

RECHTSGUTACHTEN

im Auftrag der
Volkshilfe Oberösterreich
und
migrare – Zentrum für MigrantInnen OÖ

Ist die Schlechterstellung von Angehörigen von Österreichern im Vergleich zu Angehörigen von „EWR-Bürgern, die ihr Recht auf Freizügigkeit in Anspruch nehmen“, wie sie im FPG, NAG und im AuslBG anzutreffen ist, aus verfassungsrechtlicher Sicht zulässig?

erstattet von:

Ao. Univ.-Prof. Dr. Rudolf Feik
Univ.-Ass Dr. Metin Akyürek

Fachbereich Öffentliches Recht
Universität Salzburg
Kapitelgasse 5
5020 Salzburg

Salzburg, 5. Mai 2006

INHALTSÜBERSICHT

I. Die Fragestellung	3
II. Das Unterscheidungskriterium „Recht auf Freizügigkeit“	5
A. Die Entstehungsgeschichte	7
B. Der offene Wortlaut	11
C. Die Absicht des Gesetzgebers	13
D. Systematische Erwägungen	20
III. Das Unterscheidungskriterium „begleiten oder nachziehen“	23
IV. Schlussfolgerung	26
V. Ergebnis	30
VI. ANHANG	32
A. Die maßgeblichen Bestimmungen	32
1. Im Fremdenpolizeigesetz (FPG)	32
2. Im Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz	34
3. Im Ausländerbeschäftigungsgesetz (AuslBG)	37

I. Die Fragestellung

Der Gesetzgeber nahm die Umsetzungspflicht einer Reihe von Richtlinien der Europäischen Gemeinschaft zum Anlass, eine Neustrukturierung des Niederlassungs- und Aufenthaltswesens bzw der Ausländerbeschäftigung herbeizuführen. So sind zeitgleich – nämlich am 1. Jänner 2006 – das Fremdenrechtspaket 2005¹ und eine Änderung des Ausländerbeschäftigungsgesetzes² in Kraft getreten, wodurch insbesondere die Umsetzung folgender Richtlinien in nationales Recht bewerkstelligt wurde:

- der Familienzusammenführungsrichtlinie³,
- der Richtlinie betreffend die Rechtstellung der langfristig aufenthaltsberechtigten Drittstaatsangehörigen⁴ und
- der Unionsbürgerrichtlinie.⁵

Von besonderer Bedeutung für das vorliegende Problem ist die Umsetzung der letztgenannten Unionsbürgerrichtlinie. Diese verleiht jedem Unionsbürger und seinen Familienangehörigen – ungeachtet ihrer Staatsangehörigkeit – einerseits das Recht der Einreise und des Aufenthalts im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten (vgl Art 5 ff der RL). Andererseits sind die Familienangehörigen eines Unionsbürgers, die das Recht auf Aufenthalt oder das Recht auf Daueraufenthalt in einem Mitgliedstaat genießen, ungeachtet ihrer Staatsangehörigkeit berechtigt, dort eine Erwerbstätigkeit als Arbeitnehmer oder Selbstständige aufzunehmen (Art 23 der RL).⁶ Diese – unmittelbar aus dem Gemeinschaftsrecht fließenden – Ansprüche der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen hat der Gesetzgeber nach Maßgabe der RL

¹ BGBl I 100/2005.

² BGBl I 101/2005.

³ Richtlinie 2003/86/EG des Rates vom 22. September 2003 betreffend das Recht auf Familienzusammenführung, ABl 2003 L 251/12 (Umsetzungsfrist bis 3. Oktober 2005).

⁴ Richtlinie 2003/109/EG des Rates vom 25. November 2003, ABl 2003 L 16/44 (Umsetzungsfrist bis 23. Jänner 2006).

⁵ Richtlinie 2004/38/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, zur Änderung der Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 und zur Aufhebung der Richtlinien 64/221/EWG, 68/360/EWG, 72/194/EWG, 73/148/EWG, 75/34/EWG, 75/35/EWG, 90/364/EWG, 90/365/EWG und 93/96/EWG, ABl 2004 L 158/77 (Umsetzungsfrist bis 30. April 2006).

⁶ Näheres im Abschnitt C.

im Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz (NAG), im Fremdenpolizeigesetz (FPG) und im Ausländerbeschäftigungsgesetz (AuslBG) umgesetzt.

Im Unterschied zur alten Rechtslage, die Angehörige von Österreichern und sonstigen EWR-Bürgern hinsichtlich des Aufenthalts und des Zugangs zur Beschäftigung gleichgestellt hat,⁷ differenzieren jedoch die neuen Regelungen des FPG, NAG und des AuslBG danach, ob die Bezugsperson des betroffenen Drittstaatsangehörigen in Österreich „ihr Recht auf Freizügigkeit in Anspruch genommen hat“ und somit als „freizügigkeitsberechtigt“ gilt. Anders formuliert räumen die nationalen Bestimmungen jenen Drittstaatsangehörigen eine bessere Stellung ein, die Familienangehörige eines EWR-Bürgers oder Österreichers sind, die von ihrem gemeinschaftsrechtlichen Recht auf Freizügigkeit Gebrauch gemacht haben.⁸

Wenngleich das Gesetz für die Bestimmung der Rechte der Angehörigen nicht an der Staatsbürgerschaft der Ankerperson anknüpft, wie es im FrG 1997 noch der Fall war, sondern auf das Vorliegen eines Freizügigkeitssachverhaltes abstellt, so ergibt eine Betrachtung auf dem Boden der Tatsachen, dass das begünstigende Tatbestandselement der „Inanspruchnahme des Freizügigkeitsrechts“ im Falle von Angehörigen von Österreichern nahezu nie, hingegen bei Angehörigen von sonstigen EWR-Bürgern fast immer vorliegen wird.⁹ Im Effekt führt diese Differenzierung anhand der Inanspruchnahme der Freizügigkeit daher zu einer Schlechterstellung von Angehörigen von Österreichern gegenüber Angehörigen von sonstigen EWR-Bürgern.

⁷ Beispielsweise waren nach § 1 Abs 2 lit 1 AuslBG vom Anwendungsbereich dieses Gesetzes ausgenommen: „EWR-Bürger, drittstaatsangehörige Ehegatten eines österreichischen Staatsbürgers oder eines anderen EWR-Bürgers sowie drittstaatsangehörige Kinder eines österreichischen Staatsbürgers oder eines anderen EWR-Bürgers (einschließlich Adoptiv- und Stiefkinder), die noch nicht 21 Jahre alt sind oder denen der österreichische Staatsbürger bzw. der EWR-Bürger Unterhalt gewährt, sofern der Ehegatte bzw das Kind zum Aufenthalt im Bundesgebiet berechtigt sind.“ (Hervorhebungen nicht im Original).

⁸ Vgl § 57 NAG, welcher lautet: „Die Bestimmungen der §§ 51 bis 56 finden auch auf Schweizer Bürger, die ihr Recht auf Freizügigkeit in Anspruch genommen haben, und deren Angehörige sowie auf Angehörige von Österreichern, sofern diese ihr Recht auf Freizügigkeit in Anspruch genommen haben, Anwendung.“

⁹ Dies wird im Übrigen auch in den Mat eingeräumt, wonach derjenige, dem „das Recht auf Freizügigkeit nicht zukommt ... in den meisten Fällen ein Österreicher sein [wird]“. Vgl RV 952 BlgNR 22. GP 139 f (im Folgenden RV).

Im Folgenden wird der Frage nachgegangen, ob diese Ungleichbehandlung vor dem Hintergrund gemeinschafts- und verfassungsrechtlicher Vorgaben und der dazu ergangenen Judikatur zulässig ist.

II. Das Unterscheidungskriterium „Recht auf Freizügigkeit“

Tatbestandselement für die Rechtsstellung von drittstaatsangehörigen Familienangehörigen eines Österreicher oder sonstigen EWR-Bürgers bzw Schweizer Bürgers ist nach der Konzeption des österreichischen Fremden- und Ausländerbeschäftigungsrechts die Inanspruchnahme des **„Rechts auf Freizügigkeit“** seitens der mit diesem Fremden verwandten Ankerperson. Daneben verwendet der Gesetzgeber zur Unterscheidung der privilegierten Angehörigen von den sonstigen den Begriff des **„freizügigkeitsberechtigten EWR-Bürgers“**,¹⁰ meint aber – wie gleich zu zeigen sein wird – dasselbe. Das „Recht auf Freizügigkeit“ wird in § 2 Abs 1 Z 14 NAG und § 2 Abs 4 Z 15 FPG legaldefiniert als „das gemeinschaftsrechtliche Recht eines EWR-Bürgers, sich in Österreich niederzulassen“.

Damit knüpft der Gesetzgeber an einen **Tatbestand des Gemeinschaftsrechts** an und verweist bei der Umschreibung des Tatbestands auf den gemeinschaftsrechtlichen Begriffsinhalt. Dies ist zwar insoweit konsequent und nachvollziehbar, als es sich beim Freizügigkeitsbegriff um ein Phänomen des Gemeinschaftsrechts und nicht des nationalen Rechts handelt und die Aufnahme dieses Begriffes in das nationale Recht anlässlich der Umsetzung von Richtlinien der Europäischen Gemeinschaft erfolgt ist. Der Gesetzgeber bedient sich somit einer Rechtssetzungstechnik, die er selbst als „Verweis“ bezeichnet. So bildet den Materialien zufolge „§ 2 Abs 1 Z 14 NAG das gemeinschaftsrechtlich garantierte Recht auf Freizügigkeit von Unionsbürgern bzw EWR-Bürgern durch einen Verweis auf den gemeinschaftsrechtlichen Besitzstand ab“ und „die Aufnahme dieses Begriffes in diesem Bundesgesetz ist durch die Umsetzung der Richtlinie 2004/38/EG über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufhalten zu können, ...bedingt.“¹¹

Der Verfassungsgerichtshof unterscheidet in seiner Rechtsprechung „Verweisungen“ von „Anknüpfungen“, wobei diese Begrifflichkeiten nicht immer trennscharf voneinander

¹⁰ Vgl etwa § 1 Abs 1 lit 1 AuslBG oder die Überschrift des 10. Hauptstücks des FPG.

¹¹ Vgl RV 115.

abgegrenzt werden können.¹² Von Bedeutung ist diese Unterscheidung aber insofern, als für Verweisungen auf das Gemeinschaftsrecht die von ihm entwickelten Grundsätze für Verweisungen im innerstaatlichen Recht heranzuziehen sind, während für Anknüpfungen diese strengen Bestimmtheitserfordernisse nicht in gleichem Maße gelten. Die Aussagen des Gerichtshofes sind jedoch nicht dahin zu verstehen, dass Art 18 B-VG für Anknüpfungen ein Mindestmaß an Bestimmtheit und Verständlichkeit nicht voraussetzt. Vielmehr muss das Anknüpfungsobjekt klar und deutlich aus der anknüpfenden Regelung hervorgehen. Selbst wenn die vom Gesetzgeber als „Verweis“ bezeichnete Bezugnahme auf ein gemeinschaftsrechtliches Tatbestandsmerkmal – nämlich das Freizügigkeitsrecht – sich bei näherer Betrachtung als „Tatbestandsanknüpfung“ erweist, gilt auch hier für die Verfassungsmäßigkeit der Regelung, dass der Gesetzgeber einerseits der Verwaltung hinreichend klare Grundlagen für ihre Vollzugstätigkeit gegeben und andererseits die gesetzliche Regelung so beschaffen sein muss, dass ein darauf basierender Vollzugsakt auf seine Rechtmäßigkeit hin geprüft werden kann.

Schon auf den ersten Blick stellen allerdings die gesetzlichen Bestimmungen den Rechtsanwender vor die Schwierigkeit, den dahinter stehenden normativen Sinn exakt abzugrenzen, kennt doch das Gemeinschaftsrecht mehrere Möglichkeiten für Unionsbürger, sich in einem anderen Mitgliedsstaat aus welchen Gründen auch immer „niederzulassen“ und sind doch grundsätzlich alle Unionsbürger „freizügigkeitsberechtigt“.¹³

Diesbezüglich ist man auf die Interpretation angewiesen, die auf Grundlage herkömmlicher Mittel insbesondere im Lichte der Judikatur des EuGH zu geschehen hat, handelt es sich doch um einen gemeinschaftsrechtlich geprägten Begriff, dessen Inhalt sich aus der autonomen Auslegung des Gerichtshofes ergibt. Gleichwohl ist zu betonen, dass für die Ermittlung des normativen Gehalts dieser Definition nur der Wille des Gesetzgebers der hier in Frage stehenden Norm maßgeblich ist, der nicht unbedingt mit dem gemeinschaftsrechtlichen Begriffsverständnis, für dessen Auslegung eben der EuGH gem Art 220 EG zuständig ist, deckungsgleich sein muss.

¹² Vgl zur Unterscheidung insb VfSlg 16.999/2003 und VfGH 4.3.2005, B 249/04; vgl zur Unmöglichkeit einer scharfen Grenzziehung *Öhlinger*, *Verfassungsrecht*⁶ (2005) Rz 86 und *Mayer* (Hrsg), *Fachwörterbuch zum öffentlichen Recht* (2003) 520.

¹³ Vgl dazu die Kritik von *Peyrl*, *Die Änderungen beim Zugang zu Beschäftigung für Nicht-EU-Bürger nach dem Fremdenrechtspaket 2005*, DRdA 2005, 558 (559).

A. Die Entstehungsgeschichte

Der Gesetzgeber des FrG 1997 hat auf die Judikatur des VfGH zum FrG 1992 reagiert und eine grundsätzliche Gleichstellung von Angehörigen von Österreichern mit Angehörigen von sonstigen EWR-Bürgern vorgenommen. Anlass war insbesondere ein Erkenntnis des VfGH, in dem der Gerichtshof eine Auslegung des damaligen § 29 FrG 1992 als verfassungswidrige Schlechterstellung österreichischer Staatsbürger gegenüber ausländischen Staatsangehörigen wertete, wonach dieser Bestimmung eine Ungleichbehandlung durch die Einräumung der Niederlassungsfreiheit ausschließlich für Angehörige von (nicht-österreichischen) EWR-Bürgern zugrunde gelegen wäre. In diesem Erk hat der Gerichtshof ausdrücklich festgehalten: „Dies bedeutet offenkundig eine Schlechterstellung österreichischer Staatsbürger gegenüber (in § 28 Abs1 FrG ‚definierten‘) Staatsangehörigen von Mitgliedstaaten des EWR mit Ausnahme Österreichs.

Für eine solche Schlechterstellung österreichischer Staatsbürger gegenüber ausländischen Staatsangehörigen läßt sich im konkreten Zusammenhang aber keinerlei sachliche Rechtfertigung finden (vgl. VfSlg. 13084/1992 mwH; s. auch den Prüfungsbeschluß des VfGH vom 27. Februar 1997, B 3881/95). Vor allem wäre eine derart unterschiedliche Behandlung diskriminatorisch im Sinne des Art 14 iVm. Art 8 EMRK, da eine ‚objektive und vernünftige Rechtfertigung‘ dafür nicht ersichtlich ist, weil sie offenkundig kein legitimes Ziel verfolgt“.¹⁴

Ohne ausdrücklich darauf Bezug zu nehmen, hat der Gerichtshof in VfSlg 14.863/1997 die Schlechterstellung von Familienangehörigen von Österreichern am Maßstab des Gleichheitssatzes nach Art 7 B-VG – gleichsam als eine mittelbare Diskriminierung des Inländers – auf ihre sachliche Rechtfertigung hin geprüft. Im Ergebnis hat er festgestellt, dass

¹⁴ VfSlg 14.863/1997. § 29 FrG 1992 hatte folgenden Wortlaut:

„(1) Angehörige von EWR-Bürgern, die zwar Fremde aber nicht EWR-Bürger sind (Drittstaatsangehörige), unterliegen der Sichtvermerkspflicht gemäß § 5.

(2) Sofern die EWR-Bürger zum Aufenthalt berechtigt sind, ist begünstigten Drittstaatsangehörigen (Abs. 3) ein Sichtvermerk auszustellen, wenn durch deren Aufenthalt nicht die öffentliche Ordnung oder Sicherheit gefährdet wäre. Der Sichtvermerk ist mit fünf Jahren, in den Fällen der beabsichtigten Aufnahme einer Erwerbstätigkeit durch den EWR-Bürger (§ 28 Abs. 3 Z 3) jedoch mit sechs Monaten ab dem Zeitpunkt seiner Einreise zu befristen.

(3) Begünstigte Drittstaatsangehörige sind

1. Kinder bis zur Vollendung des 20. Lebensjahres und Ehegatten;
2. Verwandte der EWR-Bürger in auf- und absteigender Linie oder ihre Ehegatten, sofern ihnen Unterhalt gewährt wird.“

„§ 29 FrG jedenfalls dahin auszulegen [sei], daß die Aufenthaltsbewilligung von Drittstaatsangehörigen sämtlicher EWR-Bürger, also auch die Aufenthaltsbewilligung von Drittstaatsangehörigen österreichischer Staatsbürger, einheitlichen (begünstigenden) Regelungen unterworfen [sei].“

Zwar stützte er dieses Ergebnis implizit auf Art 7 B-VG, wies allerdings noch ausdrücklich darauf hin, dass einer unterschiedlichen aufenthaltsrechtlichen Behandlung von Angehörigen von Österreichern und Angehörigen von (nicht-österreichischen) EWR-Bürgern auch das Diskriminierungsverbot des Art 14 iVm Art 8 EMRK entgegenstünde.¹⁵

Um der Rechtsansicht des VfGH Rechnung zu tragen bzw Missverständnissen vorzubeugen, hat der Gesetzgeber des FrG 1997 seine Absicht, Angehörige von Österreichern und Angehörige von EWR-Bürgern, die Staatsangehörige eines Drittstaates sind, gleich zu behandeln, in § 49 FrG 1997 klar zum Ausdruck gebracht. Die mittlerweile durch das Fremdenrechtspaket 2005 aufgehobene Bestimmung hatte folgenden Wortlaut:

„(1) Angehörige von Österreichern gemäß § 47 Abs. 3, die Staatsangehörige eines Drittstaates sind, genießen *Niederlassungsfreiheit*; für sie gelten, sofern im folgenden nicht anderes gesagt wird, die Bestimmungen für *begünstigte Drittstaatsangehörige* nach dem 1. Abschnitt. Solche Fremde können Anträge auf Erteilung einer Erstniederlassungsbewilligung im Inland stellen. Die Gültigkeitsdauer der ihnen die beiden ersten Male erteilten Niederlassungsbewilligung beträgt jeweils ein Jahr.“ (Hervorhebungen nicht im Original).

Sieht man von der Befristung der ersten beiden Aufenthaltstitel mit jeweils einem Jahr im Unterschied zu Angehörigen von EWR-Bürgern (fünf-jährige Befristung bei erstmaliger Erteilung gem § 47 Abs 2 FrG 1997) ab, wurde die aufenthaltsrechtliche Situation der Angehörigen von Österreichern im FrG 1997 weitestgehend an jene der Angehörigen von EWR-Bürgern angeglichen.¹⁶

¹⁵ „Allein dies entspräche auch dem aus Art 8 iVm Art 14 EMRK erfließenden Gebot, die in der EMRK festgelegten Rechte und Freiheiten ohne Benachteiligung zu gewährleisten.“

¹⁶ Die ungleichen Befristungsdauern der Erstaufenthaltstitel wurden in der Lit als Verstoß gegen das RD BVG gewertet, weil sachlich ungerechtfertigt. Vgl etwa *Muzak in Muzak* ua (Hrsg), Fremden- und Asylrecht, Anm 3 zu § 49 FrG. Dies versuchte der Gesetzgeber in den Materialien zu § 49 FrG 1997 so zu rechtfertigen: „Der vorgeschlagene Text stellt die Angehörigen von Österreichern in Hinkunft unter dasselbe fremdenrechtliche Regime wie die begünstigten Drittstaatsangehörigen von EWR-Bürgern, mit der Maßgabe, daß die ersten beiden Niederlassungsbewilligungen, die dem Angehörigen eines Österreichers erteilt werden, jeweils eine

Dieselbe Position, wenngleich mit einer anderen Begründung, nahm der VfGH hinsichtlich einzelner Bestimmungen des AuslBG¹⁷ ein, die zwischen Familienangehörigen von Österreichern und solchen von EWR-Bürgern differenzierten. Mit Erkenntnis vom 20. Juni 2001 hat der Gerichtshof eine Wortfolge im § 1 Abs 2 lit 1 sowie den § 3 Abs 8 des AuslBG als verfassungswidrig aufgehoben.¹⁸ Vor dieser Aufhebung war für drittstaatsangehörige Ehegatten und Kinder von Österreichern der Besitz eines Aufenthaltstitels tatbestandsmäßige Voraussetzung, um vom Geltungsbereich des AuslBG ausgenommen zu sein, während Ehegatten und Kinder von EWR-Bürgern keinen Aufenthaltstitel nachweisen mussten. Die Privilegierung von Drittstaatsangehörigen von EWR-Bürgern lag darin, dass sie trotz gleicher aufenthaltsrechtlicher Bedingungen, wie sie für Drittstaatsangehörige von Österreichern galten (§ 49 Abs 1 FrG 1997), vor Aufnahme einer Beschäftigung keinen Aufenthaltstitel nachweisen mussten. Der VfGH hat diese Differenzierung als sachlich nicht gerechtfertigt und dem Recht auf Gleichbehandlung von Fremden untereinander nach dem Bundesverfassungsgesetz betreffend das Verbot rassistischer Diskriminierung¹⁹ (BVG RD) widersprechend beurteilt.

Während der Gerichtshof im zuvor geschilderten Erk zum FrG 1992 den Gleichheitssatz des Art 7 B-VG und dazu korrespondierend die Art 14 iVm Art 8 EMRK bemühte, verurteilte er im Falle des AuslBG die Diskriminierung der aus Drittstaaten stammenden Angehörigen von Österreichern gegenüber solchen von anderen EWR-Bürgern als Verletzung im Recht auf Gleichbehandlung von Fremden untereinander (BVG RD).

Um sowohl dem Erkenntnis des VfGH als auch der Kritik der Europäischen Kommission in einem Vertragsverletzungsverfahren gegen Österreich Rechnung zu tragen,²⁰ wurde mit der

Gültigkeitsdauer von einem Jahr aufweisen werden. Diese Bestimmung, die vorderhand wie eine Diskriminierung des Drittstaatsangehörigen des Österreichers aussieht, ist dadurch abgefedert, daß dieser Fremde bereits nach zwei Jahren den Anspruch auf Erteilung einer unbefristeten Niederlassungsbewilligung geltend machen kann. Minderjährigen Kindern österreichischer Staatsbürger, die mit ihnen im gemeinsamen Haushalt leben ist die unbefristete Niederlassungsbewilligung auf Antrag ohne Wartezeit (also auch unverzüglich nach der Geburt) zu erteilen.“

¹⁷ BGBl I 1975/218 idF BGBl I 1997/78.

¹⁸ VfSlg 16.214/2001.

¹⁹ BGBl I 1993/390.

²⁰ Die Europäische Kommission machte im Vertragsverletzungsverfahren 97/2133 zurecht geltend, dass der Arbeitsmarktzugang der „begünstigten Drittstaatsangehörigen“ nicht von einem konstitutiven Akt „der vorherigen Gewährung eines Aufenthaltstitels“ abhängig gemacht werden könne, weil nach Gemeinschaftsrecht

FrG-Nov 2002²¹ in § 1 Abs 2 lit 1 AuslBG ein einheitlicher Ausnahmetatbestand für drittstaatsangehörige Familienmitglieder von Österreichern und von sonstigen EWR-Bürgern geschaffen, welcher bis zur Änderung des AuslBG durch BGBl I 2005/101 folgende Ausnahmen vom Geltungsbereich des AuslBG für folgende Personen vorsah:

„1) EWR-Bürger, drittstaatsangehörige Ehegatten eines österreichischen Staatsbürgers oder eines anderen EWR-Bürgers sowie drittstaatsangehörige Kinder eines österreichischen Staatsbürgers oder eines anderen EWR-Bürgers (einschließlich Adoptiv- und Stiefkinder), die noch nicht 21 Jahre alt sind oder denen der österreichische Staatsbürger bzw. der EWR-Bürger Unterhalt gewährt, sofern der Ehegatte bzw. das Kind zum Aufenthalt im Bundesgebiet berechtigt sind.“

Somit war bis vor kurzem sowohl hinsichtlich des Aufenthalts als auch der Beschäftigung von Familienangehörigen aus Drittstaaten, ungeachtet ihrer Verwandtschaft zu einem EWR-Bürger oder Österreicher, im Wesentlichen eine rechtliche Gleichstellung gesichert. Diese Gleichbehandlung wurde auch in der einschlägigen Literatur als verfassungsrechtlich notwendig erachtet.²² Wie eingangs erwähnt, wurde diese mit dem Fremdenrechtspaket 2005 und der einhergehenden Änderung des AuslBG allerdings aufgegeben. Anstatt wie bisher an der Staatsangehörigkeit der „Ankerperson“ (damit ist die Bezugsperson des drittstaatsangehörigen Familienmitglieds in Österreich gemeint) anzuknüpfen und alle Angehörigen der EWR-Staaten – einschließlich Österreich – gleich zu behandeln, hat sich der Gesetzgeber nun dazu entschlossen, allein auf die Inanspruchnahme der Freizügigkeit abzustellen.

So räumt § 2 Abs 4 Z 11 FPG den darin erwähnten Personen eine im Unterschied zu sonstigen Drittstaatsangehörigen privilegierte aufenthaltsrechtliche Stellung ein. Danach sind „begünstigte Drittstaatsangehörige“: „der Ehegatte, eigene Verwandte und Verwandte des Ehegatten eines EWR-Bürgers oder Schweizer Bürgers oder Österreichers, *die ihr Recht auf Freizügigkeit in Anspruch genommen haben*, in gerader absteigender Linie bis zur Vollendung des 21. Lebensjahres, darüber hinaus, sofern ihnen Unterhalt tatsächlich gewährt wird, sowie eigene Verwandte und Verwandte des Ehegatten in gerader aufsteigender Linie,

eine solche Bedingung für den Arbeitsmarktzugang nicht vorgesehen sei und das Vorliegen eines Aufenthaltsrechts nur deklaratorische Wirkung haben könne.

²¹ BGBl I 2002/126.

²² Vgl *Muzak in Muzak* ua (Hrsg), Fremden- und Asylrecht, Anm 4 zu § 49 FrG.

sofern ihnen Unterhalt tatsächlich gewährt wird, insofern dieser Drittstaatsangehörige den freizügigkeitsberechtigten EWR-Bürger oder Schweizer Bürger, von dem sich seine gemeinschaftsrechtliche Begünstigung herleitet, begleitet oder ihm nachzieht“ (Hervorhebung nicht im Original).

Gleichzeitig zieht die Ausnahmebestimmung des § 1 Abs 2 lit m AuslBG den Kreis der von diesem Gesetz ausgenommenen Familienangehörigen enger als den der Angehörigen von EWR-Bürgern oder Österreichern, die von ihrem Freizügigkeitsrecht Gebrauch gemacht haben.

§ 1 Abs 2 lit l und m AuslBG lauten:

- „l) Freizügigkeitsberechtigte EWR-Bürger, deren drittstaatsangehörige Ehegatten und Kinder (einschließlich Adoptiv- und Stiefkinder), die noch nicht 21 Jahre alt sind oder denen der EWR-Bürger oder der Ehegatte Unterhalt gewährt, sowie drittstaatsangehörige Eltern des EWR-Bürgers und seines Ehegatten, denen der EWR-Bürger oder der Ehegatte Unterhalt gewährt, sofern sie zur Niederlassung nach dem Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz (NAG), BGBl. I Nr. 100/2005 berechtigt sind;
- m) EWR-Bürger, die ihr Recht auf Freizügigkeit nicht in Anspruch nehmen, deren drittstaatsangehörige Ehegatten und Kinder (einschließlich Adoptiv- und Stiefkinder) sowie die drittstaatsangehörigen Ehegatten und Kinder österreichischer Staatsbürger, sofern der Ehegatte bzw. das Kind zur Niederlassung nach dem NAG berechtigt ist.“

Die begünstigte aufenthaltsrechtliche und beschäftigungsrechtliche Situation drittstaatsangehöriger Familienmitglieder hängt damit davon ab, ob ihre Ankerperson „von ihrem Freizügigkeitsrecht Gebrauch macht“ und damit als „freizügigkeitsberechtigt“ gilt.

B. Der offene Wortlaut

Zunächst zum Verhältnis der Begriffe „Recht auf Freizügigkeit“ und „freizügigkeitsberechtigte EWR-Bürger“: Während ersterer in § 2 Abs 1 Z 14 NAG und § 2 Abs 4 Z 15 FPG als „das gemeinschaftsrechtliche Recht eines EWR-Bürgers, sich in Österreich niederzulassen“ legaldefiniert wird, findet sich im Gesetz nicht eigens eine Umschreibung des Terminus des „freizügigkeitsberechtigten EWR-Bürgers“. Aus einer grammatikalisch-systematischen Auslegung heraus lässt sich aber unschwer erkennen, dass damit jene Personen gemeint sind, die ihr Recht auf Freizügigkeit in Anspruch nehmen.

So bedient sich etwa § 52 erster Satz NAG zur Verdeutlichung der Wendung „freizügigkeitsberechtigter EWR-Bürger“ eines (Klammer)Verweises auf § 51 NAG.²³ Die verwiesene Norm räumt EWR-Bürgern, „die ihr Recht auf Freizügigkeit in Anspruch nehmen“, ein gemeinschaftsrechtliches Niederlassungsrecht ein, woraus sich schließen lässt, dass eben jene EWR-Bürger als so genannte Freizügigkeitsberechtigte iSd Gesetzes gelten, die vom gemeinschaftsrechtlichen Freizügigkeitsrecht Gebrauch machen.²⁴ Noch deutlicher kommt dies in den Gesetzesmaterialien zum AuslBG Ausdruck, wo zur Erläuterung der Ausnahme der „freizügigkeitsberechtigten EWR-Bürger“ und ihrer Angehörigen vom Geltungsbereich des AuslBG ausdrücklich darauf hingewiesen wird, dass diese Ausnahme „nur auf jene EWR-Bürger Anwendung findet, die ihr Freizügigkeitsrecht auch tatsächlich in Anspruch nehmen“.²⁵ Wenn auch über Umwege lässt sich so zumindest ein Teil der eingangs geäußerten Bedenken – nämlich, dass grundsätzlich alle EU-Bürger freizügigkeitsberechtigt sind – aus dem Weg räumen.

Nachdem der Begriff „EWR-Bürger“ gem § 2 Abs 1 Z 4 NAG ausdrücklich auf Fremde beschränkt ist, ist eigens zu betonen, dass auch Familienangehörige von Österreichern in den Genuss der fremdenrechtlichen Privilegien kommen können, wenn jene gem § 57 NAG „ihr Recht auf Freizügigkeit in Anspruch genommen haben“. Diesfalls gelten auch sie (sc die Österreicher) als „freizügigkeitsberechtigt“.

Das **maßgebliche Kriterium** ist somit das „Recht auf Freizügigkeit“, oder besser, die „Inanspruchnahme“ dessen. Das ausländerrechtliche Schicksal eines drittstaatsangehörigen Familienangehörigen ist somit entscheidend davon abhängig, ob ihre Ankerperson von diesem – grundsätzlich allen EWR-Bürgern zukommenden – Recht Gebrauch gemacht hat. Bejahendenfalls ist sie gegenüber anderen drittstaatsangehörigen Familienangehörigen besser gestellt.

Umso bedauerlicher und in rechtlicher Hinsicht problematischer ist es, dass die Legaldefinitionen in § 2 Abs 1 Z 14 NAG und § 2 Abs 4 Z 15 FPG ihrer eigentlichen Aufgabe

²³ § 52 NAG beginnt mit den Worten: „Angehörige von freizügigkeitsberechtigten EWR-Bürgern (§ 51)“.

²⁴ § 51 NAG lautet: „EWR-Bürger, die ihr Recht auf Freizügigkeit in Anspruch nehmen und sich länger als drei Monate im Bundesgebiet aufhalten, sind zur Niederlassung berechtigt, ...“ (Hervorhebungen nicht im Original).

²⁵ Vgl RV AuslBG 4.

der Umschreibung des hier interessierenden Tatbestandes nur dürftig nachkommen und sich mit der unscharfen Aussage begnügen, es handle sich eben um „das gemeinschaftsrechtliche Recht eines EWR-Bürgers, sich in Österreich niederzulassen“. Dies vor allem vor dem Hintergrund, dass das Gemeinschaftsrecht nicht nur eine bestimmte, sondern – je nach Sachverhaltslage – eine Reihe von parallel existierenden „Freizügigkeitsrechten“ kennt.

Vom Wortlaut der Legaldefinition ausgehend, lässt sich jedenfalls die Tragweite des Anknüpfungsobjekts nicht eindeutig bemessen. Wenngleich das „Recht auf Freizügigkeit“ etwas unscharf als „das Recht, sich in Österreich niederzulassen“ umschrieben wird, ergibt sich aus einer grammatikalisch-systematischen Betrachtungsweise, dass damit nicht nur auf das Recht auf freie Niederlassung gem Art 43 EG – die so genannte Niederlassungsfreiheit – rekuriert wird, sondern auch auf das Freizügigkeitsrecht gem Art 39 EG – die Arbeitnehmerfreizügigkeit – abgestellt wird.²⁶ Ob allerdings auch Sachverhalte der allgemeinen Personenfreizügigkeit auf Grundlage des Art 18 EG und der dazu ergangenen RL 2004/38/EG oder der Dienstleistungsfreiheit gem Art 49 EG erfasst sind,²⁷ lässt der Wortlaut offen.

C. Die Absicht des Gesetzgebers

Aufgrund der Vielzahl von Bestimmungen im AuslBG, NAG und FPG, die am Tatbestandsmerkmal der Inanspruchnahme der Freizügigkeit anknüpfen und je nach Verwirklichung dieser Voraussetzung den ausländischen Familienangehörigen eine

²⁶ Vgl § 2 Abs 1 Z 14 NAG und § 2 Abs 4 Z 15 FPG iVm § 51 NAG, der EWR-Bürger, die ihr Recht auf Freizügigkeit in Anspruch nehmen und sich länger als drei Monate im Bundesgebiet aufhalten, zur Niederlassung berechtigt, wenn sie

1. in Österreich Arbeitnehmer oder Selbständige sind;
2. für sich und ihre Familienangehörigen über eine ausreichende Krankenversicherung verfügen und nachweisen, dass sie über ausreichende Existenzmittel zur Bestreitung ihres Lebensunterhalts verfügen, so dass sie während ihrer Niederlassung keine Sozialhilfeleistungen in Anspruch nehmen müssen, oder
3. eine Ausbildung bei einer rechtlich anerkannten öffentlichen oder privaten Schule oder Bildungseinrichtung absolvieren und die Voraussetzungen der Z 2 erfüllen.

²⁷ So erstreckt sich das einem dienstleistungserbringenden Unionsbürger zukommende Recht auf Aufenthalt nach Art 1 Abs 2 der RL 90/365/EWG auf seine Familienangehörigen – unabhängig von ihrer Staatsangehörigkeit. Zuletzt entschied der EuGH im Fall *Carpenter*, dass ein Angehöriger eines Mitgliedstaats einen Aufenthaltsanspruch für seine drittstaatsangehörige Ehegattin aus dem Titel der Dienstleistungsfreiheit – auch gegenüber seinem eigenen Staat – geltend machen könne, wenn er gelegentlich Dienstleistungen für Kunden in anderen Mitgliedstaaten erbringt; Erk vom 11.7.2002, Rs C-60/00, Slg 2002, I-6279, Rz 37 ff.

unterschiedliche Rechtsposition einräumen, bieten die Gesetzesmaterialien eine Fülle von Erläuterungsversuchen und beispielhaften Darstellungen dazu.

Von zentralem Gehalt ist die Feststellung im allgemeinen Teil der Erläuterungen zur RV, dass einer der inhaltlichen Schwerpunkte des Gesetzesvorhabens die Umsetzung der so genannten Unionsbürgerrichtlinie (2004/38/EG) ausmache.²⁸ Das auf diesem Wege im österreichischen Ausländerrecht (AuslBG, NAG und FPG) als Tatbestandsmerkmal verankerte „Recht auf Freizügigkeit“ wird folgendermaßen umschrieben:

„Das elementare und persönliche Recht sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten erwächst den Unionsbürgern unmittelbar aus dem Vertrag und hängt nicht von der Einhaltung von Verwaltungsvorschriften ab. Dieses Recht gilt jedoch vorbehaltlich der im Vertrag und in den Durchführungsvorschriften vorgesehenen Beschränkungen und Bedingungen. Dieses Recht der Unionsbürger soll auch den Familienangehörigen ungeachtet ihrer Staatsangehörigkeit gewährt werden. Die Richtlinie 2004/38/EG über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, regelt dies zusammenfassend. Die darin näher bestimmten Rechte sowie die Einschränkungen werden im NAG umgesetzt.“²⁹

Weiters halten die Erläuterungen zur Legaldefinition des § 2 Abs 1 Z 14 NAG fest:

„Z 14 bildet das gemeinschaftsrechtlich garantierte Recht auf Freizügigkeit von Unionsbürgern bzw. EWR-Bürgern durch einen Verweis auf den gemeinschaftsrechtlichen Besitzstand ab. Wesentlich sind hier vor allem die Art. 18 und 43 des EG-Vertrages. Die Aufnahme dieses Begriffs in diesem Bundesgesetz ist durch die Umsetzung der Richtlinie 2004/38/EG über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufhalten zu können, ABl. L 158 vom 30.4.2004 S. 77, bedingt. Zu verweisen ist auch auf unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht, insbesondere die Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Gemeinschaft, ABl. Nr. L 257 vom 19.10.1968 S. 2, zuletzt geändert durch Verordnung (EWG) Nr. 2434/92, ABl. Nr. L 245 vom 26.8.1992 S. 1. (115 f).“³⁰

²⁸ Vgl RV 11.

²⁹ RV 12.

³⁰ RV 115 f.

Dem Gesetz liegt daher ein Verständnis zugrunde, wonach das „Recht auf Freizügigkeit“ iSd §§ 2 Abs 1 Z 14 NAG und 2 Abs 4 Z 15 FPG aus mehreren gemeinschaftsrechtlichen Quellen fließt. Allen voran zielt die gesetzgeberische Absicht auf die Umsetzung des allgemeinen Freizügigkeitsrechts gem Art 18 EG, wie es in der Unionsbürgerrichtlinie konkretisiert ist. Bei der Aufzählung weiterer Freizügigkeitsrechte nennen die Materialien die Niederlassungsfreiheit gem Art 43 EG und die Arbeitnehmerfreizügigkeit nach Art 39 EG und der VO 1612/68. Inwieweit das Recht auf Einreise und Aufenthalt unter dem Titel der Dienstleistungsfreiheit ebenso einen Bestandteil des „Rechts auf Freizügigkeit“ bildet, lässt sich den Materialien nicht ausdrücklich entnehmen, kann aber – unterstellt man dem Gesetzgeber nicht geradezu eine gemeinschaftsrechtswidrige Absicht – angenommen werden, da es sich um unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht handelt (arg: „Zu verweisen ist auch auf unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht, insbesondere ...“).³¹

Ohne auf die näheren Inhalte der einzelnen Freizügigkeiten einzugehen, kann festgehalten werden, dass der Gesetzgeber den Begriff „Recht auf Freizügigkeit“ pars pro toto für das gemeinschaftsrechtliche Recht eines Unionsbürgers, in einen fremden Mitgliedstaat einzureisen und sich dort aufzuhalten, schlechthin verwendet.

In Anlehnung an die Rechtsprechung des EuGH verlangt der Gesetzgeber für die Anwendbarkeit der im Gemeinschaftsrecht wurzelnden Freizügigkeitsrechte ein so genanntes „grenzüberschreitendes Element“.³² So gilt als stRsp des EuGH, dass „die Vorschriften des Vertrages über die Freizügigkeit und die zu ihrer Durchführung ergangenen Verordnungen nicht auf Tätigkeiten anwendbar [sind], die keinerlei Berührungspunkte mit irgendeinem der Sachverhalte aufweisen, auf die das Gemeinschaftsrecht abstellt, und die mit keinem Element über die Grenzen eines Mitgliedstaats hinausweisen.“³³

Fehlt es am erforderlichen Gemeinschaftsbezug, d. h. macht ein Unionsbürger nicht von seinen gemeinschaftlichen Rechten Gebrauch, so unterliegt er und mit ihm der drittstaatsangehörige Familienangehörige alleine dem nationalen Recht. Nach dem derzeitigen

³¹ RV 115 f.

³² RV 952 BlgNR 22. GP 119.

³³ EuGH vom 5.6.1997, verb Rs C-64/96 und C-65/96, Uecker, Slg 1997, I-03171, Rz 16 (mwH). Urteile vom 21. Oktober 1999 in der Rechtssache C-97/98, Jägerskiöld, Slg. 1999, I-7319, Rz 42; und vom 16. Januar 1997 in der Rechtssache C-134/95, USSL Nr. 47 di Biella, Slg. 1997, I-195, Rz. 19.

Stand des Gemeinschaftsrechts werden zwar die Vorschriften hinsichtlich der Einreise und des Aufenthalts auf die Angehörigen von Unionsbürgern erstreckt, sie verfügen aber nur über Rechte, die von ihren – unmittelbar durch Gemeinschaftsrecht begünstigten – Familienangehörigen abgeleitet sind.

Drittstaatsangehörige, deren jeweilige Familienangehörige als Unionsbürger „nie“ von ihrem Grundfreiheiten „Gebrauch gemacht haben“,³⁴ können daher nach Gemeinschaftsrecht von ihrem verwandten Unionsbürger auch keine Rechte ableiten.

Den Materialien zufolge hängt daher der ausländerrechtliche Status eines Drittstaatsangehörigen – ganz im Einklang mit der Judikatur des EuGH – von der rechtlichen Stellung des Unionsbürgers ab. Das gilt sowohl für das Recht auf Aufenthalt wie auf Beschäftigung. Drittstaatsangehörige, die beispielsweise mit Unionsbürgern in deren Herkunftsstaat verheiratet sind, werden somit, wenn diese Unionsbürger von ihren gemeinschaftlichen Rechten nicht Gebrauch machen, schlechter gestellt als Drittstaatsangehörige, die mit Unionsbürgern verheiratet sind, die von ihren gemeinschaftlichen Rechten Gebrauch machen.

Dieses Phänomen wird bekanntlich als „Inländerdiskriminierung“ oder „umkehrte Diskriminierung“ bezeichnet. Damit sind insbesondere diejenigen Fälle gemeint, in denen die Angehörigen eines Mitgliedstaats ihre durch den Vertrag begründete Freizügigkeit nicht genutzt haben und sich daher in einer rechtlich ungünstigeren Situation befinden als die Staatsangehörigen, die die aus der Freizügigkeit abgeleiteten Rechte ausgeübt haben. Aus Sicht des Gemeinschaftsrechts sind diese Fälle unbeachtlich, wobei sich der EuGH darauf stützt, dass rein inländische Sachverhalte vom Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts eben ausgenommen seien.³⁵

Ein besonders anschauliches Beispiel dafür ist die Regelung der Familienzusammenführung für nicht vom Gemeinschaftsrecht begünstigte Personen:

³⁴ Urteil vom 16.12.1992 in der Rs C-206/91, Koua Poirrez, Slg 1992, I-6685 Rz 13, betreffend den Familienangehörigen eines Arbeitnehmers.

³⁵ Vgl. u. a. Urteile vom 13.3.1979 in der Rechtssache 86/78, Peureux, Slg. 1979, 897, Rz 38, vom 27.10.1982, verb Rs 35 und 36/82, Morson, Slg 1982, 3723, Rz 14 ff, vom 23.10.1986 in der Rs 355/85, Driancourt, Slg. 1986, 3231, Rz 10 und 11, und vom 18.2.1987 in der Rs 98/86, Mathot, Slg. 1987, 809, Rz 7.

§ 47 Abs 1 NAG lautet: „Zusammenführende im Sinne der Abs. 2 bis 4 sind Österreicher oder EWR-Bürger oder Schweizer Bürger, die in Österreich dauernd wohnhaft sind und denen das Recht auf Freizügigkeit nicht zukommt.“

Im Ausschussbericht versucht der Ausschuss für Inneres diese aus der Sicht des innerstaatlichen Verfassungsrechts sehr wohl problematische Ungleichstellung damit zu rechtfertigen, indem er feststellt:

„dass es für die Anwendung dieser Bestimmung über den Aufenthaltstitel für Familienangehörige nicht wie im FrG 1997 auf die Staatsangehörigkeit des Zusammenführenden (Österreicher, EWR-Bürger oder Schweizer Bürger) ankommt, sondern lediglich auf die nachweisliche Tatsache, ob der Zusammenführende dauernd in Österreich wohnhaft ist und ihm auch im Hinblick auf die Rechtsprechung des EuGH betreffend das Fehlen eines Freizügigkeitssachverhaltes unter diesen Voraussetzungen kein gemeinschaftsrechtliches Recht auf Freizügigkeit zukommt. Zusammenführende, die die österreichische Staatsbürgerschaft besitzen, und solche, die EWR- oder Schweizer Bürger sind, werden somit gleich behandelt.“³⁶

Ganz abgesehen davon, dass der dauerhafte Wohnsitz in Österreich – wie auch die Materialien einräumen –³⁷ typischerweise nur bei österreichischen Staatsbürgern der Fall ist und somit diese Regelung Familienangehörige von Österreichern zumindest indirekt gegenüber Familienangehörigen von EWR-Bürgern und Schweizern benachteiligt,³⁸ ist die Realisierung der in den Materialien zum Ausdruck kommenden Absicht gemeinschaftsrechtswidrig.

Die Gesetzesmaterialien verneinen nämlich zu Unrecht den für die Anwendbarkeit der Freizügigkeitsbestimmungen geforderten Gemeinschaftsbezug – also des so genannten „grenzüberschreitenden Sachverhalts“ – bei Angehörigen eines anderen Mitgliedstaates der

³⁶ AB 1055 BlgNR 22. GP 11 (im Folgenden AB).

³⁷ RV 135: „Das 2. Hauptstück (§§ 47 und 48) regelt die Niederlassung von Familienangehörigen von sog. „dauernd in Österreich wohnhaften Zusammenführenden“. Dabei handelt es sich naturgemäß zum größten Teil um Österreicher, ...“

³⁸ Wie auch der VfGH schon in seinem Erk VfSlg 14.863/1997 konstatiert hat, bedeutet diese Ungleichbehandlung zudem mittelbar eine Schlechterstellung österreichischer Staatsbürger gegenüber Staatsangehörigen von sonstigen Mitgliedstaaten des EWR und der Schweiz, weshalb es in diesem Zusammenhang gerechtfertigt scheint, von Inländerdiskriminierung zu sprechen.

Europäischen Union, wenn diese in Österreich dauernd wohnhaft sind. Damit schließt der Gesetzgeber gemeinschaftsrechtlich begünstigte Sachverhalte vom Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts aus, obwohl die RL 2004/38/EG ausdrücklich in ihrem Art 3 Abs 1 jeden Unionsbürger berechtigt, der sich in einem anderen Mitgliedstaat, dessen Staatsangehörigkeit er besitzt, begibt oder sich dort aufhält, sowie seine Familienangehörigen, die ihn begleiten oder ihm nachziehen.³⁹

Dieser Umstand wurde auch vom BKA-Verfassungsdienst im Zuge der Begutachtung des AuslBG als nicht mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar kritisiert, da unklar bleibt, „wie diese EWR-Bürger ohne Inanspruchnahme der Freizügigkeit in das Gebiet der Republik Österreich gelangt sein könnten“ – und wie zu ergänzen ist – sich hier aufhalten dürfen.⁴⁰

Die gesetzgeberische Absicht lässt sich auch nicht mit der Judikatur des EuGH in Einklang bringen, wonach die Unionsbürgerschaft zwar nicht bezwecke, den sachlichen Anwendungsbereich des Vertrages auf interne Sachverhalte auszudehnen, die keinerlei Bezug zum Gemeinschaftsrecht aufweisen. Ein solcher Bezug zum Gemeinschaftsrecht sei aber bei Angehörigen eines Mitgliedsstaats, die sich rechtmäßig im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedsstaats aufhalten, selbst dann gegeben, wenn sie im Aufnahmemitgliedstaat geboren wurden.⁴¹

Noch deutlicher kommt dieser Verstoß gegen unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht in den beispielhaften Erläuterungen zur RV zum Ausdruck. Zu der schon erwähnten Familienzusammenführungsregelung des § 47 NAG besagen die Materialien Folgendes:

„Abs. 1 stellt klar, dass im Sinne der Abs. 2 bis 4 Zusammenführender abweichend von der Definition des § 2 Abs. 1 Z 10 kein Drittstaatsangehöriger ist, sondern ein Österreicher, EWR-Bürger oder Schweizer Bürger, der in Österreich dauernd wohnhaft ist und dem das Recht auf Freizügigkeit nicht zukommt. Zusammenführender („Ankerperson“) in diesem Sinne wird in den meisten Fällen ein Österreicher sein, wengleich darunter beispielsweise auch ein Deutscher, Italiener oder Schweizer zu verstehen ist, der in Österreich aufgewachsen

³⁹ Vgl *Ramin*, Die Rechtsstellung der Unionsbürger nach dem Fremdenrechtspaket 2005, *migralex* 2006, 13 (17), der eine „differenzierte Betrachtung von EWR-Bürgern und Schweizern nach Rechtsausübenden und Nichtrechtsinhabern“ als gemeinschaftsrechtswidrig bezeichnet.

⁴⁰ GZ BKA-600. 106/0005-V/A/5/2005.

⁴¹ Vgl EuGH vom 2.10.2003, Rs C-148/02, *Garcia Avello*, Slg 2003, I-11613, Rz 27 und 28 und zuletzt Urteil vom 19.10.2004, Rs 200/02, *Chen*, Slg 2004, I-09925, Rz 18 und 19.

und hier beheimatet ist und nicht erst aus einem anderen EWR-Land bzw aus der Schweiz durch Inanspruchnahme des Rechts auf Freizügigkeit zugewandert ist. Ausschlaggebend für die Erteilung eines Aufenthaltstitels nach den Abs. 2 bis 4 ist somit nicht die Staatsbürgerschaft des Zusammenführenden (der Ankerperson) – also nicht nur Österreicher als Zusammenführende –, sondern das Kriterium der Nichtausübung des Rechts auf Freizügigkeit und des dauernden Wohnsitzes in Österreich (Hauptwohnsitz), mit anderen Worten das Fehlen eines Freizügigkeitssachverhaltes“.⁴²

Abgesehen von den ins Auge gefassten Gemeinschaftsrechtswidrigkeiten bemühen sich die Materialien besonders um die Betonung der festen Absicht des Gesetzgebers, EWR-Bürger, Schweizer Bürger und Österreicher gleich zu behandeln, indem nicht auf die Staatsangehörigkeit des Betroffenen abgestellt wird, sondern auf das Vorliegen oder Nicht-Vorliegen eines Freizügigkeitssachverhalts. Legistisch findet diese Absicht in § 57 NAG Niederschlag, wonach die Bestimmungen über das gemeinschaftsrechtliche Niederlassungsrecht von EWR-Bürgern und ihren Angehörigen gem den §§ 51 bis 56 NAG auch für Schweizer Bürger und ihre Angehörigen sowie für Angehörige von Österreichern, die ihr Recht auf Freizügigkeit in Anspruch genommen haben, anwendbar sind. Illustrativ erläutern die Materialien diesen Umstand, dass „man sich etwa den Fall vorzustellen [hat], dass ein Österreicher in Deutschland als Arbeitnehmer beschäftigt war und nunmehr mit seinen Angehörigen nach Österreich zurückkehrt.“⁴³

Damit trägt der Gesetzgeber ganz offensichtlich der Rechtsprechung des EuGH Rechnung, wonach drittstaatsangehörige Familienmitglieder von Unionsbürgern sich gegenüber dem Heimatstaat des Unionsbürgers auf die einschlägigen gemeinschaftsrechtlichen Freizügigkeitsbestimmungen (Begleitrechte für Familienangehörige) berufen können, wenn ein Gemeinschaftsbezug vorliegt. Im Urteil *Singh* stellte der Gerichtshof diesbezüglich fest: „Aus diesem Grund muß der Ehegatte eines Gemeinschaftsbürgers, der von diesen Rechten Gebrauch gemacht hat, bei dessen Rückkehr in sein Herkunftsland zumindest die Einreise- und Aufenthaltsrechte haben, die das Gemeinschaftsrecht ihm gewähren würde, wenn sein Ehegatte in einen anderen Mitgliedstaat einreisen und sich dort aufhalten würde.“⁴⁴

⁴² RV 139.

⁴³ RV 144.

⁴⁴ EuGH 7.7.1992, Rs 370/90, Slg 1992, I-04265, Rz 23. Ebenso 23.9.2003, Rs C-109/01, Akrich, Slg 2003, I-09607, Rz 54.

Wie lange sich allerdings ein Österreicher etwa in Deutschland als Arbeitnehmer oder Arbeitssuchender aufhalten muss, oder ob schon die Einreise und sein Aufenthalt im fremden Mitgliedstaat aufgrund der Unionsbürgerrichtlinie genügt, um sich dann auf die Inanspruchnahme der Freizügigkeit berufen zu können, bleibt offen. Vielmehr ist die aus den Materialien erwachsende Absicht des Gesetzgebers mehrdeutig, wenn nicht sogar widersprüchlich. So weisen die Materialien einerseits an mehreren Stellen darauf hin, dass Österreicher idR nicht von den Freizügigkeitsbestimmungen erfasst sein werden – wohl aus der Überlegung, dass bei ihnen so genannte „grenzüberschreitende Sachverhalte“ nicht so oft vermutet werden.⁴⁵ Andererseits gibt der Gesetzgeber zu erkennen, dass er das Recht auf Freizügigkeit in seiner umfassenden Tragweite akzeptiert und Familienangehörige von Österreichern, die von diesem Recht Gebrauch machen, genauso behandelt wie Familienangehörige eines „freizügigkeitsberechtigten EWR-Bürgers“.⁴⁶

Konsequent weitergedacht hieße das aber, dass auch ein Österreicher, der sich auf Grundlage der Unionsbürgerrichtlinie in einem anderen Mitgliedstaat – wenn auch nur kurzfristig – aufhält, von seinem allgemeinen Freizügigkeitsrecht iSd § 57 NAG Gebrauch macht. Geht man nun vom Durchschnittsösterreicher – und nicht vom überzeugten Eremiten – aus, wird es wohl wenige Menschen geben, die – wenn auch nur vorübergehend – nicht das Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaates betreten und somit einen Gemeinschaftsbezug geschaffen haben. Vor dem Hintergrund tatsächlicher Gegebenheiten führte dies zu dem Ergebnis, dass für das Differenzierungskriterium der Inanspruchnahme des Freizügigkeitsrechts kein vernünftiger Anwendungsbereich mehr verbliebe.

D. Systematische Erwägungen

Welche Sachverhalte der Gesetzgeber als so genannte „Freizügigkeitssachverhalte“⁴⁷ mit entsprechendem Gemeinschaftsbezug begünstigen wollte, muss insbesondere vor dem Hintergrund des Regelungskontexts gesehen werden, in den sich die fraglichen Bestimmungen einfügen. Nachdem die Gesetzesbestimmungen erklärtermaßen der

⁴⁵ RV 135: „Das 2. Hauptstück (§§ 47 und 48) regelt die Niederlassung von Familienangehörigen von sog. „dauernd in Österreich wohnhaften Zusammenführenden“. Dabei handelt es sich naturgemäß zum größten Teil um Österreicher, ...“; RV 139: „Zusammenführender („Ankerperson“) in diesem Sinne wird in den meisten Fällen ein Österreicher sein, ...“.

⁴⁶ Vgl Text in FN 39.

⁴⁷ Vgl AB zu § 47 NAG.

Umsetzung der Unionsbürgerrichtlinie (mit Umsetzungsfrist bis 30. April 2006) dienen, ist zur Auslegung der Begriffe insbesondere auf das der RL 2004/38/EG zugrunde liegende Verständnis zurückzugreifen.

Denn nach der ständigen Rechtsprechung des EuGH ergibt sich aus Art 10 EG die Verpflichtung der Mitgliedstaaten, alle zur Umsetzung einer RL geeigneten Maßnahmen zu treffen.⁴⁸ Dazu gehöre auch, dass die nationalen Behörden bei der Anwendung ihrer Rechtsvorschriften diese im Lichte des Wortlauts und des Zwecks der Richtlinie auszulegen haben, um das in Art 249 Abs 3 EG genannte Ziel zu erreichen.⁴⁹ Die Voraussetzungen der inhaltlichen Unbedingtheit und hinreichenden Genauigkeit sind ebenso wie der Ablauf der Umsetzungsfrist gegeben, weshalb einer richtlinienkonformen Interpretation nationalen Rechts im Grunde nichts entgegensteht.⁵⁰

Die Richtlinie bezweckt, das Freizügigkeits- und Aufenthaltsrecht aller Unionsbürger zu vereinfachen und zu verstärken und die bestehenden bereichsspezifischen und fragmentarischen Ansätze des Freizügigkeits- und Aufenthaltsrechts zu überwinden, welche Arbeitnehmer und Selbstständige sowie Studierende und andere beschäftigungslose Personen getrennt behandeln. Die Unionsbürgerschaft sollte der grundsätzliche Status der Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten sein, wenn sie ihr Recht auf Freizügigkeit und Aufenthalt wahrnehmen.⁵¹ Das Recht aller Unionsbürger, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, sollte, wenn es unter objektiven Bedingungen in Freiheit und Würde ausgeübt werden soll, auch den Familienangehörigen ungeachtet ihrer Staatsangehörigkeit gewährt werden.⁵²

Zu diesem Zweck gewährt die Richtlinie erstens ein allgemeines Aufenthaltsrecht für alle Unionsbürger und ihre Familienangehörigen – ungeachtet ihrer Staatsangehörigkeit – bis zu

⁴⁸ Vgl die Urteile des EuGH vom 10.4.1984, Rs 14/83, Colson und Kamann, Slg 1984, 1891 und vom 10.4.1984, Rs 79/83, Harz, Slg 1984, 1921.

⁴⁹ Vgl EuGH Colson und Kamann, Rz 26; Harz, Rz 26.

⁵⁰ Vgl EuGH in stRsp seit den Urteilen vom 13.11.1990, in der Rs C-106/89, Marleasing, Slg 1990, I-04135, Rz 8; vom 16.12.1993, Rs C-334/92, Wagner Miret, Slg 1993, I-06911, Rz 20; vom 14.7.1994, Rs C-91/92, Faccini Dori, Slg 1994, I-03325, Rz 26.

⁵¹ Erwägungsgründe 3 und 4 der RL.

⁵² Erwägungsgrund 5 der RL.

drei Monaten.⁵³ Zweitens räumt sie für Arbeitnehmer und Selbstständige, sowie für alle nicht Erwerbstätigen, weiters für alle Unionsbürger, deren primärer Aufenthaltzweck die Absolvierung einer Ausbildung einschließlich einer Berufsausbildung ist, und schließlich für Familienangehörige aller Genannten, sofern sie über ausreichende Existenzmittel verfügen, sodass sie keine Sozialhilfeleistungen des Aufnahmemitgliedstaats in Anspruch nehmen müssen und umfassend krankenversichert sind, ein über drei Monate hinausgehendes, unbefristetes Aufenthaltsrecht ein.⁵⁴ Drittens begründet die Richtlinie für jeden Unionsbürger und seine Familienangehörigen bei einem rechtmäßigen, ununterbrochen Aufenthalt im Aufnahmemitgliedstaat von fünf Jahren ein Recht auf Daueraufenthalt. Dieses Recht ist dann nicht mehr an die soeben genannten Voraussetzungen geknüpft.⁵⁵ Viertens steht den Familienangehörigen eines Unionsbürgers, die das Recht auf Aufenthalt oder das Recht auf Daueraufenthalt in einem Mitgliedstaat genießen, ungeachtet ihrer Staatsangehörigkeit, das Recht zu, dort einer selbstständigen oder unselbstständigen Erwerbstätigkeit nachzugehen.⁵⁶

Daraus wird ersichtlich, dass alle hier genannten grenzüberschreitenden Sachverhalte unter ein und demselben Titel, nämlich der „allgemeinen Freizügigkeit“ der RL 2004/38/EG, erfasst sind. Insbesondere unterscheidet die Richtlinie nicht nach den Motiven des Aufenthalts im fremden Mitgliedstaat, vielmehr stellt sie hinsichtlich ihres Anwendungsbereiches lediglich darauf ab, dass sie für jeden Unionsbürger, der sich in einen anderen als den Mitgliedstaat, dessen Staatsangehörigkeit er besitzt, begibt oder sich dort aufhält, sowie für seine Familienangehörigen, die ihn begleiten oder ihm nachziehen, gilt.⁵⁷ Aus der Sicht der Richtlinie wird vom Recht auf Freizügigkeit schon dann Gebrauch genommen, wenn der Unionsbürger sich in den fremden Mitgliedstaat begibt.

Mit Blick auf die Rechtsprechung des EuGH im Fall Akrich ist zudem davon auszugehen, dass es für das Recht eines Unionsbürgers, in das Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaates einzureisen und sich dort aufzuhalten, nicht von Bedeutung sein kann, welche Absichten ihn dazu veranlassen haben, sich dorthin zu begeben.⁵⁸ Selbst wenn er nur aus dem einzigen Grund, nämlich der Effektuierung der aus seiner Stellung als Unionsbürger ableitbaren

⁵³ Art 6 der RL.

⁵⁴ Art 7 der RL.

⁵⁵ Art 16 der RL.

⁵⁶ Art 23 der RL.

⁵⁷ Art 3 Abs 1 der RL.

⁵⁸ EuGH 23.9.2003, Rs C-109/01, Akrich, Slg 2003, I-09607, Rz 55 ff.

gemeinschaftsrechtlichen Ansprüche seiner Familienangehörigen, sich in einen anderen Mitgliedstaat begibt, ist er nicht dem Vorwurf des Missbrauchs ausgesetzt, er versuchte, sich unter dem Schutz des Gemeinschaftsrechts rechtswidrig der Anwendung des nationalen Rechts zu entziehen. Denn nach der Rsp des EuGH stellt es keinen Missbrauch dar, wenn eine Person, die sich in Kenntnis des Inhalts der im Gemeinschaftsrecht vorgesehenen Freiheiten diese mit rechtmäßigen Mitteln zunutze macht, um gerade das Ziel zu erreichen, das die Gemeinschaftsvorschrift erreichen will.⁵⁹

III. Das Unterscheidungskriterium „begleiten oder nachziehen“

Auf den ersten Blick scheint der Gesetzgeber ein zweites Differenzierungskriterium aufgenommen zu haben. Scheinbar begünstigen die Regelungen die Angehörigen von „freizügigkeitsberechtigten EWR-Bürgern“ nicht schon aufgrund des Umstands, dass der EWR-Bürger von seinem Freizügigkeitsrecht Gebrauch gemacht hat, sondern räumen nur jenen Angehörigen eine bessere Rechtsposition ein, die „diesen begleiten oder zu ihm nachziehen“.

Dieses Erfordernis wird einerseits ausdrücklich festgeschrieben: so etwa in § 52 NAG⁶⁰ und § 2 Abs 1 Z 11 FPG⁶¹; bei anderen Bestimmungen wiederum ergibt es sich entweder

⁵⁹ Vgl EuGH 19.10.2004, Rs C-200/02, Chen, Slg 2004, I-09925, Rz 34 f und die Rz 122 der dazu ergangenen Schlussanträge des Generalanwalts Antonio Tizzano.

⁶⁰ Nach § 52 sind Angehörige von freizügigkeitsberechtigten EWR-Bürgern (§ 51), die selbst EWR-Bürger sind, zur Niederlassung berechtigt, wenn sie

1. Ehegatte sind;
2. Verwandter des EWR-Bürgers oder seines Ehegatten in gerader absteigender Linie bis zur Vollendung des 21. Lebensjahres und darüber hinaus sind, sofern ihnen von diesen Unterhalt tatsächlich gewährt wird;
3. Verwandter des EWR-Bürgers oder seines Ehegatten in gerader aufsteigender Linie sind, sofern ihnen von diesen Unterhalt tatsächlich gewährt wird;
4. Lebenspartner sind, der das Bestehen einer dauerhaften Beziehung im Herkunftsstaat nachweist, oder
5. sonstige Angehörige des EWR-Bürgers sind,
 - a) die vom EWR-Bürger bereits im Herkunftsstaat Unterhalt tatsächlich bezogen haben,
 - b) die mit dem EWR-Bürger bereits im Herkunftsstaat in häuslicher Gemeinschaft gelebt haben, oder
 - c) bei denen schwerwiegende gesundheitliche Gründe die persönliche Pflege zwingend erforderlich machen, und *diesen begleiten oder zu ihm nachziehen*. (Hervorhebung nicht im Original).

⁶¹ Dieser lautet: „begünstigter Drittstaatsangehöriger: der Ehegatte, eigene Verwandte und Verwandte des Ehegatten eines EWR-Bürgers oder Schweizer Bürgers oder Österreicher, die ihr Recht auf Freizügigkeit in Anspruch genommen haben, in gerader absteigender Linie bis zur Vollendung des 21. Lebensjahres, darüber hinaus, sofern ihnen Unterhalt tatsächlich gewährt wird, sowie eigene Verwandte und Verwandte des Ehegatten

implizit⁶² oder es wird in den Materialien explizit darauf hingewiesen.⁶³ Aus diesem Grund ist es notwendig, auf den normativen Gehalt dieses zweiten Unterscheidungskriteriums näher einzugehen.

Vorweg ist zu betonen, dass es sich dabei nicht um eine Erfindung des nationalen Gesetzgebers handelt, sondern vielmehr um einen gemeinschaftsrechtlichen Begriff, der aus der Richtlinie 2004/38/EG übernommen wurde.⁶⁴ Damit ist der Gesetzgeber lediglich seiner Verpflichtung nachgekommen, diese Richtlinie innerhalb der dafür vorgesehenen Frist in innerstaatliches Recht umzusetzen. Soweit mit dem Akt der Umsetzung der von der Richtlinie gewünschte Effekt erreicht wird, steht es dem nationalen Gesetzgeber frei, die Art und Weise der Umsetzung bzw die Rechtssetzungstechnik zu bestimmen. Ob er – wie im vorliegenden Fall – den Wortlaut der Richtlinie übernimmt oder seine eigene Terminologie einsetzt, ist aus gemeinschaftsrechtlicher Sicht irrelevant.⁶⁵

Nachdem die Wortwahl des Gesetzgebers gemeinschaftsrechtlich belegt ist – was in den Materialien auch ganz klar zum Ausdruck kommt –⁶⁶ ist die Bedeutung dieser Wendung anhand des gemeinschaftsrechtlichen Begriffsverständnisses zu ermitteln. Dabei ist freilich zunächst von der RL 2004/38/EG selbst auszugehen, wenngleich das so gewonnene Auslegungsergebnis sich in den primärrechtlichen Kontext des Gemeinschaftsrechts und der dazu ergangenen Judikatur des EuGH fügen lassen muss.

in gerader aufsteigender Linie, sofern ihnen Unterhalt tatsächlich gewährt wird, insofern dieser Drittstaatsangehörige den freizügigkeitsberechtigten EWR-Bürger oder Schweizer Bürger, von dem sich seine gemeinschaftsrechtliche Begünstigung herleitet, *begleitet oder ihm nachzieht*;" (Hervorhebung nicht im Original).

⁶² So etwa in § 1 Abs 1 lit I AuslBG, der auf ein Niederlassungsrecht nach dem NAG abstellt und somit implizit zum Ausdruck bringt, dass es sich um Angehörige von „freizügigkeitsberechtigten EWR-Bürgern“ handeln muss, die der Ankerperson „begleiten oder ihm nachziehen“ (vgl oben § 52 NAG).

⁶³ § 54 NAG enthält zwar dieses Kriterium nicht ausdrücklich im Wortlaut; aus den Materialien ergibt sich jedoch ganz klar, dass dieses Erfordernis vorausgesetzt wird (vgl RV 141).

⁶⁴ Vgl die Art 3, 6 und 7 der RL 2004/38/EG, die die Familienangehörigen eines Unionsbürgers, die nicht die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaates besitzen, nur insofern zum Aufenthalt berechtigen, als sie den Unionsbürger in den Aufnahmemitgliedstaat begleiten oder ihm nachziehen.

⁶⁵ Dies ergibt sich aus Art 249 EG, wonach den Mitgliedstaaten die Wahl der Form und der Mittel überlassen bleibt.

⁶⁶ Vgl RV 141.

Betrachtet man den Wortlaut der Richtlinie, wird klar, dass aufgrund der auslegungsgegenständlichen Wendung zunächst der Familiennachzug im engeren Sinne – also jene Fälle, in denen die Familienangehörigen den Unionsbürger entweder unmittelbar in den Aufnahmemitgliedstaat begleiten oder ihm später nachziehen – vom Schutzbereich der Richtlinie erfasst sein soll.

Damit sind aber ebenso die „Rückkehrfälle“ erfasst, also all jene Fälle, in denen der Angehörige eines Mitgliedstaats seinen Heimatstaat in Begleitung mit seinen Familienangehörigen zum Zwecke der Inanspruchnahme der gemeinschaftsrechtlichen Freiheiten verlässt und nach einer gewissen Zeit des Aufenthalts in einem fremden Mitgliedstaat wieder zurückkehrt. Im Urteil Singh hat der Gerichtshof nämlich entschieden, dass Art 43 EG und die RL 73/148 einen Mitgliedstaat verpflichten, dem Ehegatten eines Angehörigen dieses Staates ohne Rücksicht auf seine Staatsangehörigkeit zu gestatten, in sein Hoheitsgebiet einzureisen und sich dort aufzuhalten, wenn sich der Angehörige dieses Staates mit diesem Ehegatten in das Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats begeben hatte, um dort eine unselbständige Tätigkeit im Sinne von Art 39 EG auszuüben, und zurückkehrt, um sich im Hoheitsgebiet des Staates, dessen Staatsangehörigkeit er besitzt, im Sinne von Art 43 EG niederzulassen. Nach diesem Urteil muss der Ehegatte zumindest in den Genuss der Rechte kommen, die das Gemeinschaftsrecht ihm gewähren würde, wenn sein Ehegatte in einen anderen Mitgliedstaat einreisen und sich dort aufhalten würde.⁶⁷

Im Fall Carpenter konstatierte der Gerichtshof sogar, dass es für die Anwendbarkeit der aus der Dienstleistungsfreiheit eines Unionsbürgers ableitbaren Aufenthaltsrechte eines drittstaatsangehörigen Familienmitglieds reiche, dass der Ehemann grenzüberschreitend von seiner Dienstleistungsfreiheit Gebrauch gemacht hatte, auch wenn er seinen Heimatstaat, von kurzen Geschäftsreisen abgesehen, dazu nicht verlassen hatte.⁶⁸

Vor dem Hintergrund dieser Rechtsprechung des EuGH zu den im Primärrecht verankerten Grundfreiheiten ist anzunehmen, dass nicht nur jene Familienangehörige eines Unionsbürgers aufenthaltsrechtlich und beschäftigungsrechtlich durch die RL 2004/38/EG begünstigt sind, die ihn unmittelbar begleiten oder ihm nachziehen, sondern selbst jene, die ein Familienleben mit dem Unionsbürger erst im Aufnahmemitgliedstaat begründen.

⁶⁷ EuGH 7.7.1992, Rs 370/90, Singh, Slg 1992, I-4265, Rz 25.

⁶⁸ EuGH, 11.7.2002, Rs C-60/00, Carpenter, Slg 2002, I-6279, Rz 28 bis 30 und 39 bis 43.

Mangels gegenteiliger Hinweise in den Gesetzesmaterialien zum NAG, FPG und AuslBG und dem Erfordernis der gemeinschaftsrechtskonformen bzw richtlinienkonformen Auslegung der nationalen Bestimmungen kann der Wendung „die ihn begleiten oder zu ihm nachziehen“ kein anderer Gehalt unterstellt werden als der dem Gemeinschaftsrecht innewohnende. Es ist daher davon auszugehen, dass dieses Erfordernis so weit wie möglich auszulegen ist; dies vor allem vor dem Hintergrund der Bedeutung, welcher der Gewährleistung des Schutzes des Familienlebens der Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten für die Beseitigung der Hindernisse für die Ausübung der vom Vertrag garantierten Freiheiten nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes zukommt.⁶⁹

Damit erweist sich bei näherer Betrachtung das zweite Kriterium des Begleitens oder Nachziehens als ein für das Ergebnis dieser Untersuchung nicht durchschlagendes Element.

IV. Schlussfolgerung

Auf dem Boden dieser Feststellungen ergibt sich – wie oben dargelegt wurde – ein gewisser Wertungswiderspruch zur Absicht des österreichischen Gesetzgebers hinsichtlich der Inanspruchnahme der Freizügigkeit, der nicht ohne weiteres unter Zugrundelegung einer richtlinienkonformen Interpretation zugunsten der Richtlinie gelöst werden kann, weil dies praktisch zur Unanwendbarkeit der vom Gesetzgeber gewollten Differenzierung führen würde und die Regelungen ins Leere laufen ließe.

Es bieten sich zwei Möglichkeiten an, dieses Dilemma aufzulösen, welche beide zur Verfassungswidrigkeit der vom Gesetzgeber vorgenommenen Differenzierung führen.

1. Nachdem dem Gesetzgeber nicht zugesonnen werden kann, Überflüssiges angeordnet oder inhaltsleere Bestimmungen geschaffen zu haben,⁷⁰ wird wohl davon auszugehen sein, dass er bei der Inanspruchnahme des „Rechts auf Freizügigkeit“ andere Sachverhalte vor Augen hatte, als den bloß kurzzeitigen Aufenthalt aufgrund der Unionsbürgerrichtlinie etwa im Nachbarmitgliedstaat.

⁶⁹ Vgl EuGH 11.7.2002, Rs C-60/00, Carpenter, Slg 2002, I-6279, Rz 38.

⁷⁰ Vgl VfSlg 9185/1981, 12.397/1990 und zuletzt VfGH vom 13.12.2005, G 104/05 bzw VwGH 19.3.2003, 2002/12/0316.

Nach Art 18 Abs 1 B-VG darf die gesamte staatliche Verwaltung nur aufgrund der Gesetze ausgeübt werden. Bereits im Gesetz müssen die wesentlichen vorausgesetzten Inhalte des behördlichen Handelns umschrieben sein. Bei der Beurteilung der hinreichenden Bestimmtheit einer Norm sind nach der ständigen Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes alle der Auslegung zur Verfügung stehenden Möglichkeiten auszuschöpfen. Erst wenn auch nach Heranziehung sämtlicher Interpretationsmethoden noch nicht beurteilt werden kann, wozu das Gesetz die Verwaltungsbehörde ermächtigt, verletzt die Regelung die in Art 18 B-VG enthaltenen rechtsstaatlichen Erfordernisse.⁷¹

Gerade diese für die hinreichende Bestimmtheit und somit für den rechtmäßigen Vollzug des Gesetzes unerlässlichen Differenzierungskriterien lässt das Gesetz aber vermissen. Vielmehr ergibt eine aus verschiedenen Perspektiven vorgenommene Auslegung, dass Unklarheit hinsichtlich der Tragweite des „Rechts auf Freizügigkeit“ und dessen „Inanspruchnahme“ besteht. Überhaupt kann auf dem Boden zulässiger Interpretationsmethoden nicht mit der gebotenen Schärfe beurteilt werden, was unter der Formulierung „die ihr Recht auf Freizügigkeit in Anspruch genommen haben“ zu verstehen ist.⁷²

Weiters lässt sich weder aus dem Gesetzeswortlaut noch aus den Materialien mit hinreichender Genauigkeit sagen, wer in den Genuss der gemeinschaftsrechtlichen Rechte kommen soll. Für die vollziehenden Behörden ist es aufgrund der aktuellen Gesetzeslage nahezu unmöglich, im Einzelfall zu beurteilen, ob beispielsweise ein Salzburger, der in Freilassing einen Tag als Arbeitssuchender oder als bloß Aufenthaltsberechtigter gemeldet ist, aufgrund der Inanspruchnahme seiner Freizügigkeitsrechte gem § 57 NAG gemeinschaftsrechtliche Ansprüche seiner Familienangehörigen begründet.

Die Regelungen, die eine Differenzierung der Stellung der Familienangehörigen anhand des Anknüpfungsgegenstandes „Inanspruchnahme der Freizügigkeit“ vornehmen, widersprechen daher dem Legalitätsprinzip. In Wahrheit wird damit die Entscheidung, die der Gesetzgeber selbst hätte treffen müssen, an die Behörde delegiert. Das aber verstößt gegen Art 18 B-VG.

⁷¹ Vgl VfSlg 8209/1977, 9883/1983, 12947/1991, 14.466/1996.

⁷² Etwa für die Beurteilung der Stellung als „begünstigter Drittstaatsangehöriger“ iSd § 2 Abs 2 Z 11 FPG.

2. Geht man davon aus, dass die richtlinienkonforme Auslegung dazu zwingt, jeglichen Aufenthalt in einem anderen Mitgliedstaat als Inanspruchnahme der Freizügigkeit zu werten, kommt man – nebst der Tatsache, dass damit dem Gesetz ein gänzlich veränderter Sinn gegeben würde, der dem Gesetzgeber grundsätzlich nicht zugesonnen werden kann – zu völlig unverhältnismäßigen und unsachlichen Ergebnissen.

Bekanntlich gebietet der Gleichheitssatz, dass tatsächlich Gleiches gleich und tatsächlich Ungleiches ungleich behandelt wird. Daraus wird geschlossen, dass nur sachlich gerechtfertigte Differenzierungen getroffen werden dürfen und dass eine sachlich nicht gerechtfertigte Differenzierung Art 7 B-VG widerspricht.⁷³

Vergleicht man nun einen Österreicher, der von seinen Freizügigkeitsrechten Gebrauch gemacht hat mit einem Österreicher, der eben nicht sein Recht auf Freizügigkeit in Anspruch genommen hat, stellt sich heraus, dass die Unterschiede im Tatsächlichen nur marginal sind. Im geringsten Fall können sie etwa – wie im vorhin genannten Beispiel – darin begründet sein, dass ein Salzburger, einen Tag als Arbeitssuchender oder als bloß Aufenthaltsberechtigter in Freilassing gemeldet war.

Gemessen an den zu vernachlässigenden Unterschieden im Tatsächlichen ergeben sich derart wesentliche Unterschiede in der Rechtsstellung der Familienangehörigen, dass ein Angehöriger eines Österreichers, der nicht von seinem Freizügigkeitsrecht Gebrauch gemacht hat, in einer unverhältnismäßigen Weise schlechter gestellt wird als ein Angehöriger eines Österreichers, der sein Freizügigkeitsrecht in Anspruch genommen hat. Zwar verlangt auch die Judikatur des VfGH zur Inländerdiskriminierung nicht unbedingt und ausnahmslos eine Gleichbehandlung von Inländern und EWR-Bürgern.⁷⁴ Nichts desto weniger ist mit der herrschenden Meinung davon auszugehen, dass eine Ungleichbehandlung von rein internen Sachverhalten mit grenzüberschreitenden Sachverhalten unter dem Aspekt des Gleichheitsgrundsatzes auf ihre sachliche Rechtfertigung zu prüfen ist.⁷⁵ Selbst wenn der

⁷³ VfSlg 10064/1984, 10084/1984, Korinek, FS Melichar 1983, 39ff, Öhlinger ebenda 140ff, Walter-Mayer, Grundriß des österreichischen Bundesverfassungsrechtes⁵, 395ff, alle samt weiteren Judikaturnachweisen).

⁷⁴ VfSlg 14.963/1997, wonach es auf die sachliche Rechtfertigung der gesetzlichen Ungleichbehandlung ankommt. Vgl auch *Rill*, Das Gewerberecht: Grundfragen, Grundsätze und Standort im Rechtssystem, in: Korinek (Hrsg), Gewerberecht. Grundfragen der GewO 1994 in Einzelbeiträgen, 1995 (1) 35.

⁷⁵; *Rill*, ibid 35 ff; *Knobl*, Inländerdiskriminierung aus verfassungsrechtlicher Sicht, in: Rill-FS 1995 (293) 320 ff; *Holoubek*, Inländerdiskriminierung im Wirtschaftsrecht, in: Aicher/Holoubek/Korinek (Hrsg),

Umstand, dass das Gemeinschaftsrecht nur auf Fälle mit Gemeinschaftsbezug Anwendung findet, im Einzelfall eine sachliche Rechtfertigung für eine unterschiedliche Behandlung von inländischen Sachverhalten darstellen kann, erfordern Fälle der Inländerdiskriminierung eine besondere Begründung, die eine Benachteiligung von Österreichern – sei sie auch mittelbar – aus zwingenden Gründen des Gemeinwohls rechtfertigen.⁷⁶ Die aus dem Gemeinschaftsrecht erwachsende Verpflichtung zur Umsetzung einer Richtlinie bildet für sich genommen keinen ausreichenden Rechtfertigungsgrund für eine Benachteiligung von Inländern auf dem Boden des nationalen Rechts.⁷⁷

Eine sachliche Rechtfertigung für diese Ungleichbehandlung vermag dieser unwesentliche Unterschied im Faktischen jedoch nicht zu bewirken, weshalb Regelungen, die an diese Unterscheidung anknüpfen, gegen den Gleichheitssatz verstoßen und aus diesem Grunde verfassungswidrig sind. Dies gilt umso mehr, als die inkriminierten Bestimmungen einen Teilbereich des menschlichen Zusammenlebens regeln, der unter dem besonderen grundrechtlichen Schutz des Art 8 EMRK steht.⁷⁸

Selbst wenn aus Art 8 EMRK kein Recht, in einen bestimmten Staat einzureisen und sich dort aufzuhalten abzuleiten ist, greifen die gutachtensgegenständlichen Regelungen in den Schutzbereich des Rechts auf Familienleben ein, weshalb jede einzelne Bestimmung noch darauf hin zu prüfen wäre, ob sie den Anforderungen des Art 8 Abs 2 EMRK genügt, das heißt, von einem oder mehreren in diesem Absatz genannten Zielen getragen und in einer „demokratischen Gesellschaft notwendig ist“ – ein Fall, der nur dann vorliegt, wenn die Regelung durch ein zwingendes gesellschaftliches Bedürfnis gerechtfertigt ist und insbesondere in einem angemessenen Verhältnis zu dem berechtigten Ziel steht, das mit ihr verfolgt wird.⁷⁹

Gemeinschaftsrecht und Wirtschaftsrecht, 2000 (159) 176 ff; aA *Zellenberg*, Gleichheitssatz und Inlandsmarktdiskriminierung, ÖJZ 2000 (441) 443.

⁷⁶ Vgl *Berka*, Die Grundrechte: Grundfreiheiten und Menschenrechte in Österreich (1999) Rz 904.

⁷⁷ Vgl VfSlg 15.683/1999.

⁷⁸ Der Staat wird durch Art 8 EMRK verpflichtet, Eingriffe in den geschützten Bereich des Familienlebens zu unterlassen und dessen Integrität bei allen Akten der Rechtsetzung und Vollziehung zu beachten. Vgl *Berka*, *ibid* Rz 470.

⁷⁹ EGMR 2.8.2001, *Boultif gg Schweiz*, BeschwerNr 54273/00, § 39 und 41. *Berka*, *ibid* Rz 901, spricht etwa davon, dass sich „in diesem Rahmen in Anwendung des Verhältnismäßigkeitsprinzips vor allem die Frage nach

V. Ergebnis

Auf die Frage, ob die im FPG, NAG und AuslBG anzutreffende Schlechterstellung von Angehörigen von Österreichern im Vergleich zu Angehörigen von EWR-Bürgern, die ihr Recht auf Freizügigkeit in Anspruch nehmen, verfassungsrechtlich zulässig ist, ist daher zu antworten:

1. Es lässt sich auf dem Boden zulässiger Interpretationsmethoden weder für die Behörde noch für den Bürger mit der nach Art 18 B-VG gebotenen Klarheit feststellen, welcher Personenkreis mit der Formulierung „die ihr Recht auf Freizügigkeit in Anspruch genommen haben“ gemeint ist. Eine Differenzierung, die an einem nicht eindeutigen Tatbestand anknüpft, widerspricht dem rechtsstaatlichen Legalitätsprinzip gem Art 18 B-VG.

2. Der Gleichheitssatz gebietet, sachlich nicht gerechtfertigte Differenzierungen zu unterlassen bzw Differenzierungen nur vorzunehmen, wenn sie sachlich gerechtfertigt sind. Worin die sachliche Rechtfertigung für die unterschiedliche Behandlung von Österreichern und ihren Familienangehörigen liegt, ist nicht ersichtlich. Dies insbesondere auch vor dem Hintergrund, dass die Schlechterstellung von „reinen Inlandssachverhalten“ gegenüber „grenzüberschreitenden Sachverhalten“ vom VfGH mangels einer sachlichen Rechtfertigung schon mehrfach als unzulässige Inländerdiskriminierung bezeichnet wurde und der Gesetzgeber des FrG 1997 durch eine Gleichstellung dieser Sachverhalte der Rechtsanschauung des Gerichtshofes Rechnung trug. Wenn man die aktuelle Rechtslage als verfassungskonform bezeichnete, müsste man die nicht differenzierende bisherige Rechtslage als verfassungswidrig bewerten; und dies, obwohl sie in Umsetzung der Inländerdiskriminierungsjudikatur des VfGH erfolgte!

3. Nachdem die Regelungen aus den oben genannten Gründen jedenfalls einen Verstoß gegen Grundsätze im B-VG darstellen, erübrigt sich die Frage der Vereinbarkeit der einfachgesetzlichen Bestimmungen mit anderen Verfassungsrechtsquellen, wie etwa der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten. Gleichwohl ist zu betonen, dass nur ein klares Bekenntnis zur Verfassungswidrigkeit der vom Gesetzgeber

der Erforderlichkeit und Angemessenheit von strengeren Regelungen stellen [wird], die nur rein inländische Sachverhalte treffen.“

vorgenommen Differenzierungen den im Art 8 EMRK zum Ausdruck kommenden Werten, wie dem Erfordernis der Achtung der Einheit des Familienlebens und insbesondere dem aus Art 14 EMRK fließenden Gebot, die in der Konvention festgelegten Rechte und Freiheiten ohne Benachteiligung zu gewährleisten, hinreichend Rechnung trägt.

Dr. Metin Akyürek

Dr. Rudolf Feik

VI. ANHANG

A. Die maßgeblichen Bestimmungen

1. Im Fremdenpolizeigesetz (FPG)

Begriffsbestimmungen

§ 2 Abs 4 FPG

Z 11. begünstigter Drittstaatsangehöriger: der Ehegatte, eigene Verwandte und Verwandte des Ehegatten eines EWR-Bürgers oder Schweizer Bürgers oder Österreicher, die ihr Recht auf Freizügigkeit in Anspruch genommen haben, in gerader absteigender Linie bis zur Vollendung des 21. Lebensjahres, darüber hinaus, sofern ihnen Unterhalt tatsächlich gewährt wird, sowie eigene Verwandte und Verwandte des Ehegatten in gerader aufsteigender Linie, sofern ihnen Unterhalt tatsächlich gewährt wird, insofern dieser Drittstaatsangehörige den freizügigkeitsberechtigten EWR-Bürger oder Schweizer Bürger, von dem sich seine gemeinschaftsrechtliche Begünstigung herleitet, begleitet oder ihm nachzieht;

Z 12. Familienangehöriger: wer Drittstaatsangehöriger und Ehegatte oder unverheiratetes minderjähriges Kind, einschließlich Adoptiv- oder Stiefkind, ist (Kernfamilie);

Z 15. Recht auf Freizügigkeit: das gemeinschaftliche Recht eines EWR-Bürgers, sich in Österreich niederzulassen;

Berufungen

§ 9. (1) (Verfassungsbestimmung) Über Berufungen gegen Entscheidungen nach diesem Bundesgesetz entscheiden, sofern nicht anderes bestimmt ist,

1. im Fall von EWR-Bürgern, Schweizer Bürgern und begünstigten Drittstaatsangehörigen die unabhängigen Verwaltungssenate in den Ländern und
2. in allen anderen Fällen die Sicherheitsdirektionen in letzter Instanz.

(3) Gegen Entscheidungen über Anträge auf Erteilung von Einreisetiteln (§ 2 Abs. 1) an andere als begünstigte Drittstaatsangehörige (Abs. 4) ist eine Berufung nicht zulässig.

Verfahren vor den österreichischen Vertretungsbehörden

§ 11 (2) Über schriftlichen oder niederschriftlichen Antrag der Partei ist die Entscheidung gemäß Abs. 1 auch schriftlich auszufertigen; hiebei sind außer der getroffenen Entscheidung die **maßgeblichen Gesetzesbestimmungen anzuführen**; einer **weiteren Begründung bedarf es nicht**.

(4) Entscheidungen gemäß Abs. 1 sind im Fall begünstigter Drittstaatsangehöriger schriftlich in einer Weise auszufertigen, dass der Betroffene deren Inhalt und Wirkung nachvollziehen kann. Dem Betroffenen sind die Gründe der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit, die der ihn betreffenden Entscheidung zugrunde liegen, genau und umfassend mitzuteilen, es sei denn, dass Gründe der Sicherheit der Republik Österreich dieser Mitteilung entgegenstehen. In der schriftlichen Ausfertigung der Begründung ist auch die Berufungsbehörde anzugeben.

Erteilung von Visa

§ 21. (1) Visa dürfen einem Fremden auf Antrag erteilt werden, wenn

1. dieser ein gültiges Reisedokument besitzt;
2. die Wiederausreise des Fremden gesichert erscheint;
3. öffentliche Interessen der Erteilung des Visums nicht entgegenstehen, es sei denn, die Interessen des Fremden an der Erteilung des Visums wiegen schwerer, als die öffentlichen Interessen, das Visum nicht zu erteilen und
4. kein Versagungsgrund (Abs. 7) wirksam wird.

(8) Drittstaatsangehörige, die auf Grund eines Staatsvertrages, eines Bundesgesetzes oder eines unmittelbar anwendbaren Rechtsaktes der Europäischen Union zwar Niederlassungsfreiheit aber nicht Sichtvermerksfreiheit genießen, haben nach Maßgabe dieses Staatsvertrages, Bundesgesetzes oder Rechtsaktes **Anspruch auf Erteilung eines Visums**.

Begünstigte Drittstaatsangehörige

§ 85. (1) Begünstigte Drittstaatsangehörige (§ 2 Abs. 4 Z 11) haben das Recht auf Aufenthalt für einen Zeitraum von drei Monaten, unterliegen aber der Sichtvermerkspflicht. § 21 Abs. 8 gilt. Darüber hinaus besteht ein Aufenthaltsrecht nach Maßgabe des 4. Hauptstückes des 2. Teiles des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes. Inhaber von Daueraufenthaltskarten (§ 54 NAG) sind zur sichtvermerksfreien Einreise berechtigt.

(2) Amtshandlungen im Zusammenhang mit der Erteilung von Visa an begünstigte Drittstaatsangehörige sind von den Stempelgebühren und den Verwaltungsabgaben befreit.

Sonderbestimmungen für den Entzug der Aufenthaltsberechtigung und für verfahrensfreie Maßnahmen

§ 86. (1) Die Erlassung eines Aufenthaltsverbotes gegen freizügigkeitsberechtigte EWR-Bürger, Schweizer Bürger oder begünstigte Drittstaatsangehörige ist zulässig, wenn auf Grund ihres persönlichen Verhaltens die öffentliche Ordnung oder Sicherheit gefährdet ist.

...

Familienangehörige von nicht freizügigkeitsberechtigten EWR-Bürgern, Schweizern und Österreichern

§ 87. Familienangehörige (§ 2 Abs. 4 Z 12) unterliegen der Sichtvermerkspflicht. Für sie gelten die Bestimmungen für begünstigte Drittstaatsangehörige nach den §§ 85 Abs. 2 und 86.

2. Im Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz

Begriffsbestimmungen

§ 2. (1) Im Sinne dieses Bundesgesetzes ist

Z 4. EWR-Bürger: ein Fremder, der Staatsangehöriger einer Vertragspartei des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum (EWR-Abkommen) ist;

Z 6. Drittstaatsangehöriger: ein Fremder, der nicht EWR-Bürger ist;

Z 9. Familienangehöriger: wer Ehegatte oder unverheiratetes minderjähriges Kind, einschließlich Adoptiv- oder Stiefkind, ist (**Kernfamilie**), wobei die Ehegatten, ausgenommen Ehegatten von Österreichern, EWR-Bürgern und Schweizer Bürgern, das 18. Lebensjahr bereits vollendet haben müssen; lebt im Fall einer Mehrfachehe bereits ein

Ehegatte gemeinsam mit dem Zusammenführenden im Bundesgebiet, so sind die weiteren Ehegatten keine anspruchsberechtigten Familienangehörigen zur Erlangung eines Aufenthaltstitels;

14. Recht auf Freizügigkeit: das gemeinschaftsrechtliche Recht eines EWR-Bürgers, sich in Österreich niederzulassen;

§ 11 (2) Aufenthaltstitel dürfen einem Fremden nur erteilt werden, wenn

1. der Aufenthalt des Fremden nicht öffentlichen Interessen widerstreitet;
2. der Fremde einen **Rechtsanspruch auf eine Unterkunft**⁸⁰ nachweist, die für eine vergleichbar große Familie als ortsüblich angesehen wird;
3. der Fremde über einen alle Risiken abdeckenden Krankenversicherungsschutz verfügt und diese Versicherung in Österreich auch leistungspflichtig ist;
4. der Aufenthalt des Fremden zu keiner finanziellen Belastung einer Gebietskörperschaft führen könnte;
5. durch die Erteilung eines Aufenthaltstitels die Beziehungen der Republik Österreich zu einem anderen Staat oder einem anderen Völkerrechtssubjekt nicht wesentlich beeinträchtigt werden, und
6. der Fremde **im Fall eines Verlängerungsantrages (§ 24) die Integrationsvereinbarung nach § 14 oder ein einzelnes Modul bereits erfüllt hat**,⁸¹ soweit er bereits ein Jahr niedergelassen war und ihm kein Aufschub gemäß § 14 Abs. 8 gewährt wurde.

(5) Der Aufenthalt eines Fremden führt zu keiner finanziellen Belastung einer Gebietskörperschaft (Abs. 2 Z 4), wenn der Fremde feste und regelmäßige eigene Einkünfte hat, die ihm eine Lebensführung ohne Inanspruchnahme von Sozialhilfeleistungen der Gebietskörperschaften ermöglichen **und** der Höhe nach den **Richtsätzen des § 293 des Allgemeinen Sozialversicherungsgesetzes**⁸² (ASVG), BGBl. Nr. 189/1955, entsprechen. Bei Nachweis der Unterhaltsmittel durch Unterhaltsansprüche (§ 2 Abs. 4 Z 3) ist zur Berechnung der Leistungsfähigkeit des Verpflichteten dessen pfändungsfreies Existenzminimum gemäß § 291a der Exekutionsordnung (EO), RGBl. Nr. 79/1896, nicht zu berücksichtigen.

⁸⁰ Beim Familiennachzug eines begünstigten Familienangehörigen keine Voraussetzung.

⁸¹ Wird nicht von begünstigten Familienangehörigen verlangt.

⁸² Vgl § 54 Abs 1 iVm § 51 Z 2 NAG, die nur auf die Nichtinanspruchnahme von Sozialhilfe abstellen.

Verfahren bei Erstanträgen

§ 21. (1) Erstanträge sind vor der Einreise in das Bundesgebiet bei der örtlich zuständigen Berufsvertretungsbehörde im Ausland einzubringen. Die Entscheidung ist im Ausland abzuwarten.

(2) Abweichend von Abs. 1 sind zur Antragstellung im Inland berechtigt:

1. Familienangehörige von Österreichern, EWR-Bürgern und Schweizer Bürgern, die in Österreich dauernd wohnhaft sind und denen das Recht auf Freizügigkeit nicht zukommt, nach rechtmäßiger Einreise und während ihres rechtmäßigen Aufenthalts;

(4) Eine Inlandsantragstellung nach Abs. 2 Z 1 und Z 4 bis 6 und Abs. 3 schafft kein über den erlaubten sichtvermerksfreien Aufenthalt hinausgehendes Bleiberecht.

Aufenthaltstitel "Familienangehöriger" und "Niederlassungsbewilligung - Angehöriger"

§ 47. (1) Zusammenführende im Sinne der Abs. 2 bis 4 sind Österreicher oder EWR-Bürger oder Schweizer Bürger, die in Österreich dauernd wohnhaft sind und denen das Recht auf Freizügigkeit nicht zukommt.

(2) Drittstaatsangehörigen, die Familienangehörige von Zusammenführenden im Sinne des Abs. 1 sind, ist ein Aufenthaltstitel "Familienangehöriger" zu erteilen, wenn sie die Voraussetzungen des 1. Teiles erfüllen. Dieser Aufenthaltstitel ist bei Vorliegen der Voraussetzungen des 1. Teiles **einmal um den Zeitraum von zwölf Monaten, danach jeweils um 24 Monate zu verlängern**. (dh insg 4 gebührenpflichtige Bewilligungen)

(3) Angehörigen von Zusammenführenden im Sinne des Abs. 1 **kann** auf Antrag eine quotenfreie "Niederlassungsbewilligung - Angehöriger" erteilt werden, wenn sie die Voraussetzungen des 1. Teiles erfüllen und

1. Verwandte des Zusammenführenden oder seines Ehegatten in gerader aufsteigender Linie sind, sofern ihnen von diesen tatsächlich Unterhalt geleistet wird;

2. Lebenspartner sind, die das Bestehen einer dauerhaften Beziehung im Herkunftsstaat nachweisen und ihnen tatsächlich Unterhalt geleistet wird; oder

3. sonstige Angehörige des Zusammenführenden sind,

a) die vom Zusammenführenden bereits im Herkunftsstaat Unterhalt bezogen haben;

b) die mit dem Zusammenführenden bereits im Herkunftsstaat in häuslicher Gemeinschaft gelebt haben und Unterhalt bezogen haben oder

c) bei denen schwerwiegende gesundheitliche Gründe die persönliche Pflege durch den Zusammenführenden zwingend erforderlich machen.

Unbeschadet eigener Unterhaltsmittel hat der Zusammenführende jedenfalls auch eine Haftungserklärung abzugeben.

Daueraufenthaltskarten

§ 54. (1) Angehörige von freizügigkeitsberechtigten EWR-Bürgern (§ 51), die nicht EWR-Bürger sind und die die in § 52 Z 1 bis 3 genannten Voraussetzungen erfüllen, sind zur Niederlassung berechtigt. Ihnen ist auf Antrag eine Daueraufenthaltskarte für die Dauer von zehn Jahren auszustellen. Dieser Antrag ist spätestens nach Ablauf von drei Monaten ab ihrer Niederlassung zu stellen.

(2) Zum Nachweis des Rechts sind ein gültiger Personalausweis oder Reisepass sowie

1. nach § 52 Z 1 ein urkundlicher Nachweis des Bestehens der Ehe;
2. nach § 52 Z 2 und 3 ein urkundlicher Nachweis über das Bestehen einer familiären Beziehung sowie bei Kindern über 21 Jahren und Verwandten des EWR-Bürgers oder seines Ehegatten in gerader aufsteigender Linie ein Nachweis über die tatsächliche Unterhaltsgewährung vorzulegen.

Schweizer Bürger und deren Angehörige sowie Angehörige von Österreichern

§ 57. Die Bestimmungen der §§ 51 bis 56 finden auch auf Schweizer Bürger, die ihr Recht auf Freizügigkeit in Anspruch genommen haben, und deren Angehörige sowie auf Angehörige von Österreichern, sofern diese ihr Recht auf Freizügigkeit in Anspruch genommen haben, Anwendung.

3. Im Ausländerbeschäftigungsgesetz (AuslBG)

§ 1. (1) Dieses Bundesgesetz regelt die Beschäftigung von Ausländern (§ 2) im Bundesgebiet.

(2) Die Bestimmungen dieses Bundesgesetzes sind nicht anzuwenden auf ...

l) Freizügigkeitsberechtigte EWR-Bürger, deren drittstaatsangehörige Ehegatten und Kinder (einschließlich Adoptiv- und Stiefkinder), die noch nicht 21 Jahre alt sind oder denen der

EWR-Bürger oder der Ehegatte Unterhalt gewährt, sowie drittstaatsangehörige Eltern des EWR-Bürgers und seines Ehegatten, denen der EWR-Bürger oder der Ehegatte Unterhalt gewährt, sofern sie zur Niederlassung nach dem Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz (NAG), BGBl. I Nr. 100/2005 berechtigt sind;

m) EWR-Bürger, die ihr Recht auf Freizügigkeit nicht in Anspruch nehmen, deren drittstaatsangehörige Ehegatten und Kinder (einschließlich Adoptiv- und Stiefkinder) sowie die drittstaatsangehörigen Ehegatten und Kinder österreichischer Staatsbürger, sofern der Ehegatte bzw. das Kind zur Niederlassung nach dem NAG berechtigt ist.