Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
V. TRSTENJAK
fremsat den 15. maj 2012[1]

Sag C-40/11

Yoshikazu Iida
mod
Stadt Ulm

(anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg (Tyskland))

»Artikel 6 TEU — artikel 20 og 21 TEUF — artikel 7, 24 og 51 i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder — artikel 2 og 3 og artikel 7, stk. 2, artikel 10 og 12 i direktiv 2004/38/EF — artikel 8 i den europæiske konvention til beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder — mindreårig statsborger i en medlemsstat, der sammen med sin mor er flyttet til en anden medlemsstat — opholdsret for en tredjelandsstatsborger, der har forældremyndighed over et barn, i dettes oprindelsesland — anvendelsesområde for Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder — gennemførelse af EU-retten«

I – Indledning

1. Denne anmodning om præjudiciel afgørelse vedrører spørgsmålet om, hvorvidt, og i bekræftende fald i hvilket omfang og under hvilke betingelser, tredjelandsstatsborgere har krav på ophold efter unionsretten på grundlag af deres familiemæssige og personlige forhold til mindreårige unionsborgere. Anmodningen om præjudiciel afgørelse ligger således i forlængelse af problematikken om, i hvilket omfang unionsborgeres opholdsret også får virkning for tredjelandsstatsborgere, som blev behandlet i dommen i sagen Dereci m.fl.[2] og i Ruiz Zambrano-dommen[3]. I denne forbindelse er der det særlige ved denne sag, at tredjelandsstatsborgeren ikke ansøger om opholdsret i den medlemsstat, i hvilken hans datter, der er unionsborger, opholder sig.

1 — Originalsprog: tysk; processprog: tysk.

2 — Domstolens dom af 15.11.2011, sag C-256/11, Sml. I, s. 11315.

3 — Domstolens dom af 8.3.2011, sag C-34/09, Sml. I, s. 1177.

II – Retsforskrifter

A – *EU-retlige forskrifter*

1. Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder

2. Artikel 7 i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder (herefter »grundrettighedschartret«) – »Respekt for privatliv og familieliv« – bestemmer:

»Enhver har ret til respekt for sit privatliv og familieliv, sit hjem og sin kommunikation.«

3. I grundrettighedschartrets artikel 24 – »Børns rettigheder« – bestemmes følgende:

»(1) Børn har ret til den beskyttelse og omsorg, der er nødvendig for deres trivsel. […]

[…]

(3) Ethvert barn har ret til regelmæssigt at have personlig forbindelse og direkte kontakt med begge sine forældre, medmindre dette er i modstrid med dets interesser.«

4. Grundrettighedschartrets artikel 51, stk. 1, første punktum, har følgende ordlyd:

»Bestemmelserne i dette charter er rettet til Unionens institutioner, organer, kontorer og agenturer under iagttagelse af nærhedsprincippet samt til medlemsstaterne, dog kun når de gennemfører EU-retten.«

2. Direktiv 2004/38/EF

5. Femte betragtning til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/38/EF af 29. april 2004 om unionsborgeres og deres familiemedlemmers ret til at færdes og opholde sig frit på medlemsstaternes område, om ændring af forordning (EØF) nr. 1612/68 og om ophævelse af direktiv 64/221/EØF, 68/360/EØF, 72/194/EØF, 73/148/EØF, 75/34/EØF, 75/35/EØF, 90/364/EØF, 90/365/EØF og 93/96/EØF (herefter »direktiv 2004/38«)[4] anfører følgende:

»For at unionsborgerne kan udøve deres ret til at færdes og opholde sig frit på medlemsstaternes område på objektive betingelser, der sikrer frihed og værdighed, bør denne ret også indrømmes familiemedlemmer uanset nationalitet […]«

6. I artikel 1 i direktiv 2004/38 fastsættes genstanden for det nævnte direktiv som følger:

»I dette direktiv fastlægges

a) betingelserne for udøvelse af retten til fri bevægelighed og ophold i medlemsstaterne for unionsborgere og deres familiemedlemmer

[…]«

4 — EUT L 158, s. 77, berigtiget i EUT L 229, s. 35, og senest ændret ved Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU) nr. 492/2011 af 5.4.2011 om arbejdskraftens frie bevægelighed inden for Unionen, EUT L 141, s. 1.

7. Ifølge definitionerne i artikel 2 i direktiv 2004/38 forstås ved »familiemedlem« bl.a. »slægtninge i opstigende linje samt slægtninge i opstigende linje til ægtefællen eller partneren [...], som forsørges af unionsborgeren« [artikel 2, nr. 2), litra d)]. Ved »værtsmedlemsstat« forstås i henhold til det nævnte direktivs artikel 2, nr. 3), den medlemsstat, hvortil unionsborgeren rejser med henblik på at udøve retten til fri bevægelighed og ophold.

8. Artikel 3 i direktiv 2004/38 – »Berettigede personer« – bestemmer:

»1. Dette direktiv finder anvendelse på enhver unionsborger, der rejser til eller tager ophold i en anden medlemsstat end den, hvor vedkommende er statsborger, samt familiemedlemmer som defineret i artikel 2, nr. 2), der ledsager unionsborgeren eller slutter sig til denne.

2. Uden at det berører de pågældendes personlige ret til fri bevægelighed og ophold og i overensstemmelse med den nationale lovgivning skal værtsmedlemsstaten lette indrejse og ophold for følgende personer:

a) alle andre familiemedlemmer uanset nationalitet, der ikke er omfattet af bestemmelserne i artikel 2, nr. 2), hvis disse i det land, de ankommer fra, forsørges af eller hører til den unionsborgers husstand, der er hovedindehaveren af retten til ophold, eller hvor alvorlige helbredsmæssige grunde gør det absolut nødvendigt, at unionsborgeren personligt plejer familiemedlemmet

[…]«

9. Artikel 7, stk. 2, i direktiv 2004/38 har følgende ordlyd:

»Retten til ophold [...] omfatter også familiemedlemmer til en unionsborger, der ikke er statsborgere i en medlemsstat, når disse ledsager eller slutter sig til unionsborgeren i værtsmedlemsstaten […]«

10. Artikel 10 i direktiv 2004/38 – »Udstedelse af opholdskort« – bestemmer:

»1. Retten til ophold for unionsborgeres familiemedlemmer, der ikke er statsborgere i en medlemsstat, fastslås ved udstedelse af et dokument »opholdskort for familiemedlem til en unionsborger« senest seks måneder efter indgivelse af ansøgning. […]

2. Med henblik på udstedelse af opholdskort kræver medlemsstaterne forevisning af følgende dokumenter:

[…]

c) bevis for registrering, eller hvis der ikke findes nogen registreringsordning, enhver anden dokumentation for ophold i værtsmedlemsstaten for den unionsborger, de ledsager eller slutter sig til

[…]«

11. Artikel 12 i direktiv 2004/38 indeholder følgende bestemmelse vedrørende »[b]evarelse af familiemedlemmers ret til ophold i tilfælde af unionsborgerens død eller udrejse«:

»[…]

3. Hvis en unionsborger udrejser fra værtsmedlemsstaten eller afgår ved døden, bevarer unionsborgerens børn eller den person, som har den faktiske forældremyndighed, uanset nationalitet, retten til ophold, hvis børnene opholder sig i værtsmedlemsstaten og er tilmeldt en uddannelsesinstitution, indtil de har afsluttet deres studier.«

B – *Den europæiske konvention til beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder*

12. Artikel 8 i den europæiske konvention til beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder (herefter »EMRK«) omhandler retten til respekt for privatliv og familieliv:

»1. Enhver har ret til respekt for sit privatliv og familieliv, sit hjem og sin korrespondance.

2. Ingen offentlig myndighed kan gøre indgreb i udøvelsen af denne ret, undtagen for så vidt det sker i overensstemmelse med loven og er nødvendigt i et demokratisk samfund af hensyn til den nationale sikkerhed, den offentlige tryghed eller landets økonomiske velfærd, for at forebygge uro eller forbrydelse, for at beskytte sundheden eller sædeligheden eller for at beskytte andres ret og frihed.«

C – *Nationale forskrifter*

1. Lov om ophold, beskæftigelse og integration af udlændinge på Forbundsrepublikkens område

13. § 7 i Gesetz über den Aufenthalt, die Erwerbstätigkeit und die Integration von Ausländern im Bundesgebiet (den tyske lov om ophold, beskæftigelse og integration af udlændinge på Forbundsrepublikkens område (herefter »Aufenthaltsgesetz«))[5] omhandler opholdstilladelsen og har følgende ordlyd:

»1. Opholdstilladelsen er et tidsbegrænset opholdsbevis. Det udstedes med henblik på de i følgende afsnit omhandlede formål. I begrundede tilfælde kan en opholdstilladelse også udstedes til et andet end i denne lov omhandlet formål.

[…]«

14. § 18, stk. 2, i Aufenthaltsgesetz bestemmer:

»En udlænding kan meddeles et opholdsbevis med henblik på udøvelse af en beskæftigelse […]«

2. Lov om unionsborgeres ret til fri bevægelighed

15. I henhold til § 2 i Gesetz über die allgemeine Freizügigkeit von Unionsbürgern (den tyske lov om unionsborgeres ret til fri bevægelighed (herefter »Freizügigkeitsgesetz/EU«))[6] har unionsborgere med ret til fri bevægelighed ret til indrejse og ophold i overensstemmelse med bestemmelserne i denne lov, deres familiemedlemmer dog principielt kun, »såfremt de ledsager eller slutter sig til unionsborgeren« (§ 3, stk. 1, i Freizügigkeitsgesetz/EU), eller i tilfælde, hvor der efter fem års lovligt ophold opstår en ret til tidsubegrænset ophold (§ 4a i Freizügigkeitsgesetz/EU).

5 — Aufenthaltsgesetz i den affattelse, der blev offentliggjort den 25.2.2008, BGBl. I, s. 162, som er blevet ændret ved artikel 2, stk. 25, i lov af 22.12.2011, BGBl. I, s. 3044.

6 — Freizügigkeitsgesetz/EU af 30.7.2004, BGBl. I, s. 1950, 1986, som er blevet ændret ved artikel 14 i lov af 20.12.2011, BGBl. I, s. 2854.

16. § 5 i Freizügigkeitsgesetz/EU med overskriften »Beviser for fællesskabsretlig opholdsret, opholdskort« bestemmer:

»[…]

2. Familiemedlemmer med ret til fri bevægelighed, der ikke er unionsborgere, meddeles på embeds vegne inden seks måneder efter, at de har fremlagt de fornødne oplysninger, et opholdskort for familiemedlem til en unionsborger, der er gyldigt i fem år. […]«

III – De faktiske omstændigheder i hovedsagen

17. Sagsøgeren i hovedsagen er japansk statsborger. Han har siden 1998 været gift med en tysk kvinde. Deres fælles datter blev født i USA i 2004 og har foruden US-amerikansk og japansk statsborgerskab også tysk statsborgerskab.

18. Ved udgangen af december 2005 flyttede familien fra USA til Ulm (Tyskland). Den 9. januar 2006 fik sagsøgeren udstedt en national opholdstilladelse som udenlandsk ægtefælle til en tysker.

19. Fra februar 2006 har sagsøgeren arbejdet i Ulm i henhold til en tidsubegrænset arbejdskontrakt og med en månedlig bruttoindkomst på 4 850 EUR på fuldtidsbeskæftigelse.

20. Efter at sagsøgerens hustru i sommeren 2007 accepterede en stilling i Wien, overflyttede hun fra marts 2008 sin hovedbopæl til Wien og tog deres fælles datter med sig. Sagsøgeren forblev i Ulm. Forældrene har fælles forældremyndighed over datteren, der går i skole i Wien. Sagsøgeren besøger sin datter regelmæssigt en gang om måneden i en hel weekend og betaler månedligt 300 EUR til hendes underhold. Desuden tilbringer datteren for det meste ferierne sammen med sagsøgeren.

21. I juni 2008 oplyste hustruen over for de tyske udlændingemyndigheder, at hun allerede fra den 1. januar 2008 havde levet faktisk adskilt fra sagsøgeren. Sagsøgeren fik derefter ikke forlænget den opholdstilladelse i henhold til den tyske Aufenthaltgesetz, som han oprindeligt var blevet meddelt i sin egenskab af ægtefælle til en tysk statsborger.

22. Alligevel opholder sagsøgeren sig på nuværende tidspunkt lovligt i Tyskland, idet han blev meddelt en national opholdstilladelse i henhold til § 18 i den tyske Aufenthaltsgesetz på grund af sin beskæftigelse.

23. Sagsøgeren mener imidlertid, at han, fordi han udøver forældreretten over sin datter, der bor i Østrig, også har ret til ophold i Tyskland efter unionsretten. Af denne ret følger et krav på at få udstedt et »opholdskort for familiemedlem til en unionsborger« som omhandlet i artikel 10 i direktiv 2004/38.

24. Den 30. maj 2008 indgav sagsøgeren ansøgning om udstedelse af et sådant opholdskort, men fik afslag. Denne ansøgning er nu genstand for en verserende appelsag ved den forelæggende ret.

IV – De præjudicielle spørgsmål

25. På baggrund heraf har den forelæggende ret forelagt Domstolen en række spørgsmål:

»A. Vedrørende artikel 2, 3 og 7 i direktiv 2004/38:

1) Kan, ved en udvidende fortolkning af artikel 2, nr. 2), litra d), i direktiv 2004/38, en tredjelandsstatsborger, der har forældremyndighed over et barn, der er unionsborger med ret til fri bevægelighed, og ikke forsørges af barnet, anses for »familiemedlem«, særligt i lyset af artikel 7 og 24 i grundrettighedschartret og EMRK's artikel 8?

2) Hvis ja: Gælder direktiv 2004/38, særligt i lyset af grundrettighedschartrets artikel 7 og 24 og EMRK's artikel 8, ved en udvidende fortolkning af dets artikel 3, stk. 1, også for denne forælder, når der ikke er tale om, at han har »ledsaget« eller »sluttet sig til« barnet (unionsborgeren) i den oprindelsesmedlemsstat, som barnet (unionsborgeren) er fraflyttet?

3) Hvis ja: Følger det heraf, at denne forælder, særligt i lyset af grundrettighedschartrets artikel 7 og 24 samt EMRK's artikel 8, ved en udvidende fortolkning af artikel 7, stk. 2, i direktiv 2004/38 har ret til et ophold på mere end tre måneder i barnets (unionsborgerens) oprindelsesmedlemsstat, i al fald så længe forældremyndigheden indehaves og fortsat udøves?

B. Vedrørende artikel 6, stk. 1, TEU i forbindelse med grundrettighedschartret:

Første spørgsmål

a) Finder chartret, jf. dets artikel 51, stk. 1, første punktum, andet led, også anvendelse, såfremt sagens genstand afhænger af en national lov (eller del af en lov), som også – men ikke udelukkende - gennemfører direktiver?

b) Hvis nej: Finder chartret anvendelse, jf. dets artikel 51, stk. 1, første punktum, andet led, fordi sagsøgeren muligvis har krav på ophold efter unionsretten, og han i medfør af § 5, stk. 2, første punktum, i Freizügigkeitsgesetz/EU har ret til et opholdskort for familiemedlem til en unionsborger, der har hjemmel i artikel 10, stk. 1, første punktum, i direktiv 2004/38?

c) Hvis nej: Finder chartret, jf. dets artikel 51, stk. 1, første punktum, andet led, i fortsættelse af ERT-dommen (Domstolens dom af 18.6.1991, sag C-260/89, præmis 41-45) anvendelse, såfremt en medlemsstat begrænser opholdsretten for en tredjelandsstatsborger, der har forældremyndighed over en mindreårig unionsborger, som sammen med sin mor på grund af dennes erhvervsudøvelse overvejende opholder sig i en anden EU- medlemsstat?

Andet spørgsmål

a) Såfremt chartret finder anvendelse: Kan faderen, der er tredjelandsstatsborger, direkte af grundrettighedschartrets artikel 24, stk. 3, udlede en europaretlig opholdsret, i alt fald så længe han har forældremyndighed over sit barn, der er unionsborger, og faktisk udøver den, også selv om barnet hovedsageligt opholder sig i en anden EU-medlemsstat?

b) Hvis nej: Følger det af unionsborgerens (barnets) ret til fri bevægelighed i henhold til grundrettighedschartrets artikel 45, stk. 1, i givet fald i forbindelse med grundrettighedschartrets artikel 24, stk. 3, at faderen, der er tredjelandsstatsborger, har en europaretlig opholdsret, i alt fald så længe han har forældremyndighed over sit barn, der er unionsborger, og faktisk udøver den, således at barnets ret til fri bevægelighed som unionsborger ikke mister enhver virkning i praksis?

C. Vedrørende artikel 6, stk. 3, TEU i forbindelse med unionsrettens almindelige principper:

1) Kan de »uskrevne« EU-grundrettigheder, som er blevet udviklet i Domstolens praksis efter Stauder-dommen (sag 29/69, præmis 7) og indtil eksempelvis Mangold-dommen (sag C-144/04, præmis 75) finde anvendelse i fuldt omfang, også selv om det konkrete tilfælde ikke falder ind under grundrettighedschartrets anvendelsesområde, med andre ord, gælder de almindelige unionsretlige grundrettigheder i artikel 6, stk. 3, TEU fortsat selvstændigt og uafhængigt ved siden af de nye grundrettigheder i grundrettighedschartret i henhold til artikel 6, stk. 1, TEU?

2) Hvis ja: Kan faderen til barnet, der er unionsborger, som tredjelandsstatsborger udlede en europaretlig opholdsret af unionsrettens almindelige principper, set i lyset af retten til respekt for familielivet i henhold til EMRK's artikel 8, med henblik på en effektiv udøvelse af sin forældremyndighed over barnet, der sammen med sin mor på grund af dennes erhvervsudøvelse overvejende opholder sig i en anden EU- medlemsstat?

D. Vedrørende artikel 21, stk. 1, TEUF i forbindelse med EMRK's artikel 8:

Såfremt artikel 6, stk. 1, eller stk. 3, TEU ikke fører til nogen europaretlig opholdsret for sagsøgeren: Følger det af Zhu og Chen-dommen (Domstolens dom af 19.10.2004, sag C-200/02, præmis 45-47), at faderen til barnet, der er unionsborger, med henblik på en effektiv udøvelse af sin forældremyndighed over barnet, der sammen med sin mor på grund af dennes erhvervsudøvelse overvejende opholder sig i en anden EU-medlemsstat, som tredjelandsstatsborger af artikel 21, stk. 1, TEUF, eventuelt i lyset af EMRK's artikel 8, kan udlede en europaretlig opholdsret i unionsborgerens (barnets) oprindelsesmedlemsstat?

E. Vedrørende artikel 10 i direktiv 2004/38:

Såfremt der findes en europaretlig opholdsret: Har en forælder, der er tredjelandsstatsborger, og som befinder sig i en situation som sagsøgeren, krav på at få udstedt et »opholdskort for familiemedlem til en unionsborger«, efter omstændighederne ved tilsvarende anvendelse af direktivets artikel 10, stk. 1, første punktum?«

26. Den forelæggende ret har dog indrømmet følgende: »Samtlige præjudicielle spørgsmål kan naturligvis også sammenfattes i et enkelt spørgsmål:

Følger det af Den Europæiske Unions retsregler, at en forælder, der er tredjelandsstatsborger, som har forældremyndighed over et barn, der er unionsborger, har ret til ophold i barnets (unionsborgerens) oprindelsesmedlemsstat, hvilket skal dokumenteres ved et »opholdskort for familiemedlem til en unionsborger«, for at han kan opretholde et regelmæssigt og direkte personligt forhold til barnet, hvis dette under udøvelse af sin ret til fri bevægelighed flytter til en anden medlemsstat?« [7]

V – Bedømmelse af de præjudicielle spørgsmål

A – *Behandlingsrækkefølge*

27. I det følgende tages der udgangspunkt i det i punkt 26 anførte sammenfattende spørgsmål, der skal belyses ud fra de i punkt 25 anførte retlige omstændigheder, for så vidt disse er relevante.

7 — S. 16 i forelæggelsesafgørelsen.

28. For det første ønsker den forelæggende ret således oplyst, om sagsøgeren under de omstændigheder, der foreligger i hovedsagen, har krav på ophold efter unionsretten i sit tyske barns oprindelsesmedlemsstat. For det andet ønsker den oplyst, om sagsøgeren på grundlag af denne ret har et unionsretligt krav på at få udstedt et »opholdskort for familiemedlem til en unionsborger«.

B – *Om opholdsretten i en mindreårig unionsborgers oprindelsesmedlemsstat for en tredjelandsstatsborger, der har forældremyndighed over den pågældende unionsborger, som er flyttet til en anden medlemsstat*

29. Der kan muligvis af direktiv 2004/38 eller af den primære ret udledes en unionsretlig opholdsret i Tyskland for klageren.

30. I det følgende skal det først undersøges, om der kan findes hjemmel for en sådan ret i direktiv 2004/38.

1. Direktiv 2004/38

31. Ved undersøgelsen af, om der kan findes hjemmel for en opholdsret i direktiv 2004/38, skal der indledningsvis ses nærmere på ordlyden af direktivets bestemmelser, på dets opbygning og på dets formål. Derefter skal det undersøges, om resultatet af denne fortolkning af direktiv 2004/38 på grundlag af ordlyd, systematik og målsætning er forenelig med de grundlæggende rettigheder.

a) Ordlydsfortolkning af direktiv 2004/38

32. Sagsøgeren kan have en opholdsret i Tyskland på grundlag af artikel 7, stk. 2, eller artikel 12, stk. 3, i direktiv 2004/38. Endvidere skal der tages hensyn til femte betragtning til direktivet.

i) Artikel 7, stk. 2, sammenholdt med artikel 2, nr. 2), litra d), i direktiv 2004/38

33. Rejser en unionsborger til en anden medlemsstat, hvor vedkommende ikke er statsborger, giver artikel 7, stk. 2, i direktiv 2004/38, sammenholdt med direktivets artikel 2, nr. 2), litra d), unionsborgerens forældre en ret til ophold i denne medlemsstat i mere end tre måneder, hvis de forsørges af unionsborgeren. Denne opholdsret gælder imidlertid på den betingelse, at det pågældende familiemedlem rent faktisk ledsager unionsborgeren til værtsmedlemsstaten eller slutter sig til unionsborgeren i denne.

34. De ovennævnte kriterier er ikke opfyldt i hovedsagen. For det første har faderen, der er tredjelandsstatsborger, netop ikke rejst krav om en ret til ophold i den værtsmedlemsstat, hvortil hans datter er rejst, nemlig Østrig, men derimod i sin datters oprindelsesmedlemsstat, nemlig Tyskland. For det andet finder artikel 7, stk. 2, i direktiv 2004/38 ifølge dens ordlyd ikke anvendelse allerede af den grund, at den japanske far hverken har sluttet sig til sin datter i værtsmedlemsstaten eller har ledsaget hende dertil. Endelig er betingelsen i artikel 2, nr. 2), litra d), i direktiv 2004/38 ikke opfyldt, da det i det foreliggende tilfælde ikke er unionsborgeren, der forsørger faderen, men faderen, der forsøger unionsborgeren [8].

8 — Det samme gælder for den tilsvarende ordning i artikel 1, stk. 2, litra b), i direktiv 90/364/EØF, dom af 19.10.2004, sag C-200/02, Zhu og Chen, Sml. I, s. 9925, præmis 44.

ii) Artikel 12, stk. 3, i direktiv 2004/38

35. Artikel 12, stk. 3, i direktiv 2004/38 giver ganske vist »den person, som har den faktiske forældremyndighed«, uanset nationalitet, ret til ophold, indtil barnet har afsluttet sit studium. Denne bestemmelse finder, henset til sin klare ordlyd, dog kun anvendelse på tilfælde, hvor unionsborgeren udrejser *fra sin værtsmedlemsstat,* og ikke på tilfælde som det foreliggende, hvor unionsborgeren udrejser *fra sin oprindelsesmedlemsstat*. Derfor kan denne bestemmelse heller ikke hjemle en opholdsret i Tyskland for den japanske far til en tysker, der er flyttet til Østrig.

iii) Femte betragtning til direktiv 2004/38

36. Ordlyden af femte betragtning til direktiv 2004/38 er ved første øjekast formuleret åbent og synes isoleret betragtet at give tredjelandsstatsborgere en ret til ophold i hele Unionen – »på medlemsstaternes område«.

37. Da der er tale om en betragtning, bør dette udsagn imidlertid alene anses for et princip, der skal overholdes ved fortolkningen af direktiv 2004/38. Det kan ikke omgå den udtømmende opregning af og de konkrete betingelser for de opholdsrettigheder, som direktivet hjemler, og erstatte disse med en opholdsret for familiemedlemmer, der er uafhængig af betingelser og gælder for hele Unionen[9]. I modsat fald ville der ikke længere være noget selvstændigt anvendelsesområde for eksempelvis artikel 7, stk. 2, og artikel 12, stk. 3, i direktiv 2004/38.

38. Følgelig kan der heller ikke af femte betragtning udledes en ret til ophold for tredjelandsstatsborgeren i dennes barns oprindelsesmedlemsstat.

iv) Foreløbig konklusion

39. Ordlydsfortolkningen af direktiv 2004/38 hjemler således ingen opholdsret for sagsøgeren i Tyskland. Jeg skal herved erindre om, at ifølge Domstolens faste praksis skal der ved fortolkningen af en unionsretlig bestemmelse ikke blot tages hensyn til dennes ordlyd, men også til den sammenhæng, hvori den indgår, og de mål, der forfølges med den ordning, som den udgør en del af[10].

40. Da der af ordlyden af direktiv 2004/38 ikke fremgår nogen opholdsret for tredjelandsstatsborgeren, der har forældremyndighed over den mindreårige unionsborger, i dennes oprindelsesmedlemsstat, skal det derfor undersøges, om det pågældende direktiv henset til dets systematik og målsætninger kan gøres til genstand for en »udvidende fortolkning«[11], der går videre end dets ordlyd.

9 — Jf. herom K. Riesenhuber, »Die Auslegung«, i K. Riesenhuber, *Europäische Methodenlehre,* 2. udg., Walter de Gruyter, Berlin/New York, 2010, § 11, nr. 37: »Rettigheder skal altid udledes af den normative del af en retsakt«.

10 — Jf. bl.a. Domstolens dom af 18.5.2000, sag C-301/98, KVS International, Sml. I, s. 3583, præmis 21, af 23.11.2006, sag C-300/05, ZVK, Sml. I, s. 11169, præmis 15, og af 29.1.2009, sag C-19/08, Petrosian m.fl., Sml. I, s. 495, præmis 34. Om de særlige metodiske forhold i forbindelse med fortolkningen af unionsretten, jf. C. Wendehorst, »Methodenlehre und Privatrecht in Europa«, i C. Jabloner m.fl., *Vom praktischen Wert der Methode, Festschrift für Heinz Mayer zum 65. Geburtstag*, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien, 2011, s. 827 ff. Om de specifikke risici ved flersprogetheden i unionsretten, jf. F. Müller og R. Christensen, *Juristische Methodik, Band II, Europarecht*, 2. udg., Duncker & Humblot, Berlin, 2007, nr. 324-344.

11 — Jf. s. 16 i forelæggelsesafgørelsen.

b) Fortolkning af direktiv 2004/38 efter dets systematik

41. For så vidt angår spørgsmålet, om systematiske overvejelser taler for, at direktiv 2004/38 i forhold til dets ordlyd i videre omfang kan anvendes som grundlag for en opholdsret for tredjelandsstatsborgere med forældremyndighed i deres barns oprindelsesmedlemsstat, når barnet er flyttet til en anden medlemsstat, har Kommissionen med rette anført [12], at systematikken i direktiv 2004/38 ikke giver mulighed for at udvide opholdsretten til at omfatte omstændigheder, hvor en unionsborgers familiemedlemmer, der er tredjelandsstatsborgere, ønsker at opholde sig i dennes oprindelsesmedlemsstat, efter at unionsborgeren selv er flyttet til en anden medlemsstat.

42. Den opholdsret, som direktiv 2004/38 giver familiemedlemmer, der er tredjelandsstatsborgere, beror nemlig i henhold til artikel 7, stk. 2, i direktiv 2004/38 på, at familiemedlemmet har ledsaget unionsborgeren til værtsmedlemsstaten eller har sluttet sig til denne i den pågældende stat.

43. Domstolen har ganske vist understreget, at netop kriteriet »familiemedlem […], der ledsager [unionsborgeren]«, af hensyn til direktiv 2004/38's effektive virkning ikke bør fortolkes restriktivt, og at det eksempelvis ikke er afgørende, om de pågældende personer er indrejst i værtsmedlemsstaten samtidig [13].

44. Direktiv 2004/38 tager imidlertid, som det præciseres i direktivets artikel 3, stk. 1, ifølge sin lovgivningstilgang principielt alene udgangspunkt i konstellationer, i hvilke det drejer sig om unionsborgerens og dennes familiemedlemmers ret til ophold i andre medlemsstater end den, hvor unionsborgeren er statsborger [14].

45. Opholdsretten for familiemedlemmer, der er tredjelandsstatsborgere, i *unionsborgerens oprindelsesmedlemsstat* er derfor principielt ikke genstand for direktiv 2004/38 og navnlig heller ikke i tilfælde, hvor unionsborgeren flytter fra sin oprindelsesmedlemsstat til en værtsmedlemsstat, mens dennes familiemedlem ikke gør.

46. Unionslovgiver har ikke overset den problemstilling, der opstår ved unionsborgerens eventuelle udrejse, i forbindelse med direktiv 2004/38, men derimod fastsat detaljerede regler herfor i direktivets artikel 12. Artikel 12, stk. 3, i direktiv 2004/38 giver imidlertid kun familiemedlemmer, der er tredjelandsstatsborgere, ret til ophold i værtsmedlemsstaten, men ikke i unionsborgerens oprindelsesmedlemsstat. Konkret er denne bestemmelse eksempelvis relevant, når en unionsborger, der har forældremyndighed, først er flyttet til værtsmedlemsstaten med sin ægtefælle, der er tredjelandsstatsborger, og deres fælles børn og derefter atter udrejser fra denne værtsmedlemsstat, og den anden forælder, der er tredjelandsstatsborger, fortsat ønsker at blive i denne stat med børnene, indtil de har afsluttet deres studier. Artikel 12 i direktiv 2004/38 regulerer derimod ikke det tilfælde, hvor tredjelandsborgeren ønsker at forblive i unionsborgerens oprindelsesmedlemsstat, efter at denne er fraflyttet, og der ses heller ikke at foreligge nogen begrundelse for, at lovreglen i artikel 12, stk. 3, i direktiv 2004/38 ved analogi skulle kunne anvendes på oprindelsesmedlemsstaten helt uden for direktivets lovgivningsformål. Selv i tilfælde af en analog anvendelse af artikel 12, stk. 3, i direktiv 2004/38 kan der i den foreliggende situation ikke udledes nogen opholdsret for faderen heraf, idet faderen, der er tredjelandsstatsborger, og hans barn ikke længere bor i samme medlemsstat, hvilket artikel 12, stk. 3, i direktiv 2004/38 imidlertid helt åbenbart lægger til grund.

12 — Jf. punkt 45 i dens skriftlige indlæg. En nærmere redegørelse vedrørende direktiv 2004/38's eventuelle relevans, såfremt unionsborgeren på et senere tidspunkt vender tilbage til sin oprindelsesmedlemsstat, er ikke nødvendig i den foreliggende sag, da der ikke foreligger konkrete holdepunkter i så henseende. Om en sådan problematik henvises til Domstolens dom af 11.12.2007, sag C-291/05, Eind, Sml. I, s. 10719.

13 — Domstolens dom af 25.7.2008, sag C-127/08, Metock m.fl., Sml. I, s. 6241, præmis 93, og Domstolens kendelse af 19.12.2008, sag C-551/07, Sahin, Sml. I, s. 10453, præmis 28.

14 — Jf. om begrebet »berettigede personer« som omhandlet i direktiv 2004/38 punkt 25-45 i generaladvokat Kokotts forslag til afgørelse i sag C-434/09, McCarthy, dom af 5.5.2011, Sml. I, s. 3375.

47. Systematikken bag artikel 7, stk. 2, og artikel 12, stk. 3, i direktiv 2004/38 har i sidste ende det til fælles, at tredjelandsstatsborgerens opholdsret afhænger af unionsborgerens, for så vidt som førstnævnte indledningsvis skal have ledsaget unionsborgeren til en værtsmedlemsstat – dvs. til en anden stat end unionsborgerens oprindelsesmedlemsstat. Denne forudsætning er ikke opfyldt i hovedsagen, efter at unionsborgeren alene med sin mor er flyttet til Østrig.

48. Henset til systematikken i direktiv 2004/38 kan det derfor ikke komme i betragtning som hjemmel for en opholdsret for tredjelandsstatsborgere, der har forældremyndighed over en mindreårig unionsborger, der er flyttet til en anden medlemsstat, i unionsborgerens oprindelsesmedlemsstat.

49. Endvidere rejser der sig det spørgsmål, om direktiv 2004/38 ud over systematikken bag bestemmelserne ud fra teleologiske overvejelser kan anvendes som hjemmel for en opholdsret i en mindreårig unionsborgers oprindelsesmedlemsstat for en tredjelandsstatsborger, der har forældremyndighed over den pågældende unionsborger, når denne er flyttet til en anden medlemsstat.

c) Om den teleologiske fortolkning af direktiv 2004/38

50. Som anført ovenfor er formålet med direktiv 2004/38 at regulere situationer, der drejer sig om opholdsretten for unionsborgeren og dennes familiemedlemmer i andre medlemsstater end den, hvor unionsborgeren er statsborger. Efter direktivets indhold og formål er der derfor ikke grundlag for at inddrage situationer som den, der foreligger i hovedsagen, som alene vedrører den udrejste unionsborgers oprindelsesmedlemsstat og en eventuel opholdsret for et familiemedlem i denne stat.

51. Den forelæggende ret har imidlertid desuden rejst spørgsmålet, om en »udvidende fortolkning« af direktiv 2004/38 i lyset af grundrettighedschartrets artikel 7 og 24[15], hvorefter familielivet skal respekteres og børn har ret til omsorg og regelmæssig personlig forbindelse til deres forældre, kan komme i betragtning.

d) Fortolkning af direktiv 2004/38 i overensstemmelse med de grundlæggende rettigheder

52. Det kan muligvis være nødvendigt at videreudvikle bestemmelserne i direktiv 2004/38 som led i en fortolkning i overensstemmelse med de grundlæggende rettigheder.

53. I henhold til artikel 6 TEU er grundrettighedschartret en del af den primære ret. Afledt EU-ret, såsom det nævnte direktiv, skal i videst muligt omfang fortolkes i overensstemmelse med den primære ret og dermed med de grundlæggende rettigheder. Såfremt en retsakt kan fortolkes på flere måder, skal den fortolkning lægges til grund, der ikke er i konflikt med de grundlæggende rettigheder, som Unionens retsorden beskytter[16].

15 — Den forelæggende ret har ganske vist overvejet en sådan »udvidende fortolkning«, men anser den for at ligge »temmelig fjernt«, jf. s. 16 i forelæggelsesafgørelsen.

16 — Jf. f.eks. Domstolens dom af 26.6.2007, sag C-305/05, Ordre des barreaux francophones et germanophone m.fl., Sml. I, s. 5305, præmis 28 og den deri nævnte retspraksis, og af 19.11.2009, forenede sager C-402/07 og C-432/07, Sturgeon m.fl., Sml. I, s. 10923, præmis 48. Om de grundlæggende rettigheders forrang og en fortolkning i overensstemmelse med disse, jf. H.D. Jarass, *EU-Grundrechte*, C.H. Beck, München, 2005, § 3, nr. 7.

54. Grundrettighedschartret skal i henhold til dets artikel 51 overholdes ved gennemførelsen af direktiv 2004/38. Spørgsmålet om en retsakts fortolkning og anvendelse i overensstemmelse med de grundlæggende rettigheder kan imidlertid ikke rejses uden for retsaktens anvendelsesområde. Efter at det ovenfor er fastslået, at den foreliggende sag om en tredjelandsstatsborgers opholdsret i en unionsborgers oprindelsesmedlemsstat slet ikke er omfattet af direktiv 2004/38, er det således overflødigt at besvare spørgsmålet om en bedømmelse af direktivets bestemmelser i lyset af grundrettighedschartret [17].

55. Tilsvarende gælder for EMRK's bestemmelser [18], der med henblik på fortolkning, i lighed med grundrettighedschartret, ligeledes kun kan være relevant inden for rammerne af direktiv 2004/38's anvendelsesområde. Da det pågældende direktiv kun fastsætter bestemmelser vedrørende opholdsret i andre medlemsstater end den, hvor unionsborgeren er statsborger, er det ikke nødvendigt at uddybe dette aspekt yderligere.

56. I denne forbindelse rejser der sig dog desuden det spørgsmål, om de grundlæggende rettigheder af andre årsager finder direkte anvendelse og kan give sagsøgeren en ret til ophold i hans datters oprindelsesmedlemsstat uden omvejen over direktiv 2004/38. Dette spørgsmål behandles i punkt 75 ff. i nærværende forslag til afgørelse.

57. En videreudvikling af bestemmelserne i direktiv 2004/38 støttet på de grundlæggende rettigheder som hjemmel for en ret til ophold i en mindreårig unionsborgers oprindelsesmedlemsstat for tredjelandsstatsborgere, der har forældremyndighed over en sådan unionsborger, når denne er flyttet til en anden medlemsstat, er imidlertid ikke nødvendig.

e) Foreløbig konklusion

58. Det må på dette trin konkluderes, at der af direktiv 2004/38 ikke kan udledes nogen opholdsret for tredjelandsstatsborgere, der har forældremyndighed over en mindreårig unionsborger, i dennes oprindelsesmedlemsstat, når unionsborgeren er flyttet til en anden medlemsstat.

59. Eftersom den afledte ret ikke giver sagsøgeren den ønskede unionsretlige opholdsret, skal jeg i det følgende undersøge den primære ret.

2. Den primære ret

60. Sagsøgeren kan muligvis – i lyset af de grundlæggende rettigheder, der er sikret i henhold til artikel 6, stk. 1 og 3, TEU – have en ret til ophold i sit barns oprindelsesmedlemsstat, efter det er flyttet til Østrig, i medfør af artikel 20 TEUF og 21 TEUF.

a) Opholdsret for en tredjelandsstatsborger, der har forældremyndighed over et barn, der er unionsborger, med henblik på en effektiv sikring af kerneindholdet i barnets retsstilling

61. Som tredjelandsstatsborger kan faderen, der er indehaver af forældremyndighed, i den foreliggende situation ikke direkte påberåbe sig den frie bevægelighed, der er sikret i artikel 20 TEUF og 21 TEUF, eller en ret til fortsat ophold på grundlag af unionsborgerskabet. Ifølge Domstolens retspraksis kan en unionsborgers status som unionsborger imidlertid i konkrete tilfælde indebære, at også dennes familiemedlem, der er tredjelandsstatsborger, tilkendes en opholdsret efter unionsretten.

17 — Generaladvokat Kokott har i punkt 31 i sit forslag til afgørelse i McCarthy-sagen, sag C-434/09, påpeget, at det nævnte direktiv som sådan er i overensstemmelse med den primære ret, hvortil også 31. betragtning til det nævnte direktiv i øvrigt henviser, navnlig for så vidt angår de grundlæggende rettigheder.

18 — Jf. om disses forhold til grundrettighedschartret mit forslag til afgørelse af 22.9.2011 i de forenede sager C-411/10 og C-493/10, N.S. m.fl. samt dom af 21.12.2011, Sml. I, s. 13905, punkt 142-148.

i) Domstolens hidtidige retspraksis [19]

62. En anerkendelse af en unionsretlig opholdsret for en forælder, der er tredjelandsstatsborger, som udledes af den primære ret, er ifølge Domstolens praksis betinget af, at den faktiske udnyttelse af unionsborgerens retsstilling i sin kerne [20] ville blive undergravet, såfremt en forælder, der er tredjelandsstatsborger, blev nægtet en ret til ophold. Domstolen har således fastslået, at en forælder, der er tredjelandsstatsborger, har ret til ophold – vel at mærke i den samme medlemsstat som den, hvor den mindreårige opholder sig – eksempelvis i tilfælde, hvor en »nægtelse af ophold [vil] indebære, at disse børn [...] vil blive nødsaget til at forlade Unionens område« [21], eller i tilfælde, hvor »barnets opholdsret« i modsat fald vil blive frataget »enhver praktisk virkning« [22].

63. Domstolen har for nylig i dommen i sagen Dereci m.fl. [23] med henvisning til kriteriet »kerneindholdet i de rettigheder, som de er tillagt ved statussen som unionsborger«, på ny understreget, at en afledt opholdsret for en tredjelandsstatsborger principielt kun undtagelsesvis kan anerkendes, og har i denne forbindelse bemærket, at »den omstændighed alene, at det for en statsborger i en medlemsstat, af økonomiske årsager eller for at bevare familieenheden på Unionens område, måtte forekomme ønskværdigt, at medlemmer af hans familie, som ikke er statsborgere i en medlemsstat, kan opholde sig med ham på Unionens område, ikke i sig selv er tilstrækkelig til, at det må antages, at unionsborgeren nødsages til at forlade Unionens område, hvis en sådan ret ikke meddeles«. Samtidig har Domstolen dog udtrykkeligt ladet spørgsmålet om, »hvorvidt en opholdsret på andre grundlag, herunder navnlig i medfør af retten til beskyttelse af familielivet, ikke kan nægtes. Dette spørgsmål skal imidlertid behandles inden for rammerne af bestemmelserne om beskyttelsen af de grundlæggende rettigheder og ud fra deres respektive anvendelighed«.

ii) Anvendelse af principperne fra retspraksis på de faktiske omstændigheder i hovedsagen

64. Det er umiddelbart vanskeligt at argumentere for, at kerneområdet i den mindreårige unionsborgers retsstilling er berørt i den foreliggende sag, såfremt hendes far, der er tredjelandsstatsborger, ikke meddeles en unionsretlig tilladelse til ophold i Tyskland.

65. Herimod taler allerede den omstændighed, at unionsborgeren rent faktisk allerede er flyttet til Østrig sammen med sin mor, selv om hendes far endnu ikke er blevet meddelt en unionsretlig opholdsret i Tyskland og således i fuldt omfang har gjort brug af sin frie bevægelighed. Da det således er åbenlyst, at den praktiske virkning af unionsborgerens unionsretlige retsstilling i det konkrete tilfælde ikke er truet inden for sit kerneområde, skal spørgsmålet om en afledt unionsretlig opholdsret for datterens far baseret på hendes unionsborgerskab eller frie bevægelighed efter principperne i retspraksis i første omgang besvares benægtende.

66. Der bør imidlertid tages hensyn til, at faderen, der er tredjelandsstatsborger og indehaver af forældremyndighed, eventuelt sammen med barnets mor udøver retten til at bestemme barnets bopæl og dermed kan (være med til at) afgøre, hvor barnet opholder sig. Det er tænkeligt, at moderen og han, såfremt der er risiko for, at hans opholdstilladelse i Tyskland ikke bliver forlænget, eller såfremt han bliver nægtet en unionsretlig ret til ophold, kunne overveje at flytte barnets bopæl tilbage til Tyskland.

19 — Jf. foruden de allerede nævnte domme, dvs. dommen i sagen Dereci m.fl., nævnt ovenfor i fodnote 2, Ruiz Zambrano-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 3, og Zhu og Chen-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 8, f.eks. Domstolens dom af 11.7.2002, sag C-60/00, Carpenter, Sml. I, s. 6279, præmis 46, om den frie udveksling af tjenesteydelser »i lyset af den grundlæggende ret til respekt for familielivet« og af 5.5.2011, sag C-434/09, McCarthy, Sml. I, s. 3375, præmis 57.

20 — Således Ruiz Zambrano-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 3, præmis 42, hvorefter nationale foranstaltninger »[ikke] reelt [må] fratage[...] [unionsborgere] den effektive nydelse af kerneindholdet i de rettigheder, som de er tildelt ved deres status som unionsborgere«.

21 — Ruiz Zambrano-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 3, præmis 44.

22 — Zhu og Chen-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 8, præmis 45.

23 — Dommen nævnt ovenfor i fodnote 2, præmis 65-69.

67. I denne – endnu hypotetiske – situation er det imidlertid på nuværende tidspunkt vanskeligt at identificere et konkret indgreb i kerneområdet for datterens unionsretlige retsstilling.

iii) Foreløbig konklusion

68. På baggrund af det ovenstående kan der, når Domstolens hidtidige retspraksis lægges til grund, ikke udledes nogen opholdsret for en tredjelandsstatsborger, der har forældremyndighed over en mindreårig unionsborger, i dennes oprindelsesmedlemsstat i et tilfælde som det i hovedsagen foreliggende.

69. I retspraksis er spørgsmålet om, hvorvidt en opholdsret for tredjelandsstatsborgeren i unionsborgerens oprindelsesmedlemsstat under de omstændigheder, der foreligger i hovedsagen, kan begrundes primærretligt med hensynet til en effektiv sikring af de grundlæggende rettigheder, imidlertid endnu ikke blevet behandlet.

b) Opholdsret for tredjelandsborgeren med henblik på en effektiv sikring af de grundlæggende rettigheder

70. I dommen i sagen Dereci m.fl. har Domstolen overvejet denne mulighed og udtalt følgende: »Hvis den forelæggende ret […] i lyset af omstændighederne […] således finder, at den situation, som sagsøgerne i hovedsagen befinder sig i, er omfattet af EU-retten, skal den undersøge, om nægtelsen af at indrømme de sidstnævnte en opholdsret udgør et indgreb i retten til respekt for privatliv og familieliv i chartrets artikel 7. Hvis den forelæggende ret derimod finder, at nævnte situation ikke er omfattet af anvendelsesområdet for EU-retten, skal den foretage en sådan undersøgelse i lyset af EMRK's artikel 8, stk. 1« [24].

71. Dereci-sagen vedrørte ganske vist spørgsmålet om en unionsborgers og en tredjelandsstatsborgers fælles ophold i en og samme medlemsstat, men ovenstående bemærkninger i dommen i sagen Dereci m.fl. er formuleret så generelt, at de synes at kunne overføres på de faktiske omstændigheder i den foreliggende sag, hvor det drejer sig om to forskellige medlemsstater.

72. Denne problemstilling skal behandles nedenfor, hvorved det indledningsvis skal undersøges, om grundrettighedschartret i det hele taget finder anvendelse på den foreliggende sag. Betingelsen herfor er ifølge grundrettighedschartrets artikel 51, stk. 1, at der foreligger en tilknytning til gennemførelsen af unionsretten.

73. En tilknytning til rent nationale bestemmelser uden unionsretligt islæt er således ikke tilstrækkelig [25]. Det kan dog lægges til grund, at der foreligger en tilstrækkelig tilknytning til gennemførelsen af unionsretten, når blot en nægtelse af den unionsretlige opholdstilladelse ganske vist ikke udgør et indgreb i kerneindholdet i de rettigheder, som tillægges ved statussen som unionsborger, men dog en mindre tungtvejende begrænsning af den mindreårige unionsborgers frie bevægelighed.

74. I en del af litteraturen sættes der spørgsmålstegn ved, om grundrettighedschartret finder anvendelse i forbindelse med begrænsninger i de grundlæggende frihedsrettigheder, med henvisning til ordlyden af grundrettighedschartrets artikel 51, der tager udgangspunkt i situationen, når medlemsstaterne »gennemfører EU-retten« [26]. Denne skepsis gælder også for retten til fri

24 — Dommen nævnt ovenfor i fodnote 2, præmis 72.

25 — Den forelæggende ret synes at overveje dette i afsnit B.1 i de præjudicielle spørgsmål.

26 — Jf. om den aktuelle diskussion M. Borowsky, i J. Meyer, *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, 3. udg., Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2011, artikel 51, nr. 29-31, D. Ehlers, i D. Ehlers, *Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten*, 3. udg., De Gruyter, Berlin, 2009, § 14, nr. 53, og Jarass, nævnt ovenfor i fodnote 16, § 4, nr. 15.

bevægelighed, der er sikret i artikel 21 TEUF [27]. Charter-forklaringernes [28] henvisning til Domstolens retspraksis, hvori anvendelsen af de grundlæggende rettigheder på foranstaltninger, der begrænser de grundlæggende frihedsrettigheder, er anerkendt [29], taler imidlertid for, at de grundlæggende rettigheder, der er sikret i chartret, også anvendes på begrænsninger af den frie bevægelighed i henhold til artikel 21 TEUF.

i) Begrænsning af den frie bevægelighed i henhold til artikel 21 TEUF som udgangspunkt for anvendelsen af grundrettighedschartret

75. Hvorvidt, og i givet fald i hvilket omfang, der foreligger en begrænsning af den frie bevægelighed i henhold til artikel 21 TEUF, afhænger i sidste ende af omstændighederne i den konkrete sag, som det tilkommer den forelæggende ret at vurdere.

76. Det kan imidlertid ikke afvises, at faderens opholdsretlige situation i Tyskland, der muligvis ikke er sikret i fremtiden, potentielt kan afholde dennes mindreårige datter, som er unionsborger, fra fortsat at udøve sin ret til fri bevægelighed [30], og at den dermed kan udgøre en begrænsning af denne ret til fri bevægelighed – om end den ikke udgør et indgreb i kerneindholdet af de rettigheder, der tillægges ved statussen som unionsborger [31], som omhandlet i den hidtidige retspraksis.

77. Med henblik herpå er det muligvis nødvendigt, at den forelæggende ret undersøger de faktiske omstændigheder nærmere. Det fremgår nemlig ikke af sagens akter, hvordan sagsøgerens muligvis usikre opholdsretlige situation vil påvirke moderens og barnets videre planlægning af tilværelsen.

78. Det forekommer imidlertid plausibelt, at unionsborgeren – hvis det antages, at forholdet mellem far og datter, som det fremgår af sagens akter, er intakt – i højere grad vil afholde sig fra at gøre brug af sin ret til fri bevægelighed, såfremt der som følge af en mulig nægtelse af en unionsretlig opholdsret i Tyskland er risiko for, at faderen, der er tredjelandsstatsborger, vil blive tvunget til at tage bopæl langt fra hende. I denne forbindelse skal der dog anlægges en helhedsbetragtning og, som den tyske regering har anført [32], også tages hensyn til, at tredjelandsstatsborgeren muligvis har krav på en fortsættelse af sin nationale opholdstilladelse efter national ret.

79. Såfremt der imidlertid i den foreliggende sag må antages at foreligge en sådan afskrækkende virkning af nægtelsen af den unionsretlige opholdsret og dermed en begrænsning af den frie bevægelighed, finder de grundlæggende rettigheder anvendelse.

80. Inden for disse rammer skal der tages behørigt hensyn til de grundlæggende rettigheder, og det bør navnlig undersøges, om de alligevel i sidste ende hjemler en ret til anerkendelse af en unionsretlig opholdsret for tredjelandsstatsborgeren.

27 — Jf. om dennes retlige karakter Zhu og Chen-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 8, præmis 39-41, og Domstolens dom af 2.10.2003, sag C-148/02, Garcia Avello, Sml. I, s. 11613, præmis 24, samt S. Seyr og H.C. Rümke, »Das grenzüberschreitende Element in der Rechtsprechung des EuGH zur Unionsbürgerschaft – zugleich eine Anmerkung zum Urteil in der Rechtssache Chen«, *EuR* 2005, s. 667, på s. 672 ff., C. Calliess, »Der Unionsbürger: Status, Dogmatik und Dynamik«, *EuR* 2007, s. 7, 23 ff., og med henvisning til anden betragtning til direktiv 2004/38 , N. Graf Vitzthum, »Die Entdeckung der Heimat der Unionsbürger«, *EuR* 2011, s. 550, på s. 555 og navnlig fodnote 29.

28 — Jf. herom forklaringen ad grundrettighedschartrets artikel 51, findes i EUT 2007 C 303, s. 32.

29 — Jf. f.eks. Domstolens dom af 25.3.2004, sag C-71/02, Karner, Sml. I, s. 3025, præmis 48 ff. og den deri nævnte retspraksis, dommen af 11.7.2002 i Carpenter-sagen, nævnt ovenfor i fodnote 19, præmis 40, og dom af 26.6.1997, sag C-368/95, Familiapress, Sml. I, s. 3689, præmis 24.

30 — Jf. om den brede forståelse af begrebet »begrænsning« eller »hindring« f.eks. Domstolens dom af 26.10.2006, sag C-192/05, Tas-Hagen og Tas, Sml. I, s. 10451, præmis 30 ff. og den deri nævnte retspraksis, og af 18.7.2006, sag C-406/04, De Cuyper, Sml. I, s. 6947, præmis 39. Jf. herom også punkt 69 i generaladvokat Bots forslag til afgørelse af 27.3.2012 i sag C-83/11, Rahman m.fl.

31 — Jf. herom Kommissionens skriftlige indlæg, s. 21 ff.

32 — Jf. herom Forbundsrepublikken Tysklands skriftlige indlæg, punkt 95 ff.

ii) Mulighed for en opholdsret i medfør af de grundlæggende rettigheder?

81. Det fremgår af ovenstående betragtninger, at grundrettighedschartret kan finde anvendelse som omhandlet i dets artikel 51, stk. 1, første punktum, såfremt nægtelsen af opholdsret er til hinder for datterens frie bevægelighed i henhold til artikel 21 TEUF og dermed berører gennemførelsen af EU-retten.

82. For så vidt angår de grundlæggende rettigheder er navnlig barnets ret til et regelmæssigt personligt forhold og direkte kontakt til begge forældre (artikel 24, stk. 3, i grundrettighedschartret) og respekten for familielivet (artikel 7 i grundrettighedschartret) relevant i det foreliggende tilfælde.

83. Spørgsmålet er, hvorvidt en nægtelse af opholdsret imidlertid udgør et indgreb i de grundlæggende rettigheder i så henseende, hvilket atter afhænger af omstændighederne i den konkrete sag, som skal vurderes af den forelæggende ret [33].

84. Hvis faderen nægtes ret til ophold i Tyskland, behøver det nemlig ikke nødvendigvis at have konsekvenser for hans muligheder for at have regelmæssig kontakt til sit barn, der bor i Østrig. Tværtimod må grundrettighedschartrets artikel 24, stk. 3, netop antages at sikre, at faderen, efter at hans barn har gjort brug af sin frie bevægelighed, også kan have samvær med barnet i Østrig.

85. Såfremt det i det konkrete tilfælde imidlertid viser sig, at nægtelsen af opholdsretten er forbundet med en hindring af muligheden for et regelmæssigt personligt forhold, kan det indebære et indgreb i de grundlæggende rettigheder, der skal bedømmes ud fra forholdsmæssigheden. I denne forbindelse skal der bl.a. tages hensyn til, om barnets far, der er tredjelandsstatsborger, rent faktisk udøver sin forældremyndighed og bestræber sig på at varetage sit forældreansvar.

86. I det foreliggende tilfælde kan der muligvis af artikel 24, stk. 3, sammenholdt med artikel 7 i grundrettighedschartret, udledes en opholdsret for tredjelandsstatsborgeren i medfør af de grundlæggende rettigheder som omhandlet i dommen i sagen Dereci m.fl. [34].

87. Der gøres i øvrigt opmærksom på, at en tilsvarende vurdering kan udledes af EMRK's artikel 8, der også finder anvendelse på forholdet mellem forældre og barn, når forældre og barn ikke længere til stadighed bor sammen i et familiefællesskab [35]. I henhold til artikel 52, stk. 3, i grundrettighedschartret har de rettigheder i chartret, som svarer til dem, der er sikret ved EMRK, samme betydning og omfang som i EMRK. I artikel 52, stk. 3, i grundrettighedschartret præciseres det imidlertid udtrykkeligt, at denne bestemmelse ikke er til hinder for, at EU-retten kan yde en mere omfattende beskyttelse [36].

c) Foreløbig konklusion

88. Som foreløbig konklusion må det derfor fastslås, at det af artikel 20 TEUF og 21 TEUF, i lyset af de i henhold til artikel 6, stk. 1 og 3, TEU garanterede grundlæggende rettigheder, og navnlig de grundlæggende rettigheder, der er sikret i grundrettighedschartrets artikel 7 og 24, kan følge, at en forælder, der er tredjelandsstatsborger, som har forældremyndighed over et barn, der er unionsborger, har ret til ophold i barnets (unionsborgerens) oprindelsesland, for at han kan opretholde et

33 — I denne retning også punkt 78 i generaladvokat Bots forslag til afgørelse i sagen Rahman m.fl., nævnt ovenfor i fodnote 30, der dog omhandler familiemedlemmernes ophold i samme medlemsstat.

34 — Jf. om den opholdsretlige relevans af den primære ret sammenholdt med grund- og menneskerettighederne også punkt 74 og 79 i generaladvokat Bots forslag til afgørelse i sagen Rahman m.fl., nævnt ovenfor i fodnote 30.

35 — Jf. herom U. Karpenstein og F.C. Mayer, *EMRK*, C.H. Beck, München, 2012, artikel 8, nr. 41-53 og den deri nævnte retspraksis, og C. Grabenwarter, *Europäische Menschenrechtskonvention*, 4. udg., C.H. Beck, München, 2009, § 22, punkt 16-19, samt generelt om rækkevidden af den i EMRK's artikel 8 sikrede ret, Menneskerettighedsdomstolens dom i sagen Ahmut mod Nederlandene af 28.11.1996, *Receuil des arrêts et décisions* 1996-VI, 2030, præmis 71, i sagen Gül mod Schweiz af 19.2.1996, *Receuil des arrêts et décisions* 1996-I, 174, præmis 38, og i sagen Sen mod Nederlandene af 21.12.2001, *Receuil des arrêts et décisions* 2001-I, præmis 31.

36 — Jf. mit forslag til afgørelse i sagen N.S. m.fl., nævnt ovenfor i fodnote 18, punkt 143 ff.

regelmæssigt og direkte personligt forhold til barnet, hvis dette under udøvelse af sin ret til fri bevægelighed flytter til en anden medlemsstat. Denne opholdsret er betinget af, at en nægtelse heraf vil have en restriktiv virkning, henset til barnets ret til fri bevægelighed, og i lyset af de førnævnte grundlæggende rettigheder må anses for et uforholdsmæssigt indgreb i disse rettigheder. Det tilkommer den forelæggende ret at efterprøve dette.

C – *Unionsretligt krav på at få udstedt et »opholdskort for familiemedlem til en unionsborger«*

89. Uafhængigt af spørgsmålet om, hvorvidt tredjelandsstatsborgeren, henset til de grundlæggende rettigheder, der skal respekteres, i sidste ende med hjemmel i den primære ret har ret til ophold i Tyskland, kan han ikke i henhold til EU-retten kræve at få udstedt et »opholdskort for familiemedlem til en unionsborger«.

90. Betingelserne for udstedelsen af dette kort er opregnet udtømmende i artikel 10 i direktiv 2004/38 og er specifikt udformet med henblik på den ret til ophold, som direktiv 2004/38 indrømmer tredjelandsstatsborgere. Navnlig kræves det, at der forevises bevis for registrering for den unionsborger, som tredjelandsstatsborgeren ledsager eller slutter sig til. Et sådant bevis vil sagsøgeren i hovedsagen ikke kunne forevise, da han netop ikke er fulgt med sin datter til Østrig.

91. Ligesom det er tilfældet med den materielretlige ret til ophold, må denne bestemmelse heller ikke anvendes uden for direktiv 2004/38's anvendelsesområde, og der foreligger derfor unionsretligt set ikke nogen ret til udstedelse af det nævnte opholdskort. Det tilkommer den forelæggende ret at vurdere, om den nationale lovgivning i givet fald derudover hjemler en udstedelse af det nævnte kort i ethvert tilfælde, hvor der foreligger en unionsretlig opholdsret, dvs. også uden for direktiv 2004/38's anvendelsesområde.

VI – Forslag til afgørelse

92. Ud fra det ovenstående foreslår jeg Domstolen at besvare de præjudicielle spørgsmål således:

»Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/38/EF af 29. april 2004 om unionsborgeres og deres familiemedlemmers ret til at færdes og opholde sig frit på medlemsstaternes område, om ændring af forordning (EØF) nr. 1612/68 og om ophævelse af direktiv 64/221/EØF, 68/360/EØF, 72/194/EØF, 73/148/EØF, 75/34/EØF, 75/35/EØF, 90/364/EØF, 90/365/EØF og 93/96/EØF indrømmer ikke en forælder, der er tredjelandsstatsborger, som har forældremyndighed over et barn, der er unionsborger, en ret til ophold i barnets (unionsborgerens) oprindelsesmedlemsstat, hvilket skal dokumenteres ved et opholdskort for familiemedlem til en unionsborger, for at han kan opretholde et regelmæssigt og direkte personligt forhold til barnet, hvis dette under udøvelse af sin ret til fri bevægelighed flytter til en anden medlemsstat.

Af artikel 20 TEUF og 21 TEUF i lyset af de i henhold til artikel 6, stk. 1 og 3, TEU garanterede grundlæggende rettigheder og navnlig de grundlæggende rettigheder, der er sikret i artikel 7 og 24 i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder, kan følge, at en forælder, der er tredjelandsstatsborger, som har forældremyndighed over et barn, der er unionsborger, har ret til ophold i barnets (unionsborgerens) oprindelsesmedlemsstat, for at han kan opretholde et regelmæssigt og direkte personligt forhold til barnet, hvis dette under udøvelse af sin ret til fri bevægelighed flytter til en anden medlemsstat. Denne opholdsret er betinget af, at en nægtelse heraf vil have en restriktiv virkning, henset til barnets ret til fri bevægelighed, og i lyset af de førnævnte grundlæggende rettigheder må anses for et uforholdsmæssigt indgreb i disse rettigheder. Det tilkommer den forelæggende ret at efterprøve dette.

Der foreligger ikke et unionsretligt krav på udstedelse af et opholdskort for familiemedlem til en unionsborger som dokumentation for denne opholdsret.«