



Würzburger Online-Schriften zum Europarecht

Julius-Maximilians-

**UNIVERSITÄT
WÜRZBURG**



Michael Clemens

Vom Marktbürger zum
Unionsbürger

Die Unionsbürgerschaft als
"Grundfreiheit ohne Markt"?

Nr. 4



Würzburger Online-Schriften zum Europarecht

Die Würzburger Online-Schriften zum Europarecht werden herausgegeben von Professor Dr. Markus Ludwigs, Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Europarecht, Juristische Fakultät der Julius-Maximilians-Universität Würzburg. Die Reihe bietet ein Forum für hervorragende Seminar- und Magisterarbeiten aus dem gesamten Bereich des Europarechts, einschließlich des Rechts der EMRK. Sie gibt den Studierenden der Universität Würzburg die Möglichkeit, ihre wissenschaftlichen Ideen und Konzepte der Fachöffentlichkeit zugänglich zu machen.

© Prof. Dr. Markus Ludwigs
Julius-Maximilians-Universität Würzburg
Juristische Fakultät
Domerschulstraße 16
97070 Würzburg
Tel.: +49 (0) 931 - 31-80023
Fax: +49 (0) 931 - 31-80651
l-oeur-ur@jura.uni-wuerzburg.de
<http://www.jura.uni-wuerzburg.de>
Alle Rechte vorbehalten.
Würzburg 2014.

Dieses Dokument wird bereitgestellt durch
den Publikationsservice der Universität
Würzburg.

Universitätsbibliothek Würzburg
Am Hubland
D-97074 Würzburg
Tel.: +49 (0) 931 - 31-85906
opus@bibliothek.uni-wuerzburg.de
<http://opus.bibliothek.uni-wuerzburg.de>
Titelblattgestaltung / Foto: Kristina Hanig

ISSN: 2199-790X



Zitiervorschlag:

Clemens, Michael: Vom Marktbürger zum Unionsbürger - die Unionsbürgerschaft als "Grundfreiheit ohne Markt"?, Würzburger Online-Schriften zum Europarecht, Nr. 4 (2014).
URN: urn:nbn:de:bvb:20-opus-104921

MICHAEL CLEMENS*

Vom Marktbürger zum Unionsbürger

Die Unionsbürgerschaft als
„Grundfreiheit ohne Markt“?

* Der Autor ist cand. iur. an der Universität Würzburg. Der vorliegende Beitrag beruht auf einer Seminararbeit im Rahmen eines Seminars zum Europäischen Wirtschaftsrecht bei Herrn Prof. *Dr. Markus Ludwigs* im Sommersemester 2013 und ist, teilweise überarbeitet, auf dem Stand vom März 2013. Für die Möglichkeit der Publikation sowie für die hervorragende Betreuung mit wertvollen und unverzichtbaren Hinweisen bedankt sich der Autor sehr herzlich bei Herrn Prof. *Dr. Markus Ludwigs*. Ebenso gilt sein Dank für die Unterstützung während der Bearbeitungszeit Herrn cand. iur. *Nico Erlenwein* sowie Herrn cand. iur. *Peter Huhn*.

Vom Marktbürger zum Unionsbürger –
Die Unionsbürgerschaft als „Grundfreiheit ohne Markt“?

Inhaltsverzeichnis.....	II
A. Einleitung.....	1
B. Der Einzelne in der Staatengemeinschaft -	
Vom Marktbürger zum Unionsbürger.....	3
I. Der Marktbürger:	
Der Einzelne als Wirtschaftssubjekt in einer Wirtschaftsgemeinschaft	3
1. Der Beitrag des Einzelnen zum Integrationsziel „Gemeinsamer Markt“	3
2. Das Resultat: Die Geburt des Marktbürgers.....	4
II. Der Unionsbürger:	
Der Einzelne als Bürger in einer politischen Gemeinschaft	4
1. Konzept eines „Europa der Bürger“	4
2. Vertragliche Fixierung der Unionsbürgerschaft	5
3. Bürgerrechte.....	6
C. Die Freizügigkeit –	
elementares Recht des Einzelnen und Integrationsfaktor der Gemeinschaft.....	6
I. Die marktgebundene Freizügigkeit	7
1. Freizügigkeit als Annex der Grundfreiheiten.....	7
2. Fortschreitende Entwicklung des Freizügigkeitsrechtes.....	7
a) Ausweitung des sachlichen Schutzbereiches.....	7
aa) Vom Diskriminierungsverbot zum Beschränkungsverbot.....	7
bb) Die Freizügigkeit und ihre Begleitrechte.....	8
b) Ausweitung des persönlichen Schutzbereiches.....	9

II. Eine neue Freizügigkeit – Die unionsbürgerliche Freizügigkeit	10
1. Entstehung und Entwicklung	11
a) Vorgeschichte	11
b) primär- und sekundärrechtliche Verankerung	12
c) Subjektives, unmittelbar anwendbares Recht	13
2. Schutzbereich der neuen Freizügigkeit	14
a) Persönlicher Schutzbereich	14
aa) Unionsbürger als unmittelbar Berechtigte	14
bb) Drittstaatsangehörige	15
(1) Berufung auf Primärrecht	15
(2) Berufung auf Sekundärrecht	15
b) Sachlicher Schutzbereich	16
aa) Recht auf Fortbewegung	16
bb) Recht auf Aufenthalt	16
3. Voraussetzungen für Anwendbarkeit – Der Unionsbezug	17
a) Die Regel: Der grenzüberschreitende Sachverhalt	17
b) Die Ausnahme: Der Kernbestand der Rechte	19
4. Die unionsbürgerliche Freizügigkeit als Diskriminierungsverbot	20
a) Unterschiedliche Ausgangslage	21
b) Rückgriff auf das allgemeine Diskriminierungsverbot	21
c) Eine neue Freizügigkeit – ein neues Diskriminierungsverbot?	23
5. Adressaten des Freizügigkeitsrechtes	24
6. Schranken	25
a) „Ökonomische“ Beschränkungen	25
b) Ordre-public-Vorbehalt	26
c) Schranken-Schranken	27
III. Paradigmenwechsel im Freizügigkeitsrecht	27
1. Die Freizügigkeit als Integrationsindikator	27
2. Freizügigkeit um der Freizügigkeit willen	27

D. Der Rechtscharakter der unionsbürgerschaftlichen Freizügigkeit –	
Die Unionsbürgerschaft als „Grundfreiheit ohne Markt“?	28
I. Unionsbürgerschaft als Unionsangehörigkeit	28
II. Die unionsbürgerliche Freizügigkeit	
innerhalb der herkömmlichen Rechtskategorien	30
1. Die unionsbürgerliche Freizügigkeit als Grundrecht	31
a) Funktion der Grundrechte	32
b) Die EU als Adressat der Grundrechte	32
c) Zuordnung	33
2. Die unionsbürgerliche Freizügigkeit als Grundfreiheit	33
a) Funktion und Begriff der Grundfreiheiten	34
aa) Mittel zum Zweck	34
bb) Begriffskorrektur	34
b) Zuordnung	35
c) Verhältnis der Grundfreiheiten untereinander	36
III. Zwischen den Stühlen - Die rechtliche Eigenart	
der unionsbürgerlichen Freizügigkeit	37
1. Hat die Kategorie der Grundfreiheiten noch Bestand?	37
2. Die unionsbürgerliche Freizügigkeit als Recht sui generis	38
E. Ausblick	39
I. Die Integration schreitet voran - „Europa der Bürger“	39
II. „Wir sind das <i>europäische</i> Volk“	40
Literaturverzeichnis	42
Rechtsprechungsverzeichnis	48

A. Einleitung

„Wir einigen keine Staaten, sondern bringen Menschen einander näher“¹, hatte *Jean Monnet* bereits im Jahre 1952 – noch vor Inkrafttreten des EGKS-Gründungsvertrages – gesagt. Diesem vielzitierten Ausspruch wohnt die Forderung einer stets wachsenden Bedeutung des einzelnen Menschen gegenüber dem Staat innerhalb der europäischen Gemeinschaft bzw. der Europäischen Union inne. Ob der mit dieser politischen Richtungsweisung verbundenen Erwartungshaltung nach mehr als sechzig Jahren eine rechtliche Würdigung des europäischen Integrationsprozesses gerecht werden kann, spiegelt eine Entwicklung wider, die sich mit dem Titel „*Vom Marktbürger zum Unionsbürger*“² überschreiben ließe.

Mit der *Errichtung eines Gemeinsamen Marktes*³, stand die Europäische Integration in seinen Anfängen ganz im Zeichen der Wirtschaftsintegration.⁴ Der EWGV erwähnte in seiner Präambel neben den Staaten allerdings ausdrücklich die Völker und ließ so erkennen, dass er sich nicht nur an die Mitgliedstaaten, sondern darüber hinaus direkt an jeden einzelnen Bürger richtete.⁵ Der Bürger sollte also an der Errichtung des Gemeinsamen Marktes mitwirken können. Hierfür wurden ihm, unabhängig von staatlichen Regelungen, unmittelbar vom Gemeinschaftsrecht Rechte gewährt,⁶ auf die er sich sowohl vor nationalen Gerichten als auch vor dem EuGH berufen konnte.⁷ Dadurch ergibt sich ein besonderes Rechtsverhältnis zwischen Bürger und Mitgliedstaat auf der einen sowie Bürger und Staatengemeinschaft auf der anderen Seite. Um dieses besondere Rechtsverhältnis begrifflich zu fassen, führte *Hans Peter Ipsen* 1963 auf dem zweiten FIDE-Kongress in Den Haag die Bezeichnung „*Marktbürger*“ ein.⁸

¹ zit. n. *Sabathil, Gerhard*, EU-Themenheft Nr. 18, Potsdam 2007, S. 11; ebenso: http://europa.eu/abc/12lessons/lesson_9/index_de.htm (zuletzt abgerufen am: 19.03.2013).

² *Streinz*, in: *Forschungskolloquium für Eckart Klein*, S. 63 (63); ebenso *Kadelbach*, in: *Ehlers, Grundrechte und Grundfreiheiten*, § 19 Rn. 4; „Vom Marktbürger zum EG-Bürger?“, fragte bereits *Oppermann*, FS Ipsen, S. 87 (87); „Von der Marktbürgerschaft zur Unionsbürgerschaft“, so *Giegerich*, in: *Schulze/Zuleeg/Kadelbach, Europarecht* § 9 Rn. 4.

³ so ausdr. Art. 2 EWGV in der Fassung vom 25.03.1957.

⁴ vgl. *Giegerich*, in: *Schulze/Zuleeg/Kadelbach, Europarecht* § 9 Rn. 4; vgl. *Wollenschläger*, *Grundfreiheit ohne Markt*, S. 19 f; vgl. EuGH, Rs. 26/62, Slg. 1963, I S. 24 - Van Gend en Loos.

⁵ EuGH, Rs. 26/62, Slg. 1963, I S. 24 - Van Gend en Loos.

⁶ EuGH, Rs. 26/62, Slg. 1963, I S. 25 - Van Gend en Loos.

⁷ EuGH, Rs. 26/62, Slg. 1963, I S. 24 - Van Gend en Loos.

⁸ *Ipsen/Nicolaysen*, NJW 1964, 339 (340); dargestellt von *Giegerich*, in: *Schulze/Zuleeg/Kadelbach, Europarecht* § 9 Rn. 4; vgl. *Oppermann*, in: *Symposium für H. P. Ipsen*, S. 87 (88); vgl. *Bieber/Epiney/Haag*, *Die EU*, § 2 Rn. 22.

Mittlerweile hat sich die Zielsetzung der in die Rechtsnachfolge von EWG (später EG) getretenen EU allerdings stark erweitert, wenn sie sich in Art. 3 Abs. 1 EUV die *Errichtung eines Binnenmarktes* vornimmt⁹ und daneben gem. Art. 3 Abs. 2 EUV *ihren Bürgerinnen und Bürgern einen Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts ohne Binnengrenzen* bieten will. Hiermit dürfte der Begriff *Marktbürger* seine Passgenauigkeit verloren haben. Für einen Nachfolgebegriff haben die Vertragsstaaten jedoch selbst gesorgt, indem sie mit dem Vertrag von Maastricht den Begriff *Unionsbürger* in den EGV aufnahmen. Dass es sich hierbei nicht bloß um eine begriffliche Veränderung, sondern auch um eine Veränderung der Rechtsposition des Einzelnen handelt, soll zunächst näher erläutert werden (B.). Hierbei ist die besondere Bedeutung der unionsbürgerlichen Freizügigkeit hervorzuheben, die anschließend als „*zentrales Element der Unionsbürgerschaft*“¹⁰ und als verbindendes Element zu den grundfreiheitlichen Freizügigkeiten gem. Art. 45, 49, 56 AEUV genauer betrachtet wird (C.). Sodann kann die Frage beantwortet werden, ob sich die Unionsbürgerschaft in den Katalog der bereits vorhandenen Rechtskategorien einordnen lässt. Hierbei ist insbesondere zu klären, ob sie in die Kategorie der *Grundfreiheiten* aufgenommen werden kann, obgleich sie hierfür ein mit „Markt“ umschriebenes Kriterium nicht erfüllt, sie also eine „*Grundfreiheit ohne Markt*“¹¹ darstellen könnte (D.). Ob hieraus ein Signal für die fortlaufende Integration zu sehen ist, gilt es abschließend zu erörtern (E.).

⁹ vgl. *Wollenschläger*, Grundfreiheit ohne Markt, S. 104; vgl. *Streinz*, Europarecht, § 11 Rn. 782.

¹⁰ *Strunz*, Freizügigkeit in der EU, S. 55; „zentrales Recht“, so *Kaufmann-Bühler*, in: Lenz/Borchart, EU-Verträge, Art. 21 AEUV, Rn. 4; ebenso *Calliess*, EuR 2007 Beih. 1, 7 (22); von „Herzstück“ sprechen *Domröse/Kubicki*, EuR 2008, 837 (837).

¹¹ vgl. *Wollenschläger*, Grundfreiheit ohne Markt, S. 374.

B. Der Einzelne in der Staatengemeinschaft - Vom Marktbürger zum Unionsbürger

I. Der Marktbürger: Der Einzelne als Wirtschaftssubjekt in einer Wirtschaftsgemeinschaft

Das Integrationsziel *Gemeinsamer Markt* verlangte eine Mobilität der Wirtschaftsfaktoren innerhalb der Staatengemeinschaft.¹² Daher musste auch dem einzelnen Bürger Mobilität gewährt werden, sofern er als Erwerbstätiger etwas in das gemeinsame Wirtschaftsleben einzubringen hatte.¹³

1. Der Beitrag des Einzelnen zum Integrationsziel „Gemeinsamer Markt“

Im Gemeinsamen Markt geht es um die optimale Nutzung der verschiedenen Wirtschaftsfaktoren.¹⁴ Der Einzelne kann hier insbesondere als Träger des Produktionsfaktors Arbeit zur Verwirklichung des Gemeinsamen Marktes beitragen.¹⁵ Nämlich etwa dann, wenn er in einer Region aufgrund eines Mangels an Arbeitsplätzen seine Arbeit verliert und sich in eine Region mit Mangel an Arbeitskräften begeben kann, um dort einer Arbeit nachzugehen oder wenn er sich als Selbständiger in dem Mitgliedstaat niederlassen kann, wo er die für ihn günstigsten Bedingungen antrifft.¹⁶ Gleiches gilt für den Dienstleister, dessen Dienste auch in einem anderen Mitgliedstaat gefragt sind¹⁷ oder für den Dienstleistungsempfänger, der in einem anderen Mitgliedstaat als Nachfrager auftritt.¹⁸ Daher verlangte bereits der EWGV die Realisierung eines freien Personenverkehrs zwischen den Mitgliedstaaten.¹⁹ Hierfür hatte man die Grundfreiheiten, insbesondere die Arbeitnehmerfreizügigkeit (Art. 48 EWGV), die Niederlassungsfreiheit (Art. 52 EWGV) und die Dienstleistungsfreiheit (Art. 59 EWGV) entwickelt, um die zwischen den Mitgliedstaaten bestehenden Hindernisse des freien Personenverkehrs aus dem Weg zu räumen. Auf der anderen Seite gewähren die Grundfreiheiten dem Bürger subjektive Rechte und sind unmittelbar anwendbar, sodass

¹² vgl. *Streinz*, Europarecht, Rn. 783.

¹³ vgl. *Wollenschläger*, ZEuS 2009, 1 (3).

¹⁴ vgl. insb. zu Personenfreiheiten *Thym*, EuR 2011, 487 (451).

¹⁵ *Wollenschläger*, ZEuS 2009, 1 (4).

¹⁶ *Wollenschläger*, ZEuS 2009, 1 (5).

¹⁷ sog. *aktive Dienstleistungsfreiheit*, s. *Frenz*, HdB EuropaR Bd. 1, Rn. 3063 oder auch *positive Dienstleistungsfreiheit*, s. *Schroeder*, Europarecht, § 14 Rn. 142.

¹⁸ sog. *passive Dienstleistungsfreiheit*, s. *Frenz*, HdB EuropaR Bd. 1, Rn. 3070 oder auch *negative Dienstleistungsfreiheit*, *Schroeder*, Europarecht, § 14 Rn. 142, § 14 Rn. 142.

¹⁹ *Wollenschläger*, ZEuS 2009, 1 (5).

er sich darauf berufen und sie selbst durchsetzen kann. Somit ist er bereits in der Wirtschaftsgemeinschaft zum Rechtssubjekt aufgestiegen.

2. Das Resultat: Die Geburt des Marktbürgers

Mit Erhebung des wirtschaftstätigen Einzelnen zum Rechtssubjekt war der Marktbürger geboren.²⁰ Die Grundfreiheiten gewährten ihm die freie und gleiche Teilnahme am Gemeinsamen Markt.²¹ Somit unterstand der Einzelne einerseits dem Recht des Gemeinsamen Marktes, während er andererseits Bürger seines Staates, eines Mitgliedstaates der EWG, blieb. Diese beiden Elemente will der Begriff „*Marktbürger*“ miteinander verbinden.²² Die Marktbürgerschaft begründet demnach keine eigenen Rechte und Pflichten,²³ sondern knüpft lediglich an bestimmte Rechtspositionen des Einzelnen an.²⁴ Diese Rechtspositionen wurden ihm jedoch nur dann verliehen, wenn er ökonomisch tätig war.²⁵ Außerhalb ökonomischer Betätigungen blieben die entsprechenden Rechte dem Einzelnen verwehrt.²⁶

II. Der Unionsbürger: Der Einzelne als Bürger in einer politischen Gemeinschaft

Die einstige Wirtschaftsgemeinschaft wandelte sich allmählich in eine umfassende politische Gemeinschaft. Damit ging einher, dass die rein funktionale Marktbürgerschaft²⁷ durch politische und bürgerrechtliche Elemente erweitert wurde.²⁸

1. Konzept eines „Europa der Bürger“

Neben dem Integrationsziel Gemeinsamer Markt verlangte die Präambel des EWGV den *immer engeren Zusammenschluss der europäischen Völker*. Hierin entdeckte man die Grundlage, „politische Rechte auf europäischer Ebene für alle Bürger der Mitgliedstaaten zu schaffen“.²⁹ Zu diesem Zweck formte sich seit der Haager

²⁰ Wollenschläger, ZEuS 2009, 1 (3); vgl. Calliess, EuR Beih. 1/2007, 7 (10).

²¹ Wollenschläger, ZEuS 2009, 1 (3); vgl. schon Grabitz, Europäisches Bürgerrecht, S. 68.

²² Ipsen/Nicolaysen, NJW 1964, 339 (340) - Oppermann, in: Symposium für H. P. Ipsen, S. 87 (88); Calliess, EuR Beih. 1/2007, 7 (9); dargestellt in Rothfuchs, Personenverkehrsfreiheiten, S. 159.

²³ Oppermann, in Symposium für H.-P. Ipsen, S. 87 (88).

²⁴ vgl. Calliess, EuR Beih. 1/2007, 7 (10); Wollenschläger, Grundfreiheit ohne Markt, S. 314

²⁵ Calliess, EuR Beih. 1/2007, 7 (10); vgl. auch Grabitz, Europäisches Bürgerrecht, S. 105.

²⁶ Calliess, EuR Beih. 1/2007, 7 (10).

²⁷ vgl. Wollenschläger, ZEuS 2009, 1 (51); Calliess, EuR 2007 - Beih. 1, 7 (9).

²⁸ Streinz, in: Forschungskolloquium für Klein, S. 63 (63).

²⁹ Streinz, in: Forschungskolloquium für Klein, S. 63 (67).

Gipfelkonferenz von 1969 die Idee vom „*Europa der Bürger*“.³⁰ Mehrere Arbeitsgruppen beschäftigten sich seit dem Pariser Gipfel von 1975 mit diesem Thema und erarbeiteten Vorschläge für die rechtliche Ausgestaltung einer Gemeinschaftsbürgerschaft. Der Begriff *Unionsbürger* fand sich erstmalig im sog. Spinelli-Entwurf von 1984 des Europäischen Parlaments zur Gründung der EU.³¹ Zuletzt legte der vom Europäischen Rat eingesetzte Adonnino-Ausschuss für das „*Europa der Bürger*“ 1985 seinen Abschlussbericht vor, in welchem zahlreiche europäische Bürgerrechte vorgeschlagen wurden, die schließlich mit der Unionsbürgerschaft Eingang in das Unionsrecht fanden.³²

2. Die vertragliche Fixierung der Unionsbürgerschaft

Durch den Vertrag von Maastricht wurde die Unionsbürgerschaft 1992 in den EGV aufgenommen³³ und ist seither Bestandteil des Europäischen Primärrechts.³⁴ Mit Inkrafttreten des Vertrages am 1.09.1993 regelte Art. 8 Abs. 1 EGV, dass *Unionsbürger ist, wer die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaates besitzt* und dass die *Unionsbürgerschaft die nationale Staatsbürgerschaft ergänzt, aber nicht ersetzt*. Die heutige Parallelvorschrift mit unverändertem Regelungsgehalt ist Art. 20 Abs. 1 AEUV. Weiterhin findet sich die Unionsbürgerschaft wörtlich in Art. 9 S. 2 und 3 EUV sowie unter Titel V („*Bürgerrechte*“) der GRCh (Art. 39-46).

Wer die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaates erwirbt, wird dadurch automatisch Unionsbürger und wer sie verliert, verliert automatisch die Unionsbürgerschaft.³⁵ Daraus ergibt sich nicht nur, dass die Mitgliedstaaten, die mit ihren Regelungen über Erwerb und Verlust ihrer Staatsangehörigkeit zugleich die Voraussetzungen für Erwerb und Verlust der Unionsbürgerschaft festlegen,³⁶ sondern darüber hinaus, dass Erwerb und Verlust der Unionsbürgerschaft nicht zusätzlich an wirtschaftliche Kriterien gebunden ist. Während die Marktbürgerschaft wirtschaftlich Tätigen vorbehalten blieb,

³⁰ Streinz, in: Forschungskolloquium für Klein, S. 63 (67); Calliess, EuR Beih. 1/2007, 7 (10).

³¹ Streinz, in: Forschungskolloquium für Klein, S. 63 (67); Kadelbach, in: Ehlers, Grundrechte und Grundfreiheiten, § 19 Rn. 8; ABI 1984 Nr C 77/33, Art 3: „Die Bürger der Mitgliedstaaten sind als solche Bürger der Union. Die Unionsbürgerschaft ist an die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaates gebunden [...]“.

³² Streinz, in: Forschungskolloquium für Klein, S. 63 (67); Kadelbach, in: Ehlers, Grundrechte und Grundfreiheiten, § 19 Rn. 8; s. Abschlussbericht des ad-hoc-Ausschusses, EG-Bulletin Beil. 7/1985 S. 20 ff.

³³ so ausdrücklich Art. 8 Abs. 1 S. 1 EGV in der Fassung vom 1.09.1993.

³⁴ so Wollenschläger, Grundfreiheit ohne Markt, S. 109.

³⁵ Schroeder, Europarecht, § 13 Rn. 4.

³⁶ Schroeder, Europarecht, § 13 Rn. 4.

kann die Unionsbürgerschaft unabhängig von einer wirtschaftlichen Tätigkeit erworben werden. Allein der Status als *Staatsangehöriger* lässt die Unionsbürgerschaft als „auf Dauer angelegtes rechtliches Band“³⁷ zwischen dem Einzelnen und der EU entstehen.

3. Die Bürgerrechte

Die Unionsbürgerschaft will im Gegensatz zur Marktbürgerschaft nicht den Status des Einzelnen in der EU begrifflich fassen, sondern begründet selbst einen Status, der mit eigenen, primärrechtlich festgehaltenen, Rechten und Pflichten ausgestattet ist.³⁸ Zu diesen *europäischen Bürgerrechten* zählen neben politischen Bürgerrechten, wie dem aktiven und passiven Wahlrecht auf kommunaler und europäischer Ebene³⁹ sowie dem Petitions-, Beschwerde-, und Korrespondenzrecht⁴⁰, auch allgemeine Bürgerrechte, wie das Recht auf diplomatischen und konsularischen Schutz⁴¹ sowie vor allem das unionsbürgerliche Freizügigkeitsrecht gem. Art. 21 AEUV.

C. Die Freizügigkeit - elementares Recht des Einzelnen und Integrationsfaktor der Gemeinschaft

Die Grundfreiheiten Arbeitnehmerfreizügigkeit, Niederlassungsfreiheit und Dienstleistungsfreiheit gewähren dem Einzelnen, sich im *Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen*⁴² und sich dort *aufzuhalten*⁴³. Dies entspricht bereits dem grundfreiheitlichen Freizügigkeitsverständnis des EWGV, dem unionsbürgerlichen Freizügigkeitsverständnis von Art. 21 Abs. 1 AEUV sowie dem nationaler Regelungen^{44, 45}. Somit scheint sich im Laufe der Jahre der Inhalt des Freizügigkeitsrechtes im Kern nicht geändert zu haben, was hinsichtlich Funktion und Zweck des Freizügigkeitsrechtes möglicherweise anderes zu bewerten ist. Um einen Vergleich zwischen grundfreiheitlicher und unionsbürgerlicher Freizügigkeit erstellen zu können, ist also die Frage, *wozu sie dient*, von entscheidender Bedeutung.

³⁷ BVerfGE 89, 155 (184).

³⁸ vgl. Art. 20 Abs. 2 S. 1 AEUV, Art. 17 Abs. 2 EGV

³⁹ Art. 20 Abs. 2 S. 2 lit. b i.V.m. Art. 22 AEUV

⁴⁰ Art. 20 Abs. 2 S. 2 lit. d i.V.m. Art. 24 AEUV

⁴¹ Art. 20 Abs. 2 S. 2 lit. c i.V.m. Art. 23 AEUV

⁴² s. Art. 45 Abs. 3 lit. b AEUV.

⁴³ s. Art. 45 Abs. 3 lit. c AEUV.

⁴⁴ vgl. Art. 11 GG.

⁴⁵ Frenz, HdB EuropR Bd. I, Rn. 4045.

I. Die marktgebundene Freizügigkeit

Damit entsprechend dem genannten Mobilitätsgedanken der Einzelne in einem anderen Mitgliedstaat erwerbstätig sein konnte, musste ihm zunächst ein Recht auf Bewegung und Aufenthalt gewährt werden,⁴⁶ sodass auch das Recht auf Freizügigkeit letztlich dem Integrationsziel *Gemeinsamer Markt* dient.⁴⁷

1. Die Freizügigkeit als Annex der Grundfreiheiten

Hierfür spricht bereits der Berechtigtenkreis der Grundfreiheiten mit Arbeitnehmern, Selbständigen, Dienstleistern und später auch Dienstleistungsempfängern, also nur solchen, die in irgendeiner Weise wirtschaftlich aktiv sind. Nur ihnen wurde ein Recht auf Bewegung und Aufenthalt gewährt. Die wirtschaftliche Aktivität stand im Vordergrund und war zugleich Voraussetzung und Ziel des Freizügigkeitsrechts. Andernfalls bestünde die Gefahr, die Freizügigkeit würde dem Gemeinsamen Markt eher schaden, wenn sich etwa der Arbeitslose in dem Mitgliedstaat niederlässt, in dem die höchsten staatlichen Sozialleistungen zu erwarten sind.⁴⁸ In Zeiten eines Marktbürgers wurde die Freizügigkeit also nicht um ihrer selbst willen gewährt, sondern war Annex der marktgebundenen Grundfreiheiten,⁴⁹ die die Mobilität von Wirtschaftsfaktoren gewährleisten wollten, um einen *Gemeinsamen Markt* zu schaffen.

2. Fortschreitende Entwicklung des Freizügigkeitsrechts

a) Ausweitung des sachlichen Schutzbereiches

aa) Vom Diskriminierungs- zum Beschränkungsverbot

Die marktgebundenen Grundfreiheiten sollten dafür sorgen, dass ein Mitgliedstaat ausländische Marktteilnehmer nicht schlechter stellt als inländische Marktteilnehmer.⁵⁰ Daher werden sie zum einen als *Diskriminierungsverbote*⁵¹ verstanden, die prinzipiell

⁴⁶ Wollenschläger, ZEuS 2009, 1 (10).

⁴⁷ Becker, EuR 1999, 522 (523); Scheuing, EuR 2003, 744 (746); Wollenschläger, Grundfreiheit ohne Markt, S. 359.

⁴⁸ sog. „Sozialleistungstourismus“, so Kokott, in FS Tomuschat, S. 207 (222).

⁴⁹ so auch Pechstein/Bunk, EuGRZ 1997, 547 (547); Giegerich, in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach, Europarecht § 9 Rn. 36; Kluth, in Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 21 AEUV, Rn. 1.

⁵⁰ vgl. Art. 45 Abs. 2, 49 Abs. 3, 57 Abs. 3 EGV; Scheuing, EuR 2003, 744 (746).

⁵¹ so das ursprüngliche Verständnis laut Streinz, EuropaR, § 11 Rn. 798; zum heutigen Verständnis vgl. Frenz, HdB EuropaR Bd. I, Rn. 113; „die wichtigste Funktion der Grundfreiheiten“, so Pache, in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach, Europarecht § 10 Rn. 21.

die Gleichbehandlung zwischen In- und Ausländern bewirken.⁵² Da eine Beeinträchtigung der Grundfreiheiten jedoch nicht nur auf diskriminierende Maßnahmen zurückzuführen ist,⁵³ eine umfassende Beseitigung der Hindernisse für die Mobilität der Produktionsfaktoren jedoch erreicht werden sollte,⁵⁴ musste man zum anderen solche Beschränkungen in den Schutzbereich der Grundfreiheiten aufnehmen, die zwar ebenfalls für Inländer gelten, dennoch nachteilige Wirkung für Ausländer entfalten. Insofern erfolgte eine Erweiterung der Diskriminierungsverbote zu sog. *Beschränkungsverboten*.⁵⁵ Dies wurde im Rahmen der Arbeitnehmerfreizügigkeit (Art. 45 AEUV) erstmals im Rahmen von Transferregelungen bei Berufsfußballspielern festgestellt, die zwar unabhängig von der Staatsangehörigkeit gelten, den Transfer zwischen den Mitgliedstaaten jedoch behindern.⁵⁶ Grundlegend für die Niederlassungsfreiheit (Art. 49 AEUV) als marktgebundene Freizügigkeit war schließlich die *Rs. Gebhard*, in der entschieden wurde, dass nationale Regelungen über die Berufsbezeichnung EU-Ausländer nicht an der Berufsausübung hindern dürfen, wenn die Tätigkeit selbst keinen spezifischen Regelungen bzgl. besonderer Qualifikationen unterliegt.⁵⁷ Weiterhin wurde in dieser Entscheidung in Anlehnung an die Rspr. zur Warenverkehrsfreiheit (Art. 34 f. AEUV) grundlegend anerkannt, dass „*nationale Maßnahmen, die die Ausübung der durch [den AEUV] garantierten [...] Freiheiten behindern oder weniger attraktiv machen*“⁵⁸ von der marktgebundenen Freizügigkeit umfasst sind.

bb) Die Freizügigkeit und ihre Begleitrechte

Daneben erkannte man, dass der Produktionsfaktor Arbeit nicht von dem Menschen losgelöst werden kann, der sie leistet. Damit dieser nicht außerhalb seiner Arbeitstätigkeit der „*unerwünschte Ausländer*“ blieb,⁵⁹ sind von der marktgebundenen Freizügigkeit auch Diskriminierungen und Beschränkungen erfasst, die eine gewisse

⁵² vgl. *Frenz*, HdB EuropaR Bd. I, Rn. 146.

⁵³ *Wollensschläger*, ZEuS 2009, 1 (11); vgl. zur Niederlassungsfreiheit EuGH, Rs. C-136/78, Slg. 1979, 437 Rn. 23 – Auer.

⁵⁴ *Wollensschläger*, ZEuS 2009, 1 (11).

⁵⁵ so EuGH und h.M. im Schrifttum, laut *Pache*, in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach, Europarecht § 10 Rn. 23; *Folz*, in: Vedder/Heintschel v. Heinegg, Europäisches Unionsrecht, Art. 21 AEUV Rn. 2; Füßer, DÖV 1999, 96 (97); vgl. *Frenz*, HdB EuropaR Bd. I, Rn. 149.

⁵⁶ EuGH, Rs. C-415/93, Slg. 1995, I-4921 96, 100, 104 Rn. 28 – Bosman.

⁵⁷ EuGH, Rs. C-55/94, Slg. 1995, I-4165 Rn. 34 f. – Gebhard.

⁵⁸ EuGH, Rs. C-55/94, Slg. 1995, I-4165 Rn. 37 – Gebhard.

⁵⁹ *Scheuing*, EuR 2003, 744 (746).

soziale, politische und kulturelle Teilhabe im fremden Mitgliedstaat verhinderten⁶⁰ und sich daher als *Begleitrechte*⁶¹ bezeichnen lassen. Im Bereich der politischen Teilhabe ist maßgeblich das bereits seit 1974 in Rede stehende⁶² und letztlich 1992/93 mit der Unionsbürgerschaft i.R.d. Verträge von Maastricht in den EGV eingeführte⁶³ aktive und passive Wahlrecht zu Kommunalwahlen gem. Art. 20 Abs. 2 S. 2 lit. b i.V.m. Art. 22 Abs. 1 S. 1 AEUV, Art. 40 GRCh als ein „Kernstück der Unionsbürgerschaft“⁶⁴ anzuführen. Weiterhin sollte den EU-Aus- wie Inländern nicht nur Vereinigungs-, Versammlungs-, und Meinungsäußerungsfreiheit gleichermaßen zukommen,⁶⁵ sondern etwa auch bei privatrechtlichen Berufszugangsregelungen⁶⁶ sowie bei Kauf oder Miete von Wohnungen die gleichen Bedingungen gelten.⁶⁷ Für immer neuen Diskussionsbedarf sorgte schließlich der Einfluss der marktgebundenen Freizügigkeit im Bereich der Sozialsysteme. So wurde bereits in den 1970ern eine Harmonisierung der mitgliedstaatlichen Sozialsysteme in die Wege geleitet.⁶⁸ Dies wird mittlerweile umfassend durch die VO Nr. 882/2004 zur Koordinierung der Systeme zur sozialen Sicherheit gewährleistet.⁶⁹ Die Diskussion um den Zugang zu Sozialleistungen eines fremden EU-Mitgliedstaates hat mit der Einführung der Unionsbürgerschaft zahlreiche neue Anstöße erfahren.⁷⁰ Jedenfalls wird hier bereits eine gewisse politische Dimension des marktgebundenen Freizügigkeitsrechtes erkennbar.⁷¹

b) Ausweitung des persönlichen Schutzbereiches

Ebenso erfolgte eine Erweiterung des Kreises der Berechtigten des grundfreiheitlichen Freizügigkeitsrechtes, sodass auch hier der Marktbezug immer mehr in den Hintergrund zu treten schien. Dies geschah zum einen durch einen weiten Arbeitnehmerbegriff⁷², der

⁶⁰ Magiera, in: Streinz, EUV/AEUV Art. 21 AEUV Rn. 17.

⁶¹ so Frenz, HdB EuropaR Bd. I, Rn. 1691 ff. (zur Arbeitnehmerfreizügigkeit), Rn. 2431 ff. (zur Niederlassungsfreiheit), Rn. 3203 ff. (zur Dienstleistungsfreiheit).

⁶² der erste offizielle Anstoß zur Einführung eines unionsbürgerlichen Kommunalwahlrechts geht auf den Pariser Gipfel von 1974 zurück, so Kluth, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 22 AEUV, Rn. 4.

⁶³ urspr. Art 8b Abs. 1 EGV; vgl. Magiera, in: Streinz, EUV/AEUV Art. 21 AEUV, Rn. 13.

⁶⁴ Kluth, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 22 AEUV, Rn. 1.

⁶⁵ Scheuing, EuR 2003, 744 (787).

⁶⁶ Frenz, HdB EuropaR Bd. I, Rn. 189.

⁶⁷ Magiera, in: Streinz, EUV/AEUV Art. 21 AEUV Rn. 17.

⁶⁸ vgl. Frenz, HdB EuropaR Bd. I, Rn. 1754; VO (EWG) Nr. 574/72 vom 21.2.1972, ABl. L 74, S. 1.

⁶⁹ VO (EG) Nr. 883/2004 vom 29.04.2004, ABl. L 166, S. 1.

⁷⁰ insb. EuGH, Rs. C-224/98, Slg. 2002, S. I-6169 Rn. 30 - D’Hoop; sowie EuGH, Rs. C-11/06 u. C-12/06, Slg. 2007, S. I-9161 Rn. 26, 28 – Morgan.

⁷¹ vgl. Füßer, DÖV 1999, 96 (101).

⁷² der Begriff sei “nicht eng auszulegen“, so EuGH Rs. C-413/01 Slg. 2003, I-13187 Rn. 23 – Ninni-Orasche.

weder an die Dauer der Beschäftigung⁷³ noch an die Höhe der Entlohnung⁷⁴ besonders hohe Anforderungen stellte und lediglich „*Tätigkeiten außer Betracht bleiben [lässt], die einen so geringen Umfang haben, daß sie sich als völlig untergeordnet und unwesentlich darstellen*“^{75, 76}. Entscheidendes Kriterium sei, „dass jemand während einer bestimmten Zeit, für einen anderen nach dessen Weisung Leistungen erbringt, für die er als Gegenleistung eine Vergütung erhält“⁷⁷. Zum anderen gewährte der Gemeinschafts- bzw. Unionsgesetzgeber nicht direkten Marktteilnehmern ein von den Grundfreiheiten abgeleitetes Freizügigkeitsrecht, etwa den Familienangehörigen von Marktteilnehmern⁷⁸, aus dem Erwerbsleben Ausgestiegenen⁷⁹, Studenten⁸⁰ sowie jenen, *denen das Aufenthaltsrecht nicht aufgrund anderer Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts zuerkannt ist*⁸¹. Darüber hinaus erfolgte eine Erweiterung der Dienstleistungsfreiheit, indem sich nicht mehr nur der Dienstleistungserbringer, sondern auch der Dienstleistungsempfänger auf ein Freizügigkeitsrecht berufen konnte, sofern sein Aufenthalt in einem anderen Mitgliedstaat nur vorübergehend sei.⁸²

II. Eine neue Freizügigkeit – Die unionsbürgerliche Freizügigkeit

Neben den genannten Freizügigkeiten kennt der AEUV die unionsbürgerliche Freizügigkeit gem. Art. 21 AEUV, die jedem Unionsbürger das Recht gewährt, *sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten [...] frei zu bewegen und aufzuhalten*. Sie hält sich schon rein systematisch von den übrigen Freizügigkeiten fern, findet sie sich doch nicht im *dritten* Teil über die *internen Politiken und Maßnahmen der Union*, sondern im *zweiten* Teil über die *Nichtdiskriminierung und Unionsbürgerschaft*. Diese neue Freizügigkeit ist der „*Kern der Unionsbürgerschaft*“⁸³ und bestimmt aufgrund ihrer immensen Tragweite den eigentlichen Gehalt der Unionsbürgerschaft. Dem entsprechend geht eine mögliche Bezeichnung der Unionsbürgerschaft als

⁷³ vgl. EuGH Rs. C-197/86 Slg. 1988, 3205 LS 3 – Brown.

⁷⁴ vgl. EuGH Rs. C-53/81, Slg. 1982, 1035 Rn. 16 – Levin.

⁷⁵ EuGH Rs. C-53/81, Slg. 1982, 1035 Rn. 17 – Levin.

⁷⁶ Becker, EuR 1999, 522 (524).

⁷⁷ EuGH Rs. C-413/01 Slg. 2003, I-13187 Rn. 24 – Ninni-Orasche; EuGH Rs. C-66/85 Slg. 1986, 2121 Rn. 17 – Lawrie-Blum.

⁷⁸ VO 1612/68 vom 15.10.1968, ABl. L 257, S. 2, zuletzt geändert durch VO 2434/92, ABl. 1992 L 245, S. 1.

⁷⁹ RL 90/365/EG vom 28.06.1990, ABl. L 180, S. 28.

⁸⁰ RL 93/96/EG vom 29.10.1993, ABl. L 317, S. 59; vgl. auch Frenz, JA 2007, 4 (6).

⁸¹ Art. 1 Abs. 1 RL 90/364/EG vom 28.6.1990, ABl. L 180, S. 26.

⁸² Wollenschläger, Grundfreiheit ohne Markt, S. 76 ff.; EuGH Rs. C-186/87, Slg. 1989, 195 Rn. 15 – Cowan; EuGH Rs. C-158/96, Slg. 1998, I-1931 Rn. 29 – Kohll.

⁸³ Huber, ZaöRV 2008, 307 (314).

„Grundfreiheit ohne Markt“ mit der Bezeichnung der unionsbürgerlichen Freizügigkeit als „Grundfreiheit ohne Markt“ einher. Deswegen soll diese im Folgenden genauer untersucht werden, wobei die marktgebundenen Freizügigkeiten vergleichend herangezogen werden sollen, um eine spätere begriffliche Zuordnung zu erleichtern.

1. Entstehung und Entwicklung

a) Vorgeschichte

Wie bereits dargestellt, wurden einerseits die marktgebundenen Freizügigkeiten mehr und mehr ausgedehnt, sodass sie in manchen Bereichen schon marktbefreite Züge annahmen.⁸⁴ Andererseits forderte das EP bereits 1977 in einer Entschließung das *Aufenthaltsrecht für alle Bürger der Gemeinschaft*.⁸⁵ Daraufhin unterbreitete die Kommission 1979 dem Rat einen Richtlinienvorschlag zum Erreichen des *freien Personenverkehrs unabhängig von der Ausübung einer Erwerbstätigkeit*.⁸⁶ Sowohl Rat als auch die Mitgliedstaaten hatten jedoch ihre Bedenken mit dem Vorschlag, sodass er – trotz mehrfacher Änderungen – am 3.05.1989 endgültig zurückgezogen wurde.⁸⁷ Mit Einführung des Begriffes *Binnenmarkt* durch die am 1.07.1987 in Kraft getretene Europäische Akte sollte das rein wirtschaftlich orientierte Integrationskonzept der Errichtung eines *Gemeinsamen Marktes* allmählich⁸⁸ überwunden werden.⁸⁹ Auch wenn der Binnenmarkt im Kern an den ökonomischen Zielsetzungen des Gemeinsamen Marktes festhält⁹⁰, lässt sich der Umfang des Binnenmarktkonzeptes bereits in Art. 3 Abs. 2 und Abs. 3 EUV nachempfinden und reicht von der ausdrücklichen Nennung – ohne Verweis auf irgendeinen Marktbezug – des freien Personenverkehrs (Abs. 2) bis hin zu gemeinsamen Bestrebungen etwa im Umweltschutz sowie in sozialem und technischem Fortschritt (Abs. 3 S. 2). Der seither anerkannte und angestrebte *Raum ohne Binnengrenzen*⁹¹ sollte neben den zwischenstaatlichen Handelsbarrieren eine

⁸⁴ Kokott, FS Tomuschat, S. 207 (216).

⁸⁵ Entschließung des EP vom 16.07.1977, ABl. C 299, S. 26 (27); siehe dazu Bieber, EuGRZ 1978, 203; Frenz, HdB EuropaR, Rn. 4018.

⁸⁶ Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie des Rates über das Aufenthaltsrecht der Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats vom 31.07.1979, ABl. C 207, S. 14; vgl. hierzu Wollenschläger, Grundfreiheit ohne Markt, S. 102.

⁸⁷ EG-Bulletin, 5/1989, S. 14; vgl. Wollenschläger, Grundfreiheit ohne Markt, S. 103.

⁸⁸ gem. Art. 8 Abs. 1 des durch die Europäische Akte geänderten EWGV bis zum 31.12.1992.

⁸⁹ vgl. Wollenschläger, Grundfreiheit ohne Markt, S. 104 ff.

⁹⁰ vgl. Ruffert, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 3 EUV, Rn. 22.

⁹¹ Art. 3 Abs. 2 EUV.

Vereinheitlichung der wirtschaftlichen und sozialen Rahmenbedingungen mit sich bringen, von der letztlich auch nichterwerbstätige Personen profitieren sollten.⁹²

b) Primär- und sekundärrechtliche Verankerung

Dies änderte sich im Zusammenhang mit den Überlegungen zur vertraglichen Normierung einer „Europabürgerschaft“ im Vorfeld zum Vertrag von Maastricht.⁹³ So enthielt der Vorschlag der spanischen Regierung zur Europabürgerschaft vom 4.09.1990 auch die Forderung nach einem allgemeinen Freizügigkeitsrecht.⁹⁴ Dieser Vorschlag fand mehr und mehr Zustimmung bei den anderen Mitgliedstaaten sowie bei Kommission und EP, sodass Unionsbürgerschaft (Art. 8) und das unionsbürgerliche Freizügigkeitsrecht (Art. 8 a) gemeinsam durch den Maastrichter Vertrag in den neuen EGV eingingen. Die Verträge von Amsterdam und Nizza nahmen kleine Änderungen bzgl. einer der Erleichterung dienenden Rechtsetzung vor (Art. 8 a Abs. 2 EGV, später Art 17 Abs. 2, 3 EGV).⁹⁵ Mit Inkrafttreten des Vertrages von Nizza am 1.02.2003 wurde das Freizügigkeitsrecht in Art. 18 EG verschoben und seit Inkrafttreten des Vertrages von Lissabon findet es sich in Art. 21 AEUV. Weiterhin wurde das Freizügigkeitsrecht wortgleich in Art. 45 Abs. 1 der am 7.12.2000 proklamierten GRCh übernommen, die durch den Vertrag von Lissabon gem. Art. 6 Abs. 1 EUV rechtliche Verbindlichkeit erlangte. Auf sekundärrechtlicher Ebene regelten zunächst noch zahlreiche, auf Grundlage der marktgebundenen Grundfreiheiten erlassene Rechtsakte das Freizügigkeitsrecht.⁹⁶ Es war also geboten das Freizügigkeitsrecht unter Berücksichtigung des Art. 21 AEUV in übersichtlicherer Form sekundärrechtlich neu zu gestalten, zumal Art. 21 Abs. 2 AEUV die EU ausdrücklich zu Erleichterungszwecken zum Erlass von Sekundärrechtsakten ermächtigte.⁹⁷ Derartiges geschah, als die RL 2004/38/EG erlassen wurde und mit Wirkung zum 30.04.2006 die vorherigen Richtlinien aufhob, deren inhaltliche Regelungen sie jedoch weitestgehend übernahm.⁹⁸

⁹² vgl. hierzu bereits *Grabitz/v. Bognandy*, JuS 1990, 170 (175).

⁹³ vgl. *Wollenschläger*, Grundfreiheit ohne Markt, S. 105 f.

⁹⁴ vgl. *Wollenschläger*, Grundfreiheit ohne Markt, S. 111.

⁹⁵ vgl. *Wollenschläger*, Grundfreiheit ohne Markt, S. 117 ff.

⁹⁶ VO 1612/68 vom 15.10.1968, ABl. L 257, S. 2, VO 1251/70 vom 29.6.1970, ABl. L 142, S. 24 sowie RL 64/221/EWG vom 25.2.1964, ABl. L 56, S. 850; RL 68/360/EWG vom 15.10.1968, ABl. L 257, S. 13; RL 72/194/EWG vom 18.5.1972, ABl. L 121, S. 32; RL 73/148/EWG vom 21.5.1973, ABl. L 172, S. 14; RL 73/148/EWG vom 21.5.1973, ABl. L 172, S. 14; RL 75/35/EWG vom 17.12.1974, ABl. L 014, S. 14; RL 90/364/EWG vom 28.6.1990, ABl. L 180, S. 26; RL 90/365/EWG vom 28.6.1990, ABl. L 180, S. 28; RL 93/96/EWG vom 29.10.1993, ABl. L 317, S. 59.

⁹⁷ vgl. *Wollenschläger*, Grundfreiheit ohne Markt, S. 119.

⁹⁸ vgl. *Wollenschläger*, Grundfreiheit ohne Markt, S. 119.

Die RL 2004/38/EG stützt sich jedoch nicht nur auf Art. 21 AEUV, sondern auch auf die marktgebundenen Freizügigkeiten.⁹⁹ Damit sind alle Freizügigkeitsregime in einem Sekundärrechtsakt vereint, der nähere Ausgestaltungen für erwerbstätige und nicht erwerbstätige Unionsbürger sowie für Drittstaatsangehörige, insbesondere Familienmitglieder, gleichermaßen enthält.

c) Subjektives, unmittelbar anwendbares Recht

Angesichts der ausgeprägten sekundärrechtlichen Ausgestaltung des Freizügigkeitsregimes zum Zeitpunkt des Maastrichter Vertrages und der stetigen Ausweitung der marktgebundenen Grundfreiheiten, ging man zunächst vereinzelt davon aus, Art. 8 a EWG (der heutige Art. 21 AEUV) begründe gar kein *eigenes Recht*, sondern habe nur deklaratorische Wirkung und sei somit auch nicht unmittelbar anwendbar.¹⁰⁰ Dies wurde zwar überwiegend zurückgewiesen und die Begründung eines subjektiven Rechtes sowie die unmittelbare Anwendbarkeit anerkannt,¹⁰¹ doch herrschte in diesem Punkt solange Unklarheit, bis sich der EuGH 2002 eindeutig für die unmittelbare Anwendbarkeit des Art. 21 Abs. 1 AEUV aussprach.¹⁰² Diese Ansicht wurde seither mehrfach bestätigt,¹⁰³ sodass die unionsbürgerliche Freizügigkeit, wie schon die marktgebundenen Grundfreiheiten, dem einzelnen ein subjektives Rechts gewähren und unmittelbar anwendbar sind.

⁹⁹ s. Präambel der RL 2004/38/EG; gestützt auf den Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, insbesondere auf die Art. 18, 21, 46, und 59 AEUV.

¹⁰⁰ Giegerich, in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach, Europarecht § 9 Rn. 45; vgl. Wollenschläger, Grundfreiheit ohne Markt, S. 126 f.; so noch Degen, DÖV 1993, 749 (752); Pechstein/Bunk, EuGRZ 1997 547 (547); dargestellt von Kokott, FS Tomuschat, S. 207 (214).

¹⁰¹ so die h.M. in der Lit., laut Kluth, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 21 Rn.15; ebenso Bode, EuZW 2003, 552 (554); Hatje, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, Art. 21, Rn. 551; Scheuing, EuR 2003, 744 (760); Kokott, FS Tomuschat, S. 207 (214 f.); Füßler, DÖV 1999, 96 (100); hierfür spricht schon die „rechtliche Vollkommenheit“ mit Hinweis auf die Kriterien von van Gend en Loos (s. Fn. 5), so Wollenschläger, Grundfreiheit ohne Markt, S. 127 f.; ebenso Rothfuchs, Personenverkehrsfreiheiten, S. 216; wie auch Strunz, Freizügigkeit in der EU, S. 66 f.; auch fordert der effet-utile-Grundsatz die unmittelbare Anwendbarkeit, so Wollenschläger, Grundfreiheit ohne Markt, S. 129; ausführliche Darstellung der Kontroverse: Wollenschläger, Grundfreiheit ohne Markt, S. 126 ff.; Darstellung beider Ansichten von Bode, EuZW 2003, 552 (553 f.); s. auch Schlussanträge des GA Cosmas vom 15.03.1999, Rs. C-378/97, Slg. 1999, I-6207 – Wijsenbeek; Schlussanträge des GA Geelhoed 5.07.2001, Rs. C-413/99, Slg. 2002, S. I-7091 – Rn. 103 ff. – Baumbast; vgl. Schlussanträge des GA La Pergola vom 1.07.1997, Rs. C-85/96, Slg. 1998, I-2691 – Rn. 20 - Martinez Sala; Schlussanträge des GA La Pergola vom 19.09.1999, Rs. C-356/98, Slg. 2000, I-2623 Rn. 54– Kaba I.

¹⁰² EuGH, Rs. C-413/99, Slg. 2002, S. I-7091 Rn. 84 – Baumbast; “insofern zieht der EuGH eine neue Parallele zu den Grundfreiheiten“, so Bode, EuZW 2002, 767 (768).

¹⁰³ EuGH, Rs. C-456/02, Slg. 2004, I-7573 Rn. 31 – Trojani.

2. Schutzbereich der neuen Freizügigkeit

a) Persönlicher Schutzbereich

aa) Unionsbürger als unmittelbar Berechtigte

Der persönliche Schutzbereich des Art. 21 Abs. 1 AEUV umfasst die Unionsbürger, also gem. Art. 20 Abs. 1 AEUV alle Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten. Ein bestimmtes Mindestalter ist nicht vorausgesetzt, sodass sich auch Minderjährige, sogar Kleinkinder, auf die unionsbürgerschaftliche Freizügigkeit berufen können.¹⁰⁴ Darüber hinaus hat der Unionsbürger kein weiteres Kriterium, etwa eine bestimmte Tätigkeit, zu erfüllen. Eine Anwendung auf juristische Personen gibt der Wortlaut des Art. 21 Abs. 1 AEUV nicht her.¹⁰⁵ Art. 24 UAbs. 2 i.V.m. Art. 227 AEUV sowie Art. 24 UAbs. 3 i.V.m. Art. 228 Abs. 1 S. 1 AEUV deuten jedoch darauf hin, dass Unionsbürgerrechte, wie schon die Grundfreiheiten, prinzipiell auf juristische Personen übertragen werden können.¹⁰⁶ In aller Regel besteht bei juristischen Personen jedoch kein von wirtschaftlichen Zwecken losgelöstes Interesse auf Freizügigkeit.¹⁰⁷ Ein solches Interesse ließe sich bereits durch die marktgebundenen Freizügigkeiten schützen, die – wie schon Art. 54 AEUV zeigt – eine Übertragung auf juristische Personen zulassen.¹⁰⁸ Problematisch verhält es sich jedoch mit nichtwirtschaftlichen Vereinigungen, etwa mit gemeinnützigen Vereinen.¹⁰⁹ Ihnen verwehrt das Kriterium des Erwerbszwecks in Art. 54 Abs. 2 AEUV eine Berufung auf die marktgebundene Freizügigkeit gem. Art. 54 Abs. 1 AEUV. Um an dieser Stelle Wertungswidersprüche zu vermeiden, müsste allerdings auch nichtwirtschaftlichen juristischen Personen ein Freizügigkeitsrecht, ähnlich des unionsbürgerlichen Freizügigkeitsrechtes, gewährt werden.¹¹⁰

¹⁰⁴ Frenz, HdB EuropaR Bd. I, Rn. 4048; vgl. EuGH, Rs. C-34/09, NJW 2011, 2033 Rn. 44 f. – Zambrano.

¹⁰⁵ Frenz, HdB EuropaR Bd. I, Rn. 4047.

¹⁰⁶ Wollenschläger, Grundfreiheit ohne Markt, S. 148; Leopold/Semmelmann, ZEuS 2008, 275 (284).

¹⁰⁷ Frenz, HdB EuropaR Bd. I, Rn. 4047; Leopold/Semmelmann, ZEuS 2008, 275 (284).

¹⁰⁸ Leopold/Semmelmann, ZEuS 2008, 275 (282).

¹⁰⁹ Leopold/Semmelmann, ZEuS 2008, 275 (282); Wollenschläger, Grundfreiheit ohne Markt, S. 148.

¹¹⁰ Die Übertragung von Unionsbürgerrechten ist möglich, wenn diese dafür geeignet sind, so Kadelbach, in: Ehlers, Grundrechte und Grundfreiheiten, § 19 Rn. 15.

bb) Drittstaatsangehörige

Ist ein Unionsbürger nicht nur Staatsangehöriger eines Mitgliedstaates, sondern auch eines Drittstaates, so schadet dies seiner Möglichkeit zur Berufung auf Art. 21 Abs. 1 AEUV nicht.¹¹¹ Fraglich ist hingegen, inwieweit das unionsbürgerliche Freizügigkeitsrecht auf jene Anwendung findet, die ausschließlich Angehörige eines Drittstaates sind.

(1) Berufung auf Primärrecht

Da die Unionsbürgerschaft nicht von der Staatsangehörigkeit der Mitgliedstaaten losgelöst ist, kann eine direkte Berufung eines Drittstaatsangehörigen auf Art. 21 Abs. 1 AEUV grundsätzlich nicht in Betracht kommen. Eine Ausnahme sah der EuGH allerdings im Falle der drittstaatsangehörigen Mutter, deren Kleinkind ius soli die Unionsbürgerschaft erworben hatte. Dem daraus resultierenden Freizügigkeits-, genauer Aufenthaltsrecht des Kindes würde jede *praktische Wirksamkeit* genommen, würde man der Mutter kein Aufenthaltsrecht im Mitgliedstaat zugestehen.¹¹² Dieses leitete der EuGH ausnahmsweise *direkt* aus Art. 21 Abs. 1 AEUV ab.¹¹³ Weiterhin sieht Art. 45 Abs. 2 GRCh vor, dass Drittstaatsangehörigen, die sich rechtmäßig im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaates aufhalten, nach *Maßgabe der Verträge*¹¹⁴ Freizügigkeit gewährt wird. Hierin liegt allerdings kein Schlüssel zur Ausweitung des persönlichen Schutzbereiches des Art. 21 AEUV, sondern lediglich ein Verweis auf sekundärrechtliche Regelungen.¹¹⁵

(2) Berufung auf Sekundärrecht

In einer besonderen Position befinden sich Familienmitglieder von Unionsbürgern. Ihnen wird durch die RL 2004/38 ein Bewegungs- und Aufenthaltsrecht ungeachtet ihrer Staatsangehörigkeit gewährt.¹¹⁶

¹¹¹ EuGH, Rs. C- 369/90, Slg. 1992, I-4239 Rn. 11 – Micheletti; *Frenz*, HdB EuropaR Bd. I, Rn. 4049.

¹¹² EuGH, Rs. C-200/02, Slg. 2004, S. I-9925 Rn. 45 – Zhu und Chen.

¹¹³ EuGH, Rs. C-200/02, Slg. 2004, S. I-9925 Rn. 46 – Zhu und Chen.

¹¹⁴ mit *Verträgen* ist grds. das Primärrecht gemeint. *Nach Maßgabe der Verträge* ist aber als *auf Grundlage der Verträge* zu lesen, sodass auch Sekundärrecht mit einbezogen ist, so *Frenz*, HdB EuropaR Bd. I, Rn. 4049 f.

¹¹⁵ so *Frenz*, HdB EuropaR Bd. I, Rn. 4050.

¹¹⁶ Art. 1 lit. a, b RL 2004/38/EG; vgl. Erwägungsgrund 5 dieser RL.

b) sachlicher Schutzbereich

Der sachliche Schutzbereich des Art. 21 Abs. 1 AEUV umfasst gemäß seinem Wortlaut zwei Komponenten. Zum einen ein Bewegungsrecht und zum anderen ein Aufenthaltsrecht.¹¹⁷ Beide Komponenten sind in der RL 2004/38, die sie neben Art. 21 AEUB auch auf die Art. 50, 54 und 51 AEUV stützt¹¹⁸, konkretisiert. Daher deckt sich der sachliche Schutzbereich des unionsbürgerschaftlichen Freizügigkeitsrechtes zu einem großen Teil mit dem der grundfreiheitlichen Freizügigkeitsrechte.¹¹⁹

aa) Recht auf Fortbewegung

Das Recht auf freie Bewegung umfasst sowohl ein Ausreiserecht aus Mitgliedstaaten als auch ein Einreiserecht in Mitgliedstaaten.¹²⁰ Eine genauere Bestimmung hierzu findet sich in Art. 4 Abs. 1 bzw. Art. 5 Abs. 1 RL 2004/38. Unterscheidungen zu den marktgebundenen Freizügigkeitsrechten gibt es nicht.

bb) Recht auf Aufenthalt

In ihrem Kapitel III befasst sich die RL 2004/38 mit der näheren Ausgestaltung des Aufenthaltsrechtes. Sie unterscheidet dabei, je nach Dauer des Aufenthaltes, drei Phasen, an die jeweils andere Rechte geknüpft sind. Gem. Art. 6 Abs. 1 RL 2004/38 ist für ein Aufenthaltsrecht von bis zu drei Monaten lediglich der Besitz eines gültigen Personalausweises oder Reisepasses erforderlich. Aufenthalte von kurzer Dauer, etwa Reisen, sind also unter einfachsten Voraussetzungen möglich, wobei Reisen ohnehin der passiven Dienstleistungsfreiheit unterfallen dürften, sodass ein Rückgriff auf Art. 21 AEUV in einem solchen Falle nicht erforderlich ist. Geht es um ein Aufenthaltsrecht von mehr als drei Monaten, differenziert Art. 7 Abs. 1 RL 2004/38, ob diesem wirtschaftliche Zwecke zugrunde liegen oder nicht. Art. 7 Abs. 1 lit. a gewährt Arbeitnehmern und Selbständigen, also dem grundfreiheitlich erfassten Personenkreis, ein Aufenthaltsrecht, während sich Art. 7 Abs. 1 lit. b auf die übrigen Unionsbürger bezieht. Hier wird eine Unterscheidung zwischen marktgebundenen Freizügigkeiten und unionsbürgerschaftlicher Freizügigkeit deutlich. Ein nichterwerbstätiger Unionsbürger

¹¹⁷ Kluth, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, Art. 21 Rn. 15; Kaufmann-Bühler, in: Lenz/Borchardt, EU-Verträge, Art. 21 AEUV, Rn. 5; so auch Leopold/Semmelmann, ZEuS 2008, 275 (285); Staeglich, ZEuS 2003, 485 (509); Strunz, Freizügigkeit in der EU, S. 64 f.

¹¹⁸ so die Eingangsformel zur RL 2004/38/EG vom 29.04.2004, ABl. L 158, S. 77.

¹¹⁹ vgl. Kokott, FS Tomuschat, S. 207 (214).

¹²⁰ Frenz, HdB EuropaR Bd. I, Rn. 4054, das gilt auch für Einreise aus Drittstaat, Rn 4056.

hat gem. Art. 7 Abs. 1 lit. b *ausreichende Existenzmittel* und *einen umfassenden Krankenversicherungsschutz* vorzuweisen. Hierin könnten nun doch versteckte ökonomische Kriterien für die unionsbürgerliche Freizügigkeit liegen. Es wird aber überwiegend nicht als Voraussetzung eines Freizügigkeitsrechts, sondern als Grundlage zur Vornahme aufenthaltsbeendender Maßnahmen, also als Beschränkungsvorbehalt, verstanden.¹²¹ Dies zeigt sich schon daran, dass der Wegfall der Existenzgrundlage nicht automatisch zum Wegfall des Aufenthaltsrechts führen soll.¹²² Gem. Art. 16 Abs. 1 S. 1 RL 2004/38 erlangt ein Unionsbürger das Recht auf Daueraufenthalt, wenn er sich rechtmäßig fünf Jahre lang ununterbrochen im Aufnahmemitgliedstaat aufgehalten hat. Art. 16 Abs. 1 S. 2 der RL weist ausdrücklich darauf hin, dass es im Bereich der unionsbürgerlichen Freizügigkeit nun nicht mehr auf Kriterien des Art. 7 Abs. 1 lit. b ankommt. Wenn aber Art. 7 Abs. 1 lit. b keine Aufenthaltsvoraussetzung ist, kann das Recht auf Daueraufenthalt auch der erhalten, der in den fünf Jahren diese Kriterien ganz oder teilweise nicht erfüllt.¹²³

3. Voraussetzung für die Anwendbarkeit – Der unionsrechtliche Bezug

a) Die Regel: Der grenzüberschreitende Sachverhalt

Damit das Unionsrecht überhaupt erst zur Anwendung kommen kann, verlangen die marktgebundenen Grundfreiheiten ein grenzüberschreitendes Element des zu regelnden Sachverhaltes.¹²⁴ Demnach kann Unionsrecht grundsätzlich nicht herangezogen werden, wenn der Betroffene im konkreten Fall die Grenze eines Mitgliedstaates zu einem anderen nicht überschreitet. Beim unionsbürgerschaftlichen Freizügigkeitsrecht deuten hingegen weder Wortlaut des Art. 21 AEUV noch seine alleinige Anknüpfung an die Unionsbürgerschaft auf das Erfordernis eines grenzüberschreitenden Bezugs hin.¹²⁵ Schließlich besteht der Status Unionsbürger sowohl gegenüber der EU, einem fremden und dem eigenen Mitgliedstaat, unabhängig von Grenzüberschreitung oder

¹²¹ vgl. *Frenz*, ZESAR 2011, 307 (308); „ökonomische Kriterien“, so *Wollenschläger*, Grundfreiheit ohne Markt, S. 180; a.A. *Kaufmann-Bühler*, in: Lenz/Borchardt, EU-Verträge, Art. 21 AEUV, Rn. 7; vgl. *Magiera*, in: Streinz, EUV/AEUV Art. 21 AEUV Rn. 24; nur in Ausnahmefällen, im Regelfall als Voraussetzung, so *Wollenschläger*, EuZW 2005, 309 (305).

¹²² *Kluith*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 21 AEUV Rn. 8.

¹²³ vgl. *Wollenschläger*, Grundfreiheit ohne Markt, S. 154 f.

¹²⁴ *Kutzscher*, Der grenzüberschreitende Sachverhalt, S. 15 ff.; *Pache*, in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach, Europarecht § 10 Rn. 12.

¹²⁵ diesen Gedanken ausführend, *Hatje*, in: Schwarze, EU-Kommentar, Art. 21 AEUV Rn. 9.

Aufenthaltsort.¹²⁶ Dennoch ist das Kriterium des grenzüberschreitenden Sachverhaltes auf die unionsbürgerschaftliche Freizügigkeit übertragen worden, denn Art. 21 AEUV bezweckt nicht den sachlichen Anwendungsbereich des Vertrages auf rein interne Sachverhalte.¹²⁷ Dies könnte allerdings zu einem Wertungswiderspruch führen, wenn man Art. 21 AEUV wie die marktgebundenen Freizügigkeiten als Diskriminierungsverbot versteht. Dann wäre nämlich die Gefahr der Inländerdiskriminierung gegeben, obwohl sich eine Schlechterstellung des Inländers wohl kaum mit dem einheitlichen Status als Unionsbürger, dem einzigen ausdrücklichen Kriterium für die unionsbürgerliche Freizügigkeit, vereinbaren ließe. Auf diese Problematik soll im Rahmen der Erörterung, ob die unionsbürgerliche Freizügigkeit überhaupt ein Diskriminierungsverbot darstellt, näher eingegangen werden (s.u., S. 20 ff.). Jedenfalls hat der EuGH im Einzelfall die Eröffnung des Anwendungsbereiches des Art. 21 AEUV angenommen, obwohl der Betroffene (bislang) keinen Gebrauch von seinem Freizügigkeitsrecht gemacht hat.¹²⁸ Dieser Entscheidung lag jedoch insofern ein besonderer Sachverhalt zugrunde, als dass ein Kleinkind betroffen war, das allein gar nicht von seinem Freizügigkeitsrecht hätte Gebrauch machen können. Daher soll diese Rspr. auch nur für Ausnahmefälle gelten und nicht als Hinweis auf die Aufgabe eines grenzüberschreitenden Kriteriums verstanden werden.¹²⁹ Um den dennoch entstandenen Widerspruch nicht allzu deutlich erscheinen zu lassen, ist der EuGH bedacht, die Hürde des grenzüberschreitenden Sachverhaltes sehr niedrig anzusetzen.¹³⁰ So ist es möglich, auf einen drohenden bevorstehenden Aufenthaltswechsel abzustellen, weshalb eine tatsächliche Grenzüberschreitung nicht mehr unbedingt erforderlich sein muss.¹³¹ Jedenfalls bleibt im Grundsatz das Kriterium des grenzüberschreitenden Sachverhaltes bestehen.

¹²⁶ vgl. *Haag*, in: v. d. Groeben/Schwarze, EUV/EGV, Art. 18 EG, Rn. 9.

¹²⁷ vgl. *Kubicki*, EuR 2006, 489 (492); a.A. *Hatje*, in: Schwarze, EU-Kommentar, Art. 21 AEUV Rn. 9; *Kutzscher*, Der grenzüberschreitende Sachverhalt, S. 168 ff.; *Frenz*, ZESAR 2011, 307 (313); EuGH, Rs. C-64/96 u. 65/96, Slg. 1997, S. I-3171 Rn. 23 - Uecker und Jaquet.

¹²⁸ vgl. EuGH, Rs. C-200/02, Slg. 2004, S. I-9925 Rn. 19 - Zhu und Chen; dargestellt in *Kutzscher*, Der grenzüberschreitende Sachverhalt, S. 168.

¹²⁹ *Kutzscher*, Der grenzüberschreitende Sachverhalt, S. 169 f.

¹³⁰ *Leopold/Semmelmann*, ZEuS 2008, 275 (288).

¹³¹ *Kubicki*, EuR 2006, 489 (493); vgl. EuGH, Rs. C-200/02, Slg. 2004, S. I-9925 Rn. 18 - Zhu und Chen.

b) Die Ausnahme: Der Kernbestand der Rechte

Ausgehend von der Würdigung der Unionsbürgerschaft als *grundlegender Status der Angehörigen der Mitgliedstaaten*¹³² hat der EuGH in seiner jüngeren Rspr. (Rs. Ruiz Zambrano) anerkannt, dass sich die damit verbundenen Rechte¹³³ zu einem *Kernbestand der Rechte*¹³⁴ des Einzelnen verfestigt haben.¹³⁵ Dieser Kernbestand der Rechte kann auch dann gegenüber dem eigenen Mitgliedstaat geltend gemacht werden, wenn nie eine Grenze überschritten wurde.¹³⁶ Innerhalb des Kernbestandes ist die Anwendbarkeit von Unionsrecht somit gänzlich von einem grenzüberschreitenden Kriterium gelöst.¹³⁷ Vielmehr besteht der Unionsrechtsbezug kraft Unionsbürgerstatus selbst. Der Kernbestand wurzelt demnach direkt in Art. 20 Abs. 1 AEUV und ist von Art. 21 AEUV unabhängig¹³⁸, sodass dessen Erfordernis eines grenzüberschreitenden Elementes unberührt bleibt.¹³⁹ Bereits in einem Fall, der den Entzug der Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaates zum Gegenstand hatte, entwickelte der EuGH erstmals Gedanken, sich direkt auf Art. 20 Abs. 1 AEUV zu stützen, wenn eine staatliche Maßnahme den Verlust der Unionsbürgerschaft zur Folge hätte.¹⁴⁰

Die Neuerung durch die Rs. Zambrano besteht darin, dass der Kernbestand der Unionsbürgerschaft Teile der Freizügigkeit umfasst, wenn die betroffenen Unionsbürger durch die in Rede stehende Maßnahme gezwungen würden, *das Gebiet der Union zu verlassen*.¹⁴¹ Daher muss dem drittstaatsangehörigen Vater das Recht auf Aufenthalt in einem Mitgliedstaat gewährt werden, der dort seine Kinder, die Unionsbürger sind, versorgen muss.¹⁴² Der Kernbestandsschutz greift hingegen nicht, wenn ein in seinem Heimatstaat lebender volljähriger Unionsbürger den Zuzug oder die Legalisierung des

¹³² EuGH, Rs. C-184/99, Slg. 2001, S. I-6193 Rn. 31 – Grzelczyk; EuGH, Rs. C-413/99, Slg. 2002, S. I-7091, Rn. 82 – Baumbast; EuGH, Rs. C-135/08, Slg. 2010, S. I-1449 Rn. 43 – Rottmann.

¹³³ EuGH, Rs. C-135/08, Slg. 2010, S. I-1449 Rn. 42 – Rottmann.

¹³⁴ EuGH, Rs. C-34/09, Slg. 2011, I-1177 Rn. 42 – Zambrano mit Verweis auf EuGH, Rs. C-135/08, Slg. 2010, S. I-1449 Rn. 42 – Rottmann.

¹³⁵ EuGH, Rs. C-34/09, Slg. 2011, I-1177 Rn. 42 – Zambrano; dargestellt bei Frenz, HdB EuropaR Bd. I, Rn. 4039.

¹³⁶ Frenz, HdB EuropaR Bd. I, Rn. 4039.

¹³⁷ vgl. *Haibronner/Thym*, NJW 2011, 2008 (2009), die hier eine Überlagerung des geschriebenen Rechts erkennen.

¹³⁸ vgl. EuGH, Rs. C-34/09, Slg. 2011, I-1177 Rn. 42 – Zambrano; EuGH, Rs. C-434/09, EuZW 2011, 522 Rn. 47 – McCarthy; vgl. *Haibronner/Thym*, NJW 2011, 2008 (2008); *Thym*, ZEuS 2012, 501 (517).

¹³⁹ vgl. EuGH, Rs. C-434/09, EuZW 2011, 522 Rn. 45 f., 56 – McCarthy; vgl. auch *Kutzscher*, Der grenzüberschreitende Sachverhalt, S. 170.

¹⁴⁰ vgl. EuGH, Rs. C-135/08, Slg. 2010, S. I-1449 Rn. 42 – Rottmann.

¹⁴¹ EuGH, Rs. C-34/09, Slg. 2011, I-1177 Rn. 44 – Zambrano; vgl. auch EuGH, Rs. C-256/11, NVwZ 2012, 97 Rn. 66 – Dereci.

¹⁴² vgl. EuGH, Rs. C-34/09, Slg. 2011, I-1177 Rn. 45 – Zambrano.

Aufenthaltes seines Ehegatten begehrt.¹⁴³ Allgemein gesprochen greift der Kernbestandsschutz nur dann, wenn die Gefahr besteht, jemand würde um die *praktische Wirksamkeit* seiner Unionsbürgerschaft beraubt,¹⁴⁴ ihm also ein *faktischer Entzug der Unionsbürgerrechte*¹⁴⁵ droht. Die als „*Konzeptionswechsel*“¹⁴⁶ bezeichnete „*Kernbereichsdoktrin*“¹⁴⁷ soll allerdings nur eine Ausnahme vom Kriterium eines grenzüberschreitenden Bezuges darstellen.¹⁴⁸

4. Die unionsbürgerliche Freizügigkeit als Diskriminierungsverbot

Es wurde die Erweiterung der Grundfreiheiten von Diskriminierungs- zu Beschränkungsverboten beschrieben und festgestellt, dass der Begriff Beschränkungsverbot den Gehalt eines Diskriminierungsverbotes umfasst und somit weiter reicht. Auch die unionsbürgerliche Freizügigkeit wird als Beschränkungsverbot verstanden.¹⁴⁹ Bei gleichem Begriffsverständnis könnte dies im Umkehrschluss bedeuten, dass sie ein implizites Diskriminierungsverbot darstellt.¹⁵⁰ Dadurch würden dann alle staatlichen Maßnahmen verboten, die den ausländischen Unionsbürger im Zusammenhang mit der Ausübung seines unionsbürgerlichen Freizügigkeitsrechtes schlechter stellen würden als den eigenen Staatsangehörigen.¹⁵¹ Insofern könnten sich aus dem freizügigkeitsimmanenten Aufenthaltsrecht Beteiligungsrechte im fremden Mitgliedstaat ergeben,¹⁵² was in letzter Konsequenz zu einer vorbehaltlosen Gleichstellung aller Unionsbürger, der sog. *Vollintegration*, führen könnte.¹⁵³ Dies wäre insbesondere mit Hinblick auf die Gewährung staatlicher Sozialleistungen eine

¹⁴³ EuGH, Rs. C-256/11, NVwZ 2012, 97 Rn. 74 – Dereci.

¹⁴⁴ EuGH, Rs. C-256/11, NVwZ 2012, 97 Rn. 67 – Dereci.

¹⁴⁵ Thym, NVwZ 2012, 97 (103).

¹⁴⁶ Haibronner/Thym, NJW 2011, 2008 (2008).

¹⁴⁷ Haibronner/Thym, NJW 2011, 2008 (2009); Thym, NVwZ 2012, 97 (103).

¹⁴⁸ Thym, NVwZ 2012, 97 (103).

¹⁴⁹ so bereits Fűßer, DÖV 1999, 96 (97); Frenz, ZESAR 2011, 307 (313); Leopold/Semmelmann, ZEUS 2008, 275 (288); Strunz, Freizügigkeit in der EU, S. 65; Magiera, in: Streinz, EUV/AEUV Art. 21 AEUV Rn. 16; vgl. Schlussanträge der GA Kokott vom 30.03.2006, EuGH, Rs. C-192/05, Slg. 2006, I-10451 Rn. 50 – Tas-Hagen und Tas; dagegen grundlegende Kategorisierung als Diskriminierungsverbot, vgl. Wollenschläger, ZEuS 2009, 1 (38); gegen jede Kategorisierung Kubicki, EuR 2006, 489 (494); Domröse/Kubicki, EuR 2008, 837 (883).

¹⁵⁰ „spezielles freizügigkeitsrechtliches Diskriminierungsverbot“, so Scheuing, EuR 2003, 244 (283).

¹⁵¹ Kluth, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 21 AEUV Rn. 6.

¹⁵² Leopold/Semmelmann, ZEUS 2008, 275 (288 f.); „z.B. auch das Recht auf Grunderwerb“, so Pechstein/Bunk, EuGRZ 1997, 553 (554); vgl. Calliess, EuR Beih. 1/2007, 7 (29).

¹⁵³ Frenz, HdB EuropaR Bd. I, Rn. 4108; Kluth, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 21 AEUV Rn. 6; ein Konzept der Vollintegration legt der EuGH bei seiner Rspr. zugrunde, so Sander, DVBl. 2005, 1014 (1018).

erhebliche Ausweitung des Aufenthaltsrechtes.¹⁵⁴ Hiermit könnte sowohl Wortlaut¹⁵⁵ als auch Regelungszweck des Art 21 Abs. AEUV überspannt sein.¹⁵⁶ Es steht also die Frage im Raum, ob der genannte begriffliche Rückschluss tatsächlich möglich ist und die unionsbürgerliche Freizügigkeit insofern als Diskriminierungsverbot aufgefasst werden kann.

a) unterschiedliche Ausgangslage

Während die marktgebundenen Freizügigkeiten vorhandene Ungleichbehandlungen überwinden wollen und daher den Charakter von Gleichheitsrechten aufweisen,¹⁵⁷ geht die unionsbürgerliche Freizügigkeit vom gleichen Status der Unionsbürger aus, deren Recht auf Bewegung und Aufenthalt sie vor Beschränkungen durch die Mitgliedstaaten bewahren will, was eher dem Charakter eines Freiheitsrechtes entspricht.¹⁵⁸ Zwar kann es vorkommen, dass die Verwirklichung dieses Freiheitsrechtes manchmal die vorherige Beseitigung von Ungleichbehandlungen fordert, doch spricht die zu den marktgebundenen Freizügigkeiten unterschiedliche Ausgangslage eher gegen die Kategorisierung des unionsbürgerschaftlichen Freizügigkeitsrechtes als Diskriminierungsverbot.¹⁵⁹

b) Rückgriff auf das allgemeine Diskriminierungsverbot

Es wurde vom EuGH anerkannt, dass eine rechtmäßige Berufung auf Art. 21 AEUV dem Kriterium „im Anwendungsbereich der Verträge“¹⁶⁰ entspreche und somit ein Rückgriff auf das allgemeine Diskriminierungsverbot gem. Art. 18 AEUV möglich sei.¹⁶¹ Dies gilt jedenfalls dann, wenn sich der Betreffende rechtmäßig im fremden

¹⁵⁴ Art. 21 AEUV als „Eintrittskarte zu nationalen Sicherungssystemen“, so *Sander*, DVBl 2005, 1014 (1015); „Anspruch auf soziale Solidarität im Aufnahmemitgliedstaat“, so *Wollenschläger*, EuZW 2005, 665 (665).

¹⁵⁵ *Pechstein/Bunk*, EuGRZ 1997, 553 (553); ebenso *Frenz*, ZESAR 2011, 307 (313).

¹⁵⁶ *Frenz*, HdB EuropaR Bd. I, Rn. 4111; *Bode*, EuZW 2003, 552 (557); Art. 21 bezieht sich nur auf das „ob“, nicht auf das „wie“, so *Calliess*, EuR Beih. 1/2007, 7 (31); Art. 18 gewährt Recht „auf“, aber nicht „im“ Aufenthalt, so *Becker*, ZESAR 2002, 8 (9).

¹⁵⁷ vgl. *Frenz*, HdB EuropaR Bd. I, Rn. 149; a.A. *Zuleeg/Kadelbach*, in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach, Europarecht § 8 Rn. 18.

¹⁵⁸ vgl. *Frenz*, HdB EuropaR Bd. I, Rn. 149; *Kingreen/Störmer*, EuR 1998, 263 (271); v. *Bogdandy/Bitter*, FS Zuleeg S. 309 (320).

¹⁵⁹ vgl. *Frenz*, HdB EuropaR Bd. I, Rn. 4122.

¹⁶⁰ Art. 18 Abs. 1 AEUV.

¹⁶¹ *Hatje*, in: Schwarze, EU- Kommentar Art. 21 EUV Rn. 11; *Calliess*, EuR Beih. 1/2007, 7 (30); *Kluth*, in *Calliess/Ruffert*, EUV/AEUV, Art. 21 AEUV Rn. 6; *Bode* EuZW 2003, 552 (554); vgl. EuGH, Rs. C-184/99, Slg. 2001, I-6193 Rn. 32, 33 – *Grzelczyk*; mit Rückgriff auf EuGH, Rs. C-274/96, Slg. 1998, I-7637 Rn. 15, 16 – *Bickel und Franz*, so *Frenz*, HdB EuropaR Bd. I, Rn. 4104; *Pechstein/Bunk*, EuGRZ 1997, 553 (553); während vorher noch direkt an die Unionsbürgerschaft angeknüpft wurde, vgl. EuGH,

Mitgliedstaat aufhält, also von seinem Freizügigkeitsrecht Gebrauch gemacht hat.¹⁶² So kommt eine Heranziehung des Art. 18 AEUV etwa bei Sozialleistungen beantragenden ausländischen Studierenden¹⁶³ und sonstigen Nichterwerbstätigen¹⁶⁴ sowie bei Kindern, die sich gegenüber dem Aufnahmemitgliedstaat auf ihr heimatstaatliches Namensrecht berufen¹⁶⁵, in Betracht. Daraus könnten Situationen entstehen, in denen Staatsangehörige im eigenen Land gegenüber ausländischen Unionsbürgern, die sich auf Art. 18 AEUV berufen, schlechter gestellt werden, womit die Gefahr der Inländerdiskriminierung (sog. umgekehrte Diskriminierung¹⁶⁶) gegeben wäre.¹⁶⁷ Diese Gefahr wird bislang grds. hingenommen.¹⁶⁸ Wegen des bereits aufgeworfenen Wertungswiderspruches (s.o. S. 18) könnte es allerdings geboten sein, auch Inländern gegenüber ihrem Heimatstaat eine Berufung auf Art. 21 AEUV i.V.m. Art. 18 AEUV zu ermöglichen.¹⁶⁹ Fraglich wäre dann allerdings, ob damit nicht das für den „Anwendungsbereich der Verträge“ (Art. 18 Abs. 1 AEUV) geforderte Kriterium des „grenzüberschreitenden Sachverhaltes“ umgangen würde.¹⁷⁰ Das allgemeine Diskriminierungsverbot dient jedoch ebenso wie die marktspezifischen Diskriminierungsverbote gerade der Beseitigung der Benachteiligung grenzüberschreitender Sachverhalte, weshalb im Lichte der „Einheitlichkeit der Gesamtstruktur“ die angedachte Anwendung der Art. 21 AEUV i.V.m. Art. 18 AEUV abgelehnt wird.¹⁷¹ Damit bliebe es jedoch bei zu Rechtsunsicherheit führenden negativen Ergebnissen für Unionsbürger im Bereich der Inländerdiskriminierung,

Rs. C-85/96, Slg. 1998, I-2691 Rn. 62 - Martinez Sala; hierzu *Wollenschläger*, Grundfreiheit ohne Markt, S. 198 f., ebenso v. *Bogdandy/Bitter*, FS Zuleeg, S. 309, (311 f.); Art 21 AEUV als “Türöffner”, so *Frenz*, ZESAR 2011, 307 (313); *Herdegen*, Europarecht, §12 Rn. 7.

¹⁶² EuGH, Rs. C-85/96, Slg. 1998, I-2691 Rn. 63 - Martinez Sala; aber: “die [ökonomischen] Schranken des Aufenthaltsverbotes sind Tatbestandsmerkmale des Diskriminierungsverbotes“, so *Wollenschläger*, Grundfreiheit ohne Markt, S. 215; „Wechselwirkung“ beider Normen, so v. *Bogdandy/Bitter*, FS Zuleeg, S. 309 (312).

¹⁶³ EuGH, Rs. C-184/99, Slg. 2001, I-6193 Rn. 36 – Grzelczyk; EuGH, Rs. C-209/03, Slg. 2005, I-2119 Rn. 31, 32 – Bidar.

¹⁶⁴ EuGH, Rs. C-456/02, Slg. 2004, I-7573 Rn. 39 – Trojani.

¹⁶⁵ EuGH, Rs. C-148/02, Slg. 2003, S. I-11613 Rn. 24, 45 - Garcia Avello.

¹⁶⁶ vgl. *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Europarecht, Rn. 734; s. auch Schlussanträge der GA in *Sharpston* vom 30.09.2010, Rs. C-34/09, Slg. 2011, I-1177, Rn. 123 ff. – Zambrano.

¹⁶⁷ vgl. *Wollenschläger*, Grundfreiheit ohne Markt, S. 222.

¹⁶⁸ so Schroeder, Grundkurs EuropaR, § 12 Rn. 4 f.

¹⁶⁹ *Frenz*, HdB EuropaR, Rn. 4105; *ders.*, ZESAR 2011, 307 (313).

¹⁷⁰ so nämlich *Frenz*, ZESAR 2011, 307 (313).

¹⁷¹ *Frenz*, ZESAR 2011, 307 (313); *ders.*, HdB EuropaR Bd. I, Rn. 4105; vgl. auch *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Europarecht, Rn. 734; so sehen es auch einige Regierungen von Mitgliedstaaten und die Kommission, vgl. EuGH, Rs. C-34/09, Slg. 2011, I-1177, Rn. 37 – Zambrano.

weshalb diesbezüglich ein Wandel dringend erforderlich wäre.¹⁷² Daher fordert die *GAin Sharpston*, dass unter gewissen Voraussetzungen auch bei Inländerdiskriminierungen eine Berufung auf das allgemeine Diskriminierungsverbot gem. Art. 18 AEUV ermöglicht werden soll¹⁷³, nämlich wenn *erstens* der sich in seinem Heimatstaat aufhaltende – nicht von seinem AEUV-Freizügigkeitsrecht Gebrauch gemachte – Unionsbürger gegenüber dem EU-Ausländer, der sein Freizügigkeitsrecht aus Art. 21 AEUV in Anspruch genommen hat, dadurch benachteiligt wird, dass er den in Art. 21 AEUV gewährten Schutz nicht in Anspruch nehmen kann¹⁷⁴, *zweitens* er dadurch in einem seiner unionsrechtlich geschützten Grundrechte verletzt ist¹⁷⁵ und *drittens* kein entsprechender Schutz durch nationales Recht gewährt wird¹⁷⁶. Der EuGH ist diesem Lösungsansatz in seiner Entscheidung jedoch nicht gefolgt, sondern begründet den europarechtlichen Schutz vor der Diskriminierung durch den Heimatstaat direkt aus Art. 20 AEUV mit dem bereits angeführten, durch die Unionsbürgerschaft verliehenen Kernbestand der Rechte.¹⁷⁷ Innerhalb dieses Kernbestandes muss also ohnehin auf die Kriterien der *GAin Sharpston* nicht zurückgegriffen werden. Ein Rückgriff auf Art. 18 AEUV kommt im Zusammenhang mit Art. 21 AEUV also sowohl für den Aus- als auch für den Inländer in Betracht.

c) Eine neue Freizügigkeit – ein neues Diskriminierungsverbot?

In manchen Fällen leitet der EuGH gegen den eigenen Mitgliedstaat ein Verbot der Schlechterstellung direkt aus Art. 21 AEUV ab.¹⁷⁸ So etwa, wenn sich ein im Ausland erworbener Schulabschluss nachteilig auf die Gewährung eines heimatstaatlichen Überbrückungsgeldes auswirkt¹⁷⁹, oder wenn einer im Ausland Studierenden die heimatstaatliche Beihilfe ungerechtfertigt versagt wird, die ihr im Inland zustünde¹⁸⁰. Um eine Diskrepanz zum allgemeinen Diskriminierungsverbot zu vermeiden, wird auch

¹⁷² vgl. Schlussanträge der *GAin Sharpston* vom 30.09.2010, Rs. C-34/09, Slg. 2011, I-1177, Rn. 140 f. – Zambrano.

¹⁷³ Schlussanträge der *GAin Sharpston* vom 30.09.2010, Rs. C-34/09, Slg. 2011, I-1177, Rn. 144, 150 – Zambrano.

¹⁷⁴ Schlussanträge der *GAin Sharpston* vom 30.09.2010, Rs. C-34/09, Slg. 2011, I-1177, Rn. 146 – Zambrano.

¹⁷⁵ Schlussanträge der *GAin Sharpston* vom 30.09.2010, Rs. C-34/09, Slg. 2011, I-1177, Rn. 147 – Zambrano.

¹⁷⁶ Schlussanträge der *GAin Sharpston* vom 30.09.2010, Rs. C-34/09, Slg. 2011, I-1177, Rn. 148 – Zambrano.

¹⁷⁷ EuGH, Rs. C-34/09, Slg. 2011, I-1177, Rn. 45 – Zambrano.

¹⁷⁸ *Frenz*, HdB EuropR, Rn. 4106; *Herdegen*, Europarecht, § 12 Rn. 9.

¹⁷⁹ EuGH, Rs. C-224/98, Slg. 2002, S. I-6169 Rn. 30 – D’Hoop.

¹⁸⁰ EuGH, Rs. C-11/06 u. C-12/06, Slg. 2007, S. I-9161 Rn. 26, 28 – Morgan.

hier ein grenzüberschreitendes Element gefordert.¹⁸¹ Im Ergebnis ließe diese Rspr. den Schluss zu, dass Art. 21 AEUV – wenn es auch der Wortlaut nicht explizit hergibt – wie schon die marktgebundenen Grundfreiheiten, ein Diskriminierungsverbot beinhalte.¹⁸² Dogmatisch ist eine solche Schlussfolgerung aus genannten Erwägungen jedoch problematisch. Sie würde zudem die Frage aufwerfen, wo überhaupt noch ein Rückgriff auf Art. 18 AEUV erforderlich sein soll, womit die Existenzberechtigung des Art. 18 AEUV in Zweifel gezogen werden könnte. Eine Klärung dieser Problematik kann allerdings dahinstehen, da Art. 21 AEUV automatisch den Anwendungsbereich des Art. 18 AEUV eröffnet (s.o.). Insofern wurde aus der unionsbürgerlichen Freizügigkeit gem. Art. 21 Abs. 1 AEUV – jedenfalls in Verbindung mit Art. 18 AEUV – ein „*hinkendes*“ Diskriminierungsverbot kreiert.¹⁸³ Mit dieser Heranziehung beider Normen wird zum einen die herausragende Bedeutung des Art. 21 AEUV als Einfallstor für weiteres Unionsrecht hervorgehoben, wobei andererseits sein Wortlaut nicht bis hin zur genannten Vollintegration überstrapaziert wird.

5. Adressaten

Art. 21 Abs. 1 AEUV macht mit seiner Aufforderung, Freizügigkeit im Hoheitsgebiet *der Mitgliedstaaten* – und nicht etwa im Gebiet der EU – deutlich, dass er sich an die Mitgliedstaaten richtet.¹⁸⁴ Sie sollen sich den, mit den Grundfreiheiten verbundenen Verboten unterwerfen.¹⁸⁵ Ebenso stellt sich die Frage, ob sie sich auch an EU-Organe richten.¹⁸⁶ Diese Frage scheint jedoch bei der unionsbürgerlichen Freizügigkeit aus zwei Gründen geklärt. Zum einen ermächtigt Art. 21 Abs. 2 AEUV die EU zum Ergreifen von Art. 21 Abs. 1 AEUV erleichternden Maßnahmen, woraus folgt, dass die EU

¹⁸¹ EuGH, Rs. C-11/06 u. C-12/06, Slg. 2007, S. I-9161 Rn. 22 f. – Morgan.

¹⁸² Frenz, HdB EuropaR Bd. I. Rn. 4107; v. Bogdandy/Bitter, FS Zuleeg, S. 309 (318); Domröse/Kubicki, EuR 2008, 873 (883); vgl. Schlussanträge der GA Kokott vom 30.03.2006, Rs. C-192/05, Slg. 2006, I-10451 Rn. 50 – Tas-Hagen und Tas; a.A. Leopold/Semmelmann, ZEUS 2008, 275 (289); Strunz, Freizügigkeit in der EU, S. 66; krit. Wollenschläger, ZEuS 2009, 1 (41); krit. Hailbronner, JZ 2005, 1138 (1140).

¹⁸³ so bereits Borchardt, NJW 2000, 2057 (2060); Haag, in: v. d. Groeben/Schwarze, EUV/EGV, Art. 18 EGV, Rn. 8; Frenz, HdB EuropaR Bd. I. Rn. 4104; ders., ZESAR 2011, 307 (307); Pechstein/Bunk, EuGRZ 1997, 553 (554); vgl. Wollenschläger, Grundfreiheit ohne Markt, S. 215; ders., ZEuS 2009, 1 (34); „freizügigkeitsakzessorischer Inländerbehandlungsanspruch“, ders., Grundfreiheit ohne Markt, S. 224; Huber, ZaöRV 2008, 307 (315); Domröse/Kubicki, EuR 2008, 873 (875); gegen Art. 21 AEUV als eigenständiges Diskriminierungsverbot, noch Bode EuZW 2003, 552 (554); Staeglich, ZEuS 2003, 485 (508); Kadelbach, in: Ehlers, Grundrechte und Grundfreiheiten, § 19 Rn. 43; kritisch zur Entwicklung der Rspr. Hailbronner, NJW 2004, 2185 (2166).

¹⁸⁴ Calliess, EuR Beih. 1/2007, 7 (25).

¹⁸⁵ Frenz, HdB EuropaR Bd. I, Rn. 313; Wollenschläger, Grundfreiheit ohne Markt, S. 142.

¹⁸⁶ vgl. Wollenschläger, Grundfreiheit ohne Markt, S. 142

hierbei nicht gegen ein aus Art. 21 Abs. 1 AEUV hergeleitetes Verbot verstoßen darf.¹⁸⁷ Zum anderen ist das in Art. 45 Abs. 1 GRCh aufgenommene Äquivalent zu Art. 21 Abs. 1 AEUV gem. Art. 51 Abs. 1 GRCh ausdrücklich an die EU-Organe adressiert, wovon gem. Art. 52 Abs. 2 GRCh auch die mit Art. 21 Abs. 1 AEUV verbundenen Beschränkungsverbote umfasst sind.¹⁸⁸

6. Schranken

Obwohl es sich bei Art. 21 Abs. 1 AEUV um ein Beschränkungsverbot handelt, gewährt die Vorschrift das Recht auf Freizügigkeit nicht uneingeschränkt, sondern *vorbehaltlich der in den Verträgen und den Durchführungsvorschriften vorgesehenen Beschränkungen und Bedingungen*. Auf dieser Grundlage kann der Schutzbereich des Art. 21 Abs. 1 AEUV durch primär- oder sekundärrechtliche Regelungen sowohl tatbestandlich näher ausgestaltet (Ausgestaltungsvorbehalt) als auch durch Eingriffe beschränkt (Schrankenvorbehalt) werden.¹⁸⁹ Dieser Schrankenvorbehalt kann jedoch nicht direkt als Grundlage für Beschränkungen herangezogen werden, sondern verlangt hierzu eine näher ausgestaltete rechtliche Grundlage.¹⁹⁰ Während sich solche für die marktgebundenen Freizügigkeiten im Primärrecht selbst finden (vgl. etwa Art. 45 Abs. 3, 52 AEUV), ist bzgl. der unionsbürgerschaftlichen Freizügigkeit ein Blick ins Sekundärrecht erforderlich.

a) „Ökonomische“ Beschränkungen

Bei den Kriterien des Art. 7 Abs. 1 lit. b RL 2004/38 handelt es sich, wie bereits dargelegt, nicht um Tatbestandsvoraussetzungen für ein Aufenthaltsrecht, sondern um den Vorbehalt des Aufnahmestaates, aufenthaltsbeendende Maßnahmen gegen einen Unionsbürger zu ergreifen, der diese Kriterien nicht erfüllt.¹⁹¹ Bei den grundfreiheitlichen Freizügigkeiten existieren derartige *ökonomische Aufenthaltsvoraussetzungen*¹⁹² bzw. Beschränkungen nicht (vgl. Art. 7 Abs. 1 lit. a RL 2004/38). Hierin könnte man einen Widerspruch zwischen den verschiedenen

¹⁸⁷ Wollenschläger, Grundfreiheit ohne Markt, S. 142.

¹⁸⁸ Frenz, HdB EuropaR Bd. I, Rn. 4029; Wollenschläger, Grundfreiheit ohne Markt, S. 142.

¹⁸⁹ Frenz, HdB EuropaR Bd. I, Rn. 4142; Wollenschläger, Grundfreiheit ohne Markt, S. 159 f.

¹⁹⁰ Frenz, HdB EuropaR Bd. I, Rn. 4145.

¹⁹¹ Frenz, HdB EuropaR Bd. I, Rn. 4143; a.A. Kubicki, EuR 2006, 489 (468); dies gilt auch für den anerkannten Inländerbehandlungsanspruch, so Hatje, in: Schwarze, EU-Kommentar, Art. 21 AEUV, Rn. 12.

¹⁹² Wollenschläger, Grundfreiheit ohne Markt, S. 164.

Freizügigkeitsregimen erkennen.¹⁹³ Während die unionsbürgerschaftliche Freizügigkeit gerade ein marktungebundenes Aufenthaltsrecht schaffen will, soll gerade dies – anders als die marktgebundenen Freizügigkeiten – an spezielle ökonomische Kriterien gebunden sein.¹⁹⁴ Auf der anderen Seite könne etwa beim weit ausgelegten Arbeitnehmerbegriff nicht garantiert werden, ob der sich auf die Arbeitnehmerfreizügigkeit Berufende die genannten Kriterien erfüllen würde.¹⁹⁵ Jedenfalls bediente sich der EuGH im Falle eines mittellos gewordenen Studenten einer teleologischen Reduktion¹⁹⁶ der RL 93/96 – einer der Vorgängerregelungen der RL 2004/38 – und klammerte so die in Art. 1 dieser RL enthaltenen ökonomischen Kriterien *innerhalb einer bestimmten finanziellen Solidarität der Angehörigen dieses [Aufnahme-]Staates mit denen der anderen Mitgliedstaaten* aus.¹⁹⁷ Ebenso können solche Kriterien keine Beachtung finden, wenn die bei Nichterfüllung drohenden Maßnahmen dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz widersprechen würden.¹⁹⁸

b) Ordre-public-Vorbehalt

Art. 45 Abs. 3, Art. 52 Abs. 1, Art. 62 i.V.m. Art. 52 Abs. 1 AEUV ermöglichen es, die grundfreiheitlichen Freizügigkeiten aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit zu beschränken. Eine solche Vorbehaltsklausel findet sich bzgl. der unionsbürgerschaftlichen Freizügigkeit auf sekundärrechtlicher Ebene, in Art. 27 Abs. 1 S. 1 RL 2004/34, sodass sich der ordre-public-Vorbehalt als primärrechtlich *„ungeschriebener Schrankenvorbehalt“*¹⁹⁹ auf die unionsbürgerschaftliche Freizügigkeit übertragen lässt.²⁰⁰ Dieser ist jedoch angesichts der elementaren Bedeutung des Freizügigkeitsrechtes, ebenso wie bei den Grundfreiheiten²⁰¹, eng auszulegen.²⁰²

¹⁹³ vgl. Wollenschläger, Grundfreiheit ohne Markt, S. 168.

¹⁹⁴ vgl. Wollenschläger, Grundfreiheit ohne Markt, S. 168.

¹⁹⁵ Wollenschläger, Grundfreiheit ohne Markt, S. 168.

¹⁹⁶ vgl. Wollenschläger, Grundfreiheit ohne Markt, S. 172.

¹⁹⁷ EuGH, Rs. C-184/99, Slg. 2001, I-6193 Rn. 44 – Grzelczyk.

¹⁹⁸ vgl. EuGH, Rs. C-413/99, Slg. 2002, S. I-7091 Rn. 91 – Baumbast; EuGH, Rs. C-456/02, Slg. 2004, I-7573 Rn. 34 – Trojani.

¹⁹⁹ Frenz, HdB EuropaR Bd. I, Rn. 4153.

²⁰⁰ Frenz, HdB EuropaR Bd. I, Rn. 4153; Scheuing, EuR 2003, 744 (768); Kokott, FS Tomuschat, S. 207 (221); Khan, in: Geiger/Khan/Kotzur, EUV/AEUV, Art. 21 AEUV Rn. 3.; Magiera, in: Streinz, EUV/AEUV Art. 21 AEUV Rn. 9.

²⁰¹ vgl. Frenz, HdB EuropaR Bd. I, Rn. 1091.

²⁰² Wollenschläger, Grundfreiheit ohne Markt, S. 162; Scheuing, EuR 2003, 744 (767).

c) Schranken-Schranken

Wie bei den marktorientierten Grundfreiheiten werden auch die Beschränkungen der unionsbürgerschaftlichen Freizügigkeit am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gemessen.²⁰³ Ebenso muss die Einschränkung den Unionsgrundrechten entsprechen.²⁰⁴ Weiterhin dürfen Beschränkungen nicht den Wesensgehalt des unionsbürgerschaftlichen Freizügigkeitsrechtes verletzen. Daraus folgt, dass bzgl. einzelner Personen das Bewegungs- und Aufenthaltsrecht nicht vollständig ausgeschlossen werden darf.²⁰⁵ Auch dies entspricht den marktgebundenen Grundfreiheiten.

III. Paradigmenwechsel im Freizügigkeitsrecht

1. Die Freizügigkeit als Integrationsindikator

Solange die Zielsetzung in der Europäischen Integration vorwiegend wirtschaftlicher Natur war, waren auch die Grundfreiheiten als Motor der Integration an den *Gemeinsamen Markt* gebunden. Innerhalb dieser Grundfreiheiten spielte bereits von Beginn an die Freizügigkeit eine große Rolle. Ebenso kann – nicht zuletzt durch Ausweitungen im Schutzbereich – in der Freizügigkeit die Grundlage für die Ideen zu einer Europäischen Bürgerschaft gesehen werden.²⁰⁶ Diese Ideen haben mit der Unionsbürgerschaft zu einem großen Teil Gestalt angenommen. Das vom Marktbezug losgelöste unionsbürgerliche Freizügigkeitsrecht macht deutlich, dass auch die Integrationszielsetzung der EU den Status der bloßen Marktintegration überwunden hat. Insofern lässt sich der Integrationsstand und die Integrationszielsetzung am Freizügigkeitsrecht ablesen.

2. Freizügigkeit um der Freizügigkeit willen

Durch umfassende sekundärrechtliche Ausgestaltungen stand letztlich bereits unmittelbar vor Einführung der Unionsbürgerschaft jedem Staatsangehörigen eines Mitgliedstaates, wie auch dessen Familienangehörigen, ein Bewegungs- und Aufenthaltsrecht zu, sodass die Erweiterung des Kreises der Berechtigten nicht erst eine

²⁰³ Kaufmann-Bühler, in: Lenz/Borchart, EU-Verträge, Art. 21 AEUV, Rn. 14.

²⁰⁴ Frenz, HdB EuropaR Bd. I, Rn. 4174.

²⁰⁵ Frenz, HdB EuropaR Bd. I, Rn. 4174.

²⁰⁶ vgl. Wollenschläger, Grundfreiheit ohne Markt, S. 8; so formulierte es auch Lionello Levi-Sandri, in EG-Bulletin 11/1968, S. 5 (6).

Neuerung durch die Einführung des unionsbürgerlichen Freizügigkeitsrechtes ist.²⁰⁷ Ebenso unterscheiden sich die Möglichkeiten von Beschränkungen der unionsbürgerlichen Freizügigkeit nicht von denen der marktgebundenen Freizügigkeiten.²⁰⁸ Spätestens mit Anerkennung der unmittelbaren Anwendbarkeit des Art. 21 Abs. 1 AEUV ist jedoch klar, dass sich auch Nichtmarktteilnehmer direkt auf das Primärrecht berufen können. Insoweit hat ihr Recht auf Freizügigkeit eine *Rangerhöhung* erfahren²⁰⁹ und steht somit vertraglich auf der gleichen Ebene wie die marktgebundenen Grundfreiheiten. Im Gegensatz zu diesen setzt die unionsbürgerliche Freizügigkeit allerdings *keinen* wirtschaftlichen Bezug voraus. Sie erfasst sowohl Personen als auch Sachverhalte, die in keinerlei ökonomischem Zusammenhang stehen²¹⁰ und dient demzufolge auch nicht dem Zweck der Marktintegration.²¹¹ Während die marktgebundenen Grundfreiheiten den Charakter eines Gleichheitsrechtes aufweisen, gleicht die unionsbürgerliche Freizügigkeit eher einem Freiheitsrecht, was durch die Übernahme in der GRCh bestätigt wird. Bleibt die eingangs (S. 6) gestellte Frage, *wozu* die neue Freizügigkeit dient. Dies ist bei Freiheitsrechten typischerweise der Schutz vor staatlichen Beschränkungen der Freiheit, also die Freiheit selbst. Dies würde bedeuten, dass die Freizügigkeit aus ihrer dienenden Funktion heraus gekommen ist und zu einem eigenständigen „*rechtlich vollkommenen*“ Recht, somit eine Freizügigkeit um der Freizügigkeit willen wurde.²¹² Diese Entwicklung kann man als „Wandel des Freizügigkeitsrechtes“ bezeichnen, der nicht mehr nur als „*Akzentverschiebung*“²¹³, sondern als „*Paradigmenwechsel*“²¹⁴ einzuordnen ist.

D. Der Rechtscharakter der unionsbürgerlichen Freizügigkeit – Die Unionsbürgerschaft als „Grundfreiheit ohne Markt“?

I. Unionsbürgerschaft als Unionsangehörigkeit

Bereits die Freizügigkeit der Arbeitnehmer in der einstigen EGKS war für den ersten Präsidenten der Europäischen Kommission *Walter Hallstein* Ausdruck des

²⁰⁷ *Becker*, EuR 1999, 522 (527).

²⁰⁸ *Becker*, EuR 1999, 522 (529).

²⁰⁹ *Becker*, EuR 1999, 522 (528); *Wollenschläger*, Grundfreiheit ohne Markt, S. 133.

²¹⁰ *Wollenschläger*, Grundfreiheit ohne Markt, S. 363.

²¹¹ vgl. *Wollenschläger*, Grundfreiheit ohne Markt, S. 358 f.; *Folz*, in: Vedder/Heintschel v. Heinegg, Europäisches Unionsrecht, Art. 21 AEUV Rn. 2; *Magiera*, in: Streinz, EUV/AEUV Art. 21 AEUV Rn. 9.

²¹² *Wollenschläger*, ZEuS 2009, 1 (25).

²¹³ *Wollenschläger*, Grundfreiheit ohne Markt, S. 358.

²¹⁴ *Wollenschläger*, Grundfreiheit ohne Markt, S. 375.

„Gedanken[s] einer gemeinsamen europäischen - fast hätte ich gesagt - ‚Staats‘-angehörigkeit“, wie er 1951 in einer Rede formulierte.²¹⁵ Wenn diese Aussage schon damals zuträfe, bestünden mit Einführung der unionsbürgerlichen Freizügigkeit bzw. der Unionsbürgerschaft wohl kaum noch Bedenken von einer Unionsangehörigkeit im Sinne einer Staatangehörigkeit zu sprechen.²¹⁶ Dies erscheint allerdings schon deshalb sehr fragwürdig, weil die EU kein Staat im völkerrechtlichen Sinne ist.²¹⁷ Ihr fehlt es zum einen - mangels eigener Kompetenz-Kompetenz - an einer umfassenden Staatsgewalt, und zum anderen - mangels kultureller, sozialer und politischer Homogenität - am einheitlichen „Europäischen Staatsvolk“^{218, 219}. Der Begriff *Unionsbürgerschaft* deutet im Gegensatz zur *Unionsangehörigkeit* jedoch schon darauf hin, dass es nicht auf den typischen ideologischen Charakter einer Staatangehörigkeit, die sich auch durch gemeinsame Herkunft und Schicksal definiert, ankommt.²²⁰ Vielmehr scheint die *Unionsbürgerschaft*, wie schon die *Marktbürgerschaft*, eher funktionalen Charakter zu besitzen.²²¹ Weiterhin hat einerseits die EU gegenüber ihren Unionsbürgern keine umfassende staatengleiche Gebiets- und Personalgewalt, zu deren Durchsetzung ihr ohnehin die eigenen Vollzugsorgane fehlen.²²² Andererseits hat der Unionsbürger gegenüber der EU auch nicht das Ausmaß an Pflichten²²³ zu erfüllen, wie es bei einem Nationalstaat der Fall ist.²²⁴ Wenn auch die EU selbst keine umfassende (staatliche) Souveränität besitzt, so haben die Mitgliedstaaten dennoch zumindest einen Teil ihrer Hoheitsrechte an die EU abgegeben (vgl. Art 23 Abs. 1 S. 2 GG). Will man nun der ungeteilten Souveränität der Mitgliedstaaten eine ungeteilte Staatsangehörigkeit ihrer Bürger gegenüber stellen, muss diese - wie noch der Wortlaut des EGV feststellte - durch die Unionsbürgerschaft *ergänzt*²²⁵ werden.²²⁶ Staatsangehörigkeit und

²¹⁵ zit. n. *Wollenschläger*, Grundfreiheit ohne Markt, S. 313.

²¹⁶ ausführliche Darstellung von *Schönberger*, Unionsbürgerschaft, S. 22 ff.

²¹⁷ EU kein Staat im völkerrechtlichen Sinne, so *Calliess*, EuR Beih. 1/2007, 7 (15) u.a. s. Fn. 55; ebenso *Rothfuchs*, Personenverkehrsfreiheiten, S. 163.

²¹⁸ *Calliess*, EuR 2007, Beih. 1, 7 (15).

²¹⁹ *Calliess*, EuR Beih. 1/2007, 7 (15 f.); ausführlich *Rothfuchs*, Personenverkehrsfreiheiten, S. 146 ff.

²²⁰ *Kokott*, in FS Tomuschat, S. 207 (210); vgl. auch *Strunz*, Freizügigkeit in der EU, S. 48.

²²¹ *Kokott*, in FS Tomuschat, S. 207 (210).

²²² *Kokott*, in FS Tomuschat, S. 207 (211).

²²³ anzudenken wären hier insbesondere die Wehrpflicht (Art. 12a GG), besondere Treuepflichten (vgl. Art. 33 Abs. 4 GG), Pflichten zur Erfüllung bestimmter Gemeinschaftsaufgaben in Form von Ehrenämtern (z.B.: Schöffe oder Vormund) oder etwa die Sozialpflicht des Eigentums (Art. 14 Abs. 2 GG); vgl. hierzu *Zippelius/Würtenberger*, Deutsches Staatsrecht, § 20 Rn. 1 ff.; ebenso *Hufen*, Staatsrecht II, § 5 Rn. 24 f.

²²⁴ *Kokott*, in FS Tomuschat, S. 207 (211); ebenso *Herdegen*, Europarecht, § 12 Rn. 2.

²²⁵ Art. 17 Abs. 1 S. 3 EGV; vgl. dazu *Kadelbach*, in: Ehlers, Grundrechte und Grundfreiheiten, § 19 Rn. 34.

²²⁶ vgl. *Calliess*, EuR 2007, Beih. 1, 7 (17 f.).

Unionsbürgerschaft sind demnach so eng miteinander verwoben, dass die Unionsbürgerschaft nicht mehr ohne Weiteres weggedacht, geschweige denn abgetrennt werden könnte.²²⁷ Daraus – so hat es der EuGH festgestellt – ergibt sich, dass die Mitgliedstaaten in Ausübung ihres Staatsangehörigkeitsrechtes das Unionsrecht zu beachten haben.²²⁸ Zwar sei im Grundsatz der Entzug der Staatsangehörigkeit nicht schon deshalb rechtswidrig, wenn es dadurch auch zum Verlust der Unionsbürgerschaft kommen würde²²⁹, allerdings fiele eine derartige Maßnahme „ihrem Wesen und ihren Folgen nach unter das Unionsrecht“²³⁰, sodass der Mitgliedstaat unter diesem unionsrechtlichen Aspekt bei Entziehung den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu wahren hat.²³¹ Ob ein Mitgliedstaat um der Unionsangehörigkeit willen einen einmal Ausgebürgerten wieder einzubürgern hat, ließ der EuGH bislang offen.²³²

II. Die unionsbürgerliche Freizügigkeit innerhalb der herkömmlichen Rechtskategorien

Wenn die Unionsbürgerschaft keine Unionsangehörigkeit darstellt, bleibt die Frage, ob die unionsbürgerliche Freizügigkeit sich in die herkömmlichen Rechtskategorien einordnen lässt. Hier stehen sich Unions-*Grundrechte* und *Grundfreiheiten* gegenüber.²³³ Sollte eine Zuordnung nicht möglich sein, bleibt die Frage, inwieweit das unionsbürgerliche Freizügigkeitsrecht eine eigene Rechtskategorie begründen könnte.²³⁴ Der EuGH verwendet unterschiedliche Begrifflichkeiten. So sprach er in der gleichen Entscheidung einerseits von einem „durch Art. 18 EG [Art. 21 AEUV] gewährleisteten Grundrecht“²³⁵, und andererseits fasste er die unionsbürgerliche Freizügigkeit als eine „der im Vertrag vorgesehenen Grundfreiheiten“²³⁶ auf. Die letztere Formulierung wurde dann in mehreren Entscheidungen bestätigt.²³⁷ So kategorisieren mittlerweile nicht nur

²²⁷ vgl. *Calliess*, EuR 2007, Beih. 1, 7 (19); „unterschiedliche Konzepte, aber haben den gleichen Kern“, so *Pernice*, in FS *Rodríguez Iglesias*, S. 177 (193).

²²⁸ EuGH, Rs. C-135/08, Slg. 2010, S. I-1449 Rn. 45 – Rottmann.

²²⁹ EuGH, Rs. C-135/08, Slg. 2010, S. I-1449 Rn. 54 – Rottmann.

²³⁰ EuGH, Rs. C-135/08, Slg. 2010, S. I-1449 Rn. 42 – Rottmann.

²³¹ EuGH, Rs. C-135/08, Slg. 2010, S. I-1449 Rn. 55 – Rottmann.

²³² EuGH, Rs. C-135/08, Slg. 2010, S. I-1449 Rn. 60, 64 – Rottmann.

²³³ *Müller-Graff*, FS *Steinberger*, S. 1281 (1281); EuGH kennt keine genaue Differenzierung der Begriffe und verwendet sie oftmals in einem Atemzug, so *Pache*, in: *Haselhaus/Nowak*, Europäische Grundrechte, § 4 Rn. 26.

²³⁴ Darstellung der Kontroverse, von *Wollenschläger*, *Grundfreiheit ohne Markt*, S. 370 ff.

²³⁵ EuGH, Rs. C-200/02, Slg. 2004, S. I-9925 Rn. 33 - Zhu und Chen.

²³⁶ EuGH, Rs. C-200/02, Slg. 2004, S. I-9925 Rn. 39 - Zhu und Chen.

²³⁷ vgl. EuGH, Rs. C-224/98, Slg. 2002, S. I-6169 Rn. 29 - D’Hoop; EuGH, Rs. C-148/02, Slg. 2003, S. I-11613 Rn. 24 - Garcia Avello; EuGH, Rs. C-209/03, Slg. 2005, I-2119 Rn. 33 – Bidar; Einordnung des EuGH ausführlich dargestellt von *Kutzscher*, *Der grenzüberschreitende Sachverhalt*, S. 143 ff., 200.

der EuGH, sondern auch Generalanwälte²³⁸ und ein wesentlicher Teil im Schrifttum²³⁹ die unionsbürgerliche Freizügigkeit als Grundfreiheit,²⁴⁰ während sie andererseits als Grundrechte²⁴¹ charakterisiert werden.²⁴²

1. Die unionsbürgerliche Freizügigkeit als Grundrecht

Mit der feierlichen Proklamation der GRCh am 7.12.2000 erhielt die EU einen eigenen geschriebenen Grundrechtskatalog, der mit Inkrafttreten des Vertrages von Lissabon Bestandteil des Primärrechtes (vgl. Art. 6 Abs. 1 UA 1 EUV) geworden ist.²⁴³ Die unionsbürgerliche Freizügigkeit gem. Art. 21 Abs. 1 AEUV wurde wortgleich als Bürgerrecht in Art. 45 Abs. 1 GRCh aufgenommen. Möglicherweise liegt hierin die Signalwirkung dafür, dass die unionsbürgerliche Freizügigkeit insgesamt als Grundrecht angesehen werden soll.²⁴⁴ Dies entspräche der Einordnung eines Freizügigkeitsrechtes auf nationaler Ebene. So ist das Recht auf Freizügigkeit der deutschen Staatsangehörigen innerhalb des Gebietes der Bundesrepublik Deutschland gem. Art. 11 Abs. 1 GG zweifelsfrei als *Bürgerrecht*²⁴⁵ - also als besonderes Grundrecht - einzuordnen. Es wurde jedoch herausgestellt, dass weder die EU als Staat noch die Unionsbürgerbürgerschaft als Staatsangehörigkeit angesehen werden kann. Folglich können rechtliche Zuordnungen bzw. rechtsdogmatische Überlegungen auf nationaler Ebene nicht einfach auf die Unionsebene übertragen werden.²⁴⁶

²³⁸ vgl. Schlussanträge der GA *Kokott* vom 30.03.2006, Rs. C-192/05, Slg. 2006, I-10451 Rn. 23 – Tas-Hagen und Tas.

²³⁹ *Calliess*, EuR Beih. 1/2007, 7 (26); *Streinz*, JuS 2012, 660 (662), *Kokott*, in FS Tomuschat, S. 206 (207, 226); *Füßer*, DÖV 1999, 96 (100); *Wollenschläger*, Grundfreiheit ohne Markt, S. 373 ff.; *Wollenschläger*, ZEuS 2009, 1 (45ff.); dem entsprechend *Huber*, ZaöRV 2008, 307 (310); *Kutzscher*, Der grenzüberschreitende Sachverhalt S. 142 f.; *Graf Vitzthum*, EuR 2011, 550 (557).

²⁴⁰ *Leopold/Semmelmann*, ZEuS 2008, 275 (287); die h.M. hingegen als Grundrecht, so *Kutzscher*, Der grenzüberschreitende Sachverhalt, S. 138.

²⁴¹ *Hatje*, in: Schwarze, EU-Kommentar, Art. 21 AEUV Rn. 9; *Staeglich*, ZEuS 2003, 485 (508); *Strunz*, Freizügigkeit in der EU, S. 74; vgl. v. *Bogdandy/Bitter*, FS Zuleeg, S. 309 (309 ff); ausdrücklich: Schlussanträge des GA *Tizzano* vom 18.05.2004, EuGH, Rs. C-200/02, Slg. 2004, S. I-9925 Rn. 73 - Zhu und Chen; Schlussanträge des GA *Geelhoed* vom 11.11.2004, EuGH, Rs. C-209/03, Slg. 2005, I-2119 Rn. 45 – Bidar; ähnlich Schlussanträge des GA *Geelhoed* vom 19.02.2004, EuGH, Rs. C-456/02, Slg. 2004, I-7573 Rn. 62 – Trojani: „grundlegendes Recht“; „persönliches Grundrecht“, so *Magiera*, in: *Streinz*, EUV/AEUV Art. 21 AEUV Rn. 10.

²⁴² weder Grundrecht noch Grundfreiheit, so *Rothfuchs*, Personenverkehrsfreiheiten, S. 181; ebenso *Kubicki*, EuR 2006, 489 (498).

²⁴³ *Streinz*, Europarecht, § 5, Rn. 447; etwas anders *Schroeder*, Grundkurs Europarechts, § 6, Rn. 3.

²⁴⁴ EU-Grundrechte können jedoch auch in den Gründungsverträgen stehen, sog. „Vertragsgrundrechte“, so *Pache*, in: Haselhaus/Nowak, Europäische Grundrechte, § 4 Rn. 26.

²⁴⁵ *Huber*, ZaöRV 2008, 307 (311).

²⁴⁶ *Nicolaysen*, EuR 2003, 719 (719).

a) Funktion der Grundrechte

Ein Rechtsstaat gewährt seinem Bürger zunächst einmal Grundrechte, damit sich dieser darauf berufen und dadurch - falls erforderlich - gegen staatliche Eingriffe wehren kann (*status negativus*).²⁴⁷ Daneben sollen Grundrechte dem Bürger eine gewisse politische Mitsprache garantieren (*status aktivus*) und ihm soziale Leistung und Teilhabe zusichern (*status positivus*).²⁴⁸ Zwar ist die EU kein Rechtsstaat, doch unterwirft sie sich ihrer eigenen Rechtsordnung und könnte insofern als *Rechtsgemeinschaft* bezeichnet werden.²⁴⁹ Da nun die Mitgliedstaaten einen Teil ihrer Hoheitsgewalt an die EU abgegeben haben und diese direkt gegenüber den Bürgern tätig werden kann, lassen sich diese Grundrechtsfunktionen auf die Grundrechte der EU übertragen.²⁵⁰ Dies gilt insbesondere für Freiheitsrechte, die vor ungerechtfertigten Eingriffen der EU-Organe schützen sollen.²⁵¹ Demnach wird die unionsbürgerliche Freizügigkeit dem Gedanken des *status negativus* gerecht.²⁵² Um in diesem Bereich Regelungslücken zu vermeiden, ist es allerdings erforderlich, dass die EU über einen eigenen Grundrechtskatalog verfügt und nicht auf andere Grundrechtsquellen, etwa die EMRK oder nationale Regelungen zurückgreifen muss.²⁵³ Diesem Erfordernis wird die Anerkennung der rechtlichen Verbindlichkeit der GRCh gerecht.

b) Die EU als Adressat der Grundrechte

Da die EU-Grundrechte einen gewissen Schutz des Bürgers gegenüber der EU bezwecken, können sie auch nur innerhalb dieses Verhältnisses ihre Wirkung entfalten.²⁵⁴ Die EU-Grundrechte richten sich also gegen EU-Organe, nicht jedoch unmittelbar gegen die Mitgliedstaaten.²⁵⁵ Dieser Grundsatz wurde von der GRCh aufgegriffen und bestätigt, indem sie in Art. 51 Abs. 1 S. 1 festlegt, dass die Charta für die *Organe [...] der Union [...] und für die Mitgliedstaaten ausschließlich bei der*

²⁴⁷ vgl. Zippelius/Würtenberger, Deutsches Staatsrecht, § 17, Rn. 2.

²⁴⁸ Zippelius/Würtenberger, Deutsches Staatsrecht, § 17, Rn. 4 f.

²⁴⁹ Nicolaysen, EuR 2003, 719 (720); ebenso *ders.*, in: Haselhaus/Nowak, HdB der europ. Grundrechte, § 1, Rn. 60; vgl. Huber, ZaöRV, 307 (308 ff.).

²⁵⁰ vgl. Nicolaysen, EuR 2003, 719 (719); ebenso Schroeder, Europarecht, § 15 Rn. 13.

²⁵¹ Frenz, HdB EuropaR Bd. IV Rn. 319; vgl. bereits Kingreen/Strömer, EuR 1998, 263 (285); sog. Abwehrrechte, so Nicolaysen, EuR 2003, 719 (738).

²⁵² Huber, ZaöRV, 307 (313).

²⁵³ vgl. Nicolaysen, EuR 2003, 719 (719 f.); ausführlicher Nicolaysen, in: Haselhaus/Nowak, HdB der europ. Grundrechte, § 1, Rn. 74.

²⁵⁴ vgl. Nicolaysen, EuR 2003, 719 (719).

²⁵⁵ Strunz, Freizügigkeit in der EU, S. 73.

Durchführung des Rechts der Union gilt.²⁵⁶ Sofern ein Mitgliedstaat also in Durchführung des Unionsrechts handelt, kann sich der Bürger ausnahmsweise gegenüber diesem auf EU-Grundrechte berufen.²⁵⁷ Andernfalls bleibt gegenüber den Mitgliedstaaten nur eine Berufung auf nationale Grundrechte bzw. die EMRK.²⁵⁸

c) Zuordnung

Grundsätzlich kann sich jedermann gegenüber der EU auf die Unions-Grundrechte berufen.²⁵⁹ Die unionsbürgerliche Freizügigkeit, wie auch die anderen in der GRCh genannten Bürgerrechte, bleiben hingegen Unionsbürgern vorbehalten. Damit werden solche Rechte zwar zu speziellen Grundrechten, einer generellen Klassifizierung als Grundrechte steht dies jedoch, ähnlich der Deutschengrundrechte auf nationaler Ebene,²⁶⁰ nicht entgegen.²⁶¹ Während die marktgebundenen Grundfreiheiten klassischerweise einen Wirtschaftsbezug voraussetzen, spricht ein Fehlen dieses Erfordernisses bei der unionsbürgerlichen Freizügigkeit für die Einordnung als Grundrecht.²⁶² Ebenso wird ihr mit Hinblick auf die grundrechtliche Schaffung einer gemeinsamen Wertordnung ein „symbolischer Gehalt“ zugesprochen.²⁶³ Letztlich kann man einer Kategorisierung als Grundrecht durch Nennung in der GRCh seit Lissabon nicht mehr entgehen.²⁶⁴

2. Die unionsbürgerliche Freizügigkeit als Grundfreiheit

Seit den Römischen Verträgen von 1957 bilden die Grundfreiheiten die zentrale Rechtskategorie der Europäischen Integration. Aufgrund der *Errichtung eines Gemeinsamen Marktes* als primäres Integrationsziel waren die Grundfreiheiten sehr eng hieran gebunden.²⁶⁵ Mit einer Erweiterung der Integrationszielsetzung könnte es nun auch geboten sein, eine Erweiterung der Kategorie der Grundfreiheiten vorzunehmen. Die unionsbürgerschaftliche Freizügigkeit als wirksames Integrationsinstrument könnte

²⁵⁶ Nicolaysen, EuR 2003, 719 (721).

²⁵⁷ Schroeder, Europarecht, § 15 Rn. 10.

²⁵⁸ vgl. Nicolaysen, EuR 2003, 719 (719).

²⁵⁹ Streinz, Europarecht, § 10, Rn. 754.

²⁶⁰ vgl. Zippelius/Würtenberger, Deutsches Staatsrecht, § 18, Rn. 28.

²⁶¹ Streinz, Europarecht, § 10, Rn. 754.

²⁶² Leopold/Semmelmann, ZEuS 2008, 275 (285); a.A. ausdrücklich Rothfuchs, Personenverkehrsfreiheiten, S. 181.

²⁶³ Leopold/Semmelmann, ZEuS 2008, 275 (285).

²⁶⁴ Kluth, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 21 Rn. 15; Art. 45 GRCh ist ein anderes Recht als Art. 21 AEUV, weshalb eine strikte Trennung erforderlich ist, so Wollenschläger, Grundfreiheit ohne Markt, S. 135.

²⁶⁵ Frenz, HdB EuropaR Bd. I, § 3 Rn. 3.

dann, trotz des fehlenden ökonomischen Bezuges, als „politische Grundfreiheit“²⁶⁶ oder als „Grundfreiheit ohne Markt“²⁶⁷ neben die traditionellen Grundfreiheiten (mit Markt)²⁶⁸ treten.²⁶⁹

Hierfür sind die Fragen entscheidend, wie sehr der Begriff Grundfreiheit an seiner Marktbezogenheit hängt, ob er in diesem Lichte statisch oder im Wandel der Integrationszielsetzungen dynamisch zu verstehen ist und gegebenenfalls einer Korrektur bedarf.

a) Funktion und Begriff der Grundfreiheiten

aa) Mittel zum Zweck

Es wurde bereits angedeutet, dass die Grundfreiheiten nicht um ihrer selbst willen bestehen, sondern der effektiven Umsetzungen des Integrationsziels bzw. der Integrationsziele dienen. Dies tun sie als Instrumente der sog. *negativen Integration*, indem sie die Mitgliedstaaten auffordern, im Integrationsinteresse mobilitätshindernde Maßnahmen abzubauen.²⁷⁰ Hierin liegt zugleich der Unterschied zu den beschriebenen Unionsgrundrechten, die die Rechtsstellung des Einzelnen zu den EU-Organen regeln wollen.²⁷¹

bb) Begriffskorrektur

Wenn der Begriff Grundfreiheit ein spezielles Integrationsinstrument beschreibt und dieses Instrument angesichts wandelnder Anforderungen im Lichte der Integrationszielsetzungen der Anpassung bedarf, muss sich auch der Begriff selbst einer Anpassung unterziehen. Es wurde mehrfach ausgeführt, dass es anfangs um die Marktintegration ging und folglich die Instrumente der negativen Integration – die Grundfreiheiten – einen Marktbezug aufweisen. Dies war jedoch nicht das alleinige Integrationsziel, wie mit erreichtem Integrationsfortschritt immer deutlicher wurde.²⁷² Dies zeigt die Zielsetzung der EU im EUV, die mit dem *Binnenmarkt* im *gemeinsamen*

²⁶⁶ Calliess, EuR Beih. 1/2007, 7 (26); Leopold/Semmelmann, ZEuS 2008, 275 (286); Bieber/Epiney/Haag, Die EU, § 2 Rn. 30.

²⁶⁷ Wollenschläger, Grundfreiheit ohne Markt, S. 373.

²⁶⁸ von „Marktrechten“ spricht Nicolaysen, EuR 2003, 719 (740); von „Marktgrundfreiheiten“, Müller-Graff, FS Steinberger, S. 1281 (1288)

²⁶⁹ Leopold/Semmelmann, ZEuS 2008, 275 (286)

²⁷⁰ Wollenschläger, ZEuS 2009, 1 (47), Wollenschläger, Grundfreiheit ohne Markt, S: 392

²⁷¹ Wollenschläger, ZEuS 2009, 1 (47), Wollenschläger, Grundfreiheit ohne Markt, S: 392

²⁷² Wollenschläger, ZEuS 2009, 1 (48)

Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Recht, die Marktintegration zwar nicht aufgibt, sich dennoch davon löst und sie ein Stück weit überwindet. Folglich ist auch der Begriff Grundfreiheit nicht statisch am Integrationsziel *Gemeinsamer Markt* festzuklammern, sondern im Lichte der gegenwärtigen Zielsetzung dynamisch anzupassen. Dies bedeutet, dass sich auch die Grundfreiheiten vom Marktbezug lösen müssen und einen solchen nicht mehr zu ihrem Aufnahmekriterium machen können,²⁷³ zumindest dann nicht, wenn das fragliche Integrationsinstrument nicht an den Markt angebunden ist.

b) Zuordnung

Auf Ebene der Anwendungsvoraussetzungen fordern die marktgebundenen Grundfreiheiten als Unionsbezug einen grenzüberschreitenden Sachverhalt.²⁷⁴ Dies trifft für das unionsbürgerliche Freizügigkeitsrecht ebenfalls zu.²⁷⁵ Der hiervon losgelöste Kernbereichsschutz ist nicht an die unionsbürgerliche Freizügigkeit, sondern direkt an den Status Unionsbürger gebunden. Den Grundfreiheiten, wie auch der unionsbürgerlichen Freizügigkeit wird von der Rspr. eine unmittelbare Anwendbarkeit zuerkannt. Wesentliche Neuerung der unionsbürgerlichen Freizügigkeit ist der fehlende wirtschaftliche Bezug.²⁷⁶ Dies ist aber für eine Kategorisierung als Grundfreiheit nicht entscheidend, da die Funktion der Grundfreiheiten im Wandel der Integrationszielsetzung mittlerweile keinen ökonomischen Bezug mehr erfordert.²⁷⁷ Eine weitere Parallele ist die sich deckende Adressierung. Art. 21 AEUV richtet sich, wie die marktgebundenen Grundfreiheiten, primär an die Mitgliedstaaten.²⁷⁸ Dass sich die Komplikationen bzgl. der Adressierung an EU-Organen bei der unionsbürgerlichen Freizügigkeit nicht stellen, hängt nicht mit einer Besonderheit des Art. 21 AEUV zusammen, sondern mit der Verankerung in Art. 45 GRCh und kann daher nicht als Unterschied zwischen Art. 21 AEUV und den Grundfreiheiten herangezogen werden.

²⁷³ vgl. *Wollenschläger*, Grundfreiheit ohne Markt, S. 366 ff., 374; a.A. *Kubicki*, EuR 2006, 489 (498); *Strunz*, Freizügigkeit in der EU, S. 73.

²⁷⁴ vgl. *Wollenschläger*, Grundfreiheit ohne Markt, S. 373 f.; *Streinz*, JuS 2012, 660 (661).

²⁷⁵ *Streinz*, Forschungskolloquium für Stein, S. 63 (73); *Huber*, ZaöRV, 307 (319); *Calliess*, EuR Beih. 1/2007, 7 (26); krit. *Leopold/Semmelmann*, ZEuS 2008, 275 (286); *Kutzscher*, Der grenzüberschreitende Sachverhalt, S. 142 f.; *Thym*, NVwZ 2012, 97 (104); vgl. EuGH, Rs. C-256/11, NVwZ 2012, 97 Rn. 60 f. – *Dereci*; a.A. *Hatje*, in: Schwarze, EU-Kommentar, Art. 21 AEUV Rn. 9; *Wienbracke*, EuR 2012, 483 (495).

²⁷⁶ *Huber*, ZaöRV, 307 (319).

²⁷⁷ vgl. *Wollenschläger*, Grundfreiheit ohne Markt, S. 374; a.A. *Pache*, in: Haselhaus/Nowak, Europäische Grundrechte, § 4 Rn. 70.

²⁷⁸ *Kutzscher*, Der grenzüberschreitende Sachverhalt, S. 200.

Da von den Grundfreiheiten erfasste Erwerbstätige und sonstige Berechtigte notwendigerweise auch Unionsbürger sind, ergibt sich auch kein Unterschied beim persönlichen Schutzbereich. War vor Maastricht die Berufung derer, die nicht direkt wirtschaftlich aktiv waren, auf Sekundärrecht erforderlich, hat deren Berechtigung eine „Rangerhöhung“ erfahren, sodass diese sich auch auf das Primärrecht berufen können, was im Ergebnis eine Angleichung zu den Grundfreiheiten bedeutet.²⁷⁹ Die Tatsache, dass die unionsbürgerliche Freizügigkeit in einen anderen Teil des AEUV aufgenommen wurde, steht dem nicht entgegen, da sie durch die RL 2008/34/EG sekundärrechtlich vereint wurden.²⁸⁰ In dieser finden beide nähere Ausgestaltungen sowie dieselbe Freizügigkeitsberechtigung für Drittstaatsangehörige. Eine solche könnte zwar durch Art. 45 Abs. 2 GRCh primärrechtlich hinzu getreten sein, diese Vorschrift verweist jedoch auf die sekundärrechtlichen Bestimmungen und hat keinen eigenen Gewährleistungsgehalt. Weiterhin ist festgestellt worden, dass sowohl marktgebundene und unionsbürgerliche Freizügigkeit unter Heranziehung von Art. 18 AEUV ein Diskriminierungsverbot beinhalten. Folglich kann die unionsbürgerliche Freizügigkeit als Grundfreiheit angesehen werden.

c) Verhältnis der Grundfreiheiten untereinander

Wenn die unionsbürgerliche Freizügigkeit als Grundfreiheit ohne Markt neben die traditionellen marktgebundenen Grundfreiheiten tritt, stellt sich die Frage, in welchem Verhältnis diese zueinander stehen. Insofern könnte für die Unionsbürger, die nicht direkt wirtschaftlich aktiv sind, eine eigene – siebte²⁸¹ – Grundfreiheit entstanden sein, womit weite, mitunter konturenlose Auslegungen der marktgebundenen Grundfreiheiten nicht mehr erfolgen müssten.²⁸² So kann nicht nur beim Kriterium „vorübergehend“ der passiven Dienstleistungsfreiheit auf die Dreimonatsgrenze der RL 2004/34 zurückgegriffen werden²⁸³, sondern auch der Arbeitnehmerbegriff könnte klarer definiert werden.²⁸⁴ Dies würde letztlich zu einer klareren Ausgestaltung des

²⁷⁹ Huber, ZaöRV, 307 (319).

²⁸⁰ Leopold/Semmelmann, ZEuS 2008, 275 (287); Streinz, in Forschungskolloquium für Stein, S. 63 (73).

²⁸¹ je nach Zählart: hier werden die ursprünglichen Grundfreiheiten als *sechs* Grundfreiheiten gezählt (Warenverkehrsfreiheit, Arbeitnehmerfreizügigkeit, Niederlassungsfreiheit, Dienstleistungsfreiheit, Kapitalverkehrsfreiheit und Zahlungsverkehrsfreiheit), so auch Schroeder, Europarecht, § 14 Rn. 3.

²⁸² Huber, ZaöRV, 307 (319).

²⁸³ Huber, ZaöRV, 307 (319); von „Aufgabe der passiven Dienstleistungsfreiheit“ spricht Wollenschläger, Grundfreiheit ohne Markt, S. 383.

²⁸⁴ vgl. zur Problematik Wollenschläger, Grundfreiheit ohne Markt, S. 382 f.

Grundfreiheitsregimes führen.²⁸⁵ Darüber hinaus tritt die neue Grundfreiheit nicht nur neben die marktgebundenen Grundfreiheiten, sondern untermauert sie auch.²⁸⁶ Es wurde bereits darauf hingewiesen, dass jeder Grundfreiheitsberechtigte ohnehin Unionsbürger ist. Insofern hat die unionsbürgerliche Freizügigkeit allgemeineren Charakter und kann als *lex generalis* bzw. als Auffangrecht²⁸⁷ gegenüber den marktgebundenen Freizügigkeiten als *leges speciales* verstanden werden, die dann einschlägig sind, wenn der Unionsbürger wirtschaftlich tätig wird.²⁸⁸ In diesem Fall würde das unionsbürgerliche Freizügigkeitsrecht im Wege der Subsidiarität zurücktreten.²⁸⁹

III. Zwischen den Stühlen – Die rechtliche Eigenart der unionsbürgerlichen Freizügigkeit

Möglicherweise fordert die beiderseitige Zuordnung der unionsbürgerlichen Freizügigkeit zu den Grundrechten und Grundfreiheiten sowie die folgende Neuordnung innerhalb des Grundfreiheitsregimes ein Überdenken der Unterscheidung beider Rechtskategorien. Sofern sich daraus ergibt, dass an der Unterscheidung festzuhalten ist, könnte die unionsbürgerliche Freizügigkeit eine neue Rechtskategorie begründen.

1. Hat die Kategorie der Grundfreiheiten noch Bestand?

Möglicherweise ist die Rechtskategorie der Grundfreiheit im Lichte des Integrationsprozesses derart überholt, dass sie sich als „eine Art Eierschale der EU-Evolution einfach ablegen“²⁹⁰ ließe.²⁹¹ Eine klare Unterscheidung zu den Unionsgrundrechten scheint, was die unionsbürgerliche Freizügigkeit veranschaulicht, ohnehin nicht mehr möglich.²⁹² Ein als „Doppelgleisigkeit“²⁹³ beschriebenes Nebeneinander der beiden Kategorien scheint, insbesondere durch Anerkennung der

²⁸⁵ vgl. *Scheuing*, EuR 2003, 744 (764).

²⁸⁶ *Kluth*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 21 Rn. 17; *Wollenschläger*, Grundfreiheit ohne Markt, S. 378.

²⁸⁷ vgl. *Wienbracke*, EuR 2012, 483 (495); *Wollenschläger*, Grundfreiheit ohne Markt, S. 378; *Folz*, in: Vedder/Heintschel v. Heinegg, Europäisches Unionsrecht, Art. 21 AEUV Rn. 3.

²⁸⁸ *Leopold/Semmelmann*, ZEuS 2008, 275 (282); *Hatje*, in: Schwarze, EU-Kommentar, Art. 21 AEUV Rn. 18; *Scheuing*, EuR 2003, 744 (763); *Kokott*, FS Tomuschat, S. 207 (216); vgl. *Wollenschläger*, Grundfreiheit ohne Markt, S. 131; ausführlich *Rothfuchs*, Personenverkehrsfreiheiten, S. 219 ff.; vgl. *Pache*, in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach, Europarecht § 10 Rn. 50.

²⁸⁹ so bereits *Becker*, EuR 1999, 522 (532); *Haag*, in: v. d. Groeben/Schwarze, EUV/EGV, Art. 18 EGV Rn. 18; vgl. *Scheuing*, EuR 2003, 744 (763 f.); vgl. Schlussanträge der GA *Kokott* vom 30.03.2006, Rs. C-192/05, Slg. 2006, I-10451 Rn. 23 – Tas-Hagen und Tas.

²⁹⁰ *Dreier*, in: ders., GG-Kommentar, Vorb. Rn. 49.

²⁹¹ vgl. *Wollenschläger*, Grundfreiheit ohne Markt, S. 367.

²⁹² Klare Unterscheidung zu Grundrechten nicht mehr möglich, so *Pache*, in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach, Europarecht § 10 Rn. 8.

²⁹³ *Hoffmann-Riem*, EuGRZ 2002, 473 (480)

Rechtsverbindlichkeit der CRGh, verwirrend und nicht mehr zeitgemäß.²⁹⁴ Dies gilt besonders dann, wenn man das Integrationsziel *Gemeinsamer Markt* bzw. *Binnenmarkt* mehr und mehr hinter sich lässt und sich stattdessen – auch dafür spricht die GRCh – dem Integrationsziel *Grundrechtsgemeinschaft* zuwendet.²⁹⁵ In einer solchen könnten dann die Grundfreiheiten als spezielle Grundrechte ihren Platz einnehmen, während sie als eigene den Grundrechten ebenbürtige Rechtskategorie keinen Bestand mehr hätten.²⁹⁶ Dies widerspräche jedoch der *spezifischen Integrationsfunktion*, die in der Beseitigung nationaler Hindernisse für die Mobilität der Wirtschaftsfaktoren innerhalb der EU liegt.²⁹⁷ Hiermit sind die speziellen Eigenschaften verbunden, dass zum einen die Mitgliedstaaten – und nicht die EU – als primäre Adressaten gelten²⁹⁸ und zum anderen die Gewährung eines subjektiven Rechtes nicht – was man bei Grundrechten vermuten sollte – vordergründig erfolgt, sondern Mittel zum Zweck ist.²⁹⁹ Weiterhin darf nicht übersehen werden, dass das Integrationsziel Binnenmarkt ebenso wenig von einem anderen Ziel verschluckt wurde, sondern selbstständig in Art. 3 Abs. 3 EUV festgehalten ist. Diese Zielsetzung spielt nach wie vor eine große Rolle und ist nicht Ergebnis, sondern Grundlage weiterer Zielsetzungen.³⁰⁰ Insofern ist der spezielle Charakter eines sowohl den Grundrechten als auch den Grundfreiheiten zuzuordnenden Rechtes als Besonderheit der unionsbürgerlichen Freizügigkeit hinzunehmen und trotz kleiner Korrekturen der Grundfreiheiten hinsichtlich des Kriteriums „Wirtschaftsbezug“ an der herkömmlichen Kategorisierung festzuhalten.

2. Das unionsbürgerliche Freizügigkeitsrecht als Recht sui generis

Die unionsbürgerliche Freizügigkeit ist ein durch die Unionsbürgerschaft gewährtes Bürgerrecht. Die Unionsbürgerschaft ist allerdings kein Äquivalent zur Staatsbürgerschaft. Dennoch ist das Bürgerrecht Freizügigkeit – ebenso wie die Bürgerrechte auf nationaler Ebene – den Grundrechten zugeordnet worden. Daneben ist

²⁹⁴ vgl. *Hoffmann-Riem*, EuGRZ 2002, 473 (480).

²⁹⁵ vgl. v. *Bogdandy*, JZ 2001, 157 (170).

²⁹⁶ vgl. *Wollenschläger*, Grundfreiheit ohne Markt, S. 368; die Grundfreiheiten müssten um Grundrechte erweitert werden, so *Kadelbach*, in: Ehlers, Grundrechte und Grundfreiheiten, § 19 Rn. 1.

²⁹⁷ *Wollenschläger*, Grundfreiheit ohne Markt, S. 368; *Huber*, ZaöRV, 307 (319); Trennung wegen grundlegender Unterschiede in der Funktion erforderlich, so *Pache*, in: *Haselhaus/Nowak*, Europäische Grundrechte, § 4 Rn. 59; ebenso *Müller-Graff*, FS Steinberger, S. 1281 (1285).

²⁹⁸ vgl. *Nicolaysen*, EuR 2003, 719 (738).

²⁹⁹ *Wollenschläger*, Grundfreiheit ohne Markt, S. 369; „Zielfunktion“ der Grundfreiheiten gegenüber „Eingrenzungsfunktion“ der Grundrechte, so *Nicolaysen*, EuR 2003, 719 (737); von „unterschiedlichen Zielrichtungen“ spricht *Pache*, in: *Schulze/Zuleeg/Kadelbach*, Europarecht § 10 Rn. 51.

³⁰⁰ vgl. *Ruffert*, in: *Calliess/Ruffert*, EUV/AEUV, Art. 3 EUV, Rn. 22.

– trotz Fehlen eines Marktbezuges – eine Zuordnung zu den Grundfreiheiten erfolgt, weil strukturelle und inhaltliche Parallelen nicht geleugnet werden können. Zu dieser beiderseitigen Zuordnung kommt es, da die Rechtskategorien nicht statisch verstanden werden, sondern im Lichte der sich wandelnden Integrationszielsetzungen dynamisch anzupassen sind. Eine Fusion oder Inkorporation beider Rechtskategorien kann dennoch (noch) nicht erfolgen. Lediglich bei statischem Verständnis ließe sich weder die Zuordnung zu Grundrechten noch zu Grundfreiheiten begründen.³⁰¹ In der Konsequenz wäre die unionsbürgerliche Freizügigkeit ein *aliud* zu den herkömmlichen Rechtskategorien, ein *Recht sui generis*³⁰². Diesem Ergebnis der Gegenauffassung ist nur teilweise zuzustimmen. Zwar kann sich der Begriff *aliud* nur auf die wechselseitige Ausschließlichkeit der herkömmlichen Rechtskategorien beziehen, dennoch ist die unionsbürgerliche Freizügigkeit in gewisser Weise ein *Recht sui generis* und begründet zudem eine *Rechtskategorie sui generis*, weil sie sowohl Grundrecht als auch Grundfreiheit ist.

E. Schlussbetrachtung: Fazit und Ausblick

I. Die Integration schreitet voran – „Europa der Bürger“

Bei aller Marktausrichtung der EWG darf nicht übersehen werden, dass die Präambel des EWGV einleitend vom *festen Willen* der Vertragsparteien sprach, *die Grundlagen für einen immer engeren Zusammenschluss der europäischen Völker zu schaffen*. Vor diesem Hintergrund war man sich darüber im Klaren, dass die *Errichtung eines Gemeinsamen Marktes* zwar der erste, doch nicht der letzte und einzige Integrationsschritt sein würde.³⁰³ Mit Blick auf die Personenverkehrsfreiheiten sprach 1968 der Vizepräsident der Kommission *Lionello Levi-Sandri* vom „Endziel der wirtschaftlichen Integration Europas, d.h. die *höhere politische Union*“³⁰⁴. Tatsächlich erfuhren die Grundfreiheiten eine Ausweitung sowohl auf Ebene des persönlichen als auch des sachlichen Schutzbereiches. Der *Marktbürger* wurde allmählich durch den *Sozialbürger*³⁰⁵ und den *Bildungsbürger*³⁰⁶ ergänzt³⁰⁷. So sprach man bereits Ende der

³⁰¹ so *Kubicki*, EuR 2006, 489 (498).

³⁰² *Kubicki*, EuR 2006, 489 (498).

³⁰³ vgl. *Wollenschläger*, Grundfreiheit ohne Markt, S. 22.

³⁰⁴ EG-Bulletin 11/1968, S. 5 (6); vgl. *Wollenschläger*, Grundfreiheit ohne Markt, S. 22.

³⁰⁵ *Thym*, EuR 2011, 487 (451).

³⁰⁶ *Oppermann*, Symposium für Ipsen, S. 87 (90).

³⁰⁷ *Becker*, EuR 1999, 522 (527).

80er Jahre, auch mit Hinblick auf die Politischen Teilhaberechte, vom *EG-Bürger*,³⁰⁸ sodass man sich bereits begrifflich dem gewünschten „Europa der Bürger“ annäherte. Dieser Integrationsentwicklung wurde man dann einerseits durch die Europäische Akte, in welcher der Gemeinsame Markt zum Binnenmarkt als „*neue inhaltliche Integrationsstufe*“³⁰⁹ ausgeweitet wurde, und andererseits durch Aufnahme des Unionsbürgers in den EGV (später EUV und AEUV) und die GRCh gerecht.³¹⁰ Dabei war und ist der Unionsbürger nicht eine bloße *begriffliche Hülle*, sondern ein *grundlegender Status*³¹¹, an den eigene Bürgerrechte, zuvörderst das Recht auf Freizügigkeit, geknüpft wurden. Hiermit wurde die Europäische Integration auf „*eine neue Stufe*“³¹² gehoben, wodurch „*der einzelne Bürger in Mittelpunkt des Europäischen Aufbauwerks gestellt werden [sollte]*.“³¹³

II. „Wir sind das *europäische Volk*“

„*Die Ausweitung der Freizügigkeit auf nichterwerbstätige Unionsbürger stellte eine Hauptbedingung für die „Befreiung“ der Gemeinschaft von ihrer ökonomischen Ausrichtung und die Hinwendung zu einer Gemeinschaft von Bürgern dar*.“³¹⁴ Dieses Erkenntnis wird weiterhin dadurch deutlich, dass die Freizügigkeit als subjektives Recht mit unmittelbarer Anwendbarkeit anerkannt wurde. Die Rechtskategorie Grundfreiheit hat parallel ihr Kriterium eines Marktbezuges aufgeben müssen, wodurch unionsbürgerliche Freizügigkeit in beiden großen Rechtskategorien der Europäischen Integration einen Platz gefunden hat. Der festgestellte Paradigmenwechsel im Freizügigkeitsrecht, der aus Art. 21 AEUV abgeleitete Anspruch auf Inländerbehandlung sowie die Anerkennung des unionsbürgerlichen *Kernbestandes der Rechte*, zeigen, dass der Einzelne selbst – und nicht das, was er tut – zum Anknüpfungspunkt der Europäischen Integration geworden ist. Es ist zu erwarten, dass der EuGH und letztlich auch der europäische Gesetzgeber diesen Gedanken in Zukunft

³⁰⁸ *Oppermann*, Symposium für Ipsen, S. 87 (92); von „EWG-Bürger“, sprach bereits *Winkel*, NJW 1975, S. 1057.

³⁰⁹ *Grabitz/v. Bogdandy*, JuS 1990, 170 (175).

³¹⁰ vgl. *Bieber/Epiney/Haag*, Die EU, § 2 Rn. 23.

³¹¹ vgl. statt vieler EuGH, Rs. C-184/99, Slg. 2001, I-6193 Rn. 31 – Grzelczyk; „Unionsbürgerschaft zählt mittlerweile zu einem der dynamischsten Konzepte des Gemeinschaftsrechts“, so *Wollenschläger*, EuZW 2005, 665 (665).

³¹² *Wollenschläger*, Grundfreiheit ohne Markt, S. 385.

³¹³ *Strunz*, Freizügigkeit in der EU, S. 52.

³¹⁴ *Hailbronner*, JZ 2005, 1138 (1138).

weiter ausführt.³¹⁵ Insofern sollte *Jean Monnet* mit seiner anfangs zitierten kühnen Aussage Recht behalten. Damit dies auch weiterhin gilt, muss die Fortsetzung der Integration den Titel „*Vom Unionsbürger zum Europabürger*“ verdienen, bevor letztlich die Leitidee der *Europäischen Bürgerschaft* von der des *europäischen Volkes* ersetzt wird.

³¹⁵ Die Unionsbürgerschaft ist auf eine weitere Entwicklung angelegt, so *Bieber/Epiney/Haag*, Die EU, § 2 Rn. 23

Literaturverzeichnis

- Becker, Ulrich*, Freizügigkeit der EU - auf dem Weg vom Begleitrecht zur Bürgerfreiheit, EuR 1999, S. 522.
- Bieber, Roland/Epiney, Astrid/Haag, Marcel*, Die Europäische Union – Europarecht und Politik, 10. Aufl., Baden-Baden 2013. (zitiert: *Biber/Epiney/Haag*, Die EU)
- Bode, Stephanie*, Anmerkung zu, EuGH, Rs. C-413/99, Slg. 2002, S. I-7091 – Baumbast, EuZW 2002, S. 767.
- Bode, Stephanie*, Von der Freizügigkeit zur sozialen Gleichstellung aller Unionsbürger, EuZW 2003, S. 552.
- Bogdandy, Armin von*, Grundrechtsgemeinschaft als Integrationsziel?, JZ 2001, S. 157.
- Bogdandy, Armin von/Bitter, Stephan*, Unionsbürgerschaft und Diskriminierungsverbot. Zur wechselseitigen Beschleunigung der Schwungräder unionaler Grundrechtsjudikatur, in: Gaitanides, Charlotte/Bandilla, Rüdiger (Hrsg.), Europa und seine Verfassung, Festschrift für Manfred Zuleeg, Baden Baden 2005, S. 309.
- Borchardt, Klaus-Dieter*, Der sozialrechtliche Gehalt der Unionsbürgerschaft, NJW 2000, S. 2057.
- Calliess, Christian*, Der Unionsbürger: Status, Dogmatik und Dymnamik, EuR 2007, Beiheft 1, Unionsbürgerschaft und soziale Rechte, S. 7.
- Calliess, Christian/Ruffert, Matthias (Hrsg.)*, EUV/AEUV, Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta, Kommentar, 4. Aufl., München 2011. (zitiert: *Autor*, in: Callies/Ruffert, EUV/AEUV)
- Dreier, Horst (Hrsg.)*, GG-Kommentar Bd. I, 2. Aufl., Tübingen 2004. (zitiert: *Autor*, in: Dreier, GG-Kommentar).

Ehlers, Dirk, Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 3. Aufl., Berlin 2009.

(zitiert: *Autor*, in: Ehlers, Grundrechte und Grundfreiheiten)

Füßler, Klaus, Grundrecht auf wirtschaftliche Freizügigkeit und Art. 8 a EGV als

Auffangtatbestand des Gemeinschaftsrechts, DÖV 1999, S. 96.

Frenz, Walter, Das europäische Freizügigkeitsrecht als umfassendes

Gleichstellungsrecht?, ZESAR, S. 307.

Frenz, Walter, Handbuch Europarecht, Bd. 1 - Europäische Grundfreiheiten, 2. Aufl.,

Berlin Heidelberg 2012. (zitiert: *Frenz*, HdB EuropaR Bd. I).

Frenz, Walter, Handbuch Europarecht, Bd. 4 Europäische Grundrechte, Heidelberg

2009. (zitiert: *Frenz*, HdB EuropaR Bd. IV).

Frenz, Walter, Reichweite des unionsrechtlichen Aufenthaltsrechts nach den Urteilen

Zambrano und McCarthy, ZAR 2011, S. 221.

Geier, Rudolf/Khan, Daniel-Erasmus/Kotzur, Markus, EUV/AEUV – Kommentar,

5. Aufl., München 2010. (zitiert: *Autor*, in: Geiger/Khan/Kotzur, EUV/AEUV)

Grabitz, Eberhard, Europäisches Bürgerrecht zwischen Marktbürgerschaft und

Staatsbürgerschaft, Köln 1970.(zitiert: *Grabitz*, Europäisches Bürgerrecht)

Grabitz, Eberhard/v. Bogdandy, Armin, Vom Gemeinsamen Markt zum Binnenmarkt –

Statik und Dynamik des Europäischen Marktes, Jus 1990, S. 170.

Groeben, Hans von der/Jürgen Schwarze (Hrsg.), Kommentar zum Vertrag über die

Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft – Bd. I,

6. Aufl., Baden-Baden 2003.

(zitiert: *Autor*, in: v. d. Groeben/Schwarze, EUV/EGV)

Hailbronner, Kay, Die Unionsbürgerschaft und das Ende rationaler Jurisprudenz durch den EuGH?, NJW 2004, S. 2158.

Hailbronner, Kay, Unionsbürgerschaft und Zugang zu Sozialsystemen, JZ 2005, S. 1138.

Hailbronner, Kay/Thym, Daniel, Ruiz Zambrano – Die Entdeckung des Kernbereiches der Unionsbürgerschaft, NJW 2011, S. 2008.

Haratsch, Andreas/Koenig, Christian/Pechstein, Matthias, Europarecht, 9. Aufl. Tübingen 2014. (zitiert: *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Europarecht)

Haselhaus, Sebastian/Nowak, Carsten, Handbuch der Europäischen Grundrechte, München 2006. (zitiert: *Autor*, in: *Haselhaus/Nowak*, Europäische Grundrechte)

Herdegen, Matthias, Europarecht, 14. Aufl., München 2012.
(zitiert: *Herdegen*, Europarecht)

Hoffmann-Riem, Wolfgang, Kohärenz der Anwendung europäischer und nationaler Grundrechte, EuGRZ 2002, S. 473.

Huber, Peter M., Die gleiche Freiheit der Unionsbürger - Zu den unterschiedlichen Perspektiven von unionalem und nationalem Recht, ZaöRV (68) 2008, S. 307.

Hufen, Friedhelm, Staatsrecht II Grundrechte, 4. Aufl., München 2014
(zitiert: *Hufen*, Staatsrecht II)

Ipsen, Hans Peter/Nicolaysen, Gert, Haager Kongreß für Europarecht und Bericht über die aktuelle Entwicklung des Gemeinschaftsrechts, NJW 164, S. 339.

Kingeen, Thorsten/Störmer, Rainer, Die subjektiv-öffentlichen Rechte des primären Gemeinschaftsrechts, EuR 1998, S. 263.

Kokott, Juliane, Die Freizügigkeit der Unionsbürger als neue Grundfreiheit, in: Dupuy, Pierre- Marie (Hrsg.), Völkerrecht als Wertordnung, FS für Christian Tomuschat, Kehl 2006, S. 207.

Kubicki, Philipp, Die subjektivrechtliche Komponente der Unionsbürgerschaft, EuR 2006, 489.

Kutzscher, Dirk Martin, Der grenzüberschreitende Sachverhalt in der Rechtsprechung des EuGH und deren Auswirkungen auf die Freizügigkeit der Unionsbürger, Frankfurt a. M. 2011. (zitiert: *Kutzscher*, Der grenzüberschreitende Sachverhalt)

Leopold, Anders/Semmelmann, Constanze, Civis Europaeum sum - Gewährleistungen und Grenzen der Freizügigkeit der Unionsbürger, ZEuS 2008, S. 275.

Lenz, Carl Otto/Borchardt, Klaus-Dieter (Hrsg.), EU-Verträge Kommentar EUV/AEUV/GRCh, 6. Aufl., Köln Wien 2012.
(zitiert: *Autor*, in: *Lenz/Borchardt*, EU-Verträge).

Müller-Graff, Peter-Christian, Grundfreiheiten und Gemeinschaftsgrundrechte, in: Frowein, Jochen Abr./Wolfrum, Rüdiger (Hrsg.), Tradition und Weltoffenheit des Rechts – Festschrift für Helmut Steinberger, Heidelberg 2002, S. 1281.

Nettersheim, Martin, der "Kernbereich" der Unionsbürgerschaft - vom Schutz der Mobilität zur Gewährleistung eines Lebensumfelds, JZ 2011, S. 1030.

Nicolaysen, Gerhard, Die gemeinschaftliche Begründung von Grundrechten, EuR 2003, S. 719.

Oppermann, Thomas, Vom Marktbürger zum EG-Bürger?, in: Nicolaysen, Gert/Quaritsch, Helmut (Hrsg.), Lüneburger Symposium für Hans Peter Ipsen zur Feier des 80. Geburtstages, Baden-Baden 1988.
(zitiert: *Oppermann*, in Symposium für H. P. Ipsen).

- Papp, Konstanze von*, EuGH zieht Notbremse zum Schutze der sozialen Sicherungssysteme der Mitgliedstaaten bei Unterhaltsstipendien für Studenten, NJW 2009, S. 87.
- Pechstein, Matthias/Bunk, Artur*, Das Aufenthaltsrecht als Auffangrecht - Die fehlende unmittelbare Anwendbarkeit sowie die Reichweite des Art. 8a Abs. 1 EGV, EuGRZ 1997, S. 547.
- Pernice, Ingo*, Der verfassungsrechtliche Status der Unionsbürger im Vorfeld des Vertrages über eine Verfassung für Europa, in: Colneric, Ninon (Hrsg.), Une communauté de droit, FS für Gil Carlos Rodríguez Iglesias, Berlin 2003, S. 177.
- Rothfuchs, Hermann*, Die traditionellen Personenverkehrsfreiheiten des EG-Vertrages und das Aufenthaltsrecht der Unionsbürger – Eine Gegenüberstellung der vertraglichen Gewährleistungen, Frankfurt a.M. 1999.
(zitiert: *Rothfuchs*, Personenverkehrsfreiheiten)
- Sabathil, Gerhard*, EU-Themenheft Nr. 18 – 50 Jahre Römische Verträge, Berlin 2007.
- Sander, Florian*, Die Unionsbürgerschaft als Türöffner zu mitgliedstaatlichen Sozialversicherungssystemen?, DVBl 2005, S. 1014.
- Scheuing, Dieter H.*, Freizügigkeit als Unionsbürgerrecht, EuR 2003, S. 744.
- Schönberger, Christoph*, Unionsbürger – Europas föderales Bürgerrecht in vergleichender Sicht, Tübingen 2005. (zitiert: *Schönberger*, Unionsbürger)
- Schroeder, Werner*, Grundkurs Europarecht, 2. Aufl., München 2011.
(zitiert: *Schroeder*, Europarecht)
- Schulze, Reiner/Zuleeg, Manfred/Kadelbach, Stefan (Hrsg.)*, Europarecht - Handbuch für die deutsche Rechtspraxis, 2. Aufl., Baden-Baden 2010.
(zitiert: *Schulze/Kadelbach*, EuropaR)

Schwarze, Jürgen (Hrsg.), EU-Kommentar, 3. Aufl., Baden-Baden 2012

(zitiert: *Schwarze*, in: EU-Kommentar)

Staeglich, Simone, Rechte und Pflichten aus der Unionsbürgerschaft,

ZEuS 2003, S. 485.

Streinz, Rudolf, Europarecht, 9. Aufl., Heidelberg 2012 (zitiert: *Streinz*, Europarecht).

Streinz, Rudolf, Europarecht: Unionsbürgerschaft - Beschränkung der Freizügigkeit,

JuS 2012, S. 660.

Streinz, Rudolf (Hrsg.), EUV/AEUV – Vertrag über die Europäische Union und Vertrag
über die Arbeitsweise der Europäischen Union, 2. Aufl., München 2012.

(zitiert: *Autor*, in: *Streinz*, EUV/AEUV)

Streinz, Rudolf, Vom Marktbürger zum Unionsbürger, in: Breuer, Martin/Epiney, Astrid

(Hrsg.), Im Dienste des Menschen: Recht, Staat und Staatengemeinschaft -
Forschungskolloquium anlässlich der Verabschiedung von Eckart Klein,
Berlin 2009.

Strunz, Jan-Henning, Die Freizügigkeit der Personen in der Europäischen Union,

Münster 2004. (zitiert: *Strunz*, Freizügigkeit in der EU).

Thym, Daniel, Aufenthaltsrechtliche Wirkung der der Unionsbürgerschaft – Dereci u.a.,

Urteil und Anmerkung, NVwZ 2012, S. 97 (103).

Thym, Daniel, Freizügigkeit in Europa als Modell? EU-Migrationspolitik zwischen

Offenheit und Abschottung, EuR 2011. S. 487.

Thym, Daniel, Hindernisse auf dem Weg zur "wahrhaftigen" Unionsbürgerschaft - Zu

den strukturellen Grenzen der EuGH-Rechtsprechung, ZEuS 2012, S. 509.

- Vedder, Christoph/Heintschel von Heinegg, Wolff*, Europäisches Unionsrecht, EUV/AEUV/Grundrechte-Charta, Handkommentar, Baden-Baden 2012.
(zitiert: *Autor*, in: Vedder/Heintschel v.Heinegg, Europäisches Unionsrecht)
- Vitzthum, Nikolaus Graf*, Die Entdeckung der Heimat der Unionsbürger – Anmerkung zum Urteil des EuGH vom 8. März 2011, Rs. C-34/09 – Zambrano, EuR 2011, 550.
- Winkel, Klaus*, Der Ausbau der Freizügigkeit des Marktbürgers durch die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes, NJW 1975, S. 1057.
- Wollenschläger, Ferdinand*, Anmerkung zu EuGH, Rs. C-456/02, Slg. 2004, I-7573 – Trojani, EuZW 2005, S. 309.
- Wollenschläger, Ferdinand*, Anmerkung zu EuGH , Rs. C-528/04, Slg. 2005, I-082 – Ioannis Ioannidis, EuZW 2005, S. 665.
- Wollenschläger, Ferdinand*, Die Unionsbürgerschaft und ihre Dynamik für den Integrationsprozess jenseits des Marktes, ZEuS 2009, S. 2.
- Wollenschläger, Ferdinand*, Grundfreiheit ohne Markt - Die Herausbildung der Unionsbürgerschaft im unionsrechtlichen Freizügigkeitsregime, Tübingen 2007.
(zitiert: *Wollenschläger*, Grundfreiheit ohne Markt).
- Wienbracke, Mike*, "Innerhalb der Union ist die Freizügigkeit der Arbeitnehmer gewährleistet" - eine aktuelle Bestandaufnahme zu Art. 45 AEUV -, EuR 2012, S. 483.
- Zippelius, Reinhold/Würtenberger, Thomas*, Deutsches Staatsrecht, 32. Aufl., München 2008.

Rechtsprechungsverzeichnis

- EuGH, Rs. 26/62, Slg. 1963, 1 – Van Gend en Loos
EuGH, Rs. 6/64, Slg. 1964, 1251 – Costa/ENEL
EuGH, Rs. C-8/74, Slg. 1974, 837 – Dassonville
EuGH, Rs. C-33/74, Slg. 1974, 1299 – van Binsbergen
EuGH, Rs. C-136/78, Slg. 1979, 437 – Auer
EuGH Rs. 53/81, Slg. 1982, 1035 – Levin
EuGH, Rs. C-415/93, Slg. 1995, I-4921 – Bosman
EuGH, Rs. C-55/94, Slg. 1995, I-4165 – Gebhard
EuGH, Rs. C-64/96 u. 65/96, Slg. 1997, S. I-3171 – Uecker und Jaquet
EuGH, Rs. C-85/96, Slg. 1998, I-2691 – Martinez Sala
EuGH, Rs. C-274/96, Slg. 1998, I-7637 – Bickel und Franz
EuGH, Rs. C-378/97, Slg. 1999, S. I-6207 – Wijzenbeek
EuGH, Rs. C-224/98, Slg. 2002, S. I-6169 – D’Hoop
EuGH, Rs. C-356/98, Slg. 2000, I-2623 – Kaba I
EuGH, Rs. C-184/99, Slg. 2001, I-6193 – Grzelczyk
EuGH, Rs. C-413/99, Slg. 2002, S. I-7091 – Baumbast
EuGH Rs. C-413/01, Slg. 2003, I-13187 Rn. 23 – Ninni-Orasche
EuGH, Rs. C-148/02, Slg. 2003, S. I-11613 – Garcia Avello
EuGH, Rs. C-200/02, Slg. 2004, S. I-9925 – Zhu und Chen
EuGH, Rs. C-456/02, Slg. 2004, I-7573 – Trojani
EuGH, Rs. C-209/03, Slg. 2005, I-2119 – Bidar
EuGH, Rs. C-403/03, Slg. 2005, S. I-6421 – Schempp
EuGH, Rs. C-192/05, Slg. 2006, I-10451 – Tas-Hagen und Tas
EuGH, Rs. C-11/06 u. C-12/06, Slg. 2007, S. I-9161 – Morgan
EuGH, Rs. C-544/07, Slg. 2009, S. I-3389 – Rüffler
EuGH, Rs. C-135/08, Slg. 2010, S. I-1449 – Rottmann
EuGH, Rs. C-34/09, Slg. 2011, I-1177 – Zambrano
EuGH, Rs. C-434/09, EuZW 2011, 522 Rn. 47 – McCarthy
EuGH, Rs. C-256/11, NVwZ 2012, 97 Rn. 66 – Dereci