



# Sammlung der Rechtsprechung

SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS  
MELCHIOR WATHELET  
vom 11. Januar 2018<sup>1</sup>

**Rechtssache C-673/16**

**Relu Adrian Coman,  
Robert Clabourn Hamilton,  
Asociația Accept  
gegen**

**Inspectoratul General pentru Imigrări,  
Ministerul Afacerilor Interne,  
Consiliul Național pentru Combaterea Discriminării**

(Vorabentscheidungsersuchen der Curtea Constituțională [Verfassungsgerichtshof, Rumänien])

„Vorlage zur Vorabentscheidung – Unionsbürgerschaft – Richtlinie 2004/38/EG – Art. 2 Nr. 2 Buchst. a – Begriff ‚Ehegatte‘ – Recht der Unionsbürger, sich im Unionsgebiet frei zu bewegen und aufzuhalten – Ehe zwischen Personen desselben Geschlechts – Nichtanerkennung der Ehe durch den Aufnahmestaat – Art. 3 – Begriff ‚anderer Familienangehöriger‘ – Art. 7 – Recht auf Aufenthalt für mehr als drei Monate – Art. 7 und 21 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union“

## I. Einleitung

1. Das vorliegende Vorabentscheidungsersuchen betrifft Art. 2 Nr. 2 Buchst. a, Art. 3 Abs. 1 und 2 Buchst. a und b sowie Art. 7 Abs. 2 der 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<sup>2</sup>.

2. Es gibt dem Gerichtshof erstmals Gelegenheit, sich zum Begriff „Ehegatte“ im Sinne der Richtlinie 2004/38 im Kontext einer Ehe zwischen zwei Männern zu äußern. Dies ist ein heikles Unterfangen, da es zwar um die Ehe als *Rechtsinstitut* in dem besonderen und begrenzten Rahmen der Freizügigkeit der Bürger der Europäischen Union geht, die Definition des Begriffs „Ehegatte“ jedoch zwangsläufig den Kern der Identität der betroffenen Männer und Frauen – und damit ihre Würde – berühren wird, aber auch die persönliche und soziale Auffassung der Unionsbürger von der Ehe, die von einer Person zur anderen und von einem Mitgliedstaat zum anderen variieren kann.

<sup>1</sup> Originalsprache: Französisch.

<sup>2</sup> ABl. 2004, L 158, S. 77, sowie Berichtigung in ABl. 2004, L 229, S. 35.

## II. Rechtlicher Rahmen

### A. Unionsrecht

#### 1. Charta

3. Art. 7 („Achtung des Privat- und Familienlebens“) der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (im Folgenden: Charta) lautet:

„Jede Person hat das Recht auf Achtung ihres Privat- und Familienlebens, ihrer Wohnung sowie ihrer Kommunikation.“

4. Gemäß Art. 9 der Charta werden „[d]as Recht, eine Ehe einzugehen, und das Recht, eine Familie zu gründen, ... nach den einzelstaatlichen Gesetzen gewährleistet, welche die Ausübung dieser Rechte regeln“.

5. Art. 21 Abs. 1 der Charta verbietet „Diskriminierungen, insbesondere wegen des Geschlechts, der Rasse, der Hautfarbe, der ethnischen oder sozialen Herkunft, der genetischen Merkmale, der Sprache, der Religion oder der Weltanschauung, der politischen oder sonstigen Anschauung, der Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit, des Vermögens, der Geburt, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung“.

#### 2. AEU-Vertrag

6. In Art. 21 AEUV heißt es: „Jeder Unionsbürger hat das Recht, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten vorbehaltlich der in den Verträgen und in den Durchführungsvorschriften vorgesehenen Beschränkungen und Bedingungen frei zu bewegen und aufzuhalten.“

#### 3. Richtlinie 2004/38

7. Die Erwägungsgründe 2, 5, 6 und 31 der Richtlinie 2004/38 lauten:

„(2) Die Freizügigkeit von Personen stellt eine der Grundfreiheiten des Binnenmarkts dar, der einen Raum ohne Binnengrenzen umfasst, in dem diese Freiheit gemäß den Bestimmungen des Vertrags gewährleistet ist.

...

(5) 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. Für die Zwecke dieser Richtlinie sollte der Begriff des Familienangehörigen auch den eingetragenen Lebenspartner umfassen, wenn nach den Rechtsvorschriften des Aufnahmemitgliedstaats die eingetragene Partnerschaft der Ehe gleichgestellt wird.

(6) Um die Einheit der Familie im weiteren Sinne zu wahren und unbeschadet des Verbots der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit sollte die Lage derjenigen Personen, die nicht als Familienangehörige im Sinne dieser Richtlinie gelten und die daher kein automatisches Einreise- und Aufenthaltsrecht im Aufnahmemitgliedstaat genießen, von dem Aufnahmemitgliedstaat auf der Grundlage seiner eigenen innerstaatlichen Rechtsvorschriften

daraufhin geprüft werden, ob diesen Personen die Einreise und der Aufenthalt gestattet werden könnte, wobei ihrer Beziehung zu dem Unionsbürger sowie anderen Aspekten, wie ihre finanzielle oder physische Abhängigkeit von dem Unionsbürger, Rechnung zu tragen ist.

...

- (31) Diese Richtlinie steht im Einklang mit den Grundrechten und -freiheiten und den Grundsätzen, die insbesondere mit der Charta der Grundrechte der Europäischen Union anerkannt wurden. Dem in der Charta enthaltenen Diskriminierungsverbot zufolge sollten die Mitgliedstaaten diese Richtlinie ohne Diskriminierung zwischen den Begünstigten dieser Richtlinie etwa aufgrund des Geschlechts, der Rasse, der Hautfarbe, der ethnischen oder sozialen Herkunft, der genetischen Merkmale, der Sprache, der Religion oder Weltanschauung, der politischen oder sonstigen Anschauung, der Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit, des Vermögens, der Geburt, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung umsetzen“.

8. Art. 2 („Begriffsbestimmungen“) der Richtlinie 2004/38 sieht vor:

„Im Sinne dieser Richtlinie bezeichnet der Ausdruck

...

2. ‚Familienangehöriger‘

- a) den Ehegatten;
- b) den Lebenspartner, mit dem der Unionsbürger auf der 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;

...“

9. Art. 3 („Berechtigte“) der Richtlinie 2004/38 lautet:

„(1) Diese Richtlinie gilt für jeden Unionsbürger, der sich in einen anderen als den Mitgliedstaat, dessen Staatsangehörigkeit er besitzt, begibt oder sich dort aufhält, sowie für seine Familienangehörigen im Sinne von Artikel 2 Nummer 2, die ihn begleiten oder ihm nachziehen.

(2) Unbeschadet eines etwaigen persönlichen Rechts auf Freizügigkeit und Aufenthalt der Betroffenen erleichtert der Aufnahmemitgliedstaat nach Maßgabe seiner innerstaatlichen Rechtsvorschriften die Einreise und den Aufenthalt der folgenden Personen:

- a) jedes nicht unter die Definition in Artikel 2 Nummer 2 fallenden Familienangehörigen ungeachtet seiner Staatsangehörigkeit, dem der primär aufenthaltsberechtigter Unionsbürger im Herkunftsland Unterhalt gewährt oder der mit ihm im Herkunftsland in häuslicher Gemeinschaft gelebt hat, oder wenn schwerwiegende gesundheitliche Gründe die persönliche Pflege des Familienangehörigen durch den Unionsbürger zwingend erforderlich machen;
- b) des Lebenspartners, mit dem der Unionsbürger eine ordnungsgemäß bescheinigte dauerhafte Beziehung eingegangen ist.

Der Aufnahmemitgliedstaat führt eine eingehende Untersuchung der persönlichen Umstände durch und begründet eine etwaige Verweigerung der Einreise oder des Aufenthalts dieser Personen.“

10. Art. 7 („Recht auf Aufenthalt für mehr als drei Monate“) Abs. 1 und 2 der Richtlinie sieht vor:

„(1) Jeder Unionsbürger hat das Recht auf Aufenthalt im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats für einen Zeitraum von über drei Monaten, wenn er

- a) Arbeitnehmer oder Selbstständiger im Aufnahmemitgliedstaat ist oder
- b) für sich und seine Familienangehörigen über ausreichende Existenzmittel verfügt, so dass sie während ihres Aufenthalts keine Sozialhilfeleistungen des Aufnahmemitgliedstaats in Anspruch nehmen müssen, und er und seine Familienangehörigen über einen umfassenden Krankenversicherungsschutz im Aufnahmemitgliedstaat verfügen oder
- c) – bei einer privaten oder öffentlichen Einrichtung, die von dem Aufnahmemitgliedstaat aufgrund seiner Rechtsvorschriften oder seiner Verwaltungspraxis anerkannt oder finanziert wird, zur Absolvierung einer Ausbildung einschließlich einer Berufsausbildung als Hauptzweck eingeschrieben ist und
  - über einen umfassenden Krankenversicherungsschutz im Aufnahmemitgliedstaat verfügt und der zuständigen nationalen Behörde durch eine Erklärung oder durch jedes andere gleichwertige Mittel seiner Wahl glaubhaft macht, dass er für sich und seine Familienangehörigen über ausreichende Existenzmittel verfügt, so dass sie während ihres Aufenthalts keine Sozialhilfeleistungen des Aufnahmemitgliedstaats in Anspruch nehmen müssen, oder
- d) ein Familienangehöriger ist, der den Unionsbürger, der die Voraussetzungen des Buchstabens a), b) oder c) erfüllt, begleitet oder ihm nachzieht.

(2) Das Aufenthaltsrecht nach Absatz 1 gilt auch für Familienangehörige, die nicht die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaats besitzen und die den Unionsbürger in den Aufnahmemitgliedstaat begleiten oder ihm nachziehen, sofern der Unionsbürger die Voraussetzungen des Absatzes 1 Buchstabe a), b) oder c) erfüllt.“

## **B. Rumänisches Recht**

11. Art. 259 Abs. 1 und 2 des Zivilgesetzbuchs bestimmt:

„(1) Eine Ehe ist die aus freien Stücken und unter den gesetzlich vorgesehenen Bedingungen eingegangene Verbindung zwischen einem Mann und einer Frau.

(2) Männer und Frauen haben das Recht, zur Gründung einer Familie eine Ehe einzugehen.“

12. In Art. 277 Abs. 1, 2 und 4 des Zivilgesetzbuchs heißt es:

„(1) Ehen zwischen Personen desselben Geschlechts sind verboten.

(2) Ehen zwischen Personen desselben Geschlechts, die im Ausland von rumänischen Staatsbürgern oder von Ausländern geschlossen oder eingegangen worden sind, werden in Rumänien nicht anerkannt. ...

(4) Die gesetzlichen Bestimmungen über die Freizügigkeit der Bürger der Mitgliedstaaten der Europäischen Union und des Europäischen Wirtschaftsraums innerhalb des rumänischen Hoheitsgebiets bleiben anwendbar.“

### III. Sachverhalt des Ausgangsrechtsstreits

13. Herr Relu Adrian Coman ist ein rumänischer Staatsbürger, der auch die amerikanische Staatsangehörigkeit besitzt. Im Juni 2002 lernte er in New York (Vereinigte Staaten) Herrn Robert Clabourn Hamilton, einen amerikanischen Staatsbürger, kennen. Beide lebten dort von Mai 2005 bis Mai 2009 zusammen. Im Mai 2009 ließ sich Herr Coman in Brüssel nieder, um beim Europäischen Parlament als parlamentarischer Assistent zu arbeiten, während Herr Hamilton in New York blieb. Sie heirateten am 5. November 2010 in Brüssel.

14. Im März 2012 beendete Herr Coman seine Tätigkeit beim Parlament und blieb in Brüssel. Im Dezember 2012 wandten sich Herr Coman und sein Ehemann an die rumänische Verwaltung, um die notwendigen Unterlagen dafür zu erhalten, dass sich Herr Coman mit seinem Ehegatten, der kein Staatsangehöriger der Europäischen Union ist, für eine Dauer von mehr als drei Monaten rechtmäßig in Rumänien aufhalten und dort arbeiten konnte.

15. Mit Schreiben vom 11. Januar 2013 lehnte das Inspectoratul General pentru Imigrări (Generalinspektion für Einwanderung, Rumänien) ihren Antrag ab. Die Ablehnung wurde damit begründet, dass das vorübergehende Aufenthaltsrecht für einen amerikanischen Staatsbürger nach den in den rumänischen Rechtsvorschriften über die Einwanderung in Verbindung mit den weiteren einschlägigen Rechtsakten festgelegten Voraussetzungen nicht zum Zweck der Familienzusammenführung verlängert werden könne.

16. Am 28. Oktober 2013 erhoben Herr Coman und Herr Hamilton mit der Asociația Accept gegen die Entscheidung des Inspectoratul General pentru Imigrări (Generalinspektion für Einwanderung) Klage vor der Judecătoria Sectorului 5 București (Amtsgericht des 5. Bezirks von Bukarest, Rumänien).

17. Im Rahmen dieses Rechtsstreits machten sie gegenüber den Bestimmungen von Art. 277 Abs. 2 und 4 des Zivilgesetzbuchs einen Einwand der Verfassungswidrigkeit geltend. Die Nichtanerkennung von im Ausland zwischen Personen desselben Geschlechts geschlossenen Ehen zwecks Ausübung des Aufenthaltsrechts stelle einen Verstoß gegen die Bestimmungen der rumänischen Verfassung, die das Recht auf Intim-, Familien- und Privatleben schützten, sowie gegen die Bestimmungen über den Gleichheitsgrundsatz dar.

18. Am 18. Dezember 2015 ersuchte das angerufene Gericht die Curtea Constituțională (Verfassungsgerichtshof, Rumänien) um Entscheidung über diesen Einwand. Nach deren Ansicht betrifft die vorliegende Rechtssache lediglich die Anerkennung der Wirkungen einer im Ausland zwischen einem Unionsbürger und seinem aus einem Drittstaat stammenden gleichgeschlechtlichen Ehegatten rechtmäßig geschlossenen Ehe auf das Recht auf Familienleben und das Recht auf Freizügigkeit unter dem Gesichtspunkt des Verbots der Diskriminierung aufgrund der sexuellen

Ausrichtung. In diesem Kontext hegt sie Zweifel hinsichtlich der Auslegung mehrerer in der Richtlinie 2004/38 verwendeter Begriffe im Licht der Charta sowie der jüngeren Rechtsprechung des Gerichtshofs und des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (im Folgenden: EGMR) zum Recht auf Familienleben. Daher hat sie beschlossen, das Verfahren auszusetzen und eine Vorabentscheidung beim Gerichtshof einzuholen.

#### IV. Vorabentscheidungsersuchen und Verfahren vor dem Gerichtshof

19. Mit Entscheidung vom 29. November 2016, beim Gerichtshof eingegangen am 30. Dezember 2016, hat die Curtea Constituțională (Verfassungsgerichtshof) dem Gerichtshof somit folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt:

1. Umfasst der Begriff „Ehegatte“ in Art. 2 Nr. 2 Buchst. a der Richtlinie 2004/38 in Verbindung mit den Art. 7, 9, 21 und 45 der Charta den aus einem Staat, der nicht Mitgliedstaat der Union ist, stammenden gleichgeschlechtlichen Ehegatten eines Unionsbürgers, den dieser Unionsbürger nach dem Recht eines Mitgliedstaats, der nicht der Aufnahmestaat ist, rechtmäßig geheiratet hat?
2. Falls die erste Frage bejaht wird: Verlangen Art. 3 Abs. 1 und Art. 7 Abs. 2<sup>3</sup> der Richtlinie 2004/38 in Verbindung mit den Art. 7, 9, 21 und 45 der Charta, dass der Aufnahmemitgliedstaat dem gleichgeschlechtlichen Ehegatten eines Unionsbürgers ein Recht zum Aufenthalt in seinem Hoheitsgebiet während eines Zeitraums von mehr als drei Monaten gewährt?
3. Falls die erste Frage verneint wird: Kann der aus einem Staat, der nicht Mitgliedstaat der Union ist, stammende gleichgeschlechtliche Ehegatte eines Unionsbürgers, den dieser Unionsbürger nach dem Recht eines Mitgliedstaats, der nicht der Aufnahmestaat ist, rechtmäßig geheiratet hat, als „jede[r] ... Familienangehörig[e]“ im Sinne von Art. 3 Abs. 2 Buchst. a der Richtlinie 2004/38 oder als „Lebenspartne[r], mit dem der Unionsbürger eine ordnungsgemäß bescheinigte dauerhafte Beziehung eingegangen ist“, im Sinne von Art. 3 Abs. 2 Buchst. b dieser Richtlinie angesehen werden mit der entsprechenden Pflicht des Aufnahmemitgliedstaats, seine Einreise und seinen Aufenthalt zu erleichtern, obwohl der Aufnahmestaat Ehen zwischen Personen desselben Geschlechts nicht anerkennt und auch keine andere alternative Form der rechtlichen Anerkennung wie etwa eingetragene Partnerschaften vorsieht?
4. Falls die dritte Frage bejaht wird: Verlangen Art. 3 Abs. 2 und Art. 7 Abs. 2 der Richtlinie 2004/38 in Verbindung mit den Art. 7, 9, 21 und 45 der Charta, dass der Aufnahmemitgliedstaat dem gleichgeschlechtlichen Ehegatten eines Unionsbürgers ein Recht zum Aufenthalt in seinem Hoheitsgebiet während eines Zeitraums von mehr als drei Monaten gewährt?

20. Die Kläger des Ausgangsverfahrens, die rumänische, die ungarische, die niederländische und die polnische Regierung sowie die Europäische Kommission haben schriftliche Erklärungen eingereicht.

21. Mit Ausnahme der niederländischen Regierung haben sich diese Verfahrensbeteiligten zudem in der mündlichen Verhandlung, die am 21. November 2017 stattgefunden hat, geäußert. Auch die lettische Regierung und der Consiliul Național pentru Combaterea Discriminării (Nationaler Rat für den Kampf gegen Diskriminierung), die keine schriftlichen Erklärungen eingereicht hatten, haben ihre Argumente in dieser Sitzung vortragen können.

3 Im Wortlaut der zweiten Frage liegt offenbar ein Redaktionsversehen vor. Das vorliegende Gericht bezieht sich darin nämlich auf Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie 2004/38. Da Herr Hamilton Bürger eines Drittstaats ist, ist nicht diese Vorschrift, sondern Art. 7 Abs. 2 der genannten Richtlinie auf seine Situation anwendbar. Die vierte Frage bezieht sich im Übrigen auf die letztgenannte Vorschrift.



## V. Würdigung

### A. Anwendbarkeit der Richtlinie 2004/38

22. Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 2004/38 definiert als durch diese Richtlinie Berechtigte „jeden Unionsbürger, der sich *in einen anderen als den Mitgliedstaat, dessen Staatsangehörigkeit er besitzt*, begibt oder sich dort aufhält, sowie seine Familienangehörigen im Sinne von Artikel 2 Nummer 2, die ihn begleiten oder ihm nachziehen“<sup>4</sup>.

23. Im Rahmen des Ausgangsrechtsstreits kann sich Herr Hamilton somit nicht zu seinen Gunsten auf die Richtlinie berufen. Wie der Gerichtshof nämlich bereits besonders klar entschieden hat, ergibt „[e]ine Auslegung der Richtlinie 2004/38 nach ihrem Wortlaut, ihrer Systematik und dem mit ihr verfolgten Ziel ..., dass sie für Drittstaatsangehörige, die Familienangehörige eines Unionsbürgers sind, kein abgeleitetes Aufenthaltsrecht in dem Mitgliedstaat, dessen Staatsangehörigkeit der Unionsbürger besitzt, begründet“<sup>5</sup>.

24. Der Gerichtshof hat jedoch anerkannt, dass ein abgeleitetes Aufenthaltsrecht unter bestimmten Umständen auf Art. 21 Abs. 1 AEUV gestützt werden kann und die Richtlinie 2004/38 in diesem Rahmen entsprechend anzuwenden ist<sup>6</sup>.

25. Würde ein Drittstaatsangehöriger, der Familienangehöriger eines Unionsbürgers ist, nicht über ein Aufenthaltsrecht in dem Mitgliedstaat verfügen, dessen Staatsangehörigkeit der Unionsbürger besitzt, könnte dieser nämlich allein aufgrund der fehlenden Gewissheit, nach seiner Rückkehr in seinen Herkunftsmitgliedstaat ein etwa im Aufnahmemitgliedstaat aufgenommenes Familienleben fortsetzen zu können, davon abgehalten werden, diesen Staat zu verlassen, um im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats eine Tätigkeit auszuüben<sup>7</sup>. Um in den Genuss dieses abgeleiteten Aufenthaltsrechts zu kommen, muss der Aufenthalt des Unionsbürgers im Aufnahmemitgliedstaat jedoch von einer solchen Dauer gewesen sein, dass der Unionsbürger ein Familienleben entwickeln oder festigen konnte<sup>8</sup>.

26. Somit steht nunmehr fest, dass es, falls „sich bei einem solchen, eine gewisse Zeit andauernden Aufenthalt eines Unionsbürgers im Aufnahmemitgliedstaat auf der Grundlage und unter Beachtung von Art. 7 Abs. 1 und 2 der Richtlinie 2004/38 dort ein Familienleben entwickelt oder gefestigt [hat], ... aus Gründen der praktischen Wirksamkeit der Rechte des Unionsbürgers aus Art. 21 Abs. 1 AEUV geboten [ist], dass das Familienleben, das der Unionsbürger im Aufnahmemitgliedstaat geführt hat, bei seiner Rückkehr in den Mitgliedstaat, dessen Staatsangehörigkeit er besitzt, fortgesetzt werden kann, indem dem betreffenden Drittstaatsangehörigen, der Familienangehöriger des Unionsbürgers ist, ein abgeleitetes Aufenthaltsrecht gewährt wird. Sonst würde der Unionsbürger nämlich davon abgehalten,

4 Hervorhebung nur hier.

5 Urteil vom 12. März 2014, O. und B. (C-456/12, EU:C:2014:135, Rn. 37). Vgl. auch Urteile vom 10. Mai 2017, Chavez-Vilchez u. a. (C-133/15, EU:C:2017:354, Rn. 53), und vom 14. November 2017, Lounes (C-165/16, EU:C:2017:862, Rn. 33).

6 Vgl. in diesem Sinne Urteile vom 12. März 2014, O. und B. (C-456/12, EU:C:2014:135, Rn. 50 und 61), vom 10. Mai 2017, Chavez-Vilchez u. a. (C-133/15, EU:C:2017:354, Rn. 54 und 55), und vom 14. November 2017, Lounes (C-165/16, EU:C:2017:862, Rn. 46 und 61), und – zur Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 des Rates vom 15. Oktober 1968 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Gemeinschaft (ABL 1968, L 257, S. 2) – Urteil vom 11. Dezember 2007, Eind (C-291/05, EU:C:2007:771, Rn. 39).

7 Vgl. in diesem Sinne Urteile vom 11. Dezember 2007, Eind (C-291/05, EU:C:2007:771, Rn. 35, 36 und 45), vom 8. November 2012, Iida (C-40/11, EU:C:2012:691, Rn. 70), und vom 12. März 2014, O. und B. (C-456/12, EU:C:2014:135, Rn. 46). Bereits 1992 hatte der Gerichtshof entschieden, dass das Freizügigkeits- und das Niederlassungsrecht, die dem Unionsbürger in den Verträgen gewährt werden, „ihre volle Wirkung nicht entfalten [können], wenn der [Unions]bürger von ihrer Ausübung durch Hindernisse abgehalten werden kann, die in seinem Herkunftsland für die Einreise und den Aufenthalt seines Ehegatten bestehen. Aus diesem Grund muss der Ehegatte eines [Unions]bürgers, der von diesen Rechten Gebrauch gemacht hat, bei dessen Rückkehr in sein Herkunftsland zumindest die Einreise- und Aufenthaltsrechte haben, die das [Unions]recht ihm gewähren würde, wenn sein Ehegatte in einen anderen Mitgliedstaat einreisen und sich dort aufhalten würde“ (Urteil vom 7. Juli 1992, Singh, C-370/90, EU:C:1992:296, Rn. 23). Für eine Anwendung dieser Rechtsprechung vgl. auch Urteil vom 11. Juli 2002, Carpenter (C-60/00, EU:C:2002:434, Rn. 38 und 39).

8 Vgl. in diesem Sinne Urteil vom 12. März 2014, O. und B. (C-456/12, EU:C:2014:135, Rn. 51).

den Mitgliedstaat, dessen Staatsangehörigkeit er besitzt, zu verlassen, um sein Aufenthaltsrecht gemäß Art. 21 Abs. 1 AEUV in einem anderen Mitgliedstaat auszuüben, weil er nicht die Gewissheit hat, mit seinen nahen Verwandten in seinem Herkunftsmitgliedstaat ein im Aufnahmemitgliedstaat entwickeltes oder gefestigtes Familienleben fortsetzen zu können.“<sup>9</sup>

27. Im vorliegenden Fall scheint festzustehen, dass Herr Coman und Herr Hamilton im Rahmen des eine gewisse Zeit andauernden Aufenthalts des Ersteren – eines Unionsbürgers – in Belgien in der Tat ein Familienleben gefestigt haben. Denn nachdem sie vier Jahre lang in New York zusammengelebt und dabei ein Familienleben begründet hatten<sup>10</sup>, ist ihre Beziehung durch die Eheschließung am 5. November 2010 in Brüssel unbestreitbar gefestigt worden.

28. Die Tatsache, dass Herr Hamilton nicht ununterbrochen mit Herrn Coman in dieser Stadt gelebt hat, ist meines Erachtens nicht geeignet, ihrer Beziehung den dauerhaften Charakter zu nehmen. In einer globalisierten Welt ist es nicht selten, dass ein Paar, dessen einer Partner im Ausland arbeitet, wegen der Entfernung zwischen den beiden Ländern, der Zugänglichkeit der Verkehrsmittel, der Beschäftigung des anderen Ehegatten oder der schulischen Situation der Kinder während mehr oder weniger langer Zeiträume keine gemeinsame Wohnung teilt. Diese räumliche Trennung kann sich als solche nicht auf das Bestehen einer erwiesenermaßen stabilen Beziehung – die hier vorliegt – und damit auf die Existenz eines Familienlebens auswirken<sup>11</sup>.

29. Die Fragen des vorliegenden Gerichts bleiben somit relevant, da die Auslegung der im Vorabentscheidungsersuchen angeführten Vorschriften für die Entscheidung der Rechtssache, mit der die Curtea Constituțională (Verfassungsgerichtshof) befasst ist, nützlich sein kann.

## **B. Erste Vorlagefrage**

30. Mit seiner ersten Frage möchte das vorliegende Gericht wissen, ob der Begriff „Ehegatte“ in Art. 2 Nr. 2 Buchst. a der Richtlinie 2004/38 in Verbindung mit den Art. 7, 9, 21 und 45 der Charta einen Drittstaatsangehörigen desselben Geschlechts wie der Unionsbürger, mit dem er nach dem Recht eines Mitgliedstaats rechtmäßig verheiratet ist, umfasst.

31. Die Verfahrensbeteiligten, die Erklärungen eingereicht haben, schlagen zwei völlig entgegengesetzte Antworten vor. Nach Auffassung der Kläger des Ausgangsverfahrens, der niederländischen Regierung und der Kommission ist Art. 2 Nr. 2 Buchst. a der Richtlinie 2004/38 autonom und einheitlich auszulegen. Nach dieser Auslegung würde der Drittstaatsangehörige, der dasselbe Geschlecht hat wie der Unionsbürger, mit dem er nach dem Recht eines Mitgliedstaats rechtmäßig verheiratet ist, vom Begriff „Ehegatte“ erfasst. Die rumänische, die lettische, die ungarische und die polnische Regierung vertreten hingegen die Auffassung, dieser Begriff falle nicht unter das Unionsrecht, sondern sei anhand des Rechts des Aufnahmemitgliedstaats zu definieren.

32. Der letztgenannten Auffassung kann meines Erachtens nicht gefolgt werden. Ich halte vielmehr eine autonome Auslegung für geboten, die zu einem vom Geschlecht der mit einem Unionsbürger verheirateten Person unabhängigen Verständnis des Begriffs „Ehegatte“ im Sinne von Art. 2 Nr. 2 Buchst. a der Richtlinie 2004/38 führt.

<sup>9</sup> Urteil vom 12. März 2014, O. und B. (C-456/12, EU:C:2014:135, Rn. 54).

<sup>10</sup> Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs „haben Drittstaatsangehörige, die Familienangehörige eines Unionsbürgers sind, aufgrund der Richtlinie 2004/38 das Recht, diesem in den Aufnahmemitgliedstaat nachzuziehen, gleichgültig, ob dieser sich dort niedergelassen hat, *bevor oder nachdem* er eine Familie gegründet hat“ (Urteil vom 25. Juli 2008, Metock u. a., C-127/08, EU:C:2008:449, Rn. 90, Hervorhebung nur hier).

<sup>11</sup> Vgl. in diesem Sinne EGMR, 7. November 2013, Vallianatos u. a./Griechenland, CE:ECHR:2013:1107JUD002938109, § 73, EGMR, 21. Juli 2015, Oliari u. a./Italien, CE:ECHR:2015:0721JUD001876611, § 169, und EGMR, 23. Februar 2016, Pajić/Kroatien, CE:ECHR:2016:0223JUD006845313, § 65. Durch das Bestehen der Lebensgemeinschaft von Herrn Coman und Herrn Hamilton vor ihrer „Festigung“ in einem Mitgliedstaat der Union unterscheidet sich ihre Situation von den Situationen, die dem Urteil vom 12. März 2014, O. und B. (C-456/12, EU:C:2014:135), zugrunde lagen.



## **1. Autonome Auslegung des Begriffs „Ehegatte“**

33. Während Art. 2 Nr. 2 Buchst. b der Richtlinie 2004/38, der sich auf die eingetragene Partnerschaft bezieht, auf die „in den einschlägigen Rechtsvorschriften des Aufnahmemitgliedstaats vorgesehenen Bedingungen“ verweist, enthält Art. 2 Nr. 2 Buchst. a dieser Richtlinie zur Bestimmung der Eigenschaft eines „Ehegatten“ keinerlei Verweis auf das Recht der Mitgliedstaaten.

34. Nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs folgt jedoch aus den Erfordernissen sowohl der einheitlichen Anwendung des Unionsrechts als auch des Gleichheitsgrundsatzes, dass die Begriffe einer Bestimmung des Unionsrechts, die für die Ermittlung ihres Sinnes und ihrer Bedeutung nicht ausdrücklich auf das Recht der Mitgliedstaaten verweist, in der Regel in der gesamten Union eine autonome und einheitliche Auslegung erhalten müssen<sup>12</sup>. Diese Auslegung muss unter Berücksichtigung nicht nur des Wortlauts der Vorschrift, sondern auch ihres Kontexts und des mit der fraglichen Regelung verfolgten Ziels gefunden werden<sup>13</sup>.

35. Die genannte Methodik ist im Rahmen der Richtlinie 2004/38 ausdrücklich angewandt worden; ich vermag nicht zu erkennen, weshalb für die Auslegung des Begriffs „Ehegatte“ von ihr abgewichen werden sollte<sup>14</sup>.

36. Es steht zwar fest, dass Rechtsvorschriften über den Familienstand in die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten fallen und das Unionsrecht diese Zuständigkeit unberührt lässt<sup>15</sup>. Hierzu ist jedoch zweierlei zu bemerken.

37. Zum einen müssen die Mitgliedstaaten ihre Befugnisse nach einer ständigen und bereichsübergreifenden Rechtsprechung unter Wahrung des Unionsrechts ausüben<sup>16</sup>. Für Angelegenheiten, die sich auf den Familienstand von Personen beziehen, gilt keine Abweichung von dieser Regel, hat der Gerichtshof doch ausdrücklich entschieden, dass die Bestimmungen in Bezug auf den Grundsatz der Nichtdiskriminierung bei der Ausübung dieser Befugnisse zu beachten sind<sup>17</sup>.

38. Zum anderen ist das rechtliche Problem, das im Mittelpunkt des Rechtsstreits im Ausgangsverfahren steht, nicht die Legalisierung der Ehe zwischen Personen desselben Geschlechts, sondern die Freizügigkeit eines Unionsbürgers. Auch wenn es den Mitgliedstaaten freisteht, in ihrer innerstaatlichen Rechtsordnung für Personen desselben Geschlechts die Ehe vorzusehen oder nicht<sup>18</sup>, hat der Gerichtshof entschieden, dass ein Sachverhalt, der durch Rechtsvorschriften geregelt ist, die *a*

12 Vgl. unter zahlreichen Beispielen Urteil vom 18. Oktober 2016, Nikiforidis (C-135/15, EU:C:2016:774, Rn. 28 und die dort angeführte Rechtsprechung).

13 Vgl. für jüngere Anwendungen Urteile vom 18. Mai 2017, Hummel Holding (C-617/15, EU:C:2017:390, Rn. 22), und vom 27. September 2017, Nintendo (C-24/16 und C-25/16, EU:C:2017:724, Rn. 70).

14 Vgl. zu der in Art. 16 Abs. 1 Satz 1 der Richtlinie 2004/38 verwendeten Formulierung „sich rechtmäßig aufgehalten hat“ Urteil vom 21. Dezember 2011, Ziolkowski und Szeja (C-424/10 und C-425/10, EU:C:2011:866, Rn. 31 bis 34). Vgl. auch Schlussanträge des Generalanwalts Bot in der Rechtssache Rahman u. a. (C-83/11, EU:C:2012:174, Nr. 39) und Schlussanträge des Generalanwalts Mengozzi in der Rechtssache Reyes (C-423/12, EU:C:2013:719, Nr. 29).

15 Vgl. in diesem Sinne Urteile vom 10. Mai 2011, Römer (C-147/08, EU:C:2011:286, Rn. 38), vom 12. Dezember 2013, Hay (C-267/12, EU:C:2013:823, Rn. 26), vom 1. April 2008, Maruko (C-267/06, EU:C:2008:179, Rn. 59), und vom 24. November 2016, Parris (C-443/15, EU:C:2016:897, Rn. 58).

16 Vgl. auf dem Gebiet der Unionsbürgerschaft – zum Namensrecht – Urteil vom 2. Oktober 2003, Garcia Avello (C-148/02, EU:C:2003:539, Rn. 25), auf dem Gebiet der direkten Steuern Urteil vom 14. Februar 1995, Schumacker (C-279/93, EU:C:1995:31, Rn. 21), und in Strafsachen Urteil vom 19. Januar 1999, Calfa (C-348/96, EU:C:1999:6, Rn. 17).

17 Vgl. in diesem Sinne Urteile vom 1. April 2008, Maruko (C-267/06, EU:C:2008:179, Rn. 59), und vom 24. November 2016, Parris (C-443/15, EU:C:2016:897, Rn. 58).

18 Vgl. in diesem Sinne Urteil vom 24. November 2016, Parris (C-443/15, EU:C:2016:897, Rn. 59).

*priori* in die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten fallen, „in einem immanenten Zusammenhang mit der Freizügigkeit eines Unionsbürgers stehen [kann], die beeinträchtigt würde, wenn den Drittstaatsangehörigen das Recht verweigert würde, in den Mitgliedstaat, in dem dieser Bürger wohnt, einzureisen und sich dort aufzuhalten, und die daher dieser Weigerung entgegensteht“<sup>19</sup>.

39. Die Aufnahme der Ehe – verstanden als alleinige Verbindung zwischen einem Mann und einer Frau – in einige nationale Verfassungen<sup>20</sup> ist nicht geeignet, diese Sichtweise zu ändern.

40. Wäre davon auszugehen, dass der Ehebegriff die nationale Identität bestimmter Mitgliedstaaten berührt – was von keinem der Mitgliedstaaten, die schriftliche Erklärungen eingereicht haben, sondern nur von der lettischen Regierung in der mündlichen Verhandlung vom 21. November 2017 vorgetragen worden ist –, kann die Verpflichtung zur Wahrung dieser Identität nach Art 4 Abs. 2 EUV nämlich nicht unabhängig von der in Abs. 3 dieser Vorschrift verankerten Verpflichtung zu loyaler Zusammenarbeit gesehen werden. Danach haben die Mitgliedstaaten die Erfüllung der Verpflichtungen zu gewährleisten, die sich aus den Verträgen oder den Handlungen der Organe der Union ergeben.

41. Im vorliegenden Fall fügen sich die Fragen des vorlegenden Gerichts jedoch ausschließlich in den Rahmen der Anwendung der Richtlinie 2004/38 ein. Es geht somit allein darum, den Umfang einer Verpflichtung zu präzisieren, die sich aus einem Rechtsakt der Union ergibt. Daher wird eine Auslegung des Begriffs „Ehegatte“, die auf den Anwendungsbereich der Richtlinie 2004/38 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, beschränkt ist, die derzeitige Freiheit der Mitgliedstaaten hinsichtlich der Rechtsvorschriften über die Ehe zwischen Personen desselben Geschlechts nicht in Frage stellen<sup>21</sup>.

42. Wie ich bei der Würdigung des Kontexts und der Ziele der Richtlinie 2004/38 darlegen werde, stehen einer Auslegung, die geeignet ist, eine(n) homosexuelle(n) Unionsbürger(in) daran zu hindern oder es ihm oder ihr zu erschweren, sich von der Person begleiten zu lassen, mit der er oder sie verheiratet ist, außerdem die Grundrechte entgegen, die mit dem Begriff „Ehegatte“ verbunden sind.

## **2. Begriff „Ehegatte“ im Sinne von Art. 2 Nr. 2 Buchst. a der Richtlinie 2004/38**

43. Der in Art. 2 Nr. 2 Buchst. a der Richtlinie 2004/38 verwendete Begriff „Ehegatte“ muss somit unter Berücksichtigung des Wortlauts der Vorschrift, ihres Kontexts und des mit der Richtlinie 2004/38 verfolgten Ziels ausgelegt werden.

### **a) Wortlaut und Aufbau von Art. 2 Nr. 2 Buchst. a der Richtlinie 2004/38**

44. In der Richtlinie 2004/38 wird der Begriff „Ehegatte“ mehrfach – u. a. in Art. 2 Nr. 2 Buchst. a – verwendet, aber nicht definiert.

19 Urteil vom 8. November 2012, Iida (C-40/11, EU:C:2012:691, Rn. 72). In jenem Fall ging es um Rechtsvorschriften über das Einreise- und Aufenthaltsrecht von Drittstaatsangehörigen außerhalb des Anwendungsbereichs der Richtlinien 2003/109/EG des Rates vom 25. November 2003 betreffend die Rechtsstellung der langfristig aufenthaltsberechtigten Drittstaatsangehörigen (ABl. 2004, L 16, S. 44) und 2004/38.

20 Hierbei handelt es sich um die Republik Bulgarien, die Republik Lettland, die Republik Litauen und die Republik Polen.

21 Die von Silvia Pfeiff im Rahmen einer eingehenden Untersuchung über die „Portabilität des Personenstatus“ angestellten Überlegungen sind auf die Wirkungen der Richtlinie 2004/38 übertragbar. Dieser Autorin zufolge besteht „[d]as Hauptargument gegen die Anerkennung der gleichgeschlechtlichen Ehe ... in dem Wunsch nach Schutz der traditionellen Ehe. Die Anerkennung einer ausländischen gleichgeschlechtlichen Ehe beeinträchtigt die traditionelle Ehe im Mitgliedstaat des Gerichtsstands jedoch nicht unmittelbar. Sie hindert heterosexuelle Paare nicht an der Eingehung einer Ehe. Ebenso wenig ermöglicht sie gleichgeschlechtlichen Paaren die Eingehung einer Ehe im Aufnahmestaat. Die Wirkung der Anerkennung ausländischer homosexueller Ehen beschränkt sich daher auf die betroffenen Paare und beeinträchtigt nicht die tragende Struktur“ (Pfeiff, S., *La portabilité du statut personnel dans l'espace européen*, Bruylant, Coll. Europe(s), 2017, insbesondere Nr. 636, S. 572, Hervorhebung nur hier).

45. Der Aufbau von Art. 2 Nr. 2 der Richtlinie 2004/38 in Verbindung mit ihrem Art. 3 Abs. 2 Buchst. b lässt gleichwohl die Annahme zu, dass der Begriff „Ehegatte“ auf den Begriff „Ehe“ verweist.

46. Neben den in Art. 2 Nr. 2 Buchst. c und d der Richtlinie 2004/38 genannten Verwandten in gerader absteigender und in gerader aufsteigender Linie sind „Familienangehörige“ im Sinne der Richtlinie 2004/38 nämlich der Ehegatte und der Lebenspartner, mit dem der Unionsbürger eine eingetragene Partnerschaft eingegangen ist. Art. 3 Abs. 2 Buchst. b der Richtlinie 2004/38 ergänzt die durch die Richtlinie Berechtigten um „de[n] Lebenspartne[r], mit dem der Unionsbürger eine ordnungsgemäß bescheinigte dauerhafte Beziehung eingegangen ist“.

47. Diese drei Fälle betreffen, wenn sie nicht bedeutungslos sein sollen, notwendig unterschiedliche, nach Maßgabe der rechtlichen Verbindlichkeit abgestufte Sachverhalte. Da einfache Beziehungen außerhalb jedes Rechtsverhältnisses in Art. 3 der Richtlinie 2004/38 aufgeführt sind und das Bestehen einer eingetragenen Partnerschaft in Art. 2 Nr. 2 Buchst. b der Richtlinie erwähnt ist, erfasst der Begriff „Ehegatte“ den dritten und letzten rechtlich in Betracht kommenden Fall, d. h. eine Beziehung, die auf der Ehe beruht<sup>22</sup>.

48. Der Gerichtshof hat den in Art. 2 Nr. 2 Buchst. a der Richtlinie 2004/38 verwendeten Begriff „Ehegatte“ im Übrigen bereits – implizit, aber eindeutig – mit der Ehe in Verbindung gebracht. In seinem Urteil vom 25. Juli 2008, *Metock u. a.* (C-127/08, EU:C:2008:449), hat er entschieden, dass Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 2004/38 dahin gehend auszulegen ist, dass „sich der *mit einem Unionsbürger*, der sich in einem Mitgliedstaat aufhält, dessen Staatsangehörigkeit er nicht besitzt, *verheiratete* Drittstaatsangehörige, der diesen Unionsbürger begleitet oder ihm nachzieht, auf die Bestimmungen der Richtlinie berufen kann, *unabhängig davon, wo und wann ihre Ehe geschlossen wurde* oder wie der betreffende Drittstaatsangehörige in den Aufnahmemitgliedstaat eingereist ist“<sup>23</sup>.

49. Auch wenn somit feststeht, dass der in Art. 2 Nr. 2 Buchst. a der Richtlinie 2004/38 verwendete Begriff „Ehegatte“ auf die Ehe verweist, ist er geschlechtsneutral und unabhängig vom Ort der Eheschließung.

50. Die Tatsache, dass der Ort der Eheschließung unerheblich ist, wird im Umkehrschluss durch die Entscheidung des Unionsgesetzgebers bestätigt, für den Fall der eingetragenen Partnerschaft ausdrücklich auf das Recht des Aufnahmemitgliedstaats zu verweisen. Dieser Unterschied lässt sich ohne Weiteres dadurch erklären, dass das Rechtsinstitut der Ehe eine gewisse – zumindest vermeintliche – Universalität bei den Rechten und Pflichten aufweist, die es den Ehegatten verleiht,

<sup>22</sup> Genau gesagt ließe sich noch die freie Verbindung von dem Fall unterscheiden, dass ein Paar zur Regelung seiner Beziehung einen privatrechtlichen Vertrag geschlossen hat (in diesem Sinne Franq, S., „Nouvelles formes de relation de couple, mariage entre personnes de même sexe, partenariat enregistré, pacs, etc.“, in *Actualités du contentieux familial international*, Larcier, 2005, S. 253 bis 281 (255 und 256). Im Rahmen der Richtlinie 2004/38 fallen diese beiden Fälle meines Erachtens jedoch in den Anwendungsbereich von Art. 3 Abs. 2 Buchst. b.

<sup>23</sup> Rn. 99 und Nr. 2 des Tenors des Urteils, Hervorhebung nur hier. Vgl. auch Urteil vom 17. April 1986, *Reed* (59/85, EU:C:1986:157). In jenem Urteil hat der Gerichtshof in Bezug auf die Auslegung des Begriffs „Ehegatte“ im Sinne der der Richtlinie 2004/38 vorausgegangenen Regelung (d. h. der Verordnung Nr. 1612/68) entschieden, dass „[diese] Verordnung durch die Verwendung des Wortes ‚Ehegatte‘ ausschließlich auf eine Beziehung verweist, die auf der Ehe beruht“, was eine „feste Beziehung“ ausschließt (Rn. 15).

während die Rechtsvorschriften über die „Partnerschaft“ in ihrem persönlichen und sachlichen Anwendungsbereich sowie in ihren Rechtsfolgen vielfältig und verschiedenartig sind<sup>24</sup>. Im Übrigen hat der Unionsgesetzgeber die Inanspruchnahme von Art. 2 Nr. 2 Buchst. b der Richtlinie 2004/38 eingetragenen Partnerschaften vorbehalten, die „der Ehe gleichgestellt“ sind<sup>25</sup>.

51. Die Vorarbeiten zur Richtlinie 2004/38 bestätigen, dass man sich bewusst für ein neutrales Wort entschieden hat. Während die Kommission den Begriff „Ehegatte“ in ihrem ursprünglichen Vorschlag bereits ohne nähere Angaben verwendet hatte<sup>26</sup>, wollte das Parlament die Unbeachtlichkeit des Geschlechts der Person nämlich durch den Zusatz „ungeachtet des Geschlechts gemäß dem jeweiligen innerstaatlichen Recht“ hervorheben<sup>27</sup>. Der Rat der Europäischen Union zögerte jedoch, sich für eine Definition des Begriffs „Ehegatte“ zu entscheiden, die ausdrücklich Ehegatten desselben Geschlechts umfassen würde, da seinerzeit lediglich zwei Mitgliedstaaten Rechtsvorschriften erlassen hatten, die Ehen zwischen Personen desselben Geschlechts erlaubten, und auch der Gerichtshof festgestellt hatte, dass der Begriff „Ehe“ nach der von den Mitgliedstaaten seinerzeit allgemein akzeptierten Definition auf eine Gemeinschaft von zwei Personen unterschiedlichen Geschlechts abstellt<sup>28</sup>. Unter Berücksichtigung der Besorgnisse des Rates zog die Kommission es vor, dass „in [ihrem] Vorschlag *unbeschadet künftiger Entwicklungen* unter dem Begriff ‚Ehegatte‘ prinzipiell nur ein Ehegatte des anderen Geschlechts zu verstehen ist“<sup>29</sup>.

52. Meines Erachtens geben diese Vorarbeiten somit weder für die eine noch für die andere Auffassung etwas her. Mit Sicherheit war sich der Unionsgesetzgeber der möglichen Kontroverse über die Auslegung des nicht näher definierten Begriffs „Ehegatte“ voll und ganz bewusst. Er wollte diesen Begriff nicht präzisieren, ob nun im Sinne einer Beschränkung auf heterosexuelle Ehen oder im Gegenteil einer Erstreckung auf Ehen zwischen Personen desselben Geschlechts – wobei die

24 Anhand dieser Kriterien lassen sich innerhalb der Europäischen Union nicht weniger als fünf Kategorien eingetragener Partnerschaften unterscheiden. In diesem Sinne Goossens, E., „Different regulatory regimes for registered partnership and marriage: out-dated or indispensable?“, in *Confronting the frontiers of family and succession law: liber amicorum Walter Pintens*, Bd. 1, Intersentia, Slp Edition, 2012, S. 633 bis 650 (634 bis 638).

25 Ich bezweifle jedoch, ob dieser Verweis auf das Recht des Aufnahmemitgliedstaats zum gegenwärtigen Zeitpunkt zulässig ist, zumal er unbestreitbar mit einer Beschränkung des Anwendungsbereichs von Art. 2 Nr. 2 Buchst. b der Richtlinie 2004/38 auf eingetragene Partnerschaften einhergeht, die der Ehe gleichgestellt sind. Der EGMR hat nämlich sehr klar entschieden, dass Art. 8 der am 4. November 1950 in Rom unterzeichneten Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten (im Folgenden: EMRK) deren Vertragsstaaten die Verpflichtung auferlegt, homosexuellen Paaren die Möglichkeit einzuräumen, sich um eine gesetzliche Anerkennung und die rechtliche Absicherung ihrer Partnerschaft zu bemühen. Dies bedeutet konkret, dass ein Staat, der die Ehe auf heterosexuelle Paare beschränkt, ohne eine homosexuellen Paaren offenstehende eingetragene Partnerschaft einzuführen, gegen Art. 8 EMRK und damit gegen Art. 7 der Charta verstößt (vgl. in diesem Sinne EGMR, 21. Juli 2015, Oliari u. a./Italien, CE:ECHR:2015:0721JUD001876611). Nach Art. 52 Abs. 3 der Charta haben die Rechte, die den durch die EMRK garantierten Rechten entsprechen, nämlich die gleiche Bedeutung und Tragweite, wie sie ihnen in der EMRK verliehen wird. Nach den Erläuterungen zur Charta – die gemäß deren Art. 52 Abs. 7 „von den Gerichten der Union gebührend zu berücksichtigen sind“ – entsprechen die Rechte nach Art. 7 der Charta den Rechten, die durch Art. 8 EMRK garantiert sind. Erstere haben somit die gleiche Bedeutung und Tragweite wie Letztere.

26 Vgl. Art. 2 Nr. 2 Buchst. a des Vorschlags für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten (KOM[2001] 257 endg., ABl. 2001, C 270 E, S. 150).

27 Vgl. Bericht des Europäischen Parlaments vom 23. Januar 2003 über den Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten (A5-0009/2003).

28 Vgl. Gemeinsamer Standpunkt (EG) Nr. 6/2004, vom Rat festgelegt am 5. Dezember 2003 im Hinblick auf den Erlass der Richtlinie 2004/.../EG des Europäischen Parlaments und des Rates 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. 2004, C 54 E, S. 12). Auch wenn der Rat die Rechtsprechung, auf die er anspielt, nicht anführt, verweist die Kommission in ihrem geänderten Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten (KOM[2003] 199 endgültig), auf das Urteil vom 31. Mai 2001, D und Schweden/Rat (C-122/99 P und C-125/99 P, EU:C:2001:304, Rn. 34).

29 Vgl. Geänderter Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten (KOM[2003] 199 endgültig, S. 12) (Hervorhebung nur hier).



Kommission allerdings ausdrücklich die Möglichkeit künftiger Entwicklungen hervorhob. Dieser Vorbehalt der Kommission ist von wesentlicher Bedeutung. Er schließt aus, dass die Bedeutung des Begriffs „Ehegatte“ ein für alle Mal festgelegt und hermetisch von den gesellschaftlichen Entwicklungen abgeschottet wird<sup>30</sup>.

53. Somit ergibt sich aus dieser ersten Prüfung, dass der Wortlaut von Art. 2 Nr. 2 Buchst. a der Richtlinie 2004/38 neutral ist. Die Entscheidung des Gesetzgebers erlaubt eine Auslegung des Begriffs „Ehegatte“, die vom Ort der Eheschließung und der Frage des Geschlechts der betreffenden Personen unabhängig ist. Der Kontext und das Ziel der Richtlinie 2004/38 bestätigen diese Auslegung.

#### **b) Kontext von Art. 2 Nr. 2 Buchst. a der Richtlinie 2004/38**

54. Zum Zeitpunkt des Erlasses der Richtlinie 2004/38 galt nur in zwei Mitgliedstaaten der Union – das Königreich der Niederlande und das Königreich Belgien – ein Gesetz, das die Ehe für Personen desselben Geschlechts öffnete. Wie ich bereits ausgeführt habe, hat dieser Umstand bei der Entscheidung des Rates eine Rolle gespielt, dem Änderungsvorschlag des Parlaments für eine ausdrücklichere Formulierung von Art. 2 Nr. 2 Buchst. a der Richtlinie 2004/38 nicht zu folgen.

55. Die von der Kommission in ihrem geänderten Vorschlag seinerzeit vorausgesehene Entwicklung scheint mir jedoch berücksichtigt werden zu müssen. Zudem steht der Begriff „Ehegatte“ auch in engem Zusammenhang mit mehreren Grundrechten; eine kontextbezogene Auslegung kann diese Grundrechte nicht außer Acht lassen.

##### *1) Evolutive Auslegung des Begriffs „Ehegatte“*

56. Wie bereits mehrere Generalanwälte ausgeführt haben, ist das Unionsrecht „unter Berücksichtigung der heutigen Gegebenheiten“<sup>31</sup>, d. h. der „heutigen Wirklichkeit“<sup>32</sup> der Union, auszulegen. Das Recht kann sich nämlich nicht „von der gesellschaftlichen Wirklichkeit lösen, sondern es muss sich ihr in möglichst kurzer Zeit anpassen. Andernfalls besteht die Gefahr, dass es überholte Auffassungen vorschreibt und so eine statische Rolle spielt“<sup>33</sup>. Dies ist zweifellos insbesondere in Angelegenheiten mit einem gesellschaftlichen Bezug der Fall. Generalanwalt Geelhoed erläuterte das wie folgt: „Wenn der Gerichtshof diese Entwicklungen nicht berücksichtigen würde, bestünde die Gefahr, dass die betreffenden Rechtsvorschriften ihre Wirksamkeit einbüßten.“<sup>34</sup> Wie der Gerichtshof selbst ausgeführt hat, ist eine Bestimmung des Unionsrechts im Licht seines Entwicklungsstandes zur Zeit der Anwendung der betreffenden Bestimmung auszulegen<sup>35</sup>.

57. Deshalb erscheint mir die Lösung des Gerichtshofs im Urteil vom 31. Mai 2001, D und Schweden/Rat (C-122/99 P und C-125/99 P, EU:C:2001:304), wonach „der Begriff ‚Ehe‘ nach *in allen Mitgliedstaaten geltender* Definition eine Lebensgemeinschaft zweier Personen verschiedenen Geschlechts bezeichnet“<sup>36</sup>, heute überholt.

30 Diese Gefahr und die allgemeinere Schwierigkeit, die Absicht des Gesetzgebers zu ermitteln, führen im Übrigen dazu, dass der historischen Auslegung nur eine untergeordnete Rolle beizumessen ist. Vgl. in diesem Sinne Titshaw, S., „Same-sex Spouses Lost in Translation? How to Interpret ‚Spouse‘ in the E. U. Family Migration Directives“, *Bodson University International Law Journal*, 2016, Heft 34:45, S. 45 bis 112 (76 bis 78).

31 Vgl. in diesem Sinne Schlussanträge des Generalanwalts Wahl in der Rechtssache Haralambidis (C-270/13, EU:C:2014:1358, Nr. 52).

32 Vgl. in diesem Sinne Schlussanträge des Generalanwalts Szpunar in der Rechtssache McCarthy u. a. (C-202/13, EU:C:2014:345, Nr. 63).

33 Schlussanträge des Generalanwalts Tesauro in der Rechtssache P./S. (C-13/94, EU:C:1995:444, Nr. 9).

34 Schlussanträge des Generalanwalts Geelhoed in der Rechtssache Baumbast und R (C-413/99, EU:C:2001:385, Nr. 20).

35 Vgl. Urteil vom 6. Oktober 1982, CILFIT u. a. (283/81, EU:C:1982:335, Rn. 20).

36 Rn. 34, Hervorhebung nur hier.



58. Auch wenn es Ende 2004 nur zwei Mitgliedstaaten gab, die die Ehe zwischen Personen desselben Geschlechts erlaubten, haben nämlich seitdem elf weitere Mitgliedstaaten ihre Rechtsvorschriften in diesem Sinne geändert, und die gleichgeschlechtliche Ehe wird auch in Österreich spätestens ab dem 1. Januar 2019 zulässig sein<sup>37</sup>. Die rechtliche Anerkennung der gleichgeschlechtlichen Ehe bringt dabei lediglich eine allgemeine gesellschaftliche Entwicklung in dieser Frage zum Ausdruck. Statistische Erhebungen bestätigen das<sup>38</sup>; ein weiteres anschauliches Beispiel ist die Zulassung der Ehe zwischen Personen desselben Geschlechts im Wege eines Referendums in Irland<sup>39</sup>. Es bestehen zwar in der Frage – auch innerhalb der Union<sup>40</sup> – noch unterschiedliche Befindlichkeiten, doch ist die Entwicklung gleichwohl Teil einer allgemeinen Bewegung. Diese Art von Ehe gibt es nunmehr nämlich auf sämtlichen Kontinenten<sup>41</sup>. Es handelt sich also nicht um eine an eine bestimmte Kultur oder eine spezifische Geschichte gebundene Tatsache, sondern um eine universelle Anerkennung der Formenvielfalt von Familie<sup>42</sup>.

37 Mit Urteil vom 4. Dezember 2017 (G 258-259/2017-9) hat der österreichische Verfassungsgerichtshof die Bestimmungen des Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuchs, die das Recht zur Eheschließung auf heterosexuelle Paare beschränken, aufgehoben und entschieden, dass unbeschadet eines früheren Tätigwerdens des Gesetzgebers die Ehe zwischen Personen desselben Geschlechts ab 1. Januar 2019 zulässig ist. Die Mitgliedstaaten, die ihr Recht bereits geändert haben, sind in chronologischer Reihenfolge: das Königreich der Niederlande, das Königreich Belgien, das Königreich Spanien, das Königreich Schweden, die Portugiesische Republik, das Königreich Dänemark, die Französische Republik, das Vereinigte Königreich Großbritannien (mit Ausnahme Nordirlands), das Großherzogtum Luxemburg, Irland, die Republik Finnland, die Bundesrepublik Deutschland und die Republik Malta.

38 Während sich 2006 44 % der befragten Bevölkerung der Mitgliedstaaten für die Ehe zwischen Personen desselben Geschlechts aussprachen (vgl. Standard Eurobarometer 66, Herbst 2006, S. 43), war diese Zahl weniger als zehn Jahre später auf 61 % gestiegen (vgl. Special Eurobarometer 437, „Discrimination in the EU in 2015“, S. 12).

39 Anlässlich eines Referendums am 22. Mai 2015 ist den Iren die Frage gestellt worden, ob die Verfassung dahin gehend geändert werden solle, dass die Ehe nach Maßgabe des Gesetzes von zwei Personen ohne Unterschied des Geschlechts eingegangen werden könne. Von 1 935 907 Wählern votierten 1 201 607 für den Vorschlag, also 62,07 % (vgl. die im Iris Oifigiúil vom 26. Mai 2015, Nr. 42, S. 1067 bis 1069, veröffentlichten Ergebnisse: [www.irisoiufigiuil.ie/archive/2015/may/Ir260515.PDF](http://www.irisoiufigiuil.ie/archive/2015/may/Ir260515.PDF)).

40 Anders als in Irland ist beispielsweise in Kroatien die Ehe zwischen Personen desselben Geschlechts im Wege eines am 1. Dezember 2013 abgehaltenen Referendums abgelehnt worden.

41 Meines Wissens ist die Ehe zwischen Personen desselben Geschlechts – bis zum heutigen Tag und ohne Anspruch auf Vollständigkeit – in Kanada (Civil Marriage Act, S. C. 2005, c. 33), in Neuseeland (Marriage [Definition of Marriage] Amendment Act 2013, 2013 N° 20), in Südafrika (Civil Union Act, 2006, Act N° 17 of 2006), in Argentinien (Ley 26.618 [Ley de Matrimonio Igualitario]), in Uruguay (Ley N° 19.075, Matrimonio Igualitario) und in Brasilien (Resolução n° 175, de 14 de maio de 2013 do Conselho Nacional de Justiça) durch Gesetz sowie in Mexiko (Urteil des Obersten Gerichtshofs Nr. 155/2015 vom 3. Juni 2015), in den Vereinigten Staaten (Urteil des Obersten Gerichtshofs vom 26. Juni 2015, Obergefell et al. v. Hodges, Director, Ohio Department of Health, et al, 576 U. S. [2015]), in Kolumbien (Urteil des Verfassungsgerichtshofs SU-214/16 vom 28. April 2016, Rechtssache T 4167863 AC) und in Taiwan (Urteil des Verfassungsgerichtshofs der Republik China [Taiwan] vom 24. Mai 2017, J.Y. Interpretation N° 748, auf gemeinsamen Antrag von Huei-Tai-12674 und Huei-Tai-12771) durch die Rechtsprechung zugelassen worden.

42 Neben den 13 Mitgliedstaaten, die die gleichgeschlechtliche Ehe legalisiert haben, sehen neun weitere Mitgliedstaaten eine eingetragene Partnerschaft vor, die gleichgeschlechtlichen Paaren offensteht. Hierbei handelt es sich um die Tschechische Republik, die Republik Estland, die Hellenische Republik, die Republik Kroatien, die Italienische Republik, die Republik Zypern, die Republik Ungarn, die Republik Österreich (wie bereits erwähnt, wird dort die gleichgeschlechtliche Ehe ab dem 1. Januar 2019 erlaubt sein) und die Republik Slowenien. Ungeachtet der sich aus Art. 8 EMRK – und damit aus Art. 7 der Charta – ergebenden positiven Verpflichtung, gleichgeschlechtlichen Paaren die Möglichkeit einzuräumen, eine gesetzliche Anerkennung und rechtliche Absicherung ihrer Partnerschaft zu erlangen (vgl. EGMR, 21. Juli 2015, Oliari u. a./Italien, CE:ECHR:2015:0721JUD001876611, § 185), sehen sechs Mitgliedstaaten keine Form der offiziellen und rechtlichen Anerkennung gleichgeschlechtlicher Partnerschaften vor (die Republik Bulgarien, die Republik Lettland, die Republik Litauen, die Republik Polen, Rumänien und die Slowakische Republik).

## 2) Grundrechte im Zusammenhang mit dem Begriff „Ehegatte“

59. Der Begriff „Ehegatte“ im Sinne von Art. 2 Nr. 2 Buchst. a der Richtlinie 2004/38 hängt notwendig mit dem Familienleben und folglich mit dem Schutz zusammen, den Art. 7 der Charta diesem gewährt. Die Tragweite dieses Artikels ist daher bei einer kontextbezogenen Auslegung zu berücksichtigen<sup>43</sup>. Die Entwicklung der Rechtsprechung des EGMR kann insoweit nicht außer Betracht bleiben.

60. Nach Art. 52 Abs. 3 der Charta haben die Rechte, die den durch die EMRK garantierten Rechten entsprechen, nämlich die gleiche Bedeutung und Tragweite, wie sie ihnen in der EMRK verliehen wird. Nach den Erläuterungen zur Charta der Grundrechte – die „von den Gerichten der Union gebührend zu berücksichtigen sind“<sup>44</sup> – entsprechen die Rechte aus Art. 7 der Charta den Rechten, die durch Art. 8 EMRK garantiert sind. Erstere haben somit die gleiche Bedeutung und Tragweite wie Letztere<sup>45</sup>.

61. Die Rechtsprechung des EGMR zu Art. 8 EMRK hat sich nun aber signifikant entwickelt.

62. Auch wenn der EGMR die Freiheit der Staaten, die Ehe für Personen desselben Geschlechts zu öffnen, kontinuierlich bestätigt<sup>46</sup>, hat er zu Beginn der 2010er Jahre nämlich befunden, es sei „künstlich, weiterhin davon auszugehen, dass ein gleichgeschlechtliches Paar im Gegensatz zu einem heterosexuellen Paar kein ‚Familienleben‘ im Sinne von Art. 8 [EMRK] haben kann“<sup>47</sup>. Diese Auslegung ist seitdem mehrmals bestätigt worden<sup>48</sup>. Der EGMR hat darüber hinaus bestätigt, dass Art. 8 EMRK den Staaten die Verpflichtung auferlegt, gleichgeschlechtlichen Paaren die Möglichkeit einzuräumen, eine gesetzliche Anerkennung und die rechtliche Absicherung ihrer Partnerschaft zu erlangen<sup>49</sup>.

63. Diese Auffassung von Familienleben wirkt sich selbstverständlich auf das Aufenthaltsrecht von Drittstaatsangehörigen aus. Auch wenn Art. 8 EMRK keine allgemeine Verpflichtung beinhaltet, die Wohnsitznahme ausländischer Ehegatten hinzunehmen oder die Familienzusammenführung im Hoheitsgebiet eines Vertragsstaats zu erlauben, können staatliche Entscheidungen auf dem Gebiet der

43 Im 31. Erwägungsgrund der Richtlinie 2004/38 wird ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die Richtlinie im Einklang mit den durch die Charta anerkannten Grundrechten und -freiheiten steht. Das vorliegende Gericht führt darüber hinaus die Art. 9 (Recht, eine Ehe einzugehen und eine Familie zu gründen), 21 (Nichtdiskriminierung) und 45 (Freizügigkeit und Aufenthaltsrecht) der Charta an. Art. 9 der Charta ist meines Erachtens nicht einschlägig. Zum einen wird nämlich in den Erläuterungen zur Charta der Grundrechte (ABl. 2007, C 303, S. 17), die diesem Artikel gewidmet sind, ausgeführt, dass „[seine] Formulierung ... [im Verhältnis zu Art. 12 EMRK] zeitgemäßer gestaltet [worden sei], um Fälle zu erfassen, in denen nach den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften andere Formen als die Heirat zur Gründung einer Familie anerkannt werden. Durch diesen Artikel wird es *weder untersagt noch vorgeschrieben*, Verbindungen von Menschen desselben Geschlechts den Status der Ehe zu verleihen“ (Hervorhebung nur hier). Die Freiheit der Mitgliedstaaten wird insoweit durch die Rechtsprechung des Gerichtshofs (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 24. November 2016, Parris, C-443/15, EU:C:2016:897, Rn. 59) und des EGMR (vgl. u. a. EGMR, 9. Juni 2016, Chapin und Charpentier/Frankreich, CE:ECHR:2016:0609JUD004018307, §§ 38 und 39) bestätigt. Zum anderen haben Herr Coman und Herr Hamilton dieses Recht im vorliegenden Fall in Belgien ausüben können. Die in Art. 45 der Charta verankerte Freizügigkeit ihrerseits wird in der Richtlinie 2004/38 konkretisiert. Ich werde die Auswirkungen dieses Rechts auf die Auslegung des Begriffs „Ehegatte“ bei der Prüfung des mit der Richtlinie 2004/38 verfolgten Ziels untersuchen.

44 Art. 52 Abs. 7 der Charta.

45 Vgl. in diesem Sinne Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, Erläuterung zu Art. 7 – Achtung des Privat- und Familienlebens (ABl. 2007, C 303, S. 20).

46 Vgl. in diesem Sinne – für eine jüngere Bestätigung und die Wiedergabe der früheren Rechtsprechung – EGMR, 9. Juni 2016, Chapin und Charpentier/Frankreich, CE:ECHR:2016:0609JUD004018307, §§ 38 und 39 (zu Art. 12 EMRK) sowie § 48 (zu Art. 8 in Verbindung mit Art. 14 EMRK, der Diskriminierungen verbietet).

47 EGMR, 24. Juni 2010, Schalk und Kopf/Österreich, CE:ECHR:2010:0624JUD003014104, § 94.

48 Vgl. in diesem Sinne EGMR, 7. November 2013, Vallianatos u. a./Griechenland, CE:ECHR:2013:1107JUD002938109, § 73, EGMR, 23. Februar 2016, Pajić/Kroatien, CE:ECHR:2016:0223JUD006845313, § 64, EGMR, 14. Juni 2016, Aldeguer Tomás/Spanien, CE:ECHR:2016:0614JUD003521409, § 75, und EGMR, 30. Juni 2016, Taddeucci und McCall/Italien, CE:ECHR:2016:0630JUD005136209, § 58.

49 Vgl. EGMR, 21. Juli 2015, Oliari u. a./Italien, CE:ECHR:2015:0721JUD001876611, § 185.

Einwanderung in bestimmten Fällen nämlich einen Eingriff in die Ausübung des durch Art. 8 EMRK geschützten Rechts auf Achtung des Privat- und Familienlebens darstellen<sup>50</sup>. Dies ist u. a. dann der Fall, wenn die Betroffenen im Aufnahmestaat hinreichend starke persönliche oder familiäre Bindungen haben, die bei Anwendung der fraglichen Maßnahme ernsthaft gefährdet wären<sup>51</sup>.

64. Dem EGMR zufolge kann „[d]er Schutz der traditionellen Familie ... unter bestimmten Umständen [zwar] ein legitimes Ziel ... darstellen; nach [seiner] Ansicht ... kann er aber in dem betreffenden Bereich, namentlich bei der Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis aus familiären Gründen an einen gleichgeschlechtlichen ausländischen Partner, keinen ‚besonders gewichtigen und überzeugenden‘ Grund darstellen, der unter den Umständen des konkreten Falles eine Diskriminierung aufgrund der sexuellen Ausrichtung rechtfertigen könnte“<sup>52</sup>.

65. Der EGMR scheint sogar zu der Auffassung zu neigen, dass eine Ungleichbehandlung, die ausschließlich – *oder entscheidend* – auf Erwägungen betreffend die sexuelle Ausrichtung des Klägers beruht, in Anbetracht der EMRK schlicht nicht hinnehmbar ist<sup>53</sup>. In einem anderen Kontext hatte Generalanwalt Jääskinen einen ähnlichen Standpunkt eingenommen. Es erschien ihm nämlich „selbstverständlich, dass das Ziel des Schutzes von Ehe und Familie eine Diskriminierung aufgrund der sexuellen Ausrichtung nicht rechtfertigen kann[, denn e]in Kausalzusammenhang, der zwischen dieser Art von Diskriminierung, verstanden als Mittel, und dem Schutz der Ehe, verstanden als positive Wirkung der Diskriminierung, bestehen könnte, ist schwer vorstellbar“<sup>54</sup>.

66. Diese Entwicklung des Rechts auf Achtung des Familienlebens scheint mir daher zu einer Auslegung des Begriffs „Ehegatte“ zu führen, die zwangsläufig unabhängig vom Geschlecht der betreffenden Personen sein muss, wenn sie auf den Anwendungsbereich der Richtlinie 2004/38 beschränkt ist.

67. Diese Auslegung stellt die in Art. 7 der Charta garantierte Achtung des Familienlebens auf optimale Weise sicher und lässt den Mitgliedstaaten zugleich die Freiheit, die Ehe zwischen Personen desselben Geschlechts zu erlauben oder nicht zu erlauben. Eine gegenteilige Auslegung würde hingegen eine Ungleichbehandlung verheirateter Paare begründen, je nachdem, ob sie gleichen oder unterschiedlichen Geschlechts sind, da kein Mitgliedstaat die heterosexuelle Ehe verbietet. Eine solche Ungleichbehandlung wäre, da sie auf der sexuellen Ausrichtung beruht, in Anbetracht der Richtlinie 2004/38 und der Charta, so wie sie im Licht der EMRK auszulegen ist, nicht hinnehmbar.

### **c) Ziel der Richtlinie 2004/38**

68. Auch das Ziel, das mit der Richtlinie 2004/38 verfolgt wird, stützt eine von der sexuellen Ausrichtung unabhängige Auslegung des Begriffs „Ehegatte“.

50 Vgl. in diesem Sinne EGMR, 30. Juni 2016, Taddeucci und McCall/Italien, CE:ECHR:2016:0630JUD005136209, § 56.

51 Vgl. in diesem Sinne EGMR, 30. Juni 2016, Taddeucci und McCall/Italien, CE:ECHR:2016:0630JUD005136209, § 56.

52 EGMR, 30. Juni 2016, Taddeucci und McCall/Italien, CE:ECHR:2016:0630JUD005136209, § 93. Zum Fehlen eines „gewichtigen und überzeugenden Grundes“ – einschließlich des Schutzes der Familie „im traditionellen Wortsinne“ – zur Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung aufgrund der sexuellen Ausrichtung vgl. auch EGMR, 7. November 2013, Vallianatos u. a./Griechenland, CE:ECHR:2013:1107JUD002938109. Im letztgenannten Fall ging es um den Ausschluss gleichgeschlechtlicher Paare vom Anwendungsbereich des Gesetzes über die eingetragene Partnerschaft und dies, obwohl die Hellenische Republik diesen Paaren im Gegensatz zu heterosexuellen Paaren keinerlei andere offizielle und rechtliche Anerkennung bot.

53 Vgl. in diesem Sinne EGMR, 23. Februar 2016, Pajić/Kroatien, CE:ECHR:2016:0223JUD006845313, §§ 59 und 84, und EGMR, 30. Juni 2016, Taddeucci und McCall/Italien, CE:ECHR:2016:0630JUD005136209, § 89.

54 Schlussanträge des Generalanwalts Jääskinen in der Rechtssache Römer (C-147/08, EU:C:2010:425, Nr. 175).

69. Nach ständiger Rechtsprechung soll die Richtlinie 2004/38 die Ausübung des elementaren und individuellen Rechts, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, das den Unionsbürgern unmittelbar aus Art. 21 Abs. 1 AEUV erwächst, erleichtern und dieses Recht verstärken<sup>55</sup>.

70. Auf dieses Ziel wird bereits im ersten Erwägungsgrund der Richtlinie 2004/38 hingewiesen. Der zweite Erwägungsgrund fügt hinzu, dass die Freizügigkeit von Personen, die im Übrigen in Art. 45 der Charta verankert ist, eine der Grundfreiheiten des Binnenmarkts darstellt.

71. Nach dem fünften Erwägungsgrund der Richtlinie 2004/38 sollte zudem das Recht aller Unionsbürger, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, wenn es unter objektiven Bedingungen in Freiheit und Würde ausgeübt werden soll, auch den Familienangehörigen ungeachtet ihrer Staatsangehörigkeit gewährt werden<sup>56</sup>. Denn wie der Gerichtshof mehrmals festgestellt hat, würde die Ausübung der Freiheiten, die der Vertrag den Unionsbürgern gewährleistet, schwerwiegend behindert, wenn diese im Aufnahmemitgliedstaat kein normales Familienleben führen dürften<sup>57</sup>.

72. Auf diese Weise könnten Unionsbürger, worauf ich bei der Prüfung der Anwendbarkeit der Richtlinie 2004/38 auf den vorliegenden Fall hingewiesen habe, davon abgehalten werden, den Mitgliedstaat, dessen Staatsangehörigkeit sie besitzen, zu verlassen und sich im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats niederzulassen, wenn sie nicht die Gewissheit hätten, nach ihrer Rückkehr in ihren Herkunftsmitgliedstaat ein etwa durch Heirat oder Familienzusammenführung im Aufnahmemitgliedstaat aufgenommenes Familienleben fortsetzen zu können<sup>58</sup>.

73. Aufgrund dieser Ziele vertritt der Gerichtshof in ständiger Rechtsprechung die Ansicht, dass die Bestimmungen der Richtlinie 2004/38 nicht eng ausgelegt und keinesfalls ihrer praktischen Wirksamkeit beraubt werden dürfen<sup>59</sup>. Der Gerichtshof hat sogar anerkannt, dass es sich hierbei um einen Grundsatz handelt, wonach „Vorschriften über die zu den Grundlagen der Union gehörende Freizügigkeit der Unionsbürger, etwa die Richtlinie 2004/38, weit auszulegen sind“<sup>60</sup>.

74. Zwischen einer Auslegung des Begriffs „Ehegatte“, die den Anwendungsbereich der Richtlinie 2004/38 einschränkt, und einer solchen, die unter Berücksichtigung des Wortlauts der ausgelegten Vorschrift und ihres Kontexts die Freizügigkeit einer größeren Zahl von Bürgern fördert, ist folglich die zweite Auslegung zu wählen.

55 Vgl. in diesem Sinne Urteile vom 25. Juli 2008, *Metock u. a.* (C-127/08, EU:C:2008:449, Rn. 82), vom 12. März 2014, O. und B. (C-456/12, EU:C:2014:135, Rn. 35), vom 18. Dezember 2014, *McCarthy u. a.* (C-202/13, EU:C:2014:2450, Rn. 31), und vom 14. November 2017, *Lounes* (C-165/16, EU:C:2017:862, Rn. 31).

56 Vgl. in diesem Sinne Urteile vom 18. Dezember 2014, *McCarthy u. a.* (C-202/13, EU:C:2014:2450, Rn. 33), und vom 14. November 2017, *Lounes* (C-165/16, EU:C:2017:862, Rn. 31).

57 Vgl. in diesem Sinne Urteil vom 25. Juli 2008, *Metock u. a.* (C-127/08, EU:C:2008:449, Rn. 62), und – aus der Zeit vor Erlass der Richtlinie 2004/38 – Urteil vom 11. Juli 2002, *Carpenter* (C-60/00, EU:C:2002:434, Rn. 38 und 39).

58 Vgl. in diesem Sinne Urteile vom 7. Juli 1992, *Singh* (C-370/90, EU:C:1992:296, Rn. 19, 20 und 23), vom 11. Juli 2002, *Carpenter* (C-60/00, EU:C:2002:434, Rn. 38), vom 11. Dezember 2007, *Eind* (C-291/05, EU:C:2007:771, Rn. 35 und 36), vom 25. Juli 2008, *Metock u. a.* (C-127/08, EU:C:2008:449, Rn. 64), vom 8. November 2012, *Iida* (C-40/11, EU:C:2012:691, Rn. 70), und vom 12. März 2014, O. und B. (C-456/12, EU:C:2014:135, Rn. 46).

59 Vgl. Urteile vom 25. Juli 2008, *Metock u. a.* (C-127/08, EU:C:2008:449, Rn. 84), und vom 18. Dezember 2014, *McCarthy u. a.* (C-202/13, EU:C:2014:2450, Rn. 32).

60 Urteil vom 16. Januar 2014, *Reyes* (C-423/12, EU:C:2014:16, Rn. 23). Für Anwendungen dieses Grundsatzes auf Texte aus der Zeit vor Erlass der Richtlinie 2004/38 vgl. Urteile vom 17. September 2002, *Baumbast und R* (C-413/99, EU:C:2002:493, Rn. 74), und vom 11. Dezember 2007, *Eind* (C-291/05, EU:C:2007:771, Rn. 43).



75. Diese Auslegungsentscheidung ist umso mehr gerechtfertigt, als sie im Einklang mit einem weiteren Ziel der Richtlinie 2004/38 steht, das in deren 31. Erwägungsgrund angeführt wird, wonach die Mitgliedstaaten die Richtlinie 2004/38 „ohne Diskriminierung zwischen den Begünstigten dieser Richtlinie etwa aufgrund ... der sexuellen Ausrichtung“ umsetzen müssen. Eine Definition des Begriffs „Ehegatte“, die auf die heterosexuelle Ehe beschränkt wäre, würde jedoch unausweichlich zu Fällen von Diskriminierung aufgrund der sexuellen Ausrichtung führen<sup>61</sup>.

76. Schließlich ist eine von der Frage des Geschlechts der betreffenden Personen unabhängige Auslegung des Begriffs „Ehegatte“ darüber hinaus geeignet, ein hohes Maß an Rechtssicherheit und Transparenz zu gewährleisten, da ein rechtmäßig verheirateter Unionsbürger weiß, dass sein Ehepartner ungeachtet seines Geschlechts in den 27 anderen Mitgliedstaaten der Union als sein Ehegatte im Sinne von Art. 2 Nr. 2 Buchst. a der Richtlinie 2004/38 betrachtet werden wird<sup>62</sup>.

### 3. Zwischenergebnis

77. Die wörtliche, die kontextbezogene und die teleologische Auslegung des in Art. 2 Nr. 2 Buchst. a der Richtlinie 2004/38 verwendeten Begriffs „Ehegatte“ führen zu seiner autonomen und von der sexuellen Ausrichtung unabhängigen Definition<sup>63</sup>.

78. Zunächst gebieten die einheitliche Anwendung des Unionsrechts und der Gleichheitsgrundsatz, dass die Begriffe einer nicht definierten Bestimmung des Unionsrechts, die für die Ermittlung ihres Sinnes und ihrer Bedeutung nicht ausdrücklich auf das Recht der Mitgliedstaaten verweist, in der gesamten Union eine autonome und einheitliche Auslegung erhalten.

79. Sodann hat sich der Gesetzgeber, auch wenn der Aufbau von Art. 2 Nr. 2 der Richtlinie 2004/38 in Verbindung mit deren Art. 3 Abs. 2 Buchst. b es gebietet, den Begriff „Ehegatte“ mit der Ehe in Verbindung zu bringen, darüber hinaus bewusst für die Verwendung eines neutralen, nicht näher präzisierten Begriffs entschieden.

80. Schließlich führen sowohl die Entwicklung der europäischen Gesellschaft – die in der Zahl der Rechtsordnungen, die Ehen zwischen Personen desselben Geschlechts erlauben, und der derzeit geltenden Definition des Familienlebens im Sinne von Art. 7 der Charta zum Ausdruck kommt – als auch die Ziele der Richtlinie 2004/38 – Förderung der Freizügigkeit der Unionsbürger unter Achtung ihrer sexuellen Ausrichtung – dazu, dass der Begriff „Ehegatte“ unabhängig von der sexuellen Ausrichtung auszulegen ist<sup>64</sup>.

61 Vgl. in diesem Sinne Titshaw, S., „Same-sex Spouses Lost in Translation? How to Interpret ‚Spouse‘ in the E.U. Family Migration Directives“, *Bodson University International Law Journal*, 2016, Heft 34:45, S. 45 bis 112 (106).

62 Für eine Veranschaulichung der Berücksichtigung von Rechtssicherheit und Transparenz bei der Auslegung einer Bestimmung der Richtlinie 2004/38 vgl. Urteile vom 15. September 2015, Alimanovic (C-67/14, EU:C:2015:597, Rn. 61), und vom 25. Februar 2016, García-Nieto u. a. (C-299/14, EU:C:2016:114, Rn. 49).

63 Vgl. in diesem Sinne Titshaw, S., „Same-sex Spouses Lost in Translation? How to Interpret ‚Spouse‘ in the E.U. Family Migration Directives“, *Bodson University International Law Journal*, 2016, Heft 34:45, S. 45 bis 112 (83 und 111).

64 Im Schrifttum wird allgemein den Auswirkungen der Freizügigkeit, des Rechts auf Achtung des Familienlebens und des Diskriminierungsverbots auf den Begriff „Ehegatte“ im Sinne von Art. 2 Nr. 2 Buchst. a der Richtlinie 2004/38 entscheidende Bedeutung beigemessen. Die herangezogenen Autoren kommen zu einem ähnlichen Ergebnis wie ich. Vgl. u. a. Tryfonidou, A., „EU Free Movement Law and the Legal Recognition of Same-Sex Relationships: the Case for Mutual Recognition“, *Columbia Journal of European Law*, 2015, Heft 21, S. 195 bis 248, Bell, Chl., und Bačić Selanec, N., „Who is a ‚spouse‘ under the Citizens’ Rights Directive? The prospect of mutual recognition of same-sex marriages in the EU“, *European Law Review*, 2016, Heft 41, Nr. 5, S. 655 bis 686, Borg-Barthet, J., „The Principled Imperative to Recognise Same-Sex Unions in the EU“, *Journal of Private International Law*, 2012, Heft 8, Nr. 2, S. 359 bis 388, sowie Bonini Baraldi, M., „EU Family Policies Between Domestic ‚Good Old Values‘ and Fundamental Rights: The Case of Same-Sex Families“, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2008, Heft 15, Nr. 4, S. 517 bis 551.



### C. Zweite Vorlagefrage

81. Mit seiner zweiten Frage möchte das vorlegende Gericht wissen, ob Art. 3 Abs. 1 und Art. 7 Abs. 2 der Richtlinie 2004/38 in Verbindung mit den Art. 7, 9, 21 und 45 der Charta verlangen, dass der Aufnahmemitgliedstaat dem Ehegatten eines Unionsbürgers desselben Geschlechts ein Recht auf Aufenthalt in seinem Hoheitsgebiet für mehr als drei Monate gewährt.

82. Art. 7 Abs. 2 der Richtlinie 2004/38 ist klar: Das Recht eines Unionsbürgers, sich länger als drei Monate im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats aufzuhalten, gilt auch für seinen aus einem Drittstaat stammenden Ehegatten, der ihn in den Aufnahmemitgliedstaat begleitet oder ihm nachzieht, sofern der Unionsbürger die Voraussetzungen von Art. 7 Abs. 1 Buchst. a, b oder c der Richtlinie 2004/38 erfüllt.

83. Es handelt sich also um ein automatisches Recht. Art. 3 Abs. 2 der genannten Richtlinie bestätigt das.

84. Wie der Gerichtshof festgestellt hat, „geht nämlich sowohl aus dem Wortlaut von Art. 3 Abs. 2 der Richtlinie 2004/38 als auch aus deren allgemeiner Systematik hervor, dass der Unionsgesetzgeber eine Unterscheidung vorgenommen hat zwischen den Familienangehörigen eines Unionsbürgers im Sinne von Art. 2 Nr. 2 der Richtlinie 2004/38, die unter den Voraussetzungen der Richtlinie ein Recht auf Einreise in den Aufnahmemitgliedstaat dieses Unionsbürgers und auf dortigen Aufenthalt haben, und den übrigen Familienangehörigen gemäß Art. 3 Abs. 2 Unterabs. 1 Buchst. a der Richtlinie, deren Einreise und Aufenthalt vom Aufnahmemitgliedstaat lediglich zu erleichtern sind“<sup>65</sup>.

85. Wir haben jedoch gesehen, dass sich Herr Hamilton im Rahmen des Ausgangsrechtsstreits nicht zu seinen Gunsten auf die Richtlinie 2004/38 berufen konnte, da deren Bestimmungen für Drittstaatsangehörige, die Familienangehörige eines Unionsbürgers sind, kein abgeleitetes Aufenthaltsrecht in dem Mitgliedstaat, dessen Staatsangehörigkeit der Unionsbürger besitzt, begründen<sup>66</sup>.

86. Gleichwohl muss Herr Hamilton grundsätzlich über ein auf Art. 21 Abs. 1 AEUV gestütztes abgeleitetes Aufenthaltsrecht verfügen können, mit der Folge, dass die Richtlinie 2004/38 entsprechend auf ihn anzuwenden ist<sup>67</sup>.

87. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs dürfen die im Herkunftsmitgliedstaat seines Ehegatten geltenden Voraussetzungen für die Gewährung eines abgeleiteten Aufenthaltsrechts daher grundsätzlich nicht strenger sein als die Voraussetzungen, die diese Richtlinie für den Fall vorsieht, dass er sich in einer Lage befindet, in der sein Ehegatte sein Recht auf Freizügigkeit ausgeübt hat, indem er sich in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassen hat als dem, dessen Staatsangehörigkeit er besitzt<sup>68</sup>.

88. Konkret dürfen die Voraussetzungen für die Gewährung eines Rechts auf Aufenthalt für mehr als drei Monate für den die Staatsangehörigkeit eines Drittstaats besitzenden gleichgeschlechtlichen Ehegatten eines Unionsbürgers bei entsprechender Anwendung der Richtlinie 2004/38 grundsätzlich nicht strenger sein als die Voraussetzungen, die Art. 7 Abs. 2 dieser Richtlinie vorsieht.

65 Urteil vom 5. September 2012, Rahman u. a. (C-83/11, EU:C:2012:519, Rn. 19).

66 Vgl. in diesem Sinne Urteil vom 12. März 2014, O. und B. (C-456/12, EU:C:2014:135, Rn. 37). Vgl. auch Urteile vom 10. Mai 2017, Chavez-Vilchez u. a. (C-133/15, EU:C:2017:354, Rn. 53), und vom 14. November 2017, Lounes (C-165/16, EU:C:2017:862, Rn. 33).

67 Vgl. in diesem Sinne Urteile vom 12. März 2014, O. und B. (C-456/12, EU:C:2014:135, Rn. 50 und 61), vom 10. Mai 2017, Chavez-Vilchez u. a. (C-133/15, EU:C:2017:354, Rn. 54 und 55), und vom 14. November 2017, Lounes (C-165/16, EU:C:2017:862, Rn. 46 und 61). Zur Anwendbarkeit der Richtlinie 2004/38 vgl. auch die Ausführungen unter Titel V Teil A der vorliegenden Schlussanträge.

68 Vgl. in diesem Sinne Urteil vom 12. März 2014, O. und B. (C-456/12, EU:C:2014:135, Rn. 61).

#### D. Dritte und vierte Vorlagefrage

89. Die dritte und die vierte Frage des vorlegenden Gerichts stellen sich nur für den Fall, dass der Begriff „Ehegatte“ im Sinne von Art. 2 Nr. 2 Buchst. a der Richtlinie 2004/38 dahin auszulegen sein sollte, dass er nur heterosexuelle Paare erfasst, die durch den Bund der Ehe vereint sind.

90. Da diese Schlussfolgerung nach meinem Dafürhalten dem Wortlaut und dem Kontext der in Rede stehenden Vorschrift sowie den mit der Richtlinie 2004/38 verfolgten Zielen zuwiderläuft, bedürften die Fragen keiner Antwort. Der Vollständigkeit halber werde ich sie jedoch kurz prüfen. Diese Prüfung kann im Übrigen gemeinsam erfolgen.

91. Mit der dritten und der vierten Frage möchte das vorlegende Gericht nämlich im Wesentlichen wissen, ob der Drittstaatsangehörige, der dasselbe Geschlecht hat wie der Unionsbürger, mit dem er nach dem Recht eines Mitgliedstaats, der nicht der Aufnahmestaat ist, verheiratet ist, wenn er nicht bereits als „Ehegatte“ im Sinne dieser Richtlinie gilt, als „jede[r] ... Familienangehörig[e]“ oder als „Lebenspartne[r], mit dem der Unionsbürger eine ordnungsgemäß bescheinigte dauerhafte Beziehung eingegangen ist“, im Sinne von Art. 3 Abs. 2 Buchst. a oder b der Richtlinie 2004/38 angesehen werden kann und welche Folgen diese mögliche Einstufung hat.

92. Wie ich zuvor erläutert habe, ist es künstlich, heutzutage davon auszugehen, dass ein gleichgeschlechtliches Paar kein Familienleben im Sinne von Art. 7 der Charta haben kann<sup>69</sup>.

93. Daher steht fest, dass ein Drittstaatsangehöriger desselben Geschlechts wie der Unionsbürger, mit dem er nach dem Recht eines Mitgliedstaats verheiratet ist, als „jede[r] ... Familienangehörig[e]“ oder als Lebenspartner, mit dem der Unionsbürger eine ordnungsgemäß bescheinigte dauerhafte Beziehung eingegangen ist, in den Anwendungsbereich von Art. 3 Abs. 2 der Richtlinie 2004/38 fallen kann.

94. Aus dem Urteil vom 5. September 2012, Rahman u. a. (C-83/11, EU:C:2012:519), geht jedoch hervor, dass Art. 3 Abs. 2 der Richtlinie 2004/38 die Mitgliedstaaten nicht dazu verpflichtet, Personen, die in den Anwendungsbereich dieser Bestimmung fallen, ein Recht auf Einreise und Aufenthalt zuzuerkennen. Sie erlegt ihnen lediglich eine Verpflichtung auf, Anträge auf Einreise und Aufenthalt von Personen, die in ihren Anwendungsbereich fallen, gegenüber den Anträgen anderer Drittstaatsangehöriger mit einem gewissen Vorzug zu behandeln<sup>70</sup>.

95. Der Gerichtshof hat klargestellt, dass die Mitgliedstaaten zur Erfüllung dieser Verpflichtung, „nach Art. 3 Abs. 2 Unterabs. 2 der Richtlinie 2004/38 vorsehen [müssen], dass Personen im Sinne von Art. 3 Abs. 2 Unterabs. 1 der Richtlinie eine Entscheidung über ihren Antrag erhalten können, die auf einer eingehenden Untersuchung ihrer persönlichen Umstände beruht und im Fall der Ablehnung begründet wird“<sup>71</sup>.

96. Er hat ferner festgestellt, dass die Mitgliedstaaten „hinsichtlich der Wahl der zu berücksichtigenden Faktoren einen großen Ermessensspielraum haben[, wobei d]er Aufnahmemitgliedstaat ... dafür Sorge zu tragen [hat], dass seine Rechtsvorschriften Kriterien enthalten, die sich mit der gewöhnlichen Bedeutung des Ausdrucks ‚erleichtert‘ ... vereinbaren lassen und die dieser Bestimmung nicht ihre praktische Wirksamkeit nehmen“<sup>72</sup>.

97. In dem vom vorlegenden Gericht beschriebenen Fall muss dieser Ermessensspielraum meines Erachtens jedoch reduziert werden.

69 Zu den mit dem Begriff „Ehegatte“ zusammenhängenden Grundrechten siehe die Ausführungen oben unter Titel V Teil B Nr. 2 Buchst. b.

70 Vgl. in diesem Sinne Urteil vom 5. September 2012, Rahman u. a. (C-83/11, EU:C:2012:519, Rn. 21).

71 Urteil vom 5. September 2012, Rahman u. a. (C-83/11, EU:C:2012:519, Rn. 22 und 26).

72 Urteil vom 5. September 2012, Rahman u. a. (C-83/11, EU:C:2012:519, Rn. 24 und 26).

98. Zum einen könnte eine Weigerung, dem Antrag auf Einreise und Aufenthalt eines Drittstaatsangehörigen desselben Geschlechts wie der Unionsbürger, mit dem er nach dem Recht eines Mitgliedstaats verheiratet ist, stattzugeben, nicht ausschließlich oder entscheidend auf die sexuelle Ausrichtung des Drittstaatsangehörigen gestützt werden, da dies einen Verstoß gegen die Art. 7 und 21 der Charta darstellen würde<sup>73</sup>. In diesem Zusammenhang kann „[d]er Schutz der traditionellen Familie ... unter bestimmten Umständen [zwar] ein legitimes Ziel in Bezug auf Art. 14 [EMRK, der Diskriminierungen verbietet,] darstellen; nach Ansicht des [Europäischen] Gerichtshofs [für Menschenrechte] kann er aber in dem betreffenden Bereich, *namentlich bei der Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis aus familiären Gründen an einen gleichgeschlechtlichen ausländischen Partner*, keinen ‚besonders gewichtigen und überzeugenden‘ Grund darstellen, der unter den Umständen des konkreten Falls eine Diskriminierung aufgrund der sexuellen Ausrichtung rechtfertigen könnte“<sup>74</sup>.

99. Zum anderen ist die Verpflichtung, die Einreise und den Aufenthalt des Drittstaatsangehörigen, der dasselbe Geschlecht hat wie der Unionsbürger, mit dem er nach dem Recht eines Mitgliedstaats verheiratet ist, zu fördern, umso zwingender und der Ermessensspielraum umso stärker reduziert, wenn der Mitgliedstaat die Ehe zwischen Personen desselben Geschlechts nicht erlaubt und gleichgeschlechtlichen Paaren auch nicht die Möglichkeit bietet, eine eingetragene Partnerschaft einzugehen. Aus Art. 8 EMRK – und damit aus Art. 7 der Charta – ergibt sich nämlich eine positive Verpflichtung, diesen Personen ebenso wie Heterosexuellen die Möglichkeit einzuräumen, eine gesetzliche Anerkennung und die rechtliche Absicherung ihrer Partnerschaft zu erlangen<sup>75</sup>. Die Erteilung eines Aufenthaltstitels für den Ehegatten eines Unionsbürgers stellt die Anerkennung und die Mindestgarantie dar, die ihnen gegeben werden kann.

## VI. Ergebnis

100. Aufgrund der vorstehenden Erwägungen schlage ich dem Gerichtshof vor, die Vorlagefragen der Curtea Constituțională (Verfassungsgerichtshof, Rumänien) wie folgt zu beantworten:

1. Art. 2 Nr. 2 Buchst. a der 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 ist dahin auszulegen, dass der Begriff „Ehegatte“ den Drittstaatsangehörigen umfasst, der dasselbe Geschlecht hat wie der Bürger der Europäischen Union, mit dem er verheiratet ist.
2. Art. 3 Abs. 1 und Art. 7 Abs. 2 der Richtlinie 2004/38 sind dahin auszulegen, dass der gleichgeschlechtliche Ehegatte eines Unionsbürgers, der diesen in das Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats begleitet, dort ein Recht auf Aufenthalt für mehr als drei Monate genießt, sofern der Unionsbürger die Voraussetzungen von Art. 7 Abs. 1 Buchst. a, b oder c dieser Richtlinie erfüllt.

Art. 21 Abs. 1 AEUV ist dahin auszulegen, dass die Bestimmungen der Richtlinie 2004/38 in einem Fall, in dem ein Unionsbürger bei einem Aufenthalt von gewisser Dauer in einem anderen Mitgliedstaat als dem, dessen Staatsangehörigkeit er besitzt, ein Familienleben mit einem Drittstaatsangehörigen entwickelt oder gefestigt hat, entsprechend anwendbar sind, wenn der Unionsbürger mit dem betreffenden Familienangehörigen in seinen Herkunftsmitgliedstaat zurückkehrt. In diesem Fall dürfen die Voraussetzungen für die Gewährung eines Rechts auf

<sup>73</sup> Vgl. in diesem Sinne EGMR, 23. Februar 2016, Pajić/Kroatien, CE:ECHR:2016:0223JUD006845313, §§ 59 und 84, und EGMR, 30. Juni 2016, Taddeucci und McCall/Italien, CE:ECHR:2016:0630JUD005136209, § 89.

<sup>74</sup> EGMR, 30. Juni 2016, Taddeucci und McCall/Italien, CE:ECHR:2016:0630JUD005136209, § 93 (Hervorhebung nur hier).

<sup>75</sup> Vgl. in diesem Sinne EGMR, 21. Juli 2015, Oliari u. a./Italien, CE:ECHR:2015:0721JUD001876611, § 185.

Aufenthalt für mehr als drei Monate für den aus einem Drittstaat stammenden gleichgeschlechtlichen Ehegatten eines Unionsbürgers grundsätzlich nicht strenger sein als die Voraussetzungen, die Art. 7 Abs. 2 der Richtlinie 2004/38 vorsieht.

3. Art. 3 Abs. 2 der Richtlinie 2004/38 ist dahin auszulegen, dass er auf die Situation eines Drittstaatsangehörigen desselben Geschlechts wie der Unionsbürger, mit dem er nach dem Recht eines Mitgliedstaats verheiratet ist, sei es in dessen Eigenschaft als „jede[r] ... Familienangehörig[e]“ oder als „Lebenspartne[r], mit dem der Unionsbürger eine ordnungsgemäß bescheinigte dauerhafte Beziehung eingegangen ist“, Anwendung finden kann.
4. Art. 3 Abs. 2 der Richtlinie 2004/38 ist dahin auszulegen, dass
  - er den Mitgliedstaaten nicht vorschreibt, dem mit einem Unionsbürger desselben Geschlechts rechtmäßig verheirateten Drittstaatsangehörigen ein Recht auf Aufenthalt für mehr als drei Monate in ihrem Hoheitsgebiet zu gewähren,
  - die Mitgliedstaaten allerdings verpflichtet sind, dafür Sorge zu tragen, dass ihre Rechtsvorschriften Kriterien enthalten, die es dem genannten Staatsangehörigen ermöglichen, eine Entscheidung über seinen Antrag auf Einreise und Aufenthalt zu erhalten, die auf einer eingehenden Untersuchung seiner persönlichen Umstände beruht und im Fall der Ablehnung begründet wird,
  - die Mitgliedstaaten bei der Wahl der genannten Kriterien zwar einen weiten Ermessensspielraum haben, diese Kriterien sich jedoch mit der gewöhnlichen Bedeutung des Ausdrucks ‚erleichtert‘ vereinbaren lassen müssen und dieser Bestimmung nicht ihre praktische Wirksamkeit nehmen dürfen und
  - die Ablehnung eines Antrags auf Einreise und Aufenthalt jedenfalls nicht auf die sexuelle Ausrichtung der betreffenden Person gestützt werden kann.