
Von „Zambrano“ bis „O. und S.“ – zur (Weiter-)Entwicklung der Kernbereichsrechtsprechung des EuGH

Hannah Tewocht*

Inhalt

I.	Einleitung	220
II.	Aufgabe des „grenzüberschreitenden Sachverhalts“ in der Rechtssache „Zambrano“?	221
III.	Die klarstellende Wirkung des „McCarthy“-Urteils	224
1.	Das „Prüfschema“ des „McCarthy“-Urteils	225
2.	Offene Fragen	226
IV.	Der Kernbestand der Unionsbürgerrechte	228
1.	Die „O. und S.“-Kriterien	230
2.	Fazit	231
V.	Rechtfertigung der Beeinträchtigung des Kernbestands der Unionsbürgerrechte?	233
VI.	Zusammenfassung: Das „Prüfschema“	234
VII.	Ausblick	236

* Die Verfasserin ist wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Öffentliches Recht von Prof. Dr. Winfried Kluth, Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg.

I. Einleitung

Das im Jahr 2011 ergangene EuGH-Urteil in der Rechtssache *Zambrano*¹ hat in Wissenschaft und Rechtsprechung für große Aufregung gesorgt, war dort doch erstmalig von einem unantastbaren Kernbereich der Unionsbürgerschaft die Rede. Obgleich die Anwendbarkeit von Unionsrecht prinzipiell einen grenzüberschreitenden Sachverhalt zur Voraussetzung hat,² hatte sich der EuGH in der rein internen „Zambrano“-Konstellation für zuständig erklärt, den Fall anhand von Unionsrecht zu beurteilen, da er den Kernbereich der Unionsbürgerrechte gefährdet sah (dazu sogleich unter II.). Die „Entdeckung“ eines solchen Kernbereichs der Unionsbürgerrechte in einem internen Sachverhalt hätte eine ausführliche dogmatische Herleitung und Begründung erfordert.³ Die Urteilsbegründung war jedoch – auch für EuGH-Verhältnisse – ungewöhnlich kurz und provozierte dementsprechend höchst unterschiedliche Deutungen in der Literatur.⁴ Bedeutete das „Zambrano“-Urteil etwa die Abkehr vom Erfordernis des grenzüberschreitenden Sachverhalts und damit auch das Ende der Inländerdiskriminierung⁵?⁶

¹ EuGH, Rs. C-34/09, *Zambrano*, Slg. 2011, I-1177.

² Das betont auch der EuGH selbst in st. Rspr., vgl. EuGH, Rs. C-148/02, *García Avello*, Slg. 2003, I-11613; EuGH, Rs. C-403/03, *Schempp*, Slg. 2005, I-6421; EuGH, Rs. C-212/06, *Gouvernement de la Communauté Française und Gouvernement Wallon*, Slg. 2008, I-1683; EuGH, Rs. C-434/09, *McCarthy*, Slg. 2011, I-3375. Aus der Literatur vgl. *Wollenschläger*, Grundfreiheit ohne Markt, 2007, S. 156 ff.; *Kubicki*, Die subjektivrechtliche Komponente der Unionsbürgerschaft, EuR 2006, S. 492 f.; *Calliess*, Der Unionsbürger: Status, Dogmatik und Dynamik, EuR Beiheft 1/2007, S. 7, 26 ff.

³ So auch *Hailbronner/Thym*, Ruiz Zambrano – Die Entdeckung des Kernbereichs der Unionsbürgerschaft, NJW 2011, S. 2010.

⁴ Dazu auch *Raschka*, Aktuelle Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zum unionsrechtlichen Freizügigkeitsrecht, ZAR 2012, S. 231 m.w.N.

⁵ Der Begriff beschreibt das Phänomen, dass der „nicht gewanderte“ Unionsbürger, der im Staat seiner Staatsangehörigkeit lebt und arbeitet, in einzelnen Rechtsbereichen schlechter gestellt sein kann als ein „gewandelter“ Unionsbürger, da Letzterer durch die Ausübung des Freizügigkeitsrechts einen grenzüberschreitenden Bezug hergestellt hat und sich deshalb auf Unionsrecht berufen kann, Ersterer hingegen nicht. Sofern also das Unionsrecht im Einzelfall eine günstigere Regelung als das nationale Recht trifft, ist der Inländer („nicht gewandelter“ Unionsbürger) dem Ausländer („gewandelter“ Unionsbürger) gegenüber schlechter gestellt – eine ungewöhnliche Situation, da nationale Rechtsordnungen in der Regel die Privilegierung der eigenen Staatsangehörigen vor Ausländern vorsehen. Allg. zum Phänomen: *Riese/Noll*, Europarechtliche und verfassungsrechtliche Aspekte der Inländerdiskriminierung, NVwZ 2007, S. 516; *Epiney*, in: *Calliess/Ruffert* (Hrsg.), EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 18 AEUV, Rdnr. 28 ff.

⁶ So die erste Interpretation durch *Huber*, Die ausländerrechtlichen Folgen des EuGH-Urteils *Zambrano*, NVwZ 2011, S. 857 ff.; *Welte*, Familiennachzug zu Deutschen gemäß Unionsrecht?, InfAuslR 2011, S. 265; *Gutmann*, Vom Ende der Inländerdiskriminierung im Ausländerrecht, InfAuslR 2011, S. 177. Vgl. auch *Nettesheim*, Der „Kernbereich“ der Unionsbürgerschaft, JZ 2011, S. 1030, demzufolge das Urteil die „Unionsbürgerschaft einem grundlegenden Bedeutungswandel unterzogen [hat]. Die Unionsbürgerschaft dient zukünftig nicht mehr nur dem Schutz mobiler Bürger.“

Die ebenfalls im Jahr 2011 entschiedenen Rechtssachen *McCarthy*⁷ und *Dereci u.a.*⁸ gaben dem EuGH die Möglichkeit zur vertiefenden und klarstellenden Auseinandersetzung mit dem „Kernbestand der Unionsbürgerrechte“. Er arbeitete heraus, dass weder auf das Erfordernis des grenzüberschreitenden Bezugs verzichtet, noch die Inländerdiskriminierung abgeschafft werden sollte, die „Zambrano“-Konstellation stelle vielmehr einen eng umrissenen Ausnahmefall dar (III.).

Nachdem sich also insoweit die Aufregung um das „Zambrano“-Urteil wieder gelegt hat, erging am 6. Dezember 2012 das bislang weitgehend unbemerkt gebliebene Urteil in der Rechtssache *O. und S.*⁹ Im zugrundeliegenden Vorabentscheidungsersuchen eines finnischen Gerichts wird die Frage nach der Anwendung und der Reichweite der „Zambrano“-Grundsätze in einer Patchwork-Konstellation aufgeworfen. Das Urteil – das im Folgenden besprochen wird (IV.) – sei zum Anlass genommen, einige systematisierende Überlegungen zur Kernbereichsrechtsprechung des EuGH sowie zum Erfordernis des grenzüberschreitenden Bezugs anzustellen. Es wird der Versuch unternommen, unter Berücksichtigung der Folgeurteile *McCarthy*, *Dereci*, *O. und S.* ein „Prüfschema“ zu den „Zambrano“-Grundsätzen zu entwickeln (VI.).

Zudem wird auf die Erkenntnisse verwiesen, die die Rechtssache *O. und S.* für das übrige Ausländerrecht (außerhalb des Freizügigkeitsrechts der Unionsbürger) mit sich bringt (VII.).

II. Aufgabe des „grenzüberschreitenden Sachverhalts“ in der Rechtssache „Zambrano“?

Zunächst sei erinnert: In der Rechtssache *Zambrano*¹⁰ ging es um Kinder kolumbianischer Staatsangehöriger, die aufgrund ihrer Geburt in Belgien die belgische Staatsangehörigkeit erlangt hatten. Die Eltern waren in Belgien nur geduldet und bemühten sich über Jahre, eine dauerhafte Aufenthaltserlaubnis und eine Arbeitserlaubnis zu erhalten. Letztlich gelangte ihr Fall zum EuGH, der ihnen – gestützt auf die belgische Staatsangehörigkeit der Kinder (die Belgien nie verlassen hatten) – ein Aufenthaltsrecht als Familienangehörige von Unionsbürgern zusprach. Der EuGH stützte sein Urteil nicht auf das allgemeine Freizügigkeitsrecht (Art. 21 AEUV), sondern auf die Unionsbürgerschaft selbst: Artikel 20 AEUV stehe nationalen Maßnahmen entgegen, die bewirken, „dass Unionsbürgern der tatsächliche Genuss des

⁷ EuGH, Rs. C-434/09, *McCarthy*, Slg. 2011, I-3375.

⁸ EuGH, Rs. C-256/11, *Dereci u.a.*, Slg. 2011.

⁹ EuGH, verb. Rs. C-356/11 und C-357/11, *O. und S.*, Slg. 2012.

¹⁰ EuGH, Rs. C-34/09, *Zambrano*, Slg. 2011, I-1177.

Kernbestands der Rechte, die ihnen der Unionsbürgerstatus verleiht, verwehrt wird.“¹¹ Eine derartige Auswirkung liege dann vor, wenn die nationale Maßnahme (hier die Verweigerung des belgischen Staates, den Eltern eine Aufenthaltserlaubnis zu erteilen) dazu führe, dass sich Unionsbürger (die Kinder) *de facto* dazu gezwungen sehen, das Hoheitsgebiet der Europäischen Union zu verlassen. Denn müssten die Eltern Belgien (und die EU) verlassen, würden ihre minderjährigen Kinder sie begleiten und könnten in der Konsequenz ihre Rechte aus der Unionsbürgerschaft – zum Beispiel die Freizügigkeit (Art. 21 AEUV), das Wahlrecht (Art. 22) etc. – nicht mehr ausüben.¹²

Die Besonderheit des „Zambrano“-Falls bestand darin, dass die Kinder, um die es ging, noch nie von ihrem Recht auf Freizügigkeit Gebrauch gemacht hatten. Es handelte sich um belgische Staatsangehörige, die in Belgien lebten und Belgien nie verlassen hatten. Für deren Aufenthaltsrecht sowie die Verbleiberechte ihrer drittstaatsangehörigen Eltern ist normalerweise ausschließlich die belgische Staatsgewalt zuständig, eine derartige Fallkonstellation weist keinen Bezug zum Unionsrecht auf.¹³ Dementsprechend machten auch alle Mitgliedstaaten, die in dem Verfahren Erklärungen abgegeben haben, geltend, dass es sich um einen rein internen Sachverhalt ohne Bezug zum Unionsrecht handele.¹⁴ Aus diesem Grund sei die Entscheidung der belgischen Behörden nicht an Unionsrecht zu messen und der EuGH somit auch nicht für die Beurteilung des Falles zuständig, da er ausschließlich über die Einhaltung von Unionsrecht, nicht von rein nationalem Recht wacht. Auch eine Parallele zu den in den Jahren 2003, 2004 und 2008 entschiedenen Rechtssachen *Garcia Avello*,¹⁵ *Zhu und Chen*¹⁶ sowie *Grunkin und Paul*¹⁷ bestand nicht. Dort ging es zwar ebenfalls um minderjährige Unionsbürger, die nicht von ihrer Freizügigkeit Gebrauch gemacht hatten, und auch in diesen genannten Fällen war die Zuständigkeit des EuGH angezweifelt worden. Es handelte sich aber jeweils um Kinder, die eine andere Staatsangehörigkeit als diejenige ihres Aufenthaltsmitgliedstaats besaßen – insoweit ließ sich also ein grenzüberschreitender Sachverhalt konstruieren.¹⁸

¹¹ Ibid., Rdnr. 42.

¹² Ibid., Rdnrn. 43-45.

¹³ Allg. zum Erfordernis des grenzüberschreitenden Sachverhalts/grenzüberschreitenden Bezugs: *Seyr/Rümke*, Das grenzüberschreitende Element in der Rechtsprechung des EuGH zur Unionsbürgerschaft – zugleich eine Anmerkung zum Urteil in der Rechtssache *Chen*, EuR 2005, S. 667; *Epiney*, (Fn. 5), Art. 18 AEUV, Rdnr. 15 ff.; *Hailbronner*, in: Dausen, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, Juli 2012, D.I. Grundregeln, 2.e), Rdnr. 57 ff.

¹⁴ EuGH, Rs. C-34/09, *Zambrano*, Slg. 2011, I-1177, Rdnr. 37.

¹⁵ EuGH, Rs. C-148/02, *Garcia Avello*, Slg. 2003, I-11613.

¹⁶ EuGH, Rs. C-200/02, *Zhu und Chen*, Slg. 2004, I-9925.

¹⁷ EuGH, Rs. C-353/06, *Grunkin und Paul*, Slg. 2008, I-7639.

¹⁸ So auch *Seyr/Rümke*, (Fn. 13), S. 668 ff.

Der EuGH begründete seine Zuständigkeit und die Anwendbarkeit von Unionsrecht in der „Zambrano“-Konstellation mit einem Verweis¹⁹ auf das ein Jahr zuvor ergangene Urteil in der Rechtssache *Rottmann*.²⁰ Dort ging es um die Frage, ob der Verlust der Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaats (Rücknahme der Einbürgerung wegen Täuschung), der zur Staatenlosigkeit und somit auch zum Verlust der Unionsbürgerschaft führt, an Unionsrecht zu messen sei. Aufgrund der besonderen Sensibilität der Materie „Staatsangehörigkeitsrecht“, die in der ausschließlichen Zuständigkeit der Mitgliedstaaten liegt,²¹ nahm der Generalanwalt in seinen Schlussanträgen eine sehr sorgfältige Herleitung der grenzüberschreitenden Dimension des Sachverhalts vor und warnte: „Soll der Anwendungsbereich des Vertrags nicht ausgedehnt werden, ist bei den nationalen Bestimmungen über Erwerb und Verlust der Staatsangehörigkeit gewiss nicht allein deshalb Gemeinschaftsrecht anzuwenden, weil die Folge davon der Erwerb oder Verlust der Unionsbürgerschaft sein kann.“²² Eben diese Schlussfolgerung traf der EuGH aber. Dass der Verlust der Unionsbürgerschaft und der mit ihr verknüpften Rechte „ihrem Wesen und ihren Folgen nach unter das Unionsrecht fällt“, liege „auf der Hand“.²³

Verbindendes Element der Rechtssachen *Zambrano* und *Rottmann* ist somit die Überlegung, dass eine Anwendbarkeit von Unionsrecht immer dann besteht, wenn Maßnahmen eines Mitgliedstaats dazu führen, dass eine Person ihre Unionsbürgerrechte verliert – unabhängig davon, ob der Verlust auf rechtlicher (*Rottmann*) oder auf faktischer Ebene (*Zambrano*) stattfindet.²⁴ So hatte auch die Generalanwältin *Sharpston* in der Rechtssache *Zambrano* argumentiert: „Wenn die Eltern kein abgeleitetes Aufenthaltsrecht haben und gezwungen wären, Belgien zu verlassen, werden die Kinder aller Wahrscheinlichkeit nach mit ihnen außer Landes gehen müssen. 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

¹⁹ EuGH, Rs. C-34/09, *Zambrano*, Slg. 2011, I-1177, Rdnr. 42.

²⁰ EuGH, Rs. C-135/08, *Rottmann*, Slg. 2010, I-1449.

²¹ Dazu *Tewocht*, Anmerkung zu EuGH, Urt. v. 2.3.2010, Rs. C-135/08, *Rottmann*, ZAR 2010, S. 145; allg. zur Bedeutung des Staatsangehörigkeitsrechts im Kontext der Unionsbürgerschaft: *Sauerwald*, Die Unionsbürgerschaft und das Staatsangehörigkeitsrecht in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union, 1996; *Schönberger*, Unionsbürger, 2005, S. 272 ff.

²² Schlussanträge GA *Maduro* zu EuGH, Rs. C-135/08, *Rottmann*, Slg. 2010, I-1449, Nr. 10.

²³ EuGH, Rs. C-135/08, *Rottmann*, Slg. 2010, I-1449, Rdnr. 42.

²⁴ So auch *Dienelt*, Kein Anspruch auf Familiennachzug aus dem Kernbereich des Unionsbürgerrechts, *Migrationsrecht.net* v. 17.11.2011, <http://www.migrationsrecht.net/nachrichten-auslaenderrecht-europa-und-eu/unionsbuergerschaft-kernbereich-dereci-ruiz-zambrano-mccarthy.html> (13.6.2013). A.A. *Vitzthum*, Die Entdeckung der Heimat der Unionsbürger, *EuR* 2011, S. 554, für den der Verweis auf die Rechtssache *Rottmann* ins Leere läuft.

Situation der Kinder „ihrem Wesen und ihren Folgen nach unter das Unionsrecht fällt“.²⁵ Demzufolge besteht ein unionsrechtlicher Bezug immer dann, wenn ein (*de facto*) Verlust der Unionsbürgerrechte droht. Das gilt auch dann, wenn dies in einem Rechtsgebiet geschieht, das der Regelungshoheit der Mitgliedstaaten unterworfen ist.

Wann ein solcher „de facto“-Verlust der Unionsbürgerrechte bzw. – um die Worte des EuGH zu verwenden – eine Verwehrung des Genusses des „Kernbestands der Rechte, die [...] der Unionsbürgerstatus verleiht“,²⁶ droht, blieb zunächst unklar. Insbesondere die bemerkenswerte Knappheit der Urteilsbegründung trug zu den höchst unterschiedlichen Deutungen bei, die das „Zambrano“-Urteil in der Literatur erfuhr:²⁷ Teilweise wurde es als Abschaffung des Erfordernisses des grenzüberschreitenden Bezugs und somit als Abschaffung der Inländerdiskriminierung verstanden.²⁸ Teilweise wurde es als „Entdeckung der Heimat der Unionsbürger“ im Sinne eines Verbots der Ausweisung von Unionsbürgern aus dem Hoheitsgebiet der Union interpretiert.²⁹ Teilweise wurde es als neue „Kernbereichsdoktrin“ aufgefasst, die besagt, dass vom Erfordernis des grenzüberschreitenden Sachverhalts immer dann abgesehen werden kann, wenn der Kernbestand der Unionsbürgerrechte betroffen ist.³⁰

III. Die klarstellende Wirkung des „McCarthy“-Urteils

Das Folgeurteil *McCarthy*³¹ brachte zumindest dahingehend Klarheit, dass weder auf das Erfordernis des grenzüberschreitenden Bezugs verzichtet, noch die Inländerdiskriminierung abgeschafft werden sollte.³² In der Rechtssache *McCarthy* ging es um eine britisch-irische Doppelstaaterin, die im Vereinigten Königreich geboren wurde, dort aufwuchs und das Vereinigte Königreich nie verlassen hatte. Sie heiratete einen Jamaikaner. Die Eheleute machten – gestützt auf die doppelte Staatsangehörigkeit von Frau McCarthy – ein unionsrechtliches Aufenthaltsrecht im Vereinigten Königreich für sie als Unionsbürgerin und für ihn als Ehegatten einer Unionsbürgerin geltend. Der Gerichtshof schloss zunächst die unmittelbare Anwendbarkeit der

²⁵ Schlussanträge G^{ai}n *Sharpston* zu EuGH, Rs. C-34/09, *Zambrano*, Slg. 2011, I-1177, Nr. 95.

²⁶ EuGH, Rs. C-135/08, *Rottmann*, Slg. 2010, I-1449, Rdnr. 42.

²⁷ Dazu bereits Fn. 3 und 4.

²⁸ Vgl. die Nachweise in Fn. 6.

²⁹ *Vitzthum*, (Fn. 24), S. 550.

³⁰ *Hailbronner/Thym*, (Fn. 3), S. 2008; ähnlich auch *Frenz*, Reichweite des unionsrechtlichen Aufenthaltsrechts nach den Urteilen *Zambrano* und *McCarthy*, ZAR 2011, S. 221.

³¹ EuGH, Rs. C-434/09, *McCarthy*, Slg. 2011, I-3375.

³² So auch *Frenz*, (Fn. 30), S. 221.

Freizügigkeitsrichtlinie³³ aus, da diese sich ausschließlich auf Unionsbürger beziehe, die von ihrem Freizügigkeitsrecht Gebrauch gemacht haben (vgl. Art. 3 Abs. 1 Richtlinie 2004/38/EG). Auf dieses Ergebnis habe auch die doppelte Staatsangehörigkeit von Frau McCarthy keinen Einfluss.³⁴ In der anschließenden Prüfung, ob unmittelbar aus Art. 21 AEUV ein anderes Ergebnis folge, führt der Gerichtshof aus, dass die Anwendbarkeit von Unionsrecht einen Sachverhalt voraussetze, der mit einem „relevanten Element über die Grenzen eines Mitgliedstaats hinaus[weist]“. ³⁵ Die Tatsache, dass Frau McCarthy von ihrer Freizügigkeit keinen Gebrauch gemacht habe, bedeute nicht zwingend, dass ein rein interner Sachverhalt vorliege. Bewirke eine nationale Maßnahme, dass Unionsbürgern der „tatsächliche Genuss des Kernbestands der mit ihrem Unionsbürgerstatus verbundenen Rechte verwehrt oder die Ausübung des Rechts, sich gemäß Art. 21 AEUV im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, behindert würde“, stehe Art. 20 AEUV (bzw. Art. 21 AEUV) dem entgegen.³⁶

1. Das „Prüfschema“ des „McCarthy“-Urteils

Folgende Prüfungs- und Argumentationsstruktur lässt sich aus dem „McCarthy“-Urteil herausdestillieren:

1. Der Anwendungsbereich des Sekundärrechts (Freizügigkeitsrichtlinie) ist nur eröffnet, wenn der Unionsbürger ein „Berechtigter“ im Sinne des Art. 3 Abs. 1 Richtlinie 2004/38/EG ist, d.h., er muss sich in einen anderen Mitgliedstaat als den der eigenen Staatsangehörigkeit begeben oder sich dort aufhalten: Vorausgesetzt wird ein grenzüberschreitender Bezug, der in der Regel nur durch physischen Grenzübertritt hergestellt werden kann – die bloße Existenz einer doppelten Staatsangehörigkeit reicht dafür nicht aus.
2. Ist der Anwendungsbereich der Freizügigkeitsrichtlinie nicht eröffnet, können nationale Maßnahmen unmittelbar an Art. 20, 21 AEUV zu messen sein, vorausgesetzt, es besteht ein Bezug zum Unionsrecht. Dieser (grenzüberschreitende) Bezug setzt keinen physischen Grenzübertritt natürlicher Personen voraus. Er lässt sich herstellen, wenn entweder

³³ RL 2004/38/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 29.4.2004 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, ABl. L 158 v. 30.4.2004, S. 77.

³⁴ EuGH, Rs. C-434/09, *McCarthy*, Slg. 2011, I-3375, Rdnrn. 30-43.

³⁵ Ibid., Rdnr. 45.

³⁶ Ibid., Rdnr. 48 f.

- einem Unionsbürger der Kernbestand der mit dem Unionsbürgerstatus verbundenen Rechte verwehrt wird: „de facto“-Verlust der Unionsbürgerrechte in der „Zambrano“-Konstellation (ebenso wie im Fall *Zhu und Chen*³⁷) oder rechtlicher Verlust der Unionsbürgerrechte im Fall *Rottmann*,
- oder einem Unionsbürger durch „sonstiges Recht“ (außerhalb des Anwendungsbereichs der Freizügigkeitsrichtlinie) die Ausübung seines Freizügigkeitsrechts erschwert wird: Rechtssachen *Garcia Avello*³⁸ und *Grunkin und Paul*.³⁹

2. Offene Fragen

Im „McCarthy“-Urteil ging der EuGH insgesamt weitaus differenzierter als in der Rechtssache *Zambrano* vor, er klärte aber dennoch nicht umfassend alle dogmatischen Fragen. So ist unklar, ob der EuGH (so wie im „Prüfungschema“ formuliert) davon ausgeht, dass der grenzüberschreitende Bezug hergestellt ist, wenn der Kernbestand der Unionsbürgerrechte bedroht ist, oder ob er dann, wenn der Kernbestand der Unionsbürgerrechte bedroht ist, ausnahmsweise auf das Erfordernis des grenzüberschreitenden Bezugs verzichtet.⁴⁰ Diese Frage mag rein akademischer Natur sein, letztlich führen beide Herangehensweisen zur gleichen Folgeproblematik. Der Anwendungsbereich des Unionsrechts soll eröffnet sein, wenn der Kernbestand der Unionsbürgerrechte beeinträchtigt ist. Diese Aussage birgt aber die Gefahr eines Zirkelschlusses: Unionsrecht ist anwendbar, wenn Unionsrecht beeinträchtigt wird. Welcher Art die Beeinträchtigung des Unionsrechts sein muss, bleibt offen (dazu sogleich unter IV.).

Weiter ist offen, ob die Beeinträchtigung des Kernbestands der Unionsbürgerrechte gerechtfertigt werden könnte oder ob mit der Diagnose auch das Ergebnis – nämlich die Verletzung von Art. 20, 21 AEUV – feststeht (dazu unter V.).

Zuletzt sei noch auf folgende Problematik hingewiesen: Bei Lektüre des „McCarthy“-Urteils entsteht der Eindruck, dass der EuGH (so wie im Schema dargestellt) neben der Beeinträchtigung des Kernbestands der Unionsbürgerrechte eine zweite Fallgruppe – die „sonstige“ Beeinträchtigung der Freizügigkeit – etablieren möchte. Wortwörtlich führt das Gericht aus, dass nichts an der Lage von Frau McCarthy erkennen lasse, dass „die im Ausgangsverfahren in Rede stehende nationale Maß-

³⁷ EuGH, Rs. C-200/02, *Zhu und Chen*, Slg. 2004, I-9925, auch in diesem Fall ging es um Aufenthaltsrechtliche Fragen in der Konstellation minderjähriger Unionsbürger – drittstaatsangehöriger Elternteil.

³⁸ EuGH, Rs. C-148/02, *Garcia Avello*, Slg. 2003, I-11613.

³⁹ EuGH, Rs. C-353/06, *Grunkin und Paul*, Slg. 2008, I-7639.

⁴⁰ So die Interpretation von *Hailbronner/Thym*, (Fn. 3), S. 2008 ff. Vgl. auch *Nettesheim*, (Fn. 6), S. 1036, der von einer grundsätzlichen Abkehr von der bisherigen Konzeption ausgeht: „Transnationalität wird von *Ansässigkeit* ersetzt. Der Schutz der Unionsbürgerschaft wird aus dem funktionalen Kontext der Grundfreiheiten herausgelöst und jedem EU-Bürger – unabhängig eines Willens zur mobilen Aktivität – gewährt. An die Stelle des liberalen Freiheitsschutzes tritt der *Schutz eines Status* in einem bestimmten *Lebensumfeld*.“

nahme bewirkte, dass ihr der tatsächliche Genuss des Kernbestands der mit ihrem Unionsbürgerstatus verbundenen Rechte verwehrt *oder die Ausübung des Rechts, sich gemäß Art. 21 AEUV im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, behindert würde.*⁴¹ Diesem Vorgehen folgend, lässt sich der notwendige Bezug zum Unionsrecht herstellen, wenn die in Frage stehende staatliche Maßnahme entweder eine Kernbestandsbeeinträchtigung oder eine Freizügigkeitsbeschränkung bewirkt. In welchem Verhältnis steht aber die „sonstige“ Freizügigkeitsbeschränkung zur Freizügigkeitsrichtlinie? Und soll sie tatsächlich wie eine zweite Fallgruppe gleichrangig neben der Kernbereichsbeeinträchtigung stehen und den Anwendungsbereich von Unionsrecht eröffnen?

Die Ausführungen des EuGH zur Beschränkung der Freizügigkeit lassen sich wohl nur als rückwirkende Klarstellung in Bezug auf die Rechtssachen *Garcia Avello*⁴² und *Grunkin und Paul*⁴³ interpretieren. Der EuGH arbeitet in der Rechtssache *McCarthy* sehr deutlich heraus, dass nach wie vor ein grenzüberschreitender Sachverhalt vorliegen muss, um Unionsrecht anwenden zu können. Er betont, dass die bloße Existenz einer doppelten Staatsangehörigkeit nicht automatisch dazu führe, dass ein grenzüberschreitender Bezug vorliege.⁴⁴ Eben diese Interpretation legte aber insbesondere das Urteil *Garcia Avello* nahe. Dort hatte der EuGH einen grenzüberschreitenden Bezug festgestellt, weil die betreffenden Kinder die spanische Staatsangehörigkeit besaßen und in Belgien lebten. Die Tatsache, dass sie neben der spanischen auch die belgische Staatsangehörigkeit besaßen und seit ihrer Geburt in dem Land der eigenen Staatsangehörigkeit (Belgien) lebten und sich auch noch nie in Spanien (oder anderswo in der EU) aufgehalten hatten, sollte keine Rolle spielen.⁴⁵ Das Urteil wurde in der Literatur dahingehend aufgenommen, dass ein „Bezug zum Gemeinschaftsrecht bei Personen bestehe, die eine doppelte Staatsangehörigkeit besitzen, auch wenn sie von ihrem Recht auf Freizügigkeit noch nie Gebrauch gemacht haben.“⁴⁶ Um dieser Interpretation entgegenzutreten, führt der EuGH in der Rechtssache *McCarthy* sehr ausführlich aus, dass der bloße Besitz zweier europäischer Staatsangehörigkeiten noch nicht dazu geeignet sei, einen grenzüberschreitenden Bezug herzustellen. Auch in der Rechtssache *Garcia Avello* sei dieser Rückschluss nicht vorgenommen worden, es habe vielmehr eine Störung der Freizügigkeit der Betroffenen vorgelegen, weshalb der EuGH in der Rechtssache Stellung habe beziehen müssen.⁴⁷ Insoweit kommt dem „McCarthy“-Urteil nicht nur im Hinblick auf die

⁴¹ EuGH, Rs. C-434/09, *McCarthy*, Slg. 2011, I-3375, Rdnr. 49.

⁴² EuGH, Rs. C-148/02, *Garcia Avello*, Slg. 2003, I-11613.

⁴³ EuGH, Rs. C-353/06, *Grunkin und Paul*, Slg. 2008, I-7639.

⁴⁴ EuGH, Rs. C-434/09, *McCarthy*, Slg. 2011, I-3375, Rdnrn. 39-41, 44-56.

⁴⁵ EuGH, Rs. C-148/02, *Garcia Avello*, Slg. 2003, I-11613, Rdnr. 27 f.

⁴⁶ *Calliess*, (Fn. 2), S. 27. Ähnlich auch *Ackermann*, Case C-148/02, *Carlos Garcia Avello v. État Belge*, Judgment of the Full Court of 2 October 2003, [2003] ECR I-11613, CML Rev. 2007, S. 146 f.; *Dienelt*, in: Renner, *Ausländerrecht*, 9. Aufl. 2011, § 1 FreizügG/EU, Rdnr. 11 f.

⁴⁷ EuGH, Rs. C-434/09, *McCarthy*, Slg. 2011, I-3375, Rdnr. 51 f.

Rechtssache *Zambrano*, sondern auch bezüglich der Rechtssachen *Garcia Avello* und *Grunkin und Paul*⁴⁸ eine klarstellende Funktion zu: Der grenzüberschreitende Bezug stellt sich nicht durch das bloße Vorliegen einer doppelten Staatsangehörigkeit, sondern durch die Behinderung der Freizügigkeit her, die im konkreten Fall aus dem Zusammenspiel des belgischen und des spanischen Namensrechts resultierte. Eine solche Behinderung der Freizügigkeit kann gerechtfertigt werden.⁴⁹

IV. Der Kernbestand der Unionsbürgerrechte

Soll die Verwehrung des tatsächlichen Genusses des Kernbestands der Rechte, die der Unionsbürgerstatus gewährt, dazu führen, dass der Anwendungsbereich des Unionsrechts eröffnet ist, muss feststehen, wann von einer solchen Kernbereichsverletzung auszugehen ist. Es muss sich dabei um einen eng begrenzten Sonderfall handeln, da die Kernbereichsverletzung quasi-kompetenzbegründend wirkt.⁵⁰ Werden die Kernbereichsfälle ausufernd gehandhabt, droht eine Aushöhlung des europäischen Kompetenzgefüges, denn je häufiger eine Kernbereichsbeeinträchtigung angenommen wird, desto häufiger sind rein innerstaatliche Sachverhalte – die von der Grundkonzeption der begrenzten Einzelermächtigung⁵¹ her dem Einfluss durch Unionsrecht entzogen wären – an Unionsrecht zu messen.⁵²

Auch der EuGH scheint dieser Ansicht zu sein. Wohl um der aufgezeigten Problematik zu begegnen, ergänzte er seine Überlegungen zum Kernbestand der Unionsbürgerrechte in der Rechtssache *Dereci*⁵³ folgendermaßen: Das Kriterium der Verwehrung des Kernbestands der Unionsbürgerrechte beziehe sich auf Sachverhalte, „die dadurch gekennzeichnet sind, dass sich der Unionsbürger de facto gezwungen sieht, nicht nur das Gebiet des Mitgliedstaats, dem er angehört, zu verlassen,

⁴⁸ Dem Fall lag ein der Rechtssache *Garcia Avello* vergleichbarer Sachverhalt zugrunde.

⁴⁹ EuGH, Rs. C-434/09, *McCarthy*, Slg. 2011, I-3375, Rdnr. 52.

⁵⁰ So auch *Hailbronner/Thym*, (Fn. 3), S. 2009.

⁵¹ Allg. zum Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung *Calliess*, in: *Calliess/Ruffert*, (Fn. 5), Art. 5 EUV, Rdnr. 6 ff.; *von Danwitz*, in: *Dausen*, (Fn. 13), B.II.1, Rdnr. 2 f.

⁵² Vgl. auch die bereits zitierte Interpretation in Fn. 40 von *Nettesheim*, (Fn. 6), S. 1036, der in dieser Entwicklung eine theoretische Neufundierung der Unionsbürgerschaft sieht. Es finde ein grundsätzlicher Konzeptionswechsel statt, weg vom bisherigen funktional orientierten Schutz des mobilitätswilligen Unionsbürgers hin zu einem voraussetzungslosen Schutz des „Status Unionsbürger“ – „das Sein des Unionsbürgers ist zugleich Grund und Ziel“. In der Folge werde auch die Inländerschlechterstellung nur noch dann hinzunehmen sein, wenn dafür ein hinreichend gewichtiger sachlicher Grund bestehe.

⁵³ EuGH, Rs. C-256/11, *Dereci u.a.*, Slg. 2011.

sondern das Gebiet der Union als Ganzes. Diesem Kriterium kommt somit insofern ein ganz besonderer Charakter zu, als es Sachverhalte betrifft, in denen – *obwohl das Aufenthaltsrecht von Drittstaatsangehörigen betreffende abgeleitete Recht nicht anwendbar ist* – 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.⁵⁴ Aus diesem Grund rechtfertigt die bloße Tatsache, dass es für einen Unionsbürger aus wirtschaftlichen oder familiären Gründen wünschenswert ist, die Familiengemeinschaft mit seinen drittstaatsangehörigen Angehörigen im Gebiet der Union zu leben, nicht für sich genommen „die Annahme, dass der Unionsbürger gezwungen wäre, das Gebiet der Union zu verlassen, wenn [den drittstaatsangehörigen Familienmitgliedern] kein [unionsrechtliches] Aufenthaltsrecht gewährt würde.“⁵⁵

Es wird deutlich, dass nach Ansicht des EuGH Gefahren für den Kernbereich der Unionsbürgerrechte nur in besonderen Ausnahmesituationen bestehen – *Thym*⁵⁶ spricht an dieser Stelle von der „Grenzsituationen eines ‚Sein‘ oder ‚Nichtsein‘ der Unionsbürgerrechte“. Es genügt nicht, dass eine Familienzusammenführung zwischen einem Unionsbürger (der noch nie von seinem Freizügigkeitsrecht Gebrauch gemacht hat) und seinen drittstaatsangehörigen Familienangehörigen unter Berücksichtigung des Familienschutzes allgemein wünschenswert ist, um eine Kernbereichsverletzung des Unionsbürgerstatus anzunehmen. Der Kernbereich soll erst dann beeinträchtigt sein, wenn nationale Maßnahmen dazu führen, dass sich der Unionsbürger dazu gezwungen sieht, das Gebiet der Union zu verlassen. Ein solcher Zwang besteht selbst dann nicht, wenn der drittstaatsangehörige Ehepartner eines Unionsbürgers das Gebiet der Union verlassen muss – zumindest nicht, sofern der betreffende Unionsbürger nicht hinsichtlich seines Lebensunterhalts auf den Drittstaatsangehörigen angewiesen ist (so die Fallgestaltung in der Rechtssache *Dereci*). Mit dieser restriktiven Herangehensweise verdeutlicht der EuGH, dass die Unionsbürgerschaft als solche keinen allgemeinen Anspruch auf Familieneinheit beinhaltet. Er verweist stattdessen auf die menschenrechtlichen Vorgaben zum Familienschutz (Art. 7 GRCh und Art. 8 EMRK).⁵⁷ Insofern setzt er auch seine Rechtsprechungslinie von der abgeleiteten, „dienenden“ Funktion des Aufenthaltsrechts der (drittstaatsangehörigen) Familienangehörigen von Unionsbürgern fort:⁵⁸ drittstaatsangehörige Familienangehörige von Unionsbürgern erhalten ein Aufenthaltsrecht in der EU, damit der Unionsbürger unbeeinträchtigt vom „Mobilitätshindernis

⁵⁴ Ibid., Rdnr. 67.

⁵⁵ Ibid., Rdnr. 68.

⁵⁶ *Thym*, Anmerkung zu EuGH, Urt. v. 15.11.2011, Rs. C-256/11, *Dereci* u.a., NVwZ 2012, S. 103.

⁵⁷ EuGH, Rs. C-256/11, *Dereci* u.a., Slg. 2011, Rdnrn. 70-73.

⁵⁸ Dazu statt vieler: Schlussanträge GA Geelhoed zu EuGH, Rs. C-1/05, *Jia*, Slg. 2007, I-1.

Familientrennung⁵⁹ seine Freizügigkeit verwirklichen kann, bzw. – so die Konstellationen *Zhu und Chen*⁶⁰ sowie *Zambrano*⁶¹ – damit der (minderjährige) Unionsbürger überhaupt von seiner Unionsbürgerschaft Gebrauch machen kann. Im Übrigen richtet sich das Aufenthaltsrecht von Drittstaatsangehörigen in der Europäischen Union aber nicht nach dem Recht der Unionsbürger.

1. Die „O. und S.“-Kriterien

Die „Dereci“-Rechtsprechung wird im Folgeurteil *O. und S.*⁶² fortgesetzt und konkretisiert. Dort ging es um eine Patchwork-Konstellation: Aus der Ehe eines Finnen und einer Ghanaerin war ein Kind mit finnischer Staatsangehörigkeit hervorgegangen. Nach der Scheidung heiratete die Ghanaerin erneut, diesmal einen ivorischen Staatsangehörigen. Auch aus dieser Ehe ging ein Kind hervor, welches die ghanaische Staatsangehörigkeit besaß. Die Eheleute lebten zusammen mit beiden Kindern, dem finnischen aus der ersten Ehe der Mutter sowie dem gemeinsamen Kind. Da dem ivorischen Ehemann wegen fehlender Lebensunterhaltssicherung kein Aufenthaltstitel erteilt werden sollte, stellte sich die Frage, ob aus dem Unionsbürgerstatus des Kindes folge, dass dem neuen Ehemann der Mutter ein unionsrechtliches Aufenthaltsrecht zustehe. Denn müsste dieser Finnland (und die Europäische Union) verlassen, würde seine Ehefrau mit dem gemeinsamen Kind ihm folgen, und dann wäre auch das finnische Kind *de facto* gezwungen, die Union zu verlassen – so die Überlegung des vorlegenden Gerichts. Der EuGH bezweifelt dieses Ergebnis, gibt aber dem finnischen Gericht auf, selbst zu prüfen, ob in der vorliegenden Konstellation solch ein „de facto“-Zwang bestehe. Dies richte sich nach dem Abhängigkeitsverhältnis zwischen dem minderjährigen Unionsbürger und dem Drittstaatsangehörigen, dem ein Aufenthaltsrecht verweigert wird.⁶³

An dieser Stelle – und das ist das Besondere an der Rechtssache *O. und S.* – gibt der EuGH erstmalig Abwägungskriterien vor, die bei der Feststellung, ob ein *de facto* „Verlassens-Zwang“ besteht, zu berücksichtigen sind. Das ist im Sinne der Einheitlichkeit der Rechtsprechung zu begrüßen. Der Auftrag an die nationalen Gerichte, selbst darüber zu entscheiden, ob im konkreten Einzelfall der Kernbereich der Unions-

⁵⁹ Vgl. beispielhaft Erwägungsgrund 6 VO (EU) Nr. 492/2011 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 5.4.2011 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Union, ABL L 141 v. 27.5.2011, S. 1: „[...] ferner müssen alle Hindernisse beseitigt werden, die sich der Mobilität der Arbeitnehmer entgegenstellen, insbesondere in Bezug auf die Bedingungen für die Integration der Familie des Arbeitnehmers im Aufnahmeland“.

⁶⁰ EuGH, Rs. C-200/02, *Zhu und Chen*, Slg. 2004, I-9925.

⁶¹ EuGH, Rs. C-34/09, *Zambrano*, Slg. 2011, I-1177.

⁶² EuGH, verb. Rs. C-356/11 und C-357/11, *O. und S.*, Slg. 2012.

⁶³ *Ibid.*, Rdnr. 56.

bürgerrechte beeinträchtigt wird, erfordert die Vorgabe entsprechender Maßstäbe und Entscheidungskriterien seitens des obersten europäischen Gerichts. Das nationale Gericht muss demnach die Frage beantworten, ob das Abhängigkeitsverhältnis zwischen dem Unionsbürger und seinem drittstaatsangehörigen Familienmitglied so groß ist, dass, wenn der Drittstaatsangehörige die Union verlassen muss, sich der Unionsbürger dazu gezwungen sieht, ihm zu folgen. Zu berücksichtigen seien dabei folgende Kriterien:⁶⁴

- der Aufenthaltstitel der Mutter (die Mutter besaß ein unbefristetes Aufenthaltsrecht, so dass für sie keine rechtliche Verpflichtung bestand, Finnland zu verlassen),
- die Sorgeberechtigung für den minderjährigen Unionsbürger und
- die rechtliche, finanzielle und affektive Sorge, die der Drittstaatsangehörige gegenüber dem minderjährigen Unionsbürger ausübt.

Ohne Bedeutung sei:

- ob der Drittstaatsangehörige mit dem Unionsbürger und den übrigen Familienangehörigen im Haushalt zusammenlebe, „da nicht ausgeschlossen werden kann, dass bestimmte Familienangehörige, für die die Zusammenführung beantragt wird, unabhängig vom Rest der Familie in den betreffenden Mitgliedstaat einreisen“, ⁶⁵ sowie
- dass zwischen dem Drittstaatsangehörigen und dem Unionsbürger keine biologische Beziehung bestehe.⁶⁶

2. Fazit

In der Gesamtbetrachtung ist das Urteil *O. und S.* wohl ebenso wie die Urteile *Dereci* und *McCarthy* als Relativierung der „Zambrano-Aufregung“ zu verstehen. Der Inhalt der Kernbereichsrechtsprechung wird auf den einen Fall des *de facto* „Verlassens-Zwangs“ begrenzt und herausgearbeitet, dass die Unionsbürgerschaft als solche keinen Anspruch auf Familienzusammenführung beinhaltet.⁶⁷ Fragen der Familieneinheit sind in erster Linie am Schutzgehalt der Grund- und Menschenrechte zu messen. Insoweit steht das „O. und S.“-Urteil in einer Linie mit der „Dereci“-Rechtsprechung: Der EuGH lässt durchblicken, dass im konkreten Fall die für die Kernbereichsrechtsprechung notwendige Abhängigkeit zwischen Patchwork-Vater und

⁶⁴ Ibid., Rdnrn. 49-56.

⁶⁵ Ibid., Rdnr. 54.

⁶⁶ Ibid., Rdnr. 55.

⁶⁷ So bereits *Thym*, (Fn. 56), S. 103 zum „Dereci“-Urteil.

minderjährigem Unionsbürger wahrscheinlich nicht bestehe, und geht dann – obgleich dazu gar nicht befragt – sehr ausführlich auf die Eröffnung des Anwendungsbereichs der Richtlinie 2003/86⁶⁸ und deren Auslegung im Lichte der EMRK und der Grundrechtecharta ein.⁶⁹ Der Gerichtshof signalisiert so, dass die Fallgestaltung prinzipiell nach dem „sonstigen“ Ausländerrecht unter Berücksichtigung des Schutzes von Ehe und Familie zu lösen ist und dass dieser Weg auch zu menschlich befriedigenden Ergebnissen führen kann.

Neu am „O. und S.“-Urteil ist die Einführung eines Beurteilungsmaßstabs, anhand dessen festgestellt werden kann, ob das Abhängigkeitsverhältnis zwischen Unionsbürger und Drittstaatsangehörigem intensiv genug ist, um von einem *de facto* „Verlassens-Zwang“ auszugehen. In der „O. und S.“-Konstellation zeigt der EuGH sehr deutlich, dass bei dieser Beurteilung strenge Maßstäbe anzulegen sind und die Kernbereichsrechtsprechung nur in einer notfallartigen Ausnahmesituation zum Tragen kommt. Die Überlegung des vorlegenden Gerichts – muss der drittstaatsangehörige Stiefvater die Union verlassen, wird ihm wahrscheinlich auch seine Ehefrau mit dem gemeinsamen kleinen Kind und dem Unionsbürger-Kind aus erster Ehe folgen, und dann besteht für den minderjährigen Unionsbürger ein *de facto* „Verlassens-Zwang“ – ist durchaus nachvollziehbar. Diese Problematik findet ihre Lösung aber in den Vorschriften zum Familienschutz sowie der Familienzusammenführungsrichtlinie. Erst wenn das nationale (und das internationale) Recht hier versagt, kann im Ausnahmefall die Kernbereichsrechtsprechung zum Tragen kommen. Insoweit wird der EuGH der Forderung, die Kernbereichsrechtsprechung auf Sonderfälle zu begrenzen, gerecht.

Die „Zambrano“-Grundsätze kommen demzufolge (bislang) nur dann zur Anwendung, wenn:

1. ein minderjähriger Unionsbürger zur Ausübung seiner Rechte auf die Anwesenheit einer drittstaatsangehörigen Bezugsperson im Unionsgebiet angewiesen ist;⁷⁰
2. tatsächlich eine derart enge Bindung und Abhängigkeit zwischen dem minderjährigen Unionsbürger und dem Drittstaatsangehörigen besteht, dass die Aufenthaltsbeendigung des Letzteren zu einem *de facto* Zwang, die Union zu verlassen, für den Ersteren wird (bei der Prüfung sind die oben aufgeführten „O. und S.“-Kriterien zu berücksichtigen);

⁶⁸ RL 2003/86/EG des Rates v. 22.9.2003 betreffend das Recht auf Familienzusammenführung, ABL L 251 v. 3.10.2003, S. 12. Die sog. Familienzusammenführungsrichtlinie regelt den Familiennachzug von Drittstaatsangehörigen zu bereits im Gebiet der Union aufhaltigen Drittstaatsangehörigen.

⁶⁹ EuGH, verb. Rs. C-356/11 und C-357/11, *O. und S.*, Slg. 2012, Rdnrn. 59-81.

⁷⁰ Eine solche Abhängigkeit muss meines Erachtens nicht ausschließlich auf der Minderjährigkeit des Unionsbürgers basieren. Denkbar wäre auch die Konstellation eines kranken oder behinderten erwachsenen Unionsbürgers, der auf die Anwesenheit einer bestimmten Bezugsperson angewiesen ist.

3. das übrige Ausländerrecht versagt – der Drittstaatsangehörige also vor der Aufenthaltseinstellung steht und nach nationalem Recht nicht mehr „gerettet“ werden kann.

V. Rechtfertigung der Beeinträchtigung des Kernbestands der Unionsbürgerrechte?

Es schließt sich die Frage an, ob mit der Feststellung, dass der Kernbestand der Unionsbürgerrechte beeinträchtigt ist, auch das Gesamtergebnis – eine Verletzung von Art. 20, 21 AEUV – feststeht, oder ob eine Kernbestandsbeeinträchtigung gerechtfertigt werden kann. Anders formuliert: Führt die Feststellung des *de facto* „Verlassens-Zwangs“ eines minderjährigen Unionsbürgers automatisch dazu, dass der drittstaatsangehörigen Bezugsperson ein unionsrechtlich begründetes Aufenthaltsrecht zusteht? Oder kann es unter bestimmten Umständen – beispielsweise weil der Drittstaatsangehörige erhebliche Straftaten begangen hat – verweigert werden?⁷¹

Nimmt man den Verweis auf die Rechtssache *Rottmann* ernst, den der EuGH im „Zambrano“-Urteil vorgenommen hat, müsste man eigentlich davon ausgehen, dass der Eingriff in den Kernbestand der Unionsbürgerrechte gerechtfertigt werden kann.⁷² Dort wurde ausdrücklich anerkannt, dass der Verlust der Unionsbürgerschaft verhältnismäßig sein kann. Im Unterschied zur „Zambrano“-Konstellation konnte aber im Fall *Rottmann* unmittelbar an ein persönliches Verhalten des Unionsbürgers selbst angeknüpft werden. Da Herr Rottmann im Einbürgerungsverfahren getäuscht hatte, konnte ihm die deutsche Staatsangehörigkeit wieder entzogen werden, auch wenn er dadurch staatenlos wurde und in der Konsequenz auch die Unionsbürgerschaft verlor. In der „Zambrano“-Konstellation besteht die Besonderheit aber eben gerade darin, dass der Aufenthalt eines minderjährigen (oder anderweitig abhängigen⁷³) Unionsbürgers in der Union bedroht ist, nur weil er das „Pech“ hat, dass seine Eltern oder sonstige entscheidende Bezugspersonen Drittstaatsangehörige sind. Folgt man der hier vorgeschlagenen Interpretation, dass die Anwendung der „Zambrano“-Grundsätze eine Art *ultima ratio* darstellt, spricht dies dafür, dass immer dann, wenn eine entsprechende Konstellation auftritt, das Ergebnis – die Pflicht zur Aufenthaltsgewährung – bereits feststeht. Denn man hat es mit einer besonderen Ausnahme zu tun, die strengen Voraussetzungen unterliegt und dementsprechend selten auftreten wird. Sind die Voraussetzungen erfüllt, steht fest, dass die Unionsbürgerrechte der betreffenden Person gefährdet sind. Insbesondere wenn auch geprüft wurde, dass das übrige Ausländerrecht keine Abhilfe schafft, ist sicher, dass der

⁷¹ In diese Richtung *Nettesheim*, (Fn. 6), S. 1034, der im Ergebnis aber keine pauschale Antwort geben möchte, sondern auf eine Beurteilung des Einzelfalls abstellt.

⁷² So auch *Vitzthum*, (Fn. 24), S. 562.

⁷³ Vgl. Anmerkung in Fn. 70.

theoretische *de facto* „Verlassens-Zwang“ praktisch wirkt, sobald der drittstaatsangehörigen Bezugsperson der unionsrechtliche Aufenthalt verweigert wird. Zudem wäre die Verweigerung des Aufenthaltsrechts bei straffälligen Drittstaatsangehörigen aus Sicht des Unionsrechts schon allein deshalb problematisch, weil es in der Sache ja um den Schutz des Unionsbürgers und seiner Rechte geht. Diesen Schutz davon abhängig zu machen, ob und mit welcher Intensität sich die drittstaatsangehörige Bezugsperson strafbar gemacht hat, käme einer Sippenhaft gleich. Der Schutz der Unionsbürgerschaft hätte dann eine unterschiedliche Reichweite – je nach „Wohilverhalten“ der in Frage stehenden Bezugsperson des Unionsbürgers.

Der einheitliche Schutzgehalt des Kernbestands der Unionsbürgerrechte gebietet es, in entsprechenden Konstellationen der drittstaatsangehörigen Bezugspersonen einen Aufenthalt im Gebiet der Union zu gewähren. Ansonsten wären Art. 20, 21 AEUV verletzt.⁷⁴ Nur wenn der (*de facto*) Verlust der Unionsbürgerrechte an ein Verhalten des Unionsbürgers selbst anknüpft, kann er im Einzelfall gerechtfertigt sein.

VI. Zusammenfassung: Das „Prüfschema“

Fügt man die gewonnenen Erkenntnisse zum „McCarthy“-Schema mit den „O. und S.“-Kriterien zusammen, ergibt sich folgendes „Prüfschema“, das bei der Frage, ob ein bestimmter Sachverhalt in den Anwendungsbereich der Kernbereichsrechtsprechung fällt, abgearbeitet werden kann.

1. Vorrangig ist stets zu prüfen, ob der Anwendungsbereich der Freizügigkeitsrichtlinie⁷⁵ eröffnet ist. Dort ist das Freizügigkeitsrecht von Unionsbürgern und ihren Familienangehörigen auf sekundärrechtlicher Ebene konkretisiert und ausgestaltet. Fällt der Sachverhalt in den Anwendungsbereich der Freizügigkeitsrichtlinie, erübrigt sich der Rückgriff auf das Primärrecht, und Überlegungen zur direkten Anwendbarkeit von Art. 20, 21 AEUV können dahinstehen. Konkret ist zu prüfen, ob der Unionsbürger „Berechtigter“ im Sinne des Art. 3 Abs. 1 Richtlinie 2004/38/EG ist. Das ist der Fall, wenn sich der Unionsbürger in einen anderen Mitgliedstaat als den der eigenen Staatsangehörigkeit begibt oder sich dort aufhält – der Anwendungsbereich der Freizügigkeitsrichtlinie erfordert also einen grenzüberschreitenden Sachverhalt, hergestellt durch den Grenzübertritt des Unionsbürgers. Ist solch ein grenzüberschreitender Bezug nicht gegeben, stellt sich die Frage, ob der Sachverhalt dennoch unmittelbar an Art. 20, 21 AEUV zu messen ist.

⁷⁴ Im Ergebnis ebenso *Vitzthum*, (Fn. 24), S. 562, der aber mit dem Schutz des Wesensgehalts der Unionsbürgerschaft i.S.v. Art. 52 Abs. 1 GRCh argumentiert.

⁷⁵ Vgl. Fn. 33.

2. An zweiter Stelle ist also zu prüfen, ob ein unmittelbarer Rückgriff auf Art. 20, 21 AEUV möglich ist. Das ist der Fall, wenn ein (anderweitiger) Bezug zum Unionsrecht besteht, der nicht auf einem Grenzübertritt des Unionsbürgers beruhen muss: Ein solcher Bezug besteht, wenn entweder die Ausübung des Kernbereichs der Unionsbürgerrechte bedroht (a.) oder die Freizügigkeit (außerhalb des Anwendungsbereichs der Freizügigkeitsrichtlinie) beeinträchtigt (b.) ist.

Die Beeinträchtigung des Kernbestands der Unionsbürgerrechte (a.) ist dabei in zwei Konstellationen denkbar.

Konstellation 1 betrifft den *de facto* „Verlassens-Zwang“: Ein minderjähriger (oder anderweitig abhängiger) Unionsbürger benötigt die Anwesenheit einer drittstaatsangehörigen Bezugsperson im Unionsgebiet zur Ausübung seiner Rechte. Zwischen dem Unionsbürger und der Bezugsperson besteht ein derart enges Abhängigkeitsverhältnis, dass, wenn die Bezugsperson die Union verlässt, der Unionsbürger ihr folgen muss. Das Abhängigkeitsverhältnis ist anhand der „O. und S.“-Kriterien festzustellen: Übt die Bezugsperson das Sorgerecht über den Unionsbürger aus? Übt sie affektive, finanzielle oder rechtliche Sorge aus? Gibt es weitere Bezugspersonen (zum Beispiel den anderen Elternteil) mit sicherem Aufenthaltstitel? Das nationale Ausländerrecht versagt, so dass die drittstaatsangehörige Bezugsperson tatsächlich vor der Aufenthaltsbeendigung steht. Liegen sämtliche Voraussetzungen vor, ist der *de facto* „Verlassens-Zwang“ aufzuheben, indem der drittstaatsangehörigen Bezugsperson ein Aufenthaltsrecht gewährt wird.

Konstellation 2 betrifft den rechtlichen Verlust der Unionsbürgerschaft: Ein Unionsbürger verliert die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaates, wird dadurch staatenlos und verliert somit zugleich die Unionsbürgerschaft.⁷⁶ Der rechtliche Verlust der Unionsbürgerschaft kann im Einzelfall verhältnismäßig sein, vorausgesetzt, es wird an persönliches Fehlverhalten des Unionsbürgers angeknüpft.

Bei der Beeinträchtigung der Freizügigkeit (b.) geht es schließlich um mitgliedstaatliche Maßnahmen, die in Rechtsbereichen vorgenommen werden, die eigentlich der Regelungshoheit der Mitgliedstaaten unterliegen (z.B. das Namensrecht), aber im konkreten Fall dazu führen, dass das Freizügigkeitsrecht eines Unionsbürgers ernsthaft beeinträchtigt wird – zum Beispiel weil der Unionsbürger aufgrund seines Bezugs zu zwei mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen dazu gezwungen ist, zwei unterschiedliche Nachnamen zu tragen. Derartige Beeinträchtigungen der Freizügigkeit können im Einzelfall gerechtfertigt sein, zum Beispiel aus Gründen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung.

⁷⁶ Vgl. Art. 20 Abs. 1 Satz 2 AEUV: Unionsbürger ist, wer die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaates besitzt.

VII. Ausblick

Es bleibt abzuwarten, ob die „Zambrano“-Grundsätze auf weitere Fallkonstellationen Anwendung finden werden. Zumindest eine Erstreckung auf „abhängige“ erwachsene Unionsbürger (z.B. Behinderte/Pflegebedürftige), deren wichtigste Bezugsperson ein Drittstaatsangehöriger ist, der einen prekären Aufenthaltsstatus hat, erscheint naheliegend – vorausgesetzt, der *de facto* „Verlassens-Zwang“ ist belegt. Hierbei ist von Interesse, dass die drittstaatsangehörige Bezugsperson weder blutsverwandt mit dem Unionsbürger sein, noch mit ihm in einem Haushalt wohnen muss. Wie oben dargestellt, hat der EuGH diese beiden Aspekte ausdrücklich aus den „O. und S.“-Kriterien ausgeschlossen.⁷⁷ Prinzipiell kann die notwendige enge Bindung zwischen Unionsbürger und Drittstaatsangehörigem also auch zu einem Stiefvater oder weiteren „Patchwork-Verwandten“ bestehen. Es wird deutlich, dass der EuGH – anders als beispielsweise im deutschen Ausländerrecht vorherrschend⁷⁸ – auf einen weitgefassten, faktischen Familienbegriff abstellt, der tatsächliche Bindungen berücksichtigt unabhängig von biologischen Beziehungen und unabhängig von einer bestehenden häuslichen Gemeinschaft.

Im Übrigen birgt das „O. und S.“-Urteil auch Erkenntnisgewinne für das übrige Ausländerrecht (außerhalb des Freizügigkeitsrechts der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen), da der EuGH ausführliche Ausführungen zur Anwendung und Auslegung der Familienzusammenführungsrichtlinie⁷⁹ macht. Knapp zusammengefasst, besagt das Urteil Folgendes: Der Familienbegriff der Familienzusammenführungsrichtlinie ist „weit“, auch Stiefkinder sind geschützt.⁸⁰ Der Anwendungsbereich der Familienzusammenführungsrichtlinie ist auch dann eröffnet, wenn in der beschriebenen Patchwork-Konstellation ein Kind mit Unionsbürgerschaft eine Rolle spielt.⁸¹ Die Befugnis der Mitgliedstaaten, Anträge auf Familienzusammenführung vom Nachweis der Lebensunterhaltssicherung abhängig zu machen, ist unter Berücksichtigung des Wohls der betroffenen Kinder und in dem Bestreben, das Familienleben zu fördern, vorzunehmen.⁸² Ziel und praktische Wirksamkeit der Richtlinie dürfen nicht beeinträchtigt werden. Die Genehmigung der Familienzusammenführung muss die Regel sein.⁸³

⁷⁷ EuGH, verb. Rs. C-356/11 und C-357/11, *O. und S.*, Slg. 2012, Rdnr. 54 f.

⁷⁸ Allg. zur Reichweite des Familienschutzes im AufenthG: *Welte*, Der Familienschutz im Spektrum des Ausländerrechts, 2012, S. 236 ff.

⁷⁹ Vgl. Fn. 68.

⁸⁰ EuGH, verb. Rs. C-356/11 und C-357/11, *O. und S.*, Slg. 2012, Rdnr. 64 f.

⁸¹ *Ibid.*, Rdnrn. 66-69.

⁸² *Ibid.*, Rdnr. 80 f.

⁸³ *Ibid.*, Rdnr. 74.

Konkret auf das deutsche Ausländerrecht bezogen, bedeutet das Urteil:

- Entgegen der Ansicht der Bundesregierung⁸⁴ sind auch Stiefkinder vom Schutz der Familienzusammenführungsrichtlinie umfasst und Bestandteil der Kernfamilie.
- Die deutsche Rechtspraxis, dass der nicht gesicherte Lebensunterhalt automatisch zur Ablehnung der Familienzusammenführung führt, ist nicht richtlinienkonform.⁸⁵

⁸⁴ BT-Drs. 17/10442, S. 9 f.

⁸⁵ Ebenso: Familienzusammenführungs-RL: Wichtige Klärungen durch den EuGH, ANA-ZAR 1/2013, S. 4.

