



**VERWALTUNGSGERICHT
WIEN**

1190 Wien, Muthgasse 62
Telefon: (43 01) 4000 DW 38600
Telefax: (43 01) 4000 99 38600
E-Mail: post@vgw.wien.gv.at
DVR: 4011222

GZ: VGW-151/068/33220/2014-4
M. P.

Wien, 30.10.2015

Geschäftsabteilung: VGW-B

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch seinen Richter Mag. Hohenegger über die Beschwerde des Herrn M. P., geboren am ...1974, Staatsangehörigkeit Bosnien und Herzegowina, gegen den Bescheid der MA 35 - Einwanderung, Staatsbürgerschaft, Standesamt - Referat Studierende & Humanitäre, vom 19.09.2014, Zl. MA35-9/2987871-01, mit welchem der Antrag auf Erteilung eines Aufenthaltstitels „Niederlassungsbewilligung“ gemäß § 43 Abs. 3 NAG zurückgewiesen wurde,

zu Recht e r k a n n t:

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

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

Entscheidungsgründe

I. Gang des Verfahrens:

I.1. Antrag auf Erteilung einer „Rot-Weiß-Rot – Karte“ gemäß § 41 Abs. 2 NAG

Der Beschwerdeführer, ein bosnisch-herzegowinischer Staatsangehöriger, stellte mit Schriftsatz vom 21.05.2013, einlangend am 05.06.2013, durch seinen rechtsfreundlichen Vertreter bei der Österreichischen Botschaft in Sarajewo einen Erstantrag auf Erteilung einer „Niederlassungsbewilligung Familienangehöriger“.

Diesem Antrag wurden diverse Unterlagen zum Nachweis der allgemeinen Erteilungsvoraussetzungen im Sinne des § 7 Abs. 1 NAG-DV für den beantragten Aufenthaltstitel in Kopie beigelegt.

Mit Schreiben der Österreichischen Botschaft in Sarajewo vom 06.06.2013 wurde dem rechtsfreundlichen Vertreter des Beschwerdeführers mitgeteilt und am selbigen Tag per Telefax übermittelt, dass gemäß § 19 Abs. 2 NAG der beabsichtigte Aufenthaltswitzweck bekanntzugeben sei. Die im Antrag genannte „Niederlassungsbewilligung Familienangehöriger“ sei im Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz jedenfalls nicht angeführt.

Mit Schreiben vom 09.06.2013 modifizierte der rechtsfreundliche Vertreter des Beschwerdeführers den beantragten Aufenthaltswitzweck auf Erteilung einer „Rot-Weiß-Rot – Karte“ als Schlüsselkraft.

Mit Schreiben vom 14.06.2013 brachte der rechtsfreundliche Vertreter des Beschwerdeführers diverse Unterlagen in Vorlage.

Mit Schreiben der Österreichischen Botschaft in Sarajewo vom 21.06.2013 wurde dem rechtsfreundlichen Vertreter mitgeteilt, dass der Antrag an das Amt der Wiener Landesregierung, Magistratsabteilung 35, weitergeleitet werde. Dort ist der Antrag am 04.07.2013 eingelangt.

Mit Schreiben vom 17.07.2013 wurde seitens der belangten Behörde dem Beschwerdeführer die Nachreichung diverser Unterlagen aufgetragen.

Mit Schreiben vom 24.07.2013 (am 25.07.2013 einlangend) legte der rechtsfreundliche Vertreter des Beschwerdeführers in Entsprechung diverse Unterlagen zum Nachweis der allgemeinen Erteilungsvoraussetzungen im Sinne des § 7 Abs. 1 NAG-DV für den beantragten Aufenthaltstitel in Kopie vor, verwies auf bereits vorgelegte Unterlagen und stellte mit Fax vom 26.07.2013 die Vorlage einer Wohnrechtsvereinbarung in Aussicht für den 20.08.2013.

Mit Schreiben vom 26.07.2013 ersuchte die belangte Behörde das Arbeitsmarktservice Wien um schriftliche Mitteilung über das Vorliegen der für die Erteilung des antragsgegenständlichen Aufenthaltstitels maßgeblichen Kriterien im Sinne des § 12a AuslBG (Fachkräfte in Mangelberufen) und urgierte vom Beschwerdeführer noch offene Nachweise, welchem der Beschwerdeführervertreter teilweise am 17.09.2013 per Fax nachkam.

Mit Bescheid des Arbeitsmarktservice Wien vom 29.08.2013 wurde der Antrag des Beschwerdeführers vom 04.07.2013 (gemeint wohl: 05.06.2013) gemäß § 12a iVm § 13 AuslBG abgewiesen und in der Folge auch dem rechtsfreundlichen Vertreter des Beschwerdeführers am 01.10.2013 durch persönliche Übernahme zugestellt.

Mit Schreiben vom 24.11.2013 brachte der rechtsfreundliche Vertreter des Beschwerdeführers vor, dass nunmehr eine „Niederlassungsbewilligung – Angehöriger“ gemäß § 8 Abs. 1 Z 6 NAG beantragt werde. Hinsichtlich der familiären Beziehungen des Beschwerdeführers werde auf das Begleitschreiben zum ursprünglichen Antrag verweisen. An diesen hätte sich seither nichts verändert.

Mit Aktenvermerk vom 25.11.2013 wurde das Verfahren gemäß § 41 Abs. 4 iVm § 12d AuslBG formlos eingestellt. Aus dem Akteninhalt ist ersichtlich, dass diese Einstellung am 14.01.2014 aufgehoben wurde. Der Antrag sei deshalb noch offen.

Mit Schreiben der Verwaltungsbehörde vom 20.01.2014 wurde der rechtsfreundliche Vertreter des Beschwerdeführers gemäß § 13 Abs. 3 AVG zur Behebung von Verfahrensmängeln aufgefordert. Ihm wurde mitgeteilt, dass er

am 05.06.2013 (richtig: 24.11.2013) einen Antrag auf Erteilung eines Aufenthaltstitels „Angehöriger“ (gemeint wohl: „Niederlassungsbewilligung – Angehöriger“) gestellt habe und der Gesetzestext des § 23 Abs. 1 NAG zur Kenntnis gebracht. Das Ermittlungsverfahren habe ergeben, dass er jedoch einen anderen als den beantragten Zweck (gemeint wohl: für den beabsichtigten Aufenthaltswitzweck einen anderen Aufenthaltstitel) benötige. Sowohl sein Vater als auch seine Mutter seien Inhaber unbefristeter Niederlassungsbewilligungen. Im Falle eines Angehörigen iSd § 47 Abs. 1 iVm Abs. 3 NAG müsse der Zusammenführende Träger der österreichischen Staatsbürgerschaft sein. Darum wurde der Beschwerdeführer gebeten, bis zum 10.02.2014 den nunmehr angestrebten Aufenthaltswitzweck mitzuteilen, andernfalls müsse sein Antrag gemäß § 13 Abs. 3 AVG zurückgewiesen werden. Sollte er jedoch die Aufforderung fristgerecht erfüllen, so gelte sein Antrag als ursprünglich richtig eingebracht.

Via Fax vom 12.03.2014 teilte der rechtsfreundliche Vertreter des Beschwerdeführers der Verwaltungsbehörde mit, dass als Aufenthaltswitzweck der des § 43 Abs. 3 NAG geltend gemacht werde.

Mit Schreiben der Verwaltungsbehörde vom 21.03.2014 wurde der Beschwerdeführer gemäß § 13 Abs. 3 AVG zur Behebung von Verfahrensmängeln aufgefordert. Ihm wurde mitgeteilt, dass er am 05.06.2013 (richtig: 24.11.2013) einen Antrag auf Erteilung eines Aufenthaltstitels (gemeint wohl „Niederlassungsbewilligung – Angehöriger“) gestellt habe und der Gesetzestext des § 19 Abs. 2 NAG zur Kenntnis gebracht. Da er den Aufenthaltswitzweck nicht genau bezeichnet habe, werde ihm gemäß § 13 Abs. 3 AVG ein Verbesserungsauftrag erteilt. Er wurde aufgefordert, den genauen Aufenthaltswitzweck bis zum 04.04.2014 mitzuteilen, andernfalls müsse sein Antrag gemäß § 13 Abs. 3 AVG zurückgewiesen werden. Sollte er der Aufforderung jedoch fristgerecht nachkommen, gelte sein Antrag als ursprünglich richtig eingebracht.

Mit Aktenvermerk vom 21.03.2014 hielt die belangte Behörde fest, dass festgestellt worden sei, dass der Antragsteller einen anderen als den beantragten Zweck (gemeint wohl: für den beabsichtigten Aufenthaltswitzweck einen anderen

Aufenthaltstitel). Der beantragte Zweck (gemeint wohl: der beantragte Aufenthaltstitel) gem. § 43 Abs. 3 NAG sei nur in Verlängerungsverfahren möglich.

Mit Schreiben vom 14.05.2014 wurde der Beschwerdeführer zur persönlichen Vorsprache bei der Verwaltungsbehörde geladen. Am 22.05.2014 erschien der rechtsfreundliche Vertreter des Beschwerdeführers vor der Verwaltungsbehörde. Er gab bekannt, dass weiterhin auf einen Aufenthaltstitel gemäß § 43 Abs. 3 NAG bestanden werde.

Am 11.04.2014 übermittelte der Beschwerdeführervertreter der belangten Behörde eine Reiseversicherungsbestätigung zugunsten des Beschwerdeführers gültig ab selbigen Tag bis 17.10.2014.

Mit Schreiben vom 05.08.2014 wurde der Beschwerdeführer gem. § 45 Abs. 3 AVG vom Ergebnis der Beweisaufnahme verständigt und ihm die Möglichkeit einer Stellungnahme binnen zwei Wochen eingeräumt.

Die belangte Behörde führte in diesem Schreiben aus, dass der Beschwerdeführer am 04.07.2013 (richtig: 05.06.2013) bei der österreichischen Botschaft in Sarajewo einen Antrag auf Erteilung einer „Rot-Weiß-Rot – Karte“ (Schlüsselkräfte) gestellt habe. Am 24.11.2013 habe der Beschwerdeführer seinen Antrag auf „Niederlassungsbewilligung – Angehöriger“ geändert. Mit Schreiben gemäß § 13 Abs. 3 AVG vom 20.01.2014 habe die Verwaltungsbehörde dem Beschwerdeführer mitgeteilt, dass er die Voraussetzungen des § 47 Abs. 1 iVm Abs. 3 NAG nicht erfülle, da seine Eltern nicht die österreichische Staatsbürgerschaft besitzen würden. Er sei aufgefordert worden, bis zum 10.02.2014 seinen genauen Aufenthaltszweck mitzuteilen. Unter Wiedergabe des Gesetzestextes des § 43 Abs. 3 NAG (Anmerkung: in der Fassung BGBl. I Nr. 40/2014) wurde dem Beschwerdeführer mitgeteilt, dass beabsichtigt sei, seinen Antrag abzuweisen, da er über keinen in § 43 Abs. 3 NAG normierten Aufenthaltstitel verfüge.

Mit Bescheid des Amtes der Wiener Landesregierung, Magistratsabteilung 35, vom 19.09.2014, Zl. MA35-9/2987871-01, wurde der Antrag des

Beschwerdeführers auf Erteilung eines Aufenthaltstitels „Niederlassungsbewilligung“ gemäß § 43 Abs. 3 NAG zurückgewiesen.

Begründend führte die Behörde nach Wiedergabe des Inhalts des Schreibens vom 05.08.2014 aus, dass dem Beschwerdeführer mit Verständigung vom Ergebnis der Beweisaufnahme vom 05.08.2014 mitgeteilt worden sei, dass eine Antragszurückweisung (richtig: Antragsabweisung) beabsichtigt sei. Es sei ihm Gelegenheit geboten worden, innerhalb der gesetzten Frist eine Stellungnahme abzugeben. Es sei jedoch bis zum Entscheidungszeitpunkt keine Stellungnahme eingelangt, weshalb spruchgemäß zu entscheiden gewesen sei.

Gegen diesen Bescheid, dem rechtsfreundlichen Vertreter des Beschwerdeführers mittels Übernahme am 23.09.2014 zugestellt, richtete sich seine form- und fristgerecht eingebrachte Beschwerde vom 21.10.2014. Begründend führte der rechtsfreundliche Vertreter des Beschwerdeführers zusammengefasst aus, dass der Bescheid seinem gesamten Inhalt nach angefochten werde. Der Beschwerdeführer habe am 05.06.2013 (richtig: 24.11.2013) den (modifizierten) Antrag auf Erteilung einer Niederlassungsbewilligung gemäß § 43 Abs. 3 NAG gestellt. Dem Antrag gemäß § 43 Abs. 3 NAG sei stattzugeben, wenn kein Erteilungshindernis nach § 11 Abs. 1 oder 2 NAG vorliege und die Voraussetzungen nach Art. 8 EMRK vorliegen würden. Der Beschwerdeführer könne nicht erkennen, dass auch nur eine dieser Voraussetzungen nicht vorliegen würde. Der Beschwerdeführer habe unter anderem behauptet und bewiesen, dass sich im Bundesgebiet sein leiblicher Vater und seine leibliche Mutter rechtmäßig aufhalten würden, und dass durch deren Einkommen und deren Hauptmietrechte an einer Mietwohnung Unterhalt und Unterkunft ausreichend gesichert seien. Daher werde der Antrag gestellt, dass in Stattgebung dieser Beschwerde der angefochtene Bescheid dahingehend abgeändert werde, dass dem Antrag auf Erteilung einer Niederlassungsbewilligung gemäß § 43 Abs. 3 NAG stattgegeben werde. Andernfalls solle der Bescheid aufgehoben werden und die Verwaltungssache zur neuerlichen Verhandlung und Entscheidung an die Verwaltungsbehörde zurückverwiesen werden.

Die Verwaltungsbehörde nahm von der Möglichkeit einer Beschwerdeentscheidung gem. § 14 VwGVG Abstand und legte die

Beschwerde samt Verwaltungsakt dem Verwaltungsgericht Wien mit Schreiben vom 07.11.2014 vor. Die gegenständliche Rechtssache wurde bei dieser Gerichtsabteilung am 12.11.2014 anhängig.

I.2. Verwaltungsgerichtliches Verfahren

Mit Schreiben vom 22.06.2015 teilte der rechtsfreundliche Vertreter des Beschwerdeführers mit, dass der Beschwerdeführer vor der belangten Behörde keine Fristversäumnis gesetzt habe. Die Behörde habe das jeweilige Vorbringen des Beschwerdeführers, wann immer auch dieses erstattet wurde, zustimmend zur Kenntnis genommen und habe dem Beschwerdeführer keinen Vorhalt gemacht über eine allfällige Fristüberschreitung. Die Behörde habe darauf in keiner Weise zum Nachteil des Beschwerdeführers verhandelt und entschieden. Außerdem habe der Beschwerdeführer im verwaltungsbehördlichen Verfahren behauptet und bewiesen, dass seine Kernfamilie in Form von leiblicher Vater und leiblicher Mutter sich jeweils rechtmäßig im Bundesgebiet aufhalten und hier ihren Wohnsitz haben würden. Der Antrag auf Erteilung einer fremdenrechtlichen Bewilligung (gemeint wohl: eines Aufenthaltstitels) sei am 21.05.2013 (richtig: 05.06.2013) bei der Österreichischen Botschaft in Sarajewo eingebracht worden, der Fall sei daher nach der damaligen Gesetzeslage zu entscheiden.

Mit Schreiben des Verwaltungsgerichts Wien vom 23.06.2015 wurde der Verwaltungsbehörde eine Kopie der Äußerung des Beschwerdeführers vom 22.06.2015 gem. § 10 VwGVG zur Stellungnahme übermittelt.

Mit Schreiben der belangten Behörde vom 31.07.2015 wurde mitgeteilt, dass auf die Abgabe einer Stellungnahme verzichtet werde.

II. Das Verwaltungsgericht Wien sieht folgenden Sachverhalt als erwiesen an:

Der Beschwerdeführer, ein bosnisch-herzegowinischer Staatsangehöriger, stellte am 05.06.2013 (Datum des Eingangsstempels der österreichischen Botschaft) durch seinen rechtsfreundlichen Vertreter bei der Österreichischen Botschaft in Sarajewo einen Erstantrag auf Erteilung einer „Niederlassungsbewilligung Familienangehöriger“. Nachdem der Beschwerdeführer aufgefordert wurde,

seinen beabsichtigten Aufenthaltszweck bekanntzugeben, da der genannte Aufenthaltstitel nicht im Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz angeführt sei, gab der rechtsfreundliche Vertreter des Beschwerdeführers an, dass ein Aufenthaltstitel „Rot-Weiß-Rot – Karte“ als Schlüsselkraft begehrt werde.

Mit Bescheid des Arbeitsmarktservice Wien vom 29.08.2013 wurde der Antrag des Beschwerdeführers vom 05.06.2013 - bezeichnet als Antrag vom 04.07.2013 - gemäß § 12a iVm § 13 AuslBG abgewiesen und das Verfahren von der belangten Behörde mittels Aktenvermerk vom 25.11.2013 eingestellt.

Allerdings hatte der Beschwerdeführervertreter bereits mit Schreiben vom 24.11.2013 (eingelangt bei der Behörde am selben Tag) den Antrag dahingehend geändert, dass nunmehr eine „Niederlassungsbewilligung – Angehöriger“ gemäß § 8 Abs. 1 Z 6 NAG beantragt war.

Per 14.01.2014 erfolgte eine FIS-Berichtigung seitens der belangten Behörde an die zuständige Zentrale Clearingstelle Wien, dass die Einstellung aufgehoben worden war und der Antrag noch offen wäre.

Mit Schreiben der Verwaltungsbehörde vom 20.01.2014 wurde der rechtsfreundliche Vertreter des Beschwerdeführers gemäß § 13 Abs. 3 AVG zur Behebung von Verfahrensmängeln aufgefordert. Ihm wurde mitgeteilt, dass er am 05.06.2013 (richtig: 24.11.2013) einen Antrag auf Erteilung eines Aufenthaltstitels „Angehöriger“ (gemeint wohl: „Niederlassungsbewilligung – Angehöriger“) gestellt habe und der Gesetzestext des § 23 Abs. 1 NAG zur Kenntnis gebracht. Das Ermittlungsverfahren habe ergeben, dass er jedoch einen anderen als den beantragten Zweck benötige. Darum wurde dem Beschwerdeführer aufgetragen, bis zum 10.02.2014 den nunmehr angestrebten Aufenthaltszweck mitzuteilen, andernfalls müsse sein Antrag gemäß § 13 Abs. 3 AVG zurückgewiesen werden. Sollte er jedoch die Aufforderung fristgerecht erfüllen, so gelte sein Antrag als ursprünglich richtig eingebracht.

Via Fax vom 12.03.2014 (eingelangt am selben Tag bei der Verwaltungsbehörde) teilte der rechtsfreundliche Vertreter des Beschwerdeführers der Verwaltungsbehörde mit, dass erst nach Rücksprache mit der Familie des

Beschwerdeführers zum behördlichen Auftrag vom 20.01.2014 als Aufenthaltswitz der des § 43 Abs. 3 NAG geltend gemacht werde.

Mit Schreiben der Verwaltungsbehörde vom 21.03.2014 wurde der Beschwerdeführer gemäß § 13 Abs. 3 AVG zur Behebung von Verfahrensmängeln aufgefordert. Ihm wurde mitgeteilt, dass er am 05.06.2013 einen Antrag auf Erteilung eines Aufenthaltstitels gestellt habe und der Gesetzestext des § 19 Abs. 2 NAG zur Kenntnis gebracht. Da er den Aufenthaltswitz nicht genau bezeichnet habe, werde ihm gemäß § 13 Abs. 3 AVG ein Verbesserungsauftrag erteilt. Er wurde aufgefordert, den genauen Aufenthaltswitz bis zum 04.04.2014 mitzuteilen, andernfalls müsse sein Antrag gemäß § 13 Abs. 3 AVG zurückgewiesen werden. Sollte er der Aufforderung jedoch fristgerecht nachkommen, gelte sein Antrag als ursprünglich richtig eingebracht. Gemäß Zustellverfügung erging dieser Verbesserungsauftrag an den Beschwerdeführer, obwohl zu diesem Zeitpunkt weiterhin das der belangten Behörde bekannte Vollmachtverhältnis zu Rechtsanwalt Doktor Z. aufrecht gewesen war

Mit Aktenvermerk vom 21.03.2014 hielt die belangte Behörde fest, dass festgestellt worden sei, dass der Antragsteller einen anderen als den beantragten Witz. Der beantragte Witz gem. § 43 Abs. 3 NAG sei nur in Verlängerungsverfahren möglich. Diese Bedenken teilte die belangte Behörde per Telefonat dem Beschwerdeführervertreter am 28.03.2014 mit. Am 14.05.2014 erging eine Ladung an den Beschwerdeführervertreter, welcher dieser am 22.05.2014 entsprechend bekannt gab, dass der Beschwerdeführer weiterhin auf § 43 Abs. 3 NAG bestehe die belangte Behörde erwog daraufhin § 43 Abs. 3 NAG aF anzuwenden und den Akt zuständigkeitshalber an das BFA weiterzuleiten, entschied sich jedoch letztendlich das nicht zu tun und dem Beschwerdeführer § 43 Abs. 3 NAG igF zu unterstellen, obwohl aus dem Gespräch mit dem Beschwerdeführervertreter klar geworden war, dass dieser einen humanitären Aufenthaltstitel nach der alten Rechtslage beantragt hatte.

Mit Schreiben vom 05.08.2014 wurde der Beschwerdeführer gem. § 45 Abs. 3 AVG vom Ergebnis der Beweisaufnahme verständigt und ihm die Möglichkeit einer Stellungnahme binnen zwei Wochen eingeräumt.

Die belangte Behörde führte in diesem Schreiben aus, dass der Beschwerdeführer am 04.07.2013 (richtig: 05.06.2013) bei der österreichischen Botschaft in Sarajewo einen Antrag auf Erteilung einer „Rot-Weiß-Rot – Karte“ (Schlüsselkräfte) gestellt habe. Am 24.11.2013 habe der Beschwerdeführer seinen Antrag auf „Niederlassungsbewilligung – Angehöriger“ geändert. Mit Schreiben gemäß § 13 Abs. 3 AVG vom 20.01.2014 habe die Verwaltungsbehörde dem Beschwerdeführer mitgeteilt, dass er die Voraussetzungen des § 47 Abs. 1 iVm Abs. 3 NAG nicht erfülle, da seine Eltern nicht die österreichische Staatsbürgerschaft besitzen würden. Er sei aufgefordert worden, bis zum 10.02.2014 seinen genauen Aufenthaltszweck mitzuteilen. Unter Wiedergabe des Gesetzestextes des § 43 Abs. 3 NAG (Anmerkung: in der Fassung BGBl. I Nr. 40/2014) wurde dem Beschwerdeführer mitgeteilt, dass beabsichtigt sei, seinen Antrag abzuweisen, da er über keinen in § 43 Abs. 3 NAG normierten Aufenthaltstitel verfüge.

Mit Bescheid des Amtes der Wiener Landesregierung, Magistratsabteilung 35, vom 19.09.2014, Zl. MA35-9/2987871-01, wurde der Antrag des Beschwerdeführers auf Erteilung eines Aufenthaltstitels „Niederlassungsbewilligung“ gemäß § 43 Abs. 3 NAG in der mit 01.01.2014 in Kraft getretenen Fassung BGBl. I Nr. 68/2013 zurückgewiesen, und die Zurückweisung auf die Nichterfüllung der in der zitierten Bestimmung verlangten Kriterien gestützt, obwohl der belangten Behörde aufgrund der persönlichen Vorsprache des Beschwerdeführervertreeters am 22.05.2014 bewusst war, dass der Beschwerdeführer seinen Antrag nicht auf diese, sondern auf die Vorgängerbestimmung stützte, weil es für deren Anwendbarkeit auch eine Übergangsbestimmung gibt, deren Kriterien der Beschwerdeführer für verwirklicht hielt.

Begründend führte die Behörde nach Wiedergabe des Inhalts des Schreibens vom 05.08.2014 aus, dass dem Beschwerdeführer mit Verständigung vom Ergebnis der Beweisaufnahme vom 05.08.2014 mitgeteilt worden sei, dass eine Antragszurückweisung beabsichtigt sei – zu beachten ist v.a. die in sich widersprüchliche – hervorgehobene – Begründung:

*„[...] Da Sie über keinen in § 43 Abs. 3 NAG normierten Aufenthaltstitel verfügen ist beabsichtigt Ihren Antrag **abzuweisen**.*

*Mit Verständigung vom Ergebnis der Beweisaufnahme vom 5.8.2014 wurde Ihnen mitgeteilt, dass beabsichtigt ist Ihren Antrag **zurückzuweisen**. Es wurde Ihnen die Gelegenheit geboten, innerhalb der gesetzten Frist eine Stellungnahme abzugeben. Dieses Schreiben wurde Ihrem rechtsfreundlichen Vertreter Dr. Z. am 7.8.2014 nachweislich zugestellt.*

Bis dato langte keine Stellungnahme ein.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden. [...]"

III. Das Verwaltungsgericht Wien hat sich bei der Beweiswürdigung von folgenden Erwägungen leiten lassen:

Beweis wurde erhoben durch Einsichtnahme in den Verwaltungsakt der belangten Behörde bzw. durch die seitens des Beschwerdeführers im Beschwerdeverfahren vorgebrachten Äußerungen.

Der festgestellte Sachverhalt wurde vom Beschwerdeführer in diesem Beschwerdeverfahren nicht bestritten, auch die Verwaltungsbehörde ist dem Ermittlungsergebnis nicht entgegengetreten.

Die Feststellung, dass die belangte Behörde wusste, dass der rechtsfreundliche Vertreter des Beschwerdeführers mit dem Antrag gemäß § 43 Abs. 3 NAG die alte Fassung und somit einen humanitäres Bleiberecht beantragte, ergibt sich aus den Aufzeichnungen im Behördenakt, wo sich auf AS 87 folgender Eintrag findet:

„[...] HOM 22.05.14 RA Z. spricht pers. vor und gibt bekannt, dass weiterhin auf 43/3 bestanden wird. [...]"

„§ 43/3“ ist hier mit Bleistift eingeringelt und verweist mit einem Pfeil auf den handschriftlichen Eintrag: „Akt weiterleiten an BFA?"

Diese Einträge verdeutlichen, dass der belangten Behörde aus der Vorsprache des Beschwerdeführervertreeters sehr wohl klar war, dass dieser den humanitären Aufenthaltstitel gemäß § 43 Abs. 3 NAG in der Fassung vor BGBl. Nr. I Nr. 87/2012 meinte, weil der diesbezügliche verfahrensleitende Antrag ab dem 1. Oktober 2013 bei der Behörde anhängig wurde und mit Ablauf des 31. Dezembers 2013 noch anhängig war und somit gemäß der dafür einschlägigen Übergangsbestimmung - § 81 Abs. 24 NAG – vom Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl – kurz: „BFA“ zu Ende zu führen ist. Daher auch der Eintrag im Akt der belangten Behörde: „„Akt weiterleiten an BFA?““

Die belangte Behörde hat somit wider besseres Wissen dem Beschwerdeführer einen sinnwidrigen Antrag unterstellt, denn der von der belangten Behörde entgegen der Aktenlage zugrunde gelegte und für die Begründung der Zurückweisung herangezogene neue § 43 Abs. 3 NAG in der am 01.01.2014 in Kraft getretenen Fassung BGBl. I Nr. 68/2013 ist – wie auch die belangte Behörde im Akt mehrmals vermerkte – für den Beschwerdeführer sinnlos, da es sich idgF um einen Aufenthaltstitel für Verlängerungsantragsteller handelt und der Beschwerdeführer Erstantragsteller ist.

IV. Das Verwaltungsgericht Wien hat erwogen:

IV.1. Zu Spruchpunkt I

Art. 130 Abs. 1 Z 1 B-VG lautet:

„Die Verwaltungsgerichte erkennen über Beschwerden gegen den Bescheid einer Verwaltungsbehörde wegen Rechtswidrigkeit.“

§ 28 Abs. 1 VwGVG lautet:

„Sofern die Beschwerde nicht zurückzuweisen oder das Verfahren einzustellen ist, hat das Verwaltungsgericht die Rechtssache durch Erkenntnis zu erledigen.“

§ 81 Abs. 24 NAG in der Fassung BGBl. I 70/2015 lautet:

„Verfahren gemäß §§ 41a Abs. 9 und 10, 43 Abs. 3 und 4 sowie 69a Abs. 1 Z 1 bis 3 in der Fassung vor dem Bundesgesetz BGBl. I Nr. 87/2012, welche ab dem 1. Oktober 2013 bei der Behörde gemäß § 3 Abs. 1 anhängig wurden und mit Ablauf des 31. Dezember 2013 noch anhängig sind, sind ab 1. Jänner 2014 vom Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl nach den Bestimmungen des 7. Hauptstückes des AsylG 2005 in der Fassung BGBl. I Nr. 68/2013 zu Ende zu führen.“

§ 13 Abs. 3 AVG idgF lautet:

„Mängel schriftlicher Anbringen ermächtigen die Behörde nicht zur Zurückweisung. Die Behörde hat vielmehr von Amts wegen unverzüglich deren Behebung zu veranlassen und kann dem Einschreiter die Behebung des Mangels innerhalb einer angemessenen Frist mit der Wirkung auftragen, dass das Anbringen nach fruchtlosem Ablauf dieser Frist zurückgewiesen wird. Wird der Mangel rechtzeitig behoben, so gilt das Anbringen als ursprünglich richtig eingebracht.“

§ 13 Abs. 8 AVG idgF lautet:

„Der verfahrenseinleitende Antrag kann in jeder Lage des Verfahrens geändert werden. Durch die Antragsänderung darf die Sache ihrem Wesen nach nicht geändert und die sachliche und örtliche Zuständigkeit nicht berührt werden.“

§ 23 Abs. 1 NAG in der Fassung BGBl. I Nr. 38/2011 lautet:

„Ergibt sich auf Grund des Antrages oder im Ermittlungsverfahren, dass der Fremde für seinen beabsichtigten Aufenthaltswitz einen anderen Aufenthaltstitel oder eine andere Dokumentation des unionsrechtlichen Aufenthaltsrechts benötigt, so ist er über diesen Umstand zu belehren; § 13 Abs. 3 AVG gilt.“

§ 43 Abs. 3 NAG in der Fassung BGBl. I Nr. 50/2012 lautet:

"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

- 1. kein Erteilungshindernis gemäß § 11 Abs. 1 Z 1, 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.“*

§ 43 Abs. 3 NAG in der Fassung BGBl. I Nr. 40/2014 lautet:

„Im Bundesgebiet aufhaltigen Drittstaatsangehörigen ist ein Aufenthaltstitel „Niederlassungsbewilligung“ zu erteilen, wenn sie seit zwölf Monaten über

- 1. eine „Aufenthaltsberechtigung plus“ gemäß § 55 Abs. 1 AsylG 2005,*
- 2. eine „Aufenthaltsberechtigung plus“ gemäß § 56 Abs. 1 AsylG 2005,*
- 3. eine „Aufenthaltsberechtigung“ gemäß § 55 Abs. 2 AsylG 2005 oder*
- 4. eine „Aufenthaltsberechtigung“ gemäß § 56 Abs. 2 AsylG 2005*

verfügen.“

Die belangte Behörde hat den beschwerdegegenständlichen Antrag des Beschwerdeführers gemäß § 43 Abs. 3 NAG „idgF“ (Anmerkung: BGBl. I Nr. 40/2014) zurückgewiesen. In ihrer Begründung führte sie aus, dass der Beschwerdeführer über keinen in § 43 Abs. 3 NAG normierten Aufenthaltstitel verfüge, weshalb der Antrag habe zurückgewiesen werden müssen. Damit belastete sie ihren Bescheid jedoch in mehrfacher Hinsicht mit Rechtswidrigkeit:

1) Selbst wenn die Behörde die Fassung des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes in der Fassung BGBl. I Nr. 40/2014 anzuwenden gehabt hätte, hätte sie keine Zurückweisungsentscheidung treffen dürfen. In Ermangelung eines in § 43 Abs. 3 NAG angeführten Aufenthaltstitels nach dem AsylG 2005 hätte der Antrag des Beschwerdeführers richtigerweise abgewiesen werden müssen, da der jeweilige Aufenthaltstitel eine Erfolgsvoraussetzung zur Erreichung einer „Niederlassungsbewilligung“ nach § 43 Abs. 3 NAG idF BGBl. I Nr. 40/2014 ist.

2) Die Behörde hat rechtswidrigerweise angenommen, dass der Beschwerdeführer einen Antrag gemäß § 43 Abs. 3 NAG in der damals geltenden Fassung gestellt habe. Richtig ist, dass der Beschwerdeführer am 24.11.2013 einen Antrag auf Erteilung einer „Niederlassungsbewilligung“ gemäß § 43 Abs. 3 NAG idF BGBl. I 50/2012 gestellt hat. Dies ergibt sich aus den obigen Feststellungen, der diesen zugrunde liegenden Beweiswürdigung und nachfolgenden Überlegungen:

Am 24.11.2013 modifizierte der Beschwerdeführer durch seinen rechtsfreundlichen Vertreter seinen bisherigen Antrag auf Erteilung einer „Rot-Weiß-Rot – Karte“ (Schlüsselkraft) auf Erteilung einer „Niederlassungsbewilligung – Angehöriger“. Dabei handelt es sich angesichts der unterschiedlichen Aufenthaltsw Zwecke und Erteilungsvoraussetzungen der beiden Aufenthaltstitel um eine gemäß § 13 Abs. 8 AVG wesentliche Antragsänderung, weshalb von einem neuen Antrag unter konkludenter Zurückziehung des ursprünglichen Antrages auszugehen war (vgl. VwGH 18.12.2014, Ro 2014/07/0033). Geht man davon aus, dass mit dem negativen Bescheid des Arbeitsmarktservice Wien vom 29.08.2013 das Verfahren beendet wurde, obwohl die Niederlassungsbehörde in weiterer Folge das Verfahren noch nicht eingestellt hatte, so ist auch diesfalls davon auszugehen, dass der Beschwerdeführer am 24.11.2013 einen Antrag auf Erteilung einer „Niederlassungsbewilligung – Angehöriger“ gestellt hat.

Die belangte Behörde erteilte dem Beschwerdeführer zutreffenderweise einen Verbesserungsauftrag gemäß § 23 Abs. 1 NAG iVm § 13 Abs. 3 AVG, da der Beschwerdeführer für seinen beabsichtigten Aufenthaltsw Zweck einen anderen Aufenthaltstitel benötigte. Sein Aufenthaltsw Zweck liegt darin begründet, dass er

mit seinen beiden leiblichen Eltern in Österreich leben möchte. Der Auffassung der belangten Behörde ist beizupflichten, wenn sie in diesem Verbesserungsauftrag anführt, dass eine „Niederlassungsbewilligung – Angehöriger“ nicht der dafür richtige Aufenthaltstitel ist, sind doch beide Eltern keine österreichische Staatsbürger. Dem Beschwerdeführer wurde eine Frist bis zum 10.02.2014 gesetzt und ihm mitgeteilt, dass der Antrag als ursprünglich richtig eingebracht gelte, sofern er dieser Aufforderung fristgerecht nachkomme. Nach Auffassung der belangten Behörde wurde der Antrag am 05.06.2013 eingebracht. Daraus ergibt sich implizit, dass die belangte Behörde davon ausging, dass der Antrag bei rechtzeitiger Verbesserung als am 05.06.2013 eingebracht gelte. Unter Berücksichtigung der oben angestellten Überlegungen wurde der neue Antrag jedoch am 24.11.2013 eingebracht und würde bei rechtzeitiger Verbesserung diese auf obiges Einbringungsdatum zurückwirken.

Mit Schreiben vom 12.03.2014 teilte der rechtsfreundliche Vertreter des Beschwerdeführers mit, dass *„als Aufenthaltszweck geltend gemacht wird der des § 43 Abs. 3 NAG.“*

Dieses Schreiben langte am 12.03.2014 via Fax bei der belangten Behörde ein, somit eigentlich nach Fristende. Erfolgt die Behebung eines nach § 13 Abs. 3 AVG aufgetragenen Formgebrechens verspätet, jedoch vor Erlassung des Zurückweisungsbescheides, wirkt die Verbesserung zwar nicht zurück, führt aber, es sei denn, es wäre eine Frist versäumt, nicht zur Zurückweisung des Anbringens, weil das ursprünglich fehlerhafte Anbringen mit der Behebung des Mangels als fehlerfrei eingebracht gilt (VwGH 14.10.2013; 2013/12/0079 u.a.).

Jedoch hat die belangte Behörde in diesem Fall dem Beschwerdeführer einen erneuten Verbesserungsauftrag erteilt und wiederum mitgeteilt, dass der Antrag als ursprünglich richtig eingebracht gelte, sofern er dieser Aufforderung fristgerecht – sohin bis 04.04.2014 – nachkomme. Expressis verbis führte die belangte Behörde auch in diesem Schreiben den 05.06.2013 als Tag der Antragseinbringung an. Daraus ergibt sich, dass die Verwaltungsbehörde dem Beschwerdeführer eine Fristverlängerung (über den 10.02.2014 hinaus) gewährt hatte, ansonsten hätte sie dem Beschwerdeführer nicht mitgeteilt, dass der Antrag als ursprünglich richtig eingebracht gelte, wenn er diesem

Verbesserungsauftrag vom 21.03.2014 rechtzeitig nachkomme. Der Beschwerdeführer durfte sohin mit diesem Schreiben davon ausgehen, dass seine Mitteilung vom 12.03.2014 noch rechtzeitig war und dementsprechend der Antrag per 24.11.2013 als ursprünglich richtig eingebracht galt.

In diesem Schreiben vom 21.03.2014 – dem rechtsfreundlichen Vertreter des Beschwerdeführers nachweislich am 25.03.2014 zugestellt – verwies die Behörde auf § 19 Abs. 2 NAG und teilte dem Beschwerdeführer mit, dass dieser Verbesserungsauftrag an ihn gerichtet werde, da er den Aufenthaltswort nicht genau bezeichnet habe. Er wurde aufgefordert, seinen genauen Aufenthaltswort bekanntzugeben.

Dieser Verbesserungsauftrag wurde jedoch zu Unrecht erteilt und dies aus folgenden Gründen:

Bei der Auslegung von Parteianbringen kommt es auf das aus diesen erkenn- und erschließbare Wort des Einschreiters an; Parteierklärungen und damit auch Anbringen sind nach ihrem objektiven Erklärungswort auszulegen. Lässt die Partei jedoch in weiterer Folge ausdrücklich keinen Zweifel daran, in welcher Weise sie ein Anbringen verstanden haben wollte, so ist dies sowohl von der Behörde als auch - gegebenenfalls - im Rahmen eines Beschwerdeverfahrens vom zuständigen Verwaltungsgericht zu beachten (VwGH 17.12.2014; Ro 2014/03/0066).

Bei der Ermittlung von Rechtsqualität und Inhalt eines Anbringens kommt es nicht auf die Bezeichnung durch den Einschreiter, sondern auf den Inhalt der Eingabe, also auf das daraus erkenn- und erschließbare Wort des Einschreiters an. Entscheidend ist, wie das Erklärte, also der Wortlaut des Anbringens unter Berücksichtigung der konkreten gesetzlichen Regelung, des Verfahrenszwecks und der Aktenlage objektiv verstanden werden muss. Im Zweifel darf nicht davon ausgegangen werden, dass eine Partei einen von vornherein sinnlosen oder unzulässigen Antrag gestellt hat. (VwGH 27.09.2011, 2010/12/0142; 19.01.2011, 2009/08/0058).

Die belangte Behörde ging offenbar davon aus, dass der Beschwerdeführer einen Antrag gem. § 43 Abs. 3 NAG in der Fassung BGBl. I Nr. 68/2013 gestellt habe. Damit unterstellte sie, wie auch oben bereits festgestellt - wider besseres Wissen - dem Beschwerdeführer jedoch, einen von vornherein sinnlosen Antrag gestellt zu haben. Denn wäre bereits die damals geltende Rechtslage – BGBl. I Nr. 68/2013 – anwendbar gewesen, dann hätte der Beschwerdeführer einen Aufenthaltstitel angestrebt, der bereits das Innehaben eines anderen Aufenthaltstitels voraussetzt. Da der Beschwerdeführer jedoch über keinen Aufenthaltstitel zu diesem Zeitpunkt verfügte, kann seine Erklärung auch nicht dahin ausgelegt werden, dass er einen Aufenthaltstitel nach § 43 Abs. 3 NAG, BGBl. I Nr. 68/2013, anstrebte. Dies trifft umso mehr zu, als die Behörde implizit dem Beschwerdeführer eine Fristverlängerung über den 10.02.2014 hinaus gewährte und daher vom Zurückwirken der Verbesserung auf den ursprünglichen Zeitpunkt der Antragseinbringung bei rechtzeitiger Verbesserung ausging. Daher musste die belangte Behörde das Schreiben vom 12.03.2014 so verstehen, dass der Beschwerdeführer eine „Niederlassungsbewilligung“ gemäß § 43 Abs. 3 NAG in der Fassung BGBl. I Nr. 50/2012 beantragte.

Gemäß § 81 Abs. 24 NAG sind unter anderem Verfahren gemäß § 43 Abs. 3 NAG in der Fassung vor dem Bundesgesetz BGBl. I Nr. 87/2012, welche ab dem 01.10.2013 bei der Behörde gemäß § 3 Abs. 1 NAG anhängig wurden und mit Ablauf des 31.12.2013 noch anhängig sind, ab 01.01.2014 vom Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl nach den Bestimmungen des 7. Hauptstückes des AsylG 2005 in der Fassung BGBl. I Nr. 68/2013 zu Ende zu führen.

Der Beschwerdeführer stellte seinen verbesserungsbedürftigen Antrag am 24.11.2013. Aufgrund der impliziten Erstreckung der Frist zur Verbesserung des Antrages durch den erneuten Verbesserungsauftrag war die vom Beschwerdeführer vorgenommene Verbesserung fristgerecht. Der Antrag gemäß § 43 Abs. 3 NAG idF vor BGBl. I Nr. 87/2012 gilt somit per 24.11.2013 als eingebracht. Ein Verfahren gemäß § 43 Abs. 3 NAG idF vor BGBl. I Nr. 87/2012, das am 24.11.2013 – somit ab dem 1. Oktober 2013 anhängig wurde und mit Ablauf des 31. Dezember 2013 noch anhängig war, fällt unter die Übergangsbestimmung des § 81 Abs. 24 NAG und wäre entsprechend letztgenannter Bestimmung ab 01.01.2014 vom Bundesamt für Fremdenwesen

und Asyl (BFA) zu Ende zu führen. Die belangte Behörde hätte daher unverzüglich nach Erstattung der Verbesserung – jedoch spätestens am 22.05.2014, als kein Zweifel mehr über die Absicht des Beschwerdeführers bestand und der Referent auch in Erwägung zog, den Akt an das BFA zuständigkeitshalber weiterzuleiten, genau ebendieses tun müssen. Da die belangte Behörde jedoch mit der Bescheiderlassung vom 19.09.2014 eine Zuständigkeit in Anspruch nahm, die ihr gar nicht zugestanden hatte, hat sie ihren Bescheid mit Rechtswidrigkeit belastet.

Somit war spruchgemäß zu entscheiden.

Die belangte Behörde hat den Verwaltungsakt zuständigkeitshalber an das Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl weiterzuleiten.

Der Vollständigkeit halber sei darauf hingewiesen, dass, selbst wenn der Verbesserungsauftrag vom 21.03.2014 berechtigterweise erteilt worden wäre, er nicht den Anforderungen des § 13 Abs. 3 AVG entsprochen hätte, hat die Behörde doch nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zu § 13 Abs. 3 AVG im Verbesserungsauftrag konkret und unmissverständlich anzugeben, welche vom Gesetz geforderten Eigenschaften dem Anbringen fehlen (VwGH 14.10.2013; 2013/12/0079 u.a.). Wie sich aus dem Aktenvermerk vom 25.03.2014 ergibt, ging die belangte Behörde davon aus, dass der § 43 Abs. 3 NAG (Anmerkung: in der damals geltenden Fassung) nur in Verlängerungsverfahren möglich sei. Dies wäre dem Beschwerdeführer nachweislich mitzuteilen gewesen.

IV.2. Zu Spruchpunkt II

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Ebenfalls liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

R e c h t s m i t t e l b e l e h r u n g

Gegen dieses Erkenntnis besteht die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder 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 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, Verkehrssteuern und Glückspiel zu entrichten. Ein diesbezüglicher Beleg ist der Eingabe anzuschließen.

Verwaltungsgericht Wien

H o h e n e g g e r