OÖ. LANDESVERWALTUNGSGERICHT

4021 Linz / Volksgartenstraße 14
Telefon: +43 732 7075-18004
Fax: +43 732 7075-218018
E-Mail: post@lvwg-ooe.gv.at / www.lvwg-ooe.gv.at
DVR: 4011090

Geschäftszeichen:
LVwG-750436/5/ER

Datum:
Linz, 2. August 2017

I M N A M E N D E R R E P U B L I K

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Dr. Reitter über die Beschwerde des A S, StA der U, geb. x, vertreten durch Rechtsanwalt Mag. T T, X, gegen den Bescheid der Bezirkshauptmannschaft Linz-Land vom 11. Mai 2017, GZ: Pol18-8511, mit dem der Antrag des Beschwerdeführers auf Zuerkennung eines Aufenthaltstitels nach dem Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz zurückgewiesen wurde, nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 1. August 2017

zu Recht:

I. Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

II. Gegen dieses Erkenntnis ist eine Revision unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I.1. Mit Bescheid vom 11. Mai 2017, Pol18-8511, wies die Bezirkshauptmannschaft Linz-Land (im Folgenden: belangte Behörde) den Antrag des nunmehrigen Beschwerdeführers (im Folgenden: Bf) auf Erteilung des Aufenthaltstitels „Familienangehöriger“ gemäß § 1 Abs 2 Z 1 Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz zurück. Begründend führte die belangte Behörde im Wesentlichen aus, dass der Bf im Jahr 2014 in Österreich einen Antrag auf internationalen Schutz eingebracht habe. Da er zum Verfahren zugelassen worden sei, sei er seit diesem Zeitpunkt auch im Besitz einer Aufenthaltsberechtigungskarte gemäß § 51 Asylgesetz. Da der Bf nach dem Asylgesetz zum Aufenthalt in Österreich berechtigt sei, falle er nicht unter den Anwendungsbereich des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes. Aus diesem Grund sei sein Antrag zurückzuweisen gewesen.

I.2. Gegen diesen Bescheid richtet sich die rechtzeitige Beschwerde des Bf, in der dieser rechtsfreundlich vertreten beantragte, seiner Beschwerde Folge zu geben und den angefochtenen Bescheid ersatzlos aufzuheben und der belangten Behörde aufzutragen, das Verfahren auf Erteilung des beantragten Aufenthaltstitels fortzuführen. Dieser Beschwerde legte der Bf einen Nachweis bei, die Deutschprüfung auf Niveau A2 bestanden zu haben.
Begründend führte der Bf im Wesentlichen aus, er habe in seiner Stellungnahme vom 17. April 2017 beantragt, ihm vor Bescheiderlassung bekannt zu geben, ob nach Ansicht der Behörde sämtliche Voraussetzungen – abgesehen vom laufenden Asylverfahren – für die Erteilung des Aufenthaltstitels vorlägen und weiters ihm den Aufenthaltstitel zu erteilen, wenn er vor mündlicher Bescheiderlassung den Antrag auf Asyl zurückzieht. Dadurch, dass die belangte Behörde den so modifizierten Antrag des Bf nicht umgesetzt hat, bestehe Mangelhaftigkeit des Verfahrens.
Ferner bemängelte der Bf die unrichtige rechtliche Beurteilung aufgrund Verfassungswidrigkeit des § 1 Abs 2 Z 1 Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes sowie aufgrund unionsrechtlicher Richtlinienwidrigkeit, da entsprechend der Richtlinie 2003/86/EG Drittstaatsangehörigen, die vorübergehenden Schutz genießen, das Recht auf Familienzusammenführung zu gewähren sei. Ferner sei aufgrund von § 61 Asylgesetz evident, dass es eine Möglichkeit geben müsse, einem Asylwerber einen Aufenthaltstitel nach dem Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz zu erteilen, da ansonsten diese Bestimmung sinnlos wäre.

I.3. Mit Schreiben vom 13. Juni 2017 legte die belangte Behörde dem Landesverwaltungsgericht OÖ die Beschwerde samt dem bezughabenden Verwaltungsakt zur Entscheidung vor. Eine Beschwerdevorentscheidung wurde nicht erlassen.
Das Landesverwaltungsgericht OÖ hat Beweis erhoben durch die Einsichtnahme in den vorgelegten Verwaltungsakt und die Beschwerde und durch Durchführung

einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 1. August 2017, zu der die Ehefrau des Bf als Zeugin geladen war.

I.4. Es steht folgender entscheidungsrelevanter S a c h v e r h a l t fest:

Der Bf ist Staatsbürger der U und hat am 27. Februar 2014 in Österreich einen Asylantrag gestellt. Erstinstanzlich wurde der Asylantrag abgewiesen, gegen diese Entscheidung sowie gegen eine damit einhergehende Rückkehrentscheidung hat der Bf Beschwerde erhoben. Das Beschwerdeverfahren ist noch nicht abgeschlossen. Der Bf verfügt über eine vorläufige Aufenthaltsberechtigung nach asylrechtlichen Bestimmungen.
Der Bf ist seit xx.xx.2016 mit einer österreichischen Staatsbürgerin verheiratet und hat mit ihr einen am xx.xx.2015 geborenen Sohn, der ebenfalls österreichischer Staatsbürger ist. Der Bf lebt mit seiner Frau in aufrechter Ehe. Die Ehefrau des Bf hat sich, seitdem sie österreichische Staatsbürgerin ist, nie mehr als drei Monate außerhalb von Österreich aufgehalten.

II. Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich widerspruchsfrei und unbestritten aus dem vorgelegten Verwaltungsakt und den Ausführungen des Bf und seiner als Zeugin einvernommenen Ehefrau in der öffentlichen mündlichen Verhandlung.

III. In rechtlicher Hinsicht ist Folgendes auszuführen:

III.1. Gemäß § 1 Abs 1 Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz – NAG, BGBl I Nr 100/2005 zuletzt geändert durch BGBl I Nr 38/2011, regelt dieses Bundesgesetz die Erteilung, Versagung und Entziehung von Aufenthaltstiteln von Fremden, die sich länger als sechs Monate im Bundesgebiet aufhalten oder aufhalten wollen, sowie die Dokumentation des unionsrechtlichen Aufenthaltsrechts.

Gemäß Abs 2 par.cit. gilt dieses Bundesgesetz nicht für Fremde, die
1. nach dem Asylgesetz 2005 (AsylG 2005), BGBl I Nr 100, oder nach vorigen asylgesetzlichen Bestimmungen zum Aufenthalt berechtigt sind oder faktischen Abschiebeschutz genießen oder sich nach Stellung eines Folgeantrages (§ 2 Abs 1 Z 23 AsylG 2005) im Zulassungsverfahren (§ 28 AsylG 2005) befinden, soweit dieses Bundesgesetz nicht anderes bestimmt;
(...)

Gemäß § 57 NAG zweiter Satz gelten für Angehörige von Österreichern die Bestimmungen der §§ 52 bis 56 sinngemäß, sofern der Österreicher sein unionsrechtliches oder das ihm auf Grund des Freizügigkeitsabkommens EG-Schweiz zukommende Aufenthaltsrecht von mehr als drei Monaten in einem anderen EWR-Mitgliedstaat oder in der Schweiz in Anspruch genommen hat und

im Anschluss an diesen Aufenthalt nach Österreich nicht bloß vorübergehend zurückkehrt.

Gemäß § 54 Abs 1 letzter Satz NAG gilt § 1 Abs 2 Z 1 NAG nicht.

Gemäß § 25 Abs 2 Aslygesetz, BGBl I Nr 100/2005 zuletzt geändert durch BGBl I Nr 70/2015, ist das Zurückziehen eines Antrags auf internationalen Schutz im Verfahren vor dem Bundesamt nicht möglich, es sei denn, der Asylwerber ist in Österreich rechtmäßig niedergelassen (§ 2 Abs 2 NAG). Das Zurückziehen eines Antrags auf internationalen Schutz im Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht gilt als Zurückziehung der Beschwerde. Anbringen, mit denen Anträge auf internationalen Schutz zurückgezogen werden sollen, sind nach Belehrung des Asylwerbers über die Rechtsfolgen als gegenstandslos abzulegen, wenn das Anbringen nicht als Zurückziehen der Beschwerde gilt.

III.2. Der Bf ist – wie unter I.4. festgestellt – vorübergehend aufgrund asylrechtlicher Bestimmungen in Österreich aufenthaltsberechtigt. Sein erstinstanzlich negativ entschiedenes Asylverfahren hat er in Beschwerde gezogen, dieses Beschwerdeverfahren ist nach wie vor anhängig. Zum Vorbringen, der Bf würde – sollte ihm mitgeteilt werden, dass er die Antragsvoraussetzungen grundsätzlich erfülle – seinen Asylantrag zurückziehen, ist auf § 25 Abs 2 Asylgesetz hinzuweisen, wonach im Beschwerdeverfahren eine Zurückziehung des Asylantrags allenfalls als Zurückziehung der Beschwerde gelten würde.
Aufgrund seines aufrechten, auf asylrechtlichen Bestimmungen beruhenden vorläufigen Aufenthaltsrechts ist grundsätzlich die Anwendbarkeit des § 1 Abs 2 Z 1 NAG gegeben.

Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs (vgl; VwGH 26.2.2013, 2010/22/0129) sind die Bestimmungen des NAG gemäß § 57 iVm § 54 Abs 1 letzter Satz NAG nur dann nach § 1 Abs 2 Z 1 NAG auf Fremde nicht anwendbar, wenn das Vorliegen eines Freizügigkeitssachverhalts mit Recht verneint werden kann.
Wie unter I.4. festgestellt, machte die Ehefrau des Bf, die österreichische Staatsbürgerin ist, nicht von ihrem Recht auf Freizügigkeit Gebrauch. Zumal die Bestimmung des § 1 Abs 2 Z 1 NAG entsprechend § 57 NAG und der zitierten Judikatur aber nur für den Fall, dass die Ehefrau des Bf von ihrem Freizügigkeitsrecht Gebrauch gemacht hätte, nicht zur Anwendung käme, sie dies aber nicht getan hat, findet § 1 Abs 2 Z 1 NAG im ggst Fall Anwendung.

Entsprechend der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs steht der Anwendung des § 1 Abs 2 Z 1 NAG das Recht der Europäischen Union nicht entgegen (VwGH 26.1.2012, 2008/21/0162 uHa Judikatur des Europäischen Gerichtshofs), wenn der jeweilige Ehepartner des Fremden von seinem Recht auf Freizügigkeit nicht Gebrauch gemacht hat.

Auch wird durch die Nichtanwendbarkeit des NAG nicht in den Kernbestand der Rechte der Familienangehörigen, die Unionsbürger sind, eingegriffen (vgl auch VwGH 17.4.2013, 2010/22/0097), weil diese de facto nicht gezwungen werden, das Gebiet der Union zu verlassen, da dem Fremden ein – auf dem Asylgesetz beruhendes – vorläufiges Aufenthaltsrecht in Österreich zukommt und ihm durch die Nichtanwendung des NAG ein Aufenthaltsrecht nicht verweigert wird.

Zum Vorbringen des Bf, dass sein Recht auf Familienzusammenführung verletzt werde, ua da der Ausgang des Asylverfahrens ungewiss sei, ist auf das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofs vom 26. Jänner 2012, 2008/21/0162, zu verweisen, in dem ausgeführt wurde: „*dass mit dem Ausschluss der Anwendung des NAG auf asylrechtlich aufenthaltsberechtigte Fremde diesen Personen weder ein Aufenthaltsrecht in Österreich verweigert noch eine aufenthaltsbeendende Maßnahme ausgesprochen wird (vgl. dazu etwa das hg. Erkenntnis vom 22. September 2009, Zl. 2008/22/0672). Auch für den Fall, dass dem Fremden letztlich weder der Status des Asylberechtigten noch des subsidiärer Schutzberechtigten zuerkannt wird, ist eine Ausweisung (oder eine andere aufenthaltsbeendende Maßnahme) nicht zulässig, wenn dadurch Art. 8 EMRK verletzt würde (vgl. - jeweils in der aktuell geltenden Fassung des FrÄG 2011 - § 61 Abs. 1 FPG und § 10 Abs. 2 Asylgesetz 2005, die gegenüber den Vorgängerbestimmungen seit Inkrafttreten des Fremdenrechtspaketes 2005 im Wesentlichen unverändert geblieben sind). Fallbezogen wäre daher die Ehe des Beschwerdeführers mit einer österreichischen Staatsbürgerin gegebenenfalls im Verfahren zur Erlassung einer der aufenthaltsbeendenden Maßnahme zu berücksichtigen. Nach rechtskräftigem Abschluss seines Asylverfahrens stünde es ihm auch frei, neuerlich die Erteilung eines Aufenthaltstitels - insbesondere zum Zweck der Familiengemeinschaft mit seiner Ehefrau - zu beantragen* (...)“.
Ferner findet die Richtlinie 2003/86/EG entsprechend Art 3 Abs 3 auf Familienangehörige eines Unionsbürgers keine Anwendung. Der Bf ist als Ehemann einer Österreicherin Familienangehöriger einer Unionsbürgerin.

Zum Vorbringen, durch die Unanwendbarkeit des NAG werde Art 8 EMKR verletzt ist ebenso auf die Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs zu verweisen, der dazu Folgendes ausführte (VwGH 22.9.2009, 2008/22/0672): „*Es kann jedoch der Beschwerdeansicht nicht beigetreten werden, dass mit dem Ausschluss der Anwendung des NAG auf asylrechtlich aufenthaltsberechtigte Fremde ein Eingriff nach Art. 8 EMRK verbunden wäre. Mit § 1 Abs. 2 Z 1 NAG wird nämlich diesen Personen weder ein Aufenthaltsrecht in Österreich verweigert noch eine aufenthaltsbeendende Maßnahme ausgesprochen*.“

Der Verfassungsgerichtshof hat ferner in seinem Erkenntnis vom 3. März 2007, B 1019/06, festgehalten, dass gegen § 1 Abs 2 Z 1 NAG keine verfassungsrechtlichen Bedenken bestehen.

III.3. Der Bf ist aufgrund asylrechtlicher Bestimmungen zum vorübergehenden Aufenthalt in Österreich berechtigt. Die Ehefrau des Bf hat von ihrem Freizügigkeitsrecht keinen Gebrauch gemacht, weshalb entsprechend der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs die Anwendung des NAG im ggst Fall gemäß § 1 Abs 2 Z 1 NAG ausgeschlossen ist. Durch die Zurückweisung des Antrags auf Erteilung eines Aufenthaltstitels nach dem NAG wurde weder in verfassungsrechtlich gewährleistete Rechte des Bf eingegriffen, noch steht das Recht der Europäischen Union der Anwendung des § 1 Abs 2 Z 1 NAG entgegen.

Dem Bf kommt aufgrund der Anwendbarkeit des § 1 Abs 2 Z 1 NAG kein Antragsrecht auf Erteilung eines Aufenthaltstitels nach dem NAG zu. Die belangte Behörde hat den Antrag des Bf auf Erteilung eines Aufenthaltstitels nach dem NAG daher zurecht zurückgewiesen. Im Ergebnis war die Beschwerde als unbegründet abzuweisen.

IV. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Art 133 Abs 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Insbesondere weicht die gegenständliche Entscheidung von der als einheitlich zu beurteilenden zitierten Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht ab.

R e c h t s m i t t e l b e l e h r u n g

Gegen dieses Erkenntnis besteht innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder einer außerordentlichen Revision beim Verwaltungsgerichtshof. Eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof ist unmittelbar bei diesem einzubringen, eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof beim Landesverwaltungsgericht Oberösterreich. Die Abfassung und die Einbringung einer Beschwerde bzw. einer Revision müssen durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt bzw. eine bevollmächtigte Rechtsanwältin erfolgen. Für die Beschwerde bzw. Revision ist eine Eingabengebühr von je 240 Euro zu entrichten. Sie haben die Möglichkeit, auf die Revision beim Verwaltungsgerichtshof und die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof zu verzichten. Ein solcher Verzicht hat zur Folge, dass eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof und eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof nicht mehr erhoben werden kann.

H i n w e i s

Anträge auf Bewilligung der Verfahrenshilfe zur Abfassung und Einbringung einer außerordentlichen Revision sind unmittelbar beim Verwaltungsgerichtshof einzubringen.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Dr. Reitter