

Rechtsgrundlagen der Migration in Europa

- zur Regelung eines „Anspruchs auf Aufenthalt“ im Völker- und Europarecht -

*Astrid Epiney**

Dieser Beitrag wurde erstmals wie folgt veröffentlicht:

Astrid Epiney, Rechtsgrundlagen der Migration in Europa. Zur Regelung eines „Anspruchs auf Aufenthalt“ im Völker- und Europarecht, in: Hartmut Bauer/Pedro Cruz Villalon/Julia Iliopoulos-Strangas (Hrsg.), Die neuen Europäer – Migration und Integration in Europa / The new Europeans – Migration and integration in Europe / Les nouveaux européens – Migration et intégration en Europe, Athen, Baden-Baden, Brüssel 2009, S. 115-241. Es ist möglich, dass die Druckversion – die allein zitierfähig ist – im Verhältnis zu diesem Manuskript Modifikationen enthält.

- A. Einleitung
- B. „Recht auf Aufenthalt“ im Europa- und Völkerrecht
 - I. Flucht aus dem Heimatland: zum „Recht auf Asyl“
 - 1. Zu den völkerrechtlichen Vorgaben
 - a) Zur Tragweite der Genfer Flüchtlingskonvention
 - b) Zur Tragweite menschenrechtlicher Garantien
 - aa) Zur Tragweite der EMRK
 - bb) Zum internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte (UNO-Pakt II)
 - cc) Die UN-Folterkonvention
 - 2. Zum europäischen Gemeinschaftsrecht: die RL 2004/83
 - a) Anerkennung als Flüchtling
 - b) Subsidiärer Schutz
 - 3. Synthese
 - a) Duldungspflichten
 - b) Exkurs: menschenrechtlicher Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung
 - c) Subjektive Rechte
 - II. Migration im Hinblick auf Erwerbstätigkeit
 - 1. Zur aufenthaltsrechtlichen Dimension der Grundfreiheiten – eine Skizze
 - a) Grundsatz: ein „Grundrecht auf Aufenthalt“
 - b) Exkurs: zum Zugang zu Leistungen sozialer Sicherheit

* Die Autorin ist Professorin und geschäftsführende Direktorin des Instituts für Europarecht der Universitäten Bern, Neuenburg und Freiburg i.Ue. Frau MLaw *Andrea Egbuna-Joss* und Frau MLaw *Andrea Faeh* sei für die Unterstützung bei der Erstellung des Beitrags herzlich gedankt. Weiter ist darauf hinzuweisen, dass Teile des Beitrags auf früheren Untersuchungen aufbauen, so B.I.1., 2. (auf *Astrid Epiney/Bernhard Waldmann/Andrea Egbuna-Joss/Magnus Oeschger*, Die Anerkennung als Flüchtling im europäischen und schweizerischen Recht – Ein Vergleich unter Berücksichtigung des völkerrechtlichen Rahmens -, Jusletter vom 26.5.2008, Internetzeitschrift), B.III.1.b), B.IV.1., 2.a) (auf *Astrid Epiney/Andrea Faeh*, Zum Aufenthaltsrecht von Familienangehörigen im europäischen Gemeinschaftsrecht, in: Achermann/Caroni/Epiney/Kälin/Nguyen (Hrsg.), Jahrbuch für Migrationsrecht 2005/2006, 49 ff.) und B.II.2. auf *Astrid Epiney*, Das Abkommen über die Personenfreizügigkeit – Überblick und ausgewählte Aspekte, in: Achermann/Epiney/Kälin/Nguyen (Hrsg.), Jahrbuch für Migrationsrecht 2004/2005, 2005, 45 ff.; *Astrid Epiney*, Zur Bedeutung der Rechtsprechung des EuGH für Anwendung und Auslegung des Personenfreizügigkeitsabkommens, ZBJV 2005, 1 ff..

2. Zur Tragweite völkerrechtlicher Verträge mit Drittstaaten – unter besonderer Berücksichtigung des Freizügigkeitsabkommens mit der Schweiz
3. Zur RL 2003/109
- III. Aufenthaltsrechte für Nichterwerbstätige
 1. Freizügigkeitsrecht für Unionsbürger
 - a) Zur Tragweite des Art. 18 Abs. 1
 - b) Zur Unionsbürgerrichtlinie (RL 2004/38) – ausgewählte Aspekte
 2. Zur RL 2004/114 über den Aufenthalt von Studierenden und zur RL 2005/71 über den Aufenthalt von Wissenschaftlern
- IV. Familienangehörige
 1. Familienangehörige von Unionsbürgern
 - a) Zur Anwendbarkeit der Regeln über den Familiennachzug
 - b) Grundfreiheiten und Unionsbürgerschaft
 - aa) Zur Tragweite der gemeinschaftlichen Grundfreiheiten
 - bb) Zur Tragweite der Unionsbürgerschaft
 - c) Zur RL 2004/38
 - aa) Zum Begriff des Familienangehörigen in der RL 2004/38
 - bb) Zu den Aufenthaltsrechten der Familienangehörigen
 2. Familienangehörige von Drittstaatsangehörigen
 - a) Zur RL 2003/86 (Familiennachzugsrichtlinie)
 - aa) Zur inhaltlichen Tragweite der RL 2003/86
 - bb) Zur Vereinbarkeit der RL 2003/86 mit Art. 8 EMRK: die Rs. C-540/03
 - b) RL 2003/109
- C. Möglichkeiten der Einschränkung des Aufenthaltsrechts
 - I. Unionsbürger und ihre Familienangehörigen
 - II. Drittstaatsangehörige und Familienangehörige von Drittstaatsangehörigen: Zu den RL 2003/86, 2003/109, 2004/114 und 2005/71
 - III. Flüchtlinge, Asylsuchende oder bedrohte Personen
 1. GFK und EMRK
 2. RL 2004/83 (Qualifikationsrichtlinie)
- D. Zusammenfassende Schlussbetrachtung
 - I. Zusammenfassung
 1. „Originäre“ Aufenthaltsrechte
 2. „Abgeleitetes“ Aufenthaltsrecht
 - II. Schlussbetrachtung: auf dem Weg zu einer einheitlichen Dogmatik in Bezug auf die rechtliche Tragweite von Aufenthaltsrechten?

A. Einleitung

Das mir gestellte Thema „Rechtsgrundlagen der Migration in Europa“ nimmt letztlich Bezug auf alle Rechtsfragen, die in der einen oder anderen Form mit dem Phänomen der Migration (in Europa) zusammenhängen. „Migrationsrecht“ ist insofern ein nicht nur ausgesprochen spannendes, sondern auch ein interdisziplinäres Gebiet, das verschiedene Rechtsgebiete – die vom Asylrecht über das Religionsrecht bis hin zum Sozialrecht gehen – berührt und für das typischerweise Rechtsnormen verschiedener Ebenen – Völkerrecht, europäisches Unionsrecht, nationales Recht, manchmal auch gliedstaatliches Recht – anwendbar sind, die in vielfältiger Weise untereinander verschränkt sind. Vor diesem Hintergrund ist es im Folgenden nicht möglich (und wäre im Übrigen wohl auch nicht sinnvoll), „die“ Rechtsgrundlagen der Migration in Europa auch nur ansatzweise umfassend und erschöpfend darzustellen; vielmehr lässt sich die Zielsetzung des Beitrages dahingehen zusammenfassen, dass das Ineinandergreifen der verschiedenen Rechtsordnungen anhand der Problematik des

Aufenthaltsrechts von Personen in einem Staat, dessen Staatsangehörigkeit sie nicht besitzen, analysiert werden soll. Aber auch insoweit kann es nicht um eine umfassende Darstellung gehen, sondern der Akzent liegt auf der Frage, in welchen Konstellationen welche Rechtsgrundlagen zum Zuge kommen, wobei auch auf das Verhältnis der verschiedenen Ebenen zueinander einzugehen ist. In materieller Hinsicht steht das europäische Gemeinschaftsrecht im Vordergrund.

Ausgangspunkt und Anknüpfungspunkt für die Erörterung der so (zumindest etwas) eingegrenzten Problematik soll dabei jeweils der (mögliche) Grund des (gewünschten) Aufenthalts in einem anderen Staat sein, wobei in erster Linie – im Hinblick auf einen angestrebten längeren bzw. dauerhaften Aufenthalt, auf den sich dieser Beitrag beschränkt – vier verschiedene Kategorien von Gründen unterschieden werden können:

- Erstens kann eine Person wegen einer politischen Verfolgung oder wegen (ihrer Ansicht nach) unzumutbarer Zustände in ihrem Heimatland (die politischer, wirtschaftlicher oder sonstiger Natur sein können) dieses verlassen wollen (B.I.).
- Zweitens kann das Hauptziel der Migration die Erwerbstätigkeit in einem anderen Staat sein (B.II.).
- Drittens kann ein Aufenthalt in einem anderen Staat aus sonstigen Gründen (Ausbildung, Ruhestand, sonstiges) von Nichterwerbstätigen angestrebt werden (B.III.).
- Viertens schließlich kann die Migration erfolgen, weil sich bereits ein Familienangehöriger in dem jeweiligen (anderen) Staat aufhält (B.IV.).

Im Folgenden geht es darum, in Bezug auf diese vier, m.E. bedeutendsten Konstellationen der Migration die jeweils anwendbaren Rechtsgrundlagen und ihre Tragweite zu analysieren, dies in Bezug auf die beiden Regelungsebenen Völkerrecht und europäisches Unionsrecht (worauf der Schwerpunkt liegen wird), woraus sich dann auch der verbleibende Spielraum für das nationale Recht ergibt.¹ Die Frage nach den Möglichkeiten der Einschränkung des Aufenthaltsrechts wird vergleichend in einem eigenen Abschnitt behandelt (C.).

Allerdings kann es dabei schon im Hinblick auf den Umfang dieses Beitrages nicht darum gehen, alle diese rechtlichen Vorgaben jeweils umfassend zu analysieren; vielmehr besteht die Zielsetzung des Beitrages darin, insgesamt eine Gesamtschau der möglichen einschlägigen Rechtsgrundlagen für die verschiedenen Konstellationen der Migration in Europa zur Verfügung zu stellen² und die verschiedenen Ansätze eher in einer konzeptionellen Gesamtsicht zu analysieren, wobei im Anschluss an die diesbezüglichen neueren Entwicklungen, die gerade auch aus dogmatischer Sicht interessant sind, der Schwerpunkt der Behandlung einiger Einzelfragen auf ausgewählten Aspekten des Unionsrechts liegt. Der

¹ Hingegen soll auf eine eigentliche Rechtsvergleichung der nationalen Rechtsordnungen schon aus Platzgründen, aber auch angesichts der sonstigen Beiträge in diesem Band verzichtet werden.

² Im Anschluss daran werden sich dann in der Regel auch die möglichen rechtlichen Anknüpfungspunkte für sonstige, mit dem Aufenthalt im Zusammenhang stehende Rechte (wie Zugang zu Bildungseinrichtungen, Anspruch auf Sozialleistungen u.a.m.) ergeben.

Beitrag schließt mit einer kurzen Bewertung der „rechtlichen Kategorisierung“ der Migranten in Europa und einem Ausblick auf mögliche zukünftige Entwicklungen (D.).

Der Klarheit halber sei in diesem Zusammenhang auch darauf hingewiesen, dass sich die im Folgenden (zunächst) getrennt behandelten „Migrationsgründe“ selbstredend überschneiden können: So wird z.B. eine Person, die aus einem Staat wegen politischer Verfolgung flüchtet, in der Regel im Aufnahmestaat auch arbeiten wollen. Allerdings – und hieran knüpft die hier getroffene Unterscheidung an – besteht der Hauptgrund der Migration eben in der Flucht, so dass nach Rechtsgrundlagen zu suchen ist, die gerade in Anknüpfung an diese Konstellation ein Aufenthaltsrecht gewähren.

B. „Recht auf Aufenthalt“ im Europa- und Völkerrecht

I. Flucht aus dem Heimatland: zum „Recht auf Asyl“

Die erste Konstellation eines (möglichen) „Anspruchs auf Aufenthalt“ betrifft diejenigen Fälle, in denen Personen ihre Heimat verlassen, weil sie – aus verschiedenen Gründen – die Lebensbedingungen dort nicht als annehmbar erachten. Grundsätzlich ist es das souveräne Recht der Staaten, frei über die Einreise- und Aufenthaltsbedingungen für ausländische Staatsangehörige zu entscheiden.³ Dieses Recht ist jedoch kein absolutes Recht: Spätestens seit der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts bestehen allgemeine völkerrechtliche Vorgaben, die auch in den Bereichen der (nationalen und supranationalen) Ausländer- und Asylgesetzgebung zu beachten sind. Insbesondere die in internationalen Verträgen und im Völkergewohnheitsrecht verankerten menschenrechtlichen Garantien setzen den Handlungsmöglichkeiten der Staaten Schranken (1.).⁴ Darüber hinaus wurden in der Europäischen Union Rechtsakte erlassen, die den Mitgliedstaaten aufgeben, auch im Bereich des Asyls gewisse (Mindest-) Vorgaben zu beachten (2.). Insofern haben sich die durchaus unterschiedlichen nationalen Konzeptionen auch (etwas) angenähert. In einer kurzen Synthese (3.) soll die rechtliche Tragweite dieser Vorgaben vergleichend evaluiert werden.

Deutlich wird damit auch, dass es hier nicht (nochmals) um die umfassende Erörterung der sich im Einzelnen aus diesen Rechtsquellen ableitbaren Rechte, sondern um eine vergleichende Analyse der rechtlichen Tragweite der sich aus ihnen ergebenden Aufenthaltsansprüche geht.

1. Zu den völkerrechtlichen Vorgaben

³ *Brian Gorlick*, (Mis)perception of Refugees, State Sovereignty, and the Continuing Challenge of International Protection, in: Bayefsky (ed.), *Human Rights and Refugees, Internally Displaced Persons and Migrant Workers*, 2006, 77 f.; *Sandra Lavanex*, *Europeanisation of Refugee Policies*, 2001, 8.

⁴ Zum Spannungsverhältnis von nationaler Souveränität und internationalen humanitären Verpflichtungen im Bereich des Asylrechts etwa *Guy Goodwin-Gill/Jane McAdam*, *The Refugee in International Law*, 2007, 1; *Lavanex*, *Europeanisation* (Fn. 4), 8 ff.

Im Rahmen des Völkerrechts sind zwei „Kategorien“ von Rechtsgrundlagen zu unterscheiden, aus denen sich ein Aufenthaltsrecht von Ausländern ableiten lässt bzw. lassen kann: Die Genfer Flüchtlingskonvention (a) und menschenrechtliche Vorgaben (b).

Daneben können sich Aufenthaltsrechte von Ausländern bzw. Pflichten der Staaten, solche zu gewähren, auch aus spezifischen völkerrechtlichen Verträgen, die die Niederlassung von Ausländern im jeweils anderen Staat in der Regel durch die Einräumung entsprechender, spiegelbildlich ausgestalteter Pflichten vorsehen, ergeben. Auf solche punktuellen Verträge soll hier aber nicht eingegangen werden.⁵

a) Zur Tragweite der Genfer Flüchtlingskonvention

Die Genfer Konvention von 1951 über die Rechtstellung der Flüchtlinge (GFK)⁶ und das Protokoll von 1967⁷ stellen die Grundlagen des internationalen Flüchtlingsschutzes dar.⁸

Die Konvention formulierte als erstes internationales Instrument eine allgemeine, international anerkannte Definition des Flüchtlings und regelt wichtige Statusrechte der Flüchtlinge, die die Aufenthaltsstaaten zu gewährleisten haben. Alle Mitgliedstaaten der EU haben die Genfer Flüchtlingskonvention und das Protokoll von 1967 ratifiziert. Die Ratifikation dieser beiden Instrumente gilt zudem als Beitrittsvoraussetzung für neue Staaten.⁹

Für die Eröffnung des Anwendungsbereichs der Konvention bzw. einer Reihe ihrer Verpflichtungen ist der Begriff des Flüchtlings entscheidend. Gemäß Art. 1A Abs. 2 GFK gilt als Flüchtling jede Person,

- „die sich aus begründeter Furcht vor Verfolgung wegen ihrer Rasse, Religion, Staatszugehörigkeit, Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe oder wegen ihrer politischen Überzeugungen außerhalb ihres Heimatstaates befindet und dessen Schutz nicht beanspruchen kann oder wegen dieser Befürchtungen nicht beanspruchen will;
- oder die sich als Staatenlose infolge solcher Ereignisse außerhalb ihres Wohnsitzstaates befindet und dorthin nicht zurückkehren kann oder wegen der erwähnten Befürchtungen nicht zurückkehren will.“

Es ist im vorliegenden Rahmen weder möglich noch im Hinblick auf die Zielsetzung des Beitrages sinnvoll, im Einzelnen auf den genauen Inhalt des Flüchtlingsbegriffs und seine Problematik einzugehen;¹⁰ hervorzuheben ist jedoch, dass – wobei die genaue Reichweite dieser tatbestandlichen Merkmale teilweise umstritten ist – der Begriff des Flüchtlings eine begründete Furcht vor (individueller) Verfolgung aus den in Art. 1A Abs. 2 GFK

⁵ S. aber noch zum europäischen Gemeinschaftsrecht unten B.II., B. III., B.IV.

⁶ Abkommen vom 28. Juli 1951 über die Rechtsstellung der Flüchtlinge, SR 0.142.30.

⁷ Protokoll vom 31. Januar 1967 über die Rechtsstellung der Flüchtlinge, SR 0.142.301.

⁸ Auf internationaler Ebene sind zudem noch die für Afrika relevante *OAU Convention Governing Specific Aspects of Refugee Problems in Africa* vom 10. September 1969 und die südamerikanische *Cartagena Declaration on Refugees* vom 22. November 1984 zu erwähnen.

⁹ Vgl. die sog. Kopenhager Kriterien, Schlussfolgerungen des Vorsitzes, Europäischer Rat (Kopenhagen), 21. und 22. Juni 1993, Ratsdokument Nr. 180/1/93, 7.A.iii).

¹⁰ Ausführlich hierzu m.w.N. *Astrid Epiney/Bernhard Waldmann/Andrea Egbuna-Joss/Magnus Oeschger*, Die Anerkennung als Flüchtling im europäischen und schweizerischen Recht – Ein Vergleich unter Berücksichtigung des völkerrechtlichen Rahmens -, Jusletter vom 26.5.2008 (Internetzeitschrift).

abschließend aufgeführten Merkmalen voraussetzt.¹¹ Für Personen, die diese Voraussetzungen nicht erfüllen, sondern aus anderen Gründen emigrieren, greift der Schutz der Konvention somit nicht. Deutlich wird damit auch, dass es hier um ein sehr spezifisches Schutzinstrument bestimmter verfolgter Personen geht. Dies bedeutet nicht nur, dass die GFK kein „Freizügigkeitsrecht“ als solches – das insofern als „Selbstzweck“ gewährt wird als keine spezifischen Gründe für die Migration gefordert werden – verankert, sondern auch, dass – ein altbekanntes Problem des internationalen Flüchtlingsrechts – durchaus „schutzwürdige“ Personen nicht von dem Schutzregime der Konvention erfasst werden, weil sie die dort formulierten engen Voraussetzungen nicht erfüllen. Dies betrifft nicht nur sog. „Wirtschaftsflüchtlinge“ (also Personen, die mit dem Ziel der Sicherung einer besseren wirtschaftlichen Existenz emigrieren), sondern auch sog. „Gewaltflüchtlinge“ (die vor einer Situation allgemeiner Gewalt „ihren“ Staat verlassen) oder – ein Phänomen, dessen Bedeutung in Zukunft steigen wird – sog. Umwelt- oder Klimaflüchtlinge, die vor unzumutbaren Lebensbedingungen in ihrer Heimat flüchten.¹²

Darüber hinaus sind in unserem Zusammenhang in Bezug auf die grundsätzliche rechtliche Tragweite der sich aus der Konvention – im Falle der Eröffnung ihres Anwendungsbereichs – ergebenden Verpflichtungen in erster Linie zwei Aspekte von Bedeutung:

- Erstens verankert die Genfer Konvention kein „Recht auf Asylgewährung“.¹³ Vielmehr definiert sie eine Reihe von Verpflichtungen, die die Staaten in Bezug auf Flüchtlinge im Sinne der Genfer Konvention zu beachten haben. Insofern ist der Flüchtlingsbegriff im Sinne der Konvention also für die Eröffnung des Anwendungsbereichs der Konvention und damit des Greifens der in der Konvention verankerten Pflichten maßgeblich, nicht hingegen für die Frage der (innerstaatlichen) Anerkennung als Flüchtling.
- Zweitens und nichtsdestotrotz kann die Flüchtlingskonvention jedoch als „indirekte“ Quelle eines Aufenthaltsrechtes Wirkung entfalten, da für Flüchtlinge im Sinne der Konvention das zwingende Prinzip des *non refoulement* zu beachten ist. Dieser in Art. 33 GFK verankerte Grundsatz ist das Kernelement des Flüchtlingsrechts: Danach dürfen Flüchtlinge nicht in ein Land ausgewiesen oder abgeschoben werden, wo ihr Leben oder ihre Freiheit aufgrund eines verpönten Merkmales gefährdet wäre. Dieses Verbot¹⁴

¹¹ Weiter dürfen keine Erlöschens- oder Asylausschlussgründe vorliegen, vgl. Art. 1 C, D, E, F GFK. Hierzu auch noch unten C.III.1.

¹² Hierzu jüngst etwa *Frank Biermann/Ingrid Boas*, Für ein Protokoll zum Schutz von Klimaflüchtlingen. Global Governance zur Anpassung an eine wärmere Welt, VN 2008, 10 ff., m.w.N.

¹³ Es gibt kein völkerrechtlich gewährleistetes „Recht auf Asyl“, vgl. nur *Walter Kälin/Jörg Künzli*, Universeller Menschenrechtsschutz, 2005, 489; *Kay Hailbronner*, Kompatibilität des Schweizer Asylverfahrens mit Harmonisierungsbestrebungen im Asylrecht der Europäischen Union, 2000, 13. Hiervon zu unterscheiden sind die völkerrechtlichen Vorgaben betreffend das Rückschiebungsverbot (*non refoulement*), vgl. noch sogleich im Text.

¹⁴ Ausführlich zu seiner rechtlichen Tragweite bereits *Walter Kälin*, Das Prinzip des Non-Refoulement. Das Verbot der Zurückweisung, Ausweisung und Auslieferung von Flüchtlingen in den Verfolgerstaat im Völkerrecht und im schweizerischen Landesrecht, 1982; s. auch *Goodwin-Gill/McAdam*, Refugee in

impliziert, dass bei Flüchtlingen bzw. Personen, die Flüchtlinge sein könnten, jeweils zu prüfen ist, ob eine Abschiebung notwendigerweise die Rückkehr in den Verfolgerstaat nach sich zöge. Ist die Flüchtlingseigenschaft zu bejahen und fällt diese Prüfung positiv aus, ist der Aufenthalt der jeweiligen Person zu dulden, es sei denn, ein anderer Staat, in dem sie vor Verfolgung und Abschiebung sicher ist, ist zu ihrer Aufnahme bereit.¹⁵

Da die nationalen und supranationalen Rechtsordnungen in Bezug auf die Frage, unter welchen Voraussetzungen Asyl zu gewähren ist, vor dem Hintergrund des Grundsatzes des *non refoulement* häufig an den Flüchtlingsbegriff der Konvention anknüpfen, entfaltet dieser gleichwohl (obwohl die Konvention, wie erwähnt, an sich nicht die Frage der Asylgewährung regelt) mittelbar Implikationen für die Voraussetzungen der Asylgewährung in diesen Rechtsordnungen.

b) Zur Tragweite menschenrechtlicher Garantien

Unter bestimmten Voraussetzungen können sich auch aus menschenrechtlichen Garantien „faktische“ Aufenthaltsrechte ergeben, insofern ähnlich wie im Rahmen der GFK. Von herausragender Bedeutung in Europa – auch angesichts der obligatorischen Gerichtsbarkeit mit der Möglichkeit der Individualbeschwerde – sind die diesbezüglichen Garantien der EMRK (aa). Daneben ist aber auch (kurz und der Vollständigkeit halber) auf den UNO-Pakt II (bb) und die UN-Folterkonvention (cc) hinzuweisen.

aa) EMRK

Die Europäische Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten¹⁶ enthält kein irgendwie geartetes „Recht auf Freizügigkeit“, so dass sie fremden Staatsangehörigen

International Law (Fn. 4), 201 ff.; *James C. Hathaway*, *The Rights of Refugees Under International Law*, 2005, 278 ff.

¹⁵ Wobei das *refoulement*-Verbot jedoch nicht absolut gilt (Art. 33 Abs. 3 GFK), vgl. noch unten C.II.1.

¹⁶ Vgl. zur Tragweite der EMRK für Aufenthaltsrechte etwa *Martina Caroni*, *Die Praxis des europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte im Bereich des Ausländer- und Asylrechtes*, in: *Achermann/Epiney/Kälin/Nguyen* (Hrsg.), *Jahrbuch für Migrationsrecht 2004/2005*, 191 ff.; *Martina Caroni*, *Die Praxis des europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte im Bereich des Ausländer- und Asylrechtes*, in: *Achermann/Caroni/Epiney/Kälin/Nguyen/Uebersax* (Hrsg.), *Jahrbuch für Migrationsrecht 2006/2007*, 215 ff.; *Martina Caroni*, *Die Praxis des europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte im Bereich des Ausländer- und Asylrechtes*, in: *Achermann/Caroni/Epiney/Kälin/Nguyen* (Hrsg.), *Jahrbuch für Migrationsrecht 2005/2006*, 189 ff.; *Ulrike Davy*, *Aufenthaltsicherheit: Ein verlässliches Versprechen? Teil 2: Menschenrechtlicher und grundrechtlicher Rahmen*, ZAR 2007, 233 ff.; *Michael Hoppe*, *Verwurzelung von Ausländern ohne Aufenthaltstitel – wann kann Art. 8 I EMRK zu einem Anspruch auf eine Aufenthaltserlaubnis nach § 25 V AufenthG verhelfen?*, ZAR 2006, 125 ff.; *Markus Schefer/Nicole Smid*, *Drohende häusliche Gewalt als Hindernis der Ausweisung und Auslieferung im Rahmen von Art. 3 EMRK*, ASYL 1/2007,

grundsätzlich kein Recht auf Einreise, Aufenthalt oder Verbleib in einem bestimmten Land garantiert.¹⁷ Allerdings sind die Vertragsstaaten verpflichtet, allen Personen, die ihrer Hoheitsgewalt unterstehen, was regelmäßig zumindest immer dann der Fall sein wird, wenn sich die jeweiligen Personen auf ihrem Territorium aufhalten, die in der Konvention und in ihren Zusatzprotokollen garantierten Rechte und Freiheiten zu gewähren (Art. 1 EMRK), ungeachtet des rechtlichen Status der Personen.

Vor diesem Hintergrund kann es die Beachtung dieser Rechte implizieren, dass ihnen ein Aufenthaltsrecht in dem entsprechenden Vertragsstaat zu gewähren ist. Im Einzelnen können die Garantien des Art. 2 (Recht auf Leben) und des Art. 3 (Verbot der Folter)¹⁸ von aufenthaltsrechtlicher Bedeutung sein: Nach der mittlerweile etablierten Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte ist aus Art. 2, 3 EMRK ein *refoulement*-Verbot abzuleiten:¹⁹ Art. 2, 3 EMRK verbieten die Verfügung einer Ausweisung, Ausschaffung oder Auslieferung fremder Staatsangehöriger ohne Aufenthaltstitel in Fällen, in denen stichhaltige Gründe für die Annahme bestehen, dass die betroffenen Personen im Bestimmungsstaat der tatsächlichen Gefahr einer Art. 2 oder Art. 3 EMRK verletzenden Handlung ausgesetzt wären. Der Verweis auf eine ganz allgemein schwierige oder gefährliche Situation im Herkunftsland genügt dabei nach ständiger Praxis des Gerichtshofes nicht. Die rechtliche Tragweite dieses Anspruchs erschöpft sich im Anspruch auf eine „Duldung“ im Aufenthaltsstaat, solange die Gefahr fortbesteht, wobei jedoch das Diskriminierungsverbot des Art. 14 EMRK zu beachten ist.

Ohne dass es im vorliegenden Rahmen möglich ist, auf Einzelheiten der genauen Tragweite dieses Verbots einzugehen, sei doch auf folgende, sich aus der Rechtsprechung des EGMR ergebende Grundsätze hingewiesen:²⁰

3 ff.; *Thomas Hartl*, Das völkerrechtliche Refoulementverbot abseits der Genfer Flüchtlingskonvention, 1999, 39 ff.; *Jane McAdam*, Complementary Protection in International Refugee Law, 2007, 136 ff.

¹⁷ *Caroni*, Jahrbuch für Migrationsrecht 2004/2005 (Fn. 16), 191 f.; *Arthur Häfliger/Frank Schürmann*, Die Europäische Menschenrechtskonvention und die Schweiz, 2. Aufl., 1999, 261.

¹⁸ Neben Art. 8 EMRK (Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens), zu diesem noch unten B.IV., am Anfang.

¹⁹ Vgl. EGMR, *Soering/Vereinigtes Königreich*, Serie A 161 Nr. 14038/88, deutsche Übersetzung in: EuGRZ 1989, 314 ff.; EGMR, *T.I./Vereinigtes Königreich*, Reports 2000-III, deutsche Übersetzung (Auszüge) in: NVwZ 2001, 301 ff.; *Öcalan/Türkei*, Nr. 46221/99; *Bader et al./Schweden*, Nr. 13284/04; *Dejbabakhsh und Zadeh/Schweden*, Nr. 11682/04, Unzulässigkeitsentscheid vom 13.12.2005; *Gomes/Schweden*, *Salem/Portugal*, *Bader et al./Schweden*; *D. et al./Türkei*, Nr. 24245/03, Urteil 22.6.2006. Aus der Literatur etwa *Kälin/Künzli*, Universeller Menschenrechtsschutz (Fn. 13), 478; *Hans-Georg Maassen*, Die Rechtsstellung des Asylbewerbers im Völkerrecht, 1997, 106 f.; ausführlich unter Berücksichtigung der Rechtsprechung *Walter Kälin*, Das menschenrechtliche Verbot der Rückschiebung und seine Bedeutung für das Flüchtlingsrecht, ASYL 1997/1, 3 ff.; *Caroni*, Jahrbuch für Migrationsrecht 2004/2005 (Fn. 16), 191 ff.; *Caroni*, Jahrbuch für Migrationsrecht 2005/2006 (Fn. 16), 187 ff.; zum jüngsten internationalen Fallrecht *Jörg Künzli/Christina Hausammann*, Ausgewählte Entscheide des UNO-Menschenrechtsausschusses und des UNO-Ausschusses gegen Folter, in: *Achermann/Epiney/Kälin/Nguyen* (Hrsg.), Jahrbuch für Migrationsrecht 2004/2005, 2005, 217 ff.

²⁰ S. im Übrigen zur Abgrenzung des Schutzbereichs der Art. 2, 3 EMRK in der Rechtsprechung *Caroni*, Jahrbuch für Migrationsrecht 2004/2005 (Fn. 16), 191 (192 f.).

- Die Gefahr kann nicht nur vom Staat, sondern auch von Personen oder Gruppierungen ausgeht, deren Verhalten dem Staat nicht zurechenbar ist.²¹
- Jedenfalls notwendig ist jedoch, dass die Gefahr tatsächlich besteht und der Herkunftsstaat nicht in der Lage ist, ihr durch entsprechende Schutzmaßnahmen zu begegnen.²² Dem dürfte die Situation gleichzustellen sein, dass der Herkunftsstaat nicht Willens ist, angemessene Schutzmaßnahmen zu ergreifen.
- Im Gegensatz zu Art. 1, 33 GFK reicht das Vorliegen einer entsprechenden Gefahr für das Greifen von Art. 3 EMRK aus; es ist hingegen nicht notwendig, dass die Verfolgung aus bestimmten Gründen erfolgt.²³
- In Bezug auf den maßgeblichen Zeitpunkt des Risikos ist grundsätzlich auf den Zeitpunkt der Entfernungsmassnahme abzustellen; falls diese zum Zeitpunkt des Urteils des EGMR noch nicht vollzogen ist, ist dieser maßgeblich.
- Zwar lässt sich aus der Konvention kein Anspruch auf Verbleib in einem Vertragsstaat der EMRK ableiten mit dem Ziel, weiterhin in den Genuss medizinischer, sozialer oder anderer Formen der Unterstützung zu kommen.²⁴ Allerdings kann in Ausnahmefällen eine zu erwartende mangelnde medizinische Versorgung nach der Rückführung in das Heimatland eine gegen Art. 3 EMRK verstoßende Behandlung darstellen, dies jedoch nur unter der Voraussetzung, dass konkrete Anhaltspunkte für die signifikante Verschlechterung des Gesundheitszustandes der schutzsuchenden Person in ihrem Heimatland vorliegen, so dass ein allgemein tieferer Standard der medizinischen Versorgung im Heimatland allein jedenfalls nicht ausreichend ist.²⁵
- Im Gegensatz zum *refoulement*-Verbot nach Art. 33 GFK, das gemäß Art. 33 Abs. 2 GFK aus Gründen der inneren Sicherheit des Aufenthaltslandes eingeschränkt werden kann, gilt der Schutz des Art. 3 EMRK (und wohl analog auch der Schutz des Art. 2 EMRK) „absolut“. Die Garantie des Art. 3 EMRK kann daher auch nicht aus Gründen des Schutzes der Allgemeinheit oder der öffentlichen Sicherheit eingeschränkt werden.²⁶

²¹ EKMR, Altun/Deutschland, 10308/83, YB 1983, 164; EGMR, Chahal/Vereinigtes Königreich, Reports 1996-V; EGMR, Ahmed/Österreich, Reports 1996-VI; EGMR, H.L.R./Frankreich, Reports 1997-III. Headley/Vereinigtes Königreich, Nr. 39642/03, Unzulässigkeitsentscheid vom 1. März 2005; *Kälin/Künzli*, Universeller Menschenrechtsschutz (Fn. 13), 478; *Kälin*, ASYL 1997 (Fn. 19), 3 (4).

²² Headley/Vereinigtes Königreich, Nr. 39642/03, Unzulässigkeitsentscheid vom 1. März 2005.

²³ Vgl. EGMR, Soering/Vereinigtes Königreich, Serie A 161 Nr. 14038/88, deutsche Übersetzung in: EuGRZ 1989, 314 ff.; EGMR, T.I./Vereinigtes Königreich, Reports 2000-III, deutsche Übersetzung (Auszüge) in: NVwZ 2001, 301 ff. Aus der Literatur etwa *Kälin/Künzli*, Universeller Menschenrechtsschutz (Fn. 13), 478; *Maassen*, Die Rechtsstellung des Asylbewerbers (Fn. 19), 106 f. *Caroni*, Jahrbuch für Migrationsrecht 2005/2006 (Fn. 16), 191 (194).

²⁴ EGMR, Bensaid/Vereinigtes Königreich, Reports 2001-I, § 39 ff. In EGMR, D./Vereinigtes Königreich, Reports 1997-III, § 51 ff. bejahte der EGMR einen Anspruch auf Aufenthalt in Großbritannien einer an AIDS erkrankten, sich im Endstadium der Erkrankung befindenden Person, die im Falle einer Rückführung in ihr Heimatland keine angemessene medizinische Versorgung und keine Unterstützung durch ihre Familie hätte erhalten können. S. auch Aoulmi/Frankreich, Nr. 50278/99, Urteil 17.1.2006.

²⁵ EGMR, Ahmed/Österreich, Reports 1996-VI, Ziff. 41 und 46; EGMR, Chahal/Vereinigtes Königreich, Reports 1996-V, Ziff. 80, 107; *Kälin*, ASYL 1997 (Fn. 19), 3 (4).

bb) Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte (UNO-Pakt II)

Alle EU-Mitgliedstaaten mit Ausnahme von Großbritannien haben sowohl den Pakt²⁷ als auch das Zusatzprotokoll über das individuelle Beschwerdeverfahren ratifiziert.²⁸ Im Grundsatz parallel zur Situation im Rahmen der EMRK können für die Frage eines aus Garantien des Paktes ableitbaren Aufenthaltsrechts insbesondere Art. 6, 7 UNO-Pakt II (Rückschiebungsschutz) sowie Art. 17, 23 UNO-Pakt II (Schutz des Familienlebens) sein. Inhaltlich gehen die sich für die Staaten aus diesen Bestimmungen ableitbaren Vorgaben denn auch in eine ähnliche Richtung wie die bereits erörterten Garantien der EMRK, wobei sich tendenziell keine weitergehenden Pflichten aus dem Pakt ableiten lassen, im Gegenteil: Einige der im Rahmen der EMRK durch die Rechtsprechung geklärten Fragen – etwa in Bezug auf die Einordnung von Gefahren, die von Privaten ausgehen – können im Rahmen des Paktes auf der Grundlage der bisherigen Praxis zumindest noch nicht eindeutig beantwortet werden.

cc) UN-Folterkonvention

Auch die rechtliche Tragweite der Folterkonvention²⁹ geht nicht über Art. 3 EMRK hinaus: Art. 3 UN-Folterkonvention enthält in Art. 3 als einziger universeller menschenrechtlicher Vertrag ein ausdrückliches *refoulement-Verbot*, wobei Art. 1 UN-Folterkonvention zwar eine „Verbindung“ zum Staat verlangt, dessen Bedeutung auf der Grundlage der Stellungnahmen des UN-Folterausschusses aber zu minimieren ist,³⁰ so dass sich die rechtliche Tragweite des Art. 3 UN-Folterkonvention und des Art. 3 EMRK annähern dürften.

2. Zum europäischen Gemeinschaftsrecht: die RL 2004/83

²⁷ Zur Tragweite des Paktes für aufenthaltsrechtliche Fragen *Küenzli/Hausammann*, Jahrbuch für Migrationsrecht 2004/2005 (Fn. 19), 217 ff.; *Manfred Nowak*, U.N. Covenant on Civil and Political Rights, CCPR Commentary, 2nd rev. ed., 2005; *Sarah Joseph/Jenny Schultz/Melissa Castan*, The International Covenant on Civil and Political Rights, Cases, Materials and Commentary, 2005, insb. 154 ff. (Art. 6), 194 ff. (Art. 7), 377 ff. (Art. 13); *Hartl*, Refoulementverbot (Fn. 16), 137 ff.; *McAdam*, Complementary Protection (Fn. 16), 136 ff.

²⁸ Anders als beim EGMR handelt es sich jedoch beim Menschenrechtsausschuss nicht um ein gerichtliches Organ, was nichts daran ändert, dass die Stellungnahmen des Ausschusses für Auslegung und Entwicklung des Paktes eine zentrale Rolle spielen.

²⁹ Zu ihrer aufenthaltsrechtlichen Bedeutung *Hartl*, Refoulementverbot (Fn. 16), 169 ff.; *McAdam*, Complementary Protection (Fn. 16), 111 ff.; *Goodwin-Gill/McAdam*, Refugee (Fn. 4), 301 ff.; *Mario Gattiker*, Die Beschwerde gemäß Art. 22 UNO-Folterkonvention wegen Verletzung des Rückschiebungsverbotes, ASYL 11/1996, 3 ff.; *Patricia Freshwater*, The obligation of non-refoulement under the Convention Against Torture: when has a foreign government acquiesced in the torture of its citizens?, Georgetown Immigration Law Journal 2005, 585 ff.

³⁰ Vgl. CAT, Elmi/Australien, Nr. 120/1998.

Der Gemeinschaft wurde erst mit dem Amsterdamer Vertrag (1999) die Kompetenz eingeräumt, Rechtsakte auf dem Gebiet der Einwanderung und des Asylwesens zu erlassen (Art. 61 ff. EGV).³¹ Inzwischen wurde auch eine Reihe von Sekundärrechtsakten in diesem Bereich erlassen.³² Im Zusammenhang mit der Frage nach einem Aufenthaltsrecht ist im Wesentlichen die RL 2004/83 über Mindestnormen für die Anerkennung als Flüchtling oder als Person, die anderweitig internationalen Schutz benötigt (sog. Qualifikationsrichtlinie)³³, von Bedeutung. Dieser sind Vorgaben für die Anerkennung von Drittstaatsangehörigen als Flüchtlinge oder schutzbedürftige Personen zu entnehmen. Die Richtlinie enthält lediglich Mindestvorschriften, so dass die Mitgliedstaaten bei der Gewährung von Asyl oder subsidiärem Schutz weiter gehen können, als es die Richtlinie verlangt (Art. 3 RL 2004/83).

Die Richtlinie will im Bereich der Flüchtlingsanerkennung die Genfer Flüchtlingskonvention weder ersetzen noch ändern, sondern bezweckt lediglich die einheitliche Auslegung der Vorschriften der Konvention,³⁴ so dass an die völkerrechtlichen Vorgaben angeknüpft werden kann.

Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass die Europäische Union bzw. die Europäische Gemeinschaft zwar nicht selbst Vertragsparteien der EMRK und der GFK sind, so dass diese Vertragswerke keine unmittelbare rechtliche Bindungswirkung für die Gemeinschaft bzw. Union entfalten.³⁵ Jedoch sind sowohl die erörterten Garantien der GFK als auch die EMRK als Teil der allgemeinen Rechtsgrundsätze für den Gemeinschaftsgesetzgeber verbindlich, und die Mitgliedstaaten sind allesamt Vertragsparteien der genannten Abkommen. Insofern kommen Art. 63 Abs. 1 EGV (der auf die GFK und weitere einschlägige Verträge verweist) und Art. 6 Abs. 2 EUV (der auf die EMRK Bezug nimmt) nur deklaratorischer bzw. klarstellender Charakter zu, wobei sich die Bindung an die EMRK nunmehr direkt aus Art. 6 Abs. 2 EUV ergibt.

³¹ Vgl. zur Entwicklung und zum heutigen Stand, unter Einschluss von Hinweisen auf die Einbindung des „Schengen-Besitzstandes“ sowie die Sonderregeln für gewisse EU-Staaten, *Astrid Epiney*, Schengen, Dublin und die Schweiz, AJP 2002, 300 ff.; *Bettina Gerber*, Die Asylrechtsharmonisierung in der Europäischen Union, 2004, 37 ff.; *Kay Hailbronner*, Immigration and Asylum Law and Policy of the European Union, 2000, 35 ff.; *Martin Kraus-Vonjahr*, Der Aufbau eines Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts in Europa, 2002, 5 ff.; *Sophie Garcia-Jourdan*, L'émergence d'un espace européen de liberté, de sécurité et de justice, 2005, 17 ff.; *Rocio Fungueirino-Lorenzo*, Visa-, Asyl- und Einwanderungspolitik vor und nach dem Amsterdamer Vertrag, 2002, 4 ff.; *Cesla Amarelle*, Le processus d'harmonisation des droits migratoires nationaux des Etats membres de l'Union européenne. Historique, portée et perspectives en droit communautaire d'asile et d'immigration, 2005, 33 ff.

³² Vgl. zum Sekundärrecht etwa den Überblick bei *Roland Bieber/Astrid Epiney/Marcel Haag*, Die Europäische Union. Rechtsordnung und Politik, 8. Aufl., 2008 (im Erscheinen), § 17.

³³ ABl. 2004 L 304, 12. Zu dieser Richtlinie etwa *Reinhard Marx*, Handbuch zur Flüchtlingsanerkennung, Erläuterungen zur Richtlinie 2004/83/EG (Qualifikationsrichtlinie); *Karin Zwaan* (ed.), The Qualification Directive: Central Themes, Problem Issues and Implementation in Selected Member States, 2007; *Steve Peers/Nicola Rogers*, Refugee Definition and Subsidiary Protection, in: Peers/Rogers (eds.), EU Immigration and Asylum Law, Text and Commentary, 2006, 323 ff.; *Harald Meyer/Gisbert Schallenberg*, Die EU-Flüchtlingsrichtlinie: Das Ende für das Forum Internum und Abschied von der Zurechnungstheorie?, NVwZ 2005, 776 ff.; *McAdam*, Complementary Protection (Fn. 16), 53 ff.; *Jane McAdam*, The European Union Qualification Directive: the Creation of a Subsidiary Protection Regime, IJRL 2005, 461 ff.; *Olga Ferguson Sidorenko*, The Common European Asylum System, 2007, 63 ff.; *Catherine Teitgen-Colly*, The European Union and Asylum: An Illusion of Protection, CMLRev. 2006, 1503 (1520 ff.); *Hemme Battjes*, European Asylum Law and International Law, 2006, 219 ff.; *Marcus ter Steeg*, Das Einwanderungskonzept der EU. Zwischen politischem Anspruch, faktischen Regelungsbedürfnissen und den primärrechtlichen Grenzen in Titel IV des EG-Vertrages, 2006, 266 ff.

³⁴ Siehe RL 2004/83, Begründungserwägungen 1-4 und insb. 16 und 17. S. auch schon die Bemerkungen oben B.I.1.a).

³⁵ Vgl. etwa *Hailbronner*, Immigration and Asylum Law and Policy (Fn. 31), 38; *Gerber*, Asylrechtsharmonisierung (Fn. 31), 99.

Der RL 2004/83 sind im Einzelnen folgende Vorgaben zu entnehmen bzw. sie regelt im Wesentlichen folgende Bereiche:

- allgemeine Vorgaben für die Prüfung von Anträgen auf internationalen Schutz;
- Anerkennung als Flüchtling;
- subsidiärer Schutz;
- Inhalt des internationalen Schutzes.

In unserem Zusammenhang sind in erster Linie die Aspekte der Anerkennung bzw. Zuerkennung der Flüchtlingseigenschaft (a) sowie die Gewährung des Status der subsidiären Schutz genießenden Person von Bedeutung (b).

Für die rechtliche Tragweite dieser Aspekte der Richtlinie sind aber auch die in Art. 4 ff. RL 2004/83 formulierten allgemeinen Vorgaben, die bei der Prüfung von Anträgen auf internationalen Schutz – worunter sowohl ein Asylantrag als auch ein Antrag auf „subsidiären Schutz“ zu verstehen ist (Art. 2 lit. g) RL 2004/83 – zu beachten sind, von zentraler Bedeutung, so dass sie kurz erwähnt werden sollen:

- Die Mitgliedstaaten haben alle für den Antrag (auf Asyl oder auf subsidiären Schutz) relevanten Anhaltspunkte zu prüfen (Art. 4 Abs. 1, 2 RL 2004/83).
- Die Anträge sind zwingend „individuell“ zu prüfen, wobei Art. 4 Abs. 3, 4 RL 2004/83 eine Reihe jedenfalls zu berücksichtigender Umstände aufführt.
Das Aufstellen von Listen „sicherer Drittstaaten“ – in denen davon ausgegangen werden kann, dass eine Verfolgung nicht stattfindet³⁶ – ist damit nicht grundsätzlich unzulässig; allerdings impliziert die Pflicht der „individuellen“ Prüfung, dass selbst vor einer Abschiebung in einen solchen „sicheren Drittstaat“ gleichwohl individuell geprüft wird, ob die Vermutung, dass für den sich in einem solchen Staat aufhaltenden Antragsteller kein Bedarf an internationalem Schutz besteht, widerlegt werden kann.
- Zwar können die Mitgliedstaaten verlangen, dass der Antragsteller alle zur Begründung des Antrags auf internationalen Schutz erforderlichen Anhaltspunkte darzulegen hat (Art. 4 Abs. 1 Satz 1 RL 2004/83). Fehlen jedoch für Aussagen des Antragstellers Unterlagen oder sonstige Beweise, bedürfen seine Aussagen unter folgenden, wohl kumulativ zu verstehenden Voraussetzungen keines Nachweises (Art. 4 Abs. 5 RL 2004/83):
 - Bemühen der Substanziierung des Antrages;
 - Vorlegen aller verfügbaren Anhaltspunkte und hinreichende Erklärung für das Fehlen anderer relevanter Anhaltspunkte;
 - Kohärenz und Plausibilität der Aussagen des Antragstellers;
 - Beantragung des internationalen Schutzes zum frühest möglichen Zeitpunkt;
 - generelle Glaubwürdigkeit des Antragstellers.Damit ist es den Mitgliedstaaten verwehrt, grundsätzlich „handfeste“ Beweise für das Bedürfnis nach internationalem Schutz zu verlangen. Allerdings ist nicht zu verkennen, dass die aufgeführten Kriterien – insbesondere die „generelle Glaubwürdigkeit“ des Antragstellers – den Mitgliedstaaten einen sehr großen Gestaltungsspielraum einräumen.
- Sog. Nachfluchtgründe – sowohl in Bezug auf Ereignisse als auch in Bezug auf das Verhalten des Antragstellers – sind grundsätzlich anzuerkennen (Art. 5 RL 2004/83), wobei die Ausnahme des Art. 5 Abs. 3 RL 2004/83 (betreffend selbst geschaffene Nachfluchtgründe) eng auszulegen ist.³⁷
- Art. 6 RL 2004/83 präzisiert, dass die Verfolgung bzw. der ernsthafte Schaden sowohl vom Staat und von einem Teil des Gebiets beherrschenden Organisationen als auch von Privaten ausgehen kann, wobei bei letzteren der Staat oder die erwähnten Organisationen nicht in der Lage sein dürfen, angemessenen Schutz zu bieten.

³⁶ Vgl. zum Konzept der sicheren Drittstaaten *Alberto Achermann/Mario Gattiker*, Sichere Drittstaaten – Überlegungen aus schweizerischer und europäischer Sicht, *ASYL* 2/1994; ausführlich *Stephen H. Legomsky*, Secondary Movements and the Return of Asylum Seekers to Third Countries: The Meaning of Effective Protection, *IJRL* 2003, 567 (575 ff.).

³⁷ S. ähnlich *Goodwin-Gill/McAdam*, Refugee (Fn. 4), 65 ff., 88 ff.; *Marx*, Handbuch (Fn. 33), Leitsätze Rn. 121 f.; *Peers/Rogers*, in: EU Immigration and Asylum Law (Fn. 33), 335; *Anja Klug*, Harmonisation of Asylum in the European Union – Emergence of a Refugee System?, *GYIL* 2005, 594 (613).

- Nach Art. 7 Abs. 2 RL 2004/83 ist ein solcher Schutz bereits gewährleistet, wenn die entsprechenden Akteure (der Staat oder die einen Teil des Staatsgebiets beherrschenden Organisationen) „geeignete Schritte einleiten“, um die Verfolgung bzw. den ernsthaften Schaden zu verhindern; als Beispiele wird die Aufstellung „wirksamer“ Rechtsvorschriften genannt. Diese Bestimmung wirft insofern Fragen auf, als aus ihr gerade nicht klar hervorgeht, ob der Schutz denn auch greifen muss; die Bezugnahme auf die „Einleitung“ könnte dagegen sprechen, während die Voraussetzung des Zugangs zu diesem Schutz durch den Antragsteller am Ende des Art. 7 Abs. 2 RL 2004/83 sowie die beispielhafte Bezugnahme auf „wirksame“ Rechtsvorschriften dafür sprechen könnte. Die besseren Gründe sprechen jedenfalls für die zweitgenannte Alternative: Denn entscheidend muss doch – auch auf der Grundlage der einschlägigen völkerrechtlichen Vorgaben, insbesondere des Prinzips des *non refoulement*³⁸ – sein, ob der Antragsteller tatsächlich Schutz in Anspruch nehmen kann, nicht hingegen, ob man beabsichtigt, ihm einen solchen zu gewähren. Daher ist – was auch im Einklang mit dem Effektivitätsprinzip steht – darauf abzustellen, ob dem Antragsteller effektiv Schutz gewährt wird oder nicht.
- Nach Art. 8 RL 2004/83 können die Mitgliedstaaten vorsehen, dass – auch im Falle praktischer Hindernisse für eine Rückkehr in das Herkunftsland – dann kein Bedarf an internationalem Schutz besteht, wenn in einem Teil des Herkunftslandes keine begründete Furcht vor Verfolgung bzw. keine tatsächliche Gefahr, einen ernsthaften Schaden zu erleiden, besteht. Auch wenn der Hintergrund dieser Vorschrift sehr nachvollziehbar ist, ist doch nicht zu verkennen, dass sie den Mitgliedstaaten einen erheblichen Gestaltungsspielraum einräumt, wird die diesbezügliche Beurteilung der Lage im Herkunftsstaat doch regelmäßig unsicher sein und ist zudem häufig gewissen Schwankungen unterworfen.

a) Anerkennung als Flüchtling

Art. 9 ff. RL 2004/83 regeln die Voraussetzungen, unter denen die Mitgliedstaaten die Flüchtlingseigenschaft zuerkennen müssen, wobei auch die erwähnten erörterten allgemeinen Vorgaben zu beachten sind. Im Einzelnen sind Art. 9 ff. RL 2004/83 folgende Voraussetzungen zu entnehmen:

- Art. 9 f. RL 2004/83 definiert zunächst den Begriff der Verfolgung und der Verfolgungsgründe, wobei eine enge Anlehnung an die Genfer Flüchtlingskonvention erfolgt; im Unterschied zu dieser müssen die Mitgliedstaaten im Falle des Vorliegens der Voraussetzungen des Kap. II und III RL 2004/83 aber die Flüchtlingseigenschaft zuerkennen (Art. 13 RL 2004/83).

Nicht ganz klar ist insbesondere der in Art. 9 Abs. 1 RL 2004/83 erfolgende Hinweis auf die Genfer Flüchtlingskonvention: Soll damit auf die Flüchtlingskonvention verwiesen werden, so dass es um eine Art auslegende Präzisierung geht, oder sollen die Kriterien der Flüchtlingskonvention weiterentwickelt werden? Jedenfalls vermag die RL 2004/83 in keiner Weise die Vorgaben der Flüchtlingskonvention zu determinieren bzw. zu relativieren, so dass Vieles dafür spricht, die einschlägigen Bestimmungen der Richtlinie so auszulegen, dass sie ausgehend von den (Mindest-) Vorgaben der Konvention weitere Präzisierungen enthalten.³⁹

Weiter ist darauf hinzuweisen, dass der in Art. 2 lit. c RL 2004/83 definierte Flüchtlingsbegriff zwar Art. 1A Abs. 2 GFK entspricht, im Vergleich zu diesem allerdings eine Abweichung zu verzeichnen ist: Die Richtlinie schließt alle Bürger eines EU-Mitgliedstaates vom Anwendungsbereich aus, während im Rahmen der GFK keine solche Beschränkung zu finden ist. Hintergrund dieser Ausnahme ist das Protokoll zum Vertrag von Amsterdam über die Gewährung von Asyl für Staatsangehörige der EU-Mitgliedstaaten⁴⁰, welches auf Drängen der spanischen Delegation verabschiedet wurde. Das Protokoll

³⁸ S.o. B.I.1.a).

³⁹ Zum Problembereich des Verhältnisses der RL 2004/83 zur Flüchtlingskonvention *McAdam*, IJRL 2005 (Fn. 33), 461 (466 ff.).

⁴⁰ Vertrag von Amsterdam, Protokoll über die Gewährung von Asyl für Staatsangehörige von Mitgliedstaaten der Europäischen Union, ABl. C 340/1997, 103.

sieht für ganz außerordentliche Situationen Ausnahmen vor.⁴¹ Im Sinne einer völkerrechtskonformen Anwendung der Richtlinie ist daher auch EU-Bürgern Asyl oder subsidiärer Schutz zu gewähren, falls sie die übrigen Anerkennungsvoraussetzungen erfüllen, was wohl eher selten sein sollte, aber dennoch nicht pauschal ausgeschlossen werden kann.⁴² In Deutschland wurde diese Einschränkung des Flüchtlingsbegriffs etwa erst gar nicht umgesetzt: Gemäß den Bestimmungen des deutschen Aufenthaltsgesetzes gilt die allgemeine Ausländerdefinition von § 2 Abs. 1 AufenthG – Ausländer ist jede Person, die nicht Deutscher i.S. von Art. 116 Abs. 1 GG ist – auch im Rahmen der Flüchtlingsanerkennung. Somit können in Deutschland (theoretisch) auch Staatsangehörige von EG-Mitgliedstaaten als Flüchtlinge anerkannt werden, wenn sie die übrigen Voraussetzungen erfüllen.⁴³

- Art. 10 RL 2004/83 definiert die einzelnen Verfolgungsgründe, wobei die in der Staatenpraxis anerkannten Auslegungen der einzelnen Begriffe ausdrücklich in die Richtlinie aufgenommen wurden, was zur Rechtsicherheit und rechtsgleichen Anwendung der GFK bzw. Richtlinie beitragen dürfte.⁴⁴ Der in der Staatenpraxis bisher sehr unterschiedlich interpretierte Begriff der Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe wird in Art. 10 Abs. 1 lit. d) RL 2004/83 zum ersten Mal auf internationaler Ebene in verbindlicher Weise konkretisiert, wobei die Bestimmung nicht abschließend formuliert ist.⁴⁵ Anerkannt wurde dabei auch die Verfolgung aufgrund der sexuellen Ausrichtung.⁴⁶ Das Geschlecht einer schutzsuchenden Person kann zwar nicht für sich alleine genommen, jedoch in Kombination mit weiteren Umständen dazu führen, dass die Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe zu bejahen ist.⁴⁷

Im Unterschied zur Flüchtlingskonvention müssen die Mitgliedstaaten im Falle des Vorliegens der Voraussetzungen der Kapitel II und III RL 2004/83 die Flüchtlingseigenschaft zuerkennen (Art. 13 RL 2004/83); die Richtlinie verankert somit ein „Recht auf Asyl“, das unter bestimmten Voraussetzungen zum Zuge kommt. Wird einer Person die Flüchtlingseigenschaft zuerkannt, hat sie Anspruch auf Erteilung eines nationalen Aufenthaltstitels einer Mindestdauer von drei Jahren gemäß Art. 24 RL 2004/83 (wobei die Aberkennung, Beendigung und Nichtverlängerung nach Art. 14 RL 2004/83 vorbehalten bleibt).⁴⁸

Fraglich könnte sein, ob die Mitgliedstaaten damit verpflichtet sind, den Antragstellern ein entsprechendes subjektives Recht auf Asyl oder subsidiären Schutz (im Falle des Vorliegens der Voraussetzungen) einzuräumen. Diese Frage ist zu bejahen, geht es doch eindeutig um ein rechtlich geschütztes Interesse der betroffenen

⁴¹ Siehe zum Protokoll ausführlich *Emmanuelle Bribosia*, Le protocole sur le droit d’asile pour les ressortissants des Etats Membres de l’Union Européenne, in: Lejeune (Hrsg.), Le traité d’Amsterdam, espoirs et déceptions, 1998, 189 ff.

⁴² Zum Problem der Völkerrechtskonformität des Protokolls und Art. 2 lit c) siehe *Peers/Rogers*, in: EU Immigration and Asylum Law (Fn. 33), 334 f.; *Bribosia*, in: Le traité d’Amsterdam (Fn. 41), 189 (191 ff.); *Geoff Gilbert*, Is Europe Living Up to Its Obligations to Refugees?, EJIL 2004, 965 (975).

⁴³ Vgl. *Ralf Roskopf*, Die Umsetzung der Qualifikationsrichtlinie in das Recht der Bundesrepublik Deutschland, AWR 2/2007, 114 (118).

⁴⁴ *Peers/Rogers*, in: EU Immigration and Asylum Law (Fn. 33), 337; *Battjes*, European Asylum Law (Fn. 33), 254 f.

⁴⁵ Ausführlich zur Konkretisierung in der Richtlinie *Marx*, Handbuch (Fn. 33), § 19, Rn. 6 ff.

⁴⁶ Vgl. *Battjes*, European Asylum Law (Fn. 33), 257 f.; *Marx*, Handbuch (Fn. 33), § 19 Rn. 30 ff.; *Gilbert*, EJIL 2004 (Fn. 42), 965 (975 f.).

⁴⁷ *Marx*, Handbuch (Fn. 33), § 19 Rn. 69 ff.

⁴⁸ Hierzu noch unten C.III.2.

Personen.⁴⁹ Diese Auslegung wird durch Art. 39 RL 2005/85 (Verfahrensrichtlinie)⁵⁰, wonach der Rechtsweg zu gewährleisten ist, bestätigt. Hiermit unterscheidet sich die RL 2004/83 denn auch von der GFK: Während auf der Grundlage der GFK nur (aber immerhin) an die Flüchtlingseigenschaft bestimmte Rechte des Flüchtlings geknüpft sind, die der jeweilige Staat zu gewährleisten hat, geht die RL 2004/83 in (mindestens) zweierlei Hinsicht über die Vorgaben der GFK hinaus:

- Erstens ist auf ihrer Grundlage ein subjektives Recht auf Asyl zu gewähren, so dass die Betroffenen ein Recht auf „offizielle Anerkennung“ eines solchen Status⁵¹ haben. Vor diesem Hintergrund erklärt es sich wohl auch, dass Art. 13 RL 2004/83 von der „Zuerkennung“ der Flüchtlingseigenschaft spricht.⁵¹
- Zweitens gehen die in Art. 20 ff. RL 2004/83 enthaltenen Rechte, die den Personen, denen die Flüchtlingseigenschaft zuerkannt wurde, auch teilweise weiter, als die aufgrund der GFK zu gewährleistenden Rechte.⁵²

Trotz dieser Unterschiede spricht Vieles – insbesondere auch die in zahlreichen Artikeln der Richtlinie erfolgende Anlehnung an die Begrifflichkeiten und Konzepte der GFK – dafür, dass die RL 2004/83 davon ausgeht, dass jedenfalls in den Fällen, in denen die Voraussetzungen der Flüchtlingseigenschaft nach der GFK vorliegen, auch eine Zuerkennung der Flüchtlingseigenschaft auf der Grundlage des Art. 13 RL 2004/83 zu erfolgen hat. Insofern kann als Auslegungsgrundsatz formuliert werden, dass die in der RL 2004/83 für die Zuerkennung der Flüchtlingseigenschaft formulierten Voraussetzungen jedenfalls so auszulegen sind, dass den auf der Grundlage der GFK als Flüchtlinge anzusehenden Personen auch nach der RL 2004/83 die Flüchtlingseigenschaft zuzuerkennen ist. Selbstredend ist damit auch impliziert, dass die Zuerkennung der Flüchtlingseigenschaft jedenfalls nicht von weiteren Bedingungen abhängig gemacht werden darf, wie etwa eine hinreichende Integration im Aufenthaltsstaat oder das Vorhandensein ausreichender Existenzmittel.

b) Subsidiärer Schutz

Art. 15 ff. RL 2004/83 regelt über die Zuerkennung des Flüchtlingsstatus⁵³ hinaus die Voraussetzungen, unter denen Personen anderweitig internationaler Schutz gewährt werden soll (sog. „subsidiärer Schutz“).⁵³ Dieser ist grundsätzlich (vgl. Art. 16 RL 2004/83 über das Erlöschen des Schutzanspruchs und Art. 17 RL 2004/83 über den Ausschluss vom Schutzanspruch⁵⁴) zu gewähren, wenn – neben den allgemeinen Voraussetzungen der Art. 4 ff. RL 2004/83 – die Gefahr eines „ernsthaften Schadens“ besteht (Art. 18 RL 2004/83).

Als ein solcher ernsthafter Schaden sind die Verhängung oder Vollstreckung der Todesstrafe, Folter oder unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder eine ernsthafte individuelle Bedrohung des Lebens oder der

⁴⁹ Vgl. allgemein zum gemeinschaftlichen Konzept der individuellen Rechte m.w.N. *Astrid Epiney*, Primär- und Sekundärrechtsschutz im öffentlichen Recht, VVDStRL 61 (2002), 362 (386 ff.)

⁵⁰ ABl. 2005 L 326, 1. Zu dieser *Battjes*, European Asylum Law (Fn. 33), 289 ff.; *Peers/Rogers*, in: EU Immigration and Asylum Law (Fn. 33), 367 ff.; *Günter Renner*, Asylverfahrensrichtlinie, ZAR 2004, 305 ff.

⁵¹ Wobei Erwägung 14 Präambel RL 2004/83 hiermit in einem gewissen Spannungsverhältnis steht, wird dort doch betont, dass die Anerkennung der Flüchtlingseigenschaft ein deklaratorischer Akt sei. Bemerkenswert ist aber, dass in Erwägung 14 Präambel von „Anerkennung“, und nicht von „Zuerkennung“ die Rede ist, was darauf hindeutet, dass die „Zuerkennung“ eben etwas anderes sein soll als die Anerkennung. In diese Richtung geht auch Art. 2 lit. d RL 2004/83, der davon spricht, dass unter „Flüchtlingseigenschaft“ die Anerkennung als Flüchtling durch einen Mitgliedstaat zu verstehen ist, wovon sich dann eben die Zuerkennung in Art. 13 RL 2004/83 unterscheidet.

⁵² In diese Richtung geht auch Art. 20 Abs. 6 RL 2004/83, wonach die Mitgliedstaaten die einem Flüchtling aufgrund der RL 2004/83 zustehenden Rechte unter bestimmten Voraussetzungen einschränken können, wobei aber jeweils die GFK zu beachten ist. Offenbar findet also eine Unterscheidung zwischen den Rechten auf der Grundlage der RL 2004/83 einerseits und der GFK andererseits statt.

⁵³ Der subsidiäre Schutz soll die Vorschriften des Richtlinie über die Zuerkennung der Flüchtlingseigenschaft ergänzen (Erwägung 24 Präambel RL 2004/83).

⁵⁴ S. hierzu auch noch unten C.III.2.

Unversehrtheit von Zivilpersonen infolge von Gewaltausübungen im Rahmen eines bewaffneten Konfliktes zu verstehen (Art. 15 RL 2004/83).

Dieses Konzept des subsidiären Schutzes ist vor dem Hintergrund zu sehen, dass trotz des Nichtvorliegens der zur Anerkennung der Flüchtlingseigenschaft notwendigen Voraussetzungen gewisse Personen wegen eines zu erwartenden ernsthaften Schadens schutzbedürftig sind, so dass die Richtlinie auch für diese einen Status vorsieht. Der subsidiäre Schutz knüpft letztlich an die Vorgaben des Rückschiebungsschutzes der menschenrechtlichen Verträge an, wie sich aus der Definition des ernsthaften Schadens ergibt. Anders als das in den menschenrechtlichen Verträgen verankerte absolute *refoulement*-Verbot sieht die Richtlinie jedoch in Art. 17 Ausschlussbestimmungen vor.⁵⁵

Sind die erwähnten Voraussetzungen gegeben, hat die Person Anspruch auf den Rechtsstatus des subsidiären Schutzes: Die Mitgliedstaaten erkennen ihr gemäß Art. 18 RL 2004/83 diesen Status zu und stellen ihr einen Aufenthaltstitel aus, der mindestens ein Jahr gültig und verlängerbar sein muss. Auch hier ist daher davon auszugehen, dass die Mitgliedstaaten ein entsprechendes subjektives Recht einräumen müssen.

Die Umsetzung der RL 2004/83 in den Mitgliedstaaten (die Frist lief am 10.10. 2006 ab, Art. 38 RL 2004/83) ist weitgehend abgeschlossen.⁵⁶

3. *Synthese*

Versucht man auf der Grundlage der skizzierten Rechtslage im Völker- und Europarecht eine vergleichende Synthese der rechtlichen Tragweite der verschiedenen Regelungen, so sind folgende Aspekte m.E. zentral, wobei nach Reichweite und Inhalt der jeweiligen Bestimmungen zu differenzieren ist:

a) Duldungspflichten

Erstens kennt das Völkerrecht die Pflicht der Staaten, unter bestimmten Voraussetzungen den Aufenthalt von Ausländern zu dulden. So verpflichtet die Flüchtlingskonvention zur Beachtung des Grundsatzes des *non refoulement* (Art. 33 GFK) für Konventionsflüchtlinge,

⁵⁵ S. hierzu auch noch unten C.III.2.

⁵⁶ Vgl. zur Umsetzung in ausgewählten Mitgliedstaaten die Beiträge in Karin Zwaan (ed.), *The Qualification Directive: Central Themes, Problem Issues and Implementation in Selected Member States*, 2007; s. sodann etwa Kay Hailbronner, *Die Wirkung ausländer- und asylrechtlicher EG-Richtlinien vor der Umsetzung ins deutsche Ausländerrecht*, ZAR 2007, 6 ff.; Gottfried Köfner, *Die Umsetzung asylrechtlicher Richtlinien der EU*, AWR 3/2006, 171 ff.; Hans-Georg Maassen, *Zum Stand der Umsetzung von elf aufenthalts- und asylrechtlichen Richtlinien der Europäischen Union*, ZAR 2006, 161 ff.; Roskopf, AWR 2/2007 (Fn. 43), 114 ff.

ein Begriff, der allerdings recht eng gefasst ist und insbesondere auf die individuelle Verfolgung von Personen aus bestimmten, abschließend aufgeführten Gründen abstellt.

Die sich aus Art. 2, 3 EMRK ergebenden Duldungspflichten sind insofern weiter gefasst, als keine abschließenden Verfolgungsgründe aufgeführt werden und als ihnen ein „absoluter“ Charakter zukommt, so dass diese Rechte nicht einschränkbar sind.

Gemeinsam ist diesen Duldungspflichten, dass kein Anspruch auf eine Aufenthaltserlaubnis besteht und lediglich die ausdrücklich in den jeweiligen Rechtsakten vorgesehenen „Statusrechte“ – unter Einschluss des Diskriminierungsverbots des Art. 14 EMRK – zu beachten sind, so dass nicht etwa ein allgemeines Diskriminierungsverbot aus Gründen der Staatsangehörigkeit zum Zuge kommt. Weiter weisen diese Duldungspflichten insofern einen prekären Charakter auf, als sie mit sehr wenig Rechtssicherheit verbunden sind. Schließlich ist daran zu erinnern, dass sie nur unter relativ eng umschriebenen Voraussetzungen überhaupt zum Zuge kommen, so dass Personen, die durchaus als schutzwürdig angesehen werden können (weil sie etwa aus Gebieten, in denen allgemein Gewalt herrscht oder in denen der Klimawandel zusammen mit anderen Faktoren zur Zerstörung der Lebensgrundlagen geführt hat, flüchten), nicht von diesen Pflichten erfasst sind.

Weiter ist in Bezug auf die Rechtsdurchsetzung darauf hinzuweisen, dass das allgemeine Völkerrecht keine verbindlichen Vorgaben über Fragen der Rechtsdurchsetzung enthält, so dass aus dem allgemeinen Völkerrecht nicht abgeleitet werden kann, dass der Rechtsweg zu eröffnen ist, dies im Gegensatz zur EMRK, auf deren Grundlage individuell einklagbare Rechte zu gewähren sind, wobei die Klagen nach Erschöpfung des innerstaatlichen Instanzenzuges an den EGMR weitergezogen werden können.

b) Exkurs: Menschenrechtlicher Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung

Im Vergleich und als Exkurs sei in diesem Zusammenhang noch darauf hingewiesen, dass sich – im Gegensatz zu Art. 2, 3 EMRK – aus dem noch zu erörternden Art. 8 EMRK⁵⁷ auch ein grundsätzliches Recht auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung ergeben dürfte bzw. die Verweigerung einer Aufenthaltsbewilligung dürfte im Falle eines nicht zu rechtfertigenden Eingriffs in Art. 8 EMRK einen Eingriff in dieses Grundrecht darstellen. Insofern geht es hier nicht nur um einen „Duldungsanspruch“. Diese Auslegung ergibt sich schon daraus, dass eine „Duldung“ zwar auch das Zusammenleben der Familien ermöglicht; jedoch bringt es seine Prekarität mit sich, dass gleichwohl ein Eingriff in Art. 8 EMRK in aller Regel zu bejahen sein wird. Allerdings ist der sachliche Anwendungsbereich dieses Anspruchs recht eng.

⁵⁷ S. unten B.IV., am Anfang.

c) Subjektive Rechte

Im Gegensatz zu den menschenrechtlichen Garantien und den Vorgaben der GFK sind dem Gemeinschaftsrecht in verschiedener Hinsicht weitergehende Vorgaben zu entnehmen:

- Erstens sind nach der RL 2004/83 Flüchtlingen und Personen, die die Voraussetzungen der Gewährung subsidiären Schutzes erfüllen, subjektive Rechte auf einen näher definierten Schutzstatus zuzusprechen. Grundsätzlich ist ihnen auch ein Aufenthaltstitel auszustellen. Insofern kommt ihnen also eine relativ gesicherte Rechtsstellung zu.
- Zweitens wird dieser Schutz über die Flüchtlinge im Sinne der GFK auf Personen, die einen ernsthaften Schaden in ihrem Herkunftsstaat zu gewärtigen hat, ausgedehnt.

Insgesamt wird auf diese Weise – trotz aller Kritikpunkte, die man in Bezug auf einzelne Aspekte der RL 2004/83 formulieren kann – die Rechtsstellung schutzsuchender Personen doch substantiell verbessert. Immerhin wird erst die Praxis unter der Umsetzungsgesetzgebung, für deren Evaluation es zum derzeitigen Zeitpunkt zu früh ist, zeigen, ob und inwieweit hier tatsächlich auch einheitliche Mindeststandards erreicht werden können. Jedenfalls ist zu erwarten, dass auch in diesem Bereich die Rechtsprechung des EuGH eine bedeutende Rolle spielen wird und zur Klärung der sich stellenden Auslegungsfragen einen entscheidenden Beitrag leisten wird.

Gleichwohl bleibt anzumerken, dass auch die RL 2004/83 nur die individuelle Bedrohung einbezieht, so dass – insoweit parallel zur Situation im Völkerrecht – auch ausgehend vom derzeitigen Stand des Unionsrechts Personen, die sonstwie schutzbedürftig sind, keine irgendwie gearteten Rechtsansprüche auf Aufenthalt in der Europäischen Union haben.

Hinzuweisen ist allerdings der Vollständigkeit halber auf die RL 2001/55 über Mindestnormen für die Gewährung vorübergehenden Schutzes im Falle eines Massenzustroms:⁵⁸ Diese will die (Ausnahme-) Situationen regeln, in denen aufgrund besonderer Probleme in den Herkunftsländern besonders viele Personen aus einem Staat (oder mehreren Staaten) in der Europäischen Union Zuflucht suchen, so dass das „normale“ Asylsystem den Zustrom nicht auffangen kann (Art. 1 RL 2001/55). Es geht also um Staatsangehörige von Drittländern oder Staatenlose, die ihr Herkunftsland verlassen mussten oder evakuiert wurden und nicht sicher oder dauerhaft zurückkehren können. Dies gilt insbesondere für Personen, die aus Gebieten geflohen sind, in denen ein bewaffneter Konflikt oder dauernde Gewalt herrscht oder die ernsthaft von systematischen oder weit verbreiteten Menschenrechtsverletzungen bedroht waren oder Opfer solcher Menschenrechtsverletzungen sind. Die Dauer eines solchen vorübergehenden Schutzes – wobei das Bestehen eines Massenzustroms durch einen Ratsbeschluss festgestellt werden muss (Art. 5 RL 2001/55) – beträgt ein Jahr, wobei eine Verlängerung bis zu insgesamt drei Jahren möglich ist (Art. 4 RL 2001/55). Art. 8 ff. RL 2001/55 regeln eine Reihe von Pflichten der Mitgliedstaaten gegenüber Personen, die in den Genuss eines vorübergehenden Schutzes kommen (die sich zum größten Teil mit den „Statusrechten“ der Flüchtlingskonvention decken). Personen, die vorübergehenden Schutz genießen, ist der Zugang zum Asylverfahren zu gewähren, und die Mitgliedstaaten haben dafür zu sorgen, dass die erfassten Personen während der Dauer des vorübergehenden Schutzes über einen Aufenthaltstitel verfügen. Im Sinne der Richtlinie gelten Ehegatte oder nicht verheiratete Partner in dauerhafter Beziehung und die minderjährigen ledigen Kinder als Familienangehörige. Wenn die Familie im Herkunftsland bestand und im

⁵⁸ ABl. 2001 L 212, 12 ff. Zu dieser Richtlinie *Steve Peers/Nicola Rogers*, Temporary Protection, in: Peers/Rogers (eds.), *EU Immigration and Asylum Law, Text and Commentary*, 2006, 453 ff.; *Geza Tesseney*, Massive Refugee Flows and Europe's Temporary Protection, in: Peers/Rogers (eds.), *EU Immigration and Asylum Law, Text and Commentary*, 2006, 487 ff.; *Cristina J. Grotazar Rotaecche*, Synthesis Report on the Transposition of the Directive on Temporary Protection, in: Carlier/De Bruycker (ed.), *Immigration and Asylum Law of the EU: Current Debates*, 2005, 306 ff.

Zuge der Vertreibung getrennt wurde, haben die Familienangehörigen Anspruch auf Familiennachzug (Art. 15 Abs. 1 lit. a und Abs. 3 RL 2001/55). Ebenfalls als Familienangehörige können andere enge Verwandte betrachtet werden, wenn sie im Herkunftsland im Familienverband lebten und für ihren Unterhalt ganz oder teilweise auf den Bürgen angewiesen waren. Diesen Personen können die Mitgliedstaaten den Familiennachzug gewähren (Art. 15 Abs. 1 lit. b und Abs. 3 RL 2001/55). Damit ist den erfassten Personengruppen im Falle eines Ratsbeschlusses ein Anspruch auf eine Aufenthaltsbewilligung von in der Regel einem Jahr zu gewähren, und ihre Familienangehörigen können nachgezogen werden, sofern die Familie durch die Flucht getrennt wurde.⁵⁹

II. Migration im Hinblick auf Erwerbstätigkeit

Migration erfolgt häufig mit dem Ziel, in einem anderen Staat einer Erwerbstätigkeit als selbstständig oder unselbständig Erwerbender nachzugehen. In Bezug auf die Rechtsgrundlagen, die eine solche Migration ermöglichen, kann im Wesentlichen zwischen den gemeinschaftlichen Grundfreiheiten (1.) und völkerrechtlichen Verträgen der EG mit Drittstaaten (2.) unterschieden werden. Weiter ist in diesem Zusammenhang die Tragweite der RL 2003/109 über die Rechtsstellung langfristig aufenthaltsberechtigter Drittstaatsangehöriger zu eruieren (3.).

Das allgemeine Völkerrecht hingegen kennt keine irgendwie geartete Pflicht der Staaten, Ausländer zu ihrem Arbeitsmarkt zuzulassen; auch menschenrechtlichen Verpflichtungen kommt in diesem Zusammenhang keine Bedeutung zu. Deutlich wird damit auch, dass hier das nationale Recht nach wie vor eine bedeutende Rolle spielt: Denn dieses kann selbstredend über die erwähnten, von den Mitgliedstaaten zwingend zu beachtenden Vorgaben Möglichkeiten bzw. Rechte von Ausländern im Hinblick auf einen Aufenthalt zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit vorsehen.

1. Zur aufenthaltsrechtlichen Dimension der Grundfreiheiten – eine Skizze

a) Grundsatz: ein „Grundrecht auf Aufenthalt“

In unserem Zusammenhang ist an folgende Eckpunkte der Grundfreiheiten – wobei in Bezug auf einen dauerhaften Aufenthalt in einem anderen Mitgliedstaat als demjenigen, dessen Staatsangehörigkeit die betreffende Person besitzt, im Wesentlichen Art. 39, 43 EGV relevant sind – zu erinnern:⁶⁰

⁵⁹ Vgl. zur Umsetzung dieser Richtlinie in den Mitgliedstaaten die Beiträge in *Jean-Yves Carlier/Philippe De Bruycker* (ed.), *Immigration and Asylum Law of the EU: Current Debates*, 2005.

⁶⁰ Wobei es im vorliegenden Zusammenhang nicht darum gehen kann, die Grundfreiheiten als solche zu behandeln, sondern lediglich ihre aufenthaltsrechtliche Dimension in den Vordergrund zu rücken. Vgl. im Einzelnen m.w.N. zur Tragweite etwa des Art. 39 EGV *Astrid Epiney*, in: Bieber/Epiney/Haag, *Die Europäische Union. Rechtsordnung und Politik*, 7. Aufl., 2006, § 14, Rn. 4 ff.; s. auch die Beiträge in: *Dirk Ehlers* (Hrsg.), *Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten*, 2. Aufl., 2005.

- Die Grundfreiheiten gewähren subjektive Rechte, die die Einzelnen in den Mitgliedstaaten gerichtlich geltend machen können.
- Im Falle der Eröffnung des persönlichen und sachlichen Anwendungsbereichs ist ein Aufenthaltsrecht zu gewähren; m.a.W. sind jegliche Diskriminierungen und Beschränkungen grundsätzlich verboten. Ein Aufenthaltsrecht besteht dabei auch dann, wenn noch keine Beschäftigung angetreten wird, die betreffende Person jedoch auf Arbeitssuche ist. Dabei geht die Rechtsprechung davon aus, dass ein Mindestzeitraum von sechs Monaten⁶¹ für die Stellensuche angemessen ist.⁶² Darüber hinaus darf die betroffene Person jedenfalls dann nicht ausgewiesen werden, wenn sie nach Ablauf dieses Zeitraums den Nachweis erbringt dass sie weiterhin und mit begründeter Aussicht auf Erfolg auf Arbeitssuche ist (s. auch Art. 14 Abs. 4 lit. b) RL 2004/38).⁶³
- In engen Grenzen, deren Beachtung der Kontrolle durch den EuGH unterliegt, ist eine Rechtfertigung solcher Beschränkungen möglich.⁶⁴

Deutlich wird damit, dass die Grundfreiheiten den Einzelnen gegenüber den Mitgliedstaaten⁶⁵ ein grundrechtsähnliches Recht auf Aufenthalt einräumen, wobei dieses aber – wie erwähnt – auf den jeweiligen Anwendungsbereich der Grundfreiheit beschränkt ist, so dass jedenfalls eine wirtschaftliche Tätigkeit vorausgesetzt wird. Sonst dürfen die Mitgliedstaaten keine weiteren Voraussetzungen vorsehen; insbesondere dürfen sie nicht verlangen, dass eine Person ein Mindesteinkommen erzielt oder sich finanziell selbst tragen kann.⁶⁶ Ebensowenig dürfen „Integrationsnachweise“ oder ein hinreichender Wohnraum als Voraussetzungen für die Einschlägigkeit des Anspruchs auf Aufenthalt formuliert werden.⁶⁷

b) Exkurs: zum Zugang zu Leistungen sozialer Sicherheit

Diese weite Auslegung des Aufenthaltsrechts für (potentielle) Arbeitnehmer führt dazu, dass diesen unabhängig von der Frage, ob sie über ausreichende Existenzmittel und eine Krankenversicherung verfügen,⁶⁸ ein Recht auf Einreise und Aufenthalt einzuräumen ist,

⁶¹ Dieser geht über die in der RL 2004/38 vorgesehenen „voraussetzungslosen“ drei Monate hinaus. Vgl. zu dieser Richtlinien noch unten B.III.1.b).

⁶² EuGH, Rs. C-292/89 (Antonissen), Slg. 1991, I-745, Rn. 21 f.; EuGH, Rs. C-171/91 (Tsiotras), Slg. 1993, I-2925, Rn 13.

⁶³ EuGH, Rs. C-292/89 (Antonissen), Slg. 1991, I-745, Rn. 21 f.; EuGH, Rs. C-171/91 (Tsiotras), Slg. 1993, I-2925, Rn 13. EuGH, Rs. C-344/95 (Kommission/Belgien), Slg. 1997, I-1035, Rn. 17.

⁶⁴ Hierzu auch noch unten C.I.

⁶⁵ Sowie – zumindest in gewissem Umfang – gegenüber Privaten, geht der EuGH doch von einer teilweise sehr weitgehenden Drittwirkung aus. Vgl. EuGH, Rs. C-415/93 (Bosman), Slg. 1995, I-4921; EuGH, Rs. C-281/98 (Angonese), Slg. 2000, I-4161. S. neuerdings im Zusammenhang mit Art. 43 EGV EuGH, Rs. C-438/05 (International Transport Workers Federation), Urt. v. 11.12.2007; EuGH, Rs. C-341/05 (Laval UN Partneri), Urt. v. 18.12.2007.

⁶⁶ Vgl. etwa EuGH, Rs. C-413/01 (Ninni-Orasche), Slg. 2003, I-13187.

⁶⁷ S. darüber hinaus zu den Möglichkeiten der Einschränkung noch unten C.I.

⁶⁸ Zu diesen Voraussetzungen im Zusammenhang mit der RL 2004/38 unten B.III.

womit sich die Frage nach dem Zugang zu Leistungen sozialer Sicherheit stellt. Für Arbeitnehmer, die Zugang zum Arbeitsmarkt haben,⁶⁹ sieht das einschlägige Sekundärrecht (Art. 7 VO 1612/68) einen Anspruch auf die gleichen sozialen und steuerlichen Vergünstigungen wie für die inländischen Arbeitnehmer vor. Darüber hinaus geht aber die jüngere Rechtsprechung davon aus, dass einem Arbeitnehmer, der in einem anderen Mitgliedstaat auf Arbeitssuche ist, Zugang zu dem dort existierenden Recht auf „Beihilfe für Arbeitssuchende“ zu gewähren ist.⁷⁰ Im Einzelnen hielt der Gerichtshof Folgendes fest:

- Art. 39 EGV stelle (auch) eine Ausprägung des Diskriminierungsverbots nach Art. 12 EGV dar, so dass der Anwendungsbereich des Art. 39 EGV im Lichte des Art. 12 EGV auszulegen sei. In Bezug auf letzteren ergebe sich aber aus der Rechtsprechung⁷¹, dass die Gewährung einer beitragsunabhängigen Sozialleistung in ihren Anwendungsbereich falle. Daher könne angesichts der Einführung der Unionsbürgerschaft und der diesbezüglichen Rechtsprechung in Bezug auf Art. 12 EGV eine finanzielle Leistung, die den Zugang zum Arbeitsmarkt eines Mitgliedstaats erleichtern soll, nicht (mehr⁷²) vom Anwendungsbereich des Art. 39 EGV ausgenommen werden, so dass in Bezug auf solche finanziellen Leistungen aus Art. 39 EGV ein Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit abzuleiten sei. Im Ausgangsfall liege eine solche Diskriminierung vor, da die in Frage stehende Sozialleistung lediglich Personen mit ihrem gewöhnlichen Aufenthalt im Vereinigten Königreich gewährt werde und diese Voraussetzung von Inländern „leichter“ erfüllt werden könne als von Angehörigen anderer Mitgliedstaaten.
- Ein solches Erfordernis könne aber aus objektiven Gründen und unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsprinzips gerechtfertigt werden. Ein legitimes Anliegen sei die Sicherstellung einer tatsächlichen Verbindung zwischen dem Leistungsempfänger und dem betroffenen räumlichen Arbeitsmarkt. Ein Wohnortersfordernis sei zur Erreichung dieser Zielsetzung zwar grundsätzlich geeignet, jedoch sei auch der Grundsatz der Erforderlichkeit zu beachten, dem insbesondere zu entnehmen sei, dass die Anwendung des Wohnortersfordernisses auf klaren und im Voraus bekannten Kriterien beruhen müsse; auch sei ein Erfordernis einer Mindestaufenthaltsdauer nur soweit zulässig, als es notwendig ist, damit die Behörden sich vergewissern können, dass die betreffende Person tatsächlich auf der Arbeitssuche auf dem entsprechenden Arbeitsmarkt ist.

Mit diesem Ansatz dehnt der Gerichtshof den Anwendungsbereich des Diskriminierungsverbots des Art. 39 EGV insofern aus, als diesem auch eine Art Teilhabeanspruch auf finanzielle Zuwendungen, die den Zugang zum Arbeitsmarkt

⁶⁹ Aber nicht für solche, die (nur) auf Arbeitssuche sind, vgl. EuGH, Rs. C-138/02 (Collins), Slg. 2004, I-2703.

⁷⁰ EuGH, Rs. C-138/02 (Collins), Slg. 2004, I-2703.

⁷¹ S. insbesondere EuGH, Rs. C-184/99 (Grzelczyk), Slg. 2001, I-6193.

⁷² S. unter Bezugnahme auf die VO 1612/68 EuGH, Rs. 316/85 (Lebon), Slg. 1987, 2811.

erleichtern (sollen), zu entnehmen ist. Führt man den vom EuGH entwickelten Gedanken konsequent zu Ende, sind damit vom Diskriminierungsverbot des Art. 39 EGV all diejenigen Maßnahmen erfasst, die den Zugang zum Arbeitsmarkt erleichtern (sollen), worunter nicht nur direkte finanzielle Leistungen, sondern auch sonstige Maßnahmen (etwa die Hilfestellung bei der beruflichen Eingliederung, Weiterbildungsangebote oder Beschäftigungsprogramme) fallen können. In Bezug auf die tatbestandliche Reichweite des Art. 39 EGV legt es die Begründung des EuGH nahe, dass diese Ausdehnung des Anwendungsbereichs des Art. 39 EGV nur für das Diskriminierungsverbot, nicht hingegen für das dieser Bestimmung ebenfalls zu entnehmende Beschränkungsverbot gilt, nimmt der EuGH doch maßgeblich auf seine Rechtsprechung zu Art. 12 EGV Bezug. Damit dürfte der EuGH davon ausgehen, dass in Bezug auf direkt den Zugang zum Arbeitsmarkt betreffende Regeln (auch) ein Beschränkungsverbot zur Anwendung kommt, in Bezug auf den Zugang nur beeinflussende „Begleitumstände“ hingegen (nur) ein Diskriminierungsverbot. Es liegt auf der Hand, dass die Abgrenzung aber auch große Schwierigkeiten bereiten kann, wobei immerhin darauf hinzuweisen ist, dass aus Art. 39 EGV jedenfalls kein allgemeines (unabhängig von einer Diskriminierung zum Zuge kommendes) Leistungsrecht des Einzelnen auf Unterstützung irgendwelcher Art abgeleitet werden kann. Nicht beantwortet hat der EuGH die Frage, ob die vorgenommene Ausdehnung des Anwendungsbereichs des Diskriminierungsverbots des Art. 39 EGV auch Drittwirkung entfaltet und damit gegen Private geltend gemacht werden kann.⁷³

In der Rs. C-258/04⁷⁴ bestätigte der EuGH seine Rechtsprechung: Hier ging es um die Frage, ob ein Mitgliedstaat einem Staatsangehörigen eines anderen Mitgliedstaats ein sog. Überbrückungsgeld – das die Zeit zwischen dem Abschluss einer Ausbildung und dem Antritt der ersten Stelle überbrücken soll – mit der Begründung versagen kann, dass der Betroffene seine höhere Schulbildung in einem anderen Mitgliedstaat abgeschlossen hat. Der EuGH stellte fest, dass sich eine Person auf Beschäftigungssuche in einem anderen Mitgliedstaat in Bezug auf die Leistung von Überbrückungsgeld auf das Diskriminierungsverbot des Art. 39 Abs. 2 EGV berufen könne. Zwar sei es ein legitimes Anliegen des Gesetzgebers, sich einer tatsächlichen Beziehung zwischen demjenigen, der Überbrückungsgeld beantragt, und dem betroffenen räumlichen Arbeitsmarkt zu vergewissern. Ein alleiniges Abstellen auf den Ort der Erlangung des Schulabgangszeugnisses sei jedoch zu allgemein und ausschließlich, so dass offenbar sowohl die Geeignetheit als auch die Erforderlichkeit verneint wird.

2. Zur Tragweite völkerrechtlicher Verträge mit Drittstaaten – unter besonderer Berücksichtigung des Freizügigkeitsabkommens mit der Schweiz

Die EU bzw. die EG hat mit verschiedenen Drittstaaten Assoziationsabkommen geschlossen, die auch Freizügigkeitsrechte für diese Drittstaatsangehörigen (und ihre Familien) beinhalten. Ausgehend von dem Grundsatz, dass derartige Abkommen „integrierende Bestandteile“ des

⁷³ Im Fall Angonese geht der EuGH offenbar in Bezug auf Diskriminierungen von einer umfassenden Drittwirkung aus. Vgl. EuGH, Rs. C-281/98 (Angonese), Slg. 2000, I-4161.

⁷⁴ EuGH, Rs. C-258/04 (Ioannidis), Slg. 2005, I-8275.

Gemeinschaftsrechts sind⁷⁵ und angesichts des monistischen Charakters der Gemeinschaftsrechtsordnung⁷⁶ können solche Abkommen auch Einzelnen Aufenthalts- und Freizügigkeitsrechte einräumen, die diese direkt vor (mitgliedstaatlichen) Gerichten geltend machen können⁷⁷ und denen insofern – letztlich strukturell parallel wie den gemeinschaftlichen Grundfreiheiten – ein grundrechtsähnlicher Charakter zukommt. Besondere Bedeutung kam hier bislang insbesondere dem Assoziationsabkommen mit der Türkei und den einschlägigen Beschlüssen des Assoziationsrates⁷⁸ sowie dem EWR⁷⁹ zu. Aber auch die sog. „Europaverträge“ mit den damaligen Beitrittskandidaten aus Mittel- und Osteuropa⁸⁰ enthielten Regeln über die Freizügigkeit. In jüngerer Zeit ist insbesondere das am 1. Juli 2002 in Kraft getretene Personenfreizügigkeitsabkommen mit der Schweiz⁸¹ von Bedeutung: Ziel des Abkommens ist eine Ausdehnung der gemeinschaftlichen Freizügigkeitsrechte auf das Verhältnis zwischen der Schweiz und der Gemeinschaft, allerdings ohne die Übernahme des Konzepts der Unionsbürgerschaft. Namentlich werden das Recht auf Einreise, das Recht auf Aufenthalt und der Zugang zu einer Erwerbstätigkeit, Nichtdiskriminierung, Recht der Familienangehörigen auf Aufenthalt und Ausübung einer Erwerbstätigkeit ungeachtet ihrer Staatsangehörigkeit garantiert.⁸²

⁷⁵ EuGH, Rs. 181/73 (Haegemann), Slg. 1974, 449, Rn. 2/6; EuGH, Rs. 104/81 (Kupferberg), Slg. 1982, 3641, Rn. 13; EuGH, Rs. 12/86 (Demirel), Slg. 1987, 3641, Rn. 7; EuGH, Rs. C-192/89 (Sevince), Slg. 1990, I-3461, Rn. 8.

⁷⁶ Vgl. hierzu *Astrid Epiney*, Zur Stellung des Völkerrechts in der EU, *EuZW* 1999, 5 ff.

⁷⁷ Vgl. die Nachweise in Fn. 75.

⁷⁸ Vgl. hierzu m.w.N. *Kay Hailbronner*, D. Freizügigkeit, in: Manfred A. Dausen (Hrsg.), *Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts*, Loseblattsammlung, Stand Oktober 2007, D.I., Rn. 206 ff.

⁷⁹ Zu diesem nur *Astrid Epiney*, Der Stellenwert des europäischen Gemeinschaftsrechts in Integrationsverträgen – Zu den Möglichkeiten der Übernahme des Gemeinschaftsrechts in „Integrationsrecht“ unter besonderer Berücksichtigung des EWR, 1992.

⁸⁰ Zu diesen im Zusammenhang mit den für sie maßgeblichen Auslegungsgrundsätzen *Eckart Klein*, Zur Auslegung von völkerrechtlichen Verträgen der Europäischen Gemeinschaft mit Drittstaaten, in: *Astrid Epiney/Florence Rivièrè* (Hrsg.), *Auslegung und Anwendung von „Integrationsverträgen“*, 2006, 1 (17 ff.). S. in diesem Zusammenhang zu den Instrumenten der heutigen „Nachbarschaftspolitik“ der EU, die auch gewisse Aspekte der Freizügigkeit umfasst, *Jérôme Boniface*, La politique européenne de voisinage, entre élargissement et politique étrangère, *EIPASCOPE* 2007/1, 25 ff.

⁸¹ Abkommen zwischen der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten einerseits und der Schweizerischen Eidgenossenschaft andererseits über die Freizügigkeit, *BBl* 1999, 7027 ff.; *ABl* 2002 L 114, 6 ff.

⁸² Zum Freizügigkeitsabkommen *Sebastian Benesch*, Das Freizügigkeitsabkommen zwischen der Schweiz und der Europäischen Gemeinschaft, Tübingen 2007; *Walter Kälin*, Das bilaterale Abkommen der Schweiz mit der EG über die Freizügigkeit von Personen, *ZAR* 2002, 123 ff.; *Martin Nyffenegger*, Grundzüge des Freizügigkeitsabkommens unter besonderer Berücksichtigung der Übergangsbestimmungen, in: *Bernhard Ehrenzeller* (Hrsg.), *Aktuelle Fragen des schweizerischen Ausländerrechts*, 2001, 79 ff.; *Steve Peers*, The EC-Switzerland Agreement on Free Movement of Persons: Overview and Analysis, *European Journal of Migration and Law* 2000, 127 ff.; *Edgar Imhof*, Das bilaterale Abkommen über den freien Personenverkehr und die soziale Sicherheit, *SZS/RSAS* 2000, 22 ff.; *Edgar Imhof*, Das Freizügigkeitsabkommen EG – Schweiz und seine Auslegungsmethode, *ZESAR* 2007, 155 ff. 217 ff.; *Matthias Kilian*, Das Abkommen über den freien Personenverkehr zwischen der Europäischen Union und der Schweiz. Neue Betätigungsmöglichkeiten für Europas Rechtsanwälte, *ZEuP* 2000, 601 ff.; *Bettina Kahil-Wolff/Robert Mosters*, Struktur und Anwendung des Freizügigkeitsabkommens Schweiz/EG, in: *René Schaffhauser/Christian Schürer* (Hrsg.), *Die Durchführung des Abkommens EU/CH über die Personenfreizügigkeit (Teil Soziale Sicherheit) in der Schweiz*, 2001, 12 ff.; *Walter Kälin*, Die Bedeutung des Freizügigkeitsabkommens für das

Eine sich im Zusammenhang mit solchen Verträgen regelmäßig stellende und für die rechtliche Tragweite des Freizügigkeits- und Aufenthaltsrechts entscheidende Frage – der im Folgenden am Beispiel des Personenfreizügigkeitsabkommens mit der Schweiz nachgegangen werden soll – ist diejenige nach den bei ihrer Auslegung maßgeblichen Grundsätzen, wobei diese Problematik dann besonders virulent wird, wenn die Verträge teilweise auf den gemeinschaftlichen Besitzstand zurückgreifen und diesen in die entsprechenden völkerrechtlichen Verträge „integrieren“, stellt sich dann doch immer die Frage, ob und inwieweit die Vertragsbestimmungen nach parallelen Grundsätzen wie die entsprechenden Bestimmungen des EG-Vertrages bzw. des einschlägigen Sekundärrechts auszulegen sind.

Ausgangspunkt für die Beantwortung dieser Frage ist notwendigerweise, dass es sich um völkerrechtliche Verträge handelt, die nach völkerrechtlichen Grundsätzen auszulegen sind. Die einschlägigen völkerrechtlichen Auslegungsregeln ergeben sich aus Art. 31 ff. der Wiener Vertragsrechtskonvention (WVK)⁸³ und formulieren darüber hinaus Völkergewohnheitsrecht.⁸⁴ Nach der Grundregel des Art. 31 WVK ist ein Vertrag „nach Treu und Glauben in Übereinstimmung mit der gewöhnlichen, seinen Bestimmungen in ihrem Zusammenhang zukommenden Bedeutung und im Lichte seines Zieles und Zweckes auszulegen“.⁸⁵ Die wesentlichen Anknüpfungspunkte für die Auslegung völkerrechtlicher Verträge sind damit Treu und Glauben, Wortlaut, systematischer Zusammenhang oder Kontext (s. auch Art. 31 Abs. 2, 3 WVK) sowie Gegenstand und Zweck des Vertrages; daneben ist ggf. die nachfolgende Praxis der Parteien einzubeziehen, während die Entstehungsgeschichte keinen primären Anknüpfungspunkt bildet (Art. 32 WVK).

Diese Grundsätze – deren Bedeutungsgehalt hier nicht im Einzelnen nachgegangen werden kann – sind somit recht abstrakt und allgemein formuliert; insbesondere können die verschiedenen, nicht in einer strengen hierarchischen Reihenfolge stehenden Auslegungsmethoden in verschiedener Weise kombiniert und gewichtet werden, womit den Besonderheiten des jeweils auszulegenden völkerrechtlichen Vertrages Rechnung getragen werden kann. Insofern dürften sie eine hohe Flexibilität aufweisen, so dass für die Auslegung eines Vertrages letztlich seinen Spezifitäten (etwa hinsichtlich Zielsetzung, Inhalt oder auch

Ausländerrecht, in: Thomas Cottier/Matthias Oesch (Hrsg.), Die sektoriellen Abkommen Schweiz – EG, 2002, 11 ff.; *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.; *Astrid Epiney/Robert Mosters*, Un exemple d'interprétation des accords conclus entre la Suisse et l'Union européenne: l'accord sur la libre circulation des personnes, in: Astrid Epiney/Florence Rivière (Hrsg.), Auslegung und Anwendung von „Integrationsverträgen“. Zur Übernahme des gemeinschaftlichen Besitzstandes durch Drittstaaten, insbesondere die Schweiz, 2006, 57 ff.; *Astrid Epiney*, Zur Bedeutung der Rechtsprechung des EuGH für Anwendung und Auslegung des Personenfreizügigkeitsabkommens, ZBJV 2005, 1 ff.

⁸³ Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge vom 23. Mai 1969, SR 0.111.

⁸⁴ Vgl. nur *Wolfgang Graf Vitzthum*, in: Graf Vitzthum (Hrsg.), Völkerrecht, 4. Aufl., 2007, 56.

⁸⁵ *Klein*, in: Auslegung von Integrationsverträgen (Fn. 80), 1 (5), weist zutreffend darauf hin, dass diese Formulierung am Ende wenig geglückt ist und man statt von „Ziel und Zweck“ eher von „Gegenstand und Zweck“ sprechen sollte.

Zusammenhang mit anderen Verträgen) eine nicht zu unterschätzende Bedeutung zukommen dürfte.

Greift nun ein Abkommen in weiten Teilen auf dem Gemeinschaftsrecht entsprechende oder gar mit diesem identische Formulierungen zurück, bedeutet dies vor diesem Hintergrund nicht zwingend, dass die jeweiligen Bestimmungen parallel wie im Gemeinschaftsrecht auszulegen sind;⁸⁶ vielmehr verbietet sich eine „automatische Übertragung“ der im Gemeinschaftsrecht heranzuziehenden Auslegung schon deshalb, weil das Gemeinschaftsrecht auf der Grundlage seiner verfassungsähnlichen Struktur und seiner spezifischen Zielsetzungen von besonderen Grundsätzen geprägt ist, die auch und gerade Rückwirkungen auf seine Auslegung entfalten können,⁸⁷ ohne dass damit die völkerrechtliche Grundlage der Union und des Gemeinschaftsrechts zwingend aufgegeben wird. Ein Grundsatz der „parallelen Auslegung“ gewisser völkervertraglicher Regelungen im Verhältnis zum Gemeinschaftsrecht kann sich jedoch aus der Anwendung der erwähnten völkerrechtlichen Auslegungsgrundsätze (Art. 31 ff. WVK) ergeben, insbesondere aus dem Gebot, die Verträge seien unter Berücksichtigung ihres Ziels und Gegenstandes auszulegen. So können gewisse im Gemeinschaftsrecht anwendbare Auslegungsprinzipien auf völkervertragliche Verträge anzuwenden sein, wenn diese (teilweise) dieselben Zielsetzungen verfolgen wie die entsprechenden gemeinschaftsrechtlichen Garantien.⁸⁸

Im Urteil *Metalsa* formulierte der EuGH diese Grundsätze wie folgt:

„Insgesamt ergibt sich (...), dass die Übertragung der Auslegung einer Vertragsbestimmung auf eine vergleichbar, ähnlich oder übereinstimmend gefasste Bestimmung eines Abkommens zwischen der Gemeinschaft und einem Drittland insbesondere davon abhängt, welchen Zweck diese Bestimmungen in dem ihnen je eigenen Rahmen verfolgen; insoweit kommt dem Vergleich von Zweck und Kontext des Abkommens mit denjenigen des Vertrages [hier wird auf den EG-Vertrag Bezug genommen] erhebliche Bedeutung zu. Ein völkerrechtlicher Vertrag ist nämlich nicht nur nach seinem Wortlaut, sondern auch im Lichte seiner Ziele auszulegen.“⁸⁹

⁸⁶ Auch der EuGH geht davon aus, dass mit dem Gemeinschaftsrecht wörtlich übereinstimmende völkervertragsrechtliche Bestimmungen nicht zwingend parallel wie im Gemeinschaftsrecht auszulegen sind. Vgl. etwa EuGH, Rs. 270/80 (Polydor), Slg. 1982, 329; EuGH, Rs. 104/81 (Hauptzollamt Mainz/Kupferberg), Slg. 1982, 3641 (3663); EuGH, Rs. C-149/96 (Portugal/Rat), Slg. 1999, I-8395. S. auch EuGH, Gutachten 1/91 (EWR), Slg. 1991, I-6079, Rn. 15 ff.

⁸⁷ Zur Auslegung im Gemeinschaftsrecht nur *Jochen Anweiler*, Die Auslegungsmethoden des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften, 1997, *passim*; *Carsten Buck*, Über die Auslegungsmethoden des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaft, 1998, *passim*; s. auch den Überblick bei *Astrid Epiney*, in: *Bieber/Epiney/Haag*, Die Europäische Union. Rechtsordnung und Politik, 7. Aufl., 2006, § 9, Rn. 11 ff.

⁸⁸ So denn i. Erg. auch EuGH, Rs. C-312/91 (Metalsa), Slg. 1993, I-3751, Rn. 11 f.; EuGH, Rs. C-469/93 (Chiquita), Slg. 1995, I-4533. Aus der Literatur etwa *Andrea Ott*, Die anerkannte Rechtsfortbildung des EuGH als Teil des gemeinschaftlichen Besitzstandes (Acquis communautaire), *EuZW* 2000, 293 (294 f., 297). Im Zusammenhang mit dem EWR ausführlich m.w.N. *Astrid Epiney/Andreas Felder*, Europäischer Wirtschaftsraum und Europäische Gemeinschaft: Parallelen und Divergenzen in Rechtsordnung und Auslegung, *ZVglRWiss* 2001, 425 ff.

⁸⁹ EuGH, Rs. C-312/91 (Metalsa), Slg. 1993, I-3751, Rn. 11 f.

In einem neuen Urteil⁹⁰ führt der EuGH denn auch aus, dass kein Grund bestehe, das in Abkommen mit Drittstaaten enthaltene Diskriminierungsverbot aus Gründen der Staatsangehörigkeit im Bereich der Arbeitsbedingungen anders auszulegen als im Rahmen des EG-Vertrages. Hieran änderten auch ggf. gegenüber dem Gemeinschaftsrecht abweichende Formulierungen in einem solchen Abkommen nichts. Zur Begründung verweist der Gerichtshof insbesondere auf die Zielsetzungen der Übereinkommen, die mit denjenigen des Vertrages in den erfassten Bereichen übereinstimmen. Verallgemeinert man diesen Ansatz, so sind in all denjenigen Fällen, in denen Abkommen mit Drittstaaten Teile des *acquis communautaire* übernehmen und die Zielsetzung des jeweiligen Abkommens gerade dahin geht, das in der Gemeinschaft geltende Rechtsregime auf das Verhältnis zu Drittstaaten auszuweiten, die entsprechenden Abkommensbestimmungen grundsätzlich parallel zu den einschlägigen Vertragsbestimmungen auszulegen.⁹¹

Betrachtet man vor diesem Hintergrund das Freizügigkeitsabkommen, so dürften für die Formulierung allgemeiner Auslegungsgrundsätze des Abkommens – jedenfalls sind aber die jeweiligen konkreten Bestimmungen, ihre Stellung im Gesamtsystem des Abkommens sowie der Zusammenhang mit gemeinschaftsrechtlichen Garantien zu betrachten, so dass immer auch eine Auslegung der einzelnen Bestimmung notwendig ist – drei Aspekte von besonderer Bedeutung sein:

- Weite Teile des Abkommens greifen wörtlich oder sinngemäß auf gemeinschaftsrechtliche Garantien zurück und lassen diese in das Abkommen einfließen. Dabei werden teilweise wörtlich gemeinschaftsrechtliche Bestimmungen im Abkommen übernommen, teilweise wird direkt auf gemeinschaftliches Sekundärrecht verwiesen und teilweise werden sinngemäß dem Gemeinschaftsrecht entsprechende Garantien formuliert.
- In der Präambel wird betont, dass die Vertragsparteien bestrebt sind, die Personenfreizügigkeit zwischen ihnen „auf der Grundlage der in der Europäischen Gemeinschaft geltenden Bestimmungen zu verwirklichen“, und nach Art. 16 Abs. 1 FZA treffen die Vertragsparteien „alle erforderlichen Maßnahmen (...), damit in ihren

⁹⁰ EuGH, Rs. C-465/01 (Kommission/Österreich), Slg. 2004, I-8291. S. auch im Ansatz ähnliche Ausführungen in EuGH, Rs. C-467/02 (Cetinkaya), Slg. 2004, I-10895.

⁹¹ Der Vollständigkeit halber sei aber darauf hingewiesen, dass die Rechtsprechung des EuGH in Bezug auf die parallele Auslegung völkerrechtlicher Verträge nicht ganz konsistent erscheint und der EuGH bei (scheinbar?) vergleichbaren Fallgestaltungen gelegentlich eine „Übertragung“ der gemeinschaftlichen Grundsätze vornimmt, diese gelegentlich aber auch ablehnt. Vgl. aus der Rechtsprechung insbesondere EuGH, Gutachten 1/91 (EWR), Slg. 1991, I-6079, Rn. 22; EuGH, Rs. C-235/99 (Kondova), Slg. 2001, I-6427, Rn. 55; EuGH, Rs. C-63/99 (Gloszcuk), Slg. 2001, I-6369, Rn. 52; EuGH, Rs. C-257/99 (Barkoci und Malik), Slg. 2001, I-6557, Rn. 55 (gegen eine parallele Auslegung); EuGH, Rs. C-268/99 (Jany), Slg. 2001, I-8615, Rn. 37; EuGH, Rs. 162/00 (Pokrzeptowicz-Meyer), Slg. 2002, I-1049, Rn. 31 ff.; EuGH, Rs. C-163/90 (Legros) Slg. 1992, I-4625, Rn. 26 (für eine parallele Auslegung). Zu dieser Rechtsprechung instruktiv *Klein*, in: *Auslegung von Integrationsverträgen* (Fn. 80), 1 (16 ff.).

Beziehungen gleichwertige Rechte und Pflichten wie in den Rechtsakten der Europäischen Gemeinschaft, auf die Bezug genommen wird, Anwendung finden“.

- Nach Art. 16 Abs. 2 S. 1 FZA ist in all denjenigen Fällen, in denen für die Anwendung des Abkommens „Begriffe des Gemeinschaftsrechts herangezogen werden“, die „einschlägige Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften vor dem Zeitpunkt der Unterzeichnung“ zu berücksichtigen.⁹²

Art. 16 Abs. 2 FZA:

„Soweit für die Anwendung dieses Abkommens Begriffe des Gemeinschaftsrechts herangezogen werden, wird hierfür die einschlägige Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften vor dem Zeitpunkt der Unterzeichnung berücksichtigt. Über die Rechtsprechung nach dem Zeitpunkt der Unterzeichnung dieses Abkommens wird die Schweiz unterrichtet. Um das ordnungsgemäße Funktionieren dieses Abkommens sicherzustellen, stellt der Gemischte Ausschuss auf Antrag einer Vertragspartei die Auswirkungen dieser Rechtsprechung fest.“⁹³

Auch wenn damit zwischen „alter“ und „neuer“ Rechtsprechung unterschieden wird, kann es die Zielsetzung einer parallelen Rechtsentwicklung nahe legen, dass sich die schweizerischen Rechtsanwendungs- und Rechtsprechungsinstanzen auch an die nach dem 21.6.1999 ergangene Rechtsprechung des EuGH „anlehnen“, um diese Parallelität sicherzustellen. Auch die Rechtsprechung des Bundesgerichts dürfte in diese Richtung gehen,⁹⁴ so dass im Zweifel recht viel für eine „Übernahme“ auch der neueren Rechtsprechung spricht, es sei denn, Sinn und Zweck des Abkommens stünden dem klar entgegen.

Man wird aus der Gesamtheit dieser Bestimmungen ableiten können, dass die Zielsetzung des Abkommens dahin geht, im Verhältnis zur Schweiz für die erfassten Bereiche grundsätzlich eine parallele Rechtslage wie in der EU sicherzustellen.⁹⁵ M.a.W. soll offenbar für einen Teil des *acquis communautaire* eine (völkervertragsrechtlich verankerte) Ausweitung des Anwendungsbereichs desselben auf die Beziehungen zur Schweiz erreicht werden. Damit

⁹² Dieses Prinzip ist auch vor dem Hintergrund zu sehen, dass die EG bestrebt war, einheitliche Regeln wie in der Gemeinschaft zu verankern und deren innere Entwicklung sowie die Autonomie der gemeinschaftlichen Rechtsordnung nicht gefährdet werden sollte. Zu diesen Aspekten EuGH, Gutachten 1/91 (EWR I), Slg. 1991, S. I-6079, Rn. 47; EuGH, Gutachten 1/92 (EWR II), Slg. 1992, S. I-2821, Rn. 17 ff.

⁹³ Ausführlich zur Auslegung dieser Bestimmung *Epiney*, ZBJV 2005 (Fn. 82), 1 ff.

⁹⁴ Vgl. insbesondere Bundesgericht, Urteil vom 4.11.2003, 2A.91/2003, BGE 130 II 1. Bestätigt durch Urteil des Bundesgerichts vom 16.1.2004, 2A.457/2003, BGE 130 II 137. S. auch die Formulierung in BGE 130 II 113 Erw. 5.2.

⁹⁵ Zu zurückhaltend und letztlich unklar daher *Stephan Breitenmoser/Michael Isler*, Der Rechtsschutz im Personenfreizügigkeitsabkommen zwischen der Schweiz und der EG sowie den EU-Mitgliedstaaten, AJP 2002, 1003 (1011), die ausschließlich auf Art. 16 Abs. 2 FZA abstellen. I. Erg. wie hier wohl *Thomas Cottier/Erik Evtimov*, Die sektoriellen Abkommen der Schweiz mit der EG: Anwendung und Rechtsschutz, ZBJV 2003, 77 (107 ff.), wobei die von diesen Autoren vorgenommene Differenzierung zwischen der Auslegung in der EU und in der Schweiz insofern nicht zu überzeugen vermag, als doch in jedem Fall die Grundsätze der WVK heranzuziehen sind. Ähnlich wie hier wohl auch *Daniel Wüger*, Anwendbarkeit und Umsetzung der Bilateralen Verträge II, Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2004/2005, 2005, 287 ff.; *Imhof*, ZESAR 2007 (Fn. 82), 155 ff. 217 ff.; *Hanspeter Mock/Fabrice Filliez*, Libre circulation des personnes et regroupement familial: à propos de la prise en compte de la jurisprudence de la Cour de Luxembourg par le Tribunal fédéral, SZIER 2006, 237 ff.

können zwar die besonderen Auslegungsgrundsätze des europäischen Gemeinschaftsrechts⁹⁶ wie etwa der Grundsatz des *effet utile*, nicht als solche im Rahmen des Abkommens herangezogen werden, handelt es sich doch um einen völkerrechtlichen Vertrag, der eben nach anderen Regeln auszulegen ist als das Gemeinschaftsrecht selbst. Allerdings finden diese genuin gemeinschaftsrechtlichen Auslegungsgrundsätze insoweit mittelbar Eingang in die Auslegung des Freizügigkeitsabkommens, als diesem selbst zu entnehmen ist, dass sich die Tragweite seiner Bestimmungen grundsätzlich an diejenige des Gemeinschaftsrechts anlehnen soll.

Ausgehend von diesem Befund kann der Grundsatz formuliert werden, dass die Bestimmungen des Freizügigkeitsabkommens, die an gemeinschaftsrechtliche Garantien anknüpfen, sei dies nun wörtlich oder (nur) sinngemäß, grundsätzlich in Anlehnung an die gemeinschaftsrechtliche Bedeutung auszulegen sind. Erkennbare Zielsetzung des Abkommens ist nämlich – wie erwähnt – die Gewährung gleichwertiger Rechte und Pflichten wie im Gemeinschaftsrecht. M.a.W. soll eine möglichst weitgehende Parallelität der Rechtslage in der Union und im Anwendungsbereich des Freizügigkeitsabkommens sichergestellt werden. Dies bedeutet für die Auslegung des Abkommens, dass grundsätzlich jedenfalls immer dann von einer „Parallelität der Konzepte“ – auf der Grundlage der EuGH-Rechtsprechung bis zum 21.6.1999 – auszugehen ist, wenn das Abkommen auf Konzepte des Gemeinschaftsrechts zurückgreift,⁹⁷ und nur dann eine hiervon abweichende Rechtslage unter dem Abkommen anzunehmen ist, wenn deutlich wird, dass ein vom Gemeinschaftsrecht differierendes Konzept verfolgt wird bzw. eine andere Rechtslage zugrunde gelegt werden sollte.

Die Herausforderung bei der Auslegung des Freizügigkeitsabkommens ist damit letztlich die Beantwortung der Frage, ob und inwieweit tatsächlich auf gemeinschaftliche Grundsätze zurückgegriffen wird und inwieweit – daran anschließend – das Abkommen echte eigenständige Lösungen verankert. Damit wird dann auch die Frage aufgeworfen, welche Teile des *acquis communautaire* übernommen werden, eine Frage, die sich sowohl in inhaltlicher als auch in zeitlicher Hinsicht stellt.

Jedenfalls führt diese Auslegung dazu, dass auch das Freizügigkeitsabkommen grundsätzlich dem Gemeinschaftsrecht entsprechende grundrechtsähnliche Garantien zu entnehmen sind, auch wenn deren genaue Tragweite jeweils im Einzelfall noch zu eruieren ist.

⁹⁶ S. zu diesen die Nachweise in Fn. 87.

⁹⁷ Vgl. insoweit auch die Ausführungen in BGE 130 II 113 Erw. 6.2 ff. Die Ausführungen des Bundesgerichts dürften hier aber tendenziell zu zurückhaltend sein, so wenn das Bundesgericht meint, es würden insofern teilweise andere Ziele verfolgt, als es nur um eine partielle Beteiligung an den betroffenen Grundfreiheiten gehe (Erw. 6.2). Abgesehen von dem Umstand, dass nicht wirklich ersichtlich ist, wie die (nicht) erfassten Teile zu präzisieren sein sollen, ist dieser Ansatz jedenfalls in Bezug auf die Arbeitnehmerfreizügigkeit kaum überzeugend, geht es hier doch offenbar um eine parallele Ausgestaltung der Rechtsregime; hieran ändert auch der Umstand nichts, dass es in der EU zusätzlich die Unionsbürgerschaft gibt.

3. Zur RL 2003/109

Die RL 2003/109⁹⁸ – die bis zum 23. Januar 2006 umzusetzen war (Art. 26 RL 2003/109) – soll die Rechtsstellung der langfristig aufenthaltsberechtigten Drittstaatsangehörigen an diejenige der Unionsbürger annähern (Erwägung 2 Präambel RL 2003/109) und damit die Integration von Drittstaatsangehörigen, die schon seit langer Zeit rechtmäßig in der EU leben, fördern.⁹⁹ 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 zuerkennt, geregelt (Art. 1 RL 2003/109).¹⁰⁰

In unserem Zusammenhang sind folgende Aspekte der Richtlinie von Bedeutung:

- Der Anwendungsbereich der Richtlinie erstreckt sich nur auf Drittstaatsangehörige¹⁰¹, die sich rechtmäßig in einem Mitgliedstaat aufhalten (Art. 3 Abs. 1 RL 2003/109). Dabei definiert die Richtlinie nicht, auf welche Bestimmungen sich die „Rechtmäßigkeit“ des Aufenthalts bezieht. Sinn und Zweck der Richtlinie, grundsätzlich die Integration von Drittstaatsangehörigen zu fördern (vgl. auch Erwägung 4 Präambel RL 2003/109) und ihnen daher im Falle eines dauerhaften Aufenthalts bestimmte Rechte bzw. einen bestimmten Rechtstitel zu verleihen, sprechen dafür, die Frage der Rechtmäßigkeit nach allen einschlägigen Regeln zu beurteilen, die sowohl im nationalen Recht als auch im Völker- und Gemeinschaftsrecht zu finden sein können.¹⁰²

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

⁹⁸ RL 2003/109 betreffend die Rechtsstellung der langfristig aufenthaltsberechtigten Drittstaatsangehörigen, ABl. 2003 L 16, 44.

⁹⁹ Vgl. *Kay Hailbronner*, Langfristig aufenthaltsberechtigte Drittstaatsangehörige, ZAR 2004, 163.

¹⁰⁰ Ausführlich zur RL 2003/109 *Sonja 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.

¹⁰¹ Gemäß Art. 2 lit. a RL 2003/109/EG sind dies jene Personen, die nicht Unionsbürger i.S.v. Art. 17 EGV sind.

¹⁰² Vgl. aber *Steve Peers*, Implementing equality? The Directive on long term resident third-country nationals, ELRev. 2004, 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 die Richtlinie in diesem Zusammenhang nicht auf das nationale Recht Bezug nehme und ein *e contrario* Schluss möglich sei. Des Weiteren bringe eine einheitliche Interpretation eine größere Rechtssicherheit mit sich. Im Dunkeln bleibt bei dieser Argumentation, durch welche gemeinschaftlichen Vorschriften die Rechtmäßigkeit des Aufenthalts denn abschließend bestimmt werden soll.

Kriterien für ein Daueraufenthaltsrecht erfüllen, haben auch sie die Möglichkeit, ein solches zu beantragen.¹⁰³

- Die Mitgliedstaaten haben Drittstaatsangehörigen, die sich rechtmäßig ununterbrochen während fünf Jahren in dem betreffenden Mitgliedstaat aufgehalten haben, die Rechtsstellung eines langfristig Aufenthaltsberechtigten zu verleihen (Art. 4 Abs. 1 RL 2003/109).¹⁰⁴ 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). Nicht erwähnt ist in Art. 5 RL 2003/109 ein Erfordernis ausreichenden Wohnraums, wobei ein solcher – der jedoch nicht zwingend dem „ortsüblichen“ Wohnraum entsprechen muss – aber zu den Mitteln gehört, die für die Deckung des Lebensunterhalts notwendig sind. Die Mitgliedstaaten können über die Bedingungen des Art. 5 Abs. 1 RL 2003/109 hinaus bestimmte „Integrationsanforderungen“ definieren, die von den Antragsstellern zu erfüllen sind (Art. 5 Abs. 2 RL 2003/109). Die Formulierung des Art. 5 Abs. 1 RL 2003/109 und sein Zusammenhang mit Art. 5 Abs. 2 RL 2003/109 sowie der Umstand, dass langfristig Aufenthaltsberechtigte auch gegenüber den anderen Mitgliedstaaten gewisse „Migrationsrechte“ haben (Art. 14 RL 2003/109) sprechen dafür, dass die Mitgliedstaaten den Rechtsstatus eines dauerhaft Aufenthaltsberechtigten nur bei Vorliegen der Voraussetzungen des Art. 5 Abs. 1 verleihen dürfen.

Damit haben die Mitgliedstaaten im Rahmen der Umsetzung den Anspruchsberechtigten ein entsprechendes subjektives Recht auf eine entsprechende Aufenthaltserlaubnis – deren Ausgestaltung den Anforderungen der RL 2003/109 entsprechen muss – einzuräumen.

- Der Aufenthaltsberechtigte erhält gemäß Art. 8 einen Aufenthaltstitel, der mindestens für fünf Jahre gültig ist und ohne Weiteres verlängert wird.
- Weiter garantiert Art. 11 RL 2003/109 dem langfristig Aufenthaltsberechtigten eine Gleichbehandlung gegenüber den Unionsbürgern in Bezug auf die dort aufgeführten Rechte (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 RL 2003/109). Auf diese Weise wird den Berechtigten also ein umfassendes Aufenthaltsrecht auch und gerade im Hinblick auf die Ausübung einer Erwerbstätigkeit eingeräumt.

¹⁰³ Hierzu noch unten B.IV.2.b).

¹⁰⁴ Zur Berechnung der Zeiten Art. 4 Abs. 2, 3 RL 2003/109.

- 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 Mitgliedstaaten können darüber hinaus von den Drittstaatsangehörigen verlangen, dass sie „Integrationsmaßnahmen“ nachkommen, dies allerdings nur für diejenigen Personen, die nicht bereits im Vorfeld der Erlangung der Rechtsstellung eines langfristig Aufenthaltsberechtigten Integrationsanforderungen gemäß Art. 5 Abs. 2 RL 2003/109 erfüllen mussten; Jedenfalls aber kann die Teilnahme an Sprachkursen verlangt werden (Art. 15 Abs. 3 RL 2003/109).

Insgesamt räumt die RL 2003/109 den Mitgliedstaaten relativ weite Gestaltungsspielräume ein,¹⁰⁵ wenn auch die Position der Drittstaatsangehörigen und ihrer Familienangehörigen im Vergleich mit der Situation vor ihrem Erlass nachhaltig verbessert wurde. Hinzuweisen ist insbesondere auf die umfassende Möglichkeit der Mitgliedstaaten, „Integrationsanforderungen“ zu definieren, deren Erfüllung für die Zuerkennung der Rechtsstellung eines Daueraufenthaltsberechtigten notwendig ist: Da die Richtlinie auch nicht annähernd umschreibt, welche Maßnahmen hier konkret möglich sind, sind dem Gestaltungsspielraum der Mitgliedstaaten hier kaum Schranken gesetzt, so dass nicht nur die Bedingungen für die Zuerkennung der Rechtsstellung eines Daueraufenthaltsberechtigten in den verschiedenen Mitgliedstaaten sehr unterschiedlich ausgestaltet sein, sondern darüber hinaus die hierfür erforderlichen Voraussetzungen sehr hoch angesetzt werden können. Immerhin 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.¹⁰⁶ 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). Ob vor diesem Hintergrund die Stellung der Daueraufenthaltsberechtigten mit der Richtlinie nun „so nah wie möglich“¹⁰⁷ an jene der Unionsbürger angenähert wurde, ist zu bezweifeln.

Zwar könnte man in Erwägung ziehen, den persönlichen Anwendungsbereich des Art. 12 EGV in denjenigen Konstellationen, in denen Drittstaatsangehörigen durch Sekundärrecht begünstigt werden und ihnen

¹⁰⁵ Hierzu *Peers*, ELRev. 2004 (Fn. 102), 437 (442).

¹⁰⁶ *Boelaert-Suominen*, CMLRev. 2005 (Fn. 100), 1011 (1023).

¹⁰⁷ Begründungserwägung Nr. 2 RL 2003/109/EG.

insbesondere Aufenthaltsrechte eingeräumt werden, auch auf Drittstaatsangehörige zu erstrecken.¹⁰⁸ Vor dem Hintergrund allerdings, dass diese Erstreckung jedenfalls im Gefolge sekundärrechtlicher Regelungen erfolgte, lassen sich für diejenigen Fallgestaltungen, in denen das Sekundärrecht ausdrücklich bestimmte Rechte der Drittstaatsangehörigen beschneidet, aus Art. 12 EGV keine weitergehenden Rechte ableiten; selbstredend muss der Gemeinschaftsgesetzgeber allerdings die Vorgaben des Gleichbehandlungsgrundsatzes beachten.

III. Aufenthaltsrechte für Nichterwerbstätige

Das Völkerrecht kennt keinen irgendwie gearteten grundsätzlichen Anspruch auf Aufenthalt für Personen, die nicht erwerbstätig sind; hinzuweisen ist aber auf völkerrechtliche Verträge, die solche Rechte verankern können, wie etwa das Freizügigkeitsabkommen der EG und ihrer Mitgliedstaaten mit der Schweiz.¹⁰⁹ Im Gemeinschaftsrecht hingegen ist ein „allgemeines Freizügigkeitsrecht“ für Unionsbürger vorgesehen (1.); weiter ist auf die RL 2004/114 über Studierende aus Drittstaaten und die RL 2005/71 über Drittstaatsangehörige, die in der wissenschaftlichen Forschung tätig sind, hinzuweisen (2.).

1. Freizügigkeitsrecht für Unionsbürger

a) Zur Tragweite des Art. 18 Abs. 1

Art. 18 Abs. 1 EGV räumt den Unionsbürgern ein umfassendes und von einer wirtschaftlichen Tätigkeit unabhängiges Aufenthaltsrecht ein.¹¹⁰ Im Einzelnen sind in Bezug auf die rechtliche Tragweite dieses Aufenthaltsrechts¹¹¹ auf der Grundlage der Rechtsprechung folgende Aspekte zentral:

- Das Aufenthaltsrecht erstreckt sich auf das Hoheitsgebiet aller Mitgliedstaaten und seine Ausübung ist unabhängig von dem grenzüberschreitenden Gebrauch der Freizügigkeitsrechte,¹¹² wenn auch ein irgendwie gearteter grenzüberschreitender Bezug vorliegen muss.

¹⁰⁸ Vgl. hierzu m.w.N. *Astrid Epiney*, Zum „Anwendungsbereich des Vertrages“ in Art. 12 EGV – einige Gedanken zu den Implikationen der Freizügigkeitsrechte der Unionsbürger -, FS Roland Bieber, 2007, 661 (669 f.).

¹⁰⁹ Zu diesem bereits oben B.II.2. Die dort angestellten Überlegungen zur Frage der parallelen Auslegung abkommensrechtlicher und gemeinschaftsrechtlicher Bestimmungen sind selbstredend auch für das Aufenthaltsrecht von Nichterwerbstätigen oder auch von Familienangehörigen einschlägig.

¹¹⁰ Zur Entwicklung des Aufenthaltsrechts der Unionsbürger m.w.N. *Winfried Kluth*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.) EUV / EGV, Kommentar, 3. Aufl., 2007, Art. 18 EGV, Rn. 1 ff.

¹¹¹ Vgl. zur hier nicht weiter zu erörternden Problematik des Rechts auf Zugang zu Leistungen sozialer Sicherheit auf der Grundlage von Art. 12 i.V.m. Art. 18 EGV *Epiney*, FS Bieber (Fn. 108), 661 (665 ff., 673 ff.).

¹¹² Zum letztgenannten Punkt EuGH, Rs. C-200/02 (Zhu, Chen), Slg. 2004, I-9925.

- Art. 18 Abs. 1 EGV ist unmittelbar wirksam, so dass sich die Einzelnen vor mitgliedstaatlichen Behörden und Gerichten auf diese Bestimmung berufen können.¹¹³ Dieser Bestimmung kommt damit letztlich Grundrechtscharakter zu.
- Art. 18 Abs. 1 EGV ist – insoweit letztlich parallel zu den Grundfreiheiten – als Beschränkungsverbot auszulegen, so dass diese Bestimmung all denjenigen Vorschriften entgegensteht, die die Wahrnehmung des Freizügigkeitsrechts behindern oder unattraktiver machen können. Damit werden auch und gerade Wegzugsbeschränkungen erfasst.

Beispielhaft kann auf die Rs. C-520/04¹¹⁴ hingewiesen werden: Hier ging es um eine höhere Besteuerung von in einem anderen Mitgliedstaat ansässigen Ruhegehaltsempfängern. Der EuGH stellt hier zunächst fest, dass Art. 39 EGV nicht zum Zuge kommen könne, da die betreffende Person ihre gesamte Berufstätigkeit in dem Mitgliedstaat, dem sie angehört, ausgeübt und vom Recht zum Aufenthalt in einem anderen Mitgliedstaat erst nach ihrem Eintritt in den Ruhestand und ohne jede Absicht, dort einer Beschäftigung im Lohn- und Gehaltsverhältnis nachzugehen, Gebrauch gemacht habe. Allerdings sei Art. 18 EGV einschlägig, denn die erwähnte steuerliche Regelung des Herkunftsstaates erschwere die Ausübung des Freizügigkeitsrechts, mache sie doch dessen Wahrnehmung weniger attraktiv. Sodann überträgt er seine bezüglich Art. 39, 43 EGV entwickelte Rechtsprechung, wonach bei der Besteuerung aufgrund der unterschiedlichen Situation zwar grundsätzlich zwischen Gebietsansässigen und Gebietsfremden unterschieden werden könne, dies jedoch dann nicht möglich sei, wenn sich der gebietsfremde Steuerpflichtige objektiv in einer vergleichbaren Situation wie der gebietsansässige Steuerpflichtige befindet, was insbesondere dann der Fall sei, wenn der Gebietsfremde (nahezu) seine gesamten Einkünfte in dem steuererhebenden Staat ausübt¹¹⁵, auf Art. 18 EGV.

In der Rs. C-406/04¹¹⁶ stellte der EuGH fest, dass eine nationale Regelung, die die Gewährung von Arbeitslosenunterstützung davon abhängig macht, dass der Arbeitslose seinen ständigen Aufenthalt in dem betreffenden Mitgliedstaat hat, zu einer Beschränkung des Freizügigkeitsrechts nach Art. 18 EGV führe; jedoch könne sie durch objektive Erwägungen des Allgemeinwohls gerechtfertigt werden.¹¹⁷ Auch hier wurde die in Frage stehende nationale Maßnahme direkt am Maßstab des Art. 18 EGV geprüft und Art. 12 EGV nicht herangezogen.

In den verb. Rs. C-11/06 und C-12/06¹¹⁸ ging es um die einschlägigen Regelungen des deutschen BAföG, wonach ein Vollstudium im Ausland nur für in Deutschland wohnhafte Studenten – die täglich zur ausländischen Ausbildungsstätte pendeln – oder im Falle der Fortsetzung eines mindestens einjährigen Studiums an einer deutschen Hochschule unterstützt werden kann. Der EuGH schloss auf die Unvereinbarkeit dieser Regelungen mit Art. 17, 18 EGV, dies nach der (wenig überraschenden) Feststellung, dass ein grenzüberschreitender Sachverhalt vorliege, gehe es doch um ein Studium im Ausland, und dass sich Unionsbürger auch gegenüber ihrem eigenen Staat auf Art. 18 EGV berufen könnten, wenn dieser ihre Freizügigkeit beschränkt. Dies sei hier in der Form einer Art „Wegzugsbeschränkung“ gegeben, da die deutsche Regelung aufgrund der mit ihr einhergehenden Unannehmlichkeiten, zusätzlichen Kosten sowie möglichen Verzögerungen des Studiums geeignet sei, die in Deutschland ansässigen Bürger davon abzuhalten, ein Studium im Ausland aufzunehmen. Eine Rechtfertigung wurde verneint.¹¹⁹

Die Implikationen des in diesen Urteilen zum Ausdruck kommenden (überzeugenden) Ansatzes des EuGH sind weitgehend: Letztlich kann jegliche Beschränkung der Freizügigkeit nach Art. 18 EGV – die jedenfalls (auch) immer dann anzunehmen ist, wenn eine (soziale) Vergünstigung an den Wohnsitz im

¹¹³ EuGH, Rs. C-413/99 (Baumbast), Slg. 2002, I-7091.

¹¹⁴ EuGH, Rs. C-520/04 (Turpeinen), Slg. 2006, I-10685.

¹¹⁵ Vgl. EuGH, Rs. C-80/94 (Wielockx), Slg. 1995, I-2493, Ziff. 20.

¹¹⁶ EuGH, Rs. C-406/04 (de Cuyper), Slg. 2006, I-6947. Der EuGH ging in diesem Urteil auch noch auf die Frage ein, ob die betreffende Leistung in den Anwendungsbereich der VO 1408/71 falle, was er bejahte.

¹¹⁷ Hierzu noch unten C.I.

¹¹⁸ EuGH, verb. Rs. C-11/06, C-12/06 (Morgan), Urt. v. 23.10.2007.

¹¹⁹ Zu dieser noch unten C.I.

Inland anknüpft – am Maßstab des Gemeinschaftsrechts geprüft werden, auch wenn keine Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit gegeben ist; ebensowenig ist es im Rahmen des Art. 18 EGV – im Gegensatz zu Art. 12 EGV – notwendig nachzuweisen, dass der Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts eröffnet ist. Damit entfaltet auch das den Unionsbürgern nach Art. 18 EGV zustehende Freizügigkeitsrecht Auswirkungen in allen Politikbereichen, inklusive derjenigen, die grundsätzlich in der Kompetenz der Mitgliedstaaten verblieben sind.¹²⁰ Da die Beschränkung der Freizügigkeit in den erwähnten Konstellationen eindeutig gegeben war, beantwortet das Urteil die Frage, ob sich das Vorliegen einer Beschränkung nach ähnlichen Maßstäben beurteilt wie im Rahmen der Grundfreiheiten, nicht eindeutig. Die Formulierungen des EuGH insbesondere in der Rs. C-406/04 legen ihre Bejahung aber nahe, so dass es entscheidend auf die Möglichkeit einer bestimmten Maßnahme, freizügigkeitsbeschränkend zu wirken, ankommt¹²¹, wobei rein hypothetische Ereignisse nicht berücksichtigt werden sollten. Deutlich wird damit auch, dass es häufig auf die Rechtfertigung durch objektive Gründe des Allgemeininteresses ankommen wird.¹²²

- Allerdings ist das sich aus Art. 18 EG ergebende Freizügigkeitsrecht nicht als „absolutes“ Recht ausgestaltet, sondern es besteht nur vorbehaltlich der im Vertrag und in den Durchführungsvorschriften vorgesehenen Beschränkungen und Bedingungen, wozu auch die Verfügbarkeit von Existenzmitteln und ein ausreichender Krankenversicherungsschutz gehören, wobei diese Bedingungen allerdings unter Einhaltung der einschlägigen gemeinschaftsrechtlichen Grenzen, insbesondere dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, anzuwenden sind. In Bezug auf das Verhältnis zwischen primärrechtlicher Freizügigkeitsgarantie und sekundärrechtlicher Konkretisierung bzw. Beschränkung bedeutet dies also, dass sich das Freizügigkeitsrecht bereits aus Art. 18 Abs. 1 EGV ergibt, die sekundärrechtlichen Regelungen die Vorgaben dieser Bestimmung zu beachten haben und jedenfalls im Lichte derselben auszulegen sind, wobei insbesondere der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu beachten ist.

So hielt der Gerichtshof im Fall *Baumbast*¹²³ – in dem es um einen Unionsbürger ging, der sein Aufenthaltsrecht in Großbritannien nach der Beendigung seiner wirtschaftlichen Tätigkeit verloren hatte, ging – fest, dass Herr *Baumbast* weiterhin aufenthaltsberechtigt war, da er über ausreichende Existenzmittel verfügte und jedenfalls im Heimatland umfassend krankenversichert war, so dass keine weitergehenden Anforderungen gestellt werden dürften.

Falls ein Unionsbürger aus Mangel an Existenzmitteln eine Leistung wie das *Minimex* (eine einkommensunabhängige Sozialleistung) beantragt und keine besonderen Umstände – wie insbesondere im Fall *Baumbast*¹²⁴ – vorliegen, gehe hingegen eine Verneinung des Aufenthaltsrechts nicht über das

¹²⁰ S. auch EuGH, Rs. C-345/05 (*Kommission/Portugal*), Slg. 2006, I-10633, wo der EuGH ebenfalls eine steuerrechtliche Regelung auf ihre Vereinbarkeit mit dem Vertrag überprüft und festhält, dass die Abhängigkeit einer Steuerbefreiung für Gewinne aus der entgeltlichen Veräußerung von Immobilien, die dem Steuerpflichtigen oder den Angehörigen seines Haushalts dauerhaft zu eigenen Wohnzwecken dienen sollen, von der Reinvestition der erzielten Gewinne in den Erwerb von im Inland gelegenen Immobilien, gegen Art. 18 EG (und für Arbeitnehmer und Selbständige gegen Art. 39 bzw. 43 EG) verstößt.

¹²¹ Offenbar ähnlich *Ferdinand Wollenschläger*, Anmerkung, EuZW 2006, 503 (504 f.), der diese Frage aber (auch) unter der Thematik Freiheits- oder Gleichheitsrecht diskutiert.

¹²² Hierzu unten C.I.

¹²³ EuGH, Rs. C-413/99 (*Baumbast*), Slg. 2002, I-7091.

¹²⁴ In dem grundsätzlich Existenzmittel vorhanden waren.

hinaus, was zur Erreichung der Zielsetzungen der im konkreten Fall einschlägigen RL 90/364¹²⁵ notwendig sei.¹²⁶

Mit dem in Art. 18 Abs. 1 EGV garantierten Freizügigkeitsrecht stünde es jedenfalls nicht in Einklang, „Integrationsanforderungen“ zu formulieren, an deren Erfüllung die Ausübung des Freizügigkeitsrechts geknüpft wäre, so dass derartige Erfordernisse weder Eingang in das Sekundärrecht finden noch im nationalen Recht vorgesehen werden dürfen.

Insgesamt stellt Art. 18 Abs. 1 EGV damit ein echtes „Grundrecht auf Freizügigkeit bzw. Migration“ für Unionsbürger dar, das zwar gewissen sekundärrechtlich niedergelegten Voraussetzungen unterliegt¹²⁷ und auch eingeschränkt werden kann¹²⁸, wobei hier jedoch erheblich präzisere und engere Vorgaben zum Zuge kommen als für Drittstaatsangehörige.

b) Zur Unionsbürgerrichtlinie (RL 2004/38) – ausgewählte Aspekte

Von zentraler Bedeutung für die Konkretisierung der Aufenthaltsrechte der Unionsbürger ist die RL 2004/38¹²⁹, die bis zum 30.4.2006 umzusetzen war.¹³⁰

Sie führt die verschiedenen sekundärrechtlichen Akte, die den Aufenthalt von Unionsbürgern und deren Familienangehörigen bislang regelten, zusammen. So wurden 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).

Die RL 2004/38¹³¹ soll insbesondere die tatsächliche Wahrnehmung der Freizügigkeitsrechte durch die Unionsbürger vereinfachen, im Weiteren aber auch bestimmte zusätzliche Freizügigkeitsrechte schaffen. 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.¹³² 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

¹²⁵ ABl 1990 L 180 S. 26. Heute ist hier die RL 2004/38 einschlägig (zu dieser unten B.III.1.b), wobei sich aber in Bezug auf die hier im Zentrum stehende Frage nichts ändern dürfte.

¹²⁶ EuGH, Urt. v. 7.9.2004 – Rs. C-456/02 = EWS 2005, 33 - Trojani.

¹²⁷ S. sogleich unten B.III.1.b).

¹²⁸ Hierzu unten C.I.

¹²⁹ RL 2004/38 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. 2004 L 158, 77. Vgl. zu dieser Richtlinie etwa *Astrid Epiney/Andrea Faeh*, Zum Aufenthaltsrecht von Familienangehörigen im europäischen Gemeinschaftsrecht, in: Achermann/Caroni/Epiney/Kälin/Nguyen (Hrsg.), Jahrbuch für Migrationsrecht 2005/2006, 49 (59 ff.); *Cédric Chenevièvre*, Régime juridique des ressortissants d'Etats tiers membres de la famille d'un citoyen de l'Union, in: Dominik Hanf/Rodolphe Munoz (Hrsg.), La libre circulation de personnes, Etats des lieux et perspectives, Cahier du Collège d'Europe No 5, 2007, 125 ff.; *Friedl Weiss/Frank Wooldridge*, Free Movement of Persons within the European Community, 2nd ed., 2007, 66 ff.

¹³⁰ Art. 40 RL 2004/38/EG; zur Umsetzung in Deutschland bzw. Österreich *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.

¹³¹ 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. 130), 61.

¹³² 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.

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.¹³³

Der Unionsbürger und seine Familienangehörigen (unabhängig von ihrer Staatsangehörigkeit) haben bei einem Aufenthalt bis zu drei Monaten¹³⁴ lediglich einen gültigen Personalausweis oder Reisepass (Art. 6 RL 2004/38) vorzuweisen. Damit unterliegt ein Aufenthalt von drei Monaten keinen weiteren Voraussetzungen, und den Mitgliedstaaten ist es dementsprechende verwehrt, hier zusätzliche Anforderungen zu formulieren.

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).

In engem Zusammenhang mit den Vorgaben der RL 2004/38 bezüglich des Aufenthalts stehen die die Ein- und Ausreise betreffenden Bestimmungen:

- Ein Unionsbürger und seine Familienangehörigen bedürfen gemäß Art. 4 RL 2004/38 lediglich eines gültigen¹³⁵ Personalausweises oder Reisepasses zur Ausreise.¹³⁶ 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.¹³⁷ Weitere Kontrollen oder Anforderungen, die über die normale Personalausweiskontrolle hinausgehen, sind unzulässig.¹³⁸ Bei der Einreise darf nicht nach Zweck und Dauer des Aufenthalts gefragt werden, noch müssen bestimmte Geldmittel mitgeführt werden.¹³⁹ Wie bereits unter bisherigem Recht¹⁴⁰ ist ein Nachweis der Erwerbstätigkeit erst zu erbringen, wenn man länger als drei Monate im Aufnahmemitgliedstaat verbleibt (Art. 7 ff. RL 2004/38).

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

¹³³ Groß, ZAR 2006 (Fn. 130), 61 (61 f.).

¹³⁴ Die Kommission hatte ursprünglich sechs Monate vorgeschlagen Diese Änderung ist auf die Angst der Mitgliedstaaten des „Sozialtourismus“ zurückzuführen, vgl. dazu *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).

¹³⁵ EuGH, Rs. C-68/89 (Kommission/Niederlande), Slg. 1991, I-2637, Rn 11.

¹³⁶ Vgl. auch schon Art. 2 RL 68/360/EWG (unselbständig Erwerbende) und Art. 2 RL 73/148/EWG (selbständig Erwerbende).

¹³⁷ 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“).

¹³⁸ EuGH, Rs. 157/79 (Regina/Pieck), Slg. 1980, 2171, Rn. 19; EuGH, Rs. 321/87 (Kommission/Belgien), Slg. 1989, 997, Rn. 9.

¹³⁹ EuGH, Rs. C-68/89 (Kommission/Niederlande), Slg. 1991, I-2637, Rn. 16.

¹⁴⁰ 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.

- in Ausbildung ist, ebenfalls einen Krankenversicherungsschutz besitzt und glaubhaft machen kann, dass er für sich und seine Familienangehörigen genügende Existenzmittel hat.

In Bezug auf die Existenzmittel, die als ausreichend zu erachten sind, dürfen die Mitgliedstaaten nach Art. 8 Abs. 4 RL 2004/38¹⁴¹ 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 als solche ist als Voraussetzung für das Bestehen eines Aufenthaltsrechts nicht erforderlich.¹⁴² Allerdings gehören zu den ausreichenden Existenzmitteln auch diejenigen, die für eine Unterbringung notwendig sind, so dass der Wohnraum Teil der Existenzmittel ist, über den die Unionsbürger verfügen müssen; darüber hinausgehende Erfordernisse stünden weder mit Art. 18 Abs. 1 EGV noch mit dem einschlägigen Sekundärrecht in Einklang. Die Anforderungen des Art. 8 Abs. 4 RL 2004/38 sind hier entsprechend zu berücksichtigen.

In Bezug auf die Frage der Existenzmittel geht die Rechtsprechung davon aus, dass diese auch dann als gegeben anzusehen seien, wenn weder der Betroffene selbst noch ein Familienmitglied, sondern ein hierzu nicht verpflichteter Dritter dem sich auf sein Freizügigkeitsrecht berufenden Unionsbürger diese Mittel zur Verfügung stellt. Denn auch in diesem Fall sei dem Interesse der Mitgliedstaaten an der Vermeidung der übermäßigen Belastung der öffentlichen Finanzen Rechnung getragen, woran auch die fehlende Rechtspflicht zum Unterhalt nichts ändere, stelle doch der Wegfall ausreichender Existenzmittel stets ein latentes Risiko dar, auf das die Mitgliedstaaten denn auch mit der (verhältnismäßigen) Einleitung aufenthaltsbeendender Maßnahmen reagieren könnten.¹⁴³ Damit sind die ausreichenden Existenzmittel immer dann als gegeben anzusehen, wenn der Unionsbürger von faktisch „irgendjemandem“ unterhalten wird und es kommt darauf an, ob die Grundbedürfnisse im Ergebnis gedeckt werden können.

Der Nachweis des Vorliegens solcher ausreichender Existenzmittel kann grundsätzlich mit jedem geeigneten Mittel geführt werden. Allerdings ist es nach der Rechtsprechung – die sich jedoch auf die RL 73/148 bezieht, wobei diese Erwägungen aber auf die RL 2004/38 übertragbar sein dürften – zulässig, die bloße Verpflichtungserklärung des Gemeinschaftsangehörigen oder seine Ehegatten, dem betroffenen Familienangehörigen Unterhalt zu gewähren, nicht als Nachweis anzuerkennen; im Gegensatz dazu sei eine Bescheinigung der zuständigen Behörde des Herkunftsstaats, in der bestätigt wird, dass der erforderliche Unterhalt gewährt wird, zum Nachweis der Unterhaltsgewährung besonders geeignet, wenn sie auch keine Voraussetzung für die Erteilung des Aufenthaltstitels darstellen dürfe.¹⁴⁴ Für Studenten hingegen ist jedenfalls nach Art. 7 Abs. 1 lit. c) RL 2004/38 eine Erklärung als „Beweismittel“ ausreichend, wobei auch hier immerhin eine „Glaubhaftmachung“ gefordert werden kann.

Besteht ein Aufenthaltsrecht, so können die Mitgliedstaaten die Einhaltung bestimmter verfahrensrechtlicher Vorgaben verlangen.

So können die Mitgliedstaaten bei einem Aufenthalt eines Unionsbürgers von mehr als drei Monaten in einem anderen Mitgliedstaat 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

¹⁴¹ 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.

¹⁴² Dies entspricht der bisherigen Rechtsprechung vgl. EuGH, Rs. C-249/86 (Kommission/Deutschland), Slg. 1989, 1263.

¹⁴³ EuGH, Rs. C-408/03 (Kommission/Belgien), Slg. 2006, I-2647; EuGH, Rs. 1/05 (Jia), Slg. 2007, I-1. S. auch schon EuGH, Rs. C-200/02 (Zhu und Chen), Slg. 2004, I-9925, wo diese Frage jedoch nicht eindeutig geklärt worden war.

¹⁴⁴ EuGH, Rs. 1/05 (Jia), Slg. 2007, I-1.

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.¹⁴⁵

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 Identität¹⁴⁶ 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.

Wie schon nach Maßgabe der bisherigen Rechtslage¹⁴⁷ entfaltet die Erfüllung der Verwaltungsformalitäten keine konstitutive Wirkung; insbesondere der Ausstellung der Anmeldebescheinigung¹⁴⁸ und der Aufenthaltskarte kommt damit lediglich eine deklaratorische Wirkung zu.

Deutlich wird damit auch, dass die Rechtsprechung in der Rs. C-459/99¹⁴⁹ 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. Letztlich ergibt sich dieser Ansatz auch zwingend aus einer vertragskonformen Auslegung der RL 2004/38, führte doch ein anderer Ansatz zu einer unzulässigen Einschränkung des in Art. 18 Abs. 1 EGV garantierten Aufenthaltsrechts.

Die RL 2004/38 enthält keine präzisen Vorgaben darüber, unter welchen Voraussetzungen der Aufenthalt eines Unionsbürgers (und damit auch seiner Familienangehörigen) beendet werden kann, wenn er die Voraussetzungen nicht (mehr) erfüllt, eine Problematik, die von den ansonsten bestehenden Möglichkeiten der Einschränkung des Aufenthaltsrechts zu unterscheiden ist.¹⁵⁰

Art. 14 RL 2004/38 sind lediglich einige allgemein gefasste Vorgaben hinsichtlich der Aufrechterhaltung des Aufenthaltsrechts zu entnehmen:

- Das Aufenthaltsrecht bis zu drei Monaten steht nur solange zu, wie die Unionsbürger und ihre Familienangehörigen die Sozialhilfeleistungen des Aufnahmemitgliedstaats nicht „unangemessen“ in Anspruch nehmen (Art. 14 Abs. 1 RL 2004/38), womit es hier letztlich um eine zusätzliche Bedingung im Verhältnis zu den Vorgaben des Art. 6 RL 2004/38 geht.
- Art. 14 Abs. 2 RL 2004/38 präzisiert, dass das Aufenthaltsrecht nach Art. 7, 12, 13 nur solange besteht, wie die dort genannten Voraussetzungen erfüllt sind, was sich an sich bereits aus diesen Bestimmungen ergibt.

¹⁴⁵ *Kay Hailbronner*, Neue Richtlinie zur Freizügigkeit der Unionsbürger, ZAR 2004, 259 (261).

¹⁴⁶ Vgl. EuGH, Rs. C376/89 (Giagounidis), Slg. 1991, I-1069, Rn. 14 f.

¹⁴⁷ Vgl. EuGH, Rs. 48/75 (Royer), Slg. 1979, 497, Rn. 31/33; EuGH, Rs. 8/77 (Sagulo), Slg. 1977, 1495, Rn. 8.

¹⁴⁸ 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 Aufenthaltsbescheinigung und grenzt diesen von der Aufenthaltserlaubnis ab.

¹⁴⁹ EuGH, Rs. C-459/99 (MRAX), Slg. 2002, I-6591.

¹⁵⁰ Zu diesen unten C.I.

Bei der Auslegung des Art. 14 RL 2004/38 ist die in Bezug auf Art. 18 EGV ergangene Rechtsprechung zu berücksichtigen, die jedoch denkbar vage ist: Danach darf der Aufenthaltsstaat unter Einhaltung der gemeinschaftsrechtlichen Grenzen Maßnahmen ergreifen, um das Aufenthaltsrecht zu beenden, falls dessen Voraussetzungen nicht mehr vorliegen; diese dürften jedoch keinesfalls die „automatische Folge“ der Inanspruchnahme von Sozialleistungen darstellen, ein Grundsatz, der in Art. 14 Abs. 3 RL 2004/38 aufgegriffen wird. Weiter sei dem einschlägigen Sekundärrecht zu entnehmen, dass das Gemeinschaftsrecht eine „bestimmte finanzielle Solidarität“ der Angehörigen der verschiedenen Mitgliedstaaten anerkenne.¹⁵¹ 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 Existenzmittel verfügt. Letztlich handelt es sich bei diesem Grundsatz um einen Ausfluss bzw. eine Anwendung des sich direkt aus Art. 18 EGV ergebenden Freizügigkeitsrechts.¹⁵² 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 sind.¹⁵³ Auf dieser Grundlage dürfte in der Regel eine Beendigung des Aufenthalts immer dann mit den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben in Einklang stehen, wenn eine länger andauernde Abhängigkeit von Sozial(hilfe)leistungen vorliegt und deren Ende nicht abzusehen ist. Hingegen dürfte es nicht zulässig sein, auch die „generellen Aspekte der Inanspruchnahme von Sozialhilfeleistungen durch zugezogene Unionsbürger“ zu berücksichtigen,¹⁵⁴ wofür es übrigens auch in der Rechtsprechung keinerlei Anhaltspunkte gibt: Denn bei dem Aufenthaltsrecht nach Art. 18 Abs. 1 EGV geht es um ein Individualrecht,

¹⁵¹ EuGH, Rs. C-184/99 (Grzelczyk), Slg. 2001, I-6193, Rn. 30 ff.

¹⁵² Insofern erscheint denn auch die Kritik an diesen Ausführungen der Rechtsprechung – die in erster Linie dahin geht, dass das Verhältnis von Primär- und Sekundärrecht verkannt 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.

¹⁵³ 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.).

¹⁵⁴ So aber *Hailbronner*, in: Handbuch EU-Wirtschaftsrecht (Fn. 78), D.I., Rn. 52.

das nicht durch „generalpräventive“ bzw. generalisierende Erwägungen eingeschränkt werden kann; vielmehr sind – wie erwähnt – allein die Umstände des Einzelfalls ausschlaggebend.

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 jenen, 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).

Art. 17 Abs. 1 RL 2004/38 regelt verschiedene Konstellationen, bei denen Unionsbürger das Daueraufenthaltsrecht bereits vor Ablauf von fünf Jahren erwerben können.

Mit dem Daueraufenthaltsrecht werden den Berechtigten verschiedene „Zusatzrechte“ eingeräumt,¹⁵⁵ 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).

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. In Anknüpfung an die Rechtsprechung des EuGH dürfte hingegen allein das Wegfallen gewisser Voraussetzungen des Aufenthalts nicht zum Wegfall der Rechtmäßigkeit führen: Denn ursprünglich war der Aufenthalt rechtmäßig, und wenn der Wegfall der Voraussetzungen nicht „automatisch“ zur Unrechtmäßigkeit des Aufenthalts führen kann, ist hierfür eine aufenthaltsbeendende Maßnahme des Mitgliedstaats erforderlich, zumal die Frage, ob die Aufenthaltsvoraussetzungen weggefallen sind oder nicht, in vielen Fällen nicht eindeutig zu beantworten sein wird. Damit ist für den Wegfall der Rechtmäßigkeit eines Aufenthalts jedenfalls ein mitgliedstaatliches Tätigwerden notwendig, so dass es insofern von den Mitgliedstaaten abhängt, ob die Voraussetzung des fünfjährigen rechtmäßigen Aufenthalts erfüllt werden kann.

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.¹⁵⁶ Damit ist davon auszugehen, dass aufenthaltsberechtigte Unionsbürger und ihre Familienangehörigen in allen Belangen, die zumindest mittelbar mit dem Aufenthalt

¹⁵⁵ Hierzu *Kay Hailbronner*, Die Unionsbürgerrichtlinie und der *ordre public*, ZAR 2006, 299 (301).

¹⁵⁶ S. EuGH, C-85/96 (Martinez Sala), Slg. 1998, I-269; 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.¹⁵⁷

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.“¹⁵⁸

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,¹⁵⁹ kann doch der Gemeinschaftsgesetzgeber die Reichweite des Primärrechts nicht durch den Erlass von Sekundärrecht einschränken.

2. Zur RL 2004/114 über den Aufenthalt von Studierenden und zur RL 2005/71 über den Aufenthalt von Wissenschaftlern

Die RL 2004/114 über die Bedingungen für die Zulassung von Drittstaatsangehörigen zur Absolvierung eines Studiums oder zur Teilnahme an einem Schüleraustausch, einer unbezahlten Ausbildungsmaßnahme oder einem Freiwilligendienst¹⁶⁰ und die RL 2005/71 über ein besonders Zulassungsverfahren für Drittstaatsangehörige zum Zwecke der wissenschaftlichen Forschung¹⁶¹ betreffen das Aufenthaltsrecht von Drittstaatsangehörigen, die sich zu Studienzwecken oder für die wissenschaftliche Forschung in einen EU-Mitgliedstaat begeben.

Die RL 2004/114 findet immer dann Anwendung, wenn ein Drittstaatsangehöriger einen Antrag auf Zulassung in einem Mitgliedstaat zu Studienzwecken stellt und es sich dabei um einen Antrag auf einen Aufenthalt von mehr als drei Monaten handelt (Art. 3 Ziff. 1 i.V. m. Art. 1 lit. a) RL 2004/114). Dabei sind der Richtlinie lediglich Mindestnormen zu entnehmen,

¹⁵⁷ 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 *Epiney*, FS Bieber (Fn. 108), 661 ff.

¹⁵⁸ EuGH, Rs. C-209/03 (*Bidar*), Slg. 2005, I-2119, Rn. 43.

¹⁵⁹ Vgl. hierzu die Nachweise in Fn. 156.

¹⁶⁰ ABl. 2004 L 375, 12. Zu dieser Richtlinie *Steve Peers/Nicola Rogers, Admission of Students and Others*, in: Peers/Rogers (Hrsg.), *EU Immigration and Asylum Law, Text and Commentary*, 2006, 725 ff.; *ter Steeg*, Einwanderungskonzept (Fn. 33), 343 ff.; *Weiss/Wooldridge, Free Movement of Persons* (Fn. 129), 185 f.

¹⁶¹ ABl. 2005 L 289, 15.

und sie lässt günstigere Bestimmungen in bi- oder multilateralen Übereinkünften unberührt (Art. 4 RL 2004/114).

Die Mitgliedstaaten können die Bestimmungen der Richtlinie auch bei der Behandlung von Anträgen auf Zulassung zu den übrigen genannten Zwecken (Schüleraustausch, Freiwilligenarbeit etc.) anwenden (Art. 3 Ziff. 1 Abs. 2).

Vom Anwendungsbereich ausgeschlossen sind Schutzsuchende, Personen, deren Abschiebung ausgesetzt wurde, Familienangehörige von Unionsbürgern, langfristig Aufenthaltsberechtigte gemäß RL 2003/109 und Personen, die gemäß einzelstaatlichen Rechtsvorschriften als Arbeitnehmer oder Selbständige gelten (Art. 3 Ziff. 2 lit. a-e) RL 2004/114).

Art. 5 RL 2004/114 enthält den Grundsatz, dass ein Drittstaatsangehöriger nur zugelassen werden wird, wenn er die allgemeinen Bedingungen nach Art. 6 RL 2004/114 und die besonderen Bedingungen für die jeweilige Personengruppe (Studenten: Art. 7, Schüler: Art. 9, unbezahlte Auszubildende: Art. 10; Freiwillige: Art. 11 RL 2004/114) erfüllt. Auf dieser Grundlage ist jedenfalls eine Krankenversicherung sowie der Nachweis genügender Existenzmittel notwendig.

Art. 8 enthält eine zusätzliche Bestimmung betr. die Mobilität von Studenten aus Drittstaaten zwischen den Mitgliedstaaten: Grundsätzlich ist diese zwecks weiteren Studien innerhalb der EU nach erstmaliger Zulassung zum Studium im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaates zu gewähren.

Studenten erhalten einen Aufenthaltstitel von mindestens einem Jahr, der verlängert werden kann, sofern die Bedingungen der Artikel 6 und 7 weiterhin erfüllt sind (Art. 12 Ziff. 1 RL 2004/114). Schüler erhalten einen Aufenthaltstitel von höchstens einem Jahr. Die Richtlinie sieht keine Möglichkeit der Verlängerung vor (Art. 13 2004/114). Unbezahlte Auszubildende erhalten einen Aufenthaltstitel für die Dauer der Ausbildung oder höchstens ein Jahr. Der Aufenthaltstitel kann einmal verlängert werden, wenn die Bedingungen der Art. 6, 11 2004/114 weiterhin erfüllt sind und mehr Zeit für den Erwerb des Abschlusses notwendig ist (Art. 14 RL 2004/114). Freiwillige erhalten einen Aufenthaltstitel von höchstens einem Jahr, in Ausnahmefällen ist eine längere Bewilligung möglich (Art. 15 RL 2004/114).

Zwar ergibt sich aus der Richtlinie nicht ausdrücklich, dass den Einzelnen bei Erfüllung der entsprechenden Voraussetzungen ein entsprechendes, gerichtlich einklagbares Recht auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis einzuräumen ist; Ziel und Zweck der Richtlinie, in diesem Bereich eine gewisse Harmonisierung zu erreichen, und der Schutzzweck der Richtlinie, der wohl auch dahin geht, die Einzelnen zu begünstigen, sprechen jedoch für die Bejahung dieser Frage; weiter kann auch die Differenzierung des Anwendungsbereichs der Richtlinie für diese Sicht angeführt werden. Studierenden ist daher ein Anspruch auf ein Aufenthaltsrecht in den Staaten, für die die Richtlinie verbindlich ist,¹⁶² in dem in der Richtlinie vorgesehenen Rahmen einzuräumen. Aufgrund des zwingenden Charakters des Aufenthaltsrechts können die Mitgliedstaaten im Verhältnis zu den in der Richtlinie vorgesehenen Voraussetzungen keine zusätzlichen Anforderungen stellen,¹⁶³ so dass etwa „Integrationsanforderungen“ unzulässig wären. Bei den weiteren Personengruppen liegt es zwar im Ermessen der Mitgliedstaaten, die Bestimmungen der Richtlinie auch auf sie

¹⁶² Großbritannien und Nordirland sowie Dänemark nehmen teil, s. Präambel Ziff. 25 und 26.

¹⁶³ S dazu auch *Peers/Rogers*, in: *EU Immigration and Asylum Law* (Fn. 33), 735.

anzuwenden (Art. 3 Ziff. 1 Abs. 2 RL 2004/114). Allerdings spricht die Festlegung der Aufenthaltsvoraussetzungen auch für diese Personengruppe in der Richtlinie dafür, dass die Mitgliedstaaten im Falle der Bejahung der Anwendbarkeit der Richtlinie auf diese Personengruppen an die Vorgaben der Richtlinie gebunden sind, so dass sie im Verhältnis zu den in Kapitel II formulierten Voraussetzungen keine zusätzlichen Bedingungen oder Höchstzahlen mehr festlegen dürfen.

Die RL 2005/71 ist im Wesentlichen parallel zur RL 2004/114 ausgestaltet und regelt die Bedingungen, unter denen Forscher, die Drittstaatsangehörige sind, für mehr als drei Monate zur Durchführung eines Forschungsprojekts im Rahmen einer entsprechenden Vereinbarung mit einer Forschungseinrichtung zum Aufenthalt in den EU-Mitgliedstaaten zugelassen sind. Auch hier werden für die Zulassung genügende Existenzmittel und eine Krankenversicherung vorausgesetzt (Art. 6, 7 RL 2005/71), und die Ausgestaltung der Richtlinie, insbesondere Art. 7 Abs. 3, legen es nahe, dass die Mitgliedstaaten verpflichtet sind, bei Vorliegen der Voraussetzungen ein entsprechendes subjektives Recht einzuräumen, ohne dass weitere Voraussetzungen (etwa Integrationsanforderungen oder bestimmte Sprachkenntnisse, dies im Gegensatz zur RL 2004/114) aufgestellt werden dürfen. Ist der Anwendungsbereich dieser Richtlinie eröffnet, kann der Forscher auch für seine Tätigkeit entlohnt werden, so dass diese Richtlinie auch die Mobilität im Hinblick auf eine Erwerbstätigkeit betrifft.

IV. Familienangehörige

Bei der Frage, ob und inwieweit Familienangehörigen im europäischen Gemeinschaftsrecht Aufenthaltsrechte eingeräumt werden, ist grundsätzlich zwischen Familienangehörigen von Unionsbürgern (1.) und Familienangehörigen von Drittstaatsangehörigen (2.) zu unterscheiden.

Darüber hinaus ist im Zusammenhang mit der Frage eines Aufenthaltsrechts im Zuge der Familienzusammenführung selbstredend Art. 8 EMRK relevant: Ausweisungen, Ausschaffungen, Auslieferungen bzw. die Nichterteilung einer Einreisebewilligung stellen nämlich einen Eingriff in Art. 8 EMRK dar, wenn sie eine Trennung von Familienangehörigen bzw. ein „Herausreißen“ des Betroffenen aus seinem vertrauten Umfeld nach sich ziehen. Allerdings können solche Maßnahmen unter den in Art. 8 Abs. 2 EMRK aufgeführten Voraussetzungen (gesetzliche Grundlage, Verfolgung eines der abschließend aufgeführten Zwecke, Verhältnismäßigkeit) gerechtfertigt werden.¹⁶⁴

Dabei fasst der EGMR den Familienbegriff recht weit, so dass nicht nur die Ehe und die natürliche Familie (z.B. unverheiratete Eltern mit Kindern, ledige Mutter mit Kind), sondern auch das (heterosexuelle) Konkubinat, sobald es eine gewisse Stabilität aufweist, erfasst werden.¹⁶⁵

¹⁶⁴ Vgl. nur *Caroni*, Jahrbuch für Migrationsrecht 2004/2005 (Fn. 16), 191 (200 f.).

¹⁶⁵ Vgl. nur, m.w.N., *Häfliger/Schürmann*, EMRK (Fn. 17), 259.

Im Zusammenhang mit der Frage, ob und inwieweit sich aus Art. 8 EMRK ein Aufenthaltsrecht ableiten lässt, geht es (auch in der Rechtsprechung) im Wesentlichen um zwei Problemfelder: Erstens fragt es sich, unter welchen Voraussetzungen eine Ausweisung ausländischer Staatsangehöriger zulässig ist; zweitens sind die Voraussetzungen eines Rechts auf Familiennachzug zu eruieren.¹⁶⁶ Angesichts der grundsätzlichen Rechtfertigungsmöglichkeit und der häufig entscheidenden Maßgeblichkeit der Bejahung der Verhältnismäßigkeit einer Maßnahme ist die Rechtsprechung in diesem Bereich sehr einzelfallbezogen: Letztlich kommt es – immer unter der Voraussetzung, dass eine gesetzliche Grundlage vorliegt, die eine der in Art. 8 Abs. 2 EMRK genannten Zielsetzungen verfolgt – maßgeblich auf eine Interessenabwägung an.

So sind bei der Frage nach der Beurteilung der Zulässigkeit einer Ausweisung insbesondere folgende Umstände zu berücksichtigen: Natur und Schwere der Straftat, Länge des vorherigen Aufenthaltes (wobei hier bei Ausländern der zweiten Generation strengere Anforderungen anzulegen sind), familiäre Situation im Aufenthaltsstaat und im Zielstaat, Zumutbarkeit, das Familienleben im Heimatland zu führen. In Bezug auf die Frage des Familiennachzugs geht der EGMR davon aus, dass es keine allgemeine Pflicht der Vertragsstaaten gebe, die von Ehepaaren getroffene Wahl des gemeinsamen Wohnsitzes zu respektieren und die Zusammenführung von anderen Familienangehörigen zuzulassen; vielmehr sei eine Abwägung der sich gegenüberstehenden privaten Interessen am Familiennachzug und den öffentlichen Interessen an dessen Verweigerung vorzunehmen. Immerhin finden sich in den meisten europäischen Staaten im nationalen Recht Bestimmungen, die einen Anspruch auf Aufenthaltsbewilligung des ausländischen Ehegatten und der leiblichen Kinder verankern, der nur aus Gründen der Sicherheit und/oder der öffentlichen Ordnung eingeschränkt werden kann. Weiter wird ein Anspruch auf Erteilung einer entsprechenden Bewilligung direkt gestützt auf Art. 8 EMRK grundsätzlich dann bejaht, wenn der Betroffene über intakte und tatsächlich gelebte Familienbande zu nahen Verwandten verfügt, die ein gefestigtes Anwesenheitsrecht im jeweiligen Land haben.¹⁶⁷

1. Familienangehörige von Unionsbürgern

Familienangehörigen von Unionsbürgern kann einerseits auf der Grundlage des Primärrechts (b), andererseits auf derjenigen des Sekundärrechts, wobei hier heute die RL 2004/38 maßgeblich ist (c), ein Aufenthaltsrecht in einem (anderen) EU-Mitgliedstaat zu gewähren sein. Gemeinsam ist diesen Rechten, dass sie nur unter bestimmten Voraussetzungen anwendbar sind (a).

a) Zur Anwendbarkeit der Regeln über den Familiennachzug

¹⁶⁶ Vgl. aus der reichhaltigen Rechtsprechung zu diesen Problemkreisen etwa *Jörg Paul Müller*, Grundrechte in der Schweiz, 1999, 114 f.

¹⁶⁷ Vgl. *Müller*, Grundrechte (Fn. 166), 115 ff. Vgl. ansonsten ausführlich zur Rechtsprechung *Caroni*, Jahrbuch für Migrationsrecht 2004/2005 (Fn. 16), 191 (200 ff.); *Caroni*, Jahrbuch für Migrationsrecht 2005/2006 (Fn. 16), 189 (195 ff.); *Caroni*, Jahrbuch für Migrationsrecht 2006/2007 (Fn. 16), 215 (228 ff.).

Familienangehörige können nach der Rechtsprechung des EuGH¹⁶⁸ 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;¹⁶⁹ 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,¹⁷⁰ 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.¹⁷¹ Stellt man diese Rechtsprechung in einen Zusammenhang mit dem Art. 49 EGV betreffenden Urteil *Carpenter*¹⁷² (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 werden muss¹⁷³ und ohne dass das grenzüberschreitende Element die Person, die die Diskriminierung geltend macht, betrifft.¹⁷⁴ Immerhin sei angesichts dieser

¹⁶⁸ 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 *Gavin Barrett*, Family Matters: European Community Law und Third-Country Family Members, CMLRev. 2003, 369 (377).

¹⁶⁹ 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.

¹⁷⁰ 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.

¹⁷¹ EuGH, Rs. C-403/03 (Schempp), Slg. 2005, I-6421.

¹⁷² EuGH, Rs. C-60/00 (Carpenter), Slg. 2002, I-6279, Rn. 28 ff.

¹⁷³ 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.).

¹⁷⁴ 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

Entwicklung der Rechtsprechung (nochmals¹⁷⁵) die Frage erlaubt, ob es noch sinnvoll ist, am Element der Grenzüberschreitung als Voraussetzung für die Einschlägigkeit der Grundfreiheiten festzuhalten.¹⁷⁶

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-109/01¹⁷⁷ verwiesen, in der es um die diesbezügliche Auslegung von Art. 10 VO 1612/68¹⁷⁸, 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 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.¹⁷⁹

Fraglich könnte jedoch sein, ob dieser Grundsatz durch ein neueres Urteil des EuGH wieder relativiert wird: In der Rs. C-1/05¹⁸⁰ machte eine Drittstaatsangehörige ein Aufenthaltsrecht geltend, die rechtmäßig in den betreffenden EU-Mitgliedstaat eingereist war. Daher könne, so der Gerichtshof, das im Fall *Akrich* formuliert Erfordernis eines vorherigen rechtmäßigen Aufenthalts nicht auf eine derartige Fallgestaltung übertragen werden, so dass das Gemeinschaftsrecht die Mitgliedstaaten nicht verpflichte, die Gewährung eines Aufenthaltsrechts an einen Drittstaatsangehörigen, dessen Familienmitglied von der Freizügigkeit Gebrauch gemacht hat, an das Erfordernis eines vorherigen rechtmäßigen Aufenthalts zu knüpfen. Die Tragweite dieses

wechselseitigen Beschleunigung der Schwungräder unionaler Grundrechtsjudikatur, FS Manfred Zuleeg, 2005, 309 (319 f.).

¹⁷⁵ Vgl. schon *Epiney*, Umgekehrte Diskriminierungen (Fn. 169), 231 ff.

¹⁷⁶ Vgl. in diesem Zusammenhang auch die Analyse und Kritik bei *Bernhard Hofstötter*, Die aufenthaltsrechtliche Dimension der Unionsbürgerschaft im Spiegel aktueller Entwicklungen, Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2004/2005, 2005, 267 (274 ff.).

¹⁷⁷ EuGH, Rs. C-109/01 (*Akrich*), Slg. 2003, I-9607.

¹⁷⁸ VO 1612/68 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Gemeinschaft, ABl. 1968 L 257, 2.

¹⁷⁹ *Robin C.A. White*, Conflicting competences: free movement rules and immigration laws, ELRev. 2004, 385 (389). S. aber auch EuGH, Rs. C-459/99 (*MRAX*), Slg. 2002, I-6591, wo der EuGH ohne Bezugnahme auf das Vorliegen eines grenzüberschreitenden Anknüpfungspunktes davon ausgeht, dass sich das Recht eines mit einem Unionsbürger verheirateten Drittstaatsangehörigen auf Einreise allein aus der familiären Beziehung ergibt. Angesichts des Umstandes, dass es hier im Wesentlichen um Fragen der Einreiseformalitäten ging, sollte dieser Aspekt des Urteils aber nicht überbewertet werden.

¹⁸⁰ EuGH, Rs. C-1/05 (*Jia*), Slg. 2007, I-1.

Urteils bleibt – soweit das Erfordernis des rechtmäßigen Aufenthalts betroffen ist – unklar, insbesondere angesichts des Urteils *Akrich*. Dies beruht in erster Linie auf dem Umstand, dass der Gerichtshof – im Anschluss an die entsprechende Frage des nationalen Gerichts – nur festhält, dass das Gemeinschaftsrecht die Mitgliedstaaten nicht verpflichtet, einen solchen rechtmäßigen Aufenthalt vorauszusetzen. Nicht beantwortet wird damit aber die wesentlich interessantere Frage, ob Frau *Jia* bzw. ihre Familienmitglieder aufgrund der einschlägigen gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen auch ein Recht auf Aufenthalt aus den gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen hätte ableiten können. Man wird diese Frage wohl verneinen können: Denn der EuGH stellt im Fall *Akrich* ausdrücklich darauf ab, dass die Familiennachzugsregelungen dazu dienen sollen, die Freizügigkeit zu fördern, indem dieser nicht durch fehlende Familiennachzugsmöglichkeiten Grenzen gesetzt werden. Reist nun eine Person erstmals rechtmäßig mit einem Besuchervisum in das Unionsgebiet ein, um sich – wie im Ausgangsfall – bei ihrem Sohn und der Schwiegertochter, die ihr Unterhalt gewähren, niederzulassen, dürfte gerade dieser Bezug zur Freizügigkeit fehlen, da gerade keine grenzüberschreitende Bewegung zwischen zwei Mitgliedstaaten stattgefunden hat, so dass sich aus den einschlägigen sekundärrechtlichen Regelungen kein Aufenthaltsrecht eines solchen Familienangehörigen ergibt,¹⁸¹ zutreffenderweise hält der EuGH aber auch fest, dass es das Gemeinschaftsrecht den Mitgliedstaaten jedenfalls nicht verwehrt, in solchen Konstellationen einen Aufenthalt zu gewähren.¹⁸²

b) Grundfreiheiten und Unionsbürgerschaft

aa) 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.¹⁸³ 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.¹⁸⁴

¹⁸¹ S. in diesem Zusammenhang auch die sehr instruktiven und in eine ähnliche Richtung wie der hier vertretene Ansatz gehenden Ausführungen von GA *Geelhoed*, Schlussanträge zur Rs. C-1/05, EuGH, Slg. 2007, I-1, Rn. 62 ff.

¹⁸² Vgl. zur Tragweite dieses Urteils auch etwa *Alina Tryfonidou*, *Jia* or “Carpenter II”: the edge of reason, ELR 2007, 908 ff.

¹⁸³ Vgl. ebenso etwa *Ulrich Becker*, Arbeitnehmerfreizügigkeit, in: Dirk Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2. Aufl., 2005, § 9, Rn. 29; 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.

¹⁸⁴ S.u. B.IV.1.c).

Ein Aufenthaltsrecht eines Familienangehörigen kann sich jedoch „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. Ausgangspunkt ist der allgemeine Grundsatz, wonach mitgliedstaatliche Maßnahmen, die Grundfreiheiten beschränken, im Falle eines gleichzeitig vorliegenden Eingriffs in ein gemeinschaftliches Grundrecht auch mit diesem in Einklang stehen müssen.¹⁸⁵ 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.¹⁸⁶

So ist in dem Fall, in dem eine grundsätzlich freizügigkeitsberechtigte Personen ihr Recht auf Freizügigkeit geltend macht, dieses jedoch aus bestimmten Gründen von dem betreffenden Mitgliedstaat versagt wird, die Gemeinschaftsrechtskonformität der jeweiligen Maßnahme ggf. auch am Maßstab des Art. 8 EMRK zu prüfen. 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*)¹⁸⁷: Hier ging es um die durch die britischen Behörden ausgesprochene Ausweisung 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

¹⁸⁵ 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 Problembereich *Dieter H. Scheuing*, Zur Grundrechtsbindung der EU-Mitgliedstaaten, EuR 2005, 162 ff.

¹⁸⁶ 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: Epiney/Egbuna-Joss/Schneider/Wyssling (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2005/2006, 2006, 427 ff.

¹⁸⁷ 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.

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 Grundfreiheiten¹⁸⁸, 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 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.

bb) Zur Tragweite der Unionsbürgerschaft

Auch im Rahmen des Art. 18 Abs. 1 EGV ist – ebenso wie bei den Grundfreiheiten¹⁸⁹ – grundsätzlich davon auszugehen, dass diese Bestimmung nur Unionsbürger berechtigt, während Aufenthaltsrechte von Familienangehörigen, insbesondere solchen aus Drittstaaten, durch Sekundärrecht vorgesehen werden müssen. Allerdings kann nach der Rechtsprechung des EuGH immer dann ein Aufenthaltsrecht von Familienangehörigen eines aufenthaltsberechtigten Unionsbürgers aus Art. 18 Abs. 1 EGV abgeleitet werden, wenn dieses notwendig ist, um die praktische Wirksamkeit des Aufenthaltsrechts eines Unionsbürgers sicherzustellen.

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*)¹⁹⁰: Zur Debatte stand die Frage, ob ein minderjähriger Unionsbürger

¹⁸⁸ Hierzu *Frauke 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.

¹⁸⁹ S.o. B.IV.1.b)aa).

¹⁹⁰ EuGH, Rs. C-200/02 (*Chen*), Slg. 2004, I-9925. Zur Bedeutung dieses Urteils für aus der Unionsbürgerschaft ableitbare Aufenthaltsrechte *Hofstätter*, Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2004/2005 (Fn. 176), 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

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* (das sich auch auf Nordirland bezog) die irische Staatsangehörigkeit erworben, nachdem sich die Mutter zu diesem Zweck für die Geburt nach Nordirland 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) Aufenthaltsrecht 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 impliziert, 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.

jegliche praktische Wirksamkeit genommen würde. Letztlich dehnt das Urteil *Chen* diesen Ansatz auf das auf die Unionsbürgerschaft gestützte Aufenthaltsrecht aus.

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.¹⁹¹

c) Zur RL 2004/38

Die RL 2004/38¹⁹² enthält auch eine Reihe von Garantien – insbesondere auch Aufenthaltsrechte – für Familienangehörige (bb), wobei die genaue Tragweite dieser Rechte vom Begriff der Familienangehörigen abhängt (aa).

aa) Zum Begriff des Familienangehörigen in der RL 2004/38

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 eingetragene Partnerschaft eingegangen sind und im Aufnahmestaat eine

¹⁹¹ Vgl. zu den Problemen und den Lösungsmöglichkeiten *Hofstötter*, Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2004/2005 (Fn. 176), 267 (281).

¹⁹² Zu dieser auch schon oben B.III.1.b).

solche Partnerschaft der Ehe gleichgestellt ist. Unter dem Begriff des Ehegatten werden nur die Partner einer heterosexuellen Ehe verstanden. Nicht eheliche Lebensgemeinschaften werden der Ehe nicht gleichgestellt.¹⁹³ 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.¹⁹⁴

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.¹⁹⁵ 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.¹⁹⁶

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). 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.¹⁹⁷ Allerdings muss zumindest eine fortgesetzte und regelmäßige Leistung erfolgen, durch die wenigstens ein nicht völlig zu vernachlässigender Teil der Lebenshaltungskosten gedeckt wird.¹⁹⁸ Der Kreis der Familienangehörigen von Nichterwerbstätigen – denen grundsätzlich ein Nachzugsrecht zusteht – wurde damit im Vergleich zum bisherigen Recht erweitert. Allerdings werden die Nachzugsmöglichkeiten für Studenten eingeschränkt (Art. 7 Abs. 4 RL 2004/38).¹⁹⁹

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.²⁰⁰ So sind etwa Adoptiv- und Stiefkinder, unabhängig davon, ob der Unionsbürger oder der Ehegatte seine Eltern sind, als Verwandte in gerader absteigender Linie anzusehen.²⁰¹ Weiter besteht nach der Rechtsprechung das Aufenthaltsrecht des einem Drittstaat angehörigen Ehepartners eines Unionsbürgers auch im Falle des Getrenntlebens bis zur möglichen Scheidung.²⁰²

¹⁹³ EuGH, Rs. 59/85 (Reed), Slg. 1986, 1283, Rn. 15.

¹⁹⁴ Spezifisch zu den Problemen bezüglich gleichgeschlechtlicher Partnerschaften *Helen Toner*, Partnership rights, free movement and EU law, 2004, 49 (66).

¹⁹⁵ Vgl. in diese Richtung *Hailbronner*, ZAR 2004 (Fn. 145), 259 (263).

¹⁹⁶ 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.

¹⁹⁷ EuGH, Rs. 316/85 (Lebon), Slg. 1987, 2811, Rn. 22.

¹⁹⁸ Vgl. *Hailbronner*, ZAR 2004 (Fn. 145), 259 (264), m.w.N.

¹⁹⁹ Vgl. auch *Groß*, ZAR 2006, (Fn. 130), 61 (63).

²⁰⁰ *Hailbronner*, ZAR 2004 (Fn. 145), 259 (263).

²⁰¹ EuGH, Rs. C-413/99 (Baumbast und R), Slg. 2002, I-7091, Rn. 57.

²⁰² EuGH, Rs. 267/83 (Diatta), Slg. 1985, 567, Rn. 20.

Auch soweit gewisse Personen nicht unter den Familienbegriff der Richtlinie fallen, obliegen den Mitgliedstaaten gewisse Pflichten: So „erleichtert“ der Aufnahmemitgliedstaat 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 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 keinesfalls bedeuten, dass von Vornherein (nur) das nationale Recht maßgeblich ist, entfaltet 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 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.²⁰³

²⁰³ 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. 169), 125 ff.; *Scheuing*, EuR 2005 (Fn. 185), 162 ff.; *Brosius-*

bb) Zu den Aufenthaltsrechten der Familienangehörigen

In Bezug auf die einzelnen (Aufenthalts-) Rechte der Familienangehörigen ist – in Anknüpfung an die Rechte der Unionsbürger²⁰⁴ – in erster Linie auf folgende Aspekte hinzuweisen:

- Familienangehörigen (auch jenen aus Drittstaaten), die einen Unionsbürger begleiten oder ihm nachziehen, steht ebenfalls ein Aufenthaltsrecht zu, dies sowohl für einen Aufenthalt bis zu drei Monaten als auch für einen Aufenthalt über drei Monaten (Art. 6, 7 RL 2004/38).²⁰⁵ Insofern ist also von einer Parallelität der Aufenthaltsrechte der Familienangehörigen mit denjenigen des Unionsbürgers auszugehen.

Die Familienangehörigen haben 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 Regeln des Art. 10 RL 2004/38; sie gilt für höchstens fünf Jahre oder bei kürzerem Aufenthalt 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.

Für Familienangehörige, die Staatsangehörige eines Drittstaates sind, darf bei der Einreise zusätzlich zu den für Unionsbürger geltenden Anforderungen²⁰⁶ ein Visum gemäß der VO 539/2001²⁰⁷ verlangt werden. Kann ein Familienangehöriger keine gültigen Papiere vorweisen, darf dies allein nicht als Grund für die Verweigerung der Einreise angeführt werden; ebensowenig 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.²⁰⁸ 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.²⁰⁹ 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.

Gersdorf, Bindung der Mitgliedstaaten (Fn. 188); *Ranacher*, Bindung der Mitgliedstaaten (Fn. 188). Auch Art. 51 Grundrechtecharta greift diesen Grundsatz auf.

²⁰⁴ S.o. B.III.1.b).

²⁰⁵ S. aber in Bezug auf Studierende die bereits erwähnte (oben B.III.) Einschränkung des Art. 7 Abs. 4 RL 2004/38.

²⁰⁶ S.o. B.III.1.b).

²⁰⁷ Verordnung 539/2001 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. 2001 L 81, 1.

²⁰⁸ EuGH, Rs. C-459/99 (MRAX), Slg. 2002, I-6591.

²⁰⁹ EuGH, Rs. C-459/99 (MRAX), Slg. 2002, I-6591, Rn. 62.

- 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):²¹⁰
 - Im Falle des Wegzugs oder Tods des Unionsbürgers oder bei Scheidung oder Aufhebung der Ehe mit dem Unionsbürger wird das Aufenthaltsrecht des Familienangehörigen, der Unionsbürger ist, nicht berührt (Art. 12 Abs. 1, Art. 13 Abs. 1 RL 2004/38).

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 Ausbildung²¹¹ 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).²¹²

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.²¹³

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), 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).

²¹⁰ 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, vgl. *Groß*, ZAR 2006 (Fn. 130), 61 (63).

²¹¹ Kinder müssen in einer Bildungseinrichtung zu Ausbildungszecken eingeschrieben sein.

²¹² Vgl. hierzu *Hailbronner*, ZAR 2004 (Fn. 145), 259 (263).

²¹³ EuGH, Rs. C-413/99 (Baumbast und R), Slg. 2001, I-6015, Rn. 63.

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 Richtlinie kein privilegierter Familiennachzug zu gewähren; ebensowenig müssen die hohen Anforderungen an den Ausweisungsschutz²¹⁴ herangezogen werden.²¹⁵

- Schließlich ist an das Recht auf Daueraufenthalt (Art. 16 ff. RL 2004/38) zu erinnern, dass neben dem Unionsbürger auch seinen Familienangehörigen (auch jenen, die nicht die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaates haben) bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen zu gewähren ist.²¹⁶

Verstirbt der Unionsbürger im Laufe seines Erwerbslebens, bevor er ein solches Daueraufenthaltsrecht 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 Arbeitsunfalles ist (lit. b) oder
- wenn der überlebende Ehegatte die Staatsangehörigkeit dieses Mitgliedstaates durch Eheschließung mit dem nun Verstorbenen verloren hat (lit. c).

Der Gerichtshof präzisierte in Bezug auf die VO 1251/70²¹⁷, dass die zwei Jahre Aufenthalt des Arbeitnehmers unmittelbar dem Tod vorangehen müssen.²¹⁸ Diese Rechtsprechung dürfte auf die RL 2004/38 übertragbar sein, da dieser Aspekt insoweit in der RL 2004/38 weitgehend ähnlich wie in der VO 1251/70 geregelt ist.

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).²¹⁹ Weiter ist an das in Art. 24 Abs. 1 RL 2004/38 geregelte Diskriminierungsverbot zu erinnern.²²⁰

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. Dabei spielt die Altersgrenze 21 Jahre oder die Tatsache, dass kein Unterhalt mehr gewährt wird, keine Rolle²²¹ (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 Staatsangehörigkeit) ab, die seit dem Zeitpunkt dort wohnen, zu dem der Unionsbürger im Aufnahmemitgliedstaat ein Aufenthaltsrecht als Wanderarbeitnehmer hatte.²²² Das Recht des Kindes besteht auch weiter, wenn der Arbeitnehmer seine Beschäftigung nicht mehr ausübt, die Eltern inzwischen geschieden sind oder der Arbeitnehmer den

²¹⁴ Zu diesen unten C.I.

²¹⁵ *Groß*, ZAR 2006 (Fn. 130), 61 (64).

²¹⁶ Hierzu bereits oben B.III.1.b).

²¹⁷ 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, 24 -26.

²¹⁸ EuGH, Rs. C-257/00 (Nani Givane), Slg. 2003, I-345.

²¹⁹ S. auch schon EuGH, Rs. 267/83 (Diatta), Slg. 1985, 567, Rn. 21.

²²⁰ Hierzu schon oben B.III.1.b).

²²¹ EuGH, Rs. C-7/94 (Gaal), Slg. 1995, I-1031, Rn. 25.

²²² EuGH, Rs. C-413/99 (Baumbast und R), Slg. 2001, I-6015, Rn. 63.

Aufnahmemitgliedstaat inzwischen schon verlassen hat.²²³ Damit steht dem Kind ein originäres Aufenthaltsrecht aus Art. 12 VO 1612/68 zu.²²⁴

2. Familienangehörige von Drittstaatsangehörigen

Geht es um das Aufenthaltsrecht von Familienangehörigen eines Drittstaatsangehörigen, so können – neben abkommensrechtlichen Bestimmungen²²⁵ – die RL 2003/86²²⁶ (Familiennachzugsrichtlinie) oder die RL 2003/109²²⁷ (Daueraufenthaltsrichtlinie) einschlägig sein.

a) Zur RL 2003/86 (Familiennachzugsrichtlinie)

aa) Zur inhaltlichen Tragweite der RL 2003/86

Gegenstand der RL 2003/86²²⁸ – die bis zum 3. Oktober 2005 umzusetzen war (Art. 20 RL 2003/86)²²⁹ – ist die Regelung der Familienzusammenführung für bzw. durch Drittstaatsangehörige (die sog. Zusammenführenden, vgl. Art. 2 lit. c) RL 2003/86), die sich rechtmäßig im Gebiet der Mitgliedstaaten aufhalten; sie gilt ausdrücklich nicht für

²²³ 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 *Walter Frenz*, Handbuch Europarecht, Band 1, Europäische Grundfreiheiten, 2004, Rn. 1326.

²²⁴ *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.

²²⁵ Zu diesen bereits oben B.II.2.

²²⁶ RL 2003/86 betreffend das Recht auf Familienzusammenführung, ABl. 2003 L 251, 12.

²²⁷ RL 2003/109 betreffend die Rechtsstellung der langfristig aufenthaltsberechtigten Drittstaatsangehörigen, ABl. 2004 L 16, 44. Zu dieser bereits oben B.II.3.

²²⁸ Zu dieser Richtlinie etwa *Epiney/Faeh*, Jahrbuch für Migrationsrecht 2005/2006 (Fn. 129), 49 (74 ff.); *Kees Groenendijk et al.*, The Family Reunification Directive in EU Member States, 2007; *Kees Groenendijk*, Familienzusammenführung als Recht nach Gemeinschaftsrecht, ZAR 2006, 191 ff.; *Jürgen Beschorne/Cornelia Petrowsky*, Zulässigkeit gemeinschaftsrechtlicher Beschränkungen des Nachzuges Minderjähriger, ZAR 2007, 87 ff.; *Steve Peers/Nicola Rogers*, Family Reunion, in: Peers/Rogers (eds.), EU Immigration and Asylum Law, Text and Commentary, 2006, 573 ff.; *Dora Schaffrin*, Which Standard for Family Reunification of Third-Country Nationals in the European Union?, in: Carlier/De Bruycker (ed.), Immigration and Asylum Law of the EU: Current Debates, 2005, 90 ff.; *Constanca Urbano de Sousa*, Le regroupement familial au regard des standards internationaux, in: Julien-Laferrriere/Labayle/Edström (eds.), The European Immigration and Asylum Policy: Critical Assessment Five Years After the Amsterdam Treaty, 2005, 127 ff.; *ter Steeg*, Einwanderungskonzept (Fn. 33), 355 ff.; *Weiss/Wooldridge*, Free Movement (Fn. 129), 182 ff. Spezifisch zur Umsetzung in den Mitgliedstaaten *Gottfried Köfner*, Die Umsetzung asylrechtlicher Richtlinien der EU, AWR 2006, 171 ff.; *Hans-Georg Maassen*, Zum Stand der Umsetzung von elf aufenthalts- und asylrechtlichen Richtlinien der Europäischen Union, ZAR 2006, 161 ff.; *Katharina Breitzkreuz/Boris Franssen-de la Cerda/Christoph Hübner*, Das Richtlinienumsetzungsgesetz und die Fortentwicklung des deutschen Aufenthaltsrechts – Fortsetzung, ZAR 2007, 381 ff.

²²⁹ Davon ausgenommen sind Großbritannien, Irland und Dänemark, für die die RL 2003/86 wegen der besonderen Protokolle nicht gilt, vgl. Erw. Nr. 17, 18 RL 2003/86.

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.²³⁰ Die Integration von Drittstaatsangehörigen soll erleichtert werden, um die soziokulturelle Stabilität zu fördern.²³¹ In Verfolgung dieser Zielsetzungen soll eine Harmonisierung der nationalen Bestimmungen zur Familienzusammenführung von Drittstaatsangehörigen erreicht werden,²³² 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,²³³ 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 werden nicht näher umschrieben.²³⁴ Da in der Richtlinie zum Teil explizit auf das nationale Recht verwiesen wird,²³⁵ 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 Daueraufenthaltsstatus⁷ wird (auch) in der RL 2003/109²³⁶ 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.²³⁷ 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.²³⁸ Es ist nicht zu verkennen, dass die Unbestimmtheit dieses Begriffs die

²³⁰ Begründungserwägung Nr. 2 RL 2003/86/EG.

²³¹ Begründungserwägung Nr. 4 RL 2003/86/EG.

²³² Schaffrin, in: *Immigration and Asylum Law* (Fn. 228), 90 (91).

²³³ 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).

²³⁴ 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, in: *Immigration and Asylum Law* (Fn. 228), 90 (102 f.).

²³⁵ Vgl. *Peers*, in: *Europe's Area of Freedom* (Fn. 234), 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.

²³⁶ Zu dieser oben B.II.3.

²³⁷ *Peers*, in: *Europe's Area of Freedom* (Fn. 234), 143 (179).

²³⁸ Schaffrin, in: *Immigration and Asylum Law* (Fn. 228), 90 (103).

Gefahr sehr unterschiedlicher Umsetzungen und Praktiken in den Mitgliedstaaten mit sich bringt.

Fraglich könnte in diesem Zusammenhang sein, ob auch Personen, denen nach der RL 2004/83 (bzw. den nationalen Umsetzungsgesetzen) die Flüchtlingseigenschaft oder der subsidiäre Schutzstatus zuerkannt wurde, zur Familienzusammenführung berechtigt sind. Da es sich hier um Situationen handelt, in denen die jeweiligen Personen grundsätzlich längerfristig im Aufnahmestaat bleiben, wird die Voraussetzung einer begründeten Aussicht auf ein Daueraufenthaltsrecht in der Regel vorliegen.²³⁹

Nachzugsberechtigt sind gemäß Art. 4 RL 2003/86 der Ehegatte²⁴⁰ und minderjährige (unverheiratete) Kinder; 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 2003/86.²⁴¹ 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 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.²⁴²

Art. 6-8 RL 2003/86 formulieren die Voraussetzungen für die Ausübung des Rechts auf Familienzusammenführung, wobei folgende Punkte hervorzuheben sind:²⁴³

- Die Mitgliedstaaten können vom Zusammenführenden den Nachweis verlangen, dass genügend Wohnraum²⁴⁴, eine Krankenversicherung und 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

²³⁹ Vgl. aber auch Art. 2 Abs. 2 RL 2003/86. Lit. c) dürfte sich hier nicht auf die Personen, denen aufgrund der RL 2004/83 subsidiärer Schutz gewährt wurde, beziehen.

²⁴⁰ 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.

²⁴¹ Bei Kindern von Flüchtlingen gilt dieser Vorbehalt nicht, Art. 10 Abs. 1 RL 2003/86.

²⁴² 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.).

²⁴³ Die Mitgliedstaaten dürfen zudem Integrationsmaßnahmen vorsehen (Art. 7 Abs. 2 RL 2003/86).

²⁴⁴ Das 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 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).

Mitgliedstaaten.²⁴⁵ Insbesondere das Kriterium des „genügenden Wohnraums“ – das offenbar über die Existenzmittel hinausgehende Anforderungen implizieren kann – ist letztlich denkbar unbestimmt.

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.

- Nach Art. 7 Abs. 2 RL 2003/86 können die Mitgliedstaaten von Drittstaatsangehörigen verlangen, dass sie „Integrationsmaßnahmen“ nachkommen müssen; gewisse Ausnahmen gelten für Flüchtlinge und ihre Familienangehörigen. Aus dem Verweis auf das nationale Recht wird man hier zwar schließen können, dass ein solches Erfordernis nur dann zulässig ist, wenn dieses allgemein für Drittstaatsangehörige zum Zuge kommt. Darüber hinaus erlaubt die Richtlinie jedoch keinen Rückschluss auf die genaue Ausgestaltung solcher Integrationsmaßnahmen, so dass den Mitgliedstaaten hier ein denkbar weiter Gestaltungsspielraum eingeräumt wird. Immerhin wird man festhalten können, dass solche Maßnahmen nicht die praktische Wirksamkeit der Familienzusammenführung, so wie sie die Richtlinie vorsieht, in Frage stellen dürfen.
- 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).²⁴⁶

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 Erwerbstätigkeit²⁴⁷ und zu beruflicher Beratung, Ausbildung, Fortbildung und Umschulung.²⁴⁸

²⁴⁵ *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.

²⁴⁶ Die RL 2004/38 kennt ein solches Erfordernis nicht.

²⁴⁷ 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).

²⁴⁸ Art. 24 RL 2004/38 garantiert eine umfassende Gleichbehandlung des Unionsbürgers und seiner Familienangehörigen mit den Staatsangehörigen des Mitgliedstaates, während Art. 14 RL 2003/86/EG keine explizite Gleichbehandlungsnorm aufstellt. Es ist jedoch davon auszugehen, dass zumindest die in

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 Drittstaatsangehörige²⁴⁹ 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 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,²⁵⁰ so dass den Mitgliedstaaten angesichts der eher wenigen in der Richtlinie formulierten Mindestanforderungen ein weiter Gestaltungsspielraum verbleibt.²⁵¹ 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). Obwohl die Familiennachzugsrichtlinie die Situation für Drittstaatsangehörige verbessert, ist der Status für daueraufenthaltsberechtigte Familienangehörige von Drittstaatsangehörigen, die ihre Freizügigkeitsrechte ausüben, daher nicht so vorteilhaft wie für Familienangehörige, die

diesem Artikel garantierten Rechte eine gleiche Behandlung gegenüber den Staatsangehörigen im Aufnahmemitgliedstaat verlangen.

²⁴⁹ Hierzu .

²⁵⁰ 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).

²⁵¹ Vgl. *Peers*, in: *Europe's Area of Freedom* (Fn. 234), 143 (182).

einem Unionsbürgers nachziehen.²⁵² 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.²⁵³

Weiter dürfte die RL 2003/86 das Ziel einer unionsweiten Regelung der Familienzusammenführung von Drittstaatsangehörigen 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.²⁵⁴ 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.

bb) Zur Vereinbarkeit der RL 2003/86 mit Art. 8 EMRK: die Rs. C-540/03

Das Europäische Parlament hatte gegen die RL 2003/86 Nichtigkeitsklage erhoben, da die Richtlinie das Recht auf Achtung des Familienlebens unzulässig beschränke und das Gleichbehandlungsgebot verletze.²⁵⁵ Es rügte insbesondere die Möglichkeit der Beschränkung der Familienzusammenführung bei Kindern über 12 Jahren und die Möglichkeit der Festlegung von „Wartezeiten“ und bezweifelte damit die Vereinbarkeit dieser Regelungen mit Art. 8 EMRK.²⁵⁶ Der EuGH bejahte im Ergebnis – nach der Feststellung der Zulässigkeit der Klage, da nicht allein mitgliedstaatliche Bestimmungen zur Debatte stünden, sondern es möglich sei, dass die Grundrechte als solche missachtet würden²⁵⁷ – die Vereinbarkeit der RL 2003/83 mit den genannten Grundrechten:²⁵⁸

²⁵² Vgl. schon oben im Text sowie *Schaffrin*, in: *Immigration and Asylum Law* (Fn. 228), 90 (142).

²⁵³ *Cortés Martín*, RDUE 2005 (Fn. 250), 721 (750 f.).

²⁵⁴ Die Richtlinie beschränkt sich auf eine minimale gemeinschaftsrechtliche Regelung vgl. dazu *Cortés Martín*, RDUE 2005 (Fn. 250), 721 (746).

²⁵⁵ Vgl. das Urteil EuGH, Rs. C-540/03 (Parlament/Rat), Slg. 2006, I-5769.

²⁵⁶ 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.

²⁵⁷ Denn es sei möglich, dass eine gemeinschaftsrechtliche Bestimmung als solche die Grundrechte missachtet, wenn sie den Mitgliedstaaten vorschreibt oder ihnen ausdrücklich oder implizit gestattet, nationale Gesetze zu erlassen oder beizubehalten, die die Grundrechte missachten. Dieser Ansatz ist schon deshalb zwingend, weil erst im Rahmen der Begründetheit der Klage die Frage der Grundrechtskonformität der jeweiligen Bestimmungen geprüft werden kann.

²⁵⁸ Wobei er erstmals ausdrücklich die Grundrechtecharta erwähnt. Hierzu *Michael Fremuth*, Anmerkung, EuZW 2006, 571 ff., der auch noch auf einige Aspekte der rechtlichen Tragweite des Art. 8 EMRK eingeht und auf den vom EuGH in diesem Urteil erneut erwähnten Grundsatz des Verbots der Alterdiskriminierung hinweist.

- In Bezug auf Art. 4 Abs. 1 letzter Uabs. RL 2003/86 (Möglichkeit der Prüfung der Integration beim Familiennachzug von Kindern über 12 Jahren) prüft der EuGH nach ausführlicher Bezugnahme auf die Rechtsprechung des EGMR, ob gerade diese Ausnahmebestimmung mit den Vorgaben der EMRK in Widerspruch steht, was im Ergebnis verneint wird. Denn der den Mitgliedstaaten hier eingeräumte Gestaltungsspielraum sei begrenzt und stimme letztlich mit demjenigen, den der EGMR den Vertragsstaaten zugestehe, überein. Die Mitgliedstaaten seien bei der Umsetzung und Anwendung im Einzelfall verpflichtet, Art. 8 EMRK Rechnung zu tragen.
- Was Art. 4 Abs. 6 RL 2003/86 (Möglichkeit der Mitgliedstaaten vorzusehen, dass Anträge auf Familienzusammenführung für minderjährige Kinder gestellt werden müssen, bevor diese das 15. Lebensjahr vollendet haben) betrifft, erachtet es der EuGH als entscheidend, ob die angefochtene Bestimmung als solche die Grundrechte beachtet, wobei insbesondere zu prüfen sei, ob die Mitgliedstaaten ausdrücklich oder implizit zur Missachtung von Grundrechten ermächtigt werden. Im Ergebnis verneint der Gerichtshof diese Frage, insbesondere da die Bestimmung nicht so ausgelegt werden könne, als würde sie es den Mitgliedstaaten verbieten, einen Antrag in Bezug auf ein über 15 Jahre altes Kind zu prüfen, oder sie dazu ermächtige, von der Prüfung abzusehen. Weiter verpflichte die Richtlinie die Mitgliedstaaten, den Antrag im Hinblick auf das Kindeswohl und im Bemühen um eine Förderung des Familienlebens zu prüfen.
- Die in Art. 8 RL 2003/86 figurierenden „Wartefristen“ für die Familienzusammenführung verstießen nicht als solche gegen Art. 8 EMRK, insbesondere auch angesichts des Umstandes, dass die Mitgliedstaaten durch die Richtlinie verpflichtet werden, das Wohl der Kinder und das Interesse an der Familienzusammenführung zu berücksichtigen. Soweit die Richtlinie den Mitgliedstaaten also einen Ermessensspielraum belässt, sei dieser weit genug, um ihnen die Anwendung der Vorschriften der Richtlinie in einer mit den Erfordernissen des Grundrechtsschutzes im Einklang stehenden Weise zu ermöglichen. Die Mitgliedstaaten seien denn auch im Rahmen der Durchführung des Gemeinschaftsrechts gehalten, die Grundrechte zu beachten.

Der Gerichtshof geht also davon aus, dass die Einräumung eines Gestaltungsspielraums der Mitgliedstaaten auch im grundrechtsrelevanten Bereich grundsätzlich zulässig ist; jedoch dürfe die betreffende Richtlinienbestimmung nicht ausdrücklich oder implizit zum Erlass von nationalen Umsetzungsmaßnahmen ermächtigen, die gegen gemeinschaftliche Grundrechte verstoßen. Versucht man die Voraussetzungen zu präzisieren, unter denen eine ausdrückliche

oder implizite Ermächtigung zur Grundrechtsverletzung bejaht werden kann, so dürften im Wesentlichen folgende Konstellationen zu unterscheiden sein:²⁵⁹

- Wird eine (potentiell) grundrechtsrelevante Frage in dem entsprechenden Gemeinschaftsrechtsakt gar nicht angesprochen, auch wenn ihre Erwähnung in dem Umsetzungs- oder Durchführungsakt notwendig oder sachdienlich sein kann, dürfte in der Regel ein Verstoß des Gemeinschaftsrechtsakts gegen gemeinschaftliche Grundrechte zu verneinen sein. Denn der Gemeinschaftsgesetzgeber ist nicht verpflichtet, in einem zu erlassenden Rechtsakt alle möglichen grundrechtlichen Vorgaben ausdrücklich zu formulieren; vielmehr haben die Mitgliedstaaten im Rahmen der Umsetzung sich ggf. aufdrängende oder als notwendig erweisende grundrechtliche Fragen zu regeln, wobei sie im Rahmen der Durchführung des Gemeinschaftsrechts an die Gemeinschaftsgrundrechte gebunden sind. Etwas anderes kann nur gelten, wenn aus den möglicherweise einschlägigen Grundrechten Schutzpflichten des Gemeinschaftsgesetzgebers abzuleiten sind, was jedoch nur in Ausnahmefällen anzunehmen sein wird.
- Soweit Richtlinien zwingende, von den Mitgliedstaaten also jedenfalls umzusetzende Vorgaben enthalten, wirft die Reichweite bzw. der Inhalt der Grundrechtsbindung des Gemeinschaftsgesetzgebers keine besonderen Probleme auf: Hier hat die entsprechende gemeinschaftliche Regelung zwingend in Einklang mit den Gemeinschaftsgrundrechten zu stehen.
- Die Einräumung von Gestaltungsspielräumen durch Richtlinienbestimmungen, die sich insbesondere aus der Befugnis zum Erlass von Ausnahmegestaltungen, aber auch aus der Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe ergeben können, muss als solche mit Grundrechten vereinbar sein. Die bloße Möglichkeit einer grundrechtswidrigen „Ausnutzung“ des eingeräumten Gestaltungsspielraums führt also nicht zwingend zur Nichtigkeit des Gemeinschaftsrechtsakts bzw. der betreffenden Bestimmung, es sei denn, die Mitgliedstaaten werden ausdrücklich oder implizit ermächtigt, Umsetzungsbestimmungen zu erlassen, die den Anforderungen der Grundrechte nicht entsprechen. Ob dies der Fall ist oder nicht, wird von den Umständen des Einzelfalls abhängen. Dabei dürfte entscheidend sein, ob sich aus dem Gesamtzusammenhang der jeweiligen Regelung eine ausdrückliche Umschreibung gewisser grundrechtskonformer Umsetzungsmaßstäbe insofern als notwendig erweist, als ansonsten die Regelung als implizite Ermächtigung zu einer grundrechtswidrigen Umsetzung verstanden werden könnte.
- Schließlich ist noch auf den Sonderfall der in Richtlinien häufig eingeräumten Möglichkeit, zu bestimmten Regelungen Ausnahmen oder Abweichungen vorzusehen,

²⁵⁹ Ausführlich hierzu im Zusammenhang mit dem Urteil des EuGH in der Rs. C-540/03 *Astrid Epiney*, Zur Reichweite der Grundrechtsbindung des Gemeinschaftsgesetzgebers, ZAR 2007, 61 ff.

einzuwenden, insbesondere auch angesichts des Umstandes, dass das Urteil des EuGH in Bezug auf Art. 4 Abs. 6 RL 2003/86 zumindest missverständlich ist. In Anknüpfung an den Grundsatz, dass das Gemeinschaftsrecht weder explizit noch implizit zu einer Grundrechtsverletzung ermächtigen darf, genügt es nämlich nicht – wie die Rechtsprechung nahe legen könnte –, dass keine Pflicht besteht, sich auf eine Ausnahmebestimmung zu berufen. Vielmehr muss die vorgesehene Ausnahme selbst in vollem Umfang grundsätzlich mit den einschlägigen Grundrechten vereinbar sein. Im Hinblick auf die Formulierung solcher Ausnahmen ist dann wieder der bereits erwähnte Grundsatz zu beachten, wonach diese keine Ermächtigung zur Grundrechtsverletzung implizieren darf, was ggf. eine Präzisierung der bei der Anwendung der Ausnahme heranzuziehenden Kriterien erfordert.

Allerdings sprechen Erwägungen der Rechtsklarheit, aber auch die effektive Sicherstellung der Grundrechtskonformität gemeinschaftlichen Sekundärrechts jedenfalls aus rechtspolitischer Sicht eher dafür, bereits in den Sekundärrechtsakten selbst und damit auch bei den dort eingeräumten Gestaltungsspielräumen eine klar mit grundrechtlichen Vorgaben vereinbare Formulierung anzustreben. Das Urteil des EuGH dürfte hier – wie erwähnt – nicht in jeder Beziehung hinreichend klar sein.²⁶⁰

b) RL 2003/109

Familienangehörige von Drittstaatsangehörigen, sofern sie selbst auch Drittstaatsangehörige sind, fallen ebenfalls in den Anwendungsbereich dieser Richtlinie. Wenn sie die Kriterien für ein Daueraufenthaltsrecht nach der RL 2003/109 erfüllen,²⁶¹ haben sie ebenfalls die Möglichkeit, ein solches zu beantragen und es zu erhalten. 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 einreisten und sich dort aufhielten. Die Richtlinie ist aber auch auf drittstaatsangehörige Familienmitglieder, die mit einem Unionsbürger die Freizügigkeitsrechte ausüben, anwendbar.²⁶² Allerdings gibt es für Familienangehörige von Unionsbürgern darüber hinaus spezifische Regelungen, die jedenfalls (auch) anwendbar sind,

²⁶⁰ 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.

²⁶¹ Hierzu bereits oben B.II.3.

²⁶² 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).

zumal sie in der Regel günstiger sind als die Regelungen der RL 2003/109.²⁶³ 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.²⁶⁴ 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.²⁶⁵

Die Familienangehörigen können die Gleichbehandlungsrechte (Art. 11 RL 2003/109) 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.²⁶⁶

Die Stellung der Familienangehörigen eines Weiterwandernden ist in Art. 16 RL 2003/109 speziell geregelt. Als Familienangehörige sind jene Drittstaatsangehörigen anzusehen, die sich gemäß der Richtlinie 2003/86/EG in einem Mitgliedstaat aufhalten, Art. 2 lit. e) RL 2003/109 (sog. Kernfamilie). 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,²⁶⁷ in den zweiten Mitgliedstaat nachzuziehen. Dieses Nachzugsrecht besteht im Falle des Bestehens der Familie im ersten Mitgliedstaat jedenfalls für die

²⁶³ Peers, ELRev. 2004 (Fn. 262), 437 (445).

²⁶⁴ Peers, ELRev. 2004 (Fn. 262), 437 (448).

²⁶⁵ 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. B.IV.2.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.

²⁶⁶ S.o. B.IV.2.a)aa).

²⁶⁷ 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.

„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.²⁶⁸

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).

C. Möglichkeiten der Einschränkung des Aufenthaltsrechts

Insbesondere im europäischen Gemeinschaftsrecht – aber auch in den völkerrechtlichen Verträgen, die jedoch bei der Anwendung der gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen jedenfalls zu beachten sind – kann ein grundsätzlich bestehendes Aufenthaltsrecht bzw. ein Aufenthaltsstatus aus bestimmten Gründen und unter bestimmten Voraussetzungen eingeschränkt bzw. verweigert werden. Bemerkenswert ist hier, dass die Formulierungen in den verschiedenen Rechtsakten bzw. der Rechtsprechung teilweise variieren, so dass sich die Frage stellt, ob und inwieweit diese Einschränkungen zumindest teilweise nach parallelen Grundsätzen auszulegen sind.

I. Unionsbürger und ihre Familienangehörigen

Die Freizügigkeit nach Art. 18 EGV kann – über die ausdrücklich im Sekundärrecht vorgesehenen Schranken²⁶⁹ hinaus – auch ganz allgemein aufgrund von zwingenden Erfordernissen des Allgemeinwohls eingeschränkt werden.

²⁶⁸ Hierauf auch hinweisend *Schaffrin*, in: *Immigration and Asylum Law* (Fn. 228), 90 (96).

²⁶⁹ Im Wesentlichen die öffentliche Ordnung und Sicherheit, vgl. hierzu sogleich im Text.

So stellte der EuGH in der Rs. C-406/04²⁷⁰ fest, dass eine nationale Regelung, die die Gewährung von Arbeitslosenunterstützung davon abhängig macht, dass der Arbeitslose seinen ständigen Aufenthalt in dem betreffenden Mitgliedstaat hat (wodurch Art. 18 EGV beschränkt wird), durch objektive Erwägungen des Allgemeinwohls gerechtfertigt werden könne, da der zahlende Staat die berufliche und familiäre Situation des Arbeitslosen überwachen können müsse, könnten diese Umstände doch einen Einfluss auf die bewilligte Leistung bzw. die Höhe derselben entfalten. Die Maßnahme sei auch verhältnismäßig, da die Effektivität der Überprüfung des Vorliegens der leistungsbegründenden Voraussetzungen bei unerwarteten Kontrollen am höchsten sei, so dass insbesondere die Vorlage von Bescheinigungen o.ä. nicht gleich effektiv sei. Allerdings klärt das Urteil die Frage der „Exportierbarkeit“ von Sozialleistungen nicht abschließend, eine Problematik, die in engem Zusammenhang mit derjenigen nach der „nationalen Solidargemeinschaft“ und nach der „finanziellen Solidarität“ mit anderen Mitgliedstaaten verbunden sein dürfte, wobei der EuGH diese Konzepte zwar in anderen Urteilen angesprochen²⁷¹, jedoch nicht wirklich einer inhaltlichen Klärung zugeführt hat.²⁷²

In den verb. Rs. C-11/06 und C-12/06²⁷³ prüfte der Gerichtshof in Bezug auf die hier bejahte „Wegzugsbeschränkung“ aufgrund der spezifischen Voraussetzungen für die Ausrichtung des deutschen BAföG im Falle eines Auslandsstudiums eine Rechtfertigung aus verschiedenen von Deutschland geltend gemachten Gründen: Gewährung des BAföG nur für geeignete Studierende, Ermöglichung der Überprüfung (für die Studierenden) der „richtigen Wahl“ des Studienfaches, Förderung des Auslandsstudiums im Falle der Rückkehr von Studierenden nach Deutschland, Verhinderung der Kumulierung von Ausbildungsförderungen sowie Wahrung des finanziellen Gleichgewichts des BAföG. Im Ergebnis wurde eine Rechtfertigung jedoch abgelehnt: Für das Erfordernis einer mindestens einjährigen Ausbildung in Deutschland kämen die drei erstgenannten Gründe schon deshalb nicht in Betracht, weil die Maßnahme zur Verfolgung der angestrebten Zielsetzung nicht geeignet sei bzw. nicht im Zusammenhang mit derselben stehe. Was den letztgenannten Grund anbetrifft, sei es zwar „legitim“, dass ein Mitgliedstaat Studienbeihilfen nur solchen Studierenden gewährt, die nachgewiesen haben, dass sie sich bis zu einem gewissen Grad in die Gesellschaft dieses Staates „integriert“ haben, um eine übermäßige Belastung des Systems mit Auswirkungen auf das gesamte Niveau der Studienbeihilfen zu verhindern.²⁷⁴ Diese Erwägungen könnten auch für die Gewährung von Studienbeihilfen an Studierende, die ein Studium in anderen Mitgliedstaaten absolvieren, zum Zuge kommen. Allerdings seien die Beschwerdeführer der Ausgangsverfahren, die in Deutschland aufgewachsen waren und dort ihre Schulzeit verbracht hatten, dort jedenfalls hinreichend integriert, so dass das Erfordernis einer ersten Ausbildungsphase in Deutschland zu „allgemein und einseitig“ sei, da allein dieser Gesichtspunkt für den Grad der Integration nicht zwingend aussagekräftig sei, so dass die Maßnahme nicht erforderlich sei.

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.²⁷⁵ Art. 27 Abs. 2 RL 2004/38 weist – in Anknüpfung an die bisherige Rechtslage und die Rechtsprechung des EuGH²⁷⁶ – darauf hin, dass dabei ausschließlich auf das persönliche Verhalten des Betroffenen abzustellen ist; dieses muss eine „tatsächliche, gegenwärtige und erhebliche Gefahr“ darstellen, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt, eine strafrechtliche Verurteilung allein kann nicht ohne Weiteres eine Ausweisung begründen, und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ist zu wahren. Generalpräventive Begründungen sind damit von vornherein unzulässig.²⁷⁷ Weiter ist bei der Entscheidung über die Ausweisung der Schutz des Familienlebens (vgl. Art. 8 EMRK) zu berücksichtigen, und

²⁷⁰ EuGH, Rs. C-406/04 (de Cuyper), Slg. 2006, I-6947. Zu diesem Urteil bereits oben B.III.1.a).

²⁷¹ Vgl. insbesondere EuGH, Rs. C-184/99 (Grzelczyk), Slg. 2001, I-6193; EuGH, Rs. C-209/03 (Bidar), Slg. 2005, I-2119.

²⁷² Zum Problembereich auch *Ferdinand Wollenschläger*, Anmerkung, EuZW 2006, 503 (505 f.).

²⁷³ EuGH, verb. Rs. C-11/06, C-12/06 (Morgan), Ur. v. 23.10.2007.

²⁷⁴ Dies im Anschluss an EuGH, Rs. C-209/03 (Bidar), Slg. 2005, I-2119.

²⁷⁵ Wobei diese Gründe nicht zu wirtschaftlichem Zwecken geltend gemacht werden dürfen. S. schon EuGH, Rs. 131/85 (Gül), Slg. 1986, 1573, Rn. 17.

²⁷⁶ 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.

²⁷⁷ S. schon EuGH, Rs. 67/74 (Bonsignore), Slg. 1975, 297, Rn. 7.

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 andererseits zu suchen.²⁷⁸ 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.²⁷⁹

Das Erfordernis der Prüfung des Einzelfalls findet auch in Bezug auf Personen Anwendung, die im Schengener Informationssystem (SIS) ausgeschrieben sind, wie der EuGH in der Rs. C-503/03²⁸⁰ feststellte: Der Fall betraf einen Drittstaatsangehörigen, der mit einem Unionsbürger verheiratet ist und dessen Aufenthalt somit in den Schutzbereich der gemeinschaftlichen Freizügigkeitsvorschriften (insbesondere der RL 64/221, wobei heute die RL 2004/38 zum Zuge käme) fällt. Der EuGH stellte fest, dass dem drittstaatsangehörigen Ehegatten die Einreise nicht allein aus dem Grund verweigert werden kann, dass er nach Art. 96 SDÜ zur Einreiseverweigerung im Schengener Informationssystem (SIS) ausgeschrieben ist. Denn in einem solchen Fall sei der in Art. 5, 15 SDÜ angelegte „Automatismus“ der Einreiseverweigerung bei entsprechender Ausschreibung nicht mit den Vorgaben des Gemeinschaftsrechts vereinbar, die nach Art. 134 SDÜ gegenüber dem SDÜ vorrangig seien. Die gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften stellten nämlich darauf ab, dass das persönliche Verhalten der betreffenden Person eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung darstelle, was in jedem Einzelfall zu prüfen sei. Das Urteil ist in verschiedener Hinsicht bemerkenswert und hat über das Recht der Freizügigkeit hinaus grundlegende Bedeutung.²⁸¹ In unserem Zusammenhang sei insbesondere auf die Konsequenzen des in Art. 134 SDÜ vorgesehenen Vorrangs des Gemeinschaftsrechts hingewiesen: Dieser impliziert nach dem Urteil des EuGH zunächst, dass die Mitgliedstaaten den Schengen-Besitzstand gemeinschaftsrechtskonform anzuwenden haben. Für die Ausschreibung zur Einreiseverweigerung im SIS bedeutet dies, dass der ausschreibende Mitgliedstaat bei der Ausschreibung auch die gemeinschaftsrechtlichen Anforderungen zu beachten hat. Die anderen Mitgliedstaaten dürfen bei der Konsultation des SIS das Vorliegen einer tatsächlichen, gegenwärtigen und hinreichend schweren Gefährdung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit, die ein Grundinteresse der Gemeinschaft berührt, durch die Anwesenheit der entsprechenden Person aber nicht ohne weitere Prüfung „automatisch“ annehmen. Vielmehr haben sie das Vorliegen einer solchen Gefahr selbst (nochmals) nachzuprüfen, ggf. unter Konsultation des ausschreibenden Mitgliedstaates. Diese „Doppelprüfungspflicht“ überrascht zunächst insofern, als das Gemeinschaftsrecht ansonsten grundsätzlich davon ausgeht, dass den durch die anderen Staaten vorgenommenen Abklärungen zu vertrauen ist. Aus dogmatischer Sicht dürfte der Hintergrund dieser im Ergebnis überzeugenden Sicht des EuGH zum einen darin zu sehen sein, dass die Pflicht zur Feststellung des Bestehens einer Gefahr für die öffentliche Ordnung und Sicherheit im Falle einer Einreiseverweigerung jeden einzelnen Mitgliedstaat trifft, so dass diese ihr jeweils einzeln nachkommen müssen. Zum anderen ist der gemeinschaftliche Begriff der öffentlichen Ordnung und Sicherheit ein offener, der – immer im Rahmen der gemeinschaftsrechtlich gezogenen Grenzen – von den Mitgliedstaaten ausgefüllt werden kann, so dass eine Person in einem Mitgliedstaat als eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung angesehen werden kann, in einem anderen hingegen nicht.

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). Darüber hinaus darf eine Ausweisung nach Art. 28 Abs. 3 RL 2004/38 nicht verfügt werden,

²⁷⁸ 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.

²⁷⁹ Vgl. *Alexandra Borrmann*, Rechte drittstaatsangehöriger Ehegatten wandernder Unionsbürger, ZAR 2004, 61 (67).

²⁸⁰ EuGH, Rs. C-503/03 (Kommission/Spanien), Slg. 2006, I-1097.

²⁸¹ Vgl. zu den verschiedenen, im Urteil angesprochenen Aspekten *Astrid Epiney/Robert Mosters/Sarah Theuerkauf*, Die Rechtsprechung des EuGH zur Personenfreizügigkeit, Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2005/2006, 2006, 73 (85 ff.).

wenn ein Unionsbürger die letzten zehn Jahre im Aufnahmemitgliedstaat gelebt hat oder minderjährig ist (abgesehen von den Fällen, in denen die Ausweisung zum Wohl des Kindes notwendig ist), 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.²⁸² Ausweisungen zum Schutz der öffentlichen Gesundheit sind nur unter den Bedingungen von Art. 29 RL 2004/38 zulässig.

Damit kommen also insgesamt drei „Stufen“ von Einschränkungen zum Zuge: „normale“ Einschränkungen des Aufenthaltsrechts oder eine „normale“ Ausweisung, eine Ausweisung von Personen mit Daueraufenthalt und eine Ausweisung von Personen mit 10 Jahren Aufenthalt oder Minderjährigen.

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).

Der EuGH spricht darüber hinaus davon, dass eine nationale Regelung jedenfalls nicht den „Wesensgehalt“ des Freizügigkeitsrechts beeinträchtigen darf. So stelle es einen Verstoß gegen Art. 18 EGV dar, wenn das Versäumnis eines Unionsbürgers, die für die Erteilung der Aufenthaltserlaubnis erforderlichen Nachweise fristgerecht vorzulegen, ohne Weiteres zum Erlass einer Ausweisungsverfügung führt. Denn damit werde der „Wesensgehalt“ des gemeinschaftlichen Aufenthaltsrechts angetastet, und jedenfalls liege eine unverhältnismäßige Maßnahme vor, könne der Betroffene doch die Umstände seines Versäumnisses nicht erläutern und nicht nachweisen, dass er die Bedingungen für einen Aufenthalt erfüllt.²⁸³ Allerdings bleibt der Hinweis auf den „Wesensgehalt“ des Art. 18 EGV in der Rechtsprechung unklar, erfolgt dieser doch in engem Zusammenhang mit der Feststellung der Unverhältnismäßigkeit der Maßnahme. Vieles spricht daher dafür, im Falle der Beeinträchtigung des „Wesensgehalts“ der Freizügigkeit – wobei der EuGH nicht erläutert, was er darunter versteht – nicht *a priori* auf die Unzulässigkeit der Beschränkung zu schließen, sondern diesen Umstand (nur, aber immerhin) im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung zu berücksichtigen, so dass er bei der Frage nach der Angemessenheit einer Maßnahme entscheidend sein kann. Denn jedenfalls dürfen die Mitgliedstaaten keine unverhältnismäßigen Regelungen vorsehen, so dass Sanktionen (wie diejenige der Ausweisungsverfügung) nicht außer Verhältnis zur Schwere der Zuwiderhandlung stehen dürfen, zumal der Unionsbürger hierdurch von der Ausübung seines Freizügigkeitsrechts abgehalten werden könnte.

²⁸² Ebenso *Groß*, ZAR 2006 (Fn. 130), 61 (64).

²⁸³ EuGH, Rs. C-408/03 (Kommission/Belgien), Slg. 2006, I-2647.

Weiter können jedenfalls im Anwendungsbereich der Grundfreiheiten Beschränkungen des Einreise- und Aufenthaltsrechts nach der Rechtsprechung grundsätzlich nicht gerechtfertigt werden, wenn gegenüber dem gleichen Verhalten der eigenen Staatsangehörigen von dem betreffenden Mitgliedstaat keine oder weniger weitgehende Zwangsmaßnahmen ergriffen werden.²⁸⁴

II. Drittstaatsangehörige und Familienangehörige von Drittstaatsangehörigen: Zu den RL 2003/86, 2003/109, 2004/114 und 2005/71

Nach Art. 6 Abs. 1 RL 2003/86 kann die Zusammenführung für Familienangehörige von Drittstaaten „aus Gründen der öffentlichen Ordnung, der öffentlichen Sicherheit oder der öffentlichen Gesundheit“ abgelehnt werden. Hierbei sind die Schwere oder die Art des begangenen Verstoßes gegen die öffentliche Ordnung oder die öffentliche Sicherheit oder die von dieser Person ausgehende Gefahr zu berücksichtigen. Entsprechend sind Art. 6 Abs. 1, Art. 17 Abs. 1 RL 2003/109 in Bezug auf die Möglichkeit der Verweigerung der Rechtsstellung eines langfristig Aufenthaltsberechtigten bzw. in Bezug auf den Anspruch auf „Weiterzug“ in einen anderen Mitgliedstaat formuliert.

Diese Formulierungen könnten *a priori* den Schluss nahe legen, dass der Maßstab hier grundsätzlich ein anderer ist als im Rahmen der RL 2004/38: Denn die Verknüpfung der verschiedenen Elemente mit „oder“ könnte darauf hindeuten, dass auch allein die Schwere oder die Art eines Verstoßes gegen die öffentliche Ordnung oder die öffentliche Sicherheit bei der Entscheidung berücksichtigt werden kann, wird die von der Person ausgehende Gefahr doch nur alternativ erwähnt. Damit wäre es hier weder notwendig, dass die Person aufgrund ihres persönlichen Verhaltens eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung darstellt, noch wären generalpräventive Erwägungen oder das Abstellen auf bestimmte strafrechtliche Verurteilungen *a priori* unzulässig. Gegen eine solche Auslegung sprechen hingegen gewichtige Einwände: Abgesehen von dem Umstand, dass die Formulierung des Artikels hier (auch in anderen Sprachen) nicht eindeutig ist, lässt sich das Erfordernis des Abstellens auf das persönliche Verhalten – das ursprünglich durch die Rechtsprechung entwickelt wurde – bereits aus dem Grundgedanken des Hinweises auf die Gefährdung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit ableiten: Diese kann eben von vornherein nur dann durch den Aufenthalt einer bestimmten Person gefährdet sein, wenn diese selbst aufgrund ihres Verhaltens oder anderer Umstände eine solche Gefahr darstellt, so dass sich schon allein deshalb jegliche typisierende und generalisierende Sichtweise verbietet. Allerdings dürfte der den Mitgliedstaaten bei der Definition der Voraussetzungen, bei deren Vorliegen eine Gefahr für die öffentliche Ordnung und Sicherheit besteht, im Vergleich zur RL 2004/38 ein weiterer Gestaltungsspielraum einzuräumen sein; nicht in jedem Fall muss es hier um ein

²⁸⁴ EuGH, verb. Rs. 115 und 116/81 (Adoui), Slg. 1982, 1665, Rn. 8; EuGH, Rs. 249/86 (Kommission/Deutschland), Slg. 1989, 1263, Rn. 19 ff. in Bezug auf das Erfordernis „genügenden Wohnraums“. S. ansonsten noch EuGH, Rs. C-24/97 (Kommission/Deutschland, Slg. 1998, I-2133, Rn. 11 ff.

„Grundinteresse“ der Gemeinschaft im selben Sinn wie im Rahmen der RL 2004/38 gehen, und auch bei der Frage, ob tatsächlich eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung bejaht werden kann, dürfte den Mitgliedstaaten hier ein weiterer Gestaltungsspielraum zustehen.

Jedenfalls aber sind der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, die in Art. 6 Abs. 1 RL 2003/109 (Dauer des Aufenthalts und Bestehen von Bindungen im Aufenthaltsstaat) und in Art. 17 RL 2003/86 (Art und Stärke der familiären Bindungen der betreffenden Person, Dauer des Aufenthalts sowie das Vorliegen familiärer, kultureller oder sozialer Bindungen zum Herkunftsland) genannten Umstände zu berücksichtigen. Letztere dürften sich im Wesentlichen letztlich auch aus Art. 8 EMRK ergeben, der selbstredend sowieso zu beachten ist. Allerdings fragt es sich, warum die entsprechenden Bestimmungen in der RL 2003/109 einerseits und der RL 2003/86 andererseits abweichend formuliert sind. Nach der hier vertretenen Ansicht ändert dies letztlich nichts an dem anzulegenden Maßstab, da in jedem Fall der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und die Vorgaben des Art. 8 EMRK zu beachten sind und die weiter gehende Formulierung in der RL 2003/86 letztlich eine Konkretisierung dieser allgemeinen Grundsätze darstellt und durch die Spezifität der durch die beiden Richtlinien jeweils geregelten Aufenthaltsrechte zu erklären sein dürfte.

Weiter ist darauf hinzuweisen, dass Art. 12 RL 2003/109 einen besonderen Ausweisungsschutz für langfristig Aufenthaltsberechtigte vorsieht: Diese dürfen nur dann ausgewiesen werden, wenn sie eine gegenwärtige, hinreichend schwere Gefahr für die öffentliche Ordnung oder die öffentliche Sicherheit darstellt. Bevor eine solche Entscheidung getroffen wird, haben die Mitgliedstaaten die Dauer des Aufenthalts, das Alter der betreffenden Person, die Folgen der Ausweisung für die betreffende Person und ihre Familienangehörigen sowie die Bindungen zum Aufenthaltsstaat bzw. die fehlenden Bindungen zum Herkunftsstaat zu berücksichtigen. Diese Formulierungen legen es – auch unter Berücksichtigung der Formulierung in Art. 6 Abs. 1 RL 2003/109 – nahe, dass hier im Vergleich zur erstmaligen Gewährung des Rechtsstatus eines langfristig Aufenthaltsberechtigten strengere Maßstäbe zum Zuge kommen, ohne dass jedoch genau die Unterschiede klar werden; letztlich dürfte hier das Interesse des dauerhaft Aufenthaltsberechtigten im Rahmen der Interessenabwägung stärker zu gewichten sein, so dass Vieles dafür spricht, diese Voraussetzungen im Wesentlichen parallel zur „ersten Stufe“ der in der RL 2004/38 vorgesehenen Einschränkungsmöglichkeiten des Aufenthaltsrechts²⁸⁵ zu verstehen.

Bemerkenswert ist sodann, dass in der RL 2003/109 ausdrücklich präzisiert wird, dass der Aufenthalt jedenfalls nicht aus wirtschaftlichen Gründen verweigert werden darf (Art. 6 Abs. 2, Art. 12 Abs. 2, Art. 17 Abs. 2 RL 2003/109), während sich eine solche ausdrückliche Präzisierung in der RL 2003/86 nicht findet. Es wäre allerdings verfehlt, hieraus zu schließen,

²⁸⁵ Zu diesen oben C.I.

dass der Aufenthalt von Familienangehörigen im Rahmen der Anwendung der RL 2003/86 auch aus wirtschaftlichen Gründen verweigert werden dürfte: Denn erstens bezieht sich der Begriff selbst der öffentlichen Ordnung und Sicherheit gerade nicht auf wirtschaftliche Gründe im Sinne der Rechtsprechung, also solche, die letztlich auf protektionistischen Erwägungen beruhen; im Zusammenhang mit einem Aufenthaltsrecht wären dies z.B. Gründe, die auf den „Bedarf“ an Arbeitskräften oder auf den Vorrang inländischer Arbeitskräfte abstellen.²⁸⁶ Zweitens und vor allem stünde eine solche Sicht auch nicht mit den Zielsetzungen der Richtlinie in Einklang: Diese stellen doch gerade den Schutz der Familie und die Achtung des Familienlebens ins Zentrum (vgl. Erwägungen 2, 4 RL 2003/86), und diesem Anliegen widerspräche es, wenn ein Aufenthalt aus wirtschaftlichen Gründen versagt werden könnte.

Schließlich ist noch darauf hinzuweisen, dass Art. 6 Abs. 1 lit. d) RL 2004/114 und Art. 7 Abs. 1 lit. d) RL 2005/71 lediglich darauf hinweisen, dass der Drittstaatsangehörige nicht als Bedrohung für die öffentliche Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit betrachtet werden darf. Aufgeworfen wird hiermit die Frage, ob aufgrund der fehlenden Präzisierung – im Vergleich zu den entsprechenden Bestimmungen in den anderen Richtlinien – hier ein anderer Maßstab anzulegen ist. Diese Frage dürfte insofern zu verneinen sein, als die in diesen Richtlinien nicht erfolgte Erwähnung verschiedener, in diesem Zusammenhang in der RL 2003/86 und in der RL 2003/109 figurierender Umstände letztlich auf den besonderen Regelungsmaterien der RL 2004/114 und RL 2005/71 beruhen dürfte. Die anzulegenden Maßstäbe dürften daher parallel zu denjenigen der RL 2003/86 und 2003/109 ausgestaltet sein.

Art. 16 Abs. 1 RL 2004/114, Art. 10 Abs. 1 RL 2005/71 präzisieren darüber hinaus, dass Aufenthaltstitel können entzogen oder nicht verlängert werden können, wenn sie auf betrügerische Weise erworben wurden und wenn die Person die Zulassungsbedingungen nicht erfüllte oder nicht mehr erfüllt.

III. Flüchtlinge, Asylsuchende oder bedrohte Personen

In Bezug auf Personen, die sich aus Furcht vor Verfolgung in der Union aufhalten, ist hinsichtlich derjenigen Gründe, aus denen ihnen der Aufenthalt verweigert bzw. dieser beendet werden kann oder der Flüchtlingsstatus bzw. der Status des subsidiären Schutzes nicht zuerkannt werden kann, zwischen der GFK, der EMRK und der RL 2004/83 zu unterscheiden.

1. GFK und EMRK

²⁸⁶ Vgl. aus der Rechtsprechung zum Begriff der wirtschaftlichen Gründe im Zusammenhang mit den Grundfreiheiten nur EuGH, Rs. C-398/95 (Ypourgos Ergasias), Slg. 1997, I-3091.

Art. 3 EMRK ist ein absolutes Rückschiebungsverbot zu entnehmen, so dass hier auch Gründe der öffentlichen Sicherheit und Ordnung nicht greifen können.

Damit geht Art. 3 EMRK weiter als die GFK: Nach Art. 1F GFK sind Personen, die sich bestimmter Straftaten (Verbrechen gegen den Frieden, Kriegsverbrechen und Verbrechen gegen die Menschlichkeit, schwere Verbrechen des gemeinen Rechts oder Verstöße gegen die Ziele und Grundsätze der Vereinten Nationen) schuldig gemacht haben, vom Schutz der Konvention ausgeschlossen.²⁸⁷

Daneben ist eine Person auch dann vom Anwendungsbereich der GFK ausgeschlossen, wenn ihr durch eine andere UN-Organisation oder UN-Institution durch einen anderen Staat effektiver Schutz gewährt wird (Art. 1D, Art. 1E GFK).

Art. 1C GFK nennt weiter „Erlöschensgründe“, die einerseits auf freiwilligen Handlungen des Flüchtlings, andererseits auf einer Veränderung der Umstände beruhen können.

Weiter gilt auch das Prinzip des *Non-Refoulement* nicht absolut: Art. 33 Abs. 2 GFK behält es den Staaten vor, einen Flüchtling trotz drohender Verfolgung auszuweisen, wenn er eine Gefahr für die Sicherheit des Aufnahmestaates oder eine Bedrohung für die Gemeinschaft dieses Landes darstellt sowie in Fällen, in denen der Flüchtling wegen besonders schwerer Verbrechen verurteilt worden ist.

2. RL 2004/83 (*Qualifikationsrichtlinie*)

In der RL 2004/83 sind die verschiedenen Gründe, die zu einem Erlöschen des Status oder einem Ausschluss vom Status des Flüchtlings bzw. des subsidiär Schutzbedürftigen führen können, je nach Schutzstatus differenziert ausgestaltet.

In Bezug auf Flüchtlinge ist auf folgende Aspekte der RL 2004/83 hinzuweisen:

- Art. 11 RL 2004/83 regelt die Gründe des Erlöschens der Flüchtlingseigenschaft und entspricht Art. 1C GFK.
- Art. 12 RL 2004/83 nennt einige Gründe des Ausschlusses von der Anerkennung als Flüchtling,²⁸⁸ wobei insbesondere von Bedeutung ist, dass nach Art. 12 Abs. 3 auch solche Personen ausgeschlossen sind, die sich an der Begehung bestimmter, in Art. 12 Abs. 2 RL 2004/83 genannter Straftaten oder Handlungen in irgendeiner Weise beteiligen. Diese Bestimmung dürfte den Mitgliedstaaten einen recht weiten Gestaltungsspielraum eröffnen, da die Beteiligungsformen nicht spezifiziert sind und im Übrigen bereits ein Verdacht ausreicht. Jedenfalls dürfte – will man die Richtlinie in Konformität mit den Vorgaben der GFK auslegen – im Zusammenhang mit

²⁸⁷ Vgl. hierzu m.w.N. *Epiney/Waldmann/Egbuna-Joss/Oeschger*, Jusletter 2008 (Fn. 10).

²⁸⁸ Art. 12 Abs. 1 lit. a) RL 2004/83 entspricht dabei Art. 1D GFK, Art. 12 Abs. 1 lit. b) RL 2004/83 wiederholt Art. 1E GFK, und Art. 12 Abs. 2 RL 2004/83 übernimmt die Ausschlussgründe von Art. 1F GFK, wobei die Bestimmungen von Art. 1F GFK geändert bzw. präzisierend ergänzt wurden. Vgl. hierzu *Battjes*, *European Asylum Law* (Fn. 33), 262 ff.

terroristischen Organisationen die alleinige Mitgliedschaft oder finanzielle Unterstützung nicht ausreichen. Vielmehr ist eine qualifizierte Unterstützung (z.B. als Funktionär oder durch eigene Gewalthandlungen) notwendig, damit Art. 12 Abs. 2 lit. b i.V.m. Art. 12 Abs. 3 RL 2004/83 zur Anwendung kommen kann.²⁸⁹

- Art. 14 RL 2004/83 ist der Aberkennung, Beendigung oder Ablehnung der Verlängerung der Flüchtlingseigenschaft gewidmet und nennt drei Arten von Gründen:
 - Erlöschensgründe (Art. 14 Abs. 1, 2 RL 2004/83);
 - Ausschlussgründe (Art. 14 Abs. 3 lit. a), Abs. 4 RL 2004/83), womit auch der Umstand erfasst wird, dass die Person eine Gefahr für die Sicherheit des jeweiligen Mitgliedstaats darstellt;
 - Vorspiegelung falscher Tatsachen (Art. 14 Abs. 3 lit. b) RL 2004/83).
- Darüber hinaus ist auf Art. 24 Abs. 1 RL 2004/83 hinzuweisen, wonach ein Aufenthaltstitel nach Zuerkennung des Schutzstatus' nur erteilt werden muss, wenn zwingende Gründe der öffentlichen Sicherheit und Ordnung dem nicht entgegenstehen. Man wird diese zusätzliche Möglichkeit wohl so auslegen müssen, dass es hier um einen anderen Maßstab als bei demjenigen, der in Bezug auf die Ausschluss- und Beendigungsgründe zum Zuge kommt, geht, so dass einer Person zwar ein Schutzstatus als Flüchtling zuerkannt worden sein kann, ihr aber kein Aufenthaltstitel auszustellen ist, wenn sie eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung darstellt. Es liegt hier nahe, bei der Präzisierung dieser Voraussetzungen auf die Rechtsprechung und das Sekundärrecht, das im Zusammenhang mit den Grundfreiheiten und dem Rechtsstatus des Unionsbürgers bzw. von in der Union aufenthaltsberechtigten Drittstaatsangehörigen zur Anwendung gelangt, zurückzugreifen.²⁹⁰

In Bezug auf den subsidiären Schutzstatus sind in erster Linie folgende Aspekte von Bedeutung:

- Art. 16 RL 2004/83 führt Erlöschensgründe aufgrund einer Veränderung der Umstände auf.
- Art. 17 RL 2004/83 trifft eine spezifische Regelung betreffend den Ausschluss von der Gewährung subsidiären Schutzes: Rechtfertigen „schwerwiegende Gründe“²⁹¹ die Annahme, dass bestimmte (schwere) Verbrechen begangen wurden oder werden können, ist die betroffene Person von der Gewährung des subsidiären Schutzes ausgeschlossen. Mangels näherer Angaben können diese schweren Verbrechen innerhalb oder außerhalb des Gaststaates geschehen sein. Schon damit werden die

²⁸⁹ Gilbert, EJIL 2004 (Fn. 42), 965 (977).

²⁹⁰ S.o. C.I., II.

²⁹¹ Der Ausdruck „schwerwiegende Gründe, die eine Annahme rechtfertigen“ wurde von Art. 1F FK übernommen und stellt klar, dass kein formeller Beweis für das Vorliegen eines Ausschlussgrundes benötigt wird; er muss daher restriktiv ausgelegt werden, UNHCR, Handbuch über Verfahren und Kriterien zur Feststellung der Flüchtlingseigenschaft, 1979, Neuaufl. 2003 (nicht-amtliche deutsche Übersetzung), N. 149.

Ausschlussgründe des Art. 12 RL 2004/83/EG (und des Art. 1F GFK) ausgedehnt. Hinzukommt, dass auch die Tatbestände teilweise weiter gefasst sind als in den genannten Bestimmungen: So kann auch eine Person, die eine „schwere Straftat“ begangen hat, vom Schutzstatus ausgeschlossen werden; gleiches gilt für eine Person, die eine Gefahr für die Allgemeinheit oder für die Sicherheit des Landes darstellt, in dem sie sich aufhält (Art. 17 Abs. 1 lit. b), lit. d) RL 2004/83). Zudem sind nach Art. 17 Abs. 2 RL 2004/83/EG die Ausschlussgründe auch auf Personen anwendbar, „die andere den darin genannten Straftaten oder Handlungen anstiften oder sich in sonstiger Weise daran beteiligen“. Angesichts der Unbestimmtheit dieser Begriffe und der diesbezüglichen voneinander abweichenden nationalen Konzeptionen wird den Mitgliedstaaten hiermit ein beachtlicher Handlungsspielraum eingeräumt. Art. 19 RL 2004/83 verweist bezüglich der Aberkennung, Beendigung oder Ablehnung der Verlängerung des subsidiären Schutzstatus letztlich auf Art. 16, 17 RL 2004/83.

Insgesamt kommen damit im Bereich des Asylrechts in verschiedener Hinsicht wesentlich strengere Maßstäbe für die Zulässigkeit einer Beendigung des Aufenthalts, den Ausschluss von der Flüchtlingseigenschaft bzw. von der Gewährung subsidiären Schutzes und die Beendigung dieser Statute zum Zuge als in Bezug auf grundsätzlich (in einem anderen EU-Mitgliedstaat) aufenthaltsberechtigte Unionsbürger oder Drittstaatsangehörige, was sich durch das besondere Schutzbedürfnis dieser Personengruppe erklären dürfte. Damit geht es hier letztlich um eine andere Systematik als im Bereich der Personenfreizügigkeit innerhalb der Europäischen Union. Wenig befriedigend an der Regelung in der RL 2004/83 sind aus systematischer Sicht aber folgende Punkte:

- Nicht ganz gelungen erscheint die Differenzierung zwischen der Zuerkennung des Schutzstatus und der Ausstellung eines Aufenthaltstitels.
- Das Verhältnis der Ausschlussgründe zur Regelung der GFK ist nicht immer klar. Sinnvoll erschiene es, die Vorgaben der GFK jedenfalls als Mindeststandard anzusehen, so dass die Zuerkennung des Flüchtlingsstatus mindestens für alle Konventionsflüchtlinge zu erfolgen hat.
- Es erscheint nicht sinnvoll, dass es bei der subsidiären Schutzform mehr und breitere Ausschlussgründe gibt und dadurch – im Vergleich zum „ordentlichen Flüchtlingsbegriff“ – mehr Personen ausgeschlossen werden. Vor diesem Hintergrund sollten diese Gründe als Ausnahmebestimmungen eng ausgelegt werden. Im Übrigen ist – wie auch Art. 21 Abs. 1 RL 2004/83/EG bestätigt, wonach der Schutz der Nichtzurückweisung in Übereinstimmung mit völkerrechtlichen Verträgen zu garantieren ist – jedenfalls das menschenrechtliche *refoulement*-Verbot zu beachten.

D. Zusammenfassende Schlussbetrachtung

I. Zusammenfassung

Versucht man auf der Grundlage der dargelegten „Rechtsgrundlagen der Migration“ eine abschließende Bewertung und „Kategorisierung“, so spielt in der Europäischen Union – nicht überraschend – die Unterscheidung zwischen Unionsbürgern und Drittstaatsangehörigen nach wie vor eine entscheidende Rolle, dies trotz der durch den Erlass verschiedener sekundärrechtlicher Regelungen angestrebten Annäherungen zwischen der Rechtsstellung beider „Kategorien“ von Personen. Diese Differenzierung findet auf verschiedenen Ebenen Niederschlag:

1. „Originäre“ Aufenthaltsrechte

Das Gemeinschaftsrecht kennt in Anknüpfung an die jeweils betroffene Person im Wesentlichen drei Kategorien von Rechtsgrundlagen, aus denen sich ein „originäres“ Aufenthaltsrecht in dem Sinn, dass es dem Antragsteller selbst zusteht und nicht vom Verhalten oder Aufenthalt einer dritten Person (eines Familienangehörigen) abhängig ist, ergeben kann.

- Nur Unionsbürger sind Träger der wirtschaftlichen Grundfreiheiten und eines Freizügigkeits- und damit Aufenthaltsrechts in einem anderen Mitgliedstaat unabhängig von der wirtschaftlichen Tätigkeit, letzteres allerdings unter der Voraussetzung ausreichender Existenzmittel und einer Krankenversicherung. Die Mitgliedstaaten können dieses grundsätzlich bestehende Aufenthaltsrecht nur unter engen Voraussetzungen beschränken.²⁹²
- Drittstaatsangehörige können aus folgenden Rechtsgrundlagen in der Europäischen Union bzw. in einem EU-Mitgliedstaat ein Aufenthaltsrecht ableiten:
 - Als Asylsuchende können sie erstens als Flüchtlinge im Sinne der GFK zu betrachten sein, so dass das *non refoulement*-Prinzip zu beachten ist und ihnen ein „Duldungsanspruch“ in dem jeweiligen Staat zusteht.²⁹³
 - Ein „Duldungsanspruch“ lässt sich weiter aus Art. 2, 3 EMRK und den entsprechenden Garantien in den völkerrechtlichen Vertragswerken ableiten, wobei dieser – im Gegensatz zur GFK – absolut ausgestaltet ist, so dass er nicht aufgrund des persönlichen Verhaltens der betroffenen Person eingeschränkt werden kann.²⁹⁴

²⁹² Oben B.II.1., B.III.1., C.I.

²⁹³ Oben B.I.1.a), C.III.1.

²⁹⁴ Oben B.I.1.b)aa), C.III.1.

- Sodann kann Drittstaatsangehörigen aufgrund der RL 2004/83 ein Recht auf Zuerkennung des Flüchtlingsstatus oder auf Zuerkennung des Status als subsidiär Schutzbedürftiger zustehen; dies ist mit einem Anspruch auf eine entsprechende Aufenthaltserlaubnis verbunden.²⁹⁵ Zu erinnern ist in diesem Zusammenhang daran, dass die RL 2004/83 die Ausschlussgründe für die Gewährung des subsidiären Schutzes bedeutend weiter fasst als diejenigen in Bezug auf den Ausschluss der Anerkennung der Flüchtlingseigenschaft.²⁹⁶
- Völkerrechtliche Verträge mit Drittstaaten können Aufenthaltsrechte Drittstaatsangehöriger verankern.²⁹⁷
- Einen darüber hinausgehenden „Anspruch“ von Drittstaatsangehörigen auf Aufenthalt in den EU-Mitgliedstaaten im Sinne eines erstmaligen Zugangs kennt das Unionsrecht nicht, sieht man von den „Sonderfällen“ für den Aufenthalt Studierender und den Aufenthalt von Wissenschaftlern (RL 2004/114 und RL 2005/71)²⁹⁸ ab. Allerdings ist der RL 2003/109 (Daueraufenthaltsrichtlinie) ein Anspruch von Drittstaatsangehörigen auf die Zuerkennung der Rechtsstellung eines langfristig Aufenthaltsberechtigten zu entnehmen, dies unter gewissen Voraussetzungen, wobei insbesondere – neben dem Nachweis fester und regelmäßiger Einkünfte sowie der Existenz einer Krankenversicherung – insbesondere ein fünfjähriger rechtmäßiger Aufenthalt in dem betreffenden Mitgliedstaaten notwendig ist. Insofern obliegt es also dem nationalen Recht, die Voraussetzungen für den Eintritt auf den Anspruch auf den Status als dauerhaft Aufenthaltsberechtigter zu regeln; eine gemeinschaftliche „Einwanderungsregelung“ gibt es nicht.²⁹⁹ Weiter ist an die den Mitgliedstaaten durch die RL 2003/109 eingeräumten relativ weiten Gestaltungsspielräume zu erinnern.³⁰⁰

2. „Abgeleitetes“ Aufenthaltsrecht

Ein „abgeleitetes“ Aufenthaltsrecht haben in erster Linie Familienangehörige; auch hier differiert die Situation je nach Staatsangehörigkeit des Zusammenführenden und der Familienangehörigen, wobei folgende Kriterien maßgeblich sind:

²⁹⁵ S.o. B.I.2.

²⁹⁶ S.o. C.III.2.

²⁹⁷ Oben B.II.2.

²⁹⁸ Hierzu oben B.III.2.

²⁹⁹ S. aber die Mitteilung der Kommission im Hinblick auf die Schaffung eines europäischen Rahmens für die gemeinsame Einwanderungspolitik, KOM (2007) 780 endg., wobei die möglichen konkreten Absichten im Hinblick auf eine entsprechende Rechtssetzung allerdings sehr vage bleiben.

³⁰⁰ Vgl. im Einzelnen oben B.II.3.

- 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. Unterschiede bestehen aber nach wie vor in Bezug auf verschiedene Verwaltungsmodalitäten sowie die Rechte nach Tod, Wegzug oder Aufhebung der Familienbande, wobei insbesondere auf folgende Bestimmungen hinzuweisen ist:
 - Art. 5 Abs. 1, 2 RL 2004/38 enthält abweichende Vorschriften in Bezug auf die bei der Einreise erforderlichen Dokumente.
 - Art. 8-10 RL 2004/38 sind verschiedene Anforderungen an die Verwaltungsmodalitäten zu entnehmen, je nachdem, ob die Familienangehörigen Unionsbürger oder Drittstaatsangehörige sind.
 - Art. 12 Abs. 1, 2 RL 2004/38 sehen erhöhte Anforderungen für das Verbleiberecht von Familienangehörigen aus Drittstaaten nach dem Tod oder Wegzug des „originär“ Freizügigkeitsberechtigten vor. Gleiches gilt für das Verbleiberecht bei Scheidung oder Aufhebung der Ehe oder Beendigung der eingetragenen Partnerschaft (Art. 13 Abs. 1, 2 RL 2004/38).
- Familienangehörige von Drittstaatsangehörigen können auf sekundärrechtlicher Grundlage ein Aufenthaltsrecht aus der RL 2003/86 (Familiennachzugsrichtlinie) oder der RL 2003/109 (Daueraufenthaltsrichtlinie) geltend machen. Dabei sind die Nachzugsrechte insbesondere in der RL 2003/86 in verschiedener Hinsicht erheblich restriktiver ausgestaltet als im Rahmen der RL 2004/38, die für Familienangehörige von Unionsbürgern Anwendung findet.

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.

II. Schlussbetrachtung: auf dem Weg zu einer einheitlichen Dogmatik in Bezug auf die rechtliche Tragweite von Aufenthaltsrechten?

Die Erörterung der Ausgestaltung Aufenthaltsrechte in den verschiedenen gemeinschaftlichen Richtlinien – wobei jetzt die asylrechtlichen Rechtsakte ausgespart werden – konnten auch aufzeigen, dass zwar für die verschiedenen erwähnten „Kategorien“ von Personen jeweils teilweise unterschiedlich weitgehende Voraussetzungen für die Existenz eines Aufenthaltsrechts und für die Zulässigkeit der Einschränkung desselben bestehen. Gleichwohl wird aber auch teilweise auf parallele „Grundkonzepte“ zurückgegriffen. Hingewiesen sei insbesondere auf folgende Elemente:

- Das Erfordernis ausreichender Existenzmittel und einer Krankenversicherung findet sich letztlich als Voraussetzung bei allen Freizügigkeitsrechten, mit Ausnahme der wirtschaftlichen Grundfreiheiten. Teilweise (Art. 7 Abs. 1 lit. a) RL 2003/86) wird darüber hinaus noch ein ausreichender Wohnraum verlangt.
- Teilweise können die Mitgliedstaaten verlangen, dass Integrationsmaßnahmen nachzukommen ist (Art. 7 Abs. 2 RL 2003/86) bzw. dass Integrationsanforderungen (Art. 5 Abs. 2 RL 2003/109) oder Integrationskriterien (Art. 4 Abs. 1 Uabs. 3 RL 2003/86) zu erfüllen sind.
- Im Zusammenhang mit den zulässigen Gründen für eine Beendigung des ursprünglich rechtmäßigen Aufenthalts oder für eine Einschränkung des Aufenthaltsrechts wird regelmäßig auf die Existenz einer Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung genommen, wobei die Formulierungen hier differieren und teilweise (insbesondere in der RL 2004/38) „Abstufungen“ vorgesehen sind.
- Eine Beendigung des Aufenthalts ist regelmäßig bei Wegfallen der ursprünglichen Voraussetzungen möglich, ohne dass auch hier deutlich wird, ob und inwieweit hier parallele Konzepte zum Zuge kommen (insbesondere in Bezug auf die Anforderung, dass eine Inanspruchnahme von Sozialhilfe nicht „automatisch“ zu aufenthaltsbeendigenden Maßnahmen führen darf).

Deutlich wird damit, dass letztlich in den verschiedenen Rechtsakten parallele Grundkonzepte herangezogen werden, die je nach Person (Unionsbürger oder nicht) bzw. Status (Familienangehöriger oder nicht) unterschiedlich kombiniert werden. Trotz dieser Gemeinsamkeiten ist jedoch auffallend, dass die genaue Ausgestaltung dieser „Grundgedanken“ – die sich durch alle Richtlinien in der einen oder anderen Form durchziehen – in den verschiedenen Rechtsakten teilweise recht unterschiedlich formuliert ist, womit die Frage aufgeworfen wird, ob und inwieweit die jeweiligen Konzepte in den verschiedenen Richtlinien tatsächlich parallel auszulegen sind, dies in Anknüpfung an die gemeinsame Grundidee. Hinzu kommen die in den RL 2003/86 und 2003/109 denkbar weiten Gestaltungsspielräume der Mitgliedstaaten, die teilweise auf ausdrücklich erwähnten „Regelungsvarianten“, teilweise auf unbestimmte Rechtsbegriffe zurückzuführen sind.

Insgesamt zieht diese Situation die Konsequenz nach sich, dass die gemeinschaftlichen Rechtsgrundlagen im Ausländerrecht weder einer klar erkennbaren Dogmatik gehorchen noch dass die nationalen Rechtsordnungen – zumindest in Bezug auf Drittstaatsangehörige, die nicht Familienangehörige eines Unionsbürgers sind – tatsächlich in einer ins Gewicht fallenden Weise harmonisiert werden; hierzu trägt auch die sehr zurückhaltende Kontrolle des EuGH im Zusammenhang mit dem Urteil in der Rs. C-540/03 bei, in der es der EuGH letztlich für ausreichend hielt, dass eine Richtlinie primärrechtskonform (hier in Bezug auf die Grundrechte, insbesondere Art. 8 EMRK) umgesetzt werden kann, so dass in letzter Konsequenz eine Richtlinie, die eine grundrechtswidrige Umsetzung erlaubt, nicht nichtig zu erklären ist. Diese Situation ist insbesondere mit Blick auf die Rechtssicherheit äußerst unbefriedigend. Daher sollte angestrebt werden, im gemeinschaftlichen Ausländerrecht eine einheitliche Dogmatik zu entwickeln, die sich etwa an folgenden Leitlinien orientieren könnte:

- So ist klarzustellen, dass mit jeweils in den verschiedenen Richtlinien wiederkehrenden „Grundanliegen“ bzw. „Grundkonzepten“ jeweils auf parallele Grundsätze Bezug genommen wird. Dies kann insbesondere durch eine entsprechende parallele Formulierung geschehen.

Von Bedeutung ist dies in erster Linie für folgende Aspekte:

- Bezugnahme auf ausreichende Existenzmittel und eine ausreichende Krankenversicherung, wobei hier in allen gemeinschaftlichen Rechtsakten dasselbe Konzept verfolgt wird;
 - Rückgriff auf die öffentliche Ordnung und Sicherheit;
 - Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkte;
 - Formulierung von „Integrationsanforderungen“.
- Weiter könnte es sich aufdrängen, sowohl in Bezug auf die Voraussetzungen, bei deren Vorliegen ein Aufenthaltsrecht einzuräumen ist, als auch in Bezug auf diejenigen, bei deren Vorliegen dieses wieder eingeschränkt werden kann, jeweils abgestufte Kategorien zu entwickeln, die dann in Bezug auf die unterschiedlichen Konstellationen zum Zuge kommen könnten. Dabei kämen nicht immer anders ausgestaltete Voraussetzungen desselben Grundgedankens zum Zuge, sondern es handelte sich um aufeinander aufbauende Voraussetzungen, so dass die Grundkonzepte jeweils parallel zu verstehen wären.

In Bezug auf die Voraussetzungen eines Aufenthaltsrechts könnte man sich – in Anknüpfung an die geltende Rechtslage – etwa folgende „Kategorien“ vorstellen, die auf verschiedene Personengruppen (Unionsbürger, Familienangehörige, Drittstaatsangehörige) angewendet werden könnten:

- „voraussetzungsloses“ Freizügigkeitsrecht (wie es heute im Rahmen der Grundfreiheiten existiert);
- Freizügigkeit bzw. Aufenthaltsrecht unter der Voraussetzung des Bestehens einer Krankenversicherung und ausreichender Existenzmittel;

- Freizügigkeit unter der Voraussetzung des Erfüllens bestimmter Integrationsanforderungen;
- Zulässigkeit von „Integrationsmaßnahmen“, die jedoch jedenfalls genauer zu definieren wären.

In Bezug auf die möglichen Einschränkungen des Aufenthaltsrechts aus Gründen der öffentlichen Ordnung und Sicherheiten könnte man an die in der RL 2004/38 bereits bestehenden drei Stufen anknüpfen. In Bezug auf Drittausländer ist es denkbar, entweder auf die dort geregelte „erste Stufe“ zurückzugreifen oder aber eine zusätzliche „niedrigere“ Stufe („Stufe 0“) zu definieren, in dessen Rahmen den Mitgliedstaaten insbesondere größere Gestaltungsspielräume bei der Definition des Begriffs der öffentlichen Ordnung einzuräumen wären, wobei aber auch hier jedenfalls an das persönliche Verhalten anzuknüpfen wäre. Im Ergebnis dürften die besseren Gründe für die erste Variante sprechen.

- Schließlich wären auch die Voraussetzungen, unter denen genau der Aufenthalt wegen Wegfallens der Bedingungen beendet werden kann, zu präzisieren; hier könnte man sich durchaus ebenfalls abgestufte Regelungen vorstellen.

Darüber hinaus und auf einer anderen Ebene sollte m.E. darüber nachgedacht werden, ob es sinnvoll ist, dass Drittausländern grundsätzlich – abgesehen von Familienangehörigen und den hier ausgesparten asylrechtlichen Regelungen – kein gemeinschaftsrechtlich gewährleistetes Aufenthaltsrecht in der Union zusteht. Es ist großen Zweifeln unterworfen, ob die Gemeinschaft noch lange ohne eine eigentliche Einwanderungspolitik – in deren Rahmen z.B. eine Einwanderungsmöglichkeit im Hinblick auf eine Erwerbstätigkeit nach Entrichtung einer „Immigrationsabgabe“ vorstellbar ist – auskommen wird.