



VERWALTUNGSGERICHTSHOF BADEN-WÜRTTEMBERG

B e s c h l u s s

In der Verwaltungsrechtssache

Yoshikazu I.,
XXX, XXX,

- Kläger -
- Berufungskläger -

prozessbevollmächtigt:
Rechtsanwälte XXX.,
XXX, XXX, Az: XXX,

gegen

Stadt Ulm - Zentrale Rechtsabteilung -,
vertreten durch den Oberbürgermeister,
Kornhausplatz 4, 89073 Ulm, Az: XXX,

- Beklagte -
- Berufungsbeklagte -

wegen EU-Aufenthaltsrecht und Ausstellung einer Aufenthaltskarte

hat der 11. Senat des Verwaltungsgerichtshofs Baden-Württemberg durch den Vorsitzenden Richter am Verwaltungsgerichtshof XXX, den Richter am Verwaltungsgerichtshof XXX und die Richterin am Verwaltungsgerichtshof XXX

am 20. Januar 2011

beschlossen:

Das Verfahren wird ausgesetzt.

Es wird gemäß Artikel 267 AEUV eine Vorabentscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union zu folgenden Fragen eingeholt:

A. Zu Artikel 2, 3 und 7 der Unionsbürger-Richtlinie 2004/38/EG:

1.) Ist insbesondere im Lichte von Art. 7 und 24 GRCh sowie Art. 8 EMRK in erweiterter Auslegung von Art. 2 Nr. 2 d) der Richtlinie 2004/38/EG „Familienangehöriger“ auch ein drittstaatsangehöriger sorgeberechtigter Elternteil eines freizügigkeitsberechtigten Unionsbürgerkindes, dem von diesem kein Unterhalt gewährt wird?

2.) Wenn ja: Gilt die Richtlinie 2004/38/EG insbesondere im Lichte von Art. 7 und 24 GRCh sowie Art. 8 EMRK in erweiterter Auslegung von deren Art. 3 Abs. 1 für diesen Elternteil auch ohne ein „Begleiten“ oder „Nachziehen“ gegenüber dem Herkunftsmitgliedstaat des weggezogenen Unionsbürgerkindes?

3.) Wenn ja: Folgt hieraus für diesen Elternteil insbesondere im Lichte von Art. 7 und 24 GRCh sowie Art. 8 EMRK ein Recht auf Aufenthalt für mehr als drei Monate im Herkunftsmitgliedstaat des Unionsbürgerkindes in erweiterter Auslegung von Art. 7 Abs. 2 der Richtlinie 2004/38/EG, jedenfalls solange das Sorgerecht besteht und tatsächlich ausgeübt wird?

B. Zu Artikel 6 Abs. 1 EUV in Verbindung mit der Grundrechtecharta:

1.a) Ist der Anwendungsbereich der Charta nach Art. 51 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 GRCh schon dann eröffnet, wenn der Streitgegenstand von einem nationalen Gesetz (oder Gesetzesteil) abhängt, durch das auch – aber nicht nur – Richtlinien umgesetzt wurden?

1.b) Wenn nein: Ist der Anwendungsbereich der Charta nach Art. 51 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 GRCh schon deshalb eröffnet, weil dem Kläger möglicherweise ein unionsrechtliches Aufenthaltsrecht zusteht und er in Folge nach § 5 Abs. 2 Satz 1 FreizügG/EU eine Aufenthaltskarte für Familienangehörige von Unionsbürgern beanspruchen könnte, die ihre Rechtsgrundlage in Art. 10 Abs. 1 Satz 1 der Unionsbürger-Richtlinie 2004/38/EG hat?

1.c) Wenn nein: Ist der Anwendungsbereich der Charta nach Art. 51 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 GRCh in Fortschreibung der ERT-Rechtsprechung (EuGH-Urteil vom 18. Juni 1991, Rs. C-260/89, Rn. 41-45) eröffnet, wenn ein Mitgliedstaat das Aufenthaltsrecht des drittstaatsangehörigen sorgeberechtigten Vaters einer minderjährigen Unionsbürgerin beschränkt, die sich mit ihrer Mutter wegen deren Berufstätigkeit überwiegend in einem anderen EU-Mitgliedstaat aufhält?

2.a) Wenn der Anwendungsbereich der Charta eröffnet ist: Kann unmittelbar aus Art. 24 Abs. 3 GRCh ein europarechtliches Aufenthaltsrecht des drittstaatsangehörigen Vaters abgeleitet werden, jedenfalls solange er das Sorgerecht für sein Unionsbürgerkind besitzt und tatsächlich ausübt, auch wenn sich das Kind überwiegend in einem anderen EU-Mitgliedstaat aufhält?

2.b) Wenn nein: Folgt aus dem Freizügigkeitsrecht des Unionsbürgerkindes nach Art. 45 Abs. 1 GRCh gegebenenfalls in Verbindung mit Art. 24 Abs. 3 GRCh ein europarechtliches Aufenthaltsrecht des drittstaatsangehörigen Vaters, jedenfalls solange er das Sorgerecht für sein Unionsbürgerkind besitzt und tatsächlich ausübt, damit insbesondere dem Freizügigkeitsrecht des Unionsbürgerkindes nicht jede praktische Wirksamkeit genommen wird?

C. Zu Artikel 6 Abs. 3 EUV in Verbindung mit den allgemeinen Unionsrechtsgrundsätzen:

1.) Können die in der Rechtsprechung des Gerichtshofs seit der Stuttgarter Rechtssache Stauder (Rs. 29/69, Rn. 7) bis hin beispielsweise zur Rechtssache Mangold (Rs. C-144/04, Rn. 75) entwickelten „ungeschriebenen“ EU-Grundrechte in vollem Umfang angewendet werden, auch wenn im konkreten Fall der Anwendungsbereich der Grundrechtecharta nicht eröffnet ist, mit anderen Worten, stehen die gemäß Art. 6 Abs. 3 EUV als allgemeine Unionsrechtsgrundsätze fortgeltenden

Grundrechte eigenständig und unabhängig neben den neuen Grundrechten der Grundrechtecharta nach Art. 6 Abs. 1 EUV?

2.) Wenn ja: Lässt sich zur effektiven Ausübung des Sorgerechts aus den allgemeinen Unionsrechtsgrundsätzen, insbesondere im Lichte des Rechts auf Achtung des Familienlebens nach Art. 8 EMRK, ein europarechtliches Aufenthaltsrecht des drittstaatsangehörigen Vaters einer minderjährigen Unionsbürgerin ableiten, die sich mit ihrer Mutter wegen deren Berufstätigkeit überwiegend in einem anderen EU-Mitgliedstaats aufhält?

D. Zu Artikel 21 Abs. 1 AEUV in Verbindung mit Artikel 8 EMRK:

Wenn Art. 6 Abs. 1 oder Abs. 3 EUV nicht zu einem europarechtlichen Aufenthaltsrecht des Klägers führen: Lässt sich in Fortschreibung der Rechtssache Zhu und Chen (EuGH-Urteil vom 19. Oktober 2004, Rs. C-200/02, Rn. 45-47) zur effektiven Ausübung des Sorgerechts aus dem Freizügigkeitsrecht einer minderjährigen Unionsbürgerin, die sich mit ihrer Mutter wegen deren Berufstätigkeit überwiegend in einem anderen EU-Mitgliedstaats aufhält, nach Art. 21 Abs. 1 AEUV, gegebenenfalls im Lichte von Art. 8 EMRK, ein europarechtliches Aufenthaltsrecht des drittstaatsangehörigen Vaters im Herkunftsmitgliedstaat des Unionsbürgerkindes ableiten?

E. Zu Artikel 10 der Unionsbürger-Richtlinie 2004/38/EG:

Wenn ein europarechtliches Aufenthaltsrecht bejaht wird: Besitzt ein drittstaatsangehöriger Elternteil in der Situation des Klägers einen Anspruch auf Ausstellung einer "Aufenthaltskarte für Familienangehörige eines Unionsbürgers" gegebenenfalls entsprechend Art. 10 Abs. 1 Satz 1 der Richtlinie?

GRÜNDE

I. Der rechtliche Rahmen

1. Unionsrecht

a) Primärrecht

Art. 51 Abs. 1 Satz 1 Grundrechtecharta (GRCh) - Anwendungsbereich

(1) Diese Charta gilt für die Organe, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Union unter Wahrung des Subsidiaritätsprinzips und für die Mitgliedstaaten ausschließlich bei der Durchführung des Rechts der Union.

Art. 7 GRCh - Achtung des Privat- und Familienlebens

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

Art. 24 GRCh - Rechte des Kindes

(1) Kinder haben Anspruch auf den Schutz und die Fürsorge, die für ihr Wohlergehen notwendig sind. Sie können ihre Meinung frei äußern. Ihre Meinung wird in den Angelegenheiten, die sie betreffen, in einer ihrem Alter und ihrem Reifegrad entsprechenden Weise berücksichtigt.

(2) Bei allen Kinder betreffenden Maßnahmen öffentlicher Stellen oder privater Einrichtungen muss das Wohl des Kindes eine vorrangige Erwägung sein.

(3) Jedes Kind hat Anspruch auf regelmäßige persönliche Beziehungen und direkte Kontakte zu beiden Elternteilen, es sei denn, dies steht seinem Wohl entgegen.

Art. 45 GRCh - Freizügigkeit und Aufenthaltsrecht

(1) Die Unionsbürgerinnen und Unionsbürger haben das Recht, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten.

(2) Staatsangehörigen von Drittländern, die sich rechtmäßig im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats aufhalten, kann nach Maßgabe der Verträge Freizügigkeit und Aufenthaltsfreiheit gewährt werden.

Art. 6 Abs. 1 und Abs. 3 EU-Vertrag (EUV-Liss.) - Grundrechte der Union

(1) Die Union erkennt die Rechte, Freiheiten und Grundsätze an, die in der Charta der Grundrechte der Europäischen Union vom 7. Dezember 2000 in der am 12. Dezember 2007 in Straßburg angepassten Fassung niedergelegt sind; die Charta der Grundrechte und die Verträge sind rechtlich gleichrangig.

Durch die Bestimmungen der Charta werden die in den Verträgen festgelegten Zuständigkeiten der Union in keiner Weise erweitert.

Die in der Charta niedergelegten Rechte, Freiheiten und Grundsätze werden gemäß den allgemeinen Bestimmungen des Titels VII der Charta, der ihre Auslegung und Anwendung regelt, und unter gebührender Berücksichtigung der in der Charta angeführten Erläuterungen, in denen die Quellen dieser Bestimmungen angegeben sind, ausgelegt.

(3) Die Grundrechte, wie sie in der Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten gewährleistet sind und wie sie sich aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten ergeben, sind als allgemeine Grundsätze Teil des Unionsrechts.

Art. 8 Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) - Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens

(1) Jede Person hat das Recht auf Achtung ihres Privat- und Familienlebens, ihrer Wohnung und ihrer Korrespondenz.

(2) Eine Behörde darf in die Ausübung dieses Rechts nur eingreifen, soweit der Eingriff gesetzlich vorgesehen und in einer demokratischen Gesellschaft notwendig ist für die nationale oder öffentliche Sicherheit, für das wirtschaftliche Wohl des Landes, zur Aufrechterhaltung der Ordnung, zur Verhütung von Straftaten, zum Schutz der Gesundheit oder der Moral oder zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer.

Art. 21 Abs. 1 Vertrag über die Arbeitsweise der EU (AEUV) - Allgemeine Freizügigkeit

(1) 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.

Art. 45 Abs. 1 AEUV - Freizügigkeit der Arbeitnehmer

(1) Innerhalb der Union ist die Freizügigkeit der Arbeitnehmer gewährleistet.

b) Sekundärrecht

Aus Art. 2, Art. 3, Art. 10, Art. 12 Unionsbürger-Richtlinie 2004/38/EG:

Art. 2 Nr. 1 und Nr. 2 d) RL - Begriffsbestimmungen

Im Sinne dieser Richtlinie bezeichnet der Ausdruck

1. "Unionsbürger" jede Person, die die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaats besitzt;
2. "Familienangehöriger" (...)

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;

Art. 3 Abs. 1 und Abs. 2 a) RL - Berechtigte

(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 aufenthaltsberechtigte 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;

Art. 10 Abs. 1 RL - Ausstellung der Aufenthaltskarte

(1) Zum Nachweis des Aufenthaltsrechts der Familienangehörigen eines Unionsbürgers, die nicht die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaats besitzen, wird spätestens sechs Monate nach Einreichung des betreffenden Antrags eine "Aufenthaltskarte für Familienangehörige eines Unionsbürgers" ausgestellt. Eine Bescheinigung über die Einreichung des Antrags auf Ausstellung einer Aufenthaltskarte wird unverzüglich ausgestellt.

Art. 12 Abs. 3 RL - Aufrechterhaltung des Aufenthaltsrechts der Familienangehörigen bei Tod oder Wegzug des Unionsbürgers

(3) Der Wegzug des Unionsbürgers aus dem Aufnahmemitgliedstaat oder sein Tod führt weder für seine Kinder noch für den Elternteil, der die elterliche Sorge für die Kinder tatsächlich wahrnimmt, ungeachtet ihrer Staatsangehörigkeit, bis zum Abschluss der Ausbildung zum Verlust des Aufenthaltsrechts, wenn sich die Kinder im Aufnahmemitgliedstaat aufhalten und in einer Bildungseinrichtung zu Ausbildungszwecken eingeschrieben sind.

2. Nationale Rechtsvorschriften

§ 7 Aufenthaltsgesetz (AufenthG) - Aufenthaltserlaubnis

(1) Die Aufenthaltserlaubnis ist ein befristeter Aufenthaltstitel. Sie wird zu den in den nachfolgenden Abschnitten genannten Aufenthaltszwecken erteilt. In

begründeten Fällen kann eine Aufenthaltserlaubnis auch für einen von diesem Gesetz nicht vorgesehenen Aufenthaltswitzweck erteilt werden.

(2) Die Aufenthaltserlaubnis ist unter Berücksichtigung des beabsichtigten Aufenthaltswitzwecks zu befristen. Ist eine für die Erteilung, die Verlängerung oder die Bestimmung der Geltungsdauer wesentliche Voraussetzung entfallen, so kann die Frist auch nachträglich verkürzt werden.

§ 9a Abs. 1 und Abs. 2 AufenthG - Erlaubnis zum Daueraufenthalt-EG

(1) Die Erlaubnis zum Daueraufenthalt-EG ist ein unbefristeter Aufenthaltstitel. § 9 Abs. 1 Satz 2 und 3 gilt entsprechend. Soweit dieses Gesetz nichts anderes regelt, ist die Erlaubnis zum Daueraufenthalt-EG der Niederlassungserlaubnis gleichgestellt.

(2) Einem Ausländer ist eine Erlaubnis zum Daueraufenthalt-EG nach Artikel 2 Buchstabe b der Richtlinie 2003/109/EG zu erteilen, wenn

1. er sich seit fünf Jahren mit Aufenthaltstitel im Bundesgebiet aufhält,
2. sein Lebensunterhalt und derjenige seiner Angehörigen, denen er Unterhalt zu leisten hat, durch feste und regelmäßige Einkünfte gesichert ist,
3. er über ausreichende Kenntnisse der deutschen Sprache verfügt,
4. er über Grundkenntnisse der Rechts- und Gesellschaftsordnung und der Lebensverhältnisse im Bundesgebiet verfügt,
5. Gründe der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung unter Berücksichtigung der Schwere oder der Art des Verstoßes gegen die öffentliche Sicherheit oder Ordnung oder der vom Ausländer ausgehenden Gefahr unter Berücksichtigung der Dauer des bisherigen Aufenthalts und dem Bestehen von Bindungen im Bundesgebiet nicht entgegenstehen und
6. er über ausreichenden Wohnraum für sich und seine mit ihm in familiärer Gemeinschaft lebenden Familienangehörigen verfügt.

Für Satz 1 Nr. 3 und 4 gilt § 9 Abs. 2 Satz 2 bis 5 entsprechend.

§ 18 AufenthG - Beschäftigung

1) Die Zulassung ausländischer Beschäftigter orientiert sich an den Erfordernissen des Wirtschaftsstandortes Deutschland unter Berücksichtigung der Verhältnisse auf dem Arbeitsmarkt und dem Erfordernis, die Arbeitslosigkeit wirksam zu bekämpfen. Internationale Verträge bleiben unberührt.

(2) Einem Ausländer kann ein Aufenthaltstitel zur Ausübung einer Beschäftigung erteilt werden, wenn die Bundesagentur für Arbeit nach § 39 zugestimmt hat oder durch Rechtsverordnung nach § 42 oder zwischenstaatliche Vereinbarung bestimmt ist, dass die Ausübung der Beschäftigung ohne Zustimmung der Bundesagentur für Arbeit zulässig ist. Beschränkungen bei der Erteilung der Zustimmung durch die Bundesagentur für Arbeit sind in den Aufenthaltstitel zu übernehmen.

(3) Eine Aufenthaltserlaubnis zur Ausübung einer Beschäftigung nach Absatz 2, die keine qualifizierte Berufsausbildung voraussetzt, darf nur erteilt werden,

wenn dies durch zwischenstaatliche Vereinbarung bestimmt ist oder wenn auf Grund einer Rechtsverordnung nach § 42 die Erteilung der Zustimmung zu einer Aufenthaltserlaubnis für diese Beschäftigung zulässig ist.

(4) Ein Aufenthaltstitel zur Ausübung einer Beschäftigung nach Absatz 2, die eine qualifizierte Berufsausbildung voraussetzt, darf nur für eine Beschäftigung in einer Berufsgruppe erteilt werden, die durch Rechtsverordnung nach § 42 zugelassen worden ist. Im begründeten Einzelfall kann eine Aufenthaltserlaubnis für eine Beschäftigung erteilt werden, wenn an der Beschäftigung ein öffentliches, insbesondere ein regionales, wirtschaftliches oder arbeitsmarktpolitisches Interesse besteht.

(5) Ein Aufenthaltstitel nach Absatz 2 und § 19 darf nur erteilt werden, wenn ein konkretes Arbeitsplatzangebot vorliegt.

§ 39 Abs. 2 – 4 AufenthG - Zustimmung zur Ausländerbeschäftigung

(2) Die Bundesagentur für Arbeit kann der Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis zur Ausübung einer Beschäftigung nach § 18 zustimmen, wenn

1.a) sich durch die Beschäftigung von Ausländern nachteilige Auswirkungen auf den Arbeitsmarkt, insbesondere hinsichtlich der Beschäftigungsstruktur, der Regionen und der Wirtschaftszweige, nicht ergeben und

b) für die Beschäftigung deutsche Arbeitnehmer sowie Ausländer, die diesen hinsichtlich der Arbeitsaufnahme rechtlich gleichgestellt sind oder andere Ausländer, die nach dem Recht der Europäischen Union einen Anspruch auf vorrangigen Zugang zum Arbeitsmarkt haben, nicht zur Verfügung stehen oder

2. sie durch Prüfung nach Satz 1 Nr. 1 Buchstabe a und b für einzelne Berufsgruppen oder für einzelne Wirtschaftszweige festgestellt hat, dass die Besetzung der offenen Stellen mit ausländischen Bewerbern arbeitsmarkt- und integrationspolitisch verantwortbar ist, und der Ausländer nicht zu ungünstigeren Arbeitsbedingungen als vergleichbare deutsche Arbeitnehmer beschäftigt wird. Für die Beschäftigung stehen deutsche Arbeitnehmer und diesen gleichgestellte Ausländer auch dann zur Verfügung, wenn sie nur mit Förderung der Agentur für Arbeit vermittelt werden können. Der Arbeitgeber, bei dem ein Ausländer beschäftigt werden soll, der dafür eine Zustimmung benötigt, hat der Bundesagentur für Arbeit Auskunft über Arbeitsentgelt, Arbeitszeiten und sonstige Arbeitsbedingungen zu erteilen.

(3) Absatz 2 gilt auch, wenn bei Aufhalten zu anderen Zwecken nach den Abschnitten 3, 5, 6 oder 7 eine Zustimmung der Bundesagentur für Arbeit zur Ausübung einer Beschäftigung erforderlich ist.

(4) Die Zustimmung kann die Dauer und die berufliche Tätigkeit festlegen sowie die Beschäftigung auf bestimmte Betriebe oder Bezirke beschränken.

§ 28 Abs. 1 Satz 1 AufenthG - Familiennachzug zu Deutschen

(1) Die Aufenthaltserlaubnis ist dem ausländischen

1. Ehegatten eines Deutschen,

2. minderjährigen ledigen Kind eines Deutschen,
 3. Elternteil eines minderjährigen ledigen Deutschen zur Ausübung der Personensorge
- zu erteilen, wenn der Deutsche seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Bundesgebiet hat.

§ 31 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 Satz 1 AufenthG - Eigenständiges Aufenthaltsrecht der Ehegatten

(1) Die Aufenthaltserlaubnis des Ehegatten wird im Falle der Aufhebung der ehelichen Lebensgemeinschaft als eigenständiges, vom Zweck des Familiennachzugs unabhängiges Aufenthaltsrecht für ein Jahr verlängert, wenn

1. die eheliche Lebensgemeinschaft seit mindestens zwei Jahren rechtmäßig im Bundesgebiet bestanden hat oder
2. der Ausländer gestorben ist, während die eheliche Lebensgemeinschaft im Bundesgebiet bestand

und der Ausländer bis dahin im Besitz einer Aufenthaltserlaubnis, Niederlassungserlaubnis oder Erlaubnis zum Daueraufenthalt-EG war, es sei denn, er konnte die Verlängerung aus von ihm nicht zu vertretenden Gründen nicht rechtzeitig beantragen.

(2) Von der Voraussetzung des zweijährigen rechtmäßigen Bestandes der ehelichen Lebensgemeinschaft im Bundesgebiet nach Absatz 1 Satz 1 Nr. 1 ist abzusehen, soweit es zur Vermeidung einer besonderen Härte erforderlich ist, dem Ehegatten den weiteren Aufenthalt zu ermöglichen, es sei denn, für den Ausländer ist die Verlängerung der Aufenthaltserlaubnis ausgeschlossen.

§ 5 Abs. 1 und Abs. 2 Freizügigkeitsgesetz/EU

(1) Freizügigkeitsberechtigten Unionsbürgern und ihren Familienangehörigen mit Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaates der Europäischen Union wird von Amts wegen unverzüglich eine Bescheinigung über das Aufenthaltsrecht ausgestellt.

(2) Freizügigkeitsberechtigten Familienangehörigen, die nicht Unionsbürger sind, wird von Amts wegen innerhalb von sechs Monaten, nachdem sie die erforderlichen Angaben gemacht haben, eine Aufenthaltskarte für Familienangehörige von Unionsbürgern ausgestellt, die fünf Jahre gültig sein soll. Eine Bescheinigung darüber, dass die erforderlichen Angaben gemacht worden sind, erhält der Familienangehörige unverzüglich.

§ 53 Abs. 1 Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz (NAG/Österreich) - Anmeldebescheinigung

(1) EWR-Bürger, denen das gemeinschaftsrechtliche Aufenthaltsrecht zukommt (§§ 51 und 52), haben, wenn sie sich länger als drei Monate im Bundesgebiet aufhalten, dies binnen vier Monaten ab Einreise der Behörde anzuzeigen. Bei Vorliegen der Voraussetzungen (§§ 51 oder 52) ist von der Behörde auf Antrag eine Anmeldebescheinigung auszustellen.

II. Der Vorlagesachverhalt

Der Kläger macht geltend, er besitze ein unionsrechtliches Aufenthaltsrecht in Deutschland sowie einen Anspruch auf Ausstellung einer Aufenthaltskarte für Familienangehörige eines Unionsbürgers.

Der 1972 geborene Kläger ist japanischer Staatsangehöriger und heiratete 1998 in Texas/USA die 1975 geborene deutsche Staatsangehörige Frau N.-I.. Am 27. August 2004 wurde die Tochter Mia in San Antonio/Texas geboren, die die deutsche, japanische und US-amerikanische Staatsangehörigkeit besitzt.

Ende Dezember 2005 zog die Familie aus den USA nach Deutschland um. Der Kläger erhielt am 9. Januar 2006 gemäß § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 AufenthG eine (nationale) Aufenthaltserlaubnis aus familiären Gründen als ausländischer Ehegatte einer Deutschen. Er ist seit Februar 2006 bei der Firma T.-AG als „Buyer“ in der Abteilung „Purchasing“ mit einem unbefristeten Arbeitsvertrag und einem monatlichen Brutto-Einkommen von derzeit rund 4.850 EUR in Vollzeit beschäftigt. Aufgrund seiner Arbeitszeiten wurde er trotz unzureichender Deutschkenntnisse von der gesetzlichen Verpflichtung zur Teilnahme an einem Integrationskurs entbunden.

Im Sommer 2007 bekam Frau N.-I. bei einer Wirtschaftsprüfungsgesellschaft in Wien einen Vollzeitarbeitsplatz als „Managerin“ angeboten, den sie annahm. Die Ehe wurde zunächst über die Distanz Ulm – Wien aufrechterhalten. Im Juni 2008 erklärte Frau N.-I. rückwirkend gegenüber der Ausländerbehörde, dass sie seit dem 1. Januar 2008 von dem Kläger dauernd getrennt lebe. Die Verlängerung der ehebezogenen Aufenthaltserlaubnis des Klägers aufgrund eines eigenständigen Aufenthaltsrechts nach § 31 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 AufenthG war damit in Deutschland ausgeschlossen, weil die eheliche Lebensgemeinschaft nur von 9. Januar 2006 bis 31. Dezember 2007 und also nicht mindestens zwei Jahren rechtmäßig im Bundesgebiet bestanden hatte. Die Anwendung der (ehebezogenen) Härtefallklausel des § 31 Abs. 2 AufenthG wurde nicht beantragt; die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis hier-

nach scheidet heute ohnehin aus. Seit März 2008 hat Frau N.-I., gemeinsam mit Mia, ihren Hauptwohnsitz in Wien. Mutter und Tochter sind im Besitz von österreichischen Anmeldebescheinigungen gemäß § 53 Abs. 1 NAG, die ihr Freizügigkeitsrecht dokumentieren. Die Ehe des Klägers mit Frau N.-I. ist bis heute nicht geschieden; es ist derzeit auch kein Scheidungsverfahren anhängig. Die Ehegatten haben das gemeinsame Sorgerecht für Mia und üben es aus.

Zwischenzeitlich hat die beklagte Stadt Ulm dem Kläger aufgrund seiner derzeitigen qualifizierten Erwerbstätigkeit eine (nationale) Aufenthaltserlaubnis gemäß § 18 AufenthG erteilt, die am 18. November 2010 bis 2. November 2012 verlängert wurde. Eine solche Aufenthaltserlaubnis kann im Ermessenswege erteilt und verlängert werden, wenn es den Erfordernisse des Wirtschaftsstandortes Deutschland entspricht, unter Berücksichtigung der Verhältnisse auf dem Arbeitsmarkt und dem Erfordernis, die Arbeitslosigkeit wirksam zu bekämpfen. Ein Antrag des Klägers auf Erteilung einer (unionsrechtlichen) „Erlaubnis zum Daueraufenthalt-EG“ (§ 9 a AufenthG i.V.m. der Richtlinie 2003/109/EG) scheiterte an den hierfür erforderlichen Deutschkenntnissen. Da der Kläger die deutsche Sprache nicht genügend beherrscht, hat er einen entsprechenden Antrag am 29. Oktober 2010 wieder zurückgenommen.

Der Kläger ist der Auffassung, dass er aufgrund des gelebten Sorgerechts für seine Tochter Mia in Deutschland ein unionsrechtliches Aufenthaltsrecht besitzt und hat deshalb am 30. Mai 2008 bei der Beklagten die Erteilung einer "Aufenthaltskarte für Familienangehörige eines Unionsbürgers" beantragt. Mia geht heute in Wien zur Schule. Der Kläger besucht sie regelmäßig einmal im Monat und verbringt dann das gesamte Wochenende, inklusive Übernachtung, mit ihr. Die Ferien verbringt Mia meist bei dem Kläger in Ulm. Das Verhältnis zur Tochter ist nach eigenen Angaben sehr gut. Es wurden auch schon gemeinsame Reisen zur Schwester des Klägers in die Schweiz und zu den Großeltern nach Japan unternommen. Der Kläger leistet für Mia derzeit Unterhalt in Höhe von monatlich 300 EUR.

Mit Bescheid vom 12. September 2008 lehnte die Beklagte den Antrag des Klägers ab, weil kein unionsrechtlicher Anspruch auf Erteilung der begehrten Aufenthaltskarte für Familienangehörige eines Unionsbürgers erkennbar sei. Den Widerspruch des Klägers hiergegen wies das Regierungspräsidium Tübingen mit Widerspruchsbescheid vom 17. Dezember 2008 im Wesentlichen mit derselben Begründung zurück. Auch das Verwaltungsgericht Sigmaringen vermochte keinen entsprechenden Anspruch des Klägers zu erkennen und wies deshalb seine Klage mit Urteil vom 10. Februar 2010 (- 1 K 29/09 -) ab. Mit der hiergegen am 6. Mai 2010 eingelegten Berufung verfolgt der Kläger sein Begehren beim Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg weiter, eine Aufenthaltskarte für Familienangehörige eines Unionsbürgers erteilt zu bekommen. Die Beteiligten sind mit der Vorlage des Falles an den Gerichtshof einverstanden. Vor einer Entscheidung aus Luxemburg soll der rechtmäßige Aufenthalt des Klägers voraussichtlich nicht beendet werden und - selbst bei Verlust des konkreten qualifizierten Arbeitsplatzes - vorerst keine Abschiebung nach Japan erfolgen.

III. Die Vorlagefragen

Der Rechtsstreit ist auszusetzen und es ist gemäß Art. 267 Abs. 2 AEUV eine Vorabentscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union einzuholen. Die vorgelegten europarechtlichen Fragen sind entscheidungserheblich (A.) und bedürfen einer Klärung durch den Gerichtshof (B.).

A) Die vorgelegten Fragen sind entscheidungserheblich

Die Vorlagefragen sind entscheidungserheblich, weil der Erfolg der Klage bzw. Berufung allein davon abhängt, ob dem Kläger im hier maßgeblichen Zeitpunkt einer mündlichen Verhandlung vor dem Senat nach dem Recht der Europäischen Union ein Aufenthaltsrecht in Deutschland sowie ein Anspruch auf Ausstellung einer Aufenthaltskarte für Familienangehörige eines Unionsbürgers zusteht. Die Klage ist auch zulässig. Insbesondere fehlt ihr - selbst bei Außerachtlassung des unionsrechtlichen Anwendungsvorrangs - nicht das allgemeine Rechtsschutzbedürfnis, weil der Aufenthalt des Klägers in

Deutschland derzeit auf der Grundlage von § 18 AufenthG erlaubt worden ist. Denn die nochmalige - ggf. zweijährige - Verlängerung dieser Aufenthaltserlaubnis setzt zum einen den fortgesetzten Besitz des konkreten qualifizierten Arbeitsplatzes voraus und steht zum anderen im Ermessen der deutschen Behörden, die sich dabei an den Erfordernissen des Wirtschaftsstandortes Deutschland unter Berücksichtigung der Verhältnisse auf dem Arbeitsmarkt und dem Erfordernis, die Arbeitslosigkeit wirksam zu bekämpfen, zu orientieren haben. Demgegenüber spielt der konkrete Arbeitsplatz des Klägers für das begehrte - gemäß § 5 Abs. 2 Satz 1 FreizügG/EU ggf. zumindest fünfjährige - unionsrechtliche Aufenthaltsrecht keine Rolle; der Gerichtshof hat den nationalen Behörden zudem in vergleichbaren Konstellationen keinen Ermessensspielraum hinsichtlich der Einräumung des Aufenthaltsrechts zugestanden (vgl. z.B. EuGH, Urteil vom 11. Juli 2002, Rs. C-60/00, Rn. 46 <Carpenter> oder Urteil vom 19. Oktober 2004, Rs. C-200/02, Rn. 47 <Zhu und Chen>). Das begehrte unionsrechtliche Aufenthaltsrecht würde den Kläger mithin - gerade auch im Hinblick auf eine gesicherte und länger fortdauernde Kontaktmöglichkeit zu seiner Tochter - in mehrfacher Hinsicht besser stellen, als er durch das nationale Aufenthaltsrecht gemäß § 18 AufenthG derzeit steht. Zudem liegt dem deutschen Aufenthaltsgesetz nach seinem § 7 Abs. 1 Satz 2 das sogenannte Trennungsprinzip zugrunde. Bei den unterschiedlichen Arten von Aufenthaltserlaubnissen handelt es sich um jeweils eigenständige Regelungsgegenstände. Der Ausländer ist deshalb prinzipiell darauf verwiesen, seine aufenthaltsrechtlichen Ansprüche aus denjenigen Rechtsgrundlagen abzuleiten, die der Gesetzgeber für die spezifischen von ihm verfolgten Aufenthaltzwecke geschaffen hat. Die zwischenzeitlich erteilte Aufenthaltserlaubnis zum Zweck der Erwerbstätigkeit kann auch vor diesem Hintergrund der Klage auf Erteilung einer Aufenthaltskarte aus familiären Gründen nicht das Rechtsschutzinteresse nehmen.

B) Die vorgelegten Fragen bedürfen einer Klärung durch den EuGH

1.) Vorbemerkungen:

a) Die Tochter des Klägers Mia besitzt zwar neben der deutschen Staatsangehörigkeit auch noch die japanische und US-amerikanische Staatsangehö-

rigkeit. Dies hindert sie nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs aber nicht daran, sich - anknüpfend an die deutsche Staatsangehörigkeit - auf ihre Unionsbürgerschaft zu berufen (vgl. EuGH, Urteil vom 7. Juli 1992, Rs. C-369/90, Rn. 11 <Micheletti> und Urteil vom 11. November 1999, Rs. C-179/98, Rn. 30 <Mesbah>).

b) Nach Auffassung des Senats müsste dem Kläger im Lichte insbesondere der Wertungen des Art. 24 Abs. 3 GRCh sowie Art. 8 EMRK im Ergebnis ein europarechtliches Aufenthaltsrecht in Deutschland zustehen, jedenfalls solange er das Sorgerecht für sein Unionsbürgerkind besitzt und tatsächlich ausübt. Aufgrund der räumlichen Entfernung von Japan nach Wien würde ansonsten sehr viel dafür sprechen, dass die derzeit bestehenden regelmäßigen persönlichen Beziehungen und direkten Kontakte zwischen Vater und Tochter abbrechen, d.h. die in Art. 24 Abs. 3 GRCh normierten Rechte des Kindes dadurch verloren gingen, dass das Kind (gemeinsam mit seiner Mutter) von seinem Freizügigkeitsrecht Gebrauch gemacht hat. Anders formuliert: Müsste der drittstaatsangehörige Elternteil in der Situation des Klägers den Herkunftsstaat seines Unionsbürgerkindes verlassen, sobald das Unionsbürgerkind von seiner Freizügigkeit Gebrauch macht, würde dieser Umstand möglicherweise von der Ausübung der Unionsbürgerrechte abhalten. Dies widerspricht auch der grundsätzlichen Auffassung des Gerichtshofs zu dieser Problematik (vgl. etwa EuGH, Urteil vom 7. Juli 1992, Rs. C-370/90, Rn. 19 f. <Singh> sowie Urteil vom 23. September 2003, Rs. C-109/01, Rn. 53 f. <Akrich>).

c) Die Vielzahl der Vorlagefragen ergibt sich aus dem Umstand, dass es für den Senat offen erscheint, welchen dogmatischen Weg der Gerichtshof nunmehr nach Inkrafttreten des Lissabonvertrags am 1. Dezember 2009 mit der Grundrechtecharta einschlagen wird. Nach Auffassung des vorliegenden Senats könnte der Fall über die Unionsbürger-Richtlinie 2004/38/EG und/oder Art. 6 Abs. 1 EUV in Verbindung mit der Grundrechtecharta und/oder Art. 6 Abs. 3 EUV in Verbindung mit den allgemeinen Unionsrechtsgrundsätzen und/oder Art. 21 Abs. 1 AEUV in Verbindung mit Art. 8 EMRK gelöst werden.

Sämtliche Vorlagefragen lassen sich natürlich auch in einer einzigen Frage zusammenfassen:

Folgt aus dem Recht der Europäischen Union für einen sorgeberechtigten drittstaatsangehörigen Elternteil zur Aufrechterhaltung der regelmäßigen persönlichen Beziehungen und direkten elterlichen Kontakte ein mit einer „Aufenthaltskarte für Familienangehörige eines Unionsbürgers“ zu dokumentierendes Verbleiberecht im Herkunftsmitgliedstaat seines Unionsbürgerkindes, wenn das Kind in Ausübung des Freizügigkeitsrechts von dort in einen anderen Mitgliedstaat verzieht?

2.) Zur Unionsbürger-Richtlinie 2004/38/EG:

Die Falllösung über den Weg dieser Richtlinie scheint dem Senat zwar rechtlich möglich, aber doch eher fernliegend, weil hier zu sehr insbesondere mit dem Argument des „effet utile“ gegen den klaren Wortlaut der Normen argumentiert werden müsste.

a) Zu Frage A.1):

Der vorliegende Senat geht allerdings davon aus, dass der sorgeberechtigte Vater auch ohne Unterhaltsgewährung durch sein Unionsbürgerkind im Sinne von Art. 2 Nr. 2 d) der Richtlinie „Familienangehöriger“ ist. Zwar sind nach dem Wortlaut der Vorschrift nur solche Verwandten in aufsteigender Linie „Familienangehörige“, denen der freizügigkeitsberechtigte Unionsbürger Unterhalt gewährt, was die Tochter des Klägers offensichtlich nicht tut. Im Lichte von Art. 7 und 24 GRCh sowie Art. 8 EMRK dürfte Art. 2 Nr. 2 d) der Richtlinie jedoch erweiternd dahingehend auszulegen sein, dass die Einschränkung der Unterhaltsgewährung nicht im Falle minderjähriger freizügigkeitsberechtigter Unionsbürger gilt, wenn der Verwandte in aufsteigender Linie sorgeberechtigt ist, es sich also insbesondere um einen sorgeberechtigten Elternteil handelt. Der Richtlinien-Gesetzgeber hat bei der Formulierung von Art. 2 Nr. 2 d) wohl in erster Linie die Fälle im Auge gehabt, in denen der freizügigkeitsberechtigte Unionsbürger volljährig und erwerbstätig ist, und hat deshalb den Nachzug seiner Verwandten in aufsteigender Linie restriktiv gefasst, um eine Belastung der öffentlichen Kassen zu vermeiden bzw. zu begrenzen. Denn er hat in

Art. 12 Abs. 3 der Richtlinie die besondere Situation des nicht aus eigenem Recht freizügigkeitsberechtigten Elternteils, der das Sorgerecht hinsichtlich eines minderjährigen Kindes ausübt, gesehen und gewürdigt. Hier wird für den Fall des Todes oder Wegzugs des freizügigkeitsberechtigten anderen Elternteils den Kindern und dem personensorgeberechtigten Elternteil bis zum Abschluss der Ausbildung der Kinder ein Aufenthaltsrecht eingeräumt, und zwar völlig losgelöst von irgendwelchen Unterhaltszahlungen. Vor diesem Hintergrund wäre es nicht nachzuvollziehen und nicht zu rechtfertigen, dass gewissermaßen bis zum Zeitpunkt des Todes oder des Wegzugs bei bis dahin erfolgreicher gemeinsamer Ausübung der Personensorge der drittstaatsangehörige sorgeberechtigte Elternteil zur Wahrung der Familieneinheit nicht an der Freizügigkeit teilnahme und lediglich den allgemeinen Status eines Drittstaatsangehörigen hätte. Im Übrigen hat sich der Gerichtshof auch zum inhaltlich im Wesentlichen gleich lautenden Art. 1 Abs. 2 b) der - aufgehobenen - Richtlinie 90/364/EWG vom 28. Juni 1990 in Fällen, in denen nur ein Elternteil für ein freizügigkeitsberechtigtes Kleinkind tatsächlich gesorgt hat, vom strikten Wortlaut der Norm gelöst und dem betreffenden Elternteil ein Freizügigkeitsrecht als Familienangehöriger zuerkannt, obwohl er von dem Kind keinen Unterhalt erhielt. Dies wurde überzeugend damit begründet, dass andernfalls dem freizügigkeitsbedingten Aufenthaltsrecht des Kindes jede praktische Wirksamkeit genommen würde (vgl. EuGH, Urteil vom 19. Oktober 2004, Rs. C-200/02, Rn. 45 f. <Zhu und Chen>). Auch Art. 3 Abs. 2 a) der Unionsbürger-Richtlinie steht der erweiternden Auslegung von Art. 2 Abs. 2 d) nicht entgegen, weil die Mitgliedstaaten hiernach nur die Pflicht haben, nach Maßgabe der innerstaatlichen Vorschriften den Aufenthalt von bestimmten Familienangehörigen zu erleichtern; hierdurch wird eine gegebenenfalls grundrechtlich gebotene effektive Sicherung der Familieneinheit im Unionsrecht auf sekundärrechtlicher Ebene nicht gesperrt.

b) Zu Frage A. 2.):

Gerade der hier zu beurteilende Fall des Klägers zeigt, dass es der Schutz der Rechte des Kindes auf regelmäßige persönliche Beziehungen und direkte Kontakte zu beiden Elternteilen verlangen kann, im Einzelfall darauf zu verzichten, das europarechtliche Aufenthaltsrecht des sorgeberechtigten Eltern-

teils davon abhängig zu machen, dass dieser sein Unionsbürgerkind „begleitet oder ihm nachzieht“.

c) Zu Frage A. 3.):

Aus diesem Grund könnte im Lichte von Art. 7 und 24 GRCh sowie Art. 8 EMRK ein Recht auf Aufenthalt für mehr als drei Monate im Herkunftsmitgliedstaat des Unionsbürgerkindes in erweiterter Auslegung von Art. 7 Abs. 2 der Richtlinie jedenfalls solange bejaht werden, wie das Sorgerecht des drittstaatsangehörigen Elternteils besteht und tatsächlich ausgeübt wird.

3.) Zu Art. 6 Abs. 1 EUV in Verbindung mit der Grundrechtecharta:

Dem Senat erscheint die Falllösung über den Weg der Grundrechtecharta besonders nahe liegend und auch integrationsfördernd, um im Sinne von Absatz 4 der Präambel der Charta den Schutz ihrer Grundrechte - hier insbesondere des auf den Fall „passenden“ Artikels 24 Abs. 3 GRCh - zu stärken und sie in der Rechtspraxis noch sichtbarer zu machen.

a) Zu den Fragen B. 1.a)-c):

Dazu müsste jedoch zunächst der Anwendungsbereich der Charta nach Art. 51 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 GRCh eröffnet sein, was durchaus fraglich erscheint. Denn die Charta gilt für die Mitgliedstaaten - ausdrücklich und bewusst - „ausschließlich bei der Durchführung des Rechts der Union“ und natürlich grundsätzlich nur hinsichtlich dieses Unionsrechts und nicht etwa bei der Anwendung von rein nationalem Recht (vgl. EuGH, Urteil vom 5. Oktober 2010, Rs. C-400/10 PPU, Rn. 52 <McB.>). Was dies auf der normativen sowie administrativen Ebene für die Mitgliedstaaten und die nationalen Gerichte im Einzelnen bedeutet, ist aus Sicht des Senats nicht hinreichend klar. Vom Gerichtshof sind bislang im Wesentlichen nur zwei Konstellationen zur alten Rechtslage weiter ausjudiziert: Nach der „*Wachauf*“-*Rechtsprechungslinie* binden die Unionsgrundrechte die mitgliedstaatlichen Organe bei Ausführung oder Umsetzung eines vom Unionsrecht initiierten Aktes, d.h. in der sogenannten „agency situation“. Wird also etwa eine EU-Verordnung angewendet oder eine Richtlinie umgesetzt, sind die Chartarechte anwendungsvorrangig

zu beachten (vgl. EuGH, Urteil vom 13. Juli 1989, Rs. 5/88, Slg. 1989, 2609 <Wachauf>). Diese Konstellation ist im vorliegenden Fall wohl nicht gegeben. Nach der „ERT“-Rechtsprechungslinie binden die vorrangigen Unionsgrundrechte die mitgliedstaatlichen Organe im Sinne von Schranken-Schranken weiter dann, wenn sie die durch den AEU-Vertrag gewährleisteten Grundfreiheiten durch nationale Maßnahmen einschränken wollen. Denn diese Grundfreiheiten sind das grundsätzlich umfassend unionsrechtlich geschützte Zentrum des europäischen Binnenmarktes (vgl. EuGH, Urteil vom 18. Juni 1991, Rs. C-260/89, Rn. 42-44 <ERT>). Dieser dogmatische Ansatz könnte im Falle des Klägers fruchtbar zu machen sein.

Der vorliegende Streitgegenstand des Aufenthaltsrechts des Klägers hängt von einer - europarechtskonformen - Auslegung des deutschen Aufenthaltsgesetzes (AufenthG) und des deutschen Gesetzes über die allgemeine Freizügigkeit von Unionsbürgern (FreizügG/EU) ab. Möglicherweise kann der Kläger jedenfalls aufgrund der Schutzwirkungen des Art. 8 EMRK eine Aufenthaltserlaubnis nach § 7 Abs. 1 Satz 3 AufenthG beanspruchen, um sein Sorgerecht in Ulm bzw. von Ulm aus auch in Wien ausüben zu können. Dies wäre ein Aufenthaltswitz, der von dem Aufenthaltsgesetz (insbesondere in den §§ 27- 36) eigentlich nicht vorgesehen ist. Oder dem Kläger steht möglicherweise eine Aufenthaltskarte in entsprechender Anwendung von § 5 Abs. 2 FreizügG/EU zu. Durch das Richtlinienumsetzungsgesetz vom 19. August 2007 (BGBl I S. 1970), das am 28.08.2007 in Kraft getreten ist, wurden insgesamt elf Richtlinien der Europäischen Union in das innerstaatliche Recht umgesetzt. Dadurch wurden Teile des Aufenthaltsgesetzes geändert, nicht jedoch der konkrete § 7 Abs. 1 Satz 3 AufenthG. Der § 5 Abs. 2 FreizügG/EU hingegen setzt direkt Art. 10 Abs. 1 der Unionsbürger-Richtlinie 2004/38/EG um, wie überhaupt das gesamte Freizügigkeitsgesetz/EU heute vor allem der Umsetzung dieser Richtlinie dient.

b) Zu Frage B. 1.a):

Vor diesem Hintergrund erscheint es besonders unklar, ob der Anwendungsbereich der Charta immer schon dann eröffnet ist, wenn der Streitgegenstand von einem nationalen Gesetz (oder Gesetzesteil) abhängt, durch das auch

- aber nicht nur - Richtlinien umgesetzt wurden. Liegt überhaupt noch eine „Durchführung des Recht der Union“ im Sinne von Art. 51 Abs. 1 GRCh vor, wenn gegebenenfalls entscheidungserhebliche Richtlinien (wie im vorliegenden Fall) einmal in nationales Recht umgesetzt worden sind? Kaum vertretbar dürfte die Auffassung sein, das nationale Umsetzungsgesetz sei in diesem Sinne kein „EU-Durchführungsrecht“, sondern rein nationales Recht, weswegen auch nur nationale Grundrechte gelten könnten. Gut vertretbar hingegen erscheint dem Senat die Gegenansicht, wonach das nationale Umsetzungsgesetz nichts anderes ist als materielles Unionsrecht im Kleide eines nationalen Gesetzes, weswegen die Chartarechte uneingeschränkt vorrangig anwendbar sind. Denn nur so kann ein unionsweiter und einheitlicher Grundrechtsstandard gegenüber unionsrechtlich veranlassten Grundrechtseingriffen gewährleistet werden. So könnte dann jedes Richtlinienumsetzungsgesetz - wie beispielsweise das gesamte Freizügigkeitsgesetz/EU - oder jedenfalls jeder Gesetzesteil, der zur Umsetzung einer Richtlinie dient, pauschal als durchgeführtes Unionsrecht im Sinne von Art. 51 Abs. 1 GRCh einzustufen sein, was praktisch einfach, rechtssicher und klar handhabbar wäre (in diese Richtung weist möglicherweise EuGH, Urteil vom 27. Juni 2006, Rs. C-540/03, Rn. 23-23 <Familienzusammenführung> sowie schon EuGH, Urteil vom 24. März 1994, Rs. C-2/92, Rn. 16 <Bostock> in Abgrenzung zur Gegenansicht von GA Gulmann im Schlussantrag hierzu unter Rn. 33). Dieser gewissermaßen „makrologische“ Ansatz würde allerdings wohl zugleich die Zuständigkeit des Gerichtshofs zu Lasten insbesondere der nationalen Verfassungsgerichte erweitern.

Gewissermaßen „mikrologisch“ könnte aber auch wie folgt abgegrenzt werden müssen: Soweit zwar nicht das gesamte Gesetz oder der gesamte Gesetzesteil, wohl aber die konkrete nationale Norm oder ein Normteil inhaltlich vollständig der Richtlinie entspricht, gelten die Chartarechte. Soweit die Mitgliedstaaten hingegen etwa aus Anlass der Richtlinienumsetzung - darüber hinaus - eigene, rein nationale Regelungen getroffen haben, greifen auch nur die nationalen Grundrechte ein (in diese Richtung weist möglicherweise EuGH, Urteil vom 13. Juni 1996, Rs. C-144/95, Rn. 12 <Maurin>). Dieser Ansatz liegt auf den ersten Blick dogmatisch und theoretisch durchaus nahe, würde

in der Rechtspraxis allerdings regelmäßig einen erheblichen Rechercheaufwand erfordern, den der Instanzrichter mitunter nicht leisten kann (oder will - und deshalb Unionsrecht lieber ignoriert). Es dürfte unstrittig sein, dass häufig ganz und gar nicht klar oder genau ermittelbar ist, welche Norm bzw. welcher Normteil tatsächlich der Umsetzung einer Richtlinie dient. Besonders deutlich wird dies in der Situation, in der eine Richtlinie gar nicht gesondert umgesetzt wird, weil der Mitgliedstaat die Auffassung vertritt, die bestehende nationale Rechtslage sei bereits richtlinienkonform. Mit Ablauf der Umsetzungsfrist „verwandeln“ sich hier bestehende Gesetze - für den Instanzrichter im einzelnen kaum genau belegbar - in Richtlinienumsetzungsrecht. Der „mikrologische“ Ansatz dürfte in der Rechtspraxis mithin zu erheblicher Rechtsunsicherheit bezüglich der Anwendbarkeit der Charta führen. Wenn sich das einheitliche Begehren eines Klägers (hier: Aufenthaltsrecht in Ulm) zudem auf mehrere Anspruchsgrundlagen stützen lässt, würde dieser Ansatz gegebenenfalls auch zu Rechtswegspaltungen und widersprüchlichen Entscheidungen führen, wie der vorliegende Fall illustriert: Hinsichtlich § 5 Abs. 2 FreizügG/EU wäre die Charta dann möglicherweise anwendbar, nicht aber bezüglich § 7 Abs. 1 Satz 3 AufenthG. Hinsichtlich § 5 Abs. 2 FreizügG/EU hätte der Gerichtshof die Entscheidungskompetenz - im Rahmen des Vorabentscheidungsverfahrens etwa mit dem Ergebnis A. Ein klagabweisendes Urteil könnte hingegen bezüglich § 7 Abs. 1 Satz 3 AufenthG vom Bundesverfassungsgericht anhand der deutschen Grundrechte im Rahmen einer Verfassungsbeschwerde überprüft werden - gegebenenfalls mit dem Ergebnis B. Sich widersprechende höchstrichterliche Entscheidungen aber erscheinen gerade im Grundrechtsbereich unglücklich. Allerdings: Nach einem Beitritt der Union zur EMRK nach Art. 6 Abs. 2 EUV könnte nicht nur gegen eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, sondern möglicherweise auch gegen eine Entscheidung des Gerichtshofs der Straßburger EGMR angerufen werden, der dann in verschiedenen Konstellationen im EU-Grundrechtsraum „harmonisierend“ das letzte Wort haben könnte.

c) Zu Frage B. 1.b):

Würde sich der Gerichtshof – auch zum Schutz der Rechtsprechungskompetenzen der nationalen Höchstgerichte in der Tradition des Subsidiaritätsprin-

zips (Art. 5 Abs. 3 EUV) – der skizzierten „mikrologischen“ Lösung anschließen, wäre die bewusst pauschal formulierte Frage B. 1.a) zu verneinen. Der Anwendungsbereich der Charta könnte im konkreten Fall dann aber schon deshalb eröffnet sein, weil der Kläger unter Berufung auf § 5 Abs. 2 Satz 1 FreizügG/EU eine Aufenthaltskarte für Familienangehörige von Unionsbürgern einklagt, die ihre Rechtsgrundlage in Art. 10 Abs. 1 Satz 1 der Unionsbürger-Richtlinie 2004/38/EG hat. Es erscheint für den Senat offen, ob auch diese Frage zu verneinen ist. Zwar muss die Frage, ob die Charta in einem Rechtsstreit anwendbar ist, wohl nach der materiellen Rechtslage beurteilt werden. Allein durch einen auf Unionsrecht zielenden prozessualen Klageantrag kann der Anwendungsbereich der Charta wohl kaum eröffnet werden. Andererseits besteht im konkreten Fall die Möglichkeit, dass der Kläger beispielsweise auf der Grundlage von Art. 21 Abs. 1 AEUV i.V.m. Art. 8 EMRK ein unionsrechtliches Aufenthaltsrecht besitzt, das durch die begehrte Aufenthaltskarte dokumentiert werden muss. Deshalb stellt sich hier die Frage, ob schon die Möglichkeit eines unionsrechtlichen Anspruchs genügt, um den Anwendungsbereich der Charta gemäß ihres Art. 51 Abs. 1 Satz 1 zu eröffnen („Möglichkeitstheorie“). Denn ansonsten blieben die Chartarechte in Leistungskonstellationen wohl „totes Papier“, weil ja nicht erst die materielle Rechtslage - ohne die Charta - abschließend geprüft werden kann, um dann festzustellen, dass der Anwendungsbereich der Charta eröffnet ist.

d) Zu Frage B. 1.c):

Im konkreten Fall könnte der Anwendungsbereich der Charta jedenfalls in Fortschreibung der ERT-Rechtsprechung eröffnet sein. Unmittelbar wird das Freizügigkeitsrecht insbesondere nach Art. 21 Abs. 1 bzw. Art. 45 Abs. 1 AEUV von Mia und ihrer Mutter durch die Ablehnung der Beklagten, dem Kläger ein familienbezogenes Aufenthaltsrecht zuzuerkennen, zwar nicht behindert oder gar verhindert. Die beiden sind ja auch nach Wien gezogen, um dort zu leben bzw. zu arbeiten. Im Sinne des „effet utile“ sowie des „Abschreckungsverbots“ (vgl. die EuGH-Urteile Singh und Akrich oben unter 1. b.) aber wird das Freizügigkeitsrecht von Mia und ihrer Mutter hierdurch sehr wohl behindert und also eingeschränkt. Wüssten Mia und ihre Mutter, dass der Kläger (z.B. nach Verlust seines Arbeitsplatzes) ohne ihren (erneuten) Wohnsitz in

Deutschland nach Japan zurückkehren muss, könnte sie dies am (fortdauernden) Aufenthalt in Wien hindern. Gefestigter Rechtsprechung des Gerichtshofs entspricht es heute, dass sich eine Person, deren Bewegungsmöglichkeit in der EU „behindert“ oder „weniger attraktiv gemacht“ wird – selbst wenn dies durch den Mitgliedstaat der eigenen Staatsangehörigkeit geschieht –, auf Unionsrecht berufen kann (GAin Sharpston, Schlussantrag vom 30. September 2010, Rs. C-34/09, Rn. 72 m.w.N. <Ruiz Zambrano>). Gleiches muss zumindest für enge Familienangehörige dieser Person gelten, wenn ein grenzüberschreitender Sachverhalt innerhalb der Union gegeben ist. Der Senat ist deshalb der Auffassung, dass jedenfalls diese Vorlagefrage bejaht werden sollte, auch um die Charta in der Rechtspraxis der Mitgliedstaaten noch tiefer zu verankern und damit die europäische Integration gerade beim Menschenrechtsschutz, der Seele Europas, weiter voranzubringen.

e) Zu Frage B. 2.a):

Wäre die Charta somit anwendbar, könnte dem Kläger ein (von Mias Rechten abgeleitetes) Aufenthaltsrecht unmittelbar aus Art. 24 Abs. 3 GRCh zustehen. Der Senat stellt diese Vorlagefrage vor dem Hintergrund, dass die Charta überwiegend „klassische“ subjektive Abwehrrechte umfasst, von denen viele allerdings zugleich eine objektive Schutzpflichtendimension aufweisen (wie etwa die Pflicht zur Sicherung der Medienpluralität in Art. 11 GRCh). Eine ganze Reihe von Normen (wie bspw. der Zugang zu einem Arbeitsvermittlungsdienst in Art. 29 GRCh oder das Recht auf Zugang zu Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse nach Art. 36 GRCh) können des Weiteren als derivative Teilhaberechte gelesen werden. Originäre Leistungsrechte kennt die Charta hingegen nur ganz ausnahmsweise (wie etwa den Anspruch auf Prozesskostenhilfe in Art. 47 Satz 4 GRCh oder das in Art. 34 Abs. 2 GRCh normierte Recht auf Sozialleistungen). Gehört Art. 24 Abs. 3 GRCh dennoch auch in vorliegender Fallkonstellation zu den echten Leistungsrechten, d.h. stellt diese Norm aus Gründen des „effet utile“ eine - aufenthaltsrechtliche - Anspruchsgrundlage für das Begehren des Klägers gegenüber der Beklagten dar?

f) Zu Frage B. 2.b):

Würde die Frage 2.a) etwa aus grundrechtsdogmatischen Erwägungen heraus verneint, könnte dem Kläger jedoch ein entsprechender abgeleiteter Anspruch aus Art. 45 Abs. 1 GRCh (gegebenenfalls in Verbindung mit Art. 24 Abs. 3 GRCh) zustehen. In diese Richtung weist das Urteil „Zhu und Chen“ des Gerichtshofs vom 19. Oktober 2004 (Rs. C-200/02, Rn. 47 Satz 2), in dem aus dem Freizügigkeitsrecht des Kindes nach Art. 18 EG (und der Richtlinie 90/364/EWG) das Aufenthaltsrecht eines personensorgeberechtigten Elternteils abgeleitet wurde. Das grundrechtliche Freizügigkeitsrecht nach Art. 45 Abs. 1 GRCh kennt im Übrigen - abgesehen von den allgemeinen Schranken der Art. 52 bis 54 GRCh - anders als Art. 21 Abs. 1 AEUV von seinem Wortlaut her keinerlei Bedingungen. Nach Überzeugung des Senats sollte zumindest diese Vorlagefrage bejaht werden.

4.) Zu Art. 6 Abs. 3 EUV in Verbindung mit den allgemeinen Unionsrechtsgrundsätzen:

Eine Lösung des Falles wäre natürlich auch über die bisherigen „ungeschriebenen“ EU-Grundrechte denkbar.

a) Zu Frage C. 1.):

Wenn der Gerichtshof zu dem Ergebnis kommt, dass der Anwendungsbereich der Charta im vorliegenden Fall unter keinem Gesichtspunkt eröffnet ist, stellt sich die Frage nach den „ungeschriebenen“ EU-Grundrechten. Gemäß Art. 6 Abs. 3 EUV bleiben diese bisher vom Gerichtshof entwickelten Grundrechte als allgemeine Grundsätze zwar Teil des Unionsrechts und damit eigentlich anwendbar. Gilt dies aber auch dann, wenn nach Art. 51 Abs. 1 GRCh die EU-Grundrechte im konkreten Fall nicht zur Anwendung kommen sollen, d.h. stehen die (ungeschriebenen) Grundrechte nach Art. 6 Abs. 3 EUV völlig eigenständig und unabhängig neben den (Charta-)Grundrechten nach Art. 6 Abs. 1 EUV? Diese Frage hat im Übrigen möglicherweise auch hohe Relevanz für Polen und das Vereinigte Königreich (sowie voraussichtlich bald Tschechien), für die die Geltung der Charta nach dem entsprechenden Lissabon-Protokoll Nr. 30 teilweise eingeschränkt wurde. Um zu keinen Widersprü-

chen zwischen dem geschriebenen und dem ungeschriebenen EU-Grundrechtsschutz zu gelangen, sollte die Vorlagefrage nach Auffassung des Senats verneint werden. Ist der Anwendungsbereich der Charta verschlossen, dürfen die - wesensgleichen - (ungeschriebenen) EU-Grundrechte im konkreten Fall nicht gewissermaßen durch die Hintertüre des Art. 6 Abs. 3 EUV dennoch zur Anwendung gebracht werden. Für Polen, das Vereinigte Königreich und voraussichtlich bald Tschechien würde dies bedeuten, dass sie die neue Rechtsprechung des Gerichtshofs zu Art. 51 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 GRCh für die Anwendung von Art. 6 Abs. 3 EUV fruchtbar machen können. Auf diese Weise würde auch eine Spaltung des EU-Grundrechtsraumes vermieden, an der niemand Interesse haben kann.

b) Zu Frage C. 2.):

Kommt der Gerichtshof dennoch zu dem Ergebnis, dass Art. 51 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 GRCh im Rahmen des Art. 6 Abs. 3 EUV keine Relevanz hat, dürfte dem Kläger im konkreten Fall nach der oben (unter 1. b.) dargelegten Auffassung des Senats aus dem Recht auf Achtung des Familienlebens insbesondere gemäß Art. 8 EMRK ein europarechtliches Aufenthaltsrecht zuzusprechen sein. Denn der Gerichtshof hat etwa in seinem Urteil Carpenter vom 11. Juli 2002 (Rs. C-60/00, Rn. 40-42) das Grundrecht auf Achtung des Familienlebens als Teil der allgemeinen Grundsätze des Unionsrechts anerkannt. In dieses Recht dürfte im vorliegenden Fall dadurch unverhältnismäßig eingegriffen werden, dass dem Kläger die Zuerkennung eines familienbezogenen Aufenthaltsrechts in Ulm versagt wird.

5.) Zu Art. 21 Abs. 1 AEUV in Verbindung mit Art. 8 EMRK (Frage D.):

Im Lichte des Urteils „Zhu und Chen“ des Gerichtshofs vom 19. Oktober 2004 (Rs. C-200/02, Rn. 47 Satz 2) müsste dem Kläger nach Auffassung des Senats jedenfalls über das Freizügigkeitsrecht aus Art. 21 Abs. 1 AEUV ein Aufenthaltsrecht zuzusprechen sein, wenn weder der direkte Weg über die Charta noch der Weg über die „ungeschriebenen“ EU-Grundrechte gegangen werden kann.

6.) Zu Art. 10 der Unionsbürger-Richtlinie 2004/38/EG (Frage E.):

Zwar ist Art. 10 Abs. 1 Satz 1 der Richtlinie nicht direkt anwendbar, wenn der Kläger - mangels Unterhaltsgewährung durch Mia - nicht als „Familienangehöriger“ in erweiterter Auslegung von Art. 2 Nr. 2 d) oder - mangels „Begleiten oder Nachziehen“ - nicht als Berechtigter im Sinne des Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie anzusehen sein sollte (vgl. hierzu oben unter 2. zu den Vorlagefragen A.1. und A.2.). Wird vom Gerichtshof jedoch zu seinen Gunsten ein europarechtliches Aufenthaltsrecht zur Ausübung der Personensorge in Ulm und von Ulm aus zuerkannt, liegt es nach Auffassung des Senats ausgesprochen nahe, ihm konsequent dann auch in entsprechender Anwendung von Art. 10 Abs. 1 Satz 1 der Richtlinie eine "Aufenthaltskarte für Familienangehörige eines Unionsbürgers" zuzubilligen. Denn insoweit würde eine unbeabsichtigte Regelungslücke vorliegen sowie eine durchaus vergleichbare Sach- und Rechtslage. Dies wäre zudem praxisgerecht, weil der Kläger dann korrespondierend zu seinem unionsrechtlichen Aufenthaltsrecht über ein unionsrechtliches Dokument verfügen würde, das sein Aufenthaltsrecht ausweist. Auch sind die Behörden aller Mitgliedstaaten mit den Formalitäten der Aufenthaltskarte wohl gut vertraut.

Dieser Aussetzungs- und Vorlagebeschluss ist unanfechtbar (vgl. § 152 Abs. 1 VwGO sowie Art. 267 Abs. 2 AEUV und EuGH, Urteil vom 16. Dezember 2008, Rs. C-210/06 <Cartesio> Rn. 97).

XXX

XXX

XXX