



VERWALTUNGSGERICHT WIEN

1190 Wien, Muthgasse 62
Telefon: (+43 1) 4000 DW 38650
Telefax: (+43 1) 4000 99 38650
E-Mail: post@vgw.wien.gv.at

GZ: VGW-101/007/13303/2022-21

Wien, 02.01.2023

A. B.

Geschäftsabteilung: VGW-G

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch seinen Richter Dr. Köhler über die Beschwerde des A. B. gegen den Bescheid des Magistrates der Stadt Wien (Magistratisches Bezirksamt für den 1. und 8. Bezirk) vom 19.09.2022, Zl. ..., betreffend eine Angelegenheit nach dem Gelegenheitsverkehrs-Gesetz (GelVerkG), nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung und Verkündung am 12.12.2022 zu Recht erkannt:

I. Der Beschwerde wird gemäß § 28 VwGVG, §§ 5 und 6 GelVerkG sowie Art. 23 und 24 der RL 2004/38/EG Folge gegeben, der angefochtene Bescheid wird aufgehoben und dem Antrag des A. B., geboren am ... vom 05.04.2022 auf Erteilung der Konzession für das „Personenbeförderungsgewerbe mit PKW – Taxi, mit 1 PKW“ am Standort Wien, C.-gasse, entsprechend wird die Konzession erteilt.

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

Entscheidungsgründe

Feststellungen

Der Beschwerdeführer, A. B., geboren am ..., ist nigerianischer Staatsangehöriger. Der Beschwerdeführer lebt seit 2008 in Österreich. Zunächst verfügte der Beschwerdeführer über eine „Aufenthaltsberechtigungskarte weiß“ (§ 51 AsylG).

Der Beschwerdeführer ist seit 2014 verheiratet mit der ungarischen Staatsangehörigen D. B.; das Ehepaar lebte schon zuvor in einem gemeinsamen Haushalt in Österreich. Das Ehepaar hat auch drei gemeinsame Kinder, die ebenfalls ungarische Staatsangehörige sind.

Der Beschwerdeführer ist als Ehegatte gemäß § 52 Abs. 1 Z 1 NAG Angehöriger einer EWR-Bürgerin, wodurch der aktuelle Anspruch auf die Dokumentation des unionsrechtlich bestehenden Aufenthaltsrechts erwachsen ist (§ 54a NAG). Zuvor verfügte der Beschwerdeführer über eine Aufenthaltskarte gemäß § 54 NAG (ausgestellt von 13.10.2014 bis 13.10.2019). Der Antrag auf Ausstellung der aktuellen Daueraufenthaltskarte gemäß § 54a NAG wurde am 11.07.2019 gestellt. Die Daueraufenthaltskarte ist ausgestellt für den Gültigkeitszeitraum von 24.01.2020 bis 24.01.2030.

Der Beschwerdeführer verfügt laut Versicherungsdatenauszug über Zeiten von Beschäftigungsverhältnissen (Vollzeit oder geringfügig beschäftigt) und sonstige Versicherungszeiten (seit November 2014). Im Rahmen der Beschäftigungsverhältnisse war er überwiegend und ist er auch aktuell als Taxifahrer beschäftigt. Der Beschwerdeführer verfügt auch über einen Taxiausweis iSd Betriebsordnung für den nichtlinienmäßigen Personenverkehr (BO 1994).

Die Ehefrau des Beschwerdeführers verfügt über eine Anmeldebescheinigung gemäß § 53 NAG (Arbeitnehmerin gemäß § 51 Abs. 1 Z 1 NAG). Sie verfügt laut Versicherungsdatenauszug über Zeiten von Beschäftigungsverhältnissen (Vollzeit oder geringfügig beschäftigt) und sonstige Versicherungszeiten (seit Dezember 2011). Aktuell bezieht sie Kinderbetreuungsgeld, bis März 2022 war sie unselbständig erwerbstätig. Bei diesem letzten Dienstgeber wird sie ab Jänner 2023 auch wieder unselbständig erwerbstätig sein. Der Beschwerdeführer und seine Ehefrau verfügten durch die gemeinsam erzielten Einkünfte auch über ausreichende Existenzmittel und es bestand jeweils ein Krankenversicherungsschutz (aufgrund der unselbstständigen Erwerbstätigkeit war eine ASVG-Versicherung gegeben; es wäre auch eine Mitversicherung gemäß § 123 ASVG möglich gewesen).

Der Beschwerdeführer stellte mit Schreiben vom 05.04.2022 den verfahrensgenständlichen Antrag auf Erteilung einer Konzession nach dem GelVerkG.

Diesen Antrag wies die belangte Behörde – nach Durchführung eines Ermittlungsverfahrens, in dem der Beschwerdeführer verschiedene Nachweise und Unterlagen (unter anderem Befähigungsnachweis und Nachweisen zur finanziellen Leistungsfähigkeit) vorlegte und amtswegige Nachforschungen (insbesondere zu Befähigung und Zuverlässigkeit) getätigt wurden – mit dem nunmehr angefochtenen Bescheid vom 19.09.2022 gemäß § 6 Abs. 1 GelVerkG ab. Begründend führte die belangte Behörde aus, dass die vom Beschwerdeführer vorgelegte Daueraufenthaltskarte als Identifikationsnachweis gelte und nicht dem Aufenthaltstitel „Daueraufenthalt – EU“ (§ 45 NAG) gleichgestellt sei. Ein Nachweis nach § 6 Abs. 1 Z 1 GelVerkG (EWR-Angehörigkeit oder durch den Aufenthaltstitel „Daueraufenthalt – EU“ langfristig aufenthaltsberechtigter Drittstaatsangehöriger) sei nicht erbracht worden.

Der Beschwerdeführer verfügt über eine gültige Lenkberechtigung für die Klasse B. Der Beschwerdeführer verfügt weiters über Bankguthaben in Höhe von insgesamt 30.000,– Euro. Der Beschwerdeführer hat eine Prüfung (Befähigungsnachweis) für das Personenbeförderungsgewerbe mit PKW – Taxi erfolgreich abgeschlossen.

Der Beschwerdeführer verfügt über keine relevanten/wesentlichen Vorstrafen oder Ausschlussgründe, die seine Zuverlässigkeit ausschließen würden (§ 5 Abs. 1 Z 3 iVm Abs. 3 GelVerkG):

Als verwaltungsstrafrechtliche Vormerkungen des Beschwerdeführers sind in der VStV-Datenbank eine Übertretung des § 52 lit. c Z 24 1. Satz 1. Halbsatz StVO aus 2020 (Anhalten bei einem STOP/HALT-Verkehrszeichen; 100,– Euro Geldstrafe) sowie jeweils aus 2017 eine Übertretung des § 11 Abs. 1 StVO (Änderung der Fahrtrichtung bzw. Wechsel des Fahrstreifens ohne Vergewisserung der Gefährdungs-/Behinderungslosigkeit; 76,– Euro Geldstrafe) und eine Übertretung des § 52 lit. a Z 1 StVO (Fahrverbot; 76,– Euro Geldstrafe) vermerkt.

Eine Verurteilung des Beschwerdeführers wegen des Vergehens der Körperverletzung nach § 83 Abs. 1 StGB mit Urteil des Bezirksgerichts E. vom 11.12.2020 belief sich auf 60 Tagessätze und ergab sich aus der Feststellung des Gerichts, dass der Beschwerdeführer und ein zweiter Beschuldigter infolge einer Meinungsver-

schiedenheit sich jeweils durch einen Faustschlag ins Gesicht des anderen am Körper verletzt hätten (Jochbeinprellung beim Zweitbeschuldigten).

Der Beschwerdeführer verfügt als Unternehmer über einen Sitz/eine Niederlassung in Österreich. Der Beschwerdeführer hält sich seit deutlich mehr als fünf Jahren tatsächlich und rechtmäßig in Österreich auf.

Beweiswürdigung

Das Verwaltungsgericht hat Beweis erhoben durch Registerabfragen (Melderegister, Fremdenregister, Versicherungsdatenauszug, Gewerberegister betreffend den Beschwerdeführer), Einsichtnahme in den vorgelegten Behördenakt mit den darin enthaltenen Antragsunterlagen und Beilagen sowie mittels Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung zwecks Einvernahme des Beschwerdeführers. In der Verhandlung wurde auch die stellig gemachte Ehefrau als Zeugin einvernommen.

Auch zur Ehefrau des Beschwerdeführers, D. B., wurden Melderegister und Versicherungsdatenauszug abgefragt. Hieraus sind Versicherungs- und Erwerbszeiten ersichtlich sowie auch der aktuelle Bezug und frühere Zeiten von Kinderbetreuungsgeld. Diese Daten stimmen mit den übereinstimmenden Angaben zu gemeinsamen Kindern und deren Alter überein. In der Verhandlung am 12.12.2022 wurde betreffend die Ehefrau des Beschwerdeführers auch die Anmeldebescheinigung gemäß § 53 NAG vorgelegt.

Der Beschwerdeführer und seine Ehefrau machten insgesamt einen glaubwürdigen und an der Wahrheitsfindung interessierten und darum bemühten Eindruck. Es wurde eine sorgfältig sortierte Sammlung umfangreicher Unterlagen zu verschiedenen Erteilungsvoraussetzungen der §§ 5 f GelVerkG vorgelegt. Darin enthalten sind auch Unterlagen, die für das unionsrechtliche Aufenthaltsrecht relevant sind (neben der Anmeldebescheinigung wurden bis November 2014 zurückreichende Gehaltszettel des Beschwerdeführers und bis August 2014 zurückreichende Gehaltszettel seiner Ehefrau vorgelegt).

Die Feststellungen zur Ehe des Beschwerdeführers mit D. B. ergeben sich aus der Heiratsurkunde (vorgelegt in der Verhandlung am 12.12.2022). Zum gemeinsa-

men Haushalt wurde auch ein übereinstimmendes Vorbringen des Beschwerdeführers sowie seiner als Zeugin einvernommenen Ehefrau erstattet; dieses deckt sich auch mit Einträgen im ZMR.

Das verfügbare Bankguthaben in Höhe von 30.000,- Euro ergibt sich daraus, dass in der mündlichen Verhandlung ein aktueller Kontoauszug für ein Girokonto vorgelegt sowie eine Onlineabfrage für dieses Konto sowie für ein (weiteres) Sparkonto durchgeführt wurden. Die Summe der beiden positiven Kontostände ergab etwas mehr als 30.000,- Euro.

Die Feststellungen zur Verurteilung durch das Bezirksgericht E. ergeben sich aus dem von dort vorgelegten Akt Die Feststellungen zu verwaltungsstrafrechtlichen Vormerkungen ergeben sich aus einer VStV-Abfrage durch die LPD Wien.

Die Prüfung und damit der Befähigungsnachweis für das Personenbeförderungsgewerbe ergibt sich aus dem vorgelegten Prüfungszeugnis vom 21.02.2022. Die Feststellungen zur Lenkberechtigung und zum Taxiausweis ergeben sich aus dem Behördenakt.

Rechtliche Beurteilung

Die Beschwerde wendet sich dagegen, dass der Antrag vom 05.04.2022 mit dem angefochtenen Bescheid gemäß § 6 Abs. 1 GelVerkG abgewiesen wurde, weil die vom Beschwerdeführer vorgelegte Daueraufenthaltskarte als Identifikationsnachweis gelte und nicht dem Aufenthaltstitel „Daueraufenthalt – EU“ (§ 45 NAG) gleichgestellt sei. Die belangte Behörde stützte sich im Wesentlichen darauf, dass ein Nachweis nach § 6 Abs. 1 Z 1 GelVerkG (EWR-Angehörigkeit oder durch den Aufenthaltstitel „Daueraufenthalt – EU“ langfristig aufenthaltsberechtigter Drittstaatsangehöriger) nicht erbracht worden sei.

Die Beschwerde ist berechtigt:

Der Beschwerdeführer erfüllt die Voraussetzungen des § 5 Abs. 1 GelVerkG: Zuverlässigkeit (§ 5 Abs. 3 GelVerkG), finanzielle Leistungsfähigkeit (§ 5 Abs. 4 GelVerkG), fachliche Eignung (der Befähigungsnachweis gemäß § 5 Abs. 5 GelVerkG liegt vor) sowie tatsächliche und dauerhafte Niederlassung in Österreich (§ 6 Abs. 1 Z 1 GelVerkG).

Zur Zuverlässigkeit (§ 5 Abs. 1 Z 3 iVm Abs. 3 GelVerkG) ist anzumerken, dass der Beschwerdeführer über keine wesentlichen Vorstrafen oder Ausschlussgründe verfügt, die seine Zuverlässigkeit ausschließen würden. § 5 Abs. 3 GelVerkG nennt als Maßstab für den Ausschluss der Zuverlässigkeit eine Verurteilung zu 180 Tagessätzen. Die Verurteilung des Beschwerdeführers aus dem Jahr 2020 belief sich auf 60 Tagessätze. Auch nach der „Schwere“ des dortigen Delikts (Prellung als Körperverletzung gemäß § 83 Abs. 1 StGB; einmaliger Schlag) ist ein lediglich geringfügiges Vergehen anzunehmen. Die Tatzeitpunkte hinter den verwaltungsstrafrechtlichen Vormerkungen liegen teilweise etwa fünf Jahre zurück (zwei Übertretungen der StVO), eine weitere Übertretung der StVO liegt zwei Jahre zurück. Insgesamt drei Übertretungen der StVO zu geringen bzw. nicht unüblich hohen Geldstrafen (76,- bzw. 100,-) sind angesichts der Tatsache, dass der Beschwerdeführer als Taxifahrer – im Vergleich zu reinen privaten Fahrern – überdurchschnittlich viele Fahrten durchführt, als unwesentlich zu qualifizieren.

Zur finanziellen Leistungsfähigkeit (§ 5 Abs. 4 GelVerkG) ist anzumerken, dass der Beschwerdeführer über täglich fälliges Buchgeld in Höhe von 30.000,- Euro verfügt. Nach der Berufszugangsverordnung Kraftfahrlinien- und Gelegenheitsverkehr (BZP-VO) sind für eine Konzession für das Taxigewerbe 7.500,- Euro pro Fahrzeug vorgeschrieben. Nachdem dieser Betrag weit überschritten wird, ist an der Leistungsfähigkeit des Beschwerdeführers nicht zu zweifeln.

Der Beschwerdeführer ist tatsächlich und dauerhaft in Österreich niedergelassen und er beabsichtigt auch als Unternehmer seine Niederlassung in Österreich zu betreiben/behalten (§ 5 Abs. 1 Z 4 und § 6 Abs. 1 Z 1 GelVerkG). Der Beschwerdeführer hat den einschlägigen Befähigungsnachweis erbracht (§ 5 Abs. 1 Z 3 iVm Abs. 5 GelVerkG).

Die Bestimmung des § 6 Abs. 1 Z 1 GelVerkG normiert, dass die Erteilung der Konzession – neben der Erfüllung der in § 5 GelVerkG angeführten Voraussetzungen und Sitz/Niederlassung in Österreich – erfordert, dass eine natürliche Person Angehöriger einer Vertragspartei des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum (EWR-Angehöriger) oder langfristig aufenthaltsberechtigter Drittstaatsangehöriger im Sinne der Richtlinie 2003/109/EG sein muss. Insofern ist in § 6 Abs. 1 Z 1 GelVerkG – anders als in § 14 Abs. 3 GewO – keine Gleichbehand-

lung mit Inländern für „Familienangehörige von Staatsangehörigen eines Mitgliedstaates der EU oder eines Vertragsstaates des EWR, die das Recht auf Aufenthalt oder das Recht auf Daueraufenthalt in einem Mitgliedstaat der EU oder einem Vertragsstaat des EWR genießen“, normiert.

Der Beschwerdeführer ist nigerianischer Staatsangehöriger, somit nicht Angehöriger eines EWR-Staates. Er verfügt auch nicht über einen „Daueraufenthalt – EU“ gemäß § 45 NAG.

Der Beschwerdeführer verfügt jedoch aktuell über eine Daueraufenthaltskarte gemäß § 54a NAG. Grundlage ist hierfür die RL 2004/38/EG („Freizügigkeitsrichtlinie“). Nach § 54a NAG erwerben (näher bestimmte) Drittstaatsangehörige das Daueraufenthaltsrecht, wenn sie sich fünf Jahre ununterbrochen rechtmäßig im Bundesgebiet aufgehalten haben. Ihnen ist auf Antrag eine Daueraufenthaltskarte auszustellen. Nach den Erläuterungen (RV 330 BlgNR 24. GP 52) wird mit § 54a Abs. 1 NAG Art. 16 Abs. 2 und 3 der RL 2004/38/EG umgesetzt (VwGH 07.07.2021, Ra 2020/22/0252).

Der Beschwerdeführer erfüllt die Voraussetzungen des § 54a NAG, weil er Ehegatte und damit gemäß § 52 Abs. 1 Z 1 NAG Angehöriger einer EWR-Bürgerin ist, die als Arbeitnehmerin über eine Anmeldebescheinigung (§ 53 iVm § 51 Abs. 1 Z 1 NAG) verfügt, und weil er einen ausreichend langen rechtmäßigen Aufenthalt im Bundesgebiet vorweisen kann. Es wären auch die Voraussetzungen des § 51 Abs. 1 Z 2 NAG erfüllt gewesen. Der Beschwerdeführer fällt als Angehöriger einer Unionsbürgerin in den Anwendungsbereich der RL 2004/38/EG; er verfügt über ein unionsrechtlich bestehendes Aufenthaltsrecht.

Ein langfristig aufenthaltsberechtigter Drittstaatsangehöriger iSd Art. 2 lit. b RL 2003/109/EG, wie in § 6 Abs. 1 Z 1 GelVerkG neben EWR-Angehörigen genannt, ist nur eine solche Person, welche die Rechtsstellung eines langfristig Aufenthaltsberechtigten im Sinne der Art. 4 bis 7 RL 2003/109/EG besitzt. Art. 4 iVm Art. 7 RL 2003/109/EG setzt die Stellung eines Antrags und die Erteilung der Rechtsstellung durch den Mitgliedstaat voraus.

Vor dem Hintergrund, dass Art. 7 Abs. 3 RL 2003/109/EG keinen Zweifel daran lässt, dass eine unionsrechtliche Aufenthaltsberechtigung konstitutiv von der Behörde zu erteilen ist (vgl. VwGH 09.09.2014, Ro 2014/22/0024), kann § 6 Abs. 1 Z 1 GelVerkG (grundsätzlich) nur so verstanden werden, dass eine natürliche Person, die nicht EWR-Angehöriger ist, die Voraussetzungen dieser Bestimmung nur dann erfüllt, wenn ihr dieser Aufenthaltstitel (konkret: „Daueraufenthalt – EU“ gemäß § 45 NAG) bereits (konstitutiv) erteilt wurde (VwGH 08.09.2022, Ra 2022/03/0201).

Durch die enge Anknüpfung bzw. Beschränkung von Daueraufenthaltskonstellationen auf solche „im Sinne der Richtlinie 2003/109/EG“ in § 6 Abs. 1 Z 1 GelVerkG sind Freizügigkeitssachverhalte im Sinne der RL 2004/38/EG schlechter gestellt, obwohl es sich um gleichwertige (eben Dauer-)Aufenthaltsformen handelt. Dies wäre verfassungswidrig (dazu im Detail unten), allerdings kommt es durch einen Anwendungsvorrang unmittelbar anwendbaren Unionsrechts zu einer Verdrängung der nationalen einfachgesetzlichen Rechtslage:

RL 2004/38/EG wurde (u.a.) umgesetzt mit §§ 54 f NAG, RL 2003/109/EG ist (u.a.) mit § 45 NAG umgesetzt:

RL 2004/38/EG regelt die Bedingungen, unter denen Unionsbürger und ihre Familienangehörigen das Recht auf Freizügigkeit und Aufenthalt bzw. Daueraufenthalt innerhalb des Hoheitsgebiets der Mitgliedstaaten genießen, und enthält in Art. 24 eine allgemeine Gleichbehandlungsregelung mit eigenen Staatsangehörigen im Anwendungsbereich des Vertrags, die sich auch auf Familienangehörige erstreckt, die nicht die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaats besitzen und das Recht auf Aufenthalt bzw. Daueraufenthalt genießen, wobei lediglich Ausnahmen betreffend Sozialhilfe und Studienbeihilfe oder sonstige Berufsausbildungsbeihilfen normiert sind.

Was den aufenthaltsrechtlichen Status der langfristig aufenthaltsberechtigten Drittstaatsangehörigen im Sinne der RL 2003/109/EG in Österreich betrifft, sieht § 45 NAG vor, dass (sonstigen, d.h. nicht unter den Anwendungsbereich der RL 2004/38/EG fallenden) Drittstaatsangehörigen, die in den letzten fünf Jahren ununterbrochen zur Niederlassung berechtigt waren, ein Aufenthaltstitel „Daueraufenthalt – EU“ erteilt werden kann. Für den Fall der Mobilität innerhalb der EU fallen

unter den Kreis der gemäß der RL 2003/109/EG begünstigten Drittstaatsangehörigen auch Personen mit einem Aufenthaltstitel „Daueraufenthalt – EU“ eines anderen Mitgliedstaates, die über einen Aufenthaltstitel gemäß § 49 NAG verfügen.

Der Beschwerdeführer ist Angehöriger einer Unionsbürgerin iSd RL 2004/38/EG; er verfügt über ein unionsrechtlich bestehendes Aufenthaltsrecht. Es liegen (auch) die Voraussetzungen des § 54a NAG iVm §§ 51 und 52 NAG vor.

Art. 23 der RL 2004/38/EG lautet: „Die Familienangehörigen eines Unionsbürgers, die das Recht auf Aufenthalt oder das Recht auf Daueraufenthalt in einem Mitgliedstaat genießen, sind ungeachtet ihrer Staatsangehörigkeit berechtigt, dort eine Erwerbstätigkeit als Arbeitnehmer oder Selbstständiger aufzunehmen“.

Art. 24 Abs. 1 der RL 2004/38/EG lautet: „Vorbehaltlich spezifischer und ausdrücklich im Vertrag und im abgeleiteten Recht vorgesehener Bestimmungen genießt jeder Unionsbürger, der sich aufgrund dieser Richtlinie im Hoheitsgebiet des Aufnahmemitgliedstaats aufhält, im Anwendungsbereich des Vertrags die gleiche Behandlung wie die Staatsangehörigen dieses Mitgliedstaats. Das Recht auf Gleichbehandlung erstreckt sich auch auf Familienangehörige, die nicht die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaats besitzen und das Recht auf Aufenthalt oder das Recht auf Daueraufenthalt genießen.“

Erwägungsgrund 20 der RL 2004/38/EG lautet: „Das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit erfordert, dass alle Unionsbürger und ihre Familienangehörigen, die sich aufgrund dieser Richtlinie in einem Mitgliedstaat aufhalten, in diesem Mitgliedstaat in den Anwendungsbereichen des Vertrags die gleiche Behandlung wie Inländer genießen; dies gilt vorbehaltlich spezifischer und ausdrücklich im Vertrag und im abgeleiteten Recht vorgesehener Bestimmungen.“

Art. 19 und 20 der VO zur Festlegung gemeinsamer Regeln für die Zulassung zum Beruf des Kraftverkehrsunternehmers EG/1071/2009 regeln (nur) bei Berufs- bzw. Qualifikationsanerkennung eine Gleichbehandlung. Die VO normiert aber kein Staatsangehörigkeitserfordernis für Konzessionswerber, sondern will die Inanspruchnahme der Niederlassungsfreiheit erleichtern (Erwägungsgründe 18 und 19 der VO EG/1071/2009).

Nach Art. 24 Abs. 1 der RL 2004/38/EG genießt jeder Unionsbürger, der sich aufgrund dieser Richtlinie im Hoheitsgebiet des Aufnahmemitgliedstaats aufhält, im Anwendungsbereich des Vertrags die gleiche Behandlung wie die Staatsangehörigen dieses Mitgliedstaats (EuGH 11.11.2014, C-333/13, Rs *Dano*, Rn 61 und 68; 01.08.2022, C-411/20, Rs *Familienkasse Niedersachsen-Bremen*, Rn 41). Das Recht auf Gleichbehandlung erstreckt sich gemäß Art. 24 Abs. 1 der RL 2004/38/EG auch auf Familienangehörige, die nicht die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaats besitzen und das Recht auf Aufenthalt oder das Recht auf Daueraufenthalt genießen.

Nach Art. 23 der RL 2004/38/EG sind Familienangehörige eines Unionsbürgers, die das Recht auf Aufenthalt oder das Recht auf Daueraufenthalt in einem Mitgliedstaat genießen, ungeachtet ihrer Staatsangehörigkeit berechtigt, dort eine Erwerbstätigkeit als Arbeitnehmer oder Selbstständiger aufzunehmen.

Anders als § 14 Abs. 3 GewO, der Art. 23 der RL 2004/38/EG umsetzt (*Werinos* in Ennöckl/Raschauer/Wessely, GewO § 15 Rz 5), widerspricht § 6 Abs. 1 Z 1 GelVerkG diesen Vorgaben.

Art. 23 und Art. 24 Abs. 1 RL 2004/38/EG sind (allerdings) auch im Bereich des GelVerkG bzw. der VO EG/1071/2009 anwendbar. Auch auf die Beschwerdefallkonstellation sind Art. 23 und 24 RL 2004/38/EG anwendbar; der Beschwerdeführer erfüllt die Anwendungsvoraussetzungen als Familienangehöriger einer Unionsbürgerin, der das Recht auf Daueraufenthalt genießt.

Aufgrund der fehlenden Umsetzung im GelVerkG und weil Art. 23 und 24 RL 2004/38/EG unbedingt formuliert und hinreichend bestimmt sind, sind die Richtlinienbestimmungen betreffend das Diskriminierungsverbot einer unmittelbaren Anwendung zugänglich (VwSlg 18.659 A/2013; VwGH 24.09.2014, 2012/03/0165; 23.11.2016, Ro 2016/04/0013).

Der Beschwerdeführer ist daher wie ein Inländer zu behandeln. Aufgrund der unmittelbaren Anwendung der Art. 23 und 24 RL 2004/38/EG ist somit dem Beschwerdeführer, weil er auch sonst über alle anderen Erteilungsvoraussetzungen der §§ 5 und 6 GelVerkG verfügt, die beantragte Konzession zu erteilen.

Der Beschwerde war daher gemäß § 28 VwGVG, §§ 5 und 6 GelVerkG sowie Art. 23 und 24 der RL 2004/38/EG Folge zu geben, der angefochtene Bescheid aufzuheben und dem Antrag vom 05.04.2022 entsprechend die Konzession für das „Personenbeförderungsgewerbe mit PKW – Taxi, mit 1 PKW“ am Standort Wien, C.-gasse, zu erteilen.

Der Vollständigkeit halber ist jedoch anzumerken:

Ein Antrag auf Gesetzesprüfung wäre nach ständiger Rechtsprechung des VfGH nur dann zulässig, wenn die anzufechtende Bestimmung nicht auf Grund des Anwendungsvorrangs dieser Bestimmung entgegenstehenden unmittelbar anwendbaren Unionsrechts im konkreten Fall gar nicht anzuwenden ist (VfSlg. 19.568/2011; 20.291/2018). Gegenständlich ist dies (Verdrängung des nationalen Rechts durch unmittelbar anwendbares Unionsrecht) gegeben.

Nach der in § 6 Abs. 1 Z 1 GelVerkG normierten Anknüpfung an die RL 2003/109/EG ist ein Daueraufenthaltsrecht nach dieser Richtlinie bessergestellt als ein Recht aus solches Recht der RL 2004/38/EG, weil man nach dem Wortlaut der einfachgesetzlichen Rechtslage mit einem solchen Daueraufenthaltsrecht von der Konzessionserteilung nach dem GelVerkG ausgeschlossen ist.

Grundsätzlich handelt es sich bei der Unterscheidung von Aufenthalt und Niederlassung um eine im Fremdenrecht durchaus übliche Differenzierung (vgl. neben § 45 Abs. 1 NAG auch § 20 Abs. 1a Z 2 NAG; § 2 Abs. 2 und 3 NAG; vgl. auch VfSlg. 18.269/2007 und VwGH 11.10.2012, 2011/01/0270; 27.02.2020, Ra 2019/22/0024).

Ein rechtmäßiger Aufenthalt im Sinne der RL 2004/38/EG hat jedoch (ebenfalls) Niederlassungsqualität (so auch *Abermann* in *Abermann/Czech/Kind/Peyrl*, NAG² § 51 Rz 25). § 54a Abs. 1 NAG vermittelt nach der Rechtsprechung des VwGH ein Recht auf Daueraufenthalt (VwGH 20.12.2021, Ro 2020/22/0020). § 54 NAG regelt eine Berechtigung zur Niederlassung (VwGH 13.12.2010, 2008/23/0031, vgl. auch VwGH 02.07.2010, 2006/09/0160; 21.01.2010, 2009/18/0397). Wer nach Maßgabe der Bestimmungen des 4. Hauptstückes des NAG (§§ 51 bis 57a NAG) rechtmäßig im Bundesgebiet niedergelassen ist, ist (auch) niedergelassen iSd § 10 Abs. 1 Z 1 StbG (VwGH 26.01.2012, 2010/01/0008). In all diesen Fällen wurde

somit die Niederlassungsqualität eines Aufenthalts im Sinne der RL 2004/38/EG bestätigt.

Durch die enge Anknüpfung bzw. Beschränkung von Daueraufenthaltskonstellationen auf solche „im Sinne der Richtlinie 2003/109/EG“ in § 6 Abs. 1 Z 1 GelVerkG sind Freizügigkeitssachverhalte im Sinne der RL 2004/38/EG schlechter gestellt, obwohl es sich um gleichwertige (Dauer-)Aufenthaltsformen handelt. Dass Unionsbürger und deren Angehörige (Anwendungsbereich der RL 2004/38/EG) schlechter gestellt sein sollten als sonstige Drittstaatsangehörige (Anwendungsbereich der RL 2003/109/EG), ist sachlich nicht gerechtfertigt.

Eine sachliche Unterscheidung im Tatsächlichen zwischen den genannten Daueraufenthaltskonstellationen scheint weder im Anlassfall, noch aus Sicht des § 6 Abs. 1 Z 1 GelVerkG gegeben. Aufgrund des – anhand der Rechtsprechung des VwGH dargestellten – Niederlassungscharakters von Fällen, die dem Anwendungsbereich der RL 2004/38/EG bzw. des § 54a NAG unterliegen, wären diese genauso zu behandeln wie jene, die in den Anwendungsbereich der RL 2003/109/EG bzw. des § 45 NAG fallen.

Nach Ansicht des Verwaltungsgerichts wäre es geboten, die Erteilungsvoraussetzung, d.h. den Personen-/Anwendungsbereich des § 6 Abs. 1 Z 1 GelVerkG, weiter zu fassen und jedenfalls auch andere, nicht nur der RL 2003/109/EG unterliegende Daueraufenthaltsberechtigungen zu erfassen, nämlich auch Drittstaatsangehörige, die die Voraussetzungen des § 54a NAG erfüllen oder ganz generell in den Anwendungsbereich der RL 2004/38/EG fallen.

Aufgrund des Anwendungsvorrangs sind diese verfassungsrechtlichen Bedenken gegen § 6 Abs. 1 Z 1 GelVerkG nicht schlagend; die Bestimmung ist im Beschwerdefall nicht präjudiziell.

Die ordentliche Revision ist zulässig, weil eine Rechtsfrage im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt: Es fehlt Rechtsprechung des VwGH zum Verhältnis des GelVerkG zur RL 2004/38/EG, konkret zur Frage, ob auch in Fällen der RL 2004/38/EG, insbesondere Daueraufenthaltskonstellationen eine Konzession nach dem GelVerkG zu erteilen ist.

Belehrung

Gegen dieses Erkenntnis besteht die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder einer ordentlichen 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/oder die ordentliche 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, sofern gesetzlich nicht anderes bestimmt ist.

Es besteht die Möglichkeit, Verfahrenshilfe für das Verfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof bzw. Verfassungsgerichtshof zu beantragen. Verfahrenshilfe ist einer Partei soweit 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 ordentliches Revisionsverfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof ist der Antrag beim Verwaltungsgericht Wien 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

Dr. Köhler
Richter