

## Beiträge

## Der unionsrechtliche, aber nicht geregelte Anspruch auf Familiennachzug

RA Thomas Oberhäuser, Ulm\*

In ihren Beiträgen zu »Aktuellen Problemen beim Familiennachzug«<sup>1</sup> haben Becker und Reimann bereits zutreffend die Schwierigkeiten beim Familiennachzug nach dem AufenthG dargestellt. Der vorliegende Beitrag behandelt nun die immer größer werdende Gruppe von Personen, die einen unionsrechtlichen Anspruch auf Familienzusammenführung haben.<sup>2</sup> Er geht der Frage nach, welche Rechte sie und ihre Angehörigen auf Nachzug und Zusammenleben haben. Denn festzustellen ist, dass sich zwei Rechtskreise immer weiter auseinander entwickeln. Während das nationale Recht den Nachzug von Familienangehörigen – auch zu Deutschen – mit nahezu jeder Gesetzesänderung erschwert, betont das Unionsrecht den Anspruch auf Zusammenleben als subjektives Recht eines jeden, auch des drittstaatsangehörigen Mitgliedes der Kernfamilie, in das nur in Ausnahmefällen eingegriffen werden darf.<sup>3</sup> Noch weiter gehenden Schutz ihres Familienlebens genießen nach dem Unionsrecht freizügigkeitsberechtigte Unionsbürger, die im Wesentlichen ohne weitere Voraussetzungen das Recht auf Zusammenleben geltend machen können. Angesichts der wenig ausgeprägten Vorlagefreudigkeit des zuständigen Ausländerrechtssenats des Bundesverwaltungsgerichts fehlen allerdings häufig verbindliche Auslegungshinweise des EuGH, so dass sich auch Unionsbürger nicht stets auf das familienfreundliche Unionsrecht berufen können. Dies hat Auswirkungen sowohl für Kinder als auch für Ehegatten und Verwandte aufsteigender Linie, wie nicht zuletzt anhand der unten dargestellten, so genannten »Dänemark-Ehe« festzustellen ist.

## I. Nachzug von Eltern zu ihren Kindern

*Fall 1:* Das polnische Kleinkind Ewa ist in Polen geboren und im Alter von 6 Wochen zusammen mit seiner Mutter nach Deutschland gezogen. Der usbekische Vater Islom, der die Mutter verlassen hat, nimmt seine Verantwortung als Vater wahr und leistet monatlich 35 € Unterhalt für Ewa, die im Übrigen Leistungen nach dem UVG und dem SGB II bezieht. Nun fragt Islom, ob er ein Recht auf Einreise zu seinem Kind habe.

*Variante 1:* Ewa ist in Deutschland geboren und erwarb hierdurch gemäß § 4 Abs. 3 StAG die deutsche neben der polnischen Staatsangehörigkeit. Sie lebt seither mit ihrer Mutter in Deutschland. Gegen Islom besteht ein Einreiseverbot wegen einer früheren Abschiebung.

*Variante 2:* Ewa, deutsche und polnische Staatsangehörige, verzieht im Alter von 6 Wochen zusammen mit ihrer Mutter nach Polen, während der ausländerrechtlich nur geduldete Islom in Deutschland zurückbleibt. Muss Islom nun nach Usbekistan zurück?

*Variante 3:* Islom lebt in Deutschland mit Ewa, die ausschließlich die polnische Staatsangehörigkeit besitzt, zusammen, allerdings nicht in häuslicher Gemeinschaft, und hat deshalb eine Aufenthaltskarte als Familienangehöriger einer Unionsbürgerin. Nun will er seinen in Usbekistan lebenden, 4-jährigen Sohn zu sich nach Deutschland holen. Hat er hierauf einen Anspruch?

Das Recht des Kindes auf Zusammenleben mit seinen Eltern wird nicht nur dem Grunde nach über Art. 23 Abs. 1 und 17 IPPR<sup>4</sup> sowie Art. 3 Abs. 1, 9 Abs. 3 der UN-Kinderrechtskonvention<sup>5</sup> geschützt, sondern nunmehr ausdrücklich gemäß Art. 24 GRC<sup>6</sup>, sofern der Mitgliedstaat oder eine untergeordnete Einheit dieses Mitgliedstaats das Recht der Union ausführt, Art. 51 Abs. 1 GRC<sup>7</sup>.

Art. 24 Abs. 3 GRC gewährleistet einen Anspruch des Kindes auf persönliche Beziehungen zu beiden Elternteilen.<sup>8</sup> Einen solch weitgehenden, die Perspektive des Kindes umfassend berücksichtigenden Anspruch kennt keine einzige Verfassung der Mitgliedstaaten.<sup>9</sup> Er stellt eine Weiterentwicklung der Rechte des Kindes und einen Meilenstein auf dem Weg zu einem umfassenden Schutz von Kinderrechten dar. Der EuGH hat dies in der Entscheidung »Chakroun« bereits gewürdigt,<sup>10</sup> das Bundesverwaltungsgericht ging auf diesen Aspekt in seiner maßgeblichen Kindernachzugsentscheidung vom 7.4.2009<sup>11</sup> noch nicht ein. Unabhängig von der Beantwortung der Frage nach der Reichweite von Art. 24 Abs. 3 GRC ist bei Fällen, die Unionsbürger betreffen, zunächst zu prüfen, nach welchem Recht sich der Familiennachzug zu ihnen oder ihren Familienangehörigen überhaupt richtet. Sodann ist zu fragen, welche Folgen diese Einordnung für die Rechtsstellung des Familienangehörigen hat.

\* Thomas Oberhäuser ist Rechtsanwalt mit den Tätigkeitsschwerpunkten Aufenthalts-, Asyl- und Staatsangehörigkeitsrecht in Ulm.

<sup>1</sup> Kerstin Becker und Ronald Reimann, Aktuelle Probleme beim Familiennachzug, ASYLMAGAZIN 4/2011, S. 103 ff. und Aktuelle Probleme beim Kindernachzug, ASYLMAGAZIN 6/2011, S. 186 ff.

<sup>2</sup> Trotz der inhaltlichen Nähe bleiben die an vielen Stellen abweichenden Rechte von Assoziationsfreizügigen nach dem ARB 1/80 aus Platzgründen hier unberücksichtigt.

<sup>3</sup> So bereits: Becker und Reimann, Aktuelle Probleme beim Familiennachzug, ASYLMAGAZIN 4/2011, S. 103 unter Hinweis auf EuGH, Urteil vom 4.3.2010 – C-578/08 – »Chakroun«, ASYLMAGAZIN 2010, S. 167 ff.

<sup>4</sup> Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte vom 19.12.1966 (BGBl. 1973 II, S. 1534).

<sup>5</sup> Übereinkommen über die Rechte des Kindes vom 20.11.1989, BGBl. 1992 II, S. 122 i. V. m. dem Gesetz vom 10.2.1992, in Kraft getreten in Deutschland am 5.4.1992, BGBl. 1992 II, S. 990, abrufbar bei www.asyl.net.

<sup>6</sup> Charta der Grundrechte der Europäischen Union vom 7.12.2000 in der seit dem 1.12.2009 gültigen Fassung.

<sup>7</sup> Borowsky, in: Meyer, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 3. Aufl. 2011, Art. 51 Rn. 25 ff.

<sup>8</sup> Hierzu Hölscheidt, in: Meyer, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Art. 24 Rn. 22 f.

<sup>9</sup> Siehe Hölscheidt, a. a. O., Art. 24 Rn. 9.

<sup>10</sup> EuGH, Urteil vom 4.3.2010, a. a. O., Rn. 44.

<sup>11</sup> BVerwG 1 C 17.08, ASYLMAGAZIN 7-8/2009, S. 36 ff. und BVerwG 1 C 32.08, Urteil vom 1.12.2009 (asyl.net, M16757).

### 1. Begünstigte

Vom nachzugswilligen Unionsbürger abgesehen, der stets ein Recht auf Einreise zu seinen Familienangehörigen hat, richtet sich der Familiennachzug von Drittstaatsangehörigen immer nach dem Status des Zusammenführenden.

#### a) Familiennachzug zu freizügigkeitsberechtigten Unionsbürgern

Auf den ersten Blick scheint insoweit alles geregelt: Art. 3 und 2 Freizügigkeits-RL<sup>12</sup> bestimmen, dass die dort genannten Familienangehörigen ein Recht auf Einreise zum im Bundesgebiet lebenden Unionsbürger haben. Auch Eltern werden in Art. 2 Nr. 2 d) Freizügigkeits-RL und § 3 Abs. 2 Nr. 2 FreizügG/EU als Nachzugsberechtigte ausdrücklich benannt. Allerdings nur solche, denen der Unionsbürger oder sein Ehegatte Unterhalt gewährt. Den umgekehrten Fall, dass dem Unionsbürger, insbesondere dem Unionsbürgerkind vom Elternteil Unterhalt gewährt wird, haben weder Gesetz- noch Richtliniengeber<sup>13</sup> geregelt. Gleichwohl bestehen keine ernstlichen Zweifel, dass sowohl der Unions- und nationale Gesetzgeber<sup>14</sup>, die dem sorgeberechtigten Elternteil ausdrücklich ein Verbleiberecht zugestehen, als auch der EuGH<sup>15</sup> von seiner Schutzwürdigkeit ausgehen und ihn – gleichsam stillschweigend über die in Art. 3 Nr. 2 Freizügigkeits-RL Genannten hinaus – als Familienangehörigen eines Freizügigkeitsberechtigten behandeln. Der drittstaatsangehörige Elternteil eines freizügigkeitsberechtigten Unionsbürgerkindes hat also jedenfalls dann als dessen Familienangehöriger zu gelten, wenn er für den Unionsbürger (mit-)sorgeberechtigt ist. Nach der Rechtsprechung des EuGH kommt es auf das Bestehen eines Sorgerechts allerdings gar nicht an.<sup>16</sup> Dieses Kriterium wird auch nicht in Art. 2 Nr. 2 d) Freizügigkeits-RL oder § 3 Abs. 2 Nr. 2 FreizügG/EU erwähnt. Somit darf auch der nicht sorgeberechtigte Elternteil einreisen, solange der Unionsbürger von ihm abhängig ist<sup>17</sup> und der Elternteil zumindest Unterhalt zahlt.

Der Wortlaut von Art. 2 Nr. 2 d) Freizügigkeits-RL und § 3 Abs. 2 Nr. 2 FreizügG/EU stellt klar, dass »Unterhalt gewähren« nicht gleichzusetzen ist mit »Unterhalt sichern«, so dass auch die nur teilweise Leistung von Unterhalt, beispielsweise in Form von Naturalleistungen – wie das Zurverfügung-Stellen kostenloser Unterkunft und Verpflegung – trotz ergänzender Inanspruchnahme von Sozialleistungen für den Anspruch auf Nachzug genügt.<sup>18</sup> Der drittstaatsangehörige Elternteil eines freizügigkeitsberechtigten Kindes hat also ohne Weiteres ein Recht auf Einreise zu seinem Kind.

Lösung Fall 1: Mutter und Kind sind jedenfalls deshalb freizügigkeitsberechtigte Unionsbürger, da sie von Polen nach Deutschland gereist sind und dadurch von ihrer Freizügigkeit Gebrauch gemacht haben. Islom darf einreisen. Dies der Aus-

landsvertretung zu vermitteln, wird jedoch nicht ganz einfach sein, da nach ihrem Wortlaut weder die Freizügigkeits-RL noch das FreizügG/EU den Unterhalt gewährenden drittstaatsangehörigen Elternteil eines Unionsbürgerkindes zu kennen scheinen.

#### b) Familiennachzug zu nicht gewanderten Unionsbürgern

Der Unionsbürger, der von seinem Freizügigkeitsrecht niemals Gebrauch gemacht hat, wird – zumindest in Deutschland – anders, nämlich schlechter, behandelt als der Angehörige eines Mitgliedstaats, der sich in einem anderen Mitgliedstaat als seinem Herkunftsmitgliedstaat aufhält. Dies führt zur so genannten Inländerdiskriminierung.

aa) Dieser Ungleichbehandlung hat der EuGH im Verfahren »Ruiz Zambrano«<sup>19</sup> vermeintlich ein Ende bereitet. Er entschied, dass Art. 20 AEUV, der den Status als Unionsbürger normiert, sämtlichen Maßnahmen der Nationalstaaten entgegensteht, die den tatsächlichen Genuss des Kernbestands der Rechte vereiteln, die der Unionsbürgerstatus verleiht. Jedes Unionsbürgerkind hat danach das Recht, dass sein Unterhalt leistender Elternteil bei ihm ist und eine Arbeitserlaubnis erhält. Ohne Belang ist, ob das Unionsbürgerkind jemals gewandert, also ein freizügigkeitsberechtigtes oder »nur« ein sonstiges Unionsbürgerkind ist.<sup>20</sup> Weite Teile der juristischen Fachwelt waren ob dieses Eingriffs in die Kompetenzen der Nationalstaaten entsetzt, Betroffene hingegen hoch erfreut. Denn zwar hat nach § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 AufenthG der personensorgeberechtigte Elternteil eines ledigen deutschen Kindes das Recht zur Einreise. Ist er aber nicht sorgeberechtigt, kann er nur auf eine ihm günstige Ermessensentscheidung hoffen (§ 28 Abs. 1 S. 4 AufenthG). Straftaten können als Ausweisungsgründe auch der Einreise des personensorgeberechtigten Elternteils entgegenstehen. Und selbst ein Visumverstoß kann dem El-

<sup>12</sup> Freizügigkeits- bzw. Unionsbürgerrichtlinie, Richtlinie 2004/38/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten vom 29.4.2004, abrufbar bei [www.asyl.net](http://www.asyl.net).

<sup>13</sup> Siehe Art. 2 Nr. 2 d) der Richtlinie 2004/38/EG a. a. O.

<sup>14</sup> Siehe § 3 Abs. 4 FreizügG/EU.

<sup>15</sup> EuGH, Urteil vom 17.9.2002, Rs. C-413/99 [Baumbast], InfAuslR 2002, 463, Rz. 73ff (asyl.net, M2569); sogar für den Elternteil freizügigkeitsberechtigter Drittstaatsangehöriger.

<sup>16</sup> EuGH, Urteil vom 17.9.2002, a. a. O., Rs. C-413/99 [Baumbast], InfAuslR 2002, 463.

<sup>17</sup> Im Sinne der 6. Begründungserwägung der Freizügigkeits-RL, wobei das Wohl des Kindes grundsätzlich die Anwesenheit beider Eltern erfordert.

<sup>18</sup> Epe, GK-AufenthG IX-2 § 3 FreizügG/EU Rn. 23.

<sup>19</sup> EuGH, Ruiz Zambrano – C-34/09 – ASYLMAGAZIN 2011, S. 131, verkürzt als »Zambrano« bezeichnet.

<sup>20</sup> Den Anspruch eines nicht gewanderten Unionsbürgers auf Anwendung des Unionsbürgerrechts kategorisch ablehnend z. B. noch OVG Münster, Beschluss vom 17.3.2008, 18 B 191/08, InfAuslR 2008, 237 ff. (asyl.net, M12859), mit abl. Anm. Gutmann.

ternteil entgegengehalten werden. All diese Einschränkungen sind mit dem vom EuGH festgestellten Recht auf Aufenthalt und Ausübung einer Beschäftigung nicht oder nur in besonderen Ausnahmefällen vereinbar.

Lösung Variante 1: Islom hat ein unionsrechtliches Einreiserecht. Ob und unter welchen Voraussetzungen er einreisen darf, hängt vom Gewicht des ordre-public-Verstoßes ab, der zur Abschiebung führte. War es nur die Nichterfüllung der Ausreisepflicht, kann dieser Umstand der Wiedereinreise nicht entgegenstehen. Das Bestehen eines Einreiserechts unabhängig von einer Befristungsentscheidung nach § 11 AufenthG müsste die Auslandsvertretung allerdings akzeptieren, bevor sie es durch die Erteilung eines Visums bestätigt. Diese Akzeptanz zu erreichen, dürfte schwierig sein. Zu empfehlen ist daher in solchen Fällen, vorsorglich und ausdrücklich einen Befristungsantrag zu stellen.

bb) In der Entscheidung »McCarthy«<sup>21</sup> verneint der EuGH allerdings die Anwendung des Unionsrechts beim Ehegattennachzug, wenn der Unionsbürger noch nie gewandert ist. Die Abweichung von der Entscheidung »Zambrano« begründet der EuGH mit dem wenig überzeugenden Argument, dass die »in Rede stehende nationale Maßnahme [die Verweigerung eines Aufenthaltsrechts für ihren Ehemann; Anm. des Verf.], [...] nicht bewirkt, dass Frau McCarthy [die Ehefrau; Anm. des Verf.] verpflichtet wäre, das Hoheitsgebiet der Union zu verlassen [...], da sie die Staatsangehörigkeit des Vereinigten Königreichs besitzt.«<sup>22</sup>

Die Kinder im Verfahren »Zambrano« hatten allerdings aufgrund ihrer belgischen Staatsangehörigkeit ebenfalls das Recht, im Mitgliedstaat – Belgien – zu bleiben. In beiden vom EuGH entschiedenen Fällen ging es also primär nicht um das Recht des Unionsbürgers zum Verbleib, sondern um das seines Familienangehörigen. Während es für den Elternteil des Unionsbürgers vom EuGH bejaht wird, wird es für den Ehegatten verneint. Dieser Kernbereich der Familie ist rechtlich folglich wohl doch nicht so schutzwürdig wie der Schutz des Kindes. Ein anderes Unterscheidungskriterium lässt sich – derzeit – nicht erkennen.

cc) Offen ist ferner, ob auch Eltern begünstigt sind, deren Unionsbürgerkind, nachdem die familiäre Gemeinschaft zunächst in Deutschland geführt wurde, in einen anderen Mitgliedstaat *ausgewandert* ist. In Anlehnung an die Entscheidung »Zambrano« wird man den Aufenthalt des drittstaatsangehörigen Elternteils während des Zusammenlebens mit dem Unionsbürgerkind – auch wenn es »nur« ein Inländer und kein Angehöriger eines anderen Mitgliedstaats ist – wohl als unionsrechtlichen Aufenthalt zu qualifizieren haben. Höchstrichterlich ist dies indes noch nicht geklärt und derzeit Gegenstand eines vom Verwaltungsgerichtshof Mannheim dem EuGH vorgelegten Vorabentscheidungsverfahrens.<sup>23</sup>

Lösung Variante 2: Islom kann sich auf die Gründe berufen, die den VGH Mannheim zur Vorlage an den EuGH bewogen

haben und damit zumindest vorläufig von Abschiebungsmaßnahmen verschont werden. Denn mit einer Abschiebung nach Usbekistan würde nicht nur ein schengenweites Einreiseverbot einhergehen, sondern vor allem das Recht des Kindes auf Umgang mit seinem Vater beeinträchtigt werden, da Besuchsreisen von oder nach Usbekistan schon finanziell und zeitlich erheblich aufwändiger sind als von oder nach Deutschland, von Visafragen und der Verbotswirkung einer Abschiebung ganz abgesehen.

### c) Familiennachzug zu freizügigkeitsberechtigten Drittstaatsangehörigen

Völlig ungeklärt ist der Rechtsstatus von Familienangehörigen, die zu einem Drittstaatsangehörigen einreisen, der seinerseits Familienangehöriger eines – ggf. freizügigkeitsberechtigten – Unionsbürgers ist. Das drittstaatsangehörige Kind einer in Deutschland lebenden französischen Staatsangehörigen wird zwar durch das Zusammenleben mit seiner Mutter nicht selbst zum Unionsbürger, sehr wohl aber zum freizügigkeitsberechtigten Familienangehörigen (fzFamAng) einer Unionsbürgerin im Sinne von Art. 2 Nr. 2 c), Art. 3 Freizügigkeits-RL. Weder das FreizügG/EU noch das AufenthG enthalten gesonderte Vorschriften zum Familiennachzug zu einem freizügigkeitsberechtigten Drittstaatsangehörigen. Das AufenthG setzt für den Nachzug zu einem Drittstaatsangehörigen grundsätzlich voraus, dass dieser eine Aufenthaltserlaubnis besitzt. Der fzFamAng besitzt aber gegebenenfalls »nur« eine Aufenthaltskarte, § 5 Abs. 2 FreizügG/EU, keine Aufenthaltserlaubnis. Auch das FreizügG/EU oder die Freizügigkeits-RL kennen keine Ansprüche des Familienangehörigen eines drittstaatsangehörigen Freizügigkeitsberechtigten. In Rechtsprechung und Literatur ist dieser Themenkomplex nicht oder nur ansatzweise erörtert. Da der fzFamAng nicht schlechter gestellt werden darf als jeder sonstige drittstaatsangehörige Familienangehörige, der zum Aufenthalt im Bundesgebiet berechtigt ist, hat zumindest eine Gleichstellung mit diesem »sonstigen« Drittstaatsangehörigen zu erfolgen und ist wenigstens die Familienzusammenführungsrichtlinie<sup>24</sup> analog anzuwenden. Allerdings spricht Art. 24 Freizügigkeits-RL eher dafür, dass ein solcher fzFamAng wie ein Deutscher behandelt wird und deshalb einen grundsätzlich nicht von der Sicherung des Lebensunterhalts abhängigen Nachzugsanspruch seines Familienangehörigen hat.

Lösung Variante 3: Islom hat einen unionsrechtlichen Anspruch auf Zuzug seines Kindes, den kaum eine Behörde anerkennt. Der Klageweg ist daher vorgezeichnet.

<sup>21</sup> EuGH, Urteil vom 5.5.2011, Rs. C-434/09 (asyl.net, M18531).

<sup>22</sup> EuGH, Urteil vom 5.5.2011, a. a. O., Rn. 50

<sup>23</sup> EuGH – C-40/11 [Iida] –; ANA-ZAR 2011, 3.

<sup>24</sup> Richtlinie 2003/86/EG des Rates vom 22.9.2003 betreffend das Recht auf Familienzusammenführung (Familienzusammenführungsrichtlinie – ABl. EU Nr. L 251 S. 12), abrufbar bei www.asyl.net.

## 2. Rechtsfolge der Anerkennung eines unionsrechtlichen Anspruchs auf Familiennachzug

In seinen Dänemark-Entscheidungen<sup>25</sup> hat das Bundesverwaltungsgericht angedeutet, dass die Anwendung des Unionsrechts auf nicht gewanderte Unionsbürger eine analoge Anwendung des FreizügG/EU zur Folge haben könnte. Allerdings soll zur Einschränkung eines solchen Rechts keine Verlustfeststellung im Sinne von § 6 FreizügG/EU erforderlich sein. Bedenkt man das Unionsrecht als Grundlage eines Aufenthaltsrechts, liegt es allerdings näher, sich für die Einzelheiten zum Bestehen des Aufenthaltsrechts auf die Freizügigkeits-RL und nicht das diese Richtlinie umsetzende nationale Gesetz zu berufen.

Einen anderen Weg zeigt der VGH Baden-Württemberg auf.<sup>26</sup> Er folgert aus der nicht unmittelbaren Anwendbarkeit der Freizügigkeits-RL und des FreizügG/EU, dass es bei der Geltung der allgemeinen aufenthaltsrechtlichen Regeln zu verbleiben habe, diese allerdings unionsrechtskonform zu handhaben seien.<sup>27</sup> Beschränkungen dieses unionsrechtlichen Aufenthaltsrechts sind aber nur unter Beachtung des primärrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes nach Art. 5 Abs. 4 EUV zulässig. Würde der Elternteil straffällig, sind zur Harmonisierung des europäischen Menschenrechtsschutzes die so genannten »Boultif/Üner-Kriterien« des EGMR<sup>28</sup> zu berücksichtigen.

Nochmals zu Variante 1: Der Umstand allein, dass Islom einst abgeschoben wurde, genügt sicher nicht, sein unionsrechtliches Aufenthaltsrecht in Frage zu stellen. Ebenso wenig genügen weniger gewichtige Ausweisungsgründe im Sinne von § 5 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG. Nur unionsrechtlich »verhältnismäßig« schwerwiegende Gründe können dem Nachzugsrecht entgegengehalten werden.

## II. Ehegattennachzug

*Fall 2:* Die Nigerianerin Jennifer reist mit Schengenvisum nach Deutschland und heiratet nach einem dreitägigen Aufenthalt in Dänemark dort den deutschen Staatsangehörigen Georg. Nach diversen Hotelübernachtungen und Restaurantbesuchen kehren sie nach Deutschland zurück, wo Jennifer ein Aufenthaltsrecht geltend macht. Erfolgreich?

Art. 17, 23 IPPR und Art. 6 GG schützen die Ehe, indes nicht schrankenlos. Wie eng diese Schranken sind, ist wiederum zunächst abhängig von der Frage, ob in Bezug auf die Ehe das Unionsrecht oder das nationale Recht Anwendung findet. Danach ist zu prüfen, welche Einschränkungen nach dem jeweils anzuwendenden Rechtskreis erlaubt sind.

### 1. Das maßgebliche Recht

In der Entscheidung »McCarthy«<sup>29</sup> verneint der EuGH<sup>30</sup> die Anwendung des Unionsrechts auf Fälle des Ehegattennachzugs, in denen der Unionsbürger noch nie von seinem Recht auf Freizügigkeit Gebrauch gemacht hat. Im Umkehrschluss bedeutet dies, dass bei oder nach einer In-

anspruchnahme einer Grundfreiheit das Unionsrecht Anwendung findet. Anders die nationale Rechtsprechung<sup>31</sup>, insbesondere auch des Bundesverwaltungsgerichts<sup>32</sup>. Nach ihr kommt es auf eine gewisse »Nachhaltigkeit« der Inanspruchnahme an. Begründet wird dies damit, dass der EuGH – anders als beim Unionsbürgerkind – für die Anwendbarkeit des Unionsrecht stets verlangt, dass irgendein unionsrechtlich relevantes Element des Sachverhalts über die Grenzen eines Mitgliedstaats hinausweist.<sup>33</sup> Wann diese Relevanz gegeben ist, hat der EuGH bislang nicht klar gestellt. Das Bundesverwaltungsgericht bezieht sich in seinen Dänemark-Entscheidungen auch nur auf die nationale Rechtsprechung hierzu, nicht auf Entscheidungen des EuGH. Statt aber dem EuGH die Frage vorzulegen, ob bereits ein eintägiger Aufenthalt in Dänemark unter Inanspruchnahme des Rechts auf Entgegennahme von Dienstleistungen – passive Dienstleistungsfreiheit – als relevant anzusehen ist, erklärt das Bundesverwaltungsgericht die unionsrechtlichen Bestimmungen zum für den fzFamAng nicht fruchtbar zu machenden »acte claire«<sup>34</sup> und vermeidet somit eine möglicherweise anders lautende Antwort des EuGH auf diese Frage.

Mit Blick auf die anerkannten Freizügigkeitsrechte eines Touristen<sup>35</sup> spricht allerdings eher wenig für die Richtigkeit der Annahme, dass das Unionsrecht erst nach einer nachhaltigen Inanspruchnahme von Freiheitsrechten Anwendung findet. Zumal, wie das BVerwG selbst feststellt, offen und nicht definierbar ist, wann die Grenze von der »noch-nicht-ganz-« zur »geradeso-«Nachhaltigkeit überschritten sein soll, wann also der Unionsbürger zum Freizügigkeitsberechtigten geworden ist. Und wer überhaupt

<sup>25</sup> BVerwG, Urteil vom 16.11.2010 – 1 C 17.09 – (asyl.net, M18228) und BVerwG, Urteil vom 11.1.2011 – 1 C 23.09 – (asyl.net, M18339); hierzu unten Nr. II.

<sup>26</sup> VGH Baden-Württemberg, Urteil vom 4.5.2011 – 11 S 207/11 – (asyl.net, M18538).

<sup>27</sup> VGH Baden-Württemberg, Urteil vom 4.5.2011, a. a. O., Rn. 47 der Entscheidung; im 1. Leitsatz seiner Entscheidung erklärt der VGH demgegenüber: »Das unionsbürgerliche Aufenthaltsrecht des drittstaatsangehörigen Elternteils gemäß Art. 20 AEUV [...] verdrängt die nationalen aufenthaltsrechtlichen Regelungen insbesondere zum Familiennachzug.«

<sup>28</sup> EGMR, Urteil vom 2.8.2001 – 54273/00 <Boultif> – InfAusIR 2001, 476; Urteil vom 5.7.2005 – 46410/99 <Üner> – InfAusIR 2005, 450

<sup>29</sup> EuGH, Urteil vom 5.5.2011, Rs. C-434/09 (asyl.net, M18531)

<sup>30</sup> Siehe oben Nr. I 1 b) bb).

<sup>31</sup> Zuletzt OVG Münster, Beschluss vom 29.4.2011, 18 B 377/11, juris (asyl.net, M18723).

<sup>32</sup> BVerwG 1 C 17.09, Urteil vom 16.11.2010, a. a. O., und BVerwG 1 C 23.09, Urteil vom 11.1.2011, a. a. O.

<sup>33</sup> So auch im Urteil vom 5.5.2011, a. a. O., Rn. 45.

<sup>34</sup> Die »acte claire«-Theorie besagt, dass eine Rechtsfrage dem EuGH dann nicht vorgelegt werden muss, wenn über die Auslegung oder Gültigkeit von Gemeinschaftsrecht vernünftigerweise keine Zweifel bestehen können.

<sup>35</sup> EuGH, Urteil vom 19.1.1999, Rs. C-348/96 [Calfa], InfAusIR 1999, 165, Rn. 16 der Entscheidung: »Touristen sind als Empfänger von Dienstleistungen anzusehen«; so auch EuGH, Urteil vom 17.2.2005, Rs. C-215/03 [Oulane], InfAusIR 2005, 126.

feststellt, ob etwas »nachhaltig« war: etwa der Grenzschutzbeamte bei der Einreise?

Offen ist ferner, wer als »Rückkehrer« anzuerkennen ist, dem selbst das Bundesverwaltungsgericht die Eigenschaft des freizügigkeitsberechtigten Unionsbürgers anerkennt, nachdem der EuGH im Verfahren »Eind«<sup>36</sup> die Mitgliedstaaten hierzu verpflichtet hat. Ist nur derjenige »Rückkehrer« und berechtigt, seinen Familienangehörigen unter Berufung auf das Unionsrecht bei sich wohnen zu lassen, der mit dem Familienangehörigen im anderen Mitgliedstaat zusammengelebt hat? Oder genügt eine »nachhaltige« Inanspruchnahme von Grundfreiheiten des Unionsbürgers vor Erlangung der Eigenschaft als Familienangehöriger, beispielsweise durch Eheschließung, um aus dem Deutschen einen Freizügigkeitsberechtigten zu machen? Mit anderen Worten: Muss der »Rückkehrer« mit dem Familienangehörigen im europäischen Ausland zusammengelebt haben, um diesem bei einer Rückkehr die mit dem Unionsbürgerstatus verbundenen Rechte vermitteln zu können? Verliert also ein Freizügigkeitsberechtigter seine einmal erworbenen Unionsrechte wieder – und zwar gerade dann, wenn er sich auf sie berufen möchte – oder hat er sie nur, solange sich sein Familienstand nicht ändert? Mit dem Unionsbürgerstatus haben solche Beschränkungen ersichtlich wenig gemein.

Lösung Fall 2: Solange Jennifer und Georg in Dänemark sind, können sie sich unstreitig auf ihre Freizügigkeitsrechte berufen, auch für den Grenzübergang nach Deutschland. Der zufällig kontrollierende deutsche Grenzschutzbeamte, der im Regelfall die Rechtsprechung des EuGH zur Einreisefreiheit von fzFamAng kennt, wird die Eheleute ebenfalls einreisen lassen. Die Ausländerbehörde wird, dem BVerwG folgend, die »Nachhaltigkeit« prüfen. Diese gilt es also zumindest vorzutragen und, soweit möglich, zu belegen.

## 2. Rechtsfolge einer Anerkennung als Ehegatte eines Freizügigkeitsberechtigten

Wie oben angesprochen, soll nach Ansicht des Bundesverwaltungsgerichts das FreizügG/EU analog Anwendung finden. Allerdings soll es keiner Verlustfeststellung vor einer Beschränkung des Aufenthaltsrechts bedürfen.

Kann sich der Ehegatte auf das Unionsrecht berufen, sind Forderungen nach Sprachkenntnissen vor der Einreise, nach Einhaltung des Visumverfahrens und die Versagung eines Aufenthaltstitels bei Vorliegen geringfügiger Ausweisungsgründe für die Versagung der Einreise und des Aufenthalts unzulässig.<sup>37</sup> Das nationale Recht soll all dies ermöglichen, auch wenn es hinsichtlich der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit der Anforderung nach Sprachnachweisen vor der Einreise zum deutschen Ehegatten bislang zu keiner Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts kam, da sich die Parteien des anhängigen Revisionsverfahrens geeinigt hatten.

## III. Fazit

So befremdlich die Analyse erscheint, dass die Rechte weiter Kreise von Familienangehörigen von Unionsbürgern nicht normiert, jedenfalls nicht geklärt sind und erst recht häufig nicht beachtet werden, so dringlich sind Entscheidungen von Obergerichten und insbesondere des EuGH. Für die Beratungspraxis ist darauf zu achten, welche weiteren Familienangehörigen mit welcher Staatsangehörigkeit vorhanden sind. Und dass die Rechte von Unionsbürgerkindern nicht hoch genug geschätzt werden können, da diese anders als Ehegatten (»McCarthy«) von ihrer Freizügigkeit keinen Gebrauch gemacht haben müssen (»Zambrano«), um einen Familiennachzug von Drittstaatsangehörigen nach dem Unionsrecht zu ermöglichen.

<sup>36</sup> EuGH, Urteil vom 11.12.2007, Rs. C–291/05 [Eind], InfAuslR 2008, 114.

<sup>37</sup> EuGH, Urteil vom 25.7.2002, Rs. C–459/99 (MRAX), InfAuslR 2002, 417 (asyl.net, M2261); EuGH, Urteil vom 14.4.2005, Rs. C–157/03 (Kommission ./ Spanien), InfAuslR 2005, 229 (asyl.net, M6987).