

# Familienangehörige von Österreichern, EWR-Bürgern und Schweizern im FPG und NAG – verfassungswidrige Inländerdiskriminierung?

*Im folgenden Beitrag soll die mit dem Fremdenrechtspaket 2005 eingeführte Differenzierung zwischen Familienangehörigen von Österreichern, EWR-Bürgern und Schweizern, die ihr Recht auf Freizügigkeit in Anspruch genommen haben, einerseits und Familienangehörigen von Österreichern, EWR-Bürgern und Schweizern, die ihr Recht auf Freizügigkeit nicht in Anspruch genommen haben, andererseits im Lichte des Gleichheitssatzes untersucht werden. Dabei zeigt sich, dass diese Differenzierung eine verfassungswidrige Inländerdiskriminierung darstellt.*

Thomas Loos/Ljiljana Zlatojević

## I. Einleitung

Im Gegensatz zur bisherigen Rechtslage unterscheidet das mit dem Fremdenrechtspaket 2005 eingeführte und am 1. 1. 2006 in Kraft getretene FPG und NAG zwischen Familienangehörigen von Österreichern, EWR-Bürgern und Schweizern, die ihr Recht auf Freizügigkeit in Anspruch genommen haben, einerseits und Familienangehörigen von Österreichern, EWR-Bürgern und Schweizern, die ihr Recht auf Freizügigkeit nicht in Anspruch genommen haben andererseits. Die Materialien betonen, dass es bei dieser Unterscheidung nicht auf die Staatsangehörigkeit des Zusammenführenden 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.“<sup>1)</sup> Im Folgenden wird daher untersucht, ob nicht dennoch ein Fall einer Inländerdiskriminierung vorliegt und ob diese an Hand des Gleichheitssatzes gerechtfertigt werden kann.

## II. Angehörige von Österreichern, EWR-Bürgern und Schweizern im FPG und NAG

### A. Angehörige von freizügigkeitsberechtigten Österreichern, EWR-Bürgern und Schweizern

#### 1. Das gemeinschaftsrechtliche Aufenthaltsrecht

Das gemeinschaftsrechtliche Aufenthaltsrecht ergibt sich aus den Personenverkehrsfreizügigkeiten des EG-Vertrages und dem allgemeinen Freizügigkeitsrecht nach Art 18 EG sowie dem zur Durchführung erlassenen Sekundärrecht. Die Personenverkehrsfreizügigkeiten des Gemeinschaftsrechtes sind die Arbeitnehmerfreizügigkeit nach Art 39 ff EG, die Niederlassungsfreiheit nach Art 43 ff EG sowie die Dienstleistungsfreiheit nach Art 49 ff EG. Um die Personenverkehrsfreiheiten tatsächlich ausüben zu können, benötigt der Berechtigte das Recht zu Einreise in den anderen Mitgliedstaat bzw zum dortigen Aufenthalt. Obwohl primärrechtlich ausdrücklich nur in Art 39 Abs 3 lit c EG genannt, wird dieses Einreise- und Aufenthaltsrecht jedem zugestanden, der sich im anderen Mitgliedstaat „zu den vom Vertrag genannten Zwecken“ aufhält, insbesondere, „um dort eine selbständige oder unselbständige Erwerbstätigkeit zu suchen oder auszuüben“.<sup>2)</sup> Nimmt daher ein Staatsangehöriger eines Mitgliedstaates eine dieser Personenverkehrsfreizügigkeiten in Anspruch, besitzt dieser

<sup>1)</sup> Unser Dank gilt Sybille Wierer, Obfrau von Helping Hands Salzburg, die uns bei den Recherchen und der Verfassung der Arbeit tatkräftig unterstützt hat.

1) AB 1055 Beilage XXII GP zu § 47 NAG.

2) EuGH Rs 48/75, Royer.

bereits auf Grund des EG-Vertrages ex lege das Recht zur Einreise und Aufenthalt. Eine allenfalls von einem Mitgliedstaat erteilte Aufenthaltserlaubnis wirkt daher „nicht rechtsbegründend, vielmehr wird mit ihr durch den Mitgliedstaat lediglich festgestellt, welche persönliche Stellung einem Angehörigen eines anderen Mitgliedstaates nach den Bestimmungen des Gemeinschaftsrechtes zukommt“<sup>3)</sup>. Daneben besteht nach Art 18 EG das allgemeine Freizügigkeitsrecht der Unionsbürger, das einerseits nicht von der Ausübung einer der oben genannten (wirtschaftlichen) Personenverkehrsfreizügigkeiten abhängig ist, dafür aber ausdrücklich nur vorbehaltlich der im EG-Vertrag und den Durchführungsvorschriften vorgesehenen Beschränkungen und Bedingungen besteht.<sup>4)</sup> Sekundärrechtlich konkretisiert, insbesondere im Hinblick auf Familienangehörige, ist das gemeinschaftsrechtliche Aufenthaltsrecht durch die Freizügigkeitsrichtlinie 2004/38/EG. Nach Art 7 der Freizügigkeitsrichtlinie haben EWR-Bürger, die sich länger als drei Monate aufhalten wollen und entweder

- erwerbstätig (Niederlassungsfreiheit bzw. Dienstleistungsfreiheit),
- unselbstständig erwerbstätig (Arbeitnehmerfreizügigkeit) sind oder
- für sich und ihre Familienangehörigen über ausreichende Existenzmittel verfügen, sodass sie während ihres Aufenthalts keine Sozialhilfeleistungen des Aufnahmemitgliedstaates in Anspruch nehmen müssen und sie und ihre Familienangehörigen über einen umfassenden Krankenversicherungsschutz im Aufnahmemitgliedstaat verfügen (allgemeines Freizügigkeitsrecht nach Art 18 EG), ein Aufenthaltsrecht.<sup>5)</sup> Art 16 ff Freizügigkeitsrichtlinie normieren nach idR fünf Jahren Aufenthalt ein Bleiberecht im Aufnahmemitgliedstaat. Anzumerken ist, dass die Freiheiten der Unionsbürger auf Grund des EWR-Abkommens sowie dem Freizügigkeitsabkommen mit der Schweiz<sup>6)</sup> auch für Staatsangehörige Islands, Norwegens, Liechtensteins sowie der Schweiz gelten. Soweit daher im Folgenden von Unionsbürgern oder EWR-Bürgern die Rede ist, fallen darunter Staatsangehörige der EWR-Mitgliedstaaten sowie der Schweiz.

## 2. Das gemeinschaftsrechtliche derivative Aufenthaltsrecht der Familienangehörigen

Über ein derivatives Aufenthaltsrecht verfügen ungeachtet der Staatsangehörigkeit Familienangehörige des aufenthaltsberechtigten Unionsbürgers, die diesen begleiten oder nachziehen. Der originär Begünstigte muss eine der Freizügigkeiten ausüben, damit Familienangehörige von diesem ein Aufenthaltsrecht ableiten können.<sup>7)</sup> Als Familienangehörige definiert Art 2 Freizügigkeitsrichtlinie jedenfalls den Ehegatten, Verwandte in gerader absteigender Linie des Unionsbürgers und des Ehegatten, die das 21. Lebensjahr noch nicht vollendet haben oder de-

nen von diesen Unterhalt gewährt wird, sowie Verwandte in gerader aufsteigender Linie des Unionsbürgers und des Ehegatten, denen von diesen Unterhalt gewährt wird. Diese Familienangehörigen besitzen das Aufenthaltsrecht ebenfalls ex lege, wenn sie den originär begünstigten Unionsbürger begleiten oder ihm nachziehen.<sup>8)</sup> Eine ausgestellte Aufenthaltserlaubnis wirkt daher ebenfalls nur deklarativ.<sup>9)</sup> In diesem Zusammenhang ist auch die Entscheidung des EuGH in der Rechtssache *Chen*<sup>10)</sup> zu erwähnen. Nach den Ausführungen in dieser Sache besitzt ein Familienangehöriger ein Aufenthaltsrecht allein schon dann, wenn dessen Aufenthalt erforderlich ist, damit der Unionsbürger die im Vertrag gewährten Freiheiten in Anspruch nehmen kann. So besitzt etwa ein Elternteil eines Kleinkindes, das die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaates besitzt, ebenfalls ein Aufenthaltsrecht, damit das Kleinkind das ihm nach dem Gemeinschaftsrecht zustehende Freizügigkeitsrecht in Anspruch nehmen kann.<sup>11)</sup>

## 3. Anknüpfung der Freizügigkeiten an einen grenzüberschreitenden Sachverhalt

Voraussetzung für die Anwendbarkeit der Regeln des Gemeinschaftsrechtes über die Freizügigkeiten ist das Vorliegen eines grenzüberschreitenden Sachverhaltes.<sup>12)</sup> Liegt ein solcher vor, kann sich ein Unionsbürger sowie dessen berechtigte Angehörige gegenüber jedem Mitgliedstaat auf das gemeinschaftsrechtliche Freizügigkeitsrecht und damit auch Aufenthaltsrecht berufen, insbesondere nicht nur ge-

3) EuGH Rs 48/75, *Royer*.

4) Art 7 RL 2004/38/EG verlangt insb einen umfassenden Krankenversicherungsschutz sowie ausreichende Existenzmittel.

5) zu eng daher *Kutscher/Poschalko/Schmalzl*, Niederlassungs- und Aufenthaltsrecht, Leitfaden zum NAG (2006), 40, die lediglich das allgemeine Freizügigkeitsrecht nach Art 18 EG und die Arbeitnehmerfreizügigkeit nach Art 39 EG anführen.

6) ABI 2002/L114.

7) *Franzen in Streinz*, EUV/EGV, Vertrag über die Europäische Union und Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (2003), Art 39 EG RZ 140.

8) EuGH, Rs-C 459/99, *MRAX*; EuGH Rs C-157/03, *Kommission/Spanien*; bislang vereinzelt geblieben ist die Entscheidung EuGH Rs C-109/01, *Akrich*, nach der das gemeinschaftsrechtliche Aufenthaltsrecht den rechtmäßigen Aufenthalt des Angehörigen in einem Mitgliedstaat voraussetzt. Der EuGH hat dieses Erfordernis in den Folgeentscheidungen (zB Rs C-157/03, *Kommission/Spanien*; Rs C-200/02, *Chen*) bislang nicht aufrechterhalten.

9) EuGH, Rs-C 459/99, *MRAX*; Es kann keine Rede davon sein, dass dieser Umstand bislang „völlig unentdeckt“ blieb, wie *Kutscher/Poschalko/Schmalzl in Kutscher/Poschalko/Schmalzl*, Niederlassungs- und Aufenthaltsrecht, 44, behaupten. Bezüglich des österreichischen Fremdenrechts wurde die deklarative Wirkung einer auf Grund des Gemeinschaftsrechtes ausgestellten Aufenthaltserlaubnis bereits in *Muzak*, Die Aufenthaltsberechtigung im österreichischen Fremdenrecht (1995), 81 beschrieben. Siehe auch *Muzak in Muzak/Taucher/Pinter/Lobner*, Fremden- und Asylrecht, (6. Lfg Juni 2003), § 46 FrG.

10) EuGH Rs C-200/02, *Chen*.

11) EuGH Rs C-200/02, *Chen*.

12) EuGH, Rs-C 132/93, *Steen*; aM *Hilf*, in *Grabitz/Hilf*, Das Recht der europäischen Union, (17. Lfg), Art 18 EG RZ 1.

genüber einem anderen Mitgliedstaat, sondern auch gegenüber dem eigenen Herkunftsstaat.<sup>13)</sup> Ein Angehöriger eines Deutschen, der sich als Arbeitnehmer in Österreich auf Grund der Arbeitnehmerfreizügigkeit niederlässt, genießt daher in Österreich ebenso ein gemeinschaftsrechtliches Aufenthaltsrecht, wie ein Angehöriger eines Österreicherers, der regelmäßig Dienstleistungen auf Grund der Art 49 ff EG in Deutschland erbringt.<sup>14)</sup> Fehlt jedoch das grenzüberschreitende Element und liegt daher ein rein innerstaatlicher Sachverhalt vor, ist dieser vom Anwendungsbereich der Freizügigkeiten des EG-Vertrages nicht umfasst<sup>15)</sup>, sodass auch kein gemeinschaftsrechtliches Aufenthaltsrecht daraus abgeleitet werden kann.

#### 4. Umsetzung in Österreich

Das Recht auf Freizügigkeit wird in § 2 Abs 4 Z 15 FPG und § 2 Abs 1 Z 14 NAG definiert als „gemeinschaftsrechtliche Recht eines EWR-Bürgers, sich in Österreich niederzulassen“. Das gemeinschaftsrechtliche Aufenthaltsrecht derjenigen, die dieses in § 2 Abs 1 Z 14 NAG genannte Freizügigkeitsrecht in Anspruch genommen haben wird in den §§ 51-57 NAG im Detail geregelt. EWR-Bürgern sowie den in der Freizügigkeitsrichtlinie genannten Angehörigen wird, sofern sie ein gemeinschaftsrechtliches Aufenthaltsrecht genießen, die Berechtigung zur Niederlassung in Österreich eingeräumt.<sup>16)</sup> Schweizer werden durch § 57 NAG EWR-Bürgern gleichgestellt. Den Berechtigten ist bei Vorliegen eines gemeinschaftsrechtlichen Aufenthaltsrechtes auf Antrag eine Anmeldebescheinigung nach § 53 NAG, Drittstaatsangehörigen, die ein gemeinschaftsrechtliches Aufenthaltsrecht kraft Angehörigeneigenschaft besitzen, eine Daueraufenthaltskarte nach § 54 NAG auszustellen. Diesen Dokumenten kommt auf Grund des ex lege bestehenden Aufenthaltsrechtes lediglich deklarative Wirkung zu,<sup>17)</sup> § 9 NAG bezeichnet diese Dokumente daher ausdrücklich als „Dokumentationen eines gemeinschaftsrechtlichen Aufenthaltsrechtes“, dies im Gegensatz zu den in § 8 NAG genannten und nicht auf Grund eines gemeinschaftsrechtlichen Aufenthaltsrechtes ausgestellten (konstitutiven) Aufenthaltstiteln.

### B. Angehörige von nicht freizügigkeitsberechtigten Österreichern, EWR-Bürgern und Schweizern

#### 1. Kein gemeinschaftsrechtliches Aufenthaltsrecht der Angehörigen eines Österreicherers mangels Vorliegen eines Freizügigkeitstatbestandes

Österreicher, die keinen gemeinschaftsrechtlichen Freizügigkeitstatbestand erfüllen, können sich, wie oben unter II A 3. dargelegt, gegenüber ihrem Herkunftsstaat nicht auf die gemeinschaftsrechtliche Freizügigkeit berufen, da ein rein inländischer Sachverhalt vorliegt. Angehörige dieses Österreicherers können daher von diesem auch kein gemeinschafts-

rechtliches Aufenthaltsrecht aus der Freizügigkeit ableiten.<sup>17a)</sup>

#### 2. Begriff der Putativfreizügigkeit

*Kutscher/Poschalko/Schmalzl* verwenden für diese Sachverhalte den Begriff der „Putativfreizügigkeit“.<sup>18)</sup> Eine solche liege vor, wenn „trotz Fehlens eines notwendigen Elementes – daher irrtümlich – ein Freizügigkeitstatbestand angenommen“<sup>19)</sup> wird. Die Verwendung des offensichtlich aus der strafrechtlichen Terminologie entlehnten Begriffes „Putativfreizügigkeit“ scheint jedoch aus zwei Gründen unpassend: Soweit im Strafrecht dieser Begriff verwendet wird, bezieht er sich nicht auf einen Rechtsirrtum, sondern auf einen Irrtum über einen bestimmten Sachverhalt.<sup>20)</sup> Weiters würde die Existenz eines „Putativ-Freizügigkeitstatbestandes“<sup>21)</sup> voraussetzen, dass das Gesetz einen Tatbestand kennt, der an die irrtümliche Annahme der Freizügigkeit eine Rechtsfolge anknüpft. Dies ist aber nicht der Fall. Maßgeblich ist ausschließlich das objektive Vorliegen oder Nichtvorliegen eines gemeinschaftsrechtlichen Freizügigkeitstatbestandes, nicht jedoch die subjektive Rechtsauffassung des Rechtsunterworfenen. Ein Putativfreizügigkeitstatbestand existiert somit nicht, weshalb keine Notwendigkeit besteht, diesen Begriff zu verwenden.

#### 3. Rein innerstaatlicher Sachverhalt bei EWR-Bürgern und Schweizern?

Gemeinschaftsrechtlich offen ist, ob ein rein innerstaatlicher Sachverhalt vorliegen kann, wenn sich EWR-Bürger und Schweizer in Österreich aufhalten. Das Gesetz geht davon aus, dass EWR-Bürger und Schweizer, die sich in Österreich aufhalten, nicht jedenfalls einen grenzüberschreitenden Sachverhalt erfüllen, der ein gemeinschaftsrechtliches Auf-

13) EuGH Rs 115/78, *Knoors*; EuGH 246/80, *Broekmeulen*; EuGH, Rs 81/87, *Daily Mail*; EuGH Rs-C 60/00, *Carpenter*; EuGH Rs C-109/01, *Akrich*; *Knobl*, in FS *Rill*, Inländerdiskriminierung aus verfassungsrechtlicher Sicht (1995), 305 ff; *Holoubek*, „Inländerdiskriminierung“ im Wirtschaftsrecht in *Aicher/Holoubek/Korinek Gemeinschaftsrecht und Wirtschaftsrecht* (2000), 170.

14) EuGH Rs-C 60/00, *Carpenter*; 4.

15) EuGH, Rs-C 132/93, *Steen*; ua *Öhlinger/Potacs*, Gemeinschaftsrecht und staatliches Recht: Die Anwendung des Europarechts im innerstaatlichen Bereich? (2001), 82; *Knobl*, in FS *Rill*, 298.

16) Siehe genauer zur Umsetzung in Österreich *Ramin*, Die Rechtsstellung der Unionsbürger nach dem Fremdenrechtspaket 2005 in *migralex* 2006/01, 13 ff sowie *Bezdeka*, Bemerkungen zur Umsetzung der Unionsbürgerrichtlinie in Österreich durch das Fremdenrechtspaket 2005, in ZAR 2005/12, 398 ff.

17) RV 952 Beilage XXII GP, zu § 9 NAG.

17a) *Riel/Schrefler-König/Szymanski/Wollner*, FPG mit umfassendem Kommentar und höchstgerichtlicher Judikatur (2006), § 2 FPG Anm 20.

18) *Kutscher/Poschalko/Schmalzl*, Niederlassungs- und Aufenthaltsrecht, 41 ff.

19) *Kutscher/Poschalko/Schmalzl*, Niederlassungs- und Aufenthaltsrecht, 42.

20) Irrt ein Täter zB über das Notwehrrecht oder die Grenzen des Notwehrrechtes, liegt Verbotsirrtum und nicht etwa Putativnotwehr vor, vgl *Kienapfel/Höpfel*, Strafrecht AT<sup>19</sup>, Z18, RZ 9 ff.

21) *Kutscher/Poschalko/Schmalzl*, Niederlassungs- und Aufenthaltsrecht, 43.

enthaltsrecht begründet. In den Materialien wird als Beispiel der Fall eines in Österreich geborenen und aufgewachsenen EWR-Bürgers genannt.<sup>22)</sup> Das Gesetz stellt daher Angehörige dieser Bürger Angehörigen von Österreichern, die keinen Freizügigkeitstatbestand erfüllt haben, gleich (§ 47 Abs 1 NAG). Die Gemeinschaftsrechtskonformität dieser Regelung wurde mit beachtlichen Argumenten von *Ramin* in Frage gestellt. Das allgemeine Recht auf Freizügigkeit nach Art 18 EG bestehe nach Ansicht *Ramins* im Unterschied zu den wirtschaftlichen Freizügigkeiten schon kraft (fremder) Unionsbürgerschaft. Dass ein solches Aufenthaltsrecht einschränkbar sei, ändere nichts daran, dass jedem EWR-Bürger und Schweizer das allgemeine Freizügigkeitsrecht nach Art 18 EG zustehe.<sup>23)</sup>

#### 4. Schlechterstellung der Angehörigen von Österreichern, EWR-Bürgern und Schweizern, die keinen Freizügigkeitssachverhalt verwirklicht haben

Das österreichische Recht unterscheidet anknüpfend an den begrenzten Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechtes zwischen Angehörigen von Österreichern, EWR-Bürgern und Schweizern, die einen Freizügigkeitstatbestand erfüllt haben und damit ein gemeinschaftsrechtliches Aufenthaltsrecht besitzen, einerseits und Angehörigen von Österreichern, EWR-Bürgern und Schweizern, die keinen Freizügigkeitssachverhalt verwirklicht haben und somit kein gemeinschaftsrechtliches Aufenthaltsrecht besitzen, andererseits. Charakteristisch für das Fremdenrechtspaket 2005 ist, dass letztere Angehörige gegenüber den Angehörigen, die ein gemeinschaftsrechtliches Aufenthaltsrecht genießen, deutlich schlechter gestellt werden, sie werden unmittelbar diskriminiert. Unter anderem werden diese insbesondere in folgenden Punkten schlechter behandelt:

- Es müssen sämtliche Erteilungsvoraussetzungen für Aufenthaltstitels des 1. Teiles des NAG erfüllt sein (Einkommen in Höhe des Ausgleichszulagenrichtsatzes, Anspruch auf ortsübliche Unterkunft etc).
- Die Aufenthaltstitel werden zunächst nur befristet erteilt.
- Die Inlandsantragstellung ist nur unter den engen Voraussetzungen des § 21 NAG und § 74 NAG zulässig.
- Die Integrationsvereinbarung muss erfüllt werden.
- Im Falle der Scheidung bleibt das Aufenthaltsrecht nur unter den Voraussetzungen des § 47 Abs 5 iVm § 27 Abs 2 bis 4 NAG aufrecht.
- Verwandte in aufsteigender Linie haben zunächst keinen freien Zugang zum Arbeitsmarkt.
- Verwandte in absteigender Linie über 18 sowie verheiratete Verwandte in absteigender Linie haben zunächst keinen freien Zugang zum Arbeitsmarkt und sind überdies nur dann zum Aufent-

halt berechtigt, wenn sie vom Zusammenführenden bereits im Herkunftsstaat Unterhalt bezogen haben, mit dem Zusammenführenden bereits im Herkunftsstaat in häuslicher Gemeinschaft gelebt haben oder bei denen schwerwiegende persönliche Gründe die Pflege durch den Zusammenführenden zwingend erforderlich machen (§ 2 Abs 1 Z 9 NAG iVm § 47 Abs 3 NAG).

- Die Sonderbestimmungen für den Entzug der Aufenthaltsberechtigung nach § 86 FPG sind nicht anwendbar.

Ingesamt sind daher diese Angehörigen gegenüber den Angehörigen von Österreichern, EWR-Bürgern und Schweizern, die auf Grund eines Freizügigkeitstatbestandes ein gemeinschaftsrechtliches Aufenthaltsrecht genießen, deutlich schlechter gestellt.

#### 5. Aufenthaltstitel „Familienangehöriger“, „Daueraufenthalt-Familienangehöriger“ und „Niederlassungsbewilligung-Angehöriger“ für Angehörige von Österreichern, EWR-Bürgern und Schweizern, die ihr Recht auf Freizügigkeit nicht in Anspruch genommen haben

Für Ehegatten sowie minderjährige unverheiratete Kinder dieser Zusammenführenden sieht § 47 Abs 2 NAG den Aufenthaltstitel „Familienangehöriger“ vor. Es handelt sich dabei nicht um eine Niederlassungsbewilligung, sondern um einen Aufenthaltstitel sui generis.<sup>24)</sup> Nach fünfjähriger Niederlassung ist der unbefristete Aufenthaltstitel „Daueraufenthalt – Familienangehöriger“ nach § 48 NAG zu erteilen. Neben den allgemeinen Voraussetzungen muss hiefür die Integrationsvereinbarung erfüllt sein sowie im Falle des Ehegatten diese Ehe seit mindestens zwei Jahren bestehen.<sup>25)</sup> Für die übrigen bereits genannten Angehörigen sieht § 47 Abs 3 NAG zunächst die Erteilung der (quotenfreien) „Niederlassungsbewilligung-Angehöriger“ vor.<sup>26)</sup> Dieser Aufenthaltstitel berechtigt nicht zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit. Für den Zugang zur Erwerbstätigkeit muss nach § 47

22) RV 952 Beilage XXII GP, zu 47 NAG.

23) *Ramin*, *migraLex* 2006/01, 17.

24) *Kutscher/Poschalko/Schmalzl*, *Niederlassungs- und Aufenthaltsrecht*, 57.

25) Sind die Erteilungsvoraussetzungen des Aufenthaltstitels „Daueraufenthalt-Familienangehöriger“ gegeben, so werden auch die Erteilungsvoraussetzungen des Aufenthaltstitels „Daueraufenthalt-EG“ nach § 45 NAG gegeben sein. Da der Berechtigungsumfang des Aufenthaltstitels „Daueraufenthalt-EG“ weiter ist und dieser jedenfalls unabhängig von der Familienangehörigeneigenschaft besteht, ist in der Praxis anzuraten, statt dem Aufenthaltstitel „Daueraufenthalt-Familienangehöriger“ den Aufenthaltstitel „Daueraufenthalt-EG“ zu beantragen. Siehe zu diesem Thema auch *Schumacher/Peyrl*, *Ratgeber Fremdenrecht?* (2006), 155.

26) Im Unterschied zum Aufenthaltstitel „Familienangehöriger“ liegt die Erteilung des Aufenthaltstitels „Niederlassungsbewilligung-Angehöriger“ allerdings im Ermessen der Behörde, wie sich aus dem Wort „kann“ in § 47 Abs 3 NAG ergibt, vgl. *Kutscher/Poschalko/Schmalzl*, *Niederlassungs- und Aufenthaltsrecht*, 57.

Abs 4 NAG eine (quotenpflichtige) Zweckänderung auf eine „Niederlassungsbewilligung – beschränkt“ durchgeführt werden. Voraussetzung hierfür ist ua das Vorliegen einer Bewilligung nach dem AuslBG. Sofern die Voraussetzungen des § 45 NAG vorliegen, ist auch hier nach fünf Jahren die Erteilung des Aufenthaltstitels „Daueraufenthalt-EG“ möglich. Die Erteilung dieser Aufenthaltstitel wirkt im Unterschied zur Erteilung der Dokumentationen „Anmeldebescheinigung“ und „Daueraufenthaltskarte“ rechtsbegründend und somit konstitutiv.

### III. Inländerdiskriminierung und Gemeinschaftsrecht

#### A. Begriff und Ursachen der Inländerdiskriminierung

Das Gesetz unterscheidet wie dargestellt nicht zwischen Angehörigen von EWR-Bürgern einerseits und Angehörigen von Österreichern andererseits, sondern ausschließlich danach, ob der Zusammenführende einen Freizügigkeitstatbestand erfüllt hat oder nicht. Die Diskriminierung erfolgt daher nicht auf Grund der Staatsangehörigkeit des Zusammenführenden.<sup>27)</sup> Zunächst ist daher zu klären, was unter dem Begriff der Inländerdiskriminierung zu verstehen ist. Man versteht darunter das *Phänomen, dass ein Mitgliedstaat rein innerstaatliche Sachverhalte stärker reguliert als (grenzüberschreitende) Sachverhalte im Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts, in denen ihm dies durch das Gemeinschaftsrecht untersagt wird.*<sup>28)</sup> Beim Begriff der Inländerdiskriminierung handelt es sich somit um einen irreführenden Begriff, dessen tatsächliche Bedeutung vom Sprachgebrauch abweicht. Das wesentliche Merkmal aller Fälle von Inländerdiskriminierung besteht nicht etwa in einer besseren Behandlung eines EWR-Ausländers gegenüber einem Österreicher bzw. deren Angehörigen auf Grund der Staatsangehörigkeit, wie teilweise in der Literatur<sup>29)</sup> und insbesondere in der älteren Judikatur<sup>30)</sup> zu lesen ist. Vielmehr ist der Inländerbegriff von der Staatsangehörigkeit gänzlich zu lösen, da wesentliches Kriterium die Bindung ausschließlich an die nationale Rechtsordnung eines Mitgliedstaats ist, was auf einem im Inland ansässigen Ausländer ebenso zutreffen kann wie auf einen im Inland ansässigen Inländer.<sup>31)</sup> Es werden unterschiedliche rechtliche Anordnungen für in der Sache ansonst gleichartige Sachverhalte getroffen, je nachdem, ob der Sachverhalt europäische Binnengrenzen überschreitende Implikationen aufweist oder ob es sich um einen rein internen Sachverhalt eines Mitgliedstaates handelt.<sup>32)</sup> Die Staatsangehörigkeit besitzt daher für die Beurteilung, ob ein Fall der Inländerdiskriminierung vorliegt, keine Relevanz.<sup>33)</sup> *Ein Fall der Inländerdiskriminierung liegt daher dann vor, wenn der Rechtsunterworfenen bei Vorliegen eines grenzüberschreitenden Sachverhaltes auf Grund des Gemeinschaftsrechtes Rechte genießt, die ihm das nationale Recht bei einem rein innerstaatlichen Sachverhalt verweigert.* Die Ansicht, dass Inländerdiskri-

minierung eine Benachteiligung von Inländern gegenüber EWR-Ausländern sei, ist im Gegensatz dazu überholt: Die Diskriminierung eigener Staatsangehöriger gegenüber Staatsangehörigen eines anderen Mitgliedstaates wäre nämlich gemeinschaftsrechtswidrig, da sie nicht berücksichtigen würde, dass sich bei Vorliegen eines grenzüberschreitenden Sachverhaltes jeder Unionsbürger auch gegenüber dem Herkunftsstaat auf die gemeinschaftsrechtliche Freizügigkeit berufen kann und somit kein rein innerstaatlicher Sachverhalt vorliegt.<sup>34)</sup> Zusammenfassend kann daher festgestellt werden, dass die Benachteiligung der Angehörigen von Österreichern, EWR-Bürgern und Schweizern, die keinen Freizügigkeitstatbestand erfüllt haben, gegenüber Angehörigen von Österreichern, EWR-Bürgern und Schweizern, die einen Freizügigkeitstatbestand erfüllt haben, ein typischer Fall einer Inländerdiskriminierung ist.

#### B. Gemeinschaftsrechtliche Zulässigkeit der Inländerdiskriminierung

Die Inländerdiskriminierung ist eine Folge des unvollendeten Binnenmarkts und der Tatsache, dass die Grundfreiheiten tatbestandlich an grenzüberschreitende Sachverhalte anknüpfen. Reine Inlandssachverhalte sind vom Anwendungsbereich der gemein-

27) Dies wird auch von *Kutscher/Poschalko/Schmalzl* mehrfach betont, vgl. *Kutscher/Poschalko/Schmalzl* Niederlassungs- und Aufenthaltsrecht, 45, 57 ebenso der Gesetzgeber AB 1055 Beilage XXII GP zu § 47 NAG.

28) *Streinz* in *Streinz*, EUV/EGV, Art 12 EG RZ 58.

29) *Mayer*, Die österreichische Grundrechtsordnung nach dem EU-Beitritt, AnwBl 1996/3, 152; *Walter/Mayer*, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts<sup>9</sup> (2000), RZ 1353/1; *Peyrl*, Die Änderungen beim Zugang zu Beschäftigung für Nicht-EU-Bürger nach dem Fremdenrechtspaket 2005, in RdA 2005, 558; offenbar auch *Schumacher/Peyrl*, Fremdenrecht<sup>2</sup>, 111.

30) zB VfGH B592/96; kritisch hiezu *Holoubek*, Inländerdiskriminierung im Wirtschaftsrecht, in *Aicher/Holoubek/Korinek*, Gemeinschaftsrecht und Wirtschaftsrecht, 178.

31) *Streinz* in *Streinz*, EUV/EGV, Art 12 EG RZ 58.

32) *Holoubek*, in *Aicher/Holoubek/Korinek*, Gemeinschaftsrecht und Wirtschaftsrecht, 159; *Schulev-Steindl*, Glosse zu VfGH V76/97 und V 92/97 in ÖZW 1999, 51; *Feltl*, Demontage des österreichischen Gewerberechts durch die EG?, in FJ 2000, 256; ausdrücklich VfGH G 79/04ua; richtig, aber diesbezüglich inkonsequent in der weiteren Darstellung *Öhlinger/Potacs*, Gemeinschaftsrecht und nationales Recht (2001), 82 ff; *Berka*, Grundrechte (1999), RZ 900 ff; *Berka* in *Rill/Schäffer*, Kommentar zum Bundesverfassungsgesetz (1. Lfg, 2001), Art 7 B-VG RZ 27 f. ;

33) In der Literatur wird daher teilweise auch der inhaltlich bessere Begriff der „umgekehrten Diskriminierung“ verwendet; Da es sich bei der Inländerdiskriminierung um keine Diskriminierung auf Grund der Staatsangehörigkeit handelt, sind insb auch jene Autoren widerlegt, die die Anwendbarkeit des Gleichheitssatzes auf Fälle der Inländerdiskriminierung mit der Begründung ablehnen, dass das österreichische Verfassungsrecht keinen Gleichheitssatz zwischen In- und Ausländern kenne, so aber zB *Zellenberg*, Gleichheitssatz und Inlandsmarktdiskriminierung, in ÖJZ 2000/12, 443.

34) EuGH Rs 115/78, *Knoors*; EuGH 246/80, *Broekmeulen*; EuGH, Rs 81/87, *Daily Mail*; EuGH Rs-C 60/00, *Carpenter*; EuGH Rs C-109/01, *Akrich*; *Streinz* in *Streinz*, EUV/EGV, Art 12 EG RZ 60; dies bedeutet freilich nicht, dass eine solche Regelung nicht am Maßstab der Verfassung zu messen wäre, es liegt jedoch nicht der sich aus der begrenzten Anwendbarkeit des Gemeinschaftsrechtes ergebende typische Fall der Inländerdiskriminierung vor.

schaftsrechtlichen Freizügigkeiten nicht umfasst, das Gemeinschaftsrecht steht daher einer Inländerdiskriminierung nicht entgegen.<sup>35)</sup>

### III. Inländerdiskriminierung und der verfassungsrechtliche Gleichheitssatz

#### A. Grundsatz der doppelten Bindung des Gesetzgebers und Anwendbarkeit des Gleichheitssatzes auf Fälle der Inländerdiskriminierung

Im Wesentlichen unstrittig ist, dass der Gesetzgeber bei der Umsetzung von Gemeinschaftsrecht dem Grundsatz der doppelten Bindung unterliegt. Der Gesetzgeber ist einerseits an das Gemeinschaftsrecht, andererseits an das österreichische Verfassungsrecht gebunden.<sup>36)</sup> Nach hL<sup>37)</sup> und Judikatur<sup>38)</sup> ist daher eine inländerdiskriminierende Regelung an Hand des verfassungsrechtlichen Gleichheitssatzes zu messen. Beschränkt der innerstaatliche Gesetzgeber eine bestimmte Regelung auf rein interne Sachverhalte, so ist dies eine an Hand des Gleichheitssatzes rechtfertigungsbedürftige Differenzierung.

#### B. Verstoß gegen das BVG über die Besetzung rassistischer Diskriminierung?

##### 1. Gebot der Gleichbehandlung Fremder untereinander

Art 1 RassDiskrBVG verbietet jede Form rassistischer Diskriminierung. Dieses Verbot wird im nächsten Satz dahingehend konkretisiert, dass Gesetzgebung und Vollziehung jede Unterscheidung aus dem alleinigen Grund der Rasse, der Hautfarbe, der Abstammung oder der nationalen oder ethnischen Herkunft zu unterlassen haben.<sup>39)</sup> Nach hL<sup>40)</sup> und neuerer Judikatur<sup>41)</sup> ist dieses Gebot im Sinne eines umfassenden Gleichheitssatzes im Verhältnis der Fremden untereinander zu interpretieren.<sup>42)</sup> Dies bedeutet, dass Differenzierungen zwischen Ausländern einer sachlichen Rechtfertigung bedürfen, dass also eine unterschiedliche Behandlung nur zulässig ist, wenn zwischen den verschiedenen Gruppen Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht festzustellen sind, dass sie die jeweilige Differenzierung zu rechtfertigen vermögen.<sup>43)</sup> Wie oben dargelegt, differenziert das FPG und NAG zwischen Familienangehörigen von Österreichern, EWR-Bürgern und Schweizern, die einen Freizügigkeitstatbestand erfüllt haben, einerseits und Familienangehörigen von Österreichern, EWR-Bürgern und Schweizern, die keinen Freizügigkeitstatbestand erfüllt haben, andererseits. Diese Unterscheidung bedarf daher, um nicht gegen Art 1 RassDiskrBVG zu verstoßen, einer sachlichen Rechtfertigung.

##### 2. Prüfung der sachlichen Rechtfertigung der Unterscheidung

Grundsätzlich ist zunächst festzuhalten, dass der Umstand, dass mit einer gesetzlichen Regelung Gemeinschaftsrecht umgesetzt wird, für sich allein

keinesfalls einen ausreichenden Rechtfertigungsgrund für eine durch die Art der Umsetzung bewirkte Differenzierung bildet.<sup>44)</sup> Als Erstes ist daher die Frage zu klären, welchen Regelungszweck der Gesetzgeber mit dieser Differenzierung verfolgt und ob dieser legitim ist. Bemerkenswert ist, dass aus den Materialien zum Fremdenrechtspaket 2005 der Grund der Differenzierung nicht hervorgeht. Die erläuternden Bemerkungen begnügen sich im Zusammenhang mit der vorgenommenen Differenzierung mit der inhaltsleeren Feststellung, dass „ein Abweichen sinnvoll und gerechtfertigt“<sup>45)</sup> sei. Denkbar wäre es allerdings, dass insbesondere zur Erreichung des legitimen Zieles eines geordneten Fremdenwesens die durchaus sehr liberalen gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben nur dort umgesetzt werden sollen, wo das Gemeinschaftsrecht dazu zwingt.<sup>46)</sup> Ausgehend von dem durchaus legitimen Ziel eines geordneten Fremdenwesens ist daher zu prüfen, ob der Gesetzgeber im Hinblick auf dieses Regelungsziel die damit verbundene Ungleichbehandlung nach ihrer Art und Intensität in Kauf nehmen durfte, also ob die Unterscheidungen zur Zielerreichung geeignet sind und die Intensität und Art der Unterschiede im Tatsächlichen unterschiedliche Rechtsfolgen rechtfertigen. Vergleicht man die Sachverhalte, stellt sich aber heraus, dass die Unterschiede im Tatsächlichen nicht nur „marginal“<sup>47)</sup> sind, sondern sich in Wahrheit auf das

35) EuGH, Rs-C 132/93, *Steen*; aM *Hilf*, in *Grabitz/Hilf*, EUV/EGV, (17. Lfg) Art 18 EG RZ 1.

36) *Berka*, Lehrbuch Verfassungsrecht (2005), RZ 345; *Holoubek*, Inländerdiskriminierung im Wirtschaftsrecht, in *Aicher/Holoubek/Korinek*, Gemeinschaftsrecht und Wirtschaftsrecht, 176; *Walter/Mayer*, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts<sup>5</sup>, RZ 1353/1; *Nowak*, Lebendiges Verfassungsrecht (2003), in *JBI* 2005, 757; *VfGH* B592/96; *VfGH* G 79/04ua; *VfGH* G42/99ua.

37) *Knobl* in *FS Rill*, 293 ff; *Berka*, Grundrechte (1999), RZ 901; *Rill*, Grundfragen des Gewerberechts, in *Korinek*, Grundfragen der GewO 1994 in Einzelbeiträgen, 28 ff; *Holoubek*, in *Aicher/Holoubek/Korinek*, Gemeinschaftsrecht und Wirtschaftsrecht, 176 ff; *Berka* in *Rill/Schäffer*, Bundesverfassungsrecht, Art 7 B-VG RZ 27; *Öhlinger*, Verfassungsrecht<sup>6</sup>, RZ 758; *Mayer* in *AnwBl* 1996/3, 152 ff; *Berka*, Grundrechte (1999), RZ 900 ff; aM *Balthasar*, Inländerdiskriminierung in der EU nach dem EG-Vertrag und aus österreichischer Sicht, *ZÖR* 1998, 143; *Zellenberg*, *ÖJZ* 2000, 441.

38) *VfGH* B 592/96; *VfGH* G5/01ua; *VfGH* G 79/04ua; *VwGH* 98/21/0059; *VwGH* 96/21/0012; *OGH* 80bA238/98b.

39) *Berka*, Grundrechte (1999), RZ 1005.

40) *Berka*, Grundrechte (1999), RZ 1006; *Korinek*, Der gleichheitsrechtliche Gehalt des BVG gegen rassistische Diskriminierung, in *FS Rill*; *Berka* in *Rill/Schäffer*, Art 7 B-VG RZ 23; *Knobl* in *FS Rill*, 322.

41) *VfGH* B2318/94 unter ausdrücklicher Berufung auf *Korinek*, Der gleichheitsrechtliche Gehalt des BVG gegen rassistische Diskriminierung, in *FS Rill*.

42) Überholt daher die restriktivere Ansicht in *VfGH* B1911/93 zum *FrG* 92 und *AufG* 92.

43) *Korinek*, in *FS Rill*.

44) *VfGH* G42/99ua; *VfGH* G450/97; *Berka* in *Rill/Schäffer*, Art 7 B-VG RZ 28.

45) *RV* 952 Beilage XXII GP, zu 47 NAG.

46) *Pöschl*, Integrationsvereinbarung alt und neu, in *migraLex* 2006/02, 49.

47) *Feik/Akyürek*, Rechtsgutachten, Ist die Schlechterstellung von Angehörigen von Österreichern im Vergleich zu Angehörigen von

bloße Element des Grenzübertrittes reduzieren. Dieses Kriterium alleine ist aber für sich völlig untauglich, eine derartig massive Unterscheidung ansonsten völlig gleicher Personengruppen zu rechtfertigen. Die betroffenen Familienangehörigen werden nur deswegen benachteiligt, weil sich der Zusammenführende nur in Österreich aufgehalten hat. *Schumacher/Peyrl* bezeichnen es zu Recht als „Paradoxon“, dass etwa Österreicher zunächst im EU-Ausland eine Familie gründen müssten, damit ihre Angehörigen in Österreich volle Rechte genießen.<sup>48)</sup> Zusätzlich steht die in dieser Form vorgenommene Differenzierung zu den Zielen des Gesetzes im Widerspruch. Dies wird an Hand weniger konkreter Beispiele deutlich: Ein österreichischer Staatsangehöriger aus Salzburg, der regelmäßig Dienstleistungen im angrenzenden Freilassing erbringt, würde einen Freizügigkeitstatbestand erfüllen, auf Grund dessen seine Familienangehörigen in Österreich ein gemeinschaftsrechtliches Aufenthaltsrecht erwerben.<sup>49)</sup> Erbringt der gleiche Österreicher dieselben Dienstleistungen hingegen etwa in Hallein, liegt ein rein innerstaatlicher Sachverhalt vor. Übersiedelt ein Österreicher, EWR-Bürger oder Schweizer mit seinen drittstaatsangehörigen Familienangehörigen aus einem anderen EWR-Staat oder der Schweiz nach Österreich und nimmt hier seinen Hauptwohnsitz, ist ein Freizügigkeitstatbestand erfüllt. Wird das Familienleben ausschließlich in Österreich geführt, ist kein Freizügigkeitstatbestand erfüllt. Es ist nicht nachvollziehbar, weshalb nun im einen Fall etwa die Einkommens-, und Wohnungs- und sonstigen Voraussetzungen des § 11 NAG nicht erfüllt sein müssen, im anderen Fall jedoch schon oder etwa einmal die Antragstellung im Inland zulässig ist (Daueraufenthaltskarte) und im anderen Fall grundsätzlich nicht. Noch deutlicher wird dies, wenn man die Pflicht zur Erfüllung der Integrationsvereinbarung betrachtet. Die drittstaatsangehörige Ehegattin eines Österreichers, der regelmäßig Dienstleistungen in Freilassing erbringt, muss die Integrationsvereinbarung nicht erfüllen, dafür aber die drittstaatsangehörige Ehegattin eines Österreichers, der dieselben Dienstleistungen in Hallein erbringt. Ähnlich unsachlich wäre in diesem Zusammenhang zB der Fall eines drittstaatsangehörigen Familienangehörigen eines Spaniers, die gemeinsam ihren Hauptwohnsitz von Spanien nach Österreich verlegen. Der drittstaatsangehörige Familienangehörige ist nicht zur Erfüllung der Integrationsvereinbarung verpflichtet. Ein Familienangehöriger eines Österreichers, der keinen grenzüberschreitenden Sachverhalt verwirklicht hat, hingegen schon, obwohl gerade bei einem Familienangehörigen dieses Österreichers eher mit dem Erlernen der deutschen Sprache und der Erlangung der Befähigung zur Teilnahme am gesellschaftlichen, wirtschaftlichen und kulturellen Leben zu rechnen ist, ist doch bei diesem die Bindung an Österreich schon auf Grund der Familiengemeinschaft mit einem Österreicher wesentlich enger. Wenn es nun Ziel des Gesetzes sein soll,

die Integration zu fördern, dann ist nicht nachvollziehbar, weshalb etwa gerade ein Familienangehöriger eines Österreichers, der sich ohnehin ständig in Österreich aufhält und aufgehalten hat, zur Erfüllung der Integrationsvereinbarung verpflichtet sein soll, wenn dies der im Beispiel genannte Familienangehörige eines Spaniers, der die Freizügigkeit in Anspruch genommen hat, nicht muss.<sup>50)</sup> Zusammenfassend kann daher festgestellt werden, dass die Differenzierung zwischen Familienangehörigen von Österreichern, EWR-Bürgern und Schweizern, die die Freizügigkeit in Anspruch genommen haben, und Familienangehörigen von Österreichern, EWR-Bürgern und Schweizern, die die Freizügigkeit nicht in Anspruch genommen haben, sachlich nicht zu rechtfertigen ist.<sup>51)</sup> Das Fehlen eines grenzüberschreitenden Elementes ist kein tauglicher Unterschied im Tatsächlichen, der die im FPG und NAG vorgenommene Benachteiligung rechtfertigen könnte, zumal die vorgenommene Differenzierung zu den vom Gesetz verfolgten Zielen zusätzlich zumindest teilweise im Widerspruch steht. Die Regelungen verstoßen daher gegen das RassDiskrBVG und sind daher verfassungswidrig.

### C. Verstoß gegen Art 14 EMRK?

#### 1. Anwendungsbereich des Art 14 EMRK

Im Unterschied zum RassDiskrBVG ist die Anwendbarkeit des Gleichheitssatzes des Art 14 EMRK auf die in der EMRK festgelegten Rechte und Freiheiten beschränkt, er ist also ein akzessorischer Anspruch.<sup>52)</sup> Art 14 EMRK ergänzt die in der EMRK garantierten Grundrechte um das Gebot der Nichtdiskriminierung. Voraussetzung für die Anwendbarkeit des Art 14 EMRK ist daher, dass der einer möglichen Diskriminierung zugrunde liegende Sachverhalt in den Regelungsbereich eines Konventionsrechts fällt.<sup>53)</sup> Unter den Begriff des Familienlebens nach Art 8 EMRK fällt jedenfalls die Ehe zwischen Mann und Frau, und zwar selbst dann, wenn ein Zusammenleben zwischen den Gatten lediglich beabsichtigt ist<sup>54)</sup>, sowie die Beziehung zwischen Eltern(teil)

„EWR-Bürgern, die ihr Recht auf Freizügigkeit in Anspruch nehmen“, wie sie im FPG, NAG und im AuslBG anzutreffen ist, aus verfassungsrechtlicher Sicht zulässig?, 28.

48) *Schumacher/Peyrl*, Fremdenrecht<sup>2</sup>, 111.

49) EuGH Rs-C 60/00, *Carpenter*.

50) Dies natürlich unter der Annahme, dass die Integrationsvereinbarung den vom Gesetzgeber erwünschten Zweck überhaupt erfüllen kann, was in Wissenschaft und Praxis nicht unumstritten ist, vgl. *Schumacher/Peyrl*, Fremdenrecht<sup>2</sup>, 147.

51) vgl. *Feik/Akyürek*, Rechtsgutachten, 28 sowie *Schumacher/Peyrl*, Fremdenrecht<sup>2</sup>, 111.

52) *Berka*, Grundrechte (1999), RZ 1005; *Grabenwarther*, Europäische Menschenrechtskonvention: Ein Studienbuch (2005)<sup>2</sup>, § 26 RZ 2.

53) *Grabenwarther*, Europäische Menschenrechtskonvention<sup>2</sup>, § 26 RZ 2.

54) *Wiederin in Korinek/Holoubek*, B-VG, Art 8 EMRK RZ 75; EGMR 9214/80, *Abdulaziz*.

und Kind.<sup>55)</sup> Es ist nicht erforderlich, dass die Konventionsgarantie, die in Zusammenhang mit dem Diskriminierungsverbot Anwendung findet, verletzt ist, auch ein Eingriff in ein Konventionsrecht ist nicht Anwendungsvoraussetzung. Es genügt, wenn der Sachverhalt in den Regelungsbereich eines Konventionsrechtes fällt.<sup>56)</sup> Da die in Frage stehenden Differenzierungen des FPG und NAG Familienangehörige betreffen, die von Art 8 EMRK geschützt sind, sind die Regelungen auch an Hand des akzessorischen Diskriminierungsverbotes des Art 14 EMRK zu prüfen.

## 2. Gleichbehandlungsgebot des Art 14 EMRK

Eine Diskriminierung im Sinne des Art 14 EMRK setzt voraus, dass vergleichbare Sachverhalte ungleich behandelt werden, wobei die einzelnen in Art 14 EMRK aufgezählten Diskriminierungsmerkmale nicht taxativ, sondern nur demonstrativ aufgezählt sind.<sup>57)</sup> Einzelpersonen oder Gruppen, die sich in vergleichbarer Lage befinden, werden gegen jede Diskriminierung in der Wahrnehmung der garantierten Rechte und Freiheiten der Konvention geschützt.<sup>58)</sup> Wird daher eine von Art 8 EMRK geschützte Personengruppe bei der Einreise in einen Staat günstiger behandelt als eine andere, liegt eine rechtfertigungsbedürftige Diskriminierung nach Art 14 EMRK vor, auch wenn aus Art 8 EMRK grundsätzlich kein Recht auf Einreise abgeleitet werden kann.<sup>59)</sup> Art 14 EMRK verbietet aber nicht jede Diskriminierung beim Genuss von Konventionsrechten, sondern verlangt für die Rechtfertigung der Diskriminierung ein legitimes Ziel sowie ein angemessenes Verhältnis zwischen dem angestrebten Ziel und dem eingesetzten Mittel.<sup>60)</sup>

## 3. Prüfung der sachlichen Rechtfertigung der Differenzierung

Bezüglich des Missverhältnisses zwischen den Unterschieden im Tatsächlichen und den Rechtsfolgen kann auf die Ausführungen zu III B 2. zum RassDiskrBVG verwiesen werden, die in diesem Fall auf die Prüfung der Rechtfertigung der Differenzierung an Hand des Art 14 EMRK übertragbar sind. In diesem Zusammenhang ist auch auf die Entscheidung des VfGH B592/96 zum FrG 92 und AufG 92 zu verweisen. Das FrG 92 und AufG 92 unterschieden zwischen Angehörigen von EWR-Bürgern einerseits und Angehörigen von Österreichern andererseits, wobei Angehörige von Österreichern gegenüber Angehörigen von EWR-Bürgern benachteiligt wurden. Für Angehörige von Österreichern war ähnlich wie nach heutiger Rechtslage gemäß § 3 AufG 92 eine Aufenthaltsbewilligung vorgesehen, wobei die Erteilungs- und Antragsvoraussetzungen strenger waren als für Angehörige von EWR-Bürgern, für die ein Sichtvermerk nach § 29 FrG 92 genügte. Der VfGH qualifizierte diese Diskriminierung als diskriminatorisch im Sinne des Art 14 EMRK, da eine „objektive und vernünftige Rechtfertigung dafür nicht ersichtlich ist, weil sie offenkundig kein legitimes Ziel verfolgt“, und er-

klärte diese Differenzierung für unzulässig. Um ein verfassungswidriges Ergebnis zu vermeiden, interpretierte der VfGH § 3 AufG 92 verfassungskonform dahingehend, dass Angehörige eines Österreichers als Angehörige eines EWR-Bürgers nach § 3 AufG anzusehen seien.<sup>61)</sup> Die Wertungen dieser Entscheidung können auf die nunmehr geltende Rechtslage übertragen werden. Dagegen könnte allenfalls eingewendet werden, dass die Entscheidung auf der überholten Ansicht beruht, dass Inländerdiskriminierung eine Diskriminierung auf Grund der Staatsangehörigkeit darstelle.<sup>62)</sup> Diesem Einwand ist jedoch entgegenzuhalten, dass der VfGH, wie oben unter III A dargelegt, zwischenzeitig erkannt hat, dass das Wesen der Inländerdiskriminierung nicht in einer Unterscheidung nach der Staatsangehörigkeit besteht, sondern in einer Unterscheidung von Sachverhalten, die dem Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechtes unterliegen und bei denen dies nicht der Fall ist. In der Entscheidung VfGH G79/04ua führte der VfGH daher ausdrücklich unter Zitierung ua der Entscheidung VfGH B592/96 aus, dass es bei Fällen der Inländerdiskriminierung nicht um Diskriminierung nach dem Kriterium der Staatsbürgerschaft geht, sondern um die Benachteiligung rein innerstaatlicher Sachverhalte im Verhältnis zu Sachverhalten mit Gemeinschaftsbezug. In diesem Sinne wollte daher der VfGH auch seine Vorjudikatur verstanden wissen. Aus all dem folgt, dass die Benachteiligung von Familienangehörigen von Österreichern, EWR-Bürgern und Schweizern, die keinen Freizügigkeitstatbestand erfüllt haben, gegenüber Familienangehörigen von Österreichern, EWR-Bürgern und Schweizern, die einen Freizügigkeitstatbestand erfüllt haben, eine ungerechtfertigte Diskriminierung im Genuss des nach Art 8 EMRK verfassungsgesetzlich

55) Wiederin in *Korinek/Holoubek*, B-VG, Art 8 EMRK RZ 76.

56) *Grabenwarther*, Europäische Menschenrechtskonvention<sup>2</sup>, § 26 RZ 3; EGMR 9214/80, *Abdulaziz*.

57) *Berka* in *Rill/Schäffer*, Art 14 EMRK RZ 11; *Grabenwarther*, Europäische Menschenrechtskonvention<sup>2</sup>, § 26 RZ 7.

58) *Bernegger*, Der (allgemeine) Gleichheitsgrundsatz und das Diskriminierungsverbot in *Machacek/Pahr/Stadler*, Grund- und Menschenrechte in Österreich III, 50 Jahre Allgemeine Erklärung der Menschenrechte (1997), 776.

59) EGMR 9214/80, *Abdulaziz*.

60) *Grabenwarther*, Europäische Menschenrechtskonvention<sup>2</sup>, § 26 RZ 9; *Bernegger*, in *Machacek/Pahr/Stadler*, Grund- und Menschenrechte in Österreich III, 778.

61) Eine derartige Interpretation, wie sie der VfGH vorgenommen hat, scheidet für das Fremdenrechtspaket 2005 auf Grund der Definition § 2 Abs 1 Z 4 NAG und § 2 Abs 4 Z 8 FPG jedenfalls aus; krit zur Methodik des VfGH *Handstanger*, Verfassungskonforme oder berichtigende Auslegung?, in *ÖJZ* 1998, 169; In diesem Zusammenhang unrichtig *Bezdeka* in *Bezdeka*, Bemerkungen zur Umsetzung der Unionsbürgerrichtlinie in Österreich durch das Fremdenrechtspaket 2005, in *ZAR* 2005/12, 399, der vermeint, der VfGH habe so entschieden, weil Österreicher auch EWR-Bürger seien. Der VfGH entschied vielmehr deswegen so, da nach seiner Ansicht andernfalls eine Verletzung des Art 14 EMRK vorgelegen wäre.

62) In diese Richtung deutend *Bezdeka*, *ZAR* 2005/12, 399 sowie *Kutscher/Poschalko/Schmalzl*, Niederlassungs- und Aufenthaltsrecht, 45.



Lebensleistung des Rechtes auf Schutz des Privat- und Familienlebens im Sinne des Art 14 EMRK darstellt und auch aus diesem Grund verfassungswidrig sind. Da sowohl der Familienangehörige als auch der Zusammenführende in ihrem nach Art 8 EMRK geschützten Familienleben nachteilig betroffen sind, liegt eine verfassungswidrige Diskriminierung sowohl des Zusammenführenden als auch des Familienangehörigen vor.

#### D. Gemeinschaftsrechtliche Vorgabe durch die VO 1030/2002/EG zur einheitlichen Gestaltung des Aufenthaltstitels für Drittstaatsangehörige?

Bezdeka führt aus, dass die VO 1030/2002/EG zur einheitlichen Gestaltung des Aufenthaltstitels für Drittstaatsangehörige einen besonderen Aufenthaltstitel für drittstaatsangehörige Familienangehörige von EWR-Bürgern, die nicht ihr Recht auf Freizügigkeit ausüben, vorsehe, weshalb eine Regelung der Nichtdifferenzierung gemeinschaftsrechtswidrig sei.<sup>63)</sup> Tatsächlich erschöpft sich der Regelungsinhalt der VO 1030/2002/EG in Vorschriften über die Gestaltung von Aufenthaltstiteln, materielle Regelungen über das Aufenthaltsrecht werden hingegen nicht getroffen. Es ist nicht nachvollziehbar, weshalb aus einer Rechtsvorschrift, die die Gestaltung von Dokumenten regelt, ein Gebot oder eine Rechtsgrundlage zur materiellen Ungleichbehandlung von Familienangehörigen ableitbar sein sollte. Die VO 1030/2002/EG kann daher der mit dem Fremdenrechtspaket 2005 vorgenommene Differenzierung keinesfalls als Grundlage dienen.

#### E. Verbot der Inländerdiskriminierung – „unreflektierte“ Auslegung durch die Praxis?

Erwähnenswert scheinen in diesem Zusammenhang noch die Ausführungen von *Kutscher/Poschalko/Schmalzl* im in der Praxis vielfach verwendeten „Leitfaden zum NAG“.<sup>64)</sup> Das durch den VfGH in der Entscheidung VfGH B592/96 ausgesprochene Verbot der Inländerdiskriminierung sei in der Praxis zu unreflektiert ausgelegt worden. Die Ungleichbehandlung liege „im Europarecht selbst, und zwar in der (mangelnden) Tragweite der einschlägigen Normen des Gemeinschaftsrechts. Nur wenn die dort normierten Bedingungen erfüllt sind, entsteht ein Freizügigkeitstatbestand.“<sup>65)</sup> Der VfGH habe allerdings undifferenziert die Freizügigkeitsjudikatur des EuGH herangezogen.<sup>66)</sup> Die nun erfolgte Regelung im FPG und NAG stelle einen „Paradigmenwechsel“ dar und trenne zwischen „echter“ Freizügigkeit und „Putativ-Freizügigkeit“<sup>67)</sup>. Allerdings liege es auf Grund des Verbotes der Inländerdiskriminierung nahe, das Aufenthaltsrecht von Angehörigen von Österreichern, EWR-Bürgern und Schweizern, die keinen Freizügigkeitstatbestand erfüllt haben, „soweit dies gerechtfertigt ist“, den Angehörigen von Österreichern, EWR-Bürgern und Schweizern, die einen Freizügigkeitstatbestand erfüllt haben, „nachzubilden“.<sup>68)</sup> Genau

betrachtet ist bereits der Befund dieser Autoren unrichtig. In der von diesen herangezogenen Entscheidung des VfGH 98/21/0059 wendete der VfGH keinesfalls undifferenziert die Freizügigkeitsjudikatur des EuGH an, sondern berief sich ausdrücklich auf die Entscheidung des VfGH B592/96 und stellte im Sinne dieser Judikatur auf Grund des Gleichheitssatzes einen rein innerstaatlichen Sachverhalt dem grenzüberschreitenden gleich. Auch in der Entscheidung VfGH 99/21/0156 berief sich der VfGH ausdrücklich auf den Gleichheitssatz. Im Übrigen läuft die Ansicht, das Verbot der Inländerdiskriminierung gebiete es lediglich, das Aufenthaltsrecht so weit nachzubilden, als dies gerechtfertigt ist, darauf hinaus, den Inhalt des Gleichheitssatzes praktisch auf den Kopf zu stellen. Dies würde nämlich nichts anderes bedeuten, als dass der Gleichheitssatz eine Gleichbehandlung nur insoweit gebiete, als es gerechtfertigt sei. Der Gleichheitssatz verbietet aber eine Ungleichbehandlung gleichartiger Sachverhalte, es sei denn, die Ungleichbehandlung wäre sachlich gerechtfertigt. Nicht die Gleichbehandlung gleichartiger Sachverhalte bedarf einer Rechtfertigung, sondern die Ungleichbehandlung gleichartiger Sachverhalte oder die Gleichbehandlung ungleichartiger Sachverhalte. Die Ausführungen von *Kutscher/Poschalko/Schmalzl* vermögen daher eine Gleichheitskonformität der inländerdiskriminatorischen Regelungen nicht zu begründen.

#### F. Resumée

Zusammenfassend kann daher festgestellt werden, dass die mit dem Fremdenrechtspaket 2005 vorgenommene Differenzierung zwischen Familienangehörigen von Österreichern, EWR-Bürgern und Schweizern, die ihr Recht auf Freizügigkeit in Anspruch genommen haben, einerseits und Familienangehörigen von Österreichern, EWR-Bürgern und Schweizern, die ihr Recht auf Freizügigkeit nicht in Anspruch genommen haben, andererseits, eine unzulässige verfassungswidrige Inländerdiskriminierung im Sinne des RassDiskrBVG und Art 14 EMRK darstellt. Mit einer Entscheidung des VfGH zu dieser Frage ist in absehbarer Zeit zu rechnen, da bereits Verfahren auf Antrag des UVS Burgenland zu G26/06, G31/06 und G36/06 sowie ein Bescheidbeschwerdeverfahren wegen behaupteter Verfassungswidrigkeit des NAG zu B1019/06 beim VfGH anhängig sind.

63) *Bezdeka*, ZAR 2005/12, 404 f.

64) *Kutscher/Poschalko/Schmalzl*, Niederlassungs- und Aufenthaltsrecht.

65) *Kutscher/Poschalko/Schmalzl*, Niederlassungs- und Aufenthaltsrecht, 45.

66) *Kutscher/Poschalko/Schmalzl*, Niederlassungs- und Aufenthaltsrecht, 45.

67) *Kutscher/Poschalko/Schmalzl*, Niederlassungs- und Aufenthaltsrecht, 45 ff; zum Begriff siehe II B 2.

68) *Kutscher/Poschalko/Schmalzl*, Niederlassungs- und Aufenthaltsrecht, 57.