



VERWALTUNGSGERICHT WIEN

1190 Wien, Muthgasse 62
Telefon: (43 01) 4000 DW 38660
Telefax: (43 01) 4000 99 38660
E-Mail: post@vgw.wien.gv.at

GZ: VGW-151/086/10074/2019-10
A. B., geb. 1997,
StA: Serbien

Wien, 21.10.2019

Geschäftsabteilung: H

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch den Richter Mag. Wostri über die Beschwerde der Frau A. B. (geb.: 1997, StA: Serbien) gegen den Bescheid des Landeshauptmannes von Wien, Magistratsabteilung 35, vom 26.06.2019, Zl. ..., betreffend Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz (NAG), nach durchgeführter öffentlicher mündlicher Verhandlung am 30.9.2019

A. zu Recht erkannt:

IM NAMEN DER REPUBLIK

I. Gemäß § 28 Abs. 1 VwGVG wird der Beschwerde Folge gegeben, der angefochtene Bescheid behoben und der Beschwerdeführerin gemäß § 47 Abs. 2 Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz der Aufenthaltstitel „Familienangehöriger“ für die Dauer von 12 Monaten erteilt.

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

B. den Beschluss gefasst:

I. Der Beschwerdeführerin wird der Ersatz der mit Beschluss des Verwaltungsgerichts Wien vom 2.10.2019, Zl. ..., mit 119,- Euro bestimmten

Barauslagen für die zur mündlichen Verhandlung am 30.9.2019 beigezogene nichtamtliche Dolmetscherin auferlegt. Die Beschwerdeführerin hat der Stadt Wien die genannten Barauslagen durch Banküberweisung auf das Bankkonto mit der Kontonummer IBAN AT16 1200 0006 9621 2729, BIC BKAUATWW, lautend auf "MA6 BA40" mit dem Verwendungszweck "..." binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

II. Gemäß § 25a VwGG ist gegen diesen Beschluss eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nicht zulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

Mit dem angefochtenen Bescheid wurde der Antrag der Beschwerdeführerin vom 30.1.2019 auf Erteilung eines Aufenthaltstitels für den Zweck „Familienangehöriger“ nach dem Bundesgesetz über die Niederlassung und den Aufenthalt in Österreich (Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz – NAG) abgewiesen, da ihr Aufenthalt zu einer finanziellen Belastung einer Gebietskörperschaft führen könnte.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde.

Am 30.9.2019 führte das Verwaltungsgericht Wien eine öffentliche mündliche Verhandlung durch.

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch seinen zuständigen Richter erwogen:

Es ergibt sich folgender entscheidungsrelevanter Sachverhalt, welcher als erwiesen festgestellt wird:

Die Beschwerdeführerin, A. B., ist serbische Staatsangehörige und wurde 1997 geboren. Ihr Reisepass ist bis zum 7.11.2028 gültig.

Sie stellte am 30.1.2019 bei der österreichischen Botschaft in Belgrad den Erstantrag auf Erteilung des Aufenthaltstitels „Familienangehörige von ÖsterreicherInnen“.

Die Beschwerdeführerin ist strafrechtlich unbescholten. Sie verfügt über ein Sprachdiplom des ÖIF, wonach sie am 8.9.2018 die Prüfung für die Niveaustufe A1 bestanden hat. Sie wuchs in Serbien auf, wo sie bis August 2018 lebte. Ihre Eltern und 2 Brüder leben in Serbien. Ihre Schwester lebt in Österreich.

Die Beschwerdeführerin ist seit 10.9.2018 mit C. B. verheiratet. C. B. wurde 1996 geboren und ist österreichischer Staatsbürger. Dies ist für beide die erste Ehe.

Am ... 2019 gebar die Beschwerdeführerin das gemeinsame Kind D. B., welcher die österreichische Staatsbürgerschaft besitzt. In der Schwangerschaft traten für die Beschwerdeführerin gesundheitliche Probleme auf. Sie bekam im 8. Schwangerschaftsmonat Blutungen und starke Schmerzen. Die Schwangerschaft war seit Anfang Mai 2019 „problematisch“. Der Beschwerdeführerin wurde auf Grund ihrer Beschwerden von Reisen abgeraten (Schreiben der Wr. GKK vom 15.5.2019).

D. B. ist seit seiner Geburt in ärztlicher Behandlung. Vom 19.7. bis 24.7.2019 wurde er im E.-spital auf Grund eines Infektes aufgenommen. Er muss bis zum Ende seines sechsten Lebensmonats Antibiotika nehmen. Er muss regelmäßig zur Blut- und Urinabnahme ins Spital.

D. B. wird überwiegend durch die Beschwerdeführerin betreut. Wenn die Beschwerdeführerin nach Serbien fährt, begleitet sie ihr Sohn. D. B. wird durch die Beschwerdeführerin gestillt. Die Familie wünscht sich in Österreich zu leben, wäre die Beschwerdeführerin jedoch gezwungen Österreich zu verlassen, würde sie D. B. mit nach Serbien nehmen. Eine Betreuung durch seinen Vater ist auf Grund seiner Berufstätigkeit nur eingeschränkt möglich.

Die Beschwerdeführerin lebt gemeinsam mit ihrem Mann und ihrem Sohn in Wien, F.-Straße. Das Mietverhältnis läuft bis 30.9.2021. Die Miete beträgt

monatlich EUR 690,- (inkl. Heizung, Strom, Wasser). Die Wohnung hat eine Größe von ungefähr 40-45 m².

Die Beschwerdeführerin hat kein eigenes Einkommen. Sie hat keine Schulden.

Das Einkommen von C. B. unterliegt geringen monatlichen Schwankungen. Er verdiente in den letzten Monaten (unter Außerachtlassung von Sonderzahlungen) ca. monatlich zwischen EUR 1.341,- und EUR 1.532,- netto. Sein Konto wies per 2.9.2019 einen Stand von rund EUR 12.671,- auf. Dieser Kontostand ist insb. auf hohe Einzahlungen im April/Mai 2019 zurückzuführen (2x Eigenerlag von EUR 5.000,-, Überweisung von G. und H. J. [seine Schwester] von EUR 5.000,-, Überweisung von K. B. [sein Vater] von EUR 3.000,-). Von diesem Saldo steht C. B. jedenfalls ein Betrag von EUR 8.000,- uneingeschränkt und dauerhaft zur Bestreitung seines Lebensunterhaltes zur Verfügung.

C. B. hat für einen Kredit monatliche Raten von EUR 39,80 zu leisten. Es sind keine Exekutionsverfahren anhängig.

Die Beschwerdeführerin ist mit ihrem Ehegatten in der Krankenversicherung mitversichert.

Die Beschwerdeführerin war in folgenden Zeiten in Österreich aufhältig: 11.8.2018 - 22.10.2015, 18.11.2018 - 29.1.2019, 10.3.2019 - 30.5.2019, 3.6.2019 - 24.8.2019 und 30.9.2019. Von 1.3.2019 – 1.6.2019 verfügte sie über ein Visum.

Bei der Beweiswürdigung waren folgende Erwägungen maßgeblich:

Diese Feststellungen gründen sich u.a. auf den unbedenklichen Akteninhalt (Akt des Verwaltungsgerichts sowie Akt der belangten Behörde), insbesondere auf die von der Beschwerdeführerin vorgelegten Unterlagen sowie auf ihre Angaben und jene ihres Ehemannes in der mündlichen Verhandlung.

C. B. gab zwar an, monatlich zwischen EUR 1500,- und 1600,- zu verdienen. In den vorgelegten Unterlagen schienen aber zuletzt Gehaltszahlungen (unter

Außerachtlassung von Sonderzahlungen) von ca. monatlich EUR 1.341,- und EUR 1.532,- netto auf.

Zum Guthaben auf seinem Konto gab der Ehegatte der Beschwerdeführer an, u.a. EUR 5.000,- von seiner Schwester H. J. – welche vom VGW auch als Zeugin einvernommen wurde - sowie EUR 3.000,- von seinem Vater erhalten zu haben. Diese Angaben wirkten glaubwürdig. Es erscheint durchaus lebensnah, dass die Angehörigen von C. B. Geld für das Brautpaar sammelten um diesen ein gemeinsames Leben in Österreich zu ermöglichen. Zudem befindet sich der Geldbetrag nunmehr seit mehreren Monaten durchgehend am Konto.

Inwieweit C. B. auch über die weiteren Einzahlungsbeträge verfügungsberechtigt ist bzw ob hierzu Nebenabreden einer Rückzahlung vorliegen, kann gegenständlich – unter Hinweis auf die untenstehende Berechnung der erforderlichen finanziellen Mittel - dahingestellt bleiben. Seine Angaben in der Verhandlung bezüglich der Aufbewahrung zuhause konnten jedenfalls das erkennende Gericht nicht vollends überzeugen.

Rechtlich folgt daraus:

§ 47 Abs. 1 und 2 NAG samt Überschrift lautet:

„Aufenthaltstitel „Familienangehöriger“ und „Niederlassungsbewilligung – Angehöriger“

§ 47. (1) Zusammenführende im Sinne der Abs. 2 bis 4 sind Österreicher oder EWR-Bürger oder Schweizer Bürger, die in Österreich dauernd wohnhaft sind und nicht ihr unionsrechtliches oder das ihnen auf Grund des Freizügigkeitsabkommens EG-Schweiz zukommende Aufenthaltsrecht von mehr als drei Monaten in Anspruch genommen haben.

(2) Drittstaatsangehörigen, die Familienangehörige von Zusammenführenden sind, ist ein Aufenthaltstitel „Familienangehöriger“ zu erteilen, wenn sie die Voraussetzungen des 1. Teiles erfüllen.“

Gemäß § 11 Abs. 1 NAG dürfen Aufenthaltstitel einem Fremden nicht erteilt werden, wenn

1. gegen ihn ein aufrechtes Einreiseverbot gemäß § 53 FPG oder ein aufrechtes Aufenthaltsverbot gemäß § 67 FPG besteht;
2. gegen ihn eine Rückführungsentscheidung eines anderen EWR-Staates oder der Schweiz besteht;
3. gegen ihn eine durchsetzbare Rückkehrentscheidung erlassen wurde und seit seiner Ausreise nicht bereits achtzehn Monate vergangen sind, sofern er nicht

einen Antrag gemäß § 21 Abs. 1 eingebracht hat, nachdem er seiner Ausreiseverpflichtung freiwillig nachgekommen ist;

4. eine Aufenthaltsehe, Aufenthaltspartnerschaft oder Aufenthaltsadoption (§ 30 Abs. 1 oder 2) vorliegt;

5. eine Überschreitung der Dauer des erlaubten visumfreien oder visumpflichtigen Aufenthalts im Zusammenhang mit § 21 Abs. 6 vorliegt oder

6. er in den letzten zwölf Monaten wegen Umgehung der Grenzkontrolle oder nicht rechtmäßiger Einreise in das Bundesgebiet rechtskräftig bestraft wurde.

Gemäß § 11 Abs. 2 NAG dürfen Aufenthaltstitel einem Fremden nur erteilt werden, wenn

1. der Aufenthalt des Fremden nicht öffentlichen Interessen widerstreitet;

2. der Fremde einen Rechtsanspruch auf eine Unterkunft nachweist, die für eine vergleichbar große Familie als ortsüblich angesehen wird;

3. der Fremde über einen alle Risiken abdeckenden Krankenversicherungsschutz verfügt und diese Versicherung in Österreich auch leistungspflichtig ist;

4. der Aufenthalt des Fremden zu keiner finanziellen Belastung einer Gebietskörperschaft führen könnte;

5. durch die Erteilung eines Aufenthaltstitels die Beziehungen der Republik Österreich zu einem anderen Staat oder einem anderen Völkerrechtssubjekt nicht wesentlich beeinträchtigt werden

6. der Fremde im Fall eines Verlängerungsantrages (§ 24) das Modul 1 der Integrationsvereinbarung gemäß § 9 Integrationsgesetz (IntG), BGBl. I Nr. 68/2017, rechtzeitig erfüllt hat und

7. in den Fällen der §§ 58 und 58a seit der Ausreise in einen Drittstaat gemäß § 58 Abs. 5 mehr als vier Monate vergangen sind.

Gemäß § 11 Abs. 5 NAG führt der Aufenthalt eines 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), BGBl. Nr. 189/1955, entsprechen. 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. In Verfahren bei Erstanträgen sind soziale Leistungen nicht zu berücksichtigen, auf die ein Anspruch erst durch Erteilung des Aufenthaltstitels entstehen würde, insbesondere Sozialhilfeleistungen oder die Ausgleichszulage.

Gemäß § 292 Abs. 3 des Allgemeinen Sozialversicherungsgesetzes beträgt der Wert der vollen freien Station EUR 294,65.

Gemäß § 293 Abs. 1 des Allgemeinen Sozialversicherungsgesetzes beträgt der Richtsatz

a) für Pensionsberechtigte aus eigener Pensionsversicherung,	
aa) wenn sie mit dem Ehegatten (der Ehegattin) oder dem/der eingetragenen PartnerIn im gemeinsamen Haushalt leben	1 398,97 €,
bb) wenn die Voraussetzungen nach aa) nicht zutreffen	933,06 €,
b) für Pensionsberechtigte auf Witwen(Witwer)pension oder Pension nach § 259	933,06 €,
c) für Pensionsberechtigte auf Waisenpension:	
aa) bis zur Vollendung des 24. Lebensjahres	343,19 €,
falls beide Elternteile verstorben sind	515,30 €,
bb) nach Vollendung des 24. Lebensjahres	609,85 €,
falls beide Elternteile verstorben sind	933,06 €.

Der Richtsatz nach lit. a erhöht sich um 143,97 € für jedes Kind (§ 252), dessen Nettoeinkommen den Richtsatz für einfach verwaiste Kinder bis zur Vollendung des 24. Lebensjahres nicht erreicht.

Gemäß § 11 Abs. 2 Z 2 NAG hat ein Antragsteller einen Rechtsanspruch auf eine ortsübliche Unterkunft vorzuweisen. Die Beschwerdeführerin wohnt gemeinsam mit ihrem Ehemann und ihrem Kind in Wien, F.-Straße. Das Mietverhältnis läuft

bis 30.9.2021; Mieter ist ihr Ehemann. Die Wohnung hat eine Größe von ungefähr 40-45 m². Es besteht daher einen Rechtsanspruch auf eine ortsübliche Unterkunft im Sinne des § 11 Abs. 2 Z 2 NAG.

Der Ehegatte der Beschwerdeführerin steht in einem Dienstverhältnis und ist bei der WGKK krankenversichert. Die Beschwerdeführerin hat Anspruch auf Mitversicherung bei ihrem Ehegatten. Die Beschwerdeführerin verfügt damit über einen § 11 Abs. 2 Z 3 NAG entsprechenden Krankenversicherungsschutz.

Gemäß § 11 Abs. 2 Z 4 iVm Abs. 5 NAG muss ein Antragsteller über feste und regelmäßige eigene Einkünfte verfügen, die ihm eine Lebensführung ohne Inanspruchnahme von Sozialhilfeleistungen der Gebietskörperschaften ermöglichen. Der Fremde muss hierfür finanzielle Mittel in der Höhe der Richtsätze des § 293 des ASVG zuzüglich regelmäßiger Belastungen (wie etwa Mietzahlungen) vorweisen.

Der aktuelle Richtsatz für Personen, die mit einem Ehegatten im gemeinsamen Haushalt leben, beträgt EUR 1.398,97. Hinzuzurechnen sind außerdem regelmäßige Belastungen, wobei einmalig ein Betrag in der Höhe von EUR 288,87 („freie Station“) im Sinne des § 292 Abs. 3 ASVG unberücksichtigt bleibt.

Der Ehegatte der Beschwerdeführerin verdient (14x jährlich) monatlich durchschnittlich ca. netto EUR 1.400,-. Mit aliquotierten Sonderzahlungen ergibt dies ein monatliches Nettoeinkommen von ungefähr EUR 1.633,- (die steuerliche Begünstigung der SZ wurde ggst nicht berücksichtigt).

Die Mietkosten betragen monatlich EUR 690,-. Hinzu kommen monatliche Kreditraten in der Höhe von insgesamt EUR 39,80. In Abzug zu bringen ist der Wert der „freie Station“ in der Höhe von EUR 294,65. Entsprechend dem aktuellen Richtsatz idH von EUR 1.398,97 und dem Richtsatz für 1 Kind idH von EUR 143,97 belaufen sich die erforderlichen Unterhaltsmittel der Beschwerdeführerin daher auf monatlich EUR 1.978,10.

Wie bereits dargelegt, verdient der Ehegatte der Beschwerdeführerin mit aliquotierten Sonderzahlungen monatlich netto EUR 1.633,-. Die Mittel der Beschwerdeführerin und ihres Gatten erreichen sohin den Betrag des

erforderlichen Unterhaltes nicht. Auf ein Jahr hochgerechnet ergibt sich ein Fehlbetrag von rund EUR 4.141,-. Dieser Betrag wird jedoch durch das dem Ehegatten der Beschwerdeführerin zur Verfügung stehende Guthaben auf seinem Konto gedeckt.

Erteilungshindernisse gem. § 11 Abs. 1 NAG liegen nicht vor; die Erteilungsvoraussetzungen des § 11 Abs. 2 NAG sind erfüllt.

Für die Erteilung des Aufenthaltstitels ist jedoch der Aufenthalt der Beschwerdeführerin in Österreich (insb. im Hinblick auf § 21 Abs. 1 NAG) näher zu prüfen:

Gemäß § 21 Abs. 1 NAG sind Erstanträge vor der Einreise in das Bundesgebiet bei der örtlich zuständigen Berufsvertretungsbehörde im Ausland einzubringen. Die Entscheidung ist im Ausland abzuwarten.

Gemäß § 21 Abs. 2 Z 1 NAG sind Familienangehörige von Österreichern nach rechtmäßiger Einreise und während ihres rechtmäßigen Aufenthalts abweichend von Abs. 1 zur Antragstellung im Inland berechtigt. Ebenso sind Fremde, die zur visumfreien Einreise berechtigt sind, nach rechtmäßiger Einreise und während ihres rechtmäßigen Aufenthalts zur Antragstellung im Inland berechtigt (Z 5 leg cit).

Gemäß § 21 Abs. 6 NAG schafft eine Inlandsantragstellung nach Abs. 2 Z 1, Z 4 bis 9, Abs. 3 und 5 kein über den erlaubten visumfreien oder visumpflichtigen Aufenthalt hinausgehendes Bleiberecht.

Die Beschwerdeführerin stellte ihren Antrag auf Erteilung eines Aufenthaltstitels „Familienangehöriger“ am 30.1.2019 bei der österreichischen Botschaft in Belgrad. Die Beschwerdeführerin war in folgenden Zeiten in Österreich aufhältig: 11.8.2018 - 22.10.2018, 18.11.2018 - 29.1.2019, 10.3.2019 - 30.5.2019, 3.6.2019 - 24.8.2019 und 30.9.2019. Von 1.3.2019 – 1.6.2019 verfügte sie über ein Visum.

Nach Art. 20 Abs. 1 des Übereinkommens zur Durchführung des Übereinkommens von Schengen vom 14. Juni 1985 zwischen den Regierungen

der Staaten der Benelux-Wirtschaftsunion, der Bundesrepublik Deutschland und der Französischen Republik betreffend den schrittweisen Abbau der Kontrollen an den gemeinsamen Grenzen (Übereinkommen zur Durchführung des Übereinkommens von Schengen), Amtsblatt Nr. L 239 vom 22/09/2000, in der Fassung der Verordnung (EU) Nr. 610/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013, Amtsblatt Nr. L 182/1 vom 29. Juni 2013, können sich sichtvermerksfreie Drittausländer in dem Hoheitsgebiet der Vertragsparteien frei bewegen, höchstens jedoch 90 Tage je Zeitraum von 180 Tagen von dem Datum der ersten Einreise an und soweit sie die in Artikel 5 Absatz 1 Buchstaben a), c), d) und e) aufgeführten Einreisevoraussetzungen erfüllen.

Gemäß Art. 1 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 539/2011 des Rates vom 15. März 2011 zur Aufstellung der Liste der Drittländer, deren Staatsangehörige beim Überschreiten der Außengrenzen im Besitz eines Visums sein müssen, sowie der Liste der Drittländer, deren Staatsangehörige von dieser Visumpflicht befreit sind (Visumpflichtverordnung), sind die Staatsangehörigen der in der Liste in Anhang II aufgeführten Drittländer von der Visumpflicht für einen Aufenthalt, der insgesamt drei Monate nicht überschreitet, befreit. Serbien scheint im Anhang II der Visapflichtverordnung auf.

Als Staatsbürger Serbiens reiste die Beschwerdeführerin nach ihrer Auslandsantragstellung zwar zunächst am 10.3.2019 mit einem Visum ein, sie verblieb jedoch nach Ablauf ihres Visums im Zeitraum 3.6.2019 - 24.8.2019 in Österreich. In diesem Zeitraum konnte sie sich nicht (vollständig) auf den sichtvermerksfreien Aufenthalt in Österreich stützen, da sie verpflichtet war, sich nicht länger als höchstens 90 Tage in einem Zeitraum von 180 Tagen von dem Datum der ersten Einreise an in Österreich aufzuhalten. Bei der Berechnung dieses Zeitraums ist zwar der Zeitraum ihres Aufenthaltes während der Laufzeit ihres Visums (1.3.2019 – 1.6.2019) nicht zu berücksichtigen, allerdings führt ein Visum nicht dazu, dass bei der Berechnung der sichtvermerksfreien Zeiten kein Auslandsaufenthalt mehr vorliegen müssten. In Anbetracht, dass die Beschwerdeführerin von 3.6.2019 - 24.8.2019 in Österreich aufhältig war, wäre, damit die sichtvermerksfreie Zeit nicht überschritten wird, auch ein Aufenthalt von 90 Tagen im „Schengen-Ausland“ (jedenfalls in den 272 Tagen [180 Tage + 92 Tage Visum] vor dem 24.8.2019) erforderlich gewesen, was gegenständlich jedoch nicht der Fall war.

Die Beschwerdeführerin hat sohin im Entscheidungszeitpunkt die erlaubte sichtvermerksfreie Zeit überschritten und hielt sich am 24.8.2019 bereits wenige Wochen unerlaubt in Österreich auf.

Der Versagungsgrund des § 11 Abs. 1 Z 5 NAG liegt nicht vor:

Gemäß § 11 Abs. 1 Z 5 NAG dürfen Aufenthaltstitel einem Fremden nicht erteilt werden, wenn eine Überschreitung der Dauer des erlaubten visumfreien oder visumpflichtigen Aufenthalts im Zusammenhang mit § 21 Abs. 6 NAG vorliegt. Nach § 21 Abs. 6 NAG schafft eine Inlandsantragstellung nach Abs. 2 Z 1, Z 4 bis 9, Abs. 3 und 5 kein über den erlaubten visumfreien oder visumpflichtigen Aufenthalt hinausgehendes Bleiberecht. Ebenso steht sie der Erlassung und Durchführung von Maßnahmen nach dem FPG nicht entgegen und kann daher in Verfahren nach dem FPG keine aufschiebende Wirkung entfalten.

In § 11 Abs. 1 Z 5 NAG sollen jene Fälle erfasst werden, die zwar zur Inlandsantragstellung berechtigt sind, aber dann rechtswidrig länger im Bundesgebiet bleiben, um das Ergebnis des Niederlassungsverfahrens abzuwarten. Diese Fremden sollen nach der rechtmäßigen Inlandsantragstellung ausreisen und dann im Ausland ihr Verfahren abwarten. Es soll so – in Zusammenschau mit § 21 Abs. 4 – verhindert werden, dass Fremde ihren Aufenthalt im Bundesgebiet durch das Stellen eines Antrags nach diesem Bundesgesetz über den Zeitraum, der von der Sichtvermerkspflicht ausgenommen ist, hinaus legalisieren. Das Risiko einer nicht fristgerechten Entscheidung der Behörde soll, insbesondere bei später Antragstellung, beim Fremden liegen (RV 952 BlgNR 22. GP, S 121).

Wie sich aus § 11 Abs. 1 Z 5 NAG klar ergibt, liegt dieser Versagungsgrund nicht bereits dann vor, wenn eine Überschreitung der Dauer des erlaubten visumfreien oder visumpflichtigen Aufenthalts vorliegt, sondern muss die Überschreitung im Zusammenhang mit § 21 Abs. 6 NAG erfolgen. § 21 Abs. 6 NAG sieht diesbezüglich vor, dass eine Inlandsantragstellung (in näher genannten Fällen) kein über den erlaubten visumfreien oder visumpflichtigen Aufenthalt hinausgehendes Bleiberecht schafft. Der Anwendungsbereich des § 21 Abs. 6 NAG beschränkt sich dabei ausschließlich auf eine erfolgte Inlandsantragstellung – bereits im Ausland gestellte Anträge werden nicht erfasst. Daraus ergibt sich

aber für § 11 Abs. 1 Z 5 NAG klar, dass dieser Versagungsgrund nur dann vorliegen kann, wenn ein Inlandsantrag gem. § 21 Abs. 6 NAG gestellt wurde und im Anschluss eine Überschreitung der Dauer des erlaubten visumfreien oder visumpflichtigen Aufenthalts erfolgte. Dies steht auch in Einklang mit obigen Erläuterungen. Wenn dort ausgeführt wird, „in Z 5 sollen jene Fälle erfasst werden, die zwar zur Inlandsantragstellung berechtigt sind“, wird hierbei lediglich sprachlich „verkürzt“ dargestellt, dass die Z 5 jene Fälle erfasst, in denen nicht nur eine Berechtigung zur Inlandsantragstellung vorliegt, sondern die Inlandsantragstellung auch tatsächlich erfolgt war. Dies ergibt sich auch aus den weiteren Ausführungen, wonach „diese Fremden nach der rechtmäßigen Inlandsantragstellung ausreisen und dann im Ausland ihr Verfahren abwarten sollen.“ Aus diesen Erläuterungen kann keinesfalls geschlossen werden, dass § 11 Abs. 1 Z 5 NAG auch dann anwendbar wäre, wenn eine Auslandsantragstellung erfolgte, der Antragsteller jedoch zur Inlandsantragstellung berechtigt gewesen wäre. Dieser Auslegung stehen nicht nur die Erläuterungen zur RV 952 BlgNR 22. GP entgegen, sondern auch der klare und keinen Interpretationsspielraum offenlassende Gesetzeswortlaut. In diesem Sinne wird auch im Schrifttum zutreffend die Auffassung vertreten, dass § 11 Abs. 1 Z 5 NAG nur bei einem Inlandsantrag zum Tragen kommen kann, nicht aber bei einer Überschreitung der zulässigen Aufenthaltsdauer nach Stellung eines Auslandsantrages (Abermann ua, NAG, § 11 Rz 14).

Der VwGH befasste sich in seinem Erkenntnis vom 24.2.2011, 2010/21/0460, ausführlich mit der aufgezeigten Rechtsfrage. Dieser Entscheidung lag der Fall zu Grunde, dass die Beschwerdeführerin nach erfolgter Auslandsantragstellung mit einem Visum nach Österreich einreiste, nach Ablauf des Visums jedoch unrechtmäßig in Österreich verblieb. Der VwGH führte hierzu aus:

„Die belangte Behörde hat den Versagungsgrund nach § 11 Abs. 1 Z 5 NAG („Aufenthaltstitel dürfen einem Fremden nicht erteilt werden, wenn eine Überschreitung der Dauer des erlaubten sichtvermerksfreien oder sichtvermerkspflichtigen Aufenthalts im Zusammenhang mit § 21 Abs. 6 vorliegt“) herangezogen. Dabei hat sie allerdings übersehen, dass dieser Versagungsgrund nur bei solchen Personen zum Tragen kommen kann, die - zunächst - zur Inlandsantragstellung berechtigt waren. Das ergibt sich klar aus der Bezugnahme in § 11 Abs. 1 Z 5 NAG auf § 21 Abs. 6 desselben Gesetzes, wo ausdrücklich auf die Fälle einer Inlandsantragstellung nach § 21 Abs. 2 Z 1 und Z 4 bis 6, Abs. 3 und Abs. 5 abgestellt wird, und wird auch in den ErläutRV sowohl zur Stammfassung des § 11 Abs. 1 Z 5 NAG als auch zu der hier anzuwendenden Fassung nach dem Fremdenrechtsänderungsgesetz 2009, BGBl. I Nr. 122, zum Ausdruck gebracht. So heißt es in 952 BlgNR 22. GP 121,

"in Z 5 (des § 11 Abs. 1 NAG) sollen jene Fälle erfasst werden, die zwar zur Inlandsantragstellung berechtigt sind, aber dann rechtswidrig länger im Bundesgebiet bleiben, um das Ergebnis des Niederlassungsverfahrens abzuwarten". Zur Änderung des § 11 Abs. 1 Z 5 NAG durch das Fremdenrechtsänderungsgesetz 2009 wird in 330 BlgNR 24. GP 43, erläutert, durch die Anpassungen solle klargestellt werden, "dass eine Inlandsantragstellung nach § 21 Abs. 2 Z 1 und Z 4 bis 6, Abs. 3 und 5 auch kein über einen erlaubten sichtvermerkspflichtigen Aufenthalt hinausgehendes Bleiberecht schafft und die Überschreitung der Dauer des erlaubten sichtvermerkspflichtigen Aufenthalts in diesen Fällen ebenfalls einen Versagungsgrund nach § 11 Abs. 1 Z 5 darstellt".

Im vorliegenden Fall ist keine Konstellation ersichtlich, die die Beschwerdeführerin im Sinn der in § 21 Abs. 6 NAG genannten Tatbestände zur Inlandsantragstellung berechtigt hätte. Tatsächlich hat sie den gegenständlichen Antrag auf Erteilung einer "Niederlassungsbewilligung - beschränkt" (nach § 46 Abs. 4 NAG) auch bei der Österreichischen Botschaft in Ankara gestellt und ist erst auf Basis des ihr von dieser Botschaft nach § 24 Abs. 3 Fremdenpolizeigesetz 2005 erteilten Visums D nach Österreich eingereist. Richtig ist, dass sie nach Ablauf der Gültigkeitsdauer dieses Visums in Österreich verblieben ist, den Versagungsgrund nach § 11 Abs. 1 Z 5 NAG hat sie dadurch aber - ungeachtet der Neufassung dieser Bestimmung durch das Fremdenrechtsänderungsgesetz 2009 - nicht erfüllt."

In diesem Erkenntnis ging der VwGH davon aus, dass auf die aufgezeigte Fallkonstellation § 11 Abs. 1 Z 5 NAG nicht anzuwenden ist, allerdings erscheint die Begründung hierzu missverständlich und irreführend. Der VwGH bedient sich der verkürzten Diktion der Erläuterungen zur RV 952 BlgNR 22. GP und sprach aus, „dass dieser Versagungsgrund nur bei solchen Personen zum Tragen kommen kann, die - zunächst - zur Inlandsantragstellung berechtigt waren.“ Beim Versagungsgrund nach § 11 Abs. 1 Z 5 NAG kommt es jedoch nicht darauf an, ob der Antragsteller zur Inlandsantragstellung „berechtigt“ war, sondern darauf, ob die Antragstellung auch tatsächlich in den in § 21 Abs. 6 NAG genannten Fällen im Inland erfolgte. In diesem Sinne, wären – nach Auffassung des erkennenden Gerichts - auch die weiteren Ausführungen im genannten Erkenntnis, wonach „im vorliegenden Fall keine Konstellation ersichtlich ist, die die Beschwerdeführerin im Sinn der in § 21 Abs. 6 NAG genannten Tatbestände zur Inlandsantragstellung berechtigt hätte.“ fehl am Platz, da sie die Annahme stützen, auch im Falle einer Auslandsantragstellung könne der Versagungsgrund des § 11 Abs. 1 Z 5 NAG (anstatt jener des § 21 Abs. 1 NAG) erfüllt sein, wenn der Antragsteller nach § 21 Abs. 6 NAG iVm der einschlägigen Bestimmung des § 21 NAG zur Inlandsantragstellung berechtigt gewesen wäre.

Bereits am 29.11.2006 sprach der VwGH zu einer ähnlichen Fallkonstellation aus, dass gegen die Abweisung des Antrages auf eine Niederlassungsbewilligung im Hinblick darauf, dass die Beschwerdeführerin entgegen § 21 Abs. 1 zweiter Satz NAG die Entscheidung darüber nicht im Ausland abgewartet hat, keine Bedenken bestehen. Dabei könne dahinstehen, ob bei ihr (auch) der absolute Versagungsgrund des § 11 Abs. 1 Z 5 NAG vorliegt bzw. ob die relative Erteilungsvoraussetzung des § 11 Abs. 2 Z 1 NAG gegeben ist (VwGH 2006/18/0341).

Ebenso beanstandete der VwGH im Erkenntnis vom 21.2.2017, Ra 2016/22/0080, bei einer wiederum ähnlichen Fallkonstellation nicht, dass sich das Verwaltungsgericht darauf stützte, dass die Revisionswerberin gegen die in § 21 Abs. 1 zweiter Satz NAG normierte Verpflichtung, die Entscheidung über ihren Antrag - nach Ablauf der Gültigkeit des Visums - im Ausland abzuwarten, verstoßen habe. Nach ständiger Rechtsprechung des VwGH seien Fremde, die mit einem Visum in das Bundesgebiet eingereisten, nicht berechtigt, die Entscheidung über einen - wenngleich im Ausland gestellten - Antrag über den Ablauf der Gültigkeit des Visums hinaus im Inland abzuwarten.

In einem weiteren Erkenntnis des VwGH hatte dieser (ebenfalls) den Fall zu beurteilen, dass eine Revisionswerberin nach erfolgter Auslandsantragstellung mit einem Visum nach Österreich einreiste, nach Ablauf des Visums jedoch unrechtmäßig in Österreich verblieb (VwGH 31.1.2019, Ra 2018/22/0233). Der VwGH ging hierbei davon aus, dass das VwG zu Unrecht § 21 Abs. 1 NAG herangezogen habe, da „nach ständiger hg. Judikatur (vgl. etwa VwGH 22.3.2018, Ra 2017/22/0184, Rn. 14; 22.3.2018, Ra 2017/22/0204, jeweils mwN) durch Überschreiten des erlaubten Aufenthalts der Versagungsgrund des § 11 Abs. 1 Z 5 NAG verwirklicht wird.“ Eine nähere Begründung, weshalb in diesem Fall – anders als in den oben angeführten – ein Verstoß gegen § 11 Abs. 1 Z 5 NAG erblickt wird, ist der Entscheidung nicht zu entnehmen. Das Überschreiten des erlaubten Aufenthalts verwirklicht den Versagungsgrund des § 11 Abs. 1 Z 5 NAG jedoch – nach Auffassung des erkennenden Gerichts – nur dann, wenn es sich um eine Inlandsantragstellung handelt, was bei den angeführten Judikaten (VwGH 22.3.2018, Ra 2017/22/0184, 22.3.2018, Ra 2017/22/0204) der Fall war, nicht aber im Verfahren zur Zahl Ra 2018/22/0233.

Zusammenfassen ist festzuhalten, dass die Judikatur des VwGH zu § 11 Abs. 1 Z 5 NAG in den Fällen der Auslandsantragstellung uneinheitlich erscheint. Der VwGH geht überwiegend davon aus, dass im Falle der Auslandsantragstellung samt erfolgter (rechtmäßiger) Einreise und anschließendem unrechtmäßigen Aufenthalt ein Verstoß gegen § 21 Abs. 1 Satz NAG – und nicht gegen § 11 Abs. 1 Z 5 NAG – vorliegt. Die Begründung des Erkenntnisses vom 24.02.2011, ZI. 2010/21/0460, legt zudem nahe, dass der VwGH davon ausgeht, dass § 11 Abs. 1 Z 5 NAG auch im Falle einer Auslandsantragstellung zur Anwendung gelangen kann, wenn der Antragsteller „zunächst zur Inlandsantragstellung berechtigt war“, sohin einer der Fälle des § 21 Abs. 2 Z 1, Z 4 bis 9, Abs. 3 oder Abs. 5 NAG vorliegt. Ein solcher Sachverhalt lag dem genannten Erkenntnis freilich nicht zu Grunde und handelte es sich auch um allgemein gehaltene Ausführungen des VwGH. Eine derartige Rechtsansicht vermag auch – unter Hinweis auf obige Ausführungen – nicht zu überzeugen.

Für den gegenständlich zu beurteilenden Fall gilt folgendes: Der Tatbestand des § 11 Abs. 1 Z 5 NAG ist - nach Auffassung der erkennenden Gerichts - schon alleine deshalb nicht erfüllt, da es sich um eine Auslandsantragstellung handelt und § 11 Abs. 1 Z 5 NAG ausschließlich Inlandsanträge erfasst. Der Vollständigkeit halber wird im Hinblick auf VwGH 24.2.2011, 2010/21/0460, ergänzend ausgeführt, dass selbst wenn man die Rechtsauffassung vertreten sollte, dass § 11 Abs. 1 Z 5 NAG auch Sachverhalte erfasst, in denen zwar eine Auslandsantragstellung erfolgte, der Antragsteller jedoch „zur Inlandsantragstellung berechtigt“ gewesen wäre, dass ein solcher Fall gegenständlich nicht vorliegt. Die Beschwerdeführerin erfüllte zum 15.2.2019 – und mit „die - zunächst - zur Inlandsantragstellung berechtigt waren“ in VwGH 24.2.2011, 2010/21/0460, kann wohl nur der Zeitpunkt der Antragstellung gemeint sein – weder die Voraussetzungen des § 21 Abs. 2 Z 1 NAG (Familienangehörige von Österreichern nach rechtmäßiger Einreise und während ihres rechtmäßigen Aufenthalts) noch jene der Z 5 (Fremde, die zur visumfreien Einreise berechtigt sind, nach rechtmäßiger Einreise und während ihres rechtmäßigen Aufenthalts zur Antragstellung im Inland), da sie sich von 11.8.2018 bis 22.10.2015 (73 Tage) und von 18.11.2018 bis 29.1.2019 (73 Tage) in Österreich aufhielt und daher am 15.2.2019 ihre sichtvermerksfreie Zeit überschritten hatte. Da sie sich am 15.2.2019 nicht mehr rechtmäßig in Österreich aufhalten konnte, wäre eine Inlandsantragstellung nach § 21 Abs. 2

NAG nicht zulässig gewesen.

Gegenständlich liegt jedoch ein Verstoß gegen § 21 Abs. 1 zweiter Satz NAG vor.

Gemäß § 21 Abs. 1 NAG sind Erstanträge vor der Einreise in das Bundesgebiet bei der örtlich zuständigen Berufsvertretungsbehörde im Ausland einzubringen. Die Entscheidung ist im Ausland abzuwarten.

§ 21 Abs. 1 NAG stellt klar, dass Erstanträge – also Anträge von in Österreich nicht oder nicht mehr aufhältigen Fremden – vom Ausland aus zu stellen sind und dass die Entscheidung im Ausland abzuwarten ist. Die Norm steht natürlich einer kurzfristigen, rechtmäßigen Einreise – etwa aus touristischen Zwecken – nicht entgegen, sofern diese Aufenthalte wieder rechtzeitig beendet werden (RV 952 BlgNR 22. GP, S 129).

Bei dem Erfordernis nach § 21 Abs. 1 NAG, den Antrag im Ausland einzubringen und die Entscheidung im Ausland abzuwarten, handelt es sich nicht um ein bloßes Formalerfordernis, sondern um eine Erfolgsvoraussetzung (VwGH 19.11.2014, Ra 2014/22/0123). Ein Verstoß gegen § 21 Abs. 1 zweiter Satz NAG steht grundsätzlich der Erteilung des Aufenthaltstitels entgegen (VwGH 24.2.2011, 2010/21/0460). In diesem Sinne sprach der VwGH auch aus, dass Fremde, die mit einem Visum in das Bundesgebiet eingereist sind, nicht berechtigt sind, die Entscheidung über einen - wenngleich im Ausland gestellten - Antrag über den Ablauf der Gültigkeit des Visums hinaus im Inland abzuwarten (VwGH 21.2.2017, Ra 2016/22/0080).

Der Verpflichtung die Entscheidung im Ausland abzuwarten, steht ein rechtmäßiger Aufenthalt in Österreich, beispielsweise während der Dauer eines erteilten Visums oder während der sichtvermerksfreien Zeit, nicht entgegen. Liegt jedoch nach einer Auslandsantragstellung ein unrechtmäßiger Aufenthalt in Österreich vor, wird gegen § 21 Abs. 1 letzter Satz NAG verstoßen und ist der Aufenthaltstitel zu versagen.

Die Beschwerdeführerin stellte ihren Antrag am 30.1.2019 bei der österreichischen Botschaft in Belgrad, reiste dann aber nach Österreich, wo sie

sich von 10.3.2019 - 30.5.2019, 3.6.2019 - 24.8.2019 und am 30.9.2019 aufhielt. Hierbei überschritt die Beschwerdeführerin, wie oben dargelegt, die sichtvermerksfreie Zeit und hielt sich unrechtmäßig in Österreich auf. Es liegt sohin ein Verstoß gegen § 21 Abs. 1 zweiter Satz NAG vor. Vor der Abweisung ihres Antrages ist jedoch eine Interessenabwägung vorzunehmen.

Hierzu ist allgemein zu bemerken, dass § 11 Abs. 3 NAG vorsieht, dass trotz Vorliegens eines Erteilungshindernisses gemäß Abs. 1 Z 3, 5 oder 6 sowie trotz Ermangelung einer Voraussetzung gemäß Abs. 2 Z 1 bis 7 ein Aufenthaltstitel zu erteilen ist, wenn dies zur Aufrechterhaltung des Privat- und Familienlebens im Sinne des Art. 8 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (Europäische Menschenrechtskonvention – EMRK) geboten ist. Nach dem klaren Gesetzeswortlaut erfasst diese Bestimmung den Versagungsgrund des § 21 Abs. 1 NAG nicht; erfasst wird hingegen das Erteilungshindernis des § 11 Abs. 1 Z 5 NAG. Für eine solche Ungleichbehandlung in Bezug auf die Vornahme einer Interessenabwägung bei Verstößen gegen die zulässige Aufenthaltsdauer, wie im gegenständlichen Fall, ist nach Ansicht des erkennenden Gerichts kein sachlicher Grund auffindbar. Im Hinblick auf Art. 8 MRK, welche in Österreich in Verfassungsrang steht, und den Gleichheitsgrundsatz erscheint eine verfassungskonforme Interpretation des § 21 Abs. 1 iVm § 11 Abs. 3 NAG dahingehend geboten, dass der Anwendungsbereich des § 11 Abs. 3 NAG auch auf den Verstoß gegen § 21 Abs. 1 letzter Satz auszudehnen ist.

Der VwGH ging hierzu in seinem Erkenntnis vom 29.11.2006, 2006/18/0341, zwar davon aus, dass eine Abwägung der persönlichen Interessen der Beschwerdeführerin an einer Niederlassung im Bundesgebiet mit den gegenläufigen öffentlichen Interessen nicht erforderlich sei, im Erkenntnis vom 24.2.2011, 2010/21/0460, sprach der VwGH jedoch mit näherer Begründung aus, dass bei Verstoß gegen § 21 Abs. 1 letzter Satz NAG der Beurteilung nach § 11 Abs. 3 NAG maßgebliche Bedeutung zukomme. Zwar sei in einem solchen Fall § 11 Abs. 1 Z 5 NAG - und damit auch § 11 Abs. 3 NAG in seinem unmittelbaren Anwendungsbereich - nicht in Erwägung zu ziehen, es sei aber auf § 21 Abs. 3 NAG zu verweisen, wonach die Inlandsantragstellung - worunter im Sinne eines Größenschlusses auch die Befugnis zu verstehen sei, die Entscheidung im Inland abzuwarten - zugelassen werden könne, wenn keines der

genannten Erteilungshindernisse vorliege und die Ausreise des Fremden aus dem Bundesgebiet zum Zweck der Antragstellung - worunter auch der an die Antragstellung anschließende Auslandsaufenthalt fallen müsse - im Hinblick auf die gebotene Aufrechterhaltung des Privat- und Familienlebens im Sinne des Art. 8 EMRK nachweislich nicht möglich oder nicht zumutbar sei. In diesem Zusammenhang verweise der Gesetzgeber ausdrücklich auf § 11 Abs. 3 NAG, weshalb die „obigen Überlegungen“ auch in diesem Kontext zum Tragen kommen müssen. Zwar knüpfe § 21 Abs. 3 NAG die Zulassung der "Inlandsantragstellung" an einen nur bis zur Erlassung des erstinstanzlichen Bescheides möglichen Antrag, worüber der Fremde zu belehren sei. Dieses Erfordernis könne fallbezogen allerdings nicht schlagend werden, weil die erstinstanzliche Entscheidung zu einem Zeitpunkt ergangen sei, zu dem die Zulässigkeit der "Inlandsantragstellung" noch kein Thema gewesen sei, sei doch die Beschwerdeführerin auf Grund ihres Visums jedenfalls noch zum Aufenthalt im Inland berechtigt gewesen. Die aus verfassungsrechtlichen Gründen gebotene Abwägung müsse auch in einer derartigen Konstellation möglich sein. Zusammenfassend ergebe sich nach dem Gesagten, dass die belangte Behörde nicht nur verfehlt den Versagungsgrund nach § 11 Abs. 1 Z 5 NAG zur Anwendung gebracht habe, sondern den Antrag der Beschwerdeführerin auch unter Bezugnahme auf § 21 Abs. 1 NAG nicht ohne Weiteres hätte abweisen dürfen.

Ebenso ging der VwGH in seinem Erkenntnis vom 21.2.2017, Ra 2016/22/0080, offenbar vom Erfordernis einer Interessenabwägung (nach § 21 Abs. 3 NAG) aus.

Der VwGH legte in seinem Erkenntnis vom 24.2.2011, 2010/21/0460, dar, dass auch bei Verstoß gegen § 21 Abs. 1 letzter Satz NAG eine Beurteilung nach § 11 Abs. 3 NAG zu erfolgen hat. Fraglich erscheint für das erkennende Gericht, ob hierbei § 21 Abs. 3 NAG als einschlägige Rechtsgrundlage heranzuziehen ist. § 21 Abs. 3 NAG erfasst nur die Zulassung der Antragstellung im Inland. Maßgeblich hierbei ist im Wesentlichen, ob es dem Antragsteller unmöglich oder unzumutbar war, den Antrag im Ausland zu stellen und hierzu Österreich (wieder) zu verlassen. Eine Inlandsantragstellung nach Abs. 3 schafft dabei kein über den erlaubten visumfreien oder visumpflichtigen Aufenthalt hinausgehendes Bleiberecht (§ 21 Abs. 6 NAG). Bei Verstößen gegen § 21 Abs. 1 letzter Satz NAG geht es aber nicht darum, dass die Antragstellung im Inland zugelassen werden

soll, sondern darum, ob trotz Vorliegens eines Erteilungshindernisses ein Aufenthaltstitel erteilt werden kann, wofür § 11 Abs. 3 NAG einschlägig ist. Der Rechtsfrage, ob die Interessenabwägung auf § 11 Abs. 3 oder auf § 21 Abs. 3 NAG gestützt werden kann, kommt auch praktische Bedeutung zu, da letztere Bestimmung für die Interessenabwägung die Stellung eines begründeten Antrages, der nur bis zur Erlassung des Bescheides zulässig ist, zur Voraussetzung hat. Es ist nicht ersichtlich, weshalb es bei Verstößen gegen § 21 Abs. 1 letzter Satz NAG eines gesonderten Antrages zur Durchführung der Interessenabwägung bedürfen sollte. § 21 Abs. 3 NAG stellt hierbei bloß auf die Inlandsantragstellung ab, was bei Verstößen gegen § 21 Abs. 1 letzter Satz NAG nicht der Fall ist. § 21 Abs. 1 und § 21 Abs. 3 NAG haben auch völlig unterschiedliche Anwendungsbereiche. Während im ersten Fall ein rechtskonform gestellter Antrag vorliegt, bei dem bei darauffolgender unrechtmäßiger Einreise erst nachträglich ein Versagungsgrund entsteht, wurde im letzteren Fall bereits rechtswidrig ein Antrag gestellt, weshalb § 21 Abs. 3 NAG vorsieht, dass unter bestimmten Voraussetzungen die Inlandsantragstellung zuzulassen ist (und in weiterer Folge die weiteren Erteilungsvoraussetzungen zu prüfen sind), wenn hierzu ein eigener begründeter Antrag gestellt wird.

Sowohl § 11 Abs. 3 NAG als auch § 21 Abs. 3 NAG wären nach dem Gesetzeswortlaut auf den aufgezeigten Fall nicht anwendbar und bedarf es erst einer verfassungskonformen Auslegung um dies zu ermöglichen. Nach Auffassung des erkennenden Gerichtes sprechen hierbei die besseren Gründe dafür, § 11 Abs. 3 NAG unmittelbar und nicht erst im Wege des § 21 Abs. 3 NAG anzuwenden.

Gegenständlich ist durch das Verwaltungsgericht auf Grund des Verstoßes gegen § 21 Abs. 1 zweiter Satz NAG eine Interessenabwägung vorzunehmen, wobei davon ausgegangen wird, dass hierfür § 11 Abs. 3 NAG einschlägig ist. An der Vornahme der Interessenabwägung (Art. 8 EMRK) ändert aber auch die Rechtsauffassung des VwGH nichts, wonach § 21 Abs. 3 NAG heranzuziehen sei, da auch in diesem Falle die Beurteilung nach § 11 Abs. 3 NAG maßgeblich ist. Dem Erkenntnis des VwGH vom 24.2.2011, 2010/21/0460, könnte jedoch entnommen werden, dass der VwGH für die Vornahme der Interessenabwägung einen entsprechenden Antrag fordert. Das erkennende Gericht geht zwar davon aus, dass es eines solchen Antrages nach § 21 Abs. 3 NAG nicht bedarf, sollte

der VwGH jedoch gegenteiliger Auffassung sein, kann ein solcher Antrag auch in der Beschwerde (insb. Punkt d „Interessenabwägung nach § 11 Abs 3 NAG“) erblickt werden. Soweit der Versagungsgrund des § 21 Abs. 1 NAG erst nach der Beschwerde eingetreten ist, erscheint es als überzogener Formalismus eine nochmalige Antragstellung auf Durchführung einer Interessenabwägung nach § 11 Abs. 3 NAG/Art. 8 EMRK zu fordern.

Der VwGH sprach zur vorzunehmenden Abwägung nach § 11 Abs. 3 NAG aus, Art. 8 EMRK verlange eine gewichtende Gegenüberstellung des öffentlichen Interesses an einem geordneten Fremdenwesen mit dem persönlichen Interesse des Fremden an einem Verbleib in Österreich. Dieses Interesse nimmt grundsätzlich mit der Dauer des bisherigen Aufenthaltes des Fremden zu. Die bloße Aufenthaltsdauer ist freilich nicht allein maßgeblich, sondern es ist anhand der jeweiligen Umstände des Einzelfalles zu prüfen, inwieweit der Fremde die in Österreich verbrachte Zeit dazu genützt hat, sich sozial und beruflich zu integrieren. Bei der Einschätzung des besagten persönlichen Interesses ist aber auch auf die Auswirkungen, die eine allfällige fremdenpolizeiliche Maßnahme auf die familiären oder sonstigen Bindungen des Fremden hätte, Bedacht zu nehmen. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat fallbezogen unterschiedliche Kriterien herausgearbeitet, die bei einer solchen Interessenabwägung zu beachten sind und als Ergebnis einer Gesamtbetrachtung dazu führen können, dass Art. 8 EMRK einer fremdenpolizeilichen aufenthaltsbeendenden Maßnahme entgegensteht bzw. humanitäre Gründe im Sinn der §§ 72 ff. NAG (in der Fassung vor BGBl. I Nr. 29/2009) zu bejahen sind. Maßgeblich sind dabei die Aufenthaltsdauer, das tatsächliche Bestehen eines Familienlebens und dessen Intensität und die Schutzwürdigkeit des Privatlebens; weiters der Grad der Integration des Fremden, der sich in intensiven Bindungen zu Verwandten und Freunden, der Selbsterhaltungsfähigkeit, der Schulausbildung, der Berufsausbildung, der Teilnahme am sozialen Leben, der Beschäftigung und ähnlichen Umständen manifestiert sowie die Bindungen zum Heimatstaat. Aber auch Verstöße gegen das Einwanderungsrecht und Erfordernisse der öffentlichen Ordnung sowie die Frage, ob das Privat- und Familienleben in einem Zeitpunkt entstanden ist, in dem sich die Beteiligten ihres unsicheren Aufenthaltsstatus bewusst waren, sind bei der Abwägung in Betracht zu ziehen (vgl. etwa VfGH vom 29.9.2007, B 1150/07, VwGH 22.11.2007, 2007/21/0317, 0318, sowie vom 18.6.2009, 2008/22/0387).

Die nach § 11 Abs. 3 NAG vorzunehmende Interessensabwägung erfordert eine fallbezogene Auseinandersetzung mit den konkreten Lebensumständen des Fremden und dem daraus ableitbaren Interesse an der Aufrechterhaltung des Privat- und Familienlebens in Österreich (vgl. VwGH 22.12.2009, 2008/21/0379). Somit ist für die Beurteilung, ob die Versagung eines Aufenthaltstitels einen unzulässigen Eingriff in das Privat- und Familienleben darstellt, an Hand der Umstände des jeweiligen Einzelfalles und unter Bedachtnahme auf die in § 11 Abs. 3 Z 1 bis 9 genannten Kriterien eine gewichtende Gegenüberstellung des Interesses des Fremden an der Erteilung des Aufenthaltstitels und dem öffentlichen Interesse an der Versagung vorzunehmen (vgl. VwGH 20.10.2011, 2009/21/0182).

Eine wie vom Gerichtshof geforderte Abwägung öffentlicher und privater Interessen führt zu nachstehenden Erwägungen:

Wesentlich erscheint bei der Beurteilung der öffentlichen Interessen an der Versagung des beantragten Aufenthaltstitels der unrechtmäßige Aufenthalt der Beschwerdeführerin in Österreich. Sie verblieb – im Wesentlichen im August 2019 – unrechtmäßig in Österreich. Auf das dadurch beeinträchtigte öffentliche Interesse an der Aufrechterhaltung eines geordneten Fremdenwesens wird in diesem Zusammenhang im Besonderen hingewiesen.

Wesentlich bei der Beurteilung der privaten und familiären Interessen der Beschwerdeführerin ist die Tatsache, dass sie mit einem in Österreich lebenden österreichischen Staatsbürger verheiratet ist und das Ehepaar ein gemeinsames Kind (mit österreichischer Staatsbürgerschaft) hat. Auch hat die Rechtsmittelwerberin offenkundig eine innige Beziehung mit ihrem Ehemann und Kind.

Die Beschwerdeführerin verfügt in Serbien über Familienangehörige. Eine besondere Integration in Österreich ist nicht zu erkennen. Sie verfügt über schlechte Deutschkenntnisse.

Bei einer Gesamtbetrachtung ist von einem Überwiegen der privaten Interessen der Beschwerdeführerin gegenüber dem öffentlichen Interesse an einem geordneten Fremdenwesen auszugehen. Die Überschreitung des

sichtvermerksfreien Aufenthaltes in Österreich umfasst einen überschaubaren Zeitraum und steht in zeitlichem Zusammenhang mit der Geburt des gemeinsamen Kindes. Das Kind wurde im Juli 2019 in Österreich geboren und befindet sich auf Grund eines Infektes seit seiner Geburt im Krankenhaus in Behandlung. Dass die noch stillende Mutter hierbei – für einen überschaubaren Zeitraum - bei ihrem Mann und Kind in Österreich verblieb, kann im Rahmen der Interessenabwägung nachgesehen werden.

Das Interesse am Schutz des Familienlebens iSd Art. 8 EMRK überwiegt aus diesen Überlegungen im Ergebnis das öffentliche Interesse. Der Beschwerdeführerin ist folglich der begehrte Aufenthaltstitel zu erteilen.

Im Übrigen ist auch noch die Rechtsprechung des EuGH ins Treffen zu führen. Der EuGH hat bereits wiederholt entschieden (vgl. EuGH 8.5.2018, K.A. u.a., C-82/16, Rn. 49 ff, mwN), dass Art. 20 AEUV nationalen Maßnahmen einschließlich Entscheidungen, mit denen Familienangehörigen eines Unionsbürgers der Aufenthalt verweigert wird, entgegensteht, die bewirken, dass den Unionsbürgern der tatsächliche Genuss des Kernbestands der Rechte, die ihnen ihr Status verleiht, verwehrt wird. Es gibt ganz besondere Sachverhalte, in denen einem Drittstaatsangehörigen, der Familienangehöriger eines Unionsbürgers ist, ein Aufenthaltsrecht eingeräumt werden muss, obwohl das für das Aufenthaltsrecht von Drittstaatsangehörigen geltende Sekundärrecht nicht anwendbar ist und der betreffende Unionsbürger sein Recht auf Freizügigkeit nicht ausgeübt hat, da sonst die Unionsbürgerschaft ihrer praktischen Wirksamkeit beraubt würde, wenn sich der Unionsbürger infolge der Verweigerung des Aufenthaltsrechts de facto gezwungen sähe, das Gebiet der Union als Ganzes zu verlassen, und ihm dadurch der tatsächliche Genuss des Kernbestands der Rechte, die ihm dieser Status verleiht, verwehrt würde. Die Weigerung, einem Drittstaatsangehörigen ein Aufenthaltsrecht zu gewähren, kann die praktische Wirksamkeit der Unionsbürgerschaft jedoch nur dann beeinträchtigen, wenn zwischen ihm und dem Unionsbürger, der sein Familienangehöriger ist, ein Abhängigkeitsverhältnis besteht, das dazu führen würde, dass der Unionsbürger gezwungen wäre, den betreffenden Drittstaatsangehörigen zu begleiten und das Gebiet der Union als Ganzes zu verlassen (VwGH 25.7.2019, Ra 2019/22/0017). Konkretisierend hat der EuGH in der Rechtssache Dereci dargelegt, dass die bloße Tatsache, dass es für einen

Staatsbürger eines Mitgliedstaats aus wirtschaftlichen Gründen oder zur Aufrechterhaltung der Familiengemeinschaft im Gebiet der Union wünschenswert erscheinen könnte, dass sich Familienangehörige, die nicht die Staatsbürgerschaft eines Mitgliedstaats besitzen, mit ihm zusammen im Gebiet der Union aufhalten können, für sich genommen nicht die Annahme rechtfertigt, dass der Unionsbürger gezwungen wäre, das Gebiet der Union zu verlassen, wenn kein Aufenthaltsrecht gewährt würde (EuGH 15.11.2011, Rechtssache C-256/11, Dereci; VwGH 23.2.2012, 2009/22/0158).

Diese Prüfung ist nicht mit der Beurteilung nach Art. 8 MRK gleichzusetzen (VwGH, 20.3.2012, 2008/18/0483).

Einem Drittstaatsangehörigen ist ein Aufenthaltsrecht nicht nur dann einzuräumen, wenn ein Unionsbürger gezwungen wäre, das Gebiet der Union zu verlassen, sondern auch dann, wenn ansonsten ein (sich aktuell nicht im Gebiet der Europäischen Union aufhaltender) Unionsbürger daran gehindert wäre, seinen Aufenthalt im Gebiet der Union zu nehmen (VwGH 25.7.2019, Ra 2019/22/0017).

In Anbetracht, dass das rund 3 Monate alte Kind der Beschwerdeführerin von dieser noch gestillt wird, ist eine derartige Ausnahmesituation, wonach das Kind mit österreichischer Staatsbürgerschaft gezwungen wäre Österreich (gemeinsam mit seiner Mutter) zu verlassen, gegeben. Ein Verbleib des Kindes in Österreich bei seinem Vater kommt alleine schon auf Grund des Umstandes, dass es noch gestillt wird, nicht in Betracht und kann ein „Abstillen“ zwecks Ausreise der Mutter nicht gefordert werden. Es ist daher evident, dass bei Verweigerung eines Aufenthaltstitels auch das Kind der Beschwerdeführerin in ihr Heimatland folgen müsste.

Die Familiensituation der Beschwerdeführerin hat somit nach Ansicht des Verwaltungsgerichts Wien ergeben, dass nach den dargelegten unionsrechtlich vorgegebenen Bestimmungen ein solcher Ausnahmefall vorliegt, wonach es das Unionsrecht gebietet, der Beschwerdeführerin den Aufenthalt zu gewähren.

Die Dauer des erteilten Aufenthaltstitels ist entsprechend § 20 Abs. 1 NAG zu bemessen.

Der Aufenthaltstitel ist in Kartenform gemäß den Bestimmungen der §§ 1 ff. der Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz-Durchführungsverordnung (NAG-DV) unter Vorschreibung der anfallenden Gebühren auszufolgen.

Zum Kostenersatz von Barauslagen (Spruchpunkt III.):

Dem Verwaltungsgericht Wien stand ein amtlicher Dolmetscher nicht zur Verfügung. Für die mündliche Verhandlung hat es daher eine externe Person zur Übersetzung beigezogen. Die (nach dem Gebührenanspruchsgesetz - GebAG, BGBl. Nr. 136/1975) verzeichneten Gebühren hat das Verwaltungsgericht Wien geprüft und in der im Spruch genannten Höhe für in Ordnung befunden. Die (Buchhaltungsabteilung der) Stadt Wien wurde zur Bezahlung der Gebühr aus Amtsmitteln angewiesen (vgl. zu alldem § 53b in Verbindung mit § 53a Abs. 2 erster Satz und Abs. 3 erster Satz AVG).

Gemäß § 17 VwGVG in Verbindung mit § 76 Abs. 1 erster und zweiter Satz sowie § 53b AVG hat die antragstellende Partei für Barauslagen aufgrund einer erforderlichen Übersetzung in einer mündlichen Verhandlung aufzukommen. Die Übersetzung war aufgrund der unzureichenden Deutschkenntnisse der Beschwerdeführerin für eine unbeeinträchtigte Verständigung sowie zur verlässlichen Erforschung des maßgeblichen Sachverhalts erforderlich.

Gemäß § 17 VwGVG in Verbindung mit § 76 Abs. 1 erster und zweiter Satz sowie § 53b AVG hat die Beschwerdeführerin für diese Barauslagen aufzukommen. Daher war ihm der Ersatz der Kosten an die Stadt Wien unter Setzung einer angemessenen Leistungsfrist vorzuschreiben.

Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Ebenfalls liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu

lösenden Rechtsfrage vor. Soweit „offene Rechtsfragen“ vorlagen, war deren Auslegungen gegenständlich nicht von Einfluss darauf, ob der Aufenthaltstitel zu erteilen war.

B E L E H R U N G

Gegen diese Entscheidung 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 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 Eingabegebühr von je EUR 240,-- beim Finanzamt für Gebühren, Verkehrsteuern und Glücksspiel zu entrichten. Ein diesbezüglicher Beleg ist der Eingabe anzuschließen.

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

Verfahrenshilfe ist einer natürlichen Person 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. Einer juristischen Person oder einem sonstigen parteifähigen Gebilde ist die Verfahrenshilfe zu bewilligen, wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel weder von ihr (ihm) noch von den an der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint.

Der Antrag auf Verfahrenshilfe ist innerhalb der sechswöchigen Beschwerde- bzw. Revisionsfrist für ein Beschwerdeverfahren vor dem Verfassungsgerichtshof unmittelbar beim Verfassungsgerichtshof, für ein außerordentliches Revisionsverfahren unmittelbar beim Verwaltungsgerichtshof einzubringen.

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

Mag. Wostri
(Richter)