

ABHANDLUNGEN

Zugang zu den öffentlichen Leistungen anderer Mitgliedstaaten

(Das Integrationskonzept des EWG-Vertrags in der Leistungsverwaltung)

*Peter von Wilmsowsky**

Einleitung

1. Partizipationsinteressen Auswärtiger und ihr EWG-vertraglicher Schutz
 - a) Leistungen der öffentlichen Hand als Dienstleistungen im Sinne der Art.59ff. EWGV
 - b) Diskriminierungsverbot des Art.7 EWGV
 - c) Gemeinsames Problem: Liegt die staatliche Leistungsverwaltung im Anwendungsbereich des Vertrags?
 - aa) Rechtsprechung des EuGH
 - bb) Kritik der *Lair*-Entscheidung
 - cc) Entwicklungspotential
 - d) Gleichbehandlungsansprüche aufgrund der Verknüpfung mit anderen Grundfreiheiten

* Dr. iur., LL.M. (Berkeley); wissenschaftlicher Mitarbeiter, Institut für ausländisches und internationales Wirtschaftsrecht; Lehrbeauftragter, Universität Frankfurt.

Abkürzungen: Abl. = Amtsblatt der EG; Am. Jur. = American Jurisprudence; BAföG = Bundesausbildungsförderungsgesetz; BGH = Bundesgerichtshof; (Bull.)EG = (Bulletin der) Europäische(n) Gemeinschaften; BVerfG(E) = Bundesverfassungsgericht (Entscheidungen); BVerwG = Bundesverwaltungsgericht; EuGH = Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften; EuGVÜ = Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen; EWG = Europäische Wirtschaftsgemeinschaft; EWGV = Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft; FR = Frankfurter Rundschau; GBTE = H. v. d. Groeben/H. v. Boeckh/J. Thiesing/C.-D. Ehlermann, Kommentar zum EWG-Vertrag (3. Aufl. 1983); GG = Grundgesetz; Grabitz = E. Grabitz (Hrsg.), Kommentar zum EWG-Vertrag, Loseblatt, Stand September 1989; IPRax = Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts; NJW = Neue Juristische Wochenschrift; Rs. = Rechtssache; Slg. = Sammlung der Entscheidungen des EuGH; VO = Verordnung; ZPO = Zivilprozessordnung.

2. Interessen an der Bereitstellung öffentlicher Leistungen durch die Mitgliedstaaten und ihr EWG-vertraglicher Schutz
 - a) Auswirkungen der Gleichbehandlungspflicht auf die Bereitstellung öffentlicher Leistungen durch die Mitgliedstaaten
 - b) Berührte Schutzgüter
 - aa) »Staatlichkeit« der Gliedstaaten
 - bb) Interesse der Gemeinschaft am einzelstaatlichen Leistungsangebot
 - c) Zusammenfassung
3. Ergebnis: Abwägung der individuellen Partizipationsinteressen mit dem gemeinschaftlichen Bereitstellungsinteresse
4. Fallgruppen
 - a) Geldleistungen des Staates
 - b) Kostenlose medizinische Behandlung
 - c) Sozialwohnungen
 - d) Hochschulen
 - e) Studienförderung
 - aa) Teilhabeansprüche aufgrund der Berufsfreiheit
 - bb) Teilhabeansprüche aufgrund der Dienstleistungsfreiheit
 - f) Verkehrseinrichtungen
 - g) Gerichte

Einleitung

Das Begehren der Bürger anderer Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft, an öffentlichen Leistungen teilzuhaben, die ein Mitgliedstaat »seinen« Bürgern zur Verfügung stellt, war in jüngster Zeit Gegenstand mehrerer Verfahren vor dem EuGH. EG-Ausländer verlangten gleichberechtigten Zugang zu Studienplätzen an staatlichen Hochschulen¹, zur finanziellen Ausbildungsförderung², zu staatlichen Entschädigungsleistungen für die Opfer von Gewalttaten³ sowie zu Sozialwohnungen⁴. Andere Fälle, wie z. B. die Einbeziehung von EG-Ausländern in das nationale Staatshaftungsrecht, gelangten nur deshalb nicht zum EuGH, weil die nationalen Gerichte sie vertragswidrig nicht dem Gerichtshof zur Entscheidung vorlegten⁵.

Zur Palette des öffentlichen Leistungsangebotes der Mitgliedstaaten, auf das sich Teilhabeansprüche von EG-Ausländern richten können, gehören

¹ EuGH, 13.2.1985, Rs. 293/83, *Gravier ./ Stadt Lüttich*, Slg.1985, 593 (nichtakademische Lehranstalten); EuGH, 2.2.1988, Rs. 24/86, *Blaizot ./ Universität Lüttich*, Slg.1988, 379 (Universitäten).

² EuGH, 21.6.1988, Rs. 39/86, *Lair ./ Universität Hannover*, Slg.1988, 3161 (Zugang zur Förderung nach dem BAföG).

³ EuGH, 2.2.1989, Rs. 186/87, *Cowan ./ Trésor Public*, noch nicht in Sammlung.

⁴ EuGH, 14.1.1988, Rs. 63/86, *Kommission ./ Italien*, Slg.1988, 29.

⁵ BGH, 5.7.1984, IPRax 1986, 33.

das staatliche Bildungssystem, das öffentliche Gesundheitswesen, die Arbeitsvermittlung, die Justiz, öffentliche Verkehrseinrichtungen, staatliche Beschäftigungsprogramme, Sozialwohnungen, Museen und Theater, Feuerwehr und Polizei, direkte Zahlungen wie Subventionen an Unternehmen und Sozialhilfe an Bedürftige, staatliche Entschädigungsleistungen für fehlerhaftes Staatshandeln sowie an Opfer von Gewaltverbrechen und viele andere mehr. In jedem dieser Bereiche kann sich die Frage stellen, inwieweit Bürgern und Unternehmen anderer Mitgliedstaaten das öffentliche Leistungsangebot zu gleichen Konditionen wie Inländern offenzustehen hat.

Unter welchen Voraussetzungen der EWG-Vertrag die Mitgliedstaaten verpflichtet, öffentliche Leistungen auch auf EG-Ausländer zu erstrecken, wird meistens im Zusammenhang mit der Arbeitnehmerfreizügigkeit diskutiert⁶. Dort sieht sekundäres Gemeinschaftsrecht ausdrücklich vor, daß Wanderarbeitnehmern und deren Kindern die gleichen sozialen Vergünstigungen wie Inländern zu gewähren sind⁷. Partizipationsansprüche lassen sich demnach als Nebenrechte zur gemeinschaftlichen Berufsfreiheit ableiten⁸. Für die folgenden Überlegungen soll jedoch ein grundsätzlich anderer Ansatz im Vordergrund stehen. Wie die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zu den Ausbildungsrechten von EG-Ausländern belegt, kann die Inanspruchnahme öffentlicher Leistungen eines anderen Mitgliedstaates einen eigenständigen EWG-vertraglichen Schutz genießen, der für jeden EG-Ausländer und nicht nur für Wandererwerbstätige besteht.

»Direkte« Partizipationsrechte, die nicht auf Abstrahlungen der gemeinschaftsrechtlichen Berufsfreiheit beruhen, können sich aus zwei Quellen ergeben. Zum einen kann die staatliche Leistung eine Dienstleistung im Sinne der Art.59ff. EWGV darstellen mit der Folge, daß der Staat als Dienstleistungserbringer in anderen Mitgliedstaaten ansässige Dienstleistungsempfänger nicht benachteiligen darf. Obgleich es der Gerichtshof im Urteil *Humbel* abgelehnt hat, staatliche Ausbildungsleistungen als Dienstleistungen anzusehen⁹, scheint über den Geltungsanspruch der Dienstleistungsfreiheit im öffentlichen Sektor noch nicht das letzte Wort gesprochen zu sein¹⁰. Als Grundlage für »direkte« Teilhabeansprüche von EG-Ausländern kommt weiterhin Art.7 EWGV in Betracht, der Diskriminierungen aus Gründen der Staatsangehörigkeit untersagt.

⁶ Vgl. etwa GBTE/Karpenstein, Art.48 Rdnr.28 und 33.

⁷ Verordnung (EWG) Nr.1612/68 des Rates vom 15.10.1968 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Gemeinschaft, ABl. L 257 vom 19.10.1968, 2.

⁸ Dazu unten 1.d).

⁹ EuGH, 27.9.1988, Rs.263/86, noch nicht in Sammlung.

¹⁰ Dazu unten 1.c).

Die bislang ergangenen Entscheidungen des Gerichtshofs lassen kein überzeugendes Konzept für die EWG-vertragliche Erfassung der gliedstaatlichen Leistungsverwaltungen erkennen. Im folgenden soll daher ein Modell vorgestellt werden, nach welchem Ansprüche von EG-Ausländern auf Teilhabe am einzelstaatlichen Leistungsangebot beurteilt werden können. Dieses Modell ruht auf zwei Pfeilern. Zunächst wird dafür plädiert, EG-Ausländern im Grundsatz umfassende Partizipationsansprüche einzuräumen, die ihre Grundlage in der Dienstleistungsfreiheit oder in Art.7 EWGV finden¹¹. Die grundsätzliche Anerkennung weitreichender eigenständiger Teilhaberechte verlangt jedoch nach einem Korrektiv, um nicht bestimmte einzelstaatliche Leistungsprogramme in ihrem Bestand zu gefährden. In einem zweiten Schritt werden daher die Gründe dargelegt, die Beschränkungen der Partizipationsrechte zu rechtfertigen vermögen¹².

Blickt man in die USA, fallen verblüffende Sachverhaltsparallelen auf¹³. Auch dort stellt sich die Frage, ob die einzelnen US-Staaten öffentliche Leistungen auf Einheimische beschränken können oder auf die Bürger anderer Staaten zu erstrecken haben¹⁴. Bei der Rechtsvergleichung sind die anderen tatsächlichen Voraussetzungen in den USA im Auge zu behalten. Während in Europa aufgrund unterschiedlicher Traditionen die staatlichen Leistungsprogramme zum Teil erheblich voneinander abweichen, gab es diese Unterschiede in den USA von vornherein nicht. Die Entwicklung zum Wohlfahrtsstaat mit seinen vielfältigen Service- und Managementleistungen wurde und wird in Europa von den Mitgliedstaaten getragen; dagegen gehen in den USA die entscheidenden Impulse hierzu regelmäßig vom Bundesgesetzgeber aus, sei es, daß er eigene Programme auflegt, sei es, daß er den Einzelstaaten die vollständige oder teilweise Finanzierung bestimmter Sozialprogramme anbietet. Im übrigen nehmen die europäischen Staaten einige Aufgaben wahr, die in den USA (wie z. B. bei der Hochschulausbildung) weitgehend privater Initiative überlassen sind. Wo

¹¹ *Ibid.*

¹² Unten 2.

¹³ Etwa beim Zugang zu staatlichen Hochschulen, Stipendien, öffentlich geförderten Wohnungen und Entschädigungsleistungen für die Opfer von Gewaltverbrechen; dazu unten 4.

¹⁴ Vgl. H. A. Linde, *Constitutional Rights in the Public Sector: Justice Douglas on Liberty in the Welfare State*, Part II, 40 *Washington Law Review* 10–77 (1965); J. D. Varrat, *State "Citizenship" and Interstate Equality*, 48 *University of Chicago Law Review* 487–572 (1981); G. J. Simson, *Discrimination Against Nonresidents and the Privileges and Immunities Clause*, 128 *University of Pennsylvania Law Review* 379–401 (1979); S. Levmore, *Interstate Exploitation and Judicial Intervention*, 69 *Virginia Law Review* 563–631 (1983).

dann allerdings mit *free rider* aus anderen Staaten zu rechnen ist, dürfte sich die Trittbrettfahrerproblematik bei staatlichen Leistungsangeboten in den USA mit größerer Schärfe stellen, weil die US-Bürger mangels sprachlicher und kultureller Barrieren und dank eines relativ homogenen Bildungssystems erheblich mobiler sind als die der Gemeinschaft.

1. Partizipationsinteressen Auswärtiger und ihr EWG-vertraglicher Schutz

Ansprüche Auswärtiger auf Zugang zum gliedstaatlichen Leistungsangebot können sich zum einen direkt aus der Dienstleistungsfreiheit oder aus Art.7 EWGV, zum andern indirekt daraus ergeben, daß die Teilhabe am öffentlichen Leistungsangebot zur Verwirklichung anderer Grundfreiheiten von wesentlicher Bedeutung ist. Im Mittelpunkt des Interesses steht die isolierte Inanspruchnahme staatlicher Serviceleistungen, die nicht im Zusammenhang mit der Wahrnehmung anderer Freiheitsrechte des Vertrages erfolgt. Für das staatliche Ausbildungsangebot stellt sich damit beispielsweise die Frage, ob nicht nur solche EG-Ausländer, die als Wanderarbeitnehmer oder -selbständige im Inland ansässig sind und denen bereits als Ausfluß der gemeinschaftsrechtlichen Berufsfreiheit die gleichen sozialen Vergünstigungen wie Inländern einzuräumen sind¹⁵, sondern generell sämtliche EG-Ausländer im gleichen Maße wie Einheimische zu berücksichtigen sind.

a) Leistungen der öffentlichen Hand als Dienstleistungen im Sinne der Art.59 ff. EWGV

Die Frage, inwieweit die Dienstleistungsfreiheit des Vertrages das Potential besitzt, auch Bereiche der staatlichen Leistungsverwaltung zu erfassen, wird nur wenig diskutiert. Leistungen der öffentlichen Hand als Dienstleistungen im Sinne der Art.59 ff. aufzufassen, ist weniger im Hinblick auf Art.55 EWGV als vielmehr unter dem Gesichtspunkt problematisch, daß der EWG-Vertrag nur auf »wirtschaftliche« Tätigkeiten Anwendung findet und starke Vorbehalte bestehen, das Integrationsgebot des Vertrages auf staatliche Leistungen etwa im Bildungs-, Sozial-, Kultur- und Gesundheitsbereich auszudehnen.

Art.55 EWGV, der in Verbindung mit Art.66 Tätigkeiten, die mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sind, aus dem Anwendungsbereich der Dienstleistungsfreiheit ausschließt, wird eng ausgelegt und erfaßt

¹⁵ Vgl. dazu unten 1.d).

nur die Fälle, in denen Gebietsfremde unter Berufung auf die Niederlassungs- oder die Dienstleistungsfreiheit im Inland öffentliche Gewalt ausüben könnten. Unter öffentlicher Gewalt im Sinne dieser Vorschrift wird allein die Wahrnehmung obrigkeitstaatlicher Zwangsbefugnisse, politischer Beteiligungsrechte (wie des Wahlrechts) und nationaler Sicherheitsinteressen verstanden. Die Leistungsverwaltung, mit der der Mitgliedstaat selbst gestellte Aufgaben der Daseinsvorsorge erfüllt, fällt nicht darunter¹⁶.

Schwierigkeiten bei der EWG-vertraglichen Erfassung von Leistungen der öffentlichen Hand bereitet das Entgeltfordernis. Gemäß Art.60 Abs.1 EWGV schützt die Dienstleistungsfreiheit allein solche Leistungen, die »in der Regel gegen Entgelt erbracht werden«. Einigkeit besteht darüber, daß damit keine Gewinnerzielungsabsicht vorausgesetzt wird¹⁷ und daß es unerheblich ist, ob das Leistungsverhältnis zwischen Staat und Bürger privat- oder öffentlichrechtlich ausgestaltet ist. Im übrigen wird die Auffassung vertreten, das für die Leistung als Preis oder Gebühr geforderte Entgelt müsse eine »echte Gegenleistung« ausmachen, die allein oder gemeinsam mit anderen Quellen einen wesentlichen Beitrag zur Kostendeckung des Leistenden darstellt¹⁸. Danach scheint der an die Bundesbahn gezahlte Fahrpreis ein Entgelt darzustellen, nicht jedoch die Studiengebühr in Höhe von 250 DM, die das Land Hessen bislang pro Semester von Studenten verlangte, die keine Unterrichtsgeldfreiheit mehr genossen. Der Preis für die Bahnkarte deckt einen wesentlichen Teil der Kosten (z. Zt. etwa 70 %), nicht jedoch die Studiengebühr, mit der allenfalls fünf bis zehn Prozent der Kosten bestritten wurden. Schon diese Beispiele¹⁹ machen deutlich, daß es wenig befriedigt, für den EWG-vertraglichen Dienstleistungsbegriff auf das Ausmaß der Kostendeckung abzustellen.

¹⁶ Zur restriktiven Auslegung des Art.55 EWGV siehe EuGH, 21.6.1974, Rs.2/74, *Reyners*, Slg.1974, 631, 654 Rdnr.42/43; U. Wittkopp, *Wirtschaftliche Freizügigkeit und Nationalstaatsvorbehalte* (1977), 141–147, 224–231; GBTE/Troberg, Art.55 Rdnr.1. Zur Reichweite des Art.55 EWGV siehe auch P. v. Wilmowsky, *Abfallwirtschaft im Binnenmarkt* (1990), Teil 103–114.

¹⁷ Siehe U. Everling, *Das Niederlassungsrecht im Gemeinsamen Markt* (1963), 33f., der betont, daß »Erwerbszweck« nicht mit Gewinnstreben gleichzusetzen ist, sondern eine Beteiligung am allgemeinen Wirtschaftsleben genügt, sowie G. Marenco, *Public Sector and Community Law*, *Common Market Law Review* 1983, 495, 499f.

¹⁸ So E. Steindorff, *Dienstleistungsfreiheit im EG-Recht*, *Recht der Internationalen Wirtschaft* 1983, 831, 837.

¹⁹ Oder andere: Soll es für die Anwendbarkeit der Art.59ff. EWGV wirklich darauf ankommen, ob z. B. das Porto für die Beförderung eines Briefes 10, 50 oder 80 % der Kosten deckt und die jeweilige Differenz aus dem Staatshaushalt beglichen wird?

Daß das »Entgelt« im Sinne des Art.60 Abs.1 EWGV nicht unbedingt vom Empfänger der Dienstleistung herrühren muß, sondern auch von einem Dritten gezahlt werden kann, ergibt sich aus der Rechtsprechung des EuGH zu Fernsehsendungen. Bei der Ausstrahlung von Fernsehsendungen – so der Gerichtshof im Fall *Sacchi* – erbringe die Sendeanstalt eine Dienstleistung gegenüber den Zuschauern, die ohne Rücksicht auf das jeweilige Finanzierungssystem den Vertragsvorschriften über Dienstleistungen unterfalle²⁰. Damit werden sowohl Fernsehsysteme, in denen die Empfänger zur Entrichtung von Gebühren verpflichtet sind, als auch andere, die ihre Finanzierung auf Werbeeinnahmen stützen, sowie Mischformen von Art.59 EWGV erfaßt. Als nächstes stellt sich dann die Frage, ob die Art.59 ff. auch dort anwendbar sind, wo die Erbringung der Dienstleistung aus allgemeinen Steuermitteln finanziert wird. Es erschien wenig überzeugend, wollte man Fernsehsendungen, deren Kosten aus dem Staatshaushalt bestritten werden, aus diesem Grunde den Schutz der Dienstleistungsfreiheit versagen²¹. Andererseits hat der Gerichtshof das großzügige Verständnis, das seiner Rechtsprechung zur Dienstleistungsqualität der Sendungen der öffentlichen und privaten Rundfunk- und Fernsehstationen zugrunde liegt, im Urteil *Humbel* nicht unerheblich zurückgenommen: Bei staatlichen Schulen fehle es regelmäßig an einem »Entgelt«, weil deren Ausbildungsleistungen im allgemeinen durch den öffentlichen Haushalt und nicht durch die Schüler oder ihre Eltern finanziert würden²².

Den Zweifelsfragen bei der Auslegung des Entgeltkriteriums liegen tiefgehende Divergenzen über das Integrationskonzept des EWG-Vertrags im öffentlichen Dienstleistungssektor zugrunde. Das Entgelterfordernis soll ebenso wie die Bezugnahme in anderen Vertragsbestimmungen auf den »Erwerbzweck«²³ gewährleisten, daß nur solche Leistungen in den Schutzbereich der Dienstleistungsfreiheit einbezogen werden, die zum »Wirtschaftsleben« im Sinne von Art.2 EWGV gehören und damit vom

²⁰ EuGH, 30.4.1974, Rs.15/73, Slg.1974, 409, 428 Rdnr.6; Generalanwalt Warner, Schlußanträge, Rs.52/79 und 62/79, Slg.1980, 860, 876. Siehe auch die anderen Fernsehurteile des Gerichtshofs: 18.3.1980, Rs.52/79, *Debauve*, Slg.1980, 833, 855 Rdnr.8; 18.3.1980, Rs.62/79, *Coditel ./ Ciné Vog Films*, Slg.1980, 881; 26.4.1988, Rs.352/85, *Bond van Adverteerders ./ Niederlande*, Slg.1988, 2085.

²¹ Vgl. Generalanwalt Warner, *ibid.*, der meint, die Finanzierungsmethode könne nicht den Ausschlag geben.

²² EuGH, *Humbel* (Anm.9).

²³ Vgl. z. B. Art.58 Abs.2 EWGV.

Integrationsgebot des Vertrages erfaßt sind²⁴. Der sachliche Geltungsanspruch der Vorschriften über den freien Dienstleistungsverkehr ist auf den Anwendungsbereich des Vertrags beschränkt. Da auch das allgemeine Diskriminierungsverbot des EWG-Vertrages in Art.7 EWGV ausdrücklich nur in dessen Anwendungsbereich gilt, stellt sich sowohl bei der Qualifizierung als Dienstleistung als auch bei der Reichweite des Art.7 dieselbe Problematik, die daher – nach Prüfung der übrigen Voraussetzungen des Art.7 – für beide Vertragsbestimmungen gemeinsam entfaltet werden soll²⁵.

b) Diskriminierungsverbot des Art.7 EWGV

Soweit Art.59 EWGV keine Anwendung findet wie etwa bei Geldzahlungen des Staates²⁶ oder bei Diensten gegenüber der Allgemeinheit ohne individualisierbare Dienstleistungsempfänger²⁷, kann sich eine Verpflichtung zur Gleichbehandlung der Bürger anderer EG-Staaten aus Art.7 des EWG-Vertrages ergeben. Danach ist im Anwendungsbereich des Vertrages jede Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit verboten. Daß zahlreiche staatliche Leistungen nicht auf die Staatsangehörigkeit, sondern auf den Wohnsitz abstellen, entzieht sie nicht dem Diskriminierungsverbot des Art.7 EWGV, das auch die verschleierte Diskriminierung erfaßt²⁸. Bei versteckten Diskriminierungen wird nicht ausdrücklich an die Ausländer- oder Inländereigenschaft angeknüpft, sondern an Unterscheidungsmerkmale, die – wie z. B. der Aufenthaltsort – typischerweise überwiegend nur auf Aus- oder Inländer zutreffen und sich damit im Ergebnis tatsächlich wie eine Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit auswirken.

Bei der Erstreckung des Diskriminierungsverbots auf die einzelstaatlichen Leistungsangebote bestehen jedoch Zweifel, ob diese in den Anwendungsbereich des Vertrages fallen.

²⁴ Über diesen Zweck des Entgeltkriteriums besteht Einigkeit, vgl. Steindorff (Anm.18), 837; GBTE/Troberg, Art.60 Rdnr.3.

²⁵ Unten 1.c).

²⁶ Beispiele: Unternehmenssubventionen, Sozialhilfe, Entschädigung der Opfer von Straftaten.

²⁷ Beispiel: Verbrechensbekämpfung durch die Polizei.

²⁸ Grundlegend EuGH, 12.2.1974, Rs.152/73, *Sotgiu./. Deutsche Bundespost*, Slg.1974, 153, 164f. Rdnr.11. Weitere Nachweise auf die EuGH-Rechtsprechung bei Grabitz/Grabitz, Art.7 Rdnr.10 und GBTE/Bleckmann, Art.7 Rdnr.14.

c) Gemeinsames Problem: Liegt die staatliche Leistungsverwaltung im Anwendungsbereich des Vertrags?

aa) Rechtsprechung des EuGH

Die Judikatur des Europäischen Gerichtshofs läßt zu der Frage, inwieweit sie den sachlichen Anwendungsbereich der Vertragsbestimmungen über den freien Dienstleistungsverkehr und des allgemeinen Diskriminierungsverbots des Art.7 EWGV auf Bereiche der staatlichen Leistungsverwaltung erstrecken wird, keinen eindeutigen Trend erkennen. Während eine Reihe von Entscheidungen den Geltungsanspruch des EWG-Vertrags schrittweise in Gebiete ausdehnte, die wie die Kultur, der Sport und das staatliche Bildungswesen jedenfalls nicht im engeren Sinne zum »Wirtschaftsleben« gehören, hat der Gerichtshof das Tempo seiner ehrgeizigen »europabürgerrechtlichen« Rechtsprechung²⁹ mit den Entscheidungen zu den Fällen *Lair* und *Brown*, wonach die finanzielle Studienförderung außerhalb des Gemeinschaftsrechts stehe³⁰, etwas zurückgenommen.

Zur Bestimmung des sachlichen Anwendungsbereichs des EWG-Vertrages wird ein Bündel von Kriterien herangezogen, die sich in inhaltliche und formal-institutionelle unterteilen lassen. In inhaltlicher Hinsicht kommt es darauf an, ob die geregelten Tätigkeiten einen Teil des Wirtschaftslebens nach Art.2 EWGV ausmachen. Der Gerichtshof hat diesen Begriff weit ausgelegt, indem er z. B. auch den Sport dem EWG-Vertrag unterstellt³¹. Staatliche Tätigkeiten (etwa im Kultur- und Bildungswesen) bezieht der Gerichtshof in das vom Vertrag erfaßte »Wirtschaftsleben« in einem Maße ein, welches Vorstellungen des deutschen öffentlichen Rechts zur Abgrenzung von hoheitlicher und unternehmerischer Staatstätigkeit sprengt³².

²⁹ Damit sind vor allem die Entscheidungen zur unmittelbaren Geltung der Niederlassungsfreiheit (EuGH, *Reyners* [Anm.16], 631), der Dienstleistungsfreiheit (EuGH, 3.12.1974, Rs.33/74, *Van Binsbergen*, Slg.1974, 1299) und der Freizügigkeit der Arbeitnehmer (vgl. dazu GBTE/Karpenstein, Art.48 Rdnr.4), zur Ausdehnung der Dienstleistungsfreiheit auch auf die Empfänger von Dienstleistungen (EuGH, 31.1.1984, Rs.286/82 und 26/83, *Luisi* und *Carbone*, Slg.1984, 377) sowie zur weiten Auslegung des Begriffs »Wirtschaftsleben« angesprochen, auf die im Text noch eingegangen wird.

³⁰ EuGH, *Lair* ./ *Universität Hannover* (Anm.2), Rdnr.11–16; 21.6.1988, Rs.197/86, *Brown* ./ *Secretary of State for Scotland*, Slg.1988, 3205.

³¹ Vgl. EuGH, 12.12.1974, Rs.36/74, *Walrave* ./ *Union Cycliste Internationale*, Slg.1974, 1405; 14.7.1976, Rs.13/76, *Donà* ./ *Mantero*, Slg. 1976, 1333.

³² Vgl. etwa G. Püttner, Öffentliche Unternehmen als Instrument staatlicher Politik, Die Öffentliche Verwaltung 1983, 697–704. Aufschlußreich erscheint vor allem die Rechtsprechung des EuGH zur Tätigkeit der Rundfunk- und Fernsehanstalten (Anm.20). Nach deutschem öffentlichen Recht nehmen die Rundfunk- und Fernsehanstalten eine »Aufgabe

Mit seiner Rechtsprechung zum Hochschulzugang hat der EuGH den Geltungsanspruch des EWG-Vertrags gegenüber den mitgliedstaatlichen Bildungssystemen unterstrichen³³. Zwar habe der Vertrag die Bildungspolitik und die Organisation des Bildungswesens nicht der Zuständigkeit der Gemeinschaftsorgane unterworfen, doch ergebe sich aus der in Art.128 EWGV vorgesehenen gemeinsamen Politik im Bereich der Berufsausbildung sowie aus der Bedeutung, die der Berufsausbildung für die Freizügigkeit von Selbständigen und Arbeitnehmern zukomme, daß der Zugang zur Berufsausbildung in den Anwendungsbereich des Vertrages falle. »Berufsausbildung« wird dabei weit verstanden und umfaßt z. B. auch das Studium an staatlichen Universitäten³⁴. Die Einbeziehung staatlicher Ausbildungsleistungen in das »Wirtschaftsleben« und damit in das Integrationskonzept des Vertrages ist mit der Begründung angegriffen worden, der Unterricht an staatlichen Schulen und Universitäten verfolge soziale, staatspolitische und kulturelle, jedoch keine erwerbswirtschaftlichen Zwecke³⁵. Dagegen ist einzuwenden, daß der Gerichtshof in der Erfüllung öffentlicher Aufgaben keinen Hinderungsgrund für die Anwendbarkeit des Diskriminierungsverbots und der Dienstleistungsfreiheit erblickt³⁶. Die Ausbildung an Schulen und Universitäten dient nicht lediglich einem einzigen Zweck, sondern einer Vielfalt von Zwecken, zu denen auch solche wirtschaftlicher Art gehören. Neben der staatspolitischen Funktion, mündige, demokratiebewußte und gebildete Bürger zu erziehen, tragen Schul- und Hochschulausbildung zur wirtschaftlichen Existenzsicherung der Bürger bei, indem sie die Grundsteine für die späteren wirtschaftlichen Wir-

der öffentlichen Verwaltung« wahr (BVerfG, 28.1.1961, BVerfGE 12, 205, 246) und erfüllen »integrierende Funktionen für das Staatsganze« (BVerfG, 27.7.1971, BVerfGE 31, 314, 329). Die von den Zuschauern zu entrichtende Gebühr sei keine Gegenleistung für die Darbietungen der Sendeanstalten, sondern das »Mittel zur Finanzierung der Gesamtveranstaltung« (BVerfG, *ibid.*, 330) – was immer das im einzelnen auch bedeuten mag. In der Rechtssache *Sacchi* hat der EuGH für die gemeinschaftsrechtliche Beurteilung demgegenüber deutlich gemacht, daß die Wahrnehmung öffentlicher (kultureller und informatorischer) Aufgaben es nicht ausschließt, die Ausstrahlung von Rundfunk- und Fernsehprogrammen dem Wirtschaftsleben nach Art.2 EWGV zuzurechnen.

³³ EuGH, *Gravier./. Stadt Lüttich* (Anm.1), 593, 612f. Rdnr.19–26.

³⁴ Vgl. EuGH, *Blaizot./. Universität Lüttich* (Anm.1), 379 (Studium der Tiermedizin). Auch der Unterricht an allgemeinbildenden Schulen kann zur »Berufsausbildung« zu rechnen sein, EuGH, *Humbel* (Anm.9).

³⁵ Th. Oppermann, *Europäisches Gemeinschaftsrecht und deutsche Bildungsordnung* (1987), 46–49 und 69.

³⁶ Siehe die Fernsehurteile des EuGH (Anm.20).

kungsmöglichkeiten legen³⁷. Ebensovienig wie die Dienstleistungen der Banken, Rechtsanwälte oder Ärzte aus dem Schutzbereich der Art.59ff. EWGV fallen, weil sie u. a. auch öffentliche Funktionen im Finanz-, Rechts- und Gesundheitswesen erfüllen, vermögen die staatspolitischen Zwecke der Schul- und Universitätsausbildung die Anwendbarkeit des Vertrages auszuschließen. Für diese Einschätzung spricht auch ein Blick über die Grenzen der Gemeinschaft. Der amerikanische Supreme Court mißt einzelstaatliche Regelungen, die den Zugang Fremder zu staatlichen Bildungseinrichtungen einschränken, an der Commerce Clause der amerikanischen Verfassung, womit zum Ausdruck kommt, daß er Erbringung und Empfang von Ausbildungsleistungen als *commerce* ansieht³⁸.

Die EuGH-Judikatur zum öffentlichen Rundfunk und Fernsehen und zu staatlichen Bildungsleistungen belegt, daß der Vertrag nicht nur auf Einnahmeerzielung gerichtete Tätigkeiten erfaßt, sondern daß die Begriffe »Wirtschaftsleben« (Art.2 EWGV) und »Erwerbsszweck« (Art.58 Abs.2 EWGV) auf sämtliche Betätigungen mit wirtschaftlichem Bezug ausgedehnt werden. Dieser Rechtsprechung könnte man einen generellen Trend entnehmen, staatliche Serviceleistungen aufgrund ihrer Bedeutung für den wirtschaftlichen Handlungsspielraum des einzelnen zunehmend in den Anwendungsbereich des Vertrags einzubeziehen, gäbe es nicht auch gegenläufige Tendenzen.

In *Lair und Brown*³⁹ läßt der Gerichtshof den wirtschaftlichen Stellenwert, der der staatlichen finanziellen Ausbildungsförderung für die Bildungschancen des einzelnen und dessen spätere berufliche Möglichkeiten zukommt, unberücksichtigt und offenbart statt dessen ein recht enges Verständnis der formal-institutionellen Kriterien, die neben dem Bezug zum Wirtschaftsleben zur Bestimmung des Anwendungsbereichs des Vertrags herangezogen werden. Diese Kriterien stellen darauf ab, ob der Vertrag oder ihn konkretisierendes sekundäres Gemeinschaftsrecht die fragliche Materie aufgegriffen hat. Welche Intensität die gemeinschaftsrechtliche Er-

³⁷ Daß Bildungschancen über spätere Berufschancen entscheiden, belegen die häufig harten Auseinandersetzungen zwischen Eltern und Schulleitung über den Besuch weiterführender Schulen. Die wirtschaftliche Bedeutung der Schulbildung dokumentiert ferner der Umstand, daß viele Eltern die Ausbildung ihrer Kinder bezahlen würden, wenn der Staat nicht aus sozialen und staatspolitischen Gründen die Ausbildungsverantwortung übernommen hätte.

³⁸ Vgl. *Reeves, Inc. v. Stake*, 447 U.S. 429, 442 (1980). Zweifelnd noch der U.S. District Court, Eastern District of New York, in *Spatt v. State of New York*, 361 F. Supp.1048, 1055 (1973).

³⁹ Anm.30.

fassung dabei zu erreichen hat, ist wenig geklärt⁴⁰. Die Rechtsprechung läßt keine eindeutige Haltung erkennen. Als Beispiel für eine großzügige Position zu der Frage, wann eine Materie als vom Gemeinschaftsrecht aufgegriffen anzusehen ist, kann die *Gravier*-Entscheidung dienen. Dort begründet der Gerichtshof die Zugehörigkeit des Zugangs zum und der Teilnahme am Unterricht im Bildungswesen zum Gemeinschaftsrecht mit den Programmen, Beschlüssen und Entschlüssen, die der Rat und die im Rat vereinigten Fachminister zur Berufsbildungspolitik getroffen haben⁴¹. Obgleich diese Akte lediglich rechtlich unverbindliche politische Zielvorstellungen formulieren – etwa als allgemeine Richtlinien zur Ausarbeitung von Programmen im Bildungsbereich –, ohne die nationalen Bildungspolitiken rechtlichen Bindungen zu unterwerfen⁴², erblickt der Gerichtshof darin die schrittweise Entwicklung einer gemeinsamen Berufsausbildungspolitik⁴³. Ein erheblich engeres Verständnis des »Anwendungsbereichs« kommt dagegen in der *Lair*-Entscheidung zum Ausdruck. Nach diesem Urteil liegen die einzelstaatlichen Stipendiensysteme, mit denen Studenten finanzielle Unterstützung für den Lebensunterhalt und die Ausbildung erhalten, jenseits des Gemeinschaftsrechts⁴⁴. Zur Begründung stützt sich das Gericht auf die Kompetenzverteilung: Die Studienförderung gehöre zur Bildungs- und zur Sozialpolitik, die beide grundsätzlich nicht der Zuständigkeit der Gemeinschaftsorgane unterstellt seien, sondern in die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten fielen. Daß der EuGH in dieser Entscheidung darauf abhebt, ob die staatliche Leistung zu einem Politikbereich gehört, für den »als solchen« eine Regelungszuständigkeit der Gemeinschaft besteht, ruft jedoch Kritik hervor.

⁴⁰ Für eine großzügige Haltung GBTE/Bleckmann, Art.7 Rdnr.25; für eine eher restriktive Position Grabitz/Grabitz, Art.7 Rdnr.16.

⁴¹ *Gravier ./ Stadt Lüttich* (Anm.1), 612f. Rdnr.19–23.

⁴² Für einen Überblick über das sekundäre Gemeinschaftsrecht zur Bildung siehe Oppermann (Anm.35), 21–26. Zuletzt siehe die Entschlüsselung des Rates und der im Rat vereinigten Minister für das Bildungswesen vom 24.5.1988 über den Beitrag des Bildungswesens zur Vollendung des Binnenmarktes, Bull. EG 5-1988, Ziff.1.2.1 ff.

⁴³ *Gravier ./ Stadt Lüttich* (Anm.1), 613 Rdnr.23. Kritiker des *Gravier*-Spruchs halten eine gemeinsame Politik im Bereich der Berufsausbildung dagegen für eine »Fata Morgana«, Oppermann, *ibid.*, 9.

⁴⁴ *Lair ./ Universität Hannover* (Anm.2), Rdnr.15.

bb) Kritik der Lair-Entscheidung

Der enge Ansatz, den der Gerichtshof zum Geltungsanspruch des Diskriminierungsverbots in *Lair* ./ *Universität Hannover* sowie in *Brown* ./ *Secretary of State for Scotland* einnimmt, stößt auf methodische wie auch inhaltliche Bedenken. Bislang schien es zum gesicherten Erkenntnisstand der Dogmatik zu Art.7 EWGV zu gehören, daß der »Anwendungsbereich« des Vertrages gerade nicht mit der Zuständigkeitsordnung und den gemeinschaftlichen Kompetenzen gleichzusetzen ist. Weder in *Casagrande* noch in *Gravier* sah sich der Gerichtshof durch die bildungspolitische Zuständigkeit der Mitgliedstaaten an der Anwendung des Diskriminierungsverbots gehindert. In *Casagrande* heißt es dazu, daß aus der Unzuständigkeit der Gemeinschaftsorgane für die Bildungspolitik als solche nicht folge, »daß die Ausübung der der Gemeinschaft übertragenen Befugnisse irgendwie eingeschränkt wäre, wenn sie sich auf Maßnahmen auswirken kann, die zur Durchführung etwa der Bildungspolitik ergriffen worden sind«⁴⁵. Mit anderen Worten gelten das Diskriminierungsverbot und die Grundfreiheiten auch in Bereichen, deren Regelung in die Kompetenz der Mitgliedstaaten fällt. Besonders deutlich wird dies beim Warenverkehr. Regelungen z. B. zum Schutz der öffentlichen Ordnung oder Festsetzungen von Höchst- und Mindestpreisen, für die eine Regelungskompetenz der Gemeinschaftsorgane (außerhalb von Art.100 und 100a EWGV) nicht besteht, werden nichtsdestoweniger an den Art.30ff. EWGV gemessen⁴⁶.

Die institutionellen und materiellen Kriterien, die zur Bestimmung des Anwendungsbereichs des Art.7 EWGV herangezogen werden, sprechen eher für als gegen eine Erstreckung des Diskriminierungsverbots auf die einzelstaatliche Ausbildungsförderung. In institutioneller Hinsicht ist festzustellen, daß die Programme, Entschließungen und Beschlüsse der Gemeinschaftsorgane zur Bildungspolitik, in denen sich – so der Gerichtshof im *Gravier*-Urteil – eine gemeinsame Politik der Gemeinschaft im Bereich der Berufsausbildung niederschlägt, sich nicht nur mit Zulassungsfragen befassen, sondern auch mit der finanziellen Studienförderung⁴⁷. Wenn die bildungspolitischen Tätigkeiten der Gemeinschaft ausreichen, die Zulassung zu staatlichen Ausbildungsgängen in den Anwendungsbereich des

⁴⁵ EuGH, 3.7.1974, Rs.9/74, *Casagrande* ./ *Landeshauptstadt München*, Slg.1974, 773, 779 Rdnr.6.

⁴⁶ Vgl. Grabitz/Matthies, Art.36 Rdnr.6.

⁴⁷ Vgl. z. B. Entschließung des Rates und der im Rat vereinigten Minister für Bildungswesen vom 9.2.1976 mit einem Aktionsprogramm im Bildungsbereich, ABl.C 38 vom 19.2.1976, 1 Ziff.14 (Ergänzung der einzelstaatlichen Stipendiensysteme zur Förderung der Mobilität von Studenten und Graduierten in der Gemeinschaft).

Vertrages zu bringen, müßte für die Studienförderung, die ebenfalls im bildungspolitischen *soft law* der Gemeinschaft berücksichtigt wird, Gleiches gelten. Der Sache nach verkennt die Ausblendung der finanziellen Ausbildungsförderung aus dem Diskriminierungsverbot deren Bedeutung für die Errichtung des gemeinsamen Marktes. Die Schaffung eines binnenmarktähnlichen Wirtschaftsraums verlangt nicht nur einen freien Verkehr von Arbeitnehmern und Selbständigen, sondern setzt auch voraus, daß die Freizügigkeit bereits in der Ausbildungsphase beginnt. Eine Gemeinschaft, die sich u. a. die Freizügigkeit, die Mobilität der Arbeitskräfte und die Verbesserung der Lebens- und Arbeitsbedingungen zum Ziel gesetzt hat, muß ihren Bürgern die Möglichkeiten eröffnen, eine vollständige Ausbildung in einem anderen Mitgliedstaat zu durchlaufen sowie eine im Heimatstaat erworbene Ausbildung andernorts zu ergänzen und zu vervollkommen⁴⁸. Folgt daraus zunächst, daß EG-Ausländern gleichmäßiger Zugang zu den einzelstaatlichen Ausbildungseinrichtungen einzuräumen ist, bleiben solchermaßen zuerkannte Ausbildungsrechte jedoch ein Torso, wenn man auf der finanziellen Seite nicht gleichfalls Farbe bekennt. Die auf Gemeinschaftsebene geplanten Maßnahmen begnügen sich folgerichtig nicht mit der gegenseitigen Anerkennung von Befähigungsnachweisen und Diplomen, sondern sehen auch eine Öffnung oder wenigstens Ergänzung der einzelstaatlichen Stipendiensysteme vor, um die Mobilität der Studenten in der Gemeinschaft zu fördern⁴⁹. Solange das Studium in einem anderen Mitgliedstaat keine Partizipationsansprüche gegenüber den einzelstaatlichen Fördermodellen auslöst, können die (seit *Gravier*) gemeinschaftsrechtlich garantierten Bildungsrechte nicht allgemein wirksam werden, sondern bleiben Angehörigen wohlhabender Familien vorbehalten. Die gleichmäßige Berücksichtigung im Rahmen der Stipendiensysteme ist ebenso wichtig wie die Gleichbehandlung bei der Zulassung⁵⁰. Dieser Bedeutung der Studienförderung hat der Gerichtshof bereits 1974 Rechnung getragen, als er in *Casagrande* den Inhalt des Diskriminierungsverbots bei der Teilnahme am Unterricht im Bildungswesen dahingehend spezifizierte, daß gleiche Bedingungen nicht nur für die Zulassung zu den Bildungsein-

⁴⁸ So der EuGH im *Gravier*-Urteil (Anm.1), 613 Rdnr.24.

⁴⁹ Siehe die EntschlieÙung des Rates und der im Rat vereinigten Minister für das Bildungswesen vom 9.2.1976 (Anm.47).

⁵⁰ Damit wird zunächst lediglich dafür plädiert, den Anwendungsbereich des Vertrages auch auf die Ausbildungsförderung zu erstrecken. Inwieweit vernünftige Gründe des Allgemeinwohls Einschränkungen der Partizipationsansprüche zu rechtfertigen vermögen, insbesondere ob die Finanzierungsverantwortung den Heimat- oder den Gaststaat treffen soll, wird weiter unten (S.269–272) untersucht.

richtungen, sondern für sämtliche Maßnahmen zu schaffen sind, welche die Teilnahme am Unterricht erleichtern sollen⁵¹. Dazu gehörte im konkreten Fall auch die finanzielle Unterstützung im Rahmen der Ausbildungsförderung. *Casagrande* bezog sich auf die Ausbildungsrechte der Kinder von Wanderarbeitnehmern. *Gravier* schuf Ausbildungsrechte für alle EG-Ausländer, unabhängig von der Verknüpfung mit anderen Freiheitsrechten des Vertrages, und erstreckte Art.7 EWGV generell auf den Zugang zum und die Teilnahme am Unterricht. Ergänzt man *Gravier* um den Inhalt, den der Gerichtshof dem Diskriminierungsverbot für die Regelung der Teilnahme am Unterricht in *Casagrande* gegeben hat, so hätte eine andere Entscheidung im Fall *Lair* nahegelegen.

Wie wenig man sich auf die Begründung der *Lair*-Entscheidung, die finanzielle Studienförderung falle als Teil der gliedstaatlichen Sozialpolitik aus dem Anwendungsbereich des EWG-Vertrags heraus, verlassen kann, zeigt das wenig später ergangene Urteil zum Fall *Cowan*⁵². In dieser Rechtssache ging es um die Vereinbarkeit des französischen Systems der Entschädigungsleistungen an die Opfer von Gewaltverbrechen mit Art.7 EWGV. Gemäß Art.706-15 der französischen Strafprozessordnung können Ausländer nur dann in den Genuß solcher staatlichen Kompensationszahlungen kommen, wenn sie Staatsangehörige eines Landes sind, das mit Frankreich ein Gegenseitigkeitsabkommen geschlossen hat. Entschädigungsleistungen an die Opfer von Gewalttaten gehören zur Sozialpolitik und/oder zur Strafrechtspflege – beides Bereiche, die man nach der *Lair*-Entscheidung eher außerhalb als innerhalb des Anwendungsbereichs des Vertrags vermuten würde. Der Gerichtshof befand jedoch, Art.7 EWGV verlange, daß Personen, die sich in einer vom Gemeinschaftsrecht geregelten Lage befinden, genauso behandelt werden wie die eigenen Staatsangehörigen. »Personen, denen das Gemeinschaftsrecht die Freiheit garantiert, in diesem Mitgliedstaat, insbesondere als Dienstleistungsempfänger, einzureisen«⁵³, sind bei der Gewährung staatlicher Entschädigungen zur Wiedergutmachung von Gewaltverbrechen den eigenen Bürgern gleichzustellen. Mit dem *Lair*-Urteil ist dieser Spruch, der einen britischen Touristen in Frankreich betraf, nicht in Einklang zu bringen. Zum einen überzeugt es wenig, daß EG-ausländische Studenten, die aufgrund ihres im Vertrag garantierten Rechts auf Zugang zur und Teilnahme an der Hochschulaus-

⁵¹ *Casagrande* ./ *Landeshauptstadt München* (Anm.45), 779 Rdnr.4.

⁵² EuGH, *Cowan* ./ *Trésor Public* (Anm.3). Zu dieser Entscheidung auch S. Weatherill, *Common Market Law Review* 1989, 563; sowie S. Hackstiel, *Opferentschädigung und europäisches Gemeinschaftsrecht*, *NJW* 1989, 2166.

⁵³ Leitsatz des *Cowan*-Urteils.

bildung in den Mitgliedstaat einreisen und sich dort aufhalten können⁵⁴ und sich damit gleichfalls in einer »vom Gemeinschaftsrecht geregelten Lage« befinden, zwar einen Anspruch auf Opferentschädigung jedoch nicht auf Studienförderung erhalten sollen. Zum andern bestehen Wertungsdiskrepanzen hinsichtlich des Ausmaßes, zu dem die betreffenden sozialen Leistungen für die Verwirklichung anderer Grundfreiheiten benötigt werden. Die Versagung finanzieller Studienförderung wird in zahlreichen Fällen dazu führen, daß von der vertraglich gewährleisteten Studierfreiheit kein Gebrauch gemacht werden wird, während eine Versagung von Opferentschädigung die Touristenfreizügigkeit nicht zu beeinträchtigen vermag.

Die unterschiedlichen Aussagen der Urteile *Lair* und *Cowan* über den Anwendungsbereich des Vertrags bei einzelstaatlichen Sozialleistungen lassen sich nur mit den unterschiedlichen Auswirkungen erklären, die eine Öffnung für EG-Ausländer auf den Bestand des jeweiligen Leistungssystems haben wird. Für die Bereitstellung finanzieller Mittel zur Entschädigung der Opfer von Gewaltverbrechen bleibt die Einbeziehung von EG-Ausländern, die sich im Inland aufhalten, ohne Konsequenzen, weil niemand seinen Urlaubsort oder Studienort nach der Höhe solcher Entschädigungsleistungen auswählen wird. Demgegenüber befürchten viele (und möglicherweise auch der Gerichtshof), daß eine Partizipation EG-ausländischer Studenten die gliedstaatlichen Stipendiensysteme in ihrem Bestand erschüttern wird⁵⁵.

cc) Entwicklungspotential

Der »Anwendungsbereich des Vertrags« ist nicht ein für allemal fixiert, sondern entwickelt sich dynamisch⁵⁶. Mit fortschreitender Integration werden daher auch das Verständnis des »Wirtschaftslebens« in Art.2 EWGV sowie die Kriterien, wann eine Materie als vom Gemeinschaftsrecht aufgegriffen gilt, Wandlungen unterworfen sein. Berücksichtigt man, daß die staatliche Leistungsverwaltung in ihren mannigfaltigen Erscheinungen einen bedeutenden Wirtschaftsfaktor in der Gemeinschaft ausmacht und daß sie in erheblichem Maße die wirtschaftlichen Entfaltungsmöglichkeiten des einzelnen Bürgers bestimmt, erscheint es angebracht, nicht nur die private Wirtschaft, sondern auch die dienstleistenden Funk-

⁵⁴ Zum Aufenthaltsrecht von Dienstleistungsempfängern siehe Generalanwalt Lenz, Schlußanträge zu Rs.186/87, *Cowan / J. Trésor Public* (Anm.3).

⁵⁵ Zur Studienförderung unten 4.e).

⁵⁶ Vgl. R. Wägenbauer, in: H. v. d. Groeben/H. v. Boeckh/J. Thiesing, Kommentar zum EWG-Vertrag (2. Aufl. 1974), Art.7 Anm.II.3.

tionen des Staates in den Geltungsbereich des Diskriminierungsverbots und der Grundfreiheiten einzubeziehen⁵⁷. An der Zuständigkeit der Mitgliedstaaten für die der Leistungsverwaltung zugrunde liegenden Bildungs-, Gesundheits-, Sozial-, Verkehrs-, Rechts-, Struktur- und Konjunkturpolitiken ändert sich dadurch nichts.

Wie die amerikanischen Erfahrungen belegen⁵⁸, verspricht der Versuch, den Geltungsanspruch des Integrationsgebots nach Gegenstandsbereichen abzugrenzen, kaum Aussicht auf Erfolg. Ebenso wenig wie der Europäische Gerichtshof dem Vertrag Bereichsausnahmen für »Kultur-« oder »Bildungspolitik« entnehmen konnte⁵⁹, sollte er »die Sozialpolitik« aus dem Anwendungsbereich des Vertrags ausklammern⁶⁰. Der EWG-Vertrag schützt nicht bestimmte Gegenstandsbereiche wie etwa »die Wirtschaft«, sondern grenzüberschreitende Transaktionen: Warenverkehr mit anderen Mitgliedstaaten, die Erbringung und den Empfang von Dienstleistungen, die Errichtung von Niederlassungen sowie die Aufnahme unselbständiger Erwerbstätigkeiten in anderen Mitgliedstaaten. Orientierung an Zuständigkeiten hilft wenig; an ihre Stelle hat eine transaktionsbezogene Betrachtung zu treten. Dabei sollte es keine Rolle spielen, welche

⁵⁷ Die zunehmende Einbeziehung der staatlichen Leistungsverwaltungen in den sachlichen Anwendungsbereich der Art.59ff. und des Art.7 EWGV hat möglicherweise zur Konsequenz, die (öffentlichen) Träger dieser Dienstleistungen EG-rechtlich insoweit als Unternehmen einzustufen. Vgl. dazu die Äußerung von Püttner (Anm.32), 698, der die Übereinstimmung einer Beurteilung als »Unternehmen« mit der volkswirtschaftlichen Betrachtung betont. In diese Richtung weist vielleicht auch das Urteil zur Transparenzrichtlinie, EuGH, 16.6.1987, Rs.118/85, *Kommission ./ Italien*, Slg.1987, 2599, 2621f. Rdnr.7f. (betrifft die für das Tabakmonopol zuständige Stelle des italienischen Finanzministeriums). Inwieweit die Qualifizierung weiter Teile der Leistungsverwaltung als »unternehmerische« Staatstätigkeit Probleme bei der Anwendung der Beihilfenvorschriften (Art.92ff. EWGV) aufwirft, ist bislang wenig geklärt. Vgl. Püttner, *ibid.*, 698. Da für Beihilfen charakteristisch ist, daß ihnen keine Gegenleistungen der Empfänger gegenüberstehen (Grabitz/v. Wallenberg, Art.92 Rdnr.7), liegt es nahe, die staatliche Finanzierung von Schulen, Theatern, Krankenhäusern etc. nicht als Beihilfe, sondern als Entgelt für die Dienste zu werten, die diese Einrichtungen den Bürgern gegenüber erbringen.

⁵⁸ Siehe D. Kommers/M. Waelbroeck, *Legal Integration and the Free Movement of Goods: The American and European Experience*, in: M. Cappelletti/M. Seccombe/J. Weiler (Hrsg.), *Integration Through Law. Vol.1, Book 3: Forces and Potential for a European Identity* (1986), 165, 172f.; W.-H. Roth, *Freier Warenverkehr und staatliche Regelungsgewalt in einem Gemeinsamen Markt* (1977), 102–110.

⁵⁹ Siehe die Urteile zu Rundfunk und Fernsehen (Anm.20), zur Rechtssache *Gravier* (Anm.1) sowie zur Anwendung von Gemeinschaftsrecht auf das Kulturabkommen zwischen Belgien und der Bundesrepublik Deutschland (EuGH, 27.9.1988, Rs.235/87, *Matteucci ./ Communauté française*).

⁶⁰ So aber das *Lair*-Urteil (Anm.2), anders jedoch wiederum die Entscheidung im Fall *Cowan* (Anm.3).

Akteure an diesen Transaktionen teilnehmen, d.h., ob der Staat oder private Unternehmen Dienstleistungen (wie z.B. Unterrichtsleistungen) erbringen, ob die Empfänger oder Dritte das Entgelt hierfür entrichten und ob die Handelnden dabei Profitinteressen oder kulturelle und soziale Belange verfolgen.

Hinter Auffassungen, die (über Ausbildungsrechte hinaus) die Einbeziehung weiterer Bereiche des staatlichen Leistungsangebots ablehnen, steht die Befürchtung einer exzessiven Inanspruchnahme einzelstaatlicher Sozialleistungen durch Verbandsfremde und einer damit einhergehenden Bestandsgefährdung der einzelstaatlichen Leistungssysteme⁶¹. Diese Befürchtung ist unbegründet. Weder die Dienstleistungsfreiheit noch Art.7 EWGV gelten absolut. Vielmehr sind Eingriffe in den Dienstleistungsverkehr oder das Diskriminierungsverbot zulässig, soweit der Schutz im Allgemeininteresse liegender Ziele sie erfordert⁶². Meines Erachtens sollten die Konsequenzen, die sich für die Leistungsfähigkeit der einzelstaatlichen Serviceangebote aus deren europaweiter Öffnung ergeben, nicht die Anwendbarkeit der Art.59ff. oder des Art.7 EWGV insgesamt in Frage stellen, sondern Anlaß zu Überlegungen geben, wie die vom Gerichtshof zur Dienstleistungsfreiheit entwickelte *rule of reason* und die bei Art.7 EWGV als legitim anerkannten sachlichen Differenzierungsgründe fruchtbar gemacht werden können, um den Zugang zu den öffentlichen Ressourcen anderer Mitgliedstaaten sinnvoll zu steuern. Es gilt, nach Wegen zu suchen, wie die spezifischen Probleme, die eine Vergemeinschaftung der öffentlichen Leistungsangebote der Mitgliedstaaten aufwirft, im Rahmen dieser Einschränkungstatbestände berücksichtigt werden können. Hier wird vorgeschlagen werden, einer Überforderung gliedstaatlicher Leistungssysteme dadurch zu begegnen, daß man das gemeinschaftsrechtlich gewichtete Interesse der Mitgliedstaaten an der Bereitstellung öffentlicher Dienstleistungen als wichtiges (»zwingendes«) Erfordernis des europäischen Allgemeininteresses anerkennt, das Zugangsrestriktionen für Fremde zu legitimieren vermag⁶³.

⁶¹ Vgl. etwa Opper mann (Anm.35), 69 zu mitgliedstaatlichen Stipendiensystemen.

⁶² Zu den mit der *rule of reason* gezogenen immanenten Schranken der Dienstleistungsfreiheit siehe z.B. das Urteil des Gerichtshofs vom 4.12.1986, Rs.205/84, *Kommission ./ Deutschland*, NJW 1987, 572, 574 Rdnr.29 (zum Zulassungs- und Niederlassungserfordernis nach dem deutschen Versicherungsaufsichtsgesetz). Art.7 EWGV verbietet nicht schlechthin jede Differenzierung, sondern lediglich Diskriminierungen. Unterscheidungen, die sich auf sachliche, dem Vertrag und seinen Zielen nicht widersprechende Gründe stützen können, bleiben zulässig. Vgl. G B T E / B l e c k m a n n, Art.7 Rdnr.15 mit weiteren Nachweisen.

⁶³ Dazu unten unter 2.

d) Gleichbehandlungsansprüche aufgrund der
Verknüpfung mit anderen Grundfreiheiten

Ansprüche von EG-Ausländern auf gleichmäßigen Zugang zum staatlichen Leistungsangebot können sich weiterhin unter dem Gesichtspunkt ergeben, daß die staatliche Leistung für die effektive Wahrnehmung anderer Freiheitsrechte des Vertrages von wesentlicher Bedeutung ist. In vielen Fällen vermögen Leistungen der öffentlichen Hand die Verwirklichung der EWG-vertraglichen Grundfreiheiten zu fördern, so daß ein Ausschluß von EG-Ausländern in deren Arbeitnehmerfreizügigkeit, Niederlassungs- oder Dienstleistungsfreiheit eingriffe. Wer sich in einen anderen Mitgliedstaat begibt, um dort als Arbeitnehmer tätig zu sein, sich als Selbständiger niederzulassen oder Dienstleistungen zu erbringen oder zu empfangen, wird in diesem Vorhaben unterstützt, wenn ihn der Gaststaat beim Zugang etwa zu Sozialwohnungen⁶⁴, Wohngeld und Brennstoffzuschüssen⁶⁵, staatlichen Bildungseinrichtungen⁶⁶, Krankenhäusern und anderen Einrichtungen des staatlichen Gesundheitswesens, der staatlichen Arbeitsvermittlung, Fahrpreismäßigungen für kinderreiche Familien⁶⁷, zinsgünstigen Darlehen für junge Familien⁶⁸ oder Entschädigungsleistungen bei Amtspflichtverletzungen⁶⁹ wie ein Inländer behandelt⁷⁰. Da in diesen Fällen die gleichberechtigte Teilhabe am öffentlichen Leistungsangebot erhebliche Bedeutung besitzt für die Verwirklichung der gemeinschaftsrechtlichen Berufsfreiheit, können sich Gleichbehandlungsansprüche aus den Art.48 Abs.2, 52 Abs.2, 59 oder 60 Abs.3 EWGV ergeben. Die Arbeitnehmerfreizügigkeit, die Niederlassungs- und die Dienstleistungsfreiheit erfassen folglich in ihren »notwendigen Randbereichen«⁷¹ eine Palette staatlicher Serviceleistungen, ohne die von den Grundfreiheiten nur unvollkommen Gebrauch

⁶⁴ Siehe EuGH, *Kommission ./ Italien* (Anm.4), 29.

⁶⁵ Siehe GBTE/Karpenstein, Art.48 Rdnr.28.

⁶⁶ Vgl. die Rdnr.24 des *Gravier-Urteils* (Anm.1).

⁶⁷ Siehe EuGH, 30.9.1975, Rs.32/75, *Christini ./ SNCF*, Slg.1975, 1085.

⁶⁸ Siehe EuGH, 14.1.1982, Rs.65/81, *Reina ./ Landeskreditbank Baden-Württemberg*, Slg.1982, 33.

⁶⁹ Dazu E. Steindorff, Amtshaftung und Art.7 EWGV, IPRax 1986, 20 gegen BGH (Anm.5).

⁷⁰ Weitere Beispiele bei GBTE/Karpenstein, Art.48 Rdnr.28 und 33.

⁷¹ Steindorff (Anm.69), 20. Oppermann spricht in demselben Zusammenhang von »komplementären Rechten«, die sich für EG-Arbeitnehmer und Selbständige sowie für ihre Angehörigen ergeben können, wenn sie in Ausübung der persönlichen Freiheiten in einem anderen Mitgliedstaat tätig sind (Anm.35), 42.

gemacht werden könnte⁷². Von wesentlicher Bedeutung für die Berufsfreiheit ist ferner, daß auch die Familienangehörigen an den Sozialleistungen des Gaststaates partizipieren können. Ehepartner und Kinder sind damit z. B. beim Zugang zu den staatlichen Schulen und Hochschulen sowie bei der Gewährung von Ausbildungsförderung gleich zu behandeln⁷³.

Ausbildungsrechte von EG-Ausländern können weiterhin aus einer Vorwirkung der EWG-vertraglichen Berufsfreiheit resultieren. Soweit eine Berufstätigkeit im Inland eine bestimmte Qualifikation voraussetzt und die in anderen Mitgliedstaaten erworbenen Abschlüsse nicht anerkannt werden, ist dem EG-Ausländer der Zugang zu der Ausbildung zu eröffnen, derer er für seine Niederlassung, Dienstleistung oder Anstellung im Inland bedarf⁷⁴. Sähe man die Vorwirkung der EG-rechtlichen Berufsfreiheit als einzige Grundlage für Ausbildungsrechte der EG-Ausländer an, so führte dies allerdings zu dem paradoxen Ergebnis, daß mit fortschreitender Integration die Ausbildungsrechte abnahmen: Mit der zunehmenden gegenseitigen Anerkennung von Ausbildungsabschlüssen wird es immer weniger erforderlich, in dem Land der späteren Berufstätigkeit auch ausgebildet zu werden.

Daß die Grundfreiheiten auf die Inanspruchnahme öffentlicher Leistungen ausstrahlen, betrifft nicht nur die gemeinschaftsrechtliche Berufsfreiheit, sondern auch andere Freiheitsrechte, mögen die Konsequenzen dort auch weniger spektakulär ausfallen. Die Freiheit des Warenverkehrs ver-

⁷² Die Arbeitnehmerfreizügigkeit verlangt insbesondere, die nationalen Systeme der sozialen Sicherheit so auszugestalten, daß Wanderarbeitnehmern durch die Ausübung ihres Rechts auf Freizügigkeit keine Nachteile erwachsen. (Dazu VO Nr.1408/71 über die Systeme der sozialen Sicherheit, ABl.L 149 vom 5.7.1971, 2, in der Fassung der VO Nr.3427/89 vom 30.10.1989, ABl.L 331, 1.) Trotz dieser Leitidee lehnt der Gerichtshof eine völlige Entterritorialisierung der für die Leistungsgewährung maßgeblichen Tatbestandsvoraussetzungen nach wie vor ab; vgl. GBTE/Karpenstein, Art.51 Rdnr.12–14, Grabitz/Randelzhofer, Art.51 Rdnr.21–24, sowie jüngst EuGH, 18.5.1989, Rs.368/87, *Troiani ./ Landesversicherungsanstalt Rheinprovinz*, noch nicht in Sammlung (Nachrichtung freiwilliger Rentenversicherungsbeiträge kann von der fortbestehenden Zugehörigkeit zum Pflichtversicherungssystem des betreffenden Mitgliedstaates abhängig gemacht werden). In den Entscheidungen *Bronzino ./ Kindergeldkasse Nürnberg*, Rs.C-228/88 und *Gatto ./ Bundesanstalt für Arbeit*, Rs.C-12/89 (beide vom 22.2.1990, noch nicht in Sammlung), hat der EuGH jedoch entschieden, die Zahlung von Kindergeld an im Ausland lebende arbeitslose Kinder von Wanderarbeitern dürfe nicht deshalb verweigert werden, weil diese Kinder der inländischen Arbeitsvermittlung nicht zur Verfügung stünden.

⁷³ Vgl. das *Casagrande*-Urteil des EuGH (Anm.45) sowie den Überblick von Oppermann (Anm.35), 42–46.

⁷⁴ Siehe E. Steindorff, Ausbildungsrechte im EG-Recht, NJW 1983, 1231, 1232. Nicht entschieden ist, ob dies auch die Teilnahme an der staatlichen Ausbildungsförderung einschließt.

langt z. B., unter den gleichen Bedingungen wie Inländer die öffentlichen Straßen und andere Einrichtungen der Verkehrsinfrastruktur benutzen oder Kaufpreisforderungen oder Gewährleistungsansprüche vor den Gerichten des anderen Mitgliedstaates geltend machen zu können.

Teilhabeansprüche unter dem Gesichtspunkt der effektiven Wahrnehmung anderer Grundfreiheiten des Vertrages vermögen den direkten Schutz der Partizipationsinteressen über die Dienstleistungsfreiheit und Art.7 EWGV nicht zu ersetzen, sondern sie verstärken ihn. Wo nicht nur die Dienstleistungsfreiheit oder Art.7 EWGV die gleichmäßige Berücksichtigung von EG-Ausländern gebietet, sondern noch weitere Freiheitsgarantien des Vertrages berührt sind, fließt die stärkere Position des EG-Ausländers in die Abwägung mit den Interessen des Bereitstellungsstaates ein.

2. Interessen an der Bereitstellung öffentlicher Leistungen durch die Mitgliedstaaten und ihr EWG-vertraglicher Schutz

Die Partizipationsinteressen Auswärtiger können in Konflikt treten mit anderen vom EWG-Vertrag geschützten Belangen.

a) Auswirkungen der Gleichbehandlungspflicht auf die Bereitstellung öffentlicher Leistungen durch die Mitgliedstaaten

Wären die Mitgliedstaaten verpflichtet, jede öffentliche Leistung nicht nur den eigenen, sondern auch den Bürgern der anderen Gliedstaaten anzubieten, so würden sie auf solche öffentlichen Leistungen verzichten, deren Nutzen weit überwiegend jenseits der Grenzen anfällt. Mit den Zusammenhängen, wie sich die Partizipation Verbandsfremder auf die Bereitstellung öffentlicher Güter durch den Verband auswirkt, befaßt sich die ökonomische Theorie dezentralisierter fiskalischer Systeme⁷⁵. Sie lehrt, daß die Versorgung mit einer öffentlichen Dienstleistung oder Einrichtung dann optimal ist, wenn über ihre Bereitstellung derjenige politische Verband entscheidet, in dessen Gebiet die Vorteile des öffentlichen Gutes auftreten⁷⁶. Allein in den Fällen, in denen sich die politische Untergliederung, die über die Schaffung des öffentlichen Leistungsangebots entschei-

⁷⁵ Vgl. dazu vor allem R. A. Musgrave/P. B. Musgrave, *Public Finance in Theory and Practice* (2. Aufl. 1976), 611–668 und W. E. Oates, *Fiscal Federalism* (1972).

⁷⁶ Musgrave/Musgrave, *ibid.*, 614f.; Oates, *ibid.*, 34f.

det und für dessen Kosten aufkommt, aus denjenigen Personen zusammensetzt, die in den Genuß dieser Leistungen kommen, kann erwartet werden, daß das öffentliche Leistungsangebot den Präferenzen der Bevölkerung weitgehend entspricht. Öffentliche Güter sollten daher von derjenigen Körperschaft bereitgestellt werden, deren Gebiet sich mit dem geographischen Nutzenbereich der angebotenen Leistungen deckt. Über Güter von landesweitem Nutzen (wie z. B. die Landesverteidigung und die obersten Gerichtshöfe) sollten das gesamte Land, über Güter lediglich lokaler Bedeutung (wie z. B. Straßenbeleuchtung) die einzelnen Gemeinden und über Güter mit regionaler Nutzeninzidenz (wie z. B. Landstraßen) regionale Gebietskörperschaften entscheiden.

Häufig wird sich der räumliche Nutzenbereich einer öffentlichen Dienstleistung nicht auf das Gebiet der Bereitstellungskörperschaft beschränken, so daß Nutzen-*spillovers* auftreten⁷⁷: In den Genuß der öffentlichen Leistung kommen dann nicht nur die Angehörigen der politischen Einheit, die die Entscheidung trifft und die Kosten trägt, sondern auch Mitglieder anderer Gebietskörperschaften. Zu den Ursachen grenzüberschreitender Nutzen-*spillovers* gehört u. a. die Mobilität der Bevölkerung, die es ermöglicht, öffentliche Güter anderer Körperschaften zu konsumieren, ohne an dem Entscheidungsprozeß und den Kosten beteiligt zu sein⁷⁸. Die Nutzenexternalisierung durch *spillovers* hat zur Folge, daß die Ausstattung des öffentlichen Leistungsangebots hinter dem Pareto-Optimum⁷⁹ zurückbleibt, weil die über die Bereitstellung befindende Körperschaft allein die Vorteile berücksichtigt, die den eigenen Mitgliedern aus den zur Verfügung gestellten Leistungen zufließen, und dabei nicht den vollen sozialen Wert (also auch den jenseits der Körperschaftsgrenzen auftretenden Nutzen) ins Kalkül zieht.

Wie sich die Öffnung der einzelstaatlichen Leistungssysteme für EG-Ausländer im einzelnen auf die Bereitstellung öffentlicher Leistungen durch die Einzelstaaten auswirkt, hängt vom Ausmaß der bewirkten Nutzenexternalisierung ab. Nimmt man Sozialhilfe oder Unternehmenssubventionen als Beispiel, so werden »Trittbrettfahrer« aus anderen Staaten, die weiterhin in ihren Heimatstaaten ansässig bleiben und lediglich den

⁷⁷ Vgl. dazu Oates (Anm.75), 8–10 und 46f.; Musgrave/Musgrave (Anm.75), 625f.

⁷⁸ Nutzen-*spillovers* liegen weiterhin in den Komplexitäten der geographischen Nutzenbereiche sowie darin begründet, daß die politischen Entscheidungseinheiten historisch gewachsen sind und nicht auf der Grundlage fiskalischer Rationalität geschaffen wurden; siehe Musgrave/Musgrave, *ibid.*, 626.

⁷⁹ Zum Konzept der Pareto-Effizienz siehe Musgrave/Musgrave (Anm.75), 66f.

Bereitstellungsstaat aufsuchen, um dort in den Genuß der Geldausschüttungen zu kommen, die Einzelstaaten aus tatsächlichen Gründen dazu zwingen, diese Leistungen völlig zu streichen. In anderen Fällen, in denen die Nutzenexternalisierung vernachlässigbar gering ist, dürfte die Einbeziehung von Auswärtigen die Bereitstellung der öffentlichen Leistung dagegen kaum tangieren. Bei seiner Entscheidung etwa über den Ausbau von Straßen, Häfen oder Flughäfen wird sich ein Staat im Regelfall kaum davon beeinflussen lassen, daß Bürger anderer Gliedstaaten gleichfalls diese Einrichtungen benutzen werden⁸⁰.

Wie bei anderen Formen externer Nutzeneffekte müssen Nutzen-*spillovers* internalisiert werden, soll eine Gefährdung der Versorgung mit öffentlichen Gütern weiträumiger geographischer Nutzenbereiche verhindert werden⁸¹. Aus der Perspektive des einzelnen Gliedstaates gibt es dazu nur eine Möglichkeit, nämlich den geographischen Nutzenbereich des öffentlichen Gutes durch Zugangsbeschränkungen für Fremde auf das eigene Staatsgebiet zu beschränken. Inwieweit Gesichtspunkte einer effizienten Allokation von Haushaltsmitteln für Leistungen der öffentlichen Hand vertraglich geschützte Partizipationsinteressen von EG-Ausländern einzuschränken vermögen, hängt von den tangierten Schutzgütern ab.

b) Berührte Schutzgüter

aa) »Staatlichkeit« der Gliedstaaten

Vom amerikanischen Schrifttum wird hervorgehoben, daß eine Gleichbehandlungspflicht beim Zugang zum staatlichen Leistungsangebot die Funktion der Einzelstaaten im föderalen System auszuhöhlen vermag⁸². Bereits A. Hamilton stellte fest, daß die Stellung der US-Bundesstaaten als quasi-souveräne Staaten es einschließe, eigene Steuern erheben und für eigene Zwecke ausgeben zu können⁸³. Zur Entfaltung eigener Staatlichkeit gehöre, nach eigenem Dafürhalten zu entscheiden, welche Serviceleistungen

⁸⁰ Zur Begründung, warum die Nutzenexternalisierung bei Verkehrseinrichtungen generell gering ist, siehe unten 4. f).

⁸¹ Vgl. Musgrave/Musgrave (Anm.75), 626f. sowie Oates (Anm.75), 46.

⁸² Vgl. Varat (Anm.14), 519–530; Linde (Anm.14), 64.

⁸³ The Federalist (hrsg. von M. Beloff, 1948), Nr.32, 151: "Yet I am willing here to allow, in its full extent, the justness of the reasoning, which requires, that the individual states should possess an independent and uncontrollable authority to raise their own revenues for the supply of their own wants".

gen der Staat gegenüber der Gesellschaft erbringen sollte⁸⁴. Wenn die Gliedstaaten nun verpflichtet wären, öffentliche Leistungen nicht nur den eigenen, sondern sämtlichen Bürgern des Staatenbundes anzubieten, würden sie in den Fällen, in denen der Nutzen überwiegend jenseits der Staatsgrenzen anfiel, von diesem Angebot völlig absehen. In diesen Fällen liefe die staatliche Steuer- und Ausgabenhoheit weitgehend leer. Hinsichtlich öffentlicher Einrichtungen und Leistungen, deren räumlicher Nutzenbereich sich nicht nur auf das eigene Staatsgebiet, sondern auch darüber hinaus erstreckt, vermag die autonome Gestaltungsfreiheit der Gliedstaaten auf dem Gebiet der öffentlichen Leistungsverwaltung mithin nur dann Substanz zu haben, wenn in bestimmten Fällen der Zugang auf eigene Bürger (oder wenigstens auf die im Inland Wohnenden) beschränkt werden kann⁸⁵. Bei der Entscheidung, inwieweit Auswärtigen gleichberechtigter Zugang zur Leistungsverwaltung eines Gliedstaates zu gewähren ist, hat man folglich das Interesse der einzelnen Staaten, in Bereichen, für die es an einer gemeinsamen Politik fehlt, über Inhalt und Umfang der öffentlichen Einrichtungen und Leistungen eigenständig zu befinden, in die Abwägung einzubeziehen⁸⁶.

bb) Interesse der Gemeinschaft am einzelstaatlichen Leistungsangebot

Für die Frage, inwieweit die Störung der Allokation von Haushaltsmitteln für gliedstaatliche Leistungsprogramme durch eine EG-weite Gleichbehandlungspflicht vom EWG-Vertrag geschützte Werte tangiert, sind neben der Staatlichkeit der Mitgliedstaaten die Inhalte der staatlichen Leistungen zu berücksichtigen. Die Leistungen, die die mitgliedstaatlichen Leistungsverwaltungen im Gesundheitswesen, Umweltschutz, Bildungsbereich, Kultursektor, Sozialwesen, Verkehrssektor, in der Arbeitsvermittlung, der Rechtspflege und anderen Bereichen dem Bürger gegenüber erbringen, dienen durchweg Zwecken, die im Allgemeininteresse nicht nur

⁸⁴ Siehe Varat (Anm.14).

⁸⁵ Siehe Varat, *ibid.*, 522f.

⁸⁶ Vgl. Varat (Anm.14), 490 und 493. Siehe auch das Urteil des BVerwG vom 22.10.1982, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 1983, 223, zur Verfassungsmäßigkeit einer hessischen Regelung, die die Zulassung zu Prüfungen an Fachhochschulen ohne vorangegangenes Studium an der Ausbildungsstätte (sog. Externenprüfungen) auf Bürger Hessens beschränkt und die Bürger anderer Bundesländer ausschließt. Das BVerwG sieht keinen Verstoß gegen Art.12GG, weil der Wirkungsbereich dieser Verfassungsbestimmung durch das föderative Prinzip beschränkt werde. Ohne die Möglichkeit, Externenprüfungen auf Landesländer zu beschränken, würden die Bundesländer von der Einrichtung dieses Angebots abgeschreckt.

des einzelnen Staates, sondern auch der Gemeinschaft liegen und die daher im Rahmen des Art.36 EWGV oder der zur Waren- und Dienstleistungsfreiheit entwickelten richterrechtlichen *rule of reason* Anerkennung gefunden haben oder finden sollten⁸⁷. Der gliedstaatlichen Ausbildungsförderung z. B. steht die Gemeinschaft durchaus nicht gleichgültig gegenüber, sondern die Förderung der Chancengleichheit bei der Ausbildung vermag zur harmonischen Entwicklung auch des gemeinsamen Marktes und zur Hebung der Lebenshaltung beizutragen⁸⁸. Vertragswidrige Leistungen (wie z. B. mit den Beihilfavorschriften des EWG-Vertrags unvereinbare Unternehmenssubventionen) sind ohnehin verboten.

Dezentrale Aufgabenwahrnehmung durch die Gliedstaaten besitzt gewichtige Vorzüge gegenüber einer Zentralisierung auf Gemeinschaftsebene. Dezentralisation ermöglicht es, auf unterschiedliche Präferenzen der jeweils betroffenen Bevölkerung einzugehen, den politischen Entscheidungsprozeß durch klare Kosten-Nutzen-Zuweisungen zu verbessern und durch die Vielzahl der Anbieter öffentlicher Leistungen einen kostendämpfenden Wettbewerbsdruck zu erzeugen⁸⁹. Darüber hinaus steigert sie die Experimentier- und Innovationsfreude bei der Bereitstellung öffentlicher Güter⁹⁰.

c) Zusammenfassung

Zusammenfassend bleiben zwei Bedingungen festzuhalten, unter denen das Bereitstellungsinteresse den Partizipationsinteressen Auswärtiger entgegensteht: Die staatliche Leistung muß einem Rechtsgut dienen, dem das Gemeinschaftsrecht als wichtigem Erfordernis des europäischen Allgemeininteresses Vorrang vor der wirtschaftlichen Integration einräumt, wobei sowohl die Freiheit der Mitgliedstaaten, eigenverantwortlich ihre öffentlichen Leistungsprogramme auszugestalten, als auch die mit der öffent-

⁸⁷ Zu den im Rahmen der *rule of reason* anerkannten Interventionsinteressen gehören nicht nur die im *Cassis*-Urteil genannten (Verbraucherschutz, öffentliche Gesundheit, Lauterkeit des Handelsverkehrs, wirksame steuerliche Kontrolle), sondern auch andere wie z. B. der Umweltschutz, vgl. Grabitz/Matthies, Art.30 Rdnr.19.

⁸⁸ Vgl. Art.2 und 128 EWGV.

⁸⁹ Siehe dazu Oates (Anm.75), 11f.

⁹⁰ Vgl. dazu Musgrave/Musgrave (Anm.75), 623, sowie die klassische Vorstellung des Richters am Supreme Court, Brandeis, von den Einzelstaaten als Experimentierlabors in seinem Dissent zu *New State Ice Co. v. Liebmann*, 285 U.S.262, 311 (1932): "It is one of the happy incidents of the federal system that a single courageous State may, if its citizens choose, serve as a laboratory; and try novel social and economic experiments without risk to the rest of country".

lichen Leistung verfolgten Regelungszwecke zu berücksichtigen sind. Zu dieser Schutzwürdigkeit muß als Schutzbedürfnis hinzutreten, daß ohne Zugangsrestriktionen Nutzen-*spillovers* den Bestand des gliedstaatlichen Leistungsangebots gefährden⁹¹.

3. Ergebnis: Abwägung der individuellen Partizipationsinteressen mit dem gemeinschaftlichen Bereitstellungsinteresse

Zur Entscheidung der Frage, inwieweit die Mitgliedstaaten der EG verpflichtet sind, ihr öffentliches Leistungsangebot auch auf EG-Ausländer zu erstrecken, sind deren Gleichbehandlungsinteressen, die sich aus der Dienstleistungsfreiheit, dem Diskriminierungsverbot des Art.7 EWGV und anderen berührten Grundfreiheiten ergeben können, abzuwägen mit dem Interesse der Gemeinschaft an der Erhaltung leistungsfähiger und vielfältiger gliedstaatlicher Leistungsprogramme. Die Schutzwürdigkeit dieses sog. Bereitstellungsinteresses ergibt sich aus der föderalen Struktur der Gemeinschaft, die gebietet, die Vielfalt der mitgliedstaatlichen Leistungsprogramme als eigenständiges Schutzgut des europäischen Allgemeininteresses im Rahmen der *rule of reason* anzuerkennen. Aus der Per-

⁹¹ Der hier vertretene Ansatz, bei der Beurteilung diskriminierender Zugangsrestriktionen die Auswirkungen der Gleichbehandlungspflicht auf gemeinschaftsrechtlich schützenswerte Rechtsgüter zu berücksichtigen, besitzt erhebliche Vorzüge gegenüber der Argumentation, die auf den Beitrag zum Staatshaushalt abstellen will (sog. Steuerzahlerprinzip). Vgl. etwa Slyn n, Schlußanträge zu Rs. *Gravier./. Stadt Lüttich* (Anm.1), 594, 604, der es sehr überzeugend findet, wenn bei staatlichen Leistungen, die im wesentlichen aus den Steuern der im Land ansässigen Staatsangehörigen finanziert werden, von denjenigen Benutzern, die keinen Beitrag zum Gemeinwohl leisten, eine stärkere finanzielle Beteiligung verlangt werde. Räumt man dem Beitrag zum Staatshaushalt maßgebliche Bedeutung ein, dann müßte man dieselben Zugangsrestriktionen, die man gegenüber ausländischen Nichtsteuerzahlern verhängt, aus Gleichbehandlungsgründen auch gegenüber nicht steuerpflichtigen Inländern (wie Arbeitslosen, Studenten, Hausfrauen, Sozialhilfeempfängern, Rentnern usw.) anwenden (so Slyn n, *ibid.*). Konsequenterweise müßte man die Ansprüche auf Teilhabe an den staatlichen Einrichtungen und Leistungen generell an der Höhe der gezahlten Steuern ausrichten. Daß solche an das preußische Dreiklassenwahlrecht erinnernde Differenzierungen dem allgemeinen Gleichheitssatz zuwiderlaufen, betont z. B. der amerikanische Supreme Court in *Shapiro v. Thompson*, 394 U.S. 618, 632f. (1969), *Vlandis v. Kline*, 412 U.S. 441, 450 Anm.6 (1973), und *Memorial Hospital v. Maricopa County*, 415 U.S. 250, 266 (1974). Der Europäische Gerichtshof hat dem im Vorlagebeschluß des Verwaltungsgerichts Hannover angesprochenen Steuerzahlerargument im Rahmen seines *Stipendien-Urteils* keine Bedeutung zugemessen, siehe EuGH, *Lair./. Universität Hannover* (Anm.2), Rdnr.11-16. Ebenso EuGH (Anm.3), *Cowan*: Daß die Entschädigungen für Opfer von Gewalttaten aus der Staatskasse finanziert werden, könne an den Teilhabeansprüchen von EG-Ausländern nichts ändern.

spektive der Gemeinschaft wäre es unerwünscht, wenn die öffentlichen Leistungsangebote der Mitgliedstaaten durch eine EG-weite Öffnung qualitativ oder quantitativ nivelliert würden. Vorausgesetzt wird dabei allerdings, daß die staatlichen Serviceangebote ihren Inhalten nach nicht den Zielen des EWG-Vertrags zuwiderlaufen. Mit den Beihilfavorschriften des Vertrages unvereinbare Unternehmenssubventionen können z. B. keinen Schutz beanspruchen. Inwieweit die Vielfalt der staatlichen Leistungsverwaltungen des Schutzes in Form von Zugangsrestriktionen bedarf (Schutzbedürftigkeit), hängt von dem Ausmaß der Nutzenexternalisierung ab, die mit der Einbeziehung von EG-Ausländern eintritt. Bei öffentlichen Gütern mit sehr hohen grenzüberschreitenden Nutzen-*spillovers* können es die Interessen an der Bereitstellung gerechtfertigt erscheinen lassen, den Zugang auf Einheimische oder Gebietsansässige zu beschränken, insbesondere wenn die Gleichbehandlungspflicht dazu führen würde, daß der Staat die öffentliche Leistung völlig streicht. Wo die Nutzenexternalisierung dagegen niedrig ausfällt, werden regelmäßig die Gleichbehandlungsinteressen den Ausschlag geben.

4. Fallgruppen

Obgleich sich weder die Rechtsprechung des amerikanischen Supreme Court noch die des EuGH zur Beurteilung der Frage, inwiefern Fremden gleichmäßiger Zugang zum gliedstaatlichen Dienstleistungsangebot einzuräumen ist, *expressis verbis* an der hier vorgeschlagenen Interessenabwägung orientiert, bietet die höchstrichterliche Judikatur beider Rechtskreise reichhaltiges Anschauungsmaterial, um die Tragfähigkeit dieses Ansatzes zu überprüfen. Im amerikanischen Recht können sich Ansprüche auf Gleichbehandlung zum einen aus der Commerce Clause, zum anderen aus der Privileges and Immunities Clause⁹² ergeben. Letztere Verfassungsbestimmung untersagt es den Einzelstaaten, die Bürger anderer US-Staaten schlechter als eigene zu stellen, es sei denn, die abweichende Behandlung ist sachlich gerechtfertigt⁹³.

⁹² Art. IV, § 2, cl. 1 der US-Verfassung: "The Citizens of each State shall be entitled to all Privileges and Immunities of Citizens in the several States".

⁹³ Siehe *Toomer v. Witsell*, 334 U.S. 385, 396 (1948).

a) Geldleistungen des Staates

Soweit die staatliche Leistungsverwaltung die Zahlung von Geld zum Gegenstand hat⁹⁴, führte eine (territorial nicht begrenzte) Verpflichtung zur Gleichbehandlung zu extrem hohen grenzüberschreitenden Nutzen-*spillovers*: Jeder Gemeinschaftsbürger, der die Zuteilungsvoraussetzungen erfüllt, würde die Geldzahlung in Anspruch nehmen. Die räumliche Nutzeninzidenz⁹⁵ gliedstaatlicher Geldleistungsangebote erstreckt sich also auf sämtliche Gliedstaaten des gemeinsamen Marktes. Ohne die Möglichkeit, den Nutzenbereich auf das Gebiet des bereitstellenden Staates zu beschränken, fiel die Versorgung mit diesen öffentlichen Leistungen völlig ineffizient aus. Aus der Gemeinschaftsperspektive schutzwürdige Aufgaben und Funktionen der Einzelstaaten, für die Wohlfahrt der Bevölkerung zu sorgen (Sozialhilfe), bevölkerungspolitische Maßnahmen zu treffen (Geburtsbeihilfen) oder Unternehmen bei der Anpassung an den Strukturwandel zu unterstützen⁹⁶, würden erheblich gestört. Kein Staat wäre bereit, Sozialhilfe, Beihilfen für junge Familien, Unternehmenssubventionen und andere Geldleistungen in das staatliche Leistungsprogramm aufzunehmen, könnte er sie nicht auf die Gebietsansässigen beschränken. Es sollten daher keine Bedenken gegen die Zulässigkeit gliedstaatlicher Regelungen bestehen, die Geldleistungen, die im Allgemeininteresse der Gemeinschaft liegen, Gebietsansässigen vorbehalten⁹⁷.

Im Inland lebenden Angehörigen anderer Mitgliedstaaten kann ein Gleichbehandlungsanspruch jedoch kaum versagt werden. Dabei ist weni-

⁹⁴ Neben Unternehmenssubventionen fallen darunter vor allem diejenigen Sozialleistungen, die nach neueren Systematisierungen des deutschen Sozialrechts als Hilfs- und Förderungsleistungen bezeichnet werden. (Zu den sozialrechtlichen Einteilungsprinzipien siehe R. Schuler, *Das internationale Sozialrecht der Bundesrepublik Deutschland* [1988], 76 ff.) Renten und andere »wohlerworbene« Sozialansprüche gehören dagegen nicht zu dieser Fallgruppe. Bei diesen beitrags-(im Gegensatz zu steuer-)gestützten Leistungen stellt sich die Partizipationsfrage in bezug auf das Recht zur Mitgliedschaft in dem Versicherungssystem eines anderen Mitgliedstaates. Diese Zugangsproblematik wird hier – abgesehen von dem Hinweis in Anm.72 – nicht weiter behandelt.

⁹⁵ Zum Begriff siehe *Musgrave/Musgrave* (Anm.75), 614.

⁹⁶ Bei Subventionen ist Voraussetzung, daß sie mit den Beihilfevorschriften des EWGV in Einklang stehen.

⁹⁷ Rechtsvergleich USA: Für Sozialhilfe siehe *Varat* (Anm.14), 522f., *Linde* (Anm.14), 64, *Simson* (Anm.14), 397f. In *Shapiro v. Thompson* (Anm.91) schlug der Supreme Court ein einzelstaatliches Gesetz nieder, das für die Berechtigung zu Sozialhilfe eine Mindestaufenthaltsdauer im Staat vorschrieb. Das Gericht erkennt jedoch die Verfassungsmäßigkeit von Regelungen an, die Sozialhilfe auf *residents* beschränken, *ibid.*, 636f. und Anm.16 und 17. Für Unternehmenssubventionen siehe *Hughes v. Alexandria Scrap Corp.*, 426 U.S.794 (1976). Das amerikanische Recht kennt im Gegensatz zum EWG-Vertrag keine Beschränkungen der Subventionsgewährung durch die Einzelstaaten.

ger entscheidend, daß im Inland lebende Ausländer häufig über ihre Steuern zum Staatshaushalt beitragen, als vielmehr die Geringfügigkeit verbandsüberschreitender Nutzen-*spillovers*. Meines Erachtens sollte die Gleichbehandlungspflicht sich nicht nur auf solche EG-Ausländer beziehen, die im Inland berufstätig sind oder waren oder zur Familie einer solchen Person gehören und die damit ihre Partizipationsansprüche aus eigenem oder abgeleitetem Recht auf die Arbeitnehmerfreizügigkeit, die Niederlassungs- oder die Dienstleistungsfreiheit stützen können⁹⁸, sondern für sämtliche im Inland lebenden Bürger anderer Mitgliedstaaten gelten⁹⁹. Die Wahrscheinlichkeit, daß Bürger anderer Mitgliedstaaten ihren Wohnsitz allein aus dem Grunde wechseln werden, weil in einem anderen Staat Sozialhilfe oder Beihilfe für junge Familien höher sind, ist gering. Selbst wenn ein solches Verhalten in seltenen Fällen anzutreffen sein sollte, vermag dies kaum eine bestandsgefährdende Nutzenexternalisierung zu begründen.

An einer Gefährdung des Bereitstellungsinteresses fehlt es weiterhin bei Geldleistungen wie Staatshaftungsregelungen oder staatlichen Entschädigungen für die Opfer von Straftaten, deren Inanspruchnahme nicht geplant werden kann. Niemand wird sich in einen anderen Mitgliedstaat begeben, nur weil er dort großzügigere Entschädigungsleistungen erhält, wenn er das Opfer rechtswidrigen Verwaltungshandelns oder eines Gewaltverbrechens wird. Daher ist die Einbeziehung von EG-Ausländern in solche Entschädigungssysteme geboten¹⁰⁰. Praktisch zum gleichen Ergebnis gelangt der EuGH, wenn er den Mitgliedstaaten auf der Grundlage von Art.7

⁹⁸ Aus der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs vgl. etwa das Urteil *Reina* ./ *Landeskreditbank Baden-Württemberg* (Anm.68), wonach in den Genuß staatlicher Darlehen, die bei der Geburt eines Kindes einkommensschwachen Familien gewährt werden, Wanderarbeitnehmer aus anderen Mitgliedstaaten unter denselben Voraussetzungen wie inländische Arbeitnehmer kommen müssen.

⁹⁹ Von einem anderen Ansatz her gelangt Schuler (Anm.94), 209–213, zu demselben Ergebnis. Er sieht die inländische Gesellschaft als primären Bezugspunkt des staatlichen sozialen Gestaltungsauftrags an. Da ihr neben den eigenen Staatsangehörigen auch die gebietsansässigen Ausländer angehörten, erstreckte sich die staatliche Verantwortung für sozialen Frieden und Ausgleich auch auf diese. Zur wenig entschiedenen Position des EuGH, wie sie in den miteinander kaum zu vereinbarenden Urteilen *Lair* und *Cowan* Ausdruck findet, siehe oben bei Anm.39 bis 55.

¹⁰⁰ Vgl. Steindorff (Anm.69), 20, der die deutsche Staatshaftungsregelung, wonach Ausländern Amtshaftungsansprüche nur bei verbürgter Gegenseitigkeit zustehen (§ 7 des preußischen Staatshaftungsgesetzes von 1909, der z. B. in Nordrhein-Westfalen als Landesrecht weitergilt), im Hinblick sowohl auf die speziellen Diskriminierungsverbote der Art.48 Abs.2, 52 Abs.2, 59 und 60 Abs.3 als auch auf das Diskriminierungsverbot des Art.7 EWGV für bedenklich hält. Anderer Auffassung insofern der BGH (Anm.5).

EWGV auferlegt, staatliche Entschädigungsleistungen zur Wiedergutmachung von Gewaltverbrechen auf EG-Ausländer zu erstrecken, die sich in Ausübung einer vom EWG-Vertrag garantierten Freiheit, z. B. als dienstleistungsempfangende Touristen, im Inland aufhalten¹⁰¹.

b) Kostenlose medizinische Behandlung

Die Behandlung in Krankenhäusern und andere Leistungen der medizinischen Versorgung sind Dienstleistungen im Sinne der Art.59ff. EWGV, auch wenn sie durch den Staat erbracht werden. Keine Zweifel sollten darüber bestehen, daß EG-Ausländern auch bei knappen Kapazitäten wie Inländern Zugang zu gewährt ist. Eine andere Beurteilung verlangt hingegen die Frage, ob mit der medizinischen Versorgung verbundene Sozialleistungen gleichfalls auf Bürger anderer Mitgliedstaaten zu erstrecken sind. Entschließt sich ein Mitgliedstaat, Bürgern mit niedrigen Einkommen die medizinischen Leistungen kostenlos zur Verfügung zu stellen, so verpflichtet ihn Art.59 EWGV zwar grundsätzlich zur Einbeziehung von EG-Ausländern. Auch das *Gravier*-Urteil des EuGH spricht für eine Gleichbehandlung hinsichtlich der Kostenübernahme, weil nach dieser Entscheidung diejenigen Mitgliedstaaten, die Ausbildungsleistungen z. B. durch Hochschulen kostenfrei oder zu subventionierten Preisen zur Verfügung stellen, EG-ausländischen Studenten die gleichen Konditionen einzuräumen haben¹⁰². Anders jedoch als bei kostenloser Hochschulausbildung bringen offene Grenzen bei kostenfreier medizinischer Versorgung eine erhebliche Nutzenexternalisierung mit sich. Es besteht eine wesentlich höhere Trittbrettfahrerneigung, weil eine Hochschulausbildung in einem anderen Mitgliedstaat einen längeren Aufenthalt in dem fremden Staat und damit eine Verlagerung des Lebensmittelpunktes erforderlich macht, während einer ärztlichen Behandlung in einem anderen Staat keine derartigen Hürden entgegenstehen. Da die Gleichbehandlungspflicht mithin dazu führen kann, daß der Staat nicht mehr die Kosten für die Behandlung einkommensschwacher Bürger übernimmt, wäre der Bestand dieser aus der Gemeinschaftsperspektive schutzwürdigen Maßnahme gliedstaatlicher

¹⁰¹ EuGH, *Cowan ./. Trésor Public*; dazu oben bei Anm.3 und Anm.52ff. Anders die Rechtslage in den Vereinigten Staaten: Dort können die genannten Ausgleichszahlungen wirksam auf die eigenen Bürger beschränkt werden, *Ostrager v. State Board of Control*, 99 California Appellate Reports 3rd 1, 160 California Reporter 317 (Court of Appeal of California 1979), appeal dismissed, 101 S.Ct.53 (1980).

¹⁰² Bei Anm.33.

Sozialpolitik gefährdet. Eine Begrenzung der Kostenübernahme auf Inländer erscheint daher zulässig¹⁰³.

Dagegen sind EG-Ausländer, die im Inland wohnen, wie Inländer zur freien medizinischen Versorgung zuzulassen. Soweit sie im Inland als Arbeitnehmer tätig sind, sich als Selbständige niedergelassen haben oder Dienstleistungen erbringen oder empfangen, verstärken weitere Freiheitsrechte ihren Partizipationsanspruch. Aber auch wenn im Inland lebende EG-Ausländer keine anderen Grundfreiheiten in Anspruch nehmen, wäre eine Benachteiligung gegenüber Einheimischen nicht zu rechtfertigen, weil ihre Einbeziehung nicht dazu führen wird, daß eine erhebliche Zahl von EG-Bürgern in diesen Mitgliedstaat übersiedeln wird.

c) Sozialwohnungen

Anders als bei der freien Krankenhausbehandlung kann der Fall, daß in ihren Heimatstaaten wohnende EG-Ausländer in großer Zahl einen anderen Mitgliedstaat aufsuchen, um dort ein öffentliches Leistungsangebot wahrzunehmen, bei Sozialwohnungen nicht auftreten, weil der ausländische Wohnungssuchende sich gerade im Inland niederlassen möchte. Mangels spürbarer Nutzenexternalisierung können Bürger anderer Mitgliedstaaten beim Zugang zu Sozialwohnungen folglich keinen besonderen Restriktionen unterworfen werden¹⁰⁴.

¹⁰³ Der amerikanische Supreme Court hat zu erkennen gegeben, daß die Einzelstaaten solchen Bürgern anderer Staaten, die nicht im Staat ihren Wohnsitz nehmen, sondern lediglich die freie Krankenhausbehandlung in Anspruch nehmen möchten, von diesem Leistungsangebot ausschließen können, ohne gegen die Privileges and Immunities Clause oder die Equal Protection Clause zu verstoßen. Siehe *Memorial Hospital v. Maricopa County* (Anm.91), 263 f.; vgl. auch das *obiter dictum* in *Doe v. Bolton*, 410 U.S. 179, 200 (1973).

¹⁰⁴ Vgl. EuGH, *Kommission ./ Italien* (Anm.4), Art.52 und 59 EWGV verbieten es, den Zugang zu Sozialwohnungen eigenen Staatsangehörigen vorzubehalten, weil die Ausübung einer Berufstätigkeit in einem anderen Mitgliedstaat auch die Möglichkeit voraussetzt, sich dort eine Wohnung zu nehmen. Aus der amerikanischen Rechtsprechung siehe *Cole v. Housing Authority of the City of Newport*, 435 F.2d 807 (1st Cir.1970) (vom Supreme Court zustimmend zitiert in *Memorial Hospital v. Maricopa County* [Anm.91], 267): Zweijährige Wartezeit für Neubürger beim Zugang zu Sozialwohnungen verstößt gegen die Equal Protection Clause.

d) Hochschulen

Art.7 EWGV garantiert EG-Ausländern beim Zugang zum und der Teilnahme am Unterricht im Bildungswesen – insbesondere wenn es sich um Berufsausbildung handelt – die Gleichbehandlung mit Inländern¹⁰⁵. Die Studiengänge an den staatlichen Hochschulen erfüllen im allgemeinen die Voraussetzungen, als Berufsausbildung im Sinne des Art.128 EWGV angesehen zu werden¹⁰⁶. Bürger aus anderen Mitgliedstaaten der Gemeinschaft dürfen daher bei der Zulassung zu Universitäten weder durch höhere Einschreibe- oder Studiengebühren noch durch strengere akademische Aufnahmebedingungen benachteiligt werden¹⁰⁷.

Nach der Anwendbarkeit der Art.59ff. EWGV gefragt, lehnte es der Europäische Gerichtshof ab, die Schüler und Studenten an staatlichen Schulen und Universitäten als Empfänger von Dienstleistungen anzusehen¹⁰⁸. Die Dienstleistungsqualität staatlicher Ausbildungsleistungen wird unter Hinweis auf die regelmäßig fehlende Gegenleistung der Schüler und Studenten sowie unter Hinweis darauf angezweifelt, daß der Staat mit den Einrichtungen des Bildungswesens keine Einnahmen erzielen, sondern soziale, staatspolitische und kulturelle Aufgaben erfüllen wolle¹⁰⁹. Dem ist einmal zu entgegnen, daß das in Art.60 Abs.1 EWGV geforderte Entgelt nicht nur vom Empfänger der Dienstleistung, sondern auch von Dritten, d. h. auch vom Staat, erbracht werden kann¹¹⁰. Zum andern dient das Entgeltkriterium allein dem Zweck, den sachlichen Geltungsbereich der Vertragsbestimmungen über den Dienstleistungsverkehr abzustecken, der sich auf das »Wirtschaftsleben« im Sinne von Art.2 EWGV erstreckt. Da der sachliche Anwendungsbereich der Dienstleistungsfreiheit mit dem des

¹⁰⁵ EuGH, *Gravier ./ Stadt Lüttich* (Anm.1), 593, 612f. Rdnr.19–26. Daß der Zugang zum und die Teilnahme am Unterricht zum Anwendungsbereich des Vertrags gehören, siehe oben 1.c).

¹⁰⁶ EuGH, *Blaizot ./ Universität Lüttich* (Anm.1), 379.

¹⁰⁷ Was die Ansprüche EG-ausländischer Studenten auf Rückzahlung von Studiengebühren anbelangt, die sie in der Vergangenheit rechtsgrundlos entrichtet haben, siehe EuGH, 2.2.1988, Rs.309/85, *Barra ./ Belgien*, Slg.1988, 355; sowie *Blaizot ./ Universität Lüttich*, *ibid.*

¹⁰⁸ Urteil *Humbel* (Ausbildung an einer Oberschule) (Anm.9). Ebenso Generalanwalt Slynn, Schlußanträge zu Rs. *Gravier ./ Stadt Lüttich* (Anm.1), 594, 602f.; W. Skouris, *La liberté d'établissement et de prestation de services en matière d'enseignement*, in: B. De Witte (Hrsg.), *European Community Law of Education* (1989), 21, 25.

¹⁰⁹ Generalanwalt Slynn, *ibid.*, 603f.; Opper mann (Anm.35), 46–49 und 69.

¹¹⁰ Oben 1.a), insbesondere das Urteil *Sacchi* (Anm.20) und dessen Interpretation durch Generalanwalt Warner in der Rechtssache *Debauve* (Anm.20).

Diskriminierungsverbots des Art.7 EWGV übereinstimmt¹¹¹, ist meines Erachtens mit der Anerkennung von Ausbildungsrechten im Rahmen von Art.7 EWGV auch die Entscheidung darüber gefallen, daß der Unterricht im Bildungswesen in den sachlichen Geltungsanspruch des Dienstleistungskapitels kommt¹¹². Die herrschende Auffassung unterscheidet indes zwischen privaten und öffentlichen Schulen und sieht allein die Ausbildungsleistungen ersterer als Dienstleistungen an¹¹³, und zwar auch in den Fällen, in denen die private Institution von religiösen, ethischen oder anderen nichtkommerziellen Motiven getragen sei¹¹⁴. Kirchliche Schulen und Universitäten erbrächten danach Dienstleistungen im Sinne der Art.59 ff. EWGV, staatliche Bildungseinrichtungen dagegen nicht. Diese Differenzierung scheint in mehr als eine Sackgasse zu münden. Was soll z. B. gelten, wenn der Staat die Kosten der Privatschule ganz oder zum Teil übernimmt und diese den Unterricht dann »kostenlos« erteilt? Wie wäre zu entscheiden, wenn der Staat *joint ventures* einginge und zusammen mit privaten Einrichtungen eine Ausbildungsstätte betriebe? Auch im Bereich des Warenverkehrs ist man bislang nicht auf die Idee gekommen, für den Schutzbereich der Art.30 und 34 EWGV darauf abzustellen, ob die Ware in einem privaten oder staatlichen Unternehmen hergestellt wird. Staatliche Ausbildungsleistungen sollten daher als Dienstleistungen im Sinne der Art.59 ff. EWGV beurteilt werden¹¹⁵.

Urteilt man über die Ansprüche von Bürgern eines gemeinsamen Marktes auf gleichberechtigten Zugang zu den öffentlichen Ressourcen jedes Gliedstaates aufgrund einer Abwägung der Partizipationsinteressen des einzelnen mit den Interessen an der effizienten Bereitstellung des öffent-

¹¹¹ Vgl. B. Beutler/ R. Bieber/ J. Pipkorn/ J. Streil, Die Europäische Gemeinschaft – Rechtsordnung und Politik (3. Aufl. 1987), 307.

¹¹² Dazu bereits oben 1.c).

¹¹³ Für die Position des EuGH vgl. das Urteil *Humbel* (Anm.9) mit dem Urteil vom 15.3.1988, Rs.147/86, *Kommission./ Griechenland*, Slg.1988, 1637: Die Errichtung privater Schulen sowie die Erteilung privaten Unterrichts werden von der Niederlassungs- bzw. der Dienstleistungsfreiheit geschützt; ebenso *Slynn und Skouris* (Anm.108).

¹¹⁴ So ausdrücklich *Skouris*, *ibid.*, 24f.

¹¹⁵ Ebenso die EG-Kommission, Stellungnahmen zum Fall *Gravier* (siehe das Urteil [Anm.1], Rdnr.17) und zum Fall *Humbel* (Anm.9); sowie A. Randelzhofer, These Nr.3 des unveröffentlichten Vortrags über die »Beseitigung von Beschränkungen des Dienstleistungsverkehrs«, X. Kolloquium der Wissenschaftlichen Gesellschaft für Europarecht in Bad Ems, 9.–10.10.1986. (Anders noch ders., in: Grabitz, Art.59 Rdnr.20.) Zweifelnd M. Zuleeg, Teilhabe von Ausländern an den nationalen Bildungsangeboten aufgrund von Europäischem Gemeinschaftsrecht, Vortrag, Tagung des Arbeitskreises Europäische Integration, 8.–10.9.1988, Augsburg, der in Erwägung zieht, die erhobenen Studiengebühren als Entgelt zu betrachten.

lichen Guts¹¹⁶, wären Beschränkungen des Hochschulzugangs auf Einheimische nur wirksam, wenn die gliedstaatlichen Hochschulsysteme gemeinschaftsrechtlich schützenswerten Funktionen des Allgemeininteresses dienen und eine EG-weite Öffnung den Bestand dieser Einrichtungen beeinträchtigen würde. Die erste Voraussetzung zu bejahen bereitet keine Schwierigkeiten: Die Organe der Gemeinschaft haben den Wert der Bildungssysteme und -traditionen der einzelnen Mitgliedstaaten sowie die Bereicherung Europas gerade durch diese Vielfalt mehr als einmal anerkannt¹¹⁷. In der *Gravier*-Entscheidung bringt der EuGH zu der zweiten Voraussetzung zum Ausdruck, daß er die Funktionsfähigkeit der mitgliedstaatlichen Bildungssysteme durch eine Öffnung für sämtliche Gemeinschaftsangehörige nicht gefährdet sieht. Dem von Belgien zur Verteidigung höherer Studiengebühren für EG-Ausländer vorgebrachten Argument, der Zustrom von Studenten aus anderen Mitgliedstaaten habe schwerwiegende Folgen für den nationalen Bildungshaushalt¹¹⁸, hält der Gerichtshof die insgesamt geringe Mobilität der Studenten innerhalb der Gemeinschaft entgegen¹¹⁹. Der gleichberechtigte Zugang EG-ausländischer Studenten zu staatlichen Bildungseinrichtungen vermag folglich die effiziente Allokation einzelstaatlicher Haushaltsmittel für das Bildungswesen nicht ernstlich zu stören.

In den Vereinigten Staaten von Amerika wird die Frage nach den Rechten von US-Bürgern auf Zugang zu den öffentlichen Hochschulen anderer US-Staaten weitaus weniger integrationsfreundlich beantwortet als in der EG. Obgleich es sich um *interstate commerce* handele, vertritt der amerikanische Supreme Court im weitgehenden Einklang mit dem Schrifttum die Auffassung, daß die Staaten einheimische Bewerber bei der Zulassung an staatlichen Hochschulen bevorzugen dürften¹²⁰. Den staatlichen Hochschulen ist nicht nur gestattet, Studenten aus anderen Staaten höhere Studiengebühren zu berechnen¹²¹, sondern sie können an deren Qualifikation

¹¹⁶ Oben 3.

¹¹⁷ Vgl. Mitteilung der Kommission an den Rat vom 11.3.1974 über das Bildungswesen in der Europäischen Gemeinschaft, Bull. EG, Beilage 3/74, 6 Ziff.9; Entschließung der im Rat vereinigten Minister für Bildungswesen vom 6.6.1974 über die Zusammenarbeit im Bereich des Bildungswesens, Abl.C 98 vom 20.8.1974, 2 Ziff.I.

¹¹⁸ *Gravier ./. Stadt Lüttich* (Anm.1), 610 Rdnr.12.

¹¹⁹ *Ibid.*, Rdnr.13.

¹²⁰ *Reeves, Inc. v. Stake*, 447 U.S. 429, 442 (1980). Aus der Literatur siehe Varat (Anm.14), 552–554; Levmore (Anm.14), 581 und 587; L.H. Tribe, *American Constitutional Law* (1979 Supplement), 38 f.

¹²¹ Vgl. *Starns v. Malkerson*, 326 F.Supp. 234, 239–241 (D. Minnesota, 1970); *Johns v. Redeker*, 406 F.2d 878, 881 (8th Cir., 1969); *Clarke v. Redeker*, 259 F.Supp. 117, 123

auch höhere Anforderungen stellen als an die einheimischer Bewerber¹²². Überwiegend wird sogar ein vollständiger Ausschluß von Bürgern aus Schwesterstaaten für zulässig erachtet¹²³.

Die gegensätzlichen Positionen der europäischen und amerikanischen Verfassungsrechtsprechung zu den Ausbildungsrechten der Bürger anderer Gliedstaaten deuten auf divergierende Einschätzungen des Konflikts zwischen den Partizipationsinteressen der einzelnen auf der einen und der Gefährdung des gliedstaatlichen Gestaltungsspielraums im Bildungsbe- reich durch Nutzenexternalisierung auf der anderen Seite hin. Die Gleich- behandlungsinteressen der Wanderstudenten bedürfen in der Gemein- schaft derzeit noch eines stärkeren Schutzes, weil mangels gegenseitiger Anerkennung der Studienabschlüsse die Berufsausübung in einem anderen Mitgliedstaat häufig ein Studium in diesem Staat voraussetzt. Was die bil- dungspolitischen Aufgaben der Gliedstaaten anbelangt, scheint ihre effi- ziente Wahrnehmung durch eine sämtliche Unionsbürger umfassende Gleichbehandlungspflicht in den USA weitaus stärker beeinträchtigt zu werden als in der Gemeinschaft. Errichtet ein amerikanischer Bundesstaat eine Hochschulé, so kann diese – bei entsprechend gutem Ruf – Bewerber aus den gesamten USA erwarten. In der EG ist die Mobilität der Studenten aufgrund sprachlicher und kultureller Barrieren zwischen den Mitglied- staaten demgegenüber erheblich geringer¹²⁴. Hier ist es folglich weitaus weniger wahrscheinlich als in den Vereinigten Staaten, daß die Pflicht zur gleichmäßigen Zulassung auswärtiger Studenten die effiziente Allokation von Haushaltsmitteln im Bildungswesen gefährden wird. Dieser Gesichtspunkt mag hinter den unterschiedlichen Positionen der obersten Gerichts- höfe stehen.

An der amerikanischen Haltung sind allerdings ohnehin Zweifel ange- bracht. Für die Frage, inwieweit die Bereitstellung staatlicher Hochschul- plätze durch Nutzenexternalisierung beeinträchtigt wird, kann man nicht allein auf den Grad der Mobilität und den Anteil auswärtiger Studierender abstellen. Schulen und Universitäten begründen nicht nur individuelle Vorteile in der Person der Ausbildungsempfänger, sondern tragen auf viel- fältige Weise zur Wohlfahrt des gesamten Gemeinwesens bei, indem sie das für den wirtschaftlichen, technischen, gesellschaftlichen und politischen

(S.D.Iowa, 1966). Aus dem Schrifttum vgl. Varat und Levmore, *ibid.*, sowie Linde (Anm.14), 65f. und Simson (Anm.14), 396.

¹²² Varat (Anm.14), 553f.; Levmore (Anm.14), 587; ablehnend insoweit Linde, *ibid.*, 65f. und Simson, *ibid.*, 396f.

¹²³ Varat und Levmore, *ibid.*

¹²⁴ Vgl. die Feststellungen des EuGH im *Gravier*-Urteil (Anm.1), 610 Rdnr.13.

Fortschritt erforderliche Bildungsniveau der Bevölkerung sicherstellen. Dieser gesellschaftliche Nutzen der Hochschulausbildung tritt in dem Staat ein, in welchem sich die Wanderstudenten nach Abschluß ihrer Ausbildung beruflich niederlassen. Studenten, die ihre gesamte Ausbildung in einem anderen Gliedstaat durchlaufen haben, werden häufig in diesem Staat bleiben, wenn sie dort nach drei- bis fünfjährigem Aufenthalt – zumal während prägender Lebensjahre – inzwischen ihren Lebensmittelpunkt begründet haben. Da sich der gesellschaftliche Nutzen von Hochschulen räumlich auf die Region konzentriert, in der sich die Ausbildungsstätte befindet, fehlt es im Bildungsbereich an einer für Nutzenexternalisierungen charakteristischen Trittbrettfahrerlage: Kein Staat wird im Hinblick auf den Zugang seiner Bürger zu den Hochschulen anderer Gliedstaaten vom Auf- und Ausbau seines eigenen Hochschulsektors absehen. Ein Staat würde sich selbst seiner wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Zukunft berauben, enthielte er seiner Jugend Ausbildungsmöglichkeiten vor und zwänge er sie damit zur Abwanderung in andere Staaten. Beispiele aus den USA und Europa dokumentieren, daß die Staaten die mit Hochschulstandorten verbundenen Vorteile für die eigene Entwicklung erkennen¹²⁵. Den Anteil auswärtiger Studenten als Indikator für das Ausmaß der Nutzenexternalisierung zu nehmen, würde den gesellschaftlichen Nutzen leugnen, den eine Hochschule der sie umgebenden Region stiftet. Auch bei höherer Studentenmobilität in der Gemeinschaft wäre folglich die Gefahr, daß die Allokation öffentlicher Mittel für den Bildungssektor durch grenzüberschreitende Nutzen-*spillovers* ernstlich gestört würde, zu gering, um Zugangsrestriktionen rechtfertigen zu können.

e) Studienförderung

aa) Teilhabeansprüche aufgrund der Berufsfreiheit

Die Einbeziehung von EG-Ausländern in die einzelstaatliche Ausbildungsförderung ist geklärt für diejenigen EG-ausländischen Schüler und Studenten, die (als Kinder oder Ehegatten) zur Familie eines Wanderarbeitnehmers oder eines niedergelassenen selbständigen Erwerbstätigen ge-

¹²⁵ Die Entscheidung, seine europäische Produktionsstätte für Halbleiter in Alsdorf (Nordrhein-Westfalen) anzusiedeln, begründete der japanische Mitsubishi-Konzern u. a. mit der Nähe zur Technischen Hochschule Aachen, FR vom 14.12.1989, 7.

hören¹²⁶. Weitgehende Übereinstimmung besteht auch hinsichtlich solcher EG-Ausländer, die sich als Arbeitnehmer oder selbständige Erwerbstätige ins Inland begeben haben, nunmehr jedoch eine neue Ausbildung anstreben. Da die im EWG-Vertrag garantierte Berufsfreiheit Schutzwirkungen auch für die Zeit nach Ende der Tätigkeit (Verbleibeberechtigung nach Art.48 Abs.3 *lit.d* EWGV) und sachlich in allen sozialen Fragen und nicht nur im Hinblick auf die Arbeitsbedingungen im eigentlichen Sinne entfaltet, müssen auch sie in den Genuß der Ausbildungsförderung des Gaststaates kommen¹²⁷. Der Gerichtshof verlangt allerdings, daß zwischen der früheren Berufstätigkeit und dem Gegenstand des Studiums ein sachlicher Zusammenhang bestehen muß¹²⁸. Eine weitere Schranke hat er im Urteil *Brown* errichtet: Wenn auch ein studienbezogenes Praktikum zur Qualifizierung als Arbeitnehmer ausreicht, vermag es jedoch – wegen seiner lediglich »untergeordneten Bedeutung« – keinen Anspruch nach Art.7 Abs.2 der Verordnung Nr.1612/68 auf Studienförderung zu begründen¹²⁹.

bb) Teilhabeansprüche aufgrund der Dienstleistungsfreiheit

Bei der Frage, inwieweit das primäre Gemeinschaftsrecht, also vor allem die Dienstleistungsfreiheit oder Art.7 EWGV, eine EG-weite Öffnung der nationalen Ausbildungsförderungssysteme verlangt, geht es um zwei Pro-

¹²⁶ EuGH, *Casagrande ./. Landeshauptstadt München* (Anm.45), 773, 778f. Rdnr.3–6 für Kinder EG-ausländischer Arbeitnehmer (Art.12 der Verordnung 1612/68); Ehegatten von Wanderarbeitnehmern können ihre Ansprüche auf gleichberechtigten Zugang zur Ausbildungsförderung auf Art.48 EWGV stützen; bei Angehörigen Selbständiger bildet Art.52 EWGV die Anspruchsgrundlage. Siehe die Überblicke von Opper mann (Anm.35), 42–46 und B. De Witte, *Educational Equality for Community Workers and their Families*, in: ders. (Hrsg.), *European Community Law of Education* (1989), 71, 72–74. § 5 Abs.2 Satz 2 BAföG, der Kindern von berufstätigen EG-Ausländern die finanzielle Förderung der Ausbildung dann versagt, wenn sie in dem Herkunftsstaat der Eltern studieren, scheint diesen Anforderungen des Gemeinschaftsrechts kaum zu entsprechen; vgl. dazu die derzeit anhängige Rs.308/89, *Carmina di Leo ./. Land Berlin* (Vorlagebeschluß des Verwaltungsgerichts Darmstadt, 11.9.1989, Informationsbrief Ausländerrecht 1989, 327).

¹²⁷ EuGH, *Lair ./. Universität Hannover* (Anm.2), Rdnr.17–44 (zur Verordnung 1612/68); bestätigt im Urteil *Matteucci ./. Communauté française* (Anm.59); Opper mann, *ibid.*, 43–46, 61 und 66f. (jedoch mit Ausnahme der Stipendien, die von den privaten Stiftungen der Begabtenförderung vergeben werden). § 8 Abs.2 Nr.1 BAföG, der eine vorausgegangene Erwerbstätigkeit im Inland von mindestens fünf Jahren verlangt, verstößt demnach gegen Art.7 der VO 1612/68, siehe EuGH, *Lair* (Anm.2), Rdnr.40–44.

¹²⁸ Gegen diese Einschränkung mit beachtlichen Argumenten Opper mann (Anm.35), 61. Bei unfreiwilligem Verlust der Arbeitsstelle will auch der Gerichtshof an diesem Erfordernis nicht festhalten, *Lair*-Urteil, Rdnr.37.

¹²⁹ EuGH, *Brown ./. Secretary of State for Scotland* (Anm.30), Rdnr.23 und 27.

blemkreise. Einmal stellt sich die Frage, ob EG-ausländische Studenten, die an einer inländischen Hochschule studieren, generell unter denselben Voraussetzungen wie Inländer in der staatlichen Studienförderung zu berücksichtigen sind. Nicht weniger interessant als die Frage nach der Einbeziehung ausländischer Gaststudenten ist aber auch die nach der Förderung einheimischer Studenten im EG-Ausland. Bei dieser zweiten Problematik geht es um die Zulässigkeit von Differenzierungen nach der Nationalität des Dienstleistungserbringers, ob also die Ausbildungsförderung an die Bedingung geknüpft werden darf, daß das Studium an einer inländischen Universität und nicht an Hochschulen in anderen Mitgliedstaaten absolviert wird.

Unter dem Eindruck des *Gravier*-Urteils, mit dem der EuGH EG-Ausländern gleichen Zugang zu den Hochschulen der Mitgliedstaaten sicherte, bereitete die erste Problematik den Kultusbürokratien für einige Zeit beträchtliche Kopfschmerzen¹³⁰, bis dann der Gerichtshof in der Rechtssache *Lair* die Dinge klärte und die Anwendung des Diskriminierungsverbots des Art.7 EWGV auf die staatliche Förderung, die Studenten für den Lebensunterhalt und die Ausbildung gewährt wird, ablehnte¹³¹. Damit steht nun fest, daß die Mitgliedstaaten die staatliche Studienförderung wirksam auf die eigenen Staatsangehörigen beschränken können.

Daß das *Lair*-Urteil unter mehreren Gesichtspunkten kaum zu überzeugen vermag, wurde bereits dargelegt¹³². Im übrigen läßt es zu Umgehungen ein, weil es für den Begriff des Arbeitnehmers im Sinne von Art.48 EWGV keine Mindestbeschäftigungsdauer in dem anderen Mitgliedstaat zuläßt¹³³, so daß auch kurze Beschäftigungen (allerdings nicht universitätsbezogene Praktika) die mit dem Arbeitnehmerstatus verbundenen sozialen Vergünstigungen auslösen können.

Im folgenden sollen nun die Kriterien, die allgemein zum Zugang zu öffentlichen Ressourcen anderer Mitgliedstaaten entwickelt wurden, auf die gliedstaatliche Studienförderung angewendet und dazu die Partizipationsinteressen EG-ausländischer Studenten abgewogen werden mit den Interessen der Gemeinschaft am Bestand und der Funktionstüchtigkeit gliedstaatlicher Ausbildungsförderungssysteme.

Ansprüche von EG-Ausländern auf gleichmäßige Berücksichtigung in

¹³⁰ Vgl. das vom Bundesminister für Bildung und Wissenschaft in Auftrag gegebene Gutachten von Oppermann (Anm.35).

¹³¹ Siehe EuGH, *Lair* ./ *Universität Hannover* (Anm.2), Rdnr.15.

¹³² Oben 1.c) bb).

¹³³ Rdnr.40–44 des *Lair*-Urteils (Anm.2).

den nationalen Stipendiensystemen können sich auf die Dienstleistungsfreiheit stützen, wenn man – was hier vertreten wird¹³⁴ – die Ausbildung an Schulen und Hochschulen als Dienstleistung im Sinne der Art.59ff. EWGV ansieht. Zwar sind Stipendien als Geldleistung selbst keine Dienstleistung, doch werden sie gewährt, um die Inanspruchnahme von Dienstleistungen zu ermöglichen oder zu erleichtern. Der Ausschluß von EG-Ausländern, die eigens zum Zwecke des Studiums ins Inland kommen, aus der staatlichen Ausbildungsförderung kann mithin nur dann vor Art.59 EWGV Bestand haben, wenn er aus im gemeinschaftlichen Allgemeininteresse liegenden Gründen erforderlich ist.

Mit der Ausbildungsförderung verfolgen die Mitgliedstaaten wirtschafts-, bildungs- und sozialpolitische Ziele. Es sollen ein qualifizierter, den Anforderungen der hochindustrialisierten Gesellschaft genügender Nachwuchs gewährleistet, ihrer demokratischen Verantwortung bewußte Bürger ausgebildet sowie berufliche Chancengleichheit unabhängig von der wirtschaftlichen Situation der Familie hergestellt werden¹³⁵. Diese Zielsetzungen sind nicht nur mit dem EWG-Vertrag vereinbar, sondern liegen im europäischen Allgemeininteresse. In mehreren Beschlüssen, Leitlinien und Programmen haben die Organe der Gemeinschaft die Verzahnung des Bildungssektors mit dem gemeinsamen Markt betont und in diesem Zusammenhang die Rolle der einzelstaatlichen Systeme der Ausbildungsförderung gewürdigt¹³⁶.

Erkennt man die gemeinschaftsrechtliche Schutzwürdigkeit der gliedstaatlichen Stipendiensysteme an, sind Zugangsrestriktionen für Fremde nach den vom Gerichtshof entwickelten immanenten Schranken der Dienstleistungsfreiheit in dem Maße zulässig, das zur Erhaltung der Funktionsfähigkeit der nationalstaatlichen Ausbildungsförderung erforderlich ist. Wie sich eine europaweite Öffnung der Ausbildungsförderung auswirken wird, ist nur schwer abzusehen¹³⁷. Diejenigen, die eine Funktionsbeeinträchtigung vorhersagen und daher eine Einbeziehung EG-ausländischer Studenten als »exzessiv« und »gefährlich« ablehnen¹³⁸, stehen vor der Schwierigkeit zu erklären, warum EG-Ausländer zwar beim Zugang

¹³⁴ Dazu oben 4.d).

¹³⁵ Zu diesen Zwecken der staatlichen Ausbildungsförderung siehe F. R o t h e / E. A. B l a n k e, Bundesausbildungsförderungsgesetz, Kommentar, Loseblatt, 4. Aufl. 9. Lieferung Juli 1989, Teil II, Einführung Rdnr.1.

¹³⁶ Siehe den Überblick über die wichtigsten Gemeinschaftsakte zum Bildungswesen von O p p e r m a n n (Anm.35), 21–26.

¹³⁷ Vgl. O p p e r m a n n, *ibid.*, 75.

¹³⁸ O p p e r m a n n (Anm.35), 69 und 75.

zu Studienplätzen gleichmäßig zu berücksichtigen sind, nicht jedoch bei der Verteilung von Stipendien, obgleich Studienplätze ungleich teurer sind als die häufig ohnehin nur als Darlehen gewährte Studienförderung. Immerhin bestehen bei Stipendien durchaus gewisse Unterschiede gegenüber Studienplätzen, was das Ausmaß der durch die Einbeziehung von Verbandsfremden bewirkten Nutzenexternalisierung betrifft. Bei vollkommener innergemeinschaftlicher Mobilität würden sich die hilfsbedürftigen Studenten in dem Mitgliedstaat konzentrieren, der die großzügigste Ausbildungsförderung bereitstellt. Während der gleichmäßige Hochschulzugang die finanzielle Belastung des Gaststaates nicht beeinflusst, sondern lediglich die vorhandenen Studienplätze anders verteilt, wird der gleichmäßige Zugang zur Studienförderung den Haushalt des Gaststaates stärker belasten, wenn in der Zusammensetzung der Studentenschaft der Anteil derjenigen Studenten, die der finanziellen Unterstützung bedürfen, wächst¹³⁹. Mitgliedstaaten, die besonders fortschrittliche Stipendiensysteme einzurichten planen, werden in Anbetracht der zu erwartenden sozialen Verschiebungen innerhalb der Studentenschaft und einem entsprechenden Anstieg des Finanzbedarfs möglicherweise davon absehen und sich statt dessen am (niedrigeren) Niveau der anderen Mitgliedstaaten orientieren. Insofern könnte der Fall eintreten, daß sich die hilfsbedürftigen Studenten im Staat mit der relativ besten Ausbildungsförderung sammeln und diesen dadurch überfordern. Gegen eine drohende Funktionsstörung spricht jedoch die geringe Mobilität der Studenten in der Gemeinschaft. Die vielfältigen sprachlichen und kulturellen Barrieren zwischen den Mitgliedstaaten sowie zahlreiche Unterschiede im beruflichen Anforderungsprofil schließen es aus, daß die Wahl des Studienstaates ausschließlich oder auch nur überwiegend nach der Ausstattung der staatlichen Ausbildungsförderung getroffen wird.

Bei der Frage nach der Einbeziehung EG-ausländischer Studenten mit ins Kalkül zu ziehen ist schließlich auch der zweite Problemkreis, ob die Vorschriften des Vertrages über den freien Dienstleistungsverkehr die Mitgliedstaaten zur Förderung einheimischer Studenten an Hochschulen in anderen Mitgliedstaaten verpflichten. Bindet ein Mitgliedstaat die Studienförderung an den Besuch einer inländischen Ausbildungsstätte¹⁴⁰, wird in

¹³⁹ Umgekehrt nimmt in den Heimatstaaten der hilfsbedürftigen Studenten der Anteil der wohlhabenden Studierenden zu.

¹⁴⁰ So z. B. § 4 BAföG. In bestimmten Fällen ist die Förderung eines Studiums im Ausland möglich, §§ 5 und 6 BAföG, wobei nicht zwischen EG- und Drittstaaten unterschieden wird. Der »Beirat für Ausbildungsförderung« beim Bundesbildungsministerium schlägt in seinem Bericht von 1988 vor, Studenten, die in der Bundesrepublik keinen Stu-

die Freiheit EG-ausländischer Hochschulen, Dienstleistungen gegenüber Inländern zu erbringen, ebenso eingegriffen wie in die Freiheit von Inländern, Ausbildungsleistungen von Hochschulen anderer Mitgliedstaaten zu empfangen. Berücksichtigt man sowohl die Ausgabensteigerung, die den Mitgliedstaat mit der relativ guten Ausbildungsförderung durch eine Konzentration hilfsbedürftiger Studenten treffen kann, als auch die zweite Stoßrichtung der Dienstleistungsfreiheit, das Studium Einheimischer an ausländischen Hochschulen zu fördern, zeichnet sich eine doppelte Nutzenexternalisierung ab, die sich vermeiden läßt, wenn man die EG-weite Öffnung auf eine der beiden Seiten beschränkt. Wiese man die Studienfinanzierung grundsätzlich dem Heimatstaat zu, hätte dies den Nachteil, daß wirtschaftlich weniger entwickelte Mitgliedstaaten den *brain drain* in attraktivere Mitgliedstaaten auch noch selbst mitfinanzieren müßten, indem ihre Bürger die Heimatfinanzierung in Anspruch nehmen, um sich Startpositionen in dem anderen Mitgliedstaat zu graben. Mit einem Prinzip der Studienförderung durch den Heimatstaat würde man es wirtschaftlich schwächeren Staaten noch schwerer machen, Systeme der Ausbildungsförderung einzurichten¹⁴¹. Für die Förderung durch den jeweiligen Gaststaat spricht, daß der EG-Ausländer mit dem Studium regelmäßig seinen Lebensmittelpunkt in den Hochschulstaat verlegt und sich an das Studium häufig eine längere Eingliederung in den neuen Staat anschließt. Die Zuweisung der Ausbildungsförderung an den Ausbildungsstaat erscheint auch insofern sachgerechter, als die Förderungssätze zugeschnitten sind auf die Lebenshaltungs- und Ausbildungskosten am Hochschulort und sich der Fortschritt des Studiums unmittelbar kontrollieren ließe. Eine parallele Beurteilung von Hochschulzugang und Studienfinanzierung hätte überdies den Vorteil, die Bedingungen der Teilnahme am Unterricht einheitlich zu regeln und willkürlich anmutende Differenzierungen innerhalb der Ausbildungskosten, die der Hochschulstaat übernimmt, zu vermeiden¹⁴².

Da die sprachlichen und kulturellen Barrieren in der Gemeinschaft sowie

dienplatz erhalten haben, ein Studium im Ausland nicht mehr zu fördern, vgl. FR vom 12.10.1988, 4. Aus dem amerikanischen Verfassungsrecht siehe *Spatt v. New York* (Anm.38).

¹⁴¹ Zum amerikanischen Recht vgl. *Spatt v. New York, ibid.*, 1054: "The purpose of the student financial assistance program is not only to help the student but also, and equally important, to help build a strong system of colleges in this State, essential for economic and cultural progress".

¹⁴² Das *Lair*-Urteil (Anm.2) unterscheidet zwischen Studiengebühren auf der einen und Lebenshaltungs- und (sonstigen) Ausbildungskosten auf der anderen Seite. Die Abgrenzung mag im Einzelfall zweifelhaft sein.

die von Mitgliedstaat zu Mitgliedstaat abweichenden Voraussetzungen für die Berufszulassung ohnehin nur eine mäßige Mobilität der Studenten zulassen, erscheint es im Ergebnis zumutbar, die Mitgliedstaaten zur Öffnung ihrer Stipendiensysteme für unterstützungsbedürftige EG-ausländische Studenten zu verpflichten¹⁴³. Dagegen würde Nutzenexternalisierung die Gewährleistung beruflicher Chancengleichheit durch die Mitgliedstaaten beeinträchtigen, verlangte man von ihnen neben der Förderung der Ausländer im Inland auch die der Inländer im Ausland. Der jeweilige Heimatstaat sollte daher nicht verpflichtet sein, ein vollständiges Hochschulstudium seiner Bürger in einem anderen EG-Staat finanziell zu fördern¹⁴⁴.

f) Verkehrseinrichtungen

Indem die Mitgliedstaaten Straßen, Häfen und Flughäfen zur Verfügung stellen, erbringen sie Dienstleistungen gegenüber den Verkehrsteilnehmern. Die Partizipationsinteressen von EG-Ausländern sind bei Verkehrseinrichtungen besonders stark. Sie ergeben sich nicht nur aus dem von der Dienstleistungsfreiheit umfaßten Diskriminierungsverbot, sondern erhalten Verstärkung durch die Komplementärfunktionen, die Verkehrseinrichtungen zur Verwirklichung anderer Grundfreiheiten erfüllen: Ohne die Benutzung von Verkehrseinrichtungen sind der grenzüberschreitende Warenverkehr, die Ausübung selbständiger und unselbständiger Erwerbstätigkeiten und der persönliche Empfang von Dienstleistungen in anderen Mitgliedstaaten undenkbar.

Die andere Waagschale der Interessenabwägung beim Zugang zu frem-

¹⁴³ Anderer Ansicht: EuGH im *Lair*-Urteil, *ibid.* Einige Autoren lehnen die Einbeziehung von EG-Ausländern unter Hinweis auf die Probleme ab, die bei der Rückforderung einer als Darlehen gewährten Studienförderung im Ausland auftreten können, Rothe/Blanke (Anm.135), Teil II § 8 BAföG Rdnr.26.2. Der EuGH hat jedoch dem Gesichtspunkt, daß Ansprüche auf Rückzahlung von Darlehen gegenüber EG-Ausländern, die in ihr Heimatland zurückkehren, aus tatsächlichen und prozessualen Gründen häufig schwerer durchzusetzen sind als gegenüber Inländern, bei der Bestimmung der Teilhabeansprüche an staatlichen Leistungen keine Bedeutung zugemessen, siehe *Reina./Landeskreditbank Baden-Württemberg* (Anm.68), 45 Rdnr.16f. (staatliche Geburtsdarlehen für junge Familien). Ebenso die Position des US Supreme Court in dieser Frage, siehe *Memorial Hospital v. Maricopa County* (Anm.91), 268.

¹⁴⁴ Eine Ausnahme ist dort zu machen, wo der einheimische Student lediglich einzelne Ausbildungsabschnitte, die seine inländische Ausbildung ergänzen, an einer Ausbildungsstätte in einem anderen Mitgliedstaat absolviert. Die Regelung der §§ 4 bis 6 BAföG erscheint insoweit vertragskonform.

den öffentlichen Ressourcen wird demgegenüber durch eine Gleichbehandlungspflicht kaum berührt. Die gleichmäßige Zulassung von EG-Ausländern vermag nur in seltenen Fällen die Interessen der Gliedstaaten an einer souveränen Gestaltung ihrer Verkehrssektoren oder das der Gemeinschaft am Erhalt der Versorgungs- und Experimentierfunktion der Staaten in diesem Bereich zu beeinträchtigen. Zum einen ist das Knappheitsproblem weniger gravierend als bei anderen öffentlichen Ressourcen, weil unterhalb der Grenze der Überfüllung Inländer nicht verdrängt werden. Zweitens ist die Benutzung von Verkehrswegen durch Fremde nicht gleichbedeutend mit Nutzenexternalisierung, da die Inanspruchnahme wenigstens dort, wo ihr Ausgangs- oder Endpunkt innerhalb des Mitgliedstaates liegt, auch den Interessen des Gastlandes dient. Drittens fehlt es wegen der relativ kleinen Nutzengebiete und der erheblichen Bedeutung für die Erschließung des eigenen Wirtschaftsraums an einer interdependenten Entscheidungssituation: Kein Staat wird von der Errichtung von Verkehrseinrichtungen im Hinblick auf Maßnahmen in anderen Mitgliedstaaten absehen.

Auf Staatenebene können grenzüberschreitende Nutzen-*spillovers* praktisch nur beim Transit auftreten, wenn also die Verkehrseinrichtungen eines Mitgliedstaates aufgrund seiner geographischen Lage überwiegend vom Transitverkehr genutzt werden¹⁴⁵. Zwar würde in diesen Fällen die Allokationsfunktion gestört, weil erheblichen Belastungen ein nur geringer Nutzen gegenübersteht, doch kann auch in diesen Fällen wegen der herausragenden Bedeutung, die Verkehrseinrichtungen zur Entfaltung anderer Grundfreiheiten besitzen, keine Aufweichung der Gleichbehandlungspflicht hingenommen werden¹⁴⁶.

¹⁴⁵ Als Beispiel könnten die Alpenländer Schweiz und Österreich dienen, wenn sie der Gemeinschaft angehörten.

¹⁴⁶ Aus der amerikanischen Rechtsprechung vgl. *Allegheny Airlines, Inc. v. Sills*, 110 New Jersey Superior Court Reports 54, 264 A.2d 268 (Superior Court of New Jersey, Chancery Division, 1970): Die Erhebung einer Abgabe (nicht Benutzungsgebühr) pro Flugpassagier des Flughafens Newark in New Jersey, der überwiegend von Reisenden von und nach New York City benutzt wird, ist verfassungswidrig. So auch *Northwest Airlines, Inc. v. Joint City-County Airport Board*, 154 Montana Reports 352, 463 P.2d 470 (Supreme Court of Montana, 1970). Dagegen stellt eine auch nicht *de facto* diskriminierende Benutzungsgebühr keine Verletzung der Commerce Clause dar, *Airport Authority v. Delta Airlines*, 405 U.S. 707 (1972). Vgl. auch *Guy v. Baltimore*, 100 U.S. 434 (1879) (Benutzungsgebühr für den Hafen von Baltimore, die den zwischenstaatlichen Warenverkehr stärker als den *intrastate commerce* belastete), und *Buck v. Kuykendall*, 267 U.S. 307 (1925) (Genehmigungspflicht allein für den grenzüberschreitenden Güterkraftverkehr im Staat Washington, gestützt auf das Eigentum des Staates an seinen Landstraßen, verstößt gegen die Commerce Clause). Bei gravierenden Störungen der Allokationsfunktion in Transitstaaten verbleibt

g) Gerichte

Der Zugang zu den Gerichten anderer Mitgliedstaaten¹⁴⁷ wird häufig erforderlich sein, um die im EWG-Vertrag garantierte Freiheit des Waren- oder Dienstleistungsverkehrs, Arbeitnehmerfreizügigkeit oder Niederlassungsfreiheit verwirklichen zu helfen. Würde es EG-Ausländern verwehrt, bei Rechtsstreitigkeiten, die sich im Zusammenhang mit dem Warenverkehr oder der grenzüberschreitenden Ausübung selbständiger oder unselbständiger Erwerbstätigkeit ergeben, die Gerichte eines Mitgliedstaates in demselben Maße, wie es Inländern möglich wäre, in Anspruch zu nehmen, wären die Art.30ff., 48ff., 52ff. oder 59ff. EWGV verletzt.

In reiner Form stellt sich die Problematik der gleichmäßigen Teilhabe an den öffentlichen Ressourcen anderer Gliedstaaten jedoch erst in den Fällen, in denen der Zugang zu fremden Gerichten unabhängig und losgelöst von Transaktionen gesucht wird, die ihrerseits bereits den Schutz des Vertrages genießen. Haben sich die nationalen Gerichte etwa der Klage eines EG-Ausländers gegen einen anderen EG-Ausländer wegen einer im EG-Ausland begangenen unerlaubten Handlung anzunehmen? Die Servicefunktion fremder Gerichte kann auch bei der vertraglichen Gestaltung privater Rechtsbeziehungen gefragt sein: Ist z. B. die Bundesrepublik verpflichtet, den Zugang zu ihren Gerichten auf eine Vereinbarung hin zu eröffnen, die zwei Engländer – oder ein Engländer und ein Franzose – in einem Rechtsverhältnis, das ansonsten keinerlei Beziehungen zum Inland aufweist, über die Zuständigkeit eines deutschen Gerichts getroffen haben? In diesen Fällen stellt sich die allgemeine Frage, inwieweit primäres Gemeinschaftsrecht den Mitgliedstaaten abverlangt, den Justizgewährungsanspruch, der ein subjektiv öffentliches Recht des einzelnen auf Rechtspflege zum Gegenstand hat (d. h., daß sich unabhängige Gerichte seiner Klage annehmen, Termine anberaumen, die Sache nach der tatsächlichen und rechtlichen Seite überprüfen und bei Entscheidungsreife ein Urteil fällen)¹⁴⁸, auch auf EG-Ausländer zu erstrecken¹⁴⁹. Sieht man die Gerichte

demnach lediglich, daß die Gemeinschaft die Aufgabe wenigstens teilweise an sich zieht und z. B. Zuschüsse leistet.

¹⁴⁷ Die folgenden Überlegungen befassen sich nur mit dem Zugang zu fremden Zivilgerichten.

¹⁴⁸ Zum Justizanspruch vgl. etwa P. Hartmann, in: A. Baumbach [u. a.], Zivilprozeßordnung (48. Aufl. 1990), Grundzüge § 253 Anm.1 A. Der Justizanspruch hat Anerkennung gefunden in Art.6 Abs.1 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 10.11.1950 (BGBl.II, 686).

¹⁴⁹ Was die Einwirkung sonstigen Gemeinschaftsrechts auf den persönlichen Schutzbereich des verfassungsrechtlich verankerten Justizanspruchs anbelangt, ist das auf Art.220

als Einrichtungen an, die (auch) Dienstleistungen gegenüber dem Rechtsschutz suchenden Kläger erbringen, geraten die nationalen Regeln über die internationale Zuständigkeit der inländischen Gerichte auf den Prüfstand des in Art.59 EWGV inkorporierten Diskriminierungsverbots. Schließt man sich dem Dienstleistungsansatz nicht an, kann das Diskriminierungsverbot des Art.7 EWGV eingreifen. Wo EG-Ausländer *de iure* (aufgrund der Staatsangehörigkeit) oder *de facto* (z.B. aufgrund des Wohnsitzes) beim Zugang zu den Gerichten benachteiligt werden, bedürfen diese Einschränkungen der internationalen Zuständigkeit einer sachlichen Rechtfertigung durch ein gemeinschaftsrechtlich anerkanntes Allgemeininteresse.

Da es an Stellungnahmen zu den Anforderungen der EWG-vertraglichen Freizügigkeitsgarantien an das nationale Zuständigkeitsrecht fehlt, bietet sich ein Vergleich mit dem amerikanischen Verfassungsrecht an¹⁵⁰. In den USA ist anerkannt, daß die Privileges and Immunities Clause, wonach die Bürger anderer US-Staaten hinsichtlich der einzelstaatlichen »Privilegien« grundsätzlich mit Einheimischen gleichzustellen sind, auch den Zugang zu den staatlichen Gerichten erfaßt¹⁵¹. Danach sind die Gliedstaaten insbesondere verpflichtet, sich solcher von Bürgern anderer Staaten gegen Einheimische erhobener Klagen und Anträge anzunehmen, die Einheimische zulässigerweise erheben könnten¹⁵². Das amerikanische Verfassungsrecht

EWGV gestützte Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 27.9.1968 (EuGVÜ) (ABl.L.299 vom 31.12.1972, 32) zu beachten. Ist ein Vertragsstaat nach den Regeln des EuGVÜ zuständig, so ist er sowohl gegenüber den anderen Vertragsstaaten als auch gegenüber dem Kläger verpflichtet, ein kompetentes Gericht zur Verfügung zu stellen. Insoweit hat das Übereinkommen dem Kläger ein Individualrecht auf Justizgewährung geschaffen. In seinem Anwendungsbereich schafft es die Jurisdiktionsprivilege für Einheimische (Klägergerichtsstände für eigene Staatsangehörige) ab und dehnt sie auf alle Kläger mit Wohnsitz oder Sitz in dem betreffenden Vertragsstaat aus, Art.2 Abs.2 EuGVÜ. Diese Ausdehnung hat freilich nur für Art.14 Code civil Bedeutung, der dem französischen Kläger unabhängig von seinem Wohnsitz stets einen Gerichtsstand in Frankreich eröffnete. Für die Bundesrepublik ergab sich demgegenüber keine Veränderung, weil die Bereiche, in denen das deutsche internationale Zuständigkeitsrecht auf die Staatsangehörigkeit des Klägers abstellt (vgl. z. B. § 606a Abs.1 Satz 1 Nr.1 ZPO), nicht in den Anwendungsbereich des EuGVÜ fallen.

¹⁵⁰ Aus dem amerikanischen Schrifttum zum Gerichtszugang vgl. B. Currie / H. H. Schreter, *Unconstitutional Discrimination in the Conflict of Laws: Privileges and Immunities*, 69 *Yale Law Journal* 1323, 1379–1389 (1960); Simson (Anm.14), 398f.; Varat (Anm.14), 535 Anm.185; vgl. auch 20 *Am. Jur.2d* "Courts" § 181.

¹⁵¹ Grundlegend *Corfield v. Coryell*, 6 Fed. Cas. 546, 552 (Circuit Court, Eastern District of Pennsylvania, 1823): "to institute and maintain actions of any kind in the courts of the state".

¹⁵² Vgl. *Missouri v. Mayfield*, 340 U.S. 1, 3f. (1950); Currie/Schreter (Anm.150), 1384.

hat jedoch auch Kriterien entwickelt, nach denen die Benutzung der staatlichen Gerichte durch Fremde Qualifizierungen und Einschränkungen unterworfen werden kann¹⁵³. Die Staaten können die interlokale Zuständigkeit ihrer Gerichte beschränken, um diesen eine effiziente Wahrnehmung ihrer »eigentlichen« Aufgabe – Fälle zu entscheiden, die einen Bezug zu dem Staat aufweisen – zu ermöglichen oder um die Interessen anderer Staaten zu respektieren, wie z. B. das Interesse des Wohnsitzstaates des Beklagten, diesen vor einem übermäßigen *forum shopping* des Klägers zu schützen¹⁵⁴. Der Supreme Court geht sogar so weit, die in vielen US-Staaten geltende Lehre vom *forum non conveniens* für vereinbar mit der Privileges and Immunities Clause zu halten¹⁵⁵. Staaten, die die Lehre vom *forum non conveniens* in ihr Zuständigkeitsrecht aufnehmen, sind jedoch aufgrund des Diskriminierungsverbots gehalten, eigenen Staatsbürgern, die in einem anderen US-Staat wohnen und außerhalb des Forumstaates durch Bürger anderer Staaten verletzt werden, den Zugang zu den eigenen Gerichten gleichfalls zu verwehren¹⁵⁶.

Welche Anforderungen in der EG die Dienstleistungsfreiheit und das Diskriminierungsverbot an die Ausgestaltung der nationalen Justizgewährungsansprüche stellen, kann hier auch nicht annähernd erschöpfend behandelt werden. Im Grundsatz sind sämtliche Gemeinschaftsbürger in den Justizanspruch gleichmäßig mit den Inländern einzubeziehen, so daß jeder EG-Bürger prinzipiell die Gerichte jedes Mitgliedstaates zur Sachentscheidung anrufen kann. Im Interesse des Beklagten, für den es eine besondere Belastung darstellt, in einem fremden Staat gerichtspflichtig zu sein, und einer sachkundigen Rechtspflege sind nichtdiskriminierende (d. h. für Inwie Ausländer gleichmäßig geltende) Einschränkungen zulässig, die die Rechtsuchenden allgemein auf den Gerichtsstand des Beklagten, bei Verträgen auf den des Erfüllungsortes oder bei unerlaubten Handlungen auf den des Ortes des schädigenden Ereignisses verweisen¹⁵⁷. Soweit das natio-

¹⁵³ Vgl. dazu Currie/Schreter, *ibid.*, 1383f.

¹⁵⁴ *Ibid.*

¹⁵⁵ *Douglas v. New York, New Haven & Hartford Railroad Co.*, 279 U.S. 377, 387 (1929). Vgl. dazu Currie/Schreter (Anm.150), 1379–1384 und Varat (Anm.14), 535f. Anm.185. Beim *forum non conveniens* handelt es sich um eine interlokale Zuständigkeitsregelung, die es in das Ermessen des Gerichts stellt, eine Sachentscheidung abzulehnen, wenn es die Gerichtsbarkeit eines anderen Staates für ein geeigneteres Forum hält, welches das Verfahren schneller, leichter, besser oder mit größerer Aussicht auf Anerkennung betreiben könnte, vgl. 20 Am. Jur. 2d "Courts" §§ 172–182.

¹⁵⁶ Vgl. *Missouri v. Mayfield* (Anm.152); kritisch dazu Currie/Schreter, *ibid.*, 1381, die diese Konsequenz »schockierend« finden.

¹⁵⁷ Vgl. Art.2 Abs.1 und Art.5 Ziff.1 und 3 EuGVÜ.

nale Verfahrensrecht für die internationale Zuständigkeit der staatlichen Gerichte auf die Staatsangehörigkeit des Klägers abstellt und für die betreffenden Verfahren nur die eigenen Bürger in den Genuß der staatlichen Justizpflege kommen läßt¹⁵⁸, sind sachliche Rechtfertigungen dagegen kaum vorstellbar. Ob in diesen Fällen die Zuständigkeit der nationalen Gerichte auf sämtliche Gemeinschaftsbürger zu erstrecken ist oder ob es ausreicht, – nach dem Muster des Art.2 Abs.2 EuGVÜ – allein die im Inland lebenden EG-Ausländer einzubeziehen, ist zweifelhaft. Die Antwort hängt von der weiteren Frage nach der Vertragsvereinbarkeit von Gerichtsständen ab, die auf den Inlandsaufenthalt des Klägers abstellen¹⁵⁹. Den Zugang zu einer gliedstaatlichen Dienstleistung auf im Inland Ansässige zu beschränken, greift in den Schutzbereich des Art.59 und – als *de facto*-Diskriminierung – regelmäßig auch in den des Art.7 EWGV ein, bedarf also gleichfalls einer sachlichen Rechtfertigung, die – wenn überhaupt – allenfalls aus dem Schutzbedürfnis des Beklagten vor einem *forum shopping* des Klägers gewonnen werden kann¹⁶⁰.

Keine Rolle spielt der Beklagtenschutz bei Vereinbarungen über die Zuständigkeit der Gerichte eines Mitgliedstaates. Nicht nur für internationale Fälle, wo der Wunsch der Parteien nach einem neutralen Gericht als ein vernünftiges Interesse anzuerkennen ist, sondern auch für den Fall, daß zwei Ausländer gleicher Staatsangehörigkeit mit Wohnsitz im gemeinsamen Heimatstaat für ein Rechtsverhältnis, das keine Auswirkungen über dieses Land hinaus aufweist, die Zuständigkeit eines deutschen Gerichts vereinbaren, erscheint die Bundesrepublik daher gemeinschaftsrechtlich verpflichtet, eine internationale Zuständigkeit ihrer Gerichte zu begrün-

¹⁵⁸ Vgl. etwa Art.14 Code civil oder die deutsche Zuständigkeitsregelung für Ehesachen in § 606a Abs.1 Satz 1 Nr.1 ZPO.

¹⁵⁹ Vgl. z. B. den Gerichtsstand des § 23a ZPO für Unterhaltssachen und des § 606a Abs.1 Satz 1 Nr.4 ZPO für Ehesachen. Die letztgenannte Bestimmung stellt die internationale Aufenthaltzuständigkeit deutscher Gerichte für Ehesachen unter die Voraussetzung, daß die zu fallende Entscheidung von wenigstens einem der Staaten anerkannt würde, denen einer der Ehegatten angehört. Dieses Anerkennungserfordernis schränkt die Rechte auf Rechtsschutz und Rechtsverfolgung von im Inland lebenden (EG-)Ausländern gegenüber Deutschen durch eine wenig sachgerechte Differenzierung unzulässig ein, vgl. R. Geimer, in: R. Zöller, Zivilprozeßordnung (15. Aufl. 1989), § 606a Rdnr.56 f.

¹⁶⁰ In den USA sind die Meinungen in dieser Frage geteilt. Der Supreme Court erachtet es bei Klagen gegen Auswärtige über Auslandssachverhalte für zulässig, den Gerichtszugang auf innerhalb des Staates Ansässige zu beschränken, vgl. *Missouri v. Mayfield* (Anm.152), sowie *Sosna v. Iowa*, 419 U.S. 393 (1975) (keine Zuständigkeit der Gerichte von Iowa für Scheidungsklagen solcher US-Bürger, die nicht mindestens ein Jahr in Iowa gelebt haben, gegen US-Bürger mit Wohnsitz in einem anderen US-Staat). Anderer Ansicht Simson (Anm.14), 398 f., der lediglich höhere Gerichtsgebühren bei auswärtigen Klägern zulassen will.

den¹⁶¹. Unvereinbar mit dem Gebot gleichmäßigen Gerichtszugangs ist schließlich, daß das deutsche Verfahrensrecht von EG-ausländischen Klägern eine Sicherheitsleistung für die Prozeßkosten verlangt, nicht jedoch von Klägern deutscher Staatsangehörigkeit¹⁶². Die zusätzlichen Probleme, die die Vollstreckung des Kostentitels im Ausland aufwerfen kann, bilden keinen EG-rechtlich zulässigen Differenzierungsgrund¹⁶³. Zu Recht hatte daher der englische High Court die parallele Bestimmung des englischen Verfahrensrechts als einen Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot des Vertrags gewertet, wobei sich das Gericht auf Art.7 und nicht – was dem hier favorisierten Dienstleistungsansatz entspräche – auf Art.59 EWGV stützt¹⁶⁴.

Summary*

Access to Public Services of Other Member States

(Integration and the Administration of Services under the EEC Treaty)

The article takes issue with the degree to which each member state of the European Community is obliged, by the non-discrimination principle enshrined in the EEC Treaty, to grant citizens of other member states equal access to its public resources, services, and facilities. The member states generally are prohibited from giving their own residents preferential access to the benefits generated by the domestic private sector. When the distribution of public sector resources available within each state is at issue, however, several difficult questions remain unsettled. In recent cases brought before the European Court of Justice, Community citizens demanded to share in the welfare state benefits of the host country, including

¹⁶¹ Die Gefahr einer Überlastung durch Streitigkeiten ohne Inlandsberührung ist zwar theoretisch gegeben, aber abzuwehren über höhere Gerichtsgebühren, so R. Geimer, Internationales Zivilprozeßrecht (1987), Rdnr.1745–1748. Einschränkung J. Kropholler, in: Handbuch des Internationalen Zivilverfahrensrechts, Bd.1 (1982), Rdnr.542–545.

¹⁶² Vgl. im einzelnen § 110 ZPO.

¹⁶³ EuGH, *Reina* (Anm.68).

¹⁶⁴ High Court of Justice (Queen's Bench Division), 30.10.1989 (*The Times*, 12.12.1989, 34). Der Court of Appeal hat die Entscheidung des High Court am 13.2.1990 mit der Begründung aufgehoben, eine offene Differenzierung aufgrund des Wohnsitzes könne nicht ohne weiteres mit einer versteckten Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit gleichgesetzt werden (*The Times*, 20.2.1990, 28).

* Summary by the author.

subsidized housing, state educational facilities, student financial assistance programs, and compensation schemes for the victims of crimes. In some of these cases the Court emphasized the dynamic development of Community law and extended the non-discrimination principle to cover, e.g., higher education and victim compensation. These judgments are to be contrasted with the Court's rulings on other types of public benefits such as student financial aid which the Court labelled matters of social policy falling beyond the scope of economic integration mandated by the Treaty. No general concept seems to underlie these judgments. The most one can gather from the Court's jurisprudence is that some, but not all, public services and benefits can be reserved for the exclusive or preferential use of the state's residents.

The article attempts to develop principles that should define the proper scope of member state authority to favour state residents in the distribution of public resources. The article focuses on the enjoyment of state services and benefits by other member states' citizens which is not connected with the free movement of workers or the freedom of establishment. (The worker, the self-employed, and their families are entitled, by virtue of Arts.48, 51 and 52 EEC Treaty, to state-provided services and benefits on an equal basis with the citizens of the host state.) Where a link to professional mobility is missing, the question arises whether the free provision of services (Art.59 EEC Treaty protects not only the providers but also the recipients of services) or the prohibition of discrimination on grounds of nationality (Art.7 EEC Treaty) may serve as a legal basis for Community citizens to partake in public sector resources of another member state (section 1). Both provisions employ language that, when interpreted narrowly, would not apply to public sector services and benefits. Art.7 EEC Treaty ties the non-discrimination principle to the scope of application of the Treaty. Due to the primarily economic objectives of the Treaty the question arises whether and to what extent, public services and facilities form part of the "economic activities" referred to in Art.2 EEC Treaty. If one takes into account that the modern welfare state does not confine itself to ensure the subsistence minimum but, in a variety of ways, assists, promotes and directs the activities of its citizens, there seems to be no valid reason to exclude public sector services and benefits from the concept of integration envisaged by the Treaty (section 1.c). Cases in point are *Gravier* and its progeny which extended the reach of Art.7 EEC Treaty to state educational facilities. As far as the guaranty of the free provision of services comes into play (as may be the case with state education, state-supported medical services, public museums and theatres, state export insurance, employment placement or the court system), the requirement laid down in Art.60 EEC Treaty that services within the meaning of the Treaty shall be those "normally provided for remuneration" poses similar, if not identical, problems (section 1.a). Although the Court, in the *Humbel* case, declined to apply Art.59 EEC Treaty to educational services offered by state

schools and state universities (as opposed to private institutions), the proper understanding of the compensation requirement seems hardly to be resolved. In other rulings, particularly on radio and TV broadcasts, the Court had emphasized that it need not be the recipient who pays for the service but that the compensation may originate from other sources as well, including – one is inclined to infer – the state treasury. Thus, it is submitted that the claims of Community citizens residing in other member states to share in state-created and state-supported services and benefits should be recognized as being constitutionally protected by Art.7 or 59 EEC Treaty (section 1.c).

Restrictions of these constitutional rights may be necessary, however, to prevent serious disturbances of the allocative processes through which the member states determine the public services and benefits they wish to offer “their” citizens (section 2). Economic theory of fiscal federalism teaches that the most efficient supply with a particular public service will be achieved when the benefits accrue within the boundaries of the political unit rendering the allocation decision (section 2.a). Where benefit spillovers into other jurisdictions occur, the supply of public goods and services will be less than efficient (with “efficiency” referring to the preferences of the providing jurisdiction’s inhabitants). In gross cases of benefit spillovers the providing state may even cease to allocate revenues for the supply of the service or benefit in question. Community law should not be insensitive to the effects the right of equal access to state services and facilities is likely to cause on allocative processes within the member states. From the perspective of the Community member state public sectors merit protection under at least two aspects (section 2.b). Firstly, the services supplied by, e.g., state medical, educational placement, and court systems satisfy needs that are perfectly compatible with the objectives of the Treaty. Secondly, decentralized decisionmaking on the supply of public services and benefits is a good in its own right because it allows to reflect regionally varying preferences, to enhance experimentation and innovation, and to tie expenditure decisions more closely to the resource costs. Thus, the independent authority of member states to design their public sectors as they see fit warrants recognition as a “mandatory requirement” (which is the legal shorthand the Court employs to mark those components of the general good that justify restrictions of the non-discrimination principle).

The result (section 3) is a standard of review which strikes a balance between interstate equality and the Community’s interest in preserving and fostering strong, efficient, and diverse public services at the member state level. The more equal access of all Community citizens is likely to cause allocative deficiencies, the more restrictions of equal access appear legitimate.

What follows (section 4) is an attempt to flesh out these general guidelines in selected fact situations (welfare payments; medical services; higher education; student financial aid; traffic infrastructure; courts). As far as admissions of foreign

students to state universities are concerned, the concept of externalized benefits needs further refinement (section 4.c). The fact that a student comes from another member state does not, by itself, amount to a spillover of benefits into another jurisdiction. No member state will reduce its expenditures for higher education with the idea in mind to take a free ride on the educational system of a partner state. Apart from the linguistic barriers dividing the Community, it is the cultural and economic importance of higher education that prevents an obligation to equal admission of citizens of other member states to seriously jeopardize the allocation function. The Court's holding in *Gravier* thus merits approval. Similar arguments militate in favour of extending the non-discrimination principle to student financial assistance programs (section 4.d), a step the Court, in *Lair*, was not courageous enough to take (section 1.c). Allocative problems may arise, however, when student financial aid is being exported by students using their home state's program to study, and to take residence in another member state. To prevent that economically weak member states end up financing the brain drain to economically more attractive member states, the Court should permit the member states to discriminate against out-of-state providers of educational services insofar as to tie financial aid to an education within the state (section 4.d). With respect to the courts, the balancing test forces the member states to open their doors to all Community citizens on an equal footing (section 4.g). Discriminatory access rules which are not founded on defendant protection grounds have to be abandoned.