



**VERWALTUNGSGERICHT
WIEN**

1190 Wien, Muthgasse 62
Telefon: (+43 1) 4000 DW 38670
Telefax: (+43 1) 4000 99 38670
E-Mail: post@vgw.wien.gv.at

GZ: VGW-151/063/3878/2023-20
A. B.

Wien, 01.08.2023

Geschäftsabteilung: VGW-I

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch seine Richterin Mag. Schöpfleuthner über die Beschwerde der Frau A. B., geboren am: ..., Staatsangehörigkeit: Kenia, vertreten durch RA, gegen den Bescheid des Landeshauptmannes von Wien, Magistratsabteilung 35, vom 03.02.2023, Zl. ..., betreffend eine Angelegenheit nach dem Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz (NAG), nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 21.07.2023

zu Recht e r k a n n t:

I. Gemäß § 28 Abs. 1 VwGVG wird der Beschwerde stattgegeben, der bekämpfte Bescheid behoben und der Beschwerdeführerin ein Aufenthaltstitel „Rot-Weiß-Rot – Karte plus“ (§ 8 Abs. 1 Z 2 NAG) gemäß § 46 Abs. 1 Z 2 NAG für die Dauer eines Jahres erteilt.

II. Gemäß § 53b AVG in Verbindung mit § 76 Abs. 1 AVG sowie § 17 VwGVG wird der Beschwerdeführerin der Ersatz der mit € 152,00 bestimmten Gebühr, die dem Verwaltungsgericht Wien in der mündlichen Verhandlung am 21.07.2023 als Barauslage für die Dolmetscherin für die englische Sprache erwachsen ist, auferlegt.

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

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I. Mit dem angefochtenen Bescheid wurde der Antrag der Beschwerdeführerin vom 01.04.2022 auf die Erteilung eines Aufenthaltstitels für den Zweck „Rot-Weiß-Rot – Karte plus“ gemäß § 21 Abs. 1 NAG abgewiesen. Begründend wurde im Wesentlichen ausgeführt, die Beschwerdeführerin beantrage die Familiengemeinschaft mit ihrem in Österreich niedergelassenen Ehegatten C. D., geb. Dieser wäre serbischer Staatsbürger und verfüge über den Aufenthaltstitel „Daueraufenthalt – EU“. Die Beschwerdeführerin wäre als Staatsbürgerin von Kenia ausschließlich zum sichtvermerkpflchtigen Aufenthalt berechtigt. Den gegenständlichen Antrag habe sie zwei Wochen vor Ablauf ihres Visums gestellt. Im Zuge der Antragstellung habe sie einen Zusatzantrag gemäß § 21 Abs. 3 NAG gestellt und mit dem voraussichtlichen Entbindungstermin 03.04.2022 begründet. Tatsächlich wäre ihr Kind D. E. am ... in Wien geboren worden.

Die Beschwerdeführerin wäre bereits bei der Einreise in das Bundesgebiet schwanger gewesen. Warum eine Ausreise der Beschwerdeführerin mit ihrem Kind nach der Geburt nicht erfolgt wäre, sei nicht vorgebracht worden. Aus dem vorgelegten Brief der Klinik F. ergebe sich, dass der Verlauf des Aufenthalts der Beschwerdeführerin im Spital komplikationslos gewesen wäre.

Die Beschwerdeführerin versuche offenbar, vollendete Tatsachen zu schaffen. Es wäre ihr zumutbar, für die Dauer eines ordnungsgemäß geführten Niederlassungsverfahrens auszureisen. Die Abwägung gemäß § 11 Abs. 3 NAG erfolge zu Ungunsten der Beschwerdeführerin.

II. In der dagegen fristgerecht erhobenen Beschwerde wurde im Wesentlichen vorgebracht, eine – wenn auch nur zeitweilige - Trennung des in Österreich geborenen Kindes von seinem Vater würde eine wesentliche Beeinträchtigung des Kindeswohles darstellen. Auch die Trennung von einem zum dauernden Aufenthalt berechtigten Ehegatten könne nach der Judikatur des VwGH nur dann als gerechtfertigt erachtet werden, wenn dem öffentlichen Interesse an der Vornahme einer aufenthaltsbeendenden Maßnahme ein sehr großes Gewicht beizumessen sei.

Die Beschwerdeführerin sei weder straffällig geworden, noch liege eine beabsichtigte Umgehung der Regelungen des Familiennachzuges vor. Das schützenswerte Privat- und Familienleben sei zu einem Zeitpunkt entstanden, zu welchem die Beschwerdeführerin faktisch nicht habe ausreisen können.

III. Das Verwaltungsgericht Wien führte am 21.07.2023 gemeinsam mit dem Verfahren VGW-151/063/3880/2023 betreffend den Aufenthaltstitel des Kindes der Beschwerdeführerin eine öffentliche mündliche Verhandlung durch, an welcher die Beschwerdeführerin und ihr Vertreter teilnahmen. Seitens der belangten Behörde wurde auf die Teilnahme an der Verhandlung verzichtet.

In Vorbereitung der Verhandlung wurden mit Eingabe vom 17.07.2023 folgende ergänzenden Unterlagen vorgelegt:

- Abrechnungsbelege G. GmbH April bis Juni 2023
- Mietzahlungsnachweise
- Kreditzahlungsbelege

Im Zuge der Verhandlung machte die Beschwerdeführerin unter Beiziehung einer Dolmetscherin für die englische Sprache folgende Aussage:

„Es ist richtig, dass ich Staatsbürgerin von Kenia bin und in Kenia geboren wurde. Ich habe Kenia am 16.11.2021 verlassen. Seither bin ich ständig in Österreich. Bis zum 16.11.2021 habe ich immer in Kenia gelebt. Meine Mutter und zwei Schwestern leben noch in Kenia. Außerhalb von Kenia habe ich keine Verwandten. Ich habe in Kenia die Volksschule, das Gymnasium und das College besucht. Ich habe gearbeitet und zwar als Reinigungskraft und gleichzeitig das College besucht. Gearbeitet habe ich bis zum Ausbruch der Pandemie.

Ich bin mit Herrn D. verheiratet. Es handelt sich um meine erste Ehe. Wir haben uns online kennengelernt. Das war während des Lockdowns. Für meinen Gatten war es auch die erste Ehe. Wir haben auf Englisch kommuniziert. Mit meiner Familie daheim kommuniziere ich auf Englisch und auf Suaheli. Mein Gatte hat mich dann im Juli 2021 in Kenia besucht. Er hat auch meine Schwester besucht und meine Tante. Ich gebe dazu noch an, dass ich nicht von meiner leiblichen Mutter, sondern von meiner Tante und ihren eigenen 5 Kindern großgezogen wurde. Als ich meinen Mann besser kennengelernt habe, haben wir beschlossen eine Familie zu gründen. Im August oder September 2021 habe ich dann von meiner Schwangerschaft erfahren. Wir wollten unser Familienleben in Österreich führen, weil mein Mann hier lebt. Es ist richtig, dass wir am 08.02.2022 geheiratet haben und zwar in H.. Wir hätten in Wien lange auf einen Hochzeitstermin warten müssen und haben deshalb in H. geheiratet, als ich noch ein aufrechtes Visum hatte. Mein Kind wurde in Wien geboren. Ich wollte, dass mein Kind in Österreich geboren wird. Das war mir wichtig wegen der Nähe zu meinem Mann. Mein Mann hätte nicht nach Kenia kommen können, weil er hier gearbeitet hat. Mein Mann ist Es kommt ca. 1 Mal im Monat vor, dass er wegen seines Berufes auswärts übernachtet und das nur für 1-2 Tage. Es ist richtig, dass mein Kind am ... geboren wurde und mein Visum bis zum 15.04.2022 gültig war. Ich wollte nach dem Ablauf des Visums nach Serbien gehen, in das Heimatland

meines Mannes, weil das relativ nahe ist. Mein Mann hat dort entferntere Verwandte. Ich wollte nach I. gehen wo die Verwandten sind. Das war aber deshalb nicht möglich, weil mein Mann nicht in Serbien wohnt und arbeitet. In Kenia hatte ich bereits alles aufgegeben um hierherzukommen und das ist auch sehr teuer. Daher war mein Plan nach Serbien zu gehen. Ich habe auch keine starke Beziehung zu meiner Tante und den Schwestern in Kenia. Zu meiner leiblichen Mutter habe ich kaum eine Verbindung, weil sie krank war. Als die Ehe meiner Eltern in die Brüche ging wurde meine Mutter depressiv und sie hat sich von dieser Depression nie erholt.

Ich lebe gemeinsam mit meinem Gatten und meinem Kind in einer Wohnung in Wien. Außer uns wohnt niemand dort. Hin und wieder habe ich mit dem Bruder meines Gatten Kontakt. Die Mutter meines Mannes ist schon verstorben. Mit seinem Vater hat er keinen Kontakt. Auf mein Kind passe ich auf bzw. mein Mann. Sonst gibt es niemanden der uns unterstützt. Er geht noch nicht in den Kindergarten. Mein Mann kommt nach seiner Arbeit am Abend immer nach Hause. Er hat einen guten Kontakt mit dem Kind. Das Kind hat zu uns beiden ein gutes Verhältnis aber natürlich stärker zu mir, weil ich den ganzen Tag daheim bin. Mit meinem Kind spreche ich Deutsch und Englisch. Manchmal verwenden wir auch Suaheli und Serbisch. Ich verstehe sehr wenig Serbisch, genauso versteht mein Mann sehr wenig auf Suaheli. Wir wollen unser Kind sobald es passt in den Kindergarten geben.“

Der Ehegatte der Beschwerdeführerin wurde als Zeuge einvernommen und sagte aus wie folgt:

„Ich bin serbischer Staatsbürger und wurde in Wien geboren. Ich habe nur in den 3 Jahren 1988-1990 in Serbien gelebt. Dies nach der Scheidung meiner Eltern. Ansonsten habe ich immer in Wien gelebt. Ich bin von Beruf Ich bin nunmehr seit 10 Jahren bei der Firma G.. Ich verdiene monatlich netto zwischen € 2.300 und € 2.900, dies je nachdem wohin ich fahre und wie viele Stunden ich habe. Ich bin an sich nur in Österreich unterwegs, vielleicht 2 oder 3 Mal im Jahr bin ich im Ausland. Von daheim weg bin ich maximal 4 oder 5 Tage und das 4 Mal im Jahr. Ich habe eine Gemeindewohnung in Wien Dies seit 2011. Dort wohnen ich, meine Gattin und mein Kind. An Miete zahle ich aktuell € 269,63. Die Garage kostet heuer monatlich € 95. Ich habe nur mehr einen Kredit, ich zahle monatlich € 728.

Meine Gattin habe ich während des Lockdowns über das Internet kennengelernt. Ich bin in dieser Zeit mit einem ... im ... gefahren, da es keine Touristen gab. Während meiner Pausen habe ich im Internet gesurft. Nach dem Ende des Lockdowns bin ich dann nach Kenia gefahren. Das war im Juni oder Juli 2021. Ich musste dafür auch ein digitales Visum beantragen. Beim persönlichen Kennenlernen haben wir uns sofort ineinander verliebt. Danach habe ich meiner Gattin geholfen damit sie ein Visum für Österreich bekommt. Damals war sie schon im 4. oder 5. Monat schwanger. Meine Gattin ist dann am 15. oder 17.11.2021 nach Österreich gekommen. Sie ist seither ständig hier. Unser Kind wurde in der Klinik F. am ...geboren.

Wir hatten an sich vor, dass meine Gattin, wenn sie bei Ablauf des Visums noch keinen Aufenthaltstitel hat mit dem Kind zu meinen Verwandten nach I. gehen soll. Das wäre für 1 bis 2 Jahre geplant gewesen. Meine Verwandten dort haben das gewusst und waren einverstanden. Ich wollte das damit ich so oft wie möglich zu ihnen zu Besuch kommen kann. Meine Gattin hätte aber keinen Aufenthaltstitel für

Serbien bekommen, weil ich hier in Österreich lebe und arbeite. Dass beide nach Kenia gegangen wären, war nicht möglich, weil das Kind keinen kenianischen Reisepass hatte. Ich habe inzwischen für mich selbst die österreichische Staatsbürgerschaft beantragt.

Unser Kind betreue ich und meine Gattin gemeinsam. Wir haben sonst niemanden der uns hilft. Meine Mutter ist schon verstorben. Meine Gattin hat zu ihrer Mutter keinen guten Kontakt. Das Kind hängt an uns beiden. Er freut sich sehr, wenn ich nachhause komme. Wir machen in Österreich sehr viele gemeinsame Familienausflüge.

Unser Kind geht derzeit noch nicht in den Kindergarten. Er soll ca. nächstes Jahr im November 2024 beginnen. Daheim rede ich mit dem Kind Deutsch und meine Frau redet mit ihm Englisch. Ich schaue auch, dass meine Gattin schneller Deutsch lernt.

Meine Gattin und ich sind beide gerne in der katholischen Pfarre J. Meine Frau arbeitet dort auch ehrenamtlich.“

IV. Aufgrund des Akteninhalts und des durchgeführten Ermittlungsverfahrens steht folgender entscheidungswesentlicher Sachverhalt fest:

Die Beschwerdeführerin wurde am ... geboren und ist Staatsbürgerin von Kenia. Sie lernte im Zuge des COVID-bedingten Lockdowns im Jahr 2020 über das Internet Herrn C. D., geb. ..., kennen. Herr D. ist serbischer Staatsbürger, in Wien geboren und jedenfalls seit 1991 durchgehend in Österreich aufhältig. Er verfügt über den Aufenthaltstitel „Daueraufenthalt – EU“.

Nach dem Ende des Lockdowns reiste Herr D. im Juli 2021 nach Kenia um die Beschwerdeführerin und ihre Angehörigen zu besuchen. In weiterer Folge reiste die Beschwerdeführerin am 17.11.2021 mit einem von 16.11.2021 bis 15.04.2022 gültigen Visum D nach Österreich, wo sie sich seither aufhält.

Am 08.02.2022 heiratet die Beschwerdeführerin in H. Herrn C. D..

Am 01.04.2022 stellte die Beschwerdeführerin bei der belangten Behörde den gegenständlichen Erstantrag auf die Erteilung des Aufenthaltstitels „Rot-Weiß-Rot – Karte plus“.

Am ... wurde der Sohn des Ehepaares, E. D., in Wien geboren. Das Kind lebt bei seinen Eltern und wird ausschließlich von diesen betreut.

Der Gatte der Beschwerdeführerin ist als ... bei der G. GmbH. beschäftigt und verdient in Durchschnitt monatlich € 2528,80 netto zuzüglich Sonderzahlungen.

Die Beschwerdeführerin lebt gemeinsam mit ihrem Gatten und ihrem Kind in einer 41,75 m² großen Gemeindewohnung in Wien ..., wofür monatlich € 269,63 zu bezahlen sind. Zuzüglich fallen für den Garagenplatz monatlich € 95,00 an. An Kreditschulden hat der Gatte der Beschwerdeführerin monatlich € 728,00 zu bezahlen.

V. Zu diesen Feststellungen gelangte das Gericht auf Grund der im Akt einliegenden unbedenklichen und unbestrittenen Unterlagen und Urkunden, der eingeholten Auskünfte aus dem Zentralen Melderegister, dem Strafregister, dem Verwaltungsstrafregister und dem Sozialversicherungsdatenauszug der Beschwerdeführerin, sowie des Vorbringens der Beschwerdeführerin und der Aussagen der Beschwerdeführerin und ihres Gatten im Zuge der mündlichen Verhandlung.

VI. maßgebliche Rechtsvorschriften

Gemäß § 46 Abs. 1 NAG ist Familienangehörigen von Drittstaatsangehörigen ein Aufenthaltstitel „Rot-Weiß-Rot – Karte plus“ zu erteilen, wenn sie die Voraussetzungen des 1. Teiles erfüllen, und

1. der Zusammenführende einen Aufenthaltstitel „Rot-Weiß-Rot – Karte“ gemäß § 41, einen Aufenthaltstitel „Rot-Weiß-Rot – Karte plus“ gemäß § 41a Abs. 1, 4 oder 7a, eine Niederlassungsbewilligung gemäß § 43 Abs. 1, eine „Niederlassungsbewilligung – Sonderfälle unselbständiger Erwerbstätigkeit“, sofern dieser Niederlassungsbewilligung eine Tätigkeit gemäß § 1 Abs. 2 lit. f und i AuslBG zu Grunde liegt, oder eine „Niederlassungsbewilligung – Forscher“ gemäß § 43c innehat,

1a. der Zusammenführende als nunmehriger Inhaber eines Aufenthaltstitels „Daueraufenthalt – EU“ ursprünglich einen Aufenthaltstitel nach Z 1 innehatte,

2. ein Quotenplatz vorhanden ist und der Zusammenführende

a) einen Aufenthaltstitel „Daueraufenthalt – EU“ innehat,

b) einen Aufenthaltstitel „Rot-Weiß-Rot – Karte plus“, ausgenommen einen solchen gemäß § 41a Abs. 1, 4 oder 7a innehat,

c) Asylberechtigter ist und § 34 Abs. 2 AsylG 2005 nicht gilt,

d) als unionsrechtlich aufenthaltsberechtigter Drittstaatsangehöriger über eine Aufenthaltskarte gemäß § 54 oder eine Daueraufenthaltskarte gemäß § 54a verfügt oder

e) einen Aufenthaltstitel „Artikel 50 EUV“ innehat.

Gemäß § 2 Abs 1 Z 9 NAG ist Familienangehöriger, wer Ehegatte oder minderjähriges lediges Kind, einschließlich Adoptiv- oder Stiefkind, ist (Kernfamilie); dies gilt weiters auch für eingetragene Partner; Ehegatten und eingetragene Partner müssen das 21. Lebensjahr zum Zeitpunkt der Antragstellung bereits vollendet haben. (..)

§ 11 NAG lautet samt Überschrift:

Allgemeine Voraussetzungen für einen Aufenthaltstitel

§ 11. (1) Aufenthaltstitel dürfen 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.

(2) Aufenthaltstitel dürfen einem Fremden nur erteilt werden, wenn

1. der Aufenthalt des Fremden nicht öffentlichen Interessen widerspricht;
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.

(3) Ein Aufenthaltstitel kann trotz Vorliegens eines Erteilungshindernisses gemäß Abs. 1 Z 3, 5 oder 6 sowie trotz Ermangelung einer Voraussetzung gemäß Abs. 2 Z 1 bis 7 erteilt werden, wenn dies zur Aufrechterhaltung des Privat- und Familienlebens im Sinne des Art. 8 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (Europäische Menschenrechtskonvention – EMRK), BGBl. Nr. 210/1958, geboten ist. Bei der Beurteilung des Privat- und Familienlebens im Sinne des Art. 8 EMRK sind insbesondere zu berücksichtigen:

1. die Art und Dauer des bisherigen Aufenthalts und die Frage, ob der bisherige Aufenthalt des Drittstaatsangehörigen rechtswidrig war;
2. das tatsächliche Bestehen eines Familienlebens;
3. die Schutzwürdigkeit des Privatlebens;
4. der Grad der Integration;
5. die Bindungen zum Heimatstaat des Drittstaatsangehörigen;
6. die strafgerichtliche Unbescholtenheit;

7. Verstöße gegen die öffentliche Ordnung, insbesondere im Bereich des Asyl-, Fremdenpolizei- und Einwanderungsrechts;

8. die Frage, ob das Privat- und Familienleben des Drittstaatsangehörigen in einem Zeitpunkt entstand, in dem sich die Beteiligten ihres unsicheren Aufenthaltsstatus bewusst waren;

9. die Frage, ob die Dauer des bisherigen Aufenthaltes des Fremden in den Behörden zurechenbaren überlangen Verzögerungen begründet ist.

(4) Der Aufenthalt eines Fremden widerspricht dem öffentlichen Interesse (Abs. 2 Z 1), wenn

1. sein Aufenthalt die öffentliche Ordnung oder Sicherheit gefährden würde oder
 2. der Fremde ein Naheverhältnis zu einer extremistischen oder terroristischen Gruppierung hat und im Hinblick auf deren bestehende Strukturen oder auf zu gewärtigende Entwicklungen in deren Umfeld extremistische oder terroristische Aktivitäten derselben nicht ausgeschlossen werden können, oder auf Grund bestimmter Tatsachen anzunehmen ist, dass er durch Verbreitung in Wort, Bild oder Schrift andere Personen oder Organisationen von seiner gegen die Wertvorstellungen eines europäischen demokratischen Staates und seiner Gesellschaft gerichteten Einstellung zu überzeugen versucht oder versucht hat oder auf andere Weise eine Person oder Organisation unterstützt, die die Verbreitung solchen Gedankengutes fördert oder gutheißt.

(5) Der Aufenthalt eines Fremden führt zu keiner finanziellen Belastung einer Gebietskörperschaft (Abs. 2 Z 4), 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 (§ 2 Abs. 1 Z 15) 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.

(6) Die Zulässigkeit, den Nachweis einer oder mehrerer Voraussetzungen des Abs. 2 Z 2 und 4 mit einer Haftungserklärung (§ 2 Abs. 1 Z 15) erbringen zu können, muss ausdrücklich beim jeweiligen Aufenthaltswert angegeben sein.

(7) Der Fremde hat bei der Erstantragstellung ein Gesundheitszeugnis vorzulegen, wenn er auch für die Erlangung eines Visums (§ 21 FPG) ein Gesundheitszeugnis gemäß § 23 FPG benötigen würde.

VII. Das Verwaltungsgericht Wien hat erwogen:

Die Beschwerdeführerin beantragte den Aufenthaltstitel „Rot-Weiß-Rot – Karte plus“. Zusammenführender ist ihr Ehegatte, der über den Aufenthaltstitel „Daueraufenthalt – EU“ verfügt.

Die Abweisung des gegenständlichen Antrags durch die belangte Behörde erfolgte nach dem Spruch des angefochtenen Bescheides gemäß § 21 NAG wegen der unzulässigen Inlandsantragstellung.

Dazu war zunächst zu bemerken, dass sich die Beschwerdeführerin zum Zeitpunkt der Antragstellung am 01.04.2022 rechtmäßig aufgrund des ihr erteilten Visums D im Bundesgebiet aufgehalten hat.

Die Beschwerdeführerin ist jedoch nach dem Ablauf der Gültigkeit des Visums unrechtmäßig im Bundesgebiet verblieben und hat somit grundsätzlich den Versagungsgrund gemäß § 11 Abs. 1 Z 5 NAG iVm § 21 Abs.6 NAG verwirklicht.

Diesbezüglich wurde in der Beschwerde vorgebracht, eine Ausreise der Beschwerdeführerin, welche eine Trennung ihres minderjährigen Kindes von seinem Vater mit sich brächte, würde zu einer Beeinträchtigung des Kindeswohles des Minderjährigen führen.

Dem Beschwerdevorbringen kommt fallbezogen Berechtigung zu.

Der VwGH betonte mehrfach, dass eine dauerhafte Trennung von Familienangehörigen nur dann gerechtfertigt wäre, wenn dem öffentlichen Interesse an der Vornahme einer aufenthaltsbeendenden Maßnahme ein sehr großes Gewicht beizumessen ist, wie etwa bei Straffälligkeit des Fremden oder bei einer von Anfang an beabsichtigten Umgehung der Regelungen über eine geordnete Zuwanderung (VwGH 19.12.2019, Ra 2019/21/0282).

Das Kindeswohl ist bei einer Interessenabwägung nach Art. 8 MRK zu berücksichtigen (vgl. VwGH 31.3.2021, Ra 2020/22/0030). Dies gilt auch dann, wenn es sich beim Adressaten der Entscheidung nicht um das Kind selbst, sondern um dessen Mutter handelt (vgl. VwGH 3.12.2021, Ra 2021/18/0299).(VwGH 25.01.2023, Ra 2020/22/0245 mwN.).

Ein Kind hat grundsätzlich Anspruch auf "verlässliche Kontakte" zu beiden Elternteilen (u.a. VwGH 30.04.2020, Ra 2019/21/0134, mwN).

Des Weiteren hat der Verwaltungsgerichtshof wiederholt zum Ausdruck gebracht, dass auch das Kindeswohl bei einer Interessenabwägung zu berücksichtigen ist (vgl. - dort zur Interessenabwägung nach § 9 BFA-VG - etwa VwGH 5.9.2018, Ra 2018/01/0179, Rn. 13; 30.4.2020, Ra 2019/21/0134, Rn. 21; jeweils mwN; vgl. weiters VfGH 28.11.2019, E 707/2019, Rn. 19 ff). Demnach war im vorliegenden Fall auf die Beziehungen des Revisionswerbers zu seinem Sohn und auch auf konkret absehbare zukünftige Entwicklungen Bedacht zu nehmen (VwGH 31.03.2021, Ra 2020/22/0030, Rn. 11 mwN).

Das mittlerweile 16 Monate alte Kind der Beschwerdeführerin wird bis dato ausschließlich von seinen beiden Eltern betreut.

Im konkreten Fall scheint es unmöglich, dass das Familienleben in Kenia fortgeführt würde. Der Gatte der Beschwerdeführerin – und Vater ihres Kindes - lebt seit mehr als 30 Jahren in Österreich und geht hier einer Berufstätigkeit nach. Er hatte seine Gattin zunächst über das Internet kennengelernt und bis zu seinem ersten Besuch im Juni 2021 keine Beziehungen zu Kenia:

Eine Ausreise der Beschwerdeführerin nach Kenia könnte aufgrund der Berufstätigkeit ihres Gatten und der Betreuungspflichten für das Kind auch nur gemeinsam mit ihrem Kind stattfinden und würde für letzteres – abgesehen vom Verlust der bisherigen vertrauten Umgebung - den völligen Verlust einer wichtigen Bezugsperson bedeuten. Aufgrund des Alters des Kindes erscheint die Aufrechterhaltung des Kontakts mit seinem Vater im Wege elektronischer Kommunikationsformen als kaum möglich und jedenfalls als dem persönlichen Kontakt nicht gleichwertig (vgl. dazu z.B. VwGH 6.10.2020, Ra 2019/19/0332).

Laut den gleichlautenden Aussagen der Beschwerdeführerin und ihres Gatten im Zuge der mündlichen Verhandlung war ein vorübergehender Aufenthalt der Beschwerdeführerin und ihres Kindes in Serbien (dem Herkunftsstaat des Ehegatten) bis zur Entscheidung über den gegenständlichen Antrag beabsichtigt, was jedoch daran scheiterte, dass der Ehegatte dort tatsächlich nicht aufhältig ist. Fallbezogen erscheint demnach auch ein Familienleben der Beschwerdeführerin und ihres Kindes in Serbien – mit wechselseitigen Besuchen zu dem in Österreich lebenden Ehemann bzw. Kindesvater - als nicht möglich.

Im Zusammenhang mit diesem Vorbringen konnte auch nicht davon ausgegangen werden, dass von der Beschwerdeführerin und ihrem Gatten von vornherein beabsichtigt gewesen wäre, durch ihren Aufenthalt in Österreich vollendete Tatsachen zu schaffen, sondern war eher anzunehmen, dass aufgrund der konkreten Umstände eben keine andere Lösung mehr gefunden wurde.

Unter Bedachtnahme auf das Kindeswohl kann im vorliegenden Fall demnach bei Abwägung sämtlicher Umstände von einem Überwiegen der Interessen der Beschwerdeführerin und ihres Kindes an der Aufrechterhaltung des Privat- und Familienlebens ausgegangen werden.

Im Hinblick auf Art. 8 EMRK war daher der begehrte Aufenthaltstitel spruchgemäß zu erteilen.

Ergänzend wird bemerkt, dass die weiteren Voraussetzungen für die Erteilung des beantragten Aufenthaltstitels gegenständlich erfüllt sind. Insbesondere war auch von einem gesicherten Lebensunterhalt für die Beschwerdeführerin auszugehen.

Das monatliche Einkommen des Gatten der Beschwerdeführerin beträgt € 2528,80 netto, zuzüglich anteiliger Sonderzahlungen sohin € 2.950,27. Hiervon abzuziehen sind Mietbelastungen für die Wohnung und die Garage in Höhe insgesamt € 364,63 und Kreditbelastungen in Höhe von € 728,00. Zuzüglich des Wertes der freien Station steht für die Familie der Beschwerdeführerin demnach ein Betrag von monatlich € 2184,55 zur Verfügung.

Der aktuelle Richtsatz gemäß § 293 ASVG für ein im gemeinsamen Haushalt lebendes Ehepaar und ein Kind beträgt € 1922,87 und ist durch das zur Verfügung stehende Einkommen des Ehegatten der Beschwerdeführerin gedeckt.

Zum Kostenersatz:

Die Beiziehung einer Dolmetscherin für die englische Sprache wurde ausdrücklich beantragt und war für die Einvernahme der Beschwerdeführerin erforderlich.

Die Dolmetscherin hat als Gebühr für ihr Erscheinen mit Gebührennote € 152,00 geltend gemacht.

Die Gebühr wurde nach Prüfung entsprechend der gelegten Gebührennote mit Beschluss vom 27.07.2023, Zl: ..., mit € 152,00 bestimmt und auf das Konto der Dolmetscherin angewiesen.

Gemäß § 17 des Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetzes (VwGVG), BGBl. I Nr. 33/2013 idgF, sind, soweit in diesem Bundesgesetz nicht anders bestimmt, auf das Verfahren über Beschwerden gemäß Art. 130 Abs. 1 B-VG die Bestimmungen des AVG mit Ausnahme der §§ 1 bis 5 sowie des IV. Teiles anzuwenden. Da das VwGVG keine ausdrückliche Normierung einer diesbezüglichen Kostentragung kennt, kommt das AVG subsidiär zur Anwendung.

Gemäß § 76 Abs. 1 AVG hat für Barauslagen, welcher der Behörde bei einer Amtshandlung erwachsen, die Partei aufzukommen, die den verfahrenseinleitenden Antrag gestellt hat, sofern nach den Verwaltungsvorschriften nicht auch diese Auslagen von Amts wegen zu tragen sind. Als Barauslagen gelten auch die Gebühren, die den Sachverständigen und Dolmetschern zustehen.

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.

B e l e h r u n g

Gegen dieses Erkenntnis besteht die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder einer außerordentlichen Revision beim Verwaltungsgerichtshof. Die Beschwerde bzw. Revision ist innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung der Entscheidung durch eine bevollmächtigte Rechtsanwältin bzw. einen bevollmächtigten Rechtsanwalt abzufassen und ist die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und die außerordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof beim Verwaltungsgericht Wien einzubringen. Für die Beschwerde bzw. die Revision ist eine Eingabengebühr von je EUR 240,-- beim Finanzamt Österreich, Dienststelle Sonderzuständigkeiten zu entrichten, sofern gesetzlich nicht anderes bestimmt ist.

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

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. Schöpfleuthner