

Verwaltungsgerichtshof

Zl. Ra 2015/22/0095-12

I M N A M E N D E R R E P U B L I K !

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Robl, Hofrätin Mag.<sup>a</sup> Merl sowie die Hofräte Dr. Mayr, Dr. Schwarz und Mag. Berger als Richter, im Beisein der Schriftführerin Mag.<sup>a</sup> Lechner, über die Revision des DK in G, vertreten durch Mag. Michael Kasper, Rechtsanwalt in 8010 Graz, Sporgasse 11, Top 512, gegen das Erkenntnis des Landesverwaltungsgerichtes Steiermark vom 22. April 2015, LVwG 26.20-579/2015-8, betreffend Aufenthaltsbewilligung (belangte Behörde vor dem Verwaltungsgericht: Landeshauptmann von Steiermark), zu Recht erkannt:

Die Revision wird als unbegründet abgewiesen.

Der Revisionswerber hat dem Bund Aufwendungen in der Höhe von € 553,20 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

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

1. Mit dem angefochtenen Erkenntnis vom 22. April 2015 wies das Landesverwaltungsgericht Steiermark den Verlängerungsantrag des Revisionswerbers vom 27. Oktober 2014 auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung "Studierender" gemäß § 64 Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz (NAG) ab und erklärte die ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof für nicht zulässig.

Das Verwaltungsgericht stellte fest, dass der Revisionswerber, ein Staatsangehöriger von Bosnien und Herzegowina, Sport- und Bewegungswissenschaften nach der Studienplanversion "08W" studiere. Im Curriculum für dieses Studium seien für freie Wahlfächer 15 ECTS-Punkte vorgesehen. Der Revisionswerber habe laut Bestätigung des Studienerfolgs vom 20. Oktober 2014 zwischen 4. Februar 2014 und 11. Juli 2014 (einzeln aufgezählte)

(11. Februar 2016)

Prüfungen im Ausmaß von 34 ECTS-Punkten absolviert, wobei 4 ECTS-Punkte Pflichtfächern zuzuordnen seien und 30 ECTS-Punkte freien Wahlfächern. Nach der Bestätigung des Studienerfolgs vom 16. Jänner 2014 habe der Revisionswerber zwischen 28. Jänner 2013 und 20. Juli 2013 (wiederum einzeln aufgezählte) Prüfungen im Ausmaß von 19 ECTS-Punkten absolviert, darunter die Prüfung "Bewegungslehre 2" (4 ECTS-Punkte) sowie die Prüfung "Deutsch Sprachkompetenz 2 Niveau AB2" (3 ECTS-Punkte) und drei Prüfungen aus dem Bereich Philosophie (insgesamt 12 ECTS-Punkte).

Das Verwaltungsgericht ging in seiner rechtlichen Beurteilung davon aus, dass die Ablegung von Prüfungen im Ausmaß von insgesamt 34 ECTS-Punkten fallbezogen nicht als Studienerfolg im Sinn des § 64 Abs. 3 NAG gewertet werden könne, weil der Revisionswerber die (nach dem für ihn maßgeblichen Curriculum) vorgesehene Obergrenze für freie Wahlfächer von 15 ECTS-Punkten bereits mit 20. Juli 2013 "konsumiert" habe. Danach habe der Revisionswerber nur mehr ein Pflichtfach (im Ausmaß von 4 ECTS-Punkten) absolviert, die übrigen (den freien Wahlfächern zuzuordnenden) Prüfungen seien nicht mehr anrechenbar. Es könne nicht als ernsthaftes Betreiben des Studiums angesehen werden, wenn ein Studierender die Anzahl der im Curriculum vorgesehenen Wahlfächer bei weitem überschreite und sich somit der erfolgreichen Beendigung seines Studiums nicht nähere, sodass der Zweck der Aufenthaltsbewilligung "Studierender" nicht erfüllt werde.

2. Gegen dieses Erkenntnis richtet sich die vorliegende außerordentliche Revision.

Die belangte Behörde des Verfahrens vor dem Verwaltungsgericht erstattete eine Revisionsbeantwortung, zu der der Revisionswerber wiederum eine Äußerung abgab.

3. Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

3.1. § 64 NAG, BGBl. I Nr. 100/2005 in der Fassung BGBl. I Nr. 68/2013, lautet auszugsweise:

#### **"Studierende**

##### **§ 64. ...**

(3) Dient der Aufenthalt des Drittstaatsangehörigen der Durchführung eines ordentlichen oder außerordentlichen Studiums, ist die Verlängerung einer Aufenthaltsbewilligung für diesen Zweck nur zulässig, wenn dieser nach den maßgeblichen studienrechtlichen Vorschriften einen Studienerfolgsnachweis der Universität, Fachhochschule, akkreditierten Privatuniversität, Pädagogischen Hochschule oder anerkannten privaten Pädagogischen Hochschule erbringt. Gleiches gilt beim Besuch eines anerkannten privaten Studienganges oder anerkannten privaten Hochschullehrganges. Liegen Gründe vor, die der Einflussphäre des Drittstaatsangehörigen entzogen, unabwendbar oder unvorhersehbar sind, kann trotz Fehlens des Studienerfolgs eine Aufenthaltsbewilligung verlängert werden.

..."

§ 8 der Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz-Durchführungsverordnung (NAG-DV), BGBl. II Nr. 451/2005 in der Fassung BGBl. II Nr. 481/2013, lautet auszugsweise:

#### **"Weitere Urkunden und Nachweise für Aufenthaltsbewilligungen**

**§ 8.** Zusätzlich zu den in § 7 genannten Urkunden und Nachweisen sind dem Antrag auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung weitere Urkunden und Nachweise anzuschließen:

...

7. für eine 'Aufenthaltsbewilligung - Studierender':

- a) ...
- b) im Fall eines Verlängerungsantrages ein schriftlicher Nachweis der Universität, der Fachhochschule, der akkreditierten Privatuniversität, der Pädagogischen Hochschule, der anerkannten privaten Pädagogischen Hochschule, des anerkannten privaten Studienganges oder des anerkannten privaten Hochschullehrganges über den Studienerfolg im vorangegangenen Studienjahr, insbesondere ein Studienerfolgsnachweis gemäß § 75 Abs. 6 des Universitätsgesetzes 2002 (UG), BGBl. I Nr. 120 idF BGBl. I Nr. 13/2011 sowie ein aktuelles Studienblatt und eine Studienbestätigung gemäß § 62 Abs. 4 UG;

..."

Die maßgeblichen Bestimmungen des Universitätsgesetzes 2002 (UG), BGBl. I Nr. 120 in der Fassung BGBl. I Nr. 21/2015, lauten auszugsweise:

### **"Begriffsbestimmungen**

#### **§ 51. ...**

(2) Im Geltungsbereich dieses Bundesgesetzes gelten folgende Begriffsbestimmungen:

...

24. Curriculum ist die Verordnung, mit der das Qualifikationsprofil, der Inhalt und der Aufbau eines Studiums und die Prüfungsordnung festgelegt werden.

...

### **Zeugnisse**

#### **§ 75. ...**

(6) Die Universität hat einer oder einem ausländischen Studierenden ab dem zweiten Studienjahr auf Antrag der oder des Studierenden einen Studienerfolgsnachweis auszustellen, sofern sie oder er im vorausgegangenen Studienjahr positiv beurteilte Prüfungen im Umfang von mindestens 16 ECTS-Anrechnungspunkten (8 Semesterstunden) abgelegt hat."

3.2. Der Revisionswerber bringt zur Zulässigkeit seiner Revision unter anderem vor, es fehle Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zur Anrechenbarkeit von (freien) Wahlfächern bzw. dazu, inwieweit bereits absolvierte Wahlfächer durch das Absolvieren anderer Wahlfächer ersetzt werden könnten. Die Revision ist im Hinblick auf dieses Vorbringen zulässig, auf Grund der nachstehenden Überlegungen allerdings nicht berechtigt.

3.3.1. Der Revisionswerber bringt vor, für die Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung "Studierender" sei nicht der gesamte Studienverlauf, sondern nur der Umstand der positiven Beurteilung von Prüfungen im Umfang von mindestens 16 ECTS-Punkten im vorausgegangenen Studienjahr heranzuziehen (Verweis auf das hg. Erkenntnis vom 26. Februar 2013, 2010/22/0127). Das Verwaltungsgericht sei von dieser Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abgewichen, weil es zwar vordergründig auf den relevanten Betrachtungszeitraum verwiesen, tatsächlich aber eine Gesamtbetrachtung der bisherigen Studienleistungen

vorgenommen und den Studienerfolg auf Grund eines Rückgriffs auf vergangene Leistungen verneint habe.

3.3.2. Dem ist entgegenzuhalten, dass das Verwaltungsgericht seiner Entscheidung die vom Revisionswerber im vorausgegangenen Studienjahr abgelegten Prüfungen zugrunde gelegt hat. Dass es das Verwaltungsgericht im Zusammenhang mit der Frage der Anrechenbarkeit der absolvierten Prüfungen (siehe dazu sogleich unten) auch als maßgeblich angesehen hat, welche Prüfungen aus freien Wahlfächern der Revisionswerber bereits im vorvergangenen Studienjahr (2012/2013) ins Treffen geführt hat, ist nicht gleichbedeutend mit einer - vom Verwaltungsgerichtshof im zitierten Erkenntnis 2010/22/0127 als unzulässig angesehenen - "Gesamtbetrachtung" aller bereits abgeschlossenen Verlängerungsverfahren. Das Verwaltungsgericht ist somit - entgegen der Auffassung des Revisionswerbers - nicht von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abgewichen.

3.4.1. Der Revisionswerber verweist darauf, dass gemäß § 8 Z 7 lit. b NAG-DV ein schriftlicher Nachweis der Universität - konkret ein Studienerfolgsnachweis nach § 75 Abs. 6 UG - vorzulegen sei. Die ausstellende Universität sei die einzige Institution, die den Studienerfolg des Revisionswerbers objektiv beurteilen und bestätigen könne. Nach dieser Bestätigung habe der Revisionswerber Prüfungen im Umfang von (weit) mehr als 16 ECTS-Punkten absolviert. Diese Bestätigung wäre vom Verwaltungsgericht zu akzeptieren gewesen, es bestehe diesbezüglich kein Ermessen. Der Abgleich des Studienerfolgsnachweises mit dem jeweiligen Curriculum sei gesetzlich nicht vorgesehen und ohne massive Fehleranfälligkeit bzw. ohne Einbindung der Universitäten unmöglich.

Es entspreche der Intention des Gesetzgebers, dass sämtliche universitären Leistungen zu berücksichtigen seien, zumal diese (durchwegs) mit einem erheblichen Zeit- und Arbeitsaufwand verbunden seien. Die vom Verwaltungsgericht vertretene Auffassung würde dazu führen, dass ordentliche Studierende gegenüber

außerordentlichen Studierenden massiv benachteiligt würden. Zudem seien die absolvierten Prüfungen im Fall eines Wechsels des Studiums anrechenbar.

3.4.2. Nach § 64 Abs. 3 NAG ist die Verlängerung einer Aufenthaltsbewilligung, wenn der Aufenthalt der Durchführung eines Studiums dient, nur zulässig, wenn der Drittstaatsangehörige nach den maßgeblichen studienrechtlichen Vorschriften einen Studienerfolgsnachweis (hier) der Universität erbringt. Die Erläuterungen (RV 952 BlgNR 22. GP 145) halten dazu fest, dass die erneute Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung für Studierende nur zulässig sei, wenn der Antragsteller einen Studienerfolgsnachweis über die von ihm betriebenen Studien erbringe; sie stellen somit auf das vom Antragsteller betriebene Studium (fallbezogen: Studium der Sport- und Bewegungswissenschaften) ab.

Soweit der Revisionswerber der Sache nach geltend macht, dass der Begriff "Studienerfolgsnachweis" gemäß § 64 Abs. 3 NAG dem gemäß § 75 Abs. 6 UG von der Universität auszustellenden Studienerfolgsnachweis gleichzuhalten sei (und demnach eine absolute Bindung der Aufenthaltstitelbehörde bestehe), ist ihm entgegenzuhalten, dass § 64 Abs. 3 NAG auf alle maßgeblichen studienrechtlichen Vorschriften (und nicht nur auf § 75 Abs. 6 UG) verweist und auch in § 8 Z 7 lit. b NAG-DV nur beispielhaft ("insbesondere") auf den Studienerfolgsnachweis gemäß § 75 Abs. 6 UG verwiesen wird.

Auch wenn § 64 Abs. 3 NAG - anders als etwa § 2 Abs. 1 lit. b Familienlastenausgleichsgesetz (FLAG) - nicht ausdrücklich auf Prüfungen im Ausmaß von 16 ECTS-Punkten "aus Pflicht- und Wahlfächern des betriebenen Studiums" abstellt, kann die Bestimmung nach ihrer Zielsetzung, nämlich die Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung "Studierender" an das Vorliegen eines Studienerfolgs zu knüpfen, nicht losgelöst davon gesehen werden, dass der Aufenthalt der Durchführung eines Studiums (zu dem der Drittstaatsangehörige zugelassen ist) dient und der verlangte Studienerfolg daher diesem Studium zurechenbar sein muss. In seinem Erkenntnis vom 17. März 2009, 2008/21/0118, hat

der Verwaltungsgerichtshof ausdrücklich auf die positive Ablegung von für den erfolgreichen Abschluss des Studiums erforderlichen Prüfungen abgestellt.

3.4.3. In seinem Beschluss vom 21. Jänner 2016, Ra 2015/22/0094, hat der Verwaltungsgerichtshof - ebenfalls im Zusammenhang mit der Frage der Anrechenbarkeit von Prüfungen aus freien Wahlfächern - bereits zum Ausdruck gebracht, dass für die Beurteilung des Studienerfolgs auch das jeweils relevante Curriculum heranzuziehen ist. Dieses ist somit zu den "maßgeblichen studienrechtlichen Vorschriften" zu zählen.

Im Hinblick auf das Revisionsvorbringen ist ergänzend auf die §§ 72 und 87 UG hinzuweisen: Nach § 72 UG ist der Studienerfolg durch die Prüfungen und die Beurteilung wissenschaftlicher und künstlerischer Arbeiten festzustellen. Welche Prüfungen abzulegen sind, ist nach den Erläuterungen dazu (RV 1134 BlgNR 21. GP 93) in den einzelnen Curricula festzulegen. § 87 Abs. 1 UG knüpft die Verleihung des akademischen Grades (und somit den Abschluss des Studiums) an die positive Beurteilung aller im jeweiligen Curriculum vorgeschriebenen Prüfungen. Wenn das NAG für die Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung an das Vorliegen eines Studienerfolgs nach den maßgeblichen studienrechtlichen Vorschriften abstellt, sind für diesen Nachweis daher nicht jegliche Prüfungen im Ausmaß von zumindest 16 ECTS-Punkten hinreichend, sondern es muss sich um Prüfungen handeln, die nach dem relevanten Curriculum abzulegen und somit für den Abschluss des Studiums erforderlich sind.

Es ist daher nicht als rechtswidrig zu erkennen, dass das Verwaltungsgericht den Studienerfolgsnachweis in Bezug zu dem Studium gesetzt hat, zu dem der Revisionswerber zugelassen worden ist bzw. das er betreibt (fallbezogen das Studium der Sport- und Bewegungswissenschaften).

3.4.4. Der Verwaltungsgerichtshof vermag auch nicht zu erkennen, dass der "Abgleich" der auf dem Studienerfolgsnachweis ausgewiesenen Prüfungen mit dem Curriculum im Regelfall "massiv fehleranfällig" wäre. Dass dem Verwaltungsgericht

im vorliegenden Fall bei der Zuordnung der Prüfungen ein Fehler unterlaufen wäre, wird vom Revisionswerber nicht geltend gemacht und ist auch nicht ersichtlich.

3.4.5. Zum Revisionsvorbringen betreffend die im Rahmen eines außerordentlichen Studiums bestehenden Möglichkeiten genügt der Hinweis darauf, dass die Zulassung zu einem solchen Studium vom Revisionswerber nicht behauptet wird.

3.4.6. Der Revisionswerber bringt vor, dass die absolvierten Prüfungen im Fall eines Studienwechsels studienrechtlich auf das neue Studium anrechenbar wären und sich daraus ergebe, dass lediglich die tatsächliche Erbringung (gleich welcher) universitärer Leistungen gefordert sei. Dem ist - abgesehen davon, dass ein derartiger Studienwechsel auch vom Revisionswerber nicht ins Treffen geführt wird - zu entgegnen, dass die Möglichkeit der Anrechnung an sich nichts darüber aussagt, welchem Studienjahr eine allenfalls angerechnete Prüfung zuzurechnen wäre (siehe dazu § 78 Abs. 6 UG, wonach die Anerkennung einer Prüfung als Prüfungsantritt und positive Beurteilung gilt). Diesbezüglich wird auf das - im Zusammenhang mit der Anerkennung einer praktischen Tätigkeit ergangene - hg. Erkenntnis vom 19. Februar 2014, 2013/22/0177, verwiesen, dem zufolge für die zeitliche Zuordnung auf das Datum der Anerkennung abzustellen ist. Gleiches würde auch im Fall einer allfälligen Anerkennung abgelegter Prüfungen für ein anderes Studium gelten. Ausgehend davon würde die vom Revisionswerber vertretene Sichtweise aber im Ergebnis zu einer - nicht zu rechtfertigenden - doppelten Anrechnungs- bzw. Verwertungsmöglichkeit einer einzelnen Prüfung führen.

3.5.1. Der Revisionswerber vertritt die Ansicht, dass sämtliche von ihm erbrachten Leistungen "dem Grunde nach" auf sein Studium angerechnet werden könnten und etwa zu einer Verbesserung des Notenschnittes geeignet seien. Da sämtliche Prüfungen wiederholt werden könnten, könnten auch bereits absolvierte Wahlfächer durch andere Wahlfächer ersetzt werden.

3.5.2. Ausgehend von den oben dargestellten Erwägungen, dass der Studienerfolg am Maßstab des Curriculums zu messen ist, kann es nicht als rechtswidrig erkannt werden, dass das Verwaltungsgericht auch geprüft hat, ob die nach dem Curriculum zur Verfügung stehenden freien Wahlfächer im Ausmaß von (hier) 15 ECTS-Punkten bereits durch Prüfungen aus dem vorvergangenen Studienjahr (2012/2013) absolviert worden sind. Wenn der Studienerfolg darin besteht, einen Teil der nach dem Curriculum vorgeschriebenen Prüfungen (im Ausmaß von 16 ECTS-Punkten) abzulegen, dann kann es nicht darauf ankommen, ob eine Prüfung bloß "dem Grunde nach" angerechnet werden kann. Vielmehr liegt dann kein Studienerfolg (in diesem Sinn) vor, wenn die Prüfungen nach dem maßgeblichen Curriculum nicht (mehr) hätten abgelegt werden müssen und somit nicht zum Abschluss des Studiums beitragen. Dies ist auch vor dem Hintergrund zu sehen, dass mit jedem Verlängerungsantrag (somit jährlich - siehe § 20 Abs. 1 NAG, wonach Aufenthaltstitel grundsätzlich für die Dauer von zwölf Monaten auszustellen sind) erneut nachgewiesen werden muss, dass im vorausgegangenen Studienjahr der erforderliche Studienerfolg erzielt worden ist.

Es ist daher nicht zu beanstanden, dass das Verwaltungsgericht Prüfungen über freie Wahlfächer im vorliegenden Fall nicht als Studienerfolg gewertet hat, weil der Revisionswerber bereits im vorvergangenen Studienjahr Prüfungen aus freien Wahlfächern im Ausmaß der möglichen Anrechenbarkeit abgelegt hat.

3.5.3. Soweit der Revisionswerber geltend macht, die "Zweckbestimmung des NAG" liege nicht - wie bei Leistungsstipendien - im zwangsläufig außerordentlich schnellen Studienabschluss, ist ihm entgegenzuhalten, dass (auch) die Aufenthaltbewilligung für den Zweck des Studiums erfolgsorientiert ist. Im Übrigen ist das Erfordernis der Absolvierung von Prüfungen im Umfang von zumindest 16 ECTS-Punkten nicht auf einen außerordentlich schnellen Studienabschluss gerichtet, sondern stellt ohnehin ein relativ niedrig angesetztes Anforderungsniveau dar (siehe insoweit die Erläuterungen zu dem - ebenfalls den Nachweis von

16 ECTS-Punkten verlangenden - § 2 Abs. 1 lit. b FLAG [RV 228 BlgNR 23. GP 2]).

3.6.1. Der Revisionswerber behauptet eine überraschende Änderung der Praxis der belangten Behörde (hinsichtlich der Anrechnung von freien Wahlfächern), über die er nicht zeitgerecht aufgeklärt worden sei. Diesbezüglich sei der Tatbestand des § 64 Abs. 3 letzter Satz NAG (unabwendbare, unvorhersehbare Gründe) gegeben.

3.6.2. Dazu ist anzumerken, dass eine - von der belangten Behörde in ihrer Revisionsbeantwortung im Übrigen bestrittene - allfällige abweichende Behördenpraxis in der Vergangenheit keine Rechtswidrigkeit der (wie oben dargestellt: zutreffenden) Entscheidung des Verwaltungsgerichtes begründet. Ein unabwendbares, unvorhersehbares Ereignis vermag der Revisionswerber damit nicht aufzuzeigen, zumal es ihm als Studierenden obliegt, die Erforderlichkeit der Absolvierung einer Prüfung nach dem für ihn maßgeblichen Curriculum zu klären.

Zu dem der Sache nach ins Treffen geführten "Überraschungsverbot" ist anzumerken, dass sich das dazu in Beziehung zu setzende Parteiengehör nur auf die Feststellung des Sachverhaltes erstreckt, nicht aber auf die vorzunehmende rechtliche Beurteilung (siehe das bereits zitierte Erkenntnis 2013/22/0177, mwN).

3.6.3. Soweit der Revisionswerber die unterlassene Vernehmung der Zeugin G moniert, zeigt er die Relevanz eines allfälligen Verfahrensfehlers nicht auf, weil er nicht darlegt, inwieweit die zu erwartende Aussage (die Zeugin hätte nach dem Revisionsvorbringen darlegen können, wie die belangte Behörde zu ihrer pauschal unrichtigen Rechtsansicht, dass Wahlfächer allgemein nicht mehr als Studienerfolgsnachweis akzeptiert würden, gelangt sei) ein anderes Verfahrensergebnis hätte zur Folge haben können. Das Verwaltungsgericht hat die Abweisung des Verlängerungsantrags des Revisionswerbers nicht damit begründet, dass Prüfungen aus Wahlfächern generell ungeeignet seien, einen Studienerfolg nachzuweisen, sondern es hat bezogen auf den hier vorliegenden Sachverhalt

festgehalten, dass die vom Revisionswerber konkret abgelegten Prüfungen nach dem für ihn maßgeblichen Curriculum für den Abschluss des von ihm betriebenen Studiums nicht (mehr) anrechenbar waren.

4. Aus den dargestellten Gründen erweist sich die Revision als nicht berechtigt, sie war daher gemäß § 42 Abs. 1 VwGG als unbegründet abzuweisen.

5. Die Entscheidung über den Aufwandsersatz stützt sich auf die §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der VwGH-Aufwandsersatzverordnung 2014, BGBl. II Nr. 518/2013.

W i e n , am 11. Februar 2016