

Verwaltungsgerichtshof

Zl. A 2010/0002-1 (2009/21/0312)

(vormals 2007/21/0121)

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Novak und die Hofräte Dr. Pelant, Dr. Sulzbacher, Dr. Pfiel und Mag. Eder als Richter, im Beisein des Schriftführers Mag. Henk, in der Beschwerdesache des G, vertreten durch die Blum, Hagen und Partner Rechtsanwälte GmbH in 6800 Feldkirch, Liechtensteinerstraße 76, gegen den Bescheid der Sicherheitsdirektion für das Bundesland Vorarlberg vom 11. Dezember 2006, Zl. Fr-4250a-95/06, betreffend Erlassung eines befristeten Aufenthaltsverbotes, den

### B e s c h l u s s

gefasst:

Gemäß Art. 89 Abs. 3 und Art. 140 Abs. 1 B-VG wird an den Verfassungsgerichtshof der Antrag gestellt, festzustellen, dass

§ 2 Abs. 4 Z 12 des Bundesgesetzes über die Ausübung der Fremdenpolizei, die Ausstellung von Dokumenten für Fremde und die Erteilung von Einreisetitel (Fremdenpolizeigesetz 2005 - FPG), BGBl. I Nr. 100/2005, zur Gänze und die Wendung "(§ 2 Abs. 4 Z 12)" in § 87 des selben Gesetzes (ebenfalls in der Stammfassung BGBl. I Nr. 100/2005), in eventu

1. in § 2 Abs. 4 Z 12 FPG, BGBl. I Nr. 100/2005, das Wort "minderjähriges", in eventu

2. in § 2 Abs. 4 Z 12 FPG, BGBl. I Nr. 100/2005, das Wort "minderjähriges" und der Klammerausdruck "(Kernfamilie)", in eventu

3. in § 2 Abs. 4 Z 11 FPG, BGBl. I Nr. 100/2005 idF BGBl. I Nr. 157/2005, die Worte "oder Österreicher" sowie in den Überschriften zum 10. Hauptstück und zu § 87 des FPG, BGBl. I Nr. 100/2005, die Worte "und Österreichern", in eventu

(25. Februar 2010)

4. in § 2 Abs. 4 Z 11 FPG, BGBl. I Nr. 100/2005 idF BGBl. I Nr. 157/2005, die Worte "oder Österreichers" sowie in der Überschrift zu § 87 FPG, BGBl. I Nr. 100/2005, die Worte "und Österreichern" verfassungswidrig waren.

### B e g r ü n d u n g :

1. Der am 6. September 1986 geborene Beschwerdeführer ist Staatsangehöriger von Bosnien und Herzegowina. Er reiste im Rahmen einer gewährten Familienzusammenführung auf Grundlage eines ihm im Weg der österreichischen Vertretungsbehörde in Zagreb übermittelten Visums im Februar 1998 zu seiner in Österreich lebenden und arbeitenden Mutter ein. Dieser wurde mit Wirkung vom 13. Juli 2005 die österreichische Staatsbürgerschaft zuerkannt. Angesichts dessen wurden dem Beschwerdeführer, der - auch nach dem Recht von Bosnien und Herzegowina - mit Vollendung seines 18. Lebensjahres die Volljährigkeit erlangt hatte, Aufenthaltstitel - zuletzt als Sohn einer Österreicherin - mit Gültigkeit bis zum 19. Dezember 2007 erteilt.

Im Hinblick auf mehrere Straftaten des Beschwerdeführers, die zu insgesamt sechs strafgerichtlichen Verurteilungen - zuletzt durch das Landesgericht Feldkirch am 24. April 2006 wegen des Vergehens der schweren Körperverletzung und des Verbrechens der Verleumdung zu einer sechsmonatigen Freiheitsstrafe - führten, erließ die Sicherheitsdirektion für das Bundesland Vorarlberg (die belangte Behörde) mit im Instanzenzug ergangenen Bescheid vom 11. Dezember 2006 gemäß § 60 Abs. 1 und Abs. 2 Z. 1 sowie § 66 FPG das nunmehr beim Verwaltungsgerichtshof in Beschwerde gezogene Aufenthaltsverbot.

2. Im Zuge der Behandlung der Beschwerde sind die im Folgenden näher dargelegten Bedenken ob der Verfassungsmäßigkeit der im vorliegenden Fall bei der Beurteilung der Zulässigkeit des Aufenthaltsverbotes zu berücksichtigenden angefochtenen Bestimmungen entstanden. Dazu hat der Verwaltungsgerichtshof in

seinem Beschluss vom 24. November 2009, Zl. A 2009/0047 (2009/21/0311),  
ausgeführt:

"2.1. Die im Beschwerdefall maßgeblichen Normen des FPG lauten (§ 2  
Abs. 4 Z 11 in der Fassung der bereits am 1. Jänner 2006 in Kraft getretenen Novelle  
BGBl. I Nr. 157/2005, die übrigen Bestimmungen, soweit sie zitiert werden, in der  
Stammfassung) - auszugsweise - wie folgt:

#### '1. Hauptstück

#### Anwendungsbereich und Begriffsbestimmungen

...

#### Begriffsbestimmungen

§ 2. ...

(4) Im Sinn dieses Bundesgesetzes ist

1. Fremder: wer die österreichische Staatsbürgerschaft nicht besitzt;

...

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

...

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

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 zu 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;

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

...

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

...

## 8. Hauptstück

### Aufgaben und Befugnisse der Fremdenpolizeibehörden

...

### 3. Abschnitt

#### Aufenthaltsverbot und Rückkehrverbot

#### Voraussetzungen für das Aufenthaltsverbot

§ 60. (1) Gegen einen Fremden kann ein Aufenthaltsverbot erlassen werden, wenn auf Grund bestimmter Tatsachen die Annahme gerechtfertigt ist, dass sein Aufenthalt

1. die öffentliche Ordnung und Sicherheit gefährdet oder
2. anderen im Art. 8 Abs. 2 EMRK genannten öffentlichen Interessen zuwiderläuft.

(2) Als bestimmte Tatsache im Sinn des Abs. 1 hat insbesondere zu gelten, wenn ein Fremder

1. von einem inländischen Gericht zu einer unbedingten Freiheitsstrafe von mehr als drei Monaten, zu einer teilbedingt nachgesehenen Freiheitsstrafe, zu einer bedingt nachgesehenen Freiheitsstrafe von mehr als sechs Monaten oder mehr als einmal wegen auf der gleichen schädlichen Neigung beruhender strafbarer Handlungen rechtskräftig verurteilt worden ist;

...

## 10. Hauptstück

### Sonderbestimmungen für freizügigkeitsberechtigte EWR-Bürger und Schweizer Bürger sowie für begünstigte Drittstaatsangehörige und Familienangehörige von nicht freizügigkeitsberechtigten EWR-Bürgern, Schweizern und Österreichern

...

#### 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. Das persönliche Verhalten muss eine tatsächliche, gegenwärtige und erhebliche Gefahr darstellen, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt. Strafrechtliche Verurteilungen allein

können nicht ohne weiteres diese Maßnahmen begründen. Vom Einzelfall losgelöste oder auf Generalprävention verweisende Begründungen sind nicht zulässig. Die Erlassung eines Aufenthaltsverbotes gegen EWR-Bürger, Schweizer Bürger oder begünstigte Drittstaatsangehörige, die vor Verwirklichung des maßgeblichen Sachverhaltes ihren Hauptwohnsitz ununterbrochen seit zehn Jahren im Bundesgebiet hatten, ist dann zulässig, wenn aufgrund des persönlichen Verhaltens des Fremden davon ausgegangen werden kann, dass die öffentliche Ordnung oder Sicherheit der Republik Österreich durch seinen Verbleib im Bundesgebiet nachhaltig und maßgeblich gefährdet würde. Dasselbe gilt für Minderjährige, es sei denn, das Aufenthaltsverbot wäre zum Wohl des Kindes notwendig, wie es im Übereinkommen der Vereinten Nationen vom 20. November 1989 über die Rechte des Kindes vorgesehen ist.

...

Familienangehörige von nicht freizügigkeitsberechtigten  
EWR-Bürgern, Schweizern und Österreichern

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

2.2. Eine Analyse der zitierten Bestimmungen ergibt, dass regelmäßig § 60 FPG die Grundlage für ein Aufenthaltsverbot gegen einen Fremden bildet. Gegenüber 'freizügigkeitsberechtigten' EWR-Bürgern, Schweizer Bürgern oder begünstigten Drittstaatsangehörigen ist die Erlassung eines Aufenthaltsverbotes jedoch nur unter den verschärften Bedingungen des § 86 Abs. 1 FPG zulässig (siehe allgemein zum Verhältnis der unterschiedlichen Gefährdungsprognosen nach dem FPG das hg. Erkenntnis vom 20. November 2008, Zl. 2008/21/0603). Diese Vorschrift orientiert sich, so ausdrücklich die Erläuterung (952 BlgNR 22. GP 106), an Art. 27 Abs. 2 und Art. 28 Abs. 3 der Richtlinie 2004/38/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 und ist vor diesem Hintergrund über den genannten Personenkreis hinaus auch für Aufenthaltsverbote gegenüber türkischen Staatsangehörigen maßgeblich, denen die Rechtsstellung nach Art. 6 oder Art. 7 des Beschlusses des - durch das Abkommen zur Gründung einer Assoziation zwischen der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft und der Türkei errichteten - Assoziationsrates vom 19. September 1980, Nr. 1/80, über die Entwicklung der Assoziation (ARB) zukommt (vgl. das Urteil des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften (EuGH) vom 2. Juni 2005, Rechtssache C-136/03 'Dörr und Ünal', Randnr. 63 und 64; vgl. auch das hg. Erkenntnis vom 26. September 2007, Zl. 2007/21/0215, mwN). Ergänzend ordnet schließlich § 87 FPG an, dass für Familienangehörige von nicht 'freizügigkeitsberechtigten' EWR-Bürgern, Schweizern und Österreichern die Bestimmungen für begünstigte Drittstaatsangehörige nach den §§ 85 Abs. 2 und 86 gelten, was bedeutet, dass auch

gegen solche Personen nur unter den strengeren Voraussetzungen des § 86 Abs. 1 FPG ein Aufenthaltsverbot erlassen werden darf.

§ 87 FPG erweitert somit den Kreis jener Personen, gegenüber denen die privilegierenden Aufenthaltsverbotsbestimmungen des § 86 Abs. 1 FPG zur Anwendung gelangen und schränkt dergestalt die Maßgeblichkeit des allgemeinen Aufenthaltsverbotstatbestandes nach § 60 FPG ein. Als insoweit begünstigt werden 'Familienangehörige' genannt, worunter - wie eben erwähnt und wie sich aus der Überschrift des § 87 FPG und dem systematischen Zusammenhang mit § 86 FPG ergibt - 'Familienangehörige von nicht freizügigkeitsberechtigten EWR-Bürgern, Schweizern und Österreichern' fallen. Was unter 'nicht freizügigkeitsberechtigter' zu verstehen ist, hat der Verfassungsgerichtshof für den Bereich des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes - NAG in seinem Erkenntnis vom 13. Oktober 2007, B 1462/06, VfSlg. 18.269/2007, dargelegt. Auch für das FPG muss dieses Verständnis gelten, sodass gemäß den Ausführungen des Verfassungsgerichtshofes unter 'Familienangehörigen von nicht freizügigkeitsberechtigten EWR-Bürgern, Schweizern und Österreichern' solche Familienangehörige zu verstehen sind, deren Ankerperson (EWR-Bürger, Schweizer oder Österreicher) keinen Freizügigkeitssachverhalt im Sinn der Art. 18 und 39 ff EG verwirklicht hat.

3. Der Verwaltungsgerichtshof begründete seinen Anfechtungsantrag vom 18. September 2008 ausgehend von der dargestellten Rechtslage - auf das Wesentliche zusammengefasst - wie folgt:

'...

4.2. Es wurde schon oben betont, dass dem Begriff 'Familienangehörige' in § 87 FPG die Wendung '(§ 2 Abs. 4 Z 12)' nachgestellt ist. Das kann ... nur bedeuten, dass als 'Familienangehörige' im Sinn des § 87 FPG nur jene Personen zu verstehen sind, die von der Legaldefinition des § 2 Abs. 4 Z 12 FPG erfasst werden. Verwandte in gerader absteigender Linie, die wie der Beschwerdeführer des vorliegenden Falles bereits volljährig sind, kommen daher nicht als 'Familienangehörige' nach § 87 FPG in Betracht und sind demnach insoweit vor allem von der privilegierenden, nämlich im Verhältnis zu § 60 Abs. 1 FPG strengere Voraussetzungen normierenden Aufenthaltsverbotsbestimmung des § 86 Abs. 1 FPG ausgeschlossen. § 86 Abs. 1 FPG selbst bezieht dem gegenüber begünstigte Drittstaatsangehörige in seinen (unmittelbaren) Anwendungsbereich mit ein, worunter nach der Begriffsbestimmung in § 2 Abs. 4 Z 11 FPG insbesondere - unabhängig vom Erreichen der Volljährigkeit - Verwandte 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, zu verstehen sind, 'insofern dieser Drittstaatsangehörige den freizügigkeitsberechtigten EWR-Bürger oder Schweizer Bürger, von dem sich seine gemeinschaftsrechtliche Begünstigung herleitet, begleitet oder ihm nachzieht.'

4.3. Gegen diese sich aus dem aufgezeigten Verständnis des § 87 FPG ergebende Differenzierung ... bestehen verfassungsrechtliche Bedenken. Diese ergeben sich vor dem Hintergrund der unterschiedlichen Behandlung von Drittstaatsangehörigen zwischen dem vollendeten 18. und dem vollendeten 21. Lebensjahr, je nachdem, ob sie Kind eines nicht 'freizügigkeitsberechtigten' Österreicherers oder Kind eines 'freizügigkeitsberechtigten' EWR-Bürgers (oder Schweizer Bürgers) sind.

...

4.3.4. Nach dem Gesagten bleibt es damit zusammenfassend dabei, dass ein Drittstaatsangehöriger gegebenenfalls allein deshalb nicht in den Genuss des für ihn günstigeren Regimes des § 86 Abs. 1 FPG gelangt, sodass über ihn also nur unter eingeschränkten Bedingungen ein Aufenthaltsverbot verhängt werden könnte, weil ein Elternteil die österreichische und nicht die Staatsbürgerschaft eines sonstigen EWR-Mitgliedstaates (oder der Schweiz) hat. Die sich daraus ergebende, nach dem Gesagten letztlich ausschließlich auf die Staatsbürgerschaft eines Elternteils zurückzuführende Schlechterstellung von aus Drittstaaten stammenden Nachkommen von Österreichern gegenüber solchen von anderen EWR-Bürgern erscheint ... verfassungswidrig zu sein, ...

...

5. Das dargestellte, nach Ansicht des Verwaltungsgerichtshofes verfassungswidrige Ergebnis scheint nur durch Eliminierung der fraglichen Klammerpassage sanierbar. Insbesondere ist nicht erkennbar, wie am Boden der geltenden Rechtslage eine verfassungskonforme Interpretation des Begriffs 'Familienangehörige' in § 87 FPG erzielt werden könnte, sodass - was die Umschreibung des Verwandtschaftsverhältnisses anlangt - der Kreis der von dieser Vorschrift erfassten Personen jenem des § 86 Abs. 1 FPG entspricht; der durch das Klammerzitat zum Ausdruck gebrachte Verweis auf die Legaldefinition des § 2 Abs. 4 Z 12 FPG schließt eine derartige Vorgangsweise offensichtlich aus (vgl. schon oben 4.2.). Bei Wegfall der Klammerpassage stünde diese Möglichkeit indes offen, zumal ein im Rahmen von 'Begriffsbestimmungen' festgelegtes Verständnis eines Terminus grundsätzlich nicht dazu zwingt, diesen innerhalb eines Gesetzes stets im Sinn der Legaldefinition auszulegen. In der Legaldefinition selbst liegt nicht der Sitz der vom Verwaltungsgerichtshof erblickten Verfassungswidrigkeit, sie kann daher unangetastet bleiben. Im Übrigen scheint die Beseitigung der inkriminierten Wendung zur Erzielung einer verfassungsrechtlich unbedenklichen Rechtslage der 'schonendste Eingriff' zu sein, weshalb sich der Verwaltungsgerichtshof veranlasst sieht, den im Spruch formulierten Antrag zu stellen.'

4. Der Verfassungsgerichtshof wies den dargestellten Anfechtungsantrag (und sechs weitere, auf die Aufhebung der selben Gesetzesstelle gerichtete Anträge) mit Beschluss vom 23. September 2009, G 124/08 u.a., als unzulässig zurück. Er begründete das wie folgt:

'Allein durch eine Aufhebung des Klammerausdrucks '(§ 2 Abs. 4 Z 12)' in § 87 FPG würde keine Rechtslage hergestellt, auf die die verfassungsrechtlichen Bedenken des Verwaltungsgerichtshofes nicht mehr zuträfen: Selbst für den Fall der Beseitigung des angefochtenen Klammerausdrucks - die u.a. festlegt, dass für Familienangehörige (von nicht freizügigkeitsberechtigten EWR-Bürgern, Schweizern und Österreichern) im Sinn des § 2 Abs. 4 Z 12 FPG die Bestimmungen für begünstigte Drittstaatsangehörige nach den §§ 85 Abs. 2 und 86 FPG gelten - findet sich kein Hinweis im FPG für eine von der Legaldefinition des § 2 Abs. 4 Z 12 FPG abweichende Auslegung des Begriffs 'Familienangehöriger' in § 87 FPG. Bei Wegfall des angefochtenen Klammerausdrucks würde eine andere Auslegung des Begriffs 'Familienangehöriger' im Hinblick auf dessen Legaldefinition in § 2 Abs. 4 Z 12 FPG scheitern. Somit bliebe für den Fall der Aufhebung des Klammerausdrucks '(§ 2 Abs. 4 Z 12)' in § 87 FPG die vom Verwaltungsgerichtshof behauptete Verfassungswidrigkeit bestehen.

Da der Antrag somit zu eng gestellt wurde, war er als unzulässig zurückzuweisen ... !

5. Angesichts des zitierten Beschlusses des Verfassungsgerichtshofes ist der Verwaltungsgerichtshof gehalten, seine nach wie vor bestehenden verfassungsrechtlichen Bedenken im Rahmen eines neuen Anfechtungsantrages - mit nunmehr neu formuliertem Aufhebungsantrag - geltend zu machen.

5.1. Der Verwaltungsgerichtshof hat sich im Rahmen des gegenständlichen Beschwerdefalles mit der Zulässigkeit eines Aufenthaltsverbotes gegen den Beschwerdeführer zu beschäftigen. Vorrangig ist dabei zu prüfen, ob die belangte Behörde bei der von ihr anzustellenden Gefährdungsprognose auf den Maßstab des § 60 Abs. 1 FPG abstellen durfte, oder ob insoweit die strengeren Voraussetzungen nach § 86 Abs. 1 FPG hätten vorliegen müssen. Dabei kommt es (nachdem schon eine 'Grobprüfung' ergibt, dass die direkte Heranziehung dieser Bestimmung als Grundlage für ein Aufenthaltsverbot gegen den Beschwerdeführer, wie die belangte Behörde im Ergebnis zutreffend ausgeführt hat, von vornherein nicht in Betracht zu ziehen ist) auf die Frage nach der Reichweite der Verweisbestimmung des § 87 FPG an, die - wie sich aus dem Zurückweisungsbeschluss des Verfassungsgerichtshofes vom 23. September 2009 ergibt - auch ohne den Klammerausdruck '(§ 2 Abs. 4 Z 12)' in untrennbarem Zusammenhang mit der Legaldefinition des § 2 Abs. 4 Z 12 FPG steht. Von daher hat der Verwaltungsgerichtshof bei Prüfung der Rechtmäßigkeit des in Beschwerde gezogenen Bescheides neben § 87 FPG auch diese Legaldefinition - ebenso wie schon vorweg § 86 Abs. 1 iVm § 2 Abs. 4 Z 11 FPG - als 'negatives Tatbestandsmerkmal' anzuwenden (vgl. in diesem Sinn etwa das Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes vom 20. Juni 2001, G 5/01 ua, VfSlg. 16.214/2001).

5.2. Der Beschwerdeführer, der bei Erlassung des angefochtenen Bescheides seit rund einem halben Jahr das 18. Lebensjahr vollendet und damit auch nach türkischem Recht - vgl. Art. 11 des türkischen Zivilgesetzbuches (wiedergegeben bei



Bergmann/Ferid/Henrich, Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht, Türkei 58) - die Volljährigkeit erlangt hatte, fällt nicht unter die gegenständliche Legaldefinition des § 2 Abs. 4 Z 12 FPG. Er gilt daher nicht als Familienangehöriger nach § 87 FPG und wäre insoweit - ungeachtet der österreichischen Staatsbürgerschaft seines Vaters - vor allem von der privilegierenden, nämlich im Verhältnis zu § 60 Abs. 1 FPG strengere Voraussetzungen normierenden Aufenthaltsverbotsbestimmung des § 86 Abs. 1 FPG ausgeschlossen. § 86 Abs. 1 FPG selbst bezieht demgegenüber begünstigte Drittstaatsangehörige in seinen (unmittelbaren) Anwendungsbereich mit ein, worunter nach der Begriffsbestimmung in § 2 Abs. 4 Z 11 FPG insbesondere - unabhängig vom Erreichen der Volljährigkeit - Verwandte 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 ein Unterhalt tatsächlich gewährt wird, zu verstehen sind, 'insofern dieser Drittstaatsangehörige den freizügigkeitsberechtigten EWR-Bürger oder Schweizer Bürger, von dem sich seine gemeinschaftsrechtliche Begünstigung herleitet, begleitet oder ihm nachzieht.'

5.3. Gegen diese Differenzierung, die auch den Bereich der Verwandten in gerader aufsteigender Linie umfasst und die im Folgenden der Einfachheit halber nur unter Hinweis auf die fallbezogen schlagend werdende unterschiedliche Altersgrenze bei Verwandten in gerader absteigender Linie (18 Jahre in § 87 FPG, 21 Jahre in § 86 FPG) behandelt wird, bestehen nach wie vor verfassungsrechtliche Bedenken. Diese ergeben sich vor dem Hintergrund der unterschiedlichen Behandlung von Drittstaatsangehörigen zwischen dem vollendeten 18. und dem vollendeten 21. Lebensjahr, je nach dem, ob sie Kind eines nicht 'freizügigkeitsberechtigten' Österreicher oder Kind eines 'freizügigkeitsberechtigten' EWR-Bürgers (oder Schweizer Bürgers) sind.

5.3.1 Zwar könnte das Kriterium der 'Ausübung der Freizügigkeitsberechtigung' seitens der Ankerperson auf den ersten Blick unter Umständen die angesprochene Ungleichbehandlung rechtfertigen, dabei ist aber Folgendes zu beachten:

Ein EWR-Bürger oder ein Schweizer Bürger, der in Österreich niedergelassen und hier erwerbstätig ist, über ausreichende Mittel für einen privaten Aufenthalt verfügt oder einer Ausbildung nachgeht (vgl. die Fälle des § 51 NAG), verwirklicht bereits kraft seiner Niederlassung einen Freizügigkeitssachverhalt. Das erforderliche grenzüberschreitende Moment liegt allein in seiner nicht-österreichischen Staatsbürgerschaft; auch im Fall einer Niederlassung in Österreich von Geburt an (ohne jegliche Reisebewegung) wäre er demnach EWR-Bürger (oder Schweizer Bürger), der sich auf die gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften über die Freizügigkeit berufen kann (in diesem Sinn auch der Bundesminister für Inneres in seiner an den Verfassungsgerichtshof im Verfahren B 1462/06 erstatteten Gegenschrift - siehe deren Wiedergabe im Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes VfSlg. 18.269/2007 - sowie die Bundesregierung in ihrer Äußerung zum Anfechtungsantrag vom 18. September 2008 (C. 1.2.); vgl. aber insbesondere das

Urteil des EuGH vom 19. Oktober 2004, Rechtssache C-200/02 'Zuh und Chen', Randnr. 18 f; vgl. dem gegenüber die insoweit schon grundsätzlich auf einer falschen Prämisse beruhenden Überlegungen in den ErläutRV zu § 47 NAG, 952 BlgNR 22. GP 139).

5.3.2. Die Situation eines im Inland geborenen Österreicher, der ohne Verwirklichung eines grenzüberschreitenden Sachverhaltes hier erwerbstätig ist, über ausreichende Mittel für einen privaten Aufenthalt verfügt oder einer Ausbildung nachgeht, unterscheidet sich von der Situation des soeben umschriebenen, gleichfalls in Österreich geborenen EWR-Bürgers (oder Schweizer Bürgers) faktisch nicht und rechtlich - mit der aufgezeigten Konsequenz einer unterschiedlichen Behandlung seiner drittstaatsangehörigen Kinder zwischen 18 und 21 Jahren - nur durch die andere Staatsbürgerschaft. Im Ergebnis ist das schon 18-jährige Kind eines Österreicher in der beschriebenen Konstellation daher allein deshalb kein begünstigter Drittstaatsangehöriger und gelangt damit ausschließlich aus dem Grund nicht in den Bereich des günstigeren Aufenthaltsverbotsregimes des § 86 Abs. 1 FPG, weil sein österreichischer Elternteil die 'falsche' Staatsbürgerschaft hat, nämlich die österreichische und nicht die eines sonstigen EWR-Mitgliedstaates oder der Schweiz.

5.3.3 Dieser Befund wird nicht dadurch erschüttert, dass der Begriff des begünstigten Drittstaatsangehörigen nach § 2 Abs. 4 Z 11 FPG ergänzend voraussetzt, dass der Drittstaatsangehörige die Ankerperson 'begleitet oder ihr nachzieht'. Diese Wendung kann vor dem Hintergrund der gemeinschaftsrechtlichen Verpflichtungen Österreichs nämlich nur jenen Bedeutungsgehalt haben, der der gleichlautenden Wortfolge in den Art. 3 Abs. 1, Art. 6 Abs. 2 sowie Art. 7 Abs. 1 lit. d und Abs. 2 der Richtlinie 2004/38/EG des europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zukommt. Dazu hat der EuGH jedoch in seinem Urteil vom 25. Juli 2008, Rechtssache C 127/08 'Metock' u.a. unter Randnr. 93 ausgesprochen, dass der in Art. 3 Abs. 1 der erwähnten Richtlinie verwendete Begriff 'Familienangehörige eines Unionsbürgers, die ihn begleiten' dahin ausgelegt werden muss, dass er sowohl die Familienangehörigen eines Unionsbürgers umfasst, die mit diesem in den Aufnahmemitgliedstaat eingereist sind, als auch diejenigen, die sich mit ihm dort aufhalten, ohne dass in diesem Fall danach zu unterscheiden wäre, ob die Drittstaatsangehörigen vor oder nach dem Unionsbürger oder bevor oder nachdem sie dessen Familienangehörige wurden, in den Aufnahmemitgliedstaat eingereist sind. Es steht mithin fest, dass auch die drittstaatszugehörigen Familienangehörigen eines EWR-Bürgers, der in Österreich geboren wurde und der das Bundesgebiet nie verlassen hat, das hier in Frage stehende ergänzende Kriterium des 'Nachziehens' oder des 'Begleitens' erfüllen (vgl. auch den Beschluss des EuGH vom 19. Dezember 2008, Rechtssache C-551/07 'Sahin').

5.3.4. Nach dem Gesagten bleibt es damit zusammenfassend dabei, dass ein Drittstaatsangehöriger gegebenenfalls allein deshalb nicht in den Genuss des für ihn günstigeren Regimes des § 86 Abs. 1 FPG gelangt, sodass über ihn also nur unter eingeschränkten Bedingungen ein Aufenthaltsverbot verhängt werden könnte, weil

ein Elternteil die österreichische und nicht die Staatsbürgerschaft eines sonstigen EWR-Mitgliedstaates (oder der Schweiz) hat. Die sich daraus ergebende, nach dem Gesagten letztlich ausschließlich auf die Staatsbürgerschaft eines Elternteils zurückzuführende Schlechterstellung von aus Drittstaaten stammenden Nachkommen von Österreichern gegenüber solchen von anderen EWR-Bürgern erscheint, legt man die vom Verfassungsgerichtshof in seinen Erkenntnissen vom 17. Juni 1997, B 592/96, VfSlg. 14.863/1997, und vom 20. Juni 2001, G 5/01 ua, VfSlg. 16.214/2001, angestellten Überlegungen zu Grunde, insbesondere unter dem Blickwinkel des Rechts auf Gleichbehandlung von Fremden untereinander nach dem BVG BGBl. Nr. 390/1973 verfassungswidrig zu sein, und zwar unabhängig davon, ob sich diese (unterstellte) Verfassungswidrigkeit im Anlassfall tatsächlich manifestiert (vgl. etwa das Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes vom 5. März 1992, G 255/91, VfSlg. 13.015/1992).

5.3.5. Ergänzend ist auszuführen, dass dem Kriterium 'Verwirklichung eines Freizügigkeitssachverhaltes' iS des FPG vor dem dargestellten Hintergrund nicht die ihm zgedachte Abgrenzungsfunktion zukommt, weil die Vornahme einer 'Wanderbewegung' durch die 'Ankerperson' nur bei Angehörigen von Österreichern zu einem entscheidenden Faktor wird. Zur Abgrenzung tauglich erwiese sich hingegen die Bezugnahme auf die Kriterien des § 51 NAG. Diese erlauben nämlich, anders als die 'Verwirklichung eines Freizügigkeitssachverhaltes', tatsächlich eine Differenzierung zwischen verschiedenen Kategorien von EWR-Bürgern (oder Schweizern), welche auch nach Ansicht des Verwaltungsgerichtshofes ohne verfassungsrechtliche Bedenken auf Österreicher (mit der Konsequenz je unterschiedlicher Behandlung ihrer Angehörigen) erstreckt werden kann.

Im Übrigen zielt § 87 FPG aber gerade nicht auf eine Differenzierung, sondern - soweit fallbezogen relevant - auf eine Gleichstellung der Angehörigen von nicht 'freizügigkeitsberechtigten' Österreichern mit den Angehörigen von 'freizügigkeitsberechtigten' EWR-Bürgern hinsichtlich aufenthaltsbeendender Maßnahmen, die allerdings (irrtümlich?) in Bezug auf Verwandte in gerader absteigender Linie zwischen dem 18. und 21. Lebensjahr - wegen der Anknüpfung an jeweils unterschiedliche Umschreibungen der Familienangehörigen, nämlich in § 2 Abs. 4 Z 11 FPG, die sich an der Begriffsbestimmung in Art. 2 Z 2 der RL 2004/38/EG orientiert, einerseits und in § 2 Abs. 4 Z 12 FPG andererseits - nur unvollständig umgesetzt wurde (vgl. dem gegenüber die Vorgängerbestimmung des § 49 Abs. 1 Fremdenengesetz 1997).

Zu bedenken ist auch, dass für die Prüfung am Maßstab des verfassungsrechtlichen Gleichbehandlungsgebotes Angehörige von in Österreich aufhältigen EWR-Bürgern, die dafür schon zwangsläufig einen grenzüberschreitenden Sachverhalt verwirklicht und damit die Freizügigkeit ausgeübt haben müssen, den Angehörigen von hier lebenden Österreichern gegenüber zu stellen sind. Auch von daher scheint die Anknüpfung an die (Ausübung der) 'Freizügigkeitsberechtigung' zur Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung der genannten Personengruppen nicht geeignet. Dass es sich dabei um ein bloßes

Formalkriterium handelt, wird bei in Österreich geborenen und hier in Erfüllung der Voraussetzungen des § 51 NAG lebenden EWR-Bürgern, die sich von hier lebenden und erwerbstätigen Österreichern - außer durch ihre Staatsangehörigkeit - überhaupt nicht unterscheiden, besonders augenfällig.

5.4. Ein weiterer Gesichtspunkt - freilich gleichfalls unter Bezugnahme auf das BVG BGBl. Nr. 390/1973 - führt nach Ansicht des Verwaltungsgerichtshofes zur Konsequenz der Verfassungswidrigkeit einer Regelung, derzufolge die Zulässigkeit der Erlassung eines Aufenthaltsverbotes gegen Kinder eines nicht 'freizügigkeitsberechtigten' Österreichers im Alter zwischen 18 und 21 Jahren nicht am privilegierten Maßstab des § 86 Abs. 1 FPG zu messen sei:

Wie schon unter 2.2. dargestellt, kommt § 86 Abs. 1 FPG auch für jene türkischen Staatsangehörigen zur Anwendung, denen die Rechtsstellung nach Art. 6 oder Art. 7 ARB zukommt. Auch sie stehen damit günstiger als die zuvor umschriebenen Kinder eines österreichischen Elternteils, was in einer Konstellation wie jener, die der Verwaltungsgerichtshof im anhängigen Beschwerdefall zu beurteilen hat, zu dem paradoxen Ergebnis führt, dass sich der Erwerb der österreichischen Staatsbürgerschaft durch den Elternteil eines türkischen Staatsangehörigen als schädlich erweist. Wäre dem Vater des Beschwerdeführers nicht bereits mit Wirkung vom 6. November 2001 die österreichische Staatsbürgerschaft zuerkannt worden, so hätte er seinem Sohn nämlich augenscheinlich die Position nach Art. 7 ARB und damit die 'Benefizien' des § 86 Abs. 1 FPG vermittelt. Dies war zum Zeitpunkt des Zuzugs des Beschwerdeführers nach Österreich im November 2002 kraft der dann schon gegebenen österreichischen Staatsbürgerschaft seines Vaters nicht mehr möglich, weshalb also der Umstand, dass der Vater nicht türkischer Staatsangehöriger blieb, sondern die österreichische Staatsbürgerschaft erworben hatte, am Boden des dem § 87 FPG zuzumessenden Regelungsgehaltes die nun zu beurteilende rechtliche Stellung des Beschwerdeführers verschlechterte. Auch hierfür ist offenkundig keine sachliche Rechtfertigung erblickbar.

5.5. Bei der gebotenen Neudefinierung des Aufhebungsantrages ist von der Rechtsansicht des Verfassungsgerichtshofes in seinem unter Punkt 4. dargestellten Zurückweisungsbeschluss vom 23. September 2009 auszugehen. Von daher kann die vom Verwaltungsgerichtshof angenommene Verfassungswidrigkeit zunächst nur durch Eingriff in die Legaldefinition des § 2 Abs. 4 Z 12 FPG beseitigt werden.

5.5.1. Auf die genannte Legaldefinition wird erkennbar nur in § 87 FPG Bezug genommen. Zwar findet sich der Terminus 'Familienangehöriger' noch in § 66 Abs. 2 FPG (in der hier maßgeblichen Fassung vor der Novelle BGBl. I Nr. 29/2009), doch kann kein Zweifel bestehen, dass dort von vornherein - ohne Anknüpfung an die Legaldefinition - ein weiterer Begriffsinhalt im Sinn der Judikatur des EGMR (vgl. dazu Grabenwarter, Europäische Menschenrechtskonvention<sup>4</sup> (2009) 204ff) zugrundegelegt ist. Es bestehen daher nach Ansicht des Verwaltungsgerichtshofes keine Hindernisse, § 2 Abs. 4 Z 12 FPG

zur Gänze - und damit auch den Klammerausdruck '(§ 2 Abs. 4 Z. 12)' in § 87 FPG - aufzuheben, zumal sich der Begriff des Familienangehörigen auch im gegebenen Zusammenhang im Wege der Interpretation - v.a. durch Rückgriff auf die in § 2 Abs. 4 Z 11 FPG genannten Angehörigen - bestimmen ließe. In Anbetracht dessen wird der im Spruch formulierte Hauptantrag gestellt.

Dem möglichen Einwand, es werde damit mehr in Anfechtung gezogen als im Anlassfall zur Beseitigung der vom Verwaltungsgerichtshof gesehenen Verfassungswidrigkeit notwendig sei, ist zu entgegnen, dass eine als Alternative in Betracht kommende Teilaufhebung des § 2 Abs. 4 Z 12 FPG - Eliminierung des Wortes 'minderjähriges' - zwar ausreichen würde, um den Beschwerdeführer unter den Begriff des Familienangehörigen zu subsumieren und damit seine Erfassung vom Verweis des § 87 FPG sicherzustellen. Allerdings ginge damit eine zur Herstellung der Verfassungskonformität nicht erforderliche Erweiterung des von § 2 Abs. 4 Z 12 FPG umschriebenen Personenkreises einher, nämlich auf alle Kinder, ohne Rücksicht auf ihr Alter oder die Gewährung von Unterhalt, sodass sich auch von daher ein 'überschießendes' Ergebnis ergäbe. Einer Lösung, die diese Konsequenz vermeidet und im Wege der Interpretation ein Verständnis des Begriffs des 'Familienangehörigen' in § 87 FPG im Sinn des Angehörigenbegriffs des § 2 Abs. 4 Z 11 FPG ermöglicht, ist nach Ansicht des Verwaltungsgerichtshofes der Vorzug zu geben.

5.5.2. Sollte der zuletzt angestellten Erwägung nicht nähergetreten werden können, so kann es nach Ansicht des Verwaltungsgerichtshofes mit der Eliminierung des Wortes 'minderjähriges' in § 2 Abs. 4 Z 12 FPG sein Bewenden haben. Für diesen Fall wird der erste Eventualantrag gestellt.

5.5.3. Es ließe sich allerdings auch die Auffassung vertreten, der Klammerausdruck '(Kernfamilie)' in § 2 Abs. 4 Z 12 FPG schränke ungeachtet eines Wegfalls des Wortes 'minderjähriges' den Bereich der Familienangehörigen neben dem Ehegatten auf noch nicht volljährige Kinder ein. Ein solches Ergebnis wäre insbesondere deshalb denkbar, weil das im Rahmen des Fremdenrechtspakets 2005 mit dem FPG erlassene NAG in § 2 Abs. 1 Z 9 eine dem § 2 Abs. 4 Z 12 FPG ähnliche Legaldefinition des Begriffs des Familienangehörigen enthält, wobei dem erfassten Personenkreis gleichfalls der Klammerausdruck '(Kernfamilie)' nachgestellt wird. Wollte man davon ausgehend den Begriff 'Kernfamilie' auch für den Bereich des FPG jedenfalls im Sinn dieses Bedeutungsgehaltes verstehen, was nach dem allgemeinen Sprachverständnis nicht ausgeschlossen scheint (vgl. auch Grabenwarter, aaO), so bedürfte es zur Erzielung einer verfassungsrechtlich unbedenklichen Rechtslage auch der Aufhebung dieses Klammerausdrucks. Auf diesen Überlegungen beruht der zweite Eventualantrag.

5.5.4. Der Sitz der vom Verwaltungsgerichtshof erblickten Verfassungswidrigkeit liegt nicht schlechthin in der unzureichenden Gleichstellung des von § 87 FPG erfassten Personenkreises, sondern in der sich aus dieser Norm ergebenden Differenzierung im Hinblick auf die Verhängung von

Aufenthaltsverboten zwischen (bestimmten) Angehörigen von in Österreich lebenden EWR-Bürgern (oder Schweizern), die die Voraussetzungen des § 51 NAG erfüllen, einerseits und Angehörigen von Österreichern, auf die die Voraussetzungen des § 51 NAG ebenfalls zutreffen, andererseits. (Nur) insoweit findet eine - an verschiedene Staatsangehörigkeiten der 'Ankerperson' anknüpfende - ungleiche Behandlung bei nach Ansicht des Verwaltungsgerichtshofes sonst völlig gleicher Ausgangslage statt, zumal - siehe oben 5.3.1. - es beim Fall des EWR-Bürgers nicht auf eine 'Wanderbewegung' ankommt.

Jede Maßnahme, die zu der nach der hier vertretenen Auffassung gebotenen Erweiterung des Verständnisses des Begriffs des Familienangehörigen in § 87 FPG führt, wirkt sich demgegenüber nicht nur auf die 'Familienangehörigen' von 'nicht freizügigkeitsberechtigten' Österreichern, sondern auch auf die 'Familienangehörigen' von 'nicht freizügigkeitsberechtigten' EWR-Bürgern und Schweizern aus und wäre in diesem Sinne 'überschießend'. Wollte man das vermeiden, so bliebe nur die Möglichkeit, die Angehörigen von Österreichern gänzlich aus dem 10. Hauptstück des FPG zu eliminieren, was auch ihre Beseitigung im Rahmen der Definition nach § 2 Abs. 4 Z 11 FPG voraussetzt, um sie dann - ähnlich der Sichtweise des Verfassungsgerichtshofes im schon genannten Erkenntnis VfSlg. 14.863/1997 - im Wege der Auslegung je nach Lage des Falles als begünstigte Drittstaatsangehörige nach § 2 Abs. 4 Z 11 FPG (wenn die österreichische Ankerperson die Voraussetzungen des § 51 NAG erfüllt) oder nur als Familienangehörige nach § 2 Abs. 4 Z 12 FPG (wenn die österreichische Ankerperson die Voraussetzungen des § 51 NAG nicht erfüllt) zu erfassen. Da nicht ausgeschlossen werden kann, dass der Verfassungsgerichtshof diese Lösung als den schonendsten Eingriff erachtet, werden schließlich der dritte Eventualantrag und - für den Fall, dass der Verfassungsgerichtshof der Überschrift zum 10. Hauptstück des FPG keine normative Bedeutung beimessen sollte - noch der vierte Eventualantrag gestellt."

3. Auch im vorliegenden Fall sind die angefochtenen Bestimmungen zwecks Beurteilung, unter welchen Voraussetzungen das Aufenthaltsverbot erlassen werden darf, anzuwenden. Auch hier bestehen (unbeschadet der Ausführungen des Verfassungsgerichtshofes in seinem Erkenntnis vom 16. Dezember 2009, G 244/09 u.a.) die im hg. Beschluss vom 24. November 2009 näher dargelegten - oben wiedergegebenen - Bedenken, soweit sie sich nicht auf die Rechtsstellung nach dem ARB beziehen, ob der Verfassungsmäßigkeit dieser Bestimmungen.

Da § 2 Abs. 4 Z. 11 FPG durch Art. 2 Z. 1a des Fremdenrechtsänderungsgesetzes 2009 - FrÄG 2009, BGBl. I Nr. 122, § 2 Abs. 4 Z. 11 und 12 FPG (weitere) durch Art. 58 Z. 1 des Eingetragene

Partnerschaft-Gesetzes - EPG, BGBl. I Nr. 135/2009, sowie die Überschriften des 10. Hauptstücks und des § 87 FPG durch Art. 2 Z. 33 und 38 des FrÄG 2009, jeweils mit Wirksamkeit ab 1. Jänner 2010 (§ 126 Abs. 7 FPG idF Art. 2 Z. 60 des FrÄG 2009, § 126 Abs. 8 FPG idF Art. 58 Z. 11 des EPG) abgeändert wurden, sieht sich der Verwaltungsgerichtshof veranlasst, gemäß Art. 89 Abs. 3 und 140 Abs. 1 B-VG den im Spruch formulierten Antrag zu stellen.

W i e n , am 25. Februar 2010