

TE Lvwg Erkenntnis 2014/7/15 VGW-151/059/11475/2014

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 15.07.2014

Entscheidungsdatum

15.07.2014

Index

41/02 Passrecht Fremdenrecht

19/05 Menschenrechte

Norm

NAG §11 Abs3

NAG §43 Abs3

NAG §44a

NAG §44b Abs1

NAG §81 Abs26

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. NAG § 81 heute
2. NAG § 81 gültig ab 07.08.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 81/2026
3. NAG § 81 gültig von 24.12.2020 bis 06.08.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 145/2020
4. NAG § 81 gültig von 01.09.2018 bis 23.12.2020 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 56/2018
5. NAG § 81 gültig von 19.10.2017 bis 31.08.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 145/2017
6. NAG § 81 gültig von 01.10.2017 bis 18.10.2017 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 84/2017
7. NAG § 81 gültig von 01.10.2017 bis 30.09.2017 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 68/2017
8. NAG § 81 gültig von 13.06.2014 bis 30.09.2017 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 40/2014
9. NAG § 81 gültig von 01.01.2014 bis 12.06.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 68/2013
10. NAG § 81 gültig von 01.01.2014 bis 17.04.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 87/2012
11. NAG § 81 gültig von 18.04.2013 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 68/2013
12. NAG § 81 gültig von 01.07.2011 bis 17.04.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 38/2011
13. NAG § 81 gültig von 01.01.2010 bis 30.06.2011 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 122/2009
14. NAG § 81 gültig von 01.04.2009 bis 31.12.2009 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 29/2009
15. NAG § 81 gültig von 27.06.2006 bis 31.03.2009 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 99/2006
16. NAG § 81 gültig von 01.01.2006 bis 26.06.2006

1. EMRK Art. 8 heute
2. EMRK Art. 8 gültig ab 01.05.2004

Text

IM NAMEN DER REPUBLIK Österreich ein M A N A M E N D E R REPUBLIK Österreich ein K

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch seinen Richter Dr. Schattauer über die Beschwerde des Herrn R. V., vertreten durch Rechtsanwalt, gegen den Bescheid des Landeshauptmannes von Wien, Magistratsabteilung 35 - Einwanderung, Staatsbürgerschaft, Standesamt - Einwanderung der Bezirke 12, 13, 23, vom 7.11.2013, Zahl MA35-9/409489-02, mit welchem der Antrag auf Erteilung des Aufenthaltstitels "Niederlassungsbewilligung" gemäß § 44b Abs. 1 Z 3 iVm § 43 Abs. 3 Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz - NAG idgF, als unzulässig zurückgewiesen wurde, Das Verwaltungsgericht Wien hat durch seinen Richter Dr. Schattauer über die Beschwerde des Herrn R. römisch fünf., vertreten durch Rechtsanwalt, gegen den Bescheid des Landeshauptmannes von Wien, Magistratsabteilung 35 - Einwanderung, Staatsbürgerschaft, Standesamt - Einwanderung der Bezirke 12, 13, 23, vom 7.11.2013, Zahl MA35-9/409489-02, mit welchem der Antrag auf Erteilung des Aufenthaltstitels "Niederlassungsbewilligung" gemäß Paragraph 44 b, Absatz eins, Ziffer 3, in Verbindung mit Paragraph 43, Absatz 3, Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz - NAG idgF, als unzulässig zurückgewiesen wurde,

zu Recht e r k a n n t :

I. Gemäß § 28 Abs. 1 VwGVG wird der Beschwerde stattgegeben und der angefochtene Bescheid behoben. römisch eins. Gemäß Paragraph 28, Absatz eins, VwGVG wird der Beschwerde stattgegeben und der angefochtene Bescheid behoben.

II. Gemäß § 53b AVG in Verbindung mit § 76 Abs. 1 AVG sowie § 17 VwGVG wird dem Beschwerdeführer der Ersatz der mit Beschluss des Verwaltungsgerichtes Wien vom 13.6.2014 zur GZ VGW-KO-059/333/2014-1 mit Euro 99,-- bestimmten Barauslagen für die zur mündlichen Verhandlung am 27.5.2014 beigezogene nichtamtliche Dolmetscherin auferlegt. Der Beschwerdeführer hat diese erwachsenen Barauslagen in Höhe von Euro 99,-- binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu ersetzen. römisch zwei. Gemäß Paragraph 53 b, AVG in Verbindung mit Paragraph 76, Absatz eins, AVG sowie Paragraph 17, VwGVG wird dem Beschwerdeführer der Ersatz der mit Beschluss des Verwaltungsgerichtes Wien vom 13.6.2014 zur GZ VGW-KO-059/333/2014-1 mit Euro 99,-- bestimmten Barauslagen für die zur mündlichen Verhandlung am 27.5.2014 beigezogene nichtamtliche Dolmetscherin auferlegt. Der Beschwerdeführer hat diese erwachsenen Barauslagen in Höhe von Euro 99,-- binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

III. Die ordentliche Revision ist zulässig. römisch drei. Die ordentliche Revision ist zulässig.

Entscheidungsgründe

I. 1. Bisheriger Verfahrensgang: Für den nunmehrigen Beschwerdeführer, einen serbischen Staatsangehörigen und 1974 als R. F. geboren, wurde unter diesem Namen am 25.11.2008 durch den Verein H. die Erteilung eines Aufenthaltstitels "Angehöriger von Österreicher" beantragt. Den Angaben im Antragsformular ist zu entnehmen, dass als Familienangehöriger sein Bruder, Herr Z. F., geb. 1969, benannt wurde, welcher die österreichische Staatsbürgerschaft innehatte und für die Mittel zur Sicherung seines Lebensunterhaltes aufkam. römisch eins. 1. Bisheriger Verfahrensgang: Für den nunmehrigen Beschwerdeführer, einen serbischen Staatsangehörigen und 1974 als R. F. geboren, wurde unter diesem Namen am 25.11.2008 durch den Verein H. die Erteilung eines Aufenthaltstitels "Angehöriger von Österreicher" beantragt. Den Angaben im Antragsformular ist zu entnehmen, dass als Familienangehöriger sein Bruder, Herr Z. F., geb. 1969, benannt wurde, welcher die österreichische Staatsbürgerschaft innehatte und für die Mittel zur Sicherung seines Lebensunterhaltes aufkam.

Dieser Antrag wurde mit Bescheid der belangten Behörde vom 9.12.2008 mangels persönlicher Antragstellung vor der Behörde gemäß § 19 Abs. 1 NAG zurückgewiesen. Dieser Antrag wurde mit Bescheid der belangten Behörde vom 9.12.2008 mangels persönlicher Antragstellung vor der Behörde gemäß Paragraph 19, Absatz eins, NAG zurückgewiesen.

Der Bescheid wurde im Instanzenzug durch die Bundesministerin für Inneres mit Berufungsbescheid vom 9.12.2008 ersatzlos behoben. Begründend wurde dazu ausgeführt, dass die Behörde erster Instanz keinen Verbesserungsauftrag zur Sanierung des Verfahrensmangels der nicht persönlichen Antragstellung erteilt habe.

Mit Schreiben der MA 35 vom 25.2.2009 wurde der Beschwerdeführer in der Weise zur Behebung des Verfahrensmangels aufgefordert, dass er binnen eingeräumter Frist zur persönlichen Antragstellung vor der österreichischen Vertretungsbehörde in Belgrad erscheinen solle.

Nach fruchtlosem Verstreichen dieser Frist erging der Bescheid der MA 35 vom 16.6.2009, mit dem der Antrag mangels persönlicher Antragstellung vor der Behörde neuerlich zurückgewiesen wurde.

Die dagegen erhobene Berufung wurde mit Berufungsbescheid vom 27.8.2009 gemäß § 66 Abs. 4 AVG iVm § 19 Abs. 1 NAG und § 13 Abs. 3 AVG abgewiesen. Begründend wurde dazu im Wesentlichen ausgeführt, dass der Beschwerdeführer dem erteilten Verbesserungsauftrag der MA 35 nicht nachgekommen wäre und er auf die in diesem Fall eintretenden Säumnisfolgen hingewiesen worden sei. Die dagegen erhobene Berufung wurde mit Berufungsbescheid vom 27.8.2009 gemäß Paragraph 66, Absatz 4, AVG in Verbindung mit Paragraph 19, Absatz eins, NAG und Paragraph 13, Absatz 3, AVG abgewiesen. Begründend wurde dazu im Wesentlichen ausgeführt, dass der Beschwerdeführer dem erteilten Verbesserungsauftrag der MA 35 nicht nachgekommen wäre und er auf die in diesem Fall eintretenden Säumnisfolgen hingewiesen worden sei.

Der dagegen erhobenen Beschwerde gab der Verwaltungsgerichtshof mit seinem Erkenntnis vom 13.9.2011, Zl. 2010/22/0025, Folge und behob diesen Bescheid wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes. Dies wurde mit Verweis auf

das Erkenntnis vom 10.11.2009, Zl. 2008/22/0721, damit begründet, dass die erstinstanzliche Behörde die Verbesserungsmöglichkeit in unzulässiger Weise auf eine persönliche Antragstellung im Ausland eingeschränkt habe.

Mit (Ersatz)Berufungsbescheid vom 26.1.2012 behob die Bundesministerin für Inneres unter Hinweis auf die vom Verwaltungsgerichtshof geäußerten Erwägungen den Bescheid der MA 35 vom 16.6.2009.

Mit Schreiben vom 29.2.2012 und neuerlich vom 1.8.2012 wurde der Antragsteller unter Hinweis auf die Säumnisfolgen aufgefordert, binnen Frist zur persönlichen Antragstellung vor der Behörde zu erscheinen.

Im fortgesetzten Verfahren vor der belangten Behörde wurde vom Beschwerdeführer zur Antragsbegründung am 23.10.2012 ergänzend vorgebracht, dass der zum Unterhalt für den Beschwerdeführer sich verpflichtet habende Bruder Z. F. für keine weiteren Personen sorgepflichtig sei, der Antragsteller bei seinem Bruder Unterkunft nehmen könne, dass die Ehegattin des Beschwerdeführers keiner Beschäftigung nachgehe und daher über keine aktuelle Versicherung verfüge und dass der Antragszweck dahin gehend berichtigt werde, dass die Erteilung einer Niederlassungsbewilligung gemäß § 43 Abs. 3 NAG beantragt werde. Im fortgesetzten Verfahren vor der belangten Behörde wurde vom Beschwerdeführer zur Antragsbegründung am 23.10.2012 ergänzend vorgebracht, dass der zum Unterhalt für den Beschwerdeführer sich verpflichtet habende Bruder Z. F. für keine weiteren Personen sorgepflichtig sei, der Antragsteller bei seinem Bruder Unterkunft nehmen könne, dass die Ehegattin des Beschwerdeführers keiner Beschäftigung nachgehe und daher über keine aktuelle Versicherung verfüge und dass der Antragszweck dahin gehend berichtigt werde, dass die Erteilung einer Niederlassungsbewilligung gemäß Paragraph 43, Absatz 3, NAG beantragt werde.

Über Aufforderung durch die MA 35 wurden verschiedene Urkunden bzw. Nachweise vorgelegt.

Die Antragsbegründung ergänzend wurde mit Eingabe vom 20.12.2012 weiter vorgebracht, zu den Bindungen des Antragstellers zum österreichischen Bundesgebiet sei auszuführen, dass dessen Ehefrau als Touristin immer wieder nach Österreich komme, die Kinder im Alter von 12 bzw. 15 Jahren jedoch in Österreich lebten, wo sie das Gymnasium besuchten. Beide Kinder befänden sich in der Pubertät und bedürften während dieser schwierigen Lebensphase unbedingt des Beistands zumindest eines Elternteiles. In der Heimat des Antragstellers lebe lediglich seine Mutter. Er selbst verfüge in seiner Heimat über keine Unterkunft mehr. Es sei daher ersichtlich, dass der Lebensmittelpunkt des Antragstellers im österreichischen Bundesgebiet liege und sei die Erteilung des beantragten Aufenthaltstitels im Lichte des Art 8 EMRK geboten. Die Antragsbegründung ergänzend wurde mit Eingabe vom 20.12.2012 weiter vorgebracht, zu den Bindungen des Antragstellers zum österreichischen Bundesgebiet sei auszuführen, dass dessen Ehefrau als Touristin immer wieder nach Österreich komme, die Kinder im Alter von 12 bzw. 15 Jahren jedoch in Österreich lebten, wo sie das Gymnasium besuchten. Beide Kinder befänden sich in der Pubertät und bedürften während dieser schwierigen Lebensphase unbedingt des Beistands zumindest eines Elternteiles. In der Heimat des Antragstellers lebe lediglich seine Mutter. Er selbst verfüge in seiner Heimat über keine Unterkunft mehr. Es sei daher ersichtlich, dass der Lebensmittelpunkt des Antragstellers im österreichischen Bundesgebiet liege und sei die Erteilung des beantragten Aufenthaltstitels im Lichte des Artikel 8, EMRK geboten.

Mit Schreiben vom 4.7.2013 wurde die Fremdenpolizeibehörde zur Abgabe einer begründeten Stellungnahme gemäß 44b Abs. 2 NAG aufgefordert. Mit Schreiben vom 4.7.2013 wurde die Fremdenpolizeibehörde zur Abgabe einer begründeten Stellungnahme gemäß Paragraph 44 b, Absatz 2, NAG aufgefordert.

In ihrer Stellungnahme vom 31.7.2013 hat die LPD Wien die Zulässigkeit aufenthaltsbeendender Maßnahmen bejaht und mitgeteilt, dass aufenthaltsbeendende Maßnahmen eingeleitet würden. Nicht erklärt wurde dagegen die dauerhafte bzw. die vorübergehende Unzulässigkeit einer Rückkehrentscheidung. Begründend wurde dazu das Folgende ausgeführt:

„Der Antragsteller trat erstmals im Jahr 2008 unter seinen damaligen Familiennamen F. in Österreich in Erscheinung. Damals beantragte er die Erteilung eines Aufenthaltstitels, den er von seinem angeblichen Bruder ableiten wollte, dieser Antrag wurde jedoch zunächst rechtskräftig abgewiesen. Auf Grund einer Behebung durch den Verwaltungsgerichtshof ist dieses Antragsverfahren gegenständlich immer noch anhängig.

Bereits am 02.07.2009 wurde er auf einer Baustelle in Wien 20 bei Schwarzarbeit betreten. Deswegen wurde gegen ihn mit Bescheid vom 26.04.2010 ein befristetes Aufenthaltsverbot erlassen und einer Berufung gegen diesen Bescheid die aufschiebende Wirkung aberkannt. Mit Berufungsbescheid des UVS Wien vom 29.02.2011 wurde dieses

Aufenthaltsverbot bestätigt und seine Gültigkeitsdauer reduziert. Das Aufenthaltsverbot lief vom 01.01.2013 aus.

Ebenso aktenkundig ist, dass der Antragsteller am 01.07.2011 Österreich verließ, in seiner Heimat seinen Familiennamen ändern ließ und mit dieser neuen Identität wieder nach Österreich zurückkehrte. In seiner Heimat heiratete er am 06.07.2011 unter seinen neuen Namen erneut seine Ex-Gattin, von der er sich zuvor bereits 2009 scheiden hat lassen.

Gegenständlichen Antrag begründet der Antragsteller mit privaten Bindungen im Bundesgebiet zu seiner Ehegattin, die als Touristin immer wieder nach Österreich komme und zu den beiden Kindern, die in Österreich lebten und hier die Schule besuchten. Wenn diese eine bessere Zukunftsprognose hätten, wäre der Schulbesuch in Österreich erforderlich. Auch bräuchten die Kinder zumindest den Beistand eines Elternteils. Auch lebe noch ein Bruder des Antragstellers hier, seine Mutter hingegen lebt in der Heimat und sei schon sehr alt. Somit liege der Lebensmittelpunkt des Antragstellers in Österreich.

...

Einleitend ist zunächst festzuhalten, dass der Antragsteller zuletzt an einer Wohnanschrift in Wien gemeldet war, wo er sich bereits am 01.03.2012 abmeldete. Seit etwa ein Jahr und fünf Monaten scheint er sohin ohne Wohnsitz in Österreich auf.

Seine Gattin und die beiden Kinder scheinen zwar in Österreich an einer Anschrift in Wien aufrecht gemeldet auf, weder Gattin noch Kinder verfügen jedoch über einen Aufenthaltstitel. Ob diese Familienangehörigen bzw. der Antragsteller selbst überhaupt noch im Bundesgebiet aufhältig sind, geht aus der Aktenlage nicht hervor.

Was genannten 'Bruder' betrifft, auf den sich der Antragsteller auch gegenständlich wieder beruft, so ergibt sich zweifelsfrei aus den aktenkundigen Geburtsurkunden der beiden Männer, dass sie zwar möglicherweise irgendwie verwandt, aber keinesfalls Brüder sind. Auch diese Feststellungen wären bei genauem Aktenstudium ohne weiteres möglich gewesen.

Weder der Antragsteller noch seine Gattin scheinen in Österreich als beschäftigt oder sozialversichert auf, beide haben in Ermangelung eines Aufenthaltstitels auch keinerlei Zugang zum heimischen Arbeitsmarkt. Einer vorgelegten Bestätigung zufolge soll der Lebensunterhalt des Antragstellers von Zuwendungen seines 'Bruders' finanziert werden.

Angesichts der dargestellten Umstände kann von einer hinreichenden Verwurzelung des Antragstellers in Österreich wohl keine Rede sein. Er selbst befand sich überhaupt nur wenige Jahre in Österreich, davon größtenteils auf Grund des erlassenen Aufenthaltsverbotes unrechtmäßig. Er ist am Arbeitsmarkt nicht integriert und augenscheinlich nicht in der Lage, seinen Lebensunterhalt aus eigenem zu finanzieren. Auch ist er im Bundesgebiet nicht gemeldet, hier offenbar auch gar nicht aufhältig und ist nicht zu erkennen, was ihn von einer ordnungsgemäßen Auslandsantragstellung abhielte. Auch seine unmittelbaren Familienangehörigen sind und waren auch nicht zum Aufenthalt berechtigt und können daher auf keine schwerwiegende Integration während des bisherigen, kurzfristigen Aufenthaltes in Österreich verweisen. Dass die Kinder die Schule besuchen, ändert daran im Ergebnis nichts. Auch ist nicht erkennbar, weshalb die unrechtmäßig aufhältigen Kinder nicht auch gemeinsam mit der Mutter, der nach der ersten Scheidung die Obsorge über die Kinder allein übertragen wurde, zurück in die Heimat ziehen könnten. Eine Verwurzelung der Kinder in Österreich war sohin ebenso wenig festzustellen.

Dass der Antragsteller über seine persönlichen Verhältnisse (angeblicher Bruder) hinwegzutäuschen versucht, spricht ebenso wenig für ihn. Auch nicht der Umstand, dass er bereits bei Schwarzarbeit betreten wurde und deshalb gegen ihn eine aufenthaltsbeendende Maßnahme erlassen werden musste.

Unter den dargestellten Umständen erwies sich (soweit der Antragsteller in Österreich aufhältig wäre) aufenthaltsbeendende Maßnahmen jedenfalls als zulässig, weshalb der Erteilung eines Aufenthaltstitels keinesfalls zugestimmt werden kann."

Mit Schreiben der belangten Behörde vom 24.9.2013 wurde der Beschwerdeführer über die beabsichtigte Zurückweisung seines Antrages in Kenntnis gesetzt und ihm dazu Gelegenheit zur Stellungnahme eingeräumt.

Dazu gab der Antragsteller am 22.10.2013 eine Stellungnahme (datiert mit 17.10.2013) ab, in der vorgebracht wurde, dass er seit 25.11.2008 bestrebt sei, zu einem legalen Aufenthalt zu gelangen. Die Antragstellung vermöge zwar keinen legalen Aufenthalt zu begründen, ändere jedoch nichts an der Tatsache, dass er seit fünf Jahren in Österreich aufhältig

sei. Ihm nach einer so langen Verfahrensdauer mitzuteilen, dass er keinen Aufenthaltstitel erlange, sei "nicht ohne weiteres angemessen". Dass er am Arbeitsmarkt nicht integriert sei, dürfe ihm nicht vorgeworfen werden, da er keinen "Arbeitszugang" habe. Er könne Einstellungszusagen vorlegen, wonach er jederzeit eine Beschäftigung aufnehmen könne. Seine Ehefrau und seine Kinder lebten in Österreich, die Kinder gingen hier zur Schule. Sein Privat- und Familienleben gebiete es in entscheidungsrelevanter Weise, ihm einen Aufenthaltstitel zu erteilen. Es gäbe kein öffentliches Interesse an der Nichterteilung eines Aufenthaltstitels, zumal intakte Familienverhältnisse vorlägen.

In weiterer Folge erließ die belangte Behörde den nunmehr angefochtenen Bescheid.

Die Behörde begründete diese Entscheidung unter Hinweis auf die §§ 44b Abs. 1 Z 3 NAG iVm § 43 Abs. 3 leg. cit. und die begründete Stellungnahme der Fremdenpolizeibehörde damit, dass nach Vorlage der Stellungnahme des Beschwerdeführers vom 17.10.2013 keine Hinweise auf einen geänderten Sachverhalt vorgelegen hätten. Die Behörde begründete diese Entscheidung unter Hinweis auf die Paragraphen 44 b, Absatz eins, Ziffer 3, NAG in Verbindung mit Paragraph 43, Absatz 3, leg. cit. und die begründete Stellungnahme der Fremdenpolizeibehörde damit, dass nach Vorlage der Stellungnahme des Beschwerdeführers vom 17.10.2013 keine Hinweise auf einen geänderten Sachverhalt vorgelegen hätten.

Konkret wurde dazu ausgeführt:

„Der Gesetzgeber sieht im Fall der nicht maßgeblichen Änderung des Sachverhaltes eine Zurückweisung des Antrages gemäß § 44b Abs. 1 NAG vor. Wie der VwGH mit Erkenntnis vom 22.07.2011 zu GZ2011/22/0127 judiziert, ist aber bei einer inhaltlichen Neubeurteilung des Sachverhaltes auch eine inhaltliche Entscheidung zu treffen. Lediglich für den Fall, dass die geltend gemachten Umstände von vornherein keine solche Bedeutung aufweisen, die eine Neubeurteilung aus dem Blickwinkel des Art. 8 EMRK gebieten, würde eine Zurückweisung im Sinn des § 44b Abs. 1 NAG zulässig sein.“ Der Gesetzgeber sieht im Fall der nicht maßgeblichen Änderung des Sachverhaltes eine Zurückweisung des Antrages gemäß Paragraph 44 b, Absatz eins, NAG vor. Wie der VwGH mit Erkenntnis vom 22.07.2011 zu GZ 2011/22/0127 judiziert, ist aber bei einer inhaltlichen Neubeurteilung des Sachverhaltes auch eine inhaltliche Entscheidung zu treffen. Lediglich für den Fall, dass die geltend gemachten Umstände von vornherein keine solche Bedeutung aufweisen, die eine Neubeurteilung aus dem Blickwinkel des Artikel 8, EMRK gebieten, würde eine Zurückweisung im Sinn des Paragraph 44 b, Absatz eins, NAG zulässig sein.

Auch hat die Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzbehörde nach Einlagen der Stellungnahme der Sicherheitsdirektion eine inhaltliche Entscheidung zu treffen.

Nach Vorlage ihrer Stellungnahme konnten keine Hinweise auf einen geänderten Sachverhalt festgestellt werden. Sie sprechen immer davon, dass ihre Gattin und ihre beiden Kinder hier in Österreich leben, sie erwähnen jedoch mit keinem Wort, ob und welchen Aufenthaltstitel ihre Familie besitzt. Dies wahrscheinlich aus dem Grund, da weder ihre Gattin noch ihre beiden Kinder über gültige Aufenthaltstitel für Österreich verfügen. Da weder ihre Gattin noch ihre Kinder über einen legalen Aufenthalt in Österreich verfügen kann somit auch von keinem Eingriff in ihr Recht auf Privat- und Familienleben gesprochen werden, da dies nur möglich wäre, wenn ihre Familie in Österreich mit gültigen Aufenthaltstiteln niedergelassen wäre. Weiters gaben sie keinen Grund an, warum eine ordnungsgemäße Auslandsantragstellung nicht möglich sei, außer, dass ein Antrag gem. § 41a Abs. 9 NAG nur im Inland möglich ist. Nach Vorlage ihrer Stellungnahme konnten keine Hinweise auf einen geänderten Sachverhalt festgestellt werden. Sie sprechen immer davon, dass ihre Gattin und ihre beiden Kinder hier in Österreich leben, sie erwähnen jedoch mit keinem Wort, ob und welchen Aufenthaltstitel ihre Familie besitzt. Dies wahrscheinlich aus dem Grund, da weder ihre Gattin noch ihre beiden Kinder über gültige Aufenthaltstitel für Österreich verfügen. Da weder ihre Gattin noch ihre Kinder über einen legalen Aufenthalt in Österreich verfügen kann somit auch von keinem Eingriff in ihr Recht auf Privat- und Familienleben gesprochen werden, da dies nur möglich wäre, wenn ihre Familie in Österreich mit gültigen Aufenthaltstiteln niedergelassen wäre. Weiters gaben sie keinen Grund an, warum eine ordnungsgemäße Auslandsantragstellung nicht möglich sei, außer, dass ein Antrag gem. Paragraph 41 a, Absatz 9, NAG nur im Inland möglich ist.

Da sich seit der begründeten Stellungnahme gemäß § 44b Abs. 2 NAG der Sicherheitsdirektion Wien vom 31.7.2013 der Sachverhalt nicht geändert hat, war der Antrag abzuweisen. Da sich seit der begründeten Stellungnahme gemäß Paragraph 44 b, Absatz 2, NAG der Sicherheitsdirektion Wien vom 31.7.2013 der Sachverhalt nicht geändert hat, war der Antrag abzuweisen.“

In der gegen diesen Bescheid rechtzeitig erhobenen – nach den Übergangsvorschriften zur zweistufigen Verwaltungsgerichtsbarkeit als Beschwerde nach dem VwGVG zu wertenden – Berufung werden die Ausführungen in der Stellungnahme vom 17.10.2013 zum Vorbringen erhoben und beantragt, dem Rechtsmittel dahin gehend Folge zu geben, dass dem Antrag vom 25.11.2008 auf Erteilung eines Aufenthaltstitels stattgegeben werde.

Mit Schreiben vom 12.12.2013 wurde die Berufung unter Anschluss des Gesamtktes dem Bundesministerium für Inneres zur Entscheidung vorgelegt. Beim Verwaltungsgericht Wien ist der Akt am 6.2.2014 eingelangt.

Das Verwaltungsgericht hat hierzu am 27.5.2014 eine öffentliche mündliche Verhandlung abgehalten, zu der der Beschwerdeführer mit seinem Rechtsvertreter ladungsgemäß erschienen ist. Außerdem hat er seine Tochter, die minderjährige Ma., als Zeugin stellig gemacht. Die belangte Behörde hat auf eine Teilnahme an der Verhandlung verzichtet.

Vom Vertreter des Beschwerdeführers wurden in der Verhandlung arbeitsrechtliche Vorverträge zum Beleg dafür vorgelegt, dass der Beschwerdeführer im Falle der Erteilung eines Aufenthaltstitels eine Beschäftigung aufnehmen könne, weiters wurde eine Strafregisterbescheinigung der Republik Serbien zum Beweis seiner Unbescholtenheit im Heimatland sowie Schulumeldungsbestätigungen seiner Kinder vom 8. bzw. 19.5.2014 vorgelegt, die den Schulbesuch der beiden Kinder an einer Schule in Wien bescheinigen.

Der Einvernahme des Beschwerdeführers wurde eine Dolmetscherin beigezogen. Er brachte in der Verhandlung vor:

Befragt, wieso ich eine Namensänderung veranlasst habe: ich habe geheiratet und dann den Namen meiner derzeitigen Gattin angenommen. Ich habe 2011 in Serbien geheiratet. Wir haben vorher schon zusammengelebt und stammen aus dieser Verbindung unsere gemeinsamen Kinder Ma. und Mi., diese sind 1997 und 2001 geboren. Ich bin irgendwann im Jahr 2008 nach Österreich gekommen, vorher habe ich in Serbien gelebt und als LKW-Fahrer gearbeitet, geboren bin ich aber in Deutschland. Meine Eltern haben Deutschland verlassen als ich noch ein Säugling war. Ich habe meine Kindheit in Serbien verbracht und bis zu meiner Einreise in Österreich in keinem anderen Land gelebt. Ich habe in Serbien die Grundschule besucht und danach eine staatliche Prüfung als LKW- und Bus-Chauffeur abgelegt. Nach Österreich bin ich gegangen, weil fast meine gesamte Familie hier gewesen ist, also mein Stiefbruder und Cousins. Z. F. ist mein Stiefbruder. Meine Eltern sind geschieden und haben in Serbien gelebt. Jetzt lebt dort nur mehr die Mutter, mein Vater ist verstorben. Mein Halbbruder entstammt aus einer späteren Ehe meiner Mutter. Ich habe noch einen Bruder, der in Kanada lebt. Meine Großeltern sind verstorben. Es ist richtig, dass meine Kernfamilie in Serbien verblieben ist als ich nach Österreich gegangen bin. Ich bin nach Österreich gegangen, weil ich für meine Kinder ein besseres Leben wollte. Deshalb habe ich die Kinder und auch die Gattin nachgeholt. Sie sind gekommen als die Visapflicht gefallen ist, also glaublich 2010. Die Kinder sind dann in Österreich in die Schule gegangen. Nur in den Ferien waren sie in Serbien, wie auch meine Frau. Meine Frau hat nichts gearbeitet. Unsere Familie wird vom Großvater meiner Frau erhalten. Er hat in Deutschland gearbeitet und bezieht von dort eine Pension. Wenn ich gefragt werde, wieso es nicht möglich war unter Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen persönlich und vom Ausland aus einen Antrag zu stellen: als ich hergekommen bin hatte ich ungarische Papiere, also ein Schengenvisum mit dem ich mich in ganz Europa bewegen konnte. Ich war mit den rechtlichen Gegebenheiten in Österreich nicht vertraut. Wenn mir vorgehalten wird, dass ich in diesem Verfahren über die Jahre anwaltlich vertreten und von der Behörde entsprechend manuduziert worden bin: ich habe meine Informationen von einer Agentur, die sich um die Belangen von Migranten kümmert, erhalten. Es handelt sich dabei um H. in Wien. Als mir 2009 dann gesagt wurde, dass ich meinen Antrag persönlich bei der Botschaft in Belgrad einzubringen hätte: dieses Schreiben wurde mir von meiner Vertretung nie zur Kenntnis gebracht. Ich bin seit meiner Einreise nach Österreich im Jahr 2008 schon immer wieder nach Serbien gefahren. Dort habe ich auch meine Frau dann geheiratet. 2011 war ich sogar 4 Monate in Serbien. Es ist aber schon länger her, dass ich dort gewesen bin. Ich gehe in Österreich keiner Arbeit nach. Wenn mir vorgehalten wird, dass ich bei Schwarzarbeit betreten wurde und deshalb ein Aufenthaltsverbot ausgesprochen wurde: ich bestreite als Schwarzarbeiter gearbeitet zu haben. Angesprochen auf die Unterstützung durch den Großvater meiner Frau: bei uns ist das so, dass einer dem anderen hilft. Es ist nichts vereinbart und abgesprochen. Er gibt uns im Monat 1.100,--- Euro für die gesamte Familie. Wie hoch seine Pension ist, weiß ich nicht. Er hat 40 Jahre als Kellner gearbeitet. Es stimmt, dass weder meine Frau noch meine Kinder Aufenthaltstitel haben. Es wurden auch noch keine Anträge gestellt. Meine Familie möchte dieses Verfahren hier abwarten. Ich bin immer nur vom Großvater meiner Frau unterstützt worden. Meine Cousins haben mir manchmal 30,-- oder 40,-- Euro gegeben. Vor dem Großvater hat uns auch mein Stiefbruder mit ca. 800,-- Euro monatlich unterstützt. Ich wohne gemeinsam mit meiner Familie in Wien, W.-gasse und zwar schon

seit Anfang 2014. Auch vorher habe ich bei meiner Gattin gewohnt in der N.-straße. Die Gattin heißt mit vollem Namen K. F.-V.. In Serbien haben wir im Haus des Großvaters, der uns jetzt auch unterstützt, gelebt. Dieses Haus können wir auch weiterhin benützen. Ein eigenes Haus haben wir aber nicht. Über Vorhalt der begründeten Stellungnahme der LPD Wien vom 31.7.2013: es ist richtig, dass ich im Juli 2011 Österreich verlassen habe und meine vormalige Gattin von der ich 2009 geschieden wurde neuerlich geheiratet habe. Das war wegen der Gebräuche in der Walachei. Meine Gattin ist Walachin und ebenso ich. Mein letzter gemeldet Wohnsitz bestand bis 1.3.2012. Mein Anwalt hat mir dazu geraten. Über Vorhalt der begründeten Stellungnahme vom 31.7.2013 und meiner Äußerung vom 22.10.2013: mein Bruder war nicht mehr in der Lage uns zu unterstützen. Der Großvater unterstützt uns seit etwa einem Jahr. Befragt nach meiner Zukunft: ich möchte in Österreich gerne arbeiten und wünsche, dass meine Kindere ihre Schulausbildung hier fortsetzen können. Ich habe auch Beschäftigungszusagen.

Als Zeugin einvernommen, sagte die Tochter des Beschwerdeführers, die 1997 geborene Ma. F.-V. aus:

Ich kann bestätigen, dass es sich beim Beschwerdeführer um meinen Vater und den Vater meines Bruders handelt. Ich und mein Bruder sind in Serbien geboren und aufgewachsen. Ich habe dort auch die Schule besucht. Wir haben in einem eigenen Haus in N. gelebt. Dieses Haus hat uns gehört und haben dort ich, mein Vater, mein Bruder und meine Mutter gelebt. Die Großeltern haben in einem Dorf in der Nähe gewohnt. Über Vorhalt der Aussage des Vaters wonach es sich um das Haus des Großvaters handelt: wir haben jedenfalls dort gewohnt. Dieses Haus gibt es noch. Ich, mein Bruder und meine Mutter leben seit Jänner 2010 in Österreich. Mein Vater ist 2008 alleine nach Österreich gegangen. Den Grund weiß ich nicht. Ich und mein Bruder wollten immer in Österreich leben, weil das Leben hier besser ist. Mein Bruder geht in die Ko. und ich ebenso. Ich habe die Schule jetzt abgeschlossen und suche eigentlich eine Lehrstelle. Ohne Visum kann ich aber keinen Lehrplatz erhalten. Meine Mutter ist zu Hause und arbeitet nebenbei geringfügig als Putzfrau. Wenn ich gefragt werde, wovon die Familie lebt: ich bin so aufgeregt, ich kann nicht reden. Der Vater ist mit uns da. Ich weiß, dass uns die Großeltern finanziell unterstützen. Wie das im Einzelnen aussieht, kann ich nicht sagen. In unserer Heimat gibt es kein Leben. Bei uns geht nichts weiter. Das Leben dort ist schlecht und schwierig. Ich möchte eine Ausbildung als Zahnarztassistentin machen. Mein Bruder hat noch keine Zukunftspläne, er ist erst 13. Meine Eltern kümmern sich sehr engagiert um mich und meinen Bruder. Ich glaube schon, dass mein Vater nach Österreich gegangen ist, damit wir bessere Zukunftsaussichten haben.

Im Hinblick auf § 44b Abs. 1 NAG wurde vom Vertreter des Beschwerdeführers ausgeführt, dass eine maßgebliche Änderung des Sachverhaltes darin gesehen werden müsse, dass in Österreich mittlerweile seit 4 Jahren ein gemeinsames Privat- und Familienleben bestünde. Die älteste Tochter des Beschwerdeführers habe mittlerweile die Pflichtschule abgeschlossen und strebe eine Lehrstelle an. Der Sohn gehe in die dritte Klasse Hauptschule und werde diese ebenfalls bald abschließen. Der Aufenthalt der Familie führe zu keiner finanziellen Belastung der öffentlichen Hand. Der Beschwerdeführer habe Arbeitsperspektiven und sei unbescholten. Die Erteilung des avisierten Aufenthaltstitels sei unter Bedachtnahme auf das Privat- und Familienleben im Grunde des Art. 8 EMRK geboten. Im Hinblick auf Paragraph 44 b, Absatz eins, NAG wurde vom Vertreter des Beschwerdeführers ausgeführt, dass eine maßgebliche Änderung des Sachverhaltes darin gesehen werden müsse, dass in Österreich mittlerweile seit 4 Jahren ein gemeinsames Privat- und Familienleben bestünde. Die älteste Tochter des Beschwerdeführers habe mittlerweile die Pflichtschule abgeschlossen und strebe eine Lehrstelle an. Der Sohn gehe in die dritte Klasse Hauptschule und werde diese ebenfalls bald abschließen. Der Aufenthalt der Familie führe zu keiner finanziellen Belastung der öffentlichen Hand. Der Beschwerdeführer habe Arbeitsperspektiven und sei unbescholten. Die Erteilung des avisierten Aufenthaltstitels sei unter Bedachtnahme auf das Privat- und Familienleben im Grunde des Artikel 8, EMRK geboten.

I. 2. Aus der Wiedergabe des Verfahrensganges zu 1. ergeben sich auf Grundlage des Akteninhaltes sowie der Beweisaufnahmen in der mündlichen Verhandlung auch die die nachfolgenden Erwägungen tragenden Feststellungen:römisch eins. 2. Aus der Wiedergabe des Verfahrensganges zu 1. ergeben sich auf Grundlage des Akteninhaltes sowie der Beweisaufnahmen in der mündlichen Verhandlung auch die die nachfolgenden Erwägungen tragenden Feststellungen:

Demnach beantragte der nunmehrige Beschwerdeführer, serbischer Staatsangehöriger und 1974 als R. F. geboren, unter diesem Namen am 25.11.2008 die Erteilung eines Aufenthaltstitels "Angehöriger von Österreicher", später modifiziert auf Erteilung einer Niederlassungsbewilligung nach § 43 Abs. 3 NAG. Über diesen Antrag wurde durch die belangte Behörde bereits mehrfach, nämlich zunächst mit Bescheid vom 9.12.2008, sodann nach Behebung dieses Bescheides durch die Berufungsbehörde mit weiterem Bescheid vom 16.6.2009 abgesprochen. Dieser Bescheid, im

Instanzenzug bestätigt, wurde zuletzt durch Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 13.9.2011, Zl. 2010/22/0025, behoben. Der Beschwerdeführer hält sich seit Antragstellung im Jahr 2008, jedoch nicht ununterbrochen, teils aber auch im Verborgenen, um sich einem allfälligen Zugriff der Behörden entziehen zu können, unrechtmäßig in Österreich auf. Zuletzt, Anfang 2014, hat er gemeinsam mit seinen 2010 nach Österreich eingereisten Familienangehörigen, das sind seine Ehegattin K. F.-V. und die der Ehe entstammenden gemeinsamen, 1997 bzw. 2001 geborenen, Kinder Ma. F.-V. und Mi. F.-V. in Wien, W.-gasse, Unterkunft genommen. Weder seine Ehegattin noch die beiden Kinder verfügen über gültige Aufenthaltsberechtigungen. Die Kinder haben öffentliche Schulen in Wien besucht, die Ehegattin des Beschwerdeführers geht keiner legalen Erwerbstätigkeit nach. Als weiterer Angehöriger des Beschwerdeführers lebt auch dessen Stiefbruder, der österreichische Staatsbürger Z. F., in Wien. Von der belangten Behörde wurde im Verfahren eine fremdenpolizeiliche Stellungnahme der LPD Wien eingeholt, in der diese - mit Schreiben vom 31.7.2013 - die Zulässigkeit aufenthaltsbeendender Maßnahmen bejahte und die Einleitung aufenthaltsbeendender Maßnahmen ankündigte. Tatsächlich wurde von der Fremdenpolizeibehörde ein Verfahren zur Erlassung einer solchen Maßnahme unter der offenkundig irrigen, dem Untertauchen des Beschwerdeführers geschuldeten Annahme, dieser halte sich nicht mehr im Bundesgebiet auf, nicht weiter fortgeführt. Die Fremdenpolizeibehörde hat im Verfahren nicht erklärt, dass eine Rückkehrentscheidung dauerhaft bzw. vorübergehend unzulässig sei. Bislang wurde gegen den Beschwerdeführer weder eine Ausweisung noch eine Rückkehrentscheidung erlassen. Demnach beantragte der nunmehrige Beschwerdeführer, serbischer Staatsangehöriger und 1974 als R. F. geboren, unter diesem Namen am 25.11.2008 die Erteilung eines Aufenthaltstitels "Angehöriger von Österreicher", später modifiziert auf Erteilung einer Niederlassungsbewilligung nach Paragraph 43, Absatz 3, NAG. Über diesen Antrag wurde durch die belangte Behörde bereits mehrfach, nämlich zunächst mit Bescheid vom 9.12.2008, sodann nach Behebung dieses Bescheides durch die Berufungsbehörde mit weiterem Bescheid vom 16.6.2009 abgesprochen. Dieser Bescheid, im Instanzenzug bestätigt, wurde zuletzt durch Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 13.9.2011, Zl. 2010/22/0025, behoben. Der Beschwerdeführer hält sich seit Antragstellung im Jahr 2008, jedoch nicht ununterbrochen, teils aber auch im Verborgenen, um sich einem allfälligen Zugriff der Behörden entziehen zu können, unrechtmäßig in Österreich auf. Zuletzt, Anfang 2014, hat er gemeinsam mit seinen 2010 nach Österreich eingereisten Familienangehörigen, das sind seine Ehegattin K. F.-V. und die der Ehe entstammenden gemeinsamen, 1997 bzw. 2001 geborenen, Kinder Ma. F.-V. und Mi. F.-V. in Wien, W.-gasse, Unterkunft genommen. Weder seine Ehegattin noch die beiden Kinder verfügen über gültige Aufenthaltsberechtigungen. Die Kinder haben öffentliche Schulen in Wien besucht, die Ehegattin des Beschwerdeführers geht keiner legalen Erwerbstätigkeit nach. Als weiterer Angehöriger des Beschwerdeführers lebt auch dessen Stiefbruder, der österreichische Staatsbürger Z. F., in Wien. Von der belangten Behörde wurde im Verfahren eine fremdenpolizeiliche Stellungnahme der LPD Wien eingeholt, in der diese - mit Schreiben vom 31.7.2013 - die Zulässigkeit aufenthaltsbeendender Maßnahmen bejahte und die Einleitung aufenthaltsbeendender Maßnahmen ankündigte. Tatsächlich wurde von der Fremdenpolizeibehörde ein Verfahren zur Erlassung einer solchen Maßnahme unter der offenkundig irrigen, dem Untertauchen des Beschwerdeführers geschuldeten Annahme, dieser halte sich nicht mehr im Bundesgebiet auf, nicht weiter fortgeführt. Die Fremdenpolizeibehörde hat im Verfahren nicht erklärt, dass eine Rückkehrentscheidung dauerhaft bzw. vorübergehend unzulässig sei. Bislang wurde gegen den Beschwerdeführer weder eine Ausweisung noch eine Rückkehrentscheidung erlassen.

Das Verwaltungsgericht Wien hat erwogen:

I.3. Anzuwendendes Recht:römisch eins.3. Anzuwendendes Recht:

§ 81 Abs. 25 und 26 NAG,BGBl. I Nr. 100/2005 idgF, lauten:Paragraph 81, Absatz 25 und 26 NAG, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 100 aus 2005, idgF, lauten:

(25) Ist eine Entscheidung nach diesem Bundesgesetz, gegen die eine Berufung zulässig ist, vor Ablauf des 31. Dezember 2013 erlassen worden, läuft die Berufungsfrist mit Ablauf des 31. Dezember 2013 noch und wurde gegen diese Entscheidung nicht bereits bis zum Ablauf des 31. Dezember 2013 Berufung erhoben, so kann gegen diese vom 1. Jänner bis zum Ablauf des 15. Jänner 2014 Beschwerde beim jeweils zuständigen Landesverwaltungsgericht erhoben werden. Das Landesverwaltungsgericht hat in diesen Fällen dieses Bundesgesetz in der Fassung vor dem Bundesgesetz BGBl. I Nr. 87/2012 anzuwenden. Eine gegen eine solche Entscheidung bis zum Ablauf des 31. Dezember 2013 erhobene Berufung gilt als rechtzeitig erhobene Beschwerde gemäß Art. 130 Abs. 1 Z 1 B-VG.(25) Ist eine Entscheidung nach diesem Bundesgesetz, gegen die eine Berufung zulässig ist, vor Ablauf des 31. Dezember 2013

erlassen worden, läuft die Berufungsfrist mit Ablauf des 31. Dezember 2013 noch und wurde gegen diese Entscheidung nicht bereits bis zum Ablauf des 31. Dezember 2013 Berufung erhoben, so kann gegen diese vom 1. Jänner bis zum Ablauf des 15. Jänner 2014 Beschwerde beim jeweils zuständigen Landesverwaltungsgericht erhoben werden. Das Landesverwaltungsgericht hat in diesen Fällen dieses Bundesgesetz in der Fassung vor dem Bundesgesetz Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 87 aus 2012, anzuwenden. Eine gegen eine solche Entscheidung bis zum Ablauf des 31. Dezember 2013 erhobene Berufung gilt als rechtzeitig erhobene Beschwerde gemäß Artikel 130, Absatz eins, Ziffer eins, B-VG.

(26) Alle mit Ablauf des 31. Dezember 2013 beim Bundesminister für Inneres anhängigen Berufungsverfahren und Verfahren wegen Verletzung der Entscheidungspflicht (§ 73 AVG) nach diesem Bundesgesetz, sind ab 1. Jänner 2014 vom jeweils zuständigen Landesverwaltungsgericht nach den Bestimmungen dieses Bundesgesetzes in der Fassung vor dem Bundesgesetz BGBl. I Nr. 87/2012 zu Ende zu führen.(26) Alle mit Ablauf des 31. Dezember 2013 beim Bundesminister für Inneres anhängigen Berufungsverfahren und Verfahren wegen Verletzung der Entscheidungspflicht (Paragraph 73, AVG) nach diesem Bundesgesetz, sind ab 1. Jänner 2014 vom jeweils zuständigen Landesverwaltungsgericht nach den Bestimmungen dieses Bundesgesetzes in der Fassung vor dem Bundesgesetz Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 87 aus 2012, zu Ende zu führen.

Somit folgert, dass im vorliegenden Fall das Verwaltungsgericht Wien zur Erledigung des Rechtsmittels berufen ist, wobei die Bestimmungen des NAG in der Fassung vor BGBl. I Nr. 87/2012, sohin nach BGBl. I Nr. 50/2012, anzuwenden sind. Allfällige Gesetzeszitate beziehen sich daher auf diese Rechtslage. Somit folgert, dass im vorliegenden Fall das Verwaltungsgericht Wien zur Erledigung des Rechtsmittels berufen ist, wobei die Bestimmungen des NAG in der Fassung vor Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 87 aus 2012,, sohin nach Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 50 aus 2012,, anzuwenden sind. Allfällige Gesetzeszitate beziehen sich daher auf diese Rechtslage.

Die im Beschwerdefall maßgeblichen Bestimmungen lauten:

„Niederlassungsbewilligung“

§ 43. ...Paragraph 43, ...

(3) Im Bundesgebiet aufhaltigen 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 aufhaltigen 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.Paragraph 44 a,

1. (1)Absatz eins,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.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.
2. (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.Paragraph 44 b,

1. (1)Absatz eins,Liegt kein Fall des § 44a Abs. 1 vor, sind Anträge gemäß §§ 41a Abs. 9 oder 43 Abs. 3 als unzulässig zurückzuweisen, wennLiegt 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, oderrechtskräftig 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.
2. (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,

3. (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.
4. (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 verfügten 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 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 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) daher in der Weise auszulegen, und bedeutet das für das vor der Niederlassungs- und Aufenthaltsbehörde fortzuführende 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,) daher in der Weise auszulegen, und bedeutet das für das vor der Niederlassungs- und Aufenthaltsbehörde fortzuführende 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.

Die von der höchstgerichtlichen Judikatur zu § 44b NAG entwickelte Rechtsprechung hat daher für die entsprechenden Verfahren auch nach der Novelle dieser Bestimmung durch das FrÄG 2011 weiterhin Gültigkeit. Die von der höchstgerichtlichen Judikatur zu Paragraph 44 b, NAG entwickelte Rechtsprechung hat daher für die entsprechenden Verfahren auch nach der Novelle dieser Bestimmung durch das FrÄG 2011 weiterhin Gültigkeit.

Im nunmehr fortgesetzten Verfahren wird die belangte Behörde daher nicht mit einer Zurückweisung vorzugehen haben, solange die Fremdenpolizeibehörde nicht eine Feststellung zur bloß vorübergehenden Unzulässigkeit einer Ausweisung oder Rückkehrentscheidung getroffen hat, sondern vielmehr nach voll umfänglicher Abwägung der öffentlichen Interessen an der Verweigerung der Ausstellung eines Aufenthaltstitels mit den privaten Interessen des Beschwerdeführers im Grunde des Art 8 MRK bzw. gem. § 11 Abs. 3 NAG eine Entscheidung in der Sache selbst treffen müssen, wobei die Fremdenpolizeibehörde freilich darüber in Kenntnis zu setzen wäre, dass sich der Beschwerdeführer entgegen der von dieser zuletzt zum Ausdruck gebrachten, ein Absehen von der Führung eines Verfahrens zur Erlassung einer Rückkehrentscheidung bedingenden Annahme, nach wie vor im Bundesgebiet aufhält. Im nunmehr fortgesetzten Verfahren wird die belangte Behörde daher nicht mit einer Zurückweisung

vorzugehen haben, solange die Fremdenpolizeibehörde nicht eine Feststellung zur bloß vorübergehenden Unzulässigkeit einer Ausweisung oder Rückkehrentscheidung getroffen hat, sondern vielmehr nach voll umfänglicher Abwägung der öffentlichen Interessen an der Verweigerung der Ausstellung eines Aufenthaltstitels mit den privaten Interessen des Beschwerdeführers im Grunde des Artikel 8, MRK bzw. gem. Paragraph 11, Absatz 3, NAG eine Entscheidung in der Sache selbst treffen müssen, wobei die Fremdenpolizeibehörde freilich darüber in Kenntnis zu setzen wäre, dass sich der Beschwerdeführer entgegen der von dieser zuletzt zum Ausdruck gebrachten, ein Absehen von der Führung eines Verfahrens zur Erlassung einer Rückkehrentscheidung bedingenden Annahme, nach wie vor im Bundesgebiet aufhält.

II. Die Vorschreibung des Ersatzes der Barauslagen gründet in den im betreffenden Spruchpunkt angeführten Gesetzesstellen.römisch zwei. Die Vorschreibung des Ersatzes der Barauslagen gründet in den im betreffenden Spruchpunkt angeführten Gesetzesstellen.

III. 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 bislang nicht vorliegt.römisch drei. 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, bislang nicht vorliegt.

Schlagworte

keine Bindungswirkung der Stellungnahme der Fremdenpolizeibehörde

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:LVWGWl:2014:VGW.151.059.11475.2014

Zuletzt aktualisiert am

12.08.2014

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