gemeinschaftskompetenz gestellten Sachbereichen auseinander setzen können.

1. Ergänzende Sachmaterien

Außer Zweifel dürfte stehen, dass der Gleichheitssatz jedenfalls generell keine Anwendung findet in den vom EG-Vertrag lediglich potentiell erfassten Bereichen.⁴³ Sowohl über die Rechtsangleichung wie über 308 EG kann es zu einer gewissen Ausweitung *ratione materiae* kommen. Weder in den Art. 94 und 95 EG noch in Art. 308 EG geht es ja um Sachmaterien, die explizit in den Anwendungsbereich des Vertrages einbezogen worden sind, sondern um rechtliche Regelungen, die lediglich in einer gewissen kausalen Verbindung mit dem Marktgeschehen stehen. Art. 94 EG sagt es mit anschaulicher Deutlichkeit: die Vorschrift solle es gestatten, diejenigen Vorschriften einander anzugleichen, "die sich unmittelbar auf die Errichtung oder das Funktionieren des Gemeinsamen Marktes auswirken". Bei Art. 308 EG steht ganz die Finalität im Vordergrund. Der Vertrag setzt bestimmte Ziele, hat aber den Gemeinschaftsorganen nicht die zur Zielerreichung erforderlichen Befugnisse verliehen. Da die Ziele des EG-Vertrages äußerst weitgespannt sind, lässt sich mittels des Art. 308 EG ein Zugriff auf Sachmaterien erreichen, die nur im Randbereich des Marktgeschehens lokalisiert sind oder weit außerhalb der primären wirtschaftlichen Zielsetzung des Vertragswerkes liegen. Eine Art Präventivpolizei unter dem Aspekt des Gleichheitssatzes kann es aber nicht geben. Verwiesen sei im Übrigen auf das WTO-Gutachten des EuGH, in dem klar festgehalten wurde, dass weder die Vorschriften über die Rechtsangleichung noch die Vertragsergänzungsklausel des Art. 308 einen legitimen Anknüpfungspunkt für die völkerrechtliche Außenkompetenz der EG bilden könnten.⁴⁴

2. Gleichheitssatz und finanzielle Auswirkungen

In Einzelfällen mag man nach der Klärung, dass ein bestimmtes Feld menschlicher Tätigkeit der Gemeinschaftsdisziplin untersteht, schlicht die weitere Folgerung akzeptieren, dass dann eben auch der Gleichheitssatz des Art. 12 GG zur Anwendung komme. Ist indes die Gleichbehandlung von Inländern und EG-Aus-

⁴³ Das heißt nicht, dass nicht im Einzelfall eine Gleichstellung geboten sein könnte.

⁴⁴ EuGH, Gutachten 1/94, 15.11.1994, Slg. 1994, I-5267, Randnr. 88, 89.

ländern mit finanziellen Aufwendungen erheblicher Art verbunden, so ist man genötigt, darüber nachzudenken, ob es nicht bestimmte Grenzen für die Leistungsverpflichtung des betroffenen Staates geben muss.

Die Debatte hat insoweit im Universitätsbereich ihren Ausgang genommen. Im Urteil *Gravier* aus dem Jahre 1985 wurde festgestellt, dass ein Angehöriger, der sich an einer Hochschule in einem anderen Lande der Gemeinschaft eingeschrieben habe, sich auf den Gleichheitssatz (damals Art. 7 EWGV) berufen könne, obwohl er weder als Selbständiger noch als Arbeitnehmer die Freizügigkeit des Vertrages für sich in Anspruch nehmen konnte. Für den EuGH war die ausschlaggebende Erwägung, dass die Berufsausbildung im Anwendungsbereich des EWG-Vertrages liege. Dass damit finanzielle Konsequenzen für Belgien als den betroffenen Staat verbunden waren, schien dem EuGH nicht erwähnenswert. Im Urteil *Blaizot* aus dem Jahre 1988, wo es ebenfalls in Belgien um eine zusätzliche Einschreibgebühr (*“minerval”*) für ausländische Studierende ging, die als persönlicher Beitrag zu den Betriebskosten gerechtfertigt wurde, setzte der EuGH seine bisherige Linie konsequent fort. Dem Einwand der Universität Lüttich, ein ungebremseter Zustrom ausländischer Studenten würde die finanzielle Belastung der Hochschule in untragbarer Weise erhöhen, trat der EuGH mit der kurzen Erwiderung entgegen, die Mitgliedstaaten hätten jedenfalls nicht das Recht, der befürchteten Gefahr durch eine diskriminierende Maßnahme entgegenzuwirken.⁴⁵ Eine ähnliche Regelung über die Nichtfinanzierung der von ausländischen Studierenden verursachten Kosten wurde in gleicher Weise als vertragswidrig beurteilt.⁴⁶

Ihren Höhepunkt hat die Rechtsprechung mit dem Urteil *Kommission / Österreich* aus dem Jahre 2005 erreicht, wo es um Zulassungsregeln des österreichischen Universitäts-Studiengesetzes ging. Nach § 36 Abs. 1 dieses Gesetzes⁴⁷ mussten ausländische Studienplatzbewerber nachweisen, dass sie in ihrem Heimatland die Voraussetzungen für den unmittelbaren Zugang zum Universitätsstudium erfüllen. Ganz offensichtlich war es das Ziel dieser Bestimmung, einen Damm aufzurichten vor allem gegen deutsche Bewerber, die in Deutschland selbst an den Erfordernissen des *numerus clausus* gescheitert waren. Die österreichische Regierung machte in erster Linie geltend, dass die akademische Anerkennung von Schulabschlüssen im Hinblick auf die Aufnahme oder die Fortsetzung eines Hochschulstudiums oder einer anderen Ausbildung nicht in den Anwendungsbereich des EG-Vertrages falle, ein Vorbringen, dass der EuGH im Einklang mit seiner bisherigen Rechtsprechung zurückwies. Hauptsächlich aber berief sich Österreich auf die Überforderung seiner finanziellen Leistungsfähigkeit. Speziell für die medizinischen Fakultäten sei eine fünfmal höhere Anzahl von Bewerbungen zu befürchten,

⁴⁵ EuGH, 2.2.1988, Rs. 24/86 – *Blaizot*, Slg. 1988, 379 Randnr. 22, 23.

⁴⁶ EuGH, 27.9.1988, Rs. 42/87 – *Kommission / Belgien*, Slg. 1988, 5445.

⁴⁷ “Zusätzlich zur allgemeinen Universitätsreife ist die Erfüllung der studienrichtungsspezifischen Zulassungsvoraussetzungen einschließlich des Rechts zur unmittelbaren Zulassung zum Studium nachzuweisen, die im Ausstellungsstaat der Urkunde, mit der die allgemeine Universitätsreife nachgewiesen wird, bestehen.”

als Studienplätze verfügbar seien. Der EuGH setzte sich mit diesem Argument nicht grundsätzlich auseinander, sondern stellte nur fest, dass Österreich seine Befürchtungen nicht plausibel belegt habe. In Österreich hat das Urteil zu einer erheblichen Missstimmung geführt. Symptomatisch ist in der Tat, dass es jeweils kleinere Staaten sind, die sich dem Druck aus einem Nachbarland mit der gleichen Nationalsprache gegenübersehen und dann versuchen, gewisse Restriktionen einzuführen, um ein angemessenes Studienplatzangebot für ihre eigenen Landeskin- der aufrechtzuerhalten. Ganz offensichtlich handelt es sich hier um Fälle, wo die Gegenseitigkeit nicht mehr gewahrt ist. Grundsätzlich liegt den Gleichheits- und Freizügigkeitsregelungen des EG-Vertrages die Annahme zugrunde, dass sich Vor- teile und Belastungen aus der tatsächlichen Inanspruchnahme der Gemeinschafts- regime in gewisser Weise austarieren würden. Natürlich enthält der EG-Vertrag auch Elemente der Solidarität, so insbesondere mit dem Regionalfonds, den Struk- turfonds und dem Kohäsionsfonds. Dennoch gilt, dass die EU bis heute keine So- zialunion geworden ist, wo jedes Land verpflichtet wäre, in jedem Bereich unge- messene finanzielle Transferleistungen zu erbringen.⁴⁸

3. Die Unionsbürgerschaft

Ein Einfallstor für eine Ausdehnung des Vertragsregimes ist ferner die Unions- bürgerschaft geworden, die vom EuGH zunehmend als Argumentationstopos ge- nutzt wird. Erstmals im Urteil *Martínez Sala* stellte der EuGH fest, dass es im Be- reich der Sozialleistungen auch außerhalb der speziellen Freizügigkeitsrechte des Arbeitnehmers keine Schlechterstellung von EG-Angehörigen geben dürfe; aller- dings war in diesem Fall Schwerpunkt der Überlegungen der Aufenthaltsstatus des Anspruchsträgers.⁴⁹ Den entscheidenden Schritt tat der EuGH mit dem Urteil *Grzelczyk* aus dem Jahre 2001,⁵⁰ wo es um die von einem französischen Staatsan- gehörigen beantragte Sozialhilfe nach belgischem Recht (*“minimex”*) ging. Hier erklärte der EuGH ohne jede Umschweife, dass ein Unionsbürger, der von seinem Recht der Freizügigkeit nach Art. 18 EG Gebrauch gemacht habe, sich auf Art. 12 EG berufen könne, und formulierte insoweit die folgeträchtigen Worte, dass die Unionsbürgerschaft der *“grundlegende Status der Angehörigen der Mitgliedstaa- ten”* sein solle. Hinsichtlich aller staatlichen Leistungen, die das Aufenthaltsrecht berührten, müsse daher der Unionsbürger mit den Staatsangehörigen des Aufent- haltslandes gleichgestellt werden. Diese sehr weitreichenden Aussagen leitsatzarti- ger Natur stehen in einem gewissen Kontrast zu den ergänzenden Ausführungen

⁴⁸ Vgl. vor allem Art. 137 Abs. 2 EG. Näher dazu Ralf K a n i t z /Philipp S t e i n b e r g, Grenzenlo- ses Gemeinschaftsrecht? Die Rechtsprechung des EuGH zu Grundfreiheiten, Unionsbürgerschaft und Grundrechten als Kompetenzproblem, EuR 2003, 1013, 1028-1034.

⁴⁹ EuGH, 12.5.1998, Rs. C-85/96 – *Martínez-Sala*, Slg. 1998, I-2691, Randnr. 63; dazu Christian T o m u s c h a t, Case note, CMLR 37 (2000), 449 ff.

⁵⁰ EuGH, 20.9.2001, Rs. C-184/99 – *Grzelczyk*, Slg. 2001, I-6193, Randnr. 31, mit Anm. Walter O b w e x e r, EuZW 2002, 56.

des Gerichts, wo auf die Besonderheiten des Falles abgehoben wird, vor allem die Tatsache, dass Grzelczyk sein Studium während der ersten drei Jahre seines Aufenthalts in Belgien ohne jede Inanspruchnahme öffentlicher Mittel selbst finanziert hatte und nun die Unterstützung des Staates lediglich für eine Schlussphase seiner Ausbildung benötigte. Trotz der Kritik, die er ob seiner Entscheidung erhalten hat, hat der EuGH sich nicht von dem einmal eingenommenen Standpunkt abbringen lassen. Im Urteil *Trojani* wurde abermals ein Anspruch auf Sozialhilfe unter Verweis auf Art. 12 EG für eine Person bejaht, die sich legal im Gebiet des wegen der Leistung in Anspruch genommenen Staates befand.⁵¹ Ganz offensichtlich ergibt sich insoweit ein Widerspruch zu den früheren Richtlinien, welche bei Nichterwerbstätigen die Gewährung der Freizügigkeit von der ausreichenden Verfügbarkeit privater Mittel abhängig machten,⁵² und auch mit der neuen Richtlinie 2004/38/EG, welche ebenfalls sowohl im Präambelteil (Abs. 10, 16) wie auch im operativen Teil (Art. 7 Abs. 1 b)) hervorhebt, dass die Anwesenheit eines Unionsbürgers den Aufenthaltsstaat nicht mit übermäßigen Kosten belasten dürfe.⁵³ Immerhin hat der EuGH in zwei jüngeren Urteilen erkennen lassen, dass er keineswegs gewillt ist, einen "Sozialtourismus" zu fördern. So wird im Urteil *Collins* vom 23. März 2004 ausgeführt, dass ein Staat befugt sei, ehe er eine Beihilfe für Arbeitsuchende zahlt, den Nachweis für eine Verbindung des Antragstellers mit dem einheimischen Arbeitsmarkt zu verlangen;⁵⁴ ganz ähnlich heißt es im Urteil *Bidar* vom 15. März 2005, dass zur Voraussetzung für die Leistung einer Beihilfe zur Deckung der Unterhaltskosten die Integration in die Gesellschaft des Aufenthaltslandes gemacht werden könne.⁵⁵

Insgesamt hat die Rechtsprechung ganz feste Konturen noch nicht gewonnen. In einigen Entscheidungen wird Art. 18 EG nur als Schlüssel benutzt, um Art. 12 EG zur Anwendung zu bringen, in anderen wird Art. 18 EG als selbständige Grundfreiheit zur Anwendung gebracht, die keiner weiteren Abstützung durch Art. 12 EG bedarf.⁵⁶ Wie auch sonst wird der EuGH eines gewissen Gespürs für Augenmaß und Ausgewogenheit bedürfen. Es ist zu schlicht, immer nur von dem Satz auszugehen, dass zur Förderung der Freizügigkeit des Unionsbürgers im Einklang mit Art. 12 EG die volle Gleichstellung mit den Bürgern des fremden Aufenthalts-

⁵¹ EuGH, 7.9.2004, Rs. C-456/02 – *Trojani*, Randnr. 44.

⁵² Richtlinie 90/364/EWG des Rates vom 28.6.1990 über das Aufenthaltsrecht, ABl. 1990, Nr. L 180/26; Richtlinie 90/365/EWG des Rates vom 28.6.1990 über das Aufenthaltsrecht der aus dem Erwerbsleben ausgeschiedenen Arbeitnehmer und selbstständig Erwerbstätigen, ABl. 1990, Nr. L 180/28; Richtlinie 93/96/EWG des Rates vom 29.10.1993 über das Aufenthaltsrecht der Studenten, ABl. 1993, Nr. L 317/59.

⁵³ Kritisch zur Vereinbarkeit der Rspr. des EuGH mit der Richtlinie 2004/38/EG Kay Hailbrunner, Unionsbürgerschaft und Zugang zu den Sozialsystemen, JZ 2005, 1138, 1141-1143.

⁵⁴ EuGH, 23.3.2004, Rs. C-138/02 – *Collins*, Slg. 2004, I-2703, Randnr. 67.

⁵⁵ EuGH, 15.3.2005, Rs. C-209/03 – *Bidar*, Randnr. 57.

⁵⁶ Vgl. dazu die Schlussanträge von Generalanwältin Kokott vom 30.3.2006 zur Rechtssache C-192/05 – *Tas-Hagen und Tas*, sowie von Bogdandy (Anm. 8), 318, der von einer "Verschmelzung" von Diskriminierungsverbot und Freizügigkeit spricht.

staates erforderlich sei. Die Freizügigkeit kann nicht das Maß aller Dinge sein. Der Gerichtshof muss die Zuständigkeitsreservate der Mitgliedstaaten respektieren und darf nicht versuchen, bei der Abwägung immer nur zugunsten des Gemeinschaftsinteresses zu entscheiden.⁵⁷

Nochmals hervorgehoben sei, was schon an früherer Stelle ausgeführt worden ist, dass der EuGH neuerdings eine ganz neue Variante des Gleichheitssatzes ins Spiel bringt, indem er nicht etwa den Status von Unionsbürgern aus verschiedenen Ländern der Gemeinschaft miteinander vergleicht, sondern innerhalb ein und derselben Nationalität Vergleichsgruppen bildet. Derjenige, der von dem Angebot der Freizügigkeit Gebrauch gemacht hat, darf nach Ansicht des EuGH nicht schlechter gestellt werden, als wenn er an seinem Heimatort geblieben wäre.⁵⁸ Auch mit dieser neueren Tendenz erschließt sich der EuGH Kompetenzräume, die als solche nicht innerhalb der rechtsetzenden Zuständigkeit der EU liegen. So dürfen etwa in Belgien lebende Spanier bei der Namensgebung für ihre Kinder auf die besonderen Regeln der spanischen Gesetzgebung zurückgreifen, und eine Kriegsoferentschädigung – die noch auf die Zeit des Zweiten Weltkrieges zurückgeht – darf für einen Niederländer, der seinen Wohnsitz nach Spanien verlegt hat, nicht allein deswegen versagt werden, weil er die Niederlande verlassen hat.⁵⁹ Es bedarf keiner langen Begründung, um darzutun, dass die Europäische Union weder auf dem Gebiet des Personenstandsrechts noch auf dem Gebiet der Kriegsoferentschädigung irgendwelche Zuständigkeiten besitzt. Dennoch setzt hier der EuGH mit den Art. 12 und 18 EG den Hebel des Gemeinschaftsrechts an.

IV. Schlussbemerkungen

Am Beispiel des Gleichheitssatzes zeigt sich, welche expansiven Tendenzen Grundrechte auslösen können. Diese Erfahrung haben etwa die deutschen Bundesländer ebenso wie die Einzelstaaten der USA machen können. Die EU ist somit kein Einzelfall. Es liegt am EuGH, das Misstrauen aufzulösen, das er vor allem durch seine sehr wagemutige Rechtsprechung zur Gewährung von Sozialhilfe heraufbeschworen hat. Grundsätzlich ist die von ihm eingeschlagene Linie zu billigen, dass Unionsbürger im EU-Ausland gleichberechtigt mit den einheimischen Staatsangehörigen sein sollten. Der EuGH sollte aber in diesem Zusammenhang der Versuchung widerstehen, mit dem Primärrecht des Vertrages das von den rechtsetzenden Organen der EU geschaffene Sekundärrecht überspielen zu wol-

⁵⁷ Ausführliche Rechtfertigung der Rechtsprechung des EuGH jüngst durch Juliane K o k o t t, Die Freizügigkeit der Unionsbürger als neue Grundfreiheit, in: *Völkerrecht als Wertordnung*. Festschrift für Christian Tomuschat, Baden-Baden 2006, 207 ff.

⁵⁸ Vgl. oben die Nachweise in Anm. 32 und dazu die Analyse von Philipp K u b i c k i, Die subjektivrechtliche Komponente der Unionsbürgerschaft, *EuR* 2006, 489, 505 ff.

⁵⁹ Vgl. auch die früheren Urteile *Cowan*, 2.2.1989, Rs. 186/87, Slg. 1989, 195, Randnr. 17, und *Bickel und Franz*, 24.11.1998, Rs. C-274/96, Slg. 1998, I-7637, Randnr. 26. In beiden Fällen war aber (primär) die Dienstleistungsfreiheit der Anknüpfungspunkt.

len.⁶⁰ In abstrakter juristischer Logik mag man argumentieren, dass dem Primärrecht stets der Vorrang gebühre. Aber in der Sekundärrechtsetzung verkörpert sich demokratische Entscheidungsmacht, die allemal ein höheres Maß an Legitimität besitzt als das richterliche Fallrecht, das sich ohne eine Gesamtkonzeption von einer Streitigkeit zur nächsten vorantastet.⁶¹ Vor allem mit der Richtlinie 2004/38/EG vom 29. April 2004 sind Kompromisse gefunden worden, die den Interessen der Unionsbürger, die sich außerhalb ihres Heimatlandes aufhalten, in ausgewogener Weise gerecht werden. Der EuGH sollte diesen Primat der Politik anerkennen, anstatt den EG-Vertrag zu einer richterlichen Festung auszubauen.

⁶⁰ Dazu die Andeutungen von Kokott (Anm. 57), 220, 223, sowie Hailbronner (Anm. 53), 1143-1144.

⁶¹ Zur Notwendigkeit einer "breiten europäischen gesellschaftlichen Debatte" vgl. auch Kanitz/Steinberg (Anm. 48), 1014.