SCHLUSSANTRÄGE DER GENERALANWÄLTIN ELEANOR SHARPSTON vom 30. September 2010[1]

1. Das vorliegende Vorabentscheidungsersuchen des Tribunal du travail de Bruxelles betrifft den Umfang des Aufenthaltsrechts von Drittstaatsangehörigen, die Eltern eines Kleinkinds sind, das die Unionsbürgerschaft besitzt und den Mitgliedstaat, in dem es geboren wurde, bisher noch nicht verlassen hat.

2. Bei der Beantwortung der vom nationalen Gericht vorgelegten Fragen hat der Gerichtshof eine Reihe schwieriger und bedeutsamer Entscheidungen zu treffen. Was genau ist unter Unionsbürgerschaft zu verstehen? Handelt es sich bei der dem Ausgangsverfahren zugrunde liegenden Fallgestaltung um einen „rein innerstaatlichen" Sachverhalt im betreffenden Mitgliedstaat, bei dem das Unionsrecht keine Rolle spielt? Oder bedeutet die vollständige Anerkennung der Rechte (auch der zukünftigen Rechte), die sich zwangsläufig aus der Unionsbürgerschaft ergeben, dass ein Unionsbürger im Kleinkindalter ein auf dem Unionsrecht — nicht dem nationalen Recht — beruhendes Recht hat, sich überall im Gebiet der Union (einschließlich des Mitgliedstaats, dessen Staatsangehörigkeit er besitzt) aufzuhalten? Falls dies zu bejahen ist, könnte es — um ihm eine wirksame Wahrnehmung dieses Rechtes zu ermöglichen — erforderlich sein, ihm den Aufenthalt bei einem Elternteil zu erlauben, der Drittstaatsangehöriger ist, wenn andernfalls eine erhebliche Grundrechtsverletzung vorläge.

3. Auf eher rechtstechnischer Ebene stellt sich die Frage, ob die Wahrnehmung der Rechte eines Unionsbürgers — ähnlich wie die Wahrnehmung der klassischen wirtschaftlichen „Freiheiten" — eine vorherige Grenzüberschreitung im freien Personenverkehr (wie zufällig, nebensächlich oder entfernt auch immer) voraussetzt, ehe die Rechte geltend gemacht werden können. Oder muss man bei der Bestimmung der mit der Unionsbürgerschaft verbundenen Rechte und Pflichten den Blick in die Zukunft richten, anstatt sich an der Vergangenheit zu orientieren? Um denselben Punkt aus einem etwas anderen Blickwinkel zu betrachten: Ist die Unionsbürgerschaft lediglich die nichtökonomische Variante derselben generellen Freizügigkeitsrechte, die für wirtschaftlich tätige oder über Eigenmittel verfügende Personen schon seit Langem anerkannt sind? Oder ist unter Unionsbürgerschaft ein radikaleres Konzept zu verstehen: ein echter Bürgerstatus mit einheitlichen Rechten und Pflichten in einer

1 — Originalsprache: Englisch.

Union des Rechts[2], zu deren Wesensmerkmalen zwangsläufig die Achtung der Grundrechte gehört?

Rechtlicher Rahmen

Einschlägiges Unionsrecht

4. Art. 6 EUV (früher Art. 6 EU) bestimmt:

„(1) Die Union erkennt die Rechte, Freiheiten und Grundsätze an, die in der Charta der Grundrechte der Europäischen Union vom 7. Dezember 2000 in der am 12. Dezember 2007 in Straßburg angepassten Fassung niedergelegt sind; die Charta der Grundrechte und die Verträge sind rechtlich gleichrangig.

Durch die Bestimmungen der Charta werden die in den Verträgen festgelegten Zuständigkeiten der Union in keiner Weise erweitert.

Die in der Charta niedergelegten Rechte, Freiheiten und Grundsätze werden gemäß den allgemeinen Bestimmungen des Titels VII der Charta, der ihre Auslegung und Anwendung regelt, und unter gebührender Berücksichtigung der in der Charta angeführten Erläuterungen, in denen die Quellen dieser Bestimmungen angegeben sind, ausgelegt.

(2) Die Union tritt der Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten bei. Dieser Beitritt ändert nicht die in den Verträgen festgelegten Zuständigkeiten der Union.

(3) Die Grundrechte, wie sie in der Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten gewährleistet sind und wie sie sich aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten ergeben, sind als allgemeine Grundsätze Teil des Unionsrechts.“

5. Art. 18 AEUV (früher Art. 12 EG) bestimmt:

„Unbeschadet besonderer Bestimmungen der Verträge ist in ihrem Anwendungsbereich jede Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit verboten.

…“

2 — Ich entlehne den Ausdruck „Union des Rechts“ den Schlussanträgen von Generalanwalt Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer in der Rechtssache Petersen (C-228/07, Urteil vom 11. September 2008, Slg. 2008, I-6989, Nr. 32). Nach seinem plötzlichen und frühen Tod am 12. November 2009 habe ich die Bearbeitung dieses Vorabentscheidungsersuchens übernommen. Ich möchte vorweg der bereits von ihm geleisteten Arbeit und seinem Engagement im vorliegenden Fall, aber auch ganz allgemein der Qualität und dem Umfang seines Beitrags in einem Bereich Anerkennung zollen, der für ihn immer noch eher das „Gemeinschaftsrecht“ als das „Unionsrecht“ war.

6. Art. 20 AEUV (früher Art. 17 EG) bestimmt:

„(1) Es wird eine Unionsbürgerschaft eingeführt. Unionsbürger ist, wer die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaats besitzt. Die Unionsbürgerschaft tritt zur nationalen Staatsbürgerschaft hinzu, ersetzt sie aber nicht.

(2) Die Unionsbürgerinnen und Unionsbürger haben die in den Verträgen vorgesehenen Rechte und Pflichten.

…“

7. Art. 21 AEUV (früher Art. 18 EG) bestimmt:

„(1) Jeder Unionsbürger hat 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.

…“

8. Die Art. 7, 21 und 24 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union [3] lauten:

„Artikel 7

Achtung des Privat- und Familienlebens

Jede Person hat das Recht auf Achtung ihres Privat- und Familienlebens, ihrer Wohnung sowie ihrer Kommunikation.

…

Artikel 21

Nichtdiskriminierung

(1) Diskriminierungen insbesondere wegen des Geschlechts, der Rasse, der Hautfarbe, der ethnischen oder sozialen Herkunft, der genetischen Merkmale, der Sprache, der Religion oder der Weltanschauung, der politischen oder sonstigen Anschauung, der Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit, des Vermögens, der Geburt, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung sind verboten.

3 — Proklamiert in Nizza am 7. Dezember 2000 (ABl. C 364, S. 1). Das Europäische Parlament hat nach Streichung der Bezugnahmen auf die Europäische Verfassung am 29. November 2007 eine aktualisierte Fassung gebilligt (ABl. C 303, S. 1).

(2) Unbeschadet besonderer Bestimmungen der Verträge ist in ihrem Anwendungsbereich jede Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit verboten.

...

Artikel 24

Rechte des Kindes

(1) Kinder haben Anspruch auf den Schutz und die Fürsorge, die für ihr Wohlergehen notwendig sind. Sie können ihre Meinung frei äußern. Ihre Meinung wird in den Angelegenheiten, die sie betreffen, in einer ihrem Alter und ihrem Reifegrad entsprechenden Weise berücksichtigt.

(2) Bei allen Kinder betreffenden Maßnahmen öffentlicher Stellen oder privater Einrichtungen muss das Wohl des Kindes eine vorrangige Erwägung sein.

(3) Jedes Kind hat Anspruch auf regelmäßige persönliche Beziehungen und direkte Kontakte zu beiden Elternteilen, es sei denn, dies steht seinem Wohl entgegen."

Einschlägige völkerrechtliche Bestimmungen

9. Art. 17 des Internationalen Pakts über bürgerliche und politische Rechte [4] bestimmt:

„(1) Niemand darf willkürlichen oder rechtswidrigen Eingriffen in sein Privatleben, seine Familie, seine Wohnung und seinen Schriftverkehr oder rechtswidrigen Beeinträchtigungen seiner Ehre und seines Rufes ausgesetzt werden.

(2) Jedermann hat Anspruch auf rechtlichen Schutz gegen solche Eingriffe oder Beeinträchtigungen."

10. Art 9 Abs. 1 des Übereinkommens über die Rechte des Kindes [5] lautet:

„(1) Die Vertragsstaaten stellen sicher, dass ein Kind nicht gegen den Willen seiner Eltern von diesen getrennt wird, es sei denn, dass die zuständigen Behörden in einer gerichtlich nachprüfbaren Entscheidung nach den anzuwendenden Rechtsvorschriften und Verfahren bestimmen, dass diese Trennung zum Wohl des Kindes notwendig ist. Eine solche Entscheidung kann im Einzelfall notwendig werden, wie etwa wenn das Kind durch die Eltern misshandelt oder vernachlässigt wird oder wenn bei getrennt lebenden Eltern eine

4 — Zur Unterzeichnung aufgelegt am 19. Dezember 1966, Vereinte Nationen, Treaty Series, Vol. 999, S. 171, und Vol. 1057, S. 407. Alle Mitgliedstaaten der Europäischen Union sind Vertragsstaaten des Pakts, und zu Art. 17 sind keine Vorbehalte angebracht worden.

5 — Das Übereinkommen wurde durch Resolution 44/52 der Vereinten Nationen vom 20. November 1989 angenommen, Treaty Series, Vol. 1577, S. 3. Alle Mitgliedstaaten der Europäischen Union sind Vertragsstaaten des Übereinkommens, und zu Art. 9 Abs. 1 sind keine Vorbehalte angebracht worden.

Entscheidung über den Aufenthaltsort des Kindes zu treffen ist."

11. Art. 8 der Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) sowie Art. 3 des Protokolls Nr. 4 zur EMRK lauten wie folgt [6]:

„Artikel 8

(1) Jede Person hat das Recht auf Achtung ihres Privat- und Familienlebens, ihrer Wohnung und ihrer Korrespondenz.

(2) Eine Behörde darf in die Ausübung dieses Rechts nur eingreifen, soweit der Eingriff gesetzlich vorgesehen und in einer demokratischen Gesellschaft notwendig ist für die nationale oder öffentliche Sicherheit, für das wirtschaftliche Wohl des Landes, zur Aufrechterhaltung der Ordnung, zur Verhütung von Straftaten, zum Schutz der Gesundheit oder der Moral oder zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer.

...

Artikel 3 des Protokolls Nr. 4

(1) Niemand darf durch eine Einzel- oder Kollektivmaßnahme aus dem Hoheitsgebiet des Staates ausgewiesen werden, dessen Angehöriger er ist.

(2) Niemandem darf das Recht entzogen werden, in das Hoheitsgebiet des Staates einzureisen, dessen Angehöriger er ist."

Einschlägige nationale Rechtsvorschriften

Königlicher Erlass vom 25. November 1991

12. Art. 30 des Königlichen Erlasses vom 25. November 1991 betreffend die Regelungen bei Arbeitslosigkeit bestimmt Folgendes:

„Ein vollzeitlich tätiger Arbeitnehmer hat nur dann Anspruch auf Leistungen bei Arbeitslosigkeit, wenn er eine Anwartschaftszeit erfüllt hat, die die nachstehende Anzahl von Arbeitstagen umfasst:

1. ...

6 — Die Konvention wurde am 4. November 1950 in Rom unterzeichnet und von allen Mitgliedstaaten der Europäischen Union ratifiziert. Hinsichtlich des Protokolls Nr. 4 ist die Lage etwas komplizierter. Nach derzeitigem Stand hat Griechenland das Protokoll weder unterzeichnet noch ratifiziert, während das Vereinigte Königreich es zwar unterzeichnet, aber nicht ratifiziert hat. Irland, die Niederlande und Österreich haben zu Art. 3 Vorbehalte in bestimmten Punkten angebracht, die für den Sachverhalt und die Rechtsfragen im vorliegenden Fall jedoch ohne Belang sind.

2. 468 innerhalb von 27 Monaten vor dem Antrag, wenn der Arbeitnehmer das 36. Lebensjahr vollendet und das 50. Lebensjahr noch nicht vollendet hat,

…“

13. Art. 43 Abs. 1 des Königlichen Erlasses lautet:

„Unbeschadet der vorstehenden Bestimmungen haben ausländische und staatenlose Arbeitnehmer Anspruch auf Leistungen bei Arbeitslosigkeit, wenn sie den Bestimmungen des Ausländerrechts und denen über die Beschäftigung ausländischer Arbeitskräfte genügen.

Die von einem ausländischen oder staatenlosen Arbeitnehmer in Belgien erbrachte Arbeit wird nur dann angerechnet, wenn sie im Einklang mit den Bestimmungen über die Beschäftigung ausländischer Arbeitskräfte geleistet wurde.“

14. Nach den einschlägigen belgischen Rechtsvorschriften (Art. 40 des Gesetzes vom 15. Dezember 1980 und Art. 2 des Königlichen Erlasses vom 9. Juni 1999) werden einem EG-Ausländer sein Ehegatte und seine Kinder oder die ihnen gegenüber unterhaltsberechtigten Kinder seines Ehegatten unabhängig von ihrer Staatsangehörigkeit gleichgestellt, sofern sie mit der Absicht kommen, bei ihm zu wohnen.

15. Unterhaltsberechtigte Verwandte eines belgischen Staatsangehörigen oder eines EG-Ausländers in aufsteigender Linie benötigen ungeachtet ihrer Staatsangehörigkeit keine Arbeitserlaubnis (aufgrund Art. 2 Abs. 2 Nr. 2 Buchst. b des Königlichen Erlasses zur Durchführung des Gesetzes vom 30. April 1999 über die Beschäftigung ausländischer Arbeitnehmer bzw. Art. 40 Abs. 4 Ziff. iii des Gesetzes vom 15. Dezember 1980).

Belgisches Staatsangehörigkeitsgesetz

16. Nach Art. 10 Abs. 1 des belgischen Staatsangehörigkeitsgesetzes in der zur maßgebenden Zeit geltenden Fassung galten als belgische Staatsangehörige u. a.

„Kinder, die in Belgien geboren sind und zu irgendeinem Zeitpunkt vor der Vollendung ihres 18. Lebensjahres oder einer zuvor erfolgten Volljährigkeitserklärung staatenlos wären, wenn sie nicht die belgische Staatsangehörigkeit besäßen“.

17. Später wurde mit dem Gesetz vom 27. Dezember 2006 die Möglichkeit, dass das in Belgien geborene Kind nichtbelgischer Staatsangehöriger die belgische Staatsangehörigkeit erwirbt, für den Fall ausgeschlossen,

„dass das Kind eine andere Staatsangehörigkeit durch einen entsprechenden Antrag seines oder seiner gesetzlichen Vertreter bei den diplomatischen oder konsularischen Behörden des Landes der Eltern oder eines Elternteils erwerben kann".

Sachverhalt und Ausgangsverfahren

18. Herr Ruiz Zambrano und seine Ehefrau, Frau Moreno López, sind beide kolumbianische Staatsangehörige. Sie trafen am 7. April 1999 als Inhaber eines von der belgischen Botschaft in Bogotá ausgestellten Visums mit ihrem ersten Kind in Belgien ein.

19. Eine Woche später ersuchte Herr Ruiz Zambrano in Belgien um Asyl. Zur Begründung seines Antrags gab er an, dass er zur Flucht aus Kolumbien gezwungen gewesen sei, da er seit dem Jahr 1997 ständigen (mit Todesdrohungen einhergehenden) Repressalien privater Milizen ausgesetzt gewesen sei, in deren Rahmen auch Gewalt gegen seinen Bruder verübt und sein dreijähriger Sohn im Januar 1999 eine Woche lang entführt worden sei.

20. Am 11. September 2000 lehnte das Commissariat général aux réfugiés et aux apatrides (Generalkommissariat für Flüchtlinge und Staatenlose) den Asylantrag von Herrn Ruiz Zambrano ab und verfügte seine Ausweisung aus Belgien. Allerdings versah das Commissariat die Verfügung mit einer Nichtrückführungsklausel, in der es hieß, dass Herr Ruiz Zambrano und seine Familie wegen der in Kolumbien herrschenden kritischen Situation nicht dorthin abgeschoben werden sollten.

21. Ungeachtet der Verfügung beantragte Herr Ruiz Zambrano am 20. Oktober 2000 beim Office des Étrangers (Ausländeramt) eine Aufenthaltsgenehmigung. In der Folgezeit stellte er zwei weitere Anträge.[7] Alle drei Anträge wurden abgelehnt. Herr Ruiz Zambrano klagte auf Nichtigerklärung dieser Ablehnungsbescheide und beantragte in der Zwischenzeit die Aussetzung der Ausweisungsverfügung. Zum Zeitpunkt des Vorlagebeschlusses war die Nichtigkeitsklage noch beim Conseil d'État anhängig.

22. Seit dem 18. April 2001 sind Herr Ruiz Zambrano und seine Ehefrau in der Gemeinde Schaerbeek gemeldet.

23. Herr Zambrano wurde im Oktober 2001 von dem belgischen Unternehmen Plastoria S. A. (im Folgenden: Plastoria) in dessen Brüsseler Werkstatt auf der Basis eines unbefristeten Arbeitsvertrags als Vollzeitkraft für handwerkliche Arbeiten eingestellt. Die Arbeitsleistungen wurden dem Office nationale de la Sécurité sociale (Nationales

7 — Diese weiteren Anträge erfolgten jeweils im Anschluss an die Geburt seines zweiten bzw. seines dritten Kindes: siehe unten, Nr. 26.

Sozialversicherungsamt) ordnungsgemäß gemeldet. Offensichtlich wurden von seinem Lohn die üblichen gesetzlichen Sozialversicherungsbeiträge einbehalten, und sein Arbeitgeber war zur Entrichtung der entsprechenden Arbeitgeberbeiträge verpflichtet (und ist dieser Verpflichtung auch nachgekommen). Im Vorlagebeschluss ist nicht ausdrücklich angegeben, ob von seinem Einkommen (wie dies häufig der Fall ist) auch die Einkommensteuer direkt abgezogen wurde.

24. Bei seiner Einstellung bei Plastoria besaß Herr Ruiz Zambrano keine Arbeitserlaubnis. Auch während der fünf Jahre, die er bei dem Unternehmen tätig war, erhielt er keine solche Erlaubnis.

25. In der Zwischenzeit bekam seine Ehefrau am 1. September 2003 das zweite Kind, Diego, und am 26. August 2005 das dritte, Jessica. Beide Kinder wurden in Belgien geboren. Beide erwarben aufgrund Art. 10 des belgischen Staatsangehörigkeitsgesetzes die belgische Staatsangehörigkeit. [8] Nach Angaben von Herrn Ruiz Zambrano in der mündlichen Verhandlung besuchen Diego und Jessica derzeit die Schule in Schaerbeek.

26. Die Geburt von Diego und Jessica war jeweils Anlass für den zweiten bzw. den dritten beim Office des Étrangers gestellten Antrag. [9] In diesen beiden Anträgen hatte Herr Ruiz Zambrano geltend gemacht, die Geburt eines Kindes, das belgischer Staatsangehöriger sei, verleihe ihm, Herrn Ruiz Zambrano, einen Anspruch auf eine Aufenthaltsgenehmigung nach Maßgabe des Gesetzes vom 15. Dezember 1980 und Art. 3 des Protokolls Nr. 4 zur EMRK.

27. Infolge des dritten Antrags erließen die belgischen Behörden einen Bescheid, mit dem sie Herrn Ruiz Zambrano eine Meldebescheinigung ausstellten, die ihn zum Aufenthalt in Belgien vom 13. September 2005 bis 13. Februar 2006 berechtigte. Nach Einlegung eines Rechtsmittels gegen die Entscheidungen, mit denen ihm eine Aufenthaltsgenehmigung verweigert worden war, gilt für den Aufenthalt von Herrn Ruiz Zambrano in Belgien bis zur endgültigen Entscheidung im Rechtsmittelverfahren eine Sonderregelung.

28. Am 10. Oktober 2005 wurde das Arbeitsverhältnis mit Herrn Ruiz Zambrano vorübergehend unterbrochen. Herr Ruiz Zambrano beantragte beim Office national de l'emploi (Nationales Arbeitsamt) umgehend vorläufige Leistungen bei Arbeitslosigkeit. Dieser Antrag wurde schließlich mit der Begründung abgelehnt, dass er keine Arbeitserlaubnis besitze (weil sein Aufenthalt in Belgien irregulär sei). Hiergegen erhob er eine erste Klage beim Tribunal du travail (im Folgenden: erste Klage), wurde aber kurze Zeit

8 — Nach den einschlägigen kolumbianischen Rechtsvorschriften erwerben außerhalb des kolumbianischen Hoheitsgebiets geborene Kinder die kolumbianische Staatsbürgerschaft nur dann, wenn gegenüber dem zuständigen Konsularbeamten eine ausdrückliche entsprechende Erklärung abgegeben wird. Für Diego und Jessica Ruiz Moreno ist eine solche Erklärung nicht erfolgt.

9 — Siehe oben, Nr. 21.

danach wieder auf Vollzeitbasis bei Plastoria eingestellt.

29. Aufgrund dieser ersten Klage führten die belgischen Arbeitsbehörden jedoch Ermittlungen zur Überprüfung der Arbeitsbedingungen von Herrn Ruiz Zambrano durch. Am 11. Oktober 2006 suchte ein amtlicher Kontrolleur die Räumlichkeiten von Plastoria auf. Er traf dort Herrn Zambrano an seinem Arbeitsplatz an und stellte fest, dass dieser keine Arbeitserlaubnis besaß. Der Kontrolleur ordnete die sofortige Arbeitseinstellung an. Plastoria kündigte dementsprechend den Arbeitsvertrag von Herrn Zambrano ohne Entschädigung unter Berufung auf höhere Gewalt und übergab ihm das amtliche Dokument (im Folgenden: Formblatt C4), mit dem bescheinigt wurde, dass Beiträge für die Sozialversicherung und für die Arbeitslosenversicherung während der gesamten Dauer seiner Beschäftigung von Oktober 2001 bis Oktober 2006 entrichtet worden waren.

30. Die belgischen Arbeitsbehörden beschlossen, keine Strafanzeige gegen Plastoria zu erstatten, da — abgesehen von dem Umstand, dass das Unternehmen Herrn Ruiz Zambrano ohne Arbeitserlaubnis eingestellt habe — keine anderweitigen Verstöße gegen die Vorschriften über Sozialversicherungspflichten, Hinterlegung der korrekten Beschäftigungsunterlagen, Arbeitsunfallversicherung und Entlohnung festgestellt worden seien.

31. Da Herr Ruiz Zambrano arbeitslos geworden war, stellte er erneut einen Antrag beim Office national de l'emploi, diesmal auf volle Leistungen bei Arbeitslosigkeit. Die Leistungen wurden ihm erneut verweigert. Gegen diese Entscheidung erhob Herr Ruiz Zambrano weitere Klage beim Tribunal du travail de Bruxelles (im Folgenden: „zweite Klage"). Die erste und die zweite Klage sind Gegenstand des beim vorlegenden Gericht anhängigen Ausgangsverfahrens.

32. In ihren schriftlichen Erklärungen führt die belgische Regierung aus, dass infolge von Regierungsmaßnahmen zur Bereinigung bestimmter Verhältnisse von Personen, die sich illegal im Land aufhalten, Herrn Ruiz Zambrano am 30. April 2009 eine vorläufige und erneuerbare Aufenthaltsgenehmigung sowie eine Arbeitserlaubnis (Kategorie C) erteilt worden seien. Letztere habe keine Rückwirkung, so dass weiterhin davon ausgegangen werde, dass die Beschäftigung von Herrn Ruiz Zambrano bei Plastoria von 2001 bis 2006 ohne Arbeitserlaubnis erfolgt sei.

Vorlagefragen

33. Im Verfahren gegen die beiden Entscheidungen des Office national de l'emploi, mit denen der Antrag von Herrn Ruiz Zambrano auf vorläufige bzw. volle Leistungen bei

Arbeitslosigkeit abgelehnt worden waren, hat das Tribunal du travail de Bruxelles folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt:

1. Gewähren einer oder mehrere der Art. 12 EG, 17 EG und 18 EG, getrennt voneinander oder in Verbindung miteinander, dem Unionsbürger ein Aufenthaltsrecht im Hoheitsgebiet des Mitgliedstaats, dessen Staatsbürgerschaft er besitzt, unabhängig davon, ob er zuvor von seinem Recht, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen, Gebrauch gemacht hat?

2. Sind die Art. 12 EG, 17 EG und 18 EG in Verbindung mit den Art. 21, 24 und 34 der Charta der Grundrechte in dem Sinn auszulegen, dass das Recht, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, das sie ohne Diskriminierung aus Gründen der Staatsbürgerschaft jedem Unionsbürger gewähren, bedeutet, dass einem minderjährigen kleinen Kind, das Unionsbürger ist und von einem Verwandten in aufsteigender Linie, der einem Drittstaat angehört, Unterhalt bezieht, das Recht zum Aufenthalt im Hoheitsgebiet des Mitgliedstaats, in dem es ansässig ist und dessen Staatsbürgerschaft es besitzt, unabhängig davon, ob es zuvor selbst oder durch Vermittlung seines gesetzlichen Vertreters vom Recht auf Freizügigkeit Gebrauch gemacht hat, dadurch gewährleistet werden muss, dass diesem Aufenthaltsrecht praktische Wirksamkeit verliehen wird, deren Notwendigkeit der Gemeinschaftsrichter (Urteil des Gerichtshofs vom 19. Oktober 2004, Zhu und Chen, C-200/02, Slg. 2004, I-9925) anerkannt hat, indem er dem Verwandten in aufsteigender Linie, der einem Drittstaat angehört und für den Unterhalt dieses Kindes sorgt sowie über ausreichende Existenzmittel und eine Krankenversicherung verfügt, ein abgeleitetes Aufenthaltsrecht zuerkannt hat, in dessen Genuss dieser Drittstaatsangehörige kommt, wenn das minderjährige Kind, dem er Unterhalt gewährt, ein Unionsbürger ist, der nicht die Staatsangehörigkeit seines Wohnstaats besitzt?

3. Sind die Art. 12 EG, 17 EG und 18 EG in Verbindung mit den Art. 21, 24 und 34 der Charta der Grundrechte in dem Sinn auszulegen, dass das Aufenthaltsrecht eines minderjährigen Kindes, das Staatsangehöriger eines Mitgliedstaats ist, in dessen Hoheitsgebiet es wohnt, bedeutet, dass der einem Drittstaat angehörige Verwandte in aufsteigender Linie von dem Erfordernis der Arbeitserlaubnis befreit werden muss, wenn er für den Unterhalt des minderjährigen Kindes sorgt und — wäre da nicht das Erfordernis einer Arbeitserlaubnis nach den innerstaatlichen Rechtsvorschriften des Mitgliedstaats, in dem er wohnt — durch die Ausübung einer in diesem Staat sozialversicherungspflichtigen Arbeitnehmertätigkeit die Voraussetzung der ausreichenden Existenzmittel und der Krankenversicherung erfüllt, damit dem Aufenthaltsrecht dieses Kindes die praktische Wirksamkeit verliehen wird, die der Gemeinschaftsrichter (Urteil des Gerichtshofs vom 19. Oktober 2004, Zhu

und Chen, C-200/02, Slg. 2004, I-9925) im Fall eines minderjährigen Kindes, das eine andere Staatsangehörigkeit besitzt als die seines Wohnstaats, in dem ihm der einem Drittstaat angehörige Verwandte in aufsteigender Linie Unterhalt gewährt, als notwendig anerkannt hat?

34. Herr Ruiz Zambrano, die belgische, die dänische, die deutsche, die griechische, die irische, die niederländische, die österreichische und die polnische Regierung sowie die Kommission haben schriftliche Erklärungen eingereicht.

35. Herr Ruiz Zambrano, die belgische, die dänische, die griechische, die französische, die irische und die niederländische Regierung, sowie die Kommission waren in der Sitzung am 26. Januar 2010 vertreten und haben mündliche Ausführungen gemacht.

Vorfragen

36. Keiner der Beteiligten des vorliegenden Vorabentscheidungsverfahrens hat speziell die Frage der Zulässigkeit des Verfahrens angeschnitten. Ich sollte jedoch kurz auf zwei Aspekte eingehen.

37. Der erste Aspekt betrifft das Problem, ob die Vorlagefragen für den beim nationalen Gericht anhängigen Rechtsstreit eigentlich von Bedeutung sind.

38. Den Angaben im Vorlagebeschluss lässt sich entnehmen, dass Herr Ruiz Zambrano die materiell-rechtlichen Voraussetzungen für die Beantragung von Leistungen bei Arbeitslosigkeit erfüllt hat (wie etwa Arbeitsleistung an mindestens 468 Tagen in den 27 Monaten vor dem Antrag, wie dies in Art. 30 des Königlichen Erlasses vom 25. November 1991 vorgeschrieben ist, sowie Entrichtung der entsprechenden Sozialversicherungsbeiträge). Seinem Anspruch stehen zwei ineinandergreifende Hindernisse entgegen. Erstens heißt es in den nationalen Rechtsvorschriften [10], dass nur Arbeit berücksichtigt werden kann, die im Einklang mit den Bestimmungen über die Beschäftigung fremder und ausländischer Arbeitnehmer erbracht wird. Bei Anwendung dieser Voraussetzung bliebe die Vollzeittätigkeit von Herrn Ruiz Zambrano bei Plastoria von 1. Oktober 2001 bis 12. Oktober 2006 unberücksichtigt, weil er während dieses Zeitraums keine Arbeitserlaubnis besaß; und ab 13. September 2005 besaß er lediglich eine Meldebescheinigung. [11] Zweitens heißt es in den nationalen Rechtsvorschriften, dass ein ausländischer Arbeitnehmer nur dann Leistungen beziehen kann,

10 — Art. 43 Abs. 1 Satz 2 des Königlichen Erlasses vom 25. November 1991 und Art. 7 Abs. 14 Satz 2 des Erlassgesetzes vom 28. Dezember 1944.

11 — Siehe oben, Nr. 24 bzw. Nr. 22.

wenn er den Bestimmungen des Ausländerrechts genügt. [12]

39. Für den von Herrn Ruiz Zambrano beim nationalen Gericht geltend gemachten Anspruch kommt es jedoch allein darauf an, ob er als Drittstaatsangehöriger, der Vater von Kindern mit belgischer Staatsangehörigkeit ist, entweder a) einem Unionsbürger gleichgestellt werden kann oder b) ein abgeleitetes Aufenthaltsrecht hat, weil seine Kinder nicht nur belgische Staatsangehörige, sondern auch Unionsbürger sind. Sowohl im Fall a) als auch im Fall b) stünde ihm das erforderliche materiell-rechtliche Aufenthaltsrecht nach Unionsrecht zu [13]; im Fall a) wäre er von vornherein von dem Erfordernis einer Arbeitserlaubnis befreit, und im Fall b) wäre ihm wohl im Wege der entsprechenden Anwendung die Befreiung von dem Erfordernis einer Arbeitserlaubnis zuzuerkennen, die gemäß Art. 2 Abs. 2 Nr. 2 Buchst. b des Gesetzes vom 30. April 1999 den *unterhaltsberechtigten* Verwandten in aufsteigender Linie eines belgischen Staatsangehörigen zusteht. Andernfalls (so wird argumentiert) würden nämlich belgische Staatsangehörige, die ihre unionsrechtlichen Freizügigkeitsrechte nicht wahrgenommen hätten, insofern umgekehrt diskriminiert, als sie sich nicht auf die Bestimmungen über die Familienzusammenführung [14] berufen könnten, wonach sowohl Unionsbürger, die sich aus einem anderen Mitgliedstaat nach Belgien begeben hätten, als auch Belgier, die zuvor von der Freizügigkeit Gebrauch gemacht hätten, einen einem Drittstaat angehörigen, nichtunterhaltsberechtigten Familienangehörigen in aufsteigender Linie zu sich nachziehen lassen dürften.

40. Auch wenn unmittelbarer Gegenstand der beim nationalen Gericht erhobenen Klage ein sozial- bzw. arbeitsrechtlicher Anspruch auf Leistungen bei Arbeitslosigkeit und nicht ein verwaltungsrechtlicher Antrag auf Erteilung einer Aufenthaltsgenehmigung ist, so ergibt sich demnach, dass das nationale Gericht den Rechtsstreit, mit dem es befasst ist, nicht entscheiden kann, ohne zu wissen, a) ob Herr Ruiz Zambrano gemäß dem Unionsrecht abgeleitete Rechte geltend machen kann, weil seine Kinder als belgische Staatsangehörige gleichzeitig auch Unionsbürger sind, und b) welche Rechte einem Belgier zustehen würden, der sich als Unionsbürger *tatsächlich* in einen anderen Mitgliedstaat begeben hat und dann wieder nach Belgien zurückkehrt (um das Argument der umgekehrten Diskriminierung beurteilen und die einschlägigen Bestimmungen des innerstaatlichen Rechts anwenden zu können). Im Übrigen hat das

12 — Art. 43 Abs. 1 Satz 1 und Art. 69 Abs. 1 des Königlichen Erlasses vom 25. November 1991 sowie Art. 7 Abs. 14 Satz 1 des Erlassgesetzes vom 28. Dezember 1944.

13 — Nach ständiger Rechtsprechung dient eine Aufenthaltsgenehmigung nicht zur Verleihung, sondern zur Bescheinigung des Aufenthaltsrechts: vgl. Urteile vom 8. April 1976, Royer (48/75, Slg. 1976, 497, Randnr. 50), und vom 17. Februar 2005, Oulane (C-215/03, Slg. 2005, I-1215, Randnr. 25).

14 — Richtlinie 90/364/EWG des Rates vom 28. Juni 1990 über das Aufenthaltsrecht (ABl. L 180, S. 26), inzwischen ersetzt durch die Richtlinie 2004/38/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten (ABl. L 158, S. 77, Berichtigung veröffentlicht in ABl. 2004, L 229, S. 35).

nationale Gericht recht ausführlich dargelegt, dass das nationale Recht [15] zur Bestimmung der Personen, die als „Familienangehörige" eines Unionsbürgers anzusehen sind, auf das Unionsrecht verweist, und erklärt, dass dies für die Entscheidung der bei ihm anhängigen Rechtssache von Bedeutung sei. [16]

41. Der zweite Aspekt beruht auf der Mitteilung von Herrn Ruiz Zambrano an den Gerichtshof, der zufolge der belgische Conseil d'État und die Cour Constitutionnelle beide unlängst in ähnlichen Fällen entschieden haben, dass aufgrund der durch das Unionsrecht geschaffenen umgekehrten Diskriminierung ein Verstoß gegen den verfassungsmäßigen Gleichheitsgrundsatz vorliege. [17] Man könnte deshalb vielleicht auf den Gedanken kommen, dass sich das vorliegende Vorabentscheidungsersuchen erledigt hat. Anders formuliert: Ist das vorlegende Gericht noch auf die Antworten auf seine das Unionsrecht betreffenden Fragen angewiesen, da ihm doch jetzt die Hinweise der höherinstanzlichen Gerichte seines eigenen Landes nach nationalem Recht vorliegen?

42. Meines Erachtens ist diese Frage zu bejahen.

43. Ehe das Tribunal du travail die vom Conseil d'État und von der Cour Constitutionnelle entwickelte Rechtsprechung heranziehen kann, muss es feststellen, ob das Ineinandergreifen von Unionsrecht und nationalem Recht tatsächlich zu einer umgekehrten Diskriminierung führt. Hierfür benötigt es Hinweise des Gerichtshofs zur sachgerechten Auslegung des Unionsrechts. In der Vergangenheit hat der Gerichtshof über Vorabentscheidungsersuchen entschieden, die eben diesen Zweck verfolgten, nämlich dem vorlegenden Gericht die Aufgabe zu erleichtern, die Rechtslage nach Unionsrecht mit der Rechtslage nach nationalem Recht zu vergleichen. [18] Der Gerichtshof hat in einer Reihe von Rechtssachen festgestellt, dass er eine Entscheidung erlassen sollte, wenn „die Auslegung der Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts [jetzt Unionsrechts] dem vorlegenden Gericht möglicherweise auch in Bezug auf Sachverhalte, die als rein intern einzustufen sind, von Nutzen sein könnte, und zwar insbesondere dann, wenn das Recht des betreffenden Mitgliedstaats vorschriebe, dass jedem Inländer die gleichen Rechte zustehen, die einem Staatsangehörigen eines anderen Mitgliedstaats in einer von diesem Gericht für vergleichbar gehaltenen Lage

15 — Art. 40a des Gesetzes vom 15. Dezember 1980 und Art. 2 des Königlichen Erlasses vom 9. Juni 1999.

16 — Vgl. Urteil vom 18. Oktober 1990, Dzodzi (C-297/88 und C-197/89, Slg. 1990, I-3763, Randnr. 42).

17 — Conseil d'État, Urteil 193.348 vom 15. Mai 2009 und Urteil 196.294 vom 22. September 2009; Cour Constitutionnelle, Urteil 174/2009 vom 3. November 2009.

18 — Vgl. z. B. Urteile vom 5. Dezember 2000, Guimont (C-448/98, Slg. 2000, I-10663, Randnr. 23), vom 5. März 2002, Reisch u. a. (C-515/99, C-519/99 bis C-524/99 und C-526/99 bis C-540/99, Slg. 2002, I-2157, Randnr. 26), vom 11. September 2003, Anomar u. a. (C-6/01, Slg. 2003, I-8621, Randnr. 41), und vom 1. April 2008, Gouvernement de la Communauté française und Gouvernement wallon (C-212/06, Slg. 2008, I-1683, Randnr. 29).

kraft Gemeinschaftsrechts [jetzt Unionsrechts] zustünden“ [19]. So hat Belgien in der mündlichen Verhandlung auch eingeräumt, dass das vorlegende Gericht eine Antwort des Gerichtshofs benötige, um prüfen zu können, ob eine auf dem Unionsrecht beruhende umgekehrte Diskriminierung vorliege.

44. Folglich sollte der Gerichtshof die Vorlagefragen beantworten.

Neuordnung der zu entscheidenden Streitfragen

45. Den vom nationalen Gericht gestellten Fragen liegen drei Problemkreise zugrunde. Diese mögen zwar in der konkreten Formulierung der Vorlagefragen nicht deutlich hervortreten, lassen sich aber den detaillierten Ausführungen im Vorlagebeschluss entnehmen.

46. Dem vorlegenden Gericht geht es vor allem um die Frage, ob eine Ausübung der Freizügigkeit erforderlich ist, damit die Vertragsbestimmungen über die Unionsbürgerschaft zum Tragen kommen. Das vorlegende Gericht ist sich durchaus bewusst, dass sich die Regelung in Art. 20 AEUV und 21 AEUV systematisch von der Regelung der Freizügigkeit der Arbeitnehmer in Art. 45 AEUV, der Niederlassungsfreiheit in Art. 49 AEUV (und übrigens auch aller anderen in den Art. 34 ff. AEUV verankerten „wirtschaftlichen“ Freiheiten) unterscheidet. Aber worin genau unterscheiden sich die Bürgerschaftsbestimmungen?

47. Das nationale Gericht fragt sodann nach der Bedeutung der Grundrechte (insbesondere des vom Gerichtshof in den Urteilen Carpenter [20], MRAX [21] sowie Zhu und Chen [22] herausgearbeiteten Grundrechts auf Achtung des Familienlebens) für die Bestimmung des Geltungsbereichs der Art. 20 AEUV und 21 AEUV.

48. Schließlich möchte das nationale Gericht wissen, welche Funktion Art. 18 AEUV beim Schutz des Einzelnen vor einer umgekehrten Diskriminierung zukommt, die durch das Unionsrecht aufgrund der Bestimmungen über die Unionsbürgerschaft entsteht.

19 — Urteil Gouvernement de la Communauté française und Gouvernement wallon, oben in Fn. 18 angeführt, Randnr. 40.

20 — Urteil vom 11. Juli 2002 (C-60/00, Slg. 2002, I-6279).

21 — Urteil vom 25. Juli 2002 (C-459/99, Slg. 2002, I-6591).

22 — Urteil vom 19. Oktober 2004 (C-200/02, Slg. 2004, I-9925). Nach Prüfung der Akte des Ausgangsverfahrens in der Rechtssache Zhu und Chen nutze ich die Gelegenheit, um eine lang anhaltende Namensverwirrung aufzuklären. Die Mutter von Catherine war als Lavette Man Chen geboren worden. Sie heiratete Guoqing Zhu (bekannt als Hopkins Zhu) und wurde Frau Zhu. Die Tochter des Ehepaars war damit Catherine Zhu. Mutter und Tochter trugen beide den Nachnamen Zhu, als die Klage im Ausgangsverfahren der Rechtssache C-200/02 erhoben wurde. Die Bezugnahme auf Chen (und die Verwirrung darüber, welche der Klageparteien Zhu war und welche Chen) beruht auf einem schlichten Missverständnis.

49. Der Klarheit halber, und um dem vorlegenden Gericht eine sachdienliche Antwort zu geben, werde ich wie folgt auf diese drei Fragen eingehen.

50. Zunächst behandele ich die Frage, ob sich Diego und Jessica als Unionsbürger auf die Rechte aus den Art. 20 AEUV und 21 AEUV berufen können, obwohl sie den Mitgliedstaat, dessen Staatsangehörigkeit sie besitzen, (noch) nicht verlassen haben, und ob Herr Ruiz Zambrano infolgedessen ein abgeleitetes Aufenthaltsrecht geltend machen kann, damit er seine kleinen Kinder in Belgien betreuen und versorgen kann (im Folgenden: Frage 1). Zur Beantwortung dieser Frage muss ich prüfen, ob es sich hier — wie nachdrücklich vorgetragen wurde — um einen „rein internen" Sachverhalt handelt oder ob doch ein hinreichender Bezug zum Unionsrecht besteht, um eine Berufung auf Rechte aus der Unionsbürgerschaft zuzulassen. Außerdem ist insoweit fraglich, ob Art. 21 AEUV zwei getrennte Rechte umfasst — ein Recht, sich frei zu bewegen, *und* ein eigenständiges Recht, sich aufzuhalten — oder ob die Vorschrift lediglich ein Recht verleiht, sich frei zu bewegen (und sich *dann* aufzuhalten).

51. Zweitens befasse ich mich mit dem Problemkreis der umgekehrten Diskriminierung, die das nationale Gericht mehrfach anspricht. Ich werde daher den Anwendungsbereich von Art. 18 AEUV untersuchen und fragen, ob die Vorschrift zur Lösung von Fällen herangezogen werden kann, in denen es aufgrund der unionsrechtlichen Bestimmungen über die Unionsbürgerschaft zu einer umgekehrten Diskriminierung kommt (im Folgenden: Frage 2). Diese Frage ist in den letzten Jahren zwar angesprochen worden [23], sie ist aber immer noch offen.

52. Schließlich werde ich mich mit der Grundrechtsproblematik beschäftigen (im Folgenden: Frage 3). Das nationale Gericht hat im Vorlagebeschluss sehr deutlich zum Ausdruck gebracht, dass es um Hinweise zu der Frage ersucht, ob das Grundrecht auf Achtung des Familienlebens im vorliegenden Fall eine Rolle spielt, in dem weder der Unionsbürger noch seine kolumbianischen Eltern Belgien verlassen haben. Diese Frage wiederum führt zu einer noch grundlegenderen Frage: Welchen Geltungsbereich haben die Unionsgrundrechte? Können sie eigenständig geltend gemacht werden? Oder muss irgendein Anknüpfungspunkt an ein anderes, klassisches in der Union geltendes Recht bestehen?

53. Da sich das Thema der Grundrechte als Leitmotiv durch alle drei Fragen zieht, werde ich vor Beginn dieser Prüfung einleitend untersuchen, ob die Annahme plausibel ist, dass Herr Ruiz Zambrano und seine Familie tatsächlich Gefahr laufen, in ihrem unionsrechtlich anerkannten Grundrecht auf Achtung des Familienlebens verletzt zu werden.

23 — Vgl. insbesondere meine Schlussanträge in der Rechtssache Gouvernement de la Communauté française und Gouvernement wallon, Urteil oben in Fn. 18 angeführt.

Einleitung: zur Situation der Familie Ruiz Zambrano und zur Frage einer möglichen Verletzung des Unionsgrundrechts auf Achtung des Familienlebens

54. Im Urteil Carpenter [24] hat der Gerichtshof das Grundrecht auf Achtung des Familienlebens als Teil der allgemeinen Grundsätze des Unionsrechts anerkannt. Zur Begründung hat er sich auf die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) gestützt. In seinem Urteil Boultif/Schweiz [25] hat der EGMR entschieden, dass „es einen Eingriff in das Recht auf Achtung des Familienlebens, wie es in Art. 8 Abs. 1 [EMRK] geschützt ist, darstellen kann, wenn einer Person die Einreise in ein oder der Aufenthalt in einem Land verweigert wird, in dem ihre nahen Verwandten wohnen". [26] Der EGMR beschränkt den Begriff der Familie im Wesentlichen auf die Kernfamilie [27], zu der hier eindeutig Herr Ruiz Zambrano und Frau Moreno López als die Eltern von Diego und Jessica gehören.

55. Nach ständiger Rechtsprechung des EGMR ist ein solcher Eingriff nur dann zulässig, wenn nachgewiesen wird, dass er „in einer demokratischen Gesellschaft notwendig ist, d. h. durch ein zwingendes gesellschaftliches Bedürfnis gerechtfertigt ist und insbesondere in einem angemessenen Verhältnis zu dem berechtigten Ziel steht, das mit ihm verfolgt wird". [28] Die Anwendung von Art. 8 Abs. 2 EMRK als Ausnahme von dem durch Art. 8 Abs. 1 EMRK garantierten Recht erfordert eine Verhältnismäßigkeitsprüfung, in deren Rahmen (u. a.) Gesichtspunkte wie der Zeitpunkt, zu dem sich die Familie niedergelassen hat, die Gutgläubigkeit des Rechtssuchenden, die kulturellen und gesellschaftlichen Kontraste in dem Staat, in den die Familienangehörigen verbracht würden, sowie der Grad ihrer Integration in die Gesellschaft des Vertragsstaats zu berücksichtigen sind. [29]

56. Der Gerichtshof seinerseits lehnt sich zwar eng an die Rechtsprechung des EGMR an, hat aber eine eigene Gedankenführung entwickelt. Zusammengefasst lässt sich sagen, dass der Gerichtshof in folgenden Fällen bzw. bei Vorliegen folgender Umstände Schutz zuerkennt. [30]

24 — Oben in Fn. 20 angeführt, Randnr. 41; vgl. auch Urteile MRAX, oben in Fn. 21 angeführt, Randnr. 53, vom 27. April 2006, Kommission/Deutschland (C-441/02, Slg. 2006, I-3449, Randnr. 109), vom 14. April 2005, Kommission/Spanien (C-157/03, Slg. 2005, I-2911, Randnr. 26), vom 31. Januar 2006, Kommission/Spanien (C-503/03, Slg. 2006, I-1097, Randnr. 41), vom 23. September 2003, Akrich (C-109/01, Slg. 2003, I-9607, Randnrn. 58 f.), vom 27. Juni 2006, Parlament/Rat (C-540/03, Slg. 2006, I-5769, Randnr. 52), und vom 25. Juli 2008, Metock u. a. (C-127/08, Slg. 2008, I-6241, Randnr. 79). Zum gemeinschaftlichen Grundrecht auf Achtung des Familienlebens und seiner Auswirkung auf Drittstaatsangehörige vgl. Carrera, S., *In Search of the Perfect Citizen?*, Marinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2009, S. 375 bis 388.

25 — Vgl. Urteil des EGMR vom 2. August 2001 in der Rechtssache Boultif/Schweiz, Beschwerde Nr. 54273/00, Reports of Judgements and Decisions 2001-IX, §§ 39, 41 und 46.

26 — Vgl. auch Urteil des EGMR vom 11. Juli 2002 in der Rechtssache Amrollahi/Dänemark, Beschwerde Nr. 56811/00, nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht, §§ 33 bis 44.

27 — Urteil des EGMR vom 9. Oktober 2003 in der Rechtssache Slivenko/Lettland, Beschwerde Nr. 48321/99, Reports of Judgements and Decisions 2003-X, § 94.

28 — Vgl. Urteile des EGMR vom 26. September 1997 in der Rechtssache Mehemi/Frankreich, Beschwerde Nr. 25017/94, Reports of Judgements and Decisions 1997-VI, § 34, und vom 19. Februar 1998 in der Rechtssache Dalia/Frankreich, Beschwerde Nr. 26102/95, Reports of Judgements and Decisions 1998-I, § 52.

29 — Urteil des EGMR vom 21. Dezember 2001 in der Rechtssache Sen/Niederlande, Beschwerde Nr. 31465/96, nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht, § 40.

30 — Zu den Unterschieden zwischen der Rechtsprechung des Gerichtshofs und derjenigen des EGMR zu Art. 8 EMRK vgl. Sudre, F., *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, 3. Aufl., PUF, Paris, 2003, S. 510 f.

57. Erstens macht es der Gerichtshof für die Gewährung des Schutzes nicht zur Voraussetzung, dass der Unionsbürger der Kläger des Ausgangsverfahrens ist. So hat das unionsrechtliche Grundrecht auf Achtung des Familienlebens bereits dazu geführt, dass mittelbar auch Drittstaatsangehörige geschützt werden, die nahe Verwandte des Unionsbürgers sind. Auch das einem Drittstaat angehörende Familienmitglied genießt Schutz, weil andernfalls ein Eingriff in das Recht des Unionsbürgers auf Achtung des Familienlebens vorläge. [31]

58. Zweitens kann das Grundrecht selbst dann geltend gemacht werden, wenn der Familienangehörige, dessen Ausweisung verfügt wird, sich nicht rechtmäßig im Land aufhält. [32]

59. Drittens berücksichtigt der Gerichtshof, ob der Familienangehörige eine Gefahr für die öffentliche Ordnung oder die öffentliche Sicherheit darstellt (was eine Ausweisung aus dem Hoheitsgebiet rechtfertigen würde). [33]

60. Viertens lässt der Gerichtshof eine mit einem Rechtsmissbrauch begründete Rechtfertigung nur zu, wenn der Mitgliedstaat eindeutige Beweise für die Bösgläubigkeit des Klägers vorlegen kann. [34]

61. Diese und andere Merkmale der hier in Rede stehenden Grundrechte — das Recht auf Achtung des Familienlebens und die Rechte des Kindes — spiegeln sich jeweils in den Art. 7 und 24 Abs. 3 der Charta wider. Zum hier maßgebenden Zeitpunkt war die Charta „soft law“ und für die belgischen Behörden nicht bindend. Der Gerichtshof zog sie aber bereits damals als Auslegungshilfe u. a. auch in Fällen heran, in denen es um das Recht auf Achtung des Familienlebens ging. [35] Seit Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon hat die Charta den Status von Primärrecht. [36]

62. Meines Erachtens stellt die Entscheidung der belgischen Behörden, Herrn Ruiz Zambrano aus Belgien auszuweisen, und ihre

31 — Vgl. Urteil Carpenter, oben in Fn. 20 angeführt. Im Urteil Zhu und Chen, oben in Fn. 22 angeführt, waren formal sowohl die im Kleinkindalter befindliche Tochter (Catherine Zhu, die Unionsbürgerin) als auch die Drittstaatsangehörige (ihre Mutter, Frau Zhu) Klägerinnen. Angesichts des Alters von Catherine wurde die Klage praktisch von der Mutter allein namens ihrer Tochter und im eigenen Namen erhoben.

32 — Vgl. Urteil Carpenter, oben in Fn. 20 angeführt, Randnr. 44. Nach den Einwanderungsgesetzen des Vereinigten Königreichs hatte Frau Carpenter ihren Aufenthalt „überzogen“ (sie hatte eine Genehmigung zur Einreise in das Vereinigte Königreich erhalten, blieb dann aber nach Ablauf der Genehmigung weiterhin im Land), während es sich bei Herrn Ruiz Zambrano um einen Asylbewerber handelt, dessen Asylantrag abgelehnt wurde. Nach meinem Verständnis lässt sich jedoch unter diesem Gesichtspunkt keine Abgrenzung vornehmen. Aus dem Urteil Carpenter ergibt sich, dass der Secretary of State nach innerstaatlichem Recht gegen Frau Carpenter vorgehen durfte, wie auch im vorliegenden Fall die belgischen Behörden gegen Herrn Ruiz Zambrano vorgehen dürfen.

33 — Vgl. Urteil Carpenter, oben in Fn. 20 angeführt, Randnr. 44.

34 — Vgl. Urteile Carpenter, oben in Fn. 20 angeführt, Randnr. 44, Zhu und Chen, in Fn. 22 angeführt, Randnrn. 36 bis 41, Akrich, oben in Fn. 24 angeführt, Randnr. 57, sowie Metock u. a., oben in Fn. 24 angeführt, Randnr. 75.

35 — Vgl. Urteil Parlament/Rat, oben in Fn. 24 angeführt, Randnr. 38.

36 — Vgl. Art. 6 Abs. 1 EUV.

anschließende fortgesetzte Weigerung, ihm eine Aufenthaltsgenehmigung zu erteilen, potenziell eine Verletzung des seinen Kindern zustehenden Grundrechts auf Achtung des Familienlebens und ihres Anspruchs auf Schutz ihrer Rechte als Kinder dar und damit (unter Heranziehung der Urteile Carpenter sowie Zhu und Chen) potenziell eine Verletzung des entsprechenden Rechts auf Achtung des Familienlebens, das Herrn Ruiz Zambrano als ihrem Vater zusteht. Ich sage „potenziell", weil sich Herr Ruiz Zambrano noch im belgischen Hoheitsgebiet aufhält. Es liegt jedoch auf der Hand, dass der Vollzug der Ausweisungsverfügung eine Verletzung dieser Rechte nach sich ziehen würde.

63. Ebenso liegt auf der Hand, dass die Verletzung wahrscheinlich schwerwiegend wäre. Falls Herr Ruiz Zambrano ausgewiesen würde, käme es auch zu einer Ausweisung seiner Ehefrau. Diese Maßnahmen hätten einschneidende Konsequenzen für die Kinder. Angesichts ihres Alters könnten die Kinder nicht mehr allein in Belgien leben. Das geringere Übel wäre dann vermutlich, dass sie mit ihren Eltern Belgien verlassen. Damit würden sie jedoch aus der Gesellschaft und der Kultur gerissen, in der sie geboren wurden und in die sie integriert sind. Auch wenn es letztlich Sache des nationalen Gerichts ist, eine eingehende Einzelfallprüfung vorzunehmen, scheint für die weitere Prüfung doch die Annahme angebracht, dass es sich durchaus um eine erhebliche Rechtsverletzung handeln könnte.

64. Es stimmt zwar, dass die Kinder von Herrn Ruiz Zambrano zu einem Zeitpunkt geboren wurden, zu dem sein Aufenthalt bereits irregulär war. Aus dem Vorlagebeschluss geht jedoch hervor, dass sich Herr Ruiz Zambrano vollständig in die belgische Gesellschaft integriert hat und weder eine Bedrohung noch eine Gefahr darstellt. Auch wenn die Feststellungen dazu Sache des nationalen Gerichts als des alleinigen Tatsachengerichts sind, scheint mir doch Folgendes für diese Auffassung zu sprechen.

65. Erstens hat Herr Ruiz Zambrano nach seiner Einreise in Belgien regelmäßig gearbeitet, die Beiträge zur belgischen Sozialversicherung ordnungsgemäß entrichtet und keine finanzielle Unterstützung in Anspruch genommen. [37] Zweitens haben er und seine Ehefrau, Frau Moreno López, offenbar ein normales Familienleben geführt, und ihre Kinder gehen jetzt in Belgien zur Schule. Drittens waren die belgischen Behörden bereit, die von Herrn Ruiz Zambrano geleisteten Sozialversicherungsbeiträge während der fünf Jahre, die er bei Plastoria beschäftigt war, der belgischen Staatskasse einzuverleiben — eine Bereitwilligkeit, die in seltsamem Gegensatz zu der fehlenden Neigung eines anderen belgischen Ministeriums steht, Herrn Ruiz Zambrano eine Aufenthaltsgenehmigung zu

37 — Wie dargelegt könnte Herr Ruiz Zambrano die von ihm jetzt beantragten Leistungen bei Arbeitslosigkeit aufgrund der von ihm geleisteten Beiträge beanspruchen, wenn seine Tätigkeit bei Plastoria ab der Geburt von Diego als anrechnungsfähige Beschäftigungszeit anerkannt würde.

erteilen.[38] Viertens deutet die vom Commissariat général aux réfugiés et aux apatrides verfügte Nichtrückführungsklausel darauf hin, dass Herr Ruiz Zambrano und seine Familie nicht nach Kolumbien abgeschoben werden können, weil sie dadurch einer realen Gefahr ausgesetzt würden. Wenn sie also Belgien verlassen müssten, wären sie gezwungen, einen anderen Staat zu finden, der zu ihrer Aufnahme bereit wäre und zu dem sie bereits Bindungen haben mögen oder aber auch nicht. Fünftens haben die belgischen Behörden mit der Erteilung einer vorläufigen erneuerbaren Aufenthaltsgenehmigung an Herrn Ruiz Zambrano im Jahr 2009 stillschweigend bestätigt, dass seine Anwesenheit in Belgien keine Gefahr für die Gesellschaft darstellt und dass keine zwingenden Gründe der öffentlichen Ordnung bestehen, die es rechtfertigen würden, von ihm das sofortige Verlassen des Landes zu verlangen.

66. Aus diesen Gründen bin ich der Ansicht, dass, sollten die belgischen Behörden ihrer Entscheidung, Herrn Ruiz Zambrano nach der Geburt seines ersten belgischen Kindes (Diego) eine Aufenthaltsgenehmigung zu verweigern, den Vollzug der ausstehenden Ausweisungsverfügung folgen lassen[39], ein solches Vorgehen wohl als erhebliche Verletzung des Diego — und damit mittelbar des Herrn Ruiz Zambrano — zustehenden unionsrechtlichen Grundrechts auf Achtung des Familienlebens anzusehen wäre.

Frage 1 — Unionsbürgerschaft

Vorbemerkungen

67. 1992 wurde mit dem Vertrag von Maastricht die europäische Bürgerschaft als neuartiger und ergänzender Status für alle Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten eingeführt. Indem jedem Bürger das Recht verliehen wird, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, erkannte der neue Vertrag die zentrale Stellung der Einzelnen *unabhängig davon, ob sie wirtschaftlich tätig sind*, in der neugeschaffenen Union an. Jeder einzelne Bürger hat Rechte und Pflichten, die zusammen den neuen Status ausmachen — ein Status, der nach Aussage des Gerichtshofs im Jahr 2001 „dazu

38 — In der Rechtssache Trojani (Urteil vom 7. September 2004, C-456/02, Slg. 2004, I-7573) scheint der Umstand, dass die städtischen Behörden von Brüssel eine Aufenthaltsgenehmigung (permis de séjour) erteilt hatten, obwohl die belgischen Sozialversicherungsbehörden die Zahlung des Minimex ablehnten, einer der Gesichtspunkte gewesen zu sein, die den Gerichtshof zu der Entscheidung bewogen haben, dass sich Herr Trojani auf Art. 18 EG (jetzt Art. 21 AEUV) in Verbindung mit Art. 12 EG (jetzt Art. 18 AEUV) berufen könne — vgl. Randnr. 44 des Urteils. Die Herrn Ruiz Zambrano derzeit erteilte vorläufige erneuerbare Aufenthaltsgenehmigung gilt nur für die Dauer des beim Conseil d'État anhängigen Rechtsmittelverfahrens — siehe oben, Nr. 27.

39 — Wenn ich richtig verstehe, ist die Ausweisungsverfügung bis zur Entscheidung des Conseil d'État über das Rechtsmittel zwar ausgesetzt, aber nicht aufgehoben worden.

bestimmt [ist], der grundlegende Status der Angehörigen der Mitgliedstaaten zu sein“ [40].

Ist eine Berufung auf die aus der Unionsbürgerschaft fließenden Rechte auch auf der Grundlage des Aufenthalts nur im Mitgliedstaat der eigenen Staatsangehörigkeit möglich?

Ortswechsel und die klassischen (wirtschaftlichen) Freizügigkeitsrechte

68. Die Konsequenzen dieser Aussage sind meines Erachtens ebenso wichtig und weitreichend wie diejenigen früherer Meilensteine in der Rechtsprechung des Gerichtshofs. Ich halte die vom Gerichtshof vorgenommene Charakterisierung der Unionsbürgerschaft sogar für potenziell ähnlich bedeutsam wie die wegweisende Aussage im Urteil Van Gend en Loos, dass „die Gemeinschaft eine neue Rechtsordnung des Völkerrechts darstellt, zu deren Gunsten die Staaten … ihre Souveränitätsrechte eingeschränkt haben, eine Rechtsordnung, deren Rechtssubjekte nicht nur die Mitgliedstaaten, sondern auch die Einzelnen sind“ [41].

69. Die Inanspruchnahme der mit den vier Freiheiten verbundenen klassischen wirtschaftlichen Rechte setzt bekanntlich in der Regel irgendeinen Verkehr von einem Mitgliedstaat in einen anderen voraus. Selbst in diesem Zusammenhang ist jedoch beachtenswert, dass der Gerichtshof die Bedeutung der Möglichkeit eines unbehinderten oder unbeeinträchtigten Gebrauchs dieser Rechte anerkannt und nationale Maßnahmen, die von der potenziellen Ausübung des Freizügigkeitsrechts abhalten könnten, mit Abneigung betrachtet hat.

70. „Im Urteil Dassonville [42] hat der Gerichtshof die berühmte Formulierung geprägt, dass ‚[j]ede Handelsregelung der Mitgliedstaaten, die geeignet ist, den … [innerhalb der Union] Handel unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potenziell zu behindern, … als Maßnahme mit gleicher Wirkung wie eine mengenmäßige Beschränkung anzusehen [ist]‘. Diese weite Formulierung hat dem Gerichtshof die Prüfung diskriminierender und

40 — Urteil vom 20. September 2001, Grzelczyk (C-184/99, Slg. 2001, I-6193, Randnr. 31), dem folgend u. a. Urteile vom 11. Juli 2002, D’Hoop (C-224/98, Slg. 2002, I-6191, Randnr. 28), vom 17. September 2002, Baumbast und R (C-413/99, Slg. 2002, I-7091, Randnr. 82), vom 29. April 2004, Orfanopoulos und Oliveri (C-482/01 und C-493/01, Slg. 2004, I-5257, Randnr. 65), vom 2. Oktober 2003, Garcia Avello (C-148/02, Slg. 2003, I-11613, Randnr. 22), Zhu und Chen, oben in Fn. 22 angeführt, Randnr. 25, vom 29. April 2004, Pusa (C-224/02, Slg. 2004, I-5763, Randnr. 16), vom 7. Juli 2005, Kommission/Österreich (C-147/03, Slg. 2005, I-5969, Randnr. 45), vom 15. März 2005, Bidar (C-209/03, Slg. 2005, I-2119, Randnr. 31), vom 12. Juli 2005, Schempp (C-403/03, Slg. 2005, I-6421, Randnr. 15), vom 12. September 2006, Spanien/Vereinigtes Königreich (C-145/04, Slg. 2006, I-7917, Randnr. 74), vom 7. Juni 2007, Kommission/Niederlande (C-50/06, Slg. 2007, I-9705, Randnr. 32), und vom 16. Dezember 2008, Huber (C-524/06, Slg. 2008, I-9705, Randnr. 69).

41 — Urteil vom 5. Februar 1963, Van Gend en Loos (26/62, Slg. 1963, 3, 25). Im Urteil Van Gend en Loos hat der Gerichtshof erklärt, dass die Mitgliedstaaten ihre Souveränitätsrechte, „wenn auch in begrenztem Rahmen“, eingeschränkt hätten. Im Gutachten des Gerichtshofs vom 28. März 1996, 2/94, Slg. 1996, I-1759, in dem der Gerichtshof die Aussage aus dem Urteil Van Gend en Loos wiederholt hat, findet sich dieser Einschub nicht mehr.

42 — Urteil vom 11. Juli 1974 (8/74, Slg. 1974, 837, Randnr. 5).

nichtdiskriminierender nationaler Maßnahmen auch dann ermöglicht, wenn nicht unbedingt eine Warenbewegung erfolgt ist. [43] Die abschreckende Wirkung nationaler Maßnahmen kann ausreichen, um den jetzigen Art. 34 AEUV (früher Art. 28 EG) eingreifen zu lassen. So ist der Gerichtshof im Urteil Carbonati Apuani [44] Generalanwalt Poiares Maduro gefolgt und zu dem Ergebnis gelangt, dass die Erhebung bestimmter Abgaben auf Waren in einem einzelnen Mitgliedstaat gegen den Vertrag verstößt. [45] Der Gerichtshof hat klargestellt, dass Art. 26 Abs. 2 AEUV (früher Art. 14 Abs. 2 EG) den Binnenmarkt definiert ‚als'Raum ohne Binnengrenzen, in dem der freie Verkehr von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital … gewährleistet ist, ohne dass in dieser Bestimmung zwischen zwischenstaatlichen und innerstaatlichen Grenzen unterschieden würde" [46].

71. Einen ähnlichen Maßstab hat der Gerichtshof im Urteil Säger [47] auch beim freien Personen- und Dienstleistungsverkehr angelegt; dort hat er ausgeführt, dass Art. 59 EWG (jetzt Art. 56 AEUV) „nicht nur die Beseitigung sämtlicher Diskriminierungen des Dienstleistungserbringers aufgrund seiner Staatsangehörigkeit, sondern auch die Aufhebung aller Beschränkungen — selbst wenn sie unterschiedslos für einheimische Dienstleistende wie für Dienstleistende anderer Mitgliedstaaten gelten — verlangt, wenn sie geeignet sind, die Tätigkeit des Dienstleistenden, der in einem anderen Mitgliedstaat ansässig ist und dort rechtmäßig ähnliche Dienstleistungen erbringt, zu unterbinden oder zu behindern" [48]. Dieser Gedanke taucht im Urteil Kraus [49] wieder auf, in dem der Gerichtshof festgestellt hat, dass eine Regelung, „die … geeignet ist, die Ausübung der durch den EWG-Vertrag garantierten grundlegenden Freiheiten durch die [Unions]angehörigen einschließlich der Staatsangehörigen des Mitgliedstaats, der die Regelung erlassen hat, zu behindern oder weniger attraktiv zu machen", ebenfalls vom Gemeinschaftsrecht erfasst werde. [50]

72. Daher entspricht es nunmehr gefestigter Rechtsprechung, dass sich eine Person, deren Bewegungsmöglichkeit in der EU „behindert" oder „weniger attraktiv gemacht" wird — selbst wenn dies durch den Mitgliedstaat

43 — Vgl. u. a. Urteile vom 12. März 1987, Kommission/Deutschland (178/84, Slg. 1987, 1227, Randnr. 27), vom 23. September 2003, Kommission/Dänemark (C-192/01, Slg. 2003, I-9693, Randnr. 39), vom 11. Dezember 2003, Deutscher Apothekerverband (C-322/01, Slg. 2003, I-14887, Randnr. 66), vom 19. Juni 2003, Kommission/Italien (C-420/01, Slg. 2003, I-6445, Randnr. 25), und vom 5. Februar 2004, Kommission/Frankreich (C-24/00, Slg. 2004, I-1277, Randnr. 22).

44 — Urteil vom 9. September 2004 (C-72/03, Slg. 2004, I-8027).

45 — Der Generalanwalt hat das Wesen der in Fällen wie in der Rechtssache Carbonati Apuani in Rede stehenden Maßnahmen ungeschminkt beschrieben und eingeräumt, dass ‚die Diskriminierung weder allein durch die inländische Regelung noch allein durch das Gemeinschaftsrecht hervorgerufen [wird]. Vielmehr ist sie das Ergebnis der teilweisen Anwendung des [Unions]rechts auf die betreffende inländische Regelung. Selbst wenn dies weder gewollt noch vorgesehen war, ist ein derartiger Sachverhalt die notwendige Folge der Anwendung des [Unions]rechts. Selbst wenn dieser Sachverhalt in seinen Grundzügen dem inländischen Recht zuzuordnen ist, so stellt er aus dem Blickwinkel des [Unions]rechts doch auch einen ‚sonstigen' Sachverhalt dar. Wegen seiner beabsichtigten oder unbeabsichtigten Wirkungen wird das [Unions]recht zu einem der konstitutiven Elemente des betroffenen Sachverhalts' (Nr. 62).

46 — Urteil Carbonati Apuani, oben in Fn. 44 angeführt, Randnr. 23.

47 — Urteil vom 25. Juli 1991 (C-76/90, Slg. 1991, I-4221).

48 — Urteil Säger, Randnr. 12.

49 — Urteil vom 31. März 1993 (C-19/92, Slg. 1993, I-1663, Randnrn. 28 und 32).

50 — Urteil Kraus, Randnr. 32. Vgl. weiter insbesondere Urteil vom 7. Juli 1992, Singh (C-370/90, Slg. 1992, I-4265, Randnr. 23), in dem diese Rechtsprechung auf die aus Ehemann und Ehefrau bestehende Familieneinheit übertragen wird.

ihrer Staatsangehörigkeit erfolgt —, auf die Rechte aus dem Vertrag berufen kann. [51]

73. Tatsächlich hat der Gerichtshof bereits eine gewisse Aufweichung des Erfordernisses akzeptiert, dass die Ausübung von Rechten eine konkrete körperliche Grenzüberschreitung voraussetzt. So hat er im Urteil Alpine Investments [52] ausgeführt, dass das Verbot, mit potenziellen Kunden in einem anderen Mitgliedstaat telefonischen Kontakt aufzunehmen, unter die Vertragsbestimmungen über die Dienstleistungsfreiheit falle, auch wenn kein tatsächlicher Ortswechsel stattfinde. Im Urteil Carpenter [53] folgte er der Ansicht, dass für die Entscheidung über eine Klage gegen eine Ausweisungsverfügung, die die Behörden des Vereinigten Königreichs gegen eine philippinische Staatsangehörige erlassen hatten, das Unionsrecht maßgebend sei. Grundlage für die Heranziehung des Unionsrechts war der Umstand, dass der Ehemann von Frau Carpenter, ein britischer Staatsangehöriger, gelegentlich in andere Mitgliedstaaten reiste, um Werbeflächen in einer britischen Zeitschrift zu verkaufen. Der Gerichtshof folgte der Argumentation, dass dem Ehemann von Frau Carpenter die Erbringung und der Empfang von Dienstleistungen erleichtert würden, da sie für seine Kinder aus erster Ehe sorge. Der Gerichtshof kam daher zu dem Ergebnis, dass die Ausweisung von Frau Carpenter das Recht ihres Ehemanns auf Erbringung und Empfang von Dienstleistungen und sein Recht auf ein Familienleben beschränken würde. [54]

74. In jüngerer Zeit hat der Gerichtshof im Urteil Metock u. a. [55] entschieden, dass die vorangegangene Ausübung der Freizügigkeitsrechte durch Frau Metock, eine Kamerunerin, die später die britische Staatsangehörigkeit erwarb und zum Zeitpunkt der Eheschließung mit ihrem Ehemann (ebenfalls ein Kameruner, den sie zwölf Jahre zuvor in Kamerun kennengelernt hatte) bereits in Irland niedergelassen und erwerbstätig war, für den Erwerb eines abgeleiteten Aufenthaltsrechts des Ehemanns in Irland ausreiche, obwohl dieser nicht die nach innerstaatlichem Recht bestehende Voraussetzung erfülle, der zufolge er sich vor der Einreise nach Irland rechtmäßig in einem anderen Mitgliedstaat hätte aufhalten müssen. [56]

Ortswechsel und Unionsbürgerschaft

75. In vielen Unionsbürgerschaftsfällen gibt es ein klar erkennbares grenzüberschreitendes Element, so dass sich eine Parallele zur Ausübung der klassischen wirtschaftlichen Freizügigkeitsrechte ergibt. So ging es in

51 — Vgl. u. a. Urteile vom 30. November 1995, Gebhard (C-55/94, Slg. 1995, I-4165, Randnr. 37), vom 9. September 2003, Burbaud (C-285/01, Slg. 2003, I-8219, Randnr. 95), vom 14. Oktober 2004, Kommission/Niederlande (C-299/02, Slg. 2004, I-9761, Randnr. 15), vom 26. Mai 2005, Allard (C-249/04, Slg. 2005, I-4535, Randnr. 32), und vom 17. Juli 2008, Kommission/Frankreich (C-389/05, Slg. 2008, I-5337, Randnr. 56).

52 — Urteil vom 10. Mai 1995 (C-384/93, Slg. 1995, I-1141).

53 — Oben in Fn. 20 angeführt.

54 — Urteil Carpenter, oben in Fn. 20 angeführt, Randnr. 39.

55 — Oben in Fn. 24 angeführt.

56 — Urteil Metock u. a., oben in Fn. 24 angeführt, Randnr. 58.

der Rechtssache Bickel und Franz [57] um zwei Angeklagte — von denen einer die deutsche und der andere die österreichische Staatsangehörigkeit besaß —, gegen die ein Strafverfahren in der Region Trentino-Alto Adige (dem früheren Südtirol) in Italien eingeleitet worden war und die erreichen wollten, dass der Prozess nicht in italienischer, sondern in deutscher Sprache geführt wird. In der Rechtssache Martínez Sala [58] war die Klägerin eine spanische Staatsbürgerin, die nach Deutschland gezogen war. In der Rechtssache Bidar [59] war Dany Bidar von Frankreich in das Vereinigte Königreich gezogen, wo er nach dem Tod seiner Mutter bei seiner Großmutter wohnte, um seine Schulausbildung abzuschließen, und dann ein Studentendarlehen zur Finanzierung seines Universitätsstudiums beantragte.

76. Auch in Fällen, in denen Angehörige eines Mitgliedstaats die sich aus der Unionsbürgerschaft ergebenden Rechte gegen ihren eigenen Mitgliedstaat geltend machen, ist in der Regel zunächst ein Wegzug aus diesem Mitgliedstaat und dann eine Rückkehr erfolgt. In der Rechtssache D'Hoop [60] war Marie-Nathalie D'Hoop von Belgien nach Frankreich gezogen, wo sie ihre Schulausbildung abschloss, und dann nach Belgien zurückgekehrt, wo sie das Überbrückungsgeld beantragte, das Schulabgängern auf der Suche nach ihrer ersten Beschäftigung gezahlt wird. In der Rechtssache Grunkin und Paul [61] reiste Leonhard Matthias Grunkin-Paul zwischen Dänemark (wo er geboren ist, gelebt und die Schule besucht hat) und Deutschland (dem Land, dessen Staatsangehörigkeit er besaß) hin und her, um dort Zeit mit seinem geschiedenen Vater zu verbringen. Er wollte erreichen, dass ihm ein deutscher Reisepass auf den Namen, den er rechtmäßig in Dänemark erhalten hatte, und nicht auf einen anderen Namen ausgestellt wird.

77. Allerdings meine ich, dass die Ausübung der aus der Unionsbürgerschaft hergeleiten Rechte nicht immer untrennbar und zwangsläufig mit einem physischen Ortswechsel verbunden sein muss. Es gibt auch bereits die Unionsbürgerschaftsfälle, in denen das Element eines echten Ortswechsels kaum erkennbar oder gar nicht vorhanden ist.

78. In der Rechtssache Garcia Avello [62] waren die Eltern spanische Staatsangehörige, die nach Belgien gezogen waren; ihre Kinder Esmeralda und Diego (die eine doppelte, die spanische und die belgische, Staatsangehörigkeit besaßen und deren streitiger Nachname Gegenstand des Verfahrens war) waren jedoch in Belgien geboren und hatten sich, soweit sich dies der Sachverhaltsdarstellung entnehmen lässt, nie außer Landes begeben. In der Rechtssache Zhu und Chen [63] war Catherine Zhu in einem Landesteil des Vereinigten Königreichs (Nordirland) geboren und zog lediglich *innerhalb* des Vereinigten Königreichs um (nach England). Aufgrund der gesetzlichen Vorschriften, die damals allen auf der irischen Insel (einschließlich

57 — Urteil vom 24. November 1998 (C-274/96, Slg. 1998, I-7637).

58 — Urteil vom 12. Mai 1998 (C-85/96, Slg. 1998, I-2591).

59 — Oben in Fn. 40 angeführt.

60 — Oben in Fn. 40 angeführt.

61 — Urteil vom 14. Oktober 2008 (C-353/06, Slg. 2008, I-7639).

62 — Oben in Fn. 40 angeführt.

63 — Oben in Fn. 22 angeführt.

Nordirland) geborenen Personen die irische Staatsangehörigkeit verliehen, im Verbund mit einer guten Rechtsberatung konnte sie unter Berufung auf die Unionsbürgerschaft ein Aufenthaltsrecht im Vereinigten Königreich für sich und ihre chinesische Mutter begründen, da es ihr als Kleinkind andernfalls unmöglich gewesen wäre, von ihren Rechten als Unionsbürgerin wirksam Gebrauch zu machen. In der Rechtssache Rottmann [64] erwarb Dr. Rottmann die maßgebende Staatsangehörigkeit (die durch Einbürgerung erworbene deutsche Staatsangehörigkeit, die an die Stelle seiner früheren durch Geburt erworbenen österreichischen Staatsangehörigkeit getreten war) nach seinem Umzug von Österreich nach Deutschland. Der Gerichtshof hat in seinem Urteil den vorangegangenen Umzug jedoch außer Betracht gelassen und ausschließlich auf die *zukünftigen* Folgen abgestellt, nämlich darauf, dass Dr. Rottmann im Fall eines Verlusts der deutschen Staatsangehörigkeit staatenlos geworden wäre. (Ich werde weiter unten noch näher auf dieses unlängst ergangene wichtige Urteil eingehen. [65])

79. Bei einer Untersuchung der verschiedenen den Unionsbürgern durch den Vertrag verliehenen Rechte ergibt sich, dass einige — namentlich das aktive und passive Wahlrecht bei Kommunalwahlen und bei den Wahlen zum Europäischen Parlament — nur in einem anderen als dem Mitgliedstaat in Anspruch genommen werden können, dessen Staatsangehörigkeit der Betreffende besitzt. [66] Andere Rechte — das Recht nach Art. 227 AEUV, eine Petition an das Europäische Parlament zu richten, und das Recht nach Art. 228 AEUV, sich an den Bürgerbeauftragten zu wenden — können offenbar ohne geografische Beschränkung ausgeübt werden. [67] Das Recht auf diplomatischen und konsularischen Schutz nach Art. 23 AEUV (früher Art. 20 EG) kann in jedem Drittland geltend gemacht werden, in dem der Mitgliedstaat, dessen Staatsangehörigkeit der Betreffende besitzt, nicht vertreten ist.

80. Das vielleicht als „Kernrecht“ zu bezeichnende Recht — das „Recht, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten“ [68] — lässt sich nicht ganz so einfach bestimmen. Handelt es sich um ein kombiniertes Recht (das Recht, „sich-zu-bewegen-und-aufzuhalten“)? Oder um ein sequenzielles Recht („das Recht, sich zu bewegen und dann, wenn man sich irgendwann zuvor bewegt hat, sich aufzuhalten“)? Oder um zwei eigenständige Rechte („das

64 — Urteil vom 2. März 2010 (C-135/08, Slg. 2010, I-1449).

65 — Siehe unten, Nrn. 93 ff.

66 — Vgl. Art. 22 AEUV (früher Art. 19 EG) mit ausdrücklicher Bezugnahme auf jeden Unionsbürger „mit Wohnsitz in einem Mitgliedstaat, dessen Staatsangehörigkeit er nicht besitzt“, sowie Art. 20 Abs. 2 Buchst. b AEUV (früher Art. 17 EG), in dem es heißt, dass die Unionsbürger diese Rechte ausüben „in dem Mitgliedstaat, in dem sie ihren Wohnsitz haben, … wobei für sie dieselben Bedingungen gelten wie für die Angehörigen des betreffenden Mitgliedstaats“.

67 — Beide Rechte werden durch Art. 24 AEUV (früher Art. 21 EG) begründet. Gemäß dieser Vorschrift könnte sich (vermutlich) ein Unionsbürger auch von irgendeinem Ort der Welt aus schriftlich an jedes Organ wenden, sofern er die Erfordernisse hinsichtlich der Sprache beachtet, und könnte eine Antwort erwarten. Daher könnten (z. B.) die Kinder von Herrn Ruiz Zambrano von einem beliebigen Drittstaat ebenso wie von einem beliebigen Mitgliedstaat aus eines der Organe in Spanisch anschreiben und hätten ein Recht auf eine Stellungnahme.

68 — Wie es in den Art. 20 Abs. 2 Buchst. a AEUV (früher Art. 17 EG) und Art. 21 Abs. 1 AEUV (früher Art. 18 Abs. 1 EG) heißt.

Recht, sich zu bewegen“ *und* „das Recht, sich aufzuhalten“)?

Wirkung der Grundrechte

81. Vor die Wahl gestellt, „das Recht, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten“, das in den Art. 20 Abs. 2 Buchst. a AEUV und 21 Abs. 1 AEUV verankert ist, dahin auszulegen, dass es auf Fälle beschränkt ist, in denen sich der Unionsbürger zunächst in einen anderen Mitgliedstaat begeben hat, oder davon auszugehen, dass die Begriffe „sich bewegen“ und „sich aufhalten“ disjunktiv verstanden werden können, so dass es einem Unionsbürger nicht verwehrt ist, sich auf diese Rechte auch dann zu berufen, wenn er sich (ohne vorherigen Ortswechsel) im Mitgliedstaat seiner Staatsangehörigkeit aufhält: Was soll der Gerichtshof tun?

82. An dieser Stelle ist es notwendig, auf die Frage des Grundrechtsschutzes innerhalb der Rechtsordnung der Union zurückzukommen.

83. Die Bedeutung der Grundrechte im klassischen Zusammenhang der Freizügigkeit hat Generalanwalt Jacobs höchst eloquent in der Rechtssache Konstantinidis [69] dargelegt, in der es um einen in Deutschland erwerbstätigen griechischen Masseur ging, der geltend machte, durch die amtliche Transliteration seines Namens in seinen sich aus dem Unionsrecht ergebenden Rechten verletzt zu sein. Die Aufarbeitung des Urteils Wachauf durch Generalanwalt Jacobs hatte weitreichende Konsequenzen. Die Rechtssache Konstantinidis war nicht mehr länger nur ein Fall, in dem es um eine Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit ging, sondern wurde zu einem Fall, der das Grundrecht auf persönliche Identität betraf. Wird ein solches Recht des Klägers anerkannt (wie dies der Gerichtshof in seinem Urteil getan hat), wird damit implizit auch die Prämisse übernommen, dass ein Unionsangehöriger, der sich in einen anderen Mitgliedstaat begibt, davon ausgehen *darf*, „dass er, wohin er sich in der Europäischen [Union] zu Erwerbszwecken auch begibt, stets im Einklang mit einer gemeinsamen Ordnung von Grundwerten behandelt wird … Mit anderen Worten, er ist berechtigt, zu sagen ‚civis europeus sum‘ und sich auf diesen Status zu berufen, um sich jeder Verletzung seiner Grundrechte zu widersetzen.“ [70] Der Unionsbürger, der von Freizügigkeitsrechten Gebrauch macht, kann sich auf die gesamte Palette der unionsrechtlich geschützten Grundrechte berufen (gleichviel, ob diese mit der wirtschaftlichen Tätigkeit zusammenhängen, zu deren Ausübung er sich von einem Mitgliedstaat in einen anderen begibt). Wäre dies nicht der Fall, könnte er von der Wahrnehmung dieser Freizügigkeitsrechte abgehalten werden.

84. Es wäre (gelinde gesagt) paradox, wenn ein Unionsbürger sich auf unionsrechtliche

69 — Urteil vom 30. März 1993 (C-168/91, Slg. 1993, I-1191).

70 — Schlussanträge in der Rechtssache Konstantinidis, Urteil oben in Fn. 69 angeführt, Nr. 46.

Grundrechte berufen könnte, wenn er von einem wirtschaftlichen Freizügigkeitsrecht als Arbeitnehmer Gebrauch macht, wenn eine innerstaatliche Regelung in den Geltungsbereich des Vertrags fällt (z. B. Bestimmungen über gleiche Entlohnung) oder wenn er sich auf abgeleitetes Unionsrecht stützt (z. B. auf die Dienstleistungsrichtlinie), ihm dies jedoch verwehrt wäre, wenn er sich in dem betreffenden Mitgliedstaat lediglich „aufhält". Gesetzt den (recht unwahrscheinlichen) Fall — wobei zu Verdeutlichungszwecken einmal der Schutz beiseitegelassen werden soll, der sich im Rahmen der nationalen Rechtsordnung selbst aus Art. 8 EMRK herleiten lässt —, eine nationale Regelung in einem Mitgliedstaat A gewährt den Schutz der Meinungsäußerungsfreiheit zu religiösen Themen nur denjenigen Personen, die sich dort 20 Jahre lang ununterbrochen aufgehalten haben: Ein Staatsbürger des Mitgliedstaats A (wie Marie-Nathalie D'Hoop), der in der Vergangenheit von Freizügigkeitsrechten Gebrauch gemacht hat, indem er sich in den benachbarten Mitgliedstaat B begeben hat und erst vor Kurzem in Mitgliedstaat A zurückgekehrt ist, könnte sich gegenüber dem Mitgliedstaat seiner Staatsangehörigkeit im Rahmen seiner Unionsbürgerschaft auf seine Grundrechte stützen (und sich sowohl auf Art. 9 EMRK als auch Art. 10 der Charta berufen). Würde dies auch für einen 18-jährigen Unionsbürger gelten, der die Staatsangehörigkeit des Mitgliedstaats B besitzt, aber in Mitgliedstaat A geboren ist und stets dort gelebt hat? (Die streitige nationale Regelung enthält keine Diskriminierung, die unmittelbar oder mittelbar auf der Staatsangehörigkeit beruht, so dass Art. 18 AEUV [früher Art. 12 EG] nicht herangezogen werden kann). Ausgehend vom Urteil Garcia Avello lautet die Antwort sicherlich„ja"— diese Antwort impliziert jedoch, dass das„Recht, sich aufzuhalten" eigenständig besteht und nicht durch irgendeine rechtliche Nabelschnur mit dem Recht, sich frei zu bewegen, verbunden ist. Und wie steht es schließlich (an dieser Stelle lasse ich die Diskussion um den Begriff „umgekehrte Diskriminierung" anklingen) mit einem 18-jährigen Unionsbürger, der die Staatsangehörigkeit des Mitgliedstaats A besitzt, sich dort aufhält und auf keinen zufällig oder absichtlich entstandenen anderweitigen Bezug zum Unionsrecht verweisen kann (z. B. eine Reise in den Mitgliedstaat B im Rahmen einer Klassenfahrt)?

85. Vor diesem Hintergrund wende ich mich wieder der bisherigen Rechtsprechung des Gerichtshofs zur Unionsbürgerschaft zu.

86. Wenn man auf der Prämisse besteht, dass sich der Betreffende körperlich in einen anderen Mitgliedstaat als den Mitgliedstaat seiner Staatsangehörigkeit begeben haben muss, ehe Aufenthaltsrechte als Unionsbürger geltend gemacht werden können, besteht die Gefahr seltsamer und unlogischer Ergebnisse. Angenommen, ein freundlicher Nachbar hat Diego und Jessica ein- oder zweimal zum Parc Astérix in Paris oder ans Meer in die

Bretagne mitgenommen.[71] Sie hätten dann Dienstleistungen in einem anderen Mitgliedstaat empfangen. Wenn sie daraufhin Rechte aufgrund ihres „Ortswechsels" geltend machen wollten, könnte dem nicht entgegengehalten werden, es handele sich um einen „rein internen" Sachverhalt in Belgien.[72] Hätte ein Besuch genügt? Zwei? Mehrere? Würde ein Tagesausflug ausreichen, oder müssten sie ein oder zwei Nächte in Frankreich verbringen?

87. Sollte die Familie nach erzwungener Ausreise aus Belgien oder überhaupt der Europäischen Union Zuflucht in einem anderen Land suchen, z. B. in Argentinien, könnten Diego und Jessica als Unionsbürger diplomatischen und konsularischen Schutz durch die Vertretungen anderer Mitgliedstaaten in diesem Drittland in Anspruch nehmen. Sie könnten Zugang zu Dokumenten verlangen und sich schriftlich an den Bürgerbeauftragten wenden. Aber sie könnten sich in diesem Fall nicht auf ihre Rechte als Unionsbürger berufen, um sich weiter in Belgien aufzuhalten.

88. Angesichts eines solchen Ergebnisses kann man sich kaum eines gewissen Unbehagens erwehren. Für die Ausübung der Rechte aus der Unionsbürgerschaft würden offenbar eher die Gesetze des Zufalls als die der Logik gelten.

71 — Es liegt auf der Hand, dass die Eltern der Kinder selbst vernünftigerweise keinen solchen Ausflug ins Auge fassen könnten, da sie riskieren würden, dass ihnen die Wiedereinreise nach Belgien verwehrt wird.

72 — Vgl. Urteil vom 2. Februar 1989, Cowan (186/87, Slg. 1989, 195, Randnr. 15).

89. Wäre eine radikale Erweiterung der Rechtsprechung zur Unionsbürgerschaft notwendig, um im vorliegenden Fall zu der Feststellung gelangen zu können, dass die den Kindern von Herrn Ruiz Zambrano als Unionsbürgern zustehenden Rechte zum Tragen kommen — auch wenn sie sich noch nicht außerhalb des Mitgliedstaats ihrer Staatsangehörigkeit begeben haben —, und um (gegebenenfalls) anschließend prüfen zu können, ob Herr Ruiz Zambrano ein abgeleitetes Aufenthaltsrecht geltend machen kann?

90. Meines Erachtens ist gar kein besonders großer Schritt erforderlich.

Handelt es sich hier um einen rein internen Sachverhalt?

91. Im vorliegenden Verfahren sind alle Mitgliedstaaten, die Erklärungen abgegeben haben, einhellig der Meinung, dass die Situation von Herrn Ruiz Zambrano einen „rein internen" Sachverhalt in Belgien darstelle und dass die Bestimmungen des Unionsrechts, einschließlich der Bestimmungen über die Unionsbürgerschaft, deshalb nicht eingriffen. Die Kommission argumentiert ähnlich. Alle verweisen mehr oder weniger ausführlich auf den potenziellen Schutz, der Herrn Ruiz Zambrano und seiner Familie entweder nach innerstaatlichem Recht oder nach der EMRK gewährt werden könnte, und fordern den Gerichtshof mit unterschiedlichem Nachdruck auf, die Möglichkeit eines Eingreifens von

Rechten aus der Unionsbürgerschaft nicht in Erwägung zu ziehen.

92. Ich teile diese Sichtweise nicht.

93. Beachtenswert ist, dass in der Rechtssache Rottmann sowohl Deutschland (der Mitgliedstaat, in den Dr. Rottmann eingebürgert worden war) als auch Österreich (der Herkunftsmitgliedstaat), unterstützt durch die Kommission, argumentiert hatten, „[Dr. Rottmann] sei im Zeitpunkt der Entscheidung über die Rücknahme seiner Einbürgerung ein in Deutschland wohnhafter deutscher Staatsbürger gewesen, an den sich ein von einer deutschen Behörde erlassener Verwaltungsakt gerichtet habe … [Daher handele] es sich um einen *rein internen Sachverhalt* …, der keinerlei Bezug zum Unionsrecht aufweise, da dieses nicht allein deshalb Anwendung finde, weil ein Mitgliedstaat eine Maßnahme gegenüber einem seiner Staatsbürger treffe. Dass *der Betroffene* in einer Situation wie der des Ausgangsverfahrens *vor der Einbürgerung von seinem Freizügigkeitsrecht Gebrauch gemacht habe, stelle für sich allein kein grenzüberschreitendes Element dar*, das in Bezug auf die Rücknahme dieser Einbürgerung eine Rolle spielen könnte.“ [73]

94. Bei der Prüfung dieser Argumentation ist der Gerichtshof der Anregung gefolgt, den Umstand, dass Dr. Rottmann bereits zuvor sein Freizügigkeitsrecht ausgeübt hatte (Umzug von Österreich nach Deutschland), außer Betracht zu lassen, und hat den Blick nicht in die Vergangenheit, sondern in die Zukunft gerichtet. Er hat nachdrücklich darauf hingewiesen, dass zwar die Verleihung und die Aberkennung der Staatsangehörigkeit in die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten fielen, dass aber die betreffenden nationalen Vorschriften in Situationen, die unter das Unionsrecht fielen, dieses Recht zu beachten hätten. Der Gerichtshof ist zu dem Ergebnis gekommen, dass „die Situation eines Unionsbürgers, gegen den … eine Entscheidung … über die Rücknahme seiner Einbürgerung ergangen ist, die ihn … in *eine Lage* versetzt, *die zum Verlust des* durch Art. [20 AEUV] verliehenen *Status und der damit verbundenen Rechte führen kann*, *ihrem Wesen* und *ihren Folgen* nach unter das Unionsrecht fällt“ [74].

95. Meines Erachtens lassen sich die Ausführungen des Gerichtshofs im Urteil Rottmann in Verbindung mit seiner früheren Entscheidung in der Rechtssache Zhu und Chen ohne Weiteres auf den vorliegenden Fall übertragen. Hier fiel die Verleihung der belgischen Staatsangehörigkeit an die Kinder von Herrn Ruiz Zambrano, Diego und Jessica, in die Zuständigkeit Belgiens. Mit der Verleihung dieser Staatsangehörigkeit wurden die Kinder jedoch Unionsbürger und erlangten damit die Berechtigung, die ihnen in dieser Eigenschaft verliehenen Rechte neben ihren Rechten als belgische Staatsangehörige auszuüben. Sie haben sich noch nicht außerhalb ihres eigenen Mitgliedstaats begeben. Das hatte Dr. Rottmann nach seiner Einbürgerung auch nicht getan. Wenn die Eltern kein abgeleitetes

73 — Urteil Rottmann, oben in Fn. 64 angeführt, Randnr. 38 (Hervorhebung nur hier).

74 — Ebd., Randnr. 42 (Hervorhebung nur hier).

Aufenthaltsrecht haben und gezwungen wären, Belgien zu verlassen, werden die Kinder aller Wahrscheinlichkeit nach mit ihnen außer Landes gehen müssen. Damit würden Diego und Jessica praktisch in eine „Lage versetzt, die zum Verlust des [durch ihre Unionsbürgerschaft] verliehenen Status und der damit verbundenen Rechte führen kann". Daraus folgt, dass — ebenso wie dies bei Dr. Rottmann der Fall war — die *Situation der Kinder* „ihrem Wesen und ihren Folgen nach unter das Unionsrecht fällt".

96. Außerdem können Diego und Jessica — ähnlich wie Catherine Zhu — ihre Rechte als Unionsbürger (speziell ihr Recht, sich frei zu bewegen und sich in einem anderen Mitgliedstaat aufzuhalten) ohne die Anwesenheit und Hilfe ihrer Eltern nicht in vollem Umfang und nicht wirksam wahrnehmen. Da hier derselbe Bezug besteht, den der Gerichtshof in der Rechtssache Zhu und Chen erkannt hat (einem Kleinkind die wirksame Wahrnehmung seiner unionsbürgerlichen Rechte zu ermöglichen), folgt, dass auch die *Situation von Herrn Ruiz Zambrano* kein „rein interner" Sachverhalt in Belgien ist. Sie fällt ebenfalls unter das Unionsrecht.

97. Daraus folgt dann aber auch, dass (ebenso wie in der Rechtssache Rottmann) „[u]nter diesen Umständen … der Gerichtshof über die Fragen des vorlegenden Gerichts zu befinden [hat]" — oder, um im Wesentlichen dieselbe Schlussfolgerung anders zu formulieren, dass es sich bei der vorliegenden Fallgestaltung *nicht* um einen rein internen Sachverhalt handelt, der keinerlei Bezug zum Unionsrecht aufweist. Im Rahmen dieser Prüfung wird der Gerichtshof meiner Meinung nach folgende Fragen zu entscheiden haben: a) Liegt ein Eingriff in das den Kindern von Herrn Ruiz Zambrano als Unionsbürgern zustehende Recht vor, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten? b) Ist ein solcher Eingriff, falls er vorliegt, grundsätzlich zulässig? c) Unterliegt der Eingriff, falls er grundsätzlich zulässig ist, trotzdem irgendwelchen Beschränkungen (z. B. aus Gründen der Verhältnismäßigkeit)?

Liegt ein Eingriff vor?

98. Die Kinder von Herrn Ruiz Zambrano haben als Unionsbürger unbestreitbar „das Recht, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten". Theoretisch können sie von diesem Recht Gebrauch machen. In der Praxis haben sie jedoch wegen ihres Alters keine Möglichkeit, dies ohne ihre Eltern zu tun.

99. Falls Herr Ruiz Zambrano nicht in den Genuss eines abgeleiteten Aufenthaltsrechts in Belgien kommt (das entscheidende Kriterium für seinen Anspruch auf Leistungen bei Arbeitslosigkeit), wird er den Mitgliedstaat, dessen Staatsangehörigkeit seine

Kinder besitzen, früher oder später verlassen müssen. Angesichts ihres Alters (und selbstverständlich vorausgesetzt, die Abreise verzögert sich nicht so lange, bis die Kinder volljährig sind) werden die Kinder mit ihm wegziehen müssen. [75] Sie sind dann nicht in der Lage, ihr Recht, sich im Gebiet der Europäischen Union zu bewegen und aufzuhalten, wahrzunehmen. Die Parallelen zur Rechtssache Rottmann liegen auf der Hand. Die Rechte von Dr. Rottmann als Unionsbürger waren ernstlich bedroht, da er bei einer Rücknahme seiner Einbürgerung in Deutschland *ratione personae* nicht in der Lage wäre, diese Rechte wahrzunehmen. Hier sehen sich die Kinder von Herrn Ruiz Zambrano einer nicht unähnlichen Bedrohung ihrer Rechte *ratione loci* ausgesetzt. Sie müssen in der Lage sein, körperlich im Gebiet der Europäischen Union zu verbleiben, um sich von einem Mitgliedstaat in einen anderen begeben oder sich in einem Mitgliedstaat aufhalten zu können. [76]

100. Wie dargestellt, lässt die Rechtsprechung (vor allem die Urteile Garcia Avello, Zhu und Chen sowie Rottmann) bereits zu, dass bestimmte Bürgerschaftsrechte unabhängig von einer vorherigen Grenzüberschreitung des betreffenden Unionsbürgers geltend gemacht werden können. Wären die Kläger bzw. die Klägerin in den ersten beiden genannten Rechtssachen (spanische Staatsangehörige in Belgien, irische Staatsangehörige im Vereinigten Königreich) auf ein eigenständiges Aufenthaltsrecht gegenüber den Behörden der betreffenden Mitgliedstaaten *angewiesen* gewesen, hätte der Gerichtshof meines Erachtens mit Sicherheit ein solches Recht zuerkannt. Im Urteil Rottmann ist er bereits einen Schritt weitergegangen, indem er auf die zukünftigen Bürgerschaftsrechte eines sich in Deutschland aufhaltenden deutschen Staatsangehörigen abgestellt hat. Angesichts dessen wäre es gekünstelt, nicht ganz offen anzuerkennen, dass (auch wenn in der Praxis das Aufenthaltsrecht in der ganz überwiegenden Anzahl der Fälle wahrscheinlich nach Ausübung des Rechts, sich in einen anderen Mitgliedstaat zu begeben, wahrgenommen wird) Art. 21 AEUV ein eigenes Aufenthaltsrecht enthält, das von dem Freizügigkeitsrecht unabhängig ist.

101. Dementsprechend empfehle ich dem Gerichtshof, jetzt die Existenz dieses eigenständigen Aufenthaltsrechts anzuerkennen.

102. Aus den bereits dargelegten Gründen können Diego und Jessica ein solches Aufenthaltsrecht nicht ohne die Unterstützung ihrer Eltern wahrnehmen. Ich komme daher zu dem Ergebnis, dass unter den Umständen des vorliegenden Falls die Nichtanerkennung eines Herrn Ruiz Zambrano zustehenden abgeleiteten Aufenthaltsrechts potenziell einen Eingriff in das Diego und Jessica als Unionsbürgern zustehende Aufenthaltsrecht darstellen kann.

103. Ich füge hinzu, dass ich auch dann, wenn der Gerichtshof nicht zu der Feststellung bereit sein sollte, dass Art. 21 AEUV

75 — Siehe oben, Nrn. 86 f., in denen die Auswirkungen auf das Recht auf Achtung des Familienlebens untersucht werden.

76 — Selbstverständlich besteht theoretisch die Möglichkeit, dass ein anderer Mitgliedstaat zur Aufnahme der Familie bereit ist. In diesem Fall könnten Diego und Jessica weiterhin — zumindest in gewissem Umfang — ihre Rechte als Unionsbürger wahrnehmen.

ein eigenständiges Aufenthaltsrecht verleiht, angesichts der Umstände dieses Falls zu dem Ergebnis komme, dass der potenzielle Eingriff in das Diego und Jessica zustehende Recht, sich im Gebiet der Union zu bewegen und aufzuhalten, dem Eingriff im Fall von Catherine Chen (die sich nie in Irland aufgehalten hat und übrigens auch nie das Hoheitsgebiet des Vereinigten Königreichs verlassen hat) hinreichend weit entspricht, um ihre Situation der Situation von Catherine Zhu gleichzustellen.

Kann der Eingriff gerechtfertigt werden?

104. Zunächst stelle ich fest, dass sich Herr Ruiz Zambrano dadurch, dass er keine ausdrückliche Erklärung dahin abgegeben hat, dass seine Kinder Kolumbianer werden sollen, und sie stattdessen die Staatsangehörigkeit des EU-Mitgliedstaats ihrer Geburt erwerben ließ, für eine ihm rechtmäßig offenstehende Vorgehensweise entschieden hat. Insoweit kann sein Verhalten durchaus mit dem von Herrn und Frau Zhu verglichen werden. Der Gerichtshof hat klargestellt, dass die Inanspruchnahme einer rechtlich vorgesehenen Möglichkeit nicht zu beanstanden ist und sich deutlich von einem Rechtsmissbrauch unterscheidet.[77] Seit der Zeit, die für den Sachverhalt des vorliegenden Falls maßgebend ist, wurde das belgische Staatsangehörigkeitsgesetz geändert[78], so dass es jemandem in der gleichen Situation wie Herr Ruiz Zambrano jetzt nicht mehr freisteht, sein Kind nicht bei den diplomatischen oder konsularischen Behörden seines eigenen Landes zu melden, um sicherzustellen, dass sie die belgische Staatsangehörigkeit erhalten. Zu dem hier maßgebenden Zeitpunkt hingegen war sein Vorgehen nicht zu beanstanden.

105. Dieser Umstand muss im Auge behalten werden — insbesondere im Hinblick auf etwaige Einwände dahin, dass „Schleusen geöffnet" würden. Die Mitgliedstaaten bestimmen, wer ihr Staatsangehöriger werden kann.[79] Hier befasst sich der Gerichtshof ausschließlich mit den Rechten, auf die sich solche Personen, *nachdem sie Staatsangehörige eines Mitgliedstaats geworden sind*, aufgrund des damit einhergehenden Erwerbs der Unionsbürgerschaft berufen können.

106. So konnten in der Rechtssache Kaur[80] Frau Manjit Kaur die sich aus dem Unionsbürgerschaftsstatus ergebenden Rechte nicht „entzogen" werden, weil sie der Definition eines Staatsangehörigen des Vereinigten Königreichs Großbritannien und Nordirland nicht entsprach. Da sie bereits am ersten

77 — Vgl. Urteile Akrich, oben in Fn. 24 angeführt, Randnrn. 55 bis 57 (zu den nach dem Unionsrecht bestehenden Rechten) sowie Zhu und Chen, oben in Fn. 22 angeführt, Randnr. 36 (zu den zunächst aus innerstaatlichem Recht hergeleiteten Rechten).

78 — Auch das irische Staatsangehörigkeitsrecht wurde (damals *nach* der Entscheidung des Gerichtshofs in der Rechtssache Zhu und Chen) durch den Irish Nationality and Citizenship Act 2004 geändert.

79 — Vgl. Urteile vom 7. Juli 1992, Micheletti (C-369/90, Slg. 1992, I-4239, Randnr. 10), vom 11. November 1999, Mesbah (C-179/98, Slg. 1999, I-7955, Randnr. 29), vom 20. Februar 2001, Kaur (C-192/99, Slg. 2001, I-1237, Randnr. 19), sowie Zhu und Chen, oben in Fn. 22 angeführt, Randnr. 37.

80 — Urteil Kaur, oben in Fn. 79 angeführt.

Hindernis scheiterte und nach den auf sie anwendbaren innerstaatlichen Vorschriften nicht jemand war, der „die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaats besitzt", konnte sie sich folglich auch nicht auf das Unionsbürgern aus dem Unionsrecht zustehende Recht berufen, sich in einem beliebigen Mitgliedstaat (einschließlich des Vereinigten Königreichs) aufzuhalten. [81] Im vorliegenden Fall hingegen sind die Kinder von Herrn Ruiz Zambrano Träger und Begünstigte der üblichen Rechte eines belgischen Staatsangehörigen, ebenso wie Dr. Rottmann Träger und Begünstigter der üblichen Rechte aus seiner mit der Einbürgerung erworbenen deutschen Staatsangehörigkeit war.

Verhältnismäßigkeit

107. Gewiss gibt es Fälle, in denen die Rechtsausübung durch einen Unionsbürger *nicht* voraussetzt, dass einem Familienangehörigen in aufsteigender Linie ein Aufenthaltsrecht zuerkannt wird. So ist z. B. ein volljähriger Unionsbürger in der Lage, seine Rechte, im Gebiet der Europäischen Union zu reisen und sich dort aufzuhalten, auszuüben, ohne dass es notwendig wäre, einem Elternteil oder beiden Eltern daneben noch ein Aufenthaltsrecht in dem gewählten Mitgliedstaat zuzubilligen.

108. Meiner Ansicht nach ist daher der potenzielle Eingriff in die mit der Unionsbürgerschaft verbundenen Rechte, der sich ergibt, wenn einem Familienangehörigen in aufsteigender Linie nicht automatisch ein abgeleitetes Recht auf Aufenthalt in dem Mitgliedstaat der Staatsangehörigkeit des Unionsbürgers gewährt wird, grundsätzlich hinnehmbar. Unter bestimmten Umständen kann der Eingriff jedoch unzulässig sein (insbesondere, wenn er unverhältnismäßig ist).

109. Wie der Gerichtshof in den Urteilen Micheletti [82] und Kaur [83] sowie in jüngerer Zeit im Urteil Rottmann ausgeführt hat, fällt die Verleihung der Staatsangehörigkeit zwar in die Zuständigkeit der einzelnen Mitgliedstaaten, doch müssen diese bei der Ausübung dieser Zuständigkeit gleichwohl das Unionsrecht beachten. [84] Zu dem gleichen Ergebnis kam der Gerichtshof im Urteil Bickel und Franz auf dem Gebiet des Straf- und Strafverfahrensrechts [85], im Urteil Garcia Avello auf dem Gebiet des Namensrechts [86] und im Urteil Schempp auf dem Gebiet der direkten Steuern [87] — allesamt sensible Rechtsbereiche, in denen die Mitgliedstaaten immer noch über erhebliche Befugnisse verfügen.

81 — Ebd. (das Urteil Kaur wird im Urteil Rottmann, Randnr. 49, angeführt): vgl. insbesondere Randnrn. 20 bis 24.

82 — Oben in Fn. 79 angeführt, Randnr. 10.
83 — Oben in Fn. 79 angeführt, Randnr. 19.
84 — Oben in Fn. 64 angeführt, Randnrn. 41 f.
85 — Oben in Fn. 57 angeführt, Randnr. 17.
86 — Oben in Fn. 40 angeführt, Randnr. 25.
87 — In Fn. 40 angeführt, Randnr. 19.

110. Hier — wie so oft — geht es um die Ausübung eines Rechts und die potenzielle Rechtfertigung eines Eingriffs in dieses Recht (oder einer Ausnahme von dem Recht) und insofern im Kern um die Frage der Verhältnismäßigkeit. Ist es unter den Umständen des vorliegenden Falls verhältnismäßig, Herrn Ruiz Zambrano ein Aufenthaltsrecht, das aus den seinen Kindern als Unionsbürgern zustehenden Rechten abgeleitet ist, nicht zuzuerkennen? Die Entscheidung über die Verhältnismäßigkeit ist zwar (wie üblich) letztlich Sache des nationalen Gerichts, jedoch mögen einige kurze Bemerkungen sachdienlich sein.

111. Im Rahmen der Anwendung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit im vorliegenden Fall (wie in der Rechtssache Rottmann) „hat das vorlegende Gericht … zu prüfen, ob die im Ausgangsverfahren in Rede stehende [Entscheidung] hinsichtlich ihrer Auswirkungen auf die unionsrechtliche Stellung des Betroffenen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wahrt“ [88] (und zwar über die Prüfung der Verhältnismäßigkeit nach nationalem Recht hinaus). In jenem Fall hat der Gerichtshof weiter ausgeführt: „Angesichts der Bedeutung, die das Primärrecht dem Unionsbürgerstatus beimisst, sind daher bei der Prüfung einer Entscheidung … die möglichen Folgen zu berücksichtigen, die diese Entscheidung für den Betroffenen und gegebenenfalls für seine Familienangehörigen in Bezug auf den Verlust der Rechte, die jeder Unionsbürger genießt, mit sich bringt. Hierbei ist insbesondere zu prüfen, ob dieser Verlust gerechtfertigt ist …“ [89]

112. In der mündlichen Verhandlung haben die Mitgliedstaaten, die Erklärungen abgegeben haben, hervorgehoben, dass die Festlegung der Bedingungen für den Aufenthalt eines Drittstaatsangehörigen in die mitgliedstaatliche Zuständigkeit falle. Belgien und Dänemark haben angeführt, dass es sich bei Herrn Ruiz Zambrano um einen abgewiesenen Asylbewerber handele, der kurz nach seiner Ankunft im Jahr 1999 zum Verlassen des belgischen Hoheitsgebiets aufgefordert worden sei. Er habe sich danach erhebliche Zeit lang unrechtmäßig dort aufgehalten und dürfe daher nicht in den Genuss eines unionsrechtlichen Aufenthaltsrechts kommen. Irland hat ein dramatisches Bild der Zuwanderungswelle von Drittstaatsangehörigen gezeichnet, die unweigerlich einsetzen werde, wenn Herrn Ruiz Zambrano ein aus der belgischen Staatsangehörigkeit seiner Kinder abgeleitetes Aufenthaltsrecht zuerkannt würde.

113. Herr Ruiz Zambrano hat darauf hingewiesen, dass er fast fünf Jahre lang ununterbrochen bei Plastoria tätig gewesen sei. Während dieses gesamten Zeitraums habe er seine Sozialversicherungsbeiträge ordnungsgemäß entrichtet. Im Zuge der von den belgischen Behörden bei Plastoria durchgeführten Kontrollen seien keine Verstöße gegen steuer-, sozialversicherungs- oder arbeitsrechtliche Regelungen im Rahmen seiner Beschäftigung festgestellt worden. Der einzige Einwand

88 — Urteil Rottmann, oben in Fn. 64 angeführt, Randnr. 55.

89 — Ebd., Randnr. 56.

habe seiner fehlenden Arbeitserlaubnis und Aufenthaltsgenehmigung gegolten; gegen seinen Arbeitgeber sei nicht vorgegangen worden. Diego und Jessica seien etliche Jahre nach dem Zeitpunkt geboren, zu dem er und seine Frau mit ihrem ersten Kind nach Belgien eingereist seien. Es lägen keine Anhaltspunkte dafür vor, dass die Erweiterung der Familie zunächst um Diego und dann um Jessica einen skrupellosen Versuch zur Ausnutzung etwaiger Regelungslücken dargestellt habe, um in Belgien bleiben zu können. Es handele sich um eine echte Familie. Er sei in Belgien voll integriert. Seine Kinder besuchten regelmäßig die örtliche Schule. Er sei nicht vorbestraft. Man habe ihm inzwischen sogar eine vorläufige und erneuerbare Aufenthaltsgenehmigung sowie eine Arbeitserlaubnis der Kategorie C erteilt.

114. Das von Irland angeführte Argument der „Schleusenöffnung" habe ich im Wesentlichen bereits abgehandelt. Wie Irland nach der Entscheidung des Gerichtshofs in der Rechtssache Zhu und Chen am eigenen Beispiel demonstriert hat, steht es einem Mitgliedstaat — wenn bestimmte Vorschriften über den Erwerb seiner Staatsangehörigkeit geeignet sind oder geeignet scheinen, zu „unhaltbaren" Ergebnissen zu führen — frei, die Vorschriften zu ändern, um das Problem auszuräumen.

115. Mit dieser Aussage will ich die Mitgliedstaaten nicht ermutigen, sich fremdenfeindlich zu verhalten oder die Schotten dichtzumachen und die Europäische Union in eine „Festung Europa" zu verwandeln. Ein solches Verhalten wäre nämlich ein tadelnswerter Rückschritt, der außerdem in klarem Widerspruch zu ausdrücklichen politischen Zielsetzungen stünde. [90] Ich erinnere lediglich daran, dass die Regelung des Erwerbs der Staatsangehörigkeit ein ausschließlich den Mitgliedstaaten vorbehaltener Bereich ist. Nachdem die Mitgliedstaaten jedoch selbst die „Unionsbürgerschaft" geschaffen haben, können sie nicht die gleichen uneingeschränkten Befugnisse hinsichtlich der unionsrechtlichen *Auswirkungen* der Unionsbürgerschaft, die mit der Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaats einhergeht, für sich in Anspruch nehmen.

116. Was den Umstand betrifft, dass Herr Ruiz Zambrano nach Ablehnung seines Asylantrags Belgien nicht verlassen hat, erinnere ich daran, dass er die fraglichen

90 — Nach den Schlussfolgerungen des Vorsitzes des Europäischen Rats von Tampere vom 15. und 16. Oktober 1999, „besteht [die Herausforderung] nunmehr darin, sicherzustellen, dass Freiheit, die das Recht auf Freizügigkeit in der gesamten Union beinhaltet, in einem Rahmen der Sicherheit und des Rechts in Anspruch genommen werden kann, der für alle zugänglich ist … Diese Freiheit sollte jedoch nicht als ausschließliches Vorrecht für die Bürger der Union betrachtet werden. Die Tatsache, dass sie existiert, hat Sogwirkung auf viele andere Menschen in der Welt, die nicht in der Freiheit leben, die die Unionsbürger als selbstverständlich empfinden. Es stünde im Widerspruch zu den Traditionen Europas, wenn diese Freiheit den Menschen verweigert würde, die wegen ihrer Lebensumstände aus berechtigten Gründen in unser Gebiet einreisen wollen" (Nrn. 2 f.). Auf gleicher Linie fordert der Europäische Rat vom 15. und 16. Oktober 2008 im Europäischen Pakt zu Einwanderung und Asyl die Mitgliedstaaten auf, eine „harmonische Integration der Migranten, bei denen Aussicht auf dauerhaften Verbleib besteht, in ihr Aufnahmeland zu fördern; diese Politik, deren Umsetzung den Aufnahmeländern echte Anstrengungen abverlangen wird, muss auf Ausgewogenheit zwischen den Rechten der Migranten (insbesondere Zugang zu Bildung, Arbeit, Sicherheit sowie öffentlichen und sozialen Dienstleistungen) und deren Pflichten … beruhen".

Verwaltungsentscheidungen angefochten hat und dass diese Gerichtsverfahren schon seit Langem anhängig sind. Ich erinnere außerdem daran, dass in der Rechtssache Carpenter die Drittstaatsangehörige (Frau Carpenter) gegen die nationalen Einwanderungsgesetze verstoßen hatte, indem sie nach Ablauf ihrer Erlaubnis zum Aufenthalt als Besucherin das Vereinigte Königreich nicht verlassen hatte. Der Gerichtshof hat dies nicht als unüberwindliches Hindernis für die spätere Geltendmachung ihrer unionsrechtlichen Rechte angesehen und darauf hingewiesen, dass „ihr Verhalten seit ihrer Ankunft im Vereinigten Königreich im September 1994 nicht Gegenstand irgendeines weiteren Vorwurfs [war], der die Befürchtung aufkommen lassen könnte, dass sie künftig eine Gefahr für die öffentliche Ordnung und Sicherheit darstellt“ [91].

117. Demgegenüber sind die im vorliegenden Fall entstehenden langfristigen Folgen der *Nichtanerkennung* eines Herrn Ruiz Zambrano zustehenden abgeleiteten Aufenthaltsrechts für Diego und Jessica einschneidend. Sie können das ihnen als Unionsbürger zustehende Aufenthaltsrecht ohne die Hilfe und Unterstützung seitens ihrer Eltern nicht wirksam wahrnehmen. Ihr Aufenthaltsrecht wird dadurch — bis sie alt genug sind, um es selbständig ausüben zu können — nahezu völlig inhaltslos (wie dies auch bei Catherine Zhu ohne die weitere Anwesenheit ihrer Mutter, Frau Zhu, im Vereinigten Königreich der Fall gewesen wäre).

91 — Urteil Carpenter, oben in Fn. 20 angeführt, Randnr. 44.

118. Der Vollständigkeit halber sollte ich noch kurz auf einen weiteren Einwand eingehen, der sich aus dem Streitgegenstand des beim vorlegenden Gericht anhängigen Verfahrens ergibt, nämlich die Gefahr, dass Herr Ruiz Zambrano die öffentlichen Finanzen „über Gebühr belasten“ könnte.

119. Nach den Ausführungen des Gerichtshofs im Urteil Baumbast und R [92] beruhen die in Art. 21 AEUV genannten Beschränkungen und Bedingungen auf dem Gedanken, dass die Wahrnehmung des Aufenthaltsrechts der Unionsbürger von der Wahrung der berechtigten Interessen der Mitgliedstaaten abhängig gemacht werden kann. Insoweit gelte die Erwägung, „dass die Aufenthaltsberechtigten die öffentlichen Finanzen des Aufnahmemitgliedstaats nicht ‚über Gebühr‘ belasten dürfen“ [93]. Allerdings hat der Gerichtshof auch festgestellt, dass „diese Beschränkungen und Bedingungen unter Einhaltung der einschlägigen [unions]rechtlichen Grenzen und im Einklang mit den allgemeinen Grundsätzen des [Unions]rechts, insbesondere dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, anzuwenden [sind]“ [94]. Mit anderen Worten, die gegen den Betroffenen erlassenen nationalen Maßnahmen müssen zur Erreichung des angestrebten Zwecks geeignet und notwendig sein. [95]

92 — Oben in Fn. 40 angeführt.

93 — Urteil Baumbast und R, oben in Fn. 40 angeführt, Randnr. 90.

94 — Ebd., Randnr. 91.

95 — Vgl. u. a. Urteile vom 2. August 1993, Allué u. a. (C-259/91, C-331/91 und C-332/91, Slg. 1993, I-4309, Randnr. 15), Zhu und Chen, oben in Fn. 22 angeführt, Randnr. 32, sowie Rottmann, oben in Fn. 64 angeführt, Randnr. 56.

120. Im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung im vorliegenden Fall wird das nationale Gericht den Umstand zu berücksichtigen haben, dass Herr Ruiz Zambrano nahezu fünf Jahre lang vollzeitlich bei Plastoria tätig war. Seine Beschäftigung war dem Office national de la sécurité sociale gemeldet worden. Von seinem Lohn wurden die gesetzlichen Sozialversicherungsbeiträge einbehalten, und sein Arbeitgeber entrichtete den entsprechenden Arbeitgeberanteil. Herr Ruiz Zambrano hat somit bisher stetig und regelmäßig zu den öffentlichen Finanzen des Aufnahmemitgliedstaats beigetragen.

121. Meines Erachtens legen diese Gesichtspunkte das Ergebnis nahe, dass die Nichtanerkennung eines abgeleiteten Aufenthaltsrechts im vorliegenden Fall unverhältnismäßig wäre. Letztlich ist die Entscheidung jedoch einzig und allein Sache des nationalen Gerichts.

122. Ich komme daher zu dem Ergebnis, dass die Art. 20 AEUV und 21 AEUV dahin auszulegen sind, dass sie ein auf der Unionsbürgerschaft beruhendes Aufenthaltsrecht im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten verleihen, das unabhängig von dem Recht besteht, sich von einem Mitgliedstaat in einen anderen zu begeben. Diese Bestimmungen verwehren es einem Mitgliedstaat nicht, einer Person, die in aufsteigender Linie mit einem Unionsbürger verwandt ist, der Staatsangehöriger des betreffenden Mitgliedstaats ist und von seinen Freizügigkeitsrechten noch keinen Gebrauch gemacht hat, ein abgeleitetes Aufenthaltsrecht zu versagen, sofern diese Entscheidung mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz vereinbar ist.

Frage 2 — Umgekehrte Diskriminierung

123. Hierbei geht es um die Frage, ob Art. 18 AEUV herangezogen werden kann, um Fälle einer durch das Ineinandergreifen von Unionsrecht (hier der Bestimmungen über die Unionsbürgerschaft) und nationalem Recht geschaffenen umgekehrten Diskriminierung zu lösen. Das Problem lässt sich wie folgt darstellen. Wenn ein Kleinkind (wie Catherine Zhu) die Staatsangehörigkeit eines anderen Mitgliedstaats als ihres Aufenthaltsstaats erworben hat, steht einem oder beiden Elternteilen ein abgeleitetes Aufenthaltsrecht im Aufnahmemitgliedstaat aufgrund Art. 21 AEUV und der Entscheidung des Gerichtshofs in der Rechtssache Zhu und Chen zu. Diego und Jessica besitzen die belgische Staatsangehörigkeit und halten sich in Belgien auf. Kann sich Herr Ruiz Zambrano auf Art. 18 AEUV berufen, der im Anwendungsbereich der Verträge „jede Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit“ verbietet, und deshalb ein ebensolches abgeleitetes Aufenthaltsrecht beanspruchen?

124. Sollte der Gerichtshof meiner Argumentation zu Frage 1 folgen, erübrigt sich die vorstehende Frage. Sollte sich der Gerichtshof meiner Auffassung jedoch nicht anschließen, muss geprüft werden, ob Art. 18 AEUV herangezogen werden kann, um einer umgekehrten Diskriminierung dieser Art abzuhelfen.

Gegenwärtiger Stand der Rechtsprechung: eine kritische Betrachtung

125. Im Urteil Baumbast und R [96] hat der Gerichtshof ausgeführt, dass Art. 18 EG (jetzt Art. 21 AEUV) unmittelbare Wirkung entfalte und nicht wirtschaftlich tätigen Personen ein eigenständiges Freizügigkeitsrecht verleihe. Damit hat er die Freizügigkeitsrechte auf Personen ausgedehnt, die keinen unmittelbaren wirtschaftlichen Bezug zum Binnenmarkt aufweisen und sich deshalb nicht auf die „klassischen" Freizügigkeitsrechte berufen können. Diese Weiterentwicklung war meiner Meinung nach folgerichtig und unvermeidlich, da sie sich logisch aus der Einführung der Unionsbürgerschaft ergibt. Wenn sich die Union zu mehr als nur einem bequemen und wirksamen Rahmen für den Ausbau des Handels entwickeln sollte, musste sie denjenigen Personen eine angemessene Stellung einräumen, die sie nunmehr als ihre Bürger bezeichnete. [97]

126. Diese Entwicklung zog jedoch zwangsläufig eine Reihe weiterer Konsequenzen nach sich.

127. Erstens konnten von dem Moment an, da die Mitgliedstaaten beschlossen, dem existierenden Staatsangehörigkeitsbegriff einen neuen und ergänzenden Status des „Unionsbürgers" an die Seite zu stellen, diese Personen nicht mehr bloß als Produktionsfaktoren betrachtet werden. Bürger sind keine „Ressourcen", die zur Herstellung von Waren und Erbringung von Dienstleistungen eingesetzt werden, sondern Einzelpersonen, die an eine politische Gemeinschaft gebunden sind und durch Grundrechte geschützt werden. [98]

128. Zweitens handeln Bürger, wenn sie umziehen, als menschliche Wesen und nicht als Roboter. Sie verlieben sich, heiraten und gründen eine Familie. Die Familieneinheit kann je nach den Umständen ausschließlich aus Unionsbürgern, aber auch aus Unionsbürgern und Drittstaatsangehörigen bestehen, die in enger Beziehung zueinander stehen. Wenn Familienangehörige nicht in derselben Weise behandelt werden wie Unionsbürger, die von ihren Freizügigkeitsrechten Gebrauch machen, verliert der Begriff der Freizügigkeit seine praktische Bedeutung. [99]

96 — Oben in Fn. 40 angeführt, Randnrn. 82 bis 84.

97 — Zwei frühe, nachdenkliche Abhandlungen zu Umfang und Bedeutung der Unionsbürgerschaft nach Inkrafttreten des Vertrags von Maastricht finden sich bei O'Leary, S., *The Evolving Concept of Community Citizenship*, Den Haag/London/Boston, Kluwer Law International, 1996, und Closa, C.„The Concept of Citizenship in the Treaty on European Union", *Common Market Law Review* 1992, S. 1137 bis 1169.

98 — Zur Bedeutung der Unionsbürgerschaft und der Bindungen des Einzelnen an eine politische Gemeinschaft vgl. Urteil Spanien/Vereinigtes Königreich, oben in Fn. 40 angeführt, Randnrn. 78 f.

99 — Vgl. Urteil Carpenter, oben in Fn. 20 angeführt, Randnr. 39. Die Richtlinie 2004/38 ist zwar im vorliegenden Fall nicht einschlägig, es heißt aber in ihrem fünften Erwägungsgrund: „Das Recht aller Unionsbürger, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, sollte, wenn es unter objektiven Bedingungen in Freiheit und Würde ausgeübt werden soll, auch den Familienangehörigen ungeachtet ihrer Staatsangehörigkeit gewährt werden."

129. Drittens hat sich die Union dadurch, dass sie ihren Bürgern unionsrechtliche Grundrechte zuerkennt und diese Grundrechte als die eigentliche Grundlage der Union bezeichnet (Art. 6 Abs. 1 EUV), zu dem Grundsatz bekannt, dass die Bürger bei der Ausübung der Freizügigkeitsrechte entsprechenden Grundrechtsschutz genießen. [100]

130. Viertens haben die Mitgliedstaaten mit Ratifizierung des Vertrags von Maastricht und der anschließenden Änderungsverträge anerkannt, dass es sich aufgrund des Umstands, dass ihre Staatsangehörigen auch Unionsbürger sind, bei der Aufgabe der Beseitigung von Spannungen und Schwierigkeiten, die sich bei der Wahrnehmung der Freizügigkeitsrechte durch diese Bürger ergeben, um eine gemeinsame Verantwortung handelt. Sie obliegt den einzelnen Mitgliedstaaten, aber auch der Europäischen Union. [101]

131. Diese Konsequenzen passen nicht recht zu den Gedanken, man müsse in Bezug auf die Unionsbürgerschaft nur der orthodoxen Vorstellung vom freien Warenverkehr, vom freien Verkehr nichtselbständiger und selbständiger Erwerbstätiger und vom freien Kapitalverkehr folgen.

132. Den wirtschaftlichen Grundfreiheiten liegt als Zweck die Schaffung eines Binnenmarkts durch Beseitigung von Handelshemmnissen und Verstärkung des Wettbewerbs zugrunde. Der Gerichtshof hat dementsprechend das vom Vertrag vorgesehene Instrumentarium zur Erreichung der (nunmehr u. a. in Art. 3 EUV aufgeführten) Binnenmarktziele herausgearbeitet. So hat er u. a. Kriterien zur Beurteilung der Frage aufgestellt, ob der erforderliche Bezug zu den einzelnen Grundrechten vorliegt. Um ein Beispiel zu nennen: Seit dem Urteil Dassonville [102] gilt sowohl die potenzielle als auch die tatsächliche körperliche Bewegung als konstitutives Merkmal des freien Warenverkehrs. Auch wenn in diesem speziellen Urteil eine zuvor erfolgte tatsächliche Bewegung nicht als notwendig erachtet wird, so dient der Begriff der *Bewegung* (selbst wenn sie nur hypothetisch stattfindet) als Anknüpfungspunkt für die im Rahmen der Grundfreiheiten verliehenen Rechte.

133. Diese Vorstellung vom Binnenmarkt birgt die Gefahr, dass die „statischen" Produktionsfaktoren schlechter gestellt werden als die „mobilen", obwohl alle anderen Umstände ähnlich oder identisch sind. Das Ergebnis ist eine umgekehrte Diskriminierung, die durch das Ineinandergreifen von Unionsrecht und nationalem Recht entsteht — ein Diskriminierungsproblem, dessen Lösung der Gerichtshof bisher den einzelnen Mitgliedstaaten überlassen hat, obwohl im Ergebnis auf den ersten Blick ein Verstoß gegen das Verbot

100 — Vgl. Urteil Metock u. a., oben in Fn. 24 angeführt, Randnr. 56.

101 — Vgl. Urteil Rottmann, oben in Fn. 64 angeführt, Randnrn. 41 f.

102 — Oben in Fn. 42 angeführt.

der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit vorliegt. [103]

134. Kann ein solches Ergebnis aus unionsrechtlicher Sicht im hier konkret betroffenen Bereich der Unionsbürgerschaft hingenommen werden?

135. Eine Untersuchung dreier Rechtssachen aus letzter Zeit zeigt, dass die unveränderte Verfolgung dieses herkömmlichen, zurückhaltenden Ansatzes zu merkwürdig zufälligen Resultaten führen kann. [104]

136. Aufgrund des Urteils Carpenter [105] steht im Fall eines selbständig Erwerbstätigen, der Kunden in anderen Mitgliedstaaten hat, dem mit ihm verheirateten Drittstaatsangehörigen zum Schutz des Rechts auf Achtung des Familienlebens ein abgeleitetes Aufenthaltsrecht zu. Wenn nun dieser selbständig Erwerbstätige ausschließlich Kunden in seinem eigenen Mitgliedstaat hat, ist das Unionsrecht nicht einschlägig. Heutzutage ist jedoch, gerade wegen des Erfolgs des Binnenmarkts, eine solche scharfe Unterscheidung zwischen Selbständigen mit Interessen in anderen Mitgliedstaaten und Selbständigen mit Interessen ausschließlich im eigenen Mitgliedstaat problematisch. Herr Carpenter reiste gelegentlich in andere Mitgliedstaaten, um dort Werbeflächen in Zeitschriften zu verkaufen. Angenommen, er hätte keinen tatsächlichen Ortswechsel vorgenommen, aber trotzdem von Zeit zu Zeit Dienstleistungen an Kunden in anderen Mitgliedstaaten per Telefon oder Internet erbracht? Angenommen, zu seinen Kunden hätten manchmal im Vereinigten Königreich ansässige Tochtergesellschaften deutscher oder französischer Muttergesellschaften gezählt? Angenommen, er hätte ein einziges Mal Werbefläche in nur einer Zeitschrift an einen einzigen Kunden verkauft, der nicht ausschließlich im Vereinigten Königreich ansässig ist?

137. In der Rechtssache Zhu and Chen [106] erwarb die chinesische Mutter von Catherine Zhu ein abgeleitetes Aufenthaltsrecht aufgrund der irischen Staatsangehörigkeit ihrer Tochter, die diese gemäß der extraterritorial wirkenden Regelung erlangt hatte, die damals Bestandteil des irischen Staatsangehörigkeitsrechts war. Der „Ortswechsel“ in jenem

103 — Vgl. u. a. Urteile vom 13. März 1979, Peureux (86/78, Slg. 1979, 897, Randnr. 38), vom 23. Oktober 1986, Cognet (355/85, Slg. 1986, 3231, Randnrn. 10 f.), vom 18. Februar 1987, Mathot (98/86, Slg. 1987, 809, Randnr. 7), Gouvernement de la Communauté française und Gouvernement wallon, oben in Fn. 18 angeführt, Randnr. 33, sowie Metock u. a., oben in Fn. 24 angeführt, Randnr. 77. Generalanwälte haben unterschiedliche Haltungen in diesem Punkt eingenommen. Vgl. Schlussanträge von Generalanwalt Léger in der Rechtssache Granarolo (C-294/01, Urteil vom 13. November 2003, Slg. 2003, I-13429, Nrn. 78 ff.), Schlussanträge von Generalanwalt Poiares Maduro in der Rechtssache Carbonati Apuani, Urteil oben in Fn. 44 angeführt, Randnrn. 51 ff., und meine Schlussanträge in der Rechtssache Gouvernement de la Communauté française und Gouvernement wallon, Urteil oben in Fn. 18 angeführt, Nrn. 112 ff.

104 — Eine kritische Untersuchung findet sich u. a. bei Tryfonidou, A., *Reverse Discrimination in EC Law*, Kluwer Law International, Den Haag, 2009, bei Spaventa, E., *Free Movement of Persons in the EU: Barriers to Movement in their Constitutional Context*, Kluwer Law International, Den Haag, 2007, bei Barnard, C., *EC Employment Law*, 3. Aufl., Oxford University Press, Oxford, 2006, S. 213 f., bei Shuibhne, N. N., „Free Movement of Persons and the Wholly Internal Rule: Time to Move On?“, *Common Market Law Review*, 2002, S. 748, und bei Ritter, C., „Purely internal situations, reverse discrimination, Guimont, Dzodzi and Article 234“, *31 European Law Review*, 2006.

105 — Oben in Fn. 20 angeführt.

106 — Oben in Fn. 22 angeführt.

Fall fand allein von einer Seite des St.-Georgs-Kanals zur anderen zwischen England und Nordirland innerhalb ein und desselben Mitgliedstaats (im Vereinigten Königreich) statt. Dennoch wurde ein hinreichender Bezug zum Unionsrecht bejaht, um Mutter und Tochter ein Aufenthaltsrecht im Vereinigten Königreich zuerkennen zu können. Dies wurde nur dadurch ermöglicht, dass man Catherine Zhu in Nordirland zur Welt kommen ließ. Sollte es jedoch dem durch die Geschichte geprägten Zufall (die extraterritorial wirkende Regelung im Staatsangehörigkeitsrecht eines Mitgliedstaats) überlassen bleiben, ob in solchen Fällen eine Berufung auf das Unionsrecht möglich ist? Ist dies unter dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit und der Gleichbehandlung der Unionsbürger ein vernünftiges Ergebnis?

Ein Vorschlag

138. Das unlängst ergangene Urteil Metock u. a. veranschaulicht genau diese Unsicherheit und die sich daraus ergebende Diskriminierung. Im Jahr 2003 hatte die Große Kammer im Urteil Akrich entschieden, dass „sich der mit einem Unionsbürger verheiratete Drittstaatsangehörige, um in den Genuss der Rechte aus Art. 10 der Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 des Rates vom 15. Oktober 1968 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Gemeinschaft (ABl. L 257, S. 2) kommen zu können, rechtmäßig in einem Mitgliedstaat aufhalten muss, wenn er sich in einen anderen Mitgliedstaat begibt, in den der Unionsbürger abwandert oder abgewandert ist“ [107]. Fünf Jahre später entschied der Gerichtshof, dass angesichts der Urteile MRAX [108] und Kommission/Spanien [109] am Urteil Akrich nicht festzuhalten sei. Und so kam es dann auch: Seither ist für den Genuss genau der Rechte, die in der Rechtssache Akrich streitig waren, ein vorheriger rechtmäßiger Aufenthalt des verheirateten Drittstaatsangehörigen in einem anderen Mitgliedstaat keine Voraussetzung mehr. Gleichwohl differenzierte der Gerichtshof weiterhin zwischen Unionsbürgern, die bereits von ihrem Freizügigkeitsrecht Gebrauch gemacht haben, und denjenigen, bei denen dies nicht der Fall war, und erinnerte lakonisch daran, dass alle Mitgliedstaaten Vertragsparteien der EMRK seien und dass Art. 8 EMRK das Recht auf Achtung des Familienlebens schütze. [110] Somit haben „statische“ Unionsbürger immer noch die möglichen Folgen umgekehrter Diskriminierung zu erdulden, während die Rechte „mobiler“ Unionsbürger erheblich erweitert wurden.

139. Meines Erachtens beinhaltet der derzeit vom Gerichtshof verfolgte Ansatz erhebliche Nachteile. Ich halte daher die Zeit für gekommen, dem Gerichtshof vorzuschlagen, sich offen mit der Problematik der umgekehrten

107 — Urteil Akrich, oben in Fn. 24 angeführt, Randnr. 50, in der Zusammenfassung im Urteil Metock u. a., oben in Fn. 24 angeführt, Randnr. 58.

108 — Oben in Fn. 21 angeführt.

109 — Oben in Fn. 24 angeführt.

110 — Vgl. Urteil Akrich, oben in Fn. 24 angeführt, Randnrn. 77 bis 79.

Diskriminierung zu befassen. Die Argumente, die ich dabei vortragen werde, folgen dem Gedankengang, den ich in der Rechtssache Gouvernement de la Communauté française und Gouvernement wallon dargelegt habe; ich werde aber — speziell mit Blick auf Fälle, die Bürgerschaftsrechte aus Art. 21 AEUV betreffen — Kriterien für die Beurteilung der Frage zur Diskussion stellen, ob zur Beseitigung einer solchen Diskriminierung nicht Art. 18 AEUV selbst herangezogen werden kann.

140. Ein radikaler Wandel der gesamten Rechtsprechung zur umgekehrten Diskriminierung wird sich nicht über Nacht vollziehen. Das will ich auch gar nicht nahelegen. Meine Vorschläge beschränken sich vielmehr auf Fälle, in denen es um die Unionsbürgerschaft geht. Dies ist der Bereich, in dem die gegenwärtige Rechtsprechung eindeutig zu den negativsten Ergebnissen führt und in dem ein Wandel vielleicht am dringendsten erforderlich ist.

141. Die vorstehend von mir erörterten Urteile — Carpenter, Zhu und Chen sowie Metock u. a. — haben zweierlei gemeinsam. Sie schaffen Rechtsunsicherheit in einem heiklen Bereich sowohl des Unionsrechts als auch des innerstaatlichen Rechts, und sie betreffen Fälle, in denen sich der Gerichtshof zum Zweck des Grundrechtsschutzes für eine großzügige Auslegung von Art. 21 AEUV entschieden hat. Bei der Abwägung zwischen Rechtssicherheit und Grundrechtsschutz räumt der Gerichtshof dem Grundrechtsschutz durchgängig Vorrang ein. Seine Begründung steht in vollem Einklang mit seiner früheren wegweisenden Aussage, dass die Unionsbürgerschaft „dazu bestimmt [ist], der grundlegende Status der Angehörigen der Mitgliedstaaten zu sein“ [111].

142. Allerdings ist die durch die Rechtsprechung geschaffene Unsicherheit nicht wünschenswert. Welche Richtung sollte der Gerichtshof daher jetzt einschlagen?

143. Einerseits ist der Versuchung zu widerstehen, Art. 21 AEUV so weit zu „strecken“, dass der Schutz auch diejenigen umfasst, die die Voraussetzungen „knapp“ nicht erfüllen. Jede Anspruchsnorm muss eine Grenze haben. Andernfalls wird die Norm unlesbar, und niemand vermag mit Sicherheit zu sagen, wer anspruchsberechtigt ist und wer nicht. Das liegt weder im Interesse der Mitgliedstaaten noch der Bürger und untergräbt die Autorität des Gerichtshofs. Wird andererseits jedoch Art. 21 AEUV zu restriktiv ausgelegt, erhöht sich die Zahl der Fälle, in denen es zu einer umgekehrten Diskriminierung kommt und die dann von den Mitgliedstaaten gelöst werden müssen. Auch das dürfte kein besonders zufriedenstellendes Ergebnis sein.

111 — Vgl. die in Fn. 40 angeführte Rechtsprechung.

144. Ich schlage dem Gerichtshof daher vor, Art. 18 AEUV dahin auszulegen, dass er einer umgekehrten Diskriminierung entgegensteht, die durch das Ineinandergreifen von Art. 21 AEUV und nationalem Recht verursacht wird, wenn sie eine Verletzung der im Unionsrecht anerkannten Grundrechte beinhaltet und wenn nach nationalem Recht kein mindestens gleichwertiger Schutz zur Verfügung steht.

145. Bei dieser Lösung greift Art. 18 AEUV dann (und nur dann) ein, wenn drei kumulative Voraussetzungen erfüllt sind.

146. Erstens muss es sich bei dem Rechtsuchenden um einen Unionsbürger handeln, der sich im Mitgliedstaat seiner Staatsangehörigkeit aufhält und von seinen Freizügigkeitsrechten aus dem AEUV (sei es ein klassisches wirtschaftliches Freizügigkeitsrecht oder das Freizügigkeitsrecht aus Art. 21 AEUV) keinen Gebrauch gemacht hat, dessen Situation aber unter anderen maßgeblichen Gesichtspunkten mit der Situation anderer Unionsbürger desselben Mitgliedstaats, die sich auf Rechte aus Art. 21 AEUV berufen können, vergleichbar ist. *Ursache* der beanstandeten umgekehrten Diskriminierung muss also der Umstand sein, dass die entsprechenden Vergleichspersonen (andere Unionsbürger) ihre Rechte aus Art. 21 AEUV wahrnehmen können, während sich ein „statischer" Unionsbürger, der sich im Mitgliedstaat seiner Staatsangehörigkeit aufhält, zur Erlangung dieses Schutzes *prima facie* nicht auf nationales Recht berufen kann.

147. Zweitens muss die beanstandete umgekehrte Diskriminierung die Verletzung eines unionsrechtlich geschützten Grundrechts umfassen. Nicht jede geringfügige umgekehrte Diskriminierung fällt unter Art. 18 AEUV. Was unter dem Begriff „Grundrechtsverletzung" zu verstehen ist, wird — wenn möglich — anhand der Rechtsprechung des EGMR definiert.[112] Führt die umgekehrte Diskriminierung zu einem Ergebnis, das der EGMR als Grundrechtsverletzung ansehen würde, nimmt auch der Gerichtshof eine Grundrechtsverletzung an. Das Unionsrecht übernimmt dann die Aufgabe, den Folgen der durch das Ineinandergreifen von Unionsrecht und nationalem Recht verursachten umgekehrten Diskriminierung abzuhelfen, wenn (und nur wenn) diese Folgen mit dem durch die EMRK festgelegten Mindestniveau des Schutzes nicht zu vereinbaren sind. Durch die Gewährleistung, dass in solchen Fällen ein wirksamer Grundrechtsschutz auf dem durch die EMRK vorgesehenen Mindestniveau besteht, nähme der Gerichtshof teilweise auch schon die Erfordernisse vorweg, die sich aus dem geplanten Beitritt der Europäischen Union zu der Konvention ergeben könnten. Eine solche Entwicklung kann den Geist der Zusammenarbeit und des gegenseitigen

112 — Im Fall einer Berufung auf durch die Charta anerkannte Grundrechte, die nicht die in der EMRK verankerten Rechte replizieren, müsste zwangsläufig eine eigene Rechtsprechung entwickelt werden, was aber im üblichen unionsrechtlichen Kontext wohl ohnehin geschehen dürfte.

Vertrauens zwischen den beiden Gerichten nur stärken. [113]

148. Drittens darf Art. 18 AEUV nur als subsidiärer Rechtsbehelf zur Verfügung stehen, der auf Fälle beschränkt ist, in denen das nationale Recht keinen angemessenen Grundrechtsschutz bietet. Im Unionsrecht hat die Gewährung eines seinem Wesen nach subsidiären Schutzes eine lange Tradition. So sind der Effektivitätsgrundsatz [114] und der Äquivalenzgrundsatz [115], das Recht auf wirksamen Rechtsschutz [116] und der Grundsatz der Staatshaftung für Verstöße gegen das Unionsrecht [117] allesamt Instrumente, die nur dann zum Einsatz kommen, wenn sich die innerstaatlichen Regelungen als unzureichend erweisen. Diese letzte Voraussetzung dient der Wahrung eines angemessenen Gleichgewichts zwischen der Autonomie der Mitgliedstaaten und dem „effet utile" des Unionsrechts. [118] Damit ist sichergestellt, dass der subsidiäre Schutz nach Maßgabe des Unionsrechts nicht rücksichtslos über die Regelungen des nationalen Rechts hinweggeht, sondern sie vielmehr ergänzt. Es ist dann Sache des nationalen Gerichts, festzustellen, a) ob nach innerstaatlichem Recht Schutz zur Verfügung steht und b) ob, wenn dies grundsätzlich der Fall ist, dieser Schutz dem unionsrechtlich zur Verfügung stehenden Schutz mindestens gleichwertig ist.

149. In der mündlichen Verhandlung hat Herr Ruiz Zambrano erklärt, der belgische Conseil d'État und die Cour Constitutionnelle hätten unlängst einen Fall umgekehrter

113 — Diese Kooperationsaufgabe ist dem Gerichtshof implizit durch Art. 52 Abs. 3 der Charta der Grundrechte übertragen, in dem es heißt: „Soweit diese Charta Rechte enthält, die den durch die Europäische Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten garantierten Rechten entsprechen, haben sie die gleiche Bedeutung und Tragweite, wie sie ihnen in der genannten Konvention verliehen wird. Diese Bestimmung steht dem nicht entgegen, dass das Recht der Union einen weitergehenden Schutz gewährt." Dass der Gerichtshof eine aktive Haltung bei der Förderung des durch die EMRK vorgesehenen Mindestschutzniveaus einnehmen muss, wird u. a. dargelegt von Alonso, R., „The General Provisions of the Charter of Fundamental Rights of the European Union", *European Law Journal*, 8 2002, S. 450 ff., und von Torres Pérez, A., *Conflicts of Rights in the European Union. A Theory of Supranational Adjudication*, Oxford University Press, Oxford, 2009, S. 31 ff.

114 — Vgl. u. a. Urteile vom 14. Dezember 1995, Peterbroeck (C-312/93, Slg. 1995, I-4599, Randnr. 14), und vom 13. März 2007, Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation (C-524/04, Slg. 2007, I-2107, Randnr. 123).

115 — Vgl. u. a. Urteile vom 15. September 1998, Edis (C-231/96, Slg. 1998, I-4951, Randnr. 36), und vom 1. Dezember 1998, Levez (C-326/96, Slg. 1998, I-7835, Randnr. 41).

116 — Vgl. u. a. Urteile vom 15. Mai 1986, Johnston (222/84, Slg. 1986, 1651, Randnr. 18), und vom 27. November 2001, Kommission/Österreich (C-424/99, Slg. 2001, I-9285, Randnr. 45).

117 — Vgl. u. a. Urteil vom 19. November 1991, Francovich u. a. (C-6/90 und C-9/90, Slg. 1991, I-5357, Randnr. 35), vom 5. März 1996, Brasserie du Pêcheur und Factortame (C-46/93 und C-48/93, Slg. 1996, I-1029, Randnr. 31), und vom 24. März 2009, Danske Slagterier (C-445/06, Slg. 2009, I-2119, Randnr. 19).

118 — Leider verhält es sich nicht so, dass die nationalen Gerichte eine durch das Unionsrecht verursachte umgekehrte Diskriminierung stets aufgreifen und ihr abhelfen. In seinem Urteil Gouvernement de la Communauté française und Gouvernement wallon, oben in Fn. 18 angeführt, hat der Gerichtshof das nationale Gericht unverblümt aufgefordert, der Ungleichbehandlung von Personen, die nicht unter das Unionsrecht fallen, abzuhelfen (Randnr. 40). Die Rechtssache gelangte wieder vor die belgische Cour Constitutionnelle, die sich mit diesem Punkt dann aber nicht befasste (vgl. Urteil 11/2009 vom 21. Januar 2009 sowie die kritische Würdigung von Van Elsuwege, P., und Adam, S., „The Limits of Constitutional Dialogue for the Prevention of Reverse Discrimination", *European Constitutional Law Review*, 5 2009, S. 327 ff.). Ein ermutigenderes Beispiel für die Bereitschaft nationaler höchster Gerichte, umgekehrter Diskriminierung abzuhelfen (wenngleich nicht unbedingt unter Heranziehung eines hierzu ergangenen Urteils in einem Vorabentscheidungsverfahren), ist die Entscheidung des spanischen Verfassungsgerichtshofs (Urteil 96/2002 vom 25. April 2002).

Diskriminierung eines Drittstaatsangehörigen entschieden, der sich in einer vergleichbaren Situation wie er befunden habe.[119] Selbstverständlich ist die Feststellung, ob im vorliegenden Fall Herr Ruiz Zambrano den erforderlichen Schutz ohne Rückgriff auf Art. 18 AEUV aus nationalem Recht herleiten kann, allein Sache des nationalen Gerichts. Im Rahmen meines Vorschlags hat es die drei von mir vorgesehenen kumulativen Kriterien heranzuziehen und eine Berufung auf das Unionsrecht zur Verhinderung einer umgekehrten Diskriminierung nur dann zuzulassen, wenn diese Kriterien erfüllt sind.

150. Als Antwort auf die zweite Frage schlage ich daher vor, dass Art. 18 AEUV dahin auszulegen ist, dass er einer umgekehrten Diskriminierung entgegensteht, die durch das Ineinandergreifen von Art. 21 AEUV und nationalem Recht verursacht wird, wenn sie eine Verletzung der im Unionsrecht anerkannten Grundrechte umfasst und wenn nach nationalem Recht kein mindestens gleichwertiger Schutz zur Verfügung steht.

Frage 3 — Grundrechte

151. Sollte der Gerichtshof zu der Auffassung gelangen, dass die erste und die zweite Frage (in der oben dargestellten Form) nicht in einem für Herrn Ruiz Zambrano günstigen Sinne zu beantworten sind, wird eine Prüfung der dritten Frage erforderlich. Kann sich Herr Ruiz Zambrano unabhängig von anderen unionsrechtlichen Bestimmungen auf das Unionsgrundrecht auf Achtung des Familienlebens stützen?

152. Damit ist eine sehr bedeutende Grundsatzfrage angesprochen: Welcher Anwendungsbereich kommt den Grundrechten im Rahmen des Unionsrechts zu? Können sie als eigenständige Rechte gegenüber einem Mitgliedstaat geltend gemacht werden? Oder muss ein anderweitiger Bezug zum Unionsrecht bestehen? Es ist unnötig, bei der potenziellen Bedeutung einer Antwort auf diese Frage zu verweilen.

153. Es war natürlich der Gerichtshof selbst, der den fundamentalen Rechtsgrundsätzen und den Grundrechten zur frühzeitigen Anerkennung in der Rechtsordnung der Union verholfen hat.[120] Im Jahr 1992 wurden die Früchte dieser Rechtsprechung in den Vertrag über die Europäische Union übernommen, in dem (in Art. 6 EUV) die Verpflichtung der Union niedergelegt ist, die Grundrechte zu achten.

154. In den darauffolgenden Jahren hat die Union ihre Politik im Bereich der Grundrechte weiter verstärkt, z. B. durch Errichtung einer

119 — Vgl. die oben in Fn. 17 angeführten Urteile.

120 — Vgl. z. B. Urteile vom 17. Dezember 1970, Internationale Handelsgesellschaft (11/70, Slg. 1970, 1125), vom 14. Mai 1974, Nold/Kommission (4/73, Slg. 1974, 491), vom 13. Dezember 1979, Hauer (44/79, Slg. 1979, 3727), und vom 21. September 1989, Hoechst/Kommission (46/87 und 227/88, Slg. 1989, 2859).

Agentur für Grundrechte [121], Einrichtung eines eigens für Grundrechte zuständigen Ressorts innerhalb der Kommission [122], Förderung humanitärer Projekte in aller Welt [123] und Umwandlung der erstmals im Jahr 2000 proklamierten Charta der Grundrechte der Europäischen Union von einem nichtbindenden Text („soft law") in Primärrecht [124]. Die Grundrechte sind somit zu einem Kernelement der Entwicklung der Union geworden, verstanden als Prozess der wirtschaftlichen, rechtlichen und gesellschaftlichen Integration mit dem Ziel, allen ihren Bürgern Frieden und Wohlstand zu sichern.

Geltungsbereich der Unionsgrundrechte

155. Selbstverständlich gilt, dass der Gerichtshof an sich kein „Gerichtshof für Menschenrechte" ist. Als höchste Auslegungsinstanz für das Unionsrecht obliegt dem Gerichtshof gleichwohl die dauerhafte Verantwortung, die Achtung dieser Rechte im Bereich der Unionszuständigkeit sicherzustellen. So hat der EGMR im Urteil Bosphorus [125] ausgeführt, dass dem Gerichtshof der Europäischen Union bei der Wahrung der aus der EMRK und den zugehörigen Protokollen hergeleiteten Rechte, wie sie im Geltungsbereich des Unionsrechts Anwendung fänden, eine entscheidende Rolle zukomme — eine Aufgabe, die mit dem Beitritt der Europäischen Union zur EMRK nur an Bedeutung gewinnen kann. [126] Aus diesem Grund hat der Gerichtshof unbedingt darauf zu achten, dass er die Verträge in einer Weise auslegt, die der derzeitigen Funktion und Bedeutung der Unionsgrundrechte konsequent gerecht wird.

156. Nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs ist eine Berufung auf die Unionsgrundrechte dann (und nur dann) möglich, wenn die streitige Maßnahme vom Unionsrecht erfasst wird. [127] Alle von den Organen erlassenen Maßnahmen unterliegen daher der Überprüfung auf ihre Vereinbarkeit mit

121 — Vgl. Verordnung (EG) Nr. 168/2007 des Rates vom 15. Februar 2007 zur Errichtung einer Agentur der Europäischen Union für Grundrechte (ABl. L 53, S. 1) und Beschluss 2008/203/EG des Rates vom 28. Februar 2008 zur Durchführung der Verordnung (EG) Nr. 168/2007 hinsichtlich der Annahme eines Mehrjahresrahmens für die Agentur der Europäischen Union für Grundrechte für den Zeitraum 2007–2012 (ABl. L 63, S. 14).

122 — Zum ersten Mal lautet die Amtsbezeichnung eines der Vizepräsidenten der aktuellen Kommission „Mitglied der Kommission für Justiz, Grundrechte und Bürgerschaft".

123 — Vgl. u. a. Verordnung (EG) Nr. 1257/96 des Rates vom 20. Juni 1996 über die humanitäre Hilfe (ABl. L 163, S. 1) und Verordnung (EG) Nr. 1889/2006 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Dezember 2006 zur Einführung eines Finanzierungsinstruments für die weltweite Förderung der Demokratie und der Menschenrechte (ABl. L 386, S. 1).

124 — Nach Art. 6 Abs. 1 EUV sind jetzt die in der Charta niedergelegten Rechte, Freiheiten und Grundsätze „und die Verträge … rechtlich gleichrangig".

125 — Urteil des EGMR vom 30. Juni 2005, Bosphorus Hava Yollari Turizm/Irland, Beschwerde Nr. 45036/98, Reports of Judgements and Decisions 2005-VI.

126 — Vgl. Art. 6 Abs. 2 EUV sowie Protokoll (Nr. 8) zu Artikel 6 Absatz 2 des Vertrags über die Europäische Union über den Beitritt der Union zur Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten.

127 — Urteile vom 28. Oktober 1975, Rutili (36/75, Slg. 1975, 1219, Randnr. 26), Johnston, oben in Fn. 116 angeführt, Randnrn. 17 bis 19, und vom 15. Oktober 1987, Heylens u. a. (222/86, Slg. 1987, 4097, Randnrn. 14 f.).

den Unionsgrundrechten. Das Gleiche gilt für Handlungen der Mitgliedstaaten, die der Umsetzung der unionsrechtlichen Verpflichtungen dienen oder die ganz allgemein in den Anwendungsbereich des Unionsrechts fallen. [128] Dies ist natürlich ein heikles Problem [129], da auf diese Weise der unionsrechtliche Grundrechtsschutz in die Sphäre der einzelnen Mitgliedstaaten getragen wird, wo er mit dem Grundrechtsschutz des innerstaatlichen Rechts und der EMRK zusammentrifft. Die sich daraus ergebende Problematik einer Überschneidung des Schutzniveaus in den verschiedenen Systemen (Unionsrecht, innerstaatliches Verfassungsrecht und EMRK) mit dem unionsrechtlichen Niveau des Grundrechtsschutzes ist bekannt [130], so dass ich sie an dieser Stelle nicht weiter vertiefen will.

157. Der Gerichtshof hat eine umfangreiche Rechtsprechung entwickelt, in der er seine erstmals im Urteil Wachauf [131] formulierte Aussage wiederholte, dass „die Mitgliedstaaten diese Erfordernisse [des Grundrechtsschutzes] bei der Durchführung der [unions]rechtlichen Regelungen zu beachten haben". Bezeichnenderweise gilt diese Regel nach der Rechtsprechung auch dann, wenn ein Mitgliedstaat Ausnahmen von den durch das Unionsrecht garantierten wirtschaftlichen Grundfreiheiten vorsieht. [132] Im Urteil Carpenter [133] ging der Gerichtshof einen Schritt weiter; aufbauend auf die Rechtsprechung zum sogenannten „cold calling" im Urteil Alpine Investments [134] erkannte er dort auch den Grundrechten eines Unionsbürgers (Herr Carpenter) Schutz zu, der sich in seinem eigenen Mitgliedstaat aufhält, jedoch gelegentlich Dienstleistungen an in anderen Mitgliedstaaten befindliche Empfänger erbringt. Die Feststellung, dass eine Ausweisung von Frau Carpenter einen unverhältnismäßigen Eingriff in das Herrn Carpenter zustehende Recht auf Achtung des Familienlebens darstellen würde, führte dazu, dass Frau Carpenter — einer Drittstaatsangehörigen, die keinerlei Möglichkeit zur Ausübung unionsrechtlicher Freizügigkeitsrechte hatte — ein Aufenthaltsrecht gewährt wurde.

158. Allerdings hat der Gerichtshof dem Geltungsbereich der Unionsgrundrechte Grenzen gesetzt — insbesondere im Hinblick auf

128 — Vgl. u. a. Urteile vom 25. November 1986, Klensch u. a. (201/85 und 202/85, Slg. 1986, 3477, Randnrn. 10 f.), vom 13. Juli 1989, Wachauf (5/88, Slg. 1989, 2609, Randnr. 22), vom 24. März 1994, Bostock (C-2/92, Slg. 1994, I-955, Randnr. 16), und vom 10. Juli 2003, Booker Aquaculture und Hydro Seafood (C-20/00 und C-64/00, Slg. 2003, I-7411, Randnr. 68).

129 — Vgl. z. B. Urteil vom 11. Januar 2000, Kreil (C-285/98, Slg. 2000, I-69, Randnrn. 15 f.).

130 — Vgl. u. a. die Urteile des deutschen Bundesverfassungsgerichts vom 29. Mai 1974 („Solange I", 2 BvL 52/71) und vom 22. Oktober 1986 („Solange II", 2 BvR 197/83), Urteil der italienischen Corte Costituzionale vom 21. April 1989 (Nr. 232, Fragd, in Foro it., 1990, I, 1855), Feststellung des spanischen Tribunal Constitucional vom 13. Dezember 2004 (DTC 1/2004) sowie Urteil des EGMR in der Rechtssache Bosphorus Hava Yollari Turizm/Irland, oben in Fn. 125 angeführt.

131 — Oben in Fn. 128 angeführt, Randnr. 19.

132 — Vgl. u. a. Urteile vom 18. Juni 1991, ERT (C-260/89, Slg. 1991, I-2925, Randnrn. 42 ff.), vom 12. Juni 2003, Schmidberger (C-112/00, Slg. 2003, I-5659, Randnr. 75), und vom 14. Oktober 2004, Omega (C-36/02, Slg. 2004, I-9609, Randnrn. 30 f.).

133 — Oben in Fn. 20 angeführt, Randnrn. 43 f.

134 — Oben in Fn. 52 angeführt.

Sachverhalte, die seiner Ansicht nach nicht vom Unionsrecht erfasst sind.

159. So war in der Rechtssache Maurin [135] dem Angeklagten zur Last gelegt worden, Lebensmittel zum Verkauf angeboten zu haben, deren Verbrauchsdatum überschritten war. Er machte geltend, im Verlauf des innerstaatlichen Verfahrens in seinen Verteidigungsrechten verletzt worden zu sein. Der Gerichtshof wies darauf hin, dass es zwar eine Richtlinie gebe, der zufolge das Mindesthaltbarkeitsdatum bei der Etikettierung von Lebensmitteln anzugeben sei, dass die Richtlinie aber *nicht* den Verkauf von korrekt etikettierten Lebensmitteln regele, deren Verbrauchsdatum überschritten sei. Somit betreffe der Herrn Maurin zur Last gelegte Verstoß „eine nationale Regelung, die nicht in den Geltungsbereich des [Unions]rechts fällt, so dass der Gerichtshof zur Entscheidung über eine mögliche Verletzung der Grundsätze des rechtlichen Gehörs durch die auf eine solche Rechtsverletzung anwendbaren Verfahrensvorschriften nicht zuständig ist". [136]

160. Ebenso wies der Gerichtshof in der Rechtssache Kremzow [137] das Vorbringen eines österreichischen Staatsangehörigen zurück, der in Österreich verurteilt worden war; später hatte der EGMR jedoch festgestellt, dass das von dem Betroffenen eingeleitete Rechtsmittelverfahren gegen das Recht auf ein faires Verfahren nach Art. 6 EMRK verstieß. Herr Kremzow klagte auf Schadensersatz und machte außerdem geltend, aufgrund des widerrechtlichen Haftvollzugs in seinem unionsrechtlich garantierten Recht auf Freizügigkeit verletzt worden zu sein. Der Gerichtshof ist dieser Auffassung nicht gefolgt und hat ausgeführt, dass „[z]war … jeder Freiheitsentzug geeignet [ist], die Ausübung des Rechts des Betroffenen auf Freizügigkeit zu behindern, doch … dass die rein hypothetische Aussicht auf die Ausübung dieses Rechts keinen Bezug zum [Unions]recht herstellt, der eng genug wäre, um die Anwendung der [Unions]bestimmungen zu rechtfertigen" [138].

161. Allerdings bereichert das Urteil Kremzow die frühere Rechtsprechung um eine wichtige Nuance. Der Gerichtshof stellt zunächst den hypothetischen Charakter des Anspruchs fest und führt sodann aus, dass „[i]m Übrigen … Herr Kremzow wegen Mordes und illegalen Waffenbesitzes nach innerstaatlichen Rechtsvorschriften verurteilt [wurde], die nicht dazu bestimmt sind, die Beachtung [unions]rechtlicher Normen sicherzustellen [,und s]omit … die im Ausgangsrechtsstreit anwendbare nationale Regelung einen Fall [betrifft], der nicht in den Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts fällt" [139]. Im Gegenschluss dürfte dann also gelten, dass ein hinreichender Bezug zum Unionsrecht *sehr wohl* hätte festgestellt werden können, wenn die Straftaten in Beziehung zu einem

135 — Urteil vom 13. Juni 1996 (C-144/95, Slg. 1996, I-2909).

136 — Ebd., Randnrn. 12 f.

137 — Urteil vom 29. Mai 1997 (C-299/95, Slg. 1997, I-2629, Randnr. 15).

138 — Ebd., Randnr. 16.

139 — Ebd., Randnrn. 17 f.

Bereich der Unionspolitik gestanden hätten (z. B., wenn die Straftatbestände geschaffen worden wären, um die Erreichung eines in abgeleiteten Unionsrechtsakten festgelegten unionsrechtlichen Ziels sicherzustellen). [140]

162. Ist der konkret berührte Rechtsbereich und der Umfang der Unionszuständigkeit für diesen Rechtsbereich für die Grundrechtsfrage von Bedeutung? Dies scheint eine wichtige Fragestellung zu sein. Der Wunsch, einen angemessenen Grundrechtsschutz zu fördern, darf nicht zur Anmaßung von Zuständigkeiten führen. Solange die Befugnisse der Union auf dem Ermächtigungsprinzip beruhen, müssen im Bereich der Unionsgrundrechte die Grenzen dieser Ermächtigung eingehalten werden. [141]

163. Aus Gründen der Transparenz und Klarheit muss mit Sicherheit erkennbar sein, was im Hinblick auf den Schutz der Unionsgrundrechte unter dem Begriff „Geltungsbereich des Unionsrechts" zu verstehen ist. Die größte Klarheit scheint mir langfristig eine Regel zu schaffen, die die Verfügbarkeit des Unionsgrundrechtsschutzes weder von der unmittelbaren Anwendbarkeit einer Vertragsbestimmung noch von dem Bestehen abgeleiteter Rechtsakte, sondern von *Existenz und Umfang einer sachlichen Unionszuständigkeit* abhängig macht. Anders formuliert lautet die Regel: Wenn die Union die (ausschließliche oder geteilte) Zuständigkeit in einem bestimmten Rechtsbereich besitzt, sollten die Unionsgrundrechte den Unionsbürgern Schutz bieten, *selbst wenn diese Zuständigkeit noch nicht wahrgenommen wurde*.

164. Warum mache ich diesen Vorschlag?

165. Die Mitgliedstaaten haben der Union Zuständigkeiten zugewiesen, die diese zum Erlass von Maßnahmen ermächtigen, die Vorrang vor dem nationalen Recht haben und die unmittelbare Wirkung entfalten können. Deshalb sollten der Union, wenn diese Befugnisse erst einmal verliehen worden sind, die Zuständigkeit und die Verantwortung für die Gewährleistung der Grundrechte zugewiesen werden, und zwar unabhängig davon, ob von den Befugnissen tatsächlich Gebrauch gemacht worden ist. Die „Werte, auf die sich die Union gründet, sind die Achtung der Menschenwürde, Freiheit, Demokratie, Gleichheit, Rechtsstaatlichkeit und die Wahrung der Menschenrechte" [142].

140 — Urteil vom 13. September 2005, Kommission/Rat (C-176/03, Slg. 2005, I-7879).

141 — Vgl. u. a. Urteile vom 5. Oktober 2000, Deutschland/Parlament und Rat (C-376/98, Slg. 2000, I-8419, Randnr. 83), vom 3. September 2008, Kadi und Al Barakaat International Foundation/Rat und Kommission (C-402/05 P und C-415/05 P, Slg. 2008, I-6351, Randnr. 203), vom 30. April 2009, Italien und Donnici/Parlament (C-393/07 und C-9/08, Slg. 2009, I-3679, Randnr. 67), und vom 1. Oktober 2009, Kommission/Rat (C-370/07, Slg. 2009, I-8917, Randnr. 46).

142 — Art. 2 EUV. Die Vorgängerbestimmung, Art. 6 Abs. 1 EU, lautete: „Die Union beruht auf den Grundsätzen der Freiheit, der Demokratie, der Achtung der Menschenrechte und Grundfreiheiten sowie der Rechtsstaatlichkeit; diese Grundsätze sind allen Mitgliedstaaten gemeinsam."

Diese Vertragsgarantie sollte nicht an die Bedingung einer tatsächlichen Ausübung der Rechtssetzungskompetenz geknüpft werden. In einer Union, die sich auf Grundrechte und Rechtsstaatlichkeit gründet, darf der Schutz nicht von der gesetzgeberischen Initiative der Organe und von politischen Vorgängen abhängen. Ein derart bedingter Grundrechtsschutz ist die Antithese zu dem Konzept, mit dem Staatsgewalt in einer Demokratie heutzutage legitimiert wird. [143]

166. Dieser Lösungsansatz hat eine Reihe von Vorteilen.

167. Erstens wird damit vermieden, fiktive oder hypothetische „Bezüge zum Unionsrecht" konstruieren oder finden zu müssen, die als solche in der Vergangenheit Verwirrung gestiftet und womöglich auch den Geltungsbereich der Vertragsbestimmungen überdehnt haben. Wer von seinem Recht auf Freizügigkeit Gebrauch gemacht hat, braucht dann keinen Bezug zu dem später geltend gemachten Grundrecht nachzuweisen, das diese Freizügigkeit erleichtert. [144] Wer von diesem Recht noch keinen Gebrauch gemacht hat, müsste es nicht eigens ausüben, um die Voraussetzungen für die Inanspruchnahme des Grundrechtsschutzes zu schaffen [145] (die in der Absicht eines Dienstleistungsempfangs ausgeübte Freizügigkeit ist vielleicht diejenige der vier Freiheiten, die am einfachsten zu diesem Zweck genutzt werden kann). Es gibt dann auch keine umgekehrte Diskriminierung von Staatsangehörigen eines Mitgliedstaats mehr, die darauf beruht, dass ihren Unionsmitbürgern und denjenigen Mitbürgern des betreffenden Mitgliedstaats, die von ihrem Recht auf Freizügigkeit *tatsächlich* Gebrauch gemacht haben, Unionsgrundrechtsschutz gewährt wird. [146] Zukünftig entfallen dadurch auch die Diskrepanzen (im Unionsgrundrechtsschutz) zwischen vollständig und teilweise harmonisierten Politiken. Unter dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit kommt es zu einer deutlichen Verbesserung.

168. Zweitens bleibt die Union bei einem solchen Lösungsansatz in den eigenen vier Wänden ihrer Befugnisse. Der unionsrechtliche Grundrechtsschutz kommt nur dann zum Tragen, wenn die Regelung, die zur Berufung auf die Grundrechte geführt hat, in die ausschließliche oder geteilte Zuständigkeit der

143 — Locke, J., *Two Treatises of Government*, Cambridge, Cambridge University Press, 1988, Buch II, Abschnitt II.

144 — Die den Urteilen Singh, oben in Fn. 50 angeführt, Cowan, oben in Fn. 72 angeführt, und Carpenter, oben in Fn. 20 angeführt, zugrunde liegenden Sachverhalte sind Beispiele für Fälle, in denen keine besonders unmittelbare Beziehung zwischen Freizügigkeit und dem unionsrechtlich vorgesehenen Grundrecht bzw. dem zusätzlichen Schutz besteht. Ich stelle keinesfalls in Frage, dass die vom Gerichtshof in diesen drei Fällen erlassenen Entscheidungen unter dem Gesichtspunkt des Rechtsschutzes richtig sind. Ich will lediglich darauf hinweisen, dass der Bezug, mit dem der Schutz bejaht wird, gelegentlich recht schwach ausgeprägt ist.

145 — In der Rechtssache Akrich, Urteil oben in Fn. 24 angeführt, hatten Herr und Frau Akrich bei ihrer Befragung durch die zuständigen nationalen Stellen offen zugegeben, dass Frau Akrich umgezogen war, um in Irland einer vorübergehenden Arbeitstätigkeit nachzugehen, um mit ihrem Ehemann in das Vereinigte Königreich zurückkehren und dort ein gemeinschaftsrechtliches Einreiserecht für ihn geltend machen zu können.

146 — Vgl. Urteil Gouvernement de la Communauté française und Gouvernement wallon, oben in Fn. 18 angeführt.

Union fällt.[147] Auf die Art der Zuständigkeit kommt es an, wenn es um die Festlegung des angemessenen Schutzumfangs geht. Im Fall geteilter Zuständigkeit ergibt sich gerade aus dem Zweck der Teilung, dass der unionsrechtliche Grundrechtsschutz den durch das nationale Recht vorgesehen Schutz ergänzt.[148] (Dies entspricht dem Ansatz, den ich oben zur Problematik der umgekehrten Diskriminierung vorgeschlagen habe.)

169. Drittens, wenn feststeht, dass die unionsrechtlichen Grundrechte in allen Bereichen garantiert sind, in denen die Union die geteilte oder ausschließliche Zuständigkeit besitzt, könnten die Mitgliedstaaten vielleicht dazu veranlasst werden, auf bestimmten besonders heiklen Rechtsgebieten (etwa im Zuwanderungs- oder im Strafrecht) detaillierte abgeleitete Unionsrechtsakte auf den Weg zu bringen, die *auch* den genauen Umfang der Unionsgrundrechte angemessen festlegen, statt es dem Gerichtshof zu überlassen, Grundrechtsprobleme *ad hoc* immer nur dann zu lösen, wenn ein entsprechender Rechtsstreit geführt wird.

170. Viertens stünde eine solche Festlegung des Geltungsbereichs der Unionsgrundrechte im Einklang mit allen Konsequenzen der Unionsbürgerschaft, die „dazu bestimmt [ist], der grundlegende Status der Angehörigen der Mitgliedstaaten zu sein“[149]. Dieser Status verträgt sich schlecht mit der Vorstellung, dass Grundrechtsschutz nur partiell und fragmentiert besteht, dass er also davon abhängt, ob irgendeine einschlägige materiell-rechtliche Bestimmung unmittelbare Wirkung entfaltet bzw. ob der Rat und das Europäische Parlament Rechtssetzungsbefugnisse ausgeübt haben. Langfristig wird nur ein lückenloser Grundrechtsschutz im Rahmen des Unionsrechts in allen Bereichen ausschließlicher

147 — Zur ausschließlichen und geteilten Zuständigkeit vgl. Urteile vom 15. Dezember 1976, Donckerwolcke u. a. (41/76, Slg. 1976, 1921, Randnr. 32), vom 18. Februar 1986, Bulk Oil (174/84, Slg. 1986, 559, Randnr. 31), und vom 16. März 1977, Kommission/Frankreich (68/76, Slg. 1977, 515, Randnr. 23). Zur Anwendung dieser Regeln auf die Zuständigkeit der Union für den Bereich der Außenbeziehungen vgl. u. a. Urteil vom 31. März 1971, Kommission/Rat („AETR“, 22/70, Slg. 1971, 263).

148 — Die Erläuterungen zur Charta sind in diesem Punkt eindeutig: „Die Grundrechte, wie sie in der Union garantiert werden, werden nur im Rahmen dieser von den Verträgen bestimmten Zuständigkeiten wirksam. Folglich kann sich für die Organe der Union nur nach Maßgabe dieser Befugnisse eine Verpflichtung … zur Förderung der in der Charta festgelegten Grundsätze ergeben.“ Allerdings heißt es in den Erläuterungen weiter, dass „es sich von selbst [versteht], dass der Verweis auf die Charta in Artikel 6 des Vertrags über die Europäische Union nicht dahin gehend verstanden werden kann, dass sie für sich genommen den als ‚Durchführung des Rechts der Union‘ betrachteten Aktionsrahmen der Mitgliedstaaten … ausdehnt“. Ich verstehe diese Bemerkungen als unmissverständliche Aussage dahin, dass der unionsrechtliche Grundrechtsschutz an die in der Zuständigkeit der Union liegenden Bereiche anknüpft. Der unionsrechtliche Grundrechtsschutz und der Grundrechtsschutz nach nationalem Recht dürften in ihrem Zusammenwirken trotzdem zu einem angemessenen Schutz führen (zumindest bei allen Grundrechten, die sowohl in der Charta als auch in der EMRK genannt sind).

149 — Vgl. die oben in Fn. 40 angeführte Rechtsprechung.

oder geteilter Unionszuständigkeit dem Begriff der Unionsbürgerschaft gerecht.

171. Allerdings meine ich, dass der Gerichtshof trotz dieser erheblichen Vorteile einen solchen Schritt im vorliegenden Fall nicht allein vollziehen kann.

172. Wenn die Anwendung der Unionsgrundrechte allein an das Bestehen einer ausschließlichen oder geteilten Unionszuständigkeit geknüpft wird, würde ein eindeutiges föderalistisches Element in den Aufbau des rechtlichen und politischen Systems der Union eingeführt. Einfach gesagt: Eine Veränderung dieser Art entspräche derjenigen, die sich im Verfassungsrecht der USA im Anschluss an die Entscheidung in der Rechtssache Gitlow/New York [150] vollzogen hat, in der der Supreme Court der Vereinigten Staaten die Reichweite mehrerer im Ersten Zusatzartikel der Verfassung verankerten Rechte auf die einzelnen Bundesstaaten ausdehnte. Nach dieser Rechtsprechung zur „Rechtsübernahme", die seither auf die Klausel über das faire Verfahren im Vierzehnten Zusatzartikel gestützt wird, ist kein Ortswechsel zwischen den Bundesstaaten und auch kein Rechtssetzungsakt des Kongresses erforderlich. Der Supreme Court hält bestimmte Grundrechte für so bedeutsam, dass sie „zu den fundamentalen persönlichen Rechten und Freiheiten gehören, die durch die Klausel über das faire Verfahren … gegen Beeinträchtigungen seitens der Bundesstaaten geschützt sind". [151]

173. Die föderalisierende Wirkung des amerikanischen Lehrsatzes zur Rechtsübernahme ist bekannt. Ein Wandel dieser Art würde die unionsrechtlichen Grundrechte in ihrem innersten Wesen rechtlich und politisch verändern. Sie bedarf daher *sowohl* einer Weiterentwicklung in der Rechtsprechung *als auch* einer unmissverständlichen politischen Erklärung der Mächte, aus denen sich die Union zusammensetzt (ihrer Mitgliedstaaten) in Richtung einer neuen Stellung der Grundrechte in der Union.

174. Im hier vorliegenden konkreten Fall ist der maßgebende Zeitpunkt die Geburt von Diego, des zweiten Kindes von Herrn Ruiz

150 — 268 U.S. 652 (1925).

151 — Zum Urteil Gitlow/New York und zum Lehrsatz der Rechtsübernahme vgl. Cortner, R., *The Supreme Court and the Second Bill of Rights: The Fourteenth Amendment and the Nationalization of Civil Liberties*, University of Wisconsin Press, Madison, 1981, Henkin, L., „‚Selective Incorporation' in the Fourteenth Amendment", *Yale Law Journal*, 1963, S. 74 bis 88, und Pohlman, H. L., *Justice Oliver Wendell Holmes: Free Speech & the Living Constitution*, New York University Press, New York, 1991, S. 82 bis 87.

Zambrano, am 1. September 2003. Dieses Ereignis (ein Unionsbürger kommt ins Spiel) ist es, das — sollte Herr Ruiz Zambrano Recht haben — die belgischen Behörden dazu hätte veranlassen müssen, Herrn Ruiz Zambrano ein abgeleitetes Aufenthaltsrecht zuzuerkennen und seinen Antrag auf Leistungen bei Arbeitslosigkeit entsprechend zu behandeln.

175. Damals bestand der Vertrag über die Europäische Union seit dem Vertrag von Maastricht im Wesentlichen unverändert. Der Gerichtshof hatte in seinem Gutachten 2/94 klar festgestellt, dass die Europäische Gemeinschaft seinerzeit keine Befugnisse zur Ratifizierung der EMRK gehabt habe. [152] Die Charta war noch „soft law" ohne unmittelbare Wirkung und ohne Übernahme in den Vertrag. Der Vertrag von Lissabon war noch nicht einmal angedacht. Angesichts dessen meine ich, dass die erforderliche konstitutionelle Entwicklung im Bereich der Unionsgrundlagen, die die Aussage zulässt, dass die unionsrechtlichen Grundrechte als unabhängige und eigenständige Rechte geltend gemacht werden können, einfach noch nicht stattgefunden hatte.

176. In Beantwortung der letzten von mir umformulierten Frage komme ich daher zu dem Ergebnis, dass zu der für den Sachverhalt maßgebenden Zeit das unionsrechtliche Grundrecht auf Achtung des Familienlebens weder von einem Drittstaatsangehörigen noch von einem Unionsbürger weder im Hoheitsgebiet des Mitgliedstaats, dessen Staatsangehörigkeit der Unionsbürger besitzt, noch anderenorts im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten als eigenständiges Recht ohne einen anderweitigen Bezug zum Unionsrecht geltend gemacht werden konnte.

177. Mit diesem Antwortvorschlag akzeptiere ich, dass der Gerichtshof im vorliegenden Fall nicht ohne Weiteres einem Wandel vorgreifen sollte. Ich bin jedoch der Meinung, dass sich der Gerichtshof (eher früher als später) entscheiden muss, ob er mit den sich entwickelnden Verhältnissen Schritt halten oder ob er legislativen und politischen Entwicklungen hinterherlaufen will, die sich bereits vollzogen haben. Irgendwann wird der Gerichtshof — vermutlich durch ein Vorabentscheidungsersuchen eines nationalen Gerichts — mit einem Fall befasst werden, im Rahmen dessen er sich der Frage stellen muss, ob die Union nicht nunmehr an der Schwelle zu einer Verfassungsänderung steht (wie dies der Gerichtshof selbst in seinem Gutachten vom 28. März 1996 zum Teil vorausgesehen hat). Die Beantwortung dieser Frage kann derzeit noch zurückgestellt werden, aber wahrscheinlich nicht mehr sehr viel länger.

152 — Oben in Fn. 41 angeführt, Randnr. 6.

Ergebnis

178. Nach alledem bin ich der Auffassung, dass der Gerichtshof die vom Tribunal du travail de Bruxelles angesprochenen Punkte wie folgt beantworten sollte:

— Die Art. 20 AEUV und 21 AEUV (früher Art. 17 EG und 18 EG) sind dahin auszulegen, dass sie ein auf der Unionsbürgerschaft beruhendes Aufenthaltsrecht im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten verleihen, das unabhängig von dem Recht besteht, sich von einem Mitgliedstaat in einen anderen zu begeben. Diese Bestimmungen verwehren es einem Mitgliedstaat nicht, einer Person, die in aufsteigender Linie mit einem Unionsbürger verwandt ist, der Staatsangehöriger des betreffenden Mitgliedstaats ist und von seinen Freizügigkeitsrechten noch keinen Gebrauch gemacht hat, ein abgeleitetes Aufenthaltsrecht zu versagen, sofern diese Entscheidung mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz vereinbar ist.

— Art. 18 AEUV (früher Art. 12 EG) ist dahin auszulegen, dass er einer umgekehrten Diskriminierung entgegensteht, die durch das Ineinandergreifen von Art. 21 AEUV und nationalem Recht verursacht wird, wenn sie eine Verletzung der im Unionsrecht anerkannten Grundrechte beinhaltet und wenn nach nationalem Recht kein mindestens gleichwertiger Schutz zur Verfügung steht.

— Zu der für das Ausgangsverfahren maßgebenden Zeit konnte das unionsrechtliche Grundrecht auf Achtung des Familienlebens weder von einem Drittstaatsangehörigen noch von einem Unionsbürger weder im Hoheitsgebiet des Mitgliedstaats, dessen Staatsangehörigkeit der Unionsbürger besitzt, noch anderenorts im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten als eigenständiges Recht ohne einen anderweitigen Bezug zum Unionsrecht geltend gemacht werden.