

3. Teil: Kernbestandsschutz nach der *Zambrano*-Judikatur

Mit der Grundsatzentscheidung in der *Rs. Ruiz Zambrano* hat der Gerichtshof eine weitere Form des Kernbestandsschutzes nach Art. 20 AEUV entwickelt: Die Unionsbürger sind demnach vor einer faktischen Verwehrung ihrer Unionsbürgerrechte geschützt, indem sie nicht zur Ausreise aus dem Unionsgebiet de facto gezwungen werden dürfen, sodass drittstaatsangehörigen Personen, von denen sie abhängig sind, ein Aufenthaltsrecht zu gewähren ist. In diesem dritten Teil gilt es diesen Kernbestandsschutz nach der *Zambrano*-Judikatur zu analysieren und zu strukturieren. Dafür ist es wiederum unerlässlich, einleitend die Rechtsprechung des Gerichtshofs zusammenfassend darzustellen (A.), um anschliessend den dort erkennbaren Gewährleistungsgehalt dogmatisch zu strukturieren (B.).

A. Rechtsprechung des EuGH

Die Grundsatzentscheidung des Kernbestandsschutzes nach der *Zambrano*-Judikatur bildet das Urteil des EuGH in der *Rs. Ruiz Zambrano* aus dem Jahr 2011.³⁸⁶ Bislang folgten elf weitere Entscheidungen zu dieser neuen Schutzfigur nach Art. 20 AEUV. Während für die Grundsatzentscheidung der zugrunde liegende Sachverhalt, die hierzu ergangenen Schlussanträge und das Urteil des Gerichtshofs einzeln dargestellt werden (I.), sind für die Folgeentscheidungen der Sachverhalt und die Entscheidung des EuGH zusammenfassend zu beleuchten (II.). Mit den nunmehr elf Entscheidungen hat der Gerichtshof den Kernbestandsschutz schrittweise entwickelt und konkretisiert (III.).

386 EuGH, *Ruiz Zambrano*, C-34/09, EU:C:2011:124.

3. Teil: Kernbestandsschutz nach der Zambrano-Judikatur

I. Grundsatzentscheidung in der Rs. Ruiz Zambrano

1. Sachverhalt

Herr *Gerardo Ruiz Zambrano* und seine Ehefrau, beide kolumbianische Staatsangehörige, reisten im April 1999 mit ihrem ersten Kind in Belgien ein, wo sie Asyl beantragten. Der Flüchtlingsstatus wurde von den belgischen Behörden abgelehnt; einem nachfolgenden Antrag auf Aufenthaltsgenehmigung wurde im Jahr 2001 ebenso wenig stattgegeben. Trotz fehlender Aufenthaltsberechtigung ging Herr *Ruiz Zambrano* ab Oktober 2001 einer Erwerbstätigkeit als Handwerker nach. Zwischenzeitlich gebar seine Frau in den Jahren 2003 und 2005 zwei Kinder, *Diego* und *Jessica*. Die beiden Kinder erhielten gemäss belgischem Staatsangehörigkeitsgesetz die belgische Staatsangehörigkeit. Als Herr *Ruiz Zambrano* vier Jahre später arbeitslos wurde, beantragte er Arbeitslosengeld. Dieses wurde ihm vom Office national de l'emploi mit der Begründung verwehrt, dass er mangels Aufenthaltsrecht über keine Arbeitserlaubnis verfügt. Gegen diese Entscheidung erhob Herr *Ruiz Zambrano* Klage und machte geltend, dass ihm als Elternteil minderjähriger Kinder mit Mitgliedstaatsangehörigkeit ein abgeleitetes Aufenthaltsrecht nach Unionsrecht zustehe.

Das Gericht Tribunal du travail de Bruxelles fragte den EuGH, ob den Unionsbürgern *Diego* und *Jessica* unabhängig einer vorherigen Ausübung des Freizügigkeitsrechts nach Art. 21 AEUV ein Aufenthaltsrecht in ihrem Herkunftsstaat zusteht und dem Drittstaatsangehörigen, von dem sie abhängig sind, ein abgeleitetes Aufenthaltsrecht und eine Arbeitserlaubnis gewährt werden muss.

2. Schlussanträge

Generalanwältin *Sharpston* entwickelte in ihren Schlussanträgen³⁸⁷ drei Ansätze, wie der Gerichtshof die Situation der Familie *Ruiz Zambrano* beurteilen könnte. Zunächst befasste sich die Generalanwältin mit der Frage, ob sich die Unionsbürger auf Art. 20 und Art. 21 AEUV berufen können, auch wenn sie ihren Herkunftsstaat noch nie verlassen haben. In diesem Zusammenhang erklärte die Generalanwältin, dass es sich beim zugrunde liegenden Sachverhalt nicht um einen rein internen Sachverhalt handelt, so wie es von allen Mitgliedstaaten im Verfahren behauptet worden sei.

387 GA *Sharpston, Zambrano*, C-34/09, EU:C:2010:560.

Denn würde den Eltern kein Aufenthaltsrecht zugesprochen, müssten die Kinder wohl Belgien verlassen:

„Damit würden Diego und Jessica praktisch in eine ‚Lage versetzt, die zum Verlust des [durch ihre Unionsbürgerschaft] verliehenen Status und der damit verbundenen Rechte führen kann‘. Daraus folgt, dass – ebenso wie dies bei Dr. Rottmann der Fall war – die *Situation der Kinder* ‚ihrem Wesen und ihren Folgen nach unter das Unionsrecht fällt“³⁸⁸

Unter Bezugnahme auf das Urteil in der Rs. *Zhu und Chen* hielt die Generalanwältin weiter fest, dass auch die Situation des Herrn *Ruiz Zambrano* unter das Unionsrecht fällt, da ohne dessen Anwesenheit die Kinder ihre Unionsbürgerrechte nicht wirksam wahrnehmen können. Sodann rät sie dem Gerichtshof, aus Art. 21 AEUV ein von der Freizügigkeit unabhängiges Aufenthaltsrecht abzuleiten. Aber auch wenn der Gerichtshof ein solches Recht nicht anerkennen würde, sei die Situation der *Zambrano*-Kinder mit jener von *Kunquian Catherine Zhu* in der Rs. *Zhu und Chen* vergleichbar, sodass die Verweigerung eines Aufenthaltsrechts für die Eltern in das Recht der Kinder eingreife, „sich im Gebiet der Union zu bewegen und aufzuhalten“³⁸⁹.

Sofern der Gerichtshof diesem Ansatz nicht folgen würde, legte die Generalanwältin ihm nahe, für diese Art der umgekehrten Diskriminierung eine Lösung zu bieten. Da ein „radikaler Wandel der gesamten Rechtsprechung zur umgekehrten Diskriminierung [...] sich nicht über Nacht vollziehen [wird]“³⁹⁰, beschränkt sich der Vorschlag der Generalanwältin auf die Fälle der Unionsbürgerschaft. Denn in diesem Bereich seien die negativsten Ergebnisse zu verzeichnen. Sie empfiehlt, Art. 18 AEUV als Verbot umgekehrter Diskriminierung heranzuziehen, sofern folgende drei Voraussetzungen kumulativ erfüllt sind: Erstens muss die Ursache für die umgekehrte Diskriminierung darin liegen, dass der betroffene Unionsbürger nicht von seinem Freizügigkeitsrecht Gebrauch gemacht hat, sodass er sich – im Gegensatz zu mobilen Unionsbürgern – nicht auf Art. 21 AEUV berufen kann; abgesehen vom Umstand der Mobilität muss die Situation vergleichbar sein. Zweitens muss die umgekehrte Diskriminierung die Verletzung eines Unionsgrundrechts mit sich bringen, sodass nicht jede geringfügige Diskriminierung anhand Art. 18 AEUV zu beurteilen ist. Schliess-

388 GA Sharpston, *Zambrano*, C-34/09, EU:C:2010:560, Rn. 95.

389 Ebd., Rn. 103.

390 Ebd., Rn. 140.

3. Teil: Kernbestandsschutz nach der Zambrano-Judikatur

lich muss auf nationaler Ebene ein mindestens gleichwertiger Grundrechtsschutz fehlen.

Sofern nach Ansicht des Gerichtshofs diese beiden Vorschläge Herrn Ruiz Zambrano keine Hilfe böten, würde sich die Frage nach der Anwendbarkeit des Grundrechts auf Achtung des Familienlebens stellen. Für den Anwendungsbereich der Unionsgrundrechte schlägt die Generalanwältin eine neue Regelung vor: „Wenn die Union die (ausschließliche oder geteilte) Zuständigkeit in einem bestimmten Rechtsbereich besitzt, sollten die Unionsgrundrechte den Unionsbürgern Schutz bieten, *selbst wenn diese Zuständigkeit noch nicht wahrgenommen wurde*.“³⁹¹ Für eine solch grundlegende Weiterentwicklung reiche jedoch die Rechtsprechung des Gerichtshofs allein nicht aus; vielmehr bedürfe es einer ausdrücklichen Erklärung der Mitgliedstaaten. Daher könnten sich weder Herr Ruiz Zambrano noch seine Kinder ohne anderweitigen Unionsrechtsbezug auf das Grundrecht auf Achtung des Familienlebens berufen.

3. Urteil

Die Große Kammer des Gerichtshofs beschränkte ihre Entscheidung auf zehn Randziffern. Zunächst hielt sie fest, dass die Richtlinie 2004/38/EG nur für Unionsbürger gilt, die sich in einem anderen Mitgliedstaat aufzuhalten als dem, dessen Staatsangehörigkeit sie besitzen. Daher sei die Richtlinie in diesem Fall nicht anwendbar. Anschliessend erklärte der Gerichtshof, dass *Diego und Jessica* als belgische Staatsangehörige den Unionsbürgerstatus geniessen und betonte sogleich unter Verweis auf seine frühere Rechtsprechung, dass „der Unionsbürgerstatus dazu bestimmt [ist], der grundlegende Status der Angehörigen der Mitgliedstaaten zu sein“³⁹². Ohne weitere Ausführungen stellte er sodann fest:

„Unter diesen Umständen steht Art. 20 AEUV nationalen Maßnahmen entgegen, die bewirken, dass den Unionsbürgern der tatsächliche Genuss des Kernbestands der Rechte, die ihnen der Unionsbürgerstatus verleiht, verwehrt wird (vgl. in diesem Sinne Urteil Rottmann, Randnr. 42).“³⁹³

391 GA Sharpston, *Ruiz Zambrano*, C-34/09, EU:C:2010:560, Rn. 163.

392 EuGH, *Ruiz Zambrano*, C-34/09, EU:C:2011:124, Rn. 41.

393 Ebd., Rn. 42.

Eine solche Wirkung habe die Verweigerung eines Aufenthaltsrechts für eine drittstaatsangehörige Person im Herkunftsstaat ihrer minderjährigen Kinder, denen sie Unterhalt gewährt. Im nächsten Absatz lieferte er hierfür die Begründung:

„Eine solche Aufenthaltsverweigerung hat nämlich zur Folge, dass sich die genannten Kinder – Unionsbürger – gezwungen sehen, das Gebiet der Union zu verlassen, um ihre Eltern zu begleiten. Ebenso besteht die Gefahr, dass eine solche Person, wenn ihr keine Arbeitserlaubnis erteilt wird, nicht über die für ihren Unterhalt und den ihrer Angehörigen erforderlichen Mittel verfügt, was ebenfalls zur Folge hätte, dass sich ihre Kinder – Unionsbürger – gezwungen sähen, das Hoheitsgebiet der Union zu verlassen. Unter derartigen Umständen wäre es den genannten Unionsbürgern *de facto* unmöglich, den Kernbestand der Rechte, die ihnen der Unionsbürgerstatus verleiht, in Anspruch zu nehmen.“³⁹⁴

Ohne weitere Erläuterung kam der Gerichtshof zum Ergebnis: Nach Art. 20 AEUV darf ein Mitgliedstaat einer drittstaatsangehörigen Person, welche ihren minderjährigen Kindern, die Unionsbürger sind, Unterhalt gewährt, nicht den Aufenthalt im Herkunftsstaat der Kinder und eine Arbeitserlaubnis verweigern, da eine solche Massnahme den Unionsbürgern „den tatsächlichen Genuss des Kernbestands der Rechte, die ihnen der Unionsbürgerstatus verleiht, verwehren würde“³⁹⁵.

II. Folgeentscheidungen

Die kurze und offene Begründung des EuGH in der Rs. *Ruiz Zambrano* liess viele Fragen zum neuen Kernbestandsschutz nach Art. 20 AEUV offen. Die nationalen Gerichte waren sich der richtigen Interpretation dieser Grundsatzentscheidung unsicher. In der Folge hatte sich der EuGH mit zahlreichen Vorlagefragen zu befassen, die zwar allesamt ähnliche Situationen wie jene von Familie *Ruiz Zambrano* betrafen, sich dennoch in Einzelheiten unterschieden. Dies ermöglichte dem Gerichtshof, die Reichweite seiner neuen Rechtsprechung zu verdeutlichen. Die ersten Folgeentscheidungen aus den Jahren 2011 bis 2013 zeigten eine restriktive Anwendung des Kernbestandsschutzes durch den Gerichtshof (1.). In den jüngeren Fol-

394 EuGH, *Ruiz Zambrano*, C-34/09, EU:C:2011:124, Rn. 44.

395 Ebd., Rn. 45.

3. Teil: Kernbestandsschutz nach der *Zambrano*-Judikatur

geentscheidungen aus den Jahren 2016 bis 2018 verfestigte und konkretisierte der Gerichtshof diesen Schutz nach Art. 20 AEUV, ohne an dessen Beschränkung auf Ausnahmefälle zu rütteln (2.).

1. Restriktive Anwendung in den ersten Folgeentscheidungen

a) Rs. McCarthy

Nur zwei Monate nach der Entscheidung in der Rs. *Ruiz Zambrano* thematisierte der Gerichtshof mit der Rs. *McCarthy* erneut den Kernbestandschutz.³⁹⁶ Frau *McCarthy*, britische und irische Staatsangehörige, beantragte ein Aufenthaltsrecht nach Unionsrecht im Vereinigten Königreich. Dahinter stand das Ziel, ihrem drittstaatsangehörigen Ehegatten zu einem Aufenthaltsrecht nach der RL 2004/38/EG zu verhelfen. Wie die Kinder in der Rs. *Ruiz Zambrano* hatte die Unionsbürgerin immer in ihrem Herkunftsstaat gelebt und noch nie von ihrem Freizügigkeitsrecht Gebrauch gemacht.

Der Gerichtshof prüfte unter der Überschrift „[z]ur Anwendbarkeit von Art. 21 AEUV“ einen möglichen Eingriff in das Freizügigkeitsrecht nach Art. 21 AEUV und in den Kernbestandsschutz im Sinne der *Zambrano*-Rechtsprechung, ohne die jeweiligen Prüfungselemente eindeutig voneinander abzugrenzen. Im Ergebnis entschied der Gerichtshof, dass in die unionsrechtlichen Rechtspositionen von Frau *McCarthy* nicht eingegriffen wird, ihre Situation damit nicht unter das Unionsrecht fällt. Zum einen bewirke die Verweigerung eines Aufenthaltsrechts nämlich nicht, dass ihr Freizügigkeitsrecht behindert werde. Zum anderen würde ihr nicht der „tatsächliche Genuss des Kernbestands der mit ihrem Unionsbürgerstatus verbundenen Rechte verwehrt“³⁹⁷. Denn nach dem in Art. 3 4. EMRK-Zusatzprotokoll statuierten Grundsatz stehe Frau *McCarthy* als Staatsangehörige des Vereinigten Königreichs dort ein unbedingtes Aufenthaltsrecht zu. Die nationale Massnahme führe demnach nicht dazu, dass Frau *McCarthy* das Hoheitsgebiet der Union verlassen müsste. Auf die Situation von Herrn *McCarthy*, dessen Aufenthaltsrecht – wie auch in der mündlichen Verhandlung ausdrücklich thematisiert³⁹⁸ – letztlich auf dem Spiel stand, ging der Gerichtshof nicht ein.

396 EuGH, *McCarthy*, C-434/09, EU:C:2011:277.

397 Ebd., Rn. 49.

398 GA Kokott, *McCarthy*, C-434/09, EU:C:2010:718, Rn. 21.

b) Rs. Dereci

Im selben Jahr erschien ein weiteres Folgejudikat, das die restriktive Anwendung des Kernbestandsschutzes durch den EuGH noch sichtbarer machte. In der Rs. *Dereci*³⁹⁹ stand die Verweigerung eines Aufenthaltsrechts in Österreich für drittstaatsangehörige Familienmitglieder von Unionsbürgern auf dem Prüfstand des Unionsrechts. Die Gemeinsamkeit der fünf zugrunde liegenden Sachverhalte bestand darin, dass der Unionsbürger noch nie von seinem Freizügigkeitsrecht Gebrauch gemacht hatte und zur Bestreitung des Lebensunterhalts nicht auf den Drittstaatsangehörigen angewiesen war. In der Rechtssache namensgebenden Familie *Dereci* hatte Herr *Dereci*, türkischer Staatsangehöriger, mit einer österreichischen Staatsangehörigen eine Familie gegründet; ihre drei Kinder waren österreichische Staatsangehörige und minderjährig.

Der Gerichtshof konkretisierte seine Entscheidung in der Rs. *Ruiz Zambrano*: Der Schutz nach Art. 20 AEUV beziehe sich lediglich auf jene Situationen, in denen sich der „Unionsbürger *de facto* gezwungen sieht, nicht nur das Gebiet des Mitgliedstaats, dem er angehört, zu verlassen, sondern das Gebiet der Union als Ganzes“⁴⁰⁰. In solchen Situationen dürfe ein Aufenthaltsrecht „ausnahmsweise“ nicht verwehrt werden, „da sonst die Unionsbürgerschaft [...] ihrer praktischen Wirksamkeit beraubt würde.“⁴⁰¹ Der Gerichtshof hielt hier zudem fest:

„Infolgedessen rechtfertigt die bloße Tatsache, dass es für einen Staatsbürger eines Mitgliedstaats aus wirtschaftlichen Gründen oder zur Aufrechterhaltung der Familiengemeinschaft im Gebiet der Union wünschenswert erscheinen könnte, dass sich Familienangehörige, die nicht die Staatsbürgerschaft eines Mitgliedstaats besitzen, mit ihm zusammen im Gebiet der Union aufhalten können, für sich genommen nicht die Annahme, dass der Unionsbürger gezwungen wäre, das Gebiet der Union zu verlassen, wenn kein Aufenthaltsrecht gewährt würde.“⁴⁰²

Ohne diese Grundsätze auf die konkreten Situationen anzuwenden, überliess der Gerichtshof dem vorlegenden Gericht die Entscheidung darüber,

399 EuGH, *Dereci*, C-256/11, EU:C:2011:734.

400 Ebd., Rn. 66.

401 Ebd., Rn. 67.

402 Ebd., Rn. 68.

3. Teil: Kernbestandsschutz nach der Zambrano-Judikatur

ob gemäss Art. 20 AEUV den Drittstaatsangehörigen ein Aufenthaltsrecht zu gewähren ist.

c) Rs. Iida

Auch in der dritten Folgeentscheidung in der Rs. *Iida* erkannte der Gerichtshof keinen Eingriff in den Kernbestandsschutz.⁴⁰³ Gegenstand der Ausgangsstreitigkeit war das Aufenthaltsrecht für den japanischen Staatsangehörigen Herrn *Iida* in Deutschland. Herr *Iida* war mit einer deutschen Staatsangehörigen verheiratet, die jedoch mit der gemeinsamen Tochter, ebenso deutsche Staatsangehörige, in Österreich wohnte. Beide Elternteile übten das gemeinsame Sorgerecht für die Tochter aus.

Unter dem Titel „[z]ur Auslegung der Art. 20 AEUV und Art. 21 AEUV“ prüfte der Gerichtshof ein etwaiges abgeleitetes Aufenthaltsrecht für Herrn *Iida*. Im Hinblick auf den Kernbestandsschutz hielt der Gerichtshof erstmals fest:

„Das die genannten Sachverhalte kennzeichnende gemeinsame Element besteht darin, dass sie, auch wenn sie durch Rechtsvorschriften geregelt sind, die *a priori* in die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten fallen, [...] doch in einem immanenten Zusammenhang mit der Freizügigkeit eines Unionsbürgers stehen, die beeinträchtigt würde, wenn den Drittstaatsangehörigen das Recht verweigert würde, in den Mitgliedstaat, in dem dieser Bürger wohnt, einzureisen und sich dort aufzuhalten, und die daher dieser Weigerung entgegensteht.“⁴⁰⁴

Wie bereits in *McCarthy* lässt der Gerichtshof eine getrennte Prüfung der beiden Rechtspositionen nach Art. 20 und Art. 21 AEUV vermissen. Der Gerichtshof zieht dieselben Gründe heran, um einen Eingriff zu verneinen: Erstens habe das fehlende unionsrechtliche Aufenthaltsrecht für den drittstaatsangehörigen Herrn *Iida* die beiden Unionsbürgerinnen, seine Tochter und seine Ehefrau, nicht von der Ausübung ihres Freizügigkeitsrechts abgehalten; zweitens könne dem Drittstaatsangehörigen sein nationales Aufenthaltsrecht verlängert bzw. ein unionsrechtliches Daueraufent-

403 EuGH, *Iida*, C-40/11, EU:C:2012:691.

404 Ebd., Rn. 72.

haltsrecht gemäss der Richtlinie 2003/109/EG⁴⁰⁵ zugesprochen werden. Da-her werde weder den beiden Unionsbürgern „der tatsächliche Genuss des Kernbestands der mit ihrem Unionsbürgerstatus verbundenen Rechte verwehrt [noch] die Ausübung ihres Rechts, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, behindert“⁴⁰⁶.

d) Rs. O. und S.

Mit der Entscheidung in der Rs. O. *und* S.⁴⁰⁷ verdeutlichte der Gerichtshof, dass die Abhängigkeit des Unionsbürgers vom Drittstaatsangehörigen für den Kernbestandsschutz ausschlaggebend ist. Den beiden Rechtssachen lag folgende Situation einer Patchwork-Familie zugrunde: Aus der Ehe einer Drittstaatsangehörigen mit einem finnischen Staatsangehörigen ging ein Kind mit finnischer Staatsangehörigkeit hervor, das als Unionsbürger noch nie sein Freizügigkeitsrecht ausgeübt hatte. Nach der Scheidung erhielt die drittstaatsangehörige Mutter das alleinige Sorgerecht für das Kind. Die Mutter war in zweiter Ehe mit einem Drittstaatsangehörigen verheiratet, dem ein Aufenthaltsrecht in Finnland verweigert wurde.

Der Gerichtshof überliess dem vorlegenden Gericht die Entscheidung, ob mit der Verweigerung eines Aufenthaltsrechts in den Kernbestands-schutz der Unionsbürger-Kinder eingegriffen wird. Hierzu erklärte der Ge-richtshof:

„[Es ist] das Abhängigkeitsverhältnis zwischen dem minderjährigen Unionsbürger und dem Drittstaatsangehörigen, dem ein Aufenthalts-recht verweigert wird, das die praktische Wirksamkeit der Unionsbür-gerschaft beeinträchtigen kann, da diese Abhängigkeit dazu führen würde, dass der Unionsbürger sich als Folge einer solchen Verweige-rung *de facto* gezwungen sähe, nicht nur das Gebiet des Mitgliedstaats zu verlassen, dessen Staatsangehöriger er ist, sondern auch das Gebiet der Union als Ganzes“⁴⁰⁸.

405 Richtlinie 2003/109/EG des Rates vom 25. November 2003 betreffend die Rechtsstellung der langfristig aufenthaltsberechtigten Drittstaatsangehörigen, ABl. 2004 L 16, 44.

406 EuGH, *Iida*, C-40/11, EU:C:2012:691, Rn. 76.

407 EuGH, O. *und* S., C-356/11 und C-357/11, EU:C:2012:776.

408 Ebd., Rn. 56.

Für die Beurteilung des Abhängigkeitsverhältnisses habe das vorlegende Gericht alle Umstände des Einzelfalls zu prüfen und dabei insbesondere zu berücksichtigen, dass die drittstaatsangehörige Mutter über einen unbefristeten Aufenthaltstitel verfügt, sodass sie rechtlich nicht verpflichtet ist, den betreffenden Mitgliedstaat und das Unionsgebiet zu verlassen, sowie den Umstand, dass die drittstaatsangehörigen Stiefväter nicht die „rechtliche, finanzielle oder affektive Sorge“⁴⁰⁹ für die minderjährigen Unionsbürger tragen. Für die Beurteilung nicht entscheidend sei hingegen, ob eine biologische Verwandtschaft zwischen dem Unionsbürger und dem Drittstaatsangehörigen besteht und ob sie in einem gemeinsamen Haushalt leben. Obgleich dem vorlegenden Gericht die Entscheidung obliege, scheine es an einer entsprechenden Abhängigkeit des Unionsbürgers vom Drittstaatsangehörigen zu fehlen.

e) Rs. Ymeraga

Die restriktive Handhabung des Kernbestandsschutzes setzte sich in der Folgeentscheidung in der Rs. *Ymeraga* fort.⁴¹⁰ Herr *Ymeraga*, kosovarischer Staatsangehöriger, kam im Alter von fünfzehn Jahren nach Luxemburg und erwarb später die luxemburgische Staatsangehörigkeit. Seine Eltern und seine Brüder folgten ihm nach Luxemburg und beantragten dort ein Aufenthaltsrecht.

Der Gerichtshof bekräftigte sein Urteil in der Rs. *Dereci*, wonach der Umstand, dass der Aufenthalt des Drittstaatsangehörigen „aus wirtschaftlichen Gründen oder zur Aufrechterhaltung der Familiengemeinschaft im Gebiet der Union wünschenswert erscheinen könnte“⁴¹¹, nicht die Annahme eines faktischen Ausreisezwangs des Unionsbürgers rechtfertigen kann. Nach Auffassung des vorlegenden Gerichts sei im Ausgangsverfahren der Wunsch auf Familienzusammenführung der einzige Grund für die Gewährung eines Aufenthaltsrechts für die drittstaatsangehörigen Familienmitglieder des Herrn *Ymeraga*. Das genüge nicht „für die Annahme [...], dass die Verweigerung dieses Aufenthaltsrechts zur Folge hat, Kreshnik Ymeraga den tatsächlichen Genuss des Kernbestands der Rechte, die ihm der Unionsbürgerstatus verleiht, zu verwehren.“⁴¹² Damit falle seine Situation

409 EuGH, O. und S., C-356/11 und C-357/11, EU:C:2012:776, Rn. 56.

410 EuGH, *Ymeraga*, C-87/12, EU:C:2013:291.

411 Ebd., Rn. 38.

412 Ebd., Rn. 39.

auch nicht unter das Unionsrecht im Sinne des Art. 51 GRC, sodass die Verweigerung eines Aufenthaltsrechts nicht auf die Vereinbarkeit mit den Unionsgrundrechten überprüft werden müsse.

f) Rs. Alokpa

Wie in *Ruiz Zambrano* stand in der Rs. *Alokpa*⁴¹³ das Aufenthaltsrecht eines drittstaatsangehörigen Elternteils zweier minderjähriger Unionsbürger zur Diskussion. Frau *Alokpa*, eine togoische Staatsangehörige, war Mutter von Zwillingen, die in Luxemburg geboren, jedoch französische Staatsangehörige waren. Im Unterschied zu den *Ruiz-Zambrano*-Kindern lebten die Zwillinge sohin in einem Mitgliedstaat, dessen Staatsangehörigkeit sie nicht besassen. In eben diesem Mitgliedstaat beantragte die drittstaatsangehörige Mutter ein Aufenthaltsrecht.

Zunächst erklärte der EuGH, das vorlegende Gericht habe zu prüfen, ob der Mutter in Luxemburg ein abgeleitetes Aufenthaltsrecht nach Art. 21 AEUV zu gewähren ist. Im Zusammenhang mit Art. 20 AEUV vertrat der Gerichtshof in Anlehnung an die Schlussanträge die Auffassung, dass Frau *Alokpa* ein abgeleitetes Aufenthaltsrecht in Frankreich zustehen dürfte. Darauf könne die Verweigerung eines Aufenthaltsrechts in Luxemburg „grundsätzlich nicht zur Folge haben [...], dass ihre Kinder gezwungen wären, das Gebiet der Union als Ganzes zu verlassen.“⁴¹⁴ Es obliege jedoch dem vorlegenden Gericht zu entscheiden, „ob dies in Anbetracht aller Umstände des Ausgangsrechtsstreits tatsächlich zutrifft.“⁴¹⁵

2. Verfestigung und Konkretisierung in den jüngeren Folgeentscheidungen

a) Rs. NA

Nach einer fast dreijährigen Pause vom Kernbestandsschutz hatte sich der Gerichtshof in der Rs. NA erneut damit zu beschäftigen.⁴¹⁶ Der pakistani-

413 EuGH, *Alokpa*, C-86/12, EU:C:2013:645.

414 Ebd., Rn. 35.

415 Ebd., Rn. 35.

416 EuGH, NA, C-115/15, EU:C:2016:487; vgl. dahingegen noch im Jahr 2014 die Vorlagefrage zum Kernbestandsschutz in EuGH, *S. und G.*, C-457/12, EU:C:

3. Teil: Kernbestandsschutz nach der Zambrano-Judikatur

schen Staatsangehörigen NA wurde im Vereinigten Königreich ein Aufenthaltsrecht verweigert. Sie war mit einem deutschen Staatsangehörigen, der im Vereinigten Königreich erwerbstätig gewesen war, verheiratet gewesen; die Ehe wurde jedoch aufgrund häuslicher Gewalt geschieden. NA erhielt das alleinige Sorgerecht für die gemeinsamen Töchter, die im Vereinigten Königreich geboren wurden und die deutsche Staatsangehörigkeit besaßen.

Der Gerichtshof stellte fest, dass NA als Elternteil, der die elterliche Sorge für die Kinder tatsächlich wahrnimmt, ein Aufenthaltsrecht gemäss Art. 12 VO Nr. 1612/68⁴¹⁷ einzuräumen ist. Aufgrund dieses sekundärrechtlichen Aufenthaltsrechts zog der Gerichtshof für den Kernbestandsschutz folgenden Schluss:

„Im vorliegenden Fall fehlt es somit an der ersten Voraussetzung für einen Anspruch auf ein Aufenthaltsrecht im Aufnahmemitgliedstaat aus Art. 20 AEUV in seiner Auslegung durch den Gerichtshof im Urteil vom 8. März 2011, Ruiz Zambrano (C-34/09, EU:C:2011:124), die darin besteht, dass der Betroffene in diesem Mitgliedstaat kein Aufenthaltsrecht aus abgeleitetem Unionsrecht hat“⁴¹⁸.

b) Rs. Rendón Marín

Während sich die bereits besprochenen Folgeentscheidungen mit der Frage nach einem etwaigen Eingriff in Art. 20 AEUV befassten, stand in der Rs. *Rendón Marín*⁴¹⁹ erstmals die Rechtfertigungsmöglichkeit eines solchen Eingriffs zur Diskussion. Herr *Rendón Marín*, kolumbianischer Staatsangehöriger, war Vater eines Jungen spanischer Staatsangehörigkeit und eines Mädchens polnischer Staatsangehörigkeit. Die Kinder wurden in Spanien geboren und hatten sich seit ihrer Geburt dort aufgehalten. Der Aufenthalt beider Mütter war unbekannt; der Vater hatte das alleinige Sorgerecht. Herr *Rendón Marín* wurde zu einer Freiheitsstrafe von neun Monaten verurteilt, wobei die Vollstreckung ausgesetzt wurde.

2014:136, Rn. 29, wobei der Gerichtshof hierauf nicht einging, da Art. 45 AEUV zur Anwendung kam (Rn. 45).

417 Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 des Rates vom 15. Oktober 1968 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Gemeinschaft, ABl. 1968 L 257, 2.

418 EuGH, NA, C-115/15, EU:C:2016:487, Rn. 74.

419 EuGH, *Rendón Marín*, C-165/14, EU:C:2016:675.

Im Hinblick auf die Situation des polnischen Mädchens forderte der EuGH das vorlegende Gericht auf, zu prüfen, ob die Voraussetzungen für ein Aufenthaltsrecht nach Art. 21 AEUV in Verbindung mit der Richtlinie 2004/38/EG erfüllt sind, sodass dem Vater als alleinigem Sorgeberechtigten ein abgeleitetes Aufenthaltsrecht zusteht. Weiter erklärte der Gerichtshof:

„Für den Fall, dass das vorlegende Gericht bei der Prüfung der Voraussetzungen von Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie 2004/38 zu dem Schluss gelangen sollte, dass diese nicht erfüllt sind, und jedenfalls in Bezug auf den Sohn von Herrn Rendón Marín, einen Minderjährigen, der durchgehend in dem Mitgliedstaat gelebt hat, dessen Staatsangehörigkeit er besitzt, ist zu prüfen, ob Art. 20 AEUV gegebenenfalls ein abgeleitetes Aufenthaltsrecht für Herrn Rendón Marín zu begründen vermag.“⁴²⁰

Der EuGH überliess dem vorlegenden Gericht die Prüfung, ob dem Vater nach Art. 20 AEUV ein Aufenthaltsrecht zu gewähren ist. Insbesondere habe das vorlegende Gericht zu beurteilen, ob „in Anbetracht sämtlicher Umstände des Ausgangsverfahrens“⁴²¹ dem Vater mit dem alleinigen Sorgerecht für die Kinder ein abgeleitetes Freizügigkeits- und Aufenthaltsrecht in Polen zu gewähren ist, sodass die Aufenthaltsverweigerung in Spanien die Kinder nicht zur Ausreise aus dem gesamten Unionsgebiet zwingen würde. Schliesslich äusserte sich der Gerichtshof „[z]ur Möglichkeit der Beschränkung eines aus Art. 20 AEUV abgeleiteten Aufenthaltsrechts“:

„Art. 20 AEUV lässt die Möglichkeit der Mitgliedstaaten unberührt, sich u.a. auf eine Ausnahme wegen der Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit zu berufen.“⁴²²

Bei dieser Beurteilung müsse der Grundsatz der Verhältnismässigkeit gewahrt bleiben wie auch das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens gemäss Art. 7 GRC unter Berücksichtigung des Kindeswohls nach Art. 24 Abs. 2 GRC.

420 EuGH, *Rendón Marín*, C-165/14, EU:C:2016:675, Rn. 68.

421 Ebd., Rn. 79.

422 Ebd., Rn. 81.

c) Rs. CS

Wie die Rs. *Rendón Marín* betraf die am selben Tag veröffentlichte Entscheidung in der Rs. CS⁴²³ die Rechtfertigungsmöglichkeit einer Aufenthaltsverweigerung nach Art. 20 AEUV. Die Drittstaatsangehörige CS war mit einem britischen Staatsangehörigen verheiratet. Ihr gemeinsames Kind wurde im Vereinigten Königreich mit britischer Staatsangehörigkeit geboren; die Drittstaatsangehörige sorgte alleine für das Kind. CS wurde zu einer Freiheitsstrafe von zwölf Monaten verurteilt, die sie auch verbüßte.

Der Gerichtshof erkannte, dass das Kind zur Ausreise aus dem Unionsgebiet faktisch gezwungen sein könnte, wenn seine Mutter, welche die tatsächliche Sorge wahrnimmt, ausgewiesen würde. Mithin werde dem Unionsbürger „der tatsächliche Genuss des Kernbestands der Rechte, die ihm sein Unionsbürgerstatus verleiht, verwehrt“⁴²⁴. Die Ausweisung der drittstaatsangehörigen Mutter könne gleichwohl aus Gründen der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit gerechtfertigt sein – vorausgesetzt der Verhältnismässigkeitsgrundsatz und die Unionsgrundrechte bleiben dabei gewahrt. Das Augenmerk sei bei dieser Beurteilung auf das Wohl des Kindes zu richten, wobei im Besonderen „seinem Alter, seiner Situation im betreffenden Mitgliedstaat und dem Grad seiner Abhängigkeit vom Elternteil Rechnung zu tragen [ist]“⁴²⁵.

d) Rs. Chavez-Vilchez

Eine weitere Konkretisierung erfuhr der Kernbestandsschutz in der Entscheidung in der Rs. *Chavez-Vilchez*.⁴²⁶ Dabei ging es um ein Aufenthaltsrecht in den Niederlanden für Frau *Chavez-Vilchez* und sieben weitere drittstaatsangehörige Mütter minderjähriger Kinder mit niederländischer Staatsangehörigkeit. Fast alle Kinder lebten seit ihrer Geburt in den Niederlanden; nur das Kind von Frau *Chavez-Vilchez* wohnte zunächst mit sei-

423 EuGH, CS, C-304/14, EU:C:2016:674.

424 Ebd., Rn. 33.

425 Ebd., Rn. 49.

426 EuGH, *Chavez-Vilchez*, C-133/15, EU:C:2017:354. In der Rs. *Lounes*, C-165/16, EU:C:2017:862, ist der Gerichtshof auf Art. 20 AEUV nicht eingegangen; GA *Bot, Lounes*, C-165/16, EU:C:2017:407, Rn. 92, kam bereits zum Schluss, dass Art. 20 AEUV nicht zu prüfen ist, da dem drittstaatsangehörigen Ehegatten einer Unionsbürgerin ein Aufenthaltsrecht nach Art. 21 AEUV zu gewährleisten ist.

nen Eltern in Deutschland, bevor es mit seiner Mutter wieder in die Niederlande zurückkehrte. Alle Kindesväter besassen die niederländische Staatsangehörigkeit, anerkannten das Kind, lebten von diesem und dessen Mutter jedoch getrennt. Die Mütter übernahmen jeweils die tägliche Sorge für das Kind. Die Väter hatten in unterschiedlicher Weise Kontakt zu den Kindern oder leisteten Unterhalt; in manchen Fällen aber trug der Vater überhaupt nicht zur Erziehung des Kindes bei.

Für Frau *Chavez-Vilchez* hielt der Gerichtshof zunächst fest, dass ihr in den Niederlanden ein Aufenthaltsrecht nach Art. 21 AEUV und der Richtlinie 2004/38/EG zustehen könnte; andernfalls müsse auch ihre Situation nach Art. 20 AEUV beurteilt werden. Im Zusammenhang mit Art. 20 AEUV führte der EuGH unter anderem aus:

„Im vorliegenden Fall ist zur Beurteilung des Risikos, dass sich das betroffene Kind mit Unionsbürgerschaft gezwungen sähe, das Unionsgebiet zu verlassen, [...] zu ermitteln, welcher Elternteil die tatsächliche Sorge für das Kind wahrnimmt und ob ein tatsächliches Abhängigkeitsverhältnis zwischen dem Kind und dem Elternteil mit Drittstaatsangehörigkeit besteht.“⁴²⁷

Bei dieser Beurteilung sei das Grundrecht auf Achtung des Familienlebens nach Art. 7 GRC im Lichte des Kindeswohls nach Art. 24 Abs. 2 GRC zu berücksichtigen. Zugleich hielt der Gerichtshof fest:

„Für diese Beurteilung bildet der Umstand, dass der andere Elternteil, der Unionsbürger ist, wirklich in der Lage und bereit ist, die tägliche und tatsächliche Sorge für das Kind allein wahrzunehmen, einen Gesichtspunkt von Bedeutung, der aber allein nicht für die Feststellung genügt, dass zwischen dem Elternteil mit Drittstaatsangehörigkeit und dem Kind kein Abhängigkeitsverhältnis [...] besteht.“⁴²⁸

Abschliessend äusserte sich der Gerichtshof zur Beweislast: Grundsätzlich sei der Drittstaatsangehörige verpflichtet, Informationen vorzubringen, anhand derer sich der faktische Ausreisezwang des Kindes aus dem Unionsgebiet im Falle einer Aufenthaltsverweigerung beurteilen lässt. Allerdings müsse auch die zuständige Behörde auf Grundlage der vorgebrachten Informationen die notwendigen Ermittlungen durchführen, um über die Anwendung des Art. 20 AEUV entscheiden zu können.

427 EuGH, *Chavez-Vilchez*, C-133/15, EU:C:2017:354, Rn. 70.

428 Ebd., Rn. 71.

e) Rs. K.A.

Die Rechtssache *K.A.*⁴²⁹ aus dem Jahr 2018 betrifft sieben Fälle, in denen die Anträge von Drittstaatsangehörigen auf Aufenthaltsgewährung zum Zweck der Familienzusammenführung mit einem Unionsbürger, der von seinem Freizügigkeitsrecht noch nie Gebrauch gemacht hat, von den belgischen Behörden nicht geprüft wurden mit der Begründung, dass gegen die Drittstaatsangehörigen ein rechtskräftiges Einreiseverbot verhängt wurde. In vier der sieben Fälle geht es um den drittstaatsangehörigen Elternteil eines minderjährigen Unionsbürgers, in zwei Fällen um das volljährige drittstaatsangehörige Kind eines Unionsbürgers und in einem Fall um den drittstaatsangehörigen Lebenspartner eines Unionsbürgers.

Im Hinblick auf den Kernbestandsschutz nach Art. 20 AEUV kam der EuGH in dieser Rechtssache zu folgenden Auslegungsergebnissen: Erstens stehe Art. 20 AEUV einer nationalen Praxis entgegen, wonach der Antrag eines Drittstaatsangehörigen auf ein abgeleitetes Aufenthaltsrecht gemäss Art. 20 AEUV allein deshalb nicht geprüft wird, weil gegen den Drittstaatsangehörigen ein Einreiseverbot verhängt wurde. Überdies äusserte sich der Gerichtshof zur für die Schutzberechtigung erforderlichen Abhängigkeit:

„Bei einem erwachsenen Unionsbürger kommt ein Abhängigkeitsverhältnis, das geeignet ist, die Gewährung eines abgeleiteten Aufenthaltsrechts nach dieser Vorschrift gegenüber dem betreffenden Drittstaatsangehörigen zu rechtfertigen, nur in außergewöhnlichen Fällen in Betracht, in denen die betreffende Person in Anbetracht aller relevanten Umstände keinesfalls von dem Familienangehörigen getrennt werden darf, von dem sie abhängig ist.“⁴³⁰

Betreffend die Abhängigkeit von minderjährigen Unionsbürgern bekräftigte der Gerichtshof seine Rechtsprechung in der Rs. *Chavez-Vilchez*. Zudem erklärte der EuGH, dass es für die Anwendbarkeit des Art. 20 AEUV nicht von Bedeutung sei, dass das Abhängigkeitsverhältnis erst nach Verhängung des Einreiseverbots entstanden ist. Ebenso unerheblich sei es, dass die Entscheidung über das Einreiseverbot zum Zeitpunkt des Antrages auf ein Aufenthaltsrecht nach Art. 20 AEUV bereits rechtskräftig ist. Schliesslich könne ein Aufenthaltsrecht nicht allein deshalb verweigert werden, weil die drittstaatsangehörige Person einer Rückkehrverpflichtung nicht nachgekommen ist. Die Verweigerung eines Aufenthaltsrechts könne allerdings

429 EuGH, *K.A.*, C-82/16, EU:C:2018:308.

430 Ebd., Rn. 76.

aus Gründen der öffentlichen Ordnung gerechtfertigt sein, wobei hier der Verhältnismässigkeitsgrundsatz und die Unionsgrundrechte zu wahren seien.

III. Schrittweise Entwicklung des Kernbestandsschutzes

Mit dem Kernbestandsschutz nach der *Ruiz Zambrano*-Judikatur hat der Gerichtshof eine neue Schutzdimension für die Unionsbürger eingeführt: Der Kernbestandsschutz nach Art. 20 AEUV schützt die Unionsbürger vor einem faktischen Ausreisezwang aus dem Unionsgebiet, indem der drittstaatsangehörigen Person, von der sie abhängig sind, ein Aufenthaltsrecht zu gewähren ist. Denn Art. 20 AEUV „steht [...] nationalen Maßnahmen entgegen, die bewirken, dass den Unionsbürgern der tatsächliche Genuss des Kernbestands der Rechte, die ihnen der Unionsbürgerstatus verleiht, verwehrt wird.“⁴³¹

Mit der Entwicklung dieser neuen Rechtsfigur konnte der Gerichtshof der Familie *Ruiz Zambrano* helfen, ohne die von Generalanwältin *Sharpston* vorgeschlagenen Lösungen aufgreifen zu müssen.⁴³² Denn mit dem Verbot umgekehrter Diskriminierungen oder der Ausweitung der Anwendbarkeit der Unionsgrundrechte hätte sich der Anwendungsbereich des Unionsrechts zulasten mitgliedstaatlicher Kompetenzen ausgedehnt – und das sichtbarer als mit der Einführung einer unbestimmten Rechtsfigur wie jener des Kernbestandsschutzes.⁴³³ Der Gerichtshof hätte die Rs. *Ruiz Zambrano* jedoch auch anders lösen können: Zum einen hätte er die Verweigerung eines Aufenthaltsrechts für den drittstaatsangehörigen Vater in Anlehnung an seine früheren Entscheidungen als eine rechtfertigungsbedürftige Beschränkung des Art. 21 AEUV ansehen können⁴³⁴ (allerdings hätte er hierfür seine Rechtsprechung auf die Situation von Unionsbürgern erstrecken müssen, die nicht über eine andere Staatsangehörigkeit als die des Aufenthaltsstaates verfügen⁴³⁵). Zum anderen hätte der

431 Grundlegend EuGH, *Ruiz Zambrano*, C-34/09, EU:C:2011:124, Rn. 42.

432 *Thym*, ZEuS 2012, 501 (518).

433 Vgl. ebd., 501 (518).

434 *Wendel*, Unionsbürgerrechte, 739 (Rn. 115); dem folgend *Thym*, EuR 2015 Beiheft 1, 135 (142); gegen eine solche Lösung *Hailbronner/Thym*, NJW 2011, 2008 (2011); *Graf Vitzthum*, EuR 2011, 550 (556 – 559).

435 Vgl. EuGH, *Garcia Avello*, C-148/02, EU:C:2003:539; EuGH, *Zhu und Chen*, C-200/02, EU:C:2004:639; vgl. auch GA *Sharpston*, *Ruiz Zambrano*, C-34/09,

EuGH das Unionsrecht für unanwendbar erklären können⁴³⁶ mit der Begründung, dass die „rein hypothetische Aussicht auf die Ausübung [des Freizügigkeitsrechts]“ keinen hinreichenden Bezug zum Unionsrecht darstellt.⁴³⁷ In diesem Fall hätte er wie in der Rs. *Metock*⁴³⁸ auf die EMRK verweisen und die Entscheidung dem EGMR in Strassburg übertragen können.⁴³⁹ Trotz dieser alternativen Lösungsmöglichkeiten entschied sich der Gerichtshof für die Entwicklung einer neuen Rechtsfigur, welche die Unionsbürger auch in innerstaatlichen Sachverhalten schützt. Allerdings liess er eine dogmatische Begründung weitgehend vermissen. Der Gerichtshof verwies lediglich auf seine Entscheidung in der Rs. *Rottmann* sowie auf seine Standardformel, wonach „der Unionsbürgerstatus dazu bestimmt ist, der grundlegende Status der Angehörigen der Mitgliedstaaten zu sein“.⁴⁴⁰

Mit den elf Folgeentscheidungen zur Rs. *Ruiz Zambrano* hat sich der Kernbestandsschutz in der Rechtsprechung des Gerichtshofs mittlerweile gefestigt. Ausgangsstreitigkeit war jeweils das Aufenthaltsrecht für ein drittstaatsangehöriges Familienmitglied eines Unionsbürgers, der von seinem Freizügigkeitsrecht keinen Gebrauch gemacht hat.⁴⁴¹ Von Entscheidung zu Entscheidung präzisierte der Gerichtshof den Kernbestandschutz. Dabei liess er eine restriktive Anwendung erkennen. So genügen der Wunsch auf Familienleben und wirtschaftliche Gründe nicht, um von einem faktischen Ausreisezwang des Unionsbürgers ausgehen zu können, sodass dem drittstaatsangehörigen Familienmitglied ein Aufenthaltsrecht einzuräumen ist.⁴⁴² Überhaupt hat der Gerichtshof nach *Ruiz Zambrano* nur ein weiteres Mal den Kernbestandsschutz ausdrücklich für anwendbar

EU:C:2010:560, Rn. 100 f., die sich für die Anerkennung eines eigenständigen Aufenthaltsrechts nach Art. 21 AEUV ausspricht.

436 So die Forderung der Mitgliedstaaten und der EU-Kommission in EuGH, *Ruiz Zambrano*, C-34/09, EU:C:2011:124, Rn. 37.

437 Vgl. EuGH, *Kremzow*, C-299/95, EU:C:1997:254, Rn. 16; bestätigt in EuGH, *Iida*, C-40/11, EU:C:2012:691, Rn. 77.

438 EuGH, *Metock*, C-127/08, EU:C:2008:449, Rn. 79; so nun auch in EuGH, *Dereci*, C-256/11, EU:C:2011:734, Rn. 72 f.; EuGH, *Ymeraga*, C-87/12, EU:C:2013:291, Rn. 44.

439 *Hailbronner/Thym*, NJW 2011, 2008 (2010); *Thym*, EuR 2015 Beiheft 1, 135 (142).

440 EuGH, *Zambrano*, C-34/09, EU:C:2011:124, Rn. 41 f.

441 Vgl. als Ausnahme EuGH, *Iida*, C-40/11, EU:C:2012:691, Rn. 74, und das Kind von Frau *Chavez-Vilchez* in EuGH, *Chavez-Vilchez*, C-133/15, EU:C:2017:354, Rn. 50.

442 Grundlegend EuGH, *Dereci*, C-256/11, EU:C:2011:734, Rn. 68.

erklärt – nämlich in der Rs. CS.⁴⁴³ In allen anderen Fällen verneinte der Gerichtshof die Anwendbarkeit oder überliess die endgültige Entscheidung dem vorlegenden Gericht.

Trotz der Folgejudikatur bleiben einige Fragen offen: In welchen Fällen ist in concreto von einer für den Kernbestandsschutz erforderlichen Abhängigkeit des Unionsbürgers vom Drittstaatsangehörigen auszugehen? Unter welchen Umständen kommt der Schutz auch ausserhalb des Angehörigkeitsstaates des Unionsbürgers zur Anwendung? Wie lange besteht das Aufenthaltsrecht für den schutzberechtigten Drittstaatsangehörigen und haben die von Art. 20 AEUV geschützten Familien ein Recht auf soziale Unterstützung? Der genaue Schutzmfang des Kernbestandsschutzes nach der *Zambrano*-Judikatur lässt sich anhand der bisherigen EuGH-Entscheidungen nur schwer konturieren.

B. Dogmatische Struktur

Die Entscheidung von Fall zu Fall⁴⁴⁴ durch den Gerichtshof erschwert die dogmatische Strukturierung des Kernbestandsschutzes. Eine systematische Aufarbeitung der Rechtsprechung ist gleichwohl unerlässlich für die Vorhersehbarkeit und Nachprüfbarkeit der Entscheidungen sowie nicht zuletzt für die Handhabung des Kernbestandsschutzes durch die nationalen Behörden. Als Rechtsgrundlage für den Kernbestandsschutz dient Art. 20 AEUV, wobei dieser nur subsidiär zur Anwendung kommt und primär den Angehörigkeitsstaat des Unionsbürgers verpflichtet (I.). Der Unionsrechtsbezug ergibt sich qua Eingriff in den Kernbestandsschutz, ohne dass hierfür ein grenzüberschreitendes Element erforderlich wäre (II.). Der Kernbestandsschutz schützt unmittelbar die Unionsbürger (III.) und mittelbar die Drittstaatsangehörigen, von denen die Unionsbürger abhängig sind (IV.). Den schutzberechtigten Drittstaatsangehörigen sind ein Aufenthaltsrecht und ein Recht auf Arbeitserlaubnis zu gewähren; den von Art. 20 AEUV erfassten Familien dürfte zudem ein Anspruch auf soziale Unterstützung zustehen (V.). Der Kernbestandsschutz gilt nicht absolut; Eingriffe sind einer Rechtfertigung zugänglich (VI.).

443 EuGH, CS, C-304/14, EU:C:2016:674, Rn. 33.

444 Vgl. Lenaerts, Court's Outer and Inner Selves, 13 (46): „stone-by-stone“.

I. Rechtliche Grundlagen

Der Kernbestandsschutz nach der *Zambrano*-Judikatur findet seine Rechtsgrundlage in Art. 20 AEUV. Ob diese Vertragsbestimmung die neue Rechtsfigur zu begründen vermag, gilt im ersten Schritt zu überprüfen (1.). Im Rahmen der rechtlichen Grundlagen ist weiter aufzuzeigen, dass der Kernbestandsschutz nur subsidiär zu anderen Unionsrechtsbestimmungen zur Anwendung kommt (2.) und primär den Angehörigkeitsstaat des betroffenen Unionsbürgers verpflichtet (3.).

1. Art. 20 AEUV als Rechtsgrundlage

Der Kernbestandsschutz nach der *Zambrano*-Judikatur schützt die Unionsbürger vor einem faktischen Ausreisezwang aus dem Unionsgebiet, mit welchem sie sich konfrontiert sehen, weil einem Drittstaatsangehörigen, von dem sie abhängig sind, ein Aufenthaltsrecht verweigert wird. Wie noch aufzuzeigen ist, begründet der Kernbestandsschutz kein neues eigenständiges Unionsbürgerrecht auf Aufenthalt im Unionsgebiet, sondern sichert in erster Linie die Ausübungsmöglichkeit des Freizügigkeitsrechts.⁴⁴⁵ So betonte der Gerichtshof in den Folgeentscheidungen zur *Rs. Ruiz Zambrano* den immanenten bzw. inneren Zusammenhang des Kernbestandschutzes mit dem Freizügigkeitsrecht.⁴⁴⁶ Diese neue Schutzfigur hätte daher auch in Art. 21 AEUV verortet werden können.⁴⁴⁷ Der Rückgriff auf Art. 20 AEUV⁴⁴⁸ zeigt jedoch die über diese Judikaturlinie hinausgehende Bedeutung des Kernbestandsschutzes. Zudem gelang dem Gerichtshof mit der Entwicklung der neuen Rechtsfigur, das Unionsrecht auf die Situation eines faktischen Ausreisezwangs aus dem Unionsgebiet für anwendbar zu erklären, ohne die Anwendungsvoraussetzung des grenzüberschreitenden Elements im Allgemeinen aufzugeben.

445 Siehe hierzu unten, 3. Teil B. III.

446 Siehe etwa EuGH, *Iida*, C-40/11, EU:C:2012:691, Rn. 72; EuGH, *Ymeraga*, C-87/12, EU:C:2013:291, Rn. 37; EuGH, *Rendón Marín*, C-165/14, EU:C:2016:675, Rn. 75.

447 Vgl. *Wendel*, DÖV 2014, 133 (143).

448 Vgl. jedoch EuGH, *McCarthy*, C-434/09, EU:C:2011:277, wo die Prüfung des Kernbestandsschutzes unter dem Titel „Zur Anwendbarkeit von Art. 21 AEUV“ erfolgte und sich auch die Schlussfolgerungen zum Kernbestandsschutz auf Art. 21 AEUV stützten (siehe Rn. 56), sodass in der Literatur die Rechtsgrundlage mitunter verwechselt wurde, siehe etwa *Hennion*, JCP G, 1326 (1330).

Der Gerichtshof lässt in seiner Judikatur zum Kernbestandsschutz eine dogmatisch stringente Begründung unter Beachtung anerkannter Auslegungsmethoden vermissen.⁴⁴⁹ In *Ruiz Zambrano* begründete der Gerichtshof die Anwendbarkeit des Art. 20 AEUV mit dem Wesen der Unionsbürgerschaft, indem er darauf hinwies, dass der „Unionsbürgerstatus dazu bestimmt [ist], der grundlegende Status der Angehörigen der Mitgliedstaaten zu sein“⁴⁵⁰.⁴⁵¹ Allerdings kann diese Charakterisierung die Entwicklung des Kernbestandsschutzes allein nicht begründen.⁴⁵² Denn die unterschiedlichen Auffassungen über Ziel und Zweck der Unionsbürgerschaft vermindern die Überzeugungskraft dieses teleologischen Arguments.⁴⁵³ Selbst der Gerichtshof hat bislang nicht offenbart, worin nach seinen Vorstellungen das Grundlegende der Unionsbürgerschaft liegt.⁴⁵⁴ Auch eine Zusammenschau der Entscheidungen, in denen er sich auf den „grundlegenden Status“ beruft, lässt keinen allgemeinen Rückschluss zu.⁴⁵⁵ Die zentrale Bedeutung der Formel vom „grundlegenden Status“ in der Entwicklung des Kernbestandsschutzes bezeugt gleichwohl, dass dieser Ausspruch „nicht nur rhetorisches Stilmittel“⁴⁵⁶ ist. Wieder einmal zeigt sich mit der Rechtsprechung zum Kernbestandsschutz das Entwicklungspotenzial der Unionsbürgerschaft mithilfe dieser Judikaturformel. Die Charakterisierung der Unionsbürgerschaft als „grundlegender Status“ der Mitgliedsstaatsangehörigen unterstützt daher das Auslegungsergebnis des Gerichts-

449 Kritisch zur mangelnden dogmatischen Begründung insbes. *Hailbronner/Thym*, NJW 2011, 2008 (2010 f.); *Nic Shuibhne*, ELR 2011, 161 (162); siehe auch *Bergmann*, ZAR 2013, 318, der von „kreativer Dogmatik“ spricht; dieser Kritik entgegentretend *Lenaerts*, Court’s Outer and Inner Selves, 13 (46 f.), mit Verweis auf das Konsensprinzip des EuGH.

450 EuGH, *Ruiz Zambrano*, C-34/09, EU:C:2011:124, Rn. 41 mit Verweis u.a. auf EuGH, *Grzelczyk*, C-184/99, EU:C:2001:458, Rn. 31.

451 *Hailbronner/Thym*, NJW 2011, 2008 (2011).

452 *Thym*, EuR 2015 Beiheft 1, 135 (143).

453 Vgl. *Thym*, ‘Real’ Citizenship, 155 (171 – 173); ders., Frontiers of EU Citizenship, 705 (712 – 716).

454 Vgl. allerdings GA *Poiares Maduro*, *Huber*, C-524/06, EU:C:2008:194, Rn. 19, der betonte, dass der Gerichtshof hiermit „keine politische Stellungnahme [abgibt], sondern [...] auf die Unionsbürgerschaft als rechtlichen Begriff Bezug [nimmt], der mit spezifischen Rechten für Unionsbürger einhergeht“; vgl. auch *Nettesheim*, JZ 2011, 1030 (1037), nach dem anzunehmen sei, dass „gefestigte – oder gar konsentierte – Vorstellungen im Kreis der Luxemburger Richter über den einmal herzustellenden Endzustand von Bürgerschaft in der europäischen Föderation auch nicht existieren“.

455 *Šađl*, ECLR 2013, 205 (220 – 224).

456 *Cede*, EuR 2015 Beiheft 1, 79 (81).

3. Teil: Kernbestandsschutz nach der Zambrano-Judikatur

hofs, wenngleich sie eine weitergehende dogmatische Begründung nicht ersetzt.

In der Folgejudikatur berief sich der Gerichtshof schliesslich zudem auf die praktische Wirksamkeit der Unionsbürgerschaft:⁴⁵⁷

„[Dem] Kriterium [der Verwehrung des Kernbestands der Rechte, die der Unionsbürgerstatus verleiht,] kommt insofern ein ganz besonderer Charakter zu, als es Sachverhalte betrifft, in denen [...] einem Drittstaatsangehörigen, der Familienangehöriger eines Staatsbürgers eines Mitgliedstaats ist, ein Aufenthaltsrecht ausnahmsweise nicht verweigert werden darf, *da sonst die Unionsbürgerschaft der letztgenannten Person ihrer praktischen Wirksamkeit beraubt würde.*“⁴⁵⁸

Die praktische Wirksamkeit der Unionsbürgerschaft ist somit das zweite zentrale Argument für den Kernbestandsschutz. Auch wenn der Gerichtshof auf die praktische Wirksamkeit der Unionsbürgerschaft abstellt, ist mit dem Kernbestandsschutz vorrangig die praktische Wirksamkeit des Freizügigkeitsrechts gesichert. Denn ohne Aufenthalt im Unionsgebiet kann der Unionsbürger in erster Linie das Freizügigkeitsrecht nicht ausüben, während andere Unionsbürgerrechte wie etwa das Petitionsrecht auch in Drittstaaten genutzt werden können.⁴⁵⁹ Der Kernbestandsschutz schützt demnach primär die Ausübungsmöglichkeit des Freizügigkeitsrechts. Nur wenn das Unionsrecht die Unionsbürger vor einem faktischen Ausreisezwang aus dem Unionsgebiet schützt, ist die praktische Wirksamkeit des Freizügigkeitsrechts und damit der Unionsbürgerschaft insgesamt gesichert.

Rechtfertigt die praktische Wirksamkeit des Art. 20 AEUV seine Anwendbarkeit auch auf rein innerstaatliche Sachverhalte? Zunächst ist zu bedenken, dass Art. 20 AEUV ebenso wenig wie Art. 21 AEUV seinem Wortlaut nach einer innerstaatlichen Anwendung entgegensteht.⁴⁶⁰ Darüber hi-

457 Soweit ersichtlich zum ersten Mal überhaupt – zuvor ging es um die praktische Wirksamkeit des Freizügigkeitsrechts (siehe etwa EuGH, *Zhu und Chen*, C-200/02, EU:C:2004:639, Rn. 45) oder der RL 2004/38/EG (siehe etwa EuGH, *Brey*, C-140/12, EU:C:2013:565, Rn. 71).

458 Siehe etwa EuGH, *Dereci*, C-256/11, EU:C:2011:734, Rn. 67 (Hervorhebung nur hier); gleich oder ähnlich etwa in EuGH, *Iida*, C-40/11, EU:C:2012:691, Rn. 71; EuGH, *O. und S.*, C-356/11 und C-357/11, EU:C:2012:776, Rn. 48; EuGH, *Rendón Marín*, C-165/14, EU:C:2016:675, Rn. 74; EuGH, *Chavez-Vilchez*, C-133/15, EU:C:2017:354, Rn. 63.

459 Siehe hierzu unten, 3. Teil B. III. 1.

460 Davies, Right to Stay at Home, 468 (473 f.); Kochenov/Plender, ELR 2012, 369 (377); siehe auch oben, Fn. 123.

naus verlangt der Kernbestandsschutz nach Art. 20 AEUV im Gegensatz zu Art. 21 AEUV eine Verwehrung der Unionsbürgerrechte und somit eine höhere Eingriffsintensität als das Beschränkungsverbot: Es soll nicht eine beliebige Beschränkung des Freizügigkeitsrechts dem Unionsrecht unterstellt werden, sondern die Verwehrung des Freizügigkeitsrechts, sohin die Verunmöglichung der tatsächlichen Ausübung.⁴⁶¹ Wird ein Unionsbürgerrecht zur Gänze verwehrt, kann es auf einen grenzüberschreitenden Sachverhalt nicht mehr ankommen. Um die Effektivität des Freizügigkeitsrechts zu gewährleisten, rechtfertigt sich die Anwendbarkeit des Kernbestandsschutzes auch im innerstaatlichen Bereich.

Der Kernbestandsschutz gewinnt an Legitimität, wenn das Vertragsziel einer „immer engeren Union der Völker Europas“ vor Augen geführt wird (Art. 1 Abs. 2 EUV). Der Kernbestandsschutz nach der *Zambrano*-Judikatur schützt insbesondere das Freizügigkeitsrecht, aufgrund dessen die Mitgliedstaatsangehörigen eine direkte Bindung zu Staatsangehörigen anderer EU-Mitgliedstaaten aufbauen können und infolgedessen „immer enger“ miteinander verbunden sind. Sonach trägt der Schutz nach Art. 20 AEUV zur Verfolgung dieses „Fundamentalziel[s]“⁴⁶² bei. Desgleichen ist damit dem im Maastricht-Vertrag statuierten Ziel gedient, durch die Einführung der Unionsbürgerschaft die Rechte und Interessen der Angehörigen der Mitgliedstaaten stärker zu schützen (Art. B Abs. 1 Spiegelstrich 3 Vertrag von Maastricht).

Des Weiteren zeigt eine Änderung im Wortlaut des Art. 20 AEUV mit dem Vertrag von Lissabon den Bedeutungszuwachs der Unionsbürgerschaft an. Nunmehr „ergänzt“ die Unionsbürgerschaft die nationale Staatsbürgerschaft nicht mehr nur (Art. 17 EGV), sondern „tritt“ zu dieser „hinz“ (Art. 20 Abs. 1 AEUV). Diese Neuformulierung zeigt die Entwicklung in Richtung eines selbstständigen und unabhängigen Status an;⁴⁶³ damit verliert die Unionsbürgerschaft ihren „derivative[n] Charakter“⁴⁶⁴ Als autonomer Status vermag die Unionsbürgerschaft aus sich heraus die damit verbundenen Rechte zu schützen.⁴⁶⁵ Dieses aus dem Wortlaut des Art. 20

461 Siehe hierzu unten, 4. Teil B. III.

462 *Pechstein*, in: Streinz, Art. 1 EUV Rn. 19.

463 *Schrauwen*, MJ 2008, 55 (59 f.); *de Waele*, Concept of EU citizenship, 191 (193 f.); siehe hierzu auch *Borgmann-Prebil/Ross*, in: Blanke/Mangiameli, Art. 9 TEU Rn. 40 – 42.

464 *Nettesheim*, JZ 2011, 1030 (1037).

465 *Milej*, BayVBl. 2015, 361 (363 f.).

AEUV abgeleitete Argument hätte der Gerichtshof für die Entwicklung des Kernbestandsschutzes unterstützend anführen können.⁴⁶⁶

Abschliessend muss festgehalten werden, dass der Gerichtshof weder aufgrund des Vertragswortlauts noch aufgrund seiner früheren Rechtsprechung zur Entwicklung des Kernbestandsschutzes mit Art. 20 AEUV als Rechtsgrundlage gezwungen war. Dennoch sprechen insbesondere teleologische Argumente für ein Verständnis des Art. 20 AEUV als Schutz der Ausübungsmöglichkeit der Unionsbürgerrechte, insbesondere des Freizügigkeitsrechts – auch in Situationen ohne grenzüberschreitenden Bezug. Die lange Tradition der teleologischen Auslegung im Unionsrecht⁴⁶⁷ rechtfertigt mitunter deren Vorzug in der Rechtsauslegung.⁴⁶⁸

2. Subsidiarität

Der Kernbestandsschutz gemäss Art. 20 AEUV kommt nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs nur subsidiär zur Anwendung. So prüfte der Gerichtshof jeweils zunächst, ob aufgrund einer anderen Unionsrechtsbestimmung dem Drittstaatsangehörigen ein Aufenthaltsrecht zu gewähren ist.⁴⁶⁹ Erst nachdem er zum Ergebnis kam, dass dies verneint oder durch das vorlegende Gericht abschliessend beurteilt werden muss, widmete er sich Art. 20 AEUV. In den Worten des EuGH darf nämlich einer drittstaatsangehörigen Person ein Aufenthaltsrecht ausnahmsweise nicht verweigert werden „trotz der Tatsache, dass das für das Aufenthaltsrecht von Drittstaatsan-

466 Thym, EuR 2015 Beiheft 1, 135 (143 mit Fn. 53); vgl. auch Nettesheim, JZ 2011, 1030 (1036f.); hingegen zu Recht nicht aufgegriffen nach Hailbronner/Thym, NJW 2011, 2008 (2011 mit Fn. 49); vgl. auch Haack, Staatsangehörigkeit, 33 (Rn. 24), wonach die Vertragsänderung nicht bedeute, „daß eine andere Lesart geboten erscheint“.

467 So bestimmt die teleologische Auslegung das Ergebnis der wichtigsten Grundsatzentscheidungen wie etwa EuGH, *van Gend en Loos*, C-26/62, EU:C:1963:1, 24 f.; EuGH, *Costa/E.N.E.L.*, C-6/64, EU:C:1964:66, 1269 f. und EuGH, *Franco-vich*, C-6/90 und C-9/90, EU:C:1991:428, Rn. 33.

468 In diesem Kontext so auch Hailbronner/Iglesias Sánchez, ICLJ 2011, 498 (522 – 527).

469 Siehe etwa EuGH, *Ruiz Zambrano*, C-34/09, EU:C:2011:124, Rn. 39; EuGH, *De-reci*, C-256/11, EU:C:2011:734, Rn. 44 – 58; EuGH, *Iida*, C-40/11, EU:C: 2012:691, Rn. 36 – 65; EuGH, *Rendón Marín*, C-165/14, EU:C:2016:675, Rn. 38 – 67. In EuGH, *O. und S.*, C-356/11 und C-357/11, EU:C:2012:776, prüfte der EuGH die Anwendbarkeit der RL 2003/86/EG hingegen zuletzt (siehe Rn. 51 – 81).

gehörigen geltende Sekundärrecht nicht anwendbar ist und der betreffende Unionsbürger sein Recht auf Freizügigkeit nicht ausgeübt hat“⁴⁷⁰.

In der Rs. NA aus dem Jahr 2016 erklärte der Gerichtshof schliesslich Art. 20 AEUV ausdrücklich für nicht einschlägig, weil der drittstaatsangehörigen Person als Elternteil minderjähriger Unionsbürger-Kinder ein abgeleitetes Aufenthaltsrecht nach Art. 12 VO Nr. 1612/68⁴⁷¹ zustand. Damit fehle es

„an der ersten Voraussetzung für einen Anspruch auf ein Aufenthaltsrecht im Aufnahmemitgliedstaat aus Art. 20 AEUV [...], die darin besteht, dass der Betroffene in diesem Mitgliedstaat kein Aufenthaltsrecht aus abgeleitetem Unionsrecht hat“⁴⁷².

In der Rs. S. und G. ging der Gerichtshof auf den Kernbestandsschutz erst gar nicht ein, nachdem bereits das Freizügigkeitsrecht nach Art. 45 AEUV dem Drittstaatsangehörigen ein abgeleitetes Aufenthaltsrecht gewährte.⁴⁷³ Somit greift der Kernbestandsschutz immer nur dann, wenn den schutzberechtigten Drittstaatsangehörigen nicht bereits aufgrund einer anderen Unionsrechtsbestimmung ein Aufenthaltsrecht zusteht.⁴⁷⁴ Art. 20 AEUV kommt als Auffangnorm subsidiär zu anderen Primär- und Sekundärrechtsregelungen zur Anwendung.

Vorrang vor Art. 20 AEUV hat jede Norm des Unionsrechts, die dem Drittstaatsangehörigen ein originäres oder abgeleitetes Aufenthaltsrecht verleiht. In diesem Sinne prüfte der Gerichtshof in einigen Entscheidungen, ob dem Drittstaatsangehörigen aus den migrationsrechtlichen Richtlinien, d. h. aus der Familiennachzugsrichtlinie 2003/86/EG⁴⁷⁵ und der Daueraufenthaltsrichtlinie 2003/109/EG ein originäres Aufenthaltsrecht zu-

470 EuGH, *Ymeraga*, C-87/12, EU:C:2013:291, Rn. 36; fast wortgleich etwa EuGH, *Iida*, C-40/11, EU:C:2012:691, Rn. 71; EuGH, NA, C-115/15, EU:C:2016:487, Rn. 72.

471 Nunmehr Art. 10 Verordnung (EU) Nr. 492/2011 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. April 2011 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Union, ABl. 2011 L 141, 1.

472 EuGH, NA, C-115/15, EU:C:2016:487, Rn. 74.

473 EuGH, S. und G., C-457/12, EU:C:2014:136, Rn. 45 (siehe auch Rn. 29); siehe auch GA *Bot, Lounes*, C-165/16, EU:C:2017:407, Rn. 92, wonach Art. 20 AEUV nicht zu prüfen sei, weil dem Drittstaatsangehörigen ein nach Art. 21 AEUV abgeleitetes Aufenthaltsrecht zustehe.

474 So oder in diese Richtung auch *Almhöfer*, ZEuS 2015, 95 (106); *Haratsch/ Koenig/ Pechstein*, Europarecht, Rn. 761, 764; *Meduna*, Institutional report, 227 (285 f.).

475 Richtlinie 2003/86/EG des Rates vom 22. September 2003 betreffend das Recht auf Familienzusammenführung, ABl. 2003 L 251, 12.

kommt.⁴⁷⁶ In der Rs. NA untersuchte und bejahte der Gerichtshof ein Aufenthaltsrecht nach der Verordnung zur Arbeitnehmerfreizügigkeit Nr. 1612/68 (nunmehr VO Nr. 492/2011).⁴⁷⁷ Regelmässig fand die Prüfung statt, ob dem drittstaatsangehörigen Familienmitglied gemäss den unionsbürgerlichen Freizügigkeitsbestimmungen ein abgeleitetes Aufenthaltsrecht zuzusprechen ist. Hierbei wurde jeweils die Unionsbürgerrichtlinie 2004/38/EG⁴⁷⁸ und zeitweise zusätzlich Art. 21 AEUV⁴⁷⁹ geprüft.

Aus welchem Grund die sekundär- oder primärrechtlichen Vorschriften der drittstaatsangehörigen Person kein Aufenthaltsrecht gewähren, ist für die Berufung auf den Kernbestandsschutz nicht von Bedeutung. Der Gerichtshof griff auf Art. 20 AEUV sowohl in jenen Fällen zurück, in welchen die Bestimmung auf die betreffende Situation nicht anwendbar war, als auch in jenen Fällen, in denen die materiellen Voraussetzungen für ein Aufenthaltsrecht nicht erfüllt waren. Im Sinne der EuGH-Judikatur kann der Kernbestandsschutz beispielsweise dann zur Anwendung kommen, wenn die Richtlinie 2004/38/EG unanwendbar ist, weil sich der Unionsbürger nicht in einem anderen Mitgliedstaat aufhält als jenem, dessen Staatsangehörigkeit er besitzt.⁴⁸⁰ Der Kernbestandsschutz kann aber auch dann einschlägig sein, wenn die Richtlinie zwar anwendbar ist, ein Aufenthaltsrecht jedoch verweigert werden muss, weil die Voraussetzungen des Art. 7 RL 2004/38/EG nicht erfüllt sind.⁴⁸¹ Überdies ist der Kernbestandschutz zu prüfen, wenn die Unionsbürger nach Ausübung des Freizügigkeitsrechts in ihren Herkunftsstaat zurückkehren und ein Aufenthaltsrecht für die ihnen nahestehenden Drittstaatsangehörigen mangels Erfüllung der Bedingungen der Art. 5 – 7 RL 2004/38/EG nicht gewährt werden kann.⁴⁸²

476 Siehe etwa EuGH, *Dereci*, C-256/11, EU:C:2011:734, Rn. 44 – 58; EuGH, *Iida*, C-40/11, EU:C:2012:691, Rn. 36 – 48; EuGH, *Ymeraga*, C-87/12, EU:C:2013: 291, Rn. 25 – 27.

477 EuGH, NA, C-115/15, EU:C:2016:487, Rn. 52 – 68.

478 Siehe etwa EuGH, *Ruiz Zambrano*, C-34/09, EU:C:2011:124, Rn. 39; EuGH, *McCarthy*, C-434/09, EU:C:2011:277, Rn. 30 – 43; EuGH, *Ymeraga*, C-87/12, EU:C:2013:291, Rn. 28 – 32.

479 Siehe etwa EuGH, *Alokpa*, C-86/12, EU:C:2013:645, Rn. 28 – 31; EuGH, *Rendón Marín*, C-165/14, EU:C:2016:675, Rn. 51 – 67; EuGH, *Chavez-Vilchez*, C-133/15, EU:C:2017:354, Rn. 54 – 56.

480 So etwa EuGH, *Ruiz Zambrano*, C-34/09, EU:C:2011:124, Rn. 39; EuGH, *McCarthy*, C-434/09, EU:C:2011:277, Rn. 39; EuGH, *Ymeraga*, C-87/12, EU:C:2013:291, Rn. 30 f.

481 So ausdrücklich in EuGH, *Rendón Marín*, C-165/14, EU:C:2016:675, Rn. 68.

482 So ausdrücklich in EuGH, *Chavez-Vilchez*, C-133/15, EU:C:2017:354, Rn. 56 f.

3. Adressat

In erster Linie verpflichtet der Kernbestandsschutz den Mitgliedstaat, dessen Staatsangehörigkeit die Unionsbürger besitzen (a). Die Rechtsprechung des Gerichtshofs schliesst jedoch nicht aus, dass der Schutz nach Art. 20 AEUV in Ausnahmefällen auch in einem anderen Mitgliedstaat zur Anwendung kommen kann (b).

a) Angehörigkeitsstaat als primärer Verpflichteter

Der Angehörigkeitsstaat des Unionsbürgers ist der primäre Adressat des Kernbestandsschutzes. So sind die Fälle, die nach Art. 20 AEUV zu lösen sind, dadurch gekennzeichnet, dass der Unionsbürger sein Freizügigkeitsrecht nicht ausgeübt hat und sich gegenüber seinem Herkunftsstaat auf das Unionsrecht beruft. In diesem Sinne sprach der Gerichtshof in der Grundsatzentscheidung in *Ruiz Zambrano* dem drittstaatsangehörigen Vater ein Aufenthaltsrecht in Belgien zu – dem Herkunftsstaat seiner Unionsbürger-Kinder, den sie seit ihrer Geburt nicht verlassen haben.⁴⁸³ Desgleichen prüfte der Gerichtshof in den meisten Folgeentscheidungen ein Aufenthaltsrecht für die drittstaatsangehörige Person im Angehörigkeitsstaat des Unionsbürgers.⁴⁸⁴ Entsprechend der EuGH-Judikatur ist folglich jedenfalls der Angehörigkeitsstaat des Unionsbürgers an Art. 20 AEUV gebunden.

In den Rs. *Alokpa* und *Rendón Marín* hatte sich der EuGH jedoch mit der Frage auseinanderzusetzen, ob der Kernbestandsschutz auch in einem Mitgliedstaat anwendbar ist, dessen Staatsangehörigkeit die betroffenen Unionsbürger nicht besitzen.⁴⁸⁵ In diesen Fällen blieb offen, ob die Unionsbürger über ausreichende Existenzmittel und einen umfassenden Krankenversicherungsschutz verfügen, sodass sie sich auf das unionsbürgerliche Freizügigkeitsrecht berufen können. Sofern das vorlegende Gericht zum Ergebnis komme sollte, dass diese Bedingungen des Art. 7 Abs. 1 lit. b RL 2004/38/EG nicht erfüllt sind, stellt sich die Frage nach der Anwend-

483 EuGH, *Ruiz Zambrano*, C-34/09, EU:C:2011:124, Rn. 36 f., 45.

484 Siehe etwa EuGH, *Dereci*, C-256/11, EU:C:2011:734, Rn. 74; EuGH, *Ymeraga*, C-87/12, EU:C:2013:291, Rn. 45; EuGH, CS, C-304/14, EU:C:2016:674, Rn. 20, 33.

485 In EuGH, NA, C-115/15, EU:C:2016:487, stand diese Frage ebenfalls im Raum, musste vom EuGH jedoch nicht beantwortet werden, da er Art. 20 AEUV aufgrund der Subsidiarität bereits für unanwendbar erklärte, siehe Rn. 73 f.

barkeit des Art. 20 AEUV.⁴⁸⁶ Nach Ansicht des Gerichtshofs könnte in diesen Fällen den drittstaatsangehörigen Elternteilen ein Recht zustehen, ihre Kinder in deren Angehörigkeitsstaat zu begleiten und sich dort aufzuhalten. So dürfte Frau *Alokpa* ein abgeleitetes Aufenthaltsrecht in Frankreich zustehen – dem Herkunftsstaat ihrer beiden Kinder.⁴⁸⁷ Desgleichen könnte Herr *Rendón Marín* grundsätzlich in den Herkunftsstaat einer seiner beiden Kinder zurückkehren.⁴⁸⁸ So kam der Gerichtshof zum Schluss,

„dass die Weigerung der [...] Behörden, [der drittstaatsangehörigen Person] ein Aufenthaltsrecht zu gewähren, grundsätzlich nicht zur Folge haben kann, dass [die] Kinder gezwungen wären, das Gebiet der Union als Ganzes zu verlassen.“⁴⁸⁹

Hieraus ist abzuleiten, dass der Kernbestandsschutz „grundsätzlich“ im Aufnahmemitgliedstaat nicht greift, da im Angehörigkeitsstaat die Möglichkeit eines abgeleiteten Aufenthaltsrechts für den Drittstaatsangehörigen besteht. Die betroffenen Familien sind folglich nicht davor gefeit, in den Herkunftsstaat der Unionsbürger zurückkehren zu müssen. Dieser muss jedenfalls den Schutz nach Art. 20 AEUV gewähren. Der Kernbestandsschutz ist damit in erster Linie im Herkunftsstaat der Unionsbürger anwendbar. Der primäre Verpflichtete des Kernbestandsschutzes ist der Angehörigkeitsstaat der Unionsbürger.⁴⁹⁰

b) Schutz im Aufnahmemitgliedstaat für Ausnahmefälle

Der Gerichtshof hat mit den Rs. *Alokpa* und *Rendón Marín* gleichwohl nicht ausgeschlossen, dass Art. 20 AEUV in bestimmten Fällen auch in einem Mitgliedstaat Anwendung finden kann, dessen Staatsangehörigkeit

486 So ausdrücklich in EuGH, *Rendón Marín*, C-165/14, EU:C:2016:675, Rn. 68.

487 EuGH, *Alokpa*, C-86/12, EU:C:2013:645, Rn. 34 mit Verweis auf GA *Mengozzi, Alokpa*, C-86/12, EU:C:2013:197, Rn. 55 f.

488 So das Vorbringen der Mitgliedstaaten in EuGH, *Rendón Marín*, C-165/14, EU:C:2016:675, Rn. 79.

489 EuGH, *Alokpa*, C-86/12, EU:C:2013:645, Rn. 35 (Hervorhebung nur hier); ähnlich EuGH, *Rendón Marín*, C-165/14, EU:C:2016:675, Rn. 79.

490 So auch *Almhofer*, ZEuS 2015, 95 (105); *Bierbach*, Frontiers of Equality, 411; *Haag*, Letztverantwortung des Herkunftsmitgliedstaates, 15 (25); *Iglesias Sánchez*, Right to Stay, 371 (384 – 387); *Roucea*, ELJ 2016, 470 (481 f.).

der Unionsbürger nicht besitzt.⁴⁹¹ Zwar ist der Gerichtshof zum Schluss gekommen, dass die Verweigerung eines Aufenthaltsrechts im Aufnahmemitgliedstaat „grundsätzlich“ nicht dazu führt, dass die Unionsbürger zur Ausreise aus dem Unionsgebiet gezwungen sind, da dem Drittstaatsangehörigen ein Aufenthaltsrecht im Angehörigkeitsstaat der Unionsbürger zu stehen dürfte. Allerdings hielt der Gerichtshof zugleich fest:

„Es ist jedoch Sache des vorlegenden Gerichts, zu prüfen, ob dies in Anbetracht aller Umstände des Ausgangsrechtsstreits tatsächlich zutrifft.“⁴⁹²

Im Umkehrschluss bedeutet dies, dass unter bestimmten Umständen ein faktischer Ausreisezwang aus dem Unionsgebiet auch dann bejaht werden muss, wenn dem Drittstaatsangehörigen prinzipiell ein Aufenthaltsrecht im Angehörigkeitsstaat zustehen würde. Zu diesem Ergebnis kam auch Generalanwalt *Wathelet* in seinen Schlussanträgen zur Rs. *NA*: Die „zu berücksichtigenden Umstände [können] die theoretische Möglichkeit, nicht das Gebiet der Union als Ganzes verlassen zu müssen, in Frage stellen“⁴⁹³.

Folgerichtig müssen sich die Unionsbürger in bestimmten Fällen auch in einem anderen Mitgliedstaat als jenem ihrer Staatsangehörigkeit auf den Kernbestandsschutz berufen können.⁴⁹⁴ Immerhin gewährt das Unionsrecht selbst den Unionsbürgern das Recht, sich in einem anderen Mitgliedstaat aufzuhalten und eine „tatsächliche und dauerhafte“ Bindung zum Aufnahmestaat aufzubauen, die stärker sein kann als jene zum Herkunftsstaat.⁴⁹⁵ Es ist nur konsequent, wenn das Unionsrecht diese Bindung schützt und von den Unionsbürgern nicht unter allen Umständen ver-

491 So auch GA *Wathelet*, NA, C-115/15, EU:C:2016:259, Rn. 103 – 114; *Raucea*, ELJ 2016, 470 (481 f.).

492 EuGH, *Alokpa*, C-86/12, EU:C:2013:645, Rn. 35 (Hervorhebung nur hier); ähnlich EuGH, *Rendón Marín*, C-165/14, EU:C:2016:675, Rn. 79.

493 GA *Wathelet*, NA, C-115/15, EU:C:2016:259, Rn. 109; dahingegen musste sich der Gerichtshof in dieser Rs. hierzu nicht äußern, da er Art. 20 AEUV bereits aufgrund dessen Subsidiarität für unanwendbar erklärte, EuGH, NA, C-115/15, EU:C:2016:487, Rn. 74.

494 So auch *Raucea*, ELJ 2016, 470 (479 – 482); die Anwendbarkeit des Kernbestandsschutzes nur im Angehörigkeitsstaat bejaht *Haag*, Letztverantwortung des Herkunftsmitgliedstaates, 15 (25); in diese Richtung auch *Davies*, Right to Stay at Home, 468 (472); *Iglesias Sánchez*, Right to Stay, 371 (383 – 387).

495 GA *Wathelet*, NA, C-115/15, EU:C:2016:259, Rn. 112; vgl. auch *Raucea*, ELJ 2016, 470 (482): „it confirms the transnational nature of EU citizenship“.

langt, in ihren Herkunftsstaat zurückzukehren.⁴⁹⁶ Eine solche Rückkehr lässt sich in bestimmten Fällen nämlich „nur abstrakt vertreten“⁴⁹⁷. Wie die Ruiz-Zambrano-Kinder nicht zur Ausreise in einen anderen Mitgliedstaat gezwungen waren, um dort ihren drittstaatsangehörigen Eltern ein unionsrechtliches Aufenthaltsrecht zu vermitteln, dürfen Unionsbürger mit einer stärkeren Bindung zu einem Mitgliedstaat, dessen Staatsangehörigkeit sie nicht besitzen, nicht prinzipiell zur Aufgabe ihres Aufenthaltsortes gezwungen werden.

Nichtsdestotrotz muss die Anwendbarkeit des Kernbestandsschutzes in einem anderen Mitgliedstaat als jenem der Staatsangehörigkeit ein Ausnahmefall bleiben. Denn das Aufenthaltsrecht in einem anderen Mitgliedstaat unterliegt nach dem Willen der Vertragsgeber „Beschränkungen und Bedingungen“ (Art. 21 AEUV). Entsprechend müssen Unionsbürger und ihre drittstaatsangehörigen Familienmitglieder die ökonomischen Bedingungen des Art. 7 RL 2004/38/EG erfüllen. Diese Begrenzung des Freizügigkeitsrechts würde umgangen, gälte Art. 20 AEUV, welcher diese Bedingungen wohl gerade nicht voraussetzt,⁴⁹⁸ ausserhalb des Angehörigkeitsstaates nicht nur für bestimmte Ausnahmefälle.⁴⁹⁹

In welchen Situationen liegt jedoch ein solcher Ausnahmefall vor? Oder in anderen Worten: In welchen Fällen kann von den Unionsbürgern nicht verlangt werden, in ihren Herkunftsstaat zurückzukehren, sodass der Aufnahmemitgliedstaat Adressat des Art. 20 AEUV ist? Generalanwalt *Wathelet* erklärte hierfür die Unionsgrundrechte für relevant: Wenn das vorliegende Gericht festgestellt hat, dass die Abschiebung des Unionsbürgers gegen Art. 7 GRC verstossen würde, müsse dies bei der Anwendung von Art. 20 AEUV berücksichtigt werden.⁵⁰⁰ Die Unionsgrundrechte würden jedenfalls einen geeigneten normativen Rahmen bieten, um die Frage nach einer möglichen Rückkehr in den Herkunftsstaat zu beantworten. Allerdings ist fraglich, ob der Anwendungsbereich des Art. 20 AEUV anhand der Unionsgrundrechte beurteilt werden kann. Die Mitgliedstaaten sind

496 Vgl. GA *Wathelet*, NA, C-115/15, EU:C:2016:259, Rn. 113: „Das Unionsrecht kann den Begriff der Unionsbürgerschaft nur dann mit Leben erfüllen, wenn der Schutz der Unionsbürgerschaft an die Bindung an einen Ort [...] anknüpft.“

497 GA *Szpunar, Rendón Marín* und CS, C-165/14 und C-304/14, EU:C:2016:75, Fn. 109; dem folgend GA *Wathelet*, NA, C-115/15, EU:C:2016:259, Rn. 114.

498 Siehe hierzu unten, 3. Teil B. V. 1. a).

499 Vgl. *Lenaerts/Gutiérrez-Fons*, EU Citizenship, 751 (769); *Roucea*, ELJ 2016, 470 (481 f.); auf diese Problematik auch hinweisend *Horsley/Reynolds*, United Kingdom, 839 (871).

500 GA *Wathelet*, NA, C-115/15, EU:C:2016:259, Rn. 116 – 126.

nämlich gemäss Art. 51 Abs. 1 Satz 1 GRC nur bei Durchführung des Unionsrechts an die Unionsgrundrechte gebunden, was jedenfalls dann der Fall ist, wenn sie Unionsbürgerrechte beschränken.⁵⁰¹ Eine Bindung der Mitgliedstaaten wird dahingegen abgelehnt, wenn in diese Rechte nicht eingegriffen wird.⁵⁰² Aus dieser Sicht kann die Frage nach der Verpflichtung des Aufnahmemitgliedstaates nicht grundrechtlich ausgelegt werden.⁵⁰³ Allerdings erklärte der Gerichtshof in der Rs. *Chavez-Vilchez* die Grundrechte für die Beurteilung bestimmter Aspekte der Abhängigkeit und damit für die Frage nach der Anwendbarkeit des Art. 20 AEUV für einschlägig.⁵⁰⁴ Konsequenterweise müsste das Postulat der Achtung der Grundrechte für alle Fragen des Anwendungsbereichs gelten. Für den Adressatenkreis des Art. 20 AEUV würde das bedeuten, dass auch der Aufnahmemitgliedstaat den Kernbestandsschutz achten müsste und vom Unionsbürger nicht verlangen könnte, in seinen Herkunftsstaat zurückzukehren, wenn dies dem Grundrecht auf Achtung des Privat- und Familienlebens nach Art. 7 GRC widerspräche.

Einen alternativen Beurteilungsrahmen böte das Verhältnismässigkeitsprinzip als allgemeiner Rechtsgrundsatz des Unionsrechts⁵⁰⁵: Unter welchen Umständen ist es verhältnismässig, von den Unionsbürgern zu verlangen, in ihren Herkunftsstaat zurückzukehren, um sich dort auf Art. 20 AEUV berufen zu können? Hierfür könnte zum einen die Bindung zum Aufnahmestaat, zum anderen die Bindung zum Angehörigkeitsstaat in den Blick genommen werden. In jenen Fällen, in denen Unionsbürger im Aufnahmemitgliedstaat geboren wurden, sich dort sozial und kulturell integriert und ihren „Bürgerstatus in diesem Mitgliedstaat *aufgebaut*“⁵⁰⁶ haben und auf keine Weise mit ihrem Angehörigkeitsstaat verbunden sind noch dessen Sprache sprechen, dürfte es kaum verhältnismässig sein, eine Rück-

501 Grundlegend EuGH, *ERT*, C-260/89, EU:C:1991:254, Rn. 24; siehe hierzu etwa *Jarass*, Art. 51 GRC Rn. 24 f.; *Kahl/Schwind*, EuR 2014, 170 (179 - 182); *Wollenschläger*, EuZW 2014, 577 - 580.

502 So etwa *Jarass*, Art. 51 GRC Rn. 24; *Kingreen*, in: *Calliess/Ruffert*, Art. 51 GRC Rn. 19; *Michl*, Überprüfung des Unionsrechts, 189 - 191; *Wollenschläger*, EuZW 2014, 577 (580).

503 A.M. GA *Wathelet*, NA, C-115/15, EU:C:2016:259, Rn. 122 f. unter Berufung auf *Carlier*, JDE 2014, 167 (174); für eine ausführliche Diskussion zu den Grundrechten als Auslegungsargument des Kernbestandsschutzes siehe unten, 3. Teil B. IV. 2. b).

504 EuGH, *Chavez-Vilchez*, C-133/15, EU:C:2017:354, Rn. 70.

505 Siehe diese Charakterisierung etwa in EuGH, *Johnston*, C-222/84, EU:C:1986: 206, Rn. 38; EuGH, *Baumbast und R*, C-413/99, EU:C:2002:493, Rn. 91.

506 GA *Wathelet*, NA, C-115/15, EU:C:2016:259, Rn. 115.

kehr zu verlangen. Jedenfalls müsste die Feststellung der jeweiligen Bindung aufgrund von „klaren und im Voraus bekannten Kriterien“ erfolgen, wobei „nicht einem Gesichtspunkt unangemessen hohe Bedeutung [beigemessen werden darf], der nicht zwangsläufig für den tatsächlichen und effektiven Grad der Verbundenheit [...] repräsentativ ist und jeden anderen repräsentativen Gesichtspunkt ausschließt“⁵⁰⁷.

II. Unionsrechtsbezug qua Eingriff

Die Besonderheit des Kernbestandsschutzes liegt darin, dass dieser auch auf Situationen ohne grenzüberschreitenden Bezug anwendbar ist. So hielten sich etwa die *Ruiz-Zambrano*-Kinder seit ihrer Geburt im Hoheitsgebiet des Mitgliedstaats ihrer Staatsangehörigkeit auf; von ihrem Recht auf Freizügigkeit hatten sie noch nie Gebrauch gemacht.⁵⁰⁸ Aus diesem Grund konnte deren drittstaatsangehöriger Vater kein abgeleitetes Aufenthaltsrecht nach Art. 21 AEUV bzw. RL 2004/38/EG geltend machen.⁵⁰⁹ Der Gerichtshof bejahte dennoch die Anwendbarkeit des Unionsrechts, da mit der mitgliedstaatlichen Massnahme den Unionsbürgern der „tatsächliche Genuss des Kernbestands der Rechte, die ihnen der Unionsbürgerstatus verleiht, verwehrt wird“⁵¹⁰. Der Verweis auf die Rs. *Rottmann* lässt erkennen, dass eine solche Situation – wie beim Verlust der Unionsbürgerschaft – „ihrem Wesen und ihren Folgen nach“ unter das Unionsrecht fällt.

Dass die Anwendbarkeit des Kernbestandsschutzes keinen grenzüberschreitenden Sachverhalt voraussetzt, bedeutet jedoch nicht, dass nunmehr reine Inlandssachverhalte, d. h. Sachverhalte ohne Unionsrechtsbezug, vom Anwendungsbereich des Unionsrechts erfasst sind.⁵¹¹ Denn so hielt der Gerichtshof in der Folgejudikatur ausdrücklich fest,

„dass die Lage eines Unionsbürgers, der [...] vom Recht auf Freizügigkeit keinen Gebrauch gemacht hat, nicht allein aus diesem Grund

507 Siehe diese Rechtsprechung im Zusammenhang mit dem freizügigkeitsrechtlichen Gleichbehandlungsrecht EuGH, *Collins*, C-138/02, EU:C:2004:172, Rn. 72; EuGH, *Kommission/Österreich*, C-75/11, EU:C:2012:605, Rn. 62.

508 EuGH, *Ruiz Zambrano*, C-34/09, EU:C:2011:124, Rn. 36 f.

509 Ebd., Rn. 39.

510 Ebd., Rn. 42 mit Verweis auf EuGH, *Rottmann*, C-135/08, EU:C:2010:104, Rn. 42.

511 So aber etwa *Kucsko-Stadlmayer*, in: Mayer/Stöger, Art 18 AEUV Rn. 24; *Schwarze*, EuR 2013, 253 (265 f.).

einer rein internen Situation gleichgestellt werden kann, d. h. einer Situation, die keine Anknüpfungspunkte an eine der vom Unionsrecht erfassten Situationen aufweist“⁵¹².

Die Bestimmung des Art. 20 AEUV ist damit nach wie vor nur auf Sachverhalte mit Unionsrechtsbezug anwendbar. Beim Kernbestandsschutz ergibt sich der Unionsrechtsbezug jedoch nicht durch ein etwaiges grenzüberschreitendes Element. Der Unionsbürgerstatus allein genügt dahingegen ebenso wenig für die Anwendbarkeit des Kernbestandsschutzes.⁵¹³ Vielmehr liegt der Unionsrechtsbezug in der Verwehrung des „tatsächlichen Genusses des Kernbestands der Rechte, die der Unionsbürgerstatus verleiht“⁵¹⁴. Wird einem Unionsbürger der „tatsächliche Genuss des Kernbestands der Rechte, die ihm der Unionsbürgerstatus verleiht, verwehrt“, fällt die Situation in den Anwendungsbereich des Unionsrechts.⁵¹⁵ Im Umkehrschluss fällt eine Situation mangels Unionsrechtsbezug nicht in den Anwendungsbereich des Unionsrechts, wenn die nationale Massnahme „nicht zur Folge hat, [dem Unionsbürger] den tatsächlichen Genuss des Kernbestands der Rechte, die ihm der Unionsbürgerstatus verleiht, zu verwehren“⁵¹⁶. Der Eingriff in den Kernbestandsschutz stellt somit automatisch den erforderlichen Bezug zum Unionsrecht her. Entsprechend erübrig sich ein eigener Prüfungsschritt zum Unionsrechtsbezug.⁵¹⁷

512 Siehe etwa EuGH, *O. und S.*, C-356/11 und C-357/11, EU:C:2012:776, Rn. 43; EuGH, CS, C-304/14, EU:C:2016:674, Rn. 23; ähnlich bereits in EuGH, *McCarthy*, C-434/09, EU:C:2011:277, Rn. 46, und in EuGH, *Dereci*, C-256/11, EU:C:2011:734, Rn. 61.

513 In diese Richtung aber *van Eijken/de Vries*, ELR 2011, 704 (712); *Laithier*, Communauté politique européenne, 296 (306); siehe auch *Defossez*, CDE 2014, 161 (188 – 195), nach welchem der Unionsbürgerstatus die Anwendbarkeit des Art. 20 AEUV begründet und es erst in einem zweiten Schritt zu klären gilt, ob der Kernbestandsschutz nach Art. 20 AEUV im konkreten Fall Rechte begründet.

514 So etwa auch *Almhofér*, ZEuS 2015, 95 (100); *van Elsuwege/Kochanov*, EJML 2011, 443 (455); *Frenz*, ZAR 2011, 221; *Kubicki*, GPR 2011, 279 (280); *Lenaerts*, FMW 2011, 6 (15); *Pechstein*, Entscheidungen des EuGH, Rn. 120; *Tryfonidou*, EPL 2012, 493 (511 – 513); kritisch *Carlier*, JDE 2014, 167 (174): „confusion entre un critère de violation du droit concerné et un critère relatif au champ d’application de la citoyenneté“; kritisch auch *Tewocht*, ZEuS 2013, 219 (226), und *Platon*, RTDE 2012, 23 (39 f.), die hierin einen Zirkelschluss erkennen.

515 So ausdrücklich in EuGH, CS, C-304/14, EU:C:2016:674, Rn. 33.

516 So ausdrücklich in EuGH, *Ymeraga*, C-87/12, EU:C:2013:291, Rn. 42.

517 *Almhofér*, ZEuS 2015, 95 (100).

III. Unionsbürger als unmittelbar Schutzberechtigte

Die Unionsbürger sind die unmittelbar Schutzberechtigten des Kernbestandsschutzes. Den Drittstaatsangehörigen, von denen die Unionsbürger abhängig sind, ist allein deshalb ein Aufenthaltsrecht zu gewähren, um die Unionsbürger vor einem faktischen Ausreisezwang aus dem Unionsgebiet zu schützen. Damit soll die praktische Wirksamkeit der Unionsbürgerchaft gewahrt bleiben.⁵¹⁸ Mit dem Kernbestandsschutz ist den Unionsbürgern in erster Linie die Ausübungsmöglichkeit des Freizügigkeitsrechts gesichert (1.), indem ihnen ein indirektes Recht auf Aufenthalt im Unionsgebiet zuerkannt wird (2.).

1. Schutz des Freizügigkeitsrechts

Der Kernbestandsschutz nach Art. 20 AEUV schützt die Unionsbürger vor einem faktischen Ausreisezwang aus dem Unionsgebiet. Damit soll sichergestellt werden, dass den Unionsbürgern „der tatsächliche Genuss des Kernbestands der Rechte, die ihnen der Unionsbürgerstatus verleiht, [nicht] verwehrt wird“⁵¹⁹. Der Gerichtshof möchte sohin die Ausübungsmöglichkeit der durch die Unionsbürgerchaft vermittelten Rechte schützen. Welche Unionsbürgerrechte könnten die Unionsbürger ausserhalb des Unionsgebiets nicht mehr ausüben?

Generalanwältin *Sharpston* erkannte in ihren Schlussanträgen zur Rs. *Ruiz Zambrano*: Müssten die Kinder aufgrund der Ausweisung ihrer Eltern das Unionsgebiet verlassen, wären sie „*ratione loci*“ nicht mehr in der Lage, ihr Freizügigkeitsrecht auszuüben.⁵²⁰ Daher sei ihre Situation auch mit jener von Herrn *Rottmann* vergleichbar. Ihm wäre nach der Rücknahme der Einbürgerung die Inanspruchnahme des Freizügigkeitsrechts „*ratione personae*“ nicht mehr möglich gewesen.

Der Gerichtshof hingegen liess in seiner Grundsatzentscheidung einen Zusammenhang mit dem Freizügigkeitsrecht nicht erkennen. Er stützte den Kernbestandsschutz ausschliesslich auf Art. 20 AEUV.⁵²¹ Erst in den

⁵¹⁸ Siehe etwa EuGH, *Dereci*, C-256/11, EU:C:2011:734, Rn. 67; EuGH, *Iida*, C-40/11, EU:C:2012:691, Rn. 71; EuGH, O. und S., C-356/11 und C-357/11, EU:C:2012:776, Rn. 48.

⁵¹⁹ Grundlegend EuGH, *Ruiz Zambrano*, C-34/09, EU:C:2011:124, Rn. 42.

⁵²⁰ GA *Sharpston*, *Ruiz Zambrano*, C-34/09, EU:C:2010:560, Rn. 99.

⁵²¹ EuGH, *Ruiz Zambrano*, C-34/09, EU:C:2011:124, Rn. 42.

folgejudikaten gab der Gerichtshof zu verstehen, dass der Kernbestandschutz „in einem immanenten Zusammenhang mit der Freizügigkeit eines Unionsbürgers“⁵²² steht und dementsprechend mit dieser Rechtsfigur in erster Linie das Freizügigkeitsrecht der Unionsbürger geschützt werden soll. Darüber hinaus betonte der Gerichtshof, dass der „Zweck und [die] Rechtfertigung“ der den Drittstaatsangehörigen zu gewährenden Rechte „auf der Feststellung [beruhen], dass ihre Nichtanerkennung den Unionsbürger insbesondere in seiner Freizügigkeit beeinträchtigen könnte“⁵²³. In der *Rs. K.A.* erklärte der EuGH schliesslich auch ausdrücklich, dass das Aufenthaltsrecht gemäss Kernbestandsschutz nach Art. 20 AEUV „den Schutz der Freizügigkeit und der Aufenthaltsfreiheit des Unionsbürgers bezieht“⁵²⁴.

In den Urteilen *CS* und *Rendón Marín* hielt der Gerichtshof im Zusammenhang mit dem Kernbestandsschutz jedoch auch fest:

„Als Unionsbürger haben sie mithin das Recht, sich im *Unionsgebiet* frei zu bewegen und aufzuhalten, und alle Beschränkungen dieses Rechts fallen in den Anwendungsbereich des *Unionsrechts*.“⁵²⁵

Obgleich der Gerichtshof vom „*Unionsgebiet*“ spricht und nicht entsprechend Art. 21 AEUV vom „Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten“, dürfte das Freizügigkeitsrecht gemeint sein. Denn Generalanwalt *Szpunar*, auf den diese Formulierung vermeintlich zurückzuführen ist, scheint sich dabei auf das Freizügigkeitsrecht zu beziehen und nicht ein etwaiges neues Aufenthaltsrecht im *Unionsgebiet* entwickeln zu wollen. So erklärte er, dass die Kinder in *CS* und *Rendón Marín* „[a]ls Unionsbürger [...] in den Genuss ihres Rechts [kommen], sich im *Unionsgebiet* frei zu bewegen und aufzuhalten, obwohl sie dieses Recht nicht ausgeübt haben“⁵²⁶. Überdies betonte der Gerichtshof auch in diesen beiden Entscheidungen den „inne-

522 EuGH, *Iida*, C-40/11, EU:C:2012:691, Rn. 72; EuGH, *Ymeraga*, C-87/12, EU:C:2013:291, Rn. 37; EuGH, *CS*, C-304/14, EU:C:2016:674, Rn. 30.

523 EuGH, *CS*, C-304/14, EU:C:2016:674, Rn. 28; EuGH, *Rendón Marín*, C-165/14, EU:C:2016:675, Rn. 73; ähnlich bereits EuGH, *Iida*, C-40/11, EU:C:2012:691, Rn. 68; EuGH, *Ymeraga*, C-87/12, EU:C:2013:291, Rn. 35.

524 EuGH, *K.A.*, C-82/16, EU:C:2018:308, Rn. 78.

525 EuGH, *Rendón Marín*, C-165/14, EU:C:2016:675, Rn. 77 (Hervorhebung nur hier); fast wortgleich EuGH, *CS*, C-304/14, EU:C:2016:674, Rn. 31.

526 GA *Szpunar*, *Rendón Marín* und *CS*, C-165/14 und C-304/14, EU:C:2016:75, Rn. 120 mit Fn. 107; so auch GA *Szpunar*, *Chavez-Vilchez*, C-133/15, EU:C:2016:659, Rn. 90 mit Fn. 71.

ren Zusammenhang“ des Kernbestandsschutzes mit dem Freizügigkeitsrecht.⁵²⁷

Die Formulierung ist hingegen nicht nur deshalb verwirrend, weil vom „Unionsgebiet“ die Rede ist. Auch die Aussage, dass alle Beschränkungen in den Anwendungsbereich des Unionsrechts fallen, bedarf noch einer näheren Erläuterung durch den Gerichtshof. Denn entsprechend seiner Rechtsprechung fallen Beschränkungen des Freizügigkeitsrechts nach wie vor nur dann in den Anwendungsbereich des Unionsrechts, wenn ein grenzüberschreitender Sachverhalt vorliegt.⁵²⁸ Liegt kein grenzüberschreitender Sachverhalt vor, muss das Freizügigkeitsrecht im Sinne der Kernbestandsschutz-Judikatur aufgrund eines faktischen Ausreisezwangs aus dem Unionsgebiet zur Gänze verwehrt werden. Angesichts der restriktiven Rechtsprechung zum Kernbestandsschutz wäre erstaunlich, wenn nunmehr alle Beschränkungen des Freizügigkeitsrechts – ob im Rahmen eines grenzüberschreitenden Sachverhalts oder nicht – in den Anwendungsbereich des Unionsrechts fallen. Nicht zuletzt würde damit eine nicht zu unterschätzende Ausweitung des Anwendungsbereichs des Unionsrechts und damit der Unionsgrundrechte einhergehen. Dass der Gerichtshof einen solchen Schritt beabsichtigte, ist zu bezweifeln. Daher muss offenbleiben, was der Gerichtshof tatsächlich mit dieser Feststellung ausdrücken wollte.

Der Kernbestandsschutz nach Art. 20 AEUV dürfte jedenfalls vor Verwehrung des Freizügigkeitsrechts schützen.⁵²⁹ Denn manch anderes Unionsbürgerrecht könnten die Unionsbürger auch in einem Drittstaat ausüben: So setzt das Recht auf Gleichbehandlung beim Schutz durch diplomatische und konsularische Behörden nach Art. 23 AEUV den Aufenthalt in einem Drittstaat gar voraus. Die politischen Teilhaberechte des Art. 24 AEUV können von jedem Ort aus genutzt werden.⁵³⁰ Ob das Wahlrecht zum Europäischen Parlament auch in einem Drittstaat ausgeübt werden kann oder an einen Wohnsitz im Hoheitsgebiet des Herkunftsstaates geknüpft ist, kann nach der EuGH-Judikatur durch das nationale Recht be-

⁵²⁷ EuGH, CS, C-304/14, EU:C:2016:674, Rn. 30; EuGH, *Rendón Marín*, C-165/14, EU:C:2016:675, 75.

⁵²⁸ Siehe etwa EuGH, *McCarthy*, C-434/09, EU:C:2011:277, Rn. 45; EuGH, *Dereci*, C-256/11, EU:C:2011:734, Rn. 60.

⁵²⁹ So ausdrücklich auch *Davies*, Right to Stay at Home, 468 (470 f.); *Lenaerts/Gutiérrez-Fons*, EU Citizenship, 751 (764 – 766); *Wendel*, DÖV 2014, 133 (143); siehe auch *Nettesheim*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Art. 21 AEUV Rn. 30.

⁵³⁰ GA *Sharpston, Ruiz Zambrano*, C-34/09, EU:C:2010:560, Rn. 79.

stimmt werden.⁵³¹ Dahingegen setzt das „elementare, persönliche“⁵³² Recht, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, offenkundig einen Aufenthalt im Unionsgebiet voraus. Die Ausübung dieses Rechts ist in einem Drittstaat faktisch unmöglich. Entsprechend können auch die mit dem Freizügigkeitsrecht verbundenen Rechte nur im Unionsgebiet genossen werden, wie etwa das Gleichbehandlungsrecht betreffend das Wahlrecht gemäss Art. 22 AEUV,⁵³³ das allgemeine Diskriminierungsverbot nach Art. 18 AEUV und die Unionsgrundrechte. Diese Unionsbürgerrechte werden den Unionsbürgern faktisch verwehrt, wenn sie das Unionsgebiet verlassen und sich in einem Drittstaat aufhalten müssen. Ganz im Vordergrund steht dabei der Grundpfeiler dieser Rechte – das als „Kernrecht“⁵³⁴ zu bezeichnende Freizügigkeitsrecht.

2. Indirektes Recht auf Aufenthalt im Unionsgebiet

Der Kernbestandsschutz nach der *Zambrano*-Judikatur schützt die Unionsbürger vor einem faktischen Ausreisezwang aus dem Unionsgebiet. Mancherorts wurde hieraus ein neues ungeschriebenes Unionsbürgerrecht auf Aufenthalt im Unionsgebiet abgeleitet.⁵³⁵ Diese Auffassung muss dahingehend konkretisiert werden, dass der Gerichtshof damit wohl kein neues Unionsbürgerrecht erschaffen hat, das neben die in Art. 20 Abs. 2 AEUV statuierten Rechte tritt. Ein sogenanntes Recht auf Aufenthalt im Unionsgebiet ist höchstens indirekter Natur, indem es die bestehenden Unionsbürgerrechte schützt – in erster Linie das Freizügigkeitsrecht. Das Recht auf Aufenthalt im Unionsgebiet ist folglich kein neues eigenständiges Unionsbürgerrecht; es hat eine rein dienende Funktion.⁵³⁶

531 EuGH, *Eman und Sevinger*, C-300/04, EU:C:2006:545, Rn. 45 – 61.

532 EuGH, *Rendón Marín*, C-165/14, EU:C:2016:675, Rn. 70 mit Verweis auf EuGH, *Lassal*, C-162/09, EU:C:2010:592, Rn. 29, und EuGH, *Ungarn/Slowakei*, C-364/10, EU:C:2012:630, Rn. 43.

533 So auch *Almhöfer*, ZEuS 2015, 95 (105); vgl. auch GA *Sharpston, Ruiz Zambrano*, C-34/09, EU:C:2010:560, Rn. 79.

534 GA *Sharpston, Ruiz Zambrano*, C-34/09, EU:C:2010:560, Rn. 80.

535 So etwa *van den Brink*, Substance of Rights Test, 85 (86); *Kochenov*, ELJ 2013, 502 (513 f.); *Graf Vitzthum*, EurR 2011, 550 (559 – 563); in diese Richtung auch *Boillet*, AJP 2012, 49 (52); *Dubout*, EJLS 2013, 6 (12); *Nettesheim*, JZ 2011, 1030 (1033); *Schönberger*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Art. 20 AEUV Rn. 57.

536 So auch *Davies*, Right to Stay at Home, 468 (471). Die Entwicklung eines eigenständigen unionsrechtlichen „right to stay“ befürwortet *Iglesias Sánchez*, Right to Stay, 371 (387 – 392).

3. Teil: Kernbestandsschutz nach der Zambrano-Judikatur

Dieses indirekte Recht auf Aufenthalt im Unionsgebiet schützt gleichwohl nicht den Aufenthalt irgendwo im Unionsgebiet.⁵³⁷ Denn die Unionsbürger können sich gewöhnlich nur in ihrem Herkunftsstaat auf den Kernbestandsschutz berufen. Der Aufenthalt in einem anderen Mitgliedstaat als jenem, dessen Staatsangehörigkeit der Unionsbürger besitzt, richtet sich weiterhin vorrangig nach den Bestimmungen zu den Grundfreiheiten und nach Art. 21 AEUV bzw. deren sekundärrechtlichen Konkretisierungen. Die ökonomischen Bedingungen des Art. 7 RL 2004/38/EG wurden mit der Judikatur zum Kernbestandsschutz nicht abgeschafft.⁵³⁸ Nach wie vor müssen Unionsbürger in einem anderen Mitgliedstaat in der Regel wirtschaftlich tätig sein oder über ausreichende finanzielle Mittel verfügen. Nur im Ausnahmefall vermag der Kernbestandsschutz auch im Aufenthaltsmitgliedstaat anwendbar zu sein. Das indirekte Recht auf Aufenthalt im Unionsgebiet ist sohin in der Regel ein indirektes Recht auf Aufenthalt im Angehörigkeitsstaat.

Doch selbst dieses indirekte Recht auf Aufenthalt im Angehörigkeitsstaat gilt nur eingeschränkt: Geschützt wird nämlich nur vor einem faktischen Ausreisezwang aus dem „Gebiet der Union als Ganzes“⁵³⁹. Der Kernbestandsschutz des Art. 20 AEUV schützt die Unionsbürger dementsprechend nicht, wenn sie faktisch gezwungen sind, in einen anderen Mitgliedstaat auszureisen. So findet der Kernbestandsschutz etwa keine Anwendung, wenn minderjährige Unionsbürger ihren Angehörigkeitsstaat verlassen und in einen anderen Mitgliedstaat umziehen müssen, weil deren Eltern mangels Erfüllung der ökonomischen Bedingungen der Richtlinie 2004/38/EG oder aus Gründen der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit in ihren Angehörigkeitsstaat zurückkehren müssen.⁵⁴⁰

Letztlich ist somit ein solches indirektes Recht auf Aufenthalt im Unionsgebiet in erster Linie ein Recht auf Aufenthalt im Angehörigkeitsstaat mit Schutz vor einem faktischen Ausreisezwang in einen Drittstaat. Das völkerrechtlich unbedingte Aufenthaltsrecht im Herkunftsstaat⁵⁴¹ wird um

537 So aber Schönberger, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 20 AEUV Rn. 53.

538 Siehe EuGH, *Alokpa*, C-86/12, EU:C:2013:645, Rn. 30 f.; EuGH, *Rendón Marín*, C-165/14, EU:C:2016:675, Rn. 46 – 53.

539 Grundlegend EuGH, *Dereci*, C-256/11, EU:C:2011:734, Rn. 66; EuGH, *Iida*, C-40/11, EU:C:2012:691, Rn. 71; EuGH, CS, C-304/14, EU:C:2016:674, Rn. 29.

540 Davies, Right to Stay at Home, 468 (472); Iglesias Sánchez, Right to Stay, 371 (386).

541 Siehe zur Anerkennung dieses Rechts im Unionsrecht etwa EuGH, *van Duyn*, C-41/74, EU:C:1974:133, Rn. 21/23; EuGH, *McCarthy*, C-434/09, EU:C: 2011:277, Rn. 29 mit Verweis auf Art. 3 Abs. 1 4. Zusatzprotokoll zur EMRK.

eine unionsrechtliche Dimension erweitert, nämlich um den Schutz vor einem faktischen Ausreisezwang aus dem Unionsgebiet aufgrund der Verweigerung eines Aufenthaltsrechts für einen Drittstaatsangehörigen, von dem die Unionsbürger abhängig sind.⁵⁴²

IV. Kreis der mittelbar schutzberechtigten Drittstaatsangehörigen

Der Kernbestandsschutz nach der *Zambrano*-Judikatur schützt die Unionsbürger vor einem faktischen Ausreisezwang aus dem Unionsgebiet, der in der Verweigerung eines Aufenthaltsrechts für einen ihnen nahestehenden Drittstaatsangehörigen begründet liegt.⁵⁴³ Die Drittstaatsangehörigen sind nicht unmittelbar nach Art. 20 AEUV geschützt, sondern gelangen zum Schutz der ihnen nahestehenden Unionsbürger mittelbar in den Genuss bestimmter abgeleiteter Rechte. Die Drittstaatsangehörigen werden mithin nicht ihretwegen geschützt, sondern um den Kernbestandsschutz der Unionsbürger zu wahren. Das für die mittelbare Schutzberechtigung massgebliche Kriterium ist die Abhängigkeit des Unionsbürgers vom Drittstaatsangehörigen (1.). Die Abhängigkeit als Abgrenzungskriterium des Kreises der schutzberechtigten Drittstaatsangehörigen kann auf zwei unterschiedlichen Auslegungsprämissen beruhen, nämlich zum einen auf dem Grundsatz der praktischen Wirksamkeit und zum anderen auf der Achtung der Unionsgrundrechte (2.). Der Gerichtshof folgt weitestgehend dem Effet-utilite-Prinzip, indem er restriktive Abhängigkeitskriterien anwendet und zudem die Berücksichtigung einer alternativen Sorgemöglichkeit fordert (3.). Der Kreis der schutzberechtigten Drittstaatsangehörigen würde sich hingegen erweitern, würde das Abhängigkeitskriterium im Lichte der Unionsgrundrechte ausgelegt (4.).⁵⁴⁴

542 Vgl. dahingegen etwa EKMR, *Maikoe und Baboelal v. Niederlande*, 22791/93 (rechtmäßige Ausweisung einer drittstaatsangehörigen Mutter einer minderjährigen Niederländerin).

543 Wird dahingegen einem nahestehenden Unionsbürger ein Aufenthaltsrecht verwehrt, führt dies nicht zu einem Ausreisezwang aus dem Unionsgebiet, sodass der Kernbestandsschutz nach Art. 20 AEUV nicht anwendbar ist, siehe Fn. 540.

544 Die Ausführungen in diesem Kapitel basieren zum Teil auf Neier, Rechtsstellung der Drittstaatsangehörigen, 99 (100 – 115).

3. Teil: Kernbestandsschutz nach der Zambrano-Judikatur

1. Abhängigkeit als Abgrenzungskriterium

Im Rahmen des Kernbestandsschutzes liegt der Grund für die Schutzberechtigung der Drittstaatsangehörigen in der Abhängigkeit des Unionsbürgers. Denn wie der Gerichtshof ausdrücklich erklärte,

„ist es *das Abhängigkeitsverhältnis zwischen dem minderjährigen Unionsbürger und dem Drittstaatsangehörigen*, dem ein Aufenthaltsrecht verweigert wird, das die praktische Wirksamkeit der Unionsbürgerschaft beeinträchtigen kann, da diese Abhängigkeit dazu führen würde, dass der Unionsbürger sich als Folge einer solchen Verweigerung *de facto* gezwungen sähe, [...] das Gebiet der Union als Ganzes [zu verlassen]“⁵⁴⁵.

Der Unionsbürger muss in einer solchen Weise vom Drittstaatsangehörigen abhängig sein, dass er „keine andere Wahl hat, als dem Betroffenen, dem der Aufenthalt verweigert wurde, zu folgen“⁵⁴⁶. Der Unionsbürger muss aufgrund seiner Abhängigkeit zur Ausreise aus dem Unionsgebiet faktisch gezwungen sein. Nur in diesen Fällen greift der Kernbestandschutz und der Drittstaatsangehörige erhält ein abgeleitetes Aufenthaltsrecht nach Art. 20 AEUV.

Das Abhängigkeitsverhältnis ist sohin Dreh- und Angelpunkt für die mittelbare Schutzberechtigung der Drittstaatsangehörigen. Für die Schutzberechtigung nicht relevant ist, ob sich die drittstaatsangehörige Person rechtmässig oder unrechtmässig im betreffenden Mitgliedstaat aufhält.⁵⁴⁷ Selbst ein gegen den Drittstaatsangehörigen verhängtes – allenfalls bereits rechtskräftiges – Einreiseverbot entbindet die nationalen Behörden nicht von ihrer Verpflichtung, zu prüfen, ob eine für den Kernbestandsschutz erforderliche Abhängigkeit vorliegt, sodass der Drittstaatsangehörige nach Art. 20 AEUV schutzberechtigt ist.⁵⁴⁸ Ebenso wenig steht der Schutzberechtigung entgegen, dass die Abhängigkeit des Unionsbürgers vom Drittstaatsangehörigen zu einem Zeitpunkt entstanden ist, als gegen den Dritt-

⁵⁴⁵ EuGH, *O. und S.*, C-356/11 und C-357/11, EU:C:2012:776, Rn. 56 mit Verweis auf GA *Bot, O. und S.*, C-356/11 und C-357/11, EU:C:2012:595, Rn. 44; bestätigt in EuGH, *Chavez-Vilchez*, C-133/15, EU:C:2017:354, Rn. 69, und von GA *Sharpston*, K.A., C-82/16, EU:C:2017:821, Rn. 79.

⁵⁴⁶ GA *Bot, O. und S.*, C-356/11 und C-357/11, EU:C:2012:595, Rn. 44.

⁵⁴⁷ So ausdrücklich in EuGH, K.A., C-82/16, EU:C:2018:308, Rn. 80.

⁵⁴⁸ EuGH, K.A., C-82/16, EU:C:2018:308, Rn. 47 – 62, 82 – 84; so auch bereits GA *Sharpston*, K.A., C-82/16, EU:C:2017:821, Rn. 47 – 58.

staatsangehörigen bereits ein Einreiseverbot verhängt worden ist.⁵⁴⁹ Trotz allfälligen Einreiseverbots oder unrechtmässigen Aufenthalts muss daher jedenfalls die Abhängigkeit und damit die Schutzberechtigung nach Art. 20 AEUV geprüft werden, da andernfalls die praktische Wirksamkeit der Unionsbürgerschaft beeinträchtigt wäre.⁵⁵⁰

Wirtschaftliche Gründe sind dahingegen nach Ansicht des Gerichtshofs nicht ausreichend, um als schutzberechtigt zu gelten.⁵⁵¹ Den Drittstaatsangehörigen muss folglich kein Aufenthaltsrecht gewährt werden, nur weil sie für einen höheren Lebensstandard der Unionsbürger sorgen könnten. Zudem genügt nach der EuGH-Judikatur der Wunsch zur Aufrechterhaltung der Familiengemeinschaft für die Annahme eines faktischen Ausreisezwangs nicht.⁵⁵² Den Drittstaatsangehörigen ist demnach nicht allein deshalb ein Aufenthaltsrecht zu gewähren, weil sie mit dem Unionsbürger als Familie zusammenleben möchten.

Der Kernbestandsschutz scheint zum jetzigen Stand der EuGH-Rechtsprechung ebenso wenig „umgekehrte“ Abhängigkeitsverhältnisse zu erfassen.⁵⁵³ Damit sind jene Fälle gemeint, in denen nicht der Unionsbürger vom Drittstaatsangehörigen, sondern der Drittstaatsangehörige vom Unionsbürger abhängig ist, etwa wenn ein Unionsbürger seinen drittstaatsangehörigen Kindern, Eltern oder Geschwistern Unterhalt gewährt.⁵⁵⁴ Der faktische Ausreisezwang für die Unionsbürger ist zwar grundsätzlich auch in solchen Fällen nicht auszuschliessen.⁵⁵⁵ So hat selbst der EU-Gesetzgeber erkannt, dass die Unionsbürger von der Ausübung des Freizügigkeitsrechts abgehalten werden könnten, wenn die Familienmitglieder, denen sie Unterhalt gewähren, sie nicht in den Aufnahmemitgliedstaat begleiten dürfen.⁵⁵⁶ In der Rechtsprechung zum Kernbestandsschutz stellt der Ge-

549 EuGH, K.A., C-82/16, EU:C:2018:308, Rn. 77 – 81; so auch bereits GA *Sharpston, K.A.*, C-82/16, EU:C:2017:821, Rn. 65.

550 Vgl. EuGH, K.A., C-82/16, EU:C:2018:308, Rn. 54, 56, 79, 83.

551 EuGH, *Dereci*, C-256/11, EU:C:2011:734, Rn. 68; EuGH, O. und S., C-356/11 und C-357/11, EU:C:2012:776, Rn. 52; EuGH, *Ymeraga*, C-87/12, EU:C:2013:291, Rn. 38.

552 EuGH, *Dereci*, C-256/11, EU:C:2011:734, Rn. 68; EuGH, O. und S., C-356/11 und C-357/11, EU:C:2012:776, Rn. 52; EuGH, *Ymeraga*, C-87/12, EU:C:2013:291, Rn. 38.

553 Dies aber befürwortet *Davies, Right to Stay at Home*, 468 (486 f.).

554 Siehe diese Abhängigkeitsform in EuGH, *Dereci*, C-256/11, EU:C:2011:734, Rn. 26; EuGH, *Ymeraga*, C-87/12, EU:C:2013:291, Rn. 17; EuGH, K.A., C-82/16, EU:C:2018:308, Rn. 20 f.

555 *Davies, Right to Stay at Home*, 468 (487).

556 Vgl. Art. 2 Abs. 2 lit. c und d RL 2004/38/EG; Erwägung 5 RL 2004/38/EG.

richtshof jedoch auf die Bedürftigkeit des Unionsbürgers ab: Nur wenn dieser vom Drittstaatsangehörigen abhängig ist, anerkennt der Gerichtshof einen faktischen Ausreisezwang; der blosse Wunsch auf Familienleben genügt nicht. Aus diesem Grund hat der Gerichtshof in den Rs. *Ymeraga* und *K.A.*, in denen die Drittstaatsangehörigen vom Unionsbürger abhängig waren und nicht umgekehrt, die Anwendbarkeit des Kernbestandsschutzes nach Art. 20 AEUV verneint.⁵⁵⁷

In den ersten Folgejudikaten hat der Gerichtshof ein ausreichendes Abhängigkeitsverhältnis nur zwischen minderjährigen Kindern und deren drittstaatsangehörigen Elternteilen bejaht.⁵⁵⁸ Nichtsdestotrotz konnte bereits vermutet werden, dass der Kernbestandsschutz auch volljährige Unionsbürger schützt.⁵⁵⁹ Immerhin prüfte der Gerichtshof in einigen Fällen zumindest implizit die Abhängigkeit der volljährigen Unionsbürger von den von der Aufenthaltsverweigerung betroffenen Drittstaatsangehörigen.⁵⁶⁰ In der Rs. *K.A.* erklärte der Gerichtshof schliesslich ausdrücklich, dass auch bei erwachsenen Unionsbürgern eine entsprechende Abhängigkeit von einer drittstaatsangehörigen Person bestehen kann⁵⁶¹ – allerdings komme dies „nur in außergewöhnlichen Fällen in Betracht, in denen die betreffende Person in Anbetracht aller relevanten Umstände keinesfalls von dem Familienangehörigen getrennt werden darf, von dem sie abhängig ist.“⁵⁶² Der Gerichtshof erkennt sohin, dass auch erwachsene Unionsbürger aufgrund ihres Alters oder einer Krankheit in einem solchen Mass abhängig sein können, dass sie zur Ausreise aus dem Unionsgebiet de facto gezwungen wären, würde der sie pflegenden drittstaatsangehörigen Person

⁵⁵⁷ EuGH, *Ymeraga*, C-87/12, EU:C:2013:291, Rn. 39; EuGH, *K.A.*, C-82/16, EU:C:2018:308, Rn. 67 f.; in EuGH, *Dereci*, C-256/11, EU:C:2011:734, Rn. 74, hat der Gerichtshof dahingegen die endgültige Entscheidung dem vorlegenden Gericht überlassen (vgl. hierzu auch GA *Mengozzi, Dereci*, C-256/11, EU:C:2011:626, Rn. 36).

⁵⁵⁸ So ausdrücklich in EuGH, *Ruiz Zambrano*, C-34/09, EU:C:2011:124, Rn. 43 f.; EuGH, CS, C-304/14, EU:C:2016:674, Rn. 33.

⁵⁵⁹ So etwa auch *Cambien*, Right to Care, 489 (500 – 502); *Davies*, Right to Stay at Home, 468 (478); *Mengozzi, Zambrano*, 233 (244); *Tewocht*, Migrationsrecht, 151 mit Fn. 468; *Toggenburg*, EL Rep. 2011, 342 (346); *Wendel*, DÖV 2014, 133 (141).

⁵⁶⁰ EuGH, *McCarthy*, C-434/09, EU:C:2011:277; EuGH, *Dereci*, C-256/11, EU:C:2011:734; EuGH, *Ymeraga*, C-87/12, EU:C:2013:291; siehe auch GA *Mengozzi, Dereci*, C-256/11, EU:C:2011:626, Rn. 34 – 36.

⁵⁶¹ EuGH, *K.A.*, C-82/16, EU:C:2018:308, Rn. 64 f., 76.

⁵⁶² Ebd., Rn. 76.

kein Aufenthaltsrecht gewährt.⁵⁶³ Das Argument, wonach sich die volljährigen Unionsbürger auch eine Pflege durch Dritte leisten könnten, kann deren Schutzberechtigung nicht entgegenstehen.⁵⁶⁴ Denn desgleichen sind minderjährige Unionsbürger nicht ausschliesslich auf die Pflege und Sorge durch ihre Eltern angewiesen; auch Pflegefamilien oder Pflegeheime könnten für die Kinder sorgen.⁵⁶⁵

Ob die für die Schutzberechtigung der Drittstaatsangehörigen erforderliche Abhängigkeit der Unionsbürger in concreto vorliegt, ist eine Tatsachenfrage, die in die Zuständigkeit der nationalen Behörden fällt. Unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls haben sie zu entscheiden, ob den Drittstaatsangehörigen aufgrund der Abhängigkeit eines Unionsbürgers ein abgeleitetes Aufenthaltsrecht nach Art. 20 AEUV zu gewähren ist. Es obliegt jedoch dem EuGH, den nationalen Entscheidungsträgern Kriterien zur Beurteilung des Abhängigkeitsverhältnisses an die Hand zu geben. Ohne die Entscheidung im konkreten Einzelfall vorwegzunehmen,⁵⁶⁶ ist es Aufgabe des Gerichtshofs, in allgemeingültiger Weise zu klären, unter welchen Umständen Drittstaatsangehörige nach Art. 20 AEUV mittelbar schutzberechtigt sind.⁵⁶⁷ Denn nur so bleibt die einheitliche Anwendung des Unionsrechts gewährleistet.⁵⁶⁸

Die Beweislast für das Bestehen eines Abhängigkeitsverhältnisses liegt nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs beim Drittstaatsangehörigen: Dieser muss den nationalen Behörden alle Informationen vorbringen, anhand derer die Behörden die Voraussetzungen für ein Aufenthaltsrecht nach Art. 20 AEUV prüfen können.⁵⁶⁹ Dabei hat der Drittstaatsangehörige zu belegen, dass die Verweigerung eines Aufenthaltsrechts zu einem fakti-

563 Vgl. GA *Mengozzi, Dereci*, C-256/11, EU:C:2011:626, Rn. 48; GA *Bot, O. und S.*, C-356/11 und C-357/11, EU:C:2012:595, Rn. 45.

564 Die Frage aufwerfend, ob dies einen Einfluss auf die Beurteilung des Kernbestandschutzes hätte, *Epiney*, NVWZ 2012, 930 (931).

565 So auch *Cambien, Right to Care*, 489 (501).

566 So der Gerichtshof jedoch in EuGH, *O. und S.*, C-356/11 und C-357/11, EU:C: 2012:776, Rn. 57.

567 Vgl. dahingegen GA *Bot, Alarape und Tijani*, C-529/11, EU:C:2013:9, Rn. 35 – 37, wonach die Entscheidung über das Abhängigkeitsverhältnis im Kontext des Art. 10 VO Nr. 492/2011 dem nationalen Gericht zu überlassen ist, das durch die „Vorgabe bestimmter Kriterien weder eingeschränkt werden kann noch eingeschränkt werden darf“; dem folgend EuGH, *Alarape und Tijani*, C-529/11, EU:C:2013:290, Rn. 30; kritisch hierzu *Nic Shuibhne, Coherence of EU Free Movement Law*, 77.

568 So auch *Adam/van Elsuwege, Prism of Family Reunification*, 443 (453).

569 EuGH, *Chavez-Vilchez*, C-133/15, EU:C:2017:354, Rn. 75.

schen Ausreisezwang aus dem Unionsgebiet für den ihm nahestehenden Unionsbürger führt. Die Behörden sind zwar nicht verpflichtet, von Amts wegen eigenständig zu prüfen, ob die Voraussetzungen für die Anwendbarkeit des Art. 20 AEUV erfüllt sind.⁵⁷⁰ Allerdings dürfen die nationalen Beweisregelungen nicht dazu führen, dass die praktische Wirksamkeit des Art. 20 AEUV beeinträchtigt ist.⁵⁷¹ Daher haben auch die mitgliedstaatlichen Behörden auf der Grundlage der vorgebrachten Informationen entsprechende Ermittlungen aufzunehmen, um das für die Anwendbarkeit des Art. 20 AEUV erforderliche Abhängigkeitsverhältnis feststellen zu können.⁵⁷²

2. Auslegungsprämissen der Abhängigkeit

Dem Abhängigkeitskriterium können unterschiedliche Auslegungsprämissen zugrunde liegen, wobei diese davon abhängen, zu welchem Zweck den Drittstaatsangehörigen ein Aufenthaltsrecht nach Art. 20 AEUV zuerkannt wird. Soll mit einem solchen Aufenthaltsrecht die praktische Wirksamkeit der Unionsbürgerschaft und der damit verbundenen Rechte gesichert werden, ist die Abhängigkeit nach dem Effet-utile-Prinzip auszulegen (a). Wird das Aufenthaltsrecht dahingegen gewährt, um die Unionsgrundrechte der Unionsbürger zu schützen, ist die Abhängigkeit im Lichte der Unionsgrundrechte auszulegen (b).⁵⁷³

570 So der Vorschlag von GA Szpunar, *Chavez-Vilchez*, C-133/15, EU:C:2016:659, Rn. 104 – 113.

571 EuGH, *Chavez-Vilchez*, C-133/15, EU:C:2017:354, Rn. 76.

572 Ebd., Rn. 77.

573 Zu diesen beiden Gründen für ein abgeleitetes Aufenthaltsrecht im Zusammenhang mit dem Freizügigkeitsrecht siehe Cambien, *Citizenship of the Union*, 329 – 350. Ders., *Right to Care*, 489 (495 – 498), zählt nunmehr aufgrund der Ruiz Zambrano-Rechtsprechung ein „right to care“ zu den Kernbestandsrechten nach Art. 20 AEUV und erkennt dieses Recht als Grund für ein abgeleitetes Aufenthaltsrecht nach Art. 20 AEUV; dabei verkennt er allerdings, dass den Unionsbürgern mit dem Kernbestandsschutz nicht ein eigenständiges Recht auf Pflege durch Drittstaatsangehörige ermöglicht werden soll, sondern der Aufenthalt im Unionsgebiet, sodass die praktische Wirksamkeit der Unionsbürgerschaft und insbesondere des Freizügigkeitsrechts gewahrt bleibt.

a) Praktische Wirksamkeit

Seit jeher rechtfertigt der Gerichtshof die Gewährung abgeleiteter Aufenthaltsrechte für drittstaatsangehörige Familienmitglieder mit der praktischen Wirksamkeit eines den Unionsbürgern primär- oder sekundärrechtlich eingeräumten Rechts.⁵⁷⁴ Insbesondere drittstaatsangehörigen Elternteilen, welche die tägliche Sorge für minderjährige Unionsbürger wahrnahmen, sprach er aufgrund des Effet-utile-Grundsatzes ein Aufenthaltsrecht zu. So erkannte der EuGH etwa in der *Rs. Zhu und Chen*, dass „dem Aufenthaltsrecht des Kindes [nach Art. 21 AEUV] jede praktische Wirksamkeit genommen“⁵⁷⁵ würde, wenn seinem Elternteil mit Drittstaatsangehörigkeit kein Aufenthaltsrecht im Aufnahmemitgliedstaat zuerkannt würde. Denn ein Kleinkind könne ohne Anwesenheit des tatsächlich sorgenden Elternteils sein Freizügigkeitsrecht nicht ausüben.

Diese Argumentation in der *Rs. Zhu und Chen* lässt sich in *Ruiz Zambrano* wiedererkennen, wenngleich der Gerichtshof hierauf nicht explizit verwies – im Gegensatz zu den Vorlagefragen⁵⁷⁶ und den Schlussanträgen⁵⁷⁷. So sprach der Gerichtshof Herrn *Ruiz Zambrano* ein Aufenthaltsrecht und eine Arbeitserlaubnis zu, da andernfalls die Unionsbürger-Kinder zur Ausreise aus dem Unionsgebiet faktisch gezwungen und folglich nicht mehr in der Lage gewesen wären, „den Kernbestand der Rechte, die ihnen der Unionsbürgerstatus verleiht, in Anspruch zu nehmen“⁵⁷⁸. Die Ähnlichkeit zeigt sich dementsprechend in der Erkenntnis des Gerichtshofs, dass die *Ruiz-Zambrano*-Kinder – wie auch *Kunquian Catherine Zhu* – ohne Anwesenheit des sorgenden Elternteils ihre Unionsbürgerrechte nicht mehr wahrnehmen können. Der Zweck für die Zuerkennung der Rechte lag folglich in erster Linie im Schutz der Ausübungsmöglichkeit der Unionsbürgerrechte.

574 Siehe etwa zu Art. 45 AEUV EuGH, *S. und G.*, C-457/12, EU:C:2014:136, Rn. 40; zu Art. 45 AEUV und Art. 49 AEUV EuGH, *Singh*, C-370/90, EU:C:1992:296, Rn. 23; zu Art. 12 VO Nr. 1612/68 (nunmehr Art. 10 VO Nr. 492/2011) EuGH, *Baumbast und R.*, C-413/99, EU:C:2002:493, Rn. 74, sowie zu Art. 21 AEUV EuGH, *Zhu und Chen*, C-200/02, EU:C:2004:639, Rn. 45; hierzu etwa *Cambien, Citizenship of the Union*, 330 – 341; *de Somer/Vink*, ‘Precedent’ and fundamental rights, 18 f.

575 EuGH, *Zhu und Chen*, C-200/02, EU:C:2004:639, Rn. 45.

576 EuGH, *Ruiz Zambrano*, C-34/09, EU:C:2011:124, Rn. 35.

577 GA *Sharpston, Ruiz Zambrano*, C-34/09, EU:C:2010:560, Rn. 96.

578 EuGH, *Ruiz Zambrano*, C-34/09, EU:C:2011:124, Rn. 44.

Mit der Folgejudikatur verdeutlichte der Gerichtshof sodann, dass das Effet-utile-Prinzip die dem Kernbestandsschutz zugrunde liegende Auslegungsprämissen bildet: Den Drittstaatsangehörigen müsse ein Aufenthaltsrecht gewährt werden, da andernfalls die Unionsbürgerschaft „ihrer praktischen Wirksamkeit beraubt würde“⁵⁷⁹. In weiterer Folge betonte der Gerichtshof, dass der „Zweck und die Rechtfertigung [der für die Drittstaatsangehörigen] abgeleiteten Rechte auf der Feststellung [beruhen], dass ihre Nichtanerkennung den Unionsbürger in seiner Freizügigkeit beeinträchtigen könnte“⁵⁸⁰.

Die praktische Wirksamkeit der Unionsbürgerschaft und insbesondere des Freizügigkeitsrechts ist somit das primäre Auslegungsargument des Gerichtshofs, um Drittstaatsangehörige als gemäß Art. 20 AEUV schutzberechtigt einzustufen. Wird das Abhängigkeitskriterium entsprechend dem Effet-utile-Prinzip ausgelegt, bestimmt sich der Kreis der schutzberechtigten Drittstaatsangehörigen anhand der Frage: Welchen Drittstaatsangehörigen muss ein Aufenthaltsrecht gewährt werden, damit die Unionsbürger ihre Unionsbürgerschaft bzw. ihr Freizügigkeitsrecht im Unionsgebiet tatsächlich ausüben können? In diesem Sinne erkannte der Gerichtshof den drittstaatsangehörigen Elternteil minderjähriger Unionsbürger als schutzberechtigt an, da die Kinder auf die elterliche Sorge angewiesen waren.⁵⁸¹ Dahingegen fand in der Rs. *McCarthy* der Kernbestandsschutz keine Anwendung, was nicht anders zu verstehen ist, als dass der Gerichtshof der Ansicht war, die Unionsbürgerin könne ihre Unionsbürgerschaft und die damit verbundenen Rechte auch ohne Anwesenheit des drittstaatsangehörigen Ehegatten wahrnehmen.⁵⁸²

579 Siehe etwa EuGH, *Dereci*, C-256/11, EU:C:2011:734, Rn. 67; EuGH, *Iida*, C-40/11, EU:C:2012:691, Rn. 71; EuGH, *O. und S.*, C-356/11 und C-357/11, EU:C:2012:776, Rn. 48; EuGH, *Chavez-Vilchez*, C-133/15, EU:C:2017:354, Rn. 63.

580 EuGH, *CS*, C-304/14, EU:C:2016:674, Rn. 28; EuGH, *Rendón Martín*, C-165/14, EU:C:2016:675, Rn. 73; ähnlich bereits EuGH, *Iida*, C-40/11, EU:C:2012:691, Rn. 68; EuGH, *Ymeraga*, C-87/12, EU:C:2013:291, Rn. 35.

581 Die Schutzberechtigung ausdrücklich bejahend in EuGH, *Ruiz Zambrano*, C-34/09, EU:C:2011:124, Rn. 45, und in EuGH, *CS*, C-304/14, EU:C:2016:674, Rn. 33.

582 Vgl. EuGH, *McCarthy*, C-434/09, EU:C:2011:277, Rn. 49 f.

b) Achtung der Unionsgrundrechte

Den Drittstaatsangehörigen könnte ein Aufenthaltsrecht auch deshalb zugesprochen werden, um die Unionsgrundrechte der Unionsbürger zu schützen. In diesem Sinne wäre die Abhängigkeit des Unionsbürgers und somit ein faktischer Ausreisezwang zu bejahen, wenn andernfalls die Grundrechte, insbesondere das Grundrecht auf Achtung des Familienlebens, beeinträchtigt wären. Die Rechtsprechung des EuGH ist jedoch inkonsequent im Hinblick darauf, ob die Abhängigkeit im Lichte der Unionsgrundrechte auszulegen ist (aa). Auch wenn gute Gründe für eine grundrechtliche Auslegung sprechen, bleibt das Problem der Grundrechtsbindung der Mitgliedstaaten (bb).

aa) Inkonsistente Rechtsprechung des EuGH

In der Grundsatzentscheidung in der Rs. *Ruiz Zambrano* erwähnte der Gerichtshof die Unionsgrundrechte nicht, wenngleich das vorlegende Gericht nach der Auslegung der Art. 18, 20 und 21 AEUV „in Verbindung mit den Art. 21, 24 und 34 der Charta der Grundrechte“⁵⁸³ fragte. Nichtsdestotrotz mag der Gerichtshof in dieser Entscheidung den Stellenwert der Familie für die Unionsbürger erkannt haben. Denn die *Ruiz-Zambrano*-Kinder hätten auch ohne Anwesenheit ihrer Eltern in Belgien verbleiben können (etwa bei einer befreundeten Familie oder im Pflegeheim); die praktische Wirksamkeit der Unionsbürgerschaft wäre damit wohl gewahrt geblieben. Mithin scheint der Gerichtshof in dieser Entscheidung das Grundrecht auf Achtung des Familienlebens und die Verpflichtung zum Schutz des Kindeswohls berücksichtigt zu haben,⁵⁸⁴ ohne hierauf explizit Bezug zu nehmen.⁵⁸⁵

In der Folgejudikatur erklärte der Gerichtshof jedoch ausdrücklich, dass der blosse Wunsch zur Aufrechterhaltung des Familienlebens nicht die Annahme eines faktischen Ausreisezwanges aus dem Unionsgebiet rechtfer-

583 EuGH, *Ruiz Zambrano*, C-34/09, EU:C:2011:124, Rn. 35.

584 GA *Szpunar, Chavez-Vilchez*, C-133/15, EU:C:2016:659, Rn. 3; *Klaassen/Rodrigues*, EJML 2017, 191 (211); *O'Leary*, Purely Internal Rule, 37 (71); *Oosterom-Staples*, EJML 2012, 151 (171).

585 Siehe dahingegen die Ausführungen zur Verletzung des Grundrechts auf Achtung des Familienlebens von GA *Sharpston, Ruiz Zambrano*, C-34/09, EU:C:2010:560, Rn. 54 – 66.

tigt.⁵⁸⁶ Hieraus kann nichts anderes gelesen werden, als dass das Grundrecht auf Achtung des Familienlebens für die mittelbare Schutzberechtigung der Drittstaatsangehörigen nicht genügt.⁵⁸⁷ Dem Drittstaatsangehörigen muss im Rahmen des Kernbestandsschutzes folglich kein Aufenthaltsrecht gewährt werden, um das Unionsgrundrecht des Unionsbürgers auf Achtung des Familienlebens zu schützen. Damit lässt sich erklären, wieso in der bisherigen EuGH-Judikatur die volljährigen Unionsbürger nicht geschützt wurden.⁵⁸⁸

Dahingegen legte der Gerichtshof in seiner jüngsten Entscheidung zum Kernbestandsschutz in der Rs. *Chavez-Vilchez* das Abhängigkeitskriterium ausdrücklich im Lichte der Unionsgrundrechte aus. Zunächst hielt der Gerichtshof dafür fest, dass im Rahmen der Beurteilung eines faktischen Ausreisezwangs aus dem Unionsgebiet zu ermitteln ist, welcher Elternteil die Sorge für das Kind wahrnimmt und ob ein Abhängigkeitsverhältnis zwischen dem Unionsbürger-Kind und dem Drittstaatsangehörigen besteht.⁵⁸⁹ Sodann erklärte er:

„Im Rahmen dieser Beurteilung haben die zuständigen Behörden dem Recht auf Achtung des Familienlebens Rechnung zu tragen, das in Art. 7 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union niedergelegt ist, wobei dieser Artikel in Zusammenschau mit der Verpflichtung auszulegen ist, das in Art. 24 Abs. 2 der Charta der Grundrechte anerkannte Kindeswohl zu berücksichtigen.“⁵⁹⁰

Der Gerichtshof verlangt daher von den Mitgliedstaaten, die Frage nach der Abhängigkeit des minderjährigen Unionsbürgers von seinem drittstaatsangehörigen Elternteil unter Beachtung der Unionsgrundrechte zu beurteilen. In anderen Worten: Ob der minderjährige Unionsbürger unmittelbar und der drittstaatsangehörige Elternteil mittelbar schutzberechtigt sind, ist im Lichte der Unionsgrundrechte zu ermitteln. Konkretisiert

586 Grundlegend EuGH, *Dereci*, C-256/11, EU:C:2011:734, Rn. 68; bestätigt in EuGH, *O. und S.*, C-356/11 und C-357/11, EU:C:2012:776, Rn. 52, und in EuGH, *Ymeraga*, C-87/12, EU:C:2013:291, Rn. 38.

587 So deutlicher GA *Mengozzi*, *Dereci*, C-256/11, EU:C:2011:626, Rn. 37 – 42; GA *Sharpston*, K.A., C-82/16, EU:C:2017:821, Rn. 61 f.; ebenso *Lenaerts*, ERA Forum 2013, 569 (579).

588 EuGH, *McCarthy*, C-434/09, EU:C:2011:277, Rn. 49; EuGH, *Dereci*, C-256/11, EU:C:2011:734, Rn. 74; EuGH, *Ymeraga*, C-87/12, EU:C:2013:291, Rn. 39; EuGH, K.A., C-82/16, EU:C:2018:308, Rn. 66 – 69.

589 EuGH, *Chavez-Vilchez*, C-133/15, EU:C:2017:354, Rn. 70.

590 Ebd., Rn. 70.

hat der Gerichtshof diese grundrechtliche Auslegung des Abhängigkeitskriteriums sodann, indem er erklärte, dass die Beurteilung, ob der nicht von der Aufenthaltsverweigerung betroffene Elternteil alternativ für das Kind sorgen könnte, „im Interesse des Kindeswohls“ zu erfolgen hat.⁵⁹¹

Die Rechtsprechung des Gerichtshofs ist sohin inkonsequent im Hinblick darauf, ob das Abhängigkeitskriterium grundrechtlich auszulegen ist. In *Dereci* erklärte der Gerichtshof noch, dass der Wunsch auf Achtung des Familienlebens und damit das Grundrecht nach Art. 7 GRC nicht von Bedeutung für die Frage nach der Anwendbarkeit des Art. 20 AEUV ist. Da hingegen spricht er den Grundrechten eine Bedeutung zu im Falle von minderjährigen Unionsbürgern und der Frage, ob eine Abhängigkeit vom drittstaatsangehörigen Elternteil besteht oder die Sorge auch vom anderen Elternteil mit Mitgliedstaatsangehörigkeit übernommen werden könnte.

bb) Problem der Grundrechtsbindung der Mitgliedstaaten

Die grundrechtliche Auslegung des Abhängigkeitskriteriums in *Chavez-Vilchez* ist aus der Sicht der Unionsbürger-Kinder zu begrüßen. Allerdings schafft der Gerichtshof damit eine Inkohärenz in seiner Rechtsprechung, die auf Dauer nicht gerechtfertigt ist. In manchen Fällen legt er den Kernbestandsschutz grundrechtlich aus, während er in anderen Fällen der praktischen Wirksamkeit als Auslegungsprämissen den Vorrang einräumt. Der Wunsch auf ein Familienleben scheint nach wie vor nicht für die Schutzberechtigung im Sinne des Art. 20 AEUV zu genügen. Nur bei Fragen nach der Abhängigkeit eines minderjährigen Unionsbürgers von seinem drittstaatsangehörigen Elternteil verlangt der Gerichtshof die Beachtung des Art. 7 GRC in Verbindung mit Art. 24 Abs. 2 GRC. Damit wird jedoch mit unterschiedlichen Massstäben gemessen. Warum sollten nicht alle Unionsbürger – ob minderjährig oder nicht – in den Genuss einer grundrechtlichen Auslegung des Kernbestandsschutzes kommen? Ist es dogmatisch nicht stringenter, den Kernbestandsschutz entweder in jeder Hinsicht im Lichte der Unionsgrundrechte auszulegen oder davon gänzlich abzusehen? Es mag dem Gerichtshof wohl einfacher gefallen sein, den Kernbestandsschutz für minderjährige Unionsbürger grundrechtlich zu verstehen, indem er bei dessen Beurteilung dem Interesse des Kindeswohls eine gewichtige Rolle beimisst. Denn dem Vorrang des Kindeswohls kommt als

591 EuGH, *Chavez-Vilchez*, C-133/15, EU:C:2017:354, Rn. 71.

„einer der die Rechtsordnung der Union prägenden Grundsätze“⁵⁹² besondere Bedeutung zu.⁵⁹³

Eine kohärente Rechtsprechung böte jedoch den Schutz der Familie für alle oder für niemanden. Wenn sich der Gerichtshof in Fällen wie etwa in *Ruiz Zambrano* und *Chavez-Vilchez* entschliesst, das Familienleben der Unionsbürger im Unionsgebiet zu schützen, kann er nicht auf halbem Weg stehen bleiben und anderen Unionsbürgern diesen Schutz verwehren.⁵⁹⁴ Denn der Unionsbürgerstatus sollte für alle Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten der „grundlegende Status“⁵⁹⁵ sein. Worin liegt aber das „Grundlegende“, wenn die Unionsbürgerschaft nicht im Beisein der Familie ausgeübt werden kann? Auf lange Sicht wird nur eine grundrechtliche Auslegung des Kernbestandsschutzes „dem Begriff der Unionsbürgerschaft gerecht“⁵⁹⁶. Damit wäre ein Stück weit dem Konzept der Generalanwältin *Sharpston* entsprochen, wonach unter der Unionsbürgerschaft „ein echter Bürgerstatus [...], zu deren Wesensmerkmalen zwangsläufig die Achtung der Grundrechte gehört“, zu verstehen ist.⁵⁹⁷

Das Verständnis der Unionsbürgerschaft als grundlegenden Status für alle Mitgliedstaatsangehörigen und die Verantwortung des Gerichtshofs für eine kohärente Rechtsprechung⁵⁹⁸ sprechen somit für eine ganzheitliche Auslegung des Kernbestandsschutzes, insbesondere des Abhängigkeitskriteriums, im Lichte der Unionsgrundrechte. Damit würde auch nicht – wie von Art. 6 Abs. 1 UAbs. 2 EUV und Art. 51 Abs. 2 GRC verboten – der Anwendungsbereich des Unionsrechts durch die Charta ausgedehnt.⁵⁹⁹ Denn primär wird durch den Kernbestandsschutz nach der *Zambrano*-Judikatur das Freizügigkeitsrecht geschützt und nicht die Unionsgrundrechte selbst

592 GA *Szpunar*, *Chavez-Vilchez*, C-133/15, EU:C:2016:659, Rn. 42.

593 Siehe etwa Art. 3 Abs. 3 UAbs. 2 EUV, wonach der „Schutz der Rechte des Kindes“ eines der Ziele der EU ist; siehe hierzu GA *Szpunar*, *Chavez-Vilchez*, C-133/15, EU:C:2016:659, Rn. 42 – 45.

594 Ähnlich auch *Nic Shuibhne*, Coherence of EU Free Movement Law, 141.

595 Grundlegend EuGH, *Grzelczyk*, C-184/99, EU:C:2001:458, Rn. 31.

596 GA *Sharpston*, *Ruiz Zambrano*, C-34/09, EU:C:2010:560, Rn. 170.

597 Ebd., Rn. 3.

598 Zu dieser Verantwortung im Allgemeinen siehe *Nic Shuibhne*, Coherence of EU Free Movement Law, 1 – 21.

599 Vgl. *Sharpston*, S. und G., C-457/12, EU:C:2013:842, Rn. 62 f.; *Kochenov*, ELJ 2013, 502 (511); dem folgend GA *Wathelet*, NA, C-115/15, EU:C:2016:259, Rn. 125 f.; zudem auch *van den Brink*, LIEI 2012, 273 (283); *Nic Shuibhne*, CMLR 2012, 349 (375); a.M. *Kubicki*, Fall Iida, 5.

(was hingegen der Fall wäre, wenn deren Verwehrung allein den Kernbestandsschutz auslösen würde⁶⁰⁰).

Allerdings bleibt das Problem der Grundrechtsbindung der Mitgliedstaaten. Die Mitgliedstaaten sind nach Art. 51 Abs. 1 Satz 1 GRC nur bei Durchführung des Unionsrechts an die Unionsgrundrechte gebunden. Damit soll die föderale Machtbalance im Bereich der Grundrechte gewahrt bleiben.⁶⁰¹ Nach der Rechtsprechung des EuGH ist der Begriff der „Durchführung“ weit zu verstehen, sodass alle Sachverhalte, die in den Anwendungsbereich des Unionsrechts fallen, zugleich in den Anwendungsbereich der Unionsgrundrechte fallen.⁶⁰² In diesem Sinne müssen die Mitgliedstaaten die Unionsgrundrechte etwa dann beachten, wenn sie die Grundfreiheiten und das Freizügigkeitsrecht nach Art. 21 AEUV beschränken.⁶⁰³ Die grundrechtliche Bindung wird hingegen abgelehnt, wenn in diese Rechte nicht eingegriffen wird, da „freilich kein hinreichend unionsrechtlich determinierter Sachverhalt“⁶⁰⁴ vorliege. Dieser Ansicht folgend dürfte das Abhängigkeitskriterium nicht grundrechtlich ausgelegt werden, da erst damit der Anwendungsbereich des Kernbestandsschutzes bestimmt wird.⁶⁰⁵ Die Unionsgrundrechte kämen erst ins Spiel, nachdem ein Eingriff in Art. 20 AEUV bejaht wurde (insbesondere als Schranken-Schranke⁶⁰⁶).

Dieses Verständnis legte auch der Gerichtshof in der Rs. *Ymeraga* an den Tag. Zunächst erklärte er:

„[D]ie Situation der Kläger des Ausgangsverfahrens fällt aber nicht unter das Unionsrecht, da [...] die Weigerung, den Familienangehörigen von Kreshnik Ymeraga ein Aufenthaltsrecht zu gewähren, nicht zur

600 Siehe hierzu unten, 4. Teil B. II. 2. c).

601 Vgl. *Lenaerts/Gutiérrez-Fons*, CMLR 2010, 1629 (1657): „The scope of application of the Charter is therefore the keystone which guarantees that the principle of conferral is complied with“.

602 Grundlegend EuGH, Åkerberg Fransson, C-617/10, EU:C:2013:280, Rn. 19 – 22.

603 Grundlegend EuGH, *ERT*, C-260/89, EU:C:1991:254, Rn. 24; siehe hierzu etwa *Jarass*, Art. 51 GRC Rn. 24 f.; *Kahl/Schwind*, EuR 2014, 170 (179 - 182); *Wollenschläger*, EuZW 2014, 577 – 580.

604 *Wollenschläger*, EuZW 2014, 577 (580); in diese Richtung etwa auch *Jarass*, Art. 51 GRC Rn. 24; *Kingreen*, in: *Calliess/Ruffert*, Art. 51 GRC Rn. 19; *Michl*, Überprüfung des Unionsrechts, 189 – 191.

605 So *Lenaerts*, ERA Forum 2013, 569 (579 – 582); im Ergebnis wohl auch *Pechstein*, Entscheidungen des EuGH, Rn. 124; *Wendel*, DÖV 2014, 133 (141).

606 Siehe hierzu unten, 3. Teil B. VI. 2. b.).

3. Teil: Kernbestandsschutz nach der Zambrano-Judikatur

Folge hat, ihm den tatsächlichen Genuss des Kernbestands der Rechte, die ihm der Unionsbürgerstatus verleiht, zu verwehren.“⁶⁰⁷

Aufgrund dieser Feststellung hielt der Gerichtshof sodann fest:

„Unter diesen Umständen betrifft die Weigerung der luxemburgischen Behörden, den Familienangehörigen von Kreshnik Ymeraga ein Aufenthaltsrecht als Familienangehörige eines Unionsbürgers zu gewähren, *nicht die Durchführung des Rechts der Union im Sinne von Art. 51 der Charta*, so dass die Vereinbarkeit dieser Weigerung mit den Grundrechten nicht anhand der durch die Charta begründeten Rechte geprüft werden kann.“⁶⁰⁸

Der Gerichtshof scheint demnach ebenso davon auszugehen, dass die Unionsgrundrechte nur dann zur Anwendung kommen, wenn in den Kernbestandsschutz nach Art. 20 AEUV eingegriffen wird, sodass die Situation in den Anwendungsbereich des Unionsrechts fällt. Im Umkehrschluss muss das bedeuten, dass die Auslegung des Anwendungsbereichs des Art. 20 AEUV, d. h. die Frage, ob Art. 20 AEUV anwendbar ist, nicht anhand der Unionsgrundrechte gemessen werden kann.

Vor diesem Hintergrund ist es erstaunlich, dass der Gerichtshof nun in der Rs. *Chavez-Vilchez* die Grundrechte für die Beurteilung des Abhängigkeitsverhältnisses für beachtlich erklärt: Ob ein minderjähriger Unionsbürger von seinem drittstaatsangehörigen Elternteil abhängig ist, sodass die Aufenthaltsverweigerung für den Elternteil zum faktischen Ausreisezwang aus dem Unionsgebiet führt und damit ein Eingriff in Art. 20 AEUV zu bejahen ist, sei anhand Art. 7 GRC in Verbindung mit Art. 24 Abs. 2 GRC auszulegen.⁶⁰⁹ Damit hält der Gerichtshof in diesem Fall die Grundrechte bereits bei der Frage einschlägig, ob Art. 20 AEUV Anwendung findet. In der Rs. *Ymeraga* erklärte der Gerichtshof hingegen ausdrücklich, dass die Mitgliedstaaten nicht an die Unionsgrundrechte gebunden sind, wenn die Situation nicht unter Art. 20 AEUV fällt.

Diese inkonsequente Rechtsprechung lässt sich nur schwer erklären; eine Begründung hierfür lieferte der Gerichtshof nicht. Allenfalls können die Schlussanträge den Richtungswechsel erklären. Im Rahmen der Schlussanträge zu *Chavez-Vilchez* stützte sich Generalanwalt *Szpunar* in seiner Begründung der Einschlägigkeit von Art. 7 GRC und Art. 24 Abs. 2

607 EuGH, *Ymeraga*, C-87/12, EU:C:2013:291, Rn. 42.

608 Ebd., Rn. 43 (Hervorhebung nur hier).

609 EuGH, *Chavez-Vilchez*, C-133/15, EU:C:2017:354, 70.

GRC auf die Schlussanträge in der Rs. NA.⁶¹⁰ In diesen Schlussanträgen liess Generalanwalt *Wathelet* ein anderes Verständnis der Grundrechtsbindung der Mitgliedstaaten erkennen, wobei er sich auf die Auffassung von *Carlier*⁶¹¹ stützte: Seiner Meinung nach fällt ein Sachverhalt in den Anwendungsbereich des Unionsrechts, „[w]enn eine Vertragsbestimmung es einem Mitgliedstaat unter bestimmten Bedingungen nicht verwehrt, einem Drittstaatsangehörigen ein Recht auf Aufenthalt zu verweigern“; denn sonst müsste sich der EuGH für die Beantwortung der Fragen des vorlegenden Gerichts für unzuständig erklären.⁶¹² Somit würden Fragen im Hinblick auf den Anwendungsbereich des Art. 20 AEUV in den Anwendungsbereich des Unionsrechts fallen.⁶¹³ Damit hält der Generalanwalt die Unionsgrundrechte nicht erst dann für anwendbar, wenn ein Eingriff in den Kernbestandsschutz bejaht wurde, sondern erklärt sie schon auf der Ebene der Anwendbarkeit des Art. 20 AEUV für relevant.

In diese Richtung ging nun auch der Gerichtshof mit seiner Entscheidung in der Rs. *Chavez-Vilchez*. Im Hinblick auf die Bindung der Mitgliedstaaten an die Unionsgrundrechte ist diese Entscheidung kein unwesentlicher Schritt. Nachdem der EuGH in diesem Fall die Abhängigkeit minderjähriger Unionsbürger anhand der Unionsgrundrechte beurteilte, bleibt nun aber abzuwarten, ob er den Weg zu Ende geht und das Abhängigkeitskriterium ganzheitlich im Lichte der Unionsgrundrechte auslegt. Die Möglichkeit hierfür hätte der Gerichtshof in der Rs. *K.A.* erhalten. Denn das vorlegende Gericht fragte explizit, ob bei der Beurteilung eines hinreichenden Abhängigkeitsverhältnisses „sachdienlich auf die Rechtsprechung zum Vorliegen eines Familienlebens nach Art. 8 [EMRK] und Art. 7 der Charta verwiesen werden“⁶¹⁴ kann. Generalanwältin *Sharpston* erklärte in dieser Rechtssache zwar, dass die Prüfung des Abhängigkeitsverhältnisses „unter gebührender Beachtung der Art. 7 und 24 der Charta durchgeführt werden“ müsse, konkretisierte jedoch nicht, auf welche Art und Weise die Berücksichtigung der Grundrechte zu erfolgen hat.⁶¹⁵ Der Gerichtshof bekräftigte in seiner Entscheidung das Urteil in der Rs. *Chavez-Vilchez*, äusser-

610 GA Szpunar, *Chavez-Vilchez*, C-133/15, EU:C:2016:659, Rn. 100 mit Fn. 79.

611 *Carlier*, JDE 2014, 167 (174) (vgl. auch dessen Kritik an der Nichtanwendbarkeit der Unionsgrundrechte in diesen Fällen, *Carlier*, JDE 2013, 103 (110)); in diese Richtung nun auch *Klaassen/Rodrigues*, EJML 2017, 191 (210 f.).

612 GA *Wathelet*, NA, C-115/15, EU:C:2016:259, Rn. 122.

613 Ebd., Rn. 123; dem folgend *Torres Pérez*, Right to family life, 148 (162 f.).

614 EuGH, *K.A.*, C-82/16, EU:C:2018:308, Rn. 32.

615 GA *Sharpston*, *K.A.*, C-82/16, EU:C:2017:821, Rn. 76.

3. Teil: Kernbestandsschutz nach der Zambrano-Judikatur

te sich jedoch nicht in grundsätzlicher Weise über die Bedeutung der Unionsgrundrechte für die Auslegung des Abhängigkeitskriteriums.⁶¹⁶

3. Abhängigkeit in der Rechtsprechung des EuGH

Die vom Gerichtshof in seiner Rechtsprechung entwickelten Beurteilungsmaßstäbe der für den Kernbestandsschutz erforderlichen Abhängigkeit folgen weitestgehend dem Effet-utilis-Prinzip. Der Wunsch auf Aufrechterhaltung der Familiengemeinschaft genügt für die Schutzberechtigung der Drittstaatsangehörigen nicht.⁶¹⁷ Vielmehr verlangt der Gerichtshof, dass die Drittstaatsangehörigen die „rechtliche, finanzielle oder affektive Sorge“ für die minderjährigen Unionsbürger ausüben;⁶¹⁸ verallgemeinernd gilt dasselbe wohl auch für volljährige Unionsbürger (a). Zudem muss bei der Prüfung der Abhängigkeit berücksichtigt werden, ob der Unionsbürger von einer anderen als der von der Aufenthaltsverweigerung betroffenen Person umsorgt werden könnte (b). Im Rahmen dieser Beurteilung misst der Gerichtshof dem grundrechtlichen Schutz des Kindeswohls eine Bedeutung bei.

a) Abhängigkeit des Unionsbürgers vom Drittstaatsangehörigen

Der EuGH hat bislang nicht erläutert, was er unter der rechtlichen, der finanziellen oder der affektiven Sorge versteht (aa, bb, cc), ebenso wenig in welchem Verhältnis diese Abhängigkeitskriterien zueinanderstehen (dd). Klar gestellt hat er lediglich, dass es auf ein Zusammenleben in einem gemeinsamen Haushalt genauso wenig ankommt wie auf eine biologische Verwandtschaft.⁶¹⁹ Die Formulierung „rechtliche, finanzielle oder affektive

⁶¹⁶ EuGH, *K.A.*, C-82/16, EU:C:2018:308, Rn. 71.

⁶¹⁷ Grundlegend EuGH, *Dereci*, C-256/11, EU:C:2011:734, Rn. 68; bestätigt in EuGH, *O. und S.*, C-356/11 und C-357/11, EU:C:2012:776, Rn. 52, und in EuGH, *Ymeraga*, C-87/12, EU:C:2013:291, Rn. 38.

⁶¹⁸ EuGH, *O. und S.*, C-356/11 und C-357/11, EU:C:2012:776, Rn. 56; EuGH, *Chavez-Vilchez*, C-133/15, EU:C:2017:354, Rn. 68; so auch GA *Szpunar*, *Chavez-Vilchez*, C-133/15, EU:C:2016:659, Rn. 98; vgl. die Formulierung von GA *Mengozzi*, *Dereci*, C-256/11, EU:C:2011:626, Rn. 48: „in wirtschaftlicher und/oder rechtlicher, administrativer und emotionaler Hinsicht“.

⁶¹⁹ EuGH, *O. und S.*, C-356/11 und C-357/11, EU:C:2012:776, Rn. 54f.; EuGH, *K.A.*, C-82/16, EU:C:2018:308, Rn. 73; siehe auch GA *Sharpston*, *K.A.*, C-82/16,

Sorge“ deutet auf ein umfassendes Verständnis der Abhängigkeit hin und ist nicht mit der „tatsächlichen elterlichen Sorge“ gleichzusetzen.⁶²⁰ Denn der Kernbestandsschutz kann nicht auf das Abhängigkeitsverhältnis zwischen minderjährigen Unionsbürgern und ihrem drittstaatsangehörigen Elternteil beschränkt werden. Auch volljährige Unionsbürger müssen von Art. 20 AEUV geschützt sein, sofern sie von einer drittstaatsangehörigen Person „rechtlich, finanziell oder affektiv“ abhängig sind.

aa) Rechtliche Abhängigkeit

Eine rechtliche Abhängigkeit scheint jedenfalls dann vorzuliegen, wenn der Drittstaatsangehörige die gesetzliche Vertretung des Unionsbürgers innehat.⁶²¹ Bei Minderjährigen kommt die gesetzliche Vertretung in der Regel den Eltern bzw. einem Elternteil zu; sofern keine elterliche Sorge besteht, wird ein Vormund bestellt. Volljährige Unionsbürger sind von einer gesetzlichen Vertretung abhängig, wenn sie nicht mehr fähig sind, für sich zu sorgen.

Fraglich bleibt, ob ein auf dem Gesetz beruhendes Sorgerecht vorliegen muss oder ob eine tatsächliche Betreuung genügt. Der Wortlaut des Gerichtshofs lässt Ersteres vermuten. Dennoch sind Situationen vorstellbar, in denen ein Drittstaatsangehöriger die tatsächliche Sorge für einen pflegebedürftigen Unionsbürger übernimmt, ohne hierfür rechtlich verpflichtet zu sein. Ob der Drittstaatsangehörige auch in diesen Fällen geschützt wird, hat der Gerichtshof erst zu klären. Mit der Ausrichtung auf die tatsächliche Sorge und Pflege würde zumindest eine unterschiedliche Anwendung des Unionsrechts verhindert; denn das Sorgerecht wird durch nationales Recht geregelt.⁶²² Überdies müsste bei einer Ausweisung von pflegenden Drittstaatsangehörigen der Staat für die Pflege einspringen, was aufgrund der bereits bestehenden Überlastung des Pflegesystems vieler Mitgliedstaaten nicht in deren Interessen liegen kann. Es sind keine Gründe ersichtlich, wieso nur die rechtliche und nicht auch die tatsächliche Pflege einer drittstaatsangehörigen Person für deren Schutzberechtigung relevant sein soll.

EU:C:2017:821, Rn. 80, nach welcher es keine Rolle spielt, dass der Unionsbürger und sein Lebenspartner keine Blutsverwandten sind.

620 So jedoch GA Szpunar, *Chavez-Vilchez*, C-133/15, EU:C:2016:659, Rn. 98 mit Fn. 76.

621 So auch *Almhöfer*, NVwZ 2013, 1134 (1135 f.).

622 Vgl. dieselbe Argumentation in Bezug auf den Unterhaltsanspruch in EuGH, *Lebon*, C-316/85, EU:C:1987:302, Rn. 21.

3. Teil: Kernbestandsschutz nach der Zambrano-Judikatur

In beiden Fällen wären die Unionsbürger bei einer Aufenthaltsrechtsverweigerung für die umsorgende Person zur Ausreise aus dem Unionsgebiet gezwungen, um weiterhin vertreten und gepflegt zu werden.

bb) Finanzielle Abhängigkeit

Das Kriterium der finanziellen Abhängigkeit muss als erfüllt angesehen werden, wenn der Unionsbürger auf die finanzielle Unterstützung des Drittstaatsangehörigen angewiesen ist.⁶²³ Der Begriff der finanziellen Unterstützung darf der praktischen Wirksamkeit des Kernbestandsschutzes wegen nicht eng ausgelegt werden. So dürfen nicht nur tatsächliche Geldzahlungen eines Drittstaatsangehörigen an den Unionsbürger das Kriterium der finanziellen Abhängigkeit erfüllen können. Vielmehr ist eine finanzielle Unterstützung auch dann zu bejahen, wenn der Unterhalt in natura erfolgt, etwa in der Bereitstellung von Unterkunft, Nahrungsmitteln oder Kleidung⁶²⁴ – wie es regelmässig bei Kindern und ihren Eltern der Fall ist.

Der Drittstaatsangehörige muss dem Unionsbürger wohl in einem solchen Mass Unterhalt gewähren, dass Letzterer für die Bestreitung seines Lebensunterhalts auf diese Unterstützung angewiesen ist.⁶²⁵ Für den Kernbestandsschutz dürften in der Regel weder gelegentliche Leistungen ausreichen noch der Umstand, dass mit der finanziellen Unterstützung des Drittstaatsangehörigen der Lebensstandard der Unionsbürger verbessert wird. Denn wirtschaftliche Gründe genügen nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs nicht für die Schutzberechtigung des Drittstaatsangehörigen.⁶²⁶ Der Unionsbürger ist insbesondere dann zur Ausreise aus dem Unionsgebiet gezwungen, wenn er „völlig von diesem abhängig ist“⁶²⁷.

623 Der Nachweis hierfür dürfte mit „jedem geeigneten Mittel“ erbracht werden können, vgl. EuGH, *Jia*, C-1/05, EU:C:2007:1, Rn. 41.

624 So zu Art. 2 Abs. 2 Ziff. 2 RL 2004/38/EG *Cambien*, Citizenship of the Union, 313 mit Fn. 92; *Oberhäuser*, in: Hofmann, § 3 Freizügigkeitsgesetz/EU Rn. 12.

625 So auch die Auslegung des Kriteriums „Unterhalt gewähren“ i.S.d. Art. 2 Abs. 2 Ziff. 2 RL 2004/38/EG, siehe EuGH, *Jia*, C-1/05, EU:C:2007:1, Rn. 37; Mitteilung der Kommission, Hilfestellung bei der Umsetzung und Anwendung der RL 2004/38/EG, KOM(2009) 313 endg., 5 f.

626 EuGH, *Dereci*, C-256/11, EU:C:2011:734, Rn. 68; EuGH, *O. und S.*, C-356/11 und C-357/11, EU:C:2012:776, Rn. 52; EuGH, *Ymeraga*, C-87/12, EU:C:2013:291, Rn. 38.

627 GA *Bot, O. und S.*, C-356/11 und C-357/11, EU:C:2012:595, Rn. 44.

Der Gerichtshof hat bereits zum Freizügigkeitsrecht entschieden, dass ein Unterhaltsanspruch nicht vorausgesetzt ist, um als ein Familienangehöriger zu gelten, dem Unterhalt gewährt wird.⁶²⁸ Der Grund liegt im Postulat der einheitlichen Anwendung des Unionsrechts. Desgleichen kann für die finanzielle Abhängigkeit im Rahmen des Kernbestandsschutzes nicht entscheidend sein, ob die Unionsbürger einen Anspruch auf den Unterhalt haben. Allein die tatsächliche Leistung eines Unterhalts ist ausschlaggebend. Darüber hinaus muss eine potenzielle Unterhaltsgewährung als ausreichend gelten, wenn die Nichtausübung einer Erwerbstätigkeit auf die aufgrund des nicht gewährten Aufenthaltsrechts fehlende Arbeitserlaubnis zurückzuführen ist und gute Chancen auf eine Erwerbstätigkeit und damit auf finanzielle Leistungen bestehen.⁶²⁹

Ist der Grund für die finanzielle Abhängigkeit entscheidend für die Anwendbarkeit des Kernbestandsschutzes? Im Rahmen des Freizügigkeitsrechts hat der Gerichtshof klargestellt, dass der Grund für die finanzielle Unterstützung nicht von Bedeutung ist, sodass auch nicht zu prüfen ist, ob die Person ihren Lebensunterhalt durch die Ausübung einer Erwerbstätigkeit auf eigene Faust bestreiten könnte.⁶³⁰ Dies ergebe sich aus dem Erfordernis der weiten Auslegung der Freizügigkeitsbestimmung. Dahingegen betont der Gerichtshof regelmässig den „ganz besonderen Charakter“ des Kernbestandsschutzes und hält diesen nur auf „ganz besondere Sachverhalte“ für anwendbar.⁶³¹ Daher ist fraglich, ob auch im Rahmen des Kernbestandsschutzes der Grund für die finanzielle Abhängigkeit irrelevant ist. Hält der Gerichtshof am Ultima-ratio-Charakter des Kernbestandsschutzes fest, könnten die Unionsbürger verpflichtet sein, zunächst zu versuchen, einer Erwerbstätigkeit nachzugehen. Nur wenn der Unionsbürger nachweisen kann, dass er trotz Bemühung keine Arbeit findet, würde der Kernbestandsschutz greifen. Allerdings ist ein solcher Nachweis nur schwer zu

628 EuGH, *Lebon*, C-316/85, EU:C:1987:302, Rn. 21; EuGH, *Jia*, C-1/05, EU:C:2007:1, Rn. 36; EuGH, *Depesme und Kerrou*, C-401/15 bis C-403/15, EU:C:2016:955, Rn. 58.

629 Vgl. EuGH, *Ruiz Zambrano*, C-34/09, EU:C:2011:124, Rn. 44.

630 Siehe etwa EuGH, *Lebon*, C-316/85, EU:C:1987:302, Rn. 22 (siehe zur Gegenmeinung GA *Lenz, Lebon*, C-316/85, EU:C:1987:4, Rn. 39 – 43); EuGH, *Jia*, C-1/05, EU:C:2007:1, Rn. 36; EuGH, *Reyes*, C-423/12, EU:C:2014:16, Rn. 23 – 28; siehe hierzu etwa *Greaves*, ELR 1988, 270 – 275; kritisch *Cambien*, *Citizenship of the Union*, 315 f.

631 So etwa EuGH, *Dereci*, C-256/11, EU:C:2011:734, Rn. 67; EuGH, *O. und S.*, C-356/11 und C-357/11, EU:C:2012:776, Rn. 48; EuGH, *Alokpa*, C-86/12, EU:C:2013:645, Rn. 32; EuGH, *CS*, C-304/14, EU:C:2016:674, Rn. 29.

erbringen und würde die praktische Wirksamkeit des Kernbestandsschutzes beeinträchtigen.⁶³² In den meisten Fällen dürfte die finanzielle Bedürftigkeit ohnehin auf vom Willen des Unionsbürgers unabhängige Umstände zurückzuführen sein, etwa auf dessen Alter oder physische bzw. psychische Gesundheit.

cc) Affektive Abhängigkeit

Das dritte Abhängigkeitskriterium ist die affektive Sorge (vgl. im Englischen „emotionally dependent“).⁶³³ Die Bedeutung dieser Abhängigkeitsform bleibt in der Rechtsprechung des Gerichtshofs vage. Insbesondere ist unklar, welcher Unterschied zum blosen Wunsch auf Familienleben besteht, der nach der EuGH-Judikatur für den Kernbestandsschutz nicht genügt.⁶³⁴ Auch aus der Judikatur zum Freizügigkeitsrecht lässt sich die Bedeutung nicht herleiten, da in dessen Rahmen die emotionale Abhängigkeit für den Familiennachzug nicht ausreicht.⁶³⁵

Der britische Court of Appeal⁶³⁶ verfolgt betreffend Art. 20 AEUV folgenden Ansatz: Für die Anwendbarkeit des Kernbestandsschutzes reiche für sich genommen der Umstand nicht aus, dass in Fällen von Trennungen starke emotionale und seelische Bindungen innerhalb der Familie mit grosser Wahrscheinlichkeit zu Bruch gehen und damit die Lebensfreude der verbliebenen Familienmitglieder abnimmt. Denn es werde nicht eine bestimmte Lebensqualität oder ein bestimmter Lebensstandard garantiert. Nur wenn sich die Lebensqualität in einer Weise mindert, dass die Unionsbürger effektiv zur Ausreise aus dem Unionsegebiet gezwungen sind, sei die Ruiz Zambrano-Rechtsprechung anwendbar. Wie jedoch kann in der Praxis

632 Vgl. EuGH, *Reyes*, C-423/12, EU:C:2014:16, Rn. 25 f.

633 EuGH, *O. und S.*, C-356/11 und C-357/11, EU:C:2012:776, Rn. 56; EuGH, *Chavez-Vilchez*, C-133/15, EU:C:2017:354, Rn. 68.

634 Grundlegend EuGH, *Dereci*, C-256/11, EU:C:2011:734, Rn. 68.

635 EuGH, *Zhu und Chen*, C-200/02, EU:C:2004:639, Rn. 42 – 44; siehe insbes. auch GA *Tizzano, Zhu und Chen*, C-200/02, EU:C:2004:307, Rn. 84 – 86; vgl. aber auch EuGH, *Alarape und Tijani*, C-529/11, EU:C:2013:290, Rn. 30, wonach für die Beurteilung der Abhängigkeit im Rahmen des Art. 10 VO Nr. 492/2011 die „emotionale elterliche Unterstützung“ zu berücksichtigen ist, siehe hierzu GA *Bot, Alarape und Tijani*, C-529/11, EU:C:2013:9, Rn. 40.

636 Court of Appeal, *Harrison v. Secretary of State for the Home Department*, [2012] EWCA Civ 1736, Rn. 66 f.; siehe hierzu *Horsley/Reynolds*, United Kingdom, 839 (869).

eine solche Unterscheidung einheitlich und nachvollziehbar getroffen werden?⁶³⁷

Von einer graduellen Abstufung der emotionalen Abhängigkeit ist abzuraten. Die Anwendbarkeit des Kernbestandsschutzes kann nicht davon abhängig sein, ob der betroffene Unionsbürger psychisch stabil genug ist, um eine Trennung von einem nahestehenden Drittstaatsangehörigen zu verkraften. Eine solche Vorgehensweise würde subjektive Entscheidungen erfordern,⁶³⁸ welche jede Rechtssicherheit verhindern⁶³⁹ sowie an der Beweisbarkeit scheitern. Stattdessen könnte eine affektive Abhängigkeit in der Regel immer dann als gegeben betrachtet werden, wenn ein Familienleben im Sinne des Art. 7 GRC vorliegt.⁶⁴⁰ Mit diesem Verständnis der affektiven Abhängigkeit kann die Rechtsunsicherheit verminder werden, da auf eine reiche Grundrechtsjudikatur zurückgegriffen werden kann, insbesondere die Spruchpraxis des EGMR.⁶⁴¹ Die Beurteilung, ob eine emotionale Abhängigkeit vorliegt, wäre nicht völlig frei, sondern erhielte einen normativen Rahmen. Eine ausreichende Abhängigkeit und folglich ein faktischer Ausreisezwang des Unionsbürgers könnte in diesem Sinn angenommen werden, wenn er nicht ohne Beeinträchtigung seines Familienlebens nach Art. 7 GRC im Unionsgebiet verbleiben kann. Allerdings schlägt hier wiederum die Problematik der Grundrechtsbindung der Mitgliedstaaten durch. Denn würde diese Abhängigkeitsform im Lichte des Art. 7 GRC ausgelegt, würden die Unionsgrundrechte den Anwendungsbereich des Kernbestandsschutzes nach Art. 20 AEUV bestimmen, was die Frage nach der Durchführung des Unionsrechts im Sinne des Art. 51 Abs. 1 Satz 1 GRC aufwirft.

637 Diese Frage auch aufwerfend *Nic Shuibhne/Shaw*, General report, 65 (147).

638 *Nic Shuibhne/Shaw*, General report, 65 (147).

639 Kritisch selbst der Court of Appeal, *Harrison v. Secretary of State for the Home Department*, [2012] EWCA Civ 1736, Rn. 68.

640 Vgl. GA *Bot, Alarape und Tijani*, C-529/11, EU:C:2013:9, Rn. 40 mit Fn. 18, der die emotionale Abhängigkeit im Rahmen des Art. 12 VO Nr. 1612/68 desgleichen unter Rückgriff auf Art. 8 EMRK auslegte.

641 Art. 7 GRC hat die gleiche Bedeutung und Tragweite wie Art. 8 EMRK (Art. 52 Abs. 3 GRC), siehe Erläuterungen zu Art. 7 und Art. 52 GRC; EuGH, *MCB*, C-400/10 PPU, EU:C:2010:582, Rn. 53; EuGH, *Dereci*, C-256/11, EU:C:2011: 734, Rn. 70.

dd) Verhältnis der Abhängigkeitskriterien

Nicht nur die Frage nach der Definition der Abhängigkeitskriterien, sondern auch die nach deren Verhältnis zueinander liess der Gerichtshof bislang ungeklärt: Müssen die verschiedenen Formen der Abhängigkeit kumulativ vorliegen oder genügt eine davon? Der Gerichtshof verlangt eine „rechtliche, finanzielle *oder* affektive Sorge“⁶⁴². Die Wortwahl deutet darauf hin, dass für die mittelbare Schutzberechtigung der Drittstaatsangehörigen nur eine der drei Abhängigkeitsformen vorliegen muss; d. h. die Unionsbürger müssen entweder rechtlich oder finanziell oder affektiv von den Drittstaatsangehörigen abhängig sein. Eine nähere Untersuchung lässt jedoch einen differenzierteren Ansatz vermuten.

Zum gegenwärtigen Stand der Rechtsprechung des EuGH genügt der Wunsch nach einem Familienleben für die Bejahung einer nach Art. 20 AEUV erforderlichen Abhängigkeit nicht.⁶⁴³ Neben der affektiven Abhängigkeit muss daher zusätzlich eine andere Form der Abhängigkeit vorliegen.⁶⁴⁴ Andernfalls hätte der EuGH den Kernbestandsschutz auch für volljährige Unionsbürger bejaht, die von ihrem drittstaatsangehörigen Ehegatten bzw. eingetragenen Partner gewiss emotional abhängig sind.⁶⁴⁵ Als schutzberechtigt anerkannt hat der Gerichtshof bislang explizit die drittstaatsangehörigen Elternteile minderjähriger Unionsbürger; die Kinder sind von diesen nicht nur emotional abhängig, sondern jedenfalls auch rechtlich und/oder finanziell.⁶⁴⁶

642 EuGH, *O. und S.*, C-356/11 und C-357/11, EU:C:2012:776, Rn. 56; EuGH, *Chavez-Vilchez*, C-133/15, EU:C:2017:354, Rn. 68 (Hervorhebung nur hier).

643 Grundlegend EuGH, *Dereci*, C-256/11, EU:C:2011:734, Rn. 68; so auch im Rahmen des Freizügigkeitsrechts betr. Art. 2 Ziff. 2 RL 2004/38/EG siehe EuGH, *Zhu und Chen*, C-200/02, EU:C:2004:639, Rn. 42 – 44; siehe insbes. auch GA *Tizzano*, *Zhu und Chen*, C-200/02, EU:C:2004:307, Rn. 84 – 86.

644 Vgl. auch GA *Bot*, *O. und S.*, C-356/11 und C-357/11, EU:C:2012:595, Rn. 45, nach dem Drittstaatsangehörige nicht schutzberechtigt sind, wenn sie „weder eine elterliche noch eine finanzielle Verantwortung“ gegenüber dem Unionsbürger haben; siehe dahingegen das BVerwG, welches eine affektive Abhängigkeit für den Kernbestandsschutz als genügend erscheinen lässt, Urt. v. 30.07.2013, 1 C 15.12, Rn. 35 f. und Urt. v. 30.07.2013, 1 C 9.12, Rn. 37.

645 Vgl. EuGH, *McCarthy*, C-434/09, EU:C:2011:277, Rn. 49 f.; EuGH, *Dereci*, C-256/11, EU:C:2011:734, Rn. 74; EuGH, *Iida*, C-40/11, EU:C:2012:691, Rn. 76; EuGH, *K.A.*, C-82/16, EU:C:2018:308, Rn. 69.

646 EuGH, *Ruiz Zambrano*, C-34/09, EU:C:2011:124, Rn. 43 f.; EuGH, *CS*, C-304/14, EU:C:2016:674, Rn. 32 f.; aufgrund fehlender anderer Anwendungsvoraussetzungen die Schutzberechtigung verneinend bzw. deren Letztprüfung dem vorliegenden Gericht überlassend EuGH, *Iida*, C-40/11, EU:C:2012:691, Rn. 75 f.;

Desgleichen kann das alleinige Vorliegen einer rechtlichen oder finanziellen Abhängigkeit die Schutzberechtigung der Drittstaatsangehörigen nicht auslösen.⁶⁴⁷ Die Unionsbürger sind entweder von einem Familienangehörigen rechtlich abhängig (Eltern oder Familienangehörige als Vormund bzw. Beistand) oder von einer dritten Person als gesetzliche Vertreterin. Bei Ersteren wird somit in der Regel zugleich eine emotionale Abhängigkeit vorliegen; bei Letzteren wird der Kernbestandsschutz nicht notwendig sein, da sie als Bestellte der Verwaltung in der Regel über ein Aufenthaltsrecht verfügen. Ebenso muss neben der finanziellen Abhängigkeit zusätzlich eine emotionale Bindung bestehen. Andernfalls würden – auch den Unionsbürger fremde – Drittstaatsangehörige allein durch die tatsächliche Leistung von Unterhalt an Unionsbürger in den Genuss eines Aufenthaltsrechts kommen.

Es ist daher naheliegend, dass die Unionsbürger nicht nur rechtlich oder finanziell von den Drittstaatsangehörigen abhängig sein müssen; es dürfte zusätzlich eine emotionale Bindung gefordert sein. Denn nur eine Person, von welcher die Unionsbürger auch emotional abhängig sind, kann nicht durch einen Dritten ersetzt werden, sodass in der Regel nur die Ausweitung einer solchen zu einem faktischen Ausreisezwang für den Unionsbürger führt. Zusammengefasst dürften Drittstaatsangehörige im Spiegel der EuGH-Rechtsprechung nach Art. 20 AEUV schutzberechtigt sein, wenn die Unionsbürger a) rechtlich oder finanziell und b) affektiv von ihnen abhängig sind. Die mittelbare Schutzberechtigung der Drittstaatsangehörigen ist demnach zum einen aus praktischen Gründen, zum anderen aufgrund der emotionalen Beziehung erforderlich.⁶⁴⁸

Nicht zuletzt könnte der Gerichtshof auch eine Auslegung im Sinne eines „beweglichen Systems“⁶⁴⁹ zulassen: Eine schwach ausgeprägte Form der Abhängigkeit könnte demnach durch eine andere stärker ausgeprägte aufgewogen werden.⁶⁵⁰ So dürfte entsprechend einer solchen Interpretation eine Abhängigkeit im Sinne des Art. 20 AEUV angenommen werden, wenn der Drittstaatsangehörige zwar nur in einem geringen Umfang finanziellen Unterhalt leistet, aber ein besonderes enges Familienverhältnis

EuGH, *Alokpa*, C-86/12, EU:C:2013:645, Rn. 35; EuGH, NA, C-115/15, EU:C:2016:487, Rn. 74; EuGH, *Rendón Martín*, C-165/14, EU:C:2016:675, Rn. 78 f.; EuGH, *Chavez-Vilchez*, C-133/15, EU:C:2017:354, Rn. 68 – 71.

647 In diese Richtung auch *Davies*, Right to Stay at Home, 468 (477).

648 Vgl. ebd., 468 (477).

649 *Wilburg*, Bewegliches System, 1 – 26; siehe hierzu insbes. *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre, 529 – 543.

650 *Almhofer*, NVwZ 2013, 1134 (1136).

3. Teil: Kernbestandsschutz nach der Zambrano-Judikatur

zum Unionsbürger besteht. Ein solches Verständnis des Verhältnisses der Abhängigkeitsformen hätte den Vorteil, den in der Realität unterschiedlichen Familien- und Bindungsformen Rechnung zu tragen. Dahingegen wäre die Beurteilung der Schutzberechtigung eines Drittstaatsangehörigen noch schwieriger; eine uneinheitliche Anwendung des Art. 20 AEUV scheint vorprogrammiert. Jedenfalls dürfte es aber dabei bleiben, dass neben der rechtlichen oder finanziellen Sorge auch eine emotionale Bindung erforderlich ist.

b) Berücksichtigung einer alternativen Sorgemöglichkeit

Im Rahmen der Abhängigkeitsprüfung ist nicht nur zu beurteilen, ob der Unionsbürger rechtlich oder finanziell und affektiv vom Drittstaatsangehörigen abhängig ist. Die nationalen Behörden müssen zusätzlich berücksichtigen, ob eine tatsächliche Sorgemöglichkeit durch eine andere als die von der Aufenthaltsverweigerung betroffene drittstaatsangehörige Person besteht (aa). Allerdings kann der Drittstaatsangehörige trotz einer alternativen Sorgemöglichkeit schutzberechtigt sein, wenn dies dem Schutz des Kindeswohls entspricht (bb).

aa) Tatsächliche Sorgemöglichkeit

In der Rs. *Chavez-Vilchez* aus dem Jahr 2017 erklärte der Gerichtshof, dass für die Beurteilung des Abhängigkeitsverhältnisses zwischen dem minderjährigen Unionsbürger und seinem drittstaatsangehörigen Elternteil von Bedeutung ist, ob „der andere Elternteil, der Unionsbürger ist, wirklich in der Lage und bereit ist“ für das Kind täglich und tatsächlich alleine zu sorgen.⁶⁵¹ Demnach ist bei der Beurteilung über die Schutzberechtigung des Drittstaatsangehörigen der Umstand zu berücksichtigen, ob eine andere Person für den Unionsbürger sorgen könnte. Während sich bei minderjährigen Unionsbürgern die alternative Sorgemöglichkeit regelmässig durch den anderen Elternteil ergibt, kommen bei volljährigen Unionsbürgern auch andere Personen in Betracht. Infrage dürften allerdings nur dem Unionsbürger nahestehende Personen kommen; andernfalls müsste wohl stets eine alternative Sorgemöglichkeit bejaht werden.

⁶⁵¹ EuGH, *Chavez-Vilchez*, C-133/15, EU:C:2017:354, Rn. 71.

Im Fall von minderjährigen Unionsbürgern müssen die nationalen Behörden nach der *Chavez-Vilchez*-Judikatur prüfen, ob der andere Elternteil, der Unionsbürger ist, die Sorge für das Kind wahrnehmen kann. Dasselbe muss gelten, wenn der andere Elternteil die Staatsangehörigkeit eines Drittstaates besitzt. In diesem Sinne verlangte der Gerichtshof bereits in der Rs. O. und S. im Rahmen der Beurteilung der Abhängigkeit minderjähriger Unionsbürger von deren Stiefvater, das Daueraufenthaltsrecht der drittstaatsangehörigen Mutter zu berücksichtigen.⁶⁵² Eine alternative Sorgemöglichkeit durch einen Elternteil mit Drittstaatsangehörigkeit kann so hin klarerweise nur dann angenommen werden, wenn sich dieser im betreffenden Mitgliedstaat aufhalten darf.

Nach der Rechtsprechung des EuGH muss der andere Elternteil „wirklich in der Lage und bereit sein“, die Sorge für den Unionsbürger zu übernehmen.⁶⁵³ Somit stellt der Gerichtshof zwei Voraussetzungen auf, um von einer tatsächlichen Sorgemöglichkeit ausgehen zu können. Erstens muss die infrage kommende Person, in der Regel der andere Elternteil, in der Lage sein, die Sorge wahrzunehmen. Selbstredend ist die Person unfähig, die Sorge zu übernehmen, wenn sie verstorben oder unauffindbar⁶⁵⁴ ist. Auch wenn sie längerfristig inhaftiert ist oder sich in einer Einrichtung⁶⁵⁵ bzw. in einem Krankenhaus befindet, ist die Person nicht in der Lage, die tägliche Sorge für den Unionsbürger zu übernehmen.⁶⁵⁶ Bei minderjährigen Unionsbürgern muss die Person das Sorgerecht erhalten können; die Sorgemöglichkeit ist nicht gegeben, wenn dem anderen Elternteil das Sorgerecht gerichtlich verwehrt wurde.⁶⁵⁷ Der infrage kommenden Person muss es daher rechtlich und faktisch möglich sein, die Sorge für den Unionsbürger täglich und tatsächlich wahrzunehmen.

Nach der zweiten Voraussetzung muss die Person „bereit sein“, die Sorge für den Unionsbürger zu übernehmen. Die Person muss nach der EuGH-Judikatur die Sorge nicht nur wahrnehmen können, sondern auch wahrnehmen wollen. Dahingegen schienen manche niederländischen Behörden davon ausgegangen zu sein, dass nur entscheidend ist, ob der andere Elternteil grundsätzlich in der Lage ist, die Sorge zu übernehmen.⁶⁵⁸ Der

652 EuGH, O. und S., C-356/11 und C-357/11, EU:C:2012:776, Rn. 56.

653 EuGH, *Chavez-Vilchez*, C-133/15, EU:C:2017:354, Rn. 71.

654 So im Fall von Frau *García Pérez* in ebd., Rn. 24.

655 So im Fall von Frau *Nikolic* in ebd., Rn. 23.

656 Diese Beispiele wurden von der niederländischen Regierung vorgebracht in ebd., Rn. 67.

657 So das Vorbringen der niederländischen Regierung in ebd., Rn. 67.

658 EuGH, *Chavez-Vilchez*, C-133/15, EU:C:2017:354, Rn. 36.

Gerichtshof geht einen Schritt weiter und verneint selbst dann eine alternative Sorgemöglichkeit, wenn die infrage kommende Person die Sorge nicht übernehmen möchte. Letztlich ist damit dem Schutz des Kindeswohls gedient. In diesem Sinne bestand in der Rs. *Chavez-Vilchez* in den Fällen von Frau *Uwituze* und Frau *Guerrero Chavez* keine tatsächliche Sorgemöglichkeit durch den anderen Elternteil, da dieser jeweils erklärt hatte, die tatsächliche Sorge nicht übernehmen zu wollen.⁶⁵⁹

Eine tatsächliche alternative Sorgemöglichkeit liegt sonach vor, wenn die infrage kommende Person – gewöhnlich der andere Elternteil – die tägliche und tatsächliche Sorge für den Unionsbürger objektiv wahrnehmen kann und auch wahrnehmen möchte. Nach der Beweislastregel des Gerichtshofs muss der von der Aufenthaltsverweigerung betroffene Elternteil Informationen vorbringen, um seine Schutzberechtigung beurteilen zu können. Darüber hinaus haben jedoch auch die nationalen Behörden die erforderlichen Ermittlungen durchzuführen, um entscheiden zu können, ob der andere Elternteil „wirklich in der Lage und bereit ist“, die Sorge für den Unionsbürger zu übernehmen.⁶⁶⁰

bb) Schutz des Kindeswohls

Bereits in der Rs. *O. und S.* verwies der Gerichtshof neben den verschiedenen Abhängigkeitskriterien auf das Daueraufenthaltsrecht der Mutter der minderjährigen Unionsbürger.⁶⁶¹ Hieraus konnte der Schluss gezogen werden, dass die Unionsbürger nicht nur rechtlich oder finanziell und affektiv von der drittstaatsangehörigen Person abhängig sein müssen, sondern auch nicht durch eine andere Person betreut werden können dürfen. Entsprechend konnte vermutet werden, dass die drittstaatsangehörige Person nur dann schutzberechtigt ist, wenn eine alternative Sorgemöglichkeit für die Unionsbürger gänzlich fehlt.⁶⁶² Dieses Verständnis legten auch nationale Behörden einiger Mitgliedstaaten an den Tag, wie etwa der Bericht des dä-

659 EuGH, *Chavez-Vilchez*, C-133/15, EU:C:2017:354, Rn. 25, 28.

660 Ebd., Rn. 77.

661 EuGH, *O. und S.*, C-356/11 und C-357/11, EU:C:2012:776, Rn. 56; vgl. auch GA *Bot, O. und S.*, C-356/11 und C-357/11, EU:C:2012:595, Rn. 40.

662 So die Vermutung der Verfasserin in ihrem früheren Beitrag *Neier*, Rechtsstellung der Drittstaatsangehörigen, 99 (113 – 115); im Ergebnis so etwa auch *Torres Pérez*, Right to family life, 148 (159).

nischen Justizministeriums⁶⁶³ sowie Entscheidungen britischer⁶⁶⁴ und österreichischer⁶⁶⁵ Gerichte zeigen.⁶⁶⁶ Nicht zuletzt veranlasste die restriktive Praxis niederländischer Behörden das vorlegende Gericht in der Rs. *Chavez-Vilchez* zu Vorlagefragen an den EuGH um entsprechende Klarstellung. Nach Auffassung dieser Behörden ist der Kernbestandsschutz nur dann anwendbar, wenn der Elternteil mit niederländischer Staatsangehörigkeit „objektiv nicht in der Lage“ ist, die Sorge für das Kind wahrzunehmen, weil er etwa verstorben oder inhaftiert ist oder sich in einer Unterbringung befindet.⁶⁶⁷

Mit der Entscheidung in *Chavez-Vilchez*⁶⁶⁸ ist dahingegen nun klar, dass das Vorliegen einer alternativen Sorgemöglichkeit die Schutzberechtigung des Drittstaatsangehörigen nicht automatisch ausschließt. Der Gerichtshof äusserte sich diesbezüglich unmissverständlich:

„Für [die] Beurteilung [der Abhängigkeit] bildet der Umstand, dass der andere Elternteil, der Unionsbürger ist, wirklich in der Lage und bereit ist, die tägliche und tatsächliche Sorge für das Kind allein wahrzunehmen, einen Gesichtspunkt von Bedeutung, der aber *allein nicht für die Feststellung genügt, dass zwischen dem Elternteil mit Drittstaatsangehörigkeit und dem Kind kein Abhängigkeitsverhältnis in der Weise besteht*, dass sich das Kind zum Verlassen des Unionsgebiets gezwungen sähe, wenn dem Drittstaatsangehörigen ein Aufenthaltsrecht verweigert würde. Denn einer solchen Feststellung muss die Berücksichtigung *sämtlicher Umstände des Einzelfalls im Interesse des Kindeswohls* zugrunde liegen“⁶⁶⁹.

663 Zum Bericht des dänischen Justizministeriums *Jacqueson, Denmark*, 453 (470 mit Fn. 66).

664 Court of Appeal, *Sanneh v. The Secretary of State for Work and Pensions & Anor*, [2013] EWHC 793, Rn. 19 ii; Court of Appeal, *Hines v. Lambeth LBC*, [2014] EWCA Civ 660, Rn. 16 – 25; Court of Appeal, *FZ (China) v. Secretary of State for the Home Department*, [2015] EWCA Civ 550, Rn. 15 – 19.

665 VwGH, Entsch. v. 24.04.2012, 2012/09/0003; VwGH, Entsch. v. 26.06.2012, 2012/22/0081.

666 Dahingegen scheint das BVerwG davon ausgegangen zu sein, dass das Daueraufenthaltsrecht der sorgeberechtigten Mutter eine entsprechende Abhängigkeit vom betroffenen Drittstaatsangehörigen nicht zwangsläufig ausschließt, siehe hierzu BVerwG, Urt. v. 30.07.2013, 1 C 15.12, Rn. 35 f., und BVerwG, Urt. v. 30.07.2013, 1 C 9.12, Rn. 37.

667 EuGH, *Chavez-Vilchez*, C-133/15, EU:C:2017:354, Rn. 36 f.

668 Nunmehr bestätigt in EuGH, K.A., C-82/16, EU:C:2018:308, Rn. 71 f.

669 EuGH, *Chavez-Vilchez*, C-133/15, EU:C:2017:354, Rn. 71 (Hervorhebung nur hier); nunmehr bestätigt in EuGH, K.A., C-82/16, EU:C:2018:308, Rn. 72.

Eine tatsächliche Sorgemöglichkeit durch eine andere Person – den anderen Elternteil – schliesst die Schutzberechtigung des Drittstaatsangehörigen folglich nur aus, wenn das Wohl des Kindes dem nicht entgegensteht. Erfordert der Schutz des Kindeswohls die Anwesenheit des Drittstaatsangehörigen, ist dieser trotz Vorliegen einer anderen Sorgemöglichkeit schutzberechtigt im Sinne des Art. 20 AEUV. Hier zeigt sich eine Abkehr vom Effet-utile-Prinzip: Denn die praktische Wirksamkeit der Unionsbürgerschaft bliebe gewahrt, würde der Unionsbürger durch eine andere Person umsorgt werden können, sodass er nicht zur Ausreise aus dem Unionsgebiet faktisch gezwungen wäre. Der Gerichtshof misst stattdessen dem Ziel der Union, die Rechte des Kindes zu schützen (Art. 3 Abs. 3 UAbs. 2 und Abs. 5 Satz 2 EUV), besonderes Gewicht bei und betrachtet den „Grundsatz des Vorrangs des Kindeswohls gleichsam als ein Prisma, durch das die Bestimmungen des Unionsrechts zu lesen sind“⁶⁷⁰.

Wie verhält sich diese Rechtsprechung zur Entscheidung des Gerichtshofs in der Rs. *Dereci*? Wie *Chavez-Vilchez* betraf *Dereci* minderjährige Unionsbürger mit einem Elternteil mit Drittstaatsangehörigkeit und einem Elternteil mit Unionsbürgerschaft. Die Situation der Familie *Dereci* unterschied sich allerdings dahingehend, dass die Familie zusammenlebte und die Kinder sowohl von ihrer Mutter, die Unionsbürgerin ist, als auch von ihrem drittstaatsangehörigen Vater umsorgt wurden. Ohne auf diese Situation konkret einzugehen, erklärte der Gerichtshof, dass der Wunsch nach Familienleben für den Schutz nach Art. 20 AEUV nicht genüge; die Entscheidung überliess er dem vorlegenden Gericht.⁶⁷¹ Dahingegen setzte sich Generalanwalt *Mengozzi* in seinen Schlussanträgen ausführlicher mit der Situation der Familie *Dereci* auseinander.⁶⁷² Dabei erkannte er den drittstaatsangehörigen Vater als nicht schutzberechtigt an, da die Mutter als Staatsangehörige aufenthaltsberechtigt sei und die Kinder weiter mit ihr in Österreich verbleiben könnten. Der Generalanwalt erkannte die Paradoxie, dass die *Ruiz-Zambrano*-Kinder als Kinder zweier Drittstaatsangehöriger vom Kernbestandsschutz profitieren, während die *Dereci*-Kinder als Kinder einer Unionsbürgerin aufgrund derer Unionsbürgerschaft nicht auf eine rasche Familienzusammenführung hoffen dürfen. Nach seiner Ansicht wäre der Fall jedoch anders zu entscheiden, wäre die Mutter arbeitsunfähig, sodass sie nicht für den Lebensunterhalt ihrer Kinder aufkommen könnte.

670 GA *Szpunar, Chavez-Vilchez*, C-133/15, EU:C:2016:659, Rn. 45.

671 EuGH, *Dereci*, C-256/11, EU:C:2011:734, Rn. 74.

672 GA *Mengozzi, Dereci*, C-256/11, EU:C:2011:626, Rn. 45 - 47.

In diesem Fall wären die Kinder zur faktischen Ausreise gezwungen, bekäme der drittstaatsangehörige Vater kein Aufenthaltsrecht zugesprochen.⁶⁷³

Im Hinblick auf die grundrechtliche Auslegung des Art. 20 AEUV in *Chavez-Vilchez* muss die Rechtslage der Familie *Dereci* neu bewertet werden. Denn nachdem die Familie zusammenlebte, scheinen die minderjährigen Unionsbürger von ihrem Vater zumindest affektiv und rechtlich abhängig gewesen zu sein; nach Angaben von Herrn *Dereci* seien die Kinder zudem darauf angewiesen, dass er für deren Unterhalt aufkommt.⁶⁷⁴ Dass auch die österreichische Mutter für die Kinder Sorge trägt, spielt bei der Frage nach einer alternativen Sorgemöglichkeit eine Rolle; sie kann die Schutzberechtigung des drittstaatsangehörigen Vaters jedoch nicht automatisch ausschliessen. Die Berücksichtigung des Kindeswohls muss nämlich auch für jene Fälle gelten, in denen die Eltern die Sorge für die minderjährigen Unionsbürger bislang geteilt haben.⁶⁷⁵ Der Vorrang des Kindeswohls als „einer der die Rechtsordnung der Union prägenden Grundsätze“⁶⁷⁶ muss für alle Situationen minderjähriger Unionsbürger gelten.

Nach *Chavez-Vilchez* schliesst eine alternative Sorgemöglichkeit für den minderjährigen Unionsbürger die Schutzberechtigung des Drittstaatsangehörigen nur aus, wenn dies nicht dem Kindeswohl widerspricht. Für diese Beurteilung haben die nationalen Behörden das Grundrecht auf Achtung des Familienlebens im Lichte des Kindeswohls gemäss Art. 24 Abs. 2 GRC heranzuziehen.⁶⁷⁷ Nach den Erwägungsgründen Nr. 6 und 7 UN-Kinderrechtskonvention von 1989 dürfte das Wohl des Kindes in der „vollen und harmonischen Entfaltung seiner Persönlichkeit“ und in der Vorbereitung auf ein „individuelles Leben in der Gesellschaft“ bestehen – dies „im Geist des Friedens, der Würde, der Toleranz, der Freiheit, der Gleichheit und der Solidarität“.⁶⁷⁸

673 Aufgrund dieser Schlussfolgerung machte *Carlier*, FMW 2013, 6 (8), den Vorschlag, Frau *Dereci* solle sich einige ihrer Finger abschneiden, um als Arbeitsunfähige nicht mehr für ihre Kinder sorgen zu können.

674 EuGH, *Dereci*, C-256/11, EU:C:2011:734, Rn. 42; a.M. das vorlegende Gericht, siehe GA *Mengozzi*, *Dereci*, C-256/11, EU:C:2011:626, Rn. 34 mit Fn. 23.

675 In diese Richtung auch *Haag*, *Chávez-Vilchez*.

676 GA *Bot*, *Chavez-Vilchez*, C-133/15, EU:C:2016:659, Rn. 42.

677 EuGH, *Chavez-Vilchez*, C-133/15, EU:C:2017:354, Rn. 70; nunmehr bestätigt in EuGH, K.A., C-82/16, EU:C:2018:308, Rn. 71.

678 *Jarass*, Art. 24 GRC Rn. 16; *Lemke*, in: *Groeben/Schwarze/Hartje*, Art. 24 GRC Rn. 5; vgl. auch die Erwägung zu Art. 24 GRC, wonach sich diese Bestimmung auf die UN-Kinderrechtskonvention stützt; zur Unbestimmtheit des Begriffs des Kindeswohls nach dieser Konvention *Schmahl*, Art. 3 KRK Rn. 69.

Für den Gerichtshof sind bei der Prüfung des Kindeswohls insbesondere folgende Kriterien entscheidend:

- das Alter des Kindes,
- die körperliche und emotionale Entwicklung des Kindes,
- der Grad der emotionalen Bindung des Kindes zu dem drittstaatsangehörigen Elternteil, der mit der Aufenthaltsverweigerung konfrontiert ist,
- der Grad der emotionalen Bindung des Kindes zu dem anderen Elternteil, der die Sorge für das Kind übernehmen könnte,
- das Risiko für das „innere Gleichgewicht“ des Kindes, welches die Trennung vom drittstaatsangehörigen Elternteil mit sich brächte.⁶⁷⁹

Anhand dieser Kriterien und unter „Berücksichtigung sämtlicher Umstände des Einzelfalls“⁶⁸⁰ müssen die nationalen Behörden prüfen, ob das Kindeswohl die Schutzberechtigung des drittstaatsangehörigen Elternteils begründet, auch wenn der andere Elternteil die tägliche und tatsächliche Sorge für das Kind wahrnehmen können und wollen würde.⁶⁸¹

Über die Bedeutung der *Chavez-Vilchez*-Rechtsprechung für die Abhängigkeitsprüfung von volljährigen Unionsbürgern kann nur spekuliert werden. Konsequenterweise dürfte auch bei volljährigen Unionsbürgern eine alternative Sorgemöglichkeit die Schutzberechtigung des Drittstaatsangehörigen, von dem der Unionsbürger entsprechend den EuGH-Kriterien abhängig ist, nicht automatisch ausschliessen. Möglich wäre, die Schutzberechtigung des Drittstaatsangehörigen trotz Vorliegen einer alternativen Sorgemöglichkeit anzuerkennen, wenn dies im Sinne des Grundrechts auf Achtung des Familienlebens nach Art. 7 GRC liegt. Würde etwa ein wegen Krankheit nicht für sich selbst sorgender Unionsbürger von seinem drittstaatsangehörigen Ehegatten rechtlich oder finanziell und affektiv abhängig sein, und von seiner Schwester, die Unionsbürgerin ist, alternativ umsorgt werden können, müsste geprüft werden, ob die Interessen des Unionsbürgers auf Achtung seines Familienlebens nach Art. 7 GRC dieser alternativen Sorgemöglichkeit entgegenstehen, sodass der drittstaatsangehörige Ehegatte schutzberechtigt ist. Das Grundrecht nach Art. 7 GRC würde dementsprechend eine ähnliche Rolle übernehmen wie das Kindeswohl

679 EuGH, *Chavez-Vilchez*, C-133/15, EU:C:2017:354, Rn. 71; bestätigt in EuGH, K.A., C-82/16, EU:C:2018:308, Rn. 72.

680 EuGH, *Chavez-Vilchez*, C-133/15, EU:C:2017:354, Rn. 71 ; EuGH, K.A., C-82/16, EU:C:2018:308, Rn. 72.

681 Hierzu ausführlich auch *Staiano*, CMLR 2018, 225 (231 – 237).

nach Art. 24 Abs. 2 GRC in der *Chavez-Vilchez*-Judikatur – wenn auch mit geringerer Schutzhintensität.

4. Abhängigkeit im Lichte der Unionsgrundrechte

Angesichts der Heranziehung der Grundrechte in *Chavez-Vilchez* lässt sich nicht gänzlich ausschliessen, dass der Gerichtshof eines Tages den Kernbestandsschutz „chartakonform“⁶⁸² ausgestaltet und das Kriterium der Abhängigkeit ganzheitlich im Lichte der Unionsgrundrechte auslegt. Ein solcher Schritt könnte auch unter dem Deckmantel der praktischen Wirksamkeit erfolgen, indem das gemeinsame Familienleben für die effektive Ausübungsmöglichkeit der Unionsbürgerrechte im Unionsgebiet als notwendig erachtet wird.

Bei einer Auslegung der Abhängigkeit im Lichte der Unionsgrundrechte wären all jene Drittstaatsangehörigen mittelbar schutzberechtigt, mit denen die Unionsbürger ein Familienleben im Sinne des Grundrechts auf Achtung des Familienlebens gemäss Art. 7 GRC führen. Würden die Unionsbürger von diesen Drittstaatsangehörigen getrennt, wirkte sich dies nachteilig auf ihr Familienleben aus und damit auf die Bedingungen für ihren Aufenthalt im Unionsgebiet.⁶⁸³ Dementsprechend hätten die Mitgliedstaaten Drittstaatsangehörigen ein Aufenthaltsrecht gemäss Kernbestandsschutz nach Art. 20 AEUV zu gewähren, wenn sie andernfalls in das Grundrecht des Unionsbürgers auf Achtung des Familienlebens oder in die Rechte für Kinder eingreifen würden.⁶⁸⁴ Ein solcher Eingriff wäre zugleich ein Eingriff in den Kernbestandsschutz, weil damit von einem faktischen Ausreisezwang aus dem Unionsgebiet auszugehen wäre.

Der Kreis der schutzberechtigten Drittstaatsangehörigen entschiede sich demnach anhand der Unionsgrundrechte nach Art. 7 GRC und Art. 24 GRC. Da Art. 7 GRC die gleiche Bedeutung und Tragweite wie Art. 8

682 GA Sharpston, O. und S. und G, C-456/12 und C-457/12, EU:C:2013:837, Rn. 62.

683 Vgl. die ähnliche Formulierung in EuGH, Carpenter, C-60/00, EU:C:2002:434, Rn. 39.

684 In diese Richtung auch die Anregungen von Davies, Family Rights, 10; Kaesling, Family Life and EU Citizenship, 293 (300 – 302); Lansbergen/Miller, ECLR 2011, 287 (296); Torres Pérez, Right to family life, 148 (161 – 163); Welte, Familienschutz, 79 – 82; die Unionsgrundrechte zumindest als Wertungsmassstab des Kernbestandsschutzes anerkennt Cede, EuR 2015 Beiheft 1, 79 (91 f.).

EMRK hat,⁶⁸⁵ kann auf die umfassende Grundrechtsjudikatur des EGMR zurückgegriffen werden.⁶⁸⁶ Gleichwohl kann nicht ausgeschlossen werden, dass der EuGH Art. 7 GRC im Zusammenhang mit der Unionsbürger-schaft einen weitergehenden Schutz beimisst (vgl. Art. 52 Abs. 3 Satz 2 GRC).⁶⁸⁷ Jedenfalls nicht erforderlich für die Beurteilung der Abhängig-keit im Lichte der Unionsgrundrechte wäre die Prüfung der EuGH-Abhän-gigkeitskriterien im Sinne einer rechtlichen oder finanziellen und affekti-ven Sorge. Zudem dürfte der Schutzberechtigung eines Drittstaatsangehö-riegen nicht entgegenstehen, dass eine andere Person für den Unionsbürger sorgen könnte. Allein die Beziehung zwischen dem Unionsbürger und dem drittstaatsangehörigen Familienmitglied würde in den Blick genom-men.

Gemäss Kernbestandsschutz im Lichte der Unionsgrundrechte müsste beiden drittstaatsangehörigen Elternteilen von minderjährigen Unionsbürgern ein Aufenthaltsrecht zustehen. Auch wenn ein Elternteil bereits einen rechtmässigen Aufenthaltstitel besitzen würde, wäre dem anderen Eltern-teil ein Aufenthaltstitel zu gewähren. Denn minderjährige⁶⁸⁸ Kinder haben gemäss Art 24 Abs. 3 GRC grundsätzlich einen „Anspruch auf regelmäßige persönliche Beziehungen und direkte Kontakte zu beiden Elternteilen“ Darüber hinaus könnten auch andere Drittstaatsangehörige als schutzberechtigt gelten, wenn sie eine tatsächliche enge Beziehung zu einem Unionsbürger-Kind haben, etwa wenn ein Stiefelternteil die Sorge für das Kind wahrnimmt.⁶⁸⁹ Bei der nationalen Entscheidung über das Aufent-haltsrecht der Drittstaatsangehörigen müsste dem Wohl des Kindes ein be-sonderes Gewicht beigemessen werden (Art. 24 Abs. 2 GRC).

Bei volljährigen Unionsbürgern bestünde der bedeutendste Unterschied zu den Abhängigkeitskriterien der EuGH-Rechtsprechung in der Schutzberechtigung des drittstaatsangehörigen Ehepartners, ohne dass der Unionsbürger von diesem rechtlich oder finanziell abhängig sein müsste. Der Ehepartner wird zur Familie im Sinne des Art. 8 EMRK bzw. Art. 7 GRC gezählt, sofern nichts Gegenteiliges bewiesen wird.⁶⁹⁰ Dementsprechend käme drittstaatsangehörigen Ehepartnern in der Regel ohne nähere Prü-

⁶⁸⁵ Siehe Erläuterungen zu Art. 7 und Art. 52 GRC; EuGH, *MCB.*, C-400/10 PPU, EU:C:2010:582, Rn. 53; EuGH, *Dereci*, C-256/11, EU:C:2011:734, Rn. 70.

⁶⁸⁶ Vgl. *Jarass*, Art. 7 GRC Rn. 1.

⁶⁸⁷ Vgl. *Davies*, Family Rights, 10.

⁶⁸⁸ *Jarass*, Art. 24 GRC Rn. 9; *Hölscheidt*, in: Meyer, Art. 24 GRC Rn. 18.

⁶⁸⁹ Vgl. zu Art. 8 EMRK EGMR, K. und T. v. Finnland, 25702/94, Rn. 150.

⁶⁹⁰ *Heringa/Zwaak* in: van Dijk et al., Article 8, 663 (694); dem folgend *Oswald*, Blei-berecht, 44.

fung der Nähebeziehung ein abgeleitetes Aufenthaltsrecht zu. Desgleichen müsste bei unverheirateten und gleichgeschlechtlichen Partnern eine rechtliche oder finanzielle Abhängigkeit nicht geprüft werden; diese würden als schutzberechtigt angesehen, wenn sie in einem engen Näheverhältnis zum Unionsbürger stehen (z. B. aufgrund eines gemeinsamen Haushalts und der Dauer ihres Zusammenlebens).⁶⁹¹ Auch die Eltern volljähriger Unionsbürger können vom Familienbegriff und damit von Art. 20 AEUV im Lichte der Unionsgrundrechte umfasst sein, wenn die Beziehung aufgrund entsprechender Abhängigkeitsaspekte enger ist als üblicherweise zwischen Eltern und ihren volljährigen Kindern.⁶⁹²

Grundsätzlich können auch sonstige Verwandtschaftsverhältnisse wie etwa Geschwister, Grosseltern, Tanten/Onkel und Nichten/Neffen zum Familienleben im Sinne des Art. 8 EMRK zählen und daher vom grundrechtlich ausgelegten Kernbestandsschutz geschützt werden. In diesen Fällen muss jedoch ein intensives Näheverhältnis nachgewiesen werden, das enger ist als die übliche affektive Bindung.⁶⁹³ Dieser weite Familienbegriff gilt wohl auch für aufenthaltsrechtliche Fälle; eine intensive Nähebeziehung scheint hierbei jedenfalls bei einem Abhängigkeitsverhältnis vorzuliegen.⁶⁹⁴

Diese Ausführungen verdeutlichen, dass nach einer grundrechtlichen Auslegung der Kreis der schutzberechtigten Drittstaatsangehörigen weiter wäre als jener nach der bisherigen Kernbestandsschutz-Judikatur des Gerichtshofs. Würde das Abhängigkeitskriterium im Lichte der Unionsgrundrechte ausgelegt, wären insbesondere zwei unbefriedigende Folgen der restriktiven Auslegung durch den EuGH beseitigt: Erstens wären auch drittstaatsangehörige Ehepartner geschützt. Denn wer würde sich nicht zur Ausreise aus dem Unionsgebiet verpflichtet fühlen, müsste sein Ehepartner

691 Vgl. zu unverheirateten Paaren EGMR, *X, Y und Z v. Vereinigtes Königreich*, 21830/93, Rn. 36; vgl. zu gleichgeschlechtlichen Paaren EGMR, *Schalk und Kopf v. Österreich*, 30141/04, Rn. 90 – 95.

692 Vgl. EGMR *Yilmaz v. Deutschland*, 52853/99, Rn. 44.

693 Siehe etwa EKMR, *X v. Vereinigtes Königreich*, 7912/77 (abgedruckt in EuGRZ 1981, 118 f., Rn. 91); EKMR, *X v. Vereinigtes Königreich*, 8986/80 7912/77 (abgedruckt in EuGRZ 1982, 311, Rn. 104); EGMR *Marckx v. Belgien*, 6833/74, Rn. 45; siehe hierzu *Jarass*, FamRZ 2012, 1181 (1183); *Oswald*, Bleiberecht, 56 – 58.

694 Vgl. EGMR, *Slivenko v. Lettland*, 48321/99, Rn. 97: „diese als Erwachsene [gehören] nicht zur Kernfamilie [...] und [können] eine Familienzugehörigkeit aufgrund eines Abhängigkeitsverhältnisses nicht [aufzeigen]“ (übersetzt in EuGRZ 2006, 561); so auch *Oswald*, Bleiberecht, 57 f.; vgl. auch *Thym*, EuGRZ 2006, 541 (544 mit Fn. 29).

3. Teil: Kernbestandsschutz nach der Zambrano-Judikatur

in seinen Herkunftsstaat zurückkehren? Zweitens würde minderjährigen Unionsbürgern jedenfalls der Kontakt zu beiden Elternteilen ermöglicht, da eine alternative Sorgemöglichkeit für die Kinder der Schutzberechtigung des drittstaatsangehörigen Elternteils nicht entgegenstehen würde.

V. Rechte aus dem Kernbestandsschutz

Damit der Kernbestandsschutz der Unionsbürgerschaft gewahrt bleibt, indem die Unionsbürger vor einem faktischen Ausreisezwang aus dem Unionsgebiet geschützt werden, muss den schutzberechtigten Drittstaatsangehörigen ein Aufenthaltsrecht zuerkannt werden (1.). Zusätzlich zum Aufenthaltsrecht ist den Drittstaatsangehörigen ein Recht auf Ausübung einer Erwerbstätigkeit zu gewähren; den vom Kernbestandsschutz erfassten Familien dürfte ein Recht auf soziale Unterstützung zustehen (2.).⁶⁹⁵

1. Recht auf Aufenthalt

Den schutzberechtigten Drittstaatsangehörigen ist nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs ein nach Art. 20 AEUV abgeleitetes Aufenthaltsrecht zu gewähren.⁶⁹⁶ Primär steht ihnen dieses Aufenthaltsrecht im Herkunftsstaat der von ihnen abhängigen Unionsbürger zu; ausnahmsweise kann ihnen ein solches auch in einem anderen Mitgliedstaat erwachsen.⁶⁹⁷ Über die Qualität (a) und Dauer (b) des Aufenthaltsrechts hat sich der Gerichtshof bislang nicht geäussert.

a) Qualität

Im Rahmen des Kernbestandsschutzes muss den berechtigten Drittstaatsangehörigen ein Aufenthaltstitel im Herkunftsstaat – ausnahmsweise im Aufenthaltsstaat – der Unionsbürger zustehen. Nur dann sind die Unionsbürger auch vor einem faktischen Ausreisezwang aus dem Unionsgebiet geschützt. Eine blosse Duldung anstelle eines rechtmässigen Aufenthalts-

⁶⁹⁵ Die Ausführungen in diesem Kapitel basieren zum Teil auf Neier, Rechtsstellung der Drittstaatsangehörigen, 99 (115 – 122).

⁶⁹⁶ Grundlegend EuGH, *Ruiz Zambrano*, C-34/09, EU:C:2011:124, Rn. 43 f.

⁶⁹⁷ Siehe hierzu oben, 3. Teil B. I. 3.

status kann nicht genügen.⁶⁹⁸ Da sich die schutzberechtigten Drittstaatsangehörigen rechtmässig aufzuhalten, ist auf sie auch nicht mehr die Rückführungsrichtlinie 2008/115/EG anzuwenden.⁶⁹⁹ Das Aufenthaltsrecht begründet sich konstitutiv durch die Erfüllung der Anwendungsvoraussetzungen des Kernbestandsschutzes. Die Aufenthaltsbewilligung ist als rein deklatorisch anzusehen, da sie die aufenthaltsrechtliche Situation des Drittstaatsangehörigen lediglich feststellt. Dies ergibt sich aus der ständigen Rechtsprechung des Gerichtshofs, nach der das Aufenthaltsrecht für Unionsbürger und deren drittstaatsangehörigen Familienmitglieder unmittelbar aufgrund der jeweiligen Primär- bzw. Sekundärrechtsbestimmung entsteht.⁷⁰⁰ Nichts anderes kann für das Aufenthaltsrecht nach Art. 20 AEUV gelten.

Unterliegt das Aufenthaltsrecht nach Art. 20 AEUV wie jenes nach Art. 21 AEUV⁷⁰¹ finanziellen Bedingungen? Die Unionsbürgerrichtlinie findet in den gewöhnlichen Fällen des Kernbestandsschutzes mangels Grenzübertritts der Unionsbürger jedenfalls keine Anwendung.⁷⁰² Solange der EU-Gesetzgeber nicht tätig wird, können sich etwaige Bedingungen nur im Rahmen der Rechtsprechung des Gerichtshofs entwickeln. Seiner Judikatur zum Kernbestandsschutz ist allerdings nicht zu entnehmen, dass die betroffenen Unionsbürger und ihre drittstaatsangehörigen Familienmitglieder über ausreichende Existenzmittel und einen umfassenden Krankenversicherungsschutz verfügen müssen. In *Ruiz Zambrano* erkannte der Gerichtshof, dass die Unionsbürger-Kinder gezwungen wären, das Unionsgebiet zu verlassen, wenn ihr Vater nicht über die für ihren Unterhalt erforderlichen finanziellen Mittel verfügt; daher müsse ihm eine Arbeitserlaubnis erteilt werden.⁷⁰³ Hieraus ergibt sich jedoch nicht, dass der Vater kein Aufenthaltsrecht zugesprochen bekommen hätte, wenn er mangels Erwerbsfähigkeit nicht für sich und seine Kinder hätte sorgen können. Denn obwohl das vorlegende Gericht in seinen Fragen explizit darauf hingewiesen hatte, dass Herr *Ruiz Zambrano* über ausreichende Existenzmittel und

698 BVerwG, Urt. v. 30.07.2013, 1 C 9.12, Rn. 38 (siehe hierzu *Wendel*, DÖV 2014, 133 (139)); vgl. auch *Welte*, ZAR 2012, 336 (337).

699 GA *Sharpston*, K.A., C-82/16, EU:C:2017:821, Rn. 84; vgl. auch EuGH, K.A., C-82/16, EU:C:2018:803, Rn. 99.

700 Siehe etwa EuGH, *Royer*, C-48/75, EU:C:1976:57, Rn. 31/33; EuGH, *Dias*, C-325/09, EU:C:2011:498, Rn. 48 – 54.

701 Siehe Art. 7 Abs. 1 lit. b RL 2004/38/EG.

702 Grundlegend EuGH, *Ruiz Zambrano*, C-34/09, EU:C:2011:124, Rn. 39.

703 Ebd., Rn. 44.

einen Krankenversicherungsschutz verfügt,⁷⁰⁴ erwähnte der Gerichtshof diese Bedingungen nicht.⁷⁰⁵ Desgleichen prüfte der EuGH in den Folgejudikaten im Zusammenhang mit dem Kernbestandsschutz nie, ob die betroffenen Familien über ausreichende finanzielle Mittel verfügen. In den Rs. *Rendón Marín* und *Chavez-Vilchez* forderte der Gerichtshof sogar zur Prüfung des Kernbestandsschutzes auf, sollte das vorlegende Gericht zum Schluss kommen, dass die Voraussetzungen des Art. 7 Abs. 1 lit. b RL 2004/38/EG – ausreichende Existenzmittel und ein umfassender Krankenversicherungsschutz – nicht erfüllt sind.⁷⁰⁶ Daraus kann nichts anderes abgeleitet werden, als dass der Gerichtshof diese ökonomischen Voraussetzungen für das Aufenthaltsrecht qua Art. 20 AEUV gerade nicht fordert.⁷⁰⁷

In Anbetracht des besonderen Schutzcharakters des Kernbestandsschutzes ist dieser Ansatz zu begrüßen. Ziel und Zweck des Kernbestandsschutzes ist, die Unionsbürger vor einem faktischen Zwang zur Ausreise aus dem gesamten Unionsgebiet zu schützen. Dieser Schutz würde jedoch seiner praktischen Wirksamkeit beraubt, würde vorausgesetzt, die betroffenen Unionsbürger und ihre drittstaatsangehörigen Familienmitglieder müssten über ausreichende Existenzmittel und einen umfassenden Krankenversicherungsschutz verfügen. Als letzter Schutz eines Aufenthalts im Unionsgebiet darf dieser nicht von der finanziellen Situation der betroffenen Familien abhängig sein. Überdies sollen die in Art. 7 Abs. 1 lit. b RL 2004/38/EG festgelegten Voraussetzungen vor einer übermässigen Belastung des Sozialsystems des Aufnahmemitgliedstaats schützen.⁷⁰⁸ Die Mitgliedstaaten sollen jedoch nicht davor geschützt werden, ihre eigenen Staatsangehörigen sowie deren Familienangehörigen finanziell zu unterstützen.⁷⁰⁹ Eine finanzielle Belastung des Herkunftsstaats rechtfertigt den

704 EuGH, *Ruiz Zambrano*, C-34/09, EU:C:2011:124, Rn. 35.

705 Siehe dahingegen die explizite Erwähnung des Erfordernisses der ausreichenden Existenzmittel in der Rechtsprechung zu Art. 21 AEUV EuGH, *Zhu und Chen*, C-200/02, EU:C:2004:639, Rn. 26 f.

706 EuGH, *Rendón Marín*, C-165/14, EU:C:2016:675, Rn. 68; EuGH, *Chavez-Vilchez*, C-133/15, EU:C:2017:354, Rn. 56 f.; vgl. auch GA *Sharpston, K.A.*, C-82/16, EU:C:2017:821, Rn. 64, wonach Art. 7 RL 2004/38/EG „keine unmittelbare Bedeutung für eine Prüfung gemäß Art. 20 AEUV“ habe.

707 Im Ergebnis so auch *van Eijken/de Vries*, ELR 2011, 704 (714); *van Elsuwege*, LIEI 2011, 263 (271); *van Elsuwege/Kochenov*, EJML 2011, 443 (454); *Lenaerts/Gutiérrez-Fons*, EU Citizenship, 751 (769); *Nettesheim*, JZ 2011, 1030 (1035); *Graf Vitzthum*, EuR 2011, 550 (563 f.); Wiesbrock, Zambrano case.

708 EuGH, *Grzelczyk*, C-184/99, EU:C:2001:458, Rn. 44; EuGH, *Bidar*, C-209/03, EU:C:2005:169, Rn. 56; Erwägung 10 RL 2004/38/EG.

709 Ähnlich *Graf Vitzthum*, EuR 2011, 550 (564).

faktischen Ausreisezwang eigener Staatsangehöriger nicht. Man könnte zwar monieren, dass damit die mobilen Unionsbürger und deren Familienangehörige schlechter gestellt sind als jene, die nicht von ihrem Freizügigkeitsrecht Gebrauch gemacht haben.⁷¹⁰ Die unterschiedlichen Anforderungen an das Aufenthaltsrecht nach Art. 20 AEUV und Art. 21 AEUV lassen sich jedoch dadurch rechtfertigen, dass beim Kernbestandsschutz der Aufenthalt der Unionsbürger im Unionsgebiet auf dem Spiel steht.⁷¹¹ Das mag auch der Grund sein, wieso der Gerichtshof im Rahmen des Kernbestandschutzes mehr Solidarität zwischen den Mitgliedstaaten fordert und vom Erfordernis ausreichender Existenzmittel auch für den Fall abzusehen scheint, dass der Kernbestandsschutz ausnahmsweise in einem Mitgliedstaat Anwendung findet, dessen Staatsangehörigkeit der betroffene Unionsbürger nicht besitzt.⁷¹²

b) Dauer

Eine Antwort auf die Frage nach der Dauer des Aufenthaltsrechts für den nach Art. 20 AEUV schutzberechtigten Drittstaatsangehörigen ist der Gerichtshof noch schuldig. Da das Aufenthaltsrecht kein eigenständiges Recht des Drittstaatsangehörigen ist, sondern dem Kernbestandsschutz des von ihm abhängigen Unionsbürgers dient, dürfte die Dauer von der Schutzbedürftigkeit dieses Unionsbürgers abhängen.⁷¹³ Dementsprechend muss dem Drittstaatsangehörigen wohl solange ein Aufenthaltsrecht gewährt werden, als es für den Kernbestandsschutz notwendig ist, d. h. solange der Unionsbürger von dem Drittstaatsangehörigen abhängig ist, sodass er sich im Falle der Beendigung des Aufenthaltsrechts zur Ausreise aus dem Unionsgebiet faktisch gezwungen sähe.⁷¹⁴ Das Aufenthaltsrecht des Drittstaatsangehörigen dürfte folglich nicht zeitlich unbeschränkt gelten, sondern bei fehlender Schutzbedürftigkeit des Unionsbürgers enden.⁷¹⁵

710 So Schönberger, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 20 AEUV Rn. 59; Wiesbrock, Zambrano case.

711 Ähnlich van Elsuwege, LIEI 2011, 263 (271).

712 Vgl. EuGH, *Rendón Marín*, C-165/14, EU:C:2016:675, Rn. 68 – 80.

713 So auch Hailbronner/Thym, NJW 2011, 2008 (2012); Staiano, CMLR 2018, 225 (232).

714 Vgl. hierzu GA Szpunar, *Rendón Marín* und CS, C-165/14 und C-304/14, EU:C: 2016:75, Fn. 124.

715 So auch im Rahmen des Art. 10 VO Nr. 492/2011 siehe EuGH, *Alarape und Tijani*, C-529/11, EU:C:2013:290, Rn. 29.

3. Teil: Kernbestandsschutz nach der Zambrano-Judikatur

Im Hinblick auf minderjährige Unionsbürger kann dem Ansatz des EuGH in der Rs. *Teixeira*⁷¹⁶ gefolgt werden.⁷¹⁷ Demnach kann grundsätzlich vermutet werden, dass mit Erreichen der Volljährigkeit keine entsprechende Abhängigkeit mehr vorliegt, sodass der sorgende Drittstaatsangehörige das Aufenthaltsrecht verliert. Darüber hinaus muss jedoch im Rahmen einer Einzelfallprüfung beurteilt werden, ob trotz Eintritt der Volljährigkeit noch ein entsprechendes Abhängigkeitsverhältnis vorliegt und somit die Anwesenheit der drittstaatsangehörigen Person erforderlich ist. Von einer starren Altersgrenze ist abzusehen.⁷¹⁸ In gleicher Weise muss bei volljährigen Unionsbürgern unter Berücksichtigung aller Umstände jeweils geprüft werden, ob und wie lange sie von den Drittstaatsangehörigen abhängig sind.

In diesem Zusammenhang stellt sich überdies die Frage, ob das abgeleitete Aufenthaltsrecht nach Art. 20 AEUV in ein Daueraufenthaltsrecht münden kann. Nach der Daueraufenthaltsrichtlinie 2003/109/EG erhalten Drittstaatsangehörige nach fünf Jahren rechtmässigen Aufenthalts in einem Mitgliedstaat ein Daueraufenthaltsrecht, sofern sie über ausreichende Einkünfte und einen umfassenden Krankenversicherungsschutz verfügen. In diesem Sinne können auch Drittstaatsangehörige, denen ein abgeleitetes Aufenthaltsrecht nach Art. 20 AEUV gewährt wurde, bei entsprechenden finanziellen Mitteln nach fünf Jahren in den Genuss eines Daueraufenthaltsrechts gelangen.⁷¹⁹ Im Ausnahmefall, d. h. wenn der drittstaatsangehörigen Person ein Aufenthaltsrecht kraft Art. 20 AEUV in einem Mitgliedstaat gewährt wurde, dessen Staatsangehörigkeit der von ihr abhängige Unionsbürger nicht besitzt, kann sich ein Daueraufenthaltsrecht aus der Unionsbürgerrichtlinie ergeben. Gemäss Art. 16 Abs. 2 RL 2004/38/EG haben drittstaatsangehörige Personen, sofern sie unter den Familienbegriff des Art. 2 Ziff. 2 fallen, nach fünf Jahren ein Daueraufenthaltsrecht; vorausgesetzt wird ein nach dieser Richtlinie rechtmässiger Aufenthalt, d. h. die Unionsbürger, deren Familienangehörige die Drittstaatsangehörigen sind, müssen entweder erwerbstätig sein oder die ökonomischen Voraussetzungen des Art. 7 Abs. 2 lit. b RL 2004/38/EG erfüllen.

716 Betr. Art. 10 VO Nr. 492/2011 EuGH, *Teixeira*, C-480/08, EU:C:2010:83, Rn. 86; siehe hierzu auch GA Kokott, *Teixeira*, C-480/08, EU:C:2009:642, Rn. 98 – 108.

717 So zu Recht *Hailbronner/Thym*, NJW 2011, 2008 (2012 f.); *Graf Vitzthum*, EuR 2011, 550 (564).

718 In diese Richtung aber GA *Sharpston, Ruiz Zambrano*, C-34/09, EU:C:2010:560, Rn. 107.

719 So auch *Staiano*, CMLR 2018, 225 (232).

Allerdings erhalten die schutzberechtigten Drittstaatsangehörigen auch dann ein Aufenthaltsrecht nach Art. 20 AEUV, wenn sie bzw. die von ihnen abhängigen Unionsbürger keine finanziellen Mittel vorweisen können. Werden die Aufenthaltszeiten, in denen keine ausreichenden Existenzmittel vorhanden sind, bei der Berechnung der Aufenthaltsdauer für den Erwerb des Daueraufenthaltsrechts nicht berücksichtigt? Wie soeben angezeigt, setzt der EU-Gesetzgeber sowohl im Rahmen des Migrationsrechts als auch im Rahmen des Freizügigkeitsrechts ausreichende Existenzmittel voraus, um als Drittstaatsangehöriger einen Anspruch auf ein Daueraufenthaltsrecht zu erlangen. Der Grund liegt im Schutz der Mitgliedstaaten vor einer finanziellen Belastung.⁷²⁰ Der Gerichtshof bestätigte in seiner Rechtsprechung zum Freizügigkeitsrecht, dass nur jene Aufenthaltszeiten zu einem Daueraufenthaltsrecht führen, in welchen die Voraussetzungen der Unionsbürgerrichtlinie erfüllt worden sind.⁷²¹ Selbst das Aufenthaltsrecht nach Art. 10 VO Nr. 492/2011, welches keine ausreichenden finanziellen Mittel voraussetzt, kann nach der EuGH-Judikatur nur dann in ein Daueraufenthaltsrecht münden, wenn für fünf Jahre die ökonomischen Bedingungen der Unionsbürgerrichtlinie erfüllt worden sind.⁷²² Zum derzeitigen Stand des Unionsrechts werden Drittstaatsangehörige demnach nur dann dauerfenthaltsberechtigt, wenn sie fünf Jahre lang entsprechende finanzielle Mittel und einen Krankenversicherungsschutz vorweisen konnten. Daher ist es naheliegend, dass auch den nach Art. 20 AEUV schutzberechtigten Drittstaatsangehörigen ein Daueraufenthaltsrecht nach fünf Jahren Aufenthalt nur bei Erfüllung dieser ökonomischen Bedingungen zu steht.

2. Begleitrechte

Den schutzberechtigten Drittstaatsangehörigen steht primär ein Aufenthaltsrecht zu. Darüber hinaus sind ihnen zusätzliche Rechte zu gewähren, die dieses Aufenthaltsrecht begleiten. So erkannte der Gerichtshof in *Ruiz Zambrano*, dass den schutzberechtigten Drittstaatsangehörigen neben dem

720 Erwägung 7 RL 2003/109/EG; Erwägung 10 RL 2004/38/EG; siehe auch GA *Bot, Alarape und Tijani*, C-529/11, EU:C:2013:9, Rn. 80.

721 EuGH, *Ziolkowski und Szeja*, C-424/10 und C-425/10, EU:C:2011:866, Rn. 46 – 51; bestätigt etwa in EuGH, *Czop und Punakova*, C-147/11 und C-148/11, EU:C:2012:538, Rn. 35.

722 EuGH, *Alarape und Tijani*, C-529/11, EU:C:2013:290, Rn. 32 – 48; bestätigt etwa in EuGH, *Ogierakhi*, C-244/13, EU:C:2014:2068, Rn. 31.

3. Teil: Kernbestandsschutz nach der *Ruiz Zambrano*-Judikatur

Aufenthaltsrecht ein Recht auf Ausübung einer Erwerbstätigkeit zustehen muss (a). Noch nicht entschieden hat der Gerichtshof, ob die Drittstaatsangehörigen oder allenfalls die von ihnen abhängigen Unionsbürger zudem einen Anspruch auf soziale Unterstützung haben (b).

a) Recht auf Ausübung einer Erwerbstätigkeit

In der *Rs. Ruiz Zambrano* entschied der Gerichtshof im Hinblick auf die Situation des drittstaatsangehörigen Vaters:

„Ebenso besteht die Gefahr, dass eine solche Person, wenn ihr keine Arbeitserlaubnis erteilt wird, nicht über die für ihren Unterhalt und den ihrer Angehörigen erforderlichen Mittel verfügt, was ebenfalls zur Folge hätte, dass sich ihre Kinder – Unionsbürger – gezwungen sähen, das Hoheitsgebiet der Union zu verlassen.“⁷²³

Dementsprechend ist das Aufenthaltsrecht der schutzberechtigten Drittstaatsangehörigen mit einem Recht auf Ausübung einer Erwerbstätigkeit zu verbinden; sie sind von einer Arbeitsbewilligung befreit. Genaue Angaben hierzu lassen sich jedoch weder der Grundsatzentscheidung in *Ruiz Zambrano* noch deren Folgejudikatur entnehmen. Ausgenommen von diesem nach Art. 20 AEUV gewährten Recht auf Ausübung einer Erwerbstätigkeit dürften jedenfalls die im Unionsrecht allgemein anerkannten Bereiche sein: Demnach haben die nach Art. 20 AEUV geschützten Drittstaatsangehörigen keinen Zugang zu Tätigkeiten, die im Zusammenhang mit der Ausübung öffentlicher Gewalt stehen.⁷²⁴

Betreffend die Arbeitsbedingungen geniessen die unselbstständig tätigen Drittstaatsangehörigen ein Inländergleichbehandlungsrecht nach Art. 15 Abs. 3 GRC. Nicht davon umfasst sind nach überwiegendem Verständnis jedoch die Beschäftigungsbedingungen und damit das Arbeitsentgelt.⁷²⁵ Allerdings können sich die nach Art. 20 AEUV geschützten Drittstaatsangehörigen, die einer unselbstständigen Erwerbstätigkeit nachgehen, auf die Rahmenrichtlinie 2011/98/EU⁷²⁶ berufen (vgl. Art. 3 Abs. 1 lit. c). Im Ge-

723 EuGH, *Ruiz Zambrano*, C-34/09, EU:C:2011:124, Rn. 44.

724 Vgl. betr. Drittstaatsangehörige Art. 11 Abs. 1 lit. a RL 2003/109/EG; betr. Unionsbürger Art. 45 Abs. 4 AEUV und Art. 51 AEUV.

725 Siehe etwa *Bernstorff*, in: Meyer, Art. 15 GRC Rn. 21; *Jarass*, Art. 15 GRC Rn. 25; *Streinz*, in: ders., Art. 15 GRC Rn. 15.

726 Richtlinie 2011/98/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Dezember 2011 über ein einheitliches Verfahren zur Beantragung einer kombinier-

gensatz zu den Familienangehörigen nach der RL 2004/38/EG werden die nach Art. 20 AEUV geschützten Drittstaatsangehörigen von deren Anwendungsbereich nämlich nicht ausgenommen.⁷²⁷ Daher haben die Drittstaatsangehörigen ein Recht auf Gleichbehandlung mit den Staatsangehörigen des Mitgliedstaats, etwa betreffend die Arbeitsbedingungen inklusive Arbeitsentgelt, Entlassung, Gesundheitsschutz und Sicherheit am Arbeitsplatz, die Vereinigungsfreiheit, die allgemeine und berufliche Bildung, die Berufsanerkennung und die soziale Sicherheit (Art. 12). Es steht dem EU-Gesetzgeber gleichwohl frei, den Drittstaatsangehörigen im Rahmen des Kernbestandsschutzes einen weitergehenden Schutz als dieses migrationsrechtliche Gleichbehandlungsgebot zu bieten.⁷²⁸

b) Recht auf soziale Unterstützung

Die Drittstaatsangehörigen sind selbst dann nach Art. 20 AEUV schutzberechtigt, wenn sie nicht über ausreichende Existenzmittel verfügen. Haben diese Drittstaatsangehörigen sodann ein Recht auf soziale Unterstützung im Sinne einer Sozial- oder Wohnhilfe? Der Gerichtshof hat sich hierzu bislang nicht geäussert.⁷²⁹ Dahingegen beschäftigten sich bereits nationale Gerichte mit diesem Thema: So entschied etwa ein niederländisches Gericht, dass der drittstaatsangehörigen Mutter und ihrer Tochter Sozialhilfe zusteht, damit sie ausreichende Mittel für ihren Unterhalt haben; nur dann sei auch die praktische Wirksamkeit der Unionsbürgerschaft gewahrt.⁷³⁰ Desgleichen spricht der britische Court of Appeal den Drittstaatsangehöri-

ten Erlaubnis für Drittstaatsangehörige, sich im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats aufzuhalten und zu arbeiten, sowie über ein gemeinsames Bündel von Rechten für Drittstaatsarbeitnehmer, die sich rechtmässig in einem Mitgliedstaat aufhalten, ABl. 2011 L 341, 1.

727 *Peers et al.*, EU Immigration and Asylum Law, 224 mit Fn. 9; dem folgend *Iglesias Sánchez*, in: Hailbronner/Thym, Art. 3 Single Permit Directive 2011/98/EU Rn. 12.

728 Vgl. *Peers et al.*, EU Immigration and Asylum Law, 224 mit Fn. 9.

729 Allerdings ging es in EuGH, *Chavez-Vilchez*, C-133/15, EU:C:2017:354, letztlich um ein Recht auf soziale Unterstützung, wobei dieses jedoch nach nationalem Recht gewährt würde, sofern die Drittstaatsangehörigen über ein unionsrechtliches Aufenthaltsrecht verfügen.

730 *Rechtbank Arnhem*, Urt. v. 10.07.2012, NL:RBARN:2012:BX3418, Rn. 10 – 12; vgl. hingegen dasselbe Gericht, Urt. v. 13.11.2012, NL:RBARN:2012:BY3982, wonach die Verweigerung von Kindergeld keine Verletzung des Kernbestandschutzes darstelle, da die betroffene Drittstaatsangehörige und deren Unions-

gen aus Effektivitätsgründen soziale Unterstützung zu, damit diese für sich und ihre Unionsbürger-Kinder sorgen können.⁷³¹ Die Höhe der Sozialhilfe bestimmt sich dessen Ansicht nach allerdings nach nationalem Recht. In der Folgeentscheidung in dieser Rechtssache bestätigte der Supreme Court, dass die von Art. 20 AEUV geschützten Familien nur so viel soziale Unterstützung erhalten, wie für den Aufenthalt in der EU notwendig ist; ein Recht auf Gleichbehandlung nach der Grundrechtecharta steht ihnen mangels deren Anwendbarkeit nicht zu.⁷³²

Damit begründen diese nationalen Gerichte die Gewährung sozialer Unterstützung in erster Linie mit dem Grundsatz der praktischen Wirksamkeit des Unionsrechts. Diesem entsprechend müssen den schutzberechtigten Drittstaatsangehörigen Sozialhilfeleistungen gewährt werden, um für sich und die von ihnen abhängigen Unionsbürger sorgen zu können, damit die Unionsbürger nicht zur Ausreise aus dem Unionsgebiet gezwungen sind. Der auf dem Effet-utile-Prinzip beruhende Sozialhilfeanspruch bringt einen wesentlichen Unterschied zu einem solchen qua Gleichbehandlungsgebot mit sich: Nach dem Grundsatz der praktischen Wirksamkeit dürfte den Drittstaatsangehörigen nur so viel soziale Unterstützung zustehen, wie es für den Aufenthalt im Unionsgebiet erforderlich ist. Infolgedessen kann dieser unionsrechtliche Sozialhilfeanspruch geringer ausfallen als bei einem Gebot der Gleichbehandlung mit den anderen Staatsangehörigen des betreffenden Mitgliedstaats. Problematisch ist dieser Ansatz zudem im Hinblick auf die Messbarkeit des Anspruchs auf soziale Unterstützung: Wie viel Armut müssen die Drittstaatsangehörigen und die ihnen nahestehenden Unionsbürger ertragen, bevor ein faktischer Ausreisezwang anerkannt und soziale Unterstützung zugesprochen wird? Oder anders gefragt: Mit welcher Lebensqualität kann die Unionsbürgerschaft tatsächlich noch genossen werden?

Der Gerichtshof könnte eine diesbezügliche Vorlagefrage stattdessen anhand des Gleichbehandlungsgebotes lösen. Denn jene Unionsbürger, deren Situation vom Kernbestandsschutz geschützt wird, sodass den ihnen nahestehenden Familienangehörigen ein Aufenthaltsrecht in deren Angehörigkeitsstaat gewährt werden muss, fallen in den Anwendungsbereich

bürger-Tochter nicht aller finanzieller Mittel beraubt worden seien; siehe hierzu Langer/Schrauwen, Netherlands, 695 (706).

731 Court of Appeal, *Sanneh and others v. Secretary of State for Work and Pensions*, [2015] EWCA Civ 49, Rn. 26 f.; 76 – 101; siehe hierzu O'Brien, JSWFL 2016, 228 – 245; Solanke, Sanneh and Others.

732 Supreme Court, *R (HC) v. Secretary of State for Work and Pensions*, [2017] UKSC 73, Rn. 5, 28.

der Verträge. Folglich muss der Grundsatz der Gleichbehandlung als allgemeiner Rechtsgrundsatz (nummehr Art. 20 GRC) anwendbar sein.⁷³³ Nach dem allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz dürfen aber „vergleichbare Situationen nicht unterschiedlich und unterschiedliche Sachverhalte nicht gleich behandelt werden [...], sofern eine solche Behandlung nicht objektiv gerechtfertigt ist.“⁷³⁴ Die Situation der von Art. 20 AEUV geschützten Unionsbürger ist mit jener der anderen Staatsangehörigen ihres Herkunftsmitgliedstaats vergleichbar:⁷³⁵ Beide haben dieselbe Staatsangehörigkeit und leben im Mitgliedstaat dieser Staatsangehörigkeit (vergleiche die *Ruiz-Zambrano*-Kinder mit anderen belgischen Kindern, die in Belgien wohnen).⁷³⁶ Der einzige Unterschied besteht darin, dass eine dieser beiden Gruppen einen unionsrechtlichen Schutz erfährt. Der allgemeine Gleichbehandlungsgrundsatz fordert jedoch keine identischen Sachverhalte; es genügt, wenn diese relativ ähnlich sind.⁷³⁷ Daher wäre es nur folgerichtig, die vom Kernbestandsschutz umfassten Unionsbürger den anderen Inländern gleichzustellen und dieselbe Höhe an Sozialhilfeleistungen zu gewähren.

An diesem Ergebnis ändert sich auch nichts, wenn die Drittstaatsangehörigen die direkten Empfänger der sozialen Unterstützung sind. Denn letztlich kommen die Sozialhilfeleistungen der Familie insgesamt und damit auch den Unionsbürgern zugute. In diesem Sinne hat der Gerichtshof bereits in seiner Rechtsprechung zum Inländergleichbehandlungsgebot im Rahmen der Arbeitnehmerfreiheit entschieden, dass nicht von Bedeutung ist, wer die sozialen Vergünstigungen bezieht.⁷³⁸ Entscheidend sei vielmehr, dass diese letztlich den vom Gleichbehandlungsgebot umfassten Unionsbürgern zufließen. In diesem Sinne darf auch im Rahmen des Kernbestandsschutzes die Leistung der sozialen Unterstützung an die Drittstaatsangehörigen den Blick nicht davor verstellen, dass von der Ge-

733 So auch O'Brien, JSWFL 2016, 228 (229).

734 Siehe etwa EuGH, *Spanien/Kommission*, C-304/01, EU:C:2004:495, Rn. 31; EuGH, *Eman und Sevinger*, C-300/04, EU:C:2006:545, Rn. 56.

735 Siehe zum Gleichbehandlungsgebot bzgl. der eigenen Staatsangehörigen (im Zusammenhang mit dem Wahlrecht zum Europäischen Parlament) EuGH, *Eman und Sevinger*, C-300/04, EU:C:2006:545, Rn. 56 – 61.

736 So auch O'Brien, JSWFL 2016, 228 (236 f.).

737 Jarass, Art. 20 GRC Rn. 7 mit Verweis auf EGMR, *Clift v. Vereinigtes Königreich*, 7205/07, Rn. 66.

738 EuGH, *Lebon*, C-316/85, EU:C:1987:302, Rn. 13; EuGH, *Bernini*, C-3/90, EU:C:1992:89, Rn. 25; EuGH, *Hartmann*, C-212/05, EU:C:2007:437, Rn. 25 f.; EuGH, *Kommission/Deutschland*, C-269/07, EU:C:2009:527, Rn. 65 f.

währung bzw. Nicht-Gewährung letztlich die von ihnen abhängigen Unionsbürger betroffen sind und das Gleichbehandlungsgebot deren Gleichbehandlung mit den anderen Staatsangehörigen des Herkunftsmitgliedstaats verlangt.⁷³⁹

Die Folgerichtigkeit dieses Ergebnisses wird durch die Rechtslage mobiler Unionsbürger unterstrichen. Immerhin haben selbst nichterwerbstätige Unionsbürger einen Anspruch auf Inländergleichbehandlung im Aufnahmemitgliedstaat und damit grundsätzlich einen Anspruch auf Sozialhilfe.⁷⁴⁰ Wenn die Mitgliedstaaten somit den mobilen Unionsbürgern soziale Unterstützung in gleicher Höhe wie den eigenen Staatsangehörigen gewähren müssen, hat auch den eigenen Staatsangehörigen ein solcher Anspruch zuzustehen – auch wenn (oder gerade weil) sie dem Schutz des Art. 20 AEUV unterliegen. Nicht schlüssig wäre, dem deutschen Unionsbürger, der sich in Belgien aufhält, in gleicher Weise wie den Belgiern soziale Unterstützung zuzusprechen, während den belgischen Familien, die von Art. 20 AEUV geschützt werden, diese verwehrt wird.

Allerdings müssen nichterwerbstätige Unionsbürger nach der Rechtsprechung des EuGH einen nach der RL 2004/38/EG rechtmässigen Aufenthalt vorweisen können; sie haben mithin über ausreichende Existenzmittel und einen umfassenden Krankenversicherungsschutz zu verfügen, um sich auf das Diskriminierungsverbot des Art. 24 RL 2004/38/EG berufen und hieraus einen Anspruch auf Sozialhilfeleistungen ableiten zu können.⁷⁴¹ Fraglich ist in diesem Zusammenhang, ob den nach Art. 20 AEUV geschützten Unionsbürgern ebenfalls nur dann der gleiche Zugang zu Sozialhilfeleistungen wie den anderen Inländern gewährt werden muss, wenn sie – Art. 7 RL 2004/38/EG analog – über ausreichende Existenzmittel und einen umfassenden Krankenversicherungsschutz verfügen. Wieso sollen jedoch die eigenen Staatsangehörigen ausreichende Mittel vorweisen müssen, um wie die anderen Staatsangehörigen Sozialhilfeleistungen zugesprochen zu bekommen? Überdies besteht ein bedeutender Unterschied zum Freizügigkeitsrecht: Die Unionsbürger, deren Situation unter den Kernbestandsschutz fällt, wären bei der Nichtgewährung der sozialen Unterstützung faktisch gezwungen, das Unionsgebiet zu verlassen. Dahin-

739 Im Ergebnis auch O'Brien, JSWFL 2016, 228 (236).

740 Siehe insbes. EuGH, Grzelczyk, C-184/99, EU:C:2001:458, Rn. 32 – 46; EuGH, Trojani, C-456/02, EU:C:2004:488, Rn. 42 – 46.

741 EuGH, Dano, C-333/13, EU:C:2014:2358, Rn. 68 – 84; siehe hierzu etwa Nazik/Ulber, NZS 2015, 369 – 373; Thym, NJW 2015, 130 (130 – 134); Verschueren, CMLR 2015, 363 – 390; Wollenschläger, NVwZ 2014, 1628 – 1632.

gegen können diejenigen, die die Bedingungen gemäss Art. 7 Richtlinie 2004/38/EG im Rahmen des Freizügigkeitsrechts nicht erfüllen, in ihren Herkunftsstaat zurückkehren. Die unterschiedliche Folgewirkung einer Nichtgewährung der sozialen Unterstützung könnte somit eine Differenzierung im Hinblick auf die Bedingungen eines unionsrechtlichen Sozialhilfeleistungsanspruchs rechtfertigen.

Damit bleibt offen, ob auch in Fällen, in denen der Kernbestandsschutz ausnahmsweise nicht im Herkunftsstaat des Unionsbürgers Anwendung findet, ein Recht auf soziale Unterstützung besteht, auch wenn die ökonomischen Bedingungen nicht erfüllt sind. Auf der einen Seite lässt sich argumentieren, dass auch in diesen Fällen der faktische Ausreisezwang aus dem Unionsgebiet bejaht wird, wenn den Drittstaatsangehörigen kein Aufenthaltsrecht zuerkannt wird; folglich würde auch in diesen Fällen durch die Nichtgewährung von Sozialhilfeleistungen der Aufenthalt im Unionsgebiet verwehrt. Auf der anderen Seite wäre aber auch möglich, dass der Gerichtshof hier die Grenze zieht und entsprechend der Judikatur zum Freizügigkeitsrecht keinen Inländergleichbehandlungsanspruch zuerkennt, sodass Familien, die Sozialhilfeleistungen benötigen, in den Herkunftsstaat des Unionsbürgers zurückkehren müssen, um sich dort auf Art. 20 AEUV berufen zu können.

VI. Rechtfertigung

Wie der Kernbestandsschutz nach der *Rottmann*-Judikatur gilt der Kernbestandsschutz nach der *Zambrano*-Judikatur nicht absolut. Die Verweigerung der aus dem Kernbestandsschutz fliessenden Rechte kann gerechtfertigt und mithin unionsrechtskonform sein. Die Rechtfertigung eines Eingriffs in den Kernbestandsschutz erfordert einen legitimen Rechtfertigungsgrund (1.) und die Wahrung der Schranken-Schranken (2.).

1. Rechtfertigungsgründe

Die Mitgliedstaaten können unionsrechtlich gewährte Rechte beschränken, wenn sie damit ein im Allgemeininteresse liegendes Ziel verfolgen.⁷⁴² Die beschränkenden Massnahmen müssen auf „objektiven, von der Staats-

742 Siehe etwa EuGH, *Rewe*, C-120/78, EU:C:1979:42, Rn. 8; EuGH, *Kraus*, C-19/92, EU:C:1993:125, Rn. 32; EuGH, *Gebhard*, C-55/94, EU:C:1995:411, Rn. 37.

angehörigkeit der Betroffenen unabhängigen Erwägungen des Allgemeininteresses [beruhen]“⁷⁴³. Desgleichen müssen die Rechte, die sich aus dem Kernbestandsschutz gemäss Art. 20 AEUV ableiten, aufgrund zwingender Erfordernisse des Allgemeinwohls beschränkt werden können. Betreffend das Aufenthaltsrecht stellte der Gerichtshof in seinen Entscheidungen zur Rs. CS und Rs. *Rendón Marín* bereits klar, dass dieses aus Gründen der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit verwehrt werden kann.⁷⁴⁴ Das abgeleitete Aufenthaltsrecht für die nach Art. 20 AEUV geschützten Drittstaatsangehörigen steht damit unter einem *Ordre-public*-Vorbehalt. Der Gerichtshof spricht den Drittstaatsangehörigen bzw. im Endeffekt den von ihnen abhängigen Unionsbürgern somit denselben Schutz zu wie den mobilen Unionsbürgern und ihren Familienangehörigen nach der Unionsbürgerrichtlinie: Gemäss Art. 27 Abs. 1 RL 2004/38/EG dürfen das Freizügigkeits- und Aufenthaltsrecht der Unionsbürger und deren Familienangehörigen aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit beschränkt werden. Dass das Aufenthaltsrecht nach Art. 20 AEUV desgleichen aus Gründen der Gesundheit verwehrt werden kann, schliesst die bisherige EuGH-Judikatur nicht aus. Denn der Gerichtshof zählte in CS und *Rendón Marín* „u. a.“⁷⁴⁵ die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit zu den möglichen Rechtfertigungsgründen.

Für die Rechtfertigung eines Eingriffs jedenfalls nicht erforderlich sind „zwingende Gründe der öffentlichen Sicherheit“ im Sinne des Art. 28 Abs. 3 RL 2004/38/EG. Diesen verstärkten Schutz, der im Rahmen des Freizügigkeitsrechts Unionsbürgern nach zehn Jahren Aufenthalt sowie grundsätzlich allen minderjährigen Unionsbürgern zugutekommt, wollte Generalanwalt Szpunar auch für den Kernbestandsschutz geltend wissen.⁷⁴⁶ Denn er erkannte, dass letztlich der minderjährige Unionsbürger zur Ausreise aus dem Unionsgebiet gezwungen ist, sollte seinem drittstaatsangehörigen Elternteil ein Aufenthaltsrecht verwehrt werden. Die Folgewirkung der nationalen Massnahme für den minderjährigen Unionsbürger hätte

743 Siehe etwa EuGH, *De Cuyper*, C-406/04, EU:C:2006:491, Rn. 40; EuGH, *Tas-Hagen und Tas*, C-192/05, EU:C:2006:676, Rn. 33; ähnlich EuGH, *Bickel und Franz*, C-274/96, EU:C:1998:563, Rn. 27.

744 EuGH, CS, C-304/14, EU:C:2016:674, Rn. 36; EuGH, *Rendón Marín*, C-165/14, EU:C:2016:675, Rn. 81; bestätigt nunmehr in EuGH, K.A., C-82/16, EU:C:2018:308, Rn. 90.

745 EuGH, CS, C-304/14, EU:C:2016:674, Rn. 36; EuGH, *Rendón Marín*, C-165/14, EU:C:2016:675, Rn. 81.

746 GA Szpunar, *Rendón Marín* und CS, C-165/14 und C-304/14, EU:C:2016:75, Rn. 168.

eine Beschränkung der möglichen Rechtfertigungsgründe jedenfalls zugelassen. Der Gerichtshof begnügt sich jedoch mit einem weniger strengen Ordre-public-Vorbehalt.

Für die Definition der „öffentlichen Ordnung“ und der „öffentlichen Sicherheit“ knüpft der Gerichtshof an seine Rechtsprechung zum Freizügigkeitsrecht an.⁷⁴⁷ Diese Judikatur betraf jedoch durchweg Unionsbürger und nicht deren drittstaatsangehörigen Familienmitglieder. Dass jene gleichwohl auch für die Situation der Drittstaatsangehörigen gilt, begründete Generalanwalt Szpunar wie folgt: Die in der Unionsbürgerrichtlinie statuierte Beschränkung des Freizügigkeitsrechts orientiere sich an eben dieser Rechtsprechung des Gerichtshofs; die Rechtfertigungsmöglichkeit im Rahmen der Unionsbürgerrichtlinie gelte allerdings nicht nur für Unionsbürger, sondern gemäss Art. 27 Abs. 1 gleichermaßen für ihre Familienangehörigen ungeachtet deren Staatsangehörigkeit.⁷⁴⁸ Auch wenn die Richtlinie nicht auf die nach Art. 20 AEUV geschützten Drittstaatsangehörigen anwendbar sei, seien die vom EuGH entwickelten Kriterien zum Ordre-public-Vorbehalt für freizügigkeitsausübende Unionsbürger ebenso für die Beschränkung des nach Art. 20 AEUV abgeleiteten Aufenthaltsrechts heranzuziehen. Denn nur so könne eine „Inkohärenz“ zwischen primär- und sekundärrechtlich gewährten Rechten vermieden werden. Zu Recht dient daher die Judikatur zum Freizügigkeitsrecht als Massstab für den Ordre-public-Vorbehalt im Rahmen des Kernbestandsschutzes. Damit bleibt nicht nur eine einheitliche Auslegung dieser Begriffe gewahrt, sondern ist auch der Rechtssicherheit gedient, da auf eine umfassende Judikatur des Gerichtshofs zurückgegriffen werden kann.

Die Begriffe „öffentliche Ordnung“ und „öffentliche Sicherheit“ als Rechtfertigungsgründe für Ausnahmen unionsrechtlich gewährter Rechte sind nach ständiger EuGH-Judikatur eng auszulegen.⁷⁴⁹ In diesem Sinne postulierte der Gerichtshof auch in seinen beiden Entscheidungen zum Kernbestandsschutz eine enge Auslegung der beiden Rechtfertigungsgründe, deren Tragweite von den Mitgliedstaaten nicht einseitig festgelegt wer-

747 EuGH, CS, C-304/14, EU:C:2016:674, Rn. 37 – 39; EuGH, *Rendón Marín*, C-165/14, EU:C:2016:675, Rn. 82 f. (allerdings nicht das Freizügigkeitsrecht betraf EuGH, N., C-601/15 PPU, EU:C:2016:84); siehe hierzu nun auch EuGH, K.A., C-82/16, EU:C:2018:308, Rn. 91.

748 GA Szpunar, *Rendón Marín* und CS, C-165/14 und C-304/14, EU:C:2016:75, Rn. 144 – 158.

749 Siehe etwa EuGH, *van Duyn*, C-41/74, EU:C:1974:133, Rn. 18/19; EuGH, *Bouchereau*, C-30/77, EU:C:1977:172, Rn. 33/35; EuGH, *Kommission/Niederlande*, C-50/06, EU:C:2007:325, Rn. 42; EuGH, I., C-348/09, EU:C:2012:300, Rn. 23.

den darf und die der Kontrolle durch die Unionsorgane, insbesondere durch den Gerichtshof, unterliegen.⁷⁵⁰ Eine – wie auch immer geartete – „besonders enge Auslegung“, die nach Ansicht des Gerichtshofs der Unionsbürgerstatus erfordert,⁷⁵¹ wird im Rahmen des Kernbestandsschutzes gleichwohl nicht verlangt.

In der Rs. *van Duyn* erkannte der Gerichtshof, dass die Umstände für die Berufung auf die öffentliche Ordnung „von Land zu Land und im zeitlichen Wechsel verschieden sein“ können, sodass den Mitgliedstaaten hierbei ein Beurteilungsspielraum zu gewähren ist – wenngleich durch die unionsrechtliche Kontrolle begrenzt.⁷⁵² Jedenfalls genügt nach Ansicht des Gerichtshofs die blosse „Störung der sozialen Ordnung, die jeder Gesetzesverstoß darstellt“, für den Rechtfertigungsgrund der öffentlichen Ordnung nicht. Vielmehr muss „eine tatsächliche, gegenwärtige und erhebliche Gefahr [vorliegen], die ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt“⁷⁵³.

Unter der öffentlichen Sicherheit versteht der Gerichtshof

„sowohl die innere als auch die äußere Sicherheit eines Mitgliedstaats [...], so dass die Beeinträchtigung des Funktionierens der Einrichtungen des Staates und seiner wichtigen öffentlichen Dienste sowie das Überleben der Bevölkerung ebenso wie die Gefahr einer erheblichen Störung der auswärtigen Beziehungen oder des friedlichen Zusammenlebens der Völker oder eine Beeinträchtigung der militärischen Interessen die öffentliche Sicherheit berühren können“⁷⁵⁴.

Darüber hinaus sind die „Bekämpfung der mit bandenmäßigem Handel mit Betäubungsmitteln verbundenen Kriminalität [...] oder des Terroris-

750 EuGH, CS, C-304/14, EU:C:2016:674, Rn. 37; EuGH, *Rendón Marín*, C-165/14, EU:C:2016:675, Rn. 82.

751 EuGH, *Orfanopoulos und Oliveri*, C-482/01, EU:C:2004:262, Rn. 65; hierauf verweisend auch GA *Szpunar*, *Rendón Marín* und CS, C-165/14 und C-304/14, EU:C:2016:75, Rn. 142.

752 EuGH, *van Duyn*, C-41/74, EU:C:1974:133, Rn. 18/19; bestätigt etwa in EuGH, I., C-348/09, EU:C:2012:300, Rn. 23; siehe hierzu auch GA *Szpunar*, *Rendón Marín* und CS, C-165/14 und C-304/14, EU:C:2016:75, Rn. 141.

753 EuGH, CS, C-304/14, EU:C:2016:674, Rn. 38; EuGH, *Rendón Marín*, C-165/14, EU:C:2016:675, Rn. 83; grundlegend EuGH, *Rutili*, C-36/75, EU:C:1975:137, Rn. 26/28.

754 EuGH, CS, C-304/14, EU:C:2016:674, Rn. 39; EuGH, *Rendón Marín*, C-165/14, EU:C:2016:675, Rn. 83 mit jeweils Verweis auf EuGH, *Tsakouridis*, C-145/09, EU:C:2010:708, Rn. 43 f., und EuGH, N., C-601/15 PPU, EU:C:2016:84, Rn. 65 f.

mus“ vom Begriff der öffentlichen Sicherheit erfasst.⁷⁵⁵ Wie beim Rechtfertigungsgrund der öffentlichen Ordnung verlangt der Gerichtshof „eine tatsächliche und hinreichend schwere Gefährdung [...], die ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt“⁷⁵⁶.

Der Gerichtshof legte sich in seinen beiden Entscheidungen zur Rechtfertigungsmöglichkeit eines Eingriffs in Art. 20 AEUV nicht auf einen Rechtfertigungsgrund fest, sondern führte sowohl den Grund der öffentlichen Ordnung als auch den Grund der öffentlichen Sicherheit an.⁷⁵⁷ Beiden gemein ist, dass nur das persönliche Verhalten der von der Massnahme betroffenen Person ausschlaggebend sein darf; generalpräventive Erwägungen sind nicht zulässig.⁷⁵⁸ Darüber hinaus muss der Grad der gegenwärtigen Gefährlichkeit für die Gesellschaft berücksichtigt werden. Die Verurteilung wegen einer begangenen Straftat rechtfertigt noch nicht die Verwehrung eines abgeleiteten Aufenthaltsrechts;⁷⁵⁹ vielmehr müssen die nationalen Behörden prüfen, ob das Verhalten der drittstaatsangehörigen Person in concreto „eine tatsächliche, gegenwärtige und erhebliche Gefahr darstellt, die ein Grundinteresse der Gesellschaft oder des Aufnahmemitgliedstaats berührt“⁷⁶⁰. Nur wenn eine solche Gefahr festgestellt werden kann, darf ein Mitgliedstaat das abgeleitete Aufenthaltsrecht der nach Art. 20 AEUV schutzberechtigten Drittstaatsangehörigen aus Gründen der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit beschränken.

755 EuGH, CS, C-304/14, EU:C:2016:674, Rn. 39 mit Verweis auf EuGH, *Tsakouridis*, C-145/09, EU:C:2010:708, Rn. 45 f., und EuGH, *Oteiza Olazabal*, C-100/01, EU:C:2002:712, Rn. 12, 35.

756 So ausdrücklich in EuGH, *Kommission/Spanien*, C-114/97, EU:C:1998:519, Rn. 46; vgl. EuGH, CS, C-304/14, EU:C:2016:674, Rn. 40; EuGH, *Rendón Marín*, C-165/14, EU:C:2016:675, Rn. 84.

757 EuGH, CS, C-304/14, EU:C:2016:674, Rn. 40 – 47; EuGH, *Rendón Marín*, C-165/14, EU:C:2016:675, Rn. 84.

758 In diesem Sinne Art. 27 Abs. 2 RL 2004/38/EG; siehe hierzu EuGH, *Rendón Marín*, C-165/14, EU:C:2016:675, Rn. 60 f.; so nunmehr auch in EuGH, K.A., C-82/16, EU:C:2018:308, Rn. 93.

759 EuGH, CS, C-304/14, EU:C:2016:674, Rn. 44 – 57; EuGH, *Rendón Marín*, C-165/14, EU:C:2016:675, Rn. 84 – 86; in diesem Sinne auch Art. 27 Abs. 2 RL 2004/38/EG; hierzu EuGH, *Tsakouridis*, C-145/09, EU:C:2010:708, Rn. 48.

760 EuGH, CS, C-304/14, EU:C:2016:674, Rn. 46.

2. Schranken-Schranken

Das Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes allein genügt nicht für die Rechtmäßigkeit der Verwehrung eines nach Art. 20 AEUV zustehenden Rechts. Die Mitgliedstaaten müssen zudem die Schranken-Schranken beachten, indem sie den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz (a) und die Unionsgrundrechte (b) wahren.

a) Verhältnismäßigkeitsgrundsatz

Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs ist ein Eingriff in den Kernbestandsschutz nur dann gerechtfertigt und damit unionsrechtskonform, wenn der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gewahrt bleibt.⁷⁶¹ Der EuGH hat konkrete Kriterien entwickelt, die es bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung zu berücksichtigen gilt:

„Bei dieser Beurteilung sind daher u. a. das persönliche Verhalten des Betroffenen, die Dauer und Rechtmäßigkeit seines Aufenthalts im Hoheitsgebiet des betreffenden Mitgliedstaats, die Art und Schwere der begangenen Straftat, der Grad der gegenwärtigen Gefährlichkeit des Betroffenen für die Gesellschaft, das Alter der Kinder und ihr Gesundheitszustand sowie ihre familiäre und wirtschaftliche Situation zu berücksichtigen.“⁷⁶²

Die ersten Kriterien betreffen die Situation der von der Aufenthaltsverweigerung betroffenen drittstaatsangehörigen Person, während sich letztere auf die von ihnen abhängigen Unionsbürger beziehen.

Damit sind bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung zum einen die persönlichen Umstände des Drittstaatsangehörigen zu berücksichtigen. Der Gerichtshof scheint sich hierbei an den Kriterienkatalog des Art. 28 Abs. 1

761 EuGH, *CS*, C-304/14, EU:C:2016:674, Rn. 41; EuGH, *Rendón Marín*, C-165/14, EU:C:2016:675, Rn. 85; nunmehr bestätigt in EuGH, *K.A.*, C-82/16, EU:C:2018:308, Rn. 93; vgl. auch die Verhältnismäßigkeitsprüfung von GA *Sharpston, Ruiz Zambrano*, C-34/09, EU:C:2010:560, Rn. 109 – 122. Zum Vergleich der Verhältnismäßigkeitsprüfung in den *Rs. CS* und *Rendón Marín* mit jener in anderen (jüngeren) EuGH-Entscheidungen zu Unionsbürgerrechten siehe *Neuvonen*, *CMLR* 2017, 1201 (1217f.).

762 EuGH, *Rendón Marín*, C-165/14, EU:C:2016:675, Rn. 86; fast wortgleich EuGH, *CS*, C-304/14, EU:C:2016:674, Rn. 42; nunmehr bestätigt in EuGH, *K.A.*, C-82/16, EU:C:2018:308, Rn. 94.

RL 2004/38/EG anzulehnen, der im Rahmen des Freizügigkeitsrechts für die Beurteilung der Verhältnismässigkeit einer Ausweisung aus Gründen der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit heranzuziehen ist. Allerdings bezieht er einige der dort statuierten Kriterien auf den Drittstaatsangehörigen und andere wiederum auf die Unionsbürger. Konsequenterweise müssen alle Kriterien auch in Bezug auf die drittstaatsangehörige Person beurteilt werden. Denn der EU-Gesetzgeber hat mit diesen festgelegt, welche Umstände die Mitgliedstaaten in ihrer Interessensabwägung einzubeziehen haben, wenn sie über die Ausweisung von Unionsbürgern oder deren Familienangehörigen entscheiden.⁷⁶³ Sofern die Mitgliedstaaten einem schutzberechtigten Drittstaatsangehörigen aus einem legitimen Grund das Aufenthaltsrecht verwehren, müssen sie sohin insbesondere folgende Umstände des Drittstaatsangehörigen berücksichtigen, die sich sowohl aus der Judikatur des Gerichtshofs zu Art. 20 AEUV als auch ergänzend aus Art. 28 Abs. 1 RL 2004/38/EG analog ergeben: das persönliche Verhalten des Drittstaatsangehörigen, insbesondere die Art und Schwere der begangenen Straftat, der Grad der gegenwärtigen Gefährlichkeit für die Gesellschaft, die Dauer und Rechtmässigkeit des Aufenthalts im betreffenden Mitgliedstaat, das Alter, der Gesundheitszustand, die familiäre und wirtschaftliche Lage, die soziale und kulturelle Integration im betreffenden Mitgliedstaat und die Bindung zum Herkunftsstaat.

Zum anderen müssen bei der Verhältnismässigkeitsprüfung die persönlichen Umstände der vom Drittstaatsangehörigen abhängigen Unionsbürger berücksichtigt werden. Denn mit dem dem Drittstaatsangehörigen gemäss Art. 20 AEUV zu gewährenden Aufenthaltsrecht sollen die Unionsbürger vor einem faktischen Ausreisezwang aus dem Unionsgebiet bewahrt werden. Da die Unionsbürger die unmittelbar Schutzberechtigten des Kernbestandsschutzes sind, muss auch deren Situation gebührend Rechnung getragen werden. In diesem Sinne verwies der Gerichtshof auf das Alter, den Gesundheitszustand sowie die familiäre und wirtschaftliche Situation der minderjährigen Unionsbürger.⁷⁶⁴

Damit dürften die zu berücksichtigenden Faktoren jedoch nicht abschliessend aufgezählt worden sein. Auch betreffend die Situation der Unionsbürger drängt sich eine Anlehnung an die Kriterien des Art. 28 Abs. 1 RL 2004/38/EG auf. Die Unionsbürger sind zwar nicht von einer Ausweisung stricto sensu betroffen; der faktische Ausreisezwang führt dennoch

763 Vgl. Erwägung 23 RL 2004/38/EG.

764 EuGH, CS, C-304/14, EU:C:2016:674, Rn. 42; EuGH, *Rendón Marín*, C-165/14, EU:C:2016:675, Rn. 86.

zum gleichen Ergebnis. Neben den vom Gerichtshof erwähnten Kriterien muss dementsprechend ebenso etwa die soziale und kulturelle Integration der Unionsbürger im betreffenden Mitgliedstaat berücksichtigt werden. Im Rahmen des Freizügigkeitsrechts stellte der Gerichtshof bereits fest, dass die Ausweisung von Unionsbürgern nur aufgrund „sehr stichhaltiger Gründe“ gerechtfertigt ist, wenn diese „die meiste oder die gesamte Zeit [ihrer] Kindheit und Jugend“ im betreffenden Mitgliedstaat verbracht haben.⁷⁶⁵ Nichts Geringeres kann für die Rechtfertigungsprüfung im Rahmen des Kernbestandsschutzes gelten;⁷⁶⁶ dieser kommt schliesslich in der Regel im Herkunftsstaat der Unionsbürger zur Anwendung. Darüber hinaus hat das Ausmass der Bindung der Unionsbürger zum Drittstaat, in welchen sie bei der Verwehrung der Rechte nach Art. 20 AEUV zur Ausreise faktisch gezwungen sind, in die Verhältnismässigkeitsprüfung einzufließen: Sprechen die Unionsbürger die Sprache des Drittstaates,⁷⁶⁷ kennen sie den Drittstaat aufgrund früherer Aufenthalte und haben sie dort familiäre Bindungen?

Neben diesen Umständen, die den Aufenthalt an sich betreffen, muss die Verhältnismässigkeitsprüfung im Rahmen des Kernbestandsschutzes um eine Dimension erweitert werden: Zu berücksichtigen ist auch die „Auswirkung auf die unionsrechtliche Stellung“⁷⁶⁸ der betroffenen Unionsbürger.⁷⁶⁹ So forderte der Gerichtshof in *Rottmann* das vorlegende Gericht auf, die Folgen der nationalen Entscheidung für den Unionsbürger und seine Familienangehörigen „in Bezug auf den Verlust der Rechte, die jeder Unionsbürger genießt“, zu prüfen.⁷⁷⁰ Im Gegensatz dazu verlangte der Gerichtshof in der Folgejudikatur zu *Ruiz Zambrano* nicht, den Umstand zu berücksichtigen, dass die nationale Massnahme zum faktischen Verlust der Unionsbürgerrechte führt. Um diesen Aspekt ist die Verhältnismässigkeitsprüfung allerdings zu ergänzen. Denn mit dem Kernbestandschutz soll gerade die praktische Ausübungsmöglichkeit der Unionsbürgerrechte, insbesondere des Freizügigkeitsrechts, geschützt werden. Die Mit-

765 EuGH, *Tsakouridis*, C-145/09, EU:C:2010:708, Rn. 53 mit Verweis auf die Entscheidung EGMR, *Maslov v. Österreich*, 1638/03, Rn. 71 – 75.

766 Siehe der Verweis von GA *Szpunar, Rendón Marín* und CS, C-165/14 und C-304/14, EU:C:2016:75, Rn. 173 mit Fn. 164, auf EuGH, *Tsakouridis*, C-145/09, EU:C:2010:708, Rn. 53.

767 Dies als massgeblich erachtend auch *Nettesheim*, JZ 2011, 1030 (1034).

768 EuGH, *Rottmann*, C-135/08, EU:C:2010:104, Rn. 55.

769 In diese Richtung GA *Sharpston, Ruiz Zambrano*, C-34/09, EU:C:2010:560, Rn. 117.

770 EuGH, *Rottmann*, C-135/08, EU:C:2010:104, Rn. 56.

gliedstaaten sollten daher überdies prüfen müssen, ob der faktische Verlust des Freizügigkeitsrechts im Hinblick auf das mit der Massnahme verfolgte Ziel gerechtfertigt ist. Steht dieser Verlust in einem angemessenen Verhältnis zur Ausweisung eines Drittstaatsangehörigen aus Gründen der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit, weil dieser straffällig geworden ist?⁷⁷¹

Die mitgliedstaatlichen Behörden sind demnach angehalten, im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung eine konkrete Interessenabwägung unter Berücksichtigung aller relevanten Umstände des Einzelfalls vorzunehmen. Sie haben die nationalen Interessen wie etwa die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit auf der einen Seite und die Folgen der nationalen Massnahme für die Drittstaatsangehörigen sowie für die von ihnen abhängigen Unionsbürger auf der anderen Seite abzuwägen. Aufgrund der Charakterisierung der Unionsbürgerschaft als „grundlegenden Status der Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten“⁷⁷² dürfte es gleichwohl schwierig sein, dass ein Eingriff in den Kernbestandsschutz mit der Folge der faktischen Verwehrung wichtiger Unionsbürgerrechte der Verhältnismässigkeitsprüfung standhält.⁷⁷³ In diesem Sinne erkannte auch der Gerichtshof, dass die Verweigerung eines Aufenthaltsrechts für einen schutzberechtigten Drittstaatsangehörigen nur „unter außergewöhnlichen Umständen“⁷⁷⁴ rechtmässig ist.

b) Unionsgrundrechte

Eine weitere Schranken-Schranke für nationale Massnahmen, die in den Kernbestandsschutz eingreifen, bilden die Unionsgrundrechte. Wie der Gerichtshof in den Entscheidungen in *CS* und *Rendón Marín* klarstellte, müssen die Mitgliedstaaten im Rahmen der Interessenabwägung die Uni-

771 *Tewoacht*, ZEuS 2013, 219 (233 f.), erkennt in der Verwehrung der Unionsbürgerrechte aufgrund eines straffälligen Drittstaatsangehörigen eine „Sippenhaft“ und lehnt aus diesem Grund – jedoch noch vor den Entscheidungen in den Rs. *CS* und *Rendón Marín* – die Rechtfertigungsmöglichkeit eines Eingriffs in den Kernbestandsschutz ab.

772 So auch in EuGH, *CS*, C-304/14, EU:C:2016:674, Rn. 24, und in EuGH, *Rendón Marín*, C-165/14, EU:C:2016:675, Rn. 69.

773 *Lenaerts*, FMW 2011, 6 (15); in diese Richtung auch *Epiney*, NVwZ 2017, 846 (850).

774 EuGH, *CS*, C-304/14, EU:C:2016:674, Rn. 50.

3. Teil: Kernbestandsschutz nach der Zambrano-Judikatur

onsgrundrechte berücksichtigen.⁷⁷⁵ In diesem Sinne gilt die ERT-Rechtsprechung auch für den Kernbestandsschutz nach der Zambrano-Judikatur: Wenn sich ein Mitgliedstaat auf einen legitimen im Allgemeininteresse liegenden Grund

„beruft, um eine Regelung zu rechtfertigen, die geeignet ist, [in den Kernbestandsschutz einzugreifen], ist diese im Gemeinschaftsrecht vorgesehene Rechtfertigung im Lichte der allgemeinen Rechtsgrundsätze und insbesondere der Grundrechte auszulegen.“⁷⁷⁶

Ein Eingriff in Art. 20 AEUV ist demnach nur dann gerechtfertigt und somit unionsrechtskonform, wenn damit letztlich auch keine Unionsgrundrechte verletzt werden.

Der Gerichtshof hob in den Rs. *CS* und *Rendón Marín* das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens nach Art. 7 GRC sowie das Wohl des Kindes nach Art. 24 Abs. 2 GRC hervor.⁷⁷⁷ Zur Berücksichtigungspflicht des Kindeswohls verwies der Gerichtshof auf die Rechtsprechung des EGMR, wonach insbesondere dem Alter des Kindes, seiner Situation im betreffenden Mitgliedstaat und dem Grad seiner Abhängigkeit vom Elternteil Bedeutung beizumessen ist.⁷⁷⁸ Im Gegensatz dazu berücksichtigte der EGMR nicht nur die Situation des Kindes in einem Staat, sondern dessen Situation in allen den Fall betreffenden Staaten, d. h. auch die Situation des Kindes in jenem Staat, in welchen es zur Ausreise gezwungen wäre.⁷⁷⁹ Es ist nur folgerichtig, auch bei der Prüfung des Kindeswohls nach Art. 24 GRC die Situation des Kindes im Drittstaat zu beachten.⁷⁸⁰

In einem anderen Zusammenhang erklärte der Gerichtshof, dass Art. 7 GRC überdies „unter Beachtung des in Artikel 24 Absatz 3 niedergelegten

775 EuGH, CS, C-304/14, EU:C:2016:674, Rn. 36, 41, 48 f.; EuGH, *Rendón Marín*, C-165/14, EU:C:2016:675, Rn. 85; nunmehr bestätigt in EuGH, K.A., C-82/16, EU:C:2018:308, Rn. 93; vgl. auch bereits die Grundrechtsprüfung von GA *Sharpston, Ruiz Zambrano*, C-34/09, EU:C:2010:560, Rn. 54 – 66.

776 Vgl. EuGH, CS, C-304/14, EU:C:2016:674, Rn. 48 mit Verweis auf EuGH, *Tsakouridis*, C-145/09, EU:C:2010:708, Rn. 52, worin wiederum auf EuGH, *Orfanopoulos und Oliveri*, C-482/01, EU:C:2004:262, Rn. 97, verwiesen wird, worin wiederum u. a. auf EuGH, ERT, C-260/89, EU:C:1991:254, Rn. 43, verwiesen wird.

777 EuGH, CS, C-304/14, EU:C:2016:674, Rn. 36, 41, 48 f.; EuGH, *Rendón Marín*, C-165/14, EU:C:2016:675, Rn. 85.

778 EuGH, CS, C-304/14, EU:C:2016:674, Rn. 49 mit Verweis auf EGMR, *Jeunesse v. Niederlande*, 12738/10, Rn. 118.

779 EGMR, *Jeunesse v. Niederlande*, 12738/10, Rn. 118 f.

780 In diese Richtung auch GA *Szpunar*, *Rendón Marín* und CS, C-165/14 und C-304/14, EU:C:2016:75, Rn. 174.

Erfordernisses zu lesen [ist], dass das Kind regelmäßig persönliche Beziehungen zu beiden Eltern unterhält.“⁷⁸¹ In seinen Entscheidungen zum Kernbestandsschutz verwies der Gerichtshof zwar lediglich auf das Wohl des Kindes im Sinne des Art. 24 Abs. 2 GRC. Allerdings entspricht der in Art. 24 Abs. 3 GRC statuierte Anspruch auf eine regelmässige persönliche Beziehung und direkte Kontakte zu beiden Elternteilen „unbestreitbar dem Wohle jedes Kindes“⁷⁸². Sohin ist auch diesem grundrechtlichen Anspruch bei der Rechtfertigungsprüfung gerecht zu werden.⁷⁸³

Darüber hinaus – und insbesondere für volljährige Unionsbürger – spielt das Grundrecht auf Achtung des Familienlebens nach Art. 7 GRC eine Rolle für die Rechtfertigung eines Eingriffs in Art. 20 AEUV. Bei der Prüfung dieses Grundrechts ist sowohl der Situation des von der Ausweisung betroffenen Drittstaatsangehörigen als auch der Situation der von ihm abhängigen Unionsbürger Rechnung zu tragen.⁷⁸⁴ Das Grundrecht nach Art. 7 GRC gewährt zwar kein Recht, in ein bestimmtes Land einzureisen oder sich dort aufzuhalten; es stellt dennoch einen Eingriff dar, wenn einer Person verweigert wird, in ein Land, in welchem nahe Verwandte wohnen, einzureisen und sich dort aufzuhalten.⁷⁸⁵ Neben dieser positiven Verpflichtung enthält Art. 7 GRC desgleichen eine negative Verpflichtung, nach der die Mitgliedstaaten eine Person nicht ausweisen dürfen.⁷⁸⁶ Für diesen Schutz muss ein Familienleben im Sinne des Art. 7 GRC vorliegen.⁷⁸⁷ Besteht kein Familienleben, schützt das Recht des Privatlebens vor einer Ausweisung, sofern ausreichende soziale Bindungen zur Gesellschaft des Aufenthaltsstaates vorhanden sind.⁷⁸⁸ Verfügt eine Person so-

781 EuGH, *Parlament/Rat*, C-540/03, EU:C:2006:429, Rn. 58; wiederholt etwa in EuGH, *O. und S.*, C-356/11 und C-357/11, EU:C:2012:776, Rn. 76.

782 EuGH, *Detiček*, C-403/09 PPU, EU:C:2009:810, Rn. 54.

783 Vgl. der Verweis in EuGH, *CS*, C-304/14, EU:C:2016:674, Rn. 36 auf EuGH, *Detiček*, C-403/09 PPU, EU:C:2009:810, Rn. 53 f.; siehe auch die Erwähnung des Art. 24 Abs. 3 von GA *Sharpston, Ruiz Zambrano*, C-34/09, EU:C:2010:560, Rn. 61, sowie dessen Prüfung von GA *Trstenjak, Iida*, C-40/11, EU:C:2012:296, Rn. 82 – 86.

784 Vgl. GA *Sharpston, Ruiz Zambrano*, C-34/09, EU:C:2010:560, Rn. 57, 62; EGMR, *Jeunesse v. Niederlande*, 12738/10, Rn. 117.

785 Siehe noch zu Art. 8 EMRK etwa EuGH, *Carpenter*, C-60/00, EU:C:2002:434, Rn. 42; bekräftigt in EuGH, *Parlament/Rat*, C-540/03, EU:C:2006:429, Rn. 53.

786 EuGH, *Parlament/Rat*, C-540/03, EU:C:2006:429, Rn. 52; EuGH, *Orfanopoulos und Oliveri*, C-482/01, EU:C:2004:262, Rn. 98.

787 Siehe zum Begriff des Familienlebens oben, 169 – 171.

788 EGMR, *Maslov v. Österreich*, 1638/03, Rn. 63; hierauf verweisend EuGH, *Tsakouridis*, C-145/09, EU:C:2010:708, Rn. 52.

wohl über ein entsprechendes Familienleben als auch über ein entsprechendes Privatleben, hängt es von den Umständen des Falls ab, unter welchem Aspekt die aufenthaltsrechtliche Massnahme zu prüfen ist.⁷⁸⁹

Nur wenn diese Unionsgrundrechte nicht verletzt werden, sind die Schranken-Schranken gewahrt und damit der Eingriff in den Kernbestandsschutz gerechtfertigt. Der Mehrwert der Unionsgrundrechte als Schranken-Schranke für den Kernbestandsschutz dürfte in den meisten Fällen allerdings gering sein.⁷⁹⁰ Die Verhältnismässigkeitsprüfung eines Eingriffs in Art. 20 AEUV bedarf einer differenzierten Abwägung der öffentlichen Interessen einerseits und der persönlichen Umstände der Drittstaatsangehörigen und der von ihnen abhängigen Unionsbürger andererseits, wobei insbesondere auch die Folgen des faktischen Verlusts der Unionsbürgerrechte zu berücksichtigen sind. Diese Verhältnismässigkeitsprüfung lässt wohl einen kleineren Ermessensspielraum zu als jene im Rahmen der Grundrechtsprüfung.⁷⁹¹ Wird die Verhältnismässigkeit eines Eingriffs in den Kernbestandsschutz bejaht, dürfte somit im Regelfall die Verhältnismässigkeit eines Grundrechtseingriffs auf Ebene der Schranken-Schranken gegeben sein. Die Achtung der Unionsgrundrechte wird folglich in den meisten Fällen die Rechtmässigkeit eines Eingriffs in Art. 20 AEUV nicht verhindern. Dennoch kommt den Grundrechten als letztes Korrektiv in dem Sinne eine Bedeutung zu, als grundrechtliche Erwägungen in die Rechtfertigungsprüfung einfließen. In erster Linie ist dies für die minderjährigen Unionsbürger von Bedeutung, deren Rechte als Kinder verstärkt geschützt werden. Dem Eingriff in den Kernbestandsschutz von minderjährigen Unionsbürgern müssen daher besonders gewichtige Gründe des Allgemeininteresses gegenüberstehen, um gerechtfertigt sein zu können.

C. Zusammenfassung

Mit der Grundsatzentscheidung in der *Rs. Ruiz Zambrano* im Jahr 2011 hat der Gerichtshof – neben der *Rottmann*-Judikatur – eine weitere Ausprä-

789 EGMR, *Maslov v. Österreich*, 1638/03, Rn. 63.

790 In diese Richtung auch von Bogdandy et al., ZaöRV 2012, 45 (65); Wendel, DÖV 2014, 133 (141); Wiesbrock, GLJ 2011, 2077 (2092).

791 Vgl. zum grösseren Ermessensspielraum für die Mitgliedstaaten im Rahmen der Grundrechte als im Rahmen der Unionsbürgerrechte Thym, EuR 2015 Beiheft 1, 135 (150 – 153).

gung des Kernbestandsschutzes entwickelt. Entsprechend dem Kernbestandsschutz nach der *Zambrano*-Judikatur gemäss Art. 20 AEUV sind die Unionsbürger vor einem faktischen Ausreisezwang aus dem Unionsgebiet geschützt, indem der drittstaatsangehörigen Person, von der sie abhängig sind, ein Aufenthaltsrecht zu gewähren ist. Denn Art. 20 AEUV steht „nationalen Maßnahmen entgegen, die bewirken, dass den Unionsbürgern der tatsächliche Genuss des Kernbestands der Rechte, die ihnen der Unionsbürgerstatus verleiht, verwehrt wird“. In bislang elf Folgeentscheidungen konkretisierte der Gerichtshof den Kernbestandsschutz, wobei er eine restriktive Handhabung dieser neuen Rechtsfigur an den Tag legte und einige Fragen zu deren Anwendung offenliess.

Der Gerichtshof begründete den Kernbestandsschutz in *Ruiz Zambrano* mit der Formel des „grundlegenden Status der Angehörigen der Mitgliedstaaten“ und in den Folgejudikaten mit der praktischen Wirksamkeit der Unionsbürgerschaft. Auch wenn eine weitergehende Begründung der neuen Schutzkategorie wünschenswert gewesen wäre, ist das Ergebnis durchaus gerechtfertigt. Denn die praktische Wirksamkeit der Unionsbürgerschaft fordert gerade den Aufenthalt im Unionsgebiet. Nur so können die Unionsbürger ihr Recht auf Freizügigkeit auch tatsächlich ausüben.

Der Kernbestandsschutz kommt nur subsidiär zur Anwendung, sodass zunächst zu prüfen ist, ob dem Drittstaatsangehörigen aufgrund einer anderen Unionsrechtsbestimmung ein Aufenthaltsrecht zusteht. Nur wenn dies – aus welchen Gründen auch immer – zu verneinen ist, gilt es den Kernbestandsschutz nach Art. 20 AEUV heranzuziehen. Überdies verpflichtet der Kernbestandsschutz in erster Linie den Angehörigkeitsstaat der Unionsbürger. In Ausnahmefällen dürfte der Schutz auch in einem Mitgliedstaat zur Anwendung kommen, dessen Staatsangehörigkeit die Unionsbürger nicht besitzen. In welchen Fällen die Unionsbürger für die Berufung auf Art. 20 AEUV nicht in ihren Herkunftsstaat zurückkehren müssen, bleibt in der Rechtsprechung des EuGH offen, liesse sich jedoch anhand der Unionsgrundrechte oder alternativ mithilfe des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes lösen.

Der Kernbestandsschutz nach der *Zambrano*-Judikatur kennzeichnet sich wie jenem nach der *Rottmann*-Judikatur dadurch, dass sich der Unionsrechtsbezug durch den Eingriff in Art. 20 AEUV ergibt; ein grenzüberschreitender Sachverhalt ist nicht vorausgesetzt. Eine transnationale Mobilität der Unionsbürger ist für die Berufung auf Art. 20 AEUV sohin nicht erforderlich. Die Unionsbürger sind die unmittelbar Schutzberechtigten des Kernbestandsschutzes. Den Drittstaatsangehörigen, von denen die Unionsbürger abhängig sind, ist ein Aufenthaltsrecht zu gewähren, um die

3. Teil: Kernbestandsschutz nach der Zambrano-Judikatur

Unionsbürger vor einem faktischen Ausreisezwang aus dem Unionsgebiet zu schützen. Im Vordergrund bzw. in den Worten des Gerichtshofs „in einem immanenten Zusammenhang“ steht dabei das Freizügigkeitsrecht – insbesondere dieses Recht kann ohne Aufenthalt im Unionsgebiet nicht ausgeübt werden. Entnimmt man dem Kernbestandsschutz ein Recht auf Aufenthalt im Unionsgebiet, ist dieses höchstensfalls indirekter Natur, indem es dem Freizügigkeitsrecht zur praktischen Wirksamkeit verhilft.

Der Kreis der Drittstaatsangehörigen als mittelbar Schutzberechtigte des Kernbestandsschutzes bestimmt sich nach der Abhängigkeit der Unionsbürger von den jeweiligen Drittstaatsangehörigen. Der Gerichtshof legt das Abhängigkeitskriterium weitgehend entsprechend dem Effet-utilis-Prinzip aus, lässt jedoch in der jüngeren Rechtsprechung in gewissen Fragen auch eine Auslegung im Lichte der Unionsgrundrechte erkennen. Nach der Rechtsprechung des EuGH sind Drittstaatsangehörige schutzberechtigt, wenn sie für den Unionsbürger die „rechtliche, finanzielle oder affektive Sorge“ tragen. Die einzelnen Abhängigkeitsformen bedürfen noch einer Konkretisierung durch den EuGH. Jedenfalls nicht genügen dürfte nur eine Form der Abhängigkeit, sodass die Unionsbürger rechtlich oder finanziell und affektiv von der drittstaatsangehörigen Person abhängig sein müssen. Zudem muss bei der Abhängigkeitsprüfung berücksichtigt werden, ob eine andere Person als die von der Ausweisung betroffene drittstaatsangehörige für den Unionsbürger sorgen könnte. Dahingegen würde eine ganzheitliche Auslegung des Abhängigkeitskriteriums im Lichte der Unionsgrundrechte einen weiteren Kreis der schutzberechtigten Drittstaatsangehörigen nach sich ziehen.

Dem schutzberechtigten Drittstaatsangehörigen ist ein Aufenthaltsrecht zu gewähren, das von ausreichenden Existenzmitteln und einem umfassenden Krankenversicherungsschutz unabhängig ist. Die Dauer des Aufenthaltsrechts dürfte von der Schutzbedürftigkeit des Unionsbürgers abhängen: Solange der Unionsbürger vom Drittstaatsangehörigen abhängig ist und dessen Sorge bedarf, muss sich der Drittstaatsangehörige im Unionsgebiet aufhalten dürfen. Begleitend zum Aufenthaltsrecht ist der drittstaatsangehörigen Person ein Recht auf Ausübung einer Erwerbstätigkeit zuzusprechen. Konsequenterweise müssen die Familien, deren Situation in den Schutzbereich des Kernbestandsschutzes fällt, im Hinblick auf soziale Unterstützungen ein Recht auf Inländergleichbehandlung erfahren.

Wie der Kernbestandsschutz nach der Rottmann-Judikatur gilt der Kernbestandsschutz nach der Zambrano-Judikatur nicht absolut. Das Aufenthaltsrecht nach Art. 20 AEUV kann nach der Rechtsprechung des EuGH aus Gründen der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit verweigert werden.

Bei der Prüfung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes und der Unionsgrundrechte als Schranken-Schranken muss sowohl die Situation des von der Aufenthaltsverweigerung betroffenen Drittstaatsangehörigen berücksichtigt werden als auch jene der von ihnen abhängigen Unionsbürger. Dabei ist im Besonderen dem Umstand Rechnung zu tragen, dass die Verweigerung des Aufenthaltsrechts zum faktischen Verlust der Unionsbürgerrechte, insbesondere des Freizügigkeitsrechts, führt.