



IM NAMEN DER REPUBLIK!

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Robl, Hofrätin Mag.^a Merl sowie die Hofräte Dr. Mayr, Dr. Schwarz und Mag. Berger als Richter, unter Mitwirkung der Schriftführerin Mag.^a Lechner, über die Revision der Bezirkshauptmannschaft Baden gegen das Erkenntnis des Landesverwaltungsgerichtes Niederösterreich vom 20. Juni 2016, LVwG-AV-1333/001-2015, betreffend Aufenthaltstitel (mitbeteiligte Partei: C M Z, vertreten durch Mag. Oliver Ertl, Rechtsanwalt in 1090 Wien, Hahngasse 25/5), zu Recht erkannt:

Das angefochtene Erkenntnis wird wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufgehoben.

Entscheidungsgründe:

- 1 Mit dem angefochtenen Erkenntnis gab das Landesverwaltungsgericht Niederösterreich der Beschwerde der Mitbeteiligten, einer Staatsangehörigen der USA, gegen den Bescheid der Revisionswerberin vom 12. November 2015, mit dem der Antrag der Mitbeteiligten auf Erteilung eines Aufenthaltstitels „Familienangehöriger“ „zurückgewiesen“ worden war, statt, behob den angefochtenen Bescheid und erteilte der Mitbeteiligten einen Aufenthaltstitel „Familienangehöriger“ gemäß § 8 Abs. 1 Z 8 in Verbindung mit § 47 Abs. 2 Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz (NAG) mit einer Gültigkeitsdauer von zwölf Monaten. Weiters sprach das Verwaltungsgericht aus, dass die ordentliche Revision zulässig sei.
- 2 Das Verwaltungsgericht traf folgende Feststellungen:

Die Mitbeteiligte habe am 16. Mai 2005 Herrn H., einen österreichischen Staatsbürger, geheiratet und mit ihm gemeinsam zwei Kinder (geboren am 24. August 2007 und 6. Mai 2009). Die Kinder seien Staatsbürger von Österreich und den USA. Die Familie habe seit der Eheschließung zunächst gemeinsam in den USA gelebt. Im Jahr 2008 sei die Familie nach Österreich übersiedelt.



Am 23. August 2012 habe die Mitbeteiligte eine Scheidungsklage eingereicht. Der Ehemann habe am 6. September 2012 Widerklage erhoben. Das Scheidungsverfahren sei noch nicht abgeschlossen. Es hätten bereits acht Verhandlungstermine stattgefunden, es seien aber noch zahlreiche Beweisanträge offen, sodass der Zeitpunkt einer Entscheidung über Klage und Widerklage noch nicht absehbar sei.

Zu Weihnachten 2012 sei die Mitbeteiligte gemeinsam mit ihren Töchtern in die USA zurückgereist und dort verblieben. Bereits zu diesem Zeitpunkt sei die Ehe zerrüttet gewesen. Aufgrund einer gerichtlichen Entscheidung habe die Mitbeteiligte ihre Töchter im Sommer 2013 nach Österreich zurückgebracht. Zwischen Juli 2013 und Sommer 2015 sei die Mitbeteiligte nur gelegentlich in Österreich gewesen, um ihre Kinder, die bei ihrem Vater lebten, zu sehen. Im selben Zeitraum seien die Kinder mehrmals in den USA bei ihrer Mutter zu Besuch gewesen. Seit August 2015 halte sich die Mitbeteiligte durchgehend in Österreich auf.

Mit Beschluss des Bezirksgerichtes Baden vom 10. März 2014 sei dem Vater die alleinige Obsorge über die beiden Töchter übertragen worden. Im Rahmen des Pflegschaftsverfahrens seien Besuchsrechte für die Mitbeteiligte - jedes zweite Wochenende sowie bestimmte Ferienzeiten - vereinbart worden. Die Mitbeteiligte habe für jede Tochter monatlichen Unterhalt zu entrichten; da sie über kein Einkommen verfüge, erfolge dieser im Weg von Unterhaltsvorschüssen.

Der Ehegatte der Mitbeteiligten lebe nunmehr in einer neuen Lebensgemeinschaft und habe mit seiner Lebensgefährtin ein weiteres Kind.

Die Mitbeteiligte habe am 30. Juli 2015 beim österreichischen Generalkonsulat in Los Angeles einen Erstantrag auf Erteilung eines Aufenthaltstitels „Familienangehöriger“ gestellt, nachdem ihr vorangegangener Aufenthaltstitel „Familienangehöriger“ am 10. Februar 2015 abgelaufen sei.

- 3 In der rechtlichen Beurteilung führte das Verwaltungsgericht aus, die Behörde habe den Antrag auf Erteilung eines Erstaufenthaltstitels wegen Vorliegen des Erteilungshindernisses nach § 11 Abs. 1 Z 4 NAG „zurückgewiesen“.



Allerdings handle es sich bei der „Zurückweisung“ bloß um ein Vergreifen im Ausdruck und das Verwaltungsgericht sei berechtigt, inhaltlich über den Antrag und die Beschwerde abzusprechen.

Zum Vorwurf der Aufenthaltsehe führte das Verwaltungsgericht aus, dass das „ordnungsgemäße Auflösen“ einer zuvor funktionierenden Ehe mit Kindern noch als Familienleben im Sinn des Art. 8 EMRK zu werten sei. Ein Familienleben zwischen den Ehegatten liege noch vor, solange in einer Zerrüttungsphase die Einleitung eines Scheidungsverfahrens vorbereitet werde oder dieses Verfahren zur Ehescheidung noch laufe. Rechtlich beendet sei das Familienleben erst mit der Scheidung. Im vorliegenden Fall sei das Kindeswohl mit zu berücksichtigen. Es sei nicht vereinbar, in einer Konstellation, in der noch aktiv an der Auflösung der Ehe gearbeitet werde, einem Elternteil de facto (die Mitbeteiligte könne ihre Besuchsrechte von den USA aus nicht wahrnehmen, die Töchter könnten auf Grund ihres Alters und ihrer Ausbildung nicht häufig in die USA reisen) den Kontakt zu den Kindern zu verwehren. Eine Aufenthaltsehe liege somit nicht vor und es sei der Versagungstatbestand des § 11 Abs. 1 Z 4 NAG nicht verwirklicht.

- 4 Zur Zulässigkeit der ordentlichen Revision führte das Verwaltungsgericht aus, dass keine Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zur Frage vorliege, ob eine Ehe in der Scheidungsphase - wobei die Ehe zerrüttet und der gemeinsame Haushalt aufgegeben worden sei, das Scheidungsverfahren aber aktiv betrieben werde, zuvor jedoch über mehrere Jahre und rechtmäßig ein gemeinsames Familienleben geführt worden sei - als Aufenthaltsehe im Sinn des § 30 Abs. 1 NAG zu betrachten sei bzw. ob diese Sachverhaltskonstellation sich so ausreichend von jener unterscheide, die der Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofes vom 10. Mai 2016, Ra 2016/22/0015, zu Grunde gelegen sei, um vom Nichtvorliegen einer Aufenthaltsehe ausgehen zu können.

- 5 Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Die Revision ist im Hinblick auf die sich stellende Rechtsfrage, ob in einer Konstellation wie der vorliegenden eine Aufenthaltsehe im Sinn des § 30 Abs. 1 NAG vorliege, zulässig. Sie ist auch begründet.



6 § 2, § 11, § 21, § 27 und § 30 NAG lauten auszugsweise:

„§ 2. (1) Im Sinne dieses Bundesgesetzes ist

[...]

9. Familienangehöriger: wer Ehegatte oder minderjähriges lediges Kind, einschließlich Adoptiv- oder Stiefkind, ist (Kernfamilie); [...]"

„§ 11. (1) Aufenthaltstitel dürfen einem Fremden nicht erteilt werden, wenn

[...]

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

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

[...]

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;

[...]

(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 6 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.“

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

[...]

(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:

1. [...]
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.“

„§ 27. (1) Familienangehörige mit einem Aufenthaltstitel gemäß § 8 Abs. 1 Z 2, 4, 5 und 8 haben ein eigenständiges Niederlassungsrecht. Liegen die Voraussetzungen für den Familiennachzug nicht mehr vor, ist dem Familienangehörigen ein Aufenthaltstitel auszustellen, dessen Aufenthaltswortzweck jedenfalls dem bisherigen Aufenthaltswortzweck entspricht, wenn kein Erteilungshindernis gemäß § 11 Abs. 1 vorliegt und er die Erteilungsvoraussetzungen des § 11 Abs. 2 erfüllt.

(2) Dem Familienangehörigen ist trotz Vorliegens eines Erteilungshindernisses gemäß § 11 Abs. 1 Z 4 bis 6 sowie trotz Ermangelung einer Voraussetzung gemäß § 11 Abs. 2 ein Aufenthaltstitel auszustellen, dessen Aufenthaltswortzweck jedenfalls dem bisherigen Aufenthaltswortzweck entspricht,

1. bei Tod des Ehegatten, eingetragenen Partners oder Elternteils;
2. bei Scheidung der Ehe oder Auflösung der eingetragenen Partnerschaft wegen überwiegenden Verschuldens des anderen Ehegatten oder eingetragenen Partners oder
3. aus besonders berücksichtigungswürdigen Gründen.

[...]



(4) Der Familienangehörige hat die Umstände nach Abs. 1 bis 3 der Behörde unverzüglich, längstens jedoch binnen einem Monat, bekannt zu geben.“

„§ 30. (1) Ehegatten oder eingetragene Partner, die ein gemeinsames Familienleben im Sinne des Art. 8 EMRK nicht führen, dürfen sich für die Erteilung und Beibehaltung von Aufenthaltstiteln nicht auf die Ehe [oder] eingetragene Partnerschaft berufen.

[...]“

- 7 Nach § 47 Abs. 2 NAG ist einem Drittstaatsangehörigen, der Familienangehöriger eines Zusammenführenden ist, ein Aufenthaltstitel „Familienangehöriger“ zu erteilen, wenn er die Voraussetzungen des 1. Teiles erfüllt. Im Fall der Scheidung sieht § 27 Abs. 2 Z 2 NAG unter bestimmten Voraussetzungen ein vom bisherigen Aufenthaltswitz (unmittelbar) abgeleitetes Aufenthaltsrecht des (geschiedenen) Familienangehörigen vor. Der Aufenthaltstitel „Familienangehöriger“ gemäß § 47 Abs. 2 NAG kann einem Ehegatten eines Zusammenführenden dann verweigert werden, wenn eine Aufenthaltsehe im Sinn des § 30 Abs. 1 NAG vorliegt.
- 8 Der Tatbestand des § 30 Abs. 1 NAG ist u.a. dann erfüllt, wenn sich der Ehegatte zur Erteilung eines Aufenthaltstitels auf eine Ehe beruft, obwohl kein gemeinsames Familienleben im Sinn des Art. 8 EMRK geführt wird. Dabei erfordert § 30 Abs. 1 NAG nicht, dass die Ehe - quasi in Missbrauchsabsicht - zu dem Zweck geschlossen wurde, einen Aufenthaltstitel zu erlangen, sondern dass zum Zeitpunkt der Entscheidung der Behörde oder des Verwaltungsgerichtes kein gemeinsames Familienleben im Sinn des Art. 8 EMRK (mehr) geführt wird (vgl. den hg. Beschluss vom 20. Juli 2016, Ra 2016/22/0058, mwN). Beantragt ein Fremder die Erteilung eines Erstaufenthaltstitels zum Zweck der Familienzusammenführung mit seinem Ehegatten, ist seine Absicht entscheidend, wie der angestrebte Titel genutzt werden solle (vgl. das hg. Erkenntnis vom 20. Oktober 2011, 2010/21/0177, mwN). Ein formales Band der Ehe reicht nicht aus, um aufenthaltsrechtliche Wirkungen zugunsten des ausländischen Ehegatten abzuleiten.



- 9 Auf den vorliegenden Fall angewendet bedeutet dies Folgendes:

Unstrittig ist im gegenständlichen Revisionsverfahren, dass die Mitbeteiligte auf Grund der im Jahr 2005 geschlossenen Ehe mit einem österreichischen Staatsbürger seit 2008 über einen (zuletzt) bis 10. Februar 2015 gültigen Aufenthaltstitel „Familienangehöriger“ verfügte. Aus der Ehe entstammen zwei minderjährige Kinder (geboren 2007 und 2009). Nach Ablauf ihres Aufenthaltstitels stellte die Mitbeteiligte am 30. Juli 2015 beim Österreichischen Generalkonsulat in Los Angeles den gegenständlichen Antrag, der vom Verwaltungsgericht zutreffend als Erstantrag gewertet wurde. Danach reiste die Mitbeteiligte im August 2015 nach Österreich ein und hält sich seitdem - ohne hierzu berechtigt zu sein - im Inland auf. Die Eheleute befinden sich auf Grund der Scheidungsklage der Mitbeteiligten vom 23. August 2012 und der Widerklage ihres Ehemannes vom 6. September 2012 in einem noch nicht abgeschlossenen Scheidungsverfahren.

- 10 Abgesehen davon, dass die Eheleute nicht die Herstellung bzw. Fortführung der ehelichen Lebensgemeinschaft beabsichtigen und die Mitbeteiligte gar nicht die „Familienzusammenführung“ mit ihrem Ehemann im Sinn des § 47 Abs. 2 NAG bezweckt, ist die Ehe gemäß den Feststellungen des Verwaltungsgerichts seit mehreren Jahren zerrüttet und die Lebensgemeinschaft tatsächlich durch Trennung auf Dauer aufgelöst (vgl. dazu *Kind*, in *Abermann/Czech/Kind/Peyrl*, NAG Kommentar [2016], § 27 Rz 9). Die Mitbeteiligte und ihr Ehemann führen seit 2012 kein gemeinsames Familienleben mehr. Daran ändert auch nichts, dass die Mitbeteiligte Kontakt zu ihren Kindern hat und ihre Besuchsrechte wahrnimmt.

- 11 Dadurch, dass sich die Mitbeteiligte nach Auflösung des gemeinsamen Familienlebens für die Erteilung des beantragten Aufenthaltstitels (zum Zweck der Familiengemeinschaft mit ihrem Ehemann) auf diese Ehe beruft, wurde der Tatbestand des § 30 Abs. 1 NAG erfüllt. Es liegt somit der absolute Versagungsgrund gemäß § 11 Abs. 1 Z 4 NAG vor. Nach ständiger hg. Rechtsprechung ist in einem solchen Fall eine Interessenabwägung gemäß § 11 Abs. 3 NAG (Art. 8 EMRK) nicht vorzunehmen (vgl. etwa das hg. Erkenntnis vom 10. Mai 2016, Ra 2016/22/0015, mwN).



- 12 Die Mitbeteiligte stellte einen Erstantrag, sodass ihr schon deswegen kein - aus ihrem bisherigen Aufenthaltstitel - abgeleitetes Niederlassungsrecht nach § 27 NAG zukommt. Ausgehend davon kann dahingestellt bleiben, ob im Fall eines rechtmäßigen Aufenthalts des Drittstaatsangehörigen in einer vergleichbaren Konstellation § 27 Abs. 1 NAG anzuwenden sei.
- 13 Das angefochtene Erkenntnis war somit wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes gemäß § 42 Abs. 2 Z 1 VwGG aufzuheben.

W i e n , am 27. April 2017