

# Gestaltungsspielraum

**Der Verfassungsgerichtshof hat bestätigt, dass den einzelnen Mitgliedstaaten der Europäischen Union in Fällen, die keinen Bezug zum Gemeinschaftsrecht aufweisen, ein weiterer Spielraum bei der Gestaltung des Aufenthaltsrechts zukommt.**

Anlässlich eines Beschwerdeverfahrens wurde vom Verwaltungsgerichtshof (VwGH) beim Verfassungsgerichtshof (VfGH) ein Gesetzesprüfungsverfahren zur Aufhebung der Wortfolge „... *sofern diese ihr Recht auf Freizügigkeit in Anspruch genommen haben*“ in § 57 Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz (NAG) wegen Verfassungswidrigkeit beantragt (VfGH Zl.: G 244/09). Ebenso stellte der *Unabhängige Verwaltungssenat Wien* (UVS Wien) elf gleich lautende Anträge beim VfGH zur Aufhebung dieser Wortfolge (VfGH Zl.: G 167/09 u. a.).

**Sachverhalt.** Der Beschwerdeführer, ein nigerianischer Staatsangehöriger, der mit einer Österreicherin verheiratet ist, stellte beim Landeshauptmann von Wien den Antrag auf Ausstellung einer Daueraufenthaltskarte nach den Bestimmungen über ein gemeinschaftsrechtliches Aufenthaltsrecht gemäß NAG (§§ 51 ff.). Ein gemeinschaftsrechtliches Aufenthaltsrecht eines Angehörigen liegt aber nur vor, wenn die österreichische Ehegattin einen Freizügigkeitssachverhalt verwirklicht hat. Da dies nicht der Fall war und die Ausstellung eines „Aufenthaltsstitels Familienangehöriger“ (§ 47 Abs. 2 NAG) an der unzulässigen Antragstellung im Inland scheiterte, war der Antrag abzuweisen.

**Regelungsinhalt.** § 57 NAG in der angefochtenen Fassung regelt, dass die Bestimmungen der §§ 51 bis 56



**Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofs: Bei der Gestaltung des Aufenthaltsrechts kommt den EU-Mitgliedstaaten in bestimmten Fällen ein weiterer Spielraum zu.**

NAG betreffend das gemeinschaftsrechtliche Niederlassungsrecht für (freizügigkeitsberechtigte) EWR-Bürger auch auf Angehörige von Österreichern Anwendung finden, sofern diese ihr Recht auf Freizügigkeit in Anspruch genommen haben. Aufgrund europarechtlicher Vorgaben (Unionsbürger-RL) genießen EWR-Bürger und deren Familienangehörige grundsätzlich Niederlassungsfreiheit. Ihr Aufenthaltsrecht ergibt sich direkt aus dem Gemeinschaftsrecht.

**Bedenken.** Der VwGH und der UVS Wien sahen in dieser Regelung eine Verletzung des Gleichheitssatzes (Art 1 Abs. 1 BGBl. Nr. 390/1973 und Art. 7 Abs. 1 B-VG), da die angefochtene Wortfolge drittstaatszugehörige Angehörige von Österreichern, die ihr Recht auf

Freizügigkeit *nicht* in Anspruch genommen haben, von den gemeinschaftsrechtlichen Privilegierungen für drittstaatszugehörige Angehörige von Personen, die ihr Recht auf Freizügigkeit in Anspruch genommen haben, in unsachlicher Weise ausschließen.

Im Anlassverfahren vor dem VwGH war der Beschwerdeführer nicht mit einer EWR-Bürgerin, sondern mit einer Österreicherin verheiratet. Ein gemeinschaftsrechtsrelevanter Sachverhalt (Freizügigkeit) lag nicht vor. Der VwGH sah im Ergebnis den Beschwerdeführer damit aber schon deshalb diskriminiert, weil die Ehegattin die „falsche“ Staatsbürgerschaft habe (Österreich statt EWR). Der VwGH berief sich in seiner Argumentation explizit auf die Urteile des EuGH in den Vorabentscheidungsverfahren *Metock* und *Sahin*

(C-127/08 und C-551/07). Angesichts der dort getroffenen, sehr weit reichenden Feststellungen hinsichtlich der notwendigen Anwendung der Unionsbürger-RL stellte sich für den VwGH die Frage, ob es weiterhin sachlich gerechtfertigt sei, zwischen freizügigkeitsberechtigten und nicht freizügigkeitsberechtigten Österreichern zu differenzieren und damit eine – aus seiner Sicht – diskriminierende Rechtslage beizubehalten.

**Die Bundesregierung** ging in ihrer Stellungnahme an den VfGH davon aus, dass die Differenzierung zwischen Angehörigen von EWR-Bürgern und Österreichern, die einen Freizügigkeitssachverhalt verwirklicht haben, und Angehörigen von jenen, die dies nicht getan haben, weiterhin in sachlich gerechtfertigter Weise anhand der Verwirklichung eines Freizügigkeitssachverhalts und nicht anhand der Staatsbürgerschaft vorgenommen werde und aus gemeinschaftsrechtlicher Sicht geboten sei.

Jede andere Regelung widerspreche dem Gemeinschaftsrecht, weil eine Gleichbehandlung von drittstaatszugehörigen Angehörigen von Österreichern, die von ihrem Recht auf Freizügigkeit nicht Gebrauch gemacht haben, ein sich scheinbar aus dem Gemeinschaftsrecht ergebendes Aufenthaltsrecht bestätigen würde, das aus dem Gemeinschaftsrecht jedoch nicht ableitbar sei. Daraus ergebe sich auch, dass eine Aufhebung der angefochtenen Wortfolge eine gemein-

### > WAS WIR KÖNNEN UND DAHER GERNE MACHEN

Innovative oder klassische Lösungen  
für nationale und internationale  
Unternehmens- und  
Immobilientransaktionen

- » Strukturierung
- » Abwicklung
- » laufende Beratung

### > UNSER KLIENTENSCHWERPUNKT

- » mittelständische und  
große Unternehmen
- » Banken

Grohs Hofer Rechtsanwälte Gesellschaft m.b.H.

1010 Wien, Helferstorferstraße 4 (Schottentor, Stiege 12)

T +43.1.534 35 - 0 | F +43.1.534 35 - 36 | office@ghr.at | www.ghr.at



### Systemhaus für

- *Konzeption*
- *Consulting*
- *Reorganisation*
- *EDV-Solutions*

1190 Wien  
Kuchelauer Hafenstraße 2

Tel.: +43 664 209 54 20  
Email: peter.vesely@bb.co.at

schaftsrechtswidrige Situation zur Folge hätte. Die sachliche Rechtfertigung des § 57 NAG treffe, trotz der erangenen Judikatur des EuGH, immer noch zu. Insgesamt sei die durch § 57 NAG vorgenommene Differenzierung gerechtfertigt und somit die angefochtene Wortfolge nicht verfassungswidrig.

### Abweisung aller Anträge.

Der VfGH wies mit seiner Entscheidung vom 16.12.2009 alle Anträge ab und folgte in der Sache der Argumentation der Bundesregierung. Laut VfGH war dem VwGH zwar insofern beizupflichten, als nach der Judikatur des EuGH der Anwendungsbereich der Unionsbürger-RL weiter ist als vielfach angenommen. Dennoch erachtet der Verfassungsgerichtshof die im NAG getroffene Unterscheidung weiterhin für sachlich gerechtfertigt. Dem Gesetzgeber steht es nach dem Recht der Europäischen Union nämlich insoweit frei, an das Gemeinschaftsrecht anknüpfende Sachverhalte anders zu regeln als solche ohne Bezug zum Gemeinschaftsrecht, weshalb diesbezüglich ein die aufenthaltsrechtliche Ungleichbehandlung rechtfertigender Unterschied tatsächlich vorliegt. Ausschlaggebendes Kriterium für diese Differenzierung ist also weiterhin die Verwirklichung eines Freizügigkeitssachverhalts, nicht jedoch kommt es – im Gegensatz zur Ansicht des VwGH bzw. des UVS-Wien – auf die Staatsbürgerschaft an.

Die Anknüpfung an die Verwirklichung des Freizügigkeitssachverhalts dient vielmehr der Sicherung und Förderung der Ausübung der Freizügigkeit und anderer Rechte nach dem Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaften. Unter diesem Aspekt ist es not-

wendig, in Umsetzung des Gemeinschaftsrechts drittstaatszugehörigen Angehörigen von Österreichern, die von ihrem Recht auf Freizügigkeit Gebrauch gemacht haben, Aufenthaltstitel unter vereinfachten Bedingungen zu erteilen.

In Fällen, die keinen Bezug zum Gemeinschaftsrecht aufweisen, kommt aber den einzelnen Mitgliedstaaten ein weiterer Gestaltungsspielraum in der Frage zu, wem ein Aufenthaltsrecht eingeräumt wird. Der Gesetzgeber ist daher berechtigt, rein innerstaatliche Sachverhalte nach seinen Vorstellungen von den Erfordernissen eines geordneten Fremdenwesens zu regeln, was durch die Bestimmungen des NAG geschieht.

### Gegenwart und Zukunft.

Das durch das NAG und das FPG eingeführte und im Rahmen des Fremdenrechtsänderungsgesetzes 2009 weiterentwickelte System zur Differenzierung zwischen Familienangehörigen von nicht freizügigkeitsberechtigten Österreichern (§ 47 NAG) und jenen von freizügigkeitsberechtigten Österreichern (§§ 54 und 54a NAG iVm § 57 NAG) ist vom VfGH unter verfassungs- und europarechtlichen Gesichtspunkten für gerechtfertigt und zulässig erklärt worden und kann daher beibehalten werden.

Die Voraussetzungen des Familiennachzugs zu nicht freizügigkeitsberechtigten Österreichern kann vom österreichischen Gesetzgeber somit weiterhin nach seinen Vorstellungen festgelegt werden. Dies garantiert auch in Zukunft die Flexibilität, auf sich ständig ändernde Herausforderungen im fremdenrechtlichen Bereich einzugehen und notwendige Anpassungen vorzunehmen.

Dietmar Hudsky/  
Stephan Wiener