

TE Lvwg Beschluss 2014/10/23 VGW-151/059/30739/2014

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 23.10.2014

Entscheidungsdatum

23.10.2014

Index

41/02 Passrecht Fremdenrecht

19/05 Menschenrechte

Norm

NAG §11 Abs3

NAG §43 Abs3

NAG §44a

NAG §44b

EMRK Art 8

1. NAG § 11 heute
 2. NAG § 11 gültig ab 07.03.2023 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 206/2021
 3. NAG § 11 gültig von 19.10.2017 bis 06.03.2023 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 145/2017
 4. NAG § 11 gültig von 01.10.2017 bis 18.10.2017 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 84/2017
 5. NAG § 11 gültig von 01.10.2017 bis 30.09.2017 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 68/2017
 6. NAG § 11 gültig von 20.07.2015 bis 30.09.2017 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 70/2015
 7. NAG § 11 gültig von 01.01.2014 bis 19.07.2015 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 68/2013
 8. NAG § 11 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 87/2012
 9. NAG § 11 gültig von 01.07.2011 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 38/2011
 10. NAG § 11 gültig von 01.01.2011 bis 30.06.2011 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 111/2010
 11. NAG § 11 gültig von 01.01.2010 bis 31.12.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 135/2009
 12. NAG § 11 gültig von 01.01.2010 bis 31.12.2009 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 122/2009
 13. NAG § 11 gültig von 01.04.2009 bis 31.12.2009 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 29/2009
 14. NAG § 11 gültig von 01.01.2006 bis 31.03.2009 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 157/2005
 15. NAG § 11 gültig von 01.01.2006 bis 31.12.2005
-
1. NAG § 43 heute
 2. NAG § 43 gültig ab 01.10.2022 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 106/2022
 3. NAG § 43 gültig von 19.10.2017 bis 30.09.2022 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 145/2017
 4. NAG § 43 gültig von 01.10.2017 bis 18.10.2017 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 84/2017
 5. NAG § 43 gültig von 01.01.2014 bis 30.09.2017 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 68/2013

6. NAG § 43 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 87/2012
7. NAG § 43 gültig von 01.09.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 50/2012
8. NAG § 43 gültig von 01.07.2011 bis 31.08.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 38/2011
9. NAG § 43 gültig von 01.01.2010 bis 30.06.2011 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 122/2009
10. NAG § 43 gültig von 01.04.2009 bis 31.12.2009 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 29/2009
11. NAG § 43 gültig von 01.01.2006 bis 31.03.2009

1. NAG § 44a heute
2. NAG § 44a gültig ab 19.10.2017 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 145/2017
3. NAG § 44a gültig von 01.10.2017 bis 18.10.2017 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 84/2017
4. NAG § 44a gültig von 01.01.2014 bis 30.09.2017 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 87/2012
5. NAG § 44a gültig von 01.07.2011 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 38/2011
6. NAG § 44a gültig von 01.04.2009 bis 30.06.2011 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 29/2009
1. NAG § 44b gültig von 01.09.2012 bis 31.12.2013 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 87/2012
2. NAG § 44b gültig von 01.07.2011 bis 31.08.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 38/2011
3. NAG § 44b gültig von 01.01.2010 bis 30.06.2011 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 122/2009
4. NAG § 44b gültig von 01.04.2009 bis 31.12.2009 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 29/2009
1. EMRK Art. 8 heute
2. EMRK Art. 8 gültig ab 01.05.2004

Text

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch seinen Richter Dr. Schattauer über die Beschwerde der Frau Z., geb. am ...1948, STA: China, vertreten durch Rechtsanwalt, gegen den Bescheid des Landeshauptmannes von Wien, Magistratsabteilung 35 - Einwanderung, Staatsbürgerschaft, Standesamt - Referat Studierende u Humanitäre, vom 31.7.2014, Zahl MA35-9/2954212-01, mit welchem der Antrag vom 31.8.2012 auf Erteilung des Aufenthaltstitels "Niederlassungsbewilligung" gemäß § 43 Abs. 3 NAG, abgewiesen wurde, den Das Verwaltungsgericht Wien hat durch seinen Richter Dr. Schattauer über die Beschwerde der Frau Z., geb. am ...1948, STA: China, vertreten durch Rechtsanwalt, gegen den Bescheid des Landeshauptmannes von Wien, Magistratsabteilung 35 - Einwanderung, Staatsbürgerschaft, Standesamt - Referat Studierende u Humanitäre, vom 31.7.2014, Zahl MA35-9/2954212-01, mit welchem der Antrag vom 31.8.2012 auf Erteilung des Aufenthaltstitels "Niederlassungsbewilligung" gemäß Paragraph 43, Absatz 3, NAG, abgewiesen wurde, den

B E S C H L U S S

gefasst:

I. Der Beschwerde wird stattgegeben. Der Bescheid des Landeshauptmannes von Wien, Magistratsabteilung 35, vom 31.7.2014, GZ MA 35-9/2954212-01, wird aufgehoben und die Angelegenheit insoweit zur Erlassung eines neuen Bescheides gemäß § 28 Abs. 3 Satz 2 VwGVG an den Landeshauptmann von Wien zurückverwiesen. römisch eins. Der Beschwerde wird stattgegeben. Der Bescheid des Landeshauptmannes von Wien, Magistratsabteilung 35, vom 31.7.2014, GZ MA 35-9/2954212-01, wird aufgehoben und die Angelegenheit insoweit zur Erlassung eines neuen Bescheides gemäß Paragraph 28, Absatz 3, Satz 2 VwGVG an den Landeshauptmann von Wien zurückverwiesen.

II. Gegen dieses Beschluss ist gemäß § 25a VwGG eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 B-VG zulässig. römisch zwei. Gegen dieses Beschluss ist gemäß Paragraph 25 a, VwGG eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Artikel 133, Absatz 4, B-VG zulässig.

Entscheidungsgründe:

Mit dem genannten Bescheid vom 31.7.2014 wurde der Antrag der am ...1948 geborenen Beschwerdeführerin, einer chinesischen Staatsangehörigen, auf Erteilung eines Aufenthaltstitels "Niederlassungsbewilligung" gemäß § 43 Abs. 3 NAG abgewiesen. Mit dem genannten Bescheid vom 31.7.2014 wurde der Antrag der am ...1948 geborenen Beschwerdeführerin, einer chinesischen Staatsangehörigen, auf Erteilung eines Aufenthaltstitels "Niederlassungsbewilligung" gemäß Paragraph 43, Absatz 3, NAG abgewiesen.

Als Rechtsgrundlage für diese Entscheidung werden die §§ 43 Abs. 3 iVm § 44b Abs 1 Z 1 NAG, BGBl. I Nr. 100/2005 idF

vor BGBl. I Nr. 87/2012 genannt. Als Rechtsgrundlage für diese Entscheidung werden die Paragraphen 43, Absatz 3, in Verbindung mit Paragraph 44 b, Absatz eins, Ziffer eins, NAG, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 100 aus 2005, in der Fassung vor Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 87 aus 2012, genannt.

In der Begründung dieses Bescheides wird - in Übereinstimmung mit dem Akteninhalt - das Folgende ausgeführt:

„Wie das Ermittlungsverfahren ergab, reisten Sie am 9.6.2012 legal in das Bundesgebiet ein und stellten am 31.8.2012 einen Antrag auf Erteilung einer Niederlassungsbewilligung zur Aufrechterhaltung und Familienleben gem. Art 8 EMRK. „Wie das Ermittlungsverfahren ergab, reisten Sie am 9.6.2012 legal in das Bundesgebiet ein und stellten am 31.8.2012 einen Antrag auf Erteilung einer Niederlassungsbewilligung zur Aufrechterhaltung und Familienleben gem. Artikel 8, EMRK.

Ihren Antrag begründen Sie damit, dass in Ihrem Heimatland keine Familie mehr wohnt und Ihre Tochter hier im Bundesgebiet niedergelassen ist.

Sie legten keinerlei Nachweise über Ihre sprachliche, berufliche oder soziale Integration vor.

Mit Schreiben vom 13.3.2013 erging die Einholung einer Stellungnahme gem. § 43 Abs. 3 NAG an die Landespolizeidirektion Wien, Büro II Instanz. Mit Schreiben vom 13.3.2013 erging die Einholung einer Stellungnahme gem. Paragraph 43, Absatz 3, NAG an die Landespolizeidirektion Wien, Büro römisch zwei Instanz.

Mit begründeter Stellungnahme der Landespolizeidirektion Wien, Büro II Instanz, vom 17.7.2013, Zahl E1/... stellte diese die Zulässigkeit von aufenthaltsbeendende Maßnahmen fest und veranlasste die Einleitung dieser und sprach sich gegen die Erteilung des Aufenthaltstitels aus. Mit begründeter Stellungnahme der Landespolizeidirektion Wien, Büro römisch zwei Instanz, vom 17.7.2013, Zahl E1/... stellte diese die Zulässigkeit von aufenthaltsbeendende Maßnahmen fest und veranlasste die Einleitung dieser und sprach sich gegen die Erteilung des Aufenthaltstitels aus.

Mit Verständigung vom Ergebnis der Beweisaufnahme vom 1.8.2013 wurde Ihnen diese Stellungnahme zur Kenntnis gebracht und Ihnen mitgeteilt, dass aufgrund dieser beabsichtigt ist Ihren Antrag als abzuweisen. Es wurde Ihnen die Gelegenheit geboten, innerhalb der gesetzten Frist eine Stellungnahme abzugeben. Dieses Schreiben wurde Ihrem rechtsfreundlichen Vertreter Dr. N. am 5.8.2013 nachweislich zugestellt.

Der Stellungnahme vom 19.8.2013 konnten keine wesentlichen Änderungen entnommen werden. Sie legten bereits aktenkundige Arztbriefe und Befunde vor.

Sie brachten keine Umstände vor, welche eine Neubewertung aus dem Blickwinkel des Art. 8 EMRK bewirkt und eine entscheidungsrelevante Änderung des Sachverhaltes im Sinne des § 11 Abs. 3 NAG hervorgebracht werden kann. Sie brachten keine Umstände vor, welche eine Neubewertung aus dem Blickwinkel des Artikel 8, EMRK bewirkt und eine entscheidungsrelevante Änderung des Sachverhaltes im Sinne des Paragraph 11, Absatz 3, NAG hervorgebracht werden kann.

Aufgrund der Stellungnahme der Landespolizeidirektion Wien, Büro II Instanz ist Ihr Antrag abzuweisen. Die Gründe wurde ausführlich dargelegt und die Abwägung nach Art. 8 EMRK eingehend geprüft. „Aufgrund der Stellungnahme der Landespolizeidirektion Wien, Büro römisch zwei Instanz ist Ihr Antrag abzuweisen. Die Gründe wurde ausführlich dargelegt und die Abwägung nach Artikel 8, EMRK eingehend geprüft.“

Gegen diesen Bescheid, dem rechtsfreundlichen Vertreter der Beschwerdeführerin am 4.8.2014 zugestellt, richtete sich die form- und fristgerecht eingebrachte Beschwerde vom 1.9.2014.

Darin wird im Wesentlichen vorgebracht, die belangte Behörde habe rechtswidrig die einfachgesetzliche Bestimmung des § 44a NAG idF vor BGBl. I Nr. 87/2012 nicht angewendet, das in § 43 Abs. 3 leg. cit. eingeräumte Ermessen fehlerhaft ausgeübt sowie die in Verfassungsrang stehende Bestimmung des Art 8 EMRK nicht fehlerfrei angewendet. Wie im Verfahren vor der belangten Behörde bereits ausgeführt und durch vorgelegte Urkunden bzw. Aussagen unter Beweis gestellt worden sei, sei die Beschwerdeführerin auf Unterstützung und Versorgung angewiesen, die ihr mit ihren Einkünften von zuletzt € 235,- monatlich in ihrem Heimatstaat China nicht zur Verfügung stehe. Nach den im Akt einliegenden Gutachten leide die Beschwerdeführerin unter einer klinisch manifesten Osteoporose mit Wirbelkörperfrakturen in mehreren Segmenten der Wirbelsäule, einer Demenzerkrankung und einem noch in China erlittenen Schlaganfall mit (damaliger) Halbseitenlähmung. Mit diesem Vorbringen habe sich die belangte Behörde nicht auseinandergesetzt. Nach den im Beschwerdeverfahren vor dem Verwaltungsgericht Wien im Erkenntnis VGW-

051/055/7844/2014-12 getroffenen Feststellungen lägen die Tatsachen, die Gegenstand einer Haftungserklärung im Sinne des § 2 (1) Z 15 NAG seien, vor. Beantragt werde, dem Antrag auf Erteilung einer Niederlassungsbewilligung gemäß § 43 Abs. 3 NAG nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung stattzugeben, in eventuelle, den angefochtenen Bescheid gem. § 28 Abs. 3, 4 VwGVG mit Beschluss aufzuheben und die Angelegenheit zur Erlassung eines neuen Bescheides an die belangte Behörde zurück zu verweisen. Darin wird im Wesentlichen vorgebracht, die belangte Behörde habe rechtswidrig die einfachgesetzliche Bestimmung des Paragraph 44 a, NAG in der Fassung vor Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 87 aus 2012, nicht angewendet, das in Paragraph 43, Absatz 3, leg. cit. eingeräumte Ermessen fehlerhaft ausgeübt sowie die in Verfassungsrang stehende Bestimmung des Artikel 8, EMRK nicht fehlerfrei angewendet. Wie im Verfahren vor der belangten Behörde bereits ausgeführt und durch vorgelegte Urkunden bzw. Aussagen unter Beweis gestellt worden sei, sei die Beschwerdeführerin auf Unterstützung und Versorgung angewiesen, die ihr mit ihren Einkünften von zuletzt € 235,- monatlich in ihrem Heimatstaat China nicht zur Verfügung stehe. Nach den im Akt einliegenden Gutachten leide die Beschwerdeführerin unter einer klinisch manifesten Osteoporose mit Wirbelkörperbrüchen in mehreren Segmenten der Wirbelsäule, einer Demenzerkrankung und einem noch in China erlittenen Schlaganfall mit (damaliger) Halbseitenlähmung. Mit diesem Vorbringen habe sich die belangte Behörde nicht auseinandergesetzt. Nach den im Beschwerdeverfahren vor dem Verwaltungsgericht Wien im Erkenntnis VGW-051/055/7844/2014-12 getroffenen Feststellungen lägen die Tatsachen, die Gegenstand einer Haftungserklärung im Sinne des Paragraph 2, (1) Ziffer 15, NAG seien, vor. Beantragt werde, dem Antrag auf Erteilung einer Niederlassungsbewilligung gemäß Paragraph 43, Absatz 3, NAG nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung stattzugeben, in eventuelle, den angefochtenen Bescheid gem. Paragraph 28, Absatz 3, 4, VwGVG mit Beschluss aufzuheben und die Angelegenheit zur Erlassung eines neuen Bescheides an die belangte Behörde zurück zu verweisen.

Die Verwaltungsbehörde legte die Beschwerde samt Verwaltungsakt mit Schreiben vom 10.9.2014 an das zur Entscheidung berufene Landesverwaltungsgericht Wien vor. Auf die Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung wurde verzichtet.

Soweit für vorliegende Entscheidung maßgeblich, sind aus dem Akteninhalt des vorgelegten Verwaltungsaktes folgende Feststellungen zu treffen:

Der Erstantrag auf Erteilung des Aufenthaltstitels "Niederlassungsbewilligung (Aufrechterhaltung des Privat- und Familienlebens, Art 8 EMRK), dies nach Aufforderung zur Verbesserung seitens der belangten Behörde mit Schreiben vom 19.2.2013, wurde von der Beschwerdeführerin persönlich am 31.8.2012 bei der belangten Behörde eingebracht. Auf das bis 19.7.2018 gültige Reisedokument, das im Besitz eines Aufenthaltstitels befindliche, unterhaltspflichtige Kind Z. H., geb. ...1980, den beabsichtigten Wohnsitz, das Vorhandensein einer aufrechten Krankenversicherung sowie die gerichtliche Unbescholtenheit wurde im Antrag hingewiesen. Der Erstantrag auf Erteilung des Aufenthaltstitels "Niederlassungsbewilligung (Aufrechterhaltung des Privat- und Familienlebens, Artikel 8, EMRK), dies nach Aufforderung zur Verbesserung seitens der belangten Behörde mit Schreiben vom 19.2.2013, wurde von der Beschwerdeführerin persönlich am 31.8.2012 bei der belangten Behörde eingebracht. Auf das bis 19.7.2018 gültige Reisedokument, das im Besitz eines Aufenthaltstitels befindliche, unterhaltspflichtige Kind Z. H., geb. ...1980, den beabsichtigten Wohnsitz, das Vorhandensein einer aufrechten Krankenversicherung sowie die gerichtliche Unbescholtenheit wurde im Antrag hingewiesen.

In einem Begleitschreiben vom 30.8.2012 zu diesem Antrag verweist die Beschwerdeführerin darauf, dass sie am 9.6.2012 mit einem C-Visum legal nach Österreich eingereist und seitdem durchgängig im Bundesgebiet aufhältig sei. Sie sei Pensionistin mit einem monatlichen Pensionsbezug von € 250,-. Sie sei verwitwet und habe in China keine nahen Verwandten mehr. Ihre einzige Tochter H. Z. lebe seit sieben Jahren in Österreich, bei ihr sei sie mitversichert. Die Tochter und ihr Schwiegersohn würden sie seit Jahren finanziell unterstützen und könne sie kostenlos bei ihnen wohnen. Sie habe bereits drei Schlaganfälle gehabt, habe Beschwerden an der Wirbelsäule und verschlechtere sich ihr Gesundheitszustand zusehends. So werde sie langsam zu einem Pflegefall und bräuchte daher ihre Tochter. Sie sei schon so krank, dass sie nicht mehr alleine leben könne.

Dieses Vorbringen wird durch verschiedene, dem Antrag beiliegende Urkunden bescheinigt.

Aus einem ärztlichen Attest vom 31.8.2012 ergibt sich, dass die Beschwerdeführerin an starkem Schwindel und rezidivierenden Stürzen bei Status nach Insult leidet. Ein weiterer Befund vom 24.10.2012 attestiert:

„Ergebnis:

Mittelgradige bis deutliche Demineralisation. Mittelgradige bis deutliche s-förmige Skoliose der WS. Im BWS-Bereich Verminderung der physiologischen Kyphosestellung. Mäßiger Deckplatteneinbruch des 11. BWK, sowie mittelgradiger Deckplatteneinbruch des 12. BWK, sowie deutlicher Deckplatteneinbruch des 1 LWK, in erster Linie porotischer Genese. Leichte Retrolisthese de 2. LWK. Partielle Sakralisation des 5. LWK. Mäßige bis mittelgradige Osteochondrose in Höhe L2-Übergangswirbel. Mäßige bis mittelgradige Spondylopathia deformans in Höhe L1-4. Drehgleiten des 3. LWK nach links.“

Zu diesem Antrag wurde von der Landespolizeidirektion Wien eine Stellungnahme gem.§ 43 Abs. 3 NAG eingeholt. In dieser Stellungnahme vom 17.7.2013 hat sich die Fremdenpolizeibehörde gegen die Erteilung eines Aufenthaltstitels ausgesprochen. Als Ergebnis der Stellungnahme wurde rubrikenhaft die "Zulässigkeit von aufenthaltsbeendenden Maßnahmen" sowie "aufenthaltsbeendende Maßnahmen werden eingeleitet" angekreuzt.Zu diesem Antrag wurde von der Landespolizeidirektion Wien eine Stellungnahme gem. Paragraph 43, Absatz 3, NAG eingeholt. In dieser Stellungnahme vom 17.7.2013 hat sich die Fremdenpolizeibehörde gegen die Erteilung eines Aufenthaltstitels ausgesprochen. Als Ergebnis der Stellungnahme wurde rubrikenhaft die "Zulässigkeit von aufenthaltsbeendenden Maßnahmen" sowie "aufenthaltsbeendende Maßnahmen werden eingeleitet" angekreuzt.

Begründend wurde in dieser Stellungnahme Folgendes ausgeführt:

„Die Antragstellerin reiste am 09.06.2012 mit einem bis 03.09.2012 gültigen Visum C nach Österreich. Im Bundesgebiet verfügt sie über familiäre Bindungen zu ihrer Tochter und ihrem Schwiegersohn.

Seit Ablauf ihres Visums hält sich die Antragstellerin unrechtmäßig im Bundesgebiet auf, was insofern schwer wiegt, als nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes der Befolgung der die Einreise und den Aufenthalt von Fremden regelnden Vorschriften durch den Normadressaten aus der Sicht des Schutzes und der Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung (Art 8 MRK) ein besonders hoher Stellenwert zukommt. Gegen diese Bestimmung hat die Antragstellerin auf Grund ihrer Nichtausreise nach Ablauf des Visums verstoßen.Seit Ablauf ihres Visums hält sich die Antragstellerin unrechtmäßig im Bundesgebiet auf, was insofern schwer wiegt, als nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes der Befolgung der die Einreise und den Aufenthalt von Fremden regelnden Vorschriften durch den Normadressaten aus der Sicht des Schutzes und der Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung (Artikel 8, MRK) ein besonders hoher Stellenwert zukommt. Gegen diese Bestimmung hat die Antragstellerin auf Grund ihrer Nichtausreise nach Ablauf des Visums verstoßen.

Die Antragstellerin ist bislang im Inland keiner Beschäftigung nachgegangen und kann sich auf Grund ihres kurzen Aufenthaltes in Österreich auch nicht auf einen relevanten Grad ihrer Integration berufen. Dazu kommt, dass ihr Aufenthalt von vornherein nicht auf Dauer, sondern lediglich auf touristische Zwecke bis Ablauf ihres Visums gerichtet war. Vor diesem Hintergrund erfahren die familiären Bindungen zu ihrer Tochter sowie ihrem Schwiegersohn eine erhebliche Relativierung. Allfällige medizinische Betreuung kann die Antragstellerin auch in ihrem Heimatland erhalten.

Zusammengefasst ist daher festzustellen, dass ein weiterer inländischer Aufenthalt der Antragstellerin maßgeblichen öffentlichen Interessen zuwiderläuft und eine Rückkehrentscheidung gegen ihre Person auch unter dem Blickwinkel des Art 8 MRK zulässig ist.“Zusammengefasst ist daher festzustellen, dass ein weiterer inländischer Aufenthalt der Antragstellerin maßgeblichen öffentlichen Interessen zuwiderläuft und eine Rückkehrentscheidung gegen ihre Person auch unter dem Blickwinkel des Artikel 8, MRK zulässig ist.“

Über Vorhalt dieser Stellungnahme führte die Beschwerdeführerin mit Schriftsatz vom 19.8.2013 aus, dass sie in China keine nahen Verwandten mehr habe und nicht mehr alleine leben könne, da sie ständiger Betreuung bedürfe. Vor diesem Hintergrund könne die von der LPD Wien ins Treffen geführte "erhebliche Relativierung" der familiären Bindungen zur Tochter und zum Schwiegersohn "nicht stattfinden". Aufgrund einer lange zurück liegenden Verletzung könne die Einschreiterin auch nicht mehr mit ihren Händen arbeiten, mit der rechten Hand könne sie keine Gegenstände halten. Ein "mangelndes Beschäftigungsverhältnis" könne ihr daher nicht vorgehalten werden. Dazu wurden weitere Arztbefunde vorgelegt.

In weiterer Folge wurde der nunmehr angefochtene Bescheid vom 31.7.2014 erlassen.

Das Verwaltungsgericht Wien hat erwogen:

Die im Beschwerdefall maßgeblichen Bestimmungen nach dem NAG lauten:

„Niederlassungsbewilligung“

§ 43. ...Paragraph 43, ...

(3) Im Bundesgebiet aufhältigen Drittstaatsangehörigen ist von Amts wegen (§ 44a) oder auf begründeten Antrag (§ 44b), der bei der örtlich zuständigen Behörde im Inland einzubringen ist, eine „Niederlassungsbewilligung“ zu erteilen, wenn(3) Im Bundesgebiet aufhältigen Drittstaatsangehörigen ist von Amts wegen (Paragraph 44 a,) oder auf begründeten Antrag (Paragraph 44 b,)), der bei der örtlich zuständigen Behörde im Inland einzubringen ist, eine „Niederlassungsbewilligung“ zu erteilen, wenn

1.

kein Erteilungshindernis gemäß § 11 Abs. 1 Z 1, 2 oder 4 vorliegt und kein Erteilungshindernis gemäß Paragraph 11, Absatz eins, Ziffer eins, 2, oder 4 vorliegt und

1. kein Erteilungshindernis gemäß § 11 Abs. 1 Z 1, 2 oder 4 vorliegt undkein Erteilungshindernis gemäß Paragraph 11, Absatz eins, Ziffer eins, 2, oder 4 vorliegt und

2.

dies gemäß § 11 Abs. 3 zur Aufrechterhaltung des Privat- und Familienlebens im Sinne des Art. 8 EMRK geboten ist. dies gemäß Paragraph 11, Absatz 3, zur Aufrechterhaltung des Privat- und Familienlebens im Sinne des Artikel 8, EMRK geboten ist.

2. dies gemäß § 11 Abs. 3 zur Aufrechterhaltung des Privat- und Familienlebens im Sinne des Art. 8 EMRK geboten ist.dies gemäß Paragraph 11, Absatz 3, zur Aufrechterhaltung des Privat- und Familienlebens im Sinne des Artikel 8, EMRK geboten ist.

...

Besondere Verfahrensbestimmungen

§ 44a. (1) Die Behörde hat einen Aufenthaltstitel gemäß §§ 41a Abs. 9 oder 43 Abs. 3 von Amts wegen zu erteilen, wenn eine Ausweisung des Drittstaatsangehörigen gemäß § 10 AsylG 2005 oder eine Rückkehrentscheidung gemäß § 52 FPG oder eine Ausweisung gemäß § 66 FPG jeweils auf Grund des § 61 FPG rechtskräftig auf Dauer für unzulässig erklärt wurde. § 73 AVG gilt. Die Frist gemäß § 73 Abs. 1 AVG beginnt mit der Zustellung der gemäß § 22 Abs. 9 AsylG 2005 oder § 105 Abs. 7 FPG zu übermittelnden Entscheidung an die Behörde.Paragraph 44 a, (1) Die Behörde hat einen Aufenthaltstitel gemäß Paragraphen 41 a, Absatz 9, oder 43 Absatz 3, von Amts wegen zu erteilen, wenn eine Ausweisung des Drittstaatsangehörigen gemäß Paragraph 10, AsylG 2005 oder eine Rückkehrentscheidung gemäß Paragraph 52, FPG oder eine Ausweisung gemäß Paragraph 66, FPG jeweils auf Grund des Paragraph 61, FPG rechtskräftig auf Dauer für unzulässig erklärt wurde. Paragraph 73, AVG gilt. Die Frist gemäß Paragraph 73, Absatz eins, AVG beginnt mit der Zustellung der gemäß Paragraph 22, Absatz 9, AsylG 2005 oder Paragraph 105, Absatz 7, FPG zu übermittelnden Entscheidung an die Behörde.

1. (2)Absatz 2,In einem Verfahren gemäß § 24 Abs. 4 oder § 26 gestellte Anträge auf Erteilung eines Aufenthaltstitels gemäß § 41a Abs. 9 oder 10 sowie § 43 Abs. 3 oder 4 sind unzulässig.In einem Verfahren gemäß Paragraph 24, Absatz 4, oder Paragraph 26, gestellte Anträge auf Erteilung eines Aufenthaltstitels gemäß Paragraph 41 a, Absatz 9, oder 10 sowie Paragraph 43, Absatz 3, oder 4 sind unzulässig.

§ 44b. (1) Liegt kein Fall des § 44a Abs. 1 vor, sind Anträge gemäß §§ 41a Abs. 9 oder 43 Abs. 3 als unzulässig zurückzuweisen, wennParagraph 44 b, (1) Liegt kein Fall des Paragraph 44 a, Absatz eins, vor, sind Anträge gemäß Paragraphen 41 a, Absatz 9, oder 43 Absatz 3, als unzulässig zurückzuweisen, wenn

1. 1.Ziffer eins

gegen den Antragsteller eine Ausweisung rechtskräftig erlassen wurde, oder

2. 2.Ziffer 2

rechtskräftig festgestellt wurde, dass eine Rückkehrentscheidung gemäß § 52 FPG oder eine Ausweisung gemäß

§ 66 FPG jeweils auf Grund des § 61 FPG oder eine Ausweisung gemäß § 10 AsylG 2005 bloß vorübergehend unzulässig ist, oder rechtskräftig festgestellt wurde, dass eine Rückkehrentscheidung gemäß Paragraph 52, FPG oder eine Ausweisung gemäß Paragraph 66, FPG jeweils auf Grund des Paragraph 61, FPG oder eine Ausweisung gemäß Paragraph 10, AsylG 2005 bloß vorübergehend unzulässig ist, oder

3. 3.Ziffer 3

die Landespolizeidirektion nach einer Befassung gemäß Abs. 2 in ihrer Beurteilung festgestellt hat, dass eine Rückkehrentscheidung gemäß § 52 FPG oder eine Ausweisung gemäß § 66 FPG zulässig oder jeweils auf Grund des § 61 FPG bloß vorübergehend unzulässig ist, die Landespolizeidirektion nach einer Befassung gemäß Absatz 2, in ihrer Beurteilung festgestellt hat, dass eine Rückkehrentscheidung gemäß Paragraph 52, FPG oder eine Ausweisung gemäß Paragraph 66, FPG zulässig oder jeweils auf Grund des Paragraph 61, FPG bloß vorübergehend unzulässig ist,

und aus dem begründeten Antragsvorbringen im Hinblick auf die Berücksichtigung des Privat- und Familienlebens gemäß § 11 Abs. 3 ein maßgeblich geänderter Sachverhalt nicht hervorkommt. und aus dem begründeten Antragsvorbringen im Hinblick auf die Berücksichtigung des Privat- und Familienlebens gemäß Paragraph 11, Absatz 3, ein maßgeblich geänderter Sachverhalt nicht hervorkommt.

1. (2) Absatz 2, Liegt kein Fall des Abs. 1 Z 1 oder 2 vor, hat die Behörde unverzüglich die der zuständigen Fremdenpolizeibehörde übergeordnete Landespolizeidirektion von einem Antrag gemäß §§ 41a Abs. 9 oder 43 Abs. 3 zu verständigen und eine begründete Stellungnahme zu fremdenpolizeilichen Maßnahmen, insbesondere ob diese bloß vorübergehend oder auf Dauer unzulässig sind, einzuholen. Bis zum Einlangen der begründeten Stellungnahme der Landespolizeidirektion ist der Ablauf der Frist gemäß § 73 Abs. 1 AVG gehemmt. Erwächst eine Aufenthaltsbeendigung in Rechtskraft, ist das Verfahren auf Erteilung des Aufenthaltstitels formlos einzustellen. Das Verfahren ist im Fall der Aufhebung einer Aufenthaltsbeendigung auf Antrag des Fremden fortzusetzen, wenn nicht neuerlich eine aufenthaltsbeendende Maßnahme gesetzt wird. Im Übrigen gilt § 11 Abs. 1 Z 1. Liegt kein Fall des Absatz eins, Ziffer eins, oder 2 vor, hat die Behörde unverzüglich die der zuständigen Fremdenpolizeibehörde übergeordnete Landespolizeidirektion von einem Antrag gemäß Paragraphen 41 a, Absatz 9, oder 43 Absatz 3, zu verständigen und eine begründete Stellungnahme zu fremdenpolizeilichen Maßnahmen, insbesondere ob diese bloß vorübergehend oder auf Dauer unzulässig sind, einzuholen. Bis zum Einlangen der begründeten Stellungnahme der Landespolizeidirektion ist der Ablauf der Frist gemäß Paragraph 73, Absatz eins, AVG gehemmt. Erwächst eine Aufenthaltsbeendigung in Rechtskraft, ist das Verfahren auf Erteilung des Aufenthaltstitels formlos einzustellen. Das Verfahren ist im Fall der Aufhebung einer Aufenthaltsbeendigung auf Antrag des Fremden fortzusetzen, wenn nicht neuerlich eine aufenthaltsbeendende Maßnahme gesetzt wird. Im Übrigen gilt Paragraph 11, Absatz eins, Ziffer eins,
2. (3) Absatz 3, Anträge gemäß §§ 41a Abs. 9 oder 43 Abs. 3 begründen kein Aufenthalts- oder Bleiberecht nach diesem Bundesgesetz. Ebenso stehen sie der Erlassung und Durchführung fremdenpolizeilicher Maßnahmen nicht entgegen und können daher in fremdenpolizeilichen Verfahren keine aufschiebende Wirkung entfalten. Anträge gemäß Paragraphen 41 a, Absatz 9, oder 43 Absatz 3, begründen kein Aufenthalts- oder Bleiberecht nach diesem Bundesgesetz. Ebenso stehen sie der Erlassung und Durchführung fremdenpolizeilicher Maßnahmen nicht entgegen und können daher in fremdenpolizeilichen Verfahren keine aufschiebende Wirkung entfalten.
3. (4) Absatz 4, Ein einem bereits rechtskräftig erledigten Antrag nachfolgender weiterer Antrag gemäß §§ 41a Abs. 9 oder 43 Abs. 3 (Folgeantrag) ist als unzulässig zurückzuweisen, wenn aus dem begründeten Antragsvorbringen im Hinblick auf die Berücksichtigung des Privat- und Familienlebens gemäß § 11 Abs. 3 ein maßgeblich geänderter Sachverhalt nicht hervorkommt. Ein einem bereits rechtskräftig erledigten Antrag nachfolgender weiterer Antrag gemäß Paragraphen 41 a, Absatz 9, oder 43 Absatz 3, (Folgeantrag) ist als unzulässig zurückzuweisen, wenn aus dem begründeten Antragsvorbringen im Hinblick auf die Berücksichtigung des Privat- und Familienlebens gemäß Paragraph 11, Absatz 3, ein maßgeblich geänderter Sachverhalt nicht hervorkommt.

Gemäß § 11 Abs 3 NAG kann 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: Gemäß Paragraph 11, Absatz 3, NAG kann ein Aufenthaltstitel kann trotz Vorliegens eines Erteilungshindernisses gemäß Absatz eins, Ziffer 3, 5, oder 6 sowie trotz Ermangelung einer Voraussetzung gemäß Absatz 2, Ziffer eins bis 6 erteilt werden, wenn dies zur Aufrechterhaltung des Privat- und Familienlebens im Sinne des Artikel 8, der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (Europäische Menschenrechtskonvention – EMRK), Bundesgesetzblatt Nr. 210 aus 1958,, geboten ist. Bei der Beurteilung des Privat- und Familienlebens im Sinne des Artikel 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.

Nach der bislang zu § 44b Abs. 1 NAG ergangenen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes knüpfte das sich aus § 44a iVm § 44b Abs. 1 NAG 2005 ergebende System der Beurteilung von Anträgen nach § 43 Abs. 2 NAG 2005 (später: § 41a Abs. 9 NAG) und § 44 Abs. 3 NAG 2005 an die nicht bloß vorübergehende (Un-)Zulässigkeit einer Ausweisung an und hatte dies - abgesehen vom Fall des § 44b Abs. 1 Z 3 NAG 2005 - zur Voraussetzung, dass eine (positive oder negative) Ausweisungsentscheidung bereits erlassen worden war. Demzufolge, so die höchstgerichtliche Judikatur, sprächen die Materialien (RV 88 BlgNR 24. GP 1) auch von einem "vorgelagerten asyl- oder fremdenpolizeilichen Verfahren" (vgl. VwGH 18.10.2012, 2012/23/0019). Die Bestimmung des § 44b Abs 1 Z 3 NAG dürfe aber nicht so ausgelegt werden, dass das Vorliegen einer (die Erteilung eines Aufenthaltstitels nicht befürwortenden) Stellungnahme der Fremdenpolizeibehörde in jedem Fall Grundlage einer Antragszurückweisung sein müsse, zumal der Anwendungsbereich des Zurückweisungsgrundes nach § 44b Abs. 1 Z 3 NAG 2005 dann gegeben sei, wenn sich die Erlassung einer Ausweisung bisher als nicht zulässig dargestellt habe, diese Unzulässigkeit aber nur als vorübergehend anzusehen sei (VwGH 9.11.2011, 2011/22/0250). Mit einer zurückweisenden Entscheidung in Anwendung des § 44b Abs. 1 Z 3 NAG dürfe die Aufenthalts- und Niederlassungsbehörde aber nur bei Feststellung der bloß vorübergehenden Unzulässigkeit der Ausweisung durch die Fremdenpolizeibehörde vorgehen, zumal Fälle der Zulässigkeit der Ausweisung der vorübergehenden Unzulässigkeit der Ausweisung nicht gleichgesetzt werden dürften. Schließlich solle es bei der Frage, ob sich der maßgebliche Sachverhalt in relevanter Weise geändert habe - sodass sich eine zurückweisende Entscheidung als unzulässig erweisen würde - nicht auf den Zeitpunkt der Stellungnahme der Fremdenpolizeibehörde nach § 44b Abs. 2 NAG 2005 ankommen, sondern auf den Zeitraum zwischen einer verfügten Ausweisung und der Entscheidung der Niederlassungsbehörde in erster Instanz (vgl. etwa VwGH 19.12.2012, 2011/22/0118). Nach der bislang zu Paragraph 44 b, Absatz eins, NAG ergangenen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes knüpfte das sich aus Paragraph 44 a, in Verbindung mit Paragraph 44 b, Absatz eins, NAG 2005 ergebende System der Beurteilung von Anträgen nach Paragraph 43, Absatz 2, NAG 2005 (später: Paragraph 41 a, Absatz 9, NAG) und Paragraph 44, Absatz 3, NAG 2005 an die nicht bloß vorübergehende (Un-)Zulässigkeit einer Ausweisung an und hatte dies - abgesehen vom Fall des Paragraph 44 b, Absatz eins, Ziffer 3, NAG 2005 - zur Voraussetzung, dass eine (positive oder negative) Ausweisungsentscheidung bereits erlassen worden war. Demzufolge, so die höchstgerichtliche Judikatur, sprächen die Materialien Regierungsvorlage 88 BlgNR 24. Gesetzgebungsperiode 1) auch von einem "vorgelagerten asyl- oder fremdenpolizeilichen Verfahren" vergleiche VwGH 18.10.2012, 2012/23/0019). Die Bestimmung des Paragraph 44 b, Absatz eins, Ziffer 3, NAG dürfe aber nicht so ausgelegt werden, dass das Vorliegen einer (die Erteilung eines Aufenthaltstitels nicht befürwortenden) Stellungnahme der

Fremdenpolizeibehörde in jedem Fall Grundlage einer Antragszurückweisung sein müsse, zumal der Anwendungsbereich des Zurückweisungsgrundes nach Paragraph 44 b, Absatz eins, Ziffer 3, NAG 2005 dann gegeben sei, wenn sich die Erlassung einer Ausweisung bisher als nicht zulässig dargestellt habe, diese Unzulässigkeit aber nur als vorübergehend anzusehen sei (VwGH 9.11.2011, 2011/22/0250). Mit einer zurückweisenden Entscheidung in Anwendung des Paragraph 44 b, Absatz eins, Ziffer 3, NAG dürfe die Aufenthalts- und Niederlassungsbehörde aber nur bei Feststellung der bloß vorübergehenden Unzulässigkeit der Ausweisung durch die Fremdenpolizeibehörde vorgehen, zumal Fälle der Zulässigkeit der Ausweisung der vorübergehenden Unzulässigkeit der Ausweisung nicht gleichgesetzt werden dürften. Schließlich solle es bei der Frage, ob sich der maßgebliche Sachverhalt in relevanter Weise geändert habe - sodass sich eine zurückweisende Entscheidung als unzulässig erweisen würde - nicht auf den Zeitpunkt der Stellungnahme der Fremdenpolizeibehörde nach Paragraph 44 b, Absatz 2, NAG 2005 ankommen, sondern auf den Zeitraum zwischen einer verfügbaren Ausweisung und der Entscheidung der Niederlassungsbehörde in erster Instanz vergleiche etwa VwGH 19.12.2012, 2011/22/0118).

Nach der solcherart vom Verwaltungsgerichtshof dargestellten Rechtslage hat die Anwendung des in § 44b Abs. 1 NAG umschriebenen besonderen Verfahrensrechtes daher zur Voraussetzung, dass bereits in einem behördlichen Verfahren, sei es nun durch die Asyl- oder die Fremdenpolizeibehörde, die Frage der Zulässigkeit einer Ausweisung (oder Rückkehrentscheidung) einer inhaltlichen Prüfung unterzogen wurde, an welche die Fremdenpolizeibehörde mit einer nach § 44b Abs. 2 erstatteten Stellungnahme lediglich anzuknüpfen hatte. Ging die Fremdenpolizeibehörde dabei von der Zulässigkeit einer Ausweisung (und nicht von deren vorübergehenden Unzulässigkeit) aus, kam eine Zurückweisung eines Antrages auf Erteilung eines Aufenthaltstitels im Grunde des § 44b Abs. 1 Z 3 NAG nicht in Betracht (vgl. VwGH 13.11.2012, 2011/22/0085). Nach der solcherart vom Verwaltungsgerichtshof dargestellten Rechtslage hat die Anwendung des in Paragraph 44 b, Absatz eins, NAG umschriebenen besonderen Verfahrensrechtes daher zur Voraussetzung, dass bereits in einem behördlichen Verfahren, sei es nun durch die Asyl- oder die Fremdenpolizeibehörde, die Frage der Zulässigkeit einer Ausweisung (oder Rückkehrentscheidung) einer inhaltlichen Prüfung unterzogen wurde, an welche die Fremdenpolizeibehörde mit einer nach Paragraph 44 b, Absatz 2, erstatteten Stellungnahme lediglich anzuknüpfen hatte. Ging die Fremdenpolizeibehörde dabei von der Zulässigkeit einer Ausweisung (und nicht von deren vorübergehenden Unzulässigkeit) aus, kam eine Zurückweisung eines Antrages auf Erteilung eines Aufenthaltstitels im Grunde des Paragraph 44 b, Absatz eins, Ziffer 3, NAG nicht in Betracht vergleiche VwGH 13.11.2012, 2011/22/0085).

Im hier zur Beurteilung stehenden Fall liegt eine Stellungnahme der Fremdenpolizeibehörde, mit der sie die vorübergehende Unzulässigkeit der Erlassung einer Rückkehrentscheidung oder Ausweisung feststellt, nicht vor.

In der rechtlichen Beurteilung dieses Sachverhaltes hat aber Beachtung zu finden, dass § 44b Abs 1 Z 3 NAG zwischenzeitig novelliert wurde (und zur novellierten Bestimmung noch keine höchstgerichtliche Judikatur existiert). In der rechtlichen Beurteilung dieses Sachverhaltes hat aber Beachtung zu finden, dass Paragraph 44 b, Absatz eins, Ziffer 3, NAG zwischenzeitig novelliert wurde (und zur novellierten Bestimmung noch keine höchstgerichtliche Judikatur existiert).

Dazu ist näher auszuführen, dass die Bestimmung des § 44b NAG überhaupt erst mit der Novelle BGBl. I Nr. 29/2009 geschaffen wurde. Sie ist mit 1.4.2009 in Kraft getreten und lautete ursprünglich wie folgt: Dazu ist näher auszuführen, dass die Bestimmung des Paragraph 44 b, NAG überhaupt erst mit der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 29 aus 2009, geschaffen wurde. Sie ist mit 1.4.2009 in Kraft getreten und lautete ursprünglich wie folgt:

§ 44b. (1) Liegt kein Fall des § 44a vor, sind Anträge gemäß §§ 43 Abs. 2 und 44 Abs. 3 als unzulässig zurückzuweisen, wenn Paragraph 44 b, (1) Liegt kein Fall des Paragraph 44 a, vor, sind Anträge gemäß Paragraphen 43, Absatz 2 und 44 Absatz 3, als unzulässig zurückzuweisen, wenn

1. 1. Ziffer eins
gegen den Antragsteller eine Ausweisung rechtskräftig erlassen wurde, oder
2. 2. Ziffer 2
rechtskräftig festgestellt wurde, dass eine Ausweisung bloß vorübergehend (§ 10 AsylG 2005, § 66 FPG) unzulässig ist, oder rechtskräftig festgestellt wurde, dass eine Ausweisung bloß vorübergehend (Paragraph 10, AsylG 2005, Paragraph 66, FPG) unzulässig ist, oder
3. 3. Ziffer 3

die Sicherheitsdirektion nach einer Befassung gemäß Abs. 2 in der Stellungnahme festgestellt hat, dass eine Ausweisung bloß vorübergehend unzulässig ist die Sicherheitsdirektion nach einer Befassung gemäß Absatz 2, in der Stellungnahme festgestellt hat, dass eine Ausweisung bloß vorübergehend unzulässig ist

und aus dem begründeten Antragsvorbringen im Hinblick auf die Berücksichtigung des Privat- und Familienlebens gemäß § 11 Abs. 3 ein maßgeblich geänderter Sachverhalt nicht hervorkommt. und aus dem begründeten Antragsvorbringen im Hinblick auf die Berücksichtigung des Privat- und Familienlebens gemäß Paragraph 11, Absatz 3, ein maßgeblich geänderter Sachverhalt nicht hervorkommt.

Darauf bezieht sich die oben wieder gegebene Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes.

Die Materialien zur Regierungsvorlage (88 dB XXIV. GP) führen in Erläuterung, mit der Bestimmung solle eine Neuregelung des Aufenthalts aus humanitären Gründen in Entsprechung des Erkenntnisses des Verfassungsgerichtshofes vom 27. Juni 2008 (G 246, 247/07 ua.) bezweckt werden, Folgendes aus (die zentralen Passagen sind hervorgehoben): Die Materialien zur Regierungsvorlage (88 dB römisch 24 . Gesetzgebungsperiode führen in Erläuterung, mit der Bestimmung solle eine Neuregelung des Aufenthalts aus humanitären Gründen in Entsprechung des Erkenntnisses des Verfassungsgerichtshofes vom 27. Juni 2008 (G 246, 247/07 ua.) bezweckt werden, Folgendes aus (die zentralen Passagen sind hervorgehoben):

... Ausgehend von der Grundannahme, dass das Vorliegen der Gründe gemäß Art. 8 EMRK möglichst nur von einer zuständigen Behörde geprüft werden soll und „Kettenanträge“ bei unterschiedlichen Behörden hintanzuhalten sind, sieht der Entwurf einerseits vor, dass die Niederlassungs- und Aufenthaltsbehörde einen Aufenthaltstitel von Amts wegen zu erteilen hat, wenn die dauerhafte Unzulässigkeit einer Ausweisung gemäß Art. 8 EMRK in einem asyl- oder fremdenpolizeilichen Verfahren bereits festgestellt wurde. Andererseits ist ein Antrag auf Erteilung eines Aufenthaltstitels unter Berufung auf Art. 8 EMRK als unzulässig zurückzuweisen, wenn eine Ausweisung bereits als zulässig erachtet wurde, es sei denn, die Umstände haben sich seither maßgeblich geändert. Wird ein Antrag auf Erteilung eines Aufenthaltstitels unter Berufung auf Art. 8 EMRK gestellt und liegt noch keine Ausweisungsentscheidung vor, so ist zwingend die Fremdenpolizeibehörde mit dem Fall zu befassen. Ausgehend von der Grundannahme, dass das Vorliegen der Gründe gemäß Artikel 8, EMRK möglichst nur von einer zuständigen Behörde geprüft werden soll und „Kettenanträge“ bei unterschiedlichen Behörden hintanzuhalten sind, sieht der Entwurf einerseits vor, dass die Niederlassungs- und Aufenthaltsbehörde einen Aufenthaltstitel von Amts wegen zu erteilen hat, wenn die dauerhafte Unzulässigkeit einer Ausweisung gemäß Artikel 8, EMRK in einem asyl- oder fremdenpolizeilichen Verfahren bereits festgestellt wurde. Andererseits ist ein Antrag auf Erteilung eines Aufenthaltstitels unter Berufung auf Artikel 8, EMRK als unzulässig zurückzuweisen, wenn eine Ausweisung bereits als zulässig erachtet wurde, es sei denn, die Umstände haben sich seither maßgeblich geändert. Wird ein Antrag auf Erteilung eines Aufenthaltstitels unter Berufung auf Artikel 8, EMRK gestellt und liegt noch keine Ausweisungsentscheidung vor, so ist zwingend die Fremdenpolizeibehörde mit dem Fall zu befassen. ...

Zu Z 18 (§§ 44a und 44b) Zu Ziffer 18, (Paragraphen 44 a und 44 b):

Die §§ 44a und 44b sehen besondere Verfahrensvorschriften für die Erteilung von Niederlassungsbewilligungen beschränkt und unbeschränkt gemäß §§ 44 Abs. 2 und 43 Abs. 3 vor. Die Paragraphen 44 a und 44 b sehen besondere Verfahrensvorschriften für die Erteilung von Niederlassungsbewilligungen beschränkt und unbeschränkt gemäß Paragraphen 44, Absatz 2 und 43 Absatz 3, vor.

§ 44a bestimmt, dass diese von Amts wegen zu erteilen sind, wenn eine Ausweisung gemäß § 10 AsylG 2005 oder gemäß § 66 FPG rechtskräftig auf Dauer für unzulässig erklärt wurde. Damit wird klargestellt, dass nur rechtskräftige und auf Dauer für unzulässig erklärte Ausweisungen zur amtswegigen Erteilung eines Titels nach §§ 43 Abs. 2 und 44 Abs. 3 führen sollen, da ein Aufenthaltsrecht erst nach endgültigem Abschluss des vorgelagerten asyl- oder fremdenpolizeilichen Verfahrens sinnvoll ist und auch nur dann, wenn die Ausweisung aufgrund der individuellen Umstände des Betroffenen dauerhaft nicht möglich sein wird. Eine bloß vorübergehende Unzulässigkeit der Ausweisung aus Gründen des Art. 8 EMRK kann demnach gemäß § 44a jedenfalls nicht zur Erteilung eines Titels führen. § 44a stellt damit das wesentliche Bindeglied zwischen NAG, Asylgesetz 2005 und FPG dar, indem es in den Fällen einer auf Dauer unzulässigen Ausweisungsentscheidung die gleichsam „automatische“ Erteilung eines Aufenthaltstitels – unter den in den §§ 43 Abs. 2 und 44 Abs. 3 normierten Voraussetzungen – vorsieht und damit dem Bedürfnis Rechnung trägt, nicht auszuweisenden Fremden ein Aufenthaltsrecht in Österreich zu gewähren. ... Paragraph 44 a,

bestimmt, dass diese von Amts wegen zu erteilen sind, wenn eine Ausweisung gemäß Paragraph 10, AsylG 2005 oder gemäß Paragraph 66, FPG rechtskräftig auf Dauer für unzulässig erklärt wurde. Damit wird klargestellt, dass nur rechtskräftige und auf Dauer für unzulässig erklärte Ausweisungen zur amtswegigen Erteilung eines Titels nach Paragraphen 43, Absatz 2 und 44 Absatz 3, führen sollen, da ein Aufenthaltsrecht erst nach endgültigem Abschluss des vorgelagerten asyl- oder fremdenpolizeilichen Verfahrens sinnvoll ist und auch nur dann, wenn die Ausweisung aufgrund der individuellen Umstände des Betroffenen dauerhaft nicht möglich sein wird. Eine bloß vorübergehende Unzulässigkeit der Ausweisung aus Gründen des Artikel 8, EMRK kann demnach gemäß Paragraph 44 a, jedenfalls nicht zur Erteilung eines Titels führen. Paragraph 44 a, stellt damit das wesentliche Bindeglied zwischen NAG, Asylgesetz 2005 und FPG dar, indem es in den Fällen einer auf Dauer unzulässigen Ausweisungsentscheidung die gleichsam „automatische“ Erteilung eines Aufenthaltstitels – unter den in den Paragraphen 43, Absatz 2 und 44 Absatz 3, normierten Voraussetzungen – vorsieht und damit dem Bedürfnis Rechnung trägt, nicht auszuweisenden Fremden ein Aufenthaltsrecht in Österreich zu gewähren. ...

§ 44b regelt die Erteilung von Niederlassungsbewilligungen beschränkt und unbeschränkt gemäß §§ 44 Abs. 2 und 43 Abs. 3 auf begründeten Antrag, wenn die Unzulässigkeit der Ausweisung im Sinne des § 44a nicht festgestellt wurde. Paragraph 44 b, regelt die Erteilung von Niederlassungsbewilligungen beschränkt und unbeschränkt gemäß Paragraphen 44, Absatz 2 und 43 Absatz 3, auf begründeten Antrag, wenn die Unzulässigkeit der Ausweisung im Sinne des Paragraph 44 a, nicht festgestellt wurde.

Gemäß Abs. 1 sind Anträge auf Erteilung einer Niederlassungsbewilligung gemäß §§ 43 Abs. 2 und 44 Abs. 3 als unzulässig zurückzuweisen, wenn gegen den Antragsteller eine Ausweisung bereits rechtskräftig erlassen wurde (Z 1), rechtskräftig festgestellt wurde, dass eine Ausweisung bloß vorübergehend unzulässig ist (Z 2), oder die Sicherheitsdirektion in ihrer Stellungnahme nach Abs. 2 diesen Umstand feststellt (Z 3). In allen Fällen hat die Zurückweisung nur dann zu erfolgen, wenn aus dem Antragsvorbringen ein maßgeblich geänderter Sachverhalt im Hinblick auf Art. 8 EMRK nicht hervorkommt. Diese Bestimmung normiert den Grundsatz, dass die Niederlassungs- und Aufenthaltsbehörde eine bereits getroffene Ausweisung zu beachten und den Antrag daher mittels Formalentscheidung zurückzuweisen hat. Das gleiche gilt für Entscheidungen, mit welchen die Ausweisung lediglich als vorübergehend unzulässig festgestellt wurde. Auch hier soll es, der Gesamtsystematik des Entwurfs folgend, zu keiner Erteilung eines Aufenthaltstitels kommen. Die ebenfalls zur Zurückweisung führende Stellungnahme der Sicherheitsdirektion im Sinne der Z 3 wird in Fällen zum Tragen kommen, in welchen die Zulässigkeit einer Ausweisung bereits im Asylverfahren zu prüfen war, jedoch noch kein Ausspruch über den Aspekt der Dauerhaftigkeit zu erfolgen hatte. Die Fremdenpolizeibehörden sollen in diesen Fällen nicht formal abzusprechen haben, sondern lediglich die „Dauerhaftigkeit“ beurteilen (siehe auch Abs. 2 und die Erläuterungen zu § 125 Abs. 10 FPG). Eine Zurückweisung soll nur dann nicht erfolgen, wenn sich die Verhältnisse, sei es durch Zeitablauf oder auf Grund persönlicher Umstände, soweit geändert haben, dass eine neuerliche Beurteilung im Hinblick auf Art. 8 EMRK notwendig ist. Dabei kommt es weder darauf an, ob die Ausweisung in einem asyl- oder fremdenpolizeilichen Verfahren ausgesprochen wurde, noch ob es sich um eine Ausweisung nach dem AsylG 2005 oder dem FPG oder nach früheren asyl- oder fremdenrechtlichen Bestimmungen (wie z.B. FrG 1997, Asylgesetz 1997) handelt. Gemäß Absatz eins, sind Anträge auf Erteilung einer Niederlassungsbewilligung gemäß Paragraphen 43, Absatz 2 und 44 Absatz 3, als unzulässig zurückzuweisen, wenn gegen den Antragsteller eine Ausweisung bereits rechtskräftig erlassen wurde (Ziffer eins,), rechtskräftig festgestellt wurde, dass eine Ausweisung bloß vorübergehend unzulässig ist (Ziffer 2,), oder die Sicherheitsdirektion in ihrer Stellungnahme nach Absatz 2, diesen Umstand feststellt (Ziffer 3,). In allen Fällen hat die Zurückweisung nur dann zu erfolgen, wenn aus dem Antragsvorbringen ein maßgeblich geänderter Sachverhalt im Hinblick auf Artikel 8, EMRK nicht hervorkommt. Diese Bestimmung normiert den Grundsatz, dass die Niederlassungs- und Aufenthaltsbehörde eine bereits getroffene Ausweisung zu beachten und den Antrag daher mittels Formalentscheidung zurückzuweisen hat. Das gleiche gilt für Entscheidungen, mit welchen die Ausweisung lediglich als vorübergehend unzulässig festgestellt wurde. Auch hier soll es, der Gesamtsystematik des Entwurfs folgend, zu keiner Erteilung eines Aufenthaltstitels kommen. Die ebenfalls zur Zurückweisung führende Stellungnahme der Sicherheitsdirektion im Sinne der Ziffer 3, wird in Fällen zum Tragen kommen, in welchen die Zulässigkeit einer Ausweisung bereits im Asylverfahren zu prüfen war, jedoch noch kein Ausspruch über den Aspekt der Dauerhaftigkeit zu erfolgen hatte. Die Fremdenpolizeibehörden sollen in diesen Fällen nicht formal abzusprechen haben, sondern lediglich die „Dauerhaftigkeit“ beurteilen (siehe auch Absatz 2 und die Erläuterungen zu Paragraph 125, Absatz 10, FPG). Eine Zurückweisung soll nur dann nicht erfolgen, wenn sich die Verhältnisse, sei es durch Zeitablauf oder auf Grund

persönlicher Umstände, soweit geändert haben, dass eine neuerliche Beurteilung im Hinblick auf Artikel 8, EMRK notwendig ist. Dabei kommt es weder darauf an, ob die Ausweisung in einem asyl- oder fremdenpolizeilichen Verfahren ausgesprochen wurde, noch ob es sich um eine Ausweisung nach dem AsylG 2005 oder dem FPG oder nach früheren asyl- oder fremdenrechtlichen Bestimmungen (wie z.B. FrG 1997, Asylgesetz 1997) handelt.

Gemäß Abs. 2 hat die Behörde, wenn kein Fall des Abs. 1 Z 1 oder 2 vorliegt, unverzüglich die der zuständigen Fremdenpolizeibehörde übergeordnete Sicherheitsdirektion von der Antragstellung zu verständigen und eine begründete Stellungnahme zu fremdenpolizeilichen Maßnahmen einzuholen. Gemäß Absatz 2, hat die Behörde, wenn kein Fall des Absatz eins, Ziffer eins, oder 2 vorliegt, unverzüglich die der zuständigen Fremdenpolizeibehörde übergeordnete Sicherheitsdirektion von der Antragstellung zu verständigen und eine begründete Stellungnahme zu fremdenpolizeilichen Maßnahmen einzuholen.

Abs. 2 stellt somit einerseits sicher, dass die Fremdenpolizeibehörden von Anträgen gemäß § 44b Kenntnis erlangen und andererseits in ihrem Zuständigkeitsbereich tätig werden können. In jedem Fall ist die Niederlassungs- und Aufenthaltsbehörde über das Vorgehen der Fremdenpolizeibehörde zu informieren. Gemäß § 66 Abs. 3 FPG (neu) wird die Fremdenpolizeibehörde formal über die Ausweisung abzusprechen haben. Liegen die Voraussetzungen für die Erlassung einer Ausweisungsentscheidung vor, so ist diese daher selbstverständlich zu erlassen und sind unter Berücksichtigung des § 46 Abs. 1 FPG entsprechende aufenthaltsbeendende Maßnahmen zu setzen. Andernfalls ist die Zulässigkeit der Ausweisung mit Bescheid zu verneinen und im Falle der dauerhaften Unzulässigkeit nach § 44a vorzugehen. Ist eine Ausweisungsentscheidung in einem vorangegangenen asylrechtlichen Verfahren aufgrund einer drohenden Verletzung des Privat- und Familienlebens unterblieben, so hat die Fremdenpolizeibehörde darüber im allgemeinen nicht formal abzusprechen (siehe auch § 125 Abs. 10 [neu]), sondern unter Berücksichtigung der in der asylrechtlichen Entscheidung enthaltenen Begründung, die Aufenthaltsbehörde zu informieren, ob die Unzulässigkeit der Ausweisung als auf Dauer oder bloß vorübergehend beurteilt wird, was wiederum ein Vorgehen der Aufenthaltsbehörde nach § 44a oder § 44b Abs. 1 Z 3 nach sich zieht. Selbstverständlich hat die Fremdenpolizeibehörde aber allenfalls geänderte Umstände zu berücksichtigen. Hat sich daher der Sachverhalt seit der asylrechtlichen Entscheidung maßgeblich geändert und ist die Ausweisung (z.B. auf Grund von Straffälligkeit des Fremden) gemäß § 66 FPG mittlerweile möglich, so ist diese selbstverständlich zu erlassen. ..Absatz 2, stellt somit einerseits sicher, dass die Fremdenpolizeibehörden von Anträgen gemäß Paragraph 44 b, Kenntnis erlangen und andererseits in ihrem Zuständigkeitsbereich tätig werden können. In jedem Fall ist die Niederlassungs- und Aufenthaltsbehörde über das Vorgehen der Fremdenpolizeibehörde zu informieren. Gemäß Paragraph 66, Absatz 3, FPG (neu) wird die Fremdenpolizeibehörde formal über die Ausweisung abzusprechen haben. Liegen die Voraussetzungen für die Erlassung einer Ausweisungsentscheidung vor, so ist diese daher selbstverständlich zu erlassen und sind unter Berücksichtigung des Paragraph 46, Absatz eins, FPG entsprechende aufenthaltsbeendende Maßnahmen zu setzen. Andernfalls ist die Zulässigkeit der Ausweisung mit Bescheid zu verneinen und im Falle der dauerhaften Unzulässigkeit nach Paragraph 44 a, vorzugehen. Ist eine Ausweisungsentscheidung in einem vorangegangenen asylrechtlichen Verfahren aufgrund einer drohenden Verletzung des Privat- und Familienlebens unterblieben, so hat die Fremdenpolizeibehörde darüber im allgemeinen nicht formal abzusprechen (siehe auch Paragraph 125, Absatz 10, [neu]), sondern unter Berücksichtigung der in der asylrechtlichen Entscheidung enthaltenen Begründung, die Aufenthaltsbehörde zu informieren, ob die Unzulässigkeit der Ausweisung als auf Dauer oder bloß vorübergehend beurteilt wird, was wiederum ein Vorgehen der Aufenthaltsbehörde nach Paragraph 44 a, oder Paragraph 44 b, Absatz eins, Ziffer 3, nach sich zieht. Selbstverständlich hat die Fremdenpolizeibehörde aber allenfalls geänderte Umstände zu berücksichtigen. Hat sich daher der Sachverhalt seit der asylrechtlichen Entscheidung maßgeblich geändert und ist die Ausweisung (z.B. auf Grund von Straffälligkeit des Fremden) gemäß Paragraph 66, FPG mittlerweile möglich, so ist diese selbstverständlich zu erlassen. ...

Zu Z 6 (§ 125 Abs. 10 und 11 [FPG]) Zu Ziffer 6, (Paragraph 125, Absatz 10 und 11 [FPG]):

Die Übergangsbestimmung in Abs. 10 normiert, dass in Fällen, in denen die Zulässigkeit einer Ausweisung bereits im Asylverfahren zu prüfen war, die Fremdenpolizeibehörde nicht (wieder) über die Ausweisung absprechen muss. Dies gilt auch, wenn im Falle der Unzulässigkeit der Ausweisung ein Spruch unterblieben ist, oder eine Ausweisungsentscheidung vom unabhängigen Bundesasylsenat oder vom Asylgerichtshof ersatzlos behoben wurde. In diesen Fällen wird die Fremdenpolizeibehörde grundsätzlich nur zu prüfen haben, ob die Ausweisung als dauerhaft unzulässig zu beurteilen ist und die Aufenthaltsbehörde – etwa in einem Verfahren gemäß § 44b NAG – darüber zu

informieren haben. Die Übergangsbestimmung in Absatz 10, normiert, dass in Fällen, in denen die Zulässigkeit einer Ausweisung bereits im Asylverfahren zu prüfen war, die Fremdenpolizeibehörde nicht (wieder) über die Ausweisung abprechen muss. Dies gilt auch, wenn im Falle der Unzulässigkeit der Ausweisung ein Spruch unterblieben ist, oder eine Ausweisungsentscheidung vom unabhängigen Bundesasylsenat oder vom Asylgerichtshof ersatzlos behoben wurde. In diesen Fällen wird die Fremdenpolizeibehörde grundsätzlich nur zu prüfen haben, ob die Ausweisung als dauerhaft unzulässig zu beurteilen ist und die Aufenthaltsbehörde – etwa in einem Verfahren gemäß Paragraph 44 b, NAG – darüber zu informieren haben.

Die sodann nächste relevante Novellierung des § 44b NAG - mit BGBl. I Nr. 122/2009 wurde nur § 44b Abs. 3 NAG geändert - erfolgte mit dem FrAG 2011, BGBl. I Nr. 38/2011, in Kraft mit 1.7.2011. Die sodann nächste relevante Novellierung des Paragraph 44 b, NAG - mit Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 122 aus 2009, wurde nur Paragraph 44 b, Absatz 3, NAG geändert - erfolgte mit dem FrAG 2011, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 38 aus 2011,, in Kraft mit 1.7.2011.

Seitdem lautet § 44b Abs 1 Z 3 folgender Maßen: Seitdem lautet Paragraph 44 b, Absatz eins, Ziffer 3, folgender Maßen:

... 3. die Sicherheitsdirektion nach einer Befassung gemäß Abs. 2 in ihrer Beurteilung festgestellt hat, dass eine Rückkehrentscheidung gemäß § 52 FPG oder eine Ausweisung gemäß § 66 FPG zulässig oder jeweils auf Grund des § 61 FPG bloß vorübergehend unzulässig ist, und aus dem begründeten Antragsvorbringen im Hinblick auf die Berücksichtigung des Privat- und Familienlebens gemäß § 11 Abs. 3 ein maßgeblich geänderter Sachverhalt nicht hervorkommt. ... 3. die Sicherheitsdirektion nach einer Befassung gemäß Absatz 2, in ihrer Beurteilung festgestellt hat, dass eine Rückkehrentscheidung gemäß Paragraph 52, FPG oder eine Ausweisung gemäß Paragraph 66, FPG zulässig oder jeweils auf Grund des Paragraph 61, FPG bloß vorübergehend unzulässig ist, und aus dem begründeten Antragsvorbringen im Hinblick auf die Berücksichtigung des Privat- und Familienlebens gemäß Paragraph 11, Absatz 3, ein maßgeblich geänderter Sachverhalt nicht hervorkommt.

Dem Wortlaut folgend, scheint sich daraus gegenüber der Vorläuferbestimmung insoweit eine Ausweitung der den Fremdenpolizeibehörden belassenen Kompetenz zu ergeben, als die Feststellung der Zulässigkeit einer aufenthaltsbeendenden Maßnahme in Form einer bloßen Stellungnahme nicht mehr an das Vorliegen eines in einem vorgelagerten asyl- oder fremdenpolizeibehördlichen Verfahren in Bescheidform ergangenen rechtskräftigen Abspruchs geknüpft scheint, sondern den Fremdenpolizeibehörden eine davon losgelöste Prüfungsbefugnis rücksichtlich der Zulässigkeit entweder einer Rückkehrentscheidung oder Ausweisung im Lichte des Art 8 MRK eingeräumt wird, ohne dass diesbezüglich jemals ein der Rechtskraft fähiger und im Instanzenweg einer Anfechtung zugänglicher Bescheid erlassen worden wäre oder erlassen würde. Dem Wortlaut folgend, scheint sich daraus gegenüber der Vorläuferbestimmung insoweit eine Ausweitung der den Fremdenpolizeibehörden belassenen Kompetenz zu ergeben, als die Feststellung der Zulässigkeit einer aufenthaltsbeendenden Maßnahme in Form einer bloßen Stellungnahme nicht mehr an das Vorliegen eines in einem vorgelagerten asyl- oder fremdenpolizeibehördlichen Verfahren in Bescheidform ergangenen rechtskräftigen Abspruchs geknüpft scheint, sondern den Fremdenpolizeibehörden eine davon losgelöste Prüfungsbefugnis rücksichtlich der Zulässigkeit entweder einer Rückkehrentscheidung oder Ausweisung im Lichte des Artikel 8, MRK eingeräumt wird, ohne dass diesbezüglich jemals ein der Rechtskraft fähiger und im Instanzenweg einer Anfechtung zugänglicher Bescheid erlassen worden wäre oder erlassen würde.

Damit träfe aber zu, wie der Verwaltungsgerichtshof (zur Vorgängerbestimmung) im Erkenntnis vom 22.7.2011, 2011/22/0148, aussprach, dass diese Feststellung - zumal aus der Bestimmung des § 44b Abs. 2 NAG 2005 zweifelsfrei hervorgehe, dass die Fremdenpolizeibehörde lediglich eine Stellungnahme abzugeben, nicht aber einen Bescheid zu erlassen habe und würde man der Stellungnahme auch Bindungswirkung beilegen wollen - vom betroffenen Fremden im Rechtsweg nicht mehr eigenständig bekämpfbar und im Verfahren zur Erteilung eines Aufenthaltstitels von der Niederlassungsbehörde nicht weiter überprüfbar wäre. Damit würde, wie der Verwaltungsgerichtshof aber weiter ausführt, der Bestimmung des § 44b Abs. 1 Z 3 NAG 2005 insofern ein verfassungswidriger Inhalt unterlegt werden, als dem betroffenen Fremden jeglicher Rechtsschutz gegen die inhaltliche Beurteilung, ob ein aus Art. 8 MRK resultierender Anspruch auf Erteilung eines Aufenthaltstitels bestehe, genommen wäre. Dass der Gesetzgeber die genannte Bestimmung so verstanden wissen wollte, könne ihm aber gerade vor dem Hintergrund, dass er mit den mit BGBl. I Nr. 29/2009 neu geschaffenen Bestimmungen der §§ 43 ff NAG 2005 den Ausführungen im Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes vom 27. Juni 2008, G 246/07 u.a., Rechnung tragen und Fremden hinsichtlich der nach Art. 8

MRK notwendigen Prüfung den verfassungsrechtlich gebotenen Rechtsschutz einräumen habe wollen nicht unterstellt werden. Damit träfe aber zu, wie der Verwaltungsgerichtshof (zur Vorgängerbestimmung) im Erkenntnis vom 22.7.2011, 2011/22/0148, aussprach, dass diese Feststellung - zumal aus der Bestimmung des Paragraph 44 b, Absatz 2, NAG 2005 zweifelsfrei hervorgehe, dass die Fremdenpolizeibehörde lediglich eine Stellungnahme abzugeben, nicht aber einen Bescheid zu erlassen habe und würde man der Stellungnahme auch Bindungswirkung beilegen wollen - vom betroffenen Fremden im Rechtsweg nicht mehr eigenständig bekämpfbar und im Verfahren zur Erteilung eines Aufenthaltstitels von der Niederlassungsbehörde nicht weiter überprüfbar wäre. Damit würde, wie der Verwaltungsgerichtshof aber weiter ausführt, der Bestimmung des Paragraph 44 b, Absatz eins, Ziffer 3, NAG 2005 insofern ein verfassungswidriger Inhalt unterlegt werden, als dem betroffenen Fremden jeglicher Rechtsschutz gegen die inhaltliche Beurteilung, ob ein aus Artikel 8, MRK resultierender Anspruch auf Erteilung eines Aufenthaltstitels bestehe, genommen wäre. Dass der Gesetzgeber die genannte Bestimmung so verstanden wissen wollte, könne ihm aber gerade vor dem Hintergrund, dass er mit den mit Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 29 aus 2009, neu geschaffenen Bestimmungen der Paragraphen 43, ff NAG 2005 den Ausführungen im Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes vom 27. Juni 2008, G 246/07 u.a., Rechnung tragen und Fremden hinsichtlich der nach Artikel 8, MRK notwendigen Prüfung den verfassungsrechtlich gebotenen Rechtsschutz einräumen habe wollen nicht unterstellt werden.

Die Materialien zur Regierungsvorlage (1078 dB XXIV. GP) geben zum Zweck der Neuformulierung des § 44b Abs 1 Z 3 NAG keine schlüssige Erklärung. Dagegen halten sie - konträr zur ebenfalls bereits durch den Verwaltungsgerichtshof judizierten Klarstellung (vgl. das bereits zitierte Erkenntnis vom 22.7.2011) - fest, dass es sich bei der von der Fremdenpolizeibehörde einzuholenden „begründeten Stellungnahme“ formal um eine Vorfragenbeurteilung iSd § 38 AVG handeln solle, die entsprechende Bindungswirkung auch für die NAG-Behörden entfalte. Die Materialien zur Regierungsvorlage (1078 dB römisch 24. Gesetzgebungsperiode) geben zum Zweck der Neuformulierung des Paragraph 44 b, Absatz eins, Ziffer 3, NAG keine schlüssige Erklärung. Dagegen halten sie - konträr zur ebenfalls bereits durch den Verwaltungsgerichtshof judizierten Klarstellung vergleiche das bereits zitierte Erkenntnis vom 22.7.2011) - fest, dass es sich bei der von der Fremdenpolizeibehörde einzuholenden „begründeten Stellungnahme“ formal um eine Vorfragenbeurteilung iSd Paragraph 38, AVG handeln solle, die entsprechende Bindungswirkung auch für die NAG-Behörden entfalte.

Nach Auffassung des erkennenden Gerichtes würde mit der Bestimmung, wollte man sie so verstanden wissen, wie die Erläuterungen es darzustellen scheinen, eine Verböserung erfolgen, welche sich im Sinne des referierten höchstgerichtlichen Erkenntnisses des Verwaltungsgerichtshofes offenkundig als verfassungswidrig zu erkennen gäbe.

Hinzu tritt, dass die novellierte Bestimmung in keiner Weise zu erkennen gibt, an welchen Zeitpunkt bezüglich einer allfälligen maßgeblichen Änderung des Sachverhaltes überhaupt angeknüpft werden könnte, weil ja eine bescheidförmige Feststellung in einem vorgelagerten asyl- bzw. fremdenpolizeibehördlichen Verfahren gar nicht mehr gegeben sein muss. Zuletzt scheint § 44b Abs. 2 NAG (arg: "insbesondere") weiterhin zu verlangen, dass die Fremdenpolizeibehörde in einem Verfahren auch im Stande der novellierten Fassung dieser Bestimmung weiterhin einen Ausspruch über die bloß vorübergehende oder dauerhafte Unzulässigkeit fremdenpolizeilicher Maßnahmen zu treffen hat, sodass sich die Ausweitung der im § 44b-Verfahren eingeräumten Kompetenz auf die Feststellung der Zulässigkeit solcher Maßnahmen in systematischer Hinsicht als Fremdkörper darstellt und einer gesetzeskonformen Vollziehung gar nicht zugänglich zu sein scheint. Hinzu tritt, dass die novellierte Bestimmung in keiner Weise zu erkennen gibt, an welchen Zeitpunkt bezüglich einer allfälligen maßgeblichen Änderung des Sachverhaltes überhaupt angeknüpft werden könnte, weil ja eine bescheidförmige Feststellung in einem vorgelagerten asyl- bzw. fremdenpolizeibehördlichen Verfahren gar nicht mehr gegeben sein muss. Zuletzt scheint Paragraph 44 b, Absatz 2, NAG (arg: "insbesondere") weiterhin zu verlangen, dass die Fremdenpolizeibehörde in einem Verfahren auch im Stande der novellierten Fassung dieser Bestimmung weiterhin einen Ausspruch über die bloß vorübergehende oder dauerhafte Unzulässigkeit fremdenpolizeilicher Maßnahmen zu treffen hat, sodass sich die Ausweitung der im Paragraph 44 b, -, römisch fünf e, r, f, a, h, r, e, n, eingeräumten Kompetenz auf die Feststellung der Zulässigkeit solcher Maßnahmen in systematischer Hinsicht als Fremdkörper darstellt und einer gesetzeskonformen Vollziehung gar nicht zugänglich zu sein scheint.

Zur Vermeidung des somit aufgezeigten verfassungswidrigen Ergebnisses ist § 44b Abs 1 (Z 3) NAG daher in der Weise auszulegen, und bedeutet das für das vor der Niederlassungs- und Aufenthaltsbehörde zu führende Verfahren, dass sich die Behörde einer inhaltlichen Prüfung der Frage, ob Art 8 MRK bzw § 11 Abs. 3 NAG der Erlassung einer

aufenthaltsbeendenden Maßnahme entgegen stehen, jedenfalls in einer Konstellation, in der die Fremdenpolizeibehörde ein Verfahren zur Erlassung einer aufenthaltsbeendenden Maßnahme gar nicht (fort)führt und keine Feststellung zur Frage der Unzulässigkeit fremdenpolizeilicher Maßnahmen trifft, nicht entziehen kann. Zur Vermeidung des somit aufgezeigten verfassungswidrigen Ergebnisses ist Paragraph 44 b, Absatz eins, (Ziffer 3,) NAG daher in der Weise auszulegen, und bedeutet das für das vor der Niederlassungs- und Aufenthaltsbehörde zu führende Verfahren, dass sich die Behörde einer inhaltlichen Prüfung der Frage, ob Artikel 8, MRK bzw Paragraph 11, Absatz 3, NAG der Erlassung einer aufenthaltsbeendenden Maßnahme entgegen stehen, jedenfalls in einer Konstellation, in der die Fremdenpolizeibehörde ein Verfahren zur Erlassung einer aufenthaltsbeendenden Maßnahme gar nicht (fort)führt und keine Feststellung zur Frage der Unzulässigkeit fremdenpolizeilicher Maßnahmen trifft, nicht entziehen kann.

Hinzu kommt, dass die Fremdenpolizeibehörde, wie sich aus der in § 44b Abs. 1 Z 3 NAG normierten Anknüpfung an die §§ 52, 66 und insbesondere 61 FPG ergibt, gehalten ist, ihrer Stellungnahme eine im Grunde des Art 8 EMRK tragfähige Interessensabwägung zu Grunde zu legen, wobei insbesondere der in § 61 Abs. 2 FPG umschriebene Kriterienkatalog heranzuziehen ist. Nur wenn die Fremdenpolizeibehörde diesem Erfordernis Rechnung getragen hat, kann überhaupt von einer maßgeblichen "Beurteilung" im Sinne des § 44 b Abs. 1 Z 1 NAG ausgegangen werden. Hinzu kommt, dass die Fremdenpolizeibehörde, wie sich aus der in Paragraph 44 b, Absatz eins, Ziffer 3, NAG normierten Anknüpfung an die Paragraphen 52, 66 und insbesondere 61 FPG ergibt, gehalten ist, ihrer Stellungnahme eine im Grunde des Artikel 8, EMRK tragfähige Interessensabwägung zu Grunde zu legen, wobei insbesondere der in Paragraph 61, Absatz 2, FPG umschriebene Kriterienkatalog heranzuziehen ist. Nur wenn die Fremdenpolizeibehörde diesem Erfordernis Rechnung getragen hat, kann überhaupt von einer maßgeblichen "Beurteilung" im Sinne des Paragraph 44, b Absatz eins, Ziffer eins, NAG ausgegangen werden.

Im vorliegenden Fall ist nicht zu erkennen, dass sich die Fremdenpolizeibehörde in ihrer Stellungnahme gemäß 44b Abs. 2 NAG in schlüssiger Weise mit schützenswerten Aspekten des Privat- und Familienlebens der Beschwerdeführerin auch nur in irgend einer Weise befasst hätte. So werden in der Stellungnahme lediglich jene Aspekte (der unrechtmäßige Aufenthalt, die fehlende - insbesondere berufliche - Integration) hervorgehoben, welche bedingen, dass der Aufenthalt öffentlichen Interessen zuwiderlaufe, in keiner Weise dagegen jene, aus der Antragsbegründung der Beschwerdeführerin erschießbaren Aspekte eines schützenswerten Privat- und Familienlebens. Nur auszuführen, dass eine medizinische Behandlung auch im Heimatland erfolgen könne, ohne den von der Beschwerdeführerin dargelegten besonderen Umständen ihrer Pflege- und Betreuungsbedürftigkeit Rechnung zu tragen trägt dem Erfordernis einer im Grunde des § 44b NAG erforderlichen Interessensabwägung nicht Rechnung. Im vorliegenden Fall ist nicht zu erkennen, dass sich die Fremdenpolizeibehörde in ihrer Stellungnahme gemäß Paragraph 44 b, Absatz 2, NAG in schlüssiger Weise mit schützenswerten Aspekten des Privat- und Familienlebens der Beschwerdeführerin auch nur in irgend einer Weise befasst hätte. So werden in der Stellungnahme lediglich jene Aspekte (der unrechtmäßige Aufenthalt, die fehlende - insbesondere berufliche - Integration) hervorgehoben, welche bedingen, dass der Aufenthalt öffentlichen Interessen zuwiderlaufe, in keiner Weise dagegen jene, aus der Antragsbegründung der Beschwerdeführerin erschießbaren Aspekte eines schützenswerten Privat- und Familienlebens. Nur auszuführen, dass eine medizinische Behandlung auch im Heimatland erfolgen könne, ohne den von der Beschwerdeführerin dargelegten besonderen Umständen ihrer Pflege- und Betreuungsbedürftigkeit Rechnung zu tragen trägt dem Erfordernis einer im Grunde des Paragraph 44 b, NAG erforderlichen Interessensabwägung nicht Rechnung.

Dieser Mangel einer schlüssigen, plausiblen und nachvollziehbaren Interessensabwägung liegt offenkundig zu tage. Die belangte Behörde handelte daher rechtswidrig, indem sie ihre Begründung dennoch auf eine lediglich nach formalen Aspekten auf § 44b Abs. 1 Z 3 NAG gründende Stellungnahme der Fremdenpolizeibehörde stützte. Hinzu kommt, dass die zitierte Bestimmung lediglich zur Erlassung einer Formalentscheidung (einer Zurückweisung) ermächtigt. Gleichwohl die Behörde den Antrag der Beschwerdeführerin abgewiesen hat, ergibt sich aus der Antragsbegründung die ebenfalls nur auf das Vorliegen einer negativen Stellungnahme der Fremdenpolizeibehörde verweist, sowie der Zitierung der zur Anwendung gebrachten Rechtsnormen unzweifelhaft, dass die Behörde sich mit dem Begriff "abgewiesen" lediglich im Ausdruck vergriffen hat und tatsächlich, obwohl unter dem Deckmantel eines meritorischen Abspruchs, nur eine bloße (zurückweisende) Formalentscheidung getroffen hat. Dieser Mangel einer

schlüssigen, plausiblen und nachvollziehbaren Interessensabwägung liegt offenkundig zu Tage. Die belangte Behörde handelte daher rechtswidrig, indem sie ihre Begründung dennoch auf eine lediglich nach formalen Aspekten auf Paragraph 44 b, Absatz eins, Ziffer 3, NAG gründende Stellungnahme der Fremdenpolizeibehörde stützte. Hinzu kommt, dass die zitierte Bestimmung lediglich zur Erlassung einer Formalentscheidung (einer Zurückweisung) ermächtigt. Gleichwohl die Behörde den Antrag der Beschwerdeführerin abgewiesen hat, ergibt sich aus der Antragsbegründung die ebenfalls nur auf das Vorliegen einer negativen Stellungnahme der Fremdenpolizeibehörde verweist, sowie der Zitierung der zur Anwendung gebrachten Rechtsnormen unzweifelhaft, dass die Behörde sich mit dem Begriff "abgewiesen" lediglich im Ausdruck vergriffen hat und tatsächlich, obzwar unter dem Deckmantel eines meritorischen Abspruchs, nur eine bloße (zurückweisende) Formalentscheidung getroffen hat.

Dementsprechend hat die belangte Behörde es im gesamten Verfahren zu ermitteln unterlassen, ob schützenswerte Aspekte des Privat- und Familienlebens der Beschwerdeführerin bestehen, welche die Erteilung des begehrten Aufenthaltstitels als geboten erachten lassen. So wurde insbesondere nicht geprüft, ob dem Vorbringen zur gesundheitlichen Verfassung, zur Pflege- und Betreuungsbedürftigkeit durch die Tochter und den Schwiegersohn der Beschwerdeführerin Berechtigung zukomme, und wurde nicht geprüft, ob eine sodann zu treffende Abwägung mit den der Erteilung eines Aufenthaltstitels entgegen stehenden öffentlichen Interessen gegenüber dem privaten Interesse der Antragstellerin an der Erteilung eben dieses Titels zu einem Überwiegen dieser oder jener Aspekte führe.

Im Erkenntnis vom 26.6.2014, Ro 2014/03/0063, hat der Verwaltungsgerichtshof zur meritorischen Entscheidungsbefugnis und -verpflichtung der Verwaltungsgerichte ausgesprochen, dass von der Möglichkeit der Zurückverweisung nur bei krassen bzw. besonders gravierenden Ermittlungslücken Gebrauch gemacht werden kann. Eine Zurückverweisung der Sache an die Verwaltungsbehörde zur Durchführung notwendiger Ermittlungen werde daher insbesondere dann in Betracht kommen, wenn die Verwaltungsbehörde jegliche erforderliche Ermittlungstätigkeit unterlassen habe.

Ein solcher Fall liegt hier vor, da für die Frage, ob der avisierte Aufenthaltstitel zu erteilen ist oder nicht, entscheidungswesentlich vorrangig Aspekte zu prüfen sind, die eine Schutzbedürftigkeit der Antragstellerin im Grunde des Art 8 EMRK bedingen. Eine solche Prüfung auf Grundlage der dafür erforderlichen Ermittlungen und Beweiserhebungen wurde von der belangten Behörde zur Gänze unterlassen. Ein solcher Fall liegt hier vor, da für die Frage, ob der avisierte Aufenthaltstitel zu erteilen ist oder nicht, entscheidungswesentlich vorrangig Aspekte zu prüfen sind, die eine Schutzbedürftigkeit der Antragstellerin im Grunde des Artikel 8, EMRK bedingen. Eine solche Prüfung auf Grundlage der dafür erforderlichen Ermittlungen und Beweiserhebungen wurde von der belangten Behörde zur Gänze unterlassen.

Im nunmehr fortgesetzten Verfahren wird die belangte Behörde daher nach voll umfänglicher Abwägung der öffentlichen Interessen an der Verweigerung der Ausstellung eines Aufenthaltstitels mit den privaten Interessen der Beschwerdeführerin im Grunde des Art 8 MRK bzw. gem. § 11 Abs. 3 NAG auch nach materiellen Gesichtspunkten eine Entscheidung in der Sache selbst treffen müssen. Im gegebenen Zusammenhang wird darauf hingewiesen, dass zwischenzeitig anlässlich eines gegen die Beschwerdeführerin anhängigen Verwaltungsstrafverfahrens wegen Übertretung des § 31 Abs. 1 Z 1, 2, 3 und 4 FPG seitens des im Beschwerdeweg angerufenen Landesverwaltungsgerichtes Wien zur GZ VGW-051/055/7844/2014 ein amtsärztliches Gutachten zur Frage der Möglichkeit und Zumutbarkeit einer Ausreise der Beschwerdeführerin im angelasteten Tatzeitraum - dies war der 4.9.2012 bis 25.9.2013 - ergeben hat, dass eine ebensolche aus gesundheitlichen Gründen nicht zumutbar ist. Dem entsprechend wäre im von der belangten Behörde fortzuführenden Verfahren auch zu erheben, ob sich diesbezüglich für die Beurteilung nach Art 8 MRK bzw. § 11 Abs. 3 NAG maßgebliche Aspekte eines schützenswerten Privat- und Familienlebens der Beschwerdeführerin ergeben. Im nunmehr fortgesetzten Verfahren wird die belangte Behörde daher nach voll umfänglicher Abwägung der öffentlichen Interessen an der Verweigerung der Ausstellung eines Aufenthaltstitels mit den privaten Interessen der Beschwerdeführerin im Grunde des Artikel 8, MRK bzw. gem. Paragraph 11, Absatz 3, NAG auch nach materiellen Gesichtspunkten eine Entscheidung in der Sache selbst treffen müssen. Im gegebenen Zusammenhang wird darauf hingewiesen, dass zwischenzeitig anlässlich eines gegen die Beschwerdeführerin anhängigen Verwaltungsstrafverfahrens wegen Übertretung des Paragraph 31, Absatz eins, Ziffer eins, 2, 3 und 4 FPG seitens des im Beschwerdeweg angerufenen Landesverwaltungsgerichtes Wien zur GZ VGW-051/055/7844/2014 ein amtsärztliches Gutachten zur Frage der Möglichkeit und Zumutbarkeit einer Ausreise der Beschwerdeführerin im angelasteten Tatzeitraum - dies war der 4.9.2012 bis 25.9.2013 - ergeben hat, dass eine

ebensolche aus gesundheitlichen Gründen nicht zumutbar ist. Dem entsprechend wäre im von der belangten Behörde fortzuführenden Verfahren auch zu erheben, ob sich diesbezüglich für die Beurteilung nach Artikel 8, MRK bzw. Paragraph 11, Absatz 3, NAG maßgebliche Aspekte eines schützenswerten Privat- und Familienlebens der Beschwerdeführerin ergeben.

II. Die ordentliche Revision war gegenständlich schon deshalb für zulässig zu erklären, da eine Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zu der durch das FrÄG 2011 erfolgten Novellierung des § 44b Abs 1 Z 3 NAG bislang nicht vorliegt. römisch zwei. Die ordentliche Revision war gegenständlich schon deshalb für zulässig zu erklären, da eine Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zu der durch das FrÄG 2011 erfolgten Novellierung des Paragraph 44 b, Absatz eins, Ziffer 3, NAG bislang nicht vorliegt.

Schlagworte

Stellungnahme der Fremdenpolizeibehörde enthält keine rechtmäßige Interessensabwägung; Behörde darf Bescheid nicht auf mangelhafte Stellungnahme stützen

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:LVWGWl:2014:VGW.151.059.30739.2014

Zuletzt aktualisiert am

05.11.2014

Quelle: Landesverwaltungsgericht Wien LVwg Wien, <http://www.verwaltungsgericht.wien.gv.at>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

www.jusline.at