

1. Teil: Mobilität als traditionelle Anwendungsvoraussetzung der Unionsbürgerrechte

Die Mobilität der Unionsbürger ist traditionelle Anwendungsvoraussetzung für die Ausübung der Unionsbürgerrechte. Herkömmlich können sich nur die mobilen Mitgliedstaatsangehörigen auf die wichtigsten der mit ihrer Unionsbürgerschaft verbundenen Rechte berufen. Das Kriterium der Mobilität – grosszügiger formuliert des grenzüberschreitenden Elements – entspringt der Rechtsprechung des Gerichtshofs zu den wirtschaftlichen Grundfreiheiten; die Einführung der Unionsbürgerschaft mit dem Vertrag von Maastricht von 1992¹² hat am Fortbestand des Mobilitätserfordernisses nichts geändert (A.). In der Rechtsprechung des EuGH hat die Anwendungsvoraussetzung indessen im Laufe der Zeit Aufweichungen erfahren (B.). Ein Problem, das mit dem Mobilitätserfordernis einhergeht, ist die Entstehung umgekehrter Diskriminierungen, sodass es zu fragen gilt, ob diese Anwendungsvoraussetzung in der EU als föderal strukturiertes System notwendig ist (C.).

A. Unionsbürgerrechte im Spiegel der Mobilität

Die Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten spüren ihren Status als Unionsbürger am deutlichsten, wenn sie die Grundfreiheiten oder das von einer wirtschaftlichen Tätigkeit unabhängige Freizügigkeitsrecht nach Art. 21 AEUV ausüben. Denn damit erhalten sie das Recht, sich in einem anderen Mitgliedstaat aufzuhalten, dort dieselbe Behandlung wie Inländer zu erfahren und ihre (auch drittstaatsangehörigen) Familienmitglieder dorthin mitzunehmen. Während die Grundfreiheiten als Unionsbürgerrechte im weiteren Sinn¹³ eine wirtschaftliche Mobilität verlangen (I.), genügt für die

12 Vertrag über die Europäische Union, ABl. 1992 C 191, 1.

13 Vgl. die Kategorisierung der in Art. 20 Abs. 2 AEUV aufgezählten Rechte als Unionsbürgerrechte im engeren Sinn *Kadelbach*, Unionsbürgerschaft, 611 (625 – 635). Siehe überdies die nicht abschliessende Aufzählung der Unionsbürgerrechte in Art. 20 Abs. 2 AEUV („unter anderem“); hierzu etwa *Cloos et al.*, Le Traité de Maastricht, 168; *Haag*, in: Groeben/Schwarze/Hartje, Art. 20 AEUV Rn. 18; *Kadelbach*, Unionsbürgerschaft, 611 (623 – 624); *Magiera*, in: Streinz, Art. 20 AEUV Rn. 31; *Schönberger*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 20 AEUV Rn. 49 – 51.

unionsbürgerliche Freizügigkeit als „Kernrecht“¹⁴ der Unionsbürgerschaft eine nichtwirtschaftliche Mobilität (II.). Die Skizzierung der Voraussetzungen dieser Unionsbürgerrechte – mit einleitend einem kurzen historischen Rückblick – zeigt auf, welche Unionsbürger traditionell auch tatsächlich in den Genuss ihrer Unionsbürgerschaft gelangen.

I. Grundfreiheiten und wirtschaftliche Mobilität

Als bahnbrechend für die Entwicklung subjektiver Rechte im Unionsrecht gilt das Urteil *van Gend en Loos* aus dem Jahr 1963.¹⁵ Mit dieser Entscheidung löste sich der EuGH vom traditionellen Völkerrechtsverständnis, indem er neben den Mitgliedstaaten deren Staatsangehörige als Berechtigte und Verpflichtete bestimmt:

„Das Ziel des EWG-Vertrages ist die Schaffung eines gemeinsamen Marktes, dessen Funktionieren die der Gemeinschaft angehörigen Einzelnen unmittelbar trifft [...]. [D]ie Gemeinschaft [...] [stellt] eine Rechtsordnung [dar], deren Rechtssubjekte nicht nur die Mitgliedstaaten, sondern auch die Einzelnen sind.“¹⁶

Dank der Anerkennung der unmittelbaren Anwendbarkeit des Gemeinschaftsrechts, in casu der Warenverkehrsfreiheit, in dieser Entscheidung und des in der Rs. *Costa/E.N.E.L.*¹⁷ festgeschriebenen Anwendungsvorrangs finden sich die Mitgliedstaatsangehörigen in einer direkten Rechtsbeziehung zur Europäischen Union und deren Mitgliedstaaten wieder.¹⁸ Als bald bejahte der Gerichtshof die unmittelbare Anwendbarkeit auch für die Arbeitnehmerfreizügigkeit sowie für die Niederlassungs-, Dienstleistungs- und Kapitalverkehrsfreiheit.¹⁹ Seither können sich die Bürger der Mitgliedstaaten vor nationalen Behörden direkt auf die Grundfreiheiten berufen und hieraus Rechte ableiten – sofern sie etwa als Arbeitnehmer oder als Dienstleistungserbringer am Binnenmarkt teilnehmen. Bezeichnenderwei-

14 GA *Sharpston, Ruiz Zambrano*, C-34/09, EU:C:2010:560, Rn. 80.

15 *Calliess*, Vertrag von Lissabon, 359 f.; *Walter*, Grundrechte, 1 (Rn. 45).

16 EuGH, *van Gend en Loos*, C-26/62, EU:C:1963:1, 24 f.

17 EuGH, *Costa/E.N.E.L.*, C-6/64, EU:C:1964:66, 1269 f.

18 *Calliess*, Vertrag von Lissabon, 359.

19 EuGH, *Kommission/Frankreich*, C-167/73, EU:C:1974:35, Rn. 41/42 f.; EuGH, *Reyners*, C-2/74, EU:C:1974:68, Rn. 24/28 – 32; EuGH, *van Binsbergen*, C-33/74, EU:C:1974:131, Rn. 18 – 27; EuGH, *Sanz de Lera*, C-163/94, EU:C:1995:451, Rn. 40 – 48.

se entwickelte *Ipsen* für diese Mitgliedstaatsangehörigen den allseits bekannten Begriff „Marktbürger“²⁰. Darunter versteht er jenen Bürger eines Mitgliedstaats, der „dem Recht des (gemeinsamen) Marktes untersteht, soweit er an ihm teilnimmt“²¹.

Nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs sind die Grundfreiheiten nicht auf rein interne Sachverhalte anwendbar.²² Die Unionsbürger müssen mobil sein, um sich auf die Grundfreiheiten berufen zu können – oder grosszügiger formuliert: Ihre Situation muss ein grenzüberschreitendes Element aufweisen.²³ Diese Anwendungsvoraussetzung kann mancherorts dem Wortlaut der jeweiligen Bestimmung entnommen werden. So verbieten etwa die Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit nach Art. 49 und Art. 56 AEUV Beschränkungen der freien Niederlassung und des freien Dienstleistungsverkehrs für Staatsangehörige eines Mitgliedstaats im Hoheitsgebiet eines *anderen* Mitgliedstaats.²⁴ Dahingegen ist die Bestimmung zur Arbeitnehmerfreizügigkeit nach Art. 45 AEUV offener formuliert: Die Freizügigkeit der Arbeitnehmer ist *innerhalb* der Union gewährleistet.²⁵ Dass auch hier nur grenzüberschreitende Sachverhalte erfasst sind, kann gleichwohl aus den mit der Arbeitnehmerfreizügigkeit verbundenen Rechten gelesen werden, wie etwa aus dem Inländergleichbehandlungsgebot oder dem in Art. 45 Abs. 3 AEUV statuierten Recht, sich in einem Mitgliedstaat aufhalten zu dürfen, um einer Erwerbstätigkeit nachzugehen.²⁶ Schliesslich begründet der Gerichtshof die Mobilität als An-

20 Zum erstmaligen Gebrauch des Begriffs im Rahmen des zweiten FIDE-Kongresses im Jahr 1963 *Ipsen/Nicolaysen*, NJW 1964, 339 (340f.); siehe hierzu auch *Streinz*, Marktbürger, 63 (65).

21 *Ipsen/Nicolaysen*, NJW 1964, 339 (340); zur Rechtsstellung des Marktbürgers siehe *Ipsen*, Gemeinschaftsrecht, 713 – 770; siehe auch *Streinz*, Marktbürger, 63 (66 f.).

22 Siehe etwa EuGH, *Saunders*, C-175/78, EU:C:1979:88, Rn. 11; EuGH, *Bekaert*, C-204/87, EU:C:1988:192, Rn. 12; EuGH, *Gervais*, C-17/94, EU:C:1995:422, Rn. 24 – 24.

23 Siehe etwa EuGH, *Debauxe*, C-52/79, EU:C:1980:83, Rn. 9; EuGH, *Steen*, C-332/90, EU:C:1992:40, Rn. 9; EuGH, *USSL*, C-134/95, EU:C:1997:16, Rn. 19.

24 Hierauf verweisend *Frenz*, Grundfreiheiten, Rn. 412; *Lach*, Umgekehrte Diskriminierungen, 98; *Lackhoff*, Niederlassungsfreiheit, 73 – 76; *Lippert*, Grenzüberschreitender Sachverhalt, 14 f.; *Forsthoff*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 45 AEUV Rn. 56; *Tryfonidou*, EPL 2012, 493 (507 f.).

25 *Epiney*, Umgekehrte Diskriminierungen, 154 f.; *Hoffmann*, Grundfreiheiten, 99; ebenso *Lach*, Umgekehrte Diskriminierungen, 98.

26 *Frenz*, Grundfreiheiten, Rn. 411; *Gebauer*, Grundfreiheiten des EG-Vertrags, 82; ebenso *Lippert*, Grenzüberschreitender Sachverhalt, 14; zum Argument der einheitlichen Auslegung der Grundfreiheiten etwa *Lach*, Umgekehrte Diskriminierungen, 98 f.

wendungsvoraussetzung mit dem Ziel der Grundfreiheiten, „alle[] Hindernisse für die Errichtung eines Gemeinsamen Marktes“ zu beseitigen.²⁷

Für die Berufung auf die Grundfreiheiten muss der Unionsbürger nicht nur mobil sein, sondern auch wirtschaftlich aktiv. Als Marktbürger hat er etwa Dienstleistungen zu erbringen oder einer selbstständigen bzw. unselfständigen Tätigkeit nachzugehen. Die für die Berufung auf die Grundfreiheiten erforderliche Mobilität findet in der Regel der wirtschaftlichen Tätigkeit wegen statt.²⁸ Allerdings lässt die Judikatur des EuGH mittlerweile erkennen, dass der Grund für die Mobilität nicht in jedem Fall in der Erwerbstätigkeit liegen muss.²⁹ So wendet der Gerichtshof die Grundfreiheiten auch auf Situationen an, in denen Unionsbürger in einen anderen Mitgliedstaat umgezogen sind, während sie weiterhin einer Erwerbstätigkeit in ihrem Herkunftsstaat nachgingen.³⁰ Die beiden Anwendungsvoraussetzungen – grenzüberschreitendes Element und wirtschaftliche Tätigkeit – müssen somit nicht unbedingt miteinander verbunden sein.³¹

Die weite Auslegung der beiden Anwendungsvoraussetzungen durch den EuGH³² sowie dessen Rechtsprechung, dass diese nicht miteinander verknüpft sein müssen, führen zu einem grosszügigen Anwendungsbereich der Grundfreiheiten. Folglich ist der Kreis derjenigen, die sich als „Markt-

27 EuGH, *Morson*, C-35/82 und C-36/82, EU:C:1982:368, Rn. 15; hierzu etwa *Lach*, Umgekehrte Diskriminierungen, 93 – 95; dieses Ziel als Begründung auch anführend *Hoffmann*, Grundfreiheiten, 99 – 102; ebenso *Forsthoff*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 45 AEUV Rn. 56; ausführlicher zur Bedeutung der Ziele der Errichtung eines Gemeinsamen Marktes und der Verwirklichung eines Binnenmarktes *Epiney*, Umgekehrte Diskriminierungen, 215 – 228.

28 Siehe etwa EuGH, *Levin*, C-53/81, EU:C:1982:105; EuGH, *Reyners*, C-2/74, EU:C:1974:68; zu diesem klassischen Anwendungsfall der Grundfreiheiten *Tryfonidou*, CMLR 2009, 1591 (1592 – 1595).

29 Siehe hierzu *O'Brien*, CMLR 2008, 499 (504 – 507); *Tryfonidou*, CMLR 2009, 1591 (1595 – 1604).

30 Siehe insbes. EuGH, *Ritter-Coulais*, C-152/03, EU:C:2006:123, Rn. 31 f.; EuGH, *Hartmann*, C-212/05, EU:C:2007:437, Rn. 18 f.; EuGH, *Hendrix*, C-287/05, EU:C:2007:494, Rn. 46.

31 *Spaventa*, CMLR 2008, 13 (15 mit Fn. 4).

32 Zur Auslegung des Mobilitätsanfordernisses durch den EuGH siehe unten, 1. Teil B.; als Beispiel für die weite Auslegung des Kriteriums der wirtschaftlichen Tätigkeit siehe die Rechtsprechung des EuGH, wonach auch Praktikanten und Teilzeitbeschäftigte mit einer Erwerbstätigkeit von einigen wenigen Stunden pro Woche von der Arbeitnehmerfreizügigkeit umfasst sind, etwa EuGH, *Larwie-Blum*, C-66/85, EU:C:1986:284, Rn. 19 – 22; EuGH, *Bernini*, C-3/90, EU:C:1992:89, Rn. 15 f.

bürger“ auf die Grundfreiheiten berufen können, grundsätzlich gross. Dennoch: Der Mitgliedstaatsangehörige muss auf dem europäischen Binnenmarkt auftreten; sowohl eine wirtschaftliche Tätigkeit als auch Mobilität sind gefragt. All diejenigen Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten, die wirtschaftlich tätig, aber nicht mobil sind, profitieren nicht von den Rechten aus den Grundfreiheiten. Dasselbe gilt für diejenigen, die mobil, aber nicht wirtschaftlich tätig sind – und selbstredend für jene, die weder mobil noch wirtschaftlich tätig sind. Der Status als Unionsbürger genügt für die Berufung auf die Grundfreiheiten nicht.

II. Unionsbürgerschaft und nichtwirtschaftliche Mobilität

Vor Einführung der Unionsbürgerschaft mit dem Vertrag von Maastricht von 1992 konnten in erster Linie nur die am Binnenmarkt teilnehmenden Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten subjektive Rechte aus dem Gemeinschafts- respektive Unionsrecht ableiten. Mit der Unionsbürgerschaft wurde die Rechtsstellung des Einzelnen im Unionsrecht verallgemeinert: Alle Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten sind Unionsbürger (Art. 9 Satz 2 EUV³³ und Art. 20 Abs. 1 Satz 2 AEUV) und können als solche die mit der Unionsbürgerschaft verbundenen Rechte ausüben. Dazu zählen im Besonderen die in Art. 20 Abs. 2 AEUV explizit aufgezählten Rechte wie das Freizügigkeitsrecht, das Kommunal- und Europawahlrecht, das diplomatische und konsularische Schutzrecht sowie weitere politische Teilhaberechte wie etwa das Initiativ-, Petitions- und Beschwerderecht. Die Rechtsposition der Unionsbürger beschränkt sich jedoch nicht auf diese Unionsbürgerrechte im engeren Sinn³⁴, sondern umfasst alle „in den Verträgen vorgesehenen Rechte und Pflichten“ (Art. 20 Abs. 2 Satz 1 AEUV).

Hinter der Einführung der Unionsbürgerschaft stand der Zweck, die Rechte und Interessen der Mitgliedstaatsangehörigen stärker zu schützen (Art. B Abs. 1 Spiegelstrich 3 Vertrag von Maastricht).³⁵ Generalanwalt *Boukhalfa* erkannte früh die Bedeutung der eingeführten Bürgerschaft: Sie habe einen „stark symbolischen Wert“ und stelle „wahrscheinlich einen der

33 Vertrag über die Europäische Union, ABl. 2013 C 202, 13.

34 Siehe zu dieser Kategorisierung *Kadelbach*, Unionsbürgerschaft, 611 (625 – 635).

35 Zur historischen Entwicklung der Unionsbürgerschaft siehe etwa *Callies*, EuR 2007, 7 (11 – 14); *Kadelbach*, Unionsbürgerrechte, 797 (Rn. 4 – 9); *Magiera*, DÖV 1987, 221 – 231; *O’Leary*, Community Citizenship, 17 – 30; *Schönberger* in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Art. 20 AEUV Rn. 9 – 18; *Wollenschläger*, Grundfreiheit ohne Markt, 90 – 101.

herausragenden Teile der europäischen Konstruktion dar³⁶. Der Gerichtshof jedoch wendete die neue Bestimmung des unionsbürgerlichen Freizügigkeitsrechts zunächst nur an, um die Anwendbarkeit existierenden Gemeinschaftsrechts unterstützend zu begründen.³⁷ Neben dieser richterlichen Vorsicht Mitte der 90er-Jahre fand sich auch in der Literatur eine eher skeptische Sicht wieder: Die Unionsbürgerschaft wurde bezeichnet als „mehr Schein als Sein“³⁸, „pie in the sky“³⁹ und „little more than a cynical exercise in public relations on the part of the High Contracting Parties“⁴⁰.

Nach und nach belehrte der Gerichtshof diese Skeptiker eines Besseren. In der *Grzelczyk*-Entscheidung aus dem Jahr 2001 stellte er erstmals klar und wiederholt seither reflexartig:

„Der Unionsbürgerstatus ist nämlich dazu bestimmt, der *grundlegende Status der Angehörigen der Mitgliedstaaten* zu sein, der es denjenigen unter ihnen, die sich in der gleichen Situation befinden, erlaubt, unabhängig von ihrer Staatsangehörigkeit und unbeschadet der insoweit ausdrücklich vorgesehenen Ausnahmen die gleiche rechtliche Behandlung zu genießen.“⁴¹

Dabei hat der EuGH die Unionsbürgerschaft „um die Achse des Freizügigkeitsrechts“⁴² entfaltet. Fast jedes bedeutende Urteil des Gerichtshofs zur Unionsbürgerschaft befasst sich mit dem Freizügigkeitsrecht nach Art. 21 AEUV, dessen sekundärrechtlicher Ausgestaltung in der Richtlinie 2004/38/EG⁴³ und dem damit verbundenen Diskriminierungsverbot nach

36 GA Léger, *Boukhalfa*, C-214/94, EU:C:1995:381, Rn. 63.

37 Siehe etwa EuGH, *Bickel und Franz*, C-274/96, EU:C:1998:563, Rn. 15; hierzu *Kostakopoulou*, MLR 2005, 233 (244 f.).

38 *Isensee*, EU-Mitgliedstaaten, 71 (93).

39 *D'Oliveira*, Union Citizenship, 58.

40 *Weiler*, Citizenship, 57 (65).

41 EuGH, *Grzelczyk*, C-184/99, EU:C:2001:458 (Hervorhebung nur hier); ähnlich etwa EuGH, *D'Hoop*, C-224/98, EU:C:2002:432, Rn. 28; verkürzt in einigen Folgejurisdikaten etwa EuGH, *Baumbast und R*, C-413/99, EU:C:2002:493, Rn. 82; EuGH, *Zhu und Chen*, C-200/02, EU:C:2004:639, Rn. 25.

42 *Wollenschläger*, Grundfreiheit ohne Markt, u.a. 11; ähnlich *Huber*, EuR 2013, 637 (644 – 648, 653).

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

Art. 18 AEUV.⁴⁴ Nur vereinzelt lassen sich Entscheidungen zu den anderen Unionsbürgerrechten im engeren Sinn finden wie beispielsweise zum Europawahlrecht.⁴⁵ Die praktische Bedeutung des Freizügigkeitsrechts lässt sich wohl darauf zurückführen, dass es jenes Unionsbürgerrecht ist, das für die Unionsbürger am spürbarsten sein kann. Denn es gewährt ihnen unabhängig von einer wirtschaftlichen Tätigkeit ein Aufenthaltsrecht in einem anderen Mitgliedstaat als jenem, dessen Staatsangehörigkeit sie besitzen, verbunden mit einem Recht auf Inländergleichbehandlung (Art. 18 AEUV bzw. Art. 24 RL 2004/38/EG)⁴⁶ und einem Nachzugsrecht für ihre Familieneingehörigen (Art. 3 Abs. 1 i. V. m. Art. 2 Ziff. 2 RL 2004/38/EG). Zu Recht wird das Freizügigkeitsrecht daher als das „Kernrecht“ der Unionsbürgerschaft bezeichnet.⁴⁷

Bereits im Jahr 1994 erklärte der Gerichtshof in der Rs. *Uecker und Jacquet* jedoch, dass

„die in Artikel [20 AEUV] vorgesehene Unionsbürgerschaft nicht bezweckt, den sachlichen Anwendungsbereich des Vertrages auf Sachverhalte auszudehnen, die keinerlei Bezug zum Gemeinschaftsrecht aufweisen“⁴⁸.

Seither bekräftigt der Gerichtshof im Rahmen seiner Judikatur zur Unionsbürgerschaft regelmässig die Unanwendbarkeit des Unionsrechts auf

44 *Nic Shuibhne*, CMLR 2010, 1597 (1612); siehe nur etwa EuGH, *Baumbast und R*, C-413/99, EU:C:2002:493; EuGH, *Garcia Avello*, C-148/02, EU:C:2003:539; EuGH, *Zhu und Chen*, C-200/02, EU:C:2004:639.

45 EuGH, *Spanien/Vereinigtes Königreich*, C-145/04, EU:C:2006:543; EuGH, *Eman und Sevinger*, C-300/04, EU:C:2006:545; EuGH, *Delvigne*, C-650/13, EU:C:2015:648; siehe aber auch zum Kommunalwahlrecht EuGH, *Pignataro*, C-535/08, EU:C:2009:204, und zum Recht auf freie Sprachwahl EuG, *Kik*, T-120/99, EU:T:2001:189.

46 Grundlegend EuGH, *Martínez Sala*, C-85/96, EU:C:1998:217, Rn. 62 – 63; EuGH, *Bidar*, C-209/03, EU:C:2005:169, Rn. 42 (siehe ebd. auch zur Grenze dieses Inländergleichbehandlungsrechts, Rn. 57 – 60).

47 GA *Sharpston*, *Ruiz Zambrano*, C-34/09, EU:C:2010:560, Rn. 80; auch als „Kern der Rechte aus der Unionsbürgerschaft“ bezeichnet im Haager Programm zur Stärkung von Freiheit, Sicherheit und Recht in der Europäischen Union, ABl. 2005 C 53, 1 (III. 1.1.); dem folgend GA *Ruiz-Jarabo Colomer*, *Morgan und Bucher*, C-11/06 und C-12/06, EU:C:2007:174, Rn. 67; ähnlich GA *Poiares Maduro*, *Nerkowska*, C-499/06, EU:C:2008:300, Rn. 14.

48 EuGH, *Uecker und Jacquet*, C-64/96 und C-65/96, EU:C:1997:285, Rn. 23; hierzu *Weber*, CMLR 1998, 1437 – 1445.

rein interne Sachverhalte.⁴⁹ Die Anwendbarkeit bejaht er hingegen traditionell immer dann, wenn die Situation ein grenzüberschreitendes Moment aufweist. Wie für die Grundfreiheiten müssen die Unionsbürger mobil sein, um sich auf das Freizügigkeitsrecht nach Art. 21 AEUV berufen zu können.⁵⁰ Der Gerichtshof versteht das Recht, „sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten [...] frei zu bewegen und aufzuhalten“, als ein Recht auf Freizügigkeit zwischen den Mitgliedstaaten. Dabei hätte er die Bestimmung auch insoweit auffassen können, als damit ein Recht verliehen wird, sich im gesamten Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten und damit auch innerstaatlich frei zu bewegen und aufzuhalten.⁵¹ Nach der EuGH-Judikatur können sich jedoch grundsätzlich nur Unionsbürger, die die Grenze ihres Herkunftsstaates überschritten haben, auf das Freizügigkeitsrecht und die damit verbundenen Rechte berufen. Nichtmobile Mitgliedstaatsangehörige sind von diesen Berechtigungen ausgeschlossen. Vor diesem Hintergrund lässt sich auch verstehen, wieso es in den Erwägungen zur Unionsbürgerrichtlinie heisst: „Die Unionsbürgerschaft sollte der grundsätzliche Status der Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten sein, wenn sie ihr Recht auf Freizügigkeit und Aufenthalt wahrnehmen.“⁵²

Im Gegensatz zu den Grundfreiheiten müssen die Unionsbürger für die Berufung auf Art. 21 AEUV nicht wirtschaftlich tätig sein.⁵³ Der Kreis derjenigen, die in den Genuss subjektiver Rechte kommen, erweitert sich mithin um die nichterwerbstätigen Mitgliedstaatsangehörigen. Die Unionsbürgerschaft hat damit zu einer „Loslösung der Gemeinschaftsrechte von ihren wirtschaftlichen Denkmustern“⁵⁴ geführt. Den Mitgliedstaatsangehörigen wird das unionsbürgerliche Freizügigkeitsrecht aufgrund ihres Status als Unionsbürger gewährt und nicht aufgrund einer Teilnahme am Binnenmarkt.⁵⁵ Die Rechtsstellung des Einzelnen im Unionsrecht hat sich

49 Siehe etwa EuGH, *Tas-Hagen und Tas*, C-192/05, EU:C:2006:676, Rn. 23; EuGH, *García Avello*, C-148/02, EU:C:2003:539, Rn. 26.

50 Zur Unanwendbarkeit aufgrund fehlender Mobilität siehe EuGH, *Kremzow*, C-299/95, EU:C:1997:254, Rn. 16; EuGH, *Gouvernement de la Communauté française und Gouvernement wallon*, C-212/06, EU:C:2008:178, Rn. 37 – 39; zum Mobilitätskriterium in der EuGH-Judikatur siehe unten, 1. Teil B.

51 *Lippert*, Grenzüberschreitender Sachverhalt, 15; *Tryfonidou*, EPL 2012, 493 (509).

52 Erwägung 3 RL 2004/38/EG (Hervorhebung nur hier).

53 Bericht der Kommission über die Unionsbürgerschaft, KOM(93) 702 endg., 3; EuGH, *Baumbast und R*, C-413/99, EU:C:2002:493, Rn. 81 – 84.

54 GA *Mazák, Förster*, C-158/07, EU:C:2008:399, Rn. 54; ähnlich bereits GA *Ruiz-Jarabo Colomer, Shingara und Radiom*, C-65/95, EU:C:1996:451, Rn. 34.

55 EuGH, *Baumbast und R*, C-413/99, EU:C:2002:493, Rn. 84; GA *Cosmas, Wijzenbeek*, C-378/97, EU:C:1999:144, Rn. 81 – 86.

vom „Paradigma des *homo oeconomicus* in das des *homo civitatis* umgewandelt“⁵⁶.

Obgleich dieser grundsätzlichen Loslösung vom Binnenmarktparadigma ist auch das unionsbürgerliche Freizügigkeitsrecht ökonomisch geprägt. Denn nichterwerbstätige Unionsbürger erhalten nur dann ein Aufenthaltsrecht, wenn sie über einen umfassenden Krankenversicherungsschutz im Aufnahmemitgliedstaat verfügen sowie über ausreichende Existenzmittel, „so dass sie während ihres Aufenthalts keine Sozialhilfeleistungen des Aufnahmemitgliedstaats in Anspruch nehmen müssen“ (Art. 7 Abs. 1 lit. b RL 2004/38/EG).⁵⁷ Und nur wenn die Unionsbürger diese ökonomischen Bedingungen erfüllen, genießen sie einen Anspruch auf Inländergleichbehandlung⁵⁸ und ihre (drittstaatsangehörigen) Familienmitglieder ein Nachzugsrecht⁵⁹.

Der Kreis der Berechtigten bleibt folglich beschränkt: Die Unionsbürger müssen zum einen mobil sein, zum anderen genügend „reich“⁶⁰. Nur dann kommen sie in den Genuss des Freizügigkeitsrechts – dem Herzstück der Unionsbürgerschaft – und der damit verbundenen Begleitrechte. Auch die unionsrechtlichen Grundrechte schützen die Unionsbürger regelmässig nur in Situationen, in denen sie ihr Freizügigkeitsrecht ausüben.⁶¹ Die sesshaften und mittellosen Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten sind von diesen Privilegien weitgehend ausgeschlossen. Damit erfährt ein Grossteil der Unionsbürger die tatsächliche Bedeutung der Unionsbürgerschaft

56 GA Ruiz-Jarabo Colomer, Petersen, C-228/07, EU:C:2008:281, Rn. 15.

57 Zur Relativierung dieser ökonomischen Voraussetzungen siehe EuGH, *Baumbast und R*, C-413/99, EU:C:2002:493, Rn. 91; EuGH, *Brey*, C-140/12, EU:C:2013:565, Rn. 70; hierzu etwa *Wollenschläger*, Grundfreiheit ohne Markt, 170 – 176; unter Berücksichtigung der Rs. *Brey* siehe *Neier*, Sozialhilfeleistungen, 159 (162 – 164); *Thym*, NZS 2014, 81 (85 – 86).

58 EuGH, *Dano*, C-333/13, EU:C:2014:2358, Rn. 68 – 84; siehe hierzu etwa *Cremer*, EuR 2017, 681 (698 f.); *Nazik/Ulber*, NZS 2015, 369 – 373; *Thym*, NJW 2015, 130 (130 – 134); *Verschueren*, CMLR 2015, 363 – 390; *Wollenschläger*, NVwZ 2014, 1628 – 1632.

59 Art. 7 Abs. 1 lit. d und Abs. 2 RL 2004/38/EG; siehe auch EuGH, *Alokpa*, C-86/12, EU:C:2013:645, Rn. 29 f.

60 Vgl. *Spaventa*, *Earned Citizenship*, 204 (220): „Union citizenship is for the wealthy, healthy and good Union citizens.“

61 Kritisch GA *Sharpston*, *Ruiz Zambrano*, C-34/09, EU:C:2010:560, Rn. 83 f. Zur Anwendbarkeit des Unionsrechts als Anwendungsvoraussetzung der Unionsgrundrechte gem. Art. 51 Abs. 1 GRC siehe insbes. EuGH, *Åkerberg Fransson*, C-617/10, EU:C:2013:280, Rn. 17 – 23 sowie etwa *Ehlers*, Unionsgrundrechte, 513 (Rn. 60 – 80); *Jarass*, Art. 51 GRC Rn. 16 – 30a; *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert, Art. 51 GRC Rn. 7 – 20; *Ohler*, NVwZ 2013, 1433 – 1438; *Snell*, EPL 2015, 285 – 308.

nicht.⁶² Dieser genießt „nur“ die von der Mobilität unabhängigen und weniger spürbaren Unionsbürgerrechte, wie insbesondere das Wahlrecht zum Europäischen Parlament und das Initiativ-, Petitions- und Beschwerderecht (Art. 24 AEUV).

B. Entwicklung in der Rechtsprechung des EuGH

Trotz jahrzehntelanger Rechtsprechung zur Mobilität bzw. zum grenzüberschreitenden Element als Anwendungsvoraussetzung der Grundfreiheiten⁶³ und des unionsbürgerlichen Freizügigkeitsrechts hat sich der EuGH zu keiner klaren Definition des Mobilitätsanfordernisses durchgerungen. Diese Vorgehensweise ermöglicht ihm, den sich aufgrund der fortschreitenden Integration ändernden Zielen der Bestimmungen Rechnung zu tragen.⁶⁴ So hat der Gerichtshof nicht an der Mobilität als Grundform des grenzüberschreitenden Elements festgehalten (I.), sondern im Laufe der Zeit Aufweichungen desselben zugelassen (II.).

I. Mobilität als Grundform

Die Grundform des grenzüberschreitenden Elements ist die Mobilität bzw. der tatsächliche Grenzübertritt.⁶⁵ Die Unionsbürger reisen von ihrem Herkunftsstaat in einen anderen Mitgliedstaat (und wieder zurück); sie machen somit von ihrem Freizügigkeitsrecht Gebrauch.⁶⁶ Eine „rein hypothetische Aussicht“ auf die Ausübung des Freizügigkeitsrechts genügt nach der Judikatur des Gerichtshofs indessen nicht.⁶⁷ Daher konnte etwa der

62 So zu Recht *Editorial Comments*, CMLR 2008, 1 (3 f.); *Schönberger*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 20 AEUV Rn. 62; *Spaventa*, *Earned Citizenship*, 204 (209, 220 mit Fn. 74).

63 Der Fokus dieser kurzen Untersuchung liegt auf den personenbezogenen Grundfreiheiten (Art. 45, Art. 49 und Art. 56 AEUV) sowie Art. 21 AEUV, da die Waren- und Kapitalverkehrsfreiheit von der Staatsangehörigkeit und damit von der Unionsbürgerschaft unabhängig sind.

64 Vgl. *Tryfonidou*, EPL 2012, 493 (507).

65 *Lippert*, *Grenzüberschreitender Sachverhalt*, 66.

66 Vgl. dahingegen die Dienstleistungsfreiheit, für deren Anwendbarkeit es auch genügt, wenn nur die Dienstleistung die Grenze überschreitet, siehe etwa EuGH, *Sacchi*, C-155/73, EU:C:1974:40; EuGH, *Debauve*, C-52/79, EU:C:1980:83.

67 Siehe etwa EuGH, *Moser*, C-180/83, EU:C:1984:233, Rn. 18; EuGH, *Kremzow*, C-299/95, EU:C:1997:254, Rn. 16.

österreichische Staatsangehörige *Kremzow* wegen einer in Österreich verhängten Freiheitsstrafe keine Beschränkung des Freizügigkeitsrechts geltend machen.⁶⁸

Darüber hinaus ist der Gerichtshof jedoch grosszügig bei der Bejahung einer hinreichenden Mobilität. Ein grenzüberschreitendes Element besteht in erster Linie immer dann, wenn die Unionsbürger ihren Herkunftsstaat verlassen und in einem anderen Mitgliedstaat Wohnsitz nehmen. In diesen sogenannten Wegzugsfällen⁶⁹ können sich die Unionsbürger sowohl gegenüber dem Aufnahmemitgliedstaat als auch gegenüber ihrem Herkunftsstaat auf die Unionsbürgerrechte berufen. Im Aufnahmemitgliedstaat erfahren die Unionsbürger eine Inländergleichbehandlung.⁷⁰ Gegenüber ihrem Herkunftsmitgliedstaat können sich die Unionsbürger gegen Nachteile wehren, die sie aufgrund des Wegzugs erfahren. Darunter fallen beispielsweise jene Fälle, in denen der Herkunftsmitgliedstaat die Gewährung von staatlichen Leistungen verweigert, weil diese einen Wohnsitz im Inland verlangen.⁷¹ Die Unionsbürger können sich aber auch dann auf das Unionsrecht berufen, wenn ihr Herkunftsstaat sie an der künftigen Ausübung des Rechts, mithin am Wegzug, hindert. So erkannte der Gerichtshof zum Beispiel in der Rs. *Bosman* einen Eingriff in die Arbeitnehmerfreizügigkeit, da der belgische Fussballspieler *Bosman* wegen einer Transferregelung seines belgischen Vereins an der Ausübung einer Erwerbstätigkeit in Frankreich gehindert wurde.⁷²

Desgleichen sind die sogenannten Rückkehrfälle vom Anwendungsbeereich des Unionsrechts erfasst.⁷³ Hierbei liegt das grenzüberschreitende Element darin, dass die Unionsbürger in der Vergangenheit mobil waren und nun in ihren Herkunftsstaat zurückgekehrt sind. Ihre Mobilität wirkt

68 EuGH, *Kremzow*, C-299/95, EU:C:1997:254, Rn. 16 – 18.

69 Siehe zur nachfolgenden Unterscheidung zwischen Wegzugs- und Rückkehrfällen allerdings mit zeitweise unterschiedlich verstandener Reichweite *Forsthoff*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 45 AEUV Rn. 58 f.; *Kutzscher*, Grenzüberschreitender Sachverhalt, 56 – 60; *Lach*, Umgekehrte Diskriminierungen, 70 f.; *Lippert*, Grenzüberschreitender Sachverhalt, 70 f.; *Wienbracke*, EuR 2012, 483 (496).

70 Siehe etwa EuGH, *Marsman*, C-44/72, EU:C:1972:120, Rn. 4; EuGH, *Merino García*, C-266/95, EU:C:1997:292, Rn. 33 – 36; EuGH, *Martínez Sala*, C-85/96, EU:C:1998:217, Rn. 62 – 63; EuGH, *Bidar*, C-209/03, EU:C:2005:169, Rn. 42.

71 Siehe etwa EuGH, *van Pommeren-Bourgondiën*, C-227/03, EU:C:2005:431, Rn. 44; hierzu *Kutzscher*, Grenzüberschreitender Sachverhalt, 57 f.

72 EuGH, *Bosman*, C-415/93, EU:C:1995:463, Rn. 92 – 104; als weiteres Beispiel etwa EuGH, *Daily Mail*, C-81/87, EU:C:1988:456, Rn. 16.

73 Siehe etwa EuGH, *Rockler*, C-137/04, EU:C:2006:106, Rn. 13 – 20; EuGH, *D'Hoop*, C-224/98, EU:C:2002:432, Rn. 30 – 35.

für die Anwendbarkeit des Unionsrechts fort.⁷⁴ Gegenüber ihrem Herkunftsstaat befinden sie sich nämlich in einer vergleichbaren Lage wie ausländische Staatsangehörige, die ihr Freizügigkeitsrecht ausüben.⁷⁵ In solchen Fällen können sich die Unionsbürger gegen Benachteiligungen seitens ihres Herkunftsstaates wehren, die aus der Ausübung des Freizügigkeitsrechts folgen. So müssen etwa im Ausland erworbene Qualifikationen anerkannt werden, da andernfalls die Grundfreiheiten bzw. Art. 21 AEUV beschränkt werden.⁷⁶

Für die verschiedenen Grundfreiheiten gibt es zudem spezielle Fallgestaltungen. Von der Arbeitnehmerfreizügigkeit sind zum Beispiel auch Grenzgänger umfasst, obgleich nicht der Wohnsitz verlegt, sondern die Erwerbstätigkeit in einem anderen Mitgliedstaat ausgeübt wird.⁷⁷ Selbst wenn Unionsbürger in einen anderen Mitgliedstaat umziehen, während sie weiterhin einer Erwerbstätigkeit in ihrem Herkunftsstaat nachgehen, sind nach der Judikatur des EuGH die Grundfreiheiten anwendbar.⁷⁸ Für die Anwendbarkeit der Grundfreiheiten genügt es daher, wenn die Unionsbürger in einem anderen Mitgliedstaat arbeiten als jenem, in dem sich ihr Wohnsitz befindet.⁷⁹

Vorangegangene Kurzdarstellung der Rechtsprechung zum Mobilitätselement verdeutlicht das Ziel des EuGH, jegliche Hindernisse der Freizügigkeit zu beseitigen, in anderen Worten: unionsweite Mobilität zu fördern.⁸⁰ Die freizügigkeitsausübenden Unionsbürger werden nicht nur im Aufenthaltsstaat geschützt, sondern auch nach Rückkehr in ihrem Herkunftsstaat; die Mobilität muss überdies selbst für die Grundfreiheiten nicht im Zusammenhang mit einer Wirtschaftstätigkeit erfolgen.

74 Forsthoff, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 45 AEUV Rn. 59.

75 EuGH, *Knoors*, C-115/78, EU:C:1979:31, Rn. 24.

76 Siehe etwa ebd., Rn. 24 – 27; EuGH, *Kraus*, C-19/92, EU:C:1993:125, Rn. 15 – 32.

77 Siehe etwa EuGH, *Gilly*, C-336/96, EU:C:1998:221, Rn. 21; EuGH, *Geven*, C-213/05, EU:C:2007:438, Rn. 15 – 16.

78 Siehe insbes. EuGH, *Ritter-Coulais*, C-152/03, EU:C:2006:123, Rn. 31 f.; EuGH, *Hartmann*, C-212/05, EU:C:2007:437, Rn. 18 f.; EuGH, *Hendrix*, C-287/05, EU:C:2007:494, Rn. 46.

79 EuGH, *Ritter-Coulais*, C-152/03, EU:C:2006:123, Rn. 32; *Kutzscher*, Grenzüberschreitender Sachverhalt, 60 – 62, fasst diese Fälle als „Wohnsitz-Fälle“ zusammen.

80 So insbes. *Lippert*, Grenzüberschreitender Sachverhalt, 81 f., 169 – 172.

II. Aufweichungen

Das Ziel des EuGH, unionsweite Mobilität zu fördern, wird durch seine Rechtsprechung unterstrichen, wonach ein grenzüberschreitendes Element selbst dann vorliegen kann, wenn ein Unionsbürger nur gelegentlich oder überhaupt noch nie mobil war. Solche Aufweichungen des Erfordernisses eines tatsächlichen Grenzübertritts lassen sich sowohl in der Judikatur zu den personenbezogenen Grundfreiheiten als auch in jener zu Art. 21 AEUV finden.

Prominentes Beispiel im Rahmen der wirtschaftlichen Personenverkehrsfreiheit ist die Entscheidung des Gerichtshofs in der Rs. *Carpenter*.⁸¹ Zur Debatte stand die Anwendbarkeit der Dienstleistungsfreiheit. Herr *Carpenter* betrieb im Vereinigten Königreich ein Unternehmen, das Werbeflächen in britischen Zeitschriften verkaufte. Hierfür reiste er gelegentlich in andere Mitgliedstaaten; seine Kunden stammten zum Teil aus dem Vereinigten Königreich, zum Teil aus anderen Mitgliedstaaten. Die Europäische Kommission vertrat die Auffassung, dass es sich hierbei um einen rein internen Sachverhalt handelt und entsprechend um keinen Anwendungsfall für das Unionsrecht. Denn Herr *Carpenter* wolle sich nicht in einem anderen Mitgliedstaat niederlassen; es reiche nicht aus, dass er Dienstleistungen von seinem Herkunftsstaat aus erbringe.⁸² Im Gegensatz dazu bejahte der Gerichtshof das Vorliegen eines grenzüberschreitenden Bezugs und damit die Anwendbarkeit der Dienstleistungsfreiheit.⁸³ Denn ein erheblicher Teil der Dienstleistungen erfolge an in anderen Mitgliedstaaten ansässige Kunden. Ob sich der Dienstleistungserbringer hierfür in einen anderen Mitgliedstaat begibt oder die Leistungen vom Aufenthaltsstaat aus erbringt, spiele keine Rolle. Die Erbringung von Dienstleistungen an Kunden in anderen Mitgliedstaaten erfüllt demnach die Anwendungsvoraussetzung des grenzüberschreitenden Elements. Die *Carpenter*-Entscheidung wurde in der Literatur als Beispiel dafür gesehen, dass das Erfordernis des grenzüberschreitenden Elements immer schon dann besteht, „wenn ‚ir-

81 EuGH, *Carpenter*, C-60/00, EU:C:2002:434; so auch GA *Sharpston*, *Ruiz Zambrano*, C-34/09, EU:C:2010:560, Rn. 73 (ein weiteres Beispiel wäre gemäss der Generalanwältin EuGH *Alpine Investments*, C-384/93, EU:C:1995:126).

82 Siehe GA *Stix-Hackl*, *Carpenter*, C-60/00, EU:C:2001:447, Rn. 26 – 29.

83 EuGH, *Carpenter*, C-60/00, EU:C:2002:434, Rn. 29 f.

gendein‘ Element des Ausgangssachverhalts ‚irgendeinen‘ Bezug zu einem anderen Mitgliedstaat aufweist⁸⁴.

Desgleichen erfuhr die Mobilität als Anwendungsvoraussetzung für Art. 21 AEUV entsprechende Aufweichungen. So genügt es nach der Rs. *Schempp*⁸⁵ für das Vorliegen eines grenzüberschreitenden Moments, wenn die Ausübung des Freizügigkeitsrechts durch eine im Näheverhältnis zum Unionsbürger stehende Person Auswirkungen auf dessen Rechtsposition hat.⁸⁶ Der deutsche Staatsangehörige *Schempp* konnte die Unterhaltsleistungen an seine in Österreich lebende frühere Ehefrau steuerlich nicht absetzen – würde sie in Deutschland wohnen, wäre dies möglich gewesen. In seiner Prüfung der Ungleichbehandlung erkannte der Gerichtshof, dass nicht Herr *Schempp* selbst, sondern seine frühere Ehefrau das Recht nach Art. 21 AEUV wahrgenommen hatte. Das sei jedoch kein Grund, diesen Sachverhalt einer rein internen Situation gleichzustellen. Denn der steuerliche Abzug der Unterhaltsleistungen sei für Herrn *Schempp* allein deshalb nicht möglich gewesen, weil seine ehemalige Ehefrau das Freizügigkeitsrecht ausgeübt hatte.⁸⁷

Weitere Aufweichungen der Anwendungsvoraussetzung akzeptierte der EuGH in den Rs. *Garcia Avello* und *Zhu und Chen*. In beiden Fällen hatten die Unionsbürger noch nie von ihrem Freizügigkeitsrecht Gebrauch gemacht, sprich keine Grenze überschritten. Die Rs. *Garcia Avello*⁸⁸ betraf zwei Kinder eines spanischen und einer belgischen Staatsangehörigen, die seit ihrer Geburt in Belgien wohnten und sowohl die spanische als auch die belgische Staatsangehörigkeit besaßen. Die belgischen Behörden lehnten den Antrag der Eltern ab, als Nachnamen der Kinder – wie im spanischen Recht vorgesehen – sowohl den des Vaters als auch den der Mutter einzutragen. Der Gerichtshof erkannte den Unionsrechtsbezug darin, dass die Unionsbürger „Angehörige eines Mitgliedstaats sind und sich rechtmäßig im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats aufhalten.“⁸⁹ Das grenzüberschreitende Element schien sich demnach aus der Staatsangehörigkeit eines anderen Mitgliedstaats als jener des Aufenthaltsstaats zu ergeben.⁹⁰

84 *Epiney*, EuR 2008, 840 (851); im Ergebnis ähnlich *Acierno*, ELR 2003, 398 (403 f.); *Epiney*, NVwZ 2004, 555 (563); *Lach*, Umgekehrte Diskriminierungen, 146 – 149; *Nic Shuibhne*, CMLR 2002, 731 (757 – 760).

85 EuGH, *Schempp*, C-403/03, EU:C:2005:446.

86 *Kubicki*, EuR 2006, 489 (505).

87 EuGH, *Schempp*, C-403/03, EU:C:2005:446, Rn. 22 – 25.

88 EuGH, *Garcia Avello*, C-148/02, EU:C:2003:539.

89 Ebd., Rn. 27.

90 So zu Recht *Epiney*, EuR 2008, 840 (850); *Kubiki*, EuR 2006, 489 (493).

In seiner jüngeren Entscheidung zur Rs. *McCarthy* stellte der Gerichtshof allerdings klar, dass der Umstand, dass ein Unionsbürger neben der Staatsangehörigkeit des Aufenthaltsstaats zugleich die eines anderen Mitgliedstaats besitzt, allein nicht zur Anwendbarkeit des Art. 21 AEUV führe – die nationale Massnahme müsse zudem die Ausübung des Freizügigkeitsrechts behindern.⁹¹ In der Rs. *Garcia Avello* hätten die unterschiedlichen Nachnamen für die Unionsbürger schwerwiegende Nachteile beruflicher und privater Art mit sich gebracht, wodurch ihr Freizügigkeitsrecht behindert worden wäre. Somit fallen nach dieser Rechtsprechung jene Unionsbürger, die auch die Staatsangehörigkeit eines anderen Mitgliedstaats als derjenigen des Aufenthaltsstaats besitzen, nur dann in den Anwendungsbereich des Unionsrechts, wenn ihr Freizügigkeitsrecht beeinträchtigt ist.⁹² Eine Inkonsequenz in der Rechtsprechung des EuGH ergibt sich allerdings nunmehr daraus, dass der Gerichtshof in der Rs. *Freitag* aus dem Jahr 2017 ausdrücklich festhielt: „Ein Bezug zum Unionsrecht besteht nach ständiger Rechtsprechung bei Personen, die Angehörige eines Mitgliedstaats sind und sich rechtmäßig im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats aufhalten.“⁹³

Auch in der Rs. *Zhu und Chen*⁹⁴ hatte die minderjährige Unionsbürgerin *Kunquian Catherine Zhu* noch nie von ihrem Freizügigkeitsrecht Gebrauch gemacht. Sie wurde als Tochter zweier chinesischer Staatsangehöriger in Nordirland geboren und erwarb mit Geburt die irische Staatsangehörigkeit. Die Behörden im Vereinigten Königreich verwehrten *Catherine* und ihrer Mutter eine dauerhafte Aufenthaltserlaubnis. Der Gerichtshof hingegen sprach *Catherine* aufgrund ihrer Unionsbürgerschaft und ihrer Mutter als den für sie sorgenden Elternteil ein Aufenthaltsrecht nach Art. 21 AEUV zu. Obgleich die beiden keine Grenze überschritten hatten (Mutter und Tochter reisten nur innerhalb eines Mitgliedstaats), verneinte der Gerichtshof das Vorliegen eines rein internen Sachverhalts. Der für die Anwendbarkeit des Unionsrechts erforderliche grenzüberschreitende Bezug dürfte hier in der anderen Staatsangehörigkeit als der des Aufenthaltsstaats

91 EuGH, *McCarthy*, C-434/09, EU:C:2011:277, Rn. 51 – 56.

92 Zu dieser Neuinterpretation des Urteils in der Rs. *Garcia Avello* etwa *van Elswege*, ECLR 2011, 308 (316 f.); *Lenaerts*, FMW 2011, 6 (16 f.); *Tryfonidou*, EPL 2012, 493 (516 – 518).

93 EuGH, *Freitag*, C-541/15, EU:C:2017:432, Rn. 34.

94 EuGH, *Zhu und Chen*, C-200/02, EU:C:2004:639.

bestanden haben.⁹⁵ So wird nämlich auch in der jüngeren Rs. *Alokpa* deutlich, dass Unionsbürger im Aufenthaltsstaat vom Anwendungsbereich des Freizügigkeitsrechts erfasst sind, wenn sie die Staatsangehörigkeit eines anderen Mitgliedstaats besitzen – selbst wenn sie die Grenzen bislang nicht überschritten haben.⁹⁶ Hätte *Kunquian Catherine Zhu* wie die Kinder in der Rs. *Garcia Avello* zusätzlich die Staatsangehörigkeit des Aufenthaltsstaates besessen, hätte für einen hinreichenden Unionsrechtsbezug vermutlich zudem eine Beeinträchtigung des Freizügigkeitsrechts vorliegen müssen.⁹⁷ Das wäre wohl zu bejahen gewesen, da die Unionsbürgerin ohne Aufenthaltsrecht für ihre Mutter die Unionsbürgerrechte nicht ausüben hätte können.⁹⁸ Auf einen tatsächlichen Grenzübertritt kommt es in beiden Fällen – Doppelstaatsangehörigkeit oder Staatsangehörigkeit eines anderen Mitgliedstaats – jedenfalls nicht an.

Diese Beispiele aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs zeigen, dass die Mobilität als traditionelle Anwendungsvoraussetzung der Unionsbürgerrechte über die Jahre eine weite Auslegung erfahren hat. Für die Unionsbürger ist es im Laufe der EuGH-Judikatur einfacher geworden, in den Anwendungsbereich des Unionsrechts zu gelangen. Allerdings erschwert das fallweise Vorgehen des Gerichtshofs eine Prognose darüber, ob im konkreten Fall der erforderliche Bezug zum Unionsrecht (gerade noch) gegeben ist. Unklarheiten bestehen darüber, wann und für wie lange die Grenze überschritten werden muss.⁹⁹ Darunter leidet die Rechtssicherheit. Zu Recht erkannte Generalanwältin *Sharpston*, dass für die Anwendbarkeit der

95 *Epiney*, AJP 2017, 752 (755, 759); a.M. *Lenaerts*, FMW 2011, 6 (17), wobei der Autor darauf hinweist, dass auf eine solche Situation nunmehr die RL 2004/38/EG anwendbar ist.

96 EuGH, *Alokpa*, C-86/12, EU:C:2013:645, Rn. 27 – 29; siehe auch Art. 3 RL 2004/38/EG: „Diese Richtlinie gilt für jeden Unionsbürger, der sich in einen anderen als den Mitgliedstaat, dessen Staatsangehörigkeit er besitzt, begibt oder sich aufhält“.

97 *Epiney*, AJP 2017, 752 (755, 759).

98 Vgl. EuGH, *Zhu und Chen*, C-200/02, EU:C:2004:639, Rn. 45.

99 *Martin*, EJML 2008, 365 (372); dem folgend *van Elsuwege/Adam*, ECLR 2009, 327 (334); vgl. auch die Überlegungen von GA *Sharpston*, *Ruiz Zambrano*, C-34/09, EU:C:2010:560, Rn. 86. Siehe nun allerdings die zeitliche Festlegung in EuGH, O., C-456/12, EU:C:2014:135, Rn. 59: Für ein nach Art. 21 AEUV abgeleitetes Aufenthaltsrecht für drittstaatsangehörige Familienmitglieder nach Rückkehr in den Herkunftsstaat des Unionsbürgers muss der Aufenthalt im Aufnahmemitgliedstaat mindestens drei Monate gedauert haben.

Unionsbürgerrechte „offenbar eher die Gesetze des Zufalls als die der Logik gelten“¹⁰⁰.

C. Problematik und Notwendigkeit

Neben der Rechtsunsicherheit geht mit der Mobilität bzw. dem grenzüberschreitenden Element als traditionelle Anwendungsvoraussetzung der Unionsbürgerrechte ein weiteres Problem einher: die Entstehung umgekehrter Diskriminierungen (I.). Angesichts dessen drängt sich die Frage auf, ob dieses Erfordernis in der EU als föderales System notwendig ist oder ob hierauf verzichtet werden könnte (II.).

I. Problematik der umgekehrten Diskriminierung

Umgekehrte Diskriminierung, oft auch als Inländerdiskriminierung bezeichnet,¹⁰¹ entsteht infolge zweier sich überschneidender Regelungsebenen¹⁰² – im europäischen Mehrebenensystem durch das „Ineinandergreifen von Unionsrecht und nationalem Recht“¹⁰³. So liegt eine umgekehrte Diskriminierung insbesondere dann vor, wenn Mitgliedstaatsangehörige mangels Ausübung des Freizügigkeitsrechts den nationalen Regelungen unterliegen, während sich mobile Unionsbürger auf die zum Teil grosszügigeren Regeln des Unionsrechts berufen können.¹⁰⁴ „Statische“ Unionsbürger können mithin schlechtergestellt sein als mobile Unionsbürger, obgleich deren Situation darüber hinaus „ähnlich oder identisch“¹⁰⁵ ist. Der Grund für die Schlechterstellung liegt in der fehlenden Mobilität. Umgekehrte Diskriminierung ist sohin eine unmittelbare Folge des Mobilitätserfordernisses als Anwendungsvoraussetzung der Unionsbürgerrechte.

100 GA *Sharpston, Ruiz Zambrano*, C-34/09, EU:C:2010:560, Rn. 88.

101 Zur Terminologie siehe insbes. *Epiney*, Umgekehrte Diskriminierungen, 33 f.; *Lach*, Umgekehrte Diskriminierungen, 20 – 22.

102 *Cannizzaro*, YEL 1997, 29.

103 GA *Sharpston, Ruiz Zambrano*, C-34/09, EU:C:2010:560, Rn. 133.

104 GA *Poiáres Maduro, Carbonati Apuani*, C-72/03, EU:C:2004:296, Rn. 55; zu Erscheinungsformen umgekehrter Diskriminierungen im Allgemeinen *Epiney*, Umgekehrte Diskriminierungen, 19 – 32; *Lach*, Umgekehrte Diskriminierungen, 28 – 46.

105 GA *Sharpston, Ruiz Zambrano*, C-34/09, EU:C:2010:560, Rn. 133.

Die Problematik der umgekehrten Diskriminierung lässt sich am Beispiel des Familiennachzugs veranschaulichen. Gemäss Art. 7 Abs. 2 RL 2004/38/EG haben drittstaatsangehörige Familienmitglieder von Unionsbürgern ein Aufenthaltsrecht in jenem Mitgliedstaat, in dem sich die Unionsbürger aufgrund der Ausübung ihres Freizügigkeitsrechts aufhalten. Demgegenüber können sich die Familienangehörigen von „statischen“ Unionsbürgern nicht auf die unionsrechtlichen Familiennachzugsregelungen berufen,¹⁰⁶ sondern unterliegen dem teilweise restriktiveren nationalen Migrationsrecht. Inländer können im Hinblick auf die Familienzusammenführung mithin schlechtergestellt sein als EU-Ausländer.

Nach Auffassung des EuGH sind die nationalen Gerichte für die Lösung der umgekehrten Diskriminierung zuständig.¹⁰⁷ Denn eine solche Ungleichbehandlung falle nicht in den Anwendungsbereich des Unionsrechts.¹⁰⁸ Dahingegen besteht im Schrifttum Uneinigkeit darüber, ob das Problem der umgekehrten Diskriminierung auf nationaler oder nicht doch auf europäischer Ebene zu lösen ist. Ein Teil der Lehre weist wie der Gerichtshof die Verantwortlichkeit den Mitgliedstaaten zu. Es soll in deren Ermessen liegen, ob umgekehrte Diskriminierung auf nationaler Ebene verhindert werden soll oder die Verfolgung eigener Politikziele als wichtiger einzustufen ist.¹⁰⁹ Die Mitgliedstaaten könnten besser entscheiden, ob für die eigenen Staatsangehörigen strengere Regeln gelten sollten – denn damit gehe eine Abwägung verschiedener nationaler Interessen einher.¹¹⁰ Den Mitgliedstaaten stehen zwei Wege offen, umgekehrte Diskriminierungen zu beseitigen: Erstens kann das nationale Recht an die EU-Regelungen angeglichen werden; zweitens können die nationalen Gerichte umgekehrte Diskriminierungen als Verstoss gegen nationales Verfassungsrecht ahnden.¹¹¹

106 Siehe noch zur Vorgängerregelung EuGH, *Morson*, C-35/82 und C-36/82, EU:C:1982:368, Rn. 11 – 18.

107 Siehe etwa EuGH, *Steen*, C-132/93, EU:C:1994:254, Rn. 10; siehe auch GA *Léger*, *Granarolo*, C-294/01, EU:C:2003:131, Rn. 79 – 83.

108 Siehe etwa EuGH, *Gouvernement de la Communauté française und Gouvernement wallon*, C-212/06, EU:C:2008:178, Rn. 33 – 39; EuGH, *Metock*, C-127/08, EU:C:2008:449, Rn. 77 f.

109 *Ritter*, ELR 2006, 690 (702); siehe auch *van der Mei*, MJ 2009, 379 (380 – 382), der die Verantwortlichkeit des EuGH kritisch hinterfragt.

110 *Poiares Maduro*, *European remedies*, 117 (137).

111 *Hanf*, MJ 2011, 29 (49 – 55); *Tryfonidou*, *Reverse discrimination*, 225 – 227; zur Rechtsprechung nationaler Gerichte zu umgekehrten Diskriminierungen siehe *Lach*, *Umgekehrte Diskriminierungen*, 348 – 374; für eine jüngere Untersu-

Demgegenüber wird in der Literatur mancherorts vorgebracht, dass das Problem der umgekehrten Diskriminierung durch das Unionsrecht verursacht werde und die Lösung daher auch im Unionsrecht zu suchen sei.¹¹² Eine Lösung auf EU-Ebene sei auch deshalb vorzuziehen, weil umgekehrte Diskriminierungen andernfalls in den Mitgliedstaaten nicht hinreichend und einheitlich beseitigt werden würden.¹¹³ Als Instrument zur Überwindung umgekehrter Diskriminierungen könne der allgemeine Gleichheitsgrundsatz dienen, sodass Unionsbürger in vergleichbaren Situationen gleich zu behandeln wären.¹¹⁴ Desgleichen könne aus dem Diskriminierungsverbot aus Gründen der Staatsangehörigkeit ein Verbot umgekehrter Diskriminierungen abgeleitet werden.¹¹⁵

Neben diesen gleichheitsrechtlichen Ansätzen gibt es offensichtlich eine noch einfachere Lösung zur Beseitigung umgekehrter Diskriminierungen: Würde die Anwendungsvoraussetzung der Mobilität abgeschafft, könnte sich jeder Mitgliedstaatsangehörige kraft Unionsbürgerschaft auf die Unionsbürgerrechte berufen. Das Unionsrecht wäre auch auf Sachverhalte ohne grenzüberschreitenden Bezug anwendbar. Eine Schlechterstellung derjenigen, die nicht mobil sind, gäbe es folglich nicht mehr; das Problem der umgekehrten Diskriminierung wäre beseitigt.¹¹⁶ Gleichwohl stellt sich hier die Frage: Kann die Mobilität als Anwendungsvoraussetzung tatsächlich

chung zum Umgang mit umgekehrter Diskriminierung im deutschen und österreichischen Recht siehe *Croon-Gestefeld*, EuR 2016, 56 – 76.

- 112 *Tryfonidou*, LIEI 2008, 43 (64); dies., Reverse discrimination, 171; dem folgend *Kochenov*, Citizenship without Respect, 49.
- 113 *Dautricourt/Thomas*, ELR 2009, 433 (438 f.); *Nic Shuibhne*, CMLR 2002, 731 (764 – 766); auch GA *Poiars Maduro, Carbonati Apuani*, C-72/03, EU:C: 2004:296, Rn. 57 mit Fn. 50, verwies auf die fehlende gerichtliche Überprüfbarkeit der Verfassungskonformität von Gesetzen in Frankreich und im Vereinigten Königreich.
- 114 *Jürgensen/Schlünder*, AöR 1996, 200 (227); *Tryfonidou*, Reverse discrimination, 171; kritisch zur Anwendbarkeit des allgemeinen Gleichheitssatzes *Epiney*, Umgekehrte Diskriminierungen, 127 – 139.
- 115 So etwa *Borchardt*, NJW 2000, 2057 (2059); *Epiney*, Umgekehrte Diskriminierungen, 90 – 125; *Spaventa*, CMLR 2008, 13 (36 – 39); kritisch *Weis*, NJW 1983, 2721 (2723 f.); *Riese/Noll*, NVwZ 2007, 516 (520). Zu einem differenzierten Vorschlag von GA *Sharpston, Ruiz Zambrano*, C-34/09, EU:C:2010:560, Rn. 139 – 150, siehe unten, 103.
- 116 Zum Vorschlag, den Anwendungsbereich der Grundfreiheiten auf innerstaatliche Sachverhalte zu erstrecken und die Interessen der Mitgliedstaaten im Rahmen der Rechtfertigungsgründe zu berücksichtigen, *Epiney*, Umgekehrte Diskriminierungen, 200 – 338; dies., in: Calliess/Ruffert, Art. 18 AEUV Rn. 34 – 36; vgl. auch *Kotalakidis*, Unionsbürgerschaft, 239 – 242.

aufgegeben werden oder ist dieses Erfordernis in der EU als föderal strukturiertes System notwendig?

II. Notwendig im föderalen System?

Aufgrund der föderalen Rechtsordnung sind in der EU die Zuständigkeiten zwischen der Union und den Mitgliedstaaten aufgeteilt.¹¹⁷ Mithin bedarf es eines Kriteriums, um die Zuständigkeitsbereiche der beiden Ebenen abzugrenzen. Im Rahmen der Grundfreiheiten und des Freizügigkeitsrechts nach Art. 21 AEUV übernimmt das grenzüberschreitende Element die Abgrenzungsfunktion: Weist ein Sachverhalt einen grenzüberschreitenden Bezug auf, ist das Unionsrecht anwendbar; fehlt ein solcher, findet mitgliedstaatliches Recht Anwendung.¹¹⁸ Ist die Mobilität daher notwendig als Anwendungsvoraussetzung dieser Unionsbürgerrechte?

Ein Teil der Lehre sieht den Grund und die Notwendigkeit des grenzüberschreitenden Moments in der Achtung der vertikalen Kompetenzverteilung begründet.¹¹⁹ Das Ziel der Grundfreiheiten sei die Errichtung eines Binnenmarktes, indem grenzüberschreitende Handelshemmnisse beseitigt werden.¹²⁰ Nicht abgeschafft werden sollen hingegen Beschränkungen wirtschaftlicher Tätigkeiten innerhalb eines Mitgliedstaats, sodass eine einheitliche Rechtsordnung entsteht. Desgleichen sei das Ziel des unionsbürgerlichen Freizügigkeitsrechts, Mobilität zwischen und nicht innerhalb der

117 Zur Zuständigkeitsverteilung zwischen Union und Mitgliedstaaten als Charakteristikum der EU als föderale Ordnung *Everling*, *Föderale Struktur der EG*, 179 (181); ders., *EU als föderaler Zusammenschluss*, 961 (1004 f.); *Martenczuk*, *EuR* 2000, 351 (355 f.); *Zuleeg*, *NJW* 2000, 2846 (2847 f.); dem folgend *Terhechte*, *Föderale Strukturen der EU*, 449 (Rn. 4); so insbes. auch *Lenaerts*, *AJCL* 1990, 205, „as a system of divided powers, federalism [...]“; ders., *FILJ* 2010, 1338 (1339), „Federalism, understood as the balance of power between the federation and its component entities“; zur allgemeinen (von diesen am Ende bejahenden) Diskussion über die EU als föderale Rechtsordnung siehe ebd. sowie insbes. auch *Lenaerts*, *FILJ* 1997, 746 – 798; *Schütze*, *CMLR* 2009, 1069 – 1105.

118 *Kutzscher*, *Grenzüberschreitender Sachverhalt*, 118; *Lippert*, *Grenzüberschreitender Sachverhalt*, 198 f.; vgl. auch *O’Leary*, *Purely Internal Rule*, 37 (38).

119 So etwa *Brechmann*, in: *Calliess/Ruffert*, Art. 45 AEUV Rn. 42; *Dautricourt/Thomas*, *ELR* 2009, 433 (449 f.); *Kutzscher*, *Grenzüberschreitender Sachverhalt*, 117 – 119; *Riese/Noll*, *NVwZ* 2007, 516 (519); *Ritter*, *ELR* 2006, 690 (692); *Seyr/Rümke*, *EuR* 2005, 658 (674).

120 *Hoffmann*, *Grundfreiheiten*, 99 – 102; dem folgend *Forsthoff*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Art. 45 AEUV Rn. 56; *Riese/Noll*, *NVwZ* 2007, 516 (519); ebenso *Kutzscher*, *Grenzüberschreitender Sachverhalt*, 117 – 119.

Mitgliedstaaten zu ermöglichen.¹²¹ In Anbetracht dieser Ziele könnten die Grundfreiheiten und das Freizügigkeitsrecht nach Art. 21 AEUV auch nur auf grenzüberschreitende Sachverhalte anwendbar sein. Würde auf das grenzüberschreitende Moment verzichtet, würde in nationale Kompetenzbereiche eingegriffen und die Zuständigkeitsverteilung zugunsten der Union verschoben.

Dahingegen wird an anderen Stellen in der Literatur die Mobilität als Anwendungsvoraussetzung hinterfragt – insbesondere im Hinblick auf die Unionsbürgerschaft.¹²² Vorgebracht wird zum einen, dass dem Wortlaut des unionsbürgerlichen Freizügigkeitsrechts das Erfordernis einer Mobilität nicht entnommen werden könne.¹²³ Zum anderen widerspreche diese Anforderung dem Ziel der Unionsbürgerschaft. Sinn und Zweck der Unionsbürgerschaft sei nämlich, den Bürgern die Union näherzubringen und die Rechte und Interessen der Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten zu schützen.¹²⁴ Dadurch unterscheide sich die Unionsbürgerschaft von den Grundfreiheiten, deren Ziel in der Herstellung eines Binnenmarktes liege. Als grundfreiheitlich geprägte Anwendungsvoraussetzung passe das Kriterium der Grenzüberschreitung nicht zum Konzept der Unionsbürgerschaft.¹²⁵ Eine wahre Bedeutung gewinne die Unionsbürgerschaft erst dann, wenn sie alle Unionsbürger in gleichem Masse erfasst – unabhängig

121 *Magiera*, in: Streinz, Art. 21 AEUV Rn. 23; *Nettesheim*, JZ 2011, 1030 (1031); in diese Richtung auch *Seyr/Rümke*, EuR 2005, 658 (673 f.).

122 So etwa *Kotalakidis*, Unionsbürgerschaft, 235 – 238; *Lach*, Umgekehrte Diskriminierungen, 338 – 345; *Nic Shuibhne*, CMLR 2002, 731 (748 – 757); *O’Leary*, Community Citizenship, 276 – 278; *Toner*, MJ 2000, 158 (170); siehe hierzu auch *O’Leary*, Purely Internal Rule, 37 (50 f.); auch nach GA *Sharpston*, *Gouvernement de la Communauté française und Gouvernement wallon*, C-212/06, EU:C:2007:398, Rn. 140, „stehen die Bestimmungen über die Unionsbürgerschaft der Aufrechterhaltung der Doktrin der rein internen Sachverhalte in ihrer gegenwärtigen Form zumindest potenziell entgegen“.

123 So insbes. *Kochenov/Plender*, ELR 2012, 369 (383); *Lach*, Umgekehrte Diskriminierungen, 341; *Rossi*, AöR 2002, 612 (619); *Toner*, CMLR 2002, 881 (886).

124 *Kochenov/Plender*, ELR 2012, 369 (383 f.); *Schulz*, Freizügigkeit, 83.

125 *Kochenov/Plender*, ELR 2012, 369 (383 f.); *Nettesheim*, EuR 2009, 24 (33); *Schulz*, Freizügigkeit, 83; Letzterem folgend *Lach*, Umgekehrte Diskriminierungen, 339. Dahingegen verweist *Thym*, *Frontiers of EU Citizenship*, 705 (720 f.), auf den Selbstzweck des grenzüberschreitenden Elements, den mitgliedstaatlichen Entscheidungsspielraum aufrechtzuerhalten, welcher selbst dann das Erfordernis rechtfertige, wenn die Unionsbürgerschaft als vom Konzept des Binnenmarktes losgelöst angesehen wird.

einer etwaigen Mobilität.¹²⁶ Nur wenn eine solche Gleichheit der Unionsbürger gegeben sei, könne auch von einem „grundlegenden Status“ gesprochen werden.¹²⁷

Ein wesentlicher Kritikpunkt liegt damit in der unterschiedlichen Rechtsstellung der Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten, obgleich sie allesamt nach Art. 20 AEUV Unionsbürger sind. Die Voraussetzung des grenzüberschreitenden Bezugs führt dazu, dass die Unionsbürger in zwei Gruppen geteilt werden, die unterschiedlich vom Unionsrecht profitieren: auf der einen Seite die mobilen, auf der anderen Seite die „statischen“ Unionsbürger. Eine solch weitreichende Unterscheidung lässt sich mit einer politischen Union, zu welcher sich die EU mittlerweile gewandelt hat, nur schwer vereinbaren. Der „grundlegende Status“¹²⁸ soll die Rechte und Interessen der Unionsbürger auch dann schützen, wenn sie keine Grenzen überschreiten. Die Unionsbürger müssen die Freiheit haben, von der Freizügigkeit keinen Gebrauch zu machen und trotzdem in den Schutz des Unionsrechts gelangen. Die Notwendigkeit des Mobilitätsanfordernisses wird deshalb zu Recht hinterfragt. Dessen Zweck, den Kompetenzbereich der EU und jenem der Mitgliedstaaten voneinander abzugrenzen, muss zumindest für bestimmte Fälle auch auf eine andere Weise erfüllt werden können. Mithin muss ein Unionsrechtsbezug unter gewissen Umständen auch ohne grenzüberschreitendes Element vorliegen können.

D. Zusammenfassung

Die Mobilität ist traditionelle Anwendungsvoraussetzung für die wichtigsten Unionsbürgerrechte, namentlich die klassischen Grundfreiheiten und das unionsbürgerliche Freizügigkeitsrecht nach Art. 21 AEUV. Für die Berufung auf die Grundfreiheiten müssen die Unionsbürger nicht nur mobil sein – sie müssen auch einer wirtschaftlichen Tätigkeit nachgehen. Ein Mitgliedstaatsangehöriger muss sohin auf dem europäischen Binnenmarkt auftreten. Seit dem Vertrag von Maastricht von 1992 genießen alle Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten als Unionsbürger ein von einer wirtschaft-

126 *Evans*, Equality Principle, 85 (86); *Toner*, MJ 2000, 158 (170); dem folgend *Lach*, Umgekehrte Diskriminierungen, 340; in diese Richtung auch *Reich/Harbacevica*, CMLR 2003, 615 (634).

127 *Lach*, Umgekehrte Diskriminierungen, 340; *Nettesheim*, EuR 2009, 24 (34); *Spaventa*, CMLR 2008, 13 (31).

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

lichen Tätigkeit unabhängiges Freizügigkeitsrecht. Mit seiner Judikatur zu diesem Freizügigkeitsrecht hat der Gerichtshof die Unionsbürgerschaft zum „grundlegenden Status“ der Mitgliedstaatsangehörigen entfaltet. Gleichwohl ist auch das unionsbürgerliche Freizügigkeitsrecht nur auf Situationen mit grenzüberschreitendem Bezug anwendbar.

Die Anwendungsvoraussetzung der Mobilität ist nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs jedenfalls bei einem tatsächlichen Grenzübertritt erfüllt. So können sich die Unionsbürger zum einen beim Wegzug aus ihrem Herkunftsstaat sowohl gegenüber diesem als auch gegenüber dem Aufnahmemitgliedstaat auf ihre Unionsbürgerrechte berufen. Zum anderen schützt das Unionsrecht die Unionsbürger, wenn sie nach Ausübung des Freizügigkeitsrechts wieder in ihren Herkunftsstaat zurückkehren. Der Gerichtshof hat in seiner Judikatur auch Aufweichungen dieser Grundformen der Anwendungsvoraussetzung zugelassen: So genügt es etwa für die Dienstleistungsfreiheit, wenn Dienstleistungen vom Herkunftsstaat aus an Kunden im EU-Ausland erbracht werden. Desgleichen müssen die Unionsbürger für das unionsbürgerliche Freizügigkeitsrecht nicht in allen Fällen die Grenze überschritten haben: Es genügt, wenn sie sich in einem anderen Mitgliedstaat aufhalten als jenem, dessen Staatsangehörigkeit sie besitzen.

Eine unmittelbare Folge des grenzüberschreitenden Bezugs als Anwendungsvoraussetzung der Unionsbürgerrechte ist die Entstehung umgekehrter Diskriminierungen: Die Staatsangehörigen eines Mitgliedstaats können sich in einer rechtlich schlechteren Situation wiederfinden als EU-Ausländer, deren Situation aufgrund einer grenzüberschreitenden Dimension in den Anwendungsbereich des Unionsrechts fällt. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs liegt es bei den Mitgliedstaaten, umgekehrte Diskriminierungen zu beseitigen. Dahingegen argumentiert ein Teil der Literatur, dass das Problem durch das Unionsrecht verursacht werde und deshalb auch durch dieses zu lösen sei. Die Problematik der umgekehrten Diskriminierung wäre jedenfalls dann beseitigt, würde auf die Mobilität als Anwendungsvoraussetzung verzichtet. Allerdings wird vielerorts vertreten, dass dieses Erfordernis für die Achtung der Kompetenzverteilung zwischen der Union und den Mitgliedstaaten unabdingbar sei. Seit Einführung der Unionsbürgerschaft wird die Notwendigkeit des Kriteriums jedoch auch zu Recht vermehrt hinterfragt. Von einem „grundlegenden Status“ kann nur die Rede sein, wenn die Unionsbürgerschaft auch ohne Grenzüberschreitung erfahrbar ist.

In Anbetracht dessen ist verständlich, wieso der Gerichtshof nicht auf ewig und unter allen Umständen an der Mobilität als Anwendungsvoraus-

setzung für die Unionsbürgerrechte festhalten konnte. Mit der Entwicklung des Kernbestandsschutzes hat der Gerichtshof nun erkannt, dass sich der Unionsrechtsbezug auch auf eine andere Art und Weise ergeben kann: Nicht mehr die Mobilität des Unionsbürgers, sondern die rechtliche oder faktische Verwehrung der Unionsbürgerrechte stellt den erforderlichen Bezug zum Unionsrecht her. Auf den Kernbestandsschutz können sich die Unionsbürger auch in Sachverhalten ohne grenzüberschreitendes Element berufen.