



IM NAMEN DER REPUBLIK!

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Köhler, Hofrat Dr. Schwarz sowie Hofrätin MMag. Ginhör als Richter, unter Mitwirkung des Schriftführers Mag. Engel, über die Revision des Landeshauptmanns von Wien gegen das am 10. Juni 2020 mündlich verkündete und am 22. Februar 2021 schriftlich ausgefertigte Erkenntnis des Verwaltungsgerichts Wien, Zl. VGW-151/047/2066/2020-26, betreffend Aufenthaltstitel (mitbeteiligte Partei: S W in W), zu Recht erkannt:

Das angefochtene Erkenntnis wird wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufgehoben.

Entscheidungsgründe:

- 1 Die Mitbeteiligte, eine nigerianische Staatsangehörige, beantragte am 24. Oktober 2019 beim Landeshauptmann von Wien - gestützt auf ihre Ehe mit einem österreichischen Staatsangehörigen - die erstmalige Erteilung eines Aufenthaltstitels „Rot-Weiß-Rot - Karte plus“. Gleichzeitig beantragte sie gemäß § 21 Abs. 3 Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz (NAG) die Zulassung der Inlandsantragstellung und führte dazu aus, dass sie aufgrund der Erkrankung ihres Ehegatten ständig bei diesem sein müsse. Ihrem Antrag legte sie u.a. eine Kopie ihres Reisepasses mit einem vom italienischen Generalkonsulat in Lagos (Nigeria) ausgestellten, im Zeitraum von 26. Oktober 2018 bis 25. Oktober 2019 gültigen „Schengen-Visum“ der Kategorie C („mehrfache Einreise/ 90 Tage“) vor.
- 2 Anschließend übermittelte die Mitbeteiligte der Behörde ein Schreiben vom 25. Oktober 2019, in dem sie vorbrachte, dass der Termin für die Eheschließung am 22. Oktober 2019 leider sehr knapp vor Ablauf des Visums stattgefunden habe, weil es über sieben Monate gedauert habe, alle für die Eheschließung erforderlichen Dokumente zu beschaffen. Es bestehe ein großer Kinderwunsch und das Ehepaar hoffe, dass bereits eine Schwangerschaft eingetreten sei.





- 3 Mit Bescheid vom 7. Jänner 2020 wies der Landeshauptmann von Wien den Antrag der Mitbeteiligten wegen Überschreitung der Dauer des erlaubten visumpflichtigen Aufenthaltes gemäß § 11 Abs. 1 Z 5 in Verbindung mit § 21 Abs. 6 NAG ab. Begründend verwies die Behörde u.a. darauf, dass dem Antrag der Mitbeteiligten auf Zulassung der Inlandsantragstellung nicht stattzugeben sei, weil eine Interessenabwägung im Sinn von Art. 8 EMRK nicht zu ihren Gunsten ausfalle.
- 4 Der dagegen erhobenen Beschwerde gab das Verwaltungsgericht Wien mit dem angefochtenen Erkenntnis nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung statt. Es hob den Bescheid vom 7. Jänner 2020 auf und erteilte der Mitbeteiligten einen Aufenthaltstitel „Familienangehöriger“ gemäß § 47 Abs. 2 NAG mit zwölfmonatiger Gültigkeitsdauer. Die Revision nach Art. 133 Abs. 4 B-VG erklärte das Verwaltungsgericht Wien für nicht zulässig.
- 5 Das Gericht stellte fest, dass die Mitbeteiligte mit einem österreichischen Staatsangehörigen am 22. Oktober 2019 in Österreich die Ehe geschlossen habe. Dieser sei seit 1. Jänner 1994 als Angestellter beruflich tätig und bringe dabei monatlich etwas mehr als € 2.500,-- netto ins Verdienen. An Aufwendungen fielen monatlich in Summe ca. € 480,-- an. Die Mitbeteiligte, die am 24. Oktober 2019 einen Zusatzantrag im Sinn von § 21 Abs. 3 NAG gestellt habe, habe über ein italienisches „Schengen-Visum“ der Kategorie C verfügt. Im Jänner 2019 habe die Verlobung der Mitbeteiligten mit ihrem nunmehrigen Ehegatten stattgefunden. Seit diesem Datum lebe sie gemeinsam mit ihrem Ehegatten in dessen Eigentumswohnung in Wien, wo sie auch mit Hauptwohnsitz gemeldet sei. Die Mitbeteiligte sei strafgerichtlich unbescholten und verfüge über nachgewiesene Deutschkenntnisse auf A2 - Niveau, wobei sie die Sprache vergleichsweise gut spreche. Die Beiziehung eines Dolmetschers in der mündlichen Verhandlung sei nicht erforderlich gewesen. Die Mitbeteiligte wirke im Bundesgebiet auch gut integriert.
- 6 Rechtlich führte das Gericht aus, es sei unbestritten, dass die Mitbeteiligte bis zum 25. Oktober 2019 zum Aufenthalt im Bundesgebiet berechtigt gewesen sei und auch die vorliegende Antragstellung am 24. Oktober 2019 zulässigerweise im Inland habe erfolgen dürfen. Hinsichtlich des von der Behörde



herangezogenen Abweisungsgrundes nach § 11 Abs. 1 Z 5 NAG sei auf die Bestimmung des § 11 Abs. 3 NAG zu verweisen. Fallbezogen sei vom Vorliegen überwiegender Interessen der Mitbeteiligten im Sinn von Art. 8 EMRK auszugehen, weil diese schon seit einem längeren Zeitraum, nämlich seit Jänner 2019, mit einem österreichischen Staatsangehörigen ein gemeinsames Familienleben im Bundesgebiet führe. Dabei sei ihr Aufenthalt bis zum 25. Oktober 2019 - somit ebenfalls für einen längeren Zeitraum - aufgrund des ihr erteilten „Schengen-Visums“ rechtmäßig gewesen. Es bestehe ein Kinderwunsch des Ehepaares und die Mitbeteiligte verfüge über ausgesprochen gute Deutschkenntnisse. Zudem habe sie die Umstände, die zur zeitlichen Verzögerung der Eheschließung und der damit verbundenen, späten Antragstellung geführt hätten, in der Verhandlung plausibel und glaubhaft dargelegt. Eine nochmalige Ausreise zwecks Antragstellung wäre gegenständlich eine unbillige Härte. Es treffe zwar zu, dass die Mitbeteiligte nach der zulässigerweise im Inland erfolgten Antragstellung das Bundesgebiet nicht umgehend verlassen habe, um die Entscheidung im Ausland abzuwarten. Vorliegend führe dies jedoch bei einer Interessenabwägung nach Art. 8 EMRK nicht zum Überwiegen der öffentlichen Interessen an einer Ausreise der Mitbeteiligten, sondern es falle die Abwägung ohne Zweifel zu deren Gunsten aus.

7 Gegen dieses Erkenntnis richtet sich die vorliegende außerordentliche
Amtsrevision.

8 Eine Revisionsbeantwortung wurde erstattet.

Der Verwaltungsgerichtshof hat in einem gemäß § 12 Abs. 1 Z 2 VwGG
gebildeten Senat erwogen:

9 Die Revision wendet sich in ihrer Zulässigkeitsbegründung gegen die vom
Verwaltungsgericht vorgenommene Interessenabwägung im Sinn von
Art. 8 EMRK und weist daraufhin, dass das der Mitbeteiligten erteilte Visum
diese lediglich zu einem Aufenthalt von 90 Tagen innerhalb eines Zeitraums
von 180 Tagen berechtigt habe. Es seien die relativ kurze Aufenthaltsdauer der
Mitbeteiligten im Bundesgebiet sowie die nicht unerhebliche, bewusste



Überschreitung des erlaubten visumpflichtigen Aufenthalts nicht berücksichtigt worden.

10 Im Hinblick darauf erweist sich die Revision als zulässig. Sie ist auch berechtigt.

11 § 21 Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz, BGBl. I Nr. 100/2005 in der hier maßgeblichen Fassung BGBl. I Nr. 56/2018, lautete auszugsweise:

„Verfahren bei Erstanträgen

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

(2) Abweichend von Abs. 1 sind zur Antragstellung im Inland berechtigt:

1. Familienangehörige von Österreichern, EWR-Bürgern und Schweizer Bürgern, 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, nach rechtmäßiger Einreise und während ihres rechtmäßigen Aufenthalts;

...

(3) Abweichend von Abs. 1 kann die Behörde auf begründeten Antrag die Antragstellung im Inland zulassen, wenn kein Erteilungshindernis gemäß § 11 Abs. 1 Z 1, 2 oder 4 vorliegt und die Ausreise des Fremden aus dem Bundesgebiet zum Zweck der Antragstellung nachweislich nicht möglich oder nicht zumutbar ist:

...

2. zur Aufrechterhaltung des Privat- und Familienlebens im Sinne des Art. 8 EMRK (§ 11 Abs. 3).

Die Stellung eines solchen Antrages ist nur bis zur Erlassung des Bescheides zulässig. Über diesen Umstand ist der Fremde zu belehren.

(4) Beabsichtigt die Behörde den Antrag nach Abs. 3 zurück- oder abzuweisen, so hat die Behörde darüber im verfahrensabschließenden Bescheid abzusprechen.

...

(6) Eine Inlandsantragstellung nach Abs. 2 Z 1, Z 4 bis 9, Abs. 3 und 5 schafft 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.“

- 12 Eingangs ist festzuhalten, dass das einheitliche Visum nach Art. 24 der Verordnung (EG) Nr. 810/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juli 2009 über einen Visakodex der Gemeinschaft (Visakodex) für eine, zwei oder mehr Einreisen erteilt werden und eine Gültigkeitsdauer von bis zu fünf Jahren aufweisen kann. Auch für Mehrfachvisa - wie es der Mitbeteiligte erteilt wurde - umfasst die zulässige Aufenthaltsdauer jedoch nur 90 Tage je Zeitraum von 180 Tagen (Art. 1 Abs. 1 und Art. 2 Z 2 lit. a Visakodex in der Fassung der Verordnung [EU] Nr. 610/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013; siehe auch VwGH 14.11.2013, 2013/21/0156).
- 13 Das Verwaltungsgericht hat seiner Entscheidung zugrunde gelegt, dass sich die Mitbeteiligte aufgrund des ihr erteilten Visums seit einem längeren Zeitraum rechtmäßig im Bundesgebiet aufgehalten habe. Dazu verweist die Amtsrevision zu Recht darauf, dass der zulässige visumpflichtige Aufenthalt der Mitbeteiligten, die sich nach den Feststellungen des Gerichts seit Jänner 2019 durchgehend im Bundesgebiet aufhielt, zum Zeitpunkt der Antragstellung am 24. Oktober 2019 im Hinblick auf die soeben dargestellte Rechtslage bereits seit geraumer Zeit abgelaufen war. Eine Berechtigung zur Inlandsantragstellung nach § 21 Abs. 2 Z 1 NAG lag nicht vor.
- 14 Zu prüfen war daher im vorliegenden Fall nur, ob die Inlandsantragstellung auf Grund des § 21 Abs. 3 Z 2 NAG zuzulassen war.
- 15 Aus § 21 Abs. 3 Z 2 NAG ergibt sich, dass die Inlandsantragstellung auf begründeten Antrag dann zugelassen werden kann, wenn - ausnahmsweise, nämlich für den Fall der Unmöglichkeit oder Unzumutbarkeit der Ausreise des Fremden - ein aus Art. 8 EMRK direkt abzuleitender Anspruch auf Erteilung eines Aufenthaltstitels besteht. Bei der vorzunehmenden Beurteilung nach Art. 8 EMRK ist unter Bedachtnahme auf alle Umstände des Einzelfalles eine gewichtende Abwägung des öffentlichen Interesses an der Versagung eines Aufenthaltstitels mit den gegenläufigen privaten und familiären Interessen, insbesondere unter Berücksichtigung der im § 11 Abs. 3 NAG genannten



Kriterien in Form einer Gesamtbetrachtung vorzunehmen (vgl. zu alldem VwGH 21.1.2016, Ra 2015/22/0119, mwN).

- 16 Der Verwaltungsgerichtshof hat zwar - auch im Zusammenhang mit der nach § 21 Abs. 3 Z 2 NAG vorzunehmenden Abwägung - festgehalten, dass die einzelfallbezogene Beurteilung der Zulässigkeit eines Eingriffs in das Privat- und/oder Familienleben nach Art. 8 EMRK im Allgemeinen - wenn sie auf einer verfahrensrechtlich einwandfreien Grundlage erfolgte und in vertretbarer Weise im Rahmen der von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze vorgenommen wurde - keine grundsätzliche Rechtsfrage im Sinn des Art. 133 Abs. 4 B-VG darstellt (VwGH 17.3.2016, Ra 2016/22/0014, mwN).
- 17 Allerdings hat der Verwaltungsgerichtshof ebenfalls klargestellt, dass einer Aufenthaltsdauer von weniger als fünf Jahren für sich betrachtet noch keine maßgebliche Bedeutung für die durchzuführende Interessenabwägung zukommt (vgl. das bereits zitierte, eine etwa zweieinhalbjährige Aufenthaltsdauer betreffende Erkenntnis Ra 2015/22/0119, mwN; zu einer ca. dreieinhalbjährigen Aufenthaltsdauer siehe VwGH 16.2.2021, Ra 2019/19/0212). Dem zum Zeitpunkt der Entscheidung durch das Verwaltungsgericht ca. eineinhalbjährigen Inlandsaufenthalt der Mitbeteiligten konnte daher für sich genommen keine maßgebliche Verstärkung ihrer persönlichen Interessen an einer Titelerteilung beigemessen werden, zumal dieser - entgegen der Annahme des Verwaltungsgerichts - zum weitaus überwiegenden Teil rechtswidrig war (siehe im Übrigen die auf Befragen des Vertreters der Mitbeteiligten erfolgte Angabe ihres Ehegatten in der mündlichen Verhandlung, wonach diese im Jänner 2019 auch deshalb aus dem Bundesgebiet [kurzfristig] ausgereist sei, weil sie sich hier nur drei Monate habe aufhalten dürfen; Verhandlungsniederschrift S 5).
- 18 Auch wenn das Verwaltungsgericht zunächst zutreffend berücksichtigte, dass im Rahmen der Abwägung nach Art. 8 EMRK dem Bestehen einer Ehe mit einem österreichischen Partner große Bedeutung zukommt, hätte es auch darauf Bedacht nehmen müssen, dass das Familienleben zu einem Zeitpunkt begründet wurde, als sich die Mitbeteiligte nach Ablauf des erlaubten



visumpflichtigen Aufenthaltes ihres unsicheren Aufenthaltsstatus hätte bewusst sein müssen (VwGH 10.5.2016, Ra 2015/22/0158). Aus dem vom Verwaltungsgericht zugrunde gelegten Umstand, dass die Mitbeteiligte die Wartezeit betreffend die Unterlagen für die Eheschließung nicht zu verantworten habe, resultiert keine Unmöglichkeit oder Unzumutbarkeit der Ausreise im Sinn des § 21 Abs. 3 NAG. Darüber hinaus reichen die angeführten Erwägungen des Verwaltungsgerichtes hinsichtlich des bestehenden Kinderwunsches und der vergleichsweise guten Deutschkenntnisse der Mitbeteiligten nicht hin, um in Anbetracht der offenkundigen Missachtung der fremdenrechtlichen Vorschriften und des relativ kurzen Inlandsaufenthalts der Mitbeteiligten ein Überwiegen ihrer privaten und familiären Interessen im Sinn von Art. 8 EMRK zu begründen.

- 19 Der Verwaltungsgerichtshof verkennt nicht, dass der Verschaffung eines persönlichen Eindrucks - wie vorliegend durch die Vernehmung der Mitbeteiligten und ihres Ehegatten im Zuge der vom Verwaltungsgericht durchgeführten Verhandlung - bei der Bewertung der integrationsbegründenden Umstände im Rahmen der Interessenabwägung eine besondere Bedeutung zukommt (vgl. VwGH 25.7.2019, Ra 2018/22/0219).
- 20 Die vom Verwaltungsgericht durchgeführte Abwägung nach Art. 8 EMRK steht jedoch nicht mit den vom Verwaltungsgerichtshof in seiner Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen in Einklang, weshalb das angefochtene Erkenntnis wegen Rechtswidrigkeit des Inhaltes gemäß § 42 Abs. 2 Z 1 VwGG aufzuheben war.

W i e n , am 18. Juni 2021