



**VERWALTUNGSGERICHT
WIEN**

1190 Wien, Muthgasse 62
Telefon: (+43 1) 4000 DW 38680
Telefax: (+43 1) 4000 99 38680
E-Mail: post@vgw.wien.gv.at

GZ: VGW-151/095/14243/2022-16
A. B.

Wien, 23.1.2023

Geschäftsabteilung: VGW-K

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Verwaltungsgericht Wien erkennt durch seinen Richter Dr. Lukas Diem über die Beschwerde der A. B., geb.: 1990, StA: Türkei, vertreten durch Rechtsanwalt, gegen den Bescheid des Landeshauptmannes von Wien vom 15.7.2022, ZI. ..., mit dem der Zweckänderungsantrag vom 24.5.2022 auf Erteilung eines Aufenthaltstitels „Daueraufenthalt – EU“ gemäß § 45 Abs. 1 NAG abgewiesen wurde, nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 30.12.2022

zu Recht:

I. Gemäß § 28 Abs. 1 und 2 VwGVG wird die Beschwerde als unbegründet abgewiesen und der angefochtene Bescheid mit der Maßgabe bestätigt, dass der Spruch lautet: „Ihr Antrag vom 24.5.2022 auf Erteilung eines Aufenthaltstitels ‚Daueraufenthalt – EU‘ wird gemäß § 45 Abs. 1 und Abs. 2 erster Satz NAG abgewiesen.“

II. Die Revision ist gemäß 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 Landeshauptmann von Wien (im Folgenden: belangte Behörde) erteilte der Beschwerdeführerin aufgrund ihres Antrages vom 19.8.2021 einen Aufenthaltstitel „Familienangehöriger“ für den Zeitraum von 15.3.2022 bis 15.3.2023. Dieser Aufenthaltstitel wurde ihr am 1.4.2022 ausgefolgt.

2. Die Beschwerdeführerin stellte am 24.5.2022 bei der belangten Behörde einen Zweckänderungsantrag auf Erteilung eines Aufenthaltstitels „Daueraufenthalt – EU“. Diesen wies die belangte Behörde mit Bescheid vom 15.7.2022 im Wesentlichen mit der Begründung ab, dass der Beschwerdeführerin aufgrund ihres (Erst-)Antrages vom 19.8.2021 ein Aufenthaltstitel „Familienangehöriger“ erteilt worden sei, wobei sie diesen Aufenthaltstitel am 1.4.2022 übernommen habe. Aus diesem Grund sei die Beschwerdeführerin noch keine fünf Jahre ununterbrochen zur Niederlassung berechtigt, weshalb ihr Antrag abzuweisen sei.

3. Gegen diesen Bescheid vom 15.7.2022 richtet sich die zulässige Beschwerde, in der die Beschwerdeführerin den Ausführungen der belangten Behörde entgegentritt und die Erteilung des beantragten Aufenthaltstitels begehrt. Begründend führt sie im Wesentlichen aus, dass die belangte Behörde ihren ca. zehnjährigen, ununterbrochenen Aufenthalt aufgrund Aufenthaltsbewilligungen „Student“ entgegen § 45 Abs. 2 erster Satz NAG nicht zur Hälfte auf die Fünfjahresfrist angerechnet habe. Auch nach Ablauf der zuletzt erteilten Aufenthaltsbewilligung „Student“ bis zur Erteilung des Aufenthaltstitels „Familienangehöriger“ sei die Beschwerdeführerin nach Art. 6 Abs. 1 ARB 1/80 infolge ihrer seit 2.11.2018 durchgehenden Beschäftigung bei der C. AG aufenthaltsberechtigt gewesen, so dass die nach § 45 Abs. 1 NAG geforderte Fünfjahresfrist erfüllt sei.

4. Die belangte Behörde nahm von der Erlassung einer Beschwerdeentscheidung Abstand und legte die Beschwerde samt dem Akt des verwaltungsbehördlichen Verfahrens (inkl. Vorakten) dem Verwaltungsgericht Wien vor.

5. Am 30.12.2022 führte das Verwaltungsgericht Wien eine öffentliche mündliche Verhandlung durch, zu der die Verfahrensparteien ordnungsgemäß geladen wurden und an der die Beschwerdeführerin mit ihrem rechtsfreundlichen Vertreter teilgenommen hat. Am Ende der Verhandlung erklärte das Verwaltungsgericht

Wien das Ermittlungsverfahren gemäß § 17 VwGVG iVm § 39 Abs. 3 AVG für geschlossen. Anschließend verzichtete die Beschwerdeführerin auf eine mündliche Verkündung des Erkenntnisses.

II. Feststellungen

Das Verwaltungsgericht Wien legt seiner Entscheidung folgende, als erwiesen angenommene Tatsachen zugrunde:

1. Die Beschwerdeführerin, eine türkische Staatsangehörige, ist am ...1990 geboren.
2. Die Beschwerdeführerin hat seit 27.4.2010 durchgehend einen in Österreich gemeldeten Wohnsitz und hält sich seitdem durchgehend in Österreich auf.
3. Die Beschwerdeführerin verfügte im Zeitraum zwischen 9.4.2010 und 29.12.2020 durchgehend über Aufenthaltsbewilligungen „Student“. Den zuletzt gestellten Verlängerungsantrag vom 17.12.2020 wies das Verwaltungsgericht Wien nach entsprechender Beschwerdeerhebung gegen den Bescheid der belangten Behörde mit am 1.7.2021 in Gegenwart der Beschwerdeführerin verkündetem und am 22.7.2021 schriftlich ausgefertigtem Erkenntnis ab.
4. Von 2.11.2018 bis 30.11.2022 war die Beschwerdeführerin durchgehend bei der C. AG in Wien im Ausmaß von 20 Stunden mit einem Nettolohn von ca. € 1.100,- beschäftigt, wobei das Arbeitsmarktservice entsprechende Beschäftigungsbewilligungen jedenfalls für den Zeitraum von 18.10.2018 bis 17.10.2021 erteilt hat. Seit 1.12.2022 befindet sich die Beschwerdeführerin in einjähriger Bildungskarenz, wobei sie aufgrund einer Vereinbarung mit der C. AG plant, nach der Karenz wieder bei der C. AG zu arbeiten.
5. Aufgrund ihres Antrages vom 19.8.2021 erteilte die belangte Behörde der Beschwerdeführerin einen Aufenthaltstitel „Familienangehöriger“ für den Zeitraum von 15.3.2022 bis 15.3.2023. Dieser Aufenthaltstitel wurde der Beschwerdeführerin am 1.4.2022 ausgefolgt.

III. Beweiswürdigung

Die Feststellungen gründen sich auf den gesamten Akteninhalt (Gerichts- und Behördenakt, inkl. Vorakten), an dessen Richtigkeit und Vollständigkeit keine Zweifel entstanden sind und der im Rahmen der öffentlichen mündlichen Verhandlung vor

dem Verwaltungsgericht Wien am 20.12.2022 erörtert wurde, sowie auf die Angaben der Beschwerdeführerin in der mündlichen Verhandlung. Im Einzelnen:

1. Die personenbezogenen Feststellungen (II.1.) ergeben sich aus der im Verwaltungsakt einliegenden Kopie des bis 9.11.2024 gültigen Reisepasses der Beschwerdeführerin, den diese in der mündlichen Verhandlung auch im Original vorgelegt hat.

2. Die Feststellungen zum Wohnsitz (II.2.) stützen sich auf eine Abfrage aus dem Zentralen Melderegister. Dass die Beschwerdeführerin seit dem 27.4.2010 durchgehend in Österreich aufhältig ist, ergibt sich aus dem gesamten Akteninhalt, insbesondere belegen dies ihre studienbezogenen Aktivitäten und ihre beruflichen Tätigkeiten. Zudem ist dies im Verfahren unbestritten geblieben.

3. Die Feststellungen zu den Aufenthaltsbewilligungen (II.3.) stützen sich auf eine Abfrage aus dem Zentralen Fremdenregister. Auch aus den im Verwaltungsakt einliegenden Bescheiden bzw. gelochten (abgelaufenen) Aufenthaltsbewilligungskarten ergibt sich, dass die Beschwerdeführerin durchgehend von April 2010 bis Dezember 2020 über Aufenthaltsbewilligungen „Student“ verfügt hat. Aus dem im Verwaltungsakt einliegenden entsprechenden Verhandlungsprotokoll bzw. schriftlich ausgefertigtem Erkenntnis ist ersichtlich, dass das Verwaltungsgericht Wien den Verlängerungsantrag vom 17.12.2020 abgewiesen hat.

4. Die Feststellungen zur Beschäftigung der Beschwerdeführerin bei der C. AG in Wien (II.4.) stützen sich auf einen eingeholten Sozialversicherungsdatenauszug, auf die zahlreichen im Verwaltungsakt einliegenden Lohnnachweise sowie auf die Angaben der Beschwerdeführerin in der mündlichen Verhandlung. Die für den Zeitraum von 18.10.2018 bis 17.10.2021 erteilten Beschäftigungsbewilligungen liegen im Verwaltungsakt ein. Die Feststellungen zur Bildungskarenz sowie zur Absicht, nach dieser Zeit wieder bei der C. AG zu arbeiten, stützen sich auf den Sozialversicherungsdatenauszug sowie auf die Angaben der Beschwerdeführerin in der mündlichen Verhandlung.

5. Die Feststellungen zum Aufenthaltstitel „Familienangehöriger“ (II.5.) stützen sich auf die Abfrage aus dem Zentralen Fremdenregister. Aus der im Verwaltungsakt einliegenden „Übernahmebestätigung – Aufenthaltstitel“ vom 15.3.2022 geht

aufgrund der Datumsangabe und der Unterschrift der Beschwerdeführerin zudem hervor, dass ihr dieser Aufenthaltstitel am 1.4.2022 ausgefolgt wurde.

IV. Rechtliche Beurteilung

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

„Begriffsbestimmungen

§ 2. (1) Im Sinne dieses Bundesgesetzes ist

[...]

6. Drittstaatsangehöriger: ein Fremder, der nicht EWR-Bürger oder Schweizer Bürger ist;

[...]

12. Zweckänderungsantrag: der Antrag auf Erteilung eines Aufenthaltstitels mit anderem Zweckumfang während der Geltung eines Aufenthaltstitels (§ 26);

[...]

(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.

[...]

Arten und Form der Aufenthaltstitel

§ 8. (1) Aufenthaltstitel werden erteilt als:

[...]

7. Aufenthaltstitel ‚Daueraufenthalt – EU‘ für die Dokumentation des unbefristeten Niederlassungsrechts, unbeschadet der Gültigkeitsdauer des Dokuments;

8. Aufenthaltstitel ‚Familienangehöriger‘ für die befristete Niederlassung mit der Möglichkeit, anschließend einen Aufenthaltstitel ‚Daueraufenthalt – EU‘ (Z 7) zu erhalten;

[...]

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

[...]

Zweckänderungsverfahren

§ 26. Wenn der Fremde den Aufenthaltszweck während seines Aufenthalts in Österreich ändern will, hat er dies der Behörde im Inland unverzüglich bekannt zu geben. Eine Zweckänderung ist nur zulässig, wenn der Fremde die Voraussetzungen für den beantragten Aufenthaltstitel erfüllt und ein gegebenenfalls erforderlicher Quotenplatz zur Verfügung steht. Sind alle Voraussetzungen gegeben, hat der Fremde einen Rechtsanspruch auf Erteilung dieses Aufenthaltstitels. Liegen die Voraussetzungen nicht vor, ist der Antrag abzuweisen; die Abweisung hat keine Auswirkung auf das bestehende Aufenthaltsrecht.

[...]

Aufenthaltstitel ‚Daueraufenthalt – EU‘

§ 45. (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.

2. Die Richtlinie 2003/109/EG vom 25. November 2003 betreffend die Rechtsstellung der langfristig aufenthaltsberechtigten Drittstaatsangehörigen, ABl. L 16, 44 idF der Richtlinie 2011/51/EU vom 11. Mai 2011, ABl. L 132, 1 (im Folgenden: RL 2003/109/EG), lautet auszugsweise:

„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.“

3. Art. 6 Abs. 1 des Beschlusses Nr. 1/80 des Assoziationsrates vom 19. September 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.“

4. Die Beschwerdeführerin begründet ihren Zweckänderungsantrag auf Erteilung eines Aufenthaltstitels „Daueraufenthalt – EU“ gemäß § 45 Abs. 1 NAG damit, dass sie aufgrund ihres Aufenthaltstitels „Familienangehöriger“ in Österreich niedergelassen und ihr ca. zehnjähriger, ununterbrochener Aufenthalt aufgrund Aufenthaltsbewilligungen „Student“ gemäß § 45 Abs. 2 erster Satz NAG zur Hälfte auf die Frist des § 45 Abs. 1 NAG anzurechnen sei. Auch nach Ablauf der zuletzt erteilten Aufenthaltsbewilligung „Student“ bis zur Erteilung des Aufenthaltstitels „Familienangehöriger“ am 1.4.2022 sei sie nach Art. 6 Abs. 1 ARB 1/80 infolge ihrer seit 2.11.2018 durchgehenden Beschäftigung bei der C. AG aufenthaltsberechtigt gewesen, sodass im Ergebnis die geforderte fünfjährige, ununterbrochene, tatsächliche Niederlassung erfüllt sei. Auch die sonstigen Erteilungsvoraussetzungen erfülle sie, weshalb ihr der beantragte Aufenthaltstitel zu erteilen sei.

5. 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.

Gemäß § 45 Abs. 2 NAG ist zur Niederlassung berechtigten Drittstaatsangehörigen die Zeit eines unmittelbar vorangegangenen rechtmäßigen Aufenthalts im Bundesgebiet aufgrund einer Aufenthaltsbewilligung (§ 8 Abs. 1 Z 12 NAG) zur Hälfte auf die Fünfjahresfrist gemäß Abs. 1 anzurechnen.

Nach den Gesetzesmaterialien zu § 45 Abs. 1 NAG (vgl. ErläutRV 952 BlgNR 22. GP 137) ist Voraussetzung für die Rechtsstellung eines langfristig Aufenthaltsberechtigten und für die Erteilung des Aufenthaltstitels „Daueraufenthalt – EG“ (nunmehr: „Daueraufenthalt – EU“) ein ununterbrochener und rechtmäßiger Aufenthalt von mindestens fünf Jahren im Hoheitsgebiet des betreffenden Mitgliedstaates (Art. 4 Abs. 1 RL 2003/109/EG), wobei – so die Erläuterungen – die Dauer des Aufenthalts das Hauptkriterium für die Erlangung der Rechtsstellung eines langfristig Aufenthaltsberechtigten ist; der Aufenthalt sollte rechtmäßig und ununterbrochen sein, um die Verwurzelung des betreffenden Drittstaatsangehörigen in Österreich zu belegen (vgl. ErwG 6 RL 2003/109/EG).

Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes setzt § 45 NAG unter anderem voraus, dass der Drittstaatsangehörige in den letzten fünf Jahren ununterbrochen tatsächlich (rechtmäßig iSd § 31 FPG, vgl. VwGH 9.8.2018, Ra 2018/22/0045) niedergelassen war (vgl. zB VwGH 17.9.2019, Ra 2019/22/0153; 23.1.2020, Ro 2019/22/0009; siehe auch VwGH 5.5.2022, Ra 2018/22/0201).

6. Diese Voraussetzung der fünfjährigen Niederlassung iSd § 45 Abs. 1 NAG erfüllt die Beschwerdeführerin nicht:

6.1. Die Beschwerdeführerin, eine Drittstaatsangehörige iSd § 2 Abs. 1 Z 6 NAG, verfügt über einen von 15.3.2022 bis 15.3.2023 gültigen Aufenthaltstitel „Familienangehöriger“ iSd § 8 Abs. 1 Z 8 NAG, der „für die befristete Niederlassung mit der Möglichkeit, anschließend einen Aufenthaltstitel ‚Daueraufenthalt – EU‘ (Z 7) zu erhalten“, erteilt wird.

Die Beschwerdeführerin ist folglich aufgrund der tatsächlichen Übergabe und Entgegennahme des Aufenthaltstitels am 1.4.2022 (vgl. VwGH 15.12.2015, Ra 2015/22/0125 mwN, wonach dadurch die rechtliche Wirkung des Bescheides entsteht) seit 15.3.2022 (Beginn der Gültigkeitsdauer mit Ausstellungsdatum gemäß § 20 Abs. 2 NAG) iSd § 2 Abs. 2 NAG in Österreich niedergelassen.

6.2. Auch unmittelbar vor Erteilung dieses Aufenthaltstitels hielt sich die Beschwerdeführerin aufgrund ihrer Beschäftigung bei der C. AG rechtmäßig iSd § 31 FPG im Bundesgebiet auf. Während aufrechter Aufenthaltsbewilligung „Student“ nahm sie am 2.11.2018 eine Erwerbstätigkeit bei der C. AG in Wien im Umfang von 20 Wochenstunden mit einem monatlichen Nettolohn von ca. € 1.100,- aufgrund einer entsprechenden Beschäftigungsbewilligung auf. Diese Tätigkeit übte sie auch im Zeitpunkt der Erteilung des Aufenthaltstitels „Familienangehöriger“ aus.

Aufgrund dieser allein mit Blick auf den Umfang und die Höhe der Entlohnung unzweifelhaft als „tatsächlich“ und „echt“ anzusehenden, durchgehend beim selben Arbeitgeber ausgeübten Tätigkeit (vgl. VwGH 9.8.2018, Ro 2017/22/0015) kann die Beschwerdeführerin als türkische Staatsangehörige daher ein Aufenthaltsrecht – ohne dass hierfür die Erteilung einer nationalen Erlaubnis erforderlich wäre (vgl. statt vieler VwGH 9.8.2018, Ro 2017/22/0015) – seit 2.11.2019 aus Art. 6 Abs. 1 erster Spiegelstrich ARB 1/80 und seit 2.11.2021 aus Art. 6 Abs. 1 zweiter Spiegelstrich ARB 1/80 ableiten (vgl. statt vieler VwGH 23.1.2020, Ro 2019/22/0009).

Hierfür ist es ohne Relevanz, ob für diese Tätigkeit auch nach dem 17.10.2021 eine Beschäftigungsbewilligung vom Arbeitsmarktservice erteilt wurde, da dem Fremden die nach dem ARB 1/80 zukommenden Beschäftigungs- und Aufenthaltsrechte unabhängig davon zustehen, ob die Behörden eine Arbeits- oder Aufenthaltsbewilligung ausstellen (vgl. VwGH 29.1.2020, Ro 2017/22/0009).

Ein auf Art. 6 Abs. 1 erster Spiegelstrich ARB 1/80 gestütztes Aufenthaltsrecht stellt jedoch wegen dessen eingeschränkten Berechtigungsumfanges (Bindung an den gleichen Arbeitgeber) keine Niederlassung iSd § 2 Abs. 2 NAG dar (vgl. statt vieler VwGH 23.1.2020, Ro 2019/22/0009). Dasselbe gilt auch für ein Aufenthaltsrecht, das sich auf Art. 6 Abs. 1 zweiter Spiegelstrich ARB 1/80 gründet, weil ein türkischer Staatsangehöriger auch aus dieser Bestimmung noch kein Recht auf einen uneingeschränkten Zugang zum Arbeitsmarkt ableiten kann (vgl. zB VwGH 22.5.2020, Ro 2020/22/0001; erst wenn die Voraussetzungen des dritten Spiegelstriches des Art. 6 Abs. 1 ARB 1/80 erfüllt sind, ist von einer Niederlassung iSd § 2 Abs. 2 NAG auszugehen, vgl. VwGH 8.7.2020, Ro 2020/22/0004).

Die Beschwerdeführerin war folglich im Zeitraum von 2.11.2019 bis 14.3.2022 gestützt auf Art. 6 Abs. 1 erster bzw. zweiter Spiegelstrich ARB 1/80 rechtmäßig in Österreich aufhältig, aber nicht niedergelassen iSd § 2 Abs. 2 NAG. Erst seit 2.11.2022 erfüllt sie die Voraussetzungen des Art. 6 Abs. 1 dritter Spiegelstrich ARB 1/80, wobei sie zu diesem Zeitpunkt bereits (nämlich seit 15.3.2022) aufgrund des Aufenthaltstitels „Familienangehöriger“ niedergelassen war.

6.3. Auch im Zeitraum von 27.4.2010 bis 29.12.2020 hielt sich die Beschwerdeführerin, nachdem sie ihren Wohnsitz in Österreich begründet hatte, aufgrund Aufenthaltsbewilligungen „Student“ (§ 8 Abs. 1 Z 12 NAG iVm § 64 NAG) durchgehend tatsächlich und rechtmäßig im Bundesgebiet auf. Eine Aufenthaltsbewilligung „Student“ gilt gemäß § 2 Abs. 3 NAG aber nicht als Niederlassung; einer solchen Aufenthaltsbewilligung ist wesensimmanent, dass sie an die Dauer des Studiums gebunden ist und (ausgenommen eine einmalige Verlängerung nach erfolgreichem Abschluss des Studiums zum Zweck der Arbeitssuche oder der Unternehmensgründung gemäß § 64 Abs. 4 NAG) nicht über dessen Ende hinaus verlängert werden kann. Die Voraussetzung, niedergelassen zu sein, ist somit mit einer Aufenthaltsbewilligung „Student“ nicht erfüllt (vgl. zB VwGH 23.1.2020, Ro 2019/22/0009; 8.7.2020, Ro 2020/22/0004).

Die Beschwerdeführerin war folglich im Zeitraum von 27.4.2010 bis 29.12.2020 aufgrund der erteilten und mehrfach verlängerten Aufenthaltsbewilligung „Student“ tatsächlich und rechtmäßig in Österreich aufhältig, aber gemäß § 2 Abs. 3 NAG nicht niedergelassen.

6.4. Das bedeutet, dass die Beschwerdeführerin zwar seit 27.4.2010 rechtmäßig in Österreich aufhältig, aber erst seit 15.3.2022 gemäß § 2 Abs. 2 NAG in Österreich niedergelassen ist. Sie war somit nicht, wie nach § 45 Abs. 1 NAG erforderlich, in den letzten fünf Jahren, sondern lediglich in den letzten etwas mehr als zehn Monaten ununterbrochen tatsächlich niedergelassen.

6.5. Entgegen dem Beschwerdevorbringen ist die Zeit des tatsächlichen und rechtmäßigen Aufenthalts der Beschwerdeführerin aufgrund Aufenthaltsbewilligungen „Student“ von 27.4.2010 bis 29.12.2020, somit eine Dauer von zehn Jahren und acht Monaten, nicht zur Hälfte auf die Fünfjahresfrist des § 45 Abs. 1 NAG anzurechnen:

6.5.1. Nach § 45 Abs. 2 erster Satz NAG ist zur Niederlassung berechtigten Drittstaatsangehörigen die Zeit eines unmittelbar vorangehenden rechtmäßigen Aufenthalts aufgrund einer Aufenthaltsbewilligung iSd § 8 Abs. 1 Z 12 NAG auf die Fünfjahresfrist gemäß § 45 Abs. 1 NAG anzurechnen.

Bezüglich des (potentiell) anrechenbaren Zeitraumes wäre, weil § 45 Abs. 2 NAG lediglich auf einen rechtmäßigen Aufenthalt aufgrund einer Aufenthaltsbewilligung abstellt, das Ende der Gültigkeitsdauer der zuletzt erteilten Aufenthaltsbewilligung „Student“, somit der 29.12.2020, und nicht der Zeitpunkt der rechtskräftigen Abweisung des Verlängerungsantrages durch das am 1.7.2021 mündlich verkündete und in der Folge schriftlich ausgefertigte Erkenntnis, somit der 1.7.2021, maßgeblich. Der Aufenthalt des Drittstaatsangehörigen ist nämlich aufgrund eines rechtzeitig gestellten Verlängerungsantrages gemäß § 24 NAG bis zur rechtskräftigen (abweisenden) Entscheidung lediglich rechtmäßig, der zuvor erteilte Titel besteht jedoch nicht (so wie dies dem System des § 8 Abs. 4 AsylG 2005 zugrunde gelegt ist) bis zur rechtskräftigen Entscheidung über die Verlängerung des Aufenthaltsrechts weiter (vgl. VwGH 17.12.2019, Ra 2019/18/0281). Darauf kommt es aber vorliegend ohnehin nicht an:

6.5.2. Im vorliegenden Fall geht die Zeit infolge der erteilten Aufenthaltsbewilligungen „Student“ der Niederlassung nicht, wie von § 45 Abs. 2 erster Satz NAG gefordert, *unmittelbar* voran (zur Anrechnung, wenn die Studienzeiten unmittelbar der Niederlassung vorangehen, siehe etwa VwGH 8.7.2020, Ro 2020/22/0004; 25.11.2020, Ro 2020/22/0003). Vielmehr folgt unmittelbar auf den bis zum 29.12.2020 dauernden Studienaufenthalt der auf Art. 6 Abs. 1 erster bzw. (ab 2.11.2021) zweiter Spiegelstrich ARB 1/80 fußende, keine Niederlassung darstellende Aufenthalt. Dieser – und nicht der Studienaufenthalt – geht der seit 15.3.2022 bestehenden Niederlassung aufgrund des Aufenthaltstitels „Familienangehöriger“ unmittelbar voran. Folglich ist der über zehnjährige Aufenthalt aufgrund Aufenthaltsbewilligungen „Student“ mit Blick auf den klaren Wortlaut des § 45 Abs. 2 NAG nicht zur Hälfte auf die Fünfjahresfrist des § 45 Abs. 1 NAG anzurechnen (diese Frage aber offenlassend VwGH 9.9.2020, Ro 2020/22/0009; weiters VwGH 27.9.2022, Ro 2020/22/0013).

6.5.3. Eine andere Auslegung des § 45 Abs. 2 erster Satz NAG ist auch im Lichte der RL 2003/109/EG nicht geboten:

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 27.2.2020, 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.

In den allermeisten Sprachfassungen (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) des Art. 4 Abs. 2 zweiter Unterabsatz RL 2003/109/EG – vgl. etwa die englische („may be taken into account“), französische („peut être prise en compte“), spanische („podrán contabilizarse“) oder italienische („possono essere computati“) Sprachfassung – ist demgegenüber lediglich die Rede davon, dass die Mitgliedstaaten den Studienaufenthalt zur Hälfte miteinbeziehen *können*.

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 27.2.2020, Ra 2019/22/0101).

Wenn der österreichische Gesetzgeber die Anrechnung der Studienzeiten zur Hälfte in § 45 Abs. 2 erster Satz NAG nun davon abhängig macht, dass dieser Aufenthalt einer Niederlassung unmittelbar vorangeht, so ist dies aus unionsrechtlicher Perspektive nicht zu beanstanden. Denn der Gesetzgeber dürfte aufgrund des fakultativen Charakters des Art. 4 Abs. 2 zweiter Unterabsatz RL 2003/109/EG den Studienaufenthalt auch zur Gänze unberücksichtigt lassen.

Auf weitere Fragen im Zusammenhang mit der RL 2003/109/EG hinsichtlich der Anrechenbarkeit des Studienaufenthaltes kommt es daher nicht an. Insbesondere ist deshalb nicht zu klären, ob ein einem Studienaufenthalt unmittelbar folgender, iSd Art. 3 Abs. 2 lit. e RL 2003/109/EG „förmlich begrenzter“ Aufenthalt gemäß Art. 4 Abs. 2 erster Unterabsatz RL 2003/109/EG lediglich nicht in die Fünfjahresfrist einzurechnen ist – folglich könnte ein vorangehender Studienaufenthalt berücksichtigt werden – oder ob ein solcher, „förmlich begrenzter“ Aufenthalt doch zu einer Unterbrechung des fünfjährigen Zeitraumes führt, wie dies nur in Art. 4 Abs. 3 RL 2003/109/EG ausdrücklich vorgesehen ist. Diesfalls wäre der Studienaufenthalt aufgrund des Neubeginns des Fristenlaufs (vgl. *Thym*, Art. 4 RL 2003/109/EG, aaO, Rz 15) keinesfalls anzurechnen.

6.5.4. Schließlich ist 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 23.1.2020, 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.

Mit Blick auf 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 (dürfen, vgl. *Thym*, Art. 4 RL 2003/109/EG, aaO, Rz 11), ist auch aus unionsrechtlicher Perspektive jedenfalls keine Anrechnung dieser Aufenthaltszeiten angezeigt.

7. Im Ergebnis war die Beschwerdeführerin in den letzten fünf Jahren nicht ununterbrochen tatsächlich in Österreich niedergelassen. Sie erfüllt daher diese besondere Erteilungsvoraussetzung des § 45 Abs. 1 NAG nicht, weshalb auf die weiteren Erteilungsvoraussetzungen nicht einzugehen ist.

Die Beschwerde ist aufgrund des Fehlens dieser besonderen Erteilungsvoraussetzung gemäß § 45 Abs. 1 und Abs. 2 erster Satz NAG abzuweisen, ohne dass eine Interessenabwägung iSd Art. 8 EMRK (§ 11 Abs. 3 NAG) durchzuführen ist (vgl. statt vieler VwGH 20.5.2021, Ra 2021/22/0088).

8. Die Spruchkorrektur betrifft eine Präzisierung der für die Abweisung des Antrages relevanten Rechtsgrundlage.

9. Die 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. Der Verwaltungsgerichtshof hat nämlich in seiner bisherigen Rechtsprechung die – im vorliegenden Fall entscheidungserhebliche – Frage ausdrücklich offengelassen, ob die Zeit eines Aufenthalts im Bundesgebiet aufgrund einer Aufenthaltsbewilligung (§ 8 Abs. 1 Z 12 NAG) gemäß § 45 Abs. 2 erster Satz NAG („unmittelbar vorangehenden rechtmäßigen Aufenthalts“) auch dann auf die Fünfjahresfrist gemäß § 45 Abs. 1 NAG anzurechnen ist, wenn dieser Aufenthalt einer Niederlassung nicht unmittelbar vorangeht, sondern dazwischen ein sonstiger iSd § 31 FPG rechtmäßiger, aber nicht niedergelassener Aufenthalt liegt (siehe insb. VwGH 9.9.2020, Ro 2020/22/0009, Rz 9; weiters VwGH 27.9.2022, Ro 2020/22/0013, Rz 12 [„sogar unter Anrechnung“; „keinesfalls erfüllt“]). Im Hinblick auf diese Frage, die auch im Lichte unionsrechtlicher Überlegungen zu sehen ist (siehe Punkt IV.6.5.3.), ist die Revision zulässig.

B e l e h r u n g

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 € 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. Lukas Diem