

Zeitschrift für

**EUROPARECHT** 

**INT. PRIVATRECHT &**

**RECHTSVERGLEICHUNG**

Redaktion **Helmut Ofner** (Chefredakteur), **Alina Lengauer**

Wissenschaftlicher Beirat **Hans Hoyer**, **Michael Schweitzer**,

**Willibald Posch**, **Manfred Straube**

Begründet von **Fritz Schwind**

Dezember 2014

**06**

241 – 284

Europarecht

**Zur primärrechtlichen Herleitung  
eines derivativen Aufenthaltsrechts  
drittstaatsangehöriger  
Familienmitglieder**

*Arne-Patrik Heinze/Max Bärnreuther* ➔ 244

**Union Aktuell** *Alina Lengauer* ➔ 249

Internationales Privatrecht/Rechtsvergleichung

**Das chinesische Vertragsrecht –  
Bestandsaufnahme und  
Entwicklungsperspektive** *Yuanshi Bu* ➔ 261

**Verursachung und  
Haftungsbegrenzung in der  
Vertragshaftung in Österreich  
und Frankreich** *Karl Wörle* ➔ 275

Rechtsprechung

**EuGH** ➔ 258

**Internationales Privatrecht** ➔ 281

# Zur primärrechtlichen Herleitung eines derivativen Aufenthaltsrechts drittstaatsangehöriger Familienmitglieder

## Analyse, Kritik und Alternativen zur sogenannten Kernbereichsrechtsprechung des EuGH

ZfRV 2014/28  
 Art 20, 21 AEUV;  
 Art 7 EU-GR-Charta;  
 Art 8 Abs 1 EMRK  
 derivatives  
 Aufenthaltsrecht  
 drittstaats-  
 angehöriger  
 Familien-  
 mitglieder;  
 Anknüpfungspunkt;  
 Kernbereichs-  
 rechtsprechung  
 des EuGH;  
 Unionsbürger-  
 status;  
 Recht auf  
 Achtung des  
 Privat- und  
 Familienlebens;  
 allgemeines  
 Freizügigkeits-  
 recht

Nach einer Darstellung denkbarer Anknüpfungspunkte zur primärrechtlichen Herleitung eines Aufenthaltsrechts drittstaatsangehöriger Familienmitglieder wird die bisherige Entwicklung der sogenannten Kernbereichsrechtsprechung analysiert und einer kritischen Untersuchung unterzogen, um schließlich bestehende Alternativwege aufzuzeigen und diese bezüglich ihres Mehrwerts für den Rechtsanwender zu überprüfen.

Von Arne-Patrik Heinze und Max Bärnreuther

### Inhaltsübersicht:

- A. Anknüpfungspunkte zur primärrechtlichen Herleitung eines Aufenthaltsrechts drittstaatsangehöriger Familienmitglieder
  1. Originäres Aufenthaltsrecht des Drittstaatsangehörigen
  2. Derivatives Aufenthaltsrecht des Drittstaatsangehörigen
  3. Notwendigkeit der Anwesenheit eines drittstaatsangehörigen Familienmitglieds zur Verwirklichung eines dem Unionsbürger zugesprochenen Rechts
- B. Analyse der bisherigen Entwicklung der sogenannten Kernbereichsrechtsprechung
  1. Geburtsstunde des Kernbereichs – der Fall *Ruiz Zambrano*
  2. Präzisierung durch Negation – die Fälle *McCarthy*, *Dereci*, *Iida* und *Ymeraga*
- C. Kritische Untersuchung der sogenannten Kernbereichsrechtsprechung
  1. Fehlen einer präzisierenden Definition des De-facto-Zwangs
  2. Angreifbarkeit des entwickelten Case Law
- D. Alternativen
  1. Grund- und Menschenrechte
  2. Das allgemeine Freizügigkeitsrecht aus Art 21 AEUV

### A. Anknüpfungspunkte zur primärrechtlichen Herleitung eines Aufenthaltsrechts drittstaatsangehöriger Familienmitglieder

Der Frage nach einem derivativen Aufenthaltsrecht drittstaatsangehöriger Familienmitglieder liegt bei vereinfachter Betrachtung stets der gleiche Sachverhalt zugrunde: Die einem Drittstaat angehörenden Familienmitglieder eines sich auf dem Gebiet der Europä-

ischen Union aufhaltenden Unionsbürgers iSd Art 20 Abs 1 Satz 2 AEUV möchten zwecks Familienzuführung in die Union einreisen sowie dort dauerhaft verweilen und begehren somit ein Aufenthaltsrecht.<sup>1)</sup>

Ein solches kann dem Drittstaatsangehörigen entweder originär zugesprochen werden oder sich derivativ aus einem Recht des Unionsbürgers ergeben.

#### 1. Originäres Aufenthaltsrecht des Drittstaatsangehörigen

Ein Rechtssatz, welcher dem Drittstaatsangehörigen das Aufenthaltsrecht zuspricht, könnte wie folgt lauten: „Drittstaatsangehörige Familienmitglieder eines Unionsbürgers iSd Art 20 Abs 1 Satz 2 AEUV haben das Recht, sich zum Zweck der Familienzusammenführung in demjenigen Mitgliedstaat der Union aufzuhalten, in dem der verwandte Unionsbürger sich gegenwärtig aufhält.“ Er wäre unmittelbar an den Drittstaatsangehörigen adressiert, so dass das Aufenthaltsrecht originär in seiner Person entstünde. Ein solcher Rechtssatz existiert im Primärrecht jedoch nicht.

#### 2. Derivatives Aufenthaltsrecht des Drittstaatsangehörigen

Aus dem Primärrecht ergibt sich jedoch die Möglichkeit, ein Aufenthaltsrecht zugunsten des Drittstaatsangehörigen aus Rechten des Unionsbürgers abzuleiten. Ein entsprechender Rechtssatz kann wie folgt lauten: „Ein Unionsbürger iSd Art 20 Abs 1 Satz 2 AEUV hat das Recht, zusammen mit seinen Familienmitgliedern auf dem Territorium der Mitgliedstaaten der Europäischen Union zu leben, soweit ihm ein Getrennt-

1) Zu einer ersten Einführung in die der Problematik zugrundeliegenden Sachverhalte siehe beispielhaft *Streinz*, Europarecht Rn 988 und 989.

leben unzumutbar ist.“ Im Zentrum dieses Rechtssatzes steht der Unionsbürger. Ihm wird ein Recht zugesprochen. Dieses führt aber zwangsläufig zu einem Aufenthaltsrecht des Familienmitglieds: Wenn der Unionsbürger ein Recht hat, mit seinen Familienangehörigen auf dem Unionsgebiet zu leben, kann dieses nur verwirklicht werden, wenn diese sich dort aufhalten dürfen. Der Drittstaatsangehörige profitiert also von der für den Unionsbürger bestehenden Unzumutbarkeit der alleinigen Ausübung eines ihm zugesprochenen Rechts in Form des Aufenthaltsrechts des Unionsbürgers in der Europäischen Union. Es handelt sich somit um ein abgeleitetes Aufenthaltsrecht.

Der Mechanismus, der nicht nur aufgrund des Art 20 AEUV, sondern auch aufgrund des Art 21 AEUV sowie der Grundrechte der Grundrechtecharta der Europäischen Union – diese ist gem Art 6 Abs 1 HS 2 EUV mit den Verträgen gleichrangig – entwickelt werden kann, funktioniert also folgendermaßen: Aus einem Recht eines Unionsbürgers, zu dessen Verwirklichung die Anwesenheit eines drittstaatsangehörigen Familienmitglieds im Unionsgebiet erforderlich ist, ergibt sich zwingend ein derivatives Aufenthaltsrecht dieses drittstaatsangehörigen Familienmitglieds.

Während die Rechtsfolge des Entstehens eines derivativen Aufenthaltsrechts für den Anwender klar ist, ergeben sich bezüglich der Tatbestandsmerkmale des Bestehens eines Rechts des Unionsbürgers und der Notwendigkeit der Anwesenheit eines drittstaatsangehörigen Familienmitglieds auf dem Unionsgebiet zur Verwirklichung desselben Probleme mit darauffolgenden Fragen.

#### a) Recht des Unionsbürgers

Wie muss das Recht des Unionsbürgers formuliert sein? Genauer: Muss in dem Rechtssatz wie in dem obigen ausdrücklich Bezug auf das drittstaatsangehörige Familienmitglied genommen werden oder kann er auch allgemeiner formuliert sein? Noch genauer: Würde der Rechtssatz „Ein Unionsbürger iSd Art 20 Abs 1 Satz 2 AEUV hat das Recht, sich auf dem Territorium der Mitgliedstaaten der Europäischen Union aufzuhalten“ schon genügen, um den Mechanismus auszulösen, durch den das derivative Aufenthaltsrecht des drittstaatsangehörigen Familienmitglieds generiert wird? Im Ergebnis: Wie umfangreich müssen der Tatbestand und die Rechtsfolge im Primärrecht bestimmt sein und in welchem Umfang darf der Rechtsanwender eine Norm durch Auslegung ergänzen? Um die Breite des Antwortspektrums zu dieser Frage zu verdeutlichen, ist auf zwei unterschiedliche Unionsrechtsanwender abzustellen: Der Erste ist in seinem Auslegungsspielraum des Rechtssatzes stark begrenzt, während dem Zweiten ein weiter Auslegungsspielraum zugestanden wird.

#### b) Der in seiner Auslegung begrenzte Unionsrechtsanwender

Der in seiner Auslegung begrenzte Unionsrechtsanwender wird zu dem verkürzten, nicht auf das Familienmitglied verweisenden Rechtssatz in der eingangs erörterten Konstellation erklären: Es besteht das Recht des Unionsbürgers, sich auf dem Unionsgebiet aufzuhalten, ohne dass eine erweiterte Auslegung erfolgt.

Dass der Unionsbürger sein Recht aufgrund familiärer Verbundenheit oder sozialer Bedürftigkeit faktisch nur wahrnehmen kann, wenn seine Familie dort mit ihm lebt, ist hierbei irrelevant.

#### c) Der in seiner Auslegung freie Unionsrechtsanwender

Der in seiner Auslegung freie Unionsrechtsanwender wird argumentieren: Der Primärrechtsgesetzgeber schuf das Aufenthaltsrecht des Unionsbürgers. Dass dieses nur deklaratorischer Natur sein soll, ist nicht ersichtlich. Ihm soll vielmehr ein normativ aktualisierbarer Inhalt zukommen. Ein solcher Inhalt ist aber bei einem mit seiner drittstaatsangehörigen Familie eng verbundenen, auf diese angewiesenen Unionsbürger nur gegeben, wenn diese mit ihm auf dem Unionsgebiet leben darf. Schlussfolgerung: Die Familie muss ein derivatives Aufenthaltsrecht haben.

Der EuGH geht grundsätzlich von einem in seiner Auslegung des Primärrechts freien Rechtsanwender aus, lässt somit auch hochgradig abstrakte Rechtssätze als Grundlage für den Mechanismus eines derivativen Aufenthaltsrechts genügen und wird seine bisherige Rechtsprechung voraussichtlich auf die Problematik der Drittstaatsangehörigkeit der Familienmitglieder übertragen. Namentlich wird auf die Grundrechte der Charta,<sup>2)</sup> Art 21 AEUV<sup>3)</sup> und den in Art 20 Abs 1 AEUV verankerten Gedanken der Unionsbürgerschaft<sup>4)</sup> verwiesen werden.

### 3. Notwendigkeit der Anwesenheit eines drittstaatsangehörigen Familienmitglieds zur Verwirklichung eines dem Unionsbürger zugesprochenen Rechts

Die zweite Voraussetzung ist unbestimmt: Wann ist die Anwesenheit des drittstaatsangehörigen Familienmitglieds zur Verwirklichung eines dem Unionsbürger zugesprochenen Rechts „notwendig“?

Auf diese Fragen kann mittels des angelsächsischen Case-Laws oder aber eines abstrakten Rechtssatzes geantwortet werden.

Beim ersten Ansatz mangelt es möglicherweise an der Regelungsdichte und es besteht die Ungewissheit der Verallgemeinerungsfähigkeit einer Einzelkonstellation, während bei der Verwendung eines abstrakten Rechtssatzes erneut unbestimmte Tatbestandsmerkmale zur Definition des Adjektivs „notwendig“ aufgestellt werden.

Der EuGH wird voraussichtlich mit einer Mischung beider Möglichkeiten aufwarten und sich damit den Vor- und Nachteilen beider Varianten aussetzen: Er wird im Cas-par-cas antworten und währenddessen einen verallgemeinerten Rechtssatz aufstellen. →

2) So bspw in EuGH 5. 5. 2011, C-434/09; EuGH 15. 11. 2011, C-256/11; EuGH 8. 11. 2012, C-40/11.

3) Nicht ausschließlich aber insb in EuGH 19. 10. 2004, C-200/02, *Zhu/Chen*.

4) Beginnend mit EuGH 8. 3. 2011, C-34/09.

## B. Analyse der bisherigen Entwicklung der sogenannten Kernbereichsrechtsprechung

Dieser Rechtssatz wird vom EuGH aus dem in Art 20 Abs 1 AEUV verankerten Gedanken der Unionsbürgerschaft in der sogenannten Kernbereichs- bzw Kernbestandsrechtsprechung entwickelt und nach und nach präzisiert.

Dabei ist durch *Ruiz Zambrano*<sup>5)</sup> die Geburtsstunde des Kernbereichs<sup>6)</sup> markiert worden, während durch *McCarthy*,<sup>7)</sup> *Dereci*,<sup>8)</sup> *Iida*<sup>9)</sup> und *Ymeraga*<sup>10)</sup> seine genauere Reichweite beschrieben wird, indem er für bestimmte Konstellationen abgelehnt wird.

### 1. Geburtsstunde des Kernbereichs – der Fall *Ruiz Zambrano*

In *Ruiz Zambrano* ist der Kernbereich geschaffen worden: Einem drittstaatsangehörigen Vater wurde ein derivatives Aufenthaltsrecht zugesprochen, da anderenfalls der Kernbereich der mit der Unionsbürgerschaft des Kindes verbundenen Rechte verletzt werden würde.

Die Argumentation des EuGH lautet wie folgt: Art 20 AEUV stünde allen nationalen Maßnahmen entgegen, durch die bewirkt würde, dass den Unionsbürgern „der tatsächliche Genuss des Kernbestands der Rechte, die ihnen der Unionsbürgerstatus verleiht, verwehrt wird“.<sup>11)</sup> Der Kernbestand der Rechte wird wiederum verwehrt, wenn „sich der Unionsbürger de facto gezwungen sieht, nicht nur das Gebiet des Mitgliedstaats, dem er angehört, zu verlassen, sondern das Gebiet der Union als Ganzes“.<sup>12)</sup> Im Rahmen eines auf sich gestellten, minderjährigen Unionsbürgers – wie *Ruiz Zambrano* – nahm der EuGH einen solchen De-facto-Zwang und damit automatisch das derivative Aufenthaltsrecht des Vaters an.<sup>13)</sup>

Der Mechanismus, durch den das derivative Aufenthaltsrecht generiert wird, lautet nach *Ruiz Zambrano* zusammengefasst wie folgt: Ein derivatives Aufenthaltsrecht besteht, wenn andernfalls der Kernbereich der Unionsbürgerschaft des Kindes verletzt würde. Der Kernbereich ist wiederum verletzt, wenn sich der Unionsbürger in einer Situation befindet, in der er nicht rechtlich, jedoch faktisch gezwungen ist, das Unionsgebiet insgesamt zu verlassen.<sup>14)</sup>

Durch die Anschlussfrage, wann ein Unionsbürger faktisch zum Verlassen des Unionsgebiets gezwungen ist, wird offenbart, dass die vom EuGH aufgestellte Formel einer Präzisierung bedarf. Diese erfolgte zumindest partiell durch die Folgerechtsprechung.

### 2. Präzisierung durch Negation – die Fälle *McCarthy*, *Dereci*, *Iida* und *Ymeraga*

Ein neuer Rechtssatz, durch den der Terminus des De-facto-Zwangs präzisiert wird, wurde durch diese Folgerechtsprechung nicht geschaffen. Vielmehr wurden seine Koordinaten in einem Case-by-case-Ansatz präzisiert, sodass eine zumindest steckbriefartige Kenntnis der Fakten erforderlich ist.

#### a) *McCarthy* – kein De-facto-Zwang beim Fehlen eines zum Kernbestand gehörenden Rechts

Frau *McCarthy*, eine irisch-britische Staatsbürgerin, die sich zeitlebens in Großbritannien aufhielt, stellte für ihren jamaikanischen, also drittstaatsangehörigen, Ehemann im Vereinigten Königreich einen Antrag auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach dem Unionsrecht.

Nachdem der EuGH ein Aufenthaltsrecht auf der Basis des Art 3 Abs 1 RL 2004/38 mangels grenzüberschreitenden Bezugs in der Person der Frau *McCarthy* abgelehnt hat,<sup>15)</sup> widmet er sich Art 20 Abs 1 AEUV iVm dem Kernbereich: „Als Staatsangehörige mindestens eines Mitgliedsstaats genießt eine Person wie Frau *McCarthy* den Unionsbürgerstatus gem Art 20 Abs 1 AEUV und kann sich daher auch gegenüber ihrem Herkunftsmitgliedstaat auf die mit diesem Status verbundenen Rechte berufen, insbesondere auf das Recht aus Art 21 AEUV, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten.“<sup>16)</sup> Da es jedoch nach der Auffassung des EuGH an dem für das allgemeine Freizügigkeitsrecht erforderlichen grenzüberschreitenden Bezug fehlt, besteht bereits kein allgemeines Freizügigkeitsrecht iSd Art 21 Abs 1 AEUV.<sup>17)</sup> Ein nicht existentes Recht kann aber nicht zum Kernbestand der Rechte, die durch den Status der Unionsbürgerschaft verliehen werden, gehören. Ein nicht existenter Teil des Kernbestandes kann wiederum nicht durch einen De-facto-Zwang zum Verlassen des Unionsgebiets verwehrt werden, sodass auch kein derivatives Aufenthaltsrecht zugunsten des Ehemannes ausgelöst werden kann.<sup>18)</sup>

Das bedeutet, dass im Fall *McCarthy* bereits kein zum Kernbestand gehörendes Recht des Unionsbürgers, das durch die Verweigerung der Zureise eines Dritten verletzt werden könnte, bestand. Eine Aussage zum Begriff des De-facto-Zwangs zum Verlassen des Hoheitsgebiets ist somit nicht notwendig und unterbleibt deshalb.

#### b) *Dereci* – kein De-facto-Zwang zum Verlassen des Unionsgebiets bei lediglich wünschenswertem gemeinsamem Aufenthalt

Die Folgeentscheidung *Dereci* lässt Zweifel daran aufkommen, ob der EuGH wie in *McCarthy* tatsächlich

5) EuGH 8. 3. 2011, C-34/09.

6) Die Entwicklung des Kernbestands in den Kontext der dynamischen Auslegung der Unionsbürgerschaft als „grundlegenden Status“ stellend s *Hailbronner/Thym*, NJW 2011, 2008.

7) EuGH 5. 5. 2011, C-434/09.

8) EuGH 15. 11. 2012, C-256/11.

9) EuGH 8. 11. 2012, C-40/11.

10) EuGH 8. 5. 2013, C-87/12.

11) EuGH 8. 3. 2011, C-34/09 Rn 42.

12) So bereits kasuistisch angedeutet in EuGH 8. 3. 2011, C-34/09 Rn 44, 45 und später EuGH 15. 11. 2011, C-256/11 Rn 66 ausdrücklich verallgemeinert formuliert.

13) Die Argumentationslinie des EuGH kurz skizzierend s *Streinz*, aaO Rn 990.

14) Die ausländerrechtlichen Folgen dieses Befundes genauer beschreibend s *Huber*, NVwZ 2011, 856.

15) Zum sekundärrechtlichen Aufenthaltsrecht von Familienmitgliedern s *Fischer-Lescano*, ZAR 2005, 288 ff.

16) EuGH 5. 5. 2011, C-434/09 Rn 48.

17) Zur Beschränkung des Schutzbereiches des allgemeinen Freizügigkeitsrechts aus Art 21 AEUV auf grenzüberschreitende Sachverhalte s *Frenz*, ZAR 2011, 211.

18) Das Urteil *Zambrano* in einer Falllösung kurz zusammenfassend: *Streinz*, aaO Rn 991.



stets ein konkretes Recht jenseits der Voraussetzungen des Art 20 AEUV fordert, das dem Kernbestand zuzuordnen sein muss, oder ob er ein solches aus dem Gedanken der Unionsbürgerschaft, also aus Art 20 AEUV, ableitet und als Bestandteil des Kernbereichs genügen lässt:

„Die Lage eines Unionsbürgers, der [...] vom Recht auf Freizügigkeit keinen Gebrauch gemacht hat, kann jedoch nicht allein aus diesem Grund einer rein internen Situation gleichgestellt werden. Der Gerichtshof hat nämlich mehrfach hervorgehoben, dass der Unionsbürgerstatus dazu bestimmt ist, der grundlegende Status der Angehörigen der Mitgliedstaaten zu sein.“<sup>19)</sup>

Eine Auslegung der Verträge sollte restriktiv erfolgen, weil die begrenzte Übertragung der Hoheitsgewalt auf die Europäische Union sowie eine ultra-vires-Begrenzung zu bedenken sind.

Einerseits kann die benannte Passage dahingehend ausgelegt werden, dass ein konkretes Recht wie zum Beispiel in Form des „Recht(s) auf Freizügigkeit“ weiterhin erforderlich sei und nur dessen Voraussetzungen – bei der Freizügigkeit der grenzüberschreitende Bezug aus Art 21 AEUV – durch die Wirkung des Unionsbürgerstatus derart aufgeweicht werden, dass trotz Nichtgebrauchs des Rechts auf Freizügigkeit ein grenzüberschreitender Bezug gegeben wäre. Andererseits wird Art 21 AEUV ohne grenzüberschreitenden Bezug zu einer anderen Norm umgestaltet, denn der EuGH verzichtet auf das Erfordernis eines ausdrücklich kodifizierten Rechts und gestaltet ein neues Recht der Freizügigkeit ohne grenzüberschreitendes Element, das aus der in Art 20 Abs 1 AEUV verankerten Unionsbürgerschaft selbst erwachsen und gleichzeitig als Teil des verletzbaren Kernbestands der unionbürgerrechtlichen Rechte als Katalysator eines derivativen Aufenthaltsrechts fungieren kann.<sup>20)</sup>

Der EuGH lehnt eine Verwehrung desgleichen durch einen de facto bestehenden Zwang zum Verlassen des Unionsgebiets bei lediglich aus wirtschaftlichen Gründen oder zum Zwecke der Familienzusammenführung wünschenswertem gemeinsamen Aufenthalt im Unionsgebiet jedenfalls ab.<sup>21)</sup>

Konträr zur Entscheidung *McCarthy* ist das zum Kernbestand gehörende Recht gegeben. Eine Präzisierung des De-facto-Zwangs erfolgt insofern, als ein lediglich wünschenswertes Zusammenleben nicht genügt, um einen solchen Zwang bei der Verweigerung der Zureise anzunehmen.

#### c) *Iida* – kein De-facto-Zwang zum Verlassen des Unionsgebiets bei in einem anderen Mitgliedstaat lebenden Vater mit der Möglichkeit eines nationalen Aufenthaltsrechts

Im Fall *Iida* beantragte der japanische Vater eines die deutsche Staatsbürgerschaft innehabenden und in der BRÖ lebenden Kindes in der BRD ein Aufenthaltsrecht aus dem Unionsrecht. Dabei hatte er die Möglichkeit, ein nationales Aufenthaltsrecht wahrzunehmen.

Nachdem der EuGH auf das Bestehen eines nationalen Aufenthaltsrechts verwies, folgert er: „Daher kann nicht mit Erfolg geltend gemacht werden, dass [...] der

Tochter [...] von Herrn Iida der tatsächliche Genuss des Kernbestands der mit ihrem Unionsbürgerstatus verbundenen Rechte verwehrt oder die Ausübung des Rechts, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, behindert werden könnte.“<sup>22)</sup>

Unabhängig davon, ob ein zum Kernbestand der Rechte der Tochter gehörendes Recht bei Ausweisung des Vaters aus dem Unionsgebiet verwehrt, diese also faktisch zum Verlassen der Mitgliedstaaten gezwungen werden würde, hat der Vater ein nationales Aufenthaltsrecht, durch dessen Wahrnehmung durch den Vater die Rechte der Tochter gewahrt werden können.

Als allgemeiner Grundsatz ergibt sich: Durch die dem Drittstaatsangehörigen offenstehende Möglichkeit, ein nationales Aufenthaltsrecht wahrzunehmen und dadurch eine Verwehrung des Kernbestandes der Rechte des Unionsbürgers abzuwenden, wird ein unionsrechtliches Aufenthaltsrecht ausgeschlossen.

#### d) *Ymeraga* – kein De-facto-Zwang zum Verlassen des Unionsgebiets bei lediglich erstrebter Familienzusammenführung

In der Entscheidung *Ymeraga* wird ähnlich wie *Dereci* betont, dass nur „ganz besondere Fälle“<sup>23)</sup> den Unionsbürger de facto zum Verlassen des Unionsgebiets zwingen, sodass ein derivatives Aufenthaltsrecht zugunsten eines Dritten ausgelöst wird. Ein derartiger ganz besonderer Fall sei bei einer lediglich wünschenswerten Familienzusammenführung nicht gegeben.

#### e) Reichweite der erfolgten Präzisierung

In den beschriebenen vier Konstellationen erfolgt eine Präzisierung. Nachteilig ist es allerdings, dass die Präzisierung negativ vorgenommen wird: Der EuGH urteilt, dass die beschriebenen Sachverhalte nicht zum Kernbestand gehören, jedoch wird nicht klargestellt, welche Konstellationen dem Kernbestand positiv zuzuordnen sind. Eine Präzisierung ist des Aufstellens genauerer Maßstäbe für einen De-facto-Zwang zum Verlassen des Unionsgebiets bleibt somit aus.

### C. Kritische Untersuchung der sogenannten Kernbereichsrechtsprechung

Damit bestehen bezüglich der Kernbereichsrechtsprechung zwei Kritikpunkte:

Erstens kann der nicht näher präzierte Begriff des De-facto-Zwangs zum Verlassen des Unionsgebiets vom Rechtsanwender nahezu beliebig gefüllt werden.

Zweitens und daraus folgend: Dadurch, dass der EuGH den De-facto-Zwang nicht anhand eines allgemeinen Rechtssatzes präzisiert, sondern nur ein Caspar-cas zur Verfügung stellt, macht er sich insofern an-

19) EuGH 15. 11. 2011, C-256/11 Rn 61 und 62.

20) So im Ergebnis *Frenz*, ZAR 2011, 221; *Hailbronner/Thym*, NJW 2011, 2008.

21) Den Unterschied zwischen dem De-facto-Zwang und einem rein wünschenswerten Zusammenleben herausarbeitend s *Almhofer*, NVwZ 2013, 1134.

22) EuGH 8. 11. 2012, C-40/11 Rn 76.

23) EuGH 8. 5. 2013, C-87/12 Rn 36.

greifbar, als seinem case law Unstimmigkeiten vorgeworfen werden können.

### 1. Fehlen einer präzisierenden Definition des De-facto-Zwangs

Aus der Rechtsprechungslinie *Ruiz Zambrano*, *McCarthy*, *Dereci*, *Iida* und *Ymeraga* lässt sich destillieren, dass ein derivatives Aufenthaltsrecht nur besteht, wenn der Unionsbürger andernfalls de facto gezwungen würde, das Unionsgebiet zu verlassen. Es ergeben sich folgende Fragen: Wann ist der Unionsbürger „de facto gezwungen“? Welchen Grades an Zwang bedarf es? Aus welchen Faktoren ergibt sich ein solcher Zwang? Welche Faktoren lassen ihn als fernliegend erscheinen? Müssen alle Faktoren kumulativ gegeben sein oder genügt es, dass einer der Faktoren ersichtlich ist, falls sich ein maßgebliches Faktorenbündel finden lässt?

Der Begriff des De-facto-Zwangs ist also in hohem Maße unbestimmt, sodass für den Rechtsanwender eine Reihe von Fragen verbleiben. Das bringt den Vorteil mit sich, dass von Fall zu Fall flexibel entschieden werden kann. Allerdings wiegt der damit einhergehende Nachteil schwer: Der Drittstaatsangehörige wie auch der Unionsbürger können kaum mit absoluter Gewissheit vorhersagen, ob ein derivatives Aufenthaltsrecht bestehen wird oder nicht. Rechtsunsicherheit ist die Folge.<sup>24)</sup>

### 2. Angreifbarkeit des entwickelten case law

Neben dieser sich aus dem Fehlen genauerer Definition des De-facto-Zwangs ergebenden Rechtsunsicherheit macht der EuGH sich durch sein anstelle dessen entwickeltes Fallrecht angreifbar.

Kritiker können wie folgt argumentieren:

*McCarthy* ist insofern unklar, als ungewiss bleibt, ob ein kodifiziertes Recht jenseits des Art 20 AEUV erforderlich ist oder ob ein aus dem Gedanken der Unionsbürgerschaft abgeleitetes Recht genügt, um bei seiner Verweigerung ein derivatives Aufenthaltsrecht zu generieren.

Daran anknüpfend erscheinen die Entscheidungen *McCarthy* und *Ruiz Zambrano* insofern widersprüchlich, als in der letzten Entscheidung nahegelegt wird, dass ein primärrechtlich ausdrücklich kodifiziertes Recht bestehen müsse. In ersterer scheinen aber ungeschriebene Rechte aus der Unionsbürgerschaft abgeleitet zu werden.

Außerdem stellt sich die Frage nach dem Unterschied zwischen *Dereci* und *Ymeraga* auf der einen und *Ruiz Zambrano* auf der anderen Seite. Auch Unionsbürger, die keine bedürftigen Minderjährigen sind, können derart mit ihren drittstaatsangehörigen Familienmitgliedern verbunden sein, dass sie bei einer Verweigerung derer Einreise sich de facto gezwungen sehen, aus dem Unionsgebiet auszureisen.

### D. Alternativen

Aus beiden Kritikpunkten ergibt sich die Frage nach alternativen Möglichkeiten der primärrechtlichen Herleitung eines derivativen Aufenthaltsrechts drittstaatsangehöriger Familienmitglieder.

Diese können der Kernbereichsrechtsprechung nur vorgezogen werden, soweit durch sie beide Kritik-

punkte ausgeräumt werden können oder zumindest ein Kritikpunkt beseitigt werden kann, also ihrem normativen Anknüpfungspunkt entweder ein präziserer Rechtssatz – gegebenenfalls auch durch Auslegung – entnommen oder aus ihm ein unangreifbares Fallrecht entwickelt werden kann.

Der Fundus an alternativen, normativen Anknüpfungspunkten, also solchen jenseits des Art 20 AEUV, findet sich in der Rechtsprechung des EuGH selbst, wurde von ihm jedoch zugunsten der Kernbereichsrechtsprechung vernachlässigt: die Grundrechte der Charta, die gem Art 6 Abs 1 HS 2 EUV mit den Verträgen rechtlich gleichrangig ist, die Menschenrechte der EMRK, die gem Art 6 Abs 3 EUV allgemeine Grundsätze und damit Teil des Unionsrechts sind, sowie das allgemeine Freizügigkeitsrecht aus Art 21 AEUV.

### 1. Grund- und Menschenrechte

In einer Reihe seiner Entscheidungen thematisiert der EuGH neben dem Kernbereich als Quelle für das derivative Aufenthaltsrecht Grund- und Menschenrechte.<sup>25)</sup> In Betracht kommen vor allem das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens aus Art 7 EU-GR-Charta sowie das nahezu wortlautgleiche Menschenrecht aus Art 8 Abs 1 EMRK.

#### a) Art 7 EU-GR-Charta

Gemäß Art 7 EU-GR-Charta hat jede Person das Recht auf Achtung ihres Privat- und Familienlebens, ihrer Wohnung sowie ihrer Kommunikation. Abgesehen von der Frage der Anwendbarkeit iSd Art 51 Abs 1 EU-GR-Charta, muss die Norm, soweit aus ihr ein zu bevorzugender Alternativweg zum Kernbereich abgeleitet werden soll, so auslegbar sein, dass sich aus ihr ein präziserer Rechtssatz zur Annahme oder Ablehnung eines derivativen Aufenthaltsrechts gewinnen lässt als im Rahmen der Kernbereichsrechtsprechung.

Die Norm kann dahingehend ausgelegt werden, dass das zivilrechtliche Band der Verwandtschaft genüge, um als Teil des „Familienlebens“ des Unionsbürgers betrachtet zu werden und damit ein auf Art 7 EU-GR-Charta basierendes derivatives Aufenthaltsrecht zu haben. Das würde dazu führen, dass selbst drittstaatsangehörige Personen, die keinerlei sozial-emotionale Bindung zum Unionsbürger haben, ein derivatives Aufenthaltsrecht erhalten würden. Dies scheint wiederum kaum mit dem Begriff des Familien-„lebens“ vereinbar zu sein. Ein rechtliches, familiäres Band existiert zwar, jedoch wird es nicht gelebt.

Die Norm kann aber auch dahingehend ausgelegt werden, dass die enge sozial-emotionale Verbundenheit des Drittstaatsangehörigen zum Unionsbürger genüge. Damit würden selbst enge Freunde erfasst werden. Diese partizipieren womöglich am Leben des Unionsbürgers. Sie mögen dies auch in einem sozial-emotionalen Grad wie sonst enge Familienangehörige tun. Am „Familien“-leben nehmen sie mangels formaler

24) Zur mangelnden Kontur des derivativen Aufenthaltsrechts s *Wendel*, DÖV 2014, 133 ff.

25) So bspw in EuGH 5. 5. 2011, C-434/09; EuGH 15. 11. 2011, C-256/11; EuGH 8. 11. 2012, C-40/11.

Zugehörigkeit zur Familie im zivilrechtlichen Sinne aber nicht teil.

Beide Extreme in der Betonung des Wortes „Familienleben“ sind unbefriedigend. Das Auslegungsspendulum wird sich irgendwo in der Mitte einpendeln. Aber wo genau? Es wird ein maximaler Verwandtschaftsgrad und eine minimale sozial-emotionale Verbundenheit gefordert werden müssen. Das Auslegungsergebnis bleibt in seiner Bestimmtheit aber weit hinter der des De-facto-Zwangs aus Art 21 AEUV zurück.

Damit ergibt sich aus Art 7 EU-GR-Charta kein qualitativer Mehrwert für die Herleitung eines primärrechtlichen, derivativen Aufenthaltsrechts drittstaatsangehöriger Familienmitglieder im Vergleich zur Kernbereichsrechtsprechung.

#### b) Art 8 Abs 1 EMRK

Abgesehen von der Frage seiner Anwendbarkeit gilt Gleiches für den nahezu wortlautgleichen Art 8 Abs 1 EMRK. Auch durch ihn wird im Vergleich zur Kernbereichsrechtsprechung kein Mehrwert geschaffen.

## 2. Das allgemeine Freizügigkeitsrecht aus Art 21 AEUV

Damit verbleibt als denkbarer Alternativweg zur Kernbereichsrechtsprechung das allgemeine Freizügigkeitsrecht aus Art 21 Abs 1 AEUV.

Danach hat jeder Unionsbürger das Recht, sich im Hoheitsgebiet vorbehaltlich der in den Verträgen vor-

gesehenen Beschränkungen und Bedingungen frei zu bewegen und aufzuhalten.

Ein Rechtssatz für ein derivatives Aufenthaltsrecht drittstaatsangehöriger Familienmitglieder kann wie folgt hergeleitet werden: Dem Unionsbürger wird ein Aufenthaltsrecht zugesprochen. Dieses kann er zwar rechtlich jederzeit wahrnehmen – also unabhängig davon, ob er ohne Familie im Unionsgebiet leben kann oder nicht. Allerdings ist nicht ersichtlich, dass der Primärrechtsgesetzgeber für die Konstellationen der Angewiesenheit auf drittstaatsangehörige Familienmitglieder nur ein deklaratorisches Recht schaffen wollte. Also muss dieses Recht auch faktisch wahrnehmbar sein. Es ist faktisch wahrnehmbar, wenn der Unionsbürger derart auf drittstaatsangehörige Familienmitglieder angewiesen ist, dass er das Unionsgebiet faktisch verlassen muss. Es könnte auch formuliert werden: Er wäre de facto gezwungen, es zu verlassen. Die Auslegung ähnelt also der Auslegung der Kernbereichsrechtsprechung, so dass sich keinerlei Mehrwert ergibt.

Positiv gewendet: ein derivatives Aufenthaltsrecht kann einerseits aus dem Gedanken eines der Unionsbürgerschaft immanenten Kernbereichs an Rechten, die nicht verwehrt werden dürfen, andererseits direkt aus Art 21 AEUV abgeleitet werden. Beide Möglichkeiten erscheinen zunächst gleichwertig. Bei genauerer Betrachtung ist das allgemeine Freizügigkeitsrecht mit dem Nachteil des Erfordernisses eines grenzüberschreitenden Bezugs belastet. Die Kernbereichsrechtsprechung hingegen führt zu einer Hervorhebung des Gedankens der Unionsbürgerschaft.

### → In Kürze

**Der Gedanke des Kernbereichs bleibt der wohl beste Anknüpfungspunkt zur Herleitung eines primärrechtlichen, derivativen Aufenthaltsrechts drittstaatsangehöriger Familienmitglieder, wenngleich er bezüglich des De-facto-Zwanges ungenau und in seinem case law angreifbar ist. Die alternativen Herleitungsmöglichkeiten über Grundrechte und Menschenrechte bzw das allgemeine Freizügigkeitsrecht sind nicht zu empfehlen.**

### → Zum Thema

#### Über die Autoren:

Prof.-Dr. iur. Arne-Patrik Heinze, LL. M., ist Professor für Öffentliches Recht, Rechtsanwalt in Hamburg und Dozent der Kaiserseminare. Max Bärnreuther ist wissenschaftliche Hilfskraft an der Universität Passau und absolviert derzeit den Magister Juris an der University of Oxford. Für Anregungen, Kommentare und Kritik sind die Autoren dankbar.  
E-Mail: heinze@ah-rechtsanwaelte.de bzw max.baernreuther@st-hughs.ox.ac.uk

