



IM NAMEN DER REPUBLIK!

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Köhler, die Hofräte Dr. Mayr, Dr. Schwarz und Mag. Berger sowie die Hofrätin MMag. Ginhör als Richter, unter Mitwirkung der Schriftführerin Mag.^a Thaler, über die Revision des Bundesministers für Inneres gegen das Erkenntnis des Landesverwaltungsgerichtes Burgenland vom 9. September 2020, Zl. E 168/07/2020.001/020, betreffend Ausstellung einer Daueraufenthaltskarte (belangte Behörde vor dem Verwaltungsgericht: Bezirkshauptmannschaft Oberwart; mitbeteiligte Partei: G S, vertreten durch Dr. Christoph Gottesmann, Rechtsanwalt in 1230 Wien, Lehmannngasse 7), zu Recht erkannt:

Das angefochtene Erkenntnis wird wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufgehoben.

Entscheidungsgründe:

- 1 Mit Bescheid vom 10. Dezember 2019 wies die Bezirkshauptmannschaft Oberwart (belangte Behörde) den Antrag der Mitbeteiligten, einer mongolischen Staatsangehörigen, vom 5. August 2019 auf Ausstellung einer Daueraufenthaltskarte gemäß § 54a Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz (NAG) ab.
- 2 Mit dem angefochtenen Erkenntnis vom 9. September 2020 gab das Landesverwaltungsgericht Burgenland der dagegen erhobenen Beschwerde der Mitbeteiligten statt und erteilte ihr eine Daueraufenthaltskarte gemäß § 54a NAG. Die ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 B-VG wurde für unzulässig erklärt.

Das Verwaltungsgericht stellte fest, dass sich die Mitbeteiligte seit Anfang des Jahres 2013 durchgehend im Bundesgebiet aufhalte und derzeit im Besitz eines bis zum 6. Juni 2021 verlängerten Aufenthaltstitels „Rot-Weiß-Rot - Karte plus“ sei. Seit dem 12. Mai 2017 sei sie mit dem österreichischen Staatsbürger ER verheiratet, der - so das Verwaltungsgericht weiter - von Februar 2012 bis November 2012 von seinem Freizügigkeitsrecht



Gebrauch gemacht und sich in Deutschland aufgehalten habe. Beweiswürdigend stützte sich das Verwaltungsgericht dafür auf die von der Mitbeteiligten vorgelegten Bestätigungen zweier Bekannter des ER sowie auf die als glaubwürdig erachteten Zeugenaussagen in der mündlichen Verhandlung am 7. September 2020.

In seiner rechtlichen Beurteilung verwies das Verwaltungsgericht zunächst auf § 57 NAG, dem zufolge die §§ 51 bis 56 NAG für Angehörige von Österreichern gälten, sofern der Österreicher sein unionsrechtliches Aufenthaltsrecht in Anspruch genommen habe. Es genüge, dass die österreichische Ankerperson in der Vergangenheit einen Sachverhalt erfüllt habe, der als Inanspruchnahme der unionsrechtlichen Freizügigkeit anzusehen sei. Davon sei auch die ohne wirtschaftliche Zweckbindung erfolgende Ausübung der Freizügigkeit nach Art. 21 AEUV erfasst. Da der Ehemann der Mitbeteiligten sein Recht nach Art. 7 der Richtlinie 2004/38/EG ausgeübt habe und anschließend nach Österreich zurückgekehrt sei, sei auch der Mitbeteiligten als Familienangehörigen das Recht einzuräumen, „sich für mehr als drei Monate oder auf Dauer im Bundesgebiet aufzuhalten“. Auf den zeitlichen Abstand seit der Inanspruchnahme der Freizügigkeit komme es nicht an. Da nach der Aktenlage auch alle anderen Erteilungsvoraussetzungen erfüllt seien, sei der Beschwerde stattzugeben und der beantragte Aufenthaltstitel zu erteilen gewesen.

- 3 Gegen dieses Erkenntnis richtet sich die vorliegende außerordentliche Amtsrevision.

Der Revisionswerber bringt in der Zulässigkeitsbegründung vor, das Verwaltungsgericht habe übersehen, dass das Recht auf Daueraufenthalt diejenigen Familienangehörigen erwerben, die sich rechtmäßig fünf Jahre lang mit dem Unionsbürger im Aufnahmemitgliedstaat aufgehalten haben. Da die Mitbeteiligte erst seit dem 12. Mai 2017 mit dem österreichischen Staatsbürger ER verheiratet sei, liege ein rechtmäßiger fünf Jahre dauernder Aufenthalt der Mitbeteiligten im Bundesgebiet als Angehörige eines österreichischen Staatsbürgers noch nicht vor. Mangels Vorliegen der für den Erwerb des Daueraufenthaltsrechts erforderlichen Aufenthaltsdauer seien die



Voraussetzungen für die Ausstellung einer Daueraufenthaltskarte nach § 54a NAG nicht erfüllt. Der Verwaltungsgerichtshof habe in seinem Beschluss vom 27. August 2020, Ra 2020/21/0260, festgehalten, dass der Dauer des Aufenthaltes als begünstigter Drittstaatsangehöriger und der in dieser Zeit erlangten Integration grundsätzlich ein höheres Gewicht beizumessen sei als bei sonstigen Drittstaatsangehörigen. Für den Erwerb des Rechts auf Daueraufenthalt nach § 54a NAG sei ein ununterbrochener fünf Jahre dauernder Aufenthalt auf Grundlage der Bestimmungen zum unionsrechtlichen Aufenthaltsrecht ausschlaggebend. Ein solcher Aufenthalt liege bei der Mitbeteiligten erst seit der Eheschließung im Jahr 2017 vor.

- 4 Die Mitbeteiligte erstattete eine Revisionsbeantwortung, in der sie die Zurückweisung, in eventu die Abweisung der Revision beantragt.

Die Mitbeteiligte geht davon aus, dass § 54a NAG - anders als Art. 16 der Richtlinie 2004/38/EG - keinen fünfjährigen Aufenthalt „mit dem Unionsbürger“ fordere. § 54a NAG stelle nur darauf ab, dass der Drittstaatsangehörige Angehöriger im Sinn des § 52 Abs. 1 Z 1 bis 3 NAG sei und dass er sich seit fünf Jahren ununterbrochen rechtmäßig im Bundesgebiet aufhalte. Beides sei bei der Mitbeteiligten erfüllt. Die innerstaatliche Rechtslage stehe auch nicht in Widerspruch zur Richtlinie 2004/38/EG, weil diese nach ihrem Art. 37 günstigere nationale Vorschriften unberührt lasse.

Selbst wenn ein gemeinsamer Aufenthalt des Drittstaatsangehörigen mit dem Österreicher erforderlich sein sollte, wäre die Revision unbegründet. § 54a NAG beziehe sich ausdrücklich auf Drittstaatsangehörige, die Angehörige - und nicht Familienangehörige - von unionsrechtlich aufenthaltsberechtigten EWR-Bürgern seien. Die Mitbeteiligte sei seit 2013 Lebenspartnerin des ER und damit Angehörige nach § 52 Abs. 1 Z 4 NAG. Zwar müsse sie zum Zeitpunkt der Antragstellung auch die Voraussetzungen des § 52 Abs. 1 Z 1 bis 3 NAG erfüllen. Dies sei infolge der Eheschließung mit ER im Mai 2017 aber der Fall.



Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

- 5 Die Amtsrevision erweist sich im Hinblick auf das Vorbringen des
Amtsrevisionswerbers als zulässig und begründet.
- 6 Die maßgeblichen Regelungen des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes
(NAG), BGBl. I Nr. 100/2005 in der Fassung BGBl. I Nr. 38/2011
bzw. BGBl. I Nr. 145/2017 (§ 54), lauten auszugsweise:

„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;

[...]

4. Lebenspartner sind, der das Bestehen einer dauerhaften Beziehung
nachweist, oder

[...]

Bescheinigung des Daueraufenthalts von EWR-Bürgern

§ 53a. (1) EWR-Bürger, denen das unionsrechtliche Aufenthaltsrecht zukommt
(§§ 51 und 52), erwerben unabhängig vom weiteren Vorliegen der
Voraussetzungen gemäß §§ 51 oder 52 nach fünf Jahren rechtmäßigem und
ununterbrochenem Aufenthalt im Bundesgebiet das Recht auf Daueraufenthalt.
Ihnen ist auf Antrag nach Überprüfung der Aufenthaltsdauer unverzüglich eine
Bescheinigung ihres Daueraufenthaltes auszustellen.

[...]

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. [...]

[...]

Daueraufenthaltskarten

§ 54a. (1) Drittstaatsangehörige, die Angehörige von unionsrechtlich
aufenthaltsberechtigten EWR-Bürgern sind und die in § 52 Abs. 1 Z 1 bis 3
genannten Voraussetzungen erfüllen, erwerben das Daueraufenthaltsrecht,
wenn sie sich fünf Jahre ununterbrochen rechtmäßig im Bundesgebiet



aufgehalten haben. § 53a Abs. 2 ist bei der Berechnung der Fünfjahresfrist zu berücksichtigen.

[...]

(3) Zum Daueraufenthalt berechtigten Angehörigen gemäß Abs. 1 und 2 ist auf Antrag bei Vorliegen der Voraussetzungen der Abs. 1 und 2 eine Daueraufenthaltskarte für die Dauer von zehn Jahren auszustellen. [...]"

- 7 Erwägungsgrund 17 sowie Art. 16 und 37 der Richtlinie 2004/38 des Europäischen Parlaments und des Rates über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, ABl. L 158 vom 30.4.2004, S. 77, lauten (auszugsweise):

„(17) Wenn Unionsbürger, die beschlossen haben, sich dauerhaft in dem Aufnahmemitgliedstaat niederzulassen, das Recht auf Daueraufenthalt erhielten, würde dies ihr Gefühl der Unionsbürgerschaft verstärken und entscheidend zum sozialen Zusammenhalt - einem grundlegenden Ziel der Union - beitragen. Es gilt daher, für alle Unionsbürger und ihre Familienangehörigen, die sich gemäß den in dieser Richtlinie festgelegten Bedingungen fünf Jahre lang ununterbrochen in dem Aufnahmemitgliedstaat aufgehalten haben und gegen die keine Ausweisungsmaßnahme angeordnet wurde, ein Recht auf Daueraufenthalt vorzusehen.

[...]

Artikel 16

Allgemeine Regel für Unionsbürger und ihre Familienangehörigen

(1) Jeder Unionsbürger, der sich rechtmäßig fünf Jahre lang ununterbrochen im Aufnahmemitgliedstaat aufgehalten hat, hat das Recht, sich dort auf Dauer aufzuhalten. Dieses Recht ist nicht an die Voraussetzungen des Kapitels III geknüpft.

(2) Absatz 1 gilt auch für Familienangehörige, die nicht die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaats besitzen und die sich rechtmäßig fünf Jahre lang ununterbrochen mit dem Unionsbürger im Aufnahmemitgliedstaat aufgehalten haben.

[...]



Artikel 37

Günstigere innerstaatliche Rechtsvorschriften

Diese Richtlinie lässt Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten, die für die in den Anwendungsbereich dieser Richtlinie fallenden Personen günstiger sind, unberührt.“

- 8 Nach § 54a NAG erwerben (näher bestimmte) Drittstaatsangehörige das Daueraufenthaltsrecht, wenn sie sich fünf Jahre ununterbrochen rechtmäßig im Bundesgebiet aufgehalten haben. Ihnen ist auf Antrag eine Daueraufenthaltskarte auszustellen. Nach den Erläuterungen (RV 330 BlgNR 24. GP 52) wird mit § 54a Abs. 1 NAG Art. 16 Abs. 2 und 3 der Richtlinie 2004/38/EG umgesetzt.
- 9 Eine Daueraufenthaltskarte nach § 54a NAG gehört gemäß § 9 Abs. 2 Z 2 NAG zu den Dokumentationen des unionsrechtlichen Aufenthaltsrechtes. In diesen Fällen ergibt sich das Aufenthalts- und Niederlassungsrecht nicht aus einer nationalen gesetzlichen Berechtigung, sondern Kraft unmittelbar anwendbaren Unionsrechts. Die Bescheinigung hat bloß deklaratorische Wirkung; ein das Aufenthaltsrecht konstitutiv begründender Aufenthaltstitel liegt mit der Daueraufenthaltskarte damit nicht vor (vgl. zu allem VwGH 8.7.2020, Ra 2019/22/0169, Rn. 15; weiters 22.12.2020, Ro 2020/09/0011, Rn. 19; jeweils mwN).
- 10 Da mit einer Daueraufenthaltskarte kein konstitutiver Aufenthaltstitel erteilt, sondern ein unionsrechtliches Aufenthaltsrecht dokumentiert wird, ist die entsprechende Bestimmung in § 54a NAG jedenfalls in Einklang mit der zugrundeliegenden Richtlinienbestimmung auszulegen. Daran vermag die von der Mitbeteiligten ins Treffen geführte Regelung des Art. 37 der Richtlinie 2004/38/EG nichts zu ändern, weil nach der dargestellten Rechtsprechung mit § 54a NAG eben kein (allenfalls günstigerer) nationaler Aufenthaltstitel geschaffen, sondern für die Dokumentation des kraft Unionsrechts bestehenden Aufenthaltsrechts Vorsorge getroffen wird.
- 11 Der Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) hat im Zusammenhang mit dem Daueraufenthaltsrecht von Unionsbürgern bereits wiederholt zum Ausdruck gebracht, dass ein im Einklang mit dem Recht eines Mitgliedstaates



stehender Aufenthalt, der jedoch nicht die Voraussetzungen des Unionsrechts erfüllt, nicht als rechtmäßiger Aufenthalt im Sinn des Art. 16 Abs. 1 der Richtlinie 2004/38/EG angesehen werden kann; hat sich ein Unionsbürger allein auf der Grundlage des nationalen Rechts mehr als fünf Jahre im Aufnahmemitgliedstaat aufgehalten, kann nicht davon ausgegangen werden, dass er nach Art. 16 Abs. 1 der Richtlinie 2004/38/EG das Recht auf Daueraufenthalt erworben hat (vgl. etwa EuGH 2.5.2018, C-331/16 und C-366/16, K. *ua.*, Rn. 74, mwN). Ein im Einklang mit dem Recht eines Mitgliedstaats stehender Aufenthalt, der jedoch nicht die Voraussetzungen des Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie 2004/38 erfüllt, kann daher nicht als „rechtmäßiger“ Aufenthalt im Sinn von Art. 16 Abs. 1 dieser Richtlinie angesehen werden (siehe etwa EuGH 21.12.2011, C-424/10 und C-425/10, *Ziolkowski ua.*, Rn. 47; vgl. zur innerstaatlichen Umsetzungsregelung des § 53a Abs. 1 NAG VwGH 4.10.2018, Ra 2017/22/0218, Rn. 16 f, mwN).

- 12 Auch im Zusammenhang mit der Auslegung des Art. 16 Abs. 2 der Richtlinie 2004/38 und somit für die Zwecke des Erwerbs des Rechts auf Daueraufenthalt durch Familienangehörige eines Unionsbürgers hat der EuGH festgehalten, dass nur Aufenthaltszeiten, die die in der Richtlinie 2004/38/EG genannten Voraussetzungen erfüllen, berücksichtigt werden können (siehe EuGH 10.7.2014, C-244/13, *Ogieriakhi*, Rn. 31, mwN). Ausgehend davon kann aber auch als rechtmäßiger Aufenthalt im Sinn des (den Art. 16 Abs. 2 der Richtlinie 2004/38 umsetzenden) § 54a Abs. 1 NAG nur ein den Vorgaben der Richtlinie 2004/38 entsprechender Aufenthalt angesehen werden. Für den vorliegenden Fall bedeutet das, dass für einen rechtmäßigen Aufenthalt der Mitbeteiligten die Voraussetzungen des (den Art. 7 Abs. 1 lit. d der Richtlinie 2004/38 umsetzenden) § 52 Abs. 1 Z 1 bis 3 NAG erfüllt sein müssen. Die Amtsrevision rügt daher zu Recht, dass das Verwaltungsgericht das Vorliegen der für den Erwerb des Daueraufenthaltsrechts erforderlichen Voraussetzung eines ununterbrochenen fünfjährigen rechtmäßigen Aufenthaltes nicht entsprechend diesen Vorgaben geprüft hat.

- 13 Daran vermag der Hinweis der Mitbeteiligten auf ihre seit 2013 bestehende Lebenspartnerschaft mit ER nichts zu ändern. Nach § 52 Abs. 1 Z 4 NAG



kommt einem (sonstigen, somit nicht eingetragenen) Lebenspartner nur dann ein unionsrechtliches Aufenthaltsrecht zu, wenn es sich um einen EWR-Bürger handelt (vgl. dazu auch RV 952 BlgNR 22. GP 141 f). Da es sich bei der Mitbeteiligten nicht um eine EWR-Bürgerin handelt, kann sie aus der Regelung des § 52 Abs. 1 Z 4 NAG keine Rechte ableiten. Daran vermag der von ihr ins Treffen geführte Umstand, dass § 54a Abs. 1 NAG auf „Angehörige“ (und nicht auf „Familienangehörige“) abstellt, nichts zu ändern. Die Mitbeteiligte ist seit 12. Mai 2017 Ehegattin des ER und erfüllt somit erst seit diesem Zeitpunkt die in § 54a Abs. 1 NAG angesprochene Voraussetzung des § 52 Abs. 1 Z 1 NAG. Da ihr in der Zeit davor kein Aufenthaltsrecht nach § 52 NAG bzw. der Richtlinie 2004/38/EG zukam, war diese Aufenthaltszeit - wie dargelegt - für den Zweck des Erwerbs des Daueraufenthaltsrechts nicht zu berücksichtigen.

- 14 Das angefochtene Erkenntnis war daher gemäß § 42 Abs. 2 Z 1 VwGG wegen Rechtswidrigkeit des Inhalts aufzuheben.

W i e n , am 7. Juli 2021

