

# TE Bvwg Erkenntnis 2021/11/22

## W151 2243128-1

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 22.11.2021

### Entscheidungsdatum

22.11.2021

### Norm

AuslBG §1 Abs2

AuslBG §3 Abs8

B-VG Art133 Abs4

### Spruch

W151 2243128-1/20E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch die Richterin Dr. Doris KOHL, MCJ als Vorsitzende und die fachkundige Laienrichterin Mag. Dr. Sandra HUBER, MA und den fachkundigen Laienrichter Sascha ERNSZT als Beisitzer über die Beschwerde von XXXX , geb. XXXX , StA Montenegro, gegen den Bescheid des Arbeitsmarktservice Wien Esteplatz, GZ XXXX , vom 04.03.2021, betreffend Ausstellung einer Bestätigung nach § 3 Abs. 8 Ausländerbeschäftigungsgesetz (AuslBG), BGBl. Nr. 218/1975, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

A)

Der Beschwerde wird stattgegeben, die angefochtene Entscheidung behoben und gemäß§ 3 Abs. 8 AuslBG in Verbindung mit § 1 Abs. 2 lit. I AuslBG bestätigt, dass XXXX , VSNR XXXX , vom Geltungsbereich des Ausländerbeschäftigungsgesetzes ausgenommen ist.

B)

Die Revision ist gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG nicht zulässig.

### Text

Entscheidungsgründe:

I. Verfahrensgang:

1. Die Beschwerdeführerin (im Folgenden „BF“), stellte am 09.12.2020 beim Arbeitsmarktservice Wien Esteplatz (in Folge: AMS) einen Antrag auf Ausnahmebestätigung nach § 3 Abs. 8 AuslBG.

2. Mit Anforderungsschreiben des AMS vom 11.12.2020 wurde die BF aufgefordert, den Aufenthaltstitel der Ankerperson (Ehegatte der BF) sowie dessen Anmeldebescheinigung vorzulegen. In der Folge legte die BF Einreichbestätigungen vor.
3. Mit Parteiengehör vom 02.02.2021 gab die belangte Behörde bekannt, dass die eingebrachten Einreichbestätigungen belegen würden, dass sich die Anträge des Ehegatten der BF noch bei der Aufenthaltsbehörde in Bearbeitung befänden. Da für den Ehegatten noch keine Anmeldebescheinigung vorliegen würde, würden derzeit die Erteilungsvoraussetzungen nicht vorliegen.
4. Mit Schreiben vom 09.02.2021 erstattete die BF eine Stellungnahme und führte aus, das Recht, in Österreich eine Erwerbstätigung auszuüben, bestehe bereits aufgrund der Angehörigeneigenschaft und könne durch die Aufenthaltskarte bzw. durch die Anmeldebestätigung gemäß § 3 Abs. 8 AuslBG nur dokumentiert werden, diese sei daher nur von deklarativen Charakter. Die BF sei als Ehegattin eines Unionsbürgers aufenthaltsberechtigt und habe ipso iure freien Zugang zum Arbeitsmarkt und Anspruch auf Ausstellung einer Bestätigung gemäß § 3 Abs. 8 AuslBG. Dass die Anmeldebescheinigung des Ehegatten noch in Bearbeitung sei, sei nicht relevant.
5. Mit dem im Spruch bezeichneten Bescheid wies die belangte Behörde den Antrag auf Ausstellung einer Bestätigung gemäß § 3 Abs. 8 AuslBG mit der Begründung ab, dass für den Ehegatten der BF noch keine Anmeldebescheinigung vorliegen würde, und damit die gesetzlich notwendigen Erteilungsvoraussetzungen nicht vorliegen würde.
6. Dagegen richtete sich die fristgerecht eingebrachte Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht, in der sich die BF im Wesentlichen auf das bereits in der Stellungnahme vom 09.02.2021 (siehe Punkt I.4) dargelegte Vorbringen stützte.
7. Einlangend am 07.06.2021 wurde die Beschwerde dem Bundesverwaltungsgericht zur Entscheidung vorgelegt.
8. Am 25.06.2021 holte das BVwG einen Versicherungsdatenauszug (AJ-Web) zu Herrn XXXX ein, aus dem sich eine Vollbeschäftigung ergab.
9. Mit Parteiengehör an die belangte Behörde vom 25.06.2021 gab das BVwG zusammengefasst bekannt, dass derzeit, da sich der Ehegatte der BF in Vollbeschäftigung befindet und als Ankerperson die Voraussetzungen nach § 51 NAG erfülle, die Voraussetzungen zur Erteilung der beantragten Bestätigung nach § 3 Abs. 8 AuslBG als erfüllt angesehen werde.
10. Die belangte Behörde gab keine Stellungnahme binnen offener Frist ab.
11. Am 06.08.2021 holte das BVwG neuerlich einen Versicherungsdatenauszug (AJ-Web) zu Herrn XXXX ein, aus dem sich eine Vollbeschäftigung nur bis 31.07.2021 ergab.
12. Dies wurde der belangten Behörde mit Schreiben vom 06.08.2021 zur Kenntnis gebracht die mit Eingabe vom 12.08.2021 eine Stellungnahme abgab.
13. Mit Stellungnahme vom 03.09.2021 führte die BF aus, XXXX betreibe das Kaffeehaus „XXXX“ in der XXXX, XXXX. Die Gewerbeanmeldung sei am 03.08.2021 vollzogen worden. Eine Beendigung der Erwerbstätigkeit liege sohin nicht vor und Herr XXXX sei aufgrund von § 51 Abs. 1 Z 1 zum Aufenthalt für mehr als drei Monaten berechtigt und erfülle somit als Ankerperson der BF die Voraussetzung des § 51 NAG.
14. Mit Schreiben vom 15.09.2021 gab die belangte Behörde bekannt, dass die Überprüfung der Daten betreffend die selbständige Tätigkeit des XXXX einige Ungereimtheiten ergeben habe. Insbesondere sei keine Gewerbeberechtigung im Gewerbeinformationssystem abrufbar und seien seit 01.08.2021 keine Versicherungsdaten beim Dachverband der Sozialversicherungsträger gespeichert. Es sei daher im vorliegenden Fall nicht dokumentiert, dass Herr XXXX derzeit in Österreich eine legitime Beschäftigung ausübe.
15. In einer Stellungnahme vom 22.10.2021 führte die BF aus, dass die Gewerbeanmeldung von 03.08.2021 zurückgezogen worden sei, jedoch mit Gewerbeanmeldung vom 07.10.2021 von Herrn XXXX das Freie Gewerbe Botendienst ausgeführt werde. Herr XXXX sei selbständig erwerbstätig. Vorgelegt wurde ein Schreiben der Sozialversicherungsanstalt der Selbständigen (SVS) vom 07.10.2021, in dem diese bestätigt, dass Herr XXXX die Aufnahme einer selbständigen Erwerbstätigkeit mit Gewerbeberechtigung gemeldet hat.
16. Die Stellungnahme vom 22.10.2021 wurde der belangten Behörde im Parteiengehör zur Kenntnis gebracht und es erfolgte keine Stellungnahme dazu.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

1. Feststellungen:

1.1. Die BF, geb. am XXXX , StA Montenegro, stellte am 09.12.2020 beim AMS einen Antrag auf Ausnahmebestätigung nach § 3 Abs. 8 AuslBG. Die BF ist seit 09.02.2019 mit Herrn XXXX , geb. XXXX , einem schwedischen Staatsangehörigen, verheiratet.

1.2. Herr XXXX meldete mit 07.10.2021 beim Magistrat Wien, Magistratisches Bezirksamt für den 2./20. Bezirk, das Gewerbe „Botendienst“ am Standort XXXX an. Er meldete die Aufnahme einer selbstständigen Erwerbstätigkeit mit Gewerbeberechtigung weiters der SVS. Herr XXXX ist selbstständig erwerbstätig und erfüllt den Tatbestand des § 51 Abs. 1 Z 1 NAG.

1.3. Die BF ist als Ehefrau gemäß§ 52 Abs. 1 Z 1 NAG des XXXX daher unionsrechtlich aufenthaltsberechtigt, da ihr Ehemann als Ankerperson die Voraussetzung des § 51 NAG erfüllt. Es liegen somit die Voraussetzungen zur Erteilung einer Ausnahmebestätigung nach § 3 Abs. 8 AuslBG vor.

2. Beweiswürdigung:

Die Feststellungen zur Person der BF, deren Familienstand, sowie zur Person des XXXX und zum verfahrensgegenständlichen Antrag (Punkt 1.1.) ergeben sich aus dem aktenkundigen Antrag sowie den beigelegten Personaldokumenten und der Heiratsurkunde.

Die Feststellungen zur Gewerbeanmeldung durch Herrn XXXX zum Entscheidungszeitpunkt ergeben sich aus der vorgelegten Niederschrift der Gewerbeanmeldung des Magistrats Wien, Magistratisches Bezirksamt für den 2./20. Bezirk, vom 07.10.2021 sowie einem Auszug aus dem Gewerbeinformationssystem vom 22.10.2021 (OZ 17). Die Feststellung zur Meldung der selbstständigen Erwerbstätigkeit an die SVS ergibt sich aus der seitens der BF vorgelegten Bestätigung der SVS vom 07.10.2021 (OZ 17). Durch die Vorlage dieser Unterlagen wurde der Nachweis der selbstständigen Erwerbstätigkeit des XXXX erbracht.

3. Rechtliche Beurteilung:

Gemäß § 6 des Bundesverwaltungsgerichtsgesetzes (BVwGG), BGBl. I. Nr. 10/2013 idgF, entscheidet das Bundesverwaltungsgericht durch Einzelrichter, sofern nicht in Bundes- oder Landesgesetzen die Entscheidung durch Senate vorgesehen ist.

Gemäß § 20g Abs. 1 AuslBG entscheidet über Beschwerden gegen Bescheide der regionalen Geschäftsstellen des Arbeitsmarktservices, die in Angelegenheiten des Ausländerbeschäftigungsgesetzes ergangen sind, das Bundesverwaltungsgericht durch einen Senat, dem zwei fachkundige Laienrichter, je einer aus dem Kreis der Arbeitgeber und einer aus dem Kreis der Arbeitnehmer, angehören.

Gegenständlich liegt somit Senatzuständigkeit vor.

Das Verfahren der Verwaltungsgerichte mit Ausnahme des Bundesfinanzgerichtes ist durch das VwGVG,BGBl. I 2013/33 idFBGBl. I 2013/122, geregelt (§ 1 leg. cit.). Gemäß§ 58 Abs. 2 VwGVG bleiben entgegenstehende Bestimmungen, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Bundesgesetzes bereits kundgemacht wurden, in Kraft.

Gemäß § 17 VwGVG sind, soweit in diesem Bundesgesetz nicht anderes bestimmt ist, auf das

Verfahren über Beschwerden gemäß Art. 130 Abs. 1 B-VG die Bestimmungen des AVG mit Ausnahme der §§ 1 bis 5 sowie des IV. Teiles, die Bestimmungen der Bundesabgabenordnung – BAO, BGBl. Nr. 194/1961, des Agrarverfahrensgesetzes – AgrVG, BGBl. Nr. 173/1950, und des Dienstrechtsverfahrensgesetzes 1984 – DVG,BGBl. Nr. 29/1984, und im Übrigen jene verfahrensrechtlichen Bestimmungen in Bundes- oder Landesgesetzen sinngemäß anzuwenden, die die Behörde in dem dem Verfahren vor dem Verwaltungsgericht vorangegangenen Verfahren angewendet hat oder anzuwenden gehabt hätte.

Zu A)

Die §§ 1 bis 3 des Ausländerbeschäftigungsgesetzes - AuslBG,BGBl. Nr. 218/1975, lauten (auszugweise):

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

(2) Die Bestimmungen dieses Bundesgesetzes sind nicht anzuwenden auf

lit a bis j ...

- I) Ausländer, die aufgrund eines Rechtsaktes der Europäischen Union Arbeitnehmerfreiheit genießen;
- m) ..."

§ 3. (1) ...

(8) Die regionale Geschäftsstelle des Arbeitsmarktservice hat Ausländern, die gemäß § 1 Abs. 2 oder aufgrund einer Verordnung gemäß § 1 Abs. 4 vom Geltungsbereich dieses Bundesgesetzes ausgenommen sind, auf deren Antrag eine Bestätigung darüber auszustellen.

(9) ..."

Verordnung des Bundesministers für Arbeit und Soziales vom 19. September 1990 über Ausnahmen vom Geltungsbereich des Ausländerbeschäftigungsgesetzes (Ausländerbeschäftigungsvorordnung – AuslBVO), BGBl. Nr. 609/1990:

„§ 1. Vom Geltungsbereich des Ausländerbeschäftigungsgesetzes sind ausgenommen:

Z 1 bis 12 ...

13. Ehegatten, eingetragene PartnerInnen und ledige Kinder bis zum vollendeten 21. Lebensjahr von Mitgliedern diplomatischer oder berufskonsularischer Vertretungen (einschließlich ständiger Vertretungen bei zwischenstaatlichen Organisationen) von Argentinien, Australien, Brasilien, Indien, Israel, Mexiko, Kanada, Südafrika, der Ukraine und den Vereinigten Staaten von Amerika in der Republik Österreich, die mit diesen Mitgliedern in einem gemeinsamen Haushalt im Bundesgebiet leben, sofern auch die Angehörigen von Mitgliedern österreichischer diplomatischer oder berufskonsularischer Vertretungen (einschließlich ständiger Vertretungen bei zwischenstaatlichen Organisationen) in Argentinien, Australien, Brasilien, Indien, Israel, Mexiko, Kanada, Südafrika, der Ukraine und den Vereinigten Staaten – jeweils auf Basis der Gegenseitigkeit – unter den gleichen Voraussetzungen eine Beschäftigung in diesen Staaten aufnehmen dürfen; für Kinder mit Behinderung gilt keine Altersbeschränkung;

14 ..."

Die bezughabenden Bestimmungen des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes - NAG,BGBl. I Nr. 100/2005, lauten (auszugsweise):

„Unionsrechtliches Aufenthaltsrecht von EWR-Bürgern für mehr als drei Monate

§ 51.

(1) Auf Grund der Freizügigkeitsrichtlinie sind EWR-Bürger zum Aufenthalt für mehr als drei Monate berechtigt, wenn sie

1. in Österreich Arbeitnehmer oder Selbständige sind;

2. für sich und ihre Familienangehörigen über ausreichende Existenzmittel und einen umfassenden Krankenversicherungsschutz verfügen, so dass sie während ihres Aufenthalts weder Sozialhilfeleistungen noch die Ausgleichszulage in Anspruch nehmen müssen, oder

3. als Hauptzweck ihres Aufenthalts eine Ausbildung einschließlich einer Berufsausbildung bei einer öffentlichen Schule oder einer rechtlich anerkannten Privatschule oder Bildungseinrichtung absolvieren und die Voraussetzungen der Z 2 erfüllen.

(2) ..."

„Aufenthaltsrecht für Angehörige von EWR-Bürgern

§ 52.

(1) Auf Grund der Freizügigkeitsrichtlinie sind EWR-Bürger, die Angehörige von unionsrechtlich aufenthaltsberechtigten EWR-Bürgern (§§ 51 und 53a) sind, zum Aufenthalt für mehr als drei Monate berechtigt, wenn sie

1. Ehegatte oder eingetragener Partner sind;

2. ..."

„Aufenthaltskarten für Angehörige eines EWR-Bürgers

## § 54.

(1) Drittstaatsangehörige, die Angehörige von unionsrechtlich aufenthaltsberechtigten EWR-Bürgern (§ 51) sind und die in § 52 Abs. 1 Z 1 bis 3 genannten Voraussetzungen erfüllen, sind zum Aufenthalt für mehr als drei Monate berechtigt. Ihnen ist auf Antrag eine Aufenthaltskarte für die Dauer von fünf Jahren oder für die geplante kürzere Aufenthaltsdauer auszustellen. Dieser Antrag ist innerhalb von vier Monaten ab Einreise zu stellen. § 1 Abs. 2 Z 1 gilt nicht.

(2) ..."

Art. 2 der Richtlinie 2004/38/EG des europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 lautet:

"Begriffsbestimmungen

Im Sinne dieser Richtlinie bezeichnet der Ausdruck

...

2. 'Familienangehöriger'

- a) den Ehegatten;
- b) den Lebenspartner, mit dem der Unionsbürger auf der Grundlage der Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats eine eingetragene Partnerschaft eingegangen ist, sofern nach den Rechtsvorschriften des Aufnahmemitgliedstaats die eingetragene Partnerschaft der Ehe gleichgestellt ist und die in den einschlägigen Rechtsvorschriften des Aufnahmemitgliedstaats vorgesehenen Bedingungen erfüllt sind;
- c) die Verwandten in gerader absteigender Linie des Unionsbürgers und des Ehegatten oder des Lebenspartners im Sinne von Buchstabe b, die das 21. Lebensjahr noch nicht vollendet haben oder denen von diesen Unterhalt gewährt wird;
- d) die Verwandten in gerader aufsteigender Linie des Unionsbürgers und des Ehegatten oder des Lebenspartners im Sinne von Buchstabe b, denen von diesen Unterhalt gewährt wird;

3. ..."

Fallbezogen ergibt sich daraus Folgendes:

Gemäß § 51 Abs. 1 Z 1 NAG sind EWR-Bürger auf Grund der Freizügigkeitsrichtlinie zum Aufenthalt für mehr als drei Monate berechtigt, wenn sie in Österreich Arbeitnehmer oder Selbständige sind.

Selbständige Erwerbstätigkeit umfasst nach der Rechtsprechung des EuGH jede wirtschaftliche, auf Entgelt ausgerichtete Tätigkeit, die weisungsfrei und auf eigene Rechnung und eigenes Risiko erfolgt. Es kann sich dabei sowohl um die Erbringung von Dienstleistungen als auch um die Herstellung von Waren handeln. Während die Höhe des Einkommens nicht relevant ist, muss nach der Rechtsprechung des EuGH eine tatsächliche Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit mittels einer festen Einrichtung auf unbestimmte Zeit vorliegen (vgl. Abermann in Abermann/Czech/Kind/Peyrl: NAG Kommentar<sup>2</sup> [2019], § 51 Rz 11).

Wie festgestellt, meldete Herr XXXX mit 07.10.2021 beim Magistrat Wien das Gewerbe „Botendienst“ am Standort XXXX an. Ferner meldete er die Aufnahme einer selbständigen Erwerbstätigkeit mit Gewerbeberechtigung der Sozialversicherungsanstalt der Selbständigen. Daraus folgt, dass Herr XXXX selbstständig erwerbstätig ist und damit den Tatbestand des § 51 Abs. 1 Z 1 NAG erfüllt.

Gemäß § 54 Abs. 1 NAG sind Drittstaatsangehörige, die Angehörige von unionsrechtlich aufenthaltsberechtigten EWR-Bürgern (§ 51) sind und die in § 52 Abs. 1 Z 1 bis 3 genannten Voraussetzungen erfüllen, zum Aufenthalt für mehr als drei Monate berechtigt. Ihnen ist auf Antrag eine Aufenthaltskarte für die Dauer von fünf Jahren oder für die geplante kürzere Aufenthaltsdauer auszustellen.

Die BF ist als Ehefrau gemäß § 52 Abs. 1 Z 1 NAG des XXXX daher unionsrechtlich aufenthaltsberechtigt, da ihr Ehemann als Ankerperson die Voraussetzung des § 51 NAG erfüllt. Es liegen somit die Voraussetzungen zur Erteilung der beantragten Bestätigung nach § 3 Abs. 8 AuslBG vor.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Zum Entfall einer mündlichen Verhandlung:

Gemäß § 24 Abs. 1 VwGVG hat das Verwaltungsgericht auf Antrag oder, wenn es dies für erforderlich hält, von Amts wegen eine öffentliche mündliche Verhandlung durchzuführen.

Gemäß § 24 Abs. 2 VwGVG kann die Verhandlung entfallen, wenn

1. der das vorangegangene Verwaltungsverfahren einleitende Antrag der Partei oder die Beschwerde zurückzuweisen ist oder bereits auf Grund der Aktenlage feststeht, dass der mit Beschwerde angefochtene Bescheid aufzuheben, die angefochtene Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt oder die angefochtene Weisung für rechtswidrig zu erklären ist oder
2. die Säumnisbeschwerde zurückzuweisen oder abzuweisen ist.

Gemäß § 24 Abs. 3 VwGVG hat der BF die Durchführung einer Verhandlung in der Beschwerde oder im Vorlageantrag zu beantragen. Den sonstigen Parteien ist Gelegenheit zu geben, binnen angemessener, zwei Wochen nicht übersteigender Frist einen Antrag auf Durchführung einer Verhandlung zu stellen. Ein Antrag auf Durchführung einer Verhandlung kann nur mit Zustimmung der anderen Partei zurückgezogen werden.

Gemäß § 24 Abs. 4 VwGVG kann, soweit durch Bundes- oder Landesgesetz nichts anderes bestimmt ist, das Verwaltungsgericht ungeachtet eines Parteiantrages von einer Verhandlung absehen, wenn die Akten erkennen lassen, dass die mündliche Erörterung eine weitere Klärung der Rechtssache nicht erwarten lässt, und einem Entfall der Verhandlung weder Art. 6 Abs. 1 der Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten, BGBl. Nr. 210/1958, noch Art. 47 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, ABl. Nr. C 83 vom 30.03.2010 S. 389 entgegenstehen.

Im gegenständlichen Fall liegt dem Bundesverwaltungsgericht die zur Klärung der Rechtsfrage nötige Aktenlage vor. Aus Sicht des Bundesverwaltungsgerichtes hätte eine mündliche Verhandlung auch keine weitere Klärung der Rechtssache erwarten lassen und war der Sachverhalt iSd § 24 Abs. 4 VwGVG entscheidungsreif. Insgesamt konnte daher von der Durchführung einer mündlichen Verhandlung abgesehen werden.

Zu B) Unzulässigkeit der Revision

Gemäß § 25a Abs. 1 VwGG hat das Verwaltungsgericht im Spruch seines Erkenntnisses oder Beschlusses auszusprechen, ob die Revision gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG zulässig ist. Der Ausspruch ist kurz zu begründen.

Die Revision ist gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG nicht zulässig, weil die Entscheidung nicht von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab noch fehlt es an einer Rechtsprechung; weiters ist die vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Auch liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

## **Schlagworte**

Aufenthaltsberechtigung Ausnahmebestimmung Ehepartner Geltungsbereich selbstständig Erwerbstätiger  
Unionsrecht

## **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:BVWG:2021:W151.2243128.1.00

## **Im RIS seit**

03.12.2021

## **Zuletzt aktualisiert am**

03.12.2021

**Quelle:** Bundesverwaltungsgericht BVwg, <https://www.bvwg.gv.at>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)