

EUR EUROPARECHT

Beiheft 1 | 2015

Werner Schroeder | Walter Obwexer [Hrsg.]

20 Jahre Unionsbürgerschaft:

Konzept, Inhalt und Weiterentwicklung
des grundlegenden Status der Unionsbürger



Nomos

EuR

EUROPARECHT

Beiheft 1 | 2015

Werner Schroeder | Walter Obwexer [Hrsg.]

20 Jahre Unionsbürgerschaft:

Konzept, Inhalt und Weiterentwicklung
des grundlegenden Status der Unionsbürger



Nomos

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

ISBN 978-3-8487-1734-7 (Print)

ISBN 978-3-8452-6082-2 (ePDF)

ISSN 1435-5078

1. Auflage 2015

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2015. Printed in Germany. Alle Rechte,
auch die des Nachdrucks von Auszügen, der photomechanischen Wiedergabe und
der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	5
<i>Stefan Griller</i>	
Unionsbürgerschaft als grundlegender Status	7
<i>Karin Traunmüller</i>	
„Non resident EU citizens“: unions- und völkerrechtliche Rahmenbedingungen	33
<i>Walter Obwexer</i>	
Das Freizügigkeitsrecht als elementares und persönliches Recht der Unionsbürger	51
<i>Philipp Cede</i>	
Kernbestand der Unionsbürgerschaft und Grundrechte	79
<i>Robert Rebhahn</i>	
Zugang der Unionsbürger zu Sozialleistungen	95
<i>Daniel Thym</i>	
Zur Rechtsstellung von Familienmitgliedern aus Drittstaaten im Lichte der Kernbereichs-Rechtsprechung des EuGH	135
<i>Silke Steiner</i>	
Demokratieprinzip und Unionsbürgerschaft	157
<i>Andreas Th. Müller</i>	
Die Europäische Bürgerinitiative als Instrument direktdemokratischer Legitimation – und die (problematische) Ausgestaltung ihrer materiellen Schranken im Sekundärrecht	169
<i>Maria Berger</i>	
Die Grenzen der Unionsbürgerschaft	195
<i>Markus Frischhut</i>	
Aktuelle (Weiter-)Entwicklungen des Rechts der Unionsbürger auf Dokumentenzugang	207

Vorwort

Die Europäische Kommission hat das Jahr 2013 zum Europäischen Jahr der Bürgerinnen und Bürger ausgerufen. Sie betrachtet die Unionsbürgerschaft als eine der wichtigsten Säulen der Europäischen Union. Tatsächlich wurden in den zwanzig Jahren nach der Einführung der Unionsbürgerschaft durch den Vertrag von Maastricht konkrete Fortschritte auf diesem Gebiet erzielt, die direkte Auswirkungen auf den Alltag von Millionen Bürgerinnen und Bürgern in der EU haben. In den ersten Jahren nach ihrer Einführung kam der Unionsbürgerschaft allerdings keine besondere Bedeutung zu. Erst der EuGH holte die Unionsbürgerschaft aus ihrem Schattendasein und qualifizierte diese als „grundlegenden Status der Angehörigen der Mitgliedstaaten, 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“ (EuGH, Rs. C-184/99, Grzelczyk, Slg. 2001, I-6193). Der daraus erwachsende umfassende Anspruch auf Gleichbehandlung eröffnete den Unionsbürgern, teilweise durch Kombination der Unionsbürgerschaft mit dem allgemeinen Freizügigkeitsrecht und dem allgemeinen Diskriminierungsverbot, den Zugang zu sozialen Rechten und Grundrechten in anderen Mitgliedstaaten.

Am 1. November 2013 jährte sich die Einführung der Unionsbürgerschaft zum zwanzigsten Mal. Aus diesem Grund wurde der vom Institut für Europarecht und Völkerrecht der Universität Innsbruck in Kooperation mit dem Centrum für Europäische Integration (CEI) an der Universität Innsbruck am 27./28. September 2013 organisierte 13. Österreichische Europarechtstag unter das Thema „20 Jahre Unionsbürgerschaft – Konzept, Inhalt und Weiterentwicklung des grundlegenden Status der Unionsbürger“ gestellt. Dabei wurden in zehn Referaten zunächst die Grundlagen, die Konzeption sowie der Kerngehalt der Unionsbürgerschaft dargestellt und darauf aufbauend die soziale, die politische und die rechtsstaatliche Dimension der Unionsbürgerschaft analysiert. Eine Podiumsdiskussion ging der Frage nach, inwieweit die Initiative zum Europäischen Jahr der Bürgerinnen und Bürger 2013 einen Anstoß zur Weiterentwicklung der Unionsbürgerschaft geben kann.

Die Tagung konnte nur dank großzügiger finanzieller Unterstützung mehrerer Institutionen durchgeführt werden. Wir danken hierfür den Sponsoren, namentlich der Vertretung der Europäischen Kommission in Wien, der Stadt Innsbruck, dem Rektor der Universität Innsbruck, dem Land Tirol, dem Land Vorarlberg, dem Bundeskanzleramt, dem Bundesministerium für Europa, Integration und Äußeres sowie der TIWAG AG, Innsbruck.

Unser Dank gilt außerdem den Mitarbeiterinnen unseres Instituts, die an der technischen Einrichtung der Manuskripte mitgewirkt haben, insbesondere Frau Mag. *Regina Kröll*, Frau Dr. *Jelka Mayr-Singer* und Frau Mag. *Judith Sild*.

Herzlich gedankt sei schließlich dem Schriftleiter Prof. Dr. *Armin Hatje* und dem Nomos-Verlag für die Bereitschaft, die Schriftfassungen der Referate als Beiheft der Zeitschrift EUROPARECHT zu veröffentlichen.

Innsbruck, September 2014

Werner Schroeder

Walter Obwexer

Unionsbürgerschaft als grundlegender Status

Von Stefan Griller, Salzburg*

I. Dürres Konzept im Primärrecht

Kaum eine unionsrechtliche Garantie hat in den vergangenen Jahrzehnten eine derart fulminante Karriere gemacht wie die Unionsbürgerschaft in der ihr durch den EuGH zuerkannten Bedeutung.¹ Die nüchterne Interpretation der Verträge würde ganz anderes vermuten lassen. Denn Art. 20 AEUV konzipiert, inhaltlich im Wesentlichen unverändert seit der Kreation der Unionsbürgerschaft durch den Vertrag von Maastricht,² ein beinahe minimalistisches Konzept: zum einen wird eine Unionsbürgerschaft „eingeführt“, die zur Staatsbürgerschaft akzessorisch ist und diese bloß ergänzt. Denn „Unionsbürger ist, wer die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaats besitzt.“ Die Kriterien für deren Erwerb und Verlust regelt der Vertrag nicht. Zum anderen wird angeordnet, dass die Unionsbürgerschaft bloß „die in den Verträgen vorgesehenen Rechte und Pflichten“,³ die bei der Gelegenheit auch beispielsweise aufgezählt werden, verbürgt.

Nach verbreiteter Auffassung fallen unter die Unionsbürgerschaft demgemäß alle primär- und sekundärrechtlich eingeräumten Rechte und Pflichten. Die im Abschnitt über die Unionsbürgerschaft ausdrücklich erwähnten – Freizügigkeit, Wahlrecht, diplomatischer und konsularischer Schutz, Petitionsrecht, Anrufung des Bürgerbeauftragten, Verwendung der eigenen Sprache – stellen bloß (wichtige) Ausschnitte dar.⁴ Eine bedeutsame Erweiterung ist allerdings durch die seit dem Vertrag von Lissabon zum Primärrecht zählende Charta der Grundrechte der EU (GRC) eingetreten. Diese enthält einen eigenen Titel V: „Bürgerrechte“, der die in Art. 20 Abs. 2 AEUV erwähnten Rechte wiederholt und teilweise präzisiert, aber auch ergänzt. Letzteres vor allem durch die Rechte auf eine gute Verwaltung, auf Dokumentation,

* Dr. Stefan Griller ist Universitätsprofessor für Öffentliches Recht und Europarecht an der Universität Salzburg.

1 Entsprechend umfangreich ist die – hier bloß selektiv zitierte, jedoch allesamt weiterführende – Literatur: *W. Obwexer*, Grundfreiheit Freizügigkeit, 2009, zusammenfassend S. 371 ff.; *F. de Witte*, Who funds the mobile student? Shedding some light on the normative assumptions underlying EU free movement law: Commission v. Netherlands, Judgment of the Court of Justice (Second Chamber) of 14 June 2012, ny, CMLRev. 2013, 203; *F. Wollenschläger*, Grundrechtsschutz und Unionsbürgerschaft, in: *Hatje/Müller-Graff (Hrsg.)*, Enzyklopädie Europarecht, Bd. 1: Europäisches Organisations- und Verfassungsrecht, 2014, § 8, im Erscheinen, alle mit zahlreichen weiteren Nachweisen.

Hingewiesen sei ferner auf *S. Griller*, Vom Diskriminierungsverbot zur Grundrechtsgemeinschaft? Oder: von der ungebrochenen Rechtsfortbildungskraft des EuGH, in: *Akyürek/Baumgartner/Jahnel/Lienbacher/Stolzlechner (Hrsg.)*, Staat und Recht in europäischer Perspektive, FS Schäffer, 2006, S. 203 ff. Dieser Beitrag baut darauf auf und entwickelt meine Auffassung weiter.

2 Zur Entstehungsgeschichte und der Entwicklung von der „Marktbürgerschaft“ zur Unionsbürgerschaft m.w.N. *F. Wollenschläger*, Grundfreiheit ohne Markt, 2007, S. 90 ff.

3 In der Fassung des Vertrags von Nizza, also vor dem Vertrag von Lissabon, hieß es in Art. 17 Abs. 2 EGV-Nizza: „... haben die in diesem Vertrag vorgesehenen Rechte und Pflichten.“ Ein inhaltlicher Unterschied zur heutigen Rechtslage lässt sich daraus nicht herleiten.

4 Vgl. etwa *S. Kadellbach*, Unionsbürgerschaft, in: *von Bogdandy (Hrsg.)*, Europäisches Verfassungsrecht, 2003, S. 539 ff.; *W. Kluth*, in: *Callies/Ruffert (Hrsg.)*, EUV/AEUV, 4. Auflage 2011, Art 20 AEUV, Rn. 11 ff.; *S. Magiera*, in: *Streinz (Hrsg.)*, EUV/AEUV, 2. Auflage 2012, Art. 20 AEUV, Rn. 31 ff. Alle m.w.N.

mentenzugang, auf Anrufung des Bürgerbeauftragten sowie durch das Petitionsrecht.⁵

Ferner hat der Vertrag von Lissabon einen neuen Art. 9 in den EUV eingefügt, der in Satz 2 und 3 wortgleich mit Art. 20 Abs. 1 AEUV ist, dem aber einen Satz voranstellt: „Die Union achtet in ihrem gesamten Handeln den Grundsatz der Gleichheit ihrer Bürgerinnen und Bürger, denen ein gleiches Maß an Aufmerksamkeit seitens der Organe, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Union zuteil wird.“ Der Fokus liegt hier auf der Bindung der *Unionsorgane*. Näherhin lässt sich – vor allem wegen des systematischen Kontextes, nämlich der Einleitung des Titels II „Bestimmungen über die demokratischen Grundsätze“ – erschließen, dass der zitierte Satz eine Hervorhebung des Grundsatzes der *demokratischen Gleichheit* enthält.⁶ Darin mag erhebliches Potenzial für die zukünftige Stärkung des Unionsbürgers als „Bürger der Union“⁷ liegen. Die hier thematisierte Denkfigur des „grundlegenden Status“ spielt in dieser Stoßrichtung, also gegenüber der Union, bislang noch keine Rolle (was sich aber jederzeit ändern könnte). Großes Gewicht besitzt sie hingegen in der Entfaltung der Unionsbürgerschaft gegenüber den Mitgliedstaaten.

Wie immer die erwähnte Abgrenzung zwischen Unionsbürgerrechten im engeren und im weiteren Sinn aussieht: die Unionsbürgerschaft fügt nach der grundsätzlichen Konzeption den in Art. 20 Abs. 2 AEUV verwiesenen Rechten *kein eigenständiges weiteres Recht* hinzu. Freilich mögen sich die verbürgten Rechte und die Union insgesamt fortentwickeln, und mit ihr auch die Unionsbürgerschaft. Jedoch werden die Grenzen, die sich schon aus der skizzierten Konzeption einer Bündelung *anderswo* im Vertrag begründeter Rechte ergeben, gleichsam sicherheitshalber auch noch explizit gemacht und verstärkt. Art. 20 Abs. 2 letzter Satz AEUV sieht vor: „Diese Rechte werden unter den Bedingungen und innerhalb der Grenzen ausgeübt, die in den Verträgen und durch die in Anwendung der Verträge erlassenen Maßnahmen festgelegt sind.“ Art. 25 AEUV verschärft dies durch die Anordnung, dass jede *Ergänzung* der zuvor angeführten Rechte eines einstimmigen Ratsbeschlusses, der Zustimmung des Europäischen Parlaments und der Zustimmung der Mitgliedstaaten im Einklang mit ihren jeweiligen verfassungsrechtlichen Vorschriften bedarf. Es wird also in der Sache ein vereinfachtes Vertragsänderungsverfahren für jede Ergänzung verlangt.

Dieses inhaltlich eingeschränkte, beinahe rigide Konzept steht in einem Spannungsverhältnis zur fraglos alle Politikbereiche überwölbenden und durchdringenden Bedeutung der Unionsbürgerschaft. Diese ergibt sich aus dem systematischen Kontext, in den die Bestimmungen gestellt sind: einerseits finden sie sich in einem eigenen Teil 2 (von insgesamt 7 Teilen) im AEUV mit dem Titel: „Nichtdiskriminierung und Unionsbürgerschaft“, also unmittelbar nach dem Teil 1 „Grundsätze“ und noch vor dem Teil 3 über die Internen Politiken und Maßnahmen der Union. Andererseits wird diese Hervorhebung verstärkt durch den schon erwähnten Titel V „Bürger-

⁵ Art. 41-44 GRC.

⁶ S. Magiera, in: Streinz (Fn. 4) Art. 9 EUV, Rn. 7.

⁷ Z.B. F. Wollenschläger, Grundrechtsschutz und Unionsbürgerschaft (Fn. 1), Rn. 147 f.

rechte“ in der Grundrechtecharta.⁸ Die Unionsbürgerschaft umfasst, so könnte man sagen, alle Bereiche des Unionsrechts und ist dennoch inhaltlich ein unspektakulärer Sammelbegriff für anderswo im EU-Recht geregelte Rechte und Pflichten.

II. Revolutionäre „Entfesselung“ durch den EuGH

1. Ausgangslage oder: ABC des Aufenthalts- und Freizügigkeitsrechts

Nach anfänglicher Zurückhaltung hat der EuGH die Unionsbürgerschaft Ende der 1990er Jahre durch eine kühne argumentative Volte aus dieser vertraglichen Enge „herausgeführt“. Ihren Ursprung hat diese Wende im Aufenthalts- oder nunmehr häufiger so genannten Freizügigkeitsrecht der Unionsbürger, also in einem zweifelos zentralen Element der Unionsbürgerschaft. Es wird in Art. 20 Abs. 2 AEUV als erste Konkretisierung des Rechtebündels erwähnt und in Art. 21 AEUV weiter präzisiert als das Recht jedes Unionsbürgers, „sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten vorbehaltlich der in den Verträgen und in den Durchführungsvorschriften vorgesehenen Beschränkungen und Bedingungen frei zu bewegen und aufzuhalten“. Zur Erleichterung können Vorschriften im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren erlassen werden. Sofern es dabei um die soziale Sicherheit oder den sozialen Schutz geht, bedürfen solche Maßnahmen eines einstimmigen Ratsbeschlusses nach Anhörung des Europäischen Parlaments.

Mindestens im Grundsatz bejahren sowohl Judikatur und herrschende Ansicht die unmittelbare Anwendbarkeit und gleichzeitig sekundärrechtliche Beschränkbarkeit des Anspruchs.⁹ Er ist überdies nachrangig gegenüber spezielleren Bestimmungen wie etwa der Arbeitnehmerfreizügigkeit gemäß Art. 45 AEUV (früher Art. 39 EGV).¹⁰ Gerade diesbezüglich trägt die vor allem durch die Unionsbürgerrichtlinie¹¹ eingeleitete und in der Literatur bereitwillig aufgenommene Gleichbezeichnung („Freizügigkeit“ oder „Freizügigkeitsrecht“) der beiden inhaltlich wesentlich unterschiedlichen Garantien nicht zur Klarheit bei.

Nehmen wir, um dann die Tragweite der erwähnten Judikaturentwicklung herauszuarbeiten, zunächst die primär- und sekundärrechtlichen „Beschränkungen und Bedingungen“ kurz in den Blick, von denen der Vertrag spricht.

Am Beginn der 1990er Jahre wurde die bis dahin – vor allem in der Arbeitnehmerfreizügigkeit und der Niederlassungsfreiheit – gegebene Verklammerung von Aufenthaltsrecht und wirtschaftlicher beruflicher Tätigkeit gelöst und dadurch eine neue

8 Der Vertrag von Lissabon ändert zweierlei am systematischen Kontext: einerseits die Aufnahme des Diskriminierungsverbots in den Teil über die Unionsbürgerschaft, andererseits den Aufstieg der Grundrechtecharta ins Primärrecht. Nach der hier vertretenen Auffassung können diese Veränderungen die weiter unten kritisierte Judikatur des EuGH, die schon davor entwickelt wurde, nicht nachträglich rechtfertigen.

9 So, bereits lange vor dem Vertrag von Lissabon, etwa EuGH, Rs. C-413/99 (Baumbast), Slg. 2002, I-7091, Rn. 80 ff., insb. Rn. 84. Aus der Lit. etwa *W. Kluth*, in: Callies/Ruffert (Fn. 4), Art. 21 AEUV, Rn. 9 m.w.N.

10 EuGH, Rs. C-100/01 (Olazabal), Slg. 2002, I-10981, Rn. 26.

11 S. unten Fn. 13.

Dimension des Aufenthaltsrechts in der EU geschaffen. Drei Richtlinien¹² gewährten seit Mitte 1992 (Ablauf der Umsetzungsfrist) allen Angehörigen der Mitgliedstaaten und ihren Familienangehörigen, denen das Aufenthaltsrecht nicht schon auf Grund anderer Bestimmungen des EG-Rechts zustand, ein unbefristetes Aufenthaltsrecht. Allerdings, zur Vermeidung der Inanspruchnahme der Sozialhilfe des Aufnahmemitgliedstaats, unter einschränkenden Bedingungen wie dem Bestand einer Krankenversicherung und ausreichender Existenzmittel.

Diese Rechtslage wurde 2004 durch die so genannte Allgemeine Aufenthaltsrichtlinie oder Unionsbürgerrichtlinie¹³ konsolidiert, welche mit 30. April 2006 (Ablauf der Umsetzungsfrist) unter anderem die erwähnten Richtlinien ersetzt und weiterentwickelt, nämlich insbesondere mit den aus der Freiheit des Personenverkehrs resultierenden Rechten zusammenführt.¹⁴ Die Richtlinie enthält:

1. ein allgemeines Aufenthaltsrecht für alle Unionsbürger bis zu drei Monaten.
2. in Anknüpfung an die erwähnten Richtlinien ein grundsätzlich unbefristetes Aufenthaltsrecht für Arbeitnehmer und Selbstständige, ferner für alle anderen Unionsbürger, sofern diese über ausreichende Existenzmittel verfügen, sodass sie keine Sozialhilfe im Aufnahmemitgliedstaat in Anspruch nehmen müssen und umfassend krankenversichert sind, einschließlich solcher Bürger, deren hauptsächlicher Aufenthaltszweck die Absolvierung einer Ausbildung einschließlich einer Berufsausbildung ist, und schließlich für Familienangehörige aller Genannten.¹⁵
3. ein Recht auf Daueraufenthalt, nämlich für jeden Unionsbürger, der sich rechtmäßig fünf Jahre lang ununterbrochen im Aufnahmemitgliedstaat aufgehalten hat. Dieses Recht ist dann nicht mehr an die eben erwähnten Voraussetzungen geknüpft, und es geht nur durch eine länger als zwei aufeinander folgende Jahre dauernde Abwesenheit wieder verloren.¹⁶

Für alle Genannten besteht nunmehr ein umfassendes Gleichbehandlungsgebot bezogen auf die Staatsangehörigen des Aufnahmelandes, freilich nur „im Anwendungsbereich des Vertrags“ und vorbehaltlich dort oder im Sekundärrecht enthaltener ausdrücklicher Einschränkungen. Die Richtlinie selbst enthält eine Beschränkung des Anspruchs auf Sozialhilfe und Studienbeihilfen. Letztere gebühren grund-

12 RL 90/364/EWG des Rates vom 28.6.1990 über das Aufenthaltsrecht, ABl. EG 1990 L 180/26; RL 90/365/EWG des Rates vom 28.6.1990 über das Aufenthaltsrecht der aus dem Erwerbsleben ausgeschiedenen Arbeitnehmer und selbständig Erwerbstätigen, ABl. 1990 EG L 180/28; RL 90/366/EWG des Rates vom 28.6.1990 über das Aufenthaltsrecht der Studenten, ABl. EG 1990 L 180/30. Letztere wurde – nach ihrer Aufhebung durch den EuGH aus Kompetenzgründen – im Wesentlichen inhaltsgleich ersetzt durch RL 93/96/EWG des Rates vom 29.10.1993 über das Aufenthaltsrecht der Studenten, ABl. EG 1993 Nr. L 317/59.

13 Richtlinie 2004/38/EG des EP 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, ABl. EU 2004 L 229/35.

14 S. Erwgr. 3: „Die Unionsbürgerschaft sollte der grundsätzliche Status der Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten sein, wenn sie ihr Recht auf Freizügigkeit und Aufenthalt wahrnehmen. Daher müssen die bestehenden Gemeinschaftsinstrumente, die Arbeitnehmer und Selbstständige sowie Studierende und andere beschäftigungslose Personen getrennt behandeln, kodifiziert und überarbeitet werden, um das Freizügigkeits- und Aufenthaltsrecht aller Unionsbürger zu vereinfachen und zu verstärken.“

15 Art. 6 f. RL 2004/38/EG (Fn. 13).

16 Art. 16 RL 2004/38/EG (Fn. 13).

sätzlich nur Arbeitnehmern und Selbstständigen sowie Personen, denen dieser Status erhalten bleibt, Familienangehörigen, sowie Daueraufenthaltsberechtigten.¹⁷ Hinsichtlich der Sozialhilfe könnte die Wendung „während der ersten drei Monate“ freilich im Umkehrschluss einen Anspruch bei längerem Aufenthalt vermitteln. Inwieweit das zutrifft und dadurch die Eingrenzung vom „Anwendungsbereich des Vertrags“ in Art. 24 Abs. 1 und die Zielsetzung des Art. 7 der Richtlinie, das Aufenthaltsrecht nur bei ausreichenden Existenzmitteln zu gewähren, überspielen könnte, ist zweifelhaft und kontrovers.

Die Vorgängerrichtlinien 90/364 und 365/EWG sowie 93/96/EWG, vor deren Hintergrund die nachfolgend skizzierte Judikatur des EuGH entstand, enthielten kein Gleichbehandlungsrecht. Art. 3 der damaligen „Studenten-Richtlinie“ 93/96/EWG vereinte ausdrücklich die Herleitbarkeit eines Anspruchs auf Unterhaltsstipendium aus der Richtlinie.

2. Kühne Kreation des grundlegenden Status und seines Kernbestands

Beginnend mit dem Urteil im Fall *Martinez Sala* judiziert der EuGH, dass Angehörige eines Mitgliedstaats, die sich rechtmäßig im Gebiet eines anderen Mitgliedstaats aufhalten – wobei es mittlerweile nur auf den Umstand der Rechtmäßigkeit, aber nicht auf einen *unions*rechtlichen Rechtstitel wie etwa die Freizügigkeit ankommt –, in den persönlichen Anwendungsbereich der Vertragsbestimmungen über die Unionsbürgerschaft fallen, wozu es dann gehört, „im sachlichen Anwendungsbereich des Vertrages nicht aus Gründen der Staatsangehörigkeit diskriminiert zu werden“.¹⁸

Konkret ging es um den Anspruch auf Erziehungsgeld in Deutschland, eine beitragsunabhängige Leistung, den eine Spanierin geltend gemacht hatte. Schon hier prüfte der Gerichtshof entgegen der zitierten Passage im Ergebnis *nicht* genauer, ob eine derartige Sozialleistung in den sachlichen Anwendungsbereich des Vertrags fällt, sondern erkannte den Anspruch unter Hinweis auf die Unionsbürgerschaft zu. Er löste also das mit der Unionsbürgerschaft verknüpfte Diskriminierungsverbot von der Prüfung des sachlichen Anwendungsbereichs der Verträge, wie es insbesondere das allgemeine Diskriminierungsverbot des Art 18. AEUV (damals Art. 12 EGV) gebietet.

Den nächsten, gedanklich konsequenten und terminologisch wegweisenden Schritt setzte der EuGH im Fall *Grzelczyk*. In Abkehr von der früheren Judikatur, wonach Förderungen für den Lebensunterhalt und die Ausbildung von Studenten nicht in den Anwendungsbereich des Vertrages fallen, erkannte der Gerichtshof auf der Grundlage dieser Argumentation einen gleichen Anspruch auf Gewährung eines staatlichen Existenzminimums („Minimax“) in Belgien zu. Hinsichtlich der Beurteilung seines Anwendungsbereichs sei das Diskriminierungsverbot in Verbindung mit der Unionsbürgerschaft zu sehen. „Der Unionsbürgerstatus ist nämlich dazu

17 Art. 24 RL 2004/38/EG (Fn. 13).

18 EuGH, Rs. C-85/96 (*Martinez Sala*), Slg. 1998, I-2691, Rn. 61 f.

bestimmt, 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.“¹⁹ „Nichts im Text des geänderten Vertrages erlaubt die Annahme, dass Studenten, die Unionsbürger sind, die diesen Bürgern durch den Vertrag verliehenen Rechte verlieren, wenn sie sich zu Studienzwecken in einen anderen Mitgliedstaat begeben.“ Damit ist der „primärrechtliche Damm“ der Unionsbürgerschaft als Sammelbegriff anderswo verbürgter Rechte gebrochen und ihre Eigenständigkeit als Quelle von Rechten kreiert. Später tritt die Formel hinzu, dass es „der tatsächliche Genuss des Kernbestands der Rechte“ aus der Unionsbürgerschaft ist, den es zu schützen gilt.²⁰ Eine Einschränkung in dem Sinne, dass es „bloß“ um den Kernbestand des grundlegenden Status geht, darf man aus dieser Formulierung allerdings nicht ableiten.

Schon im Fall *Grzelczyk*, und seither (mit Variationen) immer wieder, ist die Umkehrung der Argumentation besonders bemerkenswert: die Formulierung insinuiert, es ginge um den Nachweis, ein zweifelsfrei bestehendes Diskriminierungsverbot zu entziehen, während das Prüfungsthema sein müsste, ob sich Anhaltspunkte dafür finden, das Diskriminierungsverbot auch auf soziale Leistungen auszudehnen.

Einem auf der Hand liegenden, sich aus der vertraglich eingeräumten Beschränkungsmöglichkeit und einschlägigem Sekundärrecht ergebenden Einwand begegnet der Gerichtshof explizit. Zwar könnten die Mitgliedstaaten das Glaubhaftmachen ausreichender Existenzmittel des Studierenden verlangen, und, falls es dennoch zur Inanspruchnahme von Sozialhilfe kommen sollte, den Aufenthalt unter Umständen auch beenden. Aber dies dürfe „keinesfalls die automatische Folge“ der Inanspruchnahme von Sozialhilfe sein, da nach den Begründungserwägungen der Richtlinie die öffentlichen Finanzen des Aufnahmemitgliedstaats nicht „über Gebühr“ belastet werden dürften. Daher erkenne die Richtlinie „eine bestimmte finanzielle Solidarität“ der Angehörigen des Aufnahmestaates mit denen der anderen Mitgliedstaaten an, insbesondere bei vorübergehenden Schwierigkeiten.²¹

Auch wenn der EuGH seinen Ansatz zuerst auf dem Gebiet sozialrechtlicher Ansprüche entwickelt hat, so ist der Grundgedanke, wie noch zu zeigen ist, zweifellos auf alle Rechtsbereiche anwendbar, und wird vom Gerichtshof auch längst in diesem Sinne ausgedehnt. Die Unionsbürgerschaft wird zu einem selbst tragenden Diskriminierungsverbot, die Abhängigkeit von den sonst im Vertrag vorgesehenen Rechten²² und damit einerseits vom Anwendungsbereich des Art. 18 AEUV und ande-

19 EuGH, Rs. C-184/99 (Grzelczyk), Slg. 2001, I-6193, Rn. 31. Vgl. ferner die ergänzende Argumentation in den folgenden Rn. In EuGH, Rs. C-85/96 (Martinez Sala), Slg. 1998, I-2691, Rn. 23, hatte der Gerichtshof, noch weniger spektakulär, vom „Status“ gesprochen.

20 EuGH, Rs. C-34/09 (Ruiz Zambrano), Slg. 2011, I-1177, Rn. 42; Rs. C-256/11 (Dereci u.a.), Slg. 2011, I-11315, Rn. 64.

21 EuGH, Rs. C-184/99 (Grzelczyk), Slg. 2001, I-6193, Rn. 44.

22 Art. 20 Abs. 2 AEUV.

terseits von Beschränkungen im Sekundärrecht²³ wird beseitigt. Die Unionsbürgerrichtlinie mit ihrem allgemeinen Recht auf dreimonatigen Aufenthalt bzw. zeitlich unbegrenzten Aufenthalt nach fünfjähriger Inanspruchnahme eines unionsrechtlichen Aufenthaltstitels²⁴ eröffnet vor diesem Hintergrund die umfassende Inanspruchnahme des Gleichbehandlungsrechts für alle Unionsbürger, die sich die Mühe machen, sich in einen anderen Mitgliedstaat zu begeben. Inzwischen ist freilich auch diese Schranke durchlöchert, und der Gerichtshof hat, wenn auch noch vorsichtig, begonnen, Konstellationen zu identifizieren, in denen es auf die Inanspruchnahme der Freizügigkeit, also die Überschreitung einer Binnengrenze, für die Entstehung von Unionsbürgerrechten nicht mehr ankommt.²⁵ Der sachliche Anwendungsbereich erscheint ohnedies bereits unbegrenzt bzw. durch den Begriff des „grundlegenden Status“ nur unwesentlich eingegrenzt.

Darüber hinaus ist der „grundlegende Status“ nicht mit einem Gleichbehandlungsgebot gleichzusetzen bzw. darauf zu „reduzieren“, sondern lädt geradezu dazu ein, „Kernbereiche“ unabhängig vom Vergleich mit den Staatsbürgern des Gastlandes zu schützen. Beispiele dafür finden sich in der Judikatur, etwa auf dem Gebiet des Namensrechts, des Aufenthaltsrechts für drittstaatsangehörige Familienangehörige oder der Entziehung einer Staatsbürgerschaft.²⁶

Ferner ist darauf hinzuweisen, dass die veränderte Judikatur zur Unionsbürgerschaft weitreichende Auswirkungen, in der Regel in Richtung der Ausdehnung EU-rechtlicher Ansprüche gegen die Mitgliedstaaten, auf Gebiete hat, für die spezielle Gleichbehandlungsgebote bestehen, wie etwa die Arbeitnehmerfreizügigkeit oder die Dienstleistungsfreiheit²⁷ – man könnte von einem wechselseitigen Akzelerator-Effekt sprechen.

3. Entstehung einer bunten Judikaturwelt

Es ist schwierig, das Potenzial der Argumentation des EuGH genauer einzugrenzen. Im Gegenteil, es ist beinahe einfacher, die bereits angedeutete Grenzenlosigkeit aufzuzeigen. Sie ergibt sich aus der großen Unschärfe der Begriffe „grundlegender Status“ und „Kernbestand“. Aus dem gleichen Grund kann es auch sehr diffizil – aber trotz der Judikatur sinnvoll – sein²⁸ abzugrenzen, inwieweit einzelne Ergebnisse auch ohne diese Denkfiguren geboten oder mindestens erzielbar gewesen wären. Letzteres ist keineswegs rundweg auszuschließen. Diese Diskussion kann in

23 Art. 21 Abs. 1 AEUV für das Aufenthaltsrecht.

24 S. oben im Text nach Fn. 13.

25 So vor allem im Fall *Ruiz Zambrano* (unten bei Fn. 38). Es lassen sich leicht weitere Zusammenhänge zur Unionsbürgerschaft denken, in denen es auf den Aufenthalt nicht ankommen kann, wie etwa beim Eigentumschutz. Dass dieser zum Großteil auch über die Kapitalverkehrsfreiheit geschützt ist, tut der Sache keinen Abbruch.

26 S. sogleich im Text bei und nach Fn. 37.

27 Auf diese wichtige Entwicklung kann hier nicht näher eingegangen werden. Siehe dazu etwa *N. Rennuy*, The Emergence of a Parallel System of Social Security Coordination, CMLRev. 50, 2013, S. 1221.

28 Zu diesem Gedanken unten im Text nach Fn. 66.

diesem Rahmen nicht im Einzelnen geleistet werden.²⁹ Bisweilen kann man sich des Eindrucks nicht erwehren, dass in der einschlägigen literarischen Diskussion und Rezeption der mäanderartigen Wendungen, welche die Judikatur nimmt, jene Rationalität gesucht wird, welche mit der Erfindung des „grundlegenden Status“ verloren gegangen ist; man könnte auch sagen: eine „neue Rationalität“ gesucht wird.

Nachfolgend sollen einige wesentliche Judikaturlinien skizziert werden, die sich auf der Basis der Argumentation vom grundlegenden Status ergeben haben bzw. in deren Kontext stehen. In vielen Fällen handelt es sich um – nicht überall offen gelegte – Änderungen früherer Rechtsprechung, in welcher der EuGH den Anwendungsbereich des Unions- bzw. seinerzeit Gemeinschaftsrechts und damit vor allem jenen des Diskriminierungsverbots verneint hatte, beides aber nunmehr bejaht. Bisweilen tritt der Gleichbehandlungsaspekt zurück und die Frage in den Vordergrund, welche „eigenständigen“ Rechte aus dem „grundlegenden Status“ erfließen.

Freilich ist, um Missverständnissen vorzubeugen, die Eröffnung des Schutzbereichs der Unionsbürgerschaft nicht automatisch mit der Zuerkennung des begehrten Rechts verbunden. Regelmäßig sind, je nach Sachzusammenhang, allfällige Rechtfertigungsgründe für eine Verweigerung oder Beschränkung zu prüfen. Darauf ist zurückzukommen.

Ohne jeden Anspruch auf Vollständigkeit sei auf die folgenden Judikate hingewiesen:

- Wenig überraschend gebührt als Konsequenz aus *Grzelczyk* Unionsbürgern die Gleichbehandlung mit Inländern bei der Zuerkennung einer Vielzahl von *staatlichen Sozialleistungen*: etwa Beihilfen zur (erstmaligen) Arbeitssuche,³⁰ Beihilfen für Studierende zur Deckung ihrer Unterhaltskosten,³¹ Beihilfen für Behinderte,³² oder gar Sozialhilfe.³³
- Bemerkenswert in dieser Hinsicht ist der Fall *Trojani*, in dem der Gerichtshof den Anspruch – hier auf die Zahlung des so genannten Minimex, eines Existenzminimums, welches in Belgien bloß Wanderarbeitnehmern unter den EU-Ausländern zustand – von einem unions- bzw. damals gemeinschaftsrechtlichen

29 S. dazu die weiteren Beiträge in diesem Heft. Zu einer rezenten Darstellung der vielfältigen, keineswegs widerspruchsfreien Judikatur des EuGH und der – häufig kontroversen – literarischen Debatte *F. Wollenschläger*, Grundrechtsschutz und Unionsbürgerschaft (Fn. 1), Rn. 126 ff., mit dem Versuch, die Rechtsprechung zu systematisieren.

30 EuGH, Rs. C-224/98 (D’Hoop), Slg. 2002, I-6191, Rn. 27 ff.; Rs. C-138/02 (Collins), Slg. 2004, I-2703, Rn. 60 ff.

31 EuGH, Rs. C-209/03 (Bidar), Slg. 2005, I-2119, Rn. 28-42.

32 EuGH, Rs. C-103/08 (Gottwald), Slg. 2009, I-9117, Rn. 23 ff. (kostenlose Jahresstraßevignette).

33 EuGH, Urteil v. 19.9.2013, Rs. C-140/12 (Brey). Hier liegt freilich eine ganz spezifische Konstellation vor, sodass das Ergebnis auch innerhalb der Judikaturlinie des EuGH als Ausnahme in dem Sinne qualifiziert werden muss, dass eine schematische Verweigerung der Sozialhilfe mit der Begründung, ihre Beantragung zeige, dass ausreichende Existenzmittel im Sinne der RL 2004/38 fehlen, unzulässig ist. Daraus kann sich dann im Einzelnen ein Anspruch auf Sozialhilfe ergeben, freilich erst in Verbindung mit den Bestimmungen der VO (EG) Nr. 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29.4.2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit, ABl. EU 2004 L 166/1 i.d.g.F.

Aufenthaltstitel löst. Die Rechtmäßigkeit des Aufenthalts genügt, auch wenn sie sich (bloß) auf nationales Recht gründet.³⁴

- Gleichsam im Gegenzug dürfen *Sozialleistungen für Inländer* nicht unterschiedlich ausgestaltet werden abhängig davon, ob sich der Empfänger im Inland oder im Ausland aufhält.³⁵ Wirtschaftlich betrachtet können unterschiedliche Unterstützungsleistungen denselben Effekt haben wie unterschiedliche Steuerlasten. Auch diese können (daher) nunmehr unter dem Titel der Unionsbürgerschaft vom Gleichbehandlungsanspruch erfasst sein: etwa ein Ruhegenuss, so dass die unterschiedlich hohe Besteuerung je nach Aufenthaltsort im Inland oder (höher) im Ausland unzulässig ist.³⁶
- *Drittstaatsangehörigen* erwächst aus der Unionsbürgerschaft ihres Familienangehörigen ein *Aufenthaltsrecht* innerhalb der Union unter Umständen auch ohne vorherigen rechtmäßigen Aufenthalt in (einem anderen Mitgliedstaat) der Union.³⁷ Ein Aufenthaltsrecht (und eine Arbeitserlaubnis) für einen Drittstaatsangehörigen entsteht ferner im Wohnsitzmitgliedstaat seiner unterhaltsberechtigten minderjährigen Kinder, dessen Staatsangehörigkeit diese besitzen. Dies um die Kinder dem tatsächlichen Druck zu entziehen, andernfalls die Union verlassen zu müssen, und vor allem selbst dann, wenn sie zuvor diesen Mitgliedstaat noch gar nicht verlassen und ihre Freizügigkeit daher noch nicht in Anspruch genommen haben.³⁸ Ein Aufenthaltsrecht für einen Drittstaatsangehörigen im Herkunftsland seines Familienangehörigen kann sich auch ergeben, wenn sich letzterer bloß (mehrmals) kurzfristig mit dem Drittstaatsangehörigen in einem anderen Mitgliedsland aufgehalten hat.³⁹
- Es besteht ein Gleichbehandlungsanspruch bzw. konkret ein Ungleichbehandlungsanspruch (Ungleicher ist ungleich zu behandeln) auf dem Gebiet des *Namensrechts* im Fall einer Doppelstaatsbürgerschaft, nämlich im Ergebnis mit einem Wahlrecht, das Namensrecht des Gastlandes oder jenes des Herkunftslandes in Anspruch zu nehmen.⁴⁰ Ebenso ein Recht auf Anerkennung eines in einem EU-Mitgliedstaat, in dem der Unionsbürger geboren wurde und lebt, geführten Namens, durch die Behörden jenes Mitgliedstaats, dessen Staatsbürgerschaft er

34 EuGH, Rs. C-456/02 (Trojani), Slg. 2004, I-7573, Rn. 44.

35 EuGH, Rs. C-499/06 (Nerkowska), Slg. 2008, I-3993; verb. Rs. C-11/06 u. C-12/06 (Morgan und Bucher), Slg. 2007, I-9161.

36 EuGH, Rs. C-520/04 (Turpeinen), Slg. 2006, I-10685, insb. Rn. 23 ff.

37 EuGH, Rs. C-127/08 (Metock), Slg. 2008, I-6241, insb. Rn. 70 und 99.

38 EuGH, Rs. C-34/09 (Ruiz Zambrano), Slg. 2011, I-1177.

Anders kann die Sache ausgehen, wenn für den Unionsbürger durch die Verweigerung des Aufenthaltsrechts für seine Familienangehörigen de facto kein Zwang entsteht, das Unionsgebiet zu verlassen: EuGH, Rs. C-256/11 (Dereci u.a.), Slg. 2011, I-11315, insb. Rn. 74; vergleichsweise restriktiv auch EuGH, Rs. C-40/11 (Iida), Slg. 2012, I-691, Rn. 71 ff.

39 EuGH, Urteil v. 12.3.2014, Rs. C-456/12 (O. gegen Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel).

40 EuGH, Rs. C-148/02 (Garcia Avello), Slg. 2003, I-11613. Es ging um ein gemischt spanisch-belgisches Ehepaar mit zwei Kindern, das in Belgien lebt. Nach belgischem Recht bekamen die Kinder den Vatersnamen: Garcia Avello, nach spanischer Übung wäre der Name aus dem ersten Namen des Vaters gefolgt vom ersten Namen der Mutter zusammengesetzt gewesen: Garcia Weber. Der Namensänderungsantrag, der von den belgischen Behörden abgelehnt worden war, sollte dieses Ergebnis bewirken.

besitzt, selbst wenn dieser Name nach dessen Recht nicht geführt werden darf.⁴¹

- Die Entscheidung über die Rücknahme der Einbürgerung in einem Mitgliedstaat, die zur Verlust der Unionsbürgerschaft führen würde, muss eine Verhältnismäßigkeitsprüfung bezüglich der *unionsrechtlichen* Stellung des Betroffenen einschließen.⁴²

4. Judikatur-Vorläufer

Wie bereits erwähnt zählt die Ausweitung des Anwendungsbereichs des Diskriminierungsverbots aus Gründen der Staatsangehörigkeit zum Kern der Judikaturänderung. Deshalb sei hervorgehoben, dass diese Entwicklung nicht abrupt eingetreten ist, sondern wichtige Vorläufer hatte. Hauptsächlich waren es Fälle, in denen die Auslöser für die Eröffnung des Anwendungsbereichs des Unionsrechts, die gemäß Art. 18 AEUV (früher Art. 12 EGV)⁴³ Voraussetzung für die Anwendung des Verbots der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit ist, nur als äußerst dünn bezeichnet werden können. Ursprünglich mochte man diese Entscheidungen als spektakuläre Ausreißer qualifizieren. Im Rückblick erscheinen sie als Vorwegnahme des Diskriminierungsverbots aus der Unionsbürgerschaft, welches zum Einsatz gegen die Mitgliedstaaten als einzige – und nicht einmal mehr ausnahmslose – Voraussetzung hat, dass sich der Berechtigte rechtmäßig in einen anderen Mitgliedstaat begibt und dort aufhält. Auch dieses „Freizügigkeitsrecht“ selbst darf, als zweifelsfrei zum „Kernbestand“ der Unionsbürgerschaft zählend, nur ausnahmsweise und vorbehaltlich einer strengen Verhältnismäßigkeitsprüfung beschränkt werden.⁴⁴

- Nach *Cowan*⁴⁵ besteht ein Gleichbehandlungsanspruch auf Gewährung einer staatlichen Entschädigung zur Wiedergutmachung eines Schadens für Verbrechensopfer; der unions- bzw. damals gemeinschaftsrechtliche Anknüpfungspunkt dafür war die Inanspruchnahme touristischer Leistungen.
- Nach *Bickel und Franz*⁴⁶ besteht ein Gleichbehandlungsanspruch auf die Inanspruchnahme eines Minderheitenrechts auf Gebrauch der deutschen Sprache in einem Verwaltungsstrafverfahren (wegen eines Verkehrsdelikts); auch hier war der Anknüpfungspunkt die Dienstleistungsfreiheit, unter anderem nämlich durch die Erbringung einer Lieferung durch einen LKW-Fahrer.

Das Diskriminierungsverbot, seit *Bickel und Franz* in Verbindung mit der Unionsbürgerschaft, verschafft also, so lässt sich verallgemeinernd sagen, jedem EU-Bürger einen umfassenden Gleichbehandlungsanspruch. Dieser schließt im Übrigen das

41 EuGH, Rs. C-353/06 (Grunkin), Slg. 2008, I-7639, Rn. 39.

42 EuGH, Rs. C-135/08 (Rottmann), Slg. 2010, I-1449, insb. Rn. 55.

43 Vgl. nunmehr auch Art. 21 Abs. 2 GRC.

44 Vgl. etwa EuGH, verb. Rs. C-482/01 u. 493/01 (Orfanopoulos und Olivier), Slg. 2004, I-5257, insb. Rn. 65; Rs. C-33/07 (Jipa), Slg. 2008, I-5157, insb. Rn. 17 f.; Rs. C-145/09 (Tsakouridis), Slg. 2010, I-11979, Rn. 44.

45 EuGH, Rs. 186/87 (Cowan), Slg. 1989, S. 195.

46 EuGH, Rs. C-274/96 (Bickel und Franz), Slg. 1998, I-7637.

Grundrechtsschutzniveau des Gaststaates mit ein. Und dies lange vor der Verbindlichkeit der Grundrechtecharta, deren Bemühungen zur Eingrenzung des Anwendungsbereichs der EU-Grundrechte (Art. 51 GRC) angesichts dessen anachronistisch anmuten. Genau betrachtet bleibt kaum ein Bereich staatlicher Regulierung, welcher der Öffnung der nationalen Grundrechte einschließlich der nationalen Gleichheitsrechte unter der Kontrolle des EuGH entzogen wäre. Denn es ist kaum ein Anspruch denkbar, der nicht geeignet wäre, die Ausübung der Freiheit, sich in einem anderen Mitgliedstaat zu bewegen und aufzuhalten, zu erleichtern.⁴⁷

III. Methodischer Fehler des EuGH

1. Ausblenden des Rechtserzeugungszusammenhangs und Schlüsse aus dem Nichts

Die Entwicklung der Unionsbürgerschaft als „grundlegender Status“, der aus sich selbst heraus den Bürgern Rechtsansprüche, namentlich gegen die Mitgliedstaaten, garantiert, ist alles andere als stringent.⁴⁸

Der Vertrag bündelt, wie erwähnt, die unionsrechtlich „vorgesehenen Rechte und Pflichten“⁴⁹ zur Unionsbürgerschaft. Das Aufenthaltsrecht etwa ist danach nur vorbehaltlich der im Vertrag und in den Durchführungsvorschriften „vorgesehenen Beschränkungen und Bedingungen“⁵⁰ und nach Maßgabe spezieller Sekundärrechtsakte⁵¹ eingeräumt. Überdies ist nirgends ersichtlich, dass an das Aufenthaltsrecht per se weitere Rechte geknüpft wären. Sekundärrechtlich wurde wie erwähnt versucht, dies hinsichtlich sozialer Ansprüche durch ausdrückliche Regelungen abzusichern.⁵² Das ist, mit Modifikationen, bis heute so geblieben: gemäß der Unionsbürgerrichtlinie sind ausreichende Existenzmittel und eine umfassende Krankenversicherung – zur Vermeidung der Inanspruchnahme der Sozialhilfe – weiterhin Bedingung für das allgemeine Aufenthaltsrecht, und vom grundsätzlich umfassenden Gleichbehandlungsanspruch werden ausdrücklich die Sozialhilfe sowie – bis zum Recht auf Daueraufenthalt – Studienbeihilfen ausgenommen.⁵³

Sicher kann nicht rundweg ausgeschlossen werden, dass ein solcher ausgestaltender bzw. beschränkender Sekundärrechtsakt primärrechtswidrig ist. In einem solchen

⁴⁷ Nur dies nämlich verlangt der EuGH: Rs. C-274/96 (Bickel und Franz), Slg. 1998, I-7637, Rn. 16.

⁴⁸ Vgl. schon die Kritik bei *K. Hailbronner*, Die Unionsbürgerschaft und das Ende rationaler Jurisprudenz durch den EuGH?, NJW 2004, S. 2185 (insb. 2186 ff.); *F. Sander*, Die Unionsbürgerschaft als Türöffner zu mitgliedstaatlichen Sozialversicherungssystemen?, DVBl. 2005, S. 1014 (insb. 1019 ff.), jeweils m.w.N. Ferner aus der jüngeren Vergangenheit *K. Hailbronner/D. Thym*, Entscheidungsbesprechung zu Case C-34/09, *Gerardo Ruiz Zambrano v. Office national de l'emploi*, CMLRev. 48, 2011, S. 1253 (1259 ff.); differenziert *P. Craig*, The ECJ and Ultra Vires Action: A Conceptual Analysis, CMLRev. 48, 2011, S. 395 (411 ff.).

⁴⁹ Art. 20 Abs. 2 AEUV.

⁵⁰ Art. 21 Abs. 1 AEUV.

⁵¹ Art. 21 Abs. 2 und 3 AEUV.

⁵² S. schon oben im Text bei und nach Fn. 12.

⁵³ Art. 7 und Art. 24 Abs. 2 RL 2004/38/EG (Fn. 13); freilich mit einigen bedeutsamen Unklarheiten, s. oben im Text nach Fn. 17.

Fall müsste er vom EuGH geprüft und für nichtig erklärt werden.⁵⁴ Das könnte insbesondere dann der Fall sein, wenn ein Anspruch ausgeschlossen wird, der ein zentrales Element der Unionsbürgerschaft beseitigt oder aushöhlt, etwa das allgemeine Aufenthaltsrecht. Natürlich könnte auch der skizzierte Ausschluss sozialrechtlicher Ansprüche geprüft werden. Der Gerichtshof vermeidet allerdings derartige Überlegungen. Er nimmt den Ausschluss solcher Ansprüche im Sekundärrecht zur Kenntnis, problematisiert ihn aber nicht, sondern leitet ungeachtet dessen und gleichsam konkurrierend einen sozialrechtlichen Anspruch direkt aus der Unionsbürgerschaft und dem daraus erfließenden Diskriminierungsverbot ab. Damit stellt er jedoch gleichzeitig den Rechtserzeugungszusammenhang zwischen Primärrecht und Sekundärrecht, nämlich die rechtliche Bedingtheit des Sekundärrechts durch das Primärrecht in Frage. Eine Richtlinie, die den Anspruch auf soziale Leistungen explizit ausschließt, während ein solcher Anspruch primärrechtlich gebührt, stünde zum Vertrag in kontradiktorischem Widerspruch und müsste als vertragswidrig aufgehoben werden.⁵⁵

Dagegen wird vorgetragen, der Vertrag (Art. 21 Abs. 1 AEUV) nenne zunächst die Beschränkungen und erst dann die Bedingungen, daher könnten letztere nicht als Ausgestaltungsvorbehalt verstanden werden, der den Schutzbereich der Norm einschränken könnte. Außerdem fehle in Art. 45 GRC bei der Verbürgung der Freizügigkeit ein Verweis auf Bedingungen, so dass insoweit nur von einer allgemeinen Beschränkungsmöglichkeit auszugehen sei. Somit sprächen sehr wohl rationale Erwägungen für die Argumentation des EuGH.⁵⁶

Dies verfängt jedoch nicht. Zum einen setzt die Figur des Ausgestaltungsvorbehalts, wie sie hier verwendet wird, den behaupteten, aber durch den „Vorbehalt“ vermeintlich vereitelten Anspruch bereits voraus, wogegen dieser doch erst nachzuweisen wäre. Zum anderen ist nicht zu sehen, inwieweit eine sekundärrechtlich verfügte „Beschränkung“ entgegen der Anordnung im Vertrag leichter beiseitegeschoben werden könnte als eine „Bedingung“. Schließlich ist darauf hinzuweisen, dass die Grundrechtecharta (in Art. 52 Abs. 2) ganz generell die in den Verträgen festgelegten Bedingungen und Grenzen übernimmt.

Abgesehen von dem aus dem Rechtsquellsystem der Union insgesamt resultierenden Einwand überzeugt die Argumentation in der Sache nicht. In *Grzelczyk* genügte dem EuGH ein unions-, damals gemeinschaftsrechtlicher Aufenthaltstitel für den Anspruch auf Sozialhilfe, obgleich gerade umgekehrt deren Genuss nach den

54 Dem Grundsatz nach sieht dies auch der EuGH so (oder sah es zunächst so): EuGH, Rs. C-413/99 (Baumbast), Slg. 2002, I-7091, Rn. 85 ff. Vgl. auch die Kritik bei *K. Hailbronner*, Die Unionsbürgerschaft, NJW 2004, S. 2185 (2187).

55 Art. 263 AEUV. Der EuGH spricht von einem umfassenden Rechtsschutzsystem, „innerhalb dessen dem Gerichtshof die Überprüfung der Rechtmäßigkeit der Handlungen der Organe übertragen ist“: z.B. EuGH, Rs. 314/85 (Foto Frost), Slg. 1987, Rn. 16; ferner etwa EuG, Rs. T-51/89 (Tetra Pak), Slg. 1990, II-309, Rn. 25. Aus der Lit. etwa *W. Schroeder*, Das Gemeinschaftsrechtssystem, 2002, insb. S. 363 f.

56 So etwa *W. Kluth* in: Calliess/Ruffert (Fn. 4), Art. 21 AEUV, Rn. 10 m.w.N. Überhaupt ist darauf hinzuweisen, dass die hier formulierte Fundamentalkritik nicht die herrschende Lehre repräsentiert. Diese nimmt die Rechtsprechung mehr oder weniger staunend zur Kenntnis, und prüft sie eher auf Konsistenz und Konsequenzen; s. etwa die zahlreichen Nachweise bei *F. Wollenschläger*, Grundrechtsschutz und Unionsbürgerschaft (Fn. 1), Rn. 126 ff.

sekundärrechtlichen Bestimmungen das Aufenthaltsrecht ins Wanken bringt. Aber selbst wenn man zustimmt, dass das Aufenthaltsrecht nicht in *allen* derartigen Fällen verloren gehen soll,⁵⁷ hat das nichts mit dem vom Gerichtshof unvermittelt bejahten Anspruch auf Sozialhilfe zu tun. Der Fall *Trojani* macht dieses Fehlen eines Zusammenhangs zwischen unionsrechtlichem Aufenthaltsrecht und Anspruch auf Sozialhilfe klar: der Gerichtshof verzichtet einfach darauf, weiter den Eindruck eines solchen Zusammenhangs zu erwecken. Damit löst er den Gleichbehandlungsanspruch, konkret den auf soziale Leistungen, von den einzelnen, durch Vertrag oder Sekundärrecht geschaffenen Ansprüchen, und gewährt ihn aus der Unionsbürgerschaft. Die Grundlage dafür bleibt gänzlich im Dunkeln. Der Einwand trifft nicht bloß sozialrechtliche Ansprüche, bei denen alles seinen Ausgang genommen hat, sondern alle Ansprüche, die direkt aus der Unionsbürgerschaft hergeleitet werden und nicht gleichzeitig aus einem der zum Bündel der Unionsbürgerschaft zählenden Rechte herleitbar sind. Die explizite Bezeichnung als „grundlegender Status“ ist bloß ein zusätzliches Etikett. Es ist für den hier formulierten Befund nicht wichtig, ob es der Gerichtshof benutzt oder nicht.

Im Übrigen hilft, wie zuletzt hervorgehoben sei, auch die von Gerichtshof bisweilen, etwa in *Grzelczyk* ins Treffen geführte „finanzielle Solidarität“ nichts. Sie ist in den Verträgen mehr als schwach ausgeprägt. Zwar besteht in begrenztem Ausmaß eine Politik des wirtschaftlichen und sozialen Zusammenhalts, namentlich mit Hilfe der Strukturfonds, nämlich für die Landwirtschaft, den sozialen Ausgleich und die regionale Entwicklung.⁵⁸ Andererseits fehlen gerade substanzelle Maßnahmen der Solidarität auf dem Gebiet der Sozialpolitik. Insbesondere ist die Bekämpfung der sozialen Ausgrenzung von jeder Harmonisierungskompetenz ausgenommen, wie auch die Modernisierung der Systeme der sozialen Sicherheit, soweit es nicht um den Schutz der Arbeitnehmer geht.⁵⁹ Es gibt so gut wie keine Vereinheitlichung der direkten Steuern, weder hinsichtlich des Aufkommens noch hinsichtlich der Verwendung, und es gibt keinen Europäischen Finanzausgleich. Die Wirtschaftspolitik ist bisher bloß eine „Angelegenheit von gemeinsamem Interesse“,⁶⁰ die lose koordiniert wird. Auch die im Zuge der Finanz- und Staatsschuldenkrise in Art. 136 Abs. 3 AEUV eingefügte und 2013 in Kraft getretene Ermächtigung für die WWU-Mitgliedstaaten, einen „Stabilitätsmechanismus“ – wie den Europäischen Stabilitäts-Mechanismus (ESM) – zu Gunsten in budgetäre Nöte geratener Mitglieder einzurichten, ändert daran nichts. Ein solcher Mechanismus dient der „Stabilität des Euro-Währungsgebiets insgesamt“ und ist weit davon entfernt, Grundlage für etwaige Ansprüche von Unionsbürgern zu sein.

Insgesamt ist all das keine ausreichende Basis, um unter Hinweis auf eine nicht näher definierte „finanzielle Solidarität“ das Potenzial des Gleichheitssatzes als so-

⁵⁷ Etwa auch EuGH, Rs. C-200/02 (Chen/Zhu), Slg. 2004, I-9925, Rn. 33; Rs. C-408/03 (Kommission/Belgien), Slg. 2006, I-2647, Rn. 38 ff.; Rs. C-398/06 (Kommission/Niederlande), Slg. 2008, I-56, Rn. 29; Urteil v. 19.9.2013, Rs. C-140/12 (Brey), Rn. 45 ff.

⁵⁸ Art. 174 ff. AEUV.

⁵⁹ Art. 151 ff. AEUV, insb. Art. 152 Abs. 1 lit. j und k i.V.m. Abs. 2 AEUV.

⁶⁰ Art. 121 AEUV.

ziales Grundrecht in dem Maße auszuspielen, wie dies der Gerichtshof unter Berufung auf die Unionsbürgerschaft tut. Auch die Grundrechtecharta ändert daran nichts Wesentliches. Denn die einschlägigen Rechte auf soziale Sicherung und Unterstützung sowie auf Gesundheitsschutz⁶¹ sind nur nach Maßgabe des Unionsrechts und der einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten gewährleistet, ganz abgesehen von der Geltungsbeschränkung der Charta-Rechte einschließlich der Gleichheitsrechte⁶² für die Organe und Einrichtungen der Union bzw. für die Durchführung des Rechts der Union (Art. 51 GRC).

Zur Illustration des Potenzials der Judikatur und gleichzeitig als Beleg für den Umstand, dass die Konsequenzen sich keineswegs auf die Sozialpolitik bzw. finanzielle Leistungen beschränken, eine Überlegung zum Wahlrecht – gleichzeitig als „Kritik vom Ergebnis her“. Wer wollte bestreiten, dass das Wahlrecht etwas Grundlegendes ist und die Integration in die Gesellschaft des Gaststaates erleichtert. Demnach ist auf der Basis der Denkfigur vom „grundlegender Status“ kein Hindernis zu sehen, EU-Bürgern mit Wohnsitz im Inland über das Kommunalwahlrecht (Art. 22 AEUV) hinaus auch für Wahlen zu nationalen Parlamenten und sonstigen allgemeinen Vertretungskörpern das Wahlrecht zuzuerkennen. Ob ein Umkehrschluss aus Art. 22 AEUV in den Augen des EuGH ausreichendes Gewicht hätte – wie man von vielen nahe liegenden Umkehrschlüssen hätte annehmen können – steht in den Sternen.⁶³ Wenn das stimmt, zeigt sich zugleich, in welchem Ausmaß die Rechtssicherheit auf der Grundlage der jüngeren Judikatur leidet.

2. Fehlerfolgen

Bei der Beurteilung der Judikaturentwicklung ist scharf zwischen der rechtsdogmatischen und der rechtspolitischen Perspektive zu unterscheiden. Rechtspolitisch mag man den Impetus zur umfassenden „Unionsbürgerunion“, namentlich der Be seitigung der Anwendungsgrenzen des Diskriminierungsverbots, begrüßen.⁶⁴ Rechtsdogmatisch ist jedenfalls eine differenzierte Betrachtung geboten. Nach der oben begründeten Auffassung hat der EuGH mit der Judikaturlinie von der Unionsbürgerschaft als „grundlegendem Status“ die Grenzen des methodisch vertretbaren überschritten. Das kommt immer wieder vor, und zwar keineswegs nur in der Rechtsprechung des EuGH, sondern auch in jener nationaler Höchstgerichte, aber

61 Art. 34 und 35 GRC.

62 Art. 20 und 21 GRC.

63 Noch vorsichtig hingegen Bericht der Kommission vom 8.5.2013 an das EP, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen über die Unionsbürgerschaft 2013. Rechte und Zukunft der Bürgerinnen und Bürger der EU, KOM(2013) 269 endg., S. 25 ff. Die Kommission will „Vorschläge [...] vorlegen, die den Unionsbürgern, die in einem anderen EU-Mitgliedstaat als ihrem Heimatstaat leben, die volle Teilhabe am demokratischen Leben in der EU ermöglichen, damit diese ihr Wahlrecht bei nationalen Wahlen in ihrem Heimatland ausüben können“ (Aktion 12).

64 Zu dieser Diskussion und auch zu den nachfolgenden Überlegungen bereits S. Griller, Vom Diskriminierungs verbot zur Grundrechtsgemeinschaft? (Fn. 1), S. 223 ff. m.w.N.

auch in der Rechtswissenschaft. Nach Auffassung dieses Autors ist es überzogen, dem EuGH in dieser Hinsicht besondere Fehleranfälligkeit vorzuwerfen.⁶⁵ Ist schon die Grenzziehung zwischen vertretbarer und unvertretbarer Interpretation schwierig, so ist es erst recht jene zwischen den möglichen Fehlerfolgen. Zur Debatte stehen Unanfechtbarkeit und absolute Nichtigkeit. Es geht um die Grenze des so genannten Fehlerkalküls der Rechtsordnung, welches im Interesse der Friedenssicherung regelmäßig auch den Höchstgerichten eingeräumt ist. Um endlose Streitigkeiten zu verhindern und stattdessen den Streit durch die höchste Instanz zu schlichten, selbst wenn sich diese irren sollte, werden Fehler toleriert und fehlerhafte Entscheidungen von Höchstgerichten unanfechtbar. Nichts deutet darauf hin, dass es beim EuGH anders sein sollte, dem durch Art. 19 EUV die zentralisierte Rechtmäßigkeitskontrolle, nämlich „die Wahrung des Rechts bei der Auslegung und Anwendung der Verträge“, innerhalb der Union übertragen wurde.⁶⁶ Bei der Beurteilung solcher Fehlentscheidungen stellt sich somit zwangsläufig die Frage nach den Grenzen dieser Toleranz, jenseits derer auch höchstgerichtliche Entscheidungen infrage gestellt werden könnten. Die Folge eines solchen Fehlers wäre dann die absolute Nichtigkeit. Freilich heißt dies nicht notwendig, dass diese dann formlos von jedermann geltend gemacht werden könnte. Je nach prozeduralen Rahmenbedingungen könnte es etwa erforderlich sein, einen solchen Disput dann vor einem nationalen (Höchst-)Gericht – wie etwa dem Bundesverfassungsgericht – auszutragen, welches einen Rest an Kontrolle gegenüber dem EuGH in Anspruch nimmt. Was konkret die hier in Rede stehende Judikatur zur Unionsbürgerschaft betrifft liegt sie nach Auffassung dieses Autors innerhalb des Fehlerkalküls, welches das Primärrecht dem EuGH einräumt. Sie ist daher, so könnte man sagen, als fehlerhaft, aber unangreifbar hinzunehmen. Freilich ist auch dieser Standpunkt nicht frei von Zweifeln. Und er entbindet die Rechtswissenschaft nicht davon, den EuGH durch begründete Kritik zur Überprüfung seines Standpunkts zu veranlassen.

IV. Systemimmanente Kritik an der Konsistenz der Judikatur

1. EU-Grundrechte als umfassend geltender Kernbestand der Unionsbürgerschaft?

a) Kühn und ängstlich zugleich? – Ausgewählte Beispiele

Nach dem hier vertretenen Standpunkt ist der EuGH mit der Judikatur vom „grundlegenden Status“ zu weit gegangen. Bleibt zu prüfen, ob er auf dem Boden dieses Weges konsequent agiert, oder anders gesagt: ob er weit genug gegangen ist.

65 S. Griller, „Verfassungsinterpretation“ in der Europäischen Union, in: Lienbacher (Hrsg.), Verfassungsinterpretation in Europa. Heinz Schäffer Gedächtnissymposium, 2011, S. 115 (zur Ultra-Vires-Debatte insb. 137 ff. m.w.N.).

66 Das BVerfG spricht mit Bezug auf den EuGH von „Fehlertoleranz“; vgl. 2 BvR 2661/06 v. 6.7.2010, Rn. 66.

Bezweifeln könnte man dies vor allem im Hinblick auf die „Freizügigkeitsakzess-orientät“,⁶⁷ welche der EuGH grundsätzlich aufrechterhält. Danach ist die Inanspruchnahme der Freiheit, sich in einen anderen Mitgliedstaat zu begeben und dort aufzuhalten (Art. 21 AEUV) Voraussetzung dafür, weitere Ansprüche auf der Grundlage des „grundlegenden Status“ auszulösen. Rein interne Sachverhalte kommen somit nach wie vor nicht in den Schutzbereich des Unionsrechts und damit auch der Unionsbürgerschaft.⁶⁸ Die Freizügigkeit ist gleichwohl ihrerseits unstrittig Teil der Unionsbürgerrechte und daher per se und ohne vorherige Inanspruchnahme geschützt.⁶⁹

Exemplarisch sei gefragt, ob diese Einschränkung mit der beschriebenen Entfesselung der Unionsbürgerschaft in Einklang gebracht werden kann, zumal vor dem Hintergrund, dass auch die Anforderung eines grenzüberschreitenden Elements bereits einigermaßen durchlöchert ist. Letzteres gilt namentlich im Fall *Ruiz Zambrano*.⁷⁰ Auch die so genannten Rückkehrer-Konstellationen werden hier bisweilen genannt, in denen der Unionsbürger im *Heimatland* die Familienzusammenführung durchsetzen kann, mit der etwas gewundenen Begründung des EuGH, dass der Unionsbürger andernfalls davon abgehalten werden könnte, sein Heimatland zu verlassen, „um sein Aufenthaltsrecht gemäß Art. 21 Abs. 1 AEUV in einem anderen Mitgliedstaat auszuüben, weil er nicht die Gewissheit hat, mit seinen nahen Verwandten in seinem Herkunftsmitgliedstaat ein im Aufnahmemitgliedstaat entwickeltes oder gefestigtes Familienleben fortsetzen zu können“. Es ist also die Effektivität des *Wegzugsrechts*, die den Unionsbürger in die Lage versetzen soll, den (späteren?) Zuzug von Familienangehörigen im Heimatland durchzusetzen.

In *Dereci* wiederum war es dem EuGH ersichtlich darum zu tun, die Büchse der Pandora nicht allzu weit zu öffnen, indem er die Entstehung eines abgeleiteten Aufenthaltsrechts für drittstaatsangehörige Familienangehörige dann verneint, wenn für den Unionsbürger durch die Verweigerung des Rechts de facto *kein* Zwang zur Ausreise aus dem Unionsgebiet entsteht.⁷¹ In diesem Zusammenhang beschäftigt den Gerichtshof auch die Frage, ob das dem Unionsbürger eingeräumte Grundrecht auf Privat- und Familienleben dazu zwingen könnte, den Familienangehörigen ein Aufenthaltsrecht einzuräumen. Die Antwort ist einigermaßen bizarr: sollte das mitgliedstaatliche Gericht eine Situation identifizieren können, die unter das Unionsrecht fällt, wäre Art. 7 Grundrechte-Charta einschlägig, sollte dies nicht der Fall sein hingegen der so gut wie inhaltsgleiche Art. 8 ERMK; Letzteres aber nicht aus dem

67 S. die Judikaturübersicht, die das unsicher tastende Element erkennen lässt, bei F. *Wollenschläger*, Grundrechtsschutz und Unionsbürgerschaft (Fn. 1), Rn. 142 ff. m.w.N.

68 Etwa EuGH, Rs. C-148/02 (Garcia Avello), Slg. 2003, I-11613, Rn. 26; Rs. C-403/03 (Schempp), Slg. 2005, I-6421, Rn. 20; Rs. C-212/06 (Gouvernement de la Communauté française), Slg. 2008, I-1683, Rn. 39; Rs. C-434/09 (McCarthy), Slg. 2011, I-3375, Rn. 45.

69 Vgl. die Judikaturnachweise oben in Fn. 44. S. auch W. *Obwexer* in diesem Heft auf S. 51.

70 S. schon oben Fn. 38; das Zitat ist aus EuGH, Urteil v. 12.3.2014, Rs. C-456/12 (O. gegen Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel), Rn. 59. S. auch P. *Cede* in diesem Heft auf S. 79.

71 S. schon oben Fn. 38.

Titel des Unionsrechts, sondern aufgrund der Mitgliedschaft aller Mitgliedstaaten bei der EMRK, worauf hinzuweisen sich der Gerichtshof veranlasst sieht.⁷² Ähnlich verwirrend und teils irritierend ist das nach wie vor erkennbare Bemühen des EuGH, einen Unterschied zwischen ökonomisch und nicht-ökonomisch motivierten Aufenthalten in einem EU-Land zu ziehen und das Ob oder jedenfalls das Ausmaß der Berechtigung von einer entgeltlichen beruflichen Aktivität abhängig zu machen. So hat der Gerichtshof für die Kinder von Wanderarbeitnehmern eine Regelung für unzulässig erklärt, welche die Inanspruchnahme von Studienbeihilfen für ein Auslandsstudium davon abhängig macht, dass die oder der Betreffende durch drei der letzten sechs Jahre vor Beginn des Studiums seinen Wohnsitz in jenem Staat hatte, von dem die Unterstützung begeht wird.⁷³ Der EuGH stellt dabei explizit auf die ökonomische „Reziprozität“ ab: durch die bezahlten Steuern trage der Wanderarbeiter zur Finanzierung der Sozialleistungen bei. Freilich stimmt das nur bei solchen Wanderarbeitnehmern, die im Gastland ihren Wohnsitz haben, nicht aber zB bei Grenzpendlern.⁷⁴ Aber auch die Kinder von Grenzpendlern erhalten die Wohltat der sozialen Unterstützung. Kinder von nicht arbeitenden Unionsbürgern hingegen nicht.

b) Ein kleiner Schritt für den EuGH, ein großer für die Union?

Dieser Autor kann sich des Eindrucks nicht erwehren, dass sich der Gerichtshof in den genannten und auch anderen Judikaten geradezu ziert, die Konsequenzen aus seinem kühnen Schritt zu ziehen, dass ihn gleichsam der Mut vor der eigenen Courage verlässt. Warum sollte es für den „grundlegenden Status“ einen Unterschied machen, ob der Unionsbürger, dessen Rechte zur Debatte stehen, gegenüber seinem drittstaatsangehörigen Familienmitglied unterhaltsberechtigt ist oder nicht (*Ruiz Zambrano versus Dereci*)? Ist das Grundlegende nicht, dass sich jeder Bürger innerhalb der Union frei bewegen und aufhalten darf, und dass dieses Recht schwertens ausgehöhlt, geradezu „im Kern getroffen“ erscheint, wenn das nur um den Preis der Trennung von seiner Familie gestattet ist? Und warum sollte die Verweigerung der späteren Familienzusammenführung den Unionsbürger, der von seinen Familienangehörigen unterhaltsrechtlich nicht abhängig ist, weniger davon abhalten, sein Freizügigkeitsrecht auszuüben und sich in einen anderen Mitgliedstaat begeben wie es der EuGH in der Rückkehrer-Konstellation sieht?

Freilich ist die Wurzel dieser Rechtsprechung einsichtig: Sie liegt in der Herkunft der „Begünstigung“ für Familienangehörige aus der Arbeitnehmerfreiheit, der dort garantierten völligen Gleichstellung mit inländischen Arbeitnehmern hinsichtlich der „sozialen und steuerlichen Vergünstigungen“,⁷⁵ und der sekundärrechtlich in die Unionsbürgerrichtlinie übernommenen Beschränkung, wonach Familienan-

72 EuGH, Rs. C-256/11 (Dereci u.a.), Slg. 2011, I-11315, insb. Rn. 70 ff.

73 EuGH, Urteil v. 14.6.2012, Rs. C-542/09 (Kommission/Niederlande).

74 Vgl. *F. de Witte*, Who funds the mobile student? (Fn. 1), S. 208 ff.

75 Numehr Art. 7 Abs. 2 VO (EU) Nr. 492/2011 des EP und des Rates vom 5.4.2011 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Union, ABI. EU 2011 L 141/1.

gehörige – mindestens soweit es sich nicht um Ehegatten oder eingetragene Partner handelt – das Recht der Freizügigkeit und des Aufenthalts nur insoweit zuerkannt wird, als sie vom Unionsbürger finanziell abhängig sind.⁷⁶ Überall dort gibt es also eine „ökonomische Grundlage“ für eine finanzielle Last, die dem Mitgliedsland entsteht.

Nach der beschriebenen – und hier kritisierten – „Befreiung“ aus dieser primär- und sekundärrechtlichen Beschränkung erscheint die bruchstückhafte Fortschreibung einzelner dort herkommender Anspruchsvoraussetzungen jedoch als inkonsequent. Zwar befreit der EuGH mit Hilfe der Unionsbürgerschaft die Anspruchsberechtigung von der Fessel der, ökonomisch motivierten, Arbeitnehmerfreizügigkeit, er führt sie dann „über die Hintertür“ aber doch wieder ein. Wäre es wirklich allein die Unionsbürgerschaft als grundlegender Status, der den Anspruch begründet, so könnte – und müsste wohl konsequenterweise – auf diese Verknüpfung verzichtet werden. Sonst fragt sich, zu welchem Ende der Weg überhaupt beschritten wurde und vor allem, ob es *rechtsdogmatisch* beachtliche Wegmarken gibt. Anders formuliert: die Schwäche des Ansatzes setzt sich bei der Determinierung der Einschränkungen (nicht überraschend) fort.

Wenn schon – denn schon, so ist man demgegenüber versucht zu sagen: wenn die Unionsbürgerschaft der „grundlegende Status“ jedes Unionsbürgers ist, den er nicht nur gegenüber der Union, sondern vor allem gegenüber den Mitgliedstaaten geltend machen kann, dann sollte ihn dies dazu berechtigen, die grundlegenden Unionsrechte unabhängig davon geltend zu machen, ob er sein Unionsbürgerrecht auf Freizügigkeit bereits ausgeübt hat oder nicht.⁷⁷ Vor allem deshalb und insoweit, als die Verweigerung dieser Rechte das Freizügigkeitsrecht selbst beeinträchtigen könnte, wie es der EuGH in einzelnen Konstellationen hervorgehoben hat.

Dies würde in einigen der erwähnten, vom EuGH von der Teilhabe an den Unionsbürgerrechten mühsam abgeschichteten Fällen ein anderes Ergebnis rechtfertigen, wohl sogar gebieten. Vor allem aber spricht der Gedankengang dafür, die Grundrechte der Union ganz allgemein als Kern des „grundlegenden Status“ zu identifizieren und jedem Unionsbürger unabhängig davon zu garantieren, ob er von seinem Freizügigkeitsrecht bereits Gebrauch gemacht hat oder nicht. Die potentielle Beeinträchtigung des Freizügigkeitsrechts, nota bene des darin eingeschlossenen Rechts auf Rückkehr in das Heimatland, reicht dann aus, die Grundrechte der Union als gegenüber den Mitgliedstaaten umfassend garantiert zu sehen.

⁷⁶ Art. 2 Abs. 2 lit. c und d sowie Art. 7 Abs. 4 RL 2004/38/EG (Fn. 13).

⁷⁷ Die Zielrichtung des Gedankens ist keineswegs neu, er wird hier bloß anders begründet. Als Anliegen formuliert findet sich das in mehreren Schlussanträgen von Generalanwälten. Vgl. etwa GA *Jacobs*, Schlussanträge v. 9.12.1992 in der Rs. C-168/91 (Konstantinidis), Slg. 1993, I-1191, Rn. 46; GA *Sharpston*, Schlussanträge v. 30.9.2010 in der Rs. C-34/09 (Ruiz Zambrano), Slg. 2011, I-1177, Rn. 170.

Aus der Literatur etwa kritisch *F. Wollenschläger*, Grundrechtsschutz und Unionsbürgerschaft (Fn. 1), Rn. 32 ff., befürwortend (mit ähnlichem Ergebnis, aber ganz anderer Begründung als hier) *A. von Bogdandy/M. Kottmann/C. Antpöhler/J. Dicksche/S. Hentrei/M. Smrkolj*, Ein Rettungsschirm für europäische Grundrechte – Grundlagen einer unionsrechtlichen Solange-Doktrin gegenüber Mitgliedstaaten, ZaöRV 2012, S. 45 (58 ff.); alle m.w.N.

Freilich sticht sofort das Spannungsverhältnis zu Art. 51 GRC ins Auge, wonach die Charta „für die Mitgliedstaaten ausschließlich bei der Durchführung des Rechts der Union“ gilt. Auf den ersten Blick mag dies als unauflöslicher Widerspruch erscheinen. Dies ist aber nicht der Fall. Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass nach den rechtlich relevanten⁷⁸ Erläuterungen zur Grundrechte-Charta die Mitgliedstaaten immer dann gebunden sein sollen, wenn sie „im Anwendungsbereich des Unionsrechts“ handeln. Dies geht über die Durchführung im strengen Sinn hinaus und erfasst auch mitgliedstaatliche Beschränkungen von EU-Rechten, zu denen auch die Freizügigkeit zählt. Ferner ist auf die ältere Judikatur hinzuweisen, derzufolge lange vor der Unionsbürgerschaft die weit gehende, damals noch gemeinschaftsrechtliche Garantie bestand, nationale Grundrechte in Anspruch zu nehmen, selbst wenn der grenzüberschreitende Kontext mehr als dünn war.⁷⁹ Soweit die Kongruenz des Grundrechtsschutzes dadurch entsteht, dass es um Rechte aus der EMRK geht, der alle Mitgliedstaaten angehören, macht es, inhaltlich betrachtet, keinen Unterschied, ob die Garantie aus diesem Grund, oder als Unionsbürgerrecht gilt (wie vom EuGH in *Derici* angedeutet). Dann ist es nur ein kleiner Schritt zur Einsicht, dass durch die Integration der Grundrechte-Charta in das Primärrecht⁸⁰ und der daraus entstehenden Verbindung zur Unionsbürgerschaft die erwähnte Beschränkung aus Art. 51 GRC weit gehend gegenstandslos ist. Nämlich deshalb, weil sich die Mitgliedstaaten bei der Beschränkung von Grundrechten regelmäßig im Anwendungsbereich des Unionsrechts befinden, insoweit diese Beschränkung die Inanspruchnahme der Freizügigkeit beeinträchtigen kann.

Nach der hier vertretenen Auffassung wäre es konsequent, wenn sich der EuGH auf dem Boden seiner Judikatur vom „grundlegenden Status“ zu diesem Schritt entschlösse. Trotz großer Unterschiede in der Ausgangslage und im Detail ließe sich dann wohl definitiv sagen, dass der EuGH die umfassende Grundrechtskontrolle mitgliedstaatlichen Handelns in ähnlicher Reichweite ausübt wie der Supreme Court gegenüber den US-Bundesstaaten durch die Interpretation des 14th amendment der Verfassung. Was herausgearbeitet werden sollte ist: es ist nur noch ein kleiner Schritt für den EuGH, was insgesamt ein großer für die Union wäre.⁸¹

78 Art. 6 Abs. 1 EUV.

79 Vgl. oben im Text nach Fn. 44.

80 Art. 6 Abs. 1 EUV.

81 Noch Ende der 1980er Jahre konnte mit Fug und Recht ein wesentlicher Unterschied zwischen dem amerikanischen und dem europäischen Grundrechtsschutzsystem konstatiert werden. Während die Kontrolle gegenüber den Mitgliedstaaten in den USA beim Supreme Court läge, sei dies in Europa anders. Eine vergleichbar umfassende Grundrechtskontrolle gegenüber den Mitgliedstaaten komme dem EuGH nicht zu. Stattdessen existiere mit der EMRK ein davon unabhängiges, im sachlichen Anwendungsbereich umfassendes Grundrechtsschutzsystem. Vgl. in diesem Sinne v.a. K. Lenaerts, *Le juge et la constitution aux États d’Amérique et dans l’ordre juridique européen*, 1988, insb. Rn. 584 ff.

Zur Rechtslage in den USA ausführlich L. Tribe, *American Constitutional Law I*, 3. Auflage 1999, S. 1293 ff. u. S. 1332 ff.

2. Ausgeweitete Unionsbürgerrechte – Ausdehnung der Beschränkungsgründe?

a) Grundsatz

Gleichgültig, ob man die soeben entwickelte Position einer systemimmanenten Fortentwicklung (auf einer freilich fehlerhaften Basis) teilt oder sich „bloß“ mit den Auswirkungen des „grundlegenden Status“ beschäftigt, wie ihn der EuGH der Unionsbürgerschaft zumeist: es stellt sich die Frage, ob der sachlichen und persönlichen Ausweitung der Rechte, wie sie dargestellt wurde, eine korrespondierende Anstrengung zur Anpassung der Rechtfertigungsgründe für Einschränkungen gegenüber gestellt werden müsste.

Denn je weiter insbesondere das Diskriminierungsverbot auf Sachgebiete ausgedehnt wird, für die grundsätzlich keine Unionskompetenz besteht, oder für die eine vertragliche Ermächtigung bisher nicht ausgenutzt wurde, oder auch wenn ganz neue Rechte als Bestandteil des „grundlegenden Status“ entdeckt werden, desto eher müssten mindestens andere Anknüpfungspunkte als die Staatsbürgerschaft als Rechtfertigungsgründe für Beschränkungen bzw. für eine Ungleichbehandlung zulässig sein. In diesem Sinne wird in der Literatur verschiedentlich zutreffend betont, die Ausdehnung des Anwendungsbereichs des Gleichbehandlungsgrundsatzes müsse mit einer Ausdehnung der Rechtfertigungsmöglichkeiten der Mitgliedstaaten Hand in Hand gehen, welche die Kompetenzgrenzen der Union beachte und den „berechtigten Interessen“ der Mitgliedstaaten breiteren Raum gewähre.⁸² Auf diese Weise soll der Gefahr entgegengewirkt werden, dass Teilhaberechte mit weit reichenden finanziellen Auswirkungen über den Kreis der Berechtigten „die Substanz mitgliedstaatlicher Regelungshoheit [...] relativiert“.⁸³

Jedenfalls wäre es ein grobes Missverständnis, die durch die Figur vom „grundlegenden Status“ eingetretene Ausweitung des Schutzbereichs der Unionsbürgerschaft gleichzusetzen mit der Unbeschränktheit der zur Debatte stehenden Rechte. Denn es ist unstrittig, dass eine Beschränkung immer dann zulässig ist, „wenn sie auf objektiven, von der Staatsangehörigkeit der Betroffenen unabhängigen Erwägungen des Allgemeininteresses beruht und in angemessenem Verhältnis zu dem mit dem nationalen Recht legitimerweise verfolgten Ziel steht“.⁸⁴ Eine programmatiche Äußerung des EuGH in der angesprochenen Richtung erscheint geboten, sie ist allerdings bisher nicht zu sehen.

So kann man bloß konstatieren, dass ein gewisser Trend feststellbar ist, früher verpönte Rechtfertigungsgründe zumindest dem Grundsatz nach zuzulassen, namentlich wenn es um (nunmehr neu entstandene oder angewachsene) finanzielle Belastungen der Mitgliedstaaten geht. Auch wenn sich der Gerichtshof, soweit zu sehen,

82 Vgl etwa A. Epiney, in: Calliess/Ruffert (Fn. 4), Art. 18 AEUV, Rn. 36; S. Prechal, Equality of Treatment, Non-discrimination and Social Policy: Achievements in Three Themes, CMLRev. 41, 2004, S. 533 (547 ff., insb. 551).

83 F. Sander, Die Unionsbürgerschaft (Fn. 48), S. 1019.

84 So die ständige Rechtsprechung, hier: EuGH, Urteil v. 18.7.2013, verb. Rs. C-523/11 u. C-585/11 (Prinz und Seeger), Rn. 33 m.w.N.

dazu nicht explizit äußert, dürfte doch auch für ihn beachtlich sein, dass die Ausweitung des Kreises der Berechtigten auf alle Unionsbürger die Entscheidung über Art und Umfang staatlicher Leistungen wesentlich beeinflussen und damit die Gestaltungsbefugnis in der Sache in der Substanz treffen kann. Wirtschaftliche einschließlich finanzieller Restriktionen sind insoweit kein unsachlicher Gesichtspunkt, sondern wesentlich für die Substanz der Politik insbesondere in der staatlichen Leistungsverwaltung. Die ältere Judikatur, wonach „rein wirtschaftliche Gründe“ im Allgemeinen kein tauglicher Rechtfertigungsgrund für Diskriminierungen sind, erscheint insoweit überholt.

b) Ausgewählte Beispiele

aa) Wohnsitz und andere „räumliche Anknüpfungspunkte“

Im Allgemeinen qualifiziert der EuGH alle an den Wohnsitz oder vergleichbare Merkmale anknüpfende Differenzierungen als verdeckte beziehungsweise mittelbare Diskriminierungen. Daher führt er jeweils eine Verhältnismäßigkeitsprüfung durch, prüft also, ob ein im Allgemeininteresse liegendes Ziel in verhältnismäßiger Weise verfolgt wird.

Häufig wird das verneint. Nicht akzeptiert hat der Gerichtshof z.B. die Bedingung eines inländischen Wohnsitzes für die Bestellung zum gewerberechtlichen Geschäftsführer,⁸⁵ die Kontingentierung von Bootsliegeplätzen für im Ausland ansässige Bootseigner,⁸⁶ die Befreiung von Museumseintrittsgeldern für Ortsansässige⁸⁷ oder das Recht auf ein Verwaltungsstrafverfahren in der Sprache nur für eine inländische Minderheit.⁸⁸ Erlaubt ist es aber etwa, zur Erhaltung eines leistungsfähigen Bauernstandes vom Erwerber eines landwirtschaftlich genutzten Grundstücks zu verlangen, dass er dort seinen Wohnsitz hat.⁸⁹

Gleichsam im Gegenzug zur Ausdehnung des Diskriminierungsverbots auf Sozialleistungen anerkennt der EuGH aber nunmehr seit geraumer Zeit beschränkende Regelungen, welche die Inanspruchnahme davon abhängig machen, dass eine „Beziehung“ zwischen dem Begünstigten und dem jeweiligen Mitgliedstaat besteht. Somit besteht, durchaus auf der Linie der oben entwickelten Argumentation eines Ausgleichs, eine bessere Chance als im Allgemeinen darzutun, dass die Beschränkung auf „objektiven, von der Staatsangehörigkeit ... unabhängigen Erwägungen beruht und in einem angemessenen Verhältnis zu dem Zweck steht, der mit den nationalen Rechtsvorschriften zulässigerweise verfolgt wird“. So kann es „als legitim angesehen werden“, wenn ein Mitgliedstaat die Gewährung einer Beihilfe zur Arbeitssuche „erst gewährt, nachdem das Bestehen einer tatsächlichen Verbindung des Arbeitssuchenden mit dem Arbeitsmarkt dieses Mitgliedstaates festgestellt wur-

⁸⁵ EuGH, Rs. C-350/96 (Clean Car Autoservice), Slg. 1998, I-2521, Rn. 27 ff.

⁸⁶ EuGH, Rs. C-227/97 (Ciola), Slg. 1999, I-2517, Rn. 10 ff.

⁸⁷ EuGH, Rs. C-388/01 (Kommission/Italien), Slg. 2003, I-721, Rn. 21 ff.

⁸⁸ EuGH, Rs. C-274/96 (Bickel und Franz), Slg. 1998, I-7637, Rn. 20 ff.

⁸⁹ EuGH, Rs. C-452/01 (Ospelt), Slg. 2003, I-9743, Rn. 37.

de“.⁹⁰ Ein angemessener Aufenthaltszeitraum als Voraussetzung sei akzeptabel, sofern er verhältnismäßig, nämlich nicht länger sei als die Behörden zur Vergewisserung benötigen, dass die betreffende Person tatsächlich auf Arbeitssuche ist.⁹¹ Vorsicht bleibt jedoch geboten: Bei der Gewährung einer Überbrückungsbeihilfe für Schulabgänger nur auf den Ort der Erlangung des Schulabgangszeugnisses abzustellen ist „zu allgemein und ausschließlich“, schließt „jeden anderen repräsentativen Gesichtspunkt“ aus, der die Verbundenheit mit dem räumlichen Arbeitsmarkt darstellen könnte, und ist daher unverhältnismäßig.⁹²

Ferner hat der Gerichtshof in *Bidar* im Zusammenhang mit der erwähnten Anspruchsausweitung für Beihilfen zur Deckung von Unterhaltskosten Studierender auf EU-Ausländer eine am Wohnsitz anknüpfende Beschränkung der Bezugsberechtigung akzeptiert, freilich ebenfalls in differenzierender Weise. Ein Wohnsitzerefordernis im Ausmaß von drei Jahren vor dem ersten Studienjahr sei akzeptabel. Denn es stehe jedem Mitgliedstaat frei, „darauf zu achten, dass die Gewährung von Beihilfen zur Deckung des Unterhalts von Studenten aus anderen Mitgliedstaaten nicht zu einer übermäßigen Belastung wird, die Auswirkungen auf das gesamte Niveau der Beihilfe haben könnte, die dieser Staat gewähren kann“. Somit sei es legitim, eine Beihilfe nur solchen Studenten zu gewähren, die sich nachweislich „bis zu einem gewissen Grad in die Gesellschaft dieses Staates integriert haben“.⁹³ Unzulässig sei hingegen die Anforderung der Integration des Studierenden in den Arbeitsmarkt.⁹⁴

bb) „Rein wirtschaftliche Gründe“?

Im Allgemeinen akzeptiert der EuGH wirtschaftliche Ziele nicht als Grund für die Beschränkung von durch den Vertrag gewährleisteten Rechten, insbesondere Grundfreiheiten.⁹⁵ Auch in dem schon erwähnten italienischen Fall verwarf der Gerichtshof den begünstigten Zugang zu Museen usw. für Einheimische unter anderem mit dem Hinweis auf seine ständige Judikatur, dass rein wirtschaftliche Ziele keine zwingenden Gründe des Allgemeininteresses darstellen.⁹⁶

Einheitlich war die Rechtsprechung freilich nie. Finanzielle Lasten anerkennt der Gerichtshof zumindest dem Grundsatz nach als Rechtfertigung für Beschränkungen, soweit es um die Sicherung des Systems der sozialen Sicherheit geht, also eines

90 EuGH, Rs. C-138/02 (Collins), Slg. 2004, I-2703, Rn. 69.

91 EuGH, Rs. C-138/02 (Collins), Slg. 2004, I-2703, Rn. 72.

92 EuGH, Rs. C-224/98 (D’Hoop), Slg. 2002, I-6191, Rn. 38 f.

93 EuGH, Rs. C-209/03 (Bidar), Slg. 2005, I-2119, Rn. 54 ff. (Zitat Rn. 56).

Für unzulässig hielt der EuGH hingegen die Anforderung eines ständigen Wohnsitzes, wenn klar ist, dass diese Anforderung für Studierende aus einem anderen Mitgliedstaat nicht erfüllbar ist (Rn. 61). Nach der fraglichen britischen Regelung war dieses Erfordernis, auf Dauer ansässig zu sein, nur erfüllt, wenn jemand seinen gewöhnlichen Wohnsitz im Vereinigten Königreich hat und keinen Beschränkungen hinsichtlich des Zeitraums des zulässigen Verbleibs unterliegt (Rn. 15 und 17).

94 EuGH, Rs. C-209/03 (Bidar), Slg. 2005, I-2119, Rn. 58.

95 Z.B. EuGH, Rs. C-484/93 (Svensson und Gustavsson), Slg. 1995, I-3955, Rn. 15; Rs. C-398/95 (SETTG), Slg. 1997, I-3091, Rn. 23; Rs. C-35/98 (Verkooijen), Slg. 2000, I-4071, Rn. 48.

96 EuGH, Rs. C-388/01 (Kommission/Italien), Slg. 2003, I-721, Rn. 22.

der unionsrechtlichen Regulierung weitgehend entzogenen bzw. noch nicht in Anspruch genommenen Kompetenzbereichs. Grundsätzlich fällt die Inanspruchnahme ärztlicher Leistungen im Ausland trotz dieser Kompetenzlage unter die Dienstleistungsfreiheit.⁹⁷ Die Erstattung der anfallenden Kosten durch die Sozialversicherungen erachtet der Gerichtshof für geboten, insbesondere so weit diese Kosten nicht höher sind als bei einer inländischen Behandlung. Allerdings könnte die Inanspruchnahme solcher Gesundheitsleistungen grundsätzlich rechtfertigungsbedürftig sein, wenn eine „erhebliche Gefährdung des finanziellen Gleichgewichts des Systems der sozialen Sicherheit“ besteht. Dann könnte nämlich ein zwingender Grund des Allgemeininteresses bestehen, der eine Beschränkung rechtfertigt.⁹⁸ Paradigmatisch für die Problemlage im Allgemeinen – und auch für die Verwirrung in der Judikatur – sind die Ausführungen des GA *Jacobs*, aber auch das Urteil des EuGH im Verfahren über die Beschränkung des Hochschulzugangs in Österreich.⁹⁹ Das österreichische Hochschulzulassungsrecht verlangte unter anderem „die Erfüllung der studienrichtungsspezifischen Zulassungsvoraussetzungen einschließlich des Rechts zur unmittelbaren Zulassung zum Studium [...], die im Ausstellungsstaat der Urkunde, mit der die allgemeine Universitätsreife nachgewiesen wird, bestehen.“ Hintergrund war die deutsche numerus clausus-Regelung. Studierende, die in Deutschland zugelassen waren, erhielten problemlos die Zulassung in Österreich. Studierende, die in Deutschland wegen der dort geltenden Beschränkungen nicht zugelassen waren, konnten auch in Österreich nicht studieren. Der GA erwähnt das Rechtfertigungsargument, ein erhöhter Zustrom ausländischer Studierender hätte ernste finanzielle, strukturelle und personelle Probleme zur Folge und würde das finanzielle Gleichgewicht des österreichischen Bildungssystems und letztlich dessen Bestand selbst in Frage stellen, verwirft es aber unter Hinweis auf die strenge Judikatur.¹⁰⁰ In der österreichischen Argumentation wurden freilich keineswegs „rein wirtschaftliche Ziele“ für die Rechtfertigung der Ungleichbehandlung ins Treffen geführt. Vielmehr ging es um die Erhaltung des freien Hochschulzugangs. Dieses Ziel erscheint gefährdet, so die Argumentation, wenn die bestehenden Kapazitäten der Universitäten durch ausländische Studierende aus Ländern mit Zulassungsbeschränkungen allgemeine Zulassungsbeschränkungen im Inland unvermeidlich machen.

Hier reichten dem Gerichtshof die drohenden Auswirkungen der finanziellen Last auf die Gestaltung der Sachpolitik nicht als Rechtfertigung für die Beschränkung. Er qualifizierte die Regelung als unionsbürgerrechtswidrige verdeckte Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit.¹⁰¹ Inhabern von in anderen Mitglied-

97 Insb. EuGH, Rs. C-158/96 (Kohll), Slg. 1998, I-1931, Rn. 16 ff.

98 EuGH, Rs. C-158/96 (Kohll), Slg. 1998, I-1931, Rn. 41. Vgl. ferner EuGH, Rs. C-368/98 (Vanbraekel) Slg. 2001, I-5363, Rn. 47; Rs. C-8/02 (Leichtle), Slg. 2004, I-2641, Rn. 44; und die weitere Präzisierung in EuGH, Rs. C-372/04 (Watts), Slg. 2006, I-4325, Rn. 68.

99 Vgl. zu diesem Fall und zur Diskussion genauer S. Griller, Hochschulzugang in Österreich: Von Missverständnissen und Kurzschlüssen beim Diskriminierungsschutz, Juristische Blätter 2006, S. 273.

100 GA *Jacobs*, Schlussanträge v. 20.1.2005 in der Rs. C-147/03 (Kommission/Österreich), Slg. 2005, I-5969, Rn. 26 und 31.

101 EuGH, Rs. C-147/03 (Kommission/Österreich), Slg. 2005, I-5969, Rn. 41 ff.

staaten erworbenen Sekundarabschlüssen müsse unter den gleichen Voraussetzungen wie Inhabern von derartigen in Österreich erworbenen Abschlüssen Zugang zum Hochschul- und Universitätsstudium gewährt werden. Wirtschaftliche Überlegungen kommen im Urteil des Gerichtshofs, im Gegensatz zu den Ausführungen des GA, nur mittelbar vor. Der Gerichtshof merkt nämlich an, dass die Republik Österreich nicht dargetan habe, dass ohne die angegriffene Beschränkung „der Bestand des österreichischen Bildungssystems im Allgemeinen und die Wahrung der Einheitlichkeit der Hochschulausbildung im Besonderen gefährdet wären“.¹⁰² Eine derartige Gefährdung könnte natürlich auch wegen der mangelnden Finanzierbarkeit eintreten. Insoweit scheint der Gerichtshof wirtschaftliche Gesichtspunkte nicht gänzlich auszuschließen. In einem späteren belgischen Fall hat der Gerichtshof, wohl auch aufgrund der etwas widersprüchlichen Rechtfertigungsversuche im Verfahren, freilich besondere finanzielle Lasten für die Finanzierung der Hochschulausbildung nicht als Rechtfertigungsgrund für Zugangsbeschränkungen gelten lassen, wohl aber das Anliegen der „Aufrechterhaltung einer qualitativ hochwertigen, ausgewogenen und allgemein zugänglichen medizinischen Versorgung“, welches durch die Verdrängung inländischer durch ausländische Studierende gefährdet sein könnte.¹⁰³

Eine einheitliche oder gar regelgeleitete Orientierung ist dieser Judikatur kaum zu entnehmen. In *Bidar*¹⁰⁴ hat der EuGH wie dargestellt für den Bereich der Studienbeihilfen den Rechtfertigungsgrund der Vermeidung einer übermäßigen finanziellen Belastung anerkannt und zum Anlass dafür genommen, das Wohnsitzkriterium als Beschränkung des Gleichbehandlungsanspruchs zu akzeptieren. Selbstverständlich wäre auch hier das Argument denkbar gewesen, es gehe dabei um ein „rein wirtschaftliches“ Interesse des Mitgliedstaats. Ein nachvollziehbares Kriterium dafür, unter welchen Umständen ein derartiges Interesse an einer sachgerechten Regelung eines Lebensbereichs eine Beschränkung rechtfertigen kann, und wann es demgegenüber „rein wirtschaftlich“ und daher zu einer solchen Rechtfertigung ungeeignet ist, ist einstweilen nicht zu erkennen.

V. Schluss

Die Rekonstruktion der Unionsbürgerschaft als „grundlegender Status“ aller Unionsbürger mit der Kraft, eigene, nicht schon anderswo im Unionsrecht konstituierte Rechte hervorzu bringen, ist ein prominentes Beispiel für die Rechtsfortbildungskraft des EuGH und gleichzeitig eine wesentliche Veränderung der Fundamente des Rechtssystems der Europäischen Union.

Zum Teil sind die Schritte zu diesem Ergebnis methodisch nicht nachvollziehbar und daher verfehlt. Nach der hier vertretenen Auffassung wäre für diese Veränderung eine Vertragsänderung nötig gewesen. Die Judikatur beschneidet überdies die

102 EuGH, Rs. C-147/03 (Kommission/Österreich), Slg. 2005, I-5969, Rn. 66.

103 EuGH, Rs. C-73/08 (Bressol), Slg. 2010, I-2735, Rn. 62 ff.

104 EuGH, Rs. C-209/03 (Bidar), Slg. 2005, I-2119, Rn. 56.

politische Gestaltungsfreiheit der Mitgliedstaaten in wichtigen, ihnen verbliebenen Kompetenzbereichen. Der Gerichtshof trägt dem teilweise durch eine veränderte Abwägung von Rechtfertigungsgründen für Beschränkungen Rechnung, allerdings nicht in transparenter Weise.

Systemimmanent weitergedacht schöpft der Gerichtshof den veränderten Ansatz nicht konsequent aus. Es wäre insbesondere zu überlegen, die Grundrechte der EU als Kern der Unionsbürgerrechte zu sehen und umfassend durchsetzbar zu machen.

„Non resident EU citizens“: unions- und völkerrechtliche Rahmenbedingungen

*Von Karin Traunmüller, Wien**

I. Einleitung

Eine Reihe von Staaten sieht in ihrer Gesetzgebung die Möglichkeit der bevorzugten Einbürgerung bestimmter Drittstaatsangehöriger vor. Dabei wird einem bestimmten, definierten Personenkreis die Möglichkeit eingeräumt, die Staatsbürgerschaft unter erleichterten Bedingungen, d.h. unter Verzicht auf einige im Gesetz vorgesehene Voraussetzungen, zu erwerben. Einige der Gesetze verzichten gänzlich auf einen der Einbürgerung vorangehenden Wohnsitz im Staatsgebiet („grenzüberschreitende Einbürgerung“) und ermöglichen den Staatsbürgerschaftserwerb unter Beibehaltung der bereits bestehenden Staatsbürgerschaft. Die Motive der Staaten, solche Erleichterungen für Drittstaatsangehörige vorzusehen, liegen oft in einer kolonialen Vergangenheit, vormaligen großflächigen Emigrationswellen oder territorialen Veränderungen.¹

Auch einigen EU-Mitgliedstaaten ist eine solche Gesetzgebung nicht fremd. Da mit der Staatsbürgerschaft eines Mitgliedstaats automatisch die Unionsbürgerschaft und die daran geknüpften Rechte gemäß Art. 20 ff AEUV einhergehen, bleibt diese Praxis nicht ohne Auswirkungen auf die Union als Ganze. Vor allem aufgrund des allen Unionsbürgern in Art. 21 AEUV und Art. 39 GRC eingeräumten Rechts auf Freizügigkeit sind auch andere Mitgliedstaaten von der Entscheidung eines Mitgliedstaats, Drittstaatsangehörigen dessen Staatsbürgerschaft unter erleichterten Voraussetzungen zu gewähren, betroffen.²

In Europa kann allgemein eine Tendenz in der Gesetzgebung der Staaten beobachtet werden, die Einbürgerung vor allem von Auswanderern und Personen mit kultureller Affinität zu erleichtern, wie *Wiederin* treffend auf den Punkt bringt:

„Weit stärker fällt die Gruppe der Emigranten ins Gewicht. Ihnen wird erlittenes Unrecht vergolten, indem sie eine entzogene Staatsbürgerschaft zurück erhalten; ihnen wird die Rückwanderung erleichtert, und ihnen wird mitunter auf Wunsch sogar der Pass ins Ausland nachgeschickt allein deswegen, weil sie früher Bürger waren. Wer einmal Teil der Familie war, gehört ihr ja noch

* MMag. Karin Traunmüller ist Projektassistentin an der Abteilung für Völkerrecht und Internationale Beziehungen des Instituts für Europarecht, Internationales Recht und Rechtsvergleichung an der Universität Wien.

1 M. Morjé Howard, Variation in Dual Citizenship Policies in the Countries of the EU, *International Migration Review* 2005, S. 697 (703 f.); C. Margiotta/O. Vonk, Nationality Law and European Citizenship: The Role of Dual Nationality, EUI Working Papers, RSCAS 2010/66, S. 3.

2 O. Vonk, Dual Nationality in the European Union, 2012, S. 68; D. Kochenov, Rounding Up the Circle: The Mutation of Member States' Nationalities under Pressure from EU Citizenship, EUI Working Papers, RSCAS 2010/23, S. 21: (...) Member States are unable to make a coherent claim to be able to control the access of non-nationals to their territories. No matter how they frame their citizenship laws, the mere existence of the internal market has already destroyed any direct logical connection between the territory of a particular Member State and the 'people' of that Member State". Zur Freizügigkeit s. W. Obwexer in diesem Heft auf S. 51.

immer an. Es liegt auf der gleichen Linie, dass auch die Bezugstatbestände im Vordringen sind. Mehr und mehr Staaten forcieren die Einbürgerung bei kultureller Affinität oder bieten Sonderprogramme für ihre ethnische Diaspora an. Das Blut ist wieder erstarkt, und wenn sich kein Blut mehr findet, tun es zur Not auch Sprache, Kultur, unter der Decke sogar die Religion“.³

Erleichterungen bei der Einbürgerung für bestimmte Personenkategorien sind weit verbreitet und sind, in der einen oder anderen Ausgestaltung, etwa in der Gesetzgebung von Dänemark, Frankreich, Deutschland, Irland, Griechenland, Italien, Spanien und Portugal vorgesehen.⁴ Doch während die entsprechende Gesetzgebung einiger „alter“ Mitgliedstaaten wie etwa Spanien und Italien in der Literatur bereits in der Vergangenheit diskutiert wurde,⁵ ist weniger bekannt, dass diese Praxis auch in den „neueren“ Mitgliedstaaten in den letzten zwei Jahrzehnten eine Renaissance erlebte.⁶ Die Verleihung der Staatsbürgerschaft an bestimmte Personenkategorien ohne Wohnsitz im jeweiligen Staatsgebiet sehen auch die Staatsbürgerschaftsgesetze Bulgariens, Rumäniens, Ungarns, Kroatiens oder Serbiens vor,⁷ wobei zum Teil die Entstehung doppelter Staatsbürgerschaft zugelassen wird. Die Begünstigten sind meist Personen, die in Gebieten leben, die an das Territorium des einbürgernden Staates angrenzen oder früher Teil davon waren. Oft machen sie einen wesentlichen Anteil der Bevölkerung eines anderen Staats aus.⁸

Im vorliegenden Beitrag wird ein Überblick über die Staatenpraxis anhand ausgewählter Beispiele gegeben, ehe diese Praxis aus völker- und unionsrechtlicher Sicht beurteilt wird.⁹

3 E. Wiederin, Staatsbürgerschaftsrecht in Europa: Elemente und Entwicklungen, ZÖR 2009, S. 421 (429).

4 Für einen Überblick über die Staatenpraxis s. S. Poganyi / M. Kovács / Z. Körtvélyesi, The Politics of External Kin-State Citizenship in East Central Europe, EUDO Citizenship Observatory 2010, S. 3, 6; C. Iordachi, How (not) to think about historical regions?, in: Bauböck / Liebich (Hrsg.), Is there (still) an East-West divide in the conception of citizenship in Europe?, 2010, S. 9 (11), verfügbar unter <http://eudo-citizenship.eu/commentaries/citizenship-forum/citizenship-forum-cat/256-is-there-still-an-east-west-divide-in-the-conception-of-citizenship-in-europe?showall=&start=6> (18.7.2013).

5 S. etwa H. F. Köck, Doppel Staatsangehörigkeit und Diskriminierungsverbot in der Europäischen Gemeinschaft. Unter besonderer Berücksichtigung „gemischter“ doppelter Staatsangehörigkeit, in: Karl/Brandl (Hrsg.), Völker- und Europarecht. 24. Österreichischer Völkerrechtstag und 9. Herbert-Miehsler Gedächtnisvorlesung, 2000, S. 186; S. Hall, Nationality, Migration Rights and Citizenship of the Union, 1995, S. 60 ff.

6 D. Stepanović, ‘Perceived Co-Ethnics’ and Kin-State Citizenship in Southeastern Europe, CITSEE Working Paper Series 2013/26, S. 1, in Bezug auf Südosteuropa.

7 S. A. Peters, Extraterritorial Naturalizations: Between the Human Right to Nationality, State Sovereignty and Fair Principles of Jurisdiction, GYIL 2010, S. 623 (632 f.); S. Poganyi/M. Kovács/Z. Körtvélyesi, External Kin-State Citizenship (Fn. 4), S. 1.

8 C. F. Furtado Jr., Guess Who’s Coming to Dinner? Protection for National Minorities in Eastern and Central Europe under the Council of Europe, Columbia Human Rights Law Review 2003, S. 333 (347).

9 Neben der Einbürgerung auf Antrag von bestimmten Drittstaatsangehörigen erhöht auch die unbeschränkte Weitergabe der Staatsbürgerschaft *de jure sanguini* an Nachkommen von Emigranten die Zahl der Unionsbürger. Auf diese Praxis soll hier jedoch nicht eingegangen werden.

II. Darstellung der Praxis

1. Überblick über die Praxis einiger EU-Mitgliedstaaten

Die Praxis der erleichterten, „grenzüberschreitenden“ Einbürgerung soll am Beispiel von Rumänien, Bulgarien und Kroatien illustriert werden. Es soll jedoch gleich eingangs hervorgehoben werden, dass sich die Gesetzgebung dieser drei Staaten nicht wesentlich von der Gesetzgebung anderer Staaten unterscheidet und keinesfalls eine Ausnahmeerscheinung darstellt.

In Rumänien hängt die Möglichkeit einer erleichterten Einbürgerung für bestimmte Personen aus dem Verlust der nach dem Ersten Weltkrieg erworbenen Gebiete im ehemaligen Österreich-Ungarn und Bessarabien nach dem Zweiten Weltkrieg zusammen. Das Staatsbürgerschaftsgesetz 1991 regelte in Art. 37 die Wiederherstellung der rumänischen Staatsbürgerschaft von Personen, die diese gegen ihren Willen – sei es infolge individueller Handlungen wie etwa Eheschließung (Abs. 1), sei es infolge territorialer Veränderungen und Gebietsverschiebungen – verloren hatten, sowie von deren Nachkommen.¹⁰ Hauptprofiteure dieser Bestimmung waren und sind insbesondere Einwohner der Republik Moldau sowie der Nordbukowina und Südbessarabien in der Ukraine.¹¹ Die Adressaten können sowohl ihren Wohnsitz im Ausland als auch ihre bereits bestehende Staatsbürgerschaft beibehalten und erhalten vollen Zugang zu sozialen und politischen Rechten in Rumänien. Seit den Gesetzesänderungen aus 2002 und 2003 sind die vormals in Art. 37 geregelten Fälle der Wiederherstellung der rumänischen Staatsbürgerschaft in einem neuen Art. 10 zusammengefasst.¹² Nach einem zwischenzeitigen Versuch im Jahr 2001, den Erwerb der rumänischen Staatsbürgerschaft insbesondere in der Republik Moldau und der Ukraine durch Änderungen in prozeduraler Hinsicht nicht zuletzt wegen entsprechender Empfehlungen seitens der EU zu bremsen,¹³ kam es nach einer neuerlichen Lockerung 2007 zu einem Wiederanstieg der Einbürgerungszahlen.¹⁴ Was die Zahl der nach dieser Bestimmung durch Rumänien eingebürgerten Personen betrifft, zeigt dieses Beispiel deutlich die Schwierigkeit, genaue Angaben sowohl über erfolgte Einbürgerungen als auch über die tatsächliche Zahl doppelter Staatsbürger zu machen.¹⁵ Offizielle Statistiken fehlen, und die Schätzungen variieren signifikant. Überwiegend wird zwar vermutet, dass in den letzten 20 Jahren

¹⁰ S. C. Iordachi, Dual Citizenship and Policies toward Kin-minorities in East-Central Europe: A Comparison between Hungary, Romania and the Republic of Moldova, in: Kantor/Majtényi/Ieda/Vizi/Halász (Hrsg.), The Hungarian Status Law. Nation Building and/or Minority Protection, 2004, S. 239 (246 f.).

¹¹ C. Iordachi, Politics of Citizenship in Post-Communist Romania, in: Bauböck/Perchinig/Sievers (Hrsg.), Citizenship policies in the New Europe, 2007, S. 177 (189).

¹² C. Iordachi, Politics of Citizenship (Fn. 11), S. 190, 195, 202.

¹³ C. Margiotta/O. Vonk, Nationality Law (Fn. 1), S. 10; G. Popescu, Geopolitics of Scale and Cross-Border Cooperation in Eastern Europe: The Case of the Romanian-Ukrainian-Moldovan Borderlands, in: Scott (Hrsg.), EU Enlargement, Region Building and Shifting Borders of Inclusion and Exclusion, 2006, S. 35 (49); A. Skvortsova, The Impact of EU Enlargement on Moldovan-Romanian Relations, in: Scott (Hrsg.), EU Enlargement, Region Building and Shifting Borders of Inclusion and Exclusion, 2006, S. 133 (141).

¹⁴ C. Iordachi, Politics of Citizenship (Fn. 11), S. 197 f.

¹⁵ M. Morjé Howard, Variation (Fn. 1), S. 698.

rund 300.000 moldauische Staatsbürger die rumänische Staatsbürgerschaft erworben haben,¹⁶ während andere Quellen betonen, dass die Einbürgerungszahlen weit aus geringer sind als allgemein angenommen.¹⁷ Unterschiedlich sind auch die Schätzungen betreffend die gestellten Anträge, die mit 500.000 und 900.000, in anderen Quellen mit 800.000 bzw. 1,5 Mio. angegeben werden.¹⁸

In Bulgarien sieht Art. 15 des Staatsbürgerschaftsgesetzes 1998 vor, dass jede Person bulgarischer Herkunft die bulgarische Staatsbürgerschaft unter Verzicht auf das Wohnsitzerfordernis und unter Beibehaltung einer anderen Staatsbürgerschaft erwerben kann. Dabei muss nachgewiesen werden, dass einer der Vorfahren (Eltern oder Großeltern) ethnischer Bulgare war, doch schweigt das Gesetz über spezifische Kriterien zur Feststellung dieser Herkunft.¹⁹ Zum Teil wird auf die im Gesetz über die im Ausland lebenden Bulgaren aus 2000²⁰ festgehaltenen Kriterien abgestellt, welches Personen bulgarischer Herkunft weltweit erfasst, die ein „bulgarisches nationales Bewusstsein“ haben. Die bulgarische Herkunft bestimmt sich demnach nach zumindest einem Vorfahren mit ebenfalls bulgarischer Herkunft und kann durch ein durch Bulgarien oder einen fremden Staat, durch eine staatliche Institution oder Organisation der Auslandsbulgaren oder durch die Bulgarisch-Orthodoxe Kirche ausgestelltes Dokument nachgewiesen werden. Der Begriff bleibt aber unbestimmt, was den zuständigen Behörden einen großen Spielraum lässt.²¹ In Bulgarien geht man von bis zu 4,8 Mio. „Auslandsbulgaren“ aus, die unter die Bestimmung fallen könnten.²² Die meisten Einbürgerungsanträge wurden bislang in der Ehemaligen Jugoslawischen Republik Mazedonien (FYROM), gefolgt von in der Ukraine und der Republik Moldau gestellt.²³

Ein erleichtertes Einbürgerungsverfahren kennt auch Kroatien in seinem Staatsbürgerschaftsgesetz 1991 idF 1992, welches der Staatsbürgerschaft bei der Erhaltung der Verbindungen mit der kroatischen Diaspora im Ausland eine wichtige Rolle einräumt.²⁴ Unter Verzicht auf das Erfordernis eines Wohnsitzes in Kroatien können neben Emigranten vor allem kroatische Nationzugehörige im Ausland eingebürgert

16 G. Popescu, Geopolitics (Fn. 13), S. 44.

17 „False alarm about EU passports? Less than 225.000 Moldavians granted Romanian citizenship since 1991“, verfügbar unter [http://eudo-citizenship.eu/news/citizenship-news/697-false-alarm-about-eu-passports-less-tha](http://eudo-citizenship.eu/news/citizenship-news/697-false-alarm-about-eu-passports-less-than-225000-moldavians-granted-romanian-citizenship-since-1991)n-225000-moldavians-granted-romanian-citizenship-since-1991 (2.10.2013).

18 V. Gasca, EUDO Citizenship Country Report: Moldova, verfügbar unter <http://eudo-citizenship.eu/docs/CountryReports/Moldova.pdf> (18.7.2013); S. Poganyi/M. Kovács/Z. Körtvélyesi, External Kin-State Citizenship (Fn. 4), S. 16.

19 D. Smilov/E. Jileva, EUDO Citizenship Country Report: Bulgaria, S. 13, verfügbar unter <http://eudo-citizenship.eu/admin/?p=file&appl=countryProfiles&f=2013-22-Bulgaria.pdf> (19.8.2013).

20 Gesetz über die im Ausland lebenden Bulgaren vom 11.4.2000.

21 D. Smilov/E. Jileva. The Politics of Bulgarian Citizenship, in: Bauböck/Perchinig/Sievers (Hrsg.), Citizenship policies in the New Europe, 2007, S. 211 (225).

22 S. Riedel, Doppelte Staatsbürgerschaft als Konfliktpotential. Nationale Divergenzen unter europäischer Flagge, 2012, S. 27.

23 D. Smilov/E. Jileva, Bulgarian Citizenship (Fn. 21), S. 226; Quellen zufolge haben seit 1991 42.372 mazedonische Staatsbürger die bulgarische Staatsbürgerschaft erworben, der größte Teil davon – nämlich 35.808 – nach 2002, s. Romania Naturalizes Far More Moldavians Than Bulgaria, Sofia News Agency, http://www.novinite.com/view_news.php?id=138790 (18.7.2013); S. Riedel (Fn. 22), S. 26.

24 F. Ragazzi/I. Štiks, EUDO Citizenship Country Report: Croatia, S. 13, verfügbar unter <http://eudo-citizenship.eu/admin/?p=file&appl=countryProfiles&f=Croatia.pdf> (19.8.2013).

werden, aus deren Verhalten sich ergibt, dass sie die Rechtsordnung sowie die Bräuche Kroatiens respektieren und in einer schriftlichen Erklärung darlegen, dass sie sich als Kroaten betrachten (Art. 16).²⁵ Diese Norm ist insbesondere an Personen gerichtet, die in Staaten des ehemaligen Jugoslawien leben.²⁶ Obwohl genaue Statistiken über die Anzahl der so erfolgten Einbürgerungen nicht vorliegen, wird davon ausgegangen, dass seit 1991 rund 1,5 Mio. Menschen – zum Teil unter Beibehaltung ihrer bestehenden Staatsbürgerschaft – eingebürgert wurden (davon 800.000 in Bosnien-Herzegovina, 93.000 in Serbien und Montenegro, 18.000 in Slowenien, 13.000 in der FYROM).²⁷

2. Reaktionen auf die Praxis durch andere EU-Mitgliedstaaten

Vor der rechtlichen Beurteilung der Praxis soll ein kurzer Überblick über die Reaktion anderer EU-Mitgliedstaaten gegeben werden, da deren Verhalten zeigt, wie sie selbst die dargestellte Entwicklung beurteilen.

Einer der Mitgliedstaaten, in dessen Zusammenhang die bevorzugte Einbürgerungspraxis bestimmter Drittstaatsangehörigen bereits in der Vergangenheit diskutiert wurde, ist Spanien. Spanien hat eine Reihe von Abkommen mit lateinamerikanischen Staaten²⁸ über mehrfache Staatsbürgerschaft abgeschlossen, die den Staatsangehörigen der jeweiligen Vertragsparteien die Möglichkeit einräumen, die Staatsbürgerschaft der jeweils anderen Vertragspartei zusätzlich zu der bereits bestehenden Staatsbürgerschaft zu erwerben. Die spanische Staatsbürgerschaft sollte dabei solange „ruhen“, solange der Einzelne keinen Wohnsitz in Spanien hatte.²⁹ Im Zuge des EU-Beitritts Spaniens äußerten andere Mitgliedstaaten insbesondere angesichts der an die spanische Staatsbürgerschaft gekoppelten Freizügigkeitsrechte Bedenken gegen diese Praxis. Spanien vertrat jedoch, dass eine „ruhende“ spanische Staatsbürgerschaft keinerlei Rechte nach sich ziehe, die sonst mit der spanischen Staatsbürgerschaft verbunden sind, und die Angelegenheit wurde nicht weiter diskutiert.³⁰

Auch im Zusammenhang mit der Erstreckung der britischen Staatsbürgerschaft auf alle auf den Falkland Inseln lebenden „British Dependent Territories Citizens“, der Einräumung der Möglichkeit der Bevölkerung von Hong Kong, vor deren Transfer zu China für die britische Staatsbürgerschaft zu optieren, sowie der späteren Ab-

25 F. Ragazzi/I. Štiks, Croatian Citizenship: From Ethnic Engineering to Inclusiveness, in: Bauböck/Perchinig/Sievers (Hrsg.), *Citizenship policies in the New Europe*, 2007, S. 339 (350).

26 F. Ragazzi/I. Štiks, Croatia (Fn. 24), S. 7.

27 I. Štiks, A Laboratory of Citizenship: Shifting Conceptions of Citizenship in Yugoslavia and its Successor States. CITSEE Working Paper 2010/22, S. 13; F. Ragazzi/I. Štiks, Croatia (Fn. 24), S. 12 f.

28 Argentinien, Bolivien, Chile, Costa Rica, Dominikanische Republik, Ecuador, Guatemala, Honduras, Kolumbien, Nicaragua, Paraguay und Peru.

29 G.-R. De Groot, Latin-American European citizens: Some consequences of the autonomy of the Member States of the European Union in nationality matters, *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 2002, S. 115 (117).

30 G.-R. De Groot, Zum Verhältnis der Unionsbürgerschaft zu den Staatsangehörigkeiten in der Europäischen Union, in: Müller-Graff (Hrsg.), *Europäisches Integrationsrecht im Querschnitt*. Heidelberger Schriften zum Wirtschaftsrecht und Europarecht, Bd. 10, 2002, S. 67 (76 f.).

änderung der Doppelstaatsbürgerschaftsabkommen zwischen Spanien und einigen lateinamerikanischen Staaten, die den Doppelstaatsbürgern schließlich die Möglichkeit einräumten, auch ohne Wohnsitzverlegung einen spanischen Pass zu beantragen,³¹ blieben Proteste anderer Mitgliedstaaten und der Kommission aus.³²

Bedenken äußerte hingegen vor nicht allzu langer Zeit die italienische Regierung im Zusammenhang mit rumänischen Staatsbürgern aus der Republik Moldau. Da Italien primäre Destination für diese Personen sei und die rumänische Politik deshalb Einfluss auf Migration und Demographie in Europa habe,³³ forderte Italien die Europäische Union auf, die Situation genau zu beobachten.³⁴ Formelle Proteste als Reaktion auf eine staatsangehörigkeitsrechtliche Regelung eines Mitgliedstaats seitens der Union oder anderer Mitgliedstaaten blieben jedoch bislang aus.³⁵

III. Grenzen der diskutierten Praxis aus völkerrechtlicher und unionsrechtlicher Sicht

1. Allgemeines

Durch die Staatsbürgerschaft wird ein Individuum einem bestimmten Staat zugeordnet. Der Staat bestimmt durch innerstaatliches Recht, wen er als seinen Staatsbürger ansieht. Diese innerstaatliche Regelung wird jedoch auch auf völkerrechtlicher Ebene zum Zweck der Zuordnung des Individuums zu einem konkreten Staat herangezogen, da Völkerrecht Staatsbürgerschaft weder verleihen noch entziehen kann.

Auch im Bereich des Unionsrechts spielt die innerstaatliche Staatsbürgerschaftsregelung der Staaten eine wichtige Rolle: Die Unionsbürgerschaft leitet sich aus der mitgliedstaatlichen Staatsbürgerschaft ab und tritt neben diese. Sowohl Art. 9 EUV als auch Art. 20 AEUV knüpfen im Zusammenhang mit der Unionsbürgerschaft an die nationalen Rechtsvorschriften der einzelnen Mitgliedstaaten an. Maßgeblich ist dabei allein die Festlegung der jeweiligen Mitgliedstaaten, was sich bereits in der dem Vertrag von Maastricht beigefügten Erklärung Nr. 2 niederschlug, die den Mitgliedstaaten die Möglichkeit einräumte, eine Erklärung abzugeben, „wer für die Zwecke der Gemeinschaft als ihr Staatsangehöriger anzusehen ist, und ihre Erklärung erforderlichenfalls ändern“.³⁶

31 G.-R. De Groot, Latin-American European citizens (Fn. 29), S. 119.

32 G.-R. De Groot, Towards a European Nationality Law – Vers un droit européen de nationalité. Inaugural lecture, delivered on 13 November 2003 on the occasion of the acceptance of the Pierre Harmel chair of professeur invite at the University of Liège, 2003, verfügbar unter <http://www.ejcl.org/83/art83-4.html> (5.10.2013).

33 C. Margiotta/O. Vonk, Nationality Law (Fn. 1), S. 18.

34 C. Margiotta/O. Vonk, Nationality Law (Fn. 1), S. 18.

35 C. Schönberger, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, 2013, Art. 20 AEUV, Rn. 47.

36 Schlussakte zum EU-Vertrag, Erklärung Nr. 2 zur Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaats, ABl. EG 1992 C 191/98. Eine Reihe von Staaten haben entsprechende Erklärungen abgegeben, so etwa Großbritannien und Deutschland. Für eine Übersicht an Beispielen s. G.-R. De Groot, Verhältnis (Fn. 30), S. 69 ff.

Aus der Akzessorietät der mitgliedstaatlichen Staatsbürgerschaft und der Unionsbürgerschaft ergeben sich für den gegebenen Zusammenhang vor allem zwei wesentlichen Folgen: Erstens bewirkt die Akzessorietät, dass die hier diskutierte Praxis einiger Mitgliedstaaten direkte Auswirkungen auf andere Mitgliedstaaten und die Union als solche hat, und zweitens, dass das Unionsrecht keine eigenständigen Regeln betreffend den Erwerb und Verlust der Staatsbürgerschaft vorsieht³⁷ und folglich auch konkrete Einschränkungsmöglichkeiten fehlen.³⁸

Der EuGH hat in einer Reihe von Entscheidungen festgehalten, dass die Staaten von ihrer Freiheit bei der Regelung ihrer Staatsbürgerschaft „unter Beachtung des Gemeinschaftsrechts Gebrauch zu machen“ haben.³⁹ Was jedoch in der Theorie klar und unmissverständlich klingt, wird zu einer Herausforderung, wenn es darum geht, die Grenzen aufzuzeigen, ab wann eine Staatsbürgerschaftsregelung eines Mitgliedstaats nicht mehr als im Einklang mit dem Unionsrecht anzusehen ist. Grundsätzlich werden bei der Frage nach inhaltlichen Anforderungen an die Regelung der Staatsbürgerschaft zwei Positionen vertreten: Einerseits die Ansicht, dass sich angesichts der gänzlichen Überlassung der Regelung bei den Mitgliedstaaten keinerlei Anforderungen aus dem Unionsrecht ableiten lassen und es entsprechende Vorgaben nicht geben könne,⁴⁰ andererseits die sich auf die Phrase „unter Beachtung des Gemeinschaftsrechts“ stützende Meinung, wonach sich Beschränkungen der staatlichen Freiheit bei der Regelung ihrer Staatsbürgerschaft aus dem Gemeinschaftsrecht selbst ergeben.⁴¹ Das „gesamte Staatsangehörigkeitsrecht der Mitgliedstaaten befindet sich durch die Verknüpfung mit der Staatsbürgerschaft in einem unionsrechtlichen Beobachtungsraum“, weshalb sich vom Unionsrecht her „inhaltliche Anforderungen an die Ausgestaltung der Erwerbstatbestände wie der Verlustregeln und an die Handhabung daran anknüpfender Ermessensentscheidungen stellen“ lassen.⁴²

In der Lehre wurden einige Grenzen diskutiert, die die Freiheit der Mitgliedstaaten bei der Regelung ihrer Staatsbürgerschaft einschränken könnten. Im Folgenden soll auf die einzelnen in der Literatur geäußerten möglichen Beschränkungen eingegangen werden, darunter das allgemeine Völkerrecht, die Ziele der Union gemäß Art. 3 EUV sowie das Kooperations- und Solidaritätsprinzip gemäß Art. 4 Abs. 2 und Abs. 3 EUV.

37 C. Schönberger, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Fn. 35), Art. 20 AEUV, Rn. 33.

38 C. Schönberger, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Fn. 35), Art. 20 AEUV, Rn. 35.

39 EuGH, Rs. C-135/08 (Rottmann), Slg. 2010, I-1467, Rn. 45; Rs. C-369/90 (Micheletti), Slg. 1992, I-4239, Rn. 10.

40 K. Hailbronner, Die Unionsbürgerschaft, in: Hailbronner/Renner/Maaßen, Staatsangehörigkeitsrecht, 2010, § 20 ff., verfügbar unter http://beck-online.beck.de/default.aspx?vpath=bibdata/komm/HailbronnerRennerKoS/tAR_5/cont/HailbronnerRennerKoSStAR.I.gIII.htm (5.1.2014).

41 O. Vonk, Dual Nationality (Fn. 2), S. 102.

42 C. Schönberger, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Fn. 35), Art. 20 AEUV, Rn. 42.

2. Völkerrechtliche Beurteilung der Praxis

a) Regelung und Bedeutung der Staatsbürgerschaft im Völkerrecht

Generalanwalt *Poiares Maduro* betonte in seinen Schlussanträgen im Fall *Rottmann*, dass Mitgliedstaaten bei der Regelung ihrer Staatsbürgerschaft Völkerrecht beachten müssen.⁴³ Auch einige Autoren vertraten die Meinung, dass sich eine Verletzung des Unionsrechts durch eine mitgliedstaatliche Regelung der Staatsbürgerschaft aus der Verletzung von Völkerrecht ergeben kann.⁴⁴

Die Staatsbürgerschaft ist die völkerrechtlich relevante Eigenschaft eines Menschen, einem bestimmten Staat zugerechnet zu werden.⁴⁵ Sie bildet die Basis für das Recht des Staates zur Ausübung des diplomatischen Schutzrechts,⁴⁶ begründet die Personalhoheit und ist einer der Anknüpfungspunkte bei der Ausübung von Jurisdiktion.⁴⁷ Für den Einzelnen liegen die sich aus der Staatsbürgerschaft ergebenden Rechtsfolgen überwiegend im Bereich des innerstaatlichen Rechts,⁴⁸ wo die Staatsbürgerschaft das besondere Rechte- und Pflichtenverhältnis zwischen dem Einzelnen und seinem Heimatstaat begründet.⁴⁹

Auch im Völkerrecht wird bei der Zuordnung von Individuen zu einem bestimmten Staat auf die innerstaatlichen Normen zurückgegriffen, die somit nicht nur das interne Verhältnis zwischen Staat und Individuum regeln,⁵⁰ sondern auch auf völkerrechtlicher Ebene Wirkungen entfalten.⁵¹

Eine Verletzung völkerrechtlicher Normen bei der innerstaatlichen Regelung der Staatsbürgerschaft durch einen Staat führt dazu, dass diese Drittstaaten gegenüber nicht eingewendet werden kann und deshalb nicht die üblicherweise mit ihr verbundenen Folgen hervorruft.⁵² Die Konsequenzen einer etwaigen Missachtung bestehender völkerrechtlicher Normen bleiben auf den zwischenstaatlichen Verkehr beschränkt: Die Pflicht der Staatengemeinschaft, eine Staatsbürgerschaft anzuerkennen, besteht nur in Fällen, in denen diese im Einklang mit Völkervertragsrecht, Völkergerichtsbarkeit und allgemeinen Rechtsgrundsätzen verliehen wurde.⁵³ Es muss deshalb geprüft werden, ob „grenzüberschreitende“ bevorzugte Einbürgerungen von bestimmten Drittstaatangehörigen unter Verzicht auf einen der Einbürgerung

43 GA *Maduro*, Schlussanträge v. 30.9.2009 in der Rs. C-135/08 (Rottmann), Rn. 29.

44 G.-R. *De Groot*, European Nationality Law (Fn. 32).

45 O. *Vonk*, Dual Nationality (Fn. 2), S. 29 f.

46 C. F. *Amerasinghe*, Diplomatic Protection, 2008, S. 2.

47 P. *Arnell*, The Case for Nationality Based Jurisdiction, ICLQ 2001, S. 955.

48 M. *Zagar*, Citizenship-Nationality: A Proper Balance between the Interests of States and those of Individuals, in: 1st European Conference on Nationality, Strasbourg, 18 and 19 October 1999, CONF/NAT (99) PRO 1, S. 93 (105).

49 O. *Vonk*, Dual Nationality (Fn. 2), S. 32.

50 R. *Thienel*, Österreichische Staatsbürgerschaft, Bd. 1, 1989, S.102.

51 H. *Van Panhuys*, The role of nationality in international law, 1959, S.178.

52 P. *D'Argent*, Nationalité et droit international public, Annales de droit de Louvain 2003, S. 221 (225); R. D. *Sloane*, Breaking the Genuine Link: The Contemporary International Legal Regulation of Nationality, Harvard International Law Journal 2009, S. 1 (3); C. *Santulli*, Irregularités internes et efficacité internationale de la nationalité, 1995, S. 61.

53 Art. 1 des Haager Übereinkommens von 1930 und (identisch) Art. 3 Abs. 2 des Europäischen Übereinkommens über die Staatsangehörigkeit, Europäisches Übereinkommen über Staatsangehörigkeit, BGBl. III Nr. 17/2006.

vorangehenden Wohnsitz und unter Zulassung doppelter Staatsbürgerschaft völkerrechtmäßig sind.

b) Einbürgerung im Lichte des Völkerrechts

aa) Weitgehende Freiheit der Staaten bei der Festlegung der Einbürgerungsvoraussetzungen

Einbürgerung im engeren Sinn bezeichnet den Erwerb der Staatsbürgerschaft durch einen ausländischen Staatsangehörigen oder Staatenlosen auf dessen Antrag, der spezifisch auf die Einbürgerung gerichtet ist.⁵⁴ Für eine völkerrechtsgemäße Einbürgerung müssen neben dem Element der Freiwilligkeit gewisse Anknüpfungspunkte zwischen dem Staat und dem einzubürgernden Individuum bestehen, die der Staat selbst festlegen kann und die territorialer bzw. personeller Natur sein können.⁵⁵ Da die genaue Ausgestaltung der für eine Einbürgerung erforderlichen Anknüpfungsmomente der Gestaltungsfreiheit des Staates überlassen bleibt und sich angesichts der Mannigfaltigkeit der Staatenpraxis entsprechende völkerrechtliche Regeln nicht etabliert haben, muss daher im Einzelfall geprüft werden, ob die Anknüpfungspunkte zwischen dem Staat und dem Einzelnen aus völkerrechtlicher Perspektive ausreichend sind und eine Einbürgerung rechtfertigen.⁵⁶

bb) Kein Erfordernis eines Wohnsitzes für eine völkerrechtliche Einbürgerung

Ein längerdauernder Wohnsitz ist eine üblicherweise von den Staaten vorgeschriebene Voraussetzung für eine Einbürgerung.⁵⁷ Die Staatenpraxis zeigt allerdings, dass die meisten Staatsbürgerschaftsgesetze Ausnahmen vorsehen, in denen personelle Anknüpfungsmomente die territoriale Verbindung ersetzen und die Einbürgerung von Personen mit Wohnsitz im Ausland ermöglicht wird.⁵⁸ Familiäre Beziehungen, die Abstammung von einem Staatsbürger, zu Gunsten des Staates erwiesene Dienste, die frühere Innehabung der Staatsbürgerschaft etc. sind ebenso als

54 P. Weis, Nationality and Statelessness, 1979, S. 96; J. F. Rezek, Le droit international de la nationalité, Recueil des Cours 1986-III, S. 333 (361).

55 I. Brownlie, Nationality in Public International Law, BYIL 1963, S. 284 (310); J. F. Rezek, droit international (Fn. 54), S. 361; A. Peters, Extraterritorial Naturalizations (Fn. 7), S. 668; P. Weil, Access to citizenship: a comparison of twenty-five nationality laws, in: Aleinikoff/Klusmeyer (Hrsg.), Citizenship today. Global perspectives and practices, 2001, S. 17.

56 P. Weis, Nationality (Fn. 54), S. 100.

57 R. Thienel, Staatsbürgerschaft (Fn. 50), S. 117 mit Beispielen in Fn. 23; s. auch S. W. Goodman, Naturalisation policies in Europe: Exploring Patterns of Inclusion and Exclusion. EUDO Citizenship Observatory. <http://eudoc citizenship.eu/docs/7-Naturalisation%20Policies%20in%20Europe.pdf> (18.7.2013) insbes. Tabelle 1 und 2.

58 H. Lessing, Das Recht der Staatsangehörigkeit und die Anerkennung der Staatsangehörigkeit zu Straf- und Sicherungszwecken, 1937, S. 189 f.; A. Walmsley, Acquisition of nationality through naturalisation: an assessment of European legislation, in: 2nd European Conference on Nationality, Challenges to national and international Law on nationality at the Beginning of the New Millennium, 2001, S. 95 (99 f.).

Anknüpfungspunkte anerkannt und können an die Stelle des Wohnsitzes treten.⁵⁹ Von einer völkerrechtlichen Norm, die „grenzüberschreitende“ Einbürgerungen verbieten würde, kann daher mangels entsprechender konsistenter Praxis und *opinio iuris* nicht ausgegangen werden. Die Verleihung der Staatsbürgerschaft an eine Person unter Verzicht auf einen Wohnsitz im Staatsgebiet ist somit völkerrechtlich zulässig.⁶⁰

cc) Kein Verbot von Doppel- oder Mehrfachstaatsbürgerschaften

Doppelstaatsbürgerschaft ist völkerrechtlich nicht verboten, sondern vielmehr eine unausweichliche Konsequenz des zusammenhanglosen Nebeneinanderbestehens der verschiedenen einzelstaatlichen materiellen Staatsangehörigkeitsnormen und der Freiheit der Staaten, ihre Staatsbürgerschaft zu regeln.⁶¹

Ein Staat, der die Entstehung mehrfacher Staatsbürgerschaft durch seine Gesetzgebung fördert, handelt nicht völkerrechtswidrig.⁶² Obwohl mehrfache Staatsbürgerschaft wegen der sich möglicherweise ergebenden Spannungen zwischen Staaten viele Jahre als unerwünscht angesehen wurde, lässt sich heute eine Tendenz beobachten, mehrfache Staatsbürgerschaften zu akzeptieren und, anders als vor einigen Dekaden, die sich daraus ergebenden Vorteile zu sehen.⁶³ Auch in der Literatur finden sich zunehmend Befürworter mehrfacher Staatsangehörigkeit.⁶⁴ Lediglich elf EU-Mitgliedstaaten machen heute die Einbürgerung vom Verzicht auf eine frühere Staatsbürgerschaft abhängig.⁶⁵

c) Völkerrechtliche Beurteilung der untersuchten Praxis einiger EU-Mitgliedstaaten

In der Staatenpraxis ist die erleichterte Einbürgerung von bestimmten Personengruppen aufgrund einer gemeinsamen ethnischen oder kulturellen Identität nicht

59 P. Weis, Nationality (Fn. 54), S. 100; J. F. Rezek, droit international (Fn. 54), S. 361. Auch der IGH hielt im *Notebohm*-Fall im Zusammenhang mit der Frage nach der Effektivität der Staatsbürgerschaft fest, dass der Wohnsitz zwar ein wichtiges Indiz für die Bestimmung der effektiven Staatsbürgerschaft sei, jedoch in jedem einzelnen Fall mit anderen Verbindungen abgewogen werden müsse, s. *Notebohm* (Liechtenstein v. Guatemala), Judgement of April 6 1955, ICJ Reports 1955, S. 4 (22).

60 P. Weis, Nationality (Fn. 54), S. 100.

61 G. Fitzmaurice, The General Principles of international law. Considered from the Standpoint of the Rule of Law, Recueil des Cours 1957-II, S. 1 (192, 194); A. Boll, Multiple Nationality and International Law, 2007, S. 273; O. Vonk, Dual Nationality (Fn. 2), S. 30.

62 R. Thienel, Staatsbürgerschaft (Fn. 50), S. 102, A. Boll, Multiple Nationality (Fn. 61), S. 109.

63 M. Killerby, Steps taken by the Council of Europe to Promote the Modernization of the Nationality Laws of European States, in: O’Leary/Tilikainen (Hrsg.), Citizenship and Nationality Status in the New Europe, 1998, S. 21 (31); P. J. Spiro, Dual Nationality and the Meaning of Citizenship, Emory Law Journal 1997, S. 1411 (1416); P. J. Spiro, A New International Law of Citizenship, AJIL 2011, S. 694 (695).

64 T. A. Aleinikoff / D. B. Klusmeyer, Plural nationality: facing the future in a migration world, in: Aleinikoff/ Klusmeyer (Hrsg.), Citizenship Today – Global Perspectives and Practices, 2001, S. 63 (86 ff.).

65 S. W. Goodman (Fn. 57), S. 44 (Tabelle 3); s. zu dem Thema auch D. Kochenov, Double Nationality in the EU: An Argument for Tolerance, ELJ 2011, S. 323 ff.

unbekannt.⁶⁶ Auch die Erläuterungen zum Europäischen Übereinkommen über die Staatsbürgerschaft aus 1997⁶⁷ erwähnen die Möglichkeit der bevorzugten Einbürgerung von Staatsbürgern bestimmter Staaten, rufen die Staaten jedoch auf, dabei das Diskriminierungsverbot zu achten.⁶⁸ Die Möglichkeit der bevorzugten Einbürgerung aufgrund sprachlicher, familiärer, historischer oder sprachlicher Merkmale wird grundsätzlich anerkannt,⁶⁹ ebenso wie die Zulässigkeit der Einbürgerung von Personen mit Wohnsitz im Ausland. Die Staaten sollen dabei aber zurückhaltend vorgehen und insbesondere von einer massenhaften Verleihung absehen.

Im Oktober 2008 präsentierte der Hochkommissar der OSZE für nationale Minderheiten, *Knut Vollebaek*, seine unverbindlichen Empfehlungen über nationale Minderheiten in zwischenstaatlichen Beziehungen (Bolzano/ Bozen Recommendations on National Minorities in Inter-State Relations) vom Juni 2008. Die Empfehlungen befassen sich mit allgemeinen Minderheitenfragen und gehen dabei insbesondere auf die Rolle des sog. Mutterstaates im zwischenstaatlichen Bereich ein. Ausdrücklich behandelt das Dokument die Frage der Verleihung der Staatsbürgerschaft an Angehörige von Minderheiten im Ausland. Die Empfehlung 11 hält die Anknüpfung an sprachliche, kulturelle, historische oder familiäre Verbindungen grundsätzlich für zulässig. Gleichzeitig wird jedoch betont, dass die Einbürgerung von Personen mit Wohnsitz im Ausland zu Spannungen zwischen den Staaten führen kann. Die Staaten werden aufgerufen, ihre Freiheit in diesem Zusammenhang nicht rechtsmissbräuchlich auszuüben und insbesondere das Prinzip der territorialen Souveränität und das Prinzip der gutnachbarschaftlichen Beziehungen zu beachten.⁷⁰

In der Lehre werden entsprechende Bevorzugungen bei der Einbürgerung für bestimmte Personengruppen kritisch gesehen,⁷¹ vor allem dann, wenn besonders viele Personen betroffen sind.⁷² Dennoch gibt es keine Norm, die solche Einbürgerungen *per se* verbieten würde, solange sich die Staaten dabei im Rahmen des allgemeinen Völkerrechts bewegen. Die Situation ist unter Berücksichtigung der Umstände des

66 Für einen Überblick s. Comparing Citizenship Laws: Acquisition of Citizenship. Mode A 19: Cultural Affinity, EUDO Citizenship, <http://eudo-citizenship.eu/databases/modes-of-acquisition?p=&application=&search=1&modeby=idmode&idmode=A19> (18.7.2013).

67 BGBl III, Nr. 39/2000.

68 Explanatory Report, para. 41.

69 *K. Henrard*, A reconsideration and more in-depth analysis of the relationship between the prohibition of (racial) discrimination and minority protection: The Bolzano/ Bozen Recommendations on National Minorities in Inter-State Relations revisited, in: Palermo/Sabanadze (Hrsg.), National Minorities in Inter-State Relations, 2011, S. 79 (109).

70 Recommendation 11: „States may take preferred linguistic competencies and cultural, historical or familial ties into account in their decision to grant citizenship to individuals abroad. States should, however, ensure that such a conferral of citizenship respects the principles of friendly, including good neighbourly, relations and territorial sovereignty, and should refrain from conferring citizenship en masse, even if dual citizenship is allowed by the State of residence. If a State does accept dual citizenship as part of its legal system, it should not discriminate against dual nationals.“

71 *P. J. Spiro*, New International Law (Fn. 63), S. 727 f.

72 *Z. Csergo*, Kin State Politics in Central and Eastern Europe: the Case for Hungary, online unter <http://www.wisoncenter.org/topics/pubs/MR%20315%20Csergo.doc> (18.7.2013).

Einzelfalles wie etwa der Zahl der betroffenen Personen und Staaten sowie der Beziehungen zwischen letzteren zu beurteilen.⁷³

Die untersuchte Praxis einiger EU-Mitgliedstaaten ist somit grundsätzlich nicht als völkerrechtswidrig zu beurteilen, solange die Einbürgerung auf freiwilligen Antrag des Einzelnen und nach Durchführung eines Verfahrens unter Überprüfung der jeweiligen Umstände im Einzelfall erfolgt.

3. Mögliche unionsrechtliche Beschränkungen der mitgliedstaatlichen Freiheit zur Regelung ihrer Staatsbürgerschaft

a) Ziele der EU – Art. 3 EUV

In der Literatur wurde betont, dass sich mögliche, im Unionsrecht fußende Grenzen aus den in Art. 3 EUV stipulierten Zielen der EU ergeben können. Gemäß Art. 4 Abs. 3 EUV unterlassen die Mitgliedstaaten „alle Maßnahmen, die die Verwirklichung der Ziele der Union gefährden könnten“. Die Frage stellt sich, ob durch die Staatsbürgerschaftsregelung eines Mitgliedstaats, die einer hohen Anzahl an Drittstaatsangehörigen die Möglichkeit einräumt, seine Staatsbürgerschaft zu erwerben, eines der Ziele der Union gefährdet werden könnte.

Eines der Hauptziele der Union ist die Förderung des Wohlergehens der Völker der Union im Sinn eines ökonomischen Wohlergehens⁷⁴ unter anderem durch „die nachhaltige Entwicklung Europas auf der Grundlage eines ausgewogenen Wirtschaftswachstums“ sowie eine soziale Marktwirtschaft (Art. 3 Abs. 3 EUV).⁷⁵ Ob die Verleihung der Staatsbürgerschaft durch einen Mitgliedstaat an Drittstaatsangehörige das Ziel des wirtschaftlichen und sozialen Fortschritts gefährden kann, hängt, wie Köck betonte, von der Verkraftbarkeit der Aufnahme dieser Personen in den Gemeinschaftsbereich ab, unabhängig davon, ob der Einzelne seine bisherige Staatsbürgerschaft beibehält oder verliert.⁷⁶ Bei der Beurteilung ist auf die Folgen für die „Gesellschaft gemeinschaftsweit betrachtet“ abzustellen.⁷⁷ Während einzelne eingebürgerte Drittstaatsangehörige nicht ins Gewicht fallen, könnte sich die Staatsbürgerschaftsregelung einiger der Mitgliedstaaten vor allem dann als problematisch erweisen, wenn tatsächlich viele der Begünstigten die Möglichkeit des Staatsbürgerschaftserwerbs in Anspruch nehmen sollten.⁷⁸ Derzeit zeichnet sich eine entsprechende Tendenz nicht ab, doch könnte, so einige Autoren, der „Fall der großen Zahl“⁷⁹ Auswirkungen auf die Beschäftigungs- und, damit verbunden, die

73 F. Palermo, National Minorities in Inter-State Relations: Filling the Legal Vacuum?, in: Palermo/Sabanadze (Hrsg.), National Minorities in Inter-State Relations, 2011, S. 3 (12).

74 M. Ruffert, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 3 EUV, Rn. 21.

75 M. Ruffert, in: Calliess/Ruffert (Fn. 74), Art. 3 EUV, Rn. 23.

76 H. F. Köck, Doppelte Staatsangehörigkeit (Fn. 5), S. 206.

77 H. F. Köck, Doppelte Staatsangehörigkeit (Fn. 5), S. 206.

78 S. Hall, Nationality (Fn. 5), S. 65, anhand des Beispiels einer entsprechenden, aus kolonialer Vergangenheit entstehenden Staatsbürgerschaftsregelung.

79 H. F. Köck, Doppelte Staatsangehörigkeit (Fn. 5), S. 207.

Lebensbedingungen in der Gemeinschaft als Ganzer haben und dem Ziel des wirtschaftlichen Fortschritts zuwiderlaufen.⁸⁰

Fraglich ist in diesem Zusammenhang jedoch, ab wann zu viele Personen eingebürgert werden. Eine Antwort darauf kann nicht in abstrakter Weise gegeben werden. Köck hielt fest, dass sich Einbürgerungen solange im Rahmen des Zumutbaren bewegen, „solange die Zahl der Verleihungen etwa dem entspricht, was schon in der Vergangenheit, insbesondere zur Zeit des Abschlusses des EG-Vertrages üblich war“. Diesfalls „wird die Vermutung jedenfalls für die Zulässigkeit und gemeinschaftsrechtliche Wirksamkeit sprechen“.⁸¹ Bei einer Gesamtbevölkerungszahl von 506,8 Mio. Menschen ist ein Ungleichgewicht der Situation jedoch nicht vorschnell anzunehmen.

b) Prinzip der Loyalität und Solidarität – Art. 4 Abs. 3 EUV

Eine mögliche Beschränkung wurde auch im Prinzip der loyalen Zusammenarbeit nach Art. 4 Abs. 3 EUV (ex-Art. 10 EGV) gesehen, der nicht nur Unterlassungspflichten der Mitgliedstaaten gegenüber der EU, sondern auch untereinander festlegt.⁸² Die Pflicht zur loyalen Zusammenarbeit besteht auch in Bezug auf solche Kompetenzen, die bei den Mitgliedstaaten verbleiben.⁸³ Vor allem die Pflichten zur Zusammenarbeit, Rücksichtnahme sowie Solidarität entspringen dieser Bestimmung.⁸⁴

Der Generalanwalt hielt in seinen Schlussanträgen zu *Rottmann* fest, dass der Grundsatz der Gemeinschaftstreue „etwa dann berührt sein könnte, wenn ein Mitgliedstaat unter Verstoß gegen geltendes Recht auf massive Weise die Einbürgerung von Drittstaatsangehörigen betriebe, ohne zuvor die Kommission oder seine Partner zu konsultieren.“⁸⁵

Unter dem gegebenen Aspekt könnte die Staatsbürgerschaftsregelung einzelner Staaten aus der Sicht des Unionsrechts dann problematisch sein, wenn die in einem erleichterten Verfahren ohne Wohnsitz Eingebürgerten ihr erworbenes Freizügigkeitsrecht nur in einzelnen Staaten, zu denen etwa aufgrund der Ähnlichkeit der Sprache besondere Beziehungen bestehen oder die wirtschaftlich höher entwickelt sind, verwirklichen.⁸⁶ In diesem Fall könnte die Regelung der Staatsbürgerschaft eines Mitgliedstaats zum Nachteil eines anderen gereichen, weshalb vor nationalen Alleingängen gewarnt wurde.⁸⁷ Mitgliedstaaten, die entsprechende Änderungen ihrer Staatsbürgerschaftsgesetzgebung, die einer großen Zahl von Drittstaatsange-

80 H. F. Köck, Doppelte Staatsangehörigkeit (Fn. 5), S. 207; S. Hall, Nationality (Fn. 5), S. 66.

81 H. F. Köck, Doppelte Staatsangehörigkeit (Fn. 5), S. 208.

82 W. Kahl, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 4 EUV, Rn. 111 ff.

83 A. von Bogdany/S. Schill, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, 2013, Art. 4 EUV, Rn. 56, 102.

84 W. Kahl, in: Calliess/Ruffert (Fn. 82), Art. 4 EUV, Rn. 111, m.w.N.

85 GA Maduro, Schlussanträge v. 30.9.2009 in der Rs. C-135/08 (Rottmann), Rn. 30.

86 C. Sauerwald, Die Unionsbürgerschaft und das Staatsangehörigkeitsrecht in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union, 1996, S. 117 f.

87 C. Sauerwald, Unionsbürgerschaft (Fn. 86), S. 117.

hörigen die Möglichkeit des Staatsbürgerschaftserwerb ermöglichen, planen, sollen vorher Konsultationen mit der EU als ganzer führen.⁸⁸ Allerdings bestanden in den meisten, oben erwähnten Fällen die entsprechenden Bestimmungen bereits vor dem EU-Beitritt des jeweiligen Staats, sodass nachträglich keine Konsultationen gefordert werden können.

Auch aus der Pflicht zur Loyalität lassen sich außer der verfahrensrechtlichen Pflicht zu Information und Konsultation der Union und der anderen Mitgliedstaaten somit keine inhaltlichen Beschränkungen ableiten.⁸⁹

IV. Mögliche Folgen einer Missachtung der bestehenden Grenzen durch eine mitgliedstaatliche Staatsbürgerschaftsregelung

Bei Annahme der Existenz von Beschränkungen der Freiheit der Mitgliedstaaten bei der Regelung ihrer Staatsbürgerschaft, bleibt die Frage offen, welche Folgen an eine Missachtung dieser Beschränkungen geknüpft werden könnten. Dürfte etwa der von der Staatsbürgerschaftsregelung eines Staates besonders betroffene Staat die Anerkennung der Staatsbürgerschaft verweigern?

Einen mit der hier diskutierten Praxis identischen Sachverhalt hatte der EuGH im Fall *Micheletti*⁹⁰ zu entscheiden, in dem es um einen italienisch-argentinischen Doppelstaatsbürger ging, der nach Ablauf seiner temporären Aufenthaltsgenehmigung in Spanien eine endgültige Niederlassungsbewilligung beantragte. Die spanischen Behörden verweigerten dies unter Berufung auf Bestimmungen des spanischen Zivilgesetzbuches, welche stipulierten, dass im Falle eines Doppelstaatsbürgers, der nicht spanischer Staatsbürger ist, die Staatsbürgerschaft jenes Staats, in dessen Territorium der Betreffende seinen letzten Wohnsitz hatte, den Ausschlag gibt. Entsprechend betrachteten sie *Micheletti* als argentinischen und nicht als italienischen Staatsbürger. Der Gerichtshof folgte in seiner Entscheidung den Schlussanträgen des Generalanwalts und stellte klar, dass im Fall eines Doppelstaatsbürgers, der die Staatsbürgerschaft eines EU-Mitgliedstaats und eines Drittstaats hat, innerhalb des Unionsrechts die Staatsbürgerschaft des Mitgliedstaats stets den Ausschlag gebe, selbst dann, wenn diese Staatsbürgerschaft nicht die effektive ist. Die Innehabung der Staatsbürgerschaft eines Drittstaats führe somit in keinem Fall zu Rechtsnachteilen des Betroffenen.⁹¹ Es sei nicht zulässig, die Wahrnehmung von Rechten nach dem Unionsrecht von weiteren Bedingungen, wie etwa dem tatsächlichen Wohnsitz abhängig zu machen.⁹²

Aus dieser Entscheidung des EuGH ergibt sich klar, dass es den Mitgliedstaaten nicht zusteht, Staatsbürger eines anderen Mitgliedstaats, die dieser auch für Zwecke

88 G.-R. De Groot, European Nationality Law (Fn. 32).

89 C. Schönberger, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Fn. 35), Art. 20 AEUV, Rn. 47.

90 EuGH, Rs. C-369/90 (*Micheletti*), Slg. 1992, I-4239, Rn. 15.

91 W. Kluth, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 20 AEUV, Rn. 8.

92 EuGH, Rs. C-369/90 (*Micheletti*), Slg. 1992, I-4263; i.d.S. bereits EuGH, Rs. 136/78 (Auer), Slg. 1979, 137, Rn. 28 und EuGH, Rs. 292/86 (Gullung), Slg. 1988, 111, Rn. 12; W. Kluth, in: Calliess/Ruffert (Fn. 91), Art. 20 AEUV, Rn. 9.

des Unionsrechts als seine Staatsangehörigen ansieht, nicht anzuerkennen.⁹³ Teilweise wurde auch die Meinung vertreten, dass der völkerrechtliche Grundsatz der Effektivität im Zusammenhang mit der Unionsbürgerschaft angewendet werden könnte. Demnach würde eine mitgliedstaatliche Staatsbürgerschaft für Zwecke des Unionsrechts nur anerkannt werden, wenn sie einen „effective link“ widerspiegelt. Eine solche Entkopplung der Unionsbürgerschaft von der mitgliedstaatlichen Staatsbürgerschaft kommt nach der derzeitigen Rechtslage jedoch nicht in Frage.⁹⁴ Der EuGH stellte in *Micheletti* klar, dass auch Doppelstaatsbürger, die neben der Staatsbürgerschaft eines Mitgliedstaats die Staatsbürgerschaft eines Drittstaats innehaben, von anderen Mitgliedstaaten selbst dann als Unionsbürger anerkannt werden müssen, wenn die Beziehung zu dem Drittstaat, dem anderen Heimatstaat, stärker ist.

V. Verhältnis zu Drittstaaten

Im Zusammenhang mit der Praxis „grenzüberschreitender“ Einbürgerungen einiger Mitgliedstaaten können sich auch im Verhältnis zu Drittstaaten interessante Fragestellungen ergeben, insbesondere im Kontext von Art. 23 AEUV. Gegenwärtig ist die Frage des Tätigwerdens nach Art. 23 AEUV aus völkerrechtlicher Sicht ohnehin umstritten und nicht klar.⁹⁵ Bei der Annahme, dass entsprechende Verhandlungen zwischen der EU und Drittstaaten zu einer Klärung der offenen Frage geführt hätten und die Ausübung des konsularischen Schutzes für den Staatsbürger eines nicht vertretenen Mitgliedstaats zugelassen würde, stellt sich jedoch die Frage, ob nicht in diesem Fall der Drittstaat dieses Tätigwerden unter Hinweis auf den fehlenden „effective link“, insbesondere in Situationen, in denen der Einzelne seine bisherige Staatsbürgerschaft seines ursprünglichen Staates beibehalten hat, bestreiten darf. Bei der Einbürgerung eines Einzelnen ohne vorangehenden Wohnsitz im Staatsgebiet ist es durchaus denkbar, dass nicht die Staatsbürgerschaft des Mitgliedstaats, sondern jene des bisherigen Heimatstaats, d.h. eines Nichtmitgliedstaats, die effektivere ist.

Anders als im innerunionsrechtlichen Kontext, für den der EuGH in *Micheletti* die Anwendung des Grundsatzes der effektiven Staatsbürgerschaft ausgeschlossen hat, deutet in der diskutierten Situation Vieles auf einen Anwendungsfall dieses Grundsatzes hin. Während die Anwendung des „effective link“ in Situationen einer einzigen Staatsbürgerschaft wie vom IGH in der *Nottebohm*-Entscheidung festgehalten, überwiegend abgelehnt wird,⁹⁶ erweist sich das Konzept im Verhältnis zu

93 C. Schönberger, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Fn. 35), Art. 20 AEUV, Rn. 47.

94 C. Schönberger, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Fn. 35), Art. 20 AEUV, Rn. 47.

95 A. Vermeer-Künzli, Where the Law Becomes Irrelevant: Consular Assistance and the European Union, ICLQ 2011, S. 965 (966); P. Vigni, Diplomatic and Consular Protection in EU Law: Misleading Combination or Creative Solution?, EUI Working Papers 2010/2011, S. 8; A. Ianniello Saliceti, The Protection of EU Citizens Abroad: Accountability, Rule of Law, Role of Consular and Diplomatic Services, European Public Law 2011, S. 91 (101).

96 Micula and others vs Romania, Decision on Jurisdiction and Admissibility, ICSID Case No ARB/05/20; IIC 339 (2008), para 99.

Mehrfachstaatsbürgern als nützlich. Zu unterscheiden sind dabei folgende Szenarien:

- 1) Mitgliedstaat A möchte zugunsten eines Staatsbürgers des Mitgliedstaats B, der zugleich die Staatsbürgerschaft des Nichtmitgliedstaats X innehaltet, Maßnahmen im Drittstaat Y nach Art. 23 AEUV wahrnehmen. Hier ist neben Mitgliedstaat A, der für Mitgliedstaat B auftritt und den konsularischen Schutz an seiner statt ausübt, ein Drittstaat, der nicht der zweite Heimatstaat ist, involviert. Da nach herrschender Lehre jeder der beiden Heimatstaaten einem Drittstaat gegenüber tätig werden kann,⁹⁷ kann letzterer nicht die Effektivität der die Unionsbürgerschaft vermittelnden Staatsbürgerschaft von B bestreiten und ein Tätigwerden von A verhindern.
- 2) Mitgliedstaat A möchte zugunsten eines Staatsbürgers des Mitgliedstaats B, der zugleich die Staatsbürgerschaft des Nichtmitgliedstaats X innehaltet, Maßnahmen in X nach Art. 23 AEUV wahrnehmen. Hier treffen – indirekt – zwei Heimatstaaten (A, der für B handelt, und X) aufeinander. In dieser Situation könnte bei entsprechendem Sachverhalt der Grundsatz des „effective link“ zur Anwendung kommen und das Tätigwerden von A unter Berufung auf das fehlende Naheverhältnis zu B verhindern.⁹⁸

VI. Conclusio

Wie gezeigt wurde, werden unionsrechtlich bestehende Beschränkungen der mitgliedstaatlichen Freiheit zur Regelung ihrer Staatsbürgerschaft von einigen Autoren angenommen. Direkte Verbote sind jedoch derzeit aus dem Vertragsrecht nicht ableitbar,⁹⁹ sondern ergeben sich allenfalls aus allgemeinen Postulaten wie der Unionstreue, der loyalen Zusammenarbeit sowie Ziel und Zweck der Union. Ein inhaltlicher Maßstab, ab wann bzw. unter welchen Umständen Einbürgerungen bestimmter Personengruppen unionsrechtlich ausgeschlossen sein sollten, fehlen jedoch.¹⁰⁰

Aus diesem Grund sehen viele Autoren die einzige Lösung in einer Harmonisierung des Staatsbürgerschaftsrechts und der Einführung einer Gesetzgebungskompetenz der Union, um bestimmte Voraussetzungen für die Einbürgerung durch Mitgliedstaaten festzulegen.¹⁰¹ Eine Harmonisierung der Staatsbürgerschaftsregelung scheine aus zahlreichen Gründen wünschenswert: So wurde auf die enge Beziehung zwischen Migrations- und Staatsbürgerschaftsrecht, insbesondere die Regeln betreffend Einbürgerung, hingewiesen.¹⁰² Auch angesichts der wesentlichen Unter-

97 Art. 6 Draft Articles on Diplomatic Protection; *D. J. Bederman*, Nationality of Individual Claimants Before the Iran–United States Claims Tribunal, ICLQ 1993, S. 119 (123 f).

98 *R. D. Sloane*, Breaking the Genuine Link : The Contemporary International Legal Regulation of Nationality, Harvard International Law Journal 2009, S. 1 (15).

99 *C. Schönberger*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Fn. 35), Art. 20 AEUV, Rn. 47.

100 *C. Schönberger*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Fn. 35), Art. 20 AEUV, Rn. 47.

101 *C. Schönberger*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Fn. 35), Art. 20 AEUV, Rn. 47.

102 *G.-R. De Groot*, European Nationality Law (Fn. 32).

schiede in den einzelnen Mitgliedstaaten, insbesondere hinsichtlich der staatsbürgerschaftsrechtlichen Behandlung von Auswanderern und anderen kulturell mit dem Staat verbundenen Personen wird eine Angleichung der Staatsbürgerschaftsregelung als wünschenswert erachtet.¹⁰³

Das Europäische Parlament hat in der Vergangenheit eine gewisse Harmonisierung der Regeln über Erwerb und Verlust der Staatsbürgerschaft der Mitgliedstaaten gefordert.¹⁰⁴ Eine weitergehende Initiative zur Harmonisierung des Staatsbürgerschaftsrechts der Mitgliedstaaten wurde auf Unionsebene bis jetzt jedoch nicht gesetzt.¹⁰⁵ Die Kommission hat wiederholt die Ansicht vertreten, das Staatsbürgerschaftsrecht sei ausschließliche Angelegenheit der Mitgliedstaaten und eine eigene Kompetenz in diesem Zusammenhang verneint.¹⁰⁶

Derzeit überwiegt noch der auf der Souveränität der Mitgliedstaaten basierende Gedanke der Freiheit der Staaten zur Regelung ihrer Staatsbürgerschaft, doch finden sich Stimmen, die eine Harmonisierung der staatsbürgerschaftsrechtlichen Regelungen im Interesse aller Mitgliedstaaten fordern.¹⁰⁷ Hervorgehoben wurden insbesondere die Unterschiede der Verleihung der Staatsbürgerschaft an Nachkommen von Emigranten, die in einigen Staaten sehr leicht möglich ist, während sie sich in anderen Staaten als schwierig erweist.¹⁰⁸

Darüber hinaus könnte eine Harmonisierung im Widerspruch zu dem in Art. 4 Abs. 2 EUV an die Union gerichteten Grundsatz der Achtung der nationalen Identität stehen.¹⁰⁹ Die Mitgliedstaaten haben unterschiedliche historische Entwicklungen hinter sich, die sich auch im Staatsbürgerschaftsrecht widerspiegeln.¹¹⁰ Wie andere Teile der Rechtsordnung ist auch das Staatsangehörigkeitsrecht ein lebendiges Recht, das sich den politischen, sozialen und demographischen Gegebenheiten anpasst.¹¹¹ Anerkannt ist, dass Staaten, die etwa über Kolonien verfügten oder deren Nationszugehörige sich infolge territorialer Verschiebungen außerhalb der Staatsgrenzen befinden, diese Situationen berücksichtigen und im Staatsbürgerschaftsrecht reflektieren können.¹¹² Dieser Aspekt scheint eine Harmonisierung im Bereich des Staatsbürgerschaftsrechts zusätzlich zu erschweren.¹¹³

103 G.-R. De Groot, European Nationality Law (Fn. 32); i.d.S auch R. Bauböck, Why European Citizenship? Normative Approaches to Supranational Union, *Theoretical Inquiries in Law* 2007, S. 452 (485).

104 C. Schönberger, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Fn. 35), Art. 20 AEUV, Rn. 35, verweisend auf die Entschließung des EP v. 21.11.1991 zur Unionsbürgerschaft, ABl. EG 1991 C 326/205.

105 G.-R. De Groot, European Nationality Law (Fn. 32).

106 S. H.U. Jessurun d’Oliveira, Court of Justice of the European Union. Decision of 2 March 2010, Case C-315/08, Janko Rottmann v. Freistaat Bayern. Case Note 1, Decoupling Nationality and Union Citizenship?, *European Constitutional Law Review* 2011, S. 138 (145) m.w.N.

107 S. dazu O. Vonk, Dual Nationality (Fn. 2), S. 69 ff.

108 G.-R. De Groot, European Nationality Law (Fn. 32).

109 I. d. S. C. Margiotta/O. Vonk, Nationality Law (Fn. 1), S. 18 f.; H.U. Jessurun d’Oliveira, Decoupling Nationality (Fn. 106), S. 138 (148) m.w.N.

110 C. Sauerwald, Unionsbürgerschaft (Fn. 86), S. 139.

111 A. Makarov, Allgemeine Lehren des Staatsangehörigkeitsrechts, 2. Aufl. 1962, S. 99.

112 C. Sauerwald, Unionsbürgerschaft (Fn. 86), S. 139 f.

113 C. Sauerwald, Unionsbürgerschaft (Fn. 86), S. 139 f.

Die Pflicht zur Beachtung des Unionsrechts bei der Regelung der Staatsbürgerschaft bleibt somit eine „interpretationsoffene Leerformel“.¹¹⁴ Mangels einer ausdrücklichen Ermächtigung der Union im Bereich des Staatsbürgerschaftsrechts bleibt die Rolle der EU derzeit gering.¹¹⁵ Dennoch hat der EuGH in *Rottmann* im Zusammenhang mit dem Verlust der Staatsbürgerschaft, und folglich der Unionsbürgerschaft, gezeigt, dass die Autonomie der Mitgliedstaaten im Bereich der Staatsbürgerschaft nicht mehr als uneingeschränkt angesehen werden kann.¹¹⁶

114 C. Schönberger, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Fn. 35), Art. 20 AEUV, Rn. 41.

115 S. H.U. Jessurun d’Oliveira, Decoupling Nationality (Fn. 106), S. 148.

116 G. R. De Groot/A. Seling, The consequences of the *Rottmann* judgment on Member State autonomy – The Court’s avant-gardism in nationality matters, EUDO Citizenship Observatory, verfügbar unter <http://eudo-citizenship.eu/commentaries/citizenship-forum/citizenship-forum-cat/254-has-the-european-court-of-justice-challenged-member-state-sovereignty-in-nationality-law?showall=&start=6>; C. Margiotta/O. Vonk, Nationality Law (Fn. 1), S. 15.

Das Freizügigkeitsrecht als elementares und persönliches Recht der Unionsbürger

*Von Walter Obwexer, Innsbruck**

I. Einführung

Mit Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon¹ am 1. Dezember 2009² wurde die Europäische Union (EU) zu einer internationalen Organisation mit eigener Rechtspersönlichkeit (Art. 47 EUV) und erhielt gleichzeitig völkerrechtliche Rechts- und Handlungsfähigkeit übertragen.³ Zusätzlich trat die EU die Rechtsnachfolge der Europäischen Gemeinschaft (EG) an (Art. 1 Abs. 3 EUV) und übernahm neben allen Rechten und Pflichten derselben auch deren Rechtsnormen.⁴ Zu Letzteren gehörten u.a. die Rechtsakte betreffend die Unionsbürgerschaft. Damit entstand erstmals ein Rechtsverhältnis zwischen den Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten und der Union, das zuvor mit den Bezeichnungen „*Unionsbürger*“ und „*Unionsbürgerschaft*“ nur angedeutet worden war.⁵

Im Rahmen der den Unionsbürgern garantierten und nunmehr in Art. 20 Abs. 2 AEUV aufgezählten besonderen Rechte kam dem Freizügigkeitsrecht von Beginn an herausragende Bedeutung zu. Dieses Recht der Unionsbürger, sich ohne Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, war bereits vor Einführung der Unionsbürgerschaft sekundärrechtlich verankert worden. Im Bemühen um ein „Europa der Bürger“ konnten Ende Juni 1990 drei „Aufenthalts-Richtlinien“ verabschiedet werden. Die Richtlinie 90/364/EWG regelte allgemein das Aufenthaltsrecht (Aufenthalts-Richtlinie),⁶ die Richtlinie 90/365/EWG war dem Aufenthaltsrecht der aus dem Erwerbsleben ausgeschiedenen Arbeitnehmer und selbständig Erwerbstätigen gewidmet (Pensionisten-Richtlinie)⁷ und die Richtlinie 90/366/EWG hatte das Aufenthaltsrecht der Studenten zum Gegenstand (Studenten-Richtlinie).⁸

Mit der Einführung der Unionsbürgerschaft im Kontext der Gründung der EU durch den Vertrag von Maastricht (1992) wurde dieses sekundärrechtlich geregelte allge-

* Dr. Walter Obwexer ist Universitätsprofessor für Europarecht und Völkerrecht sowie Sprecher des Centrums für europäische Integration (CEI) an der Universität Innsbruck.

1 ABI. EU 2007 C 306/1, berichtet ABI. EU 2009 C 290/1 u. ABI. EU 2010 C 81/1.

2 Vgl. z.B. W. Obwexer, Die Rechtsstellung Einzelner in der Union nach Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon, ÖJZ 2010, S. 101.

3 Vgl. z.B. W. Obwexer, Aufbau, Systematik, Struktur und tragende Grundsätze des Vertrags von Lissabon, in: Hummer/Obwexer (Hrsg.), Der Vertrag von Lissabon, 2009, S. 95 (105 f.).

4 Vgl. C. Beauchillon/F. Erlbacher, „Comme une lettre à la poste“: Rechtliche und praktische Aspekte der Rechtsnachfolge von der Europäischen Gemeinschaft zur Europäischen Union, in: Eilmansberger/Griller/Obwexer (Hrsg.), Rechtsfragen der Implementierung des Vertrags von Lissabon, 2011, S. 101 (105 f.).

5 Zum missverständlichen Begriff „*Unionsbürgerschaft*“ im Recht der EG vor Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon vgl. W. Obwexer, Grundfreiheit Freizügigkeit. Das Recht der Unionsbürger, sich frei zu bewegen und aufzuhalten, als fünfte Grundfreiheit, 2009, S. 135 ff.

6 ABI. EG 1990 L 180/26.

7 ABI. EG 1990 L 180/28.

8 ABI. EG 1990 L 180/30; ersetzt durch die RL 93/96/EWG, ABI. EG 1993 L 317/59.

meine Aufenthaltsrecht als Freizügigkeitsrecht der Unionsbürger primärrechtlich verankert. Dadurch erhielt es formal eine neue Qualität mit erhöhtem Bestandschutz. Inhaltlich blieb das Recht aber im Wesentlichen unverändert, da die neue Vertragsbestimmung mit einem Verweis auf die (in Kraft stehenden) Durchführungsvorschriften ausgestattet wurde und so die bislang geltende Rechtslage übernahm.

Aus diesem Grund kam dem Freizügigkeitsrecht als besonderem Recht der Unionsbürger in den ersten acht Jahren seiner Geltung kaum praktische Relevanz zu. Dies änderte sich jedoch schlagartig zu Beginn des neuen Jahrtausends. Zunächst holte der EuGH Ende September 2001 die Unionsbürgerschaft aus ihrem „Dornröschenschlaf“,⁹ indem er feststellte, dass der „Unionsbürgerstatus (...) dazu bestimmt (ist), 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“ (*Grzelczyk*-Formel).¹⁰ Fast genau ein Jahr später stattete der EuGH das Freizügigkeitsrecht in Art. 18 Abs. 1 EGV (nunmehr Art. 21 Abs. 1 AEUV) mit unmittelbarer Wirkung aus.¹¹ Damit erhielten die begünstigten Unionsbürger die Möglichkeit, sich direkt auf die gegenständliche Vertragsbestimmung zu berufen (subjektive unmittelbare Wirkung). Gleichzeitig mussten die mitgliedstaatlichen Verwaltungsbehörden und Gerichte die Bestimmung direkt anwenden (objektive unmittelbare Wirkung) und im Kollisionsfall entgegenstehendes nationales Recht unangewendet lassen (Anwendungsvorrang).

Die auf den Vertrag von Maastricht (1992) folgenden Vertragsänderungen – konkret der Vertrag von Amsterdam (1997), der Vertrag von Nizza (2001) und der Vertrag von Lissabon (2007) – ließen das ursprünglich in Art. 8a EWGV, später Art. 18 EGV und nunmehr Art. 21 AEUV verankerte Freizügigkeitsrecht inhaltlich unverändert. Seine dynamische Weiterentwicklung erfolgte in erster Linie durch eine extensive Auslegung der einschlägigen Vertragsbestimmung. Der EuGH formte auf diese Weise das Freizügigkeitsrecht zum „Kernrecht“ der Unionsbürger, das mit seinem weiten Anwendungsbereich die Gleichbehandlung aller Unionsbürger i.S.d. „*Grzelczyk*-Formel“ gewährleistet.¹²

Ergänzend dazu wurden Ende April 2004 die drei Aufenthalts-Richtlinien durch die Richtlinie 2004/38/EG (Freizügigkeits-Richtlinie)¹³ inhaltlich weiter entwickelt und gleichzeitig kodifiziert sowie Ende April 2006 ersetzt. Das Ziel der in Anlehnung an die einschlägige Rechtsprechung des EuGH ausgestalteten Neuregelung

⁹ C. Calliess, Der Unionsbürger: Status, Dogmatik und Dynamik, EuR-Beiheft 1-2007, S. 7 (37).

¹⁰ EuGH, Rs. C-184/99 (Grzelczyk), Slg. 2001, I-6193, Rn. 31.

¹¹ EuGH, Rs. C-413/99 (Baumbast und R.), Slg. 2002, I-7091, Rn. 86.

¹² Vgl. z.B. D. Thym, Hindernisse auf dem Weg zur „wahrhaftigen“ Unionsbürgerschaft – Zu den strukturellen Grenzen der EuGH-Rechtsprechung, ZEuS 2012, S. 501. S. auch S. Griller in diesem Heft auf S. 7.

¹³ ABl. EU 2004 L 229/35. S. unten II.1.b.

bestand darin, das Freizügigkeitsrecht als „elementares und persönliches Recht der Unionsbürger“¹⁴ zu vereinfachen und zu verstärken.

Vor diesem Hintergrund werden nachstehend zunächst die Grundzüge des Freizügigkeitsrechts skizziert (II.). Daran anschließend werden die freizügigkeitsakzessorische Inländerbehandlung dargestellt (III.) und das Verhältnis des Freizügigkeitsrechts zu den Unionsgrundrechten beschrieben (IV.). Darauf aufbauend wird untersucht, ob das Freizügigkeitsrecht dogmatisch als Grundfreiheit oder als Grundrecht zu qualifizieren ist und welche Rechtsfolgen sich aus der Zuordnung ergeben (V.). Eigens behandelt wird – aus aktuellem Anlass – das Freizügigkeitsrecht für Staatsoberhäupter (VI.). Ein Fazit mit Ausblick schließt die Ausführungen ab (VII.).

II. Grundzüge des Freizügigkeitsrechts

Die Grundzüge des Freizügigkeitsrechts betreffen die Rechtsgrundlagen (1.), die Begünstigten (2.), die Verpflichteten (3.), den sachlichen Anwendungsbereich (4.), den Inhalt (5.) und die Ausnahmen (6.).

1. Rechtsgrundlagen

Das Freizügigkeitsrecht ist primärrechtlich im AEU-Vertrag verankert, wird sekundärrechtlich näher ausgestaltet und ist zusätzlich in der Grundrechte-Charta garantiert.

a) AEU-Vertrag

Gemäß Art. 21 Abs. 1 AEUV hat jeder Unionsbürger „das Recht, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten vorbehaltlich der in den Verträgen und in den Durchführungsvorschriften vorgesehenen Beschränkungen und Bedingungen frei zu bewegen und aufzuhalten“.

Dieses primärrechtlich verankerte Freizügigkeitsrecht der Unionsbürger gilt – wie aus dem Wortlaut der Vertragsbestimmung hervorgeht – nicht uneingeschränkt, sondern nur vorbehaltlich der im Primärrecht – gemeint ist damit in erster Linie der AEU-Vertrag – und in den dazu ergangenen Durchführungsvorschriften vorgesehenen Beschränkungen und Bedingungen.¹⁵

b) Sekundärrechtsakte

Zu den „Durchführungsvorschriften“ gehören die auf einen der Verträge gestützten einschlägigen Sekundärrechtsakte.¹⁶ Dazu zählt in erster Linie die Richtlinie

14 Erwgr. 1 RL 2004/38.

15 Z.B. EuGH, Rs. C-456/02 (Trojani), Slg. 2004, I-7573, Rn. 31 f.

16 Vgl. EuGH, Rs. C-456/02 (Trojani), Slg. 2004, I-7573, Rn. 31 f.; Rs. C-406/04 (De Cuyper), Slg. 2006, I-6947, Rn. 37.

2004/38 (Freizügigkeits-Richtlinie).¹⁷ Ebenso umfasst ist die Verordnung 883/2004.¹⁸

c) Grundrechte-Charta

Zusätzlich verankert ist das Freizügigkeitsrecht in der Charta der Grundrechte der EU (GRC),¹⁹ die im Rahmen der Bürgerrechte u.a. das Recht auf „Freizügigkeit und Aufenthaltsfreiheit“ garantiert. Gemäß Art. 45 GRC haben die Unionsbürgerinnen und Unionsbürger das Recht, „sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten“. Beschränkungen und Bedingungen sind in der gegenständlichen Bestimmung – abweichend von Art. 21 Abs. 1 AEUV – keine vorgesehenen. Diese ergeben sich aber aus Art. 52 GRC, der allgemein die Tragweite und Auslegung der Rechte und Grundsätze der Charta regelt. Demnach hat die Ausübung der durch die Charta anerkannten Rechte, die – wie das Freizügigkeitsrecht – in den Verträgen geregelt sind, im Rahmen der in den Verträgen festgelegten Bedingungen und Grenzen zu erfolgen (Art. 52 Abs. 3 GRC).²⁰ Daher stimmt das Freizügigkeitsrecht in Art. 45 Abs. 1 GRC inhaltlich mit dem in Art. 21 Abs. 1 AEUV überein.²¹

Dem folgend geht der EuGH in seiner Rechtsprechung davon aus, dass das in Art. 21 Abs. 1 AEUV verankerte Freizügigkeitsrecht in Art. 45 GRC lediglich „bekräftigt“ wird.²²

d) Rechtswirkungen der Rechtsgrundlagen

Art. 21 Abs. 1 AEUV entfaltet unmittelbare Wirkung.²³ Demnach verleiht die gegenständliche Bestimmung den begünstigten Unionsbürgern Rechte, die diese gerichtlich geltend machen können und die die innerstaatlichen Gerichte und Verwaltungsbehörden zu wahren haben.²⁴

Den in der Freizügigkeits-Richtlinie 2004/38 enthaltenen Bestimmungen kommt seit Ablauf der Umsetzungsfrist am 30. April 2006 ebenfalls unmittelbare Wirkung zu, soweit sie inhaltlich hinreichend genau und unbedingt formuliert sind sowie einzelnen Unionsbürgern Rechte verleihen und keine anderen Einzelnen direkt rechtlich verpflichten.²⁵

17 RL 2004/38/EG des EP 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, ABl. EU 2004 L 299/35, i.d.F. ABl. EU 2007 L 204/28.

18 VO (EG) Nr. 883/2004 des EP und des Rates vom 29.4.2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit, ABl. EU 2004 L 166/1, i.d.F. ABl. EU 2013 L 158/1. Vgl. VO (EG) Nr. 987/2009 des EP und des Rates vom 16.9.2009 zur Festlegung der Modalitäten für die Durchführung der VO (EG) Nr. 883/2004 über die Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit, ABl. EU 2009 L 284/1, i.d.F. ABl. EU 2012 L 349/45.

19 ABl. EU 2012 C 326/391.

20 Vgl. z.B. S. Magiera, in: Meyer (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 3. Aufl. 2011, Art. 45 GRC, Rn. 11.

21 Vgl. z.B. R. Streinz, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, 2. Aufl. 2012, Art. 45 GRC, Rn. 1.

22 EuGH, Rs. C-162/09 (Lassal), Slg. 2010, I-9217, Rn. 29.

23 EuGH, Rs. C-413/99 (Baumbast und R.), Slg. 2002, I-7091, Rn. 80 ff.

24 Z.B. EuGH, Urteil v. 18.7.2013, verb. Rs. C-523/11 u. C-585/11 (Prinz und Seeberger), Rn. 30.

25 Vgl. z.B. EuGH, verb. Rs. C-152/07 bis C-154/07 (Arcor u.a.), Slg. 2008, I-5959, Rn. 35 f.

Der das Freizügigkeitsrecht bekräftigenden Bestimmung in Art. 45 Abs. 1 GRC kommt im Lichte der Rechtsprechung des EuGH zu anderen Rechten der Charta²⁶ wohl auch unmittelbare Wirkung zu. Von rechtlicher Relevanz ist diese allerdings kaum, da der inhaltsgleiche Art. 21 Abs. 1 AEUV bereits unmittelbare Wirkung entfaltet. Sollte der EuGH den Rechten und Freiheiten der Charta – wie beim Verbot der Diskriminierung aus Gründen des Alters in Art. 21 GRC bereits angedeutet²⁷ – unmittelbare Wirkung zwischen Privaten (unmittelbare Drittwerkung) zuerkennen, würde die unmittelbare Wirkung von Art. 45 Abs. 1 GRC rechtliche Relevanz erhalten, sofern und soweit eine derartige Wirkung der Vertragsbestimmung in Art. 21 Abs. 1 AEUV nicht zukäme.²⁸

Unabhängig von ihrer unmittelbaren Wirkung sind die primärrechtlichen Bestimmungen in Art. 21 Abs. 1 AEUV und Art. 45 Abs. 1 GRC insofern zu beachten, als sekundärrechtliche Regelungen primär- bzw. grundrechtskonform ausgelegt werden müssen.²⁹

2. Begünstigte

Bei den Begünstigten ist zwischen den Unionsbürgern, ihren Familienangehörigen aus dritten Staaten sowie den reflexartig Begünstigten zu unterscheiden.

a) Unionsbürger

Art. 21 Abs. 1 AEUV richtet sich explizit an jeden Unionsbürger. Die gegenständliche Bestimmung berechtigt daher alle Unionsbürger, ist aber gleichzeitig auf diese beschränkt. Das Freizügigkeitsrecht ist als Bürgerrecht ausgestaltet, das ausschließlich von Unionsbürgern in Anspruch genommen werden kann. Drittstaatsangehörige können sich auf diese Vertragsbestimmung nicht direkt berufen. Dies gilt auch dann, wenn sie Familienangehörige von Unionsbürgern sind. Die etwaigen Rechte, die Art. 21 Abs. 1 AEUV Drittstaatsangehörigen verleiht, sind nämlich Rechte, „die daraus abgeleitet werden, dass ein Unionsbürger sein Recht auf Freizügigkeit ausgeübt hat“.³⁰

b) Drittstaatsangehörige

Als Familienangehörige von Unionsbürgern genießen Drittstaatsangehörige aber sekundärrechtlich ein Recht auf Bewegungsfreiheit und Aufenthalt. Dieses resultiert aus der Freizügigkeits-Richtlinie 2004/38 und wird grundsätzlich vom begünstigten Unionsbürger abgeleitet.³¹

26 Z.B. EuGH, Rs. C-555/07 (Küçükdeveci), Slg. 2010, I-365, Rn. 51.

27 EuGH, Rs. C-555/07 (Küçükdeveci), Slg. 2010, I-365, Rn. 46 i.V.m. Rn. 51; vgl. auch EuGH, Urteil v. 15.1.2014, Rs. C-176/12 (Association de médiation sociale), Rn. 41 ff.

28 S. unten II.3.c).

29 Z.B. EuGH, verb. Rs. C-22/08 u. C-23/08 (Vatsouras und Koupatantzis), Slg. 2009, I-4585, Rn. 44; Urteil v. 4.10.2012, Rs. C-75/11 (Kommission/Österreich), Rn. 56; Urteil v. 4.6.2013, Rs. C-300/11 (Z.Z.), Rn. 50 ff.

30 EuGH, Urteil v. 12.3.2014, Rs. C-456/12 (O. und B.), Rn. 36.

31 Z.B. EuGH, Urteil v. 8.11.2012, Rs. C-40/11 (Iida), Rn. 51 ff. S. dazu D. Thym in diesem Heft auf S. 135.

Zu den Familienangehörigen eines Unionsbürgers gehören nach Art. 2 Ziff. 2 der Freizügigkeits-Richtlinie 2004/38 folgende Personen:

- a) der Ehegatte;
- b) der Lebenspartner, mit dem der Unionsbürger auf der Grundlage der Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats eine eingetragene Partnerschaft eingegangen ist, sofern im Aufnahmemitgliedstaat die eingetragene Partnerschaft der Ehe gleichgestellt ist;
- c) die Verwandten in gerader absteigender Linie des Unionsbürgers und des Ehegatten oder des Lebenspartners, die das 21. Lebensjahr noch nicht vollendet haben oder denen Unterhalt gewährt wird;³²
- d) die Verwandten in gerader aufsteigender Linie des Unionsbürgers und des Ehegatten oder des Lebenspartners, denen von diesen Unterhalt gewährt wird.

Eigene Rechte stehen den Familienangehörigen von Unionsbürgern, die nicht die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaats besitzen, nur ganz ausnahmsweise zu.³³ So sieht Art. 12 Abs. 2 der Freizügigkeits-Richtlinie 2004/38 vor, dass der Tod des Unionsbürgers für derartige Familienangehörige nicht zum Verlust des Aufenthaltsrechts führt, wenn sie sich vor dem Tod des Unionsbürgers mindestens ein Jahr lang in dem Mitgliedstaat aufgehalten haben. Des Weiteren bestimmt Art. 16 Abs. 2 und Abs. 3 der Freizügigkeits-Richtlinie, dass Familienangehörige aus Drittstaaten, die sich rechtmäßig fünf Jahre lang ununterbrochen mit dem Unionsbürger im Aufnahmemitgliedstaat aufgehalten haben, ein eigenes Recht auf Daueraufenthalt erwerben.³⁴

c) Reflexartig begünstigte Dritte

Noch offen ist, ob das jedem Unionsbürger zustehende Freizügigkeitsrecht nur von diesem selbst oder auch von Dritten geltend gemacht werden kann. Zu den Dritten gehören beispielsweise Familienangehörige des Unionsbürgers aus Drittstaaten oder der Vermieter einer Wohnung, in der der begünstigte Unionsbürger seinen Wohnsitz begründet hat.

Im Rahmen der Arbeitnehmerfreizügigkeit wurde die gegenständliche Frage vom EuGH dahingehend entschieden, dass die aus dieser personenbezogenen Grundfreiheit resultierenden Rechte zwar nur dem jeweiligen Arbeitnehmer zustehen, aber auch Dritte, insbesondere der Arbeitgeber oder ein Arbeitsvermittler, sich darauf berufen können.³⁵ Aus der jüngeren Rechtsprechung des EuGH lässt sich implizit ableiten, dass zumindest die Familienangehörigen eines Unionsbürgers aus Drittstaaten, sich direkt auf die Rechte „ihres“ Unionsbürgers stützen können.³⁶

32 Vgl. EuGH, Urteil v. 16.1.2014, Rs. C-423/12 (Reyes), Rn. 28 u. 33.

33 Vgl. EuGH, Urteil v. 13.6.2013, Rs. C-45/12 (ONAFTS), Rn. 36.

34 Vgl. – zur Berechnung des Zeitraums von fünf Jahren – EuGH, Urteil v. 16.1.2014, Rs. C-378/12 (Onuekwere), Rn. 18 ff.

35 EuGH, Rs. C-350/96 (Clean Car Autoservice), Slg. 1998, I-2521, Rn. 19 f.; Rs. C-208/05 (ITC), Slg. 2007, I-181, Rn. 22 f.; Urteil v. 13.12.2012, Rs. C-379/12 (Caves Krier), Rn. 28.

36 EuGH, Urteil v. 12.3.2014, Rs. C-457/12 (S. und G.), Rn. 39 f.

3. Verpflichtete

Bei den Verpflichteten aus dem Freizügigkeitsrecht ist zwischen den Mitgliedstaaten, der EU und Privatpersonen zu differenzieren.

a) Mitgliedstaaten

Das in Art. 21 Abs. 1 AEUV verankerte Freizügigkeitsrecht besteht in erster Linie gegenüber den Mitgliedstaaten. Diese sind verpflichtet, im Rahmen ihrer Zuständigkeiten die Vorgaben aus dem Freizügigkeitsrecht zu beachten. Art. 21 Abs. 1 AEUV richtet sich an jeden Aufnahmemitgliedstaat,³⁷ bindet aber auch den Herkunfts- oder Heimatmitgliedstaat.³⁸

b) Union

Ebenfalls an Art. 21 Abs. 1 AEUV gebunden ist die EU selbst. Dem folgend muss sie insbesondere beim Erlass von Sekundärrechtsakten die Vorgaben aus Art. 21 Abs. 1 AEUV beachten.³⁹

So müssen beispielsweise die in Art. 24 Abs. 2 der Freizügigkeits-Richtlinie 2004/38 vorgesehenen Ausnahmen vom Gleichbehandlungsgrundsatz in Art. 24 Abs. 1 der Richtlinie mit dem primärrechtlich garantierten Gleichbehandlungsgrundsatz – Art. 21 Abs. 1 AEUV, allenfalls Art. 18 Abs. 1 i.V.m. Art. 21 Abs. 1 AEUV – kompatibel sein. Ob dies bei der Gewährung von Studienbeihilfen im Lichte der neuen Rechtsprechung des EuGH zu den primärrechtlichen Vorgaben (noch) zutrifft, ist allerdings fraglich.⁴⁰

c) Privatpersonen

Derzeit ist noch offen, ob und inwieweit Art. 21 Abs. 1 AEUV auch Privatpersonen verpflichtet. Im Lichte der Begründung der (mittelbaren und unmittelbaren) Dritt-wirkung des Diskriminierungsverbots im Rahmen der Arbeitnehmerfreizügigkeit gemäß Art. 45 Abs. 2 AEUV⁴¹ ist eine Dritt-wirkung des Freizügigkeitsrechts – zumindest für das Diskriminierungsverbot – wohl zu bejahen, bedarf aber einer Klärung durch den Gerichtshof der Union.

4. Sachlicher Anwendungsbereich

Das Freizügigkeitsrecht in Art. 21 Abs. 1 AEUV ist inhaltlich zweigeteilt. Es umfasst das Recht auf Bewegungsfreiheit und das Recht auf Aufenthalt. Hinzu kommen

³⁷ Z.B. EuGH, Urteil v. 21.2.2013, Rs. C-46/12 (L.N.), Rn. 26.

³⁸ Z.B. EuGH, Urteil v. 18.7.2013, verb. Rs. C-523/11 u. C-585/11 (Prinz und Seeberger), Rn. 27.

³⁹ Z.B. EuGH, Rs. C-22/08 u. C-23/08 (Vatsouras und Koupatanze), Slg 2009, I-4585, Rn. 44.

⁴⁰ S. unten II.5.b).

⁴¹ EuGH, Rs. C-415/93 (Bosman), Slg. 1995, I-4921, Rn. 82; Rs. C-281/98 (Angonese), Slg. 2000, I-4139, Rn. 36; Rs. C-94/07 (Raccanelli), Slg. 2008, I-5939, Rn. 46.

die sog. Annexgewährleistungen, die in allen mit dem Freizügigkeitsrecht verbundenen Sachbereichen einen Anspruch auf Inländergleichbehandlung sicherstellen.

a) Recht auf Bewegungsfreiheit

Das Recht auf Bewegungsfreiheit garantiert die Ausreise aus einem Mitgliedstaat,⁴² die Einreise in einen anderen Mitgliedstaat⁴³ und die freie Bewegung im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten.⁴⁴

Solange gemeinsame Vorschriften über die Kontrolle der Außengrenzen und die Ausländer-, Visum- und Asylpolitik fehlen, behalten die Mitgliedstaaten das Recht, Identitätskontrollen an den Binnengrenzen durchzuführen, damit festgestellt werden kann, ob der Betroffene „Staatsangehöriger eines Mitgliedstaats ist und damit das Recht hat, sich in den Mitgliedstaaten frei zu bewegen, oder ob er Staatsangehöriger eines Drittlandes ist, der dieses Recht nicht besitzt“.⁴⁵ Die Schengen-Staaten haben entsprechende gemeinsame Vorschriften eingeführt und darauf aufbauend die Identitätskontrollen an ihren Binnengrenzen abgeschafft.⁴⁶

b) Recht auf Aufenthalt

Das Recht auf Aufenthalt gibt den Unionsbürgern die Möglichkeit, ihren Wohnsitz auf Dauer in einen anderen Mitgliedstaat zu verlegen oder dort vorübergehend oder längerfristig zu verweilen.⁴⁷ Dabei darf der Aufenthaltsmitgliedstaat nicht der Heimatstaat des Unionsbürgers sein.⁴⁸

c) Annexgewährleistungen

Nach jüngerer Rechtsprechung des EuGH hat das in Art. 21 Abs. 1 AEUV verankerte Freizügigkeitsrecht einen weiten sachlichen Anwendungsbereich. Demnach unterliegen diesem nicht nur das Recht auf Bewegungsfreiheit und Aufenthalt (Recht auf Aufenthalt), sondern auch jene Maßnahmen, die die Ausübung des gegenständlichen Rechts erleichtern bzw. betreffen (Recht im Aufenthalt), wie z.B. Leistungen bei Arbeitslosigkeit,⁴⁹ zivile Kriegsopferentschädigungen,⁵⁰ Ausbildungsförderungen für Studierende,⁵¹ Besteuerung der Einkünfte⁵² und Anrechnung von Kindererziehungszeiten.⁵³

42 Z.B. EuGH, Urteil v. 4.10.2012, Rs. C-249/11 (Byankov), Rn. 31.

43 Z.B. EuGH, Urteil v. 4.6.2013, Rs. C-300/11 (Z.Z.), Rn. 46.

44 Zu möglichen Beschränkungen dieser Bewegungsfreiheit vgl. z.B. EuGH, Rs. C-100/01 (Olazabal), Slg. 2002, I-10981, Rn. 32.

45 EuGH, Rs. C-378/97 (Wijsenbeek), Slg. 1999, I-6207, Rn. 43.

46 Zum Schengener System vgl. z.B. W. Obwexer, Grundfreiheit Freizügigkeit (Fn. 5), S. 257 ff.

47 Z.B. EuGH, Urteil v. 8.11.2012, Rs. C-40/11 (Iida), Rn. 51 ff.

48 Z.B. EuGH, Rs. C-256/11 (Dereci u.a.), Slg. 2011, I-11315, Rn. 53 f.

49 EuGH, Rs. C-406/04 (De Cuyper), Slg. 2006, I-6947, Rn. 39.

50 EuGH, Rs. C-192/05 (Tas-Hagen und Tas), Slg. 2006, I-10451; Rs. C-499/06 (Nerkowska), Slg. 2008, I-3993.

51 EuGH, verb. Rs. C-11/06 u. C-12/06 (Morgan und Bucher), Slg. 2007, I-9161; Rs. C-158/07 (Förster), Slg. 2008, I-8507; Urteil v. 18.7.2013, verb. Rs. C-523/11 u. C-585/11 (Prinz und Seeberger).

52 EuGH, Urteil v. 12.7.2012, Rs. C-269/09 (Kommission/Spanien).

53 EuGH, Urteil v. 19.7.2012, Rs. C-522/10 (Reichel-Albert).

d) Grenzüberschreitender Bezug

Art. 21 Abs. 1 AEUV setzt – trotz seines offenen Wortlauts – eine Grenzüberschreitung voraus. Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH sind die Vertragsbestimmungen über die Freizügigkeit und die zur Durchführung dieser Bestimmungen erlassenen Maßnahmen „nicht auf Sachverhalte anwendbar (...), die keine Berührung mit irgendeinem der Sachverhalte aufweisen, auf die das Unionsrecht abstellt, und die mit keinem relevanten Element über die Grenzen eines Mitgliedstaats hinausweisen“.⁵⁴

Ein solcher Bezug zum Unionsrecht besteht bei Staatsangehörigen eines Mitgliedstaats, die sich in einen anderen Mitgliedstaat begeben (Migranten).⁵⁵ Ein grenzüberschreitendes Element liegt ebenso vor, wenn Staatsangehörige eines Mitgliedstaats sich in einen anderen Mitgliedstaat begeben und dann wieder in ihren Heimatstaat zurückkehren (Heimkehrer).⁵⁶ Des Weiteren ist ein grenzüberschreitender Bezug auch dann gegeben, wenn ein Staatsangehöriger eines Mitgliedstaats sich seit seiner Geburt im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats aufhält, dessen Staatsbürgerschaft er nicht besitzt.⁵⁷ Schließlich ist – nach jüngster Rechtsprechung des EuGH – eine Berührung zum Unionsrecht selbst dann anzunehmen, wenn Maßnahmen eines Mitgliedstaats bewirken, dass Unionsbürgern (auch eigenen Staatsangehörigen) der tatsächliche Genuss des Kernbestands der ihnen durch den Unionsbürgerstatus verliehenen Rechte verwehrt wird oder dass die Ausübung ihres Rechts, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, behindert würde (Unionsbürger ohne physischen Grenzübertritt).⁵⁸ Diese jüngste Rechtsprechung stellt eine präzisierende Modifikation der früheren Judikatur dar, aus der abgeleitet werden konnte, dass ein Bezug zum Unionsrecht dann gegeben ist, wenn Staatsangehörige eines Mitgliedstaats sich rechtmäßig in diesem aufzuhalten und neben der Staatsangehörigkeit dieses Mitgliedstaats noch die Staatsangehörigkeit eines anderen Mitgliedstaats besitzen (Doppelunionsbürger ohne physischen Grenzübertritt).⁵⁹

Dies gilt im Allgemeinen. Nach neuester – wenn auch noch nicht ganz konsistenter – Judikatur des EuGH lässt sich vereinzelt jedoch selbst bei rein internen Sachverhalten keineswegs ausschließen, dass Staatsangehörige aus anderen Mitgliedstaaten „Interesse daran hatten oder haben“, im betroffenen Mitgliedstaat tätig zu werden, beispielsweise Liegenschaften zu erwerben. In einem solchen Fall entfaltet die

⁵⁴ EuGH, Rs. C-434/09 (McCarthy), Slg. 2011, I-3375, Rn. 45; Rs. C-148/02 (Garcia Avello), Slg. 2003, I-11613, Rn. 26.

⁵⁵ Z.B. EuGH, Urteil v. 4.6.2013, Rs. C-300/11 (Z.Z.), Rn. 46 ff.

⁵⁶ Z.B. EuGH, Rs. C-378/97 (Wijzenbeek), Slg. 1999, I-6207, Rn. 22; Rs. C-224/98 (D'Hoop), Slg. 2002, I-6191, Rn. 31; Urteil v. 12.3.2014, Rs. C-456/12 (O. und B.), Rn. 46 ff.

⁵⁷ EuGH, Rs. C-200/02 (Zhu und Chen), Slg. 2004, I-9925, Rn. 41.

⁵⁸ EuGH, Rs. C-34/09 (Zambrano), Slg. 2011, I-1177, Rn. 42; Rs. C-434/09 (McCarthy), Slg. 2011, I-3375, Rn. 54. S. dazu *P. Cede* in diesem Heft auf S. 79.

⁵⁹ EuGH, Rs. C-148/02 (Garcia Avello), Slg. 2003, I-11613, Rn. 27; Rs. C-353/06 (Grunkin und Paul), Slg. 2008, I-7639, Rn. 23 f.

staatliche Regelung gleichwohl Wirkungen, die sich nicht auf diesen Mitgliedstaat beschränken. Letzteres führt dazu, dass sie dem Freizügigkeitsrecht unterfällt.⁶⁰

e) Verhältnis zu Grundfreiheiten und Diskriminierungsverbot

Eine Berufung auf Art. 21 Abs. 1 AEUV ist nach ständiger Rechtsprechung des EuGH nur dann möglich, wenn keine spezifische Regelung Anwendung findet. Als leges speciales gelten die personenbezogenen Grundfreiheiten des Binnenmarkts, die den Begünstigten ebenfalls ein Recht auf Bewegungsfreiheit und freien Aufenthalt gewähren.⁶¹ Dem folgend stellt Art. 21 Abs. 1 AEUV im Verhältnis zu den personenbezogenen Grundfreiheiten des Binnenmarkts eine lex generalis dar.⁶² Das Verhältnis zwischen dem Freizügigkeitsrecht und dem allgemeinen Diskriminierungsverbot aus Gründen der Staatsangehörigkeit in Art. 18 Abs. 1 AEUV ist komplexer ausgestaltet. Zum einen findet Art. 18 Abs. 1 AEUV nur Anwendung, sofern nicht Art. 21 Abs. 1 AEUV anzuwenden ist.⁶³ Insoweit ist Art. 21 Abs. 1 AEUV lex specialis zu Art. 18 Abs. 1 AEUV. Zum anderen eröffnet Art. 21 Abs. 1 AEUV den persönlichen und sachlichen Anwendungsbereich der Verträge und damit die Anwendbarkeit des Art. 18 Abs. 1 AEUV.⁶⁴

5. Inhalt

Das in Art. 21 Abs. 1 AEUV niedergelegte Recht auf Freizügigkeit ist als Freiheitsrecht ausgestaltet.⁶⁵ Dies resultiert aus dem Wortlaut der gegenständlichen Vertragsbestimmung, die Unionsbürgern nämlich das Recht garantiert, „sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten (...) frei zu bewegen und aufzuhalten“.⁶⁶ Im Unterschied zu den personenbezogenen Grundfreiheiten des Binnenmarkts, die überwiegend als Gleichheitsrechte formuliert sind, lassen sich aus dem Wortlaut des Art. 21 Abs. 1 AEUV hingegen keine Anhaltspunkte für einen gleichheitsrechtlichen Gehalt ableiten.⁶⁷

Dem Wortlaut der Vertragsbestimmung folgend legte der EuGH Art. 21 Abs. 1 AEUV zunächst als Beschränkungsverbot aus. Damit wurde der Ausgestaltung als Freiheitsrecht Rechnung getragen und gleichzeitig eine Annäherung an die perso-

60 EuGH, Urteil v. 8.5.2013, verb. Rs. C-197/11 u. C-203/11 (Libert u.a.), Rn. 34 f.; vgl. – zur Niederlassungsfreiheit – EuGH, Urteil v. 5.12.2013, verb. Rs. C-159/12 bis C-161/12 (Venturini u.a.), Rn. 25 ff.; Urteil v. 13.2.2014, Rs. C-367/12 (Sokoll-Seebacher), Rn. 10.

61 Vgl. EuGH, Rs. C-348/96 (Calfa), Slg. 1999, I-11, Rn. 15 u. 30; Rs. C-208/05 (ICT), Slg. 2007, I-181, Rn. 64; Rs. C-137/09 (Josemans), Slg. 2010, I-13019, Rn. 53. S. dazu z.B. W. Obwexer, Diskriminierungsverbot und Unionsbürgerschaft, in: Eilmansberger/Herzig (Hrsg.), Jahrbuch Europarecht 12, 2012, S. 61 (87).

62 Z.B. EuGH, Rs. C-155/09 (Kommission/Griechenland), Slg. 2011, I-65, Rn. 41 f.; Rs. C-240/10 (Schulz-Delzers und Schulz), Slg. 2011, I-8531, Rn. 30 f.; Urteil v. 12.7.2012, Rs. C-269/09 (Kommission/Spanien), Rn. 50.

63 Z.B. EuGH, Rs. C-25/10 (Missionswerk Werner Heukelbach), Slg. 2011, I-497, Rn. 18 f.

64 Z.B. EuGH, Urteil v. 4.10.2012, Rs. C-75/11 (Kommission/Österreich), Rn. 37 ff. S. dazu unten II.5.b).

65 So auch A. von Bogdandy/S. Bitter, Unionsbürgerschaft und Diskriminierungsverbot. Zur wechselseitigen Be schleunigung der Schwungräder unionaler Grundrechtsjudikatur, in: Gaitanides/Kadelbach/Rodriguez Iglesias (Hrsg.), FS Zuleeg, 2005, S. 309 (320).

66 Hervorhebung des Autors.

67 So auch F. Wollenschläger, Grundfreiheit ohne Markt. Die Herausbildung der Unionsbürgerschaft im unionsrechtlichen Freizügigkeitsregime, 2007, S. 197.

nenbezogenen Grundfreiheiten vollzogen.⁶⁸ Ergänzend dazu leitete der EuGH aus Art. 21 Abs. 1 AEUV aber auch einen den Grundfreiheiten strukturell vergleichbaren Diskriminierungsschutz für nicht erwerbstätige Unionsbürger ab. Diesen stützte er allerdings überwiegend nicht auf Art. 21 Abs. 1 AEUV allein, sondern auf Art. 18 Abs. 1 i.V.m. Art. 21 Abs. 1 AEUV.

a) Beschränkungsverbot – Freiheitsrecht

Die inzwischen ständige Rechtsprechung des EuGH zu Art. 21 Abs. 1 AEUV lässt kaum noch Zweifel daran, dass die gegenständliche Vertragsbestimmung als Beschränkungsverbot zu qualifizieren ist.⁶⁹

Dies resultiert zunächst daraus, dass die Feststellung, wonach „*Beschränkungen* der Freiheiten, die Art. 21 Abs. 1 AEUV jedem Unionsbürger zuerkennt“,⁷⁰ grundsätzlich verboten sind, insoweit mit der ständigen Rechtsprechung zum Beschränkungsverbot der personenbezogenen Grundfreiheiten übereinstimmt.⁷¹

Dasselbe gilt im Wesentlichen auch für die Ausführungen zu den Rechtfertigungsmöglichkeiten, wonach eine Beschränkung des Freizügigkeitsrechts nur zulässig ist, „wenn sie auf objektiven, von der Staatsangehörigkeit der Betroffenen unabhängigen Erwägungen des Allgemeininteresses beruht und in angemessenem Verhältnis zu dem mit dem nationalen Recht legitimerweise verfolgten Zweck steht“.⁷² Die in dieser Formulierung enthaltenen Elemente aus dem Diskriminierungsverbot („objektive Erwägungen“) sprechen nicht gegen eine Auslegung des Art. 21 Abs. 1 AEUV als Beschränkungsverbot. Der EuGH „vermischt“ nämlich die diesbezüglichen Formeln vereinzelt selbst bei den personenbezogenen Grundfreiheiten. So führte er Anfang 2007 zum freien Personenverkehr aus, dass eine Maßnahme, „die die Freizügigkeit der Arbeitnehmer beeinträchtigt, nur dann zulässig ist, wenn mit ihr ein berechtigter, mit dem Vertrag vereinbarer Zweck verfolgt wird, und sie aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt ist.“⁷³

Ebenso für eine Auslegung des Art. 21 Abs. 1 AEUV als Beschränkungsverbot spricht, dass der EuGH mehrfach mögliche Rechtfertigungen einer Beschränkung des Freizügigkeitsrechts einerseits und einer oder mehrerer der personenbezogenen Grundfreiheiten andererseits anhand identer Kriterien durchführte⁷⁴ bzw. zur Be-

68 Ähnlich *A. von Bogdandy/S. Bitter*, Unionsbürgerschaft und Diskriminierungsverbot (Fn. 65), S. 320.

69 So bereits GA *Colomer*, Schlussanträge v. 20.3.2007 in den verb. Rs. C-11/06 u. C-12/06 (Morgan und Bucher), Rn. 67.

70 Z.B. EuGH, Urteil v. 18.7.2013, verb. Rs. C-523/11 u. C-585/11 (Prinz und Seeberger), Rn. 27; Hervorhebung des Autors. Vgl. auch EuGH, Urteil v. 24.10.2013, Rs. C-220/12 (Meneses), Rn. 22.

71 Vgl. z.B. EuGH, Rs. C-109/04 (Kranemann), Slg. 2005, I-2421, Rn. 33; Rs. C-518/06 (Kommission/Italien), Slg. 2009, I-3491, Rn. 62.

72 Z.B. EuGH, Urteil v. 18.7.2013, verb. Rs. C-523/11 u. C-585/11 (Prinz und Seeberger), Rn. 33, m.w.N.

73 EuGH, Rs. C-208/05 (ITC), Slg. 2007, I-181, Rn. 37.

74 EuGH, Rs. C-76/05 (Schwarz und Gootjes-Schwarz), Slg. 2007, I-6849, Rn. 95 ff. u. 74 ff.; Rs. C-152/05 (Kommission/Deutschland), Slg. 2008, I-39, Rn. 30; zuletzt EuGH, Urteil v. 8.5.2013, verb. Rs. C-197/11 u. C-203/11 (Libert u.a.), Rn. 37 ff.

stätigung seiner einschlägigen Ausführungen auf seine Rechtsprechung zum Beschränkungsverbot einer der personenbezogenen Grundfreiheiten rekurrierte.⁷⁵ Ein weiteres – und wohl entscheidendes – Element für die Auslegung von Art. 21 Abs. 1 AEUV als Beschränkungsverbot liegt darin, dass im Rahmen dieser Vertragsbestimmung auch das Kriterium der Spürbarkeit zu berücksichtigen ist.⁷⁶ Dieses Kriterium hat der Gerichtshof in seiner Rechtsprechung zu den Grundfreiheiten bislang – soweit ersichtlich – nur bei Vorliegen einer Beschränkung, nicht aber bei Vorliegen einer Diskriminierung zur Anwendung gebracht. Daran ändert auch die jüngere – allerdings noch keineswegs konsistente – Rechtsprechung des EuGH nichts, wonach die Vertragsbestimmungen über die Freizügigkeit „grundlegende Bestimmungen für die Union dar(stellen)“, mit der Folge, dass „jede Beeinträchtigung dieser Freiheit, mag sie auch unbedeutend sein“, verboten ist.⁷⁷

Der Auslegung des Art. 21 Abs. 1 AEUV als Beschränkungsverbot steht nicht entgegen, dass der EuGH beim Freizügigkeitsrecht grundsätzlich nicht darauf rekurriert, ob nationale Maßnahmen die Ausübung der im AEU-Vertrag garantierten grundlegenden Freiheiten behindern oder weniger attraktiv machen können (*Gebhard-Formel*),⁷⁸ sondern – zumindest bislang – stets darauf abstellt, ob die nationale Regelung Unionsbürger allein deswegen benachteiligt (weniger günstig behandelt), weil sie von den Erleichterungen, die ihnen die Freizügigkeit garantiert, Gebrauch gemacht haben bzw. Gebrauch zu machen beabsichtigten (*Formeln De Cuyper und Tas-Hagen und Tas*).⁷⁹ Diese Formeln stimmen nämlich insoweit überein, als eine Ungleichbehandlung wegen freizügigkeitsbedingten Grenzübertritts stets die Ausübung des Freizügigkeitsrechts behindern oder weniger attraktiv machen kann.⁸⁰ Im Rahmen der personenbezogenen Grundfreiheiten stellte der Gerichtshof dies zuletzt mehrfach fest und setzte die Benachteiligung von Unionsbürgern, die eine Erwerbstätigkeit in einem anderen Mitgliedstaat ausüben wollen, mit Maßnahmen gleich, die geeignet sind, die Ausübung der durch den AEU-Vertrag garantierten Grundfreiheiten zu behindern oder weniger attraktiv zu machen.⁸¹

Die weite Auslegung des Art. 21 Abs. 1 AEUV als Beschränkungsverbot entspricht schließlich auch dem Willen des Unionsgesetzgebers. Dieser führte nämlich in der Freizügigkeits-Richtlinie 2004/38 aus, dass die „Freizügigkeit von Personen (...)

75 EuGH, verb. Rs. C-11/06 u. C-12/06 (Morgan und Bucher), Slg. 2007, I-9161, Rn. 28; Rs. C-208/07 (Chamier-Glisczinski), Slg. 2009, I-6095, Rn. 84 f.

76 EuGH, Rs. verb. Rs. C-11/06 u. C-12/06 (Morgan und Bucher), Slg. 2007, I-9161, Rn. 32; Urteil v. 24.10.2013, Rs. C-275/12 (Elrick), Rn. 29.

77 EuGH, Urteil v. 15.12.2013 (Zentralbetriebsrat der gemeinnützigen Salzburger Landeskliniken), Rn. 33, m.w.N.

78 EuGH, Rs. C-55/94 (Gebhard), Slg. 1995, I-4165, Rn. 37.

79 EuGH, verb. Rs. C-11/06 u. C-12/06 (Morgan und Bucher), Slg. 2007, I-9161, Rn. 25 ff.

80 Ähnlich F. *Wollenschläger*, Die Unionsbürgerschaft und ihre Dynamik für den Integrationsprozess jenseits des Marktes, ZEuS 2009, S. 1 (40); A.A. z.B. R. Domröse/P. Kubicki, Das unionsbürglerliche Freizügigkeitsrecht und der Zugang zu sozialen Leistungen des Herkunftsstaates, EuR 2008, S. 873 (883), für die Art. 18 Abs. 1 EGV (nunmehr Art. 21 Abs. 1 AEUV) zwei voneinander zu unterscheidende Gewährleistungsgehalte normiert: ein Verbot der Ungleichbehandlung aus Gründen freizügigkeitsbedingter Grenzüberschreitung und ein darüber hinausgehendes Beschränkungsverbot.

81 EuGH, Rs. C-212/06 („Flämische Pflegeversicherung“), Slg. 2008, I-1683, Rn. 44 f.; Rs. C-269/07 (Kommission/Deutschland), Slg. 2009, I-7811, Rn. 109.

eine der Grundfreiheiten des Binnenmarktes“ darstellt.⁸² Diese rechtliche Qualifikation wurde in der Folge vom EuGH übernommen. Letzterer judizierte, dass „die Freizügigkeit von Personen im Übrigen eine der Grundfreiheiten des Binnenmarkts ist“.⁸³

Als Beschränkungsverbot untersagt Art. 21 Abs. 1 AEUV alle Maßnahmen, die, selbst wenn sie unabhängig von der Staatsangehörigkeit der betroffenen Unionsbürger anwendbar sind, deren Freizügigkeit beeinträchtigen. Als Beeinträchtigungen gelten – im Lichte der Rechtsprechung des EuGH zu den personenbezogenen Grundfreiheiten⁸⁴ – alle Maßnahmen, die die Ausübung dieser Freiheit „behindern oder weniger attraktiv machen können“. Dies trifft jedenfalls dann zu, wenn die betreffenden Maßnahmen Unionsbürger allein deswegen benachteiligen oder weniger günstig behandeln, weil sie von ihrem Freizügigkeitsrecht Gebrauch gemacht haben bzw. Gebrauch machen wollen. Derartige Beeinträchtigungen der Freizügigkeit sind nur dann zulässig (vom Beschränkungsverbot nicht erfasst), wenn sie durch wichtige Gründe gerechtfertigt und verhältnismäßig sind. Schließlich sind nach noch ständiger Rechtsprechung nur solche Maßnahmen vom Tatbestand des Beschränkungsverbots erfasst, die nicht zu ungewiss sind und zu indirekt wirken (spürbare Beschränkungen). Insoweit stimmt das Beschränkungsverbot des Art. 21 Abs. 1 AEUV mit dem Beschränkungsverbot der personenbezogenen Grundfreiheiten inhaltlich überein.⁸⁵

Abweichend vom Beschränkungsverbot der personenbezogenen Grundfreiheiten scheint das Beschränkungsverbot des Art. 21 Abs. 1 AEUV sich nicht nur auf Maßnahmen zu beziehen, die das Recht auf Bewegungsfreiheit und/oder das Aufenthaltsrecht selbst betreffen (Recht auf Aufenthalt). Vielmehr werden davon alle Maßnahmen umfasst, die die Ausübung des Freizügigkeitsrechts „beeinträchtigen“.⁸⁶ Dies resultiert daraus, dass der Gerichtshof in seiner neueren Rechtsprechung den sachlichen Anwendungsbereich von Art. 21 Abs. 1 AEUV auch auf all jene Situationen erstreckt, die die Ausübung der durch Art. 21 AEUV verliehenen Freiheit, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten zu bewegen und aufzuhalten, betreffen.⁸⁷

Demnach unterfallen dem Beschränkungsverbot selbst jene Maßnahmen, die die Ausübung des Freizügigkeitsrechts (bloß) erleichtern bzw. damit in Zusammenhang stehen (Recht im Aufenthalt).⁸⁸ Zu diesen Annexgewährleistungen zählen insbe-

82 Erwgr. 2 RL 2004/38.

83 EuGH, Rs. C-343/09 (McCarthy), Slg. 2011, I-3375, Rn. 27. S. unten V.2.

84 Vgl. z.B. EuGH, Rs. C-55/94 (Gebhard), Slg. 1995, I-4165, Rn. 37; Rs. C-108/96 (Mac Quen u.a.), Slg. 2001, I-837, Rn. 26.

85 EuGH, Urteil v. 8.5.2013, verb. Rs. C-197/11 u. C-203/11 (Libert u.a.), Rn. 38.

86 EuGH, Rs. C-192/05 (Tas-Hagen und Tas), Slg. 2006, I-10451, Rn. 27.

87 Z.B. EuGH, Rs. C-499/06 (Nerkowska), Slg. 2008, I-3993, Rn. 23 u. 26; Rs. C-221/07 (Zablocka-Weyhermüller), Slg. 2008, I-9029, Rn. 27 u. 29.

88 Vgl. EuGH, Rs. C-544/07 (Rüffler), Slg. 2009, I-3389, Rn. 61 ff. A.A. C. Callies, Unionsbürger (Fn. 9), S. 29, der vom Beschränkungsverbot des Art. 18 Abs. 1 EGV (nunmehr Art. 21 Abs. 1 AEUV) nur das „Ob“, nicht aber das „Wie“ des Aufenthalts umfasst sieht; ebenso T. Kingreen, Die Universalisierung sozialer Rechte im europäischen Gemeinschaftsrecht, EuR-Beiheft 1-2007, S. 43 (56).

sondere Leistungen bei Arbeitslosigkeit,⁸⁹ zivile Kriegsopferentschädigungen⁹⁰ und Ausbildungsförderungen für Studierende.⁹¹

Dem folgend geht das Beschränkungsverbot des Art. 21 Abs. 1 AEUV in seiner Reichweite über das Beschränkungsverbot der personenbezogenen Grundfreiheiten hinaus. Eine akzessorische Freiheitssicherung über Art. 18 Abs. 1 AEUV – wie bei den personenbezogenen Grundfreiheiten – scheint beim Freizügigkeitsrecht des Art. 21 Abs. 1 AEUV daher nicht mehr notwendig zu sein.

Diese extensive Auslegung des Art. 21 Abs. 1 AEUV führt – infolge des weit gefassten Anwendungsbereichs des AEU-Vertrags einerseits und des nur durch die Spürbarkeit begrenzten Tatbestands des Freizügigkeitsrechts (sofern und soweit noch geltende Rechtslage)⁹² andererseits – dazu, dass bei Vorliegen eines grenzüberschreitenden Sachverhalts beinahe alle Regelungen des nationalen Rechts einem Rechtfertigungzwang unterliegen.⁹³

b) Diskriminierungsverbot – Gleichheitsrecht

Art. 21 Abs. 1 AEUV normiert – zumindest nach seinem Wortlaut – kein Diskriminierungsverbot aus Gründen der Staatsangehörigkeit. Ein solches ist dem Beschränkungsverbot jedoch inhärent. Letzteres setzt nämlich eine nicht diskriminierende Regelung voraus und impliziert daher ein Diskriminierungsverbot. Wohl aus diesem Grund wurde vom EuGH im Jahr 2011 – ohne nähere Begründung – ausgeführt, dass das in Art. 21 Abs. 1 AEUV verankerte Freizügigkeitsrecht „nicht nur das Recht, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, sondern auch (...) das Verbot jeglicher Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit“ umfasst.⁹⁴

Zusätzlich normiert die in Durchführung des Art. 21 Abs. 1 AEUV erlassene Freizügigkeits-Richtlinie 2004/38 in ihrem Art. 24 ein sekundärrechtliches Recht auf Inländergleichbehandlung.

Gemäß Art. 24 Abs. 1 der Freizügigkeits-Richtlinie genießt jeder Unionsbürger, der sich aufgrund dieser Richtlinie im Hoheitsgebiet des Aufnahmemitgliedstaats aufhält, im Anwendungsbereich des Unionsrechts – vorbehaltlich spezifischer und ausdrücklich im AEU-Vertrag und im Sekundärrecht vorgesehener Bestimmungen – die gleiche Behandlung wie die Staatsangehörigen dieses Mitgliedstaats. Für die Unionsbürger und ihre Familienangehörigen, die ihrerseits Unionsbürger sind, ist dieses Recht nicht neu, sondern bekräftigt lediglich die Verpflichtung zur Gleichbehandlung, die im primären Unionsrecht (Art. 21 Abs. 1 AEUV, allenfalls i.V.m.

89 EuGH, Rs. C-406/04 (De Cuyper), Slg. 2006, I-6947.

90 EuGH, Rs. C-192/05 (Tas-Hagen und Tas), Slg. 2006, I-10451; Rs. C-499/06 (Nerkowska), Slg. 2008, I-3993; Rs. C-221/07 (Zablocka-Weyhermüller), Slg. 2008, I-9029.

91 EuGH, verb. Rs. C-11/06 u. C-12/06 (Morgan und Bucher), Slg. 2007, I-9161; Rs. C-158/07 (Förster), Slg. 2008, I-8507. S. dazu auch R. Rebhahn in diesem Heft auf S. 95.

92 S. oben bei Fn. 75.

93 So auch P. Kubicki, Kurze Nachlese zur Rechtssache Grunkin-Paul – Art. 18 EG und die Rechtsfolgen eines Verstoßes, EuZW 2009, S. 266 (267).

94 EuGH, Urteil v. 12.5.2011, Rs. C-391/09 (Runevič-Vardyn und Łukasz Paweł Wardyn), Rn. 65.

Art. 18 Abs. 1 AEUV) niedergelegt ist.⁹⁵ Neu ist das Recht auf Gleichbehandlung aber für die Familienangehörigen, die nicht die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaats besitzen und das Recht auf Aufenthalt oder das Recht auf Daueraufenthalt genießen. Diese sind im Anwendungsbereich des Unionsrechts ebenfalls gleich zu behandeln wie die Staatsangehörigen des Aufnahmemitgliedstaats.

Art. 24 Abs. 2 der Freizügigkeits-Richtlinie lässt jedoch drei Kategorien von Ausnahmen zu. So ist ein Aufnahmemitgliedstaat nicht verpflichtet, anderen Personen als Arbeitnehmern oder Selbstständigen und ihren Familienangehörigen während der ersten drei Monate ihres Aufenthalts Sozialhilfe zu gewähren. Dasselbe gilt für Arbeit suchende Unionsbürger während der unionsrechtlich erlaubten Zeit ihrer Arbeitssuche. Schließlich ist ein Aufnahmemitgliedstaat nicht verpflichtet, Unionsbürgern vor Erwerb des Rechts auf Daueraufenthalt Studienbeihilfen, einschließlich Beihilfen zur Berufsausbildung, in Form eines Stipendiums oder Studiendarlehens, zu gewähren.

Art. 24 Abs. 2 der Freizügigkeits-Richtlinie ist als „Ausnahme von dem in Art. 18 AEUV normierten Grundsatz der Gleichbehandlung, der in Art. 24 Abs. 1 der Richtlinie 2004/38 lediglich einen besonderen Ausdruck findet, (...) eng auszulegen“.⁹⁶ Demnach sind vom Gleichbehandlungsgrundsatz nur Studienbeihilfen „in Form eines Stipendiums oder Studiendarlehens“ ausgenommen, nicht aber beispielsweise Fahrpreisermäßigungen für Studierende, auch wenn diese „Beihilfen zu den Unterhaltskosten während des Studiums bilden“.⁹⁷ Selbst diese enge Auslegung kollidiert jedoch mit den primärrechtlichen Vorgaben aus Art. 21 Abs. 1 AEUV. Die gegenständliche Vertragsbestimmung erlaubt den Mitgliedstaaten zwar, die Gewährung von Studienbeihilfen jenen Studierenden mit Unionsbürgerstatus vorzubehalten, die bis zu einem gewissen Grad in die Gesellschaft des betreffenden Staats integriert sind, verlangt aber, dass der erforderliche Integrationsgrad nicht nur durch eine bestimmte Aufenthaltsdauer – wie es die Freizügigkeits-Richtlinie vorsieht – nachgewiesen werden kann, sondern auch andere repräsentative Kriterien zugelassen werden müssen.⁹⁸

c) Inländerdiskriminierung

Die spezifischen Freiheitsgewährleistungen des Art. 21 Abs. 1 AEUV sind nur auf Sachverhalte anwendbar, die ein grenzüberschreitendes Element aufweisen.⁹⁹ Daselbe gilt für die akzessorische Freiheitssicherung gemäß Art. 18 Abs. 1 AEUV, da erst Art. 21 Abs. 1 AEUV, der ein grenzüberschreitendes Element verlangt, den Anwendungsbereich des Unionsrechts eröffnet.¹⁰⁰ Dem folgend beinhaltet das In-

95 Vgl. EuGH, Urteil v. 8.5.2013, verb. Rs. C-197/11 u. C-203/11 (Libert u.a.), Rn. 38.

96 EuGH, Urteil v. 4.10.2012, Rs. C-75/11 (Kommission/Österreich), Rn. 54; Urteil v. 21.2.2013, Rs. C-46/12 (L.N.), Rn. 33.

97 EuGH, Urteil v. 4.10.2012, Rs. C-75/11 (Kommission/Österreich), Rn. 55.

98 Z.B. EuGH, Urteil v. 18.7.2013, verb. Rs. C-523/11 u. C-585/11 (Prinz und Seeberger), Rn. 37 f.

99 S. oben II.4.d).

100 S. unten III.

stitut der Unionsbürgerschaft keinen davon unabhängigen Gleichbehandlungsanspruch.¹⁰¹

Der Ausschluss rein interner Sachverhalte vom Anwendungsbereich der einschlägigen unionsrechtlichen Vorschriften kann zu Inländerdiskriminierungen führen, die beim derzeitigen Stand des Unionsrechts jedoch nicht verboten sind. Inländische Unionsbürger können ihre Schlechterstellung gegenüber ausländischen Unionsbürgern, die sich auf die Freizügigkeitsgewährleistungen stützen können, nur – wenn überhaupt – unter Berufung auf das nationale Verfassungsrecht bekämpfen.¹⁰² Die unionsrechtliche Zulässigkeit von Inländerdiskriminierungen wird in der Lehre zunehmend kritisiert. Begründet wird diese Kritik damit, dass die Unionsbürgerschaft ein Band um alle Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten lege und diese zu einer Rechte- und Pflichtengemeinschaft vereine, die den gleichen Schutz für alle Unionsbürger beinhaltet und dem folgend eine Unterscheidung von internen und grenzüberschreitenden Sachverhalten verbiete.¹⁰³

6. Ausnahmen

Das in Art. 21 Abs. 1 AEUV verankerte Freizügigkeitsrecht gilt „nicht uneingeschränkt, sondern nur vorbehaltlich der in den Verträgen und in den Durchführungs vorschriften vorgesehenen Beschränkungen und Bedingungen“.¹⁰⁴

Die Beschränkungen stellen als Schrankenvorbehalt Ausnahmen vom Freizügigkeitsrecht dar. Sie umfassen – wie im Rahmen der personenbezogenen Grundfreiheiten – die Rechtfertigungsgründe der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit. Hinzu kommen die ungeschriebenen Rechtfertigungsgründe in Form der objektiven Erwägungen bzw. der zwingenden Erfordernisse des Allgemeininteresses („objektive Erwägungen des Allgemeininteresses“), die allerdings – in Anlehnung an die Grundfreiheiten – als immanente Tatbestandsmerkmale des Diskriminierungsverbots bzw. des Beschränkungsverbots anzusehen und nicht als Ausnahmen einzuordnen sind.

Die Bedingungen bezeichnen die in der Freizügigkeits-Richtlinie 2004/38 enthaltenen Voraussetzungen, nämlich insbesondere ausreichende Existenzmittel und einen umfassenden Krankenversicherungsschutz im Aufnahmemitgliedstaat (Art. 7 Abs. 1 lit. b der Richtlinie 2004/38).¹⁰⁵

Eine Bereichsausnahme wie bei den personenbezogenen Grundfreiheiten ist beim Freizügigkeitsrecht nicht vorgesehen.

101 Ähnlich *F. Wollenschläger*, Grundfreiheit ohne Markt (Fn. 67), S. 223.

102 Ähnlich *C. Schönberger*, Unionsbürger. Europas föderales Bürgerrecht in vergleichender Sicht, 2005, S. 429. Zum verfassungsrechtlichen Verbot der Inländerdiskriminierung in Österreich vgl. z.B. *M. Schweizer/W. Hummer/W. Obwexer*, Europarecht. Das Recht der Europäischen Union, 2007, Rn. 1308 f.

103 Vgl. *F. Wollenschläger*, Grundfreiheit ohne Markt (Fn. 67), S. 222, m.w.N.

104 Vgl. EuGH, Rs. C-456/02 (Trojani), Slg. 2004, I-7573, Rn. 31 f.; Rs. C-406/04 (De Cuyper), Slg. 2006, I-6947, Rn. 36.

105 Z.B. EuGH, Rs. C-480/08 (Teixeira), Slg. 2010, I-1107, Rn. 42; Urteil v. 19.9.2013, Rs. C-140/12 (Brey), Rn. 47 ff.

a) Rechtfertigungsgründe

Die Rechtfertigungsgründe der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit sind primärrechtlich in Art. 45 Abs. 3, Art. 52 Abs. 1 und Art. 52 Abs. 1 i.V.m. Art. 61 Abs. 1 AEUV verankert und werden sekundärrechtlich in Kap. VI der Freizügigkeits-Richtlinie 2004/38 näher ausgestaltet. Sie erlauben in Einzelfällen die Ausübung des Rechts auf Freizügigkeit zu beschränken und stellen insoweit Schranken des Rechts dar.¹⁰⁶ Gleichzeitig unterliegen sie ihrerseits auch bestimmten Grenzen (Schranken-Schranken). So müssen die zum Schutz der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit ergriffenen Maßnahmen geeignet sein, das damit verfolgte Ziel zu erreichen, und dürfen nicht über das hinausgehen, was zur Zielerreichung erforderlich ist (Grundsatz der Verhältnismäßigkeit).¹⁰⁷ Des Weiteren müssen Einschränkungen des Freizügigkeitsrechts den Unionsgrundrechten entsprechen.¹⁰⁸ Schließlich wird eine Berufung auf die Rechtfertigungsgründe der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit durch eine abschließende Harmonisierung auf Unionsebene zum Schutz dieser Gründe ausgeschlossen.¹⁰⁹

Die Rechtfertigungsgründe der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit sind nach dem Wortlaut des Art. 21 Abs. 1 AEUV auf das Recht der Unionsbürger, sich frei zu bewegen und aufzuhalten, bezogen (Recht auf Aufenthalt). Sie gelten nicht für die mit diesem Recht verbundenen Sachbereiche (Recht im Aufenthalt). Andernfalls würde die Ausdehnung des Art. 21 Abs. 1 AEUV auf die mit dem Freizügigkeitsrecht verbundenen Sachbereiche einen Rückschritt hinter den bereits erreichten Besitzstand darstellen. Bei einer Anwendung von Art. 21 Abs. 1 i.V.m. Art. 18 Abs. 1 AEUV sind die Rechtfertigungsgründe der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit nämlich zweifelsfrei auf das – den Anwendungsbereich des Unionsrechts eröffnende – Freizügigkeitsrecht in Art. 21 Abs. 1 AEUV begrenzt.

b) Bereichsausnahme

Im Gegensatz zu den personenbezogenen Grundfreiheiten, die gemäß Art. 45 Abs. 4, Art. 51 Abs. 1 und Art. 51 Abs. 1 i.V.m. Art. 62 AEUV alle einer Bereichsausnahme unterliegen, sieht Art. 21 AEUV keine derartige Ausnahme vor.¹¹⁰ Dem folgend sind vom Freizügigkeitsrecht alle davon betroffenen Sachbereiche umfasst und keine – ganz allgemein – davon ausgenommen.

Die betroffenen Sachbereiche reichen sehr weit, da der sachliche Anwendungsbereich des Art. 21 Abs. 1 AEUV nach neuerer Rechtsprechung des EuGH nicht nur

¹⁰⁶ Z.B. EuGH, verb. Rs. C-482/01 u. C-493/01 (Orfanopoulos und Oliveri), Slg. 2004, I-5257, Rn. 47 ff.; Rs. C-145/09 (Tsakouridis), Slg. 2010, I-11979, Rn. 25 ff.; Urteil v. 22.5.2012, Rs. C-348/09 (P.I.), Rn. 19 ff. S. dazu *M. Berger* in diesem Heft auf S. 195.

¹⁰⁷ Z.B. EuGH, Rs. C-145/09 (Tsakouridis), Slg. 2010, I-11979, Rn. 53.

¹⁰⁸ Z.B. EuGH, Rs. C-145/09 (Tsakouridis), Slg. 2010, I-11979, Rn. 52.

¹⁰⁹ Vgl. z.B. EuGH, Rs. C-50/06 (Kommission/Niederlande), Slg. 2007, I-4383, Rn. 34.

¹¹⁰ Vgl. GA Kokott, Schlussanträge v. 30.3.2006 in der Rs. C-192/05 (Tas-Hagen und Tas), Rn. 39.

das Recht auf Aufenthalt, sondern auch das Recht im Aufenthalt (Annexmaterien) umfasst.¹¹¹

III. Freizügigkeitsakzessorische Inländerbehandlung

Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH unterfallen mitgliedstaatliche Regelungen, die das Recht auf Bewegungsfreiheit und Aufenthalt unmittelbar betreffen (Recht auf Aufenthalt), dem Diskriminierungs- und Beschränkungsverbot des Art. 21 Abs. 1 AEUV.¹¹²

Demgegenüber unterliegen jene mitgliedstaatlichen Regelungen, die nur mittelbar zu einer Behinderung der Ausübung dieses Rechts führen, jedenfalls dem allgemeinen Diskriminierungsverbot in Art. 18 Abs. 1 AEUV. Letzteres führt dazu, dass alle Unionsbürger, die von ihrem Recht auf Bewegungsfreiheit und/oder Aufenthalt Gebrauch machen, in allen Bereichen, die geeignet sind, dieses Recht zu erleichtern (Recht im Aufenthalt), einen Anspruch auf Gleichbehandlung mit den Angehörigen des Aufnahmemitgliedstaats haben.

1. Geltende Rechtslage

Dieser umfassende Anspruch auf Inländergleichbehandlung resultiert daraus, dass nach ständiger Rechtsprechung des EuGH Unionsbürger, die von ihrem Freizügigkeitsrecht Gebrauch machen, in den persönlichen Anwendungsbereich der Verträge fallen. Sie können daher in allen Fällen, die in den sachlichen Anwendungsbereich der Verträge fallen, sich auf Art. 18 Abs. 1 AEUV berufen. Zum sachlichen Anwendungsbereich der Verträge gehören jene Situationen, die geeignet sind, „die Ausübung der Freiheit, sich in einem anderen Mitgliedstaat zu bewegen und aufzuhalten, zu erleichtern“¹¹³ bzw. diese „betreffen“.¹¹⁴ Dem folgend kann sich ein Unionsbürger, der sich rechtmäßig im Gebiet eines anderen Mitgliedstaats aufhält, in allen Situationen, die zur Freiheit, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten zu bewegen und aufzuhalten, gehören, auf das Diskriminierungsverbot aus Gründen der Staatsangehörigkeit in Art. 18 Abs. 1 AEUV berufen.¹¹⁵ Dabei kommt es nicht darauf an, ob das Aufenthaltsrecht im Aufnahmemitgliedstaat aus dem Unionsrecht (Art. 21 Abs. 1 AEUV) resultiert oder (bloß) nach nationalem Recht besteht. Auch in letzterem Fall kann sich der aufenthaltsberechtigte Unionsbürger auf Art. 18 Abs. 1 AEUV stützen.¹¹⁶

Daraus ergibt sich – wie bei den personenbezogenen Grundfreiheiten – eine akzessorische Freiheitssicherung über Art. 18 Abs. 1 AEUV. Diese beinhaltet folgen-

111 S. oben II.5.a) u. b).

112 S. oben II.5.

113 EuGH, Rs. C-274/96 (Bickel und Franz), Slg. 1998, I-7637, Rn. 16.

114 EuGH, Rs. C-148/02 (Garcia Avello), Slg. 2003, I-11613, Rn. 24; Rs. C-209/03 (Bidar), Slg. 2005, I-2119, Rn. 32 f.

115 EuGH, Rs. C-184/99 (Grzelczyk), Slg. 2001, I-6193, Rn. 32 f.; vgl. Anmerkung *W. Obwexer*, EuZW 2002, S. 56.

116 EuGH, Rs. C-456/02 (Trojani), Slg. 2004, I-7573, Rn. 39 ff.

den Grundsatz: Jeder Unionsbürger, der sich rechtmäßig in einem anderen Mitgliedstaat bewegt und/oder aufhält, ist in allen Bereichen, die geeignet sind, das Recht auf Bewegungsfreiheit und/oder Aufenthalt zu erleichtern (Recht im Aufenthalt), genau so zu behandeln wie die Inländer. Von besonderer Relevanz ist dieser Grundsatz beim Zugang zu sozialen Leistungen des Aufnahmemitgliedstaats.¹¹⁷

2. Neue Entwicklungen

Nach neuer Rechtsprechung des EuGH umfasst das in Art. 21 Abs. 1 AEUV verankerte Freizügigkeitsrecht „nicht nur das Recht, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, sondern auch (...) das Verbot jeglicher Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit“.¹¹⁸ Hinzu kommt, dass dieses nunmehr aus Art. 21 Abs. 1 AEUV resultierende Diskriminierungsverbot nicht mehr nur in den Bereichen Bewegungsfreiheit und Aufenthalt (Recht auf Aufenthalt) gilt, sondern auch die diese Rechte betreffenden Sachbereiche (Recht im Aufenthalt) umfasst.

3. Rechtsfolgen

Dem folgend sind direkt oder indirekt diskriminierende Regelungen im (persönlichen und sachlichen) Anwendungsbereich des Freizügigkeitsrechts nunmehr von Art. 21 Abs. 1 AEUV verboten. Ein Rückgriff auf Art. 18 Abs. 1 AEUV ist daher nicht mehr erforderlich. Da Art. 21 Abs. 1 AEUV nicht nur das Recht auf Aufenthalt, sondern auch das Recht im Aufenthalt umfasst, wird das allgemeine Diskriminierungsverbot aus Gründen der Staatsangehörigkeit im Art. 18 Abs. 1 AEUV im Anwendungsbereich des Freizügigkeitsrechts vollständig obsolet werden.¹¹⁹ Noch hat der EuGH dieser von ihm selbst eingeleiteten neuen Entwicklung allerdings nicht vollständig zum Durchbruch verholfen, wie spätere – erneut auf Art. 18 Abs. 1 i.V.m. Art. 21 Abs. 1 AEUV gestützte – Urteile zeigen.¹²⁰

Der formale Wechsel der Rechtsgrundlage von Art. 18 Abs. 1 i.V.m. Art. 21 Abs. 1 AEUV zu Art. 21 Abs. 1 AEUV wird jedoch ohne materielle Auswirkungen bleiben. Das Diskriminierungsverbot aus Art. 21 Abs. 1 AEUV geht inhaltlich nämlich nicht über jenes in Art. 18 Abs. 1 AEUV hinaus.

IV. Freizügigkeitsrecht und Unionsgrundrechte

Das Freizügigkeitsrecht in Art. 21 Abs. 1 AEUV verpflichtet in erster Linie die Mitgliedstaaten.¹²¹ Dabei stellt sich u.a. die Frage, ob und in welchem Umfang die

¹¹⁷ Vgl. z.B. *J. Raschka*, Freizügigkeit von Unionsbürgern und Zugang zu sozialen Leistungen, EuR 2013, S. 116. S. auch *R. Rebhahn* in diesem Heft auf S. 95.

¹¹⁸ EuGH, Urteil v. 12.5.2011, Rs. C-391/09 (Runjevič-Vardyn und Łukasz Paweł Wardyn), Rn. 65. S. oben II.5.b).

¹¹⁹ Vgl. *W. Obwexer*, Grundfreiheit Freizügigkeit (Fn. 5), S. 367 f.

¹²⁰ Z.B. EuGH, Urteil v. 4.10.2012, Rs. C-75/11 (Kommission/Österreich), Rn. 66.

¹²¹ S. oben II.3.a).

Mitgliedstaaten bei der Vollziehung des Freizügigkeitsrechts auch an die Unionsgrundrechte, insbesondere jene der Grundrechte-Charta, gebunden sind.

1. Geltende Rechtslage

Gemäß Art. 51 Abs. 1 GRC gilt die Charta für die Mitgliedstaaten „ausschließlich bei der Durchführung des Rechts der Union“. Diese umfasst jedenfalls die Umsetzung der Freizügigkeits-Richtlinie 2004/38 durch die Mitgliedstaaten.

Nicht geklärt war mehrere Jahre allerdings, ob die Grundrechte-Charta die Mitgliedstaaten auch dann bindet, wenn sie zwar nicht Unionsrecht durchführen, aber im Anwendungsbereich desselben handeln.¹²² Beim Freizügigkeitsrecht ist dies von besonderer Bedeutung. Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH eröffnet die Ausübung des Freizügigkeitsrechts nämlich den persönlichen Anwendungsbereich des Unionsrechts. Zum sachlichen Anwendungsbereich des Unionsrechts gehören jedenfalls die Bewegungsfreiheit und/oder der Aufenthalt (Recht auf Aufenthalt). Zusätzlich umfasst der sachliche Anwendungsbereich des Unionsrechts auch jene Situationen, die mit der Ausübung des Freizügigkeitsrechts zusammenhängen (Recht im Aufenthalt). Letztere sind weit gestreut und reichen von Leistungen bei Arbeitslosigkeit über Ausbildungsförderungen für Studierende bis zur Anrechnung von Kindererziehungszeiten.¹²³

2. Neue Entwicklungen

Ende Februar 2013, mehr als drei Jahre nach Inkrafttreten der Grundrechte-Charta, legte der EuGH Art. 51 Abs. 1 GRC erstmals ausdrücklich und mit umfassender Begründung aus. Dabei verwies er zunächst auf seine ständige Rechtsprechung, wonach die in der Unionsrechtsordnung garantierten Grundrechte „in allen unionsrechtlich geregelten Fallgestaltungen“ Anwendung finden.¹²⁴ Demnach sind die in der Grundrechte-Charta garantierten Grundrechte zu beachten, „wenn eine nationale Rechtsvorschrift in den Geltungsbereich des Unionsrechts fällt“. Daher „sind keine Fallgestaltungen denkbar, die vom Unionsrecht erfasst würden, ohne dass diese Grundrechte anwendbar wären.“ Folglich umfasst die „Anwendbarkeit des Unionsrechts ... die Anwendbarkeit der durch die Charta garantierten Rechte“ (*Åkerberg Fransson-Formel*).¹²⁵

Mit Urteil vom selben Tag entschied der EuGH, dass es den nationalen Gesetzgebungsorganen, Verwaltungsbehörden und Gerichten im Anwendungsbereich des Unionsrechts weiterhin frei steht, „nationale Schutzstandards für die Grundrechte

¹²² Vgl. z.B. J. Lohse, Die Rechtsprechung des EuGH zum Aufenthaltsrecht Drittstaatsangehöriger – auf dem Weg zur Achtung der Kompetenzverteilung bei der Gewährleistung von Grundrechten?, EuGRZ 2012, S. 693 (700 ff.).

¹²³ S. oben II.4.c).

¹²⁴ Z.B. EuGH, Rs. C-260/89 (ERT), Slg. 1991, I-2925, Rn. 42; Rs. C-309/96 (Annibaldi), Slg. 1997, I-7493, Rn. 13; Rs. C-256/11 (Dereci u.a.), SG.2011, I-11315, Rn. 72.

¹²⁵ EuGH, Urteil v. 26.2.2013, Rs. C-617/10 (Åkerberg Fransson), Rn. 21.

anzuwenden, sofern durch diese Anwendung weder das Schutzniveau der Charta, wie sie vom Gerichtshof ausgelegt wird, noch der Vorrang, die Einheit und die Wirksamkeit des Unionsrechts beeinträchtigt werden“ (*Melloni*-Formel).¹²⁶ Diese Entscheidung wurde im Urteil *Åkerberg Fransson* inhaltlich bestätigt und gleichzeitig auf jene Fallkonstellationen beschränkt, in denen das „Handeln eines Mitgliedstaats nicht vollständig durch das Unionsrecht bestimmt wird“.¹²⁷

3. Rechtsfolgen

Aus dieser jüngsten Rechtsprechung des EuGH folgt, dass Unionsbürger, die von ihrem Freizügigkeitsrecht Gebrauch machen, sich im Rahmen von Bewegungsfreiheit und Aufenthalt (Recht auf Aufenthalt) auf die Rechte und Freiheiten der Grundrechte-Charta stützen können. Die Charta-Rechte sind aber auch in allen das Freizügigkeitsrecht betreffenden Sachverhalten (Recht im Aufenthalt) anzuwenden. Höhere nationale Schutzstandards sind nur noch eingeschränkt durchsetzbar.

Dabei sind zwei Fallkonstellationen zu unterscheiden. Wird das Handeln der Mitgliedstaaten vom Unionsrecht vollständig determiniert, indem es ihnen keinen Ermessenspielraum mehr belässt, so sind ausschließlich die Unionsgrundrechte anzuwenden.¹²⁸ Sie bilden den alleinigen Prüfungsmaßstab für das einschlägige sekundäre Unionsrecht und das dieses vollziehende nationale Recht. Die nationalen Grundrechte dürfen nicht zusätzlich als Prüfungsmaßstab herangezogen werden. Dies gilt auch dann, wenn sie ein höheres Schutzniveau garantieren. Determiniert das Unionsrecht das Handeln der Mitgliedstaaten hingegen nicht vollständig, sondern lässt ihnen einen entsprechenden Ermessensspielraum, so sind die Mitgliedstaaten zwar ebenfalls an die Unionsgrundrechte gebunden, dürfen aber – so lässt sich aus der bisherigen Rechtsprechung des EuGH, wenn auch nicht eindeutig, ableiten – weiterhin ihre nationalen Grundrechte anwenden. Dies gilt sowohl bei der Durchführung von Unionsrecht (*Wachauf*-Konstellation) als auch bei einer (bloßen) Anwendung desselben (*ERT*-Konstellation).¹²⁹ Die höheren nationalen Schutzstandards dürfen aber nicht den Vorrang, die Einheit und die Wirksamkeit des Unionsrechts beeinträchtigen.

Dem folgend ist die Inländerbehandlung bei der Inanspruchnahme nationaler Grundrechte¹³⁰ nur noch ganz eingeschränkt von Relevanz, nämlich in den wenigen Fällen, in denen höhere nationale Schutzstandards unionsrechtlich erlaubt sind.

126 EuGH, Urteil v. 26.2.2013, Rs. C-399/11 (*Melloni*), Rn. 60.

127 EuGH, Urteil v. 26.2.2013, Rs. C-617/10 (*Åkerberg Fransson*), Rn. 29. Vgl. z.B. *W. Obwexer*, Der Schutz der Grundrechte durch den Gerichtshof der EU nach Lissabon. Auslegung und Anwendung der Grundrechte-Charta gegenüber den EU-Organen, den Mitgliedstaaten und dem allgemeinen Völkerrecht, ZÖR 2013, S. 487 (502 ff.).

128 Z.B. EuGH, verb. Rs. C-92/09 u. C-93/09 (Schecke und Eifert), Slg. 2010, I-11063, Rn. 46.

129 EuGH, Urteil v. 30.4.2014, Rs. C-390/12 (Pfleger u.a.), Rn. 36.

130 Vgl. *S. Griller*, Vom Diskriminierungsverbot zur Grundrechtsgemeinschaft? Oder: Von der ungebrochenen Rechtsfortbildungskraft des EuGH, in: *Akyürek* u.a. (Hrsg.), FS Schäffer, 2006, S. 203 (215).

V. Dogmatische Einordnung des Freizügigkeitsrechts: Grundfreiheit oder Grundrecht?

Die in unterschiedlichen Primärrechtsquellen verankerten Rechtsgrundlagen des Freizügigkeitsrechts – Art. 21 Abs. 1 AEUV und Art. 45 Abs. 1 GRC¹³¹ – lassen offen, ob das gegenständliche Recht eine Grundfreiheit oder ein Grundrecht darstellt.

1. Einordnung in der Lehre

In der Lehre wird das Freizügigkeitsrecht der Unionsbürger zunehmend und inzwischen überwiegend als Grundfreiheit qualifiziert.¹³² Es gibt aber nach wie vor gewichtige Stimmen, die dieses Recht der Unionsbürger als Grundrecht – ohne Präzisierung ob im engeren oder im weiteren Sinn¹³³ – ansehen.¹³⁴ Wieder andere qualifizieren das gegenständliche Recht als Sonderfall und stufen es als Recht „sui generis“ ein.¹³⁵

2. Einordnung in der Rechtsprechung des EuGH

In der Rechtsprechung des EuGH wird das Freizügigkeitsrecht der Unionsbürger ganz überwiegend als Grundfreiheit eingestuft.¹³⁶ Vereinzelt wird es sogar als Grundfreiheit des Binnenmarkts bezeichnet.¹³⁷

Daneben gibt es aber auch einige wenige Urteile, in denen der EuGH das gegenständliche Recht als Grundrecht einstuft.¹³⁸

3. Inhaltliche Wertung

Eine inhaltliche Prüfung des Freizügigkeitsrechts an den Kernelementen der Grundfreiheiten des Binnenmarkts einerseits und an jenen der Grundrechte andererseits ergibt ein recht klares, wenn auch nicht ganz eindeutiges Bild.

131 S. oben II.1.

132 Z.B. C. Calliess, Unionsbürger (Fn. 9), S. 26; W. Obwexer, Grundfreiheit Freizügigkeit (Fn. 5), S. 333 ff.; C. Schönberger, Unionsbürger (Fn. 102), S. 327; F. Wollenschläger, Grundfreiheit ohne Markt (Fn. 67), S. 392. Ähnlich auch W. Kluth, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV. Kommentar, 4. Aufl. 2011, Art. 21 AEUV, Rn. 15, für den die in der Literatur vertretene Ansicht, dass es sich bei Art. 21 AEUV zumindest auch um ein Grundrecht handelt, überholt ist.

133 Zu den Grundrechten i.e.S. und i.w.S. vgl. z.B. Schweitzer/Hummer/Obwexer, Europarecht (Fn. 102), Rn. 1115 ff.

134 Z.B. A. Hatje, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, 3. Aufl. 2012, Art. 21 AEUV, Rn. 1 u. 18; S. Magiera, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, 2. Aufl. 2012, Art. 21 AEUV, Rn. 10.

135 P. Kubicki, Die subjektivrechtliche Komponente der Unionsbürgerschaft, EuR 2006, S. 489.

136 EuGH, Rs. C-224/98 (D’Hoop), Slg. 2002, I-6191, Rn. 29. Seither überwiegend ständige Rechtsprechung; vgl. z.B. EuGH, Urteil v. 8.5.2013, verb. Rs. C-197/11 u. C-203/11 (Libert u.a.), Rn. 37 f.

137 EuGH, Rs. C-434/09 (McCarthy), Slg. 2011, I-3375, Rn. 27.

138 EuGH, Rs. C-200/02 (Zhu und Chen), Slg. 2004, I-9925, Rn. 33; Urteil v. 19.9.2013, Rs. C-140/12 (Brey), Rn. 71.

Einerseits ist das Freizügigkeitsrecht wie die Grundfreiheiten primär an die Mitgliedstaaten gerichtet. Die Grundrechte haben hingegen primär die Union als Adressatin, die Mitgliedstaaten werden nur ausnahmsweise verpflichtet (Art. 51 Abs. 1 GRC).¹³⁹ Des Weiteren findet das Freizügigkeitsrecht wie die Grundfreiheiten grundsätzlich nur auf Sachverhalte Anwendung, die über die Grenzen eines Mitgliedstaats hinausweisen (grenzüberschreitendes Element). Die Grundrechte gelten hingegen im Anwendungsbereich des Unionsrechts, das zwar für die Grundfreiheiten, aber nicht in anderen Bereichen ein grenzüberschreitendes Element verlangt. Hinzu kommt, dass Art. 21 Abs. 1 AEUV mit dem Recht auf Aufenthalt und dem Recht im Aufenthalt den Anwendungsbereich des Unionsrechts determiniert. Dies ist bei den Grundrechten grundsätzlich ausgeschlossen. Letztere setzen den Anwendungsbereich des Unionsrechts voraus, determinieren ihn aber nicht. Inhaltlich sind Behinderungen bzw. Einschränkungen des Freizügigkeitsrechts am Beschränkungsverbot der Grundfreiheiten zu messen und nicht nach Art. 52 Abs. 1 GRC zu prüfen.¹⁴⁰ Des Weiteren müssen zulässige Behinderungen bzw. Einschränkungen des Freizügigkeitsrechts mit den Grundrechten, z.B. dem Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens, vereinbar sein.¹⁴¹

Andererseits beinhaltet das Freizügigkeitsrecht aber auch einzelne Kernelemente der Grundrechte. So ist es in Titel V GRC als „Bürgerrecht“ verankert. Des Weiteren erfolgt die Zuerkennung von Bewegungsfreiheit und Aufenthalt ohne die für die Grundfreiheiten typische Zweckgebundenheit allein aufgrund des Unionsbürgerschaftsstatus. Schließlich kommt die inhaltliche Ausgestaltung als Freiheitsrecht den Grundrechten sehr nahe.

4. Ergebnis

Aus alledem folgt, dass die meisten Kernelemente des Freizügigkeitsrechts mit jenen der (personenbezogenen) Grundfreiheiten des Binnenmarkts übereinstimmen und daher seine Einordnung als Grundfreiheit nahe legen. Grundrechtliche Kernelemente sind zwar ebenfalls vorhanden, reichen für eine Einordnung als Grundrecht aber nicht aus. Insgesamt kann das Freizügigkeitsrecht als eine (nicht wirtschaftliche) Grundfreiheit qualifiziert werden. Dem steht nicht entgegen, dass diese Grundfreiheit einige grundrechtliche Elemente beinhaltet.

5. Rechtsfolgen

Die Einordnung des Freizügigkeitsrechts als Grundfreiheit ist mit konkreten Rechtsfolgen verbunden.

Als Grundfreiheit kann das Freizügigkeitsrecht den Anwendungsbereich des Unionsrechts eröffnen und zur Bindung der Mitgliedstaaten an die Unionsgrundrechte

139 S. oben IV.1.

140 Z.B. EuGH, Urteil v. 17.10.2013, Rs. C-291/12 (Schwarz), Rn. 34 ff.

141 Z.B. EuGH, Rs. C-256/11 (Dereci u.a.), Slg. 2011, I-11315, Rn. 72.

führen.¹⁴² Bei einer Einordnung als Grundrecht wäre dies systemwidrig. Die Grundrechte können nämlich nicht selbst den Anwendungsbereich des Unionsrechts eröffnen und gleichzeitig die Mitgliedstaaten im Anwendungsbereich des Unionsrechts binden (Zirkelschluss).¹⁴³

Als Grundfreiheit ist das Freizügigkeitsrecht lex generalis, die bei Anwendbarkeit einer der personenbezogenen Grundfreiheiten als leges speciales keine Anwendung findet. Als Grundrecht wäre das Freizügigkeitsrecht hingegen bei zulässigen Behinderungen der Grundfreiheiten zu beachten.

Schließlich kann das Freizügigkeitsrecht als Grundfreiheit nicht nur durch mitgliedstaatliche Rechtsvorschriften, sondern auch durch eine mitgliedstaatliche Gerichts- oder Verwaltungspraxis beschränkt werden. Bei einem Grundrecht würde der Gesetzesvorbehalt in Art. 52 Abs. 1 GRC eine bindende Rechtsvorschrift verlangen.¹⁴⁴ Zusätzlich wäre die Wesensgehaltsgarantie zu beachten.

VI. Freizügigkeitsrecht für Staatsoberhäupter?

Anfang Juli 2010 war der EuGH durch eine Vertragsverletzungsklage Ungarns gegen die Slowakei nach Art. 259 AEUV mit der Frage befasst worden, ob ein Staatsoberhaupt eines EU-Mitgliedstaats als Unionsbürger unter das Freizügigkeitsrecht fällt und dem folgend bei der Einreise in einen anderen Mitgliedstaat sich auf Art. 21 Abs. 1 AEUV und die Freizügigkeits-Richtlinie 2004/38 stützen kann.

1. Ausgangsfall

Ausgangspunkt dieses Verfahrens war das in einer Verbalnote des slowakischen Außenministeriums vom 21. August 2009 an den ungarischen Botschafter in der Slowakei übermittelte Einreiseverbot für den Präsidenten Ungarns, der an diesem Tag auf Einladung einer in der Slowakei ansässigen Vereinigung an der Feier zur Einweihung einer Statue des Heiligen Stephan in der Stadt Komárno teilnehmen wollte. Begründet wurde das Einreiseverbot primär mit Gründen der öffentlichen Ordnung und Sicherheit unter Berufung auf Art. 27 der Freizügigkeits-Richtlinie 2004/38. Der 21. August sei nämlich in der Slowakei ein heikles Datum, da an diesem Tag des Jahres 1968 die Streitkräfte von fünf Staaten des Warschauer Pakts, darunter auch Ungarns, in die Tschechoslowakei einmarschiert sind.

2. Lösungsvorschlag des Generalanwalts

Generalanwalt *Bot* ging in seinem Entscheidungsvorschlag vom März 2012 davon aus, dass die Einreise von Staatsoberhäuptern als Teil der diplomatischen Beziehungen in die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten fällt, die dabei das Völkerrecht zu

¹⁴² S. oben IV.

¹⁴³ Vgl. *W. Obwexer*, Grundrechte (Fn. 127), S. 506 f.

¹⁴⁴ GA *Villalón*, Schlussanträge v. 12.12.2013 in der Rs. C-293/12 (Digital Rights Ireland) und Rs. C-594/12 (Seitlinger u.a.), Rn. 108 ff.

beachten haben.¹⁴⁵ Des Weiteren vertrat er die Auffassung, dass die Stellung als Staatsoberhaupt den Status als Unionsbürger überwiegt¹⁴⁶ und daher Besuche von Staatsoberhäuptern innerhalb der Union „nicht als Freizügigkeit verstanden werden können“.¹⁴⁷ Dem folgend können die Mitgliedstaaten die diplomatischen Beziehungen frei regeln, ohne das Freizügigkeitsrecht der Unionsbürger beachten zu müssen. Allerdings dürfen sie ihre Zuständigkeit nicht in einer Weise ausüben, „die zu einem dauerhaften Bruch der diplomatischen Beziehungen zwischen zwei Mitgliedstaaten führen könnte“.¹⁴⁸

3. Entscheidung des EuGH

Der EuGH erinnerte in seinem Urteil von Mitte Oktober 2012 zunächst daran, „dass der Unionsbürgerstatus dazu bestimmt ist, der grundlegende Status der Angehörigen der Mitgliedstaaten zu sein“.¹⁴⁹ Art. 20 AEUV verleiht jeder Person, die die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaats besitzt, den Status eines Unionsbürgers. Der Präsident Ungarns, Herr *Sólyom*, besitzt die ungarische Staatsangehörigkeit und genießt folglich unbestreitbar diesen Status.¹⁵⁰

Die Unionsbürgerschaft – so der EuGH weiter – verleiht zwar einerseits gemäß Art. 21 AEUV jedem Bürger der Union das „elementare und persönliche Recht“, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten vorbehaltlich der in den Verträgen und in den Durchführungsvorschriften vorgesehenen Beschränkungen und Bedingungen frei zu bewegen und aufzuhalten. Andererseits ist das Unionsrecht im Lichte der relevanten Regeln des Völkerrechts auszulegen, das Bestandteil der Rechtsordnung der Union und für deren Organe bindend ist.¹⁵¹

Vor diesem Hintergrund prüfte der Gerichtshof, ob der Umstand, dass der Präsident Ungarns zwar Unionsbürger ist, zum maßgeblichen Zeitpunkt aber das Amt des Staatsoberhaupts von Ungarn bekleidete, eine aus dem Völkerrecht folgende Beschränkung des ihm von Art. 21 AEUV gewährten Rechts auf Freizügigkeit begründen kann.¹⁵²

Dazu führte er aus, dass ein Staatsoberhaupt auf der Grundlage der Regeln des allgemeinen Völkergewohnheitsrechts und multilateraler Abkommen in den internationalen Beziehungen einen besonderen Status genießt, der insbesondere Vorrechte und Schutzrechte umfasst. Zu diesen Abkommen zählt primär das New Yorker Übereinkommen vom 14. Dezember 1973 über die Verhütung und Bestrafung von Straftaten gegen völkerrechtlich geschützte Personen einschließlich Diplomaten, nach dessen Art. 1 jedes Staatsoberhaupt Schutz genießt, wenn es sich in ausländischem Hoheitsgebiet befindet. Dem folgend verpflichtet die Anwesenheit eines

145 GA *Bot*, Schlussanträge v. 6.3.2012 in der Rs. C-364/10 (Ungarn/Slowakei), Rn. 52.

146 GA *Bot*, Schlussanträge v. 6.3.2012 in der Rs. C-364/10 (Ungarn/Slowakei), Rn. 53.

147 GA *Bot*, Schlussanträge v. 6.3.2012 in der Rs. C-364/10 (Ungarn/Slowakei), Rn. 57.

148 GA *Bot*, Schlussanträge v. 6.3.2012 in der Rs. C-364/10 (Ungarn/Slowakei), Rn. 58.

149 EuGH, Urteil v. 16.10.2012, Rs. C-364/10 (Ungarn/Slowakei), Rn. 40.

150 EuGH, Urteil v. 16.10.2012, Rs. C-364/10 (Ungarn/Slowakei), Rn. 42.

151 EuGH, Urteil v. 16.10.2012, Rs. C-364/10 (Ungarn/Slowakei), Rn. 43 f.

152 EuGH, Urteil v. 16.10.2012, Rs. C-364/10 (Ungarn/Slowakei), Rn. 45.

Staatsoberhaupts im Hoheitsgebiet eines fremden Staats diesen dazu, den Schutz der Person, die dieses Amt bekleidet, unabhängig von der Rechtsgrundlage des Aufenthalts zu gewährleisten. „Der Status des Staatsoberhaupts weist somit eine Besonderheit auf, die sich aus der völkerrechtlichen Regelung dieses Status ergibt, so dass Handlungen des Staatsoberhaupts auf internationaler Ebene, wie sein Aufenthalt im Ausland, dem Völkerrecht und insbesondere dem Recht der diplomatischen Beziehungen unterliegen. Eine derartige Besonderheit ist geeignet, die Person, die diesen Status genießt, von allen anderen Unionsbürgern abzugrenzen, so dass die Einreise dieser Person in das Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats nicht denselben Voraussetzungen unterliegt, die für die anderen Bürger gelten.“¹⁵³ Daraus leitete der Gerichtshof ab, „dass der Umstand, dass ein Bürger der Union das Amt eines Staatsoberhaupts bekleidet, eine aus dem Völkerrecht folgende Beschränkung des ihm von Art. 21 AEUV gewährten Rechts auf Freizügigkeit rechtfertigen kann“.¹⁵⁴

Insgesamt stellte er fest, dass „unter den vorliegenden Umständen weder Art. 21 AEUV noch gar die Richtlinie 2004/38 die Slowakische Republik dazu verpflichteten, die Einreise des ungarischen Präsidenten in ihr Hoheitsgebiet zu gewährleisten“. Aus diesem Grund wurde die Klage Ungarns als unbegründet abgewiesen.

3. Rechtsfolgen

Das gegenständliche Urteil klärt nicht eindeutig, ob ein Staatsoberhaupt als Unionsbürger dem Freizügigkeitsrecht – wie vom Generalanwalt vorgeschlagen – überhaupt nicht unterfällt oder dieses Recht zwar in Anspruch nehmen kann, aber spezifische Beschränkungen desselben hinnehmen muss. Mehrere Aussagen in den Urteilsgründen deuten auf letztere Interpretationsvariante hin.¹⁵⁵ Dies gilt insbesondere für die Feststellung des EuGH, wonach der „Umstand, dass ein Bürger der Union das Amt eines Staatsoberhaupts bekleidet, eine aus dem Völkerrecht folgende Beschränkung des ihm von Art. 21 AEUV gewährten Rechts auf Freizügigkeit rechtfertigen kann“.¹⁵⁶ Eine derartige Beschränkung kann sich allerdings nur in den Grenzen der möglichen Auslegung von Art. 21 AEUV bewegen, wobei auch die dazu ergangenen Durchführungsvorschriften der Richtlinie 2004/38 zu berücksichtigen sind. Dem folgend hätte der Gerichtshof prüfen müssen, ob und inwieweit die in Art. 27 Abs. 1 der Richtlinie 2004/38 vorgesehenen Beschränkungen aus Gründen der öffentlichen Ordnung und Sicherheit völkerrechtskonform so ausgelegt werden können, dass ein Mitgliedstaat dem Staatsoberhaupt eines anderen Mitgliedstaats allein aufgrund von dessen Amt die Einreise verweigern kann, ohne die

153 EuGH, Urteil v. 16.10.2012, Rs. C-364/10 (Ungarn/Slowakei), Rn. 49 f.

154 EuGH, Urteil v. 16.10.2012, Rs. C-364/10 (Ungarn/Slowakei), Rn. 51.

155 A.A. W. Kaufmann-Bühler, in: Lenz/Borchardt (Hrsg.), EU-Verträge. Kommentar, 6. Aufl. 2012, Art. 21 AEUV, Rn. 4, für den das unionsrechtliche Freizügigkeitsrecht nicht für den Bereich offizieller Reisen der Staatschefs gilt.

156 EuGH, Urteil v. 16.10.2012, Rs. C-364/10 (Ungarn/Slowakei), Rn. 51.

vom persönlichen Verhalten des Betroffenen ausgehende Gefährdung zugrunde legen zu müssen. Diese Prüfung wurde allerdings nicht durchgeführt.¹⁵⁷ Offen geblieben ist daher auch, wie weit die völkerrechtlich gerechtfertigte Beschränkung des Freizügigkeitsrechts für Staatsoberhäupter reicht und ob es einen Unterschied macht, ob die Einreise eines Staatsoberhaupts öffentlicher Natur ist oder zu rein privaten Zwecken erfolgt.

VII. Fazit und Ausblick

Mit der Einführung der Unionsbürgerschaft im Jahr 1993 haben die Mitgliedstaaten als Herren der Verträge das damals sekundärrechtlich geregelte (allgemeine) Aufenthaltsrecht primärrechtlich verankert und als eines der spezifischen Unionsbürgerrechte ausgestaltet.

Mit der primärrechtlichen Verankerung sollte das Aufenthaltsrecht – formal als Freizügigkeitsrecht bezeichnet – eine höhere Bestandskraft erhalten, inhaltlich aber unverändert bleiben. Darin lag wohl der Grund dafür, dass dieses Recht in den ersten zehn Jahren seines Bestehens kaum praktische Relevanz erlangte.

Ende September 2001 holte der EuGH mit der *Grzelczyk*-Formel die Unionsbürgerschaft aus ihrem „Dornröschenschlaf“ und machte ein Jahr später in seiner Entscheidung *Baumbast und R.* die Vertragsbestimmung über das Freizügigkeitsrecht (Art. 18 Abs. 1 EGV, nunmehr Art. 21 Abs. 1 AEUV) mit der Zuerkennung von unmittelbarer Wirkung „operativ“.

In der Folge legte der EuGH die gegenständliche Vertragsbestimmung in ständiger Rechtsprechung extensiv aus. Dabei übernahm er überwiegend seine Judikatur zum Beschränkungsverbot der personenbezogenen Grundfreiheiten. Diese wurde zunächst auf die Bewegungsfreiheit und den Aufenthalt bezogen (Recht auf Aufenthalt), während die damit verbundenen Sachbereiche (Annexgewährleistungen als Recht im Aufenthalt) dem Anwendungsbereich des Unionsrechts zugerechnet und dem allgemeinen Diskriminierungsverbot aus Gründen der Staatsangehörigkeit in Art. 18 Abs. 1 AEUV unterworfen wurden (freizügigkeitsakzessorische Inländerbehandlung).

Ausgehend von Beschränkungen des Rechts im Aufenthalt durch den Herkunftsmitgliedstaat erstreckte der EuGH das Beschränkungsverbot des Art. 21 AEUV auch auf die Annexgewährleistungen.

Nach der jüngsten, aber (noch) nicht ständigen Rechtsprechung des EuGH beinhaltet Art. 21 Abs. 1 AEUV – abweichend von seinem Wortlaut – auch ein Diskriminierungsverbot aus Gründen der Staatsangehörigkeit, dem sowohl das Recht auf Aufenthalt als auch das Recht im Aufenthalt unterfallen. Diese Rechtsprechung wird dazu führen, dass Art. 18 Abs. 1 AEUV im Zusammenhang mit dem Freizügigkeitsrecht seine Bedeutung verlieren und zur Gänze obsolet werden wird. Inhaltlich

157 Vgl. W. Obwexer, Diskriminierungsverbot und Unionsbürgerschaft, in: Herzig (Hrsg.), Jahrbuch Europarecht 13, 2013, S. 63 (78).

wird dies ohne Rechtsfolgen bleiben, da das Diskriminierungsverbot aus Art. 21 Abs. 1 AEUV dem in Art. 18 Abs. 1 AEUV entspricht.

Im weiten Anwendungsbereich des Freizügigkeitsrechts (Recht auf Aufenthalt und Recht im Aufenthalt) gelten die Unionsgrundrechte, wie sie insbesondere in der Grundrechte-Charta garantiert sind. Dem folgend sind die Mitgliedstaaten jedenfalls an diese Grundrechte gebunden; höhere nationale Schutzstandards dürfen sie nur anwenden, sofern und soweit diese den Vorrang, die Einheit und die Wirksamkeit des Unionsrechts nicht beeinträchtigen.

Dogmatisch ist das vom EuGH derart ausgelegte Freizügigkeitsrecht als Grundfreiheit zu qualifizieren, die auch Grundrechtselemente beinhaltet. Ein Grundrecht im engeren Sinn ist das Freizügigkeitsrecht aber nicht. Von Relevanz ist diese Einordnung primär für die Bestimmung des Anwendungsbereichs des Unionsrechts und die damit verbundene Bindung der Mitgliedstaaten an die Unionsgrundrechte.

Das derart ausgestaltete Freizügigkeitsrecht ist geeignet, das vom EuGH in seiner „*Grzelczyk*-Formel“ formulierte Ziel der Gleichbehandlung aller Unionsbürger, die sich in der gleichen Situation befinden, zu erreichen. Es versagt lediglich in den – zunehmend weniger werdenden – Fällen, die rein interne Sachverhalte sind und mit keinem Element über die Grenzen eines Mitgliedstaats hinausweisen. Zur Regelung derartiger Fälle judizierte der EuGH mit dem Kernbestand der Unionsbürgerrechte (*Zambrano*-Formel) einen ersten Lösungsansatz.

Ein Blick in die Zukunft lässt erwarten, dass die kommenden zwanzig Jahre keine so dynamische Weiterentwicklung des Freizügigkeitsrechts mehr bringen werden; punktuelle Weiterentwicklungen sind aber, wie die Erfahrung mit den personenbezogenen Grundfreiheiten des Binnenmarkts zeigt, nicht nur wahrscheinlich, sondern bereits vorprogrammiert.

Kernbestand der Unionsbürgerschaft und Grundrechte

*Von Philipp Cede, Wien**

I. Einleitung

Mit dem Urteil in der Rs. *Ruiz Zambrano*¹ und der darauf aufbauenden Folgejudikatur hat der EuGH als Kernbestand der Unionsbürgerschaft eine neue Rechtskategorie zum Schutz der Unionsbürger eingeführt.² Der Kernbestand ist Ausfluss der Bestimmungen über die Unionsbürgerschaft (Art. 20 ff. AEUV) und steht damit im Rang des Primärrechts. Innovativ war die Schaffung des Kernbestands vor allem, weil sie dem Unionsbürger Rechte in Situationen zuerkennt, die keinen grenzüberschreitenden Bezug aufweisen und somit außerhalb jenes Bereichs liegen, der vom Anwendungsbereich des allgemeinen Freizügigkeitsrechts (Art. 21 AEUV) und der Freizügigkeits-Richtlinie (bzw. Unionsbürger-Richtlinie)³ erfasst wäre.

Dabei stellen sich Fragen nach den Zusammenhängen zwischen Grundrechten und dem Kernbestand der Unionsbürgerschaft, die dieser Beitrag näher beleuchten soll. Der erste Teil des Beitrags (II.) unternimmt – rückblickend aus der Warte der Kernbestandsjudikatur – den Versuch einer Neubewertung des regelmäßig wiederkehrenden Postulats des EuGH zur Unionsbürgerschaft als „grundlegenden Status der Angehörigen der Mitgliedstaaten“. Der nächste Teil (III.) dient einer Darstellung der Voraussetzungen, unter denen der EuGH den Schutzbereich des Kernbestands als berührt und verletzt ansieht. In einem Exkurs (IV.) soll hinterfragt werden, inwieweit das richterrechtliche Institut des Kernbestands im Vertragswortlaut Deckung findet.

Die anschließenden Teile sind den Zusammenhängen und Parallelien zwischen Grundrechten und dem Kernbestand gewidmet. Zunächst (V.) werden jene Thesen angesprochen, die aus der Unionsbürgerschaft eine generelle Anwendbarkeit der Unionsgrundrechte ableiten. Dann (VI.) wird die Frage beleuchtet, ob und in welcher Weise Grundrechte Einfluss auf Inhalt und Umfang des Kernbestandsschutzes haben können. Abschließend (VII.) wird der Kernbestand als (strukturell) grundfreiheits- oder grundrechtsähnliches Institut des Primärrechts betrachtet, um der – in der Judikatur noch nicht deutlich angesprochenen – Frage nachzugehen, wie das „Prüfschema“ des Kernbestands aufgebaut ist. Konkret ist von Interesse, ob von einem Schutzbereich gesprochen werden kann, dem ein Eingriff gegenüberzustellen wäre, ob ein Eingriff im öffentlichen Interesse gerechtfertigt werden kann und inwieweit dabei eine Verhältnismäßigkeitsprüfung vorzunehmen wäre.

* Mag. Philipp Cede, LL.M., ist Referent im Bundeskanzleramt-Verfassungsdienst in Wien.

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

2 Siehe auch D. *Thym* in diesem Heft auf S. 135.

3 RL 2004/38/EG des EP und des Rates vom 29.4.2004, ABl. EU 2004 L 158/77.

II. Wo liegt das „Grundlegende“ am „grundlegenden Status“ der Unionsbürger?

Unionsbürger ist, wer Staatsangehöriger eines Mitgliedstaats ist. Unionsrechtliche Vorschriften, deren persönlicher Anwendungsbereich an die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaats geknüpft ist, existieren seit Beginn der europäischen Integration. An prominentester Stelle stehen z.B. Grundfreiheiten, deren Anwendung die Staatsangehörigkeit zu einem Mitgliedstaat voraussetzt. Inhaltlich bestanden also von Anfang an „Unionsbürgerrechte“.

Als eigenständiger Begriff geht die „Unionsbürgerschaft“ auf den Vertrag von Maastricht⁴ zurück. Gleichzeitig mit Einführung des Begriffs und der Zusammenfassung einiger (z.B. politischer) Rechte im Teil „Unionsbürgerschaft“ erfolgte eine wichtige Ergänzung der Grundfreiheiten mit der Schaffung des allgemeinen Rechts auf Freizügigkeit der Unionsbürger.⁵ Das Recht auf allgemeine Freizügigkeit hat, vor allem in Kombination mit dem Diskriminierungsverbot des Art. 18 AEUV, eindrückliche Spuren in der Rechtsprechung hinterlassen. Beginnend mit dem Urteil in der Rs. *Grzelczyk* im Jahr 2001 erklingt in der Rechtsprechung zur Freizügigkeit als immer wiederkehrender Leitsatz das Postulat, dass die Unionsbürgerschaft „dazu bestimmt [sei], der grundlegende Status der Angehörigen der Mitgliedstaaten zu sein“.⁶ Fraglich ist die rechtliche Bedeutung dieses wiederkehrenden Hinweises auf das „Grundlegende“ am Status des Unionsbürgers, denn bei näherer Betrachtung bildet der so hervorgehobene Aspekt kein logisch notwendiges Element der Argumentation zum Freizügigkeitsrecht: Auch ohne Erwähnung dieses Gesichtspunkts wären die jeweiligen Fälle unter Anwendung des Rechts auf Freizügigkeit zu lösen gewesen. Auf den ersten Blick liegt also der Schluss nahe, dass es sich beim Hinweis auf das „Grundlegende“ um keinen rechtlich greifbaren Gesichtspunkt handelt,

⁴ Konsolidierte Fassung in ABl. EG 1992 C 224/1.

⁵ Art. 8a EGV i.d.F. Vertrag v. Maastricht, Art. 18 EGV i.d.F. Vertrag v. Amsterdam.

⁶ Erstmals EuGH, Rs. C-184/99 (Grzelczyk), Slg. 2001, I-6193, Rn. 31; bestätigend: Rs. C-224/98 (D'Hoop), Slg. 2002, I-6191, Rn. 28; Rs. C-413/99 (Baumbast), Slg. 2002, I-7091, Rn. 82; Rs. C-148/02 (Garcia Avello), Slg. 2003, I-11613, Rn. 22; Rs. C-138/02 (Collins), Slg. 2004, I-2703, Rn. 61; verb. Rs. C-482/01 u. C-493/01 (Orfanopoulos), Slg. 2004, I-5257, Rn. 65; Rs. C-224/02 (Pusa), Slg. 2004, I-5763, Rn. 16; Rs. C-209/03 (Bidar), Slg. 2005, I-2119, Rn. 31; Rs. C-147/03 (Kommission/Österreich), Slg. 2005, I-5969, Rn. 45; Rs. C-403/03 (Schempp), Slg. 2005, I-6421, Rn. 15; Rs. C-145/04 (Spanien/Vereinigtes Königreich), Slg. 2006, I-7917, Rn. 74; Rs. C-520/04 (Turpeinen), Slg. 2006, I-10685, Rn. 18; Rs. C-50/06 (Kommission/Niederlande), Slg. 2007, I-4383, Rn. 32; Rs. C-76/05 (Schwarz), Slg. 2007, I-6849, Rn. 86; Rs. C-318/05 (Kommission/Deutschland), Slg. 2007, I-6957, Rn. 125; Rs. C-524/06 (Huber), Slg. 2008, I-9705, Rn. 69; Rs. C-544/07 (Rüffler), Slg. 2009, I-3389, Rn. 62; Rs. C-103/08 (Gottwald), Slg. 2009, I-9117, Rn. 23; Rs. C-135/08 (Rottman), Slg. 2010, I-1449, Rn. 43; Rs. C-56/09 (Zanotti), Slg. 2010, I-4517, Rn. 68; Rs. C-34/09 (Ruiz Zambrano), Slg. 2011, I-1177, Rn. 41; Rs. C-434/09 (McCarthy), Slg. 2011, I-3375, Rn. 47; Rs. C-391/09 (Runevič-Vardyn und Wardyn), Slg. 2011, I-3787, Rn. 60; Rs. C-503/09 (Stewart), Slg. 2011, I-6497, Rn. 80; Rs. C-256/11 (Dereci u.a.), Slg. 2011, I-11315, Rn. 62; Urteil v. 8.12.2011, Rs. C-371/08 (Ziebel), Rn. 73; Urteil v. 4.10.2012, Rs. C-75/11 (Kommission/Österreich), Rn. 38; Urteil v. 16.10.2012, Rs. C-364/10 (Ungarn/Slowakei), Rn. 40; Urteil v. 25.10.2012, Rs. C-367/11 (Prete), Rn. 24; Urteil v. 6.12.2012, verb. Rs. C-356/11 u. C-357/11 (O. und S.), Rn. 44; Urteil v. 21.2.2013, Rs. C-46/12 (N.), Rn. 27; Urteil v. 18.7.2013, verb. Rs. C-523/11 u. C-585/11 (Prinz und Seeberger), Rn. 24.

sondern eher um ein stilistisches Element der Begründung.⁷ Da dem Gerichtshof keine überflüssigen Begründungselemente unterstellt werden dürfen, veranlasst der Hinweis auf das „Grundlegende“ zur Frage, ob nicht doch rechtliche Konsequenzen damit verbunden werden, dass die der Unionsbürgerschaft zugeordneten Rechtspositionen als etwas „Grundlegendes“ eingestuft und damit vom sonstigen Unionsrecht hervorgehoben werden. Die Formel hat zumindest den Klang einer – obiter getätigten – Ankündigung fortlaufender Entwicklungen. Dieser Eindruck verstärkt sich, wenn man beachtet, dass sie nicht ausspricht, dass die Unionsbürgerschaft grundlegend „ist“, sondern feststellt, dass sie „dazu bestimmt ist“, der grundlegende Status zu sein.⁸ Der Rückblick auf die seit *Grzelczyk* ergangene Rechtsprechung bestätigt inzwischen den Eindruck, dass die im Teil „Unionsbürgerschaft“ zusammengefassten Vertragsartikel vom Gerichtshof als Grundlage eines erst fortzuentwickelnden Bündels an Rechten aufgefasst werden, zu deren Entfaltung der EuGH nicht nur den Unionsgesetzgeber,⁹ sondern sich selbst ebenso berufen sieht.

Spätestens seit der mit dem Urteil *Ruiz Zambrano* begonnenen Judikaturlinie zum „Kernbestand“ lässt sich feststellen, dass die Formel vom „grundlegenden Status“ nicht nur rhetorisches Stilmittel gewesen sein dürfte, sondern durchaus als Ankündigung einer Entwicklung zu verstehen war bzw. ist. Der in der Rs. *Ruiz Zambrano* begründete Kernbestandsschutz kennzeichnet jedenfalls ein neues Stadium dieser Entwicklung.

Das Recht auf Freizügigkeit (Art. 21 AEUV) bildet jene Teilgewährleistung der Unionsbürgerschaft, der die bislang größte Aufmerksamkeit und praktische Bedeutung in der Judikatur zukam.¹⁰ Zu diesem Recht hat sich eine reichhaltige Judikatur entwickelt, die sich weitgehend an den bisher bekannten Strukturen der Grundfreiheiten orientiert und dabei insbesondere dem Diskriminierungsverbot (Art. 18 AEUV) eine breite Anwendungsfläche bietet. Vereinfachend kann das allgemeine Freizügigkeitsrecht als ein „Zwilling“ der Arbeitnehmerfreizügigkeit gesehen werden, der sich von diesem nur durch das Fehlen des Tatbestandsmerkmals einer Arbeitstätigkeit unterscheidet und damit gegenüber der Arbeitnehmerfreizügigkeit zur subsidiär anwendbaren *lex generalis* geworden ist.¹¹

Das Recht der Unionsbürger auf Freizügigkeit ist jedoch nur ein Element der im Teil „Diskriminierungsverbot und Unionsbürgerschaft“ angeführten Vertragsbe-

7 Auch wenn dies abgestritten wird, so z.B. bei GA *Maduro*, Schlussanträge v. 3.4.2008 in der Rs. C-524/06 (Huber), Slg. 2008, I-9705, Rn. 19, wo es heißt: „Wenn der Gerichtshof die Unionsbürgerschaft als den ‚grundlegenden Status‘ der jeweiligen Staatsangehörigen beschreibt, gibt er keine politische Stellungnahme ab, sondern nimmt auf die Unionsbürgerschaft als *rechtlichen* Begriff Bezug, der mit spezifischen Rechten für Unionsbürger einhergeht. Das wesentliche dieser Rechte ist das, in einen anderen Mitgliedstaat einzureisen und dort zu leben. [...]“. Worin das Grundlegende im Vergleich zum sonstigen Primärrecht liegen soll, und wie dies aus dem Vertragstext abgeleitet wird, wurde bislang nicht deutlich zum Ausdruck gebracht.

8 Noch deutlicher kommt dies mit dem französischen „*a vocation à être*“ zum Ausdruck.

9 Art. 25 AEUV normiert die regelmäßige Berichtspflicht der Kommission über die Anwendung der Art. 18 bis Art. 24 AEUV sowie die Kompetenz des Unionsgesetzgebers, ergänzende Unionsbürgerrechte vorzusehen.

10 Siehe dazu *W. Obwexer* in diesem Heft auf S. 51.

11 Für eine differenzierte Darstellung vgl. z.B. *F. Wollenschläger*, Die Unionsbürgerschaft und ihre Dynamik für den Integrationsprozess jenseits des Marktes, ZEuS 2009, S. 1.

stimmungen. Die jüngeren Entwicklungen¹² der Judikatur zeigen eine Emanzipation der unter diesem Titel garantierten Gewährleistungen, die sich in die tradierten Denkmuster der Grundfreiheiten nicht mehr einordnen lassen. Eine dieser Entwicklungen war die mit dem Urteil *Ruiz Zambrano*¹³ eingeleitete Herausbildung der Kategorie eines „Kernbestands der Rechte, die der Unionsbürgerstatus verleiht“¹⁴ dessen „tatsächlicher Genuss“¹⁵ vom EuGH unter einen besonderen rechtlichen Schutz gestellt wird.

III. Inhaltliche Ausprägung des Kernbestands

Die Wesensmerkmale des Kernbestands haben sich nach und nach herauskristallisiert. Auch wenn die einschlägigen Urteile bislang auf das Fremden- und Ausländerbeschäftigungrecht beschränkt waren, ist das Konzept des Kernbestands ohne Weiteres auf andere Materien übertragbar. Die im Kontext des Fremdenrechts naheliegende Einbeziehung von (drittstaatsangehörigen) Familienmitgliedern des Unionsbürgers in den rechtlichen Schutz darf nicht den Blick auf den eigentlichen Schutzadressaten verstellen: Als Berechtigter ist primär der Unionsbürger selbst zu sehen. Den drittstaatsangehörigen Bezugspersonen verleiht die Unionsbürgerschaft „keine eigenständigen Rechte“¹⁶. Ihnen wird Schutz nicht unmittelbar gewährt, sondern ausschließlich akzessorisch über das Rechtsinstitut der Unionsbürgerschaft als Status des Unionsbürgers, dessen Angehörige sie sind. Die Einsicht in diesen Ursachenzusammenhang besitzt Bedeutung für den unionalen Grundrechtsschutz: Ohne ausreichenden Konnex zu den aus der Unionsbürgerschaft entspringenden Rechten des Unionsbürgers können nämlich etwaige vom Kernbestand vermittelte GRC-Rechte die Situation seiner drittstaatsangehörigen Familienmitglieder nicht erfassen.

1. Vom „grenzüberschreitenden“ zum „statischen“ Unionsbürger

Zum Verständnis des Kernbestandskonzepts ist es sinnvoll, als Ausgangspunkt zunächst das Recht auf Freizügigkeit (Art. 21 AEUV) in den Blick zu nehmen. Die Kernbestandsjudikatur lässt sich als Schritt einer Ausweitung des primärrechtlichen Schutzes vom „grenzüberschreitenden“ Unionsbürger hin zum „statischen“ Unionsbürger verstehen. Bis zur Rs. *Ruiz Zambrano* war anzunehmen, dass Unionsbürger, deren Situation keinen grenzüberschreitenden Bezug aufweist, nicht in den Genuss des Rechts auf Freizügigkeit (und Aufenthalt) nach Art. 21 AEUV kommen.

12 Neben dem in der Rs. C-34/09 (*Ruiz Zambrano*), Slg. 2011, I-1177, begründeten Kernbestand ist der in der Rs. C-135/08 (Rottmann), Slg. 2010, I-1449, entwickelte Schutz vor Verlust der Staatsbürgerschaft eines Mitgliedstaats zu erwähnen. Siehe dazu K. *Traummüller* in diesem Heft auf S. 33.

13 EuGH, Rs. C-34/09 (*Ruiz Zambrano*), Slg. 2011, I-1177, Rn. 42.

14 „[L]’essentiel des droits conférés par leur statut de citoyen de l’Union“.

15 „[L]a jouissance effective [de l’essentiel des droits conférés par le statut de citoyen de l’Union]“.

16 So die von der Arbeitsnehmerfreizügigkeit und der allgemeinen Freizügigkeit auch auf den Kernbestand übertragene Judikatur, vgl. EuGH, Urteil v. 8.11.2012, Rs. C-40/11 (Iida), Rn. 66 ff.; Urteil v. 8.5.2013, Rs. C-87/12 (Ymeraga), Rn. 34.

Das war insbesondere der Fall bei Unionsbürgern, die nie von ihrem Freizügigkeitsrecht Gebrauch gemacht hatten und sich immer in ihrem eigenen Mitgliedstaat aufgehalten hatten. Im Rahmen des Kernbestands löst sich die Rechtsprechung vom Erfordernis des grenzüberschreitenden Bezugs.

Eine grenzüberschreitende Bewegung (des Unionsbürgers) fehlte im Sachverhalt der Rs. *Ruiz Zambrano*, ebenso wie in den einschlägigen Folgejudikatur zugrundeliegenden Sachverhalten.¹⁷ Sämtliche Fälle betrafen die (u.a. aufenthaltsrechtliche) Situation von Drittstaatsangehörigen, die ihren Rechtsstandpunkt auf die Eigenschaft als (Familien-)Angehörige eines Unionsbürgers stützten. So betraf etwa das Urteil *Ruiz Zambrano* den Aufenthalt von drittstaatsangehörigen Eltern, deren Kinder im Unionsgebiet als Staatsbürger eines Mitgliedstaats (Belgien) aufwachsen. Sämtliche Fälle waren ausschließlich nach Primärrecht zu lösen, zumal die jeweiligen Sachverhalte außerhalb des Anwendungsbereichs der jeweils relevanten sekundärrechtlichen Regelungen lagen. Hier ist daran zu erinnern, dass die Anwendung der Familienzusammenführungs-Richtlinie¹⁸ vielfach ausscheidet, weil sie zwar den Zuzug von drittstaatsangehörigen Familienmitgliedern zu bereits in der Union aufenthaltsberechtigten Drittstaatsangehörigen regelt, nicht aber den Familienzug aus Drittstaaten zu einem Unionsbürger.¹⁹ Die Anwendung der Unionsbürger- bzw. Freizügigkeits-Richtlinie scheidet aus, wenn der Unionsbürger von seinem Freizügigkeitsrecht nie Gebrauch gemacht hat.²⁰ Nach dem Wortlaut beinhaltet dieses Recht zwar auch ein Recht auf Aufenthalt, der Rechtsprechung folge schützt diese Teilgewährleistung aber nicht jeglichen Aufenthalt, sondern nur den Aufenthalt als Konsequenz einer grenzüberschreitenden Bewegung.²¹

Als „statische“ Unionsbürger waren die Betroffenen somit weder von Sekundärrecht noch von der allgemeinen Freizügigkeitsjudikatur des EuGH erfasst. An dieser Judikatur nimmt das Urteil *Ruiz Zambrano* keine Änderungen vor, zumal sich der in *Ruiz Zambrano* angelegte Maßstab nicht auf das Freizügigkeitsrecht beruft. Der EuGH greift stattdessen²² auf Art. 20 AEUV zurück und hält fest, dass das Unionsrecht einer nationalen Maßnahme entgegensteht, die dem Unionsbürger den tatsächlichen Genuss des Kernbestands der Rechte verwehrt, die ihm der Unionsbürgerstatus verleiht.²³

17 EuGH, Rs. C-434/09 (McCarthy), Slg. 2011, I-3375; Rs. C-256/11 (Dereci u.a.), Slg. 2011, I-11315; Urteil v. 6.12.2012, verb. Rs. C-356/11 u. C-357/11 (O. und S.); Urteil v. 8.5.2013, Rs. C-87/12 (Ymeraga); Urteil v. 10.10.2013, Rs. C-86/12 (Alokpa).

18 RL 2003/86/EG des Rates vom 22.3.2003, ABl. EU 2003 L 251/12.

19 Art. 3 Abs. 3 Familienzusammenführungs-RL (Fn. 18).

20 Art. 3 Abs. 1 Unionsbürger-RL (Fn. 3).

21 Vgl. EuGH, Rs. C-212/06 (Gouvernement de la Communauté française), Slg. 2008, I-1683, Rn. 39; Rs. C-127/08 (Metock), Slg. 2008, I-6241, Rn. 78.

22 Nach Wiederholung seiner Formel von der Unionsbürgerschaft als „grundlegenden Status“, s. EuGH, Rs. C-34/09 (*Ruiz Zambrano*), Slg. 2011, I-1177, Rn. 40 und 41.

23 EuGH, Rs. C-34/09 (*Ruiz Zambrano*), Slg. 2011, I-1177, Rn. 42.

2. Voraussetzung des Kernbestandsschutzes: eine qualifizierte Zwangslage

Nach dem Wortlaut der Judikaturformel eines „[Verwehrens des] tatsächlichen Genussses des Kernbestands der Rechte [...], die [...] der Unionsbürgerstatus verleiht“ sind die Bedingungen und Konsequenzen des im Urteil *Ruiz Zambrano* angesprochenen Kernbestands weitgehend offen.²⁴ Erst die Lektüre der nachfolgenden Randnummern lässt erkennen, welches Recht der EuGH im konkreten Fall dem Kernbestand zurechnet: Der Sache nach zieht der EuGH das Recht des Unionsbürgers auf Aufenthalt im Unionsgebiet heran.²⁵ Als ein unzulässiges „Verwehren“ des tatsächlichen Genusses der Unionsbürgerrechte bezeichnet es der EuGH, wenn der Unionsbürger gezwungen würde, das Unionsgebiet (als Ganzes) zu verlassen; eine derartige Zwangslage sah er im konkreten Sachverhalt verwirklicht.

Zu einem anderen Ergebnis kam der EuGH im Urteil *McCarthy*.²⁶ Frau *McCarthy* war Staatsangehörige des Vereinigten Königreichs und dort seit ihrer Geburt wohnhaft. Sie konnte sich also nicht auf die Freizügigkeit berufen.²⁷ Strittig war das Aufenthaltsrecht ihres Ehemanns, eines Drittstaatsangehörigen. Der Gerichtshof sah in der Verweigerung seines Zuzugs keine Verletzung des Kernbestands und zwar mit der Begründung, dass Frau *McCarthy* „nicht verpflichtet wäre, das Hoheitsgebiet der Union zu verlassen“, weil sie sich als Staatsangehörige jedenfalls im Vereinigten Königreich weiter aufhalten durfte.²⁸ Damit war die weitere Entwicklung vorgezeichnet, wobei die Abgrenzung zu *Ruiz Zambrano* freilich weniger aus der zitierten Urteilsbegründung hervorging, als aus dem Vergleich der jeweils zugrundeliegenden Sachverhalte. Die in der Begründung des Urteils *McCarthy* angeführte Tatsache, dass Frau *McCarthy* als Staatsangehörige ihres Wohnsitzmitgliedstaats (de iure) aufenthaltsberechtigt war, zeigt für sich genommen ja keinen Unterschied zur Situation der Kinder im Fall *Ruiz Zambrano* auf. Worauf es ankommt, ließ sich immerhin aus dem Sachverhaltskontext erschließen: Von Bedeutung war offenbar, wie stark der Unionsbürger für seinen Aufenthalt auf andere (z.B. Angehörige) angewiesen ist. Erst die nachfolgende Rechtsprechung spricht dieses für den Kernbestand wesentliche Merkmal deutlicher aus.

Eine Verdeutlichung der Konturen brachte das Urteil *Dereci*.²⁹ Wiederum ging es um das Recht von Drittstaatsangehörigen auf Einreise und Aufenthalt im Staat des

24 EuGH, Rs. C-34/09 (*Ruiz Zambrano*), Slg. 2011, I-1177, Rn. 42.

25 So auch die rechtswissenschaftliche Rezeption des Urteils, z.B. M. *Nettesheim*, Der „Kernbereich“ der Unionsbürgerschaft, JZ 2011, S. 1030 (1033); *ders.*, Der „Kernbereich“ der Unionsbürgerschaft – vom Schutz der Mobilität zur Gewährleistung eines Lebensumfelds, in: Barwig/Beichel-Benedetti/Brinkmann (Hrsg.), Solidarität – Hohenheimer Tage zum Ausländerrecht, 2012, S. 101 (107). Keine Verankerung im Aufenthaltsrecht erblickt hingegen P. *Mengozzi*, Zambrano, an Unexpected Ruling, in: Cardonnel/Rosas/Wahl (Hrsg.), Constitutionalising the EU Judicial System: Essays in Honour of Pernilla Lindh, 2012, S. 233 (242). Ihm zufolge sei durch das Urteil *Ruiz Zambrano* der Schutz von Aspekten begründet worden, „which albeit *not covered by rights specifically listed in Article 20(2) TFEU*, must be considered as pertaining to the ‘substance of the rights’ attaching to the same status“ dazu zählt nach Auffassung P. *Mengozzis* auch „the right of two minors of young age, as citizens of the union, not to lose the support of their father, the only support they could rely on“.

26 EuGH, Rs. C-434/09 (*McCarthy*), Slg. 2001, I-3375.

27 Und zwar trotz des Umstands, dass sie auch irische Staatsangehörige war.

28 EuGH, Rs. C-434/09 (*McCarthy*), Slg. 2001, I-3375, Rn. 50.

29 EuGH, Rs. C-256/11 (*Dereci u.a.*), Slg. 2011, I-11315.

Wohnsitzes von Familienmitgliedern mit Unionsbürgerschaft. Sowohl in der Sachverhaltsdarstellung als auch in der Begründung unterstrich der EuGH den Unterschied zur Situation in *Ruiz Zambrano*: Die hier Betroffenen würden nicht Gefahr laufen, „mittellos dazustehen“,³⁰ während die Unionsbürger damals minderjährige Kinder waren, deren Unterhalt von den Drittstaatsangehörigen gewährt wurde.³¹ Ausschlaggebend ist, ob der Unionsbürger de facto einem Zwang zum Verlassen des Unionsgebiets unterworfen ist. Diese Schwelle war im Fall *Dereci* nicht überschritten: „Die bloße Tatsache, dass es für einen Staatsbürger eines Mitgliedstaats aus wirtschaftlichen Gründen oder zur Aufrechterhaltung der Familiengemeinschaft im Gebiet der Union wünschenswert erscheinen könnte, dass sich Familienangehörige, die nicht die Staatsbürgerschaft eines Mitgliedstaats besitzen, mit ihm zusammen im Gebiet der Union aufhalten können, [rechtfertigt] für sich genommen nicht die Annahme, dass der Unionsbürger gezwungen wäre, das Gebiet der Union zu verlassen, wenn kein Aufenthaltsrecht gewährt würde“.³²

Der EuGH trifft damit eine Unterscheidung zwischen dem Schutzbereich des Grundrechts auf Familienleben (Art. 8 EMRK, Art. 7 GRC) und dem Schutzmfang des Kernbestands. Kernbestand und Grundrechte überschneiden sich, sind jedoch nicht deckungsgleich.³³ Nur wenn die Zwangslage zu Lasten des Unionsbürgers einen qualifizierten, eine bestimmte Schwelle überschreitenden Druck erzeugt, ist der Kernbestand berührt. Die Berücksichtigung der Grundrechte führt nicht dazu, dass diese Konturen ausgedehnt werden.³⁴ Methodisch setzt der EuGH mit dieser Unterscheidung um, was Art. 51 Abs. 2 GRC vorgibt.³⁵ Die GRC gelangt nur in dem Umfang (anstelle der nationalen Grundrechte) zur Anwendung, wo die jeweils einschlägige Norm des Unionsrechts anwendbar ist: Die GRC bewirkt also keine Ausdehnung dieses Umfangs, weshalb zunächst dieser Umfang zu beurteilen ist, bevor festgestellt werden kann, ob (allein) Grundrechte des nationalen Rechts anwendbar sind oder ob die GRC anwendbar ist.

Eine Verfestigung der Rechtsprechung erfolgte in den Urteilen *Ymeraga*³⁶ und *O. und S.*³⁷ Das letztgenannte Urteil führt noch deutlicher vor Augen, worauf es der EuGH für den Kernbestand ankommen lässt: Der Sachverhalt betraf wiederum minderjährige Unionsbürger, deren Bezugspersonen Drittstaatsangehörige waren. Der eine Teil dieser Bezugspersonen, die Mütter, befanden sich bereits bei den Kindern und verfügten im betreffenden Mitgliedstaat über ein Aufenthaltsrecht.

30 EuGH, Rs. C-256/11 (Dereci u.a.), Slg. 2011, I-11315, Rn. 32.

31 EuGH, Rs. C-256/11 (Dereci u.a.), Slg. 2011, I-11315, Rn. 65.

32 EuGH, Rs. C-256/11 (Dereci u.a.), Slg. 2011, I-11315, Rn. 68.

33 In der Literatur wird vermerkt, dass innerhalb des Kernbestands dann ohnehin kein Bedarf mehr für eine Anwendung von Grundrechten bestehe, weil der vom Kernbestand gemäß Art. 20 AEUV gewährleistete Schutz eine zusätzliche Anwendung des Rechts auf Privat- und Familienleben entbehrlich macht; vgl. A. Wiesbrock, German Law Journal 2011, S. 2077 (2009).

34 EuGH, Rs. C-256/11 (Dereci u.a.), Slg. 2011, I-11315, Rn. 71.

35 Art. 51 Abs. 2 GRC lautet: „Diese Charta dehnt den Geltungsbereich des Unionsrechts nicht über die Zuständigkeiten der Union hinaus aus und begründet weder neue Zuständigkeiten noch neue Aufgaben für die Union, noch ändert sie die in den Verträgen festgelegten Zuständigkeiten und Aufgaben“.

36 EuGH, Urteil v. 8.5.2013, Rs. C-87/12 (Ymeraga).

37 EuGH, Urteil v. 6.12.2012, verb. Rs. C-356/11 u. C-357/11 (O. und S.).

Strittig war, ob einer zweiten potentiellen Bezugsperson, dem Stiefvater, aufgrund des Kernbestands der Unionsbürgerrechte des (minderjährigen) Unionsbürgers ein Aufenthaltsrecht zuerkannt werden musste. Der Gerichtshof hielt dazu fest, dass der faktische Zwang zum Verlassen des Unionsgebiets, wie er für den Kernbestand kennzeichnend ist, in der vorliegenden Konstellation durch zwei Faktoren relativiert war: Einerseits die Anwesenheit der Mütter, die ein unbefristetes Aufenthaltsrecht im Mitgliedstaat der minderjährigen Unionsbürger hatten, und andererseits der Umstand, dass die rechtliche, finanzielle und affektive Sorge für diese Kinder bei den Müttern lag.³⁸

IV. Exkurs: Kernbestand und Vertragswortlaut

Das Konzept eines Kernbestands der Unionsbürgerschaft ist kein spezifischer Begriff des Vertragswortlauts, sondern Ergebnis richterlicher Auslegung. Der Versuch einer rechtsdogmatischen Einordnung des Kernbestands kann freilich nicht darauf verzichten, die Vereinbarkeit dieser Entwicklung mit dem Vertragswortlaut zu untersuchen.

Der AEUV leitet mit der Überschrift „Nichtdiskriminierung und Unionsbürgerschaft“ einen eigenen Teil ein und fasst dort in Art. 18 bis Art. 25 ein Bündel von Rechtspositionen zusammen. Als zentrale Norm dieses Teils ragt Art. 20 AEUV heraus. Sie definiert die Unionsbürgerschaft und zählt in Abs. 2 beispielhaft bestimmte durch die Unionsbürgerschaft eingeräumte Rechte auf. Diese Aufzählung beginnt mit der allgemeinen Personenfreizügigkeit (lit. a), umfasst demokratische Rechte wie das Wahlrecht zum Europäischen Parlament und zu Kommunen (lit. b), das Recht auf Petitionen an das Europäische Parlament und auf Befassung des Bürgerbeauftragten (lit. d) bis hin zum diplomatischen und konsularischen Schutz in Drittstaaten (lit. c). Bemerkenswert ist hier die Redundanz im Text: Jedes der in dieser Aufzählung (Art. 20 Abs. 2 AEUV) angeführten Rechte besitzt seinerseits jeweils eine gesonderte Verankerung in einem eigenen Artikel des Vertrags.³⁹ Ihre Bedeutung erschließt sich nicht auf den ersten Blick, es wäre denkbar, dass sie nur der feierlichen Unterstreichung der Unionsbürgerschaft dient oder den entsprechenden Vertragsteil (ähnlich einer Überschrift) bloß einleiten soll. Mit reiner Symbolik oder redaktionellen Überlegungen lässt sich die Regelung aber nicht befriedigend erklären; als Norm wäre sie so weitgehend überflüssig. Die Judikatur zum Kernbestand macht sichtbar, dass Art. 20 AEUV eine eigenständige Bedeutung erlangt hat, die sich von der Summe der gesondert geregelten Unionsbürgerrechte abhebt.

38 EuGH, Urteil v. 6.12.2012, verb. Rs. C-356/11 u. C-357/11 (O. und S.), Rn. 56.

39 Zum Recht auf freie Bewegung und Aufenthalt im Unionsgebiet s. Art. 21 AEUV; zum aktiven und passiven Wahlrecht zum EP und zu Kommunen s. Art. 22 AEUV; zum Recht auf nichtdiskriminierenden Schutz durch diplomatische und konsularische Behörden im Hoheitsgebiet von Drittstaaten s. Art. 23 AEUV; zum Petitionsrecht s. Art. 227 AEUV; zur Befassung des Bürgerbeauftragten s. Art. 228 AEUV.

Im Mittelpunkt der bisherigen Kernbestandsjudikatur steht das Recht des Unionsbürgers, „sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten aufzuhalten“. Das Aufenthaltsrecht findet sich – identisch formuliert – in Art. 21 AEUV ebenso wie in der Aufzählung des Art. 20 Abs. 2 AEUV. Die Tragweite der im Vertragswortlaut festgelegten Wendung „sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten aufzuhalten“ ist natürlich interpretationsbedürftig. Ihr Wortlaut schließt es jedenfalls nicht aus, dass der Gerichtshof bei der Beurteilung dieses Rechts die Grenzen der faktischen Möglichkeit des Aufenthalts und damit die Aufenthaltsbedingungen mit in den Blick nimmt. Indem der EuGH den Kernbestand nicht in Art. 21 AEUV lokalisiert, sondern ausdrücklich aus Art. 20 AEUV herleitet, unternimmt er einen klarstellenden Schritt in mehrfacher Hinsicht: Erstens wird sichtbar gemacht, dass die Logik des Kernbestands neu ist und von der Logik des allgemeinen Freizügigkeits- und Aufenthaltsrechts des Art. 21 AEUV (und folglich der dazu ergangenen Rechtsprechung) unabhängig sein soll. Theoretisch kann in der Rechtsprechung somit die Sichtweise beibehalten werden, dass das Aufenthaltsrecht nach Art. 21 AEUV nur im Kontext einer grenzüberschreitenden Bewegung des Unionsbürgers greift. Zweitens ermöglicht es diese Vorgangsweise, die richterliche Erfindung dieser neuen Kategorie mit einem eigenen Anhaltspunkt im Vertrag zu verbinden. Drittens lässt sich aus der zeitlichen Abfolge ein zusätzliches Argument gewinnen. Da die Aufzählung des Art. 20 Abs. 2 AEUV erst seit dem Vertrag von Lissabon existiert, kann die seit 2011 beginnende Entwicklung des Kernbestands im Lichte der zeitlichen Abfolge der Erweiterung des Vertragstexts den Eindruck einer Deckung im Wortlaut vermitteln.⁴⁰

Diese Rückbesinnung auf den Vertragswortlaut ergibt zwar keine Anhaltspunkte dafür, dass die vom EuGH gefundene Lösung zwingend wäre. Dennoch verschafft der Vertragswortlaut und der von diesem eröffnete Spielraum eine Legitimation für die Annahme des Gerichtshofs, dass in bestimmtem Umfang zentrale Rechte der Unionsbürgerschaft existieren, die einen besonderen, von zusätzlichen Voraussetzungen unabhängigen Schutz genießen.

V. Kernbestand als Einfallstor der Grundrechtecharta?

In den letzten Jahren haben verschiedene Stimmen für eine umfassende Anwendbarkeit der GRC plädiert, d.h. einschließlich des Bereichs rein innerstaatlicher Sachverhalte. Das Konzept der Unionsbürgerschaft spielt eine wesentliche Rolle in der Begründung dieser Überlegungen. Zu den Motiven für diese Ansätze zählen wohl vor allem rechtspolitische Bedürfnisse vor dem Hintergrund wahrgenommener Grundrechtsdefizite. In diesem Zusammenhang lassen sich eine Reihe von Er-

40 Die mit dem Vertrag von Lissabon vorgenommene Ergänzung des Art. 20 AEUV könnte im Übrigen auch als stillschweigende – zumal widerspruchlose – Akzeptanz der bis dahin ergangenen Freizügigkeitsrechtsprechung durch die Herren der Verträge gedeutet werden.

suchen um Vorabentscheidung zu Fragen der Unionsgrundrechte erwähnen,⁴¹ die der EuGH als unzulässig behandelt hat, weil sie ausschließlich innerstaatlich geregelte Sachverhalte betrafen, ohne dass ein Bezug zu einer unionsrechtlichen Vorschrift gegeben war.⁴² Denkbar ist, dass die vorlegenden Gerichte die vorhandenen innerstaatlichen Mechanismen der Grundrechtskontrolle als inhaltlich defizitär oder prozessual zu wenig effizient empfinden.⁴³

Als rechtsdogmatische Grundlage der Überlegungen, die auf eine generelle Anwendbarkeit der GRC abzielen, wird fast durchgehend die Unionsbürgerschaft ins Treffen geführt. Die Rs. *Ruiz Zambrano* verlieh diesen Thesen neuen Stoff und Rückenwind. Die Auswirkungen einer derartigen Entwicklung wären weitreichend, sowohl im Hinblick auf den unionalen Grundrechtsschutz als auch auf die „föderale Balance“ in der Kompetenzverteilung zwischen Unionsrecht und nationalem Recht: Bedenkt man, dass bereits das Recht auf grenzüberschreitende Freizügigkeit der Unionsbürger (Art. 21 AEUV) einen relativ weiten Anwendungsbereich aufweist und sich insofern ein beträchtliches Einfallstor für GRC-Rechte bietet, würden die Anwendungsfälle der GRC fast grenzenlos ausgeweitet, wäre der Anwendungsbereich des Unionsrechts (und folglich der GRC) allein dadurch eröffnet, dass sich eine Person unter dem Titel des Kernbestands lediglich auf ihren Status als Unionsbürger berufen müsste, ohne dass ein Bezug zur Grenzüberschreitung erforderlich wäre oder eine sonstige Voraussetzung erfüllt sein müsste.

Es finden sich im Wesentlichen drei Spielarten der „Ausdehnungsthese“:

Einen Ansatz hat Generalanwältin *Sharpston* in den Schlussanträgen zur Rs. *Ruiz Zambrano* zur Diskussion gestellt.⁴⁴ Danach wäre die Anwendbarkeit der GRC bereits dann gegeben, wenn ein Mitgliedstaat in einem Rechtsbereich handelt, der potentiell auch vom Unionsgesetzgeber geregelt werden dürfte. Allein die abstrakte Unionskompetenz wäre ausreichend, „selbst wenn diese Zuständigkeit noch nicht wahrgenommen wurde“.⁴⁵ Letztlich geht die Generalanwältin aber selbst davon aus,

41 Z.B. EuGH, Rs. C-457/09 (Chartry), Slg. 2011, I-819; Rs. C-339/10 (Estov), Slg. 2010, I-11465; Urteil v. 12.7.2011, Rs. C-466/11 (Currra).

42 Vgl. z.B. die in EuGH, Urteil v. 26.2.2013, Rs. C-617/10 (Åkerberg Fransson), Rn. 43, dargestellte innerstaatliche Rechtslage, wonach der Umstand, dass innerstaatliche Normen die EMRK verletzen, von der Gerichtsbarkeit nur dann aufgegriffen werden darf, wenn „sich dieser Verstoß klar aus den betreffenden Rechtsvorschriften oder der entsprechenden Rechtsprechung ergibt“; s. weiters auch das dem Verfahren, EuGH, Urteil v. 7.6.2012, Rs. C-27/11 (Vinkov), zugrundeliegende Vorabentscheidungsersuchen zur innerstaatlichen Rechtslage, wonach kein Anspruch auf gerichtlichen Rechtsschutz gegen Entscheidungen über die Festsetzung von bestimmten (geringfügigen) Geldbußen existiert.

43 Vgl. die Ausführungen von *Th. von Danwitz*, Verfassungsrechtliche Herausforderungen in der jüngeren Rechtsprechung des EuGH, EuGRZ 2013, S. 253 (259): „[Die] Grundrechtswirklichkeit [wird] in den Mitgliedstaaten der Union unterschiedlich wahrgenommen. Während sie in einigen als Gütesiegel der innerstaatlichen Rechtsordnung mit Stolz verehrt wird, mag die Gewährleistung der Grundrechte in anderen Mitgliedstaaten noch als ein in Entwicklung begriffener Schutz der Bürger erscheinen. [...] [Der] Effizienzvorsprung, der dem Unionsrecht gegenüber dem Recht der EMRK zukommt, [stellt] in manchen Ländern einen Anreiz dar, rein innerstaatliche Sachverhalte im Lichte der Charta-Grundrechte würdigen zu wollen“.

44 GA *Sharpston*, Schlussanträge v. 30.9.2010 in der Rs. C-34/09 (Ruiz Zambrano), Slg. 2011, I-1177, Rn. 156 ff.; s. auch die weiterführenden Überlegungen dazu in *E. Sharpston*, Citizenship and Fundamental Rights – Pandora’s Box or a Natural Step Towards Maturity?, in: Cardonnel/Rosas/Wahl (Hrsg.), Constitutionalising the EU Judicial System – Essays in Honour of Pernilla Lindh, 2012, S. 245.

45 GA *Sharpston*, Schlussanträge v. 30.9.2010 in der Rs. C-34/09 (Ruiz Zambrano), Slg. 2011, I-1177, Rn. 163.

dass ihre Überlegung ein Schritt wäre, der nur de lege ferenda, also durch eine Vertragsänderung gegangen werden kann.⁴⁶

Einen zweiten Ansatz lieferte der sog. Heidelberger-Vorschlag von *A. von Bodandy* u.a.⁴⁷ Unter dem Schlagwort „Reverse Solange“ oder „umgekehrte Solange-Doktrin“ wird vorgeschlagen, die Anwendbarkeit der GRC-Rechte immer dann anzunehmen, wenn der Mitgliedstaat zwar nicht in Durchführung von Unionsrecht handelt, wenn er aber eine systematische Missachtung von Grundrechten an den Tag legt. Dabei stützt sich der Vorschlag auf eine Kombination des Kernbestands der Unionsbürgerschaft einerseits und auf die in Art. 2 EUV niedergelegte Verpflichtung aller Mitgliedstaaten zur Achtung gemeinsamer Werte andererseits. Er beruft sich auf den Umstand, dass die gemeinsamen Werte, zu denen die Menschenrechte gehören, ja gerade nicht auf die Durchführung von Unionsrecht beschränkt sind, sondern gleichermaßen den rein innerstaatlichen Bereich ansprechen sollen, was sich aus dem Überwachungsmechanismus des Art. 7 EUV und dem Verweis auf Art. 2 EUV bei den Beitrittsvoraussetzungen des Art. 49 EUV ergibt. Den offenbar radikalsten Ansatz verfolgen jene Autoren (z.B. *M. J. van den Brink* sowie *D. Kochenov/R. Plender*), die anzunehmen scheinen, die Unionsbürgerschaft sei so auszulegen, dass sie per se das Recht verleiht, sich unter allen Umständen auch im rein innerstaatlichen Bereich auf die Unionsgrundrechte zu berufen.⁴⁸ Das ergebe sich bereits aus dem Begriff des „Bürgers“. Ein zusätzlicher Konnex mit dem Anwendungsbereich des Unionsrechts sei nicht erforderlich. Nach diesen Autoren sei das Urteil *Ruiz Zambrano* extensiv zu deuten und es sei „offenkundig“, dass bereits der Begriff einer „Bürgerschaft“ impliziert, dass dem Bürger aus diesem Titel sämtliche Unionsgrundrechte verliehen sind.⁴⁹

Festzustellen ist, dass der Gerichtshof den Ansätzen der „Ausdehnungsthese“ nicht gefolgt ist. Er hat im Urteil *Dereci* herausgearbeitet, dass der Kernbestand der Unionsbürgerrechte nicht ohne Weiteres automatisch dann berührt ist, wenn ein Grundrecht im Spiel ist. Der Anwendungsbereich des Kernbestands ist vielmehr autonom anhand eigener Kriterien zu prüfen und erst wenn feststeht, dass der Kernbestand

46 GA Sharpston, Schlussanträge v. 30.9.2010 in der Rs. C-34/09 (*Ruiz Zambrano*), Slg. 2011, I-1177, Rn. 175.

47 *A. von Bodandy/M. Kottmann/C. Antpöhler/J. Dickschen/S. Hentrei/M. Smrkov*, Reverse Solange – Protecting the Essence of Fundamental Rights Against EU Member States, CMLRev. 2012, S. 489; sowie *dieselben*, Ein Rettungsschirm für europäische Grundrechte, ZAöRV 2012, S. 45.

48 *M. J. van den Brink*, EU Citizenship and EU Fundamental Rights, Legal Issues of Economic Integration 2012, S. 273; *D. Kochenov/R. Plender*, EU Citizenship: The Discovery of the Treaty Text, European Law Review 2012, S. 369, im Ergebnis mit der Forderung „A more down-to-earth approach is needed, extending the protections of EU law to all EU citizens suffering from unjustifiable and harmful regulation“ (aaO., S. 395); vgl. auch *R. Dobhoff-Dier*, Von der Unionsbürger_innenenschaft und ihrem winzigen Kernbestand, juridikum 2012, S. 145.

49 *M. J. van den Brink*, EU Citizenship (Fn. 48), S. 282, verweist u.a. auf die Verwendung des Begriffs „Unionsbürger“, in der Rn. 62 des Urteils EuGH, verb. Rs. C-372/09 u. C-373/09 (Pefarroja), Slg. 2011, I-1785, wo der Gerichtshof ausführt, dass die nationalen Behörden bei Prüfung der Anerkennung von Qualifikationen ein Verfahren anwenden müssen, „das den Erfordernissen des Unionsrechts in Bezug auf den effektiven Schutz der den Unionsbürgern insbesondere durch Art. 47 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union verliehenen Grundrechte entspricht“. Der zitierte Autor lässt dabei unerwähnt, dass die Aussage in einem Kontext fiel, in dem die Anwendbarkeit der GRC unstrittig und unspektakulär war, nämlich den Fall der unionsrechtlichen Grenzen für Eingriffe in die (den Unionsbürgern garantierte; vgl. Art. 49 und Art. 56 AEUV) Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit. Dem bloßen Status der Unionsbürgerschaft kam dabei für sich genommen keine allein ausschlaggebende Bedeutung zu.

berührt ist, kommt Unionsrecht und – damit korrespondierend – die GRC zur Anwendung. Es reicht nicht aus, im Besitz der Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaats (also der Unionsbürgerschaft) zu sein, zusätzlich ist das Vorliegen einer qualifizierten Eingriffs- oder Zwangslage zulasten des Bürgers erforderlich. Dass der EuGH dieses Erfordernis aufstellt, ist der vertikalen Kompetenzverteilung zwischen Union und Mitgliedstaaten geschuldet.⁵⁰ Außerhalb des Kernbestands herrscht freilich kein grundrechtsfreier Raum, zumal außerhalb die nationale Grundrechtsordnung und die EMRK zu beachten sind.⁵¹ Der Haupteinwand gegen die Ausdehnungsthesen ist kompetenzrechtlicher Natur. Die Annahme, dass die GRC gegenüber jeder innerstaatlichen Regelung, allein durch den Umstand der Bürgerschaft anwendbar ist, würde den Rahmen der begrenzten Einzelermächtigung sprengen⁵² und jene ausdrücklichen Vertragsnormen missachten, die die Reichweite der Unionsgrundrechte an die Reichweite des Unionsrechts binden.⁵³ Speziell dem „umgekehrten Solange Vorschlag“ muss entgegengehalten werden, dass er dazu führen würde, dass der intergouvernemental ausgeprägte Mechanismus nach Art. 2 und Art. 7 EUV in seinen normativen Wirkungen vollkommen umgestaltet wäre. Aus den gemeinsamen Werten würde, je nach Fallsituation, ein detaillierter, womöglich vom nationalen Grundrechtesystem in vielen Einzelfragen abweichender Grundrechtekatalog „auftauchen“, der in konkreten Rechtsstreitigkeiten unmittelbar heranzuziehen wäre, je nachdem, ob ein innerstaatliches Gericht zur Auffassung kommt, dass sein Mitgliedstaat die eigenen Grundrechte systematisch missachtet oder nicht. Es ist schwierig, diesen Ansatz mit den Verträgen zu vereinbaren, die für die Überwachung der Einhaltung „gemeinsamer Werte“ gänzlich andere Mechanismen einrichten. Davon abgesehen sind Zweifel an den genannten Thesen insoweit angebracht, als die Unionsbürgerschaft schon wegen ihrer Bindung an die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaats kein geeignetes Vehikel sein kann, um das den Thesen vorschwebende grund- und menschenrechtliche Desiderat zu erreichen. Die erwähnten Thesen sind darauf angewiesen, den Anwendungsbereich eines bestimmten Grundrechtekatalogs mit der Unionsbürgerschaft zu verknüpfen und lassen damit all jene Konstellationen ausgeblendet, die Menschen mit anderer Staatsangehörigkeit und ohne Verbindungen zu einem Unionsbürger betreffen.

Es ist daher überzeugender und folgerichtig, wenn für die Einhaltung und Durchsetzung von Grundrechten außerhalb des Anwendungsbereichs des Unionsrechts weiterhin die Mitgliedstaaten verantwortlich und zuständig sind. Mit K. Lenaerts kann man resümierend feststellen: „[T]he system of fundamental rights protection

50 Vgl. GA Mengozzi, Schlussanträge v. 29.9.2011 in der Rs. C-256/11 (Dereci u.a.), Slg. 2011, I-11315, Rn. 39.

51 Die Kritiker des vom EuGH gefundenen Zugangs monieren freilich, dass der Schutz der Grundrechte – gesamthaft betrachtet – durch die kompetenzielle Aufteilung im Ergebnis nicht hinreichend konsistent ist, vgl. z.B. N. Nic Shuibhne, (Some) Of The Kids Are All Right, CMLRev. 2012, S. 349.

52 Art. 5 EUV; vgl. auch P. van Elsuwege, Shifting The Boundaries? European Citizenship and the Scope of Application of EU law, Legal Issues of European Integration 2011, S. 263.

53 Vgl. K. Lenaerts, „Civis Europeus Sum“: From the Cross Border Link to the Status of Citizen of the Union, in: Cardonnel/Rosas/Wahl (Hrsg.), Constitutionalising the EU Judicial System – Essays in Honour of Pernilla Lindh, 2012, S. 213.

under EU law must be read in light of ‚constitutional pluralism‘. The ECJ is not and does not want to become the sole and supreme guarantor of fundamental rights“⁵⁴

VI. Grundrechte als Einflussfaktoren auf den Umfang des Kernbestands?

Die Rechtsprechung zum „Kernbestand“ hat sich im Kontext der fremden- und aufenthaltsrechtlichen Lage von drittstaatsangehörigen Familienmitgliedern entwickelt. Schon diese Sachverhaltsthematik weckt unmittelbar die Assoziation mit einem Grundrecht, dem Recht auf Achtung des Familienlebens.

Sachverhalte mit Grundrechtsbezug sind aber in vielfältigen anderen Ausprägungen ebenso denkbar. Konfrontiert mit grund- und freiheitsrechtlich bedenklichen Situationen kann(t)en Richter des EuGH verlockt sein, richterlich über die GRC Abhilfe zu schaffen, obwohl Unionsrecht im Ausgangsfall nicht anwendbar ist. In Grenzfällen kann dies geschehen, indem die jeweils „sachnächste“ Norm des Vertrags herangezogen wird, um sie, über ihren eigentlichen Anwendungsbereich hinaus – grundrechtskonform – so ausdehnend zu interpretieren, dass der Sachverhalt dadurch in den Anwendungsbereich des Unionsrechts (und damit in jenen der GRC) „hereingeholt“ wird. Allgemeine oder voraussetzungssarme Klauseln wie die Unionsbürgerschaft oder etwa das Aufenthaltsrecht sind für diese Herangehensweise anfällig. Die Strukturvorgaben der GRC setzen diesen Verlockungen freilich Grenzen. Die GRC enthält eindeutige Begrenzungen ihrer eigenen Reichweite und trifft Vorkehrungen dagegen, dass allein schon die Anlegung einer grundrechtlichen Beurteilung als solche zur Veränderung der Kompetenzgrenzen führt.⁵⁵

Vor diesem Hintergrund ist es konsequent, wenn der Gerichtshof gerade bei der Schaffung und Entwicklung des Kernbestands einen autonomen Zugang entwickelt, der vorderhand nicht davon abhängig ist, welches Ergebnis von den Grundrechten geboten wäre. Die dazu ergangene Rechtsprechung lässt erkennen, dass der Gerichtshof darauf bedacht war, sich an die erwähnten Grenzen zu halten.

Die – kompetenzrechtlich bedingte – Autonomie des Kernbestandskonzepts bedeutet jedoch nicht, dass die Auslotung des Inhalts des Kernbestands völlig losgelöst von grundrechtlichen Wertungen erfolgen muss. Das zeigt bereits das Urteil *Ruiz Zambrano*. Im Kern der Entscheidung hebt der Gerichtshof jene Umstände des Sachverhalts hervor, die es dem Unionsbürger „de facto unmöglich machen“, den Kernbestand der Rechte „in Anspruch zu nehmen“. Die Eignung, „unmöglich zu machen“ beurteilt der EuGH also nach den faktischen Umständen und er bejaht diese Eignung, wenn sich der Unionsbürger durch die Umstände „gezwungen sähe“, das Unionsgebiet zu verlassen. Das Schutzgut beschränkt sich nicht auf das bloße Recht des Unionsbürgers auf Aufenthalt i.e.S, sondern schließt die Frage mit ein,

54 K. Lenaerts, The concept of EU citizenship in the case law of the European Court of Justice, ERA Forum 2013, S. 569.

55 Art. 51 Abs. 2 GRC sieht dementsprechend vor, dass die „Charta [...] den Anwendungsbereich des Unionsrechts nicht ausdehnt und weder neue Zuständigkeiten oder Aufgaben der Union begründet, noch die im Vertrag festgelegten Zuständigkeiten und Aufgaben verändert“.

56 EuGH, Rs. C-34/09 (*Ruiz Zambrano*), Slg. 2011, I-1177, Rn. 44.

ob die Begleitumstände und Bedingungen des Aufenthalts (hier: bei Abwesenheit der Eltern) für den Unionsbürger erträglich sind. Eine Beurteilung, wann Umstände so geartet sind, dass sie zum Verlassen des Unionsgebiets zwängen, kann nicht stattfinden, ohne dass ihr eine Bewertung der Umstände zugrunde liegt. Eine Bewertung kann aber nicht völlig frei sein, sondern muss notwendigerweise auf normative Kategorien zurückgreifen. Auf dieser Ebene kommen unweigerlich grundrechtliche Wertungsmaßstäbe und Vorstellungen zur Geltung, die sich aus einem gemeinsamen europäischen Vorverständnis nähren müssen.

Ausgehend von dieser Feststellung lassen sich für den Umfang des Kernbestandschutzes weitere Schlussfolgerungen ziehen. Die Schutzwürdigkeit der Kinder von Herrn und Frau *Ruiz Zambrano* ergab sich aus dem faktischen Umstand, dass sie für grundlegende Bedürfnisse während ihres Aufenthalts im Unionsgebiet auf Dritte angewiesen waren, konkret auf ihre Eltern. Will man dem Urteil unterstellen, dass es eine allgemein gültige Regel anwendet, muss von der konkreten Situation der betroffenen (hier: minderjährigen) Unionsbürger abstrahiert werden. Andere Umstände, die den Aufenthalt in vergleichbarer Weise „de facto unmöglich machen“, wären gleichzustellen. So betrachtet wird klar, dass der maßgebliche Punkt nicht die konkrete familiäre Situation war, sondern das Angewiesensein. Nicht relevant dürfte sein, ob sich die Zwangslage in einem fremden- und aufenthaltsrechtlichen Kontext ergibt oder aus anderen Umständen. Wenn das Angewiesensein der ausschlaggebende Punkt ist, muss angenommen werden, dass nicht nur Kinder, sondern auch erwachsene Unionsbürger im Kernbestand gefährdet sein können. Eine Abhängigkeit muss ihre Ursache außerdem nicht in einer biologischen Verwandtschaftsbeziehung,⁵⁷ ja nicht einmal notwendigerweise im familienrechtlichen Band haben. Der Schutz des Kernbestands könnte sich in vergleichbarer Weise für das Angewiesensein eines Menschen wegen Krankheit, Behinderung oder extremer wirtschaftlicher Not entfalten.⁵⁸ Auswirkungen des Kernbestands auf Rechtsbereiche des Sozial-, Gesundheits- und Behindertenrechts sind demnach denkbar.⁵⁹ Die Grundrechte besitzen insofern gewiss eine Funktion zur Abgrenzung des Umfangs des Kernbestands.

57 Vgl. EuGH, Urteil v. 6.12.2012, verb. Rs. C-356/11 u. C-357/11 (O. und S.), Rn. 55.

58 Vgl. GA *Bot*, Schlussanträge v. 27.9.2012 in den verb. Rs. C-356/11 u. C-357/11 (O. und S.), Rn. 45: „Es können auch volljährige Kinder betroffen sein, die einem Elternteil wegen Krankheit oder Invalidität Unterhalt gewähren.“.

59 Vgl. auch *M. Nettesheim*, Kernbereich (Fn. 25), S. 1034: „[Mit dem Kernbereich] erstreckt sich das Unionsrecht forthin weit in die Sphäre der sozialstaatlichen Absicherung hinein, und zwar auch für Personen, die bislang nicht von der Freizügigkeit in der EU Gebrauch gemacht haben.“; a.A. jedoch offenbar *S. Platon*, Le champ d’application des droits du citoyen européen après les arrêts Zambrano, McCarthy et Dereci, RTD eur. 2012, S. 23 (45), der singgemäß darauf hinweist, dass der Kernbestand nicht berührt ist, weil der betreffende Unionsbürger ebenso die Möglichkeit des Wegzugs in einen anderen Mitgliedstaat hat, um sich sozialstaatliche Rechte zu sichern.

VII. Fragen der Schutzbereichs- und Eingriffsdogmatik

In *Ruiz Zambrano* gelangte der EuGH zu dem Ergebnis, dass der Kernbestand verletzt wäre, wenn den sorgepflichtigen Eltern der Unionsbürger kein Aufenthaltsrecht und keine Arbeitsbewilligung erteilt wird.

Eine Prüfung, ob die staatliche Verweigerung dieser Genehmigungen gerechtfertigt werden könnte oder ob eine Anwendung des Verhältnismäßigkeitsprinzips in Frage kommt, lässt sich der Entscheidung nicht entnehmen. Man könnte daher zu der Annahme verleitet sein, dass der Kernbestand einen absoluten Schutzkern bildet, in den durch staatliche Maßnahmen auf keinen Fall eingegriffen werden darf.

In seiner Struktur wäre der Kernbestand dann ähnlich wie ein absolut geschütztes Grundrecht, vergleichbar also mit dem Folterverbot nach Art. 3 EMRK.⁶⁰ Jeder Eingriff in den Schutzbereich wäre damit gleichzeitig eine Verletzung.⁶¹

Das Urteil in der Rs. *Ruiz Zambrano* lässt dazu jedoch keine eindeutige Schlussfolgerung zu. Erstens hat Belgien in diesem Verfahren keine Rechtfertigung vorgebracht. Zweitens wäre denkbar, dass der Gerichtshof zwar grundsätzlich von einer nach „Schutzbereich“, „Eingriff“ und „Rechtfertigung“ gegliederten Struktur des Kernbestands ausgehen würde, dass er diese Prüfschritte allerdings im konkreten Fall übersprungen hat, weil es vor dem Hintergrund des Sachverhalts evident war, dass die staatliche Maßnahme unverhältnismäßig war. Die Frage nach der Prüfstruktur lässt sich auch aus der nachfolgenden Kernbestandsjudikatur (*McCarthy, Dereci, Iida, O. und S., Ymeraga, Alokpa*) nicht beantworten. Diese Judikatur besteht durchwegs aus Urteilen, die den Schutz des Kernbestands für das Ausgangsverfahren tendenziell verneinen. Darüber hinaus lassen sich die Entscheidungen so deuten, dass sich der EuGH nur mit der Frage befasste, unter welchen Umständen der Schutz des Kernbestands eröffnet ist, nicht aber, ob und inwiefern eine staatliche Maßnahme, die diesen Schutzbereich berührt, gerechtfertigt werden könnte.

Hilfreich zur Beantwortung der Strukturfrage ist ein Blick auf die Entscheidung in der Rs. *Rottmann*,⁶² zumal diese in erkennbarer Weise⁶³ als Vorlage für das in *Ruiz Zambrano* entwickelte Modell eines – von grenzüberschreitenden bzw. freizügigkeitsrelevanten Bezügen losgelösten – allein im „Status“ begründeten Rechtsanspruchs diente. In *Rottmann* ging es um den gänzlichen rechtlichen Verlust der Unionsbürgerschaft. Für die Kreation des Kernbestands greift der EuGH auf die in

60 Für die Annahme eines „absoluten“ Kernbestandsschutzes s. z.B. *H. Tewocht*, Von „Zambrano“ bis „O. und S.“ – zur (Weiter-)Entwicklung der Kernbereichsrechtsprechung des EuGH, ZEuS 2012, S. 219.

61 Besonders kritisch zur unklaren Aufschlüsselung der Prüfschritte äußert sich *S. Platon*, Le champ d’application (Fn. 599) mit folgender Bemerkung: „[A]u passage c’est la rigueur du raisonnement juridique de la Cour qui est amoindrie. [...] [L’arrêt Zambrano] énonce simultanément et indistinctement le critère d’applicabilité [...] et la règle violée. [...] C’est ainsi que, par glissements successifs, c’est la violation du droit qui détermine son applicabilité, au détriment de la logique la plus élémentaire. Il en résulte un raisonnement circulaire, nécessairement insuffisant: le droit de l’Union est applicable parce que la décision nationale porte atteinte au droit de l’Union, cependant, il ne peut y avoir atteinte au droit de l’Union que du fait de mesures entrant dans son champ d’application.“

62 EuGH, Rs. C-135/08 (*Rottman*), Slg. 2010, I-1449.

63 S. EuGH, Rs. C-34/09 (*Ruiz Zambrano*), Slg. 2011, I-1177, Rn. 42 und den dort enthaltenen Verweis auf EuGH, Rs. C-135/08 (*Rottman*), Slg. 2010, I-1449, Rn. 42.

Rottman entwickelten Grenzen des Statusverlusts zurück: Ein völliges faktisches Verwehren des Genusses der Unionsbürgerschaft wird gleich behandelt wie der rechtliche Verlust der Unionsbürgerschaft. Die Parallele zu *Rottmann* lässt sich bei der Eingriffsdogmatik weiterführen.⁶⁴ In *Rottmann* wurde eine Verhältnismäßigkeitsprüfung beschritten. Unterstellt man der vom EuGH zwischen *Rottmann* und *Ruiz Zambrano* gezogenen Parallele eine in sich konsistente Logik, lässt sich Folgendes entnehmen: In einem ersten Schritt ist zu prüfen, ob der Kernbestand berührt ist. Dafür ist maßgeblich, ob die Maßnahme so gravierend ist, dass sie de facto wie ein Zwang zum Verlassen des Unionsgebiets wirkt. Nur bei Erreichen dieser Schwelle kann die Beeinträchtigung überhaupt mit einem gänzlichen (juristischen) Statusverlust im *Rottmann*'schen Sinn verglichen werden. In einem zweiten Schritt ist dann zu prüfen, ob der Staat Rechtfertigungsgründe ins Treffen führen kann und ob das Verhältnismäßigkeitsgebot beachtet wird.

Es ist durchaus vorstellbar, dass die künftige Rechtsprechung keine scharfe Trennung zwischen diesen beiden Schritten vornimmt. Zur Wahrung der vertikalen Kompetenzverteilung zwischen Union und Mitgliedstaaten wird es aber unerlässlich sein, den ersten Prüfungsschritt nicht aufzugeben oder aufzuweichen. Im Fall der Vermengung beider Vorgänge in der Weise, dass erst nach Durchführung einer Rechtfertigungs- und Verhältnismäßigkeitskontrolle feststeht, ob eine staatliche Maßnahme die Schwelle des Kernbestands überschreitet, bestünde kein Kriterium mehr, das ausschließt, dass jeglicher Sachverhalt einer unionrechtlichen Prüfung unterzogen wird und damit in den Anwendungsbereich des Unionsrechts einbezogen wird. Im Ergebnis wird man sich an den Gedanken gewöhnen müssen, dass nicht alles, was unverhältnismäßig oder ungerechtfertigt ist, gleichzeitig auch den Kernbestand angreift.

64 In diesem Sinn auch *K. Hailbronner/D. Thym*, Ruiz Zambrano, Die Entdeckung des Kernbereichs der Unionsbürgerschaft, NJW 2011, S. 2008 (2012).

Zugang der Unionsbürger zu Sozialleistungen

*Von Robert Rebhahn, Wien**

I. Einleitung

Sozialleistungen sind staatlich geregelte Leistungen in Geld oder in Geldeswert, die bei einem bestimmten Bedarf des Empfängers geleistet und aus Abgaben finanziert werden. Der Bedarf des Empfängers besteht, weil sich ein Risiko verwirklicht oder eine andere Bedarfslage besteht, welche der Staat für unterstützungs- oder förderungswürdig hält, wie das Erreichen eines Alters, in dem Erwerbsarbeit nicht mehr erwartet wird, Kinder, Wohnbedarf, Ausbildung oder Mangel der Mittel für eine ausreichende Existenz. Die Finanzierung der Sozialleistungen erfolgt durch zwangsweise beschaffte Mittel, entweder durch Beiträge zu einer Versichertengemeinschaft oder aus allgemeinen Steuermitteln. Dementsprechend unterscheidet man beitragsabhängige und beitragsunabhängige Leistungen. Neben den Elementen, welche den Bedarf umschreiben, ist für die Leistungsberechtigung traditionell eine ausreichende Verbindung zu jener Gruppe erforderlich, welche die Leistungen finanziert und die meist Solidargemeinschaft genannt wird. Bei beitragsabhängigen Leistungen ist es die Zugehörigkeit zur Versichertengemeinschaft, die meist Arbeit oder doch Aufenthalt im Inland voraussetzt. Auch für beitragsunabhängige Leistungen ist meist der Wohnsitz bzw. der gewöhnliche Aufenthalt im Land erforderlich, allenfalls qualifiziert durch eine bestimmte Dauer oder mittelbar durch ein Kriterium, das den Wohnort im Inland voraussetzt. Der Zugang zu Sozialleistungen eines Staates setzt also typischerweise einen territorialen Bezug zum leistenden Sozialsystem voraus (ein personaler Bezug allein reicht wenn überhaupt schon lange nicht mehr aus).¹ Der territoriale Bezug entspricht der weitgehend an das Territorium anknüpfenden Finanzierung.² Für Sozialpolitik waren stets der Kreis jener, die zur Finanzierung beitragen, und die Art der Finanzierung wesentliche Elemente. Die Union ist zur Regelung des Sozialrechts zwar potentiell nach Art. 153 AEUV zuständig, allerdings materiell nur beschränkt; überdies ist Einstimmigkeit im Rat erforderlich. Das Unionsrecht regelt bis heute weder Sozialleistungen noch deren Finanzierung, sondern im Sekundärrecht primär die Koordinierung der nationalen Sozialrechtssysteme.³ Auch jene, die möglichst viel an Sozialleistungen gutheißen

* Dr. Robert Rebhahn ist Universitätsprofessor für Arbeits- und Sozialrecht an der Universität Wien und war davor Inhaber des Lehrstuhles für Bürgerliches Recht, Arbeitsrecht und Sozialrecht der Humboldt-Universität Berlin. Der Beitrag wurde Ende 2013 abgeschlossen.

1 In der Literatur wird häufig gesagt, früher war der Zugang zu Sozialleistungen vom Personalitätsprinzip geprägt, das dann vom Territorialitätsprinzip überlagert wurde; z.B. H.M. Heinig, Territorialität sozialer Sicherheit und transnationale soziale Rechte, EuR-Beiheft 1-2013, S. 31 (32). Rein personale Beziehungen ohne territorialen Bezug reichten aber wohl auch früher nicht aus.

2 Voraussetzung für das Besteuerungsrecht ist bei Ertragssteuern natürlicher Personen grundsätzlich der Wohnsitz; auch Verbrauchssteuern knüpft(ten) faktisch meist an den Wohnsitz des Verbrauchers an.

3 Informationen über das Sozialrecht der Mitgliedstaaten finden sich auf <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?ca-tId=858&langId=en>.

oder/und die Folgen der Unionsbürgerschaft möglichst weit ausdehnen wollen, wissen, dass ein Mitgliedstaat seine Sozialleistungen nicht allen Personen in der EU erbringen kann, bei denen der Bedarf besteht, welcher die nationale Sozialleistung auslöst. Aufgrund des erwähnten territorialen Bezuges der Sozialleistungen ist daher der Einfluss des Gemeinschafts- bzw. Unionsrechts für den Zugang zu nationalen Sozialleistungen relevant.

Das Gemeinschaftsrecht hat die Rechte auf Aufenthalt zunehmend erweitert.⁴ Dementsprechend haben die Freizügigkeiten der Erwerbstätigen, insbesondere der Arbeitnehmer und die Verordnungen dazu,⁵ sowie die Verordnungen zur Koordinierung der Sozialvorschriften – zuerst die Verordnung 1408/71 und seit 2010 die Verordnung 883/2004 – den Kreis jener, denen nationale Leistungen zustehen müssen, erweitert und damit die Möglichkeiten zur Gestaltung des vom nationalen Sozialrecht erfassten Personenkreises zunehmend beschränkt.⁶ Die Koordinierungs-Verordnung begründet, wie der EuGH wiederholt treffend gesagt hat, selbst keine Ansprüche,⁷ sondern enthält (nur) Kollisionsnormen. Die Koordinierungs-Verordnung gilt allerdings nicht für alle Leistungen, die man als Sozialleistungen ansehen kann, sondern nur für die in Art. 3 genannten Zweige der sozialen Sicherheit (insbesondere für traditionelle Risiken wie Krankheit, Alter und Invalidität), hier allerdings für beitragsabhängige wie beitragsfreie Leistungen. Hingegen gilt die Verordnung insbesondere nicht für „soziale und medizinische Fürsorge“ (Art. 3 Abs. 5) sowie für Leistungen zur Förderung von Ausbildung und Bildung.

Der EuGH hat wiederholt unter Berufung auf das Primärrecht gesagt, dass das Gemeinschaftsrecht den Zugang zu Sozialleistungen auch über das im Sekundärrecht Vorgesehene hinaus verlange. Zum Teil erfolgte dies durch eine Interpretation des Sekundärrechts im Lichte des (u.U. gewandelten) Primärrechts, zum Teil durch unmittelbaren Rückgriff auf das Primärrecht. Früher erfolgte diese Erweiterung der Vorgaben primär unter Berufung auf die ökonomischen Freiheiten, insbesondere die Arbeitnehmerfreiheit. In den letzten Jahren wurde dafür zunehmend das den Unionsbürgern gewährte Recht auf Freizügigkeit (nun Art. 21 AEUV) relevant.⁸ Zwar wird dieses Recht nur „vorbehaltlich der in den Verträgen und in den Durchführungsvorschriften vorgesehenen Beschränkungen und Bedingungen“ gewährleistet, diese Einschränkung hat nach der Judikatur aber nicht allzu viel Bedeutung. Die Unionsbürgerschaft erweitert nun das Aufenthaltsrecht für alle, insbesondere nicht (mehr) Erwerbstätige. Die Unionsbürger-Richtlinie 2004/38/EG unterscheidet dazu drei zeitliche Stufen, wobei das Aufenthaltsrecht nur in der zweiten Stufe beschränkt werden kann. Der EuGH sieht in Bestimmungen, welche

4 Zur Entwicklung z.B. C. Schönberger, Unionsbürger, 2005, S. 327 ff.; ders., Die Unionsbürgerschaft als Sozialbürgerschaft, ZAR 2006, S. 226.

5 VO (EWG) Nr. 1612/68 und nun VO (EU) Nr. 492/2011.

6 Vgl. zur Sozialrechtskoordination insb. Fuchs (Hrsg.), Europäisches Sozialrecht, 6. Aufl. 2013; Jorens (Hrsg.), 50 Jahre Koordinierung der sozialen Sicherheit, 2010.

7 Z.B. jüngst EuGH, Urteil v. 19.9.2013, Rs. C-140/12 (Brey), Rn. 41.

8 Vgl. dazu z.B. W. Obwexer, Grundfreiheit Freizügigkeit. Das Recht der Unionsbürger, sich frei zu bewegen und aufzuhalten, als fünfte Grundfreiheit, 2009; ferner C. Schönberger (Fn. 4); sowie insb. die Kommentierungen zu Art. 21 und 18 AEUV.

den Zugang von Unionsbürgern zu Sozialleistungen erschweren, Behinderungen der Freizügigkeit. Dazu tritt Art. 18 AEUV, der eine Diskriminierung aufgrund der Staatsbürgerschaft verbietet. Dies gilt nach dem Text zwar nur im Anwendungsbe- reich der Verträge, die Einschränkung ist aber wenig relevant, schon weil darunter die Ausübung der Unionsbürgerfreizügigkeit fällt,⁹ und damit der Zugang zu allen Sozialleistungen. Letztlich ist daher jede Regelung, die den Zugang zu Sozialleis- tungen für zu- oder wegziehende Unionsbürger erschwert, rechtfertigungsbedürf- tig.¹⁰ Fraglich ist dann insbesondere, inwieweit die Staatsbürgerschaft den Zugang zu Sozialleistungen verlangt bzw. die Möglichkeit von Zugangs- und damit Zuge- hörigkeitserfordernissen einschränkt, vor allem inwieweit die Staatsbürgerschaft zum einen verbietet, dass der Wohnsitzstaat neben dem Wohnort zusätzliche Vor- aussetzungen aufstellt oder den Zugang durch das Versagen des Aufenthaltsrechts beschränkt (Zuzugsfälle), und zum anderen verlangt, dass auch Personen, die in einem anderen Mitgliedstaat wohnen, solche Leistungen beanspruchen können (Wegzugsfälle).¹¹ Diese Frage stellt sich insbesondere bei beitragsunabhängigen Leistungen; diese stehen daher auch im Vordergrund.

Art. 34 Abs. 2 GRC sagt: „Jeder Mensch, der in der Union seinen rechtmäßigen Wohnsitz hat und seinen Aufenthalt rechtmäßig wechselt, hat Anspruch auf die Leistungen der sozialen Sicherheit und die sozialen Vergünstigungen nach dem Unionsrecht und den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten.“ Die Charta bedenkt damit den Wechsel des Aufenthaltsortes ausdrücklich, die Norm

9 Vgl. *W. Obwexer*, Grundfreiheit Freizügigkeit (Fn. 8), S. 207, 360.

10 Wichtige Urteile dazu sind: EuGH, Rs. C-85/96 (Martínez Sala), Slg. 1998, I-2691; Rs. C-184/99 (Grzelczyk), Slg. 2001, I-6193; Rs. C-138/02 (Collins), Slg. 2004, I-2703; Rs. C-209/03 (Bidar), Slg. 2005, I-2119; Rs. C-456/02 (Trojani), Slg. 2004, I-7573; Rs. C-406/04 (De Cuyper), Slg. 2006, I-6947; Rs. C-158/07 (Förster), Slg. 2008, I-8507.

11 Vgl. dazu aus der österreichischen Literatur insb. *M. Windisch-Graetz*, Staatsbürgerschaft und Zugang zu sozialen Rechten, in: Eilmansberger/Herzig (Hrsg.), Soziales Europa, 2009, S. 97; *E. Felten*, Sozialtourismus in der EU – Möglichkeiten und Grenzen der Optimierung von Sozialleistungen nach dem Unionsrecht, DRdA 2012, S. 461. Aus der deutschen Literatur jüngst *D. Thym*, Sozialleistungen für und Aufenthalt von nichterwerbstätigen Staatsbürgern, ZAR 2014 (i.E.); *Hatje/Huber* (Hrsg.), Staatsbürgerschaft und soziale Rechte, EuR-Beiheft 1-2007, und darin *C. Calliess*, Der Unionsbürger: Status, Dogmatik und Dynamik, S. 7; *T. Kingreen*, Die Universalisierung sozialer Rechte im europäischen Gemeinschaftsrecht, S. 43; *W. Cremer*: Negative und positive Integration: Die Europäische Gemeinschaft als Sozial- und Bildungsunion, S. 75; *U. Becker*: Migration und soziale Sicherheit – die Staatsbürgerschaft im Kontext, S. 95. Ferner *C. Schönberger*, Staatsbürger (Fn. 4), S. 327 ff.; *ders.*, Staatsbürgerschaft (Fn. 4), S. 226; *C. Janda*, Migranten im Sozialstaat, 2012; *M. Husmann*: Auswirkungen des EG-Primärrechts auf den Erwerb von Sozialleistungen, NZZ 2009, S. 547; *M. Husmann*: Reaktionen in der Freizügigkeits-RL 2004/38 und im deutschen Sozialleistungsrecht auf die Rechtsprechung des EuGH, NZZ 2009, S. 652; *J. Raschka*, Freizügigkeit von Staatsbürgern und Zugang zu sozialen Leistungen, EuR 2013, S. 116; *R. Domröse/P. Kubicki*, Das staatsbürgerliche Freizügigkeitsrecht und der Zugang zu sozialen Leistungen des Herkunftsstaates, EuR 2008, S. 873; *A. Graser*, Einmal mehr: Zur Europäisierung der Sozialpolitik, EuR-Beiheft 1-2013, S. 15; *H.M. Heinig*, Territorialität (Fn. 1), S. 31; *A. Somek*, Sozialpolitik in Europa: Von der Domestizierung zur Entwaffnung, EuR-Beiheft 1-2013, S. 49.

Ferner z.B. *Ross/Borgmann-Prebil* (Hrsg.), Promoting solidarity in the European Union, 2010, und darin insb. *S. Giubboni*, A certain Degree of Solidarity? Free Movement of Persons and Access to Social Protection in the Case Law of the ECJ, S. 166; *M. Ross*, Solidarity – A New Constitutional Paradigm for the EU?, S. 23; *W. Lampert*, Mission Impossible? Limits and Perils of Institutionalizing Post-National Social Policy, S. 46; *M. Ferrera*, The Boundaries of Welfare: European Integration and the New Spatial Politics of Social Protection, 2005; *Van Overmeiren/Eichenhofer/Verschuren*, Social security coverage of non-active persons moving to another Member State, trESS Analytical Study, 2011; *Couchier et al.*, The relationship and interaction between the coordination regulations and the Directive 2004/38/EC, trESS Think Tank Report, 2008 (trESS-Studien abrufbar unter www.tress-network.org).

hat aber in der Judikatur des EuGH betreffend den Zugang von Unionsbürgern zu Sozialleistungen noch keine Rolle gespielt.¹²

Schon die nationalen Regelungen zur Leistungsberechtigung sind oft sehr kompliziert. Die Unionsregeln zum Zugang potenzieren die Kompliziertheit.¹³ Will man nicht nur abstrakte Gemeinplätze von sich geben, muss man näher hinsehen.

II. (Geringe) Relevanz des Koordinierungsrechts

Zuerst zur Relevanz der Vorschriften zur Koordinierung der Systeme sozialer Sicherheit, dies ist nun die Verordnung 883/2004. Für die erfassten Sozialleistungen bestimmt die Verordnung, welchen Staates Rechtsvorschriften jeweils anwendbar sind. Sie enthält also Kollisionsnormen. Bei Erwerbstägigen ist danach das Recht des Erwerbsortes, bei Nichterwerbstägigen das Recht des Wohnsitzstaates anwendbar (Art. 11 Verordnung 883/2004). Fraglich ist, inwieweit die Kollisionsnormen den Zugang zu Leistungen hindern können.

Exemplarisch ist dazu das Urteil *Stewart* aus 2011.¹⁴ Es betraf eine britische Leistung an invalide Arbeitslose, die monatlich in Höhe eines Fixbetrages und potentiell bis zum Rentenalter bezahlt wird, eine Art Invaliditätsrente. Voraussetzung war eine durch Erwerbsarbeit erworbene Anwartschaft. Für invalide Arbeitslose zwischen 16 und 25 Jahren war der Zugang aber viel leichter: Voraussetzung war nur der Wohnsitz in Großbritannien bei Antragstellung und durch mindestens 26 Wochen während des Jahres davor. Frau *Stewart* leidet am Down-Syndrom; sie hat nie gearbeitet und lebte mit ihren Eltern, die wie sie britische Staatsbürger sind und britische Pensionen beziehen, seit 2001 in Spanien. Der Antrag wurde 2005 nach Erreichen des 16. Lebensjahres gestellt. Er wurde abgelehnt, weil die Wohnsitzerfordernisse nicht erfüllt waren. Die Vorlage fragte nach der Vereinbarkeit mit der alten Koordinierungs-Verordnung 1408/71. Der EuGH erörtert sehr ausführlich, dass es sich um eine Leistung bei Invalidität handelt und nicht – wie die Vorlage erwog – bei Krankheit. Nach Art. 13 der Verordnung war auf diese Leistungen hier (in beiden Fällen) allein das Recht des Wohnsitzstaates anwendbar,¹⁵ also das Spaniens. Allerdings zitiert das Urteil diese zentrale Bestimmung des Koordinierungsrechts nicht einmal, so als wäre sie irrelevant. Vielmehr steuert es nur auf Art. 10 der Verordnung 1408/71 zu, der die Bindung der Leistung an den Wohnort im Leistungsstaat verbietet.¹⁶ Dazu wurde erwogen, ob Art. 10 auch dem Erfordernis eines inländischen Wohnortes vor Antragstellung entgegensteht. Allerdings war dies das einzige Tatbestandselement, das nach dem nationalen Recht eine Verbindung zu Großbritan-

12 Soweit zu sehen war Art. 34 GRC nur in einem Urteil relevant, das Drittstaatsangehörige betraf: EuGH, Urteil v. 24.4.2012, Rs. C-571/10 (Kamberaj).

13 Problematisch ist neben dem Inhalt der Regelungen insb. auch die Fülle paralleler Regelungen des Sekundärrechts (VO (EWG) Nr. 1408/71, VO (EU) Nr. 492/2011, VO (EG) Nr. 883/2004, RL 2004/38/EG) wie des Primärrechts (Art. 18 i.V.m. 21 AEUV sowie Art. 45 und 48 AEUV). Zuweilen ist selbst bei Urteilen des EuGH unklar, zu welcher Bestimmung bestimmte Aussagen erfolgen.

14 EuGH, Rs. C-503/09 (*Stewart*), Slg. 2011, I-6497.

15 Ebenso nun Art. 11 Abs. 3 VO (EG) Nr. 883/2004.

16 Außer die beitragsunabhängige Leistung ist im Anhang zur VO genannt, was hier nicht zutraf.

nien herstellt. Würde es ersatzlos beseitigt, so müsste Großbritannien die Leistung an alle arbeitsunfähigen Jungen in der EU zahlen. Generalanwalt *Cruz Villalon* hat daher treffend gesagt, das Erfordernis eines vorangehenden inländischen Wohnortes sei anders zu beurteilen als die übliche Wohnortklausel.¹⁷ Der EuGH hat ohne Begründung gesagt, dass es sich bei der nationalen Regelung nicht um ein Wohnsitz-erfordernis i.S.d. Art. 10 handle. In der Folge hat er – über die Vorlagefrage hinaus – geprüft, ob die nationale Regelung mit Art. 21 AEUV vereinbar ist (und dies verneint).¹⁸

Dies zeigt, dass für den EuGH das zentrale subsidiäre Anknüpfungsmoment des Koordinierungsrechts – der Wohnort – als Begrenzung des Zugangs zu Leistungen dort, wo es als Hindernis insbesondere relevant sein könnte, nicht relevant ist. Das Urteil zeigt ferner paradigmatisch, dass man sich für die Lösung eines Problems meist durch eine Fülle von Sekundärrechtsvorschriften kämpfen muss. Allerdings trägt das weitere Sekundärrecht nicht selten (wie im Urteil *Stewart*) wenig zur Lösung des Diskriminierungsproblems bei, insbesondere weil der EuGH immer wieder gerne auf das Primärrecht zurückgreift, um strengere Schranken zu finden.¹⁹ Wiederholt wurde gesagt, die Vereinbarkeit einer Regelung mit der Koordinierungs-Verordnung könne eine Diskriminierung nicht ausschließen.²⁰ Insbesondere kann das Anknüpfen an den Wohnort im Koordinierungsrecht den Zugang zwar begründen, aber nicht mehr stets ausschließen.

III. Zugang bei Wegzug

Art. 7 der Koordinierungs-Verordnung 883/2004 verbietet in Bezug auf erfasste Geldleistungen, den Bezug von Leistungen vom Wohnort im Leistungsstaat abhängig zu machen (Verbot der Wohnortklausel). Die erfassten Sozialleistungen müssen daher grundsätzlich exportiert werden. Eine Ausnahme davon sieht insbesondere Art. 70 für „besondere beitragsunabhängige Geldleistungen“ vor, soweit diese im Anhang X zur Koordinierungs-Verordnung genannt sind; der EuGH prüft aber, ob die dort genannten Leistungen den Kriterien des Art. 70 entsprechen.²¹ Allerdings sind nach Art. 11 Koordinierungs-Verordnung (für die erfassten Sozialleistungen) auf Personen, die nicht erwerbstätig sind, in der Regel die Vorschriften des Wohnortes und damit des gewöhnlichen Aufenthaltes anzuwenden. Schon nach der Koordinierungs-Verordnung stellt sich daher die Frage, wie dies mit deren Art. 7 zusammenpasst.²² Die Unionsbürgerschaft hat die Frage, wann Leistungen bei Weg-

17 GA *Cruz Villalon*, Schlussanträge v. 17.3.2011 in der Rs. C-503/09 (*Stewart*), Slg. 2011, I-6497, Rn. 52 ff.

18 EuGH, Rs. C-503/09 (*Stewart*), Slg. 2011, I-6497, Rn. 87 ff.

19 Vgl. z.B. S. *Giubboni*, Solidarity (Fn. 11), S. 186 ff.

20 Z.B. EuGH, Urteil v. 4.10.2012, Rs. C-75/11 (Kommission/Österreich), Rn. 44.

21 Vgl. insb. EuGH, Rs. C-299/05 (Kommission/Parlament), Slg. 2007, I-8695.

22 Völlig unverständlich ist, wie man in Anbetracht der Maßgeblichkeit des Wohnortes bei nicht erwerbstätigen Personen in Erwgr. 16 allgemein formulieren konnte: „Innerhalb der Gemeinschaft ist es grundsätzlich nicht gerechtfertigt, Ansprüche der sozialen Sicherheit vom Wohnort abhängig zu machen ...“.

zug zu leisten sind, akzentuiert. Bei Wegzugsfällen geht es nicht um Gleichbehandlung im Aufenthaltsstaat, sondern „nur“ um die Behinderung der Freizügigkeit.²³ Ein gutes Beispiel dazu ist wiederum das Urteil *Stewart* aus 2011.²⁴ Es wurde bereits gesagt, dass der EuGH hier die Maßgeblichkeit des Wohnortrechts als Beschränkung der Ansprüche gegen einen anderen Mitgliedstaat unbeachtet lässt. Angelegt wurde dies bereits im Urteil *De Cuyper*. Generalanwalt *Geelhoed* hat in seinen Schlussanträgen dazu gesagt, es würde das System des Koordinierungsrechts unterminieren, wenn man das Anknüpfen an den Wohnort als ungerechtfertigte Beschränkung ansähe.²⁵ Das Urteil geht darauf gar nicht ein, sondern prüft die Wohnortklausel anhand des Art. 18 EGV (heute Art. 21 AEUV) auf ihre Rechtfertigung (die damals bejaht wurde).²⁶ Es ging um die Rückforderung von Leistungen, die Herr *De Cuyper* schon erhalten hatte; im Fall *Stewart* hingegen fehlte nach der Koordinierungs-Verordnung jeder Anknüpfungspunkt zum Leistungsstaat.

Nach dem Urteil *Stewart* beeinträchtigt das Verlangen nach einem 26-wöchigen Aufenthalt in Großbritannien das Recht der Unionsbürger auf Freizügigkeit – was wohl nur vor dem Hintergrund verständlich ist, dass Frau *Stewart* bis vier Jahre vorher in Großbritannien lebte. Nach dem Urteil ist es ein legitimes Ziel, für den Anspruch auf die fragliche Leistung „einen Nachweis für eine tatsächliche und hinreichende Verbindung“ bzw. einer „realen Verbindung“ zwischen Antragstellerin und Leistungsstaat zu verlangen. Das Abstellen allein auf den Wohnsitz im Jahr vor der Antragstellung sei aber zu einseitig, weil die erforderliche „Verbundenheit [auch] anhand anderer repräsentativer Umstände nachgewiesen werden kann.“ Der EuGH nennt dazu Folgendes: Frau *Stewart* bezieht bereits Unterhaltsbeihilfe für Behinderte in Großbritannien; ihr werden – wohl deshalb – wöchentlich Versicherungsbeiträge gutgeschrieben; sie hat einen erheblichen Teil ihres Lebens in Großbritannien verbracht; ihr Vater hat dort gearbeitet und bezieht von dort eine Pension; ihre Mutter hat dort früher Arbeitsunfähigkeitsgeld bezogen; und wohl auch, dass Frau *Stewart* britische Staatsangehörige ist. Das Abstellen allein auf den Wohnort vor Antragstellung ist daher eine unverhältnismäßige Einschränkung der Freizügigkeit.²⁷ Man kann man wohl sagen: es müsse auf alle Umstände des Einzelfalles ankommen. Das Erfordernis einer tatsächlichen und hinreichenden Verbindung findet sich bereits in anderen Urteilen (z.B. Urteil *Collins*), allerdings betrafen diese nicht – wie das Urteil *Stewart* – eine beitragsunabhängige Leistung im Kernbereich der Sozialleistungen (Invalidität).

Besteht die ausreichende Verbindung zu Großbritannien, dann folgte (auch/schon) aus Art. 10 Verordnung 1408/71: Es ist jedenfalls unzulässig, den inländischen Wohnort für die Zahlung der zuerkannten Leistung zu verlangen; daraus folgt, dass der Anspruch auch nicht vom inländischen Wohnort bei Antragstellung abhängen

23 Vgl. dazu ausführlich R. Domröse/P. Kubicki, Freizügigkeitsrecht (Fn. 11).

24 EuGH, Rs. C-503/09 (*Stewart*), Slg. 2011, I-6497. Vgl. dazu E. Felten, Sozialtourismus (Fn. 11), S. 468 f. Das Urteil wurde kaum kommentiert.

25 GA *Geelhoed*, Schlussanträge v. 2.2.2006 in der Rs. C-406/04 (De Cuyper), Slg. 2006, I-6947, Rn. 112 ff.

26 EuGH, Rs. C-406/04 (De Cuyper), Slg. 2006, I-6947, Rn. 35 ff.

27 EuGH, Rs. C-503/09 (*Stewart*), Slg. 2011, I-6497, Rn. 92 ff.

darf. Ob das Urteil *Stewart* sozialpolitisch positiv war, ist fraglich. Soweit zu sehen, wurde im britischen Recht der erleichterte Zugang für Jugendliche danach abgeschafft.

Im Übrigen sagt das Urteil *Stewart*, die erwähnten Überlegungen zur erforderlichen Verbindung seien auf das (zum Sozialrecht oft gebrauchte) Argument übertragbar, Beschränkungen der Freizügigkeit könnten durch das Ziel gerechtfertigt werden, das finanzielle Gleichgewicht des nationalen Systems der sozialen Sicherheit zu gewährleisten. Näher geht es darauf aber nicht (mehr) ein. Zwei andere Kammern des EuGH haben die Linie des Urteils *Stewart* weiterverfolgt.²⁸ Das Erfordernis der hinreichenden Integration wird somit nun wohl als eigenständiger Rechtfertigungsgrund gesehen.²⁹

Auch in „einfacher“ gelagerten Fällen wurden aus der Unionsbürgerschaft wiederholt Pflichten zum Export von Leistungen abgeleitet, insbesondere für Leistungen zur Ausbildungsförderung, wenn die nationale Regelung die Freizügigkeit der Studierenden nach Auffassung des EuGH unverhältnismäßig beschränkt.³⁰ In einem Urteil zum Anspruch auf Studienbehilfen gegen jenen Staat, in dem ein Elternteil lange als Wanderarbeiter arbeitete, hat der EuGH übrigens die Formulierung von der Gefahr eines „Stipendientourismus“ aufgegriffen.³¹

IV. Zugang bei Zuzug

In der Folge ist fraglich, inwieweit das Erfordernis einer hinreichenden Verbindung zum Staat, dessen Leistung begehrte wird (= Leistungsstaat), auch bei Zuzug relevant ist. Wie rasch muss ein Aufnahmestaat Unionsbürgern den Zugang zu Sozialleistungen eröffnen, inwieweit muss das territoriale Element, das die Sozialsysteme prägte, einem primär personalen Element weichen? Dazu ist derzeit wohl nur eines sicher: Ab Erreichen des Daueraufenthaltsrechts nach fünf Jahren müssen für zugezogene Unionsbürger genau dieselben Regelungen zum Zugang gelten wie für Staatsbürger oder jene, die schon länger in diesem Land leben; sie müssen wirklich gleichbehandelt werden. Bis zum Erreichen des Daueraufenthaltsrechts ist aber fraglich, inwieweit die kürzere territoriale Verbundenheit vor allem bei beitragsunabhängigen Leistungen Differenzierungen rechtfertigt oder das personale Element

28 EuGH, Urteil v. 25.10.2012, Rs. C-367/11 (Prete), Rn. 50 f. – Überbrückungsgeld für junge Menschen auf der Suche nach einer ersten Beschäftigung; das Urteil betrifft primär zwar die Arbeitsnehmerfreizügigkeit, der EuGH weist aber darauf hin, dass diese im Lichte der Unionsbürgerschaft (u.U. verändert) zu verstehen sei. EuGH, Urteil v. 18.7.2013, verb. Rs. C-523/11 u. C-585/11 (Prinz und Seeberger), Rn. 35 ff. – Ausbildungsförderung für ein Auslandsstudium. Zwei weitere Urteile der Dritten Kammer zur VO (EWG) Nr. 1408/71 und beitragsunabhängigen Leistungen berücksichtigen den Gedanken der Integration allerdings nicht ausdrücklich bzw. nicht; EuGH, Urteil v. 15.12.2011, Rs. C-257/10 (Bergström); Urteil v. 21.2.2013, Rs. C-619/11 (Dumont de Chassart), was sich aber mit den Besonderheiten der Arbeitnehmerfreizügigkeit erklären lässt; im Fall *Bergström* lagen ausreichende Indizien für Integration vor.

29 GA *Sharpston* hat in ihren Schlussanträgen v. 21.2.2013 in den verb. Rs. C-523/11 u. C-585/11 (Prinz und Seeberger), Rn. 71 ff. den Gerichtshof aufgefordert, sich zum Verhältnis der beiden Erwägungen zu äußern, das Urteil geht nur auf die Integration ein – worin auch eine deutliche Antwort liegt.

30 Vgl. z.B. jüngst EuGH, Urteil v. 24.10.2013, Rs. C-220/12 (Thiele Meneses) und Urteil v. 24.10.2013, Rs. C-275/12 (Elrick).

31 EuGH, Urteil v. 20.6.2013, Rs. C-20/12 (Giersch), Rn. 80.

der Unionsbürgerschaft diese verbietet. Der EuGH hat in einigen Urteilen gesagt: Die Bestimmungen über die Freizügigkeit „[anerkennen] eine bestimmte finanzielle Solidarität der Angehörigen [des Aufnahmestaates] mit denen der anderen Mitgliedstaaten, insbesondere wenn die Schwierigkeiten, auf die der Aufenthaltsberechtigte stößt, nur vorübergehender Natur sind.“³² Fraglich ist, wie weit die geforderte Solidarität reicht.

1. Hinreichende Verbindung zum Aufnahmestaat

a) Zwei Urteile

Jedenfalls in manchen Fällen ist die Voraussetzung einer ausreichenden Verbundenheit auch bei Zuzugsfällen zulässig. Paradigmatisch ist das Urteil *Förster* der Großen Kammer aus 2008 betreffend den Zugang zu Studienbeihilfen.³³ Die niederländische Regelung verlangte dafür entweder die niederländische Staatsbürgerschaft oder einen fünfjährigen ununterbrochenen rechtmäßigen Aufenthalt im Land. Art. 24 Abs. 2 Unionsbürger-Richtlinie erlaubt, den Anspruch auf Studienbeihilfe „für einen längeren Zeitraum“ auszuschließen. Das Urteil *Förster* weist darauf hin, dass die Unionsbürgerfreizügigkeit ausübt, wer sich in einen anderen Mitgliedstaat zum Studium begibt und dass er sich in Bezug auf Studienbeihilfen auch auf das Diskriminierungsverbot berufen kann.³⁴ Allerdings wurde bereits vorher im Urteil *Bidar* gesagt, jeder Mitgliedstaat dürfe darauf achten, „dass die Gewährung von Beihilfen zur Deckung des Unterhalts von Studierenden nicht zu einer übermäßigen Belastung wird, die Auswirkungen auf das gesamte Niveau der Beihilfe haben könnte, die dieser Staat gewähren kann“, und „dass es legitim ist, dass ein Mitgliedstaat eine Beihilfe zur Deckung der Unterhaltskosten von Studierenden nur jenen gewährt, die nachgewiesen haben, dass sie sich bis zu einem gewissen Grad in die Gesellschaft dieses Staates integriert haben.“ Dieser gewisse Integrationsgrad könne durch den Aufenthalt während gewisser Zeit nachgewiesen werden. Die entscheidende Frage in solchen Konstellationen ist dann stets, ob das konkrete Integrationserfordernis in einem angemessenen Verhältnis zu dem Zweck steht, der mit dem nationalen Recht legitimerweise verfolgt wird. Dazu sagt das Urteil *Förster* in einem einzigen Satz (in Rn. 58) nur: Dieses Erfordernis „kann insbesondere im Hinblick auf die Anforderungen an den Grad der Integration von Ausländern im Aufnahmemitgliedstaat nicht als unverhältnismäßig angesehen werden.“³⁵

Das Urteil *Förster* billigt also, wie dies manche früheren Urteile verbal auch taten, das Erfordernis einer ausreichenden Integration bzw. Verbundenheit mit dem Auf-

32 Erstmals EuGH, Rs. C-184/99 (Grzelczyk), Slg. 2001, I-6193, Rn. 44 (dort allerdings mit unzutreffender Ableitung: aus der Anerkennung im Sekundärrecht wird eine primärrechtliche Pflicht); EuGH, Rs. C-209/03 (*Bidar*), Slg. 2005, I-2119, Rn. 56; Rs. C-158/07 (*Förster*), Slg. 2008, I-8507, Rn. 48; Urteil v. 4.10.2012, Rs. C-75/11 (Kommission/Österreich), Rn. 60. Erstaunlicherweise findet sich dies in vielen anderen Urteilen nicht.

33 EuGH, Rs. C-158/07 (*Förster*), Slg. 2008, I-8507. Diese Leistungen fallen nicht unter die Koordinierungs-VO.

34 EuGH, Rs. C-158/07 (*Förster*), Slg. 2008, I-8507, Rn. 43 ff.

35 EuGH, Rs. C-158/07 (*Förster*), Slg. 2008, I-8507, Rn. 58.

nahme- und Leistungsstaat. Auffällig und bemerkenswert ist, dass das Urteil bei Studienbeihilfen das volle Ausschöpfen der Frist von fünf Jahren bis zum Erlangen des Daueraufenthaltsrechts billigt. Das Urteil verlangt auch nicht, dass die erforderliche Integration alternativ durch andere Elemente nachgewiesen werden kann, und es releviert auch nicht, dass niederländische Staatsangehörige den Anspruch auch dann hatten, wenn sie vorher lange oder stets woanders gelebt haben. Viele Beobachter hatten nach dem Urteil *Bidar* im Fall *Förster* ein anderes Ergebnis erwartet.³⁶ Das Urteil *Förster* stellt ohne Zweifel einen der beiden möglichen Eckpunkte bei der Konkretisierung des Diskriminierungsverbotes zum Zugang von Sozialleistungen dar.

Auf der Linie des Urteils *Förster* liegt auch ein Urteil *Kommission gegen Österreich* betreffend Fahrpreismäßigungen für Studierende.³⁷ In einigen österreichischen Bundesländern gibt es für Studierende eine Fahrpreismäßigung im Öffentlichen Personennahverkehr, in manchen wurde diese aber nur Studierenden gewährt, für welche die Eltern österreichische Familienbeihilfe erhalten. Eine Studierende, die bei ihren Eltern in Bratislava wohnt, erhielt somit kein verbilligtes SemesterTicket in Wien. Die Kommission klagte, weil dies die Rechte aus der Unionsbürgerschaft und Art. 24 Unionsbürger-Richtlinie verletze. Österreich brachte vor, die Ermäßigung sei eine Familienleistung i.S.d. Verordnung 1408/71, sodass allein der Wohnsitzstaat für deren Regelung zuständig sei. Der EuGH erwiderte, auch die Vereinbarkeit der Regelung mit der Koordinierungs-Verordnung schließe das Vorliegen einer Diskriminierung nicht aus. Überdies greife die Ausnahme des Art. 24 Abs. 2 Unionsbürger-Richtlinie betreffend Studienbeihilfen nicht ein.³⁸

Nach Art. 24 Abs. 1 Unionsbürger-Richtlinie genießt nun jeder Unionsbürger, der sich entsprechend dieser Richtlinie im Aufnahmemitgliedstaat aufhält, grundsätzlich „im Anwendungsbereich des Vertrags die gleiche Behandlung wie die Staatsangehörigen dieses Mitgliedstaats.“ Das Urteil versteht diese Bestimmung – treffend – nicht etwa als automatische Verpflichtung zur Gleichbehandlung, sondern prüft, ob eine Diskriminierung vorliegt,³⁹ wobei die Prüfung primär an Art. 21 AEUV erfolgt. Die fragliche Ermäßigungsregelung benachteiligt Unionsbürger mittelbar, weil Studierende, deren Eltern in Österreich leben, weitaus eher österreichische Familienbeihilfe beziehen können. Zur Rechtfertigung verweist das Urteil darauf, dass mehrere Urteile zur Unionsbürgerschaft entschieden haben, „dass es ein legitimes Anliegen eines Aufnahmemitgliedstaats ist, sich eines tatsächlichen

36 Der EuGH differenziert die beiden Fälle danach, dass die Beihilfe im Fall *Bidar* eine „Ansässigkeit“ voraussetzte, die Herrn *Bidar* gar nicht zugänglich war (Rn. 47).

37 EuGH, Urteil v. 4.10.2012, Rs. C-75/11 (Kommission/Österreich). Diese Leistungen fallen nicht unter die Koordinierungs-VO.

38 Danach ist der Aufnahmemitgliedstaat ausnahmsweise nicht verpflichtet, Studierenden vor Erwerb des Rechts auf Daueraufenthalt Studienbeihilfen in Form eines Stipendiums oder Studiendarlehens zu gewähren. Die Fahrpreismäßigung sei keine dieser Formen einer Studienbeihilfe, schon weil die Ausnahme eng auszulegen sei. Die Benachteiligung könne auch nicht durch Erwägungen darüber gerechtfertigt werden, wie der Heimatstaat die Studierenden fördere, weil es für die Fahrpreismäßigung generell nicht auf die Einkommenslage der Eltern und damit auf Bedürftigkeit ankomme.

39 In der englischen Fassung des Erwgr. 20 kommt der Zusammenhang mit dem Diskriminierungsverbot deutlicher zum Ausdruck als in der deutschen Fassung.

Zusammenhangs zwischen demjenigen, der eine Leistung beantragt, und diesem Staat zu vergewissern.“⁴⁰ Das Verlangen nach einem solchen Nachweis kann „daher grundsätzlich einem berechtigten Zweck dienen“, um die Rechte aus Art. 21 AEUV zu beschränken. Die Verpflichtung zur Gewährung der Leistung besteht danach also nur, wenn der Antragsteller/potentielle Empfänger in den Staat der Leistung „integriert“ ist; diesen Aspekt hatte die Bundesregierung gar nicht vorgebracht, der EuGH greift ihn also von sich aus ausführlich auf.⁴¹ Der verlangte Zusammenhang kann aber – selbst bei verschiedenen Leistungen für Studierende – „nicht in einheitlicher Weise für alle Leistungen bestimmt werden, sondern ist anhand der Merkmale der in Frage stehenden Leistung zu ermitteln, insbesondere ihrer Art und der mit ihr verfolgten Zwecke. Der Zweck der Leistung ist im Übrigen nach Maßgabe ihrer Ergebnisse und nicht ihrer Struktur oder formalen Einstufung zu prüfen.“ Umso mehr gilt dies, wenn die Sozialleistungen auf sehr unterschiedliche Bedarfslagen zielen. Überdies darf der verlangte Nachweis „nicht einem Gesichtspunkt unangemessen hohe Bedeutung beimessen, der nicht zwangsläufig für den tatsächlichen und effektiven Grad der Verbundenheit des Antragstellers mit dem Mitgliedstaat, in dem er studiert, repräsentativ ist und jeden anderen repräsentativen Gesichtspunkt ausschließt.“ Der erforderliche Zusammenhang in Bezug auf die Fahrpreisermäßigung wird, so das Urteil überzeugend, bereits dadurch erbracht, dass die Person an einer inländischen Ausbildungseinrichtung „zur Absolvierung einer Ausbildung einschließlich einer Berufsausbildung als Hauptzweck eingeschrieben ist.“ Die Beschränkung auf Studierende, für die österreichische Familienbeihilfe bezahlt wird, ist daher rechtswidrig. Die Fahrpreisermäßigung ist somit gleichsam ein Annex zur Möglichkeit im Aufnahmemitgliedstaat zu studieren, und nicht zu einer dort gewährten Studienbeihilfe. Zulässig wäre es aber wohl, wie bei der Familienbeihilfe den Nachweis eines ausreichenden Studienerfolges zu verlangen, weil das Studium nur dann einen Hauptzweck darstellt. Ebenso zulässig ist die Ausdehnung der bei der Familienbeihilfe geltenden Höchstaltersgrenze auf Unionsbürger.

b) Übergreifende Erwägungen

Die beiden referierten Urteile geben Anlass zu einigen übergreifenden Erwägungen. Erstens lässt vor allem das Urteil zur Fahrpreisermäßigung darauf schließen, dass der EuGH auch in Art. 24 Abs. 1 Unionsbürger-Richtlinie ein Diskriminierungsverbot und kein absolutes Gleichstellungsgebot sieht, sodass eine Verschiedenbehandlung u.U. gerechtfertigt sein kann, wenn nicht unmittelbar an die Staatsangehörigkeit angeknüpft wird, sondern an ein neutrales Kriterium wie den Aufenthalt

40 EuGH, Rs. C-224/98 (D' Hoop), Slg. 2002, I-6191, Rn. 38; Rs. C-138/02 (Collins), Slg. 2004, I-2703, Rn. 67 – beide zu Überbrückungsleistungen für Arbeitsuchende; Rs. C-209/03 (Bidar), Slg. 2005, I-2119, Rn. 57 – Darlehen an Studierende; verb. Rs. C-22/08 u. C-23/08 (Vatsouras und Koupatantze), Slg. 2009, I-4585, Rn. 38.

41 GA Kokott hatte in ihren Schlussanträgen v. 6.9.2012, Rs. C-75/11 (Kommission/Österreich), Rn. 72 vorgeschlagen, darauf gar nicht einzugehen.

(oder andere Indikatoren für die Verbundenheit).⁴² Leider wird der Unterschied nicht deutlich, wenn (wie häufig) von einem Recht auf Gleichbehandlung gesprochen wird.⁴³

Zweitens ist es in beiden Fällen – und in anderen – wohl zulässig, die vom EuGH geprüften Leistungsvoraussetzungen weiter zu verwenden – allerdings nicht abschließend. Die Fahrpreisermäßigung muss auch zustehen, wenn der ausreichende Studienerfolg als solcher nachgewiesen wird. Bei der Arbeitslosenhilfe für junge Invalide muss eine Öffnungsklausel ermöglichen, dass die ausreichende Verbundenheit auf andere Weise als durch den Wohnort im Jahr vor Antragstellung nachgewiesen wird. Es ist allerdings nicht leicht, dies legistisch zu fassen. Am besten ist ein offener Tatbestand, der sagt, die Leistung stehe auch bei Wohnort im Ausland zu, wenn dies erforderlich ist, um eine „Unbilligkeit“ zu vermeiden,⁴⁴ oder der eine ausreichende Verbindung fordert und Elemente nennt, die dafür relevant sind.

Beide Fälle zeigen, drittens, dass das Vermeiden einer Diskriminierung bei Sozialleistungen zu komplizierteren Kollisionsnormen und damit mehr Verwaltung führt. Bei der Fahrpreisermäßigung ist dann fraglich, ob die absolut geringe Höhe der Zuwendung den Aufwand einer intensiven Prüfung des Studienerfolges bei Studenten lohnt, die keine Familienbeihilfe erhalten; unterlässt man diese Prüfung aber, dann stehen – vereinfacht gesagt – Unionsbürger besser als Inländer. Dann kommt es darauf an, ob die Unionsbürgerschaft auch einer Inländerdiskriminierung entgegensteht.⁴⁵ Die Arbeitslosenhilfe für junge Invalide ist ein Beispiel für Leistungen, die nicht häufig in Betracht kommen; da es um eine u.U. jahrzehntelange Rente geht, ist eine intensive Prüfung angemessen. Allgemein darf man aber nicht übersehen, dass über manche Sozialleistungen in großer Zahl und oft häufig zu entscheiden ist. Das Abstellen auf einfach erkennbare Kriterien wie Wohnort oder Anspruch auf eine andere Leistung ist dann weniger eine Härte als ein Mittel, um mit Massenverfahren umzugehen. Ein Höchstgericht mag – wie z.B. im österreichischen Privatrecht zunehmend häufiger – die Beurteilung von den Umständen des Einzelfalles abhängig machen, für Massenverfahren kann dies unbrauchbar sein. Solche „banalen“ Erwägungen berücksichtigt der EuGH aber auch sonst nur selten.⁴⁶

42 Vgl. *D. Thym*, Sozialleistungen (Fn. 11), V.1. m.w.N.; so wohl auch *W. Obwexer*, Grundfreiheit Freizügigkeit (Fn. 8), S. 205 ff. Zum Problem vgl. auch *C. Schönberger*, Unionsbürger (Fn. 4), S. 426 ff. Dasselbe gilt im Übrigen auch für das Diskriminierungsverbot der Koordinierungs-VO; vgl. *D. Thym*, Sozialleistungen (Fn. 11), III.3.

43 Selbs bei *C. Schönberger*, Unionsbürgerschaft (Fn. 4), S. 226 ff. bleibt die Frage in Schwebé (S. 227: sekundärrechtliches Diskriminierungsverbot; S. 229: Inländerbehandlung; Fn. 37: vielleicht doch Möglichkeit der Einschränkung).

44 Dies hat die Große Kammer ausreichen lassen in EuGH, Rs. C-287/05 (Hendrix), Slg. 2007, I-6909, Rn. 57 – zur Arbeitnehmerfreiheit.

45 Der EuGH hat dies bisher nicht bejaht. Vgl. GA Kokott, Schlussanträge v. 25.11.2010 in der Rs. C-434/09 (McCarthy), Slg. 2011, I-3375. GA Sharpston hat in den Schlussanträgen v. 30.9.2010 in der Rs. C-34/09 (Ruiz Zambrano), Slg. 2011, I-1177, Rn. 139 ff. ein solches Verbot unter einschränkenden Voraussetzungen bejaht, die im vorliegenden Kontext nicht vorliegen; das Urteil geht auf die Frage nicht ausdrücklich ein.

46 Der EuGH hat diesen Aspekt jüngst – zur Altersdiskriminierung – bedacht; EuGH, Urteil v. 26.9.2013, Rs. C-546/11 (Dansk Jurist- og Økonomforbund), Rn. 70: die Regelung müsse „in technischer und wirtschaftlicher Hinsicht handhabbar bleiben“.

Viertens zeigen die beiden Urteile, dass der Blick des EuGH zu den Diskriminierungsverboten sich jedenfalls hier der im Sozialrecht üblichen und sachadäquaten Perspektive annähert. Politik und Sozialrechtswissenschaft überlegen primär, aus welchen positiven Gründen eine Sozialleistung erbracht werden soll. Die Diskriminierungsprüfung blickte hingegen lange primär auf jene negativen Erwägungen, die einer nationalen Regelung entgegenstehen. Jedenfalls manche der zeitlich ersten Urteile dazu waren sehr wenig differenziert. Liest man die bekannten – gerühmten wie kritisierten – Urteile so zeigt sich: Die für die betreffende Leistung angemessene reale Verbundenheit war in den Fällen *Bidar* und *Martinez Sala* gegeben, bei *Grzelczyk* kann man sie mit Mühe bejahen, bei *Trojani* hat sie deutlich gefehlt. Manche neuere Urteile blicken nun treffend gezielt auf die Verbundenheit zur Solidargemeinschaft, also mehr darauf „warum“ eine Sozialleistung zustehen soll und weniger auf das „warum nicht“.⁴⁷ Sehr weit geht diesbezüglich das Urteil *Förster*. Da die Regelstudienzeit bei den meisten Studien fünf Jahre nicht überschreitet, billigt es den Ausschluss von Unionsbürgern von dieser Sozialleistung.

Erst die ausreichende Verbundenheit lässt die „territoriale Verantwortung“ des Aufnahmestaats entstehen.⁴⁸ Und die Verbundenheit ist m.E. auch das einzig rationale Kriterium, um über Grenzen der Solidargemeinschaften im Lichte der Unionsbürgerschaft zu entscheiden.⁴⁹ Auch die beiden referierten Urteile lassen erkennen, dass die Intensität der Verbundenheit von der voraussichtlichen Dauer und wohl auch Höhe der Leistung abhängt: Je länger und höher, desto höher auch die Anforderungen. Allerdings lassen sich die Erwägungen dazu noch vertiefen. So gibt das Urteil *Stewart* zwar einen bunten Strauß von Elementen vor, die für ausreichende Verbundenheit sprechen, sagt aber nicht, wo das erforderliche Minimum liegt. Das Urteil zur Fahrpreisermäßigung widmet der Frage, was für die Zugehörigkeit ausreiche, letztlich nur eine Randnummer. Danach scheint das Studium in Österreich ausreichend. Dies wäre dann auch der tragende sozialpolitische Grund. Dafür scheint zu sprechen, dass ein Zuschuss zu österreichischen Fahrpreisen nur bei Studium in Österreich Sinn macht, gleichsam als Annex zum unentgeltlichen Zugang zur Ausbildung. Zweifel daran entstehen, wenn man fragt, ob dieser Zuschuss exportiert werden muss, so wie Familienbeihilfe und Studienbeihilfe. Der Wert der

47 Schon im Jahr 2007 hat die Große Kammer aber in zwei Urteilen vom selben Tag die Bedeutung dieser Verbindung erkennen lassen, auch wenn die Urteile nur auf die VO (EWG) 1612/68 Bezug nehmen (obwohl zumindest eine Vorlage allgemeiner fragte). Es ging um das deutsche Familiengeld für Eltern, die nicht in Deutschland leben. Das Urteil *Hartmann* hat die Zahlung an ein Ehepaar verlangt, bei dem der Mann in Deutschland voll arbeitet, das Urteil *Wendy Geven* hat hingegen keine Diskriminierung gesehen, wenn der Mann in Deutschland nur geringfügig beschäftigt ist. EuGH, Rs. C-212/05 (*Hartmann*), Slg. 2007, I-6303; Rs. C-213/05 (*Wendy Geven*), Slg. 2007, I-6347. Die Urteile gehen nicht weiter auf das Erfordernis einer intensiven Verbindung ein, der Vergleich der beiden Urteile zeigt aber, dass es gerade darum ging (und dies vielleicht nur nicht ausgesprochen werden sollte).

48 Diese territoriale Verantwortung ist nach *Becker* – neben der personalen – der tragende Grund für die Pflicht zur Gewährung von Sozialleistungen; *U. Becker*, Migration (Fn. 11), S. 98 f., 110 f. Bei der Sozialhilfe sollen Warzeiten nach *Becker* hingegen mit dieser Verantwortung nicht vereinbar sein (S. 110), was nicht konsequent erscheint.

49 Auch *D. Thym*, Sozialleistungen (Fn. 11), V.3., plädiert für die Relevanz des Integrationselements und nennt weitere Beispiele aus der Judikatur des EuGH.

Ermäßigung könnte ja als Geldleistung an Studierende im Ausland überwiesen werden.

Allgemein gewendet geht es – sechstens – darum, ob für eine beitragsunabhängige Leistung bei Zuzug und Wegzug jeweils unterschiedliche Kollisionsnormen gelten oder ob die fragliche Kollisionsnorm – in der Terminologie des IPR – allseitig ist. Bei allseitiger Kollisionsnorm wäre die Fahrpreisermäßigung nicht zu exportieren, weil das Studium in Österreich der einzige relevante Anknüpfungspunkt ist. Bei unterschiedlichen Kollisionsnormen wären nur zum Export von Fahrpreisermäßigungen Erwägungen wie im Fall *Stewart* anzustellen, ob also die Eltern für die Studierende österreichische Familienbeihilfe beziehen und in diesem Land leben und sie selbst hier lange gelebt hat; liegen solche Elemente vor, dann würde der Nichtexport diskriminieren. Für den Fall des Zuzugs hat der EuGH es aber gerade abgelehnt, auf diese Fragen der Verbundenheit zum Leistungsstaat abzustellen. Traditionell wird die Erweiterung der Leistungsberechtigung bei Zuzug und Wegzug wohl jeweils getrennt gesehen und kaum je erwogen, ob für beide Fälle dieselben Anforderungen gelten sollen. Vor dem Hintergrund der zunehmenden Verschränkung der nationalen Sozialsysteme, auch durch die Unionsbürgerschaft, sollte m.E. jedoch überlegt werden, ob die beiden Konstellationen – jedenfalls als Ausgangspunkt und im Zweifel – nicht stärker gemeinsam zu betrachten und die jeweiligen Kriterien aufeinander abzustimmen sind.⁵⁰ Bei Zuzug und bei Wegzug geht es um die erforderliche wie ausreichende Zugehörigkeit zum Leistungsstaat, was man jedenfalls aus sozialpolitischer Sicht nicht allzu sehr trennen sollte. Es wäre/ist nicht nur sozialpolitisch zweifelhaft, jeweils stets nur jene Argumente heranzuziehen, die für die Antragsteller am günstigsten sind. Überdies vermeidet eine allseitige Kollisionsnorm Lücken und meist auch Doppelabsicherung. Dies gilt auch bei der Fahrpreisermäßigung, obwohl man dazu allenfalls vertreten könnte, die Mobilität der Studierenden sei in jedem Fall zu fördern.

2. Zugang bei Zuzug – ohne ausreichende Verbundenheit!?

Wenden wir uns nun zwei beitragsunabhängigen Leistungen zu, bei denen die Leistungsberechtigung aufgrund Unionsbürgerschaft nicht nur Rechtsfragen, sondern auch lebhafte öffentliche Dispute auslöst: Mindestsicherung bzw. Sozialhilfe und Ausgleichszulage. Leider bejaht der EuGH den Zugang in diesen potentiell wichtigeren Fällen ohne ausreichende Verbundenheit mit dem Leistungsstaat. Paradigmatisch dazu ist das Urteil *Brey* vom 19. September 2013 zur österreichischen Ausgleichszulage.

50 Auch bei den besonderen beitragsunabhängigen Geldleistungen des Art. 70 Koordinierungs-VO liegt dann eine allseitige Kollisionsnorm vor, wenn für die Leistungsberechtigung im Wohnsitzstaat eben dieser genügt. Daran würde sich auch nichts ändern, wenn – wie hier vertreten – der Bezug dieser Leistungen aufenthalts schädlich sein darf.

a) Zugang zur österreichischen Ausgleichszulage⁵¹

aa) Ausgangslage und Urteil Brey des EuGH⁵²

(1) Diese steuerfinanzierte Leistung gebührt als Zusatzleistung zur österreichischen Pension (= Rente), wenn der Empfänger den gewöhnlichen Aufenthalt in Österreich hat und überdies Pension und sonstiges anrechenbares Einkommen unter dem Ausgleichszulagenrichtsatz liegen, der 2013 837 Euro für Alleinstehende und 1.255 Euro für Paare beträgt.⁵³ Als Zusatzleistung zur Pension setzt sie bei österreichischen Pensionen meist 15 Versicherungsjahre voraus, bei Invaliditätspension zumindest fünf Versicherungsjahre. Ihre Höhe hängt aber nicht von der Beitragsleistung ab. Sie stellt auch nicht voll auf Bedürftigkeit ab, weil Unterhaltsleistungen nur beschränkt anrechenbar sind und – anders als bei Sozialhilfe/Mindestsicherung – Vermögen dem Anspruch nicht entgegensteht. Fraglich ist, ob Unionsbürger, die eine Pension aus einem anderen Mitgliedstaat beziehen (Fremdpensionisten) und ihren Wohnort nach Österreich verlegen, alsbald Anspruch auf Ausgleichszulage haben. Dies ist insbesondere im Verhältnis zu jenen Ländern relevant, in denen die Durchschnittspension vergleichsweise niedrig ist, wie z.B. Rumänien und Bulgarien, wo sie deutlich unter dem Ausgleichszulagenrichtsatz liegt.

Die Ausgleichszulage fällt als Leistung der „sozialen Sicherheit“ unter die Koordinierungs-Verordnung, ist also nicht als Leistung der sozialen Fürsorge davon ausgenommen. Das Recht Österreichs ist daher gemäß Art. 11 Abs. 3 lit. e) Verordnung 883/2004 grundsätzlich anwendbar, wenn der Wohnort in Österreich liegt. Dann ist nach Art. 5 lit. a) Verordnung 883/2004 der Bezug der Fremdpension dem Bezug einer österreichischen Pension gleichzustellen.⁵⁴ Der OGH hat 2011 unter Berufung darauf sowie Art. 21 AEUV und Art. 24 Unionsbürger-Richtlinie entschieden: Eine Bulgarin, die eine bulgarische Pension von 100 Euro monatlich bezieht und in Österreich lebt, hat Anspruch auf Ausgleichszulage von über 700 Euro monatlich.⁵⁵ Fraglich ist in der Folge, ob allein die Zahlung der Ausgleichszulage zur Versicherung in der österreichischen Krankenversicherung führt.⁵⁶ Auch wenn dies, wie wohl treffend, zu verneinen sein sollte, verschafft ein durch die Zulage ermög-

51 Vgl. insb. *M. Windisch-Graetz*, Neuerungen im Europäischen Koordinierenden Sozialrecht, DRDA 2011, S. 219; *E. Felten*, Sozialtourismus (Fn. 11), S. 467 ff.; *I. Beck*, Unionsbürgerschaft und Ausgleichszulage, Soziale Sicherheit 2010, S. 262; *dies.*, Ausgleichszulage im Spannungsfeld zwischen Sozialhilfe und Versichertenleistung, Soziale Sicherheit 2010, S. 546.

52 EuGH, Urteil v. 19.9.2013, Rs. C-40/12 (Brey). Vgl. dazu nun auch *D. Thym*, Sozialleistungen (Fn. 11).

53 Das österreichische Recht kennt also, anders als das deutsche, eine – eingeschränkt bedürftigkeitsabhängige – Mindestrente.

54 Art. 58 Koordinierungs-VO ist hingegen nicht anwendbar, weil die Ausgleichszulage nur bei Bedürftigkeit zu steht.

55 OGH 21.7.2011, 10 ObS 172/10g = ZESAR 2012, S. 184 m. Anm. *M. Windisch-Graetz*, Ausgleichszulage/Sozialleistung.

56 *E. Felten*, Sozialtourismus (Fn. 11), S. 463 geht wohl davon aus, dass an den Bezug der Ausgleichszulage der Krankenversicherungsschutz geknüpft ist. Das österreichische Recht sieht dies aber wohl nicht vor. Die Koordinierungs-VO verlangt es wohl nicht, wenn und weil die Ausgleichszulage keine „Rente“ i.S.d. VO ist; dann tritt Art. 11 Abs. 3 lit. e) VO (EG) Nr. 883/2004 hinter Art. 24 dieser VO zurück.

lichter Aufenthalt den Fremdpensionisten faktisch in Österreich den Zugang zu Leistungen der Krankenversicherung und bei Pflegebedürftigkeit.⁵⁷

Der Zugang zum Bezug der Ausgleichszulage kann zum einen dadurch etwas eingeschränkt werden, dass man das Vorliegen eines gewöhnlichen Aufenthaltes im Inland streng kontrolliert. Der österreichische Gesetzgeber hat dies getan,⁵⁸ manche meinen aber, er sei dabei zu weit gegangen. Unter Wohnort ist im Koordinierungsrecht der gewöhnliche Aufenthalt zu verstehen,⁵⁹ für dessen Bestimmung Art. 11 Verordnung 987/2009 einschlägig ist.

Noch mehr eingeschränkt wird der Zugang, wenn man schon das Aufenthaltsrecht in den fraglichen Fällen beschränkt und verneint. In diesem Sinne hat der Gesetzgeber für Anträge auf Ausgleichszulage ab 2011 vorgesehen: Erforderlich ist nun der *rechtmäßige* gewöhnliche Aufenthalt in Österreich.⁶⁰ Überdies besteht ein Aufenthaltsrecht für inaktive Unionsbürger nun nur, wenn die Person über ausreichende Existenzmittel verfügt, sodass sie in Österreich weder Sozialhilfe noch Ausgleichszulage in Anspruch nehmen muss.⁶¹ Damit wird auf den für das Aufenthaltsrecht zentralen Art. 7 Abs. 1 lit. b) Unionsbürger-Richtlinie Bezug genommen. Danach muss das Aufenthaltsrecht in der zweiten Stufe an einen zuziehenden (ökonomisch) „inaktiven“ Unionsbürger nur gewährt werden, wenn er „für sich und seine Familienangehörigen über ausreichende Existenzmittel verfügt, so dass sie ... keine Sozialhilfeleistungen des Aufnahmemitgliedstaats in Anspruch nehmen müssen.“ Man kann dies umgekehrte Bedürftigkeitsprüfung bzw. Wohlstandstest nennen.⁶²

Schon die Richtlinie stellt den engen Zusammenhang zwischen diesem Test und dem Aufenthaltsrecht her. Es geht daher darum, ob ein Mitgliedstaat Unionsbürgern die für den Aufenthalt in diesem Staat nach Art. 7 erforderlichen Existenzmittel sogleich durch einen Anspruch gegen sich selbst „verschaffen“ muss.

Erwähnt sei hier, dass die für den Zugang zu Sozialleistungen qua Unionsbürger-schaft erforderliche Rechtmäßigkeit des (gewöhnlichen) Aufenthalts nicht nur aus dem Unionsrecht folgen kann, sondern auch allein aus dem nationalen Recht.⁶³ Die Anwendung von Art. 18 AEUV hängt also nicht von den Voraussetzungen des Auf-

57 Vgl. Art. 23 f. VO (EG) Nr. 883/2004. Zum Pflegegeld vgl. nun OGH 17.6.2014, 10 ObS 36/14p. Eine Kostenersatzpflicht der Krankenversicherung des anderen Mitgliedstaats besteht nur, wenn man die Ausgleichszulage nicht als Rente i.S.d. Koordinierungs-VO sieht. Das System dieser Erstattungen funktioniert so gut, dass die österreichische Krankenversicherung schon lange hohe offene Forderungen hat.

58 § 292 Abs. 14, § 298 Abs. 2 und § 459 f ASVG; BGBl I 2009/147. Diese Novelle war von dem in Fn. 52 genannten Urteil noch nicht voll zu berücksichtigen.

59 Art. 1 lit. j Koordinierungs-VO. Vgl. M. Fuchs/E. Eichenhofer, Europäisches Sozialrecht, 5. Aufl. 2010, Art. 1, Rn. 18.

60 Für das Koordinierungsrecht wird das Erfordernis eines „rechtmäßigen“ Aufenthaltes weithin vertreten; vgl. M. Fuchs/E. Eichenhofer, Europäisches Sozialrecht (Fn. 59), Art. 1, Rn. 20. Zu Sozialhilfeleistungen wurde es vom EuGH selbst formuliert: EuGH, Rs. C-456/02 (Trojani), Slg. 2004, I-7573, Rn. 43; und jüngst vom Urteil Brey (jedenfalls) für inaktive Unionsbürger bestätigt; Urteil v. 19.9.2013, Rs. C-40/12 (Brey), Rn. 44 m.w.N. Gleichwohl zweifeln manche an der Zulässigkeit.

61 § 51 Abs. 1 Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz (NAG) i.d.F. BGBl I 2010/111.

62 S. Giubboni, Solidarity (Fn. 11), S. 170 spricht im Anschluss an Ferrera von „reverse means test or affluence test“.

63 EuGH, Rs. C-85/96 (Martínez Sala), Slg. 1998, I-2691, Rn. 46 ff.; Rs. C-456/02 (Trojani), Slg. 2004, I-7573, Rn. 37. W. Obwexer, Grundfreiheit Freizügigkeit (Fn. 8), S. 206 f. Vgl. auch S. Giubboni, Solidarity (Fn. 11), S. 171 f.

enthaltsrechts nach Art. 21 AEUV ab. Das Diskriminierungsverbot des Art. 24 Unionsbürger-Richtlinie dürfte aber nur eingreifen, wenn der Aufenthalt nach dieser Richtlinie rechtmäßig ist.

(2) Das Versagen des Aufenthaltsrechts mit der Begründung, es werde Ausgleichszulage in Anspruch genommen, setzt jedenfalls voraus, dass die Ausgleichszulage als „Sozialhilfeleistung“ i.S.d. Unionsbürger-Richtlinie anzusehen ist. Der OGH hat die Frage danach in der Rechtssache *Brey* vorgelegt. Die Kommission meinte, der Begriff „Sozialhilfeleistung“ in der Unionsbürger-Richtlinie, der unbestritten autonom auszulegen ist, müsse denselben Inhalt haben wie jener der „sozialen Fürsorge“ in der Koordinierungs-Verordnung, der die Ausgleichszulage nicht erfasst.⁶⁴ Die Ausgleichszulage falle in der Koordinierungs-Verordnung unter die nicht zu exportierenden Sonderleistungen; diese Freistellung erfolge aber, weil sie durch die Gleichbehandlung im Wohnortstaat, also den Zugang zu dieser Leistung allein aufgrund des Wohnortes, kompensiert werde.⁶⁵ Der Begriff Sozialhilfeleistung in der Unionsbürger-Richtlinie erfasse, wie der Vorschlag der Kommission dazu belege, nur jene Leistungen, die „zur Zeit nicht gemeinschaftsrechtlich geregelt“ sind; die Ausgleichszulage sei aber von der Koordinierungs-Verordnung erfasst und damit geregelt. Ferner könne dem Unionsgesetzgeber nicht unterstellt werden, dass er mit der Unionsbürger-Richtlinie Rechte habe beschränken wollen, die sich bereits aus der alten Koordinierungs-Verordnung ergaben und aus der am selben Tag vom Rat beschlossenen neuen Koordinierungs-Verordnung folgen.

Alle beteiligten Regierungen, Generalanwalt *Wahl* sowie das Urteil sagen hingegen, dass der Begriff Sozialhilfeleistungen der Richtlinie weiter sei als der Begriff soziale Fürsorge in der Koordinierungs-Verordnung.⁶⁶ Generalanwalt *Wahl* und das Urteil kommen zum Schluss, dass die Ausgleichszulage eine Sozialhilfeleistung i.S.d. Unionsbürger-Richtlinie ist, auch wenn sie in Bezug auf die Koordinierungs-Verordnung nicht als Sozialhilfeleistung einzuordnen ist, weil beide Akte unterschiedliche Zwecke verfolgen. Die Koordinierungs-Verordnung wolle primär den zuständigen Staat festlegen, wenn ein Anspruch besteht, die Richtlinie solle hingegen durch die Ausschlussmöglichkeit die Finanzen der Mitgliedstaaten schützen.⁶⁷ Unterschiede zeigen sich dann allerdings in der Auslegung von „Sozialhilfeleistungen“. Nach Generalanwalt *Wahl* reiche es für die Einordnung als Sozialhilfe im Rahmen des Aufenthaltsrechts, dass eine steuerfinanzierte Leistung den „Mangel

64 Schriftsatz SJ.J.(2012) 903670.

65 Die Kommission verweist dazu auf GA *Léger*, Schlussanträge v. 6.5.1997 in der Rs. C-20/96 (Snares), Slg. 1997, I-6057, Rn. 92 f. Ergänzend wird gesagt, dass die Ausgleichszulage auch im österreichischen Verfassungsrecht nicht unter Sozialhilfe fällt.

66 Diese Lösung hat bereits *M. Windisch-Graetz*, Ausgleichszulage/Sozialleistung (Fn. 55), S. 192 erwogen, allerdings als wenig erfolgversprechend eingeschätzt.

67 Nach dem Urteil solle der Bedürftigkeitstest verhindern, dass Sozialhilfeleistungen unangemessen in Anspruch genommen werden, und damit das Interesse der Mitgliedstaaten wahren, ihre Finanzen zu schützen. GA *Wahl* verweist auch auf zwei weitere Richtlinien (RL 2003/86 und RL 2003/119) und deren Auslegung, die dafür sprechen, dass der Begriff Sozialhilfe im Aufenthaltsrecht unschärfer und weiter sei.

an ausreichenden festen und regelmäßigen Einkünften auszugleichen“ dient.⁶⁸ Nach dem Urteil erfasst „Sozialhilfeleistungen sämtliche von öffentlichen Stellen eingerichteten Hilfssysteme ..., die ... ein Einzelner in Anspruch nimmt, der nicht über ausreichende Existenzmittel ... verfügt und deshalb während seines Aufenthalts möglicherweise die öffentlichen Finanzen des Aufnahmemitgliedstaats belasten muss, was Auswirkungen auf das gesamte Niveau der Beihilfe haben kann ...“⁶⁹ Die Ausgleichszulage fällt nach beiden Auffassungen unter „Sozialhilfeleistung“.⁷⁰ Die Formulierung des EuGH nimmt den allgemeinen Zweck des Versorgungsgrundes aber in die Begriffsbestimmung auf,⁷¹ was – wie gleich zu zeigen – Probleme aufwirft. Aus der Subsumierbarkeit der Ausgleichszulage unter Sozialhilfeleistung folgt jedenfalls, dass Österreich die Zahlung von der Rechtmäßigkeit des Aufenthalts abhängig machen darf.

(3) Allerdings bleibt dann noch offen, wann das Aufenthaltsrecht wegen des Bezuges einer Sozialhilfeleistung versagt werden darf. Die Bestimmungen der Unionsbürger-Richtlinie dazu sind reichlich (vielleicht gewollt)⁷² unklar; dazu treten allfällige Vorgaben, die der EuGH unter Berufung auf die Unionsbürgerschaft aufstellt. Nach Art. 8 Abs. 4 Unionsbürger-Richtlinie dürfen die Mitgliedstaaten für die Existenzmittel i.S.d. Art. 7 Abs. 1 lit. d) keinen festen Betrag festlegen, sondern müssen „die persönliche Situation“ berücksichtigen. Nach Art. 14 Abs. 1 der Richtlinie steht das Aufenthaltsrecht „nach Art. 6“ zu, solange die Unionsbürger Sozialhilfeleistungen „nicht unangemessen“ in Anspruch nehmen. Art. 14 Abs. 3 und 4 legen fest, dass die Mitgliedstaaten die Voraussetzung des Art. 7 Abs. 1 lit. b) zwar prüfen dürfen, allerdings nicht systematisch, und dass die Inanspruchnahme von Sozialhilfe nicht automatisch zur Ausweisung führen darf. Der Normtext der Richtlinie verwendet „unangemessen“ somit nur in Verbindung mit der ersten Stufe des Aufenthaltsrechts (Art. 6). Erwägungsgrund Nr. 16 spricht hingegen allgemein davon, dass eine Ausweisung nicht erfolgen „solle“, solange Sozialhilfeleistungen nicht unangemessen in Anspruch genommen werden, und nimmt sodann Bezug auf den Inhalt von Art. 14 Abs. 3 und Abs. 4. Generalanwalt *Wahl* hat daher in seinen Schlussanträgen zur Rechtssache *Brey* gemeint, die deutsche Fassung von Art. 7

68 W. Obwexer, Grundfreiheit Freizügigkeit (Fn. 8), S. 209 umschreibt „Sozialhilfe“ – enger – als Leistung, die im Falle fehlender Existenzmittel das Existenzminimum des Antragstellers sicherstellen soll. Da die Ausgleichszulage auch zusteht, wenn verwertbares Vermögen vorhanden ist, und überdies manche Einkünfte nicht anzurechnen sind, könnte man nach dieser Umschreibung an der Einordnung als Sozialhilfe zweifeln.

69 EuGH, Urteil v. 19.9.2013, Rs. C-140/12 (*Brey*), Rn. 61.

70 Schon das Urteil *Skalka* hat hervorgehoben, dass die Ausgleichszulage wesentlich auch Sozialhilfecharakter habe.

71 Zustimmung zur Differenzierung des Begriffsinhaltes der beiden Rechtsakte und zur Umschreibung der „Sozialhilfeleistungen“ bei D. Thym, Sozialleistungen (Fn. 11), III.1., der die Umschreibung „großzügig“ nennt; dies stimmt (nur) insofern, als alle Arten von Leistungen erfasst sind, also auch jene für einen spezifischen Bedarf.

72 Unklare Bestimmungen beeinflussen die Rechtslage immer zulasten eines Beteiligten; im Privatrecht ist dies i.d.R. jener der klagen muss und/oder der wirtschaftlich schwächere ist; im Unionsrecht ist dies meist die Willensbildung im Mitgliedstaat und die parlamentarische Willensbildung zugunsten der Präferenzen des EuGH.

Abs. 1 lit. b) sei zu eng und müsse richtig lauten: „so dass sie Sozialhilfeleistungen nicht unangemessen in Anspruch nehmen müssen.“⁷³

Die Kommission hat in ihrer Stellungnahme zur Rechtssache *Brey* aus den zitierten Bestimmungen geschlossen, dass die Ausgleichszulage auch dann nicht verweigert werden dürfe, wenn man sie als Sozialhilfeleistung ansieht; die Unionsbürger-Richtlinie lasse nämlich den Anspruch auf Sozialhilfe selbst unberührt. Generalanwalt *Wahl* sagt in seinen Schlussanträgen (hingegen), dass Herr *Brey* auch bei Aufenthalt in Österreich keinen Anspruch auf Ausgleichszulage habe, weil die Inanspruchnahme „unangemessen“ sei, weil diese Leistung auf unbestimmte Zeit erfolge und Herr *Brey* keine vorangehenden Verbindungen zu Österreich habe; überdies wird gesagt, dass (in anderen Fällen) der Bezug der Ausgleichszulage aufenthalts schädlich sein kann.⁷⁴

In manchen Fällen mag es möglich sein, die beiden Fragen (1) nach den nach Art. 7 erforderlichen Existenzmitteln und (2) nach der Unangemessenheit der Inanspruchnahme einer Sozialhilfeleistung getrennt zu beurteilen, etwa wenn jemand schon längere Zeit im Aufnahmestaat lebt. Jedenfalls dann, wenn Unionsbürger alsbald nach dem Zuzug die Leistung begehren, fallen die beiden Fragen aber zusammen.

(4) Der EuGH hat die Vorlagefrage so erweitert, dass er auch zur Frage Stellung nehmen kann, wann das Aufenthaltsrecht wegen des Bezugs einer Sozialhilfeleistung verwehrt werden kann.⁷⁵ Nach dem Urteil ist das Erfüllen der Voraussetzungen für eine Ausgleichszulage nur ein Anhaltspunkt dafür, dass der Unionsbürger nicht über ausreichende Existenzmittel verfügt. Die Feststellung, dass dies tatsächlich zutrifft, dürfen die „nationalen Behörden ... jedoch nicht ziehen, ohne eine umfassende Beurteilung der Frage vorzunehmen, welche Belastung dem nationalen Sozialhilfesystem in seiner Gesamtheit aus der Gewährung dieser Leistung nach Maßgabe der individuellen Umstände, die für die Lage des Betroffenen kennzeichnend sind, konkret entstünde.“ Unionsbürgern darf das Aufenthaltsrecht danach nicht automatisch verwehrt werden, weil sie Ausgleichszulage beantragen oder beziehen. Vielmehr ist für die Feststellung einer unangemessenen Inanspruchnahme zum einen Folgendes zu berücksichtigen: Die Höhe und Regelmäßigkeit der dem Betroffenen verfügbaren Einkünfte, der Zeitraum, in dem ihm die beantragte Leis-

73 GA *Wahl*, Schlussanträge v. 29.5.2013 in der Rs. C-140/12 (*Brey*), Rn. 74 ff. GA *Wahl* beruft sich dafür auch auf andere Sprachfassungen, allerdings ohne Konkretisierung. Jedenfalls die englische und die französische Fassung stimmen aber prima facie mit der deutschen überein: „(b) have sufficient resources for themselves and their family members not to become a burden on the social assistance system of the host Member State during their period of residence“; „(b) s'il dispose, pour lui et pour les membres de sa famille, de ressources suffisantes afin de ne pas devenir une charge pour le système d'assistance sociale de l'État membre d'accueil au cours de son séjour.“ „Burden“ und „charge“ enthalten m.E. nicht notwendig implizit die Einschränkung auf unangemessene Inanspruchnahme. Zustimmung zur Auffassung des GA aber bei D. *Thym*, Sozialleistungen (Fn. 11), IV.2.

74 GA *Wahl*, Schlussanträge v. 29.5.2013 in der Rs. C-140/12 (*Brey*), Rn. 88 f. und Rn. 94. Nach Auffassung der Schlussanträge befindet sich Herr *Brey* daher wohl in der Lage, in der es um den Anspruch auf Sozialhilfe geht. Er darf daher, worauf auch die Schlussanträge hinweisen, nicht allein deshalb abgeschoben werden, weil er Ausgleichszulage beantragt hat, sondern nur, wenn die individuelle Prognose ergibt, dass er die erforderlichen Existenzmittel nicht haben werde; dies aber trifft wohl zu.

75 EuGH, Urteil v. 19.9.2013, Rs. C-140/12 (*Brey*), Rn. 63–79, insb. Rn. 64 und Rn. 78 f.

tung voraussichtlich gezahlt werden wird, und damit ob es sich nur um vorübergehende Schwierigkeiten handelt, sowie der zu erwartende Betrag. Damit greift das Urteil die in Erwägungsgrund Nr. 16 Unionsbürger-Richtlinie genannten Aspekte auf. Zum anderen „kann es zur Beurteilung des Ausmaßes der Belastung, die eine solche Zahlung für das nationale Sozialhilfesystem darstellen würde, von Bedeutung sein, den Anteil derjenigen Empfänger dieser Leistung zu ermitteln, die Unionsbürger und Empfänger einer Altersrente in einem anderen Mitgliedstaat sind.“ Das vorlegende Gericht habe anhand dieser Kriterien zu beurteilen, ob die Gewährung der Ausgleichszulage „geeignet erscheint, eine unangemessene Belastung des nationalen Sozialhilfesystems darzustellen.“

Zu erwähnen ist in diesem Zusammenhang, dass die Feststellung einer Behörde, dass Sozialhilfeleistungen unangemessen in Anspruch genommen werden oder wurden, jedenfalls aus unionsrechtlicher Sicht nicht voraussetzt, dass die für das Ausländerrecht zuständige Behörde dies vorweg festgestellt hat; auch jede Behörde die über Sozialleistungen entscheidet kann besagte Feststellung treffen.⁷⁶

bb) Stellungnahme zum Urteil *Brey*

(1) Die Teile des Urteils *Brey*, welche das Aufenthaltsrecht betreffen, sind jedenfalls in sich fragwürdig und verfehlt. Primär ist schon unklar, wann nach dem Urteil das Aufenthaltsrecht wegen „unangemessener“ Inanspruchnahme versagt werden kann, wie eine nationale Regelung aussehen könnte, die den Vorgaben des Urteils entspricht, und wie die Vorgaben des EuGH administriert werden sollen.

„Unangemessenheit“ des Leistungsbezuges kann im vorliegenden Zusammenhang entweder individuell oder systembezogen verstanden werden. Die Unionsbürger-Richtlinie stellt hinreichend deutlich auf den individuellen Aspekt ab; eine Gefährdung des Sozialsystems des Aufnahmestaats wird nicht einmal in den Erwägungsgründen genannt, weder als Voraussetzung für die Anwendung einer Norm noch als Regelungsmotiv. Das Urteil *Brey* hingegen betont den Aspekt der Systemgefährdung, sowohl bei der Umschreibung von „Sozialhilfeleistung“ wie bei den Kriterien für die Zulässigkeit eines Versagens des Aufenthaltsrechts. Das Urteil will „unangemessen“ offenbar gleichzeitig individuell und systembezogen verstanden wissen: Unangemessenheit liege nur bei übergebührlicher Belastung des gesamten Sozialsystems vor, dennoch seien die individuellen Verhältnisse zu prüfen. Dieser Versuch einer concordantia oppositorum kann schwerlich gelingen.

Schon die vom EuGH geforderten Kriterien der Einzelfallprüfung zur „Unangemessenheit“ erscheinen befremdlich. Zu berücksichtigen sei die Dauer des Bezugs. Lässt man die Möglichkeit einer Wiederaufnahme der Erwerbstätigkeit und die eines Wegzugs außer Acht, kommt es bei der Ausgleichszulage dann aufgrund der unterschiedlichen Lebenserwartung nur auf das Alter bei Zuzug an. Ein 75-jähriger Unionsbürger belastet dann das Sozialsystem weniger als eine 75-jährige Unionsbürgerin oder ein 70-jähriger Unionsbürger. Der EuGH lädt also zur Verschieden-

76 Vgl. D. Thym, Sozialleistungen (Fn. 11), IV.4.

behandlung aufgrund von Alter und Geschlecht ein. Problematisch ist auch das Element der Bezugshöhe. Bei der Ausgleichszulage führt dies zur Höhe der ausländischen Pension. Fremdpensionisten aus Ländern mit niedrigeren Durchschnittspensionen wären danach eher ausweisbar als jene aus Ländern mit höherer Durchschnittspension. Schließlich sollte nicht übersehen werden: Eine Einzelfallprüfung, die alle Umstände des Einzelfalles zu bedenken hat, kann leicht so kompliziert werden, dass nur jenes Ergebnis herauskommen kann, das sich ohne Einzelfallprüfung ergibt – also das Verbot der Ausweisung.

Allerdings ist ohnehin fraglich, inwieweit diese Individualbetrachtung überhaupt relevant sein soll. Die Leistung an Einzelne kann nämlich für sich betrachtet das Sozialsystem nie gefährden. Dies kann nur bei Zuwanderung von Fremdpensionisten in großer Zahl zutreffen. Dafür sei laut Urteil der Anteil der Fremdpensionisten an der Gruppe der Ausgleichszulagenbezieher relevant. Nimmt man den betreffenden Satz ernst, dann darf die Ausgleichszulage Fremdpensionisten wohl erst verwehrt werden, wenn sehr viele sie begehrn. Die bis dahin Zugezogenen können sie aber auch dann weiterbeziehen.

Gerichte sind mit der Festlegung eines „angemessenen“ und damit Österreich zumutbaren Anteils wohl überfordert; daher müsste wohl der Gesetzgeber eine Zahl festlegen. Dies würde zu einer Kontingentierung der Zuwanderung von bedürftigen Pensionisten führen, eine zur Freizügigkeit überraschende Idee. Völlig im Dunkeln bleibt, wann die Grenze der zugemuteten Systembelastung überschritten wird. Von den Beziehern einer österreichischen Pension beziehen 230.000 auch eine Ausgleichszulage. Geht man von einer zumutbaren Quote von nur 5 % aus (die Mobilität Erwerbstätiger in der EU liegt darunter), so sind dies 11.500 Fremdpensionisten.

(2) Die finanzielle Belastung durch die Zahlung von Ausgleichszulagen sei durch folgende Zahlen skizziert. In manchen Mitgliedstaaten liegt die Durchschnittsrente bei 200 Euro. Bei einer Fremdpension von 300 Euro beträgt die Ausgleichszulage an Alleinstehende 500 Euro monatlich und 7000 Euro jährlich.⁷⁷ Durch fünf Jahre Aufenthalt mit Ausgleichszulage wird das Recht auf Daueraufenthalt erworben. Geht man von einer durchschnittlichen Bezugsdauer der Ausgleichszulage von zehn Jahren aus,⁷⁸ so geht es um 70.000 Euro. Bei 11.500 Fremdpensionisten sind dies in zehn Jahren 800 Millionen Euro. Bei Zuzug eines Ehepaars sind die Zahlen weit höher. Dazu kommen (u.U. endgültig) die Aufwendungen für Krankenbehandlung und Pflege, welche die genannten Beträge deutlich übersteigen können.

Jeder der sehen will sieht: Der sofortige Zugang zur Ausgleichszulage ist eine Einladung zu „Sozialtourismus“, die man aber nicht jenen vorwerfen sollte, die sie annehmen, sondern allenfalls jenen, die sie aussprechen. Politisch wird dies nur bei stärkerem Zuzug von bedürftigen Fremdpensionisten ein Problem. Ob es dazu

⁷⁷ Die Ausgleichszulage gebührt zu jeder Pensionszahlung und damit bei österreichischen Pensionen 14 Mal im Jahr; fraglich ist, ob sie auch dann 14 Mal gebührt, wenn die Fremdpension 12 Mal bezahlt wird.

⁷⁸ Die durchschnittliche Bezugsdauer der Pensionen ist jedenfalls in Österreich vor allem bei Frauen deutlich länger.

kommt, ist ungewiss,⁷⁹ zumal Ältere den Lebensmittelpunkt nicht so leicht verlegen werden. *Schönberger* sagt zu Recht: die sozialrechtliche Gleichbehandlung nach der Unionsbürger-Richtlinie „lebt von der unausgesprochenen Prämissen, dass die Mobilität zwischen den Mitgliedstaaten gering ist.“⁸⁰ Manche werden auch bei größerem Aufwand für Ausgleichszulage an Fremdpensionisten vorbringen, die Summen seien so immer noch besser verwendet als für die Rettung von Banken (etwa der Hypo Alpe Adria). Der österreichische Gesetzgeber könnte aber auch auf die Idee kommen, die Ausgleichszulage abzuschaffen (darüber wird bereits nachgedacht, auch von offizieller Seite). Pensionisten wären dann auf die Mindestsicherung verwiesen; Der soziale Rückschritt wäre ein „Erfolg der Integration“. Allerdings ist fraglich, inwieweit dies „Sozialtourismus“ wirklich verhindern kann, weil dann der Zugang zur Sozialhilfe fraglich wird, für die in Österreich ganz ähnliche Richtsätze gelten.⁸¹

(3) Die Überlegungen des Urteils *Brey* sind auch rechtlich fragwürdig. Auszugehen ist davon, dass der enge Zusammenhang zwischen Sozialhilfeleistung und Aufenthaltsrecht nicht (wie das Urteil wohl insinuiert) von Österreich hergestellt wurde, sondern von der Unionsbürger-Richtlinie (die sich dabei von sehr knappen Sätzen des EuGH-Urteils *Grzelczyk* leiten ließ). Diese Richtlinie ist allerdings insofern widersprüchlich, als sie in Art. 7 ausreichende Existenzmittel als Voraussetzung für das Aufenthaltsrecht nennt und gleichzeitig ein Beenden des Aufenthaltsrechts von einer unangemessenen Inanspruchnahme der Sozialhilfeleistungen abhängig macht. Das Urteil *Brey* legt die Richtlinie klar zulasten der genannten Voraussetzung aus. Im Ergebnis bedeutet dies, dass die Existenzmittel, welche nach Art. 7 Voraussetzung für das Aufenthaltsrecht sind, durch einen Anspruch erlangt werden können, der selbst erst aus dem Aufenthalt folgt; die Unionsbürgerschaft als Münchhausen. Das Urteil beruft sich für seine – enge – Auslegung zu Beschränkungen des Aufenthaltsrechts auf die Unionsbürgerschaft, geht aber nicht wirklich darauf ein. Bei den Rechten der Unionsbürger geht es im Grunde um ein Diskriminierungsverbot. Dies wird zu wenig deutlich, wenn man – wie etwa der OGH im Urteil zur bulgarischen Pensionistin – Art. 24 Abs. 1 Unionsbürger-Richtlinie als Gebot zur automatischen Gleichstellung versteht. Auch Art. 24 Abs. 1 normiert aber „nur“ ein Diskriminierungsverbot.⁸² Dazu sagt der EuGH immer wieder allgemein: „Der Unionsbürgerstatus ist dazu bestimmt, der grundlegende Status der Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten zu sein, der es denjenigen unter ihnen, die sich in der gleichen Situation befinden, erlaubt, im sachlichen Geltungsbereich des Vertrags unabhängig von ihrer Staatsangehörigkeit und unbeschadet der insoweit vorgese-

79 Aus Deutschland wird von zahlreichen Fällen berichtet, in denen Unionsbürger – allerdings i.d.R. noch im Erwerbsalter – sofort nach Zuzug Sozialhilfe beantragen; nicht selten sollen Helfer dies gewerbsmäßig organisieren.

80 C. *Schönberger*, Unionsbürgerschaft (Fn. 4), S. 231.

81 S. unten IV.2.b).

82 Vgl. oben bei Fn. 41.

henen Ausnahmen die gleiche rechtliche Behandlung zu genießen.⁸³ Fraglich ist dann, woraus im vorliegenden Kontext die „gleiche“ Lage der Fremdpensionisten folgen soll, deren Bejahen ja der Frage nach der Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung vorausliegt. Aus der Unionsbürgerschaft allein kann sie nicht folgen, weil sonst der Zusatz überflüssig wäre. Die Bedürftigkeit allein kann es auch nicht sein, weil sonst jeder in jedem Mitgliedstaat Sozialhilfe begehrn könnte. Auch der bloße (gewöhnliche) Aufenthalt⁸⁴ in Österreich kann es nicht sein, weil dieser (zwar u.U. Anspruch auf Sozialhilfe, aber) noch keinen Anspruch auf Ausgleichszulage verschafft. Als Argument für die „gleiche Situation“ kommt also nur in Betracht, dass die Fremdpensionisten Vorleistungen für eine Pension erbracht haben – allerdings keine Vorleistungen an jenes System, das nun allenfalls bis zum Lebensende zahlen soll. Im Rahmen sozialrechtlicher und -politischer Denkmuster kann man über so eine „Argumentation“ nur staunen. Selbst in Staaten wie Dänemark mit einer steuerfinanzierten Pension, die allein an den Wohnort anknüpft, ist die Höhe der Pension proportional zur Dauer dieses Aufenthalts.⁸⁵ In Deutschland, das keine Ausgleichszulage kennt, hat die SPD im Wahlkampf 2013 gefordert, dass eine solche „Mindestpension“ von 800 Euro eingeführt wird, wenn 30 Beitragsjahre oder 40 Versicherungsjahre vorliegen. Der EuGH hingegen fordert, dass diese Zusatzleistung einfach „geschenkt“ wird.

Dies führt zum zentralen Fehler des Urteils: Das Urteil *Brey* argumentiert letztlich nur mit der Abwehr einer übermäßigen Belastung der Aufnahmestaaten, ob also die nationale Regelung erforderlich sei, um das finanzielle Gleichgewicht des nationalen Systems der sozialen Sicherheit zu gewährleisten. Der EuGH hat diesen potentiellen Rechtfertigungsgrund am 28.4.1998 in zwei Urteilen in sein Argumentationsmuster zu Fragen der sozialen Sicherheit aufgenommen. Das Urteil *Kohll* (und *Decker*) verwendete es bei der Begrenzung der passiven Dienstleistungsfreiheit von Leistungsberechtigten,⁸⁶ das Urteil *Martinez Sala* zur Begrenzung des Zugangs zu Sozialleistungen.⁸⁷ Jedenfalls beim Zugang zu Sozialleistungen war diese Erwähnung schon immer misslich. Vor allem werden Sozialleistungen nicht vorgesehen, weil die Kassenlage es gerade erlaube und die Ausgaben das Haushaltsgleichgewicht nicht (weiter) gefährdeten.⁸⁸ Vielmehr gibt es Sozialleistungen, weil es gute Gründe für sie gibt (zumindest muss die Rechtsordnung von dieser Prämisse ausgehen). Zweitens kann der Rechtfertigungsgrund, wenn man ihn – wie dies häufig geschieht – eng versteht, bei Sozialleistungen selten etwas rechtfertigen. In den

83 Zu Sozialleistungen z.B. EuGH, Rs. C-184/99 (Grzelczyk), Slg. 2001, I-6193, Rn. 31; Rs. C-224/98 (D'Hoop), Slg. 2002, I-6191, Rn. 28; sowie zum Steuerrecht Rs. C-544/07 (Rüffler), Slg. 2009, I-3389, Rn. 62.

84 Die Unionsbürger-RL definiert Aufenthalt nicht und unterscheidet daher auch nicht zwischen gewöhnlichem und „bloßem“ Aufenthalt.

85 European Commission (Hrsg.), Your Social Rights in Denmark, 2012, S. 16.

86 EuGH, Rs. C-158/96 (Kohll), Slg. 1998, I-1931, Rn. 41 – auch dort nur ein Satz; ebenso EuGH, Rs. C-120/95 (Decker), Slg. 1998, I-1831.

87 EuGH, Rs. C-85/96 (Martínez Sala), Slg. 1998, I-2691. Seither z.B. EuGH Rs. C-184/99 (Grzelczyk), Slg. 2001, I-6193; Rs. C-456/02 (Trojani), Slg. 2004, I-7573; Rs. C-209/03 (Bidar), Slg. 2005, I-2119.

88 Sie sollte nur dort relevant sein, wo es wirklich um sie geht, etwa bei Systemfragen der Krankenversicherung oder der Rückwirkung von neuen Erkenntnissen des EuGH, insb. wenn kaum jemand mit dem neuen Ergebnis rechnen konnte.

meisten Fällen wird der Kreis der Berechtigten ja nicht exorbitant erweitert. Generalanwalt *Wahl* hat darauf hingewiesen und treffend gesagt, die Unionsbürger-Richtlinie gehe davon aus, dass auch eine einzelne Person die Mittel des Aufnahmestaats unangemessen in Anspruch nehmen kann.⁸⁹ Die (primär) systembezogene Sicht der Unangemessenheit durch das Urteil *Brey* verkennt dies.⁹⁰

Stellt man primär auf den Individualaspekt ab, so lenkt dies den Blick darauf, dass die Unionsbürgerschaft zum Zugang zu Sozialleistungen primär ein Diskriminierungsverbot enthält. Dann kommt aber das allgemeine Kriterium für die Zugehörigkeit zu einem Solidarverband in den Blick, also die tatsächliche und hinreichende Verbundenheit der Einzelnen, die eine Leistung begehrten, mit dem Leistungsstaat. Generalanwalt *Wahl* stellt in seinen Schlussanträgen (leider nur sehr kurz, aber doch) entscheidend darauf ab.⁹¹ Das Urteil erwähnt das Element der ausreichenden Verbundenheit hingegen überhaupt nicht, auch nicht bei den zu prüfenden individuellen Umständen, und es spielt auch keine Rolle, so als existiere es in der Judikatur des EuGH nicht. Der EuGH geht also von der eingangs dargelegten Judikaturlinie ab. Dies ist ein fataler Rückschritt. Die Wertungen des Urteils *Brey* sind mit jenen des Urteils *Förster* und anderer, die auf die Verbundenheit abstehen, schlicht unvereinbar. Bei Studienbeihilfen gibt es weder Einzelfallprüfung noch Kontingentsaspekte, obwohl das Motiv der Mobilität typischerweise weit anerkennenswerter ist als bei der Ausgleichszulage.

Gegen ein Heranziehen des Elements der Verbundenheit auf den vorliegenden Zusammenhang spricht nicht, dass es hier auch um das Aufenthaltsrecht geht. Der enge Konnex von Aufenthaltsrecht und Sozialhilfeleistung stammt nämlich nicht nur aus dem Unionsrecht, sondern gerade aus der Regelung zur Unionsbürgerschaft. Daher kann es nicht sachfremd sein, das Element der Verbundenheit auch bei der Auslegung der Richtlinie zu berücksichtigen.

Die Unionsbürger-Richtlinie erlaubt dies durchaus. Das Urteil und die Stellungnahme der Kommission berücksichtigen nämlich zu wenig Art. 24 Abs. 2 Unionsbürger-Richtlinie. Danach sind die Mitgliedstaaten nicht verpflichtet, nicht Erwerbstätigen „während der ersten drei Monate des Aufenthalts … oder gegebenenfalls während des längeren Zeitraums nach Artikel 14 Absatz 4 Buchstabe b)“ einen Anspruch auf Sozialhilfe zu gewähren.⁹² Die zitierte Bestimmung betrifft Arbeitssuchende. Es wäre mehr als seltsam, wenn Art. 24 von der Pflicht zur Leistung von Sozialhilfe nach Ablauf der drei Monate nur in Bezug auf Arbeitssuchende freistellt und nicht auch in Bezug auf „inaktive“ Personen wie Pensionisten. Bei diesen liegt die Freistellung weit näher, weil sie gerade nicht im Aufnahmestaat aktiv werden

89 GA *Wahl*, Schlussanträge v. 29.5.2013 in der Rs. C-140/12 (Brey), Rn. 88.

90 Gegen die systemische Sicht auch D. *Thym*, Sozialleistungen (Fn. 11), IV.3.

91 GA *Wahl*, Schlussanträge v. 29.5.2013 in der Rs. C-140/12 (Brey), Rn. 88: „Die Unangemessenheit liegt vorliegend darin, dass die Zahlung der Ausgleichszulage ein auf unbestimmte Zeit wiederkehrendes Ereignis ist, Herr *Brey* aber keinerlei frühere Verbindungen zu Österreich nachweisen kann, die diese Zahlungen rechtfertigen würden. Hätte er z.B. durch Arbeit, Aufenthalt oder Steuerzahlungen in früheren Zeiten eine Verbindung zur österreichischen Gesellschaft hergestellt, wäre die Lage anders.“.

92 D. *Thym*, Sozialleistungen (Fn. 11), III.2. weist treffend nach, dass „Sozialhilfe“ in Art. 24 dasselbe meint wie „Sozialhilfeleistungen“ in Art. 7.

wollen. Schon Systematik und Zweck der Norm sprechen daher (eher) dafür, dass Art. 24 während der zweiten Phase auch bei Nicht-Aktiven nicht zur Zahlung von Sozialhilfe verpflichtet. Die Pflicht zu deren Leistung besteht dann nur bei Erwerbstätigen.

Das allgemeine Kriterium der Verbundenheit sollte m.E. also auch herangezogen werden, wenn es um die Auslegung der einschlägigen Sekundärrechtsnormen geht, und nicht nur dann, wenn es darum geht, über diese hinauszugehen. Die Anforderungen an diese Verbundenheit sind je nach Leistung differenziert zu sehen. Bei potentiell langfristigen Leistungen werden daher auch eine langfristige Beurteilung und damit eine intensive Verbundenheit erforderlich sein. Dies trifft bei der Ausgleichszulage zu, weil sie auf der einen Seite typischerweise bis zum Lebensende anfällt und damit, sollte sie zustehen, nach fünf Jahren zu einem dauernden Aufenthaltsrecht führen kann. Es sei daran erinnert, dass das „bahnbrechende“ Urteil *Grzelczyk* die „bestimmte finanzielle Solidarität der Angehörigen dieses Staates mit denen der anderen Mitgliedstaaten“ „insbesondere“ für den Fall propagiert hat, dass „die Schwierigkeiten, auf die der Aufenthaltsberechtigte stößt, nur vorübergehender Natur sind.“⁹³ Das Urteil *Brey* zitiert dies zwar, zieht daraus aber keine wirklichen Konsequenzen. Auf der anderen Seite baut diese Zulage materiell auf eine langjährige Zugehörigkeit zur Versichertengemeinschaft auf. Nur deshalb wird bei ihr – anders als bei der Sozialhilfe – auf eine umfassende Bedürftigkeitsprüfung verzichtet. Es ist offenkundig, dass Pensionisten aus einem anderen Mitgliedstaat, die erst in der Pension in den Aufnahmemitgliedstaat kommen, die intensive Verbundenheit nicht haben. Überdies führt der leichte Zugang für Fremdpensionisten zur Ausgleichszulage zu einem massiven Wertungswiderspruch zur im Urteil implizit wiederholten Feststellung, die Ausgleichszulage müsse nicht exportiert werden. Wer etwa als Portugiese in Österreich 15 Jahre gearbeitet hat und dann die Pension in Portugal bezieht, hat keinen Anspruch – während ein Portugiese, der erst in der Pension nach Österreich kommt, sogleich darauf Anspruch haben soll.⁹⁴ Ein solches Ergebnis spräche allen sozialpolitischen Erwägungen Hohn.

Fraglich ist, ob der nationale Gesetzgeber – auf der Basis des Urteils *Brey* – eine Zusatzleistung wie die Ausgleichszulage von einer intensiven Verbundenheit mit dem nationalen Pensionssystem abhängig machen kann, etwa durch das Erfordernis einer Beitragsleistung dazu durch z.B. fünf Jahre. Dies behinderte in den Augen des EuGH zwar wieder die Freizügigkeit,⁹⁵ allerdings nun ohne Konnex mit dem Aufenthaltsrecht. Daher könnte eine Rechtfertigung durch das Element der Verbun-

93 EuGH, Rs. C-184/99 (Grzelczyk), Slg. 2001, I-6193, Rn. 44.

94 Dies zeigt auch, dass das Argument der Kommission, die Nichtexportierbarkeit von beitragsunabhängigen Sonderleistungen sei nur hinnehmbar, weil die Leistungen bei Zuzug stets zustehen, jedenfalls nicht in allen Fällen überzeugt; jedenfalls hier gilt das Gegenteil.

95 Die Intensität der Behinderung wäre umso größer, je größer der Anteil jener im österreichischen System Pensionsberechtigten ist, welche die zusätzliche Voraussetzung bereits durch die allgemeinen Voraussetzungen für die Pension erfüllen; relevant sind dabei die Ersatzzeiten in der Pensionsversicherung.

denheit in Betracht kommen.⁹⁶ Allerdings wird dann wiederum der (rasche) Zugang von Fremdpensionisten zur Mindestsicherung relevant.

(4) Zusätzliche Fragen stellen sich, wenn der Fremdpensionist die für das Aufenthaltsrecht erforderlichen Existenzmittel durch ein ausreichendes Sparbuch oder die Patronatserklärung eines in Österreich lebenden Verwandten nachweist.⁹⁷ Soll das Vorhandensein von Vermögen es etwa rechtfertigen, dass der Aufnahmestaat verpflichtet ist, das laufende Einkommen aus Steuermitteln zu erhöhen? Das Beispiel zeigt noch deutlicher als die Konstellation im Fall *Brey* selbst, wie verfehlt es sozial- und rechtspolitisch ist, die Frage des Aufenthaltsrechts mit jenem des Anspruchs auf Sozialhilfeleistungen zu verbinden. Die Interpreten sollten daher jede Möglichkeit nutzen, diese Verbindung zu lockern – und nicht (wie das Urteil *Brey*) sie noch zu verfestigen. Rechtspolitisch zeigt gerade der Sparbuchfall, dass es besser wäre, das Aufenthaltsrecht zwar zu bejahen, gleichzeitig aber den Anspruch auf Sozialhilfe verneinen zu können.⁹⁸

Die bisher genannten Fälle stellen allerdings nur die einfacheren Konstellationen dar. Zusätzliche Probleme treten insbesondere auf, wenn Elternteile eines Unionsbürgers oder dessen Partners, der im Mitgliedstaat A das Aufenthaltsrecht hat, nachziehen. Sie haben dann ein Aufenthaltsrecht in A, wenn die Kinder ihnen Unterhalt gewähren,⁹⁹ wobei fraglich ist, ob dies bereits vor dem Zuzug erfolgt sein muss. Bezieht der Elternteil dann eine Fremdpension unter dem Ausgleichszulagenrichtsatz, so scheint aus der Unionsbürger-Richtlinie die Pflicht zur Gewährung der Zulage zu folgen. Der Familiennachzug ist nun an sich ein Element, das für die Verbundenheit zum Aufnahmemitgliedstaat spricht.¹⁰⁰ Allerdings wiegt es dann anfangs nicht sehr stark, wenn man bei der Ausgleichszulage für die Verbundenheit eine längerfristige Beurteilung anstellt.

Die Vorschriften der Unionsbürger-Richtlinie sind ein legistisches Labyrinth.¹⁰¹ Auch wenn man die Ausgleichszulage als Sozialhilfeleistung ansieht, bietet dieses Dickicht Personen, die vor Pensionsantritt kaum Bezug zu Österreich hatten, nicht wenige Möglichkeiten zur Ausgleichszulage zu kommen. Im Rahmen der typischen sozialrechtlichen Denkmuster kann man sich darüber nur wundern.

(5) Nur hingewiesen sei auf die Lage beim Pflegegeld. Auch dieses ist in Österreich – anders als in Deutschland – eine beitragsunabhängige, steuerfinanzierte Leistung, die an den Pensionsbezug „angehängt“ ist (auch wenn sie nicht davon abhängt). Allerdings kann sie kaum als Sozialhilfe i.S.d. Unionsbürger-Richtlinie eingeordnet

96 Dafür wäre es dann nicht Voraussetzung, dass die Ausgleichszulage als Sozialhilfeleistung qualifiziert wird. Für die Zulässigkeit des Gesagten *D. Thym*, Sozialleistungen (Fn. 11), V.3.

97 Vgl. *M. Windisch-Graetz*, Neuerungen (Fn. 51), S. 224 f. Eine Autorin aus der Praxis schreibt dazu, dass u.U. mehrere Personen denselben Geldbetrag verwerten könnten; *I. Beck*, Ausgleichszulage (Fn. 51), S. 556.

98 S. unten IV.2.b).

99 Art. 7 Abs. 1 lit. d) i.V.m. Art. 2 Z. 2 Unionsbürger-RL.

100 Darauf weist bereits *E. Felten*, Sozialtourismus (Fn. 11), S. 469 hin.

101 *D. Thym*, Sozialleistungen (Fn. 11) spricht von „Unordnung“.

und damit aufenthaltsschädlich werden.¹⁰² Es besteht also die Möglichkeit, durch Zuzug nach Österreich – u.U. gezielt – das Pflegegeld zu erlangen.

b) Zugang zur Mindestsicherung (Sozialhilfe)

aa) Grundlagen

Sozialhilfe ist die soziale Basisleistung für Personen, die ihren Lebensunterhalt nicht anders bestreiten können, also bedürftig sind. In Österreich werden die Grundleistungen nun weitgehend als „Bedarfsoorientierte Mindestsicherung“ erbracht.¹⁰³ Der Anspruch setzt den – nun: rechtmäßigen – Aufenthalt im Inland sowie Bedürftigkeit voraus. Dabei ist jedes Einkommen und weitgehend auch Vermögen zu berücksichtigen. Die Mindestsicherung setzt bei Erwerbsfähigen im Erwerbsalter Arbeitswillingkeit voraus. Allerdings ist dies bei Personen, die geringe Qualifikationen haben und/oder die Landessprache nicht beherrschen, eine geringere Schwelle als sonst. Bei Personen, die bereits das normale Anfallsalter der Alterspension erreicht haben (60/65), entfällt die Obliegenheit zur Aufnahme einer Erwerbsarbeit. Die Leistung beträgt 2013 für Alleinstehende (und Alleinerziehende) 794 Euro, für Paare (2 x 596 =) 1192 Euro, und für jedes Kind 214 Euro monatlich; sie wird 12 Mal im Jahr ausbezahlt, an Personen im Pensionsalter 14 Mal. Der Anspruch führt auch zur Versicherung in der österreichischen Krankenversicherung¹⁰⁴ und öffnet den Weg zu Leistungen bei Pflegebedürftigkeit.

Die Koordinierungs-Verordnung gilt wie gesagt nicht für Leistungen der „sozialen Fürsorge“ und daher prima facie jedenfalls nicht für die Grundleistungen von Sozialhilfe/Mindestsicherung.¹⁰⁵ Solche Leistungen setzen typischerweise den gewöhnlichen Aufenthalt im Leistungsstaat voraus. Es wird hoffentlich niemand bezweifeln, dass Sozialhilfe einen derartigen Anknüpfungspunkt benötigt. Leistungen der sozialen Fürsorge müssen auch nach Unionsrecht jedenfalls bei längerem Auslandsaufenthalt nicht exportiert werden. Fraglich ist, wie leicht bedürftige Unionsbürger Zugang zu diesen Leistungen haben müssen. Relevant ist dazu insbesondere das Aufenthaltsrecht.¹⁰⁶ Haben Unionsbürger ein Aufenthaltsrecht, so erstrecken sich dieses und ein Anspruch auf Mindestsicherung auch auf drittstaatsangehörige Familienmitglieder i. S. d. Unionsbürger-Richtlinie. Das nationale Erfordernis eines gewöhnlichen Aufenthalts (Wohnortes) im Staat, von dem Leistungen begehrten werden, ist mit Art. 24 Unionsbürger-Richtlinie und bei der Grundsicherung (wohl)

102 Der EuGH hat das Pflegegeld – allerdings aus sehr zweifelhaften Gründen – nicht einmal als beitragsunabhängig erkennen können; EuGH, Rs. C-215/99 (Jauch), Slg. 2001, I-1901, m. Ann. *M. Windisch-Graetz*, DRDA 2001, S. 579. Vgl. dazu z.B. *W. Pfeil*, Kassenwahl und Arbeitgeber, DRDA 2005, S. 206.

103 Vgl. z.B. *K. Grillberger/ W. Pfeil*, Sozialrecht, 2012, S. 157 ff.; *R. Resch*, Sozialrecht, 5. Aufl. 2011, S. 7 ff.; *T. Tomandl*, Sozialrecht, 6. Aufl. 2009, Rz. 366 ff.; *R. Waltermann*, Sozialrecht, 9. Aufl. 2011, Rz. 452 ff.

104 Art. 8 der 15a-Vereinbarung zur Mindestsicherung.

105 Vgl. aber unten bei Fn. 127.

106 Vgl. insb. *M. Windisch-Graetz*, Unionsbürgerschaft und Deckung der Grundbedürfnisse, in: Tomandl/Schrammel (Hrsg.), Sicherung von Grundbedürfnissen, 2007, S. 63 ff.; *J. Peyrl*, Europarechtliche und fremdenrechtliche Fragen der Mindestsicherung, in: *Pfeil/Wöss* (Hrsg.), Bedarfsoorientierte Mindestsicherung, 2011, S. 171 ff.; *E. Felten*, Sozialtourismus (Fn. 11), S. 466 f.

auch mit dem Primärrecht vereinbar.¹⁰⁷ Fraglich kann allenfalls sein, wie streng die Anforderungen an den Wohnort sind. So wie im Koordinierungsrecht wird eine Person aber auch im vorliegenden Zusammenhang jeweils nur einen Wohnort – als Mittelpunkt des Lebens und der Interessen – haben können.

Nach der Unionsbürger-Richtlinie haben alle Unionsbürger in den ersten drei Monaten ab Einreise, in der erste Stufe, das Aufenthaltsrecht, nach Art. 14 Abs. 1 Unionsbürger-Richtlinie aber nur solange sie die Sozialhilfeleistungen des Aufnahmestaats „nicht unangemessen in Anspruch nehmen“; nach Art. 24 Abs. 2 sind die Mitgliedstaaten nicht verpflichtet, ihnen Sozialhilfe zu gewähren. Art. 24 geht als speziellere Regelung innerhalb der Richtlinie vor. Die österreichische Art. 15a-Vereinbarung zur Mindestsicherung,¹⁰⁸ die den Anspruch jeweils in den ersten drei Monaten des Aufenthalts ausschließt, ist daher richtlinienkonform. Allerdings ist der genaue Zeitpunkt der Einreise mitunter nicht klar festzustellen. Verschiedentlich wird bezweifelt, ob der Ausschluss von Sozialhilfe während der ersten Stufe mit Art. 18 und Art. 21 AEUV vereinbar ist und gesagt, der Aufnahmestaat müsse den Nachweis der Integration durch andere Faktoren zulassen.¹⁰⁹ Konkret ginge es etwa darum, ob ein sonst mitteloser Kleinpensionist, der ein in Österreich lebendes Kind jährlich für drei Monate besucht, während dieser Zeit jeweils Anspruch auf Sozialhilfe hat.¹¹⁰ Das Beispiel zeigt wohl, dass hier noch keine ausreichende Integration besteht, um die Freistellung in Art. 24 Abs. 2 zu verdrängen. In der dritten Stufe, bei Recht auf Daueraufenthalt, steht Sozialhilfe ohne Zweifel zu, auch zeitlich unbeschränkt. In der zweiten Phase, ab dem vierten Monat, ist nach dem „Erwerbsstatus“ zu unterscheiden.

bb) „Inaktive“ Unionsbürger

(1) Bei inaktiven Unionsbürgern geht es primär um Bedeutung und Reichweite von Art. 7 Abs. 1 lit. b) Unionsbürger-Richtlinie im Verhältnis zu den anderen Bestimmungen dieser Richtlinie, insbesondere zu Art. 14 und Art. 24. In der Sache werden daher die Ausführungen des Urteils *Brey* zur Ausgleichszulage einschlägig sein, weil die Ausführungen zur Unangemessenheit der Inanspruchnahme von Sozialhilfeleistungen ja für jede Sozialhilfeleistung gelten. Einschlägig ist aber auch die daran hier geübte Kritik. Fraglich ist daher m.E. schon, inwieweit ein inaktiver Unionsbürger schon in der zweiten Phase Anspruch auf Sozialhilfe haben muss: nur

¹⁰⁷ Einzelne bedürftigkeitsabhängige Leistungen für besondere Zwecke können auch ohne Wohnort im Leistungsstaat zustehen, für die Grundsicherung kann dies aber wohl nicht gelten. EuGH, Rs. C-456/02 (Trojani), Slg. 2004, I-7573, Rn. 43 nennt den „rechtmäßigen Aufenthalt“ als Voraussetzung, was noch nicht gleichbedeutend ist mit gewöhnlichem Aufenthalt.

¹⁰⁸ Vereinbarung zwischen dem Bund und den Ländern gemäß Art. 15a B-VG über eine bundesweite Bedarfsorientierte Mindestsicherung, dort Art. 4 Abs. 3.

¹⁰⁹ W. Obwexer, Grundfreiheit Freizügigkeit (Fn. 8), S. 213 – leider ohne Beispiel.

¹¹⁰ Der andere denkbare Hauptfall wäre wohl, dass ein Unionsbürger früher lange in diesem Staat lebte und nun mittellos zurückkehrt. Allerdings geht es hier um den Verlust des Aufenthaltsrechts, eine Konstellation die in Art. 11 und Art. 16 Abs. 4 Unionsbürger-RL geregelt ist.

bis zur Grenze der Unangemessenheit (so die h.A. in Anlehnung an Art. 14) oder gar nicht (so bei m.E. ebenso vertretbarer Interpretation des Art. 24 Abs. 2).¹¹¹

(2) Der Anspruch auf Armenfürsorge/Sozialhilfe steht historisch in engem Zusammenhang mit der Staatsangehörigkeit; man kann sagen Staatsangehöriger war, wer bei Bedürftigkeit ein unbedingtes Aufenthaltsrecht hatte.¹¹² Auch heute besteht dieser Zusammenhang. Der Aufenthalt im Inland darf nur eigenen Staatsbürgern nie verwehrt werden.¹¹³ Aufgrund dieses Konnexes, der gerade bei der Existenzsicherung schlagend wird, und damit anders als bei zweckgebundenen Sozialleistungen, steht das Kriterium des gewöhnlichen Aufenthaltes (u.U. durch längere Zeit) daher hier nie allein, sondern ist immer vor dem Hintergrund zu sehen, dass Staatsangehörige diesbezüglich besser stehen als Bürger eines anderen Mitgliedstaats. Dies scheint die Rechtfertigung einer Verschiedenbehandlung zu erschweren.¹¹⁴ Allerdings geht das Unionsrecht nach wie vor davon aus, dass der mit „Staatsbürgerschaft“ umschriebene Zugehörigkeitsstatus primär durch die „Zugehörigkeit“ zu einem Mitgliedstaat bestimmt wird, an welche die Unionsbürgerschaft (nur) anknüpft.¹¹⁵

Es läge daher nahe, den engen Konnex von Staatsbürgerschaft und „Anwartschaft“ auf Sozialhilfe qua unbedingten Aufenthaltsrechts bei der Auslegung des Unionsrechts zu berücksichtigen. Dies ist möglich, wenn man den engen Konnex zwischen Anspruch auf Sozialhilfeleistung und Aufenthaltsrecht lockert, der dazu zwingt, das Aufenthaltsrecht zu verweigern, um die Leistung von Sozialhilfe zu vermeiden. Die tendenziell weite Öffnung für Sozialhilfebezug alsbald nach Zuzug und manche Brüche in der Richtlinie sind vor allem der Judikatur des EuGH zu verdanken, insbesondere der exzessiven Judikatur noch vor Erlass der Unionsbürger-Richtlinie.¹¹⁶ Die Kommission hatte noch vorgeschlagen, es den Mitgliedstaaten in der zweiten Phase freizustellen, den Anspruch auf Sozialhilfe zu geben; erst das Urteil *Grzelczyk* hat zum Umschwung bewogen.¹¹⁷ Die schnelle Entwicklung zu einem

¹¹¹ Vgl. oben nach Fn. 78.

¹¹² Vgl. C. Schönberger, Unionsbürger (Fn. 4), S. 133 f.

¹¹³ In Österreich sagt denn auch Art. 4 der Art. 15a-Vereinbarung zur Mindestsicherung: Anspruch darauf haben Personen, die zum dauernden Aufenthalt in Österreich berechtigt sind, insb. österreichische Staatsbürger.

¹¹⁴ Die Rechtfertigung von Aufenthaltserfordernissen für Sozialhilfe wäre u.U. leichter, wenn auch Staatsangehörige darauf nur Anspruch haben, wenn sie bereits längere Zeit wieder im Inland sind, jedenfalls wenn sie Anspruch auf Sozialhilfe in einem anderen Mitgliedstaat haben. Diese Regelung würde der Staatsbürgerschaft auf der einen Seite ein wesentliches Element nehmen, auf der anderen aber die Unionsbürgerschaft mittelbar aufwerten.

¹¹⁵ Die Kommission hat jüngst denn auch gemeint, sie habe keine Handhabe gegen die Verleihung der Staatsbürgerschaft (Malta) gegen Entgelt („Verkauf“).

¹¹⁶ Das Urteil *Martinez Sala* hat das Diskriminierungsverbot betreffend Zugang auf inaktive Bürger (und damit über den personellen Anwendungsbereich der VO 1408/71) ausgedehnt, das Urteil *Grzelczyk* sodann auf Leistungen mit Fürsorgecharakter und damit über den inhaltlichen Anwendungsbereich der VO 1408/71). Vgl. M. Windisch-Graetz, Neuerungen (Fn. 51), S. 227: Die Judikatur zu Unionsbürgerschaft und Sozialrecht sei zu Beginn exzessiv gewesen; der EuGH entscheide punktuell, ohne das Gesamtsystem im Auge zu haben. Nach S. Giubboni war die „Auslegung“ des EuGH im vorliegenden Zusammenhang „beyond any reasonable expectation“ und „the Court exploits any useful connection“; S. Giubboni, Solidarity (Fn. 11), S. 167, S. 172. C. Schönberger, Unionsbürgerschaft (Fn. 4), S. 229 bezeichnet die anfängliche Judikatur als „tastend“; passender ist wohl „grobschlächtig“. Treffend weist C. Schönberger aber darauf hin, dass der EuGH hier das „differenzierungseindliche Erbe einer ursprünglich sektorale gedachten Marktintegration“ fortsetzt.

¹¹⁷ Vgl. KOM(2001) 257 endg.; C. Schönberger, Unionsbürgerschaft (Fn. 4), S. 230.

Zugang aller Unionsbürger zur Sozialhilfe innerhalb kurzer Frist kann man auch im Vergleich nur überhastet nennen; in den USA (1941) und der Schweiz (1975!) gab es Vergleichbares erst nach mehr als hundert Jahren des Bundesstaats.¹¹⁸ Rechts-politisch wäre es richtig, den Konnex wieder zu lösen, sodass in manchen Fällen zwar ein Aufenthaltsrecht besteht, aber trotzdem kein Anspruch auf beitragsunabhängige Leistungen wie Sozialhilfe, Ausgleichszulage und u.U. Pflegegeld,¹¹⁹ nämlich wenn die ausreichende Integration fehlt. Jedenfalls in Bezug auf „Sozialhilfeleistungen“ ermöglicht der Text des Art. 24 Abs. 2 m.E. es, den Konnex zu lösen.¹²⁰ Dafür spricht wie gesagt die Bedachtnahme auf das Erfordernis der Verbundenheit; in diese Richtung geht nun auch der Schlussantrag von *GA Watheler* zur Rechtssache C-333/13 *Dano*. Überdies vernachlässigt der enge Konnex, dass die Verknüpfung die Entscheidung über die Sozialhilfe in eine Richtung drängt, weil die Verweigerung des Aufenthaltsrechts wertungsmäßig für viele weit schwerer wiegt als die Verweigerung von Sozialhilfe an erst vor kurzem Zugezogene.¹²¹ Die Verknüpfung war wohl das Resultat einer fundamentalistischen Sicht der Unionsbürgerschaft, welche die Folgen für die nationalen Sozialsysteme jener Länder, deren Lebens- und Sozialniveau (noch?) deutlich höher ist, nicht bedacht hat.

(3) Lehnt man diesen Weg ab, so kann der Anspruch auf Mindestsicherung nur durch Ausweisung entfallen. Entscheidend ist dann, wann die Inanspruchnahme der Mindestsicherung „unangemessen“ ist. Relevant sind dazu zum einen jene Kriterien, welche der 16. Erwägungsgrund zur Unionsbürger-Richtlinie und etwa das Urteil *Brey* nennen: vorübergehende oder dauernde Schwierigkeiten, Dauer des Aufenthalts, persönliche Umstände und der gewährte Sozialhilfebetrag. Die österreichischen Normen zur Mindestsicherung geben dies nur undeutlich wieder, wenn sie sagen: Anspruchsberechtigt sind „EU-/EWR-BürgerInnen ... und deren Familienangehörige, jeweils soweit sie durch den Bezug dieser Leistungen nicht ihr Aufenthaltsrecht verlieren würden.“¹²² In der Praxis dürfte es nicht leicht sein, die genannten Kriterien zu handhaben. Überdies müsste die Bezugnahme des Urteils *Brey* auf die Gefährdung des Sozialsystems und den (zumutbaren) Anteil an Fremdpensionisten mit Ausgleichszulage auch bei der Mindestsicherung einschlägig sein. Konkret wäre danach zu fragen, wie hoch der Anteil der Unionsbürger an (inaktiven) Sozialhilfebeziehenden ist, der dem Aufnahmestaat zugemutet wird.

118 Vgl. *C. Schönberger*, Unionsbürgerschaft (Fn. 4), S. 231.

119 Auch *C. Schönberger*, Unionsbürgerschaft (Fn. 4), S. 230 f. sagt, es wäre sinnvoller gewesen, die Entscheidung über den Zugang zur Sozialhilfe den Mitgliedstaaten für einen längeren Zeitraum selbst zu überlassen und ihnen freizustellen, Zeiten des Sozialhilfebezuges nicht auf die Frist zum Erwerb des Daueraufenthaltsrechts anzurechnen.

120 Unabhängig von rechtlichen Erwägungen ist allerdings fraglich, wie lange der Aufnahmestaat bedürftigen Personen, die nicht ausgewiesen werden dürfen, faktisch Sozialhilfe verwehren kann.

121 Vielleicht haben aber manche eben diesen Effekt beabsichtigt. Die enge Verknüpfung führt ferner meist zu Problemen der Koordination in der Vollziehung, weil die Sozialhilfeentscheidung jene über den Aufenthalt als Vorfrage beinhaltet und potentiell auch das Umgekehrte gilt, insb. in Ländern, in denen die beiden Entscheidungen von verschiedenen Behörden getroffen werden (müssen).

122 Art. 4 Abs. 3 Art. 15a-Vereinbarung zur Mindestsicherung.

cc) Erwerbstätige

Bei Unionsbürgern, die noch erwerbsfähig und -willig sind, stehen beim Zugang zu Sozialleistungen Arbeitnehmer- und Niederlassungsfreiheit im Vordergrund. Ein Ausschluss von der Sozialhilfe ist wohl nur bis zur ersten Arbeitsaufnahme nach Einreise zulässig. Sobald einmal eine Erwerbstätigkeit im Aufnahmestaat ausgeübt wurde, gelten andere Regeln. Für diese aktiven Unionsbürger kommt Sozialhilfe schon in den ersten drei Monaten in Betracht, die Inanspruchnahme darf nach der Unionsbürger-Richtlinie nur nicht unangemessen sein. Arbeitnehmer haben überdies nach Art. 7 Abs. 2 Verordnung 492/2011 stets Anspruch auf „soziale Vergünstigungen“, zu denen Sozialhilfe gezählt wird. Die Bedeutung dieser Regeln wird erst deutlich, wenn man sich vor Augen hält, dass der EuGH bei den Freizügigkeiten die Anforderungen an eine Erwerbstätigkeit exzessiv weit herabgesetzt hat, sodass auch eine gering bezahlte Tätigkeit genügt, um das Aufenthaltsrecht beizubehalten. Bei einem Erwerbseinkommen von monatlich z.B. 350 Euro gibt es eine aufstockende Sozialhilfe von fast 450 Euro. Fraglich könnte allenfalls sein, ob die Inanspruchnahme von (aufstockender) Sozialhilfe „unangemessen“ wird, wenn keine Aussicht besteht, dass die Bedürftigkeit alsbald durch eine Erwerbstätigkeit wegfallen wird, die über dem Richtsatz der Mindestsicherung liegt. Die konkreten Bestimmungen der Unionsbürger-Richtlinie sprechen dagegen, weil das Aufenthaltsrecht bei Erwerbstätigen nach der Richtlinie nicht vom „affluence-test“ abhängt; eine materiale Betrachtung würde dies wohl anders sehen. Die Art. 15a-Vereinbarung lässt die Lösung im Nebel, wenn sie in Art. 4 Abs. 3 sagt: Anspruchsberechtigt sind „EU-/EWR-BürgerInnen … und deren Familienangehörige, jeweils soweit sie durch den Bezug dieser Leistungen nicht ihr Aufenthaltsrecht verlieren würden“. Es erscheint daher nicht ausgeschlossen, dass das Daueraufenthaltsrecht auch erworben werden kann, wenn in den fünf Jahren überwiegend Mindestsicherung bezogen wird.

dd) Arbeitssuchende

Erwerbsfähige die Arbeit suchen, haben weit leichter Zugang zur Sozialhilfe eines anderen Mitgliedstaats als „inaktive“ Unionsbürger. Sie können dank der Freizügigkeiten zur Arbeitssuche einreisen oder leicht ein „freies“ Gewerbe anmelden. Arbeitssuchende haben im Aufnahmestaat Anspruch auf Leistungen zur Arbeitssuche. Eine Ausweisung darf, selbst nach dem vierten Monat, auch bei Bedürftigkeit auf keinen Fall verfügt werden, wenn die Person erwerbstätig ist oder solange das Aufenthaltsrecht aufgrund Erwerbstätigkeit nachwirkt oder wenn sie als Arbeitssuchende eingereist ist, solange sie nachweislich Arbeit sucht und begründete Aussicht hat, eine zu finden (Art. 14 Abs. 4 Unionsbürger-Richtlinie).

Nur für die letztgenannte Gruppe erlaubt Art. 24 Abs. 2 Unionsbürger-Richtlinie dem Aufnahmestaat, diese von der Sozialhilfe auszuschließen.¹²³ Allerdings ist fraglich, inwieweit diese Möglichkeit mit der Arbeitnehmerfreizügigkeit vereinbar ist.¹²⁴ Kurz nach Verabschiedung der Richtlinie hat das Urteil *Collins* gesagt, die im Lichte der Unionsbürgerschaft verstandene Arbeitnehmerfreizügigkeit gelte auch für Leistungen, die den Zugang zum Arbeitsmarkt erleichtern sollen. Der Aufnahmestaat dürfe zwar eine tatsächliche Verbindung fordern, diese liege aber schon vor, wenn die Person tatsächlich nach Arbeit sucht.¹²⁵ Setzt man die Anforderungen dafür niedrig an, so beinhaltet dieses Erfordernis keine tatsächliche Verbindung zum Land; das Urteil würde dann nur mit Worten spielen. Das Urteil *Vatsouras* hat später gesagt, die Verbindung könne daraus folgen, „dass der Betroffene während eines angemessenen Zeitraums tatsächlich eine Beschäftigung gesucht hat.“¹²⁶

Geht man von diesen Urteilen aus, so wird fraglich, inwieweit jede Sozialhilfe/ Mindestsicherung den Zugang zum Arbeitsmarkt erleichtern soll. Das Urteil *Vatsouras* aus 2009 hat gesagt: „Finanzielle Leistungen, die unabhängig von ihrer Einstufung nach nationalem Recht den Zugang zum Arbeitsmarkt erleichtern sollen, können nicht als ‚Sozialhilfeleistungen‘ i.S.v. Art. 24 Abs. 2 der Richtlinie 2004/38 angesehen werden.“¹²⁷ Manche wollen aus dieser kontextabhängigen Aussage schließen, dass jede Leistung, die Arbeitswilligkeit voraussetzt, deshalb keine Sozialhilfeleistung i.S.d. Unionsbürger-Richtlinie sein könnte.¹²⁸ Nach dieser These wäre jede Sozialhilfe an Erwerbsfähige stets als Leistung an Arbeitssuchende einzuordnen – und die Ausnahmen zur Sozialhilfe wären hinfällig. Das mag zwar manchen gefallen, verkehrt aber nicht nur die Richtlinie in ihr Gegenteil. Diese Auffassung verkennt, dass Sozialhilfe primär das Existenzminimum sichern und nicht den Zugang zum Arbeitsmarkt erleichtern soll. Zum anderen übersieht die These, dass die genannten Urteile von Leistungen sprechen, die den Zugang erleichtern „sollen“ und Leistungen für Jobseekers bzw. der „Grundsicherung für Arbeitssuchende“ betrafen. Überdies gäbe es nach der genannten These so gut wie keine Hürden mehr bei „Sozialtourismus“, nicht einmal mehr jene geringen wie zur Ausgleichszulage. Der Linie jener Urteile, die auf eine tatsächliche Verbindung abstellen, würde es wohl entsprechen, bei Leistungen zur Erleichterung des Zugangs zum Arbeitsmarkt höhere Anforderungen an die tatsächliche Verbindung zu stellen als bloß die Arbeitssuche. Auch wenn man dem nicht folgt, ist bei Erwerbsfähigen ein zentrales Element der Einzelfallprüfung, die voraussichtliche Dauer der Be-

123 Fraglich ist, inwieweit dies auch auf Ein-Personen-Unternehmer anwendbar ist, weil zweifelhaft ist, ob sie „Arbeit suchen“.

124 Vgl. *W. Obwexer*, Grundfreiheit Freizügigkeit (Fn. 8), S. 216 ff.

125 EuGH, Rs. C-138/02 (Collins), Slg. 2004, I-2703, Rn. 69-72. Mit der VO zur Arbeitnehmerfreizügigkeit wäre ein Ausschluss hingegen vereinbar; vgl. Urteil *Collins*, Rn. 29 ff.

126 EuGH, verb. Rs. C-22/08 u. C-23/08 (Vatsouras und Koupatantze), Slg. 2009, I-4585, Rn. 39. In diesem Urteil und im Fall des Urteils *Collins* trat die dort fragliche Leistung anstelle der Sozialhilfe. In Deutschland wird diskutiert, inwieweit Leistungen nach SGB II (Arbeitsförderung) auch zustehen müssen, wenn Sozialhilfe nicht zustehen muss.

127 EuGH, verb. Rs. C-22/08 u. C-23/08 (Vatsouras und Koupatantze), Slg. 2009, I-4585, Rn. 45.

128 So etwa *W. Obwexer*, Grundfreiheit Freizügigkeit (Fn. 8), S. 218.

dürftigkeit, weit schwerer abzuschätzen als bei Pensionisten. Die Obliegenheit zur Aufnahme einer Erwerbsarbeit für erwerbsfähige Personen ist nur bedingt eine Hürde beim Zugang zur Sozialhilfe, weil der Arbeitsmarkt zuweilen nicht sehr aufnahmefähig ist und/oder weil es nicht wenige Wege gibt, der Obliegenheit auszuweichen.

ee) Weitere Stellungnahme

Jüngst gibt es vor allem in Großbritannien und Deutschland Stimmen aus der Praxis, die in der derzeitigen Regelung die Einladung zu „benefit tourism“ sehen und eine Änderung verlangen; zahlreiche deutsche Städte klagen über Armutsmigration;¹²⁹ die britische Regierung liegt im öffentlichen Streit mit der Kommission.¹³⁰ Im Frühjahr 2013 haben vier Regierungen einen Brief an die Kommission geschrieben, in dem sie strengere Regeln zur „Armutsmigration“ verlangen.¹³¹ Insbesondere wird bemängelt, dass Personen, die wegen unverhältnismäßiger Inanspruchnahme ausgewiesen wurden, gleich wieder einreisen können. Die Kommission jedoch sieht kein Problem.

M.E. gibt es ein politisches Problem dann, wenn es zahlreiche Fälle der Migration gibt, in denen das Erlangen der Sozialhilfe als Motiv im Vordergrund steht. Wirtschaftlich ist ein Anreiz dazu denkbar, liegt doch der Bruttolohn für gewerbliche Vollarbeit etwa in Rumänien derzeit bei etwa 6.000 Euro im Jahr (Österreich: etwa 35.000 Euro).¹³² Die Mindestsicherung beträgt für Alleinstehende über 9.500 Euro im Jahr, allerdings bei höheren Lebenshaltungskosten. Bei 10.000 Personen sind dies 95 Mio. und in fünf Jahren fast eine halbe Milliarde. Bei einer Familie mit zwei Kindern sind es 19.200 Euro im Jahr, bei 10.000 Familien 192 und 960 Mio. Ob es viele Fälle der Armutsmigration gibt, ist kaum zu beurteilen.¹³³ Allerdings wird man sie nur sehen, wenn man dazu bereit und nicht aus Ideologie blind ist. *Schönberger* sagt zu Recht: die sozialrechtliche Gleichbehandlung nach der Unionsbürger-Richtlinie „lebt von der unausgesprochenen Prämisse, dass die Mobilität zwischen den Mitgliedstaaten gering ist.“¹³⁴ Diese Prämisse mag früher einmal realistisch gewesen sein, fraglich ist, ob sie es heute noch ist. Das Unionsrecht enthält zur Unionsbürgerschaft keine „Notstandsklausel“ für den Fall eines Massenzuzugs; allenfalls könnte die Notstandsklausel des Art. 347 AEUV eingreifen, aber vielleicht auch nur wenn die Personen in kurzem Zeitraum zuziehen.¹³⁵ So wie bei der Wäh-

129 Zu Berlin wird berichtet, dass der Zuzug von Unionsbürgern, die nicht oder kaum erwerbstätig sind, erwerbsmäßig organisiert wird.

130 Die Kommission wirft Großbritannien vor, dass es mehrere Sozialleistungen (z.B. Arbeitslosengeld, Kinder-geld) nicht (schon) bei gewöhnlichem Aufenthalt gewähre, sondern einen strengeren „right to residence test“ anwende. Press Release IP/13/475 – 30/05/2013.

131 Brief von Ende April 2013 der Innenminister Deutschlands, Großbritanniens, der Niederlande und Österreichs.

132 Eurostat: Earnings in the business economy (average gross annual earnings of full-time employees).

133 Statistische Daten dazu gibt es bislang kaum; vgl. F. Van Overmeiren/E. Eichenhofer/H. Verschuren, Social security coverage of non-active persons moving to another Member State, 2011, S. 32 ff.

134 C. Schönberger, Unionsbürgerschaft (Fn. 4), S. 231.

135 „Ausnahmeverordnungen“ sind laut EuGH ja stets eng auszulegen.

rungsunion scheint man auch hier davon ausgegangen zu sein, dass stets „Schönwetter“ herrschen werde.

Aus rechtsdogmatischer Sicht wäre primär relevant, inwieweit es auf das Normendickicht der Richtlinie ankommt oder auf eine „tatsächliche und hinreichende Verbindung“. Nach der bereits erwähnten allgemeinen Formel zum Unionsbürgerstatus kommt es auf die „gleiche Situation“ an. Fraglich ist dann, woraus sich bei der Mindestsicherung die gleiche Situation ergibt. In Betracht kommt primär der gewöhnliche Aufenthalt, wenn nicht gar der bloße Aufenthalt im Leistungsstaat.¹³⁶ Nicht nur aus sozialpolitischer Sicht ist es aber durchaus fraglich, ob dies ausreichen kann, *auf Dauer* zu Sozialhilfe zu berechtigen. Die Sozialhilfe ist daher m.E. die Leistung par excellence, bei der es auf die reale Verbindung zum Leistungsstaat ankommen sollte.¹³⁷ Unionsbürger, die ohne Erwerbstätigkeit oder mit einer sehr geringen Erwerbstätigkeit zuziehen, haben nämlich auch als Steuerzahler keinen Beitrag im Aufnahmestaat geleistet. Die Relevanz dieses Aspekts zeigt ein neueres Urteil, das zu beitragsunabhängigen Familienleistungen allein in der Steuerpflicht im Inland das ausreichende Element der Verbundenheit sieht.¹³⁸ Dann muss konsequenterweise wohl auch das Fehlen dieser Steuerpflicht in der Vergangenheit relevant sein; der Beitrag zu den Verbrauchssteuern, der aus der Sozialhilfe selbst stammt, kann hier wohl nicht zählen. Für die Relevanz der realen Verbindung spricht überdies, dass dann, wenn die Verbindung zum Aufnahmestaat noch fehlt, noch jene zum Herkunftsstaat in Bezug auf die Sozialhilfe besteht. Wer ab dem Zuzug stets oder überwiegend Sozialhilfe bezieht, kann kaum als Teil einer Solidargemeinschaft angesehen werden, die zumindest potentiell nicht nur Nehmen, sondern auch Geben einschließt. Der Zusammenhang zwischen Leistungsberechtigung und potentiellen Beiträgen zur Finanzierung kann zwar für bestimmte Situationen, nicht aber großflächig vernachlässigt werden. Wird er und die Verbundenheit mit der finanziierenden Gruppe mit Hilfe des rechtlichen Konstrukts der Unionsbürgerschaft beiseitegeschoben, so unterminiert dies die gesellschaftlichen Grundlagen der Solidarität. Am eben Gesagten ändert auch Art. 34 Abs. 3 GRC nichts, wonach die Union das Recht auf eine soziale Unterstützung bei Bedürftigkeit anerkennt und achtet. Schon die Beifügung „nach Maßgabe des Unionsrechts und der einzelstaatlichen Rechtsvorschriften“ weist auf die Beschränkungen hin, die insbesondere aus dem Aufenthaltsrecht folgen können, sodass auch Art. 34 Abs. 3 GRC nicht das Recht verleiht, sich den Staat, von dem Sozialhilfe begehrt wird, nach Belieben zu wählen.

Eine wichtige Frage vor allem bei den Leistungen zur Existenzsicherung ist jene nach der „Finalität“ der Unionsregeln zu Sozialleistungen. Gerade bei diesen Leistungen kann die Erweiterung des Kreises der Berechtigten weder durch die Unterstützung der Mobilität für bestimmte Zwecke (wie Binnenmarkt oder transnationale

136 Die Unionsbürger-RL definiert Aufenthalt nicht und unterscheidet daher auch nicht zwischen gewöhnlichem und „bloßem“ Aufenthalt.

137 Überhaupt gegen dieses Kriterium bei Sozialhilfe aber K. Hailbronner, Unionsbürgerschaft und Zugang zu den Sozialsystemen, JZ 2005, S. 1138.

138 EuGH, Urteil v. 12.6.2012, verb. Rs. C-611/10 u. 612/10 (Hudzinski), Rn. 84 – zur VO 1408/71.

Ausbildung) noch durch den Ausgleich des gesteigerten Wettbewerbs im Binnenmarkt (wie bei Leistungen für den Zugang zum Arbeitsmarkt) begründet werden. Als Begründung kommt hier allein das Postulat von einer Erweiterung des Raumes der Solidarität in Betracht, und zwar sowohl jener zwischen den Mitgliedstaaten (die Herkunftsstaaten werden entlastet) wie zwischen den Bürgern der Aufnahme- und der Herkunftsstaaten. Allerdings ist die Pflicht zur solidarischen Existenzsicherung traditionell das Kernstück des nationalen Sozialstaats. Fraglich ist daher, ob das Ziel die Transposition des nationalen Sozialstaats auf eine höhere Ebene ist.¹³⁹ Dafür geben weder der Wortlaut noch die Entstehungsgeschichte der Verträge einen Anhaltspunkt.

ff) Leistungen an Studierende

Kurz erwähnt sei noch die Frage, ob Studierende aus einem anderen Mitgliedstaat Zugang zur Mindestsicherung haben müssen. Genau darum ging es im berühmten, aber auch viel kritisierten Urteil *Grzelczyk* aus 2001.¹⁴⁰ Es hat aus der Unionsbürgerschaft einen Anspruch auf Gleichstellung eines französischen Studierenden in Bezug auf die Mindestsicherung in Belgien abgeleitet. Allerdings sah das belgische Recht damals vor, dass Studenten aus Belgien Anspruch auf diese Leistung haben. In Österreich steht Mindestsicherung hingegen jenen Personen nicht zu, die bereits eine abgeschlossene Erwerbsausbildung oder Schulausbildung auf Maturaniveau haben und eine weiterführende Ausbildung absolvieren.¹⁴¹ Daher besteht *prima facie* auch kein Anspruch aus einem Diskriminierungsverbot. Allerdings ist fraglich, ob Art. 18 i.V.m. Art. 21 AEUV in manchen Fällen nicht doch einen Anspruch verlangt, nämlich wenn der Bedarf danach nur vorübergehend ist, etwa weil eine Nebenbeschäftigung krankheitsbedingt oder (wie im Fall *Grzelczyk*) wegen besonderer Studienbelastung im Abschlussstadium nicht mehr ausgeübt werden kann.¹⁴² Nach den Maßstäben des Urteils *Grzelczyk* liegt dann wohl eine ausreichende Verbindung vor, und eine kurzfristige Inanspruchnahme würde der EuGH wohl kaum als unangemessen ansehen. Allerdings würde das Bejahen dieser Ansprüche m.E. doch zu einem erheblichen Wertungswiderspruch zur Lage bei Studienbeihilfen führen: dort kein Anspruch bis zum Ablauf von fünf Jahren, weil noch keine ausreichende Integration, hier Anspruch auf – meist höhere – Sozialhilfe etwa schon nach einem Jahr. Allerdings stört dieser Widerspruch nur jene, die das Postulat einer konsistenten Rechtsordnung vertreten – ein Postulat, das im Unionsrecht keinen hohen Wert hat.

¹³⁹ Vgl. die Bedenken in diese Richtung bei *A. Graser*, Europäisierung (Fn. 11), S. 15 (21).

¹⁴⁰ EuGH, Rs. C-184/99 (*Grzelczyk*), Slg. 2001, I-6193.

¹⁴¹ Z.B. § 4 Abs. 3 Wiener BMSG.

¹⁴² Vgl. auch *T. Kingreen*, Universalisierung (Fn. 11), S. 73.

V. Beitragsabhängige Leistungen

Bei beitragsabhängigen Leistungen erfolgt der Zugang durch Erfüllen des Tatbestandes, an den die Beitragspflicht geknüpft ist, in Österreich also primär durch eine Erwerbstätigkeit in Österreich, u.U. durch längere Zeit. Freizügigkeiten und Koordinierungsregeln haben die Zugangsmöglichkeiten für erwerbsaktive Unionsbürger deutlich erweitert. Die Unionsbürgerschaft hat hier, soweit ich sehe, nur wenig mehr gebracht.

Bei der Unfallversicherung¹⁴³ und der Pensionsversicherung gibt es so gut wie keine besonderen Probleme im Kontext des Zugangs. Zu Pensionen sei nur Folgendes in Erinnerung gerufen: Nach der Koordinierungs-Verordnung sind zwar Versicherungszeiten in einem anderen Mitgliedstaat auf die Wartezeit anzurechnen, also in Österreich insbesondere auf die 15 Jahre, die für eine Alterspension erforderlich sind, sie führen aber nicht dazu, dass ein Mitgliedstaat für ausländische Beitragszeiten Pension zahlen muss. Vielmehr zahlt jeder Staat eine Teilpension für jene Beitragszeiten, die in seinem System erworben wurden.¹⁴⁴ Die Unionsbürgerschaft kann aber verlangen, dass Zeiten der Kindererziehung auch dann angerechnet werden, wenn sie in einem anderen Mitgliedstaat verbracht wurden.¹⁴⁵

Die Leistungsberechtigung in der österreichischen Krankenversicherung wird in der Regel durch eine versicherungspflichtige Erwerbstätigkeit oder durch die Eigenschaft als leistungsberechtigter Angehöriger erworben. Heute gibt es bei Sachleistungen für keine der beiden Gruppen eine Wartezeit zwischen Beginn der Versicherung und Leistungsinanspruchnahme. Versicherte und Angehörige haben, auch wenn sie in einem anderen Land wohnen, schon bei bloßem Aufenthalt im Staat, in dem der Versicherte arbeitet, Anspruch auf Sachleistungen aus dessen Versicherung (Art. 18 Koordinierungs-Verordnung). Dies kann insbesondere genutzt werden, wenn das Niveau der medizinischen Versorgung deutlich verschieden ist. Mangels Wartezeit kann die Erwerbstätigkeit, etwa in Form eines Ein-Personen-Unternehmens, auch erst aufgenommen werden, wenn die Notwendigkeit der medizinischen Behandlung bereits besteht. Die Unionsbürgerschaft hat diese Möglichkeiten zwar nicht erst eröffnet, sie hat sie aber verfestigt. Fraglich ist, ob sich die Unionsbürgerschaft bei der Leistungsberechtigung aufgrund eines Pensionsbezuges auswirkt.¹⁴⁶ Wohnt ein Rentner, der nur eine Rente aus A bezieht, in B, so hat der Staat B zwar Sachleistungen zu erbringen, aber auf Rechnung des Trägers in A (Art. 24 Koordinierungs-Verordnung). Auch die Unionsbürgerschaft verlangt (wohl) nicht, dass die Teilversicherung, die § 8 öASVG für Bezieher einer österreichischen Pen-

143 Hier kann es jedenfalls bei Arbeitsunfällen nur auf die Zugehörigkeit zur Versichertengemeinschaft im Unfallzeitpunkt ankommen.

144 Art. 52 Koordinierungs-VO. Dasselbe gilt nach Art. 46 für die Invaliditätspension. Art. 46 sieht Teilrenten auch dann vor, wenn in zumindest einem beteiligten Land die Höhe der Invaliditätsrente von der Dauer der zurückgelegten Zeit abhängt.

145 EuGH, Urteil v. 19.7.2012, Rs. C-522/10 (Reichel-Albert).

146 Die Koordinierungsvorschriften zu Leistungen bei Krankheit an Rentenbezieher (Art. 23 ff. Koordinierungs-VO) sind ein Labyrinth; vgl. nur die Übersicht bei R. Schuler, in: Fuchs (Fn. 6), Vorbem. zu Art. 23, Rn. 8.

sion vorsieht, auf in Österreich lebende Fremdpensionisten ausgedehnt wird; andernfalls entfiele der Ersatzanspruch gegen den Träger in A.

Am ehesten gibt es einen Einfluss der Unionsbürgerschaft in der Arbeitslosenversicherung. Zur Regelung zuständig ist hier der Staat, in dem die Erwerbstätigkeit ausgeübt wird. Üblicherweise hängt der Anspruch auf Arbeitslosengeld von einer Vorversicherungszeit ab. Sie beträgt in Österreich, wo die Höhe des Arbeitslosengeldes vom Erwerbseinkommen abhängt, 52 Wochen innerhalb der letzten zwei Jahre. Kommt ein Unionsbürger nach Österreich zur Arbeit und wird dann bald arbeitslos, so sind nach Art. 61 Abs. 1 Koordinierungs-Verordnung Zeiten der Arbeitslosenversicherung oder der Beschäftigung in einem anderen Mitgliedstaat anzurechnen. Die Höhe des Arbeitslosengeldes hängt dabei allein von der Verdiensthöhe im Aufnahmestaat ab (Art. 62 Koordinierungs-Verordnung). Das Aufenthaltsrecht bleibt Arbeitslosen aber bei Arbeitswilligkeit für mindestens sechs Monate erhalten (Art. 7 Abs. 3 Unionsbürger-Richtlinie); es bleibt jedoch offenbar unbeschränkt erhalten, wenn die Beschäftigung bereits ein Jahr gedauert hat. Das Arbeitslosengeld selbst endet zwar in der Regel nach längstens einem Jahr,¹⁴⁷ in der Folge besteht aber zeitlich unbegrenzt Anspruch auf Notstandshilfe bis zur Pension. Diese ist nur etwas niedriger, aber von einer Notlage abhängig, wofür es insbesondere auf anderes Einkommen ankommt. Findet etwa ein 50-jähriger Unionsbürger, der in Rumänien bereits 15 Jahre beschäftigt war, eine Arbeit in Österreich mit einem Monatseinkommen von 2.000 Euro brutto, und wird er nach dreizehn Monaten arbeitslos, so kann er 12 Monate Arbeitslosengeld von monatlich 907 Euro (bei Familienzuschlag etwas mehr) beziehen, und dann bis zum Pensionsalter Notstandshilfe in Höhe von ca. 860 Euro; überdies erwirbt er durch die Leistungen der Arbeitslosenversicherung auch Beitragszeiten in der Pensionsversicherung (und damit nach 15 Jahren einen Anspruch auf Pension). Die Unionsbürgerschaft öffnet also durch dreizehn Monate Erwerbsarbeit hier einen potentiellen Leistungsbezug in Österreich durch über zehn Jahre; der Aufnahmestaat erhält vom Herkunftsland keinen Ausgleich.

VI. Perspektiven

Zu Beginn der Perspektiven eine „ketzerische“ Feststellung: Die Sozialsysteme in Europa funktionieren nur, weil die Mitgliedstaaten dafür zuständig sind, und zwar aus einem ganz einfachen Grund: Man stelle sich vor, wie es um das Sozialrecht bestellt wäre, wenn Änderungen selbst kleiner Details im derzeitigen Gesetzgebungsverfahren der EU jeweils auch nur mit qualifizierter Mehrheit beschlossen werden müssten. Binnen kurzem würde das finanzielle und/oder politische Chaos ausbrechen. Eine Delegation der Regelung an die Kommission wäre politisch kaum besser.

¹⁴⁷ § 18 öAVG. Auch bei der Berechnung der Dauer des Bezugs sind Zeiten in einem anderen Mitgliedstaat anzurechnen.

Die Unionsbürgerschaft ebnnet Unterschiede zwischen Erwerbstäigen, die sich auf ökonomische Freiheiten berufen können, und Nichterwerbstäigen in Bezug auf das Aufenthaltsrecht und in der Folge in Bezug auf den Zugang zu Sozialleistungen ein – zwar nicht vollständig, aber doch sehr weit. Überdies verringert sie auch bei erwerbstäigen Migranten die Möglichkeiten weiter, diese von Sozialleistungen auszuschließen. Die Mitgliedstaaten können sich nicht mehr als abgeschlossene Personal- und Solidarverbände konstituieren. Vielmehr verlangen die ökonomischen Freiheiten und nun auch die Unionsbürgerschaft, dass die Sozialverbände auch für Unionsbürger geöffnet werden, auch bei beitragsunabhängigen Leistungen. Daher habe ich es vermieden zu sagen, Unionsbürger gehören dem Solidarverband eines anderen Mitgliedstaates – noch – nicht an. Leitlinie ist wohl die hehre Idee eines „gemeinsamen Sozialraumes“.

Sozialleistungen führen aber in der Regel zu Umverteilung. Bei den beitragsunabhängigen Leistungen ist dies offenkundig, aber auch bei beitragsabhängigen Leistungen gibt es in der Regel eine erhebliche Umverteilung.¹⁴⁸ Schon die Finanzierung aus Zwangsabgaben legt es nahe, dass die nationalen Gesetzgeber sich Gedanken über die Zwecke machen, für die Sozialleistungen vorgesehen werden. Die reich ausdifferenzierten Regelungen zu den Anspruchsvoraussetzungen belegen diese Überlegungen. Sozialleistungen werden also nicht einfach eingeführt oder erhöht, weil gerade Geld da ist und die neuen Ausgaben das Haushaltsgleichgewicht nicht (weiter) gefährden.¹⁴⁹ Ausführungen zur unionsrechtlichen Erweiterungen des Zugangs zu Sozialleistungen erwecken allerdings zuweilen den Eindruck, die Verfasser würden eben dies annehmen.

Die entscheidende Frage ist nun, inwieweit die Anforderungen des Unionsrechts es noch erlauben, diese bedarfsbezogenen Überlegungen anzustellen. Die Idee eines gemeinsamen Sozialraumes könnte ja allenfalls in einem einheitlichen Sozialsystem bedeuten, dass jeder überall alles verlangen kann. Schon das Primärrecht rechnet aber mit unterschiedlichen Sozialsystemen (z.B. Art. 153 Abs. 4 AEUV) und damit auch mit unterschiedlichen Leistungen wie Umverteilungs- und Finanzierungssystemen. Daher rechnet es auch mit unterschiedlichen Solidarverbänden. Vor diesem Hintergrund muss man m.E. bei der Verwirklichung des Ziels, die Binnenmigration nicht zu behindern, wohl stärker jene Kriterien in den Blick nehmen, welche mit dem sozialpolitischen Zweck der Leistung zu tun haben. Die wichtigste Unterscheidung wäre danach jene zwischen langfristig und kurzfristig angelegten Leistungen. Die wichtigste langfristige Leistung ist die Alterspension. Hier kommt wohl kein Vernünftiger auf die Idee, dass der Staat, in dem zuletzt gearbeitet wurde, alle Arbeitszeiten in einem anderen Mitgliedstaat auch für die Leistung anrechnen muss – obwohl auch dies die Integration sicher und „Sozialtourismus“ wahrscheinlich för-

148 In jedem Fall befreit die Verpflichtung zur Teilnahme an der Versichertengemeinschaft von der Eigenvorsorge und schließt diese häufig auch faktisch aus.

149 Dies gilt grds. auch in Zeiten, in denen ein Teil der Staatsausgaben de facto durch die Notenbank finanziert wird. Die Bilanzsumme der EZB ist zwar in den letzten Jahren auf knapp 3000 Mrd. € angewachsen, die Summe der in den Euro-Ländern bezahlten Sozialleistungen liegt aber *jährlich* bei etwa 3000 Mrd. € (30% des BIP in Höhe von 9.500 Mrd.).

dern würde. Die erforderliche Verbundenheit wird diesbezüglich nur durch Beiträge (allenfalls Anwesenheit) begründet. Knüpft die langfristige Leistung an eine Risikoverwirklichung an, wie eine Rente bei Arbeitsunfall, so genügt die Verbundenheit bei Risikoverwirklichung. Auch die Sozialhilfe ist, mag sie häufig nur kurzfristig bezogen werden, eine potentiell langfristige Leistung; manche beziehen sie jahrzehntelang. Daher sollte sie, zumindest langfristig, auch nur jener Staat schulden, zu dem eine ausreichende Verbundenheit besteht. Das Urteil *Stewart*, in dem es materiell um eine erhöhte Sozialhilfe ging, liegt auf dieser Linie. Selbst ein europäischer Einheitsstaat würde, bei rationalem Verhalten, den Anspruch auf Sozialhilfe nur dann überall gewähren, wenn die Leistungshöhe einheitlich ist. Bei kurzfristigen Leistungen können die Anforderungen an die Verbundenheit hingegen – je nach Zweck der Leistung – auch geringer sein. Dies wird insbesondere bei Leistungen zutreffen, welche Mobilität und damit Migration gezielt fördern, wie Leistungen an Studierende und an Arbeitssuchende. Man sollte also bewusst auf eine abgestufte Pflicht zur Solidarität abstellen, weil auch die Zugehörigkeit nur in Stufen anwachsen wird; es gibt hier nicht nur schwarz oder weiß, sondern auch grau. Leider vernachlässigt das Unionsrecht den Zeitfaktor in vielen Belangen (so z.B. auch bei der Entsendung von Arbeitnehmern). Diese Vernachlässigung ist typisch für eine Einstellung, die unduldsam alles gleich durchsetzen will, sobald sich die erste Gelegenheit dazu bietet. Nur manche neueren Urteile sind diesbezüglich auf dem richtigen Weg.

Völlig vernachlässigt das Unionsrecht schließlich die Möglichkeiten einer durch Sozialleistungen motivierten Massenmigration. Das konnte man tun, solange die Lebens- und Sozialniveaus in allen Mitgliedstaaten nicht allzu verschieden waren. Beim derzeitigen Entwicklungsstand hätten die Probleme aber gesehen werden müssen; tat man es nicht, so war dies verantwortungslos. Vielleicht meinten und meinen aber manche, die Aufnahmestaaten müssten eben auch bei einer Massenmigration zahlen – für das hebre Ziel der Integration müsse jedes Opfer gebracht werden. Vor allem werden damit die Interessen jener vernachlässigt, die das Ganze finanzieren müssen – die Steuerzahler. Diese kommen in Überlegungen zum Unionsrecht – auch des EuGH – überhaupt nicht vor, offenbar hält man sie für vernachlässigbar.

Das Problem ist wie stets das rechte Maß zu finden, hier zwischen Abgrenzung und Solidarität. Dies ist schon allgemein schwierig, im Unionsrecht aber besonders schwierig. Gut gemeint ist oft das Gegenteil von Gut. Nicht wenige Akteure des Unionsrechts neigen dazu zu übertreiben, wenn sie meinen, etwas diene gerade der Integration: früher der Markt, dann die Diskriminierungsverbote und nun die Umverteilung im Großen wie im Kleinen. Nach Generalanwalt *Colomer* identifiziere sich der EuGH mit der Rolle des Richters als Künstler, die „mit Hilfe der Hände, des Kopfes und des Herzens den Bürgern weitere Horizonte eröffnen, ohne der

Realität und den konkreten Sachverhalten den Rücken zu kehren.“¹⁵⁰ Bei Urteilen zum Zugang von Sozialleistungen besteht aber leicht die Gefahr, Realität und konkrete Sachverhalte aus den Augen zu verlieren.

150 GA Colomer, Schlussanträge v. 20.3.2007 in der Rs. C-11/06 (Rhiannon Morgan), Slg. 2007, I-9161, Rn. 1 f.
Bemerkenswert ist auch die geschichtsdeterministische Wendung von der „unaufhaltsamen Entwicklung“.

Zur Rechtsstellung von Familienmitgliedern aus Drittstaaten im Lichte der Kernbereichs-Rechtsprechung des EuGH

*Von Daniel Thym, Konstanz**

In der Kontroverse um die Unionsbürgerschaft steht derzeit ein Thema im Vordergrund: die Rechtsstellung von drittstaatsangehörigen Familienmitgliedern. Dieser neue Aufmerksamkeitsschwerpunkt ist kein Zufall, sondern entspringt dem überstaatlichen Charakter der Unionsbürgerschaft, weil die Freizügigkeit durch den Familiennachzug gefördert werden soll. Diese abgeleiteten Rechte der Familienmitglieder deuteten der EU-Gesetzgeber und der EuGH immer wieder expansiv – zuletzt infolge des *Ruiz Zambrano*-Urteils. Freilich stößt diese Expansion der Unionsbürgerrechte an Grenzen, weil der EU-Bürgerstatus nicht alles regeln soll und kann. Aus diesem Grund akzentuiert der Beitrag einen alternativen verfassungsrechtlichen Bezugsrahmen: das Migrationsrecht im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts. Es zeigt sich, dass jenseits der Unionsbürgerschaft kein rechtliches Niemandsland herrscht. Die Menschenrechte leiten den Familiennachzug dort, wo die Unionsbürgerschaft nicht hinreicht.

I. Vorbemerkung

Die Zeiten ändern sich und mit ihnen die Aufmerksamkeitsschwerpunkte. Dies gilt auch für die Diskussion um die Unionsbürgerschaft. Über ein Jahrzehnt standen die Sozialleistungen im Brennpunkt. Doch hier wurden die zentralen Weichen inzwischen gestellt. In der Freizügigkeits-Richtlinie billigte der EU-Gesetzgeber den weiten Zugriff des EuGH auf den Gleichheitssatz seit *Martinez Sala* und umgekehrt wich der EuGH in *Förster* einen Schritt zurück und akzeptierte eine Ausnahme, auf die der Gesetzgeber bestanden hatte.¹ Seither diskutieren wir über Einzelfragen, die eine große rechtspraktische Bedeutung besitzen.² Die verfassungsrechtlichen Grundsätze beim Zugang zu Sozialleistungen sind geklärt.

Indes verlagerte sich der Streit auf ein neues Themenfeld. Wenn man die kontroversen EuGH-Urteile des letzten Jahrzehnts zur Unionsbürgerschaft gedanklich Revue passieren lässt, sticht ein gemeinsamer Nenner neben Sozialleistungen hervor: der Rechtsstatus von drittstaatsangehörigen Familienmitgliedern. *Ruiz Zambrano* und *Dereci* sind die prominentesten Beispiele, aber die Reihe an Urteilen, auf

* Prof. Dr. Daniel Thym, LL.M. ist Inhaber des Lehrstuhls für öffentliches Recht, Europa- und Völkerrecht sowie Ko-Direktor des Forschungszentrums Ausländer- und Asylrecht (FZAA) an der Universität Konstanz.

- 1 S. M. Dougan, The Bubble that Burst, in: Adams et al. (Hrsg.), *Judging Europe's Judges. The Legitimacy of the Case Law of the European Court of Justice Examined*, 2013, S. 127 (145–153) sowie D. Thym, Hindernisse auf dem Weg zur „wahrhaftigen“ Unionsbürgerschaft, ZEuS 2012, S. 501 (507–514).
- 2 Etwa den zulässigen Ausschluss von arbeitsuchenden Unionsbürgern von „Hartz IV“-Leistungen (hierzu T. Kingreen, Staatsangehörigkeit als Differenzierungskriterium im Sozialleistungsrecht, SGb 2013, S. 132) sowie die Grenzen des Aufenthaltsrechts von nichterwerbstätigen Unionsbürgern bei Sozialleistungsbezug (hierzu D. Thym, Sozialleistungen für und Aufenthalt von nichterwerbstätigen Unionsbürgern, NZS 2014, S. 81–90).

denen dieser Beitrag beruht, ist länger. Die meisten Europarechtler kennen Entscheidungen wie *Carpenter*, *Baumbast*, *Akrich*, *Zhu & Chen*, *Eind*, *Metock*, *Ibrahim*, *McCarthy*, *Iida*, *O & S* oder *Ymeraga* und *Alopka*. All diese Urteile betreffen verschiedene Fragen des Primär- und Sekundärrechts, besitzen jedoch eine Gemeinsamkeit: Es geht um Familienangehörige von Unionsbürgern – das Thema dieses Beitrags.

Dieses soll in drei weiteren Schritten dargelegt werden. Zuerst verdeutlicht der Blick zurück die Besonderheit des EU-Ansatzes, wenn der EU-Gesetzgeber sowie der EuGH den Familiennachzug nahezu unbedingt fördern (II.). Auf dieser Grundlage werden die dogmatischen Einzelheiten der Rechtsstellung in verschiedenen Konstellationen ausgeführt, mit einem Schwerpunkt auf den jüngeren Entscheidungen über das abgeleitete Aufenthaltsrecht von Familienangehörigen aufgrund des Kernbereichsschutzes nach dem *Ruiz Zambrano*-Urteil (III.). Hierbei wird deutlich, dass verbleibende Unschärfen aus der Gemengelage von Unionsbürgerschaft und Migrationsrecht folgen. Letzteres begründet einen alternativen verfassungsrechtlichen Bezugsrahmen. Es zeigt sich, dass jenseits der Unionsbürgerschaft kein rechtliches Niemandsland herrscht. Die Menschenrechte regeln den Familiennachzug dort, wo die Unionsbürgerschaft nicht hinreicht (IV.).

II. Familienzusammenführung als Selbstzweck

Es wäre falsch, die Geschichte der Unionsbürgerrechte mit dem Vertrag von Maastricht oder dem Urteil *Martínez Sala* beginnen zu lassen. Die EU-Integration beinhaltete von Anfang an ein überschießendes, bürgerschaftliches Element, das über die Wirtschaftsgemeinschaft hinausreichte: die Vorschriften zur Arbeitnehmerfreiheit. Freilich bezog der EWG-Vertrag diese einzig auf die Erwerbstätigen selbst.³ Von Familienangehörigen ist im Vertragstext bis heute keine Rede. Wenn diese in der Gesetzgebung und der Rechtsprechung der folgenden Jahrzehnte dennoch eine privilegierte Rechtsstellung erhielten, verdeutlicht dies umso mehr, wie großzügig der EU-Ansatz in der Anfangsdekade ist. Beim Familiennachzug wird – ganz ähnlich wie beim Zugang zu Sozialleistungen – deutlich, dass Arbeitnehmer keineswegs nur als wirtschaftliche Produktionsfaktoren gefördert wurden, sondern ihre Lebensbedingungen durch Migration verbessern sollten.⁴ In der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft war die Marktbürgerschaft bis zu einem gewissen Grad immer auch Sozialbürgerschaft.⁵

3 S. Art. 48 EWGV (1957) sowie den heutigen Art. 45 AEUV; dass die Bestimmungen nicht explizit auf Staatsangehörige der Mitgliedstaaten beschränkt wurden, lag am Streit um die Rechtsstellung von Franzosen aus Algerien sowie Sorgen der Bundesrepublik um die Rechtsstellung von DDR-Bürgern; vgl. S. Goedings, *Labor Migration in an Integrating Europe*, 2005, S. 128–135.

4 Anschaulich die Erwgr. 4 und 6 VO (EU) Nr. 492/2011 (ABl. EU 2011 L 141/1) als Nachfolgerin der früheren VO (EWG) Nr. 1612/68 (ABl. EG 1968 L 257/2).

5 Weiterführend T. Kingreen, *Die Universalisierung sozialer Rechte im europäischen Gemeinschaftsrecht*, EuR-Beiheft 1-2007, S. 43; L. Azoulai, *La Citoyenneté européenne, un statut d'intégration sociale*, in: Piris u.a. (Hrsg.), *Chemins d'Europe. Mélanges en l'honneur de Jean Paul Jacqué*, 2010, S. 1 und D. Kochenov, *The Citizenship Paradigm*, C.Y.E.L.S. 15 (2013), Abschn. 2.

Was geschah im Einzelnen? Lange vor den ersten EuGH-Urteilen musste der EU-Gesetzgeber die schlichten Vorgaben des EU-Vertrags im Wege der Sekundärrechtsetzung konkretisieren. Hierbei erlangten in den 1960er-Jahren zuerst die Kernfamilie und später auch die erweiterte Großfamilie ein Nachzugsrecht, obgleich hiervon im Vertragstext keine Rede war.⁶ Diese Gewährleistung eines nahezu unbedingten Familiennachzugs vollzog sich vergleichsweise geräuschlos, wobei speziell die Kommission und Italien für eine großzügige Regelung stritten, die die anderen Mitgliedstaaten nach anfänglichem Widerstand in Bezug auf Großfamilien akzeptierten.⁷ Bis heute gilt: Die gesamte Familie von Arbeitnehmern unter Einschluss der Eltern besitzt ein gleichsam automatisches Nachzugsrecht.

Einzig eine Bedingung wurde damals gegen den Widerstand der Kommission im Sekundärrecht niedergelegt: ausreichend Wohnraum musste vorhanden sein.⁸ Dies Kriterium entsprang der Wohnungsnot der Nachkriegszeit infolge der Kriegszerstörungen und wurde zwischenzeitlich aufgegeben.⁹ Hinzu kommen die vertragsunmittelbaren Ausnahmen für Gründe der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit, die traditionell restriktiv zu handhaben sind.¹⁰ Weitere Ausnahmen wurden nicht vorgesehen und sind demgemäß bis heute verboten. Insbesondere müssen Arbeitnehmer für sich und ihre Familie bis heute nicht die finanzielle Sicherung des Lebensunterhalts nachweisen.¹¹ Die Sicherung des Lebensunterhalts von Arbeitnehmern wurde in den 1960er-Jahren wohl nicht als mögliches Problem betrachtet, weil man davon ausging, dass ein Arbeiter eine Familie zu ernähren vermag.¹² In gleicher Weise dürfen die Mitgliedstaaten von mobilen Unionsbürgern keine gesellschaftliche Integration, etwa durch den Erwerb von Sprachkenntnissen, verlangen. Debatten um sprachliche Integrationserwartungen sind ein vergleichs-

6 Art. 11 VO (EWG) Nr. 15/61 (ABl. EG 1961 Nr. 57, S. 1073) betraf noch einzig die Kernfamilie, nachdem die Benelux-Staaten und Deutschland dem vermeintlichen Nachzug von mediterranen Großfamilien („Clans“) widersprochen hatten; großzügiger später Art. 17 Abs. 1 VO (EWG) Nr. 38/64 (ABl. EG 1964 Nr. 62, S. 965), der mit Art. 10 VO (EWG) Nr. 1612/68 (Fn. 4) und Art. 7 Abs. 1 Buchst. d i.V.m. Art. 2 Nr. 2 RL 2004/38/EG (ABl. EU 2004 L 158/77) übereinstimmt.

7 Zum Verhandlungsverlauf siehe *S. Goedings*, Labor Migration (Fn. 3), S. 163-166 und 220 f.

8 S. Art. 11 Abs. 3 VO (EWG) Nr. 15/61 (Fn. 6), Art. 17 Abs. 3 VO Nr. 38/64/EWG (Fn. 6) sowie Art. 10 Abs. 3 VO (EWG) Nr. 1612/68 (Fn. 4); zu erfolglosen Versuchen der Kommission, dieses Kriterium zu streichen, s. *S. Goedings*, Labor Migration (Fn. 3), S. 164 f., 220-222, 245-248.

9 Mit der RL 2004/38/EG (Fn. 6) wurde das Kriterium aufgegeben; nichts anderes galt zuvor bereits für die Freizügigkeit von wirtschaftlich inaktiven Unionsbürgern (Studierende, Rentner, Sonstige) aufgrund RL 90/364/EWG (ABl. EG 1990 L 180/26), RL 90/365/EWG (ABl. EG 1990 L 180/28) und RL 93/96/EWG (ABl. EG 1993 L 317/59).

10 Vgl. RL 64/221/EWG (ABl. EG 1964, S. 850) sowie, heute, Art. 27 ff. RL 2004/38/EG (Fn. 6); für Einzelheiten s. *K. Hailbronner*, Asyl- und Ausländerrecht, 3. Aufl. 2013, S. 453 ff.

11 Ausreichende finanzielle Existenzmittel verlangt Art. 7 Abs. 1 lit. b RL 2004/38/EG (Fn. 6) einzig von wirtschaftlich inaktiven Unionsbürgern – nicht von Arbeitnehmern; letztere haben aufgrund Art. 7 VO (EU) Nr. 492/2011 (Fn. 4) regelmäßig Anspruch auf gleichen Zugang zu Sozialleistungen, deren Bezug dem Arbeitnehmerstatus zumeist nicht entgegensteht; vgl. EuGH, Rs. 139/85 (Kempf), Slg. 1986, 1741 und der gemäß EuGH, Rs. 157/84 (Frascogna), Slg. 1985, 1739 auch für Familienmitglieder gilt.

12 Speziell eine mögliche Arbeitslosigkeit wurde während der Verhandlungen nicht diskutiert, weil man von Vollbeschäftigung und einer schnell verfügbaren Anschlussbeschäftigung ausging, vgl. *S. Goedings*, Labor Migration (Fn. 3), S. 259-264.

weise neues Phänomen, das seinerzeit nicht auf der auf der politischen Agenda stand.¹³

Dementsprechend darf von Unionsbürgern nicht verlangt werden, dass sie die Landessprache erlernen – und zwar von Arbeitnehmern ebenso wenig wie von wirtschaftlich inaktiven Unionsbürgern im Anwendungsbereich des allgemeinen Freizügigkeitsrechts.¹⁴ Ein Portugiese darf sein ganzes Leben in Marseille verbringen, ohne ein Wort französisch zu erlernen – und ein Deutscher, der nach Wien zieht, hat einen Anspruch auf Familiennachzug mit seiner Ehefrau aus einem beliebigen Drittstaat, ohne dass diese Deutsch oder irgendeine andere Amtssprache der EU verstehen muss.¹⁵ Über die primärrechtliche Zulässigkeit einer hypothetischen Änderung der Richtlinie 2004/38/EG, der von Unionsbürgern und/oder der Familie jedenfalls in bestimmten Konstellationen das Erlernen der jeweiligen Landessprache des Aufenthaltsstaats einforderte, mag man sinnieren.¹⁶ Politisch jedenfalls sind derartige Änderungen illusorisch;¹⁷ de facto ist die Sekundärrechtslage änderungsfest.¹⁸

Damit verfolgt der EU-Gesetzgeber in der Sache einen vergleichsweise simplen Ansatz, den der EuGH mehrfach aufgriff: die effektive Verwirklichung der Freizügigkeit verlangt nach der Vorstellung der EU-Organe eine möglichst umfassende Familienzusammenführung,¹⁹ auch weil dies nach Meinung des EU-Gesetzgebers „Hindernisse beseitigt“ und ein gesicherter Aufenthaltsstatus „die Integration der Familie im Aufnahmeland“ fördert.²⁰ Auf empirische Erkenntnisse stützt sich diese Annahme nicht.²¹ Dessen ungeachtet müssen entgegenstehende öffentliche Belange

13 Vgl. C. Joppke, *Citizenship and Immigration*, 2010, Kap. 4.

14 Dies folgt schlicht aus dem Umstand, dass Art. 7 ff. RL 2004/38/EG (Fn. 6) diese Bedingung für keine der genannten Personengruppen auffordert und somit die Mitgliedstaaten diese innerstaatlich nicht einführen können; vgl. auch C. Costello, *Metock: Free Movement and ‘Normal Family Life’ in the Union*, *CMLRev.* 2009, S. 587 (602 f.).

15 Sowohl Art. 2 Nr. 2 RL 2004/38/EG (Fn. 6) als auch die EuGH-Rechtsprechung erstrecken den Familiennachzug auf Familienmitglieder aus Drittstaaten.

16 Wenn aufgrund einer hypothetischen Änderung der RL 2004/38/EG (Fn. 6) der Aufenthalt aller oder bestimmter Personengruppen an einfache Sprachkenntnisse geknüpft würde, begründete dies eine sekundärrechtliche Beschränkung des Art. 45 AEUV bzw. des Art. 21 AEUV durch den EU-Gesetzgeber, deren primärrechtliche Rechtfertigung der EuGH wohl zurückweisen würde; allenfalls könnte man sich vorstellen, dass in bestimmten Sonderkonstellationen – etwa bei langjähriger Arbeitslosigkeit – gewisse Integrationsanstrengungen, wie das Erlernen der Landessprache, nach Maßgabe einer strengen und am Einzelfall ausgerichteten Verhältnismäßigkeitsprüfung vom EU-Gesetzgeber gefordert werden könnten.

17 Eine Änderung verlangt einen Kommissionsvorschlag, der aus integrationspolitischen Gründen nicht ergehen dürfte, weil die EU-Organe die Freizügigkeit, durchaus zu Recht, der EU-Verfassungsidentität zuordnen; ebenso wie die Kommission frühere Versuche zur Änderung der RL 2004/38/EG (Fn. 6), etwa nach dem *Metock*-Urteil, ablockte.

18 Zur faktisch erschwerten Rechtsänderung als Machtgewinn für den EuGH siehe A. Stone Sweet, *The European Court of Justice*, in: Craig/de Búrca (Hrsg.), *The Evolution of EU Law*, 2. Aufl. 2011, S. 121 (126 ff.); der EuGH setzt bei unklaren Formulierungen im Zweifel auf Kontinuität und weist Änderungen zurück, vgl. D. Thym, *Hindernisse* (Fn. 1), S. 510 f.

19 Anschaulich EuGH, Rs. C-413/99 (Baumbast und R.), Slg. 2002, I-7091, Rn. 50 sowie EuGH, Rs. C-370/90 (Singh), Slg. 1992, I-4265, Rn. 19 und EuGH, Rs. C-291/05 (Eind), Slg. 2007, I-10719, Rn. 22.

20 Zitate nach Erwgr. 5 VO (EWG) Nr. 1612/68 (Fn. 4) sowie dem heutigen Erwgr. 6 VO (EU) Nr. 492/2011 (Fn. 4).

21 Italienische Wanderarbeitnehmer haben grundsätzlich mit ähnlichen Integrationsproblemen in Deutschland zu kämpfen wie russische Neuzuwanderer; speziell der Bildungserfolg italienischer Schüler bleibt unbefriedigend; vgl. den 8. Bericht der Beauftragten über die Lage der Ausländerinnen und Ausländer in Deutschland, Juni 2010, S. 93 f.

– wie die Förderung von Sprachkenntnissen – angesichts der klaren Entscheidung des Gesetzgebers hinter der Familieneinheit zurückstehen. Die Unionsbürgerschaft fungiert in diesen Fällen gleichsam als Migrationssteuerungsabwehranspruch gegenüber nationalstaatlichen Steuerungsanliegen.²² Insoweit verfolgen die EuGH-Rechtsprechung sowie die EU-Gesetzgebung eine klare inhaltliche Ausrichtung, die die Familieneinheit gleichsam als menschenrechtlichen Selbstzweck anerkennt und nahezu umfassend und ohne Ausnahme schützt.²³

III. Rechtsprechung zu Familienmitgliedern

Dogmatisch entspringt die großzügige Regelung des Familiennachzugs keinem vertragsunmittelbaren Recht, das – ähnlich Art. 8 EMRK bzw. Art. 7 GRC – die Familie um ihrer selbst Willen schützte. Stattdessen besitzt der Familiennachzug nach der Konzeption des EuGH einen dienenden Charakter, weil ohne Einreise und Aufenthalt von Ehepartnern, Kindern und Eltern „dem Aufenthaltsrecht (der Unionsbürger) jede praktische Wirksamkeit genommen (würde).“²⁴ Aus diesem dienenden Charakter des abgeleiteten Rechts auf Familiennachzug folgt, dass der EuGH die Nachzugsrechte in unterschiedlichen Konstellationen aus den Unionsbürgerrechten ableitete (1.). Eben diese Entwicklung erreichte mit dem *Ruiz Zambrano*-Urteil einen kritischen Punkt, weil das Urteil den transnationalen Charakter des EU-Binnenmarkts mit seiner Orientierung an der grenzüberschreitenden Freizügigkeit zu überwinden schien (2.). Obwohl der EuGH in späteren Entscheidungen zurückwich und den Paradigmenwechsel ausbremste (3.), bereitet die Umsetzung des Urteils den innerstaatlichen Gerichten bis heute einige Probleme, die abschließend in den Blick genommen werden (4.).

1. Beständige Ausweitung des Freizügigkeitsrechts

Sekundärrecht schützte den Familiennachzug seit den 1960er-Jahren einzig bei der Übersiedlung in andere Mitgliedstaaten.²⁵ Dennoch stellte der Gerichtshof im *Singh*-Urteil fest, dass die Arbeitnehmerfreizügigkeit ein Rückkehrrecht in den Herkunftsstaat mit dem Ehepartner umfasst.²⁶ Gemäß den Entscheidungen in den Rechtssachen *Jia* und *Eind* gilt dies auch dann, wenn ein Unionsbürger den Ehepartner mit der Staatsangehörigkeit eines Drittstaats erst im Zielstaat kennenernte

22 So J. Bast, Aufenthaltsrecht und Migrationssteuerung, 2011, S. 52 ff. sowie D. Thym, Freizügigkeit in Europa als Modell?, EuR 2011, S. 487 (488-490).

23 I.d.S. etwa E. Spaventa, From *Gebhard to Carpenter*: towards a (non-)economic European constitution, CML-Rev. 2004, S. 743; A. Epiney, Von *Akrich* über *Jia* bis *Metock*, EuR 2008, S. 840 (847-853); A. Tryfonidou, Family Reunification Rights of (Migrant) Union Citizens, ELJ 2009, S. 634.

24 EuGH, Rs. C-200/02 (Zhu und Chen), Slg. 2004, I-9925, Rn. 45; erstmals zum Charakter als abgeleitete Rechte EuGH, Rs. 40/76 (Kermaschek), Slg. 1976, 1669, Rn. 7.

25 Vgl. Art. 10-12 VO (EWG) Nr. 1612/68 (Fn. 4).

26 EuGH, Rs. C-370/90 (*Singh*), Slg. 1992, I-4265, Rn. 19-21; näher S. Alber, Das Recht auf Schutz des Familienelebens im Aufenthaltsrecht, in: Bröhmer et al. (Hrsg.), Internationale Gemeinschaft und Menschenrechte. FS Ress, 2005, S. 371 (376 ff.).

und sodann mit diesem in den Heimatstaat zurückkehrt.²⁷ Schließlich kann nach dem Urteil *Carpenter* sogar der Familiennachzug im Heimatstaat dem Unionsrecht unterfallen, wenn ein Unionsbürger grenzüberschreitende Dienstleistungen in anderen Mitgliedstaaten erbringt.²⁸ In Deutschland führte dies zwischenzeitlich dazu, dass findige Anwälte eine Eheschließung in Dänemark anrieten – um sodann als rückkehrender Dienstleistungsempfänger den Familiennachzug in Deutschland zu sichern.²⁹ Dem schob das BVerwG freilich einen Riegel vor, weil von der Freizügigkeit durch die passive Dienstleistungsfreiheit nicht hinreichend effektiv Gebrauch gemacht worden sei.³⁰ Sobald der Grenzübertritt jedoch eine deutlich größere Intensität besitzt als eine Eheschließung nebst Hochzeitsreise, greifen die Privilegien.³¹

Es überrascht kaum, dass der EuGH die großzügige Rechtsprechung für Arbeitnehmer und Selbständige auf das neu geschaffene Freizügigkeitsrecht der wirtschaftlich inaktiven Unionsbürger nach Art. 21 AEUV übertrug. Gemäß den Entscheidungen *Baumbast*³² sowie *Zhu und Chen*³³ können Eltern aus Drittstaaten ein abgeleitetes Aufenthaltsrecht beanspruchen, wenn sie gemeinsam mit Kleinkindern, die die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaats besitzen, im europäischen Ausland leben³⁴ (auch wenn in derartigen Konstellationen der dienende Charakter des elterlichen Aufenthaltsrechts deutlich wird, weil dieses regelmäßig endet, wenn das Kind erwachsen wird und der elterlichen Sorge nicht mehr bedarf³⁵). Hierbei beeindruckt

27 S. EuGH, Rs. C-1/05 (Jia), Slg. 2007, I-1 und EuGH, Rs. C-291/05 (Eind), Slg. 2007, I-10719; ausführlicher G. Barrett, Family Matters: European Community Law and Third-Country Family Members, CMLRev. 2003, S. 369 (377 ff.).

28 S. EuGH, Rs. C-60/00 (Carpenter), Slg. 2002, I-6279 mit einer krit. Anm. von U. Mager, Dienstleistungsfreiheit und Schutz des Familienlebens, JZ 2003, S. 204; dies gilt freilich nur für die Personenfreiheiten (Art. 45, 49, 56 AEUV) und nicht für die Warenverkehrsfreiheit; zu letzterem wegen des fehlenden personalen Substrats im Ergebnis zutreffend VGH München, Beschluss v. 9.5.2012, 10 CS 12.243 & 244.

29 Vgl. <http://www.xn--hochzeit-dnemark-4nb.de/de/> [letzter Zugriff am 25.11.2013]: „eine moderne, absolut legale und kostengünstigste Möglichkeit,... mit (der) Sie Ihren Residenzstatus in Deutschland und in der Europäischen Union sichern können.“

30 S. BVerwGE 138, 353; restriktiv zu den aufenthaltsrechtlichen Folgen der passiven Dienstleistungsfreiheit auch EuGH, Rs. C-200/02 (Zhu und Chen), Slg. 2004, I-9925, Rn. 22 f.

31 Es liegt m.E. nahe, dass die passive Dienstleistungsfreiheit regelmäßig nicht die notwendige Intensität vermittelt; erforderlich ist vielmehr eine dauerhafte aktive Wirtschaftstätigkeit (wie in den Fällen *Carpenter* oder *Singh*) bzw. ein Aufenthalt von wirtschaftlich Inaktiven i.R.d. Art. 21 AEUV für mehrere Monate; in diesem Sinn zwischenzeitlich EuGH, Urteil v. 12.3.2014, Rs. C-456/12 (O. und B.); sowie EuGH, Urteil v. 12.3.2014 Rs. C-457/12 (S. und G.)

32 EuGH, Rs. C-413/99 (Baumbast und R.), Slg. 2002, I-7091, Rn. 50 ff. stützt sich auf das sekundärrechtliche Aufenthaltsrecht der Kinder nach Art. 12 VO (EWG) Nr. 1612/68 (Fn. 4); näher N. Reich, Citizenship and family on trial: a fairly optimistic overview of recent court practice with regard to free movement of persons, CMLRev. 2003, S. 615 (632 f.).

33 EuGH, Rs. C-200/02 (Zhu und Chen), Slg. 2004, I-9925, Rn. 24 ff. stützt sich auf Art. 21 AEUV bzw. RL 2004/38/EG (Fn. 6).

34 Dies wurde nach Erlass der RL 2004/38/EG (Fn. 6) mit Blick auf Art. 10 VO (EU) Nr. 492/2011 (Fn. 4) bekräftigt von EuGH, Rs. C-310/08 (Ibrahim), Slg. 2010, I-1065 und Rs. C-480/08 (Teixeira), Slg. 2010, I-1107; näher P. Starup/M. Elsmore, Taking a Logical or Giant Step Forward? Comment on *Ibrahim* and *Teixeira*, ELRev. 2010, S. 571.

35 S. EuGH, Rs. C-480/08 (Teixeira), Slg. 2010, I-1107, Rn. 76-87; in den meisten Mitgliedstaaten werden Eltern nach langjähriger Sorge ein eigenständiges Aufenthaltsrecht kraft nationalen Rechts erlangt haben; deutlich wird der dienende Charakter auch, wenn Familienmitglieder nach EuGH, Rs. C-10/05 (Mattern und Cikotic), Slg. 2006, I-3145, Rn. 25 keine EU-Binnenfreiheit in Form der Arbeit in anderen Mitgliedstaaten als dem Aufenthaltsstaat besitzen.

es den EuGH nicht, dass in einigen Fällen der Grenzübertritt in erster Linie von der Motivation getragen wurde, kraft Unionsrechts einen gesicherten Aufenthaltsstatus für die Familie zu erlangen. Seit dem *Akrich*-Urteil steht fest, dass die Ausübung der Freizügigkeit mit dem Ziel eines gesicherten Aufenthaltsstatus keinen Missbrauch darstellt.³⁶ Einzig Scheinehen oder sonstige Betrugstatbestände können als Missbrauch geahndet werden.³⁷

Eine weitere Verselbständigung des Familiennachzugs folgte bald. Ein Verstoß gegen Unionsrecht soll nach dem *Metock*-Urteil auch dann vorliegen, wenn kein Mitgliedstaat dem Ehepartner zuvor die Einreise genehmigte – obgleich der Gerichtshof in *Akrich* wenige Jahre zuvor noch anderer Meinung gewesen war.³⁸ Dies gilt selbst dann, wenn ein Drittstaatsangehöriger illegal eingereist war. Dass in derartigen Fällen nach herkömmlicher Dogmatik der Grundfreiheiten eine Beschränkung des Freizügigkeitsrechts des Unionsbürgers, zu dem der Nachzug erfolgt, nur schwer begründbar ist, weil der Unionsbürger infolge des Grenzübertritts nicht schlechter behandelt wird, als wenn er die innereuropäischen Grenzen nicht überschritten hätte, änderte das Ergebnis des EuGH nicht.³⁹ Luxemburg legte die Richtlinie 2004/38/EG in *Metock* im Lichte des Primärrechts so aus, dass auch in diesen Fällen ein Recht auf Familiennachzug besteht.⁴⁰ Damit schritt ein Paradigmenwechsel voran, der in der Gesetzgebung und der Rechtsprechung von Anfang an angelegt war – und mit den genannten Urteilen in den Vordergrund tritt: Der EuGH schützt die Familieneinheit zunehmend als Selbstzweck, wenn auch dogmatisch konstruiert als Beschränkung der Freizügigkeit der Unionsbürger.

2. Aufruf zur Revolution: *Ruiz Zambrano*

Mit dem Schutz des Familienlebens als Selbstzweck verabschiedete sich der EuGH Schritt für Schritt von der funktionalen Grundierung einer „Marktbürgerschaft“, die sich auf die transnationale Förderung individueller Freiheit konzentriert. Es erschien, auf den ersten Blick jedenfalls, eine Bürgerschaft jenseits des Marktes zu entstehen, die freilich dogmatisch als Beschränkung der Unionsbürgerfreizügigkeit konzipiert war und insofern in der etablierten Grundstruktur des Binnenmarkts gründete.⁴¹ Dies änderte sich im März 2011, als der EuGH in *Ruiz Zambrano* eine konzeptionelle Schwelle überschritt, die einzelne Kommentatoren als Rubikon auf

36 EuGH, Rs. C-109/01 (*Akrich*), Slg. 2003, I-9607, Rn. 55 f.; ausführlicher C. Costello, *Citizenship of the Union: Above Abuse?*, in: de la Feria/Vogenauer (Hrsg.), *Prohibition of Abuse of Law*, 2011, S. 321.

37 Vgl. Art. 35 RL 2004/38/EG (Fn. 6) sowie EuGH, Rs. C-109/01 (*Akrich*), Slg. 2003, I-9607, Rn. 57.

38 S. EuGH, Rs. C-127/08 (*Metock*), Slg. 2008, I-6241; ausführlicher S. Currie, *Accelerated Justice or a Step too Far?*, ELRev. 2009, S. 310.

39 Kritisch A. Epiney, *Akrich* (Fn. 23), S. 847 f. und N. Nic Shuibhne, *The Outer Limits of EU Citizenship: Displacing Economic Free Movement Rights?*, in: Barnard/Odudu (Hrsg.), *The Outer Limits of European Union Law*, 2009, S. 167 (179 f.).

40 EuGH, Rs. C-127/08 (*Metock*), Slg. 2008, I-6241, Rn. 49 ff.

41 S. N. Nic Shuibhne, *The Resilience of EU Market Citizenship*, CMLRev. 2010, S. 1597 (1611-1618) und F. Wollenschläger, *Die Unionsbürgerschaft und ihre Dynamik für den Integrationsprozess jenseits des Marktes*, ZEuS 2009, S. 1 (45-48).

dem Weg zur „wahrhaftigen“ Bürgerschaft einstuften.⁴² Bereits der Sachverhalt zeugte vom fehlenden Binnenmarktbezug: Herr *Ruiz Zambrano* war kolumbianischer Staatsangehöriger, der sich nach der Ablehnung seines Asylantrags ohne Genehmigung in Belgien aufhielt. Verschiedene Legalisierungsversuche scheiterten und der Bezug zur Unionsbürgerschaft ergab sich erst, als zwei Kinder geboren wurden, die als Staatenlose unmittelbar die belgische Staatsangehörigkeit erlangten und damit Unionsbürger wurden.⁴³

Den Schritt des EuGH weg von der transnationalen Marktbürgerschaft verdeutlichen eine dogmatische und eine theoretische Überlegung.

Erstens das dogmatische Argument. Der EuGH hätte das Urteil bei einer großzügigen Betrachtung auf Grundlage der etablierten Rechtsprechung durch eine (sehr) weite Ausdehnung des Beschränkungsbegriffs lösen können, unter Verweis auf die Beeinträchtigung des potentiellen, zukünftigen Freizügigkeitsrechts der Kinder⁴⁴ – oder in Übereinstimmung mit den Mitgliedstaaten sowie der Kommission die Sache dem nationalen Recht sowie dem EGMR überantworten können.⁴⁵ Die Große Kammer entschied sich jedoch gegen diesen Weg und stellte stattdessen kurz und knapp fest, dass zwar kein grenzüberschreitender Bezug vorliege und auch die Freizügigkeits-Richtlinie 2004/38/EG nicht gelte.⁴⁶ Dies stehe der Berufung auf die Unionsbürgerschaft jedoch nicht entgegen. Nach Meinung des EuGH sind nationale Maßnahmen unzulässig, die „den tatsächlichen Genuss des Kernbestands der Unionsbürgerrechte verwehren.“⁴⁷

Innerhalb des postulierten „Kernbereichs“ ist kein grenzüberschreitender Bezug erforderlich.⁴⁸ Wichtig ist das Bewusstsein für die Eigenständigkeit des Kernbereichsarguments. Dieses folgt direkt aus dem Wesen der Unionsbürgerschaft bzw. Art. 20 AEUV und ist damit unabhängig von speziellen Freizügigkeitsgewährleistungen.⁴⁹ Oder anders formuliert: Es gibt Situationen, in denen aus der Unionsbürgerschaft rechtliche Schranken für die Mitgliedstaaten folgen, die von den speziellen Rechtsgewährleistungen des Primär- und Sekundärrechts nicht umfasst sind.

Zweitens folgt hieraus in theoretischer Hinsicht: Mit der Erstreckung der Unionsbürgerschaft auf reine Inlandssachverhalte in Bezug auf arbeitslose und drittstaatsangehörige Eltern von Unionsbürgern lässt der EuGH die transnationale Fundierung

42 So M. Nettesheim, Der „Kernbereich“ der Unionsbürgerschaft, JZ 2011, S. 1030 (1032 f.) und D. Kochenov, A Real European Citizenship: A New Jurisdiction Test: A Novel Chapter in the Development of the Union in Europe, CJEL 2011, S. 55 (95 ff.).

43 Zu den nachfolgenden Überlegungen bereits D. Thym, Hindernisse (Fn. 1), S. 166 f.

44 Vgl. M. Wendel, in: Grabenwarter (Hrsg.), Enzyklopädie Europarecht, Bd. 2, 2014, § 22, Rn. 115; A. Lansbergen/N. Miller, European Citizenship Rights in Internal Situations, EuConst 2011, S. 287 (294-296) und D. Kochenov, Real European Citizenship (Fn. 42), S. 74-91.

45 Vgl. EuGH, Rs. C-34/09 (Ruiz Zambrano), Slg. 2011, I-1177, Rn. 37.

46 S. EuGH, Rs. C-34/09 (Ruiz Zambrano), Slg. 2011, I-1177, Rn. 39.

47 EuGH, Rs. C-34/09 (Ruiz Zambrano), Slg. 2011, I-1177, Rn. 42.

48 Ausführlicher K. Hailbronner/D. Thym, Ruiz Zambrano – Die Entdeckung des Kernbereichs der Unionsbürgerschaft, NJW 2011, S. 2008 (2009) und A. Wiesbrock, Disentangling the „Union Citizenship Puzzle“? The McCarthy Case, ELRev. 2011, S. 861 (865 ff.).

49 Näher K. Hailbronner/D. Thym, Ruiz Zambrano (Fn. 48), S. 2009 f. sowie P. Van Elsuwege/D. Kochenov, On The Limits of Judicial Intervention: EU Citizenship and Family Reunification Rights, EJML 2011, S. 443 (450-452).

der Marktbürgerschaft hinter sich. Es geht weder um den Binnenmarkt noch um transnationale Rechte, weil die jungen Unionsbürger nie in einem anderen Mitgliedstaat als ihrem Heimatstaat lebten. Damit betrifft das Urteil im Kern den Schutz des Menschen um seiner selbst Willen und mithin eine Frage der sozialen Gerechtigkeit. Eben dies meinen Kommentatoren, wenn sie den EuGH loben, weil er mit der Abkehr von der Marktbürgerschaft den Rubikon zur „wahrhaftigen“ Bürgerschaft überschritten habe.⁵⁰ An die Stelle der Effektivierung der grenzüberschreitenden Freizügigkeit tritt der Schutz des Menschen um seiner selbst Willen. Der EuGH kehrt der Marktbürgerschaft den Rücken und wendet sich Fragen der sozialen Gerechtigkeit und des Aufenthaltsrechts zu, für die die Grundfreiheiten nicht direkt geschaffen wurden.

Es dürfte kein Zufall sein, dass der EuGH sein Auslegungsergebnis in der überaus knappen Begründung des *Ruiz Zambrano*-Urteils auf den „Geist“⁵¹ der Verträge stützte – eine Teleologie, die der Gerichtshof durch die beschwörende Wiederholung der Formel vom „grundlegenden Status“⁵² unterstreicht (zusätzlich könnte man allenfalls noch auf eine subtile Änderung im Vertragstext verweisen, die der EuGH jedoch nicht anführt⁵³). An die Stelle des geschriebenen Primär- und Sekundärrechts tritt eine – zumeist vage – Vorstellung vom Endziel einer „echten“ Bürgerschaft. Der Rückzieher des Gerichtshofs in Folgeverfahren dürfte auch daran liegen, dass die abstrakte Beschwörung der Bürgerschaft nicht ausreicht, weil verschiedene Personen je nach Standpunkt unter einer echten supranationalen Bürgerschaft mit guten Gründen unterschiedliche Dinge verstehen.⁵⁴

3. Ausgebremster Paradigmenwechsel

In der Rückschau war das *Ruiz Zambrano*-Urteil weniger revolutionär als es auf den ersten Blick schien, weil zum Zeitpunkt der Urteilsverkündung keineswegs feststand, dass der Gerichtshof in Folgeentscheidungen eine restriktive Linie einschlagen würde, die die konzeptionellen Folgewirkungen einfängt. Der EuGH mag sich in *Ruiz Zambrano* für einen großen Sprung nach vorn positioniert haben, musste aus strukturellen Gründen jedoch auf halbem Weg stehen bleiben. Aus den Folgeurteilen ergibt sich in dogmatischer Hinsicht, dass der Kernbereichsschutz restriktiv zu handhaben ist. Zudem wird in theoretischer Hinsicht die transnationale

⁵⁰ Wiederum *M. Nettesheim*, „Kernbereich“ (Fn. 42), S. 1032 f. und *D. Kochenov*, Real European Citizenship (Fn. 42), S. 95 ff.

⁵¹ EuGH, Rs. 26/62 (van Gend en Loos), Slg. 1963, 3 (27) und Rs. 6/64 (Costa/E.N.E.L.), Slg. 1964, 1251 (1269).

⁵² Erneut EuGH, Rs. C-34/09 (*Ruiz Zambrano*), Slg. 2011, I-1177, Rn. 42.

⁵³ Zur Änderung des Art. 20 AEUV von der (nachgelagerten) „Ergänzung“ hin zum (gleichrangigen) „Hinzutreten“, was vom EuGH nicht aufgegriffen wird, s. *A. Schrauwen*, European Citizenship in the Treaty of Lisbon, Maastricht J. Eur. & Comp. L. 2008, S. 55 (59-60); *H. de Waele*, The Ever-Evolving Concept of EU Citizenship, in: *Talani* (Hrsg.), Globalisation, Migration and the Future of Europe, 2011, S. 191 (192-194); *D. Kochenov/R. Plender*, EU Citizenship: From an Incipient Form to an Incipient Substance? The Discovery of the Treaty Text, ELRev. 2012, S. 369 (384-388).

⁵⁴ Zur fehlenden Inhaltsschärfe des Teleologie-Arguments wegen der Offenheit des Bürgerschaftskonzepts siehe *D. Thym*, Towards ‘Real’ Citizenship? The Judicial Construction of Union Citizenship and its Limits, in: Adams et al. (Fn. 1), S. 155 (161-163).

Grundierung der Unionsbürgerrechte reaktiviert. Damit ist der Paradigmenwechsel hin zur „wahrhaften“ Bürgerschaft ausgebremst.

Die zentrale Einschränkung vollzog der Gerichtshof in den Urteilen *McCarthy* und *Dereci*.⁵⁵ In diesen beiden Entscheidungen rekonstruiert der Gerichtshof den Kernbereichsschutz als ein Kriterium, das sich „auf Sachverhalte bezieht, die dadurch gekennzeichnet sind, dass sich der Unionsbürger *de facto* gezwungen sieht, nicht nur das Gebiet des Mitgliedstaats, dem er angehört, zu verlassen, sondern das Gebiet der Union als Ganzes.“⁵⁶ Damit steht fest, dass das Kernbereichsargument vorrangig Sonderfälle betrifft,⁵⁷ wenn mit dem Verlust der nationalen Staatsangehörigkeit die Existenz des Unionsbürgerstatus auf dem Spiel steht (Urteil *Rottmann*⁵⁸) oder eine Pflicht zum Verlassen des Unionsgebiets droht (Urteil *Ruiz Zambrano*). Dogmatisch gesprochen ist Art. 20 AEUV kein Beschränkungsverbot (*restriction*), sondern verbietet nur den rechtlichen oder faktischen Entzug der Unionsbürgerrechte (*deprivation*).⁵⁹ Es geht mithin um Sonderfälle eines „Seins oder Nichtseins“ der Unionsbürgerrechte. Jenseits dieser hohen Hürde gelten – nach der Regieanweisung im *Dereci*-Urteil – die Grundrechte.⁶⁰

Zugleich stellt der Gerichtshof klar, dass die restriktive Ausrichtung des Kernbereichstests nicht durch eine großzügige Auslegung des Art. 21 AEUV umgangen werden kann, indem einzelne Unionsbürger „rein hypothetische“ Beschränkungen des Freizügigkeitsrechts geltend machen.⁶¹ Damit hat der Gerichtshof die Kernbereichsdoktrin relativiert. Diese beschränkt sich für die Zwecke des Familiennachzugs auf Situationen, in denen ein Unionsbürger kraft nationalen Rechts rechtlich oder faktisch zum Verlassen des Unionsgebiets gezwungen wird. Dieses Kriterium ist nach Meinung des EuGH speziell bei Eltern von Kleinkindern erfüllt (s. das Urteil *Ruiz Zambrano*) – während die Abschiebung eines Ehegatten nach dem *Dereci*-Urteil regelmäßig nicht den Kernbestand beeinträchtigen soll, weil die bloße Tatsache, dass der Inlandsaufenthalt des Ehegatten „aus wirtschaftlichen Gründen oder

55 Das *McCarthy*-Urteil war eine Entscheidung einer Kammer von fünf Richtern unter Vorsitz des heutigen EuGH-Vizepräsidenten *Koen Lenaerts*; der (restriktiven) Einschätzung dieser Richter folgte die Große Kammer einige Monate später im Urteil *Dereci*.

56 EuGH, Rs. C-256/11 (Dereci u.a.), Slg. 2011, I-11315, Rn. 60; ebenso zuvor EuGH, Rs. C-434/09 (*McCarthy*), Slg. 2011, I-3375, Rn. 50; zur Herkunft der Formel s. *N. Nic Shuibhne*, (Some Of) The Kids Are All Right, CMLRev. 2012, S. 349 (361 f., 367 f.) sowie, mittelbar, *N. Graf Vitzthum*, Die Entdeckung der Heimat der Unionsbürger, EuR 2011, S. 550.

57 Der EuGH selbst betont in allen Urteilen den Ausnahmecharakter eines Rückgriffs auf das Kernbereichsargument; vgl. *M. Wendel*, in: Grabenwarter (Fn. 44), § 22, Rn. 110.

58 Vgl. EuGH, Rs. C-135/08 (Rottmann), Slg. 2010, I-1449, Rn. 42 f. sowie *D. Kochenov*, Real European Citizenship (Fn. 42), S. 75-80 und *F. Schoch*, Europäisierung des Staatsangehörigkeits- und Aufenthaltsrechts durch den „Unionsbürgerstatus“, in: *Jochum et al. (Hrsg.)*, Grenzüberschreitendes Recht – Crossing frontiers. FS Hailbronner, 2013, S. 355-368. S. auch *K. Traumüller* in diesem Heft auf S. 33.

59 Hierzu *K. Lenaerts*, The Court’s Outer and Inner Selves. Exploring the External and Internal legitimacy of the European Court of Justice, in: *Adams et al.* (Fn. 1), S. 13 (50 f.); und *S. Reynolds*, Exploring the “Intrinsic Connection” between Free Movement and the Genuine Enjoyment Test, ELRev. 2013, S. 376 (385 f.).

60 Näher zu den Grundrechten unten IV.

61 So EuGH, Urteil v. 8.11.2012, Rs. C-40/11 (Iida), Rn. 77; s. auch die Stimmen in Fn. 44, wonach der EuGH in *Ruiz Zambrano* von Anfang an eine großzügige Lesart des Beschränkungsverbots hätte annehmen können; diesen Weg schneidet der EuGH für die Zukunft ab; vgl. *K. Lenaerts*, Court’s (Fn. 59), S. 53-55 und *S. Reynolds*, Exploring (Fn. 59), S. 386 f.

zur Aufrechterhaltung der Familiengemeinschaft... wünschenswert erscheinen könnte... für sich genommen nicht die Annahme [rechtfertigt], dass der Unionsbürger [bei einer Verweigerung des Ehegattennachzugs] gezwungen wäre, das Gebiet der Union zu verlassen.“⁶²

Dogmatisch überzeugend ist diese Konzentration der Kernbereichsdoktrin auf jugendliche Unionsbürger und deren drittstaatsangehörige Eltern nicht. Die allermeisten Leser würden sich emotional und damit faktisch sehr wohl zum Verlassen des Unionsgebiets gezwungen sehen, wenn der jeweilige Partner aus dem Unionsgebiet ausreisen müsste.⁶³ Hinzu kommt, dass auch im *Ruiz Zambrano*-Urteil eine Ausreise der Kinder mit den Eltern faktisch nicht zu befürchten stand, weil ein belgisches Gericht die Abschiebung der Familie nach Kolumbien aus humanitären Gründen untersagt hatte⁶⁴ und die Eltern zudem eine Arbeit im EU-Ausland unter Berufung auf die Urteile *Metock* sowie *Zhu & Chen* hätten suchen können.⁶⁵ Es ging in dem Rechtsstreit nicht um die tatsächliche Ausreise, sondern um die Verbesserung des Aufenthaltsstatus nebst Zugang zum Arbeitsmarkt. Diesen Wunsch erfüllte der EuGH in *Ruiz Zambrano*, nicht jedoch in *Dereci*.

Mit derartigen Gemeinsamkeiten und Unterschieden zwischen den behandelten Fällen befasst sich der EuGH jedoch nicht weiter. Die Richter scheinen froh zu sein, das *Ruiz Zambrano*-Problem mit der nachträglichen Rekonstruktion als Pflicht zum Verlassen des Unionsgebiets in den Griff bekommen zu haben und durch diese Lösung negativen Rückwirkungen auf die föderale Machtbalance zwischen der EU und den Mitgliedstaaten infolge einer expansiven Deutung der Kernbereichsdoktrin vorgebeugt zu haben.⁶⁶ Binnen weniger Monate vollzog der Gerichtshof dasselbe Wechselspiel von Ausweitung und Einschränkung, welche die Rechtsprechung zum Warenverkehr mit den Entscheidungen *Cassis de Dijon* sowie *Keck & Mithouard* vollzog.⁶⁷ Die Kernbestandsdoktrin betrifft zum aktuellen Zeitpunkt zwei Konstellationen: Erstens den Erwerb und den Verlust der Unionsbürgerschaft aufgrund

62 EuGH, Rs. C-256/11 (Dereci u.a.), Slg. 2011, I-11315, Rn. 68; bekräftigt in EuGH, Urteil v. 8.5.2013, Rs. C-87/12 (Ymeraga und Ymeraga-Tafarshiku), Rn. 38 f., wenn der verweigerte Familiennachzug keine Verletzung des Kernbestands darstellt, weil keine speziellen Faktoren hinzukommen.

63 Ebenso *A. Tryfonidou*, Redefining the Outer Boundaries of EU Law, European Public Law 2012, S. 493 (515); polemisch zugespitzt der Ratschlag von *J.-Y. Carlier*, Purely internal situations and EU citizens' rights after the *Zambrano*, *McCarthy*, and *Dereci* judgments, Online Journal on Free Movement of Workers within the European Union No. 5 (2013), S. 8, dass Frau *Dereci* sich den Finger abschneiden sollte, um sodann mangels Arbeitsfähigkeit finanziell vom Ehemann abzuhängen, der in der Folge eventuell ein Aufenthaltsrecht bekäme, soweit infolge der Abhängigkeit eine Ausreise aus dem EU-Gebiet drohte.

64 Vgl. EuGH, Rs. C-34/09 (*Ruiz Zambrano*), Slg. 2011, I-1177, Rn. 15, auch wenn diese Entscheidung nach dem Ende des Bürgerkriegs dort heute eventuell keinen Bestand mehr hätte.

65 So zutreffend *N. Nic Shuibhne*, Kids (Fn. 56), S. 368.

66 Ebenso *D. Thym*, Hindernisse (Fn. 1), S. 518-521; *C. Calliess*, The Dynamics of European Citizenship, in: CJEU (Hrsg.), The Court of Justice and the Construction of Europe, 2013, S. 425 (430-432); *C. Langenfeld*, Einwanderungssteuerung im Spannungsfeld zwischen nationalem und europäischem Recht, in: Breuer et al. (Hrsg.), Der Staat im Recht. Festschrift für Eckart Klein, 2013, S. 553 (561-566); und *P. Van Elsuwege*, European Union Citizenship and the Purely Internal Rule Revisited, EuConst 2011, S. 308 (322 f.).

67 So *E. Sharpston*, Citizenship and Fundamental Rights – Pandora's Box or a Natural Step towards Maturity?, in: Cardonnel et al. (Hrsg.), Constitutionalising the EU Judicial System. Essays in Honour of Pernilla Lindh, 2012, S. 245 (265 f.); sinngemäß *D. Kostakopoulou*, Co-Creating European Union Citizenship, C.Y.E.L.S. 2014, S. 255 (266 ff.).

einer Ein- oder Ausbürgerung. Zweitens die faktische Ausreisepflicht von jugendlichen Unionsbürgern, wenn diese auf die Pflege und Sorge durch einen Elternteil aus einem Drittstaat angewiesen sind.⁶⁸

Ungeachtet der nachfolgend zu diskutierenden Schwierigkeiten bei der Anwendung dieser Kriterien bleibt ein konzeptionelles Fazit. Mit der Formel von der faktischen Ausreisepflicht in der Folgerechtsprechung kehrt in abgeschwächter Form die funktionale Grundierung der Marktbürgerschaft zurück. Zwar ist weiterhin kein grenzüberschreitendes Element erforderlich,⁶⁹ aber dennoch werden drittstaatsangehörige Familienmitglieder nicht direkt geschützt. In den jüngeren Urteilen akzentuiert der EuGH den dienenden Charakter des Familiennachzugs; die Begünstigten profitieren von „abgeleitete[n] Rechte[n]..., die sie als Familienangehörige des Berechtigten erworben haben.“⁷⁰ Geschützt werden pflegende Eltern und nicht Drittstaatsangehörige kraft ihres Menschseins. Gleiches gilt für Unionsbürger, deren Schutz der praktischen Wirksamkeit des Unionsrechts dient. Dies ist ein vertrautes Muster. Der Ausbau der Individualrechte fördert den *Effet utile* der Unionsrechtsordnung.⁷¹ Wenn die Unionsbürgerschaft den Schritt zum Schutz des Menschen um seiner selbst Willen nicht geht, muss dies kein Fehler sein. Dieser Schutz bleibt einer anderen Kategorie überantwortet: den Menschenrechten, auf die im letzten Abschnitt näher einzugehen sein wird.

4. Probleme der innerstaatlichen Anwendung

Verfassungsrechtlich sind die Grenzen der Kernbereichsdoktrin geklärt, seit der EuGH deren Folgewirkungen durch die nachträgliche Beschränkung auf die faktische Pflicht zum Verlassen des Unionsgebiets einfing. Damit ist jedoch nicht gesagt, dass nationale Gerichte hinreichende Klarheit besäßen, unter welchen Voraussetzungen eine Verletzung des Kernbereichs anzunehmen wäre. Leider besteht diese Rechtssicherheit nicht. Im Freizügigkeitsrecht verfehlt der Gerichtshof wieder einmal die Entwicklung klarer Leitlinien, die eine gleichförmige und zuverlässige Anwendung des Unionsrechts durch die nationalen Gerichte sicherstellen.⁷² Belastbare Rechtsmaßstäbe i.S. eines auf Präjudizien basierten, die Unterschiede zwischen Fallkonstellationen herausarbeitenden Fallrechts (*case law*) sind für die Kernbe-

68 Ungeachtet dieser eingeschränkten, rechtspraktischen Bedeutung besitzt die Kernbereichsdoktrin eine hinreichende Abstraktion, um vom EuGH bei Bedarf reaktiviert und auf weitere Sachverhalte erstreckt zu werden.

69 Dogmatisch hält der EuGH an der Nichtgeltung der Unionsbürgerschaft in reinen Inlandssachverhalten fest, konzipiert die Kernbereichsdoktrin sodann jedoch als Frage, die wegen der Rückwirkungen auf die Unionsbürgerechte gerade keinen rein internen Sachverhalt darstellt; vgl. hierzu EuGH, Rs. C-256/11 (Dereci u.a.), Slg. 2011, I-11315, Rn. 61 sowie M. Wendel, Aufenthalt als Mittel zum Zweck, DÖV 2014, S. 133 (142 f.) und Reynolds, Exploring (Fn. 59), S. 377 f.

70 Überraschend deutlich EuGH, Rs. C-256/11 (Dereci u.a.), Slg. 2011, I-11315, Rn. 55 sowie Rn. 67 mit einem Verweis auf die praktische Wirksamkeit der Unionsbürgerschaft; ebenso EuGH, Urteil v. 8.11.2012, Rs. C-40/11 (Iida), Rn. 63, 67 f.; Urteil v. 6.12.2012, verb. Rs. C-356/11 u. C-357/11 (O. und S.), Rn. 56; Urteil v. 8.5.2013, Rs. C-87/12 (Ymeraga und Ymeraga-Tafarshiku), Rn. 35.

71 Vgl. C. Calliess, Der Unionsbürger, EuR-Beiheft 1-2007, S. 7 (9 f.).

72 Zu Unklarheiten beim Zugang zu Sozialleistungen M. Dougan, Bubble (Fn. 1), S. 140-145 sowie beim Aufenthaltsrecht von nichterwerbstätigen Unionsbürgern i.R.d. Art. 7 Abs. 1 lit. b RL 2004/38/EG (Fn. 6) s. R. Rebhahn in diesem Heft auf S. 95.

reichs-Rechtsprechung nicht erkennbar.⁷³ Dies ändert jedoch nicht den Inhalt der EuGH-Entscheidungen, die in dezisionistischer Manier inhaltliche Vorgaben tätigen und sich nicht zu einem kohärenten Ganzen fügen. Dies ist speziell für die Migrationsverwaltung bedauerlich, weil diese auf die möglichst gleichförmige Bearbeitung großer Antragszahlen anhand klarer Kriterien angewiesen ist.⁷⁴ Diese fehlen bislang.

Fest steht aufgrund der bisherigen Urteile nur, dass die Kernbereichsdoktrin speziell bei jugendlichen Unionsbürgern relevant wird, wenn diese auf die Pflege und Sorge durch einen Elternteil aus einem Drittstaat angewiesen sind. In der Praxis bereitet speziell das letzte Kriterium der Pflege und Sorge durch ein Elternteil erhebliche Probleme, zumal der EuGH in der Entscheidung *O & S* feststellte, dass diese Voraussetzung auch bei Patchwork-Familien erfüllt sein kann, wenn die Drittstaatsangehörigen, deren Ausreise droht, kein förmliches Sorgerecht für die jugendlichen Unionsbürger besitzen und/oder als Stiefeltern nicht die leiblichen Väter und Mütter sind.⁷⁵ Konkret sollen die nationalen Gerichte aufgrund einer Gesamtbetrachtung die „rechtliche, finanzielle oder affektive Sorge“ durch die Eltern im Einzelfall beurteilen, ob der Kernbereichsschutz beeinträchtigt wurde⁷⁶ (freilich ergänzt um den Hinweis, dass diese notorisch offenen Kriterien aller Voraussicht nach nicht erfüllt seien⁷⁷). Hierbei bezieht der Gerichtshof das Kriterientrias der rechtlichen, finanziellen oder affektiven Sorge vorrangig auf Kinder,⁷⁸ sodass der Ehegattennachzug auch in der Zukunft regelmäßig nicht anhand dieser Kriterien mit Blick auf den Einzelfall betrachtet werden muss und weiterhin nicht den Kernbestand berührt.⁷⁹ Man kann diese kategoriale Unterscheidung zwischen Ehegatten und Kindern damit zu begründen suchen, dass Kinder nach Art. 24 GRC besonderen Schutz genießen und mangels rechtlicher und faktischer Entscheidungsfreiheit intensiver von den Eltern abhängen als Ehegatten vom Lebenspartner, der zumindest im ersten Zugriff, anders als die Eltern, frei gewählt wurde.⁸⁰

Welche Anordnung soll ein innerstaatliches Gericht treffen, wenn dieses im Einzelfall zu dem Schluss kommt, dass die Kernbereichsdoktrin durch die Abschiebung

73 Ebenso *S. Griller* in diesem Heft auf S. 7 und *N. Nic Shuibhne, Kids* (Fn. 56), S. 379.

74 Vgl. *R. Wahl*, Die Aufgabenabhängigkeit von Verwaltung und Verwaltungsrecht, in: Hoffmann-Riem et al. (Hrsg.), Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts – Grundfragen, 1993, S. 177 (203-206).

75 Vgl. EuGH, Urteil v. 6.12.2012, verb. Rs. C-356/11 u. C-357/11 (O. und S.), Rn. 50-58.

76 EuGH, Urteil v. 6.12.2012, verb. Rs. C-356/11 u. C-357/11 (O. und S.), Rn. 56 (Zitat) und Rn. 53 (Verweis auf die notwendige Entscheidung im Einzelfall); s. auch *K. Lenaerts*, Court's (Fn. 59), S. 57 f. sowie BVerwG, Urteil v. 30. 7. 2013, I C 15.12, Rn. 30 ff.

77 EuGH, Urteil v. 6.12.2012, verb. Rs. C-356/11 u. C-357/11 (O. und S.), Rn. 57.

78 Vgl. EuGH, Urteil v. 6.12.2012, verb. Rs. C-356/11 u. C-357/11 (O. und S.), Rn. 56 und der dort zitierte GA *Bot*, Schlussanträge v. 27.12.2012, Rn. 44 beziehen sich auf Kinder und bekämpfen für Ehegatten das *Dereci*-Urteil; ebenso einige Monate später EuGH, Urteil v. 8.5.2013, Rs. C-87/12 (Ymeraga und Ymeraga-Taifarshiku), Rn. 38 f., missverständlich *M. Almhöfer*, Zum Aufenthaltsrecht Drittstaatsangehöriger zwei Jahre post Ruiz Zambrano, NVwZ 2013, S. 1134 (1135), die so verstanden werden kann, als ob das Kriterientrias den Kernbereich abstrakt definiere (nicht nur in Bezug auf Kinder).

79 Allenfalls in Sonderkonstellationen einer besonderen finanziellen oder rechtlichen Abhängigkeit vom Ehegatten, etwa bei geistiger Behinderung, die über das „Normalmaß“ der (nach dem *Dereci*-Urteil nicht schützenswerten) wirtschaftlichen und emotionalen Bindung an den Ehegatten hinausgeht, wird man mit GA *Bot*, Schlussanträge v. 27.12.2012 (Fn. 78), Rn. 45 eine Ausnahme zu Gunsten von Ehepartnern annehmen können.

80 Sinngemäß bereits *K. Hailbronner/D. Thym*, Ruiz Zambrano (Fn. 48), S. 2013.

eines Elternteils verletzt würde? Diese Frage ist anhand eines etablierten Argumentationsmusters zu beantworten: Soweit der EU-Gesetzgeber einen Sachbereich nicht geregelt hat, fungiert die Unionsbürgerschaft, ebenso wie die Grundfreiheiten, als Korrektiv der zweiten Stufe. Es gilt das einschlägige nationale Recht, dessen Aussagen im Konfliktfall im Lichte der Kernbereichsdoktrin zu korrigieren sind.⁸¹ In Deutschland sind auf den Familiennachzug mithin §§ 27 ff. AufenthG anzuwenden.⁸² Da diese nationalen Bestimmungen bereits ein ausgefeiltes Rechtsregime errichten, das zudem im Lichte der Grundrechte auszulegen ist, dürfte das Kernbereichsargument in der Rechtspraxis selten durchgreifen, weil die meisten Interessen der Migranten bereits anderweitig abgedeckt werden.⁸³ Hinzu kommt, dass auch der Kernbereichsschutz nicht absolut gilt, weil entgegenstehende Gemeinwohlbelange zu berücksichtigen sind.⁸⁴ Aus all diesen Gründen besteht strukturell kein prinzipieller Unterschied zum Prüfprogramm der Grundrechte mit der Ausnahme, dass die Kernbereichs-Rechtsprechung nicht die Familieneinheit als Selbstzweck mit Gemeinwohlbelangen abwägt, sondern den Aufenthalt der betroffenen EU-Bürger im Unionsgebiet schützt.

Ein großes Defizit der EuGH-Rechtsprechung sind die fehlenden Aussagen zu den Rechtsfolgen. Fest steht einzig, dass die Freizügigkeits-Richtlinie 2004/38/EG keine Anwendung findet, weil diese einen Grenzübertritt innerhalb der EU durch einen Unionsbürger voraussetzt.⁸⁵ Gleichermaßen gilt in Deutschland für das FreizügigG/EU.⁸⁶ Darüber hinaus bleibt bei der Umsetzung der EuGH-Urteile freilich unklar, ob dem Unionsrecht inhaltliche Vorgaben zur Qualität des Aufenthaltsstitels zu entnehmen sind, der im Fall einer Verletzung der Kernbereichsdoktrin zu verleihen ist. Den Vorgaben des EGMR zu Art. 8 EMRK genügt regelmäßig eine Duldung,⁸⁷ ohne dass Vorgaben zum Arbeitsmarktzugang oder sonstigen Begleitrechten getätigt würden. Eben dies könnte beim EuGH jedoch anders aussehen, weil das *Ruiz Zambrano*-Urteil auch den Arbeitsmarktzugang des Vaters betraf, ohne dass der EuGH hierzu eindeutige Aussagen tätigte.⁸⁸ Weitere Einzelheiten muss im Zweifelsfall der EuGH aufgrund einer erneuten Vorlage beantworten. In der Zwischenzeit gilt die allgemeine Regel: Nationale Gerichte haben das nationale Recht anzuwenden, so weit und solange die Kernbereichsdoktrin keine Vorgaben ausspricht, die abweichende Rechtsfolgen anordnen.

81 Vgl. K. Hailbronner/D. Thym, Ruiz Zambrano (Fn. 48), S. 2012 und K. Hailbronner, EU-Freizügigkeitsgesetz, Aufenthaltsgesetz und Assoziationsrecht, in: Bundesamt für Migration und Flüchtlinge (Hrsg.), Aufgaben und Herausforderungen. Ein Rückblick auf 60 Jahre Bundesamt für Migration und Flüchtlinge, 2013, S. 151 (166); s. auch EuGH, Rs. C-135/08 (Rottmann), Slg. 2010, I-1449, Rn. 45.

82 Ebenso BVerwG, Urteil v. 30. 7. 2013, 1 C 15.12, Rn. 10 ff.

83 Zutreffend M. Wendel, Aufenthalt (Fn. 69), S. 137.

84 Dies folgt aus dem Rückverweis bei EuGH, Rs. C-34/09 (Ruiz Zambrano), Slg. 2011, I-1177, Rn. 40 auf das Rottmann-Urteil gemäß EuGH, Rs. C-135/08 (Rottmann), Slg. 2010, I-1449, Rn. 51 sowie, a maiorem ad minus, aus den Schranken für mobile Unionsbürger gemäß EuGH, Rs. C-145/09 (Tsakouridis), Slg. 2010, I-11979, Rn. 40 ff.; ausführlicher K. Hailbronner/D. Thym, Ruiz Zambrano (Fn. 48), S. 2012 sowie P. Cede in diesem Heft auf S. 79.

85 S. Art. 3 RL 2004/38/EG (Fn. 6) sowie EuGH, Rs. C-256/11 (Dereci u.a.), Slg. 2011, I-11315, Rn. 50-57.

86 Zutreffend BVerwG, Urteil v. 30.7.2013, 1 C 15.12, Rn. 9; stattdessen gilt das AufenthG.

87 Vgl. D. Thym, Humanitäres Bleiberecht zum Schutz des Privatlebens?, InfAuslR 2007, S. 133 (137 f.).

88 Näher A. Lansbergen/N. Miller, Citizenship Rights (Fn. 44), S. 298-300.

IV. Familiennachzug jenseits des Kernbereichs

Ein Grund, warum drittstaatsangehörige Familienmitglieder rechtlich so viele Probleme verursachen, liegt daran, dass die Mitgliedstaaten ihr klassisches Ausländerrecht zur Anwendung bringen. Eben dieses folgt jedoch einem anderen Grundansatz als die Unionsbürgerschaft. Ausgangspunkt des Ausländerrechts ist nicht das individuelle Recht eines jeden Unionsbürgers auf Grenzübertritt, sondern die prinzipielle Entscheidungshoheit der Staaten über Einreise und Aufenthalt als Ausfluss staatlicher Souveränität.⁸⁹ Dies bedeutet nicht, dass Drittstaatsangehörige keine Rechte besäßen. Im Gegenteil. Heute ist in Europa allgemein anerkannt, dass Ausländer sich auf Grundrechte berufen können. Einzelheiten zu den Grundlagen und Grenzen des Grundrechtsstatus sind umstritten, aber im Grundsatz steht fest, dass speziell Art. 3 und Art. 8 EMRK der staatlichen Entscheidungsfreiheit im Ausländerrecht inhaltliche Grenzen setzen.⁹⁰

Wichtig für die Zwecke des vorliegenden Beitrags ist die Einsicht, dass die Kernbereichsrechtsprechung trotz sachlicher Überschneidungen im Einzelfall von der Anwendung der Grundrechtecharta zu unterscheiden ist (hierzu 1.). Dies gilt umso mehr als die Grundrechte in Migrationsfragen nach der etablierten Rechtsprechung einer anderen Logik folgen als die Privilegien der Unionsbürgerfreizügigkeit (2.). Mit den Grundrechten tritt ein alternativer verfassungsrechtlicher Bezugsrahmen in den Vordergrund, den die Kernbereichsdoktrin zu verstellen drohte: das Migrationsrecht im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, hinsichtlich dessen das EU-Primärrecht eigenständige Vorgaben tätigt (3.).

1. Kernbereich und Grundrechtecharta

Die Abgrenzung zwischen der Kernbereichsdoktrin und den Grundrechten war anfangs unklar, weil der Gerichtshof den sachlichen Inhalt des Kernbereichs nicht näher definiert hatte. Dies führte zur Vermutung, dass jedenfalls der Wesensgehalt der Unionsgrundrechte zugleich dem Kernbereich unterfalle.⁹¹ Diese Überlegungen sind freilich hinfällig, seit der Gerichtshof die Kernbereichsdoktrin restriktiv ge deutet hat und diese im Kern als Schutzschild gegen eine Pflicht zum Verlassen des Unionsgebiets ausbaute.⁹² Seither steht fest, dass die Kernbereichsdoktrin und die Anwendung der EU-Grundrechte zwei getrennte Themen sind. Nach allgemeinen Regeln gelten die EU-Grundrechte nicht bei reinen Inlandssachverhalten, weil Art. 51 GRC die Mitgliedstaaten ausschließlich bei der Durchführung des Unions-

89 Zur klassischen Sichtweise s. K. Hailbronner/J. Gogolin, Aliens, in: Wolfrum (Hrsg.), The Max Planck Encyclopedia of Public International Law, OUP: online edition, Rn. 14 ff. sowie EGMR, Urteil v. 18.2.1991, Nr. 1231/86 (Moustaquim/Belgien), Rn. 43.

90 Ausführlicher J. Gundel, Der grundrechtliche Status der Ausländer, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. IX, 3. Aufl. 2011, § 198.

91 Vgl. A. von Bogdandy et al., Reverse Solange. Protecting the Essence of Fundamental Rights against EU Member States, CMLRev. 2012, S. 489 (500-507), wobei es nicht um den Familiennachzug ging und auch nicht behauptet wurde, dass nationale Regelungen hierzu den Wesensgehalt des Familiengrundrechts antasteten.

92 S. dazu oben III.2.

rechts an die EU-Grundrechte bindet. Diese Anwendungsschwelle deutet der EuGH in der jüngeren Rechtsprechung großzügig,⁹³ unterstellt jedoch weiterhin nur diejenigen Sachverhalte der Charta, die vom Anwendungsbereich des primären oder sekundären Unionsrechts umfasst sind.⁹⁴

Hieraus folgt für unsere Zwecke, dass eine Anwendung des EU-Grundrechts zum Schutz des Familienlebens gemäß Art. 7 GRC, das inhaltlich mit Art. 8 EMRK übereinstimmt,⁹⁵ voraussetzt, dass der zu entscheidende Sachverhalt dem Unionsrecht unterfällt. Diese Anwendungsschwelle kann durch EU-Richtlinien mit Regeln zum Familiennachzug⁹⁶ ebenso eröffnet werden wie durch das Assoziierungsabkommen EWG-Türkei.⁹⁷ Nur soweit dies zutrifft, gelten die EU-Grundrechte, weil die Hürde des Art. 51 GRC überwunden wurde. Das gleiche Ergebnis kann eintreten, wenn die nationalen Gerichte nach Maßgabe der EuGH-Rechtsprechung zu dem Ergebnis gelangen, dass infolge einer Abschiebung der Eltern eine faktische Ausreisepflicht eines jugendlichen Unionsbürgers aus dem Unionsgebiet droht, die ihrerseits die Kernbereichsdoktrin verletzen würde.

Wichtig ist das Bewusstsein für die konditionale Verknüpfung zwischen der Kernbereichs-Rechtsprechung und den EU-Grundrechten. Das Grundrecht auf Privat- und Familienleben gemäß Art. 7 GRC gehört für sich genommen nicht zum Kernbestand der Unionsbürgerrechte und findet auf einen Sachverhalt nur Anwendung, wenn dieser aufgrund einer separaten Prüfung entweder der Kernbereichsdoktrin unterfällt oder anderweitig von EU-Recht geregelt wird.⁹⁸ Fällt diese Prüfung positiv aus, gelten die EU-Grundrechte; andernfalls müssen die nationalen Gerichte das nationale Verfassungsrecht sowie die EMRK als Völkerrecht anwenden.⁹⁹

2. Migrationsrecht und Grundrechte

Beim Familiennachzug überschneiden sich die Unionsbürgerfreizügigkeit und die Grundrechte, weil sie denselben Lebenssachverhalt regeln. Das bedeutet jedoch nicht, dass beide Rechtskomplexe derselben Logik folgten. Das Gegenteil trifft zu, weil der grundrechtliche Schutz des Privat- und Familienlebens anderen Regeln folgt als die Unionsbürgerrechte unter Einschluss der Kernbereichsdoktrin. Der Unterschied folgt aus den einleitenden Bemerkungen. Seit den 1960er-Jahren schüt-

93 S. EuGH, Urteil v. 26.2.2013, Rs. C-617/10 (Åkerberg Fransson), Rn. 18 ff.

94 Hierzu ausführlicher *C. Ohler*, Grundrechtliche Bindungen der Mitgliedstaaten nach Art. 51 GRCh, NVwZ 2013, S. 1433 (1434–1437) und *D. Thym*, Die Reichweite der EU-Grundrechte-Charta, NVwZ 2013, S. 889 (890 ff.).

95 Vgl. Art. 52 Abs. 3 GRC sowie EuGH, Rs. C-400/10 PPU (McB), Slg. 2010, I-8965, Rn. 53.

96 Im Fall des Familiennachzugs insb. RL 2004/38/EG (Fn. 6) bzw. RL 2003/86/EG (AbI: EU 2003 L 251/12), die freilich einen personalen und sachlichen Anwendungsbereich besitzen, der speziell beim Familiennachzug zu nichtmobilien Unionsbürgern regelmäßig nicht greift; vgl. EuGH, Urteil v. 8.5.2013, Rs. C-87/12 (Ymeraga und Ymeraga-Tafarshiku), Rn. 42; Rs. C-256/11 (Dereci u.a.), Slg. 2011, I-11315, Rn. 46 ff.

97 Speziell im *Dereci*-Urteil stand im Raum, dass ein Sachverhalt, der dem EuGH vorlag, eventuell dem Assoziierungsabkommen unterfällt.

98 Ebenso *K. Lenaerts*, Court's (Fn. 59), S. 51 f.; *M. Wendel*, Aufenthalt (Fn. 69), Abschn. IV.1.b; *S. Reynolds*, Exploring (Fn. 59), S. 382–384; *K. Hailbronner*, EU-Freizügigkeitsgesetz (Fn. 81), S. 166; sowie *P. Mengozzi*, Schlussanträge v. 29.11.2011, EuGH, Rs. C-256/11 (Dereci u.a.), Slg. 2011, I-11315, Rn. 37 f.; s. auch *P. Cede* in diesem Heft auf S. 79.

99 So die Regelanweisung bei EuGH, Rs. C-256/11 (Dereci u.a.), Slg. 2011, I-11315, Rn. 72 f.

zen der EU-Gesetzgeber und der EuGH den Familiennachzug nahezu bedingungslos. Gemeinwohlbelange unterhalb der Schwelle einer Gefahr für die öffentliche Ordnung, Sicherheit und Gesundheit können dem Zuzug von Familienangehörigen von mobilen Unionsbürgern nicht entgegen gehalten werden.¹⁰⁰ Eben dies ist bei den Grundrechten anders.

Nach der gefestigten EGMR-Rechtsprechung gewähren die Grundrechte im Regelfall keinen unbedingten Anspruch auf Gebietszugang oder Gebietsverbleib zum Zwecke der Familieneinheit.¹⁰¹ Vielmehr sind in einer umfassenden Güterabwägung die privaten Belange der Migranten zu den öffentlichen Interessen des Aufenthaltsstaats in Bezug zu setzen. Speziell für die Ausweisung von Familienangehörigen entwickelte der EGMR acht Kriterien, die ihrerseits die Prüfung der Verhältnismäßigkeit durch nationale Gerichte anleiten sollen. Diese lauten: Schwere des Rechtsverstoßes, Aufenthaltsdauer, Verhalten nach dem Rechtsverstoß, Staatsangehörigkeit der beteiligten Personen, Familiensituation, Kenntnis des Partners vom Rechtsverstoß bei Beziehungsbeginn, Alter der Kinder sowie Hindernisse für eine Umsiedlung in den Herkunftsstaat.¹⁰² Ergänzt wurden später das Kindeswohl sowie die Festigkeit der gesellschaftlichen, kulturellen und familiären Beziehungen zum Herkunfts- sowie zum Aufenthaltsstaat.¹⁰³ Hierbei spielen auch eventuelle Verstöße gegen das Migrationsrecht eine Rolle, weil der EGMR ganz allgemein dem öffentlichen Interesse strukturell einen breiteren Raum einräumt als der EuGH bei der Unionsbürgerschaft.¹⁰⁴

Die vorstehenden Ausführungen klingen abstrakt, besitzen jedoch greifbare Folgen. Aus den genannten Kriterien folgt ganz konkret, dass die Vertragsstaaten der EMRK gegenüber Drittstaatsangehörigen eine Vielfalt von Gemeinwohlbelangen verfolgen dürfen, die das Ausländerrecht prägen und die der Unionsgesetzgeber im Rahmen der Unionsbürgerfreizügigkeit für unbeachtlich erklärt. Hierzu drei Beispiele: Erstens verbietet das EU-Recht die Ausweisung von Unionsbürgern aus generalpräventiven Gründen und verlangt nach dem eindeutigen Wortlaut des Sekundärrechts: „Bei Maßnahmen der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit darf ausschließlich das persönliche Verhalten der in Betracht kommenden Einzelpersonen ausschlaggebend sein. Strafrechtliche Verurteilungen allein können ohne weiteres diese Maßnahmen nicht begründen.“¹⁰⁵ Auf dieser Grundlage erteilte der EuGH dem deutschen Stufensystem von Ist-, Regel- und Ermessensausweisung eine Absage,

100 S. dazu oben II.

101 Ausführlicher P. Boeles/M. den Heijer/G. Lodder/K. Wouters, European Migration Law, 2009, S. 141 ff. und A. Zimmermann, Ausweisungsschutz, in: Grote/Marauhn (Hrsg.), Konkordanzkommentar GG/EMRK, 2006, Kap. 27, Rn. 82 ff.

102 EGMR, Urteil v. 2.8.2001, Nr. 54273/00 (Boutif/Schweiz), Ziff. 48.

103 Vgl. EGMR, Urteil v. 18.10.2006 (GK), Nr. 46410/99 (Üner/Niederlande), Ziff. 58, wobei bei Personen, die den Großteil ihrer Sozialisation im Herkunftsstaat erhielten, besonders streng aufgrund weniger Kriterien zu prüfen ist; vgl. EGMR, Urteil v. 23. 6. 2008 (GK), Nr. 1638/03 (Maslov/Österreich), Ziff. 71.

104 Ausführlicher D. Thym, Residence as *de facto* Citizenship?, in: Rubio-Marin (Hrsg.), Human Rights and Immigration, 2014, S. 106 (121-126).

105 Art. 3 Abs. 1 f. RL 64/221/EWG (AbI. EG 1964, S. 850) sowie, heute, Art. 27 Abs. 2 RL 2004/38/EG (Fn. 6).

das seither auf Unionsbürger nicht mehr angewandt werden darf.¹⁰⁶ Auch aus den Grundrechten, insbesondere der EMRK, folgen inhaltliche Grenzen für das nationale Ausweisungsrecht, die das deutsche Stufensystem in Frage stellen. Allein diese Grenzen sind weitaus weniger engmaschig. So greifen die EGMR-Standards für den Familiennachzug regelmäßig nur dann, wenn eine Person enge familiäre Beziehungen im Inland aufweist oder als dort verwurzelt gelten darf.¹⁰⁷ Zudem genießen die öffentlichen Interessen allgemein ein größeres Gewicht und sogar eine Ausweisung aus generalpräventiven Gründen darf, anders als bei Unionsbürgern, speziell nach schweren Straftaten weiterhin verhängt werden.¹⁰⁸ Auch eine dauerhafte Trennung von Eltern und Kindern ist zulässig.¹⁰⁹

Zweitens darf der Familiennachzug nach deutschem Recht regelmäßig verweigert werden, wenn der finanzielle Lebensunterhalt nicht gesichert ist.¹¹⁰ Beim Familiennachzug zu Unionsbürgern ist dies nicht der Fall – vorausgesetzt der Unionsbürger übt eine Beschäftigung aus, die einen Arbeitnehmerstatus begründet, der seinerseits dem Arbeitnehmer und der Familie einen gleichberechtigten Zugang zu sozialen und steuerlichen Vergünstigungen sichert.¹¹¹ Einzig bei wirtschaftlich inaktiven Unionsbürgern erfordert das Freizügigkeitsrecht ausreichende Existenzmittel,¹¹² deren Fehlen den Gerichtshof nicht von der Zuerkennung eines gleichen Sozialleistungszugangs abhielt.¹¹³ Im Fall der EMRK ist dies anders: Die Vertragsstaaten dürfen den Familiennachzug von Drittstaatsangehörigen regelmäßig verweigern, wenn der finanzielle Lebensunterhalt nicht gesichert ist.¹¹⁴ Dies verdeutlicht den großzügigen Zugriff der Unionsbürgerschaft, die den Familiennachzug ganz ähnlich regelt wie im Bundesstaat.¹¹⁵

Drittens darf von Unionsbürgern nicht verlangt werden, dass sie die Landessprache erlernen – und zwar von Arbeitnehmern ebenso wenig wie im Anwendungsbereich des Art. 21 AEUV. Ein Deutscher aus Lindau am Bodensee, der ins österreichische Bregenz zieht, hat einen Anspruch auf Familiennachzug für seine Ehefrau aus der Türkei, ohne dass diese Deutsch verstehen muss¹¹⁶ – obgleich in derselben Kon-

106 Vgl. EuGH, Rs. 67/74 (Bonsignore), Slg. 1975, 297, Rn. 4 f. sowie EuGH, verb. Rs. C-482/01 u. C-493/01 (Orfanopoulos und Olivieri), Slg. 2004, I-5257, Rn. 62–71.

107 Ausführlicher *D. Thym*, Migrationsverwaltungsrecht, 2010, S. 228–253 sowie *M. Eckertz-Höfer*, Neuere Entwicklungen in Gesetzgebung und Rechtsprechung zum Schutz des Privatlebens, ZAR 2008, S. 41–46 u. S. 93–96.

108 So zutreffend BVerwGE 142, 29; s. auch die Billigung einer generalpräventiven Ausweisung durch EGMR, Urteil v. 6.12.2007, Nr. 69735/01 (Chair/Deutschland), Ziff. 24.

109 In der jüngeren Vergangenheit EGMR, Urteil v. 15.11.2012, Nr. 38005/07 (Kissiwa Koffi/Schweiz); EGMR, Urteil v. 15.5.2012, Nr. 16567/10 (Nacic u.a./Schweden); EGMR, Urteil v. 10.5.2012, Nr. 45237/08 (Madah u.a./Bulgarien); EGMR, Urteil v. 14.2.2012, Nr. 26940/10 (Antwi u.a./Norwegen); sowie in Bezug auf Deutschland EGMR, Urteil v. 6.12.2007, Nr. 69735/01 (Chair/Deutschland), Ziff. 66.

110 Vgl. die allgemeine Erteilungsvoraussetzung gemäß § 5 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG.

111 Näher hierzu Fn. 11 und begleitender Text.

112 So Art. 7 Abs. 1 lit. b RL 2004/38/EG (Fn. 6).

113 Ausführlicher *R. Rebhahn* in diesem Heft auf S. 95.

114 S. EGMR, Urteil v. 26.4.2013, Nr. 16351/03 (Konstatinov/Niederlande), Ziff. 50 sowie BVerwG, Urteil v. 30.4.2009, I C 3.08, Rn. 13 ff.

115 Zur Vergleichbarkeit der EU-Regeln mit der Bundesstaatsentwicklung im Bereich des Sozialrechts s. *C. Schönberger*, Unionsbürger, 2005, § 19.

116 Hierzu bereits oben Fn. 15 und begleitender Text.

stellation der Familiennachzug regelmäßig verweigert würde, wenn der Deutsche in Lindau wohnen bliebe, weil Deutschland den Familiennachzug zu Deutschen und Ausländern in bestimmten Konstellationen regelmäßig verweigert, wenn keine einfachen Kenntnisse der deutschen Sprache vorliegen.¹¹⁷ Eben dies verstößt nach der Einschätzung deutscher sowie britischer Gerichte nicht gegen Art. 8 EMRK¹¹⁸ und es ist davon auszugehen, dass der EuGH und der EGMR diese Rechtsauffassung in der Zukunft bestätigen werden.¹¹⁹

3. Migrationsrecht

Aus den vorstehenden Ausführungen folgt, dass zwischen Unionsbürgerschaft und Menschenrechten unterschieden werden muss. Es macht einen gravierenden Unterschied, ob wir den Familiennachzug nach den großzügigen Regeln der Unionsbürgerfreizügigkeit oder den Grundrechten beurteilen. Aus diesem Grund ist es wichtig, dass der EuGH im *Dereci*-Urteil auf die Grundrechte als alternativen Prüfmaßstab neben der Kernbereichsdoktrin verweist.¹²⁰ Und aus demselben Grund ist es wichtig, dass dasselbe Urteil sowie die Entscheidungen *Iida* und *O. und S.* hervorheben, dass es zwei verschiedene Blickwinkel auf den Familiennachzug gibt: Neben die Unionsbürgerschaft tritt die Harmonisierung des nationalen Ausländerrechts durch den EU-Gesetzgeber, in den genannten Fällen durch die Familiennachzugs-Richtlinie 2003/86/EG bzw. die Daueraufenthalts-Richtlinie 2003/109/EG.¹²¹ Damit anerkennt der EuGH, dass das Migrationsrecht einen alternativen verfassungsrechtlichen Referenzrahmen für die Beurteilung des Familiennachzugs neben der Unionsbürgerschaft bereitstellt.¹²²

Aus der Perspektive des Primärrechts sind die genannten Richtlinien zum Familiennachzug sowie dem Daueraufenthalt allerdings nicht Ausfluss der Unionsbürgerschaft. Sie unterfallen stattdessen dem EU-Migrationsrecht, das der EuGH mit dem Fokus auf die Unionsbürgerschaft aus den Augen zu verlieren drohte. Eben dies folgt rechtlich und konzeptionell jedoch gerade nicht der Logik der Unionsbürgerrechte. An die Stelle des Binnenmarkts und der Unionsbürgerschaft, die beide auf die Maximierung der transnationalen Freiheit von Einzelpersonen im Dienste der EU-Integration ausgerichtet sind, tritt der Raum der Freiheit, der Sicherheit und

117 Vgl. § 30 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 i.V.m. § 28 Abs. 1 S. 5 AufenthG.

118 I.d.S. insb. BVerwGE 136, 231; BVerfG, Beschluss v. 25.3.2011, 2 BvR 1413/10; BVerwG, Urteil v. 4.9.2012, 10 C 12.12.; und UK Court of Appeal, Urteil v. 12.4.2013 (Bibi v SSHD), [2013] EWCA Civ 322; die allerdings eine Ausnahme (Härtefallklausel) verlangen.

119 Beim EuGH ist zur Auslegung der Richtlinie das Verfahren *K. und A.* anhängig (Rs. C-153/14); die Bedeutung von Sprachkenntnissen für die Güterabwägung i.R.d. Art. 8 EMRK bekräftigt EGMR, Urteil v. 14.2.2012, Nr. 26940/10 (Antwi u.a./Norwegen), Ziff. 94.

120 S. EuGH, Rs. C-256/11 (*Dereci* u.a.), Slg. 2011, I-11315, Rn. 70-73 sowie *D. Thym*, Anmerkung, NVwZ 2012, S. 1003 (1004).

121 Auf das Migrationsrecht neben den Unionsbürgerrechten verweist EuGH, Rs. C-256/11 (*Dereci* u.a.), Slg. 2011, I-11315, Rn. 44 ff.; Urteil v. 8.11.2012, Rs. C-40/11 (*Iida*), Rn. 36-48; Urteil v. 6.12.2012, verb. Rs. C-356/11 u. C-357/11 (*O. und S.*), Rn. 61 ff.

122 Sinngemäß *A. Lansbergen/N. Miller*, Citizenship Rights (Fn. 44), S. 300 f.; *D. Thym*, ‘Real’ Citizenship (Fn. 54), S. 170; sowie *A. Tryfonidou*, Outer Boundaries (Fn. 63), S. 524.

des Rechts, der dem EU-Gesetzgeber sowie nationalen Parlamenten erweiterte Gestaltungsspielräume bietet. Wegweisend bestimmt Art. 79 Abs. 1 AEUV: „Die Union entwickelt eine gemeinsame Einwanderungspolitik, die in allen Phasen eine wirksame Steuerung der Migrationsströme... gewährleisten soll.“

Wichtig ist das Bewusstsein für die inhaltliche Offenheit dieses primärrechtlichen Steuerungsanspruchs. Dieser enthält keine direkte Vorgabe für eine großzügige oder restriktive Politikgestaltung.¹²³ Die Entscheidung zwischen Abschottung und Grenzöffnung erfolgt – im Rahmen der Grundrechte – im Gesetzgebungsverfahren. Diese Offenheit für politische Entscheidungen ist der zentrale Unterschied zum Freizügigkeitsregime des Binnenmarkts.¹²⁴ Drittstaatsangehörige profitieren von keinen Wanderungsrechten mit Verfassungsrang nach dem Modell der Unionsbürgerrechte, sondern können sich „nur“ auf Grundrechte berufen, die einen geringeren Schutzmfang besitzen.¹²⁵

Beim Familiennachzug zu Unionsbürgern verschwimmen diese beiden Rechtsregime zwangsläufig, weil die „abgeleiteten“ Unionsbürgerrechte der Familienangehörigen mit den „eigenen“ Grundrechten der Familienmitglieder inhaltlich zusammenfallen. Diese Überschneidung der beiden Rechtsregime bei der Beurteilung eines Sachverhalts ist nichts Neues und wird auch fortbestehen.¹²⁶ Wichtig ist jedoch, dass die Grauzonen der Überschneidung und Überlappung nicht mit einer materiell-rechtlichen Einheit verwechselt werden. Hinsichtlich des verfassungsrechtlichen Rahmens muss klar zwischen Unionsbürgerschaft und Migrationsrecht unterschieden werden – und zwar gerade deshalb, weil die Abgrenzung bei konkreten Sachverhalten nicht immer trennscharf möglich ist. Dies gibt der Diskussion inhaltliche Klarheit und der Rechtspraxis eine Orientierung.

Die Unionsbürgerschaft mit der Freizügigkeit und dem Kernbereichsschutz auf der einen Seite sowie das Migrationsrecht mit dem Steuerungsanspruch und den Menschenrechten auf der anderen Seite sind alternative Bezugsrahmen, deren Eigengesetzlichkeit auch der EuGH in der jüngeren Rechtsprechung anerkennt. Der Wissenschaft bleibt die Aufgabe, die dogmatische Abstufung zwischen den beiden Rechtsregimen auch theoretisch in den Griff zu bekommen. Der jeweils eigene Zugriff der unterschiedlichen Bezugsrahmen erfordert einen konzeptionellen Überbau, den ich an anderer Stelle als kosmopolitische Grundierung des Migrationsrechts in Abgrenzung zur Unionsbürgerschaft vorgeschlagen habe.¹²⁷

123 Zur fehlenden Determinationskraft *D. Thym*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, 2010, Art. 79 AEUV, Rn. 14-17.

124 Hierzu bereits *D. Thym*, Freizügigkeit (Fn. 22), S. 495-502 sowie *D. Thym*, EU Migration Policy and its Constitutional Rationality, CMLRev. 2013, S. 709 (721-723).

125 Ausführlicher *D. Thym*, EU Migration Policy (Fn. 124), S. 718-721.

126 Allgemein zur Überschneidung *D. Thym*, EU Migration Policy (Fn. 124), S. 714-716.

127 Hierzu *D. Thym*, EU Migration Policy (Fn. 124), S. 725 ff. sowie *D. Thym*, Migrationssteuerung im öffentlichen Interesse, in: Jochum et al. (Fn. 58), S. 245-262.

V. Fazit

In quantitativer Hinsicht ist der Familiennachzug seit Jahrzehnten einer der wichtigsten Migrationskanäle. Aus diesem Grund besitzen die Regeln über die Familiensammenführung eine zentrale Bedeutung für die Migrationspolitik und sorgten zuletzt für Unsicherheit, soweit es um Familienmitglieder von Unionsbürgern aus Drittstaaten geht. Dies ist kein Zufall, weil sich in dieser Situation zwei Rechtsregime überschneiden, die den Familiennachzug unterschiedlich regeln. Zum einen geht es um die Unionsbürgerrechte auf Grundlage der Arbeitnehmerfreiheit, hinsichtlich derer der EU-Gesetzgeber sowie der EuGH seit den 1960er-Jahren den Familiennachzug großzügig ausgestalteten und nahezu keinen inhaltlichen Schranken unterwarfen. Zwar können sich Familienmitglieder aus Drittstaaten nicht direkt auf die Unionsbürgerschaft berufen, sie profitieren jedoch von abgeleiteten Rechten, die eine weitgehende Gleichstellung mit Unionsbürgern bewirken. Zum anderen regeln das EU-Migrationsrecht sowie die Grundrechte in der EMRK sowie der GRC den Familiennachzug aus Drittstaaten und räumen hierbei den öffentlichen Interessen breiteren Raum ein, wenn die Mitgliedstaaten den Familiennachzug etwa von einer finanziellen Sicherung des Lebensunterhalts oder einfachen Sprachkenntnissen abhängig machen dürfen.

Eine neue Komplexität erreichte die Rechtslage, als der EuGH im Urteil *Ruiz Zambrano* die Familieneinheit von jugendlichen Unionsbürgern unter Berufung auf einen vermeintlichen Kernbestand der Unionsbürgerrechte schützte, ohne dass eine Beschränkung des Freizügigkeitsrechts zu befürchten stand. Die Unionsbürgerschaft schien eine Sogwirkung zu entfalten und den Familiennachzug zu Unionsbürgern umfassend zu regeln. Dieser Paradigmenwechsel blieb jedoch aus, weil der EuGH in Folgeurteilen die Kernbereichsdoktrin einfing und im Kern auf Situationen beschränkte, in denen jugendlichen Unionsbürgern – nicht jedoch Ehepartnern – die faktische Ausreisepflicht aus dem Unionsgebiet droht. Einzelheiten dieser Vorgabe bleiben bis heute unklar und werden hinsichtlich der innerstaatlichen Anwendung in diesem Beitrag diskutiert. Fest steht jedenfalls, dass die Kernbereichsdoktrin auf Sonderfälle beschränkt bleibt. Dies ist zu begrüßen, zumal hierdurch der Blick frei wird auf die speziellen Normierungen im Primär- und Sekundärrecht zum Familiennachzug, die als Bestandteil des EU-Migrationsrechts im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts einer eigenen verfassungsrechtlichen Logik folgen. Dieser unterschiedliche Rechtsrahmen muss konzeptionell auch dann klar von der Unionsbürgerschaft unterschieden werden, wenn die Abgrenzung in der Praxis nicht immer klar ist.

Demokratieprinzip und Unionsbürgerschaft

*Von Silke Steiner, Wien**

I. Einleitung

Als die Unionsbürgerschaft vor 20 Jahren mit dem Ziel, den Gedanken der europäischen Identität zu fördern und die Identifikation der Bürger mit der Union zu stärken, ins Leben gerufen wurde,¹ hat sie ein beträchtliches Maß an Skepsis hervorgerufen und wurde etwa als „Placebo für die rudimentäre politische Union“² oder „tönenches Versprechen ohne Selbstbestand“³ kritisiert.

Seither hat die Unionsbürgerschaft – vor allem dank der Rechtsprechung des Gerichtshofs – enorme Weiterentwicklung erfahren. Dies trifft allerdings in erster Linie auf den „Kern“ der Unionsbürgerschaft in Form des den Unionsbürgern zukommenden Freizügigkeitsrechts zu.⁴ In Bezug auf die durch die Unionsbürgerschaft gewährleisteten demokratischen Rechte findet sich hingegen kaum Rechtsprechung des EuGH.⁵ Dementsprechend wurde auch die Ausprägung des *status activus* in Form der Möglichkeit aktiver politischer Beteiligung der Unionsbürger als vergleichsweise schwach kritisiert.

Mit dem Vertrag von Lissabon hat das Demokratieprinzip im Unionsrecht nun endlich entsprechende rechtliche Verankerung erfahren. Dieser Beitrag wird sich dem Thema der Verkörperung des Demokratieprinzips durch die Unionsbürgerschaft widmen und dieses näher analysieren.

Dabei soll zuerst kurz auf die Entwicklung des Demokratieprinzips im Unionsrecht im Allgemeinen eingegangen werden, bevor die Bedeutung der Unionsbürgerschaft in diesem Zusammenhang aufgezeigt werden soll.

* Dr. Silke Steiner, M.A. (College of Europe, Brügge), ist Post-doc. Universitätsassistentin am Institut für Europa-recht der Universität Wien.

1 Gleichzeitig sollte dadurch auch die Entwicklung der Union von einer bloßen Wirtschaftsgemeinschaft zu einer politischen Union und daraus folgend die Wandlung ihrer Bürger von Marktbürgern hin zu Unionsbürgern betont werden.

2 P. M. Huber, Die gleiche Freiheit der Unionsbürger, ZaöRV 2008, S. 307 (307).

3 S. Kadelbach, Staatsbürgerschaft – Unionsbürgerschaft – Weltbürgerschaft, in: Drexel/Kreuzer/Scheuing/Sieber (Hrsg.), Europäische Demokratie, Ius Europaeum Bd. 6, 1999, S. 89 (98).

4 Zur zentralen Rolle des Freizügigkeitsrechts s. etwa D. Fröhlich, Die Gleichheit der Unionsbürger als Bezugspunkt europäischer Demokratie: Anmerkungen zu den Art. 9 ff. EUV, in: Schnabl/Scholz (Hrsg.), Aufgeschlossen für Wandel – verankert in gemeinsamen Grundwerten: Demokratie und Wirtschaft in Deutschland und in der Europäischen Union, Veröffentlichungen der Hanns Martin Schleyer-Stiftung, Bd. 82, 2013, S. 169 (170 f.); P. M. Huber, Freiheit (Fn. 2), S. 307 ff.; F. Wollenschläger, Grundfreiheit ohne Markt: die Herausbildung der Unionsbürgerschaft im unionsrechtlichen Freizügigkeitsregime, 2007. Vgl. auch W. Obwexer in diesem Heft auf S. 51.

5 So ergingen etwa zwei der wenigen Entscheidungen des EuGH in diesem Bereich zur Frage der Auslegung des Wahlrechts der Unionsbürger bei Wahlen zum Europäischen Parlament in den Gebieten Gibraltar und Aruba; EuGH, Rs. C-145/04 (Spanien/Vereinigtes Königreich), Slg. 2006, I-7917; Rs. C-300/04 (Eman und Sevinger), Slg. 2006, I-8055. Für Details zur Rspr. des Gerichtshofs in diesem Bereich s. D. Rabenschlag, Leitbilder der Unionsbürgerschaft. Die Auslegung der Unionsbürgerschaft durch den EuGH im Spiegel umstrittener Konzeptionen eines europäischen Bürgerrechts, Schriften zur Europäischen Integration und Internationalen Wirtschaftsordnung, 2009, S. 336 ff.

II. Historische Entwicklung

Entsprechend der ursprünglichen Konzeption der ehemaligen E(W)G als Wirtschaftsgemeinschaft fehlte eine Bezugnahme auf das Demokratieprinzip im EG-Vertrag bzw. in den Gründungsverträgen.

An dieser Situation änderte sich bis in die frühen 90er Jahre nichts – zwar wurde mit zunehmender Vertiefung der Integration in ebenso zunehmenden Maße das vorhandene Demokratiedefizit kritisiert, jedoch blieb Demokratie mehr eine politische Forderung als ein anerkannter Rechtsgrundsatz.⁶ Erste Berücksichtigung fand das Demokratieprinzip erst mit der Gründung der Europäischen Union durch den Vertrag von Maastricht.

Während der EGV nur von den Zielen der Friedenssicherung und „einem immer enger werdende[n] Zusammenschluss der Völker Europas“ sprach, erfolgte mit dem Vertrag von Maastricht die Aufnahme des Bekenntnisses zu Demokratie in die Präambel des EUV.⁷ Für die Gründung einer politischen Union war das jedoch nach wie vor ein vergleichsweise schwach ausgeprägtes Bekenntnis.

Wenngleich das explizite Bekenntnis zu Demokratie also noch schwach ausgeprägt war, so erfolgten mit der Gründung der Europäischen Union doch zwei aus demokratiepolitischer Sicht sehr bedeutende Schritte: erstens wurde der Grundstein für eine – materiellrechtlich gesehene – Unionsverfassung gelegt, und zweitens wurde das Institut einer Unionsbürgerschaft eingeführt.⁸

1. Demokratie als Wert der Union

Mit dem Vertrag von Amsterdam erfolgte endlich auch die Aufnahme eines expliziten Bekenntnisses zu Demokratie als Verfassungsgrundsatz der Union in den Unionsvertrag. Der damalige Art. 6 Abs. 1 EUV bestimmte, dass die Union „auf den Grundsätzen der Freiheit, der Demokratie, der Achtung der Menschenrechte und Grundfreiheiten sowie der Rechtsstaatlichkeit“ beruht, die allen Mitgliedstaaten gemeinsam sind.⁹

Basierend auf Art. 6 Abs. 1 EUV wurde mit dem Vertrag von Lissabon – entsprechend der verstärkten Betonung der EU als Wertgemeinschaft – mit Art. 2 EUV eine eigene Bestimmung, die die Werte der Union manifestiert, in den Unionsvertrag

6 A. von Bogdandy, Grundprinzipien, in: von Bogdandy/Bast (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht: Theoretische und dogmatische Grundzüge, 2. Aufl. 2009, S. 13 (62).

7 „In Bestätigung ihres Bekenntnisses zu den Grundsätzen der Freiheit, der Demokratie und der Achtung der Menschenrechte und Grundfreiheiten und der Rechtsstaatlichkeit“, 3. Erwgr. der Präambel des EUV i.d.F. von Maastricht.

8 Vgl. A. von Bogdandy, Grundprinzipien (Fn. 6), S. 62.

9 Art. 6 Abs. 1 EUV. Näheres zu diesen einzelnen Verfassungsprinzipien s. bei C. Calliess in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), Kommentar EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 6 EUV, Rn. 10 ff. Dadurch sollte zum Ausdruck gebracht werden, dass Demokratie als gemeinsamer Verfassungsgrundsatz der Union alle Mitgliedstaaten untereinander sowie in ihrem Verhältnis zur Union gleichsam verpflichtet.

aufgenommen.¹⁰ Abgesehen von einer Erweiterung um die Achtung der Menschenwürde sowie die Rechte der Personen, die Minderheiten angehören, finden sich in Satz 1 jene Werte, die auch bereits im ehemaligen Art. 6 Abs. 1 EUV enthalten waren, wie auch Demokratie, wieder. Auch die Präambel des EUV enthält einen entsprechenden Verweis auf Demokratie als grundlegenden Wert der Union.¹¹ Was unter dem Begriff der Demokratie zu verstehen ist, wird allerdings weder in Art. 2 EUV noch durch die Rechtsprechung des Gerichtshofs konkretisiert. In diesem Zusammenhang ist bemerkenswert, dass sich auch der EuGH – entgegen seiner sonstigen Gewohnheit – hinsichtlich einer Definition des Begriffs der Demokratie bisher sehr zurückgehalten und dies den Mitgliedstaaten überlassen hat.¹²

2. Durch die Unionsbürgerschaft gewährleistete demokratische Rechte

Ein näherer Blick auf die durch die vertraglichen Bestimmungen über die Unionsbürgerschaft in den Art. 21 ff. AEUV gewährleisteten Rechte zeigt, dass diese bereits sämtliche Ausprägungen der Demokratie im Unionsrecht beinhalten.

So verkörpert etwa das aktive und passive Wahlrecht der Unionsbürger bei Kommunalwahlen und Wahlen zum Europäischen Parlament am Wohnsitzort in einem Mitgliedstaat, dessen Staatsangehörigkeit der Betreffende nicht besitzt,¹³ anschaulich die Teilnahme der Unionsbürger am repräsentativ-demokratischen System, während das Recht der Unionsbürger, Petitionen beim Europäischen Parlament einzubringen bzw. sich an den Bürgerbeauftragten zu wenden,¹⁴ als Ausdruck der partizipativen Demokratie zu werten ist.

Außerdem gewährt Art. 24 Abs. 4 AEUV jedem Unionsbürger auch das Recht, sich schriftlich in einer der Vertragssprachen¹⁵ an die Organe und Einrichtungen der

10 Art. 2 EUV: „Die Werte, auf die sich die Union gründet, sind die Achtung der Menschenwürde, Freiheit, Demokratie, Gleichheit, Rechtsstaatlichkeit und die Wahrung der Menschenrechte einschließlich der Rechte der Personen, die Minderheiten angehören. Diese Werte sind allen Mitgliedstaaten in einer Gesellschaft gemeinsam, die sich durch Pluralismus, Nichtdiskriminierung, Toleranz, Gerechtigkeit, Solidarität und die Gleichheit von Frauen und Männern auszeichnet.“ Während die in Satz 1 enthaltenen Rechte unter klassisch-liberalen Hoheitsrechte zu subsumieren und als Rechte der Bürger der Union gegenüber zu verstehen sind, beschreibt der neu hinzugekommene Satz 2 die gesellschaftliche Ausgestaltung der Union durch Pluralismus, Nichtdiskriminierung, Toleranz, Gerechtigkeit, Solidarität und die Gleichheit von Frauen und Männern als Charakteristika. S. dazu R. Streinz/C. Ohler/C. Herrmann, Der Vertrag von Lissabon zur Reform der EU, 3. Aufl. 2010, § 6.II.1.

11 „SCHÖPFEND aus dem kulturellen, religiösen und humanistischen Erbe Europas, aus dem sich die unverletzlichen und unveräußerlichen Rechte des Menschen sowie Freiheit, Demokratie, Gleichheit und Rechtsstaatlichkeit als universelle Werte entwickelt haben,...“ 2. Erwgr. der Präambel des EUV. Diese Textpassage wurde übrigens wortwörtlich aus der Präambel des Verfassungsvertrags übernommen.

12 A. von Bogdandy, Grundprinzipien (Fn. 6), S. 63.

13 Art. 22 AEUV.

14 Gem. Art. 227 AEUV kann jeder Unionsbürger sowie darüber hinaus jede natürliche oder juristische Person mit Wohnort bzw. Sitz in einem Mitgliedstaat in Angelegenheiten, die in die Tätigkeitsbereiche der Union fallen und die ihn oder sie unmittelbar betreffen, Petitionen an das Europäische Parlament richten sowie nach Art. 228 AEUV Beschwerden an den Europäischen Bürgerbeauftragten richten. Dieser ist befugt, Beschwerden über Missstände bei der Tätigkeit der Organe oder Einrichtungen der Union – mit Ausnahme des Gerichtshofs in Ausübung seiner Rechtsprechungsbefugnisse – entgegenzunehmen, zu untersuchen und darüber Bericht zu erstatten.

15 Diese derzeit 24 Sprachen sind in Art. 55 Abs. 1 EUV aufgelistet.

Union zu wenden und eine Antwort in derselben Sprache zu erhalten.¹⁶ Wenngleich dieser Anspruch erst mit dem Vertrag von Amsterdam primärrechtlich verankert wurde, so war er sekundärrechtlich schon mit der Verordnung Nr. 1 aus dem Jahr 1958 zur Regelung der Sprachenfrage¹⁷ geschaffen worden.

Als Instrument der direkten Demokratie im eigentlichen Sinne kam erst mit dem Vertrag von Lissabon das Recht der Unionsbürger, eine Bürgerinitiative zu initiieren, hinzu.¹⁸ Alle weiteren soeben genannten Rechte waren schon in der ursprünglichen Ausgestaltung der Unionsbürgerschaft inkludiert gewesen.

III. Demokratieprinzip nach dem Vertrag von Lissabon

Kodifiziert wurden die demokratischen Grundsätze der Union aber erst durch den Vertrag von Lissabon, mit dem das Demokratieprinzip schließlich eine beachtliche Aufwertung erfuhr: es wurde ein neuer Titel II, der „Bestimmungen über die demokratischen Grundsätze“ der Union beinhaltet, in den EU-Vertrag aufgenommen. Dieser Titel II wurde im Vergleich zu dem im Verfassungsvertrag vorgesehenen Teil „Das demokratische Leben der Union“, der ein Sammelsurium recht unterschiedlicher Vorschriften beinhaltet hätte,¹⁹ gekürzt und besteht nun aus nur vier Artikeln. Diese beinhalten den Grundsatz der demokratischen Gleichheit der Bürger (Art. 9 EUV), die Grundsätze der repräsentativen und der partizipativen Demokratie (Art. 10 und Art. 11 EUV) sowie Bestimmungen über die Rolle der nationalen Parlamente (Art. 12 EUV).

1. Grundsatz der demokratischen Gleichheit der Unionsbürger

Art. 9 EUV bestimmt, dass „die Union ... in ihrem gesamten Handeln den Grundsatz der Gleichheit ihrer Bürgerinnen und Bürger, denen ein gleiches Maß an Aufmerksamkeit seitens der Organe, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Union zuteil wird“, achtet.

Zwar wurde Art. 9 EUV als sprachlich und redaktionell eher unglücklich ausgestaltet kritisiert²⁰ – er verdeutlicht aber auf jeden Fall die zentrale Rolle, die der Unionsbürgerschaft eingeräumt wird.

16 Dieses Recht ist in engem Zusammenhang mit dem Grundsatz einer guten Verwaltung sowie dem Recht auf Zugang zu Dokumenten zu sehen; s. dazu unten III.3.

17 VO Nr. 1 zur Regelung der Sprachenfrage für die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft, ABl. EG 1958 L 17/385.

18 Art. 24 AEUV. S. dazu *A. Müller* in diesem Heft S. 169.

19 So hätte der entsprechende Titel VI des Verfassungsvertrags unter der Bezeichnung „Das demokratische Leben der Union“ neben Bestimmungen zu den Grundsätzen der repräsentativen und partizipativen Demokratie, dem Instrument der Bürgerinitiative sowie den politischen Parteien auf europäischer Ebene auch Regelungen zu den Sozialpartnern, zum Grundsatz der Transparenz sowie zum Datenschutz und den Kirchen und weltanschaulichen Gemeinschaften enthalten; s. dazu *M. Ruffert*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), Kommentar EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 9 EUV, Rn. 19; *A. von Bogdandy*, Grundprinzipien (Fn. 6), S. 63.

20 S. dazu etwa kritisch *M. Ruffert*, in: Calliess/Ruffert (Fn. 19), Art. 9 EUV, Rn. 22; *C. Schönberger*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, 2013, Art. 9 EUV, Rn. 8; *W. Kaufmann-Bühler*, in: Lenz/Borchardt (Hrsg.), EU-Verträge. Kommentar, 6. Aufl. 2012, Art. 9 EUV, Rn. 5; *D. Fröhlich*, Gleichheit (Fn. 4), S. 171.

Art. 9 EUV beinhaltet zwei Grundprinzipien: er betont das bürgerschaftliche Fundament der Demokratie in der Union, und er kodifiziert den Grundsatz der demokratischen Gleichheit der Unionsbürger.²¹ Dieser Gleichheitssatz enthält nicht nur die Forderung, den Bürgerinnen und Bürgern seitens der Union „ein gleiches Maß an Aufmerksamkeit“ zuteilwerden zu lassen, sondern er umfasst auch ein normatives Optimierungsgebot, das auf eine größtmögliche Annäherung an einen Zustand unionsbürgerlicher Gleichheit im status activus hinwirken soll.²² Dementsprechend erfolgte eine Aufwertung des zuvor unzureichend ausgeprägten status activus.

Art. 9 EUV nimmt dabei direkt auf die Unionsbürger als Quelle der Legitimation Bezug;²³ somit steht der Unionsbürger im Zentrum bzw. ist Anknüpfungspunkt der demokratischen Legitimation der Union. In diesem Sinne bildet die Unionsbürgerschaft das Fundament des Demokratieprinzips auf Unionsebene.²⁴

Somit wurde nun endlich auch die zentrale Bedeutung der Unionsbürgerschaft in diesem Bereich primärrechtlich verankert.

2. Grundsatz der repräsentativen Demokratie

Art. 10 Abs. 1 EUV enthält in der Folge das Bekenntnis zum Grundsatz der repräsentativen Demokratie.²⁵ Mit dieser Konkretisierung, dass es sich um ein repräsentativ-demokratisches System handelt, erfuhr ein in der europäischen Tradition fest verwurzeltes und auch die mitgliedstaatlichen Regierungssysteme charakterisierendes Modell seine unionsrechtliche Kodifizierung.²⁶

In der Folge präzisiert Art. 10 Abs. 2 EUV, dass die demokratische Legitimation der EU eine doppelte ist, die einerseits durch die von den Unionsbürgerinnen und -bürgern gewählten Abgeordneten des Europäischen Parlaments sowie andererseits durch die Vertreter der Regierungen der Mitgliedstaaten im Rat (bzw. im Europäischen Rat), die sich ihrerseits wiederum den nationalen Parlamenten gegenüber verantworten müssen, garantiert wird.²⁷

21 M. Ruffert, in: Calliess/Ruffert (Fn. 19), Art. 9 EUV, Rn. 23; C. Schönberger, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Fn. 20), Art. 9 EUV, Rn. 8 f.

22 S. dazu D. Fröhlich, Gleichheit (Fn. 4), S. 169.

23 Allerdings definiert sich die Unionsbürgerschaft nur subsidiär zur und anknüpfend an die nationale Staatsangehörigkeit – denn Art. 9 EUV bestimmt: „Unionsbürger ist, wer die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaats besitzt. Die Unionsbürgerschaft tritt zur nationalen Staatsangehörigkeit hinzu, ersetzt sie aber nicht.“ Näheres zur Interpretation dieser Akzessorietät s. bei A. von Bogdandy, Grundprinzipien (Fn. 6), S. 64.

24 Vgl. dazu M. Ruffert, in: Calliess/Ruffert (Fn. 19), Art. 9 EUV, Rn. 24.

25 Art. 10 Abs. 1 EUV: „Die Arbeitsweise der Union beruht auf der repräsentativen Demokratie“.

26 M. Ruffert, in: Calliess/Ruffert (Fn. 19), Art. 10 EUV, Rn. 4. In Europa herrscht traditionell das Konzept der repräsentativen Demokratie vor – sämtliche Demokratien bauen heute auf diesem Modell auf, ergänzt durch mehr oder weniger stark ausgeprägte Elemente der direkten Demokratie; s. auch V. Robertson, Elemente der direkten Demokratie im Vertrag von Lissabon, Journal für Rechtspolitik 2010, S. 133 (134). S. zum Modell der repräsentativen Demokratie in Europa auch ausführlicher M. G. Schmidt, Demokratietheorien – eine Einführung, 5. Aufl. 2010, S. 132 ff.

27 Art. 10 Abs. 2 EUV: „Die Bürgerinnen und Bürger sind auf Unionsebene unmittelbar im Europäischen Parlament vertreten.“

Die Mitgliedstaaten werden im Europäischen Rat von ihrem jeweiligen Staats- oder Regierungschef und im Rat von ihrer jeweiligen Regierung vertreten, die ihrerseits in demokratischer Weise gegenüber ihrem nationalen Parlament oder gegenüber ihren Bürgerinnen und Bürgern Rechenschaft ablegen müssen.“

Um dem immer wieder kritisierten Demokratiedefizit entgegenzuwirken, wurden die Befugnisse des Europäischen Parlaments im Laufe der Jahre sukzessive ausgeweitet. Auch mit dem Vertrag von Lissabon wurde das Europäische Parlament weiter aufgewertet – es wird nun gemeinsam mit dem Rat ausdrücklich als Gesetzgeber bezeichnet.²⁸ Außerdem wurde das ehemalige Mitentscheidungsverfahren, das eine gleichberechtigte Beteiligung des Europäischen Parlaments am Gesetzgebungsprozess vorsieht, weiter ausgeweitet und in „ordentliches Gesetzgebungsverfahren“ umbenannt. Damit soll die Bedeutung dieses Verfahrens – und somit auch des Europäischen Parlaments als Gesetzgeber – unterstrichen werden.

Art. 10 Abs. 4 EUV betont in diesem Zusammenhang auch noch die besondere Rolle der politischen Parteien auf europäischer Ebene, die „zur Herausbildung eines europäischen politischen Bewusstseins und zum Ausdruck des Willens der Bürgerinnen und Bürger der Union“ und somit ebenfalls zur Legitimation und Identitätsstiftung beitragen sollen.²⁹

Darüber hinaus wurde auch die zweite Komponente der demokratischen Legitimation durch eine stärkere Einbeziehung der nationalen Parlamente in den Gesetzgebungsprozess, die insbesondere durch das Instrument der Subsidiaritätskontrolle gesichert werden soll, gestärkt. Zusätzlich soll die Bedeutung der nationalen Parlamente auch dadurch hervorgehoben werden, dass ihnen Art. 12 EUV besondere Mitwirkungs-, Kontroll- und Bewertungsrechte verleiht.³⁰

Die duale demokratische Legitimation der Union erfolgt also durch die direkt durch die Unionsbürger gewählten Vertreter im Europäischen Parlament einerseits sowie die nationalen Parlamente andererseits.

Folglich basiert die Legitimation der Union neben den Unionsbürgern auf den demokratisch verfassten Völkern der Mitgliedstaaten,³¹ die de facto wiederum die Summe der Bürger der EU darstellen; denn Unionsbürger kann nur sein, wer Staatsangehöriger eines der Mitgliedstaaten der Union ist – die Unionsbürgerschaft ist akzessorisch zur Staatsangehörigkeit der Mitgliedstaaten.³²

28 S. Art. 14 Abs. 1 EUV.

29 Art. 10 Abs. 4 EUV: „Politische Parteien auf europäischer Ebene tragen zur Herausbildung eines europäischen politischen Bewusstseins und zum Ausdruck des Willens der Bürgerinnen und Bürger der Union bei.“

30 Konkretisiert werden die den nationalen Parlamenten durch Art. 12 EUV verliehenen Rechte durch das Protokoll über die Rolle der nationalen Parlamente sowie das Protokoll über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit.

31 A. von Bogdandy, Grundprinzipien (Fn. 6), S. 64.

32 So hat der EuGH in der Rs. *Rottmann*, entschieden, dass es nicht gegen das Unionsrecht verstößt, wenn ein Mitgliedstaat einem Unionsbürger, der seine Einbürgerung durch Täuschung erschlichen hat, die durch Einbürgerung erworbene Staatsangehörigkeit wieder entzieht. Bei der Prüfung einer Entscheidung über die Rücknahme der Einbürgerung sind allerdings die möglichen Folgen für den Betroffenen in Bezug auf den Verlust der Rechte, die jeder Unionsbürger geniebt, zu berücksichtigen; EuGH, Rs. C-135/08 (Rottmann), Slg. 2010, I-1449.

Einen Schritt in die Richtung einer Bedeutungserweiterung der Unionsbürgerschaft über ihre bloße Akzessorität hinaus setzte der EuGH jedoch mit seiner Entscheidung in der Rs. *Zambrano*, in welcher der Gerichtshof dem drittstaatsangehörigen Vater zweier minderjähriger Unionsbürger einen unionsrechtlich gestützten Anspruch auf Aufenthalt zusprach; EuGH, Rs. C-34/09 (Zambrano), Slg. 2011, I-1177. Zu den Auswirkungen dieser Entscheidung s. u.a. M. *Nettesheim*, Der „Kernbereich“ der Unionsbürgerschaft – vom Schutz der Mobilität zur Gewährleistung eines Lebensumfelds, JZ 2011, S. 1030 ff. In der Folge ergänzte der Gerichtshof allerdings in seinem Urteil in der Rs. *Dereci*, dass derartige abgeleitete Aufenthaltsrechte auf Ausnahmesituationen beschränkt sind; EuGH, Rs. C-256/11 (Dereci u.a.), Slg. 2011, I-11315.

Auch im Rahmen der institutionellen Bestimmungen findet sich nochmals der Verweis auf die Repräsentation der Unionsbürger im Europäischen Parlament. Art. 14 EUV bestimmt, dass sich das Europäische Parlament aus „Vertretern der Unionsbürgerinnen und Unionsbürger“ zusammensetzt.³³

Dabei wird die in Art. 9 EUV normierte „Gleichheit der Unionsbürger“ allerdings durch das Ungleichgewicht der Repräsentation in Form einer Kontingentierung der Sitzverteilung im Europäischen Parlament – was folglich eine Benachteiligung der Bürger aus großen Mitgliedstaaten bedeutet – beträchtlich gemindert.³⁴ Art. 14 EUV geht nämlich folgendermaßen weiter: „Die Bürgerinnen und Bürger sind im Europäischen Parlament degressiv proportional, mindestens jedoch mit sechs Mitgliedern je Mitgliedstaat vertreten. Kein Mitgliedstaat erhält mehr als 96 Sitze.“

Art. 9 EUV betont die Gleichheit der Unionsbürger und begründet den Status des Unionsbürgers als „Status der gleichen Freiheit.“ Aus demokratiepolitischer Sicht ist jedoch schwer zu erklären, warum etwa ein Unionsbürger aus Deutschland mit geringerem Gewicht repräsentiert sein soll als ein Unionsbürger aus Malta. Somit ist die Gleichheit der Unionsbürger in dieser Hinsicht – entgegen dem Wortlaut von Art. 9 EUV – gerade nicht gewährleistet.³⁵

Darüber hinaus wird die gleiche Freiheit der Unionsbürger durch das nach wie vor vorhandene Problem der Inländerdiskriminierung ebenfalls gemindert,³⁶ denn – auch diese widerspricht der Gleichheit der Unionsbürger.³⁷

Mit der verstärkten Einbeziehung der nationalen Parlamente einerseits sowie der Aufwertung des Europäischen Parlaments im Gesetzgebungsprozess andererseits erfolgte jedenfalls eine Stärkung der demokratischen Legitimation der Union. Dadurch erfolgte zweifellos eine Verringerung des Demokratiedefizits, jedoch bietet sich nach wie vor Anlass für Kritik, etwa aufgrund des Initiativmonopols der Kommission als Exekutivorgan.³⁸

Bei all diesen Einwänden ist aber immer zu bedenken, dass die Union nicht mit einem Staat vergleichbar ist³⁹ und über ein eigenes, supranationales Konzept der Demokratie verfügt. Zudem wird der Parlamentarismus noch durch weitere unionsrechtliche Instrumente, wie etwa die Garantie von Transparenz sowie eines

33 „Das Europäische Parlament setzt sich aus Vertretern der Unionsbürgerinnen und Unionsbürger zusammen. Ihre Anzahl darf 750 nicht überschreiten, zuzüglich des Präsidenten.“ Art. 14 EUV.

34 S. zu diesem Spannungsverhältnis kritisch etwa *D. Fröhlich*, Gleichheit (Fn. 4), S. 172 ff. sowie auf die allgemeine Problematik föderaler Systeme hinweisend *C. Schönberger*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim* (Fn. 20), Art. 9 EUV, Rn. 32 ff.

35 Folglich besteht ein Konflikt zwischen zwei gleichrangigen Normen des Primärrechts, nämlich Art. 9 und Art. 14 EUV.

36 Näheres dazu bei *W. Obwexer*, Grundfreiheit Freizügigkeit. Das Recht der Unionsbürger, sich frei zu bewegen und aufzuhalten, als fünfte Grundfreiheit, 2009, S. 142 f.; *P. M. Huber*, Freiheit (Fn. 2), S. 322 ff.

37 Die Inländerdiskriminierung wird durch das Unionsrecht keineswegs verboten. Allerdings zeigt der EuGH bereits Tendenzen, dieses Problem im Bereich des Freizügigkeitsrechts aufzugreifen – etwa mit seinem Urteil in der Rs. *Zambrano* (Fn. 31), in dem er minderjährigen Unionsbürgern einen Anspruch darauf, dass ihre für sie sorgenden Eltern ebenfalls ein Aufenthaltsrecht bekommen, zuerkannte.

38 Zur Einschränkung des Initiativmonopols der Kommission, insbes. in Hinblick auf die Europäische Bürgerinitiative, s. jedoch *W. Obwexer/J. Villotti*, Die Europäische Bürgerinitiative. Grundlagen, Bedingungen und Verfahren, JRP 2010, S. 108 (117 f.).

39 Zur mangelnden Staatsqualität der Union s. etwa *W. Obwexer*, Grundfreiheit Freizügigkeit (Fn. 36), S. 137 ff.; *M. Ruffert*, in: *Calliess/Ruffert* (Fn. 19), Art. 9 EUV, Rn. 7.

„möglichst offenen“ Entscheidungsprozesses, ergänzt und verstärkt.⁴⁰ Denn wenngleich Art. 10 EUV grundsätzlich ein Bekenntnis der Union zur repräsentativen Demokratie enthält, so sind nichtsdestotrotz auch wichtige partizipativ-demokratische Elemente und Instrumente vorgesehen.

3. Grundsatz der partizipativen Demokratie

Die partizipative Demokratie, die eine erhöhte Legitimation der Entscheidungsprozesse durch Einbindung der Bürger gewährleisten soll,⁴¹ hat vor allem in Form der Einbindung der Zivilgesellschaft bereits Tradition in der EU.⁴² Durch den Vertrag von Lissabon wurde die rechtliche Verankerung der partizipativen Demokratie im Unionsrecht wesentlich ausgebaut.⁴³ Partizipative Demokratie wird auch bereits als „ein fester Bestandteil des europäischen Gesellschaftsmodells“ definiert.⁴⁴

Dementsprechend vielfältig ist die partizipative Demokratie auch im Unionsrecht verankert. Gemäß Art. 10 Abs. 3 EUV haben alle Unionsbürger das Recht, am demokratischen Leben der Union teilzuhaben. Auch das in Art. 10 Abs. 3 Satz 2 verankerte Prinzip, dass Entscheidungen möglichst offen und nah am Bürger getroffen werden sollen, verkörpert den Grundsatz der Bürgernähe. Eine besondere Ausprägung dieses Prinzips der Bürgernähe ist im Recht der Unionsbürger auf Zugang zu Dokumenten, das in Bezug auf die Organe Europäisches Parlament, Rat und Kommission durch die Verordnung 1049/2001 sekundärrechtlich geregelt ist⁴⁵ und mit dem Vertrag von Lissabon auf Dokumente sämtlicher Organe, Einrichtungen und sonstiger Stellen der Union erstreckt wurde, zu sehen.⁴⁶ Diesem Recht auf Zugang zu Dokumenten kommt auch als wichtigem Element einer guten Verwaltungspraxis besondere Bedeutung zu.

Das Recht auf eine gute Verwaltung stellt wiederum eine wichtige Verkörperung der Grundsätze der Bürgernähe, Offenheit und Transparenz dar, die der Union zusätzlich demokratische Legitimation durch ihre Bürger verleihen sollen. Der Grundsatz einer guten Verwaltung⁴⁷ hat – ebenso wie das Recht auf Zugang zu Dokumenten⁴⁸ – auch Eingang in die Grundrechte-Charta gefunden und ist somit in den

40 Vgl. etwa *A. von Bogdandy*, Grundprinzipien (Fn. 6), S. 67.

41 Ziel ist die erhöhte Legitimation der Entscheidungsprozesse durch Einbindung der Bürger. Zur Entwicklung sowie zum Begriff der Bürgerpartizipation s. *D. Rabenschlag*, Leitbilder (Fn. 5), S. 316 ff.

42 Dabei waren insbes. Verbände sowie die organisierte Zivilgesellschaft von Beginn an als wichtige Akteure im europäischen Einigungsprozess anerkannt worden. Diese besondere Rolle fand auch Niederschlag in Art. 11 Abs. 2 EUV, welcher der Union den Auftrag erteilt, „einen offenen, transparenten und regelmäßigen Dialog mit den repräsentativen Verbänden und der Zivilgesellschaft“ zu führen.

43 Vgl. dazu *V. Robertson*, Elemente (Fn. 26), S. 137.

44 S. Europäischer Wirtschafts- und Sozialausschuss, Referat Veröffentlichungen/Besuchergruppen, Partizipative Demokratie in fünf Punkten, 2011.

45 VO (EG) Nr. 1049/2001 über den Zugang der Öffentlichkeit zu Dokumenten des Europäischen Parlaments, des Rates und der Kommission, ABl. EG L 2001 L 145/43.

46 Art. 15 Abs. 3 EUV.

47 Art. 41 GRC: Recht auf eine gute Verwaltung.

48 Art. 42 GRC bzw. Art. 15 Abs. 3 AEUV: „Jeder Unionsbürger sowie jede natürliche oder juristische Person mit Wohnsitz oder satzungsgemäßem Sitz in einem Mitgliedstaat hat das Recht auf Zugang zu Dokumenten der Organe, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Union, unabhängig von der Form der für diese Dokumente verwendeten Träger, vorbehaltlich der Grundsätze und Bedingungen, die nach diesem Absatz festzulegen sind.“

Rang eines Grundrechts der Unionsbürger erhoben worden. Obwohl diese beiden Rechte in den Abschnitt „Bürgerrechte“ der Grundrechte-Charta aufgenommen wurden, ist der Kreis der Begünstigten in beiden Fällen nicht auf die Unionsbürger beschränkt. Neben den Unionsbürgern haben auch natürliche und juristische Personen mit Sitz bzw. Wohnsitz in den Mitgliedstaaten das Recht auf Zugang zu Dokumenten. Das Recht auf eine gute Verwaltung kommt in diesem Zusammenhang sogar „jeder Person“ zu; folglich fallen auch Drittstaatsangehörige und juristische Personen in den Schutzbereich dieses Grundrechts.⁴⁹ In den Abschnitt der Bürgerrechte der Grundrechte-Charta wurden außerdem noch das Recht, den Bürgerbeauftragten anzurufen, sowie das Petitionsrecht an das Europäische Parlament aufgenommen – auch diese beiden Bürgerrechte erstrecken sich über die Unionsbürger hinaus auf natürliche und juristische Personen mit Wohnsitz bzw. satzungsgemäßem Sitz in den Mitgliedstaaten. Sie knüpfen also an einem „Bürgerbegriff“ an, der sich über die Staatsangehörigkeit hinaus auch auf den Wohnsitz bzw. Sitz juristischer Personen erstreckt.

Als einziges wirklich direkt demokratisches Instrument im klassischen Sinne wurde mit dem Vertrag von Lissabon die Möglichkeit einer Bürgerinitiative geschaffen, deren Ausgestaltung in Art. 11 Abs. 4 EUV geregelt ist.

4. Bürgerinitiative als Verkörperung der direkten Demokratie

Die Europäische Bürgerinitiative ermöglicht es Unionsbürgerinnen und -bürgern, die Initiative zu ergreifen und die Europäische Kommission aufzufordern, „im Rahmen ihrer Befugnisse geeignete Vorschläge“ für neue Rechtsakte zu formulieren. Die Hürden erscheinen dabei allerdings relativ hoch: ein derartiger Antrag muss von mindestens einer Million Unionsbürgerinnen und -bürgern,⁵⁰ bei denen es sich um Staatsangehörige „einer erheblichen Anzahl von Mitgliedstaaten“ handeln muss, unterstützt werden.⁵¹

Die Konkretisierung der Frage, was darunter zu verstehen ist, erfolgte durch die im Februar 2011 verabschiedete Verordnung 211/2011 über die Bürgerinitiative.⁵² Diese Verordnung definiert, dass die Unterstützungserklärungen aus mindestens einem Viertel aller EU-Mitgliedstaaten kommen müssen.⁵³ Bei den Organisatoren

49 Dieses setzt damit die Tradition des Kodex für gute Verwaltungspraxis fort, dessen Anwendungsbereich sich ebenfalls auf natürliche und juristische Personen, egal ob sie ihren Wohnsitz bzw. Sitz in einem Mitgliedstaat haben oder nicht, erstreckt. S. dazu Art. 2 des Europäischen Kodex für gute Verwaltungspraxis, der am 6.9.2001 durch eine Entschließung des Europäischen Parlaments angenommen wurde, ABl. EG 2002 C 72 E/331.

50 In absoluten Zahlen scheint die notwendige Anzahl an Unterstützungserklärungen sehr hoch zu sein; legt man diese jedoch auf die Gesamtbevölkerung der Union um, so entspricht eine Million Unterstützungserklärungen einem Prozentsatz von 0,2 – dies ergibt einen prozentuell gesehen vergleichsweise niedrigen Wert. Näheres dazu s. bei V. Robertson, Elemente (Fn. 26), S. 139. Nichtsdestotrotz ergeben sich vor allem aufgrund des doch recht aufwendigen Verfahrens beträchtliche Hürden. S. auch A. Müller in diesem Heft auf S. 169.

51 Was dabei unter einer „erheblichen Anzahl von Mitgliedstaaten“ zu verstehen ist, hat Art. 11 Abs. 4 EUV allerdings offen gelassen.

52 VO (EU) Nr. 211/2011 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16.2.2011 über die Bürgerinitiative, ABl. EU 2011 L 65/1.

53 Das bedeutet bei derzeit 28 Mitgliedstaaten aus mindestens sieben Staaten.

einer solchen Bürgerinitiative muss es sich um einen aus mindestens sieben Unionsbürgern, die in sieben unterschiedlichen Mitgliedstaaten niedergelassen sind, bestehenden Bürgerausschuss handeln. Dieser Bürgerausschuss muss zuerst bei der Kommission die Registrierung der Initiative beantragen.⁵⁴ Wurde die Bürgerinitiative erfolgreich registriert, so haben die Initiatoren ein Jahr Zeit, die notwendigen Unterstützungsbekundungen zu sammeln.⁵⁵

Hat eine Bürgerinitiative die formellen Hürden erfüllt, so muss die Kommission diese prüfen und erläutern, ob bzw. welche Maßnahmen sie ergreift sowie Gründe für ihre Entscheidung mitteilen.⁵⁶ Allerdings ist sie nicht dazu verpflichtet, einen entsprechenden Gesetzesvorschlag vorzulegen. Somit bleibt die Bürgerinitiative ein demokratiepolitisch gesehen eher schwaches Mittel, zumal das Verfahren auch recht aufwendig ist.

Als erstem und einzigm direkt-demokratischen Instrument kommt ihr jedoch hohe Symbolkraft zu und sie erfreut sich auch bereits großer Beliebtheit, wie die doch recht hohe Zahl der bisher initiierten Verfahren zeigt.⁵⁷

IV. Abschließende Analyse

Mit dem Vertrag von Lissabon wurde die zentrale Rolle der Unionsbürgerschaft im neu geschaffenen Titel II EU über die demokratischen Grundsätze der Union rechtlich verankert.

Hinsichtlich des immer wieder kritisch bemängelten Demokratiedefizits wurde durch die jüngste Vertragsänderung ein weiterer Schritt in Richtung dessen Verringerung gemacht, wenngleich dieses auch nach wie vor nicht behoben werden konnte. Die supranationale Union verfügt jedenfalls über ein sich von jenem der Nationalstaaten unterscheidendes, unionsspezifisches Konzept der Demokratie.

In diesem Sinne konstituieren die Bestimmungen über die demokratischen Grundsätze der Union die EU als demokratische supranationale Herrschaft. Sie kodifizieren das Bekenntnis der Union zur repräsentativen Demokratie, beinhalten aber auch wichtige partizipatorische Elemente. Die Bürgerinitiative ist als einziges Instrument, das wirklich der direkten Demokratie im engeren Sinne zuzuordnen ist, von hoher symbolischer Wertigkeit, wenn auch nicht von ebensolcher Wirkung.⁵⁸

⁵⁴ Die Kommission kann es aus verschiedenen, in der VO aufgezählten Gründen ablehnen, eine Bürgerinitiative zu registrieren, etwa wenn diese offenkundig außerhalb des Kompetenzbereichs der Kommission liegt oder offenkundig gegen die Werte der Union verstößt, Art. 4 VO (EU) Nr. 211/2011.

⁵⁵ Sind eine Million Unterstützungsberklärungen aus mindestens sieben Mitgliedstaaten erreicht worden, dann werden diese zur Überprüfung an die zuständigen nationalen Behörden weitergeleitet. Nachdem die nationalen Behörden eine Bescheinigung über die Zahl der gültigen Unterstützungsberklärungen ausgestellt haben, können die Organisatoren die Initiative bei der Kommission einreichen; Art. 8 und Art. 9 VO (EU) Nr. 211/2011.

⁵⁶ Die Kommission hat die eingelangte Bürgerinitiative unverzüglich zu veröffentlichen und sie in der Folge innerhalb von drei Monaten zu prüfen. Zu diesem Zweck veröffentlicht die Kommission eine Mitteilung, in der sie ihr weiteres Vorgehen darlegt und begründet; Art. 10 VO (EU) Nr. 211/2011.

⁵⁷ S. dazu A. Müller in diesem Heft auf S. 169.

⁵⁸ Dies ist allerdings angewandt der nur bedingten Eignung des politischen Systems der Union für direkt demokratische Instrumente nicht zwangsläufig als negativ zu werten.

Hinsichtlich des in der Vergangenheit auch als vergleichsweise schwach ausgeprägt kritisierten status activus wurde mit dem neu konzipierten Teil über die demokratischen Grundsätze der Union aufgezeigt, dass dessen Ausprägung gar nicht mehr so schwach ist.

Wenngleich Art. 9 EUV als redaktionell und sprachlich etwas unglücklich gelungen erscheint, so verdeutlicht er nichtsdestotrotz die zentrale Bedeutung der Unionsbürgerschaft für die demokratische Legitimation der Union.

Der Status des Unionsbürgers als Status der gleichen Freiheit wird in der Praxis jedoch vor allem durch die Ungleichgewichtung der Repräsentation im Europäischen Parlament gemindert.

Nichtsdestotrotz ist der Unionsbürger in den 20 Jahren seit Bestehen der Unionsbürgerschaft quasi ins Zentrum der demokratischen Legitimation der Union gerückt und bildet deren Ausgangs- und Anknüpfungspunkt. Er wird als „Legitimations-subjekt des europäischen Gemeinwesens“⁵⁹ definiert.

Dieses Abstellen auf die demokratische Legitimation durch die Unionsbürger war allerdings schon allein deshalb notwendig, da kein europäisches Volk an sich vorhanden ist. Zum mindest aus dieser Perspektive kann man Demokratie in der supranationalen EU mit ihrem spezifischen Demokratiekonzept als „Herrschaft der Unionsbürger“ bezeichnen.

59 Vgl. F. Wollenschläger, Die Unionsbürgerschaft und ihre Dynamik für den Integrationsprozess jenseits des Marktes, ZEuS 2009, S. 1 (52).

Die Europäische Bürgerinitiative als Instrument direktdemokratischer Legitimation – und die (problematische) Ausgestaltung ihrer materiellen Schranken im Sekundärrecht

*Von Andreas Th. Müller, Innsbruck**

I. Einleitung

Über die in Art. 11 Abs. 4 EUV verankerte Europäische Bürgerinitiative ist im Zuge des Inkrafttretens des Vertrags von Lissabon schon viel geschrieben worden.¹ Als Greenhorn im Kanon der Unionsbürgerrechte verdient sie aber nach wie vor wissenschaftliche Aufmerksamkeit, zumal die von Art. 24 Abs. 1 AEUV vorgesehene Verordnung über die Europäische Bürgerinitiative (EBI-Verordnung)² erst am 1. April 2012 in Kraft getreten ist.

Darüber hinaus bietet die Bürgerinitiative einen reizvollen Forschungsgegenstand, insofern sie im genannten Kanon einen eigentümlichen Platz einnimmt, lässt sie sich doch als politisches³ Unionsbürgerrecht apostrophieren. Insofern gehört sie, wenn man *Georg Jellinek* bemühen will, zu den Unionsbürgerrechten des „aktiven Status“.⁴ Diese Eigenschaft teilt sie mit dem Wahlrecht zum Europäischen Parlament und bei Kommunalwahlen und bis zu einem gewissen Grad auch dem Petitionsrecht. Im Gegensatz zu diesen hat es die Bürgerinitiative aber weder in den Unionsbürgerrechtekatalog des Art. 20 AEUV noch in jenen der „Bürgerrechte“ des Titels V (Art. 39-46) GRC geschafft.⁵ Die Gründe hierfür sind zu einem erheblichen Teil in der Redaktionsgeschichte dieser Bestimmungen zu suchen.⁶ Dennoch stellt es einen in systematischer Sicht bemerkenswerten Befund dar, dass die Bürgerinitiative, was ihre Eigenschaft als Unionsbürgerrecht anlangt, abseits steht. In an-

* Dr. Andreas Th. Müller, LL.M. (Yale) ist Assistentprofessor am Institut für Europarecht und Völkerrecht der Universität Innsbruck. Ich danke Herrn Assoz. Prof. Dr. Christoph Bezemek, LL.M., Herrn Univ.-Prof. Dr. Walter Obwexer und Herrn Univ.-Prof. Dr. Werner Schroeder, LL.M., für wertvolle Anregungen und Kritik. Der Beitrag wurde zum 31. Januar 2014 abgeschlossen.

1 Vgl. die Nachweise in *L. Langer/A.T. Müller*, *Ius cogens und die Werte der Union. Schranken direktdemokratischer Partizipation in der EU und der Schweiz*, Jör 61, S. 230, Anm. 5 und 35.

2 VO (EU) Nr. 211/2011 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16.2.2011 über die Bürgerinitiative, ABl. EU 2011 L 65/1, i.d.F. VO (EU) Nr. 887/2013 der Kommission vom 11.7.2013, ABl. EU 2013 L 247/11.

3 Zur politischen Dimension der Unionsbürgerschaft vgl. *S. Kadelbach*, in: von Bogdandy/Bast (Hrsg.), *Europäisches Verfassungsrecht*, 2. Aufl. 2009, S. 611 (627 ff.); *A. Hatje*, in: Schwarze (Hrsg.), *EU-Kommentar*, 3. Aufl. 2012, Art. 20 AEUV, Rn. 2 f. m.w.N.; vgl. namentlich auch *J. Shaw*, in: *Craig/de Búrca, The Evolution of EU Law*, 2. Aufl. 2011, S. 575 (600 ff.) und – speziell zur Bürgerinitiative – 606 ff. (608: „effective political citizenship in and of the Union“); vgl. dazu insb. auch *G. Lienbacher/T. Kröll*, in: Schwarze (Hrsg.), *EU-Kommentar*, 3. Aufl. 2012, Art. 10 EUV, Rn. 17.

4 *G. Jellinek*, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, 2. Aufl. 1919, S. 87 und 136 ff.

5 Vgl. hierzu auch *A. Guckelberger*, *Die Europäische Bürgerinitiative*, 63 DÖV 2010, S. 745; *A. Auer*, *European Citizens' Initiative*, 1 European Constitutional Law Review 2005, S. 79 (80); *W. Obwexer/J. Villotti*, *Die Europäische Bürgerinitiative. Grundlagen, Bedingungen und Verfahren*, 18 JRP 2010, S. 108 (110).

6 Im Gegensatz zu den anderen Unionsbürgerrechten existierte das Recht zur Bürgerinitiative bei der Proklamation der GRC im Jahr 2000 noch nicht; anlässlich deren Erhebung in den Primärrechtsrang durch den Vertrag von Lissabon im Jahr 2009 wurden die darin enthaltenen Verbürgungen nicht mehr ergänzt. Dasselbe gilt für Art. I-10 VVE, auf dem Art. 20 AEUV beruht. Zur Redaktionsgeschichte von Art. 11 Abs. 4 EUV, der Art. I-47 Abs. 4 VVE nachgebildet ist, vgl. die Nachweise in *L. Langer/A.T. Müller*, *Ius cogens* (Fn. 1), S. 238, Anm. 56.

derer Hinsicht ist sie freilich durchaus prominent platziert, nämlich mitten im „Demokratie-Credo“ der Union in Titel II (Art. 9-12) EUV.

Die nachstehenden Überlegungen wollen sich vor diesem Hintergrund vornehmlich drei Fragekreisen widmen: (II.) Zunächst soll versucht werden, die Bürgerinitiative in Hinblick auf das den Verträgen zugrunde liegende Demokratiekonzept zu verorten. Hier gilt es vor allem zu klären, inwieweit sie als Instrument direktdemokratischer Legitimation des Unionshandelns gelten kann. (III.) Die 2012 in Kraft getretene EBI-Verordnung konkretisiert einerseits die in Art. 11 Abs. 4 EUV, also im Primärrecht, verankerten formellen und kompetenziellen Vorgaben,⁷ hat aber auch zusätzliche Schranken materiellen Charakters eingeführt.⁸ Nachdem das Gros der Literatur zur Bürgerinitiative vor Verabschiedung der endgültigen Fassung der EBI-Verordnung entstanden ist, gibt es bislang bloß vereinzelte Stimmen im Schrifttum⁹ zu diesen – wie zu zeigen sein wird, teils problematischen¹⁰ – autonomen inhaltlichen Schranken. (IV.) Soweit dies zum gegenwärtigen Zeitpunkt möglich ist, soll abschließend ein Blick auf die frühe Praxis zur Bürgerinitiative geworfen werden; immerhin wurden schon mehr als 40 Initiativen lanciert.

II. Demokratiekonzept des Unionsrechts: Bürgerinitiative als Instrument direktdemokratischer Legitimation?

Die besondere Stellung der Bürgerinitiative im System der Verträge ist bereits angesprochen worden. Ihr locus classicus ist Titel II des EUV über die „demokratischen Grundsätze“ – im Entwurf zum Verfassungsvertrag (VVE) hatte es noch blumiger „demokratisches Leben der Union“ geheißen.¹¹ Hinsichtlich der für die Initiative geltenden „Verfahren und Bedingungen“ verweist Art. 11 Abs. 4 EUV auf

7 Vgl. insb. Art. 4 Abs. 2 lit. a und b EBI-Verordnung.

8 Gemäß Art. 4 Abs. 2 lit. c und d i.V.m. Abs. 3 EBI-Verordnung sind geplante Bürgerinitiativen von der Kommission zu registrieren, wenn sie „nicht offenkundig missbräuchlich, unseriös oder schikanös“ sind und „nicht offenkundig gegen die Werte der Union [verstoßen], wie sie in Artikel 2 EUV festgeschrieben sind“; andernfalls ist ihnen die Registrierung zu verweigern.

9 In P.M. Huber, in: Streinz, EUV/AEUV, 2. Aufl. 2012, Art. 11 EUV, Rn. 50 werden die Gründe für die Nicht-registrierung einer Bürgerinitiative nur erwähnt; vgl. ebenso B. Biervert, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, 3. Aufl. 2012, Art. 11 EUV, Rn. 4; C. Lintschinger, Die Europäische Bürgerinitiative, 2012, S. 23; M. Dougan, What are we to make of the citizens' initiative?, 48 CMLRev. 2011, S. 1807 (1840 f.); W. Obwexer/J. Villotti, Die Europäische Bürgerinitiative (Fn. 5), S. 114 noch zu Art. 4 Abs. 3 und 4 des Vorschlags für eine Verordnung über die Bürgerinitiative, KOM(2010) 199 endg. (im Folgenden: EBI-Verordnungsvorschlag). H. Isak, Die Anwendung der demokratischen Grundsätze unter besonderer Berücksichtigung der Europäischen Bürgerinitiative, in: Eilmansberger et al. (Hrsg.), Rechtsfragen der Implementierung des Vertrags von Lissabon 2011, S. 173 (181) hält im Blick auf diese Bestimmungen lediglich fest, dass einerseits „[d]ie Konformität mit den Unionswerten ... an Art 2 EUV und seiner Ausformung in einschlägigen Dokumenten und Initiativen der Union zu messen sein“ und dass andererseits bezüglich Missbräuchlichkeit und Ernsthaftigkeit der Initiative „jeweils eine Einzelprüfung zu erfolgen“ haben werde. Vgl. jüngst auch (wiederum nur punktuell) A.H. Trechsel/J. Hien, Einige Gedanken zur Geburtsstunde der Europäischen Bürgerinitiative, in: Good/Platipidis, Direkte Demokratie, FS Auer, 2013, S. 415 (420, 426); T. Fülop, in: Mayer/Stöger (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 11 EUV, Rn. 23.

10 So auch M. Ruffert, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 11 EUV, Rn. 22, allerdings unter Bezug auf den – nach Auffassung des Autors (*ibid.*, Rn. 19) – nur begrenzten Rechtsschutz; vgl. dagegen unten IV.2.

11 Vgl. die Überschrift von Titel VI des Teils I, vor Art. I-45 VVE. Die Wortfolge hat sich in Art. 10 Abs. 3 EUV (vormals Art. I-46 Abs. 3 VVE) noch erhalten.

Art. 24 Abs. 1 AEUV. Damit wird die primär demokratische Verortung der Bürgerinitiative mit einer Erwähnung im Kapitel des AEUV über die Unionsbürgerschaft¹² verschränkt und mit einem Gesetzgebungsauftrag verbunden.

Der Vertrag von Lissabon ist, wie seine Präambel sagt, mit dem Anspruch angetreten, „den … Prozess, mit dem … die demokratische Legitimität der Union erhöht werden soll …, abzuschließen“.¹³ Zu diesem Zweck wird die Demokratie in Art. 2 EUV als einer der Werte verankert,¹⁴ auf den sich die Union gründet, und in Art. 9 EUV der Grundsatz der Gleichheit der Bürgerinnen und Bürger festgeschrieben, der im VVE noch mit „Grundsatz der demokratischen Gleichheit“ überschrieben war.¹⁵ Obschon die Verträge keine ausdrückliche Definition von Demokratie enthalten, normiert Art. 10 Abs. 1 EUV, dass „die Arbeitsweise der Union … auf der repräsentativen Demokratie beruht“. Damit wird repräsentative Demokratie als terminus technicus der Verträge eingeführt und gleichzeitig ihr Pramat normiert.¹⁶

Der folgende Art. 11 EUV, in dessen Abs. 4 auch die Bürgerinitiative verankert ist, widmet sich demgegenüber Elementen, die die repräsentative Demokratie ergänzen¹⁷ und verstärken.¹⁸ Im Gegensatz zur repräsentativen Demokratie gibt der Vertrag diesen aber keinen Namen. Nun findet sich kaum eine Abhandlung, in der in diesem Zusammenhang nicht von partizipativer (oder partizipatorischer) Demokratie die Rede wäre,¹⁹ und mit Fug und Recht kann man sich dabei auf den wortgleichen Art. I-47 VVE berufen, der ausdrücklich mit „Grundsatz der partizipativen Demokratie“ überschrieben war.²⁰ Umso mehr muss hervorgehoben werden, dass dieser Begriff den in Geltung stehenden Verträgen als verbum legale fremd ist. Unionsrechtlich noch schwächer abgesichert scheint freilich der Begriff der direkten Demokratie, der sich nicht einmal auf die Weihen des VVE berufen kann. Dennoch soll im Folgenden dafür argumentiert werden, dass die Bürgerinitiative nicht nur

12 Vgl. den Zweiten Teil des AEUV über „Nichtdiskriminierung und Unionsbürgerschaft“ (Art. 18-25 AEUV).

13 Vertrag von Lissabon zur Änderung des Vertrags über die Europäische Union und des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, ABl. EG 2007 C 306/01, Präambel, Abs. 1.

14 Vgl. auch die dreifache Nennung von Demokratie im zweiten, vierten und siebenten Erwgr. der Präambel zum EUV.

15 Art. I-45 VVE; vgl. dazu insb. *C. Schönberger*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der EU, Art. 9 EUV, Rn. 5.

16 Zur repräsentativen Demokratie im Unionsrecht vgl. *P.M. Huber*, in: Streinz (Fn. 9), Art. 10 EUV, Rn. 21 ff.; *M. Ruffert*, in: Calliess/Ruffert (Fn. 10), Art. 10 EUV, Rn. 4; *M. Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Fn. 15), Art. 10 EUV, Rn. 8, 12 ff., 21; mit verfassungsrechtlicher Perspektive *G. Lienbacher/T. Kröll*, in: Schwarze (Fn. 3), Art. 10 EUV, Rn. 5 ff. Für eine explizite Bezugnahme der Rsp. auf das Konzept der repräsentativen Demokratie vgl. EuGH, Rs. C-344/04 (International Air Transport Association), Slg. 2006, I-403, Rn. 61.

17 Vgl. Stellungnahme des Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschusses, 17.3.2010, SC/032 – ESE 465/2010, Nr. 3.2 (im Folgenden: WSA-Stellungnahme); BVerfGE 123, 267, 369, 379 – *Lissabon*; *A. Guckelberger*, Die Europäische Bürgerinitiative (Fn. 5), S. 745; *H. Isak*, Die Anwendung der demokratischen Grundsätze (Fn. 9), S. 158; *P.M. Huber*, in: Streinz (Fn. 9), Art. 10 EUV, Rn. 45; *ibid.*, Art. 11 EUV, Rn. 3; *M. Ruffert*, in: Calliess/Ruffert (Fn. 10), Art. 9 EUV, Rn. 21; *ibid.*, Art. 11 EUV, Rn. 1; *M. Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Fn. 16), Art. 11 EUV, Rn. 5; *W. Kaufmann-Bühler*, in: Lenz/Borchardt (Hrsg.), EU-Verträge, 5. Aufl. 2010, Art. 11 EUV, Rn. 1; *H.-P. Folz*, in: Vedder/Heintschel von Heinegg (Hrsg.), EUV/AEUV, 2012, Art. 11 EUV, Rn. 1.

18 Z.B. WSA-Stellungnahme (Fn. 17), Nr. 3.2 sowie *M. Ruffert*, in: Calliess/Ruffert (Fn. 10), Art. 11 EUV, Rn. 1.

19 Vgl. etwa Erwgr. 14 EBI-Verordnung; BVerfGE 123, 267, 377 ff. – *Lissabon* sowie die weiteren Nachweise in *L. Langer/A.T. Müller*, Ius cogens (Fn. 1), S. 237, Anm. 48.

20 Vgl. „principle of participatory democracy“ und „principe de la démocratie participative“ in der engl. und franz. Sprachfassung.

eine Novität,²¹ sondern eine (zugegebenermaßen bescheidene)²² Manifestation direktdemokratischer Legitimation im Unionsrecht ist.²³

Die gebotene Kürze erlaubt nicht, in eine vertiefte terminologische und konzeptuelle Diskussion verschiedener Erscheinungsformen direkter, unmittelbarer bzw. plebisizitären Demokratie²⁴ und ihrer Unterschiede zu Formen partizipativer Demokratie²⁵ einzutreten. Vielmehr soll die Argumentation von der Struktur von Art. 11 EUV her entwickelt werden. Dabei fällt vor allem auf, dass die in Abs. 4 verankerte Bürgerinitiative im Vergleich zu den in den Abs. 1 bis 3 enthaltenen Informations-, Dialog- und Konsultationsmechanismen²⁶ eine relativ eigenständige Existenz führt, was in mehrfacher Hinsicht deutlich wird:

- a) Das in Abs. 4 normierte Recht ist das bei weitem am konkretesten ausgestaltete, und zwar sowohl von seinem Wortlaut her als auch in Hinblick auf den eindeutigen Gesetzgebungsauftrag des Art. 24 Abs. 1 AEUV. Nicht umsonst wurde vornehmlich für Art. 11 Abs. 4 EUV ernsthafter diskutiert, ob die Bestimmung unmittelbar wirksam sei, wenn dies auch bis zum Erlass der EBI-Verordnung zu Recht verneint wird.²⁷
- b) Die Bürgerinitiative ist stärker in den formalen Entscheidungsfindungsprozess des Unionsrechts eingebunden als die anderen Mechanismen des Art. 11 EUV. Zugegebenermaßen hebt die Bürgerinitiative das Initiativmonopol der Kommission nicht auf. Es ist aber mit der h.M. anzuerkennen, dass die Kommission einer erfolgreichen Bürgerinitiative in vergleichbarer Weise zu begegnen hat wie den Rechten von Parlament und Rat gemäß Art. 225 und 241 AEUV.²⁸ Das ist ein deutliches plus gegenüber den Rechten der Abs. 1 bis 3.

21 Vgl. Entschließung des Europäischen Parlaments, 7.5.2009, P6_TA(2009)0389, C (im Folgenden: EP-Entschließung); Grünbuch zur Europäischen Bürgerinitiative, KOM(2009) 622 endg., 3; EBI-Verordnungsvorschlag (Fn. 9), 2; WSA-Stellungnahme (Fn. 17), Nr. 1.5, 5.4 und 5.5; vgl. weiters J.C. Piris, *The Constitution for Europe*, 2006, S. 119; Editorial Comments: Direct Democracy and the European Union ... Is That a Threat or a Promise?, 45 CMLRev. 2008, S. 929 (930, 940); vgl. die weiteren Nachweise in L. Langer/A.T. Müller, *Ius cogens* (Fn. 1), S. 230, Anm. 5.

22 P.M. Huber, in: Streinz (Fn. 9), Art. 10 EUV, Rn. 23 beschreibt die Bürgerinitiative als „eng begrenzte, besonders rechtfertigungsbedürftige Ausnahme“; vgl. auch *ibid.*, Art. 11, Rn. 32 f.

23 Zu direktdemokratischen Aspekten im Unionsrechtssystem, v.a. in Zusammenhang mit Vertragsänderungen vgl. auch W. Schroeder, Demokratie, Transparenz und die Regierungskonferenz. Überlegungen zur Legitimität der Europäischen Union, KritV 1998, S. 423 (435 ff.).

24 Vgl. bereits H. Kelsen, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, 2. Aufl. 1929, S. 38 ff.; M. Schmidt, Demokratietheorien, 4. Aufl. 2008, S. 336 ff.

25 Vgl. dazu insb. M. Ruffert, in: Calliess/Ruffert (Fn. 10), Art. 11 EUV, Rn. 2 ff.; M. Nettesheim, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Fn. 16), Art. 11 EUV, Rn. 5; M. Schmidt, Demokratietheorien (Fn. 24), S. 236, jeweils m.w.N.

26 Vgl. dazu die Systematisierungsversuche in WSA-Stellungnahme (Fn. 17), Nr. 4 (horizontaler ziviler Dialog, vertikaler ziviler Dialog, Konsultationen); P.M. Huber, in: Streinz (Fn. 9), Art. 11 EUV, Rn. 6 (Kommunikationsförderung, zivilgesellschaftlicher Dialog, Anhörung Betroffener); W. Obwexer/J. Villotti, *Die Europäische Bürgerinitiative* (Fn. 5), S. 109 (Dialogbereitschaft, Dialogsuche, Anhörungen).

27 Vgl. W. Schroeder, *Grundkurs Europarecht*, 3. Aufl. 2013, § 13 Rn. 23; W. Obwexer/J. Villotti, *Die Europäische Bürgerinitiative* (Fn. 5), S. 112; P.M. Huber, in: Streinz (Fn. 9), Art. 11 EUV, Rn. 55 f.; H.-P. Folz, in: Vedder/Heintschel von Heinegg (Fn. 17) Art. 11 EUV, Rn. 3; zur fehlenden unmittelbaren Wirkung von Art. 11 Abs. 1-3 EUV vgl. W. Kaufmann-Bühler, in: Lenz/Borchardt (Fn. 17), Art. 11 EUV, Rn. 6; B. Biervert, in: Schwarze (Fn. 9), Art. 11 EUV, Rn. 2; W. Obwexer/J. Villotti, *Die Europäische Bürgerinitiative* (Fn. 5), S. 109; P.M. Huber, in: Streinz (Fn. 9), Art. 11 EUV, Rn. 11; H.-P. Folz, in: Vedder/Heintschel von Heinegg (Fn. 17), Art. 11 EUV, Rn. 3; T. Fülop, in: Mayer/Stöger (Fn. 9), Art. 11 EUV, Rn. 8.

28 Vgl. Erwgr. 1 EBI-Verordnung; EP-Entschließung (Fn. 21), Nr. B; vgl. im Übrigen die Nachweise in L. Langer/A.T. Müller, *Ius cogens* (Fn. 1), S. 242, Anm. 73. Zum Wortlaut der Vorschriften vgl. unten Fn. 54 f.

- c) Während in den anderen Fällen die Unionsorgane als Subjekt des Handelns präsentiert werden, sind es im Falle des Abs. 4 die Unionsbürgerinnen und -bürger. Sie sind die „Agenda-Setter“.
- d) Der bemerkenswerteste Unterschied ist aber, dass Träger des Rechts nach Abs. 4 die Unionsbürgerinnen und Unionsbürger²⁹ sind, und nicht „repräsentative Verbände“, die „Zivilgesellschaft“ oder die „Betroffenen“. Das bedeutet, es besteht eine Kongruenz in der Rechtsträgerschaft zwischen dem Initiativrecht und dem Wahlrecht zum Europäischen Parlament³⁰ als Kernelement der repräsentativen Demokratie auf Unionsebene.³¹ Es kommt also zur Einbeziehung des Elektorats als solchem und nicht bloß „interessierter Kreise“, und eben dies wird oft als ein typischer Zug direktdemokratischer Rechte im Gegensatz zu Partizipationsrechten dargestellt.³²

Aus diesen Gründen scheint es gerechtfertigt, in Bezug auf die Bürgerinitiative von einem Element direkter³³ (in Abhebung von partizipativer)³⁴ Demokratie in den Verträgen zu sprechen. Repräsentative Demokratie hat kein eindeutiges Antonym: Von einem tertium non datur kann nicht die Rede sein, sodass für beide Gegensatzbegriffe Platz bleibt. Dass der VVE die Bürgerinitiative als Instrument partizipativer

29 Vgl. BVerfGE 123, 267, 405 – *Lissabon*. Dies anerkennt etwa auch der WSA, regt aber im Rahmen einer künftigen Vertragsrevision eine Erweiterung auf „ständig im Unionsgebiet wohnhafte Drittstaatsangehörige“ an; WSA-Stellungnahme (Fn. 17), Nr. 4.4.1.

30 Art. 14 Abs. 2 und 3 EUV i.V.m. Art. 20 Abs. 2 lit b., Art. 22 Abs. 2 AEUV und Art. 39 Abs. 1 GRC; vgl. aber zur Sondersituation in Gibraltar und zur diesbezüglichen Erweiterung des aktiven und passiven Wahlrechts zum Europäischen Parlament auf Nicht-Unionsbürger EuGH, Rs. C-145/04 (Spanien/Vereinigtes Königreich), Slg. 2006, I-7917, Rn. 78 f. Zu möglichen Implikationen für die Bürgerinitiative vgl. Editorial Comments (Fn. 21), S. 933; M. Ruffert, in: Calliess/Ruffert (Fn. 10), Art. 11 EUV, Rn. 16; vgl. dagegen W. Obwexer/J. Villotti, Die Europäische Bürgerinitiative (Fn. 5), S. 112 zur Bürgerinitiative als „exklusives Unionsbürgerrecht“.

31 Vgl. Bericht über die Unionsbürgerschaft 2013, KOM(2013) 269 endg., 22; kritisch dazu G. Lienbacher/T. Kröll, in: Schwarze (Fn. 3), Art. 10 EUV, Rn. 14 f., die in der mittelbaren demokratischen Legitimation durch die nationalen Parlamente i.S.d. Art. 10 Abs. 2 UAbs. 2 den Hauptlegitimationsstrang der Unionsdemokratie erkennen wollen. Darüber hinaus vgl. zum EP-Wahlrecht als zentralem Unionsbürgerrecht die Interpretation von GA Tizzano, verb. Schlussanträge v. 6.4.2006 in den Rs. C-145/04 (Spanien/Vereinigtes Königreich) und C-300/04 (Eman und Sevinger), Slg. 2006, I-7919, Rn. 67 ff. in Shaw, in: Craig/de Búrca, (Fn. 3), S. 601 („the most important EU citizenship right“).

32 S. dazu etwa P. Pernthaler, Österreichisches Bundesstaatsrecht, 2004, S. 70.

33 So auch WSA-Stellungnahme (Fn. 17), Nr. 1.5, 4.4.1 und 4.4.6; BVerfGE 123, 267, 283, 377 – *Lissabon*; vgl. weiters Editorial Comments (Fn. 21), S. 929 (930, 940); W. Obwexer/J. Villotti, Die Europäische Bürgerinitiative (Fn. 5), S. 109; H. Isak, Die Anwendung der demokratischen Grundsätze (Fn. 9), 164; P.M. Huber, in: Streinz (Fn. 9), Art. 10 EUV, Rn. 15 und 23; *ibid.*, Art. 11 EUV, Rn. 33; B. Biervert, in: Schwarze (Hrsg.) (Fn. 9), Art. 11 EUV, Rn. 1 und 3; M. Ruffert, in: Calliess/Ruffert (Fn. 10), Art. 10, Rn. 4; *ibid.*, Art. 11 EUV, Rn. 14; M. Nettesheim, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Fn. 16), Art. 11 EUV, Rn. 23; W. Kaufmann-Bühler, in: Lenz/Borchardt (Fn. 17), Art. 11 EUV, Rn. 1; zögerlicher A. Epiney, Europäische Verfassung und Legitimation durch die Unionsbürger. Zu den Rechten der Unionsbürger in der Verfassung für Europa, in: Kadelbach (Hrsg.), Europäische Verfassung und direkte Demokratie, 2006, S. 53.

34 Vgl. Entschließung des Europäischen Parlaments zu dem Bericht über die Unionsbürgerschaft 2010, 29.3.2012, P7_TA(2012)0120, ABl. EU 2013 C 257 E/74, Nr. 3 („erstes Instrument transnationaler partizipatorischer Demokratie“); ebenso Maroš Šefčovič, Vizepräsident der Kommission, 18.7.2012, http://ec.europa.eu/commission_2010-2014/sefcovic/headlines/press-releases/2012/07/2012_07_18_eci_en.htm; M. Nettesheim, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Fn. 16), Art. 10 EUV, Rn. 55; *ibid.*, Art. 11 EUV, Rn. 5 und 30; H.-P. Folz, in: Vedder/Heintschel von Heinegg (Fn. 17), Art. 11 EUV, Rn. 1 und 3; S. Kadelbach, in: von Bogdandy/Bast (Fn. 3), S. 654; A. von Bogdandy, The European Lesson for International Democracy: The Significance of Articles 9-12 EU Treaty for International Organizations, 23 EJIL 2012, S. 315 (329 f.). In diesem Sinne wohl auch Beschluss Nr. 1093/2012/EU vom 21.11.2012 über das Europäische Jahr der Bürgerinnen und Bürger, ABl. EU 2012 L 325/1, Erwgr. 18.

Demokratie eingeführt hätte, kann man in Hinblick auf dessen Nicht-Inkrafttreten kaum als Argument gelten lassen. Die Bürgerinitiative lässt sich mithin als unmittelbar an den Unionsbürgerstatus anknüpfendes und zugleich allgemeines, d.h. das Gesamt der Unionsbürgerinnen und -bürger in den Blick nehmendes Instrument direktdemokratischer Teilhabe an der unionalen Hoheitsgewalt verstehen.³⁵

Diese Erkenntnis aber kann nicht ohne Folgen für die Beurteilung des Demokratiekonzepts im Unionsrecht insgesamt bleiben. Dieses ist und bleibt natürlich primär repräsentativ. Das sagt nicht nur der zitierte Art. 10 Abs. 1 EUV. Auch die einschlägige EuGH-Judikatur kreist um die Frage der Wahrung und Stärkung der Rechte des Europäischen Parlaments.³⁶ Darüber hinaus zeigt sich auch im europäischen Verfassungsvergleich der klare Vorrang der repräsentativen Demokratie.³⁷ Gleichzeitig aber greifen zahlreiche mitgliedstaatliche Rechtsordnungen beschränkt auf direktdemokratische Instrumente als Ergänzung zum dominierenden Repräsentativsystem zurück.³⁸ Diesen Weg beschreitet nunmehr auch Art. 11 Abs. 4 EUV. In eben diese Richtung hat sich auch das Europäische Parlament geäußert, wenn es bezüglich der Bürgerinitiative hervorhebt, dass „sich die Bürgerinnen und Bürger damit unmittelbar an der Ausübung der Hoheitsgewalt der Europäischen Union beteiligen und erstmalig direkt in die Initiierung europäischer Legislativvorschläge eingebunden werden“.³⁹ Der Vertrag von Lissabon hat also ein Instrument ins Leben gerufen, das – wenn auch in beschränktem Umfang – das europäische Elektorat als Inbegriff der Unionsbürgerinnen und -bürger zur Teilhabe am europäischen Normsetzungsprozess beruft. Dementsprechend ist nunmehr von der Existenz eines – wenn auch schwach ausgeprägten – eigenständigen direktdemokratischen Legitimationsstrangs im Unions(verfassungs)recht auszugehen, der sich von den übrigen Verbürgungen des Art. 11 EUV signifikant abhebt.

Und wenn der EuGH in einem jüngeren Urteil ausdrücklich festgestellt hat, „dass der Grundsatz der Demokratie zur [Unions]rechtsordnung gehört … [und damit als] den Mitgliedstaaten gemeinsamer Grundsatz … bei der Auslegung eines sekundärrechtlichen Aktes … zu berücksichtigen [ist]“,⁴⁰ dann hat diese demokratiekonforme Interpretation des Sekundärrechts in der konkreten Ausgestaltung zu erfolgen, die der Demokratiegrundsatz im Primärrecht erfährt, und das bedeutet heute unter Einschluss des direktdemokratischen Elements. Und wo wäre dieser Interpretationsgrundsatz relevanter als bei der Ausführungsverordnung zur Bürgerinitiative selbst? Die Bedeutung dieser Überlegung zeigt sich insbesondere bei den materi-

35 Vgl. bereits *L. Langer/A.T. Müller*, *Ius cogens* (Fn. 1), S. 239.

36 S. dazu insb. EuGH, Rs. 138/79 (Roquette Frères), Slg. 1980, 3333, Rn. 33; Rs. 139/79 (Maizena), Slg. 1980, 3393, Rn. 34; Rs. C-300/89 (Titandioxid), Slg. 1991, I-2867, Rn. 20.

37 Vgl. *P. Cruz Villalón*, § 13: Grundlagen und Grundzüge staatlichen Verfassungsrechts: Vergleich, in: von Bogdandy et al. (Hrsg.), *Handbuch Ius Publicum Europaeum*, Bd. I, 2007, S. 729 (765); *M. Ruffert*, in: Calliess/Ruffert (Fn. 10), Art. 11 EUV, Rn. 14.

38 Vgl. *A. Weber*, *Europäische Verfassungsvergleichung*, 2010, S. 123 ff.; *M. Schmidt*, *Demokratietheorien* (Fn. 24), S. 339.

39 EP-Entschließung (Fn. 21), Erwgr. C; vgl. auch Beschluss Nr. 1093/2012/EU (Fn. 34), Erwgr. 12: „sich aktiv am politischen Leben der Union zu beteiligen und direkt an der Weiterentwicklung des Unionsrechts teilzuhaben“.

40 EuGH, Rs. C-518/07 (Kommission/Deutschland), Slg. 2010, I-1885, Rn. 41.

ellen Schranken für die Bürgerinitiative, die durch die EBI-Verordnung eingeführt wurden und denen wir uns nunmehr zuwenden.

III. Sekundärrechtlich verankerte materielle Schranken der Bürgerinitiative

Entschließen sich Unionsbürgerinnen und -bürger, eine Initiative gemäß Art. 11 Abs. 4 EUV auf den Weg zu bringen, sind sie dabei mehreren Bedingungen unterworfen. Diese ergeben sich einerseits aus dem Primärrecht selbst, wo formelle und kompetenzielle Vorgaben für die Bürgerinitiative verankert sind, die in der EBI-Verordnung weitgehend bloß wiederholt und konkretisiert werden.⁴¹ Dieser Bereich ist im Schrifttum bereits ausführlich erörtert worden⁴² und bedarf hier keiner weiteren Vertiefung. Andererseits hat die EBI-Verordnung in Art. 4 Abs. 2 lit. c und d⁴³ auf Sekundärrechtsebene auch autonome Schranken eingeführt, d.h. solche die durch das Primärrecht so nicht vorgezeichnet sind. Diese sind materiellen Charakters, stellen also gleichsam „Qualitätsstandards“ für eine Bürgerinitiative auf. Zu diesem wichtigen – und problematischen – Bereich gibt es aber bislang nur vereinzelte Stimmen in der Literatur.⁴⁴ Bevor diese Kriterien im Folgenden näher betrachtet werden sollen, sind vorab einige Klärungen zum Verhältnis von Bürgerinitiativen zum Primärrecht angezeigt.

1. Verhältnis von Bürgerinitiativen zum Primärrecht: Gebot der Beschränkung auf eine Grobprüfung der Ausschlusskriterien

Gemäß Art. 11 Abs. 4 EUV können Unionsbürgerinnen und -bürger die „Initiative ergreifen“ und im Rahmen dessen „die Europäische Kommission auffordern, im Rahmen ihrer Befugnisse geeignete Vorschläge zu Themen zu unterbreiten, zu denen es nach Ansicht jener Bürgerinnen und Bürger eines Rechtsakts der Union bedarf, um die Verträge umzusetzen“. Insofern die Bürgerinitiative mithin stets auf einen „Rechtsakt der Union“ zur „Umsetzung der Verträge“ gerichtet sein muss, sind nach der zutreffenden h.M. Initiativen unzulässig, die auf die Beseitigung oder Modifizierung des Primärrechts zielen.⁴⁵ In diesem Sinne sind Bürgerinitiativen in der Tat „an das Primärrecht gebunden“.

Davon ist die weiter gehende Verpflichtung der Unionsorgane gemäß Art. 13 Abs. 2 EUV zu unterscheiden, „nach Maßgabe der [ihnen] in den Verträgen zugewiesenen Befugnisse nach den Verfahren, Bedingungen und Zielen, die in den Ver-

41 Vgl. etwa Art. 4 Abs. 2 lit. b EBI-Verordnung: „die geplante Bürgerinitiative liegt nicht offenkundig außerhalb des Rahmens, in dem die Kommission befugt ist, einen Vorschlag für einen Rechtsakt der Union vorzulegen, um die Verträge umzusetzen“.

42 Vgl. insb. die Nachweise in L. Langer/A.T. Müller, *Ius cogens* (Fn. 1), S. 235, Anm. 35.

43 S. oben Fn. 8.

44 S. dazu bereits oben Fn. 9.

45 Vgl. L. Langer/A.T. Müller, *Ius cogens* (Fn. 1), S. 251, Anm. 148 m.w.N.

trägen festgelegt sind“, zu handeln.⁴⁶ Dieser Unterschied wird aber in manchen Äußerungen im Schrifttum nicht ausreichend deutlich.⁴⁷ So ist die Kommission qua Unionsorgan gemäß Art. 13 Abs. 2 EUV bei Ausübung ihres Vorschlagsrechts i.S.v. Art. 17 Abs. 2 EUV (etwa im Gefolge einer erfolgreichen Bürgerinitiative) umfänglich an die primärrechtlichen Vorgaben gebunden. Demgegenüber handeln die Unionsbürgerinnen und -bürger eben nicht als Organ der Union, wenn sie Art. 11 Abs. 4 EUV in Anspruch nehmen.⁴⁸ Sie sind nicht Teil der – insoweit taxativen⁴⁹ – Aufzählung des Art. 13 Abs. 1 EUV. Auch das Argument, die Unionsbürgerinnen und -bürger handelten in Ausübung von Art. 11 Abs. 4 EUV als „funktionelles“ oder „Quasi“-Unionsorgan (etwa wie die nationalen Gerichte in Anwendung von Unionsrecht), vermag nicht zu überzeugen. Damit soll keineswegs gesagt sein, dass das Unionsrecht Einzelne nicht zu binden vermöchte. Dies ist ja bereits seit den Anfängen mit dem *Van Gend en Loos*-Urteil außer Frage gestellt.⁵⁰ Heute gibt es zahlreiche unionsrechtliche Normen (insbesondere auch auf primärrechtlicher Ebene), deren Adressaten im vom jeweiligen Anwendungsbereich der Vorschrift definierten Umfang die Einzelnen sind.⁵¹ Umgekehrt gibt es aber keine Art. 13 Abs. 2 EUV vergleichbare Bindung der Einzelnen an die Vorschriften des Unionsrechts i.S.d. Behauptung, sie seien generell Adressaten der unionsrechtlichen Bestimmungen.⁵² Dementsprechend ist es missverständlich, wenn hinsichtlich Art. 11 Abs. 4 EUV pauschal und ohne weitere Erläuterung beansprucht wird, dass die Organisationen (und in der Folge die Unterzeichner) einer Bürgerinitiative „an das Primärrecht gebunden“ seien.

46 Vgl. C. Calliess, in: Calliess/Ruffert (Fn. 10), Art. 13 EUV, Rn. 19: „Jedes Organ ist bei all seinen Handlungen gehalten, sich gegenüber Dritten und im Verhältnis zu anderen Organen vertragskonform und damit nicht rechtswidrig zu verhalten.“

47 Vgl. etwa P.M. Huber, in: Streinz (Fn. 9), Art. 11 EUV, Rn. 40 („... sind Initiativen unzulässig, die etwa gegen die Grundrechte der [Grundrechtecharta], die Grundsätze des Art. 2 EUV, die Grundfreiheiten, die Kompetenzen der Organe etc. verstößen würden“); M. Nettesheim, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Fn. 16), Art. 11 EUV, Rn. 26 („[Die Bürgerinitiativen] müssen ... mit den Verträgen konsistent sein, d.h. der vorgesetzte Rechtsakt muss innerhalb der der Union zugewiesenen Kompetenzen liegen, darf höherrangigem europäischem Recht nicht widersprechen und darf die Grundrechte der Union nicht verletzen.“); A. Guckelberger, Die Europäische Bürgerinitiative (Fn. 5), S. 752 („Im Übrigen folgt aus der Normenhierarchie, dass der Inhalt der [Bürgerinitiative] im Einklang mit den primärrechtlichen Vorgaben, etwa der Grundrechtecharta und den Menschenrechten, stehen muss.“); vgl. ähnlich auch A. Auer, European Citizens' Initiative (Fn. 5), S. 82 ff.; H. Isak, Die Anwendung der demokratischen Grundsätze (Fn. 9), S. 173; H. Piesbergen, Die Europäische Bürgerinitiative nach Art. 11 Abs. 4 EUV, 2011, S. 254.

48 A.M. aber offenbar P.M. Huber, in: Streinz (Fn. 9), Art. 11 EUV, Rn. 42, demzufolge die „formale Ausgestaltung und die ausdrückliche Begrenzung der zulässigen Gegenstände auf die vertraglichen Befugnisse der Kommission ... nur Sinn machen, wenn eine Bürgerinitiative auch das rechtlich relevante Handeln eines ‚Organs‘ der EU darstellt“.

49 Von einem „numerus clausus“ der Organe sprechen etwa R. Streinz, in: Streinz (Fn. 9), Art. 13 EUV, Rn. 5; M. Nettesheim, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Fn. 16), Art. 13 EUV, Rn. 15.

50 EuGH, Rs. 26/62 (*Van Gend en Loos*), Slg. 1963, 3, 25, wonach das Unionsrecht „den Einzelnen, ebenso wie es ihnen Pflichten auferlegt, auch Rechte verleihen [soll]“.

51 Vgl. etwa nur die Personenverkehrs freiheiten laut Art. 45 Abs. 1 und Art. 49 AEUV sowie andere Vorschriften mit Horizontalwirkung, z.B. Art. 101 Abs. 1 oder Art. 157 Abs. 1 AEUV.

52 So wohl auch C. Calliess, in: Calliess/Ruffert (Fn. 10), Art. 13 EUV, Rn. 19, wonach von der Bindung des Art. 13 Abs. 2 EUV zwar auch alle „Einrichtungen der Union“ (aber e contrario eben nicht die Unionsbürgerinnen und -bürger) erfasst sind.

Diese Überlegung findet zusätzliche Unterstützung im Wortlaut des Art. 11 Abs. 4 EUV, der einen Perspektivenunterschied zwischen den die Initiative lancierenden Unionsbürgerinnen und -bürgern einerseits und der darauf ggf. mit einem Rechtsaktivvorschlag reagierenden Kommission andererseits nahelegt. Inhalt der Bürgerinitiative ist die Aufforderung an die Kommission, Vorschläge zu Themen zu unterbreiten, zu denen es „nach Ansicht der Bürgerinnen und Bürger“ (und nicht der Kommission) eines Rechtsakts der Union zur Umsetzung der Verträge bedarf.⁵³ Parallel dazu, und gerade in der englischen und französischen Fassung in sehr ähnlichem Wortlaut, enthalten auch Art. 225 AEUV⁵⁴ und Art. 241 AEUV⁵⁵ (sowie in anderem Zusammenhang Art. 267 Abs. 2 AEUV)⁵⁶ derartige Formulierungen. Sie implizieren allesamt einen Beurteilungsspielraum von Parlament und Rat bzw. nationalen Gerichten. Nun kann man einwenden, es handele sich hier bloß um ein Opportunitätsermessen, d.h. der Beurteilungsspielraum gehe etwa in den beiden erstgenannten Fällen lediglich darauf, ob der Erlass eines Rechtsakts politisch zweckmäßig sei. Dennoch ist bemerkenswert, dass das Primärrecht ausdrücklich auf die Bürgerperspektive als die relevante abstellt, und die Kommission sollte diesem Umstand in ihrem Umgang mit Initiativanliegen von Bürgerseite auch angemessen Rechnung tragen.

Damit soll freilich nicht gesagt sein, dass die Bürgerinitiative in keinem Verhältnis zu den Anforderungen des Primärrechts stünde. Auf die h.M., wonach eine Bürgerinitiative nicht auf die Beseitigung oder Modifizierung von Primärrecht gerichtet sein darf, wurde ja schon hingewiesen.⁵⁷ Aber noch mehr: Insoweit Art. 11 Abs. 4 EUV darauf abzielt, dass sich die Bürgerinitiative in den unionalen Rechtssetzungsprozess einfügt, muss sie einen Gegenstand haben, der für die Kommission als Inhaberin des Vorschlagsrechts für Unionsrechtsakte in Hinblick auf die primärrechtlichen Bindungen, denen sie dabei unterliegt, verwertbar ist. In dieser funktionalen Perspektive sind Initiativanliegen mit Art. 11 Abs. 4 EUV in der Tat unvereinbar, wenn sie für ihren Zweck, nämlich die Herbeiführung eines Unionsrechtsakts, schlechthin untauglich sind. Diese Schwelle ist aber noch nicht erreicht, wenn bei Vorlage einer Bürgerinitiative zur Registrierung die inhaltliche Vereinbarkeit (einzelner) der vorgeschlagenen Maßnahmen mit dem Primärrecht oder die Frage, ob sie durch einen Sekundärrechtsakt verwirklicht werden können oder eine Primär-

53 Noch deutlicher ist der Wortlaut in anderen Sprachfassungen (engl. “where citizens consider that a legal act of the Union is required”; franz. „ces citoyens considèrent qu’un act juridique de l’Union est nécessaire“).

54 „Fragen …, die nach [des Parlaments] Auffassung die Ausarbeitung eines Unionsakts zur Durchführung der Verträge erfordern“; „matters on which [the Parliament] considers that a Union act is required for the purpose of implementing the Treaties“, „les questions qui … paraissent [au Parlement] nécessiter l’élaboration d’un acte de l’Union pour la mise en œuvre des traités“.

55 „Kommission auffordern, die nach [des Rates] Ansicht zur Verwirklichung der gemeinsamen Ziele geeigneten Untersuchungen vorzunehmen und ihm entsprechende Vorschläge zu unterbreiten“, „request the Commission to undertake any studies the Council considers desirable for the attainment of the common objectives, and to submit to it any appropriate proposals“, „demander à la Commission de procéder à toutes études [que le Conseil] juge opportunes pour la réalisation des objectifs communs et de lui soumettre toutes propositions appropriées“.

56 „Hält dieses Gericht eine Entscheidung darüber zum Erlass seines Urteils für erforderlich“, „if [the court or tribunal] considers that a decision on the question is necessary to enable it to give judgment“, „si [cette juridiction] estime qu’une décision sur ce point est nécessaire pour rendre son jugement“.

57 Vgl. oben Fn. 45.

rechtsänderung bedingen würden, unklar, strittig oder problematisch ist, ohne mit dem Primärrecht und der dadurch vorgegebenen Zuständigkeitsverteilung offenkundig unverträglich zu sein.

Dieser primärrechtlichen Ausgangslage hat der Unionsgesetzgeber in angemessener Weise Rechnung getragen, insoweit die in Art. 4 Abs. 2 EBI-Verordnung verankerten Ausschlusstatbestände, bei deren Vorliegen die Kommission bereits die Registrierung der Initiative abzulehnen hat, jeweils ein „offenkundiges“ Verletzen der Primärrechtsordnung (namentlich der Zuständigkeitsverteilung) verlangen.⁵⁸ Die Kommission hat dementsprechend bloß zu prüfen, ob „die geplante Bürgerinitiative ... nicht offenkundig außerhalb des Rahmens [liegt], in dem die Kommission befugt ist, einen Vorschlag für einen Rechtsakt der Union vorzulegen, um die Verträge umzusetzen“ (lit. b). Sie hat sich mithin im Registrierungsverfahren mit einer prima facie bzw. Grobprüfung⁵⁹ zu begnügen, die lediglich einen Kanalisierungseffekt gegenüber Initiativen hat, die für den Zweck des Instruments, nämlich einen Vorschlag für einen Unionsrechtsakt anzustoßen, offensichtlich ungeeignet sind.⁶⁰

Die Auslegung von Initiativanliegen in *dubio pro civi* ist demnach primär- ebenso wie sekundärrechtlich geboten: Sie ist einmal spezifische Manifestation des primärrechtlich verankerten Interpretationsgrundsatzes, wie er im Vorigen herausgearbeitet wurde,⁶¹ ergibt sich aber zugleich auch unmittelbar aus dem in Art. 4 Abs. 2 EBI-Verordnung normierten Offenkundigkeitstest. Dabei streiten sowohl systematische als auch teleologische Überlegungen für einen derartigen favor civis: Einerseits wird die Registrierung von Bürgerinitiativen als Regel verankert, ihre Verweigerung als die Ausnahme; derartige Ausnahmen sind aber eng auszulegen. Dieses Argument wird noch durch eine Besinnung auf das telos der EBI-Verordnung verstärkt, nämlich Art. 11 Abs. 4 EUV zu aktualisieren, der mit der Bürgerinitiative ein direktdemokratisches Komplement zum repräsentativdemokratischen Hauptlegitimationsstrang ins Unionsrecht einführen will.

In ihrer Grobprüfung der Ausschlusskriterien muss sich die Kommission verge-wärtigen, dass die Nichtregistrierung die Initiative im frühestmöglichen Zeitpunkt beendet und insofern eine besonders begründungsbedürftige Entscheidung darstellt. Denn dadurch wird das zarte Pflänzchen einer Initiative schon erstickt, bevor es überhaupt Gelegenheit hatte, sich gen Himmel zu strecken. Will man Art. 11 Abs. 4 EUV als Unionsbürgerrecht ernst nehmen, ist dieser Weg nur mit großer Zurückhaltung zu beschreiten. Von einem solchen favor civis ist auch kein nennenswerter Schaden zu befürchten: Bei mangelndem Erfolg der Initiative hat sie sich ohnehin erledigt. Erfährt sie dagegen entsprechende oder gar überwältigende Unterstützung durch die Unionsbürgerinnen und -bürger, scheint es angezeigt, dass

58 So auch *M. Dougan*, What are we to make of the citizens' initiative? (Fn. 9), S. 1840.

59 Vgl. i.d.S. auch *T. Fülop*, in: Mayer/Stöger (Fn. 9), Art. 11 EUV, Rn. 23.

60 Dies muss umso mehr gelten, als ungeachtet der gemäß Anh. II EBI-Verordnung der Kommission zum Zwecke der Registrierung zu übermittelnden Informationen eine abschließende Bewertung der Primärrechtskonformität eines Initiativanliegens in diesem Stadium oft gar nicht verlässlich vorgenommen werden können wird.

61 Vgl. oben I. in fine.

die Kommission eine detaillierte rechtliche Überprüfung hinsichtlich des Initiativanliegens anstellt.

Initiativen sind demnach großzügig ins Stadium des Sammelns von Unterstützungsbekundungen zu entlassen, um sich im direktdemokratischen Prozess zu bewähren. Will die Kommission dennoch zur Nichtregistrierung schreiten, trifft sie eine verstärkte Begründungspflicht (Art. 296 Abs. 2 AEUV).⁶² Dies muss insbesondere für Fragen der Verbandszuständigkeit der Union und der Organzuständigkeit der Kommission gelten,⁶³ wo sich leicht Unklarheiten und Kontroversen ergeben und die Organisatoren einer Initiative sich sonst gehalten sähen, aus juristischer Vorsicht Initiativen zu lancieren, die zuständigkeitsmäßig unverdächtig erscheinen.⁶⁴ Im Lichte eines solchen chilling effect droht aber geradezu eine Umkehrung des Offenkundigkeitstests, und die bisherige Praxis der Kommission zeigt auch schon bedenkliche Anzeichen in diese Richtung.⁶⁵

2. Offenkundiger Verstoß gegen die Werte der Union

Gemäß Art. 4 Abs. 2 lit. d EBI-Verordnung hat die Kommission einer geplanten Bürgerinitiative die Registrierung zu verweigern, wenn sie „offenkundig gegen die Werte der Union [verstößt], wie sie in Artikel 2 EUV festgeschrieben sind“. I.S.d. oben Gesagten ist dieses Kriterium großzügig zu prüfen und kann nur im Ausnahmefall zur Nichtregistrierung einer Initiative führen.

Bei der Auslegung der Bestimmung stellt sich namentlich die Frage, ob damit lediglich eine Bezugnahme auf die in S. 1 genannten Werte erfolgt, „auf die sich die Union gründet“ (Achtung der Menschenwürde, Freiheit, Demokratie, Gleichheit, Rechtsstaatlichkeit und die Wahrung der Menschenrechte einschließlich der Rechte der Personen, die Minderheiten angehören), oder ob der Verweis auch S. 2 mitumfasst. Dort sind bei genauerem Besehen nämlich nicht unmittelbar Werte der Union verankert, sondern es heißt, dass die in S. 1 aufgeführten Werte⁶⁶ „allen Mitgliedstaaten in einer Gesellschaft gemeinsam [sind], die sich durch Pluralismus, Nicht-diskriminierung, Toleranz, Gerechtigkeit, Solidarität und die Gleichheit von Frauen und Männern auszeichnet“. Die h.M. hinsichtlich anderer Vertragsvorschriften, die ebenfalls einen Verweis auf die Werte der Union beinhalten (vgl. Art. 3, 7, 49 EUV), geht davon aus, dass mit dieser Wortfolge nur die in Art. 2 S. 1 EUV aufgezählten

62 Dazu noch unten bei Fn. 136.

63 Art. 11 Abs. 4 EUV i.V.m. Art. 4 Abs. 2 lit. b EBI-Verordnung; zum Wortlaut vgl. oben Fn. 41.

64 Vgl. dazu den Versuch, eine Bürgerinitiative mit mehreren Rechtsaktvorschlägen durch eine *salvatorische Klausel* („saving clause“) derart abzusichern, dass die Kommission jeden Vorschlag nach seiner jeweiligen Berechtigung prüfen solle; vgl. Minority Safepack Initiative, 14, abrufbar unter <http://www.fuen.org/key-topic/s/european-citizens-initiative/>. Die Kommission griff dies nicht auf, weil sie sich nicht für berechtigt hielt, bloß einen Teil oder Teile einer geplanten Initiative zu registrieren; vgl. Schreiben des Generalsekretariats der Kommission, 13.9.2013, C(2013) 5969 final; vgl. dazu noch unten Fn. 135.

65 Vgl. unten IV.2.

66 Arg. „diese Werte“ am Anfang von S. 2, der sich somit auf die Aufzählung in S. 1 rückbezieht.

sechs Werte erfasst sein sollen.⁶⁷ Diese Auffassung ist auch auf Art. 4 Abs. 2 lit. d EBI-Verordnung übertragbar. Im Ergebnis dürfte die Frage aufgrund der wechselseitigen Verflochtenheit der Werte indes kaum zu signifikanten Auffassungsunterschieden führen. Es ist schwer vorstellbar, dass eine Initiative als offenkundiger Verstoß gegen die in S. 2 genannten Werte eingeordnet wird, ohne dass zugleich auch ein offenkundiger Verstoß gegen Elemente des Wertekatalogs des S. 1 vorliegt. Ein weiterer Aspekt des Verständnisses von Art. 4 Abs. 2 lit. d EBI-Verordnung erhellt aus dem Vergleich mit der Parallelvorschrift im Verordnungsentwurf, wo noch davon die Rede war, dass die Kommission Bürgerinitiativen die Registrierung zu verweigern habe, „die sich eindeutig gegen die Werte der Union richten“.⁶⁸ Die Änderung kam auf Initiative des Parlaments zustande, jedoch ohne dass eine Begründung dafür erkennbar wäre.⁶⁹ Begrüßenswert ist jedenfalls die Beseitigung der subjektiven Note, welche die Kommission angehalten hätte zu untersuchen, ob die geplante Initiative eine Beschneidung der Werte der Union intendiert (arg. „richten“). Zu diesem Zweck hätte sie auch beurteilen müssen, wessen Intention dabei entscheidend sein soll: jene der Organisatoren (Art. 2 Z. 3 EBI-Verordnung), vielleicht aber auch die vermutete Intention potenzieller Unterzeichner (Art. 2 Z. 2 EBI-Verordnung), die freilich in diesem Verfahrensstadium noch gar nicht auftreten. Nach der verbindlich gewordenen Fassung der Verordnung hat die Kommission dagegen auf Basis der ihr vorgelegten Informationen⁷⁰ objektiv zu prüfen, ob eine geplante Bürgerinitiative offenkundig gegen die Werte der Union verstößt.

Bemerkenswert ist schließlich, dass mit den Werten ein unionsrechtimmanenter Maßstab zur inhaltlichen Kontrolle von Bürgerinitiativen gewählt wurde. Im Vergleich dazu erklärt etwa Art. 139 Abs. 3 der Schweizerischen Bundesverfassung, die ja sonst den Volksrechten sehr viel mehr Spielraum einräumt, eine Volksinitiative für ungültig, wenn sie „zwingende Bestimmungen des Völkerrechts“ verletzt.⁷¹ Auch wenn die h.M. in der Schweiz darin einen landesrechtlichen Begriff

67 Vgl. *W. Schroeder*, Grundkurs (Fn. 27), § 4 Rn. 1; *M. Pechstein*, in: *Streinz* (Fn. 9), Art. 2 EUV, Rn. 8; *M. Ruffert*, in: *Calliess/Ruffert* (Fn. 10), Art. 7 EUV, Rn. 4; differenzierend *C. Ohler*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim* (Hrsg.), *Das Recht der EU*, Art. 49 EUV, Rn. 16.

68 Art. 4 Abs. 4 EBI-Verordnungsvorschlag (Fn. 9).

69 Vgl. Abänderungsantrag 32 des Ausschusses für konstitutionelle Fragen zu Art. 4 Abs. 3 EBI-Verordnungsvorschlag, 2.12.2000, A7-0350/2010, 25, den gleichlautenden Abänderungsantrag 30 des Petitionsausschusses (ibid., 77); vgl. den (leicht) abweichenden Abänderungsantrag 27 des Ausschusses für bürgerliche Freiheiten, Justiz und Inneres (ibid., 140 f.) („[die Bürgerinitiative] richtet sich nicht gegen die Werte der Union“). Für keinen der drei Abänderungsanträge wird eine Begründung gegeben, die die zugrunde liegenden Motive erkennen ließe (abgesehen von den ephemeren Hinweisen ibid., 54 und 126). Die Umformulierung der Kriterien steht aber in unmittelbarem Zusammenhang mit der vom Parlament angestrebten – und in der Folge auch erreichten – Verschmelzung von Registrierungs- und Zulässigkeitsphase und damit vom Übergang vom ursprünglich geplanten drei- zum schlussendlich verwirklichten zweistufigen Verfahren der Bürgerinitiative; vgl. zum letzten Aspekt statt aller *W. Obwexer/J. Villotti*, *Die Europäische Bürgerinitiative* (Fn. 5), S. 114.

70 Vgl. oben Fn. 60.

71 Vgl. auch Art. 193 Abs. 4 und Art. 194 Abs. 2 BV; vgl. dazu *L. Langer/A.T. Müller*, *Ius cogens* (Fn. 1), S. 244 und S. 265 sowie *G. Nay*, *Das Volk hat nicht immer Recht. Zur Erweiterung der Ungültigkeitsgründe für eidgenössische Volksinitiativen*, in: *Good/Platipodis* (Hrsg.), *Direkte Demokratie*, FS Andreas Auer, 2013, S. 163 (165 ff.); *D. Thürer*, *Völkerrechtliches Ius Cogens und Volkssouveränität schweizerischer Prägung – Suche nach einem neuen „archimedischen Punkt“*, in: *ibid.*, S. 439 (440 f.).

sieht,⁷² ist er doch im völkerrechtlichen ius cogens-Konzept des Art. 53 WVK grundgelegt – mithin ein externer, ein „fremder“ Maßstab.⁷³ Allerdings scheint sich auch in der Schweiz der Trend zu Gunsten eines immanenten Maßstabes zu verschieben, haben doch Bundesrat und Parlament unlängst ins Auge gefasst, den Katalog der Ungültigkeitsgründe um die Verletzung des „Kerngehalts der Grundrechte“ zu erweitern.⁷⁴ Die EBI-Verordnung zieht demgegenüber von vornherein die der Union eigenen Werte als Maßstab für die inhaltliche Prüfung einer Initiative heran, auch wenn zuzugeben ist, dass die Werte des Art. 2 EUV nicht ex nihilo entstanden sind.⁷⁵

Insgesamt erscheint der von der EBI-Verordnung verwendete „Wertemaßstab“, der im Übrigen noch durch die Offenkundigkeitsprüfung abgedeckt ist, weitgehend unbedenklich, ja begrüßenswert⁷⁶, zumal wenn er, wie geboten, i.S.d. obgenannten favor civis gehandhabt wird.

3. Offenkundig missbräuchlicher, unseriöser oder schikanöser Charakter

Durchaus anders schaut die Sache im Falle des Art. 4 Abs. 2 lit. c EBI-Verordnung aus, demzufolge geplante Bürgerinitiativen nicht offenkundig missbräuchlich, unseriös oder schikanös sein dürfen.⁷⁷ Damit modifiziert der endgültige Verordnungstext wiederum den Kommissionsvorschlag, der noch die Nichtregistrierung von Initiativen verlangte, wenn diese „mit Grund als unangemessen angesehen werden können, weil sie missbräuchlich sind oder es ihnen an Ernsthaftigkeit fehlt“.⁷⁸ Die Änderung der Textierung und die Ergänzung um das Schikanekriterium gehen auf das Europäische Parlament zurück, wobei sich die Gründe hierfür einmal mehr nicht eruieren lassen.⁷⁹ Für keines der drei Kriterien präzisiert die Verordnung, nach welchen Maßstäben die Kommission ihr Vorliegen zu prüfen hat.

72 Vgl. D. Thürer, Völkerrechtliches Ius Cogens (Fn. 71), 450; L. Langer/A.T. Müller, Ius cogens (Fn. 1), S. 280 m.w.N.

73 Der Begriff lehnt sich offensichtlich an Art. 53 Wiener Vertragsrechtskonvention, BGBl. 1985 II S. 927, an.

74 Zusatzbericht des Bundesrats zu seinem Bericht vom 5.3.2010 über das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht, 30.3.2011, BBl. 2011 3613, 3632 ff.; vgl. dazu L. Langer/A.T. Müller, Ius cogens (Fn. 1), S. 283; G. Nay, Das Volk hat nicht immer Recht (Fn. 71), S. 171; Thürer, Völkerrechtliches Ius Cogens (Fn. 71), S. 451; vgl. zur Diskussion in Österreich in Zusammenhang mit dem geplanten „Demokratiepaket“ jüngst Abänderungsantrag betreffend den Antrag 2177/A, 28.6.2013, abrufbar unter http://www.parlament.gv.at/PAKT/VH/G/XXIV/A/A_02177/index.shtml.

75 Vgl. dazu etwa den zweiten Erwgr. des EUV sowie Art. 2, 6 und 21 Abs. 1 EUV, die sowohl den Bezug zur Völkerrechts-(und insb. EMRK-)Verbundenheit der Union als auch zu den (gemeinsamen Verfassungsüberleferungen der) Mitgliedstaaten herstellen.

76 So auch M. Dougan , What are we to make of the citizens' initiative? (Fn. 9), S. 1840.

77 Die engl. Fassung normiert, dass die Bürgerinitiative „not manifestly abusive, frivolous or vexatious“ sein dürfe. Im Franz. heißt es, sie darf nicht „manifestement abusive, fantaisiste ou vexatoire“ sein.

78 Vgl. Art. 4 Abs. 3 EBI-Verordnungsvorschlag (Fn. 9); engl. “which can be reasonably regarded as improper because they are abusive or devoid of seriousness”; franz. „qui peuvent raisonnablement être considérées comme irrecevables, parce qu’elles sont injurieuses ou dénuées de sérieux“.

79 Vgl. Abänderungsantrag 32 des Ausschusses für konstitutionelle Fragen (Fn. 69) („nicht offenkundig missbräuchlich, leichtfertig oder schikanös“, wobei für „leichtfertig“ [in der EBI-Verordnung nunmehr „unseriös“] engl. „frivolous“ und franz. „frivole“ steht); vgl. des Weiteren den gleichlautenden Abänderungsantrag 30 des Petitionsausschusses (ibid., 77) sowie den abweichenden Abänderungsantrag 27 des Ausschusses für bürgerliche Freiheiten, Justiz und Inneres (ibid., 140) („[die Bürgerinitiative] kann nicht mit triftigen Gründen als unange-

a) Offenkundig missbräuchlicher Charakter

Was zunächst das Missbrauchskriterium anlangt, kommt als möglicher Bezugspunkt in den Verträgen die Figur des Rechtsmissbrauchs oder des abus de droit in Frage. Sie hat insbesondere in dem mit „Verbot des Missbrauchs der Rechte“⁸⁰ überschriebenen Art. 54 GRC Niederschlag gefunden, der seinerseits Art. 17 EMRK nachgebildet ist.⁸¹ Dementsprechend ist keine Bestimmung der GRC „so auszulegen, als begründe sie das Recht, eine Tätigkeit auszuüben oder eine Handlung vorzunehmen, die darauf abzielt, die in der Charta anerkannten Rechte und Freiheiten abzuschaffen oder stärker einzuschränken, als dies in der Charta vorgesehen ist“. Solche Regelungen betreffend den Missbrauch von Grundrechten sind Ausdruck des wehrhaften Rechtsstaates, der wehrhaften Demokratie.⁸² Dementsprechend könnte man argumentieren, dass denjenigen Initiativen die Registrierung zu verweigern sein wird, die offenkundig auf die Beseitigung oder Aushöhlung der Grund(rechts)ordnung der Verträge gerichtet sind.

Soweit man die Parallele zu Art. 54 GRC und Art. 17 EMRK ziehen kann, wird in Rsp. und Lit. jedoch auch die Notwendigkeit einer restriktiven Auslegung und Handhabung des Missbrauchskriteriums betont. Zusätzlich wird darauf hingewiesen, dass soweit der Missbrauchsschutz schon durch andere Verbürgungen wahrgenommen werden kann, dieselben vorrangig zu beanspruchen sind.⁸³ Dazu kommt, dass der EuGH dem Argument der Mitgliedstaaten, gewisse Handlungen stellten eine rechtsmissbräuchliche Inanspruchnahme der Grundfreiheiten dar und seien daher unzulässig, mit ausgesprochener Zurückhaltung begegnet.⁸⁴

Dies nährt ein gewisses Unbehagen gegenüber dem in der EBI-Verordnung normierten Missbrauchskriterium. Es zeugt (zwar weniger als die folgenden beiden Kriterien, aber doch bereits) von einem paternalistischen Zug in der Ausgestaltung der Bürgerinitiative durch den Unionsgesetzgeber, der trotz des ihm dabei ggf. zugestehenden weiten legislativen Gestaltungsspielraums⁸⁵ problematisch erscheint. Darin wird ein Misstrauen direktdemokratischer Partizipation gegenüber

messen angesehen werden, weil sie missbräuchlich ist oder es ihr an Ernsthaftigkeit fehlt“). Für keinen der drei Abänderungsanträge wird eine Begründung gegeben, die die Motive für die Abänderung erkennen ließe.

80 Engl. „prohibition of abuse of rights“; franz. „interdiction de l’abus de droit“; vgl. dazu die analoge Terminologie in Art. 4 Abs. 2 lit. c EBI-Verordnung.

81 Vgl. Erläut. zu Art. 54 GRC, ABI. EU 2007 C 303/17; vgl. dazu auch Art. 30 AEMR und Art. 5 Abs. 1 UN-Menschenrechtspakt II, BGBI. 1973 II S. 1534.

82 So die st. Rsp. des EGMR zu Art. 17 EMRK; vgl. dazu C. Grabenwarter/K. Pabel, Europäische Menschenrechtskonvention, 5. Aufl. 2012, § 18 Rn. 3 und § 23 Rn. 5, 100 m.w.N.

83 Vgl. R. Streinz/W. Michl, in: Streinz (Fn. 9), Art. 54 GRC, Rn. 2; T. Kingreen, in: Calliess/Ruffert (Fn. 10), Art. 54 GRC, Rn. 3 m.w.N.

84 Vgl. etwa EuGH, Rs. C-212/97 (Centros), Slg. 1999, I-1459; Rs. C-109/01 (Akrich), Slg. 2003, I-9607; W. Schroeder, Grundkurs (Fn. 27), § 14 Rn. 14 f., 109, 139, 164, 184. Zur Rsp. des Gerichtshofs zum Rechtsmissbrauch, insb. dem dabei zu prüfenden objektiven und subjektiven Element, vgl. etwa Rs. C-110/99 (Emsland-Stärke), Slg. 2000, I-11569, Rn. 52 f. sowie zuletzt Urteil v. 16.10.2012, Rs. C-364/10 (Ungarn/Slowakei), Rn. 58.

85 Vgl. etwa H.-P. Folz, in: Vedder/Heintschel von Heinegg (Fn. 17), Art. 11 EUV, Rn. 3; V. Robertson, Elemente der direkten Demokratie im Vertrag von Lissabon, 18 JRP 2010, S. 133 (140); A. Guckelberger, Die Europäische Bürgerinitiative (Fn. 5), S. 750 m.w.N.; vgl. noch unten Fn. 91.

manifest,⁸⁶ das sich so in der primärrechtlichen Verankerung der Bürgerinitiative in Art. 11 Abs. 4 EUV nicht findet.⁸⁷ Diesbezüglich hat gerade der Wirtschafts- und Sozialausschuss besondere Sensibilität bewiesen, indem er sehr wohl anerkennt, dass „sich extremistische Gruppierungen der vorhandenen Kanäle der Meinungsbildung bedienen und diese für ihre eigenen Zwecke (miss)brauchen“, aber zugleich betont, dass eine „moderne repräsentative Demokratie ... darauf angelegt sein [muss], auch unbequeme, ja sogar extremistische Anliegen offen und transparent diskutieren zu können“.⁸⁸

Im Lichte dessen und in Rücksichtnahme auf den sekundärrechtlich ausdrücklich verankerten Offenkundigkeitstest darf die Kommission daher das Missbrauchskriterium nur in Extremfällen als Grund für die Nichtregistrierung einer Bürgerinitiative beanspruchen (muss dies dann aber auch), wenn nachvollziehbar begründet werden kann, dass mit dem vorzugsweise anzuwendenden objektiven Wertetest nicht das Auslangen gefunden werden kann.

b) Offenkundig unseriöser Charakter

Noch stärker treten die angesprochenen bevormundenden Tendenzen beim Kriterium der Unseriosität zutage.⁸⁹ Man tut sich wahrlich nicht leicht, im übrigen Unionsrecht einen Hinweis zu finden, dass die Handlungen unionaler Organwalter hinsichtlich ihrer Ernsthaftigkeit zu prüfen wären. Deren Vorschläge sind, sei es aufgrund der „Würde“ von Amt und Funktion, sei es wegen der damit in Verbindung gebrachten Fachkompetenz, offenbar *a priori* als ernsthafte Betätigung anzusehen. Das Handeln der Bürger aber, so suggeriert die EBI-Verordnung, steht unter dem Vorbehalt seriösen Gebarens.

Das Ausschlusskriterium der Unseriosität erscheint als rundweg problematische Bestimmung, die erhebliche Bedenken hinsichtlich ihrer Vereinbarkeit mit dem Primärrecht aufkommen lässt, vornehmlich als Verletzung des Demokratiegrundsatzes des Unionsrechts (in seiner Ausprägung durch Art. 11 Abs. 4 EUV, d.h. unter Einschluss eines direktdemokratischen Elements), dann aber auch in Hinblick auf

86 Vgl. etwa Europäische Kommission, MEMO/12/235, 30.3.2012, abrufbar unter http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-12-235_en.htm, II.7: „so as to avoid giving publicity to extremist views on the Commission’s website“.

87 S. aber Art. 9 EUV, wo von der Gleichheit der Unionsbürgerinnen und -bürger die Rede ist, „denen ein gleiches Maß an Aufmerksamkeit seitens der Organe, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Union zuteil wird“; vgl. *T. Kingreen*, in: *Calliess/Ruffert* (Fn. 10), Art. 9 EUV, Rn. 22, 26; *C. Schönberger*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim* (Fn. 16), Art. 9 EUV, Rn. 5; *H. Isak*, Die Anwendung der demokratischen Grundsätze (Fn. 9), S. 150, Anm. 20 m.w.N.; vgl. auch *M. Nettesheim*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim* (Fn. 16), Art. 10 EUV, Rn. 7, der bezüglich der Parallelvorschrift des Art. I-45 VVE von „paternalistischen Untertonen“ spricht, aber davon auszugehen scheint, dass der Norminhalt nicht in den Vertrag von Lissabon übernommen wurde.

88 WSA-Stellungnahme (Fn. 17), Nr. 4.4.7.

89 Engl. „frivolous“; franz. „fantaisiste“. Nachdem im Verordnungsvorschlag noch von Initiativen die Rede war, denen es „an Ernsthaftigkeit [fehlt]“ (vgl. oben Fn. 78), scheint der Anwendungsbereich des Ausschlusskriteriums in der Endversion der Verordnung enger gefasst und damit initiativen-, freundlicher“ zu sein. Dies mag in der deutschen Fassung nicht so deutlich sein, wo „unserös“ durchaus als Synonym für „an Ernsthaftigkeit fehlen“ durchgehen könnte. Erkennbar ist die Verengung des Maßstabs aber im *Englischen* (von „devoid of seriousness“ zu „frivolous“) und im *Französischen* (von „dénoué de sérieux“ zu „fantaisiste“).

die mangelnde Bestimmtheit des Seriositätskriteriums.⁹⁰ Sollte sich der EuGH je mit der Primärrechtskonformität dieser Vorschrift zu befassen haben und sich, wie wohl zu erwarten, unter Berufung auf den aus dem Gesetzgebungsaufrag von Art. 24 Abs. 1 AEUV gegebenenfalls ableitbaren weiten Gestaltungsspielraum des Unionsgesetzgebers⁹¹ mit einer primärrechtskonformen Interpretation dieser Bestimmung begnügen wollen, kann für eine Qualifizierung von Initiativen als offenkundig unseriös nur ein äußerst bescheidener oder gar kein Anwendungsbereich bleiben.

Dazu kommt, dass angesichts der überschaubaren Kosten, die für die öffentliche Hand in der Anfangsphase einer Bürgerinitiative anfallen, sogar regelrechte „Spaßinitiativen“ keine wesentlichen Probleme verursachen dürften.⁹² Es wird in aller Regel zu erwarten sein, dass derartige Initiativen im Unterschriftenstadium schnell versandten.⁹³ Sollten sie aber, aus welchen Gründen auch immer, die nötige Zahl an Unterstützungsbekundungen erreichen, wäre dies gerade ein Beleg dafür, dass durchaus aller Grund für die Kommission besteht, sich ihrerseits „ernsthaft“ mit derartigen Initiativen auseinanderzusetzen.

c) Offenkundig schikanöser Charakter

Analog gestaltet sich die Lage beim dritten der Kriterien. Wenn der Unionsgesetzgeber Initiativen ausgeschlossen sehen möchte, die offenkundig schikanös sind,⁹⁴ fragt sich, in Hinblick auf wen der schikanöse Charakter zu prüfen ist: andere Unionsbürgerinnen und Unionsbürger, die Mitgliedstaaten oder gar die Unionsorgane oder die Kommission selbst? Diese Bestimmung ist augenscheinlich eher vom Bild des latent lästigen, ja querulierenden Rechtsunterworfenen inspiriert als vom Unionsbürger, dem die Verträge das Recht zusprechen, am demokratischen Leben der Union teilzunehmen (Art. 10 Abs. 3 EUV), und der die unmittelbare Legitimationsquelle des Europäischen Parlaments (Art. 14 Abs. 2 EUV) und damit eines

⁹⁰ Indes hat der Bestimmtheitsgrundsatz im Unionsrecht bislang nur recht schwache Konturen; vgl. bereits L. Langer/A.T. Müller, *Ius cogens* (Fn. 1), S. 261, Anm. 183; vgl. insb. H. Eberhard, Das Legalitätsprinzip im Spannungsfeld von Gemeinschaftsrecht und nationalem Recht. Stand und Perspektiven eines „europäischen Legalitätsprinzips“, 63 ZÖR 2008, S. 49 (65 und 86 ff.); M. Potacs, Staatliches Legalitätsprinzip und Gemeinschaftsrecht, in: Griller et al. (Hrsg.), *Wirtschaftsverfassung und Binnenmarkt*, FS Heinz-Peter Rill, 2010, S. 161 (165 ff.).

⁹¹ Vgl. bereits oben Fn. 85. Allerdings ist es alles andere als offensichtlich, dass der Unionsgesetzgeber auf Grundlage des Art. 24 Abs. 1 AEUV über die „Bestimmungen über die Verfahren und Bedingungen“ hinaus materielle Schranken für eine Bürgerinitiative errichten darf.

⁹² A.M. wohl M. Dougan, What are we to make of the citizens' initiative? (Fn. 9), S. 1841 („[citizens' initiatives] inspired primarily by a love of the satirical, saucy or surreal“); T. Filöp, in: Mayer/Stöger (Fn. 9), Art. 11 EUV, Rn. 23. Vgl. in diesem Zusammenhang auch WSA-Stellungnahme (Fn. 17), Nr. 4.13.3, die für eine finanzielle Unterstützung von Bürgerinitiativen eintrat, aber aussichtslose oder „nicht ernst gemeinte Kampagnen“ davon ausschließen wollte. Da es keine derartige Finanzierung gibt, spricht dies umgekehrt a fortiori für eine Registrierung auch nicht ernst gemeinter Initiativen.

⁹³ So etwa die 1986 in der Schweiz lancierte Volksinitiative „Zur Hundekotentfernung auf öffentlichem Grund“, BBl. 1988 I 166; vgl. dazu L. Langer/A.T. Müller, *Ius cogens* (Fn. 1), S. 265, Anm. 200 m.w.N. Vgl. auch unten Fn. 121 zur „Esperanto-Initiative“.

⁹⁴ Engl. „vexatious“; franz. „vexatoire“.

Kernelemente der repräsentativen Demokratie der Union (Art 10 Abs. 2 UAbs. 1 EUV) bildet.

In diesem Punkt manifestiert sich der paternalistische Zug der Ausgestaltung der Bürgerinitiative durch den Unionsgesetzgeber am deutlichsten, und daran ändert auch die Abschwächung durch das Erfordernis der Offenkundigkeit letztlich wenig. Die schon in Bezug auf das Seriositätskriterium artikulierten primärrechtlichen Bedenken treffen hier genauso, wenn nicht in noch stärkerem Maße zu. Art. 11 Abs. 4 EUV kann jedoch nicht für die Verfolgung derartiger „erzieherischer“ Zwecke durch den Unionsgesetzgeber herangezogen werden – umso mehr muss es schmerzen, dass das Schikanekriterium auf Betreiben des Parlaments in die EBI-Verordnung aufgenommen wurde.⁹⁵

Auch hier gilt, dass nichts dagegen spricht, auch lästig erscheinende Initiativanliegen ihren (direkt)demokratischen Weg gehen zu lassen. Selbst bei mehrfacher (mutwilliger) Einreichung derselben Initiative kann mit einer Verweigerung der Registrierung aus Sachgründen (fehlende Organ- oder Verbandskompetenz, Unvereinbarkeit mit den Werten der Union) regelmäßig das Auslangen gefunden werden.⁹⁶ Es muss durchaus nicht naiv scheinen, die Bürgerinitiative im Übrigen der Weisheit der Unionsbürgerinnen und -bürger zu überantworten.

4. Zusammenfassende Wertung

Die durch die EBI-Verordnung autonom (also ohne Grundlage im Primärrecht) eingeführten inhaltlichen Kriterien für eine Bürgerinitiative zeichnen ein durchwachsenes Bild. Während das Wertekriterium und (mit Abstrichen) das Missbrauchs-kriterium im Lichte des Primärrechts vertretbar erscheinen, stoßen der Seriositäts- und Schikanetest auf erhebliche Bedenken. Man muss insofern wegen Verletzung des unionalen Demokratiegrundsatzes in seiner Ausprägung durch Art. 11 Abs. 4 EUV und wegen mangelnder Bestimmtheit sogar die Primärrechtskonformität dieser Bestimmungen in Zweifel ziehen.⁹⁷ Sollte sich der EuGH unter Berufung auf den weiten Gestaltungsspielraum des Unionsgesetzgebers aber doch mit einer primärrechtskonformen Interpretation der fraglichen Vorschriften begnügen wollen, kann für eine Qualifizierung von Initiativen als offenkundig unseriös oder schikanös nur ein äußerst bescheidener oder gar kein Anwendungsbereich bleiben. Insofern ist zu begrüßen, dass die Kommission bislang keinen Gebrauch davon gemacht

95 Vgl. dazu oben Fn. 76.

96 *L. Langer/A.T. Müller*, Ius cogens (Fn. 1), S. 265; a.M. M. Dougan, What are we to make of the citizens' initiative? (Fn. 9), S. 1841 („valid legal mechanism for dealing with such political spamming“), allerdings mit Einschränkung in Anm. 130; *T. Fülop*, in: Mayer/Stöger (Fn. 9), Art. 11 EUV, Rn. 23.

97 Interessanterweise beziehen sich die primärrechtlichen Bedenken im Schrifttum, soweit sie überhaupt artikuliert werden, eher auf die Ergänzungen der EBI-Verordnung im formalen Bereich; vgl. etwa *P.M. Huber*, in: Streinz (Fn. 9), Art. 11 EUV, Rn. 57. Vgl. aber immerhin *M. Ruffert*, in: Calliess/Ruffert (Fn. 10), Art. 11 EUV, Rn. 22, wenn auch in Hinblick auf Rechtsschutzdefizite in Zusammenhang mit den durch die EBI-Verordnung einge-führten materiellen Schranken; s. dazu bereits oben Fn. 10.

hat.⁹⁸ Dem Seriositäts- und Schikanekriterium kann man mithin bestenfalls eine Zukunft als totes Recht wünschen.

IV. Frühe Praxis der Kommission zur Bürgerinitiative

Das Instrument der Bürgerinitiative wurde seit dem Inkrafttreten der EBI-Verordnung am 1. April 2012 bereits rege in Anspruch genommen, denn es wurden bislang 42 Initiativen lanciert (Stand: 31. Januar 2014).⁹⁹ Berücksichtigt man, dass sechs Initiativen zurückgezogen und neu eingereicht wurden¹⁰⁰ und auch eine abgelehnte Initiative in abgeschwächter Form neu auf den Weg gebracht wurde,¹⁰¹ kann man immer noch von 35 Initiativen ausgehen. Davon hat die Kommission bislang 16 Initiativen die Registrierung verweigert, für 13 Initiativen ist die Sammlung für Unterstützungsbekundungen abgeschlossen und für sechs noch im Gange.¹⁰²

Gegenwärtig haben drei Initiativen die Hürde des doppelten Quorums genommen: Sowohl die „Wasserinitiative“ (hier bereits auch von der Kommission bestätigt),¹⁰³ die Embryonenschutz-Initiative „Einer von uns“¹⁰⁴ als auch die Anti-Tierversuchsinitiative „Stop Vivisection“¹⁰⁵ haben jeweils mehr als eine Mio. Unterstützungserklärungen auf sich vereint und in (deutlich) mehr als sieben Mitgliedstaaten die nötige Mindeststimmenanzahl gemäß Art. 7 Abs. 2 i.V.m. Anh. I EBI-Verordnung erreicht.¹⁰⁶ Die anderen Initiativen sind, soweit erkennbar, weit von der Millionengrenze entfernt. Trotz der vielfach als großzügig angesehenen Quoren scheinen die formalen Hürden also nicht übermäßig leicht zu knacken zu sein.¹⁰⁷ Interessant ist in diesem Zusammenhang anzumerken, dass das Erreichen der Mindeststimmenzahlen in den größeren Mitgliedstaaten im Verhältnis leichter ist, denn

98 Vgl. IV.2.

99 Vgl. das Amtliche Register der Kommission, abrufbar unter <http://ec.europa.eu/citizens-initiative/public/welcome>. Dort finden sich nützliche Informationen über von der Kommission registrierte laufende und abgeschlossene Initiativen, aber auch zu zurückgezogenen und abgelehnten Initiativen. Im letzteren Fall sind jeweils die Ablehnungsbeschlüsse der Kommission abrufbar, aber bedauerlicherweise nicht die ursprünglichen Eingaben der Organisatoren an die Kommission. Dementsprechend bleibt man, ist der Text nicht anderweitig greifbar, bezüglich der Initiativanliegen auf die – oft knappe und teils tendenziöse – Zusammenfassung des Initiativanliegens im Ablehnungsbeschluss der Kommission angewiesen (vgl. unten Fn. 130).

100 1) „Single Communication Tariff Act“; 2) „EU-Richtlinie zum Schutz von Milchkühen“; 3) „Let me vote“; 4) „Stoppen wir den Ökozid in Europa: Eine Bürgerinitiative, um der Erde Rechte zu verleihen“; 5) „Europäische Bürgerinitiative für Medienpluralismus“; 6) „Kündigung Personenfreizügigkeit Schweiz“.

101 Vgl. „Unconditional Basic Income“, abgelehnt am 6.9.2012, C(2012) 6288 final; neu eingereicht und registriert am 14.1.2012 unter der Bezeichnung „Bedingungsloses Grundeinkommen (BGE) – Erforschung eines Weges zu emanzipatorischen sozialstaatlichen Rahmenbedingungen in der EU“, ECI(2013)000001.

102 Vgl. für das Amtliche Register der Kommission oben Fn. 99.

103 „Wasser und sanitäre Grundversorgung sind ein Menschenrecht! Wasser ist ein öffentliches Gut und keine Handelsware!“, ECI(2012)000003, registriert am 10.5.2012. Die Antwort der Kommission wird bis 20.3.2014 erwartet.

104 ECI(2012)000005, registriert am 11.5.2012.

105 ECI(2012)000007, registriert am 22.6.2012.

106 Laut Organisatoren hat die Wasserinitiative 1.857.605 Unterstützungsbekundungen erhalten und in dreizehn Mitgliedstaaten das Quorum erreicht; vgl. <http://www.right2water.eu/>. Für „Einer von uns“ werden 1.743.806 Unterstützungsbekundungen gemeldet; vgl. <http://www.1-von-uns.de/>. „Stop Vivisection“ konnte laut Organisatoren 1.126.005 Unterstützungsbekundungen und in zwölf Mitgliedstaaten die nötige Mindestzahl erreichen; vgl. <http://www.stopvivisection.eu/>.

107 Vgl. in diesem Sinne auch P.M. Huber, in: Streinz (Fn. 9), Art. 11 EUV, Rn. 57.

diese Zahlen ergeben sich aus der Zahl der im jeweiligen Mitgliedstaat gewählten Mitglieder des Europäischen Parlaments, multipliziert mit 750 (Art. 7 Abs. 2 EBI-Verordnung). Hier kommt es mithin zu einer bemerkenswerten Umkehrung der Logik des Grundsatzes der degressiven Proportionalität (Art. 14 Abs. 2 EUV), indem dieser sich bei der Bürgerinitiative ausnahmsweise zu Gunsten der größeren Mitgliedstaaten auswirkt. Die mit dem Grundsatz einhergehende Beschränkung der unionsbürgerlichen Gleichheit (Art. 9 EUV) bei den Wahlen zum Europäischen Parlament erfährt durch diese Umkehrung freilich nur eine marginale Kompensation.¹⁰⁸

Aus der frühen Kommissionspraxis sollen im Folgenden noch zwei Rechtsprobleme aufgegriffen werden, eines in Zusammenhang mit der Verlängerung der Unterschriftensammelfrist durch die Kommission, das andere betreffend Begründungsmängel der Kommissionsbeschlüsse, mit denen geplanten Initiativen die Registrierung verweigert wurde.

1. Fragwürdige Verlängerung der Sammelfrist für Unterstützungsbekundungen durch die Kommission

Für neun Initiativanliegen wurde bereits am erstmöglichen Tag, d.h. dem 1. April 2012, die Registrierung beantragt, die ersten bereits Anfang Mai 2012 registriert.¹⁰⁹ Trotzdem endeten die ersten Sammelfristen erst am 1. November 2013. Die Kommission begründete die Entscheidung für verlängerte Sammelfristen mit Serverproblemen und damit verbundenen Schwierigkeiten beim Sammeln von Online-Unterstützungserklärungen.¹¹⁰ Dies scheint in Hinblick auf Art. 5 Abs. 5 UAbs. 1 EBI-Verordnung problematisch, denn demzufolge „[werden] [s]ämtliche Unterstützungsbekundungen ... nach der Registrierung der geplanten Bürgerinitiative und innerhalb eines Zeitraums von höchstens zwölf Monaten gesammelt“.¹¹¹ Während der Wortlaut der Vorschrift an sich durchaus mit einer Auslegung vereinbar wäre, derzufolge der Sammelbeginn nach hinten verschoben wird (arg. „nach der Registrierung“), darf der Gesamtsammelzeitraum dadurch jedenfalls nicht auf mehr als zwölf Monate verlängert werden.¹¹² Die Verlängerung der Sammelfrist durch die Kommission stellt angesichts der eindeutigen Normierung einer Höchst-sammelfrist durch den Unionsgesetzgeber eine Verletzung von Art. 5 Abs. 5 UAbs. 1 EBI-Verordnung dar.¹¹³

108 Vgl. ibid., Rn. 48.

109 Für das Amtliche Register der Kommission vgl. oben Fn. 99.

110 Vgl. Presseaussendung von Kommissionsvizepräsident Maroš Šefčovič vom 18.7.2012; vgl. oben Fn. 34.

111 Vgl. fast gleichlautend Art. 5 Abs. 4 EBI-Verordnungsvorschlag (Fn. 9), allerdings noch ohne das „und“.

112 Zum letzten Aspekt vgl. auch *W. Obwexer/J. Villotti*, Die Europäische Bürgerinitiative (Fn. 5), S. 115, aber offenbar a.M. zum Beginn der Sammelfrist (vgl. aber die vorhergehende Fußnote zum Wegfall des „und“ in der endgültigen Fassung der EBI-Verordnung).

113 So auch *T. Fülop*, in: Mayer/Stöger (Fn. 9), Art. 11 EUV, Rn. 34.

2. Mangelnde Begründung der die Registrierung verweigernden Beschlüsse

Einen deutlich ergiebigeren Untersuchungsgegenstand stellen die abgelehnten Initiativen dar, da es hier zu einer formalen Reaktion der Kommission gekommen ist. Schon vor dem endgültigen Erlass der EBI-Verordnung hatte im Schrifttum weitgehend Einigkeit geherrscht,¹¹⁴ dass die Ablehnung der Registrierung durch die Kommission durch einen Beschluss i.S.d. Art. 288 Abs. 4 AEUV erfolgen müsse, der dann gemäß Art. 263 Abs. 4 AEUV vor dem EuG bekämpfbar wäre. Die Frage hat sich angesichts des endgültigen Wortlauts von Art. 4 Abs. 3 UAbs. 2 EBI-Verordnung¹¹⁵ weitgehend erledigt. Die Kommission hat in der Folge auch nicht gezögert, die Nichtregistrierung einer Initiative als „Beschluss“¹¹⁶ zu bezeichnen und die Organisatoren, wie von der EBI-Verordnung gefordert, über die ihnen zustehenden gerichtlichen¹¹⁷ und außergerichtlichen¹¹⁸ Rechtsbehelfe zu unterrichten. In einem Fall wurde bereits Klage eingebracht, nämlich bezüglich der von Griechenland und Zypern aus lancierten Initiative „One Million Signatures for a ‚Europe of Solidarity‘“.¹¹⁹

Bemerkenswert ist, dass sich die Kommission in allen 17 Beschlüssen,¹²⁰ mit denen die Registrierung verweigert wurde, auf das Fehlen der Bedingung des Art. 4 Abs. 2 lit. b EBI-Verordnung beruft, also auf ein offenkundiges Fehlen der Zuständigkeit von Union bzw. Kommission. Bislang hat sie die inhaltlichen Kriterien der lit. c und d also nicht in Anspruch genommen, und das ist i.S.d. vorher Gesagten auch gut so. Bei der Ablehnung der Registrierung der Initiative, die das Singen der Europahymne in Esperanto vorgeschlagen hatte,¹²¹ mögen manchem nämlich schon derartige Gedanken gekommen sein.¹²² Noch mehr muss dies für das jüngst abgelehnte Initiativanliegen hinsichtlich der (Selbst-)Abschaffung („self-abolition“) des Europäischen Parlaments gelten: Auch wenn man gewiss Zweifel an der Ernsthaftigkeit dieses Anliegens hegen kann, hat die Kommission in diesem Fall richtiger-

114 Vgl. dazu *L. Langer/A.T. Müller*, *Ius cogens* (Fn. 1), S. 241 m.w.N.

115 „Wenn die Kommission es ablehnt, eine geplante Bürgerinitiative zu registrieren, unterrichtet sie die Organisatoren über die Gründe der Ablehnung und alle möglichen gerichtlichen und außergerichtlichen Rechtsbehelfe, die ihnen zur Verfügung stehen.“

116 Vgl. die Nichtregistrierungsbeschlüsse der Kommission, abrufbar unter <http://ec.europa.eu/citizens-initiative/public/initiatives/non-registered>, wo sich die Kommission durchgängig an die Nomenklatur des Art. 288 Abs. 4 AEUV in den verschiedenen Sprachfassungen hält; vgl. aber Ablehnung der Registrierung der Bürgerinitiative „Unconditional Basic Income“, C(2012) 6288 final, wo von „dieser Entscheidung“ die Rede ist.

117 Klage beim EuG gemäß Art. 256 Abs. 1 i.V.m. Art. 263 Abs. 4 AEUV.

118 Beschwerde beim Europäischen Bürgerbeauftragten gemäß Art. 228 AEUV.

119 Abgelehnt am 6.9.2012, C(2012) 6289 final. Vgl. in der Folge Rs. T-450/12 (Anagnostakis/Kommission), eingebracht am 11.10.2012, ABI. EU 2012 C 399/24. Die Klage stützt sich auf Art. 122, 136 Abs. 1 und 222 AEUV.

120 Zu den oben genannten Ablehnungsbeschlüssen kommt der unter Fn. 101 angeführte.

121 „Recommend singing the European Anthem in Esperanto“, abgelehnt am 30.5.2012, C(2012) 3688 final.

122 Vgl. *L. Langer*, Die Europäische Bürgerinitiative: Partizipativer Placebo oder direktdemokratischer Keimling?, in: Kübler/Stojanović (Hrsg.), Demokratie in der Europäischen Union. Ein Schweizer Beitrag zur Debatte/Democracy in the European Union. A Contribution from the Swiss Perspective, 2014, S. 141 (154).

weise die Nichtregistrierung mit offenkundig fehlender Zuständigkeit i.S.d. Art. 4 Abs. 2 lit. b EBI-Verordnung begründet.¹²³

Auch in anderen Fällen liegt eine Ablehnung wegen offenkundig fehlender Zuständigkeit auf der Hand, etwa bei der Anti-Atomkraftinitiative¹²⁴ wegen ihres starken Bezugs zum Euratom-Vertrag (und damit ihrer Nicht-Ausrichtung auf einen Rechtsakt der Union), bei der Initiative zur Einführung eines EU-Referendums¹²⁵ oder bei jener über die automatische Weiterführung der Unionsbürgerschaft bei Sezession von einem Mitgliedstaat.¹²⁶ Ähnliches würde im Übrigen auch für eine „Single Seat“-Initiative gelten, die eindeutig mit Protokoll Nr. 6 zu den Verträgen unvereinbar ist. In anderen Fällen darf man aber die Begründung der Kommission durchaus kritischer sehen. Viele Initiativen fassen ein Bündel von Maßnahmen ins Auge, und dies oft in Bereichen, wo die Union über (beschränkte) Rechtsangleichungskompetenzen verfügt, dann aber wieder nur über Unterstützungs- und Koordinierungskompetenzen i.S.d. Art. 6 AEUV, etwa in den Sektoren Bildung und Kultur,¹²⁷ Sozialpolitik¹²⁸ und Tierschutz¹²⁹.

Die geplante Initiative für ein „Unbedingtes Grundeinkommen“¹³⁰ lehnte die Kommission u.a. mit der Begründung ab, Art. 153 Abs. 1 lit. j AEUV erkläre zwar die Bekämpfung der sozialen Ausgrenzung zu einem Tätigkeitsbereich der Union, erlaube aber nur das Setzen von Maßnahmen „unter Ausschluss jeglicher Harmonisierung“ (Abs. 2 lit. a; lit. b *contrario*). Der Kommission zufolge kann in diesem Bereich demzufolge kein Rechtsakt erlassen werden.¹³¹ Dies ist jedoch nicht überzeugend, denn Art. 288 AEUV kennt auch nicht harmonisierende Rechtsakte, z.B. die nicht verbindlichen Rechtsakte wie Stellungnahmen und Empfehlungen, aber

123 „A new EU legal norm, self-abolition of the European Parliament and its structures, must be immediately adopted“, abgelehnt am 23.1.2014, C(2014) 437 final.

124 „My voice against nuclear power“, abgelehnt am 30.5.2012, C(2012) 3687 final. Vgl. zu dieser Thematik bereits L. Langer/A.T. Müller, *Ius cogens* (Fn. 1), S. 256.

125 „The Supreme Legislative & Executive Power in the EU must be the EU Referendum as an expression of direct democracy“, abgelehnt am 23.1.2014, C(2014) 436 final.

126 „Fortalecimiento de la participación ciudadana en la toma de decisiones sobre la soberanía colectiva“, abgelehnt am 30.5.2012, C(2012) 3689 final. Vgl. auch die Anfragebeantwortung durch Kommissionspräsident José Manuel Barroso in Zusammenhang mit dieser Initiative: „The Commission confirms that, in accordance with Article 20 [TFEU], EU citizenship is additional to and does not replace national citizenship (that is, the citizenship of an EU Member State). It also confirms that in the hypothetical event of a secession of a part of an EU Member State, the solution would have to be found and negotiated within the international legal order. Any other consideration related to the consequences of such event would be of a conjectural nature.“, 28.8.2012, www.europarl.europa.eu/sides/getAllAnswers.do?reference=E-2012-007453&language=EN.

127 Vgl. dazu die Esperanto-Initiative (oben Fn. 121).

128 Vgl. die in Fn. 101 und 119 genannten Initiativen.

129 Vgl. die am 19.7.2012 abgelehnte Anti-Stierkampf-Initiative „Abolición en Europa de la tauromaquia y la utilización de toros en fiestas de残酷 y tortura por diversión“, C(2012) 5222 final, die am 25.7.2013 abgelehnte Initiative „Stop cruelty for animals“, C(2013) 4974 final und die am 6.11.2013 abgelehnte Initiative „Our concern for insufficient help to pet and stray animals in the European Union“, C(2013) 7645 final. In allen drei Fällen hat sich die Kommission in ihrem Ablehnungsbeschluss („el bienestar de los animales no es *per se* una política de la Unión definida en los Tratados“) auf EuGH, Rs. C-189/01 (Jippes), Slg. 2001, I-5689, Rn. 71 berufen, wonach die Gewährleistung des Wohlergehens der Tiere nicht zu den im damaligen Art. 2 EGV definierten Zielen des Vertrags gehört.

130 Vgl. oben Fn. 101. Die Initiative hatte sich ausweislich des Ablehnungsbeschlusses der Kommission vom 6.9.2012 folgendes Ziel gesetzt: „gaining support for the introduction of a universal, individual, unconditional basic income to ensure a life in dignity and participation in society within all member states of the EU“.

131 Ibid.

auch Verordnungen, die nicht auf Rechtsangleichung zielen, etwa die Einrichtung einer Forschungs- oder Beobachtungsstelle.¹³² Mit ihrem Ablehnungsbeschluss hat die Kommission erzwungen, dass die Organisatoren in einer erneut eingebrachten Initiative ihr Anliegen auf Forschungsfragen und Art. 156 AEUV als Rechtsgrundlage einschränken,¹³³ während durchaus nicht harmonisierende Rechtsakte gemäß Art. 153 Abs. 2 lit. a i.V.m. Abs. 1 lit. j AEUV in Frage gekommen wären. Richtigerweise hätte die Kommission i.S.d. obgenannten favor civis die Initiative registrieren und dann in ihren (rechtlichen) Schlussfolgerungen gemäß Art. 10 Abs. 1 lit. c EBI-Verordnung darlegen sollen, inwieweit ein Tätigwerden der Kommission in diesem Bereich unionsrechtlich möglich ist.

Nicht mit dem Unionsrecht vereinbar erscheint auch der Ablehnungsbeschluss, mit dem der Initiative „Minority SafePack“ die Registrierung versagt wurde.¹³⁴ Hier hatte die Kommission sogar zugestanden, dass einzelne in der Initiative vorgeschlagene Rechtsakte die Zuständigkeitskriterien erfüllen könnten. Mit der – im Lichte des Wortlauts von Art. 4 Abs. 2 EBI-Verordnung (arg. „registriert … eine geplante Bürgerinitiative“) zutreffenden – Begründung, die Verordnung erlaube ihr nicht, bloß einen Teil oder Teile einer geplanten Initiative zu registrieren, verweigerte die Kommission die Registrierung aber gänzlich. Obwohl die Union tatsächlich keine eigentliche Zuständigkeit in der Minderheitenpolitik hat, ist das Vorgehen der Kommission dennoch unbefriedigend. Es überrascht vor allem, dass sie in sehr knappen Ausführungen zum Ergebnis kommt, dass „offenkundig“ Unzuständigkeit vorliege, obwohl sie selbst unmittelbar davor von einer kompetenziellen Gemen-gelage ausgeht.¹³⁵

Den Begründungserfordernissen des Art. 296 Abs. 2 AEUV genügt dies nicht, zumal an die für Rechtsakte der Union allgemein bestehende Begründungspflicht im Falle der Nichtregistrierung von Bürgerinitiativen erhöhte Anforderungen gestellt werden müssen.¹³⁶ Hier kommen nämlich nicht nur generelle rechtsstaatliche Motive zum Tragen, sondern angesichts des zumindest grundrechtsähnlichen Charakters des Initiativrechts¹³⁷ und der direktdemokratischen Ambitionen von Art. 11

¹³² VO (EG) Nr. 1920/2006 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12.12.2006 über die Europäische Beobachtungsstelle für Drogen und Drogensucht, ABl. EG 2006 L 376/1.

¹³³ Vgl. oben Fn. 101.

¹³⁴ „Minority SafePack – one million signatures for diversity in Europe“, abgelehnt am 13.9.2013, C(2013) 5969 final; vgl. dazu bereits oben Fn. 62.

¹³⁵ „Some of the acts requested in the Annex to your proposed initiative … might individually fall with the Commission’s powers to submit a proposal for a legal act of the Union for the purpose of implementing the Treaties. However, the [EBI-Verordnung] does not provide for registration of part or parts of a proposed initiative. In conclusion, the Commission considers that there is no legal basis in the Treaties which would allow the Commission to present a complete set of proposals for the ‘Minority SafePack’ as defined in your application.“

¹³⁶ Vgl. bereits oben Fn. 62.

¹³⁷ Es wurde zwar anlässlich seiner Einführung durch den Vertrag von Lissabon nicht in die GRC aufgenommen, stellt aber ein Bürgerrecht dar und gehört insofern zu den politischen Grundrechten der Unionsbürgerinnen und -bürger; vgl. oben Fn. 5 f.

Abs. 4 EUV auch grundrechtliche und demokratische Aspekte.¹³⁸ Im Rahmen dieser verstärkten Begründungspflicht ist insbesondere eine aussagekräftige Darlegung geboten, inwieweit die im Einzelnen geforderten Rechtsakte die Zuständigkeitsgrenzen tatsächlich offenkundig überschreiten.¹³⁹ Die auffällige Zurückhaltung der Kommission in Sachen Begründung in ihren bisherigen Ablehnungsbeschlüssen mag durchaus auch damit zusammenhängen, dass mit konkreten Aussagen zur Nichtexistenz einer unionalen Zuständigkeit keine Präjudizien geschaffen werden sollen, die in anderem Zusammenhang auch gegen die Kommission ins Treffen geführt werden könnten.¹⁴⁰ Derartige taktische Überlegungen sind aber kein zureichender Grund für ein Zurückbleiben hinter der durch Art. 296 Abs. 2 AEUV statuierten Begründungspflicht.

Bei ihrer Prüfung einer geplanten Initiative, darauf ist einmal mehr hinzuweisen, hat sich die Kommission von dem aus Art. 11 Abs. 4 EUV und dem sekundärrechtlich verankerten Offenkundigkeitstest hervorleuchtenden favor civis leiten zu lassen. Auch und gerade in Zweifelsfällen müssen Initiativen daher registriert werden, weil Offenkundigkeit diesfalls eben nicht vorliegt. Ergibt sich im Rahmen der Prüfung aber, dass zumindest eine der vorgeschlagenen Maßnahmen für die Herbeiführung eines Unionsrechtsakts offenkundig untauglich ist, hat die Kommission die Registrierung der gesamten Initiative zu verweigern und ihre Bedenken im Einzelnen darzulegen. Dies ermöglicht den Organisatoren sowohl eine Anfechtung des Nichtregistrierungsbeschlusses beim EuG als auch eine allfällige Neulancierung der Initiative in abgeänderter Form. Liegt keine offenkundige Untauglichkeit vor – und das wäre etwa auch der Fall, wenn eine zweifelhafte vorgeschlagene Maßnahme wenigstens zu einer Empfehlung führen könnte –, ist die Initiative zu registrieren, allenfalls unter dem Vorbehalt der Notwendigkeit der Adaptierung des Initiativanliegens in diesem Punkt (Konversion) schon im Registrierungsbeschluss.¹⁴¹ Im Rahmen der Überprüfung einer erfolgreichen Bürgerinitiative gemäß Art. 10 EBI-Verordnung hat die Kommission dann ohnehin ihre rechtlichen und politischen Schlussfolgerungen und die Gründe für ihr weiteres Vorgehen bzw. den Verzicht hierfür darzulegen.

Für die Auslegungsregel zu Gunsten der Registrierung von Bürgerinitiativen sprechen auch rechtspolitische Erwägungen: In diesem Zusammenhang ist insbesondere

¹³⁸ Vgl. zum Umfang der Begründungspflicht des Parlaments bei Unzulässigerklärung einer Petition EuG, Rs. T-308/07 (Tegebauer/Parlament), Slg. 2011, II-279, Rn. 24 f. und 28; Urteil v. 7.3.2013, Rs. T-186/11 (Schönberger/Parlament), Rn. 16 f. Es ist im Übrigen bezeichnend, dass das EuG im letzteren Urteil vom Petitionsrecht als einem „Grundrecht“ spricht (*ibid.*, Rn. 16); diese Überlegungen sind auch auf die Bürgerinitiative übertragbar.

¹³⁹ Darauf stützt sich die gegen den Ablehnungsbeschluss eingebrachte Klage auch unter anderem; vgl. Rs. T-646/13 (Minority SafePack u.a./Kommission), eingebracht am 25.11.2013, ABl. EU 2014 C 112/34.

¹⁴⁰ Vgl. etwa im Bereich des Tierschutzes oben Fn. 129.

¹⁴¹ Die Kommission ist, wenn sie eine Initiative registriert, in ihrem eigenen Handeln weder auf die von den Organisatoren in Aussicht genommenen Rechtsgrundlagen noch Rechtsatzformen festgelegt. Es ist ihr also unbenommen, eine vorgeschlagene Maßnahme in anderen Kompetenzgrundlagen als angedacht zu verankern (z.B. Art. 352 AEUV) bzw. einen anderen Unionsrechtsakttypus i.S.d. Art. 288 AEUV zu wählen. Dies trafe aber etwa hinsichtlich einer „Single Seat“-Initiative wegen der diesbezüglich eindeutigen Primärrechtslage nicht zu; auch eine bloße Empfehlung käme hier nicht in Betracht.

zu beachten, dass die Organisatoren oft eine ganze Palette von Maßnahmen anregen (müssen), um die nötige politische Mobilisierung für eine erfolgreiche Bürgerinitiative zu erreichen; es war bereits davon die Rede, dass die Quoren offenbar nicht so leicht zu erreichen sind wie ursprünglich gedacht. Legt man einen so strengen Maßstab an, wie er sich aus der spärlichen Begründung der Registrierungsverweigerungsbeschlüsse der Kommission zu ergeben scheint, besteht bei sehr vielen Initiativen – gerade in politisch neuralgischen Bereichen, wo komplexe Kompetenzverhältnisse zwischen Union und Mitgliedstaaten bestehen – ein hohes Risiko, dass sie bereits im Keim ersticken werden. Die hohe Ablehnungsquote von deutlich mehr als einem Drittel¹⁴² gibt davon beredt Zeugnis. Alternativ könnte man von den Organisatoren die Inanspruchnahme erheblicher europarechtlicher Expertise verlangen, was aber die Zugänglichkeit und Bürgernähe des Instruments nicht gerade förderte. Schließlich sind, wie schon erwähnt, von einer großzügigen Registrierung von Initiativen weder hohe finanzielle Belastungen noch sonst großer Schaden zu befürchten. Die negativen Folgen einer zu restriktiven Registrierungspolitik auf die Bereitschaft der Bürgerinnen und Bürger, von Art. 11 Abs. 4 EUV Gebrauch zu machen, wiegen gewiss schwerer als die mögliche Frustration, wenn registrierte Initiativanliegen in weiterer Folge wegen rechtlicher Bedenken im Sand verlaufen.

V. Fazit

Die durch den Vertrag von Lissabon eingeführte Europäische Bürgerinitiative ist einer der zentralen Prüfsteine, wie ernst es der Union mit der viel beschworenen Erhöhung der demokratischen Legitimität der Union und Bürgernähe wirklich ist. Es gibt ohne Zweifel ermutigende Zeichen, namentlich die relativ hohe Zahl an lancierten Initiativen, wovon immerhin drei die erforderlichen Quoren erreicht haben. Auch hat das Europäische Parlament mittlerweile schon die institutionellen Vorkehrungen für die parlamentarische Begleitung von Bürgerinitiativen getroffen.¹⁴³

Auf der Negativseite ist indes vor allem die hohe Ablehnungsquote von deutlich über einem Drittel (gegenwärtig 17 von 42) zu verbuchen. In der Schweiz wurden, freilich unter anderen rechtlichen Voraussetzungen, seit 1891 lediglich vier von 305 Initiativen für ungültig erklärt.¹⁴⁴ Auch ist anzuführen – lamentabile dictu –, dass gerade das Europäische Parlament im Verordnungserlassungsverfahren die Einführung materieller Schranken nicht nur nicht verhindert, sondern sogar befördert hat.¹⁴⁵ Schließlich zeigt sich auch, dass das Wissen der Bürgerinnen und Bürger um die Initiativmöglichkeit zwar relativ hoch ist, sich die Bereitschaft zur Beteiligung

¹⁴² Vgl. oben Fn. 102.

¹⁴³ Vgl. die recente Änderung der Geschäftsordnung des Europäischen Parlaments in Bezug auf die Umsetzung der europäischen Bürgerinitiative, ABl. 2013 C 264 E/98.

¹⁴⁴ S. dazu *L. Langer/A.T. Müller*, *Ius cogens* (Fn. 1), S. 266.

¹⁴⁵ Vgl. oben Fn. 79.

an einer solchen Initiative jedoch in recht überschaubaren Bahnen hält.¹⁴⁶ Dies hängt wohl auch damit zusammen, dass aus Bürgersicht alles andere als klar ist, wofür die Union zuständig ist und in welchen Bereichen daher sinnvoll auf den Erlass von Unionsrechtsakten hingewirkt werden kann. Hier herrschen offenbar teilweise ziemlich verzerrte Vorstellungen.¹⁴⁷ Dies schafft für die Union die einer gewissen Ironie nicht entbehrende Situation, dass ihr einerseits die Arrogation und Konzentration von Kompetenzen vorgehalten wird, die eigentlich in die Mitgliedstaaten gehörten, dass sie aber andererseits doch nicht die politischen Initiativen auf den Weg zu bringen vermag, die die Bürgerinnen und Bürger von ihr erwarten.¹⁴⁸ Ein aktuelles Beispiel ist die Nichtregistrierung einer Initiative, die durch den Unionsgesetzgeber lebenslange Betreuung („lifelong care“) als Dienst von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse i.S.d. Art. 14 AEUV verankern und die Mitgliedstaaten zum Anbieten derartiger Dienste verpflichten wollte.¹⁴⁹

Mit dieser Spannung wird die Union für die absehbare Zukunft leben müssen. Sie macht aber einmal mehr deutlich, dass – um weitere Frustrationen der Bürgerinnen und Bürger zu vermeiden – das ohnehin relativ schwach ausgestaltete direktdemokratische Instrument eines „Proto-Vorschlagsrechts“¹⁵⁰ nicht ohne Not durch eine überzogene Prüf- und damit Verwerfungskompetenz der Kommission geschwächt werden soll. Dies gilt für die sehr strenge und unzureichend begründete Prüfung der aber immerhin im Primärrecht verankerten Zuständigkeitsvoraussetzungen in der bisherigen Kommissionspraxis ebenso wie für die problematische Einführung autonomer materieller Schranken durch die EBI-Verordnung. Während das Wertekriterium und (mit Abstrichen) das Missbrauchskriterium im Lichte des Primärrechts vertretbar erscheinen, bestehen erhebliche Bedenken hinsichtlich der Primärrechtskonformität des Seriositäts- und Schikanekriteriums. Will man sich unter Berufung auf den dem Unionsgesetzgeber zuzugestehenden weiten Ausgestaltungsspielraum zu dieser Auffassung nicht durchringen, ist der Anwendungsbereich dieser Bestimmungen bei primärrechtskonformer Interpretation stark einzuschränken, ja auf Null zu reduzieren.

Anspruch und Wirklichkeit der in Art. 11 Abs. 4 AEUV verankerten Europäischen Bürgerinitiative fallen dementsprechend noch weit auseinander. Wenn man im Jahr 2013 zu Recht zwanzig Jahre Unionsbürgerschaft feierte, bleibt abzuwarten, wie man die Bürgerinitiative bei ihrem 20-Jahres-Jubiläum würdigen wird.

146 Laut Flash Eurobarometer Nr. 365 „European Union Citizenship“, Februar 2013, S. 26 (32) wissen 73 % der Befragten, dass sie das Recht haben, an einer Bürgerinitiative teilzunehmen. Gleichzeitig würden sich laut Standard Eurobarometer Nr. 77 „European Citizenship“, Frühjahr 2012, S. 47 nur 21 % wahrscheinlich an einer Initiative beteiligen, während 67 % der Befragten angaben, sie würden das wahrscheinlich nicht tun.

147 Standard Eurobarometer Nr. 77 (Fn. 146), S. 48 zufolge sind etwa Beschäftigung, Pensionen und Bildung unter den vorrangig genannten Bereichen, wo Bürgerinitiativen stattfinden sollten. Gerade in diesen Bereichen hat die Union aber eher schwach ausgebildete Zuständigkeiten.

148 Vgl. L. Langer, Die Europäische Bürgerinitiative (Fn. 122), S. 151.

149 „Right to Lifelong Care: Leading a life of dignity and independence is a fundamental right!“, abgelehnt am 5.11.2013, C(2013) 7512 final.

150 Vgl. L. Langer/A.T. Müller, *Ius cogens* (Fn. 1), 270.

Die Grenzen der Unionsbürgerschaft

*Von Maria Berger, Luxemburg**

I. Einleitende Bemerkungen

Der Wert eines politisch-juristischen Konzepts wie dem der Unionsbürgerschaft erschließt sich erst dann vollständig, wenn seine Tragweite in Grenz- und Extremfällen zu bestimmen ist. Für solche Grenz- und Extremfälle enthält die Unionsbürger-Richtlinie¹ verschiedene Vorkehrungen, die vom EuGH bereits mehrfach auszulegen und anzuwenden waren. Diese Grenzfälle manifestieren sich u.a. in der Zulässigkeit und den Modalitäten von gegen Unionsbürger erlassenen Einreise- und Aufenthaltsverboten, in Ausweisungsverfügungen und auch in Ausreiseverboten. Solche Verfügungen der mitgliedstaatlichen Behörden zeigen die Grenzen der Unionsbürgerschaft und ihres wichtigsten Substrats, der Freizügigkeit², auf und werden damit zum „Elchtest“ der Unionsbürgerschaft. Es scheint mir daher von Interesse zu sein, wie die Rechtsprechung des EuGH mit diesen Grenzen der Unionsbürgerschaft umgeht und ich möchte daher einige exemplarische Urteile des EuGH hier näher vorstellen.

II. Einreise- und Aufenthaltsverbote gegen Unionsbürger

Die Unionsbürger-Richtlinie enthält in ihrem Kapitel VI Bestimmungen über zulässige Beschränkungen des Einreise- und Aufenthaltsrechts der Unionsbürger durch die Mitgliedstaaten. Solche Beschränkungen können aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder der Gesundheit verfügt werden. Art. 27 Abs. 1 der Richtlinie schließt ausdrücklich aus, dass diese Gründe zu wirtschaftlichen Zwecken geltend gemacht werden. In verfahrensrechtlicher Hinsicht sieht Art. 30 der Richtlinie vor, dass Einreise- und Aufenthaltsverbote dem Betroffenen schriftlich und in einer Weise mitgeteilt werden, dass er deren Inhalt und Wirkung nachvollziehen kann. Die der Entscheidung zugrunde liegenden Gründe der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit sind dem Betroffenen genau und umfassend mitzuteilen. An dieser Stelle sieht die Richtlinie aber eine Einschränkung vor, die im nachfolgend vorgestellten Fall eine zentrale Rolle spielen wird. Die genaue und umfassende Mitteilung der Gründe kommt dann nicht zum Tragen, wenn dem Gründe der Sicherheit des Staates entgegenstehen. Gemäß Art. 31 Abs. 1 und 3 der Richtlinie müssen die Betroffenen einen Rechtsbehelf bei einem Gericht und „gegebenenfalls

* Dr. Maria Berger ist Richterin am Gerichtshof der Europäischen Union.

1 RL 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) 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 L 2004/158, 1.

2 S. dazu *W. Obwexer* in diesem Heft auf S. 51.

bei einer Behörde des Aufnahmemitgliedstaats“ einlegen können. Im Rechtsbehelfsverfahren sind die Rechtmäßigkeit der Entscheidung sowie die Tatsachen und die Umstände, auf denen die Entscheidung beruht, zu überprüfen. Im Rechtsmittelverfahren muss auch gewährleistet werden, dass die Entscheidung nicht unverhältnismäßig ist, insbesondere im Hinblick auf Art. 28 der Richtlinie.

Diese Bestimmungen der Unionsbürger-Richtlinie waren vom EuGH u.a. in der Rs. ZZ anzuwenden, zu dem erst jüngst, im Juni dieses Jahres, das Urteil erging und das von der Großen Kammer erlassen wurde.³ Es handelte sich um ein Vorabentscheidungsverfahren, das von der Civil Division des Court of Appeal für England und Wales beim EuGH eingeleitet wurde. Der mit der Abkürzung ZZ anonymisierte Kläger im Ausgangsverfahren besaß die französische und die algerische Staatsbürgerschaft, er war mit einer britischen Staatsbürgerin verheiratet, mit der er acht Kinder im Alter von 9 bis 20 Jahren hatte. Herr ZZ war von 1990 bis 2005 rechtmäßig im Vereinigten Königreich wohnhaft, 2004 wurde ihm das Recht auf dauerhaften Aufenthalt gewährt. Während eines Aufenthalts von ZZ in Algerien 2005 hob die zuständige Behörde das Aufenthaltsrecht auf und erließ ein Einreiseverbot. Das zuständige Spezialgericht, die „Special Immigration Appeals Commission“ (in der Folge als SIAC abgekürzt) stellte mit Urteil fest, dass dem Betroffenen dagegen kein Klagerecht zusteht. Als dann ZZ 2006 dennoch in das Vereinigte Königreich einzureisen versuchte, erließ die zuständige Behörde (ein Secretary of State) auf der Grundlage einer zwischenzeitlich neu erlassenen Einreiseverordnung ein neuerliches Einreiseverbot. Gegen diese Entscheidung erhob ZZ Klage bei der SIAC, im Verfahren vor der SIAC kamen dessen sehr spezielle Verfahrensvorschriften zur Anwendung. Der Secretary of State weigerte sich, gegenüber dem Kläger die wesentlichen Gründe für das Einreiseverbot und den Widerspruch zur Klage des ZZ offenzulegen. Diese Gründe wurden nur den in den SIAC–Verfahrensvorschriften vorgesehenen, von der SIAC bestellten speziellen Anwälten mitgeteilt. Gleches gilt für die darauf bezogenen vertraulichen Beweise. Diesen Anwälten war es aber verboten, darüber mit dem Betroffenen zu reden. Sie durften mit ZZ nur über die sog. „öffentlichen Beweise“ reden. ZZ hatte auch persönliche Anwälte, die aber ebenfalls nur Zugang zu den „öffentlichen Beweisen“ hatten. Die mündliche Verhandlung fand teilweise unter Ausschluss der Öffentlichkeit statt, daran durften nur die speziellen Anwälte teilnehmen, nicht aber ZZ und seine persönlichen Anwälte. In der Folge wies die SIAC die Klage von ZZ ab und erließ zwei Urteile, ein „öffentlichtes“ und ein „vertrauliches“. Das „vertrauliche Urteil“ wurde nur dem Secretary of State und den speziellen Anwälten zugestellt. Im öffentlichen Urteil wurde u.a. festgestellt, dass die SIAC aus Gründen, die nur im vertraulichen Urteil erläutert werden, zu der Überzeugung gelangt ist, dass das persönliche Verhalten von ZZ eine tatsächliche, gegenwärtige und erhebliche Gefahr darstellt, die ein Grundinteresse der Gesellschaft, nämlich ihre öffentliche Sicherheit, berührt und dass dieses Interesse

³ EuGH, Urteil v. 4.6.2013, Rs. C-300/11 (ZZ). Eine erste Besprechung dieses Urteils gibt es von H.P. Bull, Anmerkung zum Urteil des EuGH vom 4.6.2013, Rs. C-300/11 – Zum Umfang der Offenlegung der Verbotsgründe für eine Einreise in einen EU-Mitgliedstaat, DVBl. 2013, S. 1318.

Vorrang hat vor dem Recht des Klägers und seiner Familie, ihr Familienleben im Vereinigten Königreich zu führen. Gegen dieses Urteil legte ZZ Berufung an das vorlegende Gericht ein. Mit seiner Vorlagefrage wollte das Berufungsgericht im Wesentlichen wissen, ob der Grundsatz des effektiven gerichtlichen Rechtsschutzes i.S.d. Art. 30 Abs. 2 der Unionsbürger-Richtlinie verlange, dass der Unionsbürger über den wesentlichen Inhalt der gegen ihn vorliegenden Gründe informiert wird, obwohl die Verwaltungsbehörden und das Gericht nach Prüfung zur Ansicht gekommen sind, dass diese Offenlegung den Interessen der Sicherheit des Staates zuwiderlaufen würde. In der Vorlagefrage nahm das Gericht auch Bezug auf Art. 346 Art. 1 lit. a AEUV, der vorsieht, dass ein Mitgliedstaat nicht verpflichtet ist, Auskünfte zu erteilen, deren Preisgabe seines Erachtens seinen wesentlichen Sicherheitsinteressen widerspricht.

Diesen Artikel und auch Art. 4 Abs. 2 EUV, also die Identitätsklausel, nahm die italienische Regierung im Verfahren vor dem EuGH zum Anlass, um die Zulässigkeit dieses Vorabentscheidungsverfahrens zu bestreiten. Die Sicherheit des Staates falle unter die alleinige Verantwortung der Mitgliedstaaten. Das gab dem EuGH Gelegenheit seine Position zu solchen Vorbringen zu wiederholen⁴ und festzustellen, dass es zwar Sache der Mitgliedstaaten sei, die geeigneten Maßnahmen für ihre innere und äußere Sicherheit zu ergreifen, doch dass der Umstand, dass eine Entscheidung die Sicherheit des Staates betreffe für sich allein genommen nicht zur Unanwendbarkeit des Unionsrechts führe.⁵ Auch die sonstigen, gegen die Zulässigkeit vorgebrachten Argumente ließ der EuGH nicht gelten und erklärte das Vorabentscheidungsersuchen für zulässig. Das vorlegende Gericht berief sich zwar auf den Grundsatz des effektiven Rechtsschutzes, nicht aber auf Art. 47 GRC. Diesen brachte der EuGH durch eine Reformulierung der Vorlagefrage ins Spiel, um ihn dann in der Folge als Auslegungsmaßstab für die einschlägigen sekundärrechtlichen Bestimmungen heranziehen zu können. Vorher stellte der EuGH aber noch fest, dass die Bestimmungen des Art. 30 Abs. 2 der Unionsbürger-Richtlinie zu den Beschränkungen im Namen der staatlichen Sicherheit als Ausnahme anzusehen ist, die eng auszulegen ist, ohne dass ihr die praktische Wirksamkeit genommen wird.⁶ Mit Blick auf Art. 47 GRC erinnerte der EuGH zunächst an seine ständige Rechtsprechung zur Begründungspflicht verwaltungsbehördlicher Entscheidungen und an den in Gerichtsverfahren einzuhaltenden Grundsatz des kontradiktionsfreien Verfahrens.⁷ Verfahrensbeteiligte müssen das Recht haben, von allen beim Gericht eingereichten Schriftstücken oder Erklärungen Kenntnis zu nehmen, um diese zu erörtern und die Entscheidung des Gerichts beeinflussen zu können. Es würde gegen das Grundrecht auf einen wirksamen gerichtlichen Rechtsbehelf verstossen, wenn eine gerichtliche Entscheidung auf Tatsachen und Schriftstücke gegründet würde, von denen die Parteien – oder eine von ihnen – keine Kenntnis nehmen und zu denen

4 EuGH, Rs. C-387/05 (Kommission/Italien), Slg. 2009, I-11831, Rn. 45.

5 EuGH, Urteil v. 4.6.2013, Rs. C-300/11 (ZZ), Rn. 38.

6 EuGH, Urteil v. 4.6.2013, Rs. C-300/11 (ZZ), Rn. 49.

7 EuGH, Urteil v. 4.6.2013, Rs. C-300/11 (ZZ), Rn. 53.

sie auch nicht Stellung nehmen konnte.⁸ Dass es Einschränkungen dieser Rechte aus Gründen der staatlichen Sicherheit geben kann, wird vom EuGH nicht dem Grunde nach abgelehnt. Er fordert aber, dass das Gericht verfahrensrechtliche Techniken und Regeln zur Verfügung hat, die legitimen Erwägungen der Sicherheit des Staates einerseits und die Verfahrensrechte der Betroffenen andererseits zum Ausgleich zu bringen.⁹ Jedenfalls muss das entscheidende Gericht die Möglichkeit haben, von allen Gründen und den entsprechenden Beweisen Kenntnis zu nehmen.¹⁰ Das Gericht muss auch die Befugnis haben, die Stichhaltigkeit des Einwands zu prüfen, dass staatliche Sicherheitsinteressen berührt sind. Die zuständigen Verwaltungsbehörden müssen den Nachweis erbringen, dass die Veröffentlichung der genauen und umfassenden Gründe tatsächlich die Sicherheit des Staates beeinträchtigen würde. Es könnte keine Vermutung zugunsten der Richtigkeit des Vorbringens der Verwaltungsbehörden zur Anwendung kommen. Kommt das Gericht zu dem Schluss, dass die Sicherheit des Staates es nicht verwehrt, dem Betroffenen die genauen und umfassenden Gründe mitzuteilen, dann ist der Verwaltungsbehörde Gelegenheit zu geben, dies nachzuholen. Verweigert die Verwaltungsbehörde dies, dann entscheidet das Gericht über die Rechtmäßigkeit des Einreiseverbots nur auf Grund der mitgeteilten Gründe und Beweise.¹¹ Stellen sich die Gründe der staatlichen Sicherheit als zutreffend heraus, dann ist im Rahmen eines Verfahrens zu entscheiden, dass die Erfordernisse, die sich aus der Sicherheit des Staates ergeben und die Erfordernisse des Rechts auf einen effektiven gerichtlichen Rechtsschutz in angemessener Weise zum Ausgleich bringt und dabei die eventuellen Eingriffe in die Ausübung dieses Rechts auf das unbedingt erforderliche beschränkt.¹² Das Verfahren muss so weit als möglich die Wahrung des Grundsatzes des kontradiktorischen Verfahrens sicherstellen. Dem Betroffenen muss jedenfalls der wesentliche Inhalt der Gründe mitgeteilt werden, anderenfalls wäre sein Recht auf einen Rechtsbehelf wirkungslos.¹³ Zu einem anderen Ergebnis kann dieser Ausgleich aber bei den Beweisen kommen. In bestimmten Fällen könnte die Offenlegung bestimmter Beweise die Sicherheit des Staates insoweit unmittelbar und besonders beeinträchtigen, als sie insbesondere das Leben, die Gesundheit oder die Freiheit von Personen gefährden könnte oder die von den nationalen Sicherheitsbehörden speziell angewandten Untersuchungsmethoden enthüllen und damit die zukünftige Erfüllung dieser Aufgaben ernsthaft behindern oder unmöglich machen könnte.¹⁴ Das Gericht hat aber in solchen Fällen zu berücksichtigen, dass bei Beweisen, die nicht dem kontradiktorischen Verfahren ausgesetzt waren, die Beweiskraft beeinflusst sein kann.

Zusammenfassend dargestellt, löste der EuGH in diesem Fall eines Konflikts der Unionsbürgerschaft und der staatlichen Sicherheit dahingehend, dass er eine Un-

8 EuGH, Urteil v. 4.6.2013, Rs. C-300/11 (ZZ), Rn. 56.

9 EuGH, Urteil v. 4.6.2013, Rs. C-300/11 (ZZ), Rn. 57.

10 EuGH, Urteil v. 4.6.2013, Rs. C-300/11 (ZZ), Rn. 59.

11 EuGH, Urteil v. 4.6.2013, Rs. C-300/11 (ZZ), Rn. 63.

12 EuGH, Urteil v. 4.6.2013, Rs. C-300/11 (ZZ), Rn. 64.

13 EuGH, Urteil v. 4.6.2013, Rs. C-300/11 (ZZ), Rn. 65.

14 EuGH, Urteil v. 4.6.2013, Rs. C-300/11 (ZZ), Rn. 66.

terscheidung zwischen den Gründen für ein Einreiseverbot und den Beweisen vornimmt. Bei den Gründen sind die wesentlichen Gründe jedenfalls mitzuteilen, hier geht das Pendel in Richtung Recht auf effektiven gerichtlichen Rechtsschutz. Bei den Beweisen schlägt die staatliche Sicherheit stärker durch. Bereits dieser Fall eines Einreiseverbotes macht die Schwächen einer rein national verstandenen öffentlichen Ordnung und Sicherheit deutlich. ZZ wurde zwar von den britischen Behörden zur Rückreise nach Algerien angehalten, tatsächlich lebte er während des Ausgangsverfahrens in Frankreich, dessen Staatsbürgerschaft er ja ebenfalls besaß. Es ist anzunehmen, dass er auch im Fall einer gerichtlichen Bestätigung des Einreiseverbots, sich weiter in Frankreich aufhalten wird. Sollten die gegen ihn erhobenen Vorwürfe stimmen, stellt sich die Frage, warum ein nationales Einreiseverbot die von ihm angebliche ausgehende Gefahr mindert, nur weil er in ein Land der Union nicht einreisen darf. Diese Frage stellt sich sowohl im Hinblick auf die Sicherheit des Vereinigten Königreichs selbst als auch im Hinblick auf die Sicherheit Frankreichs und anderer Mitgliedstaaten der Union. Für die geforderte Verhältnismäßigkeitsprüfung, die sowohl die Erforderlichkeit als auch die Geeignetheit des Mittels Einreiseverbot umfassen muss, könnte die Schwächen dieses nur auf mitgliedstaatlichen Kategorien basierenden Konzepts der öffentlichen Ordnung und Sicherheit zum Problem werden.

III. Ausreiseverbote

Die Rechtsprechung des EuGH hatte sich auch mit Fällen zu beschäftigen, in denen es um Ausreiseverbote ging, die Mitgliedstaaten gegen eigene Staatsbürger verhängt haben. Die Unionsbürger-Richtlinie enthält nur eine Bestimmung, die speziell auf die Ausreisesituation abstellt. Art 4. Abs. 1 der Richtlinie spricht ausdrücklich auch vom Recht, das Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats zu verlassen. Die Bestimmungen zu den Beschränkungen aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit des Art. 27 Abs. 1 bis 2 der Richtlinie beziehen sich dem Wortlaut nach auf alle Situationen, auch auf die Ausreisesituation. Der Abs. 3 spricht allerdings im Zusammenhang mit der Feststellung, ob eine Gefahr für die öffentliche Ordnung vorliegt, nur vom Aufnahmemitgliedstaat und nicht vom Herkunftsmitgliedstaat. Letzterer hat dem Aufnahmemitgliedstaat allenfalls Auskunft zu geben. Die uneingeschränkte Anwendung der Unionsbürger-Richtlinie auch auf Ausreisesituationen rechtfertigt sich jedenfalls auch dadurch, dass der EuGH in langjähriger Rechtsprechung statuiert hat, dass das Recht auf Freizügigkeit für die Unionsbürger sowohl das Recht umfasst, sich in einen anderen Mitgliedstaat als ihren Herkunftsmitgliedstaat zu begeben, als auch das Recht, ihren Herkunftsmitgliedstaat zu verlassen. Andernfalls wären die Grundfreiheiten ihrer Substanz beraubt. Zu diesen Aussagen kam der EuGH in den älteren Urteilen zunächst in Zusammenhang mit der Nieder-

lassungsfreiheit und der Freizügigkeit der Arbeitnehmer¹⁵ und er hat sie in der Folge auf die Freizügigkeitsrechte aller Unionsbürger übernommen.¹⁶

Die Ausreiseverbote, die in den jüngeren Fällen verfahrensgegenständlich waren, hatten unterschiedliche Begründungen. In der Rs. *Jipa*¹⁷ beantragten rumänische Behörden ein Ausreiseverbot von bis zu drei Jahren nach Belgien. Herr *Jipa* hatte sich zuvor in Belgien unbefugt aufgehalten und er wurde gemäß einem Rückübernahme-Übereinkommens nach Rumänien zurückgeführt. In der Rs. *Gaydarov*¹⁸ verfügte ein bulgarischer Polizeidirektor, dass der bulgarische Staatsbürger *Gaydarov* Bulgarien nicht verlassen dürfe und ihm keine Reisedokumente ausgestellt werden dürfen. Der Betroffene wurde zuvor in Serbien wegen eines Drogendelikts zu einer Freiheitsstrafe verurteilt, nach Verbüßung der Freiheitsstrafe kehrte er nach Bulgarien zurück. In einem weiteren Fall aus Bulgarien wurde gegen den Geschäftsführer einer Gesellschaft von den Finanzbehörden verfügt, dass er das Land solange nicht verlassen darf, bis eine Abgabenschuld der Gesellschaft in der Höhe von ca. 22 000 Euro beglichen oder dafür eine Sicherheit gestellt wird.¹⁹ Noch überraschender ist der Sachverhalt in der Rs. *Byankov*.²⁰ In diesem, ebenfalls bulgarischen, Fall wurde ein Ausreiseverbot und ein Verbot der Ausstellung von Reisedokumenten erlassen, und zwar wegen des Bestehens von Schulden gegenüber einer juristischen Person des Privatrechts.

Die Prüfung aller dieser Fälle erfolgte im Prinzip nach dem gleichen Schema. Der EuGH rief seine ständige Rechtsprechung in Erinnerung, dass die in diesen Fällen gegebenen Situationen vom Recht auf Freizügigkeit erfasst sind, dass aber dieses Recht nicht uneingeschränkt besteht und den Einschränkungen und Bedingungen der Verträge und der zu ihrer Durchführung ergangenen Bestimmungen unterliegt. Die weitere Prüfung in allen Fällen erfolgte dann anhand der Bestimmungen des Art. 27 Abs. 1 Unionsbürger-Richtlinie. In jenen Fällen, in denen sich die Behörden bzw. das Vorlagegericht auf Gründe der öffentlichen Ordnung und Sicherheit beriefen, stellte der EuGH fest, dass es zwar den Mitgliedstaaten freisteht, im Wesentlichen weiterhin nach ihren nationalen Bedürfnissen zu bestimmen, was die öffentliche Ordnung und Sicherheit erfordern; diese könne auch je nach Mitgliedstaat und Zeitpunkt unterschiedlich sein. Da es hier aber um Ausnahmen vom grundlegenden Prinzip der Freizügigkeit gehe, seien diese Ausnahmen eng zu verstehen und ihre Tragweite könne nicht von jedem Mitgliedstaat einseitig ohne Kontrolle durch die Organe der Union bestimmt werden.²¹ Der Begriff der öffentlichen Ordnung setze voraus, dass außer der sozialen Störung, die jeder Gesetzesverstoß darstelle, eine tatsächliche, gegenwärtige und hinreichend schwere Gefährdung

15 EuGH, Rs. 81/87 (Daily Mail und General Trust), Slg. 1988, 5483, Rn. 16; Rs. C-379/92 (Peralta), Slg. 1994, I-3453, Rn. 31; Rs. C-415/93 (Bosman), Slg. 1995, I-4921, Rn. 97.

16 EuGH, Rs. C-33/07 (Jipa), Slg. 2008, I-5157, Rn. 17 f.

17 EuGH, Rs. C-33/07 (Jipa), Slg. 2008, I-5157, Rn. 5.

18 EuGH, Rs. C-430/10 (Gaydarov), Slg. 2011, I-11637.

19 EuGH, Rs. C-434/10 (Aladzhov), Slg. 2011, I-11659.

20 EuGH, Urteil v. 4.10.2012, Rs. C-249/11 (Byankov).

21 EuGH, Rs. C-33/07 (Jipa), Slg. 2008, I-5157, Rn. 23; Rs. C-434/10 (Aladzhov), Slg. 2011, I-11659, Rn. 34; Rs. C-430/10 (Gaydarov), Slg. 2011, I-11637, Rn. 32.

vorliege, die ein Grundinteresse der Gemeinschaft berühre. Es komme ausschließlich auf das persönliche Verhalten des Betroffenen an, nicht auf den Einzelfall bezogene Rechtfertigungen oder Gründe der Generalprävention seien nicht zulässig.²² Diese Einschränkungen sind in Art. 27 Abs. 1 und 2 der Unionsbürger-Richtlinie vorgesehen. In allen vier Fällen kam der EuGH zur Ansicht, dass die von den Gerichten geschilderten Sachverhalte den Anforderungen der Unionsbürger-Richtlinie nicht zu entsprechen scheinen, in drei Fällen überließ er die endgültige Entscheidung aber den vorlegenden Gerichten. Im Fall des Ausreiseverbots wegen einer strafrechtlichen Verurteilung im Serbien bemängelte der EuGH die fehlende spezifische Beurteilung des persönlichen Verhaltens des Betroffenen und trug dem vorlegenden Gericht auch die Prüfung der Verhältnismäßigkeit auf. Ähnlich auch das Ergebnis im Fall des Ausreiseverbots wegen eines vorgehenden unbefugten Aufenthalts in Belgien.²³ Grundsätzlicher waren die Bedenken des EuGH im Fall des Ausreiseverbots wegen des Bestehens von Abgabenschulden. Er schloss nicht kategorisch aus, dass die Beitreibung von Abgabenschulden nicht nur einen rein wirtschaftlichen Zweck verfolge und deshalb schon durch den Wortlaut des Art. 27 Abs. 1 der Richtlinie keine Begründung für ein Ausreiseverbot darstellen kann. Es könne auch nicht ausgeschlossen werden, dass die Beitreibung von Abgabenschulden die Erfordernisse der öffentlichen Ordnung betreffen. Bei dieser möglichen Zuordnung der Steuereintreibung zur öffentlichen Ordnung beruft sich der EuGH auch auf ein Urteil des EGMR. Der EuGH forderte aber zusätzliche Qualifikationen, z.B. solche, die mit der Höhe der geschuldeten Abgaben oder den Erfordernissen der Bekämpfung von Steuerhinterziehung in Zusammenhang stehen und die eine tatsächliche, gegenwärtige und erhebliche Gefahr entstehen lassen.²⁴ Noch eindeutiger war das Ergebnis im Fall der Schulden bei einer Privatperson. In diesem Fall wurden im Ausgangsverfahren Gründe der öffentlichen Ordnung und Sicherheit nicht einmal geltend gemacht. Erst im Vorabentscheidungsverfahren verwies das vorlegende Gericht darauf, dass die einschlägigen bulgarischen Regelungen das Ziel des Gläubigerschutzes verfolgten. In der Zuordnung dieses Ziels zur öffentlichen Ordnung zeigte sich der EuGH besonders skeptisch: „Selbst wenn man davon ausgehen könnte, dass einem solchen Ziel in gewisser Weise der Gedanke der Wahrung der öffentlichen Ordnung zugrunde liegt...“. Er bemängelte des Weiteren, dass nicht ausgeschlossen werden könne, dass mit dem Ausreiseverbot nur wirtschaftliche Zwecke verfolgt werden, dass das persönliche Verhalten des Betroffenen ebenso wenig geprüft wurde wie das Vorliegen einer tatsächlichen, gegenwärtigen und erheblichen Gefahr, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt.²⁵ In diesem Fall überließ der EuGH die endgültige Entscheidung nicht dem vorlegenden Gericht,

22 EuGH, Rs. C-33/07 (Jipa), Slg. 2008, I-5157, Rn. 24; Rs. C-434/10 (Aladzhov), Slg. 2011, I-11659, Rn. 35; Rs. C-430/10 (Gaydarov), Slg. 2011, I-11637, Rn. 33; Urteil v. 4.10.2012, Rs. C-249/11 (Byankov), Rn. 40.

23 EuGH, Rs. C-33/07 (Jipa), Slg. 2008, I-5157, Rn. 26, 29; Rs. C-430/10 (Gaydarov), Slg. 2011, I-11637, Rn. 37, 40.

24 EuGH, Rs. C-434/10 (Aladzhov), Slg. 2011, I-11659, Rn. 37 f.

25 EuGH, Urteil v. 4.10.2012, Rs. C-249/11 (Byankov), Rn. 37 ff.

sondern stellte kategorisch fest, dass das Unionsrecht der fraglichen bulgarischen Regelung entgegensteht.

Auch bei diesen Fällen werden wiederum die Schwächen einer national verstandenen „öffentlichen Ordnung und Sicherheit“ deutlich. Dies gilt insbesondere für die Rs. *Jipa*, in der ein Ausreiseverbot nach Belgien wegen eines davor ausgeübten unbefugten Aufenthalts verhängt wurde. In dieser Rs. sah sich der Gerichtshof veranlasst, darauf hinzuweisen, dass sich eine die Freizügigkeit beschränkende Maßnahme auf den Schutz der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit jenes Mitgliedstaats beziehen müsse, der die Maßnahme erlässt. Eine solche Maßnahme dürfe deshalb nicht ausschließlich auf Gründe gestützt werden, die ein anderer Mitgliedstaat geltend macht, um eine Entscheidung über die Entfernung aus dem eigenen Hoheitsgebiet geltend zu machen. Die Gründe, die ein anderer Mitgliedstaat geltend macht, können allerdings bei der Entscheidung berücksichtigt werden, die Prüfung muss aber in jedem Fall ergeben, dass das persönliche Verhalten eine tatsächliche, gegenwärtige und erhebliche Gefahr darstellt, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt.²⁶ Für die Berücksichtigung des Schutzes der öffentlichen Ordnung und Sicherheit eines anderen Mitgliedstaats bleibt daher wenig Spielraum. Selbst wenn ein Mitgliedstaat im Sinne des Grundsatzes der loyalen Kooperation des Art. 4 Abs. 3 EUV auch die öffentliche Ordnung und Sicherheit eines anderen Mitgliedstaats schützen möchte, sind ihm durch das streng nationale Ordnungs- und Sicherheitsverständnis dafür sehr enge Grenzen gesetzt.

IV. Ausweisungsverfügungen

Eine dritte Gruppe innerhalb der beim EuGH zur Unionsbürger-Richtlinie vorgelegten Fälle bilden jene Konstellationen, in denen nationale Behörden gegen auf ihrem Hoheitsgebiet aufhältige Personen, die Unionsbürger sind aber nicht die Staatsbürgerschaft des Aufnahmemitgliedstaats besitzen, eine Ausweisung in den Herkunftsstaat verfügen. Für Ausweisungen aus Gründen der öffentlichen Ordnung und Sicherheit trifft Art. 28 der Unionsbürger-Richtlinie spezifische Vorkehrungen. Bei solchen Entscheidungen hat der Aufnahmemitgliedstaat die Dauer des Aufenthalts, das Alter, den Gesundheitszustand, die familiäre und wirtschaftliche Lage, die soziale und kulturelle Integration und das Ausmaß der Bindungen zum Herkunftsstaat zu berücksichtigen. Gegen Unionsbürger und ihre Familienangehörigen, die das Recht auf Daueraufenthalt genießen, darf eine Ausweisung nur aus „schwerwiegenden Gründen der öffentlichen Ordnung und Sicherheit“ verfügt werden (Art. 28 Abs. 2 Richtlinie 2004/38). Dieses Recht auf Daueraufenthalt entsteht in der Regel nach fünf Jahren (Art. 16 Abs. 1 Richtlinie 2004/38). Ein verstärkter Ausweisungsschutz ist für Unionsbürger dann vorgesehen, wenn sie ihren Aufent-

26 EuGH, Rs. C-33/07 (*Jipa*), Slg. 2008, I-5157, Rn. 25 ff. Es ist aber nur in Ausnamefällen vorstellbar, dass ein Ausreiseverbot der „eigenen“ öffentlichen Sicherheit und Ordnung dienen kann, s. A. *Epiney*, Die Rechtsprechung des EuGH im Jahr 2008: Unionsbürgerschaft, Grundfreiheiten und Gleichstellungsrecht, NVwZ 2009, S. 1139 (1140).

halt in den letzten zehn Jahren im Aufenthaltsmitgliedstaat gehabt haben oder minderjährig sind. In diesen Fällen müssen für eine Ausweisung „zwingende Gründe der öffentlichen Sicherheit“ geltend gemacht werden. Die Richtlinie enthält nähere Bestimmungen für die Berechnung der fünfjährigen Frist, die zum Daueraufenthalt führt, nicht aber für die Berechnung der zehnjährigen Frist, die zum verstärkten Ausweisungsschutz führt.

Diese Bestimmungen spielten u.a. in der Rs. *Tsakouridis*²⁷ eine Rolle, die vom Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg vorgelegt wurde. Herr *Tsakouridis* wurde als Sohn griechischer Einwanderer in Deutschland geboren und lebte mit kurzen Unterbrechungen in Deutschland. In diesen kurzen Unterbrechungen betrieb er in Griechenland einen Crêpes-Stand, der letzte Aufenthalt in Griechenland war u.a. deshalb ein kurzer, weil er aufgrund eines internationalen Haftbefehls der deutschen Behörden in Griechenland festgenommen wurde und 2007 nach Deutschland überführt wurde. Er hatte bereits einige Vorstrafen und wurde dann 2007 vom Landgericht Stuttgart zu einer Freiheitsstrafe von sechs Jahren und sechs Monaten verurteilt, und zwar wegen „unerlaubten bandenmäßigen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge“. 2008 stellte das Regierungspräsidium Stuttgart den Verlust des Rechts auf Einreise und Aufenthalt fest und drohte die Abschiebung nach Griechenland an. Dies u.a. auf der Grundlage einer Bestimmung des deutschen Rechts, die vorsieht, dass „zwingende Gründe der öffentlichen Sicherheit“ nur dann vorliegen, wenn eine mehr als fünfjährige Freiheitsstrafe verhängt wurde. Die deutsche Behörde stützte sich aber nicht nur auf diesen Umstand, sondern führte insbesondere die Gefährdung durch weitere Drogendelikte dafür an, dass zwingende Gründe der öffentlichen Sicherheit vorlägen. Das zunächst angerufene Verwaltungsgericht Stuttgart sah das Vorliegen solcher zwingender Gründe nicht gegeben. Herr *Tsakouridis* stelle möglicherweise eine erhebliche Gefahr für die öffentliche Ordnung dar, jedoch keineswegs für den Bestand des Staates und seiner Institutionen oder das Überleben der Bevölkerung. Dies müsste aber gegeben sein, wenn zwingende Gründe der öffentlichen Sicherheit den Maßstab bilden. Der Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg, der als Rechtsmittelinstanz angerufen wurde, legte dann, das war im Jahr 2008, dem EuGH einige Fragen zu diesem Rechtsstreit vor. Drei Fragen bezogen sich auf die Berechnung der zehnjährigen Frist und eine auf die Auslegung des Begriffs der „zwingenden Gründe der öffentlichen Sicherheit“. Zu Fristberechnung, auf die hier nur kurz einzugehen ist, stellte der EuGH u.a. fest, dass bei jeder Unterbrechung des Aufenthalts im Aufnahmestaat die genauen Umstände zu prüfen sind und darauf abzustellen ist, dass sich der Mittelpunkt der persönlichen, familiären oder beruflichen Interessen verlagert hat. Auch der Umstand, dass der Betroffene zwangsweise in den Aufenthaltsstaat zurückgebracht wurde und die in Haft verbrachte Zeit sind unter dem Gesichtspunkt zu prüfen, ob dadurch die mit dem Aufnahmemitgliedstaat geknüpften Integrati-

27 EuGH, Rs. C-145/09 (*Tsakouridis*), Slg. 2010, I-11979.

onsverbindungen abgerissen sind.²⁸ Die Berechnung der Frist nach diesen Gesichtspunkten überließ der EuGH dem vorlegenden Gericht.

Zu den verschiedenen Begriffen der öffentlichen Sicherheit stellte der EuGH einfangs fest, dass der Begriff der „zwingenden Gründe“ der öffentlichen Sicherheit erheblich enger ist als der der „schwerwiegenden Gründe“ und der Unionsgesetzgeber seine Anwendung auf außergewöhnliche Umstände beschränken wollte. Eine Beeinträchtigung der öffentlichen Sicherheit müsse einen besonders hohen Schweregrad aufweisen. Hinsichtlich der Bestimmung der öffentlichen Sicherheit verweist der EuGH auf seine bisherige Rechtsprechung zu diesem Begriff. Er umfasse sowohl die innere als auch die äußere Sicherheit. Die öffentliche Sicherheit ist berührt durch eine Beeinträchtigung des Funktionierens der Einrichtungen des Staates und seiner wichtigen öffentlichen Dienste, das Überleben der Bevölkerung, die Gefahr der erheblichen Störung der auswärtigen Beziehungen oder des friedlichen Zusammenlebens der Völker oder eine Beeinträchtigung der militärischen Interessen.²⁹ Diese bisherige Begriffsabgrenzung schließe aber nicht aus, dass die mit dem bandenmäßigen Handel mit Betäubungsmittel verbundene Kriminalität zwingend von diesem Begriff ausgenommen sei. Zur Untermauerung verwies der EuGH auf den Rahmenbeschluss 2004/757/JI, in dem die Aussage enthalten ist, dass der illegale Drogenhandel u.a. eine Bedrohung der Stabilität und Sicherheit der Mitgliedstaaten darstellt. Wenn damit schwere Drogendelikte grds. als Gefährdungen der öffentlichen Sicherheit angesehen werden können, macht dies eine konkrete Prüfung im Einzelfall nicht überflüssig. Das Vorliegen einer mehr als fünfjährigen Freiheitsstrafe allein genügt nicht. Bei der Abwägung der verschiedenen Umstände sind u.a. auch die Schwere der bisher ausgeübten Kriminalität und allenfalls die Rückfallneigung einerseits und die Resozialisierungschancen andererseits abzuwägen. An dieser Stelle bringt der EuGH klar zum Ausdruck, dass es für die Resozialisierung günstiger ist, wenn der Betroffene in dem Staat verbleibt, in dem er vollständig integriert ist. Der EuGH versucht in diesem Zusammenhang auch vorsichtig ein rein nationales Sicherheitsverständnis zu überwinden, in dem er unter Berufung auf die Schlussanträge des Generalanwalts darauf verweist, dass die Berücksichtigung der besseren Resozialisierungschancen nicht nur im Interesse des einen Staats ist, sondern auch im Interesse der EU insgesamt liege.³⁰ Die endgültige Entscheidung überließ der EuGH dann aber dem vorlegenden Gericht, dem er auch noch weitere Kriterien für die erforderliche Prüfung der Verhältnismäßigkeit mit auf dem Weg gab.

In einem ähnlichen gelagerten Fall ging es um die Frage, ob bei einer Verurteilung wegen sexuellen Missbrauchs, sexueller Nötigung und Vergewaltigung zu einer Freiheitsstrafe von mehr als sieben Jahren die zwingenden Gründe der öffentlichen Sicherheit für eine Ausweisungsverfügung herangezogen werden können.³¹

28 EuGH, Rs. C-145/09 (Tsakouridis), Slg. 2010, I-11979, Rn. 33.

29 EuGH, Rs. C-145/09 (Tsakouridis), Slg. 2010, I-11979, Rn. 43.

30 EuGH, Rs. C-145/09 (Tsakouridis), Slg. 2010, I-11979, Rn. 51.

31 EuGH, Urteil v. 22.5.2012, Rs. C-348/09 (P.I.).

Die Straftaten erfolgten im Familienkreis und es gab „nur“ ein Opfer. Auch in diesem Fall griff der EuGH auf die Tatsache zurück, dass die sexuelle Ausbeutung von Kindern zu den in Art. 83 Abs. 1 AEUV angesprochenen „eurocrimes“ zählt und die Richtlinie 2011/93³² den sexuellen Missbrauch von Kindern als besonders schwere Kriminalitätsform einstuft. Den Mitgliedstaaten stünde es daher frei, solche Straftaten als besonders schwere Beeinträchtigung eines grundlegenden gesellschaftlichen Interesses anzusehen, die geeignet sei, 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.³³

Derzeit sind zwei weitere Fälle anhängig, in denen es wiederum um die Berechnung der zehnjährigen Frist geht, insbesondere die Anrechenbarkeit von Gefängnisaufenthalten.³⁴

V. Schlussbemerkungen

Das Institut der Unionsbürgerschaft ist auch weiterhin vielen Unwägbarkeiten ausgesetzt. So wie es die Mitgliedstaaten in der Hand haben, durch ihre höchst unterschiedliche Einbürgerungspolitik zu bestimmen, wer überhaupt in den Genuss der Unionsbürgerschaft kommt, bestimmen sie auch über die Grenzen der Unionsbürgerschaft weitgehend alleine. Das Konstrukt der nationalen öffentlichen Ordnung und Sicherheit bringt es zwangsläufig mit sich, dass die Mitgliedstaaten unterschiedliche Bedürfnisse darunter einreihen und dass sich diese auch in zeitlicher Hinsicht ändern können. Das Unionsrecht schreibt den Mitgliedstaaten keine einheitliche Werteskala für die Beurteilung von Verhaltensweisen vor, die als Verletzung der öffentlichen Sicherheit anzusehen sind.³⁵ Der Gewährleistungsgehalt der mit der Unionsbürgerschaft verbundenen Rechte ist damit in allen Mitgliedstaaten unterschiedlich. Das vom Unionsgesetzgeber immer wieder eingesetzte Konzept der ausschließlich national ausgerichteten öffentlichen Ordnung und Sicherheit führt zu paradoxen Ergebnissen. Ein Einreiseverbot gegen einen Unionsbürger we-

32 RL 2011/93/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13.12.2011 zur Bekämpfung des sexuellen Missbrauchs und der sexuellen Ausbeutung von Kindern sowie der Kinderpornografie sowie zur Ersetzung des Rahmenbeschlusses 2004/68/JI des Rates, ABl EU L 2012/335.

33 EuGH, Rs. C-145/09 (Tsakouridis), Slg. 2010, I-11979, Rn. 25.

34 GA Bot, Schlussanträge v. 3.10.2013 in der Rs. C-378/12 (Onukwere). Vorabentscheidungsersuchen in der Rs. C-400/12 (MG), ABl. EU 2012 C 331/15. Besprechungen der bisherigen Urteile finden sich ua bei *A. Pfersich*, Ausweisungsverfügung, Strafrechtliche Verurteilung, Zwingende Gründe der öffentlichen Sicherheit, ZAR 2012, S. 430; *W. Frenz*, Differenzierter Ausweisungsschutz von Unionsbürgern nach dem Urteil Tsakouridis, ZAR 2011, S. 174; *A. Schwerdtfeger*, Ausreiseverbot – ja, aber unter engen Voraussetzungen, EuZW 2012, S. 56; *F. Wollenschläger*, A New Fundamental Freedom beyond Market Integration: Union Citizenship and its Dynamics for Shifting the Economic Paradigm of European Integration, European Law Journal 2011/17, S. 1; *N. Rogers/R. Scannell/J. Walsh*, Free Movement of Persons in the Enlarged European Union (2012) S. 249; *M. Larché*, Ordre public, Europe n° 1, janvier 2012, comm 23, <http://www.lexis.nexis.com/fr>; *F. Kauff-Gazin*, Exception d'ordre public et citoyenneté de l'Union, Europe-Revue Mensuelle Lexis Nexis Jurisclasseur 2007/8/9, S. 20; *V. Michel*, Séjour irrégulier et interdiction ultérieure de sortie du territoire: comment concilier liberté de circulation et protection de l'ordre public? Europe-Revue Mensuelle Lexis Nexis Jurisclasseur 2008/10, S. 22; *F. Kauff-Gazin*, Libre circulation des personnes. Ordre public, Europe-Revue Mensuelle Lexis Nexis Jurisclasseur 2011/1, S. 14.

35 EuGH, Urteil v. 22.5.2012, Rs. C-348/09 (P.I.), Rn. 21.

gen des Verdachts der Mitgliedschaft in einer terroristischen Vereinigung kann nicht verhindern, dass sich der Unionsbürger im angrenzenden Mitgliedstaat unbehelligt aufhalten kann. Der Mitgliedstaat muss auf die Gefährdung der eigenen öffentlichen Ordnung und Sicherheit abstehen, ist diese nicht gefährdet, sondern nur die eines anderen Mitgliedstaates, darf er keine Maßnahmen nach der Unionsbürger-Richtlinie treffen. Für eine loyale Kooperation der Mitgliedstaaten untereinander und einen „gemeinsamen Raum der Sicherheit“ bleibt da wenig Platz. Dies wird auch in Konstellationen wie denen im Fall *Tsakouridis* deutlich. Kommt es zur Ausweisung eines Unionsbürgers wegen der Gefahr, die er für den Aufnahmemitgliedstaat darstellt, dann wird diese Gefahr einfach auf einen anderen Mitgliedstaat ausgelagert, insbesondere bei leicht exportierbaren Kriminalitätsformen, wie denen des Drogenhandels. Die Gefahr wird auch noch höher, wenn keine Integration in den Herkunftsstaat stattfindet. Ich möchte auch darauf hinweisen, dass es für die Rechtsprechung immer schwieriger wird, für die Abgrenzung der verschiedenen Begriffe handhabbare Kriterien zu finden. Wann liegen schwerwiegende Gründe im Vergleich zu einfachen Gründen vor, wann sind gar zwingende Gründe gegeben? Wie der oben angesprochene Fall eines Ausreiseverbots im Fall von Schulden bei Privaten zeigt, ist das Konzept der national verstandenen öffentlichen Ordnung und Sicherheit auch missbrauchsgefährdet.

Da nicht abzusehen ist, dass der Gesetzgeber der europäischen Unionsbürgerschaft auch die Konstruktion einer europäischen öffentlichen Ordnung und Sicherheit³⁶ gegenüberstellt, sehe ich auf der Grundlage des bestehenden Unionsrechts hauptsächlich zwei Ansatzpunkte, um die Schwächen des jetzigen Konzepts zu mildern. Zum einen könnte der Grundsatz der loyalen Kooperation des Art. 4 Abs. 3 EUV dafür herangezogen werden, dass sich die mitgliedstaatlichen Behörden nicht nach dem „Floriani-Prinzip“ verhalten. Der Grundsatz der loyalen Kooperation verpflichtet die mitgliedstaatlichen Behörden auch im Verhältnis zueinander. Zum anderen könnte der vom EuGH schon eingeschlagene Weg weitergegangen werden, und aus den „eurocrimes“ des Art. 83 Abs. 1 AEUV so etwas wie ein europäischer „ordre public“ entwickelt werden, der eine gemeinsame Werteskala nicht nur für die Mindestharmonisierung der Straftatbestände in den mitgliedstaatlichen Strafrechtsordnungen bildet, sondern auch für die Auslegung der Begriffe „öffentliche Ordnung und Sicherheit“.

36 Überlegungen in diese Richtung finden sich bei T. Corthaut, EU Ordre Public, 2012.

Aktuelle (Weiter-)Entwicklungen des Rechts der Unionsbürger auf Dokumentenzugang

*Von Markus Frischhut, Innsbruck**

I. Entwicklung und einleitende Bemerkungen

Das sowohl primär- als auch sekundärrechtlich (mehrfach) verankerte Recht auf Dokumentenzugang erfüllt für Unionsbürger sowie sonstige (natürliche und juristische) Personen eine wichtige (nicht nur demokratiepolitische) Funktion. Dieser Beitrag untersucht allgemeine Weiterentwicklungen dieses Rechts in der Rechtsprechung des EuGH und berücksichtigt insbesondere den Umweltbereich (Århus). In all diesen Bereichen sind gegenläufige Interessen, wie z.B. der Schutz von Untersuchungstätigkeiten (in Vertragsverletzungsverfahren und im Wettbewerbsrecht), mit dem Interesse an Transparenz in Einklang zu bringen. Sektorenübergreifend bedient sich der EuGH dabei einer „Vermutungs-Rechtsprechung“, die zu einer nicht zu unterschätzenden Beweislastumkehr zu Lasten der Antragsteller (Unionsbürger) führt.

1. Entwicklung

In einer „immer engeren“ Union, in der Entscheidungen „möglichst offen und möglichst bürgerlich“ getroffen werden (Art. 1 Abs. 2 EUV),¹ sehen nunmehr an prominenter Stelle² Art. 15 Abs. 3 AEUV bzw. Art. 42 GRC³ für Unionsbürger ein Recht auf Dokumentenzugang vor; damit befindet sich dieses Recht nicht mehr (wie zuvor Art. 255 EGV) in den Vorschriften für mehrere Organe.⁴ Obwohl dieses Recht einerseits nicht im 2. Teil über die Unionsbürgerschaft (Art. 18 bis Art. 25 AEUV) verankert worden ist und andererseits über Unionsbürger hinaus jeder natürlichen oder juristischen Person mit Wohnsitz oder satzungsgemäßem Sitz in einem Mitgliedstaat zukommt, so hängt es doch eng mit der durch den Vertrag von Maastricht⁵ geschaffenen Unionsbürgerschaft zusammen.⁶

Bereits in der Erklärung Nr. 17 (zum Recht auf Zugang zu Informationen) zum Vertrag von Maastricht wurde „die Transparenz des Beschlussverfahrens“ als bedeutend für die Stärkung des demokratischen Charakters der Organe einerseits und

* FH-Professor & Fachbereichsleiter EU-Recht, MCI Management Center Innsbruck, Department International Business & Law.

1 S. auch Erwgr. 13 der Präambel EUV; EuG, Urteil v. 13.9.2013, Rs. T-111/11 (Client Earth), Rn. 46 f., 62 ff.; EuGH, Rs. C-39/05 P u.a. (Turco), Slg. 2008, I-4723, Rn. 34.

2 Erster Teil Titel II AEUV.

3 Dazu sogleich.

4 Fünfter Teil Titel I Kap. 2 EGV.

5 ABI. EG 1992 C 191/1; konsolidierte Fassung ABI. EG 1992 C 224/1.

6 W. Obwexer, Grundfreiheit Freizügigkeit. Das Recht der Unionsbürger, sich frei zu bewegen und aufzuhalten, als fünfte Grundfreiheit, 2009, S. 124-126 unterscheidet begrifflich in „spezifische“ und „sonstige“ Rechte (wie nunmehr Art. 15 Abs. 3 AEUV).

das Vertrauen der Öffentlichkeit in die Verwaltung andererseits genannt.⁷ Nach der negativen dänischen Volksabstimmung vom 2. April 1992 zum Vertrag von Maastricht betonte der Europäische Rat am 16. Oktober 1992 in seiner Erklärung von Birmingham die Notwendigkeit, „die Gemeinschaft offener [zu] gestalten, um eine bessere Information für die öffentliche Diskussion über die Tätigkeit der Gemeinschaft zu gewährleisten“, da die Gemeinschaft nur mit Unterstützung der Bürger voranschreiten könne.⁸ Dänemark legte sodann dem Europäischen Rat am 30. Oktober 1992 ein Dokument vor, in dem sieben für Dänemark „besonders wichtig[e]“ Punkte hervorgehoben worden sind, darunter die „Offenheit und Transparenz des Beschlussfassungsprozesses der Gemeinschaft“.⁹ Während sich der Europäische Rat von Edinburgh vom 11.-12. Dezember 1992 auf damit im Zusammenhang stehende Fragen wie die Öffentlichkeit von Ratssitzungen oder den Zugang zur Gemeinschaftsgesetzgebung (CELEX)¹⁰ konzentrierte,¹¹ legte die Kommission am 2. Juni 1993 ihre Mitteilung „Transparenz in der Gemeinschaft“¹² vor, wo sie in Anhang II erste „Grundprinzipien als Diskussionsgrundlage für die Beratungen mit den anderen Organen“ thematisierte. Auffallend dabei ist jedoch, dass dort sehr technisch von „Akteneinsicht“ die Rede ist. Darüber hinaus wird der Kreis der Befreitigten (Unionsbürger oder sonstiger Personengruppen) insofern offen gelassen, also lediglich von „Anfragen aus der Öffentlichkeit“ die Rede ist. Zwischenzeitlich war am 18. Mai 1993 das zweite dänische Referendum knapp positiv ausgegangen,¹³ und der Europäische Rat von Kopenhagen vom 21.-22. Juni 1993 „forderte den Rat und die Kommission auf, ihre Arbeiten hinsichtlich des Zugangs der Öffentlichkeit zu Informationen im Einklang mit dem Grundsatz, daß die Bürger möglichst umfassenden Zugang zu Informationen erhalten, fortzusetzen“.¹⁴

Der sodann von Rat und Kommission am 6. Dezember 1993 angenommene Verhaltenskodex¹⁵ sah „einvernehmlich[e] Grundsätze“ für einen „möglichst umfassenden Zugang“ der Öffentlichkeit zu den Dokumenten dieser beiden Institutionen vor und wurde sodann, wie vorgesehen, durch entsprechende Beschlüsse des Rates

7 ABI. EG 1992 C 191/101.

8 SN/343/2/92, Anlage I der Schlussfolgerungen des Vorsitzes, S. 4.

9 ABI. EG 1992 C 348/1.

10 Im Kontext der VO (EU) Nr. 216/2013 des Rates vom 7.3.2013 über die elektronische Veröffentlichung des Amtsblatts der Europäischen Union (ABI. EU 2013 L 69/1) wird derzeit gerade die bestehende Rechtsdatenbank der EU (EUR-Lex) rundum erneuert.

11 SN 456/1/92 REV 1, Annex 3 to Part A.

12 ABI. EG 1993 C 166/4. Drei Monate vorher wurde die Mitteilung „Eine verstärkte Transparenz bei der Arbeit der Kommission“ (ABI. EG 1993 C 63/8) veröffentlicht, die das Zugänglichmachen von Kommissionsdokumenten für die Öffentlichkeit zwar anspricht, dies jedoch nicht als Recht. S. Mitteilung „Zugang der Öffentlichkeit zu Dokumenten, die sich im Besitz der Gemeinschaftsorgane befinden“, KOM(93) 191 endg. (ABI. EG 1993 C 156/5).

13 Für eine grafische Übersicht über die Referenden seit 1992 s. The Economist, May/June 2012, S. 25.

14 SN 180/1/93, S. 22.

15 Verhaltenskodex (93/730/EG) vom 6.12.1993 für den Zugang der Öffentlichkeit zu Rats- und Kommissionsdokumenten, ABI. EG 1993 L 340/41, berichtig in ABI. EG 1994 L 23/34.

vom 20. Dezember 1993¹⁶ bzw. der Kommission vom 8. Februar 1994¹⁷ „durchgeführt“. Das Europäische Parlament gewährte der Öffentlichkeit ca. drei Jahre später mit Beschluss vom 10. Juli 1997 Zugang zu den von ihm erstellten Schriftstücken.¹⁸

Diese Verbindung des Dokumentenzugangs mit der bereits 1992 durch den Vertrag von Maastricht geschaffenen Unionsbürgerschaft erfolgte sodann durch den am 2. Oktober 1997 unterzeichneten Vertrag von Amsterdam.¹⁹ Dieser verankerte den Dokumentenzugang zum einen erstmalig auf Primärrechtsebene. Zum anderen formulierte er den Zugang zu Dokumenten von Rat, Parlament und Kommission als Recht, welches nun nicht „der Öffentlichkeit“, sondern jedem Unionsbürger (bzw. jeder natürlichen oder juristischen Person mit Wohnsitz oder Sitz in einem Mitgliedstaat) zukommt (Art. 191a, nach Umnummerierung Art. 255 EGV).²⁰

Kurz nach der von Europäischem Parlament, Rat und Kommission am 7. Dezember 2000 in Nizza feierlich proklamierten GRC,²¹ die in ihrem Art. 42²² das Recht auf Zugang zu Dokumenten verankerte, bzw. der Unterzeichnung des Vertrags von Nizza am 26. Februar 2001,²³ welcher den Art. 255 EGV unverändert ließ,²⁴ wurde sodann am 30. Mai 2001 die allgemeine Dokumentenzugangs-Verordnung²⁵ verabschiedet.²⁶

Der Vertrag von Lissabon vom 13. Dezember 2007²⁷ erweiterte dieses Recht betreffend Dokumente lediglich des Europäischen Parlaments, des Rates und der Kommission auf „Dokument[e] der Organe, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Union“,²⁸ und zwar „unabhängig von der Form der für diese Dokumente verwendeten Träger“ (Art. 15 Abs. 3 UAbs. 1 AEUV²⁹); diese Erweiterung wurde ebenso durch die am 12. Dezember 2007 in Straßburg von Europäischem Parlament,

16 Beschluss (93/731/EG) des Rates vom 20.12.1993 über den Zugang der Öffentlichkeit zu Ratsdokumenten, ABI. EG 1993 L 340/43.

17 Beschluss (94/90/EGKS, EG, Euratom) der Kommission vom 8.2.1994 über den Zugang der Öffentlichkeit zu den der Kommission vorliegenden Dokumenten, ABI. EG 1994 L 46/58. S. auch Mitteilung der Kommission über die Verbesserung des Zugangs zu den Dokumenten, ABI. EG 1994 C 67/5.

18 Beschluss (97/632/EG, EGKS, Euratom) des EP vom 10.7.1997 über den Zugang der Öffentlichkeit zu den Dokumenten des Europäischen Parlaments, ABI. EG 1997 L 263/27.

19 ABI. EG 1997 C 340/1 (46); konsolidierte Fassung des EUV auf S. 145 ff. bzw. des EGV auf S. 173 ff.

20 Zur Erklärung Nr. 35 zum Vertrag von Amsterdam s. unten Fn. 82. Die Erklärung Nr. 41 (betreffend EGKS und EAG) ist in diesem Kontext nicht weiter von Relevanz.

21 ABI. EG 2000 C 364/1.

22 „Die Unionsbürgerinnen und Unionsbürger sowie jede natürliche oder juristische Person mit Wohnsitz oder satzungsmäßigem Sitz in einem Mitgliedstaat haben das Recht auf Zugang zu den Dokumenten des Europäischen Parlaments, des Rates und der Kommission.“

23 ABI. EG 2001 C 80/1 (berichtigt in ABI. EG 2001 C 96/27); konsolidierte Fassung ABI. EG 2002 C 325/1.

24 Vgl. J. Schoon/N. Görlitz, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, 3. Aufl. 2012, Art. 15 AEUV, Rn. 20.

25 VO (EG) Nr. 1049/2001 des EP und des Rates vom 30.5.2001 über den Zugang der Öffentlichkeit zu Dokumenten des Europäischen Parlaments, des Rates und der Kommission, ABI. EG 2001 L 145/43.

26 Nach EuGH, Urteil v. 28.6.2012, Rs. C-477/10 P (Agrofert), Rn. 88 konkretisiert diese VO den in Art. 1 Abs. 2 EUV „allgemein angeführten Grundsatz der Offenheit“.

27 ABI. EU 2007 C 306/1; konsolidierte Fassung ABI. EU 2012 C 326/1.

28 Vgl. Gemeinsame Erklärung zur Dokumentenzugangs-VO, ABI. EG 2001 L 173/5.

29 Darüber hinaus werden die Grundsätze und Einschränkungen nunmehr „vom Europäischen Parlament und vom Rat durch Verordnungen gemäß dem ordentlichen Gesetzgebungsverfahren festgelegt“ (UAbs. 2 leg. cit.). Nach UAbs. 4 leg. cit. gilt dieser Absatz „für den Gerichtshof der Europäischen Union, die Europäische Zentralbank und die Europäische Investitionsbank nur dann, wenn sie Verwaltungsaufgaben wahrnehmen“. Außerdem haben

Rat und Kommission feierlich proklamierte GRC³⁰ vollzogen. Mit dem Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon zum 1. Dezember 2009 wurden die GRC und die Verträge „rechtlich gleichrangig“ (Art. 6 Abs. 1 EUV).

2. Bewertung

Wie aus diesem entstehungsgeschichtlichen Kontext ersichtlich, ist das Recht auf Dokumentenzugang nur ein Puzzlestück in einem größeren Kontext. Bei allen drei erwähnten Europäischen Räten ging es außerdem um die öffentliche Beratung des Rates sowie Informationen über seine Tätigkeit, Konsultationen und Grünbücher der Kommission, um einen einfacheren Zugang zu bzw. Vereinfachung und Kodifizierung der Gemeinschaftsgesetzgebung, um Kontakte des Europäischen Parlaments mit nationalen Parlamenten, um die Einsetzung eines Bürgerbeauftragten und „last but not least“ um das Subsidiaritätsprinzip i.S.v. bürgernahen Entscheidungen. Vereinfacht gesagt ging es – auch aufgrund des negativen dänischen Referendums – darum, die Verbindung zwischen dem europäischen Integrationsprozess und den Bürgern zu stärken.

Sowohl auf einer rechtlichen (Ratifikation durch alle Mitgliedstaaten) als auch auf einer emotionalen Ebene kann der europäische Integrationsprozess, wie es auch der Europäische Rat von Birmingham formuliert hatte, „nur mit Unterstützung [der] Bürger voranschreiten“. Es lag also durchaus im Eigeninteresse der Gemeinschaft, auf die Bevölkerung zuzugehen.

Bei der Transparenz-Mitteilung der Kommission, dem Verhaltenskodex über die drei Dokumentenzugangs-Beschlüsse von Rat, Kommission und Europäischem Parlament war immer nur von der Öffentlichkeit die Rede. Wie erwähnt, war es dann der Vertrag von Amsterdam, der den Dokumentenzugang mit der Unionsbürgerschaft verknüpft hat.

Unabhängig davon, ob Adressaten die Öffentlichkeit oder die Unionsbürger sind – aber damit eng verbunden – ist die Frage, ob der Dokumentenzugang als ein Recht oder eher als ein „Gewähren“ konzipiert ist. Wenngleich die Erklärung Nr. 17 zum Vertrag von Maastricht von einem „Recht auf Zugang zu Informationen“ ausging, so ist auffällig, dass speziell der Verhaltenskodex und die zwei Dokumentenzugangs-Beschlüsse von Rat und Kommission nicht von einem „Recht“ sprachen. Lediglich das Parlament, dessen Beschluss ca. drei Monate vor der Unterzeichnung des Vertrags von Amsterdam erfolgte, spricht von einem „Recht auf Zugang zu den vom Europäischen Parlament erstellten Dokumenten“.

das Europäische Parlament und der Rat gem. UAbs. 5 leg. cit. dafür zu sorgen, „dass die Dokumente, die die Gesetzgebungsverfahren betreffen, nach Maßgabe der in Unterabsatz 2 genannten Verordnungen öffentlich zugänglich gemacht werden“.

³⁰ ABl. EU 2007 C 303/1.

3. Gegenstand der Untersuchung

Das Recht auf Dokumentenzugang wurde in der Judikatur sowohl vom Gericht (EuG) als auch vom Gerichtshof (EuGH) ausführlich thematisiert. Von 1995 bis hauptsächlich 2004 hatten sich die beiden Gerichte³¹ primär mit den beiden Dokumentenzugangs-Beschlüssen von Kommission und Rat zu befassen, ab 2003 dann mit der Dokumentenzugangs-Verordnung. In der Literatur wurde diese Thematik ausführlich behandelt, wobei neben allgemeinen Aspekten³² auch die Gesichtspunkte der Transparenz und Legitimität³³ behandelt worden sind.

Dieser Beitrag beleuchtet die Weitentwicklungen dieses für die Unionsbürger wichtigen³⁴ Rechts auf Dokumentenzugang. Dabei werden nicht nur ausgewählte Aspekte des allgemeinen Rechts auf Dokumentenzugang (Dokumentenzugangs-Verordnung) (II.), sondern überdies Weiterentwicklungen im Bereich der Umwelt (III.),³⁵ und, da es naturgemäß primär juristische Personen betrifft, in einem kurzen Exkurs zumindest die wichtigsten Entwicklungen im Bereich des Wettbewerbsrechts³⁶ thematisiert (IV.). Abschließend werden sodann noch aktuelle Entwicklungen in Hinblick auf die Reform der Dokumentenzugangs-Verordnung sowie die damit im Zusammenhang stehende Rs. *Access Info Europe* beleuchtet (V.).

Nicht eingegangen werden kann (auch aus Gründen des Umfangs) einerseits auf andere Detailregelungen in diesen Bereichen³⁷ sowie andererseits auf das Dokumentenzugangsrecht in sonstigen Bereichen wie z.B. dem Anti-Dumpingrecht, dem Beamtenrecht, oder im Kontext der historischen Archive.³⁸

31 Art. 19 Abs. 1 EUV.

32 S. z.B. *D. Adamski*, Access to Documents, Accountability and the Rule of Law – Do Private Watchdogs Matter?, ELJ 2013, published online; *S. Bartelt/E. Zeiler*, Zugang zu Dokumenten der EU, EuR 2003, S. 487; *F. Castenholz*, Informationszugangsfreiheit im Gemeinschaftsrecht, 2004; *M. de Leeuw*, The Regulation on public access to European Parliament, Council and Commission documents in the European Union: are citizens better off?, ELRev. 2003, S. 324; *R. Feik*, Zugang zu EU-Dokumenten, 2002; *H. Kranenborg/W. Voermans*, Access to Information in the European Union: A Comparative Analysis of EC and Member State Legislation, 2005; *P. Leino*, Just a little sunshine in the rain: The 2010 case law of the European Court of Justice on access to documents, CMLRev. 2011, S. 1215; *D. Meltzian*, Das Recht der Öffentlichkeit auf Zugang zu Dokumenten der Gemeinschaftsorgane, 2004; *S. Peers*, The New Regulation on Access to Documents: A Critical Analysis, YBEL 2001, S. 385; *K. Schadile*, Informationsfreiheit und Verwaltungstransparenz in Europa: Das Recht auf Zugang zu Dokumenten aus den EG-Mitgliedstaaten auf dem Prüfstand, DÖV 2008, S. 455; *F. Schoch*, Informationsrecht in einem grenzüberschreitenden und europäischen Kontext, EuZW 2011, S. 388.

33 S. z.B.: *Y. Bock*, Ein Sieg für die Transparenz?, DÖV 2002, S. 556; *C. Heitsch*, Die Transparenz der Entscheidungsprozesse als Element demokratischer Legitimation der Europäischen Union, EuR 2001, S. 809; *M. Hillebrandt/D. Curtin/A. Meijer*, Transparency in the EU Council of Ministers: An Institutional Analysis, ELJ 2013, published online; *F. Riemann*, Die Transparenz der Europäischen Union, 2004; *C. Sobotta*, Transparenz in den Rechtsetzungsverfahren der Europäischen Union, 2001; *B. Wägenbaur*, Der Zugang zu EU-Dokumenten – Transparenz zum Anfassen, EuZW 2001, S. 680.

34 Bericht über die Unionsbürgerschaft 2010. Entschließung des EP vom 29.3.2012 zu dem Bericht über die Unionsbürgerschaft 2010 (2011/2182(INI)), ABl. EU 2013 C 257 E/74 (78); wobei dieses Recht dort als ein „Grundpfeiler der Demokratie“ bezeichnet wird.

35 Art. 191 ff. AEUV; s. a. *Epinay*, Umweltrecht der Europäischen Union, 3. Aufl. 2013.

36 Art. 101 ff. AEUV.

37 Dies gilt für primär verfahrensrechtliche Fragen; s. z.B. EuGH, Rs. C-362/08 P (Internationaler Hilfsfonds), Slg. 2010, I-669.

38 S. dazu z.B. *J. Schoo/N. Görlitz*, in: Schwarze (Fn. 24), Art. 15 AEUV, Rn. 72 f.

II. Allgemeiner Dokumentenzugang

1. Allgemeine Aspekte der Dokumentenzugangs-Verordnung

Das Recht auf Dokumentenzugang kommt Unionsbürgern sowie natürlichen oder juristischen Personen mit Wohnsitz oder Sitz in einem Mitgliedstaat³⁹ zu. Es betrifft neben den bereits erwähnten Verpflichteten (Art. 1 lit. a Dokumentenzugangs-Verordnung)⁴⁰ alle Dokumente eines Organs (aus allen Tätigkeitsbereichen der Union), die „von dem Organ erstellt wurden oder bei ihm eingegangen sind und sich in seinem Besitz befinden“ (Art. 2 Abs. 3 Dokumentenzugangs-Verordnung). Der Begriff des Dokuments ist weit definiert und umfasst „Inhalte unabhängig von der Form des Datenträgers“ (Art. 3 lit. a Dokumentenzugangs-Verordnung).⁴¹

Wie eingangs bereits angeklungen („möglichst offen und möglichst bürgernah“), unterliegt das Recht auf Dokumentenzugang Einschränkungen (d.h. eng auszulegende und anzuwendende⁴² Ausnahmegründe), welche sich in Art. 4 Dokumentenzugangs-Verordnung finden. Dabei sieht Abs. 1 leg. cit. absolute Gründe vor,⁴³ Abs. 2 hingegen relative Gründe, die unter der „Gegen-Ausnahme“ stehen, dass nicht „ein überwiegendes öffentliches Interesse an der Verbreitung“⁴⁴ besteht. Dieses Interesse muss objektiver und allgemeiner Natur bzw. von individuellen Interessen unterscheidbar sein.⁴⁵

Verweigert ein Organ den Zugang zu einem beantragten Dokument, so ist grundsätzlich zu erläutern, „inwiefern der Zugang zu diesem Dokument das Interesse, das durch eine von ihr geltend gemachte Ausnahme nach Art. 4 [Dokumentenzugangs-Verordnung] geschützt wird, konkret und tatsächlich beeinträchtigen könnte“.⁴⁶

Abs. 1 leg. cit. sieht absolute Gründe hinsichtlich des Schutzes des öffentlichen Interesses (lit. a), sowie (lit. b) des Schutzes der Privatsphäre (insbesondere Datenschutz⁴⁷) vor. Die relativen Gründe in Abs. 2 leg. cit. betreffen den Schutz von Geschäftsinteressen bzw. den Schutz von Untersuchungstätigkeiten.⁴⁸ Ebenfalls dort findet sich ein anderer Grund, nämlich der Schutz von Gerichtsverfahren und der Rechtsberatung.

39 Art. 2 Abs. 1 Dokumentenzugangs-VO (Kann-Bestimmung in Abs. 2 leg. cit., wenn kein Wohnsitz oder Sitz in einem Mitgliedstaat).

40 S. oben Fn. 28.

41 Art. 15 Abs. 3 AEUV.

42 EuGH, Rs. C-514/07 P u.a. (API), Slg. 2010, I-8533, Rn. 73.

43 Nachdem auf diese absoluten Gründe im Folgenden nicht detailliert (s. lediglich unten Fn. 64) eingegangen wird, sei nur kurz auf die Rsp. zum weiten Ermessensspielraum der Organe verwiesen; EuG, Urteil v. 19.3.2013, Rs. T-301/10 (Veld), Rn. 108 ff.

44 In EuG, Urteil v. 4.5.2012, Rs. T-529/09 (Veld), Rn. 102 wurde bspw. gerügt, dass der Rat es verabsäumt hat zu prüfen, ob dieses nicht konkret gegeben war.

45 EuG, Urteil v. 25.10.2013, Rs. T-561/12 (Beninca), Rn. 58.

46 EuGH, Rs. C-514/07 P u.a. (API), Slg. 2010, I-8533, Rn. 72.

47 S. unten Fn. 64.

48 Diese beiden Gründe sind statistisch gesehen führend bei den Ablehnungsgründen sowohl bei Erst- als auch bei Zweitanträgen; Bericht der Kommission über die Durchführung der Dokumentenzugangs-Verordnung, KOM(2013) 515 endg., S. 10 ff.

2. Judikative Weiterentwicklungen betreffend Dokumente der EU

Dieser relative Ausnahmegrund ist vor dem Hintergrund von Art. 15 Abs. 3 UAbs. 4 AEUV zu sehen, wonach das Recht auf Dokumentenzugang in Bezug auf den EuGH (etc.) nur gilt, soweit er Verwaltungsaufgaben wahrnimmt.⁴⁹ Wie der EuGH in der Rs. *API* entschieden hat, gehören die im Rahmen eines Gerichtsverfahrens eingereichten Schriftsätze von Organen mehr zur Rechtsprechungstätigkeit des EuGH als beispielsweise zur Verwaltungstätigkeit der Kommission.⁵⁰ Begründet wird dies mit den Grundsätzen der Waffengleichheit (da Zugang nur zu den Dokumenten der Organe, nicht aber zu denen von sonstigen Verfahrensbeteiligten gewährt werden kann) und der geordneten Rechtspflege (Verfahren müssen „in aller Ruhe“ ablaufen können).⁵¹

Wie erwähnt, trifft grundsätzlich jedes Organ (hier die Kommission) die Verpflichtung, eine konkrete und individuelle Prüfung aller angeforderten Dokumente dagegen vorzunehmen, ob der jeweilige Ausnahmegrund vorliegt; zusätzlich muss die Gefahr einer Beeinträchtigung absehbar sein und darf nicht rein hypothetisch sein.⁵² Wie der EuGH entschieden hat, kann sich das betroffene Organ hierbei jedoch „auf allgemeine Annahmen [...] stützen, die für bestimmte Kategorien von Dokumenten gelten, da für Anträge auf Verbreitung von Dokumenten gleicher Art vergleichbare allgemeine Erwägungen gelten können“.⁵³ Damit wird durch die Beteiligten widerlegbar⁵⁴ vermutet, „dass die Verbreitung der von einem Organ in einem Gerichtsverfahren eingereichten Schriftsätze den Schutz dieses Verfahrens [i.S.v.] Art. 4 Abs. 2 [2. Spiegelstr. Dokumentenzugangs-Verordnung] beeinträchtigt, solange dieses Verfahren anhängig ist“.⁵⁵ Dies hat evidenter Maßen eine große praktische Auswirkung, führt dies doch zu einer Beweislastumkehr zu Lasten des Antragstellers. Nach Beendigung des Verfahrens ist nicht mehr davon auszugehen, dass die Verbreitung von Schriftsätzen die Rechtsprechungstätigkeit beeinträchtigt.⁵⁶ Somit ist ab diesem Zeitpunkt die erwähnte Vermutung nicht mehr anwendbar und es ist eine konkrete Prüfung der angeforderten Dokumente vorzunehmen. Zu betonen ist, dass der EuGH in diesem Urteil generell von Gerichtsverfahren spricht, diese Rechtsprechung somit nicht nur – aber auch – Vertragsverletzungsverfahren betrifft.

49 Vgl. EuGH, Rs. C-514/07 P u.a. (*API*), Slg. 2010, I-8533, Rn. 95; Beschluss des Gerichtshofs der EU v. 11.12.2012 über den Zugang der Öffentlichkeit zu Dokumenten, die vom Gerichtshof der EU in Wahrnehmung seiner Verwaltungsaufgaben verwahrt werden, ABl. EU 2013 C 38/2; s. dazu aktuell *A. Alemanno/O. Stefan*, Openness at the Court of Justice of the European Union: Toppling a taboo, *CMLRev.* 2014, S. 97 (112 f.).

50 EuGH, Rs. C-514/07 P u.a. (*API*), Slg. 2010, I-8533, Rn. 77.

51 EuGH, Rs. C-514/07 P u.a. (*API*), Slg. 2010, I-8533, Rn. 85 ff., 92 ff.

52 EuGH, Rs. C-506/08 P (*MyTravel*), Slg. 2011, I-6237, Rn. 76.

53 EuGH, Rs. C-514/07 P u.a. (*API*), Slg. 2010, I-8533, Rn. 74, unter Hinweis – u.a. – auf EuGH, Rs. C-39/05 P u.a. (*Turco*), Slg. 2008, I-4723, Rn. 50; dazu sogleich.

54 EuGH, Rs. C-514/07 P u.a. (*API*), Slg. 2010, I-8533, Rn. 103.

55 EuGH, Rs. C-514/07 P u.a. (*API*), Slg. 2010, I-8533, Rn. 94.

56 EuGH, Rs. C-514/07 P u.a. (*API*), Slg. 2010, I-8533, Rn. 130 (dies betrifft auch zusammenhängende Verfahren, Rn. 134).

Was einen anderen zeitlichen Kontext betrifft, so hat der EuGH in Bezug auf Vertragsverletzungsverfahren entschieden, dass die Verbreitung von Schriftsätze, die von der Kommission im Rahmen eines Verfahrens eingereicht wurden, in dem ein Urteil nach Art. 258 AEUV (Vertragsverletzungsverfahren) ergangen ist, nicht Untersuchungstätigkeiten⁵⁷ beeinträchtigt, die zur Einleitung eines Verfahrens nach Art. 260 AEUV (Zahlung Pauschalbetrag oder Zwangsgeld) führen können; begründet hat der EuGH dies mit der unterschiedlichen Zielsetzung der beiden Verfahren.⁵⁸

Zu betonen ist jedoch, dass es sich bei diesen Gründen um Ausnahmen relativer Natur handelt, d.h. eine Partei darlegen kann/muss, dass ein „überwiegendes öffentliches Interesse“ an der Verbreitung besteht; Detail am Rande: API ist dies im gegenständlichen Verfahren nicht gelungen.⁵⁹

In der Rs. *Liga para a Protecção da Natureza (LPN)* ging es um das Vorverfahren eines Vertragsverletzungsverfahrens und die Frage nach dem Recht auf Dokumentenzugang; einschlägig war somit nicht wie vorstehend der Schutz eines Gerichtsverfahrens, sondern der Schutz der (vorgelagerten) Untersuchungstätigkeiten (Art. 4 Abs. 2 3. Spiegelstr. Dokumentenzugangs-Verordnung). Nach dem Gerichtshof könnte eine „Verbreitung der Dokumente zu einem Vertragsverletzungsverfahren während des zugehörigen Vorverfahrens [...] die Natur und den Ablauf dieses Verfahrens verändern“, womit es noch schwieriger wäre, „einen Verhandlungsprozess in Gang zu setzen und zu einem die gerügte Vertragsverletzung beendenden Einvernehmen zwischen der Kommission und dem betroffenen Mitgliedstaat zu kommen“.⁶⁰ In Hinblick auf die erwähnte Vermutung (i.S.e. Ausnahme von der Verpflichtung zu einer konkreten und individuellen Prüfung) stellen „die Dokumente zum Vorverfahren eines Vertragsverletzungsverfahrens für die Zwecke der Anwendung [dieser] Vermutung eine einzige Kategorie von Dokumenten dar“,⁶¹ wobei der Gerichtshof wiederum die Möglichkeit betont, diese Vermutung zu widerlegen.⁶² Damit nahm der Gerichtshof, wie auch vom Generalanwalt vorgeschlagen,⁶³ eine Ausdehnung dieser Vermutung auf das Vorverfahren vor.

Neben diesen Fragen des Schutzes von Gerichtsverfahren bzw. Untersuchungstätigkeiten, welche beide in die Kategorie der relativen Gründe fallen, war der EuGH im Kontext von Vertragsverletzungsverfahren außerdem mit dem absoluten Grund des Schutzes personenbezogener Daten (Art. 4 Abs. 1 lit. b Dokumentenzugangs-Verordnung) konfrontiert.

Wie der EuGH entschieden hat, verfolgen die Verordnung 45/2001 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten durch die Or-

⁵⁷ Da das Gerichtsverfahren abgeschlossen ist, ist i.d.Z. nicht mehr Art. 4 Abs. 2 Spiegelstr. 2 (Gerichtsverfahren etc.), sondern nur mehr Spiegelstr. 3 leg. cit. (Untersuchungstätigkeiten) einschlägig.

⁵⁸ EuGH, Rs. C-514/07 P u.a. (API), Slg. 2010, I-8533, Rn. 112 ff., 122.

⁵⁹ EuGH, Rs. C-514/07 P u.a. (API), Slg. 2010, I-8533, Rn. 157 f.

⁶⁰ EuGH, Urteil v. 14.11.2013, Rs. C-514/11 P u.a. (LPN), Rn. 63.

⁶¹ EuGH, Urteil v. 14.11.2013, Rs. C-514/11 P u.a. (LPN), Rn. 64.

⁶² EuGH, Urteil v. 14.11.2013, Rs. C-514/11 P u.a. (LPN), Rn. 66.

⁶³ GA *Wathelet*, Schlussanträge v. 5.9.2013 in der Rs. C-514/11 P u.a. (LPN), Rn. 75 i.V.m. Rn. 74.

gane⁶⁴ und die Dokumentenzugangs-Verordnung unterschiedliche Ziele.⁶⁵ Der erwähnten Bestimmung der Dokumentenzugangs-Verordnung kommt eine Brückefunktion zu, die zwischen den beiden Verordnungen das Gleichgewicht herstellen soll, „das der Unionsgesetzgeber zwischen den beiden fraglichen Verordnungen herstellen wollte“.⁶⁶ Praktische Konsequenz dessen ist, dass gestützt auf die Dokumentenzugangs-Verordnung nicht umfassend Zugang zu einer (in einem Protokoll wiedergegebenen) Liste der Teilnehmer eines im Rahmen eines Vertragsverletzungsverfahrens stattfindenden Treffens verlangt werden kann. Wenngleich Zugang zu allen Informationen über das Treffen einschließlich der von den Beteiligten abgegebenen Meinungsäußerungen gewährt wurde,⁶⁷ so waren fünf Namen im Protokoll im Hinblick auf das Recht auf Datenschutz zulässigerweise geschwärzt worden.

In der Rs. *API* hatte der EuGH, wie erwähnt, die Verwaltungstätigkeiten der Organe von der Rechtsprechungstätigkeit abzugrenzen. I.S.d. (funktionalen) Gewaltenteilung⁶⁸ traf der EuGH auch eine Aussage zum Verhältnis der Verwaltungs-⁶⁹ zur Gesetzgebungstätigkeit. Er führte aus, dass bei der Verwaltungstätigkeit „der Zugang zu Dokumenten nicht im gleichen Umfang erforderlich ist wie bei der Gesetzgebungstätigkeit eines Gemeinschaftsorgans“.⁷⁰ Bereits nach Erwgr. 6 Dokumentenzugangs-Verordnung ist ein „umfassenderer Zugang zu Dokumenten“ zu gewähren, wenn „die Organe, auch im Rahmen übertragener Befugnisse, als Gesetzgeber tätig sind“; als Gegenpol erwähnt wird „die Wirksamkeit ihrer Entscheidungsprozesse“.

Die Rs. *Turco* betraf nun im Kontext des (relativen⁷¹) Ausnahmegrundes der Rechtsberatung die Frage, ob dieser die Nichtveröffentlichung der vom Juristischen Dienst des Rates erstellten Rechtsgutachten rechtfertigt.⁷² Auf den Punkt gebracht ging es um die Frage, ob durch die Veröffentlichung Zweifel an der Rechtmäßigkeit, oder, im Gegenteil, durch mehr Transparenz mehr Legitimität und Vertrauen geschaffen

64 VO (EG) Nr. 45/2001 des EP und des Rates vom 18.12.2000 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten durch die Organe und Einrichtungen der Gemeinschaft und zum freien Datenverkehr, ABl. EG 2001 L 8/1; s. z.B. aktuell EuG, Urteil v. 13.9.2013, Rs. T-214/11 (Client Earth/EFSA).

65 EuGH, Rs. C-28/08 P (Bavarian Lager), Slg. 2010, I-6055, Rn. 49.

66 EuGH, Rs. C-28/08 P (Bavarian Lager), Slg. 2010, I-6055, Rn. 65.

67 EuGH, Rs. C-28/08 P (Bavarian Lager), Slg. 2010, I-6055, Rn. 72.

68 *C. Montesquieu*, De l'esprit des lois (avec des notes de Voltaire, de Crevier, de Mably, de la Harpe, etc. Nouvelle édition entièrement refondue), tome premier, 1927, livre onzième, chapitre VI, S. 152 ff. Auf die unterschiedliche Ausformung dieses Prinzips im Rahmen der EU kann an dieser Stelle nicht weiter eingegangen werden; s. dazu *M. Schweizer/W. Hummer/W. Obwexer*, Europarecht, 2007, S. 178 f.

69 Wie das Gericht „nur am Rande“ festgestellt hat, gehört „das Führen von Verhandlungen zum Zweck des Abschlusses eines internationalen Abkommens [Anm.: ACTA] grundsätzlich zum Bereich der Exekutive“; EuG, Urteil v. 19.3.2013, Rs. T-301/10 (Veld), Rn. 181; s. auch Urteil v. 4.5.2012, Rs. T-529/09 (Veld), Rn. 88 ff.

70 EuGH, Rs. C-514/07 P u.a. (*API*), Slg. 2010, I-8533, Rn. 77; ähnlich EuG, Urteil v. 25.10.2013, Rs. T-561/12 (Beninca), Rn. 64. Schon in der bereits erwähnten Erklärung Nr. 17 zum Vertrag von Maastricht (Fn. 7) wurde „die Transparenz des Beschlusverfahrens“ als Stärkung des „demokratischen Charakter[s] der Organe“ auf der einen Seite und als Stärkung des „Vertrauen[s] der Öffentlichkeit in die Verwaltung“ auf der anderen Seite bezeichnet.

71 EuGH, Rs. C-39/05 P u.a. (*Turco*), Slg. 2008, I-4723, Rn. 44.

72 Für eine Frage des Dokumentenzugangs nicht, wie hier, vor dem Gesetzgebungsverfahren sondern in demselben, s. unten V.2.

wird. Der EuGH entschied sich grundsätzlich für eine Verpflichtung zur Verbreitung der Stellungnahmen des Juristischen Dienstes des Rates zu Gesetzgebungsverfahren⁷³ mit einer Ausnahmemöglichkeit in besonders sensiblen Fällen.⁷⁴

Wie der EuGH ausführt, trägt Transparenz zur Stärkung der Demokratie bei, „indem sie den Bürgern ermöglicht, alle Informationen zu überprüfen, auf deren Grundlage ein Rechtsakt ergangen ist“.⁷⁵ Denn die „Möglichkeit für die Bürger, sich über die Grundlagen der Gesetzgebungstätigkeit zu informieren, ist nämlich eine Voraussetzung dafür, dass sie ihre demokratischen Rechte effektiv ausüben können“.⁷⁶ Eine wichtige Aussage trifft der EuGH außerdem, wenn er ausführt, dass es „eher das Fehlen von Information und Diskussion [ist], das bei den Bürgern Zweifel hervorruft kann, und zwar nicht nur an der Rechtmäßigkeit eines einzelnen Rechtsakts, sondern auch an der Rechtmäßigkeit des Entscheidungsprozesses insgesamt.“⁷⁷ Daraüber hinaus ist naturgemäß zu hoffen, dass eine kritische Stellungnahme eines Juristischen Dienstes sodann im Gesetzgebungsprozess entsprechend berücksichtigt wird.⁷⁸

3. Exkurs: Dokumente der Mitgliedstaaten

Die vorstehenden Ausführungen sind auf Dokumente der EU bezogen. Art. 4 Abs. 5 Dokumentenzugangs-Verordnung sieht vor, dass ein Mitgliedstaat ein Organ „ersuchen“ kann, „ein aus diesem Mitgliedstaat stammendes Dokument nicht ohne seine vorherige Zustimmung zu verbreiten“.⁷⁹ Diese nach einem Vetorecht klingende Formulierung in Abs. 5 hat der EuGH jedoch im Lichte des primärrechtlich verankerten Rechts auf Dokumentenzugang einerseits und andererseits im Kontext des Art. 4 ausgelegt, der die Ausnahmen von diesem Recht regelt.⁸⁰ Demnach kommt den Mitgliedstaaten gerade kein „allgemeines und unbedingtes Vetorecht“ zu.⁸¹ Diese erwähnte Befugnis der Mitgliedstaaten unterliegt somit ebenfalls den „materiellen Ausnahmen“ der Art. 4 Abs. 1 bis 3 Dokumentenzugangs-Verordnung, weshalb die Mitgliedstaaten lediglich „einen Anspruch auf Beteiligung an der Entscheidung“ der Union haben.⁸²

Auf verfahrensrechtlicher Ebene betont der EuGH die Pflicht zur loyalen Zusammenarbeit, um in diesem loyalen Dialog die Einhaltung der entsprechenden Fristen

73 Für die Frage des Zugangs zu einem Rechtsgutachten des Juristischen Dienstes des Rates im Kontext eines internationalen Abkommens s. die bereits erwähnte Rs. EuG, Urteil v. 4.5.2012, Rs. T-529/09 (Veld).

74 EuGH, Rs. C-39/05 P u.a. (Turco), Slg. 2008, I-4723, Rn. 68 f.

75 EuGH, Rs. C-39/05 P u.a. (Turco), Slg. 2008, I-4723, Rn. 46.

76 EuGH, Rs. C-39/05 P u.a. (Turco), Slg. 2008, I-4723, Rn. 46.

77 EuGH, Rs. C-39/05 P u.a. (Turco), Slg. 2008, I-4723, Rn. 59.

78 EuGH, Rs. C-39/05 P u.a. (Turco), Slg. 2008, I-4723, Rn. 60.

79 Der Vollständigkeit halber zu erwähnen ist der in Art. 5 Dokumentenzugangs-VO geregelte umgekehrte Fall, wonach ein Mitgliedstaat, bei dem ein Antrag auf ein in seinem Besitz befindliches Dokument der EU einlangt, das betreffende Organ „konsultiert“.

80 EuGH, Rs. C-64/05 P (Schweden/Kommission u.a.), Slg. 2007, I-11389, Rn. 52 ff.

81 EuGH, Rs. C-64/05 P (Schweden/Kommission u.a.), Slg. 2007, I-11389, Rn. 75; bestätigt in Urteil v. 21.6.2012, Rs. C-135/11 P (IFAW/Kommission), Rn. 52 ff.

82 EuGH, Rs. C-64/05 P (Schweden/Kommission u.a.), Slg. 2007, I-11389, Rn. 76; dieser Feststellung steht nach Rn. 82 auch nicht die erwähnte Erklärung Nr. 35 zum Vertrag von Amsterdam (Fn. 20) entgegen.

gewährleisten zu können⁸³ sowie die Pflicht der Mitgliedstaaten, ihren Standpunkt entsprechend zu begründen.⁸⁴

III. Dokumentenzugang im Umweltbereich

1. Århus-Konvention

Vorab ist zu erwähnen, dass sich Art. 15 Abs. 3 AEUV und Art. 42 GRC nach ihrem Wortlaut nur an die EU Organe etc. richten und keine Verpflichtungen für die Mitgliedstaaten enthalten.⁸⁵ Von Interesse ist die Frage des Dokumentenzugangs im Umweltbereich⁸⁶ deshalb, da hier eine Ausweitung des Kreises der Verpflichteten erfolgte.

Die am 25. Juni 1998 unterzeichnete, am 30. Oktober 2001 in Kraft getretene und mit Beschluss des Rates vom 17. Februar 2005 genehmigte⁸⁷ Århus-Konvention⁸⁸ betrifft neben den Säulen der Öffentlichkeitsbeteiligung an Entscheidungsverfahren (Art. 6 bis Art. 8) und dem Zugang zu Gerichten⁸⁹ in Umweltangelegenheiten (Art. 9) auch den Dokumentenzugang (Art. 4).⁹⁰ Wie das Gericht aktuell festgehalten hat, sind die Bestimmungen zum Dokumentenzugang der Århus-Konvention nicht unmittelbar anwendbar, da sie nicht unbedingt und hinreichend genau formuliert sind bzw. einen Ermessensspielraum eröffnen.⁹¹

83 EuGH, Rs. C-64/05 P (Schweden/Kommission u.a.), Slg. 2007, I-11389, Rn. 85 ff.

84 EuGH, Rs. C-64/05 P (Schweden/Kommission u.a.), Slg. 2007, I-11389, Rn. 99; s. auch EuG, Urteil v. 8.10.2013, Rs. T-545/11 (Stichting Greenpeace Nederland), Rn. 31.

85 Vgl. A. Epiney, Informationsrechte in der EU, in: H.-J. Papier (Hrsg.), Aktuelle Rechtsfragen und Probleme des freien Informationszugangs, insbesondere im Umweltschutz, 2011, S. 27 (43); zu Art. 4 Abs. 3 EUV s. auch Fn. 128.

86 Aus Gründen des Umfangs kann dieser Bereich nicht in allen Details behandelt werden; s. dazu aktuell A. Epiney, Umweltrecht (Fn. 35).

87 Beschluss 2005/370/EG des Rates v. 17.2.2005 über den Abschluss des Übereinkommens über den Zugang zu Informationen, die Öffentlichkeitsbeteiligung an Entscheidungsverfahren und den Zugang zu Gerichten in Umweltangelegenheiten im Namen der Europäischen Gemeinschaft, ABl. EU 2005 L 124/1. Damit ist die Århus-Konvention „fortan integraler Bestandteil der Unionsrechtsordnung“, so EuGH, Rs. C-240/09 (Lesoochranárske zoskupenie), Slg. 2011, I-1255, Rn. 30; bestätigt in EuG, Urteil v. 13.9.2013, Rs. T-111/11 (Client Earth), Rn. 85, bzw. ist sie „für die Organe verbindlich und hat Vorrang vor Rechtsakten des abgeleiteten [Unions]rechts“, so EuG, Urteil v. 14.6.2012, Rs. T-396/09 (Vereniging Milieudefensie), Rn. 52; Urteil v. 14.6.2012, Rs. T-338/08 (Stichting Natuur en Milieu), Rn. 52. Darüber hinaus ist die Århus-Konvention bei der Auslegung des einschlägigen Sekundärrechts heranzuziehen, vgl. EuGH, Urteil v. 18.7.2013, Rs. C-515/11 (Deutsche Umwelthilfe), Rn. 32; Urteil v. 19.12.2013, Rs. C-279/12 (Fish Legal), Rn. 37.

88 Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-Making and Access to Justice in Environmental Matters, UNTS, Vol. 2161, S. 447 ff.; ABl. EU 2005 L 124/4.

89 Für die Frage der Übereinstimmung der RL 2003/4/EG (dazu sogleich) mit den Anforderungen des Art. 47 Abs. 2 GRC (Anforderungen an einen effektiven gerichtlichen Rechtsschutz) s. das Vorabentscheidungsersuchen des UVS Wien in der Rs. C-329/13 (ABl. EU 2013 C 274/2).

90 Art. 5 Århus-Konvention (Erhebung und Verbreitung von Informationen über die Umwelt) wird nicht weiter thematisiert. Die Wirtschaftskommission der Vereinten Nationen für Europa hat dazu einen Leitfaden herausgegeben (abrufbar unter <http://www.unece.org/fileadmin/DAM/env/pp/acig.pdf>), der jedoch nach EuGH, Urteil v. 14.2.2012, Rs. C-204/09 (Flachglas Torgau), Rn. 36, die Århus-Konvention nicht verbindlich auslegt; EuGH, Urteil v. 16.2.2012, Rs. C-182/10 (Marie-Noëlle Solvay), Rn. 26 ff.; EuG, Urteil v. 8.10.2013, Rs. T-545/11 (Stichting Greenpeace Nederland), Rn. 55; EuGH, Urteil v. 19.12.2013, Rs. C-279/12 (Fish Legal), Rn. 38.

91 EuG, Urteil v. 13.9.2013, Rs. T-111/11 (Client Earth), Rn. 91 ff.

Nach diesem Artikel berechtigt ist die „Öffentlichkeit“ (ohne dass der Nachweis eines Interesses notwendig wäre⁹²), verpflichtet werden „die Behörden“.⁹³ Unter den Begriff der Öffentlichkeit fällt nach Art. 2 Z. 4 Århus-Konvention „eine oder mehrere natürliche oder juristische Personen und, in Übereinstimmung mit den innerstaatlichen Rechtsvorschriften oder der innerstaatlichen Praxis, deren Vereinigungen, Organisationen oder Gruppen“, unter den Begriff der Behörden nach Art. 2 Z. 2 Århus-Konvention nicht nur „eine Stelle der öffentlichen Verwaltung auf nationaler, regionaler und anderer Ebene“, sondern auch „natürliche oder juristische Personen, die aufgrund innerstaatlichen Rechts Aufgaben der öffentlichen Verwaltung [...] im Zusammenhang mit der Umwelt wahrnehmen“⁹⁴ sowie „sonstige natürliche oder juristische Personen, die unter der Kontrolle [der erwähnten] Stelle oder einer dort genannten Person im Zusammenhang mit der Umwelt öffentliche Zuständigkeiten haben, öffentliche Aufgaben wahrnehmen oder öffentliche Dienstleistungen erbringen“.⁹⁵

2. Zugang auf EU-Ebene

Auf EU-Ebene wird die Århus-Konvention durch die Verordnung 1367/2006⁹⁶ angewandt; die Regelungen über den Dokumentenzugang finden sich in Titel II (Art. 3 bis Art. 8 leg. cit.).

Obwohl die Århus-Konvention es ermöglicht hätte, „Gremien oder Einrichtungen, die in gerichtlicher oder gesetzgebender Eigenschaft handeln“, vom Begriff der „Behörde“ auszunehmen (Art. 2 Z. 2 leg. cit.), hat die Verordnung 1367/2006 „[a]us Gründen der Kohärenz“ mit der Dokumentenzugangs-Verordnung – bzw. in Übereinstimmung mit Art. 15 Abs. 3 UAbs. 4 AEUV⁹⁷ – von dieser Ausnahmemöglichkeit lediglich in Bezug auf die Rechtsprechung Gebrauch gemacht.⁹⁸

92 Art. 4 Abs. 1 lit. a Århus-Konvention.

93 Zu den materiellen Aspekten sei nur erwähnt, dass Abs. 4 leg. cit. Ausnahmegründe vorsieht, sie sich zum Teil mit der Dokumentenzugangs-Verordnung überschneiden (Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse, personenbezogene Daten, etc.), zum Teil spezifisch umweltbezogene Gründe (schützenswerte Information im Hinblick auf die Brutstätten seltener Tiere) darstellen. Ebenso wie in der Dokumentenzugangs-VO, dazu EuG, Urteil v. 13.9.2013, Rs. T-111/11 (Client Earth), Rn. 48, sind diese Ablehnungsgründe eng auszulegen.

94 In EuGH, Urteil v. 19.12.2013, Rs. C-279/12 (Fish Legal), Rn. 52 (und 56) wurde dieser Begriff im Kontext der Richtlinie 2003/4/EG (s. bei Fn. 119) dahingehend ausgelegt, dass diese Einrichtungen „mit der Erbringung von Dienstleistungen im öffentlichen Interesse u.a. im Umweltbereich betraut und dafür mit Befugnissen ausgestattet sind, die über die im Verhältnis zwischen Privatrechtspersonen geltenden Regeln hinausgehen“.

95 In EuGH, Urteil v. 19.12.2013, Rs. C-279/12 (Fish Legal), Rn. 68 wurde dieser Begriff im Kontext der Richtlinie 2003/4/EG (s. bei Fn. 119) dahingehend ausgelegt, dass er „alle Einrichtungen erfasst, die nicht in echter Autonomie bestimmen, wie sie die ihr übertragenen Aufgaben im Umweltbereich erfüllen“.

96 VO (EG) Nr. 1367/2006 des EP und des Rates vom 6.9.2006 über die Anwendung der Bestimmungen des Übereinkommens von Århus über den Zugang zu Informationen, die Öffentlichkeitsbeteiligung an Entscheidungsverfahren und den Zugang zu Gerichten in Umweltangelegenheiten auf Organe und Einrichtungen der Gemeinschaft, ABl. EU 2006 L 264/13; s. dazu A. Guckelberger, Die EG-Verordnung zur Umsetzung der Århus-Konvention auf der Gemeinschaftsebene, NuR 2008, S. 78.

97 „Dieser Absatz [Recht auf Dokumentenzugang] gilt für den Gerichtshof der Europäischen Union, die Europäische Zentralbank und die Europäische Investitionsbank nur dann, wenn sie Verwaltungsaufgaben wahrnehmen.“

98 Dies gilt für Titel II (Zugang zu Umweltinformationen), in den sonstigen Bereichen sind die Organe etc. nicht betroffen, wenn sie als Gericht oder als Gesetzgeber handeln.

Wenngleich die Verordnung 1367/2006 selbst feststellt, dass die Dokumentenzugangs-Verordnung Regeln vorsieht, „die großteils den Bestimmungen des Århus-Übereinkommens entsprechen“,⁹⁹ so fordert sie dennoch, dass die „Anwendung der [Dokumentenzugangs-Verordnung] auf alle Organe und Einrichtungen der Gemeinschaft ausgedehnt werden“ muss (Erwgr. 12).¹⁰⁰ Dieser Forderung wurde, wie erwähnt, knapp ein Jahr später durch den Vertrag von Lissabon vom 13. Dezember 2007¹⁰¹ bzw. durch die einen Tag vorher feierlich proklamierte GRC¹⁰² entsprochen. Der Begriff der Öffentlichkeit wird von der Verordnung 1367/2006 (in Übereinstimmung mit Art. 2 Z. 4 Århus-Konvention) weit formuliert, da nicht nur eine oder mehrere natürliche oder juristische Personen darunter fallen, sondern darüber hinaus deren Vereinigungen, Organisationen oder Gruppen (Art. 2 Abs. 1 lit. b leg. cit.).¹⁰³ Ein Wohnsitz oder Sitz in einem Mitgliedstaat wird, anders als nach der Dokumentenzugangs-Verordnung¹⁰⁴ nicht gefordert. Auch Art. 3 Abs. 1 Verordnung 1367/2006 normiert die Geltung der Dokumentenzugangs-Verordnung „ohne Unterscheidung nach Staatsbürgerschaft, Nationalität oder Wohnsitz sowie bei juristischen Personen nach ihrem eingetragenen Sitz oder einem tatsächlichen Mittelpunkt ihrer Tätigkeit“.

Aus inhaltlicher Sicht „ersetzt, modifiziert oder präzisiert“ die Verordnung 1367/2006 bestimmte Vorschriften der Dokumentenzugangs-Verordnung.¹⁰⁵ Art. 3 Abs. 1 Verordnung 1367/2006 sieht die Anwendung der Dokumentenzugangs-Verordnung in umfassender Weise auch für Anträge auf Zugang zu Umweltinformationen vor. Dabei modifiziert Art. 6 Verordnung 1367/2006 die – ebenfalls eng auszulegenden¹⁰⁶ – Ausnahmetatbestände der Dokumentenzugangs-Verordnung (Art. 4) in dreifacher Weise.

Bei zweien der (relativen) Gründe des Art. 4 Abs. 2 Dokumentenzugangs-Verordnung, nämlich den Schutz von Geschäftsinteressen (1. Spiegelstr.) und den Schutz von Untersuchungstätigkeiten (3. Spiegelstr.), normiert Art. 6 Abs. 1 Satz 1 Verordnung 1367/2006 – i.S.e. „unwiderlegliche[n] Vermutung“¹⁰⁷ – „ein überwiegendes öffentliches Interesse an der Verbreitung [...], wenn die angeforderten Informationen Emissionen in die Umwelt betreffen“. Dieses durch die Verordnung pauschal normierte überwiegende Interesse gilt nach der leg. cit. jedoch nicht, für

99 Vgl. Erwgr. 13 zur „Erfassung und Verbreitung von Umweltinformationen“ bzw. Erwgr. 15 zu den (eng auszulegenden) Ausnahmegründen; ebenso EuG, Urteil v. 8.10.2013, Rs. T-545/11 (Stichting Greenpeace Nederland), Rn. 52.

100 S. auch Art. 3 Abs. 2 VO 1367/2006.

101 S. oben Fn. 27.

102 S. oben Fn. 30.

103 Wenngleich die VO 1367/2006 (so wie Art. 6 Abs. 1 Dokumentenzugangs-VO bzw. wie von Art. 4 Abs. 1 lit. a Århus-Konvention gefordert) kein konkretes Interesse fordert, so werden NGOs beim Dokumentenzugang dennoch nicht bevorzugt; EuGH, Urteil v. 14.11.2013, Rs. C-514/11 P u.a. (LPN), Rn. 95.

104 Dort sieht Art. 2 Abs. 1 ein Recht für diese Gruppe vor, Abs. 2 formuliert hinsichtlich derer, die keinen Wohnsitz oder Sitz in einem Mitgliedstaat haben, für die Organe lediglich eine „Kann-Bestimmung“.

105 EuG, Rs. T-29/08 (LPN), Slg. 2011, II-6021, Rn. 105; GA *Wathelet*, Schlussanträge v. 5.9.2013 in der Rs. C-514/11 P u.a. (LPN), Rn. 84 ff.

106 EuG, Rs. T-29/08 (LPN), Slg. 2011, II-6021, Rn. 107 (m.w.N.).

107 EuG, Urteil v. 8.10.2013, Rs. T-545/11 (Stichting Greenpeace Nederland), Rn. 40.

„Untersuchungen, insbesondere solchen, die mögliche Verstöße gegen das Gemeinschaftsrecht zum Gegenstand haben“¹⁰⁸

Bei allen anderen – als den beiden vorstehend erwähnten relativen – Ausnahmegründen des Art. 4 Dokumentenzugangs-Verordnung sieht Art. 6 Abs. 1 Satz 2 Verordnung 1367/2006 lediglich eine enge Auslegung vor, wobei in diesem Fall kein überwiegendes Interesse normiert wird, sondern „das öffentliche Interesse an der Bekanntgabe und ein etwaiger Bezug der beantragten Informationen zu Emissionen in die Umwelt [lediglich] zu berücksichtigen“ ist.¹⁰⁹ Die vorstehend erwähnte¹¹⁰ Vermutung (i.S.e. Ausnahme von der Verpflichtung einer konkreten und individuellen Prüfung des jeweiligen Dokuments hinsichtlich des Vorliegens eines Ausnahmegrundes) gilt ebenso für Dokumente in einem Vertragsverletzungsverfahren im Umweltbereich.¹¹¹

Art. 6 Abs. 2 Verordnung 1367/2006 schließlich normiert darüber hinaus noch einen eigenständigen Ausnahmegrund; so können Informationen verweigert werden, wenn die Bekanntgabe der Information „negative Auswirkungen auf den Schutz der Umweltbereiche hätte, auf die sich die Informationen beziehen (wie z. B. Brutstätten seltener Tierarten)“.

Somit ist im Kontext von Umweltinformationen die Dokumentenzugangs-Verordnung i.V.m.¹¹² der Verordnung 1367/2006 anzuwenden,¹¹³ bzw. ist letztere im Verhältnis zur Dokumentenzugangs-Verordnung als *lex specialis* zu qualifizieren.¹¹⁴

3. Zugang auf nationaler Ebene

Erwähnenswert ist der Umweltbereich im Kontext des Dokumentenzugangs insbesondere deshalb, da die – bereits ca. dreieinhalb Jahre vor Verabschiedung der Verordnung 1367/2006 – erlassene Richtlinie 2003/4/EG¹¹⁵ ein Recht auf Zugang zu Umweltinformationen auf mitgliedstaatlicher Ebene vorsieht. Diese Richtlinie war bis zum 14. Februar 2005 umzusetzen (Art. 10 leg. cit.), d.h. drei Tage vor dem erwähnten Beschluss des Rates¹¹⁶ zur Genehmigung der Århus-Konvention.

¹⁰⁸ S. z.B. EuG, Rs. T-29/08 (LPN), Slg. 2011, II-6021, Rn. 135; ebenso EuGH, Urteil v. 14.11.2013, Rs. C-514/11 P u.a. (LPN), Rn. 82; EuG, Urteil v. 8.10.2013, Rs. T-545/11 (Stichting Greenpeace Nederland), Rn. 37.

¹⁰⁹ S. z.B. EuGH, Urteil v. 14.11.2013, Rs. C-514/11 P u.a. (LPN), Rn. 79 bis 84; EuG, Rs. T-29/08 (LPN), Slg. 2011, II-6021, Rn. 136.

¹¹⁰ S. oben II.2.

¹¹¹ EuGH, Urteil v. 14.11.2013, Rs. C-514/11 P u.a. (LPN).

¹¹² Allerdings kann man sich in Umweltangelegenheiten auch nur auf die Dokumentenzugangs-VO berufen; EuG, 9.11.2011, Rs. T-120/10 (ClientEarth), Rn. 55.

¹¹³ S. A. Epiney, Informationsrechte (Fn. 85), S. 35 (dort in Fn. 18).

¹¹⁴ EuG, Rs. T-29/08 (LPN), Slg. 2011, II-6021, Rn. 105, 117 (bzw. Rn. 136 in Hinblick auf Art. 5 VO 1367/2006).

¹¹⁵ RL 2003/4/EG des EP und des Rates vom 28.1.2003 über den Zugang der Öffentlichkeit zu Umweltinformationen und zur Aufhebung der Richtlinie 90/313/EWG des Rates, ABl. EG 2003 L 41/26.

¹¹⁶ Fn. 87.

Art. 3 leg. cit. sieht – ohne dass hierfür wiederum ein Interesse geltend gemacht werden muss¹¹⁷ – ein Recht auf Zugang zu Umweltinformationen vor.¹¹⁸ Da die Richtlinie 2003/4/EG naturgemäß an die Mitgliedstaaten gerichtet ist, nimmt sie nicht auf die Dokumentenzugangs-Verordnung Bezug, sondern formuliert in Art. 4 leg. cit. eigene Ausnahmetatbestände, die weitestgehend mit denen der Århus-Konvention übereinstimmen bzw. sich zum Teil mit denen der Dokumentenzugangs-Verordnung überschneiden.

Die von der Richtlinie 2003/4/EG verwendeten Begriffe der Öffentlichkeit (Art. 2 Z. 6 Richtlinie 2003/4/EG) bzw. der Behörde¹¹⁹ (Art. 2 Z. 2 Richtlinie 2003/4/EG) entsprechen großteils den erwähnten Definitionen der Århus-Konvention. Dabei stellt die Richtlinie 2003/4/EG (Satz 2 leg. cit.) es den Mitgliedstaaten frei, Gremien oder Einrichtungen, die „in gerichtlicher oder gesetzgebender Eigenschaft handeln“, von dieser Definition auszunehmen.¹²⁰

Wie der EuGH klargestellt hat, ist dabei nicht von einer formalen, sondern von „einer funktionellen Auslegung“ auszugehen, womit beispielsweise unter diese Ausnahme Ministerien fallen, „die nach nationalem Recht damit betraut sind, Gesetzentwürfe vorzubereiten, diese dem Parlament vorzulegen und sich – u.a. mit Stellungnahmen – am Gesetzgebungsverfahren zu beteiligen“.¹²¹ In diesem Verfahren betont – und aktuell bestätigt¹²² – der EuGH, dass sich dies auf „Gesetzgebungsverfahren im eigentlichen Sinne [bezieht] und nicht auf Verfahren, die zum Erlass einer Norm führen können, die im Rang unter einem Gesetz steht“.¹²³

Auf einer zeitlichen Ebene unterscheidet der EuGH dahingehend, ob das Gesetzgebungsverfahren noch läuft oder bereits abgeschlossen ist, da nur „die Zurverfügungstellung von Umweltinformationen in einem laufenden Gesetzgebungsverfahren [...] den ordnungsgemäßen Ablauf dieses Verfahrens möglicherweise beeinträchtigen kann“, wohingegen dies nach Abschluss des Verfahrens nicht mehr der Fall ist und „[i]m Übrigen [...] die diesbezüglichen Dokumente und insbesondere die Parlamentsberichte im Allgemeinen öffentlich zugänglich“ sind.¹²⁴

117 EuGH, Rs. C-524/09 (Ville de Lyon), Slg. 2010, I-14115, Rn. 36; Urteil v. 14.2.2012, Rs. C-204/09 (Flachglas Torgau), Rn. 31.

118 Erwähnt werden soll i.d.Z. lediglich Abs. 5 leg. cit., der eine Unterstützungsplicht der Beamten und weitere praktische Vorkehrungen zur wirksamen Ausübung dieses Rechts vorsieht.

119 Zu dem aktuell in EuGH, Urteil v. 19.12.2013, Rs. C-279/12 (Fish Legal) ausgelegten Begriff der Behörde s. bei Fn. 94 und 95.

120 Vgl. die Erklärung im Anhang zu dem die Århus-Konvention genehmigenden Beschluss (Fn. 87), ABl. EU 2005 L 124/3.

121 EuGH, Urteil v. 14.2.2012, Rs. C-204/09 (Flachglas Torgau), Rn. 33 ff., 49 ff.; Urteil v. 18.7.2013, Rs. C-515/11 (Deutsche Umwelthilfe), Rn. 24 f.

122 EuGH, Urteil v. 18.7.2013, Rs. C-515/11 (Deutsche Umwelthilfe), Rn. 28 („nur solche Verfahren [...], die zum Erlass eines Gesetzes oder einer gleichrangigen Rechtsnorm führen können“), Rn. 32 ff. Zur „Vermutungs-Rsp.“ i.d.Z. s. C. Sobotta, Umweltrecht: Zugang der Öffentlichkeit zu Umweltinformationen, EuZW 2013, S. 710 f.

123 EuGH, Urteil v. 14.2.2012, Rs. C-204/09 (Flachglas Torgau), Rn. 34.

124 EuGH, Urteil v. 14.2.2012, Rs. C-204/09 (Flachglas Torgau), Rn. 55 ff.

IV. Exkurs: Dokumentenzugang im Wettbewerbsrecht

Im Wettbewerbsrecht hat es zum Recht auf Dokumentenzugang einige sehr wichtige Weiterentwicklungen gegeben, die jedoch nur in aller Kürze thematisiert werden sollen, da die einschlägigen Fälle eher juristische als natürliche Personen (Unionsbürger) betreffen.

Bekanntlich hat der EuGH in der Rs. *Courage/Crehan* entschieden, dass „jeder-mann¹²⁵ Ersatz des Schadens verlangen [kann], der ihm durch einen Vertrag, der den Wettbewerb beschränken oder verfälschen kann, oder durch ein entsprechendes Verhalten entstanden ist“ (private enforcement),¹²⁶ wobei Voraussetzung für diesen Schadenersatzanspruch (lediglich) ein ursächlicher Zusammenhang ist.¹²⁷

Zum Zwecke der vorprozessualen Informationsbeschaffung haben sich Geschädigte¹²⁸ auf die Dokumentenzugangs-Verordnung gestützt, wodurch sich ein erhebliches Spannungsfeld zwischen der auf Transparenz ausgerichteten Dokumentenzugangs-Verordnung und den – dazu geradezu diametral entgegengesetzt – einschlägigen restriktiven Sekundärrechtsakten des Wettbewerbsrechts¹²⁹ ergibt. Dieses Spannungsfeld hat der EuGH über die Ausnahmegründe des Art. 4 Dokumentenzugangs-Verordnung (insbesondere Schutz von Untersuchungstätigkeiten [der Kommission]) gelöst.¹³⁰ Das EuG hat in diesem Zusammenhang betont, dass die Dokumentenzugangs-Verordnung und beispielsweise die Verordnung 1/2003¹³¹ unterschiedliche Ziele verfolgen, nicht in einem lex specialis Verhältnis stehen und daher eine kohärente Anwendung vorzunehmen ist.¹³²

Der EuGH hat in diesem Zusammenhang (ähnlich wie bei laufenden Gerichtsverfahren), eine (widerlegbare¹³³) Vermutung (i.S.e. Ausnahme von der Verpflichtung

125 Neben natürlichen (Unionsbürger) und juristischen Personen fällt darunter nach EuGH, Urteil v. 6.11.2012, Rs. C-199/11 (Otis), Rn. 40 ff., 44 auch die Union selbst.

126 EuGH, Rs. C-453/99 (Courage/Crehan), Slg. 2001, I-6297, Rn. 26; zuletzt bestätigt in Rs. C-360/09 (Pfleiderer), Slg. 2011, I-5161, Rn. 28.

127 EuGH, Rs. C-295/04 u.a. (Manfredi), Slg. 2006, I-6619, Rn. 59 f. und 61; Rs. C-421/05 (City Motors), Slg. 2007, I-653, Rn. 33 ff. Für einige i.d.Z. die EuGVVO betreffende Fragestellungen s. das Vorabentscheidungsersuchen des LG Dortmund in der Rs. C-352/13 (Cartel Damage Claims), ABl. EU 2013, C 298/2.

128 In EuG, Urteil v. 13.9.2013, Rs. T-380/08 (Niederlande/Kommission) ging es (im Kontext eines Schadens aufgrund eines durch ein gegen Art. 101 AEUV verstößendes Kartell) um den auf die Dokumentenzugangs-VO gestützten Antrag eines Mitgliedstaats auf Zugang zu Dokumenten der Kommission; dabei können sich die Mitgliedstaaten zwar auf die Dokumentenzugangs-VO, nicht jedoch auf das Loyalitätsgebot (Art. 4 Abs. 3 EUV) stützen; zur (umgekehrten) Frage der Verpflichtung der Mitgliedstaaten zur Lieferung von Dokumenten basierend auf Art. 4 Abs. 3 EUV s. A. Epiney, Umweltrecht (Fn. 35), S. 266.

129 Diese sehen zum Teil für Dritte keinen und selbst für die Parteien nur einen eingeschränkten Zugang zu den Verfahrensdokumenten vor; s. für das Beihilfenrecht: EuGH, Rs. C-139/07 P (TGI), Slg. 2010, I-5885, Rn. 56; für die Verordnung 1/2003 (Fn. 131): EuG, Urteil v. 22.5.2012, Rs. T-344/08 (EnBW), Rn. 59; für das Fusionskontrollrecht: EuGH, Urteil v. 28.6.2012, Rs. C-404/10 P (EOJ), Rn. 109; Urteil v. 28.6.2012, Rs. C-477/10 P (Agrofert), Rn. 51.

130 EuGH, Rs. C-139/07 P (TGI), Slg. 2010, I-5885, Rn. 58; EuG, Urteil v. 22.5.2012, Rs. T-344/08 (EnBW), Rn. 57.

131 VO (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16.12.2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln, ABl. EG 2003 L 1/1, i.d.F. ABl. EU 2006 L 269/1.

132 EuG, Urteil v. 13.9.2013, Rs. T-380/08 (Niederlande/Kommission), Rn. 30 f.; GA *Wathelet*, Schlussanträge v. 5.9.2013 in der Rs. C-514/11 P u.a. (LPN), Rn. 64.

133 EuGH, Rs. C-139/07 P (Kommission/TGI), Slg. 2010, I-5885, Rn. 61 f., 67 f.; vgl. weiters EuGH, Urteil v. 14.11.2013, Rs. C-514/11 P u.a. (LPN), Rn. 66.

zu einer konkreten und individuellen Prüfung) judiziert.¹³⁴ Dies hat für die Kommission zweifelsohne erhebliche entlastende Auswirkungen, führt jedoch, wie erwähnt, zu Lasten des Antragstellers zu einer nicht zu unterschätzenden Beweislastumkehr.

Eine solche Vermutung wurde vom EuGH auf EU-Ebene betreffend Dokumente der Kommission nicht nur im Wettbewerbsrecht (Art. 101 und Art. 102 AEUV), sondern auch im Bereich des Beihilfenrechts und im Bereich der Fusionskontrolle judiziert; nur am Rande erwähnt sei, dass diese Thematik außerdem im EWR¹³⁵ schlagend geworden ist. Ähnlich wie bei der erwähnten Rechtsprechung zu Gerichtsverfahren hatte sich der EuGH mit der zum Teil diffizilen Frage der zeitlichen Anwendung dieser Vermutung zu beschäftigen.¹³⁶

Eine besonders delikate Konstellation ergibt sich in diesen Fällen dann, wenn Zugang zu Dokumenten beantragt wird, die mit Kronzeugenprogrammen in Zusammenhang stehen.¹³⁷ Mitte Juni 2013 hat die Kommission zur Kodifizierung der Rechtsprechung zum private enforcement einen Vorschlag für eine Richtlinie vorgelegt.¹³⁸ Erwähnenswert ist insbesondere Art. 6 Abs. 1 dieses Vorschlages, wonach für Kronzeugeunternehmenserklärungen (und Vergleichsausführungen) ein absoluter Schutz vor Veröffentlichung vorgesehen wird, womit hier der (Wirksamkeit der) behördlichen Durchsetzung (public enforcement) klar der Vorrang (gegenüber dem private enforcement) gegeben wird.¹³⁹

Doch nicht nur auf EU-Ebene, sondern auch auf nationaler Ebene haben geschädigte Antragsteller versucht, zur vorprozessualen Informationsbeschaffung an Dokumente zu gelangen, die Kronzeugenprogramme betreffen. Da in diesem Fall die Dokumentenzugangs-Verordnung nicht greift, hat der EuGH diese Frage an die nationalen Rechtsordnungen (Stichwort: Verfahrensautonomie) verwiesen, wobei er als Regulative auf die bekannten Prinzipien der Äquivalenz und der Effektivität¹⁴⁰ hingewiesen hat.¹⁴¹ Bestätigt wurde diese Rechtsprechung jüngst in der Rs. *Donau Chemie* in Bezug auf die Bestimmung des § 39 Abs. 2 des österreichischen Kartellgesetzes,¹⁴² wonach „[i]n die Akten des Kartellgerichts [...] am Verfahren nicht als Partei beteiligte Personen nur mit Zustimmung der Parteien Einsicht nehmen [können].“

134 EuGH, Rs. C-139/07 P (TGI), Slg. 2010, I-5885, Rn. 53 f.; Urteil v. 28.6.2012, Rs. C-404/10 P (EOJ), Rn. 116; Urteil v. 28.6.2012, Rs. C-477/10 P (Agrofert), Rn. 57 ff., 84.

135 EFTA-GH, Urteil v. 21.12.2012, Rs. E-14/11 (DB Schenker I), Rn. 118; Urteil v. 9.7.2013, Rs. E-7/12 (DB Schenker II), Rn. 72, 116; Urteil v. 7.10.2013, Rs. E-4/12 u.a. (Risdal Touring), Rn. 113 bis 119.

136 EuG, Urteil v. 22.5.2012, Rs. T-344/08 (EnBW), Rn. 57, 116 ff.; vgl. aktuell GA *Cruz Villalón*, Schlussanträge v. 3.10.2013 in der Rs. C-365/12 P (EnBW), Rn. 80 ff., 63 f.; EuG, Urteil v. 25.10.2013, Rs. T-561/12 (Beninca), Rn. 28 ff.

137 S. z.B. aktuell GA *Cruz Villalón*, Schlussanträge v. 3.10.2013 in der Rs. C-365/12 P (EnBW), Rn. 67 ff.

138 KOM(2013) 404 endg. S. i.d.Z. auch die Mitteilung der Kommission zur Ermittlung des Schadensumfangs, ABI. EU 2013 C 167/19. Zum damit im Zusammenhang stehenden Thema des kollektiven Rechtsschutzes s. Mitteilung KOM(2013) 401 endg. und die Empfehlung ABI. EU 2013 L 201/60 bzw. die Entschließung des EP, ABI. EU 2013 C 239 E/32.

139 S. dazu statt vieler W. Mederer, Richtlinievorschlag über Schadensersatzklagen im Bereich des Wettbewerbsrechts, EuZW 2013, S. 847 (849).

140 S. z.B. C. Ranacher/M. Frischhut, Handbuch Anwendung des EU-Rechts, 2009, S. 255 ff.

141 EuGH, Rs. C-360/09 (Pfleiderer), Slg. 2011, I-5161, Rn. 23 f.

142 BGBI. I Nr. 61/2005, i.d.F. BGBI. I Nr. 13/2013.

nen]“. Wenngleich es, wie in der Rs. *Pfleiderer* festgestellt, Sache der Mitgliedstaaten ist, über den Zugang zu diesen Dokumenten zu befinden, so muss im Rahmen der Gewaltenteilung diese Aufgabe der Interessensabwägung¹⁴³ – da einzelfallbezogen – den Gerichten¹⁴⁴ – und nicht (nur) dem Gesetzgeber – zukommen.¹⁴⁵

V. Reform des Dokumentenzugangsrechts

1. Reform der Dokumentenzugangs-Verordnung

Die Kommission hat 2008 einen Vorschlag für eine Neufassung (somit keine reine Änderung¹⁴⁶) der Dokumentenzugangs-Verordnung vorgelegt.¹⁴⁷ Nachdem das Gesetzgebungsverfahren noch zu keinem erfolgreichen Ende gekommen ist, da „die Meinungen zur Novellierung dieser Verordnung weit auseinander gehen“, hat die Kommission 2011 einen weiteren Vorschlag vorgelegt, um wenigstens die durch den Vertrag von Lissabon geforderte Ausweitung des Rechts auf Zugang zu Dokumenten „aller Organe, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Union“ nachzukommen.¹⁴⁸ Beide Vorschläge sind bis dato jedoch nicht angenommen worden¹⁴⁹ und werden dies vermutlich vor den nächsten Wahlen zum Europäischen Parlament (Ende Mai 2014) auch nicht. Aus diesem Grund werden die wesentlichen Änderungsvorschläge aus 2008 nur kurz skizziert.

Einige Änderungsvorschläge betreffen Anpassungen an die Verordnung 1367/2006, wie beispielsweise die Integration von Art. 6 Abs. 2 Verordnung 1367/2006 (Stichwort Brutstätten seltener Tiere) in Art. 4 Abs. 1 Dokumentenzugangs-Verordnung (d.h. als absoluter Ausnahmegrund) sowie die Abschaffung des Erfordernisses der Nationalität bzw. des Sitzes,¹⁵⁰ somit entfällt im neu vorgeschlagenen Art. 2 Abs. 1 Dokumentenzugangs-Verordnung der Hinweis auf Unionsbürger.

Im Kontext des erwähnten Spannungsverhältnisses der Verordnung 45/2001 und der Dokumentenzugangs-Verordnung soll deren Verhältnis in einem neuen Art. 4 Abs. 5 geklärt werden.¹⁵¹

143 EuGH, Urteil v. 6.6.2013, Rs. C-536/11 (Donau Chemie), Rn. 44 ff.

144 Diese Aufgabe kann ebenso einer – wie ein Gericht in Vollziehung der Gesetze tätig werdenden – Verwaltungsbehörde zukommen; vgl. GA *Jääskinen*, Schlussanträge v. 7.2.2013 in der Rs. C-536/11 (Donau Chemie), Rn. 41, 66.

145 EuGH, Urteil v. 6.6.2013, Rs. C-536/11 (Donau Chemie), Rn. 35.

146 Dazu kritisch *I. Harden*, The Revision of Regulation 1049/2001 on Public Access to Documents, EPL 2009, S. 239 (244 f.).

147 KOM(2008) 229 endg.

148 KOM(2011) 137 endg./2, 2.

149 Zu den vom Rat behaupteten Verzögerungen durch die nicht genehmigte Veröffentlichung von Dokumenten der Delegationen s. EuG, Rs. T-223/09 (Access Info Europe), Slg. 2011, II-1073, Rn. 49 ff. (dazu sogleich unten V.2).

150 In der Literatur wird bezweifelt, dass das Vorhandensein von Staatsbürgerschaft oder Sitz je tatsächlich geprüft werden sei; *I. Harden*, Revision (Fn. 146), S. 245.

151 Dazu kritisch in Hinblick auf die Übereinstimmung mit EuGH, Rs. C-28/08 P (Bavarian Lager), Slg. 2010, I-6055; *J. Sanner*, Der Schutz personenbezogener Daten beim Zugang zu Dokumenten der Unionsorgane, EuZW 2010, S. 774 (777).

Der in der Rs. *Turco* thematisierte relative Ausnahmegrund der Rechtsberatung und Gerichtsverfahren soll auf Schiedsgerichts- und Streitbeilegungsverfahren erweitert werden, wobei in der Literatur insbesondere die Nichtberücksichtigung des grund-sätzlichen Zugangs zu Gutachten der Juristischen Dienste kritisiert wird.¹⁵²

Eine Nachjustierung betrifft den Bereich des Zugangs zu aus den Mitgliedstaaten stammenden Dokumenten (Art. 4 Abs. 5 Dokumentenzugangs-Verordnung), wobei im Wesentlichen die einschlägige Rechtsprechung des EuGH übernommen wird. In diesem Zusammenhang lässt jedoch ein Verweis nicht nur auf die Ausnahmetatbestände der Dokumentenzugangs-Verordnung, sondern auch auf „besondere Bestimmungen seiner eigenen [d.h. nationalen] Rechtsvorschriften“ Raum für diskussionswürdige Auslegungen.¹⁵³

Entsprechend der geschilderten Rechtsprechung soll der Zugang zu Dokumenten in Zusammenhang mit der Ausübung der Untersuchungsbefugnisse eines Organs ausgeschlossen werden, „bis die Untersuchung abgeschlossen oder der Akt endgültig ist“. Folglich gelten während dieser Phase „ausschließlich“ die besonderen Bestimmungen in diesem Bereich. Selbst „nachdem die entsprechende Entscheidung endgültig geworden ist“, werden die „von natürlichen oder juristischen Personen im Laufe derartiger Untersuchungen erhaltenen Informationen“ weiterhin – d.h. permanent – geschützt. Damit erfolgt hier – speziell was den Zeitraum nach der Untersuchungsphase betrifft – eine sehr weitreichende Einschränkung des Rechts auf Dokumentenzugang. Jedoch selbst während der Untersuchungsphase ist dieser Vorschlag restriktiver als der Status quo, da die Möglichkeit der Darlegung eines „überwiegenden öffentlichen Interesses“ ersatzlos wegfällt.¹⁵⁴

Auf verfahrensrechtlicher Ebene sollen die Fristen für Zweitanträge auf 30 Arbeitstage (samt Verlängerungsmöglichkeit um 15 Arbeitstage) ausgedehnt werden, da eine Bearbeitung innerhalb von 15 Arbeitstagen „fast unmöglich“ sei.¹⁵⁵

Generell kann der Vorschlag (aus 2008) nicht als ein Schritt hin zu mehr Transparenz gesehen werden,¹⁵⁶ wobei auch das Europäische Parlament aktuell vor „einer Verringerung des bestehenden Transparenzniveaus“ gewarnt hat.¹⁵⁷

2. Rs. Access Info Europe

Erwähnenswert ist in diesem Kontext die Rs. *Access Info Europe*, da in diesem Verfahren der Antrag auf Dokumentenzugang (konkret eine Note des Generalsekretariats des Rates an die Arbeitsgruppe „Information“) das soeben erwähnte Ge-

152 I. Harden, Revision (Fn. 146), S. 248.

153 Dazu m.w.N. I. Harden, Revision (Fn. 146), S. 251 f.

154 Dazu auch kritisch I. Harden, Revision (Fn. 146), S. 246; F. Maiani/J.-P. Villeneuve/M. Pasquier, "Less is more"? The Commission Proposal on Access to EU Documents and Proper Limits of Transparency, Working Paper de l'IDHEAP 2010, S. 26 f.

155 Für weitere verfahrensrechtliche Aspekte (wie z.B. den Vorschlag, die [jetzt] Europäische Ombudsfrau stärker einzubeziehen) s. I. Harden, Revision (Fn. 146), S. 253 f.

156 Generell weniger kritisch A. Epiney, Informationsrechte (Fn. 85), S. 42.

157 Entschließung des EP vom 10.6.2013 zur Blockade der Revision der VO (EG) Nr. 1049/2001 (2013/2637[RSP]).

setzgebungsverfahren zur Reform der Dokumentenzugangs-Verordnung selbst traf. Der Rat gewährte insofern (nur) einen teilweisen Zugang, als Access Info Europe zwar Zugang zu diesem Dokument betreffend die Abänderungs- und Neuformulierungsvorschläge zur Dokumentenzugangs-Verordnung erhielt, jedoch ohne die Identität der Mitgliedstaaten¹⁵⁸ offen zu legen, die diese Vorschläge gemacht hatten.¹⁵⁹

Ebenfalls anzuführen ist, dass das angeforderte Dokument bereits am Tag seiner Annahme (dies war der 26. November 2008)¹⁶⁰ (ohne Genehmigung des Rates) vollständig im Internet verbreitet worden ist.¹⁶¹ Dies sei jedoch nach Ansicht des Gerichts „ohne Bedeutung“ für die Beurteilung des Interesses von Access Info Europe.¹⁶²

Aus zeitlicher Sicht ging es in dieser Rechtssache um das Gesetzgebungsverfahren selbst und nicht wie in der vorstehend erwähnten *Rs. Turco* (Zugang zu einem Rechtsgutachten des Juristischen Dienstes des Rates) um eine Vorphase.¹⁶³

Diese Rechtssache betrifft die Frage der Abwägung der beiden gegenläufigen Prinzipien der Transparenz einerseits und der Effizienz des Entscheidungsprozesses andererseits. Konkret wurde argumentiert, die Verbreitung der Angaben in Bezug auf die Identität der fraglichen Mitgliedstaaten könne die Entscheidungsfindung im Rat beeinträchtigen.¹⁶⁴ Insbesondere in einer frühen Phase des Entscheidungsprozesses¹⁶⁵ könnten nach Ansicht des Rates die Delegationen davon abgehalten werden, ihren Standpunkt (schriftlich) zum Ausdruck zu bringen,¹⁶⁶ dies vor allem wenn noch sondiert wird und die Delegationen von ihren jeweiligen nationalen Regierungen noch keine Verhandlungspositionen erhalten haben.¹⁶⁷

Die Position des Rates (lediglich teilweiser – d.h. um die Identitäten der Mitgliedstaaten anonymisierter – Zugang) wurde sowohl vom EuG¹⁶⁸ als auch vom EuGH¹⁶⁹ abgelehnt. Während der EuGH nach einer Zusammenfassung der einschlägigen Rechtsprechung¹⁷⁰ diese Prinzipien i.S.e. Überprüfung im Rechtsmit-

158 In EuGH, Rs. C-28/08 P (Bavarian Lager), Slg. 2010, I-6055 ging es zwar ebenfalls um eine Frage der Offenlegung der Identität, dort aber um die von Teilnehmern an einem Treffen im Kontext eines Vertragsverletzungsverfahrens.

159 EuGH, Urteil v. 17.10.2013, Rs. C-280/11 P (Access Info Europe), Rn. 5 f.

160 Laut Statewatch erfolgte die Veröffentlichung hingegen erst am 5.12.2008 (<http://database.statewatch.org/article.asp?aid=30455>), das wäre somit erst zwei Tage nach dem Antrag (v. 3.12.2008) von Access Info Europe auf Zugang zu diesem Dokument gewesen, s. EuG, Rs. T-223/09 (Access Info Europe), Slg. 2011, II-1073, Rn. 6.

161 EuGH, Urteil v. 17.10.2013, Rs. C-280/11 P (Access Info Europe), Rn. 8; EuG, Rs. T-223/09 (Access Info Europe), Slg. 2011, II-1073, Rn. 30 ff.

162 EuG, Rs. T-223/09 (Access Info Europe), Slg. 2011, II-1073, Rn. 36.

163 S. Fn. 72.

164 EuG, Rs. T-223/09 (Access Info Europe), Slg. 2011, II-1073, Rn. 10.

165 Das gegenständliche Dokument (16338/08) stammt, wie erwähnt, vom 26.11.2008, der Vorschlag der Kommission (Fn. 147) vom 30.4.2008.

166 EuG, Rs. T-223/09 (Access Info Europe), Slg. 2011, II-1073, Rn. 45.

167 EuGH, Urteil v. 17.10.2013, Rs. C-280/11 P (Access Info Europe), Rn. 45.

168 EuG, Rs. T-223/09 (Access Info Europe), Slg. 2011, II-1073, Rn. 84.

169 EuGH, Urteil v. 17.10.2013, Rs. C-280/11 P (Access Info Europe), Rn. 76.

170 EuGH, Urteil v. 17.10.2013, Rs. C-280/11 P (Access Info Europe), Rn. 27 bis 33.

telverfahren eher technisch angewandt hat, trifft Generalanwalt *Cruz Villalón* (bei gleichem Ergebnis) einige grundsätzlichere Aussagen.

Er bezeichnet – ähnlich wie das EuG¹⁷¹ – die Kenntnis über die Identität der Mitgliedstaaten als bedeutend dafür, dass „die Adressaten der zukünftigen Bestimmung politische Verantwortlichkeit einfordern können“.¹⁷² Gesetze seien öffentlich und transparent zu erlassen, da „[i]n einer repräsentativen Demokratie – und dieser Begriff muss für die Union gelten – [...] die Bürger von einem Gesetzgebungsverfahren Kenntnis erlangen können [müssen], da sie sonst von ihren Vertretern nicht die politische Verantwortlichkeit einfordern können, zu deren Gläubigern sie aufgrund ihres Wählerauftrags geworden sind“.¹⁷³ Es ist bezeichnend für die hinter den verschiedenen Ansichten stehenden grundsätzlichen Standpunkte, wenn der Generalanwalt ausführt, dass der Entscheidungsprozess nicht durch mehr, sondern – dem diametral entgegengesetzt – durch weniger Transparenz beeinträchtigt sei.¹⁷⁴ Er bringt weiters den supranationalen Charakter der Union ins Spiel, wenn er ausführt, dass „[d]ie Logik der Diskretion und sogar der Geheimhaltung, die im Zusammenspiel der Beziehungen zwischen Souveränen gerechtfertigt sein mögen, [...] im Rahmen der Union fehl am Platz [sei], die insoweit vor allem progressiv eine Gemeinschaft anstrebt, die von den Grundsätzen des Rechtsstaats und der Demokratie getragen ist“.¹⁷⁵

Die „Vermutungs-Rechtsprechung“ spielt in diesem Kontext keine besondere Rolle. Zwar wiederholt der EuGH, dass sich – i.S.e. Ausnahme von der Verpflichtung zu einer konkreten und tatsächlichen Beeinträchtigung – das jeweilige Organ auf allgemeine Vermutungen stützen kann, „die für bestimmte Kategorien von Dokumenten gelten, da für Anträge auf Verbreitung von Dokumenten der gleichen Art vergleichbare allgemeine Erwägungen gelten können“.¹⁷⁶ Im Unterschied zu laufenden Gerichtsverfahren¹⁷⁷ erscheint hier diese Vermutung eher wie ein Dispens von einer Verpflichtung zur Vornahme des im Wesentlichen gleichen Prüfungsprozesses in einer Vielzahl von gleichgelagerten Fällen und nicht wie eine Beweislastumkehr, die während des laufenden Gerichtsverfahrens einen Dokumentenzugang de facto weitestgehend unmöglich machen wird. Die generelle Verpflichtung des betroffenen Organs zur genauen Darlegung, auf welche allgemeinen Erwägungen diese Vermutung gestützt wird, ist aus Sicht des EuGH in diesem Zusammenhang vom Rat nicht erfüllt worden.¹⁷⁸

171 EuG, Rs. T-223/09 (Access Info Europe), Slg. 2011, II-1073, Rn. 56.

172 GA *Cruz Villalón*, Schlussanträge v. 16.5.2013 in der Rs. C-280/11 P (Access Info Europe), Rn. 61.

173 GA *Cruz Villalón*, Schlussanträge v. 16.5.2013 in der Rs. C-280/11 P (Access Info Europe), Rn. 63.

174 GA *Cruz Villalón*, Schlussanträge v. 16.5.2013 in der Rs. C-280/11 P (Access Info Europe), Rn. 65.

175 GA *Cruz Villalón*, Schlussanträge v. 16.5.2013 in der Rs. C-280/11 P (Access Info Europe), Rn. 69.

176 EuGH, Urteil v. 17.10.2013, Rs. C-280/11 P (Access Info Europe), Rn. 72.

177 S. bei Fn. 53.

178 EuGH, Urteil v. 17.10.2013, Rs. C-280/11 P (Access Info Europe), Rn. 73 ff. Anders als der Gerichtshof – für den diese Aussage konkret nicht mehr notwendig war – weist der GA darüber hinaus noch darauf hin, dass so eine Vermutung widerlegbar ist; GA *Cruz Villalón*, Schlussanträge v. 16.5.2013 in der Rs. C-280/11 P (Access Info Europe), Rn. 76.

Die Urteile des EuG und des EuGH sind zu begrüßen. Wenn vom Rat die Befürchtung geäußert wird, dass eine absehbare Schwächung der Transparenz (durch eine Verstärkung der Ausnahmegründe) im laufenden Gesetzgebungsverfahren zur Reform der Dokumentenzugangs-Verordnung zu öffentlichem Druck führen könne,¹⁷⁹ so ist das als Teil eines auf der repräsentativen Demokratie beruhenden (Art. 10 Abs. 1 EUV) bzw. offenen und transparenten (Art. 11 EUV) Systems zu sehen, in dem Entscheidungen „so offen und bürgernah wie möglich getroffen“ werden (Art. 10 Abs. 2 EUV).

Eine Abschlussbemerkung: Mit Stand 7. November 2013 – d.h. exakt drei Wochen nach Erlassung des Urteils des EuGH – fand sich im öffentlichen Register des Rates immer noch eine um die Identitäten der Delegationen „geschwärzte“ Version des Dokuments, auf www.statewatch.org nach wie vor die „geleakte“ (vollständige) Version.¹⁸⁰

VI. Zusammenfassung

Was mit dem Bestreben nach mehr (Unions-)Bürgernähe begann, hat sich zu einem umfassenden Recht entwickelt (und sich in gewisser Weise von der Unionsbürgerschaft gelöst). Selbst wenn das Recht Unionsbürgern nach wie vor zukommt und für diese im Ergebnis nach wie vor eine bedeutende Rolle spielt (s. insbesondere Rs. *Access Info Europe*), so soll nicht nur der Hinweis auf Unionsbürger in der Dokumentenzugangs-Verordnung fallen, auch in der Praxis dürfte schon bis dato die Staatsbürgerschaft im Prüfprozess keine Rolle gespielt haben. Bei den gerade in letzter Zeit an Bedeutung gewinnenden Fällen geht es eher um juristische als um private Personen. In demokratiepolitisch bedeutenden Bereichen, wie im Gesetzgebungsprozess, sind es vermutlich eher NGOs, die – stellvertretend für Bürger – einen Antrag auf Dokumentenzugang stellen (s. wiederum Rs. *Access Info Europe*). Bezeichnend dafür ist der letzte Bericht der Kommission zur Durchführung der Dokumentenzugangs-Verordnung,¹⁸¹ wobei die Situation der Antragsteller bezogen auf ihren sozioprofessionellen Hintergrund (für 2012) wie folgt aussieht: Hochschulen 22,7%, Anwälte 13,58%, Zivilgesellschaft 10,32%, etc.¹⁸²

Mitgliedstaaten können sich ebenfalls auf die Dokumentenzugangs-Verordnung – nicht jedoch auf das Loyalitätsgebot des Art. 4 Abs. 3 EUV – berufen, genießen dabei aber keinen besonderen Status.¹⁸³

Aus Sicht der (funktional zu verstehenden) Gewaltenteilung ist ein umfassenderer Zugang zu Dokumenten (s. bereits Erwgr. 6 Dokumentenzugangs-Verordnung) im Bereich der Gesetzgebung zu gewähren. Ein Recht auf Dokumentenzugang besteht sowohl in der Vorphase (Rs. *Turco* im Hinblick auf ein Rechtsgutachten eines Ju-

¹⁷⁹ EuG, Rs. T-223/09 (Access Info Europe), Slg. 2011, II-1073, Rn. 53.

¹⁸⁰ Mittlerweile (Stand 21.1.2014) enthält auch das Register des Rates die vollständige Version.

¹⁸¹ KOM(2013) 515 endg., S. 13.

¹⁸² In den übrigen Jahren sah die Situation übrigens durchaus ähnlich aus.

¹⁸³ Vgl. Fn. 128.

ristischen Dienstes), als auch im Gesetzgebungsprozess (Möglichkeit der Einförderung politischer Verantwortung durch Kenntnis der Identität der von den Delegationen vertretenen Standpunkte; Rs. *Access Info Europe*). Die Tätigkeit des Rates im Kontext des Abschlusses internationaler Abkommen zählt zwar zum Bereich der Exekutive und nicht zur Gesetzgebung, Transparenz spielt jedoch dennoch eine Rolle. Im Kontext des Dokumentenzugangs im Wettbewerbsrecht auf nationaler Ebene hat der EuGH betont, dass Interessensabwägungen einzelfallbezogen durch die Gerichte zu erfolgen haben und daher nicht pauschal und vorab durch den Gesetzgeber erfolgen können.

Die Weiterentwicklungen im Bereich des Dokumentenzugangs sind teils auf externe Einflüsse (Århus-Konvention), großteils aber auf die Rechtsprechung der europäischen Gerichte (insbesondere die Folgejudikatur zum Dokumentenzugang und private enforcement) zurückzuführen.

Das Recht auf Dokumentenzugang wurde in vertikaler Hinsicht „nach unten hin“ erweitert. So hat im Umweltbereich die Richtlinie 2003/4/EG ein Recht gegenüber den Mitgliedstaaten bzw. den für diese Aufgaben erfüllenden oder unter staatlicher Kontrolle stehenden Privaten gebracht. Im Wettbewerbsbereich haben sich nunmehr außerdem nationale Gerichte mit dem Recht auf Dokumentenzugang im Bereich des private enforcement auseinanderzusetzen. Damit können Dokumente von Unternehmen vom Recht auf Zugang betroffen sein. In diesem Zusammenhang ergibt sich gerade im Bereich von Dokumenten im Kontext von Kronzeugenprogrammen ein delikates Spannungsfeld zwischen private und public enforcement. Aus einer horizontalen Perspektive wurde der umfassende Anwendungsbereich der Dokumentenzugangs-Verordnung an die spezifischen Ziele (gerade im Wettbewerbsrecht) angepasst, auf die Gesamtkohärenz geachtet und eine ausgleichende Lösung angestrebt (insbesondere über Art. 4 Dokumentenzugangs-Verordnung; bzw. durch widerlegbare Vermutungen).

Im Hinblick auf diese judizierte „Vermutungs-Rechtsprechung“ gibt es grob gesagt zwei Kategorien. Aus praktischen Gesichtspunkten können einerseits Kategorien von Dokumenten pauschal geprüft werden, um unnötige Wiederholungen zu vermeiden. Andererseits verwendet der EuGH diese Rechtsprechungslinie, um in sensiblen Bereichen das Interesse an Transparenz mit den ebenfalls legitimen – aber gegenläufigen Interessen – beispielsweise im Bereich des Wettbewerbsrechts in Einklang zu bringen. In letzterem Fall kann eine solche Vermutung das Recht auf Dokumentenzugang aus praktischer Sicht erheblich beeinträchtigen.¹⁸⁴ Gerade die zeitliche Dauer, für die diese Vermutung vom jeweiligen Organ herangezogen werden kann, ist ebenfalls von großer praktischer Bedeutung und wird in den unterschiedlichen Bereichen unterschiedlich gesehen. Normalerweise endet sie mit dem Zeitpunkt der jeweiligen Untersuchung, im Bereich der Fusionskontrolle gilt sie jedoch unabhängig davon, „ob der Zugangsantrag ein bereits abgeschlossenes Kon-

184 Kritisch auch P. Leino, Little Sunshine (Fn. 32).

trollverfahren oder ein noch anhängiges Verfahren betrifft“.¹⁸⁵ Die Abgrenzung zwischen laufenden und abgeschlossenen Verfahren findet sich aber auch bei Gesetzgebungsverfahren, so etwa im Umweltbereich nach der Richtlinie 2003/4/EG, wonach eine Beeinträchtigung nach Abschluss des Verfahrens nicht mehr möglich ist.¹⁸⁶

Diese „Vermutung-Rechtsprechung“ spielt speziell in Vertragsverletzungsverfahren eine wichtige Rolle. Während eines Gerichtsverfahrens (nicht jedoch danach) wird (immerhin) widerlegbar¹⁸⁷ vermutet, dass die Verbreitung der eingereichten Schriftsätze¹⁸⁸ den Schutz des Verfahrens beeinträchtigen könnte; ein Verfahren betreffend die Zahlung eines Pauschalbetrags oder Zwangsgeldes ist davon getrennt zu sehen. Was den Zeitraum davor angeht, so hat der Gerichtshof in der Rs. LPN eine Ausdehnung dieser Vermutung auf das Vorverfahren eines Vertragsverletzungsverfahrens judiziert. Nicht nur hinsichtlich dieser Schriftsätze ist die Transparenz eingeschränkt, aus Gründen des Datenschutzes können die Namen der Teilnehmer eines im Rahmen eines Vertragsverletzungsverfahrens stattfindenden Treffens über die Dokumentenzugangs-Verordnung nicht eruiert werden. Dieser besondere Schutz des Vertragsverletzungsverfahrens findet sich auch in der Verordnung 1367/2006, wenn das normierte überwiegende öffentliche Interesse an der Verbreitung von Informationen betreffend Emissionen dann nicht gilt, wenn Verstöße gegen das Unionsrecht Gegenstand der Untersuchungen sind. Darüber hinaus betont das Gericht, dass Rechte der Verfahrensbeteiligten in Vertragsverletzungsverfahren weniger weit gehen, als beispielsweise im ohnedies schon eingegrenzten Bereich des Wettbewerbsrechts.¹⁸⁹ Die geplante Reform der Dokumentenzugangs-Verordnung würde den Schutz von Untersuchungstätigkeiten – zu Lasten der Transparenz – einerseits durch einen zeitweisen Ausschluss des Zugangs während der Dauer der Untersuchung bzw. andererseits durch einen dauerhaften Ausschluss von Dokumenten von natürlichen und juristischen Personen, weiter stärken.

Wie das Gericht aktuell (zum Ausnahmetatbestand des Schutzes der Privatsphäre, Art. 4 Abs. 1 lit. b Dokumentenzugangs-Verordnung) festgestellt hat, kommt dem diesbezüglichen Primärrecht (Art. 1 und Art. 11 Abs. 2 EUV bzw. Art. 15 AEUV) keine über das einschlägige Sekundärrecht (Dokumentenzugangs-Verordnung, Verordnung 45/2001) hinausgehende Bedeutung zu, was zu einer Verdrängung dieser Bestimmungen führen würde.¹⁹⁰ Wie erwähnt, wurde dem primärrechtlich verankerten Loyalitätsgebot (Art. 4 Abs. 3 EUV) keine Bedeutung im Bereich des Dokumentenzugangsrechts (von Mitgliedstaaten) zugemessen. Auch sonst kommt dem Primärrecht (Art. 15 Abs. 3 AEUV, Art. 42 GRC) derzeit kein eigenständiges – über

¹⁸⁵ EuGH, Urteil v. 28.6.2012, Rs. C-404/10 P (EOJ), Rn. 124 f.

¹⁸⁶ EuGH, Urteil v. 14.2.2012, Rs. C-204/09 (Flachglas Torgau), Rn. 55.

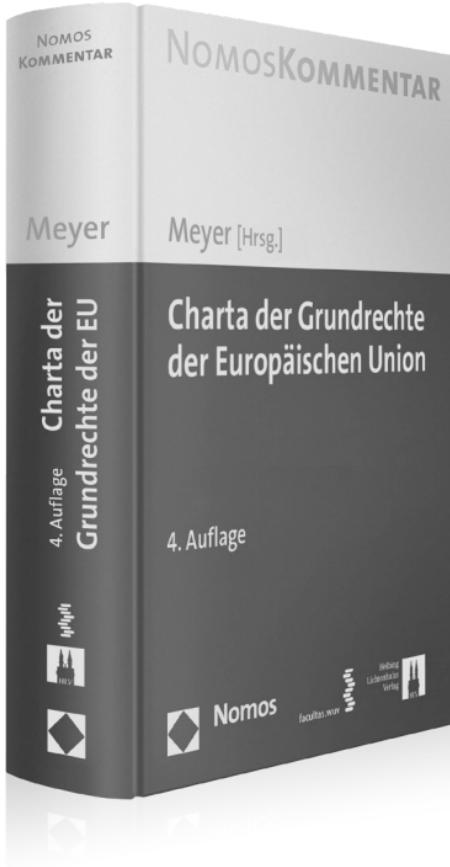
¹⁸⁷ S. z.B. EuGH, Urteil v. 14.11.2013, Rs. C-514/11 P u.a. (LPN), Rn. 66.

¹⁸⁸ Dabei gehören diese mehr zur Rechtsprechungstätigkeit des EuGH als zur Verwaltungstätigkeit der Kommission.

¹⁸⁹ EuG, Rs. T-29/08 (LPN), Slg. 2011, II-6021, Rn. 126; zur Frage der Vertraulichkeit im Rahmen eines Vertragsverletzungsverfahrens s. Rn. 119 ff.; Urteil v. 13.9.2013, Rs. T-111/11 (Client Earth), Rn. 52, 58 ff.

¹⁹⁰ EuG, Urteil v. 13.9.2013, Rs. T-214/11 (Client Earth/EFSA), Rn. 75 ff.

die Dokumentenzugangs-Verordnung hinausreichendes – Gewicht zu. Nicht ausgeschlossen werden kann jedoch, dass der EuGH künftig auf das Primärrecht zurückgreift, insbesondere dann, wenn er eine Änderung der Judikatur vornehmen sollte, die im Wege einer neuen Rechtsgrundlage den Anschein der Kontinuität erwecken soll.



Charta der Grundrechte der Europäischen Union

Herausgegeben von
Prof. Dr. Jürgen Meyer

4. Auflage 2014, 859 S., geb., 128,- €
ISBN 978-3-8487-0553-5

www.nomos-shop.de/21101

Inkrafttreten des Reformvertrages von
Lissabon ist die Europäische Grundrechte-
Charta rechtsverbindlich. Sie bindet nicht nur
die Organe und Einrichtungen der EU, sondern
auch die Mitgliedstaaten bei der Durchfüh-
rung des Unionsrechts.

EuGH hat schon in zahlreichen Entschei-
dungen auf die Vorschriften der Charta Bezug
genommen, in seiner jüngsten Rechtsprechung
(Urberg Fransson-Urteil) wurde der enge
Anwendungsbereich (Artikel 51) offensiv aus-

geweitet. Damit kommt der Charta auf
den Menschenrechtsschutz auf nationaler
Ebene und für die Auslegung deutscher
rechtsvorschriften große Bedeutung zu.
Es ergeben sich Konfliktfelder zwischen
EuGH und dem BVerfG, die der deutsche
Rechtswissenschaftler kennen muss.

*»für eine vertiefte Auseinandersetzung
mit den Fragen des europäischen Grundrechtsschutzes
ist ein unverzichtbares Hilfsmittel.«*

Thomas Traub, ZJS 4/12, zur V