

Dr. René Repasi

European Research Centre for Economic and Financial Governance
Erasmus Universität Rotterdam
Burgemeester Oudlaan 50
3000 DR Rotterdam
E-Mail: repasi@law.eur.nl

Deutscher Bundestag
Ausschuss für die Angelegenheiten der Europäischen
Union

Ausschussdrucksache 18(21)104
83. Sitzung, 24.04.2017

Stellungnahme zur Anhörung des Deutschen Bundestags, Ausschuss für die Angelegenheiten der Europäischen Union, am 24. April 2017

Die Rechte des Unionsbürgers, die vom EU-Recht verliehen werden, und ihre Sicherung nach dem Brexit

I. Verlust des Status des Unionsbürgers und der damit verbundenen Rechte

Nach Art. 50 Abs. 3 EUV finden die Verträge „auf den betroffenen Staat ab dem Tag des Inkrafttretens des Austrittsabkommens oder andernfalls zwei Jahre nach der in Absatz 2 genannten Mitteilung keine Anwendung mehr, es sei denn, der Europäische Rat beschließt im Einvernehmen mit dem betroffenen Mitgliedstaat einstimmig, diese Frist zu verlängern.“ Der Verweis auf die „Verträge“ erfasst das gesamte Unionsrecht. Somit verlieren britische Staatsangehörige im Hoheitsgebiet der EU27-Mitgliedstaaten mit dem Eintritt des „Brexit“ ihren Status als Unionsbürger und die Unionsbürger verlieren den Status als solchen in britischem Hoheitsgebiet.

Der Unionsbürgerstatus und die damit verbundenen Rechte werden vorliegend weit verstanden. Sie umfassen nicht nur die unmittelbaren Unionsbürgerrechte aus den Artikeln 20 bis 24 AEUV und der Unionsbürgerrichtlinie 2004/38/EG. Vielmehr sollen darunter diejenigen subjektiven Rechte verstanden werden, die einem Staatsangehörigen eines EU-Mitgliedstaates aufgrund EU-Rechts verliehen werden, m.a.W. deren Rechtserzeugungsquelle supranational ist. Diese Rechte stehen dem Unionsbürger bei Verlust dieses Status nämlich entweder unmittelbar (wenn es sich dabei um unmittelbar anwendbares EU-Primärrecht oder EU-Sekundärrecht (EU-Verordnungen) handelt) oder aufgrund künftiger Rechtsetzung des Staates, der aus dem EU ausgetreten ist, nicht mehr zur Verfügung.

Im Folgenden sollen zunächst die besonderen Rechte benannt werden, die den britischen Staatsangehörigen in EU27-Hoheitsgebiet und den Unionsbürgern in britischem Hoheitsgebiet bei Eintritt des Brexit verloren gehen (I.). Anschließend soll die Rechtslage skizziert werden, wie sie sich für britische Staatsangehörige nach dem Brexit als Drittstaatsangehörige in der EU27 darstellt (II.). Dies erlaubt erste Rückschlüsse dahingehend, wie sich die Rechtslage für britische Staatsangehörige im Hoheitsgebiet der EU27-Mitgliedstaaten im Vergleich zum gegenwärtigen Rechtszustand ändert wird, sofern keine Sonderregeln geschaffen werden. Anschließend sollen Wege aufgezeigt werden, wie die besonderen Rechte nach dem Brexit fortbestehen können (III.).

II. Besondere Rechte, die vom EU-Recht verliehen werden

Die folgende Aufzählung an besonderen Rechten, die einem EU-Staatsangehörigen aufgrund EU-Rechts verliehen werden, ist nicht abschließend, soll aber einen groben Überblick über diejenigen Rechte geben, die im Falle eines Brexit für britische Staatsangehörige im Hoheitsgebiet der EU27 und für Unionsbürger in britischem Hoheitsgebiet verloren gehen.

1. Freizügigkeits-/Zugangsrechte

Die bedeutsamsten subjektiven Rechte für die EU-Staatsangehörigen, die vom EU-Recht verliehen werden, sind die Freizügigkeits- und Zugangsrechte, die in den Grundfreiheiten verbürgt sind. Es handelt sich dabei

- für natürliche Personen um
 - die beschränkungsfreie Freizügigkeit zum Zwecke der Arbeitsaufnahme (Arbeitnehmerfreizügigkeit, Art. 45 AEUV),
 - die beschränkungsfreie Freizügigkeit zum Zwecke der Niederlassung als Selbstständiger (Niederlassungsfreiheit, Art. 49 AEUV),
 - die beschränkungsfreie Freizügigkeit zum Zwecke der Dienstleistungserbringung und des Dienstleistungsempfangs (Dienstleistungsfreiheit, Art. 56 AEUV),
 - die beschränkungsfreie Freizügigkeit im gesamten Unionsgebiet (Unionsbürgerfreizügigkeit, Art. 21 AEUV);
- für juristische Personen um
 - die beschränkungsfreie Freizügigkeit als juristische Person des Herkunftslandes zum Zwecke der (primären und sekundären) Niederlassung (Niederlassungsfreiheit).

Hierbei sind insbesondere die Fälle zu beachten, in denen eine Ltd. nach britischem Recht in Deutschland tätig ist. Derzeit werden diese Gesellschaften in Deutschland aufgrund der Niederlassungsfreiheit als Gesellschaften britisches Rechts anerkannt. Nach einem Austritt Großbritanniens werden diese Gesellschaften zu Drittstaatsgesellschaften, weshalb sie aufgrund der „Trabrennbahn“-Entscheidung des BGH¹ in Personenhandelsgesellschaften nach deutschem Gesellschaftsrecht (GbR, OHG) umgedeutet werden und damit die Haftungsbeschränkung fällt, so dass die Gesellschafter der Ltd. nach einem Brexit persönlich und vollumfänglich haften würden.

2. Unionsbürgerrechte

Dem Freizügigkeits- und Zugangsrecht nachgelagert ist die Frage nach dem Aufenthalt eines Unionsbürgers in einem anderen Mitgliedstaat als dem seiner Staatsangehörigkeit und den an die Unionsbürgerschaft unmittelbar anknüpfenden Rechte. Hierbei handelt es sich um:

- das Aufenthaltsrecht des Unionsbürgers
 - Beschränkungsfreies Aufenthaltsrechts bis zu 3 Monate (ohne Zugang zu Sozialleistungen): Art. 6 der RL 2004/38/EG

¹ BGHZ 178, 192.

- Bedingtes Aufenthaltsrecht zwischen 3 Monaten und 5 Jahren (mit ausreichenden Existenzmitteln für den Unionsbürger und seine Familienangehörigen sowie umfassenden Krankenversicherungsschutz): Art. 7 der RL 2004/38/EG
- das Daueraufenthaltsrecht des Unionsbürgers nach 5 Jahren ununterbrochenen rechtmäßigen Aufenthalt: Art. 16 der RL 2004/38/EG
 - Privilegierende Verkürzung des Mindestaufenthalts bei Personen, die aus dem Erwerbsleben ausgeschieden sind (Art. 17 der RL 2004/38/EG)
 - Aufenthaltsbeendigung nur bei „schwerwiegenden Gründen der öffentlichen Ordnung und Sicherheit“ (Art. 28 Abs. 2 der RL 2004/38/EG)
- das Recht auf Familienzusammenführung
 - Familienangehörige (Ehegatten, Lebenspartner, Kinder sowie Eltern und Großeltern, soweit ihnen vom Unionsbürger Unterhalt gewährt wird, ungeachtet der Staatsangehörigkeit) genießen die gleichen Aufenthaltsrechte wie der Unionsbürger
 - Aufrechterhaltung des Aufenthaltsrechts bei Tod oder Wegzug des Unionsbürgers sowie Scheidung, soweit Familienangehörige die sonstigen Voraussetzungen für ein Aufenthaltsrecht in ihrer Person erfüllen (Art. 12 und 13 der RL 2004/38/EG)
- das aktive und passive Wahlrecht bei Kommunal- und Europawahlen (Art. 20 Abs. 2 lit. b), 22 AEUV)
- das Recht auf diplomatischen und konsularischen Schutz aller EU-Mitgliedstaaten (Art. 20 Abs. 2 lit. c), 23 AEUV)

3. Diskriminierungsschutz

Die Inhaberschaft einer Staatsangehörigkeit eines EU-Mitgliedstaates führt im Unionsrecht zu einem umfassenden Schutz vor Diskriminierungen aus Gründen der Staatsangehörigkeit einem hieraus abgeleiteten Anspruch auf Gleichbehandlung mit Inländern. Dieser Diskriminierungsschutz ist weitreichend und führt beispielsweise zum diskriminierungsfreien **Zugang zu Leistungen der sozialen Sicherheit** (Art. 4 der VO (EG) 883/2004) und zu besonderen beitragsunabhängigen Leistungen (Art. 70 iVm Art. 4 der VO (EG) 883/2004, Art. 24 der RL 2004/38/EG).

Bemerkenswert wäre auch die Stellung von Wirtschaftsteilnehmern bei der **Vergabe öffentlicher Aufträge und Konzessionen** im Sinne der EU-Vergaberichtlinien. Der hierdurch gewährleistete Diskriminierungsschutz entfällt für britische Unternehmen in der EU27 und für EU27-Unternehmen in Großbritannien. Das wirft Fragen nach dem Fortbestand von abgeschlossenen Vergabeverfahren auf, wie bspw. nach den Voraussetzungen, unter denen vergebene öffentliche Aufträge ausgeführt und durch öffentliche Auftraggeber geändert werden, oder danach, wie zum Zeitpunkt des Brexit noch laufende Vergabeverfahren zu behandeln sind.

4. Gegenseitige Anerkennung

Ausfluss der Freizügigkeits-, Zugangs- und Gleichbehandlungsrechte von Unionsbürgern ist die gegenseitige Anerkennung von Dokumenten, die beim Brexit für die hiervon Betroffenen wegfällt.

Das betrifft insbesondere:

- **Berufsqualifikationen / Diplome / Berufserfahrung** (weitgehender Wegfall von Anerkennungsverfahren für EU-ausländische Berufsqualifikationen, RL 2005/36/EG, bei gleichzeitiger Möglichkeit besondere standesrechtliche Regeln für Inländer auch auf EU-Ausländer anzuwenden; Sonderregeln für Rechtsanwälte: RL 77/249/EWG und RL 98/5/EG)
- **Gerichtliche und außergerichtliche Entscheidungen** (Art. 81 Abs. 1 AEUV) (Verzicht auf das Exequaturverfahren)
 - Gerichtliche Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (VO (EU) 1215/2012)
 - Vollstreckungstitel (VO (EG) 805/2004)
 - Mahnentscheidungen (VO (EG) 1896/2006)
 - Entscheidungen in Bagatellverfahren (VO (EG) 861/2007)
 - Entscheidungen im Ehescheidungsrecht, Sorgerecht und Umgangsrecht (VO (EG) 2201/2003)
 - Entscheidungen im Unterhaltsrecht (VO (EG) 4/2009)
 - Entscheidungen in Insolvenzverfahren (VO (EU) 848/2015)
 - Öffentliche Urkunden (Wegfall der Legalisation) (VO (EU) 1191/2016)
- Rechtslagen
 - Rechtmäßig eingetragene **Namen** (EuGH, Rs. C-353/06, Grunkin-Paul; Rs. C-438/14, Bogen-dorff von Wolffersdorf) (auf Grundlage von Art. 21 Abs. 1 AEUV)
 - Rechtmäßig **eingetragene Gesellschaften** (EuGH, Rs. C-208/00, Überseering) (auf Grundlage von Art. 49 AEUV)
 - Rechtmäßig entstandene **Familienstatusverhältnisse** (auf Grundlage von Art. 21 Abs. 1 AEUV)

III. Rechtslage für britische Staatsangehörige nach dem Brexit

Nach einem Brexit bestimmt sich die Rechtslage für britische Staatsangehörige nach den Vorschriften für Drittstaatsangehörige, die im Folgenden skizzenhaft dargestellt werden sollen.

1. Zugang von Drittstaatsangehörigen in die EU27

Drittstaatsangehörige unterliegen bei der Einreise in das Schengengebiet grundsätzlich der Visumpflicht, sofern ihr Herkunftsstaat hiervon nicht befreit ist (Anhang II der VO (EG) Nr. 539/2001). Ein solches Visum erlaubt einen Aufenthalt von bis zu 90 Tagen innerhalb eines Zeitraums von 6 Monaten.

2. Freizügigkeitsrechte von Drittstaatsangehörigen

Innerhalb eines Zeitraums von 6 Monaten können Drittstaatsangehörige, die sich im Besitz eines Schengen-Visa befinden, bis zum 3 Monate frei innerhalb des Schengenraums bewegen (Art. 21 Abs. 1 SDÜ). Hinsichtlich der Freizügigkeitsrechte für längere Zeiträume als diejenigen, die durch das Schengen-Visum abgedeckt sind, bestehen Beschränkungen, die sich je nach Art und Grund des Aufenthaltstitels unterscheiden. **Keiner der Rechtsakte beinhaltet ein unbegrenztes Freizügigkeitsrecht** innerhalb des Schengenraums wie es Unionsbürgern zusteht.

Verfügt der Drittstaatsangehörige über ein Daueraufenthaltsrecht in einem Mitgliedstaat (s. unten unter 4.), hat er unionsweite Freizügigkeitsrechte.

3. Aufenthaltsrecht von Drittstaatsangehörigen

Das Aufenthaltsrecht von Drittstaatsangehörigen unterteilt sich in drei Zeiträume und unterscheidet sich nach dem Zweck des Aufenthalts.

- Aufenthalt bis zu 3 Monate (innerhalb eines Zeitraums von 6 Monaten) ohne Arbeitsaufnahme: Lediglich ein Schengen-Visum ist erforderlich (oder bei Befreiung dessen nur der Reisepass)
- Aufenthalt von 3 Monaten bis zu 5 Jahren: Die Einräumung eines Aufenthaltsrechts steht in Abhängigkeit von der tatsächlichen Ausübung bestimmter Tätigkeiten. Die Aufenthaltsrichtlinien für Drittstaatsangehörigen kennen kein allgemeines Aufenthaltsrecht.
 - Ausübung einer hochqualifizierten Beschäftigung: Richtlinie 2009/50/EG (Blue Card)
 - Beschäftigung als Saisonarbeitnehmer: Richtlinie 2014/36/EU
 - Beschäftigung aufgrund unternehmensinternen Transfers: Richtlinie 2014/66/EU
 - Aufenthalt zu Forschungs- oder Studienzwecken, zur Absolvierung eines Praktikums, zur Teilnahme an einem Freiwilligendienst, Schüleraustauschprogrammen oder Bildungsvorhaben und zur Ausübung einer Au-pair-Tätigkeit: Richtlinie (EU) 2016/801
 - Beachte hierbei dabei: Die Mitgliedstaaten regeln die quantitative Migration in alleiniger Kompetenz (Art. 79 Abs. 5 AEUV)
- Daueraufenthaltsrecht ab 5 Jahren: Richtlinie 2003/109/EG (siehe sogleich 4.)

4. Daueraufenthaltsrecht von Drittstaatsangehörigen

Bei einem rechtmäßigen Aufenthalt von ununterbrochenen 5 Jahren in einem Mitgliedstaat kann ein Drittstaatsangehöriger ein Daueraufenthaltsrecht nach der RL 2003/109/EG beantragen. Hierzu muss er über feste und regelmäßige Einkünfte, die ohne zusätzliche Inanspruchnahme von Sozialhilfeleistungen zur Tragung des Lebensunterhalts des Drittstaatsangehörigen und seiner Familienangehörigen ausreichen, und über eine Krankenversicherung verfügen (Art. 5). Zudem können die Mitgliedstaaten anders als bei Unionsbürgern „verlangen, dass Drittstaatsangehörige die Integrationsanforderungen gemäß dem nationalen Recht erfüllen“ (Art. 5 Abs. 2).

Der Drittstaatsangehörige verliert das Daueraufenthaltsrecht, wenn er sich länger als 12 Monate am Stück nicht mehr in der EU aufgehalten hat. Das Daueraufenthaltsrecht kann entzogen werden, wenn der Drittstaatsangehörige „eine gegenwärtige, hinreichend schwere Gefahr für die öffentliche Ordnung oder die öffentliche Sicherheit darstellt“ (Art. 12 Abs. 1). Mitgliedstaaten können allerdings vorsehen, dass ein Drittstaatsangehöriger das Daueraufenthaltsrecht auch dann verliert, „wenn er in Anbetracht der Schwere der von ihm begangenen Straftaten eine Bedrohung für die öffentliche Ordnung darstellt“, die nicht hinreichend schwer im Sinne der RL ist. Damit kann das Daueraufenthaltsrecht des Drittstaatsangehörigen unter deutlich geringeren Voraussetzungen entzogen werden als dasjenige des Unionsbürgers.

Unter bestimmten Voraussetzungen steht dem Drittstaatsangehörigen dann ein Aufenthaltsrecht in anderen EU-Mitgliedstaaten von länger als 3 Monaten zu (Art. 14) einschließlich der unionsweiten Freizügigkeit.

Die Gleichbehandlungsansprüche sind nicht vollumfassend, sondern auf bestimmte, wenn auch weit gefasste Gebiete verengt (Art. 11). Eine Berufung auf die primärrechtlichen Grundfreiheiten (außer der Waren- und Kapitalverkehrsfreiheit) steht ihnen nicht offen. Der Zugang zu Berufen, die gemäß den bestehenden nationalen oder unionsrechtlichen Vorschriften eigenen Staatsangehörigen und Unionsbürgern vorbehalten sind, kann verwehrt werden. Zudem können die Mitgliedstaaten die Gleichbehandlung bei Sozialhilfe und Sozialschutz auf die Kernleistungen beschränken (Art. 11 Abs. 4).

5. Familienzusammenführung

Die Familienzusammenführung von Drittstaatsangehörigen ist in RL 2003/86/EG geregelt. Familienangehörige sind der Ehegatte, die minderjährigen Kinder sowie volljährige Kinder und Eltern, wenn der Drittstaatsangehörige für ihren Unterhalt aufkommen kann und diese in ihrem Herkunftsland keinerlei sonstige familiäre Bindungen mehr haben. Der Antrag auf Familienzusammenführung kann aus „Gründen der öffentlichen Ordnung, der öffentlichen Sicherheit und der öffentlichen Gesundheit“ abgelehnt werden (Art. 6). Voraussetzungen sind der Nachweis ausreichenden Wohnraums, fester und regelmäßiger Einkünfte, die den Lebensunterhalt abdecken, und eine ausreichende Krankenversicherung (Art. 7). Die Mitgliedstaaten können verlangen, dass der Drittstaatsangehörige bereits über einen zweijährigen rechtmäßigen Aufenthalt verfügt (Art. 8). Das Aufenthaltsrecht kann aus „Gründen der öffentlichen Ordnung, der öffentlichen Sicherheit und der öffentlichen Gesundheit“ wieder entzogen werden, wobei die Art und die Schwere des Verstoßes im Einzelfall zu berücksichtigen ist (Art. 6 Abs. 2). Hieraus wird deutlich, dass das Recht auf Familienzusammenführung für einen Drittstaatsangehörigen deutlich enger gezogen ist als für Unionsbürger nach der RL 2004/38/EG (selbst wenn es sich bei den Familienangehörigen um Drittstaatsangehörige handelt).

Der Zugang zum Arbeitsmarkt kann für Familienangehörige bis zu 12 Monate von einer Arbeitsmarktprüfung abhängig gemacht werden (Art. 14 Abs. 2). Im Falle des Todes des Ehepartners, der Scheidung, der Trennung und des Todes von Verwandten ersten Grades in gerader aufsteigender oder absteigender Linie können Familienangehörigen eigenständige Aufenthaltsrechte bewilligt werden (Art. 15 Abs. 3).

IV. Schutz besonderer Rechte nach dem Inkrafttreten des Austritts Großbritanniens

Wie oben unter I. dargelegt, findet das gesamte Unionsrecht mit dem Inkrafttreten des Austrittsabkommens oder nach Ablauf der Zweijahresfrist nach Eingang der Mitteilung Großbritanniens, aus der EU auszutreten zu wollen, keine Anwendung mehr auf das Hoheitsgebiet Großbritanniens und auf die britischen Staatsangehörigen. Großbritannien wird damit zu einem Drittstaat und britische Unionsbürger werden zu Drittstaatsangehörigen im Hoheitsgebiet der EU27-Mitgliedstaaten und die Staatsangehörigen der EU27-Mitgliedstaaten werden zu Drittstaatsangehörigen im Sinne des britischen Rechts in britischem Territorium. Hieraus folgt, dass die unter II. aufgezählten besonderen Rechte, die vom EU-Recht verliehen werden, für die betroffenen Personengruppen verloren gehen, und sich die Rechtsstellung britischer Staatsangehöriger im Hoheitsgebiet der EU27-Mitgliedstaaten grundsätzlich nach dem Rechtsrahmen für Drittstaatsangehörige, der unter III. dargestellt wurde, richtet.

Die besonderen, vom Unionsrecht abgeleiteten Rechten können unter Durchbrechung der genannten Grundsätze auf die betroffenen Personengruppen anwendbar bleiben, wenn dies entweder durch höherrangiges (also völkerrechtliches) Recht verlangt wird (1.) oder der Fortbestand in unilateraler oder bilateraler Weise ausdrücklich angeordnet wird (2.).

1. Schutz besonderer Recht aus Gründen höherrangigen Rechts

Zunächst ist ein Blick auf die Frage zu werfen, ob besondere Rechte, die vom EU-Recht vor einem Brexit (oder zumindest vor der Austrittsmitteilung Großbritanniens) verliehen worden, nicht aus Gründen höherrangigen (völkerrechtlichen) Rechts fortbestehen können. Diese Betrachtung kann auch im Hinblick auf die Aushandlung eines Austrittsabkommens relevant sein, da hierdurch zum einen deutlich wird, wie groß die Gefahren von Rechtsverlusten sind im Falle eines Scheiterns der Austrittsverhandlungen, und zum anderen der Fortbestand von Rechten, die bereits durch höherrangiges Recht gewährleistet ist, in gleichem Maße Bestandteil eines Austrittsabkommens nach Art. 50 EUV werden kann.

Ausgangspunkt der folgenden Überlegungen ist die Feststellung, dass auf britischem Territorium das bisherige Unionsrecht in zeitlicher Hinsicht durch nationales Recht ersetzt und damit abgelöst wird, sowie dass auf dem Hoheitsgebiet der EU27-Mitgliedstaaten im Hinblick auf britische Staatsangehörige das bisherige Unionsbürgerrecht durch das Drittstaatsangehörigenrecht ersetzt und damit abgelöst wird. Besondere Rechte, die für britische Staatsangehörige in EU27-Territorium und für Unionsbürger in Großbritannien in der Zeit vor dem Brexit entstanden sind, unterliegen damit den Grundsätzen des intertemporalen Rechts (sogleich unter a)), das regelt, welche zeitlich anwendbare Rechtsordnung auf eine Rechtsfrage anzuwenden ist, wenn älteres und neueres Recht miteinander kollidieren.

a) Bestandsschutz nach den Grundsätzen des intertemporalen Rechts

Die Frage nach dem Schutz von Rechtspositionen, die unter einer zeitlich früheren Rechtsordnung entstanden sind und die aufgrund der Anwendung einer zeitlich späteren Rechtsordnung wieder untergehen, ist im Ausgangspunkt nach den Grundsätzen des intertemporalen Rechts zu beantworten. Da es sich mit dem Unionsrecht bei der Altrechtsordnung um eine völkervertragliche Rechtsordnung handelt, sind die intertemporalen Grundsätze im Völkerrecht zu suchen, das als Völkergewohnheitsrecht sowohl die EU und ihre Mitgliedstaaten als auch Großbritannien bindet.

Hierzu hat der Ständige Schiedshof in Den Haag in dem Schiedsspruch des Richters Max Huber im Fall „Island of Palmas“ im Jahr 1928 die folgenden Grundsätze aufgestellt:

“[A] juridical fact must be appreciated in the light of the law contemporary with it, and not of the law in force at the time when a dispute in regard to it arises or falls to be settled. [...] As regards the question which of different legal systems prevailing at successive periods is to be applied in a particular case (the so-called intertemporal law), a distinction must be made between the creation of rights and the existence of rights. The same principle which subjects the act creative of a right to the law in force at the time the right arises, demands that the existence of the right, in other words its continued manifestation, shall follow the conditions required by the evolution of law.”²

Hieraus ergeben sich die folgenden Rückschlüsse bezüglich des Umgangs mit Rechtslagen, die unter einer alten, inzwischen nicht mehr anwendbaren Rechtsordnung entstanden sind:

(1) Das neue Recht ist ab seinem Inkrafttreten auf die Rechtslage anzuwenden;

(2) Die Entstehung eines Rechts ist in Anwendung des zum Entstehungszeitpunkt zeitlich anwendbaren Rechts zu beurteilen, selbst wenn zum Beurteilungszeitpunkt eine andere Rechtsordnung zeitlich anwendbar ist (*lex temporis*);

² Max Huber in: PCA, *Island of Palmas Case* (Netherlands, United States), 2 Reports of Int'l Arb. Awards 831, 845.

(3) Der Fortbestand eines rechtmäßig entstandenen Rechts und die Rechtsfolgen aus der Nutzung des rechtmäßig entstandenen Rechts sind, soweit sie noch andauern, nach dem im Beurteilungszeitpunkt zeitlich anwendbaren Recht zu beurteilen (*lex praesens*);

Aus diesen Grundsätzen des intertemporalen Rechts lassen sich die folgenden Schlussfolgerungen ziehen im Hinblick auf den Brexit ziehen: Die Existenz besonderer Rechte, die aufgrund des Unionsrechts in der Vergangenheit rechtmäßig erworben wurden, können durch den Wegfall der Anwendbarkeit des Unionsrechts aufgrund des Brexit nicht infrage gestellt werden. Der Fortbestand dieser besonderen Rechte unterliegt jedoch für die Zukunft dem nach dem Brexit anwendbaren neuen Recht (in Großbritannien: dem nationalen britischen Recht; in der EU27: dem Drittstaatsangehörigenrecht). Verschlechterungen dieser Rechtspositionen sind von den Betroffenen hinzunehmen, sofern nicht auch der Fortbestand besonderen Schutz aus höherrangigem Recht erfährt. Der Fortbestand eines Rechts ist geschützt, wenn es sich dabei um „wohl erworbene Rechte“ (*vested rights, acquired rights*) handelt (b) oder wenn der Grundsatz des Vertrauensschutzes einen Fortbestand verlangt (c).

b) Schutz wohl erworbener Rechte (*vested rights, acquired rights*)

aa) Schutz wohl erworbener Rechte nach dem Wiener Vertragsrechtsabkommen (WVK)

Die Wiener Vertragsrechtskonvention (WVK) kodifiziert das Völkergewohnheitsrecht im Hinblick auf Abschluss, Wirkungen und die Auflösung von völkerrechtlichen Verträgen. In Abschnitt 5 der WVK zu den Folgen der Beendigung von Verträgen findet sich in Artikel 70 Abs. 1 die folgende Regel:

Sofern der Vertrag nichts anderes vorsieht oder die Vertragsparteien nichts anderes vereinbaren, hat die nach den Bestimmungen des Vertrags oder nach diesem Übereinkommen eingetretene Beendigung des Vertrags folgende Wirkungen: [...]

b) sie berührt nicht die vor Beendigung des Vertrags durch dessen Durchführung begründeten Rechte und Pflichten der Vertragsparteien und ihre dadurch geschaffene Rechtslage.

Hieraus ist vereinzelt geschlossen worden, dass Art. 70 Abs. 1 lit. b) WVK besondere Rechte, die dem Einzelnen aus dem Unionsrecht entstanden sind, schützt auch nach der Beendigung der EU-Mitgliedschaft Großbritanniens.³ Dies überzeugt jedoch nicht, da Art. 70 Abs. 1 lit. b) WVK auf die „Vertragsparteien“ verweist. Diese sind nach Art. 2 Abs. 1 lit. g) WVK die „Staaten“, die einem Vertrag zugestimmt haben. Nicht damit gemeint sind Staatsangehörige.⁴ Diese Ansicht wird bestätigt durch den Kommentar der „International Law Commission“, die den Entwurf der WVK verfasste, zu dem Entwurf des Art. 70 Abs. 1 lit. b):

*„[...] the Commission wished to make it clear that paragraph 1(b) relates **only** to the right, obligation or legal situation **of the States parties** to the treaties created through the execution, and **is not in any way concerned with the question of the “vested interests” of individuals.**“⁵*

Somit kann auf der Grundlage der WVK kein Schutz wohl erworbener Rechte abgeleitet werden, an den Großbritannien oder die EU27 und ihre Mitgliedstaaten gebunden sein könnten.

³ Siehe etwa: *The Leave Alliance*, Expats have nothing to fear from Brexit, 4. April 2016, <http://leavehq.com/blog-view.aspx?blogno=145>.

⁴ Vgl. Douglas-Scott, What Happens to ‘Acquired Rights’ in the Event of a Brexit?, U.K. Const. L. Blog, 16. Mai 2016, <https://ukconstitutionallaw.org/2016/05/16/sionaidh-douglas-scott-what-happens-to-acquired-rights-in-the-event-of-a-brexite/>; Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, 3. Aufl., Cambridge 2013, S. 266

⁵ *International Law Commission*, Draft Articles on the Law of Treaties with commentaries, Yearbook of the International Law Commission, 1966, Band II, S. 265, Kommentar Nr. 3 zu Artikel 66.

bb) Schutz wohl erworbener Rechte nach dem Völkergewohnheitsrecht

Im Völkergewohnheitsrecht, an das sowohl Großbritannien als auch die EU und ihre Mitgliedstaaten als Völkerrechtssubjekte gebunden sind, wurde der Grundsatz des Schutzes wohl erworbener Rechte in den 1920er Jahren vom Ständigen Internationalen Gerichtshof (StIGH) entwickelt. In seinem Urteil vom 25. Mai 1926 in dem Fall „Certain German Interests in Upper Silesia“, in dem es um polnische Enteignungen in dem Teil Oberschlesiens ging, der nach dem Ersten Weltkrieg Teil des polnischen Territorium wurde, erkannte der StIGH: „the principle of respect for vested rights [...] forms part of generally accepted international law.“⁶ Enteignungen sind hiernach Verletzungen von Rechtspositionen, auch wenn sie unter einer untergegangenen Rechtsordnung entstanden sind. Während demnach der Schutz wohl erworbener Rechte im Völkergewohnheitsrecht verankert ist, ist seine Tragweite unklar.⁷

Typischerweise sind hiervon **Eigentumsrechte** erfasst.⁸ Die geschützten Rechtspositionen müssen übertragbar und geldwert sein, so dass **politische Rechte** und die **Freizügigkeitsrecht aus dem Anwendungsbereich fallen**.⁹ Gleichbehandlungsrechte sind ebenso nicht erfasst, soweit sie nicht unmittelbar mit der Ausübung eines wohl erworbenen Rechts zusammenhängen. **Vertraglich begründete Rechte** wie **Konzessionen, Lizenzen oder Genehmigungen** können wohl erworbene Rechte sein.¹⁰ In gleichem Maße können solche besonderen Rechte als wohl erworben gelten, deren Inanspruchnahme in der Vergangenheit die Voraussetzungen für den Zugang zu einer beruflichen Tätigkeit waren. Hierunter fällt insbesondere die Anerkennung von **Berufsqualifikationen und Diplomen**, die in anderen EU-Mitgliedstaaten erlangt wurden.

Das Vermögen als solches ist nicht geschützt. So verneinte der StIGH im „Oscar Chinn“-Fall das Vorliegen eines wohl erworbenen Rechts bei dem Wegfall von Gewinnaussichten eines britischen Unternehmers aufgrund einer massiven staatlichen Unterstützung eines mit diesem Unternehmer im Wettbewerb stehenden belgischen Staatsunternehmens.¹¹

Hieraus folgt demnach, dass **Aufenthaltsrechte** für natürliche und juristische Personen, **nicht als wohl erworbene Rechte** klassifiziert werden können. In Ausübung dieser Rechte können zwar geschützte Eigentumsrechte erworben werden. Das Aufenthaltsrecht selbst ist aber weder geldwert noch kann es übertragen werden.

cc) Schutz wohl erworbener Rechte nach der EMRK (Kurić)

Besondere Beachtung findet die EMRK bei denjenigen besonderen Rechten, die nicht von der Definition der wohl erworbenen Rechte nach dem Völkergewohnheitsrecht erfasst sind. In diesem Zusammenhang sei schlicht erwähnt, dass die unter bb) aufgezählten wohl erworbenen Rechte wohl vom Eigentumsschutz nach Art. 1 des ersten Zusatzprotokolls zur EMRK geschützt sind.

Bei den über den Schutz von Eigentumsrechten oder eigentumsähnlichen Rechten als wohl erworbene Rechte hinausgehenden Schutz durch die EMRK geht es **insbesondere** um die **Aufenthaltsrechte von vormaligen Unionsbürgern**. Hierbei ist insbesondere das Recht auf Art. 8 EMRK zu beachten:

⁶ PCIJ Series A no 7, ICGJ 241 (PCIJ 1926), 25. Mai 1926, Rn. 132.

⁷ S. dazu im Detail *Lalive*, The Doctrine of Acquired Rights, in: Bender (Hrsg.), Rights and duties of private investors abroad - International and comparative law center, New York 1965, S. 145-200.

⁸ *Lalive*, The Doctrine of Acquired Rights, S. 183.

⁹ *O'Connell*, International Law, 2. Aufl. 1970, S. 378.

¹⁰ *Bindschedler*, La Protection de la Propriété privée en droit international public, Recueil des Cours 90 (1956), Band II, S. 179 ff., 217; *Lalive*, The Doctrine of Acquired Rights, S. 183.

¹¹ PCIJ Series A/B no 63, ICGJ 313 (PCIJ 1932), 12. Dezember 1934.

Art. 8 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.

Die Rechtssache „Kurić“ ist hierbei von besonderem Interesse.¹² Es ging in diesem Fall um den Wegfall des Aufenthaltsrechts von Personen nichtslowenischer Staatsangehörigkeit in Slowenien nach dessen Unabhängigkeitserklärung von Jugoslawien im Jahr 1991. Der Fall ist wegen einer Besonderheit des jugoslawischen Staatsangehörigkeitsrechts interessant. Dieses sah nämlich eine doppelte Staatsangehörigkeit vor: die jugoslawische Staatsangehörigkeit und diejenige einer der sechs Teilrepubliken. Mit der jugoslawischen Staatsangehörigkeiten können Personen, die anderen Teilrepubliken angehören, ein Daueraufenthaltsrecht in einer Teilrepublik erhalten. Mit der Unabhängigkeit Sloweniens verloren (stark verkürzt) grundsätzlich all diejenigen jugoslawischen Staatsangehörigen ihr vorheriges Daueraufenthaltsrecht in Slowenien, die nicht slowenische Staatsangehörige wurden. Hiergegen wandten sich die Betroffenen vor dem EGMR. Dieser urteilte, dass der Wegfall des Daueraufenthaltsrechts aufgrund des Wegfalls der jugoslawischen Staatsangehörigkeit als Aufenthaltsgrund gegen Art. 8 Abs. 1 EMRK verstößt. Bei der Beendigung des Daueraufenthaltsrechts muss der eingreifende Konventionsstaat die „Gesamtheit der sozialen Bindungen zwischen den niedergelassenen Migranten und der Gemeinschaft, in der sie leben“ berücksichtigen, da diese einen Teil des Konzepts des Privatlebens im Sinne des Art. 8 Abs. 1 EMRK ausmacht.¹³

Aus diesem Urteil lässt sich der Grundsatz ziehen, dass **ein rechtmäßig erworbenes Daueraufenthaltsrecht nicht aufgrund einer Änderung des Rechtsstatus des Heimatlandes wegfallen darf**.¹⁴ Angewandt auf den Brexit bedeutet dies, dass Aufenthaltsrechte von britischen Staatsangehörigen im Gebiet der EU27-Mitgliedstaaten sowie von Unionsbürgern in britischem Hoheitsgebiet von Art. 8 Abs. 1 EMRK geschützt sind und grundsätzlich nicht wegfallen. Offen ist dabei aber, ob auch das einfache Aufenthaltsrecht unterhalb des Daueraufenthaltsrechts darunter fällt. Dadurch dass der EGMR selbst auf die soziale Integration in der aufnehmenden Gesellschaft abstellt, die ihrerseits die Fünfjahresfrist in den Daueraufenthaltsrichtlinien begründet, sprechen die besseren Gründe wohl dafür, dass das „Kurić“-Urteil nur auf das Daueraufenthaltsrecht anwendbar ist.

c) Schutz besonderer Rechte aufgrund des Grundsatzes des Vertrauensschutzes

Die nicht als wohl erworbene Rechte gemäß dem Völkergewohnheitsrecht und gemäß der EMRK geschützten besonderen Rechte könnten noch aufgrund des Grundsatzes des Vertrauensschutzes fortbestehen. Dabei ist allerdings darauf hinzuweisen, dass für die EU-Mitgliedstaaten dieser Grundsatz zwar dem Unionsrecht entnommen werden kann,¹⁵ für Großbritannien müsste dieser Schutz jedoch im britischen Verfassungsrecht zu suchen sein.

¹² EGMR 26.6.2012 – 26828/06 (GK), Slg 12-IV – *Kurić /Slowenien*.

¹³ EGMR, 13.7.2010 - 26828/06 – *Kurić /Slowenien*, Rn. 352.

¹⁴ Vgl. *Vidmar*, The Scottish Independence Referendum in an International Context, in: Canadian Yearbook of International Law 51 (2013), S. 28.

¹⁵ EuGH, Rs. 1/73, *Westzucker*, Slg. 1973, 723 Rn. 6.

Von seiner Struktur ist der Grundsatz des Vertrauensschutzes verlangt eine Abwägung zwischen dem schutzwürdigen Vertrauen des Einzelnen in den Fortbestand seiner Rechtsposition und den öffentlichen Belangen in den Eingriff in diese Rechtsposition. Mit Blick auf den Brexit kann hierzu auf abstrakter Ebene festgestellt werden, dass jedenfalls ab dem 29. März 2017 mit dem Einreichen des Austrittsantrags Großbritanniens bei der EU kein schutzwürdiges Interesse am Fortbestand der europäischen Rechtsordnung für die betroffenen Personen entstehen kann. Für den Zeitraum zuvor ist zu beachten, dass der Wechsel der anwendbaren Rechtsordnung aufgrund eines Austritts Großbritanniens aus der EU aufgrund einer Volksabstimmung und anschließendem Mehrheitsbeschluss des britischen Parlaments erfolgte, so dass die Hürden für die Interessenabwägung zu Gunsten der öffentlichen Interessen Großbritanniens recht hoch gesetzt sind.

Damit dürften mit Ausnahme besonderer Einzelfälle kaum besondere Rechte, die einem Einzelnen aufgrund des Unionsrechts verliehen wurden und die nicht als wohl erworbene Rechte im Sinne des Völkerergewohnheitsrechts und/oder der EMRK zu klassifizieren sind, aufgrund des Grundsatzes des Vertrauensschutz nach dem Brexit fortbestehen.

d) Zusammenfassung

Ohne ausdrückliche Regelung können die folgenden besonderen Rechte, die Einzelnen aufgrund des Unionsrechts verliehen wurden, auch nach einem Brexit fortbestehen:

- Eigentumsrechte
- Vertraglich begründete Rechte, insb. Vergabe von öffentlichen Aufträgen und Konzession nach dem EU-Vergaberecht
- Anerkennung EU-ausländischer Berufsqualifikationen, die vor dem Brexit erworben wurden
- Daueraufenthaltsrechte (unter Art. 8 Abs. 1 EMRK)
- Familienstatusverhältnisse (unter Art. 8 Abs. 1 EMRK)

2. Schutz besonderer Rechte aufgrund ausdrücklicher Regelung

Die geringe Reichweite der völkerrechtlich geschützten wohl erworbenen Rechte im Hinblick auf die besonderen Recht, die Einzelnen aufgrund des Unionsrechts verliehen wurden, lassen den Blick auf Lösungen *de lege feranda* schweifen. Hierbei sind bilaterale Lösungen, insbesondere im Rahmen eines Austrittsabkommens nach Art. 50 EUV, (a) und unilaterale Lösungen (b) zu unterscheiden.

a) Schutz besonderer Rechte in einem Austrittsabkommen nach Art. 50 EUV

Das Austrittsabkommen nach Art. 50 EUV beinhaltet „die Einzelheiten des Austritts [...] , wobei der Rahmen für die künftigen Beziehungen dieses Staates zur Union berücksichtigt wird“ (Art. 50 Abs. 2 EUV). Damit gibt der Wortlaut von Art. 50 EUV nur wenig über die möglichen Regelungsgegenstände eines Austrittsabkommens und seine Grenzen her.¹⁶ Beachtet werden muss, dass das Austrittsabkommen auf Seiten der Union mit qualifizierter Mehrheit im Rat nach Zustimmung des Europäischen Parlaments beschlossen wird, ohne dass die Mitgliedstaaten nach ihren verfassungsrechtlichen Vorgaben das Abkommen ratifizieren müssen.

Damit wird zweierlei deutlich: Zum einen darf das Austrittsabkommen nicht in den Kompetenzbereich der Mitgliedstaaten eingreifen. Zum anderen darf es substantiell nichts beinhalten, was andere Beschlussverfahren in den EU-Verträgen nach sich zieht. Damit darf das Austrittsabkommen Sekundärrecht, das im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren zustande gekommen ist, nicht modifizieren und es

¹⁶ Vgl. Calliess, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEU, Art. 50 EUV Rn. 7.

darf das Primärrecht nicht ändern, da andernfalls die Verfahren in Art. 48 EUV unterlaufen werden.¹⁷ Das zieht den möglichen Anwendungsbereich des Austrittsabkommens eng.

Unproblematisch erfasst sind Fälle wohl erworbener Rechte, wie sie oben in Kapitel IV.1 dargelegt wurden. In diesen Fällen wurde ein Recht in der Vergangenheit erworben und der Erwerb wurde in der Vergangenheit abgeschlossen. Die Anordnung des Fortbestands dieser Altfälle ist vom bestehenden Primär- und Sekundärrecht nicht erfasst und kann damit nach Art. 50 EUV geregelt werden. Dies betrifft insbesondere die folgenden Fallgruppen:

- Daueraufenthaltsrecht für britische Staatsangehörige, das nach den Voraussetzungen der RL 2004/38/EG bereits erworben wurde
- Anerkennung von Arbeitsgenehmigungen, die im Zusammenhang mit der Ausübung der Arbeitnehmerfreizügigkeit nach Art. 45 AEUV stehen
- Familienzusammenführung, die zum Zeitpunkt des Brexit abgeschlossen wurde
- Anerkennung juristischer Personen, die in britischen Registern zum Zeitpunkt des Brexit eingetragen sind
- Anerkennung von Familienstatusverhältnissen, die vor dem Brexit eingegangen worden sind (einschließlich Namensänderungen nach britischem Recht)
- Vergabeverfahren, die zum Zeitpunkt des Brexit abgeschlossen bzw. am Laufen sind
- Anerkennung von Berufsqualifikationen, die vor dem Brexit erlangt wurden
- Anerkennung von Gerichts- und Behördenentscheidungen, die vor dem Brexit getroffen wurden

Insoweit als dass zu Gunsten britischer Staatsangehöriger auch für die Zukunft im Rahmen des Rechts über die Rechtsstellung von Drittstaatsangehörigen Sonderregeln getroffen werden sollen, für die bislang EU-Sekundärrecht besteht, muss das entsprechende Sekundärrecht im Wege des ordentlichen Gesetzgebungsverfahrens unilateral geändert werden.

Im Hinblick auf die bilaterale Regelung des über wohl erworbene Rechte hinausgehenden Fortbestands besonderer Rechte, die dem Einzelnen vom Unionsrecht verliehen werden, ist dabei folgendes zu beachten: Die Rechtsfolge des Austritts Großbritanniens ist der Verlust der EU-Mitgliedschaft und damit die Zurückstufung des Staates in den Rang eines Drittstaates und seiner Staatsangehörigen in den Rang von Drittstaatsangehörigen. Damit befindet sich Großbritannien im Anwendungsbereich des EU-Primär- und Sekundärrechts, das die Rechtsverhältnisse von Drittstaaten und Drittstaatsangehörigen regelt. Eine Privilegierung der britischen Staatsangehörigen gegenüber anderen Drittstaatsangehörigen, ohne dass das entsprechend anwendbare Unionsrecht im Einklang mit den hierzu erforderlichen Gesetzgebungsverfahren modifiziert wird, erscheint vor diesem Hintergrund nicht möglich. Das betrifft die folgenden Regelungen:

EU-Primärrecht

- Das aktive und passive Wahlrecht von Unionsbürgern bei Kommunal- und Europawahlen (Art. 20 Abs. 2 lit. b) AEUV)

¹⁷ Denkbar wäre natürlich, soweit sich die Regelungsgegenstände in dem Abkommen nach Art. 50 EUV auf den Dritten Teil des AEUV beziehen, das Abkommen nach Art. 50 EUV mit einem vereinfachten Vertragsänderungsverfahren nach Art. 48 Abs. 6 EUV zu verbinden. Dieses verlangt aber die Einstimmigkeit im Europäischen Rat und die Zustimmung der Mitgliedstaaten im Einklang mit ihren jeweiligen verfassungsrechtlichen Vorschriften.

- Das Recht auf diplomatischen und konsularischen Schutz (Art. 20 Abs. 2 lit. c) AEUV)

EU-Sekundärrecht

- Daueraufenthaltsrecht für Drittstaatsangehörige nach der RL 2003/109/EG

[Dies ist besonders relevant für britische Staatsangehörige, die bislang über ein Aufenthaltsrecht nach der RL 2004/38/EG verfügen, ohne zum Zeitpunkt eines Brexit bereits die Voraussetzungen für ein Daueraufenthaltsrecht nach Art. 16 der RL 2004/38/EG erfüllt zu haben.]

- Anerkennung nach dem Brexit noch abzulegender Berufsqualifikationen aus Großbritannien
- Arbeitsgenehmigungen für Drittstaatsangehörige bezüglich:
 - hochqualifizierten Beschäftigung (Richtlinie 2009/50/EG)
 - Beschäftigung als Saisonarbeitnehmer (Richtlinie 2014/36/EU)
 - unternehmensinterne Transfers (Richtlinie 2014/66/EU)
 - Forschungs- oder Studienzwecken, der Absolvierung eines Praktikums, der Teilnahme an einem Freiwilligendienst, Schüleraustauschprogrammen oder Bildungsvorhaben und der Ausübung einer Au-pair-Tätigkeit (Richtlinie (EU) 2016/801)

b) Schutz besonderer Rechte in einem unilateralen EU-Rechtsakt

Die oben genannten Punkte, soweit sie nicht das Primärrecht betreffen, können auch, sofern die EU ihre Regelung für politisch notwendig hält, in einem unilateralen EU-Rechtsakt geregelt werden. Soweit Sonderregelungen für britische Staatsangehörigen für die Zukunft eingeführt werden sollen, kann dies nur durch eine Modifikation des Sekundärrechts entsprechend der einschlägigen Gesetzgebungsverfahren erfolgen. Soweit es sich um Altfälle handelt, die auch von einem Abkommen nach Art. 50 EUV geregelt werden könnten, erscheint ein Tätigwerden auf Grundlage von Art. 352 Abs. 1 AEUV möglich.