

Sachgebiet:

BVerwGE: nein

Fachpresse: ja

Ausländerrecht

Rechtsquelle/n:

AEUV	Art. 20, 21
RL 2004/38/EG	Art. 7 Abs. 1 Buchst. b und d
FreizügG/EU	§ 2 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 6, § 3 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 und 2, § 5 Abs. 1 Satz 1
AufenthG	§ 25 Abs. 5
VwGO	§ 43 Abs. 1, § 142
ZPO	§ 264 Nr. 2

Titelzeile:

Aufenthaltsrecht eines drittstaatsangehörigen Elternteils eines Unionsbürgerkindes aus Art. 21 AEUV

Stichworte:

Aufenthaltsrecht, unionsrechtliches, abgeleitetes; Freizügigkeit; Drittstaatsangehöriger; Familienangehöriger; Elternteil; Ehegatte; Unionsbürgerkind; Referenzperson; Familienleben; Aufnahmemitgliedstaat; Existenzsicherung; Existenzmittel; elterliche Sorge; Aufenthaltskarte; feststellender Verwaltungsakt; Leistungsklage; Feststellungsklage; Feststellungsinteresse.

Leitsätze:

1. Berufet sich ein Drittstaatsangehöriger auf ein aus der Freizügigkeitsgarantie für Unionsbürger nach Art. 21 AEUV abgeleitetes Aufenthaltsrecht zur Führung eines normalen Familienlebens in einem anderen EU-Mitgliedstaat als dem, dessen Staatsangehörigkeit der Unionsbürger besitzt, muss die Referenzperson, von der er das Recht ableitet, im Aufnahmemitgliedstaat aus eigenem Recht freizügigkeitsberechtigt sein; ein lediglich vom anderen Elternteil abgeleitetes Freizügigkeitsrecht eines Unionsbürgerkindes reicht hierfür nicht.
2. Ein unmittelbar aus Art. 21 Abs. 1 AEUV abgeleitetes Aufenthaltsrecht eines drittstaatsangehörigen Familienangehörigen ist ein unionsrechtliches Freizügigkeitsrecht im Sinne der Richtlinie 2004/38/EG und § 2 Abs. 1 FreizügG/EU, dem die Möglichkeit der Erteilung eines nationalen Aufenthaltstitels nicht entgegensteht.
3. Dem drittstaatsangehörigen Elternteil, der sich auf ein von seinem Kind abgeleitetes unionsrechtliches Aufenthaltsrecht aus Art. 21 AEUV beruft, kann ein fehlendes Erwerbseinkommen zur Sicherung der Existenzmittel der Referenzperson (Art. 7 Abs. 1 Buchst. b RL 2003/38/EG) jedenfalls dann nicht entgegengehalten werden,



wenn er sich tatsächlich und nachhaltig um die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit zur Sicherung der Existenzmittel für das Unionsbürgerkind bemüht hat, ihm die Ausübung einer Erwerbstätigkeit von der Ausländerbehörde aber verwehrt worden ist.

Urteil des 1. Senats vom 23. September 2020 - BVerwG 1 C 27.19

- I. VG Augsburg vom 20. Dezember 2017  
Az: VG Au 6 K 17.1538
- II. VGH München vom 25. Juni 2019  
Az: VGH 10 BV 18.281



Bundesverwaltungsgericht

**IM NAMEN DES VOLKES**

**URTEIL**

BVerwG 1 C 27.19  
VGH 10 BV 18.281

In der Verwaltungsstreitsache

hat der 1. Senat des Bundesverwaltungsgerichts  
auf die mündliche Verhandlung vom 23. September 2020  
durch den Vorsitzenden Richter am Bundesverwaltungsgericht Prof. Dr. Berlit,  
die Richterin am Bundesverwaltungsgericht Fricke,  
die Richter am Bundesverwaltungsgericht Dr. Fleuß und Böhmann  
und die Richterin am Bundesverwaltungsgericht Dr. Wittkopp

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs vom 25. Juni 2019 in der Fassung des Berichtigungsbeschlusses vom 30. Juli 2019 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung an den Verwaltungsgerichtshof zurückverwiesen.

Die Kostenentscheidung bleibt der Schlusssentscheidung vorbehalten.

## G r ü n d e :

### I

- 1 Der Kläger, ein kosovarischer Staatsangehöriger, begehrt als Vater eines Unionsbürgerkindes die Feststellung des Bestehens eines unionsrechtlichen Aufenthaltsrechts und der Verpflichtung des Beklagten zur Ausstellung einer Bescheinigung darüber.
- 2 Im Februar 2017 teilte er dem Beklagten im Rahmen der Anhörung zur nachträglichen Befristung einer im April 2016 erteilten Aufenthaltserlaubnis als Ehegatte einer deutschen Staatsangehörigen mit, nunmehr mit einer ungarischen Staatsangehörigen in deren Wohnung zusammenzuleben, die von ihm ein Kind

erwarte, dessen Vaterschaft er anerkennen wolle. Die Geltungsdauer der Aufenthaltserlaubnis wurde bestandskräftig von ursprünglich April 2018 bis zum 31. März 2017 verkürzt. In der Folgezeit wurden dem Kläger Duldungen ohne Gestattung der Aufnahme einer Erwerbstätigkeit erteilt.

- 3 Nach der Geburt des Kindes am 6. Juli 2017 beantragte der Kläger unter dem 1. August 2017 die Ausstellung einer "Aufenthaltskarte als Familienangehöriger eines Unionsbürgerkindes analog § 3 Abs. 2, Abs. 1 FreizügG/EU". Er lebe mit der Mutter des gemeinsamen Kindes zusammen und Sorge für deren Unterhalt. Ausweislich der Sorgeerklärung übten die Eltern das Sorgerecht gemeinsam aus. Er habe ein Aufenthaltsrecht nach Art. 20, 21 AEUV, welches durch die beantragte Aufenthaltskarte zu bescheinigen sei.
- 4 Auf die am 2. Oktober 2017 erhobene (Untätigkeits-)Klage hat das Verwaltungsgericht den Beklagten mit Urteil vom 20. Dezember 2017 verpflichtet, dem Kläger eine Aufenthaltskarte analog § 5 Abs. 1 Satz 1 FreizügG/EU auszustellen. Der Kläger habe einen entsprechenden Anspruch analog § 5 Abs. 1 Satz 1 FreizügG/EU in Verbindung mit Art. 21 AEUV. Die von der Rechtsprechung des EuGH aufgestellten Anspruchsvoraussetzungen, wonach auch Verwandte, die mangels Unterhaltsgewährung durch den Unionsbürger keine Familienangehörigen im Sinne des Art. 2 Nr. 2 Unionsbürgerrichtlinie seien, ein Aufenthaltsrecht als drittstaatsangehörige Elternteile beanspruchen könnten, lägen vor. Der Kläger lebe als personensorgeberechtigter Elternteil mit seinem Kind und dessen Mutter tatsächlich zusammen und Sorge für sie. Es komme weder auf die Herkunft der Mittel noch darauf an, dass das Unionsbürgerkind sein Freizügigkeitsrecht von seiner Mutter ableite und damit auf die Unterhaltsleistung des drittstaatsangehörigen Elternteils zur Vermittlung des Freizügigkeitsrechts nicht angewiesen sei.
- 5 Im Berufungsverfahren hat der Kläger erklärt, dass die Kindesmutter seit dem 11. April 2018 einer geringfügigen Beschäftigung nachgehe und daneben für das gemeinsame Kind Eltern-, Familien- und Kindergeld sowie für sich aufstreckende Leistungen nach dem SGB II beziehe. Er selbst beziehe seit der Versagung der Erlaubnis zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit Leistungen nach dem

Asylbewerberleistungsgesetz. In der mündlichen Verhandlung vor dem Verwaltungsgerichtshof am 24. Juni 2019 hat die Beklagtenvertreterin erklärt, dass dem Kläger auf entsprechenden Antrag wegen der familiären Lebensgemeinschaft mit seinem Kind ein humanitärer Aufenthaltstitel nach § 25 Abs. 5 AufenthG erteilt werden würde.

- 6 Der Verwaltungsgerichtshof hat mit Urteil vom 25. Juni 2019 das Urteil des Verwaltungsgerichts geändert und die Klage abgewiesen. Ein Anspruch des Klägers auf Ausstellung einer Aufenthaltskarte nach § 5 Abs. 1 Satz 1 FreizügG/EU in unmittelbarer Anwendung scheidet schon deswegen aus, weil der Kläger kein Familienangehöriger eines Unionsbürgers im Sinne des § 3 Abs. 2 FreizügG/EU bzw. Art. 3 Abs. 1 Halbs. 2 in Verbindung mit Art. 2 Nr. 2 RL 2004/38/EG - Unionsbürgerrichtlinie - sei. Er sei weder Ehegatte der Kindesmutter noch werde ihm als Verwandten in gerader aufsteigender Linie von seinem Kind Unterhalt gewährt. Der Kläger habe auch keinen Anspruch auf Ausstellung einer Aufenthaltskarte analog § 5 Abs. 1 Satz 1 FreizügG/EU auf der Grundlage eines aus Art. 21 oder Art. 20 AEUV hergeleiteten Rechts auf Aufenthalt im Aufnahmemitgliedstaat. Der Anwendungsbereich des Art. 21 AEUV sei zwar eröffnet. Das Unionsbürgerkind des Klägers leite sein Aufenthaltsrecht von seiner Mutter ab. Diese sei Arbeitnehmerin im Sinne des § 2 Abs. 2 Nr. 1 FreizügG/EU, da sie ausweislich der im Berufungsverfahren vorgelegten Unterlagen seit Mai 2018 (wieder) eine Beschäftigung ausübe. Sei das Kind als Referenzperson, von der der Kläger als Elternteil ein Aufenthaltsrecht ableite, selbst (akzessorisch) und unabhängig von ausreichenden Existenzmitteln und Krankenversicherungsschutz freizügigkeitsberechtigt, so könne es - entgegen der Auffassung des Verwaltungsgerichts - weder entscheidend darauf ankommen, ob es durch den drittstaatsangehörigen Elternteil über die erforderlichen Mittel verfüge, noch welche weiteren Anforderungen an deren "Herkunft" gestellt werden könnten. Soweit nach der Rechtsprechung des EuGH aus Gründen der praktischen Wirksamkeit der Rechte des Unionsbürgers aus Art. 21 AEUV ein abgeleitetes Aufenthaltsrecht für den drittstaatsangehörigen Elternteil nicht geboten sei, wenn das Führen eines "normalen Familienlebens" auch durch Gewährung eines nationalen Aufenthaltsrechts erreicht werden könne, komme vorliegend insbesondere eine Aufenthaltserlaubnis aus humanitären Gründen nach § 25

Abs. 5 AufenthG in Betracht. Zwar habe der Kläger (derzeit) keine solche Aufenthaltserlaubnis. Auch sei im Rahmen der nachträglichen Verkürzung der zuletzt erteilten Aufenthaltserlaubnis durch Bescheid vom 22. Februar 2017 ein Anspruch auf Erteilung eines humanitären Aufenthaltsrechts (noch) verneint worden. Allerdings habe sich die Sachlage mit Geburt des Kindes grundlegend geändert. So spreche nunmehr für den Erhalt eines solchen Aufenthaltstitels zum einen schon, dass der Beklagte spätestens mit Erteilung (und Verlängerung) der Duldung für den Kläger ab dem 11. Juli 2018 die Unmöglichkeit seiner Abschiebung aus rechtlichen Gründen dokumentiert habe. Hieran dürfte sich schon im Hinblick auf die unmittelbar bevorstehende Geburt eines weiteren gemeinsamen Kindes des Klägers und seiner Lebensgefährtin nichts ändern. Zum anderen habe der Beklagte die Erteilung eines Aufenthaltstitels nach § 25 Abs. 5 AufenthG in der mündlichen Verhandlung in Aussicht gestellt bzw. zugesagt. Die Erteilungsvoraussetzungen für eine Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 5 AufenthG lägen vor. Für die Gewährleistung der praktischen Wirksamkeit des Freizügigkeitsrechts des Unionsbürgerkindes bedürfe es auch nicht eines rückwirkend erteilten nationalen Aufenthaltstitels. Der Kläger habe bislang aber die Erteilung eines nationalen Aufenthaltstitels nach § 25 Abs. 5 AufenthG nicht beantragt, weshalb er das Fehlen eines Aufenthaltsrechts bzw. -titels nicht einwenden könne. Die Nichtanerkennung eines aus Art. 21 AEUV abgeleiteten Aufenthaltsrechts für den Kläger aufgrund der möglichen Gewährung eines nationalen Aufenthaltstitels führe nicht dazu, dass dies den Unionsbürger (das Kind des Klägers) in seiner Freizügigkeit beeinträchtige, weil es ihn nicht davon abhalten werde, von seinem Recht Gebrauch zu machen, in den Aufnahmemitgliedstaat einzureisen und sich dort aufzuhalten. Das Recht auf Führen eines "normalen Familienlebens" im Aufnahmemitgliedstaat aus Art. 21 AEUV werde auch mit Erteilung eines nationalen Aufenthaltstitels sichergestellt, sodass sich mangels Vorliegens eines Kollisionsfalles die Frage des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts hier nicht stelle. Der Kläger habe auch keinen Anspruch auf Ausstellung einer Bescheinigung analog § 5 Abs. 1 Satz 1 FreizügG/EU in Verbindung mit Art. 20 AEUV. Im Falle der Verweigerung eines abgeleiteten unionsrechtlichen Aufenthaltsrechts im Aufnahmemitgliedstaat stünde dem Kläger ein Recht zu, sein Kind und die Kindesmutter in deren Herkunftsstaat (Ungarn) zu begleiten, sodass sein Kind nicht gezwungen werde, das Gebiet der Union als Ganzes zu verlassen.

- 7 Nach Ergehen des Berufungsurteils am 25. Juni 2019 hat der Kläger am 28. Juni 2019 die Kindesmutter geheiratet, und es wurde ihm rückwirkend auf den Zeitpunkt der Eheschließung eine Aufenthaltskarte als Ehegatte einer Unionsbürgerin erteilt.
- 8 Mit seiner vom Verwaltungsgerichtshof zugelassenen Revision begehrt der Kläger deshalb nur noch die Feststellung des Bestehens eines unionsrechtlichen Aufenthaltsrechts im Sinne des FreizügG/EU aus Art. 21 AEUV im Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung in der Berufungsinstanz und die Feststellung der Verpflichtung des Beklagten zur Ausstellung einer entsprechenden Bescheinigung.
- 9 Die Umstellung auf ein Feststellungsbegehren im Revisionsverfahren sei zulässig; die rückwirkende Erteilung der Bescheinigung vermittele dem Kläger keine günstigere Rechtsposition gegenüber der Feststellung eines Aufenthaltsrechts. Die Entscheidung des Berufungsgerichts stehe nicht im Einklang mit Bundesrecht, soweit es annehme, eine nur auf Antrag und nach Ermessen zu erteilende Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 5 AufenthG stelle eine adäquate Bescheinigung zum Nachweis des Bestehens eines Aufenthaltsrechts dar, die keinen Raum für ein aus Gründen der praktischen Wirksamkeit der Rechte des Unionsbürgerkindes aus Art. 21 AEUV abgeleitetes unionsrechtliches Aufenthaltsrecht beließe.
- 10 Der Beklagte hält die Klageänderung für unzulässig; es fehle an einem Feststellungsinteresse. Er verteidigt das Berufungsurteil, soweit es das unionsrechtliche Aufenthaltsrecht gegenüber der Möglichkeit der Erteilung eines nationalen Aufenthaltstitels als nachrangig ansieht.
- 11 Der Vertreter des Bundesinteresses beim Bundesverwaltungsgericht beteiligt sich am Verfahren, teilt die Rechtsauffassung des Berufungsgerichts und verweist auf die Revisionserwiderung des Beklagten.

## II

- 12 Die zulässige Revision des Klägers ist mit dem Ergebnis der Zurückverweisung an den Verwaltungsgerichtshof begründet. Die ursprüngliche Klage konnte im Revisionsverfahren zulässigerweise auf eine Feststellungsklage umgestellt werden (1.). Die Auffassung des Verwaltungsgerichtshofs, die Möglichkeit der Erteilung eines nationalen Aufenthaltstitels stehe einem abgeleiteten Freizügigkeitsrecht aus Art. 21 Abs. 1 AEUV entgegen, verstößt gegen Bundesrecht (§ 137 Abs. 1 Satz 1 VwGO) (2.). Nicht im Einklang mit Unionsrecht steht dessen weitere Auffassung, die Ableitung eines unionsrechtlichen Aufenthaltsrechts aus Art. 21 Abs. 1 AEUV für den drittstaatsangehörigen Elternteil eines Unionsbürgerkindes sei auch dann möglich, wenn das Kind selbst nur ein abgeleitetes Freizügigkeitsrecht im Aufnahmemitgliedstaat hat (3.). Der Senat kann mangels tatsächlicher Feststellungen zur Ausübung der elterlichen Sorge und der Sicherung der Existenzmittel für das Kind über den Rechtsstreit nicht abschließend entscheiden (§ 144 Abs. 3 Nr. 1 VwGO), sodass das Verfahren an den Verwaltungsgerichtshof zurückzuverweisen ist (§ 144 Abs. 3 Nr. 2 VwGO) (3.b.).
- 13 1. Die im Revisionsverfahren (nur noch) auf Feststellung des Bestehens eines vom Kind abgeleiteten unionsrechtlichen Aufenthaltsrechts aus Art. 21 AEUV im Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung vor dem Verwaltungsgerichtshof gerichtete Klage ist zulässig.
- 14 a. Ein Aufenthaltsrecht aus Art. 21 Abs. 1 AEUV vermittelt eine Freizügigkeitsberechtigung im Sinne des § 2 Abs. 1 FreizügG/EU (vgl. unten unter 2.b.), dem durch Ausstellung einer Aufenthaltskarte nach § 5 FreizügG/EU Rechnung zu tragen ist. Die Aufenthaltskarte stellt lediglich deklaratorisch das Bestehen eines unionsrechtlichen Aufenthaltsrechts fest (vgl. BT-Drs. 17/10746, S. 11). Es handelt sich dabei - wie bei der Bescheinigung über das Bestehen eines Daueraufenthaltsrechts nach § 5 Abs. 5 FreizügG/EU (vgl. hierzu BVerwG, Urteil vom 31. Mai 2012 - 10 C 8.12 - Buchholz 402.261 § 4a FreizügG/EU Nr. 3 Rn. 12) - nicht um einen feststellenden Verwaltungsakt im Sinne des § 35 VwVfG, sondern um schlicht hoheitliches Handeln (vgl. Dienelt, in: Bergmann/Dienelt,

AuslR, 13. Aufl. 2020, § 5 FreizügG/EU Rn. 20 und 28), das mit der allgemeinen Leistungsklage zu verfolgen ist.

- 15 b. Der Kläger hat daher in den Vorinstanzen zu Recht einen Antrag auf Verurteilung des Beklagten zur Ausstellung einer Aufenthaltskarte gestellt. Dieser Antrag war bei sachdienlicher Auslegung auf die Ausstellung einer Aufenthaltskarte mit Wirkung für die Zukunft gerichtet und war deshalb vom Berufungsgericht nach der Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht zu beurteilen. Das ursprüngliche Begehren hat sich allerdings im Revisionsverfahren erledigt, weil der Kläger nach Ergehen des Berufungsurteils die Mutter seines Kindes geheiratet hat und ihm daraufhin eine Aufenthaltskarte als Ehegatte einer Unionsbürgerin ausgestellt worden ist. Dem hat der Kläger im Revisionsverfahren durch Umstellung seines Leistungsantrags auf einen Feststellungsantrag - bezogen auf den Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht - Rechnung getragen. Dies stellt keine im Revisionsverfahren unzulässige Klageänderung dar, weil sich § 142 Abs. 1 Satz 1 VwGO nicht auf eine nach § 173 Satz 1 VwGO i.V.m. § 264 ZPO privilegierte Klageänderung erstreckt. Soweit sich der Kläger auf ein von seinem Kind abgeleitetes unionsrechtliches Aufenthaltsrecht beruft, stützt sich dies der Sache nach auf keinen anderen Lebenssachverhalt als das noch im Berufungsverfahren verfolgte Begehren auf Erteilung einer Aufenthaltskarte bzw. Bescheinigung mit Wirkung für die Zukunft. Die Umstellung des Klageantrages stellt mangels Veränderung des Klagegrundes gem. § 264 Nr. 2 ZPO keine Klageänderung dar. Da der Kläger (nur) eine auf den Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht bezogene Feststellung begehrt, führt die Antragsumstellung auch nicht zu einer Zeitpunktverschiebung, sodass der Prüfung des Revisionsgerichts kein Sachverhalt zugrunde liegt, der nicht bereits der tatrichterlichen Würdigung durch das Berufungsgericht unterlag (vgl. Kraft, in: Eyermann, VwGO, 15. Aufl. 2019, § 142 Rn. 6). Der Kläger hat auch das nach § 43 Abs. 1 VwGO erforderliche Feststellungsinteresse, weil die begehrte Feststellung zur Sicherung der "Früchte des Prozesses" geeignet ist, seine Rechtsposition hinsichtlich einer möglichen weiteren Aufenthaltsverfestigung - etwa im Hinblick auf ein Daueraufenthaltsrecht oder eine Einbürgerung - verbindlich zu klären (vgl. BVerwG, Urteil vom 19. April 2018 - 1 C 29.17 - BVerwGE 162, 44 Rn. 43 m.w.N.).

- 16 2. Die Auffassung des Verwaltungsgerichtshofs, die Möglichkeit der Erteilung eines nationalen Aufenthaltstitels nach § 25 Abs. 5 AufenthG stehe einem abgeleiteten Freizügigkeitsrecht aus Art. 21 Abs. 1 AEUV entgegen, verstößt gegen Bundesrecht (§ 137 Abs. 1 Satz 1 VwGO). Der Kläger hat zwar kein Aufenthaltsrecht in unmittelbarer Anwendung des Freizügigkeitsgesetzes/EU (a.). Für den Kläger als drittstaatsangehörigem Familienangehörigen eines Unionsbürgers kam im maßgeblichen Feststellungszeitpunkt aber ein aus Art. 21 Abs. 1 AEUV abgeleitetes Aufenthaltsrecht in Betracht (b.), bei dem es sich um ein eigenständiges Freizügigkeitsrecht handelt und dem die Möglichkeit der Erteilung eines nationalen Aufenthaltstitels nicht entgegensteht (c.).
- 17 a. Der Kläger hatte zum maßgeblichen Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht keinen Anspruch auf Ausstellung einer Aufenthaltskarte in unmittelbarer Anwendung von § 5 Abs. 1 Satz 1 FreizügG/EU, weil er kein Familienangehöriger der Unionsbürgerin und Kindesmutter im Sinne von § 3 Abs. 2 Nr. 1 FreizügG/EU war. Als Vater des Kindes und damit dessen Verwandter in gerader aufsteigender Linie (§ 3 Abs. 2 Nr. 2 FreizügG/EU) erhielt er von dem Kind keinen Unterhalt.
- 18 b. Mit den Vorinstanzen ist aber davon auszugehen, dass der Anwendungsbereich des Art. 21 Abs. 1 AEUV für das vom Kläger als drittstaatsangehöriger Familienangehöriger eines Unionsbürgers beanspruchte Aufenthaltsrecht eröffnet ist.
- 19 aa. Gemäß Art. 21 Abs. 1 AEUV hat jeder Unionsbürger das Recht, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten vorbehaltlich der in den Verträgen und in den Durchführungsvorschriften vorgesehenen Beschränkungen und Bedingungen frei zu bewegen und aufzuhalten (Freizügigkeitsrecht). Der EuGH hat in besonders gelagerten Fallkonstellationen anerkannt, dass drittstaatsangehörige Familienangehörige eines Unionsbürgers, die zwar aus der Richtlinie 2004/38/EG kein abgeleitetes Recht auf Aufenthalt in einem Mitgliedstaat herleiten können, dennoch auf der Grundlage von Art. 21 Abs. 1 AEUV die Anerkennung eines Rechts erreichen können (EuGH, Urteile vom 12. März 2014 - C-456/12 [ECLI:EU:C:2014:135], O. und B. - Rn. 44 ff., vom 10. Mai 2017 - C-133/15 [ECLI:EU:

C:2017:354], Chavez-Vilchez u.a. - Rn. 54 und vom 27. Juni 2018 - C-230/17 [ECLI:EU:C:2018:497], Altiner u. Ravn - Rn. 27 m.w.N.). Ein unmittelbar aus Art. 21 Abs. 1 AEUV hergeleitetes Aufenthaltsrecht für Familienangehörige eines Unionsbürgers vermittelt nicht nur ein Recht auf Einreise, Aufenthalt und Wohnsitznahme, sondern ein Freizügigkeitsrecht im Sinne des § 2 Abs. 1 FreizügG/EU. In Art. 21 Abs. 1 AEUV ist die Freizügigkeit der Unionsbürger primärrechtlich verankert, die auch das Recht umfasst, im Aufnahmemitgliedstaat ein normales Familienleben zu führen. Dieses Aufenthaltsrecht steht auf einer Stufe mit den Freizügigkeitsrechten aus der Richtlinie 2004/38/EG. In Fällen, in denen drittstaatsangehörigen Familienangehörigen eines Unionsbürgers zwar aus der Richtlinie 2004/38/EG kein Recht auf Aufenthalt zusteht, sie aber dennoch auf der Grundlage des Art. 21 Abs. 1 AEUV "ein solches Aufenthaltsrecht" herleiten können, darf dies in den Voraussetzungen für die Gewährung nicht strenger sein als das Aufenthaltsrecht nach der Richtlinie 2004/38/EG, die darauf anzuwenden ist (vgl. EuGH, Urteile vom 12. März 2014 - C-456/12, O. und B. - Rn. 50 und 61 und vom 14. November 2017 - C-165/16 [ECLI:EU:C:2017:862], Lounes - Rn. 45 und 61).

- 20 (1) Nach der Rechtsprechung des EuGH steht Verwandten, die mangels Unterhaltsgewährung in aufsteigender Linie nicht Familienangehörige im Sinne von Art. 2 Nr. 2 Buchst. d RL 2004/38/EG sind, dennoch aus Art. 21 AEUV und der Richtlinie 2004/38/EG ein Aufenthaltsrecht als drittstaatsangehöriger Elternteil zu, wenn sie tatsächlich für das Kind sorgen und dieses über ausreichende Existenzmittel im Sinne von Art. 7 Abs. 1 Buchst. b RL 2004/38/EG verfügt (vgl. EuGH, Urteile vom 10. Oktober 2013 - C-86/12 [ECLI:EU:C:2013:645], Alokpa - Rn. 29, vom 8. November 2012 - C-40/11 [ECLI:EU:C:2012:691], Iida - Rn. 68 f. und vom 19. Oktober 2004 - C-200/02 [ECLI:EU:C:2004:639], Zhu und Chen - Rn. 45). Begründet hat der EuGH dies damit, dass ansonsten dem Aufenthaltsrecht des Kindes jede praktische Wirksamkeit genommen werde. Denn der Genuss des Aufenthaltsrechts durch ein Kind im Kleinkindalter setze offenkundig voraus, dass sich die für das Kind tatsächlich sorgende Person bei diesem aufhalten dürfe (EuGH, Urteil vom 19. Oktober 2004 - C-200/02, Zhu und Chen - Rn. 45).

21 (2) Nach der Rechtsprechung des EuGH können außerdem in bestimmten Fällen drittstaatsangehörige Familienangehörige eines Unionsbürgers, die aus der Richtlinie 2004/38/EG kein abgeleitetes Recht auf Aufenthalt in dem Mitgliedstaat, dessen Staatsangehörigkeit dieser Unionsbürger besitzt, herleiten können, auf der Grundlage von Art. 21 Abs. 1 AEUV die Anerkennung eines solchen Rechts erreichen (vgl. EuGH, Urteile vom 12. März 2014 - C-456/12, O. und B. - Rn. 44 ff., vom 10. Mai 2017 - C-133/15, Chavez-Vilchez u. a. - Rn. 54, vom 14. November 2017 - C-165/16, Lounes - Rn. 46 und vom 27. Juni 2018 - C-230/17, Altiner u. Ravn - Rn. 26). Die diesen Entscheidungen zugrunde liegenden Fälle betrafen sämtlich Sachverhalte, in denen die Anwendung der Richtlinie 2004/38/EG auf Familienangehörige daran scheiterte, dass diese Richtlinie dem Unionsbürger ein eigenes Aufenthaltsrecht und seinen Familienangehörigen ein abgeleitetes Aufenthaltsrecht nur gewährt, wenn der Unionsbürger von seinem Recht auf Freizügigkeit Gebrauch gemacht hat, indem er sich in einem anderen Mitgliedstaat niederlässt als demjenigen, dessen Staatsangehörigkeit er besitzt. Denn die Richtlinie 2004/38/EG regelt nur die Voraussetzungen, unter denen ein Unionsbürger in andere Mitgliedstaaten als in den seiner eigenen Staatsangehörigkeit einreisen und sich dort aufhalten darf. Aus ihr können daher Drittstaatsangehörige, die Familienangehörige eines Unionsbürgers sind, kein abgeleitetes Recht auf Aufenthalt in dem Mitgliedstaat herleiten, dessen Staatsangehörigkeit der Unionsbürger besitzt (EuGH, Urteile vom 12. März 2014 - C-456/12 - Rn. 50, vom 10. Mai 2017 - C-133/15 - Rn. 52 f. und vom 14. November 2017 - C-165/16 - Rn. 43). Beruft sich ein Unionsbürger - etwa als Staatsangehöriger mehrerer Mitgliedstaaten gegenüber einem dieser Mitgliedstaaten oder als Rückkehrer in den Herkunftsmitgliedstaat - in seiner Eigenschaft als Unionsbürger, der von seinem Recht, sich in einem anderen Mitgliedstaat frei zu bewegen und aufzuhalten, Gebrauch gemacht hat, auf die mit dieser Eigenschaft verbundenen Rechte, kann ein Familienangehöriger dieses Unionsbürgers in entsprechender Anwendung der Voraussetzungen der Richtlinie 2004/38/EG ein abgeleitetes Aufenthaltsrecht aus Art. 21 Abs. 1 AEUV geltend machen (EuGH, Urteile vom 12. März 2014 - C-456/12 - Rn. 36 und 49 f., vom 10. Mai 2017 - C-133/15 - Rn. 54, vom 14. November 2017 - C-165/16 - Rn. 55 und 61, vom 27. Juni 2018 - C-230/17 - Rn. 27 und 30 und vom 5. Juni 2018 - C-673/16 [ECLI:EU:C:2018:385], Coman - Rn. 25 und 31).

- 22 (3) Der Entwurf eines Gesetzes zur aktuellen Anpassung des Freizügigkeitsgesetzes/EU und weiterer Vorschriften an das Unionsrecht vom 19. August 2020 (BT-Drs. 19/21750, S. 35 f.) trägt dieser Rechtsprechung erkennbar Rechnung, indem er in § 1 Abs. 2 Nr. 6 der Entwurfsfassung den Anwendungsbereich des Freizügigkeitsgesetzes/EU ausdrücklich auf Familienangehörige und nahestehende Personen von Deutschen erstreckt, die von ihrem Recht auf Freizügigkeit nach Art. 21 AEUV nachhaltig Gebrauch gemacht haben und für diesen Personenkreis in § 12a der Entwurfsfassung eine entsprechende Anwendung der für Familienangehörige und nahestehende Personen von Unionsbürgern geltenden Regelungen anordnet. Im Gesetzentwurf nicht erwähnt wird allerdings die unter (1) beschriebene Fallgruppe der drittstaatsangehörigen Elternteile, die mangels Unterhaltsgewährung durch ihr Kind zwar nicht Familienangehörige im Sinne von Art. 2 Nr. 2 Buchst. d RL 2004/38/EG sind, denen aber aus Art. 21 Abs. 1 AEUV und der Richtlinie 2004/38/EG wegen tatsächlicher Ausübung der Sorge für ein Unionsbürgerkind und bei ausreichenden Existenzmitteln im Sinne von Art. 7 Abs. 1 Buchst. b RL 2004/38/EG ein Aufenthaltsrecht zusteht.
- 23 bb. Der Kläger erfüllt nicht die Voraussetzungen der unter aa.(2) geschilderten Fallgruppe, weil nicht festgestellt ist, dass das Kind neben der ungarischen auch die deutsche Staatsangehörigkeit besitzt. Beim Kläger geht es auch nicht um die Fortführung eines in einem anderen Mitgliedstaat mit einem Familienangehörigen auf der Grundlage und unter Beachtung des Unionsrechts entwickelten und geführten Familienlebens im Herkunftsmitgliedstaat (vgl. hierzu EuGH, Urteil vom 27. Juni 2018 - C- 230/17, - Rn. 31 ff.). Der Kläger unterfällt dagegen möglicherweise der unter aa.(1) beschriebenen Fallgruppe, wenn er im maßgeblichen Zeitpunkt tatsächlich für das Kind gesorgt und dieses über die erforderlichen Existenzmittel im Sinne von Art. 7 Abs. 1 Buchst. b RL 2004/38/EG verfügt hat (s.u. 3.).
- 24 c. Ein unmittelbar aus Art. 21 Abs. 1 AEUV hergeleitetes Aufenthaltsrecht für drittstaatsangehörige Familienangehörige von Unionsbürgern vermittelt ein Freizügigkeitsrecht im Sinne des § 2 Abs. 1 FreizügG/EU, auf das die Richtlinie 2004/38/EG entsprechend anwendbar ist (s.o. unter b.aa.). Anders als ein aus Art. 20 AEUV resultierendes Aufenthaltsrecht, das nur "ausnahmsweise" oder bei "Vorliegen ganz besondere(r) Sachverhalte" besteht (BVerwG, Urteil vom

12. Juli 2018 - 1 C 16.17 - BVerwGE 162, 349, Rn. 34 m.w.N. zur Rspr. des EuGH) und gegenüber dem Recht aus Art. 21 AEUV nachrangig ist (vgl. EuGH, Urteil vom 10. Mai 2017 - C-133/15, - Rn. 56 f.), handelt es sich bei dem aus Art. 21 Abs. 1 AEUV abgeleiteten Freizügigkeitsrecht um ein vollwertiges und eigenständiges Recht, in das Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats einzureisen und sich dort aufzuhalten. Es wird unabhängig von der Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis oder dergleichen seitens des Aufnahmestaats unmittelbar Kraft primären Unionsrechts oder, je nach Sachlage, durch die zu dessen Umsetzung ergangenen Bestimmungen erworben (vgl. EuGH, Urteil vom 8. April 1976 - C-48/75 [ECLI:EU:C:1976:57], Royer - Rn. 31 ff.).

25 Ungeachtet des Umstandes, dass der Kläger zum maßgeblichen Feststellungszeitpunkt nicht im Besitz eines Aufenthaltstitels war, sich die Zusicherung der Erteilung einer humanitären Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 5 AufenthG an den Kläger durch den Beklagten in der mündlichen Verhandlung vor dem Verwaltungsgerichtshof nicht auf eine rückwirkende Erteilung bezieht und der Kläger den für die Erteilung gemäß § 81 Abs. 1 AufenthG erforderlichen Antrag nicht gestellt hatte, kann dem aus Art. 21 Abs. 1 AEUV abgeleiteten Aufenthaltsrecht des Klägers jedenfalls die Möglichkeit des Bestehens eines Anspruchs auf Erteilung einer nationalen Aufenthaltserlaubnis nicht entgegengehalten werden (vgl. § 1 Abs. 2 Nr. 1 AufenthG, § 11 Abs. 1 FreizügG/EU).

26 3. Entgegen der Auffassung des Verwaltungsgerichtshofs ist die Ableitung eines unionsrechtlichen Aufenthaltsrechts aus Art. 21 Abs. 1 AEUV für den drittstaatsangehörigen Elternteil eines Unionsbürgerkindes nicht möglich, wenn das Kind selbst (nur) ein abgeleitetes Freizügigkeitsrecht im Aufnahmemitgliedstaat hat (UA S. 12 f.) (a.). Der Senat kann über das Bestehen des Rechts für den Kläger im maßgeblichen Feststellungszeitpunkt nicht abschließend entscheiden, weil es an den bei unionsrechtskonformer Betrachtung der Voraussetzungen des Aufenthaltsrechts erforderlichen tatsächlichen Feststellungen fehlt (b.).

27 a. Nach obigen Ausführungen kommt ein unmittelbar aus Art. 21 Abs. 1 AEUV resultierendes Aufenthaltsrecht des Klägers nur in Betracht, wenn er im maßgeblichen Zeitpunkt tatsächlich für das Kind gesorgt und dieses über die erforderlichen Existenzmittel im Sinne von Art. 7 Abs. 1 Buchst. b RL 2004/38/EG

verfügt hat. Beruft sich ein Drittstaatsangehöriger (hier der Kläger) auf ein aus der Freizügigkeitsgarantie für Unionsbürger nach Art. 21 Abs. 1 AEUV abgeleitetes Aufenthaltsrecht zur Führung eines normalen Familienlebens in einem anderen EU-Mitgliedstaat als dem, dessen Staatsangehörigkeit der Unionsbürger besitzt, muss die Referenzperson, von der er das Recht ableitet (hier das Kind), im Aufnahmemitgliedstaat aus eigenem Recht freizügigkeitsberechtigt sein; ein lediglich vom anderen Elternteil (hier der Mutter) abgeleitetes Freizügigkeitsrecht des Kindes reicht hierfür nicht. Denn nach Art. 7 Abs. 2 RL 2004/38/EG ist für ein abgeleitetes Aufenthaltsrecht eines drittstaatsangehörigen Familienangehörigen erforderlich, dass die Referenzperson ihrerseits aus eigenem Recht (also nach Art. 7 Abs. 1 Buchst a bis c RL 2004/38/EG) und nicht lediglich aus abgeleitetem Recht (nach Art. 7 Abs. 1 Buchst. d RL 2004/38/EG) freizügigkeitsberechtigt ist. Die Referenzperson muss insbesondere die Voraussetzungen des Art. 7 Abs. 1 Buchst. b RL 2004/38/EG in eigener Person erfüllen (vgl. EuGH, Urteil vom 10. Oktober 2013 - C-86/12, Alokpa - Rn. 29). Auf diese Voraussetzung kann hier nicht deshalb verzichtet werden, weil das Kind nach den Feststellungen des Berufungsgerichts jedenfalls in dem für seine Entscheidung maßgeblichen Zeitpunkt - unabhängig von der Voraussetzung des Art. 7 Abs. 1 Buchst. b RL 2004/38/EG - abgeleitet von seiner Mutter als Arbeitnehmerin freizügigkeitsberechtigt war.

- 28 b. Die danach erforderlichen Feststellungen zum Umfang der elterlichen Sorge (aa.) und der Verfügbarkeit von Existenzmitteln für das Kind (bb.) hat der Verwaltungsgerichtshof - nach seiner Rechtsauffassung folgerichtig - nicht getroffen, so dass die Sache deshalb gemäß § 144 Abs. 3 Nr. 2 VwGO unter Aufhebung des Berufungsurteils zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung an den Verwaltungsgerichtshof zurückzuverweisen ist.
- 29 aa. Der Rechtsprechung des EuGH lagen zwar nur Fälle zugrunde, in denen der drittstaatsangehörige Elternteil allein oder zumindest vorrangig gegenüber dem anderen Elternteil für das Kind sorgte (EuGH, Urteile vom 10. Oktober 2013 - C-86/12, Alokpa - Rn. 29, vom 8. November 2012 - C-40/11, Iida - Rn. 68 f. und vom 19. Oktober 2004 - C-200/02, Zhu und Chen - Rn. 45). Daraus kann aber nicht der Umkehrschluss gezogen werden, dass ein Aufenthaltsrecht des drittstaatsangehörigen Elternteils schon dann entfällt, wenn dieser die elterliche

Sorge zusammen mit einem anderen (freizügigkeitsberechtigten) Elternteil wahrnimmt. Vielmehr genügt für ein abgeleitetes Aufenthaltsrecht eines die Sorge tatsächlich ausübenden drittstaatsangehörigen Elternteils, wenn "die Eltern" die Personensorge wahrnehmen (vgl. zu Art. 12 VO (EWG) Nr. 1612/68: EuGH, Urteil vom 17. September 2002 - C-413/99 [ECLI:EU:C:2002:493], Baumbast und R. - Rn. 71 ff.).

- 30 Der Verwaltungsgerichtshof wird deshalb zu berücksichtigen haben, dass die elterliche Sorge nach Aktenlage zum maßgeblichen Feststellungszeitpunkt rechtlich beiden Elternteilen zugestanden hat und nach den Angaben des Klägers und der Kindesmutter auch tatsächlich von beiden ausgeübt wurde. Ungeachtet des tatsächlichen Anteils der Elternteile dürfte die Voraussetzung der Ausübung der (gemeinsamen) elterlichen Sorge für ein Kind jedenfalls regelmäßig bei Fehlen entgegenstehender Anhaltspunkte in Fällen erfüllt sein, in denen die Familie in einem gemeinsamen Haushalt zusammenlebt.
- 31 bb. Die in Art. 7 Abs. 1 Buchst b RL 2004/38/EG für ein eigenständiges Freizügigkeitsrecht des Familienangehörigen aufgestellte Voraussetzung der Verfügbarkeit ausreichender Existenzmittel ist dahin auszulegen, dass es genügt, wenn diese Mittel dem Unionsbürger zur Verfügung stehen, auch wenn sie letztlich vom drittstaatsangehörigen Elternteil stammen (EuGH, Urteile vom 10. Oktober 2013 - C-86/12, Alokpa - Rn. 27, vom 16. Juli 2015 - C-218/14 [ECLI:EU:C:2015:476], Singh u. a., - Rn. 76 und vom 19. Oktober 2004 - C-200/02, Zhu und Chen - Rn. 28 und 30).
- 32 Da das Recht auf Freizügigkeit als ein grundlegendes Prinzip des Unionsrechts die Grundregel darstellt, sind die in Art. 7 Abs. 1 Buchst. b RL 2004/38 festgelegten Voraussetzungen unter Einhaltung der vom Unionsrecht gezogenen Grenzen und des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit auszulegen (vgl. EuGH, Urteil vom 19. September 2013 - C-140/12 [ECLI:EU:C:2013:565], Brey - Rn. 70 m.w.N.). Deshalb muss es einem drittstaatsangehörigen Elternteil, der sich auf ein Aufenthaltsrecht aus Art. 21 Abs. 1 AEUV beruft, tatsächlich möglich sein, einer Erwerbstätigkeit nachzugehen, um die Existenzmittel für das Unionsbürgerkind, von dem er sein Aufenthaltsrecht ableiten will, zu sichern. Dabei kommt es nicht auf die Herkunft der Existenzmittel an (EuGH, Urteile vom

19. Oktober 2004 - C-200/02, Zhu und Chen - Rn. 30, sowie vom 10. Oktober 2013 - C-86/12, Alokpa - Rn. 27); die Mittel können auch aus einer illegalen Beschäftigung stammen (EuGH, Urteil vom 2. Oktober 2019 - C-93/18 [ECLI:EU:C:2019:809] - Rn. 48). Dem drittstaatsangehörigen Elternteil, der sich auf ein abgeleitetes unionsrechtliches Aufenthaltsrecht beruft, kann ein fehlendes Erwerbseinkommen aber jedenfalls dann nicht entgegengehalten werden, wenn er sich tatsächlich und nachhaltig um die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit zur Sicherung der Existenzmittel für das Unionsbürgerkind bemüht hat, ihm die Ausübung einer Erwerbstätigkeit aber von der Ausländerbehörde verwehrt worden ist.

33 Deshalb kann das Vorliegen der Voraussetzungen des Art. 7 Abs. 1 Buchst. b RL 2004/38/EU für das Kind des Klägers nicht allein deshalb verneint werden, weil er im maßgeblichen Feststellungszeitpunkt tatsächlich kein Erwerbseinkommen erzielt hat. Denn dies beruhte nach Aktenlage darauf, dass die Ausländerbehörde dem Kläger die (weitere) Ausübung einer Erwerbstätigkeit mit der rückwirkenden Verkürzung der Geltungsdauer der dazu berechtigenden Aufenthaltserlaubnis als Ehegatte einer deutschen Staatsangehörigen und der Erteilung einer Duldung ohne Gestattung der Aufnahme einer Erwerbstätigkeit trotz der Sorge für sein hier lebendes Unionsbürgerkind verwehrte.

34 4. Die Kostenentscheidung bleibt der Schlussentscheidung vorbehalten.

Prof. Dr. Berlitz

Fricke

Dr. Fleuß

Böhmman

Dr. Wittkopp

### B e s c h l u s s

Der Wert des Streitgegenstandes wird für das Revisionsverfahren auf 5 000 € festgesetzt (§ 47 Abs. 1 i.V.m. § 52 Abs. 2 GKG).

Prof. Dr. Berlitz

Fricke

Böhmman