

Moritz Lumma  
Johannes Möller  
Bevollmächtigte der Regierung  
der Bundesrepublik Deutschland

Berlin, den 16. Mai 2008

**Zustellungsanschrift:**  
**Moritz Lumma**  
**Bundesministerium für Wirt-**  
**schaft und Technologie**  
**Scharnhorststraße 34 - 37**  
**D - 10115 Berlin**

**Zustellungen per Telefax möglich**  
**an Fax-Nr. 0049 / 30 / 2014 - 5334**  
**(Art. 38 § 2 VerfO EuGH)**

**Einschreiben mit Rückschein**

Gerichtshof der  
Europäischen Gemeinschaften  
- Kanzlei -

L- 2925 Luxemburg

**Stellungnahme**

In der Rechtssache C-127/08

betreffend das dem Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften von dem High Court (Irland) mit Beschluss vom 14.03.2008 vorgelegte Vorabentscheidungsersuchen in dem dort anhängigen Rechtsstreit

des Herrn Blaise Baheten Metock u. a

gegen

den Minister for Justice, Equality and Law Reform

nehmen wir im Namen der Regierung der Bundesrepublik Deutschland und ausgewiesen durch die beiliegende Vollmacht wie folgt Stellung:

**Inhaltsverzeichnis**

I. Zu Sachverhalt und Vorlagefragen .....	3
II. Zu Frage 1 .....	4
1. Kompetenzielle Fragen .....	4
2. Sachliches Bedürfnis .....	7
3. Übereinstimmung dieses Ergebnisses mit Primärrecht .....	7
4. Art. 8 Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) .....	9
5. Zusammenfassung zur ersten Frage .....	9
III. Zur zweiten und dritten Frage .....	9
IV. Ergebnis .....	11

## **I. Zu Sachverhalt und Vorlagefragen**

- 1 Das Ausgangsverfahren betrifft die Frage nach den Voraussetzungen, unter denen Drittstaatsangehörige, die mit Unionsbürgern verheiratet sind, das Aufenthaltsrecht in einem Mitgliedstaat geltend machen können. Zu den vier verschiedenen Sachverhalten im Einzelnen sowie hinsichtlich der Zitierung einschlägiger gemeinschaftsrechtlicher Vorschriften verweist die Bundesregierung auf den Vorlagebeschluss.
  
- 2 In diesem Verfahren hat der High Court (Irland) mit Beschluss vom 14.03.2008 dem Europäischen Gerichtshof die folgenden Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt:

1. „Erlaubt es die Richtlinie 2004/38/EG einem Mitgliedstaat, eine allgemeine Voraussetzung aufzustellen, wonach sich ein mit einem Unionsbürger verheirateter Drittstaatsangehöriger vor seiner Einreise in den Aufnahmemitgliedstaat rechtmäßig in einem anderen Mitgliedstaat aufgehalten haben muss, um sich auf die Bestimmungen der Richtlinie 2004/38/EG berufen zu können?“

2. Fällt in den Anwendungsbereich von Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 2004/38/EG ein Drittstaatsangehöriger, der

(i) der Ehegatte eines Unionsbürgers ist, der sich im Aufnahmemitgliedstaat aufhält und eine der in Art. 7 Abs. 1 Buchst. a, b oder c genannten Voraussetzungen erfüllt, und

(ii) sich dann im Aufnahmemitgliedstaat gemeinsam mit dem Unionsbürger als dessen Ehegatte aufhält,

unabhängig davon, wann oder wo die Eheschließung erfolgt ist oder wann oder wie der Drittstaatsangehörige in den Aufnahmemitgliedstaat eingereist ist?

3. Falls die vorstehende Frage zu verneinen ist, fällt in den Anwendungsbereich von Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 2004/38/EG ein mit einem Unionsbürger verheirateter Drittstaatsangehöriger, der

(i) der Ehegatte eines Unionsbürgers ist, der sich im Aufnahmemitgliedstaat aufhält und eine der in Art. 7 Abs. 1 Buchst. a, b oder c genannten Voraussetzungen erfüllt, und

(ii) sich im Aufnahmemitgliedstaat gemeinsam mit dem Unionsbürger als dessen Ehegatte aufhält und

(iii) unabhängig vom Unionsbürger in den Aufnahmemitgliedstaat eingereist ist und

(iv) anschließend mit dem Unionsbürger im Aufnahmemitgliedstaat die Ehe geschlossen hat?“

3 Die Bundesregierung schlägt vor, die Fragen wie folgt zu beantworten:

- Die Frage 1 ist zu bejahen.
- Die Fragen 2 und 3 sind insoweit zu verneinen, als die Frage, ob der Drittstaatsangehörige unter den vom vorlegenden Gericht geschilderten Umständen ein Aufenthaltsrecht besitzt, nicht durch die Richtlinie 2004/38/EG geregelt wird.
- Von diesen Antworten unbeschadet bleibt, dass der Mitgliedstaat bei der Entscheidung über den Zuzug von Drittstaatsangehörigen Bindungen an höherrangiges Recht, insbesondere aus Art. 8 EMRK, unterliegen kann.

## II. Zu Frage 1

4 Mit der ersten Frage möchte das vorlegende Gericht wissen, ob es die Richtlinie 2004/38/EG (nachfolgend: Richtlinie) einem Mitgliedstaat erlaubt, das Entstehen eines Aufenthaltsrecht für einen mit einem Unionsbürger verheirateten Drittstaatsangehörigen nach dieser Norm von der allgemeinen Voraussetzung abhängig zu machen, dass sich der Drittstaatsangehörige vor seiner Einreise in den Aufnahmemitgliedstaat rechtmäßig in einem anderen Mitgliedstaat aufgehalten haben muss.

5 Die Bundesregierung ist der Auffassung, dass die Frage zu bejahen ist.

### 1. Kompetenzielle Fragen

6 Nach Auffassung der Bundesregierung erfasst der sachliche Anwendungsbereich der Richtlinie lediglich die Bedingungen, unter denen Unionsbürger und ihre Familienangehörigen das Freizügigkeitsrecht innerhalb des Hoheitsgebiets der Mitgliedstaaten zusteht. Auch das Aufenthaltsrechtsrecht für Familienangehörige eines Unionsbürgers aus Drittstaaten wird nur insoweit von der Richtlinie geregelt, als der Aufenthalt im Anschluss an die Betätigung der Freizügigkeit innerhalb der Gemeinschaft genommen wird. Denn die Richtlinie regelt nur den freien Personenverkehr innerhalb der Gemeinschaft, wohingegen die Einwanderung über die Außengrenzen der EU in der Zuständigkeit der Mitgliedstaaten liegt.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Generalanwalt *Geelhoed*, Schlussanträge vom 27. April 2006 zur Rechtssache C-1/05, *Jia*, Slg. 2007, I-1, Rn. 26, 30 ff.; vgl. auch Urteil des Gerichtshofs vom 23. September 2003 in der Rechtssache C-109/01, *Akrich*, Slg. 2003, I-9607, Rn. 49.

- 7 Die Voraussetzung des vorherigen rechtmäßigen Aufenthalts des Familienangehörigen im Gemeinschaftsgebiet steht im Einklang mit den nach derzeitigem Harmonisierungsstand auf dem Gebiet der Zuwanderung bei den Mitgliedstaaten liegenden Zuständigkeiten. Danach belässt der EG-Vertrag die Zuständigkeit für die erstmalige Zulassung von drittstaatsangehörigen Personen zum Gemeinschaftsgebiet grundsätzlich den Mitgliedstaaten. Im Bereich der Einreise zur Familienzusammenführung hat zwar eine Harmonisierung durch die Richtlinie 2003/86/EG stattgefunden. Diese regelt jedoch nur den familiären Zuzug von Drittstaatsangehörigen zu anderen sich rechtmäßig im Gemeinschaftsgebiet aufhaltenden Drittstaatsangehörigen. Eine solche Fallgestaltung ist in den hier vorliegenden Sachverhalten nicht gegeben.
- 8 Der Nachzug eines drittstaatsangehörigen Ehegatten zu einem Unionsbürger aus einem Drittstaat in die Gemeinschaft richtet sich nach den jeweiligen nationalen Zuwanderungsbestimmungen, nicht nach europäischem Freizügigkeitsrecht. Umso mehr gilt das für diejenigen Fälle, zu denen ebenfalls einige der vier Ausgangssachverhalte gehören, in denen der Drittstaatsangehörige aus dem Drittstaat in den Mitgliedstaat einreist und erst danach eine Beziehung und Ehe mit einem dort lebenden Unionsbürger eingeht. Derartige Sachverhalte liegen – wie oben schon angeführt – ersichtlich außerhalb des sachlichen Regelungsbereichs der binnenmarktbezogenen Freizügigkeiten zugunsten der Unionsbürger innerhalb der Gemeinschaft.
- 9 Dass es in die Kompetenz der Mitgliedstaaten fällt, über die erstmalige Zulassung der Einreise von Personen aus Drittstaaten in ihr Hoheitsgebiet zu entscheiden, hat Herr Generalanwalt *Geelhoed* in der Rechtssache *Jia* überzeugend und ausführlich dargelegt.<sup>2</sup> Die deutsche Bundesregierung stimmt mit dieser Rechtsansicht vollkommen überein und erspart sich deren Wiederholung im Einzelnen – auch angesichts der Bitte des Gerichtshofs um knappe Stellungnahmen.
- 10 Die Bundesregierung ist der Überzeugung, dass der Gerichtshof in seinem Urteil *Jia*<sup>3</sup> – auch wenn er darin den Schlussanträgen des Generalanwalts nicht in jedem Tenorierungsvorschlag gefolgt ist – die Kompetenzfrage ebenso bewertet hat wie der Generalanwalt in seinen Schlussanträgen. Das ergibt sich insbesondere daraus, dass das Urteil die Unübertragbarkeit der Grundsätze des Urteils *Akrich*<sup>4</sup> daraus hergeleitet hat, dass

---

<sup>2</sup> Schlussanträge *Jia* (siehe oben Fn. 1) Rn. 30 ff.

<sup>3</sup> Urteil des Gerichtshofs vom 9. Januar 2007 in der Rechtssache C-1/05, *Jia*, Slg. 2007, I-1.

<sup>4</sup> Urteil *Akrich* (siehe oben Fn. 1).

„das schwedische Recht selbst [...] es in einem Fall wie dem des Ausgangsverfahrens nicht [verwehrt], ihr [sc. der Klägerin] ein langfristiges Aufenthaltsrecht zu gewähren [...]“<sup>5</sup>

- 11 Wenn also das nationale Recht für diese Frage maßgeblich sein soll, kann daraus nur gefolgert werden, dass die Mitgliedstaaten entsprechende Kompetenz besitzen.
- 12 In der Entscheidung *Jia*<sup>6</sup> hat der Gerichtshof weiter festgestellt, dass die Mitgliedstaaten nicht verpflichtet sind, die Gewährung eines Aufenthaltsrechts der drittstaatsangehörigen Familienangehörigen von Unionsbürgern an deren vorherigen rechtmäßigen Aufenthalt in einem anderen Mitgliedstaat zu knüpfen. Diese Aussage stellt zu der eben vertretenen Ansicht keinen Widerspruch dar. Im Gegenteil ergibt sich aus der zitierten Passage im Umkehrschluss, dass die Gewährung des Aufenthaltsrechts durch die Mitgliedstaaten an die Voraussetzung eines vorherigen rechtmäßigen Aufenthalts in der Gemeinschaft geknüpft werden darf. Denn die Frage der Verpflichtung zur Anwendung dieses Merkmals stellt sich logisch erst dann, wenn die Frage nach dessen rechtlicher Zulässigkeit gemäß Freizügigkeitsrecht bejaht werden kann.
- 13 Die Richtlinie 2004/38/EG kann wie alle Richtlinien nur unter Berücksichtigung und Wahrung der vorgenannten Zuständigkeiten der Mitgliedstaaten im Bereich der Zuwanderung aus Drittstaaten ausgelegt werden.
- 14 Diese Feststellung ist über die Vorlagefragen hinaus von grundlegender methodischer Bedeutung hinsichtlich der Wahrung sachlicher Kompetenzen der Mitgliedstaaten durch den europäischen Gesetzgeber und den Gerichtshof, und damit für das Funktionieren der Europäischen Gemeinschaft als Rechtssetzungs- und Rechtsanwendungsgemeinschaft.
- 15 Die deutsche Bundesregierung stimmt den Ausführungen von Generalanwalt *Geelhoed*<sup>7</sup> auch insoweit zu, als er in diesem Zusammenhang an die ebenbürtigen Aufgaben des Gerichtshofs erinnert, dem Gemeinschaftsrecht praktische Wirksamkeit zu verleihen und zugleich auch die den Mitgliedstaaten durch den Vertrag zuerkannten Befugnisse zu achten und über sie zu wachen.
- 16 Wenn somit die Mitgliedstaaten über die erstmalige Zulassung der Einreise von Personen aus Drittstaaten in ihr Hoheitsgebiet entscheiden können, dürfen sie den (von weiteren

---

<sup>5</sup> Urteil *Jia* (siehe oben Fn. 3) Rn. 31.

<sup>6</sup> Urteil *Jia* (siehe oben Fn. 3) Rn. 33, Hervorhebung hinzugefügt.

<sup>7</sup> Schlussanträge *Jia* (siehe oben Fn. 1) Rn. 63.

Voraussetzungen dann freien) Zuzug eines Drittstaatsangehörigen von dessen Voraufenthalt in einem Mitgliedstaat abhängig machen. Dies bedeutet nichts anderes als eine Beschränkung der Richtlinienumsetzung auf das, was von der Richtlinie wirklich verlangt wird.

## **2. Sachliches Bedürfnis**

- 17 Die Berechtigung der Mitgliedstaaten, den (von weiteren Voraussetzungen dann freien) Zuzug eines Drittstaatsangehörigen von dessen Voraufenthalt in einem Mitgliedstaat abhängig zu machen, ergibt sich aber nicht nur aus eher formalen Überlegungen zu Kompetenzfragen. Vielmehr besteht hierfür auch ein praktisches, nämlich sowohl migrations- als auch sicherheitspolitisches Bedürfnis dafür, die persönlichen Umstände der erstmals in das Gebiet der Gemeinschaft zum Zweck des (langfristigen) Aufenthalts unmittelbar aus einem Drittstaat einreisenden drittstaatsangehörigen Familienangehörigen zuvor individuell zu prüfen.
- 18 Andernfalls würden die mitgliedstaatlichen Befugnisse zur Kontrolle der Zuwanderung aus Drittstaaten an ihrer Außengrenze in schleichender Weise und für einen nicht unerheblichen Teilbereich von Zuwanderung ausgehöhlt. Angesichts des bestehenden Einwanderungsdrucks in die Gemeinschaft aus einer Vielzahl von Drittstaaten bestünde auch die Gefahr missbräuchlicher Einwanderung unter Umgehung der nationalen Zuwanderungsregelungen. Ihr könnte bei einem bloßen Abstellen auf die familiäre Beziehung unter Verzicht auf die Voraussetzung eines rechtmäßigen Aufenthalts im Gemeinschaftsgebiet nicht in wirksamer Weise entgegengewirkt werden.

## **3. Übereinstimmung dieses Ergebnisses mit Primärrecht**

- 19 Die Berechtigung eines drittstaatsangehörigen Familienangehörigen eines Unionsbürgers zum Aufenthalt in einem anderen Mitgliedstaat ergibt sich aus der den Unionsbürgern gewährten Freizügigkeit innerhalb des europäischen Binnenmarktes (Art. 18, 39, 43 und 49 EG). Das hier vertretene Ergebnis steht mit diesen primärrechtlichen Vorgaben im Einklang.
- 20 Aus der Freizügigkeit haben die Rechtsprechung des Gerichtshofs und der Gemeinschaftsgesetzgeber entsprechende Aufenthaltsrechte auch zugunsten der selbst nicht

freizügigkeitsberechtigten, d.h. drittstaatsangehörigen Familienangehörigen der Unionsbürger abgeleitet. Dahinter steht die Erwägung, dass andernfalls der Gebrauch der Freizügigkeit innerhalb der Gemeinschaft, d.h. der Umzug in einen zweiten Mitgliedstaat bzw. die dortige Ausübung von Erwerbstätigkeit in einem für die persönliche Lebensführung ganz wesentlichen Punkt erschwert oder unmöglich gemacht würde.

- 21 Sinn und Zweck der abgeleiteten Aufenthaltsrechte von drittstaatsangehörigen Familienangehörigen ist die Flankierung der Freizügigkeit der Unionsbürger innerhalb der Gemeinschaft, um deren praktische Wirksamkeit zu gewährleisten. Die Drittstaatsangehörigen sind Begünstigte eines „Nebenrechts“ des Unionsbürgers, ihnen wird kein originäres eigenes Recht verliehen.<sup>8</sup>
- 22 Dies belegt auch der Wortlaut des Artikels 1 Buchstabe a der Richtlinie, wonach diese „die Bedingungen, unter denen Unionsbürger und ihre Familienangehörigen das Recht auf Freizügigkeit und Aufenthalt innerhalb des Hoheitsgebiets der Mitgliedstaaten genießen“, regelt. Hierauf bezieht sich auch der Erwägungsgrund 2 der Richtlinie. Dort ist festgehalten, dass die Freizügigkeit von Personen eine der Grundfreiheiten des Binnenmarkts darstellt, der einen Raum ohne Binnengrenzen umfasst, in dem diese Freiheit gemäß den Bestimmungen des Vertrags gewährleistet ist. Entsprechend dem Sinn und Zweck der Richtlinie ist daher auch der Anwendungsbereich der Regelungen zum Familiennachzug zu einem Unionsbürger auf die Freizügigkeit innerhalb des Binnenmarktes zu beschränken. Die Voraussetzung des „rechtmäßigen Voraufenthalts“ ergibt sich mithin aus dem – primärrechtlich vorgegebenen – sachlichen Anwendungsbereich der Richtlinie.
- 23 Durch die hier vertretene Auffassung, dass der sachliche Anwendungsbereich der Richtlinie auf Binnenmigration beschränkt ist, wird das Recht des Unionsbürgers auf Freizügigkeit nicht ungerechtfertigt eingeschränkt. Zur praktischen Wirksamkeit dieses Rechts ist es erforderlich, dass Hindernisse in der Familienzusammenführung keine behindernde oder abschreckende Wirkung in der Weise haben, dass sie den Unionsbürger davon abhalten, sein Freizügigkeitsrecht auszuüben. Da der Unionsbürger jedoch noch keine Rechtsposition hinsichtlich Familienzusammenführung inne hatte, bevor er sich im Aufnahmemitgliedstaat niederließ, kann er durch die Regelung des Erstzuzugs von drittstaatsangehörigen Familienangehörigen in das Gemeinschaftsgebiet in der Kompetenz der Mitgliedstaaten nicht von der Ausübung seines Freizügigkeitsrechts abgehalten werden.

---

<sup>8</sup> Vgl. zuletzt Urteil des Gerichtshofs vom 11. Dezember 2007 in der Rechtssache C-291/05, *Eind*, Rn. 23.

#### **4. Art. 8 Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK)**

- 24 Unberührt bleibt das vom Gerichtshof mehrfach festgestellte Gebot, bei der Entscheidung über die Einreisegestattung nach nationalem Zuwanderungsrecht u.a. die Achtung des Familienlebens nach Art. 8 EMRK zu berücksichtigen, wenngleich die EMRK keinen Anspruch auf Einreise und Aufenthalt gewährleistet. Im deutschen Zuwanderungsrecht, insbesondere den Bestimmungen des Aufenthaltsgesetzes zum Familiennachzug, und dessen praktischer Anwendung findet dieser Belang schon aufgrund der vergleichbaren Schutzwirkungen des Art. 6 des deutschen Grundgesetzes maßgebliche Berücksichtigung.

#### **5. Zusammenfassung zur ersten Frage**

- 25 Die deutsche Bundesregierung ist mithin der Auffassung, dass die Richtlinie es den Mitgliedstaaten erlaubt, eine allgemeine Voraussetzung aufzustellen, wonach sich ein mit einem Unionsbürger verheirateter Drittstaatsangehöriger vor seiner Einreise in den Aufnahmemitgliedstaat rechtmäßig in einem anderen Mitgliedstaat aufgehalten haben muss, um sich auf die Bestimmungen der Richtlinie berufen zu können. Da Irland von diesem Recht Gebrauch gemacht hat und in keinem der vier Ausgangssachverhalten der nach irischem Recht erforderliche Voraufenthalt erfüllt ist, müssen die zweite und dritte Frage an sich nicht mehr beantwortet werden. Die Bundesregierung nimmt insoweit hilfsweise Stellung.

#### **III. Zur zweiten und dritten Frage**

- 26 Mit den beiden anschließenden Fragen erbittet der High Court von Irland eine Auskunft dazu, ob das Vorliegen von Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie unabhängig vom Zeitpunkt der Eheschließung bejaht werden kann. Der Unterschied zwischen beiden Fragen besteht nach Verständnis der Bundesregierung vor allem darin, dass Frage 2 gewissermaßen eine allgemeine Unabhängigkeit vom Zeitpunkt der Eheschließung betrifft, während die Frage 3 eine ganz spezielle Konstellation im Auge hat, die aber auch dadurch gekennzeichnet ist, dass der Drittstaatsangehörige erst nach seiner Einreise einen Unionsbürger heiratet.

- 27 Für den Fall, dass es für die vorgelegten Sachverhalte überhaupt noch auf Frage 2 und 3 ankommen sollte, schlägt die deutsche Bundesregierung folgende Antwort vor:
- „Begleiten oder Nachziehen“ im Sinne von Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 2004/38/EG setzt voraus, dass der Drittstaatsangehörige zum Zeitpunkt der Einreise des Unionsbürgers in den Aufnahmemitgliedstaat dessen Familienangehöriger war.
- 28 Demgemäß kommt es auf die Zeitpunkte sowohl der Eheschließung als auch der Einreise des Drittstaatsangehörigen in Bezug auf die Ausübung des Freizügigkeitsrechts durch den Unionsbürger an (Frage 2). Daraus folgt zugleich, dass für die mit Frage 3 speziell angefragte Sachverhaltsgestaltung sich der Drittstaatsangehörige nicht auf Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie berufen kann. Beide Fragen können somit zusammen beantwortet – nämlich verneint – werden.
- 29 Auch die Auslegung des Tatbestandsmerkmals „Begleiten oder Nachziehen“ in Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie muss die bestehende Zuständigkeitsverteilung zwischen der Gemeinschaft und den Mitgliedstaaten auf dem Gebiet der Zuwanderung berücksichtigen (siehe zu diesem Argument ausführlich oben).
- 30 Die Auslegung des Tatbestandsmerkmals „Begleiten oder Nachziehen“ orientiert sich an Wortlaut und Zielsetzung der Richtlinie, dem Unionsbürger die Ausübung seiner Rechte zu erleichtern. Er soll nicht behindert oder abgeschreckt werden, sein Freizügigkeitsrecht wahrzunehmen. Die Begriffe „Begleiten oder Nachziehen“ implizieren, dass zum Zeitpunkt der Ausübung des Freizügigkeitsrechts des Unionsbürgers bereits eine im Sinne des Ehe- und Familienschutzes schutzwürdige tatsächliche Beziehung zwischen dem Unionsbürger und dem nachziehenden Drittstaatsangehörigen bestanden hat. Diese Auslegung wird durch Erwägungsgrund 6 der Richtlinie bestätigt, der sich auf die „Einheit der Familie“ bezieht.
- 31 Der hinsichtlich der Voraussetzungen privilegierte Familiennachzug ist für die Inanspruchnahme der Freizügigkeit durch den Unionsbürger aber nur dann kausal, wenn die familiären Beziehungen schon bestanden haben. Eine Behinderung oder Abschreckung des Unionsbürgers, sein Freizügigkeitsrecht wahrzunehmen, liegt nicht vor, wenn der Unionsbürger erst nach Ausübung seiner Freizügigkeit eine Familie neu begründet. Ist der Unionsbürger in den Aufnahmemitgliedstaat umgezogen, entsteht eine neue Situation, in der seine Rechtsstellung derjenigen der Angehörigen des Aufnahmemitgliedstaates vergleichbar ist (Vgl. Erwägungsgrund 20 der Richtlinie).

- 32 Daraus folgt, dass in den Fallgestaltungen, in denen der Unionsbürger erst nach Ausübung seines Freizügigkeitsrechts in einem anderen Mitgliedstaat einen Drittstaatsangehörigen ohne rechtmäßigen Aufenthalt im Aufnahmemitgliedstaat kennen lernt und heiratet, bzw. nach Ausübung seines Freizügigkeitsrechts die Familiengemeinschaft mit einem aus dem Drittstaat erstmals zuziehenden Drittstaatsangehörigen herstellt, nur das nationale Zuwanderungsrecht anwendbar ist und nicht Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie.
- 33 Die Richtlinie gewährt nahezu bedingungslos das Recht auf Aufenthalt eines Unionsbürgers und seiner Familienangehörigen. Eine Ausweitung dieser privilegierenden Familiennachzugsregelung auf Familienangehörige eines Unionsbürgers unabhängig vom Zeitpunkt der Begründung der Familieneigenschaft und des Zuzugs in das Gemeinschaftsgebiet würde andere Drittstaatsangehörige benachteiligen, die zu einem Staatsangehörigen eines Drittstaates im Mitgliedstaat bzw. zu einem Staatsangehörigen des Mitgliedsstaats ziehen, der seinerseits von seinem Freizügigkeitsrecht noch keinen Gebrauch gemacht hat. Für diese Benachteiligung ist keine Rechtfertigung ersichtlich. Die Besserstellung des Drittstaatsangehörigen wäre lediglich durch den Zufall begründet, dass er Familienangehöriger eines sein Freizügigkeitsrecht ausübenden Unionsbürgers ist.
- 34 Die obigen Ausführungen dazu, dass eine Bindung an Art. 8 EMRK unberührt bleibt (Rn. 24), gelten selbstverständlich auch insoweit.

#### **IV. Ergebnis**

- 35 Vor diesem Hintergrund sind die Fragen aus Sicht der Bundesregierung wie folgt zu beantworten:
1. Die Richtlinie 2004/38EG erlaubt es den Mitgliedstaaten, eine allgemeine Voraussetzung aufzustellen, wonach sich ein mit einem Unionsbürger verheirateter Drittstaatsangehöriger vor seiner Einreise in den Aufnahmemitgliedstaat rechtmäßig in einem anderen Mitgliedstaat aufgehalten haben muss, um sich auf die Bestimmungen der Richtlinie 2004/38 berufen zu können.
  2. „Begleiten oder Nachziehen“ im Sinne von Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 2004/38/EG setzt voraus, dass der Drittstaatsangehörige zum Zeitpunkt der Einreise des Unionsbürgers in den Aufnahmemitgliedstaat dessen Familienangehöriger war.



Möller