

Aus dem Asylmagazin 3/2022, S.64–73

Federico Trainè:

Sinneswandel im Freizügigkeitsrecht?

Zur Bedeutung von Art. 20 AEUV für Familienangehörige von Unionsbürger*innen

© Informationsverbund Asyl und Migration e.V., März 2022. Vervielfältigung und Nachdruck sind nur mit Genehmigung des Autors sowie des Informationsverbunds Asyl und Migration gestattet.

Asylmagazin, Zeitschrift für Flüchtlings und Migrationsrecht

Das Asylmagazin liefert die wichtigsten Hintergrundinformationen zu den rechtlichen Fragen rund um die Themen Flucht und Migration:

- Aktuelle Rechtsprechung und Länderinformationen,
- Beiträge zu aktuellen rechtlichen Entwicklungen und Hinweise für die Beratungspraxis,
- Nachrichten, aktuelle Stellungnahmen und Literaturhinweise.

Das Asylmagazin erscheint im von Loeper Literaturverlag/Ariadne Buchdienst mit regelmäßig neun Ausgaben pro Jahr. Es kann in einer Print- und in einer Online-Ausgabe bezogen werden. Ein Bestellformular und weitere Informationen zum Abonnement finden Sie unter

menschenrechte.ariadne.de/zeitschrift-asylmagazin/

Dokumente, die sich zur Veröffentlichung im Asylmagazin eignen, senden Sie bitte an den Informationsverbund Asyl und Migration.



In Kooperation mit



Sinneswandel im Freizügigkeitsrecht?

Zur Bedeutung von Art. 20 AEUV für Familienangehörige von Unionsbürger*innen

Inhalt

- I. Grundlegende Entscheidung des VG Berlin
- II. Wann besteht ein Aufenthaltsrecht nach Art. 20 AEUV?
- III. Überwindung der Titelerteilungssperre als Folge einer Verletzung des Art. 20 AEUV
- IV. Aufenthaltsrecht aus Art. 20 AEUV: Titelerteilung nach dem AufenthG
- V. Nichtanwendung des Art. 20 AEUV durch die Gerichte
 1. Fehlendes Abhängigkeitsverhältnis
 2. Ein Elternteil bleibt in der BRD/EU
 3. Ausnahmecharakter
 4. Verweis auf Nachholung des Visumsverfahrens
 5. Gefahr für öffentliche Sicherheit und Ordnung
- VI. Das Aufenthaltsrecht nach Art. 20 AEUV ist der Verfestigung zugänglich
- VII. Fazit

I. Grundlegende Entscheidung des VG Berlin

Im vergangenen Jahr traf das Verwaltungsgericht Berlin eine grundlegende Entscheidung zum Freizügigkeitsrecht von Familienangehörigen von Unionsbürger*innen. Das Gericht sprach einem drittstaatsangehörigen Familienmitglied einer deutschen Staatsangehörigen entgegen der Titelerteilungssperre des § 10 Abs. 3 AufenthG ein unionsrechtliches Aufenthaltsrecht auf der Grundlage von Art. 20 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) zu.¹ In Art. 20 AEUV ist geregelt, dass zur nationalen Staatsbürgerschaft der Mitgliedstaaten der EU die Unionsbürgerschaft hinzutritt. Daneben werden in Art. 20 AEUV die Rechte festgelegt, die Unionsbürger*innen genießen. Das VG Berlin zeigt mit dem Rückgriff auf Art. 20 AEUV einen Ausweg aus der bisherigen aufenthaltsrechtlichen Sackgasse des § 10 Abs. 3 AufenthG auf. Diese Norm stellte bislang ein unausweichliches Hindernis auf dem Weg zum Aufenthaltsrecht dar, wenn ein Asylantrag der betroffenen Person zuvor als »offensichtlich unbegründet« abgelehnt worden war.

In konsequenter Anwendung der vom EuGH im letzten Jahrzehnt aufgestellten und in der Folge kontinuierlich vertieften Rechtsprechung zu Art. 20 AEUV und der sogenannten *Kernbestandsverletzung* des fundamentalen Rechtes von EU-Staatsangehörigen (siehe zu dessen Her-

leitung Ziff. II), urteilte das VG Berlin, dass sich im Falle eines vorliegenden affektiven Abhängigkeitsverhältnisses zu einem Kind mit Unionsbürgerschaft die ausnahmslose Verweigerung des Aufenthaltsrechtes ohne Prüfung des Einzelfalls verbiete.

Im Ergebnis sprach das VG Berlin damit dem hier betroffenen Familienvater wohl als eines der ersten Gerichte im Bundesgebiet ein Recht auf eine Bescheinigung des Aufenthaltsrechtes nach Art. 20 AEUV zu.

Art. 20 AEUV

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

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

a) das Recht, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten; [...].

Diese Rechte werden unter den Bedingungen und innerhalb der Grenzen ausgeübt, die in den Verträgen und durch die in Anwendung der Verträge erlassenen Maßnahmen festgelegt sind.

Der dem Urteil des VG Berlin zugrundeliegende Sachverhalt betraf eine sogenannte Patchwork-Konstellation, in der der betroffene drittstaatsangehörige Familienvater mit seiner ebenfalls drittstaatsangehörigen Ehefrau, dem 2019 geborenen gemeinsamen Kind (auch drittstaatsangehörig) und dem 2016 geborenen deutschen Unionsbürgerkind der Ehefrau seit 2019 zusammenlebte. Knapp zehn Jahre zuvor war der Betroffene zu einer zur Bewährung ausgesetzten Freiheitsstrafe verurteilt und sein Asylantrag war wegen gröblicher Mitwirkungspflichtverletzung nach § 30 Abs. 3 Nr. 5 AsylG als offensichtlich unbegründet abgelehnt worden. Nach Ablauf seiner zuletzt bis Juni 2020 gültigen Duldung wurde der Betroffene ausgewiesen. Die Ausweisung wurde im Wesentlichen mit der über zehn Jahre zuvor erfolgten Verurteilung begründet.

* Federico Traine ist Rechtsanwalt in Berlin.

¹ VG Berlin, Urteil vom 22.4.2021 – 29 K 206/20 – asyl.net: M29787, ausführlich zitiert in diesem Heft ab S. 101.

Im Wege eines (nicht veröffentlichten) Gerichtsbescheides hob das Verwaltungsgericht zunächst die Ausweisung auf, lehnte aber die begehrte Verpflichtung zur Erteilung eines Aufenthaltstitels mit Verweis auf § 10 Abs. 3 AufenthG ab. Hiergegen wurde ein Antrag auf Durchführung der mündlichen Verhandlung gestellt, der auf die Verweigerung der Verpflichtung zur Erteilung der Aufenthaltserlaubnis beschränkt wurde.²

Im Ergebnis spricht das Verwaltungsgericht dem Kläger in Überwindung des § 10 Abs. 3 AufenthG ein Aufenthaltsrecht nach Art. 20 AEUV zu. Es bleibt allerdings das Geheimnis des urteilenden Richters, weswegen er keine weiteren Ausführungen zur Nichtanwendung der Vorschriften des AufenthG getätigt hat und sich nicht mit der Frage des Anwendungsvorrangs und der unionskonformen Auslegung der Regelungen des § 10 Abs. 3 AufenthG und § 25 Abs. 5 AufenthG auseinandergesetzt hat. Denkbar knapp wird auf die Titelerteilungssperre verwiesen, im Übrigen werden keine weiteren Gründe benannt, weswegen die Erteilung eines Aufenthaltstitels wegen langfristiger Abschiebungshindernisse nach § 25 Abs. 5 AufenthG nicht in Betracht käme.

Nach allgemeiner, noch näher auszuführender, Auffassung (siehe Ziff. IV.) überlagert das Unionsrecht das nationale Recht dergestalt, dass es die Anwendung von Vorschriften generell verbietet, die ihm entgegenstehen. Daraus ergibt sich ein direkter Anspruch auf Gewährung eines Aufenthaltstitels nach dem AufenthG. Nach der hier vertretenen Auffassung sind Vorteile in der Anwendung der nationalrechtlichen Vorschriften (beispielsweise Elternnachzug zu Deutschen nach § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 oder langfristiges Abschiebungshindernis nach § 25 Abs. 5 AufenthG) gegenüber einer noch nicht klar geregelten Bescheinigung nach Art. 20 AEUV zu sehen, auch wenn letztere die unbeschränkte Erwerbstätigkeit erlauben muss. Ich plädiere im Interesse der Betroffenen dafür, ihnen im Falle einer möglichen Kernbestandverletzung ein Aufenthaltsrecht nach den Vorschriften des AufenthG unter Berücksichtigung aller unionsrechtlichen Vorgaben zu erteilen. Dies sollte nicht zuletzt wegen der behördenseitigen Überforderung der Implementierung und Ausstellung eines weiteren Aufenthaltstitels – eben einem nach Art. 20 AEUV – erfolgen. Zwar wurde offenbar schon die entsprechende Möglichkeit der Eintragung eines Aufenthaltstitels auf Grundlage der AEUV im Ausländerzentralregister (AZR) geschaffen, umsetzbar soll diese Möglichkeit bislang aber noch nicht sein.

Eine obergerichtliche Klärung konnte in diesem konkreten Fall nicht herbeigeführt werden, weil sich die Parteien im Berufungsverfahren einigten.

Das Urteil des VG Berlin hat weitreichende Bedeutung für diverse Fallkonstellationen. Nicht nur verpflichtet es erstmalig eine Behörde zu der Erteilung eines Rechts nach Art. 20 AEUV,³ es spricht Betroffenen, die in affektiven Abhängigkeitsverhältnissen zu deutschen Unionsbürgerkindern stehen, ein Aufenthaltsrecht zu. Dies können Eltern deutscher Kinder sein, aber auch – so wie im vorliegenden Fall – Stiefeltern deutscher Kinder (sogenannte Patchwork-Konstellationen).

Bei kohärenter Anwendung der noch näher zu erläuternden Grundsätze des vom EuGH aus Art. 20 AEUV abgeleiteten Kernbestandsschutzes müsste auch Stiefeltern deutscher Kinder, die keine eigenen Kinder im Familienverbund haben, ein Aufenthaltsrecht zustehen. Denn der Stiefelternanteil eines deutschen Kindes genießt als »enge Bezugsperson« eigene einklagbare Umgangsrechte (vgl. § 1685 Abs. 2 BGB)⁴ und ist somit auch vom Anwendungsbereich der Art. 7 (Familienleben) und 24 (Kindeswohl) GR-Charta umfasst. Diese wiederum bilden die maßgebliche rechtliche Grundlage für die Begründung des affektiven Abhängigkeitsverhältnisses zum deutschen (Stief-)Kind. Besteht ein solches affektives Abhängigkeitsverhältnis, führt auch in diesen Fällen die Aufforderung, das Unionsgebiet zu verlassen, zu der Verletzung des Kernbestands der Rechte nach Art. 20 AEUV, sodass sich ein Verweis verbietet.

Art. 20 AEUV beschäftigt die deutsche Rechtsprechung zunehmend. So stellte das OVG Berlin-Brandenburg schon mögliche Art. 20 AEUV Verletzungen in sogenannten Patchwork-Konstellationen zugunsten der Stiefeltern fest.⁵ Auch das Bundesverwaltungsgericht behandelte diesen Themenkomplex bereits, wenn auch nur knapp, weil die entsprechenden Fragen nicht streitentscheidend für die dort verhandelten Fälle waren.⁶

Seine größte Relevanz findet das Urteil des VG Berlin aber in der Überwindung der Titelerteilungssperre des § 10 Abs. 3 AufenthG. Es zeigt damit einen Weg aus einer migrationspolitisch motivierten Aufenthaltsverweigerung, die sich einer Einzelfallprüfung mit Blick auf das Kindeswohl entzieht, so wie sie beispielsweise die all-

³ Ein solches Recht gibt es in den Niederlanden schon seit 2017 unter dem Namen »Chavez-Vilchez-Aufenthaltsrecht«.

⁴ Und damit ein besonders schweres Bleibeinteresse i. S. d. § 55 Abs. 1 Nr. 4 AufenthG, vgl. VG Berlin, Urteil vom 8.7.2020 – 19 K 478.19 – asyl.net: M30468, S. 11 f.; VG Berlin, Urteil vom 22.2.2011 – VG 35 K 420.09 – juris, Rn. 59 und 70; VG Göttingen, Beschluss vom 22.3.2010 – VG 2 B 111/10 – asyl.net: M16851, Rn. 11.

⁵ OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 3.5.2019 – OVG 12 N 81.17 – asyl.net: M27254; Beschluss vom 31.10.2019. – 11 S 63.19; Beschluss vom 12.11.2019 – 11 S 55.19; Beschluss vom 20.3.2020 – 11 S 88.19 – asyl.net: M30459; Beschluss vom 17.8.2020 – 11 S 5.20 – asyl.net: M28763; Beschluss vom 20.9.2020 – OVG 11 S 79.20.

⁶ Siehe: BVerwG, Urteil vom 12.7.2018 – 1 C 16.17, asyl.net: M26496; vgl. aber auch BVerwG, Urteil vom 30.7.2013 – 1 C 9.12, asyl.net: M21196, Asylmagazin 11/2013, S. 392 ff., BVerwGE 147, 261 Rn. 33 ff.

² Zur Zulässigkeit einer solchen Beschränkung siehe: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, Werkstand: 41. EL Juli 2021, § 84 VwGO Rn. 41.

gemeinen Erteilungsvoraussetzungen des § 5 AufenthG oder die Vorschrift des § 10 AufenthG darstellen.⁷

Da das Urteil äußerst knapp gehaltene Ausführungen zum Bestehen eines Rechtes aus Art. 20 AEUV und dem Aufenthaltsrecht trotz Titelerteilungssperre enthält, wird im Folgenden ausführlicher auf diese Fragen eingegangen. Der Beitrag stellt zunächst die Essenz der sogenannten Kernbestandsrechtsprechung des EuGH zu Art. 20 AEUV dar, um dann die Überwindung des § 10 Abs. 3 AufenthG zu erklären und sich schließlich mit den gängigsten Gegenargumenten, die einem aus Art. 20 AEUV abgeleiteten Aufenthaltsrecht entgegengehalten werden, auseinanderzusetzen.

II. Wann besteht ein Aufenthaltsrecht nach Art. 20 AEUV?

Mit migrationsrechtlichem Blick erscheint der Wortlaut des Art. 20 AEUV im ersten Augenschein recht farblos. So regelt er, dass eine Unionsbürgerschaft eingeführt wird (Art. 20 Abs. 1 AEUV) und statuiert, dass die Unionsbürger*innen das Recht haben, sich frei im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten zu bewegen und aufzuhalten (Art. 20 Abs. 2 Bst. a AEUV).

Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH verleiht Art. 20 AEUV jeder Person, die die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaats besitzt, die Unionsbürgerschaft, die dazu bestimmt ist, der grundlegende Status der EU-Staatsangehörigen zu sein. Die Unionsbürgerschaft verleiht damit ein elementares, persönliches Recht, sich vorbehaltlich der im Vertrag vorgesehenen Beschränkungen und Bedingungen und der Maßnahmen zu ihrer Durchführung frei im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten zu bewegen und aufzuhalten. Vor diesem Hintergrund hat der Gerichtshof entschieden, dass Art. 20 AEUV nationalen Maßnahmen entgegensteht, die bewirken, dass Unionsbürger*innen der tatsächliche Genuss des Kernbestands der Rechte, die ihnen ihr Status verleiht, verwehrt wird. Dies schließt auch Entscheidungen ein, mit denen Familienangehörigen von Unionsbürger*innen der Aufenthalt verweigert wird.⁸

Bei Verweigerung der Erteilung eines Aufenthaltsrechts an drittstaatsangehörige Familienangehörige von Kindern mit Unionsbürgerschaft droht immer dann eine Verletzung des Art. 20 AEUV für das Kind, wenn es im affektiven Abhängigkeitsverhältnis zu dem Familienmitglied steht, weil es beispielsweise mit diesem zusammenlebt und dieses sich um das Kind kümmert. Denn aus einem familiären Zusammenleben folgt in der Regel ein affektives Abhängigkeitsverhältnis.⁹ Naturgemäß entwickelt ein Kleinkind unter diesen Umständen eine erhebliche emotionale Bindung zu dem Elternteil, aber auch zu dem Stiefelternteil.¹⁰ Die entstehenden Abhängigkeitsverhältnisse sind aus dem Recht auf Familienleben nach Art. 7 und Kindeswohl nach 24 GR-Charta schützenswert im Sinne der benannten EuGH-Rechtsprechung und werden durch einen Verweis des drittstaatsangehörigen Familienmitglieds in sein Heimatland verletzt. Dies bedeutet wiederum die Gefahr der Verletzung des Kernbestands der Rechte des deutschen Unionsbürgerkindes. In solchen Fällen bestünde die einzige Möglichkeit, um das affektive Abhängigkeitsverhältnis zum drittstaatsangehörigen Elternteil (oder Stiefelternteil) aufrechtzuerhalten, im gemeinsamen Verlassen des Unionsgebiets.

Bereits an dieser Stelle sei angemerkt, dass ein affektives Abhängigkeitsverhältnis nicht nur bei gemeinsamem Wohnsitz entsteht. Selbstverständlich sind auch »bloße« regelmäßige und persönliche Umgangskontakte ausreichend, sofern diese nicht ohne jede Relevanz für das Kind sind (siehe Abschnitt VI.).¹¹ Die derivativen Freizügigkeitsrechte von Familienangehörigen von Unionsbürger*innen werden wesentlich dadurch begründet, dass sie für die Verwirklichung der Freizügigkeitsrechte der Unionsbürger*innen selbst notwendig sind.¹² Familiäre Beziehungen sind demnach im Rahmen der Art. 20, 21 AEUV immer dann unabhängig von sekundärrechtlichen oder mitgliedstaatlichen Regelungen über Einreise-, Aufenthalts- und Erwerbstätigkeitsberechtigungen zu schützen, wenn sie eine notwendige Bedingung für die Wahrnehmung der aus der Unionsbürgerschaft und der Freizügigkeit sich ergebenden Rechte darstellen.¹³

Der EuGH schützt mit den hier zitierten Entscheidungen also die tatsächliche Wirksamkeit der unionsrechtli-

jüngst: Urteile vom 27.2.2020 – C-836/18, RH – asyl.net: M28353; vom 11.3.2021 – C-112/20 M.A. – asyl.net: M29423, Rn. 33 ff.

⁹ So VG Düsseldorf, Beschlüsse vom 17.6.2020 – 7 L 402/20 (Rn. 19) und 7 K 1125/20, asyl.net: M28567.

¹⁰ OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 3.5.2019 – OVG 12 N 81.17, asyl.net: M27254, Rn. 9.

¹¹ Siehe auch Thomas Oberhäuser, ANA-ZAR 2017, S. 37 f.; Trainee, Asylmagazin, 9/2018, S. 289 ff.

¹² EuGH, Urteil vom 7.7.1992 – C-370/90, Singh – Slg 1992, I-4265; Urteil vom 11.7.2002 – C-60/00, Carpenter – Rn. 38; Urteil vom 17.9.2002 – C-413/99, Baumbast – asyl.net: M2569, Rn. 52; Urteil vom 25.7.2008 – C-127/08, Metock – asyl.net: M13712, Rn. 56, 62.

¹³ Wapler in Wollenschläger (Hrsg.), Europäischer Freizügigkeitsraum – Unionsbürgerschaft und Migrationsrecht (EnzEuR Bd. 10), § 7, Rn. 50.

⁷ So auch VG Düsseldorf, Urteil vom 19.11.2020 – 8 K 5232/19, asyl.net: M29613; vgl. Anmerkung in ZAR 2021, 176 von Kluth, der das Urteil völlig zu Recht als Lehrbuchbeispiel dafür benennt, wie aus einer rechtsfortbildenden Rechtsprechung des EuGH durch ein Verwaltungsgericht im Einzelfall eine zwingende Vorgabe für eine aufenthaltsrechtliche behördliche Entscheidung abgeleitet werden kann.

⁸ Ganz grundlegend hierzu: EuGH, Urteile vom 19.10.2004 – C-200/02, Zhu und Chen – Rn. 25 ff.; vom 8.3.2011 – C-34/09, Zambrano – asyl.net: M18332, Asylmagazin 2011, S. 131 f., Rn. 41 ff.; später: Urteile vom 13.9.2016 – C-165/14, Rendón Marín – asyl.net: M24236, Asylmagazin 12/2016, S. 429 ff., Rn. 51 ff.; vom 10.5.2017 – C-133/15, Chavez-Vilchez – asyl.net: M25020, Rn. 70 ff.; vom 8.5.2018 – C-82/16, K.A. – asyl.net: M26232, Asylmagazin 9/2018, S. 321 ff., Rn. 64 ff.

chen Freizügigkeit, indem er in ständiger Rechtsprechung darauf hinweist, dieses Recht dürfe nicht von unterschiedlichen innerstaatlichen Regelungen abhängig gemacht werden. Vielmehr müsse es in allen Mitgliedstaaten in gleicher Weise gewährleistet werden. In den Minderjährigenfällen erhält neben dem Recht des Kindes auf Achtung seines Privat- und Familienlebens aus Art. 7 GR-Charta und Art. 8 EMRK auch seit Inkrafttreten der GR-Charta das Kindeswohlprinzip gemäß Art. 24 Abs. 2 GR-Charta eine erhebliche Bedeutung. Nach dieser Norm ist bei allen Maßnahmen, die Kinder betreffen, das Wohl des Kindes ein Gesichtspunkt, der vorrangig zu berücksichtigen ist. Das Kindeswohlprinzip verpflichtet die Mitgliedstaaten, bei der Anwendung von Unionsrecht die Umstände des Einzelfalls sorgfältig abzuwägen. Der EuGH verlangt eine solche Einzelfallprüfung auch bei der hier interessierenden Frage, ob ein Kind mit der Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaates einer drittstaatsangehörigen Person, zu der ein Abhängigkeitsverhältnis besteht, ein Aufenthaltsrecht vermitteln kann.¹⁴

III. Überwindung der Titelerteilungssperre als Folge einer Verletzung des Art. 20 AEUV

Droht die Kernbestandsverletzung der Rechte eines Unionsbürgerkindes in oben beschriebener Weise, weil das Kind der praktischen Wirksamkeit seiner Unionsbürgerschaft beraubt werden würde, verbietet es das Unionsrecht nach Rechtsprechung des EuGH, ein dem Grunde nach gegebenes Kernbestandsrecht ohne eine an Art. 7 und 24 GR-Charta ausgerichtete Einzelfallprüfung zu verhindern.

So stellt der EuGH in seiner Entscheidung in der Rechtssache K. A. einen Verstoß gegen Art. 20 AEUV fest, weil einem drittstaatsangehörigen Familienmitglied unter Verweis auf ein bestehendes Einreiseverbot die Familienzusammenführung pauschal verweigert worden war. Die Behörde hatte in diesen Fällen die Prüfung verweigert, ob ein Abhängigkeitsverhältnis zwischen dieser Person und dem Familienmitglied mit Unionsbürgerschaft, zu dem der Familiennachzug beantragt worden war, bestand.¹⁵ Der EuGH urteilte, dass bei minderjährigen EU-Staatsangehörigen bei der Beurteilung eines solchen Abhängigkeitsverhältnisses im Interesse des Kindeswohls sämtliche Umstände des Einzelfalls berücksichtigt werden müssen (Rn. 76). Wurde das Einreiseverbot mit Gründen der öffentlichen Ordnung begründet, sei dies nur dann erheblich, wenn sich aus einer konkreten und verhältnismäßigen Beurteilung aller Umstände des Einzelfalls, des Kindeswohls und der Grundrechte ergebe, dass das be-

troffene Familienmitglied tatsächlich eine gegenwärtige und erhebliche Gefahr darstelle (Rn. 97).

Der EuGH erkennt somit nur zwei Verweigerungsgründe für ein auf Art. 20 AEUV gründendes derivatives Freizügigkeitsrecht an, nämlich erstens eine drohende Verletzung des Kindeswohls und zweitens das Vorliegen einer tatsächlichen, gegenwärtigen und erheblichen Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung. Andere Verweigerungsgründe etwa einwanderungspolitischer Natur, wie die Sperre des § 10 Abs. 3 AufenthG oder der Verweis auf die allgemeinen Erteilungsvoraussetzungen nach § 5 AufenthG, benennt der EuGH in keiner seiner Entscheidungen.

Daraus folgt, dass in entsprechenden Fallkonstellationen zwingend eine Einzelfallprüfung vorzunehmen ist. Eben diese wird aber bei der Ablehnung eines Aufenthaltsantrags durch den simplen Verweis auf § 10 Abs. 3 AufenthG oder § 5 AufenthG gerade nicht getätigt. Dies widerspricht somit dem Unionsrecht. Ein ablehnender Automatismus verbietet sich demnach.¹⁶ Deutlich äußert der EuGH dies in seinem Urteil in der Rechtssache Rendón Marín.¹⁷ Hier spricht der EuGH zwar von der grundsätzlich bestehenden Möglichkeit, dass die Verweigerung des Aufenthaltsrechts gegenüber dem Familienmitglied eines Kindes mit Unionsbürgerschaft mit dem Unionsrecht vereinbar ist (Rn. 84). Dies gelte im Fall des Vorliegens einer tatsächlichen, gegenwärtigen und erheblichen Gefahr für die öffentliche Ordnung oder Sicherheit aufgrund der Straftaten des Familienmitglieds auch dann, wenn das Kind mit Unionsbürgerschaft zu ihm in einem Abhängigkeitsverhältnis stehe. Der EuGH führt jedoch aus, dass ein solcher Schluss nicht automatisch allein auf der Grundlage der Vorstrafen der betroffenen Person gezogen werden kann. Vorausgehen muss stets eine konkrete Beurteilung sämtlicher aktueller, relevanter Umstände des Einzelfalls unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit, des Kindeswohls und der Grundrechte (Rn. 85). Im Ergebnis spricht er dem in Spanien aufhältigen kolumbianischen Kläger, Herrn Rendón Marín, der alleinerziehender Vater eines spanischen und eines polnischen Kindes war, ein unionsrechtliches Aufenthaltsrecht zu, trotz des Vorliegens einer gegen ihn bestehenden Bewährungsstrafe.

Diesen Schluss, der von dem EuGH in seiner Folgeentscheidung weiterverfolgt wird,¹⁸ bestätigt er auch wieder in seinem jüngsten zu Art. 20 AEUV ergangenen Urteil in der Rechtssache M. A.¹⁹ Hier stellt der Gerichtshof fest, dass im Rahmen des Rückkehrverfahrens die

¹⁴ Zuletzt EuGH, C-112/20 M. A., a. a. O. (Fn. 8), Rn. 33 ff.; Wapler in Wollenschläger (Hrsg.), a. a. O. (Fn. 13), § 7, Rn. 67.

¹⁵ EuGH, C-82/16, K. A., a. a. O. (Fn. 8), Rn. 58.

¹⁶ So auch bereits Ünal Zeran, Anmerkung zu EuGH C-165/14, Rendón Marín, ANA ZAR 5/2016, S. 54 f.

¹⁷ EuGH C-165/14, Rendón Marín, a. a. O. (Fn. 8).

¹⁸ Vgl. EuGH, C-133/15, Chavez-Vilchez, a. a. O. (Fn. 8) Rn. 70 ff.; C-82/16, K. A., a. a. O. (Fn. 8) Rn. 64 ff.; jüngst: C-836-18 RH, a. a. O. (Fn. 8).

¹⁹ EuGH, C-112/20, M. A., a. a. O. (Fn. 8).

Einhaltung mehrerer Grundrechte gewährleistet werden müsse und auch das Kindeswohl Berücksichtigung finden müsse (Rn. 35). Art. 24 Abs. 2 GR-Charta sehe nämlich vor, dass bei allen Kinder betreffenden Maßnahmen öffentlicher Stellen oder privater Einrichtungen das Wohl des Kindes eine vorrangige Erwägung sein müsse. Diese Vorschrift sei weit gefasst und auf Entscheidungen anwendbar, die nicht an die minderjährige Person selbst gerichtet seien, aber weitreichende Folgen für sie hätten (Rn. 36). Der EuGH verweist darauf, dass dies von Art. 3 Abs. 1 UN-Kinderrechtskonvention bestätigt wird, auf den die Erläuterungen zu Art. 24 GR-Charta ausdrücklich hinweisen. Dem Ausschuss der Vereinten Nationen für die Rechte des Kindes zufolge gilt diese Vorschrift allgemein für alle Entscheidungen und Maßnahmen, die sich unmittelbar oder mittelbar auf Kinder auswirken.²⁰

Die hier behandelte Fragestellung einer allein auf § 10 Abs. 3 AufenthG basierenden Ablehnung des Aufenthaltsrechts eines drittstaatsangehörigen Familienmitglieds, die von einer an Art. 7 und 24 GR-Charta angelehnten Einzelfallprüfung des Kindeswohls absieht, ist demnach unionsrechtswidrig.

Gleiches muss für jene Verweigerungen gelten, die einzig durch Verweis auf die allgemeinen Erteilungsvoraussetzungen des § 5 AufenthG erfolgen, denn auch hier ist kein Raum für eine am Kindeswohl orientierte Einzelfallprüfung vorgesehen. Das betrifft insbesondere die den Betroffenen regelmäßig entgegengehaltenen Vorschriften des § 5 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 AufenthG (Ausweisungsinteresse) und des § 5 Abs. 2 AufenthG (Erforderlichkeit des Visumsverfahrens). Nach der Rechtsprechung des BVerwG erlaubt die Prüfung des Ausweisungsinteresses nach § 5 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 AufenthG keine Abwägung i. S. d. § 53 Abs. 1 AufenthG,²¹ in deren Rahmen alle Umstände des Einzelfalls einfließen und damit auch Kindeswohlerwägungen Berücksichtigung finden könnten. Daher verbietet sich der simple Verweis auf das Vorliegen einer Straftat (Ausweisungsinteresse) ohne Durchführung einer Einzelfallprüfung.

IV. Aufenthaltsrecht aus Art. 20 AEUV: Titelerteilung nach dem AufenthG

Liegt ein schützenswertes affektives Abhängigkeitsverhältnis vor, welches eine aus Art. 20 AEUV abgeleitete mögliche Kernbestandsverletzung begründet, dann ist im nächsten Schritt zu fragen, wie nationalrechtlich damit umgegangen wird.

Da es sich bei Art. 20 AEUV um Primärrecht handelt, welches als ranghöchstes Recht der EU nationales Recht durchbricht,²² steht den drittstaatsangehörigen Betroffenen in diesen Fällen das begehrte Aufenthaltsrecht zu, denn das europäische Recht verdrängt entgegenstehende nationale Bestimmungen.²³

Nach hiesiger Auffassung dürfen § 5 AufenthG oder § 10 Abs. 3 AufenthG also in diesen Konstellationen nicht zur Anwendung kommen und den drittstaatsangehörigen Betroffenen ist der begehrte Aufenthaltstitel nach nationalem Recht zu erteilen.

Auch das VG Düsseldorf²⁴ stellt fest, dass gerade der automatische Ausschluss der Erteilung eines Aufenthaltstitels durch eine Titelerteilungssperre nach § 10 Abs. 3 AufenthG unionsrechtswidrig ist. Bei ausnahmsloser Verweigerung erfolgt nämlich keine Abwägung mit möglichen Bleibeinteressen des drittstaatsangehörigen Familienmitglieds, die eine konkrete Beurteilung sämtlicher aktueller, relevanter Umstände des Einzelfalls unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit und des Kindeswohls ermöglicht. Eine an den Maßstäben des Gerichtshofs ausgerichtete Auslegung des § 10 Abs. 3 AufenthG gebiete es, die Norm in solchen Fällen nicht anzuwenden.²⁵ Denn ein Widerspruch zwischen nationalem Recht und Unionsrecht ist zugunsten des Unionsrechts aufzulösen.²⁶

Dem so verstandenen Charakter des abgeleiteten Aufenthaltsrechts aus Art. 20 AEUV ist zuvor durch eine einschränkende europarechtskonforme Auslegung des § 5

²⁰ Vgl. hierzu Allgemeine Bemerkung Nr. 14 [2013] des UN-Kinderrechtsausschusses zum Recht des Kindes auf Berücksichtigung seines Wohls als ein vorrangiger Gesichtspunkt [Art. 3 Abs. 1], CRC/C/GC/14, Nr. 19.

²¹ BVerwG, 1 C 16.17, a. a. O. (Fn. 6), Rn. 15.

²² EuGH, Urteil vom 15.7.1964 – C-6/64, Costa/E. N. E. L. – NJW 1964, S. 2371; EuGH, Urteil vom 17.12.1970 – C-11/70, Internationale Handelsgesellschaft mbH – NJW 1971, S. 343.

²³ BVerfG, Urteil vom 8.4.1987 – 2 BvR 687/85 – Rn. 61; BVerfG, Urteil vom 28. Januar 1992 – 1 BvR 1025/84 – Rn. 44.

²⁴ VG Düsseldorf, Urteil vom 19.11.2020, a. a. O. (Fn. 7).

²⁵ VG Düsseldorf, Urteil vom 19.11.2020, a. a. O. (Fn. 7), Rn. 73.

²⁶ EuGH, Urteil vom 20.3.1997 – C-24/95, Alcan – curia.eu (Rn. 24). Vor dem geschilderten Hintergrund verwundern die jüngsten Ausführungen, des OVG Rheinland-Pfalz. Dieses behauptet, dass ein Absehen der Anwendung von Normen des AufenthG im Wege unionsrechtlicher Auslegung im Ergebnis die Subsidiarität des unionsrechtlichen Anspruchs im Vergleich zu nationalen Aufenthaltsvorschriften beseitigen würde und den unionsrechtlichen Anspruch – entgegen der eindeutigen Rechtsprechung des BVerwG – in einen nationalen Rechtsanspruch auf Aufenthalt umwandeln würde (Beschluss vom 23.9.2021 – 7 A 10337/21 – Rn. 9). Diese Meinung ist mit dem einhellig anerkannten Anwendungsvorrang des Primärrechtes nicht vereinbar.

AufenthG oder eben des § 10 Abs. 3 AufenthG Rechnung zu tragen.²⁷

Nach hiesiger Auffassung ist den Betroffenen in diesen Fällen ein Aufenthaltstitel nach dem AufenthG zu erteilen (je nach Fallkonstellation zum Elternnachzug zu Deutschen nach § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 oder wegen eines langfristigen Abschiebungshindernisses nach § 25 Abs. 5 AufenthG). Wünschenswert wäre es gewesen, wenn das VG Berlin sich in seinem oben dargestellten Urteil mit dieser Thematik näher auseinandergesetzt hätte.

V. Nichtanwendung des Art. 20 AEUV durch die Gerichte

Im kommenden Abschnitt sollen die gängigsten Begründungen beleuchtet werden, die in der Rechtsprechung und Behördenpraxis gegen das Entstehen eines aus Art. 20 AEUV abgeleiteten Aufenthaltsrechts ins Feld geführt werden bzw. die in den jeweiligen Einzelfällen genutzt werden, um den Kernbestandschutz nicht anzuwenden. Es sollen jeweils Lösungsansätze vorgestellt werden, um die Rechte der Betroffenen zu gewährleisten.

1. Fehlendes Abhängigkeitsverhältnis

Viele Gerichte, die sich mit Art. 20 AEUV befasst haben, lehnen den Zuspruch des Aufenthaltsrechts von Familienangehörigen aus Art. 20 AEUV ab, weil sie ein bestehendes Abhängigkeitsverhältnis zu den jeweiligen Personen mit Unionsbürgerschaft ablehnen. Dabei stellen sie zu hohe Anforderungen an das Vorliegen des Abhängigkeitsverhältnisses.

Mitunter wird vertreten, dass gar ein Zusammenleben der drittstaatsangehörigen Person mit dem Unionsbürgerkind erforderlich sei, um ein aus Art. 20 AEUV abgeleitetes Aufenthaltsrecht zu begründen. Dabei ist seit der EuGH-Entscheidung in der Rechtssache K. A.²⁸ geklärt, dass dies nicht notwendig ist und ein Abhängigkeitsverhältnis auch durch regelmäßige Umgangskontakte begründet werden kann. Schließlich heißt es in Art. 24 Abs. 3 GR-Charta, dass jedes Kind Anspruch auf regelmäßige persönliche Beziehungen und direkte Kontakte zu beiden Elternteilen hat. Die einzig am Kindeswohl orientierten Anforderungen zur Begründung des affektiven Abhängigkeitsverhältnisses formuliert der EuGH somit bewusst niedrigschwellig.

Mit Blick auf das Umgangsrecht aus Art. 24 Abs. 3 GR-Charta sind in jedweder Form stattfindende Umgänge als

bedeutend für das Kind zu erachten.²⁹ Somit sind selbstverständlich auch »bloße« regelmäßige und persönliche Umgangskontakte ausreichend, sofern diese nicht ohne jede Relevanz für das Kind sind.

2. Ein Elternteil bleibt in der BRD/EU

Ein ebenso beliebter Fehlschluss ist, den drittstaatsangehörigen Elternteil darauf zu verweisen, dass der andere Elternteil in der EU, beispielsweise in Deutschland, lebt und deshalb der Kernbestand des Unionsrechts des Kindes durch die erzwungene Ausreise des drittstaatsangehörigen Elternteils nicht tangiert sein soll. Das Unionsbürgerkind könne ja bei dem anderen Elternteil im Unionsgebiet verbleiben.

Dieses Argument ist nach der Chavez-Vilchez-Entscheidung³⁰ des EuGH nicht mehr haltbar. Denn hier sagt der EuGH, dass die Möglichkeit des Verbleibens eines Elternteils im Unionsgebiet nicht allein für die Feststellung genügt, dass eine Kernbestandsverletzung nicht vorliegt. Diese Entscheidung betrifft alle Fälle, in denen ein affektives Abhängigkeitsverhältnis zum drittstaatsangehörigen Elternteil besteht. Laut EuGH kann in einer solchen Konstellation nicht ausgeschlossen werden, dass der Verweis des drittstaatsangehörigen Elternteils einen faktischen Zwang zum Verlassen des Unionsgebietes für das Unionsbürgerkind bedeutet. Da dies nicht hinnehmbar wäre, muss dem drittstaatsangehörigen Elternteil ein abgeleitetes Aufenthaltsrecht aus Art. 20 AEUV erteilt werden.

Daran ändert der Umstand nichts, das auch der andere Elternteil ein Abhängigkeitsverhältnis zu dem Kind pflegt und in jedem Fall im Unionsgebiet verbleiben könnte.

3. Ausnahmekarakter

Im Rahmen seiner Rechtsprechung zu Art. 20 AEUV betont der EuGH stets den Ausnahmekarakter der möglichen Kernbestandsverletzungen und schreibt, dass dem ein »ganz besonderer Charakter« zukomme und es nur »ausnahmsweise« »ganz besondere Sachverhalte« gibt, bei denen ein Aufenthaltsrecht eingeräumt werden muss, da sonst die Unionsbürgerschaft ihrer praktischen Wirksamkeit beraubt würde.³¹

Dieser Gesichtspunkt wird häufig missverstanden und als Argument dafür genommen, dass die »herkömmlichen« Fälle, in denen Drittstaatsangehörige sich um ihr Unionsbürgerkind kümmern und darüber ein Aufenthaltsrecht geltend machen, nicht von dem Anwendungsbereich umfasst sein sollen. Oder es werden besonders

²⁷ VG Düsseldorf, Urteil vom 19.11.2020, a. a. O. (Fn. 7), Rn. 78.

²⁸ EuGH, C-82/16, K. A., a. a. O. (Fn. 8) Rn. 73; mit Verweis auf EuGH, Urteil vom 6.12.2012 – C-356/11, C-357/11, O., S. und L. – asyl.net: M20225, Rn. 54.

²⁹ Siehe auch Oberhäuser, a. a. O. (Fn. 11); Traine, a. a. O. (Fn. 11).

³⁰ EuGH, C-133/15, Chavez-Vilchez, a. a. O. (Fn. 8) Rn. 71.

³¹ Vgl. allein EuGH, C-165/14, Rendón Marín, a. a. O. (Fn. 8) Rn. 29, m. w. N.

hohe Anforderungen an das Abhängigkeitsverhältnis gestellt, die eine über das »herkömmliche Maß« hinausgehende Angewiesenheit des Kindes an seine Eltern fordern (siehe oben Ziff. V.1).

Das ist so nicht richtig, denn kennzeichnend für den vom Gerichtshof beschriebenen Ausnahmecharakter ist nicht die Häufigkeit der Fälle oder ein regelmäßiges Auftreten. Vielmehr ist entscheidend, dass sie zum einen durch Rechtsvorschriften geregelt sind, die a priori in die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten fallen, und dass sie zum anderen außerhalb des Anwendungsbereichs des Sekundärrechts liegen,³² aber gleichwohl »unter bestimmten Voraussetzungen die Verleihung dieses Rechts« vorgesehen ist.³³ Der beschriebene Ausnahmecharakter bezieht sich somit einzig und allein auf die herausragende rechtliche Rolle des Art. 20 AEUV im europäischen Normenverbund.

Der EuGH meint mit dem »ganz besonderen Charakter« möglicher Kernbestandsverletzungen also sehr wohl die »herkömmlichen« Fälle im oben beschriebenen Sinne und stellt weiterhin niedrigschwellige Anforderungen an das affektive Abhängigkeitsverhältnis.

4. Verweis auf Nachholung des Visumsverfahrens

Das vielleicht gängigste Argument, welches einem bei Lektüre der sich mit der Kernbestandsverletzung befassenden deutschen Rechtsprechung entgegenspringt, ist die Annahme, dass die Möglichkeit der Nachholung des Visumsverfahrens das Entstehen eines Rechts aus Art. 20 AEUV verhindert.³⁴

Ausgangspunkt dieser Auffassung sind zwei Randnummern aus der Entscheidung des EuGH in der Rechtssache K. A.³⁵ In diesen erwähnt der EuGH zum ersten und auch einzigen Mal im Rahmen seiner Kernbestandsrechtsprechung, dass die praktische Wirksamkeit von Art. 20 AEUV beeinträchtigt wäre, wenn die Person mit Unionsbürgerschaft de facto gezwungen wäre, das aus dem Unionsgebiet verwiesene drittstaatsangehörige Familienmitglied zu begleiten und folglich ebenfalls das Unionsgebiet für einen Zeitraum zu verlassen hätte, der *von unbestimmter Dauer* wäre.

Diese beiden Randnummern werden gerne gemeinsam mit einem weiteren Verweis auf einen Textbaustein aus der Rechtsprechung des BVerwG zitiert. Darin heißt es, dass bei der Frage, ob ein Aufenthaltsrecht aus Art. 20 AEUV hergeleitet werden kann, auch die Dauer einer zu

erwartenden Trennung des Kindes vom drittstaatsangehörigen Elternteil zu berücksichtigen sei und es insoweit eine Rolle spiele, ob der Elternteil das Unionsgebiet – etwa zur Nachholung des Visumsverfahrens – *für unbestimmte Zeit* oder aber *nur für einen kurzen, verlässlich zu begrenzenden Zeitraum* zu verlassen habe.³⁶

Hiermit wird die Rechtsauffassung begründet, wonach gegen einen unionsrechtswidrigen Ausreisezwang maßgeblich die lediglich kurze Dauer einer zu erwartenden Trennung des Elternteils zu seinem Unionbürgerkind spricht. Nach Durchführung der allseits bekannten Prüfungen der etwaigen (unrealistisch kurzen) Dauer eines Visumsverfahrens, wird stets der Schluss gezogen, dass eine möglichen Kernbestandsverletzung und damit ein Aufenthaltsrecht aus Art. 20 AEUV gar nicht erst entstanden ist, da ein Verweis aus dem Unionsgebiet nur für einen überschaubaren Zeitraum der Nachholung des Visumsverfahrens zu erwarten ist.³⁷

Diese Auffassung ist jedoch falsch, da nicht ausdifferenziert genug.

Sie verkennt zunächst, dass der EuGH in seiner gesamten Kernbestandsrechtsprechung – mit Ausnahme der Entscheidung K. A. – in keinem seiner Urteile auf die Nachholbarkeit des Visumsverfahrens Bezug genommen hat. Das hätte bei den Rechtssachen »Chavez-Vilchez«, in denen es um acht Fälle ging, in denen es durchaus (vorübergehend) betreuungswillige, niederländische Elternteile gab, durchaus nahegelegen. Hingegen taucht dieser Gedanke einzig und allein im K. A.-Urteil auf, bemerkenswerterweise just der Entscheidung, die das BVerwG zur Begründung heranzieht.

Eine genauere Betrachtung der Entscheidung K. A. zeigt jedoch, dass diese Passage überbewertet bzw. sogar falsch interpretiert wird. Denn alleiniger tatbestandlicher Ausgangspunkt der Überlegungen des EuGH in diesen belgischen Fällen waren Rückkehrentscheidungen gegen die Drittstaatsangehörigen, die jeweils mit einem Verbot der Einreise in das Hoheitsgebiet des betroffenen Mitgliedstaates einhergingen und bereits bestandskräftig waren (Rn. 18). Die Besonderheit im belgischen Recht will es, dass diese Rückkehrentscheidungen grundsätzlich nur aufgehoben oder ausgesetzt werden können, wenn im Ausland ein Antrag auf Aufhebung oder Aussetzung gestellt wird (Rn. 18).

Insofern gab das vorlegende belgische Gericht den Sachverhalt für den EuGH vor. In eben jenen von vielen deutschen Gerichten bemühten Randnummern 56 und 58 der Rechtssache K. A. führt der EuGH nur auf Sachverhaltsebene aus, dass der Zeitraum, für den die betroffene Person mit Unionsbürgerschaft das Gebiet verlassen muss, »von unbestimmter Dauer« sei. Der EuGH macht

³² VG Düsseldorf, Urteil vom 19.11.2020, a. a. O. (Fn. 7), 2. Leitsatz.

³³ EuGH, Urteil vom 8.5.2013 – C-87/12, Kreshnik Ymeraga – asyl.net: M20711, Rn. 36; EuGH, Urteil vom 13.9.2016 – C-304/14, CS – asyl.net: M24238, Rn. 30.

³⁴ Vgl. VG Aachen, Urteil vom 15.7.2020 – 8 K 1005/18 – Rn. 71; VG Augsburg, Beschluss vom 10.2.2020 – Au 6 E 19.1999 – juris, Rn. 60.

³⁵ EuGH, C-82/16, K. A. a. a. O. (Fn. 8) Rn. 56, 58.

³⁶ BVerwG, I C 16.17, a. a. O. (Fn. 6), Rn. 35

³⁷ So beispielsweise VG Augsburg, Beschluss vom 10. Februar 2020 – Au 6 E 19.1999 –, juris Rn. 58 oder VG Aachen, Urteil vom 15. Juli 2020 – 8 K 1005/18 –, juris, Rn. 69

hier keine rechtlichen Zumutbarkeitsausführungen zur Nachholung des Visumsverfahrens und prüft auch nicht die etwaige Dauer eines solchen. Er gibt einzig und allein den durch das vorlegende belgische Gericht vorgegebenen Sachverhalt wieder und betont dies sogar ausdrücklich. Das liegt – wie soeben beschrieben – im belgischen Recht begründet, welches unterschiedliche Bearbeitungszeiten der Behörden nach entsprechender Antragstellung aus dem Ausland vorsieht und somit die Dauer einer etwaigen Rückkehr nicht von vornherein bestimmen lässt.³⁸ Nur das greift der EuGH auf und äußert sich gerade nicht dazu, ob es sich anders verhalten würde, wenn der dem drittstaatsangehörigen Elternteil auferlegte Zwang zum Verlassen des Unionsgebietes nur vorübergehend wäre.

Augenfällig ist, dass das vorlegende belgische Gericht in seiner Frage 4.c) sogar auf eine vorübergehende Trennung abgestellt hatte. Sie lautete:

»Ist die Tatsache, dass die Verpflichtung, einen Antrag auf Aufhebung oder Aussetzung im Herkunftsland zu stellen, möglicherweise eine allenfalls vorübergehende Trennung zwischen dem Drittstaatsangehörigen und dem statischen Unionsbürger zur Folge hat, ein relevanter Aspekt? Gibt es Umstände, unter denen die Art. 7 und 24 der Charta einer vorübergehenden Trennung gleichwohl entgegenstehen?«

Gerade diese vierte Frage hat der EuGH vor dem Hintergrund der Antworten auf die ersten drei Fragen zu Art. 20 AEUV unbeantwortet gelassen. Auf diese Frage nach der Aufhebung eines Einreiseverbots kam es nämlich nicht an. Daraus ist zu schließen, dass es für Art. 20 AEUV nicht darauf ankommt, ob eine Trennung nur »vorübergehend« ist, sondern dass jede mögliche Trennung eine Kernbestandverletzung verursachen kann. So findet sich in der gesamten Kernbestandsrechtsprechung des EuGH kein Anhaltspunkt dafür, dass das Verlassen nur »auf Dauer« oder »nachhaltig« oder »für einen längeren Zeitraum« erfolgen muss, um in den Kernbestand des Unionsrechts einzugreifen. Erst recht gibt es keinen Hinweis auf den vom BVerwG hervorgehobenen kurzen, verlässlich zu begrenzenden Zeitraum.

Der EuGH betont hingegen vielmehr, dass »jede Einschränkung dieses Rechts« in den »Anwendungsbereich des Unionsrechts« fällt.³⁹ Dies gelte bereits dann, wenn der »tatsächliche Genuss des Kernbestands des Rechts« verwehrt wird.⁴⁰ Unionsbürger*innen haben das Recht,

sich im Gebiet der Union jederzeit uneingeschränkt frei zu bewegen und sich dort aufzuhalten, alle Beschränkungen dieses Rechts fallen in den Anwendungsbereich des Unionsrechts.⁴¹ Da die Gefährdung des Kernbestandsrechts also eintritt, wenn das Recht auf Aufenthalt verweigert wird, kommt es nicht darauf an, ob ein nationales Aufenthaltsrecht bei einer möglichen Nachholung des Visumsverfahrens zu gewähren ist. Entscheidend ist, dass das Aufenthaltsrecht gewährt wurde.

Nach hiesiger Auffassung stellt der Verweis auf die Nachholung des Visumsverfahrens somit eine Beschränkung des Kernbestandsrechts dar und unterfällt demnach dem Anwendungsbereich des Unionsrechts.

5. Gefahr für öffentliche Sicherheit und Ordnung

Ein weiteres häufig zur Verweigerung eines Aufenthaltsrechts aus Art. 20 AEUV führendes Argument ist jenes, dass Verstöße gegen Rechtsvorschriften/Straftaten begangen worden sind und somit ein »Ausweisungsinteresse« vorliege.

Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH kann die Verweigerung des Aufenthaltsrechts nach Art. 20 AEUV nur mit dem Vorliegen einer tatsächlichen, gegenwärtigen und erheblichen Gefahr für die öffentliche Sicherheit begründet werden.⁴²

Mitgliedstaaten können sich demnach auf den Schutz der öffentlichen Sicherheit berufen, wobei aber dieser Begriff als Rechtfertigung für eine Abweichung vom Aufenthaltsrecht von Unionsbürger*innen oder ihrer Familienangehörigen eng auszulegen sei.⁴³ Der Gerichtshof hat entschieden, dass dieser Begriff die Bekämpfung der mit bandenmäßigem Handel mit Betäubungsmitteln verbundenen Kriminalität oder des Terrorismus umfasst.⁴⁴ Er führt aus, dass die Verweigerung des Aufenthaltsrechts das Vorliegen einer tatsächlichen, gegenwärtigen und erheblichen Gefahr für die öffentliche Sicherheit voraussetzt und stets eine konkrete Beurteilung sämtlicher aktueller, relevanter Umstände des Einzelfalls im Lichte des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit, des Kindeswohls und der Grundrechte bedürfe. Dabei seien unter anderem das persönliche Verhalten der betroffenen Person, Dauer und Rechtmäßigkeit ihres Aufenthalts im Hoheitsgebiet des Mitgliedstaats, Art und Schwere der begangenen Straftat, der Grad der gegenwärtigen Gefährlichkeit der betroffenen Person für die Gesellschaft, das Alter etwa betroffener

³⁸ Die Entscheidung über den Antrag auf Aussetzung der bestandskräftigen Rückkehrentscheidung ist spätestens vier Monate nach Antragstellung zu treffen, Art. 74/12 § 3 des belgischen AufenthG. Sodann ist über den Visumsantrag in einer weiteren Frist von sechs Monaten zu entscheiden, Art. 42 § 1 belg. AufenthG.

³⁹ EuGH, C-304/14 CS, a. a. O. (Fn. 33), Rn. 30.

⁴⁰ EuGH, C-165/14 Rendón Marín, a. a. O. (Fn. 8), Rn. 71.

⁴¹ Ebenda, Rn. 77.

⁴² Seit EuGH, C-165/14 Rendón Marín, a. a. O. (Fn. 8), Rn. 90 ff. in ständiger Rspr.

⁴³ EuGH, C-82/16 K.A., a. a. O. (Fn. 8), Rn. 91.

⁴⁴ Ebenda, Rn. 90 ff.

Kinder und ihr Gesundheitszustand sowie ihre familiäre und wirtschaftliche Situation zu berücksichtigen.⁴⁵

Dies bedeutet, dass eine ausschließlich auf generalpräventive Zwecke gestützte Verweigerung eines Aufenthaltsrechtes sich verbietet. Auch muss die Gefahr zum entscheidungserheblichen Zeitpunkt noch aktuell sein. Dies ist nicht der Fall, wenn sie durch Zeitablauf so sehr an Bedeutung verloren hat, dass sie nicht mehr herangezogen werden kann.

Erheblich kann beispielsweise eine Bewährungsstrafe nicht sein, wenn das Strafgericht davon ausgeht, dass die betroffene Person sich die strafrechtliche Verurteilung bereits zur Warnung dienen lassen werde, um keine künftigen Straftaten mehr zu begehen.⁴⁶ Einer solchen positiven strafgerichtlichen Prognose muss die Behörde mit substanziiertem Vortrag entgegenreten.⁴⁷ Diese Hürden vermögen eine Vielzahl häufig aufgeworfener strafrechtlicher Vorwürfe wegen Verstößen gegen das AufenthG nicht zu überwinden und dürfen somit der Erteilung eines Aufenthaltsrechts nach Art. 20 AEUV nicht entgegengehalten werden.⁴⁸

Dies erkennt auch das Bundesinnenministerium. So führt es in seinem Rundschreiben zum »Unionsrechtlichen Aufenthaltsrecht sui generis« auf, dass allein dem Bestehen einer strafrechtlichen Verurteilung, auch von mehr als einem Jahr Dauer, ein geringes Gewicht im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung zukommt. Das gleiche gelte für die Ausübung einer (zuvor) nicht genehmigten Erwerbstätigkeit, einer Tat, für die das Elternteil keine strafrechtliche Verantwortung trage und lange zurückliegende Taten.⁴⁹ Die Schwelle der Verweigerung des unionsrechtlichen Aufenthaltsrechts nach Art. 20 AEUV aus Gründen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung ist demnach weitaus höher angesiedelt als die der nationalen Ausweisungsinteressen i. S. d. § 5 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG und erfordert zudem stets eine am Kindeswohl orientierte Einzelfallprüfung (siehe III.).

⁴⁵ EuGH, C-165/14 Rendón Marín, a. a. O. (Fn. 8), Rn. 82 ff.; EuGH C-82/16 K. A., a. a. O. (Fn. 8), Rn. 92, 94.

⁴⁶ OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 20.3.2020 – OVG 11 S 88.19 – asyl.net: M30459, S. 7 f.

⁴⁷ Ebenda.

⁴⁸ Beispielsweise nicht strafbare Falschangaben im Asylverfahren, Einreise mit »erschlichenem« Visum; unionsrechtskonforme Auslegung des § 95 Abs. 1 Nr. 2 und 3 AufenthG (Rückführungsrichtlinie); für das aufenthaltsrechtliche Verfahren unbedeutende Angaben, § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG

⁴⁹ BMI-Rundschreiben vom 7.4.2020 – Unionsrechtliches Aufenthaltsrecht sui generis: M3-21002/67#1, asyl.net: M28583, S. 7. Weswegen die konturenarm formulierte Grenze bei Verurteilungen »auch von mehr als einem Jahr Dauer« gezogen wird, bleibt unerwähnt.

VI. Das Aufenthaltsrecht nach Art. 20 AEUV ist der Verfestigung zugänglich

Zur Frage, ob ein einmal bestehendes derivatives Aufenthaltsrecht aus Art. 20 AEUV der Verfestigung zugänglich ist, hat sich der EuGH noch nicht geäußert. Hierzu hat zwar ein niederländisches Gericht ein Vorabentscheidungsersuchen an den EuGH gerichtet, über welches aber noch nicht entschieden worden ist.⁵⁰ Hier wird der EuGH sich damit befassen müssen, ob ein Aufenthaltsrecht nach Art. 20 AEUV seiner Art nach vorübergehend ist und daher der Erteilung eines Aufenthaltstitels für langfristige Aufenthaltsberechtigte entgegensteht. Die Klägerin im Vorlageverfahren ist seit mehr als fünf Jahren Inhaberin eines Aufenthaltsrechts nach Art. 20 AEUV und ihr Antrag auf einen unbefristeten Aufenthaltstitel wurde abgelehnt.

Laut Vorabentscheidungsersuchen in der anhängigen Rechtssache E. K. sprechen viele Gründe für die Annahme, dass ein Aufenthaltsrecht aus Art. 20 AEUV einer Verfestigung zugänglich ist. So wird darauf verwiesen, dass wenn befunden werde, dass das aus Art. 20 AEUV abgeleitete Recht der Verfestigung nicht zugänglich sein sollte, dies eine ungerechtfertigte Ungleichbehandlung gegenüber Personen darstelle, denen aufgrund von Richtlinien abgeleitete Rechte zustehen (Rn. 20 f.). Auch verlange Art. 4 Abs. 1 DaueraufenthaltsRL (2003/109/EG), der die Anspruchsvoraussetzungen für den Daueraufenthalt enthält, lediglich, dass sich die drittstaatsangehörige Person fünf Jahre lang ununterbrochen *rechtmäßig* in Hoheitsgebiet des Mitgliedstaates aufgehalten haben muss (Rn. 22). Der am Kindeswohl orientierte Zweck des derivativen Aufenthaltsrechts aus Art. 20 AEUV werde bei der Ablehnung des Daueraufenthaltsrechts unterlaufen, da der Elternteil des Kindes mit Unionsbürgerschaft eine starke und dauerhafte Bindung zum Mitgliedstaat entwickelt. Die Integration des Elternteils in den Mitgliedstaat sei gerade ein wichtiger Bestandteil der dortigen Erziehung des Kindes (Rn. 26). Auch sei durchaus denkbar, dass ein 18-jähriges Kind, das noch zur Schule geht, weiterhin in einem Abhängigkeitsverhältnis zu seinem sorgeberechtigten Elternteil steht (Rn. 27).

Weder deutsche Behörden noch die Rechtsprechung mussten sich bislang damit befassen, ob ein einmal bestehendes Aufenthaltsrecht aus Art. 20 AEUV der Verfestigung zugänglich ist. In einem Urteil aus dem Jahr 2018 hat das BVerwG beiläufig anmutend geäußert, dass ein unionsrechtliches Aufenthaltsrecht nach Art. 20 AEUV keine sich aus dem AufenthG ergebende Verfestigungsmöglichkeit enthält.⁵¹ Dieser Satz wird landläufig so verstanden,

⁵⁰ EuGH, anhängiges Verfahren C-624/20, E. K.; die Schlussanträge werden am 3.3.2022 erwartet, Vorlagefragen und Verfahrensinformationen abrufbar unter <https://curia.europa.eu> (Suche nach Rechtssachen mit Nr. C-624/20).

⁵¹ BVerwG 1 C 16.17, a. a. O. (Fn. 6), Rn. 36.

dass eine Verfestigung grundsätzlich nicht möglich sei. So auch geschehen in dem zum Anlass des hiesigen Beitrages genommenen Urteil des VG Berlin (siehe die Kostenentscheidung).

Es stellt sich jedoch die Frage nach dem richtigen Verständnis der Ausführungen des BVerwG. Bei genauer Lektüre des Wortlauts des Satzes des BVerwG wird man feststellen müssen, dass das BVerwG lediglich annimmt, dass Verfestigungsmöglichkeiten allein *nach den bislang geltenden Vorschriften des AufenthG* nicht bestehen.

Keineswegs ist damit ausgeschlossen, dass eine Verfestigung eines bestehenden Rechts nach Art. 20 AEUV über die Daueraufenthaltsrichtlinie nicht auch auf anderem Wege möglich ist. Es ist nicht ersichtlich, weswegen die Fallgruppe der Personen, denen ein Aufenthaltsrecht aufgrund einer drohenden Kernbestandsverletzung eines Familienmitglieds mit Unionsbürgerschaft zusteht, nicht vom Anwendungsbereich der Daueraufenthaltsrichtlinie umfasst sein sollte (vgl. etwa Art. 3).

Eine Verfestigung ist nach hiesiger Auffassung im Wege der unionskonformen Auslegung des § 9a AufenthG durchaus möglich.

So verlangt Art. 4 Abs. 1 DauerAufenthRL, der die Anspruchsvoraussetzungen für den Daueraufenthalt enthält, lediglich, dass sich die drittstaatsangehörige Person *unmittelbar vor der Stellung des entsprechenden Antrags fünf Jahre lang ununterbrochen rechtmäßig in ihrem Hoheitsgebiet aufgehalten haben* muss. Ein nationaler Aufenthaltstitel wird nicht gefordert. Nach dem BVerwG besteht ein rechtmäßiger Aufenthalt bei Vorliegen der Voraussetzungen des Art. 20 AEUV.

Eine Auslegung, die eine Verfestigung nicht für möglich erachtet, steht auch im Widerspruch zu den sich aus direkter Anwendung des Assoziationsratsbeschlusses EWG-Türkei (ARB 1/80) ergebenden Verfestigungsmöglichkeiten von ARB-Berechtigten.⁵² Das deutsche Recht und die deutsche Rechtsprechung kennen also die Möglichkeit der Verfestigung für Personen mit sich aus europarechtlichen Normen ergebenden »sui-generis« Aufenthaltsrechten. Das wird auch das BVerwG gewusst haben bei seiner Formulierung.

Eine Verfestigung des Aufenthaltsrechts ist demnach für Personen mit aus Art. 20 AEUV derivativen Aufenthaltsrechten nicht ausgeschlossen.

VII. Fazit

Das BVerwG hat sich noch nicht abschließend mit Art. 20 AEUV befasst. In seinen kurzen Ausführungen zu der Norm, die sich in zwei Randnummern erschöpfen, lässt es in seinem oben genannten Urteil vieles offen, nicht zuletzt, weil zu dem damaligen Verfahrensstadium eine tatsächliche Verletzung des Art. 20 AEUV tatrichterlich noch nicht hinreichend festgestellt werden konnte und das BVerwG den Rechtsstreit hierzu an den VGH zurückverwies.

Eine Auseinandersetzung des BVerwG mit einer möglichen unionskonformen Auslegung nationaler Vorschriften im Lichte des Art. 20 AEUV ist demnach auch noch nicht erfolgt.⁵³

Bei Art. 20 AEUV handelt es sich um eine Vorschrift aus dem Primärrecht der Europäischen Union. Dessen Vorrang gebietet die Anwendung nationalrechtlicher Vorschriften im Wege der unionskonformen Auslegung. Hierbei sind nationale Normen, die dem Unionsrecht entgegenstehen, schlicht nicht anzuwenden. Das bedeutet für die Betroffenen, dass Aufenthaltstitel nach nationalen Vorschriften wie etwa § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 AufenthG oder § 25 Abs. 5 AufenthG unter Außerachtlassung von etwaig entgegenstehenden Inhalten des § 5 AufenthG oder etwa § 10 AufenthG erteilt werden müssen und dass eine Verfestigung nach § 9a AufenthG möglich ist.

Auch wenn das eingangs dargestellte Urteil des VG Berlin sich letzterem Gedanken verwehrt, sich leider nicht argumentativ mit der Frage des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts auseinandersetzt und somit »bloß« zu einer Verpflichtung zur Erteilung einer Bescheinigung eines unionsrechtlichen Aufenthaltsrechtes nach Art. 20 AEUV gelangt, ist es dennoch grundlegend für die Gewährleistung der Freizügigkeitsrechte von EU-Staatsangehörigen und ihrer Familienmitglieder. Das Urteil zeigt nämlich einen Weg aus einer aufenthaltsrechtlichen Sackgasse und läutet damit einen gewissen Sinneswandel im Freizügigkeitsrecht ein. Indem es wertentscheidende Grundsatznormen, also grund- und menschenrechtliche Erwägungen (AEUV, GR-Charta), über einwanderungspolitische Belange (§ 10 Abs. 3 AufenthG) stellt, ermöglicht es Lösungen in aufenthaltsrechtlich bislang für undurchdringlich befundenen Situationen. Es rüttelt so an einem der strengsten und zugleich anachronistischsten Pfeiler der Aufenthaltsrechtsverweigerung, dem § 10 Abs. 3 AufenthG.

Auf dass es fleißig weiterrüttle...

⁵² Siehe hierzu jüngst OVG Bremen, Urteil vom 6.10.2021 – 2 LC 23/21 – asyl.net: M30079.

⁵³ Dies daraus aber schließen wollend: OVG Rheinland-Pfalz – 7 A 10337/21 – a. a. O. (Fn. 26), Rn. 14.

Unsere Angebote



Asylmagazin - Zeitschrift für Flüchtlings- und Migrationsrecht



- Beiträge für die Beratungs- und Entscheidungspraxis
- Rechtsprechungsübersichten
- Aktuelle Gerichtsentscheidungen
- Länderinformationen
- Nachrichten, Literaturhinweise, Buchbesprechungen

Print- und Online-Ausgaben (regelmäßig neun Ausgaben im Jahr) im Abonnement beziehbar bei menschenrechte.ariadne.de



www.asyl.net

- Rechtsprechungsdatenbank und »Dublin-Entscheidungen«
- Themenseiten
- Auswahl von Länderinformationen
- Beiträge aus dem Asylmagazin
- Publikationen und Stellungnahmen
- Newsletter



familie.asyl.net

Das Informationsportal zum Familiennachzug zu Asylsuchenden und Schutzberechtigten.

- Nachzug von außerhalb Europas
- »Dublin-Familienzusammenführung«
- Laufend aktualisierte Fachinformationen



www.fluechtlingshelfer.info

Informationen für die ehrenamtliche Unterstützung von Flüchtlingen:

- Arbeitshilfen
- Themenübersichten
- Projekte
- Links und Adressen



adressen.asyl.net

Adressdatenbank mit

- Beratungsstellen im Bereich Flucht und Migration sowie weiteren Rechtsgebieten (dt./engl.)
- Weitere Adressen und Links



[Aktuelle Publikationen](#)

Arbeitshilfen und Übersichten zu Themen der Beratungspraxis. Abruflbar bei asyl.net unter »Publikationen«



www.ecoi.net

Die Internetdatenbank mit den wichtigsten internationalen Informationen zu Herkunftsländern und Drittstaaten.

Der Informationsverbund Asyl und Migration ist Partner von ecoi.net, das von der Forschungsstelle ACCORD beim Österreichischen Roten Kreuz koordiniert wird.