



# VERWALTUNGSGERICHT WIEN

1190 Wien, Muthgasse 62  
Telefon: (43 01) 4000 DW 38630  
Telefax: (43 01) 4000 99 38630  
E-Mail: post@vgw.wien.gv.at  
DVR: 4011222

GZ: VGW-151/064/14608/2016-14  
T. M.

Wien, am 20. Jänner 2017

Geschäftsabteilung: VGW-E

## IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch die Richterin Mag. Mag. Ginthör über die Beschwerde der Frau T. M., geb. am ...1996, StA.: Serbien, vertreten durch Rechtsanwalt, vom 26. September 2016, gegen den Bescheid des Landeshauptmannes von Wien, MA 35 - Einwanderung, Staatsbürgerschaft - Niederlassungsbewilligungen u. Ausländergrunderwerb, vom 14. September 2016, ZI. MA35-9/3123098-02, betreffend Aufenthaltstitel nach dem Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz (NAG),

zu Recht e r k a n n t:

I. Gemäß § 28 Abs. 1 und Abs. 2 VwGVG wird der Beschwerde stattgegeben und der angefochtene Bescheid behoben.

II. Gemäß § 17 VwGVG in Verbindung mit § 76 Abs. 1 AVG werden die Kosten des Dolmetschers der Beschwerdeführerin dem Grunde nach auferlegt.

III. Gegen dieses Erkenntnis ist betreffend Spruchpunkt I) gemäß § 25a VwGG eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 B-VG zulässig. Im Übrigen ist die ordentliche Revision unzulässig.

## E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I. Mit dem angefochtenen Bescheid wurde der (bei der österreichischen Botschaft in Belgrad eingebrachte) Erstantrag der Beschwerdeführerin vom 17. Juni 2016 auf Erteilung eines Aufenthaltstitels für den Zweck „Rot-Weiß-Rot-Karte plus“ („§ 46/1/2“) nach dem Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz (NAG) abgewiesen, da die am ...1996 geborene Beschwerdeführerin die Voraussetzungen für den Familiennachzug nicht erfülle.

Die Beschwerdeführerin habe ihren ursprünglichen Antrag, welcher (zwecks Zusammenführung mit dem Großvater ihres Ehegatten) auf die Erteilung einer Niederlassungsbewilligung „Angehöriger“ gerichtet gewesen sei, im Wege ihrer anwaltlichen Vertretung am 5. August 2016 modifiziert und die Erteilung eines Aufenthaltstitels „Rot-Weiß-Rot-Karte plus“ beantragt. Zum Zeitpunkt der Antragstellung sei die Beschwerdeführerin 19 Jahre alt gewesen. Sie erfülle daher nicht die Voraussetzungen für die Erteilung des beantragten Aufenthaltstitels „Rot-Weiß-Rot-Karte plus“.

II. Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende, durch die Rechtsvertretung der Beschwerdeführerin eingebrachte Beschwerde, in welcher (wie in der mündlichen Verhandlung erörtert wurde) durch die Formulierung „erstatte ... nachstehende Beschwerdeentscheidung“ beziehungsweise „wolle meiner Beschwerdeentscheidung stattgeben“ lediglich die Anregung zum Ausdruck gebracht werden sollte, dass die belangte Behörde eine Beschwerdeentscheidung erlassen möge.

Festzuhalten ist, dass im vorliegenden Verfahren nach dem eindeutigen Akteninhalt keine Beschwerdeentscheidung erging. Es ist durch das Verwaltungsgericht folglich lediglich über den angefochtenen Bescheid abzusprechen.

III. Am 21. Dezember 2016 fand vor dem Verwaltungsgericht Wien eine öffentliche mündliche Verhandlung statt, zu der die Beschwerdeführerin, ihre Rechtsvertretung, ihr Ehegatte und Frau M. D. erschienen.

In der Verhandlung wurde der verfahrenseinleitende Antrag dahingehend modifiziert, dass anstelle eines Aufenthaltstitels „Familienangehöriger“ nunmehr die Erteilung einer Niederlassungsbewilligung „Angehöriger“ beantragt werde.

Die Beschwerdeführerin brachte unmissverständlich zum Ausdruck, dass sie ihre Antragsmodifizierung vom 5. August 2016, mit welcher die Erteilung eines Aufenthaltstitels „Rot-Weiß-Rot-Karte plus“ beantragt worden war, zurückziehe und daher nicht mehr die Erteilung des Aufenthaltstitels, über welchen die belangte Behörde abgesprochen hatte, anstrebe.

Auf die mündliche Verkündung der Entscheidung wurde verzichtet.

IV. Das Verwaltungsgericht Wien hat erwogen:

IV.1. Maßgebliche Rechtsvorschriften:

Die maßgeblichen Bestimmungen des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes (NAG), BGBl. I Nr. 100/2005 idF BGBl. I Nr. 70/2015, lauten:

„§ 2 ...

9. Familienangehöriger: wer Ehegatte oder minderjähriges lediges Kind, einschließlich Adoptiv- oder Stiefkind, ist (Kernfamilie); dies gilt weiters auch für eingetragene Partner; Ehegatten und eingetragene Partner müssen das 21. Lebensjahr zum Zeitpunkt der Antragstellung bereits vollendet haben; lebt im Fall einer Mehrfachehe bereits ein Ehegatte gemeinsam mit dem Zusammenführenden im Bundesgebiet, so sind die weiteren Ehegatten keine anspruchsberechtigten Familienangehörigen zur Erlangung eines Aufenthaltstitels;

...

2. TEIL

BESONDERER TEIL

1. Hauptstück

Niederlassung von Drittstaatsangehörigen

...

Bestimmungen über die Familienzusammenführung

§ 46. (1) Familienangehörigen von Drittstaatsangehörigen ist ein Aufenthaltstitel „Rot-Weiß-Rot – Karte plus“ zu erteilen, wenn sie die Voraussetzungen des 1. Teiles erfüllen, und ...

2. ein Quotenplatz vorhanden ist und der Zusammenführende

a) einen Aufenthaltstitel „Daueraufenthalt – EU“ innehat,

...

2. Hauptstück

Familienangehörige und andere Angehörige von dauernd in Österreich  
wohnhaften Zusammenführenden

Aufenthaltstitel „Familienangehöriger“ und „Niederlassungsbewilligung –  
Angehöriger“

§ 47. (1) Zusammenführende im Sinne der Abs. 2 bis 4 sind Österreicher oder EWR-Bürger oder Schweizer Bürger, die in Österreich dauernd wohnhaft sind und nicht ihr unionsrechtliches oder das ihnen auf Grund des

Freizügigkeitsabkommens EG-Schweiz zukommende Aufenthaltsrecht von mehr als drei Monaten in Anspruch genommen haben.

...

(3) Angehörigen von Zusammenführenden kann auf Antrag eine „Niederlassungsbewilligung – Angehöriger“ erteilt werden, wenn sie die Voraussetzungen des 1. Teiles erfüllen und

1. Verwandte des Zusammenführenden, seines Ehegatten oder eingetragenen Partners in gerader aufsteigender Linie sind, sofern ihnen von diesen tatsächlich Unterhalt geleistet wird,
2. Lebenspartner sind, die das Bestehen einer dauerhaften Beziehung im Herkunftsstaat nachweisen und ihnen tatsächlich Unterhalt geleistet wird oder
3. sonstige Angehörige des Zusammenführenden sind,
  - a) die vom Zusammenführenden bereits im Herkunftsstaat Unterhalt bezogen haben,
  - b) die mit dem Zusammenführenden bereits im Herkunftsstaat in häuslicher Gemeinschaft gelebt haben oder
  - c) bei denen schwerwiegende gesundheitliche Gründe die persönliche Pflege durch den Zusammenführenden zwingend erforderlich machen.

Unbeschadet eigener Unterhaltsmittel hat der Zusammenführende jedenfalls auch eine Haftungserklärung abzugeben.“

#### IV.2. Sachverhalt:

Auf dem Boden der Ergebnisse der mündlichen Verhandlung, des Vorbringens der Beschwerdeführerin, des Aktes des Verwaltungsgerichts Wien, des Aktes der belangten Behörde, des den Ehegatten der Beschwerdeführerin betreffenden Aktes der Niederlassungs- und Aufenthaltsbehörde sowie des Aktes des Verwaltungsgerichts Wien steht folgender entscheidungswesentlicher Sachverhalt fest:

Die Beschwerdeführerin ist serbische Staatsbürgerin und wurde am ...1996 geboren.

Die Beschwerdeführerin hat sohin das 21. Lebensjahr noch nicht vollendet.

Die Beschwerdeführerin hält sich seit 17. Dezember 2016 im Inland auf. Ihr Ehegatte lebt in Österreich, ist serbischer Staatsbürger und verfügt über einen Aufenthaltstitel „Daueraufenthalt – EU“.

Der leibliche Urgroßvater des Ehegatten der Beschwerdeführerin, Herr S. St., geb. ...1936, ist österreichischer Staatsbürger. Seine Tochter B. M., geb. ...1955, ist die Mutter von Z. M., geb. ...1974. Dieser ist der Vater des Ehegatten der Beschwerdeführerin, Herrn Ma. M., geb. ...1995. Die österreichische

Staatsbürgerschaft wurde Herrn S. St. mit Bescheid der Wiener Landesregierung vom 10. Juli 2003 verliehen. Mit Beschluss des Bezirksgerichts ... vom 8. März 2004 wurde der zwischen Herrn Z. M. (Enkel) und Herrn S. St. (Großvater) am 3. November 2003 geschlossene Adoptionsvertrag gerichtlich genehmigt.

Diese Feststellungen konnten aufgrund der nachvollziehbaren Angaben der Beschwerdeführerin, der vorgelegten Reisepasskopie sowie aufgrund des eindeutigen Akteninhaltes (insbesondere Bescheid der Wiener Landesregierung vom 10. Juli 2003, Beschluss des Bezirksgerichts ..., u.a.) getroffen werden.

#### IV.3. Rechtliche Beurteilung:

Die Beschwerdeführerin ist Drittstaatsangehörige und hält sich aktuell im Bundesgebiet auf. Der vorliegende Erstantrag, welcher ursprünglich auf die Erteilung einer Niederlassungsbewilligung „Angehöriger“ (zwecks Zusammenführung mit dem leiblichen Urgroßvater des Ehegatten der Beschwerdeführerin, welcher österreichischer Staatsbürger ist) gerichtet war, wurde durch die anwaltliche Vertretung der Beschwerdeführerin am 5. August 2016 dahingehend modifiziert, dass die Erteilung einer „Rot-Weiß-Rot-Karte plus“ (zwecks Zusammenführung mit dem Ehegatten der Beschwerdeführerin, welcher über einen Aufenthaltstitel „Daueraufenthalt – EU“ verfügt) beantragte werde.

Mit dem angefochtenen Bescheid wurde entsprechend dem modifizierten Antrag vom 5. August 2016 über die Erteilung einer „Rot-Weiß-Rot-Karte plus“ gemäß § 46 Abs. 1 Z 2 NAG abgesprochen und zutreffend festgehalten, dass die im Inland aufhältige Beschwerdeführerin die besonderen Erteilungsvoraussetzungen für diesen Aufenthaltstitel nicht erfülle, da sie das 21. Lebensjahr nicht vollendet habe und ihr zwecks Wahrung ihrer im Grunde des Art. 8 EMRK geschützten Interessen jedenfalls die Möglichkeit offen stünde, die Erteilung eines Aufenthaltstitels gemäß §§ 55ff AsylG zu beantragen.

In der Verhandlung vom 21. Dezember 2016 wurde der verfahrenseinleitende Antrag durch den Vertreter der Beschwerdeführerin dahingehend modifiziert, dass anstelle des Aufenthaltstitels, über welchen die Behörde abgesprochen hatte, nunmehr erneut die Erteilung einer Niederlassungsbewilligung „Angehöriger“ beantragt werde.

Sohin brachte die Beschwerdeführerin unmissverständlich zum Ausdruck, dass sie ihre Antragsmodifizierung vom 5. August 2016, mit welcher die Erteilung eines Aufenthaltstitels „Rot-Weiß-Rot-Karte plus“ beantragt worden war, zurückziehe und wieder die Erteilung einer Niederlassungsbewilligung „Angehöriger“ beantrage.

Da somit (nach Zurückziehung der Antragsmodifikation vom 5. August 2016) aktuell ein Antrag auf Erteilung einer „Rot-Weiß-Rot-Karte plus“ gemäß § 46 Abs. 1 Z 2 NAG nicht mehr vorliegt, erweist sich der angefochtene Bescheid, mit welchem über die Erteilung einer „Rot-Weiß-Rot-Karte plus“ abgesprochen wurde, als rechtswidrig.

Nunmehr richtet sich der Antrag der Beschwerdeführerin auf Erteilung einer Niederlassungsbewilligung „Angehöriger“. Über diesen Antrag hat die Behörde mit dem angefochtenen Bescheid nicht abgesprochen. Die Erledigung des in der Verhandlung modifizierten Antrages steht jedoch im dem anhängigen Beschwerdeverfahren auch dem Verwaltungsgericht Wien nicht zu.

Eine innerhalb der Sache des angefochtenen Bescheides gelegene Modifikation des Beschwerdebegehrens ist bis zur Entscheidung über dasselbe zulässig (vgl. das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofs vom 9. September 2016, ZI. Ro 2016/12/0002, sowie für das dem Beschwerdebegehren als Vorbild dienende Berufungsbegehren das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofs vom 23. Juni 2014, ZI. 2013/12/0224). Das Verwaltungsgericht Wien wäre sohin innerhalb des (durch den Spruch des angefochtenen Bescheides determinierten) Verfahrensgegenstandes des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens nur dann befugt, über den nunmehr vorliegenden Antrag auf Erteilung einer Niederlassungsbewilligung „Angehöriger“ abzusprechen, wenn keine wesentliche Antragsänderung im Sinne von § 13 Abs. 8 AVG erfolgt wäre.

Es liegt jedoch eine wesentliche Antragsänderung vor:

Aus § 13 Abs. 8 AVG ergibt sich, dass nicht bereits die Modifizierung der "Sache", sondern erst die Änderung ihres "Wesens" unzulässig ist (vgl. das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 16. September 2015, ZI. Ro 2015/22/0026). Es ist nach § 13 Abs. 8 AVG zulässig, dass ein verfahrenseinleitender Antrag in jedem Stadium des Verfahrens geändert werden kann, sofern diese Änderung nicht wesentlich ist. Liegt hingegen eine wesentliche Änderung vor, ist dies als Zurückziehung des ursprünglichen Anbringens und Stellung eines neuen Anbringens zu qualifizieren. Wo die Grenze zwischen wesentlichen und unwesentlichen Änderungen verläuft, ist letztlich eine Wertungsfrage (vgl. das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofs vom 12. September 2016, ZI. Ra 2014/04/0037).

Abgesehen von dem im Gesetz ausdrücklich genannten Fall einer durch die Antragsänderung bewirkten Änderung der Zuständigkeiten stellt die Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs im Zusammenhang mit der Erteilung von Aufenthaltstiteln nach dem NAG darauf ab, ob durch die Antragsmodifizierung eine Änderung des beabsichtigten Aufenthaltszwecks

erfolgt (vgl. betreffend „humanitäre Aufenthaltstitel“ die Erkenntnisse des Verwaltungsgerichtshofes vom 16. September 2015, ZI. Ro 2015/22/0026, vom 20. Juli 2016, ZI. Ra 2015/22/0055, sowie vom 14. April 2016, ZI. Ra 2016/21/0077; vgl. betreffend die konkludente Zurückziehung eines Verlängerungsantrags „Studierender“ vor Einbringung eines Zweckänderungsantrages das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofs vom 19. November 2014, ZI. Ra 2014/22/0016). Die Grenze zwischen wesentlichen und unwesentlichen Änderungen ist daher im Bereich des NAG primär anhand des intendierten Aufenthaltszwecks zu ziehen.

Mit Blick auf den Beschwerdefall ergibt sich somit Folgendes:

Das NAG sieht im 2. Teil, Besonderer Teil, 1. Hauptstück, verschiedene Aufenthaltstitel für die Niederlassung von Drittstaatsangehörigen vor. Dabei dienen Aufenthaltstitel nach § 46 NAG in Umsetzung der Richtlinie 2003/86/EG der Zusammenführung von drittstaatsangehörigen Familienangehörigen mit drittstaatsangehörigen Ankerpersonen. Hingegen dient § 47 NAG, welcher dem 2. Hauptstück, des 2. Teils des NAG zugeordnet ist, (bei Fehlen eines Freizügigkeitssachverhaltes) der Zusammenführung mit Ankerpersonen, die Österreicher, EWR-Bürger oder Schweizer Bürger sind. Dabei bezweckt § 47 Abs. 3 NAG (im Unterschied zu § 46 NAG) die Zusammenführung von „Angehörigen“, die keine „Familienangehörigen“ sind und nicht die Voraussetzungen gemäß § 2 Abs. 1 Z 9 NAG erfüllen.

Anders als im Fall von humanitären Aufenthaltstiteln, die zwar unterschiedlich ausgestaltet sein und unterschiedliche Berechtigungen einräumen können, aber stets demselben Zweck (nämlich der Wahrung der im Grunde des Art. 8 EMRK geschützten Interessen des Betroffenen) dienen, dienen Aufenthaltstitel nach § 46 und nach § 47 Abs. 3 NAG nicht demselben Aufenthaltszweck.

Wie soeben dargestellt, sind die zuletzt genannten Aufenthaltstitel nicht nur systematisch zwei verschiedenen Hauptstücken innerhalb des 2. Teils des NAG zugeordnet, was Rückschlüsse darauf zulässt, dass der Gesetzgeber die beiden Aufenthaltstitel für unterschiedliche Zwecke vorgesehen hat. Aufenthaltstitel nach § 46 beziehungsweise nach § 47 Abs. 3 NAG dienen einerseits der Zusammenführung von „Familienangehörigen“ und andererseits (außerhalb der „Familiengemeinschaft“ im engeren Sinn) der Zusammenführung von „Angehörigen“ und sie bezwecken einerseits die Zusammenführung mit drittstaatsangehörigen Ankerpersonen und andererseits die Zusammenführung mit Österreichern, EWR-Bürgern oder Schweizer Bürgern, die in Österreich dauernd wohnhaft sind.

Ungeachtet dessen, dass die genannten Aufenthaltstitel nach § 46 bzw. § 47 Abs. 3 NAG unterschiedliche Berechtigungen verleihen (und zwar insbesondere

im Hinblick auf den Zugang zum Arbeitsmarkt), unterscheiden sich die genannten Aufenthaltstitels somit auch hinsichtlich ihres Zwecks in drei zentralen Aspekten.

Im Beschwerdefall kommt hinzu, dass nunmehr die Zusammenführung mit einer anderen physischen Person beantragt wird, nämlich nicht mehr die Zusammenführung mit dem Ehegatten der Beschwerdeführerin (welcher Drittstaatsangehöriger ist), sondern die Zusammenführung mit dem leiblichen Urgroßvater des Ehegatten der Beschwerdeführerin (welcher österreichischer Staatsbürger ist). Der Aufenthalt der Beschwerdeführerin soll folglich nicht mehr der Zusammenführung mit dem Ehegatten dienen, sondern die Zusammenführung mit dem leiblichen Urgroßvater des Ehegatten bezwecken.

Unter Zugrundelegung dieser Erwägungen ist somit davon auszugehen, dass es im Beschwerdefall zu einer wesentlichen Modifizierung des Antragsbegehrens kam und daher dem Verwaltungsgericht Wien – im Rahmen des durch den Spruch des angefochtenen Bescheides definierten Verfahrensgegenstandes - die Entscheidung über den nunmehr vorliegenden Antrag auf Erteilung einer Niederlassungsbewilligung „Angehöriger“ verwehrt ist.

Der angefochtene Bescheid ist somit zu beheben und der Antrag der Beschwerdeführerin auf Erteilung einer Niederlassungsbewilligung „Angehöriger“ an die belangte Behörde zur weiteren Behandlung gemäß § 6 AVG weiterzuleiten.

#### IV.4. Zu den Barauslagen:

Die Beschwerdeführerin stellte vor der belangten Behörde den verfahrenseinleitenden Antrag auf Erteilung eines Aufenthaltstitels. Im Verfahren vor dem Verwaltungsgericht Wien wurde die Beiziehung eines Dolmetschers für die serbische Sprache beantragt. Der Verhandlung wurde wunschgemäß ein Dolmetscher beigezogen. Die Beiziehung des Dolmetschers zur mündlichen Verhandlung erwies sich auch für die Einvernahme der Beschwerdeführerin als erforderlich.

Gemäß § 76 AVG iVm § 17 VwGVG sind dem Beschwerdeführer die dem Verwaltungsgericht Wien erwachsenen Barauslagen (Dolmetschergebühren), die auch nicht durch ein Verschulden eines anderen Beteiligten verursacht wurden (vgl. § 76 Abs. 2 erster Satz AVG), dem Grunde nach aufzuerlegen.

Der Dolmetscher übermittelte dem Verwaltungsgericht Wien seine Gebührennote.

Die Dolmetschergebühren, welche mit der gegenständlichen Entscheidung der Beschwerdeführerin lediglich dem Grunde nach auferlegt werden, werden nach

Festsetzung und Anweisung an den Dolmetscher der Beschwerdeführerin mit getrenntem Beschluss der Höhe nach vorzuschreiben sein.

#### V. Zulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision betreffend Spruchpunkt I) ist zulässig, da bislang keine Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs zu der Frage der Wesentlichkeit der Antragsänderung im Zusammenhang mit Aufenthaltstiteln „Rot-Weiß-Rot Karte plus“ gemäß § 46 Abs. 1 Z 2 NAG sowie Niederlassungsbewilligungen „Angehörige“ gemäß § 47 Abs. 3 NAG vorliegt.

Diese Frage ist auch entscheidungswesentlich, da im Falle einer nicht wesensändernden Antragsmodifizierung nicht die ersatzlose Behebung des angefochtenen Bescheides zu erfolgen hätte.

Die Entscheidung betreffend Spruchpunkt II) beruht auf den zitierten eindeutigen Gesetzesbestimmungen und hängt diese Entscheidung nicht von dem Ausgang des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens betreffend Spruchpunkt I) ab. Es war sohin hinsichtlich Spruchpunkt II) die ordentliche Revision nicht zuzulassen.

### B e l e h r u n g

Gegen dieses Erkenntnis besteht die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder betreffend Spruchpunkt I) einer ordentlichen Revision / betreffend Spruchpunkt II) einer außerordentlichen Revision beim Verwaltungsgerichtshof. Die Beschwerde bzw. Revision ist innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung des Erkenntnisses durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt bzw. eine bevollmächtigte Rechtsanwältin abzufassen und ist die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder die ordentliche bzw. außerordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof beim Verwaltungsgericht Wien einzubringen. Für die Beschwerde bzw. die Revision ist eine Eingabegebühr von je EUR 240,-- beim Finanzamt für Gebühren, Verkehrsteuern und Glücksspiel zu entrichten. Ein diesbezüglicher Beleg ist der Eingabe anzuschließen.

Ferner besteht die Möglichkeit, auf die Revision beim Verwaltungsgerichtshof und die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof zu verzichten. 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.

Mag. Mag. Ginthör