



IM NAMEN DER REPUBLIK!

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Pelant, die Hofräte Dr. Sulzbacher und Dr. Pfiel, die Hofrätin Dr. Julcher und den Hofrat Dr. Schwarz als Richter, unter Mitwirkung der Schriftführerin Mag.^a Eraslan, über die Revision der A K, vertreten durch Dr. Romana Zeh-Gindl, Rechtsanwältin in 1010 Wien, Franz Josefs-Kai 5/10, gegen das am 22. Juli 2020 mündlich verkündete und mit 5. August 2020 schriftlich ausgefertigte Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichtes, W282 2224784-1/16E, betreffend Abweisung eines Antrags auf Erteilung eines Aufenthaltstitels nach § 55 AsylG 2005 und Erlassung einer Rückkehrentscheidung samt Nebenaussprüchen (belangte Behörde vor dem Verwaltungsgericht: Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl), zu Recht erkannt:

Das angefochtene Erkenntnis wird, soweit damit die Spruchpunkte II., III. und IV. des Bescheides des Bundesamtes für Fremdenwesen und Asyl vom 19. September 2019 (Erlassung einer Rückkehrentscheidung samt Nebenaussprüchen) bestätigt wurden, wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufgehoben.

Im Übrigen, nämlich soweit mit dem angefochtenen Erkenntnis der Spruchpunkt I. des Bescheides des Bundesamtes für Fremdenwesen und Asyl vom 19. September 2019 (Abweisung des Antrags auf Erteilung eines Aufenthaltstitels nach § 55 AsylG 2005) bestätigt wurde, wird die Revision als unbegründet abgewiesen.

Der Bund hat der Revisionswerberin Aufwendungen in der Höhe von € 1.106,40 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Entscheidungsgründe:

- 1 Die Revisionswerberin, eine im August 2003 geborene serbische Staatsangehörige, ist aufgrund prekärer familiärer und schlechter finanzieller Verhältnisse im Juni 2018 von ihrem bisherigen Wohnort in Serbien, wo sie gemeinsam mit ihrer Mutter, dem Stiefvater und Geschwistern gelebt hatte, zur



Cousine ihrer Mutter nach Österreich gezogen. Die zuletzt Genannte ist ebenfalls serbische Staatsangehörige und im Besitz eines Aufenthaltstitels „Daueraufenthalt - EU“. Seit ihrer Einreise lebt die minderjährige Revisionswerberin mit der Cousine ihrer Mutter und mit deren Ehemann, deren Sohn sowie drei Enkelkindern im gemeinsamen Haushalt. Es ist insgesamt davon auszugehen, dass die Revisionswerberin in den Lebensablauf der Familie umfassend eingegliedert ist und dass sie von der Cousine ihrer Mutter und deren Ehemann erzogen, gepflegt und finanziell unterstützt wird. Mit Beschluss eines Bezirksgerichtes vom 19. Dezember 2018 wurde die Obsorge für die Revisionswerberin ihrer bisher obsorgeberechtigten, damals in Serbien aufhältigen Mutter wegen Gefährdung des Kindeswohls gemäß § 181 ABGB entzogen und der Cousine der Mutter übertragen.

- 2 Sodann beantragte die Revisionswerberin (durch ihre gesetzliche Vertreterin) am 21. Februar 2019 die Erteilung eines „Aufenthaltstitels aus Gründen des Art. 8 EMRK“ nach § 55 AsylG 2005, konkret einer Aufenthaltsberechtigung gemäß Abs. 2 der genannten Bestimmung.
- 3 Diesen Antrag wies das Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl (BFA) mit Bescheid vom 19. September 2019 ab (Spruchpunkt I.). Unter einem erließ es gegen die Revisionswerberin gemäß § 10 Abs. 3 AsylG 2005 iVm § 9 BFA-VG eine Rückkehrentscheidung gemäß § 52 Abs. 3 FPG (Spruchpunkt II.) und es stellte gemäß § 52 Abs. 9 FPG fest, dass ihre Abschiebung nach Serbien zulässig sei (Spruchpunkt III.). Für die freiwillige Ausreise wurde gemäß § 55 FPG eine Frist von vierzehn Tagen ab Rechtskraft der Rückkehrentscheidung eingeräumt (Spruchpunkt IV.).
- 4 Die gegen diesen Bescheid erhobene Beschwerde wies das Bundesverwaltungsgericht (BVwG) mit dem in der mündlichen Verhandlung am 22. Juli 2020 verkündeten und mit 5. August 2020 schriftlich ausgefertigten Erkenntnis mit der Maßgabe ab, dass die mit Spruchpunkt IV. festgelegte Frist für die freiwillige Ausreise vier Monate ab Rechtskraft der Rückkehrentscheidung betrage. Außerdem sprach das BVwG gemäß § 25a Abs. 1 VwGG aus, dass eine Revision gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG nicht zulässig sei.



- 5 Gegen dieses Erkenntnis richtet sich die vorliegende (außerordentliche) Revision, über die der Verwaltungsgerichtshof nach Aktenvorlage und Durchführung eines Vorverfahrens - Revisionsbeantwortungen wurden nicht erstattet - erwogen hat:
- 6 Die Revision erweist sich - wie die weiteren Ausführungen zeigen - entgegen dem gemäß § 34 Abs. 1a erster Satz VwGG nicht bindenden Ausspruch des BVwG unter dem Gesichtspunkt des Art. 133 Abs. 4 B-VG als zulässig und teilweise auch als berechtigt.
- 7 Die Revisionswerberin beantragte die Erteilung eines Aufenthaltstitels nach § 55 AsylG 2005. Dabei handelt es sich um einen der im 7. Hauptstück des AsylG 2005 geregelten „Aufenthaltstitel aus berücksichtigungswürdigen Gründen“. Für jenen nach § 55 AsylG 2005 ist jedenfalls Voraussetzung, dass dessen Erteilung gemäß § 9 Abs. 2 BFA-VG zur Aufrechterhaltung des Privat- und Familienlebens im Sinne des Art. 8 EMRK geboten ist.
- 8 Ein Antrag auf Erteilung eines Aufenthaltstitels nach dem 7. Hauptstück des AsylG 2005 ist gemäß § 58 Abs. 9 AsylG 2005 unter anderem dann als unzulässig zurückzuweisen, wenn sich der Drittstaatsangehörige in einem Verfahren nach dem NAG befindet (Z 1) oder wenn er bereits über ein Aufenthaltsrecht nach dem AsylG 2005 oder dem NAG verfügt (Z 2). Nach den diesbezüglichen ErläutRV zum FNG (1803 BlgNR 24. GP 49) soll mit der Anordnung in der Z 1 klargestellt werden, dass das Stellen weiterer Anträge (u.a.) nach § 55 AsylG 2005 während eines anhängigen Verfahrens zur Erteilung eines Aufenthaltstitels nach dem NAG unzulässig und ein solcher Antrag „ohne weitere Prüfung“ zurückzuweisen ist. Mit der Regelung in der Z 2 werde ein „Ausschlussgrund“ für den Fall normiert, dass der Fremde bereits über ein Aufenthaltsrecht nach dem AsylG 2005 oder dem NAG verfügt. Zur letztgenannten Alternative halten die ErläutRV dann weiter fest, Personen, die bereits ein Aufenthaltsrecht nach dem NAG genießen, sollen nicht in den Anwendungsbereich dieser Bestimmungen fallen. Ohnehin aufenthaltsberechtigte Personen sollten auch schon bisher nicht auf solche Aufenthaltstitel umsteigen können, um entsprechende Umgehungshandlungen zu vermeiden. Die Anwendung des Aufenthaltsrechtes aus



berücksichtigungswürdigen Gründen auf Personen, die ohnehin bereits über einen Aufenthaltstitel verfügen, scheidet nach wie vor „naturgemäß“ aus. Es dürften nur diejenigen Personen einen Antrag auf einen Aufenthaltstitel nach dem 7. Hauptstück des AsylG 2005 stellen, die über kein Aufenthaltsrecht verfügen bzw. nicht die Voraussetzungen für einen Aufenthaltstitel nach dem NAG erfüllen. Aufenthaltstitel nach diesem Hauptstück sollen daher - so die ErläutRV zusammenfassend - nur jenen zugutekommen, die es auch benötigen.

- 9 Für die Zurückweisungsfälle des § 58 Abs. 9 AsylG 2005 wird im letzten Satz des § 10 Abs. 3 AsylG 2005 normiert, dass die den Antrag auf Erteilung eines Aufenthaltstitels aus berücksichtigungswürdigen Gründen zurückweisende Entscheidung nicht mit einer Rückkehrentscheidung zu verbinden ist. Diese Einschränkung fehlt zwar in der korrespondierenden Bestimmung des § 52 Abs. 3 FPG, wonach das BFA gegen einen Drittstaatsangehörigen eine Rückkehrentscheidung zu erlassen hat, wenn dessen Antrag auf Erteilung eines Aufenthaltstitels gemäß §§ 55, 56 oder 57 AsylG 2005 zurück- oder abgewiesen wird. Dabei handelt es sich aber offenbar um ein Redaktionsversehen. Hintergrund für die diesbezügliche Änderung im § 10 Abs. 3 AsylG 2005 in der Fassung des FNG-Anpassungsgesetzes im Vergleich zu jener (nicht in Kraft getretenen) des FNG, die inhaltlich dem geltenden § 52 Abs. 3 FPG entsprach, war nach den diesbezüglichen ErläutRV (2144 BlgNR 24. GP 17) nämlich, dass die Differenzierung zwischen den Rechtsfolgen bei abweisenden und zurückweisenden Entscheidungen „aus systematischen Gründen notwendig“ sei. Damit war erkennbar gemeint, dass sich der Drittstaatsangehörige in den Zurückweisungsfällen des § 58 Abs. 9 AsylG 2005 entweder in einem Verfahren zur Erteilung eines Aufenthaltstitels nach dem NAG befindet oder bereits über ein Aufenthaltsrecht nach dem AsylG 2005 oder dem NAG verfügt und dass in diesen Konstellationen die Erlassung einer Rückkehrentscheidung, die zur Ausreise in den Herkunftsstaat verpflichtet, nicht in Betracht kommt. Das hätte auch in § 52 Abs. 3 FPG seinen Niederschlag finden müssen.

- 10 Aus den referierten Gesetzesmaterialien zu § 58 Abs. 9 AsylG 2005 ergibt sich eindeutig die Subsidiarität des hier von der Revisionswerberin beantragten



Aufenthaltstitels nach § 55 AsylG 2005 gegenüber Aufenthaltstiteln nach dem NAG (vgl. dazu auch VwGH 4.4.2019, Ra 2019/21/0009, Rn. 16, wonach die Erteilung eines Aufenthaltstitels nach dem 7. Hauptstück des AsylG 2005 und damit insbesondere nach § 55 AsylG 2005 als subsidiäre Maßnahme konzipiert ist). Demnach besteht dann kein Anspruch auf Erteilung eines auf Art. 8 EMRK gegründeten Aufenthaltstitels nach § 55 AsylG 2005, wenn der Drittstaatsangehörige ein Recht auf Erteilung eines Aufenthaltstitels wegen Erfüllung eines besonderen Tatbestandes nach dem NAG hat. Aus teleologischen Erwägungen muss das aber auch für den - vom Wortlaut des § 58 Abs. 9 Z 1 NAG nicht erfassten - Fall gelten, dass diesbezüglich noch kein Antrag auf Erteilung eines Aufenthaltstitels nach dem NAG gestellt wurde und noch kein Verfahren über einen solchen Antrag geführt wird. Das kommt auch in den wiedergegebenen ErläutRV zum Ausdruck, wonach nur diejenigen Personen einen Antrag auf einen Aufenthaltstitel nach dem 7. Hauptstück des AsylG 2005 stellen dürfen, die nicht die Voraussetzungen für einen Aufenthaltstitel nach dem NAG erfüllen und deshalb einen Aufenthaltstitel aus berücksichtigungswürdigen Gründen benötigen.

- 11 Diese Auffassung hat im Ergebnis auch das BVwG im angefochtenen Erkenntnis - neben der näher begründeten Meinung, es lägen selbst bei Bedachtnahme auf das Kindeswohl die Voraussetzungen für die Erteilung des beantragten Aufenthaltstitels im Grunde des Art. 8 EMRK nicht vor - in einer Alternativbegründung vertreten. Die Erteilung eines Aufenthaltstitels aus berücksichtigungswürdigen Gründen knüpfe - so das BVwG - letztlich an eine „humanitäre Notlage“ des Antragstellers an, weil ein Aufenthaltstitel auf Basis des die Zuwanderung und die Migration regelnden NAG nicht möglich sei. Gegenständlich liege eine solche Situation aber „vorweg nicht vor“, weil die Revisionswerberin ohne Zweifel in den Anwendungsbereich des § 41a Abs. 10 NAG falle.
- 12 Diese Bestimmung lautet in der seit 1. September 2018 unverändert geltenden Fassung des FrÄG 2018:
- „(10) Im Bundesgebiet aufhältigen Drittstaatsangehörigen ist trotz Vorliegens eines Erteilungshindernisses gemäß § 11 Abs. 1 Z 4 bis 6 sowie trotz



Ermangelung einer Voraussetzung gemäß § 11 Abs. 2 von Amts wegen oder auf begründeten Antrag, der bei der örtlich zuständigen Behörde im Inland einzubringen ist, ein Aufenthaltstitel ‚Rot-Weiß-Rot - Karte plus‘ zu erteilen, wenn es sich um einen unbegleiteten minderjährigen Fremden handelt und sich der Minderjährige auf Grund eines Gerichtsbeschlusses, kraft Gesetzes oder einer Vereinbarung der leiblichen Eltern mit dem Kinder- und Jugendhilfeträger zum Schutz des Kindeswohles nicht bloß vorübergehend in Obhut von Pflegeeltern oder des Kinder- und Jugendhilfeträgers befindet. Die Pflegeeltern gelten diesfalls als gesetzliche Vertreter im Sinne des § 19. Dieser Aufenthaltstitel ist gebührenfrei zu erteilen.“

- 13 Dazu wird in der Revision die Auffassung vertreten, § 41a Abs. 10 NAG sei im gegenständlichen Fall nicht anwendbar. Diese Bestimmung setze nämlich voraus, dass der betreffende Minderjährige „unbegleitet“ sei, „was aber ab der Übertragung der Obsorge nicht mehr der Fall ist“.
- 14 Die zweitgenannte Voraussetzung nach der zitierten Bestimmung, also dass sich die minderjährige Revisionswerberin auf Grund eines Gerichtsbeschlusses bzw. kraft Gesetzes zum Schutz des Kindeswohles nicht bloß vorübergehend in Obhut von Pflegeeltern befindet, liegt im vorliegenden Fall evident vor und wird in der Revision auch nicht bestritten (zu diesem Tatbestandselement kann des Näheren gemäß § 43 Abs. 2 VwGG auf das Erkenntnis VwGH 21.3.2017, Ra 2015/22/0160, Punkt 10. bis 14. der Entscheidungsgründe, verwiesen werden). Strittig ist im vorliegenden Fall, ob die erstgenannte Voraussetzung erfüllt ist, dass es sich bei der Revisionswerberin um eine unbegleitete Minderjährige handelt.
- 15 Eine mit § 41a Abs. 10 NAG insoweit inhaltsgleiche Regelung wurde erstmals durch das FrÄG 2009 mit Geltung ab 1. Jänner 2010 dem § 69a Abs. 1 NAG als Z 4 lit. a angefügt, wobei in Bezug auf den „unbegleiteten Minderjährigen“ in einem Klammerausdruck auf die entsprechende Begriffsdefinition des § 2 Abs. 1 Z 17 NAG verwiesen wurde. Danach ist unter einem „unbegleiteten Minderjährigen“ ein minderjähriger Fremder zu verstehen, der sich nicht in Begleitung eines für ihn gesetzlich verantwortlichen Volljährigen befindet. Dieses Verständnis liegt erkennbar auch den späteren Fassungen dieser Bestimmung zugrunde, auch wenn der aktuell geltende § 41a Abs. 10 NAG den Verweis auf § 2 Abs. 1 Z 17 NAG nicht mehr enthält. Insoweit gibt es aber



keine Anhaltspunkte, dass deshalb eine inhaltliche Änderung beabsichtigt gewesen sein könnte.

- 16 In den ErläutRV zum FrÄG 2009 (330 BlgNR 24. GP 54) wurde die Einführung dieses Aufenthaltstitels - soweit im vorliegenden Fall und vor dem Hintergrund der aktuellen Fassung relevant - wie folgt begründet:

„Die vorgeschlagene Änderung erweitert den Anwendungsbereich für die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung gemäß § 69a und soll damit den Rechtsschutz im Sinne des ‚Kindeswohles‘ in jenen Fällen stärken, in denen entweder ein Fall eines unbegleiteten Minderjährigen (§ 2 Abs. 1 Z 17) vorliegt, oder [...]. Voraussetzung für die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung gemäß § 69a ist [...], dass sich der Minderjährige entweder ex lege oder auf Grund einer formellen Jugendwohlfahrtsmaßnahme, sei es auf Grund eines Gerichtsbeschlusses oder einer Vereinbarung zwischen den leiblichen Eltern und dem Jugendwohlfahrtsträger, nicht bloß vorübergehend in der Obhut von Pflegeeltern oder des Jugendwohlfahrtsträgers befindet.“

- 17 Angesichts der Absicht des Gesetzgebers, durch die Schaffung dieses Aufenthaltstitels den Rechtsschutz im Sinne des Kindeswohls in Fällen eines unbegleiteten Minderjährigen zu stärken, verbietet sich in Bezug auf dieses Tatbestandsmerkmal eine dem erwähnten Zweck zuwiderlaufende einschränkende Auslegung. Dass sich der Minderjährige im Sinne des § 2 Abs. 2 Z 17 NAG nicht in Begleitung eines für ihn gesetzlich verantwortlichen Volljährigen befindet, stellt offenbar darauf ab, dass der Minderjährige ohne den Genannten nach Österreich eingereist ist und sich auch in der Folge hier nicht in dessen „Begleitung“ befindet. Dabei geht es in der Regel um einen leiblichen Elternteil oder einen anderen - schon vor der Einreise - „gesetzlich verantwortlichen Volljährigen“. Diese Bedingung fällt - anders als in der Revision angenommen wird - nicht schon deshalb weg, weil in Österreich einem Pflegeelternanteil die Obsorge übertragen wird. Damit wird das Pflegeverhältnis nur „auf eine qualifizierte Stufe gehoben“, was auf das Fortbestehen der Pflegeelternschaft keinen Einfluss hat (vgl. neuerlich VwGH 21.3.2017, Ra 2015/22/0160, Punkt 13. der Entscheidungsgründe). Das muss aber auch für die Frage gelten, ob der Minderjährige weiterhin das Tatbestandselement „unbegleitet“ erfüllt, weil er andernfalls mit der zur



Wahrung des Kindeswohls erfolgten Obsorgeübertragung an einen Pflegeelternteil den Anspruch auf Erteilung des Aufenthaltstitels nach § 41a Abs. 10 NAG verlieren würde. Dafür, dass der Gesetzgeber ein solches Ergebnis beabsichtigt hätte, gibt es keine Hinweise.

- 18 Dem schon genannten Erkenntnis VwGH 21.3.2017, Ra 2015/22/0160, lässt sich zwar unter Punkt 9.1. der Entscheidungsgründe in einem nicht tragenden Begründungsteil die Meinung entnehmen, es habe sich bei der dort Mitbeteiligten um keine unbegleitete minderjährige Fremde gehandelt, weil sie ab der Einreise beim Onkel und bei der Tante, der mit Beschluss des Pflschaftsgerichts auch die alleinige Obsorge übertragen worden sei, gelebt habe. Diese nicht weiter begründete und auch nur als bloßes „obiter dictum“ geäußerte Auffassung kann angesichts der Erwägungen in den vorstehenden Rn. nicht aufrechterhalten werden.
- 19 Somit hat die (auch aktuell noch minderjährige) Revisionswerberin einen Anspruch auf Erteilung eines Aufenthaltstitels nach § 41a Abs. 10 NAG, der ihr von der Niederlassungsbehörde von Amts wegen oder auf entsprechenden Antrag zu erteilen ist. Demzufolge wäre der gegenständliche Antrag auf Erteilung des nur subsidiären Aufenthaltstitels nach § 55 AsylG 2005 in analoger Anwendung des § 58 Abs. 9 Z 1 AsylG 2005 zurückzuweisen gewesen. Das BFA nahm zwar demgegenüber eine vom BVwG bestätigte Abweisung dieses Antrags vor, fallbezogen ist aber vor dem besonderen Hintergrund der vorliegenden Konstellation nicht zu sehen, dass die Revisionswerberin dadurch in Rechten verletzt wurde. Die Revision war daher, soweit sie sich gegen die mit dem angefochtenen Erkenntnis vorgenommene Abweisung der Beschwerde gegen Spruchpunkt I. des Bescheides des BFA vom 19. September 2019 richtet, gemäß § 42 Abs. 1 VwGG als unbegründet abzuweisen.
- 20 Aus den in Rn. 9 angestellten Erwägungen hätte aber in einem Fall wie dem vorliegenden keine Rückkehrentscheidung ergehen dürfen. Das wird im Ergebnis auch in der Revision erkannt, indem geltend gemacht wird, gehe man mit dem BVwG davon aus, dass im vorliegenden Fall die Tatbestandsvoraussetzungen nach § 41a Abs. 10 NAG erfüllt seien, so hätte in





Wahrung des Kindeswohls aber keinesfalls eine Rückkehrentscheidung erlassen werden dürfen. Soweit daher mit dem angefochtenen Erkenntnis auch die Beschwerde gegen die Erlassung der Rückkehrentscheidung abgewiesen wurde, war es gemäß § 42 Abs. 2 Z 1 VwGG wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufzuheben, wobei die Aufhebung auch die auf die Rückkehrentscheidung aufbauenden Aussprüche nach § 52 Abs. 9 FPG und nach § 55 FPG zu erfassen hat.

- 21 Der Kostenzuspruch gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG, insbesondere auf § 50 VwGG, in Verbindung mit der VwGH-Aufwandersatzverordnung 2014.

W i e n , am 11. März 2021

