OÖ. LANDESVERWALTUNGSGERICHT

4021 Linz / Volksgartenstraße 14
Telefon: +43 732 7075-18004
Fax: +43 732 7075-218018
E-Mail: post@lvwg-ooe.gv.at / www.lvwg-ooe.gv.at

Geschäftszeichen:
LVwG-750601/3/ER

Datum:
Linz, 22. Jänner 2019

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Dr. Reitter über die Beschwerde der M S S V, geb x, StA v B, gegen den Bescheid der Bezirkshauptmannschaft Linz-Land vom 14. September 2018, GZ: Pol18-11042, betreffend Abweisung eines Antrags nach dem Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz

zu Recht:

I. Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

II. Gegen dieses Erkenntnis ist eine Revision unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I.1. Mit Bescheid vom 14. September 2018, Pol18-11042, wies die Bezirkshauptmannschaft Linz-Land (im Folgenden: belangte Behörde) den Antrag der nunmehrigen Beschwerdeführerin (im Folgenden: Bf) auf Erteilung einer „Aufenthaltsbewilligung – Sonderfälle unselbstständiger Erwerbstätigkeit“ ab. Begründend führte die belangte Behörde Folgendes aus:

„Sachverhalt/Verfahrensgang:
Sie reisten am 14.06.2018 mit einer von D ausgestellten Fiktionsbescheinigung (Gültigkeitsdauer vom 18.05.2018 bis zum 01.07.2018) nach Österreich ein und haben am 15.06.2018 bei der Bezirkshauptmannschaft Linz-Land einen Erstantrag auf Erteilung einer ‘Aufenthaltsbewilligung - Sonderfälle unselbstständiger Erwerbstätigkeit’ zur Ausübung einer Au- Pair-Tätigkeit bei der Gastfamilie J eingebracht.
Am 10.07.2018 wurde im Zuge der Amtshilfe um Auskunft an den Landrat des x-Kreises bezüglich der an Sie ausgestellten Fiktionsbescheinigung ersucht.
Im Schreiben vom 13.07.2018 des Landrates des x-Kreises wurde Folgendes mitgeteilt: ‘Nach § 12 der deutschen Beschäftigungsverordnung kann die Zustimmung zur Ausländerbeschäftigung durch die Bundesagentur für Arbeit für eine Au-Pair-Beschäftigung in Deutschland für bis zu einem Jahr - üblicherweise ab Einreise gerechnet - erteilt werden. Im hiesigen Falle fehlte allerdings der Zusatz der Arbeitsagentur, dass die Zustimmung für die gewährte Dauer ab dem Tag der Einreise gilt. Somit galt der im Visum genannte Zeitraum vom 04.06.2017 bis 03.06.2018.
Wäre hier noch die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis vorgenommen worden, wäre diese auch nur bis zum 03.06.2018 erteilt worden.
Der am 26.04.2018 bei meiner Behörde eingegangene Antrag auf Erteilung eines Aufenthaltstitels war auf die Au-Pair-Tätigkeit bei Familie B gerichtet.
Die Bescheinigungen nach §81 Abs. 4 des Aufenthaltsgesetzes wurde am 18.05.2018 mit der Aufnahme der Au-Pair Beschäftigung bei der hiesigen Familie ausgestellt, nachdem die Genehmigung der Arbeitsagentur dazu vorlag. Dies geschah, damit die Au-Pair-Tätigkeit bei der Familie B rechtsgemäß erfolgen konnte.
Warum die Frist über den 03.06.2018 hinaus galt, ist bedauerlicherweise nicht mehr nachvollziehbar.
Vom Erstellen des elektronischen Aufenthaltstitels (Aufenthaltserlaubnis bis 03 06 2018) wurde aus Gründen der Verhältnismäßigkeit abgesehen. Zum einen nimmt die Erstellung des sogenannten Plastikkärtchens über die Bundesdruckerei B erfahrungsgemäß einige bis mehrere Wochen in Anspruch. Der Erhalt hätte aller Wahrscheinlichkeit nach Ablauf der Gültigkeitsdauer gelegen.
Weiterhin wären höhere Kosten entstanden, die der Ausländerin aus Gründen der Verhältnismäßigkeit nicht mehr zugemutete werden sollten.
Bei einer Abmeldung ins Ausland wird immer davon ausgegangen, dass die Rückkehr ins Heimatland erfolgt.
Bei meiner Behörde war bis zum Eingang Ihrer Anfrage nicht bekannt, dass die Ausländerin nach Österreich ziehen wollte, um dort eine weitere Au-Pair-Tätigkeit aufzunehmen.
Eine Bescheinigung nach § 81 abs. 4 des Aufenthaltsgesetzes wird analog der Erlöschenstatbestände für bereits erteilte Aufenthaltstitel behandelt. Demnach erlischt

dieser Aufenthaltstitel nach § 51 Abs. 1 Nr. 6 des Aufenthaltsgesetzes, wenn ein Ausländer aus einem seiner Natur nach nicht vorübergehenden Grunde ausreist.
Durch die Abmeldung ins Ausland wird dieser Erlöschenstatbestand faktisch angenommen.‘

Zusätzlich wurde folgende Chronologie übermittelt:
03.05.2017 AuPair Vertrag mit Familie A
22.05.2017 Zustimmung der Bundesagentur für Arbeit im Visumverfahren für den Zeitraum vom 04.06.2017 bis 03.06.2018 für Au-Pair-Tätigkeit bei Familie A
26.05.2017 Visumerteilung, gültig vom 04.06.2018 bis 03.06.2018, Au-Pair bei Familie A
08.06.2017 Einreise
04.01.2018 neuer Gastfamilienvertrag/Au-Pair bei Familie B
04.01.2018 Zuzug in den x-Kreis
17.01.2018 Anfrage ABH MTK bei Bundesagentur wg. Zustimmung zur Ausländerbeschäftigung
08.02.2018 Zustimmung der Bundesagentur für Arbeit für Au-Pair-Tätigkeit bei Familie B Zeitraum: 08.02.2018 bis 03.06.2018
26.04.2018 Antrag auf Erteilung eines Aufenthaltstitels -> für Au-Pair-Tätigkeit bei Familie B
18.05.2018 Ausstellung einer Bescheinigung nach §81 Abs. 4 Aufenthaltsgesetz gültig bis 01.07.2018 (Fiktionsbescheinigung)
14.06.2018 Einwohnermeldeamt übermittelt Wegzug zum 14.06.2018 ins Ausland
14.06.2018 Einreise nach Österreich
10.07.2018 Anfrage BH-LL zu hiesigem Status
hat bereits am 15.05.2018 Au-Pair-Vertrag in Österreich unterschreiben

Mit Schreiben der Bezirkshauptmannschaft Linz-Land vom 20.08.2018 wurden Sie über das Ergebnis der Beweisaufnahme verständigt und Ihnen mitgeteilt, dass die Bezirkshauptmannschaft Linz-Land beabsichtigt, Ihren Antrag auf Erteilung einer ‘Aufenthaltsbewilligung - Sonderfälle unselbstständiger Erwerbstätigkeit’ abzuweisen.
Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich zweifelsfrei aus dem durchgeführten Ermittlungsverfahren, insbesondere aus den, Ihrem Antrag beigefügten Unterlagen.
In rechtlicher Hinsicht folgt daraus:
(...)
Sie sind b Staatsbürgerin. Bei Antragstellung legten Sie eine Fiktionsbescheinigung, ausgestellt vom Landrat des x-Kreises, vor.
Laut Auskunft der zuständigen deutschen Behörde erlischt eine Fiktionsbescheinigung nach dem deutschen Recht ex lege, wenn der Fremde aus einem seiner Natur nach nicht vorübergehenden Grund ausreist. Durch Ihre Abmeldung in D am 13.06.2018 ist die Fiktionsbescheinigung ex lege erloschen.
Aus diesem Grund war Ihre Einreise nach Österreich unrechtmäßig und daher die Inlandsantragstellung gemäß § 21 NAG jedenfalls als unzulässig anzusehen.
Aus den oben genannten Gründen war Ihr Erstantrag auf Erteilung einer ‘Aufenthaltsbewilligung - Sonderfälle unselbstständiger Erwerbstätigkeit’ auch abzuweisen.
Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.“
[Hervorhebungen nicht übernommen]

I.2. Dieser Bescheid wurde der Bf zuhanden ihres Vertreters am 12. Oktober 2018 zugestellt. Dagegen hat die Bf rechtzeitig Beschwerde erhoben und beantragt, den

angefochtenen Bescheid dahingehend abzuändern, dass ihr die beantragte Niederlassungsbewilligung erteilt wird.
Begründend führte die Bf im Wesentlichen aus, dass sie rechtmäßig nach Österreich eingereist sei, da die Fiktionsbestätigung nicht erloschen sei.

I.3. Mit Schreiben vom 9. November 2018 legte die belangte Behörde die Beschwerde samt dem bezughabenden Verwaltungsakt dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zur Entscheidung vor. Eine Beschwerdevorentscheidung wurde nicht erlassen.
Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch die Einsichtnahme in die Beschwerde und den Verwaltungsakt. Von der Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung konnte abgesehen werden, da der Akt erkennen lässt dass die mündliche Erörterung eine weitere Klärung der Rechtssache nicht erwarten lässt. Ferner steht dem Entfall der Verhandlung weder Art 6 EMRK noch Art 47 GRC entgegen (vgl VwGH 15.6.2010, 2009/22/0347).

I.4. Es steht folgender entscheidungsrelevanter S a c h v e r h a l t fest:

Die Bf, eine b Staatsangehörige, schloss am 3.5.2017 einen Au-Pair Vertrag mit einer Familie in F in D ab. Am 22.5.2017 erhielt die Bf die Zustimmung der deutschen Bundesagentur für Arbeit im Visumverfahren für den Zeitraum vom 4.6.2017 bis 3.6.2018 für ihre Au-Pair-Tätigkeit bei dieser Familie.
Am 26.5.2017 erfolgte die Visumerteilung, dieses wurde mit einer Gültigkeitsdauer von 4.6.2017 bis 3.6.2018 für ihre Au-Pair-Tätigkeit bei dieser Familie ausgestellt.
Am 8.6.2017 reiste die Bf nach D ein.
Am 4.1.2018 schloss die Bf einen neuen Gastfamilienvertrag für eine Au-Pair-Tätigkeit bei einer anderen Familie in K in D ab. Am selben Tag zog die Bf in diese Gemeinde.
Am 17.1.2018 erfolgte eine Anfrage bei der deutschen Bundesagentur für Arbeit betreffend Zustimmung zu dieser geänderten Beschäftigung. Am 8.2.2018 erfolgte die Zustimmung der Bundesagentur für Arbeit für Au-Pair-Tätigkeit bei dieser Familie in K für den Zeitraum 8.2.2018 bis 3.6.2018.
Am 26.4.2018 stellte die Bf bei der zuständigen deutschen Behörde einen Antrag auf Erteilung eines Aufenthaltstitels für ihre Au-Pair-Tätigkeit bei der Familie in K.
Am 18.5.2018 wurde der Bf eine Bescheinigung nach § 81 Abs 4 dt.Aufenthaltsgesetz (Fiktionsbescheinigung) mit Gültigkeit bis 1.7.2018 ausgestellt.
Am 14.6.2018 verzog die Bf aus D und reiste am selben Tag nach Österreich ein.
Am 15.6.2018 stellte die Bf den verfahrensgegenständlichen Antrag auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung nach dem Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz.
Die Bf buchte für 7.7.2018 einen Flug von W nach M und in Folge von M nach S.

II. Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich widerspruchsfrei und unbestritten aus dem vorgelegten Verwaltungsakt und der Beschwerde.

III. Gemäß § 62 Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz – NAG, BGBl. I Nr. 100/2005 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 145/2017, kann Drittstaatsangehörigen eine Aufenthaltsbewilligung zur Ausübung einer unselbständigen Erwerbstätigkeit bei einem bestimmten Arbeitgeber ausgestellt werden, wenn
1. sie die Voraussetzungen des 1. Teiles erfüllen und
2. eine Tätigkeit, die gemäß § 1 Abs 2 lit. e oder j AuslBG oder § 1 Z 3, 5, 10 oder 15 AuslBVO vom sachlichen Geltungsbereich des Ausländerbeschäftigungsgesetzes ausgenommen ist, ausüben und
3. die zuständige regionale Geschäftsstelle des Arbeitsmarktservice bei begründeten Zweifeln auf Anfrage der Behörde das Vorliegen einer Tätigkeit gemäß Z 2 festgestellt hat.

Gemäß § 21 Abs 1 NAG sind Erstanträge vor der Einreise in das Bundesgebiet bei der örtlich zuständigen Berufsvertretungsbehörde im Ausland einzubringen. Die Entscheidung ist im Ausland abzuwarten.

Abweichend von Abs 1 sind gemäß Abs 2 par.cit. zur Antragstellung im Inland berechtigt:
1. Familienangehörige von Österreichern, EWR-Bürgern und Schweizer Bürgern, 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, nach rechtmäßiger Einreise und während ihres rechtmäßigen Aufenthalts;
2. Fremde bis längstens sechs Monate nach Ende ihrer rechtmäßigen Niederlassung im Bundesgebiet, wenn sie für diese Niederlassung keine Bewilligung oder Dokumentation nach diesem Bundesgesetz benötigt haben;
3. Fremde bis längstens sechs Monate nach Verlust der österreichischen Staatsbürgerschaft, oder der Staatsangehörigkeit der Schweiz oder eines EWR-Staates;
4. Kinder im Fall der Familienzusammenführung binnen sechs Monaten nach der Geburt, soweit der Zusammenführende, dem die Pflege und Erziehung zukommt, rechtmäßig aufhältig ist;
5. Fremde, die zur visumfreien Einreise berechtigt sind, nach rechtmäßiger Einreise und während ihres rechtmäßigen Aufenthalts;
6. Fremde, die eine Niederlassungsbewilligung – Forscher“ (§ 43c) beantragen, und deren Familienangehörige sowie Fremde, die eine Aufenthaltsbewilligung „Student“ oder eine Aufenthaltsbewilligung „Freiwilliger“ beantragen, jeweils nach rechtmäßiger Einreise und während ihres rechtmäßigen Aufenthalts;

7. Drittstaatsangehörige, die einen Aufenthaltstitel „Rot-Weiß-Rot – Karte“ gemäß § 41 Abs. 1 beantragen, während ihres rechtmäßigen Aufenthaltes im Bundesgebiet mit einem Visum gemäß § 24a FPG;
8. Drittstaatsangehörige, die gemäß § 1 Abs. 2 lit. i oder j AuslBG oder § 1 Z 5, 7 oder 9 AuslBVO vom Anwendungsbereich des AuslBG ausgenommen sind oder die unter § 1 Z 4 Personengruppenverordnung 2014 – PersGV 2014, BGBl. II Nr. 340/2013, fallen und die eine „Niederlassungsbewilligung – Sonderfälle unselbständiger Erwerbstätigkeit“ oder eine Aufenthaltsbewilligung „Sonderfälle unselbständiger Erwerbstätigkeit“ beantragen, nach rechtmäßiger Einreise und während ihres rechtmäßigen Aufenthalts;
9. Drittstaatsangehörige, die über ein österreichisches Reife-, Reifeprüfungs- oder Diplomprüfungszeugnis einer in- oder ausländischen Schule verfügen, nach rechtmäßiger Einreise und während ihres rechtmäßigen Aufenthalts und
10. Drittstaatsangehörige, die über einen gültigen Aufenthaltstitel „ICT“ eines anderen Mitgliedstaates (§ 58a) oder einen gültigen Aufenthaltstitel „Forscher“ eines anderen Mitgliedstaates (§ 61) verfügen.

Abweichend von Abs 1 kann die Behörde gemäß Abs 3 par.cit. auf begründeten Antrag die Antragstellung im Inland zulassen, wenn kein Erteilungshindernis gemäß § 11 Abs 1 Z 1, 2 oder 4 vorliegt und die Ausreise des Fremden aus dem Bundesgebiet zum Zweck der Antragstellung nachweislich nicht möglich oder nicht zumutbar ist:
1. im Fall eines unbegleiteten Minderjährigen (§ 2 Abs 1 Z 17) zur Wahrung des Kindeswohls oder
2. zur Aufrechterhaltung des Privat- und Familienlebens im Sinne des Art. 8 EMRK (§ 11 Abs 3).
Die Stellung eines solchen Antrages ist nur bis zur Erlassung des Bescheides zulässig. Über diesen Umstand ist der Fremde zu belehren.
Beabsichtigt die Behörde den Antrag nach Abs 3 zurück- oder abzuweisen, so hat die Behörde darüber gemäß Abs 4 par.cit.im verfahrensabschließenden Bescheid abzusprechen.

Der Bundesminister für Inneres ist gemäß Abs 5 par.cit. ermächtigt, Staatsangehörige bestimmter Staaten durch Verordnung zur Inlandsantragsstellung zuzulassen, soweit Gegenseitigkeit gegeben ist oder dies im öffentlichen Interesse liegt.

Gemäß Abs 6 par.cit. schafft eine Inlandsantragstellung nach Abs 2 Z 1, Z 4 bis 9, Abs 3 und 5 kein über den erlaubten visumfreien oder visumpflichtigen Aufenthalt hinausgehendes Bleiberecht. Ebenso steht sie der Erlassung und Durchführung von Maßnahmen nach dem FPG nicht entgegen und kann daher in Verfahren nach dem FPG keine aufschiebende Wirkung entfalten.

Gemäß Abs 7 par.cit. gelten Abs 2 bis 6 nicht für Drittstaatsangehörige, die einen Antrag auf erstmalige Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung als unternehmensintern transferierter Arbeitnehmer (§ 58) beantragen.

Gemäß Art 5 Abs 1 des Übereinkommens zur Durchführung des Übereinkommens von Schengen – SDÜ kann einem Drittausländer für einen Aufenthalt von bis zu drei Monaten die Einreise in das Hoheitsgebiet der Vertragsparteien gestattet werden, wenn er die nachstehenden Voraussetzungen erfüllt:
a) Er muss im Besitz eines oder mehrerer gültiger Grenzübertrittspapiere sein, die von dem Exekutivausschuss bestimmt werden.
b) Er muss, soweit erforderlich, im Besitz eines gültigen Sichtvermerks sein.
c) Er muss gegebenenfalls die Dokumente vorzeigen, die seinen Aufenthaltszweck und die Umstände seines Aufenthalts belegen, und über ausreichende Mittel zur Bestreitung des Lebensunterhalts sowohl für die Dauer des Aufenthalts als auch für die Rückreise in den Herkunftsstaat oder für die Durchreise in einen Drittstaat, in dem seine Zulassung gewährleistet ist, verfügen oder in der Lage sein, diese Mittel auf legale Weise zu erwerben.
d) Er darf nicht zur Einreiseverweigerung ausgeschrieben sein.
e) Er darf keine Gefahr für die öffentliche Ordnung, die nationale Sicherheit oder die internationalen Beziehungen einer der Vertragsparteien darstellen.

Gemäß Art 19 Abs 1 SDÜ können sich Drittausländer, die Inhaber eines einheitlichen Sichtvermerks sind und rechtmäßig in das Hoheitsgebiet einer der Vertragsparteien eingereist sind, während der Gültigkeitsdauer des Sichtvermerks und soweit sie die in Artikel 5 Absatz 1 Buchstaben a, c, d und e aufgeführten Einreisevoraussetzungen erfüllen, frei in dem Hoheitsgebiet aller Vertragsparteien bewegen.

Gemäß Art 19 Abs 2 SDÜ können sich Drittausländer, die Inhaber eines von einer dieser Vertragsparteien ausgestellten Sichtvermerks sind und rechtmäßig in das Hoheitsgebiet einer dieser Vertragsparteien eingereist sind, bis zur Schaffung des einheitlichen Sichtvermerks während der Gültigkeitsdauer des Sichtvermerks, jedoch höchstens bis zu drei Monaten vom Datum der ersten Einreise an und soweit sie die in Artikel 5 Absatz 1 Buchstaben a, c, d und e aufgeführten Einreisevoraussetzungen erfüllen, frei in dem Hoheitsgebiet aller Vertragsparteien bewegen.

Absätze 1 und 2 finden gemäß Art 19 Abs 3 SDÜ keine Anwendung auf Sichtvermerke, deren Gültigkeit nach Maßgabe der Bestimmungen des Kapitels 3 dieses Titels räumlich beschränkt ist.

Gemäß Art 20 Abs 1 SDÜ können sichtvermerksfreie Drittausländer sich in dem Hoheitsgebiet der Vertragsparteien frei bewegen, höchstens jedoch drei Monate innerhalb einer Frist von sechs Monaten von dem Datum der ersten Einreise an

und soweit sie die in Artikel 5 Absatz 1 Buchstaben a, c, d und e aufgeführten Einreisevoraussetzungen erfüllen.
Gemäß Art 20 Abs 2 SDÜ berührt Absatz 1 nicht das Recht jeder Vertragspartei, den Aufenthalt eines Drittausländers in ihrem Hoheitsgebiet in Ausnahmefällen oder in Anwendung der Bestimmungen eines bilateralen Abkommens, das bereits vor dem Inkrafttreten dieses Übereinkommens zustandegekommen ist, über drei Monate hinaus zu verlängern.

Gemäß Art 21 Abs 1 SDÜ können sich Drittausländer, die Inhaber eines gültigen, von einer der Vertragsparteien ausgestellten Aufenthaltstitels sind, auf Grund dieses Dokuments und eines gültigen Reisedokuments höchstens bis zu drei Monaten frei im Hoheitsgebiet der anderen Vertragsparteien bewegen, soweit sie die in Artikel 5 Absatz 1 Buchstaben a, c und e aufgeführten Einreisevoraussetzungen erfüllen und nicht auf der nationalen Ausschreibungsliste der betroffenen Vertragspartei stehen.

Das gleiche gilt gemäß Art 21 Abs 2 SDÜ für Drittausländer, die Inhaber eines von einer der Vertragsparteien ausgestellten vorläufigen Aufenthaltstitels und eines von dieser Vertragspartei ausgestellten Reisedokuments sind.

Gemäß Art 23 Abs 1 SDÜ hat der Drittausländer, der die im Hoheitsgebiet einer der Vertragsparteien geltenden Voraussetzungen für einen kurzen Aufenthalt nicht oder nicht mehr erfüllt, grundsätzlich unverzüglich das Hoheitsgebiet der Vertragsparteien zu verlassen.

IV. In rechtlicher Hinsicht ist Folgendes auszuführen:

IV.1.1. Die belangte Behörde hat den Antrag der Bf abgewiesen, da sie mangels rechtmäßiger Einreise nicht zur Inlandsantragstellung berechtigt gewesen sei. Die belangte Behörde führte dazu aus, dass die Fiktionsbescheinigung durch die Abmeldung der Bf aus Deutschland erloschen sei.
In ihrer Beschwerde brachte die Bf dazu vor, dass dies nicht vorliege, zumal § 51 Abs 1 Z 6 des deutschen Aufenthaltsgesetzes – dtAufenthG zwar regle, dass der Aufenthaltstitel erlischt, wenn der Ausländer aus einem seiner Natur nach nicht vorübergehenden Grund ausreist, dies gelte aber nicht für Titel mit einer Geltungsdauer von mehr als 90 Tagen.
Die Bf habe über eine Aufenthaltsbewilligung von 4.6.2017 bis 3.6.2018 verfügt, diese habe aufgrund der Fiktionsbescheinigung bis 1.7.2018 fortbestanden. Dazu führte die Bf Judikatur des deutschen Bundesverwaltungsgerichts an, wonach eine derartige Bescheinigung nicht die Rechtslage regle, sondern nur einen bestehenden Rechtszustand dokumentiere. Die Aufenthaltsbewilligung sei daher in Zusammenschau mit der Fiktionsbescheinigung und dem europäischen

Fristenübereinkommen erst am 2.7.2018 abgelaufen, die Einreise der Bf nach Österreich sei daher rechtmäßig gewesen.

Gemäß § 18 Abs 3 dtAufenthG darf eine Aufenthaltserlaubnis zur Ausübung einer Beschäftigung nach Absatz 2, die keine qualifizierte Berufsausbildung voraussetzt, nur erteilt werden, wenn dies durch zwischenstaatliche Vereinbarung bestimmt ist oder wenn auf Grund einer Rechtsverordnung nach § 42 die Erteilung der Zustimmung zu einer Aufenthaltserlaubnis für diese Beschäftigung zulässig ist.

Gemäß § 12 („Au-pair-Beschäftigungen“) der deutschen Verordnung über die Beschäftigung von Ausländerinnen und Ausländern – dtBeschV kann die Zustimmung für Personen mit Grundkenntnissen der deutschen Sprache erteilt werden, die unter 27 Jahre alt sind und in einer Familie, in der Deutsch als Muttersprache gesprochen wird, bis zu einem Jahr als Au-pair beschäftigt werden. Wird in der Familie Deutsch als Familiensprache gesprochen, kann die Zustimmung erteilt werden, wenn der oder die Beschäftigte nicht aus einem Heimatland der Gasteltern stammt. Die Zustimmung wird ohne Vorrangprüfung erteilt.

Gemäß § 51 Abs 1 dtAufenthG erlischt der Aufenthaltstitel in folgenden Fällen:
(...)
6. wenn der Ausländer aus einem seiner Natur nach nicht vorübergehenden Grunde ausreist,
(...)
ein für mehrere Einreisen oder mit einer Geltungsdauer von mehr als 90 Tagen erteiltes Visum erlischt nicht nach den Nummern 6 und 7.

Gemäß § 81 Abs 3 dtAufenthG gilt der Aufenthalt eines Ausländers, der sich rechtmäßig im Bundesgebiet aufhält und der einen Aufenthaltstitel beantragt, ohne einen Aufenthaltstitel zu besitzen, bis zur Entscheidung der Ausländerbehörde als erlaubt. (...)

Beantragt ein Ausländer vor Ablauf seines Aufenthaltstitels dessen Verlängerung oder die Erteilung eines anderen Aufenthaltstitels, gilt der bisherige Aufenthaltstitel gemäß Abs 4 par.cit. vom Zeitpunkt seines Ablaufs bis zur Entscheidung der Ausländerbehörde als fortbestehend. (...)

Dem Ausländer ist gemäß Abs 5 par.cit. eine Bescheinigung über die Wirkung seiner Antragstellung (Fiktionsbescheinigung) auszustellen.

IV.1.2. Wie sich aus § 18 dtAufenthG iVm § 12 dtBeschV ergibt, darf eine Aufenthaltserlaubnis für Au-pair-Beschäftigte für maximal ein Jahr erteilt werden. Dementsprechend wurde der Bf für ihre (erste) Au-pair-Beschäftigung bei der Familie in Fichtelberg eine Aufenthaltserlaubnis von 4.6.2017 bis 3.6.3018 erteilt. Der Wechsel der Gastfamilie nach Kelkheim erforderte eine entsprechende

Zustimmung der dt. Bundesagentur für Arbeit und in Folge eine angepasste Aufenthaltsbewilligung. Die dt. Bundesagentur für Arbeit erteilte die Zustimmung für die Au-pair-Tätigkeit der Bf bei der Familie in Kelkheim von 8.2.2018 bis 3.6.2018. Die geänderte Aufenthaltsbewilligung wurde jedoch nicht mittels Aufenthaltskarte bescheinigt, sondern es wurde auf das Konstrukt der Fiktionsbescheinigung gemäß § 81 Abs 4 dtAufenthG zurückgegriffen, wobei jedoch die geänderte Aufenthaltsbewilligung nicht mit dem gesetzlich vorgesehenen – und der Zustimmung der dt. Bundesagentur für Arbeit entsprechenden – Ende 3.6.2018, sondern – im Widerspruch zu § 18 dtAufenthG iVm § 12 dtBeschV – mit 1.7.2018 festgesetzt wurde.

Entsprechend dem Urteil des dt. Bundesverwaltungsgerichts vom 3.6.1997, AZ.: BVerwG 1 C 7/96, auf das auch im vom Bf zitierten Beschluss des dt. Bundesverwaltungsgerichts vom 21.1.2010, AZ.: 1 B 17/09 verwiesen wird, handelt es sich bei einer Fiktionsbescheinigung nicht um einen feststellenden oder rechtsgestaltenden Verwaltungsakt, sondern „lediglich um eine Bescheinigung, die nicht hindert, auf die wahre Rechtslage zurückzugreifen“ (RZ 27).

Die deutsche Rechtslage erlaubt Aufenthaltsbewilligungen für Au-pair-Beschäftigte maximal für die Dauer von einem Jahr. Eine darüber hinausgehende Verlängerung ist gesetzlich nicht vorgesehen.

Auch wenn die Fiktionsbescheinigung das Aufenthaltsrecht der Bf als Au-pair in D bis zum 1.7.2018 bescheinigte, entsprach dies nicht der geltenden, „wahren“ deutschen Rechtslage. Da es sich entsprechend der Judikatur des dtBVerwG bei einer Fiktionsbescheinigung nicht um einen feststellenden oder rechtsgestaltenden Verwaltungsakt, sondern lediglich um eine Bescheinigung handelt, die nicht hindert, auf die wahre Rechtslage zurückzugreifen, ist auf die „wahre Rechtslage“ abzustellen. Aus der zu Unrecht einen längeren Zeitraum dokumentierenden Fiktionsbescheinigung erwuchs der Bf daher kein über die „wahre Rechtslage“ hinausgehendes Aufenthaltsrecht.

Die deutsche Aufenthaltserlaubnis der Bf als Au-pair-Beschäftigte endete somit unabhängig von der Fiktionsbescheinigung mit 3.6.2018. Zum Zeitpunkt der Einreise nach Österreich am 14.6.2018 war die Bf somit nicht mehr im Besitz einer Aufenthaltsbewilligung.

IV.1.3. Die Bf verwies darauf, dass die Fiktionsbescheinigung aufgrund eines noch nicht abgeschlossenen Deutschkurses, den sie besucht hat, bis 1.7.2018 ausgestellt worden sei, um ihr die Teilnahme bis zum Ende des Kurses zu ermöglichen. Diesbezüglich verwies die Bf ua auf die Beantwortung einer „Kleinen Anfrage“ von Abgeordneten des x Bundestags durch die deutsche Bundesregierung vom 29. Mai 2007, x Bundestag, 16. Wahrperiode, Drucksache 16/5508, zur Steigerung der Attraktivität von Au-pair-Beschäftigungen. Frage 4, aus welchen

Gründen welche Punkte des Europäischen Übereinkommens über eine Au-pair-Beschäftigung nicht anerkannt werden, beantwortete die deutsche Bundesregierung ua damit, dass die Begrenzung auf ein Jahr gewährleisten solle, dass die Au-pair-Tätigkeit nicht entgegen ihrem Zweck dazu genutzt wird, die Beschäftigung hauswirtschaftlicher Kräfte zu ersetzen.
Auf die Frage 11, inwieweit eine Verlängerung des Aufenthalts in Ausnahmefällen, etwa bei Abschluss eines Sprachkurses in Betracht kommen sollte, antwortete die deutsche Bundesregierung, dass nach dem dtAufenthG die Möglichkeit auf Erteilung eines Aufenthaltstitels zum Besuch eines Sprachkurses bestehe. Einer Verlängerung des Aufenthalts eines Au-pairs in Ausnahmefällen bedürfe es daher nicht.

Gemäß § 16b Abs 1 erster Satz dtAufenthG kann einem Ausländer eine Aufenthaltserlaubnis zur Teilnahme an Sprachkursen, die nicht der Studienvorbereitung dienen, zur Teilnahme an einem Schüleraustausch und in Ausnahmefällen für den Schulbesuch erteilt werden. Der Bf wäre es somit offen gestanden, zur Teilnahme an den noch ausstehenden Terminen des von ihr besuchten Sprachkurses einen entsprechenden Antrag gemäß § 16b Abs 1 dtAufenthG zu stellen.

Die der Bf ausgestellte Fiktionsbescheinigung spiegelte jedenfalls mit Ablauf des 3.6.2018 nicht mehr die „wahre Rechtslage“ wider. Die Bf war ab diesem Zeitpunkt daher nicht mehr im Besitz einer Aufenthaltserlaubnis.

IV.2. Gemäß Art 21 Abs 1 SDÜ können sich Drittausländer, die Inhaber eines gültigen, von einer der Vertragsparteien ausgestellten Aufenthaltstitels sind, auf Grund dieses Dokuments und eines gültigen Reisedokuments höchstens bis zu drei Monaten frei im Hoheitsgebiet der anderen Vertragsparteien bewegen. Da die Bf mit Ablauf des 3.6.2018 nicht mehr im Besitz eines gültigen deutschen Aufenthaltstitels war, war es ihr ab diesem Zeitpunkt nicht mehr erlaubt, sich frei im Hoheitsgebiet der anderen Vertragsparteien zu bewegen.

Zumal die Bf bei ihrer Einreise nach Österreich auch nicht (mehr) im Besitz eines gültigen Sichtvermerks war, durfte sie sich auch gemäß Art 19 SDÜ nicht mehr im Hoheitsgebiet der Vertragsparteien bewegen. Selbst bei Sichtvermerksfreiheit wäre der Bf die Einreise nach Österreich verwehrt gewesen, zumal sich gemäß Art 20 Abs 1 SDÜ sichtvermerksfreie Drittausländer im Hoheitsgebiet der Vertragsparteien nur höchstens drei Monate innerhalb einer Frist von sechs Monaten von dem Datum der ersten Einreise an frei bewegen können. Die Einreise der Bf nach D und somit ins Hoheitsgebiet der Vertragsparteien erfolgte am 8.6.2017. Innerhalb von sechs Monaten gerechnet ab diesem Datum war es der Bf aufgrund von Art 20 Abs 1 SDÜ erlaubt, sich für höchstens drei Monate im Hoheitsgebiet der anderen Vertragsparteien frei zu bewegen. Bei ihrer Einreise nach Österreich am 14.6.2018 war diese Frist bereits verstrichen. Die Bf wäre

daher unter Berücksichtigung der „wahren Rechtslage“ mit Ablauf des 3.6.2018 verpflichtet gewesen, das Hoheitsgebiet der Vertragsparteien zu verlassen.

Die Einreise der Bf nach Österreich am 14.6.2018 erfolgte daher nicht rechtmäßig.

IV.3. Gemäß § 21 Abs 1 NAG sind Erstanträge vor der Einreise in das Bundesgebiet bei der örtlich zuständigen Berufsvertretungsbehörde im Ausland einzubringen, die Entscheidung ist im Ausland abzuwarten. Entsprechend der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs (vgl VwGH 19.11.2017, Ra 2014/22/0123) handelt es sich beim Erfordernis, den Antrag im Ausland einzubringen, nicht um eine bloße Formal- sondern um eine Erfolgsvoraussetzung. § 21 Abs 2, 3 und 5 NAG regeln Ausnahmetatbestände zu Abs 1, die jedoch auf die Bf nicht anwendbar sind. Die Bf war daher zur Auslandsantragsstellung verpflichtet. Nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs hat bei Abweisung eines Antrages wegen Inlandsantragstellung keine Abwägung der persönlichen Interessen des Fremden mit den gegenläufigen öffentlichen Interessen stattzufinden (vgl VwGH 8.11.2006, 2006/18/0309, uHa VwGH 18.12.2002, 2002/18/0267).

IV.4. In einer Eingabe vom 12. Juli 2018 beantragte der Bf die Nichtanwendung des NAG aufgrund der Besserstellung durch die Richtlinie (EU) 2016/801 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Mai 2016, deren Umsetzungsfrist am 23.6.2018 abgelaufen sei.
Gemäß Art 2 dieser Richtlinie findet diese Anwendung auf Drittstaatsangehörige, die zu Forschungs-, Studien- oder Ausbildungszwecken oder zur Teilnahme an einem Freiwilligendienst im Europäischen Freiwilligendienst einen Antrag auf Zulassung in das Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats stellen oder die Zulassung erhalten haben. Die Mitgliedstaaten können auch beschließen, die Bestimmungen dieser Richtlinie auf Drittstaatsangehörige anzuwenden, die die Zulassung zur Teilnahme an einem Schüleraustauschprogramm oder einem Bildungsvorhaben, einem anderen Freiwilligendienst als dem Europäischen Freiwilligendienst oder zur Ausübung einer Au-pair-Tätigkeit beantragen.

Zumal in Art 2 der Richtlinie den Mitgliedstaaten die Umsetzung in Bezug auf Drittstaatsangehörige, die die Zulassung zur Ausübung einer Au-pair-Tätigkeit beantragen, freistellt, ergibt sich durch die Nicht-Umsetzung keine unmittelbare Anwendbarkeit auf den ggst Fall. Das diesbezügliche Vorbringen geht daher ins Leere.

V. Selbst wenn sich erwiesen hätte, dass der Fiktionsbescheinigung insofern konstitutive Wirkung zukommt, dass die Bf auf die darin bescheinigte Gültigkeitsdauer ihrer deutschen Aufenthaltserlaubnis vertrauen hätte dürfen, wäre die Beschwerde aus folgenden Gründen als unbegründet abzuweisen gewesen:

Die Bf hielt sich jedenfalls bis 7.7.2018 in Österreich auf. Laut im Akt einliegender Buchungsbestätigung bzw Kopie eines elektronischen Flugtickets hatte sie für 7.7.2018 einen Flug von W nach M und von dort nach S gebucht. Die Fiktionsbescheinigung war mit 1.7.2018 befristet.

Gemäß Art 21 Abs 1 SDÜ können sich Drittausländer, die Inhaber eines gültigen von einer Vertragspartei ausgestellten Aufenthaltstitels sind, aufgrund dieses Dokuments und eines gültigen Reisedokuments höchstens bis zu drei Monaten frei im Hoheitsgebiet der anderen Vertragsparteien bewegen. Bei angenommener Gültigkeit der Fiktionsbescheinigung bis 1.7.2018 wäre die Bf legal nach Österreich eingereist. Bereits aus dem Wortlaut des Art 21 Abs 1 SDÜ ergibt sich jedoch, dass mit Ablauf der Gültigkeit des von einer Vertragspartei ausgestellten Aufenthaltstitels jene – höchstens dreimonatige – Frist endet, in der sich Drittausländer im Hoheitsgebiet der anderen Vertragsparteien frei bewegen dürfen. Bestätigung findet dies durch die Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs (vgl VwGH 14.12.2010, 2008/22/0839).

Gemäß § 21 Abs 2 Z 5 NAG ist eine Antragstellung nach rechtmäßiger Einreise und während des rechtmäßigen Aufenthalts im Inland zulässig. Auch gemäß § 21 Abs 2 Z 8 NAG ist eine Inlandsantragstellung nach rechtmäßiger Einreise und während des rechtmäßigen Aufenthalts zulässig. Gemäß § 21 Abs 6 NAG schafft jedoch eine Inlandsantragstellung nach Abs 2 Z 4 bis 9 kein über den erlaubten Aufenthalt hinausgehendes Bleiberecht. Mit Ablauf des unterstellten rechtmäßigen Aufenthalts hätte die Bf daher die Erledigung des gegenständlichen Antrags im Ausland abwarten müssen (VwGH 14.12.2010, 2008/22/0839).

Gemäß § 11 Abs 1 Z 5 NAG dürfen Aufenthaltstitel einem Fremden nicht erteilt werden, wenn eine Überschreitung der Dauer des erlaubten Aufenthalts im Zusammenhang mit § 21 Abs 6 NAG vorliegt.

Die Bf hat sich unbestritten jedenfalls über das Ende des in der Fiktionsbescheinigung genannten Zeitraums hinaus in Österreich aufgehalten. Selbst bei Unterstellung des rechtmäßigen Aufenthalts der Bf in Österreich bis zum Ende des in der Fiktionsbescheinigung genannten Zeitraums hätte sie sich jedenfalls danach unrechtmäßig in Österreich aufgehalten und hätte durch das Überschreiten dieser Dauer den Tatbestand des Erteilungshindernisses des § 11 Abs 1 Z 5 NAG erfüllt.

Gemäß § 11 Abs 3 NAG kann zwar ein Aufenthaltstitel trotz eines Erteilungshindernisses gemäß Abs 1 Z 5 erteilt werden, jedoch nur wenn dies zur Aufrechterhaltung des Privat- und Familienlebens iSd Art 8 EMRK geboten ist. Dass die Bf über private oder familiäre Bindungen in Österreich verfügen würde, die iSd § 11 Abs 3 NAG die Erteilung eines Aufenthaltstitels dennoch als geboten

erscheinen lassen würden, hat diese weder vorgebracht, noch gehen diesbezügliche Anhaltspunkte aus dem vorgelegten Verwaltungsakt hervor.

Selbst für den Fall, dass die Bf aufgrund der Fiktionsbescheinigung rechtmäßig nach Österreich eingereist wäre und sich bis zum darin genannten Ende der Gültigkeitsdauer rechtmäßig aufgehalten hätte, wäre ihre Beschwerde als unbegründet abzuweisen gewesen.

VI. Im Ergebnis war daher die Beschwerde als unbegründet abzuweisen.

VII. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da zur zu lösenden Rechtsfrage einheitliche höchstgerichtliche Rechtsprechung existiert, von der in der ggst Entscheidung nicht abgewichen wurde. Es liegt daher keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung vor.

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

Gegen diese Entscheidung besteht innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder einer außerordentlichen Revision beim Verwaltungsgerichtshof. Eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof ist unmittelbar bei diesem einzubringen, eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof beim Landesverwaltungsgericht Oberösterreich. Die Abfassung und die Einbringung einer Beschwerde bzw. einer Revision müssen durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt bzw. eine bevollmächtigte Rechtsanwältin erfolgen. Für die Beschwerde bzw. Revision ist eine Eingabengebühr von je 240 Euro zu entrichten. Sie haben die Möglichkeit, auf die Revision beim Verwaltungsgerichtshof und die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof zu verzichten. Ein solcher Verzicht hat zur Folge, dass eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof und eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof nicht mehr erhoben werden kann. Ein Verzicht ist schriftlich bekanntzugeben oder zu Protokoll zu erklären. 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.

H i n w e i s

Anträge auf Bewilligung der Verfahrenshilfe zur Abfassung und Einbringung einer Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof sind innerhalb der Rechtsmittelfrist unmittelbar beim Verfassungsgerichtshof einzubringen.
Anträge auf Bewilligung der Verfahrenshilfe zur Abfassung und Einbringung einer außerordentlichen Revision an den Verwaltungsgerichtshof sind innerhalb der Rechtsmittelfrist unmittelbar beim Verwaltungsgerichtshof einzubringen.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Dr. Reitter