



VERWALTUNGSGERICHT WIEN

1190 Wien, Muthgasse 62
Telefon: (+43 1) 4000 DW 38600
Telefax: (+43 1) 4000 99 38600
E-Mail: post@vgw.wien.gv.at

GZ: VGW-151/062/138/2023-27
A. B.

Wien, 28.2.2023

Geschäftsabteilung: VGW-B

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch seine Richterin Mag. Holl, LL.M. über die Säumnisbeschwerde der Frau A. B. (geb. ..., StA: Nigeria), vertreten durch RA, betreffend den Antrag vom 31.5.2022 auf Erteilung einer „Rot-Weiß-Rot-Karte plus“ nach dem Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz (NAG) nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung und Verkündung am 16.2.2023 folgenden

BESCHLUSS

gefasst:

I. Die Säumnisbeschwerde vom 5.12.2022 wird gemäß § 31 Abs. 1 VwGVG iVm § 8 Abs. 1 VwGVG als unzulässig zurückgewiesen.

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

Begründung

I. Verfahrensgang

Am 31.5.2022 stellte die Beschwerdeführerin einen Zweck-/Verlängerungsantrag auf Erteilung einer „Rot-Weiß-Rot-Karte plus“ bei der MA 35. Sie berief sich dabei auf die „Niederlassungsbewilligung“ gemäß § 43 Abs. 3 NAG, ausgestellt bis 1.6.2022. Weiters legte sie den österreichischen Staatsbürgerschaftsnachweis ihres mj. Sohnes bei.

Aufgrund des Auszuges aus dem Zentralen Fremdenregister, wonach das Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl (BFA) ein Verfahren zur Aufenthaltsbeendigung gemäß § 38 AVG am 12.8.2020 ausgesetzt habe, fragte die belangte Behörde am 13.6.2022 das BFA diesbezüglich an.

Mit E-Mail vom 28.6.2022 teilte das BFA mit, dass Anklage gegen die Beschwerdeführerin erhoben worden sei und daher das Verfahren ausgesetzt worden sei. Es werde ersucht, nach Möglichkeit bis auf weiteres keinen Aufenthaltstitel zu erteilen.

Mit Fax vom 5.12.2022 erhob die Beschwerdeführerin Säumnisbeschwerde bei der belangten Behörde. Es wurde die Durchführung einer mündlichen Verhandlung beantragt.

Die belangte Behörde holte den Bescheid nicht nach, sondern legte den Behördenakt samt Beschwerde dem Verwaltungsgericht Wien vor (ha. eingelangt am 4.1.2023).

Das Verwaltungsgericht Wien hat am 9.1.2023 den Akt der Beschwerdeführerin beim BFA angefordert und in diesen Einsicht genommen.

Aufgrund der Anfrage des Verwaltungsgerichtes Wien übermittelte das Landesgericht für Strafsachen Wien am 25.1.2023 das Urteil (Freispruch) vom 26.8.2020 zur GZ:

Der Unterlagenanforderung des Verwaltungsgerichtes vom 10.1.2023 wurde nur teilweise nachgekommen und der nigerianische Reisepass in Kopie vorgelegt. Nachweise nach § 41a Abs. 9 letzter Satzteil NAG wurden keine vorgelegt. Der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin führte in der E-Mail vom 10.2.2023 aus, dass die Beschwerdeführerin ein österreichisches Kind habe und ihr kraft Unionsrechtes ein Aufenthaltsrecht in Österreich zukommen. Hierzu wurde ein gekürzt ausgefertigtes Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichtes vom 18.5.2022 zur GZ: W167 ...-1/21E vorgelegt, wonach die Beschwerdeführerin gemäß § 1 Abs. 2 lit. I AuslBG vom Anwendungsbereich des AuslBG ausgenommen sei und dies nach § 3 Abs. 8 AuslBG bestätigt werde.

Am 16.2.2023 fand eine öffentliche mündliche Verhandlung vor dem Verwaltungsgericht Wien statt, in der die Beschwerdeführerin unter Beiziehung einer Dolmetscherin für die englische Sprache einvernommen wurde. Nach Belehrung durch das Verwaltungsgericht gemäß § 23 Abs. 1 NAG änderte die rechtsvertretene Beschwerdeführerin den Aufenthaltzweck auf „Familienangehöriger“ gemäß § 47 Abs. 2 NAG. Das Ermittlungsverfahren wurde gemäß § 17 VwGVG iVm § 39 Abs. 3 AVG für geschlossen erklärt. Im Anschluss daran erfolgte die mündliche Verkündung der Entscheidung durch das Verwaltungsgericht Wien.

Mit E-Mail vom 17.2.2023, ha. eingelangt am 20.2.2023, stellte der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin rechtzeitig einen Antrag auf schriftliche Ausfertigung des mündlich verkündeten Beschlusses.

II. Sachverhalt

Die Beschwerdeführerin A. B. (geb. ..., nigerianische Staatsangehörige, verwitwet) stellte am 31.5.2022 einen Verlängerungsantrag auf Erteilung einer „Rot-Weiß-Rot-Karte plus“.

Die Beschwerdeführerin hält sich seit 09/2009 in Österreich auf. Zwei Anträge nach dem NAG wurden zunächst rechtskräftig negativ entschieden, wobei eine Aufenthaltsehe mit dem österreichischen Staatsbürger C. D. (geb. ..., verstorben am ... 2016) rechtskräftig festgestellt worden war.

Sie verfügte sodann über eine „Aufenthaltsberechtigung“ gemäß § 55 Abs. 2 AsylG von 11.11.2019 – 11.11.2020 und danach über eine „Niederlassungsbewilligung“ gemäß § 43 Abs. 3 NAG von 1.6.2021 – 1.6.2022 (incl. Feststellungsbescheid gemäß § 20 Abs. 2 NAG für den Zeitraum von 12.11.2020 – 31.5.2021).

Die Beschwerdeführerin hat ein mj. Kind E. B. (geb. ... 2014 in Wien), das als österreichischer Staatsbürger geführt wird (aufgrund seiner Geburt während aufrechter Ehe mit einem österreichischen Staatsbürger). Dieser hat bis dato immer nur in Österreich mit der Beschwerdeführerin gelebt.

Die Beschwerdeführerin ist die einzige Bezugsperson für ihren mj. Sohn in Österreich und wohnt mit diesem im gemeinsamen Haushalt.

Die Beschwerdeführerin ist derzeit nicht berufstätig; sie bezieht Mindestsicherung, wodurch sie auch krankenversichert ist.

Die Beschwerdeführerin verfügt über ein Deutschzeugnis des ÖIF auf A2 Niveau des GERS vom 5.7.2014.

In der Verhandlung vor dem Verwaltungsgericht Wien am 16.2.2023 erklärte die rechtsvertretene Beschwerdeführerin – nach Belehrung gemäß § 23 Abs. 1 NAG – ihren Antrag auf Erteilung eines Aufenthaltstitels „Familienangehöriger“ zu ändern.

Die Beschwerdeführerin wurde mit Urteil des Landesgerichtes für Strafsachen Wien vom 26.8.2020 zur GZ: ... vom Verdacht des § 165 Abs. 2 StGB (Geldwäscherei, Tat vom 21.1.2020) gemäß § 259 Z 3 StPO rechtskräftig freigesprochen.

Sie hat sechs rechtskräftige verwaltungsstrafrechtliche Vormerkungen.

III. Beweiswürdigung

Das Verwaltungsgericht Wien hat Einsicht genommen in den Behördenakt, in den BFA-Akt (insb. Erkenntnis des BVwG 30.10.2019, I419 ...-1/4E), das Urteil vom 26.8.2020 beigeschafft und die Eingaben vom 9.2.2023 bzw. 10.2.2023 samt

Unterlagen berücksichtigt sowie das Beschwerdevorbringen und die Angaben der Beschwerdeführerin in der mündlichen Verhandlung gewürdigt.

Die Feststellungen zu den persönlichen Daten und den Anträgen bzw. Aufenthaltstiteln der Beschwerdeführerin ergeben sich zweifelsfrei aus dem Behördenakt (insb. Verwaltungsgericht Wien 31.3.2016 zur GZ: VGW-151/016/11360/2015 und VwGH 20.7.2016, Ra 2016/22/0058, Verwaltungsgericht Wien 29.11.2017 zur GZ: VGW-151/081/11756/2017 bzgl. Aufenthaltsehe und BVwG 30.10.2019, I419 2224010-1/4E) und dem Auszug aus dem Zentralen Fremdenregister.

Die Feststellungen zum österreichischen Kind beruhen auf dem Staatsbürgerschaftsnachweis vom 1.7.2014 und der aktenkundigen Geburtsurkunde.

Die Beschwerdeführerin bekräftigte in der Verhandlung am 16.2.2023, dass sie die einzige Bezugsperson für ihr mj. Kind in Österreich sei und erklärte, dass ihr Sohn bisher immer nur in Österreich mit ihr gelebt habe.

Aus dem Versicherungsdatenauszug ergibt sich der Mindestsicherungsbezug der Beschwerdeführerin, sodass ihre diesbezügliche Aussage in der Verhandlung nachvollziehbar ist.

Der Deutschnachweis auf A2 Niveau wurde durch das ÖIF Zeugnis vom 5.7.2014 belegt.

Nach Belehrung des Rechtsvertreters der Beschwerdeführerin gemäß § 23 Abs. 1 NAG erklärte dieser in der Verhandlung am 16.2.2023, dass der Aufenthaltswitzweck auf „Familienangehöriger“ geändert werde.

Der Freispruch ergibt sich aus dem beigeschafften Urteil des Landesgerichtes für Strafsachen Wien vom 26.8.2020 zur GZ:

Aus den Auskünften der MA 63 und der Landespolizeidirektion Wien ergeben sich sechs verwaltungsstrafrechtliche Vormerkungen (siehe u.a. VwGH 19.9.2019, Ra 2019/21/0184).

IV. Rechtsvorschriften

Die hier maßgeblichen Bestimmungen des Bundesgesetzes über die Niederlassung und den Aufenthalt in Österreich (Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz – NAG), BGBl. I Nr. 100/2005 idF BGBl. I Nr. 106/2022, lauten auszugsweise wie folgt:

„Aufenthaltstitel „Rot-Weiß-Rot – Karte plus“

§ 41a.

(1) Drittstaatsangehörigen kann in einem Verfahren gemäß § 24 Abs. 4 oder § 26 ein Aufenthaltstitel „Rot-Weiß-Rot – Karte plus“ erteilt werden, wenn

(...)

(9) Im Bundesgebiet aufhaltigen Drittstaatsangehörigen ist ein Aufenthaltstitel „Rot-Weiß-Rot – Karte plus“ zu erteilen, wenn sie

1. für einen Zeitraum von zwölf Monaten über eine „Aufenthaltsberechtigung plus“ gemäß §§ 55 Abs. 1 oder 56 Abs. 1 AsylG 2005,

2. für einen Zeitraum von zwölf Monaten über eine „Aufenthaltsberechtigung“ gemäß §§ 55 Abs. 2 oder 56 Abs. 2 AsylG 2005 oder

3. über eine Niederlassungsbewilligung gemäß § 43 Abs. 3

verfügen und das Modul 1 der Integrationsvereinbarung (§ 9 IntG) erfüllt haben oder zum Entscheidungszeitpunkt eine Erwerbstätigkeit ausüben, mit deren Einkommen die monatliche Geringfügigkeitsgrenze (§ 5 Abs. 2 Allgemeines Sozialversicherungsgesetz – ASVG BGBl. Nr. 189/1955 erreicht wird. (...)

2. Hauptstück

Familienangehörige und andere Angehörige von dauernd in Österreich wohnhaften
Zusammenführenden

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. (...)

Die hier maßgeblichen Bestimmungen des Allgemeinen Verwaltungsverfahrensgesetzes 1991 – AVG, BGBl. Nr. 51/1991 (WV) idF BGBl. I Nr. 57/2018, lauten auszugsweise wie folgt:

„3. Abschnitt: Verkehr zwischen Behörden und Beteiligten Anbringen

§ 13. (1) (...)

(8) Der verfahrenseinleitende Antrag kann in jeder Lage des Verfahrens bis zu einer allfälligen Schließung des Ermittlungsverfahrens (§ 39 Abs. 3) geändert werden. Durch die Antragsänderung darf die Sache ihrem Wesen nach nicht geändert und die sachliche und örtliche Zuständigkeit nicht berührt werden.“

V. Rechtliche Beurteilung

Aus der Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofes vom 20.7.2016, Ra 2016/22/0025, Rz 23, ergibt sich, dass sofern sich ein drittstaatsangehöriger Elternteil auf sein österreichisches mj. Kind, das von seinem Freizügigkeitsrecht keinen Gebrauch gemacht hat, und damit auf Art 20 AEUV im Inland beruft, der Zweck „Familienangehöriger“ nach § 47 Abs. 2 NAG einschlägig ist (der Begriff „Familienangehöriger“ ist von der Legaldefinition des § 2 Abs. 1 Z 9 NAG aus unionsrechtlichen Gründen abzukoppeln; siehe auch VwGH 14.5.2020, Ra 2020/22/0004, Rz 10 - §§ 54 ff AsylG ist subsidiär zum NAG, vgl. § 58 Abs. 9 AsylG).

Nach Belehrung gemäß § 23 Abs. 1 NAG änderte die rechtsvertretene Beschwerdeführerin in der Verhandlung am 16.2.2023 – im Lichte der oben zitierten Judikatur – ihren Antrag vom 31.5.2022 auf Erteilung einer „Rot-Weiß-Rot-Karte plus“ gemäß § 41a Abs. 9 Z 3 NAG auf Erteilung eines Aufenthaltstitels „Familienangehöriger“ gemäß § 47 Abs. 2 NAG ab.

Daher ist zu prüfen, ob es dadurch zu einer Wesensänderung iSd § 13 Abs. 8 AVG im Rahmen des Säumnisbeschwerdeverfahrens vor dem Verwaltungsgericht kam. Auch wenn die Grenzen dafür etwas weiter sind als im Bescheidbeschwerdeverfahren (vgl. VwGH 28.5.2019, Ra 2016/22/0011, Pkt. 5.3., wo es um die „Sache“ laut Bescheidspruch geht), so liegt nach Ansicht des Verwaltungsgerichtes hier eine wesentliche Antragsänderung vor.

Denn die Beschwerdeführerin hat ursprünglich eine „Rot-Weiß-Rot-Karte plus“ gemäß § 41a Abs. 9 Z 3 NAG (im Anschluss an die „Niederlassungsbewilligung“ gemäß § 43 Abs. 3 NAG bzw. „Aufenthaltsberechtigung“ gemäß § 55 Abs. 2 AsylG) beantragt, die als Ausfluss der humanitären Aufenthaltstitel aus Gründen nach Art 8 EMRK betrachtet werden kann. Nach dem Gesetzeswortlaut ist bei § 41a Abs. 9 Z 3 NAG der 1. Teil des NAG nicht zu prüfen (siehe auch *Peyrl in Abermann/Czech/Peyrl/Kind NAG*² § 41a Rz 16, wonach daher § 11 NAG nicht zu

prüfen ist). Anders als in VwGH 16.9.2015, Ro 2015/22/0026 erfolgte hier jedoch keine Modifizierung innerhalb der humanitären Aufenthaltstitel im Säumnisverfahren, sondern eine Antragsänderung auf Erteilung eines Aufenthaltstitels „Familienangehöriger“ gemäß § 47 Abs. 2 NAG (hier ist der 1. Teil des NAG zu prüfen, sodass es zu einer wesentlichen Ausweitung der Erteilungsvoraussetzungen kommt). § 47 Abs. 2 NAG sieht eine Familienzusammenführung vor (2. Teil, 2. Hauptstück des NAG), wohingegen § 41a Abs. 9 Z 3 NAG die Niederlassung von Drittstaatsangehörigen aus anderen Gründen regelt (2. Teil, 1. Hauptstück des NAG). Die besonderen Erteilungsvoraussetzungen der beiden Bestimmungen unterscheiden sich dabei auch wesentlich: So fordert § 41a Abs. 9 Z 3 NAG, dass der Fremde das Modul 1 der IV erfüllt hat oder zum Entscheidungszeitpunkt eine Erwerbstätigkeit ausübt, mit deren Einkommen die monatliche Geringfügigkeitsgrenze erreicht wird; wohingegen § 47 Abs. 2 NAG das Vorliegen eines Familienangehörigen iSd § 2 Abs. 1 Z 9 NAG verlangt, wodurch zwingend eine zusammenführende Person gefordert wird, die bei § 41a Abs. 9 Z 3 NAG nicht vorliegen muss.

Eine wesentliche Antragsänderung im Sinn des § 13 Abs. 8 AVG, die also das „Wesen“ der Sache betrifft, ist als neue Antragstellung – unter konkludenter Zurückziehung des ursprünglichen Antrags – zu werten (vgl. VwGH 17.6.2019, Ra 2019/22/0021, Rn. 7). Infolge der wesentlichen Modifikation des ursprünglichen Antrages beginnt auch die Entscheidungsfrist für die belangte Behörde neu zu laufen (vgl. VwGH 17.5.2011, 2011/01/0026, Rz 1).

Da die Säumnisbeschwerde nun mangels Vorliegen einer Säumnis unzulässig ist, ist diese zurückzuweisen (vgl. VwGH 2.5.2016, Ra 2016/11/0043).

Daher hat die belangte Behörde über den nunmehr offenen Antrag vom 16.2.2023 gemäß § 47 Abs. 2 NAG zu entscheiden (vgl. VwGH 7.9.1998, 97/10/0021). Für das fortzusetzende Verfahren wird auf die Rechtsprechung zu Art 20 AEUV hingewiesen (vgl. EuGH 10.5.2017, C-133/15 sowie EuGH 5.5.2022, C-451/19 und C-532/19; siehe auch VwGH 19.9.2019, Ra 2019/21/0184, Rz 4 zum konkreten Fall ergangen – hier kein Antrag nach § 151 ABGB gestellt worden; im Übrigen VwGH 20.3.2012, 2008/18/0483, wonach die Prüfung nach Art 20 AEUV nicht mit jener nach Art 8 EMRK gleichzusetzen ist).

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 (insb. VwGH 17.5.2011, 2011/01/0026; VwGH 16.9.2015, Ro 2015/22/0026; VwGH 28.5.2019, Ra 2016/22/0011), 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.

B e l e h r u n g

Gegen diesen Beschluss besteht die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder einer außerordentlichen Revision beim Verwaltungsgerichtshof. Die Beschwerde bzw. Revision ist innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung der Entscheidung durch eine bevollmächtigte Rechtsanwältin bzw. einen bevollmächtigten Rechtsanwalt abzufassen und ist die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder 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 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 so weit 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 außerordentliches Revisionsverfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof ist der Antrag unmittelbar beim Verwaltungsgerichtshof einzubringen. Dies in beiden Fällen jeweils innerhalb der oben genannten sechswöchigen Beschwerde- bzw. Revisionsfrist.

Ferner besteht die Möglichkeit, auf die Revision beim Verwaltungsgerichtshof und die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof zu verzichten. Der Verzicht hat ausdrücklich zu erfolgen und ist bei einem Verzicht auf die Revision dem Verwaltungsgericht, bei einem Verzicht auf die Beschwerde bis zur Zustellung der Entscheidung dem Verwaltungsgericht, nach Zustellung der Entscheidung dem Verfassungsgerichtshof schriftlich bekanntzugeben oder zu Protokoll zu erklären.

Der Verzicht hat zur Folge, dass eine Revision bzw. Beschwerde nicht mehr zulässig ist. Wurde der Verzicht nicht von einem berufsmäßigen Parteienvertreter oder im Beisein eines solchen abgegeben, so kann er binnen drei Tagen schriftlich oder zur Niederschrift widerrufen werden.

Verwaltungsgericht Wien

Mag. Holl, LL.M.