

Dr. Andreas Fischer-Lescano, LL.M., Frankfurt am Main*

Nachzugsrechte von drittstaatsangehörigen Familienmitgliedern deutscher Unionsbürger

1. Einleitung

Mit dem am 1. Januar 2005 in Kraft getretenen Gesetz über die allgemeine Freizügigkeit von Unionsbürgern (Freizügigkeitsgesetz/EU - FreizügG/EU)¹ hat der deutsche Gesetzgeber das Aufenthaltsrecht der erwerbstätigen und nichterwerbstätigen Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen inhaltlich umgestaltet. Er hat damit auf die Entwicklung des europäischen Sekundärrechts im Bereich der Freizügigkeits- und Aufenthaltsrechte reagiert² und die konsolidierende Richtlinie 2004/38/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, in Teilen vorzeitig umgesetzt.³ Folgt man der Gesetzesbegründung, hat das Gesetz die Rechte der Unionsbürger (Art. 17-22 EGV) gestärkt, "indem die Regelungen der Aufenthaltsbeendigung unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des EuGH präzisiert und ein über die gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben noch weiter als bisher hinausgehender Schutz vor Aufenthaltsbeendigung für einen erweiterten Personenkreis sichergestellt wird."⁴

* Ich danke Nina Arndt, Jürgen Bast, Felix Hanschmann und Timo Tohidipur für hilfreiche Anmerkungen zu früheren Fassungen des Textes.

¹ Verkündet als Artikel 2 des Gesetzes zur Steuerung und Begrenzung der Zuwanderung und zur Regelung des Aufenthalts und der Integration von Unionsbürgern und Ausländern (Zuwanderungsgesetz, BGBl. 2004 I, 1950). Das FreizügG/EU löste das Gesetz über Einreise und Aufenthalt von Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft (Aufenthaltsgesetz/EWG – AufenthG/EWG, vom 31. Januar 1980 (BGBl. I S. 116)), ab.

² Zu nennen wären u.a.: Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 vom 15. Oktober 1968 (Freizügigkeit der Arbeitnehmer); Richtlinie 68/360/EWG vom 15. Oktober 1968 (Arbeitnehmer und ihre Familienangehörigen); Richtlinie 73/148/EWG vom 21. Mai 1973 (Niederlassung und Dienstleistungsverkehr); die Richtlinie 90/364/EWG vom 28. Juni 1990 (Aufenthaltsrecht); Richtlinie 90/365/EWG vom 28. Juni 1990 (Rentner) und Richtlinie 93/96/EWG vom 29. Oktober 1993 (Studenten). Details zur Entwicklung bei Klaus Sieveking, Das Freizügigkeitsgesetz/EU als Teil des Zuwanderungsgesetzes, in: 20 Jahre Hohenheimer Tage zum Ausländerrecht. Zuwanderungsrecht: Vom Provisorium zur Einwanderung?, Hohenheim 2005, abrufbar unter: http://www.akademie-rs.de/gdcmis/files/20050614_1421_SievekingFormatneu.pdf; im Hinblick auf die Rechte von Drittstaatlern: Manfred Zuleeg, Die Rechtsprechung des europäischen Gerichtshofs zur Stellung der Staatsangehörigen von Drittstaaten in der europäischen Gemeinschaft, in: K. Barwig, G. Brinkmann, B. Huber, K. Lörcher und C. Schumacher (Hrg.), Vom Ausländer zum Bürger. Problemanzeigen im Ausländer-, Asyl- und Staatsangehörigkeitsrecht, Baden-Baden 1994, 448 ff.

³ Die Richtlinie ist abgedruckt in Amtsblatt L 158/177. Sie beinhaltet die Änderung der Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 und die Aufhebung der Richtlinien 64/221/EWG, 68/360/EWG, 72/194/EWG, 73/148/EWG, 75/34/EWG, 75/35/EWG, 90/364/EWG, 90/365/EWG und 93/96/EWG; siehe den Überblick bei: Gisbert Brinkmann, EU-Freizügigkeitsrichtlinie, Informationsdienst Europäisches Arbeits- und Sozialrecht 2004, 139 ff.

⁴ BT-Drs. 15/420, 101; die Gesetzesbegründung erfolgte anlässlich der Vorlage des Erstentwurfs des Zuwanderungsgesetzes.

Dieser Einschätzung kann man nicht uneingeschränkt zustimmen. Im Folgenden soll die Rechtslage für drittstaatsangehörige Familienmitglieder deutscher Unionsbürger analysiert und am europäischen Recht gemessen werden. Die Betrachtung der einschlägigen Rechtsprechung des EuGH wird zeigen, dass der Personenkreis der nach dem FreizügG/EU zum Nachzug in die Bundesrepublik Berechtigten hinter dem Kreis der durch die Unionsbürgerrechte derivativ berechtigten Personen zurückbleibt. Denn § 1 FreizügG/EU reduziert den Anwendungsbereich des Gesetzes auf nicht-deutsche Unionsbürger und ihre Familienangehörigen. Dies ist nicht europarechtskonform. Indem der deutsche Gesetzgeber für drittstaatsangehörige Familienmitglieder deutscher Unionsbürger nicht das FreizügG sondern die Bestimmungen des Ausländergesetzes ersetzende, im Rahmen des Gesetzeskomplexes "Zuwanderungsgesetz" am 1. Januar 2005 in Kraft getretene Aufenthaltsgesetz für anwendbar erklärt hat,⁵ verletzt er seine unionsrechtlichen Pflichten, da die Vorschriften des AufenthaltsgG hinsichtlich der Anspruchsvoraussetzungen und Rechtsfolgen den europarechtlich zu verlangenden Schutzstandards für drittstaatsangehörige Familienmitglieder von Unionsbürgern nicht genügen.

2. Beeinträchtigung der Unionsrechte durch das FreizügG/EU

Der EuGH hat in ständiger Rechtsprechung entschieden, dass die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis für einen Staatsangehörigen eines Mitgliedstaats nicht als rechtsbegründende Handlung zu betrachten ist, sondern als Handlung eines Mitgliedstaates, die dazu dient, die individuelle Situation eines Staatsangehörigen eines anderen Mitgliedstaates im Hinblick auf die Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts festzustellen.⁶ Die Gesetzesbegründung des deutschen FreizügG/EU knüpft daran an, indem sie von der "Erteilung einer deklaratorischen Aufenthaltserlaubnis", die den freizügigkeitsberechtigten Unionsangehörigen den Nachweis des unionsrechtlich garantierten Aufenthaltsrechts erleichtere, spricht.⁷ Auch hinsichtlich der unionsrechtlichen garantierten Nachzugsrechte drittstaatsangehöriger Familienmitglieder haben nationalrechtliche Vorschriften lediglich deklaratorischen Charakter. So hat der EuGH in der Entscheidung MRAX hervorgehoben, dass die Aufenthaltsrechte solcher Familienmitglieder "unabhängig davon, ob die zuständige Behörde eines Mitgliedstaats eine Aufenthaltserlaubnis erteilt", bestehen.⁸ Die Nichter Streckung des Anwendungsbereichs des FreizügG/EU auf drittstaatsangehörige Familienmitglieder deutscher Unionsbürger, die von ihren Grundfreiheitsrechten

⁵ Verkündet als Artikel I des Gesetzes zur Steuerung und Begrenzung der Zuwanderung und zur Regelung des Aufenthalts und der Integration von Unionsbürgern und Ausländern (Zuwanderungsgesetz, BGBl. 2004 I, 1950). Geändert durch Artikel 1 des Gesetzes zur Änderung des Aufenthaltsgesetzes und weiterer Gesetze (BGBl. 2005 I, 721) und Artikel 23 des Gesetzes zur Umbenennung des Bundesgrenzschutzes in Bundespolizei vom 21.06.2005 (BGBl. I, 1818).

⁶ Vgl. u. a. EuGH, C-363/89, Roux, Slg. 1991, I-273, Ziff. 12.

⁷ BT-Drs. 15/420, 102.

⁸ EuGH, C-459/99, MRAX, Slg. Slg. 2002, I-6591, EuGRZ 2002, 519, Ziff. 84.

Gebrauch gemacht haben, Gebrauch machen bzw. ernsthaft beabsichtigen, von ihnen Gebrauch zu machen, unterwirft diese Personen aber den Regeln des generellen Ausländerrechts. Dies beeinträchtigt die europarechtlich garantierten Grundfreiheitsrechte deutscher Unionsbürger und die daraus abzuleitenden Nachzugsrechte ihrer Familienmitglieder.

2.1. Derivative Rechte drittstaatsangehöriger Familienmitglieder

Nach § 2 I i.V.m. § 3 bzw. § 4 des FreizügG/EU sind die dort genannten Angehörigengruppen zum Nachzug in die Bundesrepublik berechtigt, sofern diese Personen bei den Freizügigkeitsberechtigten "Wohnung nehmen" und ihnen durch den Unionsbürger Unterhalt gewährt wird. § 3 II Ziff. 2 des FreizügG/EU, der für die von erwerbstätigen EU-Bürgern abgeleiteten Nachzugsrechte einschlägig ist, bestimmt insofern, dass Verwandte im Sinne dieses Gesetzes, die "in aufsteigender und in absteigender Linie der in Absatz 1 genannten Personen oder ihrer Ehegatten, denen diese Personen oder ihre Ehegatten Unterhalt gewähren" sind. Das gilt nach § 4 FreizügG/EU auch für die von den nicht erwerbstätigen Freizügigkeitsberechtigten abgeleiteten Rechte der Familienangehörigen, wenn u.a. über ausreichenden Krankenversicherungsschutz und ausreichende Existenzmittel verfügt wird.⁹ Beide Normen sind auch auf drittstaatsangehörige Familienangehörige anzuwenden. Zwar ist die noch in § 2 II AufenthaltG/EWG enthaltene Klarstellung, dass die "Freizügigkeit nach diesem Gesetz [...] Familienangehörigen der in Absatz 1 Nr. 1 bis 4 genannten Personen *ungeachtet ihrer Staatsangehörigkeit* gewährt"¹⁰ wird, nicht in das FreizügG/EU übernommen worden. Mit dieser Nichtübernahme kann der Gesetzgeber allerdings eine Herausnahme drittstaatsangehöriger Familienangehöriger aus dem Geltungsbereich des Gesetzes nicht wirksam werden lassen. Es ist bereits fraglich, ob er dies überhaupt intendiert hat. Denn aus der Gesetzesbegründung anlässlich der Erstvorlage des Zuwanderungsgesetzes ergibt sich, dass die Aufenthaltserlaubnis "auch künftig für Familienangehörige von Unionsbürgern, die nicht die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaates der Europäischen Union besitzen, vorgesehen" sei.¹¹

Entscheidend ist allerdings, dass eine Herausnahme drittstaatsangehöriger Familienangehöriger aus dem Personenkreis der nach dem FreizügG/EU Nachzugsberechtigten mit den maßgeblichen europarechtlichen Normen nicht zu vereinbaren wäre. Das FreizügG/EU setzt die in Verordnung 1612/68/EWG, Richtlinie 68/360/EWG und Richtlinie 73/148/EWG, sowie die in dem Artikel 1 der drei „Nichterwerbstätigenrichtlinien“ Nr. 90/364, 90/365 und 93/96 genannten Rechte der Familienangehörigen in nationales Recht um bzw. bestätigt diese.

Art. 1 der durch das FreizügG/EU u.a. umgesetzten Nichterwerbstätigenrichtlinien sieht dabei in seinem Abs. 2 vor, dass bei dem

⁹ Details bei Helene Groß, Das Gesetz über die allgemeine Freizügigkeit von Unionsbürgern, ZAR 2005, 81 ff.; Hans-Peter Welte, Freizügigkeitsrecht der Unionsbürger nach dem Freizügigkeitsgesetz/EU, InfAuslR 2005, 8 ff.

¹⁰ Hervorhebung durch den Verf.

¹¹ BT-Drs. 15/420, 101 f.

Aufenthaltsberechtigten folgende Personen ungeachtet ihrer Staatsangehörigkeit in einem anderen Mitgliedstaat Wohnung nehmen dürfen: "(a) sein Ehegatte sowie die Verwandten in absteigender Linie, denen Unterhalt gewährt wird; (b) seine Verwandten und die Verwandten seines Ehegatten in aufsteigender Linie, denen er Unterhalt gewährt." Ähnlich formuliert dies Art. 10 I der Verordnung 1612/68/EWG vom 15. Oktober 1968 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Gemeinschaft, nach dem bei dem Arbeitnehmer, der die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaats besitzt und im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats beschäftigt ist, folgende Personen ungeachtet ihrer Staatsangehörigkeit Wohnung nehmen dürfen: "a) sein Ehegatte sowie die Verwandten in absteigender Linie, die noch nicht 21 Jahre alt sind oder denen Unterhalt gewährt wird; (b) seine Verwandten und die Verwandten seines Ehegatten in aufsteigender Linie, denen er Unterhalt gewährt." Voraussetzung für die Anwendung dieser Norm ist, dass, so Art. 10 III der Richtlinie 1612/68/EWG, der Arbeitnehmer für seine Familie über eine Wohnung verfügt, die in dem Gebiet, in dem er beschäftigt ist, den für die inländischen Arbeitnehmer geltenden normalen Anforderungen entspricht.¹²

Die einschlägigen Richtlinien unterlassen und untersagen damit eine Differenzierung familiärer Nachzugsrechte nach dem Kriterium der Staatsangehörigkeit und schließen drittstaatsangehörige Familienmitglieder in den Berechtigtenkreis ein. Sofern drittstaatsangehörige Familienmitglieder nicht-deutscher Unionsbürger betroffen sind, entspricht das FreizügG/EU dieser EU-rechtlichen Vorgabe, da das Gesetz, wie in seiner Begründung zum Ausdruck kommt, keine in unzulässigerweise nach Staatsangehörigkeit differenzierende Rechtslage geschaffen hat.

2.2. Reduzierter Anwendungsbereich des FreizügG/EU

Anders sind die gesetzlichen Rahmenbedingungen in der Bundesrepublik ausgestattet, sofern deutsche Unionsbürger, die von ihren Unionsbürgerrechten Gebrauch gemacht haben bzw. Gebrauch machen, und ihre Familienangehörigen aus Drittstaaten betroffen sind. Zwar hat das FreizügG/EU die Rechtsstellung drittstaatsangehöriger Familienangehöriger im Hinblick auf die Nachzugsmöglichkeiten zu EU-Bürgern auf eine neue gesetzliche Grundlage gestellt und dabei für deutliche Transparenzverbesserungen gesorgt. Der Gesetzgeber vermied durch die Beschränkung des Anwendungsbereichs des FreizügG/EU auf nicht-deutsche Unionsbürger und ihre Familienangehörigen jedoch die legislative Behandlung verschiedener Fallkonstellationen, in denen deutsche Unionsbürger den Nachzug drittstaatsangehöriger Familienmitglieder in die Bundesrepublik begehren. Im einzelnen handelt es sich um folgende Konstellationen, in denen der Nachzug drittstaatsangehöriger Familienmitglieder

¹² Zu diesem Tatbestandsmerkmal sagt der EuGH in ständiger Rechtsprechung: "Wenn Artikel 10 der Verordnung bestimmt, dass der Familienangehörige des Wanderarbeitnehmers bei diesem Wohnung nehmen darf, bedeutet dies nicht, dass der Angehörige dort ständig wohnen muss, sondern – wie sich aus Artikel 10 Absatz 3 ergibt – lediglich, dass die Wohnung, über die der Arbeitnehmer verfügt, normalen Anforderungen an die Aufnahme seiner Familie entsprechen muss" (zuletzt: EuGH, C-413/99, Baumbast, Slg. 2002, I-7091; NJW 2002, 3610, Ziff. 72).

zu einem deutschen Unionsbürger in die Bundesrepublik denkbar ist und europarechtlich relevant wird:

1. Der deutsche Unionsbürger macht in einem anderen Mitgliedsstaat der EU von seinen Unionsbürgerrechten Gebrauch und kehrt in das Gebiet der Bundesrepublik zurück.
2. Der deutsche Unionsbürger macht vom Gebiet der Bundesrepublik aus von seinen Unionsbürgerrechten Gebrauch.
3. Der deutsche Unionsbürger plant ernsthaft, von seinen Unionsbürgerrechten Gebrauch zu machen.
4. Der in der Bundesrepublik ansässige deutsche Unionsbürger besitzt neben der deutschen Staatsangehörigkeit auch diejenige eines anderen EU-Mitgliedstaates.

Für diese Fallgestaltungen ist der Anwendungsbereich des FreizügG/EU scheinbar nicht eröffnet, denn das Gesetz regelt, so sein § 1, Einreise und Aufenthalt "von Staatsangehörigen anderer Mitgliedstaaten der Europäischen Union (Unionsbürger) und ihrer Familienangehörigen".¹³ Dass diese Einschränkungen zu spürbaren Beeinträchtigungen der Unionsbürgerrechte deutscher Staatsangehörigen führen würde, die sich dazu entschlossen haben, in einem durch Unionsrecht geschützten Familienverbund zu leben, ist offensichtlich. Für Tätigkeiten, die von deutschen (bzw. doppelstaatsangehörigen und dabei u.a. deutschen) Unionsbürgern in Deutschland ausgeübt werden und die den unionsbürgerrechtlichen Grundfreiheiten unterfallen, sind die freien Organisationsmöglichkeiten der familiären Lebensgemeinschaft und damit unmittelbar verbunden auch die Gestaltung der ermöglichenden Rahmenbedingungen für grundfreiheitsrelevante Tätigkeiten der Unionsbürger unmittelbar betroffen. Familienangehörige mit ungeklärtem Aufenthaltsstatus in die familiäre Lebensgemeinschaft integriert zu haben, würde die Ausübung der Grundfreiheitsrechte durch den Unionsbürger nicht nur in seinem Heimatland behindern, sondern auch die Entscheidungsfreiheit hinsichtlich der Ausübung der Unionsbürgerrechte beeinträchtigen. In den Worten des EuGH: "Ein Staatsangehöriger eines Mitgliedstaats könnte davon abgehalten werden, sein Herkunftsland zu verlassen, um im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats eine unselbständige oder selbständige Tätigkeit im Sinne des EWG-Vertrags auszuüben, wenn in dem Fall, daß er in den Mitgliedstaat, dessen Staatsangehörigkeit er besitzt, zurückkehrt, um eine unselbständige oder selbständige Tätigkeit auszuüben, nicht in den Genuß von Erleichterungen bei der Einreise oder hinsichtlich des Aufenthalts kommen könnte, die denen zumindest gleichwertig sind, die ihm nach dem EWG-Vertrag oder dem abgeleiteten Recht im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats zustehen."¹⁴

Der EuGH hat daraus geschlossen, dass Unionsbürger insbesondere dann von der Ausübung der Unionsbürgerrechte abgehalten würden, wenn nicht auch den

¹³ Die vom BMI am 22. Dezember 2004 erlassenen vorläufigen Anwendungshinweise zum Zuwanderungsgesetz (abrufbar über: <http://www.migration-online.de>) sind in dieser Hinsicht offener formuliert, siehe deren Ziff. B.1.2: "Aus dem Anwendungsbereich des § 1 ergibt sich i. V. m. § 11, dass es sich hier um Spezialregelungen zur Freizügigkeit der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen handelt, losgelöst vom allgemeinen Aufenthaltsrecht."

¹⁴ EuGH, Singh, C-370/90, Slg. 1992, I-4265, NVwZ 1993, 261, Ziff. 20.

betreffenden Familienangehörigen erlaubt wäre, in das Hoheitsgebiet des Heimatstaates "unter Bedingungen einzureisen und sich dort aufzuhalten, die denjenigen zumindest gleichwertig sind, die ihnen das Gemeinschaftsrecht im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats gewährt."¹⁵

Für im europäischen Ausland grundfreiheitsrelevant tätige deutsche Unionsbürger und ihre Familienangehörigen stellt sich die Frage des Aufenthaltsschicksals der familiären Drittstaatler für den Fall einer möglichen Rückkehr in die Bundesrepublik. Ein denkbarer Verbleib der drittstaatsangehörigen Familienmitglieder im EU-Mitgliedsstaat, aus dem der Zuzug erfolgt, würde die familiäre Lebensgemeinschaft beeinträchtigen und wäre als solcher auch nicht in jedem Fall möglich, denn das derivative Aufenthaltsrecht der Drittstaatsangehörigen erlischt regelmäßig mit dem Wegzug des Unionsbürgers, wenn nicht ein eigenes Aufenthaltsrecht des Drittstaatsangehörigen entstanden ist. Voraussetzung dafür wäre aber beispielsweise – so bestimmt Art. 16 Abs. 2 der Richtlinie 2004/38/EG – ein rechtmäßiger Aufenthalt des Drittstaatlers für fünf ununterbrochene Jahre. Unter Umständen kann das drittstaatsangehörige Familienmitglied dann zur Rückkehr in das Herkunftsland (zu dem nach längerem Aufenthalt im europäischen Familienverbund in der Regel geringe Bindungen bestehen dürften) gezwungen sein.

2.3. Restriktionen des deutschen Aufenthaltsgesetzes

Eine solche Perspektive ist bei einem durch deutsche Unionsbürger geltend gemachten Nachzugsrecht für drittstaatsangehörige Familienmitglieder nach Deutschland nicht unrealistisch, da nach dem Wortlaut von § 1 FreizügG/EU in diesem Fall für drittstaatsangehörige Familienmitglieder nicht das FreizügG/EU sondern das AufenthaltsgG zur Anwendung kommen soll. Dies ist bereits für drittstaatsangehörige Ehegatten und Kinder nachteilig, da unmittelbar aus Unionsrechtsverhältnissen folgende Rechte negiert werden. Nicht, wie im Bereich des FreizügG/EU, 'deklaratorische Feststellung europarechtlich garantierter Aufenthaltsrechte', sondern 'durch Verwaltungsakte begründete Aufenthaltsrechte' ist die Regelungsform des Aufenthaltsgesetzes, dessen Tatbestandsvoraussetzungen und Rechtsfolgen sich ungleich restriktiver als die des FreizügG/EU darstellen und beispielsweise unionsspezifische Ausprägungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes¹⁶ unberücksichtigt lassen.¹⁷

¹⁵ EuGH, Singh (Anm. 14), Ziff. 20 f.

¹⁶ Im Kontext der Migrationsrechte zuletzt: EuGH, MRAX (Anm. 8), Ziff. 84 ff.

¹⁷ Siehe auch EuGH, 14.4.2005, Kommission/Spanien, C-157/03, 6 f. Der EuGH hat hier festgestellt, dass Spanien die Freizügigkeitsrichtlinien nicht ordnungsgemäß in seine innerstaatliche Rechtsordnung umgesetzt hat, da das spanische Recht die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis für Drittstaatsangehörige, die Familienangehörige eines Gemeinschaftsbürgers sind, der von seinem Recht auf Freizügigkeit Gebrauch gemacht hat, von der Einholung eines Aufenthaltsvisums abhängig macht. Ferner hat das Gericht einen Verstoß gegen die Bestimmungen der Richtlinie 64/221/EWG des Rates vom 25. Februar 1964 zur Koordinierung der Sondervorschriften für die Einreise und den Aufenthalt von Ausländern, konstatiert, da die spanischen Behörden die Aufenthaltserlaubnis nicht binnen kürzester Frist, d.h. innerhalb von sechs Monaten nach der Beantragung dieser Erlaubnis, erteilt haben.

Gravierender als für Ehegatten und Kinder deutscher Unionsbürger wirkt sich die Rechtsbeeinträchtigung durch die Anwendung des Aufenthaltsgesetzes aber beispielsweise für erwachsene Familienmitglieder in aufsteigender Verwandtschaftslinie aus. § 36 AufenthaltsgG, der nach § 28 IV AufenthaltsgG für diese "sonstigen Familienangehörigen" Deutscher einschlägig ist, verlangt in Fortschreibung der Bestimmungen des bis dahin geltenden Ausländergesetzes für den Nachzug sonstiger Familienangehöriger den Nachweis einer "außergewöhnlichen Härte". Diesen unbestimmten Rechtsbegriff handhaben die deutschen Behörden seit jeher restriktiv.¹⁸ In dieser Tradition verweisen auch die vorläufigen Anwendungshinweise des Bundesministeriums des Innern darauf, dass nach § 36 AufenthaltsgG ein Nachzug nur in Betracht komme, wenn im Fall der Versagung des Nachzugs die Interessen des im Bundesgebiet lebenden Familienmitgliedes oder des nachzugswilligen sonstigen Familienangehörigen "mindestens genauso stark berührt wären, wie dies im Fall von Ehegatten und minderjährigen ledigen Kindern der Fall sein würde."¹⁹ Umstände, so die Maßgabe für die entscheidenden Behörden, "die ein familiäres Angewiesensein begründen, können sich nur aus individuellen Besonderheiten des Einzelfalls ergeben (z.B. Krankheit, Behinderung, Pflegebedürftigkeit, psychische Not)."²⁰

2.4. Unionsbürgerrechtliche Asymmetrien der deutschen Rechtslage

Insgesamt unterliegen deutsche Unionsbürger starken Beeinträchtigungen in der die Ausübung der Grundfreiheiten ermöglichenden Gestaltung ihrer familiären Lebensbedingungen, sofern sie sich bei der Ausübung ihrer Unionsbürgerrechte in der Bundesrepublik oder im Fall einer Rückkehr des Familienverbundes in die Bundesrepublik nicht auf die im FreizügG/EU umgesetzten europäischen Freizügigkeitsrechte für ihre drittstaatsangehörigen Familienmitglieder berufen können. Die Freizügigkeitsrechte von nicht-deutschen Unionsbürgern in Deutschland sind im deutschen Recht durch die Abgrenzung der Anwendungsbereiche des FreizügG/EU und des AufenthaltsgG weitreichender als die Rechte deutscher Unionsbürger. Drittstaatsangehörige Eltern, Kinder aus binationalen Ehen, Schwiegereltern, Ehegatten, Lebenspartner etc. deutscher Staatsangehöriger sind zur Aufenthaltsrechtsbegründung den Verfahren nach dem AufenthaltsgG unterworfen, während drittstaatsangehörige Familienmitglieder nicht-deutscher EU-Bürger dem FreizügG/EU unterfallen.

3. Nachzugsrechte in der Rechtsprechung des EuGH

Der restriktive Wortlaut der FreizügG/EU intendiert diese Asymmetrien. Soweit deutsche Unionsbürger sich bei einem Zuzugswillen drittstaatsangehöriger Familienangehöriger auf die Nachzugsrechte berufen und sie von ihren

¹⁸ Siehe statt aller den Überblick bei Günter Renner, Ausländerrecht, 7. Aufl., München 1999, § 22 Rdn. 4 ff.

¹⁹ BMI (Anm. 13), Ziff. A.36.1.2.1.

²⁰ BMI (Anm. 13), Ziff. A.36.1.2.3; siehe die Kritik bei Victor Pfaff, Die mutterlose Gesellschaft - Die desintegrative Wirkung des § 36 AufenthG, ZAR 2005, 8 ff.

Unionsbürgerrechten Gebrauch gemacht haben, Gebrauch machen bzw. Gebrauch zu machen beabsichtigen, würde die Verweigerung der damit verbundenen Mobilitätsrechte unter Hinweis auf den eingeschränkten Anwendungsbereich des FreizügG/EU die Bedingungen der Inanspruchnahme der Grundfreiheitsrechte durch deutsche Unionsbürger unverhältnismäßig beschneiden. Das hätte negative Auswirkungen auf individuelle Entscheidungen im Hinblick auf transeuropäisches Tätigwerden und beinhaltete einen Verstoß gegen die unionsrechtlich garantierten Grundfreiheits- und Mobilitätsrechte.

3.1. Grundfreiheitsschützende Funktion der Familiengrundrechte

Bereits die unabhängige Kommission Zuwanderung hat das Recht deutscher Staatsangehöriger zur Berufung auf europäische Familiennachzugsregelungen für den Fall registriert, dass diese deutschen Unionsbürger zum Zeitpunkt der Ausübung dieses Rechts ihren Lebensmittelpunkt wieder in der Bundesrepublik haben sollten: "Den weitergehenden Anspruch behält er selbst dann, wenn er erst im Anschluss an seine Rückkehr nach Deutschland hiervon Gebrauch macht und sich beim Familiennachzug auf Gemeinschaftsrecht beruft".²¹ Aus der diesbezüglichen europarechtlichen Regel spricht, so formuliert Günter Renner, die "auf wissenschaftliche Erkenntnisse und praktische Erfahrungen gestützte Überzeugung, dass nur ein persönlich optimal integrierter Arbeiter ein guter Arbeiter ist und dass Integration im Familienverbund erfolgreicher wirkt und im Übrigen auch wesentlich billiger gestaltet werden kann als unter staatlicher Regie. An keiner Stelle kommt ein Misstrauen gegenüber der stabilisierenden und sozialisierenden Funktion des familiären Zusammenlebens zum Ausdruck".²² Auch in der Rechtsprechung des EuGH ist diese Funktion anerkannt. So stellte das Gericht in der Entscheidung Baumbast unter Berufung auf die Entscheidung di Leo heraus, dass die Verwirklichung der Freizügigkeit der Arbeitnehmer unter Wahrung der Freiheit und Menschenwürde es erforderlich mache, "die bestmöglichen Bedingungen für die Integration der Familie des EG-Arbeitnehmers im Aufnahmeland zu schaffen."²³

Der Europäische Gerichtshof ist daher wiederholt und am prononciertesten in der Entscheidung im Fall Singh zu dem Ergebnis gekommen, dass eine Gesamtschau der in den Unionsbürgerrechten, der Verordnung über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer und der übrigen o.g. unionalen Richtlinien verankerten Rechte zu einem Nachzugsrecht für drittstaatsangehörige Familienmitglieder auch dann führt, wenn ein Staatsangehöriger eines Mitgliedstaates gegenüber seinem Herkunftsstaat diese Rechte geltend macht. Voraussetzung dafür ist lediglich, dass der Unionsbürger von seinen Grundfreiheiten Gebrauch macht bzw. ernsthaft Gebrauch zu machen beabsichtigt. Aus der Entscheidung des EuGH im Fall Carpenter ergibt sich

²¹ Bericht der Unabhängigen Kommission Zuwanderung, Zuwanderung gestalten. Integration fördern, 12. Juli 2001, Ziff. III.4.3, 191, abrufbar über: www.bundesregierung.de.

²² Günter Renner, Ehe und Familie im Zeichen neuer Zuwanderungsregeln, NVwZ 2004, 793 ff.

²³ EuGH, Baumbast (Anm. 12), Ziff. 50; siehe auch die hier zitierte Entscheidung des EuGH, C-308/89, di Leo, Slg. 1990, I-4185, Ziff. 13.

dabei insbesondere, dass der diesbezügliche Familienschutz keine vorangegangene Freizügigkeitsrechtsausübung voraussetzt, sondern auch dann durch den EuGH anerkannt ist, wenn ein drittstaatsangehöriges Familienmitglied in das Herkunftsmitgliedland eines Unionsbürgers, der von seinen Grundfreiheiten Gebrauch macht, einreist, um bei ihm Wohnung zu nehmen.²⁴ Der EuGH leitet dieses Recht aus den Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts ab. Er erinnert in diesem Zusammenhang daran, "dass der Gemeinschaftsgesetzgeber erkannt hat, welche Bedeutung es hat, den Schutz des Familienlebens der Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten zu gewährleisten, um die Hindernisse für die Ausübung der vom Vertrag garantierten Grundfreiheiten zu beseitigen".²⁵ Da sich eine Ausweisung des betreffenden Familienangehörigen nachteilig auf die Bedingungen auswirken würde, unter denen der Unionsbürger eine Grundfreiheit wahrnimmt, könnte diese Freiheit ihre volle Wirkung nicht entfalten, wenn der Unionsbürger von ihrer Wahrnehmung durch Hindernisse abgehalten würde, die in seinem Herkunftsland für die Einreise und den Aufenthalt seiner Familienangehörigen bestünden.²⁶ Unionsbürger können demnach auch gegen den Herkunftsmitgliedstaat ein Nachzugsrecht für ihre (drittstaatsangehörigen) Familienmitglieder unter Berufung auf die Grundfreiheiten durchsetzen.

3.2. Keine Privilegierung von Angehörigenrechten

Das gilt nicht nur für Mitglieder der Kernfamilie sondern für alle u.a. in der Verordnung 1612/68/EWG, der Richtlinie 68/360/EWG oder der Richtlinie 73/148/EWG mit Nachzugsrechten versehenen Familienangehörigen, d.h. auch denjenigen in aufsteigender Linie. Dass die neue Richtlinie 2003/86 des Rats vom 22.9.2003²⁷ für das allgemeine Recht auf Familienzusammenführung für Drittstaatsangehörige es zur Sache der Mitgliedstaaten erklärt zu entscheiden, ob sie – außerhalb der sog. Kleinfamilie aus Ehegatten und minderjährigen Kindern – (u.a.) auch volljährigen unverheirateten Kindern den Nachzug zu den Eltern gestatten, ist zwar eine bedauerliche Einschränkung für das Recht auf Familiennachzug, beinhaltet aber keine Abbedingung des genannten Sekundärrechts auf Familiennachzug im Bereich der Freizügigkeits- und Aufenthaltsrechte, da es sich lediglich um eine Harmonisierungsmaßnahme für allgemeine und ausschließlich Drittstaatler betreffende Nachzugsregeln handelt.

Konsequenterweise beinhaltet auch die Richtlinie 2004/38/EG vom 29. April 2004, die ausdrücklich das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen betrifft, keine solche Abstufung. Sie nennt in ihrem Art. 2 Ziff. 2 als Familienangehörige mit derivativem Nachzugsrecht die folgenden Familienangehörigen als gleichberechtigte Inhaber von Nachzugsrechten: "(a) den Ehegatten; (b) den Lebenspartner, mit dem der Unionsbürger auf der

²⁴ EuGH, Carpenter, C-60/00, Slg. I-6279, Ziff. 36 ff.

²⁵ EuGH, Carpenter (Anm. 24), Ziff. 38.

²⁶ EuGH, ebd., Ziff. 39 f.; EuGH, Singh (Anm. 14), Ziff. 21 ff. (bestätigt (ausgenommen Scheinehen) durch EuGH, Akrich, C-109/01, Slg. 2003, I-9607, EuZW 2003, 752 = EZAR 811 Nr. 48).

²⁷ Abl. L 251/12 v. 3.10.2003.

Grundlage der Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats eine eingetragene Partnerschaft eingegangen ist, sofern nach den Rechtsvorschriften des Aufnahmemitgliedstaats die eingetragene Partnerschaft der Ehe gleichgestellt ist und die in den einschlägigen Rechtsvorschriften des Aufnahmemitgliedstaats vorgesehenen Bedingungen erfüllt sind; (c) die Verwandten in gerader absteigender Linie des Unionsbürgers und des Ehegatten oder des Lebenspartners im Sinne von Buchstabe b, die das 21. Lebensjahr noch nicht vollendet haben oder denen von diesen Unterhalt gewährt wird; (d) die Verwandten in gerader aufsteigender Linie des Unionsbürgers und des Ehegatten oder des Lebenspartners im Sinne von Buchstabe b, denen von diesen Unterhalt gewährt wird".²⁸

Sofern die sekundärrechtlich präzisierten Nachzugsrechte für drittstaatsangehörige Familienangehörige deutscher Unionsbürger in die Bundesrepublik aus den Grundfreiheitsrechten herrühren, die dem Unionsbürger in den Unionsbürgerrechten und dem dazu ergangenen Sekundärrecht gewährt werden, ist darum die Feststellung des EuGH entscheidend, dass diese Rechte ihre volle Wirkung nicht entfalten können, wenn der Unionsbürger von ihrer Ausübung durch Hindernisse abgehalten werden kann, die in seinem Herkunftsland für die Einreise und den Aufenthalt seiner Familienangehörigen bestehen. Der EuGH hat folgerichtig im Fall Singh entschieden, dass den Familienangehörigen eines Unionsbürgers, der von seinen Grundfreiheitsrechten Gebrauch gemacht hat, gegenüber seinem Herkunftsland zumindest die Einreise- und Aufenthaltsrechte zukommen, die das Gemeinschaftsrecht gewähren würde, wenn der Familienangehörige in einem anderen Mitgliedstaat einreisen und sich dort aufhalten würde.²⁹ Diese Entscheidung des EuGH erging zwar in einem Fall, der das Ehegattenangehörigenverhältnis eines Unionsbürgers betraf.³⁰ Aus dem Sekundärrecht kann allerdings eine Abschichtung von Nachzugsrechten für Familienangehörige auf- und

²⁸ Hierzu Kay Hailbronner, Neue Richtlinie zur Freizügigkeit der Unionsbürger, ZAR 2004, 259 ff. (264).

²⁹ Die Entscheidung des EuGH in dem Vorlageverfahren beinhaltete in ihrem Kern, "daß Art. 52 EWGV und die Richtlinie 73/148/EWG einen Mitgliedstaat verpflichten, dem Ehegatten eines Angehörigen dieses Staates ohne Rücksicht auf seine Staatsangehörigkeit die Einreise in sein Hoheitsgebiet und den Aufenthalt dort zu gestatten, wenn sich der Angehörige dieses Staates mit diesem Ehegatten in das Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats begeben hat, um dort eine unselbständige Tätigkeit i. S. von Art. 48 EWGV auszuüben, und zurückkehrt, um sich im Hoheitsgebiet des Staates, dessen Staatsangehörigkeit er besitzt, i. S. von Artikel 52 EWGV niederzulassen. Der Ehegatte muß zumindest in den Genuß der Rechte kommen, die das Gemeinschaftsrecht ihm gewähren würde, wenn sein Ehegatte in einen anderen Mitgliedstaat einreisen und sich dort aufhalten würde." (EuGH, Singh (Anm. 14), Ziff. 25).

³⁰ Zur diesbezüglichen Umsetzung der Entscheidung in Großbritannien durch den Immigration (European Economic Area) Regulations 2000, in Kraft seit 02.10.2000, Reg. Nr. 2326, dokumentiert unter <http://www.hms.o.gov.uk/si/si2000/20002326.htm>: siehe die Kritik bei David Blundell, The Immigration (European Economic Area) Regulations 2000 and Surinder Singh: A Step in the Wrong Direction, Columbia Journal of European Law 8 (2002), 561 ff. Die Akrich-Entscheidung des EuGH (Anm. 26) erging zu dieser Gesetzgebung. Sie hat hinsichtlich der Motivation für eine Migrationsentscheidung nachdrücklich klargestellt, "dass es für das Recht eines Arbeitnehmers aus einem Mitgliedstaat, in das Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats einzureisen und sich dort aufzuhalten, ohne Belang ist, welche Absichten ihn dazu veranlasst haben, im letztgenannten Mitgliedstaat Arbeit zu suchen, sofern er dort tatsächlich eine echte Tätigkeit ausübt oder ausüben will" (EuGH, Akrich (Anm. 26), Ziff. 55; siehe schon: EuGH, Levin, Rs. 53/81, Slg. 1982, 1035, Ziff. 23).

absteigender Linie nicht hergeleitet werden. Die durch das genannte Sekundärrecht berechtigten Angehörigen partizipieren in je gleichem Maße an den Rechten des Unionsbürgers. Der Grund dafür ist, dass die Nachzugsrechte den Unionsbürgerrechten folgen – und nicht umgekehrt. Mit anderen Worten, das Europarecht stellt es (ggf. unter Finanzierungs- und Krankenversicherungsvorbehalt) in die freie Entscheidung der Unionsbürger, in welcher familiären Lebensgemeinschaft – Groß-, Kleinfamilie, Lebenspartnerschaft etc. – sie die Unionsbürgerrechte ausüben möchten. Funktion des einschlägigen Normkomplexes ist die institutionelle Absicherung lebensweltlicher Entscheidungsräume von Unionsbürgern, im Ergebnis also die Schaffung von politischen Rahmenbedingungen für die größtmögliche Mobilität von Angehörigen der EU-Mitgliedsstaaten unter den Bedingungen individueller – und gerade nicht abstrakt genereller – Entscheidungsautonomie für die konkreten Lebens- und damit auch Familienverhältnisse. Die Unionsbürger sollen an der Wahrnehmung ihrer Freizügigkeitsrechte nicht dadurch gehindert werden, dass die Bewegungsfreiheit ihrer drittstaatsangehörigen Familienmitglieder, deren Unterhalt sie besorgen können und mit denen sie ein Verhältnis gegenseitiger Opferbereitschaft im Familienverbund eingehen möchten, innerhalb der EU eingeschränkt wird.³¹

Diese familienbezogenen Rechte sind letztlich Ausdruck des aus Art. 8 Abs. EMRK fließenden Rechts auf Achtung des Familienlebens, deren Bedeutung der EuGH in den Entscheidungen Carpenter und Akrich auch für den europäischen Rechtsraum gestärkt hat.³² Europäisches Primär- und Sekundärrecht sind nach dieser Rechtsprechung des Gerichtshofes "im Licht des Rechts auf Achtung des Familienlebens in Artikel 8 EMRK auszulegen. Dieses Recht gehört zu den Grundrechten, die nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofes vom Gemeinschaftsrecht anerkannt werden."³³

3.3. Aufenthaltsbegründung des Drittstaatlers in der EU

Sowenig nach europäischem Recht eine Privilegierung einzelner Angehörigengruppen vorgenommen wird, sowenig weist das europäische Recht einer Differenzierung den Weg, die ihren Ausgangspunkt in dem der Ausübung des Nachzugsrechts vorangegangenen Aufenthaltsstatus des nachzugswilligen Familienangehörigen hätte.

In der Entscheidung Akrich hat der EuGH den gemeinschaftsrechtlichen Grundsatz präzisiert, dass die Erteilung der Aufenthaltserlaubnis für Unionsbürger und deren Familienangehörige nicht als rechtsbegründende Handlung zu betrachten ist, sondern als Handlung eines Mitgliedstaats, die dazu

³¹ Alexandra Borrmann, Rechte drittstaatsangehöriger Ehegatten wandernder Unionsbürger, ZAR 2004, 61 ff. (63 f.).

³² EuGH, Akrich (Anm. 26); EuGH, Carpenter (Anm. 24); zur Grundrechtsdogmatik im Rahmen des europäischen Verfassungsrechts generell Jürgen Kühling, Grundrechte, in: Bogdandy (Hrg.), Europäisches Verfassungsrecht, Berlin 2003, 583 ff.

³³ EuGH, Baumbast (Anm. 12), Ziff. 82; EuGH, 249/ 86, Kommission/Deutschland, Slg. 1989, 1263, Ziff. 10.

dient, die individuelle Situation dieser Personen im Hinblick auf die Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts festzustellen. Er hat insbesondere mitgliedstaatlich garantierte Aufenthaltsrechte für drittstaatsangehörige Familienangehörige dergestalt relationiert, dass danach einem drittstaatsangehörigen Familienmitglied, das sich rechtmäßig in einem Mitgliedsstaat der EU aufhält, ebendiese Aufenthaltsrechte auch im Heimatland des betreffenden Unionsbürger erwachsen, sofern dieser den Lebensmittelpunkt seines Familienverbund dorthin verlegt.³⁴ Sofern die Akrich-Entscheidung einen vorherigen rechtmäßigen Aufenthalt des Familienangehörigen in einem Mitgliedsstaat der Union als Voraussetzung des konkret entschiedenen Falls verlangt hat, zeigt schon die unter Bezug auf Artikel 5 der Verordnung Nr. 2317/95 gegebene Begründung des EuGH im Fall MRAX, dass die Rechtmäßigkeit bereits dann anzunehmen ist, wenn die "von einem Mitgliedstaat ausgestellte Genehmigung oder eine von einem Mitgliedstaat getroffene Entscheidung, die für die Einreise in das Hoheitsgebiet dieses Mitgliedstaats erforderlich ist", beachtet worden ist.³⁵ In der Entscheidung MRAX hat der EuGH ferner den wichtigen Schutzstandard implementiert, dass auch "eine Verweigerung der Aufenthaltserlaubnis und erst recht eine Entfernung aus dem Hoheitsgebiet, die ausschließlich darauf gestützt wären, dass der Betroffene gesetzliche Formalitäten in Bezug auf die Ausländerüberwachung nicht erfüllt hat, den Kern des unmittelbar durch das Gemeinschaftsrecht verliehenen Aufenthaltsrechts antasten" würde.³⁶ Nimmt man die grundfreiheitsrelevanten Aspekte des Familienschutzes hinzu, wie sie in der Entscheidung Carpenter betont wurden, so ergibt sich, dass *das* Konstituierungsmerkmal für die Entstehung von Familiennachzugsrechten gegenüber dem Herkunftmitgliedsstaat des Unionsbürgers die Faktizität einer gelebten familiären Lebens- und Beistandsgemeinschaft als Möglichkeitsbedingung der Ausübung der Unionsbürgerrechte ist.³⁷

In der Gesamtschau präzisieren die Kriterien, die insbesondere den Entscheidungen Carpenter, Akrich und MRAX als Voraussetzung für das Nachzugsrecht drittstaatsangehöriger Familienmitglieder deutscher Unionsbürger zu entnehmen sind, damit die vom EuGH in der Entscheidung Singh zum Ausdruck kommenden Grundsätze. Man kann sie wie folgt zusammenfassen: (1) Drittstaatsangehörige Familienmitglieder von Unionsbürgern, die ihre Unionsbürgerrechte ausgeübt haben, ausüben oder auszuüben beabsichtigen, haben in allen Mitgliedsstaaten und damit auch in den Heimatstaaten des jeweiligen Unionsbürgers, dessen familiäre Lebensverhältnisse durch den Nachzug betroffen sind, ein unmittelbar durch das Gemeinschaftsrecht verliehenes Aufenthaltsrecht inne. (2) Dieses Aufenthaltsrecht erwächst durch die Konstituierung einer familiären Lebensgemeinschaft. (3) Regelfallvoraussetzung dafür ist die rechtmäßige Einreise und der rechtmäßige Aufenthalt des Familienmitglieds in einem Mitgliedsstaat der europäischen Gemeinschaft, unabhängig vom konkreten Aufenthaltswort. (4) Sofern die Einreise des Familienmitglieds lediglich gegen

³⁴ EuGH, Akrich (Anm. 26), Ziff. 47 ff.

³⁵ EuGH, MRAX (Anm. 8), Ziff. 69.

³⁶ EuGH, MRAX (Anm. 8), Ziff. 78.

³⁷ EuGH, Carpenter (Anm. 24), Ziff. 36 ff.

gesetzliche Formalitäten in Bezug auf die Ausländerüberwachung verstößt, wäre die Negierung des unionalen Rechts der familiären Lebensgemeinschaft und damit des Nachzugsrechts des Familienangehörigen unverhältnismäßig.

3.4. Unionsrecht als Mindestschutzniveau im Heimatland

Die Möglichkeit zur eigenverantwortlichen Gestaltung der familiären Lebensverhältnisse wird damit vom EuGH in seiner Funktion für die Ausübung der Grundfreiheiten ernst genommen. Die familiäre Selbstbestimmung und Selbstorganisation, so der dahinterliegende Leitgedanke, ist Möglichkeitsbedingung für die Ausübung der Unionsbürgerschaftsrechte. Die Sensibilität hinsichtlich dieser familiären Umweltbedingungen für den europäischen *homo oeconomicus* hat konsequenter- und richtigerweise dazu geführt, dass der EuGH von den Mitgliedstaaten verlangt, dass diese die drittstaatsangehörigen Familienmitglieder ihrer Staatsangehörigen "zumindest in den Genuß der Rechte kommen" lassen müssen, die das Gemeinschaftsrecht ihnen gewähren würde, wenn sie "in einen anderen Mitgliedstaat einreisen und sich dort aufhalten" würden.³⁸

4. Unionsbürgerrechte als Ausgang

Die Anwendung der speziellen Mobilitäts- und Grundfreiheitsrechte setzt einen die Marktbürgerschaft auslösenden Lebenssachverhalt voraus.³⁹ Im Hinblick auf die hier interessierenden Nachzugsrechte von drittstaatsangehörigen Familienmitgliedern genügt dabei eine aktuelle, vorangegangene oder in ernsthafter Absicht und konkret geplante transeuropäische Betätigung des Unionsbürgers, sofern diese im Geltungsbereich der Grundfreiheiten ausgeübt wurde, wird oder werden soll.

Nach der Rechtsprechung des EuGH handelt es sich bei dem Recht der Unionsbürger, in das Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats einzureisen und sich dort aufzuhalten, um einen Anspruch, der sich unmittelbar aus dem EG-Vertrag oder, je nach den Umständen des Falls, aus den zu seiner Durchführung erlassenen Vorschriften ergibt.⁴⁰ In den o.g. Fallgruppen einer bereits praktisch gewordenen unionsbürgerrechtlich relevanten Tätigkeit eines deutschen Unionsbürgers in einem anderen Mitgliedstaat der EU ist die Gewährung von Aufenthaltsrechten für seine Familienmitglieder daher unmittelbare Konsequenz des geschützten Verhaltens. Dieser Schutz dauert auch für den Fall einer Rückkehr des deutschen Unionsbürgers in die Bundesrepublik fort.⁴¹ Ferner finden die Bestimmungen des Vertrages über den freien Dienstleistungsverkehr

³⁸ EuGH, Singh (Anm. 14), Ziff. 25.

³⁹ Zur Schutzbereichsdogmatik im europäischen System der Grundfreiheiten: Ulrich Becker, in: Schwarze (Hrg.), EU-Kommentar, Baden-Baden 2000, Art. 28 EGV, Rdn. 9 f.

⁴⁰ Siehe schon EuGH, 48/75, Royer, Slg. 1976, 497, Ziff. 31.

⁴¹ EuGH, Singh (Anm. 14) und Akrich (Anm. 26).

und die zu ihrer Durchführung erlassenen Vorschriften zwar keine Anwendung auf Sachverhalte, die keinerlei Anknüpfungspunkt zu irgendeinem der vom Gemeinschaftsrecht erfassten Sachverhalte aufweisen.⁴² Der Gerichtshof hat jedoch wiederholt entschieden, dass sich auch ein Leistungserbringer gegenüber dem Staat, in dem er ansässig ist, auf die Unionsbürgerrechte berufen kann, sofern durch den Unionsbürger bspw. Leistungen an Leistungsempfänger erbracht werden, die in einem anderen Mitgliedstaat ansässig sind.⁴³ Soweit in einem solchen Sinne deutsche Unionsbürger grundfreiheitsrelevante Tätigkeiten ausüben, ohne von ihrem Aufenthaltsrecht in einem anderen Mitgliedstaat der EU Gebrauch gemacht zu haben, fallen sie in den Schutzbereich der Grundfreiheitsrechte. Die grundfreiheitsrelevantes Verhalten ermöglichenden Aufenthaltsrechte für Familienmitglieder folgen diesen Unionsbürgerrechten. Drittstaatsangehörige Familienmitglieder von Unionsbürgern erwerben darum, wenn die oben genannten Bedingungen für die Konstituierung einer familiären Lebensgemeinschaft erfüllt sind, ein Aufenthaltsrecht auch gegen den Herkunftsheimatstaat des Unionsbürgers.⁴⁴ Das gilt auch für diejenigen deutschen Unionsbürger, die zwar seit ihrer Geburt in der Bundesrepublik ansässig sind, jedoch zugleich die Staatsangehörigkeit eines weiteren Mitgliedsstaates der EU besitzen. Auch in diesem Fall sind die Vertragsbestimmungen über die jedem Unionsbürger zuerkannte Freiheit, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten zu bewegen und aufzuhalten betroffen,⁴⁵ da es, wie der EuGH zuletzt in der Rechtssache García Avello entschieden hat, nicht Sache eines Mitgliedstaats ist, die Wirkungen der Verleihung der Staatsangehörigkeit eines anderen Mitgliedstaats dadurch zu beschränken, dass er eine zusätzliche Voraussetzung für die Anerkennung dieser Staatsangehörigkeit im Hinblick auf die Ausübung der im Vertrag vorgesehenen Grundfreiheiten verlangt.⁴⁶

Deutsche Unionsbürger können sich demnach für die Aufenthaltsrechtsbegründung ihrer drittstaatsangehörigen Familienmitglieder dann auf europäisches Sekundär- und Primärrecht berufen, wenn sie unionsbürgerrechtlich relevante Tätigkeiten ausgeübt haben bzw. ausüben. Das gleiche gilt, wenn die Unionsbürger ernsthaft und dokumentierbar eine solche Tätigkeit planen. In den Fallkonstellationen

1. deutscher Unionsbürger, die nach der Ausübung ihrer Unionsbürgerrechte ins Bundesgebiet zurückkehren,
2. deutscher Unionsbürger, die von der Bundesrepublik aus von ihren Unionsbürgerrechten Gebrauch machen,
3. deutscher Unionsbürger, die ernsthaft planen, von ihren Unionsbürgerrechten Gebrauch machen und
4. deutscher Unionsbürger, die zugleich die Staatsangehörigkeit eines anderen EU-Mitgliedstaates besitzen,

⁴² EuGH, C-97/98, Jägerskiöld, Slg. 1999, I-7319, Ziff. 42 bis 45.

⁴³ EuGH, C-384/93, Alpine Investments, Slg. 1995, I-1141, Ziff. 30.

⁴⁴ EuGH, Carpenter (Anm. 24), Ziff. 38 ff.

⁴⁵ EuGH, C-135/99, Elsen, Slg. 2000, I-10409, Ziff. 33.

⁴⁶ EuGH, C-148/02, García Avello, Slg. 2003, I-11613, Ziff. 28, unter Berufung auf EuGH, C-369/90, Micheletti u. a., Slg. 1992, I-4239, Ziff. 10.

folgt die Anwendung der unionsrechtlich vorgesehenen Nachzugsmöglichkeiten auf drittstaatsangehörige Familienangehörige deutscher Unionsbürger in der Bundesrepublik nicht dem Gedanken einer Vermeidung von Inländerdiskriminierung sondern vielmehr der Regel, dass drittstaatsangehörige Familienangehörige deutscher Unionsbürger, die von ihren Unionsbürgerrechten in der Europäischen Gemeinschaft Gebrauch machen, mit drittstaatsangehörigen Familienangehörigen freizügigkeitsberechtigter EU-Ausländer aufenthaltsrechtlich gleichzustellen sind, um die Rechte der Unionsbürger nicht zu untergraben.⁴⁷ Dies entspricht dem allgemein anerkannten Grundsatz, dass sich Unionsbürger gegenüber ihrem Herkunftsmitgliedstaat dann auf die Grundfreiheiten berufen können, wenn dieser sie daran hindern will, von ihnen Gebrauch zu machen.⁴⁸

5. Fazit: Unmittelbare Geltung des Unionsrechts

Da dem Europäischen Gemeinschaftsrecht ein grundsätzlicher Anwendungsvorrang vor dem deutschen Freizügigkeitsgesetz zukommt, sofern das nationale Recht keine günstigeren Regelungen enthält, sind die Verordnungen des Rates und der Kommission verbindlich und unmittelbar in jedem Mitgliedstaat anzuwenden (Art. 249 EGV). Gleiches gilt für die Richtlinien, die nicht oder nicht ausreichend in innerstaatliches Recht umgesetzt worden sind, nach Ablauf der Umsetzungsfrist und unter der Voraussetzung, dass sie unbedingt und hinreichend genau bestimmt sind.⁴⁹

Indem das FreizügG/EU seinen Anwendungsbereich auf Unionsbürger anderer Mitgliedstaaten beschränkt, bleibt es hinter den europäischen Rechtsgarantien zurück. Nach europäischem Recht, so wie es vom EuGH präzisiert und für unmittelbar anwendbar erklärt wurde, ist ein Nachzug drittstaatsangehöriger Familienmitglieder deutscher Unionsbürger in die Bundesrepublik unabhängig von den restriktiven Voraussetzungen des Aufenthaltsgesetzes unter den o.g. Bedingungen möglich. Diesbezüglich wird das nationale Recht europarechtskonform auszugestaltet sein. Aufgrund der eindeutigen Legaldefinition von § 1 FreizügG/EU, der unter den Begriff 'Unionsbürger' lediglich 'Staatsangehörige anderer Mitgliedstaaten der Europäischen Union' fasst, kommt eine richtlinienkonforme Auslegung⁵⁰ nicht in Frage. Vielmehr ist §

⁴⁷ EuGH, Carpenter (Anm. 24), Ziff. 38 ff., Singh (Anm. 14) und Akrich (Anm. 26); siehe auch: Renner, (Anm. 22), 793 ff.; Ralph Göbel-Zimmermann, Völker-, verfassungs- und ausländerrechtliche Rahmenbedingungen des Familiennachzuges, ZAR 1995, 181; siehe ferner das *argumentum e contrario* in Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg, 11. Senat, Beschluss vom 9. März 2004, Az. 11 S 1518/03.

⁴⁸ EuGH, Rs. 175/78, Saunders, Slg. 1979, 1129, Rdn. 11; Rs. C-112/91, Werner, Slg. 1993, I-429, Rdn. 17, verb. Rs. C-64/96 und C-65/96, Uecker, Slg. 1997, I-3171, Rdn. 23; hierzu: Stefan Kadelbach, Unionsbürgerschaft, in: Bogdandy (Hrg.), Europäisches Verfassungsrecht, Berlin 2003, 539 ff. (551).

⁴⁹ So auch der für drittstaatsangehörige Familienmitglieder deutscher Staatsangehöriger unmittelbar einschlägige Hinweis bei BMI (Anm. 13), Ziff. B.1.1.2.

⁵⁰ Zu deren Voraussetzungen bspw. EuGH, von Colson und Kamann, Rs. 14/83, Slg. 1984, 1891 ff.

1 FreizügG/EU dergestalt zu ändern,⁵¹ dass der Anwendungsbereich des FreizügG/EU nicht, wie es in der aktuell geltenden Fassung heißt, auf "die Einreise und den Aufenthalt von Staatsangehörigen anderer Mitgliedstaaten der Europäischen Union (Unionsbürger) und ihrer Familienangehörigen" beschränkt wird. Der Anwendungsbereich des FreizügG/EU ist vielmehr zu erweitern auf "die Einreise und den Aufenthalt von Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten der Europäischen Union (Unionsbürger), sofern sie nicht die deutsche Staatsangehörigkeit besitzen, und den Familienangehörigen von Unionsbürgern". Hinsichtlich letzterer bietet sich zur Vermeidung von Unklarheiten der Zusatz "ungeachtet ihrer Staatsangehörigkeit" an.

Bis zu dieser Klarstellung können sich deutsche Unionsbürger und ihre drittstaatsangehörigen Familienangehörigen, sofern sie Nachzugsrechte in die Bundesrepublik geltend machen und soweit sie als Unionsbürger Tätigkeiten ausgeübt haben, ausüben oder konkret auszuüben beabsichtigen, die in den Anwendungsbereich der europäischen Grundfreiheiten fallen und einen Bezug zur Unionsbürgerschaft aufweisen, unmittelbar auf die in diesen Fragen hinreichend bestimmten Normen des EU-Rechts berufen.

⁵¹ Nach der Rechtsprechung des EuGH ist von einer europarechtskonformen Umsetzung nur dann auszugehen, wenn der Gesetzgeber "tatsächlich die vollständige Anwendung der Richtlinie in so klarer und bestimmter Weise gewährleistet, daß - soweit die Richtlinie Ansprüche des einzelnen begründen soll - die Begünstigten in der Lage sind, von allen ihren Rechten Kenntnis zu erlangen und diese gegebenenfalls vor den nationalen Gerichten geltend zu machen". Andernfalls ist der Gesetzgeber zur Klarstellung verpflichtet, siehe nur EuGH, Rs. C-361/88, Kommission/Bundesrepublik Deutschland, Slg. 1991 I-2596, EuZW 1991, 440 ff., Ziff. 15.