



IM NAMEN DER REPUBLIK!

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Sulzbacher sowie die Hofräte Dr. Mayr und Mag. Berger als Richter, unter Mitwirkung der Schriftführerin Mag.^a Thaler, über die Revision der N A, vertreten durch Mag. Robert Bitsche, Rechtsanwalt in 1050 Wien, Nikolsdorfergasse 7-11/15, gegen das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtes Wien vom 17. August 2022, VGW-151/074/4656/2022-10, betreffend Aufenthaltstitel (belangte Behörde vor dem Verwaltungsgericht: Landeshauptmann von Wien), zu Recht erkannt:

Das angefochtene Erkenntnis wird im bekämpften Umfang (Spruchpunkt I.) wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufgehoben.

Der Bund hat der Revisionswerberin Aufwendungen in der Höhe von € 1.346,40 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Entscheidungsgründe:

- 1 Die Revisionswerberin, eine 1999 geborene serbische Staatsangehörige, stellte am 12. Jänner 2021 einen Antrag auf Erteilung eines Aufenthaltstitels „Rot-Weiß-Rot - Karte plus“ (Familienangehörige) gemäß § 46 Abs. 1 Z 2 Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz (NAG).
- 2 Mit Bescheid vom 24. Februar 2022 wies der Landeshauptmann von Wien (belangte Behörde) diesen Antrag gestützt auf § 11 Abs. 1 Z 5 iVm § 21 Abs. 2 Z 5 NAG ab.
- 3 Mit dem angefochtenen Erkenntnis vom 17. August 2022 wies das Verwaltungsgericht Wien die dagegen erhobene Beschwerde der Revisionswerberin nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung als unbegründet ab (Spruchpunkt I.). Die Revisionswerberin wurde zum Ersatz der Barauslagen für den der mündlichen Verhandlung beigezogenen Dolmetscher verpflichtet (Spruchpunkt II.). Die ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof wurde für unzulässig erklärt (Spruchpunkt III.).





- 4 Das Verwaltungsgericht legte seiner Entscheidung im Wesentlichen folgenden Sachverhalt zugrunde: Die Revisionswerberin sei seit 11. September 2020 mit dem serbischen Staatsangehörigen B.A. verheiratet, mit dem sie zwei (am 22. Oktober 2020 und am 4. Juli 2022 in Österreich geborene) gemeinsame Kinder habe. Der Ehemann und das erstgeborene Kind verfügten über einen Aufenthaltstitel „Rot-Weiß-Rot - Karte plus“. Die Revisionswerberin habe vom 10. Juli 2017 bis 10. Juli 2018 einen von ihrer Mutter abgeleiteten Aufenthaltstitel „Rot-Weiß-Rot - Karte plus“ innegehabt. Ihr Verlängerungsantrag vom 6. Juli 2018 sei mit Bescheid vom 13. August 2020 (rechtskräftig seit 7. Oktober 2020) zurückgewiesen worden. Am 10. September 2020 sei die Revisionswerberin aus dem Schengen-Gebiet ausgereist, habe in Serbien B.A. geheiratet und sei am 13. September 2020 wieder in das Schengen-Gebiet eingereist. Eine erneute Ausreise nach der Geburt des ersten Kindes sei nicht vorgebracht worden und ergebe sich auch nicht aus den Reisepassdaten. Nach der Zurückweisung ihres Verlängerungsantrages sei der Aufenthalt der Revisionswerberin nicht mehr rechtmäßig gewesen und sie habe sich nicht an die „6 Monate/90 Tage Regel“ gehalten. Die Revisionswerberin sei nach der im Inland erfolgten Antragstellung im Bundesgebiet verblieben, obwohl sie dazu nicht berechtigt gewesen sei. Sie habe in Serbien eine Schule für Touristik abgeschlossen und in Österreich als Kellnerin gearbeitet, wobei sie zwischen September 2017 und Jänner 2020 ca. 24 Monate erwerbstätig gewesen sei. In Serbien würde ihre Schwester leben, in Österreich ihr Bruder und ihre Mutter, die auch schon auf das erstgeborene Kind aufgepasst habe.
- 5 In seinen rechtlichen Erwägungen führte das Verwaltungsgericht zunächst aus, die Revisionswerberin sei als serbische Staatsangehörige zur visumsfreien Einreise und zum visumsfreien Aufenthalt in Österreich von 90 Tagen innerhalb von sechs Monaten berechtigt. Im Zeitpunkt der gegenständlichen Antragstellung am 12. Jänner 2021 seien die 90 Tage innerhalb der letzten sechs Monate bereits ausgeschöpft gewesen. Der Aufenthalt der Revisionswerberin sei im Antragszeitpunkt daher nicht mehr rechtmäßig gewesen. Auch nach der gegenständlichen Antragstellung sei die Revisionswerberin im Bundesgebiet verblieben. Die Inlandsantragstellung sei



weder nach § 21 Abs. 1 NAG noch nach § 21 Abs. 2 Z 5 NAG zulässig gewesen.

- 6 Im Rahmen der Interessenabwägung gelangte das Verwaltungsgericht zum Ergebnis, dass von einer Ausnahme nach § 21 Abs. 3 Z 2 NAG nach erfolgter Gesamtabwägung des Einzelfalls im vorliegenden Fall nicht auszugehen sei, weshalb kein direkt aus Art. 8 EMRK abzuleitender Anspruch auf Erteilung eines Aufenthaltstitels bestehe und die Inlandsantragstellung unzulässig gewesen sei. Zugunsten der Revisionswerberin berücksichtigte das Verwaltungsgericht die insgesamt 24-monatige Erwerbstätigkeit, ihre (mäßigen) Deutschkenntnisse sowie den überwiegend rechtmäßigen Aufenthalt im Bundesgebiet von über fünf Jahren, wobei dieser zu einem beträchtlichen Teil auf der langen Dauer des Verlängerungsverfahrens gründete, die wiederum der - trotz behördlicher Aufforderung - nicht erfolgten Vorlage von Unterlagen geschuldet gewesen sei. Aufgrund der Nichtbeachtung der geltenden Aufenthaltsgesetze und des bewussten Schaffens von Fakten komme der Aufenthaltsdauer keine maßgebliche Bedeutung für die Interessenabwägung zu. Zudem bestehe ein Familienleben mit B.A. und den gemeinsamen Kindern, dem allerdings „die mangelnde Schutzwürdigkeit bedingt entgegenzuhalten“ sei. Das Familienleben sei zu einem Zeitpunkt entstanden, als die Revisionswerberin sich im Verlängerungsverfahren befunden, sich nicht um die erforderliche Urkundenvorlage gekümmert und nicht ausreichend am Verfahren mitgewirkt habe. Die beiden Kinder seien in Österreich geboren, weil die Revisionswerberin mit ihrem unrechtmäßigen Aufenthalt Fakten geschaffen und die Einreisebestimmungen missachtet habe. Nach der Geburt ihres ersten Kindes sei die Revisionswerberin in Österreich verblieben, obwohl sie über keine Aufenthaltsberechtigung verfügt und dies gewusst habe. Zwar sei dem erstgeborenen Kind ein von B.A. abgeleiteter Aufenthaltstitel erteilt worden, weshalb es berechtigt sei, bis zum 21. Februar 2023 in Österreich aufhältig zu sein; eine Pflicht sei damit jedoch nicht verbunden. Dem Vorbringen, der unrechtmäßige Aufenthalt „sei wegen der Familie erfolgt, weil jemand für die Kinder da sein müsse“, hielt das Verwaltungsgericht entgegen, dass die Revisionswerberin im Zeitpunkt der Antragstellung nicht schwanger und nur ein Kleinkind zu versorgen gewesen sei. Sie hätte daher den Antrag



ordnungsgemäß in Serbien stellen und den Ausgang des Verfahrens dort abwarten können. Im Zeitpunkt der Antragstellung hätten die Revisionswerberin und das erstgeborene Kind für einen absehbaren Zeitraum - nämlich für die Dauer des Verfahrens - ihren Aufenthalt in Serbien nehmen können und wäre unter Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen das Führen eines Familienlebens trotzdem möglich gewesen, zumal B.A. Reisen nach Serbien unternahme und dort Angehörige habe. Des Weiteren verwies das Verwaltungsgericht auf die vorhandenen Bindungen der Revisionswerberin zum Herkunftsstaat, dessen Sprache sie spreche und Gepflogenheiten sowie Traditionen sie kenne; zudem habe die Revisionswerberin dort ihre Ausbildung abgeschlossen bzw. sei sie dort sozialisiert worden und es lebe dort eine Schwester.

7 Gegen (erkennbar nur) Spruchpunkt I. dieses Erkenntnisses richtet sich die vorliegende Revision.

8 Die belangte Behörde nahm von der Erstattung einer Revisionsbeantwortung Abstand.

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

9 Die Revisionswerberin bringt in ihrer Zulässigkeitsbegründung vor, die vorgenommene Interessenabwägung des Verwaltungsgerichtes gemäß Art. 8 EMRK iVm § 11 Abs. 3 NAG sei entgegen den vom Verwaltungsgerichtshof in seiner ständigen Rechtsprechung vorgegebenen Kriterien erfolgt. Insbesondere habe sich das Verwaltungsgericht - so die Revisionswerberin unter Verweis auf näher zitierte Rechtsprechung - mit der Frage des Kindeswohls der (nunmehr) beiden aufenthaltsberechtigten Kinder, wovon eines nur wenige Monate alt sei, nicht auseinandergesetzt.

10 Die Revision erweist sich im Hinblick darauf unter dem Gesichtspunkt des Art. 133 Abs. 4 B-VG als zulässig und im Ergebnis auch als berechtigt.

11 Aus § 21 Abs. 3 Z 2 NAG ergibt sich, dass die Inlandsantragstellung auf begründeten Antrag dann zugelassen werden kann, wenn - ausnahmsweise,





nämlich für den (dann gegebenen) 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. Ausgehend davon ist für die Prüfung des Vorliegens der Voraussetzung des § 21 Abs. 3 Z 2 NAG die Rechtsprechung zur Interessenabwägung nach § 11 Abs. 3 NAG bzw. Art. 8 EMRK maßgeblich (vgl. zu allem etwa VwGH 11.5.2023, Ra 2022/22/0040, Rn. 9, mwN).

- 12 Zwar stellt 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 dar (vgl. erneut VwGH 11.5.2023, Ra 2022/22/0040, nunmehr Rn. 10, mwN).
- 13 Die vom Verwaltungsgericht durchgeführte Interessenabwägung im Sinn des Art. 8 EMRK ist vom Verwaltungsgerichtshof also nur dann aufzugreifen, wenn das Verwaltungsgericht die vom Verwaltungsgerichtshof aufgestellten Leitlinien und Grundsätze nicht beachtet und somit seinen Anwendungsspielraum überschritten oder eine krasse und unvertretbare Fehlbeurteilung des Einzelfalles vorgenommen hat (vgl. etwa VwGH 25.1.2023, Ra 2020/22/0245, 0246, Rn. 13, mwN).
- 14 Eine solche Unvertretbarkeit der verwaltungsgerichtlichen Beurteilung liegt im vorliegenden Fall aus nachstehenden Gründen aber vor.
- 15 Zwar ist - wie zunächst vorzuschicken ist - dem Vorbringen der Revisionswerberin, wonach eine Trennung von einem österreichischen Ehepartner nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nur dann



als gerechtfertigt erachtet wird, wenn dem öffentlichen Interesse an der Vornahme einer aufenthaltsbeendenden Maßnahme insgesamt ein sehr großes Gewicht beizumessen sei, entgegenzuhalten, dass der Ehemann der Revisionswerberin serbischer Staatsangehöriger ist. Den dazu in der Revision zitierten Erkenntnissen des Verwaltungsgerichtshofes lag somit bereits deshalb kein vergleichbarer Sachverhalt zugrunde.

16 Allerdings erkennt der Verwaltungsgerichtshof in ständiger Rechtsprechung, dass auch das Kindeswohl bei einer Interessenabwägung zu berücksichtigen ist. Dies gilt auch dann, wenn es sich beim Adressaten der Entscheidung nicht um das Kind selbst, sondern (wie vorliegend) um die Mutter des Kindes handelt (vgl. dazu erneut VwGH 25.1.2023, Ra 2020/22/0245, 0246, nunmehr Rn. 14).

17 Dem hat das Verwaltungsgericht im angefochtenen Erkenntnis nicht in hinreichend nachvollziehbarer Weise Rechnung getragen. Das Verwaltungsgericht traf zwar zunächst die Feststellung, dass die Revisionswerberin und B.A. zwei gemeinsame - im Oktober 2020 und im Juli 2022 in Österreich geborene - Kinder hätten. Im Rahmen seiner Interessenabwägung ging es dann auch davon aus, dass der Grad der Integration der Revisionswerberin durch ihre familiären Bindungen zu ihren in Österreich aufenthaltsberechtigten Angehörigen nicht gering sei. Es sah dieses Familienleben jedoch insbesondere deshalb als nur „bedingt schutzwürdig“ an, weil es zu einem Zeitpunkt entstanden sei, als der Aufenthaltsstatus der Revisionswerberin nicht gesichert gewesen sei. Zudem verwies das Verwaltungsgericht in seiner Interessenabwägung mehrfach darauf, dass die Revisionswerberin zum Zeitpunkt der Antragstellung im Jänner 2021 weder schwanger noch krank gewesen sei und mit ihrem am 22. Oktober 2020 geborenen Kleinkind für die Dauer des Verfahrens ihren Aufenthalt in Serbien nehmen hätte können.

18 Eine ausdrückliche Beurteilung der Auswirkungen der angefochtenen Entscheidung auf das Familienleben der Revisionswerberin in Bezug auf das zweitgeborene Kind bzw. dessen Kindeswohl ist jedoch - in offensichtlicher Verkennung des insoweit maßgeblichen Zeitpunkts der Erlassung des angefochtenen Erkenntnisses - unterblieben. Das angefochtene Erkenntnis





enthält mit Blick auf das zweitgeborene Kind keine Ausführungen betreffend eine allfällige Möglichkeit der Fortsetzung des Familienlebens außerhalb Österreichs bzw. die Zumutbarkeit einer (zumindest temporären) Trennung. Im Übrigen wäre diesbezüglich auch zu berücksichtigen gewesen, dass die Aufrechterhaltung des Kontakts mittels moderner Kommunikationsmittel mit einem Kleinkind bzw. Säugling kaum bzw. nicht möglich ist (vgl. VwGH 31.3.2021, Ra 2020/22/0030, Rn. 12, mwN).

- 19 Lediglich hinsichtlich des erstgeborenen Kindes ging das Verwaltungsgericht davon aus, dass dieses gemeinsam mit der Revisionswerberin zur Antragstellung nach Serbien ausreisen und der Kontakt zu B.A. über Besuche erfolgen hätte können. Das Verwaltungsgericht hat allerdings auch hier eine Auseinandersetzung damit unterlassen, welche Auswirkungen es auf das erstgeborene Kind der Revisionswerberin und B.A. hätte, wenn dieses mit seiner Mutter Österreich verlassen und eine (vorübergehende) Trennung von seinem Vater hinnehmen müsste (vgl. erneut VwGH 25.1.2023, Ra 2020/22/0245 und 0246, Rn. 15 und 16).
- 20 Indem das Verwaltungsgericht die dargelegten Aspekte nicht ausreichend bzw. nicht in einer für den Verwaltungsgerichtshof nachvollziehbaren Weise in seine Interessenabwägung nach Art. 8 EMRK einbezogen hat, belastete es seine Entscheidung insoweit mit einem (auch relevanten) Begründungsmangel.
- 21 Das angefochtene Erkenntnis war daher im dargestellten Umfang wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften gemäß § 42 Abs. 2 Z 3 lit. b und c VwGG aufzuheben.
- 22 Die Entscheidung über den Aufwandersatz beruht auf den §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der VwGH-Aufwandersatzverordnung 2014.

W i e n , am 14. November 2023

