

revolutionär anmutenden Resultaten – pragmatisch fortentwickelten. Stellt man die Frage in einen größeren Zusammenhang, so gebietet es die Redlichkeit zu konstatieren, daß alle Versuche, irgendwelche Juristen bestimmten Philosophenschulen zuzuweisen, als äußerst fragwürdig gelten müssen.⁷⁸ Ohne jeden Zweifel bedienten sie sich freilich⁷⁹ philosophischer Argumente – diese wurden aber wohl kaum aus der Übernahme einzelner philosophischer Denkgebäude, sondern eher aus dem zum Bildungsallgemeingut im 2. Jh. n. Chr. gewordenen Reservoir argumentativer Topoi geschöpft.⁸⁰ Und gerade dieses intellektuelle Dreieck mit den Eckpunkten Respekt vor der Tradition – Orientierung an gerechtigkeitsgeleiteten Prinzipien – argumentative Unterstützung durch Philosophie und Rhetorik hat, wie es scheint,

⁷⁸ Die Literatur zu dieser Frage ist ebenfalls unüberschaubar. Noch immer wichtig ist die Materialsammlung bei Paul Sokolowski, *Die Philosophie im Privatrecht*, 2 Bde., 1902/1907. Ablehnend auch Wieacker (Fn. 7), S. 639 ff. In neuerer Zeit wurde die „Zuweisungsthese“ vor allem von Behrends vehement vertreten; vgl. nur die Aufsatzsammlung „Institut und Prinzip. Siedlungsgeschichtliche Grundlagen, philosophische Einflüsse und das Fortwirken der beiden republikanischen Konzeptionen in den kaiserzeitlichen Rechtsschulen“, hrsgg. von Avenarius/Meyer-Pritzl/Möller, 2004; ein Resümee seiner Forschungen bei Behrends, *Die geistige Mitte des römischen Rechts*, SZ 125 (2008), 25 ff. Seine Thesen haben mich nicht überzeugen können. Gegen Behrends auch jüngst Platschek, *Zur Rekonstruktion der bonae fidei iudicia*, SZ 127 (2010), 275 ff.

⁷⁹ Dieses Wort sei hier bewußt verwendet, da es sowohl die Aspekte „selbstverständlich“ als auch „in freier Weise“ einigermaßen adäquat wiederzugeben vermag.

⁸⁰ Man sollte nicht vergessen, daß die hoch- und spätclassischen römischen Juristen in der Epoche der sogenannten „Zweiten Sophistik“ lebten und wirkten, in der sich im römischen Imperium griechische und römische Kultur mit all ihren rhetorischen und philosophischen Facetten immer mehr verzahnten.

jene Flexibilität des römischen Rechts ermöglicht, die es erlaubte, daß die gefundenen Lösungen der römischen Juristen seit dem 11. Jh. infolge der Rezeption der Digesten für ganz Europa zum Modell des Rechts schlechthin wurden.

VI. Ein kurzer Epilog

Der Witz vom ballonfahrenden Emeritus stand am Anfang dieser Überlegungen. Ebenso wird unter Juristen aber eine weitere Ballongeschichte tradiert, die im Hinblick auf die hier untersuchte Fragestellung dann doch abschließend niemandem vorenthalten bleiben sollte: Zwei Ballonfahrer geraten in ein Unwetter und stecken in dichtem Nebel. Plötzlich lichtet sich der Nebel, unter ihnen taucht ein Mann auf, der gerade mit dem Mähen des Rasens vor einem Haus beschäftigt ist. Auf die nach unten gerufene Frage „Können Sie uns sagen, wo wir sind?“ schallt die Antwort zurück: „Sie befinden sich über meinem Grundstück.“ Unmittelbar danach schließt sich der Nebel wieder. Der jüngere Ballonfahrer schimpft: „So eine dumme Antwort!“ Kommentar des älteren Ballonfahrers: „Das muß ein Jurist gewesen sein: Die Antwort war kurz, präzise und absolut nichtssagend.“⁸¹ Ich hoffe, daß die vorstehenden Bemerkungen zum Menschenbild der römischen Juristen nicht nur als „heiße Luft“ empfunden werden.

⁸¹ Die Kenntnis dieses Witzes verdanke ich Dieter Medicus, der ihn Ende der 80er Jahre bei einem gemütlichen Zusammensein mit seinen Mitarbeitern nach Abschluß eines Seminars am Münchener Leopold-Wenger-Institut erzählte.

Professor Dr. Martin Nettesheim, Tübingen*

Der „Kernbereich“ der Unionsbürgerschaft – vom Schutz der Mobilität zur Gewährleistung eines Lebensumfelds

Der EuGH hat in der Entscheidung „Ruiz Zambrano“ die Unionsbürgerschaft einem grundlegenden Bedeutungswandel unterzogen. Die Unionsbürgerschaft dient zukünftig nicht mehr nur dem Schutz mobiler Bürger. Sie entwickelt sich zu einem Statusrecht zur Absicherung eines „Kernbereichs“ von Lebensbedingungen aller Bürger. Das Verhältnis von EU- und nationaler Bürgerschaft erfährt damit eine wesentliche Änderung.

I. Die bisherige Hauptbedeutung der Unionsbürgerschaft: Mobilitätsförderung

Die Unionsbürgerschaft hat sich in knapp zwanzig Jahren¹ von einer teilweise belächelten Projektionsfläche² für inte-

grationspolitische Fortschrittshoffnungen³ zu einer beachtlichen Institution entwickelt.⁴ Ihre Hauptbedeutung hat sie auf dem Feld der *Freizügigkeit* erlangt.⁵ Dabei geht es nicht nur um die Bewegungsfreiheit als solche. Der *EuGH* richtet die Bestimmung des Art. 21 AEUV umfassend gegen mitgliedstaatliche Maßnahmen, die zu einer Beeinträchtigung der Freiheit zum grenzüberschreitenden Wechsel führen.⁶ So sind nicht nur Maßnahmen des *Herkunftsmitgliedstaats*, die Mobilitätswillige unmittelbar⁷ oder mittelbar⁸ schlechter als immobile Bürger stellen, als nicht gerechtfertigte Beein-

³ Ward ELJ 2001, 24 (Projektionsfläche für „Imaginationen“).

⁴ Zur Entwicklung: Schönberger, *Unionsbürger*, 2005; Kadelbach, in: von Bogdandy/Bast, *Europäisches Verfassungsrecht*, 2. Aufl. 2009, S. 611; Elmore/Starup, in: *Yearbook of European Law* 2007, S. 57.

⁵ Überblick in: Europäische Kommission, *On Guidance for better transposition and application of Directive 2004/38/EC on the right of citizens and their family members to move and reside freely within the territory of the Member States*, COM(2009) 313.

⁶ Die Bestimmung ist unmittelbar wirksam: *EuGH*, Rs. C-413/99, *Baumbast*, Slg. 2002, I-7091.

⁷ *EuGH*, Rs. C-192/05, *Tas-Hagen*, Slg. 2007, I-10451; Rs. C-11/06, *Morgan*, Slg. 2007, I-9161.

⁸ *EuGH*, Rs. C-403/03, *Schempp*, Slg. 2005, I-6421.

* Der Autor ist Inhaber eines Lehrstuhls für Öffentliches Recht, Europarecht und Völkerrecht an der Universität Tübingen.

¹ Zur Entstehungsgeschichte: Wiener, *„European“ Citizenship Practice. Building Institutions of a Non-State*, 1998; *Maas Journal of Common Market Studies* 2005, 1009.

² Überblick bei: *Maas Columbia Journal of European Law* 2009, 265; *Kostakopoulou European Law Journal* 2007, 623.

trächtigung angesehen worden. Auch Maßnahmen des *Aufnahmemitgliedstaats* sind vielfach als mit Art. 21 AEUV⁹ unvereinbar angesehen worden.¹⁰ Alle Diskriminierungen mobiler Unionsbürger sind prima facie verboten.¹¹ Bei der Entscheidung über die sozialrechtliche Gleichstellung¹² kann die Länge des Aufenthalts allerdings berücksichtigt werden. Während der *EuGH* zunächst als Kriterium das Erfordernis einer hinreichenden sozialen Integration im Aufnahmestaat verwendete,¹³ billigte er später das Erfordernis eines fünfjährigen Aufenthalts.¹⁴ Nicht jede Wahrnehmung der Freizügigkeit führt damit sofort zur vollständigen Gleichstellung. Nichtdiskriminierende Beschränkungen sind mit Art. 21 AEUV unvereinbar, wenn sie „schwerwiegende Nachteile“ administrativer, beruflicher und privater Art verursachen.¹⁵ Punktuell ist der Unionsbürgerschaft auch ein Anspruch auf Besserstellung – konkret: im Namensrecht¹⁶ – entnommen worden.¹⁷ Einen Anspruch auf Schaffung von Leistungen verneint der *EuGH*.¹⁸ Eine strikte Anbindung der Auslegung von Art. 21 AEUV an Sekundärrecht lehnt der *EuGH* insbesondere mit Blick auf die Konkretisierung der Schranken ab.¹⁹ In dieser Rechtsprechung des *EuGH*²⁰ wird die Herausbildung einer neuen *Grundfreiheit* gesehen, die neben die vom AEUV ausdrücklich gewährten Grundfreiheiten (Art. 34, 45, 49, 56, 63 AEUV) getreten ist. Sie tritt dahinter als subsidiäre Garantie zurück,²¹ soll aber ansonsten die gleiche dogmatische Struktur aufweisen. Der von *F. Wollenschläger* geprägte Begriff von der „Grundfreiheit ohne Markt“²² erfasst dieses Verständnis gut. Aus dieser Perspektive gibt es keinen Anlass, die Anwendung der Unionsbürgerschaft auf *rein innerstaatliche Sachverhalte* einzufordern. Wenn deren *Funktion* grundfreiheitsgleich in der Ermöglichung von Mobilität liegt, besteht kein Grund zur Begünstigung des immobilien bzw. „statischen“ Bürgers.

II. Unionsbürgerstatus jenseits der Freizügigkeit: Die Entscheidung „Ruiz Zambrano“

Dieses Verständnis der Unionsbürgerschaft wird durch die jüngst ergangene Entscheidung *Ruiz Zambrano* zwar nicht verdrängt oder verworfen, wohl aber in wesentlichen Punkten überlagert.²³ In ersten Reaktionen ist von einem „fundamentalen und in seinen Auswirkungen noch kaum überschaubaren Konzeptionswechsel“²⁴ die Rede. In dieser Entscheidung gewährte der *EuGH* einem drittstaatsangehörigen Vater minderjähriger Unionsbürger ein auf EU-Recht gestütztes Aufenthaltsrecht. Es handelte sich um Kinder, die von der Freizügigkeitsmöglichkeit nie Gebrauch gemacht hatten. Der *EuGH* stützt seine Entscheidung auf Art. 20 AEUV und spricht von einem „Kernbereich von Rechten“, die die Unionsbürgerschaft auch dort vermittele, wo keine grenzüberschreitende Situation vorliege. Art. 20 AEUV verbiete innerstaatliche Maßnahmen, die den „tatsächliche[n] Genuss des Kernbestands der Rechte ... verwehre.“²⁵ Der unionsbürgerliche Schutz wird insofern auch gegen den eigenen Staat gerichtet; er kommt in Situationen zum Tragen, die herkömmlich als „rein innerstaatliche Sachverhalte“ bezeichnet worden sind.²⁶ In ersten Reaktionen wird der Versuch unternommen, die Implikationen der Entscheidung – beinahe beschwichtigend – klein zu halten; zugleich wird der grundlegend richtungsändernde Charakter der Entscheidung eingeräumt.²⁷

1. Möglichkeit der Deutung als negative Freizügigkeit?

Die Implikationen des Urteils wären gering, wenn man sie als (erste) Entscheidung des *EuGH* zum Schutz der negativen Freizügigkeit interpretieren könnte. Dies erscheint zwar nicht gänzlich ausgeschlossen. Indem das EU-Recht den Sorgeberechtigten minderjähriger Unionsbürger ein Aufenthaltsrecht gewährt, verhindert es, dass diese (faktisch) zum Verlassen des Aufenthaltsstaats dadurch gezwungen werden, dass ihnen die elterliche Fürsorge entzogen wird. Gegen diese Deutung spricht allerdings, dass es in „Zambrano“ nicht um die Freizügigkeit in der EU, sondern im Verhältnis zu Drittstaaten ging: Hierauf finden weder die Grundfreiheiten noch Art. 21 AEUV Anwendung. Eine freizügigkeitsrechtliche Deutung wäre nur in Fällen möglich, in denen es (*ceteri paribus*) um die Ausweisung in einen EU-Mitgliedstaat geht. Ein freizügigkeitsbezogenes Verständnis der Entscheidung ist vor allem deshalb wenig sachgerecht, weil sich der *EuGH* gerade nicht auf Art. 21 AEUV, sondern auf den „grundlegenden Status“ des Art. 20 AEUV stützt. Ein Kernbereich von Rechten soll gerade unabhängig vom Freizügigkeitsgebrauch gewährt werden. Damit nimmt er einen Perspektivenwechsel vor, der sich mit dem Konzept des Schutzes negativer Freizügigkeit nicht angemessen einfangen lässt.

⁹ Vielfach hat der *EuGH* dabei Art. 21 AEUV i. V. m. Art. 18 AEUV angewandt.

¹⁰ Überblick bei *Forsthoff*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Das Recht der Europäischen Union, 43. Aufl., Losebl. (Stand: März 2011), Art. 45 AEUV Rdnrn. 53 ff.

¹¹ Grundlegend: *EuGH*, Rs. C-85/96, Martínez Sala, Slg. 1998, I-2691; *von Bogdandy/Bitter*, in: *Festschrift Rodríguez Iglesias*, 2005, S. 309. Vorzeichen dieser Entwicklung in: *EuGH*, Rs. 293/87, Gravier, Slg. 1985, 593; Rs. 186/87, Cowan, Slg. 1989, 195.

¹² Überblick bei *Martinez Soria* JZ 2002, 643; *Schönberger* ZAR 2006, 226; *Kingreen* EuR 2007, Beiheft 1, 43.

¹³ *EuGH*, Rs. C-209/03, Bidar, Slg. 2005, I-2119.

¹⁴ *EuGH*, Rs. C-158/07, Förster, Slg. 2008, I-08507. Hierzu *Semmelmann* EuR 2009, 683; *O’Leary* ELRev 2009, 612; *Jesse* ELJ 2011, 172.

¹⁵ Z. B. *EuGH*, Rs. C-148/02, Garcia Avello, Slg. 2003, I-11613. Ggf. weist der *EuGH* an das nationale Gericht zurück, um die Schwere der Verletzung feststellen zu lassen.

¹⁶ *EuGH*, Rs. C-148/02, Garcia Avello, Slg. 2003, I-11613; Rs. C-353/06, Grunkin-Paul, Slg. 2008, I-7639 = JZ 2009, 151 mit Anm. *Kroll-Ludwigs*; Rs. C-208/09, Sayn-Wittgenstein, Slg. 2010, I-0000; *EuGH*, Rs. C-391/09, Runevi-Vardyn und Wardyn = *FamRZ* 2011, 1038.

¹⁷ Unklar *EuGH*, Rs. C-520/04, Turpeinen, Slg. 2006, I-10685 Rdnr. 20; *Streinz* (JuS 2008, 160) deutet die Entscheidung als Anwendung eines Beschränkungsverbots.

¹⁸ *EuGH*, Rs. C-11/06, Morgan, Slg. 2007, I-9161.

¹⁹ *EuGH*, Rs. C-200/02, Zhu/Chen, Slg. 2004, I-9925. Kritisch *Hailbronner* JZ 2005, 1138; differenzierend *Thym*, Migrationsverwaltungsrecht, 2010, S. 93.

²⁰ Zur Deutung der Rolle des *EuGH*: *Kokott*, EU citizenship – citoyens sans frontières?, Annual Lecture of the Durham European Law Institute, 2005; *Jacobs* European Law Journal 2007, 591.

²¹ *Streinz*, in: *Breuer* (u. a.), Im Dienste des Menschen. Forschungskolloquium anlässlich der Verabschiedung von E. Klein, 2009, S. 63 (73).

²² *Wollenschläger*, Grundfreiheit ohne Markt, 2007; *ders.* ELJ 2011, 1.

²³ Der Neuansatz war erwartbar: *Craig* CMLR 2011, 395 (415).

²⁴ *Hailbronner/Thym* NJW 2011, 2008 (2008).

²⁵ *EuGH*, Urteil vom 8.3.2011, Rs. C-34/09, Ruiz Zambrano, Slg. 2011, I-0000, Rdnr. 42.

²⁶ So auch die Position der Verfahrensbeteiligten in „Zambrano“; *EuGH* (Fn. 25), Rdnr. 37.

²⁷ Nochmals: *Hailbronner/Thym* NJW 2011, 2008 (2008); zurückhaltend auch *Graf Vitzthum* EuR 2011 (im Erscheinen): „Verbot der Ausweisung“.

2. Bürgerstatus und Grundrechte

Der Wille des *EuGH*, in „Zambrano“ einen wirklichen Neuanfang zu verfolgen, wird durch seine ausschließliche Konzentration auf Art. 20 AEUV verdeutlicht. Der Rückgriff auf Grundrechte erfolgt nicht, das Aufenthaltsrecht der Erziehungsberechtigten wird gerade nicht unter Berufung auf die familienschützenden Bestimmungen der Art. 9 GrCh und Art. 8 EMRK herleitet,²⁸ obgleich sich dies angeboten hätte: Immerhin gab es in der Rechtsprechung des *EuGH* Ansatzpunkte, über die man den Mitgliedstaat zur Beachtung eines Familien- und Privatsphärenschutzes hätte verpflichten können. In den letzten Jahren hat der *EuGH* eine Reihe von Entscheidungen erlassen, in denen er Drittstaatsangehörigen familiär bedingte Aufenthaltsrechte einräumte – ohne dass allerdings immer klar war, ob dies im Rahmen der Grundfreiheiten²⁹ bzw. unter Anwendung des Sekundärrechts oder unter unmittelbarem Rückgriff auf menschenrechtliche Gewährleistungen erfolgte.³⁰ In „Zambrano“ spielen diese Ansätze³¹ keine Rolle. Man wird dies nicht lediglich darauf zurückführen können, dass der Familie im Fall „Zambrano“ vom *EGMR* auf der Basis der gegenwärtigen Rechtsprechung möglicherweise nicht geholfen worden wäre – der Straßburger Gerichtshof entnimmt der EMRK kein Recht auf Legitimierung eines unrechtmäßigen Aufenthalts.³² Es gibt auch keinen Grund dafür, hierin nur eine machtsstrategische Wendung im Verhältnis von Luxemburg und Straßburg sehen zu wollen – ein Rückgriff auf Art. 8 EMRK hätte dem *EuGH* die primäre Entscheidungskompetenz über die Reichweite des Familienschutzes nicht genommen.

Die Entscheidung, den „Grundstatus“³³ der Unionsbürgerschaft um einen mobilitätsunabhängigen Kernbereich zu erweitern, dürfte vielmehr integrationspolitisch motiviert sein. Der Gerichtshof treibt einen Wandlungsprozess voran, der sich auf drei Ebenen bemerkbar macht: Nicht mehr funktionsbezogen, sondern nach deontologischen Kriterien werden den EU-Bürgern Rechte verliehen.³⁴ Den unionsrechtlichen Schutz erhalten die EU-Bürger nicht mehr nur situationsabhängig und punktuell, sondern tragen ihn als „Grundstatus“ in jeder Lebenslage mit sich. Seine letzte Rechtfertigung findet der Grundstatus nicht im ökonomischen Interesse, sondern in den Anschauungen über ein Leben in gerechten (vielleicht auch guten) Verhältnissen.

3. Wandlungstendenzen im Bereich des Familienschutzes

Wirklich überraschend kommt der in „Zambrano“ vorgenommene Perspektivenwechsel allerdings nicht. Der *EuGH* hat schon in den letzten Jahren im Bereich der Fami-

lienzusammenführung Entscheidungen getroffen, in denen der Mobilitätsbezug kaum mehr erkennbar war. Noch in „Akrich“³⁵ deutete der *EuGH* das Recht auf familiären Nachzug ausschließlich als Funktion der Ermöglichung von Mobilität im Binnenmarkt: Das Unionsrecht enthalte keine Aussagen über den Zugang der mit einem EU-Bürger verheirateten Drittstaatsangehörigen zum Binnenmarkt. Nur wer sich bereits rechtmäßig in der EU aufhalte, könne in den Genuss von Nachzugsrechten kommen. In der Entscheidung „Metock“³⁶ änderte der *EuGH* dann seine Rechtsprechung und gewährte das Nachzugsrecht auch Drittstaatsangehörigen, die sich bislang nicht in der EU aufhielten. Zwar verweist der *EuGH* auch in dieser Entscheidung noch darauf, dass es die Mobilität von Unionsbürgern „schwerwiegend behinder[e]“, wenn diese im Aufnahmestaat nicht familiär zusammen leben könnten. Die Erwägung steht aber argumentativ am Rande; sie wird auch nicht belegt und erscheint wenig plausibel. Wenn ein Unionsbürger schon in seinem Heimatstaat mit dem Drittstaatsangehörigen kein Familienleben pflegt, wird ihn der Umstand, dass er dies auch im Aufnahmestaat nicht erwarten kann, nicht vom Gebrauch des Freizügigkeitsrechts abhalten.³⁷ „Metock“ muss – allerdings nur für den Bereich des Nachzugs – als Abwendung von einem funktional-mobilitätsbezogenen Ansatz verstanden werden und deutet auf Kommendes hin.

4. „Zambrano“ – auch nur ein Übergangsstadium?

So entwickelt sich der in Art. 20 AEUV begründete Status als Bezugspunkt, von dem aus – um ein Bild zu verwenden: wie die Speichen von der Radnabe – die einzelnen Teilgewährleistungen entwickelt werden können. Der *EuGH* spricht davon, dass es sich um einen „Kernbestand von Rechten“ handle, und macht so deutlich, dass sich der von Art. 20 AEUV gewährte Schutz (bislang) nur auf einen besonders wichtigen Bereich beschränken soll.³⁸ Maßstäbe für die Grenzziehung zwischen Kern und Außensphäre, zwischen Innen und Außen bietet der *EuGH* in der kurzen und kaum begründeten „Zambrano“-Entscheidung aber nicht. Sicher ist nur, dass man den „Kernbereich“ keinesfalls mit der Gesamtheit der in der Grundrechtecharta begründeten Rechtspositionen gleichsetzen kann. Der *EuGH* vollzieht damit den von der Generalanwältin thematisierten, letztlich aber auch noch für verfrüht gehaltenen Schritt einer umfassenden und allgemeinen Unterwerfung der Mitgliedstaaten unter die EU-Grundrechte noch nicht.³⁹ Dieser – unter föderalen Gesichtspunkten fundamentale – Schritt würde nach Auffassung von Generalanwältin *Sharpston* einen politischen Akt der vertragsgebenden Mitgliedstaaten voraussetzen.⁴⁰

Insofern zeichnet sich die „Zambrano“-Entscheidung durch einen dreifachen Kunstgriff aus: Erstens vermeidet der *EuGH* die föderalisierenden Implikationen, die mit einer allgemeinen Erstreckung der EU-Grundrechte auf die Mitgliedstaaten verbunden wären, kommt aber durch die Hintertüre zu einem strukturell identischen Ergebnis. Vordergrund wird die grundlegende Kompetenzverteilung von (konstituierenden) Mitgliedstaaten und (konstituierter) EU res-

²⁸ Eine Erwähnung von Art. 8 EMRK findet sich dann bei *GA Kokott*, Schlussanträge v. 25. 11. 2010, Rs. C-434/09, *McCarthy*, Rdnr. 58 ff.

²⁹ *EuGH*, Rs. C-60/00, *Carpenter*, Slg. 2002, I-6279.

³⁰ So ging der *EuGH* etwa in der Entscheidung *Metock* (Rs. C-127/08, Slg. 2008, I-6241) unter Verweis auf Art. 8 EMRK von einem Anspruch auf Familienzusammenführung auch in Fällen aus, in denen der drittstaatsangehörige Angehörige bislang nicht in der EU ansässig war.

³¹ Z. B. etwa *EuGH*, Rs. C-200/02, *Chen*, Slg. 2004, I-9925.

³² *EGMR*, Urteil v. 31. 7. 2008, *Omorie/Norway*, Rdnr. 58–68.

³³ So zunächst *EuGH*, Rs. C-184/99, *Grzelczyk*, Slg. 2001, I-6193, Rdnr. 31; später etwa *EuGH*, Rs. C-413/99, *Baumbast*, Slg. 2002, I-7091, Rdnr. 82; *EuGH*, Rs. C-135/08, *Rottmann*, Slg. 2010, I-0000, Rdnr. 43, 56; *EuGH*, *Zambrano* (Fn. 25), Rdnr. 41.

³⁴ Entsprechende Wandlungsprozesse im Grundfreiheitsbereich lassen sich schon länger beobachten; *Nettesheim*, Grundfreiheiten und Grundrechte in der Europäischen Union – auf dem Weg zur Verschmelzung?, 2006.

³⁵ *EuGH*, Rs. C-109/01, *Akrich*, Slg. 2003, I-9607.

³⁶ *EuGH*, Rs. C-127/08, *Metock*, Slg. 2008, I-6241.

³⁷ So auch *Epiney* EuR 2008, 848.

³⁸ Dazu sogleich unten III.

³⁹ *GA Sharpston*, Schlussanträge v. 30. 9. 2010, Rs. C-34/09, *Zambrano*, Rdnrn. 123–150.

⁴⁰ Zurückhaltung etwa in *EuGH*, Rs. C-400/10, *McB* = JZ 2011, 145 mit Anmerkung *Thym*.

pektiert; in der Sache kommt es dann aber doch zur Überlagerung der nationalen Bürgerschaft.⁴¹ Zweitens umschiffert er die Alles-oder-Nichts-Situation, die sich bei der Entscheidung stellt, die EU-Grundrechte gegenüber den Mitgliedstaaten zur Anwendung zu bringen. Die Verwendung des „Grundstatus“-Konstrukts lässt nicht nur ein schrittweises Vorgehen zu, sondern ermöglicht es dem *EuGH* auch, die Entwicklung unter Kontrolle zu behalten. Der Schritt, die EU-Grundrechte gegenüber den Mitgliedstaaten unmittelbar – und im Widerspruch zu Art. 52 der GRC – zur Anwendung zu bringen, ließe Abstufungen hingegen nicht zu. Die Argumentationslast dafür, dass eine Rechtsposition Teil des Kernbereichs ist, liegt beim begehrenden Bürger. Drittens ermöglicht es das Vorgehen des *EuGH*, die inhaltliche Reichweite des neuen Vorgehens noch offen zu halten. Was vom „Kernbereich“ umfasst ist, muss nicht sofort und mit Blick auf alle Lebensverhältnisse, die von den EU-Grundrechten personell und sachlich umfassen werden, thematisiert werden. Vielmehr ist eine schrittweise Fortentwicklung in Ansehung konkreter Fälle möglich. Der *EuGH* ist auf diese Weise sogar in der Lage, bei der Anreicherung des „Kernbestands“ über den Gehalt der EU-Grundrechte hinauszugehen. Es steht zu erwarten, dass in Luxemburg rechtswissenschaftliche Überlegungen zu dieser Entwicklung aufmerksam verfolgt werden.

Der so bewirkte Föderalisierungsschub ist (noch) gering; er erscheint aber letztlich nur als ein (integrationspolitisch durchaus kluger) Zwischenschritt. Es entspricht nicht verfassungsstaatlichem Denken, die unabdingbaren Rechtsbedingungen eines Lebens in gerechten Verhältnissen im Rahmen eines allgemeinen und unbestimmten „Grundstatus“ ausformulieren zu wollen. Insofern besteht Anlass zu der Annahme, dass sich die EU eines Tages dazu entschließen wird, die EU-Grundrechte unmittelbar auf die Mitgliedstaaten zur Anwendung zu bringen; dann würde „Zambrano“ hinfällig.⁴²

III. Reichweite des Kernbereichsschutzes

Interpretatorisch bewegt man sich bei der Analyse des Konzepts des Kernbereichs noch in einem gering kartographierten Raum. Denn der *EuGH* geht in „Zambrano“ zwar über den bewährten und vergleichsweise leicht anzuwendenden funktional-relationalen Ansatz („Beschränkt eine staatliche Maßnahme die Mobilitätsfreiheit übermäßig?“) hinaus, gibt aber keine Alternativmaßstäbe an die Hand. Eine Bestimmung, welche Rechte der „Kernbereich“ nach Art. 20 AEUV umfasst, erfolgt nicht.⁴³ Der *EuGH* lässt zwar erkennen, dass über Art. 20 AEUV nicht ein in jeder Hinsicht EU-grundrechtskonformer Zustand hergestellt werden kann, macht aber nicht deutlich, nach welchen Maßstäben die Differenz zu bestimmen ist, die sich zwischen diesem Zustand und dem „Kernbereich“ eröffnet.

1. Aufenthalt

Die vergleichsweise größte Rechtssicherheit gibt es im Bereich des Aufenthaltsrechts. Der Entscheidung kann entnommen werden, dass das *Aufenthaltsrecht* eines EU-Bürgers in seinem Heimatstaat von Art. 20 AEUV gewährleistet wird. Dieses wird jedenfalls dann unionsrechtswidrig beeinträchtigt, wenn aufgrund mitgliedstaatlicher Maßnahmen ein übermäßiger faktischer Zwang entsteht, den Aufenthaltsstaat zu verlassen. Die rechtsdogmatische Aufgabe besteht darin, Kriterien zu entwickeln, nach denen sich bestimmen lässt, wann ein hinreichender Auswanderungsdruck entsteht. Der *EuGH* hat dies konkret für den Fall bejaht, dass ein Minderjähriger aufgrund der Ausweisung seiner sorgeberechtigten Eltern *faktisch zum Verlassen* gezwungen würde. Dieses Aufenthaltsrecht wird regelmäßig mit der Volljährigkeit des EU-Bürgers enden. Man wird eine Beeinträchtigung des „Kernbereichs“ auch dann annehmen müssen, wenn dem Ehegatten eines Unionsbürgers die Ausweisung droht.⁴⁴ Denn der Familienschutz umfasst gerade auch die Ehe.⁴⁵ Verwandten eines Unionsbürgers in aufsteigender Linie kann danach ein Aufenthaltsrecht zustehen, wenn und soweit diese auf die Fürsorge des Unionsbürgers angewiesen sind. Hier ist allerdings immer zu fragen, ob nicht eine angemessene Versorgung außerhalb der EU durch andere Verwandte zugemutet werden kann. Entferntere Verwandtschaftsbeziehungen werden demgegenüber kein Aufenthaltsrecht begründen können.

Inzwischen hat der *EuGH* in der Folgeentscheidung „McCarthy“⁴⁶ ebenfalls deutlich gemacht, dass es *nicht* zu einer Beeinträchtigung des Grundstatus kommt, wenn dem drittstaatsangehörigen Ehemann einer EU-Bürgerin, die bislang von der Freizügigkeit nicht Gebrauch gemacht hat, keine Einreise ermöglicht wird. Art. 20 AEUV begründet danach kein allgemeines Recht auf Familienzusammenführung.⁴⁷ Wer sich im Wissen darum, dass sein Heimatstaat keine Zusammenführung vorsieht, mit einem Drittstaatsangehörig verbindet, kann nicht von Seiten des EU-Rechts Hilfe erwarten. Art. 20 AEUV schützt demnach vor mitgliedstaatlicher Intervention in eine Beziehung, gewährt aber keinen Anspruch darauf, dass ein Mitgliedstaat das Aufenthaltsrecht möglichst beziehungsfreundlich ausgestaltet. Grundfreiheitliche Nachzugsrechte bleiben hiervon unberührt.⁴⁸

2. Staatsangehörigkeit

In „Zambrano“ gibt der *EuGH* zu erkennen, dass er zum „Kernbereich“ auch staatsangehörigkeitsrechtliche Gehalte zählt. In der enorm wichtigen und erstaunlich wenig beachteten Entscheidung „Rottmann“⁴⁹ hatte der *EuGH* bereits festgestellt, dass die Mitgliedstaaten beim *Entzug ihrer Staatsangehörigkeit* einer unionsrechtlichen (Verhältnis-

⁴¹ Dazu noch unten V. 3.

⁴² Es handelt sich um ein Konzept, das der *EuGH* selbst dann nicht mehr zurückziehen wird, wenn es auf politische oder rechtswissenschaftliche Kritik stoßen wird. In diese Richtung *Hailbronner/Thym* NJW 2011, 2008 (2009): „Versuchsblob, der die politischen und rechtlichen Reaktionen auszutesten bestimmt ist“.

⁴³ Außer Frage steht, dass der Grundstatus jedem EU-Bürger zusteht, ohne dass der Grund der Erlangung dieser Bürgerschaft relevant wäre; *EuGH*, *Zambrano* (Fn. 25), Rdnr. 40.

⁴⁴ Zweifelnd *Hailbronner/Thym* NJW 2011, 2008 (2012).

⁴⁵ Etwa *EGMR* (Große Kammer), Urteil v. 23. 6. 2008, *Maslov/Austria*, Rdnr. 70–72.

⁴⁶ *EuGH*, Rs. 434/09, *McCarthy*, Slg. 2011, I-0000.

⁴⁷ Dies gilt auch dann, wenn die Antragstellerin eine doppelte Staatsangehörigkeit innehat. Dieses Element führt nicht zum Vorliegen grenzüberschreitender Mobilität. Zu Recht ablehnend: *GA Kokott*, Schlussanträge v. 25. 11. 2010, Rs. 434/09, *McCarthy*, Slg. 2011, I-0000.

⁴⁸ *EuGH*, Rs. C-480/08, *Teixeira*, Slg. 2010, I-0000; Rs. C-310/08, *Ibrahim*, Slg. 2010, I-0000.

⁴⁹ *EuGH*, Rs. C-135/08, *Rottmann*, Slg. 2010, I-0000; *Hailbronner StAZ* 2011, 1; *Kochenov* CMLRev. 47 (2010), 1831; frühe Anzeichen in: *EuGH*, Rs. C-369/90, *Micheletti*, Slg. 1992, I-4239.

mäßigkeits-)Begrenzung unterliegen. Den Mitgliedstaaten ist damit die Autonomie im staatsangehörigkeitsrechtlichen Bereich verloren gegangen. In „Rottmann“ hatte der *EuGH* einen Fall zu beurteilen, der ein grenzüberschreitendes Element aufwies. Im Lichte von „Zambrano“ dürfte die unionsrechtliche Einbindung staatsangehörigkeitsrechtlicher Entscheidungen der Mitgliedstaaten nunmehr auch in Konstellationen ohne Mobilitätselement greifen. Auch dann unterliegen die Mitgliedstaaten fernerhin bei der Entscheidung über den Entzug ihrer Staatsangehörigkeit der Verhältnismäßigkeitskontrolle des *EuGH*. Noch sind die Maßstäbe, die dabei zum Tragen kommen, eher unklar; der Grad der Integration einer Person in die Gesellschaft des AufnahmeStaats wird zu berücksichtigen sein. Das weitreichende und explosive Potential des Zusammenspiels von „Zambrano“ und „Rottmann“ wird dann handgreiflich werden, wenn der *EuGH* unionsrechtliche Bindungen der Mitgliedstaaten auch bei der *Gewährung ihrer Staatsangehörigkeit* postulieren wird; dies erscheint nur als eine Frage der Zeit.⁵⁰ Auch diese Bindungen würden in Fällen greifen, in denen es an einem grenzüberschreitenden Element fehlt.

3. Namensrecht

Ein dritter Bereich, in dem sich die Bedeutung von „Zambrano“ bemerkbar machen wird, ist das Namensrecht. Bekanntlich hat der *EuGH* hier in einer inzwischen längeren Entscheidungslinie Vorgaben entwickelt, durch die die Mitgliedstaaten nicht nur zur Gleichbehandlung von EU-Bürgern (gleichmäßige Anwendung ihres Namensrechts) verpflichtet werden, sondern auch zur Privilegierung dieser Bürger (Pflicht zur Einräumung einer Wahlfreiheit zwischen dem Namensrecht des Aufenthalts- und jenem des Herkunftsstaats).⁵¹ In dieser Rechtsprechung ging es jeweils um Fälle mit grenzüberschreitendem Bezug; dieses Erfordernis wird nach der durch „Zambrano“ bewirkten dogmatischen Umstellung auf Art. 20 AEUV keine Rolle mehr spielen. Inhaltlich wird man Art. 20 AEUV aber jedenfalls gegenwärtig nicht dahingehend verstehen können, dass er Unionsbürgern, die vom Freizügigkeitsrecht noch keinen Gebrauch gemacht haben, einen Anspruch auf namensrechtliche Meistbegünstigung einräumt. Ein Anspruch auf Wahl eines fremden Namensrechts wird man Art. 20 AEUV nur dann entnehmen können, wenn ein besonderer personaler Bezug besteht – etwa bei Personen mit Migrationshintergrund, die selbst aber schon im Aufenthaltsstaat geboren wurden und dessen Staatsangehörigkeit haben.

4. Weitere Bereiche

Bislang ist kaum absehbar, in welche weiteren Bereiche sich der Kernbereichsschutz des Art. 20 AEUV im Laufe der Entwicklung hineinerstrecken wird. Der rechtlichen Phantasie sind hier kaum Grenzen gezogen. Der Begriff „Kernbereich“ muss jedenfalls jenes Lebensumfeld umfassen, das für die Realisierung eines selbstbestimmten Lebens unbedingt gewährleistet sein muss. Damit erstreckt sich das Unionsrecht – ohne das Erfordernis eines grenzüberschreitenden Sachverhalts – 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.

IV. Schranken

Die Freiheiten, die den „Kernbestand“ der Unionsbürgerschaft nach Art. 20 AEUV bilden, werden nicht schrankenlos gewährt.⁵² So wenig, wie die Grundfreiheiten einen unbedingten Anspruch auf Freiheit und Gleichbehandlung gewähren, begründet der unionsbürgerliche Grundstatus eine schrankenlose Garantie. Auf die Schranken geht der *EuGH* in „Zambrano“ allerdings nicht ein. Die besondere Fallkonstellation, in der sich der Drittstaatsangehörige im Aufnahmestaat zwar ohne Aufenthaltstitel, zugleich aber beruflich und sozial integriert langjährig aufhielt, machte dies nicht erforderlich. Inzwischen sind aber in der deutschen Verwaltungsgerichtsbarkeit Fälle aufgetaucht, in denen sich die Frage stellte, ob nicht das mitgliedstaatliche Ausweisungsinteresse das Aufenthaltsinteresse eines minderjährigen Unionsbürgers überwiegen kann.⁵³ Wie weit geht der Aufenthaltschutz eines straffälligen Drittstaatsangehörigen, der die Sorge für einen minderjährigen Unionsbürger inne hat?

Die Antwort hierauf hängt zunächst von der gewählten Blickrichtung ab. Betrachtet man diese Fälle aus der Perspektive des Drittstaatsangehörigen, kann dessen Schutz jedenfalls nicht weiter gehen als der Schutz grundfreiheitsberechtigter Unionsbürger.⁵⁴ Denkbar wäre es auch, nur das Schutzniveau besonders berechtigter Drittstaatsangehöriger (etwa aus Assoziationsabkommen) zur Anwendung zu bringen. Überzeugender ist es allerdings, die Frage aus der Perspektive des faktisch betroffenen Unionsbürgers zu beantworten. Denn dessen über den „Grundstatus“ abgesicherte Freiheit würde durch aufenthaltsbeendende Maßnahmen beeinträchtigt. Insofern bedarf es der Entscheidung, ob – und gegebenenfalls: unter welchen Umständen – das Verhalten eines Dritten zum Anlass genommen werden kann, Gegebenheiten und Zwänge zu schaffen, die einen Unionsbürger vor Verlassen der EU veranlassen werden. Es wäre wenig überzeugend, diese Fragen durch einen unvermittelten Rückgriff auf die Regelungen des EU- oder staatlichen Ausländerrechts zu beantworten. Diese geben hierauf gerade keine Antwort. Die Lösung muss vielmehr aus den Gewährleistungen des „Grundstatus“ selbst entwickelt werden. Dabei dürfte erstens die Integrationstiefe des betroffenen Unionsbürgers von Bedeutung sein; die autonome Lebensführung wird durch eine Ausweisung des Sorgeberechtigten bei einem einjährigen Kind weniger beeinträchtigt als bei einem Zwölfjährigen. Zweitens ist die Stärke des faktischen Zwangs zu berücksichtigen; diese ist bei einem Sechsjährigen größer als bei einem 17-Jährigen oder einem Ehegatten. Drittens schließlich ist auf die Perspektiven abzustellen, die sich im Falle eines Verlassens ergeben; dies gilt etwa mit Blick auf die Beherrschung der Sprache im möglichen Aufnahmestaat. Das Gewicht dieser Faktoren ist abzuwägen mit dem Gewicht des mitgliedstaatlichen Interesses, den Drittstaatsangehörigen auszuweisen. Pauschale Antworten gibt dieser Maßstab nicht an die Hand.

⁵² Anders etwaige Leistungsansprüche – hier ist bei der Konkretisierung des Anspruchsinhalts, auf mitgliedstaatliche Interessen einzugehen.

⁵³ Z. B. *VGH Baden-Württemberg*, 12. 5. 2011 – 11 S 765/11; *VG Oldenburg*, Beschluss v. 31. 5. 2011 – 11 B 1163/11.

⁵⁴ Hierzu Art. 6 RLil 2003/86/EG (ABIEU 2003 L 251/12); Art. 27 ff. RiL 2004/38/EG (ABIEU 2004 L 158/77).

⁵⁰ Zu den völkerrechtlichen Bindungen: *IGH, Liechtenstein v Guatemala* (Nottebohm), 1955 ICJ 4.

⁵¹ *EuGH, Avello* (Fn 16), Rdnr. 53; zu den Grenzen: *EuGH, Sayn-Wittgenstein* (Fn. 16).

Unklarheit besteht ferner in der Frage, ob das Aufenthaltsrecht eines Drittstaatsangehörigen, der für einen Unionsbürger sorgt, dadurch berührt wird, dass er auf Unterstützung angewiesen ist. Im Lichte der jüngeren Rechtsprechung⁵⁵ ist davon auszugehen, dass eine Anwendung der begrenzenden Bestimmungen des Sekundärrechts⁵⁶ in diesem Fall ausgeschlossen und eine Unterstützung geboten ist.

V. Integrationstheoretische Implikationen

Die integrationstheoretischen Implikationen der beschriebenen Umstellung sind bislang nur in Ansätzen auszumessen. Dies liegt nicht zuletzt daran, dass die Unionsbürgerschaft selbst ein schillerndes und vielschichtiges Konzept ist. „Bürgerschaft“ transportiert zentrale Bauelemente einer jeden Theorie legitimen Regierens.⁵⁷ Zugleich ist das Konzept aufgeladen mit Erinnerungen an die je eigene politische Vergangenheit einer Gemeinschaft.⁵⁸ Es dient als Kristallisationspunkt für normative Forderungen und Erwartungen,⁵⁹ als Ansatz politischer Steuerung und als Gegenstand politischer Rhetorik⁶⁰. Mochte die Einführung einer „Bürgerschaft“ auf EU-Ebene 1993 noch obskur erscheinen, ist heute anerkannt, dass die EU ein Verband mit „Bürgerschaftsfähigkeit“⁶¹ ist. Allerdings fallen die Anschauungen über das dahinter stehende Ideal, den eingeschriebenen rechtlichen Status und die Funktion – etwa mit Blick auf die Formung individueller Identität – weiterhin stark auseinander. Kaum ein anderes Rechtsinstitut des EU-Rechts erfährt so viele und unterschiedliche Deutungen wie jenes der Unionsbürgerschaft.⁶² Die Vielfalt hat ihre Ursache teils in der Dynamik der Rechtsprechung,⁶³ vor allem aber darin, dass „Unionsbürgerschaft“ weiterhin als Projektionsfläche für heteronome, von außen herangetragene Vorstellungen über die Stellung der Bürger in der EU verwandt wird.⁶⁴ Einerseits wird die Hoffnung geäußert, mithilfe der Unionsbürgerschaft lasse sich die kalte und modernistische Leerstelle im Herzen des Integrationsprozesses⁶⁵ schließen und eine affektive Dimension der Integration anzapfen.⁶⁶ Strukturell soll so ein „wesentlicher Impuls“ für die Herausbildung der „europäischen politischen Föderation“⁶⁷ gegeben werden. Andererseits wird diese Orientierung an nationalstaatlichen Vorbildern als rückwärtsgewandte Sichtweise verworfen und statt dessen zur Erarbeitung postnationaler Konzepte von Bürgerschaft aufgerufen.⁶⁸

⁵⁵ *EuGH*, Teixeira (Fn. 48), Rdnr. 36–39.

⁵⁶ Art. 7 I c RiL 2003/86/EG (ABIEU 2003 L 251/12); Art. 7 Ib RiL 2004/38/EG (ABIEU 2004 L 158/77).

⁵⁷ Üblicherweise werden dabei Status, Rechte und Zugehörigkeitsgefühl miteinander kombiniert: Wiener, in: Hanagan/Tilly (eds.), *Extending Citizenship, Reconfiguring States*, 1999, S. 200 f.; Bellamy *Citizenship Studies* 2008, 597; Joppke *Citizenship Studies* 2007, 37.

⁵⁸ Smith, *Stories of Peoplehood. The Politics and Morals of Political Membership*, 2003.

⁵⁹ Bellamy, in: Bellamy/Warleigh (eds.), *Citizenship and Governance in the European Union*, 2001, S. 41; Bauböck *Theoretical Inquiries in Law* 2007, 452.

⁶⁰ Europäischer Rat, Schlussfolgerungen vom 14. und 15. 12.2001 („Laeken Declaration“).

⁶¹ Nic Shuibhne, in: Barnard/Odudu (eds.), *The Outer Limits of European Union Law*, 2009, S. 167 (168).

⁶² Aziz *Columbia Journal of European Law* 2009, 281.

⁶³ Erklärungsmuster bei Kostakopoulou *Modern Law Review* 2005, 233.

⁶⁴ Ein ähnlicher Ansatz ließ sich bei der Beurteilung, ob die EU ein Staat, eine internationale Organisation oder ein Gebilde „sui generis“ ist, lange Jahre beobachten.

⁶⁵ Allott *Yale Law Journal* 1991, 2485 (2499).

⁶⁶ Haltern *Swiss Pol. Sc. Rev.* 2005, 87.

⁶⁷ Khan, in: Geiger u. a., *EUV/AEUV*, 5. Aufl. 2010, Art. 20 Rdnr. 1.

1. Die bisherigen Leitvorstellungen

Ein induktiver Ansatz, der von der *EuGH*-Rechtsprechung ausgeht, erschließt allerdings ein wesentlich kohärenteres Bild. Die bisherige Entwicklung der Rechtsprechung des *EuGH* war von vier Prinzipien bestimmt worden: *Transnationalität*, *liberale Orientierung an Interessen*; *Nichtdiskriminierung*; *Reziprozität*. Als Aufgreifkriterium diente transnationale Mobilität, als Regelungsgegenstand die Stellung im Markt, als Leitprinzip die Gleichbehandlung.

Der vom *EuGH* entwickelte funktionale Ansatz zielte auf die Verwirklichung grenzüberschreitender Freizügigkeit ab und orientierte sich insofern an den Grundfreiheiten.⁶⁹ Nur wer sich aktiv zeigte oder zeigen wollte, genoss den Schutz. Es ging um die Entwicklung und Förderung von freiheitsorientiertem „human capital“.⁷⁰

Geschützt wurde die liberale Freiheit, sich interessenbestimmt dort aufzuhalten, wo das für den individuellen Lebensentwurf günstigste Lebensumfeld war. Der *EuGH* erweiterte den Möglichkeitsraum für jene kalkulativen Abwägungen, die in ökonomische Handlungen münden. Es ging nicht um die Überwindung des individuellen Interessenkalküls durch Herausbildung einer gemeinschaftlichen Identität, um die Ermöglichung oder Förderung von Entscheidungen jenseits des Eigennutzens, sondern um die Ausweitung der rechtlichen Optionen, die sich einem Unionsbürger bei der Verfolgung seiner Interessen eröffnen. Der Schutz erstreckte sich auf Entscheidungen, die nicht von den Grundfreiheiten erfasst waren. Auch eine Person, die von der Freizügigkeit Gebrauch macht, um sich zu bilden, um in einem ästhetisch oder klimatisch schönen Umfeld zu leben, oder um von einem besonders dicht geknüpften sozialstaatlichen Netz zu profitieren, trifft allerdings interessegeleitete Entscheidungen in einem Markt; die Grundfreiheiten decken nur einen Teilbereich ökonomischen Verhaltens im Markt ab. Wer nicht vom Schutzbereich einer Grundfreiheit erfasst wird, kann deshalb noch nicht als ökonomisch „inaktiv“ angesehen werden.⁷¹ Der Kreis der in Art. 34, 45, 49, 56, 63 AEUV geschützten Transaktionen darf nicht mit „Markt“ gleichgesetzt werden. Manches spricht daher für die Annahme, dass sich die Konzeption der „Marktbürgerschaft“⁷² als widerstandsfähiger erwies, als dies teilweise angenommen wurde.⁷³

Dem *EuGH* ging es dabei vor allem um die *Gleichbehandlung* des Mobilitätswilligen. Dies allerdings nicht nur mit Blick auf jene Maßnahmen der Mitgliedstaaten, die im engeren Sinne als marktconstituierend angesehen werden müssen. Auch das Namensrecht rückte so in das Blickfeld. Die Verleihung eines umfassenden Anspruchs auf Gleichbehandlung begründet zwar nicht regelungstechnisch, wohl

⁶⁸ Kritik an der Neigung, substanzhaft-organische Vorstellungen (häufig: ohne klar erkennbares Substrat) zum Maßstab zu machen, bei Nic Shuibhne *CMRL* 2010, 1628.

⁶⁹ Hier wie dort gab es Fälle, in denen dieser Bezug allerdings weit hergeholt oder vielleicht sogar gar nicht vorhanden war. Randfälle, in denen das Freizügigkeitselement kaum spürbar war: *EuGH*, Rs. C-76/05, Schwarz, Slg. 2007, I-6849; *EuGH*, Avello (Fn. 16); *EuGH*, Grunkin (Fn. 16).

⁷⁰ Menéndez, in: Maduro/Azoulai (eds.), *The Past and Future of EU Law*, 2010, S. 363.

⁷¹ Wollenschläger *ELJ* 2011, 1 (13).

⁷² Ipsen/Nicolaysen *NJW* 1964, 339; Grabitz, *Europäisches Bürgerrecht zwischen Marktbürgerschaft und Staatsbürgerschaft*, 1970; Oppermann, in: Nicolaysen/Quaritsch (Hrsg.), *Lüneburger Symposium für Hans Peter Ipsen*, 1988, S. 75 (88). Everson, in: Shaw/More (eds.), *New Legal Dynamics of European Union*, Oxford 1995, S. 73.

⁷³ Nic Shuibhne *CMRL* 2010, 1597.

aber substantiell eine indigenatgestützte Zugehörigkeit.⁷⁴ Die Pflicht der Mitgliedstaaten zur Gleichbehandlung zwang zur Öffnung von verengten Konzepten je eigener Kollektivität. Es kam zu der paradoxen Situation, dass ein Konzept, das begrifflich die Einheit im europäischen Kollektiv suggerierte, nicht mehr als die rechtliche Gleichstellung in den je eigenständigen nationalen Kollektiven erzwang. Im echten Wortsinn ging es nicht um „eine“ Unionsbürgerschaft, sondern um die unionale Steuerung nationaler Kollektivkonzeptionen.

Der *EuGH* gibt den Mitgliedstaaten Raum, auf gestörte Reziprozitätsverhältnisse zu reagieren. Wer Transaktionen der in Art. 45 und 49 AEUV angesprochenen Art vornimmt, verfolgt nicht nur Eigeninteressen, sondern trägt auch zum ökonomischen Wohlstand des jeweiligen AufnahmeStaats bei. Damit korreliert ein Anspruch auf Unterstützung für den Fall, dass sich bei der Realisierung des Lebensentwurfs im AufnahmeStaats Schwierigkeiten ergeben. Wer von seiner Freizügigkeit demgegenüber nur Gebrauch macht, um die vom Sozialsystem des AufnahmeStaats gewährten Leistungen zu konsumieren, bewegt sich außerhalb dieses Gegenseitigkeitsverhältnisses. In der Rechtsprechung des *EuGH* zu Art. 20f. AEUV wird den Mitgliedstaaten Raum eröffnet, auf derartige Herausforderungen zu reagieren. Die Unsicherheiten, die die Entwicklung der Rechtsprechung im Übergang von „Bidar“ zu „Förster“ kennzeichnen, machen die Schwierigkeiten deutlich, wie Reziprozität in Marktverhältnissen zu fassen ist.⁷⁵ Die sorgenvollen Bemerkungen zu den Gefahren eines europäischen Sozialtourismus sind jedenfalls in Luxemburg vernommen worden.⁷⁶ Mit zunehmender Integration zwingt das EU-Recht die Mitgliedstaaten allerdings zu einem Perspektivwechsel⁷⁷ – und nähert sich der Schutzanspruch des mobilen EU-Bürgers jenem der im AufnahmeStaats ansässigen Bürger an.⁷⁸

2. Theoretische Neufundierung

Es ist vielfach darauf hingewiesen worden, dass die vorstehend beschriebenen Kriterien vom *EuGH* nicht in jedem Fall zur Anwendung gebracht wurden.⁷⁹ Man kann dies als dogmatische Nachlässigkeit deuten. Überzeugender erscheint es allerdings, hierin schon die Vorzeichen der Wende zu sehen, die dann in „Zambrano“ vollzogen wurde. Der hier aufscheinende Neuanfang verwirft die vorstehend beschriebene Konzeption in allen Teilelementen:

Transnationalität wird von *Ansässigkeit* ersetzt. Der Schutz der Unionsbürgerschaft wird aus dem funktionalen Kontext der Grundfreiheiten herausgelöst und jedem EU-Bürger – unabhängig eines Willens zur mobilen Aktivität – gewährt.

An die Stelle des liberalen Freiheitsschutzes tritt der *Schutz eines Status* in einem bestimmten *Lebensumfeld*. Der Schutz wird nicht „um-zu“ gewährt; das Sein des Unionsbürgers ist zugleich Grund und Ziel. So ist etwa Staatenlosigkeit ein Zustand, der unbedingt – und unabhängig

von einem vorgängigen Mobilitätsgebrauch – zu verhindern ist. Es verwundert insofern nicht, dass gegen die „Rottmann“-Entscheidung der Vorwurf erhoben wurde, den menschenrechtlichen Belangen nicht hinreichendes Gewicht eingeräumt zu haben.⁸⁰ Zu diesem Status gehört auch, nicht deshalb zwei verschiedene Namen tragen zu müssen, weil in der EU weiterhin unabgestimmte Namensrechte aufeinander treffen. Implikationen im Bereich des mitgliedstaatlichen Wahlrechts zeichnen sich bereits konkret ab.⁸¹ Eine weitere Ausdehnung ist ohne weiteres möglich.

Die unionsrechtliche Gewährleistung des geschützten Status' richtet sich nicht lediglich gegen Diskriminierungen, sondern gegen jede *untermäßige Absicherung*. Der je eigene Anspruch auf Achtung des Grundstatus hat allerdings nicht zwingend zur Folge, dass den Mitgliedstaaten eine Inländer-schlechterstellung⁸² untersagt ist. Die Privilegierung von EU-Ausländern ist weiterhin möglich, wenn und soweit der Kernbereich des Status inländischer EU-Bürger respektiert wird. Rechtspolitisch ist allerdings zu erwarten, dass sich die Diskussion um die Zulässigkeit von Inländerdiskriminierungen wieder verstärken wird.⁸³ Dies zu Recht: Im Kernbereich des Grundstatus' ist auch ein Anspruch auf Gleichbehandlung – und zwar auch gegenüber EU-Ausländern – verortet. Im sachlichen Schutzbereich von Art. 20 Abs. 1 AEUV sind danach Inländer-schlechterstellungen nur noch dann hinzunehmen, wenn hierfür ein hinreichend gewichtiger sachlicher Grund besteht.

Schließlich kann auch die Reziprozitätsidee nur in umformulierter Fassung zur Anwendung kommen: Es kann nicht mehr darum gehen festzustellen, ob der Interessenausgleich zwischen aufnehmendem Mitgliedstaat und mobilitätswilligem Bürger gestört wird, und eine Verletzung kann nicht mehr mit Exklusion geahndet werden. Es kommt vielmehr auf die *Integrität* des Verhältnisses von *Bürgerrechten* und *Bürgerpflichten* an; und Sanktionen dürfen die Inklusion grundsätzlich nicht antasten.

3. Komplementarität statt Akzessorietät der Bürgerschaften

Der *EuGH* ist damit auf dem Weg, die im Vertrag von Lissabon vorgenommene Neukonzeption des Verhältnisses von staatlicher und EU-Bürgerschaft ideell und dogmatisch nachzuvollziehen. Die Unionsbürgerschaft „ergänzt“ die nationalen Bürgerschaften⁸⁴ nicht mehr nur, sondern „tritt“ zu diesen „hinzu“ (Art. 17 EGV, Art. 20 AEUV). Die Neuformulierung beinhaltet mehr, als es zunächst den Anschein hat.⁸⁵ An die Stelle einer akzessorischen Beiordnung tritt Selbststand.⁸⁶ Es entsteht ein komplementäres Verhältnis

⁷⁴ *Hobe* Der Staat 32 (1993), 245 (252 f.); *Schönberger* (Fn. 4), S. 100 ff.

⁷⁵ Analyse bei *O'Leary* European Law Review 2009, 612.

⁷⁶ *Dougan*, in: *Barnard/Odudo* (Fn. 61), S. 119; frühe Hinweise bei *Borchard* NJW 2000, 2057.

⁷⁷ Der EU-Bürger ist nicht mehr nur „Fremder“, der ausgewiesen werden kann.

⁷⁸ So die *EuGH*-Entscheidungen *Bidar* (Fn. 13) und *Förster* (Fn. 14).

⁷⁹ Auflösungstendenzen etwa bei GA *Sharpston*, Schlussanträge v. 28. 6. 2007, Rs. C-212/06, Regierung der Französischen Gemeinschaft und Wallonische Regierung/Regierung Flanderns, Slg. 2008, I-1683; Art. 18 EGV könne auch auf innerstaatliche Mobilität angewandt werden.

⁸⁰ Z. B. *Kochenov* CMLR 2010, 1831, 1843 (The application of proportionality in the cases of statelessness seems totally inappropriate); *von Toggenburg* European Law Reporter 2010, 165.

⁸¹ *Kochenov* Maastricht Journal of European and Comparative Law 2009, 197.

⁸² Hierzu im Überblick: *Tryfonidou*, Reverse Discrimination in EC Law, 2009.

⁸³ GA *Kokott* deutet die Möglichkeit einer Rechtsprechungsänderung schon an; Schlussanträge (Fn. 28), Rdnr. 42.

⁸⁴ Einzelheiten über den Rechtszustand im EUDO-Citizenship Observatory (www.eudocitizenship.eu); Überblick bei *Kochenov* Columbia Journal of European Law 2009, 169.

⁸⁵ So zu Recht *Schrauwen* Maastricht Journal of European and Comparative Law 2008, 55 (59 f.).

⁸⁶ *Shaw*, Citizenship: Contrasting Dynamics at the Interface of Integration and Constitutionalism, EUI Working Papers RSCAS 2010/60; *Kochenov* Columbia Journal of European Law 2009, 169.

mit Wechselwirkungen in beide Richtungen.⁸⁷ Die Unionsbürgerschaft verleiht ihren Trägern seit „Zambrano“ einen gemeinsamen und eigenständigen Status, vermittels dessen der *EuGH* seine Vorstellungen über gemeinsame Lebensbedingungen in der EU durchsetzen kann. Der derivative Charakter geht verloren, die jeweiligen Bürgerschaften stützen und begrenzen sich.

Die Unionsbürgerschaft als bloß abgeleitetes Anspruchsbündel zu begreifen, das auf den – sturmerprobten und felsenfesten – mitgliedstaatlichen Angehörigkeiten aufsattelt, erweist sich damit als irreführend. Inwieweit dies zu einer Stärkung einer europäischen Identität der berechtigten Bürger führen wird, ist bislang nicht absehbar. Auch nach der in „Zambrano“ angelegten Umstellung realisiert sich Unionsbürgerschaft als „top down“-Projekt, in dessen Rahmen es nicht um die Entstehung gemeinsamer – identitätskonstituierender und verbindender – politischer Praxis geht, sondern (nur) um die rechtsförmige Durchsetzung von Interessen im Aufenthaltsstaat. Um ein anschlussfähiges Identitätsbildungsangebot handelt es sich nicht: Auch wenn der Vorstellung vom einheitlichen Grundstatus zwangsläufig die Idee der Gleichheit aller Mitglieder einer Gruppe innewohnt und so Einheitsvorstellungen voraussetzt, vermag die Konstruktion des *EuGH* Einheitsbildung im europäischen Kollektiv kaum, ja vielleicht gar nicht zu tragen.⁸⁸ Dass jeder die gleichen Rechte hat, macht die Einzelnen noch nicht zur politischen Einheit. Eine Gemeinsamkeit des Erlebens, des Erfahrens und der Gestaltung vermittelt der insofern atomistische Status nicht.⁸⁹

Das Gesamtbild stimmt daher zwiespältig. In „Zambrano“ wird nicht lediglich eine transnationale⁹⁰ Verklammerung einer bisherigen „Gesellschaft der Völker“⁹¹ betrieben,⁹² sondern die Keimzelle für eine Umkehr des Verhältnisses von EU- und staatlicher Bürgerschaft gelegt. Der

Prozess föderalen Zusammenwachsens, der den Bürgerstatus nicht unberührt lassen kann,⁹³ erfährt dadurch einen enormen Schub. Zugleich bestehen wenig Zweifel, dass die Unionsbürgerschaft knapp zwei Jahrzehnte, nachdem Generalanwalt *Jacobs* die Idee des „civis europeum sum“ thematisierte,⁹⁴ weiterhin von überkommenen Idealbildern staatlicher politischer (Aktiv-)Bürgerschaft weit entfernt ist.⁹⁵ Dies muss allerdings nicht schlecht sein.⁹⁶ Zwar findet sich gerade im europarechtlichen Schrifttum immer wieder die Behauptung, dass der Organisationszustand des Marktes Entfremdung und Fremdbestimmung bewirke, der Entscheidungsmodus der Politik demgegenüber Befreiung und Selbstbestimmung. Dieser (durchaus altbekannten) Simplifizierung muss mit Skepsis begegnet werden. Versuche, der Eigengesetzlichkeit des politischen Prozesses mit heteronom formulierten substanzartigen Zielsetzungen entgegenzutreten,⁹⁷ verstärken diese Skepsis ebenso wie die von anderer Seite formulierte Erwartung, der aufgeklärte Bürger werde sich schon irgendwie in einem „postnationalen“ Umfeld zu rechtfinden können.⁹⁸ Die Räume, die dem Modus des politischen Entscheidens (Mehrheitsprinzip, Diskursivität⁹⁹, Gemeinwohlorientierung, Solidaritätserwartungen etc.) geöffnet werden sollen, lassen sich nur auf dem Hintergrund integrationspolitischer Annahmen darüber abstecken, welchen Entwicklungspfad die EU zukünftig zu beschreiten hat. Dem *EuGH* ist kritisch entgegenzuhalten, dass er in „Zambrano“ *sein* diesbezügliches Verständnis und *seine* programmatischen Grundannahmen nicht aufdeckt.¹⁰⁰ Neu ist dies aber nicht – und manches spricht für die Annahme, dass gefestigte – oder gar konsentrierte – Vorstellungen im Kreis der Luxemburger Richter über den einmal herzustellenen Endzustand von Bürgerschaft in der europäischen Föderation auch nicht existieren.

87 *Besson/Utzinger* The Journal of Social Philosophy 2008, 185 (196); *Besselink* CMLR 2008, 787 (801). Anders demgegenüber *Callies* EuR 2007, Beiheft 1, 7 (20), der von einer „geteilten Bürgerschaft“ spricht.

88 *Halter* Swiss Pol Sc Rev 2005, 87 (105).

89 In Art. 10f. AEUV wird das „demokratische Leben“ in der EU weiter ausgemalt. Zur Bürgerinitiative: *Auer* European Constitutional Law Review 2005, 79.

90 *Fox* Annual Review of Political Science 2005, 17.

91 Zur Vorstellung des Nebeneinanders verschiedener „demoi“: *Besson*, in: *Besson/Marti* (eds.), *Deliberative Democracy and its Discontents: National and Post-National Challenges*, 2006, S. 181; *Nicolaidis* Foreign Affairs 2004, 97.

92 Zu den politischen Rechten auf EU-Ebene: *Shaw*, *The Transformation of Citizenship in the European Union. Electoral Rights and the Restructuring of Political Space*, 2007.

93 Hierzu *Schönberger* Revue Européenne de Droit Public 2007, 61.

94 *GA Jacobs*, in: Rs. C-168/91 *Konstantinides*, 1993, I-1191.

95 Diese Feststellung ist auch dann gerechtfertigt, wenn man keine überzogenen, sich aus einer Idealisierung des Vergangenen speisende Erwartungen an die Dichte, Intensität und Feurigkeit von Gemeinschaftsgefühlen hegt.

96 Zweifelnd *Shaw* (Fn. 86), S. 19 („Citizenship: lost in transition ...“).

97 Z. B. *Weiler*, *Ein christliches Europa*, 2004.

98 Überblick und Kritik bei *Hansen* *Theory and Society* 2009, 1; *Shaw*, *Citizenship of the Union: Towards Post-national Membership?*, in: *Academy of European Law* (ed), *Collected Courses of the Academy of European Law*, Vol VI/1, 1998, S. 237.

99 *Gerstenberg* ELJ 2002, 175 (181f.): „a positive right to participate in constitutional deliberation“.

100 Demgegenüber zielt die Kritik von *Hailbronner/Thym* NJW 2011, 2008 (2010f.) vor allem auf methodische Schwächen.