

Zum Aufenthaltsrecht von Familienangehörigen im europäischen Gemeinschaftsrecht

Astrid Epiney/Andrea Faeh

Dieser Beitrag wurde erstmals wie folgt veröffentlicht:

Astrid Epiney/Andrea Faeh, Zum Aufenthaltsrecht von Familienangehörigen im europäischen Gemeinschaftsrecht, in: Alberto Achermann/Martina Caroni/Astrid Epiney/Walter Kälin/Minh Son Nguyen (Hrsg.), Jahrbuch für Migrationsrecht / Annuaire du droit de la migration 2005/2006, Bern 2006, S. 49-90. Es ist möglich, dass die Druckversion – die allein zitierfähig ist – im Verhältnis zu diesem Manuskript geringfügige Modifikationen enthält.

I. Einleitung

Im Zentrum europarechtlicher Untersuchungen in Bezug auf Aufenthaltsrechte stehen in der Regel die Rechte von Unionsbürgern (teilweise auch Drittstaatsangehörigen¹) auf Aufenthalt in einem (anderen) Mitgliedstaat bzw. auf Aufenthalt in der Europäischen Union. So sehen bereits die Verträge selbst unter bestimmten Voraussetzungen Aufenthaltsrechte für Unionsbürger vor: Zu erwähnen sind insbesondere die diesbezüglichen aus den Grundfreiheiten ableitbaren Rechte (Art. 39 EGV in Bezug auf die Arbeitnehmerfreizügigkeit, Art. 43 EGV in Bezug auf die Niederlassungsfreiheit und Art. 49 EGV in Bezug auf die Dienstleistungsfreiheit)² sowie Art. 18 EGV, der primärrechtlich das Aufenthaltsrecht von Unionsbürgern verankert.³

¹ Hierzu in Bezug auf die bedeutendsten Assoziationsabkommen ausführlich m.w.N. *Walter Frenz*, Handbuch Europarecht. Band 1. Europäische Grundfreiheiten, 2004, 492 ff.; in Bezug auf die Rechtsstellung unter dem Freizügigkeitsabkommen Schweiz – EG *Astrid Epiney*, Das Abkommen über die Personenfreizügigkeit – Überblick und ausgewählte Aspekte, in: Alberto Achermann/Astrid Epiney/Walter Kälin/Minh Son Nguyen (Hrsg.), Jahrbuch für Migrationsrecht / Annuaire du droit de la migration 2004/2005, Bern 2005, 45 ff.

² Vgl. etwa zum aus Art. 39 EGV fließenden Recht auf Aufenthalt bereits EuGH, Rs. 48/75 (Royer), Slg. 1976, 497, Rn. 30 ff.; aus der Literatur ausführlich m.w.N. *Frenz*, Handbuch Europarecht (Fn. 1), 568 ff., 716 ff., 941 f., in Bezug auf die drei genannten Grundfreiheiten.

³ Vgl. dazu EuGH, Rs. C-413/99 (Baumbast), Slg. 2002, I-7091; EuGH, Rs. C-200/02 (Zhu, Chen), Slg. 2004, I-9925. Aus der Literatur m.w.N. *Astrid Epiney*, Europäische Verfassung und Legitimation durch die Unionsbürger – Zu den Rechten der Unionsbürger in der Verfassung für Europa -, in: Stefan Kadelbach (Hrsg.),

Bereits früh trug jedoch das europäische Gemeinschaftsrecht dem Umstand Rechnung, dass die Effektivität der Gewährung von Aufenthaltsrechten maßgeblich (auch) davon abhängt, ob und unter welchen Voraussetzungen auch Familienangehörigen aufenthaltsberechtigter Personen ein Aufenthaltsrecht zukommt,⁴ ist es doch für einen Unionsbürger weniger attraktiv, die Grundfreiheiten auszuüben, wenn er seine Familienangehörigen im Ursprungsland zurücklassen müsste. Im weiteren Verlauf der Entwicklung wurden die Rechte auf Familiennachzug denn auch immer weiter ausgedehnt. Der vorliegende Beitrag setzt es sich zum Ziel, die verschiedenen Aspekte und Facetten des Rechts auf Familiennachzug im Gemeinschaftsrecht näher zu beleuchten, wobei eine Beschränkung auf die „abgeleiteten“ Aufenthaltsrechte von Familienangehörigen erfolgt, die „originären“ Aufenthaltsrechte der Unionsbürger oder Drittstaatsangehöriger also weitgehend ausgespart werden und nur insoweit betrachtet werden, als dies für die Erörterung des Aufenthaltsrechts von Familienangehörigen notwendig ist. Zu unterscheiden sind dabei die sich aus dem Primärrecht ergebenden Aufenthaltsrechte von Familienangehörigen (II.) von denjenigen, die im Sekundärrecht garantiert werden (III.).

Dabei kann zwischen verschiedenen Kategorien von Familienangehörigen unterschieden werden:⁵

- Unionsbürger, die eine familiäre Beziehung zu einem Unionsbürger haben, von dem sie ihre Rechte ableiten;⁶
- Familienangehörige von Unionsbürgern, die selbst nicht die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaats haben (sog. Drittstaatsangehörige);
- Familienangehörige von Drittstaatsangehörigen, die aufgrund von Assoziationsabkommen in den Genuss bestimmter Rechte kommen;
- Familienangehörige von Drittstaatsangehörigen, die aufgrund spezieller sekundärrechtlicher Bestimmungen gewisse Rechte in der EU genießen;
- Familienangehörige von Flüchtlingen.⁷

Europäische Verfassung und direkte Demokratie, 2006, 33 (40 ff.); *Bernhard Hofstötter*, Die aufenthaltsrechtliche Dimension der Unionsbürgerschaft im Spiegel aktueller Entwicklungen, in: Astrid Epiney/Florence Rivière/Sarah Theuerkauf/Markus Wyssling (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2004/2005, 2005, 267 ff.

⁴ Insbesondere durch den Erlass von Sekundärrecht. So führte die VO 1612/68 (ABl. 1968 L 157, 12) schon im Jahr 1968 entsprechende Aufenthaltsrechte ein.

⁵ Vgl. *Gavin Barrett*, Family Matters: European Community Law and Third-Country Family Members, CMLRev. 2003, 369 (370 ff.).

⁶ Die Unionsbürger können aber auch aufgrund ihres eigenen Status' ein Recht auf Freizügigkeit geltend machen, was in diesem Beitrag, wie im Text erwähnt, jedoch nicht erörtert wird.

⁷ Vgl. in diesem Zusammenhang auch RL 2004/83/EG vom 29. April 2004 über Mindestnormen für die Anerkennung und den Status von Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen als Flüchtlinge oder als Personen, die anderweitig internationalen Schutz

II. Primärrechtliche Aufenthaltsgewährleistungen für Familienangehörige

Gewisse Aufenthaltsrechte von Familienangehörigen aufenthaltsberechtigter Personen ergeben sich bereits aus dem Primärrecht. Zu unterscheiden sind dabei die grundfreiheitlichen Gewährleistungen (1.) von den aus Art. 18 EGV ableitbaren Aufenthaltsrechten (2.).

1. Zur Tragweite der gemeinschaftlichen Grundfreiheiten

Die gemeinschaftlichen Grundfreiheiten gewähren grundsätzlich nur den sich tatsächlich auf sie berufenden, wirtschaftlich entsprechend tätig werdenden Personen (also Arbeitnehmern, Niederlassungswilligen sowie Dienstleistungserbringern) entsprechende Aufenthaltsrechte; die Aufenthaltsrechte von Familienangehörigen, denen selbst kein Aufenthaltsrecht zusteht, ergeben sich nicht aus den jeweils (möglicherweise) einschlägigen Grundfreiheiten, sondern aus dem Sekundärrecht.⁸

Dies erscheint schon deshalb zwingend, weil die Grundsätze des persönlichen Schutzbereichs der Grundfreiheiten eben nur die jeweils wirtschaftlich tätigen Personen erfassen und sich die Reichweite des Nachzugsrechts bzw. des Aufenthaltsrechts von Familienangehörigen in keiner Weise aus dem einschlägigen Primärrecht ergibt. Auch werden Familienangehörige in Art. 42 EGV erst im Zusammenhang mit dem Sekundärrecht genannt. Die Frage nach der diesbezüglichen Reichweite der primärrechtlichen Gewährleistungen ist jedoch von geringer bzw. keiner praktischen Bedeutung, da die Freizügigkeitsrechte von Familienangehörigen der Berechtigten der Grundfreiheiten im Sekundärrecht umfassend gewährleistet werden.⁹

In zwei Konstellationen jedoch – die auch zusammentreffen können – kann sich ein Aufenthaltsrecht eines Familienangehörigen „mittelbar“ aus den grundfreiheitlichen Gewährleistungen ergeben, wobei diese Gewährleistungen immer dann relevant werden können, wenn das Sekundärrecht lückenhaft oder nicht hinreichend präzise ist und damit die jeweilige Konstellation nicht (klar) durch dieses geregelt bzw. erfasst wird.

benötigen, und über den Inhalt des zu gewährenden Schutzes, ABl. L 304/2004, 1212 ff.

⁸ Vgl. ebenso etwa *Ulrich Becker*, Arbeitnehmerfreizügigkeit, in: Dirk Ehlers (Hrsg.), *Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten*, 2. Aufl., 2005, § 9, Rn. 29; unklar *Winfried Brechmann*, in: Christian Calliess/Matthias Ruffert (Hrsg.), *Kommentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag*, 2. Aufl., 2002, Art. 39 EGV, Rn. 21; a.A. aber etwa *Ulrich Wölker/Gerhard Grill*, in: Hans von der Groeben/Jürgen Schwarze (Hrsg.), 6. Aufl., 2003, Vorbem. zu Art. 39-41 EG, Rn. 45.

⁹ S.u. III.1.

a) *Grundrechtskonformität beschränkender Maßnahmen*

Zunächst ist auf den allgemeinen Grundsatz hinzuweisen, dass mitgliedstaatliche Maßnahmen, die Grundfreiheiten beschränken, im Falle eines gleichzeitig vorliegenden Eingriffs in ein gemeinschaftliches Grundrecht auch mit diesem in Einklang stehen müssen.¹⁰ M.a.W. muss im Falle des Vorliegens einer Beschränkung einer Grundfreiheit immer auch geprüft werden, ob die beschränkende Maßnahme mit gemeinschaftlichen Grundrechten vereinbar ist, wozu eben auch der Schutz des Familienlebens nach Art. 8 EMRK gehört.¹¹ Dies kann etwa dann relevant werden, wenn eigentlich freizügigkeitsberechtignte Personen ihr Recht auf Freizügigkeit geltend machen, dessen Wahrnehmung jedoch aus bestimmten Gründen von dem betreffenden Mitgliedstaat versagt wird.

b) *Beschränkung einer Grundfreiheit*

Weiter können nach der Rechtsprechung des EuGH Familienangehörige insofern „mittelbar“ begünstigt werden, als die Beendigung ihres Aufenthalts Auswirkungen auf die Wahrnehmung einer Grundfreiheit durch den hierzu Berechtigten entfaltet. M.a.W.: Die aufenthaltsrechtliche Stellung eines Familienangehörigen kann im Zusammenhang mit der Verwirklichung der sich aus einer Grundfreiheit ergebenden Rechte stehen, so dass insbesondere die Beendigung des Aufenthalts als Beschränkung der jeweiligen Grundfreiheit anzusehen ist. Deutlich wird damit, dass es hier nicht primär um die aufenthaltsrechtliche Stellung als solche geht, sondern um die Frage, ob das Aufenthaltsrecht eines Familienangehörigen im Zusammenhang mit der Wahrnehmung einer Grundfreiheit steht, so dass seine Beendigung einen Eingriff in die jeweilige Grundfreiheit darstellt. Störungen des Familienlebens aufgrund einer Ausweisung oder der Verweigerung des Aufenthaltsrechts können nämlich (auch) eine Beschränkung einer Grundfreiheit nach sich ziehen. Ein Beispiel aus der Rechtsprechung ist die Rs. C-60/00 (*Carpenter*)¹²: Hier ging es um die durch die britischen Behörden ausgesprochene Ausweisung

¹⁰ EuGH, Rs. C-368/95 (Familiapress), Slg. 1997, I-3689, Rn. 24; s. auch EuGH, Rs. C-63/99 (Gloszczuk), Slg. 2001, I-6369, Rn. 85; EuGH, Rs. C-235/99 (Kondova), Slg. 2001, I-6427, Rn. 90. Ausführlich zum Problemkreis *Dieter H. Scheuing*, Zur Grundrechtsbindung der EU-Mitgliedstaaten, EuR 2005, 162 ff.

¹¹ Zur Reichweite des Art. 8 EMRK in diesem Zusammenhang m.w.N. aus Literatur und Rspr. *Ulrich Zelger*, Die Familie im Recht der EG, in: Astrid Epiney/Andrea Egbuna Joss/Nathalie Schneider/Markus Wyssling (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2005/2006, im Erscheinen.

¹² EuGH, Rs. C-60/00 (*Carpenter*), Slg. 2002, I-6279; s. im Ansatz ähnlich EuGH, Rs. C-109/01 (*Akrich*), Slg. 2003, I-9607, Rn. 52 ff.; EuGH, Rs. C-482/01 (*Orfanopoulos*), Slg. 2004, I-5257, Rn. 98 f.

einer mit einem Briten verheirateten philippinischen Staatsangehörigen, die für die aus der ersten Ehe ihres Mannes stammenden Kinder sorgte. Sie machte geltend, diese Tätigkeit erleichtere ihrem Mann die Ausübung seines Berufs (Verkauf von Werbeflächen für Zeitschriften) auch in anderen Mitgliedstaaten. Ihre Ausweisung habe daher eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit von Herrn *Carpenter* zur Folge. Der EuGH bejahte zunächst die Einschlägigkeit des Art. 49 EGV für den Ehemann, könne sich diese Grundfreiheit doch auch gegen den „eigenen“ Staat richten, falls – wie im vorliegenden Fall aufgrund der häufigen Auslandsreisen – ein grenzüberschreitender Bezug vorliege. Im Übrigen könne die Ausweisung der Ehegattin in Situationen wie diejenige des Ausgangsfalles sehr wohl die Wahrnehmung der Dienstleistungsfreiheit beeinträchtigen. Auch stelle die Ausweisungsentscheidung einen Eingriff in Art. 8 EMRK dar. Im Ergebnis wahre die nationale Entscheidung kein angemessenes Verhältnis zwischen den betroffenen Interessen, nämlich demjenigen des Ehegatten auf Achtung seines Familienlebens nach Art. 8 EMRK auf der einen und demjenigen des Staates an der Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit auf der anderen Seite. Der Ehegattin konnte nämlich nur ein Verstoß gegen die Einwanderungsgesetze vorgeworfen werden, da sie trotz des Ablaufs ihrer Aufenthaltserlaubnis (vor ihrer Heirat) unbefugterweise in Großbritannien geblieben war. Hingegen war unbestritten, dass ihr konkretes Verhalten keinerlei Anlass zur Befürchtung geben konnte, sie stelle eine Gefahr für die öffentliche Ordnung und Sicherheit dar.

Bemerkenswert ist hier, dass der EuGH zwar zunächst von der Dienstleistungsfreiheit ausgeht, dies wohl vor dem Hintergrund, dass nur ihre, entgegen der Ansicht der Kommission bejahte Einschlägigkeit den Anwendungsbereich des Vertrages eröffnet. Bei der eigentlichen Prüfung der Gemeinschaftsrechtskonformität der Maßnahme aber, insbesondere bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung, stellt er ausschließlich auf Art. 8 EMRK ab. Aufgeworfen wird damit die Frage der Stellung der Grundrechtsprüfung im Rahmen der Grundfreiheiten¹³, denn es geht ja nicht primär um die Vereinbarkeit einer nationalen Maßnahme mit Art. 8 EMRK, sondern um die Beeinträchtigung des Art. 49 EGV. Dann aber hätte es sich angeboten, Art. 8 EMRK im Rahmen der Prüfung des Art. 49 EGV zu berücksichtigen, insbesondere bei der Frage des Vorliegens einer Gefahr für die öffentliche Ordnung und Sicherheit

¹³ Hierzu *Frauке Brosius-Gersdorf*, Bindung der Mitgliedstaaten an die Gemeinschaftsgrundrechte. Die Grundrechtsbindung der Mitgliedstaaten nach der Rechtsprechung des EuGH, der Charta der Grundrechte der Europäischen Union und ihre Fortentwicklung, 2005, 21 ff.; *Christian Ranacher*, Die Bindung der Mitgliedstaaten an die Gemeinschaftsgrundrechte. Reichweite, Konsequenzen, Perspektive, ZÖR 2003, 21 ff.; s. auch den Überblick bei *Dirk Ehlers*, in: ders. (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2. Aufl., 2005, § 7, Rdnr. 94.

sowie bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung. Darüber hinaus ist zu bemerken, dass das Urteil weitere Berührungspunkte zwischen der Rechtsprechung des EGMR und des EuGH eröffnen wird, impliziert es doch, dass potenziell fast alle aufenthaltsrechtlichen Maßnahmen der Mitgliedstaaten durch den EuGH auf ihre EMRK-Konformität überprüft werden können.

2. Zur Tragweite der Unionsbürgerschaft

Nach der Rechtsprechung des EuGH kann sich direkt aus Art. 18 Abs. 1 EGV ein Aufenthaltsrecht von Familienangehörigen eines aufenthaltsberechtigten Unionsbürgers ergeben, allerdings nur, wenn dieses notwendig ist, um die praktische Wirksamkeit des Aufenthaltsrechts eines Unionsbürgers sicherzustellen.

Hingegen ist auch im Rahmen des Art. 18 Abs. 1 EGV – ebenso wie bei den Grundfreiheiten¹⁴ – grundsätzlich davon auszugehen, dass diese Bestimmung nur Unionsbürger berechtigt, während Aufenthaltsrechte von Drittstaatsangehörigen durch Sekundärrecht vorgesehen werden müssen.

Praktisch relevant wird diese Fallgestaltung immer dann, wenn die Familienangehörigen kein sekundärrechtlich garantiertes Aufenthaltsrecht geltend machen können. Ein Beispiel ist hier die Rs. C-200/02 (*Chen*)¹⁵: Zur Debatte stand die Frage, ob ein minderjähriger Unionsbürger im Kleinkindalter und seine die Staatsangehörigkeit eines Drittstaates besitzende Mutter ein Aufenthaltsrecht in der Union haben. Das Kind hatte aufgrund des in Irland geltenden *ius soli* die irische Staatsangehörigkeit erworben, nachdem sich die Mutter zu diesem Zweck für die Geburt nach Irland begeben hatte. Der EuGH bejahte im Ergebnis die Frage nach dem Aufenthaltsrecht unter der Voraussetzung des Bestehens einer Krankenversicherung des Kindes sowie der Sicherung des Unterhalts, damit eine Belastung der öffentlichen Finanzen des Aufnahmemitgliedstaates durch den Minderjährigen verhindert werde. Dem für das Kind sorgenden Elternteil stehe ebenfalls ein (abgeleitetes) Aufent-

¹⁴ S.o. II.1.

¹⁵ EuGH, Rs. C-200/02 (*Chen*), Slg. 2004, I-9925. Zur Bedeutung dieses Urteils für aus der Unionsbürgerschaft ableitbare Aufenthaltsrechte *Hofstötter*, Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2004/2005 (Fn. 3), 267 ff. S. auch schon EuGH, Rs. C-413/99 (*Baumbast*), Slg. 2002, I-7091, Rn. 64 ff.: Hier ging es um die Frage, ob im Fall des Bestehens eines Aufenthaltsrechts von Kindern in einem Mitgliedstaat dem Elternteil, der tatsächlich für die Kinder sorgt, ungeachtet seiner Staatsangehörigkeit ein Aufenthaltsrecht bei den Kindern zusteht, um diese bei der Wahrnehmung ihres Aufenthaltsrechts zu unterstützen. Der EuGH bejahte diese Frage, da andernfalls dem Aufenthaltsrecht der Kinder jegliche praktische Wirksamkeit genommen würde. Letztlich dehnt das Urteil *Chen* diesen Ansatz auf das auf die Unionsbürgerschaft gestützte Aufenthaltsrecht aus.

haltsrecht zu, würde doch ansonsten dem Aufenthaltsrecht des Kindes seine effektive Wirksamkeit entzogen.

In Bezug auf die Tragweite dieses Urteils sind in unserem Zusammenhang insbesondere folgende Aspekte von Bedeutung:

- Der EuGH leitet das Aufenthaltsrecht der Mutter offenbar direkt aus dem Aufenthaltsrecht des Kindes nach Art. 18 EGV ab.
- Dieses abgeleitete Recht kann sich wohl auch auf eine andere, tatsächlich für das Kind sorgende Person beziehen. Dies implizierte, dass sich aus Art. 18 EGV nicht nur ein Aufenthaltsrecht eines Familienangehörigen, sondern auch einer sonstigen Person, deren Anwesenheit für die effektive Wahrnehmung des Aufenthaltsrechts des Unionsbürgers notwendig ist, ergeben kann.
- Sodann wird man aus der Rechtsprechung allgemein folgern können, dass Familienangehörigen – ungeachtet ihrer Staatsangehörigkeit – immer dann ein Aufenthaltsrecht zu gewähren ist, wenn ihr Aufenthalt notwendig ist, um die effektive Wahrnehmung des Aufenthaltsrechts eines Unionsbürgers zu gewährleisten. Noch nicht beantwortet ist damit allerdings die Frage, ob es auch ausreichen kann, wenn der Aufenthalt des Familienangehörigen die Wahrnehmung des Aufenthaltsrechts eines Unionsbürgers nur erleichtert. Vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des EuGH in der Rs. *Carpenter* – in der es ja „nur“ um eine Erschwerung der Wahrnehmung der Dienstleistungsfreiheit geht – und der in der Rechtsprechung zu beobachtenden Annäherung der Auslegung der sich aus Art. 18 Abs. 1 EGV und den Grundfreiheiten ergebenden Rechte spricht vieles für die grundsätzliche Bejahung dieser Frage, zumal die Abgrenzung zwischen „Notwendigkeit“ und „Sachdienlichkeit“ des Aufenthalts notwendigerweise fließend ist. Jedenfalls dürfte doch die entscheidende Frage – vor dem Hintergrund der Effektivität des Aufenthaltsrechts des Art. 18 Abs. 1 EGV – dahin gehen, ob der Aufenthalt eines Familienangehörigen die Wahrnehmung des Aufenthaltsrechts eines Unionsbürgers wesentlich erleichtert.

Alle Abgrenzungsprobleme sind aber auch mit diesem Ansatz nicht gelöst; insbesondere fragt es sich, wo genau die Grenze zwischen einer „wesentlichen Erleichterung“ und lediglich einem „angenehmen Vorteil“ zu ziehen ist. Immerhin kann bezogen auf das Aufenthaltsrecht von Familienangehörigen wohl die Regel formuliert werden, dass für aufenthaltsberechtigte Minderjährige der Aufenthalt von Verwandten in gerade aufsteigender Linie eine wesentliche Erleichterung des Aufenthalts darstellt und diesen somit ein derivatives Aufenthaltsrecht zukommt,

- Weiter dürften die Ausführungen des EuGH auf das Aufenthaltsrecht für Familienangehörige anderer aufenthaltsberechtigter Personen übertragbar sein. Denn der Grundgedanke der effektiven Wirksamkeit des Aufenthaltsrechts lässt sich auf durch andere Bestimmungen eingeräumte

Aufenthaltsrechte übertragen. Damit kann als allgemeiner Grundsatz formuliert werden, dass Familienangehörigen immer dann ein Aufenthaltsrecht zukommt, wenn dieses im Hinblick auf die effektive Wahrnehmung eines gemeinschaftsrechtlich (primär- oder sekundärrechtlich oder durch völkerrechtlichen Vertrag) garantierten Aufenthaltsrechts eines Unionsbürgers oder eines Drittstaatsangehörigen erforderlich ist.

Die somit der Rechtsprechung zu entnehmende Anerkennung eines derivativen Aufenthaltsrechts der Personen, die für aufenthaltsberechtigte Minderjährige die tatsächliche Personensorge wahrnehmen, wirft aber eine Reihe von Folgeproblemen auf, die noch nicht abschließend geklärt sind, so etwa die Frage nach der Dauer einer solchen Aufenthaltsberechtigung, nach dem Recht auf Zugang zum Arbeitsmarkt oder auf Sozialleistungen.¹⁶

III. Sekundärrechtliche Aufenthaltsrechte für Familienangehörige

Die Erörterung des gemeinschaftlichen Primärrechts konnte aufzeigen, dass sich Rechte auf Familiennachzug nur in Ausnahmefällen aus primärrechtlichen Garantien ergeben, nämlich letztlich nur dann, wenn entweder die Grundfreiheiten beschränkende Maßnahmen zur Debatte stehen oder wenn es um die Sicherstellung der Effektivität des Aufenthaltsrechts der Unionsbürger geht. Weiter sind dem Primärrecht selbstverständlich keine näheren Präzisierungen über die Modalitäten der Wahrnehmung der Freizügigkeitsrechte von Familienangehörigen und ihre Dauer zu entnehmen, und auch „Begleitrechte“ – wie etwa das Recht zu arbeiten oder das Recht auf Zugang zu bestimmten staatlichen Sozialleistungen – müssen sekundärrechtlich geregelt werden. Vor diesem Hintergrund kommt dem gemeinschaftlichen Sekundärrecht eine zentrale Rolle zu. Die hier einschlägigen gemeinschaftsrechtlichen Regelungen knüpfen an die den Familiennachzug „auslösende“ Person an und unterscheiden damit, ob es um den Familiennachzug von Angehörigen eines Unionsbürgers (2.) oder eines Drittstaatsangehörigen (3.) geht. Teilweise unterscheiden die einschlägigen sekundärrechtlichen Bestimmungen auch danach, ob der Familienangehörige Unionsbürger ist oder nicht. Bevor im Einzelnen auf diese Regelungen eingegangen wird, sei kurz auf einige die Voraussetzungen der Anwendbarkeit der Regeln über den Familiennachzug betreffende Aspekte hingewiesen (1.).

¹⁶ Vgl. zu den Problemen und den Lösungsmöglichkeiten *Hofstötter*, Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2004/2005 (Fn. 3), 267 (281).

1. Zur Anwendbarkeit der Regeln über den Familiennachzug

Familienangehörige können nach der Rechtsprechung des EuGH¹⁷ von Vornherein nur dann Rechte von einem Unionsbürger ableiten, wenn das Gemeinschaftsrecht anwendbar ist, d.h., wenn der Unionsbürger selbst von einem Freizügigkeitsrecht Gebrauch gemacht hat, geht es doch beim Aufenthaltsrecht von Familienangehörigen um ein abgeleitetes Recht. M.a.W. muss ein grenzüberschreitender Sachverhalt vorliegen. Es ist hier nicht der Ort, die Berechtigung dieses Erfordernisses zu diskutieren;¹⁸ in unserem Zusammenhang ist aber von Bedeutung, dass der Gerichtshof die Anforderungen an das Vorliegen eines solchen grenzüberschreitenden Bezugs denkbar niedrig ansetzt. So ist es insbesondere nicht erforderlich, dass die betreffende Person bereits von ihren Freizügigkeitsrechten Gebrauch gemacht hat. Ausreichend ist vielmehr nach der neueren Rechtsprechung ein irgendwie gearteter grenzüberschreitender Bezug, der auch etwa darin bestehen kann, dass die betreffende Person (auch) Staatsangehörige eines anderen Mitgliedstaats ist,¹⁹ oder darin, dass ein Familienangehöriger sein Freizügigkeitsrecht wahrgenommen hat und dies Auswirkungen auf den Anspruch eines Unionsbürgers, der selbst nicht seine Freizügigkeitsrechte in Anspruch genommen hat, in „seinem“ Mitgliedstaat entfaltet.²⁰ Stellt man diese Rechtsprechung in einen Zusammenhang mit dem Art. 49 EGV betreffenden Urteil *Carpenter*²¹ (in der es der Gerichtshof für das Vorliegen eines grenzüberschreitenden Bezugs als ausreichend erachtete, dass sich ein Unionsbürger gelegentlich zur Erbringung von Dienstleistungen in einen anderen Mitgliedstaat begibt), wird deutlich, dass das Erfordernis des grenzüberschreitenden Bezugs weitgehend relativiert wird und auf der Grundlage der Rechtsprechung letztlich immer schon dann vorliegt, wenn irgendein Element des Ausgangssachverhalts einen Bezug zu einem anderen Mitgliedstaat aufweist, ohne dass notwendigerweise von den vertraglich gewährleisteten Rechten grenzüberschreitend Gebrauch gemacht

¹⁷ Vgl. mit Bezug zum Familiennachzug insbesondere EuGH, Rs. 35 und 36/82 (Morson und Jhanjan), Slg. 1982, 3723, Rn. 18; EuGH, Rs. C-64 und 65/96 (Uecker und Jacquet), Slg. 1997, I-3171, Rn. 24. Aus der Literatur nur Barrett, CMLRev. 2003 (Fn. 5), 369 (377).

¹⁸ Hierzu allgemein Astrid Epiney, Umgekehrte Diskriminierungen, 1995; Christoph Hammerl, Inländerdiskriminierung, 1997; spezifisch mit Bezug zur Unionsbürgerschaft Stephanie Bode, Europarechtliche Gleichbehandlungsansprüche Studierender und ihre Auswirkungen in den Mitgliedstaaten. Zur Reichweite des Diskriminierungsverbots im Hochschulbereich unter besonderer Berücksichtigung der Unionsbürgerschaft, 2005, 237, m.w.N.

¹⁹ EuGH, Rs. C-148/02 (Garcia Avello), Slg. 2003, I-11613; ebenso in Bezug auf diesen Aspekt EuGH, Rs. C-200/02 (Zhu und Chen), Slg. 2004, I-9925.

²⁰ EuGH, Urt. v. 12.7.2005, Rs. C-403/03 (Schempp), EuZW 2005, 503.

²¹ EuGH, Rs. C-60/00 (Carpenter), Slg. 2002, I-6279, Rn. 28 ff.

werden muss²² und ohne dass das grenzüberschreitende Element die Person, die die Diskriminierung geltend macht, betrifft.²³ Immerhin sei angesichts dieser Entwicklung der Rechtsprechung (nochmals²⁴) die Frage erlaubt, ob es noch sinnvoll ist, am Element der Grenzüberschreitung als Voraussetzung für die Einschlägigkeit der Grundfreiheiten festzuhalten.²⁵

Weiter und mit dem eben erwähnten Aspekt in engem Zusammenhang stehend können die Regeln über den Familiennachzug von Vornherein nur unter der Voraussetzung greifen, dass es tatsächlich um einen Familiennachzug zwischen den EU-Mitgliedstaaten geht. Diese Voraussetzung, die insbesondere im Zusammenhang mit Drittstaatsangehörigen von Bedeutung ist, liegt etwa dann nicht vor, wenn es (nur) um die Einreise eines Drittstaatsangehörigen in einen EU-Mitgliedstaat geht. Beispielhaft sei auf die Rs. C-109/01²⁶, in der es um die diesbezügliche Auslegung von Art. 10 VO 1612/68²⁷, der das Recht der Ehegatten und bestimmter naher Verwandter eines Arbeitnehmers enthält, im Staatsgebiet des Aufenthalts des Arbeitnehmers Wohnsitz zu nehmen, ging. Anlass zu dem Urteil gab die Situation eines Drittausländers, der mit einer britischen Staatsangehörigen verheiratet war, allerdings wegen verschiedener Vergehen aus dem Vereinigten Königreich ausgewiesen worden war. Nachdem die Eheleute einige Monate in Irland gelebt hatten, wollten sie wieder nach Großbritannien zurückkehren, und der Ehemann beantragte den Widerruf seiner Ausweisungsverfügung, da ihm als Ehegatten einer britischen Staatsangehörigen aufgrund des Art. 10 VO 1612/68 ein Aufenthaltsrecht in Großbritannien zustehe. Dieser Antrag wurde abgelehnt mit dem Argument, die britische Ehefrau habe nur zum Schein während kurzer Zeit (sechs Monate) eine Stelle in Irland angenommen, um letztlich die britischen Bestimmungen über das Aufenthaltsrecht von Drittausländern zu umgehen. Der EuGH betonte, dass die VO 1612/68 nur die Freizügigkeit innerhalb der

²² Zu diesem Aspekt *Bernhard Hofstötter*, A Cascade of Rights, or who shall care for little Catherine? Some reflections on the *Chen* case, ELJ 2005, 548 (551 ff.); *Alina Tryfonidou*, C-200/02, Kunqian Catherine Zhu and Man Lavette Chen v. Secretary of State for the Home Department: Further Cracks in the „Great Wall“ of the European Union?, EPL 2005, 527 (536 ff.).

²³ Zudem reicht offenbar bereits die Möglichkeit der Inanspruchnahme zumindest gewisser Grundfreiheiten für das Vorliegen eines grenzüberschreitenden Bezugs aus. Hierauf ausdrücklich hinweisend *Armin von Bogdandy/Stephan Bitter*, Unionsbürgerschaft und Diskriminierungsverbot. Zur wechselseitigen Beschleunigung der Schwungräder unionaler Grundrechtsjudikatur, FS Manfred Zuleeg, 2005, 309 (319 f.).

²⁴ Vgl. schon *Epiney*, Umgekehrte Diskriminierungen (Fn. 18), 231 ff.

²⁵ Vgl. in diesem Zusammenhang auch die Analyse und Kritik bei *Hofstötter*, Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2004/2005 (Fn. 3), 267 (274 ff.).

²⁶ EuGH, Rs. C-109/01 (Akrich), Slg. 2003, I-9607.

²⁷ VO 1612/68 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Gemeinschaft, ABl. 1968 L 257, 2.

Union betreffe; ihr könnten hingegen keine Hinweise darauf entnommen werden, welche Rechte ein mit einem Unionsbürger verheirateter Drittstaatsangehöriger im Hinblick auf den Zugang zum Unionsgebiet hat. Daher müsse sich der mit einem Unionsbürger verheiratete Drittstaatsangehörige rechtmäßig in einem Mitgliedstaat aufhalten, wenn er sich in einen anderen Mitgliedstaat begibt, in den der Unionsbürger abwandern möchte, um in den Genuss der Rechte aus Art. 10 VO 1612/68 zu kommen. Art. 10 VO 1612/68 sei also nur unter der Voraussetzung einschlägig, dass sich der Drittstaatsangehörige bereits rechtmäßig im Unionsgebiet aufhalte. Diese Rechtsprechung ist auf die Rechtslage unter der RL 2004/38 (durch die Art. 10 VO 1612/68 aufgehoben wird, Art. 38 RL 2004/38) übertragbar, so dass der allgemeine Grundsatz formuliert werden kann, dass sich Familienangehörige von Unionsbürgern bereits rechtmäßig im Unionsgebiet aufhalten müssen, um in den Genuss der durch die RL 2004/38 gewährten Rechte zu kommen. M.a.W. ist der rechtmäßige Aufenthalt Voraussetzung für die Anwendung der Freizügigkeitsrechte von Drittstaatsangehörigen.²⁸

2. Familienangehörige eines Unionsbürgers: zur RL 2004/38

Nachzugsrechte bzw. Aufenthaltsrechte von Familienangehörigen eines Unionsbürgers bestimmen sich nach der RL 2004/38²⁹, wobei für Familienangehörige mit Unionsbürgerschaft häufig erleichterte Voraussetzungen für die Anerkennung eines Aufenthaltsrechts zum Zuge kommen. Dabei führt die RL 2004/38³⁰ – die bis zum 30.4.2006 umzusetzen war³¹ – die verschiedenen sekundärrechtlichen Akte, die den Aufenthalt von Unionsbürgern und deren Familienangehörigen bislang regelten, zusammen.

So werden mit Wirkung vom 30. April 2006 die Richtlinien 64/221/EWG, 68/360/EWG, 72/194/EWG, 73/148/EWG, 75/34/EWG, 90/364/EWG, 90/365/EWG aufgehoben (Art. 38 RL 2004/38).

²⁸ *Robin C.A. White*, Conflicting competences: free movement rules and immigration laws, ELRev. 2004, 385 (389).

²⁹ RL 2004/38/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, zur Änderung der Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 und zur Aufhebung der Richtlinien 64/221/EWG, 68/360/EWG, 72/194/EWG, 73/148/EWG, 75/35/EWG, 90/364/EWG, 90/365/EWG und 93/96/EWG (ABl. L 158/2004, S. 77-123).

³⁰ Vgl. Fn. 29.

³¹ Art. 40 RL 2004/38/EG; ausführlich zu den nationalen Umsetzungsbestrebungen *Helene Groß*, Die Umsetzung der EU-Freizügigkeitsrichtlinie im deutschen Recht, ZAR 2006, 61 ff.; *Johann Bezdeka*, Bemerkungen zur Umsetzung der Unionsbürgerrichtlinie in Österreich durch das Fremdenrechtspaket 2005, ZAR 2005, 398 ff.

Mit der neuen Richtlinie³² soll insbesondere die tatsächliche Wahrnehmung der Freizügigkeitsrechte durch die Unionsbürger vereinfacht werden, aber auch bestimmte zusätzliche Freizügigkeitsrechte geschaffen werden. In diesem Sinn wird der Status von Familienangehörigen allgemeiner definiert (Art. 2 Ziff. 2 RL 2004/38), die verfahrensrechtlichen Anforderungen vereinfacht (Art. 4 ff. RL 2004/38) und die Gründe für eine Verweigerung des Aufenthalts aus Gründen der öffentlichen Ordnung und Sicherheit präzisiert (Art. 27 ff. RL 2004/38). Weiter wurde teilweise die Rechtsprechung des EuGH kodifiziert.³³ Neu ist insbesondere das Recht auf Daueraufenthalt für die Unionsbürger und ihre Familienangehörigen, die sich rechtmäßig während fünf Jahren ununterbrochen in einem Mitgliedstaat aufgehalten haben (Art. 16 RL 2004/38). Dieses Recht ist keinen Bedingungen unterworfen und kann nur unter außergewöhnlichen Umständen beendet werden. Neu ist ebenfalls das für alle Unionsbürger zur Anwendung kommende voraussetzungslose Aufenthaltsrecht von bis zu drei Monaten (Art. 6 RL 2004/38).

Dabei „ersetzt“ die Freizügigkeitsrichtlinie nicht etwa die einschlägigen primärrechtlichen Bestimmungen (Art. 39 ff., Art. 43 ff., 49 ff. EGV), sondern präzisiert und ergänzt dieses, so dass Primär- und Sekundärrecht zu einer komplementären Regelung der Freizügigkeit innerhalb der Union führen.³⁴

Im Folgenden soll nun genauer auf die Bestimmungen der Richtlinie, insbesondere auf jene betreffend Familienangehörige, eingegangen werden, wobei auch teilweise auf das bisherige Recht und die Rechtsprechung Bezug genommen wird, insbesondere sofern die diesbezüglichen Grundsätze nach wie vor auch im Rahmen der RL 2004/38 heranzuziehen sind.

a) Zum Begriff der Familienangehörigen: die freizügigkeitsberechtigten Personen

Der Begriff des Familienangehörigen ist insofern von zentraler Bedeutung, als er nach Art. 3 Abs. 1 RL 2004/38 für die Anwendung der in der Richtlinie vorgesehenen Rechte – und damit eben auch das Aufenthaltsrecht – ausschlaggebend ist. Art. 2 Nr. 2 RL 2004/38 geht von einem weiten Begriff des Familienangehörigen aus: Danach ist neben dem Ehepartner auch der Lebenspartner als Familienangehöriger anzusehen, sofern die Partner eine einge-

³² Zu den Zielsetzungen der Kommission KOM (2001) 257 endg. S. auch den modifizierten Vorschlag in KOM (2003) 1999 endg. Aus der Literatur *Groß*, ZAR 2006 (Fn. 31), 61.

³³ S. z.B. Art. 7 Abs. 3 lit. d RL 2004/38 und EuGH, Rs. 39/86 (Lair), Slg. 1988, 3161; EuGH, Rs. C-413/01 (Ninni-Orasche), Slg. 2003, I-13187.

³⁴ *Groß*, ZAR 2006 (Fn. 31), 61 (61 f.).

tragene Partnerschaft eingegangen sind und im Aufnahmestaat eine solche Partnerschaft der Ehe gleichgestellt ist.

Unter dem Begriff Ehegatten werden nur die Partner einer heterosexuellen Ehe verstanden. Nicht eheliche Lebensgemeinschaften werden der Ehe nicht gleichgestellt.³⁵ Lebenspartner sind von Art. 2 Nr. 2 lit. b) RL 2004/38 unter den dort aufgeführten Bedingungen (Bestehen einer eingetragenen Partnerschaft und Gleichstellung der eingetragenen Partnerschaft mit der Ehe) erfasst, wobei es sich um hetero- oder homosexuelle Partnerschaften handeln kann.³⁶ Die grundsätzlich mögliche Erfassung eingetragener Partnerschaften wirft die Frage auf, ob die Mitgliedstaaten verpflichtet sind, ein entsprechendes Rechtsinstitut einzuführen, könnte diese Bestimmung doch ansonsten leer laufen.³⁷ Im Ergebnis ist diese Frage jedoch zu verneinen, stellt Art. 2 Nr. 2 lit. b) RL 2004/38 doch ausdrücklich auf die Rechtsvorschriften des Aufnahmemitgliedstaats ab, woraus man schließen kann, dass bezüglich ihrer Ausgestaltung eben gerade keine Vorgaben gemacht werden sollen.³⁸

Des Weiteren fallen die Verwandten in gerader absteigender Linie unter den Begriff der Familienangehörigen, wenn sie minderjährig sind oder ihnen Unterhalt gewährt wird (Art. 2 Nr. 2 lit. c und d RL 2004/38).³⁹ Verwandte in gerade aufsteigender Linie des Unionsbürgers oder seines Ehe- oder Lebenspartners im Sinne des Art. 2 Nr. 2 lit. a), b) RL 2004/38 werden erfasst, wenn ihnen Unterhalt gewährt wird. Dabei kommt es auf die tatsächliche Unterhaltsgewährung – die auch bescheiden sein kann – an, so dass es irrelevant ist, aus welchen Gründen Unterhalt geleistet wird und ob der Verwandte tatsächlich unterstützungsbedürftig ist. Allerdings muss zumindest eine fortgesetzte und regelmäßige Leistung erfolgen, durch die wenigstens ein nicht völlig zu vernachlässigender Teil der Lebenshaltungskosten gedeckt wird.⁴⁰

Der Kreis der Familienangehörigen von Nichterwerbstätigen – denen grundsätzlich ein Nachzugsrecht zusteht – wurde damit im Vergleich zum bisherigen Recht erweitert. Aller-

³⁵ EuGH, Rs. 59/85 (Reed), Slg. 1986, 1283, Rn. 15.

³⁶ Spezifisch zu den Problemen bezüglich gleichgeschlechtlicher Partnerschaften *Helen Toner*, Partnership rights, free movement and EU law, 2004, 49 (66).

³⁷ Vgl. in diese Richtung *Kay Hailbronner*, Neue Richtlinie zur Freizügigkeit der Unionsbürger, ZAR 2004, 259 (263).

³⁸ Auch die Entstehungsgeschichte der RL 2004/38 spricht für diese Sicht, da die weit „liberalere“ Haltung des Parlaments gerade nicht in den Text übernommen wurde. Vgl. die Stellungnahme des EP ABl. C 43 E vom 19. Februar 2003, 42.

³⁹ Bei den Unterhaltsleistungen ist unerheblich, aus welchen Gründen oder in welchem Umfang diese vom Arbeitnehmer geleistet werden und ob die Verwandten überhaupt unterstützungspflichtig sind vgl. EuGH, Rs. 316/85 (Lebon), Slg. 1987, 2811, Rn. 22; *Schneider/Wunderlich* in: Schwarze (Hrsg.) EU-Kommentar, 2000, Art. 39 EGV, Rn. 101.

⁴⁰ Vgl. *Hailbronner*, ZAR 2004 (Fn. 37), 259 (264), m.w.N.

dings werden die Nachzugsmöglichkeiten für Studenten eingeschränkt (Art. 7 Abs. 4 RL 2004/38).⁴¹

Da die Begriffsdefinition in Art. 2 Nr. 2 RL 2004/38 an die bisherige Rechtslage anknüpft, kann auch bei der Anwendung der RL 2004/38 auf die bisherige diesbezügliche Rechtsprechung zurückgegriffen werden.⁴²

So sind etwa Adoptiv- und Stiefkinder, unabhängig davon, ob der Unionsbürger oder der Ehegatte seine Eltern sind, als Verwandte in gerader absteigender Linie anzusehen.⁴³ Weiter besteht nach der Rechtsprechung das Aufenthaltsrecht des einem Drittstaat angehörigen Ehepartners eines Unionsbürgers auch im Falle des Getrenntlebens bis zur möglichen Scheidung.⁴⁴

Der Aufnahmemitgliedstaat „erleichtert“ die Einreise und den Aufenthalt erstens für Familienangehörige, die nicht unter den Begriff Familienangehörige i.S.v. Art. 2 Nr. 2 RL 2004/38 fallen und zweitens für Personen, die in einer ordnungsgemäß bescheinigten dauerhaften Beziehung mit dem Unionsbürger leben, ohne dass die Voraussetzungen des Art. 2 Nr. 2 lit. b) RL 2004/38 erfüllt wären (Art. 3 Abs. 2 RL 2004/38/EG). Für die erste Personengruppe ist jedoch erforderlich, dass der Unionsbürger entweder Unterhalt gewährt, in häuslicher Gemeinschaft mit der Person lebt oder schwerwiegende gesundheitliche Gründe eine Pflege durch den Unionsbürger als notwendig erscheinen lassen (Art. 3 Abs. 2 lit. a) RL 2004/38). Der Mitgliedstaat hat für diese Personengruppen eine eingehende Prüfung der persönlichen Umstände durchzuführen. Eine negative Entscheidung ist zu begründen. Deutlich wird damit, dass sich aus dieser Bestimmung für die Mitgliedstaaten durchaus Rechtspflichten ergeben, wenn auch die Bezugnahme auf eine „Erleichterung“ nach Maßgabe des innerstaatlichen Rechts den Mitgliedstaaten einen recht weiten Gestaltungsspielraum einräumen dürfte. Jedenfalls aber müssen die Mitgliedstaaten folgende Vorgaben beachten:

- Eine grundsätzliche Verweigerung des Aufenthalts für die genannten Personen dürfte jedenfalls nicht mit Art. 3 Abs. 2 RL 2004/38 in Einklang stehen, da in diesem Fall jedenfalls keine Erleichterung gegeben ist. Hieran ändert auch die Bezugnahme auf nationales Recht nichts, denn diese kann jedenfalls nicht bedeuten, dass von vornherein (nur) das nationale Recht maßgeblich ist, entfaltete Art. 3 Abs. 2 RL 2004/38 doch ansonsten keinerlei praktische Wirksamkeit.
- Vielmehr dürfte sich gerade aus der Pflicht zur „eingehenden Untersuchung der persönlichen Umstände“ ergeben, dass die

⁴¹ Vgl. auch *Groß*, ZAR 2006, (Fn. 31), 61 (63).

⁴² *Hailbronner*, ZAR 2004 (Fn. 37), 259 (263).

⁴³ EuGH, Rs. C-413/99 (Baumbast und R), Slg. 2002, I-7091, Rn.57.

⁴⁴ EuGH, Rs. 267/83 (Diatta), Slg. 1985, 567, Rn. 20.

Mitgliedstaaten den Aufenthalt der erfassten Personen grundsätzlich ermöglichen müssen und den Betroffenen ein entsprechendes Antragsrecht zusteht. Über den Antrag muss innerhalb einer nützlichen Frist entschieden werden, würde dieses Recht doch ansonsten seiner Wirksamkeit beraubt.

- Zwar ist eine Verweigerung möglich; jedoch ist sie zu begründen. Stellt man diese Verpflichtung mit derjenigen zur „Erleichterung“ des Aufenthalts in einen Zusammenhang, so muss eine negative Entscheidung mit nachvollziehbaren, dem Willkürverbot standhaltenden Erwägungen bzw. Interessen des Aufenthaltsstaates begründet werden, und eine Interessenabwägung muss zulasten des Aufenthaltsrechts ausfallen. Auch ist die Verhältnismäßigkeit zu beachten. Diese Anforderungen dürften sich zudem aus den gemeinschaftlichen Grundrechten ergeben, die die Mitgliedstaaten u.a. bei Umsetzung und Vollzug des Gemeinschaftsrechts anzuwenden haben.⁴⁵

b) *Einreise und Ausreise*

Ein Unionsbürger und seine Familienangehörigen bedürfen gemäß Art. 4 RL 2004/38 lediglich eines gültigen⁴⁶ Personalausweises oder Reisepasses zur Ausreise.⁴⁷ Diese Papiere sind nach nationalem Recht auszustellen und zu verlängern. Weitere Formalitäten, wie z.B. ein Visum, dürfen für die Ausreise nicht verlangt werden.

Bei der Einreise haben Unionsbürger ebenfalls nur einen gültigen Reisepass oder Personalausweis vorzuweisen (Art. 5 RL 2004/38); die Regelung des bisherigen Rechts wird hier übernommen.

Damit ist ein Mitgliedstaat berechtigt, von einem Dienstleistungsempfänger – der Unionsbürger ist und sich in einen anderen Mitgliedstaat begibt – einen Nachweis der Identität und der Staatsangehörigkeit zu verlangen.⁴⁸ Weitere Kontrollen oder Anforderungen, die

⁴⁵ EuGH, Rs. 260/89 (ERT/DEP u. a.), Slg. 1991, I-2925, Rn. 43 f.; s. auch EuGH, Rs. C-368/95 (Familiapress/Bauer), Slg. 1997, I-3689, Rn. 24; ausführlich zum Problemkreis m.w.N. *Astrid Epiney*, Umgekehrte Diskriminierungen (Fn. 18), 125 ff.; *Scheuing*, EuR 2005 (Fn. 10), 162 ff.; *Brosius-Gersdorf*, Bindung der Mitgliedstaaten (Fn. 13); *Ranacher*, Bindung der Mitgliedstaaten (Fn. 13). Auch Art. 51 Grundrechtecharta greift diesen Grundsatz auf.

⁴⁶ EuGH, Rs. C-68/89 (Kommission/Niederlande), Slg. 1991, I-2637, Rn. 11.

⁴⁷ Vgl. auch schon Art. 2 RL 68/360/EWG (unselbständig Erwerbende) und Art. 2 RL 73/148/EWG (selbständig Erwerbende).

⁴⁸ EuGH, Rs. C-215/03 (Oulane), Slg. 2005, I-1215, Rn. 19 ff. Vorbehalten bleiben aber die Vorgaben für die Abschaffung der Kontrollen an den Binnengrenzen („Schengen“).

über die normale Personalausweiskontrolle hinausgehen, sind unzulässig.⁴⁹ Bei der Einreise darf nicht nach Zweck und Dauer des Aufenthalts gefragt werden, noch müssen bestimmte Geldmittel mitgeführt werden.⁵⁰ Wie bereits unter bisherigem Recht⁵¹ ist ein Nachweis der Erwerbstätigkeit erst zu erbringen, wenn man länger als drei Monate im Aufnahmemitgliedstaat verbleibt (Art. 7 ff. RL 2004/38).

Für Familienangehörige, die Staatsangehörige eines Drittstaates sind, darf bei der Einreise zusätzlich ein Visum gemäß der VO 539/2001⁵² verlangt werden. Kann ein Familienangehöriger keine gültigen Papiere vorweisen, darf dies allein nicht als Grund für die Verweigerung der Einreise angeführt werden; ebenso wenig darf ein Mitgliedstaat dem Familienangehörigen eines Unionsbürgers den Aufenthalt nur deshalb nicht gestatten, weil die betreffende Person illegal eingereist war oder ihr Visum nicht mehr gültig war.⁵³ Der Betroffene muss aber nach der Rechtsprechung an der Grenze seine Identität und die Ehe oder die Eigenschaft als Familienangehöriger nachweisen können, und es dürfen keine Indizien vorliegen, dass die Person eine Gefahr für die öffentliche Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit darstellt.⁵⁴ Ausgehend von dieser Rechtsprechung – die in Art. 5 Abs. 4 RL 2004/38 im Ergebnis aufgenommen wird – kann der Grundsatz formuliert werden, dass eine illegale Einreise oder ein illegaler Aufenthalt keine hinreichenden Gründe darstellen, die Einreise oder auch die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis zu verweigern und aufenthaltsbeendende Maßnahmen zu ergreifen, sofern der betreffende Drittstaatsangehörige seine Identität und seine Berechtigung zum Aufenthalt (etwa in seiner Eigenschaft als Familienangehöriger eines Unionsbürgers) nachweisen kann.

c) *Aufenthalt*

Der Unionsbürger und seine Familienangehörigen (unabhängig von ihrer Staatsangehörigkeit) haben bei einem Aufenthalt bis zu drei Monaten⁵⁵ ledig-

⁴⁹ EuGH, Rs. 157/79 (Regina/Pieck), Slg. 1980, 2171, Rn. 19; EuGH, Rs. 321/87 (Kommission/Belgien), Slg. 1989, 997, Rn. 9.

⁵⁰ EuGH, Rs. C-68/89 (Kommission/Niederlande), Slg. 1991, I-2637, Rn. 16.

⁵¹ Art. 4 RL 68/360/EWG sowie Art. 6 RL 73/148/EWG; EuGH, Rs. C-68/89 (Kommission/Niederlande), Slg. 1991, I-2637, Rn. 12.

⁵² Verordnung (EG) Nr. 539/2001 des Rates vom 15. März 2001 zur Aufstellung der Liste der Drittländer, deren Staatsangehörige beim Überschreiten der Außengrenzen im Besitz eines Visums sein müssen, sowie der Liste der Drittländer, deren Staatsangehörige von dieser Visumpflicht befreit sind (ABl. L 81/2001 S. 1-7).

⁵³ EuGH, Rs. C-459/99 (MRAX), Slg. 2002, I-6591.

⁵⁴ EuGH, Rs. C-459/99 (MRAX), Slg. 2002, I-6591, Rn. 62.

⁵⁵ Die Kommission hatte ursprünglich sechs Monate vorgeschlagen. Diese Änderung ist auf die Angst der Mitgliedstaaten des „Sozialtourismus“ zurückzuführen, vgl. dazu

lich einen gültigen Personalausweis oder Reisepass (Art. 6 RL 2004/38) vorzuweisen.

Macht ein Unionsbürger von seinem Recht Gebrauch, sich länger als drei Monate in einem Mitgliedstaat aufzuhalten, muss er nach Art. 7 RL 2004/38 nachweisen, dass er

- im Aufnahmemitgliedstaat Arbeitnehmer oder selbständig erwerbend ist,
- über ausreichende Existenzmittel sowie über einen umfassenden Krankenversicherungsschutz für sich und seine Familie verfügt, oder
- in Ausbildung ist, ebenfalls einen Krankenversicherungsschutz besitzt und glaubhaft machen kann, dass er für sich und seine Familienangehörigen genügende Existenzmittel hat.

Familienangehörigen (auch jene aus Drittstaaten), die einen Unionsbürger begleiten oder ihm nachziehen, steht ebenfalls ein Aufenthaltsrecht zu.⁵⁶

Zu erinnern⁵⁷ ist in diesem Zusammenhang an die Rs. C-200/02 (*Chen*): Selbst wenn nur das unterstützungsbedürftige Kind Unionsbürger ist, muss dem Elternteil mit Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaates oder eines Drittstaates ein Aufenthaltsrecht gewährt werden, wenn ausreichende Existenzmittel und ein Krankenversicherungsschutz nachgewiesen werden. Ansonsten würde dem Aufenthaltsrecht des Kindes jede praktische Wirksamkeit genommen.⁵⁸

In Bezug auf die Existenzmittel, die als ausreichend zu erachten sind, dürfen die Mitgliedstaaten nach Art. 8 Abs. 4 RL 2004/38⁵⁹ keinen festen Betrag festlegen, sondern müssen die persönliche Situation des Betroffenen berücksichtigen. Jedenfalls darf dieser Betrag nicht höher sein als derjenige, der als Schwellenbetrag für die Gewährung von Sozialhilfe gilt.

Der Nachweis einer Wohnung ist als Voraussetzung für das Bestehen eines Aufenthaltsrechts nicht erforderlich.⁶⁰

Besteht ein Aufenthaltsrecht, so können die Mitgliedstaaten die Einhaltung bestimmter verfahrensrechtlicher Vorgaben verlangen,⁶¹ wobei in erster Linie folgende Aspekte von Bedeutung sind:

Anastasia Iliopoulou, Le nouveau droit de séjour des citoyens de l'Union et des membres de leur famille: la directive 2004/38/EC, RDUE 2004, 523 (537).

⁵⁶ S. aber in Bezug auf Studierende die bereits erwähnte (oben III.2.a) Einschränkung des Art. 7 Abs. 4 RL 2004/38.

⁵⁷ S. schon oben II.2.

⁵⁸ EuGH, Rs. 200/02 (Zhu und Chen), Slg. 2004, I-9925, Rn. 45. Das Aufenthaltsrecht des Kindes wurde in diesem Fall von der RL 90/365/EWG abgeleitet, die Rechtsprechung kann aber analog auf die neue RL 2004/38/EG angewendet werden.

⁵⁹ Wobei dieser Absatz unter dem Titel „Verwaltungsformalitäten“ in Art. 8 RL 2004/38 figuriert, dies obwohl er an sich die materiell-rechtlichen Voraussetzungen des Aufenthalts betrifft.

⁶⁰ Dies entspricht der bisherigen Rechtsprechung vgl. EuGH, Rs. C-249/86 (Kommission/Deutschland), Slg. 1989, 1263.

- Bei einem Aufenthalt von bis zu drei Monaten kann der Mitgliedstaat verlangen, dass die Aufenthaltsberechtigten ihre Anwesenheit in seinem Hoheitsgebiet innerhalb eines angemessenen und nicht diskriminierenden Zeitraums meldet. Eine Nichteinhaltung dieser Meldepflicht kann mit verhältnismäßigen und nicht diskriminierenden Sanktionen geahndet werden (Art. 5 Abs. 5 RL 2004/38).
- Bei einem Aufenthalt eines Unionsbürgers von mehr als drei Monaten in einem anderen Mitgliedstaat können die Mitgliedstaaten innerhalb von mindestens drei Monaten ab dem Zeitpunkt der Einreise eine Anmeldung bei den zuständigen Behörden verlangen (Art. 8 Abs. 1, 2 RL 2004/38). Die hierfür notwendigen Papiere sind abschließend in Art. 8 Abs. 3 RL 2004/38 für den Unionsbürger, in Art. 8 Abs. 5 RL 2004/38 für die Familienangehörigen des Unionsbürgers, die selbst Unionsbürger sind, aufgeführt. Die daraufhin auszustellende Anmeldebescheinigung für einen Unionsbürger ist grundsätzlich unbefristet.⁶²

Bei den Dokumenten, die von einem Unionsbürger zur Ausstellung der Anmeldebescheinigung verlangt werden dürfen, wird unterschieden, zu welchem Zweck der betreffende Unionsbürger von seinem Aufenthaltsrecht Gebrauch macht. Jedenfalls muss zur Prüfung der Identität⁶³ ein gültiger Personalausweis oder Reisepass vorgelegt werden. Des Weiteren hat ein Arbeitnehmer oder ein Selbständiger eine Einstellungsbestätigung des Arbeitgebers, eine Beschäftigungsbescheinigung oder einen Nachweis der Selbständigkeit zu erbringen. Ein Unionsbürger, auf welchen Art. 7 Abs. 1 lit. b) RL 2004/38 Anwendung findet, hat zudem nachzuweisen, dass er die dort genannten Voraussetzungen erfüllt. Auszubildende/Studierende haben neben dem Krankenversicherungsschutz eine Bescheinigung der Einschreibung bei der anerkannten Einrichtung und einen Nachweis einer genügenden Deckung des Lebensunterhalts vorzulegen.

Bei Familienangehörigen ist zudem eine Bescheinigung über das Bestehen der familiären Beziehung sowie u.U. die Anmeldebescheinigung des Unionsbürgers, den sie begleiten, vorzuweisen. Zusätzliche Dokumente müssen Verwandte in auf- oder absteigender Linie (Art. 8 Abs. 5 lit. d) RL 2004/38) sowie Personen, die mit dem Unionsbürger eine Beziehung i.S.v. Art. 3 Abs. 2 lit. a oder b haben, vorweisen (Art. 8 Abs. 5 lit. d), f) RL 2004/38).

- Familienangehörige mit der Staatsangehörigkeit eines Drittstaates bedürfen einer Aufenthaltskarte, wenn sie beabsichtigen, länger als drei Monate in dem betreffenden Mitgliedstaat zu verbleiben (Art. 9 RL 2004/38). Die Ausstellung dieser Aufenthaltskarte erfolgt nach den

⁶¹ Wobei eine der Zielsetzungen der RL 2004/38, wie erwähnt (III.2., am Anfang), dahingeht, diese Verwaltungsformalitäten zu vereinfachen.

⁶² *Hailbronner*, ZAR 2004 (Fn. 37), 259 (261).

⁶³ Vgl. EuGH, Rs. C376/89 (Giagounidis), Slg. 1991, I-1069, Rn. 14 f.

Regeln des Art. 10 RL 2004/38; sie gilt für höchstens fünf Jahre oder bei kürzerem Aufenthalts des Unionsbürgers, solange wie dessen geplante Aufenthaltsdauer (Art. 11 Abs. 1 RL 2004/38).

Die Karte wird ausgestellt, wenn ein gültiger Reisepass, Bescheinigung der familiären Beziehung, die Anmeldebescheinigung des Unionsbürgers den sie begleiten, und die entsprechenden Unterlagen, sofern Fälle i.S.v Art. 2 Nr. 2 lit. c) oder d), Art. 3 Abs. 2 lit. a) oder b) RL 2004/38 gegeben sind, vorliegen.

Wie schon nach Maßgabe der bisherigen Rechtslage⁶⁴ entfaltet die Erfüllung der Verwaltungsformalitäten keine konstitutive Wirkung; insbesondere der Ausstellung der Anmeldebescheinigung⁶⁵ und der Aufenthaltskarte kommt damit lediglich eine deklaratorische Wirkung zu.

Deutlich wird damit auch, dass die Rechtsprechung in der Rs. C-459/99⁶⁶ vollumfänglich maßgeblich bleibt: Wenn auch der Aufenthaltsstaat nach Art. 10 Abs. 2 RL 2004/38 sicherlich die Vorlage bestimmter Dokumente für die Ausstellung der Aufenthaltskarte verlangen darf, so führt das Nichterfüllen dieser Voraussetzungen doch nicht zum Erlöschen des Aufenthaltsrechts, immer vorausgesetzt, die betreffende Person vermag die ihm zugrunde liegenden Umstände zu belegen. Im Falle der Nichteinhaltung der in der RL 2004/38 formulierten Verwaltungsformalitäten kann der Aufnahmemitgliedstaat damit zwar gewisse verhältnismäßige und nicht diskriminierende Sanktionen ergreifen, nicht aber allein aus diesem Grund den Aufenthalt beenden.

Auffallend ist, dass die RL 2004/38 keine Vorgaben darüber enthält, unter welchen Voraussetzungen der Aufenthalt eines Unionsbürgers (und damit auch seiner Familienangehörigen) beendet werden kann, wenn er die Voraussetzungen nicht (mehr) erfüllt. Dies ist vor dem Hintergrund von Bedeutung, dass der EuGH zwar betonte, dass der Aufenthaltsstaat unter Einhaltung der gemeinschaftsrechtlichen Grenzen Maßnahmen ergreifen könne, um das Aufenthaltsrecht zu beenden, falls dessen Voraussetzungen nicht mehr vorliegen; diese dürften jedoch keinesfalls die „automatische Folge“ der Inanspruchnahme von Sozialleistungen darstellen. Weiter sei dem einschlägigen Sekundärrecht zu entnehmen, dass das Gemeinschaftsrecht eine „bestimmte finanzielle Solidarität“ der Angehörigen der verschiedenen Mitgliedstaaten anerkenne.⁶⁷ Der EuGH geht damit offenbar davon aus, dass ein grundsätzlich rechtmäßig begründeter Aufenthalt nicht allein deshalb „automatisch“ unrechtmäßig wird, weil eine Person vorübergehend nicht über ausreichende

⁶⁴ Vgl. EuGH, Rs. 48/75 (Royer), Slg. 1979, 497, Rn. 31/33; EuGH, Rs. 8/77 (Sagulo), Slg. 1977, 1495, Rn. 8.

⁶⁵ Die Terminologie wurde in der RL 2004/38 geändert. In EuGH, Rs. 8/77 (Sagulo), Slg. 1977, 1495, Rn. 8, verwendet der Gerichtshof den Begriff Aufenthaltbescheinigung und grenzt diesen von der Aufenthaltserlaubnis ab.

⁶⁶ EuGH, Rs. C-459/99 (MRAX), Slg. 2002, I-6591. S.o. III.2.b).

⁶⁷ EuGH, Rs. C-184/99 (Grzelczyk), Slg. 2001, I-6193, Rn. 30 ff.

Existenzmittel verfügt. Letztlich handelt es sich bei diesem Grundsatz um einen Ausfluss bzw. eine Anwendung des sich direkt aus Art. 18 EGV ergebenden Freizügigkeitsrechts⁶⁸: Dieses sei – offenbar in Anwendung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit – eben so auszulegen, dass eine nur vorübergehende Mittellosigkeit nicht „automatisch“ zur „Verwirkung“ des Aufenthaltsrechts führen dürfe, so dass die einschlägigen sekundärrechtlichen Bestimmungen im Lichte dieser primärrechtlichen Vorgaben auszulegen sind. Allerdings bleiben die genauen Voraussetzungen für die Zulässigkeit der Beendigung des Aufenthalts auf der Grundlage der Rechtsprechung unscharf; letztlich spricht vieles dafür, dass hier auf der Grundlage des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes eine Einzelfallbetrachtung unter Berücksichtigung aller Umstände zu erfolgen hat, in deren Rahmen dann auch die Interessen des betroffenen Mitgliedstaates und die Schwere des Eingriffs in die Personenfreizügigkeit abzuwägen sind⁶⁹.

d) *Aufrechterhaltung des Aufenthaltsrechts der Familienangehörigen*

Eine wesentliche Neuerung der RL 2004/38 ist die ausführliche Regelung des weiter bestehenden Aufenthaltsrechts für Familienangehörige, wenn der Unionsbürger stirbt oder wegzieht (Art. 12 RL 2004/38) oder bei Scheidung, Aufhebung der Ehe oder Beendigung der eingetragenen Partnerschaft (Art. 13 RL 2004/38).

Im bisherigen Recht endete das Aufenthaltsrecht der Familienangehörigen (sofern sie nicht selbst Unionsbürger waren), wenn der Unionsbürger aus dem Aufnahmemitgliedstaat wegzog oder die familiäre Beziehung durch Scheidung aufgehoben wurde.⁷⁰

Zu unterscheiden ist dabei zwischen Familienangehörigen mit der Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaates und Drittstaatsangehörigen:

- Bei Ersteren wird das Aufenthaltsrecht sowohl bei Wegzug oder Tod des Unionsbürgers (Art. 12 Abs. 1 RL 2004/38) als auch bei Scheidung oder

⁶⁸ Insofern erscheint denn auch die Kritik an diesen Ausführungen der Rechtsprechung – die in erster Linie dahin geht, dass das Verhältnis von Primär- und Sekundärrecht erkannt und die sekundärrechtlichen Voraussetzungen des Freizügigkeitsrechts der Unionsbürger außer Acht gelassen worden seien – nicht berechtigt. Vgl. die Kritik insbesondere bei *Kay Hailbronner*, Die Unionsbürgerschaft und das Ende rationaler Jurisprudenz durch den EuGH?, NJW 2004, 2185 ff.; *Kay Hailbronner*, Diskriminierungsverbot, Unionsbürgerschaft und gleicher Zugang zu Sozialleistungen, ZaöRV 2004, 603 ff.

⁶⁹ In eine ähnliche Richtung *Stephanie Bode*, Von der Freizügigkeit zur sozialen Gleichstellung aller Unionsbürger? Zur Wirkung von Art. 18 EG in der Rechtsprechung des EuGH, EuZW 2003, 552 (554 f.).

⁷⁰ Vgl. *Groß*, ZAR 2006 (Fn. 31), 61 (63).

Aufhebung der Ehe mit dem Unionsbürger (Art. 13 Abs. 1 RL 2004/38) nicht berührt.

Bevor das Recht auf Daueraufenthalt erworben werden kann, müssen aber die Voraussetzungen des Art. 7 Abs. 1 Buchstabe a), b), c) oder d) RL 2004/38 erfüllt sein, d.h. die „ehemaligen Familienangehörigen“ müssen die Voraussetzungen für ein selbständiges Aufenthaltsrecht erfüllen. Dies impliziert, dass dem Aufenthaltsrecht nach Art. 12 Abs. 1, 13 Abs. 1 RL 2004/38 eigenständiger Charakter – unabhängig von den „normalerweise“ zu erfüllenden Voraussetzungen – zukommt, mit der Besonderheit, dass es nicht zu einem Recht auf Daueraufenthalt führen kann.

- Familienangehörige aus Drittstaaten müssen sich vor dem Tod des Unionsbürgers mindestens ein Jahr im Aufnahmemitgliedstaat aufgehalten haben, damit ihr Aufenthaltsrecht aufrechterhalten bleibt (Art. 12 Abs. 2 RL 2004/38). Für Kinder in Ausbildung⁷¹ und den Elternteil, der die elterliche Sorge wahrnimmt, führen weder Wegzug noch Tod des Unionsbürgers zum Verlust des Aufenthaltsrecht bis die Ausbildung abgeschlossen ist (Art. 12 Abs. 3 RL 2004/38).⁷²

Diese Regelung kodifiziert die Rechtsprechung des EuGH in der Rs. C-413/99. Der Gerichtshof hielt hier fest, dass die Kinder eines Unionsbürgers, der als Wanderarbeitnehmer ein Aufenthaltsrecht hatte, weiterhin am Unterricht teilnehmen dürfen, unabhängig davon, ob die Eltern inzwischen geschieden sind, nur ein Elternteil Unionsbürger ist und seine Freizügigkeitsrechte nicht mehr ausübt, und die Kinder selbst nicht Unionsbürger sind.⁷³

Bei Scheidung, Aufhebung der Ehe oder Beendigung der Partnerschaft bleibt das Aufenthaltsrecht für Drittstaatsangehörige bestehen (Art. 13 Abs. 2 RL 2004/38), wenn die Ehe oder eingetragene Partnerschaft mindestens drei Jahre gedauert hat, davon mindestens ein Jahr im Aufnahmemitgliedstaat (lit. a), oder der Ehegatte oder Lebenspartner eines Drittstaates das Sorgerecht für die Kinder des Unionsbürgers erhält (lit. b), oder bei besonders schwierigen Umständen (lit. c), oder wenn dem Ehegatten oder Lebenspartner das Recht auf persönlichen Umgang mit den minderjährigen Kindern zugesprochen worden ist und dieser ausschließlich im Aufnahmemitgliedstaat erfolgen kann (lit. d).

Das Aufenthaltsrecht für „ehemalige Familienangehörige“ aus Drittstaaten besteht ausschließlich auf persönlicher Basis weiter (Art. 12 Abs. 2 Untersatz 3 und Art. 13 Abs. 2 Untersatz 3 RL 2004/38). Daher ist in diesen Konstellationen aufgrund der

⁷¹ Kinder müssen in einer Bildungseinrichtung zu Ausbildungszeiten eingeschrieben sein.

⁷² Vgl. hierzu *Hailbronner*, ZAR 2004 (Fn. 37), 259 (263).

⁷³ EuGH, Rs. C-413/99 (Baumbast und R), Slg. 2001, I-6015, Rn. 63.

Richtlinie kein privilegierter Familiennachzug zu gewähren; ebenso wenig müssen die hohen Anforderungen an den Ausweisungsschutz herangezogen werden.⁷⁴

e) Recht auf Daueraufenthalt

Eine wesentliche Neuerung der RL 2004/38 ist die Regelung über das Recht auf Daueraufenthalt (Art. 16 ff. RL 2004/38): Grundsätzlich ist jedem Unionsbürger und seinen Familienangehörigen (auch jene, die nicht die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaates haben), die sich fünf Jahre ununterbrochen und rechtmäßig im Aufnahmemitgliedstaat aufgehalten haben, ein Recht auf Daueraufenthalt zu gewähren.

Eine vorübergehende Unterbrechung des Aufenthalts ist unbeachtlich (Art. 16 Abs. 3 RL 2004/38). Ist das Recht auf Daueraufenthalt einmal erworben, führt nur eine Abwesenheit während zwei aufeinander folgenden Jahren zu seinem Verlust (Art. 16 Abs. 4 RL 2004/38).

Die Voraussetzungen der Art. 6 ff. RL 2004/38 sind dabei nicht mehr zu erfüllen, so dass insbesondere ein Nachweis von Existenzmitteln und eines ausreichenden Krankenversicherungsschutzes nicht notwendig ist. Es bleibt aber darauf hinzuweisen, dass der Aufenthalt während dieser fünf Jahre rechtmäßig sein muss; diese Voraussetzung dürfte dann nicht vorliegen, wenn der Aufenthaltsstaat rechtmäßige aufenthaltsbeendende Maßnahmen ergriffen hat, auch wenn der betreffende Unionsbürger nicht ausgereist ist. Insofern haben es die Mitgliedstaaten „in der Hand“, ob die Voraussetzung des fünfjährigen rechtmäßigen Aufenthalts erfüllt werden kann.

Art. 17 Abs. 1 RL 2004/38 regelt verschiedene Konstellationen, bei denen Unionsbürger das Daueraufenthaltsrecht bereits vor Ablauf von fünf Jahren erwerben können. In diesem Fall haben auch Familienangehörige ungeachtet ihrer Staatsangehörigkeit im Aufnahmemitgliedstaat ein Recht auf Daueraufenthalt. Verstirbt der Unionsbürger im Laufe seines Erwerbslebens, bevor er ein solches Aufenthaltsrecht gemäß Art. 17 Abs. 1 RL 2004/38 erworben hat, erwerben die Familienangehörigen, die mit ihm zusammengelebt haben, nach Art. 17 Abs. 4 RL 2004/38 unter bestimmten Voraussetzungen dennoch ein Daueraufenthaltsrecht, nämlich

- wenn der Arbeitnehmer oder Selbständige sich vor seinem Tod zwei Jahre im Aufnahmemitgliedstaat aufgehalten hat (lit. a),
- wenn der Tod die Folge einer Berufskrankheit oder eines Arbeitsanfalles ist (lit. b) oder
- wenn der überlebende Ehegatte die Staatsangehörigkeit dieses Mitgliedstaates durch Eheschließung mit dem nun Verstorbenen verloren hat (lit. c).

⁷⁴ Groß, ZAR 2006 (Fn. 31), 61 (64).

Der Gerichtshof präzisierte in Bezug auf die VO 1251/70⁷⁵, dass die zwei Jahre Aufenthalt des Arbeitnehmers unmittelbar dem Tod vorangehen müssen.⁷⁶ Diese Rechtsprechung dürfte auf die RL 2004/38 übertragbar sein, da die Regelung des Daueraufenthaltsrechts in der RL 2004/38 weitgehend jenen der VO 1251/70 entspricht. Die VO 1251/70 über das Verbleiberecht ist zurzeit noch in Kraft, soll aber durch die Kommission aufgehoben werden.⁷⁷

Familienangehörige aus Drittstaaten erhalten eine Daueraufenthaltskarte die alle 10 Jahre automatisch verlängert wird (Art. 20 Abs. 1 RL 2004/38). Unionsbürger können ein Dokument zur Bescheinigung des Daueraufenthalts verlangen (Art. 19 RL 2004/38). Mit dem Daueraufenthaltsrecht werden den Berechtigten verschiedene „Zusatzrechte“ eingeräumt,⁷⁸ wie insbesondere die Verstärkung des Ausweisungsschutzes (vgl. Art. 28 Abs. 2 RL 2004/38) und die Gleichbehandlung auch in Bezug auf Sozialhilfe und Studienhilfe (Art. 24 RL 2004/38).

f) *Recht auf Gleichbehandlung*

Familienangehörige des Unionsbürgers haben (ungeachtet ihrer Staatsangehörigkeit) Anspruch auf Inländergleichbehandlung bei Aufnahme einer Erwerbstätigkeit als Arbeitnehmer oder Selbständige, sofern sie bereits ein (Dauer-) Aufenthaltsrecht genießen (Art. 23 RL 2004/38).⁷⁹ Nach Art. 24 Abs. 1 RL 2004/38 gilt im Anwendungsbereich des Vertrages für Unionsbürger und Familienangehörige, die sich auf ein Aufenthaltsrecht nach der RL 2004/38 berufen können, ein umfassendes Diskriminierungsverbot aus Gründen der Staatsangehörigkeit, womit letztlich Bezug auf die diesbezügliche Rechtsprechung des EuGH zu Art. 12 EGV genommen wird.⁸⁰ Damit ist davon auszugehen, dass aufenthaltsberechtigte Unionsbürger und ihre Familienangehörigen in allen Belangen, die zumindest mittelbar mit dem Aufenthalt

⁷⁵ Verordnung (EWG) Nr. 1251/70 der Kommission vom 29. Juni 1970 über das Recht der Arbeitnehmer, nach Beendigung einer Beschäftigung im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats zu verbleiben (ABl. L 142/1970, S. 24 -26).

⁷⁶ EuGH, Rs. C-257/00 (Nani Givane), Slg. 2003, I-345.

⁷⁷ Siehe *Groß*, ZAR 2006 (Fn. 31), 61 in Fn. 3; *Kay Hailbronner*, Die Unionsbürgerrichtlinie und der ordre public, ZAR 2006, 299 (302) erachtet die Verbleibeverordnung ebenfalls als obsolet, weist aber darauf hin, dass im Falle des Erwerbs eines Aufenthaltsrechts nach der Verbleibeverordnung ohne Rücksicht auf einen fünfjährigen Aufenthalt erworbene Rechte vorliegen, die durch die RL 2004/38 nicht berührt werden (können). S. auch die Begründungserwägung Nr. 19 RL 2004/38.

⁷⁸ Hierzu *Hailbronner*, ZAR 2006 (Fn. 77), 299 (301).

⁷⁹ S. auch schon EuGH, Rs. 267/83 (*Diatta*), Slg. 1985, 567, Rn. 21.

⁸⁰ S. EuGH, C-85/96 (Sala), Slg. 1998, I-2691, EuGH, C-148/99 (Grzelczyk), Slg. 2001, I-6193, EuGH C-148/02 (Garcia Avello), Slg. 2003, I-11613; EuGH, C-456/02 (Trojani), Slg. 2004, I-7573.

im Zusammenhang stehen (eine Voraussetzung, die in aller Regel erfüllt sein wird), ebenso wie eigene Staatsangehörige zu behandeln sind.⁸¹

Der Gerichtshof bezog sich in der Rs. C-209/03 bereits auf Art. 24 RL 2004/38: „Diese Entwicklung des Gemeinschaftsrechts wird bestätigt durch Artikel 24 der Richtlinie 2004/38/EG, der in Absatz 1 vorsieht, dass jeder Unionsbürger, der sich aufgrund dieser Richtlinie im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats aufhält, „im Anwendungsbereich des Vertrags“ die gleiche Behandlung genießt. Der Gemeinschaftsgesetzgeber hat in Absatz 2 dieses Artikels den Inhalt des Absatzes 1 präzisiert, indem er bestimmt, dass ein Mitgliedstaat, was andere Personen als Arbeitnehmer oder Selbstständige, Personen, denen dieser Status erhalten bleibt, und ihre Familienangehörigen angeht, die Gewährung von Beihilfen zum Unterhalt in Form von Stipendien oder Darlehen für Studenten, die kein Recht auf Daueraufenthalt erworben haben, begrenzen kann, und sieht demnach die Gewährung solcher Beihilfen als einen Bereich an, der nach diesem Absatz 1 gegenwärtig in den Anwendungsbereich des Vertrages fällt.“⁸²

Art. 24 Abs. 2 RL 2004/38 erlaubt Einschränkungen des Diskriminierungsverbots in Bezug auf den Anspruch auf gewisse staatliche Sozialleistungen. Allerdings kann dies jedenfalls nicht dazu führen, dass ggf. bestehende Ansprüche im Gefolge der Heranziehung des Art. 12 EGV ausgeschlossen wären,⁸³ kann doch der Gemeinschaftsgesetzgeber die Reichweite des Primärrechts nicht durch den Erlass von Sekundärrecht einschränken.

Der Vollständigkeit halber sei noch darauf hingewiesen, dass in Bezug auf die Familienangehörigen von Arbeitnehmern noch Art. 12 VO 1612/68 einschlägig ist: Soziale Vergünstigungen (Art. 7 Abs. 2 VO 1612/68) sind nach wie vor an die Arbeitnehmereigenschaft geknüpft. Es reicht demnach nicht, diese als Familienangehöriger eines Unionsbürgers im Allgemeinen geltend zu machen, denn sonst hätte dieser Artikel ebenfalls in die neue RL 2004/38 übernommen werden müssen. Kinder eines Unionsbürgers haben im Aufnahmemitgliedstaat das Recht auf gleichberechtigten Zugang zum nationalen Bildungssystem.⁸⁴ Dabei spielt die Altersgrenze 21 Jahre oder die Tatsache, dass kein Unterhalt mehr gewährt wird, keine Rolle⁸⁵ (abweichend von Art. 2 Nr. 2 RL 2004/38). Art. 12 VO 1612/68 garantiert für Kinder eines Wanderarbeitnehmers die Teilnahme am Unterricht im Aufnahmemitgliedstaat. Der Gerichtshof leitet daraus ein Aufenthaltsrecht zum Zweck der Fortführung der Ausbildung für die Kinder (unabhängig von ihrer Staatsange-

⁸¹ Vgl. ausführlich zum Diskriminierungsverbot aus Gründen der Staatsangehörigkeit und insbesondere der Bestimmung des auch im Rahmen des Art. 24 RL 2004/38 relevanten Anwendungsbereichs des Vertrages *Astrid Epiney*, Zum „Anwendungsbereich des Vertrages“ in Art. 12 EGV. Einige Gedanken zu den Implikationen der Freizügigkeitsrechte der Unionsbürger, FS Roland Bieber (im Erscheinen).

⁸² EuGH, Rs. C-209/03 (Bidar), Slg. 2005, I-2119, Rn. 43.

⁸³ Vgl. hierzu die Nachweise in Fn. 80.

⁸⁴ Vgl. *Schneider/Wunderlich*, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, Art. 39 EGV, Rn. 112.

⁸⁵ EuGH, Rs. C-7/94 (Gaal), Slg. 1995, I-1031, Rn. 25.

hörigkeit) ab, die seit dem Zeitpunkt dort wohnen, zu dem der Unionsbürger im Aufnahmemitgliedstaat ein Aufenthaltsrecht als Wanderarbeitnehmer hatte.⁸⁶ Das Recht des Kindes besteht auch weiter, wenn der Arbeitnehmer seine Beschäftigung nicht mehr ausübt, die Eltern inzwischen geschieden sind oder der Arbeitnehmer den Aufnahmemitgliedstaat inzwischen schon verlassen hat.⁸⁷ Damit steht dem Kind ein originäres Aufenthaltsrecht aus Art. 12 VO 1612/68 zu.⁸⁸

g) *Einschränkungen des Aufenthaltsrechts*

Nach Art. 27 Abs. 1 RL 2004/38 darf die Freizügigkeit der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit eingeschränkt werden.⁸⁹ Art. 27 Abs. 2 RL 2004/38 weist – in Anknüpfung an die bisherige Rechtslage und die Rechtsprechung des EuGH⁹⁰ – darauf hin, dass dabei ausschließlich auf das persönliche Verhalten des Betroffenen abzustellen ist, eine strafrechtliche Verurteilung allein nicht ohne Weiteres eine Ausweisung begründen kann und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gewahrt werden muss. Generalpräventive Begründungen sind damit von vornherein unzulässig.⁹¹ Weiter ist bei der Entscheidung über die Ausweisung der Schutz des Familienlebens (vgl. Art. 8 EMRK) zu berücksichtigen, und ggf. ist ein angemessener Ausgleich zwischen dem Interesse des Aufnahmemitgliedstaates an der Wahrung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit einerseits und dem Interesse der betroffenen Personen am Schutz ihres Familienlebens zu suchen.⁹² Art. 28 Abs. 1 RL 2004/38 fasst weitere jedenfalls bei der Entscheidung über eine Ausweisung zu berücksichtigende Umstände zusammen. Faktisch führen diese Grundsätze zu einem umfassenden Schutz des Familienlebens, ungeachtet der Anknüpfung an die Freizügigkeitsregeln.⁹³

⁸⁶ EuGH, Rs. C-413/99 (Baumbast und R), Slg. 2001, I-6015, Rn. 63.

⁸⁷ EuGH, Rs. 389 u. 390/87 (Echternach und andere), Slg. 1989, 723, Rn. 23; bestätigt in EuGH, Rs. C-413/99 (Baumbast und R), Slg. 2001, I-6015; s. auch *Frenz*, Handbuch Europarecht (Fn. 1), Rn. 1326.

⁸⁸ *Wölker/Grill*, in von der Groeben/Schwarze (Hrsg.), Vertrag über die EU und Vertrag zur Gründung der EG, Kommentar, 6. Aufl., 2003, Art. 39, Rn. 107.

⁸⁹ Wobei diese Gründe nicht zu wirtschaftlichem Zwecken geltend gemacht werden dürfen. S. schon EuGH, Rs. 131/85 (Gül), Slg. 1986, 1573, Rn. 17.

⁹⁰ EuGH, Rs. 30/77 (Bouchereau), Slg. 1977, 1999, Rn. 27/28 bestätigt u.a. in EuGH, Rs. C-348/96 (Calfa), Slg. 1999, I-21, Rn. 22-25.

⁹¹ S. schon EuGH, Rs. 67/74 (Bonsignore), Slg. 1975, 297, Rn. 7.

⁹² EuGH, verb. Rs. C-482/01 und C-493/01 (Orfanopoulos), Slg. 2004, I-5257, Rn. 98 ff.; vgl. auch EuGH, Rs. C-60/00 (Carpenter), Slg. 2002, I-6279, Rn. 41; EuGH, Rs. C-109/01 (Akrich), Slg. 2003, I-9607, Rn. 58. S. auch die Formulierung in Art. 28 Abs. 1 RL 2004/38.

⁹³ Vgl. *Alexandra Borrmann*, Rechte drittstaatsangehöriger Ehegatten wandernder Unionsbürger, ZAR 2004, 61 (67).

Der Aufnahmemitgliedstaat darf andere Mitgliedstaaten über das Vorleben des Betroffenen anfragen, jedoch nur, wenn er dies für unerlässlich hält (Art. 27 Abs. 3 RL 2004/38). Jener Mitgliedstaat der die Dokumente für eine, aus einem anderen Mitgliedstaat ausgewiesene Person ausgestellt hat, muss diesen ohne weitere Formalitäten wieder einreisen lassen. Dies gilt auch, wenn die ausgestellten Dokumente ungültig sind (Art. 27 Abs. 4 RL 2004/38).

Für Unionsbürger und ihre Familienangehörigen mit dem Recht auf Daueraufenthalt kommen erhöhte Anforderungen zum Zug: Sie dürfen nur aus schwerwiegenden Gründen der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit ausgewiesen werden (Art. 28 Abs. 2 RL 2004/38). Eine Ausweisung darf nach Art. 28 Abs. 3 RL 2004/38 nicht verfügt werden, wenn ein Unionsbürger die letzten zehn Jahre im Aufnahmemitgliedstaat gelebt hat oder minderjährig ist (außer die Ausweisung ist zum Wohl des Kindes notwendig), es sei denn, die Entscheidung beruht auf zwingenden Gründen der öffentlichen Sicherheit, die von den Mitgliedstaaten festzulegen sind. Diese „dritte Stufe“ des Ausweisungsschutzes – wobei die zwingenden Gründe ausdrücklich zu definieren sind – muss sich angesichts der bereits hohen Hürden der beiden ersten Stufen wohl auf außergewöhnlich schwere Straftaten, die zwingend mit hohen Freiheitsstrafen zu sanktionieren sind, beziehen.⁹⁴ Ausweisungen zum Schutz der öffentlichen Gesundheit sind nur unter den Bedingungen von Art. 29 RL 2004/38 zulässig.

Art. 30 ff. RL 2004/38 sind relativ genaue Vorgaben über das einzuhaltende Verfahren und die Rechte der Betroffenen zu entnehmen; insbesondere muss der Rechtsweg eröffnet sein (Art. 31 RL 2004/38).

3. Familienangehörige eines Drittstaatsangehörigen

Geht es um das Aufenthaltsrecht von Familienangehörigen eines Drittstaatsangehörigen, so können entweder spezifische sekundärrechtliche Regelungen (a) – die RL 2003/86⁹⁵ (Familiennachzugsrichtlinie) oder die RL 2003/109⁹⁶ (Daueraufenthaltsrichtlinie) – oder aber abkommensrechtliche Bestimmungen einschlägig sein (b).

⁹⁴ Ebenso *Groß*, ZAR 2006 (Fn. 31) 61 (64).

⁹⁵ Richtlinie 2003/86/EG des Rates vom 22. September 2003 betreffend das Recht auf Familienzusammenführung, ABl. L 251/2003, S. 12-18.

⁹⁶ Richtlinie 2003/109/EG des Rates vom 25. November 2003 betreffend die Rechtsstellung der langfristig aufenthaltberechtigten Drittstaatsangehörigen, ABl. L 16/2004, S. 44-53.

a) *Sekundärrechtliche Gewährleistungen*

aa) Zur RL 2003/86 (Familiennachzugsrichtlinie)

Gegenstand der RL 2003/86 – die bis zum 3. Oktober 2005 umzusetzen war (Art. 20 RL 2003/86)⁹⁷ – ist die Regelung der Familienzusammenführung für bzw. durch Drittstaatsangehörige (die sog. Zusammenführenden, vgl. Art. 2 li. c) RL 2003/86), die sich rechtmäßig im Gebiet der Mitgliedstaaten aufhalten; sie gilt ausdrücklich nicht für Familienangehörige von Unionsbürgern (Art. 3 Abs. 3 RL 2003/86), für die die RL 2004/38 zum Zuge kommt.

Die Richtlinie stellt den Schutz der Familie und die Achtung des Familienlebens in den Vordergrund. Vor allem sollen die Grundrechte und Art. 8 EMRK gewahrt werden.⁹⁸ Die Integration von Drittstaatsangehörigen soll erleichtert werden, um die soziokulturelle Stabilität zu fördern.⁹⁹ In Verfolgung dieser Zielsetzungen soll eine Harmonisierung der nationalen Bestimmungen zur Familienzusammenführung von Drittstaatsangehörigen erreicht werden,¹⁰⁰ wobei die Richtlinie jedoch nur Mindestanforderungen aufstellt, so dass die Mitgliedstaaten weitergehende Nachzugsrechte vorsehen können (Art. 3 Abs. 4, 5 RL 2003/86).

Die Richtlinie und damit die Regelungen über die Familienzusammenführung finden nach Art. 3 Abs. 1 RL 2003/86 nur dann Anwendung, wenn der zusammenführende Drittstaatsangehörige

- im Besitz eines Aufenthaltstitels ist, der mindestens ein Jahr gültig ist,¹⁰¹ und
- eine „begründete Aussicht“ auf ein „dauerhaftes Aufenthaltsrecht“ besteht.

Die Richtlinie schweigt sich darüber aus, unter welchen Voraussetzungen eine „begründete“ Aussicht auf ein „dauerhaftes“ Aufenthaltsrecht besteht; beide Begriffe

⁹⁷ Davon ausgenommen sind Großbritannien, Irland und Dänemark, für die die RL 2003/86 wegen der besonderen Protokolle nicht gilt, vgl. Erw. 17, 18 RL 2003/86.

⁹⁸ Begründungserwägung Nr. 2 RL 2003/86/EG.

⁹⁹ Begründungserwägung Nr. 4 RL 2003/86/EG.

¹⁰⁰ *Dora Schaffrin*, Which standard for family reunification of third-country nationals in the European Union, in: Jean-Yves Carlier/Philippe de Bruycker (Hrsg.), *Immigration and Asylum Law of the EU: Current Debates*, 2005, 90 (91).

¹⁰¹ Zu den vom Anwendungsbereich der RL 2003/86 ausgenommenen Konstellationen (insbesondere Personen, bei denen ein Asylgesuch oder ein Antrag auf Gewährung vorübergehenden Schutzes hängig ist) Art. 3 Abs. 2 RL 2003/86. Ganz allgemein müssen die Familienangehörigen ebenfalls Drittstaatsangehörige sein. Bemerkenswert ist, dass die RL 2003/86 auch die Familienzusammenführung von Flüchtlingen regelt (Art. 9 ff. RL 2003/86).

werden nicht näher umschrieben.¹⁰² Da in der Richtlinie zum Teil explizit auf das nationale Recht verwiesen wird,¹⁰³ dies aber im Zusammenhang mit „dauerhaft“ unterlassen wurde, spricht vieles dafür, diesen Begriff gemeinschaftsrechtlich bzw. unter Berücksichtigung des ansonsten erlassenen Sekundärrechts auszulegen. Der Begriff des Daueraufenthaltsstatus wird (auch) in der RL 2003/109¹⁰⁴ verwandt, so dass es – auch im Hinblick auf eine kohärente Anwendung der verschiedenen Migrationsrichtlinien – ebenso sinnvoll wie notwendig erscheint, die Begriffe parallel zu verstehen. Damit kann davon ausgegangen werden, dass „dauerhaft“ sich entweder darauf bezieht, dass ein Daueraufenthaltsstatus i.S. der RL 2003/109 oder ein Status für den Daueraufenthalt unter einer günstigeren nationalen Bestimmung erlangt wird.¹⁰⁵ Der auslegungsbedürftige Ausdruck „begründete Aussicht“ knüpft an das „dauerhafte“ Aufenthaltsrecht an, denn besteht schon Letzteres nicht, kann auch nicht von einer „begründeten Aussicht“ die Rede sein. Eine Aussicht kann dann als „begründet“ angesehen werden, wenn günstige Prognosen vorliegen; jedenfalls darf keine absolute Sicherheit gefordert werden.¹⁰⁶ Es ist nicht zu verkennen, dass die Unbestimmtheit dieses Begriffs die Gefahr sehr unterschiedlicher Umsetzungen und Praktiken in den Mitgliedstaaten mit sich bringt.

Nachzugsberechtigt sind gemäß Art. 4 RL 2003/86 der Ehegatte¹⁰⁷ und minderjährige (unverheiratete) Kinder.¹⁰⁸ Es spielt bei den minderjährigen Kindern keine Rolle ob es gemeinsame Kinder sind oder nicht. Sind es aber nicht gemeinsame Kinder muss entweder der Zusammenführende oder der Ehegatte des Zusammenführenden das Sorgerecht innehaben und für den Unterhalt des Kindes aufkommen. Vorbehalten bleiben günstigere Regelungen der Mitgliedstaaten, für den Nachzug von Verwandten in gerader aufsteigender Linie, volljährige unverheiratete Kinder des Zusammenführenden oder des

¹⁰² Zum Problem *Steve Peers*, Family Reunion and Community Law, in: Neil Walker (Hrsg.), *Europe's Area of Freedom, Security and Justice*, 2004, 143 (179); *Schaffrin*, Family Reunification (Fn. 100), 90 (102 f.).

¹⁰³ Vgl. *Peers*, Family Reunion (Fn. 102), 143 (180), er verweist in diesem Zusammenhang auf Art. 4 Abs. 1 und 6, Art. 5 Abs. 4, Art. 7 Abs. 2, Art. 8 und Art. 15 Abs. 4.

¹⁰⁴ Zu dieser unten III.3.a)bb).

¹⁰⁵ *Peers*, Family Reunion, (Fn. 102), 143 (179).

¹⁰⁶ *Schaffrin*, Family Reunification (Fn. 100), 90 (103).

¹⁰⁷ Art. 4 Abs. 1 lit. a) RL 2003/86; die Mitgliedstaaten können gemäß Art. 4 Abs. 5 RL 2003/86 ein Mindestalter von 21 Jahren für die Zusammenführung der Ehegatten vorsehen, dies um Zwangsehen entgegen zu wirken; Art. 4 Abs. 4 RL 2003/86 verbietet es im Falle einer Mehrehe, den weiteren Ehegatten auch ein Recht auf Familienzusammenführung zu gewähren, wenn schon die/der erste Ehegatte dem Zusammenführenden gefolgt ist.

¹⁰⁸ Kommt ein Kind erst nach Vollendung des 12. Lebensjahres und unabhängig vom Rest der Familie in den Aufnahmemitgliedstaat, so kann der Mitgliedstaat Integrationskriterien (wie etwa Sprachkenntnisse oder Allgemeinbildung) für die Aufnahme festlegen, Art. 4 Abs. 1 Uabs. 3 RL 2003/86. Bei Kindern von Flüchtlingen gilt dieser Vorbehalt nicht, Art. 10 Abs. 1 RL 2003/86.

Ehegatten sowie für eingetragene Partner (Art. 4 Abs. 1 lit. b bis d, Abs. 2, 3 RL 2003/86).

Damit sind zwingend nur Ehegatten, nicht aber Personen, mit denen der Zusammenführende eine eingetragene Partnerschaft eingegangen ist, vom Familiennachzugsrecht erfasst.¹⁰⁹

Insgesamt wird der Begriff der Familienangehörigen in der RL 2003/86 zwar genauer geregelt als in der RL 2004/38. Entgegen einem möglichen ersten Anschein ist die Familiennachzugsmöglichkeit aber – ausgehend von einer entsprechenden Begriffsdefinition – auf der Grundlage der RL 2003/86 restriktiver ausgestaltet als im Rahmen der RL 2004/38. Werden z.B. nicht verheiratete Paare mit verheirateten Paaren im nationalen Recht gleichgestellt, können die Mitgliedstaaten im Rahmen der RL 2003/86 immer noch entscheiden, ob sie hier einen Familiennachzug gewähren oder nicht,¹¹⁰ so dass den Mitgliedstaaten angesichts der eher wenigen in der Richtlinie formulierten Mindestanforderungen ein weiter Gestaltungsspielraum verbleibt.¹¹¹ Im Rahmen der RL 2004/38 hingegen werden Lebenspartner zwingend erfasst, sofern ein entsprechendes Institut im nationalen Recht vorgesehen ist (Art. 2 Ziff. 2 lit. b RL 2004/38).

Aber auch sonst sind die Familiennachzugsrechte in der RL 2004/38 aufgrund ihres weiteren Anwendungsbereichs großzügiger ausgestaltet. Hinzuweisen ist insbesondere darauf, dass die Mitgliedstaaten hier keine Mindestaufenthaltsdauer des Unionsbürgers bzw. keinen entsprechenden Aufenthaltstitel verlangen dürfen. Weiter sind die Regelungen in Bezug auf Scheidung, Tod oder Wegzug des Zusammenführenden in der RL 2003/86 spärlich und überlassen auch hier den Mitgliedstaaten einen erheblichen Gestaltungsspielraum (Art. 15 Abs. 3 RL 2003/86).

Art. 6-8 RL 2003/86 formulieren die Voraussetzungen für die Ausübung des Rechts auf Familienzusammenführung, wobei folgende Punkte hervorzuheben sind:¹¹²

- Die Mitgliedstaaten können vom Zusammenführenden den Nachweis verlangen, dass genügend Wohnraum¹¹³, eine Krankenversicherung und

¹⁰⁹ Vgl. in diesem Zusammenhang ausführlich zur Analyse des Gesetzgebungsverfahrens und den Diskussionen dazu *Helen Toner*, Partnership Rights, Migration and EC Law, in: Takis Tridimas/Paolisa Nebbia (Hrsg.), *European Union Law for the twenty-first century*, 2004, 349 (360 ff.).

¹¹⁰ Art. 4 Abs. 3 RL 2003/86/EG überlässt den Mitgliedstaaten die Entscheidung, ob unverheiratete Paare auch von einer Familienzusammenführung erfasst sind, hierzu *José Manuel Cortés Martín*, Immigration et regroupement familial dans l'Union européenne: un droit à géométrie variable?, RDUE 2005, 721 (748).

¹¹¹ Vgl. *Peers*, Family Reunion, (Fn. 102), 143 (182).

¹¹² Die Mitgliedstaaten dürfen zudem Integrationsmaßnahmen vorsehen (Art. 7 Abs. 2 RL 2003/86).

¹¹³ Dass Wohnraumerfordernis ist in der Freizügigkeitsrichtlinie als Voraussetzung für ein Aufenthaltsrecht gestrichen worden. Der Nachweis ist ebenfalls nicht zu erbringen, wenn ein Drittstaatsangehöriger von seinem Weiterwanderungsrecht

feste Einkünfte für alle nachziehenden Familienangehörigen und sich selbst bestehen (Art. 7 Abs. 1 RL 2003/86). Auch diese Kriterien implizieren einen weiten Gestaltungsspielraum der Mitgliedstaaten.¹¹⁴

Die Richtlinie schweigt sich darüber aus, welche Handlungsmöglichkeiten den Mitgliedstaaten zur Verfügung stehen, wenn die Kriterien nach Erteilung der Aufenthaltserlaubnis nicht mehr erfüllt sind. Eine Ausweisung eines Familienangehörigen basierend auf ökonomischen Gründen, ohne kriminelle Handlungen seitens des Auszuweisenden, dürfte in der Regel mit dem in Art. 8 EMRK gewährleisteten Recht auf Familienleben nicht vereinbar sein.

- Weiter dürfen die Mitgliedstaaten verlangen, dass sich der Zusammenführende während zwei Jahren rechtmäßig im Aufnahmemitgliedstaat aufgehalten hat, bevor seine Familienangehörigen ihm nachreisen dürfen (Art. 8 RL 2003/86).¹¹⁵
- Art. 6 RL 2003/86 erlaubt es den Mitgliedstaaten, aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit die Rechte auf Familienzusammenführung zu verweigern. Hier kann u.E. die Rechtsprechung des EuGH zur Freizügigkeit von Unionsbürgern¹¹⁶ entsprechend herangezogen werden, jedenfalls soweit es um die Notwendigkeit der Berücksichtigung des persönlichen Verhaltens, die Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes sowie die Verpflichtung zur Berücksichtigung des Art. 8 EMRK geht.¹¹⁷

Wird ein Aufenthaltstitel ausgestellt, ist dieser mindestens ein Jahr gültig und verlängerbar (Art. 13 Abs. 2 RL 2003/86). Wie auch im Rahmen der RL 2004/38 ist der Aufenthaltstitel der Familienangehörigen grundsätzlich solange gültig, wie jener der Person, von der das Recht abgeleitet wird (i.c. des Zusammenführenden).

Familienangehörige des Zusammenführenden haben gemäß Art. 14 RL 2003/86 im gleichen Umfang wie der Zusammenführende selbst ein Recht auf Zugang zu allgemeiner Bildung, unselbständiger oder selbständiger Er-

Gebrauch macht (Art. 15 Abs. 2 RL 2003/109/EG) sowie wenn ein Drittstaatsangehöriger für sich und seine Familienmitglieder ein Daueraufenthaltsrecht beantragt (Art. 5 RL 2003/109/EG).

¹¹⁴ *Günter Renner*, Ehe und Familie im Zeichen neuer Zuwanderungsregeln, NVwZ 2004, 792 (799) kritisiert diese Gestaltungsfreiheit der Mitgliedstaaten. Trotz der eigentlich angestrebten Familienfreundlichkeit (wie in den Begründungserwägungen erläutert) könnten die Mitgliedstaaten aufgrund des nicht unwesentlichen materiellen Gestaltungsspielraums eine Vereinheitlichung des Migrationsrechts verhindern.

¹¹⁵ Die RL 2004/38 kennt ein solches Erfordernis nicht.

¹¹⁶ S.o. III.2.g).

¹¹⁷ Auch die Formulierungen in Art. 6 Abs. 2, 17 RL 2003/86 legen diese Sicht nahe.

werbstätigkeit¹¹⁸ und zu beruflicher Beratung, Ausbildung, Fortbildung und Umschulung.¹¹⁹

Der Ehegatte, nicht eheliche Lebenspartner und das volljährig gewordene Kind haben nach fünfjährigem Aufenthalt das Recht auf einen eigenen Aufenthaltstitel (unabhängig vom Zusammenführenden), Art. 15 RL 2003/86, wobei die Mitgliedstaaten vorsehen können, dass Ehegatten und nicht eheliche Lebenspartner nur im Falle des Zerbrechens der familiären Bindung einen eigenständigen Aufenthaltstitel erhalten (Art. 15 Abs. 1 Untersatz 2 RL 2003/86). Die Richtlinie enthält keine weiterführenden Angaben über deren Status bei Erhalt eines autonomen Aufenthaltstitels. Es ist jedoch davon auszugehen, dass auch in diesem Fall die bereits garantierten Rechte des Art. 14 RL 2003/86 weiterhin gelten; falls die Voraussetzungen für die Anwendbarkeit der Daueraufenthaltsrichtlinie für Drittstaatsangehörige¹²⁰ erfüllt sind, findet diese Anwendung. Dieser eigene Aufenthaltstitel ist insbesondere immer dann von Bedeutung, wenn die Voraussetzungen für einen Familiennachzug nicht mehr vorliegen oder der Zusammenführende den betreffenden Mitgliedstaat (freiwillig oder unfreiwillig) verlässt.

Insgesamt dürfte die RL 2003/86 das Ziel einer unionsweiten Regelung der Familienzusammenführung von Drittstaatsangehörigen wohl nur beschränkt erreichen. Besonders ins Gewicht fällt hier, dass die Richtlinie einige wichtige Punkte vollumfänglich den Mitgliedstaaten überlässt, wie die auffällig häufig verwendete Formulierung „die Mitgliedstaaten können“ illustriert.¹²¹ Dies führt insbesondere dazu, dass die Reichweite des Familiennachzugsrechts je nach Mitgliedstaat variiert, was immer dann zu Problemen führen kann, wenn ein langfristig Aufenthaltsberechtigter in einen anderen, in Bezug auf den Familiennachzug ein engeres Konzept verfolgenden Mitgliedstaat ziehen möchte.¹²²

Obwohl die Familiennachzugsrichtlinie die Situation für Drittstaatsangehörige verbessert, ist der Status für daueraufenthaltsberechtigte Familienangehörige von Drittstaatsangehöri-

¹¹⁸ Die Mitgliedstaaten können für die Arbeitsmarktprüfung eine Frist von maximal einem Jahr vorsehen, Art. 14 Abs. 2 RL 2003/86/EG. Eine solche Frist existiert nicht für Familienangehörige, die in den Anwendungsbereich der RL 2004/38 fallen (Art. 23 RL 2004/38/EG).

¹¹⁹ Art. 24 RL 2004/38 garantiert eine umfassende Gleichbehandlung des Unionsbürgers und seiner Familienangehörigen mit den Staatsangehörigen des Mitgliedstaates, wogegen Art. 14 RL 2003/86/EG keine explizite Gleichbehandlungsnorm aufstellt. Es ist jedoch davon auszugehen, dass zumindest die in diesem Artikel garantierten Rechte eine gleiche Behandlung gegenüber den Staatsangehörigen im Aufnahmemitgliedstaat verlangen.

¹²⁰ Hierzu unten III.3.a)bb).

¹²¹ Die Richtlinie beschränkt sich auf eine minimale gemeinschaftsrechtliche Regelung vgl. dazu *Cortés Martín*, RDUE 2005 (Fn. 110), 721 (746).

¹²² Hierzu noch unten III.3.a)bb).

gen, die ihre Freizügigkeitsrechte ausüben, nicht so vorteilhaft wie für Familienangehörige, die einem Unionsbürgers nachziehen.¹²³ Die Richtlinie führt damit gerade nicht dazu, den Status von Familienangehörigen einheitlich zu regeln, dies auch aufgrund des Umstands, dass der Familiennachzug von Unionsbürgern, die nicht von ihrem Recht auf Freizügigkeit Gebrauch gemacht haben, nach wie vor allein durch nationales Recht geregelt ist. Folglich hängt eine Familienzusammenführung davon ab, ob der Zusammenführende Drittstaatsangehöriger oder Unionsbürger ist und ob Letzterer sein Freizügigkeitsrecht ausübt oder nicht.¹²⁴

Das Europäische Parlament hat gegen die RL 2003/86 Nichtigkeitsklage erhoben, da die Richtlinie das Recht auf Achtung des Familienlebens unzulässig beschränke und das Gleichbehandlungsgebot verletze.¹²⁵ Das Parlament rügt insbesondere die Möglichkeit der Beschränkung der Familienzusammenführung bei Kindern über 12 Jahren und die Möglichkeit der Festlegung von „Wartezeiten“.¹²⁶ Tatsächlich sind diese Aspekte vor dem Hintergrund der Anforderungen der EMRK kritisch zu beurteilen, da aus Art. 8 EMRK in Einzelfällen ein Recht auf Familiennachzug abgeleitet werden kann und die Wartefristen insbesondere bei Kleinkindern bedenklich lang ausfallen können. Allerdings bleibt es den Mitgliedstaaten unbenommen, die Richtlinie EMRK-konform umzusetzen. Die eigentliche Frage dürfte in diesem Zusammenhang daher dahin gehen, ob die RL 2003/86 schon deshalb rechtswidrig ist, weil sie nicht selbst zwingend zu einer EMRK-konformen Umsetzung verpflichtet oder ob dieser Mangel dadurch geheilt werden kann, dass die Mitgliedstaaten sie entsprechend umsetzen. Insbesondere Erwägungen der Rechtsklarheit, aber auch die effektive Sicherstellung der Grundrechtskonformität gemeinschaftlichen Sekundärrechts sprechen für die erste Alternative. Das Urteil des EuGH – das die Klage des Parlaments ablehnte, wobei seine tragenden Erwägungen dahin gingen, dass die Richtlinie als solche nicht im Widerspruch zur EMRK stehe und es den Mitgliedstaaten obliege, bei der Umsetzung die Vorgaben insbesondere des Art. 8 EMRK zu beachten – dürfte jedoch in eine andere Richtung gehen.¹²⁷

¹²³ Vgl. schon oben im Text sowie *Schaffrin*, Family Reunification (Fn. 100), 90 (142).

¹²⁴ *Cortés Martín*, RDUE 2005 (Fn. 110), 721 (750 f.)

¹²⁵ Rs. C-540/03, ABl. C 47/2004, 21 f.

¹²⁶ S. zur Diskussion aus der Lehre *Christine Langenfeld/Sarah Mohsen*, Die neue EG-Richtlinie zum Familiennachzug und ihre Einordnung in das Völkerrecht, ZAR 2003, 398 ff.; *Kay Hailbronner*, Die Richtlinie zur Familienzusammenführung, FamRZ 2005, 1 ff.; s. auch die Schlussanträge von GA *Juliane Kokott* in der Rs. C-540/03.

¹²⁷ S. EuGH, Rs. C-540/03 (Parlament/Rat), Urt. v. 27.6.2006, noch nicht in amtl. Slg. S. auch schon EuGH, Rs. C-293/97 (Standley), Slg. 1999, I-2603: Hier ging der EuGH in einem die Frage des Verstoßes eines Sekundärrechtsakts gegen das in Art. 174 Abs. 2 EGV niedergelegte Verursacherprinzip ebenfalls von einem anderen Ansatz aus, indem er festhielt, die Richtlinie hindere die Mitgliedstaaten nicht daran, bei der Umsetzung das Verursacherprinzip zu beachten.

bb) Zur RL 2003/109 (Daueraufenthaltsrichtlinie)

Die RL 2003/109 – die bis zum 23. Januar 2006 umzusetzen war (Art. 26 RL 2003/109) – soll die Rechtsstellung der langfristig aufenthaltsberechtigten Drittstaatsangehörigen an diejenige der Unionsbürger annähern¹²⁸ und damit die Integration von Drittstaatsangehörigen, die schon seit langer Zeit rechtmäßig in der EU leben, fördern.¹²⁹ Die Richtlinie regelt die Voraussetzungen, bei deren Vorliegen Drittstaatsangehörige in einem Mitgliedstaat die Rechtsstellung eines langfristig Aufenthaltsberechtigten erteilt oder entzogen werden kann sowie die mit dieser Rechtsstellung verbundenen Rechte; weiter wird die Rechtsstellung eines langfristig Aufenthaltsberechtigten in einem anderen Mitgliedstaat als demjenigen, der ihm diese Rechtsstellung zuerkannt, geregelt (Art. 1 RL 2003/109).¹³⁰

Der Anwendungsbereich der Richtlinie erstreckt sich nur auf Drittstaatsangehörige¹³¹ die sich rechtmäßig in einem Mitgliedstaat aufhalten (Art. 3 Abs. 1 RL 2003/109). Nicht in den Anwendungsbereich der Richtlinie fallen Diplomaten, Studenten, Auszubildende, Personen mit Flüchtlingsstatus oder Asylbewerber, Personen, die aufgrund internationaler Verpflichtungen Schutz erhalten sowie vorübergehend Aufenthaltsberechtigte, wie etwa Saisonarbeitnehmer oder *Au-pair* (Art. 3 Abs. 2 RL 2003/109). Familienmitglieder von Drittstaatsangehörigen, sofern sie selbst auch Drittstaatsangehörige sind, fallen ebenfalls in den Anwendungsbereich der Richtlinie. Wenn sie die Kriterien für ein Daueraufenthaltsrecht erfüllen, haben auch sie die Möglichkeit, ein solches zu beantragen.

Dabei spielt es keine Rolle, ob die Familienangehörigen aufgrund von nationalem Recht, der RL 2003/86 (Familiennachzugsrichtlinie) oder basierend auf einem Assoziationsabkommen mit der EG erstmals in den Mitgliedstaat einreisen und sich dort aufhielten. Selbst auf drittstaatsangehörige Familienmitglieder, die mit einem Unionsbürger die Freizügigkeitsrechte ausüben, ist die Richtlinie anwendbar.¹³² Allerdings gibt es für Familien-

¹²⁸ Siehe Begründungserwägung Nr. 2 der RL 2003/109/EG.

¹²⁹ Vgl. *Kay Hailbronner*, Langfristig aufenthaltsberechtigte Drittstaatsangehörige, ZAR, 2004, 163.

¹³⁰ Ausführlich zur RL 2003/109 *Boelaert-Suominen*, Non-EU nationals and Council Directive 2003/109/EC on the status of third-country nationals who are long-term residents: Five paces forward and possibly three paces back, CMLRev. 2005, 1011 ff.

¹³¹ Gemäß Art. 2 lit. a RL 2003/109/EG sind dies jene Personen, die nicht Unionsbürger i.S.v. Art. 17 EGV sind.

¹³² Es gibt keine Norm, die eine Anwendbarkeit der Richtlinie für diese Personengruppe ausschließt, anders in Art. 3 Abs. 3 RL 2003/86/EG. Dort wird explizit die Anwendbarkeit der Familienzusammenführungsrichtlinie für Familienangehörige eines Unionsbürgers ausgeschlossen; vgl. dazu auch *Steve Peers*, Implementing equality? The Directive on long term resident third-country nationals, ELRev. 2004, 437 (447).

angehörige von Unionsbürgern darüber hinaus spezifische Regelungen, die jedenfalls (auch) anwendbar sind, zumal sie in der Regel günstiger sind als die Regelungen der RL 2003/109.¹³³ Ein Beispiel dafür ist das Daueraufenthaltsrecht für Familienangehörige in der Freizügigkeitsrichtlinie (Art. 16 Abs. 2 RL 2004/38). Die praktische Relevanz der Anwendbarkeit der RL 2003/109 wird sich in Bezug auf Familienangehörige eines Unionsbürgers daher auf einige wenige Einzelfälle beschränken.

Ein Spezialfall sei an dieser Stelle noch erwähnt: Die RL 2004/38 räumt den Familienangehörigen eines Unionsbürgers nicht die Möglichkeit ein, sich in eigenem Namen zwischen den Mitgliedstaaten zu bewegen, so dass die Anwendung der RL 2003/109 vorteilhafter ist bzw. wäre.¹³⁴ Jedenfalls muss es für Familienangehörige, welche die Voraussetzungen für ein Daueraufenthaltsrecht selbst erfüllen und nicht unter die Ausnahmen von Art. 3 Abs. 2 RL 2003/109 fallen, möglich sein, sich auch auf ein solches zu berufen.¹³⁵

Die Mitgliedstaaten haben Drittstaatsangehörigen, die sich rechtmäßig¹³⁶ ununterbrochen während fünf Jahren in dem betreffenden Mitgliedstaat aufgehalten haben, die Rechtsstellung eines langfristig Aufenthaltsberechtigten zu verleihen (Art. 4 Abs. 1 RL 2003/109).¹³⁷ Hierzu verlangen die Mitgliedstaaten vom Antragsteller den Nachweis, dass er über feste und regelmäßige Einkünfte sowie über eine Krankenversicherung für sich und seine unterhaltsberechtigten Familienangehörigen verfügt (Art. 5 RL 2003/109).

Die Mitgliedstaaten können zudem bestimmte Integrationsanforderungen von den Antragstellern verlangen (Art. 5 Abs. 2 RL 2003/109).

¹³³ Peers, ELRev. 2004 (Fn. 132), 437 (445).

¹³⁴ Peers, ELRev. 2004 (Fn. 132), 437 (448).

¹³⁵ Die RL 2003/86 enthält in Art. 15 ebenfalls die Möglichkeit eines autonomen Aufenthaltstitels für die dort genannten Familienmitglieder nach fünf Jahren Aufenthalt. Wie erwähnt (s.o. III.3.a)aa), enthält die RL 2003/86 keine Regelung über die Rechtsstellung der Familienangehörigen mit autonomem Aufenthaltstitel; hier könnte die RL 2003/109 heranzuziehen sein. Zudem wäre die Anwendbarkeit der RL 2003/109 sicher für Familienangehörige eines Unionsbürgers, der seine Freizügigkeitsrechte nicht ausübt (also nicht unter die RL 2004/38 fällt), von Vorteil. So würden alle Drittstaatsangehörigen eines nicht wandernden Unionsbürgers nach fünf Jahren Aufenthalt im Mitgliedstaat in der ganzen Gemeinschaft gleich behandelt.

¹³⁶ Die Frage der Rechtmäßigkeit ist dabei nach allen einschlägigen Regeln zu beurteilen, die sowohl im nationalen Recht als auch im Völker- und Gemeinschaftsrecht zu finden sein können. Vgl. aber Peers, ELRev. 2004 (Fn. 132), 437 (444), der die Meinung vertritt, dass der Begriff „rechtmäßig“ (Art. 3 Abs. 1 und Art. 4 Abs. 1) unionsweit gleich zu definieren sei. Er bezieht sich bei seiner Argumentation darauf, dass sich die Richtlinie in diesem Zusammenhang nicht auf das nationale Recht beziehe und ein *e contratio* Schluss möglich sei. Des Weiteren würde eine einheitliche Interpretation eine größere Rechtssicherheit mit sich bringen. Im Dunkeln bleibt bei dieser Argumentation, durch welche gemeinschaftlichen Vorschriften die Rechtmäßigkeit des Aufenthalts denn abschließend bestimmt werden soll.

¹³⁷ Zur Berechnung der Zeiten Art. 4 Abs. 2, 3 RL 2003/109.

Den Mitgliedstaaten steht auch hier unter gewissen Voraussetzungen offen, dem langfristig Aufenthaltsberechtigten sein Recht aus Gründen der öffentlichen Ordnung und Sicherheit zu versagen (Art. 6 Abs. 1 RL 2003/109). Wirtschaftliche Gründe sind, wie in den anderen Richtlinien, unzureichend für einen negativ Entscheid (Art. 6 Abs. 2 RL 2003/109).

Art. 11 RL 2003/109 garantiert dem langfristig Aufenthaltsberechtigten eine Gleichbehandlung gegenüber dem Unionsbürger in Bezug auf die dort aufgeführten Rechte.¹³⁸ Die Familienangehörigen können diese Rechte nicht eigenständig geltend machen, wie sich aus Art. 11 Abs. 2 RL 2003/109 ergibt, wonach auf die „Familienangehörigen, für die er (der langfristig Aufenthaltsberechtigte) Leistungen beansprucht“, Bezug genommen wird. Damit kommen die Rechte in Art. 11 Abs. 1 RL 2003/109 dem Aufenthaltsberechtigten zu, der sie dann wiederum für seine Familienmitglieder geltend machen kann.

Den Familienangehörigen ist es aber zumindest dann möglich, sich auf Art. 11 RL 2003/109 zu berufen, wenn sie einen autonomen Aufenthaltstitel i.S.d. Familiennachzugsrichtlinie haben und ihr Antrag auf ein langfristiges Aufenthaltsrecht gutgeheißen wurde; in diesem Fall sind sie selbst als langfristig Aufenthaltsberechtigte anzusehen. Im Übrigen ist an die Familienangehörigen nach Art. 14 RL 2003/86 zu gewährenden Rechte zu erinnern.¹³⁹

Der Aufenthaltsberechtigte erhält gemäß Art. 8 einen Aufenthaltstitel, der mindestens für fünf Jahre gültig ist und ohne Weiteres verlängert wird.

Verfügt der Drittstaatsangehörige über eine langfristige Aufenthaltsberechtigung in einem Mitgliedstaat, erwirbt er auch ein Recht, sich länger als drei Monate in einem anderen Mitgliedstaat aufzuhalten. Voraussetzung für die Ausübung des Weiterwanderungsrechts ist die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit, eines Studiums oder Berufsausbildung oder sonstige Zwecke (Art. 14 Abs. 2 RL 2003/109). Zudem können die Mitgliedstaaten verlangen, dass feste Einkünfte sowie eine umfassende Krankenversicherung (insbesondere für Risiken im zweiten Mitgliedstaat) nachgewiesen werden (Art. 15 Abs. 2 RL 2003/109). Die Stellung der Familienangehörigen eines Weiterwandernden ist in Art. 16 RL 2003/109 speziell geregelt.

Als Familienangehörige sind jene Drittstaatsangehörige anzusehen, die sich gemäß der Richtlinie 2003/86/EG in einem Mitgliedstaat aufhalten, Art. 2 lit. e) RL 2003/109 (sog. Kernfamilie).

¹³⁸ Diese Rechte sind: Zugang zu Erwerbstätigkeit, allgemeine und berufliche Bildung (inkl. Stipendien und Ausbildungshilfen), soziale Sicherheit, Sozialhilfe und Sozialschutz, steuerliche Vergünstigungen, Zugang zu Waren und Dienstleistungen, Vereinigungsfreiheit, freier Zugang zum gesamten Hoheitsgebiet (Art. 11 Abs. 1 lit. a-h).

¹³⁹ S.o. III.3.a)aa).

Art. 16 Abs. 1 RL 2003/109 ist ein Recht des langfristig Aufenthaltsberechtigten zu entnehmen, seine Familie, die die Bedingungen des Art. 4 Abs. 1 RL 2003/86 erfüllt,¹⁴⁰ in den zweiten Mitgliedstaat nachzuziehen. Dieses Nachzugsrecht besteht im Falle des Bestehens der Familie im ersten Mitgliedstaat jedenfalls für die „Kernfamilie“ im Sinne des Art. 4 Abs. 1 RL 2003/86. Soweit aber der erste Mitgliedstaat weiteren Familienangehörigen als denjenigen, die von Art. 4 Abs. 1 RL 2003/86 erfasst sind, ein Nachzugs- und Aufenthaltsrecht eingeräumt hat, ist der zweite Mitgliedstaat hieran nicht gebunden, so dass er nur die „Kernfamilie“ im Sinne von Art. 4 Abs. 1 RL 2003/86 einreisen lassen kann. U.U. kann also der langfristig Aufenthaltsberechtigte in einem solchen Fall nicht seine „ganze“ Familie in den zweiten Mitgliedstaat nachziehen, dies obwohl sie als solche bereits im ersten Mitgliedstaat bestand.¹⁴¹

Die Mitgliedstaaten können von den Familienangehörigen, die einem langfristig Aufenthaltsberechtigten nachziehen, zusätzlich verlangen, dass sie nachweisen, selbst über feste und regelmäßige Einkünfte und einen Krankenversicherungsschutz im zweiten Mitgliedstaat zu verfügen (Art. 16 Abs. 4 RL 2003/109).

Bestand hingegen die Familie im ersten Mitgliedstaat noch nicht, richtet sich der Familiennachzug vollumfänglich nach der RL 2003/86, was ggf. zu einer Verschlechterung der Situation des langfristig Aufenthaltsberechtigten führen kann.

Sind die Voraussetzungen erfüllt, erhalten die Familienangehörigen im zweiten Mitgliedstaat einen Aufenthaltstitel mit gleicher Gültigkeitsdauer wie jener des langfristig Aufenthaltsberechtigten (Art. 19 Abs. 3 RL 2003/109). Der Aufenthaltstitel gibt den Familienangehörigen die in Art. 14 RL 2003/86/EG aufgeführten Rechte (Art. 21 Abs. 3 RL 2003/109).

Insgesamt räumt auch die RL 2003/109 den Mitgliedstaaten relativ weite Gestaltungsspielräume ein,¹⁴² wenn auch die Position der Drittstaatsangehörigen und ihrer Familienangehörigen nachhaltig verbessert wurde. Ob allerdings die Stellung der Daueraufenthaltsberechtigten mit der Richtlinie nun „so nah wie möglich“¹⁴³ an jene der Unionsbürger angenähert wurde, ist zu bezweifeln.

¹⁴⁰ Die Mitgliedstaaten können Angehörigen, die nicht unter die genannte Definition fallen, dennoch gestatten den langfristig Aufenthaltsberechtigten zu begleiten oder ihm nachzureisen, Art. 16 Abs. 1 und 2 RL 2003/109/EG i.V.m Art. 4 Abs. 1 RL 2003/86/EG.

¹⁴¹ Hierauf auch hinweisend *Schaffrin*, Family Reunification (Fn. 100), 90 (96).

¹⁴² Hierzu *Peers*, ELRev. 2004 (Fn. 132), 437 (442).

¹⁴³ Begründungserwägung Nr. 2 RL 2003/109/EG.

Die Umschreibung der Integrationsanforderungen z.B. liegt in der Kompetenz der Mitgliedstaaten. Da die Richtlinie keine Schranken vorgibt, könnten die Mitgliedstaaten im nationalen Recht sehr hohe Anforderungen an die Drittstaatsangehörigen stellen. Den Antragstellern kann es folglich erheblich erschwert werden, die in der RL 2003/109 umschriebenen Bedingungen zu erfüllen und das Aufenthaltsrecht zu erhalten. Jedenfalls dürfen solche Anforderungen aber die Wahrnehmung der sich aus der RL 2003/109 ergebenden Rechte nicht faktisch verunmöglichen, darf doch der Sinn und Zweck der Richtlinie nicht durch solche nationalen Normen faktisch außer Kraft gesetzt werden, was ggf. durch den EuGH überprüft werden kann.¹⁴⁴

Weiter kann die sehr wichtige Gleichbehandlungsnorm (Art. 11 RL 2003/109) durch nationale Bestimmungen recht weit eingeschränkt werden (Art. 11 Abs. 2-4 RL 2003/109).

b) *Zur Bedeutung völkerrechtlicher Abkommen mit Drittstaaten*

Die EU hat mit verschiedenen Drittstaaten Assoziationsabkommen geschlossen, die auch Freizügigkeitsrechte für diese Drittstaatsangehörigen und ihre Familien beinhalten können. Es ist im Folgenden selbstredend nicht möglich, umfassend auf die rechtliche Tragweite aller dieser Abkommen einzugehen; es sei aber kurz auf drei in unserem Zusammenhang besonders bedeutende Abkommen hingewiesen.

Die Assoziationsabkommen gehen den weniger günstigen Bestimmungen der Familiennachzugsrichtlinie und der Daueraufenthaltsrichtlinie vor.¹⁴⁵

aa) *Assoziationsabkommen EG-Türkei*

Das Assoziationsabkommen zwischen der EG und der Türkei vom 12. September 1963¹⁴⁶ sieht die sukzessive Verwirklichung der Freizügigkeit der Arbeitnehmer vor.¹⁴⁷ Von besonderer Bedeutung sind die auf der Grundlage des Abkommens angenommenen Assoziationsratsbeschlüsse (ARB) Nr. 1/80 und Nr. 3/80¹⁴⁸, die die Rechtsstellung der türkischen Arbeitnehmer und ihrer Familienangehörigen maßgeblich verbesserten. Der EuGH legte diese Beschlüsse, die für die Mitgliedstaaten verbindlich sind, in einer facettenreichen

¹⁴⁴ Boelaert-Suominen, CMLRev. 2005 (Fn. 130), 1011 (1023).

¹⁴⁵ Art. 3 Abs. 4 lit. a RL 2003/86 und Art. 3 Abs. 3 lit. a RL 2003/109.

¹⁴⁶ ABl. L 1964, S. 3687.

¹⁴⁷ Vgl. zum Abkommen etwa Otto Mallmann, Neuere Rechtsprechung zum assoziationsrechtlichen Aufenthaltsrecht türkischer Familienangehöriger, ZAR 2006, 50 ff.

¹⁴⁸ Vollständiger Abdruck der Beschlüsse in Rolf Gutmann, Die Assoziationsfreizügigkeit türkischer Staatsangehöriger, 156 ff.

Rechtsprechung aus,¹⁴⁹ womit eine spürbare Klarstellung der in ihnen niedergelegten Rechte einherging.¹⁵⁰

Art. 7 Satz 1 ARB Nr. 1/80 gewährt den Familienangehörigen eines türkischen Arbeitnehmers ein Aufenthaltsrecht¹⁵¹ und ein beschränktes¹⁵² Recht auf Zugang zum Arbeitsmarkt.

Als Familienmitglieder gelten, gemäß der Rechtsprechung des Gerichtshofes, der Ehegatte¹⁵³ und die Kinder¹⁵⁴; auch ein Stiefsohn ist als Familienangehöriger i.S.v. Art. 7 Satz 1 ARB Nr. 1/80 anzusehen.¹⁵⁵

Dabei wird zur Geltendmachung von Art. 7 Satz 1 ARB Nr. 1/80 vorausgesetzt, dass die Familienmitglieder mit dem türkischen Arbeitnehmer während drei Jahren zusammengelebt haben, es sei denn, das Getrenntleben der Familienmitglieder kann durch objektive Gründe erklärt werden.

Grundsätzlich ist es erforderlich, dass diese drei Jahre ununterbrochen im Aufnahmemitgliedstaat verbracht werden. Jedoch ist ein unfreiwilliger Unterbruch von weniger als sechs Monaten unschädlich, dasselbe gilt für kurzfristige Unterbrechungen.¹⁵⁶

Die Kinder eines türkischen Arbeitnehmers haben das Recht, Anstellungsangebote im Aufnahmemitgliedstaat anzunehmen, wenn sie einerseits eine Berufsbildung in demselben Staat abgeschlossen haben und andererseits ein Elternteil mindestens drei Jahre legal im Mitgliedstaat arbeitete. Wie lange sich das Kind schon im Mitgliedstaat aufhielt, ist irrelevant. Es ist gemäß Art. 7 Satz 2 ARB Nr. 1/80 zudem nicht erforderlich, dass der Elternteil immer noch in diesem Mitgliedstaat arbeitet oder überhaupt noch dort lebt.¹⁵⁷ Die Kinder eines türkischen Arbeitnehmers haben dasselbe Recht auf Zugang zu

¹⁴⁹ Vgl. grundlegend EuGH, Rs. C-192/89 (Sevince), Slg. 1990, I-3461; s. auch EuGH, Rs. C-237/91 (Kus), Slg. 1992, I-6781.

¹⁵⁰ Vgl. Mallmann, ZAR 2006 (Fn. 147), 50.

¹⁵¹ EuGH, Rs. C-329/97 (Ergat), Slg. 2000, I-1487, Rn. 43, das Aufenthaltsrecht wird vom Gerichtshof mit dem „*effet utile*“ begründet, denn ohne Aufenthalt wäre es gar nicht möglich eine Beschäftigung aufzunehmen.

¹⁵² Nach dreijährigem, rechtmäßigem Wohnsitz bei dem türkischen Arbeitnehmer haben Familienmitglieder das Recht, sich auf jedes Stellenangebot zu bewerben (jedoch gilt der Vorrang für Unionsbürger) und nach fünfjährigem gemeinsamem Wohnsitz haben die Familienangehörigen freien Zugang zu jeder Erwerbstätigkeit.

¹⁵³ Vgl. EuGH, Rs. C-351/05 (Kadiman), Slg. 1997, I-2133: Hier werden die Rechte der Ehefrau in Bezug auf Art. 7 Abs. 1 des Beschlusses Nr. 1/80 beurteilt.

¹⁵⁴ EuGH, Rs. C 329/97 (Ergat), Slg. 2000, I 1487, Rn. 22.

¹⁵⁵ EuGH, Rs. C-275/02 (Ayaz), Slg. 2004, I-8765, Rn. 48; in dem Urteil wird in Rn. 45 zudem auf Art. 10 VO (EWG) Nr. 1612/68 abgestellt, um den Begriff „Familienangehörige“ zu definieren.

¹⁵⁶ EuGH, Rs. 351/95 (Kadiman), Slg. 1997, I-2133, Rn 45 ff.

¹⁵⁷ EuGH, Rs. C-210/97 (Akman), Slg. 1998, I-7519, Rn. 51.

Schulunterricht, zur Lehrlingsausbildung und zur beruflichen Bildung, wie Kinder von Unionsbürgern.¹⁵⁸

Die Position der Familienangehörigen wird durch die Rechtssprechung damit weiter verstärkt, indem das Aufenthaltsrecht nicht mehr bloß vom türkischen Arbeitnehmer abgeleitet, sondern zu einer eigenständigen Rechtsposition entwickelt wird.¹⁵⁹ Die jüngste Rechtssprechung des EuGH geht im Übrigen dahin, ein assoziationsrechtliches Aufenthaltsrecht der zweiten Generation türkischer Staatsangehöriger, unabhängig einer Erwerbstätigkeit, zu garantieren.¹⁶⁰

So geht der EuGH in der Rs. C-373/03 davon aus, dass ein Kind eines türkischen Arbeitnehmers, das nach fünfjährigem Wohnsitz im Mitgliedstaat die Rechtsstellung nach Art. 7 Satz 1 ARB Nr. 1/80 erwirbt, keine Verpflichtung hat, eine Beschäftigung im Lohn- oder Gehaltsverhältnis auszuüben.¹⁶¹ Damit sind türkische Arbeitnehmer, die ein Aufenthaltsrecht aufgrund eigener Erwerbstätigkeit (Art. 6 ARB 1/80) haben, schlechter gestellt als Familienangehörige, die sich auf Art. 7 Satz 1 ARB berufen. Familienangehörige haben somit losgelöst von einer Erwerbstätigkeit ein Aufenthaltsrecht, im Unterschied zum türkischen Arbeitnehmer, der sein Aufenthaltsrecht verliert, sobald er die Stelle aufgibt oder für eine gewisse Zeit ohne Beschäftigung ist.¹⁶²

Das Abkommen enthält für türkische Staatsangehörige weder Normen zur Einreise in das Territorium der Mitgliedstaaten noch ein Weiterwanderungsrecht in andere Mitgliedstaaten¹⁶³ sowie kein explizites Recht auf Familiennachzug im Falle der Weiterwanderung¹⁶⁴. Insofern können die RL 2003/109 und die RL 2003/86 die Rechtsstellung türkischer Erwerbstätiger und ihrer Familien verbessern.

¹⁵⁸ Art. 9 Assoziationsbeschluss Nr. 1/80; der Artikel ist gemäß der Rechtssprechung des EuGH direkt anwendbar, vgl. EuGH, Rs. C-210/97 (Akman), Slg. 1998, I-7519, Rn. 40/41; EuGH, Rs. 374/03 (Gürol), Urteil vom 7.7.2005, noch nicht in amtlicher Slg.

¹⁵⁹ EuGH, Rs. C-467/02 (*Cetinkaya*), Slg. 2004, I-10895, Rn. 34; zu diesem Aspekt *Mallmann*, ZAR 2006 (Fn. 147), 50 (51).

¹⁶⁰ Vgl. *Mallmann*, ZAR 2006 (Fn. 147), 50 (54).

¹⁶¹ EuGH, Rs. C-373/03 (Aydinli), Urteil vom 7.7.2005, noch nicht in amtlicher Slg., Rn. 29.

¹⁶² EuGH, Rs. C-383/03 (Dogan), Urteil vom 7.7.2005, noch nicht in amtlicher Slg., Rn. 19, 25.

¹⁶³ Vgl. dazu u.a. EuGH, Rs. C-37/98 (Savas), Slg. 2000, I-2927, Rn. 58; EuGH, Rs. C-171/95 (Tetik), Slg. 1997, I-329, Rn. 21.

¹⁶⁴ EuGH, Rs. 12/86 (Demirel), Slg. 1987, 3719, Rn. 24. Die Mitgliedstaaten haben bloß die Pflicht, geeignete Maßnahmen allgemeiner oder besonderer Art zu treffen, um die Pflichten des Abkommens zu erfüllen.

bb) EWR-Vertrag

Die EU und die EFTA-Staaten schlossen im Mai 1992, zur Bildung des Europäischen Wirtschaftsraumes (EWR), das EWR-Abkommen¹⁶⁵. Das Abkommen ist heute noch für die Staatsangehörigen von Island, Liechtenstein und Norwegen von Bedeutung.¹⁶⁶ Das Abkommen beabsichtigt die Ausdehnung des EG-Binnenmarktes auf die EFTA-Staaten, so dass – bezogen auf die Personenverkehrsfreiheiten – für die Staatsangehörigen der genannten EFTA-Staaten den Grundfreiheiten entsprechende Garantien formuliert werden.¹⁶⁷

Die Arbeitnehmerfreizügigkeit ist in Art. 28-30 des Abkommens geregelt und entspricht dem Wortlaut nach fast den Art. 39 ff. EGV. Soweit die Bestimmungen des Abkommens parallel mit jenen des EG-Vertrages bzw. dem jeweiligen Sekundärrecht ausgestaltet sind, werden gemäß Art. 6 des EWR-Abkommens diese Normen im Einklang mit den Entscheidungen des EuGH ausgelegt, wobei zwingend jedoch nur die Urteile vor Unterzeichnung des Abkommens zu berücksichtigen sind; im Ergebnis fällt aber auch die nachfolgende Rechtsprechung von EuGH und EFTA-Gerichtshof weitgehend parallel aus.¹⁶⁸ Die Durchführungsvorschriften zur Freizügigkeit der Arbeitnehmer sind gemäß Art. 28 Abs. 5 i.V.m. Anhang V des Abkommens Bestandteil desselben. Der gemeinsame EWR-Ausschuss kann beschließen, welche neuen gemeinschaftlichen Rechtsakte in das Abkommen einbezogen werden (Art. 102). Insgesamt kommen damit den Arbeitnehmern der drei EFTA-Staaten fast die gleichen Freizügigkeitsrechte zu wie den Unionsbürgern.¹⁶⁹

Im Zuge der Neuregelung der Freizügigkeitsregeln durch die RL 2004/38 wird die Frage der Übernahme dieser Richtlinie in das EWR-Recht noch zu lösen sein. Probleme dürfte dies insbesondere deshalb aufwerfen, weil das EWR-Abkommen das Konzept der Unionsbürgerschaft – das in der RL 2004/38 zentral ist – nicht übernimmt, so dass die Anwendung der RL 2004/38 auf die Staatsangehörigen der EFTA-Staaten gewisse Schwierigkeiten aufwerfen dürfte.

Die RL 2003/86 und die RL 2003/109 sind im Rahmen des EWR nicht relevant, so dass die diesbezüglichen Vorgaben durch die EFTA-Staaten nicht umgesetzt werden müssen.

¹⁶⁵ ABl. L 1/1994, S. 3.

¹⁶⁶ In der Schweiz wurde die Ratifizierung des EWR-Abkommens am 6.12.1992 in einem Referendum abgelehnt; inzwischen werden die Beziehungen zwischen der Schweiz und der EU maßgeblich durch sog. bilaterale Verträge gestaltet (s.u. III.3.b)cc). Die übrigen Signatarstaaten des EWR-Abkommens (Österreich, Schweden und Finnland) sind inzwischen der EU beigetreten.

¹⁶⁷ Frenz, Handbuch Europarecht (Fn. 1), Rn. 285.

¹⁶⁸ Vgl. ausführlich die Beiträge in: Carl Baudenbacher/Per Tresselt/Thorgeir Örlygsson (Hrsg.), *The EFTA Court. Ten Years On*, 2005.

¹⁶⁹ Vgl. etwa *A. Pieter van der Mei*, *Free Movement of Persons within the European Community*, 2003, 53 (56); zur parallelen Auslegung der Definition der Familie und ihrer Mitglieder *Peers*, *Family Reunion* (Fn. 102), 143 (172 f.), der auch auf die Schwierigkeiten im Zusammenhang mit der Neuregelung durch die RL 2004/38 hinweist.

cc) Zum Freizügigkeitsabkommen Schweiz – EU

Am 1. Juli 2002 trat das Personenfreizügigkeitsabkommen¹⁷⁰ als einer der sog. bilateralen Verträge zwischen der Schweiz und der EG (bzw. ihren Mitgliedstaaten)¹⁷¹ in Kraft. Ziel des Abkommens ist eine (in Etappen erfolgende) Ausdehnung der gemeinschaftlichen Freizügigkeitsrechte auf das Verhältnis zwischen der Schweiz und der Gemeinschaft, allerdings ohne die Übernahme des Konzepts der Unionsbürgerschaft.¹⁷² Namentlich werden das Recht auf Einreise, Recht auf Aufenthalt und Zugang zu einer Erwerbstätigkeit, Nichtdiskriminierung, Recht der Familienangehörigen auf Aufenthalt und Ausübung einer Erwerbstätigkeit ungeachtet ihrer Staatsangehörigkeit (Art. 2, 3, 4 und 7 i.V.m. Anhang I des Abkommens) garantiert.

In Art. 3 Anhang I des Abkommens ist der Begriff der Familienangehörigen definiert. Die Definition weicht von der in Art. 2 Abs. 2 RL 2004/38 insofern ab, als die Lebenspartner, die neu in Art. 2 Abs. 2 lit. b) RL 2004/38 genannt werden, nicht erfasst sind. Diese abweichende Definition erklärt sich durch die Inspiration des Art. 3 Anhangs I durch Art. 10 VO 1612/68. Deutlich wird damit, dass sich auch im Rahmen des Personenfreizügigkeitsabkommens die Frage nach der Auf- bzw. Übernahme der neuen gemeinschaftlichen Regelungen der RL 2004/38 in den Rechtsrahmen des Abkommens stellt, eine Frage, die bislang noch nicht beantwortet wurde. Angesichts der teilweise erheblichen Modifikationen durch die RL 2004/38 sowie der systematischen Bezugnahme in dieser Richtlinie auf das Konzept der Unionsbürgerschaft dürfte es jedenfalls auf beträchtliche Schwierigkeiten stoßen, die durch das Personenfreizügigkeitsabkommen angestrebte weitgehende Parallelität des Rechtsregimes der Freizügigkeit in der EU und zwischen der EU und der Schweiz allein durch eine Art evolutive Auslegung des Anhangs I sicherzustellen. Da Anhang I durch einen Beschluss des Gemischten Ausschusses nicht modifiziert werden kann (Art. 18 FZA), bleiben zwei Alternativen: Entweder man modifiziert das Abkommen auf dem „normalen“ Weg mit der

¹⁷⁰ Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit (SR 0.142.112.681).

¹⁷¹ Vgl. zum Ansatz der sog. bilateralen Verträge *Dieter Freiburghaus*, Die Europapolitik der Schweiz im Jahr 2003: Gelingt der Durchbruch bei den „Bilateralen II“?, in: Astrid Epiney/Sarah Theuerkauf/Florence Rivière (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2003, 2004, 13 ff.; *Brono Spinner*, Rechtliche Grundlagen und Grenzen für bilaterale Abkommen, in: Daniel Felder/Christine Kaddous (Hrsg.), Accords bilatéraux Suisse – UE (Commentaires), 2001, 13 ff.

¹⁷² Zu den Zielsetzungen des Abkommens *Astrid Epiney*, Das Abkommen über die Personenfreizügigkeit – Überblick und ausgewählte Aspekte, in: Alberto Achermann/Astrid Epiney/Walter Kälin/Minh Son Nguyen (Hrsg.), Jahrbuch für Migrationsrecht 2004/2005, 2005, 45 ff.

Folge der Einschlägigkeit des eher schwerfälligen völkerrechtlichen Vertragsabschlussverfahrens, in dessen eine Ratifikation durch die EG, die Schweiz und alle Mitgliedstaaten notwendig ist; oder aber die Rechtsregime in der EU und im Verhältnis der EG zur Schweiz differieren, wobei immer noch angestrebt werden kann, diese Differenzen durch eine evolutive Auslegung etwas zu relativieren. Gleichwohl werden aber Disparitäten bestehen bleiben.

Nur am Rande sei in diesem Zusammenhang noch darauf hingewiesen, dass die Nachzugsrechte von Ehegatten und Kindern eines Schweizer Staatsangehörigen, die weder EU- noch EFTA-Bürger sind, im nationalen Recht weniger weitreichen, als jene, die durch das Abkommen vorgesehen sind.¹⁷³ Als sog. Inländerdiskriminierung ist dies jedoch mit dem Abkommen vereinbar,¹⁷⁴ womit aber noch nicht die Frage der Vereinbarkeit mit Art. 8 BV beantwortet ist.¹⁷⁵

Die RL 2003/86 und die RL 2003/109 haben keinen Einfluss auf die Ausgestaltung der Freizügigkeitsrechte im Personenfreizügigkeitsabkommen entfaltet, so dass die Rechtsstellung von Drittstaatsangehörigen weder direkt noch indirekt durch das Abkommen berührt wird.

IV. Schluss

Insgesamt regelt das europäische Gemeinschaftsrecht sehr, manche würden sagen überraschend, viele Aspekte des Aufenthaltsrechts von Familienange-

¹⁷³ *Stephan Breitenmoser*, Sectoral Agreements between the EC and Switzerland: Contents and Context, CMLRev. 40 2003, 1137 (1162). Gemäß Art. 7 Bundesgesetz über Aufenthalt und Niederlassung (ANAG) erhält der Ehegatte (nicht Staatsbürger der EU oder EFTA) eines Schweizer Bürgers nur ein Aufenthaltsrecht für ein Jahr, welches jedes Jahr verlängert wird und nach fünf Jahren definitiv gilt, Kinder können gemäß Art. 17 Abs. 2 ANAG nur bis zum 18. Lebensjahr den Eltern folgen (SR 142.20). Dies soll jedoch mit dem Inkrafttreten des Bundesgesetzes über Ausländerinnen und Ausländer (AUG), durch das das ANAG aufgehoben werden soll (Art. 120 AUG), geändert werden, vgl. <<http://www.admin.ch/ch/d/ff/2005/7365.pdf>> (zuletzt besucht am 19.06.2006).

¹⁷⁴ Die Ausführungen oben (III.1.) zur Notwendigkeit eines grenzüberschreitenden Bezugs lassen sich entsprechend auf das Abkommen übertragen.

¹⁷⁵ Vgl. hierzu aus der Rechtsprechung BGE 129 II 249, wo das Bundesgericht festhielt, dass es aufgrund des Art. 191 BV trotz eines möglichen Verstoßes der fraglichen Regelung gegen die Verfassung an die gesetzlichen Vorgaben gebunden sei. Abweichend Rekursgericht im Ausländerrecht des Kantons Aargau, BE.2003/00031, Urt. v. 15.8.2003, veröffentlicht in Jusletter vom 1.9.2003. Hierzu bereits *Astrid Epiney*, Die schweizerische Rechtsprechung zum Personenfreizügigkeitsabkommen – ein Überblick, in Alberto Achermann/Astrid Epiney/Walter Kälin/Minh Son Nguyen (Hrsg.), Jahrbuch für Migrationsrecht 2004/2005, 2005, 141 (149 f.).

hörigen von Unionsbürgern oder von Drittstaatsangehörigen. Dabei differieren die Regelungen je nach den verschiedenen „Arten“ des Zusammenführenden und der Familienangehörigen, wobei folgende Kriterien maßgeblich sind:

- Wahrnehmung – auf Seiten des Zusammenführenden – der wirtschaftlichen Grundfreiheiten oder (lediglich) des allgemeinen Freizügigkeitsrechts der Unionsbürger;
- Unionsbürgerschaft oder Drittstaatsangehörigkeit des Zusammenführenden;
- Unionsbürgerschaft oder Drittstaatsangehörigkeit des Familienangehörigen, wobei bemerkenswert ist, dass die drittstaatsangehörigen Familienmitglieder eines Unionsbürgers weitgehend den Familienangehörigen mit Unionsbürgerschaft gleichgestellt sind.

Bei allen gemeinschaftlichen Regelungen betreffend die Familienzusammenführung sind aber jedenfalls die gemeinschaftlichen Grundrechte – wobei Art. 8 EMRK eine besondere Bedeutung zukommt – zu beachten. Insofern kann es dann durchaus – trotz der insbesondere in Bezug auf den Nachzug von Familienangehörigen von Drittstaatsangehörigen sehr (zu) weit gehenden Gestaltungsspielräume der Mitgliedstaaten – zu einer gewissen Annäherung der verschiedenen, in den einschlägigen sekundärrechtlichen Regelungen unterschiedlich ausgestalteten Konstellationen und Rechtsregime kommen. Hierbei wird die Rechtsprechung des EuGH wohl eine entscheidende Rolle spielen.