

Daniel Thym | Tobias Klarmann [Hrsg.]

Unionsbürgerschaft und Migration im aktuellen Europarecht



Nomos



Erasmus+

Schriftenreihe des Arbeitskreises
Europäische Integration e.V.

Band 97

Daniel Thym | Tobias Klarmann [Hrsg.]

Unionsbürgerschaft und Migration im aktuellen Europarecht



Nomos

Dieses Projekt wurde mit Unterstützung der Europäischen Kommission finanziert. Die Verantwortung für den Inhalt dieser Veröffentlichung tragen allein Herausgeber und Autoren; die Kommission haftet nicht für die weitere Verwendung der darin enthaltenen Angaben.

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

ISBN 978-3-8487-3687-4 (Print)

ISBN 978-3-8452-8039-4 (ePDF)

1. Auflage 2017

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2017. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Vorwort

Der rechtliche Umgang mit der Mobilität von Menschen ist eine Herausforderung für jede Rechtsordnung. Der Wechsel des Aufenthaltsorts erfolgt aus unterschiedlichen Motiven, er ist von unterschiedlicher Dauer und erfolgt in unterschiedlichen Kontexten. Es wird meist versucht, dieser Diversität und Vielschichtigkeit mit einem ausdifferenzierten Regulationssystem gerecht zu werden, das zugleich staatliche Steuerungsanliegen verwirklicht. In der Europäischen Union erfolgt die erste zentrale Unterscheidung anhand der personalen Zugehörigkeit zum supranationalen Integrationsverband. Auf der einen Seite gibt es die Menschen aus den Mitgliedstaaten der EU, auf der anderen Seite die Menschen aus sog. Drittstaaten. Die Konzeption der Regulationsregime für die beiden Personengruppen unterscheidet sich erheblich. Für Drittstaatsangehörige sieht das EU-Recht ein komplexes Geflecht an Zugangs- und Aufenthaltsmöglichkeiten vor, welches insbesondere auf den Migrationsgrund fokussiert. Für Unionsbürgerinnen und Unionsbürger hingegen ist der privilegierte, und in seiner Grundkonzeption umfassende, freie Personenverkehr vorgesehen.

Die Gliederung dieses Sammelbandes spiegelt diese komplementären Regelungsfelder. Die Beiträge im ersten Teil setzen sich im Schwerpunkt mit dem Konzept der Unionsbürgerschaft auseinander. Im zweiten Teil wird der Fokus erweitert und es werden Problemfelder beleuchtet, die vorrangig Personen aus Drittstaaten betreffen.

Der im ersten Teil zentrale Unionsbürgerstatus soll(te) nach Auffassung des EuGH der „grundlegende Status“ der Angehörigen der Mitgliedstaaten sein.¹ Dem Enthusiasmus über das Modell einer supra-nationalen Bürgerschaft speziell unter rechtswissenschaftlichen Beobachtern ist in letzter Zeit eine gewisse Ernüchterung gefolgt. Das gesellschaftliche Abrücken von der im EUV angestrebten „immer engeren Union der Völker Europas“ und eine zunehmende Re-Nationalisierung stellen auch die Bedeutung des Unionsbürgerstatus in Frage. Die Neujustierung in der richterlichen Handhabung lässt sich an einer Reihe von prominenten Entscheidungen des EuGH nachvollziehen. Während frühere Entscheidungen den Unionsbür-

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

gerstatus entwickelten und stärkten,² lässt sich in neueren Entscheidungen, insbesondere zu Fragen des Sozialrechts³ oder auch der aufenthaltsrechtlichen Situation von drittstaatsangehörigen Familienangehörigen⁴ eine zunehmende Zurückhaltung beobachten. Man kann sagen, die Unionsbürgerschaft befindet sich aktuell im retardierenden Moment.

Im ersten Beitrag thematisiert *Maria Florentia Haag* das Konzept der Verantwortung im Rahmen der Rechtsprechung des EuGH zur Unionsbürgerschaft. Sie arbeitet die bleibende und vielleicht auch wieder steigende Bedeutung der Staatsangehörigkeit und die Letztverantwortung der Herkunftsstaaten für „ihre“ Bürgerinnen und Bürger heraus. Die Entwicklung dieser Letztverantwortung wird insbesondere an der Rechtsprechung zu Art. 20 AEUV und der zu den Beschränkungen des Freizügigkeitsprinzips aufgezeigt, welche beide die Grenzen des Unionsbürgerschaftskonzepts verdeutlichen. Dabei zeigt sie auf, dass ein Zusammenhang zwischen dem Integrationsgrad des Unionsbürgers in die Gesellschaft des Aufnahmemitgliedstaates und der Verantwortung besteht, die der Aufnahmemitgliedstaat für „seine“ Bürger zu übernehmen hat. Im Ergebnis bleiben Unionsbürgerinnen und Unionsbürger, die sich nicht in die Gesellschaft integrieren wollen oder mangels finanzieller Mittel können, im alleinigen Verantwortungsbereich ihres Herkunftsmitgliedstaates.

Dr. *Kathrin Hamenstädt* betrachtet die konzeptionelle Wende in der Rechtsprechung des EuGH zur Unionsbürgerschaft, indem sie die Interpretation und die Verwendung der Konzepte der Integration, des sozialen Zusammenhalts und der Solidarität in den Blick nimmt. Während der EuGH zunächst die Unionsbürgerrechte kontinuierlich ausbaute und festigte, weist seine Rechtsprechung insbesondere in den letzten Jahren zunehmend restriktive Züge auf. Neben einer Verschiebung des Verhältnisses zwischen primärem und sekundärem Unionsrecht und einer abnehmenden Bedeutung der Einzelfallprüfung manifestiert sich der Rechtsprechungswechsel in einer Interpretation der Konzepte der Integration und des sozialen Zusammenhalts, der nicht unbedingt mit der Verwendung dieser Kon-

2 Insbesondere EuGH, *Martínez Sala*, C-85/96, EU:C:1998:217; *Grzelczyk*, ebd.; *Carpenter*, EU:C:2002:434; *Metock*, EU:C:2008:449.

3 Etwa EuGH, *Förster*, EU:C:2008:630 und *Vatsouras*, EU:C:2009:344; *Dano*, C-333/13, EU:C:2014:2358; *Brey*, C-140/12, EU:C:2013:565 und *Alimanovic*, C-67/14, EU:C:2015:597.

4 Exemplarisch die Folgeentscheidungen zu EuGH, *Ruiz Zambrano*, C-34/09, EU:C:2011:124, insb. EuGH, *Dereci*, EU:C:2011:734.

zepte in der Unionsbürgerrichtlinie korrespondiert und nicht länger zur progressiven Fortentwicklung der Unionsbürgerrechte beiträgt. Schließlich findet die vom EuGH in früheren Entscheidungen betonte transnationale Solidarität zwischen freizügigkeitsberechtigten Unionsbürgerinnen und Angehörigen des Aufnahmemitgliedstaates zunehmend weniger Beachtung und trägt damit ebenfalls zu einer Umgestaltung des Unionsbürgerstatus bei.

Prof. Dr. *Daniel Thym* greift die von den anderen Autorinnen und Autoren identifizierten Rechtsprechungswandel auf und setzt diesen auf einer mittleren Abstraktionsebene zur sonstigen Entwicklung des EU-Verfassungsrechts in Bezug – mit dem Ziel, auf diesem Wege mögliche Erklärungsmuster für den Wandel zu identifizieren. Hierbei geht es neben Sozialleistungen auch um das Wahlrecht, die Aufenthaltssicherheit sowie Familienmitglieder aus Drittstaaten, bei denen sich der Trend hin zu einer strengeren Lesart der Unionsbürgerrechte zeitigt. Zu den möglichen Erklärungsmustern, die den Wandel der EuGH-Judikatur sowie der sonstigen institutionellen Praxis erklären können, gehören eine Zurückhaltung gegenüber dem EU-Gesetzgeber, eine Einsicht in die Grenzen der rechtsgeordneten Veränderung der Lebenswelt sowie die fehlende Kraft des EuGH, angesichts von Eurokrise, Brexit und Euroskeptizismus eine normative Vision für das Freizügigkeitsrecht zu entwickeln, die eine progressive Fortentwicklung zu tragen vermag. Dies fügt sich in das Gesamtbild einer Union, die versteht, dass sie auf Dauer von den politischen Gemeinschaften auf nationaler Ebene abhängen wird.

Christina Neier beschäftigt sich mit der Rechtsstellung der Drittstaatsangehörigen im Rahmen des sog. Kernbestandsschutzes, der infolge des *Ruiz Zambrano*-Urteils zu einem zentralen Diskussionsplatz erstarkte und immer dann eingreift, wenn Unionsbürgerinnen und Unionsbürger zur Ausreise aus dem Unionsgebiet gezwungen wären. Hier ist nach wie vor unklar, welche drittstaatsangehörigen Personen schutzberechtigt sind und welche Rechte diesen gewährt werden müssen. Der Kreis der Schutzberechtigten hängt wesentlich von der dem Kernbestandsschutz zugrundeliegenden Auslegungsprämisse ab: Während der EuGH weitestgehend dem *effet-utile*-Prinzip folgt, indem er restriktive Abhängigkeitskriterien festlegt und eine fehlende alternative Sorgemöglichkeit für die Unionsbürgerinnen und Unionsbürger voraussetzt, drängt sich aufgrund der Unionsbürgerschaft als „grundlegenden Status der Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten“ auch eine grundrechtliche Auslegung auf. Den schutzberechtigten Drittstaatsangehörigen werden im Rahmen des Kernbestandsschutzes so-

wohl ein Recht auf Aufenthalt als auch ein Recht auf Ausübung einer Erwerbstätigkeit zuerkannt. Über die genaue Ausgestaltung dieser Rechte sowie betreffend die Frage, ob die Drittstaatsangehörigen zudem ein Recht auf soziale Unterstützung haben, besteht keine hinreichende Klarheit – hierzu skizziert der Beitrag mögliche Antworten.

Im zweiten Teil werden migrationsrechtliche Konzeptionen und Entwicklungen auf Unionsebene beleuchtet, bei denen die Unionsbürgerschaft nicht im Mittelpunkt steht.

Tobias Klarmann analysiert in seinem Beitrag Kontexte, in welchen Migration als Anlass oder Anknüpfungspunkt für eine Illegalisierung dient. Die bewusst gewählte Terminologie der Illegalisierung verschiebt den Fokus auf den gesellschaftlichen Prozess und unterstreicht, dass seine Untersuchung über die bloße Frage des materiellen Aufenthaltsrechts der migrierten Personen hinausgeht und beispielsweise migrationsrechtliche Kontexte auch hinsichtlich anderer involvierter Personen oder enthaltener Regelungsmechanismen untersucht. Hierzu werden verschiedene Instrumente des EU-Sekundärrechts analysiert und darin erkennbare Prägungsmuster und Entwicklungstendenzen aufgezeigt. Neben dem bisweilen unerwarteten Fokus auf illegalisierte Migration mit der Zielsetzung der Migrationskontrolle in einigen Richtlinien wird die Privatisierung im Bereich des Migrationsrechts und Einbeziehung und Behandlung von Dritten in den Illegalisierungskontext migrationsrechtlicher Regelungskomplexe thematisiert.

Der Beitrag von *Kevin Fredy Hinterberger* behandelt eine ähnliche Thematik wie Tobias Klarmann, konzentriert sich jedoch auf das Aufenthaltsrecht. Er wirft die Fragen auf, wer die Kompetenz über die Genehmigung des Aufenthalts eines Nichtstaatsangehörigen letztlich innehat und welche Personen in der EU als irreguläre Migranten und Migrantinnen identifiziert werden können. Er versteht Irregularität in diesem Zusammenhang als das Fehlen eines Aufenthaltsrechts. Nach einem konzeptionellen Überblick werden Anhand von Fallbeispielen verschiedene Konstellationen auf ihre Möglichkeit hinsichtlich des Auftretens aufenthaltsrechtlicher Irregularität hin untersucht. Die herausgearbeiteten aufenthaltsrechtlich privilegierten Personenkategorien dienen sodann als Schablonen für die Negativdefinition zur Herauskristallisierung, unter welchen Bedingungen irreguläre Migration in der EU auftreten kann. Er zeigt, dass in diesen Fällen die Entscheidung über die Genehmigung des Aufenthalts nicht in der Kompetenz der Mitgliedstaaten liegt. Abschließend wird die Mehrebenenendimension aufenthaltsrechtlicher Irregularität dargestellt.

Joshua Leßmann widmet sich in seinem Beitrag dem menschenrechtlichen Verbot der Kollektivausweisung von Ausländern. Mit der bedauerlichen Zunahme von Flüchtenden und Vertriebenen weltweit in den letzten Jahren ist dieses zunehmend in den Fokus der Rechtsprechung des EGMR gerückt und hat sich zu einer wichtigen Säule des Flüchtlings- und Migrationsrechts entwickelt. Dabei bereitet vor allem das Merkmal der Kollektivität besondere Probleme, da dieses ursprünglich auf Massenausweisungen von mehreren Tausend Menschen zugeschnitten war, was den Schutz vor Kollektivausweisung heute faktisch ins Leere laufen ließe. Daher hat der EGMR einen funktionalen Kollektivitätsbegriff geschaffen, der eine präzise Abgrenzung von Kollektiv- und Einzelausweisungen mittels Einzelfallprüfung erlaubt. Weitere aktuelle Problemkreise im Zusammenhang mit dem Verbot der Kollektivausweisung sind insbesondere die Frage nach seiner extraterritorialen Geltung sowie nach Derogationsmöglichkeiten im Falle eines Massenzustroms.

Ursprung des Sammelbandes war die Ausschreibung für einen Workshop für (Post-)Doktorand/innen zum Thema „Bürgerschaft, Mobilität und Migration“, der am Rande der Konferenz „The Judicial Deconstruction of Union Citizenship“ im April 2016 an der Universität Konstanz durchgeführt wurde. Auf Grundlage der in diesem Rahmen vorgestellten und diskutierten Themen sind die vorliegenden Beiträge entstanden, die den Diskurs zwischen den Teilnehmern aufgreifen. Ein zentraler Sinn und Zweck des Sammelbandes war damit von Anfang an, dass Nachwuchskräfte ihre Arbeit nicht nur mit Kolleginnen und Kollegen diskutieren, sondern diese zugleich in gedruckter Form in den Diskurs einbringen. Die Auswahl der Themen oblag hierbei den Teilnehmerinnen und Teilnehmer, die jedoch bei der Diskussion und der Verfassung ihrer Beiträge darauf achteten, möglichst viele Synergien und Querverbindungen herzustellen.

Wir hoffen, dass die verschiedenen Beiträge zu zwei zentralen Themenfeldern des europarechtlichen Umgangs mit grenzüberschreitenden Personenwanderungen die Leserinnen und Leser zu neuen Ideen und weiterführenden Argumenten anstoßen, ebenso wie die Autorinnen und Autoren vom Diskurs miteinander profitierten. Bei der Umsetzung sind wir dem Arbeitskreis Europäische Integration e.V. und dem Exzellenzcluster „Kulturelle Grundlagen von Integration“ der Universität Konstanz für die Unterstützung bei der Herausgabe des Sammelbandes dankbar.

Konstanz, im November 2016

*Daniel Thym
Tobias Klarmann*

Inhalt

I. Unionsbürgerschaft

Die Letztverantwortung des Herkunftsmitgliedstaates im Unionsbürgerrecht	15
--------------------------------------------------------------------------	----

Maria Florentia Haag

Unionsbürgerschaft an der Schnittstelle zwischen Integration, Solidarität und sozialem Zusammenhalt	41
-----------------------------------------------------------------------------------------------------	----

Dr. Kathrin Hamenstädt

Die Unionsbürgerschaft als Spiegel der EU-Verfassungsentwicklung	69
------------------------------------------------------------------	----

Daniel Thym

Die Rechtsstellung der Drittstaatsangehörigen im Rahmen des Kernbestandsschutzes	99
----------------------------------------------------------------------------------	----

Christina Neier

II. Migration

Aspekte migrationsspezifischer Illegalisierung im Unionsrecht	127
---------------------------------------------------------------	-----

Tobias Klarmann

Die Mehrebenendimension aufenthaltsrechtlicher Irregularität. Konzeptionelle Überlegungen zum Auftreten irregulärer Migration in der EU	155
-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

Kevin Fredy Hinterberger

Menschenrechtliches Verbot der Kollektivausweisung	187
----------------------------------------------------	-----

Joshua Leßmann

Autorinnen und Autoren	215
------------------------	-----

I. Unionsbürgerschaft

Die Letztverantwortung des Herkunftsmitgliedstaates im Unionsbürgerrecht

Maria Florentia Haag*

I. Einleitung

In seinen Schlussanträgen in der Rs. *Petersen*, bekundet Generalanwalt Ruiz-Jarabo Colomer, dass in der Rechtsprechung des EuGH zum Unionsbürgerschaftsrecht „die Betonung der Verantwortung und die Pflichten der *Herkunftsstaaten* zugunsten der Verantwortung und der Pflichten der *Aufnahmestaaten* abnimmt.“¹ Der vorliegende Beitrag soll diese These hinterfragen und beleuchten, weshalb sie vielleicht zu stark vereinfacht und nur auf bestimmte Konstellationen zutrifft. Dabei wird sich zeigen, dass ein Zusammenhang zwischen dem Integrationsgrad des Unionsbürgers in die Gesellschaft des Aufnahmemitgliedstaates und der Verantwortung besteht, die der Aufnahmemitgliedstaat für den Bürger trägt. Unionsbürger, die sich nicht in die Gesellschaft des Aufnahmestaates integrieren wollen oder mangels finanzieller Mittel können, bleiben im alleinigen Verantwortungsbereich ihres Herkunftsmitgliedstaates.

In diesem Beitrag soll die bleibende und vielleicht zuletzt auch wieder steigende Bedeutung der Staatsangehörigkeit im Rahmen der Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Union (EuGH) zur Unionsbürgerschaft erörtert werden. Hierbei werden zwei *Loci* für die Entwicklung der Letztverantwortung des Herkunftsmitgliedstaates herausgearbeitet: die Rechtsprechung zu Art. 20 AEUV einerseits und zu Beschränkungen des Freizügigkeitsprinzips andererseits, welche beide die Bedingungen und Grenzen des Unionsbürgerschaftskonzepts verdeutlichen.

Aus der Analyse der vom EuGH entschiedenen Fälle lassen sich drei verschiedene Alleinverantwortungen des Herkunftsmitgliedsstaates ableiten: die Verantwortung für den Kernbestandschutz der Unionsbürger-

* Doktorandin am Europäischen Hochschulinstitut in Florenz und Grotius Research Scholar an der University of Michigan Law School in Ann Arbor, Michigan.

1 GA Ruiz-Jarabo Colomer, *Petersen*, C-228/07, EU:C:2008:281, Rn. 30.

schaft, die Verantwortung für die Wiederaufnahme und Resozialisierung straffälliger Unionsbürger und die Verantwortung für die Aufnahme von Unionsbürgern, die sich nicht in die Gesellschaft des Aufnahmestaates integrieren konnten. Der Beitrag ist dementsprechend gegliedert.

II. Konzeptueller Ansatz

Den Kern des Unionsbürgerschaftskonzepts bilden die vom Unionsrecht geschützten Rechte und Freiheiten.² Der Schwerpunkt des Unionsbürgerschaftsrechts liegt somit auf Sachverhalten, die in den Schutzbereich der Unionsvorschriften fallen.³ *Azoulai* legt dar, dass das Unionsrecht die Verpflichtung der Mitgliedstaaten begründet, Unionsbürger in ihre jeweiligen gesellschaftlichen Leben zu integrieren. Das Unionsbürgerrecht schafft in diesem Sinne nicht nur das Recht auf Freizügigkeit, sondern auch das Recht und die Freiheit, mehrere „tatsächliche Verbindungen“⁴ in dem Hoheitsgebiet der EU, m. a. W. den Mitgliedstaaten, einzugehen.⁵ Dies passt auch in das von *Thym* entwickelte „Integrationsmodell“ der transnationalen Mitgliedschaft, welchem sich die Unionsbürgerschaft annähert.⁶ In diesem Zusammenhang stellt sich aber nicht nur die Frage, wem unter welchen Umständen ein solches Recht zusteht, sondern auch die Frage, wer ein solches Recht gewährleisten muss.⁷ Im vorliegenden Beitrag soll deshalb untersucht werden, welche Verantwortung des Staates gegenüber dem Bürger durch die Einführung und Weiterentwicklung des Unionsbürgerschaftsbegriffes entsteht.

Ziel ist dabei jedoch weder Staaten und Bürger gegenüberzustellen, noch Rechte und Verantwortung zu kontrastieren. Vielmehr soll die Rechtsbeziehung zwischen Staat und Individuum und deren Weiterent-

2 Siehe *L. Azoulai*, L'autonomie de l'individu européen et la question du statut in: Kessedjian (Hrsg.): L'autonomie en droit européen (2013) S. 187.

3 Siehe *P. M. Huber*, Unionsbürgerschaft, EuR 2013, 637; *D. Kochenov*, Ius Tractum of Many Faces: European Citizenship and the Difficult Relationship between Status and Rights, Columbia Journal of European Law 2008, 169.

4 *C. O'Brien*, Real Links, Abstract Rights and False Alarms: The Relationship between the ECJ's "Real Link" Case Law and National Solidarity, EL Rev. 2008, 643.

5 *Azoulai* (Fn. 2), S. 193.

6 Siehe den Beitrag von *Daniel Thym* in diesem Band.

7 Siehe *L. Bosniak*, Citizenship Denationalized, Indiana Journal of Global Legal Studies 2000, 447, 468.

wicklung im Rahmen des europäischen Integrationsprozesses beleuchtet werden. Ein Unterschied wird zwischen einem autonomen⁸ Bürger, der sich vielleicht sogar außerhalb des Staates stellt,⁹ und einem vom Staat geschützten und in seinen Grenzen lebenden Bürger gemacht. Bei der Betrachtung des letzteren Bürgerkonzepts, stellt sich als Anschlussfrage, welcher Staat – der Herkunfts- oder Aufnahmestaat – die Verantwortung für den Unionsbürger übernimmt. Der vorliegende Beitrag untersucht hierbei ausschließlich die Verantwortung des Herkunftsmitgliedstaates im Unionsbürgerrecht und verdeutlicht dadurch die bleibende Bedeutung der Staatsangehörigkeit.

III. Der Schutz des Unionsbürgerstatus als Verantwortung des Herkunftsmitgliedstaates

Art. 20 AEUV bestimmt und definiert den Unionsbürgerschaftsstatus im Unionsrecht. In seiner jüngeren Rechtsprechung zu Art. 20 AEUV stellte der EuGH fest, dass Mitgliedsstaaten die Verantwortung tragen, ihren Staatsbürgern den Unionsbürgerschaftsstatus nicht vorzuenthalten oder zu entziehen,¹⁰ und hat damit in der Literatur eine erhebliche Resonanz gefunden.¹¹ Aus der Perspektive der Verantwortung der Mitgliedstaaten be-

⁸ Siehe *Azoulai* (Fn. 2).

⁹ G. Davies, *The Humiliation of the State as a Constitutional Tactic in: Amtenbrink/van den Berg* (Hrsg.): *The Constitutional Integrity of the European Union* (2010) S. 147 ff.

¹⁰ EuGH, *Rottmann*, C-135/08, EU:C:2010:104; EuGH, *Ruiz Zambrano*, C-34/09, EU:C:2011:124; EuGH, *McCarthy*, C-434/09, EU:C:2011:277; EuGH, *Dereci und andere*, C-256/11, EU:C:2011:734; EuGH, *Iida*, C-40/11 EU:C:2012:691; EuGH, *O. und S.*, C-356/11 und C-357/11, EU:C:2012:776; EuGH, *Ymeraga und Andere*, C-87/12, EU:C:2013:291; EuGH, *Aloka und Moudoulou*, C-86/12, EU:C:2013:645.

¹¹ N. Graf *Vizthum*, *Die Entdeckung der Heimat der Unionsbürger*, EuR 2011 550; K. Hailbronner/D. Thym, *Ruiz Zambrano – Die Entdeckung des Kernbereichs der Unionsbürgerschaft*, NJW 2011, 2008; M. Nettesheim, *Der „Kernbereich“ der Unionsbürgerschaft – vom Schutz der Mobilität zur Gewährleistung eines Lebensumfelds*, JZ 2011, 1030; D. Kochenov, *The Right to Have What Rights? EU Citizenship in Need of Clarification*, ELJ 2013, 502; N. Nic Shuibhne, *(Some Of) The Kids Are All Right*, CML Rev. 2012, 349; D. Martin, *De Zambrano à Dereci: Le citoyen européen, un être déprimé à la recherche de son identité*, Revue de droit du travail 2012, 339.

trachtet, ergeben sich aus dieser Rechtsprechung neue Einblicke in das Unionsbürgerschaftskonzept. Es wird deutlich, dass die letzte Verantwortung unter Art. 20 AEUV allein vom Herkunftsmitgliedstaat getragen wird. Eine vergleichbare Verantwortung des Aufnahmestaates existiert nicht.

1. Die Unterscheidung zwischen der Verantwortung des Mitgliedstaates der Einbürgerung und des Herkunftsmitgliedstaates – Rs. Rottmann

Die Rs. *Rottmann* betraf einen ehemaligen österreichischen Staatsangehörigen, der nach Deutschland gezogen war und dort die deutsche Staatsangehörigkeit erworben hatte. Die Einbürgerung in Deutschland hatte gemäß österreichischem Staatsbürgerschaftsgesetz die Wirkung, dass Herr Dr. Rottmann seine österreichische Staatsangehörigkeit verlor. Als sich herausstellt, dass der Kläger seine Einbürgerung durch falsche Angaben erreicht hatte, wird ihm diese rückwirkend entzogen. Die Entziehung der deutschen Einbürgerung hatte also die Wirkung, dass der Kläger staatenlos wird. Im Rahmen des vorliegenden Beitrages, ist die Rechtsprechung des EuGH in diesem Fall unter zwei Gesichtspunkten von Bedeutung: zum einen im Hinblick auf die Anwendbarkeit des Unionsrechts auf den Sachverhalt und zum anderen hinsichtlich des Zusammenspiels der Verantwortungen von Deutschland und Österreich.

Bzüglich der Anwendbarkeit von Unionsrecht stellt der Gerichtshof heraus, dass Herr Dr. Rottmann durch den Verlust seiner deutschen Einbürgerung staatenlos würde und somit auch automatisch seinen Unionsbürgerstatus verlöre. Die Situation des Klägers falle „ihrem Wesen und ihren Folgen nach“ in den Anwendungsbereich des Unionsrechts,¹² da der Verlust der Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaates zur Folge habe, dass auch die Ausübung aller Rechte, die mit dem Unionsbürgerstatus verbunden sind, der Person entzogen werden. Eine Aberkennung der deutschen Einbürgerung, die in betrügerischer Weise erlangt wurde, sei nur unter der Beachtung des Verhältnismäßigkeitsprinzips zulässig.¹³ Die Rechtsprechung spiegelt somit den völkerrechtlichen Grundsatz wieder, dass jeder ein Recht auf Staatsangehörigkeit hat und Staatenlosigkeit zu vermeiden

12 EuGH, *Rottmann* (Fn. 10), Rn. 42.

13 EuGH, *Rottmann* (Fn. 10), Rn. 59.

ist,¹⁴ und dehnt diese unionsrechtlich auf die Unionsbürgerschaft aus. Die Mitgliedstaaten haben nun eine zusätzliche Verantwortung, den Unionsbürgerstatus und die damit verbundenen Rechte zu schützen.

Im Fall *Rottmann* ist das Handeln zweier Mitgliedstaaten von Bedeutung: des Mitgliedstaats der Einbürgerung, Deutschland, und des Mitgliedstaats der ursprünglichen Staatsangehörigkeit, Österreich. Der EuGH stellte heraus, dass das Urteil sowohl für Deutschland, als auch Österreich gälte, d.h., dass beiden Staaten das Verhältnismäßigkeitsprinzip bei der Entscheidung, ob Herr Dr. Rottmann entweder seine deutsche Staatsbürgerschaft behalten oder seine österreichische Staatsangehörigkeit zurückerhalten kann, respektieren müssen.¹⁵ Der Gerichtshof lehnte es aber ausdrücklich ab, die Frage zu beantworten, ob Österreich eine Pflicht gegenüber Herrn Dr. Rottmann habe, seine Staatsangehörigkeit wiederherzustellen.¹⁶ Dennoch stellte der Gerichtshof fest, dass der Mitgliedstaat der Einbürgerung, in diesem Fall Deutschland, nicht dazu gezwungen werden kann, die Entziehung der Einbürgerung zu unterlassen, nur weil die Person die Staatsangehörigkeit des Herkunftsstaates nicht wiedererhalten hat.¹⁷ Das deutsche Gericht habe jedoch unter Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsprinzips zu beurteilen, ob Herrn Dr. Rottmann „eine angemessene Frist eingeräumt wird, damit er versuchen kann, die Staatsangehörigkeit seines Herkunftsmitgliedstaates wiederzuerlangen.“¹⁸ Bei seiner Feststellung, dass Deutschland nicht dazu verpflichtet werden kann, die Entziehung der Einbürgerung zu unterlassen, geht das Gericht also davon aus, dass Herr Dr. Rottmann immer noch die Aussicht auf den Rückerwerb seiner österreichischen Staatsangehörigkeit hat.

Im Anschluss an das Urteil des EuGH kam das Bundesverwaltungsgericht in einem Urteil vom 11. November 2010 zu dem Ergebnis, dass die Rücknahme der deutschen Einbürgerung verhältnismäßig ist.¹⁹ Das Bun-

14 K. Hailbronner in: Graf Vitzthum (Hrsg.): Völkerrecht, 3. Auflage (2004) Rn. 98. Siehe: Art. 4 Abs. a) und b) des Europäischen Übereinkommen über die Staatsangehörigkeit, Straßburg/Strasbourg, 6.XI.1997 (Sammlung Europäischer Verträge – Nr. 166). Man kann jedoch hier nicht von einer strengen völkerrechtlichen Pflicht sprechen, siehe: J. Delbrück in: Dahm/Delbrück/Wolfrum (Hrsg.): Völkerrecht Band I/2, 2. Auflage (2002), § 93 I.2., S. 96.

15 EuGH, *Rottmann* (Fn. 10), Rn. 62.

16 EuGH, *Rottmann* (Fn. 10), Rn. 63.

17 EuGH, *Rottmann* (Fn. 10), Rn. 57.

18 EuGH, *Rottmann* (Fn. 10), Rn. 58.

19 BVerwG, Urt. v. 11. 11. 2010, 5 C 12.10, Rn. 19 ff.

desverwaltungsgericht erklärte weiter, dass der EuGH keine „Koordinierungspflicht“ des Einbürgerung zurücknehmendem Staates mit dem anderen Mitgliedstaat gefordert habe.²⁰ Der Fall *Rottmann* verdeutlicht die Unterscheidung zwischen dem Mitgliedstaat der Einbürgerung und dem Herkunftsmitgliedstaat. Obwohl der EuGH dies nicht direkt ausführt, scheint er vorzuziehen, dass Österreich, der Herkunftsstaat, die Letztverantwortung für den Unionsbürger und somit auch die Verantwortung für den Schutz des über die Staatsangehörigkeit vermittelten Unionsbürgerstatus übernimmt.

2. Die Verantwortung für den Schutz des Kernbestandes der Unionsbürgerschaft – Rs. Ruiz Zambrano

Die Entscheidung des EuGH in *Ruiz Zambrano* erweitert den vom Gericht gewählten Ansatz in *Rottmann*. In *Rottmann* standen sowohl der Unionsbürgerstatus an sich, als auch alle Rechte, die mit dem Unionsbürgerstatus verbunden sind, auf dem Spiel. In *Ruiz Zambrano* ging es nur um die Rechte, nicht aber um den Status an sich. Die belgischen Behörden hatten Herrn Ruiz Zambrano, einem kolumbianischen Staatsangehörigen, der in Belgien mit seinen zwei belgischen Kindern ansässig war, die Gewährung einer Aufenthaltsgenehmigung verweigert. Der EuGH führt in diesem Fall aus, dass Art. 20 AEUV nationalen Maßnahmen entgegen steht, „die bewirken, dass den Unionsbürgern der tatsächliche Genuss des Kernbestands der Rechte, die ihnen der Unionsbürgerstatus verleiht, verwehrt wird.“²¹ Da die Unionsbürger in diesem Fall minderjährig waren, stellte der EuGH fest, dass die Kinder, im Falle der Ausweisung ihrer Eltern keine andere Möglichkeit hätten, als sie zu begleiten und somit gezwungen wären, das Hoheitsgebiet der EU insgesamt zu verlassen.²² Dies bedeute wiederum, dass sie nicht mehr vom Unionsrecht Gebrauch machen könnten. Der EuGH befand, dass Art. 20 AEUV der Verweigerung eines Aufenthaltsrechts der Eltern von Unionsbürgern entgegensteht, wenn dies der einzig denkbare Weg ist, um sicherzustellen, dass die Kinder die Möglichkeit haben, in der EU zu bleiben und von ihren unionsrechtlichen Rechten und Freiheiten Gebrauch zu machen.

20 Siehe BVerwG, 5 C 12.10 (Fn. 19), Rn. 24 f.

21 EuGH, *Ruiz Zambrano* (Fn. 10), Rn. 42.

22 EuGH, *Ruiz Zambrano* (Fn. 10), Rn. 44.

Der Eingriff in diesem Fall wurde vom EuGH mit der Rechtswidrigkeit der Verwehrung des tatsächlichen Genusses des Kernbestands der mit der Unionsbürgerschaft verbundenen Rechte begründet. Damit setzt sich der Gerichtshof über die von ihm in ständiger Rechtsprechung²³ aufgestellte Voraussetzung hinweg, dass Unionsbürgerrechte nicht in rein innerstaatlichen Sachverhalten geltend gemacht werden können. Die Unionsbürgerschaft hat deswegen nur eine begrenzte Bedeutung in Sachverhalten, in welchen Bürger nicht von ihrem Freizügigkeitsrecht Gebrauch machen wollen oder zuvor gemacht haben.²⁴ Stattdessen aber konzentriert sich die Entscheidung des EuGH in *Ruiz Zambrano* ausschließlich auf die Intensität des Eingriffs des Mitgliedstaates in die Rechte des Unionsbürgers.²⁵ Auf dieser Grundlage stellt der Gerichtshof eine Verantwortung der Mitgliedstaaten für den Schutz des Kernbestands der mit dem Unionsbürgerstatus verbundenen Rechte fest, die sich auch auf rein innerstaatliche Sachverhalte erstrecken kann.

In dieser Auslegung wirkt Art. 20 AEUV auch auf das Staatsangehörigkeitsrecht der Mitgliedstaaten ein. So vertritt *Kochenov* die Auffassung, dass sich aus dem Urteil in *Ruiz Zambrano* in der Zusammenschau mit der Entscheidung in *Rottmann* ergebe, dass EU-Mitgliedstaaten keine uneingeschränkte Gestaltungsfreiheit mehr über ihre Staatsangehörigkeitsrecht haben.²⁶ *Jesserun d'Oliveira* schließt daraus weiter, dass sofern die EU eine Mitsprache im Staatsangehörigkeitsrecht der Mitgliedstaaten habe,

23 EuGH, *Uecker und Jacquet*, C-64/96 und C-65/96, EU:C:1997:285, Rn. 23; EuGH, *Garcia Avello*, C-148/02, EU:C:2003:539, Rn. 26; EuGH, *Tas-Hagen und Tas*, C-192/05, EU:C:2006:676, Rn. 23; EuGH, *Nerkowska*, C-499/06, EU:C:2008:300, Rn. 25.

24 Ausführlich zum Kriterium des „rein innerstaatlichen Sachverhalts“: *S. O'Leary*, The Past, Present and Future of the Purely Internal Rule in EU Law, *Irish Jurist* 2009, 13; *P. van Elsuwege*, European Union Citizenship and the Purely Internal Rule Revisited, *EuConst* 2011, 308; *A. Tryfonidou*, Reverse Discrimination in Purely Internal Situations: An Incongruity in a Citizens' Europe, *Legal Issues of Economic Integration* 2008, 43.

25 *D. Kochenov*, A Real European Citizenship; A New Jurisdiction Test; A Novel Chapter in the Development of the Union in Europe, *Columbia Journal of European Law* 2011, 56, 84.

26 *D. Kochenov*, The Essence of EU Citizenship Emerging from the Last Ten Years of Academic Debate: Beyond the Cherry Blossoms and the Moon?, *ICLQ* 2013, 97, 115.

die souveräne Staatlichkeit der Mitgliedstaaten begrenzt werde.²⁷ Diese Deutung wird auch durch die Praxis der Mitgliedstaaten bestätigt: Nach dem *Ruiz Zambrano*-Urteil, hob der belgische Staat den *ius-soli* Erwerb der belgischen Staatsangehörigkeit durch eine Gesetzesänderung des *Code de la nationalité belge* auf.²⁸ Damit ist die Wiederholung einer Fallkonstellation, wie sie in *Ruiz Zambrano* zugrunde lag, in Zukunft in Belgien ausgeschlossen. Dies belegt, dass die Entscheidung des EuGH sich weitreichend auf die Hoheitsgewalt des belgischen Staates auswirkte. Nach Ansicht des belgischen Gesetzgebers war der Eingriff so einschneidend, dass die nationalen gesetzlichen Vorschriften geändert werden mussten.

Obwohl der Gerichtshof diese Rechtsprechung in späteren Urteilen restriktiv interpretiert, besteht seit *Rottmann* und *Ruiz Zambrano* eine neue Verantwortung des Herkunftsmitgliedstaates gegenüber seinen eigenen Staatsangehörigen.

In dem anschließenden Urteil *McCarthy* erklärte der EuGH, eine nationale Maßnahme, die dem Ehepartner einer Unionsbürgerin das Aufenthaltsrecht verweigert, sei rechtmäßig, insofern diese Verweigerung nicht den tatsächlichen Genuss des Kernbestandes der Unionsbürgerrechte unter Art. 20 und 21 AEUV verhindere.²⁹ Der Gerichtshof führte an, dass anders als in *Ruiz Zambrano*, die Maßnahme nicht bewirke, dass Frau McCarthy verpflichtet wäre, das Hoheitsgebiet der EU zu verlassen.³⁰ Die Schlussfolgerungen in *Ruiz Zambrano* und *McCarthy* erscheinen widersprüchlich.³¹ So wird die Untersuchung eines grenzüberschreitenden Bezugs des

27 H. U. Jessurun d'Oliveira, Case Note 1 Decoupling Nationality and Union Citizenship?, EuConst 2011, 138, 139.

28 04/12/2012 *Loi modifiant le Code de la nationalité belge afin de rendre l'acquisition de la nationalité belge neutre du point de vue de l'immigration* (welches am 1. Januar 2013 in Kraft getreten ist):

“Art. 6. L'article 11 du même Code, remplacé par la loi du 13 juin 1991, est remplacé par ce qui suit: “Art. 11. § 1er. Les enfants suivants sont Belges sur la base d'une naissance en Belgique:

1° l'enfant né en Belgique, pour autant qu'un de ses parents au moins:

a) soit né lui-même en Belgique;

b) et ait eu sa résidence principale en Belgique durant cinq ans au cours des dix années précédant la naissance de l'enfant;”.

29 EuGH, *McCarthy* (Fn. 10), Rn. 56.

30 EuGH, *McCarthy* (Fn. 10), Rn. 50.

31 S. Adam/P. van Elsuwege, Citizenship Rights and the Federal Balance between the European Union and Its Member States: Comment on Dereci, EL Rev. 2012, 176, 180.

Sachverhalts in *Ruiz Zambrano* übergangen, in *McCarthy* das Erfordernis eines solchen jedoch bekräftigt, da es sich nicht um einen Sachverhalt handelt, bei dem der Kernbestand des Unionsbürgerstatus und die damit diesem verbundenen Rechte auf dem Spiel stehen.³²

In seinem Urteil in der Sache *Dereci*, erklärte der Gerichtshof, dass sich die *Ruiz Zambrano*-Formel nur auf Ausnahmesituationen beziehe, in denen der Unionsbürger verpflichtet ist, nicht nur seinen Herkunftsmitgliedstaat, sondern auch das gesamte Hoheitsgebiet der Union zu verlassen.³³ Die bloße Tatsache, dass es für einen Staatsbürger aus wirtschaftlichen Gründen oder zur Aufrechterhaltung der Familiengemeinschaft wünschenswert erscheine, dass sich ein Familienangehöriger, der aus einem Drittstaat stammt, mit ihm zusammen in der EU aufhalten könnte, rechtfertige für sich genommen nicht die Annahme, dass der Unionsbürger gezwungen wäre, das Gebiet der Union zu verlassen, wenn kein Aufenthaltsrecht gewährt werden würde.³⁴ Daraus kann gefolgert werden, dass die *Ruiz Zambrano*-Formel nur dann gilt, wenn ein Unionsbürger, der noch nie von seinem Freizügigkeitsrecht Gebrauch gemacht hat, keine andere Wahl hat, als seinen drittstaatsangehörigen Familienmitgliedern zu folgen und somit das Gebiet der Union zu verlassen, weil der Unionsbürger völlig auf letztere angewiesen ist.³⁵ Zudem führt die Berücksichtigung der Grundrechte nicht zu einer Ausdehnung des Kernbestandes der Unionsbürgerrechte.³⁶ Diese sehr enge Auslegung des *Ruiz Zambrano*-Urteils, bestätigt überdies, dass Mitgliedstaaten nach der Rechtsprechung des EuGH keine spezifische Zuständigkeit für den Schutz des Rechts auf Familienzusammenführung des Unionsbürgers besitzen.³⁷

32 EuGH, *McCarthy* (Fn. 10), Rn. 45 ff.

33 EuGH, *Dereci und andere* (Fn. 10), Rn. 66.

34 EuGH, *Dereci und andere* (Fn. 10), Rn. 68.

35 *Adam/van Elsuwege* (Fn. 31), 181.

36 EuGH, *Dereci und andere* (Fn. 10), Rn. 71 ff; *P. Cede*, Kernbestand der Unionsbürgerschaft und Grundrechte, EuR Beiheft 1, 2015, 79, 85.

37 *P. van Elsuwege/D. Kochenov*, On The Limits of Judicial Intervention: EU Citizenship and Family Reunification Rights, EJML 2011, 443, 453 ff.

3. Die Letztverantwortung des Herkunftsmitgliedstaates für den Schutz des Kernbestandes der Unionsbürgerschaft – Rs. *Alokpa und Moudoulou*

Das Urteil *Alokpa und Moudoulou* betrifft eine Togolesin, die mit ihren Zwillingssöhnen in Luxemburg ansässig war. Ihre Söhne lebten seit ihrer Geburt in Luxemburg, hatten jedoch französische Staatsbürgerschaft durch den in ihrer Geburtsurkunde angegebenen Vater. Der Mutter wurde als nichterwerbstätiger Drittstaatsangehöriger in Luxemburg das Aufenthaltsrecht verweigert. Der Sachverhalt in *Alokpa und Moudoulou* weist damit starke Ähnlichkeiten mit dem in *Ruiz Zambrano* auf. Wie in *Ruiz Zambrano*, bezog sich auch *Alokpa* auf zwei minderjährige Unionsbürger, die noch nie von ihren Freizügigkeitsrechten Gebrauch gemacht hatten. Die Frage, die in beiden Fällen von den nationalen Gerichten vorgelegt wurde, war, ob dem Elternteil als Drittstaatsangehörigem, der die alleinige Sorge für seine Kinder ausübt, ein (abgeleitetes) Aufenthaltsrecht aufgrund der Rechte der Unionsbürgerkinder aus Art. 20 AEUV zusteht. Im Ergebnis entschied der Gerichtshof, dass der Kernbestandschutztest in der Rs. *Alokpa und Moudoulou* nicht angewendet werden muss.³⁸ Der entscheidende Unterschied zwischen den beiden Fällen ist, dass es sich bei den Kindern in *Ruiz Zambrano* um belgische Staatsbürger in Belgien (dem Mitgliedstaat der Staatsangehörigkeit) und in *Alokpa und Moudoulou* um französische Staatsangehörige in Luxemburg (einem Aufnahmestaat) handelt. Der EuGH macht die gleiche Abgrenzung und stimmt Generalanwalt Mengozzi zu, dass es prinzipiell unmöglich sei, dass die Ausweisung der Mutter aus Luxemburg den Söhnen den tatsächlichen Genuss ihrer Rechte als Unionsbürger entziehen kann.³⁹ Eine Ausweisung aus Luxemburg bedeutet in diesem Fall keine Ausweisung aus dem gesamten Hoheitsgebiet der EU,⁴⁰ da die Zwillinge mit ihrer Mutter nach Frankreich ziehen könnten. Als Mutter zweier französischer Staatsangehöriger, müsste der französische Staat nicht nur den Kindern, sondern auch ihr ein Aufenthaltsrecht gewähren.

Der Gerichtshof bestätigt mit seiner Entscheidung in *Alokpa und Moudoulou* implizit, dass die *Ruiz Zambrano*-Formel, wenn auch eng ausge-

38 EuGH, *Alokpa und Moudoulou* (Fn. 10), Rn. 35 f.

39 EuGH, *Alokpa und Moudoulou* (Fn. 10), Rn. 34; GA Mengozzi, *Alokpa und Moudoulou*, C-86/12, EU:C:2013:197, Rn. 53.

40 Siehe EuGH, *Dereci und andere* (Fn. 10), Rn. 66.

legt, immer noch gilt. Durch Verweis auf die Möglichkeit nach Frankreich ziehen zu können, verdeutlicht der Gerichtshof, dass obwohl die Zwillinge kein Recht auf den Kernbestandschutz ihres Unionsbürgerstatus in Luxemburg haben, müsste dieser jedoch in Frankreich geschützt werden. Das *Ruiz Zambrano*-Urteil hat somit eine Art „Sicherheitsnetz“⁴¹ im Mitgliedstaat der Staatsangehörigkeit geschaffen, der vorsieht, dass minderjährige Unionsbürger nicht aus dem Hoheitsgebiet der Union verdrängt werden können.

Aus der Entscheidung in *Aloka und Moudoulou* ergibt sich, dass Herkunftsstaaten die Letztverantwortung für ihre Staatsangehörigen tragen. Das Recht auf den Kernbestandschutz gemäß Art. 20 AEUV muss nur vom Herkunftsmitgliedstaat und nicht vom Aufnahmestaat gewährt werden. Frankreich trägt somit eine höhere Verantwortung für die Zwillingen als Luxemburg. *Graf Vitzthum* war deswegen zu optimistisch, als er in seinem Kommentar zum Fall *Ruiz Zambrano* schlussfolgerte, dass die Heimat der Unionsbürger entdeckt sei, da der Unionsbürger weder unmittelbar noch mittelbar gezwungen werde dürfe, das Gebiet der Union zu verlassen.⁴² Sein Fazit war, dass die Union die Heimat des Unionsbürgers ist. In *Aloka und Moudoulou*, wird jedoch deutlich, dass der Herkunftsstaat derzeit die wahre Heimat des Unionsbürgers bleibt.

Beachtenswert ist außerdem, dass die Moudoulou-Zwillinge außer ihrer französischen Staatsangehörigkeit keine Verbindung zu Frankreich haben. Bislang haben die beiden ihr gesamtes Leben in Luxemburg verbracht und haben *de facto* eine stärkere Verbindung zu Luxemburg. Dies spielt jedoch in den Erwägungen des EuGH keine Rolle, da der Kernbestandschutz ausschließlich von dem Herkunftsstaat gewährt wird. Dies liegt auch daran, dass die Unionsgrundrechte bislang nicht in den Kernbestand der Unionsbürgerrechte fallen.⁴³ Der existentielle und grundlegende Schutz einer Person, einschließlich dem Schutz der Grundrechte, verbleibt im Wesentlichen beim Mitgliedstaat der Staatsangehörigkeit. Ohne Verknüpfung mit dem Unionsrecht, die entweder durch einen grenzüberschreitenden Bezug oder durch den Entzug des Kernbestandschutzes nachgewiesen werden kann, ist der grundlegendere Status des Unionsbürgers derjenige der

41 A. Rigaux, Regroupement Familial, Europe 2013, 499: „un filet de sécurité“.

42 Graf Vitzthum (Fn. 11), 566.

43 Siehe: EuGH, *Dereci und andere* (Fn. 10), Rn. 69 ff.; D. Thym, Zur Rechtsstellung von Familienmitgliedern aus Drittstaaten im Lichte der Kernbereichs-Rechtsprechung des EuGH, EuR Beiheft 1, 2015, 135, 149.

Staatsangehörigkeit.⁴⁴ Dies bedeutet auch, dass die grundlegende Verantwortung, die der Mitgliedstaat für seine Bürger trägt, so ausgeweitet wird, dass der Staat ihnen nun auch Zugang zum Hoheitsgebiet der EU ermöglichen muss.

IV. Die Letztverantwortung des Herkunftsmitgliedstaates für die Wiederaufnahme und Resozialisierung des straffällig gewordenen Unionsbürgers

Weitere Hinweise auf die Verteilung der Verantwortung zwischen Herkunftsmitgliedstaat und Aufenthaltsstaat können sich aus einer Analyse der Rechtsprechung des EuGH zu rechtmäßigen Beschränkungen des Freizügigkeitsprinzips ergeben. Hier handelt es sich um Fälle, bei denen der Unionsbürger seine Freizügigkeitsrechte verliert und der alleinigen Verantwortung ihres Herkunftsstaates unterliegt. Diese Untersuchung beleuchtet die Letztverantwortung des Herkunftsmitgliedstaates für die Wiederaufnahme und Resozialisierung eines straffällig gewordenen Unionsbürgers.

1. Freizügigkeitsbeschränkungen im Unionsrecht

Gemäß Art. 21 AEUV besitzt jeder Unionsbürger das Recht, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten. Dies ist jedoch kein absolutes Recht und es steht Mitgliedstaaten frei, die Freizügigkeit und das Aufenthaltsrecht eines Unionsbürgers aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit zu beschränken und den Unionsbürger auszuweisen.⁴⁵ Es ist ein allgemein anerkannter Grundsatz des Völkerrechts, dass der Staat der Staatsangehörigkeit verpflichtet ist,

44 Vergleiche mit: EuGH, *Grzelczyk*, C-184/99, EU:C:2001:458, Rn. 31.

45 Art. 27 Abs. 1 Richtlinie 2004/38/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten ABl. 2004 L 158/77, (Unionsbürgerrichtlinie).

ausgewiesene Staatsbürger in das Staatsgebiet wiederaufzunehmen.⁴⁶ Dieser Grundsatz wurde auch vom EuGH anerkannt.⁴⁷

Die Beschränkungen, die in der Richtlinie 2004/38/EG vorgesehen sind, diskriminieren selbstverständlich zwischen Staatsangehörigen und ausländischen Unionsbürgern, da Mitgliedstaaten ausschließlich die letzteren ausweisen können.⁴⁸ Allgemein gilt, dass die Freizügigkeitsrechte weit und die Beschränkungen als Ausnahmen eng ausgelegt werden.⁴⁹ Außerdem muss der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz beachtet werden.⁵⁰ Risiken für die öffentliche Ordnung oder Sicherheit müssen unter Beachtung der persönlichen Situation der Person und nicht aufgrund pauschaler Wertungen beurteilt werden.⁵¹ Je länger der Unionsbürger im Aufnahmemitgliedstaat ansässig ist, desto stärker ist sie oder er gegen eine Ausweisung geschützt.⁵² Gemäß der Präambel der Richtlinie 2004/38 hängt der Grad des Ausweisungsschutzes vom Grad der Integration des Unionsbürgers in den Aufnahmestaat ab: „Gegen Unionsbürger, die sich viele Jahre im Hoheitsgebiet des Aufnahmemitgliedstaats aufgehalten haben, [...] sollte nur unter außergewöhnlichen Umständen aus zwingenden Gründen der öffentlichen Sicherheit eine Ausweisung verfügt werden.“⁵³

Nach einem Aufenthalt von mehr als zehn Jahren, kann gegen den Unionsbürger eine Ausweisungsmaßnahme nur aus „zwingenden Gründen der

46 Siehe *Delbrück* (Fn. 14), § 84 II. 1., S. 23; *P. Weis*, *Nationality and Statelessness in International Law*, 2. Auflage (1979), S. 45 ff.

47 EuGH, *van Duyn*, C-41/74, EU:C:1974:133, Rn. 21 ff: „Andererseits besagt ein völkerrechtlicher Grundsatz, [...], daß ein Staat seinen eigenen Staatsangehörigen die Einreise in sein Hoheitsgebiet oder den Aufenthalt in diesem nicht versagen darf.“; EuGH, *Eind*, C-291/05, EU:C:2007:771, Rn. 31; EuG, *Adib Mayaleh./ Rat der Europäischen Union*, T-307/12 und T-408/13, EU:T:2014:926, Rn. 188 ff.

48 Angesichts Art. 18 AEUV kann dies etwas „anachronistisch“ scheinen, siehe: *Guild/Peers/Tomkin*, *The EU Citizenship Directive: A Commentary* (2014), S. 246.

49 *N. Nic Shuibhne*, *Derogating from the Free Movement of Persons: When Can EU Citizens Be Deported*, *Cambridge Yearbook of European Legal Studies* 2005, 187, 189.

50 EuGH, *Oteiza Olazabal*, C-100/01, EU:C:2002:712, Rn. 43; EuGH, *Orfanopoulos und Oliveri*, C-482/01 und C-493/01, EU:C:2004:262, Rn. 99.

51 EuGH, *Rutili*, Rs. 36/75, EU:C:1975:137, Rn. 29 f.

52 *Guild/Peers/Tomkin* (Fn. 48), S. 248.

53 ErwGr. 24 Unionsbügerrichtlinie (Fn. 45).

öffentlichen Sicherheit“ erlassen werden.⁵⁴ Es gibt keine einheitliche Bestimmung der Begriffe der „öffentlichen Ordnung“ und „öffentlichen Sicherheit“; diese werden im jeweiligen innerstaatlichen Recht der Mitgliedstaaten bestimmt. Somit ist der Begriff von Land zu Land verschieden. Jedoch hat der EuGH auch festgelegt, dass die Tragweite der Begriffe „nicht von jedem Mitgliedstaat einseitig ohne Nachprüfung durch die Organe der Gemeinschaft bestimmt werden.“⁵⁵ Während die Mitgliedstaaten also einen Beurteilungs- und Ermessensspielraum haben, prüft der Gerichtshof die verschiedenen Interpretationen der Begriffe.

2. Ausweisung von Unionsbürgern aufgrund zwingender Gründe der öffentlichen Sicherheit – Rs. Tsakouridis und P.I.

Aus der neueren Rechtsprechung des EuGH geht hervor, dass Unionsbürger trotz eines zehnjährigen Aufenthalts aus dem Aufnahmestaat ausgewiesen werden können, wenn sie bestimmte Straftaten begangen haben, die „als besonders schwere Beeinträchtigung eines grundlegenden gesellschaftlichen Interesses“ anzusehen sind und „die Ruhe und die physische Sicherheit der Bevölkerung unmittelbar“ bedrohen.⁵⁶ Somit ergibt sich aus der Rechtsprechung, dass der Aufnahmestaat eine schwächere Verantwortung für Unionsbürger aus anderen Mitgliedstaaten trägt, die besonders schwere Straftaten begehen. Der EuGH hat bisher bestätigt, dass der Drogenhandel und sexueller Missbrauch an Minderjährigen solche Straftaten darstellen. Auch in diesen Urteilen erweist sich die Staatsangehörigkeit im Vergleich zur Unionsbürgerschaft als das engere Band.

Das Urteil *Tsakouridis* betrifft einen Griechen, der in Deutschland geboren und aufgewachsen war. Nach seiner Verurteilung wegen Drogenhandels, ordnete das Regierungspräsidium Stuttgart die Ausweisung von Herrn Tsakouridis an. Sein Verhalten „gefährde aktuell die öffentliche Ordnung“ und die Wahrscheinlichkeit, dass er erneut ähnliche Straftaten

54 Nach einem Aufenthalt von drei Monaten fällt die öffentliche Gesundheit als Ausweisungsgrund weg (Art. 29 Abs. 2); Nach zehn Jahren stellt auch öffentliche Ordnung kein Ausweisungsgrund mehr dar (Art. 28 Abs. 3).

55 EuGH, *van Duyn* (Fn. 47), Rn. 18 f.

56 EuGH, *Tsakouridis*, C-145/09, EU:C:2010:708, Rn. 47; EuGH, *P.I.*, C-348/09, EU:C:2012:300, Rn. 28.

begehe, sei sehr hoch.⁵⁷ In der ersten Berufungsinstanz hob das Verwaltungsgericht Stuttgart den Ausweisungsbescheid auf, da ein solcher nur aus „zwingenden Gründen der öffentlichen Sicherheit“ festgestellt werden könne, und Herr Tsakouridis keine tatsächliche und hinreichend schwere Gefährdung darstelle, die ein Grundinteresse der deutschen Gesellschaft berühre. Das Verwaltungsgericht Baden-Württemberg legte dem EuGH die Frage zur weiteren Klärung des Begriffs der „zwingenden Gründe der öffentlichen Sicherheit“ vor. Der EuGH entschied, dass der bandenmäßige Handel mit Betäubungsmitteln ein Maß an Intensität erreichen könne, „durch das die Ruhe und die physische Sicherheit der Bevölkerung insgesamt oder eines großen Teils derselben unmittelbar bedroht werden“.⁵⁸ Der illegale Drogenhandel stelle „eine Bedrohung der Gesundheit, Sicherheit und Lebensqualität der Unionsbürger sowie der legalen Wirtschaftstätigkeit, der Stabilität und der Sicherheit der Mitgliedstaaten“⁵⁹ dar und könne somit unter den Ausdruck „zwingende Gründe der öffentlichen Sicherheit“ fallen.⁶⁰

Eine ähnliche Vorlagefrage wurde in der nachfolgenden Rechtssache *P.I.* gestellt. Ein italienischer Staatsangehöriger, der nach Deutschland gezogen war und dort mehr als zwanzig Jahren gelebt hatte, wurde aufgefordert, Deutschland zu verlassen, nachdem er wegen sexueller Nötigung und Vergewaltigung einer Minderjährigen, der Tochter seiner ehemaligen Partnerin, verurteilt und inhaftiert worden war. Die zuständige deutsche Behörde ordnete seine Ausweisung mit der Begründung an, dass Herr I. seinem Opfer „unendliches Leid“ angetan habe und es nicht ausgeschlossen werden könne, dass er rückfällig werde. Außerdem habe er sich weder wirtschaftlich noch sozial in die deutsche Gesellschaft integriert.⁶¹ In erster Instanz wies das Verwaltungsgericht Düsseldorf die Klage des Herrn I. mit der Begründung ab, dass das persönliche Verhalten des Klägers „eine gegenwärtige, tatsächliche und hinreichend schwere Gefährdung eines Grundinteresses der Gesellschaft“ zeigte: den Schutz von Mädchen und Frauen vor Sexualdelikten.⁶²

57 EuGH, *Tsakouridis* (Fn. 56), Rn. 14 f.

58 EuGH, *Tsakouridis* (Fn. 56), Rn. 47.

59 EuGH, *Tsakouridis* (Fn. 56), Rn. 46.

60 EuGH, *Tsakouridis* (Fn. 56), Rn. 56.

61 EuGH, *P.I.* (Fn. 56), Rn. 12.

62 EuGH, *P.I.* (Fn. 56), Rn. 13.

Im Berufungsverfahren wandte sich das Oberverwaltungsgericht Münster an den EuGH und fragte nach weiterer Klärung des Begriffs der zwingenden Gründe der öffentlichen Sicherheit. Das Gericht antwortete, dass die Beeinträchtigung der öffentlichen Sicherheit einen „besonders hohen Schweregrad“ aufweisen muss.⁶³ Darüber hinaus erklärte der Gerichtshof, dass es den Mitgliedstaaten freistehe, Straftaten wie sexueller Missbrauch und sexuelle Ausbeutung „als besonders schwere Beeinträchtigung eines grundlegenden gesellschaftlichen Interesses anzusehen, die geeignet ist, die Ruhe und die physische Sicherheit der Bevölkerung unmittelbar zu bedrohen“.⁶⁴ Somit war der Ausweisungsbescheid gegen Herrn I. rechtmäßig.

Beide Urteile sind in der Literatur heftig kritisiert worden.⁶⁵ Den Entscheidungen des Gerichtshofs wurde vorgeworfen, sie verwischten die Grenze zwischen dem Begriff der öffentlichen Ordnung und dem der öffentlichen Sicherheit. Die in dem *P.I.*-Urteil zugrunde gelegte Begriffserklärung der „öffentlichen Sicherheit“ erinnert sehr an die Definition, die der EuGH zuvor dem Begriff der „öffentlichen Ordnung“ gegeben hatte.⁶⁶ In der Rechtssache *Tsakouridis* lässt es sich noch argumentieren, dass der Drogenhandel eine soziale und wirtschaftliche Auswirkung auf die Gesellschaft habe, und somit „die Ruhe und die physische Sicherheit der Bevölkerung insgesamt oder eines großen Teils derselben unmittelbar“ bedrohen kann.⁶⁷ Jedoch wird diese Begriffserklärung in dem *P.I.*-Urteil verkürzt. Nunmehr muss nur noch „die Ruhe und die physische Sicherheit der Be-

63 EuGH, *P.I.* (Fn. 56), Rn. 28.

64 EuGH, *P.I.* (Fn. 56), Rn. 28.

65 *L. Azoulai/S. Coutts*, Restricting Union Citizens' Residence Rights on Grounds of Public Security. Where Union Citizenship and the AFSJ Meet: *P.I.*, *CML Rev.* 2013, 553; *D. Kochenov/B. Pirker*, Deporting the Citizens within the European Union: A Counter-Intuitive Trend in Case C-348/09, *PI V Oberbürgermeisterin Der Stadt Remscheid*, *Columbia Journal of European Law* 2012, 369; *D. Kostakopoulou/N. Ferreira*, Testing Liberal Norms: The Public Policy and Public Security Derogations and the Cracks in European Union Citizenship, *Columbia Journal of European Law* 2014, 167; *A. Pfersich*, Ausweisungsverfügung, Strafrechtliche Verurteilung, Zwingende Gründe der öffentlichen Sicherheit, *ZAR* 2012, 430.

66 EuGH, *Bouchereau*, Rs. 30-77, EU:C:1977:172, Rn. 35: eine „Störung der öffentlichen Ordnung, die jede Gesetzesverletzung darstellt, eine tatsächliche und hinreichend schwere Gefährdung vorliegt, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt“; *Azoulai/Coutts* (Fn. 65), 559.

67 EuGH, *Tsakouridis* (Fn. 56), Rn. 47.

völkerung“ bedroht werden.⁶⁸ Die Tatsache also, dass die begangenen Straftaten in diesem Fall im Familienkreis geschehen waren, und nicht einmal einen größeren Teil der Gesellschaft betrafen, ist für den EuGH irrelevant.⁶⁹ Dies bedeutet, dass die vom EuGH geprüfte Schwere der Straftat nicht von der akuten Bedrohung der Gesellschaft abhängig ist, sondern von der moralischen Verwerflichkeit des Delikts.⁷⁰ Dies ist weit von der ursprünglichen Bestimmung des Begriffs der öffentlichen Sicherheit entfernt, die besagte, dass nur 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.⁷¹ Diese weitreichende Änderung lässt sich dadurch erklären, dass nun Verstöße gegen das Gesetz des Aufnahmestaates nicht als Vergehen gegen bestimmte Personen, sondern als Verstöße gegen die Werte der Aufnahmegesellschaft gesehen werden.⁷²

Die Vermischung der Begriffe der öffentlichen Ordnung und öffentlichen Sicherheit untergräbt den Zweck und das Ziel der Richtlinie 2004/38. Wie bereits erwähnt, schreibt die Präambel der Richtlinie vor, dass nur unter außergewöhnlichen Umständen und aus zwingenden Gründen eine Ausweisung von Unionsbürgern angeordnet werden kann, die im Aufnahmestaat geboren sind und lange Zeit dort gelebt haben.⁷³ Ziel der Richtlinie ist es, den Aufenthalt und die Integration der Unionsbürger im Aufnahmemitgliedstaat zu fördern und besonders für langfristig Aufenthaltsberechtigte ein höheres Schutzniveau für deren Aufenthaltsrecht sicherzustellen.⁷⁴ Unionsbürger, die sich langfristig in Aufnahmestaaten aufhalten,

68 EuGH, *P.I.* (Fn. 56), Rn. 28.

69 *Azoulai/Coutts* (Fn. 65), 559 f.

70 Siehe EuGH, *P.I.* (Fn. 56), Rn. 27.

71 EuGH, *Tsakouridis* (Fn. 56), Rn. 44.

72 Siehe *S. Coutts*, *Union Citizenship as Probationary Citizenship: Onuekwere*, *CML Rev.* 2015, 531, 539.

73 ErwGr. 24 Unionsbürgerrichtlinie (Fn. 45).

74 GA Bot, *Onuekwere*, C-378/12, EU:C:2013:640, Rn. 47: „Das durch die Richtlinie 2004/38 eingeführte System, insbesondere die Schaffung eines Rechts auf Daueraufenthalt, beruht also auf dem Gedanken, dass eine echte Integration gewissermaßen belohnt werden oder zumindest zur Folge haben muss, dass dieses Gefühl der Zugehörigkeit zur Gesellschaft des Aufnahmemitgliedstaats verstärkt wird.“.

sollen wie eigene Staatsangehörige behandelt werden. Dennoch werden Herr Tsakouridis und Herr I. wie ausländische und nicht inländische Straftäter behandelt. Es wird also deutlich, dass der Aufnahmestaat keine Verantwortung für einen Unionsbürger übernehmen muss, der gegen die „spezifischen Werte der Rechtsordnung des Mitgliedstaats“ verstößt.⁷⁵

a) Verantwortung für die Wiederaufnahme des Unionsbürgers

Aus der Rechtsprechung des EuGH ergeben sich Anhaltspunkte dafür, dass der Gerichtshof von einer Resozialisierungsverantwortung des Herkunftsstaats ausgeht. So erklärt der EuGH, dass der Aufnahmemitgliedstaat, bei einer Ausweisungsentscheidung die „Bindungen zum Herkunftsstaat“ berücksichtigen muss.⁷⁶ Bedauerlicherweise bleibt hierbei unklar, was der Gerichtshof sich unter solchen „Bindungen“ genau vorstellt, und ob jemand wie Herr Tsakouridis oder Herr I. solche Bindungen hat. Klar ist jedoch sowohl in *Tsakouridis* als auch in *P.I.*, dass die Bindungen zum Herkunftsstaat (Griechenland für Herrn Tsakouridis und Italien für Herrn I.) nicht unbedingt stärker als die Bindungen zum Aufnahmestaat (Deutschland) sind. Beide Kläger haben Familienangehörige, die in Deutschland leben. Herr I. hat sein Erwachsenenleben überwiegend in Deutschland verbracht und Herr Tsakouridis ist in Deutschland geboren und aufgewachsen. Die für den Gerichtshof entscheidende Verbindung zum Herkunftsstaat ist die Staatsangehörigkeit der beiden Kläger. Es gibt keine unionsrechtliche Vorschrift, die ausgewiesene Unionsbürger daran hindert, ihre Freizügigkeitsrechte in einem anderen Mitgliedstaat auszuüben. Jedoch gehen die Urteile des EuGH implizit bei einer Ausweisung eines Unionsbürgers von dessen Rückkehr in den Herkunftsstaat aus. Somit hat nach der Rechtsprechung des EuGH, der Herkunftsstaat die Pflicht seine Angehörigen, die bestimmte schwerwiegende Straftaten begangen haben, wiederaufzunehmen.

75 EuGH, *P.I.* (Fn. 56), Rn. 29.

76 EuGH, *Tsakouridis* (Fn. 56), Rn. 26; EuGH, *P.I.* (Fn. 56), Rn. 32.

b) Verantwortung für die Resozialisierung des Unionsbürgers

Der EuGH stellte auch fest, dass eine Ausweisung nur dann verhältnismäßig ist, wenn das persönliche Verhalten des Betroffenen eine tatsächliche und gegenwärtige Gefahr darstellt.⁷⁷ Die Vermutung muss bestehen, dass der Unionsbürger ein Wiederholungstäter sein könnte.⁷⁸ Das bedeutet, dass der zurückkehrende Unionsbürger theoretisch die gleiche Gefahr für die Gesellschaft des Herkunftsstaates darstellt. In seinen Schlussanträgen in der Rs. *P.I.* macht Generalanwalt Bot geltend, dass der gemeinsame Raum der Freizügigkeit in der EU, der auch den Anspruch erhebt, ein Raum der Freiheit, Sicherheit und des Rechts zu werden, nicht auf der Grundlage errichtet werden kann, „dass jeder Delinquent, der eine harte Strafe bekommt, allein deshalb in sein Heimatland zurückgeschickt wird.“⁷⁹ In seinem Urteil in *Tsakouridis* betont der EuGH auch, dass die Bedrohung der öffentlichen Sicherheit gegen die Gefahr abzuwägen ist, „die Resozialisierung des Unionsbürgers in dem Staat, in den er vollständig integriert ist [...] zu gefährden.“⁸⁰ Im *P.I.*-Urteil wird diese Aussage jedoch nicht wiederholt und der EuGH erlaubt die Ausweisung eines Unionsbürgers, der eine schwere Straftat begangen hat, und zugleich starke Bindungen zum Aufnahmestaat hat. Dieses Ergebnis macht nur dann Sinn, wenn der Herkunftsstaat nach Auffassung des EuGH die Letztverantwortung für die Resozialisierung von entlassenen Strafgefangenen trägt. Hier ist jedoch fraglich, ob der Herkunftsstaat, in dem der Unionsbürger sich längere Zeit nicht aufgehalten hat, wie in *P.I.* und *Tsakouridis*, wirklich am besten für die Übernahme für die Verantwortung der Resozialisierung geeignet ist.

3. *Ausreisebeschränkungen der Unionsbürger*

Eine weitere Dimension der Verantwortung des Herkunftsstaats gegenüber Unionsbürgern mit sozialabweichendem Verhalten verdeutlicht die Rechtsprechung des EuGH zu von Herkunftsstaaten erlassenen Ausreiseverboten. Ein Beispiel hierfür ist *Jipa*, in der das vorlegende rumänische Gericht

77 EuGH, *Tsakouridis* (Fn. 56), Rn. 48; EuGH, *P.I.* (Fn. 56), Rn. 30.

78 EuGH, *Tsakouridis* (Fn. 56), Rn. 50; EuGH, *P.I.* (Fn. 56), Rn. 34.

79 GA Bot, *P.I.*, C-348/09, EU:C:2012:123, Rn. 46.

80 EuGH, *Tsakouridis* (Fn. 56), Rn. 50.

wissen wollte, ob eine Verfügung rechtmäßig ist, durch die Herrn Jipa, einem rumänischen Staatsangehörigen, untersagt würde, sich nach Belgien zu begeben. Herr Jipa war zuvor aus Belgien ausgewiesen und gezwungen worden, nach Rumänien zurückzukehren. Der Gerichtshof befand, dass Art. 20 AEUV und Art. 27 der Richtlinie 2004/38 einem solchen Verbot nicht entgegenstehen, insbesondere wenn der betroffene Staatsangehörige zuvor wegen „unbefugten Aufenthalts“ von dem Mitgliedsstaat ausgewiesen wurde, zu dem ihm nun der Zugang verboten ist.⁸¹ Das Freizügigkeitsrecht eines Unionsbürgers könne beschränkt werden, sofern das persönliche Verhalten des Bürgers „eine tatsächliche, gegenwärtige und erhebliche Gefahr darstellt, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt“.⁸² Bei „der Gesellschaft“, von der hier die Rede ist, handelt es sich implizit um die belgische, und nicht die rumänische Gesellschaft. So obliegt es den rumänischen Gerichten zu entscheiden, ob ein rumänischer Staatsangehöriger eine Bedrohung für die belgische Bevölkerung darstellt. Der EuGH scheint hier anzudeuten, dass der Herkunftsstaat eine weitere Verantwortung für seine Staatsangehörigen trägt. Darüber hinaus weist er auf eine Verantwortung des Herkunftsstaates hin, andere Mitgliedstaaten und deren Bevölkerungen vor den eigen straffälligen, oder für gefährlich eingestufteten Staatsangehörigen zu schützen.⁸³ Die bereits erwähnte, völkerrechtliche Verpflichtung des Staates ausgewiesene Staatsangehörige wiederaufzunehmen, besteht nicht nur den eigenen Bürgern gegenüber, sondern auch dem ausweisenden Staat gegenüber.⁸⁴ Das *Jipa*-Urteil gibt einen ähnlichen Gedanken wieder. Verwirrend ist hier jedoch die weitere Aussage des Gerichtshofs, dass ein Ausreiseverbot „nicht ausschließlich auf Grün-

81 EuGH, *Jipa*, C-33/07, EU:C:2008:396, Rn. 30.

82 EuGH, *Jipa* (Fn. 81), Rn. 30.

83 Zu beachten ist jedoch, dass in diesem Fall keine Belege für eine tatsächliche Bedrohung durch Herrn Jipa vorgewiesen wurde, siehe: *D. M. Sandru/C. M. Banu/D. Calin*, The Preliminary Reference in the *Jipa* Case and the Case Law of Romanian Courts on the Restriction on the Free Movement of Persons, *European Public Law* 2012, 623, 633.

84 *A. Randelzhofer*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.): *Grundgesetz Kommentar*, 56. Auflage (2009), GG Art. 16 Abs. 1, Rn. 40 f; *A. Edwards*, The meaning of nationality in international law in an era of human rights: procedural and substantive aspects, in: *Edwards/van Waas* (Hrsg.): *Nationality and Statelessness under International Law* (2014), S. 30.

de gestützt sein [darf], die ein anderer Mitgliedstaat geltend macht“.⁸⁵ Somit blieb unklar, wie die Gefahr, die der Unionsbürger darstellt, eingeschätzt werden muss.

Im darauffolgenden Urteil wiederholte der EuGH letztere Aussage nicht. In *Gaydarov* wurde einem Bulgaren, der zuvor wegen Drogenhandels in Serbien verurteilt und inhaftiert worden war, die Ausreise aus Bulgarien verboten. Der EuGH entschied wieder, dass Unionsrecht einer solchen Maßnahme nicht entgegensteht.⁸⁶ Erneut deutet der EuGH auf eine Verantwortung der Mitgliedstaaten, die Freizügigkeit von eigenen Staatsangehörigen, die die Gesellschaften der anderen europäischen Mitgliedstaaten in Gefahr bringen könnten, zu beschränken. Aus der bisherigen Ausführung kann also festgestellt werden, dass die Letztverantwortung des Herkunftsstaates für straffällige Unionsbürger einerseits den eigenen Bürger gegenüber und andererseits vielleicht auch den anderen Mitgliedstaaten und der EU als Ganzes gegenüber gilt.

V. Die Letztverantwortung des Herkunftsstaates für die Aufnahme und Wiederaufnahme des nicht integrierten Unionsbürgers

Azoulai und *Coutts* erwägen, dass die oben dargestellte Rechtsprechung in *P.I.* nahelegt, dass es eine Pflicht des Unionsbürgers zur Integration im Aufenthaltsstaat gibt.⁸⁷ *Spaventa* spricht hier von einer „verdienten Bürgerschaft“.⁸⁸ Mit anderen Worten, der Unionsbürger ist verpflichtet, sich in die Gesellschaft des Aufnahmestaates einzugliedern, um seine Rechte als Unionsbürger genießen zu können. Dabei soll diese Pflicht nicht nur vertikal (dem Aufnahmestaat gegenüber), sondern auch horizontal (der Bevölkerung des Aufnahmestaates gegenüber) gelten. Dies stünde mit der Regelung des Art. 20 Abs. 2 AEUV im Einklang, der zufolge die Unions-

85 EuGH, *Jipa* (Fn. 81), Rn. 25; siehe auch: *M. Berger*, Die Grenzen der Unionsbürgerschaft, EuR Beiheft 1, 2015, 195, 202.

86 EuGH, *Gaydarov*, C-430/10, EU:C:2011:749, Rn. 42.

87 *Azoulai/Coutts* (Fn. 65), 569; Obwohl die Verträge keine spezifischen Unionsbürgerpflichten enthalten, siehe: *M. Haag*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg.): Europäisches Unionsrecht, 7. Auflage (2015), AEUV Art. 20, Rn. 21; vergleiche auch mit: *D. Kochenov*, EU Citizenship without Duties, ELJ 2014, 482.

88 *E. Spaventa*, Earned Citizenship – Understanding Union Citizenship Through Its Scope, in: *Kochenov* (Hrsg.): EU Citizenship and Federalism: The Role of Rights (2016, in Erscheinung).

bürgerschaft nicht nur Rechte, sondern auch Pflichten enthält. Ebenso wie die Staatsbürgerschaft eine wechselseitige Beziehung mit Rechten und Pflichten auf beiden Seiten ist, könnte die Unionsbürgerschaft eine ähnliche Struktur aufweisen. Wenn ein Unionsbürger in ein anderes Mitgliedstaat zieht, wäre er danach verpflichtet die Werte zu akzeptieren, die der Aufnahmegesellschaft zugrunde liegen.⁸⁹

Das durch die Richtlinie 2004/38 gewährte Schutzniveau gegen eine Ausweisung hängt vom Grad der Integration des Unionsbürgers in den Aufnahmestaat ab.⁹⁰ Anders ausgedrückt, ist das Verantwortungsniveau des Aufnahmestaates für den Unionsbürger von seiner Integration in die Gesellschaft abhängig ist. Umgekehrt würde dies bedeuten, dass die nicht integrierte, nicht integrierbare oder integrationsunwillige Person unter der letzten Verantwortung des Herkunftsstaates verbleibt.

Das entscheidende Kriterium für die Integration in den Aufnahmestaat und somit auch für das Schutzniveau durch den Aufnahmestaat ist wesentlich die Aufenthaltsdauer.⁹¹ Generalanwalt Bot behauptet jedoch in seinen Schlussanträgen in *P.I.*, dass dies nur „eine einfache Vermutung der Integration“ begründe, die durch den Sachverhalt widerlegt werde.⁹² Die Integration eines Unionsbürgers beruhe sowohl auf räumlichen und zeitlichen Umständen, als auch auf „qualitativen Faktoren“.⁹³ Bei einem Verhalten, das eine schwerwiegende Störung der öffentlichen Ordnung darstellt, könne man deswegen von einem völligen Fehlen eines Willens, sich in die Gesellschaft zu integrieren, ausgehen.⁹⁴ Obwohl der EuGH dem Schlussantrag in *P.I.* nicht direkt folgt, hat der Gerichtshof zuvor ähnliche Überlegungen angestellt.⁹⁵ Aus dem Urteil in *M.G.* geht hervor, dass der Zeitraum der Verbüßung einer Freiheitsstrafe die Kontinuität des Aufenthalts unterbricht und sich auf die Beurteilung der Frage auswirkt, ob zuvor eine

89 L. Azoulai, The (Mis)Construction of the European Individual – Two Essays on Union Citizenship Law, EUI Department of Law Research Paper 2014, 1, 16.

90 EuGH, *Tsakouridis* (Fn. 56), Rn. 26 und EuGH, *P.I.* (Fn. 56), Rn. 32.

91 Art. 28 Abs. 2 Unionsbürgerrichtlinie (Fn. 45).

92 GA Bot, *P.I.* (Fn. 79), Rn. 56.

93 GA Bot, *P.I.* (Fn. 79), Rn. 60.

94 GA Bot, *P.I.* (Fn. 79), Rn. 60.

95 EuGH, *Dias*, C-325/09, EU:C:2011:498, Rn. 64: „der Integrationsgedanke, der dem Erwerb des Daueraufenthaltsrechts nach Art. 16 Abs. 1 der Richtlinie 2004/38 zugrunde liegt, nicht nur auf territoriale und zeitliche Umstände, sondern auch auf qualitative Elemente im Zusammenhang mit dem Grad der Integration im Aufnahmemitgliedstaat abstellt.“.

mit dem Aufnahmestaat geknüpfte Integrationsverbindung bestand.⁹⁶ Es lässt sich also ableiten, dass der Unionsbürger nur dann unter die Verantwortlichkeit des Aufnahmestaats fällt, wenn er eine enge Verbindung mit der Aufnahmegesellschaft, und nicht nur einen längeren Aufenthalt vorweisen kann. Bürger, die wegen Straftaten verurteilt und inhaftiert werden müssen, erfüllen deswegen höchstwahrscheinlich diese Anforderungen nicht.

Pataut wendet ein, dass bei Straftaten, die als Verstoß gegen die gesellschaftlichen Werte des Aufenthaltsstaates angesehen werden, nicht davon ausgegangen werden kann, dass diese nicht zugleich auch gemeinsame Werte aller Mitgliedstaaten verletzen.⁹⁷ Er kritisiert deshalb, dass Ausweisungsmaßnahmen gegen Unionsbürger mit einer Verletzung gemeinsamer Werte der Europäischen Union und Mitgliedstaaten begründet werden. So verletzen die Straftaten, die von Herrn Tsakouridis und Herrn I. begangen worden sind, auch die Werte der griechischen und der italienischen Gesellschaft (die jeweiligen Gesellschaften der Herkunftsstaaten). Die unterschiedliche Gewichtung der Werte des Aufnahme- und Herkunftsstaates lässt sich damit erklären, dass ein Verstoß der Werte im eigenen Staat keine Angelegenheit der EU, sondern eine innerstaatliche, bleibt. Daraus könnte gefolgert werden, dass die Herkunftsstaaten die endgültige, grundlegende Alleinverantwortung für Bürger tragen, die sich weigern, sich in die Gesellschaft zu integrieren. Beachtenswert ist auch, wie *Coutts* anmerkt, dass der EuGH in seiner Rechtsprechung die Mitgliedstaaten als separate Gebilde mit jeweils eigenen Wertesystemen darstellt.⁹⁸ Diese, nicht unproblematische Hypothese des EuGH unterstreicht die Bedeutung der nationalen Staatsangehörigkeit und schwächt potentiell die auf der Unionsbürgerschaft gegründete gemeinsame Verantwortung der Mitgliedstaaten für ihre Bürger.

Es liegt auf der Hand, dass der Herkunftsmitgliedstaat die Primärverantwortung für den Unionsbürger trägt, der auch ein eigener Staatsangehöriger ist und noch nicht von seinen Freizügigkeitsrecht Gebrauch gemacht hat. Diese Verantwortung geht aus der Bindung zwischen Staatsangehörigem und Staat hervor. Der EuGH hebt die Bedeutung dieser Bindung auch

96 EuGH, *M.G.*, C-400/12, EU:C:2014:9, Rn. 38.

97 *E. Pataut*, *Intégration et Solidarité : Quelles Valeurs Pour La Citoyenneté? Valeurs de l'Union*, *Revue Trimestrielle de Droit Européen* 2014, 781.

98 *Coutts* (Fn. 72), 539.

in seiner Rechtsprechung hervor.⁹⁹ Wenn der Staatsangehörige von seinen Unionsbürgerrechten Gebrauch macht und in einen anderen Mitgliedstaat zieht, verschiebt sich diese Verantwortung. Je mehr der Unionsbürger sich in die Aufnahmegesellschaft integriert, desto mehr Verantwortung übernimmt der Aufnahmestaat für ihn. *Azoulai* argumentiert, dass es sich bei den mit dem Unionsbürgerstatus verbundenen Rechten hauptsächlich um Rechte handelt, die die Integration in den Aufnahmestaat fördern, damit Unionsbürger die Möglichkeit haben, in andere Mitgliedstaaten einzureisen und als echtes Mitglied der Aufnahmegesellschaft anerkannt werden.¹⁰⁰ Vorausgesetzt, dass der Unionsbürger ausreichend integriert ist, ist er Staatsangehörigen des Aufnahmestaats gleichgestellt.

Wird der Unionsbürger seiner Pflicht nicht gerecht, dann verliert er seine an den Unionsbürgerstatus gebundene Rechte und die Verantwortung fällt wieder auf den Herkunftsstaat, der die Letztverantwortung trägt. Dies wird auch durch *Aloka und Moudoulou* bestätigt, wobei es sich dort um Unionsbürger handelt, die nicht in der Lage sind und nicht die finanziellen Mittel haben, sich in die Aufnahmegesellschaft zu integrieren. Dies stützt die These, dass das Unionsbürgerrecht mobile, informierte und qualifizierte Bürger begünstigt, und Bürger, denen die Qualifikation und die finanziellen Mittel zur Ausreise fehlen, ausschließt.¹⁰¹ Die Letztverantwortung des Herkunftsstaates bezieht sich damit nicht nur auf Unionsbürger, die sich weigern sich in die Aufnahmegesellschaft zu integrieren, sondern auch auf solche, die sich nicht integrieren können.

VI. Schlussbemerkung

Die Ausführungen haben durch die Einführung des Konzepts der Verantwortung im Rahmen der Rechtsprechung des EuGH zur Unionsbürgerschaft, die Bedeutung der Staatsangehörigkeit erneut bekräftigt und die Letztverantwortung des Herkunftsstaates für den Unionsbürger aufgedeckt. Zunächst wurde eine grundlegende und alleinige Verantwortung der Mitgliedstaaten festgestellt, seinen Staatsangehörigen den Zugang zum Hoheitsgebiet der EU zu ermöglichen. Anschließend wurde die Letztverantwortung des Herkunftsmitgliedstaates für die Wiederaufnahme und Re-

⁹⁹ EuGH, *Rottmann* (Fn. 10), Rn. 51.

¹⁰⁰ *Azoulai* (Fn. 89), 2.

¹⁰¹ *Azoulai* (Fn. 89), 16.

sozialisierung eines straffällig gewordenen Unionsbürgers beleuchtet, welche einerseits den eigenen Bürgern gegenüber und andererseits vielleicht auch den anderen Mitgliedstaaten und der EU als Ganzes gegenüber gilt. Schließlich wurde ausgeführt, dass die nicht integrierte, nicht integrierbare oder integrationsunwillige Person unter der letzten Verantwortung des Herkunftsstaates verbleibt. Dies bekräftigt, dass Unionsbürger letztendlich Staatsangehörige ihres Herkunftsstaates, und Ausländer in allen anderen Mitgliedstaaten ohne Aufenthaltssicherheit¹⁰² bleiben. Diese Erkenntnis steht im klaren Gegensatz zu der Feststellung des EuGH, dass der Unionsbürgerstatus dazu bestimmt sei, „der grundlegende Status der Angehörigen der Mitgliedstaaten zu sein“.¹⁰³ Es wird deutlich, dass der *grundlegendere* Status der Unionsbürger die Angehörigkeit ihrer Mitgliedstaaten bleibt.

102 Kostakopoulou/Ferreira (Fn. 65), 168.

103 EuGH, Grzelczyk (Fn. 44), Rn. 31.

Unionsbürgerschaft an der Schnittstelle zwischen Integration, Solidarität und sozialem Zusammenhalt

*Dr. Kathrin Hamenstädt**

Der Gerichtshof der Europäischen Union hat in den letzten Jahren eine konzeptionelle Kehrtwende in seiner Rechtsprechung zur Unionsbürgerschaft vollzogen. Der nachfolgende Beitrag soll der Frage nachgehen, welche Rolle die Konzepte der Integration, des sozialen Zusammenhalts und der Solidarität bei diesem Rechtsprechungswechsel spielen und wie die Interpretation und die Verwendung dieser Konzepte durch den Gerichtshof den Gehalt der Unionsbürgerschaft umgestalten. Dabei richtet sich der Fokus auf das Ausweisungsrecht, das Daueraufenthaltsrecht und den Zugang zu beitragsunabhängigen Sozialleistungen.

I. Einleitung

Die Staatsangehörigen der 28 Mitgliedstaaten der Europäischen Union besitzen neben ihrer jeweiligen Staatsangehörigkeit auch die durch den Vertrag von Maastricht eingeführte Unionsbürgerschaft.¹ Die Unionsbürgerschaft erlaubt es ihnen sich unabhängig von einer wirtschaftlichen Tätigkeit frei im Gebiet der Europäischen Union zu bewegen und aufzuhalten², wobei es einen Vorbehalt hinsichtlich „der in den Verträgen und in den Durchführungsvorschriften vorgesehenen Beschränkungen und Bedingun-

* DAAD-Lektorin an der School of Law, King's College London.

1 Art. 20 Abs. 1 Konsolidierte Fassung des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, ABl. 2012, C 326/01 (AEUV).

2 Siehe Art. 20 Abs. 2 lit. a, Art. 21 Abs. 1 AEUV (Fn. 1), eine Garantie, die ebenfalls von Art. 45 Abs. 1 Charter der Grundrechte der Europäischen Union, ABl. 2012, C 326/326 (Grundrechtecharta) unterstrichen wird.

gen“ gibt.³ Neben der Unionsbürgerschaft ist im zweiten Teil des AEUV⁴ der Grundsatz der Nichtdiskriminierung geregelt, welcher vorsieht, dass „(u)nbeschadet besonderer Bestimmungen der Verträge (...) in ihrem Anwendungsbereich jede Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit verboten“ ist.⁵

Die Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union (EuGH) füllte das Konzept der Unionsbürgerschaft, oft unter Rückgriff auf den Grundsatz der Gleichbehandlung von Unionsbürger*innen mit Staatsangehörigen des jeweiligen Mitgliedstaates, mit Leben und trug maßgeblich zu dessen Entwicklung bei.⁶ In seiner vielzitierten *Grzelczyk*-Entscheidung urteilte der EuGH, dass der Unionsbürgerstatus dazu bestimmt sei „der grundlegende Status der Angehörigen der Mitgliedstaaten zu sein, der es denjenigen unter ihnen, die sich in der gleichen Situation befinden, erlaubt, unabhängig von ihrer Staatsangehörigkeit und unbeschadet der insoweit ausdrücklich vorgesehenen Ausnahmen die gleiche rechtliche Behandlung zu genießen“.⁷ Die *Grzelczyk*-Entscheidung fügt sich in eine Reihe weiterer Entscheidungen, wie *Martínez Sala*⁸, *D’Hoop*⁹, *MRAX*¹⁰ und *Baumbast* und *R*,¹¹ ein, in denen der Gerichtshof nicht nur die Rechte der Unionsbürger*innen, sondern auch ihrer (drittstaatsangehörigen) Familienmitglieder gefestigt und gestärkt hat, und die von *Spaventa* als *konstituierende Phase*¹² bezeichnet wird. *Huber* betont, dass diese Entscheidungen für eine „Inklusion der von ihrem Freizügigkeitsrecht Gebrauch

3 Siehe Art. 21 Abs. 1 AEUV (Fn. 1). Für die Unterscheidung zwischen Bedingung und Beschränkung siehe *M. Wendel*, § 18 Unionsbürgerrechte, Freizügigkeit, in: Grabenwarter (Hrsg.): Enzyklopädie Europarecht, Bd. 2: Europäischer Grundrechtsschutz (2014), S. 760.

4 Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (Fn. 1).

5 Art. 18 Abs. 1 AEUV (Fn. 1).

6 *S. Giubboni*, Free Movement of Persons and European Solidarity, ELJ 2007, 360, 369; *T. Kingreen*, In love with the single market? Die EuGH-Entscheidung *Alimanovic* zum Ausschluss von Unionsbürgern von sozialen Grundsicherungsleistungen, NVwZ 2015, 1503.

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

8 EuGH, *Martínez Sala*, C-85/96, EU:C:1998:217.

9 EuGH, *D’Hoop*, C-224/98, EU:C:2002:432.

10 EuGH, *MRAX*, C-459/99, EU:C:2002:461.

11 EuGH, *Baumbast* und *R*, C-413/99, EU:C:2002:493.

12 *E. Spaventa*, Earned Citizenship – understanding Union citizenship through its scope, in: D. Kochenov (Hrsg.) *EU Citizenship and Federalism: the Role of Rights* (2017, im Erscheinen).

machenden Unionsbürger und (...) eine tendenziell umfassende Inländerbehandlung“ stehen.¹³ Entscheidende Grundsätze der Rechtsprechung des EuGH wurden sodann in der Unionsbürgerrichtlinie¹⁴ kodifiziert, welche unter anderem die Bedingungen der Einreise, des Aufenthalts und der Beendigung des Aufenthalts von Unionsbürger*innen und deren Familienmitgliedern regelt und die im Jahr 2004 angenommen und bis zum 30. April 2006¹⁵ von den Mitgliedstaaten in innerstaatliches Recht umzusetzen war. Die Zeit der Kodifizierung der Rechtsprechung des EuGH durch die Unionsbürgerrichtlinie markiert die Phase der Konsolidierung, die durch eine Vertiefung bereits vorhandener sowie die Ausbildung neuer Rechtsprechungsstränge geprägt ist.¹⁶ Während der in der *Grzelczyk*-Formel enthaltene und Artikel 18 AEUV verankerte Grundsatz der gleichen rechtlichen Behandlung von Unionsbürger*innen und Staatsangehörigen die erste und die zweite Phase der Rechtsprechung des EuGH zur Unionsbürgerschaft maßgeblich prägte, kommt den ebenfalls in der *Grzelczyk*-Formel und Artikel 21 Abs. 1 AEUV erwähnten Bedingungen, Grenzen und Ausnahmen insbesondere in letzter Zeit zunehmende Bedeutung zu.¹⁷ Werden die ersten beiden Phasen noch als von einem Integrationismus¹⁸ oder einem „judicial activism“¹⁹ geprägt beschrieben, so wird die gegenwärtige Phase als „doctrinal conservatism“²⁰ bezeichnet. Diese konzeptionelle Kehrtwende der Rechtsprechung ist durch eine Abkehr des EuGH

13 P. Huber, Unionsbürgerschaft, EuR 2013, 637, 645.

14 Richtlinie 2004/38/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, zur Änderung der Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 und zur Aufhebung der Richtlinien 64/221/EWG, 68/360/EWG, 72/194/EWG, 73/148/EWG, 75/34/EWG, 75/35/EWG, 90/364/EWG, 90/365/EWG und 93/96/EWG, ABl. 2004 L 158/77 (Unionsbürgerrichtlinie).

15 Siehe Art. 40 Abs. 1 Unionsbürgerrichtlinie (Fn. 14).

16 Spaventa, (Fn. 12).

17 Siehe z.B. EuGH, *Dano*, C-333/13, EU:C:2014:2358, Rn. 60. Siehe auch D. Thym, Die Rückkehr des „Marktbürgers“ – Zum Ausschluss nichterwerbsfähiger EU-Bürger von Hartz IV-Leistungen, NJW 2015, 130, 131.

18 U. Šadl/M. Madsen, Did the Financial Crisis Change European Citizenship Law? An Analysis of Citizenship Rights Adjudication Before and After the Financial Crisis, ELJ 2016, 40, 41.

19 D. Thym, When Union citizens turn into illegal migrants: the Dano case, EL Rev. 2015, 249, 252.

20 Thym (Fn. 19), 250.

von seiner ursprünglichen „Vision“ der Unionsbürgerschaft, hin zu einer minimalistischen Interpretation gekennzeichnet.²¹ Auch wenn angemerkt wurde, dass der Rechtsprechung des EuGH kein einheitliches Konzept der Unionsbürgerschaft zugrunde liegt²² und die einzelnen Phasen weder homogen noch linear²³ sind, so zeichnet sich doch in den letzten Jahren, insbesondere bei Unionsbürger*innen, die auf finanzielle Unterstützung angewiesen oder straffällig geworden sind, eine Rückkehr zu einer stärkeren Betonung der Verantwortlichkeit des Herkunftsstaats für seine eigenen Staatsangehörigen ab. Diese Rückkehr geht mit einer abnehmenden Prüfung und Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles einher, insbesondere den familiären und persönlichen Verbindungen der Unionsbürger*innen im Aufnahmemitgliedstaat. Gleichzeitig droht diese Entwicklung, die verstärkt auf die durch die Staatsangehörigkeit vorgegebenen Bindung abstellt, die durch die Unionsbürgerschaft begünstigte Entwicklung der europäischen Integration, bei der oftmals die von den einzelnen Unionsbürger*innen gewählten Verbindungen zum jeweiligen Aufenthaltsstaat in den Vordergrund treten,²⁴ zu untergraben. Dieser Rechtssprechungswechsel ist überdies durch eine zunehmende Bedeutung des Sekundärrechts geprägt, einer damit einhergehenden Verdrängung des Primärrechts, sowie einer Schwächung der Bedeutung der Verhältnismäßigkeitsprüfung. Kennzeichen dieser Wende sind schließlich auch eine bestimmte Interpretation der deutungs offenen Begriffe der Integration und des sozialen Zusammenhalts durch den EuGH und den Generalanwalt sowie die abnehmende Bedeutung des Begriffes der Solidarität. Der zweite Teil (II.) widmet sich der Verwendung der Begriffe der Integration und des sozialen Zusammenhalts in der Unionsbürgerrichtlinie und ihrer Interpretation durch den EuGH sowie der Verwendung des Begriffes der Solidarität.

21 *Spaventa* (Fn. 12). Siehe auch *S. Coutts*, Union citizenship as probationary citizenship: Onuekwere, CML Rev. 2015, 531, 537, 544, der darlegt, dass der EuGH die Unionsbürgerrichtlinie im Lichte einer bestimmten Ideologie und Vision der Unionsbürgerschaft auslegt.

22 *D. Thym*, The Elusive Limits of Solidarity: Residence Rights of and Social Benefits for Economically Inactive Union Citizens, CML Rev. 2015, 17, 33.

23 *P. Hilpold*, Die Unionsbürgerschaft – Entwicklung und Probleme, EuR 2015, 133, 135.

24 *Spaventa* (Fn. 12). Siehe auch *Thym* (Fn. 22), 34 ff. der zwischen dem “residence model”, das primär auf den Aufenthaltsort abstellt und dem “integration model”, wonach allein der Aufenthalt des Unionsbürgers/der Unionsbürgerin nicht ausreichend ist, unterscheidet.

Anschließend findet eine Auseinandersetzung mit verschiedenen, in der Literatur vertretenen, Standpunkten zu den Auswirkungen der Rechtsprechung des EuGH auf die Umgestaltung der Unionsbürgerschaft statt (III.). Schließlich werden die Folgen der Interpretation der Konzepte der Integration, des sozialen Zusammenhalts und der Solidarität durch den EuGH auf den Gehalt der Unionsbürgerschaft in den Schlussbemerkungen beleuchtet (IV.).

II. Integration, sozialer Zusammenhalt und Solidarität

Die Begriffe der Integration, des sozialen Zusammenhalts und der Solidarität sind interpretationsoffen und auf vielfältige Weise miteinander verknüpft. Auch wenn auf eine Darstellung der verfassungsrechtlichen Dimension dieser Konzepte aus Platzgründen weitgehend verzichtet wird²⁵, soll zu Beginn des ersten Abschnitts eine kurze Auseinandersetzung mit zwei unterschiedlichen Deutungsmöglichkeiten des Begriffes der Integration stattfinden. Anschließend beleuchtet der erste Abschnitt die Konzepte der Integration und des sozialen Zusammenhalts beim Ausweisungsschutz und beim Zugang zum Daueraufenthaltsrecht (1.). Der zweite Abschnitt widmet sich sodann dem Begriff der Solidarität beim Zugang zu beitragsunabhängigen Sozialleistungen, indem er auf den (fehlenden) Gebrauch dieses Konzepts durch den EuGH eingeht (2.).

Die Begriffe der Solidarität, des sozialen Zusammenhalts und der Integration, wie sie im AEUV oder in der Grundrechtecharta verwendet werden, sollen nicht oder nur am Rande der Untersuchung Erwähnung finden, da sich der Gerichtshof in seiner Argumentation hierauf nicht bezieht.

25 Für weitere Diskussion siehe: *T. Marshall*, *Citizenship and Social Class* (1950); *E. Guild*, *Does European Citizenship Blur the Borders of Solidarity?*, in: *Guild/Gortázar Rotaache/Kostakopoulou* (Hrsg.): *The Reconceptualization of European Union Citizenship* (2014), S. 189 *F. de Witte*, *Justice in the EU: The Emergence of Transnational Solidarity* (2015).

1. Integration und sozialer Zusammenhalt

Integration ist ein bedeutungsoffener Begriff, der dem Wandel grundlegender gesellschaftlicher Wertvorstellungen unterworfen ist²⁶ und der im nationalen²⁷ und europäischen Recht²⁸ verschiedene Funktionen einnehmen kann. Aus der Perspektive eines rechtsbasierten Ansatzes werden ein sicherer Aufenthaltsstatus und die Gleichbehandlung von Migrant*innen mit Staatsangehörigen des jeweiligen Mitgliedstaates als förderlich für die Integration angesehen. Von einer anderen Perspektive aus betrachtet dient die fehlende Integration von Migrant*innen, die man unter anderem anhand von Sprachkenntnissen, Arbeitsmarktintegration, Kenntnissen der Geschichte, Politik und Gesellschaft des Aufnahmelandes oder mittels anderer Kriterien zu bestimmen versucht, als Grundlage für die Verweigerung des Zugangs oder Aufenthalts oder der Verwehrung bestimmter Rechte im Aufnahmemitgliedstaat.²⁹ Beide Perspektiven lassen sich sowohl in Rechtsakten der EU³⁰ als auch in der Rechtsprechung des EuGH wiederfinden.³¹

Zudem gibt es vielfältige Formen der Integration, die sich gegenseitig bedingen (können). Eine sprachliche Integration kann eine wirtschaftliche, gesellschaftliche und kulturelle Integration fördern und umgekehrt. Oft wird eine sprachliche Integration sogar als unerlässliche Voraussetzung für eine aktive Teilnahme von Migrant*innen am sozialen, wirtschaftlichen und öffentlichen Leben angesehen.³² Aber kann und wenn ja in welchem Umfang die (fehlende) Integration des/r Unionsbürger*in überhaupt berücksichtigt werden? Anders als bei Drittstaatsangehörigen, bei denen die Zuerkennung der Rechtsstellung eines langfristig Aufenthaltsberechtigten

26 D. Thym, Towards a Contextual Conception of Social Integration in EU Immigration Law. Comments on *P & S* and *K & A*, EJML 2016, 89, 106 f.

27 Siehe zum Begriff der Integration im deutschen Aufenthaltsrecht, J. Eichenhofer, Begriff und Konzept der Integration im Aufenthaltsgesetz, Nomos 2013.

28 K. Groenendijk, Legal Concepts of Integration in EU Migration Law, EJML 2004, 111, 113.

29 Zu beiden Perspektiven siehe Thym (Fn. 26), 90, 105 ff.; Groenendijk (Fn. 28) 113 ff.

30 Siehe Groenendijk (Fn. 28), 114 ff., der drei ausgewählte Richtlinien untersucht.

31 EuGH, *Echternach*, C-389/87, EU:C:1989:130, Rn. 20 (als Beispiel für die erste Perspektive), EuGH, *Dias*, C-325/09, EU:C:2011:498, Rn. 64 (als Beispiel für die zweite Perspektive).

32 Groenendijk (Fn. 28), 114.

gemäß Art. 5 Abs. 2 der Daueraufenthaltsrichtlinie³³ von der Erfüllung der „Integrationsanforderungen gemäß dem nationalen Recht“ abhängig gemacht werden kann, gibt es eine entsprechende Vorschrift für Unionsbürger*innen nicht. Wie *Thym* zutreffend feststellt, kennt das Unionsrecht „spezifische Vorgaben zur sprachlichen und kulturellen Integration“ von Unionsbürger*innen nicht, sodass „die Mitgliedstaaten innerstaatliche Maßnahmen zu verpflichtenden Integrationskursen nach der Einreise sowie notwendigen Sprachkenntnissen bei der Aufenthaltsverfestigung oder beim Ehegattennachzug auf Unionsbürger nicht anwenden dürfen“.³⁴ Eine entsprechende Integrationsverpflichtung widerspräche nicht nur dem Freizügigkeitsrecht, sondern liefe auch dem supranationalen Integrationsziel zuwider.³⁵

Dennoch werden sowohl der Begriff der Integration als auch, unmittelbar damit zusammenhängend, der Begriff des sozialen Zusammenhalts in der (a)) Unionsbürgerrichtlinie verwendet. Beide Begriffe sind für die (b)) Argumentation des Europäischen Gerichtshofs und des Generalanwalts sowohl im Ausweisungsrecht (aa)) als auch im Daueraufenthaltsrecht (bb)) von Bedeutung.

Die nachfolgende Darstellung geht vom Wortlaut der Unionsbürgerrichtlinie aus und wirft einen kritischen Blick auf die Interpretation der Richtlinienbestimmungen durch den EuGH. Dabei sind die beiden soeben dargestellten unterschiedlichen Perspektiven auf den Begriff der Integration – die rechtsbasierte Perspektive, welche die Gleichstellung von Migrant*innen mit Staatsangehörigen als förderlich für das Ziel der Integration betrachtet, sowie die zweite Perspektive, welche die Integration von Migrant*innen zur Voraussetzung für die Gleichstellung mit Staatsangehörigen macht – von zentraler Bedeutung.

Anschließend soll der Frage nachgegangen werden, auf welche Formen der von Unionsbürger*innen zu erbringenden Integration(sleistung) der EuGH abstellt. Dafür wird *Coutts'* Analyse des vom EuGH verwendeten Integrationsbegriffes herangezogen, welche die Anpassung an die Normen und Werte des Aufnahmemitgliedstaates als die für den EuGH maßgeb-

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

34 *D. Thym*, Freizügigkeit in Europa als Modell?, EuR 2011, 487, 489 f. Siehe auch *Groenendijk* (Fn. 28), 116.

35 *Groenendijk* (Fn. 28), 125; *Thym* (Fn. 34), 493.

liche Form der Integration identifiziert (c)). Schließlich erfolgt eine kritische Auseinandersetzung mit den Folgen eines so verstandenen Integrationsbegriffes (d)).

a) Unionsbürgerrichtlinie

Das Ziel der Integration von Unionsbürger*innen wird im 18. Erwägungsgrund der Präambel der Unionsbürgerrichtlinie genannt, wo es heißt „(u) ein wirksames Instrument für die Integration in die Gesellschaft des Aufnahmemitgliedstaats darzustellen, in dem der Unionsbürger seinen Aufenthalt hat, sollte das einmal erlangte Recht auf Daueraufenthalt keinen Bedingungen unterworfen werden“. Die Formulierung des 18. Erwägungsgrundes der Präambel unterstreicht, dass das Daueraufenthaltsrecht als ein Instrument verstanden wird, das die Integration von Unionsbürger*innen in die Gesellschaft des Aufnahmemitgliedstaates fördern und ermöglichen soll.

Weiterhin wird im Zusammenhang mit der Ausweisung der Begriff der Integration sowohl im 23. und 24. Erwägungsgrund der Präambel genannt, als auch in Art. 28 Abs. 1 der Unionsbürgerrichtlinie. Letztere Vorschrift enthält verschiedene Kriterien, die ein Mitgliedstaat im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung in die Abwägung einstellen muss, bevor er eine(n) Unionsbürger*in ausweisen kann.

Schließlich ist das Ziel des sozialen Zusammenhalts im 17. Erwägungsgrund der Präambel der Unionsbürgerrichtlinie genannt. Dort heißt es: „(w)enn Unionsbürger, die beschlossen haben, sich dauerhaft in dem Aufnahmemitgliedstaat niederzulassen, das Recht auf Daueraufenthalt erhielten, würde dies ihr Gefühl der Unionsbürgerschaft verstärken und entscheidend zum sozialen Zusammenhalt – einem grundlegenden Ziel der Union – beitragen.“ Diese Formulierung belegt, dass die Herstellung des sozialen Zusammenhalts als Ziel der Union verstanden wird, welches durch das Mittel der Gewährung des Daueraufenthaltsrechts erreicht werden soll. Sowohl der 17. als auch der 18. Erwägungsgrund der Präambel verdeutlichen, dass die Gewährung des Daueraufenthaltsrechts als ein Instrument zur Erreichung des Ziels der Integration oder der Förderung des sozialen Zusammenhalts verstanden werden.

b) Interpretation dieser Konzepte durch den EuGH und den Generalanwalt

aa) Im Ausweisungsrecht

Einen anderen Zugang zum Konzept des sozialen Zusammenhalts und der Integration wählte Generalanwalt Bot in der Rechtssache *P.I.*, welche die Ausweisung eines über zehn Jahre in Deutschland lebenden Italieners zum Gegenstand hatte, der wegen sexuellen Missbrauchs eines Kindes, sexueller Nötigung und Vergewaltigung zu einer Freiheitsstrafe von sieben Jahren und sechs Monaten verurteilt wurde.³⁶ Aufgrund seiner Aufenthaltsdauer von über zehn Jahren konnte sich P.I. auf den Ausweisungsschutz nach Art. 28 Abs. 3 lit. a der Unionsbürgerrichtlinie berufen. Gemäß Art. 28 Abs. 3 lit. a können Unionsbürger*innen nach über zehnjährigem Aufenthalt nur noch aus zwingenden Gründen der öffentlichen Sicherheit ausgewiesen werden, sodass sich die Frage stellte, ob P.I.'s Verhalten diese Voraussetzung erfüllt. Der Begriff der „zwingenden Gründe der öffentlichen Sicherheit“ ist in der Unionsbürgerrichtlinie nicht definiert. In früheren Entscheidungen, die sich jedoch nicht auf Ausweisungen bezogen, hatte der EuGH geurteilt, dass die öffentliche Sicherheit die innere und äußere Sicherheit des Mitgliedstaates betrifft.³⁷ Die innere Sicherheit des Staates umfasst die Existenz des Staates, das Funktionieren seiner Einrichtungen und seiner wichtigen öffentlichen Dienste und das Überleben seiner Bevölkerung.³⁸ Von dieser Definition ausgehend hatte ein deutsches Gericht dem EuGH bereits in der Rechtssache *Tsakouridis* die Frage vorgelegt, „ob und inwieweit die mit dem bandenmäßigen Handel mit Betäubungsmitteln verbundene Kriminalität (...) unter den Begriff der „zwingenden Gründe der öffentlichen Sicherheit“ (...) fallen kann“.³⁹ In der Rechtssache *Tsakouridis* antwortete der EuGH, dass „Ziele wie die Bekämpfung der mit bandenmäßigem Handel mit Betäubungsmitteln verbun-

36 EuGH, *P.I.*, C-348/09, EU:C:2012:300, Rn. 10.

37 EuGH, *Aimé Richardt and Les Accessoires Scientifiques SNC*, C-367/89 EU:C:1991:376, Rn. 22 (hinsichtlich Art. 36 AEUV); EuGH, *Leifer*, C-83/94, EU:C:1995:329, Rn. 26; EuGH, *Sirdar*, C-273/97, EU:C:1999:523, Rn. 17; EuGH, *Albore*, C-423/98, EU:C:2000:401, Rn. 18; EuGH, *Kreil*, C-285/98, EU:C:2000:2, Rn. 17.

38 EuGH, *Campus Oil Limited*, C-72/83, EU:C:1984:256, Rn. 34.

39 EuGH, *Tsakouridis*, C-145/09, EU:C:2010:708, Rn. 39.

denen Kriminalität“ nicht vom Begriff der öffentlichen Sicherheit ausgenommen wären.⁴⁰

Damit war aber noch nicht geklärt, ob auch die von P.I. begangenen Straftaten vom Begriff der öffentlichen Sicherheit erfasst sind. In seinem Schlussantrag argumentierte Generalanwalt Bot, dass die von P.I. begangenen Taten nicht unter den Begriff „zwingende Gründe der öffentlichen Sicherheit“ im Sinne von Art. 28 Abs. 3 der Unionsbürgerrichtlinie fallen,⁴¹ sondern vielmehr einen Verstoß gegen die öffentlichen Ordnung darstellen.⁴²

Weiterhin führte er aus, dass P.I. „nicht wirklich integriert war und deshalb nicht in den Genuss des verstärkten Schutzes“ gegen Ausweisung, welchen die Unionsbürgerrichtlinie vorsieht, kommen kann.⁴³ Zur Begründung verwies er zunächst auf den Zusammenhang zwischen der Ausweisung und der Integration des Unionsbürgers/der Unionsbürgerin, der im 23. und 24. Erwägungsgrund der Unionsbürgerrichtlinie hergestellt wird.⁴⁴ Weiterhin argumentierte er, dass Artikel 28 Abs. 3 der Unionsbürgerrichtlinie eine Vermutung der Integration enthalte, die aber auch widerlegt werden könne.⁴⁵ Sodann brachte er vor, dass „(d)er Unionsgesetzgeber (...) von dem Grundsatz ausgegangen (ist), dass die Dauer des Aufenthalts Aufschluss über eine gewisse Integration in den Aufnahmemitgliedstaat gibt. Nach einem Zeitraum von zehn Jahren wird vermutet, dass zwischen dem Unionsbürger (...) und dem genannten Staat so enge Bindungen bestehen, dass sie diesem Bürger das Gefühl geben können, Teil der Gesellschaft des betreffenden Staates zu sein, wobei dies (...) zum sozialen Zusammenhalt, einem grundlegenden Ziel der Union, beitragen soll“.⁴⁶ Die Integration des Unionsbürgers/der Unionsbürgerin beruhe, so Bot, nicht nur auf räumlichen und zeitlichen Umständen, sondern auch auf qualitativen Faktoren. P.I.'s Verhalten zeuge vom völligen Fehlen eines Willens, sich in die Gesellschaft zu integrieren.⁴⁷ Im Ergebnis argumentierte Generalanwalt Bot, dass sich P.I. nicht auf den Ausweisungsschutz

40 EuGH, *Tsakouridis* (Fn. 39), Rn. 45.

41 GA Bot, *P.I.*, C-348/09, EU:C:2012:123, Rn. 24-47.

42 GA Bot, *P.I.* (Fn. 41), Rn. 60.

43 GA Bot, *P.I.* (Fn. 41), Rn. 49.

44 GA Bot, *P.I.* (Fn. 41), Rn. 53, 54.

45 GA Bot, *P.I.* (Fn. 41), Rn. 56.

46 GA Bot, *P.I.* (Fn. 41), Rn. 57.

47 GA Bot, *P.I.* (Fn. 41), Rn. 60.

nach Artikel 28 Abs. 3 (sowie Abs. 2) der Unionsbürgerrichtlinie berufen könne, wenn erwiesen sei, dass er dieses Recht aus einem gesetzwidrigen Verhalten herleite, das eine schwerwiegende Störung der öffentlichen Ordnung des Aufnahmemitgliedstaats darstelle.⁴⁸

Der Gerichtshof folgte der Argumentation des Generalanwalts nicht, sondern stellte es den Mitgliedstaaten frei, die von P.I. begangenen Straftaten, bzw. Straftaten die in Art. 83 Abs. 1 Unterabs. 2 AEUV aufgeführt sind, als geeignet anzusehen, die Ruhe und die physische Sicherheit der Bevölkerung unmittelbar zu bedrohen, mit der Folge, dass sie unter den Begriff der zwingenden Gründe der öffentlichen Sicherheit fallen können.⁴⁹

Nicht nur der vom Gerichtshof beschrittene Weg⁵⁰, sondern auch die von Generalanwalt Bot gewählte Argumentation ist problematisch, weil sie den durch die Unionsbürgerrichtlinie gewährten Schutz vor Ausweisung untergräbt.

Hinsichtlich der Argumentation des Generalanwalts ist hervorzuheben, dass der 23. Erwägungsgrund der Präambel der Unionsbürgerrichtlinie bestimmt, dass „(d)ie Ausweisung von Unionsbürgern (...) aus Gründen der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit (...) eine Maßnahme (ist), die Personen, die ihre Rechte und Freiheiten aus dem Vertrag in Anspruch genommen haben und vollständig in den Aufnahmemitgliedstaat integriert sind, sehr schaden kann“. Dies verdeutlicht, dass auch Unionsbürger*innen, die eine Gefahr für die öffentliche Ordnung oder sogar für die öffentliche Sicherheit darstellen, in den jeweiligen Mitgliedstaat integriert sein können. Die Begehung selbst schwerster Straftaten und die Integration im Aufenthaltsmitgliedstaat stehen demnach nicht zwingend in einem Ausschlussverhältnis.

Jenseits der Präambel wird der Begriff der Integration nur in Art. 28 Abs. 1 der Unionsbürgerrichtlinie verwendet, der eine nicht abschließende

48 GA Bot, *P.I.* (Fn. 41), Rn. 64.

49 EuGH, *P.I.* (Fn. 36), Rn. 33.

50 Kritisch: *G. Anagnostaras*, Enhanced protection of EU nationals against expulsion and the concept of internal public security: Comment on the PI case, *EL Rev.* 2012, 627, 630, 634; *D. Kochenov, B. Pirker*, Deporting the Citizens within the European Union: A Counter-Intuitive Trend in Case C-348/09, *P.I. v Oberbürgermeisterin der Stadt Remscheid*, *Columbia Journal of European Law* 2013, 369, 388; *D. Kostakopoulou, N. Ferreira*, Testing Liberal Norms: The Public Policy and Public Security Derogations and the Cracks in European Union Citizenship, *Columbia Journal of European Law* 2014, 167, 174 f.

Liste der Kriterien enthält, die ein Mitgliedstaat in die Abwägung einstellen muss, bevor er eine(n) Unionsbürger*in ausweisen kann. In Art. 28 Abs. 1 sind neben der Dauer des Aufenthalts und der familiären und wirtschaftlichen Lage auch die soziale und kulturelle Integration im Aufnahmemitgliedstaat genannt. Die Integration von Unionsbürger*innen im Aufenthaltsstaat ist mithin ein Kriterium, das vor einer Ausweisung berücksichtigt werden muss und einer Ausweisung entgegenstehen kann.⁵¹ Die Integration stellt aber keine Voraussetzung dar, die erfüllt werden muss, um überhaupt in den Genuss des Ausweisungsschutzes zu kommen.

Die vom Generalanwalt aufgestellte These der widerlegbaren Vermutung der Integration stellt eine Einschränkung des Ausweisungsschutzes dar, die ihre Stütze weder im Wortlaut⁵², dem Sinn und Zweck, der Systematik, noch der Entstehungsgeschichte der Vorschrift findet. Schließlich enthält die Unionsbürgerrichtlinie keine qualitativen Anforderungen, wie den Nachweis der Integration im Aufenthaltsmitgliedstaat. Die Gewährung des nach Art. 28 abgestuften Ausweisungsschutzes ist nach dem Wortlaut der Richtlinie nur von einem temporalen und territorialen Faktor abhängig.

Die durch den Generalanwalt vorgenommene Umkehrung der Bedeutung der Integration von einem Kriterium bei der Abwägung, die einer Ausweisungsentscheidung vorauszugehen hat, hin zu einem Kriterium, welches der/die Unionsbürger*in erfüllen muss, um sich auf den Ausweisungsschutz berufen zu können, hätte die rückwirkende Einschränkung des durch die Unionsbürgerrichtlinie gewährten Ausweisungsschutzes ermöglicht. Durch das Hineinlesen neuer Voraussetzungen in die Vorschrift des Art. 28 der Unionsbürgerrichtlinie wäre der Schutz der Unionsbürger*innen vor Ausweisungen verkürzt worden. Weiterhin ist nicht klar, in welchen Fällen davon ausgegangen werden könnte, dass der/die Unionsbürger*in ausreichend integriert ist, da, wie soeben festgestellt, die Begehung von Straftaten und eine Integration im Aufenthaltsmitgliedstaat sich nicht notwendig gegenseitig ausschließen müssen. Die Argumentation des Generalanwalts wurde jedoch in einer späteren Entscheidung teilweise

51 Siehe auch *L. Azoulai, S. Coutts*, Restricting Union citizens' residence rights on ground of public security, Where Union citizenship and the AFSJ meet: P.I., CML Rev. 2013, 553, 562. *C. Murphy*, Immigration, Integration and the Law (2016), S. 196. Murphy bezeichnet die Integration ausdrücklich als Schranke für die Ausweisung von Unionsbürger*innen.

52 Siehe *Anagnostaras* (Fn. 50), 637.

durch den EuGH aufgegriffen, der in der Rechtssache *M.G.* ausführte, dass „der Grad der Integration der Betroffenen die wesentliche Grundlage sowohl für das Daueraufenthaltsrecht als auch für die Regelung zum Schutz vor Ausweisungsmaßnahmen (...) bildet“.⁵³

bb) Im Daueraufenthaltsrecht

Der von Generalanwalt *Bot* in der Rechtssache *P.I.* gewählte Zugang, nicht lediglich auf temporale und territoriale Faktoren abzustellen, sondern zusätzlich noch „qualitative Faktoren“ einzubeziehen, war vom EuGH zuvor schon im Bereich des Daueraufenthaltsrechts (Art. 16 der Unionsbürgerrichtlinie) entwickelt worden. Bereits im Jahr 2011 wies der Gerichtshof in der Rechtssache *Dias* auf den Integrationsgedanken hin, „der dem Erwerb des Daueraufenthaltsrechts nach Art. 16 Abs. 1 der Richtlinie 2004/38 zugrunde liegt“ und der „nicht nur auf territoriale und zeitliche Umstände, sondern auch auf qualitative Elemente im Zusammenhang mit dem Grad der Integration im Aufnahmemitgliedstaat abstellt“.⁵⁴ Auf den sozialen Zusammenhalt nahm der EuGH hingegen nicht Bezug.

Anders jedoch in der Rechtssache *Onuekwere*, in der es um den drittstaatsangehörigen Familienangehörigen einer Unionsbürgerin ging. Dort wiederholte der EuGH zunächst den im 17. Erwägungsgrund enthaltenen Gedanken, dass das Recht auf Daueraufenthalt entscheidend zum sozialen Zusammenhalt beitrage, fügte dann aber, wie zuvor schon in der Rechtssache *Lassal*⁵⁵ aus, dass der Unionsgesetzgeber die Erlangung eines Daueraufenthaltsrechts nach Art. 16 der Unionsbürgerrichtlinie „von der Integration des Unionsbürgers in den Aufnahmemitgliedstaat abhängig gemacht hat“.⁵⁶ Obwohl der Wortlaut des Art. 16 Abs. 1. S. 1 der Unionsbürgerrichtlinie bestimmt, dass „(j)eder Unionsbürger, der sich rechtmäßig fünf Jahre lang ununterbrochen im Aufnahmemitgliedstaat aufgehalten hat, (...) das Recht (hat), sich dort auf Dauer aufzuhalten“ kein Integrationsanfordernis statuiert, wiederholte der EuGH sodann seine bereits in *Dias* getroffene Aussage, dass Art. 16 Abs. 1 der Unionsbürgerrichtlinie auch auf qualitative Elemente im Zusammenhang mit dem Grad der Integration im

53 EuGH, *M.G.*, C-400/12, EU:C:2014:9, Rn. 32.

54 EuGH, *Dias* (Fn. 31), Rn. 64.

55 EuGH, *Lassal*, C-162/09, EU:C:2010:592, Rn. 37.

56 EuGH, *Onuekwere*, C-378/12, EU:C:2014:13, Rn. 24.

Aufnahmemitgliedstaat verweist.⁵⁷ Weiterhin führt er aus, dass eine „Verpflichtung zur Integration, (...) dem Erwerb des Daueraufenthaltsrechts zugrunde liegt“.⁵⁸ Diese Aussage überrascht vor dem Hintergrund des 18. Erwägungsgrunds der Präambel der Unionsbürgerrichtlinie, der das Daueraufenthaltsrecht als Instrument für die Integration von Unionsbürger*innen in die Gesellschaft des Aufnahmemitgliedstaates bezeichnet. Indem der Gerichtshof das Daueraufenthaltsrecht von der Integration in die Gesellschaft und dem sozialen Zusammenhalt abhängig macht, scheint er das Ziel (Herstellung des sozialen Zusammenhalts und Integration von Unionsbürger*innen) und das Mittel (Gewährung des Daueraufenthaltsrechts) zu vertauschen.⁵⁹

Es ist bemerkenswert, dass der EuGH neben den in Art. 16 der Unionsbürgerrichtlinie aufgestellten Kriterien der Dauer des rechtmäßigen Aufenthalts und des Aufenthaltsortes, zusätzlich noch qualitative Kriterien verlangt und somit eine weitere Hürde für die Berufung auf das Daueraufenthaltsrecht aufstellt. Das Daueraufenthaltsrecht hat eine zentrale Stellung zum einen für das soeben erörterte Ausweisungsrecht, da Art. 28 Abs. 2 der Unionsbürgerrichtlinie einen verstärkten Ausweisungsschutz für Inhaber*innen des Daueraufenthaltsrechts dahingehend vorsieht, dass sie nur noch aus schwerwiegenden Gründen der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung ausgewiesen werden dürfen. Zum anderen hat das Daueraufenthaltsrecht besondere Bedeutung für den Zugang zu beitragsunabhängigen Sozialleistungen, da Art. 16 Abs. 1 S. 2 der Unionsbürgerrichtlinie bestimmt, dass „(d)ieses Recht (...) nicht an die Voraussetzungen des Kapitels III geknüpft (ist)“ und damit der/die Unionsbürger*in beispielsweise nicht mehr ausreichende finanzielle Mittel nachweisen muss.

Die dem Urteil des Gerichtshofes und den Schlussanträgen des Generalanwalts zugrunde liegende Logik kommt in der Aussage des Generalanwalts deutlich zum Ausdruck, wenn dieser ausführt, dass das Daueraufenthaltsrecht auf dem Gedanken beruhe, „dass eine echte Integration gewis-

57 EuGH, *Onuekwere* (Fn. 56), Rn. 25.

58 EuGH, *Onuekwere* (Fn. 56), Rn. 30.

59 Siehe auch L. Azoulai der hervorhebt, dass der Gerichtshof die Bedeutung des Konzepts des sozialen Zusammenhalts ändert, indem er den Erwerb des Daueraufenthaltsrechts von der Integration des Unionsbürgers/der Unionsbürgerin im Aufenthaltsmitgliedstaat abhängig macht, L. Azoulai, *The (Mis)Construction of the European Individual: Two Essays on Union Citizenship Law*, EUI Department of Law Research Paper No. 2014/14, S. 16.

sermaßen belohnt werden“⁶⁰ müsse. Das Daueraufenthaltsrecht wird somit zu einem Instrument der Belohnung für eine erfolgreiche Integration(sleistung) gemacht, bei der/die einzelnen Unionsbürger*innen vorleistungspflichtig sind. Diese Herangehensweise lässt sich jedoch nicht leicht mit dem in der Unionsbügerrichtlinie verwendeten Begriff der Integration vereinbaren.

Die Bezugnahmen auf den Begriff der Integration in der Unionsbügerrichtlinie sind, wie soeben dargelegt, vor allem durch die rechtsbasierte Perspektive geprägt,⁶¹ bei der die Gleichstellung von Unionsbürger*innen und Staatsangehörigen des jeweiligen Mitgliedstaats im Vordergrund steht, um die Integration von Unionsbürger*innen zu fördern. Der Zugriff des EuGH auf den Begriff der Integration und des sozialen Zusammenhalts lässt hingegen einen anderen Schwerpunkt erkennen, der eher dem Verständnis der zweiten Perspektive entspricht, bei der eine wie auch immer definierte Integration zur Voraussetzung für die Inanspruchnahme von Rechten gemacht wird. Während Aufenthaltssicherheit und Gleichberechtigung nicht nur bei Unionsbürger*innen, sondern auch bei Drittstaatsangehörigen grundlegende Mechanismen sind, um die Integration des Individuums zu ermöglichen und seine Inklusion zu fördern⁶², wird Integration nunmehr durch die Rechtsprechung des Gerichtshofs zur Bedingung für den Erwerb des Daueraufenthaltsrechts nach der Unionsbügerrichtlinie gemacht.⁶³ Parallel zu der eingangs erwähnten zweigliedrigen *Grzelczyk*-Formel, weist auch der Begriff der Integration mehrere Funktionen und Deutungsmöglichkeiten auf. Es gibt jedoch auch einen entscheidenden Unterschied zwischen der zweigliedrigen *Grzelczyk*-Formel und den unterschiedlichen Deutungsmöglichkeiten des Begriffes der Integration. Bei der durch den EuGH geschaffenen und im Primärrecht verankerten *Grzelczyk*-Formel, stehen zwei Elemente gleichberechtigt nebeneinander. Das Element der Gleichbehandlung von Unionsbürger*innen mit Staatsangehörigen des jeweiligen Aufenthaltsstaates ist ebenso in der *Grzelczyk*-Formel verankert wie die Beschränkungen und Bedingungen, die mit dem

60 GA Bot, *Onuekwere*, C-378/12, EU:C:2013:640, Rn. 47.

61 Siehe auch Groenendijk (Fn. 28), 125.

62 K. Groenendijk, Long-term immigrants and the Council of Europe, in: Guild/ Minderhoud (Hrsg.): *Security of Residence and Expulsion* (2001), S. 7; D. Acosta, The Long-Term Resident Status as a Subsidiary Form of EU Citizenship, *An Analysis of Directive 2003/109* (2011), S. 138 (hinsichtlich der Daueraufenthaltsrichtlinie).

63 Coutts (Fn. 21), 537, 538.

Unionsbürgerstatus einhergehen können. Diese Gleichberechtigung beider Elemente gibt es bei der Verwendung des Begriffes der Integration in der Unionsbürgerrichtlinie hingegen nicht. Die Unionsbürgerrichtlinie betrachtet die Integration als ein Ziel, das durch Gleichstellung von Unionsbürger*innen und Staatsangehörigen des jeweiligen Mitgliedstaates erreicht werden soll. Die zweite Perspektive, welche den Begriff der Integration als Beschränkungsmechanismus verwendet, wird erst durch den EuGH beziehungsweise durch den Generalanwalt eröffnet. Durch diese Herangehensweise an den Begriff der Integration und, damit zusammenhängend des sozialen Zusammenhalts, leistet der EuGH einen entscheidenden Beitrag zur Umgestaltung der Unionsbürgerschaft.

c) Maßgebliche Form(en) der Integration

Auf welche Form(en) der Integration stellen nun aber der Gerichtshof und der Generalanwalt ab? *Coutts* identifiziert die Anpassung an die Werte und Sozialnormen des Aufnahmelandes als die nach der Rechtsprechung des EuGH für das Daueraufenthaltsrecht und das Ausweisungsrecht entscheidende Form der Integration. Er argumentiert, dass der EuGH und der Generalanwalt die Unionsbürgerschaft als einen Status der Integration betrachten, der die Einhaltung und Anpassung an die Werte und Sozialnormen einer bestimmten Gemeinschaft erfordere.⁶⁴ Er vertritt den Standpunkt, dass für den EuGH und den Generalanwalt nicht die durch die Inhaftierung hervorgerufene physische und soziale Trennung des Individuums von der Gemeinschaft und die damit verbundene Hemmung der Integration („internal exile“) im Vordergrund stehen, sondern vielmehr das Unrecht, das gegen die Gesellschaft begangen wurde.⁶⁵ Generalanwalt und Gerichtshof sähen die Verurteilung und die Inhaftierung als Stellvertreter oder Konsequenz der Missachtung oder Zurückweisung gesellschaftlicher Werte an, welche die Integration unterbreche oder annulliere oder sogar eine komplette Abwesenheit von Integration des jeweiligen Individuums offenbare.⁶⁶ Weiterhin führt er aus, dass in *Tsakouridis* und *P.I.* die Ausweisung als eine Form der Risikokontrolle und Schadensreduzierung diene und als eine Maßnahme, die dazu bestimmt ist, die Werte der Gesell-

⁶⁴ *Coutts* (Fn. 21), 539.

⁶⁵ *Coutts* (Fn. 21), 540.

⁶⁶ *Coutts* (Fn. 21), 541.

schaft des Aufnahmemitgliedstaates durchzusetzen und zu schützen. Während diese Begründung in den beiden Ausweisungsentscheidungen nur implizit zum Ausdruck komme, tritt sie, so *Coutts*, in *Onuekwere*, deutlich hervor. In *Onuekwere* werde die Darstellung des Strafrechts als die Reflexion sozialer Normen und Werte der „Gastgesellschaft“ deutlich⁶⁷, wenn der EuGH ausführt, dass „der Betroffene die von der Gesellschaft des Aufnahmemitgliedstaats in dessen Strafrecht zum Ausdruck gebrachten Werte nicht beachtet“.⁶⁸

d) Integration als Anpassung an die Werte und Sozialnormen des Aufnahmemitgliedstaates?

Die Anpassung an die Werte und Sozialnormen des Aufnahmemitgliedstaates als die für den Erwerb des Daueraufenthaltsrechts und den Schutz vor Ausweisung maßgebliche Form der Integration wirft jedoch für das Daueraufenthaltsrecht sowie das Ausweisungsrecht Fragen auf.

Im Kontext des Daueraufenthaltsrechts verdrängt die Gleichstellung von Einhaltung der Rechtsnormen mit erfolgreicher Integration andere Formen der Integration, wie zum Beispiel eine sprachliche oder wirtschaftliche Integration. Abgesehen von dem Umstand, dass Art. 16 der Unionsbürgerrichtlinie das Kriterium der Integration nicht aufführt, ist auch nicht ersichtlich, warum andere Formen der Integration weniger oder vielleicht sogar gar keine Bedeutung haben sollen, wenn man den Erwerb des Daueraufenthaltsrechts schon von einer Integration abhängig macht.

Im Ausweisungsrecht wirft das Verständnis von Integration als Anpassung an die Normen und Werte des Aufnahmemitgliedstaats zwei zentrale Fragen auf. Zum einen ist dieses Verständnis von Integration nicht unbedingt leicht mit dem im Kontext des Ausweisungsrechts aufgezeigten Umstand zu vereinbaren, dass Unionsbürger*innen, welche die Strafnormen des Aufnahmemitgliedstaates verletzen und eine Gefahr für die öffentliche Ordnung oder sogar für die öffentliche Sicherheit darstellen, zugleich auch im jeweiligen Mitgliedstaat integriert sein können. Bei den Ausführungen zum Ausweisungsrecht wurde aufgezeigt, dass die Begehung von Straftaten und die Integration im Aufnahmemitgliedstaat nicht zwingend in

67 *Coutts* (Fn. 21), 543.

68 EuGH, *Onuekwere* (Fn. 56), Rn. 26.

einem Ausschließlichkeitsverhältnis stehen wie sich auch aus dem 23. Erwägungsgrund der Präambel der Unionsbürgerrichtlinie ergibt. Dieser Erwägungsgrund weist darauf hin, dass eine Ausweisung denjenigen Personen, die vollständig im Aufnahmemitgliedstaat integriert sind, sehr schaden kann.

Außerdem ist bei einer Gleichstellung von Integration mit der Achtung von Werten und Sozialnormen des Aufnahmemitgliedstaates unklar, ob die in Art. 28 Abs. 1 der Unionsbürgerrichtlinie erwähnte Prüfung der sozialen und kulturellen Integration im Aufnahmemitgliedstaat, die einer Ausweisung vorauszugehen hat, noch einen eigenständigen Anwendungsbereich hätte.

Zum anderen führt die Betonung der Werte und Normen des jeweiligen Mitgliedstaates dazu, dass der Blick auf die europäische Ebene verstellt wird. Sowohl in *Tsakouridis* als auch in *P.I.* konnten die Unionsbürger einen über zehnjährigen Aufenthalt im Aufnahmemitgliedstaat vorweisen, sodass die Ausweisung nur aus zwingenden Gründen der öffentlichen Sicherheit verfügt werden konnte, wobei die öffentliche Sicherheit als die innere und äußere Sicherheit des Staates definiert wird. In *P.I.* urteilte der EuGH, „dass es den Mitgliedstaaten freisteht, Straftaten wie die in Art. 83 Abs. 1 Unterabs. 2 AEUV angeführten als besonders schwere Beeinträchtigung eines grundlegenden gesellschaftlichen Interesses anzusehen, die geeignet ist, die Ruhe und die physische Sicherheit der Bevölkerung unmittelbar zu bedrohen, und die damit unter den Begriff der zwingenden Gründe der öffentlichen Sicherheit fallen kann“.⁶⁹ Während *Coutts* in dieser Formulierung auch eine Maßnahme erblickt, die dazu bestimmt ist, die Werte der Gesellschaft des Aufnahmemitgliedstaates durchzusetzen und zu schützen⁷⁰, kommt durch die Berufung auf Art. 83 Abs. 1 AEUV noch ein anderer Aspekt zum Vorschein. Einige Randnummern zuvor hatte der EuGH ausgeführt, dass „Art. 83 Abs. 1 AEUV (...) zu den Bereichen besonders schwerer Kriminalität (gehört), die eine grenzüberschreitende Dimension haben und für die ein Tätigwerden des Unionsgesetzgebers vorgesehen ist“.⁷¹ Anders als in der Rechtssache *Onuekwere*, in der die Missachtung der Normen des Aufenthaltsstaates im Vordergrund steht, verweist der EuGH in *P.I.* auf Straftaten, die eine grenzüberschreitende Dimension haben und damit neben der Gesellschaft des Aufnahmemitglied-

69 EuGH, *P.I.* (Fn. 36), Rn. 33.

70 *S. Coutts* (Fn. 21), 541.

71 EuGH, *P.I.* (Fn. 36), Rn. 25.

staates auch andere Gesellschaften betreffen. Die von P.I. begangenen Straftaten (sexueller Missbrauch eines Kindes, sexuelle Nötigung und Vergewaltigung) stellen zweifelsfrei eine Missachtung der Normen des Aufnahmemitgliedstaates dar, ebenso wie der Werte und Normen des Herkunftsmitgliedstaates und der Union. Die Fokussierung auf die Werte des Aufnahmemitgliedstaates ist logisch, geht es doch um die Ausweisung aus diesem Staat oder, wie in der Rechtssache *Onuekwere*, um die Verwehrung des Daueraufenthaltsrechts in diesem Staat. Sie verstellt aber den Blick auf den Umstand, dass die von P.I. begangenen Straftaten eine Missachtung der Werte der Union und ihrer Mitgliedstaaten darstellen und davon zeugen, dass der betreffende Unionsbürger in keinem Mitgliedstaat der Union „integriert“, ist, wenn man Integration als Achtung der Werte und Normen definiert. An dieser Stelle rückt die eingangs erwähnte Entwicklung, verstärkt auf die durch die Staatsangehörigkeit vorgegebenen Bindungen abzustellen, in den Vordergrund. Ein Mitgliedstaat, im Falle von P.I. Italien, muss einen Staatsangehörigen, der seit über zehn Jahren in einem anderen Mitgliedstaat (Deutschland) lebt und dessen Geschwister und Mutter ebenfalls teilweise in Deutschland leben⁷², zurücknehmen. Eine derartige Pflicht des Staates der Staatsangehörigkeit, die zweifelsohne ihre Grundlage in der Unionsbürgerrichtlinie findet, wirft nicht nur Fragen des geeigneten Ortes der Resozialisierung oder der Reintegration von Unionsbürger*innen auf, sondern stellt damit auch die Solidarität der Mitgliedstaaten untereinander auf den Prüfstand.

2. Solidarität und Integration bei der Gewährung von beitragsunabhängigen Sozialleistungen

Sowohl in Fällen des Ausweisungsschutzes als auch des Daueraufenthaltsrechts, die beide primär auf quantitativen (temporalen und territorialen) Kriterien basieren, verlangen der EuGH bzw. der Generalanwalt zusätzlich eine qualitative Komponente, indem sie die Integration des Unionsbürgers/der Unionsbürgerin in den Blick nehmen. Durch diese Herangehensweise reduzieren sie den Anwendungsbereich des Daueraufenthaltsrechts, was, wie bereits erwähnt, sowohl Implikationen für den Ausweisungs-

72 EuGH, *P.I.* (Fn. 36), Rn. 9.

schutz als auch für die Gewährung von beitragsunabhängigen Sozialleistungen hat.

Zentrale Kriterien beim Zugang zu beitragsunabhängigen Sozialleistungen scheinen in der neueren Rechtsprechung des EuGH vor allem die wirtschaftliche Integration oder die wirtschaftliche Unabhängigkeit des Unionsbürgers/der Unionsbürgerin zu sein.

Der Grundsatz der Solidarität, der ausweislich des Art. 2 EUV⁷³ ein gemeinsamer Wert ist, auf den sich die Union gründet und dem in der Grundrechtecharta ein eigenes Kapitel gewidmet ist, nicht zuletzt um dem wirtschaftlichen Konzept des Binnenmarktes eine soziale Dimension zu geben⁷⁴, tritt dabei zunehmend in den Hintergrund. Von den unterschiedlichen Erscheinungsformen der Solidarität in der europäischen Rechtsordnung⁷⁵ soll an dieser Stelle nur die Solidarität unter Unionsbürger*innen in den Blick genommen werden, wobei Solidarität hier primär als eine finanzielle Beistandspflicht verstanden wird. Ebenso wie beim Ausweisungsrecht und Daueraufenthaltsrecht ist auch beim Zugang zu beitragsunabhängigen Sozialleistungen im Aufnahmemitgliedstaat eine Verschiebung der Schwerpunkte in der Rechtsprechung des EuGH zu beobachten.

Während der EuGH noch im Jahr 2013 in der Rechtssache *Brey* auf die in der *Grzelczyk*-Entscheidung verwendete Formulierung der „finanzielle(n) Solidarität der Staatsangehörigen des Aufnahmemitgliedstaats mit denen der anderen Mitgliedstaaten“⁷⁶ Bezug nahm, finden sich entsprechende Verweise auf eine finanzielle Solidarität weder in den späteren Entscheidungen in den Rechtssachen *Dano*, *Alimanovic* und *Peña-García* wieder noch wird der Begriff der „Solidarität“ in den Urteilsbegründungen verwendet. Auch wenn *Hilpold* ausführt, dass die *Dano*-Entscheidung „statt einer ‚grenzenlosen Solidarität‘, wie das ‚Brey‘-Kriterium nahezu legen scheint“, eine gewisse Solidarität einzufordern scheint,⁷⁷ so wird jedoch nicht ersichtlich, worin diese Solidarität im Fall von Frau *Dano* liegen soll.

73 Vertrag über die Europäische Union, ABl. 2012, C 326/01 (EUV).

74 I. Domurath, The Three Dimensions of Solidarity in the EU Legal Order: Limits of the Judicial and Legal Approach, *Journal of European Integration* 2013, 459, 460.

75 Für einen Überblick siehe Domurath (Fn.74), 459 ff. und A. Farahat, Solidarität und Inklusion – Umstrittene Dimensionen der Unionsbürgerschaft –, DÖV 2016, 45, 53.

76 EuGH, *Brey*, C-140/12, EU:C:2013:565, Rn. 72.

77 *Hilpold* (Fn. 23), 143.

Weiterhin ändert sich der Fokus von einer Einzelfallbetrachtung und Verhältnismäßigkeitsprüfung in der *Brey*-Entscheidung⁷⁸, hin zu einer Prüfung der überwiegend wirtschaftlichen Faktoren des Art. 7 Abs. 1 der Unionsbürgerrichtlinie in der Rechtssache *Dano*⁷⁹ ohne Berücksichtigung der familiären Umstände und ohne dass eine Verhältnismäßigkeitsprüfung stattfindet.⁸⁰ Auch wenn der Gerichtshof in *Dano* das Erfordernis einer Prüfung der wirtschaftlichen Situation jedes Betroffenen aufstellt, um beurteilen zu können, „ob ein Unionsbürger über ausreichende Existenzmittel verfügt, um ein Aufenthaltsrecht nach Art. 7 Abs. 1 Buchst. b der Unionsbürgerrichtlinie in Anspruch nehmen zu können“⁸¹ und damit eine Prüfung der Einzelfallumstände vornimmt,⁸² so ist diese Prüfung doch auf die finanzielle Situation des Individuums beschränkt. Die Tatsache, dass Frau Dano und ihr Sohn Florin in der Wohnung der Schwester von Frau Dano leben, die sie mit Naturalien versorgt,⁸³ findet hingegen keine Berücksichtigung.

Das Fehlen der Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles in der Rechtssache *Dano* setzt sich in *Alimanovic* fort. Der EuGH führt dazu aus, dass die Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles entbehrlich sei, da die Unionsbürgerrichtlinie, die „ein abgestuftes System für die Aufrechterhaltung der Erwerbstätigeneigenschaft schafft (...) nämlich selbst verschiedene Faktoren, die die jeweiligen persönlichen Umstände der eine

78 EuGH, *Brey* (Fn. 76), Rn. 75.

79 EuGH, *Dano* (Fn. 17), Rn. 78.

80 Siehe *N. Nic Shuibhne*, Limits rising, duties ascending: The changing legal shape of Union citizenship, CML Rev. 2015, 889, 913; *F. Wollenschläger*, Keine Sozialleistungen für nichterwerbstätige Unionsbürger? Zur begrenzten Tragweite des Urteils des EuGH in der Rechtssache *Dano* vom 11.11.2014, NVwZ 2014, 1628, 1630, der auf das Fehlen der Verhältnismäßigkeitsprüfung hinweist. Für Kommentare und Interpretation des Urteils siehe: *H. Verschuere*, Free Movement of EU citizens, Including for the Poor?, Maastricht Journal of European and Comparative Law 2015, 10, 27; *H. Verschuere*, Preventing “Benefit-Tourism” in the EU: A Narrow or Broad Interpretation of the Possibilities Offered by the ECJ in *Dano*? CML Rev. 2015, 363, 373.

81 EuGH, *Dano* (Fn. 17), Rn. 80.

82 *Thym* (Fn. 22), 31 sieht darin einen Beleg für die individuelle Prüfung durch den Gerichtshof; siehe ebenso *Hilpold* (Fn. 23), 143, der betont, dass die Prüfung zwar einzelfallbezogen bleibt, doch „hier nicht die äußerst anspruchsvollen Kriterien, die der EuGH in „*Brey*“ für den Entzug des Aufenthaltsrechts entwickelt hat“ gelten.

83 EuGH, *Dano* (Fn. 17), Rn. 37.

Sozialleistung beantragenden Person kennzeichnen, insbesondere die Dauer der Ausübung einer Erwerbstätigkeit“ berücksichtigt.⁸⁴ Die gleiche Argumentation findet sich in der Rechtssache *Peña-García* wieder, in der es, zumindest bei Herrn Peña-Cuevas, um einen unter drei Monate dauernden Aufenthalt ging, sodass Art. 6 der Unionsbürgerrichtlinie einschlägig war.⁸⁵ Der EuGH urteilte, dass wenn eine Prüfung der Umstände des Einzelfalles in der Rechtssache *Alimanovic*, also „bei einem Arbeit suchenden Unionsbürger, der nicht mehr den Status eines Erwerbstätigen hat“, nicht erforderlich ist, dies erst recht bei Personen gelten müsse, die einen Aufenthalt von unter drei Monaten haben und nicht erwerbstätig sind.⁸⁶ Der Umstand, dass zwei Kinder der Peña-García Familie die Schule in Deutschland besuchen und dass die Familie bei der Mutter von Frau García-Nieto wohnte⁸⁷, finden hingegen keine Berücksichtigung.

Die Argumentation in *Alimanovic* und *Peña-García* begegnet mehreren Bedenken.⁸⁸ Auch wenn das stufenweise System und die jeweiligen Vorschriften der Richtlinie dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entsprechen, garantiert dies noch nicht, dass durch die Anwendung der jeweiligen Vorschriften auch ein dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entsprechendes Ergebnis erzielt wird. Gesetzliche Vorschriften als abstrakt-generelle Regelungen können meist nicht alle spezifischen Umstände des jeweiligen Einzelfalles berücksichtigen. Deshalb ist es unerlässlich, dass eine Verhältnismäßigkeitsprüfung durchgeführt wird, der eine Prüfung der Umstände des Einzelfalles vorausgeht und bei der die widerstreitenden Belange gegeneinander abgewogen werden. Schließlich wird weder bei der Entscheidung in der Rechtssache *Dano* oder *Alimanovic* noch *Peña-García* deutlich, wie die in der Entscheidung angewendeten Vorschriften eine Berücksichtigung des Privat- und Familienlebens sicherstellen.

In der Rechtsprechung des EuGH zum Zugang zu beitragsunabhängigen Sozialleistungen finden (zumindest vorerst) der Grundsatz der (finanziellen) Solidarität von Staatsangehörigen des Aufnahmemitgliedstaates mit denen anderer Mitgliedstaaten sowie eine Prüfung der Umstände des Einzelfalles und eine Verhältnismäßigkeitsprüfung zunehmend weniger Beachtung.

84 EuGH, *Alimanovic*, C-67/14, EU:C:2015:597, Rn. 60.

85 EuGH, *García-Nieto*, C-299/14, EU:C:2016:114, Rn. 47.

86 EuGH, *García-Nieto* (Fn. 85), Rn. 48.

87 EuGH, *García-Nieto*, (Fn. 85), Rn. 29.

88 Siehe auch *Farahat*, (Fn. 75), 49 ff.

III. Bürgerschaft einer neuen, sozialeren Union?

Auch wenn *Azoulai* im Jahre 2014 betonte, dass wir Zeuge eines Wechsel von einer bloß ökonomischen Union hin zu einer neuen, breiteren sozialen Union werden, die ihre Grundlagen in einer Reihe gemeinsamer Werte findet, wobei dieser Wechsel vor allem durch die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes ermöglicht wurde⁸⁹, so weist die Rechtsprechung des EuGH zur Unionsbürgerschaft insbesondere in den letzten Jahren in den hier untersuchten Bereichen eher restriktive Züge auf.

Weniger skeptisch scheinen *Šadl* und *Madsen*, welche die Auswirkungen der Finanzkrise auf die Rechtsprechung des EuGH zur Unionsbürgerschaft untersuchen, diese Entwicklung zu sehen. Sie kommen zu dem Schluss, dass die Auswirkungen der Finanzkrise auf das „Unionsbürgerrecht“ (EU citizenship law) sorgfältig auf die Randbereiche des Begriffes begrenzt sind, höchstwahrscheinlich mit dem Ziel, den Kernbereich dieses Gebiets des Europarechts zu sichern.⁹⁰ Hinsichtlich der Rechte von mobilen Unionsbürger*innen mit einem greifbaren wirtschaftlichen und kulturellen Kapital, die möglicherweise zur Wirtschaft des Aufenthaltsstaates beitragen können, sei die Rechtsprechung, so *Šadl* und *Madsen*, hingegen konstant.⁹¹ Beim Ausweisungsrecht weisen sie darauf hin, dass der EuGH den Mitgliedstaaten einen größeren Spielraum einräume.⁹² Der EuGH habe die „legal margins“ der Unionsbürgerschaft nach der Krise neu verhandelt.⁹³ Weiterhin unterscheiden sie zwischen den Kernrechten der Unionsbürgerschaft (dem Freizügigkeitsrecht) auf der einen Seite und denen mit diesen Kernrechten verbundenen Rechten, wie z.B. dem Zugang zu bestimmten Sozialleistungen oder den abgeleiteten Rechten von drittstaatsangehörigen Familienangehörigen von Unionsbürger*innen auf der anderen Seite.⁹⁴ Dementsprechend führen sie aus, dass der EuGH höchstwahrscheinlich nicht zu Gunsten von drittstaatsangehörigen Familienmitgliedern entscheiden werde⁹⁵, eine Entwicklung, die auch in der Rechtssache *Onuekwere* deutlich wurde. Andererseits weist *Coutts* zutreffend darauf

89 *Azoulai* (Fn. 59), S. 4.

90 *Šadl/Madsen* (Fn. 18), 60.

91 *Šadl/Madsen* (Fn. 18), 44.

92 *Šadl/Madsen* (Fn. 18), 53.

93 *Šadl/Madsen* (Fn. 18), 44.

94 *Šadl/Madsen* (Fn. 18), 40.

95 *Šadl/Madsen* (Fn. 18), 44.

hin, dass das Urteil in der Rechtssache *Onuekwere* nicht auf drittstaatsangehörige Familienmitglieder beschränkt ist, sondern ebenso auf Unionsbürger*innen angewendet werden kann, wie das Urteil in der Rechtssache *M.G.* belegt, in dem die Grundsätze der *Onuekwere* Entscheidung unmittelbar auf einen Unionsbürger übertragen wurden.⁹⁶

Weiterhin muss darauf hingewiesen werden, dass es nicht nur um die „legal margins“ oder die Frage nach dem Kernbereich oder Randbereich der Unionsbürgerschaft geht, sondern vielmehr um Unionsbürger*innen und ihre (drittstaatsangehörigen) Familienmitglieder, die sich in (wirtschaftlich oder sozial) prekären Situationen befinden. Auch die Unterteilung in Kernrechte der Unionsbürgerschaft auf der einen Seite und die von diesen Kernrechten abgeleitete Rechte auf der anderen Seite ist in gewisser Weise geeignet, über die Fragmentierung des grundlegenden und einheitlichen Status der Unionsbürgerschaft hinweg zu täuschen.

Schließlich fragen *Šadl* und *Madsen*, wieviel von den Seitenrändern („margins“) der Unionsbürgerschaft noch entfernt werden könne, bevor man nicht mehr von der Unionsbürgerschaft als einem fundamentalen Status sprechen kann.⁹⁷ Zutreffend stellt *Thym* fest, dass die Kernaussage der Rechtssache *Dano* zu sein scheint, dass der Unionsbürgerstatus nicht so fundamental ist wie er in vorherigen Urteilen oft zu sein schien.⁹⁸ Nicht nur die „Ränder“ der Unionsbürgerschaft werden reduziert oder neu verhandelt, vielmehr wird, wie *Farahat* zutreffend ausführt, die „solidarische und inklusive Dimension der Unionsbürgerschaft neu verhandelt“⁹⁹. Dabei sind nicht nur die Seitenränder des Unionsbürgerstatus betroffen, sondern vielmehr die Unionsbürgerschaft als solche, die nicht mehr ein grundlegender, mitgegebener Status zu sein scheint, sondern vielmehr, wie *Spaventa* und *Kramer* betonen, ein Status, den sich der/die einzelne Unionsbürger*in erst verdienen müsse.¹⁰⁰ Zu einer ähnlichen Einschätzung gelangt *Coutts*, wenn er die Unionsbürgerschaft als „Bewährungs-Bürgerschaft“¹⁰¹ bezeichnet, und ausführt, dass die Gewährung der mit dieser

⁹⁶ *Coutts* (Fn. 21), 536.

⁹⁷ *Šadl/Madsen* (Fn. 18), 44.

⁹⁸ *Thym*, (Fn. 19), 253.

⁹⁹ *Farahat*, (Fn. 75), 45.

¹⁰⁰ Siehe *D. Kramer*, *Verdiend verblijf: EU-burgers en de sociale bijstand*, Tijdschrift voor Europees en economisch recht, SEW 2016/25, 60 ff.; *Spaventa* (Fn. 12).

¹⁰¹ *Coutts* (Fn. 21) 531, „probationary citizenship“.

Bürgerschaft verbundenen Rechte nicht nur davon abhängig gemacht wird, dass der/die Inhaber*in bestimmte wirtschaftliche Bedingungen erfüllt, sondern dass er oder sie auch ein fortgesetztes beanstandungsfreies Verhalten an den Tag legen muss.¹⁰²

IV. Schlussbemerkungen

Die Unionsbürgerschaft stellt einen einheitlichen Status dar, der jedoch unterschiedliche Hürden oder Zugangsvoraussetzungen aufstellt, bevor man ihn als mobile(r) Unionsbürger*in in Anspruch nehmen kann. Mobile Unionsbürger*innen müssen ihre (wirtschaftliche) Integration im Sinne einer wirtschaftlichen Unabhängigkeit unter Beweis stellen (Art. 7 der Unionsbürgerrichtlinie), um sich auf die in der Unionsbürgerrichtlinie und die im Vertrag verankerten Rechte berufen zu können.

Die wirtschaftliche Integration des Unionsbürgers/der Unionsbürgerin ist jedoch nicht ausreichend, vielmehr muss er oder sie auch (rechtlich) integriert sein, im Sinne einer Anpassung an die Normen des Aufnahmemitgliedstaates. Wird nur eines dieser Kriterien nicht erfüllt, so kann die Berufung auf die mit dem Unionsbürgerstatus verbundenen Rechte versagt werden.

Die in der Unionsbürgerrichtlinie verwendeten Begriffe der Integration, des sozialen Zusammenhalts und der Solidarität spielen eine wichtige Rolle bei der Umgestaltung der Unionsbürgerschaft durch die Rechtsprechung des EuGH.

Sowohl dem in der Unionsbürgerrichtlinie verwendeten Begriff des sozialen Zusammenhalts sowie dem Begriff der Integration von Unionsbürger*innen wird durch die Rechtsprechung des EuGH eine andere Ausrichtung gegeben. Während die Präambel der Unionsbürgerrichtlinie einen rechtsbasierten Ansatz verfolgt, indem sie die Integration von Unionsbürger*innen in die Gesellschaft des Aufnahmemitgliedstaates als Ziel betrachtet, welches es durch das Mittel, oder wie es im 18. Erwägungsgrund heißt, durch das „Instrument“ des Daueraufenthaltsrechts zu fördern gilt, wählen der EuGH und der Generalanwalt in jüngeren Entscheidungen und Schlussanträgen zum Daueraufenthaltsrecht beziehungsweise Ausweisungsrechte einen anderen Ansatz. Dieser Ansatz besteht darin, dass sie In-

102 *Coutts* (Fn. 21), 531.

tegration – basierend auf der eingangs dargestellten zweiten Perspektive – dahingehend interpretieren, dass die Integration des Unionsbürgers/ der Unionsbürgerin zur Voraussetzung für die Inanspruchnahme einiger der mit der Unionsbürgerschaft verbundenen Rechte erklärt wird. Aus dem Ziel der Integration wird eine Voraussetzung, eine Hürde, die Unionsbürger*innen nehmen müssen. Nur wenn sich der/die Unionsbürger*in integriert und dadurch zum sozialen Zusammenhalt beiträgt, kann er oder sie die im AEUV und in der Unionsbürgerrichtlinie verankerten Rechte in Anspruch nehmen bzw. werden sie ihm oder ihr nicht nachträglich (im Falle der Ausweisung) entzogen. Unionsbürger*innen müssen somit in Vorleistung treten, um ihren Status vollumfänglich nutzen zu können. Durch diese Umkehrung werden nicht nur die Zielvorstellungen des sozialen Zusammenhalts und der Integration von Unionsbürger*innen, wie sie in der Unionsbürgerrichtlinie Eingang gefunden haben, verändert. Vielmehr ist diese konzeptionelle Kehrtwende in der Rechtsprechung des EuGH geeignet den sozialen Zusammenhalt selbst zu untergraben.

Gemeinsame Werte, auf denen die Union gegründet ist¹⁰³, wie der Grundsatz der Solidarität, dessen Stärkung den sozialen Zusammenhalt in der Europäischen Union fördern könnte, treten in der jüngeren Rechtsprechung des EuGH zur Unionsbürgerschaft in den Hintergrund. Der vom EuGH aufgestellte Grundsatz der (finanziellen) Solidarität der Staatsangehörigen des Aufnahmemitgliedstaates mit denen anderer Mitgliedstaaten, welcher bereits in der *Grzelczyk*-Entscheidung aus dem Jahr 2001 enthalten war und noch 2013 in der *Brey*-Entscheidung aufgegriffen wurde, verliert zunehmend an Bedeutung, indem er in aktuellen Entscheidungen¹⁰⁴ keinen Eingang mehr in die Entscheidungsgründe findet und damit offenbar keine Rolle mehr bei der Bestimmung des Inhalts der Unionsbürgerschaft spielt.

Die Freizügigkeit der Unionsbürger*innen könnte, wie *Verschueren* hervorhebt, zu einem Recht derjenigen werden, die das Glück haben, nicht auf Solidaritätsmechanismen angewiesen zu sein.¹⁰⁵ Die Unionsbürgerschaft scheint damit zu einem Status umgestaltet zu werden, der nur den wirtschaftlich aktiven, fleißigen oder wohlhabenden bzw. den gesellschaft-

103 Art. 2 EUV.

104 EuGH, *Dano* (Fn. 17), EuGH, *Alimanovic* (Fn. 84), EuGH, *García-Nieto* (Fn. 85); siehe auch EuGH, *Kommission gegen Vereinigtes Königreich*, C-308/14, EU:C:2016:436.

105 *Verschueren* (Fn. 80), 381.

lich integrierten Unionsbürger*innen¹⁰⁶ zugutekommt und droht damit zu einer „Bewährungs-Bürgerschaft“ für alle diejenigen zu werden, die diese „Voraussetzungen“ (noch) nicht erfüllen.¹⁰⁷

Diese Entwicklung begünstigt eine soziale Exklusion und eine fortschreitende Marginalisierung bestimmter Gruppen von Unionsbürger*innen¹⁰⁸ und rückt damit die Frage nach den Zielen und dem Charakter der Europäischen Union in den Vordergrund, eine Frage, die sicherlich auch von anderen Institutionen aufgegriffen werden muss.

106 *Spaventa* (Fn. 12); siehe auch *Thym* (Fn. 17), 133, der ausführt, dass es sich um ein Freizügigkeitsregime handelt, „das die wirtschaftliche Aktivität prämiert und damit im Kern eine Freizügigkeit der mobilen und fleißigen Unionsbürger darstellt“.

107 *Coutts* (Fn. 21), 531.

108 Siehe auch *Farahat* (Fn. 75), 51. Farahat weist in Bezug auf den Ausschluss arbeitssuchender Unionsbürger*innen von der sozialen Grundsicherung auf die „Gefahr dauerhafter sozialer Exklusion im Aufenthalts-Mitgliedstaat“ hin.

Die Unionsbürgerschaft als Spiegel der EU-Verfassungsentwicklung

*Daniel Thym**

I. Einführung

Für die Entwicklung der Unionsbürgerrechte geben die dogmatischen und konzeptuellen Fundamente keine klare Zielrichtung vor. Wandel muss insoweit kein linearer Fortschritt in Richtung von „mehr“ supranationaler Bürgerschaft sein, wie es die Selbstbeschreibung der EU als „immer engerer Zusammenschluss“ andeutet.¹ Veränderungen können ebenso gut in Friktionen, Sackgassen und Rückschritt münden. Vor diesem Hintergrund erklärt der Beitrag die Unionsbürgerrechte als Spiegel des erweiterten Unionsverfassungsrechts. Es zeigt sich, dass die institutionelle Praxis zu den Unionsbürgerrechten unter Einschluss der Rechtsprechung mit allgemeinen Entwicklungen in einem Wechselverhältnis stehen, das nachfolgend mit Blick auf drei thematische Leitmotive entfaltet wird, die die Entwicklung der Unionsbürgerschaft hinsichtlich Solidarität, politische Teilhabe und Identität in den vergangenen Jahren prägen.

Ausgangspunkt ist die Abstufung zweier Entwürfe zum Umgang mit transnationaler Mobilität: das „Residenzmodell“ und das „Integrationsmodell“ als idealtypische Rekonstruktion der institutionellen Praxis (unten II). Überprüft wird die Überzeugungskraft eines solchen Ansatzes durch ihre Anwendung auf die zentralen Streitigkeiten der vergangenen Jahre in Bezug auf Sozialleistungen (III), politische Teilhabe und Staatsangehörigkeit (IV) sowie Migration und Identität (V). Hierbei zeigt sich die Wechselwirkung zu allgemeinen Verfassungstrends, etwa die Eurokrise, den gescheiterten Verfassungsvertrag oder das Migrationsgeschehen. Es entsteht

* Professor für Öffentliches Recht, Europa- und Völkerrecht sowie geschäftsführender Direktor des Forschungszentrums Ausländer- & Asylrecht an der Universität Konstanz.

1 Erwägungsgrund 1 der Präambel des ursprünglichen EWG-Vertrags von 1957, des aktuellen AEUV sowie der EU-Grundrechtecharta, die in der deutschen Sprachfassung von „Union“ (nicht: „Zusammenschluss“) spricht.

ein Gesamtbild, das die Unionsbürgerrechtsentwicklung als Baustein eines geänderten supranationalen Selbstverständnisses versteht, das die Grenzen der bundesstaatlichen Vision anerkennt und die dauerhafte Bedeutung der Mitgliedstaaten akzentuiert.

II. Zwei idealtypische Modelle

Bürgerrechte waren nie reine Rechtsnormen, sondern immer mit dem gesellschaftlichen und politischen Kontext verwoben, den seit der französischen Revolution der (National-)Staat bereitstellte. Es ist demgemäß bereits unklar, ob man das Bürgerschaftskonzept auf ein überstaatliches Gemeinwesen wie die EU überhaupt anwenden kann und ob dies ggfls. eine konzeptuelle Anpassung erfordert. In der Europarechtswissenschaft wurde diese Frage in den letzten Jahren wiederholt diskutiert und bis heute bestehen unterschiedliche Auffassungen.² Vor diesem Hintergrund deutet dieser Beitrag die Entwicklung der Unionsbürgerrechte als Folge divergenter Vorstellungen über den Umgang mit transnationaler Mobilität, die als konzeptuelle Antipoden die Aufbereitung der institutionellen Praxis in den nachfolgenden Abschnitten heuristisch anleiten.

Ein solches Vorgehen orientiert sich an den Arbeiten des amerikanischen Migrationsforschers Hiroshi Motomura, der zeigte, dass sich die US-Perspektive auf das Migrationsgeschehen im Laufe der Zeit wandelte und hiernach drei idealtypische Zugänge möglich sind, die eine Einwanderung als quasi-automatische Transition, als Vertrag mit der Verpflichtung auf bestimmte Verhaltensweisen oder als schrittweise Eingliederung in das gesellschaftliche Leben verstehen.³ Ein solcher konstruktivistischer Zugriff anerkennt, dass verschiedene Vorstellungen zum Umgang mit transnationaler Mobilität koexistieren und sich ändern können – ein offenes Verständnis, das sich gerade im Umgang mit den ambivalenten Grundlagen der Unionsbürgerschaft als zielführend erweist.⁴

2 Für einen Überblick siehe *D. Kostakopoulou*, European Union Citizenship: Writing the Future, *ELJ* 2007, 623; und *D. Kochenov*, The Essence of EU Citizenship Emerging from the Last Ten Years of Academic Debate, *ICLQ* 2013, 97.

3 Siehe *H. Motomura*, *Americans in Waiting* (2006).

4 Die Ausführungen in diesem Abschnitt basieren auf *D. Thym*, The Elusive Limits of Solidarity, *CML Rev.* 2015, 17,33-39.

Die idealtypische Abstufung von Visionen transnationaler Mobilität bedeutet nicht, dass der EuGH oder die EU-Organe ein klares Bürgerschaftskonzept verfolgten. Richter haben sich nicht vorrangig an theoretischen Debatten zu beteiligen, weil sie konkrete Streitfragen entscheiden.⁵ Ohnehin dürfte eine Große Kammer mit 15 Richterinnen und Richtern selten ein einheitliches Verständnis entwickeln und dies in den Urteilen klar ausdrücken. Der standardisierte Verweis seitens des EuGH auf die Unionsbürgerschaft als „grundlegenden Status“ mag insofern eine konzeptuelle Klarheit andeuten, die in der Praxis nicht bestehen mag.⁶ Eine solche Ambivalenz der Judikatur hindert die akademischen Beobachter freilich nicht daran, die theoretische Infrastruktur zu rekonstruieren.

Eine solche Rekonstruktion der institutionellen Praxis unternimmt der vorliegende Beitrag durch die nachfolgend vorgestellte Unterscheidung zwischen einem Residenz- und einem Integrationsmodell. Es handelt sich hierbei um Idealtypen, die auf Urteile und politische Initiativen der anderen EU-Organe als rechtliche Phänomene gründen und deren theoretische Merkmale für analytische Zwecke scharf stellen. In der praktischen Anwendung können sich die Modelle überschneiden, wenn die Position einzelner Akteure verschiedene Elemente verbindet – eine theoretische Assemblage, die für sich genommen ein Grund für die bisweilen fehlende Klarheit in der institutionellen Praxis darzustellen vermag.

In diesem Abschnitt werden nach den methodischen Grundlagen (unten A) die beiden Konzepte transnationaler Mobilität und Zugehörigkeit vorgestellt, die ich als „Residenzmodell“ (B) und „Integrationsmodell“ (C) bezeichne. Diese beziehen sich auf den EU-Kontext; mein Anliegen ist es nicht, eine generelle Erklärung für das heutige Bürgerschaftsverständnis zu leisten. Auf dieser Grundlage wird sodann in den Folgeabschnitten der Erklärungswert der idealtypischen Abstufung für die drei Themenfelder der Sozialleistungen, der politischen Teilhabe sowie der Migration erörtert werden und hierbei die Unionsbürgerschaft zur Entwicklung des EU-Verfassungsrechts allgemein in Bezug gesetzt werden.

5 Vgl. C.R. Sunstein, *One Case at a Time* (1999).

6 Vgl. A. Williams, *The Ethos of Europe* (2011).

1. Methodische Grundlagen

Die Entwicklung der Unionsbürgerschaft war und ist nie ein Selbstläufer. Bereits im Nationalstaat handelt es sich bei der „Bürgerschaft“ um ein *essentially contested project*, dem von unterschiedlichen Akteuren divergente Deutungen zugeschrieben wird. In der EU wird diese Volatilität noch verstärkt durch den transformatorischen Charakter eines Integrationsprozesses, dessen Finalität immer offen war.⁷ Methodisch kann man diese Eigenheiten des Bürgerschaftskonzepts sowie der EU-Integration in einem prinzipiengeleiteten und kontextuell eingebetteten dogmatischen Konstruktivismus einfangen,⁸ der, im Gegensatz zum Rechtsrealismus amerikanischer Prägung,⁹ annimmt, dass Rechts- und Verfassungsinstituten eine semi-autonome rechtliche Bedeutung zukommt.¹⁰

Eine derartige Rekonstruktion der Rechtsprechung sowie ihrer dogmatischen Grundlagen behauptet nicht, dass das Verfassungsrecht strikt von öffentlichen Debatten zu trennen wäre. Gerade Verfassungsprinzipien wie das Bürgerschaftskonzept drücken immer auch normative Werte und gesellschaftliche Grundentscheidungen aus, die sich im Laufe der Zeit wandeln können.¹¹ Bürgerrechte begründen, ebenso wie die Menschenrechte, einen rechtlichen Forschungsgegenstand, der mit breiteren gesellschaftlichen und politischen Debatten interagiert. Eben diese konzeptuelle Offenheit war ein Faktor, der die frühere, großzügigere EuGH-Judikatur zur Unionsbürgerschaft erleichterte, die wissenschaftliche Beobachter vielfach als Transformation beschrieben, die die Parameter der ursprünglichen

7 Näher zu den Methodenfragen *D. Thym*, Introduction: The Judicial Deconstruction of Union Citizenship, in: ders. (Hrsg.): *Questioning EU Citizenship* (2017), i.E.

8 Siehe *R. van Gestel/H. Micklitz*, Why Methods Matter in European Legal Scholarship, *ELJ* 2014, 292-316.

9 Zu den interdisziplinär und transatlantisch nicht immer verstandenen Besonderheiten der europäischen Rechtstradition siehe *T. Horsley*, Reflections on the Role of the Court of Justice as the “Motor” of European Integration, *CML Rev.* 2013, 931, 934-954; und *G. Beck*, The Legal Reasoning of the Court of Justice of the EU (2012).

10 Näher *A. von Bogdandy*, Founding Principles of EU Law: A Theoretical and Doctrinal Sketch, *ELJ* 2010, 95, 98-100.

11 Grundlegend *R.M. Cover*, Foreword: Nomos and Narrative, *Harvard L. Rev.* 1983, 4, 11-44.

Marktintegration überwand.¹² Ein solches Ergebnis war und ist jedoch kein Automatismus, weil der gesellschaftliche und politische Kontext immer auch in die entgegengesetzte Richtung weisen kann.¹³ Eben dieser Wechselwirkung zwischen der Vertragsauslegung durch Gerichte und allgemeinen Entwicklungen möchte das vorliegende Kapitel nachspüren.

2. „Residenzmodell“

Der Neuigkeitswert der Unionsbürgerschaft ist ihr supranationaler Charakter, wenn dem Einzelnen individuelle Rechte auf grenzüberschreitende Freizügigkeit, Gleichbehandlung und politische Teilhabe zugesprochen werden, die das herkömmliche Modell der territorialen Staatensouveränität überschreiten. Diese Transnationalität, die bis heute das zentrale Markenzeichen der Unionsbürgerrechte darstellt, erklärt (national-)staatliche Gemeinschaften nicht für relevant, sondern verpflichtet diese, ihre Grenzen für andere Unionsbürger zu öffnen und diese prinzipiell gleich zu behandeln wie Inländer. Im Rahmen der Unionsbürgerschaft wird insofern das formale Zuordnungskriterium der Staatsangehörigkeit als Grenzziehung zwischen In- und Outsiders durch den gewöhnlichen Aufenthalt ersetzt; an die Stelle der Staatsangehörigkeit tritt die Residenz.¹⁴ Eben dieser Ansatz prägt die Praxis der EU-Organe in vielfacher Weise.

Befürworter eines Residenzmodells verfolgen bei näherer Betrachtung zwei Visionen über die Zuweisung von Mitgliedschaftsrechten, die bei der Behandlung von Unionsbürgern übereinstimmen, nicht jedoch, wenn es um Drittstaatsangehörige geht (eine Ambivalenz, die dem unklaren Verhältnis der EU zum Rest der Welt entspricht). Während einige Stimmen das Konzept einer „Stakeholder-Bürgerschaft“ propagieren, das nicht auf die EU beschränkt bleiben muss, weil es die Verleihung von Mitglied-

12 Exemplarisch *E. Spaventa*, From *Gebhard* to *Carpenter*, CML Rev. 2004, 743, 764-768; und *S. Kadelbach*, Union Citizenship, in: A. von Bogdandy/J. Bast (Hrsg.): *Principles of European Constitutional Law*, 2. Aufl. (2009), 435, 461-466.

13 Hierzu *D. Kostakopoulou*, Co-creating European Union Citizenship, C.Y.E.L.S. 2012/13, 255, 259-266; und *J. Shaw/N. Miller*, When Legal Worlds Collide, E.L. Rev. 2013, 137-166.

14 Eine frühe Beschreibung findet sich bei *G. Davies*, Any Place I Hang My Hat, ELJ 2005, 43, 47-49.

schaftsrechten an Migranten insgesamt regeln soll,¹⁵ akzentuieren andere die Besonderheiten der EU-Integration mit der Unionsbürgerschaft als Prototyp einer Bundes(-staats-)Zugehörigkeit.¹⁶ Die Unterscheidung der beiden Modelle wird freilich zentral, wenn es um die Rechte von Drittstaatsangehörigen geht,¹⁷ ist jedoch weniger entscheidend für die Unionsbürgerrechte, weil das Residenzmodell in seiner föderalen und seiner universalen Ausprägung insoweit zu demselben Ergebnis kommt.

3. „Integrationsmodell“

Das „Integrationsmodell“ verneint eine quasi-automatische Inländergleichbehandlung nach der Verlagerung des gewöhnlichen Aufenthaltsorts und betont stattdessen qualitative und quantitative Elemente, die ein Individuum mit der Aufenthaltsgesellschaft verbinden, häufig aufgrund der Annahme, dass neue Mitglieder sich aktiv in die gesellschaftlichen Strukturen einzugliedern haben. Erfolg und Misserfolg dieses Unterfangens entscheiden sodann über das Ausmaß transnationaler Rechte.¹⁸ Für das Integrationsmodell ist die EU mehr als ein emanzipatorischer „Spielplatz der Möglichkeiten“,¹⁹ der eine freie Entfaltung der Persönlichkeit über Grenzen hinweg ermöglicht. Anders als nach dem Residenzmodell wird nicht jeder, der im Ausland wohnt, gleichsam automatisch als Inländer betrachtet. Stattdessen betont das Integrationsmodell den Wert des gesellschaftlichen Zusammenhalts als Grundlage für demokratische Teilhabe und gesellschaftliche Solidarität. Der Zugang zu Sozialleistungen und anderen Mitgliedschaftsrechten ist konditional bedingt.

Um Missverständnissen vorzubeugen, sollte klargestellt werden, dass es vielfältige theoretische Erklärungsansätze für die Bedeutung des gesellschaftlichen Zusammenhalts gibt, die unterschiedliche Antworten auf kon-

15 In diesem Sinn etwa *D. Kostakopoulou*, *The Future Governance of Citizenship* (2008), Kap. 4; und *Y. Soysal*, *Limits of Citizenship* (1994).

16 Diese Herangehensweise ist insbesondere in Kontinentaleuropa verbreitet, etwa *C. Schönberger*, *Unionsbürger* (2005); *Kadelbach* (Fn. 12), S. 469-475; oder *A.P. van der Mei*, *Free Movement of Persons within the EC* (2003).

17 Näher *D. Thym*, *Citizens and Foreigners in EU Law*, *ELJ* 2016, 296, 302-306.

18 Siehe *L. Azoulay*, *Transfiguring European Citizenship*, in: *D. Kochenov* (Hrsg.), *EU Citizenship and Federalism* (2017), i.E.

19 *Kochenov* (Fn. 2), S. 130 (eigene Übersetzung).

krete Fragen beinhalten.²⁰ Vor allem verlangt das Konzept des gesellschaftlichen Zusammenhalts keine ethno-kulturelle Schließung und kann mit einem gewandelten gesellschaftlichen Selbstverständnis als Antwort auf transnationale Mobilität und kulturelle Diversität vereinbar sein.²¹ Das Argument für einen gesellschaftlichen Zusammenhalt meint keinen klassischen Nationalismus, sondern behauptet, dass politische Gemeinschaften ein bestimmtes Ausmaß an kollektiver Identifikation erfordern, die über die Summe an Einzelteilen hinausgeht.²² Die dogmatischen Grundfesten der Unionsbürgerschaft umfassen neben der bekannten transnationalen Freiheit zugleich diverse Ausprägungen eines Integrationsmodells, die der Gerichtshof in einer Reihe kontroverser jüngerer Entscheidungen zu Sozialleistungen und der Aufenthaltssicherheit akzentuierte. Es ist ein Anliegen dieses Beitrags, diesen Wandel zu verstehen.

III. Sozialleistungen und transnationale Solidarität

Die Gleichbehandlung beim Sozialleistungszugang stand im Zentrum zahlreicher Gerichtsentscheidungen und Publikationen über die Unionsbürgerschaft. Urteile wie *Martínez Sala*, *Grzelczyk*, *Förster* oder, jüngst, *Dano* und *Alimanovic* prägen viele Literaturbeiträge. Zugleich sind die Sozialleistungen ein zentrales Referenzgebiet, um den Wandel der EuGH-Judikatur zu thematisieren, weil der Sozialstaat eine Kernaufgabe des modernen Staates und diesbezüglicher Bürgerrechte ist.²³ Vor diesem Hintergrund wird zuerst die Neuausrichtung der Rechtsprechung vom Residenzhin zum Integrationsmodell vorgestellt (A), um sodann Kontextfaktoren zu diskutieren, die den Wandel erklären helfen (B).

20 Für einen Überblick siehe *M. Moore*, *Cosmopolitanism and Political Communities*, Soc. Theor. & Practice 2006, 627-658; oder *S. Song*, *Three Models of Civic Solidarity*, in: Smith (Hrsg.): *Citizenship, Borders, sowie Human Needs* (2011), S. 192-207.

21 Näher *D. Thym*, *Migrationsfolgenrecht*, VVDStRL 76 (2017), Abschn. V (i.E.).

22 Siehe *C. Joppke*, *Citizenship and Immigration* (2010), Kap. 4.

23 Siehe *T. Marshall*, *Class, Citizenship and Social Development* (1964).

1. Rechtsprechungswandel

Besonders gut eignet sich der Sozialleistungszugang, um den Erklärungs-wert des vorstehend vorgestellten „Residenzmodells“ und des alternativen „Integrationsmodell“ zu veranschaulichen. Es besteht ein ausgeprägter Kontrast zwischen der klassischen Position des EU-Rechts zugunsten einer Gleichbehandlung der wirtschaftlich Aktiven (1) sowie den in der jüngeren Rechtsprechung akzentuierten Integrationsanforderungen an die Gruppe derjenigen Unionsbürger, die nicht arbeiten (2).²⁴

a) Residenzmodell

Eine klassische Ausprägung erfährt das Residenzmodell in den Erwä-gungsgründen der Durchführungsrechtsakte zur Arbeitnehmerfreizügig-keit, die eine weitgehende Gleichbehandlung als Mittel zur gesellschaftli-chen Integration beschreiben und Arbeitnehmer prinzipiell vom ersten Tag an mit Inländern gleichstellen.²⁵ Auf dieser Grundlage bekräftigte der EuGH in einer Reihe von Urteilen über die vergangenen Jahrzehnte, dass wirtschaftlich aktive Unionsbürger im Aufenthaltsstaat prinzipiell „die gleichen sozialen und steuerlichen Vergünstigungen [genießen] wie inlän-dische Arbeitnehmer.“²⁶ Dieser Trend hin zur aufenthaltsbasierten Gleich-behandlung wurde durch das koordinierende Sozialrecht verstärkt, als dies-es die beitragsunabhängigen Sozialleistungen für alle Unionsbürger ein-schließlich der wirtschaftlich Inaktiven an den Aufenthalt knüpfte.²⁷ Der EuGH billigte diese Position des Unionsgesetzgebers im Lichte des Pri-

24 Dieser Abschnitt basiert auf Thym (Fn. 4), S. 33-39.

25 Vgl. Erwägungsgrund 5 Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 des Rates vom 15. Okto-ber 1968 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Gemeinschaft (frühere Arbeitnehmerfreizügigkeit VO) und der heutige Erwägungsgrund 6 Ver-ordnung (EU) Nr. 492/2011 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. April 2011 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Union (Ar-beitnehmerfreizügigkeit VO); siehe auch EuGH, *Cowan*, C-186/87 EU:C:1989:47, Rn. 16 f.

26 Art. 7 Abs. 2 Verordnung (EU) Nr. 492/2011 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. April 2011 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Union Text von Bedeutung für den EWR in Übereinstimmung mit frühere Arbeit-nehmerfreizügigkeit VO (Fn. 25).

27 Siehe Art. 70 Verordnung (EG) Nr. 883/2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit. .

märrechts, weil beitragsunabhängige Sozialleistungen „eng an das soziale Umfeld gebunden sind.“²⁸ Für unsere Zwecke schien dies zu bestätigen, dass die Freizügigkeit, ganz im Sinn des Residenzmodells, zugleich die sozialrechtliche Verantwortung auf den Aufenthaltsstaat überträgt.

Eine strikte Version dieses Ansatzes hätte mit dem koordinierenden Sozialrecht auf den Ort des „gewöhnlichen Aufenthalts“ rekurriert und soziale Leistungsrechte dort begründet, wo sich für die betroffene Person „der gewöhnliche Mittelpunkt ihrer Interessen befindet.“²⁹ Man hätte auf dieser Grundlage unterscheiden müssen zwischen „Besuchern“, die sich in einem anderen Land aufhalten, ihren gewöhnlichen Aufenthalt aber andernorts bewahren, und „Einwohnern“, deren Lebensmittelpunkt sich verlagerte.³⁰ Experten des koordinierenden Sozialrechts argumentierten in diese Richtung und erwarteten, dass der EuGH in *Brey* und *Dano* demgemäß eine Gleichbehandlung einfordern würde.³¹

Die Rechtsentwicklung beschritt freilich einen anderen Weg. Anstatt dem aufenthaltsbasierten Ansatz der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 zu folgen, erklärte der Gerichtshof deren Regeln insoweit für nur begrenzt weiterführend, als er das soziale Koordinierungsrecht als bloßes Kollisionsrechts rekonstruierte, das über die anwendbare Rechtsordnung entscheidet, ohne das Sozialrecht inhaltlich zu harmonisieren.³² Über das Ausmaß der Gleichbehandlung entscheiden andere Regelungen, die der Gerichtshof den EU-Verträgen sowie der Freizügigkeit-Richtlinie 2004/38/EG entlehnte, die einen größeren argumentativen Spielraum bereitstellten. Diesen Spielraum hatte der EuGH in früheren Entscheidungen wie *Martínez Sala*, *Trojani* oder *Grzelczyk* ganz im Sinn des Residenzmo-

28 EuGH, *Bartlett et al.*, C-537/09, EU:C:2011:278, Rn. 38; weiterführend siehe *Dougan*, Expanding the Frontiers of European Union Citizenship, in: Barnard/Odudu (Hrsg.): *The Outer Limits of European Union Law* (2009), S. 119, 144-150.

29 So die Definition von „habitual residence“ von EuGH, *Swaddling*, C-90/97, EU:C:1999:96, Rn. 29; zu Einzelheiten siehe *van der Mei* (Fn. 16), S. 161-164.

30 Zu Beispielen siehe Kommission, *Practical Guide: The Legislation that Applies to Workers*, Dezember 2013, Abschn. 3.

31 Siehe *H. Verschueren*, Preventing “Benefit Tourism” in the EU, *CML Rev.* 52 (2015), 363 (377-381); und *A. Farahat*, Solidarität und Inklusion, *DÖV* 2015, 45 (47-49).

32 So EuGH, *Brey*, C-140/12, EU:C:2013:565, Rn. 39-43; bestätigt durch EuGH, *Kommission/Vereinigtes Königreich*, C-308/14, EU:C:2016:436, Rn. 63-67; kritisch *H. Verschueren*, Free Movement or Benefit Tourism, *EJML* 2014, 147, 159-164.

dells gehandhabt, indem er Unionsbürgern, die sich in einem anderen Mitgliedstaat aufhielten, kraft Unionsrechts eine Gleichstellung gewährte.³³ Dies Ergebnis war und ist jedoch nicht zwangsläufig, weil die zugrunde liegenden Rechtsnormen auch anders gedeutet werden konnten.

b) Integrationsmodell

Eine Wende hin zum Integrationsmodell vollzog der EuGH im *Förster*-Urteil, das für eine Gleichbehandlung verlangte, dass die betroffenen Personen „nachgewiesen haben, dass sie sich bis zu einem gewissen Grad in die Gesellschaft dieses Staates integriert haben,“³⁴ weshalb Studienbeihilfen erst nach einem fünfjährigen Aufenthalt zu zahlen seien.³⁵ Gewiss war das Integrationskriterium vom Gerichtshof in früheren Urteilen entwickelt worden, damals jedoch noch in einer Art und Weise angewandt worden, die im Ergebnis auf territoriale Präsenz ganz im Sinn des Residenzmodells abgestellt hatten.³⁶ Im *Förster*-Urteil wurde diese Linie verlassen und die Gleichstellung von qualitativen Faktoren abhängig gemacht.

Im Kern betrifft das Integrationsmodell eine verweigerte Gleichbehandlung, soweit und solange eine Person keinen „bestimmten Integrationsgrad“³⁷ bzw. keine „tatsächliche Verbindung“³⁸ zum Aufenthaltsstaat aufweist.³⁹ Dogmatisch handelt es sich um objektive Erwägungen, die eine

33 Siehe EuGH, *Martínez Sala*, C-85/96, EU:C:1998:217; EuGH, *Trojani*, C-456/02, EU:C:2004:488; und EuGH, *Grzelczyk*, C-184/99, EU:C:2001:458.

34 EuGH, *Förster*, C-158/07, EU:C:2008:630, Rn. 49.

35 Vgl. Art. 24 Abs. 2 Richtlinie 2004/38/EG über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten (Freizügigkeitsrichtlinie), dessen Vereinbarkeit mit Primärrecht indirekt bestätigt wurde (indirekt deshalb, weil die Richtlinie auf den zu Grunde liegenden Sachverhalt *ratione temporis* noch nicht anwendbar war); vgl. EuGH, ebd., Rn. 51-55.

36 Siehe insb. EuGH, *Collins*, C-138/02, EU:C:2004:172, Rn. 72; EuGH, *Bidar*, C-209/03, EU:C:2005:169, Rn. 58-62; und EuGH, *Ioannidis*, C-258/04, EU:C:2005:559, Rn. 35.

37 Diese Formel verwendet der Gerichtshof seit EuGH, *Bidar* (Fn. 36), Rn. 57 für alle Unionsbürger, die keine Arbeit suchen.

38 EuGH, *D'Hoop*, C-224/9, EU:C:2002:432, Rn. 38; und EuGH, *Collins* (Fn. 36), Rn. 67 etablierten diese alternative Formel für Arbeitsuchende.

39 Zur schrittweisen Entwicklung eines schlüssigen Konzepts *M. Jesse*, The Value of “Integration” in European Law, ELJ (2011), 172, 174-182.

Gleichbehandlung nach Artikel 18 AEUV, Artikel 24 Richtlinie 2004/38/EG, Artikel 4 Verordnung (EG) Nr. 883/2004 bzw. Artikel 7 Verordnung (EU) Nr. 492/2011 zu rechtfertigen vermögen, die der EuGH allesamt parallel auslegt,⁴⁰ auch wenn die Anwendung auf konkrete Sachverhalte nachhaltige Probleme aufwirft, weil der Gerichtshof bei der Bestimmung des Integrationsgrads keine klare Linie verfolgt.⁴¹

Die verbleibenden Unklarheiten bei der Anwendung des Integrationskriteriums könnten eine Begründung dafür sein, dass der Gerichtshof in *Dano* und *Alimanovic* für eine klare Linie optierte, die eine Gleichbehandlung kategorial zurückwies anstatt auf die offene Formel vom Integrationsgrad zu verweisen. Dogmatisch rechtfertigte er dieses Ergebnis mit einer sekundärrechtsimmanenten Ausnahme⁴² – ein Ergebnis, das unter anderem mit dem Wunsch nach Rechtssicherheit und Vorhersehbarkeit für die nationalen Behörden und die betroffenen Personen begründet wurde.⁴³ Es ist eine nahezu idealtypische Verwirklichung des Integrationsmodells, wenn territoriale Präsenz bei fehlendem Freizügigkeitsrecht keine Rechtsfolgen kraft Unionsrechts bewirkt.⁴⁴

Deutlich wird die Zielrichtung des Integrationsmodells, wenn man in Situationen transnationaler Mobilität neben eventuellen Ansprüchen gegenüber dem Aufenthaltsstaat auch solche gegenüber dem Heimatstaat berücksichtigt. Während erstere mobile Unionsbürger von Sozialleistungen ausschließen können, können letztere aufgrund des Integrationsgedankens zum „Export“ von Sozialleistungen verpflichtet werden. Konzeptuell sind Schranken seitens der Zielstaaten und Pflichten der Heimatstaaten zwei Seiten derselben Medaille, die soziale Zugehörigkeit nach qualitativen Kriterien bemisst, anstatt einzig auf territoriale Präsenz abzustellen.⁴⁵ So garantiert der EuGH transnational mobilen Studierenden unter gewissen

40 Nachweise bei *Thym* (Fn. 4), S. 23 f.

41 Näher *M. Dougan*, The Bubble that Burst, in: M. Adams et al. (Hrsg.): *Judging Europe's Judges* (2013), S. 127, 140-145; und *Thym* (Fn. 4), S. 45-49.

42 Siehe EuGH, *Dano*, C-333/13, EU:C:2014:2358, Rn. 77; EuGH, *Alimanovic*, C-67/14, EU:C:2015:597, Rn. 59 f.; und *N. Nic Shuibhne*, Limits Rising, Duties Ascending, CML Rev. 2015, 889, 908-911.

43 So EuGH, *Alimanovic* (Fn. 42), Rn. 61; und EuGH, *Garcia-Nieto et al.*, C-299/14, EU:C:2016:114, Rn. 49.

44 Ausführlicher zum Kriterium des fehlenden Freizügigkeitsrechts und dessen Bestimmung in der Praxis siehe *D. Thym*, When Union Citizens Turn into Illegal Migrants, E.L. Rev. 2015, 248, 256-258.

45 Siehe auch *Bauböck* (Fn. 15), S. 19-22; und *Davies* (Fn. 14), S. 49-54.

Umständen den Export von Studienbeihilfen gleichsam als Gegenstück zur Ausschlussbefugnis der Zielstaaten infolge des *Förster*-Urteils.⁴⁶ Es gibt zwischenzeitlich eine ganze Reihe von Urteilen zum Sozialleistungs-export.⁴⁷

2. Verfassungsrechtlicher Kontext

Mindestens drei Kontextfaktoren erlauben es, den Rechtsprechungswandel vom Residenz- zum Integrationsmodell zur Verfassungsentwicklung in Bezug zu setzen. Erstens dürfte der Gerichtshof eine Zurückhaltung gegenüber dem EU-Gesetzgeber geübt haben, der in den Anfangsjahren der Integration für Arbeitnehmer eine weitgehende Gleichbehandlung vorgab, die in den zitierten Durchführungsrechtsakten sowie der EuGH-Judikatur ihren Ausdruck fand.⁴⁸ Gewiss interpretierte der EuGH die gesetzlichen Vorgaben dynamisch, speziell bei der Kontrolle nationaler Bestimmungen. Häufig kritisierten die Richterinnen und Richter die Mitgliedstaaten, aber es gibt bis zum heutigen Tage wenig Urteile, in denen der EuGH den EU-Gesetzgeber korrigierte. Die prominentesten Beispiele sind *Grzelczyk* und *Baumbast*, in denen das Sekundärrecht im Lichte des Primärrechts überprüft wurde.⁴⁹

Diesen Weg beschritt der Gerichtshof auch in *Vatsouras*, scheute sodann jedoch davor zurück, den Sozialleistungsausschluss nach Artikel 24 Absatz 2 Richtlinie 2004/38/EG als primärrechtswidrig einzustufen und forderte stattdessen vom Bundessozialgericht eine Konformauslegung, deren Konturen teils im Unklaren blieben.⁵⁰ Diesbezügliche Unsicherheiten mündeten schließlich in einer erneuten Vorlage desselben Gerichts im Ver-

46 Prominent in Bezug auf Deutschland zuletzt EuGH, *Thiele Meneses*, C-220/12, EU:C:2013:683; und EuGH, *Prinz & Seeberger*, C-523/11 & C-585/11, EU:C:2013:524.

47 Näher *N. Rennuy*, The Emergence of a Parallel System of Social Security Coordination, CML Rev. 2013, 1221, 1232-1250; und *Dougan* (Fn. 28), S. 136-162.

48 Siehe *D. Thym*, Family as Link, in: H. Verschueren (Hrsg.): Residence, Employment and Social Rights of Mobile Persons (2016), S. 11, 16-18; und *S. Goedings*, Labor Migration in an Integrating Europe (2005).

49 Ausführlicher *M. Dougan*, The Constitutional Dimension to the Case Law on Union Citizenship, EL Rev. 2006, 613-641.

50 Vgl. EuGH, *Vatsouras & Koupatantze*, C-22/08 & C-23/08, EU:C:2009:344, Rn. 33 ff.

fahren *Alimanovic*, in dem der EuGH die Primärrechtskonformität nicht länger bezweifelte.⁵¹ Dasselbe gilt für das Urteil *Förster*, in dem der EuGH indirekt den sekundärrechtlichen Ausschluss von Studienbeihilfen vor dem Erwerb des Daueraufenthaltsrechts bestätigten.⁵² In *Dano* war der EuGH mit einer zweideutigen Richtlinienvorgabe konfrontiert und entschied sich für einen konservativen Zugriff,⁵³ der als Nebeneffekt die politischen Verhandlungen im Vorfeld des Brexit-Referendums erleichterte.⁵⁴ Man kann die Wende hin zum Integrationsmodell insofern als Ausdruck richterlicher Zurückhaltung interpretieren.⁵⁵

Zweitens mögen die dogmatischen Grundlagen der Freizügigkeitsrechte von wirtschaftlich aktiven und sonstigen Unionsbürgern vergleichbar sein, aber der verfassungsrechtliche Kontext unterscheidet sich. Während wirtschaftlich aktive Unionsbürger dem Binnenmarkt zuzuordnen sind und teils kraft Primärrechts eine Inländergleichbehandlung seit den Römischen Verträgen einfordern können (Artikel 45, 49, 56, 59 AEUV), erlangten wirtschaftlich inaktive Unionsbürger ein Freizügigkeitsrecht erst mit dem Vertrag von Maastricht (Artikel 21 AEUV). Die damalige Einführung der Unionsbürgerschaft nebst generellem Freizügigkeitsrecht war besonders eng mit dem politischen Vorhaben verbunden, die Grundlagen für eine quasi-bundesstaatliche Union zu errichten, die schließlich im Projekt des Verfassungsvertrags mündete. Es ist insoweit augenfällig, dass die dynamischen frühen Urteile mit der integrationspolitischen Aufbruchphase ein-

51 Zum Kontext siehe *N. Nic Shuibhne*, Citizenship and its Legal Context, in: Thym (Fn. 7), i.E.

52 EuGH, *Förster* (Fn. 34), Rn. 55 erwähnt Art. 24 Abs. 2 Freizügigkeitsrichtlinie (Fn. 35), der *ratione temporis* nicht direkt auf den Fall anwendbar war.

53 Wiederum *Nic Shuibhne* (Fn. 51), i.E.

54 Zur Vereinbarung mit der britischen Regierung, die im Fall eines Votums *gegen* einen Austritt eine restriktive Konkretisierung des Sozialleistungszugangs niedergelegt hätte, siehe *F. Wollenschläger*, Freizügigkeit, Sozialleistungen und Brexit – hält der Deal?, EuZW 2016, 241 f.; *S. Reynolds*, (De)Constructing the Road to Brexit, in: Thym (Fn. 7), i.E.; und Tagung des Europäischen Rates, EUCO-Dok. 1/16 v. 19.2.2016, Annex I (Decision of the Heads of State or Government, meeting within the European Council, concerning a New Settlement for the United Kingdom within the European Union), Abschn. 4.

55 Ähnlich *K. Lenaerts*, The Court's Outer and Inner Selves, in: Adams et al. (Fn. 41), S. 13, 17-28; *Dougan* (Fn. 41), S. 145-153; und *V. Hatzopoulos*, Actively Talking to Each Other, in: M. Dawson et al. (Hrsg.): *Judicial Activism at the European Court of Justice* (2013), S. 102-141.

hergingen, während spätere Restriktionen in eine Periode der Ernüchterung fielen.⁵⁶ Dieser Gedanke wird später aufgegriffen.

Drittens betreffen die unterschiedlichen Sachverhalte diverse Konstellationen, die man in Anwendung des Solidaritätsprinzips unterschiedlich beurteilen kann, insbesondere was die Unterscheidung zwischen arbeitsmarktbezogenen Leistungen sowie sonstigen Hilfsmaßnahmen anbelangt. Eine soziale Gleichbehandlung von Arbeitnehmern war und ist weitgehend anerkannt, zumal die Mitgliedstaaten nach dem Zweiten Weltkrieg für beitragsbasierte Leistungen ohnehin zu einem Territorialitätsmodell übergingen.⁵⁷ Hinzu kommt, dass eine Gleichbehandlung von Wanderarbeitnehmern immer auch das Ziel verfolgte, einen Abwärtsdruck auf inländische Leistungsstandards infolge von Migration zu verhindern.⁵⁸ Gewiss kann man über Grenzfragen diskutieren, etwa Aufstockungsleistungen für Teilzeitkräfte oder das Kindergeld für im Ausland lebende Kinder.⁵⁹ Aber derartige Randprobleme sollten nicht davon ablenken, dass die Gleichbehandlung von Arbeitnehmern einer konsentierten wirtschaftlichen und sozialpolitischen Rationalität folgt, die im klassischen Freizügigkeitsrecht des Binnenmarkts ihren Niederschlag fand.

Für die Sozialleistungsansprüche von wirtschaftlich inaktiven Unionsbürgern dürfte kein rechtspolitischer Grundkonsens existieren, gerade weil die Situation auch normativ eine andere ist als bei Arbeitnehmern. Floris de Witte zeigte anschaulich, dass man die Gleichbehandlung im Arbeitsmarkt mit einem Durkheimischen Verständnis organischer Solidarität erklären kann, ohne dass hieraus direkte Ableitungen für die transnationalen Ansprüche von bedürftigen Personen folgten, die nicht arbeiten.⁶⁰ Eine Ausweitung transnationaler Gleichheitsrechte auf wirtschaftlich Inaktive verlangt eine normative Vision sozialer Gerechtigkeit, die den Binnenmarkt überschreitet. Der Gerichtshof mag eine solche Vorstellung in den frühen Urteilen zu entwickeln angesetzt haben, konnte sich hierbei aber

56 So insb. *Dougan* (Fn. 41), S. 150 f.

57 Siehe *M. Ferrera*, *The Boundaries of Welfare* (2005); und *T. Kingreen*, *Soziale Rechte und Migration* (2010).

58 Zum historischen Willen siehe *Goedings* (Fn. 48), S. 122-126; und *S. O'Leary*, *Free Movement of Persons and Services*, in: P. Craig/G. de Búrca (Hrsg.): *The Evolution of EU Law* (2011), S. 499, 508-511.

59 Beide Fragen waren ein wichtiger Bestandteil des Reformpakets, auf das sich die Mitgliedstaaten im Vorfeld des Brexit-Referendums verständigt hatten; siehe *Reynolds* (Fn. 54).

60 Siehe *F. de Witte*, *Justice in the EU* (2015), Kap. 3.

nicht auf den Grundkonsens für Arbeitnehmer stützen. Erneut gilt, dass die expansive frühe Rechtsprechung mit einer integrationspolitischen Aufbruchphase einherging, während die restriktiveren neueren Entscheidungen parallel zur Eurokrise ergingen,⁶¹ als offenbar wurde, dass ein einheitliches EU-Sozialmodell, auf das man zehn Jahre zuvor noch hatte hoffen können, sich nicht entwickelte.⁶² Die Restriktionen im Freizügigkeitsrecht erfolgten parallel zu den teils einschneidenden sozialpolitischen Reformen in vielen Euro-Staaten.

IV. Mitgliedschaft in politischen Gemeinschaften

In der westlichen Ideengeschichte ist die „Bürgerschaft“ zumeist mit der Mitgliedschaft in politischen Gemeinschaften verbunden.⁶³ Diese Gemeinschaften waren traditionell (National-)Staaten, sodass die Übertragung des Bürgerschaftskonzepts auf die EU eine konzeptuelle Anpassung erfordert, die eruiert, inwieweit die etablierten Muster einer Staatsbürgerschaft auf die supranationale Ebene übertragen werden können.⁶⁴ Die Entwicklung der jüngeren Vergangenheit bekräftigt, dass eine solche Übertragung kein Automatismus ist. Vor diesem Hintergrund wird nachfolgend der Wandel der Unionsbürgerrechte nachgezeichnet (A), um diesen sodann zum integrationspolitischen Kontext in Bezug zu setzen (B).

1. Entwicklung der Unionsbürgerrechte

Greifbarer Ausdruck der Mitgliedschaft in einer politischen Gemeinschaft ist das Wahlrecht, doch eine Zugehörigkeit umfasst zugleich auch ein prin-

61 Vgl. *S. Giubboni*, Free Movement of Persons and European Solidarity, in: Verschuere (Fn. 48), S. 78, 80-81.

62 Vgl. *C. Barnard*, EU “Social” Policy, in: Craig/de Búrca (Fn. 58), S. 641-686.

63 Siehe *D. Leydet*, Citizenship, in: Stanford Encyclopedia of Philosophy, Auflage Herbst 2011, <http://plato.stanford.edu/entries/citizenship>.

64 Vgl. *N. Walker*, Postnational Constitutionalism and the Problem of Translation, in: J. Weiler/M. Wind (Hrsg.): *European Constitutionalism Beyond the State* (2003), S. 27-54; und *R. Wahl*, Erklären staatstheoretische Grundbegriffe die Europäische Union?, JZ 2005, 916-925.

zipielles Aufenthaltsrecht.⁶⁵ Ein näherer Blick auf die Entwicklung der Unionsbürgerrechte zeigt in beiden Punkten, also sowohl beim Wahlrecht als auch bei der Aufenthaltssicherheit, einen Wandel weg vom Residenzmodell (1) hin zu einem Integrationsmodell, das die dauerhafte Zuordnung von Unionsbürgern zum Heimatstaat akzentuiert (2).

a) Residenzmodell

Im Vertrag von Maastricht wurde die neu eingeführte Unionsbürgerschaft mit konkreten Rechten unterfüttert, darunter das kommunale Wahlrecht sowie das Europawahlrecht im Aufenthaltsstaat.⁶⁶ Diese transnationalen Wahlrechte zeugen von der damaligen Bewegung hin zu einem Residenzmodell, das politische Teilhabe an den Aufenthalt knüpft. Zudem gab es seinerzeit eine Erwartung, dass das kommunale und europäische Wahlrecht nur die ersten Schritte auf dem Weg zu einer wahrhaften europäischen Demokratie sein würden – eine zukunftsgegenwärtige Hoffnung, die einen rechtlichen Ausdruck in der Evolutivklausel des heutigen Artikels 25 AEUV fand, der eine Erweiterung der Unionsbürgerrechte im Wege der vereinfachten Vertragsänderung erlaubt.⁶⁷ Entgegen der anfänglichen Euphorie⁶⁸ ist die Bestimmung heute weitgehend in Vergessenheit geraten und wurde in den letzten 25 Jahren kein einziges Mal angewandt.

Gewiss bezweckte der Vertrag von Lissabon auch ohne Rekurs auf die Evolutivklausel des Artikels 25 AEUV in Übereinstimmung mit dem gescheiterten Verfassungsvertrag eine stärkere politische Teilhabe, etwa durch die Bürgerinitiative,⁶⁹ ohne dass dies, wie nachfolgend zu zeigen sein wird, in der Praxis viel änderte. Hinsichtlich des Wahlrechts scheiter-

65 Zu den Ausprägungen der Bürgerschaft siehe *L. Bosniak*, *Citizenship Denationalized*, Ind. J. Global Legal Stud. 2007, 447, 456-463 und 470-479.

66 Siehe den heutigen Art. 22 AEUV.

67 Art. 25 AEUV wurde eingeführt als Art. 8e Abs. 2 EGV i.d.F. d. Vertrags von Maastricht (ABl. 1992 C 224/36), wobei in der heutigen deutschen Sprachfassung die zukunftsgegenwärtige Dynamik mit der allgemeinen Formulierung „Ergänzung der [Rechte]“ weniger deutlich zum Ausdruck kommt als im sprachlich offeneren englischen Wortlaut „to strengthen [Union citizenship] or to add to the rights.“.

68 Vgl. *S. O’Leary*, *The Evolving Concept of Community Citizenship* (1996), S. 308-314.

69 Siehe *P. Craig*, *The Lisbon Treaty* (2010), S. 66-71; und *J. Shaw*, *Citizenship*, in: *Craig/de Búrca* (Fn. 58), S. 597-608.

ten mehrere Vorhaben einer Umstellung hin zum Residenzmodell.⁷⁰ So stimmten die Luxemburger in einem Referendum gegen ein generelles Unionsbürgerwahlrecht⁷¹ und die Kommission forderte von den Mitgliedstaaten in einer Empfehlung einen Ausbau des Auslandswahlrechts für nationale Parlamentswahlen⁷² – anstatt eine Bürgerinitiative aufzugreifen, die das Residenzmodell auch bei Parlamentswahlen verwirklichen wollte.⁷³ Diese Episoden zeigen, dass die politische Dynamik sich gegen das Residenzmodell wandte.

Auch ein weiterer Ausbau der Unionsbürgerschaft unterblieb. Diese mag zwar dem Titel nach die Statusinhaber zum Unionsgebiet als Ganzes in Bezug setzen,⁷⁴ beseitigte hierbei jedoch nicht die Rolle der Staatsangehörigkeit als Eintrittsschwelle. Es ist heute in Vergessenheit geraten, dass die Sorge vor einer Entwertung der nationalen Staatsangehörigkeit ein Grund war, warum die Dänen sich im ersten Referendum gegen die Ratifikation des Vertrags von Maastricht ausgesprochen hatten.⁷⁵ Um diese Sorge zu zerstreuen, verständigte sich der Europäische Rat auf einen Beschluss, der fünf Jahre später anlässlich des Vertrags von Amsterdam in Primärrecht überführt wurde, das seither vorgibt: „Die Unionsbürgerschaft ergänzt die nationale Staatsbürgerschaft, ersetzt sie aber nicht.“⁷⁶ Der Vertrag von Lissabon schwächte diese Klausel in Übereinstimmung mit dem Verfassungsvertrag semantisch, wobei unklar bleibt, inwieweit die neue Formulierung des „Hinzutretens“ anstelle des früheren „Ergänzens“ eine materielle Änderung beinhaltet.⁷⁷

Angesichts dieser Vorgeschichte überrascht es nicht, dass der EuGH bei der supranationalen Aufsicht über das Staatsangehörigkeitsrecht immer

70 Zu entsprechenden Vorschlägen siehe *F. Fabbrini*, Voting Rights for Non-Citizens, EuConst 2011, 392, 404-405.

71 Vgl. zum Referendum im Jahr 2015 *M. Finck*, Towards an Ever Closer Union Between Residents and Citizens?, EuConst 2015, 78-98.

72 Siehe die Empfehlung 2014/53/EU der Kommission (ABl. 2014 L 32/34).

73 Vgl. die Bürgerinitiative „Let me vote“ (Nr. ECI(2013)000003), die 2013/14 an zu wenig Unterschriften scheiterte.

74 Näher *Azoulai* (Fn. 18), Abschn. I (i.E.).

75 Siehe *D. Howarth*, The Compromise on Denmark and the Treaty on European Union, CML Rev. 1994, 765, 772 f..

76 Art. 17 Abs. 1 EGV i.d.F. d. Vertrags von Amsterdam (ABl. 1997 C 340/173) übernimmt diese Formulierung aus dem Beschluss des Europäischen Rats, die Art. 8 Abs. 1 EGV i.d.F. d. Vertrags von Maastricht (Fn. 67) noch nicht enthalten hatte.

77 Näher *A. Schrauwen*, European Citizenship in the Treaty of Lisbon, Maastricht Journal 2008, 55, 59 f.; und *Shaw* (Fn. 69), S. 598-600.

Vorsicht walten ließ. So mag er die Mitgliedstaaten in *Rottmann* verpflichtet haben, bei einem Entzug die Folgen kraft Unionsrechts zu berücksichtigen, ohne hierbei freilich den mitgliedstaatlichen Spielraum aufzuheben.⁷⁸ Die notwendige Verhältnismäßigkeitsprüfung ändert nichts daran, dass der EuGH die Regelung des Staatsangehörigkeitsrechts in Übereinstimmung mit dem Völkerrecht prinzipiell den Mitgliedstaaten überließ.⁷⁹ Gewiss wurden diese Vorrechte in *Ruiz Zambrano* unter Rückgriff auf den neu postulierten Kernbereichs relativiert,⁸⁰ diese Einschränkung später jedoch dahingehend zurückgenommen, als sie „nur“ Situationen betrifft, in denen „Kinder, die Unionsbürger sind, sich gezwungen sehen, das Gebiet der Union zu verlassen.“⁸¹ Damit wurde der Schritt hin zu einem unionsweiten Residenzmodell in *Ruiz Zambrano* vom Gerichtshof eingeschränkt.

b) Integrationsmodell

In *Ruiz Zambrano* mag sich der Gerichtshof für einen großen Sprung nach vorn positioniert haben, von dem er jedoch Abstand nahm.⁸² Die darin liegende Abkehr vom Residenzmodell wurde greifbar, als der EuGH die Verantwortung für den Kernbereichsschutz nicht etwa dem Aufenthaltsstaat zuordnete, sondern dem Heimatstaat der betroffenen Unionsbürger zuwies, weshalb eine Familie mit einem französischen Kind nicht etwa in Luxemburg bleiben durfte, sondern nach Frankreich zurückkehren musste.⁸³ Die Unionsbürgerschaft mag den Einzelnen mit dem Unionsgebiet als Ganzes verbinden, aber die Gewährleistungsverantwortung liegt beim Heimatstaat.⁸⁴ Dies belegt, dass selbst in der Kernbereichsjudikatur die soziale Zugehörigkeit an die Stelle territorialer Präsenz tritt – eine Wende

78 EuGH, *Rottmann*, C-135/08, EU:C:2010:104, Rn. 40 erwähnte den Beschluss des Europäischen Rates in Antwort auf das erste dänische Referendum.

79 Vgl. EuGH, *Rottmann* (Fn. 78), Rn. 39; und EuGH, *Micheletti*, C-369/90, EU:C:1992:295, Rn. 10.

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

81 EuGH, *Dereci et al.*, C-256/11, EU:C:2011:734, Rn. 65.

82 Hierzu der Beitrag von *Christina Neier* in diesem Band; sowie *D. Kochenov*, *The Right to Have What Rights?*, ELJ 2013, 502-516; und *M. Wendel*, Aufenthalt als Mittel zum Zweck, DÖV 2014, 133-143.

83 Ausführlicher zu EuGH, *Aloka & Moudoulou*, C-86/12, EU:C:2013:645, Rn. 34 der Beitrag von *Maria Florentia Haag* in diesem Band.

84 Siehe EuGH, *McCarthy*, C-434/09, EU:C:2011:277, Rn. 29.

hin zum Integrationsmodell, die der Gerichtshof im Kontext des EU-Türkei-Assoziierungsrechts einmal in die Worte kleidete, dass „der Erwerb der Staatsangehörigkeit des Aufnahmemitgliedstaats grundsätzlich die höchste Stufe der Integration [darstellt].“⁸⁵

In eine ähnliche Richtung deuten Entscheidungen in einem zentralen Tätigkeitsfeld der frühen EuGH-Judikatur zum Freizügigkeitsrecht: die Auslegung des Ausnahmetatbestands für die „öffentliche Ordnung“, aufgrund derer ein Freizügigkeitsrecht beendet werden kann. Ausdrücklich rekurrierte der EuGH auf das Integrationskonzept, um die Richtlinie 2004/38/EG auszulegen: Soweit Unionsbürger die Integrationserwartung enttäuschen, entstehe eine schwächere Rechtsstellung, die eine leichtere Ausweisung im Lichte des „zugrunde liegenden Integrationsgedanken[s]“⁸⁶ erlaube. Dies hatte in *Dias* zur Folge, dass formale Faktoren (wie nationale Aufenthaltserlaubnisse) gegenüber qualitativen Gesichtspunkten (wie fehlende Ressourcen) in den Hintergrund treten, weil die Richtlinie „nicht nur auf territoriale und zeitliche Umstände, sondern auch auf qualitative Elemente im Zusammenhang mit dem Grad der Integration im Aufnahmemitgliedstaat abstellt.“⁸⁷ Dieser Ansatz wurde in zahlreichen (nicht: allen) Urteilen zum Daueraufenthaltsrecht bestätigt.⁸⁸

Zugleich aktivierte der EuGH den Integrationsgedanken, um seinen Neuansatz beim Konzept der „öffentlichen Sicherheit“ zu untermauern.⁸⁹ Augenscheinlich wurde dies in der Rechtssache *G*, in der der Gerichtshof die scheinbar eindeutige 10-Jahres-Regel zum erhöhten Ausweisungsschutz als Platzhalter für eine komplexe Abwägung qualitativer Kriterien deutete, infolge derer die Zeiten einer Inhaftierung bei der Fristberechnung nicht mitzuzählen sind.⁹⁰ Gewiss sollte man die dogmatische Tragweite dieser Urteile nicht überhöhen, weil sie nur diejenigen betreffen, die länger als fünf Jahre in einem Mitgliedstaat wohnen, ohne dass sich direkte Rückwirkungen auf die großzügigere frühere Judikatur zum generellen

85 EuGH, *Demirci et al.*, C-171/13, EU:C:2015:8, Rn. 54.

86 EuGH, *Lassal*, C-162/09, EU:C:2010:592, Rn. 37 in Fortfolge von GA Trstenjak, *ebd.*, EU:C:2010:266, Rn. 80.

87 EuGH, *Dias*, C-325/09, EU:C:2011:498, Rn. 64.

88 Die Aussagen von EuGH, *Onuekwere*, C-378/12, EU:C:2014:13, Rn. 34-36 und EuGH, *Tahir*, C-469/13, EU:C:2014:2094, Rn. 33-34 stehen insoweit in einem Spannungsverhältnis zur EuGH, *Ogieriakhi*, C-244/13, EU:C:2014:2068.

89 Siehe *Azoulai* (Fn. 18).

90 Vgl. EuGH, *G*, C-400/12, EU:C:2014:9, Rn. 29-36.

Ausweisungsschutz auch bei kürzeren Aufenthaltszeiten ergeben.⁹¹ Dies ändert jedoch nichts am konzeptuellen Wandel weg von einer aufenthaltsbasierten Gleichstellung hin zu einer ergebnisorientierten Beurteilung aufgrund qualitativer Integrationsmaßstäbe bei der Aufenthaltssicherheit.⁹²

2. Verfassungsrechtlicher Kontext

Mindestens zwei Kontextfaktoren erlauben es, die Entwicklung der Unionsbürgerrechte in den Bereichen des Wahlrechts und der Aufenthaltssicherheit zur allgemeinen Verfassungsentwicklung in Bezug zu setzen. Es geht um die traditionelle Methode einer rechtsbasierten Integration im Bereich der Demokratie (1) und um die Legitimitätskrise, der sich die EU in den vergangenen Jahren ausgesetzt sieht (2).

a) Die Grenzen einer „Integration durch Recht“

Traditionell vertraut der europäische Integrationsprozess auf die transformatorische Wirkung rechtlicher Regelungen, ganz im Sinn einer „Integration durch Recht.“⁹³ Die Unionsbürgerschaft kann als Teil dieses Unterfangens gedeutet werden: Ihre Einführung durch den Vertrag von Maastricht mit transnationalen Wahlrechten und einem generellen Freizügigkeitsrecht für die wirtschaftlich Inaktiven war ein Ausdruck des generellen Bestrebens,⁹⁴ eine politische Union durch fortgesetzte Vertragsänderungen

91 Dogmatisch bleibt die neue Herangehensweise auf Art. 16, 28 Freizügigkeitsrichtlinie (Fn. 35) beschränkt und erfasst nicht die Art. 7, 27 Freizügigkeitsrichtlinie (Fn. 35).

92 Ähnlich *S. Robin-Olivier*, Libre circulation des travailleurs, *Revue trimestrielle de droit européen* 2011, 599 (604-607); *Nic Shuibhne* (Fn. 42), S. 916-926; und *E. Spaventa*, Once a Foreigner, Always a Foreigner, in: Verschueren (Fn. 48), S. 89-110.

93 Klassisch *M. Cappelletti* u.a. (Hrsg.): *Integration Through Law. Europe and the American Federal Experience*, Vol. I-1 (de Gruyter, 1986); für eine jüngere, kritische Einordnung siehe *J.H.H. Weiler*, Deciphering the Political and Legal DNA of European Integration, in: *Dickson/Eleftheriadis* (Hrsg.): *Philosophical Foundations of European Union Law* (2012), S. 137, 149-156.

94 In diesem Sinn *Thym* (Fn. 7), Abschn. III (i.E.).

und eine hierauf gründende institutionelle Praxis zu begründen.⁹⁵ Man kann die Unionsbürgerrechte insofern als Versuch einer Veränderung deuten, die demokratische Legitimität des europäischen Projekts im Wege der Vertragsänderung zu erhöhen. Ein solches Argument beinhaltet freilich auch die entgegengesetzte Annahme, dass die rechtsbasierte Veränderung in der Praxis scheitern kann.⁹⁶ Die Errichtung eines grundlegenden Status namens „Unionsbürgerschaft“ muss keine sich selbst erfüllende Prophezeiung sein; das Ziel wird nur dann erreicht, wenn die Rechtsänderung in soziale und institutionelle Praktiken überführt wird, die den Vertrag mit Leben füllen.

Zu Zeiten des Vertrags von Maastricht ging es insoweit um eine Zukunftsprognose, inwiefern die neuen Wahlrechte als ein Katalysator für eine im Entstehen begriffene supranationale Demokratie mit einer öffentlichen Debattenkultur und paneuropäischen Parteien fungieren würden.⁹⁷ Ein Erfolg dieses Unterfangens war gewiss nicht garantiert, aber ein vorsichtiger Optimismus herrschte bei zahlreichen Beobachtern dennoch.⁹⁸ Studien zum vergleichenden Föderalismus zeigten, dass Bürgerrechte eine einheitsstiftende Wirkung entfalten können,⁹⁹ aber eine solche Wirkung ist kein Automatismus: Ob und, wenn ja, unter welchen Bedingungen die Unionsbürgerrechte die soziale Praxis anzuleiten vermögen, kann aus einem einfachen Vergleich mit Staatsbildungsprozessen im 19. Jahrhundert nicht gefolgert werden. Kontextfaktoren können verhindern, dass die Geschichte sich wiederholt – und tatsächlich deutet die Entwicklung der vergangenen Jahre eher in eine andere Richtung.

Es wurde bereits erwähnt, dass eine auffällige zeitliche Parallelität zwischen den dynamischen frühen EuGH-Urteilen und der Aufbruchphase des Verfassungsvertrags bestand, dessen Scheitern zugleich eine vorsichtiger Gangart einleitete.¹⁰⁰ Dieser Trend mag zuletzt infolge der Eurokrise sowie des ansteigenden Euroskeptizismus eine Beschleunigung erfahren

95 Vgl. *A. Wiener*, *Building Institutions* (1998), Kap. 2 f.; und *F. Wollenschläger*, *Grundfreiheit ohne Markt* (2007), S. 90-101.

96 Betont kritisch *U. Haltern*, *Pathos and Patina*, *ELJ* 2003, 14, 26-32; und *J. Přibáň*, *The Juridification of Identity*, *Constellations* 2009, 44, 47-53.

97 Zum ursprl. Optimismus, ungeachtet aller Vorbehalte, auch *BVerfGE* 89, 155, 184 f.

98 Exemplarisch *J. Habermas*, *Remarks on Dieter Grimm's "Does Europe Need a Constitution?"*, *ELJ* 1995, 303-307.

99 Siehe den Vergleich von *Schönberger* (Fn. 16).

100 Instruktiv *Dougan* (Fn. 41), S. 150 f.

haben. Die Ereignisse der letzten Jahre verdeutlichen, dass ambitionierte Vertragsnormen etwa zum Wahlrecht nicht notwendig die soziale Praxis beeinflussen. Empirische Studien zeigen, dass viele Unionsbürger ihre Wahlrechte nicht nutzen und sich auch ansonsten nur begrenzt für die supranationale Politik interessieren.¹⁰¹ Die Unionsbürgerrechte sind nur teils durch ein paneuropäisches Zugehörigkeitsgefühl unterfüttert, das als identifikatorische Infrastruktur für solidarische Gemeinschaften redistributive Politiken zu tragen vermag.¹⁰² Empirisch wurde die rechtliche Konstruktion von Unionsbürgerrechten nur begrenzt von einer sozialen Imagination von Zugehörigkeit begleitet.

b) Ein Leitbild für die gesamte Europäische Union

Eine Analyse des Brexit-Referendums zeigt eine bemerkenswerte Kluft zwischen mobilen und immobilen Unionsbürgern; Briten, die wenige Beziehungen zum Ausland pflegen, stimmten mit überwältigender Mehrheit für einen Austritt.¹⁰³ Dies bestätigt im Umkehrschluss frühere Studien, wonach Unionsbürger, die transnational mobil waren oder sind, positiver gegenüber dem EU-Projekt eingestellt sind.¹⁰⁴ Insoweit erweist es sich als einseitig, dass ein Großteil der Literatur zur Unionsbürgerschaft sich auf die mobilen Unionsbürger konzentrierte und damit die Erfahrungen und Sichtweisen von Bürgerinnen und Bürgern, die zu Hause bleiben, außer Acht ließ,¹⁰⁵ obgleich deren potentielle Bedenken ein zentraler Gesichtspunkt des Spaak-Berichts waren, der im Vorfeld der Römischen Verträge bei der Freizügigkeit bewusst für eine vorsichtiger Gangart plädiert hatte.¹⁰⁶ Eine ganzheitliche Analyse sollte diese Schlagseite zugunsten von

101 Lesenswert die ethnografische Studie von *A. Favell*, *European Citizenship in Three Eurocities*, *Politique européenne* 2010, 187, 191-202.

102 Vgl. *R. Bellamy*, *Evaluating Union Citizenship*, *Citizenship Studies* 2008, 597, 601-606; und *G. Delanty*, *European Citizenship*, *Citizenship Studies* 2007, 63-72.

103 Siehe *R. Bauböck*, *EUDO Citizenship Forum: Free Movement under Attack*, 2016.

104 Weiterführend *T. Kuhn*, *Experiencing European Integration* (2015), Kap. 7; und *N. Fligstein*, *Euro-Clash* (2010).

105 Für eine positive Ausnahme siehe *S. Iglesias Sánchez*, *A Citizenship Right to Stay?*, in: *Kochenov* (Fn. 18), i.E.

106 Vgl. die Editorial Comments, *CML Rev.* 2014, 729, 730; und *Goedings* (Fn. 48), S. 121-123.

Mobilität überwinden.¹⁰⁷ Freizügigkeit ist das rechtliche Herzstück der Unionsbürgerschaft, aber deren politische und soziale Tragweite sollte die Immobilität mitdenken.

Ein solcher erweiterter Zugriff setzte die Freizügigkeitsrechte zur Union als Ganzes in Bezug. Tatsächlich ist die Unionsbürgerschaft nicht das einzige Rechtsgebiet, in dem der EuGH beim Sozialrecht restriktiv vorgeht: Luxemburg wies die Verantwortung von sich, die Wirtschafts- und Sozialreformen infolge der Eurokrise an den sozialen Grundrechte zu überprüfen.¹⁰⁸ Die Zurückhaltung bei der Sozialbürgerschaft entspringt mithin einer generellen Vorsicht, die wirtschaftlichen und politischen Probleme der Gegenwart im Wege der rechtlichen Interpretation in eine bestimmte Richtung zu lenken. Man kann die Judikatur zu Unionsbürgerschaft und Eurokrise insofern als (unbewusste) Entscheidung des Gerichtshofs deuten, die Rolle des Rechts zurückzunehmen. Wer dies ändern will, sollte nicht einseitig über die Unionsbürgerschaft schreiben, sondern sich der generellen Frage stellen, wie die EU-Verträge eine Vision des guten Lebens und der sozialen Gerechtigkeit für mobile und immobile Unionsbürger gleichermaßen entwickeln können.

Hiernach verbleibt als Gesamteindruck, dass die EU-Organe den früheren Ansatz einer rechtsbasierten Integrationsförderung heutzutage mit größerer Vorsicht verfolgen, ohne dass dies als Resignation gedeutet werden muss. Man kann die Einsicht in die Grenzen des supranationalen Rechts auch positiv als Hinwendung zu einem föderalen Verständnis des Integrationsprozesses deuten, das anstelle einer quasi-bundesstaatlichen Einheit die dauerhafte Bedeutung der Mitgliedstaaten als politische Gemeinschaften anerkennt.¹⁰⁹ Es geht um keine Rückkehr zum geschlossenen Nationalstaat, sondern um eine Europäische Union, die nationale politische Gemeinschaften in eine supranationale Struktur einbettet.¹¹⁰ In eben diese Richtung deutet die Abkehr vom Residenzmodell beim Wahlrecht und der

107 Zur anders gelagerten Problematik einer fehlenden Erstreckung der Unionsbürgerrechte auf reine Inlandssachverhalte siehe *D. Thym*, *Frontiers of EU Citizenship*, in: *Kochenov* (Fn. 18), Abschn. V.B. (i.E.).

108 Siehe *A. José Menéndez*, *Which Citizenship?*, GLJ 2014, 907, 928-931; offener hingegen die spätere Entscheidung EuGH, *Mallis & Malli/Kommission & EZB*, C-105/15-C-109/15, EU:C:2016:702.

109 In diesem Sinn *F. Strumia*, *European Citizenship in Crisis*, in: *Thym* (Fn. 7), i.E.

110 Siehe *K. Nicolaidis*, *European Democracy and its Crisis*, JCMSt. 2013, 351-369; und *R. Bellamy*, *An Ever Closer Union of Peoples*, J Eur. Integration 2013, 499-516.

Aufenthaltssicherheit, die mittels des vorgestellten Integrationsmodells die Bausteine für eine Union bereitstellen, die nationale politische Gemeinschaften auch anstelle einer quasi-bundesstaatlichen Einheit anerkennt.

V. Migration, Mobilität und gesellschaftlicher Zusammenhalt

Das Konzept der Bürgerschaft hat viele Bedeutungsschichten, aber die meisten Theorieansätze stimmen überein, dass es ein Element des identifikatorischen Zugehörigkeitsgefühls umfasst, über dessen normative Grundierung und notwendige Intensität freilich diverse Auffassungen bestehen.¹¹¹ Dies gilt auch für die Europäische Union, die immer schon ein Projekt war, das den geschlossenen Nationalstaat zu überwinden trachtete. Eine solche „postnationale“ Konzeption der EU und ihrer Bürgerschaft muss sich in der Gegenwart zunehmend zur Einwanderung aus Drittstaaten verhalten, die in den vergangenen Jahren zu einem auch rechtlich relevanten Betätigungsfeld der EU-Organe erstarkte. Aus diesem Grund erläutert der nachfolgende Abschnitt das Zusammenspiel von den Unionsbürgerrechten und dem Migrationsrecht gegenüber Drittstaatsangehörigen in der Rechtsprechung und der institutionellen Praxis (A) und bezieht diese sodann auf Debatten auf nationaler und europäischer Ebene (B).

1. Entwicklung der Unionsbürgerrechte

Bei einer näheren Betrachtung der kontroversen EuGH-Urteile zur Unionsbürgerschaft fällt auf, dass das Aufenthaltsrecht von Familienangehörigen von Unionsbürgern aus Drittstaaten einen roten Faden darstellt, der zahlreiche prominente Urteile wie *Baumbast*, *Carpenter*, *Akrich*, *Metock*, *Ibrahim*, *Ruiz Zambrano*, *Dereci* oder *Aloka* verbindet. Dieser Konnex zwischen der Unionsbürgerschaft und dem Migrationsgeschehen wurde in den vergangenen Jahren unterschiedlich aufgelöst, wobei sich erneut ein Wandel von einem aufenthaltsbasierten Residenzmodell (1) hin zur verstärkten Thematisierung des Integrationsgedankens zeigt (2).

111 Im Überblick *R. Bellamy*, *Citizenship. A Very Short Introduction* (2008), Kap. 3.

a) Residenzmodell

Von Anfang an bezweckte die Unionsbürgerschaft ein geändertes Verhältnis des Einzelnen zum Staat; es ging beim „Europa der Bürger“ um „eine Annäherung von Völkern, die gemeinsam ihre Gesellschaft den sich wandelnden Bedingungen in dieser Welt anpassen wollen.“¹¹² Insofern hatte die Unionsbürgerschaft eine „postnationale“ Orientierung; sie war auch ein Instrument, um ein ethno-kulturelles Zugehörigkeitsmodell zu überwinden.¹¹³ Die supranationalen Bürgerrechte besitzen einen emanzipatorischen Charakter, der es jedem Einzelnen ermöglicht, sein Glück außerhalb des Heimatsstaats zu suchen. Hieraus gründet ihre verbreitete Deutung als Zugehörigkeit aufgrund individueller Rechte und Teilhabe am Diskurs, anstelle geschlossener Nationalstaaten.¹¹⁴ Ob auch der frühen institutionellen Praxis eine solche Motivation zu Grunde lag, ist naturgemäß schwer nachzuweisen, aber zugleich nicht ausgeschlossen.¹¹⁵

Fest steht hingegen, dass der Aufenthaltsstatus von Familienangehörigen aus Drittstaaten nur indirekt von der Unionsbürgerschaft erfasst ist, wenn die Familienmitglieder von der Freizügigkeit ihres Partners oder Elternteils in Form von „abgeleiteten Rechten“¹¹⁶ profitieren. In diesen Fällen dient die Freizügigkeit als Eintrittsschwelle, infolge derer der EuGH über Fragen der Familieneinheit zu entscheiden hatte.¹¹⁷ Für einige Jahre hatte es den Eindruck, als ob der Gerichtshof diese als Selbstzweck schütze; die Rückbindung zum Freizügigkeitsrecht wurde in den Urteilen häufig ignoriert.¹¹⁸ Erneut hatte es den Anschein, dass jeder Aufenthalt einen prinzipiellen Anspruch auf Familienzusammenführung mit sich bringen würde; Freizügigkeit erschien als Mittel zum Zweck.

112 European Union, Bericht von *Leo Tindemans* an den Europäischen Rat, Bulletin der EG, Supplement 1/76, S. 27.

113 Siehe *Kostakopoulou* (Fn. 15), Kap. 4; und *Soysal* (Fn. 15).

114 So etwa *J. Habermas*, Staatsbürgerschaft und nationale Identität (1990), in: ders.: Faktizität und Geltung (1992), S. 632-660; *Delanty* (Fn. 102), S. 67; und *J.W. Müller*, Constitutional Patriotism (2007).

115 Näher *de Witte* (Fn. 60), S. 22-37; und *J.H.H. Weiler*, To Be a European Citizen, in: ders.: The Constitution of Europe (1999), S. 324-357.

116 EuGH, *Dereci et al.* (Fn. 81), Rn. 55.

117 Ausführlicher *Thym* (Fn. 48), S. 20-31; und *ders.*, Grenzen der Unionsbürgerschaft, Europarecht Beiheft 1/2015, 135 (139-148).

118 Näher *Spaventa* (Fn. 12), S. 764-768; und *A. Tryfonidou*, Family Reunification Rights of (Migrant) Union Citizens, ELJ 2009, 634-653.

b) Integrationsmodell

In der jüngeren Vergangenheit wandelte der Gerichtshof seine Linie in einer Reihe von Urteilen, die unterschiedliche dogmatische Situationen betrafen, aber etwas gemeinsam hatten: Sie zeugen von einem interpretatorischen Wandel, der anstelle des Telos und allgemeiner Verfassungsprinzipien (Menschenrechte, Freizügigkeit) den Wortlaut und die Systematik der einschlägigen Rechtsakte hervorhob. Dies gilt für die vorstehend diskutierten Urteile zum Sozialleistungszugang sowie die restriktiven Nachfolgeentscheidungen zu *Ruiz Zambrano* ebenso wie für das Aufenthaltsrecht von drittstaatsangehörigen Familienmitgliedern.

So schlussfolgerte der EuGH etwa, dass ein abgeleitetes Aufenthaltsrecht nach einer Scheidung dann nicht entsteht, wenn der Unionsbürger zuvor den Mitgliedstaat verlassen hatte, wo das Paar gemeinsam gelebt hatte,¹¹⁹ und dass Eltern, die jenseits der Grenze leben, keine abgeleiteten Rechte geltend machen können.¹²⁰ Zugleich befand der Gerichtshof, dass kein Aufenthaltsrecht besteht, wenn die Heirat in anderen Mitgliedstaaten nicht mit einem substantiellen Aufenthalt dort von länger als drei Monaten verbunden war.¹²¹ In all diesen Fällen trat das frühere Ziel eines Schutzes der Familieneinheit hinter einer klassischen Konzeption des Beschränkungsbegriffs zurück.¹²² Dies beseitigte nicht die großzügigen früheren Urteile, stellte jedoch klar, dass die Unionsbürgerrechte auf Gleichbehandlung und Aufenthalt nicht grenzenlos gelten, sondern qualitative Anbindungskriterien mindestens ebenso wichtig sind.

Aus dem Blickwinkel des Migrationsrechts wird ein möglicher Grund deutlich, warum der Integrationsgedanke in der jüngeren EuGH-Judikatur an Bedeutung gewann. Dieser spielt eine zentrale Rolle in der politischen Debatte auf nationaler und europäischer Ebene über das Migrationsgeschehen seit Mitte der 2000er-Jahre, exemplarisch bei der Verhandlung der Familiennachzugs-Richtlinie 2003/86/EG sowie der Daueraufenthalts-Richtlinie 2003/109/EG.¹²³ Im Kontext dieser Debatten entfaltete sich ein

119 Siehe EuGH, *Singh et al.*, C-218/14, EU:C:2015:476.

120 Vgl. EuGH, *Jida*, C-40/11, EU:C:2012:2405, Rn. 46-65.

121 Siehe EuGH, *O & B*, C-456/12, EU:C:2014:135, Rn. 52.

122 Siehe *E. Spaventa*, Family Rights for Circular Migrants and Frontier Workers, CML Rev. 2015, 753, 764-778; und *E. Pataut*, Citoyenneté de l'Union européenne, Revue trimestrielle de droit européen 2014, 781, 791.

123 Für einen Überblick siehe *S. Carrera*, In Search of the Perfect Citizen? (2009).

Integrationsverständnis, das neben individuellen Rechten und Gleichbehandlung zugleich auch den gesellschaftlichen Zusammenhalt akzentuiert und hierfür etwa den Mitgliedstaaten die Sprachförderung erlaubt.¹²⁴ In zwei bemerkenswerten Urteilen zu den genannten Richtlinien schloss sich der EuGH diesem materiellen Integrationsverständnis mit Blick auf die Sprachförderung explizit an.¹²⁵

2. Verfassungsrechtlicher Kontext

Mindestens drei Kontextfaktoren erlauben es uns, den Wechsel hin zum Integrationsmodell bei der Rechtsstellung von drittstaatsangehörigen Familienmitgliedern von Unionsbürgern zu erklären. Erstens entscheidet der EuGH über die Rechtsstellung von Drittstaatsangehörigen nicht länger nur im Kontext der Unionsbürgerschaft, seitdem die EU-Organe eine ganze Reihe von Richtlinien und Verordnungen zu den Themenbereichen Grenzschutz, Asyl und Einwanderung angenommen haben. Diese Regeln verfolgen, auch auf Ebene des Primärrechts, eine andere Logik als die freiheitsbasierten Unionsbürgerrechte, was sich gerade im Überschneidungsbereich von Freizügigkeit und Migrationsrecht zugunsten einer strengeren Lesart ausgewirkt haben mag.¹²⁶ Tatsächlich diskutieren verschiedene EuGH-Urteile zu diesen Themen neben dem Freizügigkeitsrecht auch das Migrationsrecht,¹²⁷ obgleich der EuGH dessen Bedeutung in früheren Urteilen noch bei Seite geschoben hatte.¹²⁸ Der Rechtsprechungswandel im Bereich der Unionsbürgerschaft mag insoweit auch auf die Konfrontation mit der abweichenden Regelungslogik des Migrationsrechts zurückzuführen sein – eine Unterscheidung, die der EuGH im Kontext des EU-Türkei-Assoziierungsabkommens ausdrücklich anerkannte, das die Unionsbürger-

124 Siehe *Jesse* (Fn. 39), S. 182-188; und *Carrera* (Fn. 123), Kap. 4.

125 Siehe EuGH, *P & S*, C-579/13, EU:C:2015:369; und EuGH, *K & A*, C-153/14, EU:C:2015:453; ebenso *D. Thym*, *Towards a Contextual Conception of Social Integration in EU Immigration Law*, EJML 2016, 89-111.

126 Siehe *T. Horsley*, *Reflections on the Role of the Court of Justice*, CML Rev. 2015, 931, 956-963; und *A. Lansbergen/N. Miller*, *European Citizenship Rights in Internal Situations*, EuConst 2011, 287, 300 f..

127 Siehe insb. EuGH, *Dereci et al.* (Fn. 81), Rn. 71 f.; EuGH, *Iida* (Fn. 120), Rn. 78-81; EuGH, *Ymeraga et al.*, C-87/12, EU:C:2013:291, Rn. 42.

128 Trotz gegenteiligen Vorschlags von GA Geelhoed verneinte die Immigrationsdimension EuGH, *Metock*, C-127/08, EU:C:2008:449, Rn. 66.

schaft gerade nicht enthalten soll, weil „die beiden fraglichen rechtlichen Regelungen... nicht als gleichwertig angesehen werden.“¹²⁹ Der Wandel spiegelt insofern einen geänderten Verfassungskontext.

Zweitens hat die Abstufung zwischen der Unionsbürgerschaft und dem Migrationsrecht zugleich Rückwirkungen auf das institutionelle Gleichgewicht, weil der EU-Gesetzgeber bei Themen, die nicht die Unionsbürgerschaft betreffen, über einen größeren Spielraum verfügt.¹³⁰ Im Rahmen der diesbezüglichen Verhandlungsprozesse wandten sich die Mitgliedstaaten im Rat gegen eine Übertragung des aufenthaltsbasierten Regelungsansatzes im Bereich der Unionsbürgerschaft auf das Migrationsrecht im engeren Sinne. Stattdessen verfolgten sie einen kontextsensiblen Integrationsgedanken, der bereits erwähnt wurde. Insoweit könnte der Wandel zum Integrationsmodell im Rahmen der Unionsbürgerschaft auch eine Rückwirkungsschleife begründen, die das Freizügigkeitsrecht dem Migrationsrecht annähert (nachdem viele Kommentatoren eine entgegengesetzte Wirkung vermutet bzw. erhofft hatten¹³¹). Eine radikale Fortentwicklung dieses Wandels war die Sprache der britischen Regierung im Vorfeld des Brexit-Referendums, die Unionsbürger systematisch als „migrants“ bezeichnete und damit die semantische Trennlinie zwischen der „Mobilität“ der Unionsbürger sowie der „Einwanderung/Immigration“ von Drittstaatsangehörigen ignorierte, die die Kommission in ihren offiziellen Mitteilungen sorgsam pflegt.¹³²

Drittens könnte der Gerichtshof auf die politische Kritik verschiedener nationaler Regierungen reagiert haben, die nach den Urteilen *Metock* und *Ruiz Zambrano* erklingen war.¹³³ Diese Kritik war nicht zwingend, hat aber durchaus auch konzeptuelle Gründe auf ihrer Seite. Ein Integrationsmodell, das qualitative Faktoren berücksichtigt, steht in keinem prinzipiellen Widerspruch zum postnationalen Anspruch einer Unionsbürgerschaft, die den geschlossenen Nationalstaat hinter sich lässt. Supranationale Normen wirken auch unter Geltung des Integrationsgedankens auf die Fortent-

129 EuGH, *Ziebell*, C-371/08, EU:C:2011:809, Rn. 74.

130 Siehe *D. Thym*, EU Migration Policy and its Constitutional Rationale, CML Rev. 2013, 709, 716-725.

131 Siehe etwa *Jesse* (Fn. 39), S. 188 f.; und *K. Groenendijk*, Recent Developments in EU Law on Migration, EJML 2014, 313-335.

132 Vgl. *Thym* (Fn. 44), S. 256.

133 Siehe *N. Nic Shuibhne/J. Shaw*, General Report, in: U. Neergaard et al. (Hrsg.): Union Citizenship. The XXVI. FIDE Congress (2014), S. 65, 139-150.

wicklung des gesellschaftlichen Selbstbilds zurück,¹³⁴ ohne dass die Mitgliedstaaten daran gehindert würden, zugleich auch den gesellschaftlichen Zusammenhalt zu fördern. Dies passt in Übereinstimmung mit den vorstehenden Ausführungen gut in eine Zeit, in der infolge von Eurokrise und Brexit zunehmend klar wird, dass die Mitgliedstaaten weiterhin eine bedeutsame Rolle spielen werden, auch weil eine politische Union auf supranationaler Ebene so schnell nicht erreicht werden wird.

VI. Fazit

Während die rechtlichen Grundlagen der Unionsbürgerschaft in den letzten 20 Jahren weitgehend stabil waren, änderte sich ihre Auslegung nachhaltig und bleibt Gegenstand intensiver Debatten, die sich auch in den EuGH-Urteilen und der institutionellen Praxis spiegeln. Dieser Beitrag setzt diesen Wandel im Bereich der Unionsbürgerschaft in Bezug zum sonstigen Unionsverfassungsrechts und unterscheidet hierfür zwei Konzepte, die in Form des „Residenzmodells“ und des „Integrationsmodells“ auf einer mittleren Abstraktionsebene zwei Antipoden identifizieren, wie man mit dem Sozialleistungszugang, der politischen Teilhabe, der Aufenthaltssicherheit und dem Migrationsrecht gegenüber Drittstaatsangehörigen umgehen kann. Auf dieser Grundlage wird deutlich, dass die EuGH-Judikatur und die sonstige institutionelle Praxis die Bedeutung des gesellschaftlichen Zusammenhalts auf nationaler Ebene stärken.

Wie kann man diese Neuausrichtung erklären? Der vorliegende Beitrag zeigt, dass ein Grund für den Wandel ein geänderter Verfassungskontext ist. Gewiss ist jede Entwicklungsstufe von bestimmten Faktoren beeinflusst, doch es gibt übergreifende Erklärungsmuster, die die Unionsbürgerschaft zur Entwicklung des Integrationsprozesses in Bezug setzen. Erstens übt der Gerichtshof eine richterliche Zurückhaltung gegenüber dem Unionsgesetzgeber, vor allem bei der Frage des Sozialleistungszugangs sowie beim Aufenthaltsrecht von drittstaatsangehörigen Familienmitgliedern. In früheren Urteilen hatte der Gerichtshof dynamisch argumentiert, übt nunmehr jedoch eine konservative Zurückhaltung, die sich auch in einem Argumentationsstil niederschlägt, der restriktive Vorgaben im Wortlaut anstelle abstrakter Verfassungsprinzipien betont.

134 Siehe *Joppke* (Fn. 22), Kap. 4; und *Thym* (Fn. 17), S. 314 f.

Zweitens zeigt sich eine bemerkenswerte Parallele zwischen dem Wandel der institutionellen Praxis und dem gescheiterten Verfassungsvertrag, der den Höhepunkt einer Integrationsmethode bezeichnete, die das Recht als Instrument der Zukunftsgestaltung einsetzte. Die Unionsbürgerschaft war ein integraler Bestandteil dieses Unterfangens; von Anfang an war sie eng mit dem Ziel einer politischen Union verbunden. Die Triebkraft hinter diesem Vorhaben erschläft in der Gegenwart. Dies zeigt sich nicht zuletzt bei politischen und rechtlichen Debatten über die Ausgestaltung des Wahlrechts und die Rolle der Staatsangehörigkeit, hinsichtlich derer der EuGH und die EU-Kommission die anfängliche Unterstützung für eine aufenthaltsbasierte Gleichstellung zugunsten einer fortdauernden Bedeutung politischer Gemeinschaften auf nationaler Ebene aufgaben. Der Wandel der Unionsbürgerrechte ist insoweit Ausdruck einer Union, die das Selbstbewusstsein verloren hat, eine bundesstaatsähnliche politische Gemeinschaft auf supranationaler Ebene verwirklichen zu können.

Drittens ist es nicht selbstverständlich, dass die Integrationslogik eines Politikfeldes gleichsam automatisch auf andere Rechtsgebiete übertragen werden kann. So gilt der gleichheitsbasierte Ansatz der Arbeitnehmerfreizügigkeit nicht automatisch für wirtschaftlich inaktive Unionsbürger. Eine Übertragung erforderte eine normative Vision von sozialer Gerechtigkeit, die das Unionsrecht und der EuGH aktuell nicht aufzubringen scheinen, wie neben der Rechtsprechung zur Unionsbürgerschaft auch die Judikatur zur Eurokrise zeigt. Der Gerichtshof zögert, ein „dickes“ normatives Verständnis eines europäischen Verfassungsrechts in Bereichen zu entwickeln, die integrationspolitisch umstritten sind. Hierzu steht die Akzentuierung des Integrationsgedankens in der jüngeren Unionsbürgerrechtsprechung nicht im Widerspruch. Vielmehr zeugen beide Entwicklungen von der Einsicht, dass die supranationale Rechtsordnung dauerhaft auf funktionsfähige politische Gemeinschaften auf nationaler Ebene angewiesen bleibt. Der Wandel bei der Unionsbürgerschaft spiegelt diesen Trend.

Die Rechtsstellung der Drittstaatsangehörigen im Rahmen des Kernbestandsschutzes

Christina Neier*

I. Einleitung

Der in der Rs. *Ruiz Zambrano* entwickelte Kernbestandsschutz fügt sich als weiteres Puzzleteil in das Bild der Unionsbürgerschaft ein. Ohne grenzüberschreitenden Bezug und gegenüber dem eigenen Herkunftsstaat können sich die Unionsbürger*innen nunmehr auf ihre Unionsbürgerschaft berufen. Aufgrund dieser neuen Schutzfigur des Art. 20 AEUV darf den Unionsbürger*innen „der tatsächliche Genuss des Kernbestands der Rechte, die ihnen der Unionsbürgerstatus verleiht, [nicht] verwehrt“¹ werden. Damit werden sie nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs (EuGH) vor mitgliedstaatlichen Maßnahmen geschützt, die dazu führen, dass sie sich *de facto* zur Ausreise aus dem Unionsgebiet gezwungen sehen. Ein solcher faktischer Ausreisezwang liegt vor, wenn einer drittstaatsangehörigen Person, von welcher die Unionsbürger*innen abhängig sind, ein Aufenthaltsrecht im Angehörigkeitsstaat der Unionsbürger*innen verweigert wird. Der EuGH-Judikatur noch nicht eindeutig zu entnehmen ist, inwiefern der Kernbestandsschutz auch in einem Mitgliedstaat greift, dessen Staatsangehörigkeit der/die von der nationalen Maßnahme faktisch betroffene Unionsbürger*in nicht besitzt.²

* Assistentin am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Europarecht und Wirtschaftsvölkerrecht (Prof. Dr. Matthias Oesch) an der Universität Zürich. Dieser Beitrag ist eine verkürzte Version eines Kapitels der im Entstehungsprozess befindenden Dissertation der Verfasserin.

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

2 Siehe EuGH, *Alokpa und Moudoulou*, C-86/12, EU:C:2013:645, Rn. 34 f.; EuGH, *NA*, C-115/15, EU:C:2016:487 sowie insbesondere GA Wathelet, *NA*, C-115/15, EU:C:2016:259, Rn. 99 ff.; EuGH, *Rendón Marín*, C-165/14, EU:C:2016:675, Rn. 79.

Drittstaatsangehörige kommen regelmäßig in den Genuss derivativer Rechte, um die praktische Wirksamkeit des Unionsrechts zu sichern.³ So auch im Rahmen des Kernbestandsschutzes: Den Drittstaatsangehörigen, von welchen die Unionsbürger*innen abhängig sind, müssen bestimmte abgeleitete Rechte eingeräumt werden, damit den Unionsbürger*innen der Kernbestand der Unionsbürgerrechte nicht verwehrt wird. Die durch den Kernbestandsschutz verliehenen Rechte werden mithin nicht ihretwegen gewährt, sondern zum Schutz der Unionsbürgerschaft.

Obleich der Kernbestandsschutz inzwischen zur ständigen Rechtsprechung des Gerichtshofs zählt, besteht nach wie vor keine hinreichende Klarheit über dessen Schutzbereich. Den nationalen Behörden fehlen eindeutige Kriterien zur Entscheidung, welche drittstaatsangehörigen Personen schutzberechtigt sind und welche Rechte diesen gewährt werden müssen. Vor diesem Hintergrund setzt sich dieser Beitrag zum Ziel, auf der Grundlage der einschlägigen Urteile des EuGH die Rechtsstellung der Drittstaatsangehörigen im Rahmen des Kernbestandsschutzes zu untersuchen. Dies soll in zwei Schritten erfolgen. Zunächst wird der Kreis der schutzberechtigten Drittstaatsangehörigen erörtert. Dabei zeigt sich, dass unterschiedliche Auslegungsprämissen zu unterschiedlichen Reichweiten des persönlichen Schutzbereichs führen. Anschließend werden die noch offenen Fragen zu den abgeleiteten Rechten der Drittstaatsangehörigen aufgezeigt und so weit wie möglich geklärt.

II. Kreis der schutzberechtigten Drittstaatsangehörigen

In der Rechtsprechung des Gerichtshofs zum Kernbestandsschutz erweist sich die Abhängigkeit der Unionsbürger*innen als maßgebliches Kriterium für die mittelbare Berechtigung der Drittstaatsangehörigen. Die Unionsbürger*innen müssen in einer solchen Weise von den Drittstaatsangehörigen abhängig sein, dass sie zur Ausreise aus dem Unionsgebiet faktisch gezwungen sind, wenn den Drittstaatsangehörigen ein Aufenthaltsrecht im Herkunftsstaat der Unionsbürger*innen verweigert wird. Obgleich der Gerichtshof ein entsprechendes Abhängigkeitsverhältnis bisher nur zwischen minderjährigen Kindern und deren drittstaatsangehörigen El-

3 Siehe etwa EuGH, *Singh*, C-370/90, EU:C:1992:296, Rn. 23; EuGH, *Baumbast und R*, C-413/99, EU:C:2002:493, Rn. 74 f.; EuGH, *Zhu und Chen*, C-200/02, EU:C:2004:639, Rn. 45; EuGH, *S. und G.*, C-457/12, EU:C:2014:136, Rn. 40 f.

ternteil bejahte,⁴ schützt der Kernbestandsschutz allem Anschein nach auch volljährige Unionsbürger*innen.⁵ Damit ist das Abhängigkeitsverhältnis der Dreh- und Angelpunkt für die mittelbare Berechtigung der Drittstaatsangehörigen. Wirtschaftliche Gründe lässt der Gerichtshof dahingegen nicht genügen.⁶

1. Auslegungsprämissen der Abhängigkeit

Die für den Kernbestandsschutz erforderliche Abhängigkeit kann auf zwei unterschiedlichen Auslegungsprämissen beruhen. Während die EuGH-Judikatur sich primär auf Überlegungen zum *effet utile* stützt, drängt sich aufgrund der aufenthaltsrechtlichen Konstellationen auch eine Auslegung im Lichte der Unionsgrundrechte auf.

a) Praktische Wirksamkeit

Seit jeher rechtfertigt der Gerichtshof die Gewährung abgeleiteter Aufenthaltsrechte für Drittstaatsangehörige mit der praktischen Wirksamkeit eines den Unionsbürger*innen primär- oder sekundärrechtlich eingeräumten Rechts.⁷ Desgleichen ist der *effet utile* das primäre Auslegungsargument des Gerichtshofs, um Drittstaatsangehörige als gemäß Art. 20 AEUV mit-

4 Siehe insbesondere EuGH, *Ruiz Zambrano* (Fn. 1); EuGH, *CS*, C-304/14, EU:C:2016:674, Rn. 33.

5 Siehe zur impliziten Prüfung der Abhängigkeit von volljährigen Unionsbürger*innen in EuGH, *McCarthy*, C-434/09, EU:C:2011:277; EuGH, *Dereci u.a.*, C-256/11, EU:C:2011:734 und EuGH, *Ymeraga und Ymeraga-Tafarshiku*, C-87/12, EU:C:2013:291; vgl. auch GA Mengozzi, *Dereci u.a.*, C-256/11, EU:C:2011:626, Rn. 34 ff., insbes. Rn. 48; GA Bot, *O. und S.*, C-356/11 und C-357/11, EU:C:2012:595, Rn. 45; in diesem Sinne auch *M. Wendel*, Aufenthalt als Mittel zum Zweck: zu Grund und Grenzen derivativer Aufenthaltsrechte Drittstaatsangehöriger, DÖV 2014, 133, 141; *P. Mengozzi, Zambrano*, an unexpected ruling, in: Cardonnel/Rosas/Wahl (Hrsg.): *Constitutionalising the EU judicial system* (2012), S. 244.

6 Grundlegend EuGH, *Dereci u.a.* (Fn. 5), Rn. 68.

7 Siehe etwa die in Fn. 3 angeführte Rechtsprechung; hierzu auch *N. Cambien*, EU citizenship and the ECJ: Why care about primary carers? (2012), 1, 3 ff., online abrufbar <http://ssrn.com/abstract=2167890>; *M. De Somer/M. P. Vink*, 'Precedent' and fundamental rights in the CJEU's case law on family reunification immigration, European Integration online Papers 2015, 1, 18 f.

telbar schutzberechtigt einzustufen. So sprach der Gerichtshof in der Rs. *Ruiz Zambrano* dem drittstaatsangehörigen Vater ein Aufenthaltsrecht und eine Arbeitserlaubnis zu, damit seinen minderjährigen Kindern – beide Unionsbürger – die Inanspruchnahme des Kernbestands der Unionsbürgerrechte nicht verwehrt wird.⁸ In der Folgejudikatur hieß es sodann: Den Drittstaatsangehörigen muss ein Aufenthaltsrecht gewährt werden, da andernfalls die Unionsbürgerschaft der betroffenen Unionsbürger*innen ihrer praktischen Wirksamkeit beraubt würde.⁹ Schließlich 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“¹⁰.

Legt man der Abhängigkeit im Rahmen des Kernbestandsschutzes die praktische Wirksamkeit als Auslegungsprämisse zugrunde, bestimmt sich der Kreis der schutzberechtigten Drittstaatsangehörigen anhand der Frage: Welchen Drittstaatsangehörigen muss ein Aufenthaltsrecht gewährt werden, damit die Unionsbürger*innen ihre Unionsbürgerschaft bzw. ihr Freizügigkeitsrecht im Unionsgebiet tatsächlich ausüben können? In diesem Sinne erkannte der Gerichtshof den Vater der *Zambrano*-Kinder als schutzberechtigt an, da die minderjährigen Unionsbürger auf dessen Unterhalt angewiesen waren.¹¹ Dahingegen war in der Rs. *McCarthy* der Ehegatte der Unionsbürgerin nicht vom Kernbestandsschutz umfasst, da die Unionsbürgerin ihre Unionsbürgerschaft nach Ansicht des Gerichtshofs auch ohne Anwesenheit des Drittstaatsangehörigen wahrnehmen kann.¹²

b) Achtung der Unionsgrundrechte

Neben dem *effet-utile*-Argument liegt es nahe, den Drittstaatsangehörigen ein abgeleitetes Aufenthaltsrecht zu gewähren, um die Unionsgrundrechte

8 EuGH, *Ruiz Zambrano* (Fn. 1), Rn. 44.

9 EuGH, *Dereci u.a.* (Fn. 5), 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, *Ymeraga und Ymeraga-Tafarshiku* (Fn. 5), Rn. 36; EuGH, *Aloka und Moudoulou* (Fn. 2), Rn. 32.

10 EuGH, *Iida* (Fn. 9), Rn. 68; siehe etwa auch EuGH, *CS* (Fn. 4), Rn. 28.

11 EuGH, *Ruiz Zambrano* (Fn. 1), Rn. 42 ff.; siehe auch GA Sharpston, *Ruiz Zambrano*, C-34/09, EU:C:2010:560, Rn. 96.

12 EuGH, *McCarthy* (Fn. 5), Rn. 49 ff.

der Unionsbürger*innen zu schützen. Wenngleich das vorliegende Gericht in der Rs. *Ruiz Zambrano* nach der Auslegung der Art. 18, 20 und 21 AEUV „in Verbindung mit den Art. 21, 24 und 34 der Charta der Grundrechte“¹³ fragte, fiel die Entscheidung des Gerichtshofs ohne Erwähnung der Unionsgrundrechte aus. Mit der Folgejudikatur zum Kernbestandsschutz klärte der Gerichtshof schließlich, dass das Grundrecht auf Achtung des Familienlebens keinen Einfluss auf die Auslegung des Kernbestandsschutzes hat. Der bloße Wunsch zur Aufrechterhaltung der Familiengemeinschaft reiche nämlich nicht aus, um von einem faktischen Ausreisezwang der Unionsbürger*innen ausgehen zu können.¹⁴

Die Beschränkung auf die praktische Wirksamkeit als Argument des Kernbestandsschutzes ist in der Unionsrechtsordnung keineswegs vorgezeichnet. Der EU-Gesetzgeber zeigt mit seinen Rechtsakten den Willen zur Anerkennung des Familienlebens um des Grundrechtes willen und nicht rein zur Wahrung der Effektivität des Unionsrechts.¹⁵ Desgleichen lassen sich in der Rechtsprechung des EuGH Urteile finden, in denen die familiäre Beziehung der Drittstaatsangehörigen zu Unionsbürger*innen für die Gewährung von abgeleiteten Aufenthalts- und Einreiserechten ausschlaggebend war. Prominentes – und umstrittenes¹⁶ – Beispiel ist die Entscheidung in der Rs. *Carpenter*.¹⁷ Hierin erkannte der Gerichtshof eine

13 EuGH, *Ruiz Zambrano* (Fn. 1), Rn. 35.

14 Grundlegend EuGH, *Dereci u.a.* (Fn. 5), Rn. 68; siehe auch GA Mengozzi, *Dereci u.a.* (Fn. 5), Rn. 37 ff., sowie die Ausführungen in EuGH, *O. und S.* (Fn. 9), Rn. 51 f.

15 Siehe etwa die ErwGr. 5 und 6 Richtlinie 2004/38/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29.4.2004 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, zur Änderung der Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 und zur Aufhebung der Richtlinien 64/221/EWG, 68/360/EWG, 72/194/EWG, 73/148/EWG, 75/34/EWG, 75/35/EWG, 90/364/EWG, 90/365/EWG und 93/96/EWG, ABl 2004 L 158/77 (Unionsbürgerrichtlinie); siehe hierzu auch *E. Spaventa*, Family rights for circular migrants and frontier workers: *O and B, and S and G*, CML Rev. 2015, 753, 768.

16 Befürwortend etwa *M. Bleckmann*, Nationale Grundrechte im Anwendungsbeereich des Rechts der Europäischen Union (2011), S. 103 ff.; kritisch etwa *T. Kingreen*, Theorie und Dogmatik der Grundrechte im europäischen Verfassungsrecht, EuGRZ 2004, 570, 573; *S. Puth*, Dienstleistungsfreiheit und Ausweisung des Ehegatten, EuR 2002, 852, 865 ff.

17 Weitere Beispiele: EuGH, *MRAX*, C-459/99, EU:C:2002:461, Rn. 53 ff.; EuGH, *Baumbast und R.* (Fn. 3), Rn. 50, 73; EuGH, *Eind*, C-291/05, EU:C:2007:771, Rn. 37.

Beeinträchtigung der Dienstleistungsfreiheit von Herrn Carpenter darin, dass die Ausweisung seiner drittstaatsangehörigen Ehegattin sich nachteilig auf sein Familienleben auswirken würde.¹⁸ Allerdings stellte der Gerichtshof diese Entscheidung in der Rs. *S und G*. aus dem Jahr 2014 neu dar und berief sich nicht mehr auf den Schutz des Familienlebens.¹⁹ Stattdessen argumentierte er, dass der „Zweck und die Rechtfertigung eines solchen abgeleiteten Rechts [...] auf der Feststellung [beruht], dass seine Nichtanerkennung die Ausübung der im AEU-Vertrag garantierten Grundfreiheiten beeinträchtigen könnte“²⁰.

Damit lässt sich eine Kehrtwende zurück zur reinen *effet-utile*-Argumentation erkennen. Es scheint, dass der Gerichtshof ein abgeleitetes Aufenthaltsrecht und damit eine mittelbare Schutzberechtigung der Drittstaatsangehörigen nur in jenen Fällen anerkennt, in welchen dies für die Effektivität des Unionsrechts erforderlich ist.²¹ Auch die EuGH-Judikatur zum Kernbestandsschutz weist in diese Richtung hin: Nicht die Familie an sich soll geschützt werden, sondern die praktische Wirksamkeit der Unionsbürgerschaft bzw. des Freizügigkeitsrechts.

Dieser *status quo* ergibt ein unbefriedigendes Bild von der Unionsbürgerschaft als „grundlegende[r] Status der Angehörigen der Mitgliedstaaten“²². Denn worin liegt 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“²³. Damit wäre ein Stück weit dem Konzept der Generalanwältin Sharpston entsprochen, wonach unter der Unionsbürgerschaft „ein echter Bürgerstatus [zu verstehen ist], zu deren Wesensmerkmalen zwangsläufig die Achtung der Grundrechte gehört“²⁴.

Ohnehin ist die Beurteilung, wann die Unionsbürger*innen von einem faktischen Ausreisewang betroffen sind, unumgänglich mit grundrechtlichen Erwägungen verbunden:²⁵ Unter welchen Umständen kann der Kern-

18 EuGH, *Carpenter*, C-60/00, EU:C:2002:434, Rn. 39.

19 EuGH, *S. und G.* (Fn. 3), Rn. 36 ff.; hierzu auch *Spaventa* (Fn. 15), 765 f.

20 EuGH, *S. und G.* (Fn. 3), Rn. 41.

21 Vgl. GA Sharpston, *S. und G.*, C-456/12 und C-457/12, EU:C:2013:842, Rn. 49.

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

23 GA Sharpston, *Ruiz Zambrano* (Fn. 11), Rn. 170.

24 GA Sharpston, *Ruiz Zambrano* (Fn. 11), Rn. 3.

25 Ebenso *P. Cede*, Kernbestand der Unionsbürgerschaft und Grundrechte, EuR 2015 Beiheft 1, 79, 91 f.; *G. Davies*, The family rights of European children: expulsion

bestand der Unionsbürgerrechte noch tatsächlich genossen werden? Welche familiären Bedingungen soll das Unionsrecht den Unionsbürger*innen gewährleisten? Die *Zambrano*-Kinder hätten auch ohne Anwesenheit ihrer Eltern in Belgien verbleiben können (etwa bei einer Pflegefamilie oder im Pflegeheim); die praktische Wirksamkeit der Unionsbürgerschaft wäre damit gewahrt geblieben. Mithin berücksichtigte der Gerichtshof in seiner Entscheidung das Grundrecht auf Achtung des Familienlebens bzw. die Verpflichtung zum Schutz des Kindeswohls²⁶ – wenngleich ohne hierauf explizit Bezug zu nehmen.²⁷ In diesem ersten Urteil zum Kernbestandsschutz mag der Gerichtshof den Stellenwert der Familie für die Unionsbürger*innen erkannt haben; in der Folgejudikatur ließ er grundrechtliche Erwägungen weitgehend vermissen. Dahingegen plädieren jüngst die Generalanwälte in ihren Schlussanträgen zur Rs. *NA* und Rs. *Chavez-Vilchez u.a.* für eine Beachtung der Grundrechte bei Fragen zum Anwendungsbereich des Kernbestandsschutzes.²⁸ In der Entscheidung zur ersten Rechtssache konnte der Gerichtshof dieses heikle Thema umgehen;²⁹ die Entscheidung zur letzteren steht noch aus.

Es ist sohin nicht auszuschließen, dass der Gerichtshof eines Tages den Kernbestandsschutz nach Art. 20 AEUV „chartakonform“³⁰ ausgestaltet, indem er das Kriterium der Abhängigkeit im Lichte der Unionsgrundrechte auslegt. Mit diesem Ansatz wird – wie von Art. 51 Abs. 2 Grundrechtecharta (GRC) verboten – der Anwendungsbereich des Unionsrechts nicht durch die Charta ausgedehnt.³¹ Denn primär wird durch den Kernbe-

of non-European parents, EUI Working Papers 2012, 1, 7 ff.; nach *Wendel* (Fn. 5), 141, dürfen die Grundrechte dahingegen auch nicht als Wertungshintergrund herangezogen werden.

26 GA Szpunar, *Chavez-Vilchez u.a.*, C-133/15, EU:C:2016:659, Rn. 3; S. O’Leary, The past, present and future of the purely internal rule in EU law, in: Dougan/Nic Shuibhne/Spaventa (Hrsg.): Empowerment and disempowerment of the European citizen (2012), S. 71; H. Oosterom-Staples, To what extent has reverse discrimination been reversed?, EJML 2012, 151, 171.

27 Siehe dahingegen die Ausführungen zur Verletzung des Grundrechts auf Achtung des Familienlebens in GA Sharpston, *Ruiz Zambrano* (Fn. 11), Rn. 54 ff.

28 GA Wathelet, *NA* (Fn. 2), Rn. 118 ff.; GA Szpunar, *Chavez-Vilchez u.a.* (Fn. 26), Rn. 100.

29 Der Gerichtshof verneinte bereits die Anwendbarkeit von Art. 20 AEUV wegen dessen Subsidiarität gegenüber dem Sekundärrecht, EuGH, *NA* (Fn. 2), Rn. 73 f.

30 GA Sharpston, *S. und G.* (Fn. 21), Rn. 62.

31 Vgl. GA Sharpston, *S. und G.* (Fn. 21), Rn. 62 f.; GA Wathelet, *NA* (Fn. 2), Rn. 125 f.; D. Kochenov, The right to have what rights? EU Citizenship in need of

standsschutz nach der *Ruiz Zambrano*-Rechtsprechung das Freizügigkeitsrecht geschützt³² und nicht die Grundrechte selbst.

Ein Spannungsfeld kann allerdings im Hinblick auf Art. 51 Abs. 1 GRC erblickt werden: Die Mitgliedstaaten sind nur bei Durchführung des Unionsrechts an die Unionsgrundrechte gebunden, etwa wenn die Grundfreiheiten und das Freizügigkeitsrecht nach Art. 21 AEUV beschränkt werden (als Rechtfertigungsgrund bzw. als Schranken-Schranke für Eingriffe).³³ Die grundrechtliche Bindung wird abgelehnt, wenn in diese Rechte nicht eingegriffen wird, da „freilich kein hinreichend unionsrechtlich determinierter Sachverhalt“³⁴ vorliege. Allerdings kann die besondere „Bedeutung, die das Primärrecht dem Unionsbürgerstatus beimisst“³⁵, es rechtfertigen, den Schutzbereich des Art. 20 AEUV grundrechtlich auszugestalten, auch wenn der Gerichtshof hierfür einmal mehr den Begriff der „Durchführung des Unionsrechts“ im Sinne des Art. 51 Abs. 1 Satz 1 GRC ausdehnen müsste.³⁶

Sollte sich der Gerichtshof zur gegebenen Zeit für eine Auslegung des Kernbestandsschutzes im Lichte der Grundrechte entscheiden, bestimmte sich der Kreis der schutzberechtigten Drittstaatsangehörigen wie folgt:

clarification, ELJ 2013, 502, 511; *N. Nic Shuibhne*, (Some of) The kids are all right, CMLR 2012, 349, 375; *M. van den Brink*, EU citizenship and EU fundamental rights: Taking EU citizenship rights seriously?, Legal Issues of Economic Integration 2012, 273, 283; a.M. *P. Kubicki*, EuGH, Rs. C-40/11 (*Iida*), Urteil des Gerichtshofs vom 8. November 2012, DeLuxe Europarecht aktuell 2013, 5; *M. Pechstein*, Entscheidungen des EuGH, Kommentierte Studienauswahl, 8. Auflage (2014), S. 372 f.

32 Zum immanenten Zusammenhang des Kernbestandsschutzes mit dem Freizügigkeitsrecht siehe etwa EuGH, *Iida* (Fn. 9), Rn. 72; EuGH, *Ymeraga und Ymeraga-Tafarshiku* (Fn. 5), Rn. 37; EuGH, *CS* (Fn. 4), Rn. 30.

33 M.w.H. *H. Jarass*, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2. Auflage (2013), Art. 51 GRC Rn. 21; *W. Kahl/M. Schwind*, Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten – Grundbausteine einer Interaktionslehre, EuR 2014, 170, 170 ff.; *F. Wollenschläger*, Anwendbarkeit der EU-Grundrechte im Rahmen einer Beschränkung von Grundfreiheiten, EuZW 2014, 577, 577 ff.

34 *Wollenschläger* (Fn. 33), 580; in diese Richtung etwa auch *M. Borowsky* in: Meyer (Hrsg.): Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 4. Auflage (2014), Art. 51 GRC Rn. 30; *T. Kingreen* in: Calliess/Ruffert (Hrsg.): EUV/AEUV, 5. Auflage (2016), Art. 51 GRC Rn. 19.

35 EuGH, *Rottmann*, C-135/08, EU:C:2010:104, Rn. 56; siehe auch die Erwähnung der Unionsbürgerschaft in Abs. 2 Satz 3 der Präambel der GRC.

36 Siehe zuletzt etwa EuGH, *Åkerberg Fransson*, C-617/10, EU:C:2013:105, Rn. 21; EuGH, *Pfleger u.a.*, C-390/12, EU:C:2014:281, Rn. 35 f.

Mittelbar schutzberechtigt wären all jene Drittstaatsangehörigen, von welchen die Unionsbürger*innen in der Weise abhängig sind, als sie diese für ihren Aufenthalt im Unionsgebiet bedürfen, in dessen Rahmen ihr Recht auf Achtung des Familienlebens und/oder ihre Rechte als Kind gewahrt bleiben. Würden die Unionsbürger*innen von ihnen nahestehenden Drittstaatsangehörigen getrennt, wirkte sich dies nachteilig auf ihr Familienleben aus und damit auf die Bedingungen für ihren Aufenthalt im Unionsgebiet.³⁷ Dementsprechend dürften die Mitgliedstaaten gemäß Kernbestandsschutz nach Art. 20 AEUV keine Drittstaatsangehörigen ausweisen bzw. sind verpflichtet, diese einreisen und dort aufhalten zu lassen,³⁸ wenn sie andernfalls in das Recht auf Achtung des Familienlebens gemäß Art. 7 GRC oder in die Rechte des Kindes nach Art. 24 GRC eingreifen würden.³⁹ Ein solcher Eingriff wäre zugleich ein Eingriff in den Kernbestandsschutz (à la *Carpenter*).

2. Abhängigkeit in der Rechtsprechung des EuGH

Die vom Gerichtshof in seiner Rechtsprechung entwickelten Beurteilungsmaßstäbe der für den Kernbestandsschutz erforderlichen Abhängigkeit folgen weitestgehend dem *effet-utile*-Prinzip. Zum einen legte der Gerichtshof in der Rs. *O. und S.* bestimmte Abhängigkeitskriterien fest: Die Drittstaatsangehörigen müssen die „rechtliche, finanzielle oder affektive Sorge“⁴⁰ für die Unionsbürger*innen tragen bzw. aus der Sicht der Unionsbürger*innen müssen diese von den Drittstaatsangehörigen rechtlich, finanziell oder affektiv abhängig sein.⁴¹ Zum anderen lässt sich aus der Bezugnahme des EuGH auf das Daueraufenthaltsrecht der Mutter in dieser

37 Siehe diese Formulierung in EuGH, *Carpenter* (Fn. 18), Rn. 39.

38 Zur positiven und negativen Verpflichtung im Rahmen des Grundrechts auf Achtung des Familienlebens etwa EuGH, *Parlament/Rat*, C-540/03, EU:C:2006:429, Rn. 52; *Jarass* (Fn. 33), Art. 7 GRC Rn. 24.

39 In diese Richtung auch *Davies* (Fn. 25), 7 ff.; *A. Lansbergen/N. Miller*, European citizenship rights in internal situations: an ambiguous revolution?, EuConst 2011, 287, 296; *H-P Welte*, Der Familienschutz im Spektrum des Ausländerrechts (2012), S. 79 ff.

40 EuGH, *O. und S.* (Fn. 9), Rn. 56; vgl. die Formulierung in GA Mengozzi, *Dereci u.a.* (Fn. 5), Rn. 48: „in wirtschaftlicher und/oder rechtlicher, administrativer und emotionaler Hinsicht“.

41 So im Urteil in englischer Sprache, EuGH, *O. und S.* (Fn. 9), Rn. 56.

Entscheidung⁴² schließen, dass trotz Erfüllung der Abhängigkeitskriterien der Kernbestandsschutz nicht greift, wenn die Unionsbürger*innen von einer anderen als der von der Ausweisung betroffenen drittstaatsangehörigen Person umsorgt werden können.

a) Abhängigkeitskriterien

Der EuGH hat bislang nicht erläutert, was er unter der rechtlichen, der finanziellen und der affektiven Sorge versteht, ebenso wenig in welchem Verhältnis diese Abhängigkeitskriterien zueinander stehen. Klar gestellt hat er lediglich, dass es auf ein Zusammenleben in einem gemeinsamen Haushalt genauso wenig ankommt wie auf eine biologische Verwandtschaft.⁴³

Die Abhängigkeit von volljährigen Unionsbürger*innen hat der Gerichtshof in seiner Rechtsprechung noch nie ausdrücklich geprüft. Für die Beurteilung kann nichts anderes gelten als für minderjährige Unionsbürger*innen; das unterschiedliche Schutzbedürfnis wird gleichwohl Einfluss auf das Ergebnis der Abhängigkeitsprüfung nehmen.

aa) Rechtliche Abhängigkeit

Eine rechtliche Abhängigkeit liegt jedenfalls dann vor, wenn die Drittstaatsangehörigen die gesetzliche Vertretung der Unionsbürger*innen innehaben.⁴⁴ Neben der elterlichen Verantwortung kann eine rechtliche Abhängigkeit bei einem Vormund für Minderjährige vorliegen, welche nicht unter elterlicher Sorge stehen, sowie bei Vertretungen von volljährigen Personen, die nicht mehr fähig sind, für sich zu sorgen.

Fräglich bleibt, ob ein durch das Gesetz verliehenes Sorgerecht vorliegen muss oder ob eine tatsächliche Betreuung genügt. Der Wortlaut des EuGH lässt ersteres vermuten. Dennoch sind Situationen vorstellbar, in denen ein(e) Drittstaatsangehörige(r) die tatsächliche Sorge für eine(n) pflegebedürftige(n) Unionsbürger*in übernimmt, ohne hierfür rechtlich

42 EuGH, *O. und S.* (Fn. 9), Rn. 56.

43 EuGH, *O. und S.* (Fn. 9), Rn. 54 f.

44 So auch *M. Almhofer*, Zum Aufenthaltsrecht Drittstaatsangehöriger zwei Jahre post Zambrano, NVwZ 2013, 1134, 1135 f.

verpflichtet zu sein. Ob der/die Drittstaatsangehörige auch in diesen Fällen geschützt wird, hat der Gerichtshof erst zu klären. In anderen Unionsrechtsfällen hat er jedenfalls auf die tatsächliche Sorge abgestellt, wobei es sich allerdings jeweils um einen Elternteil handelte.⁴⁵ Mit der Ausrichtung auf die tatsächliche Sorge und Pflege würde die unterschiedliche Anwendung des Unionsrechts verhindert, da das Sorgerecht durch nationales Recht geregelt wird.⁴⁶ 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 Interesse liegen kann.

bb) Finanzielle Abhängigkeit

Das Kriterium der finanziellen Abhängigkeit ist erfüllt, wenn die Unionsbürger*innen auf die materielle Unterstützung der Drittstaatsangehörigen angewiesen sind. Gelegentliche Zahlungen werden damit wohl nicht erfasst. Vielmehr müssen die Drittstaatsangehörigen den Unionsbürger*innen in einem solchen Maß Unterhalt gewähren, dass letztere für die Bestreitung ihres Lebensunterhalts auf diese Zahlungen angewiesen sind.⁴⁷ Nicht entscheidend kann hierbei sein, ob die Unionsbürger*innen einen Anspruch auf den Unterhalt haben; allein die tatsächliche Zahlung eines Unterhalts ist ausschlaggebend.⁴⁸ Eine potenzielle Unterhaltsgewährung muss dann als ausreichend gelten, wenn die Nichtausübung einer Erwerbstätigkeit auf die aufgrund des nicht gewährten Aufenthaltsrechts fehlende

45 So etwa in EuGH, *Baumbast und R* (Fn. 3), Rn. 73; EuGH, *Zhu und Chen* (Fn. 3), Rn. 45; EuGH, *Teixeira*, C-480/08, EU:C:2010:83, Rn. 60; EuGH, *Aloka und Moudoulou* (Fn. 2), Rn. 34.

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

47 Vgl. GA Bot, *O. und S.* (Fn. 5), Rn. 44; siehe auch GA Mengozzi, *Dereci u.a.* (Fn. 5), Rn. 34; vgl. auch EuGH, *Jia*, C-1/05, EU:C:2007:1, Rn. 43; Mitteilung der Kommission, Hilfestellung bei der Umsetzung und Anwendung der RL 2004/38/EG, KOM(2009) 313 endg., S. 5 f.

48 Siehe im Hinblick auf Art. 10 Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 des Rates vom 15. Oktober 1968 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Gemeinschaft, ABl. 1968 L 257/2, EuGH, *CPAS de Courcelles/Lebon* (Fn. 46), Rn. 21.

Arbeitserlaubnis zurückzuführen ist und gute Chancen auf eine Erwerbstätigkeit und damit auf finanzielle Leistungen bestehen.⁴⁹

cc) Affektive Abhängigkeit

Das dritte Abhängigkeitskriterium ist die affektive Sorge (bzw. im Englischen „emotionally dependent“). Die Bedeutung dieser Abhängigkeitsform bleibt in der Rechtsprechung des Gerichtshofs vage. Insbesondere ist unklar, welcher Unterschied zum bloßen Wunsch auf Familienleben besteht, der nach der EuGH-Judikatur für den Kernbestandsschutz nicht genügt.⁵⁰

Britische Gerichte verfolgen diesbezüglich folgenden Ansatz: Der Umstand, dass in Fällen von Trennungen starke emotionale und psychische Bindungen innerhalb der Familie mit großer Wahrscheinlichkeit zu Bruch gehen, reiche für sich genommen nicht für die Anwendbarkeit des Kernbestandsschutzes aus; nur wenn sich die Lebensqualität in einer Weise mindert, dass die Unionsbürger*innen effektiv zur Ausreise aus dem Unionsgebiet gezwungen sind, sei die *Zambrano*-Rechtsprechung anwendbar.⁵¹ Wie kann in der Praxis jedoch eine solche Unterscheidung einheitlich und nachvollziehbar getroffen werden?

Von einer graduellen Abstufung der emotionalen Abhängigkeit ist abzuraten. Es soll nicht davon abhängig sein, ob die betroffenen Unionsbürger*innen psychisch stabil genug sind, um eine Trennung von nahestehenden Drittstaatsangehörigen zu verkraften. Eine solche Vorgehensweise würde subjektive Entscheidungen erfordern,⁵² welche jede Rechtssicherheit verhindern⁵³ sowie an der Beweisbarkeit scheitern. Stattdessen ist es

49 Vgl. EuGH, *Ruiz Zambrano* (Fn. 1), Rn. 44.

50 Grundlegend EuGH, *Dereci u.a.* (Fn. 5), Rn. 68.

51 Court of Appeal, *Harrison v Secretary of State for the Home Department*, [2012] EWCA Civ 1736, Rn. 66 f.; *T. Horsley/S. Reynolds*, National reports: United Kingdom, in: Neergard/Jacqueson/Holst-Christensen (Hrsg.): *Union citizenship: development, impact and challenges*, the XXVI FIDE Congress in Copenhagen 2014 (2014), S. 869.

52 *N. Nic Shuibhne/J. Shaw*, General Report, in: Neergard/Jacqueson/Holst-Christensen (Hrsg.): *Union citizenship: development, impact and challenges*, the XXVI FIDE Congress in Copenhagen 2014 (2014), S. 147.

53 Kritisch auch Court of Appeal, *Harrison v Secretary of State for the Home Department* (Fn. 51), Rn. 68.

vorzuziehen, eine affektive Abhängigkeit immer dann als gegeben zu betrachten, wenn ein Familienleben im Sinne des Art. 7 GRC besteht. Mit diesem Verständnis der affektiven Abhängigkeit kann die Rechtsunsicherheit vermindert werden, da auf eine reiche Grundrechtsjudikatur zurückgegriffen werden kann, insbesondere der Spruchpraxis des Europäischen Gerichtshofs der Menschenrechte.⁵⁴

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?⁵⁵ Die Wortwahl „oder“⁵⁶ deutet auf letzteres hin. Eine nähere Untersuchung lässt jedoch einen differenzierteren Ansatz vermuten.

Nachdem der Wunsch nach Aufrechterhaltung des Familienlebens aufgrund der Rechtsprechung des EuGH für den Kernbestandsschutz nicht ausreicht,⁵⁷ kann nach dem hier vertretenen Verständnis des Kriteriums der affektiven Sorge diese Form der Abhängigkeit gegenwärtig alleine nicht genügen.⁵⁸ Auch wenn der Gerichtshof der affektiven Abhängigkeit eine andere – noch nicht bekannte – Bedeutung zuschreibt, muss nach seiner bisherigen Judikatur wohl zusätzlich eine andere Form der Abhängigkeit vorliegen. Denn andernfalls hätte er den Kernbestandsschutz auch für volljährige Unionsbürger*innen bejaht, die von ihren drittstaatsangehörigen Ehegatten gewiss emotional abhängig sind. Des Weiteren kann das al-

54 Art. 7 GRC hat die gleiche Bedeutung und Tragweite wie Art. 8 EMRK (Art. 52 Abs. 3 GRC); EuGH, *MCB*, C-400/10, EU:C:2010:582, Rn. 53; EuGH, *Dereci* (Fn. 5), Rn. 70; siehe auch die Erläuterungen zu Art. 7 GRC.

55 *Almhofer* (Fn. 44), 1136, schlägt eine Interpretation im Sinne eines „beweglichen Systems“ vor.

56 EuGH, *O. und S.* (Fn. 9), Rn. 56.

57 Grundlegend EuGH, *Dereci u.a.* (Fn. 5), Rn. 68.

58 Vgl. GA Bot, *O. und S.* (Fn. 5), Rn. 45, nach welchem Drittstaatsangehörige nicht schutzberechtigt sind, wenn sie „weder eine elterliche noch eine finanzielle Verantwortung“ gegenüber den Unionsbürger*innen haben; siehe dahingegen das deutsche Bundesverwaltungsgericht, welches eine intensive affektive Abhängigkeit für den Kernbestandsschutz genügen lässt, BVerwG, Urt. v. 30.7.2013, 1 C 15.12, Rn. 36 und BVerwG, Urt. v. 30.7.2013, 1 C 9.12, Rn. 37.

leinige Vorliegen einer rechtlichen oder finanziellen Abhängigkeit die Schutzberechtigung der Drittstaatsangehörigen nicht auslösen.⁵⁹ Die Unionsbürger*innen 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 Beestellte der Verwaltung in der Regel über ein Aufenthaltsrecht verfügen. Ebenso muss neben der finanziellen Abhängigkeit zusätzlich eine emotionale Bindung bestehen, andernfalls – auch den Unionsbürger*innen fremde – Drittstaatsangehörige allein durch die tatsächliche Zahlung von Unterhaltsleistungen an Unionsbürger*innen in den Genuss von Aufenthaltsrechten kommen würden.⁶⁰

Demzufolge müssen die Unionsbürger*innen nicht nur rechtlich oder finanziell von den Drittstaatsangehörigen abhängig sein; gefordert wird zusätzlich eine emotionale Beziehung. Denn nur eine Person, von welcher die Unionsbürger*innen auch emotional abhängig sind, kann nicht durch eine Dritte ersetzt werden, sodass in der Regel nur die Ausweisung einer solchen zu einem faktischen Ausreisezwang führt. Zusammengefasst sind Drittstaatsangehörige im Spiegel der EuGH-Rechtsprechung wohl dann nach Art. 20 AEUV schutzberechtigt, wenn die Unionsbürger*innen a) rechtlich oder finanziell und b) affektiv von ihnen abhängig sind. Erst wenn der Gerichtshof den Kernbestandsschutz grundrechtlich auslegt, wird eine emotionale Abhängigkeit der Unionsbürger*innen genügen, sofern damit ein Familienleben im Sinne des Art. 7 GRC besteht. Infolgedessen wären – entgegen der bisherigen Rechtsprechung des Gerichtshofs⁶¹ – auch drittstaatsangehörige Ehepartner schutzberechtigt.

59 So auch *G. Davies*, The right to stay at home: a basis for expanding European family rights, in: Kochenov (Hrsg.): *EU citizenship and federalism: the role of rights* (in Erscheinung), S. 8.

60 Siehe auch die britische Regelung 15a (8) Immigration (European Economic Area) Regulations 2006, Nr. 1003, wonach eine finanzielle Unterstützung allein für ein derivatives Aufenthaltsrecht nicht genügt.

61 EuGH, *McCarthy* (Fn. 5), Rn. 49 ff.

b) Fehlende alternative Sorgemöglichkeit als weitere Voraussetzung

In der Entscheidung in der Rs. *O. und S.* verwies der Gerichtshof neben den verschiedenen Abhängigkeitskriterien explizit auf das Daueraufenthaltsrecht der Mutter der minderjährigen Unionsbürger.⁶² Hieraus lässt sich schließen: Für die Schutzberechtigung der Drittstaatsangehörigen müssen die Unionsbürger*innen nicht nur rechtlich oder finanziell und affektiv von jenen abhängig sein; sie dürfen auch nicht durch eine andere Person betreut werden können. Der Gerichtshof setzt sohin allem Anschein nach eine fehlende alternative Sorgemöglichkeit für die Anwendbarkeit des Kernbestandsschutzes voraus. Das gleiche Bild ergibt ein Blick in einige Mitgliedstaaten, wie etwa der Bericht des dänischen Justizministeriums⁶³ sowie Entscheidungen britischer,⁶⁴ niederländischer,⁶⁵ österreichischer⁶⁶ und deutscher⁶⁷ Gerichte zeigen. In dieser Anwendungsvoraussetzung wird das dem Kernbestandsschutz zugrundeliegende *effet-utile*-Prinzip sichtbar: Die praktische Wirksamkeit der Unionsbürgerschaft bleibt gewahrt, wenn die Unionsbürger*innen aufgrund einer alternativen Sorgemöglichkeit nicht zur Ausreise aus dem Unionsgebiet gezwungen sind. Dahingegen würde der Kernbestandsschutz ausgelegt im Lichte der Unionsgrundrechte eine fehlende alternative Sorgemöglichkeit nicht voraussetzen. In den Blick würde allein die Beziehung der Unionsbürger*in-

62 EuGH, *O. und S.* (Fn. 9), Rn. 56; siehe auch GA Bot, *O. und S.* (Fn. 5), Rn. 40.

63 Zum Bericht des dänischen Justizministeriums *C. Jacqueson*, National reports: Denmark, in: Neergard/Jacqueson/Holst-Christensen (Hrsg.): Union citizenship: development, impact and challenges, the XXVI FIDE Congress in Copenhagen 2014 (2014), S. 470 mit Fn. 66.

64 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 ff.; Court of Appeal, *FZ (China) v Secretary of State for the Home Department* [2015] EWCA Civ 550, Rn. 15 ff. Siehe auch die genauen Ausführungen betreffend die Prüfung, ob eine alternative Sorgemöglichkeit vorliegt, im Bericht des Home Office vom 7.4.2015, Derivative rights of residence, S. 69 ff.

65 Raad van State, Urt. v. 12.6.2013, ECLI:NL:RVS:2013:CA3605.

66 Verwaltungsgerichtshof, Urt. v. 24.4.2012, Nr. 2012/09/0003 und Verwaltungsgerichtshof, Urt. v. 26.6.2012, Nr. 2012/22/0081.

67 BVerwG, Urt. v. 30.7.2013, 1 C 15.12, Rn. 35 f. und BVerwG, Urt. v. 30.7.2013, 1 C 9.12, Rn. 37 (allerdings schließt nach Ansicht des BVerwG das Daueraufenthaltsrecht der sorgeberechtigten Mutter eine ausreichende Abhängigkeit vom betroffenen Drittstaatsangehörigen nicht zwangsläufig aus); siehe auch BVerwG, Urt. v. 25.10.2011, 1 C 13.10, Rn. 12.

nen zu den Drittstaatsangehörigen genommen; ob eine andere Person für die Unionsbürger*innen sorgen könnte, wäre irrelevant.

Die Konsequenzen dieses Erfordernisses lassen sich anhand der Rs. *Ruiz Zambrano* verdeutlichen. Der Gerichtshof sprach dem drittstaatsangehörigen Vater ein Aufenthaltsrecht zu; die Situation von Frau *Zambrano*, welche ebenfalls ein Aufenthaltsrecht beantragte,⁶⁸ ließ er unberücksichtigt. Würde der Gerichtshof Frau *Zambrano* ein Aufenthaltsrecht verweigern, weil bereits der Vater aufenthaltsberechtigt ist und somit für die minderjährigen Kinder sorgen kann? Der Ansatz des EuGH in der Rs. *O. und S.* lässt dies vermuten. Das würde jedoch zu dem Ergebnis führen, dass derjenige drittstaatsangehörige Elternteil, der als erstes ein nach Art. 20 AEUV abgeleitetes Aufenthaltsrecht beantragt, ein solches zugesprochen bekommt, während sich der andere Elternteil von der Familie trennen und in seinen Heimatstaat ausreisen muss.⁶⁹

Desgleichen zeigt die Rs. *Dereci u.a.* die unbefriedigenden Folgen der Voraussetzung der fehlenden alternativen Sorgemöglichkeit auf. Da die Mutter der Familie *Dereci* Staatsangehörige des Aufenthaltsstaates und somit aufenthaltsberechtigt war, erkannte der Generalanwalt den drittstaatsangehörigen Vater nicht als schutzberechtigt an.⁷⁰ Die Unionsbürgerschaft der Mutter stellte somit ein Hindernis für die Familienzusammenführung dar. Diese Paradoxie erkannte auch der Generalanwalt.⁷¹ Nach seiner Ansicht wäre der Fall jedoch anders zu entscheiden, wenn die Mutter arbeitsunfähig wäre, sodass sie nicht für den Lebensunterhalt ihrer Kinder aufkommen könnte. In diesem Fall wären die Kinder zur faktischen Ausreise gezwungen, wenn der drittstaatsangehörige Vater kein Aufenthaltsrecht zugesprochen bekäme. Diese Schlussfolgerungen führten in der Literatur zum Vorschlag, Frau *Dereci* solle sich ihre Finger abschneiden, um als Arbeitsunfähige nicht mehr für ihre Kinder sorgen zu können, sodass der Kernbestandsschutz greift.⁷²

Hält der Gerichtshof an der fehlenden alternativen Sorgemöglichkeit als Anwendungsvoraussetzung fest, muss er klären, wann überhaupt von einer

68 EuGH, *Ruiz Zambrano* (Fn. 1), Rn. 21 f.

69 Kritisch hierzu *Davies* (Fn. 25), 14.

70 GA Mengozzi, *Dereci u.a.* (Fn. 5), Rn. 34; dahingegen überließ der EuGH die Endentscheidung dem vorlegenden Gericht EuGH, *Dereci u.a.* (Fn. 5), Rn. 74.

71 Hierzu und zu Folgendem GA Mengozzi, *Dereci u.a.* (Fn. 5), Rn. 45 ff.

72 *J-Y Carlier*, *Purely internal situations and EU citizen's right after the Zambrano, McCarthy and Dereci judgments*, Online Journal on free movement 2015, 6, 8.

solchen ausgegangen werden kann. Die beim Gerichtshof anhängige Rs. *Chavez-Vilchez u.a.*⁷³ wird diesbezüglich etwas mehr Klarheit schaffen können. Der Generalanwalt hat in seinen Schlussanträgen bereits betont, dass die Anwesenheit des anderen Elternteils nicht automatisch zur Verweigerung eines Aufenthaltsrechts nach Art. 20 AEUV für den drittstaatsangehörigen Elternteil führen könne.⁷⁴ Vielmehr haben die nationalen Behörden von Amts wegen und unter Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes und des Kinderwohls zu prüfen, ob der andere Elternteil die tatsächliche elterliche Sorge für das Kind übernehmen kann.⁷⁵ Damit bejahte der Generalanwalt die fehlende alternative Sorgemöglichkeit als Voraussetzung für den Kernbestandsschutz, wenngleich er den Mitgliedstaaten bei deren Prüfung Grenzen setzte.

III. Rechte der schutzberechtigten Drittstaatsangehörigen

Um den Unionsbürger*innen die Ausübung des Kernbestands der Unionsbürgerrechte zu ermöglichen, indem sie nicht faktisch zur Ausreise aus dem Unionsgebiet gezwungen werden, müssen den schutzberechtigten Drittstaatsangehörigen verschiedene Rechte gewährt werden. Diese Rechte sind keine originäre, sondern aus dem Kernbestandsschutz der Unionsbürger*innen abgeleitete Rechte.

I. Recht auf Aufenthalt

Den schutzberechtigten Drittstaatsangehörigen ist nach der Entscheidung in der Rs. *Ruiz Zambrano* ein Aufenthaltsrecht im Heimatstaat der Unionsbürger*innen zu gewähren.⁷⁶ Über die Qualität und Dauer dieses Aufenthaltsrechts äußerte sich der Gerichtshof nicht. Ein Vergleich mit sonsti-

73 EuGH, *Chavez-Vilchez u.a.*, C-133/15; siehe hierzu A. Biersteker/L. Dziedzic/L. Navia-Rodriguez/G. Davies/J. de Lange, Right of residence under article 20 TFEU of the primary carer of a minor union citizen: summary of an expert opinion on issues arising from the pending case of Chavez-Vilchez and others (C-133/15), Migration Law Clinic 2015.

74 GA Szpunar, *Chavez-Vilchez u.a.* (Fn. 26), Rn. 102.

75 GA Szpunar, *Chavez-Vilchez u.a.* (Fn. 26), Rn. 113.

76 EuGH, *Ruiz Zambrano* (Fn. 1), Rn. 45.

gen aufenthaltsrechtlichen Unionsvorschriften und der hierzu ergangenen Rechtsprechung vermag mögliche Antworten zu geben.

a) Qualität

Im Rahmen des Kernbestandsschutzes steht den berechtigten Drittstaatsangehörigen ein rechtmäßiger Aufenthalt im Heimatstaat der Unionsbürger*innen zu, denn nur somit sind die Unionsbürger*innen vor einem faktischen Ausreisezwang geschützt.⁷⁷ Eine bloße Duldung genügt sohin nicht.⁷⁸

Es stellt sich die Frage, ob das abgeleitete Aufenthaltsrecht nach Art. 20 AEUV finanziellen Bedingungen unterliegt.⁷⁹ Die Unionsbürgerrichtlinie findet mangels Grenzübertritts der Unionsbürger*innen keine Anwendung.⁸⁰ 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*innen und ihre drittstaatsangehörigen Familienmitglieder über ausreichende Existenzmittel verfügen müssen. Der Gerichtshof erkannte in der Rs. *Ruiz Zambrano*, dass die Unionsbürger-Kinder gezwungen sind, das Unionsgebiet zu verlassen, wenn ihr Vater nicht über die erforderlichen finanziellen Mittel verfügt.⁸¹ Aus diesem Grund müsse ihm eine Arbeitserlaubnis erteilt werden. Hieraus ergibt sich aber nicht, dass der Vater kein Aufenthaltsrecht bekommen hätte, wenn er nicht für sich und seine Kinder sorgen hätte können.⁸² Denn obwohl die Vorlagefrage sogar darauf hinwies, dass Herr *Zambrano* über

77 So die Argumentation des BVerwG, Urt. v. 30.7.2013, 1 C 9.12, Rn. 38.

78 D. Thym, Zur Rechtsstellung von Familienmitgliedern aus Drittstaaten im Lichte der Kernbereichs-Rechtsprechung des EuGH, EuR 2015 Beiheft 1, 135, 148; Welte (Fn. 39), S. 337.

79 Die Frage verneinend P. Van Elsuwege/D. Kochenov, On the limits of judicial intervention: EU citizenship and family reunification rights, EJML 2011, 443, 454; P. Van Elsuwege, European Union citizenship and the purely internal rule revisited, EuConst 2011, 308, 320.

80 Art. 3 Abs. 1 Unionsbürgerrichtlinie (Fn. 15); grundlegend EuGH, *Ruiz Zambrano* (Fn. 1), Rn. 39.

81 EuGH, *Ruiz Zambrano* (Fn. 1), Rn. 44.

82 A.M. wohl A. Wiesbrock, Union citizenship and the redefinition of the „internal situations“ rule: the implications of *Zambrano*, GLJ 2011, 2077, 2089.

ausreichende Existenzmittel und einen Krankenversicherungsschutz verfügt,⁸³ erwähnte der Gerichtshof diese Bedingungen nicht.⁸⁴

In Anbetracht des besonderen Schutzcharakters des Kernbestandsschutzes ist dieser Ansatz zu begrüßen. Ziel und Zweck des Kernbestandsschutzes ist, die Unionsbürger*innen vor dem faktischen Zwang zur Ausreise aus dem gesamten Unionsgebiet zu schützen. Der Kernbestandsschutz würde seiner praktischen Wirksamkeit beraubt, würde vorausgesetzt, die Drittstaatsangehörigen müssten über ausreichende Existenzmittel und einen umfassenden Krankenversicherungsschutz verfügen. Diese in Art. 7 Abs. 1 lit. b Unionsbürgerrichtlinie festgelegten Voraussetzungen sollen vor einer übermäßigen Belastung des Sozialsystems des Aufnahmemitgliedstaates schützen.⁸⁵ Die Mitgliedstaaten sollen jedoch nicht davor geschützt werden, ihre eigenen Staatsangehörigen sowie deren Familienangehörigen finanziell zu unterstützen.⁸⁶ Eine finanzielle Belastung des Heimatstaates rechtfertigt den faktischen Ausreisezwang der eigenen Staatsangehörigen nicht. Sihin ist davon auszugehen, dass das nach Art. 20 AEUV derivative Aufenthaltsrecht der Drittstaatsangehörigen keinen finanziellen Bedingungen unterliegt.⁸⁷ Man könnte zwar monieren, dass damit die mobilen Unionsbürger*innen und deren Familienangehörige schlechter gestellt werden als jene, die nicht von ihrem Freizügigkeitsrecht Gebrauch gemacht haben.⁸⁸ Die unterschiedlichen Anforderungen an das

83 EuGH, *Ruiz Zambrano* (Fn. 1), Rn. 35.

84 Siehe dahingegen die explizite Erwähnung des Erfordernisses der ausreichenden Existenzmittel in der Rechtsprechung zu Art. 21 AEUV, EuGH, *Zhu und Chen* (Fn. 3), Rn. 26 ff.

85 EuGH, *Grzelczyk* (Fn. 22), Rn. 44; EuGH, *Bidat*, C-209/03, EU:C:2005:169, Rn. 56; ErwGr. 10 Unionsbürgerrichtlinie (Fn. 15).

86 *N. Graf Vitzthum*, Die Entdeckung der Heimat der Unionsbürger, EuR 2011, 550, 564; ähnlich *Lansbergen/Miller* (Fn. 39), 299.

87 Vgl. in diesem Sinne auch die Rechtsprechung zu Art. 12 VO Nr. 1612/68 (Fn. 48), EuGH, *Ibrahim*, C-310/08, EU:C:2010:80, Rn. 51 ff.; EuGH, *Teixeira* (Fn. 45), Rn. 62 ff.; aus dieser jüngeren Judikatur leitet *M. Nettesheim*, Der „Kernbereich“ der Unionsbürgerschaft – vom Schutz der Mobilität zur Gewährleistung eines Lebensumfelds, JZ 2011, 1030, 1035, ab, dass die *qua* Kernbestandsschutz berechtigten Drittstaatsangehörigen keine Existenzmittel vorweisen müssen und einen Anspruch auf Unterstützung haben.

88 So *C. Schönberger* in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.): Das Recht der Europäischen Union (2016), Art. 20 AEUV Rn. 59; *A. Wiesbrock*, The *Zambrano* case: relying on Union citizenship rights in ‚internal situations‘, online abrufbar <http://eudo-citizenship.eu>.

abgeleitete Aufenthaltsrecht nach Art. 20 AEUV und Art. 21 AEUV lassen sich jedoch dadurch rechtfertigen, dass beim Kernbestandsschutz der Aufenthalt der Unionsbürger*innen im Unionsgebiet auf dem Spiel steht.⁸⁹

b) Dauer

Eine Antwort auf die Frage nach der Dauer des Aufenthaltsrechts der nach Art. 20 AEUV geschützten Drittstaatsangehörigen lässt sich in der bisherigen Rechtsprechung des EuGH nicht finden. Den Drittstaatsangehörigen muss wohl solange ein Aufenthaltsrecht gewährt werden, als es für den Kernbestandsschutz notwendig ist; d.h. solange die Unionsbürger*innen von den Drittstaatsangehörigen abhängig sind, sodass sie im Falle der Beendigung des Aufenthaltsrechts faktisch zur Ausreise aus dem Unionsgebiet gezwungen sind. Betreffend minderjährige Unionsbürger*innen kann dem Ansatz des EuGH in der Rs. *Teixeira* gefolgt werden:⁹⁰ Grundsätzlich kann vermutet werden, dass mit Erreichen der Volljährigkeit keine ausreichende Abhängigkeit mehr vorliegt, sodass die sorgenden Drittstaatsangehörigen das Aufenthaltsrecht verlieren. Von einer starren Altersgrenze ist allerdings abzusehen.⁹¹ Vielmehr muss im Rahmen einer Einzelfallprüfung beurteilt werden, ob trotz Eintritt der Volljährigkeit noch ein entsprechendes Abhängigkeitsverhältnis vorliegt.⁹²

2. Begleitrechte

Neben dem Aufenthaltsrecht ist nach der EuGH-Judikatur den schutzberechtigten Drittstaatsangehörigen ein Recht auf Ausübung einer Erwerbs-

89 Ähnlich *P. Van Elsuwege*, Shifting the boundaries? European Union citizenship and the Scope of Application of EU law, Legal Issues of Economic Integration 2011, 263, 271.

90 Betreffend Art. 12 VO Nr. 1612/68 (Fn. 48) EuGH, *Teixeira* (Fn. 45), Rn. 86 sowie GA Kokott, *Teixeira*, C-480/08, EU:C:2009:642, Rn. 98 ff.; siehe auch EuGH, *Alarape und Tijani*, C-529/11, EU:C:2013:290, Rn. 28 ff.

91 In diese Richtung GA Sharpston, *Ruiz Zambrano* (Fn. 11), Rn. 107.

92 So auch *K. Hailbronner/D. Thym*, *Ruiz Zambrano* – Die Entdeckung des Kernbereichs der Unionsbürgerschaft, NJW 2011, 2008, 2012 f.; *Graf Vitzthum* (Fn. 86), 564.

tätigkeit zu erteilen. Noch nicht entschieden wurde, ob die Drittstaatsangehörigen zudem einen Anspruch auf soziale Unterstützungen haben.

a) Recht auf Ausübung einer Erwerbstätigkeit

In der Rs. *Ruiz Zambrano* entschied der Gerichtshof über die Situation des drittstaatsangehörigen Vaters:

„Ebenso besteht die Gefahr, dass eine solche Person, wenn ihr keine Arbeits-erlaubnis 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.“⁹³

Dementsprechend ist das Aufenthaltsrecht der schutzberechtigten Drittstaatsangehörigen mit einem Recht auf Zugang zum Arbeitsmarkt zu verbinden. Genauere Aussagen hierzu lassen sich weder diesem Urteil noch der Folgerechtsprechung entnehmen. Für das den kernbestandsgeschützten Drittstaatsangehörigen zustehende Recht auf Ausübung einer Erwerbstätigkeit gilt wohl die im Unionsrecht allgemein anerkannte Bereichsausnahme: Demnach haben sie keinen Zugang zu Tätigkeiten, die im Zusammenhang mit der Ausübung öffentlicher Gewalt stehen.⁹⁴ Betreffend den Arbeitsbedingungen haben die unselbständig tätigen Drittstaatsangehörigen ein Gleichbehandlungsrecht nach Art. 15 Abs. 3 GRC.

b) Recht auf soziale Unterstützung

Der Gerichtshof hat sich bislang noch nicht zu einem möglichen Anspruch auf soziale Unterstützung im Rahmen des Kernbestandsschutzes geäußert. Eine diesbezügliche Vorlagefrage blieb soweit ersichtlich bisher aus, wenngleich sich nationale Gerichte bereits mit diesem Thema beschäftigten: Ein niederländisches Gericht entschied, dass der drittstaatsangehörigen Mutter und ihrer Tochter Sozialhilfe zustehen, damit sie für ihren Un-

⁹³ EuGH, *Ruiz Zambrano* (Fn. 1), Rn 44.

⁹⁴ Vgl. betreffend Drittstaatsangehörige Art. 11 Abs. 1 lit. a Richtlinie 2003/109/EG des Rates vom 25. November 2003 betreffend die Rechtsstellung der langfristig aufenthaltsberechtigten Drittstaatsangehörigen, ABL. 2004 L 16/44; betreffend Unionsbürger*innen Art. 45 Abs. 4 AEUV und Art. 51 AEUV.

terhalt ausreichende Mittel haben; nur dann sei auch die praktische Wirksamkeit der Unionsbürgerschaft gewahrt.⁹⁵ Auch der englische Court of Appeal sprach den Drittstaatsangehörigen aus Effektivitätsgründen soziale Unterstützung zu, um für sich und die Unionsbürger-Kinder sorgen zu können.⁹⁶ Die Höhe der Sozialhilfe bestimmt sich seiner Ansicht nach allerdings nach nationalem Recht.

Damit begründen die nationalen Gerichte die Gewährung von sozialen Vergünstigungen 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*innen sorgen zu können. Andernfalls wären die betroffenen Unionsbürger*innen zur Ausreise aus dem Unionsgebiet gezwungen; folglich wäre ihnen der Kernbestand der Unionsbürgerrechte verwehrt.⁹⁷ Der auf dem *effet-utile*-Prinzip beruhende Sozialhilfeanspruch bringt jedoch einen wesentlichen Unterschied zu einem solchen *qua* Gleichbehandlungsgebot mit sich: Nach dem Grundsatz der praktischen Wirksamkeit steht den Drittstaatsangehörigen nur so viel soziale Unterstützung zu, als es für den Aufenthalt im Unionsgebiet erforderlich ist. Infolgedessen kann dieser unionsrechtliche Sozialhilfeanspruch geringer ausfallen als einen solchen nach dem Gleichbehandlungsgebot. Problematisch ist mit diesem Ansatz die Messbarkeit des Anspruchs auf soziale Unterstützung: Wie viel Armut müssen die Drittstaatsangehörigen und die ihnen nahestehenden Unionsbürger*innen ertragen, bevor ein faktischer Ausreisezwang anerkannt und soziale Unterstüt-

95 Gericht Arnhem, Urt. v. 10.7.2012, NL:RBARN:2012:BX3418; vgl. hingegen dasselbe Gericht, Urt. v. 13.11.2012, NL:RBARN:2012:BY3982, wonach die Verweigerung von Kindergeld keine Verletzung des Kernbestandsschutzes darstelle, da die betroffene Drittstaatsangehörige und deren Unionsbürger-Tochter nicht aller finanzieller Mittel beraubt worden seien.

96 Court of Appeal, *Sanneh v Secretary of State for Work and Pensions*, [2015] EWCA Civ 49, Rn. 26 f., 76 ff.; hierzu C. O'Brien, "Hand-to-mouth" citizenship: decision time for the UK Supreme Court on the substance of Zambrano rights, EU citizenship and equal treatment, *Journal of Social Welfare and Family Law* 2016; I. Solanke, *Sanneh and Others – access to welfare for Zambrano carers*, online abrufbar <http://eutopialaw.com>.

97 Siehe diese Argumentation betreffend die Arbeitserlaubnis in EuGH, *Ruiz Zambrano* (Fn. 1), Rn. 44.

zung zugesprochen wird? Oder anders gefragt: Bei welcher Lebensqualität kann die Unionsbürgerschaft tatsächlich (noch) genossen werden?⁹⁸

Es lässt sich nicht ausschließen, dass der EuGH eine diesbezügliche Vorlagefrage stattdessen anhand des Gleichbehandlungsgebotes lösen wird. Jene Unionsbürger*innen, deren Situation vom Kernbestandsschutz nach Art. 20 AEUV geschützt wird, fallen in den Anwendungsbereich der Verträge, auch wenn sie noch nie von ihrem Freizügigkeitsrecht Gebrauch gemacht haben. Folglich sind die allgemeinen Rechtsgrundsätze des Unionsrechts anwendbar, insbesondere der Grundsatz der Gleichbehandlung (Art. 20 GRC). Dieses Gleichbehandlungsgebot muss auch dann gewahrt bleiben, wenn die Drittstaatsangehörigen die direkten Empfänger der sozialen Vergünstigungen sind. Denn letztlich kommen die Sozialhilfeleistungen der Familie insgesamt und damit den Unionsbürger*innen zugute.⁹⁹ Dem allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz zufolge dürfen „vergleichbare Situationen nicht unterschiedlich und unterschiedliche Sachverhalte nicht gleich behandelt werden [...], sofern eine solche Behandlung nicht objektiv gerechtfertigt ist“¹⁰⁰. Die Situation der von Art. 20 AEUV geschützten Unionsbürger*innen ist mit jener der anderen Staatsangehörigen des Mitgliedstaates vergleichbar – beide haben dieselbe Staatsangehörigkeit und leben im Mitgliedstaat dieser Staatsangehörigkeit (vergleiche die *Zambrano*-Kinder mit anderen belgischen Kindern, die in Belgien wohnen).¹⁰¹ Daher wäre es nur folgerichtig, auch den vom Kernbestandsschutz umfassten Familien dieselbe Höhe an Sozialleistungen zu gewähren wie anderen inländischen Familien. Eine Ungleichbehandlung dieser beiden Gruppen müssten die Mitgliedstaaten rechtfertigen.

Es bleibt abzuwarten, bis ein nationales Gericht die Frage nach dem Anspruch auf soziale Unterstützung im Rahmen des Kernbestandsschutzes

98 Diese Frage aufwerfend *I. Solanke*, HC and Sanne – ‘genuine enjoyment’ does not include social welfare, online abrufbar <http://eutopialaw.com>.

99 Siehe diese Argumentation betreffend Art. 7 Abs. 2 VO Nr. 1612/68 (Fn. 48) in EuGH, *Bernini*, C-3/90, EU:C:1992:89, Rn. 26; EuGH, *Hartmann*, C-212/05, EU:C:2007:437, Rn. 26 f.; EuGH, *Kommission/Deutschland*, C-269/07, EU:C:2009:527, Rn. 65 f.

100 Grundlegend EuGH, *Spanien/Kommission*, C-304/01, EU:C:2004:495, Rn. 31.

101 Siehe zur Gleichbehandlung der eigenen Staatsangehörigen etwa EuGH, *Eman und Sevinger*, C-300/04, EU:C:2006:545, Rn. 56 ff.; in diesem Sinne auch *O’Brien* (Fn. 96), S. 9 f.

dem EuGH vorlegt.¹⁰² Dieser wird hoffentlich sodann in eindeutiger Weise klären, ob und in welcher Höhe den von Art. 20 AEUV geschützten Unionsbürger*innen und als „mittelbare Nutznießer“¹⁰³ den schutzberechtigten Drittstaatsangehörigen Sozialleistungen zustehen.

3. Beschränkung der Rechte aus Gründen der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit

Nach den ersten Judikaten zum Kernbestandsschutz war nicht klar, ob die Rechte für die schutzberechtigten Drittstaatsangehörigen unter einem *ordre-public*-Vorbehalt stehen. Dass sich der Gerichtshof hierzu nicht äußerte, mag daran gelegen haben, dass die betroffenen Mitgliedstaaten keine Rechtfertigungsgründe vorbrachten¹⁰⁴ bzw. ein Eingriff in den Kernbestandsschutz jeweils verneint wurde. Der Verweis in der Rs. *Ruiz Zambrano*¹⁰⁵ auf deren „Vorboten“-Entscheidung in der Rs. *Rottmann* ließ jedoch bereits die Möglichkeit zur Rechtfertigung eines Eingriffs in den Kernbestandsschutz vermuten.¹⁰⁶ Wenn der Verlust der Unionsbürgerschaft gerechtfertigt werden kann, muss *a fortiori* der Verlust der Ausübungsmöglichkeit der Unionsbürgerrechte einer Rechtfertigung zugänglich sein.¹⁰⁷

Mit den zwei Entscheidungen zur Rs. *CS* und Rs. *Rendón Marín* aus dem Jahr 2016 stellte der Gerichtshof nunmehr klar: Die aus Art. 20 AEUV abgeleiteten Rechte für Drittstaatsangehörige können aus Gründen der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit beschränkt werden.¹⁰⁸ Damit übernahm er nicht den Vorschlag des Generalanwalts, nur zwingende

102 Der britische Supreme Court zieht in seiner mündlichen Verhandlung zur Zulassung eines Rechtsmittels vom 7.3.2016 in Erwägung, die Rs. *R (on the application of HC) v Secretary of State for Work and Pensions and others*, UKSC 2015/0215, dem EuGH vorzulegen, online abrufbar <http://www.supremecourt.uk>.

103 EuGH, *Bernini* (Fn. 99), Rn. 26.

104 Vgl. GA Szpunar, *Rendón Marín* und *CS*, C-165/14 und C-304/14, EU:C:2016:75, Rn. 132; *Hailbronner/Thym* (Fn. 92), 2012; K. Lenaerts, 'Civis europaeus sum': from the cross-border link to the status of citizen of the Union, Online Journal on free movement of workers within the European Union 2011, 6, 15.

105 EuGH, *Ruiz Zambrano* (Fn. 1), Rn. 42.

106 So auch *Cede* (Fn. 25), 93 f.; *Hailbronner/Thym* (Fn. 92), 2012; a.M. *Graf Vitzthum* (Fn. 86), 562 f.

107 *Graf Vitzthum* (Fn. 86), 562 f.

108 EuGH, *CS* (Fn. 4), Rn. 36; EuGH, *Rendón Marín* (Fn. 2), Rn. 81.

Gründe der öffentlichen Sicherheit gelten zu lassen.¹⁰⁹ Die Begriffe der „öffentlichen Ordnung“ und „öffentlichen Sicherheit“ legte der Gerichtshof seiner ständigen Rechtsprechung entsprechend eng aus.¹¹⁰ Die gegenständliche Ausweisung bzw. Verweigerung des Aufenthaltsrechts aufgrund der durch die Drittstaatsangehörigen begangenen Straftaten kann nach Ansicht des Gerichtshofs aus diesen Gründen gerechtfertigt sein.¹¹¹ Die vorlegenden Gerichte haben für die Rechtfertigung noch zu prüfen, ob das persönliche Verhalten der Drittstaatsangehörigen *in concreto* „eine tatsächliche, gegenwärtige und erhebliche Gefahr darstellt, die ein Grundinteresse der Gesellschaft oder des Aufnahmemitgliedstaats berührt“¹¹².

Das Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes genügt jedoch nicht, um die aus dem Kernbestandsschutz abgeleiteten Rechte unionsrechtskonform zu beschränken. Die Mitgliedstaaten müssen zudem den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und die Unionsgrundrechte beachten.¹¹³ Eine zentrale Rolle sprach der Gerichtshof dem Wohl des Unionsbürger-Kindes zu. Dies lässt sich durch die Besonderheit des Kernbestandsschutzes erklären: Denn das Verhalten der Drittstaatsangehörigen kann dazu führen, dass die Unionsbürger*innen faktisch zur Ausreise aus dem Unionsgebiet gezwungen sind. Deshalb ist es nur folgerichtig, auch die Folgen für die betroffenen Unionsbürger*innen zu berücksichtigen. Hierbei sind nach Ansicht des Gerichtshofs das Alter, der Gesundheitszustand, die familiäre und wirtschaftliche Situation im betreffenden Mitgliedstaat sowie der Grad der Abhängigkeit von Bedeutung. Betreffend die Drittstaatsangehörigen sind unter anderem deren persönliches Verhalten, die Dauer und Rechtmäßigkeit ihres Aufenthalts sowie die Art und Schwere der von ihnen begangenen Straftat zu berücksichtigen.¹¹⁴ Sohin verlangt der Gerichtshof, die Folgen des Verhaltens der Drittstaatsangehörigen für die öffentliche Ordnung oder Sicherheit des betreffenden Mitgliedstaates auf der einen Seite und die persönlichen Umstände der Drittstaatsangehörigen und der von ihnen abhängigen Unionsbürger*innen auf der anderen Seite zu bedenken. Die

109 GA Szpunar, *Rendón Marín* und CS (Fn. 104), Rn. 168.

110 EuGH, CS (Fn. 4), Rn. 37 ff.; EuGH, *Rendón Marín* (Fn. 2), Rn. 82 f.

111 EuGH, CS (Fn. 4), Rn. 40; EuGH, *Rendón Marín* (Fn. 2), Rn. 84.

112 EuGH, CS (Fn. 4), Rn. 46; vgl. auch EuGH, *Rendón Marín* (Fn. 2), Rn. 86.

113 Hierzu und zu Folgendem EuGH, CS (Fn. 4), Rn. 41 ff.; EuGH, *Rendón Marín* (Fn. 2), Rn. 85 f.

114 EuGH, CS (Fn. 4), Rn. 42; EuGH, *Rendón Marín* (Fn. 2), Rn. 86.

konkrete Interessensabwägung überließ der Gerichtshof wie gewohnt dem vorlegenden Gericht.¹¹⁵

IV. Fazit

Der Kernbestandsschutz stellte sich in der Rs. *Ruiz Zambrano* als vielversprechendes Puzzleteil der Unionsbürgerschaft dar; die Folgejudikatur zeigte jedoch deutlich seine Grenzen auf. Zwar sollen die Unionsbürger*innen ihre Unionsbürgerschaft im Unionsgebiet genießen können – jedoch nicht unbedingt im Beisein ihrer drittstaatsangehörigen Familienmitglieder. Der Gerichtshof wendet für die Bestimmung der schutzberechtigten Drittstaatsangehörigen einen restriktiven Ansatz an. Dem *effet-utile*-Prinzip folgend sind Drittstaatsangehörige nur dann mittelbar vom Kernbestandsschutz umfasst, wenn die strengen Abhängigkeitskriterien erfüllt werden und eine alternative Sorgemöglichkeit für die Unionsbürger*innen fehlt. Dahingegen würde man meinen, die Unionsbürgerschaft als „grundlegender Status“ garantiere den Unionsbürger*innen ein familiäres Umfeld. Hierfür müsste der Gerichtshof den Schritt wagen, den Kernbestandsschutz im Lichte der Unionsgrundrechte auszulegen.

Der Kernbestandsschutz steht erst am Anfang seiner Entfaltung. Wichtige Fragen stehen noch offen, insbesondere zum Umfang der den schutzberechtigten Drittstaatsangehörigen zu gewährenden Rechten. Hierbei sind die nationalen Gerichte gefordert, sich mit ihren Auslegungsfragen an den Gerichtshof zu wenden. Zu begrüßen ist die Klarstellung des Gerichtshofs, dass Eingriffe in den Kernbestandsschutz gerechtfertigt werden können. Gleichwohl bedeutet dies aber auch, dass die Unionsbürger*innen nicht gänzlich davor gefeit sind, das Unionsgebiet verlassen zu müssen. Der Kernbestandsschutz der Unionsbürgerschaft gilt nicht absolut.

115 EuGH, CS (Fn. 4), Rn. 50; EuGH, *Rendón Marín* (Fn. 2), Rn. 85 ff.

II. Migration

Aspekte migrationsspezifischer Illegalisierung im Unionsrecht

*Tobias Klarmann**

Die Welt wird oft in Binaritäten wahrgenommen, eingeteilt und beschrieben. Personen sind männlich oder weiblich, Handlungen sind gut oder schlecht, Dinge sind groß oder klein. Es bilden sich komplementierende Begriffspaare heraus, welche die vielfältige Realität in ein binäres Muster zu pressen versuchen. Für Rechtswissenschaftler*innen ist das nichts Neues. Sie sind es gewohnt, komplexe Sachverhalte unter Rechtsätze zu subsumieren, welche nur zwei Ergebnismöglichkeiten vorsehen. Rechtmäßig oder unrechtmäßig. Je nach Kontext variiert, beispielsweise in verfassungsgemäß und verfassungswidrig, strafbar und nicht strafbar oder europarechtskonform und europarechtswidrig. Luhmann nennt diese binären Unterscheidungen in den verschiedenen Systemen Leitdifferenz oder Code. Der Code des Rechtssystems ist rechtmäßig/nicht-rechtmäßig.¹

Vorliegend soll es um Aspekte einer bestimmten Binarität in einem besonderen Kontext gehen. Die Unterscheidung von Legalität und Illegalität im europäischen Migrationsrecht. Der spezifische Kontext setzt stets eine physische Ortsveränderung (Migration) voraus. Diese kann jedoch sowohl in der Vergangenheit, der Gegenwart als auch erst in der Zukunft liegen. Auch beschränkt sich diese kontextspezifische Illegalisierung nicht auf die migrierende Person selbst. Es muss nur einen Anknüpfungspunkt geben, der mit Migration zusammenhängt. Selbstverständlich gibt es auch eine Vielzahl von Illegalisierungen außerhalb des Migrationsrechts, diese sind jedoch nicht Teil der folgenden Untersuchungen. Interessant an der Illegalisierung in diesem Kontext ist, dass sie an eine Handlung anknüpft, welche für gewöhnlich als unproblematisch angesehen wird, ja oftmals sogar gewünscht wird. Die Ausübung von Mobilitätsrechten zu Erwerbs-, Bildungs- oder touristischen Zwecken ist gerne gesehen und wird bisweilen aktiv gefördert. In anderen Kontexten hingegen wird Mobilität negativ konnotiert und untersagt. Ein weiterer spezieller Aspekt migrationsspezifischer

* Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Europarecht und Völkerrecht (Prof. Dr. Daniel Thym) an der Universität Konstanz.

1 N. Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft* (1993), S. 95.

scher Illegalisierung lässt sich der Gegenüberstellung mit dem klassischen Strafrecht entnehmen. Das Strafrecht, die auf der Rechtsfolgenseite intensivste Form der Illegalisierung, findet grundsätzlich „ohne Ansehung der Person“ statt. Es erscheint daher zunächst kontra-intuitiv, dass Handlungen nicht universell verboten bzw. unter Strafe gestellt werden, sondern nur wenn sie von bestimmten Personen verübt werden. Dies ist dem deutschen Strafrecht jedoch durchaus nicht fremd. Als Beispiel sei hier auf die Strafvorschriften hingewiesen, welche nur durch Amtsträger der öffentlichen Verwaltung begangen werden können.² Es ist jedoch nicht gleichbedeutend, ob es ein Sonderstrafrechtsregime für eine privilegierte Personengruppe gibt, oder ob es um faktisch verstärkt marginalisierte und kriminalisierte Bevölkerungsteile³ geht. Gleichwohl existiert eine Vielzahl an (auch strafbewährten) Illegalisierungen die einen Migrationsbezug voraussetzen.

Migrationsrechtliche Illegalisierung ist dabei nicht, wie oftmals angenommen wird, auf den Grenzübertritt beschränkt. Auch einer nicht-illegalisierten Einreise kann ein illegalisierter Aufenthalt folgen. Ein nicht-illegalisierter Aufenthalt schließt eine illegalisierte Beschäftigung nicht aus und der Aufenthaltsstatus kann sich bis zur Einbürgerung oder Abschiebung noch verbessern oder verschlechtern.⁴ Es bestehen außerdem Zwi-

2 Sog. Amtsdelikte, siehe §§ 331 ff. StGB. Der neu eingeführte § 335a erweitert den persönlichen Anwendungsbereich einiger Amtsdelikte auch auf ausländische Bedienstete. Diese Ausdehnung bestand zuvor nur im Rahmen des EU-Bestechungsgesetzes.

3 Zu fremdenfeindlichem Anzeigeverhalten und diskriminierender strafrechtlicher Ermittlungspraxis siehe: *J. Mansel*, Kriminelle Ausländer? Fremdenfeindlichkeit, Anzeigeverhalten und Kontrollpolitik in: Heitmeyer (Hrsg.) *Deutsche Zustände* 5 (2007), 169. Zur Schwierigkeit kriminologischer Bewertung von entsprechenden Statistiken, siehe *W. Heinz*, Kriminalität von Ausländern und von „Menschen mit Migrationshintergrund“, in: Jochum/Fritzemeyer (Hrsg.): *FS für Kay Hailbronner* (2013), S. 845.

4 Wobei selbst die Endgültigkeit der Einbürgerung nicht so eindeutig ist, wie man vermuten möchte. Im Vereinigten Königreich ist der Entzug der Staatsbürgerschaft bereits bei Verdacht terroristischer Aktivitäten möglich, *British Nationality Act 1981* (in der aktuellen Fassung), Section 40, 4A. In Frankreich wurde, letztlich erfolglos, eine Verfassungsänderung angestrebt, welche es ermöglichen sollte, verurteilten Extremist*innen die Staatsangehörigkeit zu entziehen, ZEIT ONLINE: „Holande zieht Verfassungsänderung zurück“, 30. März 2016. Auch Art. 16 Abs. 1 GG gewährt keinen ausschusslosen Schutz. So ist beispielsweise der Entzug einer erschlischenen Staatsangehörigkeit möglich, BVerfG, Urt. v. 24. 5. 2006 – 2 BvR 669/04, NVwZ 2006, 807, 810, Rn 56 ff.

schenstadien, die bisweilen äußerst prekär sind. Neben den materiellrechtlichen Folgen für die Betroffenen, ist zudem bereits die Einteilung und Bezeichnung als „illegal/irregulär“ von Bedeutung. Trotz der politischen und rechtlichen Bedeutung dieser Zuschreibung finden sich nur selten rechtswissenschaftliche Beiträge, welche sich explizit damit auseinandersetzen. Es besteht daher Grund genug sich den Bereich der illegalisierten Migration etwas näher anzuschauen.

Der Beitrag befasst sich zunächst mit der Terminologie im Bereich illegalisierter Migration und begründet die gewählte Begrifflichkeit (I.). Sodann wird die Verbreitung und Relevanz der Illegalisierung im Migrationsrecht auf europäischer Ebene dargelegt (II.). In einem dritten Schritt werden einzelne Regelungen aus dem europäischen Sekundärrecht vorgestellt und die darin verankerten Illegalisierungen beleuchtet (III.). Abschließend wird auf die Privatisierung hoheitlicher Aufgaben (IV.) und die Illegalisierung Dritter (V.) eingegangen.

I. Terminologie

Hinsichtlich der Frage, welche Begrifflichkeit für illegalisierte Migration und Migrant*innen verwendet werden soll, herrscht große Uneinigkeit. Auf der Ebene der EU-Institutionen ist die terminologische Vielfalt noch überschaubar. In den Gesetzestexten der EU wird überwiegend die Begrifflichkeit der „Illegalität“ verwendet.⁵ Wobei in Fällen, in denen von den betroffenen Personen selbst gesprochen wird, inzwischen an Stelle des Begriffs der „illegalen Migranten“ die differenzierteren Beschreibungen als „illegal aufhaltigen Drittstaatsangehöriger“⁶ oder „Personen, die die Grenze unerlaubt überschreiten“⁷ verwendet werden. Dies kann als Zeichen einer zunehmenden Sensibilisierung gesehen werden, da die Zu-

5 Lediglich in der Richtlinie 2002/90/EG des Rates vom 28. November 2002 zur Definition der Beihilfe zur unerlaubten Ein- und Durchreise und zum unerlaubten Aufenthalt, ABl. 2002 L 328/17 (Definitionsrichtlinie) und im Rahmenbeschluss 2002/946/JI findet sich noch der Begriff der „unerlaubten“ Ein- und Durchreise bzw. Aufenthalt.

6 Siehe Rückführungsrichtlinie.

7 Art. 12 Abs. 1 Verordnung (EG) Nr. 562/2006 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. März 2006 über einen Gemeinschaftskodex für das Überschreiten der Grenzen durch Personen, ABl. 2006 L 105/1 (Schengener Grenzkodex). Dieser lautet in der englischen Version: „persons who have crossed the border illegally“.

schreibung von Illegalität sich auf den Aufenthalt bzw. den Grenzübertritt beschränkt und nicht die Person als solche entsprechend attribuiert. Ansonsten hat sich weitestgehend der konnotationsärmere⁸ Begriff „Irregularität“ durchgesetzt.

Eine wirklich kohärente Anwendung hat sich diesbezüglich jedoch noch nicht etabliert. Die Kommission verwendet beispielsweise in der Mitteilung zur Rückkehrpolitik von 2014 sowohl die Begriffe „irreguläre Migrationsströme“, „irreguläre Migranten“ und „irreguläre Migration“ als auch „illegal aufhältige Drittstaatsangehörige“.⁹ An gleicher Stelle wird zudem von „legaler Zuwanderung“ gesprochen und nicht etwa von „regulärer Zuwanderung“.¹⁰ Unabhängig von der inkonsequenten Umsetzung stellt sich die Frage, ob die bloße Umetikettierung von „illegal“ in „irregulär“ eine nachhaltig sinnvolle Lösung darstellt.¹¹

Dem lässt sich zunächst entgegenhalten, dass ein Kampf um Begrifflichkeiten von dringlicheren Problemen ablenkt und die Diskussion auf einen Nebenschauplatz verlagert. In der Tat wird die materiell rechtliche Lage für die betroffenen Personen eine weit gewichtigere Rolle spielen, als die Frage ob ihr Aufenthalt als illegal oder irregulär bezeichnet wird.

Dennoch sollte die Bedeutung von Sprache und Begrifflichkeiten nicht unterschätzt werden. Sprache ist komplex und sie ist mehr als ein funktionales Werkzeug der Beschreibung. Sie selbst hat Einfluss auf die (soziale) Realität. In der Sprechakttheorie wird diese Dimension des Sprechens unter dem Begriff der Performativität diskutiert. Eine performative Äuße-

8 Siehe C. Pinkerton/G. McLaughlan/J. Salt, Sizing the illegally resident population in the UK, Home Office Online Report 58/04, S. 1, m.W.N., die in ihrem Bericht jedoch weiterhin „illegal immigrant“ verwenden.

9 Bericht zur Rückkehrpolitik, S. 2.

10 Bericht zur Rückkehrpolitik, S. 2.

11 In der Genfer Flüchtlingskonvention wird in Art. 31 Abs. 1 in der englischen Fassung von „illegal entry or presence“ gesprochen, in der französischen Version hingegen von „entrée ou de leur séjour irréguliers“ obwohl auch im Französischen der Begriff „illégal“ existiert. Beide Sprachversionen sind nach Art. 46 GFK gleichermaßen authentisch. In der (nicht authentischen) deutschen Version wird nur „illegal“ verwendet, die italienische hingegen verwendet im selben Absatz einmal „illegali“ und einmal „irregolari“, die spanische spricht einmal von „ilegales“ und einmal von „sin autorización“. Die Begrifflichkeiten finden somit parallel und synonym Anwendung. Eine mit diesem Sprachgebrauch einhergehende Sensibilisierung scheint daher zweifelhaft und auch eine sprachliche Kohärenz ist nicht gegeben.

rung hat die Kraft die Wirklichkeit zu verändern.¹² Judith Butler beschreibt unter dem Begriff der Performativität die produktive und konstitutive Wirkung von Sprache, genauer die Produktion von Subjekten durch den Bezeichnungsakt.¹³ Einer der Forschungsschwerpunkte Butlers ist die soziale Konstruktion von Geschlechteridentitäten. Geschlecht ist ihrer Auffassung nach kein ontologischer Status, sondern Ergebnis performativer Inszenierungen.¹⁴ Durch die wiederholten Zuschreibungen werden Identitäten kreiert. Diese „normierende Kraft des Performativen“¹⁵ ist auch im Kontext illegalisierter Migration relevant. Die wiederholte Attribuierung von Personen als illegal konstituiert diskursiv das Subjekt der/des illegalen Migranten/in. Ihm/Ihr wird die Identität des Illegalen zugewiesen, welche beständig wiederholt und erneuert wird. Dies lässt sich entsprechend auf synonym verwendete Zuschreibungen wie irregulär oder unautorisiert übertragen. Wenngleich die Begrifflichkeit der Irregularität eine begrüßenswerte Anerkennung der Komplexität der Materie symbolisiert,¹⁶ vermag auch sie nicht die Zuweisung einer negativ konnotierten Identität zu verhindern.

Außerhalb der EU-Institutionen besteht ein bunter Blumenstrauß an Begrifflichkeiten. Diskutiert werden unter anderem „undokumentiert“, „unautorisiert“, „sans-papier“ und „clandestinos“.¹⁷ Die Bezeichnungen als undokumentiert oder papierlos können in spezifischen Fällen sinnvoll sein, um auf einen besonderen Aspekt der Illegalisierung hinzuweisen,

12 Siehe unter Verweis auf Austin *J. Derrida*, Signatur, Ereignis, Kontext, in: Engelmann (Hrsg.), *Randgänge der Philosophie* (1988), 291, 304. Derrida sieht Gelingen einer performativen Äußerung in der Iterabilität (zitierenden Wiederholung) begründet *ibid.*, S. 309 f.

13 *J. Butler*, *Kontingente Grundlagen: Der Feminismus und die Frage der "Postmoderne"*, in: Benhabib/Butler/Cornell/ Fräser (Hrsg.): *Der Streit um Differenz* (1993), S. 52.

14 *J. Butler*, *Gender Trouble* (1999), S. 173.

15 „The normative force of performativity“ *J. Butler*, *Bodies That Matter* (1993), S. 188.

16 Siehe hierzu ausführlicher den Beitrag von *Kevin Fredy Hinterberger* in diesem Band.

17 Siehe *A. Triandafyllidou*, *Irregular Migration in Europe in the Early 21st Century*, in: *dies. (Hrsg.), Irregular Migration in Europe, Myths and Realities* (2010), S. 2 f. mit weiteren Ausführungen und Nachweisen zu den einzelnen Begrifflichkeiten, jedoch ohne Festlegung auf eine einheitliche Verwendung, sowie *M. Jandl/D. Vogel/K. Iglicka*, *CLANDESTINO project – Report on Methodological Issues* (2008), S. 6 ff.

eignen sich jedoch nicht als umfassende Beschreibung, da es durchaus auch dokumentierte illegalisierte Migrant*innen gibt. Gleiches gilt für den zwar etwas weiteren, aber ebenfalls negativ konnotierten Begriff der Klandestinität. Die Bezeichnung als unautorisierte Migration ist weitestgehend synonym zu illegaler bzw. irregulärer und stellt somit keinen Mehrwert dar. Gemein ist diesen Begrifflichkeiten ferner eine Fokussierung auf einen Mangel.¹⁸

Ich verwende daher den Begriff Illegalisierung beziehungsweise spreche von illegalisierter Migration oder illegalisierten Migrant*innen, illegalisiertem Aufenthalt etc.¹⁹ Diese Begrifflichkeit verschiebt den Fokus von der Person, hin zum gesellschaftlichen Prozess, der Handlungen, Situationen und Personen das Stigma der Illegalität verleiht.

II. Die Verbreitung des (Il-)Legalitäts-Dualismus im Europäischen Migrationsrecht

Wie einleitend bereits erläutert, orientiert sich das gesamte Recht an binären Entscheidungsmöglichkeiten. Diese Dichotomien sind in anderen Bereichen ebenfalls systematisch angelegt und gleichermaßen anwendbar, bleiben jedoch bisweilen unausgesprochen. Beispielsweise bei der Verfassungs- oder Europarechtskonformität. In anderen Fällen ist die binäre Entscheidungsmöglichkeit dem Regelungsgebiet inhärent, wie im Strafrecht. Die Einteilung im Migrationsrecht in illegalisierte und nicht-illegalisierte Migration ist nur eine von vielen. Migration lässt sich beispielsweise ebenso anhand von Migrationsmotiven (Arbeitsmigration, Tourismus, Schutzsuchende etc.) unterteilen. Ebenso, ließe sich das Kriterium der (Un-)Freiwilligkeit verwenden. Wenn über Arbeit allgemein gesprochen wird, geht es meist nicht primär um die Unterteilung in illegalisierte und nicht-illegalisierte Arbeit. Es wird unterschieden in Erwerbsarbeit, Erziehungsarbeit, körperliche Arbeit, Zwangsarbeit, etc. Die vorherrschende Einteilung im europäischen Migrationsrecht ist jedoch die in „legale“ und „illegale“, wobei die Legalität oftmals unausgesprochen bleibt und sich le-

18 An Dokumenten, Sichtbarkeit oder Autorisierung, *H. Bauder*, Why We Should Use the Term ‚Illegalized‘ Refugee or Immigrant, *A Commentary*, *International Journal of Refugee Law* 2014, 327, 329.

19 Ebenso, wenngleich mit anderer Begründung und beschränkt auf die Bezeichnung von Personen, *Bauder* (Fn. 18).

diglich komplementär aus der Illegalisierung ergibt. So gesehen ist die Begrifflichkeit der Nicht-Illegalisierung sogar noch treffender.

Im Primärrecht führt der Kompetenztitel in Art. 79 Abs. 1 AEUV den Begriff der illegalen Einwanderung ein. Eine eindeutige Zuordnung von Unionsrechtsakten zum Kompetenzbereich der legalen oder illegalen Migration ist nicht mehr erforderlich. Bis zum Lissabon-Vertrag war Einstimmigkeit im Europäischen Rat im Bereich der nicht-illegalisierten Migration erforderlich. Jetzt gilt für alle Fälle das ordentliche Gesetzgebungsverfahren mit qualifizierter Mehrheit und Mitwirkung des Europäischen Parlaments.²⁰

Auch in den sekundärrechtlichen Instrumenten kommt die Wichtigkeit, welche die Gesetzgebung dem Thema zukommen lässt, deutlich zum Ausdruck. In den Erwägungsgründen findet sich oft an prominenter Stelle die Bekämpfung von illegalisierter Einwanderung als Zielvorgabe.²¹ Schaut

20 Mit der Stärkung der Rolle des Europäischen Parlaments im Gesetzgebungsverfahren, wurde teilweise die Hoffnung auf eine flüchtlingsfreundlichere Gesetzgebung verbunden. Diese Hoffnungen haben sich jedoch nur bedingt erfüllt. Siehe zum Erlass der Rückführungsrichtlinie *D. Acosta, The Good, the Bad and the Ugly in EU Migration Law: Is the European Parliament Becoming Bad and Ugly?* (The Adoption of Directive 2008/15: The Returns Directive), EJML 2009, 19 der auch die Funktion informeller Trilogie im Gesetzgebungsprozess thematisiert. Zur gestiegenen Bedeutung der frühen Übereinkünfte, welche auf eine Einigung zwischen Parlament und Rat noch vor der ersten Lesung abzielen, siehe *E. Bressanelli/A. Heritier/C. Koop et al., The Informal Politics of Codecision, Introducing a New Data Set on Early Agreements in the European Union*, EUI Working Papers, RSCAS 2014/64. Zur Entwicklung der Trilogie siehe *C. Roederer-Rynning/J. Greenwood, The culture of trilogues*, Journal of European Public Policy 2015, 1148; *C. Reh/A. Heritier/E. Bressanelli et al., The Informal Politics of Legislation, Explaining Secluded Decision Making in the European Union*, Comparative Political Studies 2013, 1112 und *G. J. Brandsma, Co-decision after Lisbon, The politics of informal trilogues in European Union lawmaking*, European Union Politics 2015, 300. Zur wiederholten Kritik an der demokratischen Legitimation der Trilogie siehe *C. Reh, Is informal politics undemocratic?, Trilogues, early agreements and the selection model of representation*, Journal of European Public Policy 2014, 822, die demokratietheoretische Bedenken selbst nur bedingt teilt, die Rolle der Berichterstatter hervorhebt und deren Auswahl kritisiert, mit weiteren Nachweisen zu kritischen Standpunkten auf S. 823.

21 Siehe ErwGr. 1 Richtlinie 2009/52/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 18. Juni 2009 über Mindeststandards für Sanktionen und Maßnahmen gegen Arbeitgeber, die Drittstaatsangehörige ohne rechtmäßigen Aufenthalt beschäftigen, ABl. 2009 L 168 (Arbeitgeber-Sanktionen-Richtlinie); ErwGr. 1 Definitionsrichtlinie (Fn. 5) und ErwGr. 2 und 5 Rahmenbeschluss 2002/94/JI sowie

man sich die oftmals explizit zugrunde gelegten Programme und Übereinkünfte an, verwundert dies nicht. Der Europäische Rat sah bereits 1999 im Tampere Programm die „Beendigung der Illegalen Einwanderung“ als wichtigen Bestandteil bei der Schaffung einer Union der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts an und war „entschlossen, die illegale Einwanderung an ihrer Wurzel zu bekämpfen“.²² Das folgende Haager Programm fordert die Bekämpfung der illegalen Zuwanderung als Teil der Migrationsströmesteuerung.²³ Im Stockholmer Programm wird die Erforderlichkeit „illegale Migration zu verhüten, einzudämmen und zu bekämpfen“ als politische Priorität aufgeführt.²⁴ Die 2014 in Ypern beschlossenen Leitlinien, welche stärker auf die Implementierung der bestehenden Regelungen gerichtet sind, fordern ebenfalls ein resolutes Vorgehen gegen irreguläre Migration.²⁵ Diese Bestrebungen spiegeln sich auch in den korrespondierenden Aktionsplänen.²⁶ Schließlich setzt die 2015 veröffentlichte Europäische Migrationsagenda der Kommission einen Schwerpunkt auf die Reduzierung der Anreize für irreguläre Migration²⁷ und die jüngste EU-Türkei Erklärung beinhaltet den Beschluss „die irreguläre Migration aus der Türkei in die EU zu beenden“²⁸. Es lässt sich also festhalten, dass die

ErwGr. 1 Richtlinie 2004/81/EG des Rates vom 29. April 2004 über die Erteilung von Aufenthaltstiteln für Drittstaatsangehörige, die Opfer des Menschenhandels sind oder denen Beihilfe zur illegalen Einwanderung geleistet wurde und die mit den zuständigen Behörden kooperieren, ABl. 2004 L 261/19 (Menschenhandelsrichtlinie).

- 22 Siehe Europäischer Rat, Tampere – Schlussfolgerungen des Vorsitzes vom 15. und 16. Oktober 1999, Punkt 3.
- 23 Siehe Europäischer Rat, Haager Programm zur Stärkung von Freiheit, Sicherheit und Recht in der Europäischen Union, ABl 2005 C 53/1, Punkt 1.7, S. 6 f.
- 24 Siehe Europäischer Rat, Das Stockholmer Programm — Ein offenes und sicheres Europa im Dienste und zum Schutz der Bürger, ABl. 2010 C115/1, Punkt 1.1, S. 5.
- 25 Siehe Schlussfolgerungen des Europäischen Rates der Tagung vom 26./27. Juni 2014, EUCO 79/14, Punkt I. 5., S. 2 und Annex I Punkt 4, S. 19.
- 26 Europäischer Kommission, Das Haager Programm: Zehn Prioritäten für die nächsten fünf Jahre, ABl. 2005 C 198/1; dies, Aktionsplan zum Stockholmer Programm, KOM(2010) 171 endgültig.
- 27 Siehe Europäischer Kommission, Die Europäische Migrationsagenda, COM(2015) 240 final, Punkt III.1 S. 9. Der Fokus scheint sich dem Wortlaut nach zwar von einer direkten Bekämpfung zu einer Anreizminderung zu verschieben, diese Neujustierung der Herangehensweise ändert jedoch nichts am propagierten Ziel. Dieses bleibt die Reduzierung bzw. Beendigung illegaler Migration.
- 28 Europäischer Rat, Erklärung EU-Türkei, 18. März 2016.

Einteilung in legale und illegale Migration in der Europäischen Gesetzgebung klar etabliert ist.

Trotz der Verbreitung der Begrifflichkeit bleibt die Gesetzgebung eine Definition von illegaler Migration oder illegalen Migrant*innen schuldig. Es finden sich lediglich Definitionen zu illegalem Aufenthalt.²⁹ Selbst diese sind jedoch meist sehr kurz und allgemein gehalten. Es wird pauschal auf das Nicht(mehr)-Erfüllen der Voraussetzungen für die Einreise und den Aufenthalt verwiesen.

Die Untersuchung illegalisierter Migration soll jedoch nicht nur dieser aufenthaltsrechtlichen Voraussetzungen näher betrachten, sondern auch andere Kontexte beleuchten, in denen Migration als Anlass oder Anknüpfungspunkt für eine Illegalisierung dient.³⁰

III. Illegalisierte Migration im EU Sekundärrecht

Im Folgenden sollen daher ausgewählte Vorschriften des Sekundärrechts der Europäischen Union spezifisch auf die Bedeutung der illegalisierten Migration im jeweiligen Regelungszusammenhang untersucht werden.

1. Illegalisierung im Rahmen der Rückführungsrichtlinie

Die Rückführungsrichtlinie bezeichnet eine „*wirksame* Rückkehrpolitik als *notwendiger* Bestandteil einer gut geregelten Migrationspolitik“. ³¹ Sie soll „horizontale Vorschriften“ einführen, welche für sämtliche Drittstaatsangehörige gelten, die die Voraussetzungen für die Einreise in einen Mitgliedstaat oder den dortigen Aufenthalt nicht oder nicht mehr erfüllen. ³² Entscheidungen aufgrund der Rückführungsrichtlinie sollen jedoch nicht lediglich auf Grundlage des Einzelfalls und anhand objektiver Kriterien getroffen werden, sondern Erwägungen berücksichtigen, welche über den bloßen Tatbestand des illegalen Aufenthalts hinausreichen. ³³

29 Art. 3 Nr. 2 Rückführungsrichtlinie.

30 Beschränkt auf das Aufenthaltsrecht findet sich eine ausführlichere Auseinandersetzung im Beitrag von *Kevin Fredy Hinterberger* in diesem Band.

31 ErwGr. 4 Rückführungsrichtlinie (Hervorhebung hinzugefügt).

32 ErwGr. 5 Rückführungsrichtlinie.

33 ErwGr. 6 Rückführungsrichtlinie.

a) Anwendungsbereich

Die Rückführungsrichtlinie ist grundsätzlich auf alle Drittstaatsangehörigen mit illegalem Aufenthalt anwendbar.³⁴ In Anlehnung an die Definition in Art. 2 Abs. 5 Schengener Grenzkodex sind Personen, welche das Unionsrecht auf freien Personenverkehr genießen vom Anwendungsbereich ausgenommen. Das betrifft Personen aus Drittländern, welche mit der EU eine Vereinbarung haben, die ihren Staatsangehörigen der Personnenfreizügigkeit vergleichbare Rechte gewährt.³⁵

EU-Bürger*innen	nicht anwendbar
Nicht-EU-Bürger*innen (mit Personnenfreizügigkeit)	nicht anwendbar
Nicht-EU-Bürger*innen	anwendbar

Ferner steht es den Mitgliedsstaaten frei, Drittstaatsangehörige in speziellen Umständen von der Anwendung auszuschließen.³⁶ Schließlich wird, im Zusammenspiel mit der Verfahrensrichtlinie³⁷, der Aufenthalt von Drittstaatsangehörigen die in einem Mitgliedstaat Asyl beantragt haben nicht illegalisiert bis eine rechtskräftige Entscheidung über ihren Antrag vorliegt.³⁸

Der persönliche Anwendungsbereich der Rückführungsrichtlinie knüpft folglich zunächst an das Merkmal der Staatsangehörigkeit an. Eine nicht unerhebliche Anzahl von Migrant*innen ist in diesem Fall schon auf

34 Art. 2 Abs. 1 Rückführungsrichtlinie.

35 Es ist gleichwohl schwer festzustellen, welche bilateralen Übereinkünfte dieses Erfordernis erfüllen, *A. Epiney/A. Egbuna Joss* in: Hailbronner/Thym (Hrsg.): EU Immigration and Asylum Law, 2. Auflage (2016), Schengen Borders Code Regulation (EC) No 562/2006, Art. 2 Rn. 5. Siehe hierzu auch den Beitrag von *Kevin Fredy Hinterberger* in diesem Band m.w.N.

36 Art. 2 Abs. 2 Rückführungsrichtlinie. Das betrifft Fälle in denen ein Einreiseverbot einschlägig ist, Personen an der Grenze aufgegriffen werden oder Fälle mit Strafrechtsinvolvement. Für Einzelheiten siehe *F. Lutz/S. Mananashvili* in: Hailbronner/Thym (Hrsg.): EU Immigration and Asylum Law, 2. Auflage (2016), Return Directive 2008/115/EC, Art. 2 Rn. 5 ff.

37 Richtlinie 2013/32/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013 zu gemeinsamen Verfahren für die Zuerkennung und Aberkennung des internationalen Schutzes (Neufassung), ABl. 2013 L 180/60 (Verfahrensrichtlinie).

38 ErwGr. 9 Rückführungsrichtlinie, welcher noch auf die frühere Verfahrensrichtlinie verweist.

Grund ihrer Nationalität vor einer Illegalisierung im Regelungsbereich der Richtlinie geschützt.

b) Illegalisierter Aufenthalt gemäß der Rückführungsrichtlinie

Die Definition des „illegalen Aufenthalts“ in Art. 3 Nr. 2 Rückführungsrichtlinie besteht aus drei Elementen. Zunächst muss es sich um eine Person aus einem Drittstaat handeln. Die diesbezügliche Definition in Art. 3 Nr. 1 schließt, analog zum Anwendungsbereich, neben Unionsbürger*innen auch Drittstaatsangehörige mit Freizügigkeitsrecht aus. Entsprechende Personen sind also vom Anwendungsbereich ausgeschlossen und vorsorglich, *per definitionem*, auch schon keine Drittstaatsangehörigen im Rahmen der Richtlinie. Das ist regelungstechnisch redundant, verdeutlicht jedoch, dass diese Personen keinen illegalisierten Aufenthalt gemäß der Rückführungsrichtlinie haben können.

Weiter muss die Person physisch auf dem Territorium eines Mitgliedstaates präsent sein. Fiktive Ausschlüsse des Nationalterritoriums, wie beispielsweise Transitzone, sind für die Zwecke der Rückführungsrichtlinie unerheblich, da sie anderenfalls eine harmonisierte Anwendung verhindern würden.³⁹

Letztes und zentrales Element ist die Nichterfüllung der Voraussetzungen für die Einreise oder den Aufenthalt. Hinsichtlich der Voraussetzungen wird auf Art. 5 des Schengener Grenzkodex sowie auf nationales Recht verwiesen. Die Einreisevoraussetzungen in Art. 5 Schengener Grenzkodex sind zusammengefasst:

- Gültige Reisedokumente (lit. a)
- Visum, falls erforderlich (lit. b)
- Ausreichende Mittel zur Bestreitung des Lebensunterhalts (lit. c)
- Kein SIS-Einreiseverweigerungseintrag (lit. d)
- Keine Gefahr für Sicherheit und Ordnung (lit. e)

Die meisten Menschen die internationalen Schutz suchen sind nicht in der Lage, diese Anforderungen vollständig zu erfüllen. Während der Schengener Grenzkodex in Art. 3 lit. b die spezielle Situation dieser Personen ex-

39 F. Lutz/S. Mananashvili (Fn. 36), Art. 3 Rn. 7.

plizit, wenngleich nur pauschal, zu berücksichtigen verpflichtet,⁴⁰ sieht die Rückführungsrichtlinie lediglich einige Verfahrensgarantien vor. Der Aufenthalt jedoch bleibt illegalisiert. Dies gilt zumindest bis zur Antragstellung auf internationalen Schutz und gegebenenfalls ab dem Zeitpunkt eines rechtskräftigen ablehnenden Bescheides.

Neben den Voraussetzungen im Schengener Grenzkodex beinhaltet die Definition des „illegalen Aufenthalts“ auch etwaige Voraussetzungen im nationalen Recht. In anderen Worten, die Rückführungsrichtlinie hat eine „hybride Rechtsnatur“.⁴¹ Eine umfassende Analyse der nationalstaatlichen Regelungen ist in diesem Rahmen nicht möglich.⁴² Dennoch lassen sich anhand der ineinandergreifenden Regelungen der Rückführungsrichtlinie, des Schengener Grenzkodex und des Visakodex erste Rückschlüsse auf die Programmierung des europäischen Migrationsrechts ziehen.

c) Normgeprägtheit der Illegalisierung – Grundentscheidung zur Illegalisierung

Eine Illegalisierung ist immer normgeprägt. Illegalität lässt sich, wie beispielsweise auch das Eigentum,⁴³ nicht phänomenologisch begründen. Sie existiert nicht aus sich heraus, sondern wird stets konstruiert. Sie knüpft zwar an real existierende Menschen, Handlungen und Örtlichkeiten an, es ist jedoch erst die Konstruktion eines Normgeflechts um diese Phänomene, welche die migrationsrechtliche Illegalität entstehen lässt.

Interessant ist dabei die Grundentscheidung hinsichtlich der normativen Prägung migrationsrelevanter Sachverhalte. Für die Einreise in die EU ist

40 Siehe *A.Epiney/A. Egbuna Joss* (Fn. 35), Art. 1 Rn. 12 ff. die im Zusammenspiel der relevanten Normen daraus ein Recht auf Prüfung eines Antrages auf internationalen Schutz, auch bei Nicht-Erfüllung der Einreisevoraussetzungen, ableiten, ein Recht auf Gebietszugang jedoch ablehnen.

41 *F. Lutz/S. Mananashvili* (Fn. 36), Art. 3 Rn. 6.

42 Einen knappen Überblick über die Umsetzung der Richtlinie in den Mitgliedstaaten lässt sich dem Bericht zur Rückkehrpolitik der Kommission von 2014 entnehmen, Mitteilung der Kommission an den Rat und das Europäische Parlament zur Rückkehrpolitik der EU, COM(2014) 199 final. Da es sich hierbei jedoch nur um das Umsetzungsrecht handelt, stellt es lediglich einen Teil der relevanten nationalen Rechtsnormen dar.

43 Hinsichtlich des Eigentumsrechts aus Art. 14 GG wird auch von einem „normgeprägten Grundrecht“ gesprochen.

grundsätzlich ein Visum erforderlich.⁴⁴ Aber auch für Drittstaatsangehörige aus Ländern die von der Visumpflicht befreit sind, bestehen die oben genannten Voraussetzungen für die Einreise aus dem Schengener Grenzkodex. Die Einreise ist also illegalisiert, wenn sie nicht ausnahmsweise erlaubt wird. Die Grundentscheidung ist, in verwaltungsrechtlicher Terminologie, zumindest für Drittstaatsangehörige, ein „präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt“.⁴⁵

2. Die Zweiseitigkeit der Arbeitgeber-Sanktionen-Richtlinie

Diese Grundentscheidung und die deutliche Fokussierung auf die illegalisierte Migration sind oftmals nicht unmittelbar erkenntlich. Ein gutes Beispiel für das Chimärenhafte des europäischen Migrationsrechts ist die Arbeitgeber-Sanktionen-Richtlinie. Deren zentralen Regelungsinhalte umfassen ein Beschäftigungsverbot für Drittstaatsangehörige ohne rechtmäßigen Aufenthalt⁴⁶ und diverse Pflichten für Arbeitgeber*innen mit entsprechenden Sanktionen bei Zuwiderhandlung⁴⁷. Daneben sieht die Richtlinie einen Schutz für Beschäftigte mit illegalisiertem Aufenthalt vor. Arbeitgeber*innen müssen auch bei nach der Richtlinie illegalisierten Beschäftigungsverhältnissen einschlägige Mindestlöhne zahlen und etwaige Mehrkosten für den Geldtransfer in das Land, in welches der/die illegalisiert Beschäftigte zurückgekehrt ist oder zurückgeführt wurde, übernehmen.⁴⁸ Flankiert wird dies mit einem Auskunftsrecht über solche Ansprüche und korrespondierenden Mechanismen zur vereinfachten Geltendmachung.⁴⁹ Im Schutz der Lohnansprüche lässt sich eine Wahrnehmung der Machtverhältnisse in Arbeitsverhältnissen beobachten, wie sie auch in anderen illegalisierten Arbeitsverhältnissen, wie der Schwarzarbeit, angetroffen werden kann. Der/die Arbeitgeber*in agiert aus einer Machtposition, der/die

44 Die Visumserteilung ist jedoch an eine Vielzahl von Bedingungen geknüpft, vgl. Verordnung (EG) Nr. 810/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juli 2009 über einen Visakodex der Gemeinschaft, ABl.2009 L 243/1 (Visakodex), Art. 9 ff.

45 Die andere Möglichkeit wäre eine generelle Erlaubnis mit Verbotsvorbehalt gewesen.

46 Art. 3 Abs. 1 Arbeitgeber-Sanktionen-Richtlinie (Fn. 21).

47 Art. 4 ff. Arbeitgeber-Sanktionen-Richtlinie (Fn. 21).

48 Art. 6 Abs. 1 lit. a und c Arbeitgeber-Sanktionen-Richtlinie (Fn. 21).

49 Art. 6 Abs. 2 Arbeitgeber-Sanktionen-Richtlinie (Fn. 21).

Arbeitnehmer*in ist gezwungen sich den Umständen anzupassen. Entsprechend wurde beispielsweise im deutschen Recht, auch bei aufgrund von Schwarzarbeit nichtigen Verträgen, der Lohnanspruch auf Arbeitnehmer*innenseite, zumindest bereicherungsrechtlich, geschützt,⁵⁰ Leistungs- oder Mängelansprüche auf Arbeitgeber*innenseite hingegen nicht. Diese Privilegierung der Arbeitnehmerseite in Schwarzarbeitsfällen wurde jedoch in jüngster Zeit aufgehoben.⁵¹ Es sollen grundsätzlich keinerlei durchsetzbare Ansprüche aus dem nichtigen Arbeitsverhältnis entstehen – egal für wen. Das Gesetz verfolgt nicht „den Schutz eines oder beider Vertragspartner“, sondern „die Wahrung öffentlicher Belange“.⁵² Bei bewussten Verstößen gegen arbeitsrechtliche Anzeige- und Meldepflichten sollen also beide Vertragsparteien gleichermaßen vom Schutz der Rechtsordnung ausgenommen werden um eine wirkungsvolle Bekämpfung sicherzustellen.

Anders bei Zuwiderhandlungen gegen das Verbot illegalisierter Beschäftigung aus Art. 3 Abs. 1 der Arbeitgeber-Sanktionen-Richtlinie. Hier besteht die Auffassung, dass Arbeitnehmer*innen, insbesondere illegalisierte, gegenüber ihren Arbeitgeber*innen schutzbedürftig sind in den Schutznormen aus Art. 6 fort.⁵³ Diese unterschiedlichen Herangehensweisen könnten zunächst schlicht auf die unterschiedlichen Regelungsebenen zurückgeführt werden. Die gesetzgeberischen Motive der EU decken sich eben nicht immer mit den nationalstaatlichen. Außerdem sind illegalisierte beschäftigte Drittstaatsangehörige signifikant vulnerabler als „gewöhnliche“ schwarzarbeitende Arbeitnehmer*innen. Eine Privilegierung bei der Geltendmachung von vertraglichen Ansprüchen in Fällen mit Bezug zur illegalisierten Migration kann ferner die staatlichen Bekämpfungsententionen stützen, da es die Anzeigewahrscheinlichkeit erhöht.⁵⁴

Eine dritte, etwas unerwartete, Erklärung bietet die Richtlinie selbst. Der Zweck des Beschäftigungsverbots und der korrespondierenden Sanktionen und Maßnahmen liegt nicht, wie im Falle des Schwarzarbeitsver-

50 Siehe noch BGH, Urt. v. 31.5.1990 – VII ZR 336/89, NJW 1990, 2542.

51 BGH, Urt. v. 10.4.2014 – VII ZR 241/13, NJW 2014, 1805. Zur gesetzgeberischen Intention der Gleichbehandlung trotz meist unterschiedlicher wirtschaftlicher Stärke siehe schon BT-Drs. 2/1111, 4.

52 BGH (Fn. 50), 2543.

53 Siehe F. Schierle in: Hailbronner/Thym (Hrsg.): EU Immigration and Asylum Law, 2. Auflage (2016), Employers Sanctions Directive 2009/52/EC, Art. 6 Rn. 1.

54 Schierle (Fn. 53), Art. 6 Rn. 4.

bots, im Schutz der Wirtschaft, des Wettbewerbs oder der Sozialkassen. Das Beschäftigungsverbot besteht nach Art. 1 „um die rechtswidrige Einwanderung zu bekämpfen“. Es handelt sich (ausschließlich) um ein Instrument der Migrationssteuerung. Die in der Richtlinie verwendete Terminologie der „illegalen Beschäftigung“⁵⁵ oder „illegal beschäftigten Drittstaatsangehörigen“⁵⁶ betont hingegen die Beschäftigungssituation. Entscheidend für die Illegalisierung der Beschäftigung ist jedoch nicht die Arbeitserlaubnis, sondern die Rechtmäßigkeit des Aufenthalts. Arbeitet beispielsweise eine Person mit einem Visum für Studierende, also mit grundsätzlich nicht illegalisiertem Aufenthalt, aber ohne entsprechende Arbeitserlaubnis,⁵⁷ greifen die strengen Sanktionsmechanismen aus der Richtlinie für den/die Arbeitgeber*in folglich nicht.

Zusammenfassend lässt sich die Richtlinie somit als repressives Migrationssteuerungsinstrument in der Gestalt einer Arbeits- und Wirtschaftsregulierung beschreiben.

3. Sinn und Zweck des Netzes von Verbindungsbeamten und Auskunftsspflichten von Beförderungsunternehmen

Auch in anderen sekundärrechtlichen Instrumenten wird der Fokus auf die Illegalisierung erst auf den zweiten Blick sichtbar. Beispielsweise die Verordnung zur Schaffung eines Netzes von Verbindungsbeamten für Einwanderungsfragen.⁵⁸ Diese soll die Arbeit von Behördenmitarbeiter*innen in anderen Ländern koordinieren. Die entsandten sollen Kontakte zu den

55 Art. 3 Arbeitgeber-Sanktionen-Richtlinie (Fn. 21).

56 Art. 6 Abs. 1 lit. a Arbeitgeber-Sanktionen-Richtlinie (Fn. 21).

57 Art. 17 Richtlinie 2004/114/EG des Rates vom 13. Dezember 2004 über die Bedingungen für die Zulassung von Drittstaatsangehörigen zur Absolvierung eines Studiums oder zur Teilnahme an einem Schüleraustausch, einer unbezahlten Ausbildungsmaßnahme oder einem Freiwilligendienst, ABl. 2004 L 375/12 (Studierendenrichtlinie), sieht sowohl teilweise Einschränkungen hinsichtlich der Arbeitszeiten als auch eine umfassende Beschränkung des Zugangs zur Erwerbstätigkeit im ersten Aufenthaltsjahr vor. Die noch nicht verabschiedete, geplante Neufassung der Richtlinie sieht in Art. 23 sieht nur noch teilweise Einschränkungen vor, siehe Art. 23, COM(2013) 151 final.

58 Verordnung (EG) Nr. 377/2004 des Rates vom 19. Februar 2004 zur Schaffung eines Netzes von Verbindungsbeamten für Einwanderungsfragen, ABl. 2004 L 64/1 (VerbindungsbeamtenVO).

Behörden des Gastlandes herstellen und aufrechterhalten⁵⁹ sowie Informationen sammeln,⁶⁰ welche zur Nutzung entweder auf operativer oder strategischer Ebene bestimmt sind⁶¹. Informationen sind zur Steuerung und zum Verständnis von Migration grundsätzlich hilfreich. Die Verordnung sieht den Zweck der Entsendung der Verbindungsbeamten als Beitrag „[1.] zur Verhinderung und Bekämpfung der illegalen Einwanderung, [2.] zur Rückkehr illegaler Einwanderer und [3.] zur Steuerung der *legalen Wanderung*“.⁶² Sie sollen also auch die Steuerung nicht-illegalisierter Migration unterstützen.

Der zwar nicht abschließende aber umfangreiche Katalog der als relevant betrachteten Informationen,⁶³ umfasst jedoch ausschließlich Fragen zur illegalisierten Migration. Es geht um die „Ströme illegaler Einwanderer“, deren Routen, Vorgehensweise und Anlässe, kriminelle Organisationen und Schleuseraktivitäten, Fälschungsmethoden von Reisedokumenten sowie schließlich Mittel und Wege der Rückkehr und Rückführung in die Herkunftsländer. Warum die „Einwanderungsfragen“ nicht auch nicht-illegalisierte Bereiche umfassen, ist nicht nachvollziehbar. Wenn ein Netzwerk von informationssammelnden Beamten im Ausland installiert wird, wäre dies beispielsweise auch eine Möglichkeit hinsichtlich der Arbeitsmarktsituation Rückmeldung geben um das Potenzial nicht-illegalisierter Einwanderung von hochqualifizierten Arbeitskräften oder Saison-Arbeiter*innen einschätzen zu können. Ebenso könnte die Möglichkeit zur Erfüllung der Voraussetzungen für einen Familiennachzug evaluiert werden.⁶⁴ Die deutliche Schwerpunktsetzung der Verordnung sieht dies jedoch nicht vor. Betrachtet man die Schlussfolgerungen des Rats welche der Verordnung zu Grunde liegen,⁶⁵ verdeutlicht sich diese Intention. Die-

59 Art. 1 Abs. 1 VerbindungsbeamtenVO (Fn. 58).

60 Art. 2 Abs. 1 VerbindungsbeamtenVO (Fn. 58).

61 Art. 2 Abs. 2 VerbindungsbeamtenVO (Fn. 58).

62 Art. 1 Abs. 1 VerbindungsbeamtenVO (Fn. 58) (Nummerierung und Hervorhebung hinzugefügt).

63 Art. 2 Abs. 2 VerbindungsbeamtenVO (Fn. 58).

64 Zu den erforderlichen Integrationsmaßnahmen vor Genehmigung der Familienzusammenführung, wie beispielsweise der Erwerb von Sprachkenntnissen, siehe *Hailbronner/Klarmann* in: *Hailbronner/Thym* (Hrsg.): *EU Immigration and Asylum Law*, 2. Auflage (2016), *Family Reunification Directive 2003/86/EC* (Art. 6-22), Art. 7 Rn. 29 ff.

65 Europäischer Rat, Thessaloniki – Schlussfolgerungen des Vorsitzes vom 19. und 20. Juni 2003, Rats-Dokument 11638/03 vom 1. Oktober 2003 und ders, Se-

se adressieren ebenfalls sowohl illegalisierte als auch nicht-illegalisierte Migration, der Schwerpunkt liegt jedoch wiederum auf Letzterer. Bei nicht-illegalisierter Migration geht es zudem vornehmlich um Integration und nicht um Zugangswege. Das Konzept der Verbindungsbeamten ist auf die Beziehungen zu Drittländern, „die bei der Bekämpfung der illegalen Zuwanderung nicht mit der EU zusammenarbeiten“ ausgerichtet.⁶⁶

Die gleiche Beobachtung lässt sich hinsichtlich der sekundärrechtlich normierten Pflicht von Beförderungsunternehmen, Angaben über die beförderten Personen zu übermitteln,⁶⁷ feststellen. Diese Angaben umfassen neben gewöhnlichen Daten wie Name, Staatsangehörigkeit, Geburtsdatum und Dokumentennummer auch Reisespezifika wie Abreise- und Ankunftszeit, Grenzübergangsstelle und Abreiseort.⁶⁸ Eine solche Obliegenheit erscheint zunächst neutral und ließe sich vielfältig sinnvoll deuten und nützlich einsetzen. Beispielsweise auch für die Planung verkehrspolitischer oder touristischer Zwecke. Eindeutiger und ausschließlicher Zweck der Richtlinie ist es aber, „die Grenzkontrollen zu verbessern und die illegale Einwanderung zu bekämpfen“.⁶⁹

Diese Beispiele verdeutlichen die inhaltliche Fokussierung auf den Bereich der illegalisierten Migration in Richtlinien welche *prima facie* einen umfassenden Anwendungsbereich vermuten lassen.

IV. Privatisierung hoheitlicher Aufgaben im Bereich des Migrationsrechts

Die Verpflichtung zur Passagierdatenübertragung von Beförderungsunternehmen ist ebenfalls ein gutes Beispiel für eine Entwicklung die sich in der hoheitlichen Bestrebung Migration zu steuern beobachten lässt – die zunehmende Einbeziehung von Privaten, bis hin zur Übertragung zentraler Aufgaben. Die Datenübermittlung der Beförderungsunternehmen stellen selbstverständlich keine Grenzkontrollen dar und sollen diese auch nicht

villa – Schlussfolgerungen des Vorsitzes vom 21. Und 22. Juni 2002, Rats-Dokument 13463/02 vom 24. Oktober 2002. Auf welche auch die ErwGr. 2 und 3 VerbindungsbeamtenVO (Fn. 58) Bezug nehmen.

66 Schlussfolgerungen von Thessaloniki (Fn. 65), Punkt II. 19 f., S. 5 f.

67 Siehe Richtlinie 2004/82/EG des Rates vom 29. April 2004 über die Verpflichtung von Beförderungsunternehmen, Angaben über die beförderten Personen zu übermitteln (ABl. 2004 L 261/24 (Beförderungsdatenrichtlinie)).

68 Art. 3 Abs. 2 Beförderungsdatenrichtlinie (Fn. 67).

69 Art. 1 und nahezu identisch auch ErwGr. 1 Beförderungsdatenrichtlinie (Fn. 67).

ersetzen. Die Tatsache, dass die Angaben an die „mit der Durchführung der Personenkontrollen an den Außengrenzen beauftragten Behörden“ übermittelt werden, zeigt jedoch das Ineinandergreifen von auf Private übertragenen Vorbereitungsmaßnahmen und weiterhin staatliche ausgeübten Kernbereichen.⁷⁰ Die Verbindlichkeit dieser Einbeziehung wird anhand der empfindlichen Sanktionen bei Nicht-Kooperation unterstrichen.⁷¹

1. Involvierung Privater in der Arbeitgeber-Sanktionen-Richtlinie

Ein ähnlicher Regelungsansatz lässt sich in den bereits erwähnten Sanktionen gegen Arbeitgeber*innen, die Personen mit illegalisiertem Aufenthalt beschäftigen erkennen. Arbeitgeber werden dazu verpflichtet, die Nicht-Illegalisierung des Aufenthalts zu verifizieren, zu dokumentieren und die Beschäftigung zu melden.⁷² Auch hier sind abschreckende finanzielle,⁷³ nicht-monetäre⁷⁴ sowie strafrechtliche⁷⁵ Sanktionen vorgesehen.

2. Die neue Passagierdatenrichtlinie

Das aktuellste Beispiel für die Involvierung Privater ist die am 14. April 2016 verabschiedete Passagierdatenrichtlinie.⁷⁶ Diese sieht eine Weiterlei-

70 Aber auch die Kernbereiche sind davor nicht restlos gefeit. Im Februar 2016 hatte der Direktor von Frontex, Fabrice Leggeri, den Einsatz von Privatfirmen an den EU-Außengrenzen zur Diskussion gestellt, siehe ZDF Morgenmagazin: Frontex: „Braucht mehr Grenzbeamte“ vom 3.2.2016, abrufbar in der ZDF Mediathek.

71 Art. 4 Beförderungsdatenrichtlinie (Fn. 67) fordert abschreckende, wirksame und angemessene Sanktionen und setzt lediglich finanzielle Mindeststrafbeträge fest. Auf die Möglichkeit anderer Sanktionen, auch nicht monetärer Art, im Falle schwerwiegender Verstöße wird ebenfalls explizit hingewiesen. Im deutschen Recht finden sich die Vorgaben in §§ 63 f. AufenthG umgesetzt.

72 Art. 3 Abs. 1 Arbeitgeber-Sanktionen-Richtlinie (Fn. 21).

73 Art. 5 Abs. 1 Arbeitgeber-Sanktionen-Richtlinie (Fn. 21). Ferner können die Arbeitgeber nach Art. 5 Abs. 2 lit b für die Kosten der Rückführung in Regress genommen werden.

74 Vom Ausschluss von Subventionen und Aufträgen bis hin zur Betriebsschließung, Art 7 Abs. 1 Arbeitgeber-Sanktionen-Richtlinie (Fn. 21).

75 Art. 9, 10 Arbeitgeber-Sanktionen-Richtlinie (Fn. 21).

76 Richtlinie 2016/681/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 über die Verwendung von Fluggastdatensätzen (PNR-Daten) zur

tungspflicht der Buchungsdaten von Fluggesellschaften an zentrale Erfassungsstellen in den Mitgliedstaaten vor. Es ist zwischen PNR (Personal Name Record) und API (Advance Passenger Information) Daten zu unterscheiden. Während Erhebung und Verwertung der PNR-Daten in der Passagierdatenrichtlinie geregelt sind, finden sich die entsprechenden Regelungen zu den API-Daten in der bereits erwähnten Beförderungsdatenrichtlinie. Die API-Daten sollen der Identifizierung bekannter Straftäter*innen und Terrorist*innen dienen, die PNR-Daten hingegen zielen auf eine Risikoanalyse bisher unbekannter Personen.⁷⁷

a) Anwendungsbereich

Der Anwendungsbereich der Passagierdatenrichtlinie ist nunmehr auf die Übermittlung der Fluggastdatensätze durch Fluggesellschaften beschränkt.⁷⁸ Es steht den Mitgliedstaaten jedoch frei den Anwendungsbereich nach nationalem Recht auch auf Reisebüros oder Reiseveranstalter zu erstrecken.⁷⁹ Die Richtlinie betrifft nur Flüge über die EU-Außengrenzen, sog. Drittstaatsflüge. Binnenflüge werden von der Richtlinie selbst nicht erfasst. Für die Mitgliedstaaten besteht jedoch die Möglichkeit, die Richtlinie auch auf Flüge innerhalb der EU anzuwenden.⁸⁰ Die EU-Innenminister hatten jedoch schon 2015 eine Teilnahme der Mitgliedstaaten auf freiwilliger Basis verabredet. Pro Passagier und Flugbuchung können bis zu ca. 60 Einzeldaten⁸¹ anlasslos erhoben werden. Die Speicherfrist beträgt 5 Jahre.⁸² Die Daten werden jedoch bereits nach sechs Monaten depersonalisiert, wenngleich unter einem Offenlegungsvorbehalt im Falle der Erforderlichkeit für die Strafverfolgung.⁸³

Verhütung, Aufdeckung, Ermittlung und Verfolgung von terroristischen Straftaten und schwerer Kriminalität, ABl. 2016 L 119/132 (Passagierdatenrichtlinie).

77 P. Bąkowski/S. Voronova, EPRS Briefung, PE 554.215 S. 2; bestätigt auch in Art. 6 Abs. 2 lit a. und ErwGr. 7 Passagierdatenrichtlinie.

78 Art. 1 Abs. 1 lit. a Passagierdatenrichtlinie.

79 ErwGr. 33 Passagierdatenrichtlinie.

80 Art. 2 Abs. 1 Passagierdatenrichtlinie.

81 Vgl. Anhang 1 Passagierdatenrichtlinie.

82 Art. 12 Abs. 1 Passagierdatenrichtlinie.

83 Art. 12 Abs. 2 und 3 Passagierdatenrichtlinie.

b) Diskriminierungsverbot und Flüchtlingsschutz

Die Richtlinie schreibt eine diskriminierungsfreie Verarbeitung der Passagierdaten vor. Die Überprüfungskriterien dürfen nicht auf der „rassischen“ oder ethnischen Herkunft einer Person, ihrer politischen Meinungen, ihrer religiösen oder weltanschaulichen Überzeugungen, ihrer Mitgliedschaft in einer Gewerkschaft, ihrem Gesundheitszustand oder ihrem Sexualleben oder ihrer sexuellen Orientierung aufbauen.⁸⁴ Die Verarbeitung der PNR-Daten soll „unter keinen Umständen“ von den Mitgliedstaaten als Mittel zur Umgehung ihrer Verpflichtungen aus der Genfer Flüchtlingskonvention benutzt werden. Außerdem sollte sie nicht zur Verweigerung „sicherer und effektiver rechtmäßiger Wege“ in das Unionsgebiet gegenüber Asylbewerber*innen dienen.⁸⁵ Diese Schutzklausel für Asylbewerber*innen in der Präambel findet jedoch keinen Niederschlag im Normtext der Richtlinie. Nur die Freizügigkeit der Unionsbürger*innen wird in der Richtlinie selbst explizit vor Beeinträchtigungen geschützt.⁸⁶ Die Erwägungsgründe können jedoch alleine, also ohne Pendant im Gesetzestext, keine Rechtskraft entfalten. Sie können lediglich die Anwendung und Auslegung der verbindlichen Regelungen beeinflussen.⁸⁷ Für Asylbewerber*innen beschränkt sich der verbindliche Normtext auf die bloße Nicht-Diskriminierung in Art. 6 Abs. 4. Der Schutz nicht-illegalisierter Zugangsmöglichkeiten zum Unionsgebiet aus Erwägungsgrund 21 ist lediglich ein, wenngleich dringlicher, Appell an die Mitgliedstaaten.

c) Zielsetzung der Richtlinie und Bezug zu illegalisierter Migration

Die Verarbeitung der Passagierdaten soll ausschließlich der Bekämpfung terroristischer Straftaten und schwerer Kriminalität dienen.⁸⁸ Die Richtlinie definiert „schwere Kriminalität“ anhand eines Kataloges strafbarer Handlungen. Diese müssen ferner im Mitgliedstaat mit einer Freiheitsstra-

⁸⁴ Art. 6 Abs. 4 Passagierdatenrichtlinie.

⁸⁵ ErwGr. 21 Passagierdatenrichtlinie. Die spannende Frage, was das für sichere und effektive Wege sind, welche Schutzsuchenden verbaut werden könnten, bleibt leider unbeantwortet.

⁸⁶ Art. 6 Abs. 9 Passagierdatenrichtlinie.

⁸⁷ Ausführlich hierzu T. Klimas/J. Vaiciukaite, *Journal of International & Comparative Law* 2008, 1-33.

⁸⁸ Siehe Art. 6 Abs. 2 Passagierdatenrichtlinie.

fe von mindestens drei Jahren bedroht sein.⁸⁹ Zu den relevanten strafbaren Handlungen zählt auch die „Beihilfe zur illegalen Einreise und zum illegalen Aufenthalt“.⁹⁰ Diese ist in Deutschland mit bis zu fünf Jahren Freiheitsstrafe strafbar.⁹¹ Eine Verarbeitung der Passagierdaten zur Bekämpfung illegalisierter Migration ist somit möglich. Der Fokus der Datenverarbeitung liegt dabei zunächst auf den unterstützenden Handlungen Dritter. Die Zunahme der Kontrolle und Illegalisierung von selbst nicht-migrierenden Personen zur Steuerung und Einschränkung von Migration wird im folgenden Abschnitt später noch ausführlicher thematisiert. Hier ist zunächst festzuhalten, dass die Erhebung, Speicherung und Verarbeitung der PNR-Daten auch der Bekämpfung illegalisierter Migration dient. Die Erhebung und Übermittlung der Daten obliegt dabei den privaten Fluggesellschaften. Bei Zuwiderhandlungen sieht auch die Passagierdatenrichtlinie abschreckende Sanktionen vor.⁹²

Zusammenfassend lässt sich insbesondere bei der Kontrolle und Informationsbeschaffung eine zunehmende (Zwangs-)Involvierung von Privaten feststellen.

*V. Illegalisierung von Nicht-Migrant*innen (Dritten) im Rahmen migrationsrechtlicher Regelungen*

Die Illegalisierung im Migrationsrecht beschränkt sich nicht auf den Personenkreis der Migrierenden selbst. Es gibt eine Vielzahl an Handlungen Dritter, welche in diesem Zusammenhang ebenfalls illegalisiert werden. Bereits erwähnt wurden das Beschäftigen von Personen mit illegalem Aufenthalt und die Nicht-Kooperation von Beförderungsunternehmen mit den Grenzbehörden.

Die bei weitem größten und wichtigsten Bereiche, in welchen Dritte vom migrationsspezifischen Illegalisierungszusammenhang erfasst werden, sind die Beihilfe zur illegalisierten Migration und der Menschenhandel und -schmuggel.

89 Art. 3 Nr. 9 Passagierdatenrichtlinie.

90 Anhang II Nr. 11 Passagierdatenrichtlinie.

91 § 96 Abs. 1 AufenthG. In besonders schweren Fällen sind bis zu zehn Jahren Freiheitsstrafe möglich, § 96 Abs. 2 AufenthG.

92 Art. 14 Passagierdatenrichtlinie.

1. Die Beihilfe zur illegalisierten Migration

Ausgangspunkt ist die Richtlinie zur Definition der Beihilfe zur unerlaubten Ein- und Durchreise und zum unerlaubten Aufenthalt.⁹³ Diese sieht zunächst eine generelle Ausnahme für die Hilfe zur illegalisierten Einreise, Durchreise und Aufenthalt von Angehörigen der Mitgliedsstaaten vor.⁹⁴ Das ist in zweierlei Hinsicht bemerkenswert. Zum einen wird damit klargestellt, dass auch die Migration von EU-Bürger*innen illegalisiert sein kann. Anderenfalls wäre eine Beihilfe schon gar nicht möglich und müsste nicht explizit ausgeschlossen werden. Das ist in Anbetracht des definitorischen Ausschlusses von EU-Bürger*innen vom illegalisierten Aufenthalt in der Rückführungsrichtlinie nicht frei von Widerspruch. Zum anderen verwundert der diesbezügliche Ausschluss der Beihilfe. Wenn die Richtlinie (zu Recht) davon ausgeht, dass auch EU-Bürger*innen Einreise und Aufenthaltsvorschriften verletzen können, ist es nicht nachvollziehbar, warum die Beihilfe dazu nicht gleichermaßen illegalisiert werden soll. Eine dahingehende Erklärung, dass die nicht-illegalisierte Ausübung der Personenfreizügigkeit, welche dem ganz überwiegenden Teil der Angehörigen der Mitgliedstaaten zusteht, nicht dadurch erschwert werden soll, dass Unterstützungshandlungen unter dem Damoklesschwert der Illegalisierung stehen, kann nicht überzeugen, da die Richtlinie stets Vorsatz für eine Sanktionierung fordert. Die Richtlinie wurde im Gesetzgebungsprozess ausgiebig diskutiert.⁹⁵ Eine Begründung für den Ausschluss der Beihilfe für EU-Bürger*innen findet sich dennoch nicht.

Die aus der Richtlinie folgende Verpflichtung der Sanktionierung erstreckt sich auf die Hilfe in das Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaates einzureisen, durchzureisen⁹⁶ oder sich dort aufzuhalten.⁹⁷ Jedoch nur sofern dies vorsätzlich und unter Verletzung der Rechtsvorschriften des betreffenden Staates geschieht. Während die Beihilfe zur illegalisierten Ein- und Durchreise generell sanktioniert werden soll, wird für die Beihilfe zum illegalisierten Aufenthalt zusätzlich ein Handeln zu Gewinnzwecken gefordert. Ferner besteht die Möglichkeit von einer Sanktionierung der Beihilfe

93 Definitionsrichtlinie (Fn. 5).

94 Art. 1 Abs. 1 lit a und b Definitionsrichtlinie (Fn. 5).

95 Die Richtlinie wurde damals noch im Konsultationsverfahren gegen den Widerstand des Parlaments verabschiedet, siehe ABl. 2001 C 276/244.

96 Art. 1 Abs. 1 lit. a. Definitionsrichtlinie (Fn. 5).

97 Art. 1 Abs. 1 lit. b. Definitionsrichtlinie (Fn. 5).

zur Ein- und Durchreise abzusehen, wenn mit der Handlung eine humanitäre Unterstützung der Person bezweckt wurde.⁹⁸ Diese humanitäre Ausnahmemöglichkeit besteht für die Beihilfe zum illegalisierten Aufenthalt nicht. Zugegebenermaßen stehen Gewinnzwecke und humanitäre Unterstützung in einem gewissen Widerspruch. Aber auch humanitäre Projekte müssen in einer kapitalistischen Ordnung wirtschaftlich operieren. Eine humanitäre Unterstützung ist folglich nicht zwingend von Gewinnzwecken losgelöst. Die mit dem zusätzlichen Erfordernis der Gewinnzwecke intendierte Privilegierung der Beihilfe zum Aufenthalt gegenüber der Beihilfe zur Ein- und Durchreise, kann somit in einigen Konstellationen in eine gegenteilige Ordnung umschlagen.

Die Frage, unter welchen Umständen eine Einreise, Durchreise oder der Aufenthalt als unerlaubt anzusehen ist, welche der Richtlinientitel zu beantworten vorgibt, bleibt leider weitestgehend offen. Die Richtlinie beschränkt sich diesbezüglich auf den Verweis auf die „Rechtsvorschriften des betreffenden Staates“.⁹⁹

Schließlich fordert die Richtlinie auch eine Sanktionierung der Anstiftung und der Beihilfe (zur Beihilfe) sowie des Versuchs der Beihilfe¹⁰⁰ und dass die Sanktionen wirksam, angemessen und abschreckend sind.¹⁰¹ Wie weit diese, im Strafrecht grundsätzlich nicht unübliche, Ausweitung des Täter*innenkreises reicht, wird erst auf den zweiten Blick deutlich. Die diesbezügliche Haupttat ist ja an sich bereits eine bloße Beihilfe. Die damit einhergehende Strafbarkeit der versuchten Beihilfe ist zumindest dem deutschen Strafrecht ansonsten fremd.¹⁰² Auch eine versuchte Anstiftung ist im deutschen Strafrecht grundsätzlich nur bei Verbrechen möglich.¹⁰³ Das Netz an strafrechtlich sanktionierbaren Personen ist bei Straf-

98 Art. 1 Abs. 2 Definitionsrichtlinie (Fn. 5).

99 Art. 1 Abs. 1 lit a und b Definitionsrichtlinie (Fn. 5).

100 Art. 2 Definitionsrichtlinie (Fn. 5).

101 Art. 3 Definitionsrichtlinie (Fn. 5).

102 Siehe, anstatt vieler, *K. Beckemper/K. Cornelius* in: BeckOK-StGB, 30. Edition (Stand: 1.3.2016), § 24 Rn. 61. Die von der Richtlinie geforderte Strafbarkeit findet sich jedoch in § 96 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 3 AufenthG entsprechend umgesetzt.

103 Die Strafraum der entsprechenden Haupttaten in § 95 Abs. 1 AufenthG beträgt jedoch lediglich bis zu ein Jahr Freiheitsstrafe oder Geldstrafe beziehungsweise in § 95 Abs. 3 AufenthG bis zu 3 Jahre Freiheitsstrafe oder Geldstrafe. Die nach § 30 Abs. 1 für eine Qualifizierung als Verbrechen notwendige Mindeststrafe von einem Jahr Freiheitsstrafe ist somit nicht gegeben. Dennoch ist auch der Versuch einer Anstiftung nach § 96 Abs. 1, Abs. 3 AufenthG strafbar.

tatbeständen mit Migrationsbezug im Ergebnis wesentlich umfassender gestrickt.

2. Das Pönalisierungsverbot aus Art. 31 Abs. 1 GFK, § 95 Abs. 5 AufenthG

Mangels nicht-illegalisierter Einreisemöglichkeiten bleibt Schutzsuchenden meist nur die Einreise entgegen der entsprechenden Vorschriften. Dieses Dilemma wird in Art. 31 Abs. 1 GFK aufgegriffen. Dort wird für Flüchtlinge ein Pönalisierungsverbot für die illegalisierte Einreise und den illegalisierten Aufenthalt normiert. Nach überwiegender Auffassung erstreckt sich der Strafschutz nicht auf anlässlich der illegalisierten Einreise oder des illegalisierten Aufenthalts begangene Begleitdelikte, wie beispielsweise Urkundendelikte.¹⁰⁴ Ferner schützt das Strafverbot zunächst nur die migrierte Person selbst. Dritte sind von diesem Strafschutz nicht umfasst. Nach deutscher Strafrechtsdogmatik gibt es zwar keine Teilnahme ohne vorsätzliche rechtswidrige Haupttat, das Pönalisierungsverbot aus Art. 31 Abs. 1 GFK, umgesetzt im nationalen Recht in § 95 Abs. 5 AufenthG, wird jedoch überwiegend nicht als Rechtfertigungsgrund angesehen, sondern als persönlicher Strafaufhebungsgrund.¹⁰⁵ Somit besteht

104 So in der Tendenz auch das BVerfG in seinem ausführlich begründeten Nichtannahmebeschluss, BVerfG, Beschl. v. 8.12.2014 – 2 BvR 450/11, NVwZ 2015, 361, jedoch einschränkend, wenn eine „notstandsähnliche Unmöglichkeit oder Unzumutbarkeit“ vorliegt, 366, Rn. 53 ff. Kritisch in den Anmerkungen dazu, C. Hörich/M. Bergmann, NVwZ 2015, 367 die ausgehend vom geschützten Rechtsgut die Sinnhaftigkeit einer Sanktionierung bezweifeln, 368. Für einen Ausschluss der Begleitdelikte von der Strafbefreiung siehe, L. Senge in: Erbs/Kohlhaas (Hrsg.), Strafrechtliche Nebengesetze, 207. EL (März 2016), § 95 AufenthG, Rn. 68; U. Hohoff in: BeckOK-Ausländerrecht, 10. Edition (Stand: 1.2.2016), § 95 Rn. 108. A.A. ausführlich A. Fischer-Lescano/J. Horst, Das Pönalisierungsverbot aus Art. 31 I GFK, zur Rechtfertigung von Straftaten bei Flüchtlingseinreisen, ZAR 2011, 81, 87 ff. und dem explizit folgend AG Korbach, InfAuslR 2012, 43; sowie P. Fahlbusch in: Hofmann, Ausländerrecht 2. Auflage (2016), § 95 Rn. 262 f. m.w.N.

105 Siehe zuletzt BVerfG (Fn. 104), 361, 362 Rn. 18. Ebenso J. Gericke in: MüKo StGB, 2. Auflage (2013), § 95 AufenthG Rn. 118; U. Hohoff, (Fn. 104), § 95 AufenthG Rn. 106; H. Winkelmann, in: Bergmann/Dienelt (Hrsg.), Ausländerrecht, 11. Auflage (2016), § 95 AufenthG Rn. 14; E. Stoppa, in: Huber (Hrsg.), Aufenthaltsgesetz (2010) § 95 Rn. 355. A.A. Fischer-Lescano/Horst (Fn. 104), 81, 89 f. die es als Rechtfertigungsgrund ansehen; sowie El-Ghazi/Fischer-

die rechtswidrige Haupttat fort und die Teilnahme ist weiterhin strafbar. Der Kreis der Personen, welche im Rahmen der Beihilfe zur illegalisierten Einreise und Durchreise sowie zum illegalisierten Aufenthalt sanktionierbar sind, ist damit nicht nur untypisch weit gefasst, er ist auch von den privilegierenden Einschränkungen der GFK ausgeschlossen. Während der weit gefasste Täter*innenkreis vor dem Hintergrund von oftmals stark verzweigten Netzwerken der Migrationshilfe nachvollziehbar ist, ist der Ausschluss von Begleitdelikten und Dritten vom Strafverbot schwerer verständlich.

Das BVerfG vertritt die Auffassung, dass trotz des in der GFK geforderten möglichst hohen Schutzniveaus, welches allgemein für eine weite Auslegung spricht, sich nicht unmittelbar aus der GFK ein Strafverbot hinsichtlich der Begleitdelikte ergibt.¹⁰⁶ Entscheidend für die Erfassung vom Strafausschluss sei vielmehr, ob das Delikt in einer notstandsähnlichen Situation verübt worden ist. Neben der Frage nach der Notstandähnlichkeit der Situation, erscheint es aber sinnvoll auch die betroffenen Rechtsgüter in die Entscheidung miteinzubeziehen. Wenn sich die geschützten Rechtsgüter der jeweiligen Strafvorschrift mit denen decken, welche die Strafbarkeit der illegalisierter Einreise oder Aufenthalt zu schützen versucht,¹⁰⁷ sich mithin der Strafzweck gleicht,¹⁰⁸ ist das Strafverbot aus Art. 31 Abs. 1 GFK richtigerweise ebenfalls anzuwenden. Die Forderung des BVerfG nach einer notstandsähnlichen Unmöglichkeit oder Unzumutbarkeit mehr ferner die Zweifel an der Einordnung als persönlicher Strafaufhebungsgrund und damit einhergehenden Ausschluss Dritter. Die Notstandsähnlichkeit rückt die Sachverhalte in die Nähe des rechtfertigenden Notstandes aus § 34 StGB. Dieser lässt als Rechtfertigungstatbestand jedoch die rechtswidrige Haupttat und somit die Strafbarkeit der Teilnahme

Lescano, StV 6/2015, 386, 388 f., jedoch unter Rückgriff auf § 34 StGB. *Fahlbusch* (Fn. 104), § 95 AufenthG Rn. 247 nimmt schon einen Ausschluss auf Tatbestandsebene an, jedoch ohne dies weiter zu begründen und mit unrichtigem Verweis auf *E. Stoppa*, *ibid.*, § 95 AufenthG Rn. 354 f. der tatsächlich ebenfalls einen persönlichen Strafaufhebungsgrund annimmt.

106 BVerfG (Fn. 104), 361, 364 Rn. 34 ff.

107 Namentlich die "Kontroll- und Steuerungsfunktion des ausländerrechtlichen Genehmigungsverfahrens", *B. Heinrich*, Verwaltungsakzessorität des Ausländerstrafrechts und Schleuserkriminalität, ZAR 2005, 309, 314.

108 Wie beispielsweise in einigen Fällen der Urkundenfälschung, wenn sich der Rechtsverkehr auf die mit der Einreisekontrolle betraute Person beschränkt, *C. Hörich/M. Bergmann*, (Fn. 104), 367, 368.

entfallen. Gleiches wäre daher auch für die Fälle des Art. 31 Abs. 1 GFK beziehungsweise § 95 Abs. 5 AufenthG angezeigt. Im Ergebnis ist die Einordnung des Pönalisierungsverbots als persönlicher Strafaufhebungsgrund legitimen Zweifeln ausgesetzt und der umfassende Ausschluss von Begleitdelikten nur schwer rechtfertigbar.

3. Ziel und Ausgestaltung der Menschenhandelsrichtlinie

Neben der weitestgehend konsensualen Zusammenarbeit Dritter im Rahmen der Beihilfe zur illegalisierten Migration besteht auch eine Vielzahl an Fällen, in welchen Dritte Menschen gegen ihren Willen migrieren. Trotz seiner enormen politischen und menschenrechtlichen Bedeutung, finden sich auf EU Ebene nur relativ wenige Normen, die sich explizit mit dem Thema Menschenhandel beschäftigen. Zentrales Instrument ist die Menschenhandelsrichtlinie.¹⁰⁹ Diese beschäftigt sich dem Titel nach mit der Erteilung von Aufenthaltstitel von Opfern des Menschenhandels und benennt als Gegenstand der Richtlinie auch die Erteilung eines befristeten Aufenthaltstitels für Drittstaatsangehörige die “bei der Bekämpfung des Menschenhandels und der Beihilfe zur illegalen Einwanderung kooperieren“.¹¹⁰ Die Anwendung im Falle von Opfern des Menschenhandels ist für die Mitgliedsstaaten obligatorisch, in Fällen bloßer Beihilfe zur illegalisierten Einwanderung hingegen fakultativ.¹¹¹ Die bedeutendste Regelung der Richtlinie ist die Gewährung eines befristeten Aufenthaltstitels für kooperationswillige Drittstaatsangehörige.¹¹² Mit dem Aufenthaltstitel geht ein Recht auf Arbeitsmarkt- und Bildungszugang einher.¹¹³ Davor wird eine Bedenkzeit eingeräumt, aus welcher sich zwar noch kein Aufenthaltsrecht ergibt,¹¹⁴ aber Zugang zu medizinischer Notversorgung und Mitteln zur Sicherung des Lebensunterhalts gewährt¹¹⁵. Ferner sieht die Richtlinie eine besondere Rücksichtnahme auf das Kindeswohl bei Minderjährigen¹¹⁶

109 Menschenhandelsrichtlinie (Fn. 21).

110 Art. 1 Menschenhandelsrichtlinie (Fn. 21).

111 Art. 3 Abs. 1 und 2 Menschenhandelsrichtlinie (Fn. 21).

112 Art. 8 Menschenhandelsrichtlinie (Fn. 21). Dieser ist zunächst mindestens sechs Monate gültig und gegebenenfalls verlängerbar.

113 Art. 11 Abs. 1 Menschenhandelsrichtlinie (Fn. 21).

114 Art. 6 Abs. 1 und 3 Menschenhandelsrichtlinie (Fn. 21).

115 Art. 7 Abs. 1 Menschenhandelsrichtlinie (Fn. 21).

116 Art. 10 Menschenhandelsrichtlinie (Fn. 21).

vor und einen Zugang zu Programmen und Maßnahmen für die Rückführung in ein normales soziales Leben, so sie denn in dem jeweiligen Mitgliedstaat bestehen¹¹⁷. Den Opfern von Menschenhandel wird somit ein doch relativ umfassender Schutz sowie umfangreiche Unterstützung und Entfaltungsmöglichkeiten gewährt. Dieser Schutz und die Unterstützung sind jedoch nur temporär. Der Aufenthaltstitel und die damit einhergehenden Unterstützungen können entzogen oder nicht verlängert werden. Der Entzug ist möglich, sofern das Opfer aktiv, freiwillig und aus eigener Initiative den Kontakt zu den mutmaßlichen Tätern wiederaufnimmt, es betrügt, die Zusammenarbeit einstellt oder die öffentliche Ordnung oder die innere Sicherheit gefährdet.¹¹⁸ Das ist normativ nachvollziehbar, da es an ein persönliches Fehlverhalten der Person anknüpft. Daneben besteht jedoch auch die Möglichkeit des Entzuges, wenn die Behörde beschließt, das Verfahren einzustellen,¹¹⁹ beziehungsweise diese nicht zu verlängern wenn das Verfahren abgeschlossen wurde¹²⁰. Auf diese Tatsache beziehungsweise Entscheidung hat das Opfer jedoch keinerlei Einfluss, erst recht kann sie ihr nicht vorgeworfen werden. Dennoch werden dem Opfer des Menschenhandels der Schutz, die Unterstützung und die Entfaltungsmöglichkeiten entzogen. Es gelangt das allgemeine Ausländerrecht zur Anwendung.¹²¹ Die Mitgliedstaaten sind lediglich dazu angehalten, bei einem Antrag auf einen anderweitigen Aufenthaltstitel in Betracht zu ziehen, dass ein Aufenthaltstitel aufgrund der Richtlinie erteilt wurde.¹²² In aller Deutlichkeit und Härte wird damit klar, dass es letztlich um Informationsbeschaffung und Kriminalitätsbekämpfung und nicht um einen effektiven Opferschutz geht. Die Sonderregelungen der Menschenhandelsrichtlinie gelten nur solange die Person eine sinnvolle Hilfe bei der Bekämpfung des Menschenhandels und illegalisierten Einwanderung darstellt.

117 Art. 12 Abs. 1 Menschenhandelsrichtlinie (Fn. 21).

118 Art. 14 lit. a bis d Menschenhandelsrichtlinie (Fn. 21).

119 Art. 14 lit. e Menschenhandelsrichtlinie (Fn. 21).

120 Art. 13 Abs. 1 Menschenhandelsrichtlinie (Fn. 21).

121 Art. 13 Abs. 2 Menschenhandelsrichtlinie (Fn. 21).

122 ErwGr. 18 Menschenhandelsrichtlinie (Fn. 21).

VI. Zusammenfassung der Ergebnisse

Eine umfassende Dekonstruktion und Kritik illegalisierter Migration ist in einem einzelnen Beitrag nicht möglich. Der Beitrag beschränkt sich daher auf einzelne Aspekte. Hinsichtlich der Terminologie ist die Begrifflichkeit der illegalisierten Migration anderen Beschreibungen vorzuziehen. Dies gilt insbesondere auch für die Beschreibungen als illegale oder irreguläre Migration, welche im Unionsrecht, weitestgehend undefiniert, weit verbreitet sind. Illegalisierte Migration geht über die bloßen aufenthaltsrechtlichen Voraussetzungen hinaus. Sie umfasst sämtliche Bereiche in denen Migration als Anlass oder Anknüpfungspunkt für eine Illegalisierung dient. Illegalisierung ist stets normgeprägt. Die normative Prägung migrationsrechtlicher Sachverhalte im Unionsrecht lässt sich als „präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt“ beschreiben. Im Sekundärrecht lässt sich eine oftmals verschleierte Fokussierung auf die Bekämpfung illegalisierter Migration beobachten. Ferner ist eine zunehmende Involvierung von Privaten festzustellen, insbesondere bei der Kontrolle und Informationsbeschaffung. Hinsichtlich der Illegalisierung von Dritten lässt sich festhalten, dass der strafrechtlich sanktionierbare Personenkreis im Rahmen der Beihilfe zur illegalisierten Migration gegenüber der Konzeption der Teilnahme im deutschen Strafrecht erheblich erweitert ist. Dies liegt im deutschen Strafrecht nicht zuletzt an einer fragwürdigen Anwendung des Pönalisierungsverbots aus der Genfer Flüchtlingskonvention. Dieser weitgehenden Kriminalisierung auf Täterinnenseite steht in der Menschenhandelsrichtlinie ein eingeschränkter Opferschutz gegenüber, welcher einer funktionalisierenden Nützlichkeitslogik folgend, die betroffenen Personen nur temporär schützt und in einer prekären Situation verharren lässt.

Die Mehrebenendimension aufenthaltsrechtlicher Irregularität. Konzeptionelle Überlegungen zum Auftreten irregulärer Migration in der EU

*Kevin Fredy Hinterberger**

Die (öffentlichen) Debatten über das Auftreten irregulärer Migration vermitteln oftmals den Eindruck, dass jeder Mitgliedstaat noch selbstständig darüber entscheidet, ob der Aufenthalt eines Nichtstaatsangehörigen¹ genehmigt wird. Mit anderen Worten, ob die Person (aufenthaltsrechtlich) irregulär wird. Diesem zu undifferenzierten Verständnis will ich in diesem Beitrag entgegentreten.² Fortan argumentiere ich daher, dass der Begriff der aufenthaltsrechtlichen Irregularität in seiner Mehrebenendimension zu entwickeln ist. Hierbei stehen zwei zusammenhängende Fragen im Mittelpunkt:

- Welche Personen können in der EU als irreguläre Migrant*innen identifiziert werden?³

* Doktorand und Stipendiat der Österreichischen Akademie der Wissenschaften (DOC) am Institut für Staats- und Verwaltungsrecht der Universität Wien und derzeit Forschungsassistent in der Arbeiterkammer Wien. Für kritische Kommentare und Anregungen danke ich Jürgen Bast, Alexander Egger, Anusheh Farahat, Holger Hoffmann, Emilia Jawad, Stephan Klammer, Christa Tobler und Cassandra Wetz. Der Beitrag stellt einen Auszug aus meiner sich im Entstehungsprozess befindlichen Dissertation dar und wird in englischer Sprache (voraussichtlich) in der Zeitschrift für öffentliches Recht 2017 erscheinen.

1 Nichtstaatsangehörige sind aus Staatsperspektive jene Personen, die keine Staatsbürger*innen sind; vgl. zur Begrifflichkeit *H. Motomura, Americans in Waiting* (2006), S. 3 ff. und *C. Costello, The Human Rights of Migrants and Refugees in European Law* (2016), S. 4.

2 Für eine eindrucksvolle These mit anderen Schwerpunkten siehe *Costello* (Fn. 1), S. 13 ff.

3 Eine erste Annäherung bei *E. Guild, Who is an irregular migrant?*, in: Bogusz/Cholewinski/Cygan/Szyszczyk (Hrsg.): *Irregular Migration and Human Rights* (2004), S. 3.

- Liegt es in der Kompetenz der Mitgliedstaaten oder der EU, über die Genehmigung des Aufenthalts von Nichtstaatsangehörigen zu entscheiden oder handelt es sich dabei um eine geteilte Zuständigkeit?

»Irregulär« bezeichnet in der Folge den aufenthaltsrechtlichen Status jener Migrant*innen, welche durch die Nichterfüllung oder Verletzung von bestimmten Rechtsvorschriften kein Aufenthaltsrecht (mehr) haben. Der Zugriff auf das Problem erfolgt aus der Perspektive grenzüberschreitender Migrant*innen und nicht aus dem Blickwinkel des Ausweisungsrechts.⁴

Einleitend wird hierzu überblickshaft das Konzept irregulärer Migration beleuchtet (I.). Anschließend erfolgt ein Eingehen auf den hier verwendeten Aufenthaltsrechtsbegriff, der ein zentrales Element der festgelegten und näher zu beschreibenden »irregulär«-Definition ist (II.). Sodann wird die »irregulär«-Definition anhand von Musterbeispielen illustriert. Denn in der EU sind bestimmte Nichtstaatsangehörige aufenthaltsrechtlich bessergestellt als andere. Diese aufenthaltsrechtlich privilegierten Personenkategorien bieten den bestmöglichen Kontrast, um die Konturen aufenthaltsrechtlicher Irregularität zu erfassen. Sie werden daher als Schablone herangezogen, da sie nur ausnahmsweise irregulär werden können. Die Personengruppen dienen als Negativdefinition zur Herauskristallisierung unter welchen Bedingungen irreguläre Migration in der EU auftreten kann. Ihnen ist gemein, dass die Entscheidung über die Genehmigung ihres Aufenthalts nicht in die Kompetenz der Mitgliedstaaten fällt (III.). Abschließend kann die Mehrebenendimension aufenthaltsrechtlicher Irregularität dargestellt werden (IV.).

I. Konzept irregulärer Migration

Die Macht und das Recht »to admit and exclude aliens«⁵ ist ein Ausfluss staatlicher Souveränität und stellt einen der Grundpfeiler des völkerrechtlichen »law of aliens« dar.⁶ Dieses Recht – die Einreise und den Aufent-

4 Siehe III., speziell Fn. 55.

5 L. Bosniak, Human Rights, State Sovereignty and the Protection of Undocumented Migrants under the International Migrant Workers convention, *International Migration Review* 1991, 737, 754.

6 Vgl. D. Martin, The Authority and Responsibility of States, in: Aleinikoff/Chetail (Hrsg.) *Migration and International Legal Norms* (2003), S. 31; J. Nafziger, The General Admission of Aliens under International Law, *American Journal of Interna-*

halt von Nichtstaatsangehörigen zu genehmigen – ist jedoch nicht uneingeschränkt, auch wenn die Staaten hierbei einen (weiten) Entscheidungsspielraum⁷ genießen.⁸ Einerseits bieten Menschenrechte – d.h. das Völkerrecht – einen gewissen Schutz;⁹ dies wurde vom EGMR bereits 1985 im Fall *Abdulaziz*¹⁰ bestätigt.¹¹ Andererseits schränkt das Europarecht den Spielraum der Mitgliedstaaten für eigenständige bzw. abweichende nationalstaatliche¹² Regelungen ein.¹³ Wie noch zu zeigen sein wird,¹⁴ dient dies als erster Ansatz für die Darstellung der Mehrebenendimension aufenthaltsrechtlicher Irregularität.

Allgemein gesprochen, tritt irreguläre Migration auf, wenn Personen ohne Einreise- bzw. Aufenthaltsrecht in das Staatsgebiet eines Staates einreisen und/oder sich dort aufhalten.¹⁵ Die Bewegungsfreiheit der Personen wird unter anderem durch die Normen der Staaten eingeschränkt. »Thus, irregular migration is not an independent social phenomenon but exists in relation to state policies and is a social, political and legal construction«¹⁶.

Das Konzept irregulärer Migration zeichnet sich folglich durch zwei Merkmale aus. Zunächst muss ein Staat, damit er die Zuwanderung auf

tional Law 1983, 804, 804 ff.; G. Krohne, Die Ausbürgerung illoyaler Staatsangehöriger (2013), S. 163.

7 Im Englischen wird üblicherweise der Begriff »discretion« verwendet; siehe E. Guild, Discretion, Competence and Migration in the European Union, EJML 1999, 61, 63 f.

8 Vgl. grundlegend G. Goodwin-Gill, International Law and the Movement of Persons between States (1978); G. Cornelisse, Immigration Detention and Human Rights (2010), S. 161 ff., 176 ff.

9 Vgl. R. Cholewinski, No Right of Entry, in: Groenendijk/Guild/Minderhoud (Hrsg.): In Search of Europe's Borders (2002), S. 107; H. Tewocht, Der Drittstaatsangehörige im Unionsrecht (2016), S. 418 m.w.N.

10 EGMR, Urt. v. 28.5.1985, Nr. 9214/80, 9473/81, 9474/81, *Abdulaziz, Cabales und Balkandali*, Rn. 67.

11 Siehe EuGH, *Parlament/Rat*, C-540/03, EU:C:2006:429, Rn. 55.

12 Als nationalstaatlich wird der moderne Territorialstaat verstanden; vgl. K. Röhl/H. Röhl, Allgemeine Rechtslehre, 3. Auflage (2008), S. 216.

13 Vgl. H. Tewocht, Auf dem Weg zur Gleichstellung von Drittstaatsangehörigen und Unionsbürgern? – Zu Inhalt und Reichweite der sogenannten 'Rahmenrichtlinie', ZAR 2012, 217, 218 Fn. 6 m.w.N.

14 Siehe III. und IV.

15 Siehe auch II.

16 F. Düvell, Paths into Irregularity, EJML 2011, 275, 276; vgl. auch G. Tapinos, Irregular Migration, in: OECD (Hrsg.): Combating the Illegal Employment of Foreign Workers (2000), S. 13.

sein Hoheitsgebiet kontrollieren kann, nach den Regeln des Staats- und Völkerrechts über ein Staatsgebiet, eine Bevölkerung und eine effektive Regierung verfügen.¹⁷ Zweitens ist es ein durch Normen geschaffenes politisches und soziales Phänomen;¹⁸ mit anderen Worten produzieren von Staaten erlassene Normen die aufenthaltsrechtliche Irregularität von Migrant*innen.¹⁹ Nachfolgend wird die aufenthaltsrechtliche Perspektive analysiert.²⁰ Insgesamt ist festzuhalten, dass das Konzept daher nur auf jene Staaten übertragbar ist, die die Zuwanderung auf ihr Hoheitsgebiet durch rechtliche Normen regulieren.²¹ Darunter fallen jedenfalls alle Mitgliedstaaten der EU. Darüber hinaus beinhaltet irreguläre Migration eine zeitliche Komponente, da bspw. Regularisierungen (Altfallregelungen o.ä.)²² oder die Ausreise der betroffenen Personen den Zustand aufenthaltsrechtlicher Irregularität beenden können.²³

II. Aufenthaltsrechtliche Irregularität

Um die aufenthaltsrechtliche Stellung²⁴ von Migrant*innen zu eruieren, ist es zunächst erforderlich sich mit dem für die »irregulär«-Definition zentralen Element des Aufenthaltsrechts auseinanderzusetzen. Anschließend kann die genannte Definition erläutert und gebildet werden.

17 Vgl. *M. Shaw*, International Law, 7. Auflage (2014), S. 144-150.

18 Vertiefend *S. Willen*, Toward a Critical Phenomenology of "Illegality", International Migration 2007, 8.

19 Vgl. *A. Blus*, Beyond the Walls of Paper. Undocumented Migrants, the Border and Human Rights, EJMR 2013, 413, 422 ff.; *K. Koser*, International Migration (2007), S. 54 f. Zutreffend *S. Carrera/E. Guild*, Addressing Irregular Migration, Facilitation and Human Trafficking, in: Carrera/Guild (Hrsg.): Irregular Migration, Trafficking and Smuggling of Human Beings (2016), S. 1, 3 f.; sowie der Beitrag von *Tobias Klarmann* in diesem Band.

20 Vgl. *S. Angenedt*, Irreguläre Migration als internationales Problem, SWP Studie, Dezember 2007, S. 1; *N. De Genova*, The Legal Production of Mexican/Migrant 'Illegality', Latino Studies 2004, 160, 161; *OECD*, Trends in International Migration (1999), S. 230.

21 *S. Angenedt* (Fn. 20), S. 11.

22 Siehe überblickshaft *W. Kluth*, Einheitliche Europäische Zuwanderungspolitik: Vertragsrechtliche Grundlagen und Vergleich der politischen Konzeptionen. Legalisierungsmaßnahmen, ZAR 2007, 20 und *M. Pelzer*, Regularisierung des Aufenthalts von Menschen ohne Papiere: Bausteine einer liberalen Migrationspolitik?, in: Fischer-Lescano/Kocher/Nassibi (Hrsg.): Arbeit in der Illegalität (2012), S. 143.

23 Vgl. *Tapinos* (Fn. 16), S. 15.

1. Aufenthaltsrecht

a) Begriffsbestimmung

Als Aufenthaltsrecht wird in diesem Beitrag jener Status verstanden, der das Recht verleiht sich auf dem Territorium eines Mitgliedstaates aufzuhalten. Damit kann – muss aber nicht – ein Recht zur Einreise bzw. Aufnahme einer Erwerbstätigkeit verbunden sein.

Im engeren Sinne wird darunter generell ein rechtmäßiger Aufenthalt verstanden, etwa in der Form eines Aufenthaltstitels.²⁵ In einem weiteren Sinne und – in meiner Abgrenzung zwischen regulär und irregulär – wird u.U. auch das in Österreich²⁶ und Deutschland²⁷ existierende Rechtsinstitut der Duldung unter den Begriff des Aufenthaltsrechts subsumiert. Formell handelt es sich hierbei zwar um keinen rechtmäßigen Aufenthalt.²⁸ Eine Einordnung als Aufenthaltsrecht im hier verstandenen Sinne erscheint aber in jenen Fällen sinnvoll, in denen eine »faktische und durch die Rechtsordnung vorübergehend nicht aufhebbare Aufenthaltsmöglichkeit«²⁹ geschaffen wird.³⁰

24 *Costello* (Fn. 1), S. 2, spricht etwa vom »migration status«, der durch Einwanderungs- und Asylgesetze geschaffen wird. Der Begriff scheint weiter zu sein, da er mehr als das Aufenthaltsrecht miteinbezieht.

25 Siehe hierzu nur etwa § 4 Aufenthaltsgesetz, in der Fassung der Bekanntmachung vom 25. Februar 2008 (BGBl. I S. 162), das durch Art. 8 Abs. 6 des Gesetzes vom 31. Juli 2016 (BGBl. I S. 1939) geändert worden ist, (AufenthG), oder §§ 15 und 31 Fremdenpolizeigesetz 2005, BGBl. I 100/2005 in der Fassung BGBl. I 24/2016, (FPG 2005).

26 § 46a FPG 2005 (Fn. 25); vertiefend *K. Hinterberger/S. Klammer*, Das Rechtsinstitut der fremdenpolizeilichen Duldung, *migraLex* 2015, 73.

27 § 60a AufenthG (Fn. 25); vertiefend *M. Bruns*, in: Hofmann (Hrsg.): *Ausländerrecht*, 2. Auflage (2016), § 60a AufenthG.

28 § 31 Abs. 1 Nr. 3 FPG 2005 (Fn. 25) bzw. § 60a Abs. 3 AufenthG (Fn. 25).

29 *Kluth* (Fn. 22), 22. Anderer Ansicht *F. Lutz*, Return Directive, in: Hailbronner/Thym (Hrsg.): *EU Immigration and Asylum Law Commentary*, 2. Auflage (2016), Art. 3 Rückführungsrichtlinie Rn. 8, der sich auf Art. 3 Abs. 2 Richtlinie 2008/115/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 2008 über gemeinsame Normen und Verfahren in den Mitgliedstaaten zur Rückführung illegal aufhältiger Drittstaatsangehöriger, ABl. 2008 L 348/98, (Rückführungsrichtlinie), bezieht.

30 Ein näheres Eingehen hierauf, speziell ab welchem Zeitraum von »vorübergehend« gesprochen werden kann, ist aufgrund der Länge des Beitrags nicht möglich.

b) Die näher zu analysierende Art von Aufenthaltsrecht

Nunmehr stellt sich die Frage, welche Art von Aufenthaltsrecht in den Fokus genommen wird: Näher analysiert werden die Fälle, in denen mit der tatsächlichen Einreise ein Aufenthaltsrecht eingeräumt wird und die Entscheidung darüber einer national- bzw. mitgliedstaatlichen Entscheidung entzogen ist. Aus konzeptioneller Sicht reizvoll sind daher vor allem jene Aufenthaltsrechte von Nichterwerbstätigen, die sozusagen »automatisch« mit der Einreise einhergehen oder etwa – speziell bei Flüchtlingen – in einem deklaratorischen Statusverifikationsverfahren³¹ zuerkannt werden. Wie noch zu zeigen sein wird, ist in diesen Fällen dementsprechend eine aufenthaltsrechtliche Privilegierung gegeben.³²

Klarerweise kann mit einer wirtschaftlichen Betätigung ein Recht zum Aufenthalt einhergehen, in vorliegender Arbeit werden aber jene Aufenthaltsrechte behandelt, deren Begründungsvoraussetzung gerade nicht die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit ist. Im Zusammenhang mit Unionsbürger*innen werden daher bspw. die Personenverkehrsfreiheiten nicht beleuchtet, weil dafür die Arbeitnehmer*inneneigenschaft erfüllt sein muss.³³ Das allgemeine Freizügigkeitsrecht hingegen ist als Auffangtatbestand³⁴ sehr wohl zu analysieren.

2. »Irregulär«-Definition

Für den Begriff der »irregulären« Migrant*innen gibt es keine einheitliche aufenthaltsrechtliche Definition.³⁵ Die Grundrechteagentur der EU³⁶ ge-

31 J. Bast, Aufenthaltsrecht und Migrationssteuerung (2011), S. 286.

32 Siehe vor allem III.5.

33 Arbeitnehmer*innenfreizügigkeit Art. 45 Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, ABl. 2012 C 326/01, (AEUV); die Niederlassungsfreiheit Art. 49 AEUV; die Dienstleistungsfreiheit Art. 56 AEUV; vgl. Literatur in Fn. 84.

34 Vgl. EuGH, *Carpenter*, C-60/00, EU:C:2002:434, Rn. 39; EuGH, *Kommission/Deutschland*, C-318/05, EU:C:2007:495, Rn. 32 ff.

35 Vgl. etwa F. Düvell, Irreguläre Immigration in Europa, in: Falge/Fischer-Lescano/Siebeking (Hrsg.): *Arbeit in der Illegalität* (2012), S. 23, 23 ff. m.w.N.; A. Fischer-Lescano/E. Kocher/G. Nassibi, Einleitung, in: Fischer-Lescano/Kocher/Nassibi (Hrsg.): *Arbeit in der Illegalität* (2012), S. 7, 8.

36 Vgl. FRA, *Die Grundrechte von Migranten in einer irregulären Situation in der Europäischen Union* (2011), S. 16.

braucht diesen als Synonym für den in Art. 3 Abs. 2 Rückführungsrichtlinie³⁷ verwendeten Terminus des »illegal aufhältigen Drittstaatsangehörigen«. Die Kompetenz der EU zur Erlassung dieser Richtlinie gründet sich in Art. 79 Abs. 2 lit. c AEUV.³⁸ Der dort verwendete unionsverfassungsrechtliche Begriff des »illegalen Aufenthalts« ist komplementär zu »sich rechtmäßig in einem Mitgliedstaat aufhalten«³⁹ zu verstehen.⁴⁰ D.h. die Verträge der EU behandeln Migrant*innen als »legal« oder »illegal«.⁴¹ Diese Dichotomie wird zwar – zu Recht – in Bezug auf viele Aspekte der Auseinandersetzung mit der Thematik kritisiert, da sie den gesellschaftlichen Prozess der »Illegalisierung« verkennt.⁴² Der Term »illegal« ist meines Erachtens jedoch abzulehnen, da er stigmatisierend⁴³ ist und Migrant*innen als kriminell darstellt.⁴⁴ Auch kritisieren Teile der Literatur die Verwendung desselben.⁴⁵ Der Gebrauch des Begriffspaares »illegal aufhältig« hebt die festgestellte negative Konnotation und Stigmatisierung ebenfalls nicht auf.⁴⁶ Deshalb wird die Bezeichnung »irregulär« in dieser Arbeit vorgezogen. »Irregulär« steht in der Folge für den aufenthaltsrecht-

37 Rückführungsrichtlinie (Fn. 29).

38 Vgl. *D. Thym*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.): Kommentar EUV/AEUV Band I (Lfg. 42, 2010), Art. 79 AEUV Rn. 34 und *C. Hörich*, Abschiebungen nach europäischen Vorgaben (2015), S. 19.

39 Art. 79 Abs. 2 lit. b AEUV (Fn. 33).

40 *J. Bast*, Illegale Migration und die Rechte von illegalen Migrantinnen und Migranten als Regelungsgegenstände des Europarechts, in: Fischer-Lescano/Kocher/Nassibi (Hrsg.), Arbeit in der Illegalität (2012), S. 71, 78.

41 *Costello* (Fn. 1), S. 64.

42 Siehe nur *Tobias Klarmann* in diesem Band m.w.N. sowie *Costello* (Fn. 1), S. 64 f.

43 Parlamentarische Versammlung des Europarats, Resolution 1509 (2006) v. 27.6.2006, § 7.

44 Vgl. Menschenrechtskommissarin der VN Navi Pillay, 12te Sitzung des Menschenrechtsrats v. 22.9.2009; *Bluš* (Fn. 19), 414; *G. Lazaridis*, International Migration into Europe (2015), S. 11 f.; *T. Tohidipur*, Grund- und Menschenrechte illegalisierter Migrantinnen und Migranten, in: Fischer-Lescano/Kocher/Nassibi (Hrsg.): Arbeit in der Illegalität (2012), S. 41, 42 m.w.N.; *Pelzer* (Fn. 22), S. 145; *Koser* (Fn. 19), S. 54.

45 Vgl. etwa *R. Cholewinski*, The Criminalisation of Migration in EU Law and Policy, in: Baldaccini/Guild/Toner (Hrsg.), Whose Freedom, Security and Justice? EU Immigration and Asylum Law and Policy (2007), S. 301, 305 f.; *Carrera/Guild* (Fn. 19), S. 6; *Koser* (Fn. 19), S. 54 f.; *Costello* (Fn. 1), S. 64; *W. Dumon*, Effects of Undocumented Migration for Individulas Concerned, International Migration 1983, 218, 218.

46 *Kluth* (Fn. 22), 21 Fn. 12.

lichen Status jener Migrant*innen, welche durch die Nichterfüllung oder Verletzung von bestimmten Rechtsvorschriften kein Aufenthaltsrecht⁴⁷ (mehr) haben.⁴⁸

Mit der Definition wird ein präziser rechtlicher Fachbegriff geschaffen,⁴⁹ der die uneinheitliche Terminologie des Unionsrechts bzw. der Mitgliedstaaten⁵⁰ – hinsichtlich irregulärer, illegaler, illegal aufhältiger, sans papier⁵¹ bzw. nicht autorisierter Migrant*innen – für die Zwecke des Aufenthaltsrechts vereinheitlicht. Dieser leistet so auch einen Beitrag zur Modernisierung des deutschsprachigen bzw. österreichischen Migrationsrechts.⁵² Überdies grenzt sich die Definition von der in der Rückführungsrichtlinie gebrauchten durch das Element des »Aufenthaltsrechts« ab.⁵³ Das bedeutet, dass »irregulär« als »autonomer dogmatischer und somit spezifisch juristischer Begriff, der sich allgemein zur Strukturierung des Rechts eignet verwendet wird«.⁵⁴

III. Aufenthaltsrechtlich privilegierte Migrant*innen

Sodann wird die »irregulär«-Definition anhand von Musterbeispielen illustriert. Denn sind in der EU bestimmte Nichtstaatsangehörige aufenthaltsrechtlich bessergestellt als andere. Diese aufenthaltsrechtlich privilegierten Personenkategorien bieten den bestmöglichen Kontrast, um die Konturen aufenthaltsrechtlicher Irregularität zu erfassen. Sie werden daher als Schablone herangezogen, da sie nur ausnahmsweise irregulär werden können. Die Personengruppen dienen als Negativdefinition zur Herauskristallisierung unter welchen Bedingungen irreguläre Migration in der

47 Siehe II.1.

48 Vgl. auch die Definitionen in *R. Uriarte Torrealday*, Algunas reflexiones criticas a partir de la jurisprudencia sobre inmigración irregular, *Revista de Derecho Político* 2009, 297, 297; *Düvell* (Fn. 35), S. 24; *W. Böhring*, Regularising the Irregular, *International Migration* 1983, 159, 160.

49 *Uriarte Torrealday* (Fn. 48), 299, 312; vgl. *Cholewinski* (Fn. 45), S. 306.

50 Vgl. *M. Baldwin-Edwards/A. Kraler*, REGINE Regularisations in Europe, *Jänner* 2009, S. 1 f.

51 Vgl. *Tohidipur* (Fn. 44), S. 41; *H. Stobbe*, Undokumentierte Migration in Deutschland und den Vereinigten Staaten (2004), S. 1 ff.

52 Vgl. *Bast* (Fn. 31), S. 1 ff., 291 ff.

53 Siehe II.1. und Fn. 29.

54 Vgl. *A. Glaser*, Die Entwicklung des Europäischen Verwaltungsrechts aus der Perspektive der Handlungsformenlehre (2013), S. 70.

EU auftreten kann. Ihnen ist gemein, dass die Entscheidung über die Genehmigung ihres Aufenthalts nicht in die Kompetenz der Mitgliedstaaten fällt.

Um die aufenthaltsrechtliche Stellung zu eruieren, wird in der Folge jeweils aus der Perspektive Nichtsstaatsangehöriger – und gerade nicht wie bisher zumeist aus dem Blickwinkel des Ausweisungsrechts⁵⁵ – die Genehmigung (der Einreise in einen und) des Aufenthalts in einem Mitgliedstaat der EU konzeptionell beleuchtet. Um eine Systematisierung zu erreichen, wird durch eine abstrakte Herangehensweise nicht jede mögliche Fallkonstellation abgedeckt.

1. Allgemeines

Das Primärrecht⁵⁶ unterscheidet grundsätzlich zwischen Unionsbürger*innen und Drittstaatsangehörigen.⁵⁷ Letztere sind all jene, die nicht Unionsbürger*innen sind.

Staatenlose⁵⁸ werden Drittstaatsangehörigen – gem. Art. 67 Abs. 2 S. 2 AEUV für die »Politik im Bereich Grenzkontrollen, Asyl und Einwanderung«⁵⁹ – gleichgestellt. Folglich sind alle einschlägigen Normen des Primär- aber auch des Sekundärrechts auf sie anwendbar,⁶⁰ weshalb sie auch in dieser Arbeit unter den Terminus der Drittstaatsangehörigen subsumiert werden.

Diese Systematik verlangt es zunächst, die personelle Zweiteilung des europäischen Migrationsrechts in der Unterscheidung zwischen Unionsbürger*innen und Drittstaatsangehörigen darzustellen und dies als ersten Bezugspunkt zu wählen. Dieses Sonderregime verlangt eine intensive Betrachtung (III.2.). Sehr ähnlichen Rechtsregimen unterliegen ausgewählte

55 Anstatt vieler: *D. Thym*, Schutz des Aufenthalts zwischen polizeilicher Herkunft und menschenrechtlicher Neuausrichtung, in: *Arndt/Betz/et al.* (Hrsg.): 48. Assistententagung Öffentliches Recht (2008) S. 221.

56 Vgl. Art. 20 f. und 45 ff. AEUV (Fn. 33).

57 Überblickshaft *P. Boeles/M. den Heijer/G. Lodder/K. Wouters*, *European Migration Law*, 2. Auflage (2014), S. 30 ff.

58 Siehe zum Überblick *K. Kruma*, *EU Citizenship, Nationality and Migrant Status* (2014), S. 57 ff.

59 Vgl. Überschrift Teil V Kapitel 2 AEUV (Fn. 33).

60 Anstatt vieler: *W. Weiß/H. Satzger*, in: *Streinz* (Hrsg.) *EUV/AEUV Kommentar*, 2. Auflage (2012), Art. 67 AEUV Rn. 32.

assoziierte Drittstaatsangehörige, denen eine annähernd gleiche aufenthaltsrechtliche Stellung wie Unionsbürger*innen zukommt (III.3.). Die dritte und letzte zu beschreibende Kategorie sind Personen mit zuerkanntem internationalem Schutz, wobei hierfür die harmonisierten Schutzformen des Gemeinsamen Europäischen Asylsystems den Anknüpfungspunkt bilden (III.4.). Innerhalb der Kategorien werden jeweils auch die drittstaatsangehörigen Familienangehörigen in den Blick genommen. Abschließend können die Anknüpfungspunkte aufenthaltsrechtlicher Privilegierung dargestellt werden (III.5.).

2. Unionsbürger*innen und deren drittstaatsangehörige Familienangehörige

I ist italienischer Staatsangehöriger und reist mit seiner Frau N, die nigerianische Staatsangehörige ist, nach Spanien. Sie halten sich dort mehr als drei Monate auf und sind beide nicht erwerbstätig.

a) Unionsbürger*innen

aa) Allgemeines Freizügigkeitsrecht gem. Art. 21 AEUV

Der Unionsbürgerstatus ist der »grundlegende Status der Angehörigen der Mitgliedstaaten«⁶¹ und tritt zur nationalen Staatsangehörigkeit hinzu.⁶² Die Zugehörigkeit zur Staatsbürgerschaft eines Mitgliedstaats richtet sich nach nationalen Bestimmungen.⁶³

61 EuGH, *Ruiz Zambrano*, C-34/09, EU:C:2011:124, Rn. 41 m.w.N.; *M. Dougan*, Judicial Activism or Constitutional Interaction? Policymaking by the ECJ in the Field of Union Citizenship, in: Micklitz/De Witte (Hrsg.): *The European Court of Justice and the Autonomy of the Member States* (2012), S. 113, 122 f. m.w.N.; krit. *A. Farahat*, Wettbewerb um Migranten? – Die Stratifikation von Freizügigkeitsrechten in der EU, in: Kadelbach (Hrsg.): *Wettbewerb der Systeme – System des Wettbewerbs in der EU* (2017), S. 101 (105 ff.).

62 Art. 20 Abs. 1 S. 3 AEUV (Fn. 33).

63 Ständige Rspr. EuGH, *Rottmann*, C-135/08, EU:C:2010:104, Rn. 39 m.w.N.; vertiefend *Kruma* (Fn. 58), S. 129 ff.; krit. *D. Kostakopoulou*, The ECJ, Member State Autonomy and European Union Citizenship, in: Micklitz/De Witte (Hrsg.): *The European Court of Justice and the Autonomy of the Member States* (2012), S. 175, 198 ff.

Zentrales Element der Unionsbürgerschaft ist das allgemeine Freizügigkeitsrecht.⁶⁴ Es umfasst das Recht aus seinem Herkunftsmitgliedstaat auszureisen⁶⁵, in den Aufnahmemitgliedstaat⁶⁶ einzureisen,⁶⁷ sich dort frei zu bewegen und aufzuhalten.⁶⁸ Als Aufenthalt wird hier die vorübergehende oder dauerhafte Verlegung des Wohnsitzes verstanden.⁶⁹

Das Freizügigkeitsrecht ist unmittelbar anwendbar und kann folglich als subjektives Recht von Unionsbürger*innen und u.U. auch von deren Familienangehörigen⁷⁰ geltend gemacht werden.⁷¹ Es erwächst direkt aus dem Primärrecht⁷² und ist als Freiheitsrecht, das einem Beschränkungsverbot unterliegt, ausgestaltet.⁷³ Das Freizügigkeitsrecht kommt de jure zu; die Aufenthaltserlaubnis eines Mitgliedstaats hat lediglich deklaratorischen Charakter.⁷⁴ Es ist keine wirtschaftliche Betätigung erforderlich, um sich auf das Recht stützen zu können.⁷⁵

64 Art. 21 Abs. 1 AEUV (Fn. 33); vgl. *G. Schulz*, Freizügigkeit für Unionsbürger (1997), S. 64 ff.; *M. Wiener*, Bürger und Union: Die Unionsbürgerrichtlinie in Österreich (2009), S. 28 ff.; *F. Wollenschläger*, § 8 Grundrechtsschutz und Unionsbürgerschaft, in: Hatje/Müller-Graff (Hrsg.): Europäisches Organisations- und Verfassungsrecht Band I (2014) Rn. 142, 149.

65 Vgl. EuGH, *Byankov*, C-249/11, EU:C:2012:608, Rn. 31.

66 Siehe Art. 2 Nr. 3 Richtlinie 2004/38/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten (...), ABl. 2004 L 158/77, (Freizügigkeitsrichtlinie); diese wird in Österreich auch als Unionsbürgerrichtlinie bezeichnet.

67 Verpflichteter nach Art. 21 Abs. 1 AEUV (Fn. 33) ist sowohl der Aufnahmemitgliedstaat, EuGH, *LN*, C-46/12, EU:C:2013:97, Rn. 26, als auch der Herkunftsstaat, EuGH, *Seeberger* und *Prinz*, C-523/11 und C-585/11, EU:C:2013:524, Rn. 27.

68 Anstatt vieler: *Wiener* (Fn. 64), S. 28 f.; *Schulz* (Fn. 64), S. 66 ff., 90 ff.

69 EuGH, *Iida*, C-40/11, EU:C:2012:691, Rn. 51 ff.; vgl. *W. Obwexer*, Grundfreiheit Freizügigkeit (2009), S. 191 ff.

70 *W. Obwexer*, das Freizügigkeitsrecht als elementares persönliches Recht, in *Schroeder/Obwexer* (Hrsg.), 20 Jahre Unionsbürgerschaft (EuR Beiheft 1/2015), S. 51, 56; vgl. EuGH, *S und G*, C-457/12, EU:C:2014:136, Rn. 39f.

71 EuGH, *Baumbast*, C-413/99, EU:C:2002:493, Rn. 84 ff.; vgl. *Kostakopoulou* (Fn. 63), S. 181 ff.

72 Art. 21 AEUV (Fn. 33). Zusätzlich ist das Freizügigkeitsrecht in der GRC normiert; vgl. *Obwexer* (Fn. 70), S. 54 f m.w.N.

73 Zutreffend *Obwexer* (Fn. 70), S. 60 ff. m.w.N.

74 EuGH, *Martínez Sala*, C-85/96, EU:C:1998:217, Rn. 53.

75 EuGH, *Martínez Sala*, (Fn. 74), Rn. 59; vgl. *Schulz* (Fn. 64), S. 68 ff.

Der EuGH hat in ständiger Rspr. entschieden, dass der Schutzbereich des Freizügigkeitsrechts nur grenzüberschreitende Sachverhalte umfasst.⁷⁶ Dieses Erfordernis ist daher maßgeblich für die Anwendbarkeit des Unionsrechts.⁷⁷ Unionsbürger*innen und gegebenenfalls ihre Familienangehörigen erfüllen es zwangsläufig, wenn sie sich in den Aufnahmemitgliedstaat begeben und/oder sich in diesem aufhalten; i.S. der Freizügigkeitsrichtlinie sind sie sodann Berechtigte.⁷⁸

Das Freizügigkeitsrecht ist nicht uneingeschränkt.⁷⁹ Im Einzelfall und bei Vorliegen ausreichender Rechtfertigungsgründe besteht die Möglichkeit dieses zu beschränken.⁸⁰ Als Gründe kommen die Beeinträchtigung der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit in Betracht.⁸¹ Das Aufenthaltsrecht besteht aber jedenfalls solange bis eine aufenthaltsbeendende Maßnahme ergeht.⁸²

bb) Freizügigkeitsrichtlinie

Die Freizügigkeitsrichtlinie – auch Unionsbürgerrichtlinie genannt – legt die konkreten Bedingungen fest, nach denen Unionsbürger*innen und ihre Familienangehörigen das Recht auf Freizügigkeit und Aufenthalt in An-

76 Anstatt vieler: EuGH, *McCarthy*, C-434/09, EU:C:2011:277, Rn. 45 m.w.N.; vgl. *Schulz* (Fn. 64), S. 74 ff. m.w.N.; *Wollenschläger* (Fn. 64), Rn. 142; *P. van Elsuwege/D. Kochenov*, On the Limits of Judicial Intervention, EJML 2011, 443, 446 f.

77 Vertiefend *van Elsuwege/Kochenov* (Fn. 76), 450 f.; *Obwexer* (Fn. 70), S. 59. Krit. *W. Frenz*, Reichweite des unionsrechtlichen Aufenthaltsrechts nach den Urteilen *Zambrano* und *McCarthy*, ZAR 2011, 221, 222.

78 Art. 3 Abs. 1 Freizügigkeitsrichtlinie (Fn. 66); vgl. EuGH, *McCarthy* (Fn. 76), Rn. 39.

79 Vgl. *W. Frenz* Handbuch Europarecht. Band 1, 2. Auflage (2012), Rn. 4142 ff. und *Obwexer* (Fn. 69), S. 233 ff.

80 EuGH, *Orfanopoulos und Oliveri*, C-482/01 und C-493/01, EU:C:2004:262, Rn. 47 ff.; EuGH, *Pieck*, C-157/79, EU:C:1980:179, Rn. 9 und EuGH, *Roux*, C-363/89, EU:C:1991:41, Rn. 30; vgl. weiters *M. Berger*, die Grenzen der Unionsbürgerschaft, in *Schroeder/Obwexer* (Hrsg.): 20 Jahre Unionsbürgerschaft (EuR Beiheft 1/2015), S. 195, 200 ff.

81 *Kostakopoulou* (Fn. 63), S. 192 ff. und *Obwexer* (Fn. 69), S. 234 ff.

82 Siehe *Obwexer* (Fn. 69), S. 234.

spruch nehmen können.⁸³ Die Richtlinie unterscheidet grundsätzlich zwischen erwerbstätigen und nicht erwerbstätigen Unionsbürger*innen.⁸⁴

Unionsbürger*innen haben im Besitz eines Reisepasses oder Personalausweises das Recht auf Einreise in jeden Mitgliedstaat.⁸⁵ Von den zuständigen Behörden darf kein Visum oder dergleichen verlangt werden.⁸⁶ Unionsbürger*innen sind sodann zu einem kurzfristigen Aufenthalt bis zu drei Monate in jedem Mitgliedstaat berechtigt;⁸⁷ daran sind keine weiteren Bedingungen, Formalitäten oder Voraussetzungen – außer der Reisepass- bzw. Personalausweispflicht – geknüpft.⁸⁸ Dieses dreimonatige Aufenthaltsrecht besteht solange die Unionsbürger*innen und ihre Familienangehörigen die Sozialhilfeleistungen des Aufnahmemitgliedstaats nicht unangemessen in Anspruch nehmen.⁸⁹

Ab einem längerfristigen Aufenthalt von mehr als drei Monaten sind weitere Voraussetzungen zu erfüllen.⁹⁰ Konkret müssen Unionsbürger*innen über ausreichende Existenzmittel und eine Krankenversicherung⁹¹ für sich – bzw. gegebenenfalls für ihre Familienangehörigen – verfügen.⁹² Wer die Existenzmittel vorweist – die Unionsbürger*innen oder ihre Familienangehörigen – spielt hierbei keine Rolle.⁹³ Unstrittig ist, dass das längerfristige Aufenthaltsrecht solange besteht, wie die ökonomischen Voraussetzungen vorliegen.⁹⁴ Unionsbürger*innen und ihre Angehörigen dürfen aber während ihres Aufenthalts keine Sozialhilfeleistungen des

83 Art. 1 lit. a Freizügigkeitsrichtlinie (Fn. 66).

84 Vgl. EuGH, *Dano*, C-333/13, EU:C:2012:2358, Rn. 75; *Frenz* (Fn. 79), Rn. 4182. Siehe auch die Ausführungen zur Abgrenzung der vorliegenden Arbeit in II.1.b.

85 Art. 5 Abs. 1 1 U.Abs. Freizügigkeitsrichtlinie (Fn. 66); *Obwexer* (Fn. 69), S. 188 ff.

86 Art. 5 Abs. 1 2 U.Abs. Freizügigkeitsrichtlinie (Fn. 66).

87 Art. 6 Abs. 1 und 2 Freizügigkeitsrichtlinie (Fn. 66); vgl. *Obwexer* (Fn. 69), S. 192 f.

88 ErwGr. 9 und Art. 6 Abs. 1 Freizügigkeitsrichtlinie (Fn. 66); vgl. *H. Groß*, Die Umsetzung der EU-Freizügigkeitsrichtlinie im deutschen Recht, ZAR 2006, 61, 62 f.; *Kostakopoulou* (Fn. 63), S. 177.

89 EuGH, *García-Nieto*, C-299/14, EU:C:2016:114, Rn. 42.

90 Art. 7 Freizügigkeitsrichtlinie (Fn. 66); vgl. *Obwexer* (Fn. 69), S. 193 ff.

91 Siehe hierzu EuGH, *Baumbast* (Fn. 71), Rn. 89-93.

92 Art. 7 Abs. 1 lit. b Freizügigkeitsrichtlinie (Fn. 66); siehe EuGH, *Zhu und Chen*, C-200/02, EU:C:2004:639, Rn. 27 ff.

93 Vgl. *Obwexer* (Fn. 69), S. 196.

94 Art. 14 Abs. 2 i.V.m. Art. 7, 12 bzw. 13 Freizügigkeitsrichtlinie (Fn. 66); vertiefend *Dougan* (Fn. 61), S. 124 ff. m.w.N.

Aufnahmemitgliedstaats in Anspruch nehmen.⁹⁵ *Farahat* schreibt hier zu-
treffend, dass nichterwerbstätige Unionsbürger*innen »ökonomisch abge-
sichert« sein müssen. Dies ist kritisch zu beleuchten, da so ökonomisch
schlecht gestellte Personen zunehmend von den Freizügigkeitsrechten aus-
geschlossen werden.⁹⁶ Strittig ist, ob das längerfristige Aufenthaltsrecht
automatisch bei Nichterfüllen der ökonomischen Voraussetzungen endet,⁹⁷
oder ob eine konstitutive Entscheidung des Mitgliedstaats getroffen wer-
den muss.⁹⁸ Aus der Freizügigkeitsrichtlinie geht klar hervor, dass die
Mitgliedstaaten nicht systematisch überprüfen dürfen, ob ausreichend
Existenzmittel vorliegen;⁹⁹ vielmehr muss ein gegebener Anlass für eine
Überprüfung vorliegen, wie etwa die Stellung eines Sozialhilfeantrages.¹⁰⁰
Die Inanspruchnahme von Sozialleistungen im Aufnahmemitgliedstaat
darf weiters nicht automatisch zu einer Ausweisung führen;¹⁰¹ der Erlass
der aufenthaltsbeendenden Maßnahme setzt aber wiederum das Bestehen
eines unionsrechtlichen Aufenthaltsrechts voraus. Der EuGH hat darüber
hinaus in *Dano* festgestellt, dass es bei längerfristigen Aufenthalten immer
einer konkreten, einzelfallabhängigen Verhältnismäßigkeitsprüfung des
Vorliegens der Existenzmittel bedarf.¹⁰²

Daraus resultiert, dass nichterwerbstätige Unionsbürger*innen, die län-
gerfristig aufhältig sind und nicht über die ökonomischen Voraussetzungen
verfügen, solange in den Genuss eines Aufenthaltsrechts kommen, als
sie nicht unangemessen Sozialhilfeleistungen des Aufnahmemitgliedstaats
in Anspruch nehmen bzw. bis eine konstitutive Entscheidung über das

95 Vgl. auch die englische Fassung von Art. 7 Abs. 1 lit. b Freizügigkeitsrichtlinie
(Fn. 66): »not to become a burden on the social assistance system of the host
Member State during their period of residence«; EuGH, *Grzelczyk*, C-184/99,
EU:C:2001:458, Rn. 46; *Kostakopoulou* (Fn. 63), S. 178, 184.

96 *Farahat* (Fn. 61), S. 108 ff.

97 EuGH, *Dias*, C-325/09, EU:C:2011:498, Rn. 48, 54; vgl. *D. Thym*, When Union
Citizens Turn into Illegal Migrants: The *Dano* Case, *EL Rev.* 2015, 248, 256 f.

98 Vgl. *F. Wollenschläger*, Grundfreiheit ohne Markt (2007), S. 186 ff. m.w.N.; zu-
stimmend *Obwexer* (Fn. 69), S. 196 f.; *Frenz* (Fn. 79), Rn. 4082; *A. Will*, Auslän-
der ohne Aufenthaltsrecht (2008) Rn. 134.

99 Art. 14 Abs. 2 Freizügigkeitsrichtlinie (Fn. 66).

100 Vgl. hierzu EuGH, *Dano* (Fn. 84), Rn. 74 ff. sowie *F. Wollenschläger* (Fn. 98),
S. 185.

101 Art. 14 Abs. 3 und ErwGr. 16 Freizügigkeitsrichtlinie (Fn. 66).

102 EuGH, *Dano* (Fn. 84), Rn. 76, 80; vertiefend *F. Wollenschläger*, The Acquisition
and Loss of Residence Rights by Jobseekers and the Economically Inactive, in:
Thym. (Hrsg.): *Questioning EU Citizenship* (2017), i.E.

Vorliegen der Voraussetzungen getroffen wurde.¹⁰³ Jedenfalls führt die unbestimmte Formulierung der Freizügigkeitsrichtlinie und die Rspr. des EuGH in der Praxis zu Rechtsunsicherheit. *Thym* ist daher etwa der Ansicht, dass sich nicht erwerbstätige Unionsbürger*innen, die nur über knappe Ressourcen verfügen, in einer Art »Grauzone« zwischen regulärem und irregulärem Aufenthalt befinden.¹⁰⁴

b) Familienangehörige

Familienangehörige von Unionsbürger*innen sollen unbeschadet ihrer Staatsangehörigkeit in den Genuss eines Freizügigkeitsrechts kommen,¹⁰⁵ da dies für die Beseitigung von Hindernissen des Personenverkehrs von Unionsbürger*innen erforderlich ist.¹⁰⁶ Vom Familienangehörigenbegriff der Freizügigkeitsrichtlinie sind Ehegatt*innen,¹⁰⁷ Lebenspartner*innen, sowie Verwandte und Ehegatt*innen in gerader absteigender¹⁰⁸ und aufsteigender Linie umfasst.¹⁰⁹

Der EuGH hat die Freizügigkeitsrichtlinie dahingehend ausgelegt, dass sie Familienangehörigen aus Drittstaaten ein abgeleitetes¹¹⁰ Aufenthaltsrecht verleiht, insoweit sich die Unionsbürger*innen im Aufnahmemitgliedstaat niedergelassen haben.¹¹¹ Die Familienangehörigen müssen die begünstigten Unionsbürger*innen in den jeweiligen Mitgliedstaat beglei-

103 Vgl. Art. 7 Abs. 1 lit. b Freizügigkeitsrichtlinie (Fn. 66); *Wollenschläger* (Fn. 102); Literatur in Fn. 98.

104 *D. Thym*, The elusive limits of solidarity, CML Rev. 2015, 17, 41.

105 EuGH, *McCarthy (GK)*, 2014, C-202/13, EU:C:2014:2450, Rn. 33 m.w.N. Bereits *K. Hailbronner*, Privilegierte Drittstaatsangehörige in der EU, in: Due/Lutter/Schwarze (Hrsg.): FS für Ulrich Everling Band I (1995), S. 399, 411.

106 Vgl. ErwGr. 5 Freizügigkeitsrichtlinie (Fn. 66); *Schulz* (Fn. 64), S. 188; vertiefend *Kostakopoulou* (Fn. 63), S. 186 ff.

107 EuGH, *Reed*, C-59/85, EU:C:1986:157, Rn. 13 ff.

108 EuGH, *Reyes*, C-423/12, EU:C:2014:16, Rn. 28 ff. und EuGH, *Baumbast* (Fn. 79), Rn. 57.

109 Art. 2 Abs. 2 Freizügigkeitsrichtlinie (Fn. 69): vgl. *Obwexer* (Fn. 69), S. 181 ff. und KOM(2009) 313 endg., S. 4 ff.

110 Art. 6 Abs. 2 Freizügigkeitsrichtlinie (Fn. 66); EuGH, *Iida* (Fn. 88), Rn. 51 ff. m.w.N.; vgl. *Obwexer* (Fn. 69), S. 219.

111 EuGH, *McCarthy (GK)* (Fn. 105), Rn. 36 m.w.N.; EuGH, *O und B*, C-456/12, EU:C:2014:135, Rn. 39 m.w.N.

ten und/oder nachziehen.¹¹² Neben dem grenzüberschreitenden Sachverhalt¹¹³ ist das Vorliegen der Familienangehörigeneigenschaft notwendig, um das abgeleitete Aufenthaltsrecht in Anspruch nehmen zu können.¹¹⁴

Drittstaatsangehörige Familienangehörige müssen bei der Einreise in die EU – d.h. beim Überschreiten der Außengrenzen der Mitgliedstaaten – im Besitz eines Reisepasses und eines Einreisevisums sein;¹¹⁵ u.U. haben die begünstigten Familienangehörigen ein Recht auf ein solches Visum.¹¹⁶ Bei kurzfristigen Aufenthalten sind Familienangehörige Unionsbürger*innen rechtlich vollkommen gleichgestellt.¹¹⁷ Bei längerfristigen Aufenthalten von mehr als drei Monaten besteht das abgeleitete Aufenthaltsrecht jedenfalls, wenn über die ökonomischen Voraussetzungen verfügt wird. Nach der hier vertretenen Meinung hat dieses Bestand, solange die Personen nicht unangemessen Sozialhilfeleistungen des Aufnahmemitgliedstaats in Anspruch nehmen bzw. bis eine konstitutive Entscheidung über das Vorliegen der ökonomischen Voraussetzungen getroffen wurde.¹¹⁸

Der Aufnahmemitgliedstaat kann Familienangehörigen die Einreise und den Aufenthalt nur unter Beachtung der Art. 27 ff. Freizügigkeitsrichtlinie verwehren, woran jedoch strenge Vorgaben geknüpft sind.¹¹⁹

Zu unserem Musterbeispiel zurückkommend: I ist Unionsbürger und seine Frau (drittstaatsangehörige) Familienangehörige. Sie sind Berechtigte i.S. der Freizügigkeitsrichtlinie und Spanien ist als Aufnahmemitgliedstaat zu qualifizieren. Insofern N bei der Einreise die Außengrenzen eines Mitgliedstaats überschreitet, benötigt sie als nigerianische Staatsangehörige grundsätzlich ein Einreisevisum. Während des kurzfristigen Aufenthalts genießen beide ein Aufenthaltsrecht ohne weitere Voraussetzungen erfüllen zu müssen. Bei längerfristigen Aufenthalten verlieren sie dieses erst, wenn sie unangemessen Sozialhilfeleistungen des Aufnahmemitglied-

112 Vertiefend *Obwexer* (Fn. 69), S. 179 ff., 218 ff.; *D. Scheuing*, Freizügigkeit der Unionsbürger in der Europäischen Union, in: Dreier/Forkel/Laubenthal (Hrsg.): FS 600 Jahre Würzburger Juristenfakultät (2002), S. 103, 126.

113 EuGH, *Metock*, C-127/08, EU:C:2008:449, Rn. 77 f.

114 *Obwexer* (Fn. 69), S. 180 f.

115 EuGH, *Metock* (Fn. 113), Rn. 52; vgl. *J. Strunz*, Die Freizügigkeit der Personen in der Europäischen Union (2004), S. 147 f.

116 EuGH, *Kommission/Spanien*, C-503/03, EU:C:2006:74, Rn. 42.

117 Vgl. *Frenz* (Fn. 79), Rn. 4205.

118 Siehe III.2.a.bb. und III.2.b.

119 Art. 27-35 Freizügigkeitsrichtlinie (Fn. 66); vgl. EuGH, *McCarthy (GK)* (Fn. 105), Rn. 45-58.

staats in Anspruch nehmen bzw. bis eine konstitutive Entscheidung über das Vorliegen der ökonomischen Voraussetzungen getroffen wurde.

3. Assoziierte Drittstaatsangehörige und deren Familienangehörige

- Die liechtensteinische Staatsangehörige L;
- Die schweizerische Staatsangehörige S;
- Die türkische Staatsangehörige T;

reist mit ihren beiden minderjährigen, kubanischen Kindern Y und Z nach Österreich und hält sich mit ihnen dort mehr als drei Monate auf. L, S und T sind nicht erwerbstätig.

a) Allgemeines

Durch Assoziierungsabkommen,¹²⁰ die zwischen der EU und Drittstaaten abgeschlossen werden, schafft man Sonderregeln für assoziierte Staatsangehörige und Unionsbürger*innen – bspw. Arbeitnehmer*innen.¹²¹ Nach Ansicht des EuGH werden durch ein »Assoziationsabkommen nämlich besondere und privilegierte Beziehungen mit einem Drittstaat« geschaffen.¹²² Die Assoziierungsabkommen dienen u.a. dem Zweck die assoziierten Staaten enger an die EU anzubinden bzw. sie für einen Beitritt zur EU vorzubereiten.¹²³ Für die Inanspruchnahme einer assoziationsrechtlichen

120 Gem. Art. 217 AEUV (Fn. 33) bzw. den Vorläuferbestimmungen.

121 Überblickshaft P. Boeles/M. den Heijer/G. Lodder/K. Wouters (Fn. 57), S. 97 ff.; K. Eisele, The External Dimension of the EU's Migration Policy (2014), S. 189 ff.; M. Schieffer, Privilegierte Drittstaatsangehörige, in: Hailbronner (Hrsg.): 30 Jahre Freizügigkeit in Europa (1998), S. 183, 187 f.; J. Niessen, Association Agreements – Part of the Developing Immigration Policy of the European Union, in: Antalovsky/König/Perchinig/Vana (Hrsg.): Assoziierungsabkommen der EU mit Drittstaaten (1998), S. 21, 21 ff.

122 EuGH, *Demirel*, C-12/86, EU:C:1987:400, Rn. 9. vgl. auch G. Hirsch, Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes zu den Assoziationsabkommen, in: Antalovsky/König/Perchinig/Vana (Hrsg.): Assoziierungsabkommen der EU mit Drittstaaten (1998), S. 41, 42; krit. Hailbronner (Fn. 105), S. 404 f.

123 C. Weber, Der assoziationsrechtliche Status Drittstaatsangehöriger in der Europäischen Union (1997), S. 1.

Privilegierung ist die Staatsangehörigkeit eines assoziierten Staats die Voraussetzung.¹²⁴

b) Europäischer Wirtschaftsraum (EWR)

Zwischen den Europäischen Gemeinschaften und Island, Norwegen und Liechtenstein wurde im Rahmen des EWR¹²⁵ ein Abkommen abgeschlossen, das spezielle Freizügigkeitsbestimmungen beinhaltet.¹²⁶

aa) EWR-Bürger*innen

Die Assoziation mit den EWR-Staaten ist die intensivste und ausgeprägteste mit einem Nicht-EU-Staat.¹²⁷ Eines der Ziele ist daher die »möglichst umfassende Verwirklichung« aller Grundfreiheiten und des Binnenmarktes.¹²⁸ EWR-Bürger*innen können folglich als die privilegiertesten Drittstaatsangehörigen bezeichnet werden.¹²⁹ Hinsichtlich der Personenverkehrsfreiheiten wird dies jedoch durch die beschränkte Anwendbarkeit

124 *Weber* (Fn. 123), S. 81 f.

125 Art. 28 ff. Abkommen über den Europäischen Wirtschaftsraum, ABl. 1994 L 1/3, (EWR-Abkommen); vertiefend *Weber* (Fn. 123), S. 3 f., 7, 10 f., 13 f., 15 ff.

126 Vgl. *D. Kochenov/M. van den Brink*, Pretending There is No Union: Non-derivative Quasi-Citizenship Rights of Third-Country Nationals in the EU, in: Thym/Zoetewey-Turhan (Hrsg.): Rights of Third-Country Nationals under EU Association Agreements (2014) S. 65, 91 ff. m.w.N.; *C. Franklin*, Rights of Third Country Nationals under the EEA Agreement, in: Thym/Zoetewey-Turhan (Hrsg.): Rights of Third-Country Nationals under EU Association Agreements (2014) S. 127, 127 ff. m.w.N.

127 *C. Tobler*, Context-related Interpretation of Association Agreements. The Polydor Principle in a Comparative Perspective, in: Thym/Zoetewey-Turhan (Hrsg.): Rights of Third-Country Nationals under EU Association Agreements (2014) S. 101, 101 f.

128 EuGH, *GB/Rat*, C-431/11, EU:C:2013:589, Rn. 50; vgl. *N. Rennuy/P. Van Elsuwege*, Integration without membership and the dynamic development of EU law, CML Rev. 2014, 935.

129 *Kochenov/van den Brink* (Fn. 126), S. 92.

der Freizügigkeitsrichtlinie begrenzt.¹³⁰ Die Folge ist eine unübersichtliche Überlagerung von verschiedenen anwendbaren Rechtsquellen.¹³¹

Bei nichterwerbstätigen EWR-Bürger*innen zeigt sich ein klareres Bild. Sie genießen dasselbe Einreise- und Aufenthaltsrecht wie nichterwerbstätige Unionsbürger*innen, da auf sie die einschlägigen Bestimmungen der Freizügigkeitsrichtlinie anwendbar sind;¹³² auf die Ausführungen wird verwiesen.¹³³ Der durch die Erwägungsgründe 3 und 8 des Beschlusses 158/2007¹³⁴ bedingte nur teilweise Einbezug der Freizügigkeitsrichtlinie ins EWR-Abkommen ändert hieran nichts.¹³⁵ Denn werden nur jene Bestimmungen nicht in das Abkommen integriert, die nach der Einführung der Unionsbürgerschaft entwickelt wurden, sowie bspw. Art. 24 Freizügigkeitsrichtlinie.¹³⁶ Umgekehrt hat der EFTA-Gerichtshof ausdrücklich entschieden, dass alle vor Inkrafttreten der Freizügigkeitsrichtlinie bestehenden Rechte in dieses übernommen wurden.¹³⁷ Da das Aufenthaltsrecht Nichterwerbstätiger, das früher aus der Richtlinie 90/364/EWG¹³⁸ abgeleitet wurde, lange vor der Unionsbürgerschaft entwickelt und erst später unter diesen Titel eingereiht wurde, besteht dieses auch nunmehr im EWR-Abkommen fort. Hinsichtlich der Beendigung des Aufenthalts ist ebenfalls die Freizügigkeitsrichtlinie anwendbar.¹³⁹ Unterstrichen wird die Gleich-

130 ErwGr. 8 Beschluss des Gemeinsamen EWR-Ausschusses 158/2007 vom 7. Dezember 2007 zur Änderung des Anhangs V (Freizügigkeit der Arbeitnehmer) und des Anhangs VIII (Niederlassungsrecht) des EWR-Abkommens, ABl. 2008 L 124/20, (Beschluss 158/2007).

131 Vgl. *Franklin* (Fn. 126).

132 EFTA-Gerichtshof, *Clauder*, E-4/11, Rn. 37 ff.; EFTA-Gerichtshof, *Gunnarsson*, E-26/13, Rn. 80. *P. García Andrade*, Privileged Third-Country Nationals and their Right of Free Movement, in: Guild/Gortázar Rotaeche/Kostakopoulou (Hrsg.): *The Reconceptualization of European Union Citizenship* (2014), S. 111, 114, 130; *Tobler* (Fn. 127), S. 120 f.; *Franklin* (Fn. 126), S. 132 f., 141.

133 Siehe III.2.a.bb.

134 Siehe auch Fn. 130.

135 Vgl. *M. Maresceau*, On the External Dimension of Directive 2004/38/EC, in: Go-vaere/Hanf (Hrsg.): *Scrutinizing Internal and External Dimensions of European Union Law* (2013), S. 761, 769 ff.

136 Bestätigend EFTA-Gerichtshof, *Clauder* (Fn. 132), Rn. 37-40.

137 EFTA-Gerichtshof, *Gunnarsson* (Fn. 132), Rn. 80.

138 Richtlinie 90/364/EWG des Rates vom 28. Juni 1990 über das Aufenthaltsrecht, ABl. 1990 L 180/26, (Richtlinie 90/364/EWG); siehe zur Auslegung der Richtlinie *E. Guild/S. Peers/J. Tomkin*, *Citizenship Directive Commentary* (2014), S. 20, 31, 90 f, 117, 142, 221, 225, 307.

139 Siehe III.2.a.bb.

stellung dadurch, dass bspw. das in Deutschland geltende FreizügG/EU, das die Rechtsstellung der Unionsbürger*innen und ihrer Familienangehörigen regelt, ebenfalls auf Staatsangehörige der EWR-Staaten und ihre Familienangehörigen anwendbar ist.¹⁴⁰

bb) Familienangehörige

Familienangehörige von EWR-Bürger*innen unterliegen demselben Rechtsregime wie jene von Unionsbürger*innen.¹⁴¹

Diese Rechtslage auf unser Musterbeispiel anwendend, kommt man zum Schluss, dass L EWR-Bürgerin ist und Y und Z als minderjährige, drittstaatsangehörige Kinder die Familienangehörigeneigenschaft erfüllen. Für sie gelten dieselben Ausführungen wie für I und seine Frau S.¹⁴²

c) Schweiz

Die Schweiz ist zwar genau wie Liechtenstein, Norwegen und Island Mitglied der Europäischen Freihandelsassoziation, jedoch hat es nicht das EWR-Abkommen,¹⁴³ sondern ein eigenständiges bilaterales Abkommen mit der EU unterzeichnet.¹⁴⁴

140 § 12 Freizügigkeitsgesetz/EU vom 30. Juli 2004 (BGBl. I S. 1950, 1986), das zuletzt durch Art. 6 des Gesetzes vom 22. Dezember 2015 (BGBl. I S. 2557) geändert worden ist, (FreizügG/EU); vgl. *D. Sander*, Der Schutz des Aufenthalts durch Artikel 8 der Europäischen Menschenrechtskonvention (2008), S. 242 m.w.N.

141 Gemeinsame Erklärung der Vertragsparteien zum Beschluss des Gemeinsamen EWR-Ausschusses Nr. 158/2007 zur Aufnahme der Richtlinie 2004/38/EG des Europäischen Parlaments und des Rates in das Abkommen, ABl. 2008 L 124/23; zutreffend *Franklin* (Fn. 126), S. 131 und *Tobler* (Fn. 127), S. 120; siehe III.2.b.

142 Siehe III.2.b.

143 Aufgrund einer abgelehnten Volksabstimmung; siehe *S. Peers*, The EC-Switzerland Agreement on Free Movement of Persons: Overview and Analysis, EJML 2000, 127, 127.

144 Abkommen zwischen der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten einerseits und der Schweizerischen Eidgenossenschaft andererseits über die Freizügigkeit, ABl. 2002 L 114/6, (Abkommen EG/Schweiz); vgl. *Eisele* (Fn. 121), S. 218 ff.; *Tobler* (Fn. 127), S. 101; *García Andrade* (Fn. 132), S. 114 ff.

aa) Schweizer*innen

Nichterwerbstätige Schweizer*innen haben nach dem Abkommen EG/Schweiz ein allgemeines Aufenthaltsrecht das an den Nachweis ausreichender finanzieller Mittel und eines Krankenversicherungsschutzes geknüpft ist, wobei hier die Richtlinie 90/365/EWG als Vorlage diene.¹⁴⁵ Im Gegensatz zu Unionsbürger*innen müssen die ökonomischen Voraussetzungen auch innerhalb der ersten drei Monate gegeben sein.¹⁴⁶ Das Aufenthaltsrecht kann wiederum solange in Anspruch genommen werden, wie die ökonomischen Voraussetzungen gegeben sind.¹⁴⁷ D.h. die schweizerischen, nichterwerbstätigen Staatsangehörigen genießen eine quasi idente aufenthaltsrechtliche Privilegierung wie Unions- und EWR-Bürger*innen.¹⁴⁸ Die Bestimmungen hinsichtlich der Beendigung des Aufenthalts von schweizerischen Staatsangehörigen sind – durch einen Verweis – nach wie vor in der Richtlinie 64/221/EWG¹⁴⁹ aus dem Jahre 1964 zu finden.¹⁵⁰ Die Freizügigkeitsrichtlinie hat die Bestimmungen der Richtlinie 64/221/EWG aber in den wesentlichen Teilen übernommen.¹⁵¹

145 Art. 24 Anhang I Abkommen EG/Schweiz (Fn. 144); vgl. *B. Kahil-Wolff/R. Mosters*, Das Abkommen über die Freizügigkeit EG – Schweiz, EuZW 2001, 5, 8; *Peers* (Fn. 143), 134, aber auch 138; *Rennuy/Van Elsuwege* (Fn. 128), 949 Fn. 58. Zum Einreiserecht siehe Art. 1 Anhang I Abkommen EG/Schweiz (Fn. 144); vgl. hierzu *Peers* (Fn. 143), 132.

146 Vgl. Art. 24 Abs. 1 Anhang I Abkommen EG/Schweiz (Fn. 144).

147 Vgl. *Peers* (Fn. 143), 137 Fn. 54. Zum diesbzgl. Meinungsstreit – in Bezug auf die Freizügigkeitsrichtlinie – siehe auch III.2.a.bb.

148 Zu den freizügigkeitsrechtlichen Unterschieden siehe *Peers* (Fn. 143), 136 ff.; weiters *A. Fehrenbacher*, Personenfreizügigkeit zwischen den EG-Mitgliedstaaten und der Schweiz, ZAR 2002, 278; *Sander* (Fn. 140), S. 243 m.w.N.; *Garcia Andrade* (Fn. 132), S. 114.

149 Richtlinie 64/221/EWG des Rates vom 25. Februar 1964 zur Koordinierung der Sondervorschriften für die Einreise und den Aufenthalt von Ausländern, soweit sie aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit gerechtfertigt sind, ABl. 1964 64/850, (Richtlinie 64/221/EWG); vgl. KOM(1999) 372 endg.

150 Art. 5 Abs. 2 Anhang I Abkommen EG/Schweiz (Fn. 144), verweist auf Richtlinie 64/221/EWG (Fn. 149).

151 *E. Guild/S. Peers/J. Tomkin* (Fn. 138), S. 245. Zur Auslegung dieser Richtlinie siehe *N. Fennelly*, The European Union and Protection of Aliens from Expulsion, EJML 1999, 313, und KOM(1999) 372 endg.

Schweizer*innen sind – im Gegensatz zu Unions- und EWR-Bürger*innen¹⁵² – grundsätzlich dem jeweiligen ausländerrechtlichen/fremdenrechtlichen Regime unterworfen;¹⁵³ interessanterweise sind sie jedoch in Österreich den Unions- und EWR-Bürger*innen vollkommen gleichgestellt.¹⁵⁴

bb) Familienangehörige

Die Familienangehörigendefinition ist vergleichbar mit jener in Bezug auf Unionsbürger*innen, es bestehen jedoch einige kleinere Unterschiede.¹⁵⁵ Das Aufenthaltsrecht leitet sich wiederum von den schweizerischen Staatsangehörigen ab und besteht jedenfalls, wenn ausreichend Existenzmittel und eine Krankenversicherung vorliegen.¹⁵⁶

In unserem Musterbeispiel genießen die schweizerische Staatsangehörige S und ihre Kinder einen fast identen Status wie Unions- und EWR-Bürger*innen, mit dem wesentlichen Unterschied, dass sie dem ausländer-/fremdenrechtlichen Regime Spaniens unterliegen.

d) Gegenbeispiel: Türkei

Zwischen den ehemaligen Europäischen Gemeinschaften und der Türkei wurde bereits 1963 ein Assoziationsabkommen ratifiziert.¹⁵⁷ Das Assozia-

152 Vgl. zur deutschen Rechtslage § 1 Abs. 2 Nr. 1 AufenthG (Fn. 25), und §§ 1 und 12 FreizügG/EU (Fn. 140).

153 *Kahil-Wolff/Mosters* (Fn. 145), 5.

154 Vgl. etwa § 15a FPG 2005 (Fn. 25), und § 57 Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz, BGBl. I 100/2005 in der Fassung BGBl. I 122/2015.

155 Art. 3 Abs. 2 Anhang I Abkommen EG/Schweiz (Fn. 144); vgl. zu den Unterschieden *C. Tobler*, Hier sind Onkel, hier sind Tanten, hier sind meine Anverwandten: Wer fällt im EU-Recht bzw. im bilateralen Recht unter den Familiennachzug?, Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2013/2014, S. 319, 325 ff.; *Peers* (Fn. 143), 132, 138.

156 Vgl. *Kahil-Wolff/Mosters* (Fn. 145), 8.; *Peers* (Fn. 143), 132. Siehe auch III.2.b.

157 Abkommen zur Gründung einer Assoziation zwischen der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft und der Republik Türkei, ABl. 19996 P 64/3687, (Assoziationsabkommen EG/Türkei). Vgl. *R. Gutmann*, Die aufenthaltsrechtliche Bedeutung des Beschlusses Nr 1/80 des Assoziationsrats EWG-Türkei, in: *Antalovsky/König/Perchinig/Vana* (Hrsg.): Assoziierungsabkommen der EU mit Drittstaaten (1998), S. 53, 53 ff.; *S. Peers*, EU Migration Law and the EU/Turkey Association

tionsabkommen EG/Türkei garantiert grundsätzlich kein eigenständiges Aufenthaltsrecht,¹⁵⁸ sondern nur implizit durch das ausgeübte Beschäftigungsrecht.¹⁵⁹ Wie *Akyürek* in dem Sinne zutreffend festgestellt hat, müssen sich türkische Staatsangehörige ihr Recht auf Aufenthalt »erarbeiten«. ¹⁶⁰ Das Assoziationsrecht dient laut EuGH nämlich bloß »zur stufenweisen Herstellung der Freizügigkeit der Arbeitnehmer zwischen den Mitgliedstaaten der [EU] und der Türkei«. ¹⁶¹ Ein Mitgliedstaat muss einer/einem türkischen Staatsangehörigen und seinen/ihren Familienangehörigen den Zugang zum Hoheitsgebiet und regulären Arbeitsmarkt gewähren, damit diese in den Genuss eines Aufenthaltsrechts kommen. ¹⁶² Sie werden daher als aufenthaltsrechtlich nicht privilegierte Migrant*innen betrachtet.

Für die Auflösung des Musterbeispiels bedeutet dies, dass die Türkin T und ihre Kinder erst nach einer etwaigen Visumserteilung nach Spanien reisen können. Maßgeblich für unsere Zwecke ist jedoch, dass sie erst implizit ein Aufenthaltsrecht mit der Zulassung zum Arbeitsmarkt und der darauffolgenden Ausübung einer Beschäftigung erhalten.

4. Personen mit zuerkanntem Internationalem Schutz und deren Familienangehörige

X wurde in ihrer Heimat Somalia von der Al-Shabaab Miliz verfolgt und ist staatenlos. Sie reist (irregulär) nach Belgien und stellt dort einen Antrag auf internationalen Schutz.

Agreement, in: Thym/Zoeteweyj-Turhan (Hrsg.): Rights of Third-Country Nationals under EU Association Agreements (2014) S. 202, 202 f.

158 Aufenthaltsrecht im hier verstandenen Sinne, siehe II.1. Vgl. *M. Akyürek*, Das Assoziationsabkommen EWG – Türkei (2005), S. 124.

159 StRspr EuGH, *Sevince*, C-192/89, EU:C:1990:322, Rn. 29; vgl. *Akyürek* (Fn. 158), S. 124 m.w.N.; *Gutmann* (Fn. 157), S. 62; krit. *Weber* (Fn. 123), S. 91 sowie *Hailbronner* (Fn. 105), S. 407 ff.

160 *Akyürek* (Fn. 158), S. 124.

161 EuGH, *Bozkurt*, C-434/93, EU:C:1995:168, Rn. 37; siehe auch EuGH, *Ziebell*, C-371/08, EU:C:2011:809, Rn. 74.

162 Vgl. EuGH, *Bozkurt* (Fn. 161), Rn. 20 ff.; *Kochenov/van den Brink* (Fn. 126), S. 95-98; *N. Teczan Idriz*, Free Movement of Persons between Turkey and the EU, CML Rev. 2009, 1621, 1625, 1638 ff.

a) International Schutzberechtigte

Es stellt sich die Frage, welche aufenthaltsrechtlichen Auswirkungen die Antragsstellung, die Zuerkennung respektive die Abweisung des Antrags auf internationalen Schutz auslöst. Anschließend wird behandelt, welche Folgen die Statuszuerkennung im Hinblick auf die Familienangehörigen hat.

aa) Allgemeine Ausführungen zur GFK und zum Europarecht

Zunächst muss zwischen Personen unterschieden werden, die Flüchtlinge im Sinne der GFK¹⁶³ sind und denen aufgrund des Europarechts internationaler Schutz¹⁶⁴ zuerkannt wurde. Die Qualifikationsrichtlinie – auch Statusrichtlinie genannt – unterteilt den internationalen Schutz in den Status als Flüchtling oder subsidiär Schutzberechtigten.¹⁶⁵ Der Flüchtlingsbegriff der Qualifikationsrichtlinie orientiert sich an der GFK.¹⁶⁶ Flüchtlinge i.S. der GFK sind alle Personen, denen aufgrund wohlbegründeter Furcht Verfolgung wegen ihrer Rasse, Religion, Nationalität, Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe oder wegen ihrer politischen Überzeugung in ihrem Herkunftsstaat droht.¹⁶⁷ Sofern eine Person die Flüchtlings-eigenschaft i.S. der GFK erfüllt, hat kein weiterer Akt der formellen Aner-

163 Abkommen über die Rechtsstellung der Flüchtlinge vom 28.7.1951, 189 UNTS 150, (GFK) und das Protokoll über die Rechtsstellung der Flüchtlinge vom 31.1.1967, 606 UNTS 267.

164 Art. 2 lit. a Richtlinie 2011/95/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Dezember 2011 über Normen für die Anerkennung von Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen als Personen mit Anspruch auf internationalen Schutz, für einen einheitlichen Status für Flüchtlinge oder für Personen mit Anrecht auf subsidiären Schutz und für den Inhalt des zu gewährenden Schutzes (Neufassung), ABl. 2011 L 337/9, (Qualifikationsrichtlinie).

165 Vgl. für die Unterscheidung der beiden Status *S. Peers/V. Moreno-Lax*, Qualification: Refugee Status and Subsidiary Protection, in: *Peers/Moreno-Lax/Garlick/Guild* (Hrsg.): *EU Immigration and Asylum Law (Text and Commentary)*: Vol. 3, (2012), S. 65, 156 ff.

166 Art. 78 Abs. 1 AEUV (Fn. 33) und Art. 2 lit. e Qualifikationsrichtlinie (Fn. 164).

167 Art. 1 Abschnitt A Nr. 2 GFK (Fn. 163); weiters etwa *M. Rossi*, in: *Calliess/Ruffert* (Hrsg.): *EUV/AEUV Kommentar*, 4. Auflage (2011), Art. 78 AEUV Rn. 9.

kennung durch einen Staat zu erfolgen;¹⁶⁸ d.h. die Wirkung der formellen Anerkennung durch den jeweiligen Staat ist lediglich deklaratorisch.¹⁶⁹ Obwohl diese nicht konstitutiv ist, bedarf es trotzdem eines Statusverifikationsverfahrens zur Erlangung eines Aufenthaltsrechts.¹⁷⁰ Komplementär¹⁷¹ dazu ist der Status des subsidiär Schutzberechtigten eingeführt worden, um Personen Schutz zu gewährleisten, die in ihrem Herkunfts- bzw. Aufenthaltsstaat tatsächlich Gefahr laufen einen ernsthaften Schaden zu erleiden.¹⁷²

Auf europäischer Ebene ist neben der Qualifikationsrichtlinie,¹⁷³ die Asylverfahrensrichtlinie¹⁷⁴ einschlägig, die ein gemeinsames Verfahren für die Zu- und Aberkennung des internationalen Schutzes festlegt. In den sachlichen Anwendungsbereich letzter fallen alle Anträge auf internationalen Schutz, die im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats gestellt werden.¹⁷⁵ Der persönliche Anwendungsbereich umfasst lediglich Drittstaatsangehörige – und keine Unionsbürger*innen –,¹⁷⁶ insofern sie einen Antrag auf internationalen Schutz gestellt haben.¹⁷⁷

168 Vgl. *UNHCR*, Handbook and Guidelines on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status (2011), § 28.

169 Vgl. ErwGr. 21 Qualifikationsrichtlinie (Fn. 164); *J. Hathaway/M. Foster*, The Law of Refugee Status, 2. Auflage (2014), S. 1-4, 25, 545 ff.; krit. zur Terminologie der Qualifikationsrichtlinie *Peers/Moreno-Lax* (Fn. 165), S. 83 f.

170 Siehe III.4.a.bb. und cc.

171 Vgl. ErwGr. 33 Qualifikationsrichtlinie (Fn. 164); EuGH, *El Kott*, C-364/11, EU:C:2012:826, Rn. 66; EuGH, *HN*, C-604/12, EU:C:2014:302, Rn. 32.

172 Art. 15 ff. Qualifikationsrichtlinie (Fn. 164); vgl. *Peers/Moreno-Lax* (Fn. 165), S. 133 ff.

173 Vgl. Art. 1 Qualifikationsrichtlinie (Fn. 164).

174 Richtlinie 2013/32/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013 zu gemeinsamen Verfahren für die Zuerkennung und Aberkennung des internationalen Schutzes (Neufassung), ABl. 2013 L 180/60, (Asylverfahrensrichtlinie).

175 Art. 3 Asylverfahrensrichtlinie (Fn. 174).

176 Art. 3 i.V.m. Art. 2 lit. b, c und g Asylverfahrensrichtlinie (Fn. 174); krit. *S. Peers*, Legislative Update 2011, EU Immigration and Asylum Law: The Recast Qualification Directive, EJML 2012, 199, 208 m.w.N.

177 Art. 2 lit. b, 3 Abs. 1 und 6 Asylverfahrensrichtlinie (Fn. 174).

bb) Einreise und Antragsstellung

Flüchtlinge¹⁷⁸ – als auch subsidiär Schutzberechtigte¹⁷⁹ – können unrechtmäßig¹⁸⁰ einreisen (bzw. sich aufhalten). Speziell im Bezug auf erstere lässt Art. 31 Abs. 1 GFK keine Zweifel übrig.¹⁸¹ Dort ist unter gewissen Voraussetzungen¹⁸² vorgesehen, dass über Flüchtlinge keine Strafe(n)¹⁸³ bloß aufgrund der irregulären Einreise und/oder des irregulären Aufenthalts verhängt werden dürfen.¹⁸⁴

Es können somit zwei Fallkonstellationen ausgemacht werden: Sollte eine Person irregulär einreisen und keinen Antrag auf internationalen Schutz stellen – und anderweitig kein Aufenthaltsrecht (mehr) innehaben – fällt sie unter den Begriff der irregulären Migrant*innen. Sobald der Antrag jedoch gestellt wurde,¹⁸⁵ haben Erstantragsteller*innen nach geltendem Recht solange ein Aufenthaltsrecht im Mitgliedstaat der Antragsstellung, bis in erster Instanz entschieden wurde.¹⁸⁶ Es bestehen Ausnahmen

178 Vgl. zum persönlichen Anwendungsbereich *A. Fischer-Lescano/J. Horst*, Das Pönalisierungsverbot aus Art. 31 I GFK, ZAR 2011, 81, 85 ff.

179 Vgl. zur Vorwirkung des Flüchtlingsrechts und »presumptive refugees« *Fischer-Lescano/Horst* (Fn. 178), 85 f. und *G. Goodwin-Gill*, Article 31 of the 1951 Convention relating to the Status of Refugees, in: Feller/Türk/Nicholson (Hrsg.): *Refugee Protection in International Law* (2003), S. 185, 193.

180 Vgl. auch Überschrift und Originaltext in Art. 31 GFK (Fn. 163).

181 Vgl. *UNHCR*, Global Consultations on International Protection: Summary Conclusions on Article 31 of the 1951 Convention – Revised, Geneva Expert Roundtable, 8-9.11.2001, www.unhcr.org/419c783f4.pdf (abgerufen am 5.5.2016), § 3.

182 Vgl. *Goodwin-Gill* (Fn. 179), 188 ff., speziell S. 193 ff.

183 Vgl. zum Begriff *UNHCR*, *The Refugee Convention 1951: The Travaux préparatoires analysed with a Commentary by Dr. Paul Weis* (1990) Art. 31 GFK; weiters auch *Goodwin-Gill* (Fn. 179), S. 195.

184 Art. 31 Abs. 1 GFK (Fn. 163); vgl. *UNHCR*, *Guidelines on the Applicable Criteria and Standards relating to the Detention of Asylum-Seekers and Alternatives to Detention* (2012), S. 13. Siehe hierzu auch den Beitrag von *Tobias Klarmann* in diesem Band, der den Ausschluss von Begleitdelikten und Dritten thematisiert.

185 Vgl. Art. 2 lit. c Asylverfahrensrichtlinie (Fn. 174); es wird weiters zwischen Antragsstellung und -einbringung unterschieden, Art. 6 Abs. 1 Asylverfahrensrichtlinie (Fn. 174); vgl. *M. Garlick*, in: *Peers/Moreno-Lax/Garlick/Guild* (Hrsg.): *EU Immigration and Asylum Law (Text and Commentary)*: Vol. 3, (2012), S. 211, 226 f.

186 ErwGr. 25 und Art. 9 Asylverfahrensrichtlinie (Fn. 174).

bzw. gelten Sonderbestimmungen, sofern es sich um einen Folgeantrag handelt.¹⁸⁷

cc) (Nicht-)Zuerkennung internationalen Schutzes

Zunächst beginnt nach Antragsstellung ein einziges gemeinsames Verfahren, in dem sowohl über die Flüchtlingseigenschaft als auch über subsidiären Schutz entschieden wird.¹⁸⁸ Sofern eine Person die Flüchtlingseigenschaft i.S. der Qualifikationsrichtlinie erfüllt, ist ihr dieser Schutzstatus zuzuerkennen.¹⁸⁹ Sollte eine Person die Kriterien, die für die Zuerkennung als Flüchtling festgelegt sind, nicht erfüllen,¹⁹⁰ werden im Anschluss die Voraussetzungen des subsidiären Schutzes geprüft.¹⁹¹ Dieser ist gegebenenfalls zuzuerkennen.¹⁹² Die Gültigkeitsdauer variiert je nach Status zwischen einem und drei Jahren.¹⁹³ Wie sich aus der Definition von Aufenthaltstitel ergibt,¹⁹⁴ ist der Aufenthalt jedoch auf das Hoheitsgebiet des ausstellenden Mitgliedstaats beschränkt. Einige Autor*innen plädieren deshalb dafür, dass für diese Personengruppe ein der Unionsbürgerschaft vergleichbares Freizügigkeitsrecht geschaffen werden sollte.¹⁹⁵

187 Art. 2 lit. q, 40 und 41 Asylverfahrensrichtlinie (Fn. 174); vgl. *Garlick* (Fn. 174), S. 277 ff.

188 Art. 2 lit. b und 3 Asylverfahrensrichtlinie (Fn. 174).

189 Art. 13 Qualifikationsrichtlinie (Fn. 164); EuGH, *Salahadin Abdulla u.a.*, C-175/08, C-176/08, C-178/08 und C-179/09, EU:C:2010:105, Rn. 62; vgl. *Peers/Moreno-Lax* (Fn. 165), S. 115 f.

190 Vgl. Art. 2 lit. e und 10 Abs. 2 Qualifikationsrichtlinie (Fn. 164).

191 D.h. m.a.W. ist der subsidiäre Schutz erst im Nachhinein zu prüfen, wenn die Person kein Flüchtling i.S. der Qualifikationsrichtlinie (Fn. 164) ist; vgl. EuGH, *El Kott* (Fn. 171), Rn. 66 f.

192 Art. 18 Qualifikationsrichtlinie (Fn. 164); vgl. *Peers/Moreno-Lax* (Fn. 165), S. 48 f.

193 Art. 24 Qualifikationsrichtlinie (Fn. 164); vgl. *Peers/Moreno-Lax* (Fn. 165), S. 169.

194 Art. 2 lit. m Qualifikationsrichtlinie (Fn. 164).

195 *S. Peers*, *Transfer of International Protection and European Union Law*, IJRL 2012, 527, 557 f.; *J. Bast*, *Solidarität im europäischen Einwanderungs- und Asylrecht*, in: Kadelbach (Hrsg.): *Solidarität als Europäisches Rechtsprinzip?* (2014), S. 19, 30 ff.; *Farahat* (Fn. 61), S. 118 f.

Aus alledem folgt, dass mit der Zuerkennung von internationalem Schutz automatisch ein Aufenthaltsrecht für den zuerkennenden Mitgliedstaat einhergeht.

Weiters gibt es Erlöschungsgründe, die je nach zuerkanntem Schutzstatus differieren, und festlegen, in welchen Fällen der Schutzstatus verloren geht.¹⁹⁶ Daneben gibt es auch so genannte Aberkennungsgründe, die zur Anwendung kommen, wenn bspw. eine falsche Darstellung von Tatsachen für die Zuerkennung von internationalem Schutz maßgeblich war.¹⁹⁷ Sollte der Antrag auf internationalen Schutz unzulässig oder unbegründet sein,¹⁹⁸ der Status nicht zuerkannt oder aberkannt werden, kommt den Personen kein Aufenthaltsrecht mehr zu und insoweit ihnen nicht anderweitig ein solches zukommt, sind sie als irreguläre Migrant*innen anzusehen.

Zurückkommend zu unserem Musterbeispiel: X ist staatenlos, ihr Heimatstaat ist Somalia. Selbst wenn sie irregulär eingereist ist, entfaltet bereits die Antragstellung auf internationalen Schutz ein Aufenthaltsrecht für sie. Da sie die Voraussetzungen der Flüchtlingseigenschaft – durch ihre individuelle, konkrete Verfolgung – erfüllt, ist ihr der Status zuzuerkennen und sie erhält zunächst einen zumindest auf drei Jahre befristeten Aufenthaltstitel in Belgien.

b) Familienangehörige von international Schutzberechtigten

Familienangehörige i.S. der Qualifikationsrichtlinie – d.h. die Kernfamilie, die bereits im Herkunftsland bestanden haben muss¹⁹⁹ – haben Anspruch auf einen Aufenthaltstitel und folglich auf ein Aufenthaltsrecht in jenem Mitgliedstaat, in dem der Bezugsperson internationaler Schutz zuerkannt wurde.²⁰⁰ Familienangehörigen ist dieses u.a. zu verwehren, wenn sie selbst unter die Ausschlussstatbestände²⁰¹ des internationalen Schutzes

196 Art. 11 und 16 Qualifikationsrichtlinie (Fn. 164); vgl. *Peers/Moreno-Lax* (Fn. 165), S. 116-120 sowie S. 149-155.

197 Art. 14 und 19 Qualifikationsrichtlinie (Fn. 164); vgl. *Peers/Moreno-Lax* (Fn. 165), S. 129-132, 155-156.

198 Art. 32 und 33 Asylverfahrensrichtlinie (Fn. 174).

199 Art. 2 lit. j Qualifikationsrichtlinie (Fn. 164); vgl. *Peers/Moreno-Lax* (Fn. 165), S. 85 ff.

200 Art. 24 Qualifikationsrichtlinie (Fn. 164).

201 Art. 12 und 17 Qualifikationsrichtlinie (Fn. 164).

fallen.²⁰² Die Gültigkeitsdauer des Aufenthaltsrechts variiert je nach Statuszuerkennung an die Person, welcher der internationale Schutz zuerkannt wurde; bei Flüchtlingen mindestens drei Jahre und bei subsidiär Schutzberechtigten mindestens ein Jahr.

5. Anknüpfungspunkte aufenthaltsrechtlicher Privilegierung – Negativdefinition

Diese Darstellungen ermöglichen abschließend eine Auflistung der Anknüpfungspunkte aufenthaltsrechtlicher Privilegierung. Jeder ausgemachte beruht entweder auf völker- oder europarechtlichen Bestimmungen. Dies stützt die These, dass im Zusammenhang mit den bessergestellten Personengruppen der mitgliedstaatliche Entscheidungsspielraum über die Genehmigung (der Einreise und) des Aufenthalts fast auf null reduziert wurde.²⁰³ Innerhalb des EU-Raums ist irreguläre Migration bei Vorliegen einer der Anknüpfungspunkte aufenthaltsrechtlicher Privilegierung die Ausnahme. Die so ausgearbeitete Negativdefinition spielt eine wesentliche Rolle bei der Konzeptualisierung der Mehrebenenendimension aufenthaltsrechtlicher Irregularität (siehe unten IV.). Ein vertieftes Eingehen auf die unterschiedlichen Rechtsquellen (Primär-, Sekundär- und Völkerrecht) aufenthaltsrechtlicher Privilegierung sprengt den Umfang vorliegender Arbeit, scheint aber im Hinblick auf eine weitere Ausdifferenzierung der Mehrebenenendimension ergiebig zu sein.

a) Staatsangehörigkeit als Anknüpfungspunkt

Aus der Tatsache, dass eine Person die Staatsangehörigkeit eines EU-Mitgliedstaates besitzt und de jure Unionsbürger*in ist, resultiert ein allgemeines Freizügigkeitsrecht im Aufnahmemitgliedstaat. Die Staatsangehörigkeit ist somit der erste wesentliche Anknüpfungspunkt einer privilegierten aufenthaltsrechtlichen Stellung innerhalb der EU. Anders gesagt, führt die Unionsbürgerschaft »zu einer weitgehenden Deaktivierung der Instru-

202 Vgl. Art. 23 Abs. 3 Qualifikationsrichtlinie (Fn. 164) und *H. Battjes*, Asylum Qualification Directive, in: Hailbronner/Thym (Hrsg.): *EU Immigration and Asylum Law Commentary*, 2. Auflage (2016), Art. 23 Rn. 19.

203 In eine ähnliche Richtung gehend bereits *Guild* (Fn. 7), 63.

mente des Aufenthaltsrechts«.²⁰⁴ Gleiches wie für Unionsbürger*innen gilt für die Staatsangehörigkeit von EWR-Bürger*innen. Darüber hinaus genießen auch die schweizerischen Staatsangehörigen ein quasi identes allgemeines Freizügigkeitsrecht wie Unions- und EWR-Bürger*innen.

b) Schutzbedürftigkeit als Anknüpfungspunkt

Der zweite Anknüpfungspunkt ist der durch einen Mitgliedstaat verliehene internationale Schutz(-status). Als Flüchtlinge oder subsidiär Schutzberechtigte anerkannte Drittstaatsangehörige kommen auch in den Genuss eines Aufenthaltsrechts. Im Unterschied zu privilegierten Staatsangehörigen kommt ihnen das Aufenthaltsrecht – abgesehen von der Antragsstellung – ohne ihr Zutun bloß aufgrund ihrer Schutzbedürftigkeit zu.²⁰⁵

c) Verwandtschaftsverhältnis zu einer aufenthaltsrechtlich privilegierten Personenkategorie als Anknüpfungspunkt

Einen dritten Anknüpfungspunkt haben Familienangehörige, wobei hier die unterschiedlichen »Familienangehörige«-Definitionen zu beachten sind. Ihre aufenthaltsrechtliche Privilegierung basiert auf einem Verwandtschaftsverhältnis.

IV. Die Mehrebenendimension aufenthaltsrechtlicher Irregularität

Ich habe gezeigt, dass die Negativdefinition hilfreich ist, um die Mehrebenendimension des Begriffs aufenthaltsrechtlicher Irregularität darzustellen.

Denn kann so zunächst die erste Ebene erfasst werden. Auf dieser hat das Völker- bzw. Europarecht den mitgliedstaatlichen Entscheidungsspielraum über die Genehmigung (der Einreise und) des Aufenthalts von be-

204 J. Bast, Ursprünge der Europäisierung des Migrationsrechts, in: Jochum/Fritzmeyer/Kau (Hrsg.): FS für Kay Hailbronner (2013), S. 3, 5; siehe auch Fn. 152.

205 Etwa durch ihr Erlebtes oder aufgrund der Situation in ihrem Herkunfts- bzw. Aufnahmestaat. Vgl. R. Keil, Asyl als Menschenrecht, in: Krajewski/Reuß/Tarik (Hrsg.): Gedächtnisschrift für Helmut Rittstieg (2015) S. 163, 163 ff.

stimmten – aufenthaltsrechtlich privilegierten – Personenkategorien fast auf null reduziert.²⁰⁶ Anders gesagt, versagen die übergeordneten Rechtsquellen den Mitgliedstaaten den Aufenthalt von Nichtstaatsangehörigen zu genehmigen und die aufenthaltsrechtliche Irregularität zu begründen. In all diesen Fällen ist ein Abdriften in die aufenthaltsrechtliche kaum möglich. Die Negativdefinition dient als Schablone, um zu verstehen unter welchen Bedingungen irreguläre Migration in der EU auftreten kann, nämlich vor allem auf der zweiten Ebene.

Somit kann zunächst festgehalten werden, dass die aufenthaltsrechtliche Irregularität überwiegend auf der zweiten Ebene begründet werden kann. Hierbei kann Folgende grobe Gliederung, die jedenfalls einer weitergehenden Analyse bedarf, vorgenommen werden: Einerseits können Migrant*innen in Bereichen, die in die geteilte Zuständigkeit zwischen EU und Mitgliedstaaten fallen, irregulär werden.²⁰⁷ Andererseits gibt es jene Restmaterien, bei denen die Entscheidung über die Genehmigung des Aufenthalts in der (alleinigen) Kompetenz der Mitgliedstaaten liegt. Bei letzteren kann nun tatsächlich erstmals davon gesprochen werden, dass die Mitgliedstaaten die aufenthaltsrechtliche Irregularität selbstständig begründen können, denn bestehen hier entweder gar keine europarechtlichen Regelungen oder nur Rahmenbedingungen.

206 In dieselbe Richtung gehend *Costello* (Fn. 1), S. 14, 64 f., im Hinblick auf das Unionsrecht und Unionsbürger*innen bzw. international Schutzberechtigte.

207 *Costello* (Fn. 1), S. 14: »[T]he EU provides a transformative political space, in institutionalizing shared competence over admissions«; vertiefend S. 24 ff.

Menschenrechtliches Verbot der Kollektivausweisung

Joshua Leßmann*

I. Einleitung

Durch die stetig steigende Zahl der Vertriebenen und Flüchtlinge in den letzten Jahren¹ hat das Verbot der Kollektivausweisung stark an Bedeutung gewonnen. Mit Wegfall eines Großteils der Binnengrenzen in Europa wurde eine effektive Sicherung der gemeinsamen EU-Außengrenze zum Schutz vor »illegaler Einwanderung«² und zur Bekämpfung derer notwendig, die diese organisieren, was in der Konsequenz zu einer besorgniserregenden Verlagerung der Grenzsicherung nach außerhalb des staatlichen Territoriums bzw. in Drittstaaten geführt hat.³ Dies kann als »Versuch der Staaten gewertet werden, sich im Rahmen des geltenden Asylsystems in Europa möglichst von der Verantwortung gegenüber Flüchtlingen und deren Rechten zu befreien«⁴, was zu einem Konflikt zwischen den Werten, denen sich Europa unter der EMRK verpflichtet hat, und der politischen Realität im Umgang mit Flüchtlingen und Ausländern führt. Dieser Konflikt ist kein neues Phänomen und nicht auf Europa beschränkt, weswegen der Tatbestand des in verschiedenen menschenrechtlichen Verträgen festgeschriebenen Verbots der Kollektivausweisung von Ausländern zuneh-

* Jurastudent und studentische Hilfskraft am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Europarecht, Vergleichende Staatslehre und Verfassungsgeschichte (Prof. Dr. Christoph Schönberger) an der Universität Konstanz.

1 UNHCR, Global Trends, Forced Displacement in 2015, S. 5 f.

2 Schlussfolgerung des Vorsitzes, Europäischer Rat in Tampere, 15.-16.10.1999, Rn. 3; siehe ferner: Beiträge von Tobias Klarmann und Kevin Fredy Hinterberger in diesem Band.

3 H. Brabandt, Staatliche Grenzpolitiken und Visumsbestimmungen, Die Festung Europa, ZAR 2012, 175, 175; C. Costello, Courting Access to Asylum in Europe, Recent Supranational Jurisprudence Explored, Human Rights Law Review 2012, 287, 290 ff.

4 L. Wolf, Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte zu Flüchtlingen am Beispiel der Fälle »Hirsi Jamaa u.a. gegen Italien« sowie »M.S.S. gegen Belgien und Griechenland«, ZEuS 2014, 53, 54.

mend ausgeweitet wird und das Verbot somit eine Auffangfunktion im Migrationsrecht bekommt.

Im Folgenden wird zunächst die historische Entwicklung von Kollektivausweisungen analysiert und der Frage nachgegangen, seit wann es einen Schutz gegen diese gibt. Dann untersucht der Aufsatz die Regelungsinhalte und Dogmatik des heutigen Verbots der Kollektivausweisung. Zum Abschluss soll noch auf aktuelle Probleme im Umgang mit dem menschenrechtlichen Verbot der Kollektivausweisung eingegangen werden. Im Fokus des Aufsatzes steht dabei die Situation unter der EMRK, da sie in Art. 4 des 4. Zusatzprotokolls (ZP) das älteste ausdrücklich festgeschriebene Verbot der Kollektivausweisung von Ausländern enthält und, nicht zuletzt aufgrund der starken Stellung des EGMR, am weitesten entwickelt ist.⁵

II. Historischer Hintergrund

Die Idee eines möglichst homogenen Staatsvolkes ist alt und erklärt, warum in der Geschichte besonders Ausländer und religiöse Minderheiten Opfer von Kollektivausweisungen geworden sind.

1. Kollektivausweisungen in der Geschichte

Ein frühes Beispiel für Kollektivausweisungen sind die Xenelasien im antiken Sparta, die aus verschiedenen Anlässen,⁶ nicht jedoch aus einfacher Fremdenfeindlichkeit,⁷ zur wiederholten Ausweisung von Fremden geführt haben. Ein zentraler Grund für massenhafte Ausweisungen, die bis in die Neuzeit überdauerten, war die Kriegsraison.⁸ Mit Ausnahme der Ausweisung der Deutschen aus Frankreich 1870 kam es im 19. Jahrhundert in Europa nur noch zur Androhung solcher Maßnahmen, aber nicht mehr zur

5 A. von Arnault, *Völkerrecht*, 2. Auflage (2014), Rn. 604; M. Kau, *Der Staat und der Einzelne als Völkerrechtssubjekte*, in: Vitzthum/Proelß (Hrsg.): *Völkerrecht*, 6. Auflage (2013), Rn. 261.

6 S. Rebenich, *Fremdenfeindlichkeit in Sparta? Überlegungen zur Tradition der spartanischen Xenelasie*, *KLIO* 1998, 336, 337 m.w.N.

7 A.a.O., S. 348 f.

8 H. von Frisch, *Das Fremdenrecht, Die staatsrechtliche Stellung des Fremden* (1910), S. 162.

Umsetzung, weswegen sie zu Beginn des 20. Jahrhunderts überwunden zu sein schienen.⁹ Parallel dazu wurden aber bis in die Neuzeit auch anders motivierte Kollektivausweisungen, die nicht unmittelbar für das Überleben des Staates dienlich waren, durchgeführt, die vielfach religiöse Minderheiten, später auch politische Minderheiten trafen, wie etwa die Vertreibung von tausenden Juden 1290 aus England¹⁰ oder bis zu 150.000 Morisken aus Spanien 1609/10 unter König Philip III.¹¹ und der Vertreibung der Juden aus Böhmen 1744 unter Maria Theresia¹².

Ein bis dahin ungeahntes Ausmaß erreichten die Kollektivausweisungen, befeuert durch starken Nationalismus und nicht selten im Genozid endend, dann jedoch im 20. Jahrhundert.¹³ Im Vertrag von Konstantinopel von 1913 zwischen dem Osmanischen Reich und Bulgarien wurde erstmalig vertraglich ein umfassender Bevölkerungsaustausch mit dem Ziel einer »ethnischen Entmischung«¹⁴ vereinbart, der insgesamt zur Umsiedlung von 95.000 Menschen führte.¹⁵ In Deutschland wurde 1938 eine Massenausweisung veranlasst, als binnen weniger Monate die gewaltsame Abschiebung von ca. 45.000 Juden erfolgte.¹⁶

9 Ebd.; O. Kimminich, Der Aufenthalt von Ausländern in der Bundesrepublik Deutschland (1980), S. 96.

10 G. Mentgen, Die Vertreibungen der Juden aus England und Frankreich im Mittelalter, Aschkenas 1997, 11, 11; R. Schäfer in: Benz (Hrsg.): Handbuch des Antisemitismus, Judenfeindschaft in Geschichte und Gegenwart, Bd. 4: Ereignisse, Dekrete, Kontroversen (2011), S. 418.

11 M. Pöschl, in: Korinek/Haloubek (Hrsg.): Österreichisches Bundesverfassungsrecht, Textsammlung und Kommentar Bd. 3, Stand: 6. Lieferung (12/2003), Art. 4 4. ZPEMRK, Rn. 1; A. de Zayas, A Historical Survey of Twentieth Century Expulsions, in: Bramwell (Hrsg.): Refugees in the Age of Total War (1988), S. 16.

12 Ebd.

13 B. Stöver, Jahrhundert der Kriege, Jahrhundert der Flüchtlinge, in: Zeitverlag (Hrsg.): Welt- und Kulturgeschichte Bd. 14 (2006), S. 261 f.

14 S. Troebst, Vom Bevölkerungstransfer zum Vertreibungsverbot – eine europäische Erfolgsgeschichte?, in: Koch (Hrsg.): War die »Vertreibung« Unrecht? (2015), S. 169, 172.

15 K. Doehring, Die Rechtsnatur der Massenausweisung unter besonderer Berücksichtigung der indirekten Ausweisung, ZaöRV 1985, 372, 375; S. Troebst (Fn. 14), S. 172; A. de Zayas (Fn. 11), S. 17.

16 W. Gruner, Von der Kollektivausweisung zur Deportation der Juden aus Deutschland (1938-1945), in: Kundrus (Hrsg.): Die Deportation der Juden aus Deutschland, (2004), S. 23 f.

Zu den bisher größten Massenausweisungen und Umsiedlungsmaßnahmen in Europa¹⁷ kam es mit den Umsiedlungsbeschlüssen von Potsdam¹⁸, die eine »in ordnungsgemäßer und humaner Weise erfolgen[de]«¹⁹ Überführung von Teilen der deutschen Bevölkerung aus Polen, der Tschechoslowakei und Ungarn vorsahen. Damit sollten die »Wilden Vertreibung« legitimiert und in eine geregelte Umsiedlung überführt werden.²⁰ In der Folge wurden rund 13 Mio. Menschen umgesiedelt.²¹

Trotz dieser negativen Erfahrung und der daraus resultierenden Schritte zu vertraglichen Verboten der Kollektivausweisung von Ausländern wurden jedoch immer wieder Massenausweisungen vorgenommen.²² Die »ethnischen Säuberungen« während der Jugoslawienkriege Ende des 20. Jahrhunderts liefen im Ergebnis ebenfalls auf eine Massenausweisung hinaus.²³ Auch wenn seither die Massenausweisung in Westeuropa ein Relikt des 20. Jahrhunderts zu sein schien, so landeten doch jüngst wieder vermehrt Fälle vor dem EGMR, in der die Beschwerdeführer eine Verletzung des Verbots der Kollektivausweisung von Ausländern rügten.²⁴

17 Doehring (Fn. 15), 375 f.; S. Troebst (Fn. 14), S. 169.

18 Abschnitt XIII der Mitteilung über die Dreimächtekonferenz von Berlin vom 2.8.1945, Amtsblatt des Kontrollrats in Deutschland, Ergänzungsblatt 1, S. 19 f.

19 Ebd.

20 H. Schwendemann, Flucht und Vertreibung der ostdeutschen Bevölkerung 1944-1947/49, in: Koch (Hrsg.): War die »Vertreibung« Unrecht? (2015) S. 219; B. Stöver, Der Kalte Krieg, Geschichte eines radikalen Zeitalters (2007), S. 46.

21 J.-M. Henckaerts, Mass Expulsion in Modern International Law and Practice (1995), S. 8; H. Schwendemann (Fn. 20), S. 195; B. Stöver (Fn. 13), S. 263 f.

22 J.-M. Henckaerts (Fn. 21), S. 204 f.

23 G. Dahm/J. Delbrück/R. Wolfrum, Völkerrecht, Bd. I/2: Der Staat und andere Völkerrechtssubjekte, 2. Auflage (2002), § 99, S. 143 m.w.N.

24 Auflistung ab 2007

Fälle, in denen eine Kollektivausweisung vorlag: EGMR, Urte. v. 23.2.2012 (GK), Nr. 27765/09, *Hirsi Jamaa u.a. gegen Italien*; EGMR, Urte. v. 3.7.2014 (GK), Nr. 13255/07, *Georgien gegen Russland (I)*; EGMR, Urte. v. 21.10.2014 (GK), Nr. 16643/09, *Sharifi u.a. gegen Italien u. Griechenland*.

Fälle, in denen keine Kollektivausweisung vorlag: EGMR, Urte. v. 20.9.2007, Nr. 45223/05, *Sultani gegen Frankreich*; EGMR, Urte. v. 23.7.2013, Nr. 41872/10, *M.A. gegen Zypern*; EGMR, Urte. v. 15.12.2016 (GK), Nr. 16483/12, *Khlaifia u.a. gegen Italien* (anders noch: Urte. der Kammer vom 1.9.2015).

Fälle, die als unzulässig abgewiesen wurden: EGMR, Entscheidung v. 7.4.2009, Nr. 45302/05, *Ghulami gegen Frankreich*; EGMR Entscheidung v. 1.2.2011, Nr. 2344/02, *Dritsas gegen Italien*.

2. Entstehung des völkerrechtlichen Verbots der Kollektivausweisung

Das völkerrechtliche Fremdenrecht, in dem der internationale Menschenrechtsschutz unter anderem seinen Ursprung hat, ist nie umfassend kodifiziert worden²⁵ und kennt lediglich einen völkergewohnheitsrechtlich anerkannten Mindeststandard,²⁶ aus dem sich jedoch noch keine grundsätzliche Pflicht des Staates ableiten lässt, Fremde in sein Land zu lassen²⁷ oder ihren Aufenthalt zu dulden²⁸. Dieses Prinzip hat auch Eingang in die Rechtsprechung gefunden. So erklärte der U.S. Supreme Court 1893: »The right to exclude or to expel aliens, or any class of aliens, absolutely or upon certain conditions, in war or in peace, is an inherent and inalienable right of every sovereign nation.«²⁹ Im deutschen Sprachraum stellte *Bittermann* im Jahr 1912 fest, dass der völkerrechtliche Grundsatz, dass jeder Staat berechtigt sei, die auf seinem Gebiet befindlichen Fremden einzeln oder in Masse auszuweisen, allgemein anerkannt sei.³⁰ Zeitgleich wurde jedoch auch schon begonnen, zwischen der Einzel- und der Kollektivausweisung zu unterscheiden.³¹ So bezeichnete *von Frisch* die Massenausweisung als »barbarisch«³², wollte sie aus Gründen der Kriegsraison den Staaten jedoch weiterhin zugestehen. Er deutete aber gleichzeitig an,

Noch anhängige Fälle: EGMR, Entscheidung v. 7.7.2015, Nr. 8675/15, *N.D. u. N.T. gegen Spanien*; EGMR, Mitteilung v. 14.12.2015, Nr. 19420/15, *Doumbé Nnabuchi gegen Spanien*.

25 *G. Dahm/J. Delbrück/R. Wolfrum* (Fn. 23), § 95, S. 106.

26 IGH, Urt. v. 20.7.1989, *ELSI*, ICJ Rep. (1989), S. 15; *A. Verdross/B. Simma*, *Universelles Völkerrecht*, 3. Auflage (1984), S. 802 f.

27 IGH, Urt. v. 6.4.1955, *Nottebohm*, Abweichende Meinung Richter Read, ICJ Rep. (1955), S. 46; *K. Doehring*, *Völkerrecht*, Ein Lehrbuch, 2. Auflage (2004), Rn. 853; *G. Goodwin-Gill*, Comment on Mass Expulsion, in: *Coles* (Hrsg.): *Yearbook of the International Institute of Humanitarian Law* (1984), S. 96; *K. Hailbronner*, *Asyl- und Ausländerrecht*, 3. Auflage (2014), Rn. 157; *M. Kau* (Fn. 5), Rn. 284.

28 *K. Hailbronner* (Fn. 27), Rn. 157; *M. Kau* (Fn. 5), Rn. 291 f.; *A. Verdross/B. Simma* (Fn. 26), S. 800.

29 U.S. Supreme Court, Urt. v. 15.5.1893, *Fong Yue Ting v. United States*, 149 U.S. 698, 698; Auffassung bestätigt mit Urteil: U.S. Supreme Court, Urt. v. 10.3.1952, *Harisiades v. Shaughnessy*, 342 U.S. 580, 587.

30 *W. Bittermann*, Das Recht der Ausweisung in den Kulturstaaen, *Jahrbuch für internationalen Rechtsverkehr* 1912, 553, 553.

31 BT-Drs. V/1679, S. 8 (mit Verweis auf die Erörterungen im I. Unterausschuss des Ausschusses II der zweiten Haager Friedenskonferenz 1907).

32 *H. von Frisch* (Fn. 8), S. 162.

dass die zivilisierten Staaten den Schutz der Angehörigen des Kriegskontrahenten und ihres Vermögens als Selbstverständlichkeit ansehen, weswegen es keiner bilateralen Vereinbarungen bedürfe.³³ Ob und in welchem Umfang ein gewohnheitsrechtlich anerkanntes Verbot der Massenausweisung zum Ausgang des 19. Jahrhunderts bestand,³⁴ ist insofern unerheblich, als die Staatenpraxis im 20. Jahrhundert auf das Mittel der massenhaften Ausweisung vielfach zurückgegriffen hat.³⁵ Umso bedeutender ist jedoch die Frage, wie weitreichend der Schutz vor Kollektiv- und Massenausweisungen heutzutage ist.

a) Universeller Menschenrechtsschutz gegen Kollektivausweisung von Ausländern

Ein explizites und universell geltendes vertragliches Verbot der Kollektivausweisung existiert bisher nicht. Die im Juli 2014 von der International Law Commission (ILC) angenommenen 31 Draft Articles on the Expulsion of Aliens³⁶, von denen Art. 9 explizit ein Verbot der Kollektivausweisung enthält, zeigen jedoch die Bestrebungen zur Schaffung eines solchen Verbots auf.

Im Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte (IPbPR) spiegelt Art. 13 die Entwicklung des allgemeinen Völkerrechts bzgl. des Verbots der willkürlichen Ausweisung wider,³⁷ da er einem sich rechtmäßig im Hoheitsgebiet eines Vertragsstaates aufhaltenden Ausländer zusichert, dass er nur aufgrund einer rechtmäßigen Entscheidung ausgewiesen werden darf. Gleichzeitig wird mit Art. 26 IPbPR ein gleichwertiger Schutz durch das Gesetz und ein Diskriminierungsverbot gewährleistet.

Das universell geltende, aber sachlich eingeschränkte Abkommen über die Rechtsstellung von Flüchtlingen von 1951 (GFK) enthält in Art 32 prozessuale Erfordernisse zur Abschiebung von Flüchtlingen.

33 A.a.O., S. 163.

34 Bejahend etwa BT-Drs. V/1679, S. 8.

35 EGMR, Urt. v. 1.9.2015, Nr. 16483/12, *Khlaifia u.a. gegen Italien* (Kammer), gemeinsame teilweise abweichende Meinung Richter Sajó und Vučinić, Rn. 9, Fn. 2.

36 ILC, Draft Articles on the Expulsion of Aliens, Yearbook of the International Law Commission 2014, vol. II, Part Two.

37 M. Nowak in: Nowak (Hrsg.): UN Covenant on Civil and Political Rights, 2. Auflage (2005), Art. 13 CCPR, Rn. 3 f.

b) Regionaler Menschenrechtsschutz gegen Kollektivausweisung von Ausländern

Das wichtigste regionale Menschenrechtsabkommen ist die EMRK, die seit 1963 im 4. ZP das Verbot der Kollektivausweisung enthält. Dass die Kollektivausweisung nicht schon 1950 in der EMRK verboten wurde, lässt sich nur im Hinblick auf das sog. »Potsdamer Abkommen« erklären.³⁸ Ursprünglich hatte die Konsultativversammlung nicht das Verbot der Kollektivausweisung für Art. 4 4. ZP vorgesehen,³⁹ sondern ein Aufenthaltsgesetz für fremde Staatsbürger und eine Einengung der Ausweisungsgründe für individuelle Ausweisungen.⁴⁰ Dieser Vorschlag wurde aufgrund der inhaltlichen Nähe zu Art. 3 des Europäischen Niederlassungsabkommens,⁴¹ der nahezu wortgleich ist, und mit der Begründung, dass eine inhaltliche Beschränkung der Einzelausweisung nicht hinnehmbar sei,⁴² abgelehnt. Obwohl man sich vermutlich auf eine Vorschrift hätte einigen können, die eine Ausweisung nur in Übereinstimmung mit gelten-

38 J.-M. Henckaerts (Fn. 21), S. 9; M. Pöschl (Fn. 11), Rn. 1.

39 Ursprünglicher Textentwurf:

(1) An alien lawfully residing in the territory of a High Contracting Party may be expelled only if he endangers national security or offends against ordre public or morality.

(2) Except where imperative considerations of national security otherwise require, an alien who has been lawfully residing for more than two years in the territory of a Contracting Party shall not be expelled without first being allowed to avail himself of an effective remedy before a national authority, within the meaning of Article 13 of the Convention.

(3) An alien who has been lawfully residing for more than ten years in the territory of a Contracting Party may be expelled only for reasons of national security or if the other reasons mentioned in paragraph 1 of this Article are of a particularly serious nature.

(Recommendation 234 (22.1.1960), CoE, Explanatory Report on the Fourth Protocol, vor Rn. 30.

40 A. Dispa/J.-M. Hausman, La notion d'expulsion collective d'étrangers, prévue à l'article 4 du protocole 4 à la CEDH, C'est l'intention qui compte..., Annales de Droit de Louvain 2005, 73, 74; W. Pahr, Das 4. Zusatzprotokoll zur Europäischen Menschenrechtskonvention, JBl 1964, 187, 189; W. Schabas, The European Convention on Human Rights (2015), S. 1075 f.

41 P. van Dijk/G. van Hoof, Theory and practice of the European Convention on Human Rights, 3. Auflage (1998) S. 675 f.; J.-M. Henckaerts (Fn. 21), S. 10; W. Schabas (Fn. 40), S. 1076.

42 CoE (Fn. 39), Rn. 34; W. Schabas (Fn. 40), S. 1076.

dem Recht erlaubt und damit ein Verbot von willkürlichen Einzelausweisungen enthalten hätte,⁴³ war die überwiegende Anzahl der Staaten der Auffassung, dass nur der betroffene Staat die Kompetenz haben sollte zu entscheiden, ob und wann eine Einzelausweisung rechtmäßig sein soll.⁴⁴ Da sich die Konsultativversammlung auch nicht auf die Einführung von aus ihrer Sicht unzureichenden prozessualen Garantien beschränken wollte,⁴⁵ hat das so nicht vorgesehene Verbot der Kollektivausweisung Eingang in das 4. ZP gefunden und ist somit zur verbindlichen Regel des europäischen Völkerrechts geworden.⁴⁶ Der Gedanke hinter der Schaffung des Art. 4 war es, »collective expulsions of the kind which was a matter of recent history«⁴⁷ formal zu verbieten, worunter insbesondere die Zwangsumsiedlungen, wie sie durch das sog. »Potsdamer Abkommen« beschlossen wurden, zu verstehen sind.⁴⁸ Das Verbot der Kollektivausweisung wurde als Gruppenrecht angelegt und sollte solche Ausweisungen erfassen, die als konkretes Ziel die Entfernung einer Gruppe von Individuen zum Gegenstand haben, die ein spezifisches gruppentypisches Merkmal (wie die ethnische Herkunft, Religion, oder Nationalität) teilen.⁴⁹ Das Verbot einer solchen Maßnahme ist mit dem Diskriminierungsverbot eng verknüpft.⁵⁰

Alternativ kann eine Kollektivausweisung nach der Rechtsprechung des EGMR auch in Fällen vorliegen, in denen kein gemeinsames Gruppenmerkmal besteht, sondern die Gruppe einfach aufgrund des physischen Zusammenseins als Ganze abgeschoben wird und keine hinreichende indi-

43 *W. Schabas* (Fn. 40), S. 1076.

44 A.a.O., S. 1076 f.

45 *CoE* (Fn. 39), Rn. 34.

46 BT-Drs. V/1679, S. 8.

47 Memorandum of the Human Rights Directorate on the Committee's third meeting, 2.-11.10.1961, DH/Exp (61) 35, Rn. 53.

48 *Dispa/Hausman* (Fn. 40), 75; *C. Grabenwarter* in: Grabenwarter (Hrsg.): *European Convention on Human Rights*, (2014) P 4 – 4 (S. 421), Rn. 2; *W. Schabas* (Fn. 40), S. 1076.

49 EGMR, *Khlaifia u.a. gegen Italien* (Kammer) (Fn. 35), gemeinsame teilweise abweichende Meinung Richter Sajó und Vučinić, Rn. 16; *A. Gil*, *Collectiv Expulsions in Times of Migratory Crisis*, (<http://eumigrationlawblog.eu/collective-expulsions-in-times-of-migratory-crisis-comments-on-the-khlaifia-case-of-the-echr/>), zuletzt aufgerufen am: 6.1.2017.

50 *J.-M. Henckaerts*, *The Current Status and Content of the Prohibition of Mass Expulsions of Aliens*, *Human Rights Law Journal* 1994, 301, 305 f.

viduelle Überprüfung der einzelnen Gruppenmitglieder stattfindet.⁵¹ Ein solcher Fall lag den Entscheidungen *Hirsi Jamaa*⁵² und *Sharifi*⁵³ zugrunde, in denen die Ausgewiesenen lediglich den Umstand teilten, dass sie sich zusammen in einem Boot befanden, jedoch kein weiteres gemeinsames Gruppenmerkmal aufwiesen. Damit verstößt diese Art der Kollektivausweisung gegen das Willkürverbot.⁵⁴

Auch wenn sich das Expertenkomitee vehement gegen Einführung von prozessualen Mindestgarantien für die Einzelausweisung gesperrt hat, so hat die Anwendungspraxis des Art. 4 durch die Kommission und den EGMR doch genau dazu geführt.⁵⁵ Ansonsten wäre es zu einem Wertungswiderspruch gekommen, der einem »Gruppen-Ausländer« mehr Schutz zukommen ließe als jedem anderen Ausländer.⁵⁶ Denn es ist nicht ersichtlich, warum ein Ausländer einen höheren Schutz genießen soll, wenn er einer Gruppe angehört, als wenn er keine Gruppenzugehörigkeit hat.

Mittlerweile ist das 4. ZP von 43 Staaten ratifiziert.⁵⁷ Dieser Entwicklungsstand, inklusive der Rechtsprechung des EGMR, wurde mit Art. 19 Abs. 1 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (GRCh) auch für die EU übernommen.⁵⁸

Die übrigen regionalen Menschenrechtskonventionen enthalten ebenfalls ein ausdrückliches Verbot der Kollektiv- bzw. Massenausweisung.⁵⁹

51 EGMR, *Khlaifia u.a. gegen Italien* (Kammer) (Fn. 35), gemeinsame teilweise abweichende Meinung Richter Sajó und Vučinić, Rn. 16.

52 EGMR, Ur t. v. 23.2.2012 (GK), Nr. 27765/09, *Hirsi Jamaa u.a. gegen Italien*.

53 EGMR Ur t. v. 21.10.2014 (GK), Nr. 16643/09, *Sharifi u.a. gegen Italien u. Griechenland*.

54 *Gil* (Fn. 49).

55 *P. van Dijk/G. van Hoof* (Fn. 41), S. 677; siehe auch: *C. Ovey/B. Rainey/E. Wicks, Jacobs, White and Ovey the European Convention on Human Rights*, 6. Auflage (2014), S. 564.

56 *P. van Dijk/G. van Hoof* (Fn. 41), S. 678.

57 Unterscriben, aber nicht ratifiziert: von Türkei, Vereinigtes Königreich; nicht unterschrieben: Griechenland, Schweiz; Stand: 6.1.2017.

58 *E. Guild*, in: Peers/Hervey/Kenner/Ward (Hrsg.): *The EU Charter of Fundamental Rights, A Commentary* (2014) Art. 19 GRCh, Rn. 19.37.

59 Art. 22 Abs. 9 Amerikanische Menschenrechtskonvention; Art. 12 Abs. 5 Afrikanische Charta der Menschenrechte und Rechte der Völker; Art. 26 Abs. 2 Arabische Charta der Menschenrechte von 2004.

III. Rechtlicher Regelungsgehalt

1. Begriffsbestimmung

Der Begriff der Ausweisung bezeichnet zunächst jede dem Staat zurechenbare Maßnahme mit dem Ziel der gesicherten Entfernung des Ausländers vom jeweiligen Staatsgebiet.⁶⁰ *Dispa* und *Hausman* vertraten schon früh eine weitergefasste Definition die den Begriff der Ausweisung auf jede Zurückweisung oder Rückführung, auch außerhalb des Staatsgebietes, ausdehnt.⁶¹ Auch der EGMR sieht die Ausweisung mittlerweile nicht mehr an das Staatsgebiet geknüpft⁶², sondern unterwirft jede hoheitliche Maßnahme »with the effect of which is to prevent migrants from reaching the borders of the State or even to push them back to another State«⁶³ dem Verbot der Kollektivausweisung.⁶⁴

In der völkerrechtlichen Literatur werden Kollektiv- und Massenausweisung oftmals nicht scharf voneinander getrennt,⁶⁵ da Kollektivausweisungen in der Praxis meistens auch Massenausweisungen sind⁶⁶ und beide Formen ein extrem nationalistisches staatliches Handeln ausdrücken, das bestimmte Ausländer als für den Staat unbrauchbar darstellt⁶⁷. Obwohl einer Massenausweisung im Ausnahmefall auch individuelle Einzelfallprüfungen zugrunde liegen können,⁶⁸ begründet das numerische Element der Massenausweisung trotzdem die Vermutung weiterer Verletzungen von Menschenrechtsstandards, insbesondere aufgrund ihres willkürlichen und diskriminierenden Charakters sowie der Grausamkeit und Unmensch-

60 EGMR, *Hirsi Jamaa u.a. gegen Italien* (Fn. 52), Rn. 166 f. m.w.N.; *K. Doehring* (Fn. 27), Rn. 890.

61 *Dispa/Hausman* (Fn. 40), 80.

62 EGMR, *Hirsi Jamaa u.a. gegen Italien* (Fn. 52), Rn. 178.

63 A.a.O., Rn. 180.

64 EGMR, Urt. v 15.12.2016 (GK), Nr. 16483/12, *Khlaifia u.a. gegen Italien*, Rn. 243; Näheres unter: IV. Aktuelle Probleme, 1. Push-Back-Operationen.

65 *K. Deumeland*, Das Verbot der Xenelasie bei Ausweisung von Ausländern in der Bundesrepublik Deutschland, AWR-Bulletin 1985, 182, 186; *Doehring* (Fn. 15), 374; *ILC*, Expulsion of Aliens: Memorandum by the Secretariat, 58th sess., UN Doc. A/CN.4/565 (10.7.2006), Rn. 985.

66 *W. Kobarg*, Ausweisung und Abweisung von Ausländern (1930), S. 37.

67 *Deumeland* (Fn. 65), 186; *W. Kobarg* (Fn. 66), S. 36 f.

68 *Deumeland* (Fn. 65), 185; *K. Doehring* (Fn. 27), Rn. 900; *W. Kobarg* (Fn. 66), S. 4; a.A.: *A. Verdross/B. Simma* (Fn. 26), S. 800.

lichkeit ihrer Durchführung;⁶⁹ denn bei einer großen Anzahl von Ausweisungen sind die Behörden regelmäßig nicht in der Lage, hinreichend individuelle Prüfungen vorzunehmen. Dass es einer solchen Vermutung bedarf, zeigt schon, dass eine klare Unterscheidung von einer Serie von Einzelausweisungen und einer echten Kollektivausweisung in der Praxis äußerst schwierig ist⁷⁰ und es deshalb einer möglichst präzisen Definition der Kollektivausweisung bedarf.

2. Merkmal der Kollektivität

Nach der oben ausgeführten Entwicklungsgeschichte des Verbots der Kollektivausweisung in der EMRK gibt es zwei unterschiedliche Anknüpfungspunkte für eine Kollektivausweisung.⁷¹

Zum einen kann eine Kollektivausweisung an ein qualitatives Merkmal anknüpfen, nämlich die Gruppeneigenschaft, auf deren alleiniger Basis die Ausweisung erfolgt.⁷² Im Umkehrschluss kommt es nicht auf ein quantitatives Element an, zumal eine numerische Schwelle schwerlich festsetzbar wäre.⁷³ Das bedeutet, dass eine Kollektivausweisung schon im Einzelfall⁷⁴ vorläge, wenn der betroffene Ausländer gezielt aufgrund eines kollektiven Gesichtspunktes⁷⁵ des Landes verwiesen würde.⁷⁶ Auch wenn es keine explizite Entscheidung gibt, die die obige These stützt, lässt sich die Argumentation des EGMR in der Teilentscheidung *Berisha und Haljiti*⁷⁷ als

69 G.J.L. Coles, The Problem of Mass Expulsion, Vortrag gehalten für das International Institute of Humanitarian Law in San Remo, 16.-18.4.1983, S. 6.

70 *Gil* (Fn. 49).

71 Ebd.

72 EGMR, *Khlaifia u.a. gegen Italien* (Kammer) (Fn. 35), gemeinsame teilweise abweichende Meinung Richter Sajó und Vučinić, Rn. 13; *K. Doehring* (Fn. 27), Rn. 900; *W. Kobarg* (Fn. 66), S. 37; *M. Pöschl* (Fn. 11), Rn. 16.

73 EGMR, Urt. v. 3.7.2014 (GK), Nr. 13255/07, *Georgien gegen Russland (I)*, Rn. 167; *J.-M. Henckaerts* (Fn. 21), S. 1.

74 *Deumeland* (Fn. 65), 186; *P. van Dijk/G. van Hoof* (Fn. 41) S. 677 f.; *J.-M. Henckaerts* (Fn. 21), S. 13; a.A.: *ILC, Expulsion of Aliens* (Fn. 65), Rn. 990.

75 *F. Berber*, Lehrbuch des Völkerrechts, Bd. 1: Allgemeines Friedensrecht, 2. Auflage (1975), S. 425 f.; *Deumeland* (Fn. 65), 186.

76 Unter Bezugnahme auf den EGMR: *IAKMR*, 29.3.2012, Report No. 64/12, Case 12.271, *Benito Tide Méndez et al. v. Dominican Republic*, Rn. 253 ff.

77 EGMR, Teilentscheidung v. 16.6.2005, Nr. 18670/03, *Berisha u. Haljiti gegen Mazedonien*.

Hinweis für ihre Richtigkeit interpretieren. Der Gerichtshof weist darin die Beschwerde gegen eine behauptete Kollektivausweisung eines Ehepaars nicht aufgrund der kleinen Anzahl der Beschwerdeführer und damit eines formellen Kriteriums, sondern aufgrund materieller Bedenken als unzulässig ab. Er erkennt die gemeinsame Ausstellung eines Ausweisungsbescheids für beide Eheleute als »consequence of their own conduct«⁷⁸ für rechtmäßig, da die Beschwerdeführer einen gemeinsamen Asylantrag gestellt und die gleichen Beweise vorgebracht hätten.⁷⁹

Zum anderen liegt eine Kollektivausweisung gemäß der ständigen Rechtsprechung des EGMR auch dann vor, wenn eine Gruppe von Ausländern nicht aufgrund eines spezifischen kollektiven Merkmals ausgewiesen wird, sondern weil die Ausweisung der Gruppe nicht auf Basis einer »reasonable and objective examination of the particular case of each individual«⁸⁰ erfolgt. Die spannende und bisher noch nicht vollständig geklärte Frage ist, wie weitreichend die individuelle Berücksichtigung zu erfolgen hat. Einigkeit besteht zumindest darüber, dass die einzelnen Gruppenmitglieder identifiziert werden müssen.⁸¹ Mit dem Urteil *Khlaifia*⁸² versuchte die zuständige Kammer einen Schritt weiterzugehen, indem sie auch dann eine Kollektivausweisung nicht ausschloss, wenn die Auszuweisenden individuell identifiziert wurden.⁸³ Vielmehr führen die Umstände, unter denen die Ausweisung erfolgte, zu der Annahme, dass es sich um eine Kollektivausweisung gehandelt habe, und zwar aus drei Gründen:

weil in der Ablehnung der Aufenthaltsgenehmigung kein Bezug auf die individuelle Situation der Beschwerdeführer genommen wurde;

weil die italienische Regierung nicht beweisen konnte, dass sie individuelle Gespräche betreffend der persönlichen Situation der Beschwerdeführer geführt hat;

78 A.a.O., S. 8.

79 Ebd.; siehe ferner: EGMR, *Khlaifia u.a. gegen Italien* (GK) (Fn. 64), Rn. 251 f.

80 EGMR, Entscheidung v. 23.1.1999, Nr. 15917/99, *Andric gegen Schweden*, S. 4; EGMR, Urt. v. 5.2.2002, Nr. 51564/99, *Čonka gegen Belgien*, Rn. 59; EGMR, *Hirsi Jamaa u.a. gegen Italien* (Fn. 52), Rn. 167 m.w.N.

81 EGMR, *Hirsi Jamaa u.a. gegen Italien* (Fn. 52), Rn. 185; EGMR, *Sharifi u.a. gegen Italien u. Griechenland* (Fn. 53), Rn. 216; ILC, *Expulsion of Aliens* (Fn. 65), Rn. 990; *Wolf* (Fn. 4), 60.

82 EGMR, *Khlaifia u.a. gegen Italien* (Kammer) (Fn. 35), Rn. 153 f.

83 A.a.O., Rn. 156.

weil aufgrund eines Rückführungsabkommens zwischen Italien und Tunesien einer großen Anzahl von Migranten ähnliche Maßnahmen drohen.⁸⁴

Die Große Kammer des EGMR hat sich dieser Sichtweise in ihrem Urteil vom 15.12.2016⁸⁵ indes jedoch nur bedingt angeschlossen und sieht in diesem Fall keinen Verstoß gegen das Kollektivausweisungsverbot. Insbesondere enthalte Art. 4 4. ZP kein Recht auf ein individuelles Gespräch, sondern es genüge, wenn die Beschwerdeführer rein tatsächlich die Möglichkeit hatten, Argumente vorzubringen, weshalb sie nicht ausgewiesen werden dürften, und die Behörde dies hinreichend berücksichtige.⁸⁶ Auch die standardisierten Ablehnungen der Aufenthaltsgenehmigungen führen nicht automatisch zu einer Kollektivausweisung, sondern seien dadurch gerechtfertigt, dass die Beschwerdeführer die gleiche Nationalität hatten, der Grenzübertritt irregulär erfolgte und keine Anhaltspunkte vorlagen, die eine individuellere Betrachtung nötig gemacht hätten.⁸⁷

Anknüpfend an die ständige Rechtsprechung des EGMR wendet sich Richter Serghides in seiner teilweise abweichenden Meinung gegen die Ansicht, dass Art. 4 4. ZP kein zwingendes Recht auf individuelle Interviews enthalte. Der EGMR fordere zu Recht, dass eine Kollektivausweisung nur aufgrund einer objektiven und individuellen Untersuchung vorgenommen werden dürfe, eine solche Untersuchung könne jedoch nur dann objektiv und individuell sein, wenn die Behörde ein persönliches Gespräch mit dem Auszuweisenden führe.⁸⁸ Die rein tatsächliche Möglichkeit des Vorbringens von Gründen, die einer Ausweisung entgegenstünden, könne dies nicht ausgleichen, da man den materiellen Kern des Art. 4 4. ZP seiner Verfahrensgarantie und damit seines prozessualen Schutzes beraube.⁸⁹

Dem Konzept der »Kollektivität« – losgelöst sowohl von der tatsächlichen Anzahl der Betroffenen als auch von einem gemeinsamen Gruppenmerkmal, wie der EGMR es in seiner Rechtsprechung zu Art. 4 4. ZP entwickelt hat – ist vorbehaltlos zuzustimmen, da es der Zielsetzung des Verbots der Kollektivausweisung – die Verletzung von Menschenrechten

84 Ebd.; die Entscheidung zu (iii) lässt der EGMR offen (Fn. 122).

85 EGMR, *Khlaifia u.a. gegen Italien* (GK) (Fn. 64).

86 A.a.O., Rn. 247 f.

87 EGMR, *Khlaifia u.a. gegen Italien* (GK) (Fn. 64), Rn. 251.

88 A.a.O., teilweise abweichende Meinung Richter Serghides, Rn. 21.

89 A.a.O., Rn. 12 (g).

durch eine Ausweisung losgelöst von den Umständen des Einzelfalls zu verhindern⁹⁰ – am besten entspricht. Auf die historischen Wurzeln des Verbotes kann es insofern nicht entscheidend ankommen, da der Zweck des Art. 4 4. ZP im Lichte der Konvention als »living instrument« auszulegen ist.⁹¹

Obwohl das Verbot der Kollektivausweisung dem Wortlaut nach ein Gruppenrecht zu sein scheint, ist weithin anerkannt, dass sich auch Einzelne darauf berufen können, zumal ja gerade der individuelle Schutz durch Einzelfallprüfung gewährleistet werden soll.⁹²

3. Beweislastregelung

Der EGMR prüft ferner nicht nur, ob der Ausweisungsbescheid aufgrund einer objektiven individuellen Entscheidung ergangen ist, sondern behält sich auch das Recht vor, die Ausführung der Abschiebung zur Durchsetzung der Ausweisungsanordnung zu überprüfen.⁹³ Dabei spielen für das Gericht nicht nur die äußeren Umstände, sondern auch untergründige Motive des ausweisenden Staates eine Rolle, weswegen *Dispa* und *Hausman* zu dem Schluss kommen: »[c]’est l’intention qui compte...«⁹⁴. Dieser Ansatz spiegelt sich in der Rechtsprechung des EGMR wider, wenn er beispielsweise selbst bei Vorlage einer Einzelfallentscheidung eine verbotene Kollektivausweisung annimmt, sofern nicht hinreichende Garantien bestehen, dass die persönlichen Umstände jedes Betroffenen »had been genuinely and individually taken into account«⁹⁵, und der Verdacht naheliegt, dass die Abschiebung aufgrund eines kollektiven Merkmals geschieht⁹⁶.

90 *Wolf* (Fn. 4), 60.

91 EGMR, *Hirsi Jamaa u.a. gegen Italien* (Fn. 52), Rn. 175 m.w.N.

92 *M. Giuffré*, *Watered-Down Rights on the High Seas, Hirsi Jamaa and Others v Italy*, ICLQ 2012, 728, 737; *C. Grabenwarter* (Fn. 48), Rn. 2 m.w.N.; *M. Lehnert*, *Frontex und operative Maßnahmen an den europäischen Außengrenzen*, (2014), S. 278.

93 EGMR, *Čonka gegen Belgien* (Fn. 80), Rn. 59.

94 *Dispa/Hausman* (Fn. 40), S. 86.

95 EGMR, *Čonka gegen Belgien* (Fn. 80), Rn. 63; EGMR, *Georgien gegen Russland (I)* (Fn. 73), Rn. 175.

96 EGMR, *Čonka gegen Belgien* (Fn. 80), Rn. 60 ff.; so auch: *F. Berber* (Fn. 75), S. 416; *M. Kau* (Fn. 5), Rn. 292.

Der EGMR stellt hier eine Vermutung zugunsten des Vorliegens einer Kollektivausweisung auf, die der jeweilige Staat entkräften muss,⁹⁷ indem er insbesondere nachweist, dass er den Auszuweisenden die Möglichkeit gegeben hat, Gründe vorzubringen, die gegen eine Ausweisung sprechen,⁹⁸ und ihnen Zugang zu einem Rechtsbeistand gewährt hat⁹⁹. Von dieser Linie ist der EGMR auch in seinem neuesten Urteil nicht abgewichen, vielmehr stellt er nur sehr geringe Anforderungen an den Beweis, da die italienische Regierung glaubhaft machen konnte, dass ihre Unterlagen vernichtet wurden, der EGMR ihren Vortrag jedoch für plausibel hält.¹⁰⁰

IV. Aktuelle Probleme

1. Push-Back-Operationen

Das Zurückdrängen von Flüchtlingen und anderen Einwanderern in Grenznähe (Push-Back) ist eine Praxis, die nicht nur im Mittelmeer zur Anwendung kommt, sondern weltweit eingesetzt wird, um illegale Einwanderung zu verhindern.¹⁰¹ Push-Backs finden häufig auf See und damit außerhalb des staatlichen Territoriums statt, indem Boote abgedrängt bzw. abgeschleppt werden. Besonders prominent sind die Fälle im Mittelmeer und die Push-Back-Operationen Australiens, weswegen an ihnen die rechtliche Problematik dieser Vorgehensweise erörtert werden soll.

97 EGMR, *Čonka gegen Belgien* (Fn. 80), Rn. 61 f.

98 EGMR, *Hirsi Jamaa u.a. gegen Italien* (Fn. 52), Rn. 184.

99 EGMR, Entscheidung v. 7.7.2015, Nr. 8675/15, *N.D. u. N.T. gegen Spanien*, Rn. 5.

100 EGMR, *Khlaifia u.a. gegen Italien* (GK) (Fn. 64), Rn. 246; beachte aber: a.a.O., teilweise abweichende Meinung Richter Serghides, Rn. 27 ff.

101 *Associated Press*, Coast Guard repatriates Haitians, in: The Washington Post, 27.2.2014 (<http://washingtontimes.com/news/2004/feb/27/20040227-111226-6535r/>), zuletzt aufgerufen am: 6.1.2017; *L. Downes*, Australia's Brutal Treatment of Migrants, in: The New York Times, 3.9.2015, S. A30.

a) Aktuelle Entwicklung unter der EMRK

Kürzlich hat der EGMR die Sache *N.D. und N.T.*¹⁰² zur Entscheidung angenommen, in der zwei Männer aus Mali und der Elfenbeinküste die Praxis summarischer Abweisung an den Grenzzäunen der spanischen Enklaven Melilla und Ceuta – ohne Identifizierung und ohne Möglichkeit, ihre persönlichen Umstände im Beisein eines Übersetzers und Anwalts zu erklären¹⁰³ – rügen.¹⁰⁴

aa) Das Urteil *Hirsi Jamaa*

Mit dem Urteil *Hirsi Jamaa* der Großen Kammer aus dem Jahre 2012 hat der EGMR erstmals eine Bewertung von Push-Backs auf hoher See vorgenommen.¹⁰⁵ Das Urteil ist insofern richtungsweisend, als es die extraterritoriale Geltung des Art. 4 4. ZP bejaht. Der EGMR begründet dies damit, dass die Vorschrift in Abgrenzung zu Art. 3 4. ZP und Art. 1 7. ZP nicht auf das »Hoheitsgebiet« als örtlichen Anwendungsbereich abstelle¹⁰⁶ und die *travaux préparatoires* ebenfalls uneindeutig seien¹⁰⁷. Ferner legt der EGMR den Zweck des Art. 4, die Verhinderung der Ausweisung von Ausländern ohne objektive Prüfung des individuellen Falles,¹⁰⁸ dynamisch im Lichte der »Convention as a living instrument«¹⁰⁹ aus, was unter Berücksichtigung der gestiegenen Bedeutung des Seewegs für die Migration, insbesondere nach dem Arabischen Frühling, eine Ausweitung des Anwendungsbereichs des Art. 4 erforderlich mache, da dieser sonst in weiten Teilen ins Leere lief.¹¹⁰ Wenn ausnahmsweise Hoheitsgewalt *de jure* und *de*

102 EGMR, *N.D. u. N.T. gegen Spanien*, (Fn. 99), Rn. 5.

103 Ebd.

104 Siehe auch: EGMR, Mitteilung v. 14.12.2015, Nr. 19420/15, *Doumbé Nnabuchi gegen Spanien*.

105 In EGMR, Entscheidung v. 11.1.2001, Nr. 39473/98, *Khavara u.a. gegen Italien* wurden der Beschwerden wegen Unvereinbarkeit *ratione personae* zurückgewiesen.

106 EGMR, *Hirsi Jamaa u.a. gegen Italien* (Fn. 52), Rn. 173.

107 A.a.O., Rn. 174.

108 Siehe III. Rechtlicher regelungsgehalt, 1. Begriffsbestimmung.

109 EGMR, *Hirsi Jamaa u.a. gegen Italien* (Fn. 52), Rn. 175 m.w.N.

110 A.a.O., Rn. 176 f.; EGMR, *Khlaifia u.a. gegen Italien* (GK) (Fn. 64), Rn. 241; zur extraterritorialen Geltung der EMRK auf hoher See schon: EGMR, Urt. v. 29.3.2010 (GK), Nr. 3394/03, *Medvedyev u.a. gegen Frankreich*, Rn. 66 f.

*facto*¹¹¹ außerhalb des eigenen Territoriums ausgeübt werde, so müsse auch der Schutzbereich von Art. 4 eröffnet sein, da es sonst zu entsprechenden Wertungswidersprüchen käme und ein rechtsfreier Raum geschaffen würde.¹¹² Eine Kollektivausweisung liege deswegen vor, weil an Bord des Schiffes weder Einzelgespräche geführt worden noch Dolmetscher anwesend gewesen seien, ja nicht einmal eine Identifikation der Flüchtlinge stattgefunden habe.¹¹³

bb) Bewertung

Durch die Ausweitung des Anwendungsbereichs *ratione loci* der Ausweisung bzw. Zurückweisung, wie sie in Art. 3 EMRK, Art. 4 4. ZP und Art. 33 GFK verboten ist, widerspricht der EGMR der Auffassung des U.S. Supreme Courts und des House of Lords, dass eine Ausweisung nur vom eigenen Hoheitsgebiet aus erfolgen könne.¹¹⁴ Das ist auch sachgerecht, da der Begriff im Völkerrecht autonom nach seinem Zweck und dem Grundsatz der Effektivität auszulegen ist;¹¹⁵ mit der gestiegenen Bedeutung des Seewegs für die Migration und der daraus resultierenden Verlagerung von Grenzsicherungsmaßnahmen auf die hohe See, bzw in Drittstaaten, wäre der Schutzbereich des Art. 4 4. ZP ansonsten weitgehend untergraben.¹¹⁶ Das hat sich auch in den Artikelentwürfen der ILC zur Ausweisung niedergeschlagen,¹¹⁷ die das Verbot der Kollektivausweisung nicht auf das Hoheitsgebiet eines Staates beschränken.¹¹⁸ Eine teils noch

111 EGMR, *Hirsi Jamaa u.a. gegen Italien* (Fn. 52), Rn. 77 ff.

112 A.a.O., Rn. 178.

113 A.a.O., Rn. 185 f.

114 U.S. Supreme Court, *Sale v. Haitian Centers Council*, 21.6.1993, 509 U.S. 155, 186 f.; United Kingdom House of Lords, *Regina v. Immigration Officer at Prague Airport (Roma Rights Case)*, 9.12.2004, konkurrierende Meinung von Lordingham of Conhill, Rn. 17 f.; a.A.: bzgl. extraterritorialer Geltung des IPbPR: IGH, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, ICJ Rep., 2004, S. 136, Rn. 111.

115 V. Chetail, *Armed Conflict and Forced Migration*, in: Clapham/Gaeta (Hrsg.): *The Oxford Handbook of International Law in Armed Conflict* (2014), S. 721.

116 EGMR, *Hirsi Jamaa u.a. gegen Italien* (Fn. 52), Rn. 177; Wolf (Fn. 4), 60.

117 Art. 9 (Fn. 36).

118 M. den Heijer, *Reflections on Refoulement and Collective Expulsion in the Hirsi Case*, IJRL 2013, 265, 282.

weitere Definition, die auch »the failure to act«¹¹⁹ des Staates als Ausweisung ansehen will und damit auch indirekte Ausweisungen, selbst wenn sie nur mittelbar durch Private oder Gruppen herbeigeführt werden, per se umfasst, ist abzulehnen, da der Staat in solchen Fällen gerade keine Hoheitsgewalt ausübt.¹²⁰

Das hat zur Folge, dass jeder Migrant, auch wenn er Europa noch nicht erreicht hat, zumindest Gelegenheit haben muss, Gründe gegen seine Ausweisung vorzubringen. Nicht vorgeschrieben ist hingegen, wo dies stattzufinden hat. Der EGMR fordert jedoch in Fällen, in denen Art. 3 EMRK, namentlich das *refoulement*-Verbot, verletzt sein könnte, Verhandlung vor einem judikativen Gericht,¹²¹ weshalb Migranten regelmäßig in den entsprechenden Konventionsstaat zu verbringen sind, bis ihr Antrag geprüft wurde. Inwiefern bilaterale Abkommen, wie sie Italien mit Libyen und Tunesien oder Spanien mit Marokko zur direkten Rückführung von Migranten geschlossen haben, mit Art. 4 4. ZP vereinbar sind, bleibt jedoch weiter offen.¹²² Auch das Zurückweisen von Flüchtlingen an der Grenze kann somit gegen das Kollektivausweisungsverbot verstoßen.¹²³

cc) Auswirkung des Hirsi Jamaa-Urteils auf die Europäische Union

Mit der Gründung der Europäischen Grenzschutz-Agentur Frontex wird die Sicherung der EU-Außengrenze zunehmend einheitlich koordiniert und in gemeinsamen Operationen durchgeführt, weswegen das Urteil *Hirsi Jamaa* auch für die EU von Bedeutung ist. Die Europäische Union hat mit der Verordnung zur Festlegung von Regelungen für die Überwachung

119 G.J.L. Coles (Fn. 69), S. 4.

120 A.A.: a.a.O., S. 3 f.; J.-M. Henckaerts (Fn. 21), S. 4 f.; differenzierend: Doebring (Fn. 15), 383 ff.

121 M. Lehnert (Fn. 92), S. 290; A. Mrozek, Zwischen »Raum der Freiheit«, »Raum der Sicherheit« und »Raum des Rechts« – der Mechanismus des supranationalen Grenzschutzes an den europäischen Außengrenzen, ZAR 2014, 393, 398.

122 EGMR, *Khlaifia u.a. gegen Italien* (GK) (Fn. 64), Rn. 255; für Unvereinbarkeit: A.a.O., teilweise abweichende Meinung Richter Serghides, Rn. 7; Wolf (Fn. 4), S. 55.

123 EGMR, *Khlaifia u.a. gegen Italien* (GK) (Fn. 64), Rn. 243 f.; EGMR, *Hirsi Jamaa u.a. gegen Italien* (Fn. 52) Rn. 204 u. 206.

der Seeaußengrenzen¹²⁴ auf das Urteil reagiert und in Art. 4 der Verordnung menschenrechtliche Standards für Frontex-Operationen vorgegeben.

Die Bekräftigung der Anwendbarkeit der Konvention auf Hoheitsmaßnahmen auf hoher See muss auch bei der Auslegung des Art. 19 Abs. 1 GRCh berücksichtigt werden, der die gleiche Bedeutung und Tragweite wie Art. 4 4. ZP hat.¹²⁵ Damit unterliegen Rückführungsmaßnahmen im Rahmen von Frontex-Einsätzen einer strikten Kontrolle des Art. 19 Abs. 1 GRCh i.V.m. Art. 4 4. ZP.¹²⁶

Durch das Mehrebenen-System von Union und Mitgliedsstaaten ergeben sich insbesondere bzgl. des Rechtsschutzes gegen Frontex-Operationen gewisse Besonderheiten, die im Folgenden nur überblicksartig dargestellt werden sollen.

Da die Beamten des Einsatzmitgliedsstaates die maßgeblichen Akteure der operativen Maßnahmen im Rahmen von Frontex-Operationen sind, ist ihr Handeln im Hinblick auf den Rechtsschutz vornehmlich den Mitgliedsstaaten zurechenbar.¹²⁷ Die Mitgliedsstaaten sind durch die GRCh und die EMRK doppelt gebunden, da es sich bei operativen Grenzschutzmaßnahmen im Rahmen einer Frontex-Operation um die Durchführung von Unionsrecht im Sinne des Art. 51 Abs. 1 S. 1 2. Halbsatz GRCh handelt.¹²⁸ Der Rechtsschutz würde primär vor den mitgliedersstaatlichen Gerichten stattfinden und erst nachgelagert durch den EuGH, z.B. im Wege eines Vorabentscheidungsverfahrens, bzw. durch den EGMR erfolgen.¹²⁹

Gleichzeitig könnte Rechtsschutz jedoch auch direkt gegenüber Frontex bestehen, da das Kooperationsverhältnis nicht nur vertikal, sondern auch horizontal geprägt ist, indem Frontex als organisatorische und koordinierende Behörde Einfluss auf die konkrete Gestaltung und Durchführung von Operationen hat.¹³⁰ Da die Europäische Union selbst der EMRK noch nicht beigetreten ist und deshalb auch noch nicht der Gerichtsbarkeit des

124 Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates, Nr. 656/2014, Abl. 2014 L 189/93.

125 Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABL 2007 C 303/02.

126 *M. Lehnert* (Fn. 92), S. 214; *S. Peers*, EU Immigration and Asylum Law, Visas and Border Controls, 2. Auflage (2012), S. 152; *A. Weber*, Menschenrechtlicher Schutz von Bootsflüchtlingen, ZAR 2012, 265, 269.

127 *M. Lehnert* (Fn. 92), S. 290; *Mrozek* (Fn. 121), 398.

128 Vgl. EUGH, *Åkerberg Fransson*, C-617/10, EU:C:2013:105, Rn. 21; *M. Lehnert* (Fn. 92), S. 220 f.; *Mrozek* (Fn. 121), 398.

129 *M. Lehnert* (Fn. 92), S. 317 f.

130 A.a.O., S. 333.

EGMR unterliegt, ist Rechtsschutz vor diesem Gericht nicht möglich. Auch innerhalb der Union kann gegen Frontex jedoch höchstens sekundärer Rechtsschutz gem. Art. 340 Abs. 2 AEUV, in Anknüpfung an den »Zurechnungsmaßstab der effektiven Kontrolle aus dem völkerrechtlichen Recht der Verantwortlichkeit«¹³¹, geltend gemacht werden,¹³² da Frontex selbst nicht außenwirksam tätig wird¹³³.

b) Entwicklung unter universellem Völkerrecht

Australien begegnet der steigenden Anzahl an Booten aus Indonesien, Sri Lanka und anderen Süd-Ost-Asiatischen Staaten seit September 2013 mit der »Operation Sovereign Borders«¹³⁴, indem die australische Marine Flüchtlingsboote abfängt und zurück in ihre Herkunftsstaaten begleitet.¹³⁵ Die Flüchtlinge, die Australien erreichen, werden in Internierungslager in Drittstaaten, wie etwa auf den Inseln Manus, Nauru oder der Weihnachtsinsel verbracht.¹³⁶ Hier stellt sich mithin die Frage, inwiefern die vom EGMR vorgenommene Ausweitung des örtlichen Schutzbereiches des Verbots der Kollektivausweisung und des *non-refoulement*-Gebots universell übertragbar ist und damit auch die australische »Operation Sovereign Borders« beschränkt sein könnte.

131 A.a.O., S. 415.

132 Ausführlich: A.a.O. S. 341 ff.

133 A.a.O., S. 337 ff. u. 415.

134 *Australian Government*, Department of Immigration and Border Protection, Operation Sovereign Borders (<http://www.osb.border.gov.au/>), zuletzt aufgerufen am: 6.1.2017.

135 *A. Tang/D. Hammond*, Case Study: The Push Back Situation in Australia, S. 1 f., (<https://humanrightsatsea.org/wp-content/uploads/2015/05/20140910-HRAS-Case-Study-The-Push-Back-Situation-in-Australia-NF.pdf>), zuletzt aufgerufen am: 6.1.2017.

136 Siehe etwa: *Australian Government*, Department of Immigration and Border Protection, Operation Sovereign Borders, Monthly Operational Update November 2016, (<http://newsroom.border.gov.au/channels/Operation-Sovereign-Borders/releases/monthly-operational-update-november-3>), zuletzt aufgerufen am: 6.1.2017.

aa) Genfer Flüchtlingskonvention

Aus Art. 33 Abs. 1 GFK folgt zunächst nur das unmittelbare *refoulement*-Verbot, dem jedoch ein Recht auf behördliche Überprüfung der Flüchtlingseigenschaft inhärent ist, sofern man geltend macht, dass man Flüchtling sei.¹³⁷ Unklar bleibt jedoch der Zeitpunkt, an dem Australien diese Überprüfung vornehmen muss. Hier gibt es zwei Möglichkeiten: Entweder Australien ist verpflichtet, die Überprüfung vorzunehmen, sobald ein Schiff mit Migranten abgefangen wurde, oder aber erst in dem Moment, in dem die Migranten die Staatsgrenze erreichen. Die Argumente Australiens im Fall *CPCF v. Minister for Immigration and Border Protection* legen nahe, dass es keine Verpflichtung zur Überprüfung des Flüchtlingsstatus außerhalb seiner Hoheitsgewässer sieht.¹³⁸ In den USA gab es einen Präzedenzfall diesbezüglich, als der Präsident aufgrund der schieren Menge an Flüchtlingen aus Haiti 1992 eine Verfügung erließ,¹³⁹ die eine Rückführung aller abgefangenen Migranten ohne Identifizierung und Prüfung einer Flüchtlingseigenschaft vorsah.¹⁴⁰ Die Rechtmäßigkeit dieser Maßnahme wurde durch den U.S. Supreme Court bestätigt.¹⁴¹ Der andere Präzedenzfall ist das vorstehend besprochenen Urteil *Hirsi Jamaa*, in dem der EGMR eine extraterritoriale Geltung des *refoulement*-Verbots annimmt. Auch die IAKMR kommt zu der Auffassung, dass die Migranten an Bord eines abgefangenen Schiffes der Hoheitsgewalt des Staates unterliegen, der die Push-Back-Operation durchführt.¹⁴² Da Australien aber weder an Urteile des EGMR noch an Berichte der IAKMR gebunden ist, bleibt die Frage solange unbeantwortet, wie sich Australien auf den Standpunkt stellt, dass die GFK keine extraterritoriale Anwendung findet.

137 UNHCR, Background Note on the Protection of Asylum-Seekers and Refugees rescued at Sea, 18.3.2002, Rn. 19; *A. Fischer-Lescano/T. Löhr/T. Tohidipur*, Border Controls at Sea, Requirements under International Human Rights and Refugee Law, IJRL 2009, 256, 284.

138 High Court of Australia, *CPCF v. Minister of Immigration and Border Protection*, 30.9.2014, 316/2014, Rn. 11.

139 *President of the United States*, Executive Order No.: 12807 (1.6.1992), 57 Federal Register 23133.

140 N. Klein, Assessing Australia's Push Back the Boats Policy under International Law, Legality and Accountability for Maritime Interceptions of Irregular Migrants, Melbourne Journal of International Law 2014, 413, 428.

141 U.S. Supreme Court, *Sale v. Haitian Centers Council* (Fn. 114), S. 185 f.

142 IAKMR, 13.3.1997, Report No. 51/69, Case 10.675, *The Haitian Centre for Human Rights v. United States*, Rn. 171.

bb) Internationale menschenrechtliche Verträge

Australien ist jedoch Partei des IPbpR sowie des Übereinkommens der Vereinten Nationen gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe (CAT) und könnte hierdurch bei der Ausführung von Push-Back-Operationen gebunden sein. Im Unterschied zur GFK findet der IPbpR und die CAT nicht nur auf Flüchtlinge, sondern auf alle Personen Anwendung, denen Folter oder andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung droht. Der IPbpR beinhaltet, wie oben dargelegt, ferner ein Verbot der Kollektivausweisung.

In Übereinstimmung mit Art. 8 der ILC Artikelentwürfe zur Staatenverantwortlichkeit bemisst sich die extraterritoriale Geltung beider Verträge danach, ob der Staat effektive Kontrolle über ein Gebiet oder eine Person ausübt.¹⁴³ Der EGMR folgt dem im Urteil *Hirsi Jamaa* ebenfalls¹⁴⁴ und betont insofern auch, dass es zur Feststellung der effektiven Kontrolle nicht auf die Intention des intervenierenden Schiffes ankommt, sondern auf eine objektive Betrachtung.¹⁴⁵ Eine Vorgehensweise, bei der die australische Marine die Kontrolle über ein Boot mit Migranten übernimmt und dieses zurück in indonesisches Gewässer schleppt bzw. – wie im Fall *Hirsi Jamaa* – die Migranten an Bord des eigenen Schiffes nimmt und sie zurückbringt, wird ohne Zweifel der effektiven Kontrolle entsprechen, die nötig ist, um die Vorschriften des IPbpR bzw. der CAT anzuwenden.¹⁴⁶ Damit bliebe nur noch die Möglichkeit, die Weiterfahrt von Migrantenschiffen zu blockieren bzw. durch Abschreckung zu versuchen, diese zum Umkehren zu bewegen. *Fischer-Lescano, Löhr* und *Tohidipur* erweitern deshalb den Begriff der effektiven Kontrolle um eine subjektive Komponente, sodass eine Kontrolle schon dann vorliege, wenn staatliche Schiffe ihre Präsenz und Stärke in der Absicht nutzten, kleinere, ungeschütztere oder weniger manövrierfähige Boote abzuschrecken und zum Umkehren zu bewegen.¹⁴⁷ Nach dieser Definition sind praktisch keine Situationen

143 *Human Rights Committee*, General Comment No. 31: ‘Legal Obligations by the Covenant’, UN Doc. CCPR/C21/Rev. 1/Add.13 (2004), Rn. 10; *Committee against Torture*, Consideration of Reports Submitted by States Parties Under Article 19 of the Convention: United States of America, UN Doc. CAT/C/USA/CO/2 (2006), Rn. 20.

144 EGMR, *Hirsi Jamaa u.a. gegen Italien* (Fn. 52), Rn. 76 ff.

145 A.a.O., Rn. 81.

146 *Klein* (Fn. 140), 433.

147 *Fischer-Lescano/Löhr/Tohidipur* (Fn. 137), 275.

mehr vorstellbar, in denen keine effektive Kontrolle über ein anderes Schiff vorläge, zumal das Ignorieren von Migrantenschiffen ein Verstoß gegen Rettungsverpflichtungen wäre, sofern sich diese in Seenot befinden.¹⁴⁸ Legt man einen objektiven Maßstab zugrunde, wird man wohl sagen müssen, dass die bloße Abschreckung bzw. das Blockieren des Seewegs noch keine Ausübung effektiver Kontrolle ist; das entbindet jedoch nicht von seerechtlichen Verpflichtungen, in Seenot geratenen Schiffen Hilfe zu leisten.

In Fällen, in denen Australien die effektive Kontrolle über Migrantenschiffe übernommen hat, ist Australien an menschenrechtliche Verpflichtungen gebunden, insbesondere an das *refoulement*- und das Kollektivausweisungsverbot. Daraus folgt, dass Australien sicherstellen muss, dass jedem einzelnen illegalen Migranten weder Folter noch andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung droht; ferner darf Australien eine Ausweisung nur unter Berücksichtigung der individuellen Verhältnisse veranlassen. Praktisch wird eine so intensive Kontrolle und der Zugang zu Rechtsbeistand jedes einzelnen Migranten auf See nicht zu gewährleisten sein. Auch ist fragwürdig, ob den Anforderungen des *refoulement*-Verbots und des Verbots der Kollektivausweisung in sicheren Drittstaaten entsprochen werden kann. Die Australische Regierung behauptet dies zwar,¹⁴⁹ sieht sich für diese Praxis jedoch andauernder Kritik des UNHCR sowie diverser Menschenrechtsorganisationen ausgesetzt¹⁵⁰. Der sichere Weg wäre die Verbringung der irregulären Migranten auf Australisches Territorium.

2. Massenzustrom von Flüchtlingen (*mass influx*)

Mit der stark gestiegenen Anzahl an Flüchtlingen 2015 ging einher, dass einige Länder ihre Grenzen Stück für Stück für Flüchtlinge verschlossen haben. Es stellt sich daher die Frage, ob die Grenzschließung und die da-

148 Klein (Fn. 140), 433.

149 T. Fährnders, Australien weist Vorwürfe zurück, FAZ vom 12.8.2016, S. 5; T. Magner, A Less than 'Pacific' Solution for Asylum Seekers in Australia, IJRL 2004, 53, 79.

150 Magner (Fn. 149), 79; siehe ferner die sog. »Nauru files« (<https://www.theguardian.com/australia-news/ng-interactive/2016/aug/10/the-nauru-files-the-lives-of-asylum-seekers-in-detention-detailed-in-a-unique-database-interactive>), zuletzt aufgerufen am 6.1.2017.

mit verbundene Abweisung von Flüchtlingen an der Grenze am Verbot der Kollektivausweisung zu messen ist.

Folgt man dem EGMR in seiner *Hirsi Jamaa*-Rechtsprechung und nimmt eine Ausweisung bei jeder hoheitlichen Maßnahme »with the effect of which is to prevent migrants from reaching the borders of the State or even to push them back to another State«¹⁵¹ an, so kann das Argument, dass eine Ausweisung gerade nicht die »Verweigerung der Einreise« oder die »Abweisung an der Grenze« umfasst, nicht überzeugen.¹⁵² Wenn schon das bloße Verhindern des Erreichens der Grenze eine Kollektivausweisung sein kann, so muss das Verbot der Kollektivausweisung erst recht auf Abweisungsfälle Anwendung finden.¹⁵³

Ohne eine individuelle Prüfung verstößt die Abweisung von Flüchtlingen an der Grenze demnach gegen das Kollektivausweisungs- und *refoulement*-Verbot. Möglicherweise könnte dies jedoch im Falle eines massenhaften Zustroms von Flüchtlingen (*mass influx*) gerechtfertigt sein.¹⁵⁴

a) Massenzustrom als Notstandsfall

Der Begriff des Massenzustroms ist nicht klar definiert,¹⁵⁵ beinhaltet jedoch in Übereinstimmung mit den Dokumenten der UN die folgenden Voraussetzungen: »(i) considerable numbers of people arriving over an international border; (ii) a rapid rate of arrival; (iii) inadequate absorption or response capacity in host States, particularly during emergency; (iv) individual asylum procedures, where they exist, which are unable to deal with

151 EGMR, *Hirsi Jamaa u.a. gegen Italien* (Fn. 52), Rn. 180.

152 Bzgl. der Verweigerung der Einreise: EGMR, *Khlaifia u.a. gegen Italien* (GK) (Fn. 64), Rn. 243 f.; EGMR, *Hirsi Jamaa u.a. gegen Italien* (Fn. 52), Rn. 160; siehe ferner auch: *V. Chetail* (Fn. 115), S. 721.

153 Dies ist auch ein zentraler Punkt in den Fällen EGMR, *N.D. u. N.T. gegen Spanien* (Fn. 99); EGMR, *Doumbé Nnabuchi gegen Spanien* (Fn. 104), in denen es um die Abweisung an der Grenze der spanischen Exklaven Ceuta und Melilla geht.

154 Beachte insbesondere auch die Richtlinie des Rates vom 20. Juli 2001 über die Mindestnormen für die Gewährung vorübergehenden Schutzes im Falle eines Massenzustroms von Vertriebenen, Richtlinie 2001/55/EG, ABl. 2001 L 212/12, (Massenzustromsrichtlinie).

155 *J.-F. Durieux/A. Hurwitz*, How Many Is Too Many? African and European Legal Responses to Mass Influxes of Refugees, *German Yearbook of International Law* 2004, 105, 106.

the assessment of such large numbers.«¹⁵⁶ Da jedoch weder die menschenrechtlichen Verträge noch die GFK auf den Massenzustrom eingehen, bleibt unklar, ob in einem solchen Falle von den garantierten Rechten abgewichen werden darf. Der Rekurs des UNHCR Exekutivkomitees auf den Staatsnotstand in der obigen Definition legt nahe, dass ein solcher durch Massenzustrom bedingt werden könne. Der EGMR nimmt einen Staatsnotstand an, wenn der gesamte Staat und das ordentliche Zusammenleben der Bevölkerung in Gefahr ist,¹⁵⁷ sieht es aber letztlich wohl auch als ausreichend an, wenn ein regional begrenzter Notstand sich auf den gesamten Staat auswirkt.¹⁵⁸ Eine Situation, in der europäische Staaten durch einen Massenzustrom von Flüchtlingen ernsthaft in ihrer Existenz und dem ordentlichen Zusammenleben der Bevölkerung gefährdet sind, ist sehr unwahrscheinlich. Bei einer ernsthaften und nicht auf bloßem Unwillen beruhenden Überlastung der Verwaltung sowie einer außergewöhnlichen ökonomischen Belastung muss jedoch eine Abweichung von menschenrechtlichen Verpflichtungen im Rahmen der Wahrung von grundlegenden Rechten und der Verhältnismäßigkeit möglich sein.¹⁵⁹ Der UNHCR hat diesbezüglich den Grundsatz des effektiven *burden sharing* hervorgehoben,¹⁶⁰ der eine Lastenverteilung auf mehrere Staaten vorsieht. Gleichzeitig muss den Flüchtlingen zumindest vorübergehend Schutz gewährt werden.¹⁶¹

156 *UNHCR Executive Committee*, Conclusion 100 (2004), lit. a), wiedergegeben nach: P. Wennholz, *Ausnahmen vom Schutz vor Refoulement im Völkerrecht* (2013), S. 282 f.; abweichend: Art 2 d) Massenzustromsrichtlinie (Fn. 154), der nur örtlich begrenzte Massenzuströme erfasst und die Überlastung des Aufnahmestaates nicht erfordert.

157 Siehe etwa: EGMR, Urt. v. 1.7.1961, Nr. 332/57, *Lawless gegen Irland* (No. 3), The Law Rn. 28; P. van Dijk/G. van Hoof (Fn. 41), S. 735 f.

158 P. van Dijk/G. van Hoof (Fn. 41), S. 738 f.

159 J.-F. Durieux/J. McAdam, *Non-Refoulement through Time: The Case for a Derogation Clause to the Refugee Convention in Mass Influx Emergencies*, IJRL 2004, 4, 19; A. Eggli, *Mass Refugee Influx and the limits of Public International Law* (2002), S. 217; P. Wennholz (Fn. 156), S. 283.

160 *UNHCR Executive Committee*, Conclusion No. 22 (1981), § I, 3.

161 A.a.O., § II, A, 12; Erwägungsgrund 10, Massenzustromsrichtlinie (Fn. 154).

b) Auswirkungen auf das Verbot der Kollektivausweisung

Auch wenn das Verbot der Kollektivausweisung durch den EGMR noch nicht explizit als abweichungsfestes Recht betitelt wurde, so legt seine Rechtsprechung jedoch genau dies nahe.¹⁶² So hat er etwa im Urteil *Georgien gegen Russland (I)*¹⁶³ – die Beschwerde wurde auf dem Höhepunkt des Südossetien-Konflikts eingereicht¹⁶⁴ – eine Verletzung von Art. 4 4. ZP angenommen.¹⁶⁵ In gefestigter Rechtsprechung stellt der Gerichtshof mittlerweile fest, dass ein Rückgriff auf konventionswidrige Praktiken selbst bei bestehenden Problemen mit der Steuerung und Verteilung von Migrationsströmen sowie der Aufnahme von Asylbewerbern nicht gerechtfertigt werden könne.¹⁶⁶

Selbst wenn man Ausnahmen vom Verbot der Kollektivausweisung zuließe, wären diese insbesondere durch das *refoulement*-Verbot des Art. 3 EMRK begrenzt, von dem nicht abgewichen werden darf.¹⁶⁷ Unter der GFK stellt das *refoulement*-Verbot hingegen kein absolutes Recht dar und in seiner Entstehungsgeschichte wurde der Massenzustrom als erhebliches Problem wahrgenommen,¹⁶⁸ weshalb die Möglichkeit einer Abweichung in einem solchen Falle hoch umstritten ist¹⁶⁹. Ferner wird die Abweisung im Notstandsfall durch das Diskriminierungsverbot des Art. 3 GFK beschränkt, das teilweise als *ius cogens* bzw. Völkergewohnheitsrecht anerkannt ist.¹⁷⁰

162 EGMR, *Hirsi Jamaa u.a. gegen Italien* (Fn. 52), Rn. 179; EGMR, *Sharifi u.a. gegen Italien u. Griechenland* (Fn. 53), Rn. 224.

163 EGMR, *Georgien gegen Russland (I)* (Fn. 73), Rn. 177.

164 *B. Arp*, Georgia v. Russia (I), Decision of the European Court of Human Rights on legality of Russia's arrest, detention, and collective expulsion of Georgian nationals in 2006, *American Journal of International Law* 2015, 167, 168.

165 Siehe auch: EGMR, *Hirsi Jamaa u.a. gegen Italien* (Fn. 52), Rn. 179.

166 EGMR, *Khlaifia u.a. gegen Italien* (GK) (Fn. 64), Rn. 241; EGMR, *Hirsi Jamaa u.a. gegen Italien* (Fn. 52), Rn. 179; EGMR, *Sharifi u.a. gegen Italien u. Griechenland* (Fn. 53), Rn. 224.

167 EGMR, Urt. v. 21.1.2011 (GK), Nr. 30696/09, *M.S.S. gegen Belgien u. Griechenland*, Rn. 223.

168 UN Doc. A/Conf.2/SR.35, vom 25. Juli 1951, Rn. 21, wiedergegeben nach: *P. Wennholz* (Fn. 156), S. 283.

169 *V. Chetail* (Fn. 115), S. 718 m.w.N.; *J. Hathaway*, The Rights of Refugees under International Law (2012), S. 355 ff.; *P. Wennholz* (Fn. 156), S. 283 ff.

170 ICTY, Urt. v. 10.12.1998 – IT-95-17/1-T, *Prosecutor v. Furundžija*, Rn. 147; *Durieux/McAdam* (Fn. 159), 21 f.; *G. Goodwin-Gil*, The Limits of the Power of Ex-

V. Fazit

»Refugees attempting to escape Africa do not claim a right of admission to Europe. They demand only that Europe, the cradle of human rights idealism and the birthplace of the rule of law, cease closing its doors to people in despair who have fled from arbitrariness and brutality. That is a very modest plea, vindicated by the European Convention on Human Rights. ,We should not close our ears to it.‘¹⁷¹

Obwohl Kollektiv- und Massenausweisungen besonders leidvoll im 20. Jahrhundert in Erscheinung getreten sind, aber mit Schaffung der EMRK in Europa schon überwunden zu sein schienen, zeigt die jüngste Entwicklung, dass insbesondere die europäischen Staaten von dieser überholten Praxis Gebrauch machen, um der großen Anzahl an Flüchtlingen Herr zu werden. Vor diesem Hintergrund ist Richter *Pinto de Albuquerque* flammender Appell zu verstehen, der die Differenz zwischen politischer Wirklichkeit und Werten moniert, denen sich Europa auch unter der EMRK verpflichtet hat.

Der EGMR hat sich dieses Problems angenommen, indem er den Anwendungsbereich des Verbots der Kollektivausweisung, der ursprünglich auf Ausweisungen in Größenordnungen beschränkt war, wie sie unmittelbar nach dem Zweiten Weltkrieg stattfanden,¹⁷² durch Auslegung der Konvention als »living instrument« ausgeweitet¹⁷³ und um prozessuale Erfordernisse ergänzt hat.¹⁷⁴ Durch die verknüpfte Anwendung von Verfahrensrechten nach Art. 13 EMRK mit materiellen Garantien aus Art. 3 EMRK und Art. 4 4. ZP wird das Recht auf individuelle Prüfung des Asylantrags auf ein implizites Recht auf Zugang zum Staatsgebiet ausgeweitet¹⁷⁵ sowie um das Erfordernis hinreichender Kenntnisse der Behörde über das Herkunftsland und die individuelle Situation der Auszuweisenden er-

pulsion in Public International Law, British Yearbook of International Law 1977, 56, 70.

171 EGMR, *Hirsi Jamaa u.a. gegen Italien* (Fn. 52), konkurrierende Meinung Richter Pinto de Albuquerque, S. 79.

172 *CoE* (Fn. 39), Rn. 31.

173 EGMR, Nr. 18670/03, *Berisha u. Haljiti gegen Mazedonien* (Fn. 77), S. 8.

174 EGMR, *Hirsi Jamaa u.a. gegen Italien* (Fn. 52), Rn. 185; EGMR, Nr. 13255/07, *Georgien gegen Russland (I)* (Fn. 73), Rn. 175.

175 Wolf (Fn. 4), 77; Vgl. auch: EGMR, *Khlaifia u.a. gegen Italien* (GK) (Fn. 64), Rn. 276; EGMR, *Hirsi Jamaa u.a. gegen Italien* (Fn. 52), Rn. 206.

gänzt¹⁷⁶. Gesichert werden diese Rechte durch die vom EGMR vorgenommene Beweislastumkehr¹⁷⁷ und die Vermutung, dass es sich bei einer Vielzahl gleichartiger Ausweisungen um eine Kollektivausweisung handelt,¹⁷⁸ denn nun müssen die Staaten belegen, dass sie die Asylbewerber über ihre Rechte informiert und ihnen die Möglichkeit verschafft haben Gründe die gegen ihre Ausweisung sprechen vorzubringen. Neben dem *refoulement*-Verbot hat sich das Verbot der Kollektivausweisung damit in der Rechtsprechung des EGMR zu einer zweiten Säule des Flüchtlingsschutzes entwickelt, die der oft floskelhaften Beschwörung der »europäischen Wertegemeinschaft«¹⁷⁹ rechtliche Substanz zu geben vermag. Auch wenn der EGMR das Verbot der Kollektivausweisung bisher nur zaghaft anwendet, scheint es in den Augen des EGMR trotzdem ein absolutes Recht zu sein, duldet er doch weder eine Abweichung im bewaffneten Konflikt¹⁸⁰ noch bei völliger Überforderung der Behörden durch die große Zahl an Flüchtlingen¹⁸¹. Dieser Linie scheint sich zumindest der IAGMR anzuschließen.¹⁸² Inwiefern auch der Afrikanische Gerichtshof für Menschenrechte und die Arabische Menschenrechtskommission diesem Weg folgen, bleibt abzuwarten; die allgemeine Entwicklung, die sich in der Annahme der ILC Entwürfe widerspiegelt, legt diese Vermutung jedoch nahe.¹⁸³

176 EGMR, *Hirsi Jamaa u.a. gegen Italien* (Fn. 52), Rn. 185.

177 Bei EGMR, *Khlaifia u.a. gegen Italien* (GK) (Fn. 64), Rn. 246 f., handelt es sich um einen atypischen Fall, bei dem die italienische Regierung glaubhaft machen konnte, nicht in der Lage zu sein, stichhaltige Beweise vorzulegen, was jedoch noch nicht den Schluss rechtfertigt, dass der EGMR ganz von der Beweislastumkehr absieht. So aber: a.a.O., teilweise abweichende Meinung Richter Serghides, Rn. 12 (b).

178 EGMR, *Čonka gegen Belgien*, (Fn. 80), Rn. 61; EGMR, *Georgien gegen Russland (I)* (Fn. 73), Rn. 175 f.

179 Siehe zum Verhältnis Wertegemeinschaft und Rechtsordnung: M. Seel, Einleitungsreferat zum NZZ Podium Berlin "Wertegemeinschaft" vom 21.9.2016.

180 EGMR, *Georgien gegen Russland (I)* (Fn. 73), Rn. 167 ff.

181 EGMR, *Khlaifia u.a. gegen Italien* (GK) (Fn. 64), Rn. 241 m.w.N.

182 IAKMR, *Benito Tide Méndez et al. v. Dominican Republic* (Fn. 76), Rn. 256; IAGMR, Urt. v. 28.8.2014, *Case of expelled Dominicans and Haitians v. Dominican Republic*, Rn. 381 ff. m.w.N.

183 *Arp* (Fn. 164), 172 f.; *den Heijer* (Fn. 118), 282.

Autorinnen und Autoren

Maria Florentia Haag, Doktorandin am Europäischen Hochschulinstitut in Florenz und Grotius Research Scholar an der University of Michigan Law School in Ann Arbor, Michigan.

Dr. Kathrin Hamenstädt, LL.M., DAAD-Lektorin an der School of Law, King's College London.

Kevin Fredy Hinterberger, Doktorand und Stipendiat der Österreichischen Akademie der Wissenschaften (DOC) am Institut für Staats- und Verwaltungsrecht der Universität Wien und derzeit Forschungsassistent in der Arbeiterkammer Wien.

Tobias Klarmann, Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Europarecht und Völkerrecht (Prof. Dr. Daniel Thym) an der Universität Konstanz.

Joshua Leßmann, Jurastudent und studentische Hilfskraft am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Europarecht, Vergleichende Staatslehre und Verfassungsgeschichte (Prof. Dr. Christoph Schönberger) an der Universität Konstanz.

Christina Neier, Assistentin am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Europarecht und Wirtschaftsvölkerrecht (Prof. Dr. Matthias Oesch) an der Universität Zürich.

Prof. Dr. Daniel Thym, LL.M., Professor für Öffentliches Recht, Europarecht und Völkerrecht an der Universität Konstanz.

