



IM NAMEN DER REPUBLIK!

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Zens, die Hofräte Dr. Pürgy und Mag. Stickler sowie die Hofrätin Dr.ⁱⁿ Lachmayer und den Hofrat Dr. Faber als Richter, unter Mitwirkung des Schriftführers Mag. Schara, über die Revision 1. der H S, 2. des N I, 3. der L I, 4. des A I und 5. des I I, alle vertreten durch Mag. Elisabeth Brandstetter, Rechtsanwältin in 1130 Wien, Wattmanngasse 17, gegen das Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichts vom 14. Februar 2019, 1. W212 2206969-1/3E, 2. W212 2206971-1/2E, 3. W212 2206966-1/3E, 4. W212 2206963-1/3E und 5. W212 2206965-1/3E, betreffend Angelegenheiten nach dem AsylG 2005 und dem FPG (belangte Behörde vor dem Verwaltungsgericht: Österreichische Botschaft in Ankara), zu Recht erkannt:

Das angefochtene Erkenntnis wird wegen Rechtswidrigkeit seines Inhalts aufgehoben.

Der Bund hat den Revisionswerbern Aufwendungen in der Höhe von jeweils EUR 1.106,40 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Entscheidungsgründe:

- 1 Die Erstrevisionswerberin und ihre vier Kinder (Zweit- bis Fünftrevisionswerber) sind syrische Staatsangehörige. Sie stellten am 15. März 2017 bei der Österreichischen Botschaft (ÖB) Ankara per E-Mail schriftlich Anträge auf Erteilung von Einreisetiteln nach § 35 Abs. 1 Asylgesetz 2005 (AsylG 2005), die sie damit begründeten, dass dem Ehemann der Erstrevisionswerberin (Bezugsperson) mit Bescheid des Bundesamtes für Fremdenwesen und Asyl (BFA) vom 21. Dezember 2016 der Status des Asylberechtigten zuerkannt worden sei. Durch die schriftliche Antragstellung habe die Familie die Einhaltung der Frist gemäß § 35 Abs. 1 letzter Satz AsylG 2005 beabsichtigt. Der Familie sei es zu diesem Zeitpunkt nicht möglich gewesen, in die Türkei einzureisen.
- 2 Mit Schreiben vom 16. März 2017 teilte die ÖB Ankara den Revisionswerbern mit, dass „die fristwahrende Antragstellung entgegengenommen wurde“, es



aber einer persönlichen Vorsprache samt Vorlage von Originaldokumenten in der Botschaft bedürfe. Die ÖB Ankara erteilte dafür eine einmonatige Frist ab Antragstellung, welche in weiterer Folge - weil es den Revisionswerbern in dieser Zeit nicht gelungen war, in die Türkei einzureisen - bis zum 15. September 2017, verlängert wurde.

- 3 Nach Ablauf dieser Frist leitete die ÖB Ankara am 1. Dezember 2017 die Anträge an das BFA weiter.
- 4 Am 26. Juni 2018 teilte das BFA gemäß § 35 Abs. 4 AsylG 2005 mit, dass die Zuerkennung eines Schutzstatus nicht wahrscheinlich sei. Begründend führte es aus, die Revisionswerber könnten die Voraussetzungen gemäß § 60 Abs. 2 AsylG 2005 nicht nachweisen, die Einreise erscheine in Hinblick auf Art. 8 EMRK nicht geboten und die von den Revisionswerbern vorgelegten Dokumente würden nicht ausreichen, um ihre Angehörigeneigenschaft nachzuweisen. Das Vorbringen der Revisionswerber könne mangels persönlicher Vorsprache in der ÖB Ankara nicht als erwiesen festgestellt werden. In der dazugehörigen Stellungnahme des BFA führte dieses aus, dass die Revisionswerber trotz Aufforderung den entsprechenden Antrag nicht bei der ÖB Ankara mittels entsprechenden Befragungsformulars eingebracht hätten. Zudem sei die Anregung, sich einfachheitshalber an die ÖB in Amman zu wenden, nicht umgesetzt worden.
- 5 Nach Aufforderung erstatteten die Revisionswerber eine Stellungnahme zu dieser Mitteilung. Das BFA hielt in einer weiteren Mitteilung an seiner Prognose fest.
- 6 Mit Bescheid der ÖB Ankara vom 17. Juli 2018 wurden die Anträge gemäß § 26 Fremdenpolizeigesetz 2005 (FPG) iVm § 35 AsylG 2005 im Sinne der Rechtsansicht des BFA abgewiesen.
- 7 Ende Juli 2018 reisten die Revisionswerber in die Türkei ein. In der Beschwerde vom 7. August 2018 wandten sie sich gegen den Bescheid vom 17. Juli 2018. Darin sahen die Revisionswerber unter anderem einen Verstoß gegen das Überraschungsverbot, weil die Anregung, sich einfachheitshalber an die ÖB Amman zu wenden, nicht in der Aufforderung zur Stellungnahme



enthalten gewesen sei. Die Behörde habe nicht dargelegt, warum sich die Familie an die ÖB Amman wenden hätte sollen, zumal sie erklärt hätten, dass eine Antragstellung bei einer anderen Botschaft nicht möglich sei. Das Recht auf Parteiengehör sei verletzt worden und der Bescheid mit Willkür und Mangelhaftigkeit behaftet, wenn die Behörde daran festhalte, dass der Sachverhalt mangels Einbringung mittels Befragungsformular und fehlender Vorsprache nicht festgestellt werden könnte. Die Familie hätte über die Möglichkeit einer DNA-Analyse belehrt werden müssen. Auch die Bezugsperson hätte befragt werden müssen. Das Kindeswohl sei nicht ausreichend berücksichtigt worden.

- 8 Mit Beschwerde vorentscheidung vom 31. August 2018 wies die ÖB Ankara die Beschwerde als unbegründet ab. Darin führte sie aus, es sei unstrittig, dass die Revisionswerber einen Antrag nach § 35 Abs. 1 AsylG 2005 gestellt hätten und dass auch eine Wahrscheinlichkeitsprognose ergangen sei. Als tragender Grund für die Abweisung sei nur in Betracht gekommen, dass nach der Mitteilung des BFA die Erfolgsaussichten der Revisionswerber als nicht wahrscheinlich einzustufen seien. Die Unzumutbarkeit der Einreise sei nicht näher konkretisiert worden und diese sei auch nicht nachvollziehbar, weil eine Einreise von syrischen Staatsangehörigen zur Vorsprache an der Vertretungsbehörde aus zahlreichen Anlässen nach Kenntnis der ÖB Ankara sehr wohl möglich sei. Selbst wenn es auf eine konkrete Unzumutbarkeit ankäme, hätten die Revisionswerber es auch unterlassen, trotz Aufforderung den Antrag mittels Befragungsformulars einzubringen, sodass ein ausgefülltes Befragungsformular als Grundlage für die Feststellung des maßgeblichen Sachverhalts nicht vorliege. Bereits aus diesem Grund sei die Erteilung der Einreiseteil zu verweigern gewesen. Schließlich hielt die Behörde der Beschwerde entgegen, dass sie bereits per E-Mail vom 13. April 2017 auf die Möglichkeit, sich einfachheitshalber an die ÖB in Amman zu wenden, hingewiesen habe und somit kein Verstoß gegen das Überraschungsverbot vorliege.
- 9 Mit dem angefochtenen Erkenntnis wies das BVwG die Beschwerde gemäß § 15 Abs. 1 FPG als unbegründet ab und erklärte die Revision für nicht



zulässig. Begründend hielt das BVwG fest, die Revisionswerber hätten im Verfahren keine Reisedokumente vorgelegt. Gemäß § 15 Abs. 1 FPG würden Fremde zur rechtmäßigen Einreise in das Bundesgebiet ein gültiges Reisedokument benötigen. Unabhängig von der Visumpflicht stehe der Einreise der Revisionswerber daher das faktische Hindernis entgegen, dass diese nicht im Besitz gültiger Reisedokumente seien. Weiters sei die Visumerteilung ebenfalls schon aus dem Grund faktisch nicht möglich, weil die Visumsmarke im Reisedokument angebracht werden müsse. Eine Visumerteilung ohne Vorlage eines gültigen Reisedokuments sei daher, unabhängig vom Vorliegen der übrigen Voraussetzungen zur Erteilung eines Visums, ausgeschlossen.

- 10 Dagegen richtet sich die vorliegende Revision, welche zu ihrer Zulässigkeit vorbringt, es fehle Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zum Prüfungsmaßstab eines Verfahrens gemäß § 35 AsylG 2005 und der zwingenden Notwendigkeit der Vorlage eines Reisepasses bzw. zur möglichen Anwendbarkeit von § 15 FPG in einem solchen Verfahren. Weiters weiche das Erkenntnis von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zum Überraschungsverbot, zur Vornahme einer DNA-Analyse sowie von der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes zur Ermittlungspflicht des BVwG im Verfahren gemäß § 35 AsylG 2005 ab.
- 11 Die ÖB Ankara als belangte Behörde erstattete eine Revisionsbeantwortung, in welcher sie sich der Ansicht des BVwG zur Anwendbarkeit des § 15 FPG anschloss und auch in der Frage des Prüfungsmaßstabes des § 35 AsylG 2005, zur Vornahme einer DNA-Analyse sowie zur Frage des Überraschungsverbots mangels Relevanz keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung erblickte und die kostenpflichtige Zurückzuweisung, allenfalls Abweisung, der Revision beantragte.
- 12 Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:
- 13 Die Revision ist zulässig und auch begründet.



14 § 35 AsylG lautet auszugsweise:

„§ 35. (1) Der Familienangehörige gemäß Abs. 5 eines Fremden, dem der Status des Asylberechtigten zuerkannt wurde und der sich im Ausland befindet, kann zwecks Stellung eines Antrages auf internationalen Schutz gemäß § 34 Abs. 1 Z 1 iVm § 2 Abs. 1 Z 13 einen Antrag auf Erteilung eines Einreisetitels bei einer mit konsularischen Aufgaben betrauten österreichischen Vertretungsbehörde im Ausland (Vertretungsbehörde) stellen. Erfolgt die Antragstellung auf Erteilung eines Einreisetitels mehr als drei Monate nach rechtskräftiger Zuerkennung des Status des Asylberechtigten, sind die Voraussetzungen gemäß § 60 Abs. 2 Z 1 bis 3 zu erfüllen.

(...)

(3) Wird ein Antrag nach Abs. 1 oder Abs. 2 gestellt, hat die Vertretungsbehörde dafür Sorge zu tragen, dass der Fremde ein in einer ihm verständlichen Sprache gehaltenes Befragungsformular ausfüllt; Gestaltung und Text dieses Formulars hat der Bundesminister für Inneres im Einvernehmen mit dem Bundesminister für Europa, Integration und Äußeres und nach Anhörung des Hochkommissärs der Vereinten Nationen für Flüchtlinge (§ 63) so festzulegen, dass das Ausfüllen des Formulars der Feststellung des maßgeblichen Sachverhalts dient. Außerdem hat die Vertretungsbehörde auf die Vollständigkeit des Antrages im Hinblick auf den Nachweis der Voraussetzungen gemäß § 60 Abs. 2 Z 1 bis 3 hinzuwirken und den Inhalt der ihr vorgelegten Dokumente aktenkundig zu machen. Der Antrag auf Einreise ist unverzüglich dem Bundesamt zuzuleiten.

(4) Die Vertretungsbehörde hat dem Fremden aufgrund eines Antrages auf Erteilung eines Einreisetitels nach Abs. 1 oder 2 ohne weiteres ein Visum zur Einreise zu erteilen (§ 26 FPG), wenn das Bundesamt mitgeteilt hat, dass die Stattgebung eines Antrages auf internationalen Schutz durch Zuerkennung des Status des Asylberechtigten oder des subsidiär Schutzberechtigten wahrscheinlich ist. Eine derartige Mitteilung darf das Bundesamt nur erteilen, wenn

1. gegen den Fremden, dem der Status des Asylberechtigten oder des subsidiär Schutzberechtigten zuerkannt wurde, kein Verfahren zur Aberkennung dieses Status anhängig ist (§§ 7 und 9),
2. das zu befassende Bundesministerium für Inneres mitgeteilt hat, dass eine Einreise den öffentlichen Interessen nach Art. 8 Abs. 2 EMRK nicht widerspricht und
3. im Falle eines Antrages nach Abs. 1 letzter Satz oder Abs. 2 die Voraussetzungen des § 60 Abs. 2 Z 1 bis 3 erfüllt sind, es sei denn, die Stattgebung des Antrages ist gemäß § 9 Abs. 2 BFA-VG zur



Aufrechterhaltung des Privat- und Familienlebens im Sinne des Art. 8 EMRK geboten.

Bis zum Einlangen dieser Mitteilung ist die Frist gemäß § 11 Abs. 5 FPG gehemmt. Die Vertretungsbehörde hat den Fremden über den weiteren Verfahrensablauf in Österreich gemäß § 17 Abs. 1 und 2 zu informieren.

(5) Nach dieser Bestimmung ist Familienangehöriger, wer Elternteil eines minderjährigen Kindes, Ehegatte oder zum Zeitpunkt der Antragstellung minderjähriges lediges Kind eines Fremden ist, dem der Status des subsidiär Schutzberechtigten oder des Asylberechtigten zuerkannt wurde, sofern die Ehe bei Ehegatten bereits vor der Einreise des subsidiär Schutzberechtigten oder des Asylberechtigten bestanden hat; dies gilt weiters auch für eingetragene Partner, sofern die eingetragene Partnerschaft bereits vor der Einreise des subsidiär Schutzberechtigten oder des Asylberechtigten bestanden hat.“

15 § 26 FPG lautet:

„§ 26. Teilt das Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl gemäß § 35 Abs. 4 AsylG 2005 mit, dass die Stattgebung eines Antrages auf internationalen Schutz durch Zuerkennung des Status des Asylberechtigten oder des subsidiär Schutzberechtigten wahrscheinlich ist, ist dem Familienangehörigen gemäß § 35 Abs. 5 AsylG 2005 ohne Weiteres zur einmaligen Einreise ein Visum mit viermonatiger Gültigkeitsdauer zu erteilen.“

16 Voraussetzung für die Erteilung eines Visums gemäß § 35 AsylG ist u.a. das Vorliegen des Status des Asylberechtigten oder subsidiär Schutzberechtigten der Bezugsperson, die Familieneigenschaft eines Antragstellers zu dieser Person und eine positive Prognose des BFA.

17 Gemäß § 35 Abs. 4 AsylG 2005 hat das BFA der Vertretungsbehörde mitzuteilen, ob die Stattgebung eines Antrages auf internationalen Schutz durch die Zuerkennung des Status des Asylberechtigten oder des subsidiär Schutzberechtigten wahrscheinlich ist.

18 Bei einer solchen Mitteilung handelt es sich um keinen Bescheid. Es ist zwar die Vertretungsbehörde im Ausland an die Mitteilung des Bundesamts über die Prognose einer Asylgewährung oder die Gewährung von subsidiärem Schutz gebunden, und zwar sowohl an eine negative als auch an eine positive Mitteilung. Allerdings steht es dem BVwG offen, auch die Einschätzung des Bundesamts für Fremdenwesen und Asyl über die Wahrscheinlichkeit der





Gewährung internationalen Schutzes an den Antragsteller auf ihre Richtigkeit hin zu überprüfen (VwGH 1.3.2016, Ro 2015/18/0002 bis 0007).

- 19 Gegenstand der Überprüfung durch das BVwG ist, ob die Prognose des BFA hinsichtlich der Wahrscheinlichkeit der Gewährung internationalen Schutzes an die Antragsteller im Rahmen eines (späteren) Familienverfahrens nach § 34 AsylG 2005 zutreffend erfolgt ist und die sonstigen Voraussetzungen des § 35 Abs. 4 AsylG 2005 erfüllt sind.
- 20 Das BVwG hätte daher die Richtigkeit der vorgenommenen Prognose des BFA unter der Berücksichtigung des Beschwerdevorbringens überprüfen müssen. Das BVwG führt dazu aus, dass die Prognose des BFA im Ergebnis zutreffend sei, weil die Beschwerdeführer über keine gültigen Reisedokumente verfügten und damit gemäß § 15 FPG gar keine Einreise in das österreichische Bundesgebiet möglich wäre. Auch eine Visumerteilung wäre faktisch nicht möglich, weil die Visumsmarke im Reisedokument angebracht werden müsste. Eine Visumerteilung wäre daher unabhängig vom Vorliegen der übrigen Voraussetzungen ausgeschlossen.
- 21 Hier verkennt das BVwG jedoch die Rechtslage. § 15 FPG regelt die Voraussetzungen der Rechtmäßigkeit einer Einreise in das Bundesgebiet, welche von der (vorgelagerten) Frage der Erteilung eines Einreisetitels gemäß § 35 AsylG 2005 iVm § 26 FPG zu unterscheiden ist. Gegenstand der Prognoseentscheidung des § 35 Abs. 4 AsylG 2005 ist allein, ob unter den Voraussetzungen des § 35 Abs. 4 AsylG 2005 die Gewährung von internationalem Schutz im Familienverfahren gemäß § 34 AsylG 2005 wahrscheinlich ist.
- 22 § 35 AsylG 2005 sieht nicht vor, dass für die Erteilung eines Einreisetitels nach dieser Bestimmung bzw. nach § 26 FPG Reisedokumente iSd § 15 FPG vorliegen müssen. Für eine negative Wahrscheinlichkeitsprognose allein wegen des Fehlens gültiger Reisepässe findet sich keine gesetzliche Grundlage (vgl. hiezu auch § 21 Abs. 1 FPG, wonach die Voraussetzung der Z 1 leg. cit. für Visa nach § 20 Abs. 1 Z 6 FPG nicht gilt).





- 23 Die gegenständliche Prüfung der Richtigkeit der Prognose des BFA hätte fallbezogen insbesondere die Prüfung der Angehörigeneigenschaft der Revisionswerber sowie der Tatbestandsvoraussetzungen gemäß § 35 AsylG 2005 zu beinhalten gehabt. Weil das BVwG in Verkennung der Rechtslage keine entsprechenden Feststellungen getroffen hat, kann durch den Verwaltungsgerichtshof die Rechtmäßigkeit der Abweisung nicht überprüft werden. Es liegt somit ein sekundärer Feststellungsmangel vor, der das angefochtene Erkenntnis mit Rechtswidrigkeit des Inhalts belastet.
- 24 Das angefochtene Erkenntnis war daher gemäß § 42 Abs. 2 Z 1 VwGG wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufzuheben.
- 25 Die Kostenentscheidung gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der VwGH-Aufwandersatzverordnung 2014.

W i e n , am 9. Jänner 2020

