

Nr. 200/1

22. Europa - Symposium

**- Zwanzig Jahre Zentrum für Europäisches
Wirtschaftsrecht -**

**Grundfragen der Europäischen Union (Teil I):
Die Entwicklung der Union zu einem „sozialen
Europa“**

2013

ZENTRUM FÜR EUROPÄISCHES WIRTSCHAFTSRECHT

Vorträge und Berichte

Nr.200/1

herausgegeben von den Mitgliedern des Zentrums

Prof. Dr. Dr. h.c. Ulrich Everling

Prof. Dr. Meinhard Heinze †

Prof. Dr. Matthias Herdegen

Prof. Dr. Ulrich Huber

Prof. Dr. Rainer Hüttemann, Dipl.-Volksw.

Prof. Dr. Christian Koenig, LL.M.

Prof. Dr. Matthias Leistner, LL.M.

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Marcus Lutter

Prof. Dr. Wulf-Henning Roth, LL.M. (Sprecher)

Prof. Dr. Dres. h.c. Karsten Schmidt

Prof. Dr. Gregor Thüsing, LL.M.

Prof. Dr. Gerhard Wagner, LL.M.

Prof. Dr. Daniel Zimmer, LL.M.

22. Europa-Symposium

- Zwanzig Jahre Zentrum für Europäisches Wirtschaftsrecht -

Grundfragen der Europäischen Union (Teil I):

Die Entwicklung der Union zu einem "sozialen Europa"

Professor Dr. Daniel Thym, LL.M., Konstanz

Die Entwicklung der Unionsbürgerschaft: Grundlagen und Grenzen

Professor Dr. Ulrich Becker, LL.M., München

Das Soziale im Primärrecht

Professor Dr. Luboš Tichý, Prag

**Kommentar: Die Privatisierung der europäischen sozialen
Gesetzgebung**

Bonn, 27. April 2012

Copyright bei den Autoren

erhältlich über das Zentrum für Europäisches Wirtschaftsrecht

www.zew.uni-bonn.de

Druck: Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn

Vorwort

Das Zentrum für Europäisches Wirtschaftsrecht veranstaltete im April 2012 aus Anlass seines zwanzigjährigen Bestehens ein Symposium, das Grundfragen der Europäischen Union gewidmet war: der "sozialen Dimension" Europas, dem Zusammenspiel der Grundrechtsordnungen und der Zukunft der Wirtschafts- und Währungsunion. Die Vorträge, Kommentare und Diskussionsberichte werden in drei getrennten Heften der Schriftenreihe des Zentrums (Nr. 200/1, 200/2 und 200/3) veröffentlicht. Mit dem Symposium hat das Zentrum zugleich Professor Dr. Dr. h.c. mult. Marcus Lutter geehrt, seinem Gründer, spiritus rector und tatkräftigen Sprecher für die Zeit der ersten zwanzig Jahre.

Wulf-Henning Roth

Inhaltsverzeichnis:

Professor Dr. Daniel Thym,

Die Entwicklung der Unionsbürgerschaft: Grundlagen und Grenzen 3

Professor Dr. Ulrich Becker,

Das Soziale im Primärrecht 36

Professor Dr. Luboš Tichý,

Kommentar: Die Privatisierung der europäischen sozialen Gesetzgebung? 64

Diskussionsbericht 92

Professor Dr. Daniel Thym, LL.M. (King's College, London)

Universität Konstanz

Die Entwicklung der Unionsbürgerschaft: Grundlagen und Grenzen

A. Einleitung	2
B. Sinn und Zweck der Unionsbürgerschaft	4
C. Rekonstruktion der Rechtsprechung zu Sozialleistungen	9
I. Phasen der EuGH-Rechtsprechung	10
II. „Dialog“ mit dem Gesetzgeber	11
1. Erweiterte Auslegungsfreiheit	12
2. Kontinuität als dogmatisches Argument	14
III. Verhältnis zu den Mitgliedstaaten	16
1. Kontrolldichte im Freizügigkeitsrecht	16
2. Rücksichtnahme auf das nationale Wirtschafts- und Sozialmodell	18
D. Ein neues „Streitfeld“: drittstaatsangehörige Familienmitglieder	20
I. Bürgerschaft jenseits des Marktes	22
II. Gefährdung der föderalen Machtbalance	26
III. Verhältnis zum (EU-)Gesetzgeber	28
E. Zwischenstationen zur „wahrhaftigen Bürgerschaft“?	30
F. Fazit	33

A. Einleitung

Es ist keine neue Erkenntnis, dass die europäische Integration als Prozess der Konstitutionalisierung durch den EuGH beschrieben werden kann.¹ Vor diesem Hintergrund war durchaus zu erwarten, dass Luxemburg das Potenzial der Unionsbürgerschaft austesten würde. Es wäre naiv gewesen, wenn die Redakteure des Vertrags von Maastricht davon ausgegangen wären, dass der neue Status eine leere normative Hülle bleiben würde.² Zugleich war wegen des hohen Abstraktionsgrads der Vertragsvorschriften unvermeidlich, dass jede richterliche Innovation auf Kritik stoßen würde. Der vorliegende Beitrag analysiert die widerstreitenden Kräfte, die innerhalb des EU-Verfassungsgefüges auf den Gerichtshof einwirken, und verdeutlicht hierdurch strukturelle Grenzen des richterlichen Ausbaus der Unionsbürgerschaft zur „wahrhaftigen“ Bürgerschaft.

Gegenstand des Beitrags ist die Stärkung der Unionsbürgerschaft durch den EuGH, nicht deren Fortentwicklung durch den Vertrag³ oder Gesetzgeber.⁴ Für diese Bewertung der Rechtsprechung dient nachfolgend die Rückwirkung auf die horizontale und vertikale Gewaltenteilung als Bewertungsmaßstab,⁵ weil hierdurch die Rückwirkungen der Judikatur auf das Gesamtverfassungsgefüge greifbar gemacht werden. Während die

¹ Klassisch *J. Weiler*, *The Transformation of Europe*, *Yale Law Journal* 100 (1990/91), 2403 (2410-83).

² Vor den ersten Urteilen ebenso *J. Shaw*, *Citizenship of the Union*, in: *Collected Courses of the Academy of European Law*, Vol. VI-1 (Springer, 1998), S. 237 (278-96) und *C. Tomuschat*, *Staatsbürgerschaft – Unionsbürgerschaft – Weltbürgerschaft*, in: Drexl u.a. (Hrsg.): *Europäische Demokratie* (Nomos, 1999), S. 73 (75).

³ Bereits zur Geltung des Vertrags von Maastricht ermöglichte der heutige Art. 25 AEUV den Ausbau im Weg der vereinfachten Vertragsänderung (zum Annahmeverfahren vgl. BVerfGE 123, 267 (412) – *Lissabon*); eine Möglichkeit, die bis heute nicht ernsthaft erwogen wurde.

⁴ Etwa bei der Debatte um die inhaltliche Ausgestaltung der Bürgerinitiative nach Art. 24 AEUV oder beim Rechtsrahmen für politische Parteien nach Art. 224 AEUV.

⁵ Ähnlich *K. Lenaerts*, in: Adams u.a. (Hrsg.): *Judging Europe's Judges* (Hart, 2013), i.E.

Interaktion mit der Gesetzgebung den klassischen Gegenpart der (Verfassungs-)Gerichtsbarkeit bezeichnet, war die föderale Machtbalance gegenüber den Mitgliedstaaten für den EuGH immer eine große Herausforderung.⁶ Der Blickwinkel der horizontalen und vertikalen Machtbalance verdeutlicht die Grenzen der richterlichen Innovationskraft von „außen“. Nur gestreift wird die „innere“ Überzeugungskraft der Rechtsprechung aus dogmatischer Perspektive,⁷ die im Zentrum zahlreicher früherer Literaturbeiträge steht.⁸

Der Gedankengang wird in vier Schritten entfaltet. Zuerst erinnert eine kurze Rückschau auf die Entstehungsgeschichte an den Sinn und Zweck der Unionsbürgerschaft, weil hierdurch die teleologische Grundierung der späteren Judikatur besser verstanden werden kann (B.). Es folgt eine kritische Rekonstruktion der umstrittenen Rechtsprechung zu Sozialleistungen (C.). Anders als im Fall der Sozialleistungen harrt das Streitfeld der Gegenwart einer Ausbalancierung mit Blick auf die föderale und vertikale Machtbalance; dies zeigen verschiedene Urteile zum Rechtsstatus von drittstaatsangehörigen Familienmitgliedern (D.). Auf dieser Grundlage wird deutlich, warum strukturelle Hindernisse die richterliche Entwicklung einer „wahrhaftigen“ Bürgerschaft erschweren (E.).

⁶ Vgl. C. Möllers, *Gewaltengliederung* (Mohr Siebeck, 2005), §§ 6-8 und M. Rosenfeld, *Comparing constitutional review by the European Court of Justice and the U.S. Supreme Court*, *ICON* 4 (2006), 618-651.

⁷ Zu deren Bedeutung allgemein A. von Bogdandy/I. Venzke, *On the Democratic Legitimation of International Judicial Lawmaking*, *GLJ* 12 (2011), 1341 (1344-51).

⁸ Statt vieler K. Hailbronner, *Unionsbürgerschaft und Zugang zu den Sozialsystem*, *JZ* 2005, 1138-1144 sowie F. Wollenschläger, *Die Unionsbürgerschaft und ihre Dynamik für den Integrationsprozess jenseits des Marktes*, *ZEuS* 2009, 1-52 und, zur neueren Rechtsprechung, K. Hailbronner/D. Thym, *Ruiz Zambrano – Die Entdeckung des Kernbereichs der Unionsbürgerschaft*, *NJW* 2011, 2008-2013.

B. Sinn und Zweck der Unionsbürgerschaft

Es wäre falsch, die Geschichte der Unionsbürgerschaft im Jahr 1992 mit dem Vertrag von Maastricht oder im Jahr 1998 mit dem Urteil *Martínez Sala* beginnen zu lassen. Die EU-Integration beinhaltet von Anfang an ein überschießendes, bürgerschaftliches Element, das über die Zielvorgabe einer Wirtschaftsgemeinschaft hinausreichte. Dieses überschießende, politische Element findet im heutigen Unionsbürgerstatus eine primärrechtliche Ausprägung.

Was meine ich damit? Die Besonderheit des EU-Ansatzes zeigt bereits ein Vergleich mit der regionalen Wirtschaftsintegration außerhalb Europas. Die meisten Freihandelsabkommen konzentrieren sich auf Waren und Dienstleistungen und umfassen allenfalls rudimentäre Vorschriften zum Personenverkehr.⁹ Gleiches gilt auf Weltebene für das GATS, das ausweislich einer rechtverbindlichen Anlage das Einreise- und Aufenthaltsrecht der Vertragsstaaten im Grundsatz unberührt lässt.¹⁰ Wichtigster Grund für diese Asymmetrie der Wirtschaftsliberalisierung sind unterschiedliche Folgewirkungen: Während ein Warenimport in erster Linie wirtschaftliche Auswirkungen zeitigt, berührt die Personenfreizügigkeit die Zusammensetzung der Wohnbevölkerung und besitzt damit eine ausgeprägte sozialpolitische, gesellschaftliche und innenpolitische Dimension. Wegen dieser Gemengelage sind die Staaten nicht bereit, den

⁹ Ausführlicher zu NAFTA, MERCOSUR, ANDEAN, CAFTA und ECOWAS die Beiträge von G. Flores-Macías, A. Santestevan und J. Martens in: Cholewinski u.a. (Hrsg.): *International Migration Law* (2007).

¹⁰ Vgl. den Wortlaut der Anlage in ABl. 1994 L 336/217 sowie C. Tietje/K. Nowrot, *Stand und Perspektiven der Liberalisierung der Regelungen zum temporären Aufenthalt natürlicher ausländischer Personen nach dem GATS*, ZAR 2007, 213–222.

grenzüberschreitenden Personenverkehr einer ökonomischen Liberalisierungslogik zu unterwerfen.¹¹

Europa ist jedoch anders. Der Gemeinsame Markt umfasste von Anfang an eine personale Dimension. Grundlage sind die bekannten Vorschriften zur Arbeitnehmerfreizügigkeit. Wie kam es zur Aufnahme dieser Vorschriften? Ein Blick in die Entstehungsgeschichte zeigt, dass Italien seit Ende der 1940er-Jahre vehement deren Einführung forderte, weil es die Personenfreizügigkeit als Instrument betrachtete, um die Arbeitslosigkeit zu bekämpfen und die Zahlungsbilanz durch Rücküberweisungen auszubalancieren.¹² Die anderen Mitgliedstaaten zögerten, leisteten am Ende jedoch keinen entscheidenden Widerstand.¹³ Bei der Ausgestaltung der Sekundärrechtsakte zur Umsetzung des Vertrags in den 1960er-Jahren unterstützten sie sodann gemeinsam die proaktive Ausgestaltung über die Vorgaben des Primärrechts hinaus¹⁴ und lieferten dem EuGH eine Steilvorlage für eine expansive Auslegung in den 1970er- und 1980er-Jahren.¹⁵

Bereits in einem frühen Stadium zeigte die Diskussion, dass die Arbeitnehmerfreizügigkeit keineswegs nur ökonomische Ziele verfolgte. Es

¹¹ Siehe *J. Hollifield*, Migration and the 'New' International Order, in: Ghosh (Hrsg.): *Managing Migration. Time for a New International Regime?* (2000), S. 75 (94 ff.); *de lege ferenda* für eine modifizierende Erstreckung *J. Trachtman*, *The International Law of Economic Migration* (2009).

¹² Ausführlich hierzu *S. Goedings*, *Labor Migration in an Integrating Europe* (2005), Kap. 1 und 2 (speziell S. 117-135 zu den Römischen Verträgen).

¹³ Ebd.

¹⁴ *Goedings*, ebd. 139 ff. zeichnet die Rechtsetzungsrunden in den 1960er-Jahren nach, welche die sozialrechtliche Gleichbehandlung klarstellten, Aufenthaltsvorschriften sowie den Ordre-Public-Vorbehalt konkretisierten und den Familiennachzug (der im Vertrag gar nicht erwähnt ist) überaus großzügig regelten.

¹⁵ Näher, auch zum Streit um die Reichweite der passiven Dienstleistungsfreiheit, *A. Evans*, *European Citizenship*, *ML Rev.* 45 (1982), 497 (502-510).

ging nur partiell um eine wirtschaftliche Liberalisierungslogik durch die „Beweglichkeit eines wesentlichen Produktionsfaktors“¹⁶ im Binnenmarkt mit dem Ziel optimaler Ressourcenallokation. Stattdessen besaßen bei der Diskussion der Römischen Verträge von Anfang an sozialpolitische Erwägungen ein Gewicht,¹⁷ die bei der Ausgestaltung des Sekundärrechts gestärkt wurden. Unionsbürger sollten nicht mit der klassischen marxistischen Kritik als „industrielle Reservearmee“¹⁸ den Wirtschaftsinteressen dienen, sondern ihre Lebens- und Arbeitsbedingungen durch Migration verbessern.¹⁹ In der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft war die Marktbürgerschaft bis zu einem gewissen Grad immer auch Sozialbürgerschaft.²⁰

Ein wichtiger Grund für die expansive Ausgestaltung der Personenfreizügigkeit in Europa war die offene Finalität des Integrationsprozesses, der die wirtschaftliche Entwicklung in den Worten des *Schuman*-Plans als „erste Etappe der europäischen Föderation“²¹ verstand, mit dem Ziel eines „immer engeren Zusammenschluss[es] der europäischen

¹⁶ H.-P. Ipsen, *Europäisches Gemeinschaftsrecht* (1972), S. 637.

¹⁷ Vgl. das Dritte Kapitel des Teil III des „Spaak-Berichts“: Rapport des Chefs de Délégation aux Ministres des Affaires Etrangères (1956), online erhältlich unter <http://www.ena.lu>, wobei die meisten Delegationen sozialpolitische Ziele aus einer wirtschaftlichen Perspektive bewerteten.

¹⁸ Hierzu A. Treibel, *Migration in modernen Gesellschaften* (3. Aufl. 2003), S. 117 f.

¹⁹ Anschaulich die Erwägungsgründe 4 & 6 VO 492/2011 (ABl. 2011 L 141/1) als Nachfolger der früheren VO 1612/68 (ABl. 1968 L 257/2).

²⁰ Weiterführend T. Kingreen, *Die Universalisierung sozialer Rechte im europäischen Gemeinschaftsrecht*, EuR Beiheft I/2007, 43–74 und S. Giubboni, *Free Movement of Persons and European Solidarity*, ELJ 13 (2007), 360–379.

²¹ So der „Schuman-Plan“ gemäß der Erklärung der französischen Regierung über eine gemeinsame deutsch-französische Schwerindustrie vom 9. Mai 1950, online unter <http://www.ena.lu>.

Völker.“²² Sinn und Zweck der Personenfreizügigkeit war immer auch die Begründung einer supranationalen Gemeinschaft, die sich auf die Bürger als Rechtssubjekt stützt.²³ Aus der Perspektive allgemeiner Diskurse umfasste die Arbeitnehmerfreizügigkeit bereits den Anspruch des späteren Vertrags von Maastricht,²⁴ der beabsichtigte, mit der Unionsbürgerschaft „zwischen den Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten ein auf Dauer angelegtes rechtliches Band [zu knüpfen], das ... dem bestehenden Maß existentieller Gemeinsamkeit ... einen rechtlich verbindlichen Ausdruck verleiht.“²⁵ Freizügigkeit war immer auch ein Instrument zur langfristigen politischen Integration des Kontinents.²⁶

²² Erwägungsgrund 1 der Präambel des EWG-Vertrags (1957) sowie des AEU-Vertrags (2009).

²³ Bei der Redaktion der Vertragsvorschriften zur Arbeitnehmerfreizügigkeit spielten politische Visionen keine zentrale Rolle, da technisch-bürokratische Fragestellungen dominierten (vgl. die vorstehenden Verweise) – ganz anders jedoch die politische Rechtfertigung der Verträge gegenüber der Öffentlichkeit – etwa in BT-Drs. II/3440, S. 107 f. – sowie die generellen Europa-Entwürfen der (Nach-)Kriegszeit, deren bürgerschaftliche Dimension *D. Rabenschlag*, Leitbilder der Unionsbürgerschaft (Nomos, 2009), S. 28-43 nachzeichnet.

²⁴ Die bürgerschaftliche Dimension speziell der Arbeitnehmerfreizügigkeit betonen zu einem frühen Zeitpunkt die EU-Kommission nach *Evans* (Fn. 15), S. 499-504 sowie allgemein *W. Hallstein*, Der unvollendete Bundesstaat (1969), S. 25 ff. und *E. Grabitz*, Europäisches Bürgerrecht zwischen Marktbürgerschaft und Staatsbürgerschaft (1970) sowie, in der Rückschau, *S. Kadelbach*, Unionsbürgerschaft, in: von Bogdandy/Bast (Hrsg.): Europäisches Verfassungsrecht (2. Aufl. 2009), S. 611 (614 f.).

²⁵ BVerfGE 89, 155 (184) – *Maastricht*; im Subtext negativer BVerfGE 123, 267 (404-406) – *Lissabon*.

²⁶ Hierbei handelt es sich um eine überschießende, rechtliche Zielvorgabe, die keine Entsprechung in einer empirisch-soziologisch messbaren bürgerschaftlichen Solidarität und Identität der Unionsbürger finden muss; hierzu statt vieler *G. Delanty*, European Citizenship: A Critical Assessment, *Citizenship Studies* 11 (2007), 63-72.

Eben diese überschießende Zielsetzung tritt in den 1970er-Jahren in den Vordergrund, als der Europäische Rat, die Kommission und die Versammlung mit den Schlagwörtern eines „Europa der Bürger“ und der „Europäischen Identität“ über den Übergang zur Europäischen Union unter Einschluss von Bürgerrechten diskutieren.²⁷ Symbolisch findet die Diskussion in der Direktwahl des Europäischen Parlaments durch die Bürgerinnen und Bürger einen Ausdruck, die den Verträgen von Anfang an als Vision zu Grunde lag²⁸ – und im Jahr 1979 realisiert wurde. Bis heute begründet das Wahlrecht eine zentrale Stütze der Unionsbürgerschaft,²⁹ die der Vertrag von Maastricht auch in Reaktion auf die Diskussionen um das Europa der Bürger und das Demokratiedefizit einführte.³⁰ Der Vertrag von Lissabon unterstreicht mit der Bekräftigung der repräsentativen Demokratie mit dem Europäischen Parlament als Bürgervertretung,³¹ dass die Unionsbürgerschaft ihrem

²⁷ Treffen der Staats- und Regierungschefs (Europäischer Rat) in Paris am 9./10. 12. 1974, Bulletin der Europäischen Gemeinschaft Nr. 12 (1974), S. 7 ff., Nr. 10 ff., *L. Tindemans*, Bericht über die Europäische Union an den Europäischen Rat vom 29. Dezember 1975, EA 1976, D53-84 sowie Europäisches Parlament: Entschließung zur Zuerkennung besonderer Rechte an die Bürger der Europäischen Gemeinschaft in Durchführung des Beschlusses der Gipfelkonferenz von Paris vom Dezember 1974 (Punkt 11 des Schlusskommuniqués) (ABl. 1977 C 299/26); zum Hintergrund *W. Maas*, *Creating European Citizens* (2007), Kap. 2 (S. 29-43).

²⁸ Die Umsetzung der Rechtsgrundlage des Art. 137 Abs. 3 EWGV (1957) scheiterte lange Jahre am Widerstand Frankreichs (vgl. etwa den EP-Entwurf eines Wahlrechts vom 17. 05. 1960; ABl. 1960 P 834); eine (nationale) Direktwahl war bereits in Art. 21 UAbs. 3 EGKSV (1951) angedacht.

²⁹ Vgl. Art. 22 Abs. 2 AEUV, wobei die geringe Wahlbeteiligung zugleich die Defizite der Bürgeridentifikation zeigt.

³⁰ Ausführlicher *A. Wiener*, *Building Institutions. The Developing Practice of European Citizenship* (1998), S. 125-210, *P. Magnette*, *La Citoyenneté Européenne* (1999), S. 125-152 und *F. Wollenschläger*, *Grundfreiheit ohne Markt* (2007), S. 90-101.

³¹ Siehe Art. 10 Abs. 1 und 2 EUV sowie Art. 11 EUV.

Anspruch nach eine Anleihe bei klassischen Bürgerschaftskonzepten nebst politisch-republikanischer Teilhabe nimmt.³²

Was folgt hieraus für unsere Zwecke? Ihrer Zielrichtung nach war die Unionsbürgerschaft immer mehr als die Summe der im Vertrag verankerten Rechte. Sie enthielt von Anfang an eine auf die Zukunft gerichtete Teleologie, die der Europäischen Union ein bürgerschaftliches Fundament verleihen sollte, das nach der Hoffnung des Vertraggebers schrittweise entstehen sollte. Eben diese Zielrichtung mag der EuGH durch die beschwörende Wiederholung der im Deutschen spröden Formel³³ von der Unionsbürgerschaft als „grundlegendem Status“³⁴ ausdrücken wollen. Die überschießende Teleologie erklärt zugleich, warum die Unionsbürgerschaft seit ihrer Einführung kontrovers diskutiert wird. Sie dient als Projektionsfläche für unterschiedliche Sichtweisen über Ziel und Ausrichtung des Integrationsprozesses³⁵ – bei Kritikern ebenso wie beim EuGH.

C. Rekonstruktion der Rechtsprechung zu Sozialleistungen

Ziel des Beitrags ist keine Rekapitulation der Leiturteile zur Unionsbürgerschaft, sondern eine bewertende Rekonstruktion aus der Perspektive der Gegenwart. Zur Verwirklichung dieses Ziels dient ein doppelter Bewertungsmaßstab, der nach den Auswirkungen der EuGH-

³² Zu Chancen und Grenzen eines Ausbaus demokratischer Teilhabe auf Grundlage der Unionsbürgerschaft siehe *C. Calliess*, Bürgerrechte als Ersatz für die Demokratie, in: Franzius u.a. (Hrsg.): *Strukturfragen der Europäischen Union* (Nomos, 2010), S. 231 (247-255) und *J. Shaw*, Citizenship, in: Craig/de Búrca (Hrsg.): *The Evolution of EU Law* (2. Aufl. 2011), S. 575 (605-608).

³³ In der französischen Formulierung „a vocation à être“ (Englisch je nach Urteil: „is destined/intended to be“) statt „ist bestimmt“ wird der zukunftsgerichtete, entwicklungs-offene Charakter sprachlich wenigstens angedeutet.

³⁴ Vgl. EuGH, Rs. C-184/99, Slg. 2001 I-6193 – *Grzelczyk*, Rn. 31.

³⁵ Ähnlich zum allgemeinen Einsatz des Europarechts als Instrument des Wandels *A. von Bogdandy*, A Bird's Eye View on the Science of European Law, *ELJ* 6 (2000), 208 (224).

Rechtsprechung auf die horizontale und vertikale Gewaltenteilung fragt. Hierbei zeigt sich, dass die EuGH-Rechtsprechung zu Sozialleistungen jedenfalls in der Rückschau keineswegs so dramatisch ist wie es bisweilen den Anschein hatte. Dieses versöhnliche Fazit verkennt keineswegs die Mischung aus Überraschung, Fassungslosigkeit und Kritik, die frühe Urteile vor allem auch wegen der zweifelhaften dogmatischen Argumentation hervorriefen.³⁶ Mit der zeitlichen Distanz wird freilich der Blick frei auf die Grenzen der Rechtsprechung. Der EuGH ist trotz aller Innovationsfreude bemüht, die Auswirkungen auf die horizontale und vertikale Machtbalance im Blick zu halten.

I. Phasen der EuGH-Rechtsprechung

Der EuGH stützt seine Rechtsprechung bekanntlich auf eine doppelte dogmatische Innovation. Erstens erstreckt er das Diskriminierungsverbot im heutigen Artikel 18 AEUV auf nahezu jeden Sachverhalt mit grenzüberschreitendem Bezug.³⁷ Zweitens baut er das Freizügigkeitsrecht nach Artikel 21 AEUV zur „Grundfreiheit ohne Markt“ aus.³⁸ Dies ermöglicht es ihm unter anderem, die im Sekundärrecht vorgesehenen Beschränkungen und Bedingungen des Freizügigkeitsrechts der primärrechtlichen Kontrolle zu unterwerfen.³⁹

All dies war überaus gewagt und wurde teils heftig kritisiert.⁴⁰ Für meine Bewertung im Licht der vertikalen und horizontalen Machtbalance ist jedoch die Einsicht zentral, dass der EU-Gesetzgeber dem EuGH bereitwillig folgte,

³⁶ Vgl. etwa *C. Tomuschat*, Case C-86/96, *María Martínez Sala v. Freistaat Bayern*, CML Rev. 37 (2000), 449-457.

³⁷ Vgl. die ausführliche Schilderung bei *Kadelbach* (Fn. 24), S. 635-639.

³⁸ Ausführlich *Wollenschläger* (Fn. 30), S. 126 ff.

³⁹ Hierzu *M. Dougan*, in: Adams u.a. (Fn. 5), i.E. sowie *C. Calliess*, *Der Unionsbürger*, EuR Beiheft I/2007, 7 (23-37).

⁴⁰ Die prominenteste Kritik stammt von *Hailbronner* (Fn. 8).

als er in der Freizügigkeits-Richtlinie 2004/38/EG ein sachlich umfassendes Diskriminierungsverbot niederlegte. Art. 24 Abs. 1 der Richtlinie sanktioniert die EuGH-Rechtsprechung.⁴¹ Einzig in zwei Punkten beharrten die Mitgliedstaaten auf ihrer früheren Position. Gemäß Art. 24 Abs. 2 der Richtlinie erfasst der Gleichbehandlungsanspruch keine Studiendarlehen und schließt Arbeitsuchende von der Sozialhilfe aus.

Nun stand durchaus die Erwartung im Raum, dass der EuGH sich über diese verbleibenden sekundärrechtlichen Ausnahmen vom Gleichbehandlungsanspruch hinsichtlich Sozialleistungen hinwegsetzt. Dies geschieht jedoch nicht. Zur Überraschung vieler anerkennt der Gerichtshof im *Förster*-Urteil 2008 den 5-Jahres-Zeitraum für den Ausschluss von Studiendarlehen.⁴² Kurze Zeit später geht der Gerichtshof bei der Sozialhilfe für Arbeitsuchende im *Vatsouras*-Urteil gleichfalls einen Schritt auf die Mitgliedstaaten zu, auch wenn er sich ein Hintertürchen offen hält, das in Deutschland bis heute für Verwirrung sorgt.⁴³

II. „Dialog“ mit dem Gesetzgeber

Mit Blick auf die Interaktion von Gesetzgeber und EuGH beim Zugang zu Sozialleistungen kann man den vorläufigen Schluss ziehen, dass der EuGH nicht nur Aktivist ist, sondern sein Umfeld genau beobachtet und sich im entscheidenden Augenblick zurückzuziehen bereits ist.⁴⁴ Man kann durchaus

⁴¹ Ausführlicher C. Schönberger, Die Unionsbürgerschaft als Sozialbürgerschaft, ZAR 2006, 226 (227 f.).

⁴² Siehe EuGH, Rs. C-158/07, Slg. 2008 I-8507 – *Förster* sowie C. Semmelmann, Die Grenzen der Unionsbürgerschaft im Urteil *Förster*, EuR 2009, 683 (689-91).

⁴³ Näher EuGH, Rs. C-22/08 & C-23/08, Slg. 2009 I-4585 – *Vatsouras* sowie H. Verschueren, Do National Activation Measures Stand the Test of European Law on the Free Movement of Workers and Jobseekers?, EJML 12 (2010), 81-103.

⁴⁴ In diesem Sinn etwa M. Dougan, Judicial Activism or Constitutional Interaction?, in: Micklitz/de Witte (Hrsg.) The European Court of Justice and the Autonomy of the Member

von einem „Dialog“ mit dem Gesetzgeber sprechen. Die Metapher des Dialogs sollte man freilich aus einem einfachen Grund nicht überstrapazieren: Es gibt strukturelle Ursachen, warum der EuGH in der Rechtswirklichkeit im Vergleich zum Gesetzgeber am längeren Hebel sitzt. Bei deren Identifikation helfen die Sozialwissenschaft sowie die Rechtsdogmatik.

1. Erweiterte Auslegungsfreiheit

Wenn man die Rechtsprechung zu Sozialleistungen auf Grundlage der Principal-Agent-Theorie betrachtet, tritt die Schwäche des Gesetzgebers hervor. Ganz allgemein gesprochen vermag dieser richterliche Entscheidungen auf zwei Wegen zu kontrollieren: entweder durch eine Ex-ante-Kontrolle bei der Redaktion neuer Rechtsakte oder im Rahmen einer Ex-post-Kontrolle durch die Änderung des Gesetzesrechts in Reaktion auf Rechtsprechung.⁴⁵ Nun sind beide Kontrollwege in der EU zulasten der Legislative eingeschränkt (ganz abgesehen davon, dass der EuGH immer auch die Primärrechtskonformität des Sekundärrechts überprüfen kann und eine Vertragsänderung in Reaktion auf EuGH-Rechtsprechung im Regelfall illusorisch sein dürfte). Warum sitzt der EuGH am längeren Hebel?

Erstens wird die Ex-ante-Kontrolle durch Formelkompromisse erschwert, die EU-Rechtsakte in der Tradition diplomatischer Verhandlungen

States (2012), S. 113 (139-146), *M. Ross*, The Struggle for EU Citizenship, in: Arnulf et al. (Hrsg.): *A Constitutional Order of States? Essays in EU Law in Honour of Alan Dashwood* (Hart, 2011), S. 283 (289-293) und *S. Stewen*, Die Entwicklung des allgemeinen Freizügigkeitsrechts der Unionsbürger und seiner sozialen Begleitrechte (Mohr Siebeck, 2011), Kap. 3.

⁴⁵ Vgl. *A. Stone Sweet*, The European Court of Justice, in: *Craig/de Búrca* (Fn. 32), S. 121 (126-8).

kennzeichnen.⁴⁶ Hinzu kommt die weitgehende Abwesenheit feststehender dogmatischer Strukturen.⁴⁷ Der EU-Gesetzgeber macht dem EuGH zumeist keine eindeutigen Vorgaben. Eben dies veranschaulicht die Freizügigkeits-Richtlinie 2004/38/EG mit all ihren Widersprüchlichkeiten und Formelkompromissen – etwa der Verweis auf die „nicht unangemessen[e]“⁴⁸ Inanspruchnahme von Sozialleistungen als Grenze der Freizügigkeit. Mit solchen vagen Formulierungen umgeht der Gesetzgeber eine klare Positionierung und delegiert die Auslegung an den EuGH.⁴⁹ Tatsächlich gab es nur zwei Fälle, in denen der Gesetzgeber klare Grenzen einzog, nämlich die Ausnahmen des Art. 24 Abs. 2. In eben diesen beiden Fällen ließ der Gerichtshof dem Gesetzgeber den Vorrang. Diese Rücksicht ändert jedoch nichts daran, dass in den meisten anderen Fällen die Ex-ante-Kontrolle nur begrenzt wirkt.

Zweitens ist auch die Ex-post-Kontrolle des EuGH im Wege der Gesetzesänderung schwierig, weil die Mitgliedstaaten zumeist asymmetrisch von Urteilen betroffen sind. Was A wichtig ist, mag B nicht zur Unterstützung eines Änderungsantrags motivieren (wie das erfolglose Unterfangen einiger Mitgliedstaaten zur Änderung der Freizügigkeits-Richtlinie in Reaktion auf das *Metock*-Urteil zeigt⁵⁰). Und selbst wenn der Gerichtshof bei der

⁴⁶ Sinngemäß mit Blick auf Redaktionsdefizite *E. Sharpston*, Transparency and Clear Legal Language in the European Union, *The Cambridge Yearbook of European Legal Studies* 12 (2009-2010), 409 (411-12).

⁴⁷ Siehe *T. von Danwitz*, Funktionsbedingungen der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, *EuR* 2008, 769. (780-782).

⁴⁸ Art. 14.1 Freizügigkeits-RL 2004/38/EG (ABl. 2004 L 158/77).

⁴⁹ Ausführlich zu den unklaren Formulierungen der Richtlinie *Hailbronner* (Fn. 8), S. 1141-1143.

⁵⁰ Das Urteil basiert größtenteils auf einer Auslegung des Sekundärrechts (nicht des Primärrechts); die betroffenen (kleinen) Mitgliedstaaten, insb. Dänemark und Österreich, konnten die Kommission nicht zur Vorlage eines Änderungsvorschlags überzeugen, sodass Parlament und Rat die Zweckmäßigkeit einer Änderung offiziell nicht diskutieren konnten.

Rechtsprechung auf politische Befindlichkeiten Rücksicht nehmen wollte, ist dies schwierig, weil Luxemburg mit 27 öffentlichen Meinungen und politischen Systemen konfrontiert ist.⁵¹ Wohlgedacht: Ich behaupte nicht, dass der Gerichtshof auf jede populistische Kritik reagieren sollte;⁵² es geht mir in erster Linie um die Benennung von strukturellen Gründen, warum der Dialog mit dem Gesetzgeber nur auf der formal-juristischen Ebene ein Dialog unter Gleichen ist. In der Praxis besitzt der EuGH ein Übergewicht.

2. Kontinuität als dogmatisches Argument

In seinen jüngeren Urteilen zur Unionsbürgerschaft verwendet der EuGH eine neue dogmatische Figur. Wenn die Richter mit einer Änderung des Sekundärrechts konfrontiert sind, die Rückwirkungen auf frühere Urteile entfalten könnte, optiert Luxemburg für Kontinuität. Das Argument wurde erstmals im *Metock*-Urteil verwandt, als der EuGH seine frühere Annahme widerrief, dass das Sekundärrecht den erstmaligen Gebietszugang von drittstaatsangehörigen Familienmitgliedern nicht regelt. Unklare Formulierungen in der Freizügigkeits-Richtlinie 2004/38/EG wischt der EuGH einer simplen Teleologie beiseite: Die Richtlinie bezwecke die Stärkung der Unionsbürgerrechte, „so dass es nicht in Betracht kommt, dass die Unionsbürger aus dieser Richtlinie weniger Rechte ableiten als aus den Sekundärrechtsakten, die sie ändert oder aufhebt.“⁵³

⁵¹ Für eine scharfe Kritik siehe *F. Scharpf*, Legitimacy in the Multilevel European Polity, *European Political Science Review* 1 (2009), 173 (188-98).

⁵² Im Grundsatz zutreffend Editorial Comment: The Court of Justice in the Limelight – Again, *CML Rev.* 45 (2008), 1571 (1576-7); es erscheint jedoch wünschenswert, dass die EU-Gesetzgebungsorgane offiziell über die Zweckmäßigkeit auch populistischer Änderungen beraten (und diese ggfls. ablehnen).

⁵³ EuGH, Rs. C-127/08, Slg. 2008 I-6241 – *Metock*, Rn. 59.

Ganz ähnlich die Urteile *Teixeira* und *Ibrahim*,⁵⁴ nach Maßgabe derer unklare Formulierungen in der Freizügigkeit-Richtlinie 2004/38/EG nicht so ausgelegt werden können, dass sie frühere Urteile zur VO 1612/68 über den Lebensunterhalt von Kindern von Wanderarbeitnehmern nach der Ausreise des Elternteils aufheben (ein Ergebnis, das dogmatisch in beiden Fällen im Ergebnis gut verteidigt werden kann⁵⁵). Erneut erwähnt sich der Gerichtshof hierbei jedoch auf die Annahme, dass späteres Sekundärrecht im Zweifel in Übereinstimmung mit früheren EuGH-Urteilen auszulegen sei, weil nicht davon ausgegangen werden könne, dass der Gesetzgeber von der EuGH-Rechtsprechung abweichen wolle.⁵⁶ Dies ist problematisch. Wenn der Gesetzgeber den EuGH korrigieren will, muss er dies explizit sagen – ein Erfordernis, das wegen des Kompromisscharakters der EU-Gesetzgebung selten erfüllt sein wird.⁵⁷ Mit diesem dogmatischem Konservativismus stutzt der EuGH dem Gesetzgeber die Flügel. Die richterliche Auslegung des Sekundärrechts wird faktisch in Stein gemeißelt. Dies Argumentationsmuster sollte der Gerichtshof besser aufgeben.

⁵⁴ Vgl. EuGH, Rs. C-480/08, Slg. 2010 I-1107 – *Teixeira*, Rn. 54-61 und EuGH, Rs. C-310/08, Slg. 2010 I-1065 – *Ibrahim*, Rn. 49.

⁵⁵ Zu Argumenten zu Gunsten der vom EuGH gewählten Lesart siehe *P. Starup/M. Elsmore*, *Taking a Logical or Giant Step Forward?*, *EL Rev.* 35 (2010), 571 (574-6).

⁵⁶ Das teleologische Argument einer beabsichtigten Stärkung wird durch Erwägungsgrund 3 RL 2004/38/EG (Fn. 48) gestützt und ist zweifellos *ein* relevanter Faktor, der für sich genommen aber schwerlich eine apodiktische Zurückweisung jedweder Änderung zu tragen vermag.

⁵⁷ Der EuGH stoppt durch die Verortung des Auslegungsgrundsatzes der Folgerichtigkeit diesseits einer primärrechtlichen Verankerung des Rückschrittverbots nach dem Modell des Art. 41 des Zusatzprotokolls zum Assoziierungsabkommen EWG/Türkei sowie Art. 13 ARB 1/80 in EuGH, verb. Rs. C-300/09 & C-301/09, Slg. 2010 I-00000 – *Toprak*, Rn. 51-7, die dem EU-Gesetzgeber sowie den Mitgliedstaaten jedwede Absenkung des Schutzniveaus verbietet (auch dann, wenn eine Privilegierung nur für wenige Monate bestand).

Mein Fazit zur horizontalen Machtbalance lautet: Der EuGH ist kein Autist, sondern hört auf sein Umfeld, soweit dieses klare Positionen formuliert. Eben diese Positionierung fällt dem Gesetzgeber jedoch schwer, weil er aus strukturellen Gründen der Judikative unterlegen ist.

III. Verhältnis zu den Mitgliedstaaten

Im Vergleich zum EU-Gesetzgeber sind die Mitgliedstaaten in einer schwachen Position. Die Mitgliedstaaten mögen nach Ansicht des BVerfG die „Herren der Verträge“ sein. Weil eine Änderung des Primärrechts aus praktischen Gründen ebenso ausscheidet wie ein Austritt aus der Union,⁵⁸ sind die Mitgliedstaaten an die Auslegung des Primär- und Sekundärrechts faktisch ebenso gebunden wie an die Urteile nationaler Verfassungsgerichte.⁵⁹ Für die Bewertung der Rechtsprechung ist daher zentral, dass der EuGH den Mitgliedstaaten bei der Auslegung und Anwendung des Freizügigkeitsrechts mit Argwohn begegnet (a.), auch wenn diese dogmatische Strenge für die föderalen Machtbalance im Ergebnis aus konzeptionellen Gründen nicht entscheidend ins Gewicht fällt (b.). Hierdurch werden die Grenzen der Rechtsprechung zum Zugang von Unionsbürgern zu Sozialleistungen sichtbar: Luxemburg fordert Gleichbehandlung, zwingt die Mitgliedstaaten jedoch nicht zur Harmonisierung ihres Wirtschafts- oder Sozialmodells.

1. Kontrolldichte im Freizügigkeitsrecht

Bei der Auslegung und Anwendung des Freizügigkeitsrechts tritt die dogmatische Strenge des Gerichtshofs deutlich hervor. Luxemburg ist zwar großzügig, wenn es um die Annahme einer Beschränkung geht, die nationale

⁵⁸ Wegen der Unwahrscheinlichkeit eines Rückzugs aus bestehenden Abkommen muss die Legitimität internationaler Rechtsprechung stärker betrachtet werden, vgl. *A. von Bogdandy/I. Venzke, Beyond Dispute*, GLJ 12 (2011), 979 (995).

⁵⁹ Weiterführend *Stone Sweet* (Fn. 45), S. 126-8.

Regelungen der Kontrolle durch den EuGH unterwirft. Eben diese Großzügigkeit endet jedoch, wenn die Richter zur Rechtfertigung übergehen. Hier wird den Mitgliedstaaten zumeist eine strenge Darlegungslast auferlegt und im Zweifel eine Rechtfertigung zurückgewiesen.⁶⁰ Dieser Argwohn überzeugt speziell dort nicht, wo die EU über keine Gesetzgebungskompetenzen verfügt, also etwa im Steuer-, Sozial- oder Ordnungsrecht. In diesen Bereichen sollte der EuGH den Mitgliedstaaten einen erweiterten Beurteilungsspielraum zugestehen,⁶¹ der in einzelnen neueren Urteilen wie *Sayn-Wittgenstein* oder *Runevič-Vardyn* durchaus anklingt.⁶²

Trotz dieser Kritik bringt der EuGH die föderale Machtbalance nicht aus dem Gleichgewicht, weil er bei der Formulierung der Rechtfertigungsgründe eine größere Weisheit an den Tag legt, als dies in der Literatur zumeist gewürdigt wird. Bekannt ist die Standardformel, dass das Freizügigkeitsrecht nicht dazu führen darf, dass Sozialleistungen an Unionsbürger „zu einer übermäßigen Belastung [werden], die Auswirkungen auf das gesamte Niveau der Beihilfe haben könnte[n], die dieser Staat gewähren kann.“⁶³ Gewiss handhabte der

⁶⁰ Hierzu *Dougan* (Fn. 39), Abschn. C.

⁶¹ Ebenso *Dougan* ebd.

⁶² Für eine vorsichtige Handhabung des Beschränkungsbegriffs siehe EuGH, Rs. C-391/09, Slg. 2011 I-00000 – *Runevič-Vardyn & Wardyn*, Rn. 66-82 und für die Berücksichtigung des Art. 4 Abs. 2 EUV bei der Rechtsprechung ebd., Rn. 86 sowie EuGH, Rs. C-208/09, Slg. 2010 I-00000 – *Sayn-Wittgenstein*, Rn. 92.

⁶³ EuGH, Rs. C-209/03, Slg. 2005 I-2119 – *Bidar*, Rn. 56; die Formel der „übermäßigen Belastung“, die in Art. 14.1 RL 2004/38/EG (Fn. 48) kodifiziert wird, wurde erstmals genutzt ist EuGH, Rs. C-184/99 (Fn. 28), Rn. 44, wobei freilich der Telos des Schutzes nationaler Sozialleistungshöhen nicht spezifiziert wurde (dass es um die Vermeidung eines Leistungsabfalls geht, bestätigt der EuGH durch die Annahme, dass ein finanzieller Einnahmeverlust [der nicht auf die Funktionsfähigkeit der Sozialsysteme durchschlägt] für sich genommen kein Rechtfertigungsgrund darstellt, vgl. EuGH, Rs. C 76/05, Slg. 2007, I 6849 – *Schwarz & Gootjes-Schwarz*, Rn 77-8.

Gerichtshof dies Kriterium traditionell strikt, aber im Urteil *Bressol & Chaverot* aus dem Jahr 2010 zum Zugang von Medizinstudenten zu wallonischen Universitäten war er großzügig genug, die abschließende Beurteilung dem nationalen Gericht zu überlassen⁶⁴ (freilich nach der Festlegung eines strengen Prüfprogramms für die nationale Würdigung der Verhältnismäßigkeit⁶⁵). Dies führt zu einer grundsätzlicheren Überlegung, die anhand von drei Gedanken erläutert werden soll.

2. Rücksichtnahme auf das nationale Wirtschafts- und Sozialmodell

Erstens ist die Gleichbehandlung im Bereich des Sozialrechts keine Erfindung der letzten 15 Jahre. Von Anfang an garantierten die Römischen Verträge sowie die VO 1612/68 jedenfalls Wanderarbeitnehmern die sozialrechtliche Gleichstellung.⁶⁶ Zudem erfolgte in den meisten Mitgliedstaaten nach dem Zweiten Weltkrieg eine schrittweise Umstellung der Sozialsysteme vom Personalitätsprinzip auf das Territorialprinzip, indem Sozialleistungen den meisten Inländern ungeachtet der Staatsangehörigkeit zustehen.⁶⁷ Die Exklusivität nationaler Sozialsysteme war also bereits gebrochen, als der EuGH zur Unionsbürgerrechtsprechung ansetzte. Diese Feststellung beseitigt nicht den dogmatischen Neuigkeitswert der Urteile, zeigt jedoch die begrenzten konzeptionellen Auswirkungen.

Zweitens überdehnte der Gerichtshof seine Rechtsprechung nicht. Auch wenn die Grenzen des Gleichbehandlungsanspruchs erst schrittweise sichtbar wurden, so können wir in der Rückschau das Kriterium der 'tatsächlichen

⁶⁴ EuGH, Rs. C-73/08, Slg. 2010 I- 2735 – *Bressol & Chaverot*, Rn. 82.

⁶⁵ Im Folgeurteil hob der belgische Verfassungsgerichtshof 6 von 9 wallonischen Restriktionen auf, weil diese nicht den (strengen) EuGH-Vorgaben für die Verhältnismäßigkeit entsprachen; vgl. Lenaerts (Fn. 5), Abschn. II.A.

⁶⁶ Hierzu bereits vorstehend Abschnitt B.

⁶⁷ Ausführlicher *T. Kingreen*, *Soziale Rechte und Migration* (Nomos, 2010).

Verbindung⁶⁸ bzw. eines 'gewissen Integrationsgrads'⁶⁹ als maßgebliche Hürde identifizieren, die im Fall von Studenten in Übereinstimmung mit Abs. 24 Abs. 2 der Freizügigkeits-Richtlinie 2004/38/EG fünf Jahre betragen kann. Unterhalb dieser Schwelle besitzen wirtschaftlich inaktive Unionsbürger kein Gleichbehandlungsrecht kraft Europarechts; Solidarität erfahren nur diejenigen, die sich bis zu einem gewissen Grad in die Gastgesellschaft integriert haben. Dies ist keine vage Vision transnationaler Solidarität,⁷⁰ sondern umgekehrt die höchstrichterliche Anerkennung, dass die nationalen Sozialsysteme auf territorial begrenzte Solidargemeinschaften begrenzt bleiben, die freilich Unionsbürger nicht ausschließen dürfen.⁷¹

Drittens müssen wir finanzielle von konzeptionellen Auswirkungen unterscheiden. EuGH-Urteile mögen teuer sein, zwingen die Mitgliedstaaten jedoch nicht zur Änderung ihrer Sozialsysteme.⁷² Schweden und Rumänien etwa haben ganz gewiss unterschiedliche Sozialstandards, die der EuGH auf die meisten Unionsbürger im Inland erstreckt. Das ist jedoch alles. Zur

⁶⁸ EuGH, Rs. C-224/98, Slg. 2002 I-6191 – *D'Hoop*, Rn. 38; EuGH, Rs. C-138/02, Slg. 2004 I-2703 – *Collins*, Rn. 67; und EuGH, Rs. C-22/08 & C-23/08 (Fn. 39), Rn. 38 – beide in Bezug auf Arbeitssuchende.

⁶⁹ EuGH, Rs. C-209/03 (Fn. 59) , Rn. 57 und EuGH, Rs. C-158/07 (Fn. 38), Rn. 49 in Bezug auf andere Unionsbürger als Arbeitssuchende (etwa Studierende).

⁷⁰ Ein verbreiteter Vorwurf an den EuGH betrifft den fehlenden Respekt für die Wechselbezüglichkeit von nationaler Solidarität und der Gewährung von Sozialleistungen, vgl. *F. de Witte*, *The End of EU Citizenship and the Means of Non-Discrimination*, MJ 18 (2011), 86-108.

⁷¹ Hierzu *C. O'Brien*, *Real Links, Abstract Rights and False Alarms*, EL Rev. 33 (2008), 643 (646-50) sowie die zukunftsgerichtete Argumentation bei *C. Schönberger*, *Unionsbürger* (2005), S. 407-432; diese Grenzen der Rechtsprechung kann auch anerkennen, wer – entgegen *D. Kostakopoulou*, *The Future Governance of Citizenship* (CUP, 2008) – keine Neukonzeption von Bürgerschaft auf Grundlage des Wohnsitzes annimmt.

⁷² Für eine differenzierende Bewertung siehe *A. Somek*, *Solidarity decomposed: Being and Time in European Citizenship*, EL Rev. 32 (2007), 787 (806-18).

Angleichung ihrer Sozialsysteme zwingt der EuGH die Mitgliedstaaten nicht. Schweden und Rumänien können unterschiedliche Wirtschafts- und Sozialsysteme beibehalten (im Bereich des Sozialrechts scheint der Gleichbehandlungsgrundsatz anders als die Grundfreiheiten im Wirtschaftsrecht auch keine neoliberale Abwertungsspirale zu bewirken⁷³). Hierfür kritisieren manche den EuGH, weil seinen Urteilen keine Vision sozialer Gerechtigkeit zu Grunde liege.⁷⁴ Eben diese Abwesenheit sozialpolitischer Konzepte kann man jedoch umgekehrt loben. Der EuGH schont die nationale Autonomie in einem Bereich, dem das BVerfG der Verfassungsidentität zuordnet.

Als Fazit bleibt festzuhalten: Gleichbehandlung zwingt die Mitgliedstaaten nicht zur Änderung ihres nationalen Wirtschafts- oder Sozialmodells. Dies dürfte der zentrale Grund sein, warum die EuGH-Rechtsprechung zu weitaus weniger *politischen* Kontroversen führte, als die langjährige *juristische* Diskussion vermuten ließ.

D. Ein neues „Streitfeld“: drittstaatsangehörige Familienmitglieder

Die Zeiten ändern sich und mit ihnen akademische Aufmerksamkeitsschwerpunkte. Über ein Jahrzehnt stand der Zugang zu Sozialleistungen im Brennpunkt der Unionsbürger-Rechtsprechung. Hierzu wurden die maßgeblichen Weichen durch die Richter zwischenzeitlich gestellt; verbleibende Diskussionspunkte zum Zugang betreffen Einzelfragen, die für die Praxis überaus wichtig sein mögen, aber in der Regel geringen

⁷³ Hierzu A. Somek, *The Argument from Transnational Effects I*, ELJ 16 (2010), 315 (338-40) und T. Kingreen, *Fundamental Freedoms*, in: von Bogdandy/Bast (Fn. 24), S. 515 (532-42).

⁷⁴ Siehe zum Beispiel die Kritik von D. Kochenov, *Citizenship without Respect*, Jean Monnet Working Paper 08/10, S. 27-34 und Ross (Fn. 44), S. 286-7.

theoretischen Tiefgang besitzen.⁷⁵ Das bedeutet jedoch nicht, dass alle Kontroversen ausgestanden wären. Im Gegenteil: Der Streit um die Unionsbürgerschaft dauert an, hat sich jedoch auf ein neues Streitfeld verlagert, das erneut strukturelle Grenzen der EuGH-Rechtsprechung im Lichte des föderalen und horizontalen Machtgleichgewichts aufzeigt.

Welches ist das Streitfeld der Gegenwart? Wenn wir die kontroversen EuGH-Urteile im letzten Jahrzehnt betrachten, sticht ein gemeinsamer Nenner neben Sozialleistungen hervor: der Rechtsstatus von drittstaatsangehörigen Familienmitgliedern. Das Urteil *Ruiz Zambrano* ist ein prominentes Beispiel hierfür,⁷⁶ aber es geht nicht nur um diesen Fall. Die Reihe der Urteile, auf denen die nachfolgenden Aussagen beruhen, ist länger. Die meisten Europarechtler kennen Entscheidungen wie *Carpenter*, *Baumbast*, *Akrich*, *Zhu & Chen*, *Eind*, *Metock*, *Ibrahim*, *Teixeira*, *McCarthy* und *Dereci*.⁷⁷ All diese Urteile betreffen verschiedene Rechtsfragen des Primär- und Sekundärrechts, haben jedoch eine Gemeinsamkeit: Sie thematisieren die Schnittstelle der Unionsbürgerschaft mit dem Migrationsrecht.

Es überrascht nicht, dass der Aufenthaltsstatus von drittstaatsangehörigen Familienmitgliedern zum Streitfeld der Gegenwart erstarkt, weil an der Schnittstelle zum Migrationsrecht die verfassungsrechtlichen Eigenheiten der Unionsbürgerschaft sichtbar werden. Im Aufenthaltsstatus von Familienmitgliedern wird das transnationale Binnenmarktparadigma

⁷⁵ Dies gilt etwa für die Umsetzung des *Vatsouras*-Urteils mit Blick auf den Ausschuss von Arbeitssuchenden von der Sozialhilfe; vgl. vorstehend Fn. 45.

⁷⁶ Vgl. EuGH, Rs. C-34/09, Slg. 2011 I-0000 – *Ruiz Zambrano*, Rn. 39-44.

⁷⁷ Siehe EuGH, Rs. C-60/00, Slg. 2002 I-6279 – *Carpenter*; EuGH, Rs. 413/99, Slg. 2002 I-7091 – *Baumbast & R.*; EuGH, Rs. C-109/01, Slg. 2003 I-9607 – *Akrich*; EuGH, Rs. C-200/02, Slg. 2004 I-9925 – *Zhu & Chen*; EuGH, Rs. C-291/05, Slg. 2007 I-10719 – *Eind*; EuGH, Rs. C-127/08 (Fn. 49); EuGH, Rs. C-310/08 (Fn. 50); EuGH, Rs. C-480/08 (Fn. 50); EuGH, Rs. C-434/09, Slg. 2011 I-0000 – *McCarthy*; EuGH, Rs. C-256/11, Slg. 2011 I-0000 – *Dereci*.

exemplarisch überschritten (1.). Zugleich gerät der EuGH bei der Ausweitung abgeleiteter Rechte von drittstaatsangehörigen Familienmitgliedern in Konflikt zu nationalen Regelungsansprüchen (2.) sowie Vorrechten des (EU-)Gesetzgebers im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts (3.). Eine Auflösung dieser Spannungslage verlangt eine Positionierung zur integrationspolitischen Zielrichtung der Unionsbürgerschaft.

I. Bürgerschaft jenseits des Marktes

Zahlreiche Literaturstimmen kritisierten⁷⁸ (und einige lobten⁷⁹) den EuGH für die funktionale Ausrichtung seiner Rechtsprechung am Konzept der „Markbürgerschaft.“⁸⁰ Mit dem Begriff wird gemeinhin ein Verständnis der Unionsbürgerschaft bezeichnet, das sich auf die transnationale Förderung individueller Freiheit konzentriert. Um vollumfänglich von der Unionsbürgerschaft zu profitieren, muss man sein Glück als wirtschaftlich aktiver Kosmopolit im EU-Ausland suchen.⁸¹ Dies gilt bei einer abstrakten Betrachtung auch dann, wenn Urteile wie *Carpenter* oder *Metock* die

⁷⁸ Etwa *E. Spaventa*, *Seeing the Wood despite the Trees?*, CML Rev. 45 (2008), 13 (30-9), *D. Kochenov*, *A Real European Citizenship*, CJEL 18 (2011), 56 (91-106) und *Calliess* (Fn. 39), S. 9 ff.

⁷⁹ Siehe *A. Somek*, *Individualism* (OUP, 2008), Kap. 10 und, auf Grundlage streitbarer existentialistischer Grundannahmen, *U. Haltern*, *Pathos and Patina*, ELJ 9 (2003), 14 (39-44).

⁸⁰ Der Begriff geht zurück auf *H.-P. Ipsen*, *Europäisches Gemeinschaftsrecht* (1972), S. 250-254 und wurde von ihm konzipiert als Gegenstück zum Bürger mit politischen Gestaltungs- und Legitimationswillen, den er in einer Zweckgemeinschaft für überflüssig hielt; vgl. ebd. 350 ff. in Abgrenzung zu Grabitz (Fn. 24); zur erstmaligen, noch allgemeinen, Verwendung siehe *H.-P. Ipsen/G. Nicolaysen*, *Haager Konferenz für Europarecht und Bericht über die aktuelle Entwicklung des Gemeinschaftsrechts*, NJW 1965, 339 (340).

⁸¹ Für eine jüngere Analyse der Rechtsprechung im Lichte des Binnenmarktparadigmas siehe *N. Nic Shuibhne*, *The Resilience of EU Market Citizenship*, CML Rev. 47 (2010), 1597-1628 und *Wollenschläger* (Fn. 8), S. 45-48.

funktionale Grundierung der Marktbürgerschaft aufgrund einer großzügigen Lesart der Grundfreiheiten sowie der Art. 18 und 21 AEUV in den Hintergrund treten lassen. Doch auch in diesen Fällen blieb transnationale Mobilität das rechtsdogmatische Rückgrat der Judikatur.

Dies änderte sich im März 2010, als der EuGH in *Ruiz Zambrano* eine konzeptionelle Schwelle überschritt, die einzelne Kommentatoren als Rubikon auf dem Weg zur „wahrhaftigen“ Bürgerschaft einstufen.⁸² Bereits der Sachverhalt zeugt vom fehlenden Binnenmarktbezug: Herr Ruiz Zambrano ist ein kolumbianischer Staatsangehöriger, der sich nach der Ablehnung seines Asylantrags ohne Genehmigung in Belgien aufhielt.⁸³ Verschiedene Legalisierungsversuche scheiterten. Der Bezug zur Unionsbürgerschaft ergab sich, als zwei Kinder geboren wurden, die als Staatenlose unmittelbar die belgische Staatsangehörigkeit erlangten und damit Unionsbürger wurden. Nunmehr erstreben auch die Eltern eine Aufenthaltsgenehmigung kraft Unionsrechts, die der EuGH gewährt.

Worin genau liegt der Schritt weg von der Marktbürgerschaft? Dies verdeutlichen eine dogmatische und eine theoretische Überlegung.

Erstens das dogmatische Argument. Der EuGH hätte das Urteil bei einer (sehr) großzügigen Betrachtung auf Grundlage seiner etablierten Rechtsprechung lösen können, unter Berufung auf das potentielle, zukünftige Freizügigkeitsrecht der Kinder⁸⁴ – oder in Übereinstimmung mit den Mitgliedstaaten sowie der Kommission die Sache dem nationalen Recht sowie

⁸² Sinngemäß etwa *M. Nettesheim*, Der „Kernbereich“ der Unionsbürgerschaft, *Juristenzeitung* 2011, 1030 ff. und *Kochenov* (Fn. 78).

⁸³ Belgische Gerichte verboten im Jahr eine Abschiebung nach Kolumbien (nicht jedoch in Drittstaaten), auch wenn diese Entscheidung nach dem Ende des Bürgerkriegs dort heute evtl. keinen Bestand mehr hätte; vgl. EuGH, Rs. C-34/09 (Fn. 72), Rn. 15.

⁸⁴ Vgl. *Nettesheim* (Fn. 82), S. 1031 und *Kochenov* (Fn. 78), 74-91.

dem EGMR überantworten können.⁸⁵ Die Große Kammer entscheidet sich jedoch gegen diesen Weg und stellt stattdessen kurz und knapp fest, dass zwar kein grenzüberschreitender Bezug vorliege und auch die Freizügigkeits-Richtlinie 2004/38/EG nicht gelte.⁸⁶ Dies stehe der Berufung auf die Unionsbürgerschaft jedoch nicht entgegen. Nach Meinung des EuGH sind nationale Maßnahmen unzulässig, die „den tatsächlichen Genuss des Kernbestands der Unionsbürgerrechte verwehren.“⁸⁷

Innerhalb des postulierten „Kernbereichs“ ist kein grenzüberschreitender Bezug erforderlich.⁸⁸ Wichtig ist das Bewusstsein für die Eigenständigkeit des Kernbereichsarguments. Dieses folgt direkt aus dem Wesen der Unionsbürgerschaft bzw. Artikel 20 AEUV – und ist damit unabhängig von speziellen Freizügigkeits- und Gleichbehandlungsrechten.⁸⁹ Oder anders formuliert: Es gibt Situationen, in denen aus der Unionsbürgerschaft rechtliche Schranken für die Mitgliedstaaten folgen, die aus den speziellen Rechtsgewährleistungen des Primär- und Sekundärrechts nicht abzuleiten sind. Dies Auslegungsergebnis folgt aus dem „Geist“⁹⁰ der Verträge – eine Teleologie, die der Gerichtshof durch die beschwörende Wiederholung der Formel vom „grundlegenden Status“⁹¹ als einzigen Begründungsansatz

⁸⁵ So die Forderung der Mitgliedstaaten und der Kommission in EuGH, Rs. C-34/09 (Fn. 72) , Rn. 37.

⁸⁶ Siehe ebd., Rn. 39.

⁸⁷ Ebd., Rn. 42.

⁸⁸ Ausführlicher hierzu *Hailbronner/Thym* (Fn. 8), S. 2009.

⁸⁹ Näher ebd.

⁹⁰ EuGH, Rs. 26/62 (*van Gend en Loos*), Slg. 1963, 3 (27) und EuGH, Rs. 6/64 (*Costa/E.N.E.L.*), Slg. 1964, 1251 (1269).

⁹¹ Erneut EuGH, Rs. C-34/09 (Fn. 72), Rn. 42.

anführt⁹² (zusätzlich könnte man allenfalls noch auf eine subtile Änderung im Vertragstext verweisen, die der EuGH jedoch nicht anführt⁹³).

Zweitens folgt hieraus in theoretischer Hinsicht: Mit der Erstreckung der Unionsbürgerschaft auf reine Inlandssachverhalte in Bezug auf arbeitslose und drittstaatsangehörige Eltern von Unionsbürgern lässt der EuGH die transnationale Fundierung der Marktbürgerschaft hinter sich. Es geht weder um den Binnenmarkt noch um transnationale Rechte, weil die jungen Unionsbürger *Ruiz Zambrano* nie in einem anderen Mitgliedstaat als ihrem Heimatstaat lebten. Damit betrifft das Urteil im Kern den Schutz des Menschen um seiner selbst Willen und mithin eine Frage der sozialen Gerechtigkeit. Derartige Fragen werden gemeinhin auf Grundlage der Menschenrechte diskutiert.⁹⁴ Eben dies meinen Kommentatoren, wenn sie den EuGH loben, weil er mit der Abkehr von der Marktbürgerschaft den Rubikon zur „wahrhaftigen“ Bürgerschaft überschritten habe.

Damit liegt die Bedeutung des Urteils auf der Hand: Eine weite Handhabung des Kernbereichs schränkt den Gestaltungsspielraum speziell der Mitgliedstaaten ein. Entsprechend groß war nach dem Urteil die Verunsicherung. Die neue Rechtsprechung wurde gegen Sprachanforderungen beim Ehegattennachzug⁹⁵ ebenso ins Feld geführt wie

⁹² Zur fehlenden Inhaltsschärfe des Teleologie-Arguments nachfolgend Abschnitt IV.

⁹³ Zur Änderung des Art. 20 AEUV von der (nachgelagerten) „Ergänzung“ hin zum (gleichrangigen) „Hinzutreten“, das der EuGH nicht aufgreift, siehe A. *Schrauwen*, *European Citizenship in the Treaty of Lisbon, Maastricht*, J. Eur. & Comp. L. 2008, 55 (59-60), Shaw (Fn. 32), S. 598-600 und H. *de Waele*, *The Ever-Evolving Concept of EU Citizenship*, in: Talani (Hrsg.): *Globalisation, Migration and the Future of Europe* (Routledge, 2011), S. 191 (192-4).

⁹⁴ Zum Ansatz des EGMR, den Inlandssachverhalt auf Grundlage von Art. 8 EMRK zu schützen, siehe D. *Thym*, *Respect for Private and Family Life under Art. 8 ECHR in Immigration Cases*, ICLQ 57 (2008), 87 (95-102).

⁹⁵ So B. *Huber*, *Die ausländerrechtlichen Folgen des EuGH-Urteils Zambrano*, NVwZ 2011, 856 (857).

gegen das ungarische Mediengesetz⁹⁶ – und dies durchaus mit guten Gründen: Nicht zuletzt wegen der knappen Begründung des *Ruiz Zambrano*-Urteils waren der Fantasie keine Grenzen gesetzt. Mit der Kernbereichsdoktrin entwickelt der EuGH eine Allzweckwaffe, die im Grundsatz gegen verschiedenste nationale Maßnahmen ins Feld geführt werden kann.

Nun steht keineswegs fest, dass es hierzu kommt und tatsächlich dürfte das Kernbereichsargument in der nahen Zukunft keine tragende Bedeutung entfalten. Warum? Der EuGH mag sich in *Ruiz Zambrano* für einen großen Sprung nach vorn positionieren, muss aus strukturellen Gründen aber auf halbem Weg stehen bleiben. Diese strukturellen Gründe entsprechen den widerstreitenden Kräften, die die EuGH-Rechtsprechung zu Sozialleistungen in ihre Grenzen wies. Erneut geht es um die Rückwirkungen des neuen Argumentationsmusters auf die föderale Machtbalance sowie die horizontale Gewaltengliederung.

II. Gefährdung der föderalen Machtbalance

Die föderale Machtbalance dürfte ein wichtiger Grund sein, warum der EuGH in *Ruiz Zambrano* mit der Kernbereichsdoktrin eine neue Kategorie schuf. Dies verdeutlicht ein Vergleich des Urteils mit den Schlussanträgen von Generalanwältin Sharpston. Diese hatte vom EuGH nicht weniger gefordert als eine Neupositionierung zur Inländerdiskriminierung aufgrund eines erweiterten Geltungsbereichs der EU-Grundrechte.⁹⁷ Beide Fragen (Verbot der Inländerdiskriminierung sowie Anwendungsbereich der Grundrechtecharta) umgeht der Gerichtshof und rekuriert stattdessen auf das Kernbereichsargument; nur innerhalb dessen – weitgehend unklaren –

⁹⁶ Vgl. A. von Bogdandy u.a., *Reverse Solange*. Protecting the Essence of Fundamental Rights Against EU Member States, CML Rev. 49 (2012), 489-512.

⁹⁷ Siehe GA Sharpston, Schlussanträge vom 30. 09. 2010, Rs. C-34/09 (Fn. 76).

sachlichen Anwendungsbereichs ist in Zukunft kein grenzüberschreitender Bezug mehr erforderlich.⁹⁸

Dies ist kein Zufall. Ein Verbot der Inländerdiskriminierung oder eine Ausweitung der EU-Grundrechte hätte die föderale Machtbalance zulasten der Mitgliedstaaten verändert (und die nationalen Verfassungsgerichte verärgert⁹⁹). Dies Risiko wollte der EuGH nicht eingehen. Die Kernbereichsdoktrin indes ist flexibel und gerade wegen dieser Flexibilität schwerer angreifbar als ein generelles Verbot der Inländerdiskriminierung¹⁰⁰ sowie eine extensive Lesart der rechtspolitisch umstrittenen Bestimmung des Art. 51 GRCh.¹⁰¹ Vermutlich war das neue und inhaltlich unbestimmte Kernbereichsargument auch ein richterlicher Versuchsballon, der die politischen und rechtlichen Reaktionen austesten sollte.

Tatsächlich wich der EuGH zurück und optierte wenige Monate nach dem *Ruiz Zambrano*-Urteil für eine restriktive Lesart der Kernbereichsdoktrin. In den Urteilen *McCarthy* und *Dereci* stellt der EuGH fest, dass das Kernbereichsargument in erster Linie Sonderfälle betrifft, wenn mit dem Verlust der nationalen Staatsbürgerschaft die Existenz des Unionsbürgerstatus (*Rottmann*) oder die Pflicht zum Verlassen des Unionsgebiets (*Ruiz Zambrano*) auf dem Spiel steht.¹⁰² Dogmatisch

⁹⁸ Ausführlicher hierzu *Hailbronner/Thym* (Fn. 8), S. 2009.

⁹⁹ Vgl. die Drohung mit einer Ultra-Vires-Kontrolle in Bezug auf die Handhabung des Art. 51 GRCh in BVerfGE 126, 286 (312 f.) – *Ultra-vires-Kontrolle* (*Mangold/Honeywell*).

¹⁰⁰ Zur Wahrung nationaler Gestaltungsspielräume als Sinn und Zweck des Kriteriums des grenzüberschreitenden Bezugs siehe *M. Poiares Maduro*, in: Kilpatrick u.a. (Hrsg.): *The Future of Remedies in Europe*, 2000, S. 117 (134 f.) und, mittelbar, BVerfGE 113, 273 (298) – *Europäischer Haftbefehl*.

¹⁰¹ Zum Streit um die Reichweite der EU-Grundrechte siehe *C. Calliess*, *Die neue Europäische Union nach dem Vertrag von Lissabon* (2010), S. 343-357.

¹⁰² So die (Neu-)Interpretation des Urteils in EuGH, Rs. C-256/11 (Fn. 73), Rn. 66, wo die (faktische) Pflicht zum Verlassen des Unionsgebiets als relevanter Maßstab identifiziert wird – auch wenn dieser im Fall des *Ruiz Zambrano*-Urteils gar nicht erfüllt war, weil die

gesprochen ist Art. 20 AEUV kein Beschränkungsverbot (*restriction*),¹⁰³ sondern verbietet nur den rechtlichen oder faktischen Entzug der Unionsbürgerrechte (*deprivation*).¹⁰⁴ Es geht um Sonderfälle eines Seins oder Nichtseins der Unionsbürgerrechte.¹⁰⁵ Jenseits dieser Schwelle gelten – in Übereinstimmung mit der Regieanweisung im *Dereci*-Urteil¹⁰⁶ – die nationalen Grundrechte sowie die EMRK.¹⁰⁷

III. Verhältnis zum (EU-)Gesetzgeber

Drittstaatsangehörige Familienmitglieder können sich nicht direkt auf die Unionsbürgerrechte berufen, sondern profitieren von „abgeleitete[n] Rechte[n] ..., die sie als Familienangehörige des Berechtigten erworben haben.“¹⁰⁸ Diese Aussage ist zweifellos richtig und sollte gleichwohl nicht das Bewusstsein dafür aufheben, dass es einen alternativen Blickwinkel gibt, den der EuGH mit dem Rekurs auf die abgeleiteten Unionsbürgerrechte der Familienmitglieder ausblendet: das Migrationsrecht. Für dieses gilt ein anderes Vertragsregime als für Unionsbürger. An die Stelle des Binnenmarkts tritt der Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, der dem EU-

belgischen Behörden eine Abschiebung nach Kolumbien im Jahr 2000 ausgesetzt hatten (vgl. Fn. 83). Dies hindert den Gerichtshof jedoch nicht an der abstrakt-generellen Festlegung eines solchen Kriteriums, das für die Zukunft eine Richtschnur bietet.

¹⁰³ Zur sonstigen Auslegung des Beschränkungsbegriffs siehe EuGH, Rs. C-391/09 (Fn. 58), Rn. 68-76.

¹⁰⁴ Ausführlicher zur Abstufung zwischen Beschränkung (*restriction*) sowie Verlust/Aufhebung (*deprivation*), die der EuGH in *Dereci* zum Maßstab erhebt, siehe K. Lenaerts, 'Civis europaeus sum', FMW – Online Journal on free movement of workers No. 3 (2011), S. 6 (15) sowie vorstehend Rn. 102.

¹⁰⁵ Hierzu bereits D. Thym, Anmerkung, NVwZ 2012, 103 f.

¹⁰⁶ Siehe die doppelte Referenz auf die Charta sowie die EMRK (nebst nationalen Verfassungen) in EuGH, Rs. C-256/11 (Fn. 73), Rn. 70-73.

¹⁰⁷ Ausführlicher wiederum Hailbronner/Thym (Fn. 8), S. 2010 f.

¹⁰⁸ Überraschend deutlich zuletzt EuGH, Rs. C-256/11 (Fn. 73), Rn. 55.

Gesetzgeber sowie nationalen Parlamenten erweiterte Gestaltungsspielräume bietet.¹⁰⁹ Wegweisend bestimmt Art. 79 Abs. 1 AEUV: „Die Union entwickelt eine gemeinsame Einwanderungspolitik, die in allen Phasen eine wirksame Steuerung der Migrationsströme ... gewährleisten soll.“

Wichtig ist das Bewusstsein für die inhaltliche Offenheit der Migrationssteuerung. Die öffentliche Hand strebt nach Einfluss auf die Rechtswirklichkeit; Migration soll durch Rechtsregeln gesteuert werden und – anders als in den Vereinigten Staaten – nur begrenzt auf informeller und illegaler Basis erfolgen.¹¹⁰ Darüber hinaus enthält der Steuerungsanspruch jedoch keine Aussage über eine großzügige oder restriktive Politikgestaltung.¹¹¹ Die Entscheidung zwischen Offenheit und Abschottung erfolgt im Gesetzgebungsverfahren. Diese Offenheit für politische Entscheidungen bezeichnet den entscheidenden Unterschied zum Freizügigkeitsregime des Binnenmarkts.¹¹² Drittstaatsangehörige profitieren von keinen Wanderungsrechten mit Verfassungsrang nach dem Modell der Unionsbürgerrechte, sondern können sich „nur“ auf Grundrechte berufen, die einen geringeren Schutzzumfang besitzen.¹¹³ Kurzum: Die EU-

¹⁰⁹ Speziell bei der Integration (z.B. Forderung von Sprachkenntnissen) sowie beim Arbeitsmarktzugang belässt das sekundäre EU-Migrationsrecht in Übereinstimmung mit Art. 79 Abs. 4 f. AEUV den Mitgliedstaaten inhaltliche Gestaltungsspielräume; vgl. *D. Thym, Freizügigkeit in Europa als Modell?*, EuR 2011, 487 (502-509).

¹¹⁰ Zur Diskrepanz zwischen normativem Anspruch und empirischer Wirklichkeit als Herausforderung an das deutsche und europäische Migrationsrecht *D. Thym, Migrationsverwaltungsrecht* (2010), S. 325 ff.

¹¹¹ Zur fehlenden Determinationskraft des Primärrechts *D. Thym*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.): *Das Recht der Europäischen Union* (42. EL 2010), Art. 79 AEUV Rn. 14-17 sowie *J. Bast, Aufenthaltsrecht und Migrationssteuerung* (2011), S. 113 und 213.

¹¹² Hierzu bereits *Thym* (Fn. 109), S. 495-502.

¹¹³ Vergleiche für die innereuropäische Freizügigkeit etwa Art. 45 Abs. 1 und 2 AEUV sowie für den Arbeitsmarktzugang Art. 15 Abs. 2 und 3 AEUV.

Migrationspolitik unterliegt einer rechtlichen Migrationssteuerung, die gegenüber Unionsbürgern verboten ist.

In seinen Urteilen zu drittstaatsangehörigen Familienmitgliedern von Unionsbürgern ignorierte der Gerichtshof dieser alternativen Referenzrahmen weitgehend. Der EuGH schien sich nicht einmal dessen bewusst, dass er an der Schnittstelle von Unionsbürgerschaft und Migrationsrecht eine Entscheidung zwischen zwei Vertragsregimen trifft.¹¹⁴ Dies enttäuscht umso mehr als aus der Abgrenzung der Vertragsregime Auswirkungen von verfassungsrechtlicher Tragweite für die horizontale Machtbalance folgen.¹¹⁵ Es muss daher begrüßt werden, dass der Gerichtshof im *Dereci*-Urteil ein Bewusstsein für dieses Problem zum Ausdruck bringt, wenn er die Familienzusammenführungs-Richtlinie 2003/86/EG als grundsätzlich gleichwertigen Bezugspunkt neben der Unionsbürger-Richtlinie 2004/38/EG aufführt.¹¹⁶ Hierauf sollte der EuGH aufbauen und die Unionsbürgerschaft sowie das EU-Migrationsrecht einer bewussten Abgrenzung zuführen.

E. Zwischenstationen zur „wahrhaftigen Bürgerschaft“?

Die Bedeutung der neuen Rechtsprechungslinie liegt in der konzeptionellen Abkehr von der Marktbürgerschaft. An die Stelle einer funktionalen Förderung transnationaler Rechte tritt mit dem Schutz des Menschen um seiner selbst Willen eine Frage der sozialen Gerechtigkeit, die man als Übergang zur „wahrhaftigen“ Bürgerschaft konzipieren mag.¹¹⁷ Dieser Schritt wurde in Urteilen wie *Carpenter* und *Metock* vorbereitet, die im Kern den Schutz des Familienlebens als Selbstzweck betrafen, dogmatisch aber

¹¹⁴ Für eine überaus knappe Zurückweisung siehe EuGH, Rs. C-127/08 (Fn. 49), Rn. 66.

¹¹⁵ Im Ergebnis ähnlich *A. Lansbergen/N. Miller*, *European Citizenship Rights in Internal Situations: An Ambiguous Revolution?*, *EuConst* 7 (2011), 287 (300-1).

¹¹⁶ Vgl. EuGHJ, Rs. C-256/11 (Fn. 73), Rn. 45-58; beide Richtlinien fanden im Fall keine Anwendung.

¹¹⁷ Erneut der Verweis auf *Nettesheim* (Fn. 82) und *Kochenov* (Fn. 78).

dennoch der hergebrachten Dogmatik transnationaler Grundfreiheiten folgten.¹¹⁸ Dies ist beim *Ruiz Zambrano*-Urteil anders: die Kernbereichsdoktrin überschreitet auch bei der dogmatischen Konstruktion des Familienschutzes die Grundlagen der transnationalen Marktbürgerschaft.¹¹⁹

Doch was kennzeichnet eine „wahrhaftige“ Bürgerschaft? Ist der Schritt jenseits der Marktbürgerschaft gar eine „natürliche und logische Schlussfolgerung“¹²⁰? Meines Erachtens nein – aus fünf abschließenden Gründen.

Erstens zeigt bereits die Entstehungsgeschichte, dass die Unionsbürgerschaft immer einen überschießenden, teleologischen Gehalt besaß – in Übereinstimmung mit der offenen Finalität des Integrationsprozesses.¹²¹ Dies bedeutet zugleich, dass die Bewertung der EuGH-Judikatur auch vom Standpunkt des Betrachters abhängt; die Unionsbürgerschaft dient als Projektionsfläche für Europafreundlichkeit und -kritik. Die Suche nach der „wahrhaftigen“ Unionsbürgerschaft kann daher keiner definitiven Lösung zugeführt werden. Zu vielfältig sind die Ansichten über die konzeptionellen Grundlagen sowie die Finalität der EU-Integration.

Zweitens besaß der Bürgerschaftsbegriff, ganz unabhängig von der EU-Integration, bereits zur Hochzeit des Nationalstaats eine inhaltliche

¹¹⁸ See *E. Spaventa*, *From Gebhard to Carpenter: towards a (non-)economic European constitution*, CML Rev. 41 (2004), 743-73; *A. Epiney*, *Von Akrich bis Metock*, EuR 2008, 840 (847-53); und *A. Tryfonidou*, *Family Reunification Rights of (Migrant) Union Citizens*, ELJ 15 (2009), 634-53.

¹¹⁹ In einem Punkt ist auch *Ruiz Zambrano* von Funktionalität gekennzeichnet, weil die Eltern „nur“ als Sorgende der Kinder geschützt werden; vgl. also EuGH, Rs. C-256/11 (Fn. 73), Rn. 55: „abgeleitete Rechte“.

¹²⁰ So *Kochenov* (Fn. 78), S. 94: „natural and fitting conclusion“, während Kritiker des EuGH „are routed in a passionate adherence to a familiar tradition rather than in reasoned analysis“ (S. 93).

¹²¹ Hierzu bereits Abschn. B.

Unschärfe. Man konnte sich auf den Begriff verständigen, unter dem Sozialisten und Katholiken, Liberale und Republikaner sodann jedoch verschiedene Inhalte meinten. Im Zeitalter der Globalisierung schwindet die konzeptionelle Gemeinsamkeit noch mehr. Die Bedeutung von supranationalen Gemeinschaften und transnationaler Migration für den Bürgerschaftsbegriff ist noch lange nicht ausdiskutiert.¹²²

Drittens besitzt der Begriff der Bürgerschaft eine normative Zielrichtung mit Blick auf freie Gleichheit, politische Partizipation und gesellschaftliche Solidarität.¹²³ Jenseits dieser Mindestanforderungen endet die konzeptionelle Sicherheit jedoch. Man kann mit Gründen eine transnationale Marktbürgerschaft unterstützen oder einen (einseitig) Rechte-basierten Zugriff kritisieren.¹²⁴ Das gleiche gilt für Argumente pro und contra die Einbeziehung von Drittstaatsangehörigen in den Schutzzumfang der (Unions-)Bürgerschaft.¹²⁵ Abhängig vom jeweiligen Blickwinkel erscheint die EuGH-Rechtsprechung in einem anderen Licht. Hierbei gibt es keinen per se „richtigen“ Bürgerschaftsbegriff. Die abstrakte Forderung nach „wahrhafter“ Bürgerschaft vermag die Auseinandersetzung mit den unterschiedlichen zu Grunde liegenden Vorstellungen nicht zu ersetzen.

Viertens dürfen der Gerichtshof und Wissenschaftler nicht der Gefahr erliegen, die Hülle mit dem Inhalt zu verwechseln. Es gibt im EU-Recht verschiedene Beispiele, wo die Vertragssprache sich vom materiell-

¹²² Satt vieler *Kadelbach* (Fn. 24), S.645-653 und *Kostakopoulou* (Fn. 71), Kap. 1-3.

¹²³ Vgl. *R. Bellamy*, *Citizenship. A Very Short Introduction* (2008) und *Nettesheim* (Fn. 82), S. 1036 f.

¹²⁴ Für einen Überblick über relevante Streitpunkte und unterschiedliche Sichtweisen siehe S. *Besson/A. Utzinger*, *Future Challenges of European Citizenship*, *ELJ* 13 (2007), 573-90.

¹²⁵ Stellvertretend für die diesbezügliche Debatte *R. Hansen*, *A European Citizenship or a Europe of Citizens?*, *Journal of Ethnic and Migration Studies* 24 (1998), 751-769 und *D. Kostakopoulou*, *European Union Citizenship: Writing the Future*, *ELJ* 13 (2007), 623 (643-645).

rechtlichen Inhalt unterscheidet. Schließlich gibt es „Richtlinien“, die keine administrativen Rechtsakte sind, sondern Rahmengesetzen entsprechen. Warum sollte es bei der Unionsbürgerschaft nicht umgekehrt sein? Sie gibt vor, etwas zu sein, was sie nicht ist.¹²⁶

Fünftens würde eine proaktive EuGH-Rechtsprechung die Unionsbürgerschaft nur mit *rechtlicher* Substanz füllen – nicht jedoch die *lebensweltliche* Schaffung solidarischer Bürgerschaft auf Grundlage gemeinsamer Identität und wechselseitiger Solidarität bedeuten.¹²⁷ Der richterliche Ausbau der Unionsbürgerrechte vermag insoweit nur eine virtuelle, rechtliche Bürgerschaft zu schaffen.

F. Fazit

Es überrascht nicht, dass die EuGH-Rechtsprechung zur Unionsbürgerschaft zu den umstrittensten Rechtsentwicklungen auf EU-Ebene der vergangenen 15 Jahre gehörte. Die Entstehungsgeschichte zeigt, dass die Personenfreizügigkeit sowie die spätere Unionsbürgerschaft immer einen überschießenden, teleologischen Gehalt besaßen und als Projektionsfläche für unterschiedliche Vorstellungen über die Finalität des Integrationsprozesses dienten. Unterstützung und Kritik für die EuGH-Rechtsprechung zur Unionsbürgerschaft spiegelte insoweit immer auch die Vorstellungen über Wesen und Ziel der EU-Integration.

Zudem unterliegt der EuGH strukturellen Grenzen, weil der richterliche Ausbau der Unionsbürgerschaft inhaltliche Rückwirkungen auf das vertikale und horizontale Machtgleichgewicht besitzt. Dieser strukturellen

¹²⁶ Entsprechend der ursprl. Kritik von *J. Weiler*, *European Citizenship and Human Rights*, in: Winter et al. (Hrsg.): *Reforming the Treaty on European Union* (T.M.C. Asser, 1996), S. 57 (73): ‚empty gesture‘.

¹²⁷ Stellvertretend die Kritik von *Delanty* (Fn. 26), S. 63-72 und *J. Přibáň*, *The Juridification of Identity, Its Limitations and the Search of EU Democratic Politics*, *Constellations* 16 (2009), 44-58.

Grenzziehungen seiner Rechtsprechung ist sich der Gerichtshof durchaus bewusst, wie die Entwicklung der Rechtsprechung zu Sozialleistungen belegt. Trotz aller Innovationsfreude achtet der Gerichtshof die Vorgaben des EU-Gesetzgebers in der Freizügigkeits-Richtlinie 2004/38/EG und belässt den Mitgliedstaaten inhaltlichen Freiraum zur Ausgestaltung der Wirtschafts- und Sozialsysteme unter der Ägide des Gleichheitssatzes. Die EuGH-Judikatur zu Sozialleistungen mag auf tönernen dogmatischen Füßen stehen, besitzt jedoch nur begrenzte Rückwirkungen auf die vertikale und horizontale Machbalance im europäischen Verfassungsverbund.

Eine Betrachtung der kontroversen Urteile des vergangenen Jahrzehnts zeigt ein zweites Streitfeld neben Sozialleistungen: der Rechtsstatus von drittstaatsangehörigen Familienmitgliedern. Im *Ruiz Zambrano*-Urteil erlebte diese Diskussion einen neuen Höhepunkt, weil der Gerichtshof die transnationale Ausrichtung der Marktbürgerschaft hinter sich ließ. Das neue dogmatische Institut der Kernbereichsdoktrin erfordert keinen grenzüberschreitenden Bezug mehr und nimmt sich stattdessen des Schutzes von Einzelpersonen um ihrer selbst Willen an. Diese Abkehr von der Marktbürgerschaft hin zur Gestaltung sozialer Gerechtigkeit erscheint manchen als Rubikon zur „wahrhaftigen“ Bürgerschaft.

Beim weiteren Ausbau der Unionsbürgerschaft wird der Gerichtshof erneut mit den strukturellen Grenzen seiner Rechtsprechung konfrontiert. Zum einen widerstehen die Mitgliedstaaten (sowie deren Verfassungsgerichte) der richterlichen Erstreckung der Unionsbürgerrechte auf Sachverhalte, die in Übereinstimmung mit Art. 51 GRCh der nationalen Regelungsautonomie unterfallen. Zum anderen beschneidet der Gerichtshof durch eine expansive Handhabung der Unionsbürgerrechte für drittstaatsangehörige Familienmitglieder die vertraglichen Vorrechte des EU-Gesetzgebers sowie der nationalen Parlamente bei der Ausgestaltung des Migrationsrechts. Dessen ungeachtet bestehen unterschiedliche Konzeptionen über die Bedeutung der supranationalen Unionsbürgerschaft fort. Es gibt nicht den

einen richtigen Standpunkt, wie Bürgerschaft in Europa zu konzipieren ist. Über deren Inhalt darf und muss gestritten werden. An dieser Diskussion kann der EuGH sich beteiligen; ersetzen kann er die Debatte jedoch nicht.

Professor Dr. Ulrich Becker, LL.M. (EHI)

Geschäftsführender Direktor Max-Planck-Institut für Sozialrecht und Sozialpolitik, München

Das Soziale im Primärrecht

A. Einleitung	37
B. Annäherungen	40
I. Die soziale Dimension der europäischen Integration und ihre Grenzen	40
1. Zur Entwicklung der Integrationsziele – die soziale Marktwirtschaft	40
2. Kompetenzen und Instrumente für eine Europäisierung des Sozialen	43
II. Die Bedeutung von Marktmechanismen für das Soziale	46
C. Das nationale Soziale und das unionale Wirtschaftsrecht	48
I. Die Einflüsse des Wettbewerbsrechts	49
1. Keine Markteröffnung durch Wettbewerbsrecht	49
2. Zur Bedeutung des Beihilfenverbots	52
II. Die Einflüsse der Grundfreiheiten	54
1. Vergaberecht	55
2. Wirtschaftliche Freiheitsrechte und das Soziale	57
D. Zusammenfassung und Ausblick	60

A. Einleitung

Die Europäische Union, neu gewandet im Kleid des Vertrags von Lissabon, scheint an sozialer Statur gewonnen zu haben. Das Bundesministerium für Arbeit und Soziales spricht von einer „Stärkung der sozialen Dimension“¹, auf einer Internetseite der EU ist zu lesen, die Union und die Mitgliedstaaten teilten sich „die Verantwortung für ihre Beschäftigungs-, Sozial- und Eingliederungspolitik“². Was genau ist aber damit gemeint, und was bedeutet das konkret für die Konstellationen, in denen es um das Verhältnis zwischen Sozialleistungsrecht als dem Kernbereich des Sozialen einerseits und dem vertraglichen Wirtschaftsrecht als dem traditionellen Kernbereich der Unionsrechtsordnung andererseits geht?

Nach wie vor ist die Frage nach der sozialen Dimension der EU vor allem die nach dem Verhältnis zwischen Marktintegration und sozialer Intervention.³ Dieses Verhältnis ist potentiell spannungsreich. Man kann zwar, wie *Franz Böhm* es tat, davon sprechen, die Institution Wettbewerb als tragender Pfeiler einer Marktwirtschaft, der weit über die Preisbildung hinausgehend Allokation, Innovation und Freiheitsschaffung verwirklichen soll,⁴ entfalte einen „sozialen Gesamteffekt“.⁵ Jedoch sind gerade die Bezugspunkte und die Endpunkte von wirtschaftlicher Freiheitsbetätigung und Sozialem

¹ <http://www.bmas.de/DE/Themen/Soziales-Europa-und-Internationales/Europa/Sozialpolitik-in-Europa/sozialpolitik-in-europa.html>.

² http://europa.eu/pol/socio/index_de.htm.

³ Dazu und zu den Ansätzen im geplanten, aber nicht in Kraft getretenen und dann im Lissabonner Vertrag aufgegangenen Verfassungsvertrag *Becker*, Die soziale Dimension des Binnenmarktes, in: *Schwarze* (Hrsg.), Der Verfassungsentwurf des Europäischen Konvents, 2004, S. 201 ff.

⁴ Vgl. *Herdzina*, Wettbewerbspolitik, 5. Aufl. 1999, S. 11 ff.; *Knieps*, Wettbewerbsökonomie. Regulierungstheorie, Industrieökonomie, Wettbewerbspolitik, 2001, S. 4 ff.

⁵ Dazu *Nörr*, Die Leiden des Privatrechts, 1994, S. 101 ff., 106.

unterschiedlich. Bezieht sich das Erstgenannte auf individuelles Handeln mit einem gemeinschaftsfördernden Ergebnis, so geht es beim Zweitgenannten ganz umgekehrt um gemeinschaftsgebundenes Handeln – weshalb auch *Hermann Roesler* das soziale Recht als „Regel der gesellschaftlichen Freiheit“ bezeichnete⁶ – das aber einer individuellen Verbesserung dienen soll.

Für das Sozialleistungsrecht ist das offensichtlich: Es verteilt Güter nach Bedarfen – zum Zwecke der Existenzsicherung, der Förderung allgemeinwohlrelevanter Tätigkeiten, der Eröffnung von Teilhabemöglichkeiten und der Einzäunung allgemeiner Lebensrisiken.⁷ Darin liegt eine Verteilungsregel, mit der die auf der Freiheit des Einzelnen basierende Produktion und Verteilung von Gütern ergänzt und zum Teil korrigiert werden soll – also die Regeln des Marktes. Zwar geht es dem Sozialen ebenso um die Ermöglichung der Teilnahme am Marktgeschehen und auch um die Art, wie diese Teilnahme erfolgt – insofern ist die Sozialpolitik tatsächlich, in den schönen Worten *Wilfrid Schreibers*, der „Inbegriff allen Bemühens, das die Menschen befähigt, Heimatgefühl in der Freiheit zu empfinden“⁸. Jedoch erübrigt das nicht sozialpolitisch motivierte Korrekturen an den Ergebnissen einer freiheitsbasierten wettbewerblichen Ordnung – sei es, weil nicht alle am „friedlichen Kampf“, wie *Max Weber* den Wettbewerb, heute etwas martialisch anmutend und die Marktfähigkeit betonend, nannte, teilnehmen können, oder weil die Vorhaltung bestimmter

⁶ Über die Grundlehren der von Adam Smith begründeten Volkswirtschaftstheorie, Ein Beitrag zur Rechtsphilosophie, 2. Aufl., 1868, S. 264; dazu näher *Rauscher*, Die soziale Rechtsidee und die Überwindung des wirtschaftsliberalen Denkens, Hermann Roesler und sein Beitrag zum Verständnis von Wirtschaft und Gesellschaft, 1969, S. 235 ff.

⁷ Vgl. dazu *Zacher*, Grundtypen des Sozialrechts, in: *Fürst/Herzog/Umbach* (Hrsg.), FS für Zeidler, Bd. 1, 1987, S. 571, 579 ff.; *Becker*, Sozialrecht und Sozialrechtswissenschaft, ZÖR 65 (2010), S. 607, 611 ff.

⁸ *Schreiber*, Sozialpolitik in der Sozialen Marktwirtschaft, in: *ders.*, Sozialpolitische Perspektiven, 1972, S. 23, 34.

Güter für erforderlich gehalten wird und deshalb nicht den Unsicherheiten des Marktes überlassen bleiben sollen.

Diese potentiellen Spannungen können sich insbesondere im Gebäk des europäischen Hauses wiederfinden, wenn die das Gebäude tragende Kompetenzverteilung in den Blick genommen wird. Hervorragendes Ziel der Europäischen Union ist die Herstellung eines Binnenmarkts, und Grundlage deren bisheriger Erfolgsgeschichte ist die wirtschaftliche Integration. Hingegen gehört die Errichtung und Ausgestaltung von Sozialleistungssystemen zum Hausgut der Mitgliedstaaten. Kommt es zu Konflikten zwischen dem auf die Marktintegration ausgerichteten Unionsrecht und dem der Verwirklichung des Sozialen dienenden Sozialrecht, so geht es deshalb oft auch um das Verhältnis zwischen den politischen Ebenen und der Wahrnehmung der dort jeweils angesiedelten Zuständigkeiten.

Beispiele dafür lassen sich immer wieder und bis jetzt auch immer noch in neuen Konstellationen finden. Der vor einigen Jahren an den EuGH gerichtete Vorwurf, er überschreite seine Zuständigkeit in einem Maße, das schon zu Widerstandsakten herausfordere, war auch auf Entscheidungen gestützt, die über die Grundfreiheiten das (nationale) kollektive Arbeitsrecht berührten.⁹

Jedoch liegen die Dinge keineswegs so einfach, wie im folgenden heruntergebrochen auf das Sozialleistungsrecht gezeigt werden soll. Die Ausgangspunkte bewegen sich aufeinander zu. Die Verschränkungen zwischen Sozial- und Wirtschaftsrecht wachsen, sowohl zwischen den politischen Ebenen als auch auf diesen selbst. Das führt zu Annäherungen, von denen in einem ersten Schritt die Rede sein soll (unten, B.). Diese beseitigen aber keineswegs die genannte Ausgangssituation des nach Ebenen betrachteten asymmetrischen Aufeinandertreffens von Sozial- und

⁹ EuGH v. 11.12.2007, Rs. C-438/05 (Viking), Slg. 2007, S. I-10779, v. 18.12.2007, Rs. C-341/05 (Laval), Slg. 2007, S. I-11767 und v. 3.4.2008, Rs. C-346/06 (Rüffert), Slg. 2008, S. I-1989.

Wirtschaftsrecht. Selbst wenn das unmittelbar der Durchführung dienende Sekundärrecht in die Betrachtung einbezogen wird, entfaltet das Primärrecht nach wie vor nur eine eingeschränkte Gestaltungsfunktion für das Soziale. Es setzt dieses einerseits in den Rahmen des Binnenmarkts, muß dafür dessen Eigenheiten aber berücksichtigen.

Meine Hauptthese ist deshalb, daß das primäre Unionsrecht in erster Linie das Soziale anerkennen, es aber nicht eigenständig gestalten soll. Das wird in einem nachfolgenden Schritt dargelegt, zum einen bezogen auf das Wettbewerbsrecht, zum anderen auf die Grundfreiheiten (unten, C.).

B. Annäherungen

I. Die soziale Dimension der europäischen Integration und ihre Grenzen

1. Zur Entwicklung der Integrationsziele – die soziale Marktwirtschaft

a) Durch den Vertrag von Lissabon hat die Europäische Union nicht nur eine geschlossene rechtliche Gestalt gewonnen. Zumindest programmatisch ist ihr Vertragsrecht auch sozial angereichert worden. Das kommt eher zurückhaltend in der Beschreibung der grundlegenden Werte in Art. 2 EUV zum Ausdruck. Dessen S. 1 entspricht dem früheren Art. 6 Abs. 1 EUV weitgehend, nun angereichert um die Nennung der Menschenwürde. Er ist aber durch einen S. 2 ergänzt worden, der unter anderem ausdrücklich auf die Nichtdiskriminierung und die Solidarität hinweist, wenn auch im Sinne von vorfindlichen gesellschaftlichen Eigenschaften.

Offensichtlicher wird die veränderte Programmatik in der Zielbestimmung des Art. 3 EUV, insbesondere wenn diese mit den alten Art. 2 und Art. 3 EGV verglichen wird, die Aufgaben und Tätigkeiten der Gemeinschaft festlegten.

Dort stand die Errichtung eines Gemeinsamen Marktes an erster Stelle, der Schutz des Wettbewerbs vor Verfälschungen wurde ausdrücklich als Gemeinschaftsziel genannt. Das hat sich nun geändert. Die Schaffung eines Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts ohne Binnengrenzen ist mit dem Vertrag von Lissabon nach vorne gerückt, und zwar im Sinne einer Betonung der Rechte der Unionsbürger. Das nachfolgend genannte Ziel der Errichtung des Binnenmarkts wird näher ausgestaltet. Die Union soll nun u.a. auf „eine in hohem Maße wettbewerbsfähige soziale Marktwirtschaft, die auf Vollbeschäftigung und sozialen Fortschritt abzielt“, hinwirken. Dazu kommt ein eigenes Unterziel, das ganz dem Sozialen gewidmet ist. Es verheißt nicht nur die Bekämpfung von sozialer Ausgrenzung und Diskriminierungen, sondern auch die Förderung von „sozialer Gerechtigkeit und sozialem Schutz“, ferner „die Gleichstellung von Frauen und Männern, die Solidarität zwischen den Generationen und den Schutz der Rechte des Kindes“. Das wird flankiert durch eine sog. Sozialklausel in Art. 9 AEUV, die im wesentlichen noch einmal betont, daß die genannten Ziele auch die konkreten Tätigkeiten der Union leiten sollen. Dazu paßt auch Art. 14 AEUV, der die Dienste von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betrifft, die gerade auch im Zusammenhang mit der Erbringung von Sozialleistungen eine große Rolle spielen. Die Vorschrift sieht nun in S. 2 eine Kompetenz der Union zur Festlegung von „Grundsätzen und Bedingungen“ vor. Gleichzeitig fällt auf, daß der Schutz des Wettbewerbs vor Verfälschung aus dem Zielkatalog verschwunden ist.

b) Insgesamt scheinen sich aus den geänderten Zielbestimmungen Verschiebungen im Verhältnis zwischen Sozialem und Binnenmarkt¹⁰ zu

¹⁰ Wenn auch vorher die Frage nach einer Rangordnung der Ziele keineswegs geklärt war; vgl. dazu nur *Basedow*, Zielkonflikte und Zielhierarchien im Vertrag über die Europäische

ergeben. Manche Beobachter haben das mit Sorge betrachtet, die Rede war von „gewissen Irritationen“.¹¹ Bei näherem Hinsehen relativieren sich die Neuerungen aber beträchtlich.

Zum einen darf nicht übersehen werden, daß schon der frühere EUV eine eigene Bestimmung kannte, die neben dem wirtschaftlichen gleichberechtigt den sozialen Fortschritt als Ziel der Union vorgab.

Zum anderen werden einige Änderungen durch die dem Lissabonner Vertrag beigefügten Protokolle relativiert. Dabei ist zu beachten, daß diese Protokolle ihrerseits zum Primärrecht zählen (Art. 51 EUV). So umschreibt das Protokoll Nr. 27 den Binnenmarkt i.S.v. Art. 3 EUV als ein System, das auch „den Wettbewerb vor Verfälschungen schützt“, womit, wenn auch sozusagen durch die Hintertür, die Bedeutung des Wettbewerbsrechts der früheren Formulierung entsprechend wieder betont wird. Umgekehrt relativiert das Protokoll Nr. 26 über Dienste von allgemeinem Interesse die Neufassung des Art. 14 EUV. In diesem Protokoll (Art. 1) wird der „weite Ermessensspielraum der nationalen, regionalen und lokalen Behörden in der Frage, wie Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse“ zu organisieren sind, hervorgehoben, ebenso deren Vielfalt und Unterschiede auch im Hinblick auf „soziale Gegebenheiten“. Beide Protokolle unterstreichen, daß weder die Bedeutung des Wettbewerbs und dessen rechtlichen Schutzes vermindert, noch die Besonderheiten der Dienste von allgemeinem Interesse, die geeignet sind, für Modifikationen bei der Anwendung des Wettbewerbsrechts zu sorgen, relativiert werden sollen. Umgekehrt wird über Voraussetzung und Umfang dieser möglichen Modifikationen aber auch nichts Neues gesagt. Die Kommission versucht zwar nun, durch einen sog. Qualitätsrahmen den Besonderheiten der Dienstleistungen von allgemeinem Interesse Rechnung

Gemeinschaft, in: *Due/Lutter/Schwarze* (Hrsg.), FS für Everling, Baden-Baden 1995, Bd. I, S. 49, 51 ff.

¹¹ *Schwarze*, in: *ders. u.a.* (Hrsg.), EU Kommentar, 2. Aufl. 2009, Einf. Rdnr. 40.

zu tragen und damit auch, wie sie selbst vorbringt, die soziale Dimension des Binnenmarktes zu stärken.¹² Das ändert aber nichts daran, daß eine Umsetzung durch einzelne Maßnahmen im Rahmen der vertraglichen Vorgaben erforderlich ist. Sie wurde für das Beihilfenrecht und das Vergaberecht bereits in die Wege geleitet.

Bemerkenswert bleiben vor allem die soziale Querschnittsklausel und die Erhebung der sozialen Marktwirtschaft zu einem Unionsziel. Bezieht man die vorhergehenden Entwicklungen in die Betrachtung ein, wird eines klar: Hier geht es nicht um neue Inhalte, sondern um die Festschreibung des Bestehenden. Sprechen ließe sich von der Konstitutionalisierung der sozialen Dimension, die seit den 1970er Jahren mit zunehmender Bedeutung Teil der europäischen Integration ist. Die nachfolgenden Ausführungen zur Bedeutung des Wettbewerbsrechts und der Grundfreiheiten im Licht der Rechtsprechung des EuGH wird diese These belegen. Die Technik der vertraglichen Fundierung sekundärrechtlicher und judikativer Entwicklungen wird im übrigen auch anderweitig verfolgt, wenn grundsätzliche Fragen berührt sind. Die Diskriminierungsverbote und die in diesem Band behandelte Freizügigkeit der Unionsbürger lassen sich als Belege anführen.

2. Kompetenzen und Instrumente für eine Europäisierung des Sozialen

Auf dem Feld der Sozialpolitik dient diese Vertraglichung dazu, gemeinsame und rechtlich zu schützende Gemeinwohlinteressen festzulegen, nicht aber dazu, neue gesetzgeberische Aktivitäten zu entfalten. Die genannten sozialen Ziele der Union klingen zwar zum Teil verheißungsvoll, bleiben aber unbestimmt. Insbesondere die Gerechtigkeit, die *Kelsen* mangels allgemeiner

¹² KOM(2011) 900 endg., S. 2 f.

Faßbarkeit als den „schönen Traum der Menschheit“ bezeichnete,¹³ wird durch das Attribut des sozialen nicht leichter greifbar. Man mag zwar bei der Suche nach festem Boden nicht unbedingt, wie *v. Hayek* spitz anmerkte, in „einen Morast der Verirrung“ geraten.¹⁴ Auch steht einer Rechtsordnung das Ziel selbst durchaus gut an.¹⁵ Was aber als sozial gerecht angesehen werden soll, bedarf der Konkretisierung. Es erschließt sich, soweit es um den Schutz und die Unterstützung des Einzelnen durch die Gemeinschaft als wesentliches Element der Realisierung von Gerechtigkeitsvorstellungen geht, erst aus den jeweils vorgesehenen – auch zeit- und kulturgebundenen – hoheitlichen Interventionen in die Marktverhältnisse.

Insofern ist der entscheidende Punkt, daß der EU für die entsprechende Konkretisierung nach wie vor eigene Zuständigkeiten fehlen. Sie darf ihre Ziele nur im Rahmen der durch die Verträge ausgestalteten Kompetenzverteilung verfolgen.¹⁶ Weder aus Zielbestimmungen noch aus Querschnittsklauseln sind neue Zuständigkeiten ableitbar. Das hat der Vertrag von Lissabon nicht wesentlich geändert. Insoweit ist dem Urteil des BVerfG zu diesem Vertrag¹⁷ zuzustimmen. Anderes galt und gilt im Antidiskriminierungsrecht und zum Schutz der Arbeitnehmer, weil in diesen beiden Bereichen der unionalen Sozialpolitik, an wirtschaftlichen Aspekten ansetzend, Sekundärrecht in erheblichem Umfang geschaffen worden ist. Die rechtliche Überformung dieser Ansätze auf vertraglicher Ebene kann dann zu eigenen und neuen Konflikten zwischen dem Sozialen und wirtschaftlichen

¹³ *Kelsen*, Was ist Gerechtigkeit?, [Erstveröff. 1953], 2002, S. 52.

¹⁴ *v. Hayek*, Recht, Gesetz und Freiheit (Das Trugbild sozialer Gerechtigkeit), 2003, S. 229.

¹⁵ Dazu und zu der Entwicklung nur *Hofmann*, Einführung in die Rechts- und Staatsphilosophie, 2000, S.194 ff.

¹⁶ Zur Bedeutung der Zielbestimmungen *Becker*, in: *Schwarze u.a.* (Hrsg.), EU-Kommentar, 3. Aufl. 2012, Art. 3 EUV, Rdnr. 5 ff.

¹⁷ BVerfGE 123, 267.

Freiheiten führen. Die höchst umstrittene Entscheidung des EuGH in der Rs. *Test-Achats*¹⁸ bezeugt dies.

Bezogen auf das Sozialleistungsrecht ist es jedoch nach wie vor nicht an der Union, Sozialpolitik durch Gesetze in eine konkrete Form zu gießen. Allerdings ist damit nicht gesagt, daß die Union nicht ihrerseits auf die Sozialpolitik Einfluß nähme. Sie trägt ganz im Gegenteil zur Herausbildung gemeinsamer sozialpolitischer Grundlagen bei. Wenn das BVerfG in der erwähnten Entscheidung zum Lissabonner Vertrag anmerkt, europäische „politische Initiativen und Programme“ würden „das Recht ausfüllen und konkretisieren“,¹⁹ verfehlt es deren richtungsweisende Bedeutung.²⁰ Diese wird vor allem über Koordinierungsansätze erreicht, die durch die Vertragsreform eine gesetzliche Grundlage erhalten haben (Art. 5 AEUV), insbesondere in der Form der Europäischen Beschäftigungsstrategie und der sog. offenen Methode der Koordinierung. Zwar sind unmittelbare Kausalbeziehungen zwischen diesen Abstimmungsprozessen und den in allen europäischen Staaten zu beobachtenden Reformen der Sozialleistungssysteme nicht eindeutig zu belegen.²¹ Aber es sind in

¹⁸ EuGH v. 1.3.2011, Rs. C-236/09 (*Association belge des Consommateurs*), n.v.; dazu nur *Lüttringhaus*, Europaweit Unisex-Tarife für Versicherungen!, *EuZW* 2011, S. 296 ff.; *Purnhagen*, Zum Verbot der Risikodifferenzierung aufgrund des Geschlechts, *EuR* 2011, S. 690 ff.; *Watson*, Equality, Fundamental Rights and the Limits of Legislative Discretion: Comment on *Test-Achats*, *ELRev.* 2011, S. 896 ff.; *Armbrüster*, Das Unisex-Urteil des EuGH (*Test-Achats*) und seine Auswirkungen, *ZEW Vorträge und Berichte* Nr. 192, 2011, jew. m.w.N.

¹⁹ BVerfGE 123, 267, 397.

²⁰ Dazu *Becker*, Standards und Prinzipien des europäischen Sozialrechts, in: *Sozialrecht in Europa*, *SDSRV* 59 (2010), S. 89 ff.

²¹ Vgl. *Becker*, Die offene Methode der Koordinierung im Bereich Alterssicherung – eine Zwischenbilanz aus Sicht der Wissenschaft, in: *Renten in Europa – Die offene Methode der Koordinierung im Bereich Alterssicherung – Bilanz und Perspektiven*, *DRV Schriften* Bd. 92 (2011), S. 19 ff.

verschiedener Hinsicht Konvergenzen zu beobachten, die nahelegen, daß sich die nationalen Gesetzgeber vielfach an gemeinsamen sozialpolitischen Vorstellungen orientieren.

II. Die Bedeutung von Marktmechanismen für das Soziale

Zu den feststellbaren Reformtrends gehört in vielen EU-Mitgliedstaaten nicht nur der Umbau der Alterssicherung durch Mehr-Schichten-Modelle, die Anhebung der Altersgrenzen und die Stärkung des Beitragsbezugs von Leistungen.²² Dieser Umbau folgt dem Ruf nach „Nachhaltigkeit“, dem auch die selten um propagandistische Etiketten verlegene Union gerne gefolgt ist. Ebenfalls nicht ohne Begleitung durch ein Modewort, nämlich die schwer übersetzbare „Flexicurity“, müssen die verbreiteten Reformen auf dem Feld der Arbeitsmarktpolitik auskommen, wo aktivierende Maßnahmen für eine effektivere Wiedereingliederung sorgen sollen. Zudem findet an vielen Stellen innerhalb von Sozialleistungssystemen eine Ausweitung von Wahlmöglichkeiten statt, die mit eher kritischem Unterton auch als „Vermarktlichung“ der Sozialleistungsgewährung bezeichnet wird.

Diese Wahlmöglichkeiten können sowohl den Leistungsberechtigten, also den bedürftigen Bürgern, als auch den Leistungsträgern offenstehen. Hintergrund dieser Differenzierung ist der Umstand, daß jedenfalls Dienst- und Sachleistungen, aus denen Sozialleistungen in weitem Umfang bestehen, nicht durch die Träger selbst erbracht werden. Statt dessen werden Dritte in die Leistungserbringung einbezogen, woraus sich eine Mehrheit von Rechtsverhältnissen ergibt, die man sich bildlich als ein Leistungserbringungs-dreieck vorstellen kann. Das gilt für die meisten

²² Dazu nur *Becker*, Alterssicherung im internationalen Vergleich, in: *Becker/Kaufmann/v. Maydell/Schmähl/Zacher* (Hrsg.), Alterssicherung in Deutschland, FS für Franz Ruland, 2007, S. 575, 588 ff.

Behandlungsleistungen in der gesetzlichen Krankenversicherung, für professionelle Pflegeleistungen im Rahmen der sozialen Pflegeversicherung, aber auch für verschiedene Maßnahmen in der Sozial-, Kinder- und Jugendhilfe, die berufliche Bildung im Rahmen der Arbeitsförderung und zumindest teilweise für Rehabilitationsmaßnahmen im Rahmen der Rentenversicherung. In allen diesen Bereichen binden die Träger Dritte in ihre Aufgabenerfüllung ein. Das führt zu spezifischen Steuerungsproblemen hinsichtlich der Sicherstellung, der Finanzierung und der Qualitätssicherung,²³ die mittlerweile breit unter dem Stichwort des „Gewährleistungsstaats“ debattiert werden – allerdings selten unter Rückgriff auf das Sozialrecht als Referenzgebiet, sondern erst angestoßen durch die sehr viel jüngeren Regulierungsansätze etwa im Energiewirtschafts-, Verkehrs- und Telekommunikationsrecht. Insofern unterliegt auch die Kommission einem weit verbreiteten Irrtum, wenn sie glaubt, in der Einbindung privater Dritte in die Leistungserbringung liege ein „konzeptioneller Wandel“.²⁴

Der Wandel liegt vielmehr in der Art, wie im Rahmen des Leistungserbringungsdreiecks die aus der Mehrheit der Rechtsverhältnisse folgenden Möglichkeiten genutzt werden, um den eingangs erwähnten Antagonismus zwischen Sozialem und Markt zu relativieren. Erhalten Leistungsberechtigte die Möglichkeit, zwischen Leistungserbringern auszuwählen, so kann die Abwicklung der mit diesem Rechtsverhältnis verbundenen Rechte und Pflichten – zumindest im Umfang des allgemein Üblichen – der Privatautonomie überlassen bleiben. Eventuell erforderliche Korrekturen zur Erreichung der besonderen sozialen Zwecke bzw. ein

²³ Dazu jetzt grundsätzlich *Becker/Meeßen/Neueder/Schlegelmilch/Schön/Vilaclara*, Strukturen und Prinzipien der Leistungserbringung im Sozialrecht, Teil 1, VSSR 2011, S. 323 ff.; Teil 2, VSSR 2012, S. 1 ff. und Teil 3, VSSR 2012, S. 103 ff.

²⁴ So im schon erwähnten „Qualitätsrahmen für Dienstleistungen von allgemeinem Interesse in Europa“, KOM(2011) 900 endg., S. 6.

einheitlicher Erbringungsrahmen können im Rechtsverhältnis zwischen Leistungsträger und Leistungserbringer vorgenommen werden. Aber auch in diesem Rechtsverhältnis können Wahlmöglichkeiten Raum für wirtschaftliches Verhalten geben.²⁵ Darauf setzt der deutsche Gesetzgeber in den letzten Jahren in verstärktem Maße. Er tut dies in der gesetzlichen Krankenversicherung durch die Einführung von Selektivverträgen zwischen Leistungserbringern und Krankenkassen,²⁶ ebenso aber im Recht der Kinder-, Jugend- und Sozialhilfe, soweit dort ein Vorrang zugunsten von nicht gewerblichen Leistungserbringern entfallen ist.²⁷ Folge ist ein verstärkter Wettbewerb zwischen den Leistungsanbietern.

Zweck dieses Wettbewerbs soll nach den Vorstellungen des Gesetzgebers in erster Linie die Erhöhung der Effizienz der Leistungsgewährung sein. Man kann in seiner Einführung aber auch Freiheitsgewinne erkennen,²⁸ obwohl die Handlungsspielräume der Beteiligten durch mehr oder weniger enge Vorgaben begrenzt werden, um die Zwecke des Leistungssystems abzusichern. Beides – Sicherung der Freiheitsausübung wie der Leistungsgewährung – sind legitime normative Grundlagen, deren Vereinbarkeit miteinander allerdings im erwähnten Leistungserbringungs-dreieck nicht immer problemlos erfolgt.

C. Das nationale Soziale und das unionale Wirtschaftsrecht

²⁵ Dazu *Becker*, Funktionen und Steuerung von Wahlmöglichkeiten und Wettbewerb im Gesundheitswesen, in: *ders./Ross/Sichert* (Hrsg.), Wahlmöglichkeiten und Wettbewerb in der Krankenhausversorgung – Steuerungsinstrumente in Deutschland, den Niederlanden, der Schweiz und den USA im Rechtsvergleich, 2010, S. 11, S. 38 ff.

²⁶ Vgl. dazu jetzt *Becker/Schweitzer*, Wettbewerb im Gesundheitswesen, Gutachten B zum 69. DJT, 2012, S. B 17 f., B 32, B 101 ff.

²⁷ Vgl. § 3 SGB VIII und § 75 Abs. 2 SGB XII, vgl. auch *Münder*, in: *ders./Meysen/Trenczek* (Hrsg.), Frankfurter Kommentar zum SGB VIII, 6. Aufl. 2009, § 3 Rdnr. 7.

²⁸ Dazu *Becker/Schweitzer*, Gutachten B zum 69. DJT (Fußn. 26), S. 26 ff.

I. Die Einflüsse des Wettbewerbsrechts

1. Keine Markteröffnung durch Wettbewerbsrecht

Die Öffnung von Räumen für wettbewerbliches Handeln ist nicht von Brüssel aus gesteuert – jedenfalls nicht im Sinne bindender rechtlicher Vorgaben für die Ausgestaltung der Leistungserbringung. Anders als etwa im Flugverkehr, in der Energiewirtschaft oder bei der elektronischen Kommunikation hat sich der europäische Gesetzgeber weder im Gesundheitswesen noch in anderen Bereichen sozialer Dienste für eine Öffnung von Märkten entschieden. Es hat allerdings über die letzten Jahre nicht an Versuchen gefehlt, diese Marktöffnung ohne sekundärrechtliche Grundlage unmittelbar aus dem Primärrecht abzuleiten,²⁹ also über einen Gang nach Luxemburg zu erreichen.

Prüfsteine waren sowohl die deutsche gesetzliche Kranken- als auch die Unfallversicherung. Allerdings hatte der EuGH schon zuvor entschieden, daß unter bestimmten Umständen soziale Tätigkeiten keine wirtschaftlichen darstellen.³⁰ Sozialleistungsträger handeln in entsprechenden Fällen nicht als Unternehmer und unterliegen deshalb nicht den im Vertrag vorgesehenen wettbewerbsrechtlichen Verboten. Insbesondere ist ihr Handeln nicht an Art. 106 Abs. 2 AEUV zu messen, der Ausnahmen zugunsten der Dienste von

²⁹ Grundl. *Giesen*, Sozialversicherungsmonopol und EGV, 1995. Vgl. auch *Neumann*, Kartellrechtliche Sanktionierung von Wettbewerbsbeschränkungen im Gesundheitswesen, 2000.

³⁰ Zunächst EuGH v. 17.2.1993 Rs. C-159/91 und C-160/91 (Poucet und Pistre – Sozialversicherung für Selbständige), Slg. 1993, S. I-637; dann EuGH v. 21.9.1999, u.a. C-219/97 (Maatschappij Drijvende Bokken – Betriebsrenten), Slg. 1999, S. I-6121; zur italienischen Unfallversicherung EuGH v. 22.1.2002, Rs. C-218/00 (Cisal), Slg. 2002, S. I-691.

allgemeinem wirtschaftlichen Interesse an eine Erforderlichkeit bindet. Diese Unterscheidung zwischen Eröffnung des Anwendungsbereichs einerseits und einer in der Sache sonst stattfindenden Verhältnismäßigkeitsprüfung andererseits hat insofern Konsequenzen für das institutionelle Gefüge zwischen Mitgliedstaaten und Union, als der Prüfungsumfang des EuGH beschränkt bleibt. Der Gerichtshof hat nicht zu klären, ob weniger einschneidende Maßnahmen als die Errichtung eines Sozialleistungssystems ebensogut die angestrebten sozialen Zwecke erfüllen könnten.

Allerdings sind zwei wichtige Einschränkungen zu betonen. Erstens werden auch bei diesem Ansatz die Kriterien für eine soziale Tätigkeit – also für das, was das Soziale ausmacht – durch den EuGH festgelegt, und wird deren Vorliegen genau überprüft. Das zeigt vor allem die Entscheidung zur deutschen Unfallversicherung in der Rs. *Kattner*. Da in diesem Zusammenhang neben der Zwangsversicherung und dem sozialen Zweck ein Element der „Solidarität“ – gemeint im Sinne eines sozialen Ausgleichs dergestalt, daß die Beiträge nicht allein dem versicherten Risiko entsprechen³¹ – und eine staatliche Aufsicht³² gefordert werden, decken sich die Voraussetzungen immerhin mit denen, die für die Sozialversicherung

³¹ EuGH v. 5.3.2009, Rs. C-350/07 (*Kattner*), Slg. 2009, S. 1513, Rdnr. 44 ff.: unter Hinweis auf die Orientierung des Beitragssolls am Finanzbedarf, den Ausgleich zwischen den Trägern, die Erbringung von Sach- und Dienstleistungen und des nicht beitragsbezogenen Pflegegelds; zusammengefaßt in Rdnr. 59: „Das Fehlen eines unmittelbaren Zusammenhangs zwischen den entrichteten Beiträgen und den gewährten Leistungen bewirkt somit eine Solidarität zwischen den am besten bezahlten Arbeitnehmern und denjenigen, die in Anbetracht ihrer niedrigen Einkünfte keine angemessene soziale Absicherung hätten, wenn ein solcher Zusammenhang bestünde“.

³² EuGH, a.a.O., Rdnr. 60 ff., wobei es in der Sache darum geht, daß die Handlungsspielräume der Träger begrenzt sind und die Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften geprüft wird.

nach deutschem Recht gelten.³³ Die Einführung eines europäischen Sozialversicherungsbegriffs hat nur insofern Konsequenzen, als bei nationalen Reformmaßnahmen – das gilt vor allem in der gesetzlichen Krankenversicherung – zu prüfen bleibt, wie sich die Veränderungen auf die unionsrechtliche Qualifikation der betroffenen Träger auswirkt.³⁴ Zweitens gilt die Anwendungsausnahme nur dann, wenn im zu entscheidenden Einzelfall tatsächlich eine soziale Aufgabe wahrgenommen wird.³⁵

In einer wichtigen Hinsicht soll aber die soziale Qualifikation einer Tätigkeit ausstrahlen: Denn auch die Beschaffungstätigkeit von Einrichtungen, die einen sozialen Zweck verfolgen, soll durch diesen Zweck geprägt sein.³⁶ Das Rechtsverhältnis zwischen Leistungsträgern und Leistungserbringern ist deshalb ebenfalls grundsätzlich von der Anwendung des primärrechtlichen

³³ Zumindest nach der Rechtsprechung, während im Schrifttum die einzelnen Merkmale nicht unumstritten sind, vgl. dazu nur *Becker*, Verfassungsrechtliche Vorgaben für Sozialversicherungsreformen, ZVersWiss. Bd. 99 (2010), S. 585, 598.

³⁴ Vgl. nur *Schenke*, Die Wettbewerbsposition der gesetzlichen Krankenversicherung im Spiegel des Europarechts, in: *Schmehl/Wallrabenstein* (Hrsg.), Steuerungsinstrumente im Recht des Gesundheitswesens, Bd. 1, 2005, S. 77, 89 f.

³⁵ Zur deutschen gesetzlichen Krankenversicherung EuGH v. 16.3.2004, Rs. C-264/01 u.a. (AOK Bundesverb. u.a.), Slg. 2004, S. I-2493, Rdnr. 58: „Es lässt sich jedoch nicht ausschließen, dass die Krankenkassen und die sie vertretenden Einheiten, d. h. die Kassenverbände, außerhalb ihrer Aufgaben rein sozialer Art im Rahmen der Verwaltung des deutschen Systems der sozialen Sicherheit Geschäftstätigkeiten ausüben, die keinen sozialen, sondern einen wirtschaftlichen Zweck haben. In diesem Fall wären die von ihnen zu treffenden Entscheidungen möglicherweise als Beschlüsse von Unternehmen oder Unternehmensvereinigungen anzusehen.“

³⁶ EuGH v. 11.7.2006, Rs. C-205/03 (Fenin), Slg. 2006, S. I-6295, Rdnr. 26, wonach der erstinstanzlich entscheidende EuG „zutreffend abgeleitet“ haben soll, „dass bei der Beurteilung des Wesens der Einkaufstätigkeit der Kauf eines Erzeugnisses nicht von dessen späterer Verwendung zu trennen ist und dass der wirtschaftliche oder nichtwirtschaftliche Charakter der späteren Verwendung des erworbenen Erzeugnisses zwangsläufig den Charakter der Einkaufstätigkeit bestimmt.“

Wettbewerbsrechts ausgeschlossen. Ob der EuGH damit eine zutreffende Linie auch für die Leistungssysteme gefunden hat, die gleichzeitig durch einen Wettbewerb zwischen Trägern und zwischen Leistungsanbietern geprägt sind, ist zu bezweifeln,³⁷ soll aber hier nicht weiter verfolgt werden.³⁸

2. Zur Bedeutung des Beihilfenverbots

Während vertragliche Kartell- und Mißbrauchsverbote demnach auch im Leistungserbringungsrecht weitgehend unanwendbar bleiben, sieht die Situation für den Schutz des Wettbewerbs durch das Verbot von Beihilfen anders aus. Das gilt jedenfalls dann, wenn der nationale Gesetzgeber bei der Einbindung der Leistungsanbieter in eine soziale Aufgabe einen Wettbewerb zwischen diesen Anbietern zuläßt oder diesen sogar – den geschilderten Reformtrends entsprechend – zu nutzen sucht.

Ein wichtiges Beispiel bezog sich in den letzten Jahren auf Zuschüsse für bestimmte Krankenhäuser.³⁹ Und die Kommunen müssen sich im Zusammenhang mit der Gewährung von Sozialleistungen verstärkt mit der Reichweite des Beihilfenverbots auseinandersetzen.⁴⁰ Auch im

³⁷ Zur Kritik an dieser Rspr. jetzt umfassend *Penner*, Leistungserbringerwettbewerb in einer sozialen Krankenversicherung, 2010.

³⁸ Zu der im Anschluß geführten Diskussion, ob das Gemeinschaftsrecht seinerseits die im nationalen Recht autonom vorgesehene entsprechende Anwendung des Kartellrechts ausschließt nur *Roth*, Das GWB als Regulierungsrecht – geeignet für das Gesundheitswesen?, in: *Wallrabenstein* (Hrsg.), Braucht das Gesundheitswesen eigenes Regulierungsrecht?, 2012, S. 113, 131 ff.

³⁹ Dazu *Cremer*, Krankenhausfinanzierung im europarechtlichen Kontext – Zum Verbot von Verlustausgleichszahlungen zugunsten öffentlicher Krankenhäuser, *GesR* 2005, S. 337 ff.; *Becker*, EU-Beihilfenrecht und soziale Dienstleistungen, *NZS* 2007, S. 169 ff.

⁴⁰ Vgl. dazu nur *Münder/v. Boetticher*, Auswirkungen des europäischen Beihilfenrechts auf die Finanzierung der Leistungserbringung im SGB VIII, SGB XI und BSHG, *ZESAR* 2004, S.

Zusammenhang mit Beihilfen wird aber die Erfüllung bestimmter sozialer Aufgaben berücksichtigt. Schon die Begünstigung eines Unternehmens fehlt, wenn dieses eine Gegenleistung erbringt.⁴¹ Eine solche Gegenleistung kann aber nach der Rechtsprechung des EuGH, die vom EuG fortgesetzt⁴² und von der Kommission zunächst 2005⁴³ und jetzt Ende 2011⁴⁴ umgesetzt worden ist, insbesondere in der Erfüllung einer gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung liegen, wobei allerdings bestimmte Voraussetzungen eingehalten werden müssen.⁴⁵ Dazu gehört auch, daß der vom Staat gewährte Ausgleich auf bestimmten Wegen zu ermitteln ist, nämlich entweder im Rahmen eines Verfahrens zur Vergabe öffentlicher Aufträge oder auf der Grundlage einer

15 ff. und 65 ff.; *Jennert/Pauka*, Beihilfenrechtliche Risiken in der kommunalen Praxis, *KommJur* 2009, S. 321 ff. und 367 ff.

⁴¹ Grundl. EuGH v. 22.11.2001, Rs. C-53/00 (*Ferring*), *Slg.* 2001, S. I-9067; EuGH v. 24.7.2003, Rs. C-280/00 (*Altmark Trans*), *Slg.* 2003, S. I-7747.

⁴² EuG v. 12.2.2008, Rs. T-289/03 (*BUPA*), *Slg.* 2008, S. II-81.

⁴³ Zunächst durch das sog. Monti-Paket: Gemeinschaftsrahmen für staatliche Beihilfen, die als Ausgleich für die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen gewährt werden (*ABl.* C 2005/297, S. 4), und Entscheidung der Kommission vom 28.11.2005 über die Anwendung von Artikel 86 Abs. 2 EG-Vertrag auf staatliche Beihilfen, die bestimmten mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betrauten Unternehmen als Ausgleich gewährt werden (*ABl. L* 2005/312, S. 67).

⁴⁴ Beschluß der Kommission v. 20.12.2011 über die Anwendung von Artikel 106 Absatz 2 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf staatliche Beihilfen in Form von Ausgleichsleistungen zugunsten bestimmter Unternehmen, die mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind (2012/21) (*ABl.* 2012 L 7/3), Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Beihilfenvorschriften der Europäischen Union auf Ausgleichsleistungen für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (*ABl.* 2012 C 8/4) und Rahmen der Europäischen Union für staatliche Beihilfen in Form von Ausgleichsleistungen für die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen (2011) (*ABl.* 2012 C 8/15).

⁴⁵ Die vier sog. *Altmark Trans*-Kriterien EuGH v. 24.7.2003, Rs. C-280/00 (*Altmark*), *Slg.* 2003, S. I-7747, Rdnr. 87 ff.

Analyse der Kosten, die ein durchschnittliches, gut geführtes und angemessen ausgestattetes Unternehmen bei der Erfüllung der betreffenden Verpflichtungen hätte.⁴⁶

Diese Möglichkeit einer Gegenrechnung erhält den Mitgliedstaaten ausreichende Spielräume bei speziellen Zuschüssen und beim Abschluß von Verträgen im Rahmen der Erbringung von Sozialleistungen. Sie verursacht nur dann Schwierigkeiten, wenn – wie insbesondere nach § 74 SGB VIII in der Kinder- und Jugendhilfe – freigemeinnützige Träger allgemein gefördert werden. Ganz abgesehen davon, daß diese Förderung schon nach deutschem Recht in einen Widerspruch zu dem in § 3 SGB VIII zum Ausdruck kommenden Gleichrang aller freien Träger und dem sonst eröffneten Wettbewerb zwischen diesen geraten kann, lassen sich die Schwierigkeiten durch die Betrauung mit klar umschriebenen Gegenleistungen aber lösen.⁴⁷ Zudem wird die derzeit von der Kommission geplante Verordnung über De-minimis-Grenzen für Beihilfen zugunsten von Diensten im allgemeinen Interesse⁴⁸ die Situation für Leistungsträger und -erbringer etwas entspannen, weil der für die Herstellung von Transparenz erforderliche Aufwand damit in ein günstigeres Verhältnis gesetzt wird.

II. Die Einflüsse der Grundfreiheiten

⁴⁶ Zur Weiterentwicklung dieses (vierten) Kriteriums EuG v. 12.2.2008, Rs. T-289/03 (BUPA), Slg. 2008, S. II-81.

⁴⁷ Zu der Problematik insgesamt jetzt *Banafsche*, Die Rolle der freigemeinnützigen Träger im Recht der Kinder- und Jugendhilfe zwischen Korporatismus und Wettbewerb – Das Ende des Gemeinnützigkeitsprivilegs?, VSSR 2011, S. 37, 44 ff., die stattdessen auf die Rechtfertigungsmöglichkeit nach § 106 Abs. 2 AEUV hinweist.

⁴⁸ Entwurf einer VO über die Anwendung der Artikel 107 und 108 AEUV auf De-minimis-Beihilfen an Unternehmen, die Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse erbringen v. 20.12.2011, ABl. 2012 C 8/24.

1. Vergaberecht

Die im Beihilfenrecht hervorgehobene Bedeutung des Verfahrens leitet über zu einer zweiten, aus dem Primärrecht ableitbaren, aber sekundärrechtlich ausgestalteten Vorgabe, nämlich im Hinblick auf die Auswahl von Leistungserbringern. Erhalten diese nicht nur eine allgemeine Konzession zur Erbringung von Sozialleistungen, sondern einen Auftrag, der dazu führt, daß sie kein eigenes unternehmerisches Risiko mehr tragen müssen, so ist das Vergaberecht anwendbar, das vor allem zur Durchführung eines bestimmten Verfahrens verpflichtet⁴⁹ – immer vorausgesetzt, daß bestimmte Schwellenwerte überschritten werden. Anders als die Dienstleistungsrichtlinie enthält das Vergaberecht derzeit keine allgemeinen Ausnahmen für soziale Dienstleistungen, aber Verfahrenserleichterungen im Gesundheits- und Sozialbereich (sog. B-Dienstleistungen)⁵⁰ – von denen der deutsche Gesetzgeber, der bis heute im SGB auf einzelne und wenig abgestimmte Regelungen setzt,⁵¹ allerdings keineswegs umfassend Gebrauch gemacht hat.

Das Vergaberecht besitzt einen grundfreiheitsrechtlichen Hintergrund. Dieser besteht darin, daß es Dienstleistern aus allen EU-Mitgliedstaaten unter denselben Bedingungen möglich sein soll, öffentliche Aufträge zu erhalten. Mit anderen Worten: Es geht um das Abschneiden alter Zöpfe und die Beseitigung des Hoflierantentums. Der Bezug zur Dienstleistungsfreiheit ist schon deshalb wichtig, weil er selbst dann eine Rolle spielt, wenn die Voraussetzungen für das Erfordernis zur Durchführung eines

⁴⁹ Hier relevante Grundlage ist die RL 2004/18/EG v. 31.3.2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge (ABl. L 134/2004, S. 14).

⁵⁰ Vgl. Anhang I Teil B der RL 2004/18/EG.

⁵¹ Dazu jetzt umfassend *Thüsing/Forst*, Europäisches Vergaberecht und nationales Sozialversicherungsrecht, 2011.

Vergabeverfahrens nicht erfüllt sind. Auch dann müssen nämlich bei Auswahlentscheidungen allgemeine Anforderungen beachtet werden: Die Auswahl muß nach geeigneten Kriterien in einem transparenten Verfahren diskriminierungsfrei erfolgen, und es muß Zugang zu einem effektiven Rechtsschutz bestehen.⁵² Angesichts dieses Hintergrunds ist der EuGH zu Recht der Annahme entgegnet, von den verfahrensrechtlichen Anforderungen sei schon dann eine Ausnahme zu machen, wenn soziale Rechte berührt sind.⁵³

Vielmehr gelten diese Anforderungen selbst dann, wenn das Vergaberecht, wie derzeit vorgeschlagen, reformiert werden sollte. Die Kommission hat dafür drei Richtlinienvorschläge vorgelegt. Einerseits sehen sie nun auch für Konzessionen ein förmliches Verfahren vor, allerdings für solche im Gesundheits- und Sozialwesen wieder mit beschränkten Anforderungen.⁵⁴ Andererseits sollen für die in diesem Bereich zu vergebenden Aufträge – bei Erreichen höherer Schwellenwerte – besondere Bestimmungen gelten.⁵⁵ Deren Ziel ist es, den Besonderheiten der sozialen Dienstleistungen Rechnung zu tragen, ohne aus der Dienstleistungsfreiheit folgende Recht aller Marktteilnehmer zu unterlaufen. Die Mitgliedstaaten haben geeignete Verfahren einzuführen, um den Ausgleich dieser Ziele zu gewährleisten. Sie erhalten damit zugleich neue Spielräume, um die berührten rechtlichen Interessen auch durch Bereitstellung eines geeigneten Verfahrens auszugleichen.

⁵² Zum Transparenzgebot EuGH v. 9.9.2010, Rs. C-64/08 (Engelmann), Slg. 2010, S. I-08219, Rdnr. 49 ff.

⁵³ Entscheiden zu dem Recht auf Kollektivverhandlungen, EuGH v. 15.7.2010, Rs. C-271/08 (Kommission/Deutschland – Betriebliche Altersversorgung im kommunalen öffentlichen Dienst), Slg. 2010, S. I-7091, Rdnr. 44 ff.

⁵⁴ Art. 17 des Vorschlags für eine RL über die Konzessionsvergabe, KOM(2011) 897 endg.

⁵⁵ Art. 74 ff. des Vorschlags für eine RL über die öffentliche Auftragsvergabe, KOM(2011) 896/2 endg.

2. Wirtschaftliche Freiheitsrechte und das Soziale

Anders als das bis jetzt behandelte Wettbewerbs- und Vergaberecht, das Regeln für den Wettbewerb in einem Markt und um einen Markt enthält und bei dem die Frage im Vordergrund stand, welche Besonderheiten in diesem Zusammenhang für die Gewährung von Sozialleistungen vorgesehen sind, erweitern die Grundfreiheiten – insbesondere die Dienstleistungsfreiheit, zu einem kleinen Teil auch die Warenverkehrsfreiheit – bestehende soziale Rechte. Sie tun dies in zweierlei Hinsicht: Zum einen in persönlicher Hinsicht, soweit durch die Freizügigkeit der Unionsbürger und das begleitende Diskriminierungsverbot für Förder- und Hilfeleistungen nicht mehr an die Staatsangehörigkeit angeknüpft werden darf.⁵⁶ Zum anderen in räumlicher Hinsicht, weil nach mittlerweile ständiger Rechtsprechung des EuGH zum Recht auf Gesundheitsleistungen die in anderen Mitgliedstaaten erbrachten Behandlungen über die gesetzlichen Krankenversicherungen und Gesundheitssysteme abgerechnet werden können.⁵⁷

Hintergrund ist der Umstand, daß die ärztliche Tätigkeit – ungeachtet aller Besonderheiten – einen wirtschaftlichen Wert besitzt. Ähnliches gilt für andere Dienste, auch wenn sie der Erfüllung sozialer Zwecke dienen, etwa für pflegerische oder pädagogische Tätigkeiten.⁵⁸ Zwar wird in den meisten Fällen dieser wirtschaftliche Wert nicht durch die Leistungsberechtigten,

⁵⁶ Dazu näher der Beitrag von *Thym*, in diesem Band. Ferner *Becker*, Unionsbürgerschaft und soziale Rechte, ZESAR 2002, S. 8 ff.; *ders.*, Migration und soziale Sicherheit – die Unionsbürgerschaft im Kontext, in: *Hatje/Huber* (Hrsg.), Unionsbürgerschaft und soziale Rechte, Beiheft 1/2007 zur EuR, S. 95 ff.

⁵⁷ Dazu nur *Becker*, Brillen aus Luxemburg und Zahnbehandlung in Brüssel, NZS 1998, S. 359 ff.; *ders.*, Gesetzliche Krankenversicherung im Europäischen Binnenmarkt, NJW 2003, S. 2272 ff.

⁵⁸ Zur Bedeutung für Rehabilitationsleistungen *Becker/Matthäus*, Rehabilitation in der Europäischen Union, DRV 2004, S. 659 ff.

sondern die Träger vergütet, die Vergütung erfolgt also nicht im Erfüllungs-, sondern im Beschaffungsverhältnis. Jedoch besitzt der Berechtigte einen geldwerten Leistungsanspruch. Davon ausgehend unterfallen Behandlungsleistungen der Dienstleistungsfreiheit, egal, ob ein Sicherungssystem eine Kostenerstattung vorsieht⁵⁹, die Erbringung von Sachleistungen im Rahmen einer Krankenversicherung⁶⁰ oder im Rahmen eines Gesundheitsdienstes^{61, 62}.

Die Berücksichtigung der besonderen sozialen Zwecke der Leistungserbringung geschieht durch die Anerkennung von Rechtfertigungsgründen. Daß hier ein Regel-/Ausnahmeverhältnis die Gewichte zugunsten des Wirtschaftlichen verschoben, wie zu den kurz angesprochenen arbeitsrechtlichen Entscheidungen des EuGH angemerkt worden ist,⁶³ läßt sich nicht belegen.⁶⁴ Beschränkungen der Grundfreiheiten dürfen zwar nicht auf wirtschaftliche Gründe gestützt werden, aber auf den Erhalt der finanziellen Grundlagen von Sozialleistungssystemen. Auch dürfen

⁵⁹ So EuGH v. 28.4.1998, Rs. C-120/95 (Decker), Slg. 1998, S. I-1831, und Rs. C-158/96 (Kohll), Slg. 1998, S. I-1931.

⁶⁰ So EuGH v. 13.5.2003, Rs. C-385/99 (van Riet und Müller-Fauré), Slg. 2003, S. I-4509.

⁶¹ So EuGH v. 16.5.2006, Rs. C-372/04 (Watts), Slg. 2006, S. I-4325; v. 19.4.2007, Rs. C-444/05 (Stamatelaki), Slg. 2007, S. I-3185.

⁶² Die Unterschiede im Vergleich zur Inanspruchnahme von Bildungseinrichtungen dürften vor allem dadurch zu erklären sein, daß hier zwar ebenfalls ein geldwerter Zugangsanspruch der Berechtigten besteht, der im Wert berechenbar wäre, in der Regel aber in der Rechtsordnung nicht in einzelne, bezifferte Leistungsteile zerlegt wird.

⁶³ Vgl. dazu *Rebhahn*, Grundfreiheit vor Arbeitskampf – der Fall Viking, ZESAR 2008, S. 108 ff.; *Kilpatrick*, Laval's regulatory conundrum: collective standard-setting and the Court's new approach to posted workers, ELR 34 (2009), S. 844 ff.

⁶⁴ Vielmehr findet der Ausgleich im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung statt; vgl. dazu jetzt auch SA der GA Trstenjak v. 14.4.2010, Rs. C-271/08, Rdnr. 81, und mit krit. Ansatz *Barnard*, A Proportionate Response to Proportionality in the Field of Collective Action. ELR 37 (2012), S. 117, 133 f., wo die Funktion des deutschen Sozialstaatsprinzips hervorgehoben wird.

die Mitgliedstaaten Planungserfordernissen Rechnung tragen, entschieden zu Krankenhäusern⁶⁵ und medizinischen Großgeräten.⁶⁶ Allerdings ist hinzuzufügen, daß die mittlerweile erfolgte unionsrechtliche Überformung durch die sog. Patientenrichtlinie⁶⁷ zwar die Inanspruchnahme grenzüberschreitender Behandlungsleistungen vereinfachen soll, aber zugleich die Rechtfertigung nationaler Regelungen vergemeinschaftet.⁶⁸

In jedem Fall darf durch die Anwendung der Grundfreiheiten eines nicht geschehen: die Schaffung neuer sozialer Rechte. Der EuGH wandelt insofern auf einem schmalen Grat. Einerseits öffnet er einer Internationalisierung dieser Rechte die Türe, bezogen auf Standards für Gesundheitsleistungen,⁶⁹ und überschreitet die Unionskompetenzen, wenn er diese Standards auch an die Vorhaltung einer Infrastruktur für solche Leistungen anlegt.⁷⁰

⁶⁵ Grundl. EuGH Rs. C-157/99 (Smits und Peerbooms), Slg. 2001, S. I-5473. Dazu *Becker/Walser*, Stationäre und ambulante Krankenhausleistungen im grenzüberschreitenden Dienstleistungsverkehr, NZS 2005, S. 449 ff.

⁶⁶ Entschieden für medizinische Großgeräte, EuGH v. 5.10.2010, Rs. C-512/08 (Kommission/Frankreich), n.v., Rdnr. 34 ff.

⁶⁷ Vgl. Art. 8 der RL 2011/24 über die Ausübung der Patientenrechte in der grenzüberschreitenden Gesundheitsversorgung (ABl. L 88/2011, S. 45).

⁶⁸ Nicht näher untersucht, aber offensichtlich und zu Recht keine inhaltlichen Änderungen annehmend jetzt *Wollenschläger*, Patientenmobilität in der Europäischen Union, EuR 2012, S. 149, 173 ff.

⁶⁹ Vgl. dazu *Becker*, Standards und Prinzipien des europäischen Sozialrechts, in: SDSRV 59 (2010), S. 89, 107 f.

⁷⁰ Problematisch ist deshalb die Entscheidung des EuGH v. 16.5.2006, Rs. C-372/04 (Watts), Slg. 2006, S. I-4325, vgl. die Kritik von *Bieback*, Neue Rechtsprechung des EuGH zur grenzüberschreitenden Beanspruchung von Gesundheitsleistungen, ZESAR 2006, S. 241 ff.; allerdings entspricht das Ergebnis dem zwischenzeitlich reformierten Koordinierungsrecht, vgl. Art. 20 Abs. 2 S. 2 VO 883/2004: Danach wird die Genehmigung für eine Auslandsbehandlung erteilt, wenn die betreffende Behandlung im Leistungskatalog vorgesehen ist und sie „nicht innerhalb eines in Anbetracht ihres derzeitigen

Andererseits hat er im Rahmen der Sozialrechtskoordinierung zwar die Grundfreiheiten zur Überprüfung der bestehenden Vorschriften herangezogen, aber etwa zu den Sachleistungen der deutschen Pflegeversicherung ausgeführt, diese seien deswegen nicht zu exportieren, weil in einem anderen Mitgliedstaat keine entsprechenden Leistungen vorgesehen sind.⁷¹ Dennoch ist der grundsätzlich vom EuGH verfolgte Ansatz richtig. Daß er die sozialen Rechte nicht aus dem Anwendungsbereich der Grundfreiheiten und der damit verbundenen Diskriminierungsverbote entläßt, ist im Rahmen des Binnenmarkts eine Notwendigkeit, durch die auch die sozialpolitischen Zuständigkeiten der Mitgliedstaaten nicht unterlaufen werden.⁷²

D. Zusammenfassung und Ausblick

I. Das Primärrecht der EU ist zuvörderst in dem Sinne sozial, als es sozialrechtliche Besonderheiten anerkennt, diese aber nicht setzt. Die im Rahmen der europäischen Integration zunehmenden Berührungen zwischen Wirtschafts- und Sozialrecht fördern einerseits die wirtschaftlichen Bedingungen des Sozialen zutage, aber auch die sozialen Bedingungen des Wirtschaftlichen.

Gesundheitszustands und des voraussichtlichen Verlaufs ihrer Krankheit medizinisch vertretbaren Zeitraums gewährt werden kann.“

⁷¹ EuGH v. 16.7.2009, Rs. C-208/07 (Chamier-Gliscinski), Slg. 2009, S. I-6095.

⁷² Das gilt insbesondere auch für die Rspr. zur Unionsbürgerschaft, die von einem Konzept zeitlich gestufter Verantwortung der Mitgliedstaaten und damit einem Integrations- oder Inklusionsansatz ausgeht, der nicht zu einer transnationalen Solidarität verpflichtet; dazu auch im Zusammenhang mit der zum Koordinierungsrecht ergangenen Rspr. *Becker*, Staatsangehörigkeit und Aufenthalt als Anknüpfungspunkte für die Gewährung sozialer Rechte in der Europäischen Union – Thesen zur abgestuften territorialen Verantwortung der Mitgliedstaaten für den sozialen Schutz von Unionsbürgern, in: *Müller-Graff/Schmähl/Skouris* (Hrsg.), *Europäisches Recht zwischen Bewährung und Wandel*, FS für Dieter H. Scheuing, 2011, S. 480 ff.

II. Die neuerdings feststellbare Betonung sozialer Ziele auf europäischer Ebene paßt insofern zu dieser Wechselbezüglichkeit, als sie die der Union gemeinsamen Grundlagen fundamentiert. Dazu gehören die sozialen Grundrechte, die in der EU-Grundrechtecharta, von der bisher nicht die Rede war, aufgenommen worden sind. Bei aller historisch begründeten Skepsis aus deutscher Sicht: Diese Rechte dienen nicht der Schaffung neuer Ansprüche, sondern ebenfalls deren allgemeiner Anerkennung.⁷³ Das hilft, die für die Erreichung sozialer Zwecke erforderlichen Eingriffe in wirtschaftliche Freiheiten zu legitimieren.

III. Bezieht man über die Themenstellung hinausgehend die gesamten sozialpolitischen Aktivitäten der Union in die Betrachtung ein,⁷⁴ so lassen sich immer stärker gemeinsame Grundprinzipien auch für die Gewährung von Sozialleistungen erkennen: Sie fordern Gleichbehandlung, einen offenen Zugang zu sozialen Leistungen, Transparenz, Solidarität und Eigenverantwortung. Sie gelten im nationalen und unionalen Sozialrecht gleichermaßen. Und sie verbinden die Anforderungen des Binnenmarktes mit dem Anliegen des sozialen Schutzes in einer gestuften Gemeinschaft, die ebenso auf Freiheit wie auf eine Unterstützung zu deren tatsächlicher Wahrnehmung setzt.

IV. Damit werden Konturen der europäischen sozialen Marktwirtschaft sichtbar.

Angesichts der aktuellen Schuldenkrise ist allerdings die Frage aufgeworfen, ob diese Ausgestaltung genügt – oder ob nicht, wie nun zum Teil zu hören

⁷³ Näher *Becker*, Schutz und Implementierung von EU-Sozialstandards, in: *ders./v. Maydel/Nußberger* (Hrsg.), *Die Implementierung internationaler Sozialstandards, Zur Durchsetzung und Herausbildung von Standards auf überstaatlicher Ebene*, 2006, S. 139, S. 158 ff.

⁷⁴ Dazu näher *Becker*, *Der Sozialstaat in der Europäischen Union*, in: *Becker/Hockerts/Tenfelde* (Hrsg.), *Sozialstaat Deutschland – Geschichte und Gegenwart*, 2010, S. 313 ff.

und zu lesen ist, eine aktivere sozialpolitische Rolle der Union selbst erforderlich wäre. Ungeachtet möglicher staatsrechtlicher Grenzen – das BVerfG hatte in der genannten Entscheidung zum Lissabonner Vertrag betont, „die sozialpolitisch wesentlichen Entscheidungen“ müßten „in eigener Verantwortung“ des nationalen Gesetzgebers „getroffen werden“⁷⁵ – geht es den Befürwortern um eine Aufrechterhaltung des sozialen Schutzes gegenüber wirtschaftlichem Druck, der in den Staaten, die von externer Hilfe abhängig sind, auch in Form von Vorgaben für die Umgestaltung ihres Arbeits- und Sozialrechts erfahrbar ist.⁷⁶

Man mag die Schuldenkrise als Krise der Demokratie deuten,⁷⁷ sie gibt Anlaß, vertieft über die Grenzen der Integration für die Haushalts- und die Wirtschaftspolitik nachzudenken, sicher über die politischen und gesellschaftlichen Voraussetzungen für wirtschaftliche Stabilität, vielleicht auch über die Solidarität zwischen Staaten und eine neue Ebene des Ausgleichs – obwohl das eigentliche Problem der Schuldenkrise eher die

⁷⁵ BVerfGE 123, 267, 362; schon früher in Begründung und Ergebnis ähnlich *Zacher*, Kann es einen europäischen Sozialstaat geben?, EuR 2002, S. 147 ff.

⁷⁶ Vgl. zu den Maßnahmen gegenüber Griechenland: IMF, Greece: Request for Stand-By Arrangement, IMF Country Report No. 10/111, und IMF, Greece: Request for Extended Arrangement Under the Extended Fund Facility, IMF Country Report No. 12/57 (beide abrufbar unter: <http://www.imf.org/external/country/grc/index.htm?type=42>); die Selbstverpflichtungen Griechenlands zum Erhalt von Finanzhilfen durch den IWF: <http://www.imf.org/external/np/cpid/default.aspx?gType=CPID&selCountry=Greece&DType=Select+Document+Type&selLang=Select+Language&selMonth=Month&selYear=Year&selMonth1=Month&selYear1=Year.>; ferner European Commission. The Second Economic Adjustment Programme for Greece March 2012, ocp 94 (http://ec.europa.eu/economy_finance/publications/occasional_paper/2012/pdf/ocp94_en.pdf), 4.3.4, 4.3.5 und 4.4.2; jetzt auch die Mitteilung der Kommission „Wachstum für Griechenland“, COM(2012) 183 fin.

⁷⁷ *Habermas*, Rettet die Würde der Demokratie, FAZ v. 4.11.2011 (<http://www.faz.net/aktuell/feuilleton/euro-krise-rettet-die-wuerde-der-demokratie-11517735.html>); *ders.*, Zur Verfassung Europas, 2011, S. 39 ff.

Schwierigkeit ist, Verantwortung in dem Sinne herzustellen, daß die Akteure, ob Einzelpersonen, Unternehmen oder Staaten, für die ihnen zurechenbaren Folgen ihres Handelns einstehen. Für die Sozialpolitik verdeutlicht die Krise aber vor allem deren Bezug zu den wirtschaftlichen Grundlagen. Dieser Bezug wird durch die Schaffung neuer Unionskompetenzen nicht geändert. Bei der Suche nach dem Gleichgewicht hingegen, das die soziale Marktwirtschaft auszeichnet, kann die Union ihren Beitrag vor allem dadurch leisten, daß sie einerseits auf dessen Notwendigkeit drängt,⁷⁸ aber andererseits möglichst verschiedene Wege zu dessen Herstellung offen hält.

⁷⁸ Und das auch nach außen, weil die Funktion regionaler Gemeinschaften nicht zuletzt darin besteht, im Rahmen der Globalisierung gemeinsame Interessen und Werte mit höherem Gewicht als sie deren einzelnen Mitgliedern zukommen könnten, zu vertreten, vgl. auch *Becker*, Nationale Sozialleistungssysteme im europäischen Systemwettbewerb, in: *ders./Schön* (Hrsg.), Steuer- und Sozialstaat im europäischen Systemwettbewerb, 2005, S. 3, 13 f.

Kommentar: Die Privatisierung der europäischen sozialen Gesetzgebung?

A. Einführung	64
B. Ausgangspunkte	67
I. Die soziale Union	67
II. Sozialstaat – Maßstab, Modell oder veralteter Begriff	69
III. Mindeststandards oder Angleichung (Harmonisierung)	71
C. Probleme und Konflikte	73
I. Die Begriffe der Vereinbarung, der vertraglichen Beziehung und der autonomen Vereinbarung der Sozialpartner und ihre Natur	73
II. Vereinbarkeit der Vereinbarungen (Verträge) mit dem EU-Recht	77
III. Das Fehlen der demokratischen Legitimation und der Repräsentativität der Sozialenpartner	82
IV. Unklarheiten des Verfahrens und der Rechtsschutz	85
V. Durchführung von Verträgen (Vereinbarungen) durch die Sozialpartner	88
VI. Haftung für die Durchführung	90
D. Schluss	90

A. Einführung

Der Gedanke von Jacques Delors, die Sozialpartner in den legislativen Prozess der damaligen EWG zu involvieren, hat einen fruchtbaren Boden gefunden und hat sich offensichtlich entwickelt. Wie bekannt, wurde in Maastricht das soziale Übereinkommen durch die Mehrheit der damaligen Mitgliedstaaten angenommen. Sein Text wurde dann aufgrund des Amsterdamer Vertrags in den EGV einbezogen. Der soziale Dialog als ein

relativ neuer Begriff auf der europäischen Ebene hat auf eine beträchtliche Weise nicht nur die eine europäische soziale Politik, die in dieser Zeit im Begriff zu entstehen war, bereichert, aber er stellt auf eigene Weise eine bestimmte Revolution (Umwandlung) im europäischen legislativen Prozess, und zwar nicht nur verfahrensrechtlich, sondern durch seinen Charakter, dar. Die Sozialpartner, ähnlich wie die Legislative der Mitgliedstaaten¹, spielen in der Form von Tarifverträgen neben der sozialen Gesetzgebung eine sehr bedeutende Rolle. Man spricht von einer Flexibilisierung der Arbeits- und der sozialen Gesetzgebung.² Man kann aber auch sagen, dass es nicht nur um die Flexibilisierung geht. Die Arbeits- und die soziale Gesetzgebung unterscheiden sich von den anderen Bereichen der europäischen gesetzgeberischer Tätigkeit. Auf den ersten Blick könnte man behaupten, dass die legislative Tätigkeit zum großen Teil aus den Händen und aus der Zuständigkeit des traditionellen Gesetzgebers in die Kontrolle der eigenen Akteure (bzw. deren Vertreter auf dem Arbeits- und dem sozialen Feld) verlagert wird. Es sind die Vertreter der Arbeitnehmer und der Arbeitgeber, die aufgrund ihrer Vereinbarungen den Charakter der rechtlichen Umwelt in diesem Bereich bestimmen. Ihre Akte haben unmittelbar oder mittelbar einen normativen (normbildenden) Charakter und manchmal auch direkte Wirkungen.³ Mit einer gewissen Übertreibung kann man über eine

¹ Vgl. Robert Rebhahn, Die Zukunft der Kollektivautonomie in Europa – Tarifautonomie im Rechtsvergleich, FS Gamillscheg; Rolf Birk, Die Tarifautonomie in rechtsvergleichender Sicht, Recht der Arbeit (RdA) 1995, 71.

² Vgl. Rebhahn in Fn.1, 25, der über die Modifikation des Gesetzgebungsverfahrens spricht (Robert Rebhahn in: Schwarze, EUV/AEUV, 1688. Auch aber Eberhard Eichenhofer in: Streinz, EUV/AEUV, 3.Aufl., München 2012, 1135. Zutreffend wird es als korporatistisches Rechtssetzungsmodell bezeichnet (Kathrin Piazzolo, Sozialer Dialog nach dem Abkommen über die Sozialpolitik und dem Vertrag von Amsterdam, Frankfurt 1999, 164).

³ Siehe näher C.I.

Privatisierung dieses Bereiches sprechen. Ich werde versuchen, diese These und diese Erscheinung in den Dimensionen des traditionellen Verständnisses des Begriffes der sozialen Union und des sozialen Staates aufzugreifen und zu analysieren, und zwar das vor dem Hintergrund der Prinzipien und der Werte, die das Unionsrecht und die Europäische Union als solche bestimmen (ad II).

Die Ursache dieser oben erwähnten Revolution ist die Vereinbarung der Sozialpartner bzw. sind die Vertragsverhältnisse zwischen ihnen (für beide Begriffe wird das Wort „Vereinbarung“ verwandt, es sei denn, dass die Rede von vertraglichen Beziehungen ist). Dieser Begriff in Art. 155 AEUV hat mehrere Bedeutungen. Unter anderem kann es der Akt sein, der einen Vorschlag der Entscheidung des Rates⁴ im Sinne des Art. 155 Abs. 2, 2. Satz ist, oder einen normativen Akt als Produkt der übereinstimmenden Willenserklärung der Sozialpartner im Sinne eines gesetzgebenden Aktes darstellt, oder es kann auch ein unbenannter Akt sein, der vom Begriff der vertraglichen Beziehungen⁵ ausgeht, der freilich eine Form der Vereinbarung hat, er kann aber auch eine ähnliche Funktion wie die Vereinbarung der Sozialpartner im formalen Sinne haben. Da jeder dieser Begriffe nur erwähnt ist, kann dies einen Grund zu bestimmten Fragen oder Problemen darstellen. Sie können nur deshalb entstehen, weil der soziale Dialog unter den Sozialpartnern und der Kommission in Art. 154 AEUV nur sehr einfach und primitiv geregelt wird. Der soziale Dialog ist ein Teil des legislativen Prozesses, dessen Regel nur zu einem bestimmten Grad fortgebildet werden

⁴ Vgl. Sylvia Arnold, Der Soziale Dialog nach Art. 139, 256, die in ihm keinen neuen Typus eines Rechtsakt des EU-Rechts sieht. In der Praxis kommt er nur in der Form von Richtlinie vor.

⁵ Vgl. Art. 155 AEUV. Dazu auch Dagmar Zeppenfeld, Der soziale Dialog in Europa, 2004, 82 ff., und vor allem Höland (Armin Höland, Partnerschaftliche Setzung und Durchführung in der Europäischen Gemeinschaft, ZIAS 1995, 923, 438).

kann, und diese Tatsache selbst kann wieder eine Quelle von Problemen darstellen. Wie aus einer solchen Regelung offensichtlich ist, kann eine normative Regelung sowohl die Entscheidung des Rates aufgrund und anlässlich einer Vereinbarung der Sozialpartner haben, als auch die Vereinbarung selbst, aber auch ein unbenannter Vertrag der Sozialpartner, der unter dem Begriff der sozialen Beziehungen einbezogen ist. Man kann aber damit rechnen, dass hier eine parallele Gesetzgebung entsteht, die ein besonderes Problem darstellt. Eine andere Frage ist, ob das Verhältnis von der Vereinbarung der Sozialpartner selbst und der Entscheidung des Rates, die auf deren Basis bewirkt worden ist, geändert werden kann. Die Repräsentativität der Sozialpartner, ihre Stellung im legislativen Prozess, die Frage der Stellung von Arbeitnehmern, die Durchsetzung von Vereinbarungen durch die Mitgliedstaaten und andere Fragen werfen eine ganze Reihe von Problemen auf, deren Lösung wir suchen werden (ad III).

B. Ausgangspunkte

I. Die soziale Union

Die Europäische Union wird zweifellos durch die Werte der Mitgliedstaaten und unter anderem auch durch das Modell des sozialen Staates beeinflusst. Die Perspektiven der europäischen sozialen Integration werden durch einige Theorien beeinflusst. Zuerst ist es K.W. Deutsch, der die Aufgabe der Sozialpolitik darin sieht, dass die Institutionen „die friedliche Veränderung der Menschheit sichern sollten“.⁶ Institutionell formulierte er die Beziehungen und ihre Akteure um. Ernst Hass, der Begründer des Neofunktionalismus, hielt die soziale Perspektive für Europas Grundlage.⁷ Der soziale

⁶ Karl Wolfgang Deutsch, *The Analysis of International Relations*, 1971.

⁷ Zitiert nach Dagmar Schiek, *Re-embedding Economic and Social Constitutionalism: Normative perspectives for the EU*, in: Schiek, Liebert, Schneider (eds.), *European Economic and Social Constitutionalism after the Treaty of Lisbon*, Cambridge 2011, 17, 21 an.

Konstruktivismus als neue Theorie der europäischen Integration ist auch auf die soziale Perspektive orientiert.

Auch die sozialen Konstruktivisten sahen die sozialen Akteure, die davon abhängen, inwieweit sich die soziale Politik in der Konfrontation mit der materiellen Basis der sozialen Realität abspielt.

Die Sozialpolitik der EU sollte man als die Summe der Regelungen verstehen, die das Ziel verfolgen, die Arbeits- und Lebensbedingungen der Bürger durch öffentliche Maßnahmen zu verbessern⁸. Daraus wird schon die Wechselbeziehung zwischen der Wirtschafts- und der Sozialpolitik sehr deutlich. Die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft wurde ursprünglich als reine Wirtschaftsgemeinschaft und erst allmählich als Wirtschaftsunion aufgefasst. Nach einiger Zeit widmete sie sich auch sozialpolitischen Themen. Seit ihrem Beginn existierte⁹ im EWGV ein spezielles Kapitel: die Sozialpolitik. Ein Sprung nach vorne auf der institutionellen Ebene erfolgte durch den Vertrag von Amsterdam. Seitdem verfügt der Vertrag über einen eigenen Titel zur Sozialpolitik. Wenn nun der Stand der Sozialpolitik beurteilt und er am Maßstab des Sozialstaates gemessen wird, wie dieser in Deutschland verstanden wird, stellt sich die Frage, ob schon eine soziale Union erzielt ist. Manche behaupten das Gegenteil¹⁰. Dem ist auch so deshalb, weil es entgegen dem Ideal der sozialen Union im Sinne eines Sozialstaates, also eines einheitlichen Konzepts des Sozialen, noch erhebliche Unterschiede zwischen den Sozialordnungen der Mitgliedstaaten gibt, so dass eine europäische Harmonisierung des nationalen Sozialrechts nicht durchsetzbar ist. In den Auffassungen der Sozialordnungen der Mitgliedstaaten gibt es eine Kluft. Während einige Mitgliedstaaten die sozialpolitischen Kompetenzen der

⁸ Vgl. Claus Dieter Classen in: Oppermann, Classen, Nettessheim, Europarecht, 4.Aufl., 533.

⁹ Siehe im Primärrecht die Entwicklung seit Maastricht (vgl. Classen Fn.8, 535).

¹⁰ Vgl. Walter Frenz, Handbuch Europarecht, Bd.6, Institutionen und Politiken 2011, 1093.

Union eigentlich parallel zu den Grundfreiheiten ausbauen wollen, sind andere Mitgliedstaaten der Meinung, dass die Sozialpolitik lediglich Begleitmaßnahmen des Binnenmarkts zur Verfügung stellen sollte. Die gemeinsame Sozialpolitik der EU baut deshalb auf Kompromissen auf und basiert auf der geteilten Zuständigkeit zwischen der Union und der Mitgliedstaaten.

Der gesetzliche (legale) Rahmen der sozialen Dimension der Integration der EU war ursprünglich viel schwächer als die ökonomische Dimension. Die darauffolgende Entwicklung ist jedoch offensichtlich. Es ist klar, dass die Entwicklung der Verträge und die unterbrochene Ausdehnung der Ziele der sozialen Politik die normative Quelle von Versöhnung von sozialen und ökonomischen Zielen in der Bemühung von Integration in der EU einbeziehen. Heutzutage kann über einen sozial eingebetteten Konstitutionalismus gesprochen werden.¹¹

Aus dieser Perspektive werden wir auch die weiteren Aspekte betrachten.

II. Sozialstaat – Maßstab, Modell oder veralteter Begriff

Einer der Maßstäbe der Existenz und des Funktionierens der Sozialpolitik in einigen Aspekten ist der Begriff des Sozialstaates. An diesen Begriff erinnert schon Kahn Freund in seinem Werk „Das soziale Ideal des Reichsarbeitsgerichts“.¹² Dieser Begriff und die Einstellung zu ihm wurden zur Basis der Rechtsprechung auch in der Bundesrepublik Deutschland. Auch Habermas¹³ geht von ihm aus. Er definiert das soziale Ideal als implizites Bild der Gesellschaft, die es praktiziert. Der Begriff des sozialen Ideals als einer Vorstellung, auf die sich die Richter berufen, bezieht auch deskriptive

¹¹ Vgl. Schiek, Fn.7, 17, 43.

¹² Vgl. Otto Kahn-Freund, Das Soziale Ideal des Reichsarbeitsgerichts, in: Arbeitsrecht und Politik, Neudruck 1966, 149-210.

¹³ Jürgen Habermas, Between Facts and Norms, 1992, 392.

Elemente, wie zum Beispiel das Funktionieren der heutigen Gesellschaft, ein. Auch wenn in einigen Mitgliedstaaten nicht von diesem Ideal gesprochen wird (wie zum Beispiel in Großbritannien), existiert dort eine Rechtsprechung, die sich mit dieser Theorie und dieser Praxis beschäftigt.¹⁴ Auch in den USA gibt es solche Theorien bei Rechtsrealisten, wie zum Beispiel bei Karl Llewellyn.¹⁵ Die vertragliche (Tarif-)Autonomie ist eine bestimmte moderne „Abweichung“ des Sozialstaates,¹⁶ denn, wie schon am Modell der sozialen Union beschrieben worden ist, können die Träger der Legislative auch die Sozialpartner sein. Auch eine Senkung von sozialen Standards kann eine Folge dieser Entscheidung sein, die wieder ein Ausdruck einer bestimmten liberalen Politik des Staates ist, der seine bestimmte Zuständigkeit aufgibt. Das kann zur Nichtanwendung von Grundwerten führen, die für die soziale Politik dieses Staates relevant sind. Aus der Perspektive unserer Auffassung ist die Überwindung der strukturellen Ungleichheit auf dem Markt durch einen Ausgleich oder eine Regelung der Verhandlungsmacht der einzelnen Partner, die als Sozialpartner bezeichnet werden, relevant. Ähnlich wie auf der nationalen Ebene, gewinnen sie eine Stellung im legislativen Prozess der Union. Zum einen korrigieren sie im sozialen Dialog mit der Europäischen Kommission die europäische Gesetzgebung, zum anderen werden sie zum autonomen Gesetzgeber im Sinne des Art. 155 AEUV, und das als autonome Gesetzgeber von drei Arten (Typen) von normativen Rechtsakten (C.I.).

¹⁴ Justice, Lord Denning and the constitution, 1981.

¹⁵ Vgl. Karl Llewellyn, Some Realism about Realism – Responding to Dean Pound, Harward Law Review 1931, 1222, 1243-1244.

¹⁶ Siehe dazu Jan Kostečka, Kolektivní smlouva jako právo tvorná lex contractus a některé teoretické otázky s tím spojené, (Tarifvertrag als gesetzgeberische lex contractus und damit verbundene theoretische Fragen), Právník 1997, 869 ff.

III. Mindeststandards oder Angleichung (Harmonisierung)

Man kann sich auf den Standpunkt stellen, dass die Kluft zwischen den Kompetenzen der EU im Bereich der Sozialpolitik überwindbar ist. Für ein Vorgehen über Art. 352 AEUV zum Beschluss dieser Maßnahmen ist allerdings die Einstimmigkeit notwendig. Darüber hinaus gibt es ein Problem, dass die Tätigkeit der EU auf unterschiedliche soziale Ordnungen der Mitgliedstaaten trifft. Diese Sozialordnungen definieren unter anderem die Stellung der Sozialpartner unterschiedlich. Dazu kommt der Umstand, dass die Maßnahmen im sozialen Bereich jedermann betreffen. Dies geschieht im Unterschied zu anderen Politiken, die nur einen bestimmten Kreis der Personen einbeziehen. Deshalb erstaunt es nicht, dass die Maßnahmen im sozialen Bereich einschließlich der Gerichtsentscheidungen einen Einbruch in die innere Politik der Mitgliedstaaten darstellen.

Es steht heute fest, dass die Europäische Integration als idealistische Inspiration zu existieren aufgehört hat. Die soziale Politik ist Realität geworden. Ihre Maßnahmen bzw. die Beschränkungen aufgrund der zwingenden Rechtsbestimmungen werden in allen Bereichen des gesellschaftlichen Lebens einschließlich des ökonomischen und des sozialen empfunden.

Die Praxis des EuGH ist davon überzeugt, dass die Grundeinstellungen zum Funktionieren des EU-Rechts geändert werden müssen, und das insbesondere im sozialen Bereich. Es geht um die Doktrin der mittelbaren Wirkung. Man kann sagen, dass sie einen sozialen Charakter haben kann.¹⁷

Die Wirkungen des Sozialrechts betreffen vor allem die Gewohnheiten und Praktiken einzelner Mitgliedstaaten. Genauso muss man auch der Erhaltung

¹⁷ Vgl. Ulrike Liebert, *Reconciling market with Social Europe? The EU under the Lisbon Treaty*, in: Schiek, Liebert, Schneider, *European Economic and Social Constitutionalism after the Treaty of Lisbon*, Cambridge 2011, 79 ff.

der wirtschaftlichen Wettbewerbsfähigkeit¹⁸ Rechnung tragen. Das erstgenannte Gebiet betrifft die Ausgestaltung, die zweitgenannte Anforderung betrifft dagegen die Reichweite der Maßnahmen.

In Folge der parallelen Gesetzgebung (Legislative)¹⁹ kann eine Situation von mehreren rechtssozialen Regimes entstehen. Darüberhinaus könnte dieser Umstand das Niveau der sozialen Rechte insbesondere bei der Umsetzung der Richtlinien (siehe die Durchführung gemäß Art. 153 Abs. 3 AEUV) beeinflussen, umso mehr bei der Verwirklichung der autonomen Vereinbarungen der Sozialpartner bzw. ihrer vertraglichen Beziehungen (mehr unter C.VI.).

Das Prinzip der Subsidiarität hat im diesen Kontext eine besondere Stellung. Auf bestimmte Weise kann man von einer besonderen Form dieses Prinzip sprechen, nämlich einer verwässerten Form im Interesse der sozialpolitischen Werte.²⁰ Denn die soziale Politik der EU ist auf spezifische Weise konstituiert. Schon das Format der Regelung dieser Politik, wie in Art. 151 AEUV verankert, ist eigenartig und charakteristisch. Ihr ist zu entnehmen, dass sich die Konzeption der sozialen Politik von den anderen Politiken der EU unterscheidet. Deren Ziele müssen nämlich nicht notwendig im Einklang mit dem Zielen des Binnenmarkts stehen, wenigstens in einer kurzzeitigen Perspektive. Die Werte, die die Ziele der sozialen Politik darstellen (Beschäftigung, Verbesserung der Lebens- und Arbeitsbedingungen, sozialer Schutz, sozialer Dialog, Entwicklung von

¹⁸ Dagmar Schiek, *Is there a Social Ideal of the European Court of Justice?* in: Neergaard, Nielsen, Rosberry (eds.), *The Role of Courts in Developing European Social Model*, DJOF Publishing 2010, 63, 118 ff., Constanze Semmelmann, *Social Policy Goals on the Interpretation of Article 81 EC*, Nomos 2009.

¹⁹ Vgl. Schiek, in Fn.7, 17, 42.

²⁰ Siehe dazu Robert Rebhahn, Michael Reiner, in: Schwarze, *EUV/AEUV*, 1678, die das Subsidiaritätserfordernis in der Sozialpolitik modifiziert nennen.

humanen Quellen, die andauernde (nachhaltige) Beschäftigung und der Kampf gegen die soziale Ausgrenzung) und die Bedingungen, unter denen diese Ziele erreicht werden sollen (die Mehrdeutigkeit von nationalen Gewohnheiten, Bedarf der Konkurrenzfähigkeit), stehen untereinander nicht im Einklang, und bei ihrer Verwirklichung können sie sogar widersprüchlich wirken. Deshalb muss z. B. die Verfolgung des Prinzips der Subsidiarität nicht unbedingt immer im Hinblick auf bestimmte Ziele zur Unterstützung des Binnenmarkts als solchem führen.

Das Bestehen der Vereinbarungen und der vertraglichen Beziehungen von Sozialpartnern stellt uns vor zwei grundsätzliche Fragen, die das Maß von solchen Grundwerten auf ihre Weise grundsätzlich beeinflussen können.

Zunächst stellt sich die Frage nach der Repräsentativität der Sozialpartner (siehe C.III.), womit eigentlich im bestimmten Widerspruch die Tendenz nach einer einheitlichen Regelung bzw. unterschiedlichen Regelungen im Rahmen von unterschiedlichen Sektoren zusammenhängt. Der soziale Dialog, der auch die spezifische Legislative mitbringt, hat für das Prinzip der Subsidiarität, das auf bestimmte Weise auch unterdrückt werden kann, eine besondere Bedeutung.²¹

C. Probleme und Konflikte

I. Die Begriffe der Vereinbarung, der vertraglichen Beziehung und der autonomen Vereinbarung der Sozialpartner und ihre Natur

Wie schon oben angeführt, bezieht die Regelung in Art. 155 AEUV drei Typen (Arten) von Vereinbarungen ein. Jede von ihnen hat sein eigenes rechtliches Regime. Im ersten Fall handelt es sich um einen durch die Sozialpartner abgeschlossenen Vertrag auf der Ebene der EU, der die im Art. 153 erwähnten Angelegenheiten betrifft und der durch Beschluss des Rates auf Vorschlag der Kommission durchgeführt wird, und zwar aufgrund des

²¹ Ibidem.

gemeinsamen Vorschlags von Vertragsparteien, wie dies Art. 155 Abs. 2 Satz 2 AEUV vorsieht. Diesen Vertrag bezeichne ich als Vertrag A.

Im zweiten Falle (Art. 155 Abs. 2 Satz 1 AEUV) handelt es sich um eine durch die Sozialpartner auf der Ebene der Union abgeschlossene Vereinbarung (hier Vertrag B benannt), die aber nicht durch den Beschluss der Union nach den jeweiligen Verfahren und Gepflogenheiten der Sozialpartner und der Mitgliedstaaten realisiert wird, wie es Art. 155 Abs. 2 erster Satz vorausieht.

Endlich geht es um einen unbenannten Vertrag, der in den Begriff von vertraglichen Beziehungen²² der Sozialpartner im Sinne von Art. 155 Abs. 1 AEUV einbezogen wird (Vertrag C).

Wenn wir über eine Privatisierung der europäischen sozialen Gesetzgebung (Legislative) sprechen, setzen wir voraus, dass alle diese drei Typen von Vereinbarungen der Sozialpartner (A-C) eine direkte oder indirekte normative Wirkung haben können. Deshalb sprechen wir von Sozialpartnern als möglichen privaten Gesetzgebern.

Wie wir schon ad I angeführt haben, erkennen wir der Vereinbarung der Sozialpartner eine normative Wirkung zu. Dadurch stehen wir in der

²² Vgl.dazu Sebastian Krebber, in: Callies, Ruffert (Hg.), EUV/AEUV, Kommentierung zum Art. 155, 2. Aufl., 2002, 1629. Es geht nicht darum, dass die Vereinbarung eine Subkategorie einer vertraglichen Beziehung wäre, wie es Dagmar Zeppenfeld schreibt, (Fn.5, 81).Es ist eine Frage, ob die vertraglichen Beziehungen, die in Art. 155 Abs. 1 AEUV erwähnt sind, keinen anderen Gegenstand haben als die Tarifverträge. Die Verhandlungen über die Arbeitsbedingungen ihrer Mitglieder und der Abschluss von Tarifverträgen sind der eigentliche Hauptgegenstand der Tätigkeit der Sozialpartner. Zu Kooperations- und anderen Verträgen ist es erforderlich, dass die Sozialpartner eine starke Berechtigung auf der Ebene des EU-Primärrechts erhalten. Vgl. Monika Schlachter, Arbeitsrecht, in: Schulze, Zuleeg (Hrg.), Europarecht, Handbuch für die deutsche Rechtspraxis, 1.Aufl., § 39, Fn.139, 1690, 1734.

Opposition zu der herrschenden Meinung.²³ Um Missverständnisse zu vermeiden, ist es erforderlich, in erster Linie zu erklären, was wir unter der normativen Wirkung verstehen. Darunter verbirgt sich die Eigenschaft, die darin besteht, dass die in der Vereinbarung enthaltene Regel Personen bindet (sie legt die Rechte und die Pflichten fest), auf die sie sich richtet. Die normative Wirkung kann entweder direkt oder indirekt (mittelbar) sein. Im ersten Fall können die Adressaten von Rechten diese Rechte durchsetzen, und die Adressaten von Pflichten können zu ihrer Erfüllung gezwungen werden. Im Falle einer mittelbaren normativen Wirkung ist es notwendig, dass zur Verwirklichung von subjektiven Rechten eine Maßnahme (durch den allgemeinen Gesetzgeber) ergriffen wird, die aus den schon verankerten Rechten und Pflichten durch die Festlegung weiterer Voraussetzungen (Bedingungen der Durchsetzung) Ansprüche macht, die verwirklicht werden können. Aus diesem Gesichtspunkt (unter dieser Voraussetzung) ist es möglich festzustellen, dass die Vereinbarungen vom Typ A-C direkte oder indirekte (mittelbare) normative Wirkungen haben.

Vereinbarungen von Typ A, die durch eine Richtlinie promulgiert werden, haben eine ähnliche Wirkung wie die Richtlinie selbst. Das heißt, dass sie grundsätzlich und in der Regel nur mittelbare normative Wirkungen haben können, es sei denn, dass sie rechtswidrig umgesetzt wurden, und in diesem Fall können sie auch direkte Wirkungen haben.

Vereinbarungen von Typ B (gemäß Art. 155 Abs. 2 Satz 2) können in Abhängigkeit von „den jeweiligen Verfahren und Gepflogenheiten der Sozialpartner und der Mitgliedstaaten“ sowohl direkte als auch indirekte normative Wirkungen haben.

²³ Als Beispiel für diese Mehrheit siehe Arnold Fn.4, 257. Rolf Birk, Vereinbarungen der Sozialpartner im Rahmen des Sozialen Dialogs und ihre Durchführung, *EuZW*, 15/1997, 453, allerdings hielt er schon 1997 die Sozialpartner („funktionell“) für Gesetzgeber.

Auf dieses Regim muss man auch im Falle von unbenannten Vereinbarungen (Vereinbarungen von Typ C – vertragliche Beziehungen) schließen.

Die mehrheitliche Meinung, dass die Vereinbarungen der Sozialpartner keine normative Wirkung hätten und keine Rechtsfolgen entfalten könnten, wird jedoch nur durch einfache und ziemlich oberflächliche Argumente unterstützt. Es wird z.B. ausgeführt, dass die Zeit für ein europäisches Kollektivvertragssystem nicht reif sei,²⁴ und zwar ohne nähere Begründung. Die Behauptung, dass das Primärrecht über seine normative Natur schweige,²⁵ ist unrichtig. Art. 155 in Verbindung mit Art. 153 AEUV kann man entnehmen, dass sein Zweck ist, die legislative Zuständigkeit auf die Sozialpartner zu delegieren. Dies wiederum muss heißen, dass die von Sozialpartnern abgeschlossenen Vereinbarungen normative Wirkungen haben sollen.

Auch einer der ersten Beiträge zu unserer Problematik, der von grundsätzlicher Bedeutung ist, bezeichnet die Vereinbarungen als supranationales Recht.²⁶

Summa summarum haben die Vereinbarungen der europäischen Sozialpartner eine sehr ähnliche Natur wie die Tarifverträge auf der nationalen Ebene.

Es ist offensichtlich, dass die Vereinbarungen A und B der sekundären Gesetzgebung der EU gleichgestellt werden. Es ist aber auch klar, dass einige Prinzipien bzw. die durch den EuGH entwickelten Doktrin nicht auf sie angewandt werden können, dass sie aber auf die eigenen legislativen Akte des sekundären Rechts angewandt werden. Die Doktrin der direkten oder

²⁴ Volker Rieble, Sebastian Kolbe, Vom Sozialen Dialog zum europäischen Kollektivvertrag?, EuZA Bd. 1 (2008), 475.

²⁵ Siehe dazu Eifenhofer in Fn. 2, 1639.

²⁶ Siehe dazu Arnold in Fn. 4, 256 und Zeppenfeld in Fn. 5, 83.

indirekten Wirkung kann hier keine Anwendung finden.²⁷ Aber dies ist nicht unumstritten, weil Tarifverträge normative Wirkungen haben und es den Adressaten (Arbeitnehmern und Arbeitgebern) ermöglichen sollten, ihre konkreten Ansprüche zu befriedigen, wie es bei den Richtlinien der Fall ist. Es ist nicht ausgeschlossen, dass unter den Sozialpartnern auch die Vertreter aus Drittstaaten wären.²⁸ Das Regime von solchen Vereinbarungen bedeutet allerdings nicht, dass das Regime der Koordinierung (weitere Verhandlungen, Durchführung der Vereinbarungen durch die Mitgliedstaaten) die Rechtsordnungen der Drittstaaten betrifft. Es droht infolgedessen das Entstehen von bestimmten unausgewogenen Rechtsverhältnissen, wenn die Vereinbarungen der nachfolgenden Maßnahmen nicht durch die Drittstaaten durchgeführt werden.

II. Vereinbarkeit der Vereinbarungen (Verträge) mit dem EU-Recht

Wenn man über die Regimes von Verträgen spricht, muss man sich dessen bewusst sein, dass die schon erwähnte autonome Legislative auch ihre Grenzen, die sich aus ihrer Natur ergeben, hat. Die Sozialpartner sind nämlich sekundäre Legislatoren, auf die die legislative Zuständigkeit durch den AEUV delegiert worden ist.²⁹ Schon aus diesem Grund wird eine Vereinbarkeit von diesen Verträgen mit dem Primärrecht inklusive dessen Grundprinzipien, wie zum Beispiel das Diskriminierungsverbot und auch die sozialen Grundrechte, vorausgesetzt.

Logischerweise stellt sich aber die Frage des Maßes und deshalb der Kriterien und der Maßstäbe einer solchen Vereinbarung. Im Falle von Verträgen A gibt

²⁷ Siehe das Urteil des EuGH, C-149/10.

²⁸ Siehe Birk, Fn.23, 456.

²⁹ Vgl. Art. 155 AEUV.

A. Höland an, dass sich die Aufsicht auf die Fragen der Rechtmäßigkeit und der Zweckmäßigkeit beschränken wird.³⁰

Gemäß der herrschenden Meinung kann man der ersten Anforderung zustimmen. Die Vereinbarung ist in einem Akt des sekundären Rechts verkörpert, und auch deshalb muss sie mit dem primären EU-Recht konform sein.³¹ Der zweiten Anforderung, die die Zweckmäßigkeit³² der autonomen Regelung darstellt, ist aber kaum zuzustimmen. Erstens gibt es keinen vernünftigen Grund, höhere Anforderungen an die autonome Legislative als an die gesetzgebende Tätigkeit von Unionsorganen bei der Verabschiedung von sekundären Rechtsakten zu stellen, es sei denn, man reduziert den Gesichtspunkt der Zweckmäßigkeit auf einen Filter, der die Verdoppelung der Gesetzgebung verhindern kann. In diesem Fall bedeutet dies, dass die vorgeschlagene Regelung dieselbe wie die schon bestehende sein sollte.

Parallele Regelungen, die als Folge der Autonomie der Sozialpartner entstehen können, sollen die Hauptziele der EU verfolgen und mit den konkreten Regeln der EU, die diese Grundsätze (Prinzipien) zum Ausdruck bringen, vereinbar sein. Die Frage der Zersplitterung von der Regelung nach den einzelnen Sektoren ist nicht schädlich, wenn die Sozialpartner dies auf diese Weise vereinbaren und wenn die einzelnen parallelen Regelungen die Grundziele der EU verfolgen.

Dort, wo gegen die Prinzipien bzw. die Grundregeln des Unionsrechts durch die Tarifverträge verstoßen wird, ist der Grundsatz der Subsidiarität ganz eindeutig zu Gunsten des Unionsgesetzgebers bzw. zu Gunsten des

³⁰ Vgl. Armin Höland, Partnerschaftliche Setzung und Durchführung in der Europäischen Gemeinschaft, ZIAS 1995, 425, 442 ff.

³¹ Vgl. Eichenhofer, Fn.2, 1639.

³² Zustimmend Arnold, Fn.4, 257.

Unionsrechts auszulegen.³³ In dieser Hinsicht lässt der EuGH den Konflikt zwischen dem Prinzip des Diskriminierungsverbots und der Vertragsfreiheit der Sozialpartner auf der nationalen Ebene zu. Ähnlich geht er auch zu Gunsten von Grundfreiheiten im Falle einer Einschränkung von weniger bedeutenden sozialen bzw. kultursozialen Interessen der einzelnen Mitgliedstaaten bzw. Sektoren oder Regionen in den Mitgliedstaaten vor.

Zugunsten des Primärrechts soll man den Widerspruch einer Vereinbarung zu Bestimmungen des primären Rechts, die die Ziele des Binnenmarktes verwirklichen, lösen. Falls es zu einer Beschränkung der Freizügigkeit kommen sollte, dann wäre eine solche Vereinbarung klar nicht mit dem internen Recht vereinbar, und eine solche Vereinbarung sollte schon vor der Sanktionierung durch eine Ratsentscheidung untersucht werden.

In dem Prozess der Untersuchung der Rechtmäßigkeit ist es notwendig, die gesetzgebende Autonomie der Sozialpartner zu beachten. Wenn der Rat einen Widerspruch zum EU-Primärrecht feststellt, ist er nicht berechtigt, in diese Autonomie einzugreifen und den Vertrag aufzuheben oder zu korrigieren.³⁴ Seine Zuständigkeit begrenzt sich nur auf die Vermeidung der Aufnahme einer solchen Vereinbarung in den Beschluss von EU.

Ein schwierigeres Problem stellt der Konflikt einer Vereinbarung mit dem sekundären EU-Recht, insbesondere mit einer Richtlinie, dar.

Ein möglicher Konflikt der autonomen sozialen Legislative mit dem Unionsrecht erwähnt die Mitteilung der Europäischen Kommission aus dem

³³ Vgl. Höland, Fn.25, 443.

³⁴ Sowohl die Europäische Kommission, als auch der Rat sind durch die Vereinbarung der Sozialpartner gebunden. Dazu vgl. Krebber in Fn.22, 1749 und Höland in Fn.25, 445, Rebhahn in Fn.2, 1690, Arnold in Fn.4, 117, Pierre Rodière, *Droit Social de l'Union Européenne*, 2.Aufl., Paris, 2002, Rn. Nr.113.

Jahre 2004,³⁵ wobei sie eine Lösung nur andeutet. Sie gibt an, dass es nicht angebracht sei, dass die Vereinbarungen die sozialen Richtlinien „überarbeiten“ würden. Für die Lösung dieses Konflikts, mit dem wir uns ad III 7 beschäftigen, gibt es einzigen wichtigen Gesichtspunkt: die Rechtmäßigkeit, aber nicht die Zweckmäßigkeit, wobei ganz relevant ist, was man mit der Überarbeitung von Richtlinien versteht. Man muss sich nur vergegenwärtigen, dass die Vereinbarung eine Rechtsquelle des gleichen Ranges ist, wie eine Richtlinie. Falls die Vereinbarung durch den Beschluss des Rates promulgiert ist, sollte dieses Organ für die Aufhebung der Richtlinie sorgen, um dem Widerspruch mit der später genehmigten Vereinbarung vorzubeugen. Auch die Frage, ob eine Regelung in den Vereinbarungen nicht imstande ist, die Ziele der Europäischen Gemeinschaft (Europäische Union) zu verwirklichen,³⁶ ist aus dem Gesichtspunkt der Rechtmäßigkeit zu beurteilen.

Ähnlich wird man auch in dem Fall vorgehen, dass die Vereinbarung von Typ A und Typ B nach einer bestimmten Zeit seiner Geltung gegen die Konzeption der sozialen Politik EU verstößt. Aber auch in einem solchen Fall sind die Kommission bzw. der Rat und das Parlament berechtigt, eine solche Richtlinie, die die Vereinbarung promulgiert hat, aufzuheben bzw. sie durch eine neue Richtlinie zu ersetzen, und zwar ohne die Beteiligung der Sozialpartner. In einem solchen Fall ist die Kommission verpflichtet, ein Verfahren im Rahmen eines sozialen Dialogs gemäß Art. 154 AEUV einzuleiten.³⁷

³⁵ Vgl. dazu die Mitteilung der Europäischen Kommission vom 12.8.2004, KOM (2004), 557 endgültig, 12.

³⁶ Ibidem.

³⁷ Siehe jedoch die Probleme, auf die R.Rebhahn hinweist. (Rebhahn Fn.2, 1690). Die Sozialpartner können das Verfahren blockieren.

Deshalb sind die Organe der EU verpflichtet, den Mitgliedstaat dazu aufzufordern, mit den Sozialpartnern der Veränderung der Vereinbarung zu verhandeln.

Im Falle von Vereinbarungen von Typ B, die auf der europäischen Ebene abgeschlossen, die aber durch die Sozialpartner durchgeführt werden, halten wir sie für Rechtsakte des Unionsrechts, und das zwar im Gegensatz zu Rebhahn,³⁸ die die Bereiche nach Art. 153 AEUV regeln können, aber nicht müssen. Sie fallen deshalb unter die gleichen Maßstäbe, wie die Vereinbarungen (Verträge) von Typ A.

Im Hinblick auf die künftige Gesetzgebung sowohl auf der europäischen als auch auf der nationalen Ebene haben die Vereinbarungen von Typ A eine blockierende Wirkung.

Im Falle von unbenannten Verträgen (Typus C) ist die Lage noch komplizierter. Es geht um ein Produkt der autonomen Gesetzgebung im Sinne der Vereinbarungen normativen Charakters, die aber nicht in den Zusammenhang mit Unionsrecht gehören. Es geht also um privatrechtliche Verträge, die dem Regime der Verordnung 593/2008/EU (Rom I) und der Jurisdiktion nach dieser Verordnung unterliegen werden. Auch diese Verträge müssen nicht nur gemäß dem EU-Primärrecht vereinbart sein, sondern müssen auch mit dem sekundären Recht der EU übereinstimmen.

Es ist offensichtlich, dass neben den Verträgen Typ A-C weitere ähnliche Regelungen in Mitgliedstaaten existieren können, und zwar aufgrund von Rechtsakten, als auch Rechtsgeschäften, Tarifverträgen. Dann gilt das Prinzip (die Doktrin) der direkten Anwendung und des Vorrangs des Sekundärrechts der EU, zu denen auch die Verträge von Typ A und B gehören.

³⁸ Vgl. Rebhahn in Fn.20, 1689 und Rolf Birk, Vereinbarungen der Sozialpartner im Rahmen des Sozialen Dialogs und ihre Durchführung, *EuZW*, 15/1997, 453, 456, der die Vereinbarungen zu dem „supranationalen Recht“ zuordnet.

III. Das Fehlen der demokratischen Legitimation und der Repräsentativität der Sozialpartner

An erster Stelle ist es notwendig, das Defizit der demokratischen Legitimation auf der einen Seite bzw. die Mängel in einer solchen Legitimation der Sozialpartnern von den unorganisierten bzw. nichtvertretenen Angehörigen bei den Seiten auf der anderen Seite zu unterscheiden.³⁹

Es ist notwendig, von einem Defizit der demokratischen Legitimation in einem Zusammenhang mit einer Beteiligung von einzelnen Organen EU an dem sozialen Dialog und vor allem bei der Durchführung eines Vertragstyps A zu denken. Wie schon bekannt, verlangt das Verfahren um die Durchführung keine Beteiligung des europäischen Parlaments, auch wenn sich tatsächlich die Europäische Kommission eine Anhörung veranstalten lässt bzw. die Meinung vom europäischen Parlament anhört. Trotzdem stellt das Fehlen des europäischen Parlaments in einem solchen spezifischen Verfahren der gesetzgeberischen Tätigkeit einen großen Nachteil dar.⁴⁰ Es ist so deshalb, weil es sich um eine sehr spezifische Form der Legislative handelt, bei der, wie wir noch sehen werden, die durchführenden Organe an den Wortlaut einer Vereinbarung gebunden sind. Sie können nur die Vereinbarkeit mit dem Primärrecht prüfen. Dies ist vor allem die Aufgabe der Kommission, nicht aber die des europäischen Parlaments. Dabei ist die Teilnahme des Rates notwendig, denn es sind die Mitgliedstaaten, die primär

³⁹ Vgl. Zeppenfeld, Fn.5, 129.

⁴⁰ Die fehlende Beteiligung in diesem Verfahren ist nicht von gravierender Schwierigkeit. Sie fehlt auch in anderen Gesetzgebungsverfahren. Dazu Arnold, Fn.4, 257. Das Problem kann auch auf Grund einer parallelen Lösung, nämlich der Tarifvereinbarungen auf der nationalen Ebene, gemessen werden. Dort gibt es keine Beteiligung der Parlamente. Von diesem Gesichtspunkt scheint das Problem von weniger Relevanz.

für die Umsetzung des Inhalts der betreffenden Richtlinien, in die die Vereinbarung umgesetzt wurde, zuständig sind.

Damit kommen wir zu einem anderen Problem, das der Repräsentativität der Unterzeichner einer Vereinbarung. Jeder Autor hält es für seine Verpflichtung, sich zu diesem Problem zu äußern, aber keine dieser Stimmen ist besonders bedeutungsvoll.⁴¹ Man betont nämlich die Repräsentativität, aber der Begriff selbst ist überhaupt nicht konkretisiert, mit der Ausnahme eines Hinweises auf die konkrete Situation der Verhältnisse.

Nicht einmal stellt die Mitteilung von der Kommission eine allgemeine Richtlinie über die Repräsentativität der Sozialpartner als Vertragsparteien dar.⁴² Man betont nur die „subjektive“ Bewertung, also ein Vorgehen von einem Beispiel zu den anderen. Diese Einstellung vermisst das erste Kriterium, nämlich die allgemeinen Grundsätze der objektiven Auswertung einer solchen Eigenschaft der Sozialpartner.

Die Repräsentativität sollte gesichert sein, vor allem durch das Verfahren selbst bzw. in der Form von Verwaltung und seiner Erschließung. Neben der Rechtmäßigkeit ist es der zweite Aspekt, auf den die Kommission achten (im

⁴¹ Dazu auch Eichenhofer, Fn.2, 1638. Dazu vgl. das Urteil des Gerichts der ersten Instanz C-135/96 EAPME, 1998, II-2338, Rn.Nr.90, 93. Auch Rebhahn, Fn.20, 1689.

⁴² Vgl. Mitteilung der Europäischen Kommission, Fn.27, 9. Dazu auch Mitteilung der Kommission von 20.5.1998 KOM (1998), 322 endgültig, und das Verzeichnis der europäischen Organisationen der Sozialpartner in der Anlage. Aus der Mitteilung der Kommission von 26.6.2002 (KOM 2002), 341 endgültig, ergibt sich die Notwendigkeit der Intensivierung des sozialen Dialogs und der Stärkung der Beteiligten (S.22). Diese Tätigkeit setzt im Hinblick auf den Beitritt „eine Stärkung der Struktur und der Sozialpartner in der Kandidatenländern voraus.“ Die Mitteilung enthält auch das Verzeichnis der europäischen Organisationen der Sozialpartner, die gemäß im aktuellen Wortlaut nach Art. 154 AEUV konsultiert wurde.

Falle von Vereinbarungen Typ A) muss.⁴³ In einem solchen Falle sollte dieser Zweck (Repräsentativität) durch die Transparenz und die Informiertheit gesichert werden. Mit anderen Worten heißt das, dass das Verfahren um den Vertragsabschluss allgemein zugänglich sein sollte, so dass jeder, der ein qualifiziertes Interesse zum Ausdruck bringt, sich beteiligen kann. Deshalb muss die ordentliche Bekanntmachung beachtet werden.⁴⁴ Dadurch kann künftigen Streitigkeiten über die Nichtigkeit des EU-Beschlusses vorgebeugt werden, durch den der Vertrag durchgeführt wird. Wer die Vertragspartei eines solchen Vertrages ist, entscheiden die Parteien selbst bzw. die Kommission im Falle eines vorangehenden Dialogs nach Art. 154 AEUV. Diese Personen (Subjekte) sollten den Gegenstand des gegenwärtigen Vertrages publik machen und allen ermöglichen, die sich als betroffen oder potentiell betroffen fühlen könnten, sich am sozialen Dialog zu beteiligen und unterzeichnete Parteien zu werden. Bei der ordentlichen Regelung dieses Verfahrens könnte es so möglich sein, potentielle Parteien auszuschließen, die dann den Rechtsakt anfechten könnten.

Man muss die Lösung des grundsätzlichen Problems der Legitimität der Vereinbarungen im Hinblick auf die Repräsentativität der vertraglichen Probleme finden. Es handelt sich um ein grundsätzliches schwieriges Problem. Die Lösung ist aber eine sehr elegante. Sie verfolgt die Praxis von Sozialpartnern in Dänemark und Deutschland, wo die Tarifverträge auf die Mitglieder der unterzeichneten Gewerkschaften eingeschränkt sind. Mit anderen Worten, man sollte den personellen Anwendungsbereich von der faktischen Repräsentativität der unterzeichneten Sozialpartner abhängig machen.

⁴³ Umstritten könnte es bei der Vereinbarungen Typ B und C sein, denn bei den Vereinbarungen von Typ A hat die Kommission eine feste Kontrollposition.

⁴⁴ Vgl. Urteil in Fn.35, 88 ff.

IV. Unklarheiten des Verfahrens und der Rechtsschutz

Nach wie vor gilt, was Deinert⁴⁵ schreibt, dass nämlich das europäische kollektive Vertragsrecht in beträchtlichem Maße ein ungeschriebenes Recht darstellt. Da offensichtlich ist, dass das Primärrecht nur den Grundrahmen schafft, fehlt eine detailliertere Regelung insbesondere des verfahrensrechtlichen Charakters immer noch. Paradoxerweise stellt eine bestimmte Flexibilität einen bestimmten Vorteil der künftigen Entwicklung dar, der Nachteil besteht in der beträchtlichen Unsicherheit, die sogar die Praxis offensichtlich nicht verloren hat.

Nicht ganz klar sind die Definitionen der Parteien des sozialen Dialogs selbst, nämlich der Sozialpartner. Zunächst ist es unklar, und zwar auch bei einem Vergleich von Definitionen des europäischen Parlaments und der Kommission, ob neben den Dachverbänden als Sozialpartner auch die nationalen Verbände oder die einzelnen Arbeitgeber und Arbeitnehmer auftreten können.⁴⁶ Darüber hinaus ist manchmal auch unklar, wen die einzelnen nationalen und übernationalen Organisationen vertreten.⁴⁷

Ähnlich wie im Falle der Problematik der Repräsentativität der Vertretung gilt auch in diesem Fall, auch wenn es sich hier um diese Kategorie handelt, die maximale Zugangsöffnung gegenüber allen, die sich am Verfahren des sozialen Dialogs nach Art. 154 AEUV beteiligen wollen. Dann ist es die Aufgabe der Kommission, auf welche Weise sie diesen Prozess organisiert.

Es ist offensichtlich, dass eine prozessuale Regelung fehlt.

Es ist die Frage, unter welchen Umständen das Fehlen von irgendeinem der betroffenen Subjekte als ein grober prozesualer Mangel angesehen werden kann, der den Nichtigkeitsgrund des künftigen Beschlusses darstellt, falls die

⁴⁵ Olaf Deinert, Der europäische Kollektivvertrag: Rechtstatsächliche und rechtsdogmatische Grundlagen einer gemeineuropäischen Kollektivvertragsautonomie, Nomos 1999, 480.

⁴⁶ Vgl. dazu Höland, Fn.26, 447.

⁴⁷ Vgl. dazu Höland, Fn.26, 450.

Rechtmäßigkeit des Beschlusses vor dem EuGH angefochten wird. Dies ergibt sich nicht aus der bestehenden Rechtsprechung.

Wie im Falle der Repräsentativität ist es erforderlich, dass alle potentiellen Teilnehmer des Dialogs die Möglichkeit haben, sich zur Sache zu äußern und an der Anhörung nach AEUV teilnehmen zu können.

Ferner können Probleme auftauchen, die mit dem Übergang von der Anhörung in einen Verhandlungsprozess nach Art. 154 Abs. 4 AEUV verbunden sind. Es stellt sich die Frage, ob dies die Sozialpartner sind, die über den Kreis von Personen entscheiden, die sich als Sozialpartner am Verhandeln beteiligen. Auch diese Etappe ist nicht geregelt.

Immer wieder stellt sich die Frage nach der Repräsentativität, nach der Abstimmung und deren Regelung etc.

Darüber hinaus ist es umstritten, was passiert, wenn zwar kein Vertrag (keine Vereinbarung) abgeschlossen wird, aber nicht alle Sozialpartner bereit sind, den Vertrag (die Vereinbarung) der Kommission nach Art. 155 Abs. 1 AEUV vorzulegen. Es ist offensichtlich, dass es in diesem Falle um einen Streit unter den Unterzeichnern geht, den die Sozialpartner selbst bzw. das zuständige Gericht oder Schiedsgericht nach deren Vereinbarung entscheiden sollen bzw. soll. Falls keine Vereinbarung erreicht wird, kommt die Sache wieder zur Kommission, und diese ist dann verpflichtet, eine Anhörung und einen sozialen Dialog nach Art. 154 AEUV durchzuführen.

Das Problem des Rechtsschutzes wird in der Lehre nicht viel diskutiert. Deshalb versuchen wir wenigstens, in aller Kürze zwei Situationen zu skizzieren, die aktuell sein können.

Unter den zwei Situationen verstehen wir zwei Verfahren, und zwar das Nichtigkeitsklageverfahren gemäß Art. 263 AEUV (ex Art. 230 EGV) und das Untätigkeitsklageverfahren gemäß Art. 265 AEUV (ex Art. 232 EGV).

Im ersten Falle sind unter den Bedingungen Art. 263 Abs.1, 2 AEUV bezüglich des Klagegegenstandes zunächst alle drei Typen von Vereinbarungen der Sozialpartner denkbar.

Dabei ist vor allem zu fragen, ob die Vereinbarungen angefochten werden können und gegebenenfalls, ob nicht privilegierte Kläger (natürliche und juristische Personen) eine Klagebefugnis haben.

Für die Frage, ob die Vereinbarungen unter die Kategorie der anfechtbaren Handlungen gehören, ist ausschlaggebend zu wissen, welche Natur sie aus dem Gesichtspunkt vom Art. 263 Abs. 1 AEUV haben. Zunächst muss man aber die Richtlinie, durch die die Vereinbarung promulgiert wurde, von der Vereinbarung selbst „abtrennen“. Entscheidend ist in diesem Punkt, ob die Vereinbarung die Handlung der „sonstigen Stellen der Union mit Rechtswirkungen gegenüber Dritten“ ist. Die letztgenannte Voraussetzung („Rechtswirkungen gegenüber Dritten“) haben wir schon nachgewiesen. Bezüglich der ersten Qualifikation ist bemerkenswert, dass sich zu diesem Problem noch niemand, soweit wir es beurteilen können, geäußert hat. Entscheidend ist, dass im Unterschied von anderen Bezeichnungen man in diesem Fall ein sehr unscharfes und breites Wort „Stelle“ anwendet. Das ist ein Kontrast im Vergleich mit anderen Bezeichnungen, wie „Organen, Institutionen, Einrichtung“ usw., die eine besondere Verbindung zu der Union selbst als der internationalen Organisation, aufweisen. Aufgrund der linguistischen und systematischen Auslegung kann also gefolgert werden, dass der Gesetzgeber eine andere Einheit im Sinne hatte und diese durch einen sehr unbestimmten Ausdruck bezeichnen wollte. Aus den Gründen der Interessen und der Bedeutung, also durch eine teleologische Interpretation (denn die Sozialpartner haben eine sehr wichtige Stellung als Normsetzer in einem sehr wichtigen Bereich der europäischen Politik) kann man folgern, dass die kollektive Vereinbarung der Sozialpartner eine Handlung der „sonstigen Stellen der Union“ im Sinne von Art. 263 Abs. 1 AEUV ist, und deshalb diese Vereinbarung einen Klagegegenstand im Verfahren über die Gültigkeit des Rechtssatzes (Nichtigkeitsklageverfahren) sein kann. Eine zweite Frage ist, ob die Sozialpartner eine Klagebefugnis zu einer Nichtigkeitsklage im Sinne von Art. 263 Abs. 4 AEUV haben. Nach dieser

Bestimmung muss der Kläger in einer Stellung sein, dass eine Handlung an ihn gerichtet oder ihn unmittelbar oder individuell betrifft. Im Sinne der existierenden Rechtsprechung kann man also schließen, dass z.B. Sozialpartner, die es unterlassen haben, bzw. die Mitglieder von Sozialpartner, die nicht in den Anwendungsbereich einer Vereinbarung einbezogen wurden, als Kläger in diesem Verfahren auftreten können.

Die andere Möglichkeit des Schutzes in der zweiten oben angesprochenen Situation besteht in Untätigkeitsverfahren gemäß Art. 265 AEUV. Hier ist die Lage grundsätzlich einfacher im Vergleich mit dem oben erwähnten Nichtigkeitsklageverfahren gemäß Art. 263 AEUV.

Der Klagegrund kann die Verletzung von Art. 154 Abs. 4 AEUV sein. Wenn die Sozialpartner der Kommission mitteilen, dass sie den Prozess nach Art. 155 AEUV in Gang setzen wollen und die Kommission untätig bleibt und den Vertrag, den sie von dem Sozialpartner erhalten hat, nicht dem Rat gemäß Art. 155 Abs. 2 in angebrachter Zeit vorlegt, können die Sozialpartner die Untätigkeit der Kommission geltend machen. Die angebrachte Zeit sollte neun Monate nicht überschreiten. Auch wenn der Rat keine Frist für seinen Beschluss im Sinne von Art. 155 Abs. 2 AEUV hat, soll er in der gleichen Zeit wie die Kommission, das heißt innerhalb von neun Monaten, entscheiden. In diesem Fall kann man unter der Voraussetzung, dass auch die weiteren Bedingungen erfüllt wurden (insbesondere die Aufforderung zum Handeln), auch gegen den Rat eine Klage einreichen.

V. Durchführung von Verträgen (Vereinbarungen) durch die Sozialpartner

Für die Verträge Typ B und C gilt, dass die Sozialpartner, die diese Verträge unterzeichnet haben, für deren Durchführung selbst verantwortlich sind. Bei der Durchführung gibt es keinen Unterschied zwischen diesen zwei Typen von Verträgen, auch wenn der erste einen Teil des sekundären Unionsrechts

darstellt. Im Grunde geht es um „privatrechtliche“ Verträge, deren Durchsetzung in den Händen von ihren Unterzeichnern liegt.

Davon unterscheidet sich aber der Vertragstyp A. Hier stellt sich eine ganze Reihe von Problemen. Das erste ist die Frage des sachlichen und vor allem des persönlichen Anwendungsbereichs dieses Vertrages. Es geht darum, wen der Vertrag bindet und wer im Falle der Durchführung des Beschlusses und damit auch des Vertrages anhand des Gesetzes des Mitgliedstaats in seinen Anwendungsbereich fällt.

Aus Art. 153 Abs. 3 AEUV ergibt sich, dass der Staat die Sozialpartner mit der Durchführung dieses Beschlusses beauftragen kann. Dies bedeutet, dass hier wieder der Grund auftaucht, der für diese Art der Legislative (des legislativen Prozesses) charakteristisch ist und der für diese Art des legislativen Prozesses typisch ist und der für die Durchführung der legislativen Maßnahmen charakteristisch ist. Ein Mitgliedstaat kann die Durchführung des Beschlusses auch den Sozialpartnern übertragen, unter der Voraussetzung, dass diese dazu imstande sind.⁴⁸

Dies setzt aber einen gemeinsamen Antrag der Sozialpartner voraus. Es liegt in der Gesetzgebung eines Mitgliedstaats, auf welche Weise ein solcher Bestandteil des sekundären Unionsrechts umgesetzt werden wird.

Eines der Instrumente der Durchführung des Beschlusses aber auch der Verträge nach Art. 155 AEUV sind die Tarifverträge von Sozialpartnern der einzelnen Mitgliedstaaten. Es ist von grundsätzlicher Relevanz, dass für eine solche Durchführung gegenüber der EU der Mitgliedstaat selbst verantwortlich ist, der auch dann, wenn es sich nicht um eine Ausnahme vom Regime der Durchführung (Umsetzung) von Richtlinien als sekundäre Rechtsquelle (nicht durch Gesetz, oder durch „normativen“ Vertrag von Sozialpartnern) handelt, diese Maßnahme durchsetzen muss.

⁴⁸ Vgl. Rebhahn, Reiner, in Fn.20, 1683.

Im tschechischen Rechtssystem sollte dies bedeuten, die Sozialpartner aufgrund von Gerichtsverfahren, die gegen sie geführt werden, zu sanktionieren. Der Staat selbst ist nicht berechtigt, in die Tarifverträge einzugreifen, ähnlich wie es bei EU-Organen auf der Unionsebene der Fall ist. Es ist ein anderes Problem, auf welche Weise die Durchführung (Umsetzung) zu messen ist. Dieser Frage widmen wir uns nachfolgend.

VI. Haftung für die Durchführung

Die Mitteilung der Kommission aus dem Jahre 2002 betont eine besondere Verantwortung der Sozialpartner, die Vereinbarungen (Verträge) für deren Implementierung unterzeichnet haben. Dieser Ansatz, die Fähigkeit, die Richtlinie der sozialen Politik nach Art. 153 Abs. 3 AEUV und die Verträge aller drei Typen nach Art. 155 AEUV durchzuführen, stellt die Voraussetzung für eine Tätigkeit und auch eine Beteiligung der Sozialpartner an der Legislative der EU und ihrer Durchführung dar, denn auch die Verträge Typ B und C stellen auf bestimmte Weise die Durchführungsinstrumente der sozialen Politik und der sozialen Gesetzgebung dar.

Im Falle der Verträge Typ B und C sind es die Mitgliedstaaten bzw. die Sozialpartner, die die Verantwortlichkeit für deren Durchführung haben.

Im Falle von Verträgen (Vereinbarungen) Typ A ist aber die Angelegenheit ein wenig komplizierter. Es ist nämlich offensichtlich, dass es der Mitgliedstaat ist, der gegenüber der EU haftet (d.h. ihr verantwortlich ist). Wenn der Staat die Durchführung auf diese Sozialpartner delegiert, ist es seine Sache, auf welcher Weise er diese Durchführung kontrolliert und durchsetzt.

D. Schluss

Es ist klar, dass sich in der Folge der Entwicklung der sozialen Politik seit dem Maastrichter Vertrag auf bedeutende Weise die autonome Tätigkeit von privaten Subjekten entwickelt hat. Diese Subjekte können sich nicht nur auf

bedeutende Weise am legislativen Prozess, aber auch am Prozess der Durchführung der sozialen Gesetzgebung der EU beteiligen.

Die kollektiven Vereinbarungen der Sozialpartner haben eine große Bedeutung, weil sie unter anderem normative Wirkung haben oder haben können.

Aufgrund dessen sollte ganz klar im sekundären Recht wenigstens zweierlei geregelt werden: erstens sollte klar sein, welche Vertragspartei (welcher Sozialpartner) eine Vereinbarung vorschlagen kann, und aufgrund dessen sollte der personelle Anwendungsbereich festgelegt werden.

Darüber hinaus sollte das Gesetzgebungsverfahren, in dem die kollektive Vereinbarung vorbereitet und verabschiedet wird, geregelt werden, und auch, wie sie aussehen sollte.

Beim gegenwärtigen rechtlichen Stand sollten die Vertragsparteien ganz klar in jeder Vereinbarung auch den personellen Anwendungsbereich festlegen.

Diskussionsbericht

Die 1. Diskussionsrunde hatte die Referate von *Professor Dr. Thym* (Universität Konstanz), von *Professor Dr. Becker* (MPI für Sozialrecht und Sozialpolitik) und den Kommentar von *Professor Dr. Tichy* (Karls-Universität Prag) zur Entwicklung der Europäischen Union zu einem „sozialen Europa“ zum Gegenstand. Hinsichtlich des ersten Referats äußerte sich *Professor Dr. Dr. Kollatz* dahingehend, dass aus seiner Warte der Weg zur Europäischen Staatsbürgerschaft prinzipiell bereits beschritten sei. Er regte an, das Phänomen einmal mehr aus der ökonomischen Perspektive zu betrachten. So sei die Europäische Staatsbürgerschaft eine zwangsläufige Konsequenz der Vereinheitlichung des Wirtschaftsraumes, wie sie ihren Ausdruck im gemeinsamen Binnenmarkt und der Europäischen Währungsunion gefunden habe. Jede soziale Entscheidung habe notwendigerweise ökonomische Implikationen und umgekehrt habe jede fiskalpolitische und ökonomische Entscheidung naturgemäß immer auch Auswirkungen auf die sozialen Rahmenbedingungen der Gemeinschaft. Vor dem Hintergrund des Zusammenhangs von Ökonomie und Sozialem warf *Kollatz* die Frage auf, ob die soziale Komponente der Europäischen Union nicht viel zu lange unterschätzt worden sei. Die tatsächliche Reichweite der Unionsbürgerschaft sei in der Vergangenheit zu wenig diskutiert worden. Der Unionsgesetzgeber habe von seinem Gestaltungsspielraum bislang zu wenig Gebrauch gemacht. *Professor Dr. Thym* stimmte der Ansicht, Ökonomie und Soziales stünden in einer Wechselbeziehung, explizit zu. Weil beide Komponenten so stark voneinander abhingen, würde die Diskussion um den Inhalt und die Reichweite der Unionsbürgerschaft nunmehr im akademischen Diskurs auch intensiv geführt. Die sozialpolitischen Auswirkungen des wirtschaftlichen Vereinheitlichungsprozesses seien seiner Meinung nach so groß aber nicht. *Thym* wiederholte den bereits in seinem Referat geäußerten Standpunkt,

dass der *EuGH* sich in seinen Judikaten mit Auswirkungen auf das Sozialrecht zurückhalte. Daher seien die Auswirkungen der ökonomischen Vereinheitlichung auf die Unionsbürgerschaft auch gering. Seiner Meinung habe die staatsrechtliche Komponente in der Europäischen Entwicklung einen viel höheren Stellenwert als die sozialpolitische Komponente.

Professor Dr. Becker dagegen näherte sich dem von *Professor Dr. Dr. Kollatz* verfochtenen Standpunkt an. Ihm nach seien die sozialpolitischen Auswirkungen der Europäischen Entwicklung nicht zu unterschätzen. Wirtschaftliche und sozialpolitische Entwicklungen seien unstreitig miteinander verbunden. Als anschauliches Beispiel hierfür verwies *Becker* auf die Arbeiterbewegung des 19. Jahrhunderts. *Becker* stimmte dem von *Thym* in seinem Referat geäußerten Befund über die Zurückhaltung des *EuGH* ausdrücklich zu. Den bisherigen Entscheidungen des *EuGH* mit sozialrechtlichen Implikationen sei im Grunde zustimmen, dies deshalb, weil der *EuGH* in seinen Entscheidungen stets eine Rechtsfolgenbewertung vornehme. Das Gericht sei sich den begrenzten EU Kompetenzen durchaus bewusst und kalkuliere die Kosten seiner Entscheidungen mit ein. Haben Entscheidungen gravierendere ökonomische Auswirkungen, so würde der *EuGH* auch Großzügigkeit bei der Annahme etwaiger Rechtfertigungstatbestände walten lassen, die den Mitgliedstaaten nationale Sonderwege erlaubten. Im Übrigen aber seien die sozialpolitischen Implikation der Europäischen Entwicklung von den Mitgliedstaaten zu akzeptieren. Der nationale Gesetzgeber müsse sehen, dass soziale Vergünstigungen, die er seinen Staatsangehörigen einräumt, zugleich auch allen anderen Unionsbürgern, die von ihrer Freizügigkeit Gebrauch machen, zugutekommen müssen. Wer die wirtschaftlichen Vorteile der Integration für sich nutzen möchte, müsse den zuwandernden Arbeitnehmern auch die sozialen Vergünstigen gewähren. Im Übrigen aber verwies *Lutter* auf die fundamentalen Unterschiede zwischen den einzelnen Mitgliedstaaten hinsichtlich der erreichten Sozialstaatlichkeit. Besonders deutlich erkennbar

seien sie bei den unterschiedlichen Lohnniveaus zwischen den ost- und den westeuropäischen Mitgliedsländern. Ideen die diesbezüglichen Unterschiede zu harmonisieren, bezeichnete *Lutter* als illusorisch. Die Unterschiede müssten daher anerkannt werden. Das bestehende Rahmenwerk der Verträge hinsichtlich der sozialen Komponente sei ausreichend.

Professor Dr. Becker stimmte *Lutter* zu, eine Harmonisierung im Bereich des Sozialen sei nicht ohne weiteres möglich. Die bestehenden Unterschiede zwischen den Mitgliedsstaaten seien einfach zu groß.

Im weiteren Verlauf der Diskussion wurde die vom *EuGH* entschiedene Rechtssache *Barber* (17.5.1990 - Rs. C-262/88) Gesprächsgegenstand. Diese betrachtete *Becker* als vom *EuGH* als richtig entschieden an. Die Kritik am *EuGH*, dieser habe die ökonomischen Auswirkungen der Gleichstellung von Männern und Frauen unter Bezugnahme auf das Benachteiligungsverbot nicht hinreichend bedacht, wies *Becker* zurück. Seiner Meinung nach gehe es bei der Judikatur zur Gleichbehandlung von Männern und Frauen um die Kernfrage, inwieweit das Geschlecht zur Rechtfertigung unterschiedlicher Behandlungen herangezogen werden dürfe. Insbesondere also, ob das Merkmal des Geschlecht Typisierungen rechtfertige.

Professor Dr. Thym ging auch auf die *Uni-Sex*-Entscheidung des *EuGH* (01.03.2011 - Rs. C-236/09) ein und wies im Zusammenhang mit der Geschlechtergleichbehandlung auf die Bedeutung der nunmehr seit dem Lissabon Vertrag rechtsverbindlichen EU-Grundrechte Charta hin. Insbesondere dem Art. 34 der Charta sagte er hierbei in Bezug auf das Diskriminierungsverbot eine wesentliche Bedeutung für die künftige Rechtsprechung des *EuGH* voraus.

Professor Dr. Roth (Universität Bonn) stellte den Referenten die Frage, ob die durch das Primärrecht eingeräumten sozialen Unionsgrundrechte ihrer Ansicht nach in der Praxis hinreichend Berücksichtigung finden würden.

Professor Dr. Roth erkannte eine prinzipielle Gefahr darin, dass die sozialen Grundrechte der Unionsbürger nicht mit den EU-Kompetenzen einhergingen

und daher nur den EU Gesetzgeber binden würden, dieser aber gar keine Kompetenz hätte, selbst rechtssetzend auf sozialem Gebiet tätig zu werden. In der Praxis drohten die sozialen Rechte daher leerzulaufen. Hinsichtlich der Durchsetzung in der Praxis wurde auf die Rolle der nationalen Gerichte verwiesen, an die sich die Unionsbürger zu wenden hätten, wollten sie die Verkürzung ihrer sozialen Rechte reklamieren.

Es entspannte sich hierauf eine Diskussion über die Rolle der nationalen Gerichte. Bemerkte wurde von *Professor Dr. Leistner* besonders das bewusste Vorantreiben der Entwicklung durch nationale Richter. Gerade etwa englische Gerichte versuchten durch entsprechende Vorlagefragen die Entwicklung des europäischen Rechts gezielt vorwegzunehmen und zu beeinflussen. Teilweise würden so Richter unterer Instanzen gezielt „über Bande spielen“, um die Rechtsprechung höhere Instanzen oder auch des nationalen Gesetzgebers durch Vorgaben des *EuGH* aufzubrechen. Über entsprechende Effekte waren sich die Referenten einig und konnten Beispiele aus dem nationalen Arbeits- und dem Migrationsrecht erwähnen. Deutsche Gerichte seien zwar auch aktiv in der bewussten Vorentwicklung des Unionsrechts, würden deren Möglichkeiten aber weniger intensiv und auch weniger geschickt nutzen als die englischen Gerichte.

Im Rahmen der Diskussion wurde die Entscheidungspraxis des *EuGH* noch einmal Gesprächsgegenstand. Hierzu bemerkte *Professor Dr. Becker*, dass die Entscheidungen des *EuGH* zwar die Tendenz hätten manchmal über das berechtigte Ziel hinaus zu schießen, jedoch würden durch nachträgliche Entscheidungen zumeist Korrekturen erfolgen, die die Rechtsprechung dann wieder in einem gemäßigeren Lichte erscheinen ließen. *Professor Dr. Thym* sah dies ähnlich. Der *EuGH* teste zwar manchmal gewisse Kompetenzüberschreitungen an, zögere dann aber vor sensiblen Bereichen dennoch zurück. Als Beleg für diese These führte er die Entscheidung *Grzelczyk* (*EuGH*, Rs. C-184/99, Slg. 2001, I-6193) an.

Professor Dr. Roth wies darauf hin, dass mit der Grundrechte-Charta kein Kompetenzzuwachs der EU auf dem Gebiet des Sozialrechts verbunden sei. Art. 51 Abs. 2 der EU Grundrechte-Charta stünde dem explizit entgegen, da er festlege, dass mit der Charta keine Ausweitung der bestehenden Zuständigkeiten und Aufgaben verbunden sei. Dem könne auch Art. 21 der Charta nicht entgegengehalten werden. Art. 21 sei im Lichte von Art. 51 der Charta auszulegen, so dass auch über das Diskriminierungsverbot kein Kompetenzzuwachs zugunsten der EU hergeleitet werden könne.

In der Diskussion wurde ferner auf die These von *Professor Dr. Thym*, der das Verhältnis von *EuGH* und Unionsgesetzgeber mit den Methoden der Prinzipal-Agenten-Theorie analysiert und dabei ein strukturelles Kontrolldefizit des Gesetzgebers gegenüber dem *EuGH* festgestellt hatte, eingegangen. Das Verhältnis des *EuGH* zum EU-Gesetzgeber wurde als sehr interessant befunden. Zwischen beiden bestünde ein gewisses Kooperationsverhältnis, dadurch, dass dem *EuGH* in gewissen Bereichen seitens des EU-Gesetzgebers bewusst Auslegungsspielräume eingeräumt würden, in deren Rahmen der *EuGH* selbst rechtsschöpferisch tätig werden könne. Allerdings wurde auch der Vergleich zum nationalen Recht gezogen. Die Einräumung von Auslegungsspielräumen zugunsten der Judikative sei kein spezifisch europarechtliches Phänomen, sondern vielmehr in allen Rechtsordnungen dort zu beobachten, wo keine politische Einigung über gewisse Fragen erzielt werden könnte.

Zum Abschluss der Diskussion warf *Professor Dr. Herdegen* die brisante Frage auf, ob etwa „Huckepack“, also mittelbar über die Unionsbürgerschaft, die Reichweite der Unionsgrundrechte erweitert werden könnte. Diesbezüglich äußerten sich die Referenten skeptisch; *Professor Dr. Roth* verwies darauf, dass die Charta die Kompetenzen der Union nicht erweitere.

**ZENTRUM FÜR EUROPÄISCHES WIRTSCHAFTSRECHT DER
UNIVERSITÄT BONN**

CENTER FOR EUROPEAN ECONOMIC LAW, UNIVERSITY OF BONN
CENTRE DE DROIT ECONOMIQUE EUROPEEN DE L'UNIVERSITE DE BONN

Prof. Dr. Dr. h.c. Ulrich Everling
Prof. Dr. Meinhard Heinze †
Prof. Dr. Matthias Herdegen
Prof. Dr. Ulrich Huber
Prof. Dr. Rainer Hüttemann, Dipl.-Volksw.
Prof. Dr. Christian Koenig, LL.M.
Prof. Dr. Matthias Leistner, LL.M.
Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Marcus Lutter
Prof. Dr. Wulf-Henning Roth, LL.M. (Sprecher)
Prof. Dr. Dres. h.c. Karsten Schmidt
Prof. Dr. Gregor Thüsing, LL.M.
Prof. Dr. Gerhard Wagner, LL.M.
Prof. Dr. Daniel Zimmer, LL.M.

Anschrift: Adenauerallee 24-42, D - 53113 Bonn
Telefon: 0228 / 73 95 59
Telefax: 0228 / 73 70 78
E-Mail: zew@uni-bonn.de
URL: www.zew.uni-bonn.de
URL: www.zew.uni-bonn.de

[...]

Die Gesamtliste aller Veröffentlichungen dieser Schriftreihe ist sowohl auf der Internetpräsenz als auch im ZEW erhältlich.

- Nr. 162 Klaus Kinkel, Quo vadis Europa?, 2007
- Nr. 163 Peter Hommelhoff, Die „Europäische Privatgesellschaft“ am Beginn ihrer Normierung, 2008
- Nr. 164 Robert Rebhahn, Aktuelle Entwicklungen des europäischen Arbeitsrechts, 2008
- Nr. 165 Martin Böse, Die strafrechtliche Zusammenarbeit in Europa – Stand und Perspektiven, 2008
- Nr. 166 Thomas von Danwitz, Rechtsschutz im Bereich polizeilicher und justizieller Zusammenarbeit der Europäischen Union, 2008
- Nr. 167 Matthias Leistner, Konsolidierung und Entwicklungsperspektive des Europäischen Urheberrechts, 2008
- Nr. 168 Peter Hemeling, Die Societas Europaea (SE) in der praktischen Anwendung, 2008
- Nr. 169 Ulrich Immenga, Leitlinien als Instrument europäischer Wettbewerbspolitik, 2008
- Nr. 170 Rupert Scholz, Nach Lissabon und Dublin: Die Europäische Union am Scheideweg, 2008
- Nr. 171 Hanno Kube, EuGH-Rechtsprechung zum direkten Steuerrecht - Stand und Perspektiven, 2009
- Nr. 172 Piet Jan Slot, Recent Developments in EC State Aid Law, 2009
- Nr. 173 Stefan Leible, Rom I und Rom II: Neue Perspektiven im Europäischen Kollisionsrecht, 2009
- Nr. 174 Herbert Kronke, Transnationales Handelsrecht in der Reifeprüfung: Die UNIDROIT-Arbeiten 1998 – 2008, 2009
- Nr. 175 Stefan Bechtold, Optionsmodelle und private Rechtsetzung im Urheberrecht am Beispiel von Google Book Search, 2010

- Nr. 176 Claus Dörr, Perspektiven des gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftungsanspruches, 2010
- Nr. 177 Ulrich Tödtmann, Persönliche Beteiligung von Vorstandsmitgliedern am Verlust der Aktiengesellschaft, 2010
- Nr. 178 Carsten Grave, Banken-Fusionskontrolle in der Finanzkrise, 2010
- Nr. 179 Fabian Amtenbrink, Ratings in Europa: Kritische Anmerkungen zum europäischen Regulierungsansatz, 2010
- Nr. 180 Wolfgang Durner, Verfassungsrechtliche Grenzen richtlinienkonformer Rechtsfortbildung, 2010
- Nr. 181 Laurens Jan Brinkhorst, Staatliche Souveränität innerhalb der EU ?, 2010
- Nr. 182 Alfred Dittrich, Geldbußen im Wettbewerbsrecht der Europäischen Union, 2010
- Nr. 183 Marc Amstutz, Die soziale Verantwortung von Unternehmen im europäischen Recht, 2010
- Nr. 184 Joachim Hennrichs – Wienand Schruff, Stand und Perspektiven des Europäischen Bilanzrechts – aus Sicht von Wissenschaft und Praxis, 2011
- Nr. 185 Verica Trstenjak, Internetverträge in der Rechtsprechung des EuGH im Bereich des Verbraucherschutzes, 2011
- Nr. 186 Michel Fromont, Souveränität, Verfassung und Europa: Ein Vergleich der deutschen und französischen Perspektive, 2011
- Nr. 187 Joachim Schindler, Aktuelle Überlegungen zu Fraud und Illegal Acts im Rahmen der Jahresabschlussprüfung unter besonderer Berücksichtigung der in der EU geltenden Prüfungsgrundsätze, 2011
- Nr. 188 Lubos Tichy, Die Überwindung des Territorialitätsprinzips im EU-Kartellrecht, 2011
- Nr. 189 21. Europa-Symposium zu den Rechtsfragen des Europäischen Finanzraumes, 2011
- Nr. 190 Jan Ceysens, Die neue europäische Aufsichtsarchitektur im Finanzbereich, 2011

- Nr. 191 Christoph G. Paulus, Genügen vertragsrechtliche Behelfe, um künftige Staatenkrisen in den Griff zu bekommen?, 2012
- Nr. 192 Christian Armbrüster, Das Unisex-Urteil des EuGH (Test-Achats) und seine Auswirkungen, 2012
- Nr. 193 Daniela Weber-Rey, Corporate Governance in Europa – Die Initiativen der Kommission, 2012
- Nr. 194 Peter Mankowski, Schadensersatzklagen bei Kartelldelikten – Fragen des anwendbaren Rechts und der internationalen Zuständigkeit, 2012
- Nr. 195 Christian Waldhoff, Steuerhoheit für die Europäische Union ?, 2012
- Nr. 196 Nils Jansen, Revision des Verbraucher-acquis ?, 2012
- Nr. 197 Norbert Herzig, Gemeinsame konsolidierte Körperschaftssteuerbemessungsgrundlage (GKKB), 2012
- Nr. 198 Marc-Philippe Weller – Dieter Leuering, Sitzverlegungen in Europa: rechtliche und praktische Probleme, 2012
- Nr. 199 Udo di Fabio, Grenzen der Rechtsfortbildung, 2012