

## Das Kriterium des ausreichenden Unterhalts gemäß § 11 Abs 2 Z 4 iVm Abs 5 NAG

HELGO EBERWEIN, PETER JESSNER\*

### Inhaltsübersicht:

I.	Einleitung .....	61
II.	§ 11 Abs 2 Z 4 iVm Abs 5 NAG im Wortlaut .....	61
III.	Kriterien für die Unterhaltsberechnung gemäß § 11 Abs 2 Z 4 iVm Abs 5 NAG .....	62
A.	Feste und regelmäßige eigene Einkünfte, keine Sozialhilfeleistungen .....	62
B.	Maßgeblichkeit der Ausgleichszulage gemäß § 293 ASVG .....	62
C.	Schmälerung der Unterhaltsmittel und Wert der vollen freien Station .....	63
D.	Einkünfte aufgrund Unterhaltsansprüchen, Haftungserklärungen oder Patenschaftserklärungen .....	64
IV.	Exkurs: Unterhalt bei EWR-Bürgern .....	65
V.	Zusammenfassung und Ausblick .....	65
A.	Zusammenfassung .....	65
B.	Ausblick .....	65

*Abstract:* Eine wesentliche Voraussetzung für die Erteilung eines Aufenthaltstitels bildet der gesicherte Unterhalt des Fremden. Im gegenständlichen Artikel wird die durch das Fremdenrechtsänderungsgesetz 2009 (FrÄG 2009) geänderte Unterhaltsbestimmung des § 11 Abs 2 Z 4 iVm Abs 5 Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz (NAG) anhand der höchstgerichtlichen Judikatur und vor dem Hintergrund der legislatischen Entwicklung erläutert.

*Rechtsquellen:* AuslBG § 2 Abs 1 lit m; ASVG §§ 252, 292 Abs 3, 293, 299; EMRK Art 8; EO § 291a; FrG 1997 § 10 Abs 2 Z 1, Z 2; JN § 66; NAG §§ 2 Abs 1 Z 15, 2 Abs 1 Z 18, 2 Abs 4 Z 3, 11 Abs 2 Z 4, 11 Abs 5, 24, 26, 51 Abs 1 Z 2, 81 Abs 14; NAG-DV § 7 Abs 1 Z 7; RL 2004/38/EG (Unionsbürger-AufenthaltsRL) Art 8 Abs 4; RL 2003/86/EG (FamilienzusammenführungsRL) Art 7 Abs 1 lit c.

*Schlagnworte:* Aufenthaltstitel; Ausgleichszulage; Ausgleichszulagenrichtsätze; Einkünfte; Haftungserklärung; Niederlassung; Patenschaftserklärung; Unterhaltsansprüche; Unterhaltsberechnung; Unterhaltsmittel; Wert der vollen freien Station.

\* Die Darstellung gibt die wissenschaftliche Meinung der Autoren wieder und ist weder als Äußerung im Rahmen der Dienstpflicht noch als Rechtsauffassung der Behörde zu verstehen.

## I. Einleitung

Die Unterhaltsbestimmung des § 11 Abs 2 Z 4 iVm Abs 5 Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz (NAG)<sup>1</sup> ist **eine der zentralen Bestimmungen im österreichischen Aufenthalts- und Niederlassungsrecht**. Vermag ein Fremder den Besitz der erforderlichen Unterhaltsmittel nicht nachzuweisen, liegt ein relativer Versagungsgrund für die Erteilung des beantragten Aufenthaltstitels vor.<sup>2</sup>

Unter dem Vorgängerregime, dem Fremdenrechtsgesetz 1997 (FrG 1997), konnte die Erteilung eines Einreise- oder Aufenthaltstitels wegen Gefährdung öffentlicher Interessen insbesondere auch dann versagt werden, wenn der Fremde nicht über ausreichende eigene Mittel zu seinem Unterhalt oder – bei der Erteilung eines Einreise- oder befristeten Aufenthaltstitels – für die Wiederausreise verfügte (§ 10 Abs 2 Z 1 FrG 1997) oder der Aufenthalt des Fremden möglicherweise zu einer finanziellen Belastung einer Gebietskörperschaft führen würde, es sei denn, diese Belastung ergäbe sich aus der Erfüllung eines gesetzlichen Anspruches (§ 10 Abs 2 Z 2 FrG 1997). Eine Definition der Begriffe des ausreichenden Unterhalts und der nicht auf einen gesetzlichen Anspruch fußenden finanziellen Belastung einer Gebietskörperschaft war im FrG 1997 nicht enthalten. Von den Fremdenbehörden wurden für die Unterhaltsberechnung die Sozialhilferichtsätze der jeweiligen Bundesländer herangezogen, was vom VwGH bestätigt wurde.<sup>3</sup>

Nach der Bestimmung des § 11 Abs 2 Z 4 iVm Abs 5 NAG muss für die Erteilung eines Aufenthaltstitels ein festes und regelmäßiges Nettoeinkommen in der Höhe des jeweils maßgeblichen Ausgleichszulagenrichtsatzes gemäß § 293 Allgemeines Sozialversicherungsgesetz (ASVG) vorliegen,<sup>4</sup> sodass nicht die Inanspruchnahme von Sozialhilfeleistungen der Gebietskörperschaften droht. Das NAG sieht als Kriterien für die Unterhaltsberechnung somit **einheitliche Bundessätze** vor.

Durch die Unterhaltsbestimmung des § 11 NAG setzt der Gesetzgeber gemeinschaftsrechtliche Richtlinien um. Beispielsweise sieht RL 2003/86/EG betreffend das Recht auf Familienzusammenführung in Art 7 Abs 1 lit c vor, dass der betreffende Mitgliedstaat vom Antragsteller den Nachweis verlangen kann, dass der Zusammenführende über feste und regelmäßige Einkünfte verfügt, die ohne Inanspruchnahme der Sozialhilfeleistungen des Mitgliedstaates für seinen eigenen Lebensunterhalt und den seiner Familienangehörigen ausreichen. Die

Mitgliedstaaten haben diese Einkünfte anhand ihrer Art und Regelmäßigkeit zu beurteilen und können die Höhe der Mindestlöhne und -renten sowie die Anzahl der Familienangehörigen berücksichtigen.

Im vorliegenden Artikel wird § 11 Abs 2 Z 4 iVm Abs 5 NAG ausgehend von seinem Wortlaut anhand der darin genannten Bestimmungskriterien erläutert, wobei ein Hauptaugenmerk auf die höchstgerichtliche Judikatur sowie die legislative Entwicklung gelegt wird (Kapitel II. bzw. III.). In einem Exkurs wird auf die Sonderrechtslage betreffend EWR-Bürger eingegangen (Kapitel IV.). Den Schlusspunkt bilden eine Zusammenfassung und ein Ausblick auf die weitere Entwicklung (Kapitel V.).

## II. § 11 Abs 2 Z 4 iVm Abs 5 NAG im Wortlaut

Gemäß § 11 Abs 2 Z 4 NAG dürfen Aufenthaltstitel einem Fremden nur erteilt werden, »...wenn der Aufenthalt des Fremden zu keiner finanziellen Belastung einer Gebietskörperschaft führen könnte«.

Nach § 11 Abs 5 NAG (idF BGBl I 122/2009)<sup>5</sup> führt der Aufenthalt des Fremden zu keiner finanziellen Belastung einer Gebietskörperschaft, wenn »...der Fremde feste und regelmäßige eigene Einkünfte hat, die ihm eine Lebensführung ohne Inanspruchnahme von Sozialhilfeleistungen der Gebietskörperschaften ermöglichen und der Höhe nach den Richtsätzen des § 293 des Allgemeinen Sozialversicherungsgesetzes (ASVG), entsprechen.<sup>6</sup> Feste und regelmäßige eigene Einkünfte werden durch regelmäßige Aufwendungen geschmälert, insbesondere durch Mietbelastungen, Kreditbelastungen, Pfändungen und Unterhaltszahlungen an Dritte nicht im gemeinsamen Haushalt lebende Personen. Dabei bleibt einmalig ein Betrag bis zu der in § 292 Abs. 3 zweiter Satz ASVG festgelegten Höhe unberücksichtigt und führt zu keiner Erhöhung der notwendigen Einkünfte im Sinne des ersten Satzes. Bei Nachweis der Unterhaltsmittel durch Unterhaltsansprüche (§ 2 Abs. 4 Z 3) oder durch eine Haftungserklärung oder Patenschaftserklärung (Abs. 2 Z 15 oder 18), ist zur Berechnung der Leistungsfähigkeit des Verpflichteten nur der das pfändungsfreie Existenzminimum gemäß § 291a der Exekutionsordnung (EO), RGBl. Nr. 79/1896, übersteigende Einkommensteil zu berücksichtigen.«

1 Das NAG ist am 1.1.2006 in Kraft getreten.

2 Die Niederlassungsbehörde hat diesfalls zu prüfen, ob die Erteilung eines Aufenthaltstitels aus dem Grunde des Art 8 EMRK dennoch geboten ist (§ 11 Abs 3 NAG).

3 So zB VwGH 9.4.1999, 97/19/0481 und 3.12.1999, 99/19/0094.

4 Vgl Bichl/Schmid/Szymanski, Das neue Recht der Arbeitsmigration (2010) 38.

5 Diese Novelle ist am 1.1.2010 in Kraft getreten.

6 Bezüglich Aufenthaltstitel »Niederlassungsbewilligung – ausgenommen Erwerbstätigkeit« bestimmt § 42 Abs 1 NAG, dass die festen und regelmäßigen monatlichen Einkünfte der Höhe nach dem Zweifachen der Richtsätze des § 293 ASVG zu entsprechen haben. In bestimmten Fällen (insb gemäß § 42 Abs 2 NAG für ehemalige Träger von Privilegien und Immunitäten) sind jedoch auch bei diesem Aufenthaltstitel Einkünfte in Höhe der einfachen ASVG-Richtsätze ausreichend.

### III. Kriterien für die Unterhaltsberechnung gemäß § 11 Abs 2 Z 4 iVm Abs 5 NAG

#### A. Feste und regelmäßige eigene Einkünfte, keine Sozialhilfeleistungen

Die festen und regelmäßigen Einkünfte des Fremden sollen eine **Lebensführung ohne Inanspruchnahme von Sozialhilfeleistungen** der Gebietskörperschaften ermöglichen.<sup>7</sup>

»Einkünfte« sind Geldleistungen, die dem Antragsteller zur Verfügung stehen. In Betracht kommt neben Einkommen aus selbständiger oder unselbständiger Erwerbstätigkeit insb auch Sparguthaben (vgl zu Letzterem VwGH 22.9.2009, 2008/22/0659). Arbeitslosengeld und Notstandshilfe sind – anders als die eigentliche Sozialhilfe – nicht als Sozialhilfe sondern als Versicherungsleistungen zu qualifizieren und daher ebenfalls bei der Einkommensberechnung gemäß § 11 Abs 5 NAG zu berücksichtigen. Auch Kinderbetreuungsgeld zählt zu den Einkünften (vgl VwGH 18.2.2010, 2009/22/0026). Zur Ausgleichszulage gemäß § 293 ASVG siehe unten Kapitel III.B.<sup>8</sup>

Um Einkommen gemäß § 11 Abs 5 NAG heranziehen zu können, muss es sich um »festes und regelmäßiges« handeln. Ein solches liegt dann vor, wenn der **Unterhalt für die Dauer des beantragten Aufenthaltstitels** in der Höhe des jeweiligen Richtsatzes gemäß § 293 ASVG gesichert ist und das Einkommen nicht aus illegalen Quellen stammt (vgl VwGH 22.9.2009, 2008/22/0659).<sup>9</sup> Aus der Rsp des VwGH ist ableitbar, dass für die Einkommensberechnung nicht Momentaufnahmen von Bedeutung sind, sondern Durchschnittswerte heranzuziehen sind. Auftragslagenbedingte Einkommensschwankungen bei selbständig Erwerbstätigen sind daher ebenso zu berücksichtigen wie etwa Sonderzahlungen bei unselbständig Erwerbstätigen (vgl zu letzterem VwGH 25.9.2009, 2007/18/0651). Die Einkünfte müssen für die Gültigkeitsdauer des beantragten Aufenthaltstitels zu erwarten sein. So hat der VwGH festgehalten, dass allein der Umstand, dass ein Antragsteller in den vergangenen

Jahren durch künstlerische Auftritte ein Einkommen erzielt hat, noch nicht den Schluss zulässt, dass er auch für die Zukunft entsprechende Aufträge erlangen kann (VwGH 22.9.2009, 2008/22/0659).

Bei der Beurteilung, ob der Unterhalt gemäß § 11 Abs 2 Z 4 iVm Abs 5 NAG gesichert ist, hat die Behörde den konkreten Sachverhalt zu prüfen.<sup>10</sup> Nach der ständigen VwGH-Judikatur hat der Antragsteller initiativ, untermauert durch Vorlage entsprechender Bescheinigungsmittel, nachzuweisen, dass der Unterhalt für die beabsichtigte Dauer seines Aufenthalts gesichert erscheint und nicht aus illegalen Quellen stammt. Die **geeigneten Nachweise** sind in § 7 Abs 1 Z 7 NAG-DV demonstrativ angeführt (insb Lohnzettel, Lohnbestätigungen, Dienstverträge, Pensions-, Renten- oder sonstige Versicherungsleistungen, Nachweise von Investitionskapital oder eigenes Vermögen in ausreichender Höhe).<sup>11</sup>

#### B. Maßgeblichkeit der Ausgleichszulage gemäß § 293 ASVG

Das verfügbare Einkommen muss die Höhe des jeweils maßgeblichen **Ausgleichszulagenrichtsatzes gemäß § 293 ASVG** erreichen.<sup>12</sup>

Die im Jahr 2010<sup>13</sup> im Aufenthaltsverfahren im Regelfall<sup>14</sup> heranzuziehenden Ausgleichszulagenrichtsätze sind:

- Alleinstehende: € 783,99
- Gemeinsam lebende Ehepaare: € 1.175,45
- Kinder, deren Nettoeinkommen den Richtsatz für einfach verwaiste Kinder bis zur Vollendung des 24. Lebensjahres nicht erreicht: € 82,16.

Was die **Rechtsnatur der Ausgleichszulage** betrifft, handelt es sich laut OGH um eine Leistung aus der Sozialversicherung mit Fürsorgecharakter. Bei der Feststellung, ob eine Ausgleichszulage gebührt, sind laut OGH weitge-

7 Vgl Feik in Bachmann et al (Hg), Besonderes Verwaltungsrecht (2008) 110.

8 Eine umfassende Auflistung der in Frage kommenden Einkünfte bietet die »Informationsbroschüre über die Unterhaltsberechnung im Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz« des BM.I, welche auf der Homepage des BM.I abrufbar ist. <bmi.gv.at/cms/BMI\_Niederlassung/Unterhaltsbroschue-re\_062010.pdf> (Abruf 19.6.2010).

9 Laut VwGH ist für die Unterhaltsberechnung auch Einkommen des Antragstellers heranzuziehen, welches dieser ohne im Besitz einer Beschäftigungsbewilligung zu sein, erzielt hat, wenn mit dem beantragten Aufenthaltstitel nach dem NAG die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit gemäß § 1 Abs 2 lit m Ausländerbeschäftigungsgesetz (AuslBG) nicht versagt ist und keine Anhaltspunkte vorliegen, dass er nach Erteilung des Aufenthaltstitels nicht weiterhin beschäftigt sein wird (2008/22/0411 vom 18.3.2010).

10 Vgl auch Wittmann, Binationale Ehen von ÖsterreicherInnen mit Drittstaatsangehörigen im Lichte der Judikatur des EGMR, VfGH und VwGH zu Artikel 8 EMRK 38. <https://online.uni-graz.at/kfu\_online/edit.getVollText?pDocumentNr=165613&cDDNr=15895&pFti=&pOrg=14083> (Abruf 19.6.2010).

11 Vgl/Taucher/Bruckner/Marth/Doskozil, Fremdenrecht (2006) § 11 NAG Z 12.

12 Die Ausgleichszulage stellt eine staatliche Zuzahlung dar, die ein Mindesteinkommen für Pensionisten und deren Angehörige sichern soll. Sie steht jenen Personen zu, die alle diesbezüglichen sozialversicherungsrechtlichen Voraussetzungen inklusive eines »gewöhnlichen Aufenthaltes« im Inland erfüllen, wobei der »gewöhnliche Aufenthalt« auf der Definition in § 66 Jurisdiktionsnorm (JN) basiert. Der legale Aufenthalt im Inland stellt kein gesetzlich gefordertes Kriterium für die Berechtigung zum Bezug der Ausgleichsgrundlage dar.

13 Die Richtsätze des § 293 ASVG sind nach § 293 Abs 2 ASVG jährlich anzupassen.

14 Für Aufenthaltsbewilligungen für Studierende, Schüler und Sozialdienstleistende gelten als Richtsätze für das Jahr 2010 € 432,97 bis zum 24. Lebensjahr und € 783,99 ab dem 24. Lebensjahr.

hend die für die Gewährung von Sozialhilfe maßgebenden Grundsätze anzuwenden. Bei den Regelungen über die Ausgleichszulage handle es sich demnach um die Garantie eines Mindesteinkommens im Pensionsalter.<sup>15</sup> Nach *Schrammel* ist die Ausgleichszulage als Leistung mit Fürsorgecharakter konzipiert.<sup>16</sup>

Die Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts hingegen sind in jüngsten Entscheidungen der Qualifizierung der Ausgleichszulage als Sozialhilfeleistung deutlich entgegen getreten. Laut VfGH ist die Ausgleichszulage – möge diese auch fürsorgeähnliche Züge aufweisen – als Leistung der gesetzlichen Pensionsversicherung einzustufen.<sup>17</sup> Diese sei keine Erscheinungsform der Sozialhilfe.

Für den Anwendungsbereich des NAG hat der VwGH ausgeführt, dass die Ausgleichszulage keine Sozialhilfeleistung der Gebietskörperschaften im Sinne des § 11 Abs 5 NAG darstellt, deren Inanspruchnahme gemäß § 11 Abs 2 Z 4 NAG eine finanzielle Belastung einer Gebietskörperschaft darstellen würde.<sup>18</sup> Aufgrund dieser Rsp ist somit die Ausgleichszulage bei der Berechnung des vorhandenen Unterhalts gemäß § 11 Abs 2 Z 4 iVm Abs 5 NAG zu berücksichtigen.

Unseres Erachtens ist die Frage der Rechtsnatur der Ausgleichszulage eine des Sozialrechts: Die Ausgleichszulage beruht nicht auf dem Versicherungsprinzip, sondern weist Merkmale der Sozialhilfe (Fürsorge) auf.<sup>19</sup> Diese im ASVG geregelten Bestimmungen sollen jedem im Inland lebenden Pensionsbezieher ein Mindesteinkommen sichern. Ihre Finanzierung erfolgt nicht aus Beiträgen, sondern aus Steuermitteln (§ 299 ASVG). Bei der Zuständigkeitsermittlung der Finanzierung wird auf den Sitz des Trägers der Sozialhilfe abgestellt. Mit der Ausgleichszulage hat der Gesetzgeber eine Leistung in das ASVG eingeflochten, die dem Fürsorgemodell entspricht.<sup>20</sup>

Folgt man der unserer Meinung nach zutreffenden Ansicht des OGH und *Schrammels*, so findet die Ausgleichszulage, die eine auf Bedürfnisprüfung beruhende Leistung darstellt,<sup>21</sup> bei der Berechnung des vorhandenen Unterhalts konsequenterweise keine Berücksichtigung. Zu den Leistungssachen<sup>22</sup> und den ihr zugehörigen zusätzlichen Ansprüchen, welche aus sozialen Gründen zur Hauptleistung hinzutreten,<sup>23</sup> zählt auch die Ausgleichszulage.<sup>24</sup> Im Sinne der Einheit der Rechts-

ordnung wäre eine Orientierung des VwGH an der Spruchpraxis des OGH, dem für die Angelegenheiten der Leistungssachen in Sozialrechtsfällen<sup>25</sup> zuständigen Höchstgericht, in Zukunft begrüßenswert.

### C. Schmälerung der Unterhaltsmittel und Wert der vollen freien Station

Vorhandene Unterhaltsmittel werden durch regelmäßige Aufwendungen, insb durch Mietbelastungen, Kreditbelastungen, Pfändungen und Unterhaltszahlungen an Dritte nicht im gemeinsamen Haushalt lebende Personen geschmälert, wobei jedoch einmalig ein Betrag bis zu der in § 292 Abs 3 zweiter Satz ASVG festgelegten Höhe (**»Wert der vollen freien Station«**) **unberücksichtigt zu bleiben hat**.

Der entsprechende Passus in § 11 Abs 5 NAG wurde mit der Novelle BGBl I 122/2009 eingeführt. Der Gesetzgeber reagierte damit auf das der Entscheidungspraxis der Niederlassungsbehörden widersprechende VwGH-Judikat vom 3.4.2009, 2008/22/0711, worin der VwGH in einem Fall der Familienzusammenführung festgestellt hat, dass keine Rechtsgrundlage dafür bestehe, das zu berücksichtigende Einkommen des Unterhaltspflichtigen durch Wohnkosten zu schmälern und somit auch kein Grund bestehe, diesem Einkommen einen Wert der freien Station hinzuzurechnen.

Laut RV 330 XXIV. GP soll durch die Neuregelung »... verdeutlicht werden, dass die individuelle Situation des Antragstellers oder des im Fall einer Familienzusammenführung für ihn Aufkommenden, die Höhe der erforderlichen Unterhaltsmittel beeinflusst. Diese Ausgaben sind daher wie bisher vom (Netto)einkommen in Abzug zu bringen. Dadurch bleibt gewährleistet, dass z.B.: mit besonders hoher Miete belastete Fremde von vornherein nachweisen müssen, dass sie sich die von ihnen beabsichtigte Lebensführung im Hinblick auf ihr Einkommen auch tatsächlich leisten können. Dezidiert soll nun auch festgelegt werden, dass dabei, das heißt bei der Feststellung der über die gewöhnliche Lebensführung hinausgehenden Kosten, der »Betrag bis zu der in § 292 Abs. 3 zweiter Satz ASVG festgelegten Höhe unberücksichtigt« zu bleiben hat und dass dieser Betrag »zu keiner Erhöhung der notwendigen Einkünfte im Sinne des ersten Satzes« des Abs. 5 führt. Diese in § 292 Abs. 3 zweiter Satz ASVG genannte Größe entspricht dem ziffernmäßigen Betrag der freien »Station«. In Folge dessen, dass nun Mietbelastungen als regelmäßige Aufwendung das feste und regelmäßige Einkommen des Antragstellers schmälern, hat der Wert der freien Station einmalig unberücksichtigt zu bleiben (»Freibetrag«). Dies bedeutet, dass letztlich nur jene Mietbelastungen oder andere in der beispielhaften Aufzäh-

15 OGH 3.10.2008, 3Ob160/08p = JBl 2009, 38.

16 Vgl *Schrammel*, Probleme der Ausgleichszulage, ZAS 1992, 9.

17 VfGH 24.9.2009, G 165/08.

18 VwGH 22.9.2009, 2008/22/0659.

19 So auch *Grillberger*, Österreichisches Sozialrecht (2008) 99.

20 *Brodil/Windisch-Graetz*, Sozialrecht in Grundzügen (2009) 138.

21 *Hamburger Jahrbuch für Wirtschafts- und Gesellschaftspolitik* 38. Jahr (1993) 144.

22 Vgl auch *Brodil/Windisch-Graetz*, Sozialrecht in Grundzügen (2009) 20f.

23 *Grillberger*, Österreichisches Sozialrecht (2008) 99.

24 Vgl auch die **Rechtmittelinformation der Pensionsversicherung der Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft** <esv-sva.sozvers.at/portal27/portal/svportal/channel\_

>> content/cmsWindow?p\_tabid=4&p\_menuid=7117&action=2> (Abruf 19.6.2010)

25 *Grillberger*, Österreichisches Sozialrecht (2008) 111ff.

lung des zweiten Satzes des Abs. 5 genannte Posten, vom im Abs. 5 genannten Einkommen in Abzug zu bringen sind, welche über dem in § 292 Abs 3 zweiter Satz ASVG genannten (Frei)Betrag liegen. Das bedeutet aber im Umkehrschluss nicht, dass der Betrag des § 292 Abs. 3 zweiter Satz ASVG die notwendigen Unterhaltungsmittel in Höhe der in Betracht kommenden Richtsätze des § 293 ASVG dann schmälert, wenn etwa gar kein Mietaufwand anfällt.«<sup>26</sup>

Der Wert der vollen freien Station gemäß § 292 Abs 3 ASVG beträgt seit 1.1.2010 € 250,50.<sup>27</sup>

#### D. Einkünfte aufgrund von Unterhaltsansprüchen, Haftungserklärungen oder Patenschaftserklärungen

Der erforderliche Lebensunterhalt kann nicht nur durch eigenes Einkommen, sondern auch durch Unterhaltsansprüche, gesichert sein. Diese können sowohl aus einem gesetzlichen, etwa familienrechtlichen, als auch einem vertraglichen Titel herrühren (vgl VwGH 17.12.2009, 2009/22/0241). Ein Unterhaltsanspruch ist nicht nur nach dessen Rechtsgrundlage, sondern auch nach der tatsächlichen Höhe und der tatsächlichen Leistung zu beurteilen (§ 2 Abs 4 Z 3 NAG).<sup>28</sup> Die Fälle der Haftungserklärung (§ 2 Abs 1 Z 15 NAG) und der Patenschaftserklärung (§ 2 Abs 1 Z 18 NAG) wurden mit der Novelle BGBl I 122/2009 explizit in § 11 Abs 5 NAG aufgenommen.<sup>29</sup> Der Nachweis des gesicherten Lebensunterhalts aufgrund eines vertraglichen Unterhaltsanspruchs, einer Haftungserklärung oder einer Patenschaftserklärung ist nur in den im Gesetz angeführten Fällen zulässig (§ 11 Abs 6 NAG betreffend Haftungserklärung; vgl VwGH 17.12.2009, 2009/22/0241).<sup>30</sup>

Was die **Berechnung der Leistungsfähigkeit des Verpflichteten aus Unterhaltsanspruch, Haftungserklärung oder Patenschaftserklärung** betrifft, ist gemäß § 11 Abs 5 NAG der das pfändungsfreie Existenzminimum gemäß § 291a EO übersteigende Einkommensteil zu berücksichtigen.<sup>31</sup> Zum Anwendungsbereich des § 291a EO hat der VwGH festgestellt, dass dieser sich nicht auf alle Fälle einer Unterhaltsberechnung nach § 11 Abs 5 NAG erstreckt (VwGH 8.6.2009, 2008/22/0711). Insb ist bei einem gemeinsamen Haushalt von Unterhaltsberechtigtem und Unterhaltsverpflichtetem unter Berücksichtigung der zu versorgenden Personen (anhand etwa des Steigerungsbetrages nach § 293 Abs 1 letzter Satz ASVG) zu prüfen, ob das Haushaltsnettoeinkommen den »Haushaltsrichtsatz« nach § 293 ASVG erreicht. In einer solchen Konstellation ist auf das Existenzminimum des § 291a EO nicht Bedacht zu nehmen.<sup>32</sup>

In einem anderen Judikat hat der VwGH klargestellt, dass der Haushaltsrichtsatz gemäß § 293 ASVG im Fall gemeinsam lebender Ehepaare, allenfalls mit gemäß § 252 ASVG minderjährigen oder gesetzlich unterhaltsberechtigten Kindern, zur Anwendung kommt. Dabei ist es unerheblich, ob eine Konstellation vorliegt, die im Verhältnis des Zusammenführenden zum Nachziehenden selbst zu einem Haushaltsrichtsatz des § 293 ASVG führt (zB Nachzug des Ehepartners), oder ob ein Nachzug in einen solchen Haushaltsrichtsatz erfolgt (zB Nachzug des volljährigen Adoptivkindes zum zusammenführenden Adoptivvater und dessen Ehepartnerin).<sup>33</sup> Demgegenüber ist im Fall des Nachzugs eines volljährigen Kindes zu einem vertraglich unterhaltsverpflichteten allein lebenden Elternteil für den Unterhalt des Eltern-

26 Wenn ein Aufenthaltstitel vor Inkrafttreten des Bundesgesetzes BGBl I 122/2009 erteilt wurde, ist § 11 Abs 5 NAG in der Fassung des BGBl I 122/2009 auf ein unmittelbar darauf folgendes Verlängerungsverfahren gemäß § 24 NAG oder Zweckänderungsverfahren gemäß § 26 NAG mit der Maßgabe anzuwenden, dass Mietbelastungen die festen und regelmäßigen eigenen Einkünfte nicht schmälern (§ 81 Abs 14 NAG). Anlässlich der Ausfolgung des Aufenthaltstitels in einem solchen Verfahren ist der Fremde über die geltende Rechtslage betreffend die Voraussetzungen des § 11 Abs 5 NAG zu belehren.

27 Der Wert unterliegt einer jährlichen Anpassung.

28 Indem zur Beurteilung auch die tatsächliche Höhe des Unterhaltsanspruchs sowie die tatsächliche Leistung durch den Unterhaltsverpflichteten heranzuziehen ist, soll laut RV zu BGBl I 100/2005 »...dem in der Praxis festgestellten Trend begegnet werden, dass unrealistische – aber trotzdem kaum widerlegbare – Behauptungen oder das schlichte Vorliegen eines Anspruchs zur Erlangung eines Aufenthaltstitels führen könnten«.

29 Laut RV 330 XXIV. GP soll »...durch die Einfügung der Haftungs- und Patenschaftserklärung im letzten Satz des Abs 5 der geltenden Praxis sowie der letzten Novelle des NAG, BGBl. I Nr. 29/2009, Rechnung getragen werden«. (Anm: Durch die Novelle BGBl I 29/2009 wurde die Patenschaftserklärung eingeführt).

30 Bei den Haftungserklärungen unterscheidet das NAG zwischen fakultativen und obligatorischen. In einem Fall, in dem mehrere fakultative Haftungserklärungen abgegeben wurden, hat der VwGH festgestellt, dass nicht nur keine Einschränkung hinsichtlich des Personenkreises besteht,

▷> welcher eine Haftungserklärung abgeben kann, sondern dass auch mehrere Haftungserklärungen zulässig sind. Diese sind, sofern sie die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllen, bei der Unterhaltsberechnung zu berücksichtigen (VwGH 14.5.2009, 2008/22/0143). Fraglich ist, ob diese Rechtsmeinung des VwGH auch für obligatorische Haftungserklärungen gilt, oder hier lediglich der Zusammenführende die Haftungserklärung zulässigerweise abgeben kann.

31 Wie der VfGH festgestellt hat, kann dem Gesetzgeber nicht entgegengetreten werden, wenn er zur Vermeidung einer finanziellen Belastung einer Gebietskörperschaft durch einen Fremden die Höhe der von diesem nachzuweisenden (zu erwartenden) Einkünfte an die Richtsätze des § 293 ASVG und die des Unterhaltsleistenden an das pfändungsfreie Existenzminimum gemäß § 291a EO knüpft (VfSlg 18269/2007).

32 Das gilt auch dann, wenn der Zusammenführende etwa arbeitslos ist und der Ehepartner entsprechend mehr verdient (vgl VwGH 18.3.2010, 2008/22/0637).

33 Vgl VwGH 18.3.2010, 2008/22/0637. In diesem Judikat hat der VwGH jedoch auch festgehalten, dass letztgenannte Überlegungen nicht Platz greifen, wenn die familiären Verhältnisse den Schluss zulassen, dass kein Konsens der Ehepartner darüber besteht, mit dem den Haushaltsrichtsatz übersteigenden Einkommen den Nachziehenden zu unterstützen. Diesfalls ist folglich für den Unterhalt des zusammenführenden Ehepartners das Existenzminimum gemäß § 291a EO und für den Unterhalt des Nachziehenden der Einzelpersonenrichtsatz gemäß § 293 ASVG maßgeblich.

teils das Existenzminimum gemäß § 291a EO und für den Unterhalt des Kindes der Einzelpersonenrichtsatz gemäß § 293 ASVG maßgeblich, unabhängig davon, ob ein gemeinsamer Wohnsitz vorliegt oder nicht (VwGH 18.3.2010, 2008/22/0632).

Im letztgenannten Judikat hat der VwGH auch festgehalten, dass sich der Hinweis in § 11 Abs 5 NAG auf § 291a EO auf den in der letztgenannten Vorschrift enthaltenen allgemeinen Grundbetrag, nicht jedoch auf die darin enthaltenen Steigerungsbeträge bezieht. Da § 291a EO hinsichtlich des Grundbetrags auf den Ausgleichszulagenrichtsatz für alleinstehende Personen gemäß § 293 Abs 1 lit a ASVG verweist, sind im Ergebnis somit auch in den Fällen des Einkommensnachweises aufgrund eines Unterhaltsanspruchs, einer Haftungserklärung oder einer Patenschaftserklärung die Richtsätze gemäß § 293 ASVG in jedem Fall maßgeblich.

#### IV. Exkurs: Unterhalt bei EWR-Bürgern

Auch EWR-Bürger, die ihr gemeinschaftsrechtliches Aufenthaltsrecht von mehr als drei Monaten ausüben, müssen nachweisen, dass sie für sich und ihre Familienangehörigen über **ausreichende Existenzmittel** verfügen, sodass sie während ihres Aufenthalts keine Sozialhilfeleistungen in Anspruch nehmen müssen (§ 51 Abs 1 Z 2 NAG). Aufgrund Art 8 Abs 4 RL 2004/38/EG<sup>34</sup> darf für diese Fälle jedoch **kein fester Betrag bestimmt** werden, sondern ist die **persönliche Situation des Betroffenen** zu berücksichtigen. Bei einem herangezogenen Richtwert darf es sich keinesfalls um einen Betrag über dem Schwellenwert, unter dem der Aufnahmemitgliedstaat seinen Staatsangehörigen Sozialhilfe gewährt, oder, wenn dieses Kriterium nicht anwendbar ist, über der Mindestrente der Sozialversicherung des Aufnahmemitgliedstaats, handeln.<sup>35</sup> Dieses konditionierte Aufenthaltsrecht wird durch den EuGH im Licht der Unionsbürgerschaft (Art 21 Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) und des allgemeinen Diskriminierungsverbots (Art 18 AEUV) ausgelegt.<sup>36</sup>

#### V. Zusammenfassung und Ausblick

##### A. Zusammenfassung

Die Bestimmung des § 11 Abs 2 Z 4 iVm Abs 5 NAG regelt den erforderlichen Unterhalt von Drittstaatsangehörigen, die einen Aufenthaltstitel begehren. Demnach muss der Fremde nachweisen, dass er über einen für die Gültigkeitsdauer des Aufenthaltstitels gesicherten Unterhalt in Höhe des jeweils maßgeblichen Richtsatzes gemäß § 293 ASVG verfügt. Bei der Unterhaltsberechnung ist **eigenes Einkommen** des Fremden (insb Einkommen aus Erwerbstätigkeit, aber etwa auch Sparguthaben) heranzuziehen. **Sozialhilfeleistungen der Gebietskörperschaften sind nicht zu berücksichtigen.** Die Ausgleichszulage gemäß § 293 ASVG weist Merkmale der Sozialhilfe auf und hat daher aus unserer von der VwGH-Judikatur abweichenden Sicht bei der Unterhaltsberechnung ebenfalls außer Betracht zu bleiben. In den gesetzlich vorgesehenen Fällen kann der Unterhalt auch aufgrund eines vertraglichen **Unterhaltsanspruchs**, einer **Haftungserklärung** oder einer **Patenschaftserklärung** gesichert sein. Vorhandene Unterhaltsmittel werden **durch bestimmte regelmäßige Aufwendungen geschmälert.** Dabei hat einmalig ein Betrag bis zu der in § 292 Abs 3 zweiter Satz ASVG festgelegten Höhe (»Wert der vollen freien Station«) unberücksichtigt zu bleiben. Im Zuge der Unterhaltsberechnung sind neben § 11 Abs 2 Z 4 iVm Abs 5 NAG und den darin verwiesenen Normen auch gemeinschaftsrechtliche Bestimmungen und eine Reihe von VwGH-Judikaten zu beachten.

##### B. Ausblick

Aufgrund der großen Bedeutung des § 11 Abs 2 Z 4 iVm Abs 5 NAG als Voraussetzung für die Erteilung eines Aufenthaltstitels, der Variantenvielfalt dieser Bestimmung und der Vielzahl der niederlassungsrechtlichen Verfahren ist anzunehmen, dass auch in Zukunft eine Reihe von Erkenntnissen des VwGH zu dieser Gesetzesbestimmung ergehen werden. Auch angesichts der hohen Anzahl von Novellierungen des NAG in den letzten Jahren, welche teilweise der Umsetzung von EU-Richtlinien dienen, ist nicht davon auszugehen, dass das Unterhaltskriterium »in Stein gemeißelt« ist, wenngleich eine weitere Novellierung derzeit nicht in Sicht ist. Schon durch die jährliche Anpassung der Richtsätze gemäß § 292 Abs 3 ASVG und § 293 ASVG bleibt die Unterhaltsberechnung einem ständigen Wandel unterzogen.

34 Vgl allgemeine Ausführungen zu dieser RL *Abermann*, Niederlassung und Aufenthalt für die Praxis (2007) 16ff.

35 Auf die Frage, ob in Österreich die Sozialhilferichtsätze oder aber die Ausgleichszulagenrichtsätze gemäß § 293 ASVG eine taugliche Grundlage für die Unterhaltsberechnung bei EWR-Bürgern darstellen, ist im Rahmen dieses Aufsatzes nicht einzugehen.

36 *Langer* in Fuchs (Hg), Europäisches Sozialrecht (2010) 80.

Der bisher entwickelte rechtliche Rahmen für Drittstaatsangehörige in der EU spiegelt die bedeutende Rolle von Aufenthalt und Einwanderung dieser Personengruppe wider.<sup>37</sup> Eine Angleichung der erforderlichen Höhe der Unterhaltsmittel für Drittstaatsangehörige – etwa aufgrund Angleichung der Sozialhilferichtsätze – auf EU-Ebene ist derzeit jedoch nicht absehbar. So handelt es sich beim geltenden europäischen Sozialrecht<sup>38</sup> um reine Koordinationsvorschriften, da eine Harmonisierung der einzelnen nationalen Systeme bisher immer abgelehnt wurde.<sup>39</sup> Nicht zuletzt steht auch das unterschiedliche Lohnniveau in den Mitgliedstaaten einer entsprechenden Angleichung entgegen.

**Korrespondenz:**

*Mag. Helgo Eberwein*

*MMag. Peter Jessner*

*Bundesministerium für Inneres*

*Abteilung III/4 – Aufenthalts- und Staatsbürgerschaftswesen*

*Herrengasse 7*

*1014 Wien*

*E-mail: helgo.eberwein@bmi.gv.at*

*E-mail: peter.jessner@bmi.gv.at*

---

37 Vgl. *Von Bethlenfalvy* in Sir Peter Ustinov Institut (Hg), *Feindbild Zuwanderer* (2009) 61.

38 Weiterführend *Fuchs* in Fuchs (Hg), *Europäisches Sozialrecht* (2010) 28ff.

39 *Resch*, *Sozialrecht*<sup>4</sup> (2008) 193.