



Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Sulzbacher sowie den Hofrat Dr. Mayr und die Hofrätin Dr. Holzinger als Richter, unter Mitwirkung der Schriftführerin Mag.^a Thaler, über die Revision des T J, vertreten durch Dr. Gregor Klammer, Rechtsanwalt in 1160 Wien, Lerchenfelder Gürtel 45/11, gegen das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtes Wien vom 27. August 2021, VGW-151/079/3065/2021-26, betreffend Dokumentation des unionsrechtlichen Aufenthaltsrechts (belangte Behörde vor dem Verwaltungsgericht: Landeshauptmann von Wien), den **Beschluss** gefasst:

Die Revision wird zurückgewiesen.

Begründung:

- 1 Der 1981 geborene Revisionswerber ist nigerianischer Staatsangehöriger. Er reiste 2015 nach Österreich ein. Am 1. September 2015 stellte er einen Antrag auf internationalen Schutz, der vom Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl zur Gänze abgewiesen wurde; unter einem erging gegen den Revisionswerber auch eine Rückkehrentscheidung. Eine gegen diesen Bescheid gerichtete Beschwerde wies das Bundesverwaltungsgericht (BVwG) mit rechtskräftigem Erkenntnis vom 8. Mai 2018 als unbegründet ab.
- 2 Der Revisionswerber ist seit 9. Juli 2016 mit einer österreichischen Staatsbürgerin verheiratet.
- 3 Am 29. März 2019 stellte der Revisionswerber unter Bezugnahme auf die Ausübung der Freizügigkeit durch seine Ehefrau (Erwerbstätigkeit in Spanien im Jahr 2018) einen Antrag auf Ausstellung einer Aufenthaltskarte. Anlässlich der Antragstellung legte der Revisionswerber eine von Spanien ausgestellte Aufenthaltskarte als Familienangehöriger einer Unionsbürgerin mit Gültigkeit bis zum 17. Oktober 2023 vor. Weiters legte der Revisionswerber (jeweils in beglaubigter Übersetzung) einen Arbeitsvertrag seiner Ehefrau über eine unbefristete Vollzeitbeschäftigung bei einem spanischen Unternehmen als „Reinigungshilfskraft“ vom 26. Juli 2018, einen auf dieses Arbeitsverhältnis bezogenen Lohnzettel, einen spanischen Meldezettel seiner Ehegattin vom 26. Juli 2018, sowie eine von Vermieterseite erstellte Bestätigung der Übernahme von € 1.400 vom 26. Juni 2018 als „Mietzahlung“ vor.



- 4 Am 10. Juni 2020 brachte der Revisionswerber beim Landeshauptmann von Wien eine Säumnisbeschwerde nach Art. 130 Abs. 1 Z 3 B-VG ein. Diese Säumnisbeschwerde wurde dem Verwaltungsgericht letztlich am 26. März 2021 zur Entscheidung vorgelegt.
- 5 Nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung stellte das Verwaltungsgericht mit dem nunmehr angefochtenen Erkenntnis vom 27. August 2021 fest, dass der Revisionswerber die Voraussetzungen für das unionsrechtlich begründete Aufenthaltsrecht gemäß § 54 Abs. 1 iVm § 57 zweiter Satz NAG nicht erfülle. Der Antrag auf Ausstellung einer Aufenthaltskarte werde gemäß § 54 Abs. 1 zweiter Satz NAG abgewiesen. Die Revision erklärte das Verwaltungsgericht gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG für nicht zulässig.
- 6 Ausgehend davon, dass die vom Revisionswerber gestellte Säumnisbeschwerde zulässig und berechtigt gewesen sei, begründete das Verwaltungsgericht die Feststellung des Nichterfüllens der Voraussetzungen für das unionsrechtliche Aufenthaltsrecht nach § 54 Abs. 1 iVm § 57 zweiter Satz NAG und die Abweisung des Antrags auf Ausstellung einer Aufenthaltskarte nach § 54 Abs. 1 zweiter Satz NAG, soweit für das vorliegende Verfahren relevant, zusammengefasst wie folgt:
- 7 Nachdem mehrere Versuche des Revisionswerbers, einen Aufenthaltstitel aufgrund seiner Eheschließung mit einer österreichischen Staatsbürgerin als deren Familienangehöriger nach dem NAG zu erlangen, aus verschiedenen Gründen (zunächst aufgrund des zu geringen Einkommens seiner Ehefrau, später aufgrund des anhängigen Asylverfahrens und schließlich nach Abschluss des Asylverfahrens aufgrund des nunmehr unrechtmäßigen Aufenthaltes in Österreich und der aufrechten Rückkehrentscheidung) gescheitert seien, hätten der Revisionswerber und seine Ehefrau, nachdem die Ehefrau dies zuvor noch wegen des organisatorischen Aufwandes abgelehnt habe, beschlossen, „doch noch kurz ins Ausland zu gehen“. Sie hätten sich für Spanien entschieden, da dort nach ihrem damaligen Informationsstand Anträge „großzügig erledigt“ würden. In Spanien sei als „provisorische Formalübergangslösung“ für einen Zeitraum von dreieinhalb Monaten ein zur Gänze im Voraus bezahltes Zimmer



in einer Wohngemeinschaft angemietet worden. Mithilfe einer in Spanien ansässigen „einschlägig spezialisierten“ Rechtsanwaltskanzlei sei eine Arbeitsvertragsurkunde über eine (formell: unbefristete) Tätigkeit als „Reinigungshilfskraft“ für die Ehefrau des Revisionswerbers organisiert worden. Gemäß einer informellen Zusatzabsprache sei der Ehefrau des Revisionswerbers die Aufgabe zugeschrieben gewesen, Wareneingänge und Arbeiter auf Monitoren zu beobachten. Es könne - so das Verwaltungsgericht - nicht festgestellt werden, dass ein solcher Arbeitsplatz im spanischen Unternehmen dauerhaft und nachhaltig etabliert gewesen sei. Ebenso könne nicht festgestellt werden, ob und in welcher Intensität die Ehefrau des Revisionswerbers die vermeintliche Tätigkeit tatsächlich ausgeübt habe. Laut ebenfalls informeller Zusatzabsprache sei das Arbeitsverhältnis von vornherein nur auf einen Zeitraum von knapp über drei Monaten befristet gewesen. Für diesen Zeitraum habe die Ehefrau des Revisionswerbers mit ihrem Arbeitgeber in Österreich eine Sonderregelung ausgehandelt und sämtliche Urlaubsansprüche zusammengezogen, sodass ihr unbefristetes Vollzeit-Arbeitsverhältnis in Österreich habe aufrecht bleiben können. Bei der Tätigkeit in Spanien habe es sich lediglich um ein „persönlich völlig unbedeutendes Scheinarbeitsverhältnis“ gehandelt. Eine tatsächliche Entlohnung der Tätigkeit sei nicht feststellbar. Auch während der vertragsgemäßen Beschäftigungsdauer habe sich die Ehefrau des Revisionswerbers wiederholt tage- und sogar wochenweise in Österreich an ihrem „beständigen Lebensmittelpunkt“ aufgehalten.

- 8 Bei dem Aufenthalt der Ehefrau des Revisionswerbers in Spanien habe es sich - so folgte das Verwaltungsgericht rechtlich - um keine „tatsächliche und effektive“ Ausübung des Freizügigkeitsrechts nach Art. 7 Abs. 1 lit. a der Freizügigkeitsrichtlinie (RL 2004/38/EG) gehandelt. Deshalb erfülle der Revisionswerber die Voraussetzungen für ein unionsrechtlich begründetes Aufenthaltsrecht gemäß § 54 Abs. 1 iVm § 57 zweiter Satz NAG nicht.
- 9 Gegen dieses Erkenntnis richtet sich die vorliegende außerordentliche Revision, die sich unter dem Gesichtspunkt des Art. 133 Abs. 4 B-VG als unzulässig erweist.



- 10 Nach der genannten Verfassungsbestimmung ist gegen das Erkenntnis eines Verwaltungsgerichtes die Revision (nur) zulässig, wenn sie von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt, insbesondere weil das Erkenntnis von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abweicht, eine solche Rechtsprechung fehlt oder die zu lösende Rechtsfrage in der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht einheitlich beantwortet wird.
- 11 An den Ausspruch des Verwaltungsgerichtes gemäß § 25a Abs. 1 VwGG ist der Verwaltungsgerichtshof bei der Beurteilung der Zulässigkeit der Revision nicht gebunden (§ 34 Abs. 1a erster Satz VwGG). Zusage § 28 Abs. 3 VwGG hat allerdings die außerordentliche Revision gesondert die Gründe zu enthalten, aus denen entgegen dem Ausspruch des Verwaltungsgerichtes die Revision für zulässig erachtet wird. Im Rahmen der dafür in der Revision vorgebrachten Gründe hat der Verwaltungsgerichtshof dann die Zulässigkeit einer außerordentlichen Revision gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG zu überprüfen (§ 34 Abs. 1a zweiter Satz VwGG).
- 12 Zur Begründung der Zulässigkeit seiner Revision führt der Revisionswerber zunächst ins Treffen, das BVwG habe zu Unrecht angenommen, dass seine Ehefrau von ihrem unionsrechtlichen Freizügigkeitsrecht nicht iSd § 57 NAG Gebrauch gemacht habe. Es sei „klar“, dass der Revisionswerber und seine Ehefrau in Spanien gewohnt hätten und sie dort auch gearbeitet habe. Das Verwaltungsgericht habe „künstlich“ Kriterien wie etwa, dass die ausgeübte Tätigkeit für das Unternehmen nachhaltigen Bestand haben müsse, geschaffen.
- 13 Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes entfaltet nicht jede auch noch so geringfügige Ausübung des Freizügigkeitsrechts Relevanz. Vielmehr ist es erforderlich, dass mit einer gewissen Nachhaltigkeit von der Freizügigkeit Gebrauch gemacht wird. Was die Festlegung der Nachhaltigkeitsgrenze 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. 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. etwa VwGH 17.4.2013, 2013/22/0019, 0034, mwN).

- 14 Vorliegend kam das Verwaltungsgericht mit ausführlicher - nachvollziehbarer und nicht unschlüssiger (siehe dazu auch unten Rn. 17) - Begründung zu dem Ergebnis, dass die Tätigkeit der Ehefrau des Revisionswerbers in Spanien diesen Anforderungen an eine tatsächliche und effektive Ausübung der Freizügigkeit nicht genüge. Das Verwaltungsgericht ging unter Berücksichtigung einer Vielzahl von Einzelaspekten im Ergebnis davon aus, dass es sich bei der Tätigkeit der Ehefrau des Revisionswerbers um ein „Scheinarbeitsverhältnis“ gehandelt habe und die Tätigkeit bloß „pro forma“ gewesen sei. Der Revisionswerber hat in der Zulässigkeitsbegründung seiner Revision nicht dargetan und es ist im Übrigen auch nicht ersichtlich, dass diese Beurteilung des konkreten Einzelfalles insgesamt unvertretbar wäre. Wie auch bei anderen einzelfallbezogenen Beurteilungen läge eine grundsätzliche Rechtsfrage im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG aber nur dann vor, wenn diese Einschätzung in einer die Rechtssicherheit beeinträchtigenden unvertretbaren Weise, also krass fehlerhaft, vorgenommen worden wäre (vgl. statt vieler VwGH 30.4.2020, Ra 2019/21/0362 bis 0365, Rn. 15, mwN), weshalb diese Voraussetzung im gegenständlichen Fall nicht gegeben ist.
- 15 Weiters bemängelt der Revisionswerber in der Zulässigkeitsbegründung seiner Revision, dass es das Verwaltungsgericht unterlassen habe, zu seiner eigenen Erwerbstätigkeit als Friseur in Spanien nähere Feststellungen zu treffen. Dabei übersieht der Revisionswerber jedoch, dass seine Erwerbstätigkeit für die Frage, ob seine Ehefrau von ihrem Freizügigkeitsrecht als Arbeitnehmerin iSd Art. 7 Abs. 1 lit. a der RL 2004/38/EG, auf das sich der Revisionswerber



im Verfahren ausschließlich berufen hatte, Gebrauch gemacht hat, nicht maßgeblich ist. Eine allfällige Berücksichtigung eines von ihm erwirtschafteten Einkommens könnte lediglich im Rahmen der Beurteilung relevant sein, ob ausreichende Existenzmittel für die Inanspruchnahme eines Freizügigkeitsrechts nach Art. 7 Abs. 1 lit. b der RL 2004/38/EG (als „Privatier“) vorhanden sind. Insoweit ist das Verwaltungsgericht im angefochtenen Erkenntnis jedoch davon ausgegangen, es sei „nicht einmal behauptet oder fundiert vorgebracht“ worden, dass es sich beim Aufenthalt der Ehefrau des Revisionswerbers um einen Aufenthalt als „Privatier“ iSd Art. 7 Abs. 1 lit. b der RL 2004/38/EG gehandelt und sie über ausreichende Existenzmittel und einen Krankenversicherungsschutz verfügt habe. Dem ist der Revisionswerber auch in der vorliegenden Revision nicht entgegen getreten.

16 Schließ­lich beanstandet der Revisionswerber, dass es das Verwaltungsgericht unterlassen habe, festzustellen, dass seine Ehefrau für ihre Tätigkeit von ihrem spanischen Arbeitgeber ein Gehalt erhalten habe, und wendet sich damit im Ergebnis gegen die diesbezügliche Beweiswürdigung. Dazu ist auf die ständige Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes hinzuweisen, wonach im Zusammenhang mit der Beweiswürdigung eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung nur dann vorliegt, wenn das Verwaltungsgericht die Beweiswürdigung in einer die Rechtssicherheit beeinträchtigenden, unvertretbaren Weise vorgenommen hat (vgl. etwa VwGH 27.4.2023, Ra 2020/21/0130, Rn. 20, mwN).

17 Zunächst ist es zwar - wie der Revisionswerber ins Treffen führt - richtig, dass das Verwaltungsgericht seine Ehefrau als „bescheidene und rechtlich wie auch moralisch integre Persönlichkeit“ beschrieben hat. Allerdings hat das Verwaltungsgericht auch ausgeführt, dass die Ehefrau des Revisionswerbers, die im Übrigen bereitwillig, aufrichtig und eigenständig umfassend ausgesagt habe, sich zu Fragen ihr Arbeitsverhältnis in Spanien betreffend aber „sehr zurückhaltend“ gezeigt habe und sehr deutlich zum Ausdruck gekommen sei, dass ihr die „rechtliche Unstimmigkeit der gesamten Vorgehensweise“ sehr wohl bewusst gewesen sei. Damit erweist sich die vom Verwaltungsgericht



unter Verwertung des in der mündlichen Verhandlung gewonnenen Eindrucks vorgenommene Beweiswürdigung aber insgesamt als jedenfalls vertretbar. Im Übrigen hat das Verwaltungsgericht in Bezug auf die in der Revision konkret angesprochene Frage der Entlohnung nachvollziehbar auch noch mehrere weitere Unstimmigkeiten aufgezeigt.

- 18 In der Revision werden somit in Bezug auf die tragende Begründung des Erkenntnisses (s. Rn. 7/8) keine Rechtsfragen aufgeworfen, denen im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG grundsätzliche Bedeutung zukäme. Die Revision war daher nach § 34 Abs. 1 VwGG ohne weiteres Verfahren mit Beschluss zurückzuweisen.

W i e n , am 19. September 2023

