

TE Vwgh Erkenntnis 2011/9/29 2009/21/0386

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 29.09.2011

Index

E000 EU- Recht allgemein;
E1E;
E3L E02100000;
E3L E05100000;
E3L E19100000;
E6j;
10/07 Verwaltungsgerichtshof;
41/02 Passrecht Fremdenrecht;
59/04 EU - EWR;

Norm

11997E018 EG Art18;
11997E039 EG Art39;
12010E021 AEUV Art21;
12010E045 AEUV Art45;
32004L0038 Unionsbürger-RL Art5;
32004L0038 Unionsbürger-RL;
61987CJ0186 Cowan VORAB;
61998CJ0224 D'Hoop VORAB;
62005CJ0212 Hartmann VORAB;
62006CJ0212 Gouvernement Communaute francaise and wallon VORAB;
EURallg;
NAG 2005 §2 Abs1 Z14;
NAG 2005 §51;
NAG 2005 §52;
NAG 2005 §53;
NAG 2005 §54 Abs1;
NAG 2005 §54;
NAG 2005 §55;
NAG 2005 §56;
NAG 2005 §57;
VwGG §42 Abs2 Z1;

1. VwGG § 42 heute
2. VwGG § 42 gültig ab 01.01.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 33/2013
3. VwGG § 42 gültig von 01.07.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
4. VwGG § 42 gültig von 01.07.2008 bis 30.06.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 4/2008
5. VwGG § 42 gültig von 01.01.1991 bis 30.06.2008 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 330/1990
6. VwGG § 42 gültig von 05.01.1985 bis 31.12.1990

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Novak und die Hofräte Dr. Pelant, Dr. Sulzbacher und Dr. Pfiel sowie die Hofrätin Dr. Julcher als Richter, im Beisein des Schriftführers Mag. Senft, über die Beschwerde des B, vertreten durch Edward W. Daigneault, Rechtsanwalt in 1160 Wien, Lerchenfelder Gürtel 45/11, gegen den Bescheid der Bundesministerin für Inneres vom 23. November 2009, Zl. 152.808/3-III/4/09, betreffend Daueraufenthaltskarte, zu Recht erkannt:

Spruch

Der angefochtene Bescheid wird wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufgehoben.

Der Bund hat dem Beschwerdeführer Aufwendungen in der Höhe von EUR 1.326,40 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Begründung

Der Beschwerdeführer, ein Staatsangehöriger von Nigeria, reiste am 6. September 2004 in das Bundesgebiet ein und stellte hier einen Asylantrag. Über diesen Antrag wurde jedenfalls bis zur Erlassung des hier angefochtenen Bescheides noch nicht rechtskräftig entschieden, sodass dem Beschwerdeführer (weiterhin) ein vorläufiges asylrechtliches Aufenthaltsrecht zukommt.

Am 3. November 2006 heiratete der Beschwerdeführer eine österreichische Staatsbürgerin, mit der er in Gmünd im gemeinsamen Haushalt lebt.

Am 5. Mai 2009 beantragte der Beschwerdeführer unter Bezugnahme auf die von ihm geschlossene Ehe die Ausstellung einer Daueraufenthaltskarte gemäß § 57 iVm § 54 Abs. 1 Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz (NAG). Das begründete er im Wesentlichen damit, dass seine Ehefrau zwischen dem 24. Jänner und dem 12. Juni 2007 in Tschechien einer näher genannten Person Deutschunterricht erteilt habe, wozu sie sich mehrfach mit dem Dienst-Kfz ihres damaligen inländischen Arbeitgebers nach Tschechien begeben habe. Am 6. Mai 2009 gab die Ehefrau dazu an, dass ihre Tätigkeit ca. zweimal wöchentlich stattgefunden habe; eine Unterrichtseinheit habe ca. 2,5 Stunden betragen, sie habe für diese Tätigkeit EUR 5,-- pro Stunde erhalten. Ein Wohnsitz in Tschechien habe nicht bestanden. Am 5. Mai 2009 beantragte der Beschwerdeführer unter Bezugnahme auf die von ihm geschlossene Ehe die Ausstellung einer Daueraufenthaltskarte gemäß Paragraph 57, in Verbindung mit Paragraph 54, Absatz eins, Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz (NAG). Das begründete er im Wesentlichen damit, dass seine Ehefrau zwischen dem 24. Jänner und dem 12. Juni 2007 in Tschechien einer näher genannten Person Deutschunterricht erteilt habe, wozu sie sich mehrfach mit dem Dienst-Kfz ihres damaligen inländischen Arbeitgebers nach Tschechien begeben habe. Am 6. Mai 2009 gab die Ehefrau dazu an, dass ihre Tätigkeit ca. zweimal wöchentlich stattgefunden habe; eine Unterrichtseinheit habe ca. 2,5 Stunden betragen, sie habe für diese Tätigkeit EUR 5,-- pro Stunde erhalten. Ein Wohnsitz in Tschechien habe nicht bestanden.

Die Bezirkshauptmannschaft Gmünd wies diesen Antrag namens des Landeshauptmannes von Niederösterreich gemäß § 1 Abs. 2 Z 1 NAG zurück, die Bundesministerin für Inneres gab der dagegen erhobenen Berufung mit dem nunmehr angefochtenen Bescheid vom 23. November 2009 keine Folge. Das begründete sie im Ergebnis damit, dass im Fall des Beschwerdeführers kein "Freizügigkeitssachverhalt" vorliege, weshalb das NAG - und damit auch dessen Bestimmungen über die Ausstellung einer Daueraufenthaltskarte - gemäß dessen § 1 Abs. 2 Z 1 im Hinblick auf die vorläufige asylrechtliche Aufenthaltsberechtigung des Beschwerdeführers nicht anwendbar sei. Die Bezirkshauptmannschaft Gmünd wies diesen Antrag namens des Landeshauptmannes von Niederösterreich gemäß Paragraph eins, Absatz 2, Ziffer eins, NAG zurück, die Bundesministerin für Inneres gab der dagegen erhobenen Berufung mit dem nunmehr angefochtenen Bescheid vom 23. November 2009 keine Folge. Das begründete sie im Ergebnis damit, dass im Fall des Beschwerdeführers kein "Freizügigkeitssachverhalt" vorliege, weshalb das NAG - und

damit auch dessen Bestimmungen über die Ausstellung einer Daueraufenthaltskarte - gemäß dessen Paragraph eins, Absatz 2, Ziffer eins, im Hinblick auf die vorläufige asylrechtliche Aufenthaltsberechtigung des Beschwerdeführers nicht anwendbar sei.

Über die gegen diesen Bescheid erhobene Beschwerde hat der Verwaltungsgerichtshof nach Aktenvorlage durch die belangte Behörde erwogen:

1. Gemäß § 1 Abs. 2 Z 1 NAG in der hier anzuwendenden Fassung vor dem FrÄG 2009 gilt das NAG u.a. nicht für Fremde, die nach dem Asylgesetz 2005 oder nach vorigen asylgesetzlichen Bestimmungen zum Aufenthalt berechtigt sind oder faktischen Abschiebeschutz genießen, soweit das NAG nicht anderes bestimmt. 1. Gemäß Paragraph eins, Absatz 2, Ziffer eins, NAG in der hier anzuwendenden Fassung vor dem FrÄG 2009 gilt das NAG u.a. nicht für Fremde, die nach dem Asylgesetz 2005 oder nach vorigen asylgesetzlichen Bestimmungen zum Aufenthalt berechtigt sind oder faktischen Abschiebeschutz genießen, soweit das NAG nicht anderes bestimmt.

Gemäß § 54 Abs. 1 NAG (in der genannten Fassung) sind Angehörige von freizügigkeitsberechtigten EWR-Bürgern (§ 51 NAG), die nicht EWR-Bürger sind und die die in § 52 Z 1 bis 3 NAG genannten Voraussetzungen erfüllen, zur Niederlassung berechtigt. Ihnen ist auf Antrag eine Daueraufenthaltskarte für die Dauer von zehn Jahren auszustellen. Nach § 52 Z 1 NAG sind Angehörige von freizügigkeitsberechtigten EWR-Bürgern (§ 51 NAG), die selbst EWR-Bürger sind, zur Niederlassung berechtigt, wenn sie Ehegatte sind, und den EWR-Bürger begleiten oder zu ihm nachziehen. Gemäß Paragraph 54, Absatz eins, NAG (in der genannten Fassung) sind Angehörige von freizügigkeitsberechtigten EWR-Bürgern (Paragraph 51, NAG), die nicht EWR-Bürger sind und die die in Paragraph 52, Ziffer eins, bis 3 NAG genannten Voraussetzungen erfüllen, zur Niederlassung berechtigt. Ihnen ist auf Antrag eine Daueraufenthaltskarte für die Dauer von zehn Jahren auszustellen. Nach Paragraph 52, Ziffer eins, NAG sind Angehörige von freizügigkeitsberechtigten EWR-Bürgern (Paragraph 51, NAG), die selbst EWR-Bürger sind, zur Niederlassung berechtigt, wenn sie Ehegatte sind, und den EWR-Bürger begleiten oder zu ihm nachziehen.

Die Bestimmungen der §§ 51 bis 56 NAG finden gemäß § 57 NAG (ebenfalls in der genannten Fassung) auch auf Schweizer Bürger, die ihr Recht auf Freizügigkeit in Anspruch genommen haben, und deren Angehörige sowie auf Angehörige von Österreichern, sofern diese ihr Recht auf Freizügigkeit in Anspruch genommen haben, Anwendung. Die Bestimmungen der Paragraphen 51 bis 56 NAG finden gemäß Paragraph 57, NAG (ebenfalls in der genannten Fassung) auch auf Schweizer Bürger, die ihr Recht auf Freizügigkeit in Anspruch genommen haben, und deren Angehörige sowie auf Angehörige von Österreichern, sofern diese ihr Recht auf Freizügigkeit in Anspruch genommen haben, Anwendung.

2. Die belangte Behörde ist dem Vorbringen des Beschwerdeführers, seine Ehefrau habe in Tschechien einer Person Deutschunterricht erteilt (ca. zweimal wöchentlich für je ca. 2,5 Stunden, wobei sie pro Stunde EUR 5,-- erhalten habe), nicht entgegen getreten. Sie hat aber im Ergebnis die Auffassung vertreten, die Ehefrau habe damit noch keinen "Freizügigkeitssachverhalt" im Sinn des § 57 NAG verwirklicht. Dabei erachtete sie als wesentlich, dass die Ehefrau des Beschwerdeführers in Tschechien keinen Wohnsitz gehabt, nicht polizeilich gemeldet und dass ihre Erwerbstätigkeit dort nicht angemeldet gewesen sei; sie sei zur Ausübung ihrer Tätigkeit an zwei Tagen in der Woche nach Tschechien gefahren und am selben Tag wieder ausgereist. Diese Tätigkeit werde von ihr seit mehr als zwei Jahren nicht mehr ausgeübt. Darüber hinaus stünden einer "korrekten Ausübung der Freizügigkeit" durchgehende Versicherungszeiten im Hauptverband sowie eine durchgehende amtliche Hauptwohnsitzmeldung in Niederösterreich entgegen. 2. Die belangte Behörde ist dem Vorbringen des Beschwerdeführers, seine Ehefrau habe in Tschechien einer Person Deutschunterricht erteilt (ca. zweimal wöchentlich für je ca. 2,5 Stunden, wobei sie pro Stunde EUR 5,-- erhalten habe), nicht entgegen getreten. Sie hat aber im Ergebnis die Auffassung vertreten, die Ehefrau habe damit noch keinen "Freizügigkeitssachverhalt" im Sinn des Paragraph 57, NAG verwirklicht. Dabei erachtete sie als wesentlich, dass die Ehefrau des Beschwerdeführers in Tschechien keinen Wohnsitz gehabt, nicht polizeilich gemeldet und dass ihre Erwerbstätigkeit dort nicht angemeldet gewesen sei; sie sei zur Ausübung ihrer Tätigkeit an zwei Tagen in der Woche nach Tschechien gefahren und am selben Tag wieder ausgereist. Diese Tätigkeit werde von ihr seit mehr als zwei Jahren nicht mehr ausgeübt. Darüber hinaus stünden einer "korrekten Ausübung der Freizügigkeit" durchgehende Versicherungszeiten im Hauptverband sowie eine durchgehende amtliche Hauptwohnsitzmeldung in Niederösterreich entgegen.

In der Beschwerde wird demgegenüber wie schon im Verwaltungsverfahren der Standpunkt eingenommen, die Ehefrau des Beschwerdeführers wäre als "freizügig" anzusehen gewesen.

Bei Zutreffen dieser Ansicht wäre der Beschwerdeführer nicht nur gemäß § 57 iVm § 54 Abs. 1 NAG zur Niederlassung in Österreich berechtigt gewesen. Vielmehr hätte die belangte Behörde dann den gegenständlichen Antrag auf Ausstellung einer Daueraufenthaltskarte nicht schlichtweg gestützt auf § 1 Abs. 2 Z 1 NAG zurückweisen dürfen (vgl. das hg. Erkenntnis vom 14. Mai 2009, Zl. 2009/22/0028). Bei Zutreffen dieser Ansicht wäre der Beschwerdeführer nicht nur gemäß Paragraph 57, in Verbindung mit Paragraph 54, Absatz eins, NAG zur Niederlassung in Österreich berechtigt gewesen. Vielmehr hätte die belangte Behörde dann den gegenständlichen Antrag auf Ausstellung einer Daueraufenthaltskarte nicht schlichtweg gestützt auf Paragraph eins, Absatz 2, Ziffer eins, NAG zurückweisen dürfen (vergleiche, das hg. Erkenntnis vom 14. Mai 2009, Zl. 2009/22/0028).

3. Die im vorliegenden Fall entscheidende Frage ist somit, ob die Ehefrau des Beschwerdeführers im Sinn des § 57 NAG ihr Recht auf Freizügigkeit in Anspruch genommen hat. 3. Die im vorliegenden Fall entscheidende Frage ist somit, ob die Ehefrau des Beschwerdeführers im Sinn des Paragraph 57, NAG ihr Recht auf Freizügigkeit in Anspruch genommen hat.

3.1. Schon in seinem Erkenntnis vom 13. Oktober 2007, B 1462/06, VfSlg. 18.269, hat der Verfassungsgerichtshof festgehalten, dass das - in § 2 Abs. 1 Z 14 NAG definierte - "Recht auf Freizügigkeit" nicht nur das Recht eines EWR-Bürgers, sich in Österreich niederzulassen, sondern auch die Ausübung aller Freiheiten nach dem Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (Art. 18 und 39 ff. EG) umfasse. Das sei, wie sich diesem Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes weiter entnehmen lässt, entsprechend auf Österreicher umzulegen, wenn sie eines ihrer Rechte gemäß Art. 18 und 39 ff. EG (nunmehr Art. 21 und 45 ff. AEUV) im EWR-Raum außerhalb Österreichs ausüben.

3.1. Schon in seinem Erkenntnis vom 13. Oktober 2007, B 1462/06, VfSlg. 18.269, hat der Verfassungsgerichtshof festgehalten, dass das - in Paragraph 2, Absatz eins, Ziffer 14, NAG definierte - "Recht auf Freizügigkeit" nicht nur das Recht eines EWR-Bürgers, sich in Österreich niederzulassen, sondern auch die Ausübung aller Freiheiten nach dem Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (Artikel 18, und 39 ff. EG) umfasse. Das sei, wie sich diesem Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes weiter entnehmen lässt, entsprechend auf Österreicher umzulegen, wenn sie eines ihrer Rechte gemäß Artikel 18 und 39 ff. EG (nunmehr Artikel 21 und 45 ff. AEUV) im EWR-Raum außerhalb Österreichs ausüben.

In seinem Erkenntnis vom 16. Dezember 2009, G 244/09-9 ua., VfSlg. 18.968, hatte sich der Verfassungsgerichtshof mit verfassungsrechtlichen Bedenken des Verwaltungsgerichtshofes zu § 57 NAG auseinander zu setzen. Der Verwaltungsgerichtshof ging davon aus, dass die Wortfolge ", sofern diese ihr Recht auf Freizügigkeit in Anspruch genommen haben," in § 57 NAG in unsachlicher Weise drittstaatszugehörige Angehörige von österreichischen Staatsbürgern, die ihr Recht auf Freizügigkeit nicht in Anspruch genommen haben, von den Privilegierungen der §§ 51 bis 56 NAG ausschließe. Der Verfassungsgerichtshof erachtete demgegenüber § 57 NAG als verfassungskonform, wobei er unter Punkt II. 2.8. seiner Entscheidungsgründe von folgendem Verständnis der Rechtslage ausging: In seinem Erkenntnis vom 16. Dezember 2009, G 244/09-9 ua., VfSlg. 18.968, hatte sich der Verfassungsgerichtshof mit verfassungsrechtlichen Bedenken des Verwaltungsgerichtshofes zu Paragraph 57, NAG auseinander zu setzen. Der Verwaltungsgerichtshof ging davon aus, dass die Wortfolge ", sofern diese ihr Recht auf Freizügigkeit in Anspruch genommen haben," in Paragraph 57, NAG in unsachlicher Weise drittstaatszugehörige Angehörige von österreichischen Staatsbürgern, die ihr Recht auf Freizügigkeit nicht in Anspruch genommen haben, von den Privilegierungen der Paragraphen 51 bis 56 NAG ausschließe. Der Verfassungsgerichtshof erachtete demgegenüber Paragraph 57, NAG als verfassungskonform, wobei er unter Punkt römisch zwei. 2.8. seiner Entscheidungsgründe von folgendem Verständnis der Rechtslage ausging:

"Wird ein Angehörigenverhältnis zwischen einem Drittstaatsangehörigen und einem EWR-Bürger (iSd NAG) oder Schweizer begründet, kann sich der Drittstaatsangehörige auf die Richtlinie berufen und genießt gemäß §§ 51 bis 57 NAG ein Aufenthaltsrecht in Österreich. Dabei spielt es keine Rolle, wie der Drittstaatsangehörige in das Bundesgebiet gelangt ist oder wann das Angehörigenverhältnis begründet wurde. Genauso wenig kommt es darauf an, ob der EWR-Bürger oder Schweizer von seinem Recht auf Freizügigkeit Gebrauch gemacht hat, indem er bereits in Österreich geboren wurde und hier lebt oder indem er sich erst später hier niedergelassen hat." Wird ein Angehörigenverhältnis zwischen einem Drittstaatsangehörigen und einem EWR-Bürger (iSd NAG) oder Schweizer begründet, kann sich der Drittstaatsangehörige auf die Richtlinie berufen und genießt gemäß Paragraphen 51 bis

57 NAG ein Aufenthaltsrecht in Österreich. Dabei spielt es keine Rolle, wie der Drittstaatsangehörige in das Bundesgebiet gelangt ist oder wann das Angehörigenverhältnis begründet wurde. Genauso wenig kommt es darauf an, ob der EWR-Bürger oder Schweizer von seinem Recht auf Freizügigkeit Gebrauch gemacht hat, indem er bereits in Österreich geboren wurde und hier lebt oder indem er sich erst später hier niedergelassen hat.

Wird jedoch ein Angehörigenverhältnis zwischen einem Drittstaatsangehörigen und einem Österreicher begründet, ist für das Aufenthaltsrecht des Drittstaatsangehörigen ausschlaggebend, ob der Österreicher von seinem Recht auf Freizügigkeit Gebrauch gemacht hat, indem er eines seiner Rechte gemäß Art. 18 und 39 ff. EG im EWR-Raum außerhalb Österreichs ausübt oder ausgeübt hat (vgl. EuGH 1. 4. 2008, Rs. C-212/06, *Gouvernement de la Communauté française, Gouvernement wallon/Gouvernement flamand*, Rz 37). Hat der Österreicher von seinem Recht auf Freizügigkeit Gebrauch gemacht, genießt sein Angehöriger gemäß §§ 54 - 57 NAG ein Aufenthaltsrecht in Österreich, wobei es keine Rolle spielt, wie der Drittstaatsangehörige in das Bundesgebiet gelangt ist oder wann das Angehörigenverhältnis begründet wurde." Wird jedoch ein Angehörigenverhältnis zwischen einem Drittstaatsangehörigen und einem Österreicher begründet, ist für das Aufenthaltsrecht des Drittstaatsangehörigen ausschlaggebend, ob der Österreicher von seinem Recht auf Freizügigkeit Gebrauch gemacht hat, indem er eines seiner Rechte gemäß Artikel 18, und 39 ff. EG im EWR-Raum außerhalb Österreichs ausübt oder ausgeübt hat (vergleiche , EuGH 1. 4. 2008, Rs. C-212/06, *Gouvernement de la Communauté française, Gouvernement wallon/Gouvernement flamand*, Rz 37). Hat der Österreicher von seinem Recht auf Freizügigkeit Gebrauch gemacht, genießt sein Angehöriger gemäß Paragraphen 54, - 57 NAG ein Aufenthaltsrecht in Österreich, wobei es keine Rolle spielt, wie der Drittstaatsangehörige in das Bundesgebiet gelangt ist oder wann das Angehörigenverhältnis begründet wurde."

3.2. Aus der auch vergangenheitsbezogenen Formulierung ("ausübt oder ausgeübt hat") einerseits in Verbindung mit dem zitierten Urteil des EuGH vom 1. April 2008 andererseits (vgl. insbesondere auch dessen Rz 41 f., wo u.a. belgische Staatsangehörige angesprochen werden, die im niederländischen Sprachgebiet Belgiens eine Berufstätigkeit ausüben, aber in einem anderen Teil des Staatsgebiets wohnen, und - was sich daher nur auf vergangene Zeiträume beziehen kann - gemäß dem EuGH von ihrem Recht auf Freizügigkeit Gebrauch "gemacht haben") ergibt sich, dass es der Verfassungsgerichtshof im gegebenen Zusammenhang genügen lässt, dass die österreichische Ankerperson in der Vergangenheit einen Sachverhalt erfüllt hat, der als Inanspruchnahme der (nunmehr) unionsrechtlichen Freizügigkeit gemäß Art. 18 und 39 ff. EG (nunmehr Art. 21 und 45 ff. AEUV) anzusehen ist. Von daher steht zunächst einmal der Umstand, dass die Ehefrau des Beschwerdeführers die hier in Rede stehende Tätigkeit in Tschechien bereits 2007 verrichtete, dem Begehren des Beschwerdeführers nicht entgegen. Des Weiteren ist dann aber auf die oben wiedergegebene Klarstellung des Verfassungsgerichtshofes schon in seinem Erkenntnis vom 13. Oktober 2007 hinzuweisen. Demzufolge kommt es nicht nur auf die Niederlassung in Ausübung der Arbeitnehmerfreizügigkeit an, sondern sind auch die Freizügigkeit in Ausübung der Dienstleistungsfreiheit (vgl. dazu auch das Urteil des EuGH vom 2. Februar 1989, 186/87, *Cowan*, Rz 17) und - allgemeiner - auch die ohne wirtschaftliche Zweckbindung erfolgende Ausübung der Freizügigkeit nach Art. 18 EG (nunmehr Art. 21 AEUV; zu einem derartigen Fall in der Rechtsprechung des EuGH vgl. etwa dessen Urteil vom 11. Juli 2002, C-224/98, *Marie-Nathalie D 'Hoop*, insbesondere dessen Rz 29 f.) von § 57 NAG erfasst. Das Recht auf Freizügigkeit im Sinn des Art. 18 EG (nunmehr Art. 21 AEUV) umfasst u.a. das Recht, in einen anderen Mitgliedstaat einzureisen (vgl. auch die Richtlinie 2004/38 EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, die schon in ihrem Titel neben das Aufenthaltsrecht das Recht, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen, stellt; vgl. insbesondere auch Art. 5 dieser Richtlinie). Dass die Ehefrau des Beschwerdeführers in Tschechien keinen Wohnsitz begründet und ihre Erwerbstätigkeit "nicht angemeldet" hatte, steht daher der Annahme, sie habe ihr Recht auf Freizügigkeit im Sinn des § 57 NAG in Anspruch genommen, entgegen der Auffassung der belangten Behörde ebenfalls nicht entgegen (vgl. allgemein in Bezug auf Grenzgänger das Urteil des EuGH vom 18. Juli 2007, C-212/05, *Hartmann*, Rz 18). 3.2. Aus der auch vergangenheitsbezogenen Formulierung ("ausübt oder ausgeübt hat") einerseits in Verbindung mit dem zitierten Urteil des EuGH vom 1. April 2008 andererseits (vergleiche , insbesondere auch dessen Rz 41 f., wo u.a. belgische Staatsangehörige angesprochen werden, die im niederländischen Sprachgebiet Belgiens eine Berufstätigkeit ausüben, aber in einem anderen Teil des Staatsgebiets wohnen, und - was sich daher nur auf vergangene Zeiträume beziehen kann - gemäß dem EuGH von ihrem Recht auf Freizügigkeit Gebrauch "gemacht haben") ergibt sich, dass es der Verfassungsgerichtshof im gegebenen Zusammenhang genügen lässt, dass die

österreichische Ankerperson in der Vergangenheit einen Sachverhalt erfüllt hat, der als Inanspruchnahme der (nunmehr) unionsrechtlichen Freizügigkeit gemäß Artikel 18, und 39 ff. EG (nunmehr Artikel 21 und 45 ff. AEUV) anzusehen ist. Von daher steht zunächst einmal der Umstand, dass die Ehefrau des Beschwerdeführers die hier in Rede stehende Tätigkeit in Tschechien bereits 2007 verrichtete, dem Begehren des Beschwerdeführers nicht entgegen. Des Weiteren ist dann aber auf die oben wiedergegebene Klarstellung des Verfassungsgerichtshofes schon in seinem Erkenntnis vom 13. Oktober 2007 hinzuweisen. Demzufolge kommt es nicht nur auf die Niederlassung in Ausübung der Arbeitnehmerfreizügigkeit an, sondern sind auch die Freizügigkeit in Ausübung der Dienstleistungsfreiheit vergleiche , dazu auch das Urteil des EuGH vom 2. Februar 1989, 186/87, Cowan, Rz 17) und - allgemeiner - auch die ohne wirtschaftliche Zweckbindung erfolgende Ausübung der Freizügigkeit nach Artikel 18, EG (nunmehr Artikel 21, AEUV; zu einem derartigen Fall in der Rechtsprechung des EuGH vergleiche , etwa dessen Urteil vom 11. Juli 2002, C-224/98, Marie-Nathalie D 'Hoop, insbesondere dessen Rz 29 f.) von Paragraph 57, NAG erfasst. Das Recht auf Freizügigkeit im Sinn des Artikel 18, EG (nunmehr Artikel 21, AEUV) umfasst u.a. das Recht, in einen anderen Mitgliedstaat einzureisen vergleiche , auch die Richtlinie 2004/38 EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, die schon in ihrem Titel neben das Aufenthaltsrecht das Recht, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen, stellt; vergleiche , insbesondere auch Artikel 5, dieser Richtlinie). Dass die Ehefrau des Beschwerdeführers in Tschechien keinen Wohnsitz begründet und ihre Erwerbstätigkeit "nicht angemeldet" hatte, steht daher der Annahme, sie habe ihr Recht auf Freizügigkeit im Sinn des Paragraph 57, NAG in Anspruch genommen, entgegen der Auffassung der belangten Behörde ebenfalls nicht entgegen vergleiche , allgemein in Bezug auf Grenzgänger das Urteil des EuGH vom 18. Juli 2007, C-212/05, Hartmann, Rz 18).

3.3. Man wird ungeachtet des Vorgesagten und ungeachtet dessen, dass der Verfassungsgerichtshof im vorgenannten Erkenntnis vom 16. Dezember 2009 eine diesbezügliche Einschränkung nicht ausdrücklich angesprochen hat, davon ausgehen müssen, dass nicht jede auch noch so geringfügige Ausübung des Freizügigkeitsrechts im Rahmen des § 57 NAG Relevanz entfaltet. Vielmehr wird es für die Anwendung der genannten Bestimmung erforderlich sein, dass die österreichische Ankerperson mit einer gewissen Nachhaltigkeit von ihrer Freizügigkeit Gebrauch gemacht hat (in diesem Sinn, wenn auch vor rein unionsrechtlichem Hintergrund, von einem "Bagatellvorbehalt" sprechend das Urteil des Deutschen Bundesverwaltungsgerichtes vom 11. Jänner 2011, 1C 23.09, Rz 13; dies andeutend auch der Verwaltungsgerichtshof in seinem Erkenntnis vom 24. September 2009, Zl. 2007/18/0347, in dem ein zweiwöchiger Sprachaufenthalt zu beurteilen war). Was die Festlegung der Nachhaltigkeitsgrenze - auch unter dem hier relevanten Blickwinkel des § 57 NAG - anlangt, so liegt es nahe, auf die Rechtsprechung des EuGH zum Arbeitnehmerbegriff abzustellen. Der EuGH verlangt für die Qualifikation als Arbeitnehmer im Sinn von Art. 39 EG (nunmehr Art. 45 AEUV) jenseits des Erfordernisses einer abhängigen Beschäftigung gegen Entgelt in einem anderen Mitgliedstaat einschränkend eine "tatsächliche und echte Tätigkeit", die keinen so geringen Umfang hat, dass es sich um eine "völlig untergeordnete und unwesentliche Tätigkeit" handelt. Dieser Maßstab lässt sich allgemein dergestalt auf alle Freizügigkeitsrechte übertragen, dass eine "tatsächliche und effektive" Ausübung derselben vorliegen muss.

3.3. Man wird ungeachtet des Vorgesagten und ungeachtet dessen, dass der Verfassungsgerichtshof im vorgenannten Erkenntnis vom 16. Dezember 2009 eine diesbezügliche Einschränkung nicht ausdrücklich angesprochen hat, davon ausgehen müssen, dass nicht jede auch noch so geringfügige Ausübung des Freizügigkeitsrechts im Rahmen des Paragraph 57, NAG Relevanz entfaltet. Vielmehr wird es für die Anwendung der genannten Bestimmung erforderlich sein, dass die österreichische Ankerperson mit einer gewissen Nachhaltigkeit von ihrer Freizügigkeit Gebrauch gemacht hat (in diesem Sinn, wenn auch vor rein unionsrechtlichem Hintergrund, von einem "Bagatellvorbehalt" sprechend das Urteil des Deutschen Bundesverwaltungsgerichtes vom 11. Jänner 2011, 1C 23.09, Rz 13; dies andeutend auch der Verwaltungsgerichtshof in seinem Erkenntnis vom 24. September 2009, Zl. 2007/18/0347, in dem ein zweiwöchiger Sprachaufenthalt zu beurteilen war). Was die Festlegung der Nachhaltigkeitsgrenze - auch unter dem hier relevanten Blickwinkel des Paragraph 57, NAG - anlangt, so liegt es nahe, auf die Rechtsprechung des EuGH zum Arbeitnehmerbegriff abzustellen. Der EuGH verlangt für die Qualifikation als Arbeitnehmer im Sinn von Artikel 39, EG (nunmehr Artikel 45, AEUV) jenseits des Erfordernisses einer abhängigen Beschäftigung gegen Entgelt in einem anderen Mitgliedstaat einschränkend eine "tatsächliche und echte Tätigkeit", die keinen so geringen Umfang hat, dass es sich um eine "völlig untergeordnete und unwesentliche Tätigkeit" handelt. Dieser Maßstab lässt sich allgemein dergestalt auf alle Freizügigkeitsrechte übertragen, dass eine "tatsächliche und effektive" Ausübung derselben vorliegen muss.

In der erwähnten Rechtsprechung zum Arbeitnehmerbegriff hat der EuGH zum Ausdruck gebracht, dass die Höhe der Vergütung, die der Arbeitnehmer erhält, ebenso wenig von alleiniger Bedeutung ist wie das Ausmaß der Arbeitszeit und die Dauer des Dienstverhältnisses (vgl. dazu die Darstellung von Windisch-Graetz in Mayer, EU- und EG-Vertrag, Art 39 EGV, Rz 9 ff.). Fallbezogen kann es dann aber bei einer Gesamtschau keinem Zweifel unterliegen, dass die Ehefrau des Beschwerdeführers im Hinblick auf ihre kontinuierlich über nahezu fünf Monate hin ausgeübte tageweise Tätigkeit in Tschechien die erwähnte Bagatellschranke überschritten hat. In der erwähnten Rechtsprechung zum Arbeitnehmerbegriff hat der EuGH zum Ausdruck gebracht, dass die Höhe der Vergütung, die der Arbeitnehmer erhält, ebenso wenig von alleiniger Bedeutung ist wie das Ausmaß der Arbeitszeit und die Dauer des Dienstverhältnisses vergleiche, dazu die Darstellung von Windisch-Graetz in Mayer, EU- und EG-Vertrag, Artikel 39, EGV, Rz 9 ff.). Fallbezogen kann es dann aber bei einer Gesamtschau keinem Zweifel unterliegen, dass die Ehefrau des Beschwerdeführers im Hinblick auf ihre kontinuierlich über nahezu fünf Monate hin ausgeübte tageweise Tätigkeit in Tschechien die erwähnte Bagatellschranke überschritten hat.

4. Zusammenfassend ergibt sich, dass die belangte Behörde am Boden der hier maßgeblichen Rechtslage vor dem FrAG 2009 die Anwendung des § 57 NAG - vor dem Hintergrund des Verständnisses, die dieser Bestimmung zur Erzielung eines verfassungskonformen Ergebnisses zuletzt im oben erwähnten Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes vom 16. Dezember 2009 beigemessen worden ist - hier nicht hätte verneinen dürfen. 4. Zusammenfassend ergibt sich, dass die belangte Behörde am Boden der hier maßgeblichen Rechtslage vor dem FrAG 2009 die Anwendung des Paragraph 57, NAG - vor dem Hintergrund des Verständnisses, die dieser Bestimmung zur Erzielung eines verfassungskonformen Ergebnisses zuletzt im oben erwähnten Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes vom 16. Dezember 2009 beigemessen worden ist - hier nicht hätte verneinen dürfen.

Der bekämpfte Bescheid war daher im Hinblick auf das eingangs Gesagte gemäß § 42 Abs. 2 Z 1 VwGG wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufzuheben. Der bekämpfte Bescheid war daher im Hinblick auf das eingangs Gesagte gemäß Paragraph 42, Absatz 2, Ziffer eins, VwGG wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufzuheben.

Der Spruch über den Aufwandsatz gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG iVm der VwGH-Aufwandsatzverordnung 2008. Der Spruch über den Aufwandsatz gründet sich auf die Paragraphen 47, ff VwGG in Verbindung mit der VwGH-Aufwandsatzverordnung 2008.

Wien, am 29. September 2011

Gerichtsentscheidung

EuGH 61998CJ0224 D'Hoop VORAB

EuGH 61987CJ0186 Cowan VORAB

EuGH 62005CJ0212 Hartmann VORAB

Schlagworte

Gemeinschaftsrecht Richtlinie EURallg4 Besondere Rechtsgebiete Gemeinschaftsrecht Auslegung des Mitgliedstaatenrechtes EURallg2

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:VWGH:2011:2009210386.X00

Im RIS seit

08.11.2011

Zuletzt aktualisiert am

09.01.2015

Quelle: Verwaltungsgerichtshof VwGH, <http://www.vwgh.gv.at>