



**VERWALTUNGSGERICHT
WIEN**

1190 Wien, Muthgasse 62
Telefon: (+43 1) 4000 DW 38710
Telefax: (+43 1) 4000 99 38710
E-Mail: post@vgw.wien.gv.at

GZ: VGW-151/085/10297/2022/E-22
A. B.

Wien, 28.4.2023

Geschäftsabteilung: VGW-N

IM NAMEN DER REPUBLIK
(Ersatzerkenntnis)

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch seine Richterin MMag. Dr. Salamun über die Säumnisbeschwerde des Herrn A. B. vom 20.11.2020 wegen Verletzung der Entscheidungspflicht durch den Landeshauptmann von Wien, Magistratsabteilung 35, betreffend das Verfahren zur Zl. ..., in einer Angelegenheit des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes, aufgrund der Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofes vom 28.7.2022, Zl. Ro 2021/22/0013-7,

zu Recht e r k a n n t:

I. Gemäß § 28 Abs. 1 VwGVG iVm § 52 Abs. 1 Z 1 iVm § 54 Abs. 1 iVm § 57 NAG wird der Antrag vom 24.5.2018 auf Ausstellung einer Aufenthaltskarte abgewiesen.

II. Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß § 25a VwGG eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 B-VG zulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I. Verfahrensgang:

1. Der Beschwerdeführer stellte am 24.5.2018 gestützt auf seine Ehegattin, eine österreichische Staatsbürgerin, einen Antrag auf Ausstellung einer Aufenthaltskarte. Der weitere Verfahrensgang bestand im Wesentlichen und zusammengefasst in der mehrmaligen Nachforderung von Unterlagen und der Durchführung von Registerabfragen, in einem Verfahren gemäß § 37 Abs. 4 NAG (ab 11.2.2019 bis 15.3.2019), in welchem das Vorliegen einer Aufenthaltsehe verneint wurde, in einer niederschriftlichen Einvernahme vom 14.5.2019 als Zeugin von Frau C., der Ehegattin des Beschwerdeführers, das zweimalige Versenden einer Verständigung vom Ergebnis der Beweisaufnahme durch die Behörde (vom 24.7.2019 und 4.10.2019), zwei Stellungnahmen des rechtsfreundlich vertretenen Beschwerdeführers (vom 6.8.2019 und 11.11.2019, letztere mit Beilagen zum Krankenversicherungsschutz) sowie zwei Stellungnahmen der Behörde (vom 20.2.2019 und 7.8.2019) zu zwei von Frau C. stellvertretend für den Beschwerdeführer eingebrachten Volksanwaltschaftsbeschwerden.

2. Mit Schriftsatz vom 20.11.2020 erhob der – rechtsfreundlich vertretene – Beschwerdeführer Säumnisbeschwerde.

Am 24.11.2020 wurde die beim Verwaltungsgericht Wien eingebrachte Säumnisbeschwerde zur GZ: VGW-151/085/14849/2020 gemäß § 6 AVG zuständigshalber an die belangte Behörde weitergeleitet.

Mit Schreiben vom 14.12.2020 (eingelangt beim Verwaltungsgericht Wien am 16.12.2020) übermittelte die belangte Behörde ohne gemäß § 16 Abs. 1 VwGVG von der Möglichkeit, den Bescheid innerhalb einer Frist von bis zu drei Monaten nachzuholen, Gebrauch zu machen, die gegenständliche Säumnisbeschwerde sowie den Bezug habenden Verwaltungsakt und verzichtete gemäß § 24 Abs. 5 VwGVG auf die Durchführung einer mündlichen Verhandlung.

3. Mit Schreiben vom 10.2.2020 teilte die Österreichische Gesundheitskasse auf Nachfrage des Verwaltungsgerichts mit, dass Frau C., da das Dienstverhältnis in Österreich erst mit 31.12.2017 endete, bis 31.12.2017 weiterhin der

Krankenversicherung nach dem ASVG unterlag. Für die Zeiträume 1.1.2018 bis 22.1.2018, 31.1.2018 bis 25.3.2018 und 7.4.2018 bis 14.5.2018 würden keine Speicherungen von Krankenversicherungszeiten in Österreich vorliegen und sei der Österreichischen Gesundheitskasse nicht bekannt, ob Frau C. einer Krankenversicherung in Italien unterlag.

Mit Schreiben vom 30.3.2021 forderte das Verwaltungsgericht Wien den Beschwerdeführer auf, angesichts des Vorbringens auf Seite 4 der Stellungnahme vom 06.08.2019 des ehemaligen Rechtsvertreters (AS 257 bis 260) klarzustellen, über welchen Antrag gegenständlich abgesprochen werden soll (Antrag auf Ausstellung einer Aufenthaltskarte gemäß § 57 NAG oder Antrag auf Erteilung eines Aufenthaltstitels als Familienangehöriger gemäß § 47 Abs. 2 NAG samt Zusatzantrag gemäß § 21 Abs. 3 NAG).

Mit Eingabe vom 7.4.2021 stellte die rechtsfreundliche Vertreterin des Beschwerdeführers klar, dass der Antragsteller die Dokumentation seines unionsrechtlichen Aufenthaltsrechts in Form der Ausstellung einer Aufenthaltskarte gemäß §§ 57 iVm 54 NAG begehrt.

Das Verwaltungsgericht Wien wies in der Folge den Antrag des Beschwerdeführers mit Erkenntnis vom 9. April 2021, GZ: VGW-151/V/085/16134/2020, im Wesentlichen mit der Begründung ab, dass seine Ehegattin zwar durch ihren etwa 5 ½ Monate (mit Unterbrechungen) andauernden Aufenthalt in Italien, indem sie in Sardinien in einem Hotel Unterkunft nahm und eine Tätigkeit als freiwillige Helferin auf einem bei D. registrierten Bauernhof nahe E. anstrebte, die Nachhaltigkeitsgrenze gemäß Art. 7 Abs. 1 lit. b der Richtlinie 2004/38/EG überschritten hat (die Beabsichtigung einer solchen Tätigkeit könne weder auf die Niederlassungs- oder die Dienstleistungsfreiheit gestützt werden noch liege ein Fall der Arbeitnehmerfreizügigkeit iSd Art. 7 Abs. 1 lit. a der Richtlinie 2004/38/EG vor). Die Voraussetzungen des Art. 7 Abs. 1 lit. b der Richtlinie 2004/38/EG seien jedoch nicht gegeben, da lediglich eine weitgehende Ausschlüsse aufweisende Krankenversicherung bei einem privaten Versicherungsträger in Italien bestand, wohingegen sie aufgrund des Ruhens des Anspruches von Arbeitslosengeld bei einem Auslandsaufenthalt gemäß § 16 Abs. 1 lit. g Arbeitslosenversicherungsgesetz nicht krankenversichert war und somit bei einem

allenfalls erforderlichen Krankenhausaufenthalt im Bereich der Ausschlüsse der privaten Krankenversicherung in Italien keine Sachleistungen aufgrund der Verordnung Nr. 883/2004 hätte in Anspruch nehmen können. Gleichzeitig ließ das Verwaltungsgericht die ordentliche Revision offen, da Rechtsprechung zum Vorliegen eines „umfassenden Krankenversicherungsschutzes“ im Sinne des Art. 7 Abs. 1 lit. b der Richtlinie 2004/38/EG fehlt.

4. Mit Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 28.7.2022, ZI. Ro 2021/22/0013-7, wurde das Erkenntnis des Verwaltungsgerichts Wien wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufgehoben. Zum einen führte der Verwaltungsgerichtshof aus, das Verwaltungsgericht habe keine Ermittlungsschritte zu den tatsächlichen Erwerbsabsichten der Ehegattin im Rahmen einer mündlichen Verhandlung gesetzt und dazu keine Feststellungen getroffen. Weiters lasse sich mangels konkreter Feststellungen zu der Ausgestaltung der Tätigkeit der Ehegattin des Beschwerdeführers bei der D. Farms (laut dem Parteienvorbringen: gegen Ausbildung, Kost und Logis) nicht beurteilen, ob eine solche Tätigkeit, wenn sie aufgenommen wäre, entsprechend dem Revisionsvorbringen als unselbständige Tätigkeit im Sinne der maßgeblichen unionsrechtlichen Bestimmungen zu qualifizieren gewesen wäre und infolge allfälliger ernsthafter, objektiv nicht aussichtsloser Bemühungen, diese „Stelle“ zu erlangen, daher ein Aufenthaltsrecht nach Art. 7 Abs. 1 lit. a der Richtlinie 2004/38/EG der Ehegattin als Arbeitssuchende zu bejahen gewesen wäre. Zur Frage des umfassenden Krankenversicherungsschutzes verwies der Verwaltungsgerichtshof einerseits auf seine eigene Rechtsprechung (VwGH 21.6.2022, Ro 2021/22/0001, Rn. 13) und andererseits auf die Schlussanträge des Generalanwalts vom 30. September 2021 in der Rechtssache VI gegen Commissioners for Her Majesty's Revenue & Customs, C-247/20, Rn. 61, sowie auf das in der Mitteilung zur Hilfestellung bei der Umsetzung und Anwendung der Richtlinie 2004/38/EG vom 2. Juli 2009, KOM(2009) 313 endgültig, unter Pkt. 2.3.2. „Krankenversicherungsschutz“, angeführte Verhältnismäßigkeitsprinzip, welches bei der Auslegung der Unionbürgerrichtlinie heranzuziehen ist.

5. Im zweiten Rechtsgang fand vor dem Verwaltungsgericht Wien am 25.11.2022 eine öffentliche mündliche Verhandlung mittels Videokonferenz statt, an welcher der Beschwerdeführer und dessen Vertreter teilnahmen und

die Ehegattin des Beschwerdeführers, Frau C., als Zeugin einvernommen wurde.
Ein Vertreter der belangten Behörde nahm nicht an der Verhandlung teil.

Der Vertreter des Beschwerdeführers verwies auf das bisherige Vorbringen.

Der Beschwerdeführer gab zu Protokoll:

„Auf die Frage, wann ich das 1. Mal nach Europa bzw. nach Italien gekommen bin: ich habe mit meiner Frau zunächst nicht in Italien zusammengelebt, bevor ich das erste Mal nach Ö gekommen bin.

Auf nochmalige Frage: ich bin mit meiner Frau am 1. Dezember 2017 nach Italien gezogen.

Auf nochmalige Wiederholung der Frage: im September 2015. Ich blieb in Italien bis ich in Österreich um Asyl ansuchte, das war 2016. Im September 2015 habe ich zuvor bereits in Italien um Asyl angesucht. In E., Sardinien. Ich habe meine Frau im Jahr 2016 in der U-Bahn Linie 6 kennengelernt, als sie eine schwere Einkaufstasche trug und ich ihr beim Tragen geholfen habe. Wir haben unsere Telefonnummern ausgetauscht und dann sowohl telefonisch als auch über WhatsApp und Facebook Kontakt gehalten. Zu diesem Zeitpunkt hatte ich einen negativen Asylbescheid und musste deswegen nach Italien zurück. Ende Jänner 2017 bin ich dann nach Italien zurückgekehrt. Bis meine Frau nach Italien kam, habe ich mit einem Freund in F. gewohnt. Wir haben uns in G. bei einem großen Bahnhof getroffen, wahrscheinlich war es ein Bahnhof und doch keine U-Bahnstation, wie ich zuvor gesagt habe. Da sie nicht Italienisch sprach, dachte sie, es sei einfacher, sich in G. zu treffen. daher hat sie zuvor ein AirBnB in G. gebucht. Dann sind wir gemeinsam zu AirBnB Wohnung gegangen. Dort sind wir 4 oder 5 Tage geblieben, weil wir uns anmelden mussten. Wir wollten uns dann an der Questura anmelden. Dort wurde mir gesagt, dass ich nach E. gehen musste, um mich dort anzumelden, weil ich dort den Asylantrag gestellt hatte.

Meine Frau hatte geplant, nach Italien zu kommen, um mit mir zusammen zu sein und als Mann und Frau gemeinsam zu leben.

Auf die Frage, wie das Leben in Italien finanziert haben werden sollte: Meine Frau wollte in Italien als Farmarbeiter im Rahmen der Organisation D. Italia leben. Im Gegenzug für die Arbeit hätte sie dort Essen und Unterkunft bekommen. Das betraf meine Frau. Wir haben uns gewünscht, gemeinsam auf einer Farm zu arbeiten, aber dazu kam es nicht.

Ich selbst habe in der Nähe von E. auf diversen Bauernhöfen, die nicht Teil von D. waren, als Tagelöhner gearbeitet. Das war ca. dreimal pro Woche, genau kann ich es aber nicht mehr sagen. In F. habe ich nicht gearbeitet.

In Italien war ich als Asylwerber krankenversichert komme, ich kann mich nicht erinnern, wie die Krankenversicherung auf Italienisch hieß, ich kann mich nur darin erinnern, dass ich eine Karte hatte. Bei der Arbeit habe ich nur tageweise etwas Geld bekommen. Diese Karte besitze ich jetzt nicht mehr.

Meine Frau hatte eine Krankenversicherung in Italien, aber ich weiß den Namen der Krankenversicherung nicht. Wir hatten nicht die gleiche Versicherung, meine Krankenversicherung bekam ich von der italienischen Regierung. Soweit ich mich

erinnere, war meine Frau privat krankenversichert. Ich habe in Italien nicht gefragt, ob meine Frau in Italien mit mir mitversichert sein kann.

Es war als Asylwerber in Italien erlaubt zu arbeiten, sowohl Vollzeit als auch Teilzeit, es ist mir jedoch nur gelungen, Teilzeit zu arbeiten.

Meine Frau war vor der Ehe mit mir dreimal verheiratet. Für mich ist dies die 1. Ehe.

Als Mitglied von D. hatte meine Frau Zugang zu den Bauern der Region, sie hat mit ihnen über die Plattform, telefonisch oder persönlich Kontakt aufgenommen. Am Samstag gab es einen Markt. Meine Frau ist an den meisten Wochenenden auf diese Märkte gegangen, am Samstag, wo meine Frau hingegangen ist und mit den verschiedenen Bauern gesprochen hat. Ich habe meine Frau einmal begleitet. Meine Frau hat mit Ihnen Englisch und ein bisschen Italienisch gesprochen. Als ich sie begleitete, haben Sie über die Möglichkeiten, auf den Bauernhöfen zu arbeiten, gesprochen.

Auf die Frage, welche Tätigkeiten seine Frau dort verrichten wollte: meine Frau wollte auf dem Feld arbeiten und andererseits mit Nutztieren, mit welcher Arbeit Erfahrung hatte. Meine Frau hat gesagt, dass sie Erfahrung darin hat, weil ihre Mutter Bäuerin im Burgenland war, Tiere hatte und meine Gattin ihr geholfen hat. Sie hatten Schafe und einige Kühe.

Die Bauern in E. hatten auch Tiere, welche Tiere, weiß ich nicht. In E. gab es die Möglichkeit, mit Tieren zu arbeiten, und auch in der Produktion, zum Beispiel Käse, aber dazu ist es nicht gekommen, meine Frau hat nicht gearbeitet.

Über Befragen des Vertreters des Beschwerdeführers:

Gab es eine Zusage einer Farm in Sardinien? Es gab im März 2018 die Zusage des Bauernhofes H., der einem Vater und einem Sohn gehört, dass wir ab Mai 2018 dort arbeiten können. Es war eine mündliche Zusage. Dort hätten wir auf dem Feld oder alles mögliche andere, was sie auf der Farm haben, zum Beispiel mit Tieren, arbeiten können. Man hat uns nicht gesagt, um welche Tiere es sich handelt, möglicherweise Schafe oder Kühe.

Warum haben sie nicht begonnen dort zu arbeiten? Der Grund, warum meine Frau letztlich nicht arbeiten konnte war, dass sie dort dann keinen Arbeitsplatz frei hatten, es war ja nur ein Versprechen.

Als Sie im März die Zusage bekommen hatten, sind sie davon ausgegangen, dass Sie auf diesem Bauernhof im Mai anfangen können? Ja, wir haben daran geglaubt, weil wir im März persönlich dorthin 30 Minuten mit dem Autobus gefahren sind und eine starke Beziehung zu diesen Bauern hatten.“

Die Ehegattin des Beschwerdeführers gab nach Belehrung zu Protokoll:

„Auf die Frage, ob ich mich in Italien erkundigt habe, ob ich bei der staatlichen Krankenversicherung mich anmelden kann: man hat mir dort gesagt, dass ich, sobald ich Arbeit aufnehme, mich dort versichern kann. Das habe ich bei der Communale, das ist die Gemeinde, gefragt, das war auch der Ort, wo ich meine

Anmeldebescheinigung abgeholt habe , auch meine Wohnsitzregistrierung. Dort hat man mir auch gesagt, dass ich mir von der WAI (Welcome Association Italy) helfen lassen soll.

Befragt, ob ich an dieser Stelle ausdrücklich gesagt habe, dass ich als Freiwillige im Rahmen der Organisation D. in Italien tätig sein will: ich habe generell gesagt das ich in Sardinien arbeiten will, ich habe gesagt, dass ich Mitglied der Organisation D. bin und dass es dort die Möglichkeit gibt als Volontär tätig zu sein. Als ich nach der staatlichen Krankenversicherung gefragt habe, habe ich nicht konkret gefragt, ob dies auch dafür gilt, wenn ich als Volontär im Rahmen von D. tätig werde. Ich habe dort nicht gefragt, ob ich mit meinem Ehegatten, der in Italien Asylwerber war, mitversichert sein kann.

Auf die Frage, was ich geplant hatte, in Italien konkret zu machen: meine Mutter stammt von einem Bauernhof. Ich war als Jugendliche mehrere Monate in Flandern und habe auf einem Bauernhof gearbeitet. Ich bin selbst sehr naturverbunden und wollte an diesen Bio-Bauernhöfen mitarbeiten. Zuerst bin ich in E. auf die Gemeindeverwaltung gegangen und habe mich erkundigt, was ich alles tun muss und wie das Procedere ist, um mich dort niederzulassen und dort arbeiten zu können und wie die Vorschriften dafür sind. Dann habe ich auf der Plattform von D. nachgesehen, welche Bauernhöfe in der Nähe von E. Mitglied von D. sind. Auf der Plattform habe ich mit diesen Bauernhöfen Kontakt aufgenommen, diese haben mit einer Telefonnummer zurückgeschrieben und dann habe ich dort angerufen. Ich habe angerufen und gefragt, welche Art von biologischer Landwirtschaft sie betreiben und ob sie derzeit Platz haben für mich und meinen Mann, dort tätig zu werden. 2 der Bauernhöfe nahmen im Winter keine Leute auf, der 3. Bauernhof gehörte der Familie H., die Schafkäse und Schaffrischkäse erzeugten und Olivenbäume hatten. Die Familie hat uns eingeladen, zu einem persönlichen Gespräch auf den Bauernhof zukommen. Dort habe ich mit dem Junior gesprochen, der uns den Betrieb gezeigt hat und sehr gut Englisch spricht. Er hat mir gesagt, die Arbeitszeit wäre täglich 6 Stunden und würde ich unter seiner Anleitung lernen, mit den Schafen umzugehen, diese zu melken, wie die Käseproduktion läuft, und er würde mir die Kenntnisse und Fähigkeiten vermitteln. Mein Mann hätte auch mitarbeiten können, ich hätte ihn nur bei D. noch registrieren müssen. Dafür hätten wir dann Unterkunft und Essen bekommen.

Auf Vorhalt, dass die Zeugin bei der Einvernahme vom 14.5.201[9] bei der Magistratsabteilung 35 gesagt hat, sie möchte ihn Italien selbst ein Projekt auf die Beine stellen und in Italien Fuß fassen, sie sei nicht auf Jobsuche gewesen, sondern habe sich nur den Projekten gewidmet und sie habe selbstständig sein wollen und nicht mehr angestellt: so habe ich das bei der MA 35 nicht gesagt, ich habe dort sehr wohl gesagt, dass ich auf Arbeitssuche war und arbeiten möchte, es aber natürlich bevorzuge, mein eigener Herr zu sein, wenn es sich realisieren lässt. Diese Projekte waren etwas für die Zukunft, nämlich wenn meine Tätigkeit sich so entwickelt hätte, dass ich etwas eigenes aufbauen kann, dann hätte ich das natürlich sehr gerne gemacht. Ich habe mir vorgestellt, dass ich auf den Bauernhöfen lernen, wie zum Beispiel die Produktion von Schafskäse funktioniert,

oder was sie mit der Wolle von den Schafen machen, nicht jedes Schaffell kann man auch als Wolle verwenden, vielleicht hätte es auch eine andere Verwendung gegeben. Ich wollte sehen, wie sich meine Kenntnisse und Fähigkeiten entwickeln, und wie ich daraus etwas eigenes in Zukunft hätte machen können.

Auf Vorhalt, dass sie sich auf dieser Niederschrift vom 14.5.2019 die Unterschrift der Zeugin findet: ich habe der MA 35 sehr viel mehr gesagt, aber sie hat nicht alles aufgeschrieben.

Insgesamt waren 3 Bauernhöfe auf der Plattform von D. in der Nähe von E. registriert. Es gab auch noch Bauernhöfe weiter weg von E. auf der Plattform von D. und abseits der Plattform. Ich bin am Samstag früh, wenn die Biobauern nach E. kommen, zu diesem Markt gegangen und habe versucht, mit den Bauern ins Gespräch zu kommen. Weiters bin ich fast täglich mit dem Bus in die ländlichen Gebiete gefahren und habe dort nach Bauern gesucht, und dort versucht, direkt Kontakt aufzunehmen. Ich kannte mich ja nicht aus und wollte die Gegend erkunden. Ich hatte im Hotel Internet und ein Tablet mit mir, manchmal bin ich auch auf die Universität gefahren, wo man gratis einen Computer benutzen konnte, weil das einfacher war. Ich habe dort zum Beispiel nach bestimmten Gegenden gesehen, um herauszufinden, wie weit weg diese liegen, um zu sehen wie lange ich von der Arbeit nach Hause brauche und welche Verbindung ich habe. Dies betraf die Bauern außerhalb von D..

Auf die Frage, wie lange die Suche gedauert hat: ich habe im Februar begonnen zu suchen. Die Beziehung mit H. war im März so weit gediehen, dass er uns eingeladen hat. Nachdem wir den Bauernhof besichtigt hatten, ja ein oder 2 Tage später, hat er uns angerufen und gesagt, dass wir ab Mai zu ihm kommen können und bei ihm wohnen und arbeiten können. Da waren wir überglücklich. Im Mai hat er uns angerufen und gesagt, er hat anders entschieden und ich war sehr enttäuscht.

Mein Mann hat manchmal als Tagelöhner bei Bauern gearbeitet, wenn er etwas gefunden hat.

Auf die Frage, warum ich das nicht auch gemacht habe: ich war konzentriert auf die Suche über D. und auf Wohnungssuche. Das Apartment im Hotel wäre nur bis 14. Mai zur Verfügung gestanden und war sehr teuer. Da ich eine dauerhafte Niederlassung geplant hatte, habe ich für uns eine adäquate Wohnung gesucht.

Über Befragen des BfV:

sind Sie nach der Zusage von H. davon ausgegangen, dass sie ab Mai dort arbeiten können? Definitiv.

Warum sind sie im Mai nach Österreich zurückgekehrt? Ich war so enttäuscht und schockiert von der Absage und ich hatte auch das Gefühl, dass wir als „gemischtes“ Ehepaar nicht sehr willkommen waren und deshalb habe ich mich entschieden, zurück nach Österreich zu gehen und meinen Mann mitzunehmen.

Was wäre für die vereinbarte Arbeit auf dem Bauernhof die Gegenleistung gewesen? Vereinbart war freie Kost und Logis.

Was für eine Krankenversicherung haben sie in Italien abgeschlossen? Die Krankenversicherung, die man mir in der Communale empfohlen hat.

Bei wem haben Sie diese Krankenversicherung abgeschlossen? Bei der Generali Versicherung über das Portal der WAI Italy.

Hatten sie während ihres Aufenthaltes in Italien Probleme mit ihrer privaten Krankenversicherung? Nein.

Über Befragen der Verhandlungsleiterin, ob die Zeugin in Italien beim Arzt war bzw. die Krankenversicherung genutzt hat: Nein, das war nicht erforderlich.“

In seinen Schlussausführungen verwies der Beschwerdeführervertreter auf sein bisheriges Vorbringen und führte aus:

„die Ehefrau des Beschwerdeführers war in Italien auf der Suche nach einer Arbeit auf einem Bauernhof von D. , wo sie gegen Kost und Logis gearbeitet hätte und damit im Sinne der Rechtsprechung des EuGH eine un[selb]ständige Erwerbstätigkeit ausgeübt hätte. Die Tatsache, dass es nie zum Arbeitsantritt kam, schadet nicht, da die Ehefrau des Beschwerdeführers bis dahin nach Kräften auf Arbeitssuche war und diese nicht objektiv aussichtslos war. Somit nahm die Ehefrau des Beschwerdeführers ihr Freizügigkeitsrecht in dieser Zeit in Anspruch und kann der Beschwerdeführer daher von ihr ein Unionsrechtliches Aufenthaltsrecht für sich ableiten. In eventu ist darauf hinzuweisen, dass sich die Ehefrau des Beschwerdeführers für einen mehr als 3-monatigen Zeitraum mit ihrem Mann in Italien aufhielt und sie und sie in dieser Zeit durchwegs aufgrund von Ersparnissen über einen gesicherten Lebensunterhalt verfügte sowie über einen umfassenden Krankenversicherungsschutz. In eventu wäre daher festzustellen, dass die Zeugin gemäß lit. b des Art. 7 der RL in Italien auf[h]äl[t]ig war. Der Beschwerde wird daher stattzugeben sein.“

Der Beschwerdeführervertreter verzichtete auf die Durchführung der Verhandlung zur Verkündung des Erkenntnisses und erklärte sich mit einer schriftlichen Erledigung einverstanden.

Mit Schreiben vom 16.12.2022 übermittelte das Verwaltungsgericht an die Abteilung IV.4 des Bundesministeriums für Europäische und internationale Angelegenheiten, allenfalls unter Einbindung der Österreichischen Vertretungsbehörde, folgendes Ersuchen um Ermittlung der rechtlichen Grundlagen in Italien:

„Im hg. Verfahren stellt sich die Frage, ob die Ehegattin des Beschwerdeführers, die am ...1965 geborene österreichische Staatsbürgerin, Frau I. C. während ihres insgesamt etwa 5-Monate andauernden Aufenthaltes in Italien (von 1.12.2017 mit Unterbrechungen bis 14.5.2018) ab 1. März 2018 einen „umfassenden“ Krankenversicherungsschutz im Sinne des Art. 7 Abs. 1 Buchst. b der Richtlinie 2004/38 aufwies (für das Aufenthaltsrecht bis zu drei Monaten war ein solcher nach Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie 2004/38 nicht nötig).

Frau C. war in Italien Mitglied von D. Italia, einer Bewegung zur Vernetzung von Biobauern und freiwilligen Helfern (gegen Kost und Logis). Auf der Homepage von D. Italia wird unter den „Häufig gestellten Fragen“ der Aufenthalt auf einem Bauernhof von D. als „Aktivurlaub“ bezeichnet (<https://D..it/de/...>). Vorliegend wurde Frau C. aber nicht als Freiwillige tätig, da sie keinen geeigneten Bauernhof fand.

Frau C. war zunächst aufgrund ihrer Erwerbstätigkeit in Österreich in vollem Umfang krankenversichert und wäre daher bis 31.12.2017 bei einer Notversorgung in Italien die Verordnung Nr. 883/2004 zur Anwendung gekommen. Ab 1.1.2018 war Frau C. in Österreich nicht krankenversichert, da der Bezug von Arbeitslosengeld bei einem Auslandsaufenthalt ruht (§ 16 Abs. 1 lit. g Arbeitslosenversicherungsgesetz; der Auslandsaufenthalt wurde zwei Mal für jeweils 1-2 Wochen unterbrochen, nämlich von 23.1.2018 bis 30.1.2018 sowie von 26.3.2018 bis 6.4.2018, als Frau C. nach Österreich zurückreiste und sich beim Arbeitsmarktservice anmeldete, wodurch sie in diesen Zeiträumen Arbeitslosengeld bezog und krankenversichert war, sodass sie in Österreich Kontrolluntersuchungen bei Ärzten wahrnehmen konnte). Mangels einer Krankenversicherung in Österreich wäre ab 1.1.2018 bei einer Notversorgung in Italien die Verordnung Nr. 883/2004 nicht zur Anwendung gekommen.

Für den Zeitraum nach dem 31.12.2017 schloss Frau C. in Italien eine private Krankenversicherung (von 28.12.2017 bis 28.12.2018) mit der Generali Italia S.p.A. ab, die mit einer Summe von € 75.000 begrenzt war (AS 19 Rückseite, AS 271, AS 313) und Ausschlüsse, wie etwa für akute Krankenhausbehandlungen aufgrund von Vorerkrankungen (Art. 3 lit a, AS 267, AS 317) und für Geisteskrankheiten (Art. 3 lit b, AS 267) aufwies. Eine Notversorgung über die Kostengrenze hinaus und/oder im Rahmen der Ausschlüsse wäre nicht mitumfasst gewesen.

In der Entscheidung des EuGH vom 17. September 2002 in der Rechtssache C-413/99, Baumbast, Rn. 19, Rn. 89-94, in welcher ein Aufenthaltsrecht aus Art. 18 Abs. 1 EG (nunmehr Art. 21 Abs. 1 AEUV) in Verbindung mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit bejaht wurde, bestand ein Krankenversicherungsschutz der im Vereinigten Königreich aufhältigen Ehegattin eines ehemaligen Wanderarbeitnehmers (und für diesen selbst) in vollem Umfang in Deutschland (und wäre daher im Vereinigten Königreich eine Notversorgung wohl von der Verordnung Nr. 1408/71 [nunmehr Verordnung Nr. 883/2004] abgedeckt gewesen). Im Gegensatz dazu war Frau C. ab 1.1.2018 in Österreich nicht krankenversichert.

I.

Es stellt sich nun die Frage, ob Frau C., obwohl sie nicht beim Servizio Sanitario

Nazionale (SSN) registriert war, dennoch beim öffentlichen Krankenversicherungssystem Italiens versichert war, wodurch auch - von der privaten Krankenversicherung nicht umfasste - Krankenhausaufenthalte über die Kostengrenze von € 75.000 hinaus und akute Krankenhausbehandlungen aufgrund von Vorerkrankungen sowie Geisteskrankheiten abgedeckt gewesen wären (in der mündlichen Verhandlung am 25.11.2022 gab Frau C. an, man hätte ihr auf der „Communale“ in E. mitgeteilt, sie könne sich erst ab der Aufnahme einer Beschäftigung in Italien krankenversichern; da es zu keiner Freiwilligentätigkeit bei D. Italia und zu keiner Arbeitsaufnahme von Frau C. kam, lag jedenfalls eine Unterkunftsnahme für etwa 5 Monate in Italien vor; dabei schloss Frau C. am 23.4.2018 mit dem Beschwerdeführer die Ehe, der nach seinen Angaben als Asylwerber über die italienische Regierung krankenversichert war).

Sie werden um Mitteilung ersucht, ob eine Bestimmung des italienischen Rechts unter den beschriebenen Umständen einen solchen Krankenversicherungsschutz gewährt (siehe zu den Umständen auch Punkt „IV. Sachverhalt“ im Erkenntnis zur GZ: VGW-151/V/085/16134/2020 in der Beilage sowie Verhandlungsprotokoll vom 25.11.2022).

II.

Wenn Frau C. beim öffentlichen Krankenversicherungssystem Italiens [korr.: nicht] versichert war, stellt sich die Frage, ob der Versicherungsschutz der privaten Krankenversicherung bei der Generali Italia S.p.A als „umfassender“ Krankenversicherungsschutz im Sinn des Art. 7 Abs. 1 Buchst. b der Richtlinie 2004/38 anzusehen war.

Der Generalanwalt (Schlussanträge des Generalanwalts vom 30. September 2021 in der Rechtssache VI gegen Commissioners for Her Majesty's Revenue & Customs, C-247/20, Rn. 63) hat in einem Fall, in dem im Vereinigten Königreich eine Krankenversicherung des NHS-National Health Service vorlag (also im Gegensatz zum vorliegenden Fall eine öffentliche Krankenversicherung), festgehalten, dass eine Krankenversicherung dann als „umfassend“ im Sinne von Art. 7 Abs. 1 Buchst. b der Richtlinie 2004/38 anzusehen ist, wenn „der Schutz, den der Unionsbürger genießt,

1. dem entspricht, den der Aufnahmemitgliedstaat seinen eigenen Staatsangehörigen unentgeltlich gewährt ... oder
2. dem Schutz einer Krankenversicherung entspricht, deren Abschluss der Mitgliedstaat von seinen eigenen Staatsangehörigen verlangt, insbesondere in den Fällen, in denen Unionsbürger in gleicher Weise wie die Staatsangehörigen des betreffenden Mitgliedstaats Steuern zahlen, mit denen das Gesundheitssystem finanziert wird.“

Demnach werden Sie um Mitteilung ersucht, ob

1. der Krankenversicherungsschutz, den Italien seinen eigenen Staatsangehörigen unentgeltlich gewährt, oder
2. für den Fall, dass das Sozialversicherungssystem in Italien den (erwerbstätigen) Versicherten die Auswahl zwischen verschiedenen Krankenversicherungen ermöglicht (ähnlich wie in Deutschland), der Krankenversicherungsschutz, dessen Abschluss Italien von seinen eigenen Staatsangehörigen verlangt,

ähnliche Kostengrenzen und Ausschlüsse aufweist wie die von Frau C. abgeschlossene private Krankenversicherung (Kostengrenze von € 75.000 und Ausschlüsse etwa für akute Krankenhausbehandlungen aufgrund von

Vorerkrankungen und für Geisteskrankheiten).

III.

Falls in Italien höchstgerichtliche Rechtsprechung zum Vorliegen eines „umfassenden“ Krankenversicherungsschutzes im Sinne von Art. 7 Abs. 1 Buchst. b der Richtlinie 2004/38 vorliegt, werden Sie um Übermittlung dieser Rechtsprechung ersucht.

Es wird erbeten, die vorliegenden Informationen bzw. Rechtsgrundlagen dem Verwaltungsgericht Wien ehestmöglich zu übermitteln.“

Mit Schreiben vom 14. März 2023 teilte das Bundesministerium für Europäische und internationale Angelegenheiten mit, die Österreichischen Botschaft Rom habe ihren Vertrauensanwalt mit der Angelegenheit befasst, der seinen Kostenvoranschlag für eine ausführliche und fundierte Recherche vorgelegt hat. Für das Verfassen eines schriftlichen Gutachtens über die gestellten Rechtsfragen wäre ein Zeitaufwand von mindestens 8 Stunden erforderlich, wobei sich der Stundentarif auf EUR xxx,- belaufe. Dieser Betrag, der vom Verwaltungsgericht Wien zu tragen wäre, verstehe sich zzgl. Kostenpauschale von 15%, Sozialabgaben für die Anwaltskasse 4% und evtl. UST (sofern anwendbar) in der Höhe von 22%. Das Verwaltungsgericht Wien werde um Mitteilung ersucht, ob das Rechtsgutachten zu diesen Bedingungen in Auftrag gegeben werden soll.

Mit Schreiben vom 6.4.2023 wurde das Antwortschreiben des Bundesministeriums für Europäische und internationale Angelegenheiten samt Anfrage vom 16.12.2022 an den Beschwerdeführer übermittelt und in Bezug auf Rechtsgutachten zum ausländischen Recht auf VwGH 06.09.2018, Ra 2018/18/0094, verwiesen. Danach ist gemäß § 3 IPRG maßgebliches fremdes Recht von Amts wegen und wie in seinem ursprünglichen Geltungsbereich anzuwenden, wobei es in erster Linie auf die dort von der Rechtsprechung geprägte Anwendungspraxis ankommt. Nach § 4 Abs. 1 IPRG ist das fremde Recht und die Anwendungspraxis dazu von Amts wegen zu ermitteln. Zulässige Hilfsmittel hierfür sind etwa die Mitwirkung der Beteiligten, Sachverständigengutachten und die Inanspruchnahme der Staatendokumentation (§ 5 Abs. 3 BFA-G 2014). Zudem wurde darauf hingewiesen, dass Gutachten, die nicht von Amtssachverständigen erstattet werden, Barauslagen gemäß § 76 AVG sind (vgl. Hengstschläger/Leeb, AVG § 76 (Stand 1.4.2009, rdb.at), Rz.2ff) und der Beschwerdeführer aufgefordert gemäß § 76 Abs. 1 I S AVG einen von ihm bestimmten Betrag bekannt zu geben.

Am 27.4.2023 übermittelte der Beschwerdeführervertreter eine Stellungnahme, in welcher im Wesentlichen ausgeführt wird, es besteht seitens des Beschwerdeführers keine finanzielle Möglichkeit allfällige die Gebühren eines nichtamtlichen Sachverständigen zu tragen und sei die Einholung eines Rechtsgutachtens zum italienischen Krankenversicherungsrecht nach der Rechtsauffassung des Beschwerdeführers nicht entscheidungserheblich, da der Ehegattin des Beschwerdeführers während des Aufenthaltes in Italien die rechtliche Stellung einer Arbeitnehmerin bzw. Arbeitssuchenden zukam. Zudem habe der EuGH hinsichtlich der Erfüllung der Voraussetzung des umfassenden Krankenversicherungsschutzes bereits entschieden, dass in diesem Zusammenhang der Aufnahmemitgliedstaat jedoch über die Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit zu wachen und mithin dafür zu sorgen hat, dass es für den Unionsbürger/die Unionsbürgerin nicht übermäßig schwierig ist, diese Voraussetzungen zu erfüllen (Urteil vom 15. Juli 2021, Rs C-535/19, ECLI:EU:C:2021:595, Randnr. 59). Aus der Ausstellung der Anmeldebescheinigung für die Ehegattin des Beschwerdeführers sowie der Aufenthaltskarte für den Beschwerdeführer selbst ist zu folgern, dass die zuständige italienische Behörde in Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit jedenfalls von der Erfüllung der Voraussetzungen ausgegangen ist. Daran vermöge auch ein allenfalls einzuholendes Rechtsgutachten über das italienische Krankenversicherungsrecht nichts zu ändern.

II. Sachverhalt und Beweiswürdigung:

Aufgrund des Vorbringens des Beschwerdeführers, der Ergebnisse der mündlichen Verhandlung, des Aktes des gegenständlichen behördlichen Verfahrens und des Aktes des Verwaltungsgerichts Wien, des im ersten Rechtsgang beigeschafften Aktes des Bundesamtes für Fremdenwesen und Asyl, sowie der Aussage der Zeugin wird folgender entscheidungswesentlicher Sachverhalt als erwiesen festgestellt:

Der am ...1995 geborene Beschwerdeführer ist Staatsangehöriger von Gambia. Er verfügt über einen am 16.4.2018 ausgestellten Reisepass mit Gültigkeitsdauer bis 16.4.2023.

Der Beschwerdeführer schloss am 23.4.2018 in E. mit der am ...1965 geborenen Frau I. C., die österreichische Staatsbürgerin ist und die er Ende 2016 in Wien kennengelernt hatte, als er ihr in einer U-Bahn beim Tragen einer Einkaufstasche half, die Ehe. Für den Beschwerdeführer handelt es sich um die erste Ehe: Für Frau C. handelt es sich um die vierte Ehe. Frau C. war von 5.3.1993 bis 30.4.1998 mit Herrn J. K., geboren am ...1962, von 29.12.2000 bis 21.11.2005 mit Herrn L. M., geboren am ...1964, und von 26.6.2008 bis 6.11.2012 mit Herrn N. O., geboren am ...1983, verheiratet. Der Beschwerdeführer hat einen Sohn, geboren am ...2014, der bei seiner Schwester in Gambia lebt.

Voraufenthalte des Beschwerdeführers in Italien und Österreich

Der Beschwerdeführer reiste am 3.9.2015 nach Italien ein und stellte in Sardinien einen Asylantrag, der zu einem nicht feststellbaren Zeitpunkt abgelehnt wurde. Er hielt sich danach bis 5.7.2016 in Italien auf.

Am 8.7.2016 stellte der Beschwerdeführer in Österreich einen Asylantrag. Bei der Erstbefragung gab er als Grund an, in Italien habe er sich nicht wohl gefühlt, es habe beim Essen angefangen, und habe ihm ein Freund empfohlen, nach Deutschland zu gehen. Italien sei nicht die erste Wahl. In der Zweitbefragung am 19.9.2016 teilte er mit, die Ablehnung des Asylantrages sei nicht der einzige Grund gewesen, weshalb er von dort weg gewollt habe, er sei in Italien krank gewesen und sei die 6-monatige Aufenthaltsbewilligung nicht verlängert worden. Er hätte Tuberkulose gehabt, die in Italien nicht diagnostiziert worden sei, in Österreich sei er deswegen für 4 Wochen im Krankenhaus gewesen und nehme Medikamente.

Mit Bescheid vom 19.9.2016 wurde der Asylantrag aufgrund der Zuständigkeit Italiens als unzulässig zurückgewiesen, die Außerlandesbringung des Beschwerdeführers angeordnet, derzufolge seine Abschiebung nach Italien zulässig sei. In der dagegen erhobenen Beschwerde vom 3.10.2016 wurde im Wesentlichen vorgebracht, der Beschwerdeführer habe in Italien keine richtige Behandlung erhalten, d.h. die Tuberkulose sei nicht erkannt worden, und sei er dort bezüglich seiner Hörschwäche nicht ernst genommen worden, wohingegen er in Österreich einen Spezialisten konsultieren habe können und ein Hörgerät bekommen habe, sowie, dass er in Italien eine nur sechsmonatige Aufenthaltserlaubnis erhalten habe. Außerdem müssten abgeschobene Personen

in Italien auf der Straße schlafen, weil sich die Italiener nicht viel um diese kümmern würden, da es zu viele Immigranten gebe. Die Beschwerde vom 3.10.2016 wurde mit Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichts vom 16.11.2016 als unbegründet abgewiesen (zugestellt durch Übernahme des Empfängers am 22.11.2016 in der Unterkunft in P.).

Am 1.12.2016 wurde der Beschwerdeführer in der Erstaufnahmestelle ... in P. abgängig gemeldet und im Zentralen Melderegister abgemeldet. In der Folge war er von 6.12.2017 bis 10.1.2017 in Wien, Q.-gasse, und von 10.1.2017 bis 15.5.2017 in R., S.-gürtel, gemeldet. Eine Überstellung nach Italien am 13.1.2017, für welche bereits ein Flugticket ausgestellt worden war, konnte nicht durchgeführt werden, da der Beschwerdeführer laut der Hauptmieterin an der Wiener Adresse nur gemeldet und nicht dort wohnhaft war. Auch eine für den 2.3.2017 geplante Abschiebung konnte nicht durchgeführt werden, da der Beschwerdeführer an der Meldeadresse in R. nicht anwesend war, wobei der Unterkunftgeber gegenüber den einschreitenden Polizeibeamten angab, der Beschwerdeführer habe Herzprobleme und befinde sich in Wien in medizinischer Behandlung. Eine Anfrage beim Journdienst des Krankenanstaltenverbundes in Wien und dem LKH R. ergab, dass sich der Beschwerdeführer in keinem der Krankenhäuser aufhielt.

Der Vollständigkeit halber wird festgehalten, dass sich im Akt des Bundesamtes für Fremdenwesen und Asyl ein Antrag auf Duldung vom 30.8.2017, eingebracht per Fax vom Migrantinnenverein, befindet, dessen Bedeutung im Verfahren vor dem Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl gegenständlich nicht geklärt werden konnte. Da der verfahrensgegenständliche Antrag jedoch die Dokumentation eines unionsrechtlichen Aufenthaltsrechts begehrt, für welches asylrechtliche Vorgänge nicht entscheidend sind, konnte eine Klärung unterbleiben.

Der Beschwerdeführer besaß in Österreich eine Verfahrenskarte gemäß § 50 AsylG, ausgestellt am 9.7.2016. In Italien verfügte er zuletzt nach der Stellung eines Asylfolgeantrages über eine italienische Aufenthaltserlaubnis mit dem Zweck „Asylantrag“, ausgestellt am 28.2.2018 in E., gültig bis 25.8.2018.

Beschäftigung und Erkrankungen von Frau C. vor und nach dem Italiaufenthalt

Frau C. war vor dem Italienaufenthalt als Angestellte bei der T. in Wien von 1.12.2009 bis 31.12.2017 unselbständig beschäftigt.

Im letzten Jahr dieser Beschäftigung befand sie sich von 2.5.2017 bis 13.6.2017 nach einer Zuweisung „Burnout und reaktive Depression“ auf einem stationären Rehabilitationsaufenthalt. Der bei der Entlassung erstellte Kurzarztbrief vom 13.6.2017 lautet:

„Diagnosen:

F32.1 Mittelgradige depressive Episode
Reaktive Depression

E66.9 Adipositas, nicht näher bezeichnet

K21.9 Gastroösophageale Refluxkrankheit ohne Ösophagitis

I10 Essentielle (primäre) Hypertonie
Burnout.

Epikrise:

Die Aufnahme erfolgte mit Zuweisung durch den Fachärztin mit den Diagnosen Burnout und Depression. Sie habe sich zunehmend zurückgezogen, sei meist traurig und lustlos, energielos und überfordert gewesen und sei am liebsten gelegen.

Die Vormedikation mit Duloxetin wurde belassen und bei geringem Antrieb auf 60 mg erhöht.

Frau C. konnte sich gut in unser Therapieprogramm integrieren und profitierte vor allem von Musiktherapie und bewegungstherapeutischen Angeboten.

Die Stimmung, die Grübelneigung und der Antrieb besserten sich deutlich, die Rückzugssymptomatik trat in den Hintergrund, es persistierte eine etwas verringerte Belastbarkeit sowie eine deutliche Durchschlafstörung. Wir empfehlen vor der Reintegration in den Arbeitsmarkt noch eine Krankschreibung für 1- 3 Wochen.“

Die Therapieempfehlung umfasste eine medikamentöse Therapie (EXFORGE 5/80 mg Filmtabletten 1-0-0-0, NEBILAN 5 mg Tabletten 0-0-0-1/2, DULOXEHEXAL 30 mg magensaftresistente Hartkapseln 0-0-0-2), eine psychotherapeutische Weiterbehandlung und somatische Kontrolle durch einen Facharzt für Interne Medizin.

Von 28.7.2017 bis 31.8.2017 bezog Frau C. Krankengeld. Ab 23.10.2017 war sie von ihrem Dienstgeber freigestellt.

Frau C. selbst beschrieb ihre Erkrankung wie folgt: „Von Mai 2017 bis Oktober 2017 war ich in intensiver ärztlicher Behandlung (mit Reha Aufenthalt von 2.5.2017 bis 13.6.2017) und nehme regelmäßig wichtige Medikamente, die in Italien nicht erhältlich sind. Des Weiteren nehme ich halbjährliche Kontrolltermine beim Kardiologen wahr“ (Schreiben vom 24.5.2018 auf AS 102).

Sie unterbrach den Italienaufenthalt zweimal, für insgesamt etwa vier Wochen, um sich in Österreich mit ausreichend Medikamenten zu versorgen, da sie täglich Medikamente einnehmen muss (AS 305).

Nach ihrer Rückkehr aus Italien bezog Frau C. von 15.5.2018 bis 2.9.2018 Arbeitslosengeld. Seit 3.9.2018 ist sie bei der U. GmbH & Co KG als Angestellte beschäftigt.

Der zuletzt vorgelegte ärztliche Befundbericht der kardiologischen Gruppenpraxis/Facharzt für Innere Medizin vom 1.3.2021 lautet:

„...“

Diagnosen:

reaktive Depressio

lat Hypothereose

art Hypertonie

Bandscheibenprolaps L3/L4/L5

Hiatushernie; GERD; Dyskinesie Oesophagus.

Medikamentöser Therapieverschlagn:

EXFORGE Filmtabletten 5/80 mg 1-0-0-0

NEBIVOLOL ACT Tabletten 5 mg 0-0-0-1/2

DOXAPRESS Tabletten 4 mg wenn RR >180 mmHG

Weitere Empfehlungen:

Insgesamt Befundverbesserung gegenüber Erstordination von 2015; Blutdruckwerte stabil dabei nach wie vor intermittierend stressinduzierter Erhöhung der diastolischen Blutdruckwerte, erfolgreiche Gewichtsreduktion seit mehreren Jahren, positiver Aufenthalt REHA V. 2017 mit nachfolgender psychotherapeutischer Begleitung; derzeit mit Dreifachkombination größtenteils normotensive RR Werte erzielbar;“

Frau C. litt somit vor und nach dem Italienaufenthalt an behandlungsbedürftigen Erkrankungen, wie Bluthochdruck, Reflux/Oesophagitis und einer reaktiven

Depression, wobei sich im Jahr 2021 im Vergleich zur Erstordination von 2015 insgesamt eine Befundverbesserung ergab.

Aufenthalt und Unterkunftsnahme in Italien

Am 1.12.2017 reiste Frau C. nach G. und bezog mit dem Beschwerdeführer eine Unterkunft von AirBnB. Da sich der Beschwerdeführer jedoch in Sardinien anmelden musste, da er den Asylantrag dort gestellt hatte, reisten Frau C. und er am 5.12.2017 nach E., wo sie von 5.12.2017 bis 14.5.2018 im Hotel W., Viale ..., E., Unterkunft nahmen.

Laut Wohnsitzbestätigung der Gemeinde E. vom 14.2.2018 war Frau C. seit 7.2.2018 (der Beschwerdeführer laut Wohnsitzbestätigung vom 5.3.2018 seit 5.3.2018) in der VIA ... in E. wohnhaft. Bei der VIA ... handelt es sich um die Adresse des Meldeamtes, da der Computer eine Hoteladresse nicht als Meldeadresse akzeptierte (AS 305).

Anlässlich der Registrierung wurden für Frau C. neben der Wohnsitzbestätigung auch eine Karte mit einer italienischen Steuernummer (Codice fiscale) am 5.2.2018 sowie eine Bestätigung über eine meldeamtliche Eintragung als Bürger der Europäischen Union der Gemeinde E. (Sardinien, Italien) am 20.4.2018 (Antrag vom 7.2.2018) ausgestellt.

Frau C. hielt sich insgesamt für etwa 5 ½ Monate (von 1.12.2017 bis 14.5.2018), jedoch mit Unterbrechungen von insgesamt etwa 4 Wochen von 14.1.2018 bis 30.1.2018 und 25.3.2018 bis 7.4.2018, in denen sie in Österreich war, in Italien auf.

Eine Unterkunftsnahme auf einem Bauernhof erfolgte nicht. Eine Wohnung wurde ebenfalls nicht angemietet.

Während des Italienaufenthaltes behielt Frau C. ihren Wohnsitz in der Wohnung in Wien, X.-straße, in der sie seit 27.9.2006 ohne Unterbrechungen gemeldet ist, bei.

Von Frau C. während des Italienaufenthaltes angestrebte Tätigkeit

Frau C. war von 12.11.2017 bis 12.11.2018 Mitglied der D. Farms, Italy (D. Italy). Bei D. Italy handelt es sich um eine Vereinigung zur sozialen Förderung (associazione di promozione sociale) im Sinne des Decreto Legge vom 3. Juli 2017, Nr. 117, iVm dem italienischen Zivilgesetzbuch. Nach Art. 35 Abs. 1 dieses Dekrets sind diese Vereinigungen Einrichtungen des dritten Sektors, die gegründet wurden, um zugunsten ihrer Mitglieder, zugunsten derer Familienangehöriger oder Dritter eine oder mehrere Tätigkeiten gemäß Art. 5 (Tätigkeiten im allgemeinen Interesse) auszuüben, indem sie hauptsächlich die freiwillige Arbeit ihrer Mitglieder nutzen.

Freiwillige (sog. „D.er“) besuchen kleine Bauernhöfe, auf denen Familien und Kollektive (sog. „Gastgeber“) leben und arbeiten. D.er helfen bei der Hofarbeit und nehmen am Tagesablauf der Gastgeber teil, die ihnen Kost und Logis anbieten (vgl. unter <https://D..it/de/how-it-works>).

Die D. Charta (unter <https://docs.D..net/charter/D.-charta.pdf>) erklärt in Art. 1 „WAS IST D.“, dass D. eine weltweite Bewegung ist, die ökologische Höfe mit Besuchern (m,w,d) zusammenbringt, Wissens-Weitergabe fördert und eine globale Gemeinschaft aufbaut, die sich ökologischer Landwirtschafts-Praktiken bewusst ist.

Laut der Homepage von D. Italy ist die Tätigkeit von D.ern ein „Aktivurlaub“, bei dem ein Mitglied täglich für einige Stunden an landwirtschaftlichen Aktivitäten teilnimmt, aber auch Zeit hat, die Region zu genießen und zu entdecken, lustige Erlebnisse auszutauschen und der Natur ganz nah zu sein. Dabei gibt es keine Produktivitätsverpflichtungen, keine Untergebenen oder Hierarchien und keine Bezahlung. In einigen Ländern (wie den USA) kann D. als Praktikum genutzt werden, in anderen (wie Frankreich) jedoch nicht. (vgl. Antwort zur Frage „Ist D. Urlaub, ein Job oder ein Praktikum?“ unter <https://D..it/de/how-it-works>). D.en ist ein nicht-monetärer Austausch. Weder der D.er noch der Host werden eine Entschädigung leisten oder erhalten (vgl. Antwort zur Frage „Werde ich bezahlt?“ unter <https://D..it/de/how-it-works>).

Nach Art. 2 D. Charta „D. VEREINBARUNG“ heißen Gastgeber (m,w,d) D.er (m,w,d) willkommen und bieten ihnen eine saubere, trockene und sichere Unterkunft sowie ausreichendes Essen für drei Mahlzeiten am Tag. D.er (m,w,d) haben den

aufrichtigen Wunsch, den Lebensstil der Gastgeber (m,w,d) kennenzulernen, bei ihren täglichen Aktivitäten mitzumachen, sowie den Ort und die Menschen dort zu respektieren. Auf der Homepage von D. Italy wird geraten, dass Vereinbarungen betreffend Essen und Unterkunft vor der Ankunft mit den Gastgebern besprochen werden sollten, da einige Hosts Mahlzeiten für den/mit den D.ern zubereiten können, während andere eine Küche zur Verfügung stellen, in der D.er die eigenen Mahlzeiten mit den bereitgestellten Lebensmitteln und Kochutensilien zubereiten können (vgl. Antwort zur Frage „Werden Essen und Unterkunft gestellt?“ unter <https://D..it/de/how-it-works>).

Nach Art. 3 D. Charta „MITHILFE“ helfen D.er (m,w,d) freiwillig und unentgeltlich für die vereinbarte Zeit pro Tag bei den landwirtschaftlichen Aktivitäten auf dem Hof mit. Der genaue Tagesablauf kann von Hof zu Hof variieren und wird vor der Bestätigung eines Aufenthalts abgesprochen. D.er (m,w,d) haben keine Verpflichtung, gewinnbringend zu arbeiten und sind den Gastgebern (m,w,d) in keiner Weise untergeordnet. Sie erhalten keine Bezahlung und dürfen in keiner Weise Angestellte ersetzen (so auch Punkt 2.4. Relationships between hosts and D.ers (D.ing) in den „Internal Rules D. Italia“).

Ein D.er beteiligt sich an den landwirtschaftlichen Aktivitäten der Gastgeber freiwillig und unentgeltlich. Die von D.ern angebotene Mithilfe entspricht üblicherweise fünf halben Tagen pro Woche, wobei der genaue Zeitplan vor der endgültigen Zusage vereinbart wird, um beiden Seiten gerecht zu werden. Dieser Rahmen kann von Land zu Land leicht variieren; in den meisten Ländern beläuft er sich auf etwa 25 Stunden pro Woche. Die Vereinbarung zwischen Gastgeber und D.er ist keineswegs ein bindender Vertrag. Es ist am besten, jede Vereinbarung mit jedem Gastgeber tage- oder wochenweise anzupassen (vgl. Antwort zur Frage „Wie viele Stunden sollte ich an den Aktivitäten teilnehmen?“ unter <https://D..it/de/how-it-works>).

Nach Art. 5 D. Charta „BILDUNGSARBEIT“ haben die Gastgeber (m,w,d) den aufrichtigen Wunsch, ihr Wissen über ökologischen Landbau, Agrarökologie und ihren ökologischen Lebensstil weiterzugeben. Sie verfolgen einen informellen pädagogischen Ansatz und zeigen mit gutem Beispiel, wie man in Harmonie mit seiner Umwelt leben kann. Bitte beachte, dass D. keine bezahlte Arbeit oder

Freiwilligenarbeit ist. D.en ist eine Erfahrung im Bereich der Bildung und Kultur und D.-Mitglieder sind Gäste ihrer Gastgeber. Ein D.er ist ein TOURIST, KEIN ARBEITNEHMER oder VOLUNTÄR (vgl. Hervorhebungen auf der Webpage von D. Italy bei der Antwort zur Frage „Welches Visum benötige ich?“ unter <https://D..it/de/how-it-works>).

Nach Art. 6 D. Charta „AGRARÖKOLOGIE“ bewirtschaften die Gastgeber (m,w,d) das Land mit ökologisch sinnvollen Techniken. Alle Mitglieder unterstützen und fördern die Agrarökologie und engagieren sich für eine nachhaltige Lebensweise.

Frau C. nahm in Sardinien mit den drei auf der Plattform von D. registrierten Bauernhöfen nahe E. Kontakt auf, da sie anstrebte, als D.erin auf einem Bauernhof mitzuhelfen. Zwei der drei Bauernhöfe nahmen im Winter keine D.er auf. Der Junior des dritten Bauernhofes (Familie H.) stellte im März 2018 anlässlich einer Besichtigung vor Ort mündlich eine Tätigkeit als D.er ab Mai 2018 für Frau C. und den Beschwerdeführer in Aussicht, sagte aber kurz davor telefonisch ab, da er anders entschieden habe. Bei dieser Tätigkeit hätte Frau C. nach ihren eigenen Angaben täglich 6 Stunden unter dessen Anleitung bei den landwirtschaftlichen Tätigkeiten mithelfen und lernen können, mit den zum Hof gehörigen Schafen umzugehen und diese zu melken, Kenntnisse über den Ablauf der Käseproduktion erwerben und darüber, was mit der Wolle von den Schafen gemacht wird, da man nicht aus jedem Schaffell Wolle machen könne und es vielleicht auch eine andere Verwendung gegeben hätte. Während des Aufenthaltes wären freie Kost und Logis durch den Gastgeber angeboten worden.

Neben der Kontaktaufnahme mit den drei auf der Plattform von D. Italy registrierten Bauernhöfen nahe E. versuchte Frau C. von Februar 2018 bis zur mündlichen Zusage des Jungbauern der Familie H. im März 2018 beim wöchentlichen Marktbesuch in E. mit Bauern, die nicht bei D. Italy registriert waren, ins Gespräch zu kommen. Zudem fuhr sie fast täglich mit dem Bus in ländliche Gebiete, um die Gegend samt Busverbindungen zu erkunden, sowie um, falls sich dort Bauern befinden würden, die nicht bei D. Italy registriert waren, mit diesen direkt Kontakt aufzunehmen.

Im Gegensatz zum Beschwerdeführer, der etwa dreimal die Woche als Tagelöhner auf Bauernhöfen rund um E. gegen Entgelt arbeitete, suchte Frau C. keine Arbeit als Tagelöhnerin und strebte eine solche auch nicht an. Es bestanden seitens Frau C. keine tatsächlichen Erwerbsabsichten. Sie suchte jedoch nach einer Wohnung und kontaktierte ein Sprachstudio zwecks Übersetzung von Unterlagen und für geplante Sprachkurse.

In der betreffenden Region in Sardinien war im Winter auf dem Beschäftigungsmarkt für unselbständige Arbeitskräfte in der Landwirtschaft ausschließlich die Arbeit von Tagelöhnern nachgefragt. Stelleangebote für Vollzeitkräfte oder Saisonarbeiter gab es in dieser Jahreszeit nicht. Eine Mithilfe von Freiwilligen für ein paar Stunden täglich, die landwirtschaftliche Tätigkeiten ohne eine Arbeitsverpflichtung erst einmal erlernen wollen, war auf diesem Beschäftigungsmarkt nicht üblich.

Frau C. stellte Überlegungen zu den Möglichkeiten an, nach der Mithilfe als D.erin am Bauernhof eine selbstständige landwirtschaftliche Tätigkeit in Sardinien auszuüben.

Krankenversicherungsschutz von Frau C. während des Italiaufenthaltes

Frau C. war während des von 1.12.2017 bis 14.5.2018 mit Unterbrechungen andauernden Italiaufenthaltes zunächst bis zur Beendigung ihrer Beschäftigung bei der T. am 31.12.2017 bei der Österreichischen Gesundheitskasse aufgrund ihrer unselbständigen Erwerbstätigkeit pflichtversichert.

Danach war sie aufgrund des Ruhens des Arbeitslosengeldes bei einem Auslandsaufenthalt gemäß § 16 Abs. 1 lit. g Arbeitslosenversicherungsgesetz in Österreich nicht krankenversichert bzw. nur in jenen Zeiträumen krankenversichert, in denen sie sich während der Unterbrechungen ihres Italiaufenthaltes (14.1.2018 bis 30.1.2018 sowie 25.3.2018 bis 7.4.2018) in Österreich arbeitslos meldete (23.1.2018 bis 30.1.2018 sowie 26.3.2018 bis 6.4.2018), um in den Schutz einer Krankenversicherung für Arztbesuche und den Erhalt verschriebener Medikamente zu kommen.

Die Richtlinie 2004/38/EG wird in Italien durch das Decreto Legislativo vom 6. Februar 2007, Nr. 30, Gazzetta Ufficiale n. 72 del 27 marzo 2007, umgesetzt. Art. 7 Z 1 lit. b und Art. 9 Z 3 lit. b dieses Dekrets sehen für die Wohnsitzmeldung die Vorlage einer Krankenversicherung oder eines anderen geeigneten Nachweises vor, wie auch immer dieser bezeichnet ist, die alle Risiken im Staatsgebiet abdeckt („un'assicurazione sanitaria o di altro titolo idoneo comunque denominato che *copra tutti i rischi nel territorio nazionale*“).

Nach einem dreimonatigen Aufenthalt gemäß Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie 2004/38, also jedenfalls ab 1. März 2018 war für das Vorliegen eines rechtmäßigen Aufenthaltes ein „umfassender Krankenversicherungsschutz“ gemäß Art. 7 Abs. 1 lit b Richtlinie 2004/38 vorgeschrieben (siehe dazu unter Punkt III).

Betreffend den Krankenversicherungsschutz in Italien schloss Frau C. für den Zeitraum von 28.12.2017 bis 28.12.2018 eine über die WAI (Welcome Association Italy) vermittelte private Krankenversicherung der Generali Italia S.p.A. für Italien ab. Diese private Krankenversicherung war mit 75.000 beschränkt und enthielt weitgehende Ausschlüsse, etwa für akute Krankenhausbehandlungen aufgrund von Vorerkrankungen und für Geisteskrankheiten.

Gemäß Art. 18 Abs. 1 des Decreto Legge vom 3. Juli 2017, Nr. 117 müssen Einrichtungen des dritten Sektors, die Freiwillige einsetzen, diese gegen Unfälle und Krankheiten im Zusammenhang mit der Durchführung von Freiwilligentätigkeiten sowie gegen die zivilrechtliche Haftung gegenüber Dritten versichern. Die über D. Italy abgeschlossene Krankenversicherung gilt nur auf den Bauernhöfen bzw. Ausbildungszentren (der Bauernhof muss auf der Liste von D. Italia angeführt sein, AS 18). Da sich Frau C. nicht auf einem Bauernhof von D. aufhielt, kam diese Krankenversicherung nicht zur Anwendung.

Frau C. war somit während des etwa 5 ½ Monate andauernden Italienaufenthaltes insgesamt für etwa 4 Monate (1.1.2018 bis 22.1.2018, 31.1.2018 bis 25.3.2018 und 7.4.2018 bis 14.5.2018) ausschließlich über die private Krankenversicherung der Generali Italia S.p.A. krankenversichert.

Gemäß Art. 32 Abs. 1 der italienischen Verfassung hütet die Republik die Gesundheit als Grundrecht des einzelnen und als Interesse der Gemeinschaft und gewährleistet den Bedürftigen kostenlose Behandlung. Art. 7 Abs. 1 lit b Richtlinie 2004/38 setzt jedoch den Besitz von ausreichenden Existenzmitteln (also das Fehlen der Bedürftigkeit) voraus, sodass von diesem Grundrecht, das auch auf Unionsbürger anwendbar ist (vgl. Accordo-Stato-Regioni vom 20.12.2012, Allegato: Indicazioni per la corretta applicazione della normativa per l'assistenza sanitaria alla popolazione straniera da parte delle regioni e province autonome italiane, Fn. 130), nicht auf einen rechtmäßigen Aufenthalt Art. 7 Abs. 1 lit b Richtlinie 2004/38 geschlossen werden kann.

Der Accordo-Stato-Regioni vom 20.12.2012, in dem auf das Circolare Ministro della Salute DG RUERI/II/12712/1.3.b del 3 agosto 2007 verwiesen wird, unterscheidet betreffend in Italien aufhältige Unionsbürger folgende Krankenversicherungen beim Servizio Sanitario Nazionale (SSN):

1. obligatorische Registrierung (Punkt 2.1 „iscrizione obbligatoria“)
2. freiwillige Versicherung (Punkt 2.2. „contratto di assicurazione sanitaria e iscrizione volontaria“)
3. Besitzer der EKVK und von Gemeinschaftsformularen (E106/S1, E109/S1, E112/ S2, E120/S1, E121/S1, E123/DA1, SED 5072) (Punkt 2.3. „TEAM e attestazioni di diritto rilasciate da istituzioni comunitarie (Formulari comunitari)“)
4. Bedürftige ohne EKVK, ohne Bestätigung eines Aufenthaltsrechts und ohne die Voraussetzungen für eine Einschreibung bei der SSR (Servizio Sanitario Regionale) – Codice ENI (Punkt 2.4. „soggiornanti indigenti, senza TEAM, senza attestazione di diritto di soggiorno, senza requisiti per l'iscrizione al SSR (codice ENI)“).

Die freiwillige Krankenversicherung (Punkt 2.2.) betrifft jene Unionsbürger, die ihren Wohnsitz oder Aufenthalt für mehr als drei Monate in Italien haben und nicht gemäß dem EU-Sozialversicherungsrecht in ihrem Herkunftsland krankenversichert sind, also keine Anspruchsnachweise (amtliche Vordrucke E 106/S1, E 120/S1, E 121/S1, E 109/S1, SED 072, TEAM) besitzen, und die kein Recht auf obligatorische Registrierung beim SSN haben.

Hingegen betrifft der Codice ENI (Punkt 2.4.) jene Bürger der Europäischen Union, die im Staatsgebiet nicht ansässig sind, die die Voraussetzungen für die obligatorische Registrierung beim SSN nicht erfüllen und von den Herkunftsländern nicht unterstützt werden (d.h. die keine amtlichen Vordrucke E 106/S1, E 120/S1, E 121/S1, E 109/S1 und SED 072, TEAM, haben). Diese Personen sind verpflichtet die ihnen erbrachte Leistung zu bezahlen. Wenn sie aufgrund von Mittellosigkeit/Bedürftigkeit nicht in der Lage sind, die Leistung zu bezahlen, müssen sie gegenüber der örtlichen Gesundheitsbehörde selbst bescheinigen, dass sie die Voraussetzungen für die Sozialhilfe nicht erfüllen, und ihren Zustand der Armut/Bedürftigkeit selbst erklären.

Vorliegend hätte Frau C. keine Krankenversicherung unter dem Codice ENI erhalten, da sie in Italien ansässig war und über ausreichende Existenzmittel verfügte, wodurch das Kriterium der Bedürftigkeit nicht vorgelegen hätte. Sie hätte jedoch nach einem dreimonatigen Aufenthalt in Italien eine freiwillige Krankenversicherung beim SSN abschließen können. Da sie dies nicht getan hat, sondern lediglich über eine private Krankenversicherung verfügte, hätte sie bei einem akuten Krankheitsfall innerhalb der von der privaten Versicherung vorgesehenen Ausschlüsse einen allenfalls daran anschließenden Krankenhausaufenthalt selbst bezahlen müssen (vgl. Simone Loro, Leitlinien zur Gesundheitsbetreuung der Ausländer und der EU-Bürger, 1. November 2018, 10, unter https://www.provinz.bz.it/gesundheit-leben/gesundheit/downloads/Leitlinien_zur_Gesundheitsbetreuung.pdf).

Öffentliches Gesundheitssystem in Italien

Das öffentliche Gesundheitssystem in Italien basiert auf dem Wohnsitzprinzip. Sachleistungen bei Krankheit erhalten alle, die bei den lokalen Gesundheitsdiensten (Azienda sanitaria locale) gemeldet sind und alle, die nach den geltenden nationalen und EU-Rechtsvorschriften anspruchsberechtigt sind. Die stationäre Behandlung erfolgt kostenlos in öffentlichen Krankenhäusern und Privatkliniken, die dem Nationalen Gesundheitsdienst (Servizio Sanitario Nazionale, SSN) angeschlossen sind. Vom lokalen Gesundheitsdienst oder von Ärzten oder Apothekern, die dem Krankenversicherungssystem angeschlossen sind, werden Behandlungen bzw. Arzneimittel kostenlos erbracht, mit Ausnahme von Arzneimitteln, die nicht im Handbuch der verschreibungsfähigen Arzneimittel

aufgeführt sind, oder von Diagnose- und Laboruntersuchungen, für die eine Selbstbeteiligung zu leisten ist (vgl. Europäische Kommission, Ihre Rechte der sozialen Sicherheit in Italien, Juli 2013, 8, unter https://ec.europa.eu/employment_social/empl_portal/SSRinEU/Your%20social%20security%20rights%20in%20Italy_de.pdf).

Die Kostenbeteiligung (sog. „Ticket“) beträgt für die Nichtbefreiten höchstens € 46,15 pro Rezept. Bei der Notaufnahme im Rahmen der Ersten Hilfe beträgt der Selbstbehalt € 25 für Dienstleistungen, die mit dem weißen Code ohne anschließenden Krankenhausaufenthalt klassifiziert sind, und € 15 für diejenigen, die mit dem grünen Code klassifiziert sind. Ausgenommen von der Kostenbeteiligung sind Leistungen für akute Traumen oder Vergiftungen (vgl. Richiedere l'esenzone del ticket, und Accedere al pronto soccorso, unter <https://www.sardegna salute.it>).

Italien gewährt den eigenen Staatsangehörigen somit unentgeltlich einen Krankenversicherungsschutz, der keine Ausschlüsse für akute Behandlungen aufgrund von Vorerkrankungen oder für Geisteskrankheiten beinhaltet und auch nicht betraglich auf € 75.000 pro Versicherungsfall begrenzt ist.

Finanzielle Mittel während des Aufenthaltes in Italien

Frau C. verfügt über ein Konto bei der BAWAG PSK Bank mit der Kontonummer Am 31.12.2017 wies dieses Konto einen Kontostand in der Höhe von € 31.068,15 und am 4.4.2018 einen Kontostand in der Höhe von € 28.756,89 aus.

Die finanziellen Mittel stammen im Wesentlichen aus einer Überweisung vom 22.12.2017 in der Höhe von € 25.925,75 der T., des ehemaligen Arbeitgebers von Frau C., mit der Bezeichnung „Gehalt 12/2017“ sowie aus Überweisungen vom 2.3.2018 von Abfertigungsanwartschaften der Y. Vorsorgekassa.

Diese Feststellungen beruhen auf folgenden Erwägungen:

Die Feststellungen beruhen zum einen auf dem eindeutigen Akteninhalt (insbesondere Reisepass, Abfrage des Zentralen Fremdenregisters, etc.).

Im Übrigen beruhen die Feststellungen betreffend die persönlichen und familiären Verhältnisse auf den Angaben des Beschwerdeführers und der zeugenschaftlichen Aussage seiner Ehegattin in der mündlichen Verhandlung vor dem Verwaltungsgericht sowie der niederschriftlichen Zeugeneinvernahme vom 14.5.2019 vor der belangten Behörde.

Die Feststellungen zum Aufenthalt und zur Unterkunftnahme von Frau C. und des Beschwerdeführers in Italien ergeben sich insbesondere aus den folgenden Reiseunterlagen:

- Zugbuchung Wien G. vom 29.11.2017
- Bestätigung für 8 Übernachtungen in G. vom 1.12.2017 bis 9.12.2017 für 2 Personen
- Zugtickets für 1 Person von G. nach Z., von Z. nach F. und von F. nach AA., jeweils am 5.12.2017; Fährenticket für Frau C. von AA. nach AB. am 5.12.2017
- Rechnung des Hotels W., Viale ..., E., vom 6.12.2017 für Frau C. über 1 Nächtigung am 6.12.2017
- Vertrag für Mobiltelefonie Wind und Ladebon vom 6.12.2017
- Rechnung des Hotels W., Viale ..., E., vom 11.12.2017 für Frau C. über 4 Nächtigungen vom 7.-11.12.2017
- Rechnung des Hotels W., Viale ..., E., vom 12.5.2018 für Frau C. und den Beschwerdeführer für 5 Monate (von 11.12.2018 bis 14. Mai 2018)
- Kontoauszüge von Dezember 2017 bis April 2018 sowie MasterCard Weiss Abrechnungen, auf welchen u.a. Bargeldabhebungen und Bezahlungen in Sardinien ersichtlich sind
- Rechnung der Fluglinie Alitalia für Frau C. für einen Flug am 14.1.2018 von AC. nach F.; Boarding Pass der Fluglinie British Airways für einen Flug am 14.1.2018 von F. nach London Heathrow; Boarding Pass der Fluglinie British Airways für einen Flug am 14.1.2018 von London Heathrow nach Wien
- Zugticket der ÖBB für Frau C. vom 29.1.2018 von Wien nach F.; Boarding Pass der Fluglinie Alitalia für Frau C. für einen Flug am 30.1. von F. nach AC.
- Boarding Pass der Fluglinie Vueling für Frau C. für einen Flug am 25.3. von AC. nach Barcelona; Boarding Pass der Fluglinie Vueling für einen Flug am 25.3. von Barcelona nach Wien
- Buchungsbestätigung und Boarding Pass der Fluglinie Eurowings von Wien nach AD. am 7.4.2018
- Flugtickets der Fluglinie Alitalia für den Beschwerdeführer und Frau C. für einen Flug am 14.5. von AC. nach F.; Zugtickets der ÖBB für 2 Plätze für eine Fahrt am 14.5.2018 von F. nach Wien

- Erklärung an die italienischen Behörden der Wohnsitzverlegung ins Ausland des Beschwerdeführers vom 28.5.2018 und von Frau C. vom 29.5.2018

Aus den Reiseunterlagen geht hervor, dass Frau C. von 1.12.2017 bis 9.12.2017 eine Wohnung in G. gebucht hatte, dass sie jedoch bereits am 5.12.2017 nach Sardinien reiste und von 6.12.2017 bis 14.5.2018 im Hotel W. in E. Unterkunft nahm. Weiters ergibt sich aus den Reiseunterlagen, dass sich Frau C. in folgenden Zeiträumen in Österreich aufhielt: 14.1.2018 bis 29.1.2018/30.1.2018, 25.3.2018 bis 7.4.2018 sowie, dass sie am 14.5.2018 gemeinsam mit dem Beschwerdeführer nach Österreich zurückkehrte.

Die Feststellungen zu der von Frau C. während des Italienaufenthaltes angestrebten Tätigkeit ergeben sich zum einen aus ihrer zeugenschaftlichen Aussage in der mündlichen Verhandlung vor dem Verwaltungsgericht und der niederschriftlichen Zeugeneinvernahme vom 14.5.2019 vor der belangten Behörde. Daraus geht hervor, dass Frau C. beabsichtigte, als D.erin in Sardinien auf einen bei D. Italy registrierten Bauernhof nahe E. mitzuhelfen und dort Unterkunft zu nehmen, wobei insgesamt lediglich drei Bauernhöfe diesen Suchkriterien entsprachen, von welchen zwei Bauernhöfe im Winter keine Personen aufnahmen. Weiters ergibt sich aus ihren Angaben in der mündlichen Verhandlung, dass sie mit öffentlichen Verkehrsmitteln die Umgebung von E. erkundete, um zu sehen, ob es dort weitere Bauernhöfe gab bzw. wie lange eine Busfahrt nachhause dauern würde, wenn sie dort arbeiten würde, und dass sie beim Einkaufen auf dem wöchentlichen Bauernmarkt in E. versuchte mit Biobauern, die nicht auf der Plattform von D. Italy registriert waren, ins Gespräch zu kommen. Den Feststellungen war weiters ihre Angabe zugrunde zu legen, dass der Jungbauer des dritten bei D. Italy registrierten Bauernhofes nahe E., dem Bauernhof der Familie H., im März 2018 eine mündliche Zusage für eine Tätigkeit von Frau C. und dem Beschwerdeführer als D.er ab Mai 2018 gab, nach welcher Frau C. ihre Suche beendete, sowie, dass der Jungbauer kurz vor Beginn der angestrebten Tätigkeit im Mai absagte.

Zum anderen ergeben sich die Feststellungen zu der von Frau C. angestrebten Tätigkeit als D.erin in Italien aus den Angaben dieser sozialen Organisation auf deren Homepage und in der D. Charta, aus welchen unzweifelhaft hervorgeht, dass das Verhältnis zwischen den Gastgebern und den D.ern durch eine fehlende

Hierarchie, fehlendes Entgelt und fehlende Produktivitätsverpflichtungen der D.er gekennzeichnet ist, dass D.er neben der freiwilligen Mithilfe bei der Arbeit auf dem Bauernhof u.a. Zeit haben die Gegend zu erkunden, und dass auch die freie Kost und Logis durch die Gastgeber lediglich angeboten – und nicht als Gegenleistung für Arbeit auf dem Bauernhof gewährt – werden, zumal D.er in keiner Weise Angestellte ersetzen dürfen und es sich bei der Mithilfe auf dem Bauernhof um einen Aktivurlaub handelt (siehe zur rechtlichen Qualifikation siehe unter Punkt III).

Wenn somit die angestrebte Tätigkeit als freiwillige Helferin auf einem Bauernhof in der Revisionsschrift als „Stelle“ für eine „Praktikantin“ bezeichnet wird (siehe dort S 3f), widerspricht dies diametral der im D.-Statut und auf der Homepage von D. Italy angegebenen Selbstbeschreibung der Tätigkeit und den sozialen und ökologischen Zielen dieser Vereinigung zur sozialen Förderung nach italienischem Recht, die Tätigkeiten im allgemeinen Interesse ausübt.

Angesichts der im vorgelegten ärztlichen Befund vom 13.6.2017 als reaktive Depression und Burnout diagnostizierten Erkrankung von Frau C. vor dem Italienaufenthalt, die immerhin einen eineinhalbmonatigen stationären Rehabilitationsaufenthalt umfasste, ist davon auszugehen, dass sich Frau C. im Rahmen einer vorübergehenden Auszeit vom Berufsleben bei der von D. Italy angebotenen Mitarbeit auf einem Biobauernhof auf die eigene Verwurzelung in der Natur rückbesinnen wollte (siehe ihre Selbstbezeichnung als naturverbundener Mensch in der mündlichen Verhandlung, den Hinweis auf den mehrmonatigen Aufenthalt als Jugendliche auf einem Bauernhof in Flandern sowie auf die Abstammung ihrer Mutter von einem Bauernhof im Burgenland). Dies schließt auch nicht aus, dass die Zeugin, wie vor der Behörde in der niederschriftlichen Zeugeneinvernahme vom 14.5.2019 angegeben, den Entschluss gefasst hatte, nach Italien zu gehen wegen der Projekte und sie sich zuerst Sardinien einmal ansehen wollte, in erster Linie wegen ihres Ehemannes, da sie „testen“ habe wollen, ob das Zusammenleben mit ihm funktioniert, sowie, dass sie Überlegungen dazu anstellte, wie sie nach einer Tätigkeit als D.erin einer selbstständigen landwirtschaftlichen Tätigkeit nachgehen könnte, die sich jedoch in Sardinien letztlich nicht verwirklichen ließ (siehe AS 210).

Dass Frau C. Überlegungen zur Ausübung einer selbstständigen landwirtschaftlichen Tätigkeit anstellte, ergibt sich einerseits daraus, dass sie vor der belangten Behörde in der mündlichen niederschriftlichen Einvernahme als Zeugin vom 14.5.2019 angab, sie habe sich nur den Projekten gewidmet, und habe selbständig sein wollen und nicht mehr angestellt, und ausdrücklich die Frage verneinte, ob sie auch anderweitig auf Jobsuche gewesen sei (AS 210f). Die von ihr genannten Projekte, die sie vor der Behörde noch nicht näher konkretisieren konnte und von denen sie angab, sie habe nicht bei den Projekten gearbeitet, sondern erst mal Recherchen geführt, mit den Bauern Kontakt aufgenommen und verschiedene Kontakte aufgebaut, recherchiert, wo sie arbeiten könnte und möchte, habe aber nicht dort gearbeitet (AS 210f), beschrieb sie in der mündlichen Verhandlung als die Produktion von Schafkäse und die Weiterverarbeitung von Schafwolle. Dass die Zeugin selbst die Absicht der Ausübung einer selbstständigen Tätigkeit bereits Mitte Mai 2018 mit der Rückkehr nach Österreich aufgab, obwohl eine solche Tätigkeit nach der Eheschließung auch in anderen Regionen Italiens ausgeübt hätte werden können, zumal dem Beschwerdeführer diesfalls bei Vorliegen der Voraussetzungen ein von Frau C. abgeleitetes Aufenthaltsrecht zugekommen wäre, lässt jedoch an der Ernsthaftigkeit der Umsetzung dieses Vorhabens zweifeln.

Im Übrigen wurde erst nach dem vorangehenden entsprechenden Revisionsvorbringen der Fokus auf eine - von Frau C. in Italien angeblich angestrebte - unselbstständige Tätigkeit gelegt, was angesichts der ausdrücklichen Verneinung einer solchen Tätigkeit vor der Behörde in der niederschriftlichen Zeugeneinvernahme vom 14.5.2019, wenig glaubwürdig erscheint. Daran ändert auch nichts, dass Frau C. auf Vorhalt dieser Niederschrift in der mündlichen Verhandlung vor dem Verwaltungsgericht angab, sie hätte bei der belangten Behörde sehr wohl gesagt, dass sie auf Arbeitssuche gewesen sei und arbeiten möchte, es aber natürlich bevorzuge, ihr eigener Herr zu sein, wenn es sich realisieren lasse, da sie diese Aussage ausschließlich auf eine Tätigkeit als D.erin bezog, welche jedoch nicht als „Arbeit“ im unionsrechtlichen Sinn anzusehen ist (siehe zur rechtlichen Beurteilung der Tätigkeit als D.erin unter Punkt III). Wenn die Zeugin vorbringt, sie hätte vor der Magistratsabteilung 35 sehr viel mehr gesagt, aber diese hätte nicht alles aufgeschrieben, so ist sie darauf zu verweisen, dass sie die niederschriftliche Zeugeneinvernahme vom 14.5.2019

eigenhändig unterschrieben hat und die Behörde auf das Fehlen von Inhalten hätte hinweisen können. Darüber hinaus ist auch in der vom rechtsfreundlich vertretenen Beschwerdeführer eingebrachten Stellungnahme vom 6.8.2019 im behördlichen Verfahren noch ausdrücklich angegeben, sie hätten versucht, sich über Projekte selbstständig zu machen und sei dieser Versuch jedoch gescheitert, weshalb sie nach Österreich zurückgekehrt seien. Im Anhang zur Stellungnahme vom 11.11.2019 gab Frau C. dann zwar an, als Vorbereitung für die beabsichtigte Tätigkeit (selbständig oder als Dienstnehmer) sei die Mitgliedschaft in der Vereinigung D. beantragt worden (AS 304), bezog aber den Begriff der unselbständigen Beschäftigung (ausschließlich) auf die freiwillige Mithilfe auf den bei D. Italy registrierten Bauernhöfen (siehe zur rechtlichen Beurteilung wiederum unter Punkt III), zumal dort auch im unmittelbar nachfolgenden Satz D. von der Zeugin als Vereinigung von Biobauern bezeichnet wird, die freiwilligen Helfern Kost und Logis sowie Unterricht/Mitarbeit an diversen Pilotprojekten bieten und sie sowohl Unterkunft als auch Einblick in die Projekte erhalten wollte.

Darüber hinaus verneinte Frau C. auch in der mündlichen Verhandlung vor dem Verwaltungsgericht ausdrücklich die Frage, ob sie versucht habe, wie der Beschwerdeführer als Tagelöhner/in auf Bauernhöfen zu arbeiten, und brachte damit unzweifelhaft zum Ausdruck, dass sie in Wirklichkeit keine unselbständige Beschäftigung in der Landwirtschaft suchte oder anstrebte. Dass Frau C. keine tatsächlichen Erwerbsabsichten verfolgte, ergibt sich somit aus ihren eigenen Angaben in der mündlichen Verhandlung.

Dass in der betreffenden Region in Italien im Winter das Angebot auf dem Beschäftigungsmarkt für Landarbeiter auf Tagelöhner beschränkt war, folgt aus den Angaben des Beschwerdeführers in der mündlichen Verhandlung, der ausführte, er hätte ca. dreimal die Woche als Tagelöhner auf Bauernhöfen rund um E. gearbeitet, eine Vollzeitbeschäftigung aber nicht gefunden. Dass die Zeugin nicht versuchte, eine Beschäftigung zu erlangen, die auf dem bestehenden lokalen Beschäftigungsmarkt üblich war, auf welchem in der betreffenden Jahreszeit für Landarbeiter offene Stellen nur als Tagelöhner zur Verfügung standen, hat sie in der mündlichen Verhandlung selbst angegeben.

Eine mangelnde Glaubwürdigkeit des Vorbringens sie sei arbeitssuchend gewesen, ergibt sich auch daraus, dass es unplausibel wäre, wenn der Zeugin, die in der mündlichen Verhandlung einen äußerst praktisch orientierten und organisierten Eindruck hinterließ, bei der Beurteilung des lokalen Beschäftigungsmarktes eine so krasse Fehleinschätzung unterlaufen wäre, dass sie - obwohl ihr einerseits von dem im selben Haushalt aufhältigen Beschwerdeführer bekannt war, dass der lokale Beschäftigungsmarkt für Landarbeiter lediglich ein Angebot für Tagelöhner aufwies – sich darauf beschränkte zu versuchen, auf dem wöchentlichen Bauernmarkt mit Bauern ins Gespräch zu kommen und die Umgebung von E. mit öffentlichen Verkehrsmitteln zu erkunden, wie dies auch im Urlaub üblich ist, wenn man Land und Leute kennenlernen möchte, selbst wenn sie auf dem Bauernmarkt ein paar Mal (von Februar bis zur Zusage des Jungbauern H. im März 2018) unverbindlich über Arbeitsmöglichkeiten auf den Höfen gesprochen haben mag. Im Übrigen hat die Zeugin in der mündlichen niederschriftlichen Einvernahme vom 14.5.2019 diesbezüglich selbst angegeben, sie habe nicht bei den Projekten gearbeitet, sondern erst mal Recherchen geführt, mit den Bauern Kontakt aufgenommen und verschiedene Kontakte aufgebaut, recherchiert, wo sie arbeiten könnte und möchte, habe aber nicht dort gearbeitet (AS 210f; vgl. auch die Bezugnahme auf die Absicht, sich über Projekte selbstständig zu machen, in der Stellungnahme des rechtsfreundlichen Vertreters vom 6.8.2019). Damit wird klar, dass es bei den Besuchen des Bauermarktes und den Erkundungen der Umgebung gar nicht darum ging, eine entgeltliche unselbständige Beschäftigung als Landarbeiterin zu finden, zumal die Zeugin diese – wie ihr Ehegatte – als Tagelöhnerin ausüben hätte können.

Es erscheint angesichts dieses Eindruckes in der mündlichen Verhandlung ungläubwürdig, dass die Zeugin eine so unrealistische Einschätzung des lokalen Beschäftigungsmarktes für landwirtschaftliche Arbeit im Winter vornahm und annahm, sie könne durch Gespräche auf dem Wochenmarkt und die Erkundung der Umgebung eine Arbeit im Landwirtschaftssektor finden, wobei sich diese Aktivitäten darüber hinaus auf den Zeitraum von lediglich einem Monat (nach ihren Angaben in der mündlichen Verhandlung Februar 2018 bis zur Zusage des Jungbauern H. im März 2018) beschränkten. Aus ihren eigenen Angaben ergibt sich auch, dass zwei der drei bei D. Italy registrierten Bauernhöfe nahe E. im Winter keine D.er aufnahmen, sodass es verwunderlich wäre, dass sie – wenn

selbst die Suche nach dieser, kein Arbeitsverhältnis darstellenden, unentgeltlichen freiwilligen Tätigkeit (zur rechtlichen Qualifikation siehe unter Punkt III) in der angegebenen Jahreszeit aus ihrer eigenen Erfahrung weitgehend erfolglos war – davon ausgegangen wäre, sie könnte eine Beschäftigung als Landarbeiterin durch die Erkundung der Umgebung und beiläufige Konversation mit Biobauern am wöchentlichen Markttag auf tun.

Vielmehr lässt auch die Tatsache, dass die Zeugin nach der mündlichen Zusage des einzigen auf der Plattform von D. Italy registrierten Bauern, der ihr gegenüber angab, auch im Winter bzw. im Frühjahr ab Mai D.er aufzunehmen, des H., – obwohl der mit ihr im gemeinsamen Haushalt lebende Beschwerdeführer als Tagelöhner auf nahegelegenen Bauernhöfen arbeitete – nicht ebenfalls, und nicht einmal zur Überbrückung des zweimonatigen Zeitraumes zwischen März 2018 und Mai 2018, einer Beschäftigung als Tagelöhnerin nachging, darauf schließen, dass sie in Wirklichkeit keine Erwerbsabsichten verfolgte.

Im Zusammenhang mit der etwa ein halbes Jahr bis zu einem Jahr zurückliegenden Diagnose „Burnout und reaktive Depression“, mit welcher ein eineinhalbmonatiger stationärer Rehabilitationsaufenthalt einherging, und der Beendigung ihres Dienstverhältnisses in Österreich mit 31.12.2017 mag es auch der Fall gewesen sein, dass die Zeugin eine Auszeit vom Berufsleben brauchte, in der sie auf einem Biobauernhof mitarbeiten wollte, sich aber einer Tätigkeit als Tagelöhnerin noch nicht gewachsen fühlte, was sie sich vielleicht nicht eingestehen wollte, sodass sie deshalb auch die freiwillige Tätigkeit als D.erin mit einem Arbeitsverhältnis gleichsetzte.

Hätte Frau C. tatsächlich die Ausübung einer unselbstständigen Beschäftigung als Arbeitnehmerin beabsichtigt, hätte sie sich entweder auf dem offiziellen Weg beim Arbeitsmarktservice in Italien registriert (vgl. Art. 64 Abs. 1 lit. b der Verordnung Nr. 883/2004, siehe dazu unter Punkt III), wodurch sie in Österreich weiter Arbeitslosengeld bezogen hätte und krankenversichert gewesen wäre, oder hätte - ebenso wie ihr Ehegatte - als Tagelöhnerin auf Bauernhöfen gearbeitet, woraus sich weitere Kontakte für unselbstständige Erwerbstätigkeiten in der Landwirtschaft in Sardinien ergeben hätten können.

Die Zeugin machte in der mündlichen Verhandlung zwar einen authentischen Eindruck, doch war ihren Angaben nur insoweit zu folgen, als diese nicht in sich widersprüchlich waren. Solche Widersprüche ergaben sich daraus, dass sie einerseits vorbrachte, sie sei auf der Suche nach Arbeit auf einem Bauernhof gewesen, andererseits aber verneinte, wie der Beschwerdeführer eine Arbeit als Tagelöhner auf Bauernhöfen gesucht zu haben. Davon, dass die Zeugin tatsächlich auf der Suche nach einer unselbständigen Beschäftigung als Landarbeiterin auf einem Bauernhof war, war somit nicht auszugehen. Dass sie nach einem Burnout eine Tätigkeit auf einem Bauernhof wie bei einem Aktivurlaub anstrebte, wodurch sie an glückliche(re) Zeiten in ihrer Kindheit erinnert worden wäre, erscheint hingegen nachvollziehbar.

Bei der Verneinung der tatsächlichen Erwerbsabsichten der Zeugin handelt es sich um eine Beurteilung im Rahmen der Beweiswürdigung, die auf die Glaubwürdigkeit bzw. Plausibilität der Aussage der Zeugin vor dem Hintergrund der weniger als ein Jahr zurückliegenden Diagnose „Burnout und reaktive Depression“ von 13.6.2017 und der Beendigung ihrer unselbstständigen Beschäftigung mit 31.12.2017 abstellt, und nicht um eine rechtliche Beurteilung, ob eine ernsthafte, objektiv nicht aussichtslose Arbeitssuche im unionsrechtlichen Sinne vorliegt (siehe dazu unter Punkt III), wie offenbar in der Revisionschrift angenommen (siehe dort S. 9).

Die Feststellungen betreffend die (Vor-)Erkrankungen von Frau C. ergeben sich aus den im Rahmen des Verfahrens vorgelegten Diagnosen in den Arztbriefen bzw. Befunden von 13.6.2017 und 1.3.2021. Darüber hinaus wurde in der Stellungnahme vom 6.8.2019 vom rechtsfreundlich vertretenen Beschwerdeführer ausdrücklich angegeben, Frau C. sei auf den Beistand des Beschwerdeführers angewiesen, da sie krank sei und Medikamente zu sich nehmen müsse. Dass sich die Erkrankungen der Zeugin zwischen 2015 und 2021 gebessert haben, wird im Befund vom 1.3.2021 einer Fachärztin für Innere Medizin ausdrücklich angeführt, obzwar nach wie vor die Diagnosen Bluthochdruck, Reflux/Oesophagitis sowie reaktive Depression vorlagen.

Den Feststellungen in Bezug auf den Krankenversicherungsschutz von Frau C. in Italien waren im Wesentlichen die im Verfahren vorgelegten Unterlagen betreffend

die mit der Generali Italia S.p.A. abgeschlossene Krankenversicherung für Italien zugrunde zu legen. Daraus ergibt sich, dass der Krankenversicherungsschutz im Zeitraum von 28.12.2017 bis 28.12.2018 bestand und nach der Versicherungspolizze mit 75.000 beschränkt war (AS 19 Rückseite, AS 271, AS 313) sowie weitgehende Ausschlüsse enthielt, wie etwa für akute Krankenhausbehandlungen aufgrund von Vorerkrankungen (Art. 3 lit a, AS 267, AS 317) und für Geisteskrankheiten (Art. 3 lit b, AS 267).

Dass Frau C. in den Unterbrechungen des Italienaufenthaltes Arbeitslosengeld bezog und damit in Österreich gesetzlich krankenversichert war, ergibt sich aus den folgenden durch sie selbst vorgelegten Unterlagen:

- Mitteilung über Leistungsanspruch vom 27.3.2018 und 22.5.2018 mit folgenden Angaben:
 - o 23.1.2018 bis 30.1.2018 Arbeitslosengeld
 - o 31.1.2018 bis 25.3.2018 Unterbrechung
 - o 26.3.2018 bis 16.3.2019 Arbeitslosengeld (beim 16.3.2019 handelt es sich um das voraussichtliche Leistungsende im Zeitpunkt der Ausstellung der Mitteilung)
- Wiedermeldung an das AMS vom 26.3.2018 wonach sich Frau C. von 31.1.2018 bis 25.3.2018 im Ausland befunden hat
- Abmeldung vom Leistungs-/Beihilfenbezug an das AMS vom 6.4.2018, wonach sich Frau C. ab 7.4.2018 im Ausland befindet
- Mitteilung über Leistungsanspruch vom 22.5.2018 mit folgenden Angaben:
 - o 26.3.2018 bis 6.4.2018 Arbeitslosengeld
 - o 7.4.2018 bis 14.5.2018 Unterbrechung
 - o 15.5.2018 bis 23.4.2019 Arbeitslosengeld

Die Feststellungen zum italienischen Krankenversicherungsrecht ergeben sich im Wesentlichen aus dem im Internet frei zugänglichen Anhang zum Accordo Stato Regioni vom 20.12.2012, betreffend die korrekte Anwendung der Gesundheitsvorschriften auf die ausländische Bevölkerung durch die Regionen und autonomen Provinzen Italiens, und einem Rundschreiben des Gesundheitsministers (Circolare Ministro della Salute DG RUERI/II/12712/1.3.b del 3 agosto 2007).

Im Hinblick auf die Feststellungen zum Anspruch auf Sachleistungen bei Krankheit und den abgedeckten Leistungen im Gesundheitssystem in Italien wurde insbesondere die Veröffentlichung der Europäischen Kommission, Ihre Rechte der sozialen Sicherheit in Italien, Juli 2013, herangezogen, aus welcher sich ergibt, dass in der für die eigenen Staatsangehörigen in Italien unentgeltlich gewährten

Krankenversicherung mit Ausnahme von Selbstbehalten für bestimmte Leistungen keine gleichartigen Ausschlüsse oder betragliche Begrenzungen bestehen, wie in der privaten Krankenversicherung bei der Generali Italia S.p.A..

Die Feststellungen zum Verfahrensgang ergeben sich aus der dem Verwaltungsgericht Wien vorliegenden Aktenlage.

III. Rechtliche Beurteilung:

1. Rechtsgrundlagen:

Die maßgeblichen Rechtsvorschriften des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes (NAG), BGBl. I Nr. 100/2005 idF BGBl. I Nr. 221/2022, lauten:

„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;

[...]

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) Zum Nachweis des unionsrechtlichen Aufenthaltsrechts sind ein gültiger Personalausweis oder Reisepass, die Anmeldebescheinigung oder die Bescheinigung des Daueraufenthalts des zusammenführenden EWR-Bürgers sowie folgende Nachweise vorzulegen:

1. nach § 52 Abs. 1 Z 1: ein urkundlicher Nachweis des Bestehens der Ehe oder eingetragenen Partnerschaft;

[...]

Schweizer Bürger und deren Angehörige sowie Angehörige von Österreichern

§ 57. ... Für Angehörige von Österreichern gelten die Bestimmungen der §§ 52 bis 56 sinngemäß, sofern der Österreicher sein unionsrechtliches oder das ihm auf Grund des Freizügigkeitsabkommens EG-Schweiz zukommende Aufenthaltsrecht von mehr als drei Monaten in einem anderen EWR-Mitgliedstaat oder in der Schweiz in Anspruch genommen hat und im Anschluss an diesen Aufenthalt nach Österreich nicht bloß vorübergehend zurückkehrt.“

Die maßgeblichen Bestimmungen der 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 (Freizügigkeitsrichtlinie), lauten:

„Artikel 2 Begriffsbestimmungen

Im Sinne dieser Richtlinie bezeichnet der Ausdruck

1. „Unionsbürger“ jede Person, die die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaats besitzt;
 2. „Familienangehöriger“
 - a) den Ehegatten;
- [...]

Artikel 7

Recht auf Aufenthalt für mehr als drei Monate

(1) Jeder Unionsbürger hat das Recht auf Aufenthalt im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats für einen Zeitraum von über drei Monaten, wenn er

- a) Arbeitnehmer oder Selbstständiger im Aufnahmemitgliedstaat ist oder
- b) für sich und seine Familienangehörigen über ausreichende Existenzmittel verfügt, so dass sie während ihres Aufenthalts keine Sozialhilfeleistungen des Aufnahmemitgliedstaats in Anspruch nehmen müssen, und er und seine Familienangehörigen über einen umfassenden Krankenversicherungsschutz im Aufnahmemitgliedstaat verfügen oder

c)

— bei einer privaten oder öffentlichen Einrichtung, die von dem Aufnahmemitgliedstaat aufgrund seiner Rechtsvorschriften oder seiner Verwaltungspraxis anerkannt oder finanziert wird, zur Absolvierung einer Ausbildung einschließlich einer Berufsausbildung als Hauptzweck eingeschrieben ist und

— über einen umfassenden Krankenversicherungsschutz im Aufnahmemitgliedstaat verfügt und der zuständigen nationalen Behörde durch eine Erklärung oder durch jedes andere gleichwertige Mittel seiner Wahl glaubhaft macht, dass er für sich und seine Familienangehörigen über ausreichende Existenzmittel verfügt, so dass sie während ihres Aufenthalts keine Sozialhilfeleistungen des Aufnahmemitgliedstaats in Anspruch nehmen müssen, oder

d) ein Familienangehöriger ist, der den Unionsbürger, der die Voraussetzungen des Buchstabens a), b) oder c) erfüllt, begleitet oder ihm nachzieht.

(2) Das Aufenthaltsrecht nach Absatz 1 gilt auch für Familienangehörige, die nicht die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaats besitzen und die den Unionsbürger in den Aufnahmemitgliedstaat begleiten oder ihm nachziehen, sofern der Unionsbürger die Voraussetzungen des Absatzes 1 Buchstabe a), b) oder c) erfüllt.

[...]

Artikel 8

Verwaltungsformalitäten für Unionsbürger

(1) Unbeschadet von Artikel 5 Absatz 5 kann der Aufnahmemitgliedstaat von Unionsbürgern für Aufenthalte von über drei Monaten verlangen, dass sie sich bei den zuständigen Behörden anmelden.

(2) [...]

(3) Für die Ausstellung der Anmeldebescheinigung dürfen die Mitgliedstaaten nur Folgendes verlangen:

- von einem Unionsbürger, auf den Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe a Anwendung findet, nur die Vorlage eines gültigen Personalausweises oder Reisepasses, einer

Einstellungsbestätigung des Arbeitgebers oder einer Beschäftigungsbescheinigung oder eines Nachweises der Selbstständigkeit;

- von einem Unionsbürger, auf den Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe b Anwendung findet, nur die Vorlage eines gültigen Personalausweises oder Reisepasses sowie einen Nachweis, dass er die dort genannten Voraussetzungen erfüllt;

- von einem Unionsbürger, auf den Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe c Anwendung findet, nur die Vorlage eines gültigen Personalausweises oder Reisepasses, einer Bescheinigung über die Einschreibung bei einer anerkannten Einrichtung und über den umfassenden Krankenversicherungsschutz sowie einer Erklärung oder eines gleichwertigen Mittels nach Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe c. Die Mitgliedstaaten dürfen nicht verlangen, dass sich diese Erklärung auf einen bestimmten Existenzmittelbetrag bezieht.

(4) Die Mitgliedstaaten dürfen keinen festen Betrag für die Existenzmittel festlegen, die sie als ausreichend betrachten, sondern müssen die persönliche Situation des Betroffenen berücksichtigen. Dieser Betrag darf in keinem Fall über dem Schwellenbetrag liegen, unter dem der Aufnahmemitgliedstaat seinen Staatsangehörigen Sozialhilfe gewährt, oder, wenn dieses Kriterium nicht anwendbar ist, über der Mindestrente der Sozialversicherung des Aufnahmemitgliedstaats. [...]

Artikel 9

Verwaltungsformalitäten für Familienangehörige, die nicht die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaats besitzen

(1) Die Mitgliedstaaten stellen den Familienangehörigen eines Unionsbürgers, die nicht die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaats besitzen, eine Aufenthaltskarte aus, wenn ein Aufenthalt von über drei Monaten geplant ist.

[...]

Artikel 10

Ausstellung der Aufenthaltskarte

(1) Zum Nachweis des Aufenthaltsrechts der Familienangehörigen eines Unionsbürgers, die nicht die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaats besitzen, wird spätestens sechs Monate nach Einreichung des betreffenden Antrags eine „Aufenthaltskarte für Familienangehörige eines Unionsbürgers“ ausgestellt. Eine Bescheinigung über die Einreichung des Antrags auf Ausstellung einer Aufenthaltskarte wird unverzüglich ausgestellt.

(2) Für die Ausstellung der Aufenthaltskarte verlangen die Mitgliedstaaten die Vorlage folgender Dokumente:

a) gültiger Reisepass;

b) Bescheinigung über das Bestehen einer familiären Beziehung oder einer eingetragenen Partnerschaft;

c) Anmeldebescheinigung des Unionsbürgers, den sie begleiten oder dem sie nachziehen, oder, wenn kein Anmeldesystem besteht, ein anderer Nachweis über den Aufenthalt des betreffenden Unionsbürgers im Aufnahmemitgliedstaat;

[...]

Artikel 14

Aufrechterhaltung des Aufenthaltsrechts

(1) Unionsbürgern und ihren Familienangehörigen steht das Aufenthaltsrecht nach Artikel 6 zu, solange sie die Sozialhilfeleistungen des Aufnahmemitgliedstaats nicht unangemessen in Anspruch nehmen.

(2) Unionsbürgern und ihren Familienangehörigen steht das Aufenthaltsrecht nach den Artikeln 7, 12 und 13 zu, solange sie die dort genannten Voraussetzungen erfüllen.

(3) [...]

(4) Abweichend von den Absätzen 1 und 2 und unbeschadet der Bestimmungen des Kapitels VI darf gegen Unionsbürger oder ihre Familienangehörigen auf keinen Fall eine Ausweisung verfügt werden, wenn

a) die Unionsbürger Arbeitnehmer oder Selbstständige sind oder

b) die Unionsbürger in das Hoheitsgebiet des Aufnahmemitgliedstaats eingereist sind, um Arbeit zu suchen. In diesem Fall dürfen die Unionsbürger und ihre Familienangehörigen nicht ausgewiesen werden, solange die Unionsbürger nachweisen können, dass sie weiterhin Arbeit suchen und dass sie eine begründete Aussicht haben, eingestellt zu werden.

[...]

Artikel 35

Rechtsmissbrauch

Die Mitgliedstaaten können die Maßnahmen erlassen, die notwendig sind, um die durch diese Richtlinie verliehenen Rechte im Falle von Rechtsmissbrauch oder Betrug — wie z. B. durch Eingehung von Scheinehen — zu verweigern, aufzuheben oder zu widerrufen. Solche Maßnahmen müssen verhältnismäßig sein und unterliegen den Verfahrensgarantien nach den Artikeln 30 und 31.“

2. Zur Säumnis der belangten Behörde:

Gemäß § 8 Abs. 1 VwGVG kann eine Beschwerde wegen Verletzung der Entscheidungspflicht gemäß Art. 130 Abs. 1 Z 3 B-VG (Säumnisbeschwerde) erst erhoben werden, wenn die Behörde die Sache nicht innerhalb von sechs Monaten, wenn gesetzlich eine kürzere oder längere Entscheidungsfrist vorgesehen ist, innerhalb dieser entschieden hat. Die Frist beginnt mit dem Zeitpunkt, in dem der Antrag auf Sachentscheidung bei der Stelle eingelangt ist, bei der er einzubringen war. Die Beschwerde ist abzuweisen, wenn die Verzögerung nicht auf ein überwiegendes Verschulden der Behörde zurückzuführen ist.

Die Verzögerung der Entscheidung ist dann ausschließlich auf ein Verschulden der Behörde zurückzuführen, wenn diese Verzögerung weder durch das Verschulden der Partei noch durch unüberwindliche Hindernisse verursacht wurde (vgl. VwGH 28.1.1992, 91/04/0125 u.a.). Ein „Verschulden“ der Partei ist dann anzunehmen, wenn die Gründe für die Verzögerung in ihrer Person liegen (vgl. VwGH 18.11.2003, 2003/05/0115). Ihr Verhalten muss für die Verzögerung kausal und zusätzlich schuldhaft sein (vgl. VwGH 12.4.2005, 2005/01/0003). Ist die Säumnis sowohl durch ein Versäumnis der Behörde wie auch durch ein schuldhaftes Verhalten der Partei verursacht, ist abzuwägen, wem die Verzögerung überwiegend anzulasten ist. Hierbei ist auch zu beachten, dass ein überwiegendes Verschulden der Behörde dann vorliegt, wenn diese die für eine zügige Verfahrensführung notwendigen Schritte unterlässt oder mit diesen grundlos zuwartet (vgl. VwGH 26.1.2012, 2008/07/0036).

Die Frist von sechs Monaten gemäß § 73 Abs. 1 AVG bzw. § 8 Abs. 1 VwGVG ist gewahrt, wenn bis zu deren Ablauf gegenüber der Partei ein die Verwaltungssache (meritorisch oder prozessual) gänzlich erledigender Bescheid erlassen wurde, wobei auch der Bescheid einer unzuständigen Behörde die Entscheidungspflicht erfüllt. Eine Voraussetzung für die Berechtigung des Verlangens im Sinn des § 73 Abs. 1 AVG ist somit, dass gegenüber der Partei kein die Sache erledigender Bescheid erlassen wurde (vgl. VwGH 23.6.2015, Ro 2015/05/0011).

Der Beschwerdeführer stellte am 24.5.2018 den verfahrenseinleitenden Antrag. Die gegenständliche Säumnisbeschwerde wurde am 20.11.2020 erhoben. Zu diesem Zeitpunkt war die der Behörde zur Verfügung stehende Entscheidungsfrist bereits abgelaufen.

Die Verzögerung ist vor dem Hintergrund des unter Punkt I wiedergegebenen Verfahrensganges auf ein überwiegendes Verschulden der Behörde zurückzuführen (vgl. § 8 VwGVG).

Die Behörde holte die Erlassung des Bescheides nicht gemäß § 16 Abs. 1 VwGVG innerhalb einer Frist von bis zu drei Monaten nach, sondern legte die Akten dem Verwaltungsgericht Wien gemäß § 16 Abs. 2 VwGVG vor.

Die vorliegende Säumnisbeschwerde ist zulässig und berechtigt. Die Zuständigkeit zur Entscheidung in der gegenständlichen Verwaltungssache ist daher auf das Verwaltungsgericht Wien übergegangen.

Geht - infolge einer zulässigen und berechtigten Säumnisbeschwerde nach Vorlage derselben oder Ablauf der Nachfrist des § 16 Abs. 1 VwGVG - die Zuständigkeit, über die betriebene Verwaltungsangelegenheit zu entscheiden, auf das Verwaltungsgericht über, hat es allein in der Verwaltungssache zu entscheiden, ohne dass ein ausdrücklicher Abspruch über die Stattgebung der Säumnisbeschwerde vorzunehmen ist. Es ist hinreichend, aber mit Blick auf die Pflicht zur Begründung von nicht bloß verfahrensleitenden Entscheidungen gemäß § 29 Abs. 1 VwGVG auch geboten, jene Gründe, die dazu geführt haben, dass das Verwaltungsgericht seine Zuständigkeit bejaht, in der Begründung jener

Entscheidung, mit der über die Verwaltungsangelegenheit abgesprochen wird, offenzulegen. Auch dies unterliegt nämlich - unter den Voraussetzungen des Art. 133 Abs. 4 B-VG - der Überprüfung durch den Verwaltungsgerichtshof (vgl. VwGH 27.5.2015, Ra 2015/19/0075).

Ein ausdrücklicher Abspruch über die Stattgebung der Säumnisbeschwerde war daher nicht in den Spruch des gegenständlichen Erkenntnisses aufzunehmen, sondern – aufgrund der vorliegenden zulässigen und berechtigten Säumnisbeschwerde – allein in der Verwaltungssache zu entscheiden.

3. Zum Antrag auf Ausstellung einer Aufenthaltskarte:

3.1.

Der Beschwerdeführer beantragte die Ausstellung einer Aufenthaltskarte gemäß § 57 NAG, somit die Ausstellung einer unionsrechtlichen Dokumentation, und vertrat die Ansicht, dass er infolge der Eheschließung mit einer österreichischen Staatsbürgerin, die von ihrem Recht auf Freizügigkeit Gebrauch gemacht hat und nicht bloß vorübergehend nach Österreich zurückgekehrt ist, freizügigkeitsberechtigter Drittstaatsangehöriger sei.

§ 57 NAG sieht vor, dass die Bestimmungen der §§ 52 bis 56 für Angehörige von Österreichern sinngemäß gelten, sofern der Österreicher sein unionsrechtliches oder das ihm auf Grund des Freizügigkeitsabkommens EG-Schweiz zukommende Aufenthaltsrecht von mehr als drei Monaten in einem anderen EWR-Mitgliedstaat oder in der Schweiz in Anspruch genommen hat und im Anschluss an diesen Aufenthalt nach Österreich nicht bloß vorübergehend zurückkehrt.

Wenn der österreichische Staatsbürger sein Recht nach Art. 7 Richtlinie 2004/38/EG ausgeübt hat (und im Anschluss daran nicht bloß vorübergehend nach Österreich zurückgekehrt ist), ist seinen Familienangehörigen ebenso das Recht einzuräumen, sich für mehr als drei Monate oder auf Dauer im Bundesgebiet aufzuhalten, wie den Familienangehörigen eines Unionsbürgers, der dasselbe Recht nach Art. 7 RL 2004/38/EG in Österreich in Anspruch nimmt. Als der von § 57 NAG 2005 umfasste Personenkreis ist jener zu verstehen, der sich in Österreich niederlassen will. Dieser entspricht somit jener Gruppe von

Angehörigen von Unionsbürgern, die abgeleitete Rechte nach Art. 7 Abs. 2 RL 2004/38/EG geltend machen (vgl. VwGH 23.2.2012, 2010/22/0011).

Drittstaatsangehörige können sich auf die Bestimmungen der Richtlinie unabhängig davon berufen, wo und wann die Ehe geschlossen wurde oder wie der betreffende Drittstaatsangehörige in den Aufnahmemitgliedstaat eingereist ist (vgl. EuGH 25.7.2008, C-127/08 Metock u.a., Rn. 56 mwN).

Die Aufenthaltskarte nach § 54 NAG zählt zu den Dokumentationen des unionsrechtlichen Aufenthaltsrechts (vgl. § 9 Abs. 1 NAG). In diesen Fällen ergibt sich das Aufenthalts- und Niederlassungsrecht nicht aus einer nationalen gesetzlichen Berechtigung, sondern kraft unmittelbar anwendbaren Unionsrechts. Diese Bescheinigung hat bloß deklaratorische Wirkung, ein das Aufenthaltsrecht konstitutiv begründender "Aufenthaltstitel" liegt mit der Anmeldebescheinigung (vgl. VwGH 16.2.2012, 2009/01/0062) bzw. der Aufenthaltskarte (vgl. VwGH 26.4.2016, Ra 2015/09/0137) nicht vor.

Der Beschwerdeführer ist Ehegatte von Frau I. C., die österreichische Staatsbürgerin ist. Als Ehegatten von Frau C. käme dem Beschwerdeführer ein unionsrechtliches Aufenthaltsrecht in Österreich zu und wäre dieses durch die Ausstellung einer Aufenthaltskarte gemäß § 57 NAG zu dokumentieren, sofern Frau C. ihr unionsrechtliches Aufenthaltsrecht in Italien ausgeübt hat und im Anschluss an diesen Aufenthalt nicht bloß vorübergehend nach Österreich zurückgekehrt ist.

3.2.

Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie 2004/38/EG sieht ein Aufenthaltsrecht von mehr als drei Monaten für einen Unionsbürger vor, wenn er a) Arbeitnehmer oder Selbstständiger im Aufnahmemitgliedstaat ist oder b) für sich und seine Familienangehörigen über ausreichende Existenzmittel verfügt, so dass sie während ihres Aufenthalts keine Sozialhilfeleistungen des Aufnahmemitgliedstaats in Anspruch nehmen müssen, und er und seine Familienangehörigen über einen umfassenden Krankenversicherungsschutz im Aufnahmemitgliedstaat verfügen oder c) — bei einer privaten oder öffentlichen Einrichtung, die von dem Aufnahmemitgliedstaat aufgrund seiner Rechtsvorschriften oder seiner

Verwaltungspraxis anerkannt oder finanziert wird, zur Absolvierung einer Ausbildung einschließlich einer Berufsausbildung als Hauptzweck eingeschrieben ist und — über einen umfassenden Krankenversicherungsschutz im Aufnahmemitgliedstaat verfügt und der zuständigen nationalen Behörde durch eine Erklärung oder durch jedes andere gleichwertige Mittel seiner Wahl glaubhaft macht, dass er für sich und seine Familienangehörigen über ausreichende Existenzmittel verfügt, so dass sie während ihres Aufenthalts keine Sozialhilfeleistungen des Aufnahmemitgliedstaats in Anspruch nehmen müssen.

Vorliegend wurde die Absolvierung einer Ausbildung oder Berufsausbildung als Hauptzweck im Sinne des Art. 7 Abs. 1 lit. c der Richtlinie 2004/38/EG nicht behauptet. Somit stellt sich die Frage, ob einer der in Art. 7 Abs. 1 lit. a oder lit. b der Richtlinie 2004/38/EG vorgesehenen Freizügigkeitssachverhalte verwirklicht wurde.

3.3. Zu den Voraussetzungen des Art. 7 Abs. 1 lit. a der Richtlinie 2004/38/EG:

Damit eine (wirtschaftliche selbständige oder unselbständige) Tätigkeit dem Unionsrecht unterfällt, muss sie einen Teil des Wirtschaftslebens ausmachen, d.h. es muss die Entgeltlichkeit der Tätigkeit vorliegen und muss diese eine tatsächliche und echte Tätigkeit darstellen (vgl. Risak/Dullinger, Der Arbeitnehmerbegriff im Unionsrecht, DRdA 3/2018, Heft 376, Punkt 3.2.1.).

3.3.1.

Für die Frage, ob die Tätigkeiten von Frau C. in Italien unter eine Selbstständigentätigkeit im Sinne des Art. 7 Abs. 1 lit. a der Richtlinie 2004/38/EG fallen, ist auf den unionsrechtlichen Begriff der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit abzustellen.

Gemäß Art. 49 AEUV umfasst die Niederlassungsfreiheit die Aufnahme und Ausübung selbstständiger Erwerbstätigkeiten sowie die Gründung und Leitung von Unternehmen, insbesondere von Gesellschaften im Sinne des Art. 54 Abs. 2 AEUV, nach den Bestimmungen des Aufnahmestaats für seine eigenen Angehörigen. In den sachlichen Schutzbereich der Niederlassungsfreiheit fällt die eigenverantwortliche, tatsächliche Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit mittels einer festen Einrichtung in einem anderen Mitgliedstaat auf unbestimmte

Zeit (vgl. etwa EuGH 4.10.1991, C-246/89, Kommission / Vereinigtes Königreich, Rn. 21).

Gegenständlich wurde kein Unternehmen gegründet und ist auch nicht hervorgekommen, dass Frau C. etwa eine Eintragung in ein Berufsregister, eine Mitgliedschaft in einem Biobauern-Verband oder eine etwaig nach italienischem Recht vorgesehene Registrierung/Bewilligung für die Vermarktung oder den Verkauf von Bioprodukten beantragt hat. Auch finden sich keine Anhaltspunkte in ihrem Vorbringen, dass sie die in Italien angestrebte selbständige Tätigkeit bereits in Österreich ausgeübt hätte, sodass keine effektive Ausübung der Niederlassungsfreiheit vorlag.

Da Frau C. einen Wohnsitz in Italien begründete, jedoch über keine entsprechende Niederlassung in Österreich verfügte, von welcher aus sie eine grenzüberschreitende Dienstleistung erbringen hätte können, lag auch kein Anwendungsfall der aktiven Dienstleistungsfreiheit im Sinne des Art. 56 ff AEUV vor. Einen Freizügigkeitssachverhalt auf die passive Dienstleistungsfreiheit als Tourist zu stützen, scheidet aus, da diesfalls die Nachhaltigkeitsgrenze nicht überschritten und Art. 7 Abs. 1 lit. b der Richtlinie 2004/38/EG nicht zum Tragen kommen würde. Bezüglich der Frage, ob bei der Rückkehr des Unionsbürgers in den Mitgliedstaat, dessen Staatsangehörigkeit er besitzt, mehrere Kurzaufenthalte im Aufnahmemitgliedstaat kumulativ einem Drittstaatsangehörigen, der sein Familienangehöriger ist, ein abgeleitetes Aufenthaltsrecht eröffnen können, ist darauf hinzuweisen, dass nur ein Aufenthalt, der die Voraussetzungen von Art. 7 Abs. 1 und 2 oder Art. 16 der Richtlinie 2004/38 erfüllt, ein solches Aufenthaltsrecht begründen kann. Kurzaufenthalte wie Wochenenden oder Ferien in einem anderen Mitgliedstaat als dem, dessen Staatsangehörigkeit der Unionsbürger besitzt, fallen – auch zusammen betrachtet – unter Art. 6 der Richtlinie 2004/38 und erfüllen nicht die genannten Voraussetzungen (vgl. EuGH 12.3.2014, C-456/12, O und B, Rn. 59).

3.3.2.

Der objektiv zu definierende Begriff des Arbeitnehmers im Unionsrecht setzt neben der Entgeltlichkeit weiters ein Abhängigkeitsverhältnis in Form einer Weisungsbindung im Rahmen eines Unterordnungsverhältnisses sowie eine

Fremdbestimmung etwa bei der Wahl der Arbeitszeit voraus, dass nämlich jemand während einer bestimmten Zeit für einen anderen nach dessen Weisung Leistungen erbringt, für die er als Gegenleistung eine Vergütung erhält (vgl. EuGH 3.7.1986, C-66/85, Lawrie-Blum, Rn. 17).

Im vorliegenden Fall hätte, wenn Frau C. eine Tätigkeit als D.erin aufgenommen hätte, kein Unterordnungsverhältnis und keine Weisungsbindung an den Host bestanden (siehe Art. 3 D. Charta unter Punkt II). Dass Frau C. davon sprach unter der Anordnung des Gastgebers zu lernen, wie man Käse macht, ist darauf zurückzuführen, dass sie selbst diese Tätigkeit erlernen wollte und den Host als Ausbilder angesehen hätte, wobei auch Art. 5 D. Charta vorsieht, dass die Hosts den aufrichtigen Wunsch haben, ihr Wissen über ökologischen Landbau, Agrarökologie und ihren ökologischen Lebensstil weiterzugeben. Weiters hätten die konkreten Zeiten der Mithilfe auf dem Bauernhof auf einer Absprache bzw. Vereinbarung zwischen Frau C. und dem Gastgeber beruht, nicht hingegen auf einer fremdbestimmten Arbeitszeitregelung (siehe unter Punkt II Antwort zur Frage „Wie viele Stunden sollte ich an den Aktivitäten teilnehmen?“ unter <https://D..it/de/how-it-works>).

Im Übrigen betrifft das Urteil des EuGH vom 3.7.1986, C-66/85, Lawrie-Blum, Rn. 18f, Tätigkeiten einer Studienreferendarin im Rahmen des Vorbereitungsdienstes in Deutschland, die innerstaatlich durch Verordnung geregelt waren (Verordnung des Ministeriums für Kultus und Sport über den Vorbereitungsdienst und die pädagogische Prüfung für das Lehramt an Gymnasien vom 14. Juni 1976, GBl. Baden-Württemberg, S. 504, vgl. Rn. 4). Eine solche auch zeitlich (hinsichtlich Dauer, Arbeits- und Urlaubszeit sowie Mutterschutz) durch Verordnung geregelte Tätigkeit, für welche eine Weisungsbindung bestand (vgl. Rn. 5) und auch eine finanzielle Vergütung gewährt wurde (vgl. Rn. 18), wobei zudem mit der Ernennung zum Studienreferendar alle mit dem Beamtenstatus verbundenen Vorteile verbunden waren (vgl. Rn. 7), ist nicht mit der freiwilligen Mithilfe als D.erin auf einem Bauernhof für die selbst bestimmbaren Dauer eines Aktivurlaubs vergleichbar.

Beim Kriterium der Entgeltlichkeit wird zwar eine Gegenleistung in Form von Naturalien für die Erfüllung des unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriffs als

ausreichend angesehen, dies aber nur im Zusammenhang mit einer finanziellen Vergütung. Der Gerichtshof hält im Urteil EuGH 7.9.2004, C-456/02, Trojani, Rn. 22, ausdrücklich fest, dass der Kläger zusätzlich zu Naturalien die Zahlung einer Vergütung von der Heilsarmee als Gegenleistung für die von ihm für das Wohnheim und nach deren Weisung erbrachten Leistungen erhält. Die Prüfung, ob es sich bei der Tätigkeit in einem staatlich geförderten Projekt zur Wiedereingliederung von Drogenabhängigen, in dessen Rahmen der Kläger für die Heilsarmee etwa 30 Stunden pro Woche verschiedene Leistungen erbrachte und als Gegenleistung Naturalleistungen und etwas Taschengeld erhielt (Rn. 9), um eine tatsächliche und echte Tätigkeit handelt, überlässt der Gerichtshof dem vorlegenden Gericht, welches bei der Frage, ob die vom Kläger tatsächlich erbrachten Leistungen als solche angesehen werden können, die auf dem Beschäftigungsmarkt üblich sind, die für das Wohnheim geltende Regelung und dessen Praxis, der Inhalt des Projekts für die Wiedereingliederung in die Gesellschaft sowie die Art der Leistungen und die Modalitäten ihrer Erbringung berücksichtigen kann (Rn. 23f; siehe ähnlich EuGH 26.3.2015, C-316/13, Rn. 32, 42, hinsichtlich der Prüfung, ob die von der betroffenen schwerbehinderten Person tatsächlich erbrachten Leistungen als auf dem Beschäftigungsmarkt üblich angesehen werden können, wobei nicht nur der Status und die Praxis des im Ausgangsverfahren in Rede stehenden CAT als Aufnahmeeinrichtung sowie die verschiedenen Aspekte der Zielsetzung seines Programms zur sozialen Unterstützung, sondern auch die Art der Leistungen und die Modalitäten ihrer Erbringung berücksichtigt werden können).

Im Gegensatz dazu hätte Frau C. im vorliegenden Fall, wenn sie tatsächlich auf einem bei D. Italy registrierten Bauernhof mitgeholfen hätte, als Gegenleistung keine finanzielle Vergütung, nicht einmal ein Taschengeld, erhalten. Weiters wäre auch die freie Kost und Logis während des Aktivurlaubs bei D. Italy nicht als Gegenleistung für die freiwillige Mithilfe bei den landwirtschaftlichen Tätigkeiten gewährt, sondern von den Gastgebern lediglich angeboten worden (siehe Art. 2 D. Charta unter Punkt II). Weiters liegt bei D. Italy, als einer Vereinigung zur sozialen Förderung nach italienischem Recht (siehe unter Punkt II), die zugunsten ihrer Mitglieder durch Nutzung von deren freiwilliger Arbeit Tätigkeiten im allgemeinen Interesse ausübt, eine ökologische Zielsetzung vor, die die Gastgeber den D.ern über deren Mithilfe am Bauernhof weitergeben wollen, wobei bereits der sozial

ökologische Zweck darauf hinweist, dass die Tätigkeiten der D.er keinen wirtschaftlichen Nutzen, sondern vielmehr einen ideellen Nutzen aufweisen.

Darüber hinaus ist, was die Art der Leistungen und deren Erbringung betrifft, eine solche nach Vereinbarung mit dem Host, der Kost und Logis anbietet, zeitlich auf 6 Stunden täglich begrenzte freiwillige und unentgeltliche Mithilfe am Bauernhof, bei welcher die landwirtschaftliche Tätigkeit erst erlernt wird, auf dem Beschäftigungsmarkt für Landarbeiter im Winter in der betreffenden Region in Sardinien nicht üblich (vgl. unter Punkt II).

Vorliegend spricht somit auch gegen eine tatsächliche und echte Tätigkeit, dass Frau C. sich unter der Anleitung des Inhabers des Bauernhofs Kenntnisse der Landwirtschaft erst aneignen wollte, etwa betreffend Käseerei. Hätte Frau C. die angestrebte Tätigkeit als D.erin auf dem Bauernhof der Familie H. tatsächlich ausgeübt, wäre diese nicht auf dem lokalen Beschäftigungsmarkt üblich gewesen.

Im Gegensatz dazu war es auf dem lokalen Beschäftigungsmarkt üblich, dass Tagelöhner, die die Arbeit nicht erst erlernen wollen und deren Tätigkeit für Landarbeiter im Winter in der betreffenden Region auch nachgefragt ist, einen Tageslohn, also eine finanzielle Vergütung für die Arbeit eines ganzen Tages, der jedenfalls mehr als 6 Stunden dauern wird, erhalten.

Weiters sieht der EuGH bei Tätigkeiten während einer Zeit der praktischen Ausbildung im Hinblick auf die Aufnahme eines reglementierten Berufes als Rechtsanwalt, die regelmäßig vom Mandanten oder von der Kanzlei, in der der „praticante“ arbeitet, vergütet werden, den unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff als erfüllt an, wenn die Vergütung des „praticante“ die Form eines Gehalts annimmt (vgl. EuGH 13.11.2003, C-313/01, Morgenbesser, Rn. 25 und 60).

Für den vorliegenden Fall wurde bereits festgehalten, dass Frau C., wenn sie tatsächlich eine Tätigkeit als D.erin ausgeübt hätte, als Gegenleistung keine finanzielle Vergütung erhalten hätte (siehe Art. 3 D. Charta unter Punkt II).

Der Begriff des Arbeitnehmers erfasst im Unionsrecht nach gefestigter Rechtsprechung des Gerichtshofs auch Personen, die einen Vorbereitungsdienst

ableisten oder in einem Beruf Ausbildungszeiten absolvieren, die als eine mit der eigentlichen Ausübung des betreffenden Berufs verbundene praktische Vorbereitung betrachtet werden können, wenn diese Zeiten unter den Bedingungen einer tatsächlichen und echten Tätigkeit im Lohn- oder Gehaltsverhältnis für einen Arbeitgeber nach dessen Weisung absolviert werden (vgl. EuGH, 9.7.2015, C-229/14, Balkaya, Rn. 50). Dabei spielen weder der rechtliche Kontext des Beschäftigungsverhältnisses im nationalen Recht, in dessen Rahmen eine Berufsausbildung oder ein Praktikum absolviert wird, noch die Herkunft der zur Vergütung des Betreffenden eingesetzten Mittel und insbesondere im vorliegenden Fall deren Finanzierung aus öffentlichen Mitteln irgendeine Rolle (Rn. 51). In dieser Rechtssache ging es um die Arbeitnehmereigenschaft einer Person, die im Rahmen eines Praktikums ohne Vergütung durch ihren Arbeitgeber, jedoch finanziell gefördert und anerkannt durch die für Arbeitsförderung zuständigen öffentlichen Stellen, in einem Unternehmen praktisch mitgearbeitet hatte, um Kenntnisse zu erwerben oder zu vertiefen oder eine Berufsausbildung zu absolvieren (Rn. 52).

Vorliegend ist bei der beabsichtigten Tätigkeit als D.erin ist jedoch nicht ersichtlich, dass eine finanzielle Förderung und Anerkennung der beabsichtigten Tätigkeit durch die für Arbeitsförderung zuständigen öffentlichen Stellen gewährt worden wäre.

Bei der Feststellung, ob ein Arbeitsverhältnis vorliegt, ist eine Gesamtbewertung vorzunehmen, in welcher nicht nur Gesichtspunkte wie die Arbeitszeit und die Höhe der Vergütung zu berücksichtigen sind, sondern auch etwaige Ansprüche auf bezahlten Urlaub, auf Lohnfortzahlung im Krankheitsfall, auf die Anwendung des einschlägigen Tarifvertrags auf den Arbeitsvertrag und auf die Zahlung von Beiträgen sowie gegebenenfalls deren Art (vgl. EuGH 1.10.2015, C-432/14, O., Rn. 25). In diesem Zusammenhang ist bei einem Verein nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs irrelevant, dass dieser keinen Erwerbszweck verfolgt, da die Rechtsform eines Vereines nicht im Voraus über den wirtschaftlichen Charakter entscheidet (vgl. EuGH 17.11.2016, C-216/15 Ruhrlandklinik, Rn. 46), sondern hängt der Arbeitnehmerbegriff in diesem Zusammenhang u.a. davon ab, ob die Mitglieder des Vereins über eine Reihe von Rechten verfügen, die mit den Rechten, die Personen zustehen, die nach

deutschem Recht als Arbeitnehmer eingestuft werden, teilweise übereinstimmen oder ihnen gleichwertig sind (Rn. 39, etwa anhand der gesetzlichen Bestimmungen über Erholungsurlaub, Krankheitsurlaub, Mutterschutzzeiten und Elternzeit sowie Entgeltfortzahlung bei durch Krankheit oder Unfall verursachter Arbeitsunfähigkeit Rn. 41).

Im vorliegenden Fall hätte Frau C., selbst wenn sie eine Tätigkeit als D.erin auf einem der bei D. Italy registrierten Bauernhöfe aufgenommen hätte, keine bezahlten Urlaubsansprüche, keinen Anspruch auf Lohnfortzahlung im Krankheitsfall, keine Anwendung des einschlägigen Tarifvertrages etc. gehabt, da die Tätigkeit als D.er eben einem Aktivurlaub gleichzusetzen ist. Im Rahmen einer Gesamtbetrachtung aller Umstände kann somit davon ausgegangen werden, dass es sich bei der von ihr angestrebten Tätigkeit als D.erin nicht um eine tatsächliche und echte Tätigkeit gehandelt hätte.

Wenn Frau C. tatsächlich eine Tätigkeit als D.erin ausgeübt hätte, hätte das Bestehen eines Unterordnungsverhältnisses, wie es für ein Arbeitsverhältnis typisch ist, gefehlt. Die tatsächlich erbrachten Leistungen hätten auch nicht als solche angesehen werden können, die auf dem Beschäftigungsmarkt für Landarbeiter im Winter üblich sind, zumal dieser die landwirtschaftliche Arbeit von Tagelöhnern umfasste, die nicht bloß bei einem Angebot von Kost und Logis geleistet wird, sondern gegen die Bezahlung einer Vergütung. So hat der Beschwerdeführer im Zeitraum, in dem er mit Frau C. in E. aufhältig war, auf Bauernhöfen in der Umgebung eine landwirtschaftliche Arbeit als Tagelöhner ausgeübt. Im Gegensatz dazu wird die Tätigkeit auf einem bei D. Italy registrierten Bauernhof von D. Italy selbst ausdrücklich als „Aktivurlaub“ bezeichnet (vgl. unter Punkt II).

Es hätte sich daher bei der vorliegenden Tätigkeit, wäre sie tatsächlich ausgeübt worden, nicht um eine Tätigkeit als Arbeitnehmerin im unionsrechtlichen Sinn gehandelt.

Auch die Erkundung der Umgebung von C. mit dem Bus und gelegentliche Gespräche mit Bauern auf dem Wochenmarkt zwischen Februar und März 2018 war nicht auf Erlangung einer entgeltlichen Arbeit als Landarbeiterin gerichtet und stellte angesichts der Tatsache, dass Frau C. nicht anstrebte, wie ihr Ehegatte

ebenfalls als Tagelöhnerin auf einem Bauernhof zu arbeiten, keine Arbeitssuche dar. Vielmehr werden solche Aktivitäten während eines Urlaubs gesetzt, um die Kultur des anderen Landes, also Land und Leute, kennen zu lernen, zumal diese Aktivitäten im behördlichen Verfahren noch als „Recherchen“ im Hinblick auf eine mögliche spätere Selbstständigkeit bezeichnet worden waren (siehe AS 210f sowie unter Punkt II) und erst in der Revisionschrift als Arbeitssuche benannt wurden (vgl. unter Punkt II).

Aus all diesem folgt, dass bei Frau C. keine tatsächlichen Erwerbsabsichten vorlagen, sondern der Aufenthalt in Italien zunächst – wie von ihr noch vor der Behörde angeführt - im Wesentlichen dem Zweck diene, zu sehen, ob ein Zusammenleben mit dem Beschwerdeführer funktionieren würde, sowie - im Zusammenhang mit der weniger als ein Jahr zurückliegenden Diagnose „Burnout und reaktive Depression“ und dem eineinhalbmonatigen Rehabilitationsaufenthalt aufgrund dieser Diagnose – um eine Auszeit vom Berufsleben durch Mitarbeit auf einem Biobauernhof zu nehmen, in der das bisherige Berufsleben hinterfragt und eine neue Perspektive geschaffen werden hätte können. In dieses Bild passt auch, dass Frau C. grundsätzliche Überlegungen dazu anstellte, ob eine selbständige landwirtschaftliche Tätigkeit auch über die Auszeit hinaus realisierbar wäre, was von ihr als neue Perspektive und Ausweg aus dem alltäglichen Berufsleben einer unselbständigen Beschäftigung angesehen worden sein mag (vgl. unter Punkt II).

Hingegen hat es sich bei der Tätigkeit als Tagelöhner, die der Beschwerdeführer in Sardinien ausübte, um eine tatsächliche und echte Tätigkeit gehandelt, welche die Zeugin jedoch nach ihren eigenen Angaben in der mündlichen Verhandlung gerade nicht anstrebte.

Frau C. war daher nicht als jemand, der tatsächlich eine Arbeit sucht, anzusehen.

Es steht jedoch außer Zweifel, dass Frau C. in den ersten drei Monaten ein Aufenthaltsrecht nach Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie 2004/38 zukam.

Im gegenständlichen Fall war jedoch zu beurteilen, ob Frau C. während ihres Italiaufenthaltes überhaupt als Arbeitnehmerin im Sinne des Unionsrechts anzusehen ist. Da die beabsichtigte Tätigkeit als D.erin keine Arbeit im

unionsrechtlichen Sinn dargestellt hätte und das tatsächliche Vorliegen von Erwerbsabsichten verneint wurde (siehe unter Punkt II sowie vorangehend), ist es nicht maßgeblich, wie lange ein gegebenenfalls aus einer Stellung als Arbeitnehmer resultierendes Aufenthaltsrecht samt einer Registrierung als Arbeitssuchende, gedauert hätte oder ob sie begründete Aussicht gehabt hätte, eingestellt zu werden (vgl. EuGH 17.12.2020, C-710/19, G. M. A., Rn. 51). Da Frau C. keine Arbeit suchte, kommt es weiters nicht darauf an, ob bei der Arbeitssuche begründete Aussicht bestand, eingestellt zu werden (Rn. 44, 46).

3.4. Zu den Voraussetzungen des Art. 7 Abs. 1 lit. b der Richtlinie 2004/38/EG:

Zur Rechtslage vor dem Fremdenrechtsänderungsgesetz BGBl. I Nr. 122/2009 (FrÄG 2009) legte der Verwaltungsgerichtshof im Erkenntnis vom 29. September 2011, 2009/21/0386, unter Bezug auf die Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofs ausführlich dar, dass das in § 2 Abs. 1 Z 14 NAG 2005 definierte "Recht auf Freizügigkeit" nicht nur das Recht eines EWR-Bürgers enthält, sich in Österreich niederzulassen, sondern auch die Ausübung aller Freiheiten nach dem Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft umfasst. Für die Anwendung des § 57 NAG 2005 reicht es, 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. Es kommt nicht nur auf die Niederlassung in Ausübung der Arbeitnehmerfreizügigkeit an, sondern es sind auch die Freizügigkeit in Ausübung der Dienstleistungsfreiheit und - allgemeiner - die ohne wirtschaftliche Zweckbindung erfolgende Ausübung der Freizügigkeit nach Art. 18 EG (nunmehr Art. 21 AEUV) von § 57 NAG 2005 erfasst. Es entfaltet jedoch nicht jede auch noch so geringfügige Ausübung des Freizügigkeitsrechts im Rahmen des § 57 NAG 2005 Relevanz. 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. Was die Festlegung der Nachhaltigkeitsgrenze - auch unter dem hier relevanten Blickwinkel des § 57 NAG 2005 - anlangt, so liegt es nahe, auf die Rechtsprechung des EuGH zum Arbeitnehmerbegriff abzustellen (vgl. VfGH 23.2.2012, 2010/22/0011; auch VfSlg 18.269).

Auch die ohne wirtschaftliche Zweckbindung erfolgende Ausübung der Freizügigkeit nach Art. 18 EG (nunmehr Art. 21 AEUV; EuGH 11.7.2002, C-224/98, Marie-Nathalie D 'Hoop) ist von § 57 NAG 2005 erfasst (vgl. VfGH 13.10.2007, B 1462/06, VwGH 29.9.2011, 2009/21/0386).

Mit Erkenntnis vom 18. Oktober 2012, 2011/22/0007, hat der Verwaltungsgerichtshof ausgesprochen, dass für die Inanspruchnahme des Rechtes auf Freizügigkeit der Nachweis eines Mindestaufenthaltes der Ankerperson von (mehr als) drei Monaten nicht erforderlich ist. Auch kommt es auf den zeitlichen Abstand seit der Inanspruchnahme des Freizügigkeitsrechtes und der Begründung des Angehörigenverhältnisses nicht an (vgl. VwGH 18.10.2012, 2011/22/0163). Es ist lediglich eine gewisse Nachhaltigkeit bei der Ausübung des Freizügigkeitsrechtes zu fordern (vgl. auch dazu VwGH 23.2.2012, 2010/22/0011).

Durch den Aufenthalt von Frau C. wurde, selbst wenn die Wohnungnahme in einem Hotel erfolgte – wobei es durchaus nachvollziehbar erscheint, dass es für Personen mit Herkunft aus Afrika in Sardinien schwierig sein mag, eine private Unterkunft zu finden - und der Aufenthalt in Italien zweimal durch Arztbesuche (und die damit im Zusammenhang stehende Krankenversicherung über die AMS-Bezüge) für insgesamt etwa 4 Wochen in Österreich unterbrochen war, die Nachhaltigkeitsgrenze wohl überschritten (vgl. z.B. VwGH 20.3.2012, 2010/21/0438).

Auch eine ohne Berufstätigkeit oder wirtschaftliche Zweckbindung erfolgende Ausübung des Freizügigkeitsrechtes gemäß Art. 21 AEUV samt darauffolgender Inanspruchnahme des unionsrechtlichen Aufenthaltsrechtes ist von § 57 NAG erfasst und für die Beurteilung der Frage, ob dem Familienangehörigen ein abgeleitetes Aufenthaltsrecht gemäß § 54 NAG zusteht, von der Behörde zu beurteilen (vgl. VwGH 17.4.2013, 2011/22/0103). Allein durch die Wohnungnahme für die Dauer von mehr als drei Monaten in einem anderen Mitgliedsstaat könnte das Recht auf Aufenthalt gemäß Art. 7 Abs. 1 lit. b der Richtlinie 2004/38/EG bei Einhaltung der in dieser Bestimmung genannten Voraussetzungen zum Tragen kommen, sofern diese in tatsächlicher und effektiver Weise erfolgt ist (vgl. VwGH 26.2.2013, 2010/22/0129; 20.3.2012, 2010/21/0438).

Die in Art. 7 Abs. 1 lit. b (Aufenthalt als Privater) und lit. c (Hauptzweck der Absolvierung einer Ausbildung einschließlich einer Berufsausbildung) der Richtlinie 2004/38/EG vorgesehenen Freizügigkeitssachverhalte erfordern das Vorliegen ausreichender Existenzmittel und das Vorliegen eines umfassenden Krankenversicherungsschutzes im Aufnahmemitgliedsstaat, sodass Unionsbürger und deren Angehörige während ihres Aufenthalts weder Sozialhilfeleistungen noch die Ausgleichszulage in Anspruch nehmen dürfen. Wie der Gerichtshof der Europäischen Union zu der damit umgesetzten Bestimmung der Freizügigkeitsrichtlinie (Art. 7 Abs. 1 lit. b) ausgesprochen hat, ist die darin enthaltene Formulierung "über die erforderlichen Mittel verfügen" dahin auszulegen, dass es ausreicht, wenn dem Unionsbürger diese Mittel zur Verfügung stehen, ohne dass die Bestimmung Anforderungen an die Herkunft der Mittel stellt, so dass diese auch von einem Drittstaatsangehörigen stammen können (vgl. etwa EuGH 16.7.2015, K. Singh u.a., C-218/14, Rn. 74).

Gegenständlich lag eine effektive Wohnungnahme von Frau C. in Italien vor und verfügte Frau C. bei ihrem Italiaufenthalt zweifellos auch über ausreichende Existenzmittel (vgl. unter Punkt II).

3.5. Zum „umfassenden“ Krankenversicherungsschutz nach Art. 7 Abs. 1 lit. b Richtlinie 2004/38/EG:

Die Richtlinie 2004/38/EG wird in Italien durch das Decreto Legislativo vom 6. Februar 2007, Nr. 30, Gazzetta Ufficiale n. 72 del 27 marzo 2007, umgesetzt. Art. 7 Z 1 lit. b und Art. 9 Z 3 lit. b dieses Dekrets sehen für die Wohnsitzmeldung die Vorlage einer Krankenversicherung oder eines anderen geeigneten Nachweises vor, wie auch immer dieser bezeichnet ist, die alle Risiken im Staatsgebiet abdeckt („un'assicurazione sanitaria o di altro titolo idoneo comunque denominato che *copra tutti i rischi* nel territorio nazionale“).

Da sich Frau C. in Italien aufhielt, war sie nach der Beendigung ihrer Beschäftigung mit 31.12.2017 nicht aufgrund von Arbeitslosigkeit in Österreich gesetzlich krankenversichert. Gemäß § 16 Abs. 1 lit. g Arbeitslosenversicherungsgesetz ruht der Anspruch auf Arbeitslosengeld während des Aufenthaltes im Ausland, soweit nicht Abs. 3 oder Regelungen auf Grund internationaler Verträge anzuwenden sind.

Letzteres war gegenständlich nicht der Fall, da Art. 12 Abs. 1 des bilateralen Abkommens, BGBl. Nr. 307/1983, verlangt, dass eine Person die Voraussetzungen für einen Leistungsanspruch nach den Rechtsvorschriften eines Vertragsstaates erfüllt oder erfüllen würde, wenn sie sich im Gebiet dieses Staates befände. Auch das bilaterale Abkommen BGBl. Nr. 307/1983 wäre somit auf allfällig erforderliche Krankenhaushalte nicht anwendbar gewesen.

Frau C. war auch nicht nach Art. 64 Abs. 1 lit. b der Verordnung Nr. 883/2004 in Italien als Arbeitssuchende registriert, wodurch sie in Österreich weiterhin Arbeitslosengeld bezogen hätte und krankenversichert gewesen wäre. Gemäß Art. 64 Abs. 1 lit. b der Verordnung Nr. 883/2004 behält eine vollarbeitslose Person, die die Voraussetzungen für einen Leistungsanspruch nach den Rechtsvorschriften des zuständigen Mitgliedstaats erfüllt und sich zur Arbeitsuche in einen anderen Mitgliedstaat begibt, den Anspruch auf Geldleistungen bei Arbeitslosigkeit unter folgenden Bedingungen und innerhalb der folgenden Grenzen: a) vor der Abreise muss der Arbeitslose während mindestens vier Wochen nach Beginn der Arbeitslosigkeit bei der Arbeitsverwaltung des zuständigen Mitgliedstaats als Arbeitssuchender gemeldet gewesen sein und zur Verfügung gestanden haben. Die zuständige Arbeitsverwaltung oder der zuständige Träger kann jedoch die Abreise vor Ablauf dieser Frist genehmigen; b) der Arbeitslose muss sich bei der Arbeitsverwaltung des Mitgliedstaats, in den er sich begibt, als Arbeitssuchender melden, sich dem dortigen Kontrollverfahren unterwerfen und die Voraussetzungen der Rechtsvorschriften dieses Mitgliedstaats erfüllen. Diese Bedingung gilt für den Zeitraum vor der Meldung als erfüllt, wenn sich die betreffende Person innerhalb von sieben Tagen ab dem Zeitpunkt meldet, ab dem sie der Arbeitsverwaltung des Mitgliedstaats, den sie verlassen hat, nicht mehr zur Verfügung gestanden hat. In Ausnahmefällen kann diese Frist von der zuständigen Arbeitsverwaltung oder dem zuständigen Träger verlängert werden.

Da Frau C. während des Italienaufenthaltes ab 1.1.2018 weder im Rahmen einer gesetzlichen Pflichtversicherung noch einer freiwilligen Versicherung in Österreich krankenversichert war, wären auf allfällig erforderliche Krankenhaushalte in Italien die Bestimmungen der Verordnung Nr. 883/2004 (samt Durchführungsverordnung Nr. 987/2009) nicht anwendbar gewesen.

Es bestand lediglich der private Krankenversicherungsschutz der Generali Italia S.p.A. in Italien, die eine betragsliche Beschränkung auf € 75.000 sowie weitreichende Risikoausschlüsse aufwies, etwa für akute Krankenhausbehandlungen aufgrund von Vorerkrankungen und für Geisteskrankheiten (vgl. unter Punkt II).

Wäre während des Italienaufenthaltes eine akute Krankenhausbehandlung, die aus einer Vorerkrankung von Frau C. resultierte, notwendig gewesen, wäre eine Notbehandlung weder von der italienischen privaten Krankenversicherung noch von einem zwischenstaatlich oder unionsrechtlich begründeten Krankenversicherungsschutz abgedeckt gewesen und hätte Frau C. finanziell selbst dafür aufkommen müssen. Je nach Dauer und Intensität der stationären Behandlung sowie der Art der erbrachten Sachleistungen hätte eine solche Behandlung ihre Existenzmittel übersteigen und dadurch die öffentlichen Finanzen des Aufnahmemitgliedstaats belasten können.

Der EuGH hat zwar am 17. September 2002 in der Rechtssache C-413/99, Baumbast, Rn. 89-94, ein Aufenthaltsrecht aus der unmittelbaren Anwendung von Art. 18 Abs. 1 EG (nunmehr Art. 21 Abs. 1 AEUV) aufgrund des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit in einem Fall, in dem im Aufnahmemitgliedsstaat lediglich ein Krankenversicherungsschutz im Wege der Verordnung Nr. 883/2004 gegeben war, ausnahmsweise bejaht (siehe genauer unter Punkt III.3.6.).

Der Gerichtshof hat aber in EuGH 10.3.2022, C- 247/20, VI, auch deutlich gemacht, dass Art. 21 AEUV und Art. 7 Abs. 1 Buchst. b der Richtlinie 2004/38 dahin auszulegen sind, dass in den Zeiträumen, bevor ein Kind, das Unionsbürger ist, ein Recht auf Daueraufenthalt im Aufnahmemitgliedstaat erworben hat, sowohl dieses Kind, wenn ein Aufenthaltsrecht zu seinen Gunsten auf der Grundlage dieses Art. 7 Abs. 1 Buchst. b beansprucht wird, als auch der Elternteil, der die elterliche Fürsorge für das Kind tatsächlich wahrnimmt, über einen umfassenden Krankenversicherungsschutz im Sinne dieser Richtlinie verfügen müssen (vgl. EuGH 10.3.2022, C- 247/20, VI, Rn. 72; EuGH 15.7.2021, A (Öffentliche Gesundheitsversorgung), C-535/19, Rn. 55).

Der Grund dafür, dass die Voraussetzung des umfassenden Krankenversicherungsschutzes nach Art. 7 Abs. 1 Buchst. b der Richtlinie 2004/38 vorliegen muss, liegt darin, dass die öffentlichen Finanzen des Aufnahmemitgliedstaats nicht unangemessen in Anspruch genommen werden. Deshalb kann sich dieser Unionsbürger nicht auf das Recht auf Gleichbehandlung berufen, um einen unentgeltlichen Zugang zum öffentlichen Krankenversicherungssystem zu beanspruchen, sofern, wie in Rn. 56 des vorliegenden Urteils festgestellt worden ist, diese Voraussetzung nicht jegliche praktische Wirksamkeit verlieren soll (vgl. EuGH 15.7.2021, A (Öffentliche Gesundheitsversorgung), C-535/19, Rn. 62).

Vorliegend würde dies bedeuten, dass ein – etwa aufgrund von Art. 32 Abs. 1 der italienischen Verfassung und des Codice-ENI - unentgeltlich gewährter Krankenversicherungsschutz, der eine soziale Bedürftigkeit voraussetzt, den Erfordernissen des Art. 7 Abs. 1 Buchst. b der Richtlinie 2004/38 nicht entsprechen würde. Wenn also eine Notfallbehandlung erfolgt wäre und wenn die finanziellen Mittel von Frau C. nicht ausreichend gewesen wären, einen allenfalls daran anschließenden stationären Krankenhausaufenthalt zu bezahlen, hätte sie zwar über den Codice-ENI einen Krankenversicherungsschutz erlangen können, jedoch ohne die Voraussetzungen eines rechtmäßigen Aufenthaltes gemäß Art. 7 Abs. 1 Buchst. b der Richtlinie 2004/38 zu erfüllen.

3.5.1. Zur Entstehungsgeschichte des Wortes „umfassend“ in den verschiedenen Sprachfassungen des Art. 7 Abs. 1 lit. b Richtlinie 2004/38/EG:

Die Vorgängerbestimmung des Art. 7 Abs. 1 lit. b der Richtlinie 2004/38/EG findet sich in Art. 1 Abs. 1 der Richtlinie 90/365/EWG des Rates vom 28. Juni 1990 über das Aufenthaltsrecht der aus dem Erwerbsleben ausgeschiedenen Arbeitnehmer und selbständig Erwerbstätigen, derzufolge ein alle Risiken abdeckender Krankenversicherungsschutz bestehen musste. Diese Formulierung findet sich in sämtlichen Sprachfassungen der damaligen Mitgliedsstaaten (DE „einen Krankenversicherungsschutz genießen, der im Aufnahmemitgliedstaat alle Risiken abdeckt“, EN „covered by sickness insurance in respect of all risks in the host Member State“, ES „un seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos en el Estado miembro de acogida“, DA „mfattet af en sygeforsikringsordning, der daekker samtlige risici i vaertsmedlemsstaten“, EL „υγειονομική ασφάλιση που να

καλύπτει το σύνολο των κινδύνων στο κράτος μέλος υποδοχής“, FR „d'une assurance maladie couvrant l'ensemble des risques dans l'État membre d'accueil“, IT „un'assicurazione malattia che copra tutti i rischi nello Stato membro ospitante“, NL „een ziektekostenverzekering hebben die alle risico's in het gastland dekt“, PT „estarem cobertos por um seguro de doença que abranja o conjunto dos riscos no Estado-membro de acolhimento“).

Zur Entstehungsgeschichte des Wortes „umfassend“ in Art. 7 Abs. 1 lit. b der Richtlinie 2004/38/EG ist festzuhalten, dass zunächst bei der Annahme durch die Kommission am 23.5.2001 des Vorschlages für eine Richtlinie ([COM/2001/257/FINAL](#)) – mit Ausnahme der schwedischen Sprachfassung, die das Wort „flächendeckend“ aufwies (SV „samt förfogar över en heltäckande sjukförsäkring i den mottagande medlemsstaten“ [„heltäckande“ = flächendeckend, siehe unter kth.se]), – sämtliche Sprachfassungen der damaligen Mitgliedsstaaten die Wortfolge „alle Risiken abdeckt“ verwendeten (DE „Krankenversicherungsschutz genießen, der im Aufnahmemitgliedstaat alle Risiken abdeckt“, EN „sickness insurance covering all risks in the host Member State“, ES „un seguro de enfermedad que cubra el conjunto de los riesgos en el Estado miembro de acogida“, DA „er omfatter af en sygeforsikring, der dækker samtlige risici i værtslandet“, EL „καθώς και ασφάλιση ασθένειας καλύπτουσα το σύνολο των κινδύνων στο κράτος μέλος υποδοχής“, FR „d'une assurance maladie couvrant l'ensemble des risques dans l'État membre d'accueil“, IT „una assicurazione malattia che copra tutti i rischi nello Stato membro ospitante“, NL „en hij een ziektekostenverzekering heeft afgesloten die alle risico's in het gastland dekt“, PT „de um seguro de doença que cubra o conjunto dos riscos no Estado-Membro de acolhimento“, FI „ja sairausvakuutus kaikkien riskien varalta vastaanottavassa jäsenvaltiossa“).

Die Stellungnahme des Parlaments in 1. Lesung vom 11.2.2003 enthält keinen Änderungsantrag zu Art. 7 Abs. 1 lit. b des Richtlinienvorschlags (vgl. BERICHT über den Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten (KOM(2001) 257 – C5-0336/2001 – 2001/0111(COD) [A5/2003/9](#)).

Obwohl es betreffend Art. 7 Abs. 1 lit. b des Richtlinienvorschlags keinen Änderungsantrag vom Parlament gab, wies bei der Annahme des Geänderten Vorschlags durch die Kommission am 15.4.2003 die englische Sprachfassung des Art. 7 Abs. 1 lit. b (und ErwGr 9) die Formulierung „comprehensive sickness insurance cover“ auf ([COM/2003/199/FINAL](#)). Im Gegensatz dazu behielt die deutsche Sprachfassung weiterhin die Formulierung „eine Krankenversicherung ... , die ... sämtliche Risiken abdeckt“ bei. Auch die weiteren Sprachfassungen behielten die Formulierung wie im Kommissionsvorschlag bei (ES „un seguro de enfermedad que cubra el conjunto de los riesgos en el Estado miembro de acogida“, DA „er omfatter af en sygeforsikring, der dækker samtlige risici i værtsmedlemsstater“, EL „καθώς και ασφάλιση ασθενείας καλύπτουσα το σύνολο των κινδύνων στο κράτος μέλος υποδοχής“, FR „d'une assurance maladie couvrant l'ensemble des risques dans l'État membre d'accueil“, IT „di una assicurazione malattia che copra tutti i rischi nello Stato membro ospitante“, NL „en hij een ziektekostenverzekering heeft afgesloten die alle risico's in het gastland dekt“, PT „um seguro de doença que cubra o conjunto dos riscos no Estado-Membro de acolhimento“, FI „ja sairausvakuutus kaikkien riskien varalta vastaanottavassa jäsenvaltiossa“, SV „samt förfogar över en heltäckande sjukförsäkring i den mottagande medlemsstater“).

Auch im Gemeinsamen Standpunkt des Rates finden sich keine Abänderungen zu Art. 7 Abs. 1 lit. b des Richtlinienvorschlags (vgl. Entwurf der Begründung ab 10. November 2003, [CS/2003/13263](#)). Dennoch wurde nun auch in der deutschen Sprachfassung das Wort „umfassend“ gebraucht (vgl. Richtlinienvorschlag ab 11. November 2003, [CS/2003/13263](#)), so auch in den finnischen und portugiesischen Sprachfassungen (FI „ja kattava sairausvakuutusturva“, PT „uma cobertura extensa de seguro de doença“). Die anderen Sprachfassungen behielten zum Teil die Wortfolge „alle Risiken abdeckend“ bei (DA „en sygeforsikring, der dækker samtlige risici“, ES „un seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos“, IT „un'assicurazione malattia che copra tutti i rischi“) oder verwendeten das Wort „voll/vollständig/alle Krankheitskosten deckend/flächendeckend“ (EL „πλήρη ασφαλιστική κάλυψη ασθενείας“, FR „d'une assurance maladie complete“, NL „een verzekering ... die de ziektekosten ... volledig dekt“, SV „en heltäckande sjukförsäkring“).

Da somit die Ersetzung von „alle Risiken abdeckend“ mit „umfassend“ in der deutschen Sprachfassung auf eine Änderung der Formulierung in der englischen Sprachfassung von „sickness insurance covering all risks“ auf „comprehensive sickness insurance cover“ zurückzuführen ist, nicht jedoch auf eine inhaltliche Abänderung des Richtlinienvorschlags, wird auf die Bedeutung des Wortes „comprehensive“ im Oxford Advanced Learner's Dictionary rekurriert. Im Oxford Advanced Learner's Dictionary wird die Bedeutung des Wortes „comprehensive“ mit „complete, full“ angegeben und als Beispiel „comprehensive insurance (= covering all risks)“ angeführt (siehe unter https://www.oxfordlearnersdictionaries.com/definition/english/comprehensive_1).

In der englischen Sprache ist sohin „comprehensive insurance“ gleichbedeutend mit „an insurance covering all risks“. Deshalb kam es durch die Verwendung des Wortes „comprehensive“ anstelle von „covering all risks“ zu keiner inhaltlichen Änderung der englischen Fassung des Richtlinienvorschlags. Aus diesem Grund ist auch das deutsche Wort „umfassend“ in Art. 7 Abs. 1 lit. b der Richtlinie 2004/38/EG als „sämtliche Risiken abdeckend“ zu verstehen.

Bei der erstmaligen Veröffentlichung im Amtsblatt der Union verwenden lediglich 3 der insgesamt 9 Sprachfassungen des Art. 7 Abs. 1 lit. b der Richtlinie 2004/38/EG das Wort „umfassend“ (EN „comprehensive sickness insurance cover“, FI „kattava sairausvakuutus turva“, PT „de uma cobertura extensa de seguro de doença“). Die 6 weiteren Sprachfassungen verwenden entweder die Formulierung „alle Risiken abdeckend“ (ES „un seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos“, DA „en sygeforsikring, der dækker samtlige risici“, IT „un'assicurazione malattia che copra tutti i rischi“) bzw. das Wort „voll/vollständig/alle Krankheitskosten deckend/flächendeckend“ (NL „een verzekering ... die de ziektekosten in het gastland volledig dekt“, EL „πλήρη ασφαλιστική κάλυψη ασθενείας“, FR „d'une assurance maladie complète“, SV „en heltäckande sjukförsäkring“).

Es ist somit nicht nur aufgrund der Entstehungsgeschichte, nach welcher die Ersetzung der Wortfolge „covering all risks“ durch das Wort „comprehensive“ lediglich auf eine Änderung der sprachlichen Formulierung zurückgeht, nicht hingegen auf eine inhaltliche Änderung, sondern auch aufgrund der

überwiegenden Verwendung des Wortes „vollständig, voll“ und „alle Risiken abdeckend“ in der Mehrheit der Sprachfassungen anlässlich der erstmaligen Veröffentlichung der Richtlinie 2004/38/EG im Amtsblatt der Union im Sinne einer einheitlichen Auslegung davon auszugehen, dass die Begriffe „alle Risiken abdeckend“, „vollständig, voll“ sowie „umfassend“ deckungsgleich sind.

3.5.2. Zur Reichweite des umfassenden Krankenversicherungsschutzes in Art. 7 Abs. 1 Buchst. b der Richtlinie 2004/38 nach den Schlussanträgen der Generalanwälte Gerard Hogan vom 30. September 2021 in der Rechtssache C-247/20 und Henrik Saugmansgaard Øe vom 11. Februar 2021 in der Rechtssache C-535/19:

Die Schlussanträge des Generalanwalts vom 30. September 2021 in der Rechtssache VI gegen Commissioners for Her Majesty's Revenue & Customs, C-247/20 (Gerard Hogan), Rn. 61, sehen zwar vor, dass der Begriff des umfassenden Krankenversicherungsschutzes als autonomer Begriff des Unionsrechts anzusehen, der in allen Mitgliedstaaten einheitlich und im Sinne des Effektivitätsgrundsatzes eng auszulegen ist (Rn. 62). Nach der Ansicht des Generalanwalts ist eine Krankenversicherung dann als „umfassend“ im Sinne von Art. 7 Abs. 1 Buchst. b der Richtlinie 2004/38 anzusehen, wenn der Schutz, den der Unionsbürger genießt, dem entspricht, den der Aufnahmemitgliedstaat seinen eigenen Staatsangehörigen unentgeltlich gewährt – dies umso mehr, als ein Mitgliedstaat vorsehen kann, dass der Zugang zu seinem Krankenversicherungssystem nicht unentgeltlich ist – oder dem Schutz einer Krankenversicherung entspricht, deren Abschluss der Mitgliedstaat von seinen eigenen Staatsangehörigen verlangt, insbesondere in den Fällen, in denen Unionsbürger in gleicher Weise wie die Staatsangehörigen des betreffenden Mitgliedstaats Steuern zahlen, mit denen das Gesundheitssystem finanziert wird (Rn. 63). Durch diese Auslegung sollten die öffentlichen Finanzen nicht übermäßig belastet werden, und sie stimmt in dieser Hinsicht überein mit der der Richtlinie 2004/38 zugrunde liegenden Zielsetzung. Zudem entspricht sie sinngemäß der ebenfalls in Art. 7 Abs. 1 Buchst. b der Richtlinie 2004/38 aufgestellten Bedingung der ausreichenden Existenzmittel. Nach Art. 8 Abs. 4 der Richtlinie 2004/38 darf der als „ausreichende Existenzmittel“ angesehene Betrag nämlich nicht über dem Schwellenbetrag liegen, unter dem der Aufnahmemitgliedstaat seinen Staatsangehörigen Sozialhilfe gewährt, oder, wenn dieses Kriterium nicht

anwendbar ist, über der Mindestrente der Sozialversicherung des Aufnahmemitgliedstaats. Es ist daher kohärent, einen Krankenversicherungsschutz als „umfassend“ anzusehen, wenn er dem entspricht, was der Aufnahmemitgliedstaat seinen eigenen Staatsangehörigen gewährt oder von ihnen verlangt (Rn. 64).

Wenn der Generalanwalt in Rn. 61 darauf hinweist, dass der Unionsgesetzgeber unter anderem den Begriff „umfassender Krankenversicherungsschutz“ bevorzugt hat, während Art. 1 Abs. 1 der Richtlinie 90/365 vormals einen Krankenversicherungsschutz verlangte, der „im Aufnahmemitgliedstaat alle Risiken abdeckt, ist jedoch auf die oben dargelegte Entstehungsgeschichte der Formulierung in Art. 7 Abs. 1 lit. b des Richtlinienvorschlags hinzuweisen und auf die Bedeutung von „comprehensive insurance“ als „insurance covering all risks“, sodass der Änderung der sprachlichen Formulierung aufgrund der inhaltsgleichen Bedeutung keine rechtliche Relevanz zukommt.

Zudem war in der Rechtssache EuGH 10.03.2022, C-247/20, IV, die drittstaatsangehörige Mutter eines minderjährigen Unionsbürgers beim öffentlichen Krankenversicherungssystem des Vereinigten Königreichs versichert, welches kostenlos vom National Health Service (NHS, nationaler Gesundheitsdienst) zur Verfügung gestellt wird (vgl. Rn. 68) (vgl. EuGH 10.03.2022, C-247/20, IV, Rn. 68; in Rn. 70 verneinte der Gerichtshof die Frage, ob eine solche kostenlose Krankenversicherung die öffentlichen Finanzen dieses Staates unverhältnismäßig in Anspruch nimmt, als unverhältnismäßig). Im Gegensatz zur Rechtssache EuGH 10.03.2022, C-247/20, IV, in welcher durch die Versicherung beim NHS ein vollumfänglicher Krankenversicherungsschutz gegeben war, war im vorliegenden Fall Frau C. nicht beim öffentlichen Krankenversicherungssystem Italiens SSN krankensichert, sondern besaß lediglich eine weitreichende Ausschlüsse umfassende private Krankenversicherung, mit welcher kein vollumfänglicher Krankenversicherungsschutz gegeben war.

Darüber hinaus sehen die Schlussanträge des Generalanwalts Henrik Saugmansgaard Øe vom 11. Februar 2021 in der Rechtssache A (Öffentliche Gesundheitsversorgung), C-535/19, Rn. 97, vor, dass die Voraussetzung eines

umfassenden Krankenversicherungsschutzes, da in der Richtlinie 2004/38 keine näheren Angaben zum Begriff „umfassender Krankenversicherungsschutz“ gemacht werden, wie die Verpflichtung zu verstehen ist, über eine vollständige Deckung im Bereich der Gesundheitsversorgung zu verfügen, unabhängig vom Ursprung dieser Deckung und dem etwaigen Mitgliedschaftsmodell (Rn. 97). In dieser Rechtssache ging es darum, dass nationale Rechtsvorschriften in Lettland wirtschaftlich inaktive Unionsbürger von dem Recht ausschlossen, dem öffentlichen Krankenversicherungssystem beizutreten, um staatlich finanzierte Leistungen der medizinischen Versorgung in Anspruch zu nehmen (vgl. EuGH 15.7.2021, C-535/19, Rn. 15ff, 63; bzw. konnten diese erst nach Erwerb des Daueraufenthaltsrechtes dem öffentlichen Krankenversicherungssystem beitreten). Im vorliegenden Fall besteht jedoch in Italien bei einem mehr als dreimonatigen Aufenthalt für Unionsbürger die Möglichkeit einer freiwilligen Versicherung beim SSN (siehe unter Punkt II) und hätte eine solche vollumfängliche Versicherung beim öffentlichen Krankenversicherungsträger von Frau C. abgeschlossen werden können.

Die private Krankenversicherung bei der Generali Italia S.p.A. beinhaltete aufgrund der betraglichen Begrenzung auf € 75.000 und der weitreichenden Ausschlüsse, etwa für akute Behandlungen aufgrund von Vorerkrankungen sowie für Geisteskrankheiten, keinen „alle Risiken abdeckenden“ Krankenversicherungsschutz und verfügte Frau C. mit dieser Krankenversicherung nicht über eine vollständige Deckung im Bereich der Gesundheitsversorgung im Sinne der Schlussanträge des Generalanwalts Henrik Saugmansgaard Øe vom 11. Februar 2021 in der Rechtssache A (Öffentliche Gesundheitsversorgung), C-535/19, Rn. 97.

3.5.3. Zur Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zum „alle Risiken abdeckenden“ Krankenversicherungsschutz gemäß § 11 Abs. 2 Z 3 NAG (Art. 7 Abs. 1 lit. b der Richtlinie 2003/86/EG):

In Österreich hat der Verwaltungsgerichtshof im Erkenntnis vom 7.12.2016, Fe 2015/22/0001, zu § 11 Abs. 2 Z 3 NAG u.a. festgehalten: Was unter dem Begriff eines alle Risiken abdeckenden Krankenversicherungsschutzes zu verstehen ist, wird vom Gesetzgeber nicht näher ausgeführt. In den Materialien zum Fremdenrechtspaket 2005 findet sich zu § 11 Abs. 2 NAG 2005 lediglich der

Hinweis (vgl. die Erläuterung 952 BlgNR 22. GP 121), dass der Aufenthalt des Fremden öffentlichen Interessen - die im Abs. 4 näher determiniert sind - nicht widerstreiten darf. Der Fremde muss daher (unter anderem) über eine in Österreich leistungspflichtige Krankenversicherung verfügen, die alle Risiken abdeckt; seine Niederlassung darf für Bund, Land und Gemeinde zu keiner finanziellen Belastung führen. Eine Interpretation des aufgezeigten Begriffs ist jedoch auf Grundlage des § 7 Abs. 1 Z 6 NAG-DV 2005 möglich. Nach dieser Bestimmung kann der Nachweis eines alle Risiken abdeckenden Krankenversicherungsschutzes durch eine entsprechende Versicherungspolize erbracht werden, sofern kein Fall der gesetzlichen Pflichtversicherung besteht. Aus dieser Regelung ergibt sich somit, dass eine nicht bestehende gesetzliche Pflichtversicherung durch eine Privatversicherung substituiert werden kann; zudem wird damit zum Ausdruck gebracht, dass die Versicherungen im gegebenen Zusammenhang als gleichwertig zu erachten sind. Eine Gleichwertigkeit setzt jedoch - auch im Hinblick auf den schon erörterten Zweck des § 11 Abs. 2 NAG 2005, finanzielle Belastungen der Gebietskörperschaften zu verhindern (wie sie etwa mit einer Anstaltspflege unabweisbarer Patienten ohne entsprechende Krankenversicherung verbunden wären) - voraus, dass der Leistungsumfang (das Leistungsspektrum) einer Privatversicherung im Wesentlichen jenem der gesetzlichen Pflichtversicherung entspricht.

Unerheblich ist im Zusammenhang mit der Beurteilung einer Privatversicherung gemäß § 11 Abs. 2 Z 3 NAG 2005, ob bzw. unter welchen Konditionen eine entsprechende Privatversicherung am Markt angeboten wird, kann doch die Auslegung eines gesetzlichen Tatbestands nicht von einem solchen Umstand abhängen. Es kommt auch nicht darauf an, wie die diesbezügliche Regelung im FrPoIG 2005 im Hinblick auf den Visakodex auszulegen ist, geht es doch dabei nicht um die Erteilung eines Visums nach dem FrPoIG 2005, sondern um die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung nach dem NAG 2005 (VwGH 7.12.2016, Fe 2015/22/0001).

Zwar ist auch der Leistungsumfang der gesetzlichen Pflichtversicherung nicht unbeschränkt, setzt doch der Versicherungsfall der Krankheit neben dem Vorliegen einer Krankheit als regelwidrigem Körper- und Geisteszustand die Notwendigkeit einer ärztlichen Behandlung, bei Anstaltspflege zudem das Erfordernis einer

stationären Behandlung, voraus (§§ 120 Z 1, 144 Abs. 1 ASVG; vgl. OGH RIS-Justiz RS0084692, RS0084002: "Behandlungsfall"). Dem gegenüber ist von einem bloßen "Asylierungsfall" oder "Pflegefall" ohne Leistungspflicht der Versicherung auszugehen, wenn ein Krankenhausaufenthalt nur die fehlende häusliche Pflege und Obsorge ersetzt und nicht mehr einer erfolgversprechenden Behandlung der Krankheit dient, oder wenn eine Unterbringung überwiegend öffentlichen Interessen der Gefahrenabwehr und nicht den Behandlungsinteressen des Patienten dient (§ 144 Abs. 3 ASVG; vgl. OGH RIS-Justiz RS0084002, RS0127083).

Der Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofes vom 7.12.2016, Fe 2015/22/0001, lag ein Amtshaftungsverfahren zu Grunde, in dem die Stadt Wien als klagende Partei EUR 71.001,-- für die stationäre Behandlung von 22. März bis zum 29. Mai 2013 als unabweisbare Patientin (§ 36 Abs. 4 Wiener Krankenanstaltengesetz - WrKAG) wegen einer akut gewordenen psychischen Erkrankung im Rahmen einer Unterbringung ohne Verlangen nach dem Unterbringungsgesetz (UbG) in einem öffentlichen Krankenhaus forderte. Für die Behandlung liefen Pflegegebühren von EUR 71.001,-- auf, die weder von der - letztlich am 29. Mai 2013 mit der Flugrettung nach Georgien zurückgebrachten - Fremden noch vom Privatversicherer bezahlt wurden. Die Bezirkshauptmannschaft M hatte in diesem Fall eine Aufenthaltsbewilligung als Au-pair-Kraft erteilt, obwohl die Fremde lediglich über eine private Krankenversicherung verfügte, die in den vereinbarten Allgemeinen Bedingungen marktübliche Risikoausschlüsse vorsah, darunter für die Anhaltung bzw. Unterbringung wegen Selbst- oder Fremdgefährdung; für Verschlimmerungen bereits bestehender Erkrankungen und Unfallfolgen, mit denen aufgrund des Gesundheitszustands und der Art oder Dauer des Aufenthalts gerechnet werden musste; für bestehende Erkrankungen und Unfallfolgen, deren Behandlung während des Aufenthalts aufgrund des bekannten Verlaufs zu erwarten war. Hätte die Behörde - so das Argument der Klägerin - die Aufenthaltsbewilligung nicht erteilt, so wäre die Fremde nicht nach Österreich eingereist, und es wäre zu keiner Behandlung im Krankenhaus der Klägerin gekommen, sodass auch keine Pflegegebühren angefallen wären.

Im Hinblick auf die unterschiedlichen Formulierungen in § 11 Abs. 2 Z 3 NAG und Art. 7 Abs. 1 lit. b der Richtlinie 2004/38/EG hat der Verwaltungsgerichtshof festgehalten, dass sich die jeweiligen Formulierungen („alle Risiken abdeckenden Krankenversicherungsschutz“ in § 11 Abs. 2 Z 3 NAG bzw. „umfassenden Krankenversicherungsschutz“ in Art. 7 Abs. 1 lit. b der Richtlinie 2004/38/EG) deutlich voneinander unterscheiden und die Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zu § 11 Abs. 2 Z 3 NAG schon aus diesem Grund nicht unbesehen auf die Regelungen betreffend die Dokumentation des unionsrechtlichen Aufenthaltsrechts der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen übertragen werden kann (vgl. VwGH 21.6.2022, Ro 2021/22/0001, Rn. 13).

Aufgrund der vorstehend dargelegten Entstehungsgeschichte der verschiedenen Sprachfassungen des Art. 7 Abs. 1 lit. b der Richtlinie 2004/38/EG, aus welcher sich ergibt, dass die Einfügung des Wortes „umfassend“ in der deutschen Sprachfassung auf eine Änderung bei der sprachlichen Formulierung in der englischen Sprachfassung zurückzuführen ist, in welcher „covering all risks“ durch „comprehensive“ ersetzt wurde, ohne dass es jedoch zu einer inhaltlichen Änderung gekommen wäre, da die Wortfolge „comprehensive insurance (= covering all risks)“ bedeutet, ist davon auszugehen, dass in richtlinienkonformer Interpretation das Wort „umfassend“ wie „alle Risiken abdeckend“ zu verstehen ist.

Die Begriffe „umfassend“ in der deutschen Sprachfassung des Art. 7 Abs. 1 lit. b der Richtlinie 2004/38/EG und „alle Risiken abdeckend“ in § 11 Abs. 2 Z 3 NAG (Art. 7 Abs. 1 lit. b der Richtlinie 2003/86/EG) setzen somit keinen unterschiedlichen Umfang des Versicherungsschutzes voraus.

Auch in der Formulierung des Art. 7 Abs. 1 lit. b der Richtlinie 2003/86/EG betreffend das Recht auf Familienzusammenführung ist eine Krankenversicherung vorgesehen, die im betreffenden Mitgliedstaat sämtliche Risiken abdeckt, die in der Regel auch für die eigenen Staatsangehörigen abgedeckt sind (EN „sickness insurance in respect of all risks normally covered for its own nationals in the Member State concerned“, ES „un seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos normalmente asegurados para los propios nacionales en el Estado miembro“, DA „en sygeforsikring for referencepersoner selv og dennes

familiemedlemmer, som dækker alle de risici i den pågældende medlemsstat“, EL „ασφάλιση ασθενείας για τον ίδιο/την ίδια και τα μέλη της οικογένειάς του/της, που να καλύπτει το σύνολο των κινδύνων, οι οποίοι συνήθως καλύπτονται για τους ημεδαπούς στο οικείο κράτος μέλος“, FR „d'une assurance maladie couvrant l'ensemble des risques normalement couverts pour ses propres ressortissants dans l'État membre concerné“, IT „un'assicurazione contro le malattie che copra tutti i rischi di norma coperti per i cittadini dello Stato membro interessato“, NL „een ziektekostenverzekering die voor hemzelf en zijn gezinsleden in de betrokken lidstaat alle risico's dekt die normaal voor de onderdanen van die lidstaat zijn gedekt“, PT „Um seguro de doença, para si próprio e para os seus familiares, que cubra todos os riscos normalmente cobertos no Estado-Membro“, FI „sairausvakuutus, joka kattaa asianomaisessa jäsenvaltiossa sekä perheenkokoajan että hänen perheenjäsentensä kaikki sellaiset riskit, jotka se kattaa yleensä asianomaisen jäsenvaltion omien kansalaisten osalta“, SV „en sjukförsäkring avseende alla risker som de egna medborgarna i den berörda medlemsstaten normalt omfattas av, och som omfattar referenspersonen“).

Dies ist auch in Art. 5 Abs. 1 lit. b, Art. 15 Abs. 2 lit. b, und Art. 16 Abs. 4 lit. c der Richtlinie 2003/109/EG betreffend die Rechtsstellung der langfristig aufenthaltsberechtigten Drittstaatsangehörigen der Fall. Im Erwägungsgrund Nr. 7 der Richtlinie 2003/109/EG wird ausdrücklich als Ziel oder Zweck der Bestimmung festgehalten, dass die Drittstaatsangehörigen keine Last für den betreffenden Mitgliedstaat werden.

Da es das Ziel der Bestimmungen ist, finanzielle Belastungen von Gebietskörperschaften zu verhindern, wie sie etwa durch die Aufnahme unabweisbarer Patienten ohne entsprechende Krankenversicherung in öffentlichen Krankenanstalten entstehen können, ist nicht ersichtlich, aus welchem Grund sich dies bei wirtschaftlich nicht aktiven Unionsbürgern anders verhalten sollte, zumal in einem solchen Fall dann auch bestimmt werden müsste, inwieweit und in welchen Bereichen von einem alle Risiken abdeckenden Krankenversicherungsschutz abgegangen werden kann.

Im Hinblick auf den identen Schutzzweck des Krankenversicherungsschutzes gemäß § 11 Abs. 2 Z 3 NAG (Art. 7 Abs. 1 lit. b der Richtlinie 2003/86/EG, Art. 5

Abs. 1 lit. b, Art. 15 Abs. 2 lit. b, und Art. 16 Abs. 4 lit. c der Richtlinie 2003/109/EG) und gemäß Art. 7 Abs. 1 lit. b der Richtlinie 2004/38/EG ist somit davon auszugehen, dass die zu § 11 Abs. 2 Z 3 NAG ergangene höchstgerichtliche Judikatur auch zur Interpretation des Art. 7 Abs. 1 lit. b der Richtlinie 2004/38/EG herangezogen werden kann.

Zum Krankenversicherungsschutz in § 11 Abs. 2 Z 3 NAG (Art. 7 Abs. 1 lit. b der Richtlinie 2003/86/EG) hat der Verwaltungsgerichtshof im Erkenntnis vom 7.12.2016, Fe 2015/22/0001, Rn. 8.2., wie bereits oben festgehalten, ausgeführt, dass eine Gleichwertigkeit einer Privatversicherung mit einer gesetzlichen Pflichtversicherung - auch im Hinblick auf den schon erörterten Zweck des § 11 Abs. 2 NAG 2005, finanzielle Belastungen der Gebietskörperschaften zu verhindern (wie sie etwa mit einer Anstaltspflege unabweisbarer Patienten ohne entsprechende Krankenversicherung verbunden wären) - voraussetzt, dass der Leistungsumfang (das Leistungsspektrum) einer Privatversicherung im Wesentlichen jenem der gesetzlichen Pflichtversicherung entspricht.

Die private Krankenversicherung von Frau C. in Italien gewährte demnach aufgrund der betragslichen Begrenzung auf € 75.000 und der weitgehenden Ausschlüsse, etwa für akute Behandlungen, die aus Vorerkrankungen resultieren, sowie für Geisteskrankheiten, keinen umfassenden Krankenversicherungsschutz im Sinne des Art. 7 Abs. 1 lit. b der Richtlinie 2004/38/EG.

Allein das Vorbringen in der Stellungnahme am 27.4.2023, aus der Ausstellung der Anmeldebescheinigung für die Ehegattin des Beschwerdeführers sowie der Aufenthaltskarte für den Beschwerdeführer selbst sei zu folgern, dass die zuständige italienische Behörde in Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit jedenfalls von der Erfüllung der Voraussetzungen ausgegangen ist, führt nicht zum Erfolg, zumal auch die Bezirkshauptmannschaft M in dem dem Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 7.12.2016, Fe 2015/22/0001, zugrundeliegenden Fall mit der Erteilung der Aufenthaltsbewilligung vom Vorliegen eines alle Risiken abdeckenden Krankenversicherungsschutzes ausging, was sich jedoch im Nachhinein als unrichtig erwies.

3.6. Zum Verhältnismäßigkeitsgrundsatz:

Zum Begriff des „umfassenden Krankenversicherungsschutzes“ wird in Punkt 2.3.2. der Mitteilung der Kommission zur Freizügigkeitsrichtlinie, KOM/2009/0313 endg., unter Hinweis auf die Rechtssache C-413/99, Baumbast, Rdnrn. 89-94, Folgendes festgehalten: „Jede bei einer öffentlichen oder privaten Einrichtung im Aufnahmemitgliedstaat oder anderswo abgeschlossene Versicherung ist grundsätzlich anzuerkennen, sofern sie einen umfassenden Schutz bietet und die öffentlichen Finanzen des Aufnahmemitgliedstaats nicht belastet. Die Mitgliedstaaten müssen den Umfang des Krankenversicherungsschutzes im Interesse des Schutzes ihrer öffentlichen Finanzen innerhalb der durch das Gemeinschaftsrecht gesetzten Grenzen und unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsprinzips prüfen. ... Die Europäische Krankenversicherungskarte bietet einen umfassenden Versicherungsschutz, solange der betreffende Unionsbürger seinen Wohnort im Sinne der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 [nunmehr Verordnung (EG) Nr. 883/2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit (sowie Durchführungsverordnung (EG) Nr. 987/2009)] nicht in den Aufnahmemitgliedstaat verlegt und solange er die Absicht hat [in den Wohnortmitgliedsstaat] zurückzukehren (z.B. Studium oder berufliche Entsendung in einen anderen Mitgliedstaat.)“

Der EuGH hat am 17. September 2002 in der Rechtssache C-413/99, Baumbast, Rn. 89-94, ein Aufenthaltsrecht aus der unmittelbaren Anwendung von Art. 18 Abs. 1 EG (nunmehr Art. 21 Abs. 1 AEUV) aufgrund des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit in einem Fall ausnahmsweise bejaht, in dem ein Unionsbürger mehrere Jahre lang, zunächst als Arbeitnehmer und dann als Selbständiger, im Aufnahmemitgliedstaat gearbeitet und somit rechtmäßig gewohnt hat, in der Folge aufgrund einer Beschäftigung bei einem Unternehmen eines anderen Mitgliedsstaates über ausreichende Existenzmittel verfügte, seine (im Aufnahmemitgliedsstaat verbliebenen und nunmehr dort nicht versicherten) drittstaatsangehörige Ehegattin und schulpflichtigen Kinder keine Sozialleistungen in Anspruch nahmen (also die öffentlichen Finanzen des Aufnahmemitgliedstaats nicht belastet haben) und sich zur ärztlichen Betreuung erforderlichenfalls in den Mitgliedstaat der Beschäftigung des Unionsbürgers begaben, da sie dort in vollem Umfang krankenversichert waren (Rn. 19, 89-92). Dabei war insbesondere Art. 19 Abs. 1 Buchst. a der Verordnung Nr. 1408/71 (nunmehr Art. 17 der Verordnung

Nr. 883/2004) zu beachten, wonach Arbeitnehmer oder Selbständige, die in einem anderen Mitgliedstaat wohnen und der ärztlichen Behandlung im Hoheitsgebiet des Mitgliedstaats ihres Wohnsitzes bedürfen, für Rechnung des zuständigen Staates Sachleistungen vom Träger des Wohnmitgliedstaats beanspruchen können (Rn. 89).

Gegenständlich erfüllte Frau C. während ihres Aufenthaltes in Italien ab 1.1.2018 keinen Tatbestand des Art. 11 oder Art. 12 der Verordnung Nr. 883/2004, der einen Krankenversicherungsschutz nach österreichischem Recht begründet hätte (sie war in Österreich nicht mehr unselbständig beschäftigt, sie war nicht von ihrem Arbeitgeber nach Italien entsandt worden, sie hatte zuvor in Österreich keine selbständige Tätigkeit ausgeübt und bezog während der Zeiträume der Italienaufenthalte auch keine Leistungen bei Arbeitslosigkeit).

Darüber hinaus war sie auch nicht im Sinne des Art. 64 Abs. 1 lit. b der Verordnung Nr. 883/2004 bei der Arbeitsverwaltung in Italien als Arbeitsuchende gemeldet. Auch unterlag sie keiner Teilversicherung nach dem ASVG (vgl. etwa zu § 8 Abs. 1 Z 2 lit. g ASVG EuGH 10.3.2011, C-516/09, Borger; VwGH 11.8.2017, Ro 2015/10/0019) gegen nur ein einziges Risiko im Rahmen eines der in Art. 1 lit. a der Verordnung Nr. 883/2004 genannten allgemeinen oder besonderen Systeme der sozialen Sicherheit, aufgrund welcher sie in einem Krankheitsfall in Italien nach der Verordnung Nr. 883/2004 einen Anspruch auf Sachleistungen gehabt hätte.

Jedes Mal, wenn sie während des insgesamt etwa 5 ½ Monate andauernden Italienaufenthaltes Medikamente benötigte oder Arztbesuche wahrnehmen wollte, reiste Frau C. zurück nach Österreich und meldete sich (nach Beendigung ihrer Beschäftigung am 31.12.2017) arbeitslos, damit sie in dem Schutz der gesetzlichen Krankenversicherung für die Dauer des Aufenthaltes in Österreich kam. Diese Krankenversicherung galt jedoch nur innerhalb von Österreich. Sobald sie Österreich verließ, verlor sie den Versicherungsschutz der gesetzlichen Krankenversicherung und bestand lediglich der umfänglich beschränkte Schutz der privaten Krankenversicherung für Italien, die eine betragliche Begrenzung auf € 75.000 und weitgehende Ausschlüsse, etwa für akute Behandlungen aufgrund von Vorerkrankungen sowie für Geisteskrankheiten, aufwies (siehe unter Punkt II). Hätte sie daher etwa in Italien einer akuten Krankenbehandlung bedurft, die aus

einer Vorerkrankung resultierte, hätte überhaupt kein Krankenversicherungsschutz bestanden.

Der Gerichtshof hat das Verhältnismäßigkeitsprinzip in der Rechtssache C-413/99, Baumbast, auf einen Fall angewendet, in welchen in einem anderen Mitgliedstaat (Deutschland) ein vollumfänglicher Krankenversicherungsschutz bestand, der aufgrund der Geltung des Art. 19 Abs. 1 Buchst. a der Verordnung Nr. 1408/71 (nunmehr Art. 17 der Verordnung Nr. 883/2004) auch eine Notversorgung im Mitgliedsstaat des Wohnortes (Vereinigtes Königreich) umfasst hätte.

Bei der in der Stellungnahme des Beschwerdeführers vom 27.4.2023 angeführten Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes durch den EuGH (EuGH 15.7.2021, C-535/19, Rn. 59) ging es jedoch nicht um die Frage, ob der Aufenthalt des in Lettland mehr als drei Monate aufhältigen italienischen wirtschaftlich inaktiven Staatsangehörigen rechtmäßig war (das Vorliegen eines umfassenden Krankenversicherungsschutzes war nicht strittig; vgl. Schlussanträge, Rn. 70), sondern um die Frage, ob die lettischen nationalen Rechtsvorschriften, aufgrund derer dessen Antrag dem öffentlichen Krankenversicherungssystem in Lettland beizutreten, abgewiesen worden war (Rn. 15), unionsrechtskonform waren (Rn. 44). Zu dieser Frage verwies der EuGH in Rn. 59 auf Nr. 124 der Schlussanträge des Generalanwaltes, wonach der Aufnahmemitgliedstaat die Zugehörigkeit eines gemäß Art. 7 Abs. 1 Buchst. b der Richtlinie 2004/38 aufhältigen wirtschaftlich nicht aktiven Unionsbürgers zu seinem öffentlichen Krankenversicherungssystem von Voraussetzungen abhängig machen kann, die sicherstellen sollen, dass dieser Bürger die öffentlichen Finanzen dieses Mitgliedstaats nicht unangemessen in Anspruch nimmt, wie etwa davon, dass dieser Bürger eine umfassende private Krankenversicherung abschließt oder aufrechterhält, so dass dem Mitgliedstaat seine Aufwendungen für die Gesundheit zugunsten dieses Bürgers erstattet werden können, oder davon, dass der Bürger einen Beitrag zum öffentlichen Krankenversicherungssystem dieses Mitgliedstaats zahlt; in diesem Zusammenhang hat der Aufnahmemitgliedstaat jedoch über die Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit zu wachen und mithin dafür zu sorgen, dass es für diesen Bürger nicht übermäßig schwierig ist, diese Voraussetzungen zu erfüllen. In Fn. 83 der Schlussanträge wird deutlich, dass sich der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz in diesem Fall darauf bezieht, dass die Höhe der

vom Unionsbürger zu zahlenden Zusatzbeiträge für eine Krankenversicherung im öffentlichen Gesundheitssystem oder die Verpflichtung zur Beibehaltung eines umfassenden privaten Krankenversicherungsschutzes nur so hoch sein darf, dass die Unionsbürger diese Anforderungen erfüllen können und die geforderten Beträge die Erfüllung folglich nicht unmöglich machen oder übermäßig erschweren.

Vorliegend bestand jedoch (siehe bereits oben) in Italien die Möglichkeit für Frau C. einer freiwilligen Krankenversicherung beim öffentlichen Krankenversicherungsträger in Italien (im Gegensatz dazu hatte der Unionsbürger in der Rechtssache EuGH 15.7.2021, C-535/19 diese Möglichkeit nicht und waren deshalb die lettischen Rechtsvorschriften nicht unionsrechtskonform). Was den Umfang einer umfassenden Krankenversicherung betrifft, so wurde in den Schlussanträgen zum Urteil EuGH 15.7.2021, C-535/19, festgehalten (siehe bereits oben), dass die Voraussetzung eines umfassenden Krankenversicherungsschutzes in der Richtlinie 2004/38 wie die Verpflichtung zu verstehen ist, über eine vollständige Deckung im Bereich der Gesundheitsversorgung zu verfügen, unabhängig vom Ursprung dieser Deckung und dem etwaigen Mitgliedschaftsmodell (Schlussanträge 11.2.2021, C-535/19, Rn. 97).

Vorliegend erscheint eine Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes nicht gerechtfertigt, da im Gegensatz zur Rechtssache C-413/99, Baumbast, zum einen – mangels Krankenversicherung in Österreich ab 1.1.2018 – eine Notversorgung aufgrund der Verordnung Nr. 883/2004 nicht bestanden hätte und zugleich die private Krankenversicherung einen gänzlichen Ausschluss der Behandlung von Akutfällen, die aus Vorerkrankungen resultieren, und die Behandlung von Geisteskrankheiten beinhaltete.

Auch ein Abstellen darauf, dass es tatsächlich zu keinem akuten Notfall resultierend aus einer Vorerkrankung in Italien gekommen ist, und dass Frau C. für vorhersehbare Arztbesuche - die keine akuten Notfälle darstellen - nach Österreich reiste, wo sie sich arbeitslos meldete, um in den Schutz einer Krankenversicherung zu kommen, erscheint nicht zielführend, da die rechtliche Voraussetzung eines umfassenden Krankenversicherungsschutzes gemäß Art. 7 Abs. 1 lit. b der Richtlinie 2004/38/EG unabhängig von den faktischen

Gegebenheiten besteht. Die Unabhängigkeit von faktischen Gegebenheiten bedeutet auch, dass die Erfüllung der Voraussetzung des in Art. 7 Abs. 1 lit. b der Richtlinie 2004/38/EG etwa nicht davon abhängig gemacht werden kann, ob eine Person betroffen ist, die bereits Vorerkrankungen hat, oder lediglich Personen ohne Vorerkrankungen (bei denen der Ausschluss von akuten Behandlungen, die aus Vorerkrankungen resultieren, nicht zur Anwendung käme), da dies einer Diskriminierung aufgrund von Krankheit gleichkäme.

Auch die faktische Gegebenheit, dass im vorliegenden Fall lediglich der Zeitraum von 1. März 2018 bis 5. Mai 2018 betroffen war, da in den ersten drei Monaten bis 1. März 2018 ein umfassender Krankenversicherungsschutz gemäß Art. 6 Abs. 1 Richtlinie 2004/38/EG keine Voraussetzung war, kann angesichts des gänzlichen Ausschlusses von Akutbehandlungen aufgrund von Vorerkrankungen durch die private Krankenversicherung eine Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes nicht rechtfertigen, da das Auftreten eines anstaltsbedürftigen unabweisbaren Akutfalles nicht vorhersehbar ist und somit unabhängig von der Länge des betroffenen Zeitraums eintreten kann.

Die private Krankenversicherung von Frau C. in Italien gewährte aufgrund der betragsmäßigen Beschränkung und der weitreichenden Risikoausschlüsse keinen umfassenden Krankenversicherungsschutz, wie er laut der Mitteilung der Kommission zur Freizügigkeitsrichtlinie, KOM/2009/0313 endg. etwa durch die Europäische Krankenversicherungskarte geboten wird.

Es lag daher kein „umfassender“ Krankenversicherungsschutz im Sinne des Art. 7 Abs. 1 lit. b der Richtlinie 2004/38/EG vor und könnte auch eine Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes angesichts der fehlenden Deckung der Notversorgung mangels Anwendbarkeit der Verordnung Nr. 883/2004 sowie angesichts des gänzlichen Ausschlusses der Behandlung von Akutfällen aufgrund von Vorerkrankungen der privaten Krankenversicherung nicht zum Vorliegen eines solchen Krankenversicherungsschutzes führen.

3.5.

Im Lichte der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (vgl. die unten zitierte Judikatur) sowie der Rechtsprechung des EuGH (vgl. EuGH

15.11.2011, C-256/11, "Dereci ua") ist auch in keiner Weise davon auszugehen, dass die Ehegattin des Beschwerdeführers – für den Fall, dass die gegenständliche Aufenthaltskarte nicht ausgestellt wird – de facto gezwungen wäre, Österreich oder das Gebiet der Europäischen Union zu verlassen.

Frau C. ist in Österreich erwerbstätig und finanziert den eigenen Lebensunterhalt. Sie sind daher finanziell und wirtschaftlich unabhängig. Es bestehen keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass eine Ausnahmesituation im Beschwerdefall vorliegen sollte, sodass die Ehegattin durch die gegenständliche Entscheidung des Verwaltungsgerichts Wien in dem Genuss des Kernbestands ihrer durch die Unionsbürgerschaft garantierten Rechte beeinträchtigt wäre (vgl. hingegen die den Urteilen des EuGH 19.10.2004, Zhu und Chen, C-200/02, sowie 17.9.2002, Baumbast und R, C-413/99, zugrundeliegenden Ausgangsverfahren betreffend minderjährige Unionsbürger ohne eigenes Einkommen). Der tatsächliche Genuss des Kernbestandes der durch die Unionsbürgerschaft gewährleisteten Rechte (vgl. Art. 20 AEUV) durch die Ehegattin des Beschwerdeführers setzt somit vor dem Hintergrund des vorliegenden Sachverhalts nicht voraus, dass sich der Beschwerdeführer in Österreich aufhalten und im Bundesgebiet einer Erwerbstätigkeit nachgehen darf.

Allein aus der Verweigerung der Ausstellung einer Aufenthaltskarte für den Beschwerdeführer kann nicht abgeleitet werden, dass seine Ehegattin gezwungen wäre, Österreich und das Gebiet der Europäischen Union zu verlassen. Der Wunsch nach einem gemeinsamen Familienleben in Österreich begründet noch keine Ausnahmesituation (vgl. VwGH 19.2.2014, 2013/22/0049). Die bloße Tatsache, dass es für einen Staatsbürger eines Mitgliedstaates aus wirtschaftlichen Gründen oder zur Aufrechterhaltung der Familiengemeinschaft im Gebiet der Union wünschenswert erscheinen könnte, dass Familienangehörige, die nicht die Staatsbürgerschaft eines Mitgliedstaats besitzen, sich mit ihm zusammen im Gebiet der Union aufhalten können, rechtfertigt für sich genommen nicht die Annahme, dass der Unionsbürger gezwungen wäre, das Gebiet der Union zu verlassen, wenn dem Familienangehörigen kein Aufenthaltsrecht gewährt würde (vgl. EuGH 15.11.2011, C-256/11, "Dereci ua", Rn. 68, sowie VwGH 17.4.2013, 2013/22/0062, und 19.12.2012, 2012/22/0218).

Es war folglich spruchgemäß zu entscheiden.

Zur Zulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist zulässig, da im gegenständlichen Verfahren eine Rechtsfrage zu lösen war, der im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG grundsätzliche Bedeutung zukommt, insbesondere, weil eine Rechtsprechung zum Vorliegen eines „umfassenden Krankenversicherungsschutzes“ im Sinne des Art. 7 Abs. 1 lit. b der Richtlinie 2004/38/EG in den sog. „Rückkehrfällen“ fehlt.

Belehrung

Gegen dieses Erkenntnis besteht die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder einer außerordentlichen Revision beim Verwaltungsgerichtshof. Die Beschwerde bzw. Revision ist innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung der Entscheidung durch eine bevollmächtigte Rechtsanwältin bzw. einen bevollmächtigten Rechtsanwalt abzufassen und ist die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und die außerordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof beim Verwaltungsgericht Wien einzubringen. Für die Beschwerde bzw. die Revision ist eine Eingabengebühr von je EUR 240,-- beim Finanzamt Österreich, Dienststelle Sonderzuständigkeiten zu entrichten.

Es besteht die Möglichkeit, Verfahrenshilfe für das Verfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof bzw. Verfassungsgerichtshof zu beantragen.

Verfahrenshilfe ist einer Partei so weit zur Gänze oder zum Teil zu bewilligen als sie außerstande ist, die Kosten der Führung des Verfahrens ohne Beeinträchtigung des notwendigen Unterhalts zu bestreiten, und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint.

Der Antrag auf Verfahrenshilfe ist für ein Beschwerdeverfahren vor dem Verfassungsgerichtshof unmittelbar beim Verfassungsgerichtshof einzubringen. Für ein außerordentliches Revisionsverfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof ist der Antrag unmittelbar beim Verwaltungsgerichtshof einzubringen. Dies in beiden Fällen jeweils innerhalb der oben genannten sechswöchigen Beschwerde- bzw. Revisionsfrist.

Ferner besteht die Möglichkeit, auf die Revision beim Verwaltungsgerichtshof und die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof zu verzichten. Der Verzicht hat ausdrücklich zu erfolgen und ist bei einem Verzicht auf die Revision dem Verwaltungsgericht, bei einem Verzicht auf die Beschwerde bis zur Zustellung der Entscheidung dem Verwaltungsgericht, nach Zustellung der Entscheidung dem Verfassungsgerichtshof schriftlich bekanntzugeben oder zu Protokoll zu erklären. Der Verzicht hat zur Folge, dass eine Revision bzw. Beschwerde nicht mehr zulässig ist. Wurde der Verzicht nicht von einem berufsmäßigen Parteienvertreter oder im Beisein eines solchen abgegeben, so kann er binnen drei Tagen schriftlich oder zur Niederschrift widerrufen werden.

Verwaltungsgericht Wien

MMag. Dr. Salamun
(elektronisch unterfertigt)