



**VERWALTUNGSGERICHT
WIEN**

1190 Wien, Muthgasse 62
Telefon: (+43 1) 4000 DW 38740
Telefax: (+43 1) 4000 99 38740
E-Mail: post@vgw.wien.gv.at

GZ: VGW-151/096/14250/2022-11
A. B.

Wien, 23.5.2023

Geschäftsabteilung: VGW-S

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Verwaltungsgericht Wien erkennt durch seine Richterin Dr.ⁱⁿ Duarte-Herrera über die Beschwerde der Frau A. B. (geb.: ..., StA.: Ukraine), vertreten durch Rechtsanwälte OG, gegen den Bescheid des Landeshauptmannes von Wien, Magistratsabteilung 35, vom 16.11.2022, ZI. ..., betreffend eine Angelegenheit nach dem Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz (NAG)

zu Recht:

I. Gemäß § 28 Abs. 1 VwGVG wird der Beschwerde stattgegeben und der angefochtene Bescheid ersatzlos behoben.

II. Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß § 25a VwGG eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 B-VG zulässig.

Entscheidungsgründe

I. Verfahrensgang:

1. Mit dem angefochtenen Bescheid wies der Landeshauptmann von Wien (im Folgenden: die belangte Behörde) den Antrag der Beschwerdeführerin vom 30.5.2022 auf Erteilung eines Aufenthaltstitels „Familienangehöriger“ gemäß § 47 Abs. 2 NAG zurück. Begründend führte die belangte Behörde im Wesentlichen aus, die Beschwerdeführerin falle nicht in den Anwendungsberiech des NAG (§ 1 Abs. 2 Z 1 NAG), da sie als Vertriebene aus der Ukraine über ein vorübergehendes Aufenthaltsrecht im Bundesgebiet verfüge (§ 3 Abs. 2 Verordnung der Bundesregierung über ein vorübergehendes Aufenthaltsrecht für aus der Ukraine Vertriebene – VertriebenenVO).

2. In der dagegen erhobenen, form- und fristgerechten Beschwerde brachte die Beschwerdeführerin zusammengefasst vor, wie sich insbesondere aus den Materialien ergebe, habe der Gesetzgeber – um Zweigleisigkeiten zu vermeiden – mit § 1 Abs. 2 Z 1 NAG jene Personen vom NAG ausschließen wollen, die sich durch Stellung eines Antrages (auf internationalen Schutz) dem Regime des Asylgesetzes unterworfen haben. Vertriebene hätten sich aber nicht aktiv dem Asylgesetz unterworfen, da ihnen ohne entsprechenden Antrag bereits ex lege durch die VertriebenenVO eine Aufenthaltsberechtigung zukomme. Insofern seien Vertriebene nicht von § 1 Abs. 2 Z 1 NAG erfasst. Dies ergebe sich auch aus dem Umstand, dass bei Erlassung von § 1 Abs. 2 Z 1 NAG die Vertriebenen noch in § 76 NAG geregelt und daher zu diesem Zeitpunkt jedenfalls noch nicht vom Anwendungsbereich des NAG ausgenommen waren.

Da sich Vertriebene nicht aktiv durch einen verfahrenseinleitenden Antrag dem Asylgesetz unterworfen hätten, sei eine Gleichbehandlung mit jenen Personen, die internationalen Schutz beantragt haben, sachlich nicht gerechtfertigt.

Die Beschwerdeführerin habe sich geordnet mit ihrem österreichischen Ehegatten und ihrem österreichischen Sohn zwecks dauerhafter Niederlassung in das Bundesgebiet begeben, was sich durch den Antrag auf Erteilung des Aufenthaltstitels „Familienangehöriger“ und den Zusatzantrag auf Zulassung der Antragstellung im Inland (§ 21 Abs. 3 NAG) manifestiere.

§ 1 Abs. 2 Z 1 NAG sei daher teleologisch zu reduzieren, sodass er auf Vertriebene keine Anwendung finde. Darüber hinaus wird angeregt, dass das Verwaltungsgericht Wien einen Normprüfungsantrag zur Aufhebung von § 1 Abs. 2 Z 1 NAG an den Verfassungsgerichtshof richtet.

3. Die belangte Behörde legte die Beschwerde samt dem Bezug habenden Verwaltungsakt dem Verwaltungsgericht Wien zur Entscheidung vor.

4. Das Verwaltungsgericht Wien führte am 3.5.2023 eine öffentliche mündliche Verhandlung durch, in der die Beschwerdeführerin und ihr Ehegatte einvernommen wurden. Die belangte Behörde entsendete keine:n Vertreter:in zur Verhandlung.

5. Am Ende der mündlichen Verhandlung wurde das Ermittlungsverfahren nach § 39 Abs. 3 AVG iVm § 17 VwGVG geschlossen. Von Seiten der Beschwerdeführerin wurde auf eine Verkündung verzichtet.

II. Sachverhalt:

1. Die Beschwerdeführerin ist am ... in der Ukraine geboren und ist Staatsangehörige der Ukraine. Am ... 2015 heiratete die Beschwerdeführerin ihren Ehemann, C. B., in Salzburg, der österreichischer Staatsbürger ist. Am ... 2017 kam der gemeinsame Sohn in Charkiw zur Welt, der ebenso die österreichische Staatsbürgerschaft besitzt. Die Familie lebte gemeinsam in Charkiw, wobei geplant war, mit der Schulreife des Sohnes dauerhaft nach Österreich zu übersiedeln. Zu diesem Zweck erwarb die Familie im Mai 2021 eine Wohnung in Wien. Der Umzug sollte in etwa im Mai 2022 stattfinden und dann auch eine Aufenthaltsberechtigung für die Beschwerdeführerin beantragt werden, die ihr eine (dauerhafte) Niederlassung im Bundesgebiet ermöglicht.

2. Am 26.1.2022 reiste die Familie nach Österreich und flog am 30.1.2022 von Frankfurt nach Thailand, wo sie einen zweiwöchigen Urlaub verbrachte. Im Anschluss daran reiste die Familie am 14.2.2022 über München zurück nach Wien, wo die Beschwerdeführerin, ihr Ehegatte und ihr Sohn noch einige Tage verbringen wollten, da der Ehegatte der Beschwerdeführerin geschäftlich in Wien zu tun hatte. Die Rückreise in die Ukraine wäre für den 26.2.2022 geplant gewesen. Aufgrund des Kriegsbeginns am 24.2.2022 konnte die Beschwerdeführerin (und ihre Familie) jedoch nicht wieder zurück in die Ukraine reisen.

3. Ende Februar 2022/Anfang März 2022 kontaktierte die Beschwerdeführerin ihre Rechtsvertreterin, die sie bei der Beantragung des Aufenthaltstitels „Familienangehöriger“ gemäß § 47 Abs. 2 NAG unterstützen sollte. Am 14.3.2022 wurde der Beschwerdeführerin der 30.5.2022 als erster freier Termin zur persönlichen Vorsprache bei der belangten Behörde von dieser zugewiesen.

4. Am 12.4.2022 registrierte sich die Beschwerdeführerin als Vertriebene im Sinne der VertriebenenVO. Der Ausweis für Vertriebene wurde ihr am 12.5.2022 mit Gültigkeit ab 24.2.2022 ausgestellt.

6. Am 30.5.2022 beantragte die Beschwerdeführerin persönlich bei der belangten Behörde die Erteilung eines Aufenthaltstitels „Familienangehöriger“ gemäß § 47 Abs. 2 NAG. Sie berief sich dabei auf ihre Ehe mit einem österreichischen Staatsbürger.

III. Beweiswürdigung:

1. Das Verwaltungsgericht Wien hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den Verwaltungsakt der belangten Behörde, Berücksichtigung des Beschwerdevorbringens und Durchführung einer mündlichen Verhandlung, in der die Beschwerdeführerin und ihr Ehegatte einvernommen wurden.

2. Die persönlichen Daten der Beschwerdeführerin, ihres Ehegatten und ihres Sohnes ergeben sich aus den im Verwaltungsakt einliegenden Reisepasskopien bzw. den Staatsbürgerschaftsnachweisen der Beschwerdeführerin, ihres Ehegatten und ihres Sohnes, der im Verwaltungsakt einliegenden Heiratsurkunde und einem dort befindlichen Grundbuchsauszug des Bezirksgerichtes D., aus dem ersichtlich ist, dass dem Ehegatten der Beschwerdeführerin die Einräumung eines Wohnungseigentums an einer Wohnung in Wien zugesagt wurde, sowie aus den diesbezüglichen glaubhaften Aussagen der Beschwerdeführerin und ihres Ehegatten in der mündlichen Verhandlung.

3. Die Feststellung zur Einreise der Familie in den Schengenraum am 26.1.2022, ihrer Ausreise am 30.1.2022, der Wiedereinreise in den Schengenraum am 14.2.2022 und ihrem Verbleib in Österreich sowie zur (geplanten) Beantragung eines Aufenthaltstitels „Familienangehöriger“ gemäß § 47 Abs. 2 NAG und zur Registrierung als Vertriebene im Sinne der VertriebenenVO stützen sich auf die aus der Kopie des Reisepasses der Beschwerdeführerin im Verwaltungsakt

ersichtlichen Einreisestempel, auf eine vom Verwaltungsgericht Wien vorgenommene Abfrage des Zentralen Fremdenregisters vom 1.5.2023 sowie auf die glaubhaften Aussagen der Beschwerdeführerin und ihres Ehegatten in der mündlichen Verhandlung, auf das in der mündlichen Verhandlung vorgelegte Aktenstammblatte vom 9.3.2022 und den Mailverkehrs mit der belangten Behörde, womit der Beschwerdeführerin der Termin bei der belangten Behörde am 30.5.2022 zugewiesen wurde. Die Beschwerdeführerin wie auch ihr Ehegatte haben in der mündlichen Verhandlung glaubhaft vorgebracht, dass sie aufgrund des Krieges nicht in die Ukraine zurückkehren können.

4. Die Feststellungen zur Ausstellung einer Karte für Vertriebene sowie zur persönlichen Beantragung des Aufenthaltstitels „Familienangehöriger“ gemäß § 47 Abs. 2 NAG bei der belangten Behörde beruhen auf der Abfrage des Zentralen Fremdenregisters vom 1.5.2023 sowie auf dem im Verwaltungsakt einliegenden Antrag.

IV. Rechtslage:

1. § 1 Abs. 2 NAG, BGBl. I Nr. 100/2005 idF BGBl. I Nr. 153/2022, lautet wie folgt:

„§ 1.[...]

(2) Dieses Bundesgesetz gilt nicht für Fremde, die

1. nach dem Asylgesetz 2005 (AsylG 2005), BGBl. I Nr. 100, oder nach vorigen asylgesetzlichen Bestimmungen zum Aufenthalt berechtigt sind oder faktischen Abschiebeschutz genießen oder sich nach Stellung eines Folgeantrages (§ 2 Abs. 1 Z 23 AsylG 2005) im Zulassungsverfahren (§ 28 AsylG 2005) befinden, soweit dieses Bundesgesetz nicht anderes bestimmt;
2. nach § 5 des Amtssitzgesetzes (ASG), BGBl. I Nr. 54/2021, über einen Lichtbildausweis verfügen oder
3. nach § 24 FPG zur Ausübung einer bloß vorübergehenden Erwerbstätigkeit berechtigt sind, soweit dieses Bundesgesetz nicht anderes bestimmt.“

2. § 62 AsylG 2005, BGBl. I Nr. 100/2005 idF BGBl. I Nr. 70/2015, lautet wie folgt:

„Aufenthaltsrecht für Vertriebene

§ 62. (1) Für Zeiten eines bewaffneten Konfliktes oder sonstiger die Sicherheit ganzer Bevölkerungsgruppen gefährdender Umstände kann die Bundesregierung im Einvernehmen mit dem Hauptausschuss des Nationalrates mit Verordnung davon unmittelbar betroffenen Gruppen von Fremden, die anderweitig keinen Schutz finden (Vertriebene), ein vorübergehendes Aufenthaltsrecht im Bundesgebiet gewähren. Bis zum Inkrafttreten dieser Verordnung ist der Aufenthalt von Vertriebenen im Bundesgebiet geduldet. Dies ist dem Fremden durch die Behörde zu bestätigen.

(2) In der Verordnung gemäß Abs. 1 sind Einreise und Dauer des Aufenthaltes der Fremden unter Berücksichtigung der Umstände des besonderen Falles zu regeln.

(3) Wird infolge der längeren Dauer der in Abs. 1 genannten Umstände eine dauernde Integration erforderlich, kann in der Verordnung festgelegt werden, dass bestimmte Gruppen der Aufenthaltberechtigten einen Antrag auf Erteilung eines Aufenthaltstitels wirksam im Inland stellen können und dass ihnen der Aufenthaltstitel trotz Vorliegens eines Versagungsgrundes erteilt werden kann.

(4) Die Behörde hat das durch die Verordnung eingeräumte Aufenthaltsrecht durch Ausstellung eines Ausweises für Vertriebene von Amts wegen zu bestätigen. Der Ausweis ist als „Ausweis für Vertriebene“ zu bezeichnen, kann verlängert werden und genügt zur Erfüllung der Passpflicht. Der Bundesminister für Inneres legt durch Verordnung die Form und den Inhalt des Ausweises sowie der Bestätigung gemäß Abs. 1 fest.“

3. § 76 NAG, BGBl. I Nr. 100/2005 idF BGBl. I Nr. 87/2012 (in Kraft bis: 31.12.2013), lautete wie folgt:

„Aufenthaltsrecht für Vertriebene
Vertriebene

§ 76. (1) Für Zeiten eines bewaffneten Konfliktes oder sonstiger die Sicherheit ganzer Bevölkerungsgruppen gefährdender Umstände kann die Bundesregierung im Einvernehmen mit dem Hauptausschuss des Nationalrates mit Verordnung davon unmittelbar betroffenen Gruppen von Fremden, die anderweitig keinen Schutz finden (Vertriebene), ein vorübergehendes Aufenthaltsrecht im Bundesgebiet gewähren. Bis zum Inkrafttreten dieser Verordnung ist der Aufenthalt von Vertriebenen im Bundesgebiet geduldet. Dies ist dem Fremden durch die Behörde zu bestätigen.

(2) In der Verordnung gemäß Abs. 1 sind Einreise und Dauer des Aufenthaltes der Fremden unter Berücksichtigung der Umstände des besonderen Falles zu regeln.

(3) Wird infolge der längeren Dauer der in Abs. 1 genannten Umstände eine dauernde Integration erforderlich, kann in der Verordnung festgelegt werden, dass bestimmte Gruppen der Aufenthaltberechtigten einen Antrag auf Erteilung eines Aufenthaltstitels wirksam im Inland stellen können und dass ihnen der Aufenthaltstitel trotz Vorliegens eines Versagungsgrundes erteilt werden kann.

(4) Das durch die Verordnung eingeräumte Aufenthaltsrecht ist durch die Behörde im Reisedokument des Fremden zu bestätigen. Sofern er über kein Reisedokument verfügt, ist ihm ein Ausweis für Vertriebene von Amts wegen auszustellen.

(5) Der Ausweis ist als „Ausweis für Vertriebene“ zu bezeichnen, kann verlängert werden und genügt zur Erfüllung der Passpflicht. Der Bundesminister für Inneres legt durch Verordnung die Form und den Inhalt des Ausweises sowie der Bestätigungen gemäß Abs. 1 und 4 fest.“

4. Die VertriebenenVO, BGBl. II Nr. 92/2022 idF BGBl. II Nr. 27/2023, lautet wie folgt:

„§ 1. Folgende Personengruppen haben nach ihrer Einreise ein vorübergehendes Aufenthaltsrecht im Bundesgebiet:

1. Staatsangehörige der Ukraine mit Wohnsitz in der Ukraine, die aus dieser aufgrund des bewaffneten Konfliktes ab dem 24. Februar 2022 vertrieben wurden,
2. sonstige Drittstaatsangehörige oder Staatenlose mit einem vor dem 24. Februar 2022 gewährten internationalen Schutzstatus oder vergleichbaren nationalen Schutzstatus jeweils gemäß ukrainischem Recht, die aus der Ukraine aufgrund des bewaffneten Konfliktes ab dem 24. Februar 2022 vertrieben wurden und
3. Familienangehörige gemäß § 2,

sofern nicht Ausschlussgründe im Sinne des Art. 28 Abs. 1 der Richtlinie 2001/55/EG über Mindestnormen für die Gewährung vorübergehenden Schutzes im Falle eines Massenzustroms von Vertriebenen und Maßnahmen zur Förderung einer ausgewogenen Verteilung der Belastungen, die mit der Aufnahme dieser Personen und den Folgen dieser Aufnahme verbunden sind, auf die Mitgliedstaaten, ABl. L 212 vom 7.8.2001 S. 12, vorliegen.

§ 2. Als Familienangehörige gelten

1. Ehegatten und eingetragene Partner der in § 1 Z 1 und 2 angeführten Personen
2. minderjährige ledige Kinder der in § 1 Z 1 und 2 angeführten Personen, von deren Ehegatten oder eingetragenen Partnern sowie
3. sonstige enge Verwandte der in § 1 Z 1 und 2 angeführten Personen, die mit diesen vor der Vertreibung in häuslicher Gemeinschaft gelebt haben und vollständig oder größtenteils von diesen abhängig waren,

sofern diese vor dem 24. Februar 2022 bereits als Familienangehörige einer in § 1 Z 1 oder 2 angeführten Person in der Ukraine aufhältig waren.

§ 3. (1) Staatsangehörige der Ukraine, die am 24. Februar 2022 über einen gültigen Aufenthaltstitel nach dem Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz (NAG), BGBl. I Nr. 100/2005, zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 234/2021, oder gemäß §§ 55 bis 57 Asylgesetz 2005 (AsylG 2005), BGBl. I Nr. 100/2005, zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 234/2021, verfügt haben, der mangels Erfüllung der Erteilungsvoraussetzungen nicht verlängert oder entzogen wurde und die aufgrund des bewaffneten Konfliktes nicht in die Ukraine zurückkehren können, haben nach Ablauf der Gültigkeitsdauer dieses Aufenthaltstitel ebenfalls ein vorübergehendes Aufenthaltsrecht im Bundesgebiet, sofern nicht Ausschlussgründe im Sinne des Art. 28 Abs. 1 der Richtlinie 2001/55/EG vorliegen.

(2) Staatsangehörige der Ukraine, die am 24. Februar 2022 rechtmäßig im Bundesgebiet aufhältig waren und die aufgrund des bewaffneten Konfliktes nicht in die Ukraine oder in den Staat ihres Wohnsitzes zurückkehren können, haben nach Ablauf ihres visumfreien oder visumpflichtigen Aufenthaltes ebenfalls ein vorübergehendes Aufenthaltsrecht im Bundesgebiet, sofern nicht Ausschlussgründe im Sinne des Art. 28 Abs. 1 der Richtlinie 2001/55/EG vorliegen.

§ 4. (1) Das vorübergehende Aufenthaltsrecht besteht bis 4. März 2024.

(2) Ergeht ein Beschluss des Rates gemäß Art. 6 Abs. 1 lit. b oder 4 Abs. 2 der Richtlinie 2001/55/EG, endet das Aufenthaltsrecht zu dem im Beschluss genannten Zeitpunkt.

(3) Das Aufenthaltsrecht gemäß §§ 1 oder 3 erlischt, wenn der Betreffende das Bundesgebiet nicht bloß kurzfristig verlässt.

§ 5. (1) Diese Verordnung tritt mit Ablauf des Tages der Kundmachung in Kraft.

(2) § 4 in der Fassung der Verordnung der Bundesregierung, BGBl. II Nr. 27/2023, tritt eine Woche nach der Kundmachung in Kraft.“

5. § 31 Abs. 1 FPG, BGBl. I Nr. 100/2005 idF BGBl. I Nr. 106/2022, lautet auszugsweise wie folgt:

„§ 31. (1) Fremde halten sich rechtmäßig im Bundesgebiet auf,

1. wenn sie rechtmäßig eingereist sind und während des Aufenthalts im Bundesgebiet die Befristungen oder Bedingungen des Einreisetitels oder des visumfreien Aufenthaltes oder die durch zwischenstaatliche Vereinbarungen, Bundesgesetz oder Verordnung bestimmte Aufenthaltsdauer nicht überschritten haben;
2. wenn sie auf Grund einer Aufenthaltsberechtigung oder einer Dokumentation des Aufenthaltsrechtes nach dem Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz zur Niederlassung oder zum Aufenthalt oder auf Grund einer Verordnung für Vertriebene zum Aufenthalt berechtigt sind;
3. wenn sie Inhaber eines von einem Vertragsstaat ausgestellten Aufenthaltstitels sind bis zu drei Monaten (Artikel 21 SDÜ gilt), sofern sie während ihres Aufenthalts im Bundesgebiet keiner unerlaubten Erwerbstätigkeit nachgehen
4. solange ihnen ein Aufenthaltsrecht nach dem AsylG 2005 zukommt;“

V. Rechtliche Beurteilung:

1. Vorauszuschicken ist, dass nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes in jenen Fällen, in denen die Behörde einen Antrag zurückgewiesen hat, „Sache“ eines Beschwerdeverfahrens vor dem Verwaltungsgericht ausschließlich die Rechtmäßigkeit der Zurückweisung ist. Dem Verwaltungsgericht ist es demnach verwehrt, über diesen Rahmen hinaus in einer Entscheidung über die „Hauptsache“ vorzugehen, weil dadurch der sachlichen Prüfung des gestellten Antrages und damit den Parteien eine Instanz genommen würde (vgl. VwGH 9.3.2023, Ra 2020/07/0121, mwN).

1.1. Gemäß § 1 Abs. 2 Z 1 NAG sind Fremde, die nach dem Asylgesetz 2005 (AsylG 2005) oder nach vorigen asylgesetzlichen Bestimmungen zum Aufenthalt berechtigt sind oder faktischen Abschiebeschutz genießen oder sich nach Stellung eines Folgeantrages (§ 2 Abs. 1 Z 23 AsylG 2005) im Zulassungsverfahren (§ 28

AsylG 2005) befinden, vom Anwendungsbereich des NAG ausgenommen, soweit das NAG nicht anderes bestimmt.

1.2. Gemäß § 3 Abs. 2 VertriebenenVO haben Staatsangehörige der Ukraine, die am 24.2.2022 rechtmäßig im Bundesgebiet aufhältig waren und die aufgrund des bewaffneten Konfliktes nicht in die Ukraine zurückkehren können, nach Ablauf ihres visumfreien Aufenthaltes ein vorübergehendes Aufenthaltsrecht im Bundesgebiet.

2. Die Beschwerdeführerin reiste mit ihrer Familie am 26.1.2022 in den Schengenraum ein und am 30.1.2022 wieder aus dem Schengenraum aus. Nach einem zweiwöchigen Urlaub reiste die Beschwerdeführerin am 14.2.2022 gemeinsam mit ihrer Familie erneut in den Schengenraum ein und befindet sich seither in Österreich. Ihre visumsfreie Zeit endete damit am 11.5.2022. Sie verfügt sohin seit diesem Tag über ein vorübergehendes Aufenthaltsrecht nach der VertriebenenVO. Am 30.5.2022 beantragte die Beschwerdeführerin die Erteilung des Aufenthaltstitels „Familienangehöriger“ gemäß § 47 Abs. 2 NAG. Mit dem angefochtenen Bescheid wies die belangte Behörde ihren Antrag zurück und begründete dies damit, dass sie aufgrund ihrer vorübergehenden Aufenthaltsberechtigung als Vertriebene gemäß § 1 Abs. 2 Z 1 NAG nicht in den Anwendungsbereich des NAG falle.

3. Es stellt sich damit die Frage, ob Vertriebene im Sinne der VertriebenenVO durch § 1 Abs. 2 Z 1 NAG grundsätzlich vom Anwendungsbereich des NAG ausgenommen werden. Zwar könnte es prima facie nahe liegen, Vertriebene als „Fremde, die nach dem Asylgesetz 2005 [...] zum Aufenthalt berechtigt sind“ zu qualifizieren, da sich die gesetzliche Grundlage der VertriebenenVO in § 62 AsylG 2005 findet und die Aufenthaltsberechtigung der Vertriebenen insofern – mittelbar – auf dem AsylG 2005 fußt. In § 31 FPG werden diese beiden Personengruppen jedoch explizit voneinander geschieden und einander gegenübergestellt:

So werden Fremde, die „auf Grund einer Aufenthaltsberechtigung oder einer Dokumentation des Aufenthaltsrechtes nach dem Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz zur Niederlassung oder zum Aufenthalt oder auf Grund einer Verordnung für Vertriebene zum Aufenthalt berechtigt sind“, von § 31 Abs. 1 Z 2 FPG erfasst, während Fremde, denen „ein Aufenthaltsrecht nach dem AsylG 2005 zukommt“, in § 31 Abs. 1 Z 4 FPG genannt werden. Der Bundesgesetzgeber zählt

die Vertriebenen also zumindest nicht durchgängig zu der Gruppe an Personen, die nach dem AsylG 2005 aufenthaltsberechtigt sind. Zugleich ist jedoch nicht ausgeschlossen, dass die Begriffsverständnisse des § 1 Abs. 2 Z 1 NAG und des § 31 FPG divergieren. Der offene Wortlaut des § 1 Abs. 2 Z 1 NAG ist dementsprechend interpretationsbedürftig.

3.1. Aus den Materialien zur Stammfassung von § 1 Abs. 2 Z 1 NAG und seinen Novellen ergibt sich, dass die Bestimmung darauf abzielt, die Migrationspfade Asylwesen einerseits und Niederlassungs- und Aufenthaltswesen andererseits grundsätzlich klar zu trennen. Diese strikte Grenzziehung geht im Wesentlichen auf das Fremdenrechtspaket 2005, BGBl. I Nr. 100/2005, zurück (nach dem Fremdengesetz 1997 war es zuvor möglich, vorläufig aufenthaltsberechtigten Asylwerbern eine Niederlassungsbewilligung zu erteilen, vgl. dazu etwa VwGH 31.5.2017, Ra 2016/22/0089 mwN).

Mit der Novelle BGBl. I Nr. 29/2009 wurde in den bestehenden § 1 Abs. 2 Z 1 NAG die Wortfolge „oder faktischen Abschiebeschutz genießen“ eingefügt und seit der Novelle BGBl. I Nr. 122/2009 gilt das NAG auch für jene Fremden nicht, die sich nach Stellung eines Folgeantrages (§ 2 Abs. 1 Z 23 AsylG 2005) im Zulassungsverfahren (§ 28 AsylG 2005) befinden. Damit sollen „weiterhin alle sich im Asylverfahren befindlichen Fremden in konsequenter und sachgerechter Weise vom Anwendungsbereich des NAG ausgenommen bleiben“ (RV 330 BlgNR 24. GP, 40; zur vorangegangenen Novelle siehe RV 88 BlgNR 24. GP, 6).

Als die Migrationspfade auf diese Weise getrennt wurden, wurden die Vertriebenen jedoch nicht dem AsylG 2005 zugewiesen, sondern in § 76 NAG verankert. Zumindest ursprünglich waren die Vertriebenen damit zweifelsfrei nicht nach § 1 Abs. 2 Z 1 NAG vom Anwendungsbereich des NAG ausgenommen.

3.2. Die Vertriebenen wurden erst mit dem Fremdenbehördenneustrukturierungsgesetz – FNG, BGBl. I Nr. 87/2012, von § 76 NAG in § 62 AsylG 2005 verschoben. Ob Vertriebene infolge dieses Transfers vom NAG in das AsylG 2005 von der Ausnahme des § 1 Abs. 2 Z 1 NAG erfasst werden sollten, thematisieren die Materialien nicht. Die Erläuterungen zu § 58 Abs. 9 AsylG 2005 betonen zwar, dass der in § 1 Abs. 2 Z 1 NAG Trennungsgrundsatz weiterhin aufrecht erhalten werden soll; beziehen sich dann aber nur auf Personen, die „einen Antrag auf einen Aufenthaltstitel nach diesem Hauptstück stellen“ (RV 1803

BlgNR 24. GP, 49). Damit sind Vertriebene gerade nicht gemeint. In den Erläuterungen zu § 62 AsylG 2005 ist lediglich davon die Rede, dass diese Bestimmung ihrer Vorgängerbestimmung in § 76 NAG entspricht (RV 1803 BlgNR 24. GP, 52), die Rechtslage also insoweit gleich bleiben sollte. Dies entspricht auch der allgemeinen Zielsetzung des FNG, das eine Neustrukturierung der Fremdenbehörden und Neuordnung sowie Bündelung von Kompetenzen in diesem Bereich bezweckte, ohne dabei aber „wesentliche Änderungen in den materiellrechtlichen Bestimmungen herbeizuführen“ (RV 1803 BlgNR 24. GP, 3). Die Materialien sprechen sohin eher dafür, dass sich die (materielle) Rechtsstellung der Vertriebenen durch den Transfer der Verordnungsermächtigung von § 76 NAG nach § 62 AsylG nicht geändert hat.

3.3. Unangetastet vom FNG blieb auch § 31 FPG, der, wie erwähnt, Vertriebene im Sinne der VertriebenenVO explizit von Fremden unterscheidet, die nach dem AsylG 2005 aufenthaltsberechtigt sind.

3.4. Ebenso unverändert blieb bei dem Transfer der Vertriebenen von § 76 NAG nach § 62 AsylG 2005 insbesondere auch die nunmehr in § 62 Abs. 3 AsylG 2005 geregelte Möglichkeit, in einer VertriebenenVO unter bestimmten Umständen festzulegen, „dass bestimmte Gruppen der Aufenthaltsberechtigten einen Antrag auf Erteilung eines Aufenthaltstitels wirksam im Inland stellen können und dass ihnen der Aufenthaltstitel trotz Vorliegens eines Versagungsgrundes erteilt werden kann“ (ebenso zuvor § 76 Abs. 3 NAG). Im Kontext des NAG war der Inhalt dieser Ermächtigung klar: Sie sollte es erlauben, die generellen Anforderungen, die das NAG für die Erteilung von Aufenthaltstiteln aufstellt, für Vertriebene punktuell herabzusetzen und ihnen so den Weg zu einem Aufenthaltstitel erleichtern (vgl. dazu auch die Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zu Verordnungen kriegsvertriebener Staatsangehörigen von Bosnien-Herzegowina und Kosovo-Albanien, die auf den Vorgängerbestimmungen von § 76 NAG im Fremden- und im Aufenthaltsgesetz beruhten, insbesondere VwGH 4.2.2000, 98/19/0317; auch VwGH 19.5.2004, 2002/18/0307 mwN).

Da diese Ermächtigung beim Transfer nach § 62 Abs. 3 AsylG textlich unverändert blieb, liegt nahe, dass auch ihr Inhalt übernommen wurde. Seine geschilderte Aufgabe kann die Ermächtigung jedoch nur erfüllen, wenn Vertriebene nicht nach § 1 Abs. 2 Z 1 NAG pauschal vom Anwendungsbereich des NAG ausgenommen

sind. Anderenfalls gehen punktuelle Erleichterungen für die Erteilung von Aufenthaltstiteln ins Leere.

3.5. Schließlich besteht zwischen Vertriebenen und jenen Personen, die § 1 Abs. 2 Z 1 NAG zweifelsfrei grundsätzlich vom Anwendungsbereich des NAG ausnimmt, noch ein wesentlicher Unterschied, der gegen eine Gleichsetzung spricht: Diese Personen werden zwar durch § 1 Abs. 2 Z 1 NAG grundsätzlich ausgenommen, in weiterer Folge erlauben einzelne Bestimmungen des NAG ihnen dann aber doch einen Aufenthaltstitel nach dem NAG zu beantragen, also einen „Spurwechsel“: Asylberechtigte und subsidiär Schutzberechtigte können etwa nach fünf Jahren den Aufenthaltstitel „Daueraufenthalt-EU“ beantragen, wobei ihnen auch die Zeiten des Asylverfahrens zumindest teilweise angerechnet werden (§ 45 Abs. 12 NAG); auch der Antrag auf Erteilung des Aufenthaltstitels „Blaue Karte EU“ (§ 45 Abs. 12 NAG) steht ihnen offen. Inhaber jener Aufenthaltstitel, die im Rahmen des FNG gemeinsam mit der Regelung zu den Vertriebenen in das AsylIG 2005 gewandert sind, nämlich des Aufenthaltstitels aus Gründen des Art. 8 EMRK (ehemals: §§ 41a Abs. 9 und 43 Abs. 3 NAG; nunmehr: § 55 AsylIG 2005) und des Aufenthaltstitels aus besonders berücksichtigungswürdigen Gründen (ehemals: §§ 41a Abs. 10 und 43 Abs. 4 NAG; nunmehr: § 56 AsylIG 2005) können nach § 41a Abs. 9 NAG eine „Rot-Weiß-Rot – Karte plus“ bzw. nach § 43 Abs. 3 NAG eine Niederlassungsbewilligung beantragen. Inhaber der Aufenthaltsberechtigung besonderer Schutz (ehemals: § 69a NAG; nunmehr: § 57 AsylIG 2005) können über § 59 Abs. 4 AsylIG 2005 iVm § 41a Abs. 3 NAG ins NAG wechseln.

Jene Personen, die jedenfalls von § 1 Abs. 2 Z 1 NAG erfasst sind, erhalten damit dennoch die Möglichkeit, über einen spezifischen Weg, einen Aufenthaltstitel nach dem NAG zu erlangen. Diese spezifischen Umstiegsmöglichkeiten gibt es für Vertriebene nicht. Sie wären sohin die einzigen, die gänzlich vom Anwendungsbereich des NAG ausgenommen wären. Insofern liegt die Lesart nahe, dass die Vertriebenen gerade nicht unter § 1 Abs. 2 Z 1 NAG fallen.

4. Wie unter Punkt V.3. dargestellt, ergibt eine Auslegung von § 1 Abs. 2 Z 1 NAG in Zusammenschau mit § 31 FPG und dem 7. Hauptstück „Aufenthaltstitel aus berücksichtigungswürdigen Gründen“ des AsylIG 2005, insbesondere § 62 AsylIG 2005 sowie seiner Vorgängerbestimmung in § 76 NAG, dass Vertriebene im Sinne der VertriebenenVO weiterhin vom Anwendungsbereich des NAG umfasst sind. Die belangte Behörde hätte den Antrag der Beschwerdeführerin auf Erteilung eines

Aufenthaltstitels gemäß § 47 Abs. 2 NAG daher nicht aus diesem Grund zurückweisen dürfen.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden und der angefochtene Bescheid ersatzlos zu beheben.

Bei diesem Ergebnis stellen sich auch die in der Beschwerde erhobenen verfassungsrechtlichen Fragen nicht, weshalb nicht weiter darauf einzugehen ist.

5. Die ordentliche Revision ist zulässig, da im gegenständlichen Verfahren eine Rechtsfrage zu lösen war, der im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG grundsätzliche Bedeutung zukommt, weil eine Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zur entscheidungserheblichen Frage fehlt, ob Vertriebene im Sinne der VertriebenenVO vom Anwendungsbereich des NAG gemäß § 1 Abs. 2 Z 1 NAG ausgenommen sind.

Belehrung

Gegen dieses Erkenntnis besteht die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder einer ordentlichen Revision beim Verwaltungsgerichtshof. Die Beschwerde bzw. Revision ist innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung der Entscheidung durch eine bevollmächtigte Rechtsanwältin bzw. einen bevollmächtigten Rechtsanwalt abzufassen und ist die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder die ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof beim Verwaltungsgericht Wien einzubringen. Für die Beschwerde bzw. die Revision ist eine Eingabengebühr von je EUR 240,-- beim Finanzamt Österreich, Dienststelle Sonderzuständigkeiten zu entrichten, sofern gesetzlich nicht anderes bestimmt ist.

Es besteht die Möglichkeit, Verfahrenshilfe für das Verfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof bzw. Verfassungsgerichtshof zu beantragen. Verfahrenshilfe ist einer Partei soweit zur Gänze oder zum Teil zu bewilligen als sie außerstande ist, die Kosten der Führung des Verfahrens ohne Beeinträchtigung des notwendigen Unterhalts zu bestreiten, und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint.

Der Antrag auf Verfahrenshilfe ist für ein Beschwerdeverfahren vor dem Verfassungsgerichtshof unmittelbar beim Verfassungsgerichtshof einzubringen. Für ein ordentliches Revisionsverfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof ist der Antrag beim Verwaltungsgericht Wien einzubringen. Dies in beiden Fällen jeweils innerhalb der oben genannten sechswöchigen Beschwerde- bzw. Revisionsfrist.

Ferner besteht die Möglichkeit, auf die Revision beim Verwaltungsgerichtshof und die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof zu verzichten. Der Verzicht hat ausdrücklich zu erfolgen und ist bei einem Verzicht auf die Revision dem Verwaltungsgericht, bei einem Verzicht auf die Beschwerde bis zur Zustellung der Entscheidung dem Verwaltungsgericht, nach Zustellung der Entscheidung dem Verfassungsgerichtshof schriftlich bekanntzugeben oder zu Protokoll zu erklären. Der Verzicht hat zur Folge, dass eine Revision bzw. Beschwerde nicht mehr zulässig ist. Wurde der Verzicht nicht von einem berufsmäßigen Parteienvertreter oder im Beisein eines solchen abgegeben, so kann er binnen drei Tagen schriftlich oder zur Niederschrift widerrufen werden.

Verwaltungsgericht Wien

Dr.ⁱⁿ Duarte-Herrera