

STELLUNGNAHME DES GENERALANWALTS

M. POIARES MADURO

vom 11. Juni 2008¹

1. Das vorliegende, dem beschleunigten Verfahren nach Art. 104a der Verfahrensordnung unterworfenen Vorabentscheidungsersuchen betrifft den Umfang des Aufenthaltsrechts von Drittstaatsangehörigen, die Familienangehörige eines Unionsbürgers sind. Die Frage ist heikel, weil abgegrenzt werden muss, was unter die Bestimmungen über das Freizügigkeits- und Aufenthaltsrecht der Unionsbürger fällt und was der Kontrolle der Zuwanderung zuzuordnen ist — einem Bereich, für den die Mitgliedstaaten zuständig bleiben, solange und soweit die Europäische Gemeinschaft keine vollständige Harmonisierung durchgeführt hat. Die verfassungsrechtliche Dimension der Frage erklärt die Heftigkeit der Auseinandersetzung: Nicht weniger als zehn Mitgliedstaaten sind der im Ausgangsverfahren beklagten Regierung als Streithelfer beigetreten, um der von den Klägern des Ausgangsverfahrens und der Kommission der Europäischen Gemeinschaften vertretenen Auffassung entgegenzutreten. Gewiss haben auch die bisherigen, keine klare Linie erkennen lassenden Stellungnahmen des Gerichtshofs dazu beigetragen. Die in den vorliegenden Rechtssachen zur Vorabentscheidung vorgelegten Fragen nach der Auslegung der Richtlinie 2004/38/EG²

bieten dem Gerichtshof deshalb eine gute Gelegenheit zur Klarstellung.

I — Sachverhalt des Ausgangsverfahrens und Vorlagefragen

2. Das vorliegende Vorabentscheidungsersuchen des High Court (Irland) ist im Rahmen von vier verbundenen Verfahren ergangen, in denen jeweils die Ablehnung einer Aufenthaltsgenehmigung für einen Drittstaatsangehörigen, der mit einer in Irland wohnenden Unionsbürgerin verheiratet ist, angefochten wird. In jeder der vier Rechtssachen reiste ein Drittstaatsangehöriger unmittelbar nach Irland ein und stellte dort einen Antrag auf politisches Asyl, der abgelehnt wurde. Nach seiner Einreise nach Irland heiratete der Betroffene eine in Irland wohnende und arbeitende Staatsangehörige eines anderen Mitgliedstaats. Daraufhin beantragte er als Ehegatte einer sich rechtmäßig in Irland aufhaltenden Unionsbürgerin eine Aufenthaltskarte („residence card“). Der Justizminister lehnte es ab, eine solche auszustellen, da der Antragsteller nicht habe beweisen können, dass er sich vor seiner Einreise nach Irland rechtmäßig in einem anderen Mitgliedstaat aufgehalten habe, wie es die irischen Bestimmungen, mit denen die

1 — Originalsprache: Französisch.

2 — 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, zur Änderung der Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 und zur Aufhebung der Richtlinien 64/221/EWG, 68/360/EWG, 72/194/EWG, 73/148/EWG, 75/34/EWG, 75/35/EWG, 90/364/EWG, 90/365/EWG und 93/96/EWG (ABl. L 158, S. 77).

Richtlinie 2004/38 umgesetzt worden sind, erfordern. Die Antragsteller legten gegen diese die Ausstellung einer Aufenthaltskarte ablehnenden Entscheidungen des Justizministers ein Rechtsmittel ein und machten geltend, dass die vom irischen Recht aufgestellte Voraussetzung eines vorherigen rechtmäßigen Aufenthalts in einem anderen Mitgliedstaat, mit deren Fehlen die angefochtenen ablehnenden Entscheidungen begründet worden sind, nicht mit der Richtlinie 2004/38 zu vereinbaren sei.

3. Um die Begründetheit der Rechtsmittel gegen die die Ausstellung einer Aufenthaltskarte ablehnenden Entscheidungen, die Gegenstand des Ausgangsverfahrens sind, prüfen zu können, hält es das vorliegende Gericht deshalb für erforderlich, dem Gerichtshof die Frage zur Entscheidung vorzulegen, ob der Genuss der Rechte aus der Richtlinie 2004/38, genauer gesagt der Genuss des Aufenthaltsrechts eines mit einem Unionsbürger verheirateten Drittstaatsangehörigen, von der Voraussetzung abhängig gemacht werden kann, dass dieser sich vor der Einreise in den Aufnahmemitgliedstaat rechtmäßig in einem anderen Mitgliedstaat aufgehalten hat. Das ist der Gegenstand der ersten Vorlagefrage. Wenn dies nicht der Fall wäre, müsste noch geklärt werden, ob die Drittstaatsangehörigen im vorliegenden Fall dennoch nicht in den Genuss der Rechte aus der Richtlinie 2004/38 kommen können, weil sie erst nach ihrer Einreise nach Irland geheiratet haben, das Recht, sich auf die Richtlinie zu berufen, nach deren Art. 3 Abs. 1 aber denjenigen Familienangehörigen vorbehalten ist, die einen Unionsbürger „begleiten“ oder „ihm nachziehen“. Daraus ergeben sich die zweite und die dritte Vorlagefrage, die im Wesentlichen auf den Einfluss des Zeitpunkts der Eheschließung auf die Anwendbarkeit der Richtlinie 2004/38 abzielen. Diese beiden Punkte werde ich im Folgenden nacheinander untersuchen.

II — Rechtliche Würdigung

A — Die Vereinbarkeit der Voraussetzung eines vorherigen rechtmäßigen Aufenthalts in einem anderen Mitgliedstaat mit der Richtlinie 2004/38

4. Mit der Frage, ob es nach der Richtlinie 2004/38 zulässig ist, den Genuss des von ihr Drittstaatsangehörigen, die Familienangehörige eines Unionsbürgers sind, zuerkannten Aufenthaltsrechts im Aufnahmemitgliedstaat von der Voraussetzung eines vorherigen rechtmäßigen Aufenthalts in einem anderen Mitgliedstaat abhängig zu machen, wird nach dem Anwendungsbereich der Richtlinie gefragt: Ist diese nur auf Familien anwendbar, die in einem Mitgliedstaat gewohnt hatten, bevor sie sich in den Aufnahmemitgliedstaat begeben haben? Anders gesagt: Gewährleistet die Richtlinie 2004/38 den die Staatsangehörigkeit eines Drittstaats besitzenden Familienangehörigen eines Unionsbürgers nur die Freizügigkeit im Hoheitsgebiet der Union oder unter bestimmten Voraussetzungen auch den Zugang zu diesem Gebiet?

5. In der Richtlinie 2004/38 ist dies nicht ausdrücklich geregelt. In ihren Art. 6, 7 und 16 ist lediglich bestimmt, dass Familienangehörige eines Unionsbürgers, die nicht die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaats besitzen „und die den Unionsbürger begleiten oder ihm nachziehen“, ein Aufenthaltsrecht haben. Da der Wortlaut nicht weiterhilft, ist auf die Ziele der Richtlinie abzustellen. Mit der Richtlinie 2004/38 soll

das „elementare und persönliche Recht, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten ... frei zu bewegen und aufzuhalten“, gewährleistet werden, das den Unionsbürgern durch Art. 18 EG unmittelbar zuerkannt ist³. Die Richtlinie ist also im Licht der Grundfreiheit der Freizügigkeit und des freien Aufenthalts auszulegen. Die in der Richtlinie vorgesehenen Rechte sind funktionell aufzufassen, d. h., sie reichen nur so weit — aber auch genauso weit —, als es die Sicherstellung der Wirksamkeit des Freizügigkeits- und Aufenthaltsrechts der Unionsbürger erfordert. Es geht letztlich um die Frage, ob es zum vollen Genuss des Aufenthaltsrechts des Unionsbürgers gehört, dass das von diesem Recht abgeleitete und davon abhängige⁴ Aufenthaltsrecht eines der Staatsangehörigkeit eines Drittlands besitzenden Familienangehörigen des Unionsbürgers das Recht umfasst, in das Hoheitsgebiet der Union einzureisen.

6. Diesen Ansatz und die entsprechende Lösung können die als Streithelfer beigetretenen Mitgliedstaaten nicht mit dem Hinweis auf die vertikale Verteilung der Zuständigkeiten nach den Verträgen entkräften. Auch wenn die Mitgliedstaaten gewiss grundsätzlich für die Kontrolle der Zuwanderung zuständig bleiben, also für die Zulassung des Aufenthalts von Drittstaatsangehörigen, die von außerhalb des Hoheitsgebiets der Union einreisen, kann daraus nicht gefolgert werden, dass die Richtlinie 2004/38 nur die Freizügigkeit von Unionsbürgern und ihren Familienangehörigen innerhalb des Hoheitsgebiets der Union betrifft und nicht den Zugang Letzterer zu diesem Gebiet. Nach einer ständigen Rechtsprechung müssen

die Mitgliedstaaten ihre nationalen Befugnisse nämlich unter Wahrung des Gemeinschaftsrechts, insbesondere der Grundfreiheiten, ausüben⁵. Der Gerichtshof hat bereits ausdrücklich festgestellt, dass die Mitgliedstaaten bei der Ausübung ihrer Befugnisse, insbesondere derer, über die sie im Bereich der Kontrolle der Zuwanderung verfügen⁶, das Freizügigkeits- und Aufenthaltsrecht der Unionsbürger beachten müssen⁷.

7. Auch aus der Systematik der verschiedenen der Gemeinschaft im EG-Vertrag zugewiesenen Befugnisse lässt sich nichts gegen die Anwendbarkeit der Richtlinie 2004/38 auf die Einreise von der Staatsangehörigkeit eines Drittlands besitzenden Familienangehörigen eines Unionsbürgers herleiten. Zwar sind gemeinschaftsrechtliche Rechtsakte im Bereich der Zuwanderung und der Kontrolle an den Außengrenzen nur in Titel IV des EG-Vertrags vorgesehen⁸, während die Richtlinie 2004/38 auf Titel III des EG-Vertrags gestützt ist. Aber diese regelt unmittelbar nur die Rechte der Unionsbürger, diejenigen der Familienangehörigen sind nur insoweit betroffen, als sie mit diesen zusammenhängen. Eine Überschneidung mit Befugnissen nach Titel IV liegt nicht schon deshalb vor, weil die Richtlinie dadurch möglicherweise Auswirkungen

3 — Vgl. Urteil vom 17. September 2002, Baumbast und R (C-413/99, Slg. 2002, I-7091, Randnr. 84).

4 — Vgl. Urteil vom 11. Dezember 2007, Eind (C-291/05, Slg. 2007, I-10719, Randnrn. 23, 24 und 30).

5 — Vgl. Urteil vom 13. Dezember 2005, Marks & Spencer (C-446/03, Slg. 2005, I-10837, Randnr. 29).

6 — Vgl. Urteil vom 25. Juli 2002, MRAX (C-459/99, Slg. 2002, I-6591). Vgl. auch Urteil vom 14. April 2005, Kommission/Spanien (C-157/03, Slg. 2005, I-2911).

7 — Vgl. Urteile vom 23. November 2000, Elsen (C-135/99, Slg. 2000, I-10409, Randnr. 33), vom 2. Oktober 2003, Garcia Avello (C-148/02, Slg. 2003, I-11613, Randnr. 25), vom 29. April 2004, Pusa (C-224/02, Slg. 2004, I-5763, Randnr. 22), vom 15. März 2005, Bidar (C-209/03, Slg. 2005, I-2119, Randnr. 33), vom 26. Oktober 2006, Tas-Hagen und Tas (C-192/05, Slg. 2006, I-10451, Randnr. 22), und vom 22. Mai 2008, Nerkowska (C-499/06, Slg. 2008, I-3993, Randnr. 24).

8 — Vgl. z. B. Richtlinie 2003/86/EG des Rates vom 22. September 2003 betreffend das Recht auf Familienzusammenführung (ABl. L 251, S. 12), durch die Drittstaatsangehörigen ein Recht auf Familienzusammenführung zuerkannt wird.

auf den Bereich der Kontrolle der Zuwanderung hat, da mit ihr im Wesentlichen die Ausübung des Freizügigkeits- und Aufenthaltsrechts gewährleistet werden soll.

8. Es bleibt also zu prüfen, ob das durch die Richtlinie 2004/38 den Familienangehörigen eines Unionsbürgers zuerkannte Aufenthaltsrecht, damit die mit der Unionsbürgerschaft verbundenen Rechte voll wirksam sind, unter bestimmten Voraussetzungen ein Recht auf Zugang zum Hoheitsgebiet der Gemeinschaft umfassen kann. Hierzu ist zunächst festzustellen, dass sowohl der Gesetzgeber⁹ als auch der Gerichtshof¹⁰ immer wieder die Bedeutung des Schutzes des Familienlebens der Unionsbürger für die Beseitigung der Hindernisse für die Ausübung der vom Vertrag garantierten Grundfreiheiten hervorgehoben haben. Wegen dieses Funktionszusammenhangs zwischen dem Recht auf Achtung des Familienlebens und der Freizügigkeit hat der Gerichtshof u. a. entschieden, dass Art. 52 EG-Vertrag (nach Änderung jetzt Art. 43 EG) und die Richtlinie 73/148/EWG¹¹ dahin gehend auszulegen sind, dass sie einen Mitgliedstaat verpflichten, dem

Ehegatten eines seiner Staatsangehörigen die Einreise in sein Hoheitsgebiet und den Aufenthalt dort ohne Rücksicht auf seine Staatsangehörigkeit zu gestatten, wenn sich der Staatsangehörige dieses Mitgliedstaats mit diesem Ehegatten in das Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats begeben hatte, um dort eine unselbständige Tätigkeit im Sinne von Art. 48 EG-Vertrag (nach Änderung jetzt Art. 39 EG) auszuüben, und zurückkehrt, um sich im Hoheitsgebiet des Staates, dessen Staatsangehörigkeit er besitzt, im Sinne von Art. 52 EWG-Vertrag niederzulassen; der Gerichtshof hat festgestellt, dass ein Staatsangehöriger eines Mitgliedstaats davon abgehalten werden könnte, 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 auch seinem Ehegatten und seinen Kindern erlaubt wäre, in das Hoheitsgebiet dieses Staates unter Bedingungen einzureisen und sich dort aufzuhalten, die denjenigen zumindest gleichwertig sind, die ihnen das Gemeinschaftsrecht im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats gewährt¹². Aus diesem Funktionszusammenhang erhellt auch, warum der Gerichtshof entschieden hat, dass Art. 49 EG im Lichte des Grundrechts auf Achtung des Familienlebens dahin gehend auszulegen ist, dass er es verbietet, dass der Herkunftsmittgliedstaat eines in diesem Staat ansässigen Dienstleistungserbringers, der Dienstleistungen für in anderen Mitgliedstaaten ansässige Empfänger erbringt, dessen die Staatsangehörigkeit eines Drittlands besitzenden Ehegatten den Aufenthalt in seinem Hoheitsgebiet verwehrt¹³. Selbst in dem Urteil vom 23. September 2003, *Akrich*¹⁴, mit dem der Gerichtshof es abgelehnt hat, einem mit

9 — „Damit das Recht auf Freizügigkeit nach objektiven Maßstäben in Freiheit und Menschenwürde wahrgenommen werden kann, ... müssen alle Hindernisse beseitigt werden, die sich der Mobilität der Arbeitnehmer entgegenstellen, insbesondere in Bezug auf das Recht des Arbeitnehmers, seine Familie nachkommen zu lassen“, heißt es im fünften Erwägungsgrund der Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 des Rates vom 15. Oktober 1968 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Gemeinschaft (ABl. L 257, S. 2), in deren Art. 10 dann bereits das Recht der Familienangehörigen vorgesehen ist, ungeachtet ihrer Staatsangehörigkeit bei dem Arbeitnehmer, der die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaats besitzt und im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats beschäftigt ist, Wohnung zu nehmen. Ganz ähnlich heißt es im fünften Erwägungsgrund der Richtlinie 2004/38: „Das Recht aller Unionsbürger, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, sollte, wenn es unter objektiven Bedingungen in Freiheit und Würde ausgeübt werden soll, auch den Familienangehörigen ungeachtet ihrer Staatsangehörigkeit gewährt werden.“

10 — Vgl. Urteile vom 11. Juli 2002, *Carpenter* (C-60/00, Slg. 2002, I-6279, Randnr. 38), *MRAX* (Randnr. 53), vom 14. April 2005, *Kommission/Spanien* (Randnr. 26), vom 31. Januar 2006, *Kommission/Spanien* (C-503/03, Slg. 2006, I-1097, Randnr. 41), und *Eind* (Randnr. 44).

11 — Richtlinie 73/148/EWG des Rates vom 21. Mai 1973 zur Aufhebung der Reise- und Aufenthaltsbeschränkungen für Staatsangehörige der Mitgliedstaaten innerhalb der Gemeinschaft auf dem Gebiet der Niederlassung und des Dienstleistungsverkehrs (ABl. L 172, S. 14).

12 — Vgl. Urteil vom 7. Juli 1992, *Singh* (C-370/90, Slg. 1992, I-4265).

13 — Vgl. Urteil *Carpenter*.

14 — C-109/01, Slg. 2003, I-9607.

einem Unionsbürger verheirateten Drittstaatsangehörigen nach Art. 10 der Verordnung Nr. 1612/68 in dem Mitgliedstaat, in den der Unionsbürger zurückkehrt war, um dort eine unselbständige Berufstätigkeit auszuüben, ein Aufenthaltsrecht zuzuerkennen, weil sich der Ehegatte vorher nicht rechtmäßig im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats aufgehalten hatte, hat der Gerichtshof den zuständigen Stellen des Mitgliedstaats gleichwohl auferlegt, bei der Prüfung des Antrags des Ehegatten, in das Hoheitsgebiet dieses Staates einzureisen und sich dort aufzuhalten, das Recht auf Achtung des Familienlebens im Sinne von Art. 8 EMRK¹⁵ zu berücksichtigen, und zwar wegen der davon betroffenen Freizügigkeit des Unionsbürgers.

9. Nach diesem Ansatz würde es eindeutig das Recht des Unionsbürgers auf Führung eines normalen Familienlebens und damit sein Recht auf Aufenthalt im Aufnahmemitgliedstaat verletzen, wenn die Richtlinie 2004/38 dahin gehend ausgelegt würde, dass das von ihr Drittstaatsangehörigen, die Familienangehörige eines im Aufnahmemitgliedstaat lebenden Unionsbürgers sind, zuerkannte Aufenthaltsrecht diesen keinen Zugang zum Hoheitsgebiet der Gemeinschaft gewährt, also nur zum Tragen kommt, wenn sich die Familienangehörigen vorher rechtmäßig in einem anderen Mitgliedstaat aufgehalten haben. Wenn es in den Rechtssachen des Ausgangsverfahrens den in Irland wohnenden Unionsbürgern nicht möglich ist, ihre Ehegatten von außerhalb der Gemeinschaft einreisen zu lassen, können sie dadurch in ihrer freien Wahl, sich in diesem Mitgliedstaat aufzuhalten, insoweit eingeschränkt werden, als sie sich veranlasst sehen könnten, Irland zu verlassen, um sich in einen anderen Staat — sei es in einen Mitgliedstaat oder in ein Drittland — zu begeben, wo sie gemeinsam mit ihren Ehegatten leben können. Damit das Recht eines Unionsbürgers, sich

in einem anderen Mitgliedstaat als seinem Herkunftsmitgliedstaat aufzuhalten, seine volle Wirksamkeit entfalten kann, muss das durch die Richtlinie 2004/38 zuerkannte abgeleitete Aufenthaltsrecht seiner die Staatsbürgerschaft eines Drittlands besitzenden Familienangehörigen das Recht umfassen, dem Unionsbürger nachzuziehen, auch unmittelbar von außerhalb der Union. Mithin darf ein Mitgliedstaat von diesen Familienangehörigen nicht verlangen, dass sie sich vorher rechtmäßig in einem anderen Mitgliedstaat aufgehalten haben, um sich auf die Richtlinie berufen zu können.

10. Einer solchen Auslegung der Richtlinie 2004/38 halten die irische Regierung und die dieser als Streithelfer beigetretenen Mitgliedstaaten den Ansatz des Urteils *Akrich*¹⁶ entgegen, wonach ein mit einem Unionsbürger verheirateter Drittstaatsangehöriger, der sich in einen Mitgliedstaat begibt, in den der Unionsbürger abgewandert ist, sich vorher rechtmäßig in einem anderen Mitgliedstaat aufgehalten haben muss, um in den Genuss der Rechte aus Art. 10 der Verordnung Nr. 1612/68 kommen zu können, da diese nur die Freizügigkeit innerhalb der Gemeinschaft betrifft und nichts über die Rechte enthält, die diesem mit einem Unionsbürger verheirateten Drittstaatsangehörigen im Hinblick auf den Zugang zum Hoheitsgebiet der Union zustehen.

11. Dem Ansatz des Urteils *Akrich* kommt aber aus mehreren Gründen nicht die allgemeine Bedeutung zu, die die Mitgliedstaaten ihm beimessen. Er lässt sich nicht mit einer sich in der Rechtsprechung abzeichnenden Tendenz in Einklang bringen, die dahin geht, dass einem Drittstaatsangehörigen, der Familienangehöriger eines Unionsbürgers ist, gemeinschaftsrechtlich zuerkannte Aufenthaltsrecht lediglich von der Feststellung von „familiären Beziehungen“ abhängig zu machen. So hatte der Gerichtshof vor

15 — Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, unterzeichnet in Rom am 4. November 1950.

16 — Randnrn. 49 bis 51.

2003 entschieden¹⁷, so entscheidet er noch immer¹⁸. Aus diesem allein auf der Grundlage familiärer Beziehungen unmittelbar durch das Gemeinschaftsrecht zuerkanntem Recht hat der Gerichtshof geschlossen, dass es einem Mitgliedstaat verwehrt ist, Maßnahmen zur Entfernung eines die Staatsangehörigkeit eines Drittlands besitzenden Familienangehörigen eines Unionsbürgers aus seinem Hoheitsgebiet zu ergreifen, nur weil ausländerrechtliche Formalitäten nicht eingehalten sind¹⁹, und dass die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis für den Familienangehörigen lediglich deklaratorischen Charakter hat²⁰.

12. Im Übrigen hat der Gerichtshof in seinem Urteil vom 9. Januar 2007, Jia²¹, die in dem Urteil Akrich aufgestellte Voraussetzung eines vorherigen rechtmäßigen Aufenthalts selbst ausdrücklich auf die besonderen Umstände des dem Urteil zugrunde liegenden Sachverhalts des Ausgangsverfahrens zurückgeführt, in dem es um einen mit einer Unionsbürgerin verheirateten Drittstaatsangehörigen ging, der sich unrechtmäßig in einem Mitgliedstaat aufhielt und die nationalen Zuwanderungsvorschriften umgehen wollte. Herr Akrich, der mit einer Staatsangehörigen des Vereinigten Königreichs verheiratet und im Vereinigten Königreich nicht aufenthaltsberechtigt war, hatte nämlich seiner Abschiebung nach Irland zugestimmt, wohin er seiner kurz zuvor dorthin gezogenen Ehefrau nachgezogen war, und beabsichtigte, mit dieser unter Berufung auf das Gemeinschaftsrecht als Ehegatte einer Unionsbürgerin, die von ihrer Freizügigkeit Gebrauch gemacht hat, in das Vereinigte Königreich zurückzukehren.

13. Schließlich ist der neuen Rechtslage Rechnung zu tragen, die durch die Richtlinie 2004/38 entstanden ist. Selbst wenn dem Ansatz des Urteils Akrich eine über den Einzelfall (Rechtsmissbrauch) hinausgehende Bedeutung zukäme, wäre zu berücksichtigen, dass das Urteil unter der Geltung und in Anwendung der Verordnung Nr. 1612/68 ergangen ist. Wie aber aus dem dritten Erwägungsgrund der Richtlinie 2004/38 hervorgeht, sollen mit dieser die bestehenden Gemeinschaftsinstrumente nicht nur kodifiziert, sondern auch überarbeitet werden, um das Freizügigkeits- und Aufenthaltsrecht aller Unionsbürger zu „verstärken“. Außerdem betrifft die Richtlinie 2004/38 ganz wie Art. 18 EG nicht nur das Recht, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu „bewegen“, sondern auch das Recht, sich dort frei „aufzuhalten“, während die Verordnung Nr. 1612/68, wie sich bereits aus ihrem Titel entnehmen lässt, nur die „Freizügigkeit“ der Arbeitnehmer innerhalb der Gemeinschaft betraf. Mit anderen Worten: Mit der Freizügigkeit der Arbeitnehmer und den entsprechenden Durchführungsvorschriften sollten im Wesentlichen die Beschränkungen der Mobilität der Arbeitnehmer beseitigt werden. Das Augenmerk war also auf die möglicherweise von der Zu- oder Abwanderung abschreckende Wirkung von Maßnahmen der Mitgliedstaaten gerichtet. Letztlich ist es diese Sichtweise, die dem Ansatz des Urteils Akrich zugrunde liegt. Nachdem der Gerichtshof zunächst festgestellt hat, dass aus der Systematik der Gemeinschaftsbestimmungen hervorgeht, dass die Arbeitnehmerfreizügigkeit in der Gemeinschaft gewährleistet werden soll, deren Ausübung den Wanderarbeitnehmer und seine Familie nicht benachteiligen darf, hat er daraus nämlich gefolgert, dass, wenn sich ein in einem Mitgliedstaat ansässiger Unionsbürger, der mit einem zum Aufenthalt in diesem Mitgliedstaat nicht berechtigten Drittstaatsangehörigen verheiratet ist, in einen anderen Mitgliedstaat begibt, um dort eine unselbständige Berufstätigkeit auszuüben, in dem Umstand, dass seinem Ehegatten aus Art. 10 der Verordnung Nr. 1612/68 kein Recht erwächst, sich mit ihm

17 — Vgl. Urteil MRAX (Randnr. 59).

18 — Vgl. Urteil vom 14. April 2005, Kommission/Spanien (Randnr. 28).

19 — Vgl. Urteil MRAX (Randnrn. 73 bis 80).

20 — Vgl. Urteil vom 14. April 2005, Kommission/Spanien (Randnr. 28).

21 — C-1/05, Slg. 2007, I-1.

in diesem anderen Mitgliedstaat niederzulassen, keine ungünstigere Behandlung liegen kann als die, die dem Ehepaar zuteilwurde, bevor dieser Unionsbürger die nach dem EG-Vertrag auf dem Gebiet der Freizügigkeit eröffneten Möglichkeiten in Anspruch nahm, und dass dieser Umstand also den Unionsbürger nicht davon abhalten kann, die durch Art. 39 EG zuerkannten Freizügigkeitsrechte wahrzunehmen; begibt sich dagegen ein in einem Mitgliedstaat ansässiger Unionsbürger, der mit einem zum Aufenthalt in diesem Mitgliedstaat berechtigten Drittstaatsangehörigen verheiratet ist, in einen anderen Mitgliedstaat, um dort eine unselbständige Berufstätigkeit auszuüben, so darf aufgrund dieses Ortswechsels nicht die Möglichkeit verloren gehen, rechtmäßig zusammenzuleben, weshalb Art. 10 der Verordnung Nr. 1612/68 dem Ehegatten das Recht verleiht, sich in diesem anderen Mitgliedstaat niederzulassen²². Heute betont die Richtlinie 2004/38 ebenso das Recht, sich in dem Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei aufzuhalten. Es soll also nicht mehr nur die Mobilität, sondern auch die Stabilität, die Fortdauer des Aufenthalts in einem anderen Mitgliedstaat gewährleistet werden. Unter diesem neuen Blickwinkel tritt deutlich hervor, dass, würde ein vorheriger rechtmäßiger Aufenthalt zur Voraussetzung für das von der Richtlinie 2004/38 Drittstaatsangehörigen, die Familienangehörige eines Unionsbürgers sind, zuerkannte Aufenthaltsrecht gemacht, davon der Fortbestand des Aufenthalts in dem von dem Unionsbürger frei gewählten Mitgliedstaat betroffen sein könnte. Wenn sich in seinem Familienleben Änderungen ergeben und sich der Familienangehörige mangels eines vorherigen rechtmäßigen Aufenthalts in einem anderen Mitgliedstaat nicht auf das Gemeinschaftsrecht berufen kann, um ihm nachzuziehen, könnte sich der Unionsbürger veranlasst sehen, das Hoheitsgebiet des Mitgliedstaats, das er für seinen Aufenthalt gewählt hatte, zugunsten eines anderen

Staates — sei es zugunsten eines Mitgliedstaats oder eines Drittlands — zu verlassen, wo er die Familie zusammenführen kann. Die Verletzung des Rechts, ein normales Familienleben zu führen, die das Erfordernis eines vorherigen rechtmäßigen Aufenthalts in einem anderen Mitgliedstaat mit sich brächte, würde sich also auf die Wirksamkeit des Aufenthaltsrechts auswirken. Es gibt aber keinen Grund, Eingriffe in das Familienleben unterschiedlich zu behandeln, je nachdem, ob sie die Freiheit des Unionsbürgers beschränken, sich in einen anderen Mitgliedstaat zu begeben, oder diejenige, sich in einem anderen Mitgliedstaat aufzuhalten. Da die Richtlinie 2004/38 — wie die Verordnung Nr. 1612/68²³ — im Licht des Grundrechts auf Achtung des Familienlebens auszulegen ist, darf der Genuss des durch die Richtlinie 2004/38 Drittstaatsangehörigen, die Familienangehörige eines Unionsbürgers sind, zuerkannten Aufenthaltsrechts folglich nicht von einem vorherigen rechtmäßigen Aufenthalt dieser Drittstaatsangehörigen in einem anderen Mitgliedstaat abhängig gemacht werden.

14. Auch wenn das durch die Richtlinie 2004/38 Drittstaatsangehörigen, die Familienangehörige eines Unionsbürgers sind, zuerkannte Aufenthaltsrecht ein Recht auf Zugang zum Hoheitsgebiet der Gemeinschaft umfasst, kann dieses selbstverständlich Beschränkungen durch die Mitgliedstaaten unterworfen sein. Diese sind ausdrücklich vorgesehen. Art. 27 der Richtlinie stellt das Freizügigkeits- und Aufenthaltsrecht eines Unionsbürgers oder seiner Familienangehörigen, ungeachtet ihrer Staatsangehörigkeit, unter den üblichen Vorbehalt der öffentlichen Ordnung. Art. 35 nimmt die Fälle von Rechtsmissbrauch oder Betrug aus. Die Vorschrift zielt natürlich in erster Linie auf

22 — Vgl. Urteil Akrich (Randnrn. 51 bis 54).

23 — Vgl. Urteile vom 18. Mai 1989, Kommission/Deutschland (249/86, Slg. 1989, 1263, Randnr. 10), und Baumbast und R (Randnr. 72).

Scheitern ab, aber auch der Versuch einer Umgehung nationaler Zuwanderungsbestimmungen — wie im Fall *Akrich* — kann durchaus einen Rechtsmissbrauch im Sinne dieser Vorschrift darstellen. Unter diese von der Richtlinie 2004/38 erlaubten Beschränkungen fallen auch die vom Gerichtshof im Zusammenhang mit der Dienstleistungsfreiheit zugelassenen Beschränkungen des Rechts auf Achtung des Familienlebens im Sinne von Art. 8 EMRK²⁴.

15. Auf die erste Vorlagefrage ist mithin zu antworten, dass es einem Mitgliedstaat nach der Richtlinie 2004/38 verwehrt ist, den Genuss des durch die Richtlinie Drittstaatsangehörigen, die Familienangehörige eines Unionsbürgers sind, zuerkannten Aufenthaltsrechts von der Voraussetzung abhängig zu machen, dass sich diese vorher rechtmäßig in einem anderen Mitgliedstaat aufgehalten haben.

B — Einfluss des Zeitpunkts der Eheschließung auf den Genuss des durch die Richtlinie 2004/38 zuerkannten Aufenthaltsrechts

16. Die zweite und die dritte Vorlagefrage betreffen die Frage, ob die Richtlinie 2004/38 einem Drittstaatsangehörigen das Recht verleiht, sich im Aufnahmemitgliedstaat mit dem mit ihm verheirateten Unionsbürger aufzuhalten, obwohl er vor der Schließung der Ehe und sogar vor dem Unionsbürger in den Aufnahmemitgliedstaat eingereist ist.

Die Frage stellt sich, weil sich nach Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie nur Unionsbürger und „seine Familienangehörigen ...“, die ihn begleiten oder ihm nachziehen“, auf die Richtlinie berufen können. Der Wortlaut legt die Annahme nahe, dass der Drittstaatsangehörige Familienangehöriger geworden sein muss, bevor er in den Aufnahmemitgliedstaat eingereist ist. Das ist der Standpunkt der irischen Regierung. Wie könnte der Drittstaatsangehörige sonst als jemand angesehen werden, der den Unionsbürger als dessen Familienangehöriger begleitet oder ihm nachzieht?

17. Der Wortlaut des Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 2004/38 stützt die Auffassung des Mitgliedstaats, der Beklagter des Ausgangsverfahrens ist, aber nicht wirklich. Insbesondere kann der [französische] Ausdruck „*accompagner*“ sowohl eine Bewegung bezeichnen und „mitgehen“ bedeuten als auch eine statische Konnotation haben und „bei jemandem sein“ bedeuten. Auch die diesem französischen Ausdruck entsprechenden Ausdrücke in den anderen Sprachfassungen haben diese doppelte Bedeutung, so z. B. der englische Ausdruck „*accompany*“, der spanische Ausdruck „*acompañar*“, der italienische Ausdruck „*accompagnare*“ oder portugiesische Ausdruck „*acompanhar*“. Da der Wortlaut nicht eindeutig ist, muss die Auslegung auch hier nach dem Zweck der Bestimmung erfolgen. Wenn es nur um die Mobilität der Unionsbürger ginge, um ihre Freiheit, sich in einen anderen Mitgliedstaat zu begeben, ließe sich unter diesem Blickwinkel durchaus die Meinung vertreten, dass das Gemeinschaftsrecht den Familienangehörigen kein Aufenthaltsrecht im Aufnahmemitgliedstaat des abwandernden Unionsbürgers gewährt, wenn die familiären Beziehungen erst begründet worden sind, nachdem von der Freizügigkeit Gebrauch

24 — Vgl. Urteil *Carpenter*.

gemacht worden ist. In einem solchen Fall kann die Verhinderung der Familienzusammenführung nämlich keinerlei abschreckende Wirkung auf die Freizügigkeit des Unionsbürgers gehabt haben.

18. Bekanntermaßen gehört zu den nach Art. 18 EG aus der Unionsbürgerschaft entspringenden Rechten aber auch das Recht, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei aufzuhalten. Die Richtlinie 2004/38, mit der die Ausübung des Grundrechts der Freizügigkeit und des freien Aufenthalts der Unionsbürger geregelt werden soll, gilt nach Art. 3 der Richtlinie folgerichtig für jeden Unionsbürger, der sich in einen anderen als den Mitgliedstaat, dessen Staatsangehörigkeit er besitzt, „begibt *oder sich dort aufhält*“. Wie ich bereits im Zusammenhang mit der Beantwortung der ersten Frage dargelegt habe, wäre der Fortbestand des Aufenthalts des Unionsbürgers im Aufnahmemitgliedstaat aber in Frage gestellt, wenn er dort nicht mit seinen Familienangehörigen leben könnte. Für die Wirksamkeit seines Aufenthaltsrechts spielt es keine Rolle, zu welchem Zeitpunkt jemand Angehöriger seiner Familie geworden ist. Es kommt auch nicht darauf an, ob die Person, die Angehöriger seiner Familie geworden ist, sich bereits im Hoheitsgebiet des Aufnahmemitgliedstaats aufhielt, bevor der Unionsbürger dort angekommen ist. Selbst wenn der Drittstaatsangehörige — wie in den Rechtssachen des Ausgangsverfahrens — den Unionsbürger erst während dessen Aufenthalt im Aufnahmemitgliedstaat geheiratet hat und selbst wenn er zur Zeit der Eheschließung bereits in den Aufnahmemitgliedstaat eingereist war, wird dadurch, dass der Aufnahmemitgliedstaat es ablehnt, ihm eine Aufenthaltserlaubnis als Ehegatte eines Unionsbürgers zu erteilen und damit das Leben als Familie unmöglich macht, der Aufenthalt des Unionsbürgers auf dem Hoheitsgebiet des Aufnahmemitgliedstaats nicht minder beeinträchtigt.

19. Der Gerichtshof hat bereits im Zusammenhang mit dem an die Grundfreiheit der Freizügigkeit der Arbeitnehmer gebundenen Aufenthaltsrecht entschieden, dass es einem Mitgliedstaat wegen des durch die Richtlinien 68/360/EWG²⁵ und 73/148 Arbeitnehmern der Gemeinschaft und damit ihren Angehörigen zuerkannten Aufenthaltsrechts verwehrt ist, einem Drittstaatsangehörigen, der im Aufnahmemitgliedstaat einen Arbeitnehmer der Gemeinschaft geheiratet hat, nachdem er rechtswidrig in diesen Staat eingereist war, eine Aufenthaltserlaubnis zu verweigern²⁶. Was nach den der Richtlinie 2004/38 vorausgegangenen Rechtsakten galt, muss heute erst recht gelten. Ich wiederhole: Diese Richtlinie soll das Aufenthaltsrecht aller Unionsbürger „verstärken“. Mithin können sich Drittstaatsangehörige auf die Rechte, die die Richtlinie 2004/38 Familienangehörigen zuerkennt, die den Unionsbürger im Sinne von Art. 3 der Richtlinie „begleiten“, unabhängig davon berufen, wann sie Angehörige der Familie dieses Unionsbürgers geworden sind.

20. Auf die zweite und die dritte Vorlagefrage ist also zu antworten, dass Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 2004/38 auf einen Drittstaatsangehörigen, der mit einem sich im Aufnahmemitgliedstaat aufhaltenden Unionsbürger verheiratet ist, unabhängig davon anwendbar ist, wann und wo die Ehe geschlossen worden ist und wann und wie der Drittstaatsangehörige in den Aufnahmemitgliedstaat eingereist ist.

25 — Richtlinie 68/360/EWG des Rates vom 15. Oktober 1968 zur Aufhebung der Reise- und Aufenthaltsbeschränkungen für Arbeitnehmer der Mitgliedstaaten und ihre Familienangehörigen innerhalb der Gemeinschaft (ABl. L 257, S. 13).

26 — Vgl. Urteil MRAX (Randnrn. 63 bis 80).

III — Ergebnis

21. Nach alledem schlage ich dem Gerichtshof vor, die vom High Court zur Vorabentscheidung vorgelegten Fragen wie folgt zu beantworten:

1. Nach der Richtlinie 2004/38/EG ist es einem Mitgliedstaat verwehrt, den Genuss des durch die Richtlinie Drittstaatsangehörigen, die Familienangehörige eines Unionsbürgers sind, zuerkannten Aufenthaltsrechts von der Voraussetzung abhängig zu machen, dass sich diese vorher rechtmäßig in einem anderen Mitgliedstaat aufgehalten haben.
2. Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 2004/38 ist auf einen Drittstaatsangehörigen, der mit einem sich im Aufnahmemitgliedstaat aufhaltenden Unionsbürger verheiratet ist, unabhängig davon anwendbar, wann und wo die Ehe geschlossen worden ist und wann und wie der Drittstaatsangehörige in den Aufnahmemitgliedstaat eingereist ist.