Rechtsmittelrichtlinie auf schwere Verstöße gegen das europäische Vergaberecht beschränkt. Zudem erfolgt eine Angleichung der Reaktionsfristen der Mitgliedstaaten auf Beanstandungen der Kommission auf 21 Tage.

§ 129 GWB-E gestaltet den Korrekturmechanismus unter weitgehender Übernahme des § 21 VgV aus und setzt die europarechtlichen Veränderungen um. Die Abschaffung des Bescheinigungs- und des Schlichtungsverfahrens erfolgt durch die Aufhebung der §§ 19 f. VgV durch Art. 2 des Vergaberechtsmodernisierungsgesetzes.

III. Bewertung

Rechtspolitisch erscheint die Novelle der Rechtsmittelrichtlinien nach der Neufassung der materiellen Vergaberichtlinien als konsequente Fortsetzung des vergaberechtlichen Modernisierungsprogramms auf europäischer Ebene[18]. Ihre inhaltliche Anknüpfung an die bestehenden Regelungen einschließlich der hierzu ergangenen Rechtsprechung des *EuGH* stellt sicher, dass die Neuerungen in der Rechtspraxis keine grundsätzliche Umorientierung erfordern. Die mit Änderungen stets einher gehende Rechtsunsicherheit wird daher auf ein unvermeidliches Maß begrenzt. Insbesondere können die nationalen Bestimmungen über die Vergabenachprüfungsverfahren im Kern bestehen bleiben und sich die erforderlichen Umsetzungsmaßnahmen auf punktuelle Ergänzungen beschränken.

In der Sache erscheinen die Änderungen der Richtlinien grundsätzlich geeignet, die Effektivität des Individualrechtsschutzes deutlich zu steigern und damit zugleich einen Beitrag zur Verwirklichung des europäischen Vergaberechts beizutragen. Dies gilt trotz der vielfältigen Regelungsspielräume für die Mitgliedstaaten insbesondere für die – in Deutschland aufgrund autonomer Entscheidung seit dem 1999 in Kraft getretenen Vergaberechtsänderungsgesetz gegebene – Anordnung der aufschiebenden Wirkung von Rechtsmitteln, welche die Rechtzeitigkeit der Entscheidungen der Nachprüfungsinstanzen sicherstellt[19]. Weniger eindeutig fällt die Beurteilung der Regelung der bislang auf europäischer Ebene vernachlässigten de facto-Vergaben aus, wenngleich der Umstand ihrer erstmaligen europaweit einheitlichen Regelung uneingeschränkt zu begrüßen ist. Die Anordnung der Nichtigkeit in diesen Fällen ist ein Schwert, dessen wohl zu große Schärfe[20] durch die normativ vorgesehenen Einschränkungen in erheblichem Maße gemildert wird. Insbesondere die Möglichkeit der absoluten zeitlichen Begrenzung der Geltendmachung von sechs Monaten ab dem vergaberechtswidrigen Vertragsschluss ist in Anbetracht ihrer Kürze nicht nur geeignet, den situationsbedingt kaum als übermäßig schutzwürdig zu qualifizierenden Vertragspartnern Rechtssicherheit zu vermitteln. Vor allem bringt die Sechsmonatsfrist die Versuchung frühzeitiger Geheimvergaben zur Vermeidung der Nichtigkeitsfolge mit sich. Diese wird durch die auch nach deren Ablauf bestehende Möglichkeit der Kommission, ein Vertragsverletzungsverfahren vor dem *EuGH* mit der Folge der Verpflichtung zur Aufhebung eines entsprechenden Vertrages durchzuführen[21], nur teilweise relativiert. Die beabsichtigte, europarechtlich allerdings nicht zwingende Übernahme der Einschränkung der Möglichkeit der Geltendmachung der Nichtigkeit in das deutsche Vergaberecht durch § 101b II GWB-E stellt demgegenüber im Hinblick auf § 13 S. 6 VgV einen Rückschritt dar und sollte vom Gesetzgeber überdacht werden[22]. Die Abschaffung der Bescheinigungs- und Schlichtungsverfahren ist in Anbetracht ihrer bisherigen Ineffektivität[23] folgerichtig.

Mit der anstehenden Novelle des 4. Teils des GWB werden die zwingenden neuen europäischen Vorgaben des Vergaberechtsschutzes voraussichtlich fristgemäß vor dem 20. 12. 2009 und im Wesentlichen auch inhaltlich europarechtskonform in nationales Recht umgesetzt werden können. In ihrer Grundtendenz ist die nationale Rechtsetzung gleichwohl nicht auf eine Verbesserung, sondern auf eine Erschwerung des Vergaberechtsschutzes gerichtet[24]. Dies widerspricht, mögen damit auch keine unmittelbar europarechtswidrigen Ergebnisse verbunden sein, gleichwohl der Intention des europäischen Vergaberechts. Eine Nutzung der europarechtlich eingeräumten Optionen, etwa hinsichtlich der Einführung alternativer Sanktionen, unterbleibt ebenso wie eine grundlegende Revision des Vergabenachprüfungsverfahrens[25]. Diese beschränkt sich im Übrigen auf Detailänderungen, deren wohl augenfälligste die Abschaffung der fakultativen Vergabeprüfstellen durch die Streichung des § 103 GWB ist. Insbesondere bleibt die schwellenwertabhängige Zweiteilung des Vergaberechtsschutzes unberührt. In Anbetracht der dadurch verursachten Schwierigkeiten und der zu erwartenden weiteren Auseinanderentwicklung von ober- und unterschwelligem Vergaberecht ungeachtet der in beiden Fällen Geltung beanspruchenden Grundfreiheiten und Grundrechte kann zumindest insoweit jedoch nur gelten: nach der Reform ist vor der Reform[26]. ■

18 Vgl. *Heuvels*, NZBau 2006, 416 (417); *Prieß/Gabriel*, VergabeR 2005, 707 (708 f.); *Rechten*, NZBau 2004, 366 (375).
19 *Costa-Zahn/Lutz*, NZBau 2008, 22 (24).
20 *Knauff*, in: *Müller-Wrede*, Kompendium des VergabeR, 2008, Kap. 23 Rdnr. 56. Zweifel über die Angemessenheit der Nichtigkeitsfolge hat wohl selbst der Richtliniengeber, wie die Regelungen über alternative Sanktionen nahe legen.
21 *EuGH*, Urt. v. 18. 7. 2007 – C-503/04, EuZW 2007, 514 (516 f.) – Abfallentsorgung Braunschweig II; *Heuvels*, NZBau 2006, 416 (421).
22 Im Ergebnis ebenso *Costa-Zahn/Lutz*, NZBau 2008, 22 (25).
23 *Prieß*, Handbuch des europäischen VergabeR, 3. Aufl. (2005), S. 324; *Heuvels*, NZBau 2006, 416 (419), spricht von „bürokratischen Totgeburten".
24 Krit. *Byok*, WuW 2008, 519; *Stoye/v. Münchhausen*, VergabeR 2008, 871.
25 Eine solche erwartete *Seidel*, EWS 2007, 529 (533).
26 Krit. insoweit auch *Ollmann*, VergabeR 2007, 447 (456).

Rechtsanwalt Professor Dr. Peter Hilpold, Innsbruck*

Unterhaltsstipendien für Unionsbürger – Die Rechtssache „Förster" und die Grenzen mitgliedstaatlicher Solidarität

I. Einführung

Bildungsrechte der Unionsbürger im grenzüberschreitenden Kontext weisen mehrere Dimensionen auf. Es handelt sich dabei einmal um Zugangsrechte, die insbesondere in der Diskussion um die Quotenregelung an österreichischen Universitäten angesprochen worden sind[1]. Die Wahrnehmung von Bildungsangeboten ist regelmäßig aber auch mit Kosten verbunden, wobei sich der zunehmende gesellschaftliche und wirtschaftspolitische Stellenwert des Faktors Bildung in immer stärkerem Maße in der Bereitstellung von Stipendien durch die öffentliche Hand niederschlägt. Die in der weiter zurück liegenden Vergangenheit wichtige Unterscheidung zwischen Berufsausbildung im engeren Sinne und allgemei-

* Der Autor ist Professor an der Universität Innsbruck und hat dort die venia docendi für u. a. Europarecht.
1 Vgl. dazu *Hilpold*, EuZW 2005, 647 sowie *ders.*, EuZW 2006, 333. Die besprochene Rechtssache Förster ist abgedr. in EuZW 2009, 44 (in diesem Heft).

ner Hochschulausbildung hat auch in Bezug auf das Stipendienwesen stark an Bedeutung verloren[2], nachdem zuerst der Begriff der beruflichen Ausbildung extensiv, in einer auch das Hochschulwesen umfassenden Form, ausgelegt worden ist[3] und mit dem Vertrag von Maastricht für den Bereich der allgemeinen Bildung zumindest eine „Beitrags"-kompetenz geschaffen worden ist.

II. Studiengebührstipendien und Unterhaltsstipendien

Anderes gilt hingegen für die Unterscheidung zwischen Unterhaltsstipendien und Studiengebührstipendien. Hinsichtlich der zuletzt genannten Kategorie findet seit Gravier[4] das Diskriminierungsverbot gem. Art. 12 EG in strikter Form Anwendung: Jede unterschiedliche Behandlung von Unionsbürgern ist untersagt[5]. Die Vergemeinschaftung der Berufsausbildung – zu welcher der *EuGH* einen maßgeblichen Beitrag geleistet hat – erhebt Studiengebühren, die unmittelbar als Frage des Ausbildungszugangs gesehen werden können, zu gemeinschaftsrechtlicher Relevanz und unterwirft diese dem Diskriminierungsverbot[6]. Davon wurden Unterhaltsstipendien hingegen stets strikt unterschieden[7]. Diese wurden als Ausdruck der – nur partiell vergemeinschafteten – Sozialpolitik gesehen. Die damit verbundene Inanspruchnahme von mitgliedstaatlichen Ressourcen schien in Ermangelung paralleler gemeinschaftsweiter Ausgleichsmechanismen ausgeschlossen zu sein. Die Unterscheidung zwischen Studiengebührstipendien und Unterhaltsstipendien ergibt sich somit weniger aus der Natur dieser Zuwendung als aus dem Stand der europäischen Integration bzw. aus der Kompetenzabgrenzung zwischen Gemeinschaft und Mitgliedstaaten. Aus einer verwendungsorientierten (d.h. letzten Endes studierendenbezogenen) Perspektive macht eine Unterscheidung zwischen diesen beiden Formen wenig Sinn: Beide Stipendien sind regelmäßig in gleicher Form unabdingbare Voraussetzungen, um eine auch gemeinschaftsrechtlich erwünschte Aus- und Weiterbildung überhaupt erst zu ermöglichen. Aus traditioneller mitgliedstaatlicher Sicht sind Unterhaltskosten, die bei grenzüberschreitenden Wanderbewegungen zu Studienzwecken anfallen, hingegen eindeutig vom Heimatstaat des Studierenden zu tragen, soweit nicht entsprechende Rechte von einem allfälligen Wanderarbeitnehmerstatus abgeleitet werden können. Diese Sicht deckte sich lange Zeit auch mit dem positiven Gemeinschaftsrecht, denn in einem Kompetenzgefüge, das von ausgeprägten mitgliedstaatlichen Souveränitätsvorbehalten gekennzeichnet ist, kann wechselseitige mitgliedstaatliche Solidarität nur sehr begrenzt eingefordert werden. Wenn die Mitgliedstaaten hinsichtlich vieler Aspekte der allgemeinen Bildung – und Universitätsausbildung ist nach Maastricht wiederum unter diese Kategorie zu subsumieren – strikt ihre Verantwortung betonen[8], dann fällt es auch schwer, von einem „europäischen Studierenden" zu sprechen. Die primäre Solidarbeziehung unterhält der „mitgliedstaatliche Wanderstudierende" aus dieser Perspektive nach wie vor mit seinem Heimatstaat. Man mag dem entgegenhalten, dass die Bestimmungen in den Art. 149–150 auf die Herausbildung einer europäischen bildungspolitischen Dimension[9] hinwirken, bestätigt aber damit nur gleichzeitig, dass dies ein lange währender, mühsamer Prozess ist, der erst ansatzweise konkrete Ergebnisse gezeigt hat[10]. Damit jetzt schon Unterhaltsstipendien in den Kompetenzbereich des Gemeinschaftsrechts kommen würden, damit die Perspektive des Studierenden und nicht jene der Mitgliedstaaten zur Beurteilung dieser Frage herangezogen würde, bedurfte es eines radikalen Anstoßes von einer anderen Ebene. Dieser Anstoß wurde mit der Einführung der Unionsbürgerschaft gegeben.

III. Unionsbürgerschaft und Stipendienwesen

Das Konzept der Unionsbürgerschaft ist ein guter Beleg dafür, wie mit einer Norm, in welcher zuerst primär ein ideelles, rechtspolitisches Postulat gesehen wurde, eine breite Anspruchsgrundlage mit einem für das Gemeinschaftsrecht geradezu revolutionären Charakter geschaffen werden kann[11]. Dieses Konzept wurde bekanntlich anfänglich von verschiedenen Kommentatoren mit wenig schmeichelhaften Bezeichnungen bedacht[12]. Nachdem verschiedene Generalanwälte immer wieder die Aufmerksamkeit des Gerichtshofs auf das Potential dieses Konzepts gelenkt hatten, leitete der *EuGH* im Fall Martinez Sala den großen Paradigmenwechsel ein, der aus der reinen Inanspruchnahme des allgemeinen Freizügigkeitsrechts gem. Art. 18 EG losgelöst von wirtschaftlichen Sachverhalten das gemeinschaftsrechtliche allgemeine Diskriminierungsverbot auch bei der Nutzung von Leistungsrechten zur Anwendung brachte. In Art. 18 EG wurde damit eine Basis für eine „fünfte Grundfreiheit" bzw. für eine „Grundfreiheit ohne Markt[13]" gesehen. Den formellen Schritt zur Anerkennung des neuen Bedeutungsgehalts der Unionsbürgerschaft vollzog der *EuGH* im Fall Grzelczyk[14], wobei er gleichzeitig – in einer für den *EuGH* eher ungewöhnlichen, emphatischen Formulierung – die Unionsbürgerschaft als „grundlegenden Status der Angehörigen der Mitgliedstaaten[15]" bezeichnete.

Die Folgewirkungen dieser Rechtsprechung sollten nicht lange auf sich warten lassen. Der Eindruck entstand, dass dem Unionsbürger ein Generalschlüssel zu den staatlichen Sozialversicherungssystemen[16] an die Hand gegeben worden sei[17]. Das enorme Potenzial, das in dieser Rechtsprechung steckt, verdeutlichten die Urteile in den Rechtssachen D'Hoop[18], Collins[19] und Trojani[20]. In all diesen Fällen be-

2 Von Relevanz ist diese Unterscheidung freilich noch in Bezug auf die Finanzierungsquelle und die finanzielle Dotation der jeweiligen Stipendienprogramme.
3 Vgl. *EuGH*, Urt. v. 2. 2. 1988 – 24/86, Slg. 1988, 379 = NJW 1989, 3088 Rdnr. 20 – Blaizot sowie *Hilpold*, Bildung in Europa, Nomos 1995.
4 *EuGH*, Urt. v. 13. 2. 1985 – 293/83, Slg. 1985, 593, NJW 1985, 2085.
5 Dies gilt unabhängig davon, ob es um eine Beitragsleistung oder – wie im Gravier-Fall – um eine Studiengebührbefreiung handelt.
6 Vgl. auch *EuGH*, Urt. v. 21. 6. 1988 – 39/86, Slg. 1988, 3205 = NJW 1988, 2165 – Lair.
7 Grundlage dafür war die so genannte Lair und Brown-Rechtsprechung. Vgl. Urt. Lair (o. Fußn. 6), sowie *EuGH*, Urt. v. 21. 6. 1988 – 197/86, Slg. 1988, 3161 = BeckRS 2004, 72180 – Brown.
8 Vgl. Art. 149 I EG.
9 Vgl. explizit Art. 149 II, erster Spiegelstrich.
10 Weiters ist in diesem Zusammenhang auf Art. 3 I lit. q EG zu verweisen, wonach es zu den Zielen der Tätigkeit der Gemeinschaft gehört, einen Beitrag zu einer qualitativ hochstehenden allgemeinen und beruflichen Bildung zu leisten. Dieser Beitrag soll gem. Art. 149 II zweiter Gedankenstrich insbesondere die Mobilität von Lernenden und Lehrenden fördern.
11 Vgl. dazu ausf. *Hilpold*, Unionsbürgerschaft und Bildungsrechte oder: Der EuGH-Richter als „Künstler", in: *Roth/Hilpold* (Hrsg.), Der EuGH und die Souveränität der Mitgliedstaaten, 2008, S. 11–53.
12 Ibid. So wurde von einer „symbolischen Spielsache ohne materiellen Gehalt" (Jessurun D'Oliveria), von „wenig mehr denn einer zynischen Werbeaktion" (*Weiler*), von einem „Sammelbegriff" (*Everling*) bzw. einer „Metapher" (*Reich*) gesprochen.
13 S. *Wollenschläger*, Grundfreiheit ohne Markt, 2007.
14 *EuGH*, Urt. v. 20. 9. 2001 – C-184/99, Slg. 2001, I-6193 = EuZW 2002, 52 m. Anm. *Obwexer* – Grzelczyk.
15 Urt. Grzelczyk (o. Fußn. 14), Rdnr. 31.
16 Vgl. *Sander*, DVBl 2005, 1014.
17 Sehr krit. dazu *Hailbronner*, NJW 2004, 2185.
18 *EuGH*, Urt. v. 11. 7. 2002 – C-224/98, Slg. 2002, I-6191 = EuZW 2002, 635 = NJW 2003, 575 – D'Hoop.
19 *EuGH* , Urt. v. 23. 3. 2004 – C-138/02, Slg. 2004, I-2703 = EuZW 2004, 507 – Collins.
20 *EuGH*, Urt. v. 7. 9. 2004 – C-456/02, Slg. 2004, I-7573 = EuZW 2005, 307 – Trojani.

antragten Unionsbürger Sozialleistungen außerhalb eines wirtschaftlichen Kontextes und unter Berufung auf die Wahrnehmung ihres Freizügigkeitsrechts – in der Rechtssache D'Hoop sogar gegen den eigenen Heimatstaat. In all diesen Fällen wurde deutlich, welch starken Schutz vor Diskriminierung und, in der Konsequenz, welch weitgehende Leistungsrechte die Wahrnehmung des Freizügigkeitsrechts verleiht. Selbstverständlich kann Solidarität nicht unbegrenzt wirken. Sie endet bei Missbrauch[21] und sie setzt eine gewisse Nahebeziehung zum leistungserbringenden Mitgliedstaat, gleichsam als Gradmesser des Solidaritätsanspruchs, voraus[22]. In den Rechtssachen D'Hoop und Collins hat der *EuGH* das legitime Anliegen der Mitgliedstaaten betont, sich der tatsächlichen Verbindung zwischen demjenigen, der soziale Vergünstigungen beantragt und dem betroffenen räumlichen Arbeitsmarkt zu vergewissern[23]. Dabei hat der *EuGH* auch den Wohnort als mögliches diesbezügliches Entscheidungskriterium anerkannt, gleichzeitig in diesem Zusammenhang aber auch die Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes (was die Aufenthaltsdauer anbelangt) angemahnt. Dieser Aspekt sollte in der Rechtssache Bidar[24], die unmittelbar auch die Geltendmachung eines Anspruchs auf Unterhaltsstipendien betraf, schlagend werden.

Dany Bidar war ein französischer Staatsbürger, der in Paris geboren wurde und im Alter von fünfzehn Jahren nach Großbritannien zu seiner Großmutter gezogen war. Als er drei Jahre später, im September 2001, ein Hochschulstudium in London aufnahm, wurde ihm – in Anlehnung an die erwähnte Lair[25] – und Brown-Rechtsprechung[26] – ein Studiengebührstipendien, nicht aber ein Unterhaltsstipendium gewährt. Das britische Recht verlangte dafür die dauerhafte Ansässigkeit (von britischen Staatsbürgern allerdings nur den gewöhnlichen Aufenthalt im Vereinigten Königreich in den drei Jahren vor Beginn des Studiums). Nach Generalanwalt *Geelhoed* war damit offenkundig eine mittelbare Diskriminierung gegeben[27]. Zwar können Bedingungen für die Inanspruchnahme von Unterhaltsleistungen gestellt werden. War dies in den vorgenannten Fällen die Verbindung zum Arbeitsmarkt, so konnte im vorliegenden Kontext auf die Beziehung zum Bildungssystem sowie auf die Integration des Antragstellers in das soziale Leben des Aufnahmemitgliedstaates Bezug genommen werden[28]. Die Festlegung einer bestimmten Aufenthaltsdauer könne ein Instrument dazu darstellen, wobei auch die Berücksichtigung anderer Kriterien möglich sei[29]. Diese Voraussetzungen dürfen aber nicht über das hinausreichen, was zur Erreichung des betreffenden Nachweises erforderlich ist. Generalanwalt *Geelhoed* verweist auch auf die – zum damaligen Zeitpunkt noch nicht in Kraft befindliche – Bestimmung in Art. 24 II der Richtlinie 2004/38/EG, die zur Gewährung von Unterhaltsstipendien nicht vor Erwerb des Rechts auf Daueraufenthalt, also erst nach fünf Jahren ununterbrochenen Aufenthalts, verpflichtet. Für den Generalanwalt muss auch nach Inkrafttreten dieser Regelung die Möglichkeit bestehen, den Nahebezug zum Bildungssystem des Aufnahmemitgliedstaates auf anderem Wege nachzuweisen, da diese Bestimmungen in Einklang mit den Vorgaben des Primärrechts zu bringen seien[30].

Der *EuGH* segnete im Wesentlichen das Erfordernis des dreijährigen Aufenthalts ab (das auch für britische Studierende gilt), nicht jedoch jenes des dauerhaften Aufenthalts, da dieser Status von Studierenden aus anderen Mitgliedstaaten nicht erlangt werden kann[31]. Damit waren in Sachen „Unterhaltsstipendium für Unionsbürger" schon wesentliche Eckpunkte für eine definitive Klärung vorgegeben, die schließlich im Fall „Förster" erfolgen sollte.

IV. Der Fall „Förster" – das Urteil vom 18. 11. 2008[32]

Das Urteil im Fall Bidar führte gemeinschaftsweit zu Anpassungen im Stipendienwesen. Unter anderem wurde in den Niederlanden im Jahr 2005 die Regelung eingeführt, wonach für Unionsbürger (sowie für EWR-Bürger und für Schweizer Staatsangehörige) ein fünfjähriger ununterbrochener und rechtmäßiger Aufenthalt in diesem Staat Voraussetzung für den Bezug eines Unterhaltsstipendiums ist.

Frau *Förster*, eine deutsche Staatsangehörge, die unweit der niederländischen Grenze wohnte, zog im März 2000 nach Holland und begann im September desselben Jahres ein Pädagogikstudium an der Universität Amsterdam. Sie konnte auch verschiedene Beschäftigungen in den Niederlanden nachweisen: ab März 2000 übte sie verschiedene Tätigkeiten über eine Zeitarbeitsagentur aus, von Oktober 2002 bis Juni 2003 absolvierte sie ein bezahltes Vollzeitpraktikum in einer Schule und ab Juli 2004 ging sie wiederum einer Beschäftigung nach. Strittig war in erster Linie die Stipendienberechtigung für die zweite Hälfte des Jahres 2003. Für diese Periode wurde Frau *Förster* zuerst ein Stipendium gewährt, dann aber rückgefordert (zusammen mit dem für einen Freifahrtausweis zugewendeten Betrag). Frau *Förster* versuchte nun ihre Anspruchsberechtigung aus einem behaupteten Wanderarbeitnehmerstatus bzw. nachrangig aus dem Freizügigkeitsrecht der Unionsbürger in Verbindung mit dem Diskriminierungsverbot abzuleiten.

Was die Geltendmachung einer sozialen Vergünstigung in Zusammenhang mit einer früheren Wanderarbeitnehmereigenschaft anbelangt, so eröffnen sich hier wiederum prinzipiell zwei Möglichkeiten.

- Einmal sieht Art. 7 der Verordnung (EG) Nr. 1251/70 über das Recht der Arbeitnehmer, nach Beendigung einer Beschäftigung im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats zu verbleiben, vor, dass die von dieser Verordnung erfassten Personen ein Recht auf Gleichbehandlung in Bezug auf soziale Vergünstigungen geltend machen können. Der Begünstigtenkreis ist aber eng definiert. Er umfasst Arbeitnehmer, die das Alter für die Geltendmachung einer Altersrente erreicht haben oder die die Beschäftigung aufgrund dauernder Arbeitsunfähigkeit aufgegeben haben sowie Beschäftigte, die ihre Tätigkeit im Lohn- oder Gehaltsverhältnis im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats ausüben, ihren Wohnsitz jedoch im ersten Mitgliedstaat beibehalten und in der Regel jeden Tag oder mindestens einmal in der Woche dorthin zurückkehren[33].

Keiner dieser Anwendungsfälle war bei Frau *Förster* gegeben.

- Daneben gibt es noch eine richterlich geschaffene Fortwirkung des Arbeitnehmerstatus in Bezug auf soziale Vergünstigungen, soweit der Arbeitnehmer unfreiwillig arbeitslos geworden ist oder aber nachfolgend ein Studium betreibt, das eine inhaltliche Kontinuität in Bezug auf die frühere Tätigkeit aufweist[34]. Von einer unfreiwilligen Arbeitslosigkeit konnte hier nicht gesprochen werden, wohl aber

21 In der Rs. Trojani (o. Fußn. 20, Rdnr. 45) wurde explizit auch die Möglichkeit der Ausweisung hervorgehoben – ein Instrument, das aber seinerseits wieder Schranken unterliegt.
22 Zum Solidaritätsprinzip vgl. *Hilpold*, JöR 2007, 195 sowie *Isensee*, Solidarität – sozialethische Substanz eines Blankettbegriffs, in: *Isensee* (Hrsg.), Solidarität in Knappheit, 1998, S. 97–141.
23 S. jeweils Rdnrn. 40 und 67 der betreffenden Urteile.
24 *EuGH*, Urt. v. 15. 3. 2005 – C-209/03, Slg. 2005, I-2119 = EuZW 2005, 276 m. Anm. *Bode* = NJW 2005, 2055 – Bidar.
25 Urt. Lair (o. Fußn. 6).
26 Brown (o. Fußn. 7).
27 Vgl. die Schlussanträge in der Rs. Bidar, Rdnr. 55.
28 (o. Fußn. 27), Rdnr. 60.
29 (o. Fußn. 27), Rdnr. 64.
30 (o. Fußn. 27).
31 Urt. Bidar (o. Fußn. 24), Rdnr. 61.
32 *EuGH*, Urt. v. 18. 11. 2008 – C-158/07, EuZW 2009, 44 (in diesem Heft) – Förster.
33 Vgl. Art. 2 der Verordnung (EWG) Nr. 1251/70.
34 Vgl. die Urt. in den Rs. Lair, Brown und Ninni-Orasche (*EuGH*, Urt. v. 27. 11. 1997 – C-57/96 Slg. 1997, I-6689 = NZA 1998, 91).

von einer sachlichen Kontinuität zwischen dem Pädagogikstudium, dem sich Frau *Förster* in der zweiten Hälfte des Jahres 2003 schwerpunktmäßig widmen wollte und dem vorherigen (bezahlten) Schulpraktikum.

Für Generalanwalt *Ján Mázak* schien das Vorliegen dieser Voraussetzungen im gegebenen Fall plausibel, doch schlug er vor, die Einzelprüfung dem vorlegenden Gericht zu überantworten[35].

Interessanterweise ignorierte der *Gerichtshof* diesen Aspekt und beschränkte sich auf die Feststellung, dass die Voraussetzungen für die Anwendung der Verordnung (EG) Nr. 1251/70 nicht gegeben seien[36].

– Damit verblieb nur mehr die Möglichkeit, einen Stipendienanspruch über das Konzept der Unionsbürgerschaft zu rechtfertigen, wobei die rechtliche Argumentation in die Richtung gehen musste, dass der von der niederländischen Gesetzgebung geforderte zumindest fünfjährige Aufenthalt über das hinausgeht, was zum Nachweis einer gewissen Integration in das Bildungs- und Gesellschaftssystem erforderlich erscheint. Spätestens seit dem Urteil in der Rechtssache Bidar war klar, dass in diesem Bereich eine komplexe Abwägung zu treffen war. Wie Generalanwalt *Mázak* in Förster betonte, verlange das Gemeinschaftsrecht nur „eine gewisse finanzielle Solidarität", nicht aber eine „unbeschränkte Solidarität[37]". Es dürfe nicht zu einer „übermäßigen Belastung" kommen, die „Auswirkungen auf das gesamte Niveau der Beihilfe haben könnte, die dieser Staat gewähren kann[38]".

Nun spricht einiges dafür, dass das Erfordernis, einen fünfjährigen Aufenthalt nachzuweisen, in geeigneter Form die beschriebene Abwägung erlaubt. Der beste Beleg dafür ist wohl der Umstand, dass selbst die Freizügigkeitsrichtlinie[39] die Mitgliedstaaten nicht verpflichtet, ein Recht auf Daueraufenthalt – und, damit verbunden, einen Anspruch auf Unterhaltsstipendien – vor Ablauf einer Fünfjahresfrist zu gewähren[40]. Diese Richtlinie ist zwar auf den vorliegenden Sachverhalt nicht anwendbar – hier war noch auf die Richtlinie 93/96/EG Bezug zu nehmen. Da sich die zuletzt genannte Richtlinie zu dieser Frage aber nicht äußert, kommt der Freizügigkeitsrichtlinie zumindest mittelbar eine wichtige Rolle zur Konkretisierung dieser Frage zu. Dementsprechend segnete der *EuGH* dieses Kriterium als „nicht unverhältnismäßig" ab[41]. Damit hat der *EuGH* eine Mindestaufenthaltsdauer akzeptiert, die über die Dreijahresfrist im Urteil „Bidar" hinausreicht. Mit besonderer Spannung wurde aber der Frage entgegen gesehen, ob der *EuGH* in einzelnen Fällen eine Durchbrechung des Fünfjahres-Kriteriums nach unten zulassen würde. So hatte derselbe Generalanwalt bereits in der Rechtssache Bidar zu verstehen gegeben, dass die Aufenthaltsdauer nur eines von mehreren Kriterien sein könne, auf deren Grundlage die Integration des Unionsbürgers und nachfolgend sein Leistungsanspruch beurteilt werden kann[42]. Die Grundrechte, die den Unionsbürgern unmittelbar durch den EG-Vertrag verliehen werden, müssten vollständig gewahrt werden. Bei der Bestimmung, ob eine echte Verbindung zum Bildungssystem und der Gesellschaft eines Aufnahmemitgliedstaats besteht, müssten alle erheblichen Umstände berücksichtigt werden. Im Ergebnis wird damit das Fünfjahreskriterium relativiert (nach den Worten des Generalanwalts „im Einklang mit den grundlegenden Bestimmungen des EG-Vertrags angewandt").

In Förster beharrt Generalanwalt *Geelhoed* auf dieser Position und präzisiert diese weiter. Er akzeptiert ein Dreijahreskriterium (wie in der Rechtssache Bidar vorgegeben) als objektive Bedingung, die keiner weiteren Überprüfung unterzogen werden darf, nicht aber ohne weiteres das Gebot eines fünfjährigen Aufenthalts[43]. Auch nach Inkrafttreten der Freizügigkeitsrichtlinie stelle die Fünfjahresperiode nur eine äußere Grenze dar, deren Erreichen auf jeden Fall die Inanspruchsberechtigung begründe, wobei aber bereits zuvor subjektive Umstände ins Feld geführt werden könnten, die die geforderte Integration belegen können.

Der *EuGH* griff diesen Ansatz nicht auf und bezeichnete das Fünfjahreskriterium ohne weiteres als geeignet, das Erfordernis der hinreichenden Integration zu konkretisieren[44]. Die Feststellung, dass davon das Recht der Mitgliedstaaten unberührt bleibe, Stipendien an Studierende zu vergeben, die das Erfordernis eines fünfjährigen Aufenthalts nicht erfüllen[45], stellt das genannte Kriterium gemeinschaftsrechtlich nicht in Frage.

V. Schlussbemerkungen

Mit dem Urteil vom 18. 11. 2008 in der Rechtssache Förster ist eine lange währende Diskussion über den Anspruch von Unionsbürgern auf Unterhaltsstipendien zu einem (vielleicht auch nur vorläufigen) Ergebnis gelangt. Der *Gerichtshof* hat sich auf Kernaspekte konzentriert und damit ebenso Fragen beantwortet wie neue aufgeworfen.

Unbefriedigend ist der Umstand, dass die Reichweite der Fortwirkung von Ansprüchen aus früheren Tätigkeiten (Praktikas) ungeklärt bleibt. Frau *Förster* war zum fraglichen Zeitpunkt (zweite Jahreshälfte 2003) zwar nicht beschäftigt. Die Möglichkeit, soziale Vergünstigungen auf der Grundlage früherer Beschäftigungsverhältnisse und eines einschlägigen Praktikums in Anspruch nehmen zu können, hätte – zumindest über einen diesbezüglichen Auftrag für die nationalen Gerichte – näher geklärt werden müssen.

Was den Fünfjahreszeitraum für das Anreifen eines Anspruchs auf ein Unterhaltsstipendium anbelangt, so scheint dieser nun außer Streit zu stehen. Die Andeutungen von Generalanwalt *Geelhoed*, dass die Freizügigkeitsrichtlinie diesbezüglich durch eine direkte Bezugnahme auf das Primärrecht relativiert werden könnte, wurden vom *EuGH* in der Substanz zurückgewiesen. Nicht zuletzt hat der *Gerichtshof* damit einer schwierigen und kaum definitiv zu beendenden Diskussion einen Riegel vorgeschoben. Nur versteckt liefert der *EuGH* eine Begründung für diese Haltung, indem er die Bedeutung von Transparenz und Rechtssicherheit hervorhebt[46]. Es sind dies Erfordernisse, die im Falle der Zulassung von ungeschriebenen Kriterien zum Nachweis der Integration wohl erheblich in Mitleidenschaft gezogen würden. Gleichzeitig hat der *EuGH* hier auch den Befürchtungen der Mitgliedstaaten Rechnung getragen, die prätorische Rechtsprechung könnte die Solidaritätsverpflichtungen der Mitgliedstaaten überstrapazieren. Die Unionsbürgerschaft bleibt damit zwar ein wichtiger Türöffner zu den Sozialleistungen der Mitgliedstaaten[47], aber der Schlüssel ist ein konsensual definierter. Es ist davon auszugehen, dass weiterhin die Bemühungen anhalten werden, diesen Schlüssel zu personalisieren, d. h. verstärkt auf die Umstände des Einzelfalles einzugehen. Berücksichtigt man aber, dass eine intensivere Prüfung der subjektiven Anspruchsberechtigung keineswegs mit einer größeren Gerechtigkeit des Gesamtsystems einhergehen muss[48], so scheint eine primär nach objektiven Gesichtspunkten ausgestaltete Zugangsregelung, die Unionsbürgern im Rahmen der Ausübung ihrer Freizügigkeitsrechte ohnehin bereits sehr weitgehende Leistungsrechte zuerkennt, einen akzeptablen Gesamtkompromiss darzustellen. ■

35 Vgl. Rdnr. 90 der Schlussanträge.
36 Vgl. Rdnrn. 29 ff. des Urteils.
37 Vgl. Rdnr. 56 der Schlussanträge.
38 Vgl. Rdnr. 56 des Urt. Bidar (o. Fußn. 24), sowie Rdnr. 124 der Schlussanträge in Förster, BeckRS 2008, 70763.
39 Richtlinie 2004/38/EG.
40 Vgl. Art. 24 II i. V. mit Art. 16 I der Richtlinie.
41 Vgl. Rdnr. 54 des Urteils.
42 Vgl. die Ausführungen des Generalanwalts *Geelhoed* in Bidar, Rdnr. 64.
43 Vgl. die Ausführungen des Generalanwalts *Geelhoed* in Förster, Rdnr. 129.
44 Vgl. Rdnr. 58 des Urt. Förster (o. Fußn. 32).
45 Vgl. Rdnr. 59 des Urt. Förster (o. Fußn. 32).
46 Urt. Förster (o. Fußn. 32), Rdnr. 57.
47 Vgl. Fußn. 16.
48 So wurde letzthin sehr überzeugend dargelegt, dass allein der Verwaltungsaufwand für eine Detailprüfung der Anspruchsberechtigung nach Maßgabe subjektiver Kriterien mit erheblichen Kosten verbunden ist, die wiederum von der Allgemeinheit im Aufnahmemitgliedstaat zu tragen sind. Zudem bevorzugt dieser Ansatz die besser gebildeten, informierteren und wohlhabenderen Unionsbürger, die eher Zugang zu geeigneter Rechtsberatung haben. Vgl. *O'Brien*, European Law Review 2008, 643.