



**VERWALTUNGSGERICHT
WIEN**

1190 Wien, Muthgasse 62
Telefon: (+43 1) 4000 DW 38870
Telefax: (+43 1) 4000 99 38870
E-Mail: post@vgw.wien.gv.at

GZ: VGW-151/064/199/2024-2
A. B.

Wien, 08. März 2024

Geschäftsabteilung: VGW-A

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch seine Richterin Dr. Wildpanner-Gugatschka über die Beschwerde des Herrn A. B., geboren am ...1988, Staatsangehörigkeit: Türkei, vertreten durch Rechtsanwältin in Wien, C. Straße, gegen den Bescheid des Landeshauptmannes von Wien, Magistratsabteilung 35, vom 23.11.2023, ZI. MA35-9/...-15, betreffend eine Angelegenheit nach dem Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz (NAG),

zu Recht erkannt:

I. Gemäß § 28 Abs. 1 VwGGV wird die Beschwerde als unbegründet abgewiesen und der angefochtene Bescheid bestätigt.

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

Entscheidungsgründe

I. Verfahrensgang

Mit dem angefochtenen Bescheid der belangten Behörde vom 23.11.2023, ZI. MA35-9/...-15, wurde der verfahrenseinleitende Antrag des Beschwerdeführers auf Erteilung eines Aufenthaltstitels für den Zweck „Daueraufenthalt – EU“ gemäß § 45 Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz (NAG), BGBl. I Nr. 100/2005 idgF. und Art 6 des Beschlusses Nr. 1/80 des Assoziationsrats EWR/Türkei über die Entwicklung der Assoziation vom 19. September 1980 (ARB 1/80) idgF, abgewiesen, da er die besonderen Erteilungsvoraussetzungen nicht erfülle.

Begründend führte die belangte Behörde im Wesentlichen aus, dass der Beschwerdeführer seit 01.04.2021 die Voraussetzungen des Art. 6 Abs. 1 dritter Spiegelstrich erfüllt und seitdem als niedergelassen gilt (Verweis auf VwGH 08.07.2020, Ro 2020/22/0004). Zu diesem Zeitpunkt habe die Fünfjahresfrist nach § 45 Abs. 1 NAG der ununterbrochenen tatsächlichen Niederlassung zu laufen begonnen. Die Zeit infolge der erteilten Aufenthaltsbewilligung für den Zweck „Student“ (10.01.2008 bis 23.10.2020) sei der Niederlassung nicht unmittelbar vorangegangen und somit der Fünfjahresfrist nicht gemäß § 45 Abs. 2 NAG anzurechnen.

Gegen diese Entscheidung richtet sich die frist- und formgerecht erhobene Beschwerde, in welcher auszugsweise Folgendes vorgebracht wird:

„Es trifft zwar zu, dass zur Niederlassung berechtigten Drittstaatsangehörigen nach dem Wortlaut des § 45 Abs. 2 NAG die Zeit eines unmittelbar vorangegangenen rechtmäßigen Aufenthalts im Bundesgebiet aufgrund einer Aufenthaltsbewilligung (§ 8 Abs. 1 Z 12) zur Hälfte auf die Fünfjahresfrist gem. Abs 1 anzurechnen ist und zwischen dem Beginn des Rechts auf Niederlassung des Beschwerdeführers sowie dem Ende seines Aufenthaltsrechts auf Grundlage einer Aufenthaltsbewilligung „Student“ eine zeitliche Lücke liegt.

§ 45 Abs. 2 NAG ist jedoch nicht so auszulegen, wie die Behörde dies tut. § 45 Abs. 2 NAG bringt vielmehr zum Ausdruck, dass zwischen dem Aufenthalt auf Grundlage einer Aufenthaltsbewilligung und dem Erwerb des Rechts auf Niederlassung kein unrechtmäßiger Aufenthalt bestanden haben darf, dass also ein lückenlos rechtmäßiger Aufenthalt gegeben sein muss, um die Aufenthaltszeiten als Studierender zur Hälfte anrechnen zu können.

Diese Voraussetzung trifft hier zu, da der Beschwerdeführer auch nach Auslaufen seines Aufenthaltsstatus als Student durchgehend und rechtmäßig aufhältig war. Die Aufenthaltszeiten aufgrund des aus Art 6 Abs 1 erster und zweiter Spiegelstrich ARB 1/80 unmittelbar ableitbaren Aufenthaltsrechts des Beschwerdeführers sind zur Gänze auf die Fünfjahresfrist anzurechnen, zumal der Aufenthalt des Beschwerdeführers auf dieser Grundlage nicht förmlich begrenzt war und den Beschwerdeführer nicht daran hinderte, langfristig ansässig zu sein (vgl dazu etwa EuGH 8. Oktober 2012 in der Rs C-502/10, VwGH Ro 2015/22/0010 ua).

Somit erfüllt der Beschwerdeführer die Voraussetzungen nach § 45 NAG schon aus diesen Gründen.

Eine andere Auslegung des § 45 Abs 2 NAG hätte eine unzulässige, weil unsachliche Ungleichbehandlung des Beschwerdeführers zur Folge, und würde damit gegen das im Assoziierungsabkommen EWR-Türkei enthaltene Diskriminierungsverbot verstoßen. Der Beschwerdeführer würde trotz durchgehend rechtmäßigen Aufenthalts von weit mehr als 5 Jahren bzw trotz eines unionsrechtlichen Aufenthaltsstatus, der eben nicht förmlich begrenzt war, schlechter gestellt, als Drittstaatsangehörige, die bloß aufgrund einer Aufenthaltbewilligung „Student“ aufhältig waren und deren Aufenthalt damit sehr wohl förmlich begrenzt war. Für eine derartige Ungleichbehandlung ist keine sachliche Rechtfertigung ersichtlich.

Dem Beschwerdeführer kommt aber jedenfalls die unmittelbar aus Art 4 Abs 1 Richtlinie 2003/109/EG ableitbare Rechtsstellung eines langfristig Aufenthaltsberechtigten zu (vgl dazu etwa VwGH v 19.4.2016, Ro 2015/22/0010). Art 4 Abs 1 der RL sieht vor, dass Drittstaatsangehörigen, die sich unmittelbar vor der Stellung des entsprechenden Antrags 5 Jahre lang ununterbrochen rechtmäßig in ihrem Hoheitsgebiet aufgehalten haben, die Rechtsstellung eines langfristig Aufenthaltsberechtigten zukommt. Der Beschwerdeführer hat sich unmittelbar vor Beantragung des Aufenthaltstitels „Daueraufenthalt – EU“ zweifellos 5 Jahre lang rechtmäßig in Österreich aufgehalten. Auch die belangte Behörde bestreitet das nicht.

Da § 45 Abs 2 NAG im Unterschied zu Art 4 Abs 1 der RL 2003/109/EG nicht auf den Zeitraum unmittelbar vor Antragstellung, sondern auf den Zeitraum unmittelbar vor der Berechtigung zur Niederlassung abstellt, wurde die RL in diesem Punkt nicht richtig umgesetzt. Gem. Art 4 Abs 2 leg.cit. fließen in den in Artikel 3 Absatz 2 Buchstabe a) genannten Fällen, in denen dem betreffenden Drittstaatsangehörigen ein Aufenthaltstitel gewährt wird, auf dessen Grundlage ihm die Rechtsstellung eines langfristig Aufenthaltsberechtigten zuerkannt werden kann, die Zeiten, in denen er sich zwecks Studiums oder Berufsausbildung in dem Mitgliedstaat aufgehalten hat, nur zur Hälfte in die Berechnung des Zeitraums gemäß Absatz 1 ein. Art 4 Abs 2 der RL verlangt jedoch nicht, dass die Aufenthaltszeit zum Zwecke des Studiums oder der Berufsausbildung unmittelbar vor dem Erwerb des Aufenthaltsrechts liegen muss, auf dessen Grundlage die Rechtsstellung eines langfristig Aufenthaltsberechtigten zuerkannt werden kann. Wie sich aus der RL 2003/109/EG daher ergibt, sind die Aufenthaltszeiten des Beschwerdeführers als Studierender sehr wohl zur Hälfte auf die Fünfjahresfrist anzurechnen.

Den Ausführungen im angefochtenen Bescheid, wonach die Regelung des Art 4 Abs 2 2. Unterabsatz RL 2003/109/EG keine Verpflichtung des Mitgliedstaates enthalte, diese Bestimmung in nationales Recht umzusetzen, vermag sich der Beschwerdeführer nicht anzuschließen. Nach dem klaren Wortlaut der deutschen Fassung des Art 4 Abs 2 leg.cit. fließen die Zeiten, in denen sich der Drittstaatsangehörige zwecks Studiums oder Berufsbildung in dem Mitgliedstaat aufgehalten hat, jedenfalls zur Hälfte in die Berechnung des Zeitraums gem. Art 4 Abs 1 ein. Davon, dass diese Zeiten unmittelbar vor Erlangen der Rechtsstellung, welche zur Niederlassung berechtigt, liegen muss, ist nach dem klaren Wortlaut der Richtlinie nicht die Rede bzw. ist das nicht als zwingende Voraussetzung in der Richtlinie normiert.

Selbst wenn der belangten Behörde dahingehend zu folgen wäre, dass Art 4 Abs 2 der RL rein fakultativ wäre und die Mitgliedstaaten nicht gezwungen wären, diese Regelung in innerstaatliches Recht umzusetzen, übersieht sie, dass im Fall der Umsetzung kein Spielraum des Mitgliedstaates in der konkreten Ausgestaltung eingeräumt wird. Vor allem ist Art 4 Abs 2 leg.cit. kein Hinweis darauf zu entnehmen, dass es im Fall der Umsetzung in innerstaatliches Recht zulässig wäre, nur die unmittelbar der Niederlassung vorangegangenen Zeiten als Studierender anzurechnen.

Die belangte Behörde übersieht weiters, dass auch im Fall einer rein fakultativen Umsetzung in innerstaatliches Recht keine unsachliche Ungleichbehandlung daraus resultieren darf. Folgt man der Rechtsauslegung der belangten Behörde, so hätte dies zur Folge, dass der Beschwerdeführer, trotz seiner begünstigten Rechtsstellung aufgrund des Asso-Abkommens EWR-Türkei, aufenthaltsrechtlich (in Hinblick auf § 45 NAG) schlechter gestellt wäre, als sonstige Drittstaatsangehörige, wenn diese bzw bloß weil diese unmittelbar vor Erlangung eines Aufenthaltstitels, der sie zur Niederlassung berechtigt, noch über einen Aufenthaltstitel als Studierender verfügten. Für eine derartige Ungleichbehandlung besteht keinerlei sachliche Grundlage. § 45 Abs 2 NAG ist einer verfassungskonformen Auslegung zugänglich, sodass die rechtliche Beurteilung im Ergebnis auch vor diesem Hintergrund nur dahingehend ausfallen kann, dass dem Beschwerdeführer der beantragte Aufenthaltstitel zu erteilen ist.“

Die belangte Behörde nahm von der Erlassung einer Beschwerdeentscheidung Abstand und legte die Beschwerde samt dem Bezug habenden Verwaltungsakt dem Verwaltungsgericht Wien am 04.01.2024 zur Entscheidung vor.

II. Sachverhalt

1. Das Verwaltungsgericht Wien stützt seine Entscheidung auf folgende Feststellungen:

Der am ...1988 geborene Beschwerdeführer ist türkischer Staatsangehöriger. Er ist seit 12.02.2008 durchgehend mit Hauptwohnsitz in Österreich gemeldet.

Dem Beschwerdeführer wurde erstmals am 10.01.2008 eine Aufenthaltsbewilligung für den Zweck „Student“ für die Dauer von 12 Monaten erteilt. Die Aufenthaltsbewilligung wurde mehrmals verlängert, zuletzt bis 03.12.2018. Der zuletzt gestellte Verlängerungsantrag wurde am 25.09.2020 rechtskräftig abgewiesen.

Der Beschwerdeführer war von 01.04.2017 bis 05.09.2020 (drei Jahre und ca. fünf Monate) bei der D. GmbH beschäftigt. Unmittelbar danach war er für ein Jahr und etwa sieben Monate (06.09.2020 bis 30.04.2022) bei der Firma E. angestellt. Seit 01.05.2022 ist er erneut bei der D. GmbH als Arbeiter angemeldet.

Für die vom Beschwerdeführer ausgeübten Beschäftigungen lagen immer gültige Beschäftigungsbewilligungen des Arbeitsmarktservice vor (vom 27.03.2017 bis 05.09.2020 für die Firma D. GmbH und von 06.09.2020 bis 05.09.2021 für die Firma E.). Seit 15.04.2021 verfügt der Beschwerdeführer über einen Befreiungsschein vom Arbeitsmarktservice Wien nach § 4c Abs. 2 Ausländerbeschäftigungsgesetz.

2. Das Verwaltungsgericht Wien hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den vorgelegten (teilweise nummerierten) Verwaltungsakt der belangten Behörde, Berücksichtigung des Beschwerdevorbringens sowie Einholung diverser Registerauszüge (ZMR, AJ-Web, IZR, Strafregister). Die getroffenen Feststellungen ergeben sich zweifellos aus dem Akteninhalt und werden in der Beschwerde in keiner Weise bestritten.

Die Feststellung betreffend die persönlichen Daten des Beschwerdeführers (Geburtsdatum, Staatsbürgerschaft) ergeben sich aus der im Verwaltungsakt einliegenden Reisepasskopie (AS 6). Seine Meldedaten stützen sich auf den hg. eingeholten ZMR-Auszug.

Die Feststellungen betreffend die an den Beschwerdeführer erteilten Aufenthaltsbewilligungen ergeben sich aus den im Verwaltungsakt einliegenden Übernahmebestätigungen, der rechtskräftigen Abweisung seines letzten Verlängerungsantrags durch die belangte Behörde am 25.09.2020, ZI. MA35-

9/...-12, und dem hg. eingeholten IZR-Auszug.

Die Feststellungen betreffend die Beschäftigungsverhältnisse des Beschwerdeführers in Österreich stützen sich auf den hg. eingeholten Versicherungsdatenauszug (AJ-Web).

Die an den Beschwerdeführer erteilten Beschäftigungsbewilligungen und der Befreiungsschein liegen im Verwaltungsakt in Kopie ein (AS 9-11) und ergeben sich zudem aus einem Aktenvermerk des BFA vom 27.07.2021, welcher auf eine Auskunft des Arbeitsmarktservice Bezug nimmt (AS 41-42).

III. Rechtliche Beurteilung

1.1. Die im Beschwerdefall maßgeblichen Bestimmungen des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes (NAG), BGBl. I Nr. 100/2005 idF BGBl. I Nr. 106/2022, lauten:

„§ 2 Begriffsbestimmungen

[...]

(2) Niederlassung ist der tatsächliche oder zukünftig beabsichtigte Aufenthalt im Bundesgebiet zum Zweck

1. der Begründung eines Wohnsitzes, der länger als sechs Monate im Jahr tatsächlich besteht;

2. der Begründung eines Mittelpunktes der Lebensinteressen oder

3. der Aufnahme einer nicht bloß vorübergehenden Erwerbstätigkeit.

(3) Der rechtmäßige Aufenthalt eines Fremden auf Grund einer Aufenthaltsbewilligung (§ 8 Abs. 1 Z 12) gilt nicht als Niederlassung im Sinne des Abs. 2.

[...]

§ 8 Arten und Form der Aufenthaltstitel

[...]

Aufenthaltstitel werden erteilt als:

[...]

12. „Aufenthaltsbewilligung“ für einen vorübergehenden befristeten Aufenthalt im Bundesgebiet zu einem bestimmten Zweck (§§ 58 bis 69);

[...]

§ 45 Aufenthaltstitel „Daueraufenthalt – EU“

(1) Drittstaatsangehörigen, die in den letzten fünf Jahren ununterbrochen tatsächlich niedergelassen waren, kann ein Aufenthaltstitel „Daueraufenthalt – EU“ erteilt werden, wenn sie

1. die Voraussetzungen des 1. Teiles erfüllen und
2. das Modul 2 der Integrationsvereinbarung (§ 10 IntG) erfüllt haben.

(2) Zur Niederlassung berechtigten Drittstaatsangehörigen ist die Zeit eines unmittelbar vorangehenden rechtmäßigen Aufenthalts im Bundesgebiet auf Grund einer Aufenthaltsbewilligung (§ 8 Abs. 1 Z 12) oder eines Aufenthaltstitels „Aufenthaltsberechtigung besonderer Schutz“ (§ 57 AsylG 2005) zur Hälfte auf die Fünfjahresfrist gemäß Abs. 1 anzurechnen. Zur Niederlassung berechtigten Drittstaatsangehörigen ist die Zeit eines unmittelbar vorangehenden rechtmäßigen Aufenthaltes im Bundesgebiet aufgrund einer „Aufenthaltsberechtigung plus“ (§ 54 Abs. 1 Z 1 AsylG 2005) oder einer „Aufenthaltsberechtigung“ (§ 54 Abs. 1 Z 2 AsylG 2005) zur Gänze auf die Fünfjahresfrist anzurechnen.

[...]

§ 64 Studenten

(1) Drittstaatsangehörigen ist eine Aufenthaltsbewilligung als Student auszustellen, wenn sie

1. die Voraussetzungen des 1. Teiles mit Ausnahme des § 11 Abs. 2 Z 2 erfüllen und
2. ein ordentliches Studium an einer Universität, Fachhochschule, akkreditierten Privatuniversität, öffentlichen oder privaten Pädagogischen Hochschule gemäß dem Hochschulgesetz 2005, BGBl. I Nr. 30/2006, absolvieren,
3. ein außerordentliches Studium im Rahmen eines Universitätslehrganges gemäß § 56 Universitätsgesetz 2002, eines Lehrganges zur Weiterbildung gemäß § 9 Fachhochschul-Studiengesetz, eines Universitätslehrganges gemäß § 3 Abs. 4 Privatuniversitätengesetz, BGBl. I Nr. 74/2011, oder eines Hochschullehrganges gemäß § 39 Hochschulgesetz 2005 absolvieren, dieses mindestens 40 ECTS-Anrechnungspunkte umfasst und nicht ausschließlich der Vermittlung einer Sprache dient,
4. ein außerordentliches Studium im Rahmen eines Universitätslehrganges gemäß § 56 Universitätsgesetz 2002, eines Lehrganges zur Weiterbildung gemäß § 9 Fachhochschul-Studiengesetz, eines Universitätslehrganges gemäß § 3 Abs. 4 Privatuniversitätengesetz oder eines Hochschullehrganges gemäß § 39 Hochschulgesetz 2005 absolvieren, welches auf die in der Zulassungsentscheidung vorgeschriebene Ergänzungsprüfung vorbereitet,
5. ein außerordentliches Studium zur Herstellung der Gleichwertigkeit ihres ausländischen Studienabschlusses gemäß § 90 Abs. 4 Universitätsgesetz 2002, § 6 Abs. 6 Fachhochschul-Studiengesetz oder § 68 Abs. 4 Hochschulgesetz 2005 absolvieren,
6. ein außerordentliches Studium zum Besuch einzelner Lehrveranstaltungen aus wissenschaftlichen Fächern, sofern das in Z 4 genannte außerordentliche Studium erfolgreich abgeschlossen wurde und das Aufnahme- oder Eignungsverfahren aus nicht vom Drittstaatsangehörigen zu vertretenden Gründen erst im darauffolgenden Semester absolviert werden kann, oder
7. ein in Z 2 angeführtes Studium abgeschlossen haben und im Anschluss daran eine für die Berufsausübung gesetzlich verpflichtende fachliche Ausbildung absolvieren.

Eine Haftungserklärung ist zulässig.

(2) Dient der Aufenthalt des Drittstaatsangehörigen der Durchführung eines ordentlichen oder außerordentlichen Studiums, ist die Verlängerung einer Aufenthaltsbewilligung für diesen Zweck nur zulässig, wenn dieser nach den maßgeblichen studienrechtlichen Vorschriften einen Studienerfolgsnachweis der Universität, Fachhochschule, akkreditierten Privatuniversität oder Pädagogischen Hochschule erbringt und in den Fällen des Abs. 1 Z 4 darüber hinaus spätestens innerhalb von zwei Jahren die Zulassung zu einem Studium gemäß Abs. 1 Z 2 nachweist. Dient der Aufenthalt des Drittstaatsangehörigen der Durchführung einer gesetzlich verpflichtenden fachlichen Ausbildung gemäß Abs. 1 Z 7, ist die Verlängerung einer Aufenthaltsbewilligung zu diesem Zweck nur zulässig, wenn der Drittstaatsangehörige einen angemessenen Ausbildungsfortschritt nach Maßgabe der der jeweiligen Ausbildung zugrundeliegenden gesetzlichen Vorschriften erbringt. Liegen Gründe vor, die der Einflussphäre des Drittstaatsangehörigen entzogen, unabwendbar oder unvorhersehbar sind, kann trotz Fehlens des Studienerfolgs oder Ausbildungsfortschrittes eine Aufenthaltsbewilligung verlängert werden.

[...]"

1.2. Die Richtlinie 2003/109/EG vom 25.11.2003 betreffend die Rechtsstellung der langfristig aufenthaltsberechtigten Drittstaatsangehörigen, ABl. Nr. L 16, vom 23. Jänner 2004 S. 44, lautet auszugsweise:

"Artikel 1 Gegenstand

Ziel dieser Richtlinie ist die Festlegung

a) der Bedingungen, unter denen ein Mitgliedstaat einem Drittstaatsangehörigen, der sich rechtmäßig in seinem Hoheitsgebiet aufhält, die Rechtsstellung eines langfristig Aufenthaltsberechtigten erteilen oder entziehen kann, sowie der mit dieser Rechtsstellung verbundenen Rechte und
[..]

Artikel 3 Anwendungsbereich

(1) Diese Richtlinie findet auf Drittstaatsangehörige Anwendung, die sich rechtmäßig im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats aufhalten.

(2) Diese Richtlinie findet keine Anwendung auf Drittstaatsangehörige,

a) die sich zwecks Studiums oder Berufsausbildung aufhalten;

[...]

e) die sich ausschließlich vorübergehend wie etwa als Au-pair oder Saisonarbeitnehmer, als von einem Dienstleistungserbringer im Rahmen der grenzüberschreitenden Erbringung von Dienstleistungen entsendete Arbeitnehmer oder als Erbringer grenzüberschreitender Dienstleistungen aufhalten oder deren Aufenthaltsgenehmigung förmlich begrenzt wurde;

...

Artikel 4 Dauer des Aufenthalts

(1) Die Mitgliedstaaten erteilen Drittstaatsangehörigen, die sich unmittelbar vor

der Stellung des entsprechenden Antrags fünf Jahre lang ununterbrochen rechtmäßig in ihrem Hoheitsgebiet aufgehalten haben, die Rechtsstellung eines langfristig Aufenthaltsberechtigten.

[...]

(2) In die Berechnung des Zeitraums gemäß Absatz 1 fließen die Zeiten nicht ein, in denen sich der Drittstaatsangehörige aus den in Artikel 3 Absatz 2 Buchstaben e) und f) genannten Gründen im betreffenden Mitgliedstaat aufgehalten hat.

In den in Artikel 3 Absatz 2 Buchstabe a) genannten Fällen, in denen dem betreffenden Drittstaatsangehörigen ein Aufenthaltstitel gewährt wurde, auf dessen Grundlage ihm die Rechtsstellung eines langfristig Aufenthaltsberechtigten zuerkannt werden kann, fließen die Zeiten, in denen er sich zwecks Studiums oder Berufsausbildung in dem Mitgliedstaat aufgehalten hat, nur zur Hälfte in die Berechnung des Zeitraums gemäß Absatz 1 ein.

[...]"

1.3. Art. 6 Abs. 1 und 2 des Beschlusses Nr. 1/80 des – durch das (am 12.09.1963 in Ankara von der Republik Türkei einerseits und den Mitgliedstaaten der EWG und der Gemeinschaft andererseits unterzeichnete und durch den Beschluss 64/732/EWG vom 23.12.1963, ABl. Nr. 217/1964, S. 3685, im Namen der Gemeinschaft geschlossene, gebilligte und bestätigte) Abkommen zur Gründung einer Assoziation zwischen der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft und der Türkei (64/733/EWG) geschaffenen – Assoziationsrates vom 19.09.1980 über die Entwicklung der Assoziation (ARB 1/80) lautet:

„Artikel 6. (1) Vorbehaltlich der Bestimmungen in Artikel 7 über den freien Zugang der Familienangehörigen zur Beschäftigung hat der türkische Arbeitnehmer, der dem regulären Arbeitsmarkt eines Mitgliedstaats angehört, in diesem Mitgliedstaat

– nach einem Jahr ordnungsgemäßer Beschäftigung Anspruch auf Erneuerung seiner Arbeitserlaubnis bei dem gleichen Arbeitgeber, wenn er über einen Arbeitsplatz verfügt;

– nach drei Jahren ordnungsgemäßer Beschäftigung – vorbehaltlich des den Arbeitnehmern aus den Mitgliedstaaten der Gemeinschaft einzuräumenden Vorrangs – das Recht, sich für den gleichen Beruf bei einem Arbeitgeber seiner Wahl auf ein unter normalen Bedingungen unterbreitetes und bei den Arbeitsämtern dieses Mitgliedstaates eingetragenes anderes Stellenangebot zu bewerben;

– nach vier Jahren ordnungsgemäßer Beschäftigung freien Zugang zu jeder von ihm gewählten Beschäftigung im Lohn- oder Gehaltsverhältnis.

(2) Der Jahresurlaub und die Abwesenheit wegen Mutterschaft, Arbeitsunfall oder kurzer Krankheit werden den Zeiten ordnungsgemäßer Beschäftigung gleichgestellt. Die Zeiten unverschuldeter Arbeitslosigkeit, die von den zuständigen Behörden ordnungsgemäß festgestellt worden sind, sowie die Abwesenheit wegen langer Krankheit werden zwar nicht den Zeiten

ordnungsgemäßer Beschäftigung gleichgestellt, berühren jedoch nicht die aufgrund der vorherigen Beschäftigungszeit erworbenen Ansprüche.“

2. Mit dem verfahrenseinleitenden Antrag begehrt der Beschwerdeführer die Erteilung eines unbefristeten Aufenthaltstitels „Daueraufenthalt-EU“ gemäß § 45 NAG.

2.1. Gemäß § 45 Abs. 1 NAG kann Drittstaatsangehörigen, die in den letzten fünf Jahren ununterbrochen tatsächlich niedergelassen waren, ein Aufenthaltstitel „Daueraufenthalt–EU“ erteilt werden, wenn sie die Voraussetzungen des 1. Teiles erfüllen und das Modul 2 der Integrationsvereinbarung (§ 10 IntG) erfüllt haben. Zur Niederlassung berechtigten Drittstaatsangehörigen ist gemäß § 45 Abs. 2 NAG die Zeit eines unmittelbar vorangegangenen rechtmäßigen Aufenthalts im Bundesgebiet auf Grund einer Aufenthaltsbewilligung nach § 8 Abs. 1 Z 12 NAG zur Hälfte auf die Fünfjahresfrist nach § 45 Abs. 1 NAG anzurechnen.

Der Beschwerdeführer war von 01.04.2017 bis 05.09.2020 bei demselben Arbeitgeber beschäftigt und verfügte dabei über eine gültige Beschäftigungsbewilligung des Arbeitsmarktservice. Er erfüllte daher ab 01.04.2018 die Voraussetzungen des ersten Spiegelstriches des Art. 6 Abs. 1 ARB 1/80 und kann seither aus dieser Rechtsgrundlage ein Aufenthaltsrecht ableiten (vgl. VwGH 23.06.2015, Ro 2014/22/0038; VwGH 23.07.2021, Ra 2021/22/0055). Unmittelbar danach war er für ein Jahr und etwa sieben Monate (06.09.2020 bis 30.04.2022) bei der Firma E. angestellt. Vorausgesetzt, er übte dabei denselben Beruf aus, erfüllte er seit 01.04.2020 überdies die Voraussetzungen des zweiten Spiegelstriches des Art. 6 Abs. 1 ARB 1/80, weshalb ihm fortan ein entsprechendes Aufenthaltsrecht zustand (vgl. ebenfalls VwGH 23.06.2015, Ro 2014/22/0038). Mit 01.04.2021 erfüllt er nunmehr die Voraussetzungen des dritten Spiegelstriches des Art. 6 Abs. 1 ARB 1/80, sodass ihm seit diesem Zeitpunkt ein uneingeschränktes Recht auf freien Zugang zu jeder von ihm gewählten Beschäftigung zusteht (vgl. VwGH 23.07. 2021, Ra 2021/22/0055).

Nach der einschlägigen Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes ist ein türkischer Staatsangehöriger, der sein Aufenthaltsrecht direkt aus Art. 6 Abs. 1 dritter Spiegelstrich ARB 1/80 ableitet, angesichts des uneingeschränkten Rechts auf

freien Zugang zu jeder von ihm gewählten Beschäftigung und des davon abgeleiteten Aufenthaltsrechts nicht daran gehindert, langfristig in Österreich ansässig zu sein. Er ist – im Unterschied zu einem aus Art. 6 Abs. 1 erster oder zweiter Spiegelstrich ARB 1/80 abgeleiteten Aufenthaltsrecht – nicht an denselben Arbeitgeber oder den gleichen Beruf gebunden. Daraus ergibt sich, dass der Fremde mit Erfüllen der Voraussetzungen des dritten Spiegelstriches des Art. 6 Abs. 1 ARB 1/80 als niedergelassen iSd § 2 Abs. 2 NAG anzusehen ist (vgl. VwGH 23.07.2021, Ra 2021/22/0055; VwGH 26.03.2021, Ra 2020/22/0233; VwGH 25.11.2020, Ro 2020/22/0003; VwGH 09.09.2020, Ro 2020/22/0009; VwGH 08.07.2020, Ro 2020/22/0004).

Im vorliegenden Fall ist der Beschwerdeführer seit 01.04.2021 – also seit weniger als drei Jahren – als niedergelassen im Sinne des § 2 Abs. 2 NAG anzusehen. § 45 Abs. 1 NAG sieht als besondere Erteilungsvoraussetzung für die Erteilung eines Aufenthaltstitels „Daueraufenthalt-EU“ jedoch vor, dass der antragstellende Drittstaatsangehörige in den letzten fünf Jahren ununterbrochen tatsächlich niedergelassen gewesen sein muss.

2.2. Gemäß § 45 Abs. 2 NAG sind bei einem zur Niederlassung berechtigten Fremden die Zeiten eines zuvor innegehabten rechtmäßigen Aufenthalts im Bundesgebiet auf Grund einer Aufenthaltsbewilligung (§ 8 Abs. 1 Z 12 NAG) zur Hälfte auf die Fünfjahresfrist zur Erteilung eines Aufenthaltstitels „Daueraufenthalt – EU“ anzurechnen. Mit dieser Bestimmung wurde im Hinblick auf Fremde, die über eine Aufenthaltsbewilligung für Studierende verfügen, eine entsprechende Vorgabe von Art. 4 Abs. 2 zweiter Unterabsatz der RL 2003/109/EG betreffend die Rechtstellung der langfristig aufenthaltsberechtigten Drittstaatsangehörigen umgesetzt (vgl. dazu die Erläuterungen zur Vorgängerbestimmung des § 45 Abs. 1a NAG idF BGBl. I Nr. 122/2009, GP XXIV RV 330, 48 f; VwGH 27.02.2020, 2019/22/0024). Nach dem eindeutigen Wortlaut des § 45 Abs. 2 NAG setzt dies allerdings voraus, dass es sich hierbei um einen „unmittelbar vorangehenden rechtmäßigen Aufenthalt aufgrund einer Aufenthaltsbewilligung“ für einen vorübergehenden befristeten Aufenthalt im Bundesgebiet zu einem bestimmten Zweck (§§ 58 bis 69 NAG) handelt. Für die in der Beschwerde vertretene Auslegung, wonach es lediglich auf die Rechtmäßigkeit des vorangegangenen Aufenthalts, und nicht auf dessen

Rechtsgrundlage, ankomme, besteht nach Ansicht des erkennenden Gerichtes angesichts des klaren Wortlauts von § 45 Abs. 2 erster Satz NAG kein Raum.

Im gegenständlichen Fall endete der letzte rechtmäßige Aufenthalt des Beschwerdeführers auf Grundlage einer Aufenthaltsbewilligung für den Zweck „Student“ nach § 64 NAG mit dem Ende der Gültigkeit der zuletzt erteilten Aufenthaltsbewilligung am 03.12.2018 (dazu vgl. VwGH 17.12.2019, Ra 2019/18/0281). Zwischen dem Ende der Gültigkeit der letzten Aufenthaltsbewilligung und dem Zeitpunkt der Niederlassung am 01.04.2021 stützte sich das Aufenthaltsrecht des Beschwerdeführers unmittelbar auf Art. 6 Abs. 1 erster und zweiter Spiegelstrich ARB 1/80. Dementsprechend liegt im gegenständlichen Fall kein „unmittelbar vorangehender rechtmäßiger“ Aufenthalt vor, der gemäß § 45 Abs. 2 NAG auf die Fünfjahresfrist nach § 45 Abs. 1 NAG angerechnet werden könnte.

2.3. Wie der Verwaltungsgerichtshof bereits dargelegt hat, wurde mit der Bestimmung des § 45 Abs. 2 NAG, wonach die Zeit eines unmittelbar vorangehenden rechtmäßigen Aufenthalts im Bundesgebiet aufgrund einer Aufenthaltsbewilligung zur Hälfte auf die Fünfjahresfrist gemäß § 45 Abs. 1 NAG anzurechnen ist, Art. 4 Abs. 2 zweiter Unterabsatz RL 2003/109/EG umgesetzt (vgl. VwGH 27.02.2020, Ra 2019/22/0024). Art. 4 Abs. 2 zweiter Unterabsatz RL 2003/109/EG sieht vor, dass Zeiten, in denen sich der betreffende Drittstaatsangehörige zwecks Studiums oder Berufsausbildung in dem Mitgliedstaat aufgehalten hat, nur zur Hälfte in die Berechnung des Zeitraums gemäß Abs. 1 einfließen, sofern dem Drittstaatsangehörigen ein Aufenthaltstitel gewährt wurde, auf dessen Grundlage ihm die Rechtsstellung eines langfristig Aufenthaltsberechtigten zuerkannt werden kann.

Der Beschwerdeführer vertritt die Ansicht, dass § 45 Abs. 2 NAG die og. Richtlinienbestimmung nicht ordnungsgemäß umsetzt. Diese verlange nämlich nicht, dass die Aufenthaltszeit zum Zwecke des Studiums oder der Berufsausbildung unmittelbar vor dem Erwerb des Aufenthaltsrechts liegen muss, auf dessen Grundlage die Rechtsstellung eines langfristig Aufenthaltsberechtigten zuerkannt werden kann. Die Aufenthaltszeiten des Beschwerdeführers als Studierender seien daher sehr wohl zur Hälfte auf die Fünfjahresfrist

anzurechnen.

Mit dieser Argumentation übersieht der Beschwerdeführer jedoch Folgendes:

Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 2003/109/EG ist in der englischen und französischen Sprachfassung derart formuliert, dass die Zeit einer Aufenthaltsbewilligung „Student“ zur Hälfte angerechnet werden „kann“ („*only half of the periods of residence for study purposes or vocational training may be taken into account in the calculation of the period referred to in paragraph 1.*“, „*seule la moitié des périodes de résidence effectuées aux fins d'études ou de formation professionnelle peut être prise en compte dans le calcul de la période visée au paragraphe 1.*“; zur Bedeutung einer großen Zahl von Sprachfassungen im Kontext [des Art. 9 Abs. 1 lit. c] der RL 2003/109/EG, siehe EuGH 20.1.2022, ZK, C-432/20, Rz 29). Angesichts dessen sind die Mitgliedstaaten nicht verpflichtet, diese Richtlinienbestimmung in ihr nationales Recht umzusetzen. Vielmehr steht es ihnen frei, ob sie die Zeiten eines Studienaufenthaltes bei der Berechnung miteinbeziehen (vgl. *Thym*, Art. 4 RL 2003/109/EG, in: *Hailbronner/Thym*, EU Immigration and Asylum Law³, 2022, Rz 12: „The wording [...] shows that the provision is optional. Member states do not have to provide for this possibility“). Die Mitgliedstaaten müssen lediglich, sofern sie sich für eine Umsetzung entscheiden, die von dieser Bestimmung vorgeschriebene 50%-Grenze bei der Anrechnung dieser Zeiten beachten und dürfen den Studienaufenthalt nicht in einem höheren Ausmaß anrechnen (vgl. ebenso *Thym*, Art. 4 RL 2003/109/EG, aaO). Dieses Auslegungsergebnis deckt sich im Übrigen auch mit dem Kontext (des Art. 3 sowie des Art. 4 Abs. 1 bis 3 RL 2003/109/EG) und den Zielen der RL 2003/109/EG (siehe grundlegend dazu EuGH 18.10.2012, *Singh*, C-502/10, Rz 45 ff.; vgl. VwGH 27.02.2020, Ra 2019/22/0101).

Da es unionsrechtlich freisteht, die Zeiten gar nicht anzurechnen, steht es auch im Gestaltungsspielraum der Mitgliedstaaten, nur der Niederlassung unmittelbar vorangehende Zeiten zur Hälfte anzurechnen.

Anzumerken ist schließlich, dass auch der auf Art. 6 Abs. 1 erster bzw. zweiter Spiegelstrich ARB 1/80 gestützte und folglich iSd Art. 3 Abs. 2 lit. e RL 2003/109/EG „förmlich begrenzte“ Aufenthalt (vgl. zB VwGH 23.01.2020, Ro

2019/22/0009; 22.5.2020, Ro 2020/22/0001) nach den Bestimmungen des NAG nicht auf die Fünfjahresfrist des § 45 Abs. 1 NAG anzurechnen ist. Auch aus unionsrechtlicher Perspektive ist keine Anrechnung dieser Aufenthaltszeiten angezeigt (vgl. Art. 4 Abs. 2 erster Unterabsatz RL 2003/109/EG, wonach Zeiten aufgrund eines „förmlich begrenzten“ Aufenthalts iSd Art. 3 Abs. 2 lit. e dieser Richtlinie nicht in die Berechnung einfließen).

2.4. Im Ergebnis ist somit festzuhalten, dass der Beschwerdeführer derzeit noch keine ununterbrochene tatsächliche Niederlassung in den letzten fünf Jahren im Sinne des § 45 Abs. 1 NAG vorweisen kann und er somit die besonderen Erteilungsvoraussetzungen für den begehrten Aufenthaltstitel nicht erfüllt.

Bei Fehlen einer für die Erteilung des begehrten Aufenthaltstitels notwendigen besonderen Erteilungsvoraussetzungen muss weder das Vorliegen der allgemeinen Voraussetzungen geprüft, noch eine Interessensabwägung nach § 11 Abs. 3 NAG vorgenommen werden (vgl. aus der ständigen Rechtsprechung VwGH 17.10.2016, Ra 2016/22/0065).

2.5. Der Antrag des Beschwerdeführers auf Erteilung eines Aufenthaltstitels „Daueraufenthalt–EU“ wurde von der belangten Behörde daher zu Recht abgewiesen, weshalb die Beschwerde als unbegründet abzuweisen war.

3. Von der beantragten mündlichen Verhandlung konnte gemäß § 24 Abs. 4 VwGVG abgesehen werden, weil der Sachverhalt nicht strittig ist und die im Vordergrund stehenden Rechtsfragen und insbesondere der Standpunkt des Beschwerdeführers umfassend schriftlich dargelegt wurden, sodass die Akten erkennen lassen, dass die mündliche Erörterung eine weitere Klärung der Rechtssache nicht erwarten lässt.

4. 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. Es gibt keine Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs zur – im vorliegenden Fall entscheidungserheblichen – Frage, ob die Zeit eines Aufenthalts im Bundesgebiet aufgrund einer Aufenthaltsbewilligung für den Zweck „Student“ auch dann auf die Fünfjahresfrist nach § 45 Abs. 1 NAG anzurechnen ist, wenn dieser Aufenthalt einer Niederlassung nicht unmittelbar

vorangeht, sondern dazwischen ein rechtmäßiger, aber nicht niedergelassener Aufenthalt liegt.

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, sofern gesetzlich nicht anderes bestimmt ist.

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

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

Dr. Wildpanner-Gugatschka