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

Geschäftszeichen: **LVwG-752730/2/KLi/NF**

Datum: **Linz, 7. September 2022**

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. Lidauer über die Beschwerde vom 19. August 2022 des M.H., geb. x, StA Pakistan, vertreten durch Dr. M.F., Rechtsanwalt, x, gegen den Bescheid der Bezirkshauptmannschaft Vöcklabruck vom 12. Juli 2022, GZ: 00027411-01 wegen Zurückweisung eines Zweckänderungsantrages auf Erteilung eines Aufenthaltstitels „Rot-Weiß-Rot – Karte plus" nach dem Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz (NAG) 2005

zu Recht:

I. Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

II. Gegen diese Entscheidung ist eine Revision unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I. Verfahrensgang:

I.1. Mit Bescheid der Bezirkshauptmannschaft Vöcklabruck (in der Folge: belangte Behörde) vom 12. Juli 2022, GZ: 00027411-01, wurde über den Antrag des Beschwerdeführers (in der Folge: Bf) vom 28. Dezember 2021 ausgesprochen, dass sein Zweckänderungsantrag auf Erteilung eines Aufenthaltstitels „Rot-Weiß-Rot – Karte plus" zurückgewiesen werde.

Begründend führte die belangte Behörde aus, der Bf sei pakistanischer Staatsbürger und habe am 28. Dezember 2021 persönlich einen Zweckänderungsantrag auf Erteilung eines Aufenthaltstitels „Rot-Weiß-Rot – Karte plus" bei der belangten Behörde eingebracht. Diesem Antrag habe er einen Reisepass Nr. X, gültig bis 5. November 2025, einen Lohnzettel der Monate September, Oktober und November 2021, eine Scheidungsurkunde des Familiengerichtes Nikosia, Zahl: 699/19, Beschluss am 13.08.2019, Ausfertigung am 11.10.2019; eine Aufenthaltskarte des Magistrates Linz, Nr. X, gültig von 02.07.2019 bis zum 02.07.2024; einen Mietvertrag lautend auf seinen Bruder sowie eine Wohnrechtsvereinbarung beigelegt.

Zum Zeitpunkt seiner Vorsprache sei beim Landesverwaltungsgericht Oberösterreich ein Verfahren anhängig gewesen. Es sei ein Erkenntnis vom 25. April 2022, GZ: LVwG-752439/17/KLi, ergangen.

Aus diesem Erkenntnis gehe hervor, dass mit Bescheid des Bürgermeisters der Stadt Linz vom 2. November 2021 das abgeschlossene Verfahren hinsichtlich seines Antrages auf Ausstellung einer Aufenthaltskarte vom 25. Juni 2018 von Amts wegen wiederaufgenommen und in weiterer Folge gemäß § 54 Abs. 7 NAG zurückgewiesen worden sei. Zudem sei festgestellt worden, dass der Bf nicht in den Anwendungsbereich des unionsrechtlichen Aufenthaltsrechtes falle. Begründend sei ausgeführt worden, dass er bei Beantragung der Aufenthaltskarte bereits von der in weiterer Folge durchgeführten Scheidung gewusst habe, sich dennoch auf diese Ehe berufen habe und die Behörde vom Vorliegen einer Aufenthaltsehe ausgehe. Gegen diesen Bescheid habe der Bf mit Schreiben vom 1. Dezember 2021 Beschwerde erhoben, sodass der Verwaltungsakt dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zur Entscheidung vorgelegt worden sei. Dieses habe die Beschwerde mit dem bereits zitierten Erkenntnis als unbegründet abgewiesen.

Dies habe zur Folge, dass der Antrag des Bf auf Erteilung einer Aufenthaltskarte aufgrund der Ehe zu einer EU-Bürgerin gemäß § 54 NAG nunmehr rückwirkend

negativ entschieden worden sei, sodass ihm kein Aufenthaltsrecht im Bundesgebiet mehr zukomme.

Noch während der Dauer des oben genannten Verfahrens habe er bei der belangten Behörde vorgesprochen und den Antrag auf Erteilung eines Aufenthaltstitels „Rot-Weiß-Rot – Karte plus" eingebracht. Ein derartiger Antrag – einerseits der Umstieg selbst als auch nunmehr aufgrund des Umstandes, dass kein Aufenthaltsrecht mehr vorliege – sei allerdings im NAG rechtlich nicht vorgesehen.

Mit Schreiben vom 15. Juni 2022 sei dem Bf von der belangten Behörde daher mitgeteilt worden, dass beabsichtigt sei, seinen Antrag zurückzuweisen. Begründend sei ausgeführt worden, dass die im vorliegenden Fall heranzuziehenden rechtlichen Bestimmungen keine Möglichkeit der Einbringung eines Antrages vorsehen würden. Vielmehr sei grundsätzlich bei Vorliegen einer Aufenthaltskarte und Scheidung vom Bezug gebenden EU-Bürger eine amtswegige Prüfung gemäß § 54 Abs. 5 NAG vorzunehmen. Einen „Umstieg" auf den beatragten Aufenthaltstitel sehe das Gesetz allerdings nicht vor. Abgesehen von dieser Bestimmung komme dem Bf aufgrund des bereits zitierten Erkenntnisses ohnehin kein Aufenthaltsrecht im Bundesgebiet mehr zu, da dieses rückwirkend negativ entschieden worden sei. Somit mangle es auch an einer Grundlage für die Prüfung und Heranziehung des § 55 NAG, zur Festlegung eines weiteren Aufenthaltsrechtes. Dem Bf sei die Möglichkeit gegeben worden, zur beabsichtigten Entscheidung innerhalb von 14 Tagen eine schriftliche Stellungnahme abzugeben.

In seiner Stellungnahme vom 6. Juli 2022, eingebracht am 7. Juli 2022, habe der Bf ausgeführt, dass er am 28. Dezember 2021 einen Antrag auf Erteilung eines Aufenthaltstitels eingebracht habe. Zu diesem Zeitpunkt sei er im Besitz einer Aufenthaltskarte gemäß § 54 NAG mit einer Gültigkeit bis zum 2. Juli 2024 gewesen. Die Entscheidung des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich, mit dem die Beschwerde gegen die rückwirkende Zurückweisung des Antrages auf Erteilung einer Aufenthaltskarte abgewiesen worden sei, sei erst am 25. April 2022 ergangen. Die Behörde meine zu Unrecht, dass kein Aufenthaltsrecht vorliege und die Möglichkeit, den gegenständlichen Antrag einzubringen „rechtlich nicht existent" sei.

Festzustellen sei aber, dass der Bf erstmals im Juli 2012 nach Österreich gekommen sei und sein Asylantrag negativ entschieden worden sei. Am 16. Februar 2016 habe er auf Zypern eine rumänische Staatsangehörige geheiratet. Diese Ehe sei am 13. August 2019 auf Zypern geschieden worden. Seit 30. August 2016 verfüge der Bf über einen (durchgehenden) Wohnsitz in Österreich. Am 2. Juli 2019 sei ihm eine Aufenthaltskarte ausgestellt worden, welche eine Gültigkeit bis 2. Juli 2024 gehabt habe. Gegen den Bf und seine

Ehegattin sei von der Staatsanwaltschaft Linz ein Strafverfahren wegen § 117 Abs. 1 FPG geführt, aber eingestellt worden. Der Bf sei strafrechtlich vollkommen unbescholten.

Im vorliegenden Fall habe sich der Bf bei seiner Antragstellung am 28. Dezember 2021 nicht mehr auf die Ehe mit der rumänischen Staatsangehörigen berufen, sondern ausdrücklich einen Antrag auf Erteilung einer „Rot-Weiß-Rot – Karte plus" gestellt, also einen geänderten Aufenthaltszweck angeführt.

Der Bf lebe seit 2016 durchgehend in Österreich und habe einen großen Freundeskreis. Er arbeite und verdiene monatlich etwa 1.700 Euro netto, 14 Mal jährlich. Er verfüge über eine ausreichend große Mietwohnung. Seine Deutschkenntnisse seien gut. Vorstrafen seien nicht vorhanden. Jedenfalls sei auch ein Eingriff in das Recht auf Privatleben gemäß Art. 8 EMRK zu berücksichtigen.

Unter Wiedergabe der gesetzlichen Bestimmungen führte die belangte Behörde in rechtlicher Hinsicht aus, dass feststehe, dass dem Bf eine Aufenthaltskarte gemäß § 54 NAG ausgestellt worden sei, welche grundsätzlich bis zum 2. Juli 2024 gültig gewesen wäre. Es sei aber der ursprüngliche Antrag auf Erteilung einer Aufenthaltskarte im Rahmen einer Wiederaufnahme des Verfahrens zurückgewiesen worden und es sei festgestellt worden, dass der Bf nicht in den Anwendungsbereich des unionsrechtlichen Aufenthaltsrechtes falle. Die darauf bezogene Beschwerde sei vom Landesverwaltungsgericht Oberösterreich abgewiesen worden. Mit Rechtskraft dieses Erkenntnisses verfüge der Bf über kein Aufenthaltsrecht mehr im Bundesgebiet.

Während des laufenden Verfahrens habe er bei der belangten Behörde vorgesprochen, um einen Aufenthaltstitel „Rot-Weiß-Rot – Karte plus" zu beantragen. Für diesen Aufenthaltstitel existiere allerdings keine rechtliche Grundlage. Einerseits verlange ein Antrag auf Zweckänderung, dass zum Zeitpunkt des Einbringens des Antrages bereits ein Aufenthaltsrecht im Bundesgebiet vorliegen müsse, dessen Zweck in weiterer Folge geändert werden solle. Andererseits müsse die Möglichkeit der Einbringung eines derartigen Antrages gesetzlich geregelt sein. Beide Notwendigkeiten würden nicht vorliegen.

Dass die Entscheidung des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich erst nach Beantragung des gegenständlichen Aufenthaltstitels ergangen sei, ändere nichts an der Tatsache, dass er nunmehr über kein Aufenthaltsrecht mehr verfüge. Auch, dass sich der Bf bei Einbringung des Zweckänderungsantrages nicht mehr auf die Ehe mit der rumänischen Staatsbürgerin berufen habe, ändere nichts an diesem Umstand. Nunmehr liege von vornherein kein Aufenthaltsrecht mehr vor, welches die Grundlage für die Einbringung eines derartigen Antrages darstellen könne.

Der Verweis auf § 41a Abs. 5 NAG komme im gegenständlichen Fall nicht zum Tragen, da beim Bf keine Rückstufung im Sinne des § 28 NAG vorgenommen worden sei. Von einer Rückstufung spreche das Gesetz, wenn Inhabern von Aufenthaltstiteln „Daueraufenthalt EU" gemäß § 45 NAG von Amts wegen ein befristeter Aufenthaltstitel „Rot-Weiß-Rot – Karte plus" erteilt werde. Diese gesetzliche Bestimmung komme im Fall des Bf nicht zum Tragen und sei daher auf die gegenständliche Entscheidung nicht anzuwenden. Am ehesten würde § 54 Abs. 5 iVm § 55 Abs. 3 und 5 NAG zur Anwendung gelangen. Demgemäß habe die Behörde bei Inhabern von Aufenthaltskarten gemäß § 54 NAG nach Bekanntwerden einer Scheidung zu überprüfen, ob dem Antragsteller das Aufenthaltsrecht weiterhin zukomme. Dabei sei auch die vom Bf angeführte Prüfung, wie lange die Ehe gedauert habe, maßgeblich. Bei positiver Prüfung dieser Voraussetzungen käme ihm weiterhin ein Aufenthaltsrecht im Rahmen der Aufenthaltskarte (Beibehaltung) zu. Bei negativer Prüfung wäre – dies sei gesetzlich eindeutig festgelegt – eine Prüfung durch das Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl einzuleiten. Erst wenn das Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl entscheide, dass eine Aufenthaltsbeendigung unterbleibe, sei dem Fremden ein Aufenthaltstitel „Rot-Weiß-Rot – Karte plus" zu erteilen. Die Möglichkeit, von vorne herein nach Scheidung der Ehe einen derartigen Aufenthaltstitel zu beantragen, sei gesetzlich nicht vorgesehen und bestehe somit nicht.

Selbst wenn die Zurück- bzw. Abweisung durch das Magistrat Linz bzw. das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich nicht erfolgt wäre und das Aufenthaltsrecht noch weiter existent wäre, wäre dennoch keine Beantragung seitens des Bf möglich, sondern vielmehr eine amtswegige Prüfung der Voraussetzungen des § 54 Abs. 5 NAG notwendig. Dies hätte gegebenenfalls zur Folge, dass das Aufenthaltsrecht im Sinne der Aufenthaltskarte weiter bestehen bleibe oder – bei Nichtvorliegen der Voraussetzungen – eine Prüfung durch das Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl vorgenommen werden hätte müssen. Die Erteilung einer „Rot-Weiß-Rot – Karte plus" komme daher nur im Verfahren gemäß § 55 Abs. 5 NAG und keinesfalls ohne Prüfung durch das Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl in Betracht.

Abschließend weise der Bf darauf hin, dass eine Zurückweisung des Antrages einen unzulässigen Eingriff in sein Privat- und Familienleben gemäß Art. 8 EMRK darstellen würde und die Behörde daher eine Verhältnismäßigkeitsprüfung vornehmen müsse. Dies werde ebenso verneint, da es sich im gegenständlichen Fall nicht um die Prüfung allgemeiner Erteilungsvoraussetzungen, welche eine Abwägung des Art. 8 EMRK notwendig machen würden, handle (§ 11 Abs. 3 NAG). Weiters seien die beigelegten Unterlagen für die Beurteilung des eingebrachten Antrages irrelevant, da eine inhaltliche Prüfung schon aufgrund der rechtswidrigen Antragstellung nicht notwendig sei.

Vielmehr sei der Behörde ein Antrag vorgelegt worden, dessen Einbringungsmöglichkeit gesetzlich nicht existiere. Weiters werde die Beantragung mit einem Aufenthaltsrecht begründet, welches nunmehr einerseits durch die Behörde selbst als auch durch das zuständige Landesverwaltungsgericht zurück- bzw. abgewiesen worden sei und daher ebenfalls nicht mehr existiere.

Zusammengefasst könne daher festgestellt werden, dass weder eine aufenthaltsrechtliche noch eine gesetzliche Grundlage für die Einbringung eines Zweckänderungsantrages vorliege. Entgegen der Darlegungen des Bf bestehe somit kein Rechtsanspruch auf den beantragten Aufenthaltstitel.

Es sei daher spruchgemäß zu entscheiden und der Antrag abzuweisen [gemeint: zurückzuweisen] gewesen.

I.2. Gegen diesen Bescheid richtet sich die Beschwerde vom 19. August 2022, mit der der Bescheid vollinhaltlich wegen unrichtiger rechtlicher Beurteilung, Verfahrensmängeln und unrichtiger Feststellungen bekämpft werde.

Die Behörde habe den gegenständlichen Antrag zu Unrecht zurückgewiesen. Richtigerweise sei dem Antrag auf Erteilung eines Aufenthaltstitels „Rot-Weiß-Rot – Karte plus" vom 28. Dezember 2021 stattzugeben gewesen.

Grundlage dafür seien Feststellungen, welche die Behörde selbst getroffen habe. Der Bf habe am 28. Dezember 2021 bei der belangten Behörde den gegenständlichen Antrag auf Erteilung eines Aufenthaltstitels eingebracht. Zu diesem Zeitpunkt sei er im Besitz einer Aufenthaltskarte gemäß § 54 NAG, mit einer Gültigkeit bis zum 2. Juli 2024 gewesen. Die Entscheidung des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich, mit der die Beschwerde gegen die rückwirkende Zurückweisung des Antrages auf Erteilung einer Aufenthaltskarte abgewiesen worden sei, sei erst am 25. April 2022 ergangen.

Da der Bf somit zum Zeitpunkt der gegenständlichen Antragstellung über eine gültige Aufenthaltskarte und damit ein Aufenthaltsrecht verfügt habe, habe rechtmäßig ein Zweckänderungsantrag gestellt werden können. Die belangte Behörde gehe deshalb zu Unrecht davon aus, dass die Möglichkeit, den gegenständlichen Antrag einzubringen, rechtlich nicht existent sei.

Zur umfassenden rechtlichen Beurteilung wären zudem noch weitere Feststellungen zu treffen gewesen. Der Bf sei erstmals im Juli 2012 nach Österreich gekommen. Sein Asylantrag sei negativ entschieden worden. Am 16. Februar 2016 habe er auf Zypern eine rumänische Staatsangehörige geheiratet. Die Ehe sei am 13. August 2019 auf Zypern geschieden worden. Die Ehe habe bis zur Scheidung über drei Jahre bestanden. Seit 30. August 2016 verfüge der Bf über einen durchgehenden Wohnsitz in Österreich. Am 2. Juli 2019 sei ihm eine

Aufenthaltskarte mit Gültigkeit bis 2. Juli 2024 ausgestellt worden. Gegen den Bf und seine Ehegattin sei von der Staatsanwaltschaft Linz ein Strafverfahren wegen § 117 Abs. 1 FPG eingestellt worden. Der Bf sei strafrechtlich vollkommen unbescholten.

Aufgrund der mit der Antragstellung sowie mit der Stellungnahme vom 6. Juli 2022 vorgelegten Urkunden sei weiters festzustellen gewesen, dass der Bf seit 2019 in Österreich arbeite und ein ausreichendes Einkommen ins Verdienen bringe.

In rechtlicher Hinsicht ergebe sich aufgrund dieser Feststellungen, dass der Bf als Drittstaatsangehöriger die Voraussetzungen des § 51 Abs. 1 Z 1 NAG erfülle.

Der Bf habe sich bei der Antragstellung am 28. Dezember 2021 nicht mehr auf die Ehe mit der rumänischen Staatsangehörigen berufen, sondern er habe ausdrücklich einen Antrag auf Erteilung einer „Rot-Weiß-Rot – Karte plus", gestellt, also einen geänderten Aufenthaltszweck angeführt.

Im Hinblick auf die angeführten Tatsachen bestehe somit ein Rechtsanspruch auf Erteilung eines Aufenthaltstitels „Rot-Weiß-Rot – Karte plus". Dem Antrag sei bei richtiger rechtlicher Beurteilung stattzugeben gewesen.

Bei Durchführung eines ordnungsgemäßen Ermittlungsverfahrens hätte die belangte Behörde im Übrigen feststellen müssen, dass der Bf im Bundesgebiet umfassend privat, sozial und beruflich integriert sei. Der Bf lebe seit 2016 durchgehend im Bundesgebiet und verfüge über einen großen Freundeskreis. Sein Cousin besitze die österreichische Staatsbürgerschaft. Er arbeite und bringe derzeit monatlich etwa 1.700 Euro netto, 14 Mal, ins Verdienen. Der Bf verfüge über eine ausreichend große Mietwohnung. Seine Deutschkenntnisse habe er in der Praxis erworben, sie seien als gut zu bezeichnen. Der Bf habe keine Vorstrafen.

Bei einer Entscheidung hätte deshalb jedenfalls eine Verhältnismäßigkeitsprüfung erfolgen müssen. Diese hätte ergeben, dass die Zurückweisung des vorliegenden Antrages einen unzulässigen Eingriff in das Privatleben gemäß Art. 8 EMRK des Bf darstelle. Der vorliegende Bescheid sei auch aus diesem Grund wegen Verletzung von Verfahrensvorschriften aufzuheben.

Der Bf stelle sohin die Beschwerdeanträge, das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich möge eine öffentliche mündliche Verhandlung durchführen und den Bescheid der belangten Behörde beheben und gleichzeitig aussprechen, dass dem Antrag auf Erteilung eines Aufenthaltstitels „Rot-Weiß-Rot – Karte plus" stattzugeben sei; in eventu den angeführten Bescheid aufheben und die Rechtssache zur Verfahrensergänzung und neuerlichen Entscheidung an die erstinstanzliche Behörde zurückverweisen.

I.3. Mit Vorlageschreiben vom 22. August 2022 legte die belangte Behörde die Beschwerde samt dem bezughabenden Verfahrensakt – ohne eine Beschwerdevorentscheidung zu erlassen – dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zur Entscheidung vor.

II. Nachfolgender **S A C H V E R H A L T** steht fest:

II.1. Der Bf ist am X geboren und Staatsangehöriger von Pakistan.

II.2. Der Bf wurde am 17. Juli 2012 in Österreich aufgegriffen, wo er einen Asylantrag stellte. Das Asylverfahren wurde mit 20. Juni 2013 in zweiter Instanz rechtskräftig – negativ – entschieden.

II.3. Der Bf heiratete am 16. Februar 2016 auf Zypern die rumänische Staatsangehörige, E.L.P., geb. X. Diese Ehe wurde am 13. August 2019 auf Zypern wieder geschieden.

Der Bf verfügte über eine Aufenthaltskarte, ausgestellt vom Magistrat Linz, mit der Nummer X, mit einer Gültigkeit von 2. Juli 2019 bis 2. Juli 2024.

II.4. In weiterer Folge wurde vom Bürgermeister der Stadt Linz dieses Verfahren zur Ausstellung einer Aufenthaltskarte von Amts wegen wiederaufgenommen.

Mit Bescheid des Bürgermeisters der Stadt Linz vom 2. November 2021, GZ: BA-4-AEG/70792, wurde (1.) das abgeschlossene Verfahren hinsichtlich des Antrages des Bf auf Ausstellung einer Aufenthaltskarte vom 25. Juni 2018 gemäß § 69 Abs. 1 Z 1 iVm Abs. 3 AVG von Amts wegen wieder aufgenommen und (2.) der Antrag vom 25. Juni 2018 auf Erteilung einer Aufenthaltskarte für Angehörige eines EWR-Bürgers gemäß § 54 Abs. 7 Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz (NAG) 2005 zurückgewiesen und festgestellt, dass der Bf nicht in den Anwendungsbereich des unionsrechtlichen Aufenthaltsrechtes fällt.

Dagegen richtete sich die Beschwerde des Bf vom 1. Dezember 2021.

II.5. In weiterer Folge war vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zu GZ: LVwG-752439-2021 ein Beschwerdeverfahren anhängig. Mit Erkenntnis des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich vom 25. April 2022, GZ: LVwG-752439/17/KLi, wurde die Beschwerde als unbegründet abgewiesen.

III. Beweiswürdigung:

III.1. Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich schlüssig und nachvollziehbar aus dem Akteninhalt, insbesondere aus den vom Bf vorgelegten Unterlagen sowie aus seinen eigenen Angaben und ist unstrittig.

III.2. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Akteneinsicht in den Akt der belangten Behörde. Da sich der relevante Sachverhalt nachvollziehbar aus dem Akteninhalt ergibt, sowie in der Beschwerde nur Rechtsfragen aufgeworfen werden und bereits die Akten erkennen lassen, dass die mündliche Erörterung eine weitere Klärung der Rechtssache nicht erwarten lässt, konnte gemäß § 24 Abs. 4 VwGVG von der Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung abgesehen werden.

III.3. Inwiefern der Bf im vorliegenden Fall berechtigt war, einen Antrag auf Erteilung eines Aufenthaltstitels „Rot-Weiß-Rot – Karte plus" zu stellen bzw. ob ein Zweckänderungsantrag gemäß § 26 NAG möglich ist, ist eine Frage der rechtlichen Beurteilung.

IV. Rechtslage:

Aus dem Bundesgesetz über die Niederlassung und den Aufenthalt in Österreich (Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz – NAG) BGBl I Nr. 100/2005, zuletzt geändert durch BGBl I Nr. 106/2022, sind nachfolgende Bestimmungen relevant:

IV.1. § 8 NAG regelt die Arten und Formen der Aufenthaltstitel:

„§ 8. (1) Aufenthaltstitel werden erteilt als:

1. Aufenthaltstitel „Rot-Weiß-Rot – Karte", der zur befristeten Niederlassung und zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit, für die eine schriftliche Mitteilung oder ein Gutachten gemäß §§ 20d Abs. 1 Z 1 bis 4 oder 24 AuslBG erstellt wurde, berechtigt;
2. Aufenthaltstitel „Rot-Weiß-Rot – Karte plus", der zur befristeten Niederlassung und zur Ausübung einer selbständigen Erwerbstätigkeit und einer unselbständigen Erwerbstätigkeit gemäß § 17 AuslBG berechtigt;
3. Aufenthaltstitel „Blaue Karte EU", der zur befristeten Niederlassung und zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit, für die eine schriftliche Mitteilung gemäß § 20d Abs. 1 Z 5 AuslBG erstellt wurde, berechtigt;
4. „Niederlassungsbewilligung", die zur befristeten Niederlassung und zur Ausübung einer selbständigen Erwerbstätigkeit berechtigt;
5. „Niederlassungsbewilligung – ausgenommen Erwerbstätigkeit", die zur befristeten Niederlassung ohne Ausübung einer Erwerbstätigkeit berechtigt;
6. „Niederlassungsbewilligung – Angehöriger", die zur befristeten Niederlassung ohne Ausübung einer Erwerbstätigkeit berechtigt; die Ausübung einer

Erwerbstätigkeit ist nur auf Grund einer nachträglichen quotenpflichtigen Zweckänderung erlaubt;

7. Aufenthaltstitel „Daueraufenthalt – EU" für die Dokumentation des unbefristeten Niederlassungsrechts, unbeschadet der Gültigkeitsdauer des Dokuments;

8. Aufenthaltstitel „Familienangehöriger" für die befristete Niederlassung mit der Möglichkeit, anschließend einen Aufenthaltstitel „Daueraufenthalt – EU" (Z 7) zu erhalten;

9. Aufenthaltstitel „Niederlassungsbewilligung – Künstler", der zur befristeten Niederlassung und zur Ausübung einer unselbständigen Erwerbstätigkeit, für die eine schriftliche Mitteilung gemäß § 20d Abs. 1 Z 6 AuslBG erstellt wurde, oder einer selbständigen Erwerbstätigkeit berechtigt;

10. Aufenthaltstitel „Niederlassungsbewilligung – Sonderfälle unselbständiger Erwerbstätigkeit", der zur befristeten Niederlassung und zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit, die gemäß § 1 Abs. 2 lit. b, c, d, f, g oder i AuslBG vom Anwendungsbereich des AuslBG ausgenommen ist oder die in einer Verordnung des Bundesministers für Inneres gemäß § 43b Abs. 2 genannt ist, berechtigt;

11. Aufenthaltstitel „Niederlassungsbewilligung – Forscher", der zur befristeten Niederlassung und zur Ausübung einer unselbständigen Erwerbstätigkeit für eine Forschungseinrichtung berechtigt;

12. „Aufenthaltsbewilligung" für einen vorübergehenden befristeten Aufenthalt im Bundesgebiet zu einem bestimmten Zweck (§§ 58 bis 69);

13. Aufenthaltstitel „Artikel 50 EUV", der zur befristeten oder unbefristeten Niederlassung und zur Ausübung einer selbständigen sowie unselbständigen Erwerbstätigkeit berechtigt.

(2) Der Bundesminister für Inneres legt das Aussehen und den Inhalt der Aufenthaltstitel nach Abs. 1 durch Verordnung fest. Die Aufenthaltstitel haben insbesondere Name, Vorname, Geburtsdatum, Lichtbild, ausstellende Behörde und Gültigkeitsdauer zu enthalten; sie gelten als Identitätsdokumente.

(3) Die Aufenthaltsbewilligung (Abs. 1 Z 12) von Ehegatten, eingetragenen Partnern und minderjährigen ledigen Kindern hängt vom Bestehen der Aufenthaltsbewilligung des Zusammenführenden ab (§ 69).

(4) Unbeschadet der §§ 32 und 33 ergibt sich der Berechtigungsumfang eines Aufenthaltstitels aus dem 2. Teil."

IV.2. § 9 NAG regelt die Dokumentation des unionsrechtlichen Aufenthaltsrechtes:

„§ 9. (1) Zur Dokumentation des unionsrechtlichen Aufenthaltsrechts für mehr als drei Monate werden auf Antrag ausgestellt:

1. eine „Anmeldebescheinigung" (§ 53) für EWR-Bürger, die sich länger als drei Monate in Österreich aufhalten, und

2. eine „Aufenthaltskarte für Angehörige eines EWR-Bürgers" (§ 54) für Drittstaatsangehörige, die Angehörige von unionsrechtlich aufenthaltsberechtigten EWR-Bürgern sind.

(2) Zur Dokumentation des unionsrechtlichen Daueraufenthaltsrechts werden auf Antrag ausgestellt:

1. eine „Bescheinigung des Daueraufenthalts" (§ 53a) für EWR-Bürger, die das Daueraufenthaltsrecht erworben haben, und

2. eine „Daueraufenthaltskarte" (§ 54a) für Drittstaatsangehörige, die Angehörige eines EWR-Bürgers sind und das Recht auf Daueraufenthalt erworben haben.

(3) Inhabern von Anmeldebescheinigungen (Abs. 1 Z 1) oder Bescheinigungen des Daueraufenthalts (Abs. 2 Z 1) kann auf Antrag ein „Lichtbildausweis für EWR-Bürger" mit fünfjähriger Gültigkeitsdauer ausgestellt werden. Der Lichtbildausweis für EWR-Bürger, die Aufenthaltskarte und die Daueraufenthaltskarte gelten als Identitätsdokumente. Form und Inhalt der Anmeldebescheinigung, der Bescheinigung des Daueraufenthalts, des Lichtbildausweises für EWR-Bürger, der Aufenthaltskarte und der Daueraufenthaltskarte legt der Bundesminister für Inneres durch Verordnung fest."

IV.3. § 26 NAG sieht für Zweckänderungsverfahren Folgendes vor:

„§ 26. Wenn der Fremde den Aufenthaltszweck während seines Aufenthalts in Österreich ändern will, hat er dies der Behörde im Inland unverzüglich bekannt zu geben. Eine Zweckänderung ist nur zulässig, wenn der Fremde die Voraussetzungen für den beantragten Aufenthaltstitel erfüllt und ein gegebenenfalls erforderlicher Quotenplatz zur Verfügung steht. Sind alle Voraussetzungen gegeben, hat der Fremde einen Rechtsanspruch auf Erteilung dieses Aufenthaltstitels. Liegen die Voraussetzungen nicht vor, ist der Antrag abzuweisen; die Abweisung hat keine Auswirkung auf das bestehende Aufenthaltsrecht."

IV.4. § 41a NAG regelt den Aufenthaltstitel „Rot-Weiß-Rot – Karte plus" wie folgt:

„§ 41a. (1) Drittstaatsangehörigen kann in einem Verfahren gemäß § 24 Abs. 4 oder § 26 ein Aufenthaltstitel „Rot-Weiß-Rot – Karte plus" erteilt werden, wenn

1. sie bereits zwei Jahre einen Aufenthaltstitel gemäß § 41 Abs. 1 oder 2 Z 1 bis 3 besitzen,
2. sie die Voraussetzungen des 1. Teiles erfüllen und
3. eine Mitteilung gemäß § 20e Abs. 1 Z 2 AuslBG vorliegt.

(2) Drittstaatsangehörigen kann in einem Verfahren gemäß § 24 Abs. 4 oder § 26 ein Aufenthaltstitel „Rot-Weiß-Rot – Karte plus" erteilt werden, wenn

1. sie bereits zwei Jahre einen Aufenthaltstitel gemäß § 42 oder § 50a Abs. 1 besitzen,
2. sie die Voraussetzungen des 1. Teiles erfüllen und
3. eine Mitteilung gemäß § 20e Abs. 1 Z 3 AuslBG vorliegt.

(3) Drittstaatsangehörigen ist von Amts wegen ein Aufenthaltstitel „Rot-Weiß-Rot – Karte plus" zu erteilen, wenn eine Mitteilung des Bundesamtes für Fremdenwesen und Asyl gemäß § 59 Abs. 4 AsylG 2005 vorliegt. Der Aufenthaltstitel ist unverzüglich, längstens jedoch binnen acht Wochen ab Zustellung der Mitteilung des Bundesamtes für Fremdenwesen und Asyl, zu erteilen. § 20 Abs. 2 gilt sinngemäß.

(4) Drittstaatsangehörigen kann in einem Verfahren gemäß § 24 Abs. 4 oder § 26 ein Aufenthaltstitel „Rot-Weiß-Rot – Karte plus" erteilt werden, wenn sie

1. die Voraussetzungen des 1. Teiles erfüllen und
2. mindestens zwei Jahre über eine Niederlassungsbewilligung gemäß § 43c verfügt haben.

(5) Der Aufenthaltstitel „Rot-Weiß-Rot – Karte plus" ist an Drittstaatsangehörige im Fall der Rückstufung gemäß § 28 zu erteilen, wenn die Voraussetzungen des 1. Teiles erfüllt sind.

(6) Drittstaatsangehörigen kann ein Aufenthaltstitel „Rot-Weiß-Rot – Karte plus" erteilt werden, wenn sie

1. die Voraussetzungen des 1. Teiles erfüllen und
2. über einen Aufenthaltstitel gemäß § 45 verfügt haben und dieser gemäß § 20 Abs. 4 oder 4a erloschen ist oder gemäß § 10 Abs. 3 Z 3 oder Z 4 gegenstandslos wurde.

(7) Drittstaatsangehörigen kann in einem Verfahren gemäß § 24 Abs. 4 oder § 26 ein Aufenthaltstitel „Rot-Weiß-Rot – Karte plus" erteilt werden, wenn

1. sie die Voraussetzungen des 1. Teiles erfüllen,
2. sie über eine „Niederlassungsbewilligung" verfügen und
3. eine schriftliche Mitteilung der regionalen Geschäftsstelle des Arbeitsmarktservice gemäß § 20e Abs. 1 Z 1 AuslBG vorliegt.

(7a) Drittstaatsangehörigen kann in einem Verfahren gemäß § 24 Abs. 4 oder § 26 ein Aufenthaltstitel „Rot-Weiß-Rot – Karte plus" erteilt werden, wenn

1. sie bereits zwei Jahre einen Aufenthaltstitel „Rot-Weiß-Rot – Karte" gemäß § 41 Abs. 2 Z 5 besitzen,
2. sie die Voraussetzungen des 1. Teiles erfüllen und
3. eine schriftliche Mitteilung der Landesgeschäftsstelle des Arbeitsmarktservice gemäß § 24 Abs. 4 AuslBG vorliegt.

(8) Im Bundesgebiet aufhältigen Drittstaatsangehörigen ist auf Antrag ohne weiteres ein Aufenthaltstitel „Rot-Weiß-Rot – Karte plus" zu erteilen, wenn ein Fall des § 59 Abs. 2 StbG vorliegt und ein Aufenthaltstitel „Daueraufenthalt – EU" (§ 45 Abs. 10) nicht zu erteilen ist.

(9) Im Bundesgebiet aufhältigen Drittstaatsangehörigen ist ein Aufenthaltstitel „Rot-Weiß-Rot – Karte plus" zu erteilen, wenn sie

1. für einen Zeitraum von zwölf Monaten über eine „Aufenthaltsberechtigung plus" gemäß §§ 55 Abs. 1 oder 56 Abs. 1 AsylG 2005,
2. für einen Zeitraum von zwölf Monaten über eine „Aufenthaltsberechtigung" gemäß §§ 55 Abs. 2 oder 56 Abs. 2 AsylG 2005 oder
3. über eine Niederlassungsbewilligung gemäß § 43 Abs. 3

verfügen und das Modul 1 der Integrationsvereinbarung (§ 9 IntG) erfüllt haben oder zum Entscheidungszeitpunkt eine Erwerbstätigkeit ausüben, mit deren Einkommen die monatliche Geringfügigkeitsgrenze (§ 5 Abs. 2 Allgemeines Sozialversicherungsgesetz – ASVG BGBl. Nr. 189/1955 erreicht wird.

(10) Im Bundesgebiet aufhältigen Drittstaatsangehörigen ist trotz Vorliegens eines Erteilungshindernisses gemäß § 11 Abs. 1 Z 4 bis 6 sowie trotz Ermangelung einer Voraussetzung gemäß § 11 Abs. 2 von Amts wegen oder auf begründeten Antrag, der bei der örtlich zuständigen Behörde im Inland einzubringen ist, ein Aufenthaltstitel „Rot-Weiß-Rot – Karte plus" zu erteilen, wenn es sich um einen unbegleiteten minderjährigen Fremden handelt und sich der Minderjährige auf Grund eines Gerichtsbeschlusses, kraft Gesetzes oder einer Vereinbarung der leiblichen Eltern mit dem Kinder- und Jugendhilfeträger zum Schutz des Kindeswohles nicht bloß vorübergehend in Obhut von Pflegeeltern oder des Kinder- und Jugendhilfeträgers befindet. Die Pflegeeltern gelten diesfalls als gesetzliche Vertreter im Sinne des § 19. Dieser Aufenthaltstitel ist gebührenfrei zu erteilen.

(11) In den Fällen der Abs. 1, 2, 7 und 7a ist von der Einholung einer schriftlichen Mitteilung der regionalen Geschäftsstelle oder eines Gutachtens der Landesgeschäftsstelle des Arbeitsmarktservice abzusehen, wenn der Antrag

1. wegen eines Formmangels oder Fehlens einer Voraussetzung gemäß §§ 19 bis 24 zurück- oder abzuweisen ist oder

2. wegen zwingender Erteilungshindernisse gemäß § 11 Abs. 1 abzuweisen ist. Erwächst die negative Entscheidung der regionalen Geschäftsstelle des Arbeitsmarktservice über die Zulassung in den Fällen des § 20e Abs. 1 AuslBG in Rechtskraft, ist das Verfahren ohne weiteres einzustellen."

IV.5. § 54 NAG bestimmt für Aufenthaltskarten für Angehörige eines EWR-Bürgers Nachfolgendes:

„§ 54. (1) Drittstaatsangehörige, die Angehörige von unionsrechtlich aufenthaltsberechtigten EWR-Bürgern (§ 51) sind und die in § 52 Abs. 1 Z 1 bis 3 genannten Voraussetzungen erfüllen, sind zum Aufenthalt für mehr als drei Monate berechtigt. Ihnen ist auf Antrag eine Aufenthaltskarte für die Dauer von fünf Jahren oder für die geplante kürzere Aufenthaltsdauer auszustellen. Dieser Antrag ist innerhalb von vier Monaten ab Einreise zu stellen. § 1 Abs. 2 Z 1 gilt nicht.
(2) Zum Nachweis des unionsrechtlichen Aufenthaltsrechts sind ein gültiger Personalausweis oder Reisepass, die Anmeldebescheinigung oder die Bescheinigung des Daueraufenthalts des zusammenführenden EWR-Bürgers sowie folgende Nachweise vorzulegen:

1. nach § 52 Abs. 1 Z 1: ein urkundlicher Nachweis des Bestehens der Ehe oder eingetragenen Partnerschaft;
2. nach § 52 Abs. 1 Z 2 und 3: ein urkundlicher Nachweis über das Bestehen einer familiären Beziehung sowie bei Kindern über 21 Jahren und Verwandten des EWR-Bürgers, seines Ehegatten oder eingetragenen Partners in gerader aufsteigender Linie ein Nachweis über die tatsächliche Unterhaltsgewährung.

(3) Das Aufenthaltsrecht der Angehörigen gemäß Abs. 1 bleibt trotz Tod des EWR-Bürgers erhalten, wenn sie sich vor dem Tod des EWR-Bürgers mindestens ein Jahr als seine Angehörigen im Bundesgebiet aufgehalten haben und nachweisen, dass sie die Voraussetzungen des § 51 Abs. 1 Z 1 bis 2 erfüllen.
(4) Das Aufenthaltsrecht von minderjährigen Kindern eines unionsrechtlich aufenthaltsberechtigten EWR-Bürgers, die Drittstaatsangehörige sind, bleibt auch nach dem Tod oder nicht bloß vorübergehenden Wegzug des EWR-Bürgers bis zum Abschluss der Schulausbildung an einer öffentlichen Schule oder einer rechtlich anerkannten Privatschule erhalten. Dies gilt auch für den Elternteil, der Drittstaatsangehöriger ist, sofern dieser die Obsorge für die minderjährigen Kinder tatsächlich wahrnimmt.
(5) Das Aufenthaltsrecht der Ehegatten oder eingetragenen Partner, die Drittstaatsangehörige sind, bleibt bei Scheidung oder Aufhebung der Ehe oder Auflösung der eingetragenen Partnerschaft erhalten, wenn sie nachweisen, dass sie die für EWR-Bürger geltenden Voraussetzungen des § 51 Abs. 1 Z 1 oder 2 erfüllen und

1. die Ehe bis zur Einleitung des gerichtlichen Scheidungs- oder Aufhebungsverfahrens mindestens drei Jahre bestanden hat, davon mindestens ein Jahr im Bundesgebiet;
2. die eingetragene Partnerschaft bis zur Einleitung des gerichtlichen Auflösungsverfahrens mindestens drei Jahre bestanden hat, davon mindestens ein Jahr im Bundesgebiet;
3. ihnen die alleinige Obsorge für die Kinder des EWR-Bürgers übertragen wird;
4. es zur Vermeidung einer besonderen Härte erforderlich ist, insbesondere weil dem Ehegatten oder eingetragenem Partner wegen der Beeinträchtigung seiner

schutzwürdigen Interessen ein Festhalten an der Ehe oder eingetragenen Partnerschaft nicht zugemutet werden kann, oder

5. ihnen das Recht auf persönlichen Umgang mit dem minderjährigen Kind zugesprochen wird, sofern das Pflegschaftsgericht zur Auffassung gelangt ist, dass der Umgang – solange er für nötig erachtet wird – ausschließlich im Bundesgebiet erfolgen darf.

(6) Der Angehörige hat diese Umstände, wie insbesondere den Tod oder Wegzug des zusammenführenden EWR-Bürgers, die Scheidung der Ehe oder die Auflösung der eingetragenen Partnerschaft, der Behörde unverzüglich, bekannt zu geben.

(7) Liegt eine Aufenthaltsehe, Aufenthaltspartnerschaft oder Aufenthaltsadoption (§ 30), eine Zwangsehe oder Zwangspartnerschaft (§ 30a) oder eine Vortäuschung eines Abstammungsverhältnisses oder einer familiären Beziehung zu einem unionsrechtlich aufenthaltsberechtigten EWR-Bürger vor, ist ein Antrag gemäß Abs. 1 zurückzuweisen und die Zurückweisung mit der Feststellung zu verbinden, dass der Antragsteller nicht in den Anwendungsbereich des unionsrechtlichen Aufenthaltsrechts fällt."

IV.6. § 55 NAG sieht bei Nichtbestehen, Fortbestand und Überprüfung des Aufenthaltsrechtes für mehr als drei Monate Folgendes vor:

„§ 55. (1) EWR-Bürgern und ihren Angehörigen kommt das Aufenthaltsrecht gemäß §§ 51, 52, 53 und 54 zu, solange die dort genannten Voraussetzungen erfüllt sind.

(2) Der Fortbestand der Voraussetzungen kann bei einer Meldung gemäß §§ 51 Abs. 3 und 54 Abs. 6 oder aus besonderem Anlass wie insbesondere Kenntnis der Behörde vom Tod des unionsrechtlich aufenthaltsberechtigten EWR-Bürgers oder einer Scheidung überprüft werden.

(3) Besteht das Aufenthaltsrecht gemäß §§ 51, 52 und 54 nicht, weil eine Gefährdung aus Gründen der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit vorliegt, die Nachweise nach § 53 Abs. 2 oder § 54 Abs. 2 nicht erbracht werden oder die Voraussetzungen für dieses Aufenthaltsrecht nicht oder nicht mehr vorliegen, hat die Behörde den Betroffenen hievon schriftlich in Kenntnis zu setzen und ihm mitzuteilen, dass das Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl hinsichtlich einer möglichen Aufenthaltsbeendigung befasst wurde. Das Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl ist unverzüglich, spätestens jedoch gleichzeitig mit der Mitteilung an den Antragsteller, zu befassen. Dies gilt nicht in einem Fall gemäß § 54 Abs. 7. Während eines Verfahrens zur Aufenthaltsbeendigung ist der Ablauf der Frist gemäß § 8 VwGVG gehemmt.

(4) Unterbleibt eine Aufenthaltsbeendigung (§ 9 BFA-VG), hat das Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl dies der Behörde mitzuteilen. Sofern der Betroffene nicht bereits über eine gültige Dokumentation verfügt, hat die Behörde in diesem Fall die Dokumentation des Aufenthaltsrechts unverzüglich vorzunehmen oder dem Betroffenen einen Aufenthaltstitel zu erteilen, wenn dies nach diesem Bundesgesetz vorgesehen ist.

(5) Unterbleibt eine Aufenthaltsbeendigung von Drittstaatsangehörigen, die Angehörige sind, aber die Voraussetzungen nicht mehr erfüllen, ist diesen Angehörigen ein Aufenthaltstitel „Rot-Weiß-Rot – Karte plus" quotenfrei zu erteilen.

(6) Erwächst eine Aufenthaltsbeendigung in Rechtskraft, ist ein nach diesem Bundesgesetz anhängiges Verfahren einzustellen. Das Verfahren ist im Fall der Aufhebung einer Aufenthaltsbeendigung fortzusetzen, wenn nicht neuerlich eine aufenthaltsbeendende Maßnahme gesetzt wird."

V. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat hiezu erwogen.

V.1. Gemäß § 54 Abs. 1 NAG sind Drittstaatsangehörige, die Angehörige von unionsrechtlich aufenthaltsberechtigten EWR-Bürgern sind und die in § 52 Abs. 1 Z 1 bis 3 genannten Voraussetzungen erfüllen, zum Aufenthalt in Österreich für mehr als drei Monate berechtigt. Ihnen ist auf Antrag eine Aufenthaltskarte für die Dauer von fünf Jahren bzw. für eine allfällig geplante kürzere Aufenthaltsdauer auszustellen.

Der Bf hat die pakistanische Staatsbürgerschaft und ist damit Drittstaatsangehöriger iSd § 2 Abs. 1 Z 6 NAG. Auf Grund der am 16. Februar 2016 vollzogenen Eheschließung mit einer rumänischen Staatsbürgerin würde der Bf zunächst als Familienangehöriger einer unionsrechtlich aufenthaltsberechtigten EWR-Bürgerin iSd §§ 2 Abs. 1 Z 9 iVm 54 Abs. 1 NAG gelten. Der Bf hat dementsprechend auch einen Antrag auf Ausstellung einer Aufenthaltskarte gestellt.

Jedoch normiert § 54 Abs. 7 NAG, dass ein Antrag gemäß § 54 Abs. 1 NAG bei Vorliegen einer Aufenthaltsehe iSd § 30 NAG zurückzuweisen ist und die Zurückweisung mit der Feststellung zu verbinden ist, dass der Antragsteller nicht in den Anwendungsbereich des unionsrechtlichen Aufenthaltsrechtes fällt. Verfahrensgegenständlich ist genau dies der Fall.

Mit Bescheid des Bürgermeisters der Stadt Linz vom 2. November 2021, GZ: BA-4-AEG/70792, wurde (1.) das abgeschlossene Verfahren hinsichtlich des Antrages auf Ausstellung einer Aufenthaltskarte vom 25. Juni 2018 gemäß § 69 Abs. 1 Z 1 iVm Abs. 3 AVG von Amts wegen wiederaufgenommen und (2.) der Antrag vom 25. Juni 2018 auf Erteilung einer Aufenthaltskarte für Angehörige eines EWR-Bürgers gemäß § 54 Abs. 7 NAG zurückgewiesen und festgestellt, dass der Bf nicht in den Anwendungsbereich des unionsrechtlichen Aufenthaltsrechtes fällt. In weiterer Konsequenz hat dies zur Folge, dass auch die Aufenthaltskarte mit der Nummer X, mit einer Gültigkeit von 2. Juli 2019 bis 2. Juli 2024 gegenstandslos ist. Entsprechend der vorliegenden Entscheidung lag nämlich rückwirkend nie ein unionsrechtliches Aufenthaltsrecht vor.

Die gegen diesen Bescheid gerichtete Beschwerde des Bf vom 1. Dezember 2021 wurde mit Erkenntnis des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich vom 25. April 2022, GZ: LVwG-752439/17/KLi, als unbegründet abgewiesen.

V.2. Während des anhängigen Beschwerdeverfahrens stellte der Bf am 28. Dezember 2021 bei der nunmehr zuständigen und belangten Behörde einen Zweckänderungsantrag auf Erteilung eines Aufenthaltstitels „Rot-Weiß-Rot – Karte plus“.

Fraglich ist aber, inwiefern ein derartiger Zweckänderungsantrag gemäß § 26 NAG überhaupt gestellt werden kann. Insbesondere hat sich nämlich ergeben, dass der Bf niemals aufenthaltsberechtigt war, sodass es auch keinen Zweck gibt oder gab, der nunmehr geändert werden könnte.

Wie bereits die belangte Behörde in ihrem Bescheid zutreffend ausführt, verlangt einerseits ein Antrag auf Zweckänderung, dass zum Zeitpunkt des Einbringens des Antrages bereits ein Aufenthaltsrecht im Bundesgebiet vorliegen muss, dessen Zweck in weiterer Folge geändert werden soll; andererseits muss die Möglichkeit der Einbringung eines derartigen Antrages gesetzlich geregelt sein.

Wie die belangte Behörde zutreffend ausführt, liegt von vorne herein kein Aufenthaltsrecht (mehr) vor, welches die Grundlage für die Einbringung eines derartigen Antrages darstellen könnte. Auch der Umstand, dass der Antrag während der Geltung der Aufenthaltskarte eingebracht wurde, ändert daran nichts, zumal das Aufenthaltsrecht nicht mehr vorliegt bzw. nicht vorgelegen hat. Auch der Verweis des Bf auf § 41a Abs. 5 NAG geht ins Leere, zumal keine Rückstufung im Sinne des § 28 NAG vorgenommen wurde. Von einer solchen Rückstufung spricht das Gesetz dann, wenn Inhabern von Aufenthaltstiteln „Daueraufenthalt EU" gemäß § 45 NAG von Amts wegen ein befristeter Aufenthaltstitel „Rot-Weiß-Rot – Karte plus" gemäß § 28 Abs. 1 NAG erteilt wird. Diese Bestimmung kommt im vorliegenden Fall aber nicht zum Tragen.

Wie die belangte Behörde weiters korrekt ausführt, wäre allenfalls § 54 Abs. 5 iVm § 55 Abs. 3 und 5 NAG in Betracht zu ziehen. Demgemäß hat die Behörde bei Inhabern von Aufenthaltskarten gemäß § 54 NAG nach Bekanntwerden einer Scheidung zu überprüfen, ob dem Antragsteller das Aufenthaltsrecht im Rahmen der Aufenthaltskarte weiter zukommt. Dazu ist zunächst aber zu ergänzen, dass es sich um die Scheidung einer vormals rechtsgültigen Ehe handeln muss und nicht um die Scheidung einer Aufenthaltsehe gemäß ,§ 30 NAG. Bei positivem Prüfungsergebnis käme weiterhin ein Aufenthaltsrecht im Rahmen der Aufenthaltskarte, also die Beibehaltung des Aufenthaltsrechtes in Betracht. Bei negativem Prüfungsergebnis ist in weiterer Folge eine Prüfung durch das Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl gemäß § 55 Abs. 3 NAG einzuleiten. Erst dann, wenn das Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl entscheidet, dass eine Aufenthaltsbeendigung unterbleibt, wäre dem Fremden ein Aufenthaltstitel „Rot-Weiß-Rot – Karte plus" zu erteilen. Bei derartigen Verfahren handelt es sich aber um amtswegige Verfahren und nicht um solche, die mittels Antrag des Bf gestellt werden könnten.

V.3. Darüber hinaus ergibt sich schon aus den Bestimmungen des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes selbst, sowie aus dessen Gliederung, dass grundsätzlich zwei Systeme für Aufenthaltsrechte vorgesehen sind, nämlich die Gewährung von Aufenthaltstiteln nach § 8 NAG bzw. die Dokumentation des

unionsrechtlichen Aufenthaltsrechtes nach § 9 NAG. Alleine schon der Umstand, dass diese beiden Möglichkeiten in unterschiedlichen Bestimmungen reguliert sind, zeigt, dass diese nicht miteinander verknüpft werden können und auch kein antragstauglicher „Umstieg" von der einen Art des Aufenthaltes in die andere möglich ist.

V.4. Auch der Verwaltungsgerichtshof setzte sich mit den beiden Systemen auseinander.

V.4.1. In seinem Erkenntnis vom 18. November 2021, Ro 2021/22/0012, führte der Verwaltungsgerichtshof aus:

„§ 54 Abs. 7 NAG 2005 greift, wenn es sich bei der Ehe, auf die sich der Antrag auf Ausstellung einer Aufenthaltskarte stützte, um eine Aufenthaltsehe handelte, mangels tatsächlichen Bezugs zu einem EWR-Bürger auch in der Konstellation, in der die betreffende Ehe zum Zeitpunkt der Entscheidung des VwG bereits geschieden war. Für die Frage der Anwendbarkeit der Bestimmung des § 54 Abs. 7 NAG 2005 bei Bestehen einer Aufenthaltsehe kommt es darauf an, dass die in Rede stehenden Anträge auf Ausstellung einer Aufenthaltskarte im Hinblick auf die betreffende Ehe gestellt wurden (vgl. Materialien zum FrÄG 2009, RV 330 BlgNR 24. GP, 52)."

V.4.2. Insbesondere in seinem Erkenntnis vom 17. November 2011, 2009/21/0378, führte der Verwaltungsgerichtshof zur Unterscheidung von Aufenthaltstiteln nach § 8 NAG und von der Dokumentation des Aufenthaltsrechtes nach § 9 NAG Nachfolgendes aus:

„Aus § 8 und § 9 NAG geht deutlich hervor, dass der Gesetzgeber zwischen Aufenthaltstiteln und Dokumentationen von bereits auf gemeinschaftsrechtlicher Grundlage bestehenden Aufenthaltsrechten unterscheiden wollte (vgl. in diesem Sinn auch das hg. Erkenntnis vom 12. Oktober 2010, Zl. 2008/21/0564). Es kann sohin nicht davon ausgegangen werden, der Begriff "Aufenthaltstitel" umfasse auch eine auf der Basis eines nach dem Gemeinschaftsrecht bestehenden Aufenthaltsrechts ausgestellte Daueraufenthaltskarte. Diese dient nämlich - insoweit ist der belangten Behörde zuzustimmen - dazu , das durch § 54 Abs. 1 NAG in Umsetzung gemeinschaftsrechtlicher Verpflichtungen verliehene Recht auf Niederlassung lediglich zu dokumentieren, nicht aber es erst dem berechtigten Fremden konstitutiv zu verschaffen (vgl. das hg. Erkenntnis vom 3. April 2009, Zl. 2008/22/0439).
Daraus folgt aber, dass die ausschließlich auf die Verlängerung oder Zweckänderung von Aufenthaltstiteln abstellenden §§ 24 bis 26 NAG nicht anzuwenden sind, wenn - wie im Beschwerdefall - die Erteilung eines Aufenthaltstitels im Anschluss an die Dokumentation eines gemeinschaftsrechtlichen Aufenthaltsrechts beantragt wird. Es existiert auch keine gesetzliche Grundlage für den getroffenen feststellenden Ausspruch durch die Niederlassungsbehörde, dass der Fremde auf Grund des Gemeinschaftsrechts nicht (mehr) über ein Aufenthaltsrecht in Österreich verfüge.
In solchen Fällen ist vielmehr nach der speziell für Dokumentationen des gemeinschaftsrechtlichen Aufenthaltsrechts geltenden Regelung des § 55 NAG

vorzugehen. Demnach ist zunächst die Fremdenpolizeibehörde zu befassen, die die Frage des Bestehens des gemeinschaftsrechtlichen Aufenthaltsrechts und die Zulässigkeit einer Aufenthaltsbeendigung zu beurteilen hat. Dass § 55 NAG auch für den Fall des nachträglichen Wegfalls der Voraussetzungen des gemeinschaftsrechtlichen Aufenthaltsrechts gilt, wurde mit der Novellierung dieser Bestimmung durch das Fremdenrechtsänderungsgesetz 2009, BGBl. I Nr. 122, ausdrücklich klargestellt. Unterbleibt nach Befassung der Fremdenpolizeibehörde die Aufenthaltsbeendigung trotz Wegfalls der Voraussetzungen für das gemeinschaftsrechtliche Aufenthaltsrecht, so ist ein Aufenthaltstitel zu erteilen (vgl. ausdrücklich § 55 Abs. 4 und 5 NAG in den Fassungen des Fremdenrechtsänderungsgesetzes 2009 und - für das im Beschwerdefall fortzusetzende Verfahren maßgeblich - des Fremdenrechtsänderungsgesetzes 2011, BGBl. I Nr. 38).
Die belangte Behörde hat nach dem Gesagten die Rechtslage verkannt, indem sie nicht das in § 55 NAG vorgesehene Verfahren eingehalten hat, sondern - unter Bestätigung der erstinstanzlichen Feststellung betreffend den Verlust des gemeinschaftsrechtlichen Aufenthaltsrechts - sogleich über den Antrag des Beschwerdeführers auf Erteilung eines Aufenthaltstitels abgesprochen hat. Der angefochtene Bescheid war daher wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes gemäß § 42 Abs. 2 Z 1 VwGG aufzuheben."

V.5. Im Ergebnis hat die belangte Behörde daher den Antrag des Bf zurecht zurückgewiesen, zumal ein derartiges Verfahren nicht durch Antrag sondern von Amts wegen ausgelöst wird.

Dies zeigt auch die soeben zitierte Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofes vom 17.11.2011, 2009/21/0378, in der die dortige belangte Behörde den Antrag des Bf abgewiesen und nicht zurückgewiesen hat.

Jedoch hat sich auch ergeben, dass der Gesetzgeber entsprechend § 8 NAG und § 9 NAG zwischen Aufenthaltstiteln und der Dokumentation von bereits auf gemeinschaftsrechtlicher Grundlage bestehenden Aufenthaltsrechten unterscheiden wollte.

Ob im vorliegenden Fall nunmehr ein entsprechendes Prüfungsverfahren gemäß § 55 NAG vorzunehmen sei, ist nicht Gegenstand dieses – durch den Antrag des Bf ausgelösten – Verfahrens. Inwiefern die belangte Behörde ein solches Prüfungsverfahren im Sinne von § 55 NAG beim Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl veranlasst bzw. dieses damit befasst wird, kann im vorliegenden Fall dahingestellt bleiben.

V.6. Festgehalten sei jedoch, dass sich der Verwaltungsgerichtshof mit der Frage, ob der Bf noch als begünstigter Drittstaatsangehöriger zu behandeln sein könnte, ebenfalls bereits auseinandersetzte.

V.6.1. So führte der Verwaltungsgerichtshof in seinem Erkenntnis vom 7. Oktober 2021, Ra 2021/21/0143, Nachfolgendes aus:

„In Bezug auf Drittstaatsangehörige, die mit einem sein Freizügigkeitsrecht in Österreich ausübenden EWR-Bürger eine Aufenthaltsehe eingegangen waren, ist (ua) § 66 FrPolG 2005 "maßgeblich" (vgl. VwGH 16.4.2021, Ra 2020/21/0462; VwGH 23.3.3017, Ra 2016/21/0349). In diesem Zusammenhang ist ein Drittstaatsangehöriger auch dann, wenn die Ehe mit dem EWR-Bürger als Aufenthaltsehe zu qualifizieren ist, als "begünstigter Drittstaatsangehöriger" iSd § 2 Abs. 4 Z 11 FrPolG 2005 zu behandeln. Demzufolge ist gegen ihn eine Ausweisung (und keine Rückkehrentscheidung) zu erlassen; und zwar jedenfalls solange keine rechtskräftige Feststellung iSd. § 54 Abs. 7 NAG 2005 vorliegt. Demnach ist auch in diesen Fällen, in denen einem Drittstaatsangehörigen von Anfang an kein unionsrechtliches Aufenthaltsrecht zukam, sondern er sogar darüber getäuscht hat, die Erlassung einer Ausweisung nach § 66 FrPolG 2005 geboten. Für dieses Ergebnis spricht auch, dass das NAG 2005 eine negative Erledigung eines Antrags auf Ausstellung einer Aufenthaltskarte durch die Niederlassungsbehörde nur in seinem § 54 Abs. 7 vorsieht. Danach ist ein Antrag auf Ausstellung einer Aufenthaltskarte (ua) bei Vorliegen einer Aufenthaltsehe mit einem unionsrechtlich aufenthaltsberechtigten EWR-Bürger zurückzuweisen und die Zurückweisung mit der Feststellung zu verbinden, dass der Antragsteller nicht in den Anwendungsbereich des unionsrechtlichen Aufenthaltsrechts fällt. Lediglich im Fall einer derartigen Feststellung gemäß § 54 Abs. 7 NAG 2005 hat dann keine Ausweisung nach § 66 FrPolG 2005 zu ergehen, sondern die Erlassung einer Rückkehrentscheidung nach § 52 FrPolG 2005 zu erfolgen (vgl. VwGH 2.9.2021, Ra 2021/21/0087). Nach der in den Gesetzesmaterialien zu § 54 Abs. 7 NAG 2005 (RV zum FrÄG 2009, 330 BlgNR 24. GP 52) zum Ausdruck kommenden Zielsetzung des Gesetzgebers, sollen in den in dieser Bestimmung genannten Fällen von Rechtsmissbrauch die begünstigenden Normen des § 55 NAG 2005 und die Sondernormen des FrPolG 2005 für begünstigte Drittstaatsangehörige - dazu zählt ua § 66 FrPolG 2005 - nicht zur Anwendung kommen. Das findet auch im dritten Satz des § 55 Abs. 3 NAG 2005, wonach die vorstehenden Regelungen in den beiden ersten Sätzen "in einem Fall gemäß § 54 Abs. 7 NAG 2005" nicht gelten, seinen Niederschlag. Daraus ist zu folgern, dass es in allen anderen Fällen bei der in § 55 Abs. 3 NAG 2005 iVm § 66 Abs. 1 FrPolG 2005 grundgelegten Vorgangsweise bleiben soll. Gibt es daher keine bindende feststellende Entscheidung darüber, dass der sich auf ein unionsrechtliches Aufenthaltsrecht berufende Drittstaatsangehörige nicht in dessen Anwendungsbereich fällt, die eben nur für die Fälle des § 54 Abs. 7 NAG 2005 vorgesehen ist, so ist das von ihm geltend gemachte Vorliegen der Voraussetzungen für dieses Aufenthaltsrecht (hier also nach § 52 Abs. 1 Z 3 NAG 2005) vom gemäß § 55 Abs. 3 NAG 2005 von der Niederlassungsbehörde befassten BFA als Vorfrage im Rahmen des Verfahrens zur Erlassung einer Ausweisung zu prüfen. Die Ausweisung eines Drittstaatsangehörigen setzt auch nicht voraus, dass ihm bereits eine Aufenthaltskarte ausgestellt wurde (vgl. VwGH 16.4.2021, Ra 2020/21/0462).“

V.6.2. Im gegenständlichen Fall liegt eine rechtskräftige Feststellung nach § 54 Abs. 7 NAG vor, sodass der Bf nicht mehr als begünstigter Drittstaatsangehöriger zu behandeln ist.

V.7. Im Ergebnis war daher die Beschwerde als unbegründet abzuweisen.

VI. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

VI.1. 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. Es liegen auch keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

VI.2. Darüber hinaus steht die vorliegende Entscheidung im Einklang mit der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes, insbesondere mit der oben zitierten Entscheidung vom 17. November 2011, 2009/21/0378. Insbesondere steht die vorliegende Entscheidung im Einklang damit, dass Zweckänderungsanträge im Sinne von § 28 NAG zwischen dem System des § 8 NAG und jenem des § 9 NAG nicht vorgesehen sind.

VI.3. Ebenso steht die vorliegende Entscheidung im Einklang mit dem Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 18. November 2021, Ro 2021/22/0012, wonach auch eine bereits geschiedene Ehe als Aufenthaltsehe iSv § 30 NAG relevant ist.

VI.4. Schließlich steht die vorliegende Entscheidung im Einklang mit dem Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 7. Oktober 2021, Ra 2021/21/0143, wonach der Bf aufgrund der bindenden Feststellung nach § 54 Abs. 7 NAG nicht mehr als begünstigter Drittstaatsangehöriger zu behandeln ist.

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

Gegen diese Entscheidung 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. Ein Verzicht ist schriftlich bekanntzugeben oder zu Protokoll zu erklären. 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.

H i n w e i s

Verfahrenshilfe ist einer Partei zur Gänze oder zum Teil zu bewilligen, wenn die Partei 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.

Einer juristischen Person oder einem sonstigen parteifähigen Gebilde ist die Verfahrenshilfe zu bewilligen, wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel weder von ihr/ihm noch von den an der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können, und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint; das Gleiche gilt für ein behördlich bestelltes Organ oder einen gesetzlichen Vertreter, die für eine Vermögensmasse auftreten, wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel weder aus der Vermögensmasse noch von den an der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können.

Für das Beschwerdeverfahren ist ein Antrag auf Verfahrenshilfe innerhalb der Rechtsmittelfrist beim Verfassungsgerichtshof einzubringen.

Für das Revisionsverfahren ist ein Antrag auf Verfahrenshilfe innerhalb der Rechtsmittelfrist beim Verwaltungsgerichtshof einzubringen. Im Antrag ist, soweit zumutbar, kurz zu begründen, warum die Revision entgegen dem Ausspruch des Verwaltungsgerichtes für zulässig erachtet wird.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Dr. Lidauer