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-700665/4/Sr/AO**

Datum: **Linz, 10. März 2020**

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

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Mag. Stierschneider über die Beschwerde der S S L, vertreten durch G S R GmbH, x, x, gegen das Straferkenntnis der Landespolizeidirektion Oberösterreich vom 29. Jänner 2020, GZ: VStV/919302306299/2019, wegen Übertretung des § 120 Abs 1a FPG

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird stattgegeben, das Straferkenntnis aufgehoben und das Verwaltungsstrafverfahren eingestellt.

II. Die Beschwerdeführerin hat weder einen Beitrag zu den Kosten des Verwaltungsstrafverfahrens noch zu jenen des Beschwerdeverfahrens zu leisten.

III. Gegen diese Entscheidung 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 Straferkenntnis der Landespolizeidirektion Oberösterreich (in der Folge: belangte Behörde) vom 29. Jänner 2020, GZ: VStV/919302306299/2019 wurde über die Beschwerdeführerin (in der Folge: Bf) eine Geldstrafe in Höhe von 500,00 Euro verhängt. Demnach habe sie § 120 Abs 1a iVm § 31 Abs 1 und Abs 1a FPG verletzt, da sie sich von 21. Dezember 2019 bis 28. Jänner 2020 nicht rechtmäßig im Bundesgebiet aufgehalten habe. Begründet wurde dies mit einer – aus dem Zentralen Melderegister (ZMR) ersichtlichen – aufrechten Meldung in Österreich seit dem 20. August 2019. Eine Berechtigung, die einen die visumsfreie Zeit von 90 Tagen überschreitenden Aufenthalt in Österreich ermögliche, hätte die Bf nicht gehabt.

Bereits vor Erlassung des Straferkenntnisses erging eine Strafverfügung vom 30. Dezember 2019, GZ: VStV/919302306299/2019, an die Bf, in der eine Geldstrafe in der oben genannten Höhe und wegen des oben angeführten Delikts verhängt wurde, als Tatzeitraum wurde jedoch 20. November bis 30. Dezember 2019 angegeben. Diese Strafverfügung bekämpfte die Bf mit Einspruch, in dem sie insbesondere auf ihre Einreise erst am 14. November 2019 hinwies.

2. Mit der rechtzeitig eingebrachten Beschwerde vom 21. Februar 2020 bekämpft die rechtsfreundlich vertretene Bf das Straferkenntnis. Darin wird vor allem auf die Geltung eines Abkommens zwischen der Republik Österreich und Brasilien, BGBl 332/1967 verwiesen, wonach sich brasilianische Staatsbürger 90 Tage visumsfrei in Österreich aufhalten dürften. Diese Frist beginne mit jeder Einreise neu zu laufen, eine Zusammenrechnung mehrerer Aufenthalte habe zu unterbleiben. Aus der Meldung des Hauptwohnsitzes, die seit 20. August 2019 bestehe, könne kein unrechtmäßiger Aufenthalt in Österreich abgeleitet werden. Diese könne nicht mit einem durchgehenden Aufenthalt gleichgesetzt werden, eine Verpflichtung der Abmeldung bestehe schließlich nur bei Aufgabe der Unterkunft, nicht bei kurzfristigen Auslandsaufenthalten. Die Bf sei seit 20. August 2019 auch tatsächlich mehrmals aus Österreich ausgereist.

3. Mit Schreiben vom 21. Februar 2020 hat die belangte Behörde die Beschwerde unter Anschluss des Verwaltungsakts dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zur Entscheidung vorgelegt. Dieses hat von der Durchführung der beantragten öffentlichen mündlichen Verhandlung gem § 44 Abs 2 VwGVG abgesehen, da bereits anhand der Aktenlage feststand, dass der mit Beschwerde angefochtene Bescheid aufzuheben ist.

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

Die Bf ist Staatsangehörige von Brasilien und reiste im Jahr 2019 mehrmals nach Österreich sowie in den Schengener Raum ein und verließ dieses Gebiet immer wieder nach weniger als 90 Tagen. Die letzte Ausreise aus Österreich in Richtung Großbritannien – vor dem beschwerdegegenständlichen Tatzeitraum – erfolgte am 13. November 2019. Die neuerliche Einreise nach Österreich fand am 14. November 2019 statt.

Die Bf hält sich in Österreich auf, um die deutsche Sprache zu erlernen, da sie später gerne hier in einem Seniorenheim arbeiten würde.

II. Der festgestellte Sachverhalt ergab sich schlüssig und widerspruchsfrei aus dem vorgelegten Verwaltungsakt sowie insbesondere den ergänzend beigebrachten Reisepasskopien der Bf.

III. Das Landesverwaltungsgericht hat erwogen:

1.1. Die einschlägigen Normen des Bundesgesetzes über die Ausübung der Fremdenpolizei, die Ausstellung von Dokumenten für Fremde und die Erteilung von Einreisetitel (Fremdenpolizeigesetz 2005 – FPG), BGBl I 100/2005 idF BGBl I 110/2019 lauten:

„Begriffsbestimmungen

§ 2. […]
(4) Im Sinn dieses Bundesgesetzes ist
1. Fremder: wer die österreichische Staatsbürgerschaft nicht besitzt;
[…]

Rechtswidrige Einreise und rechtswidriger Aufenthalt

§ 120. […]
(1a) Wer als Fremder sich nicht rechtmäßig im Bundesgebiet aufhält, begeht eine Verwaltungsübertretung und ist mit Geldstrafe von 500 Euro bis zu 2 500 Euro, im Fall ihrer Uneinbringlichkeit mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Wochen, zu bestrafen. Wer wegen einer solchen Tat bereits einmal rechtskräftig bestraft wurde, ist mit Geldstrafe von 2 500 Euro bis zu 7 500 Euro oder mit Freiheitsstrafe bis zu vier Wochen zu bestrafen. Als Tatort gilt der Ort der Betretung oder des letzten bekannten Aufenthaltes; bei Betretung in einem öffentlichen Beförderungsmittel die nächstgelegene Ausstiegsstelle, an der das Verlassen des öffentlichen Beförderungsmittels gemäß dem Fahrplan des Beförderungsunternehmers möglich ist. Die Verwaltungsübertretung gemäß erster Satz kann durch Organstrafverfügung gemäß § 50 VStG in der Höhe von 500 Euro geahndet werden.
[…]"

1.2. Aus dem Übereinkommen zur Durchführung des Übereinkommens von Schengen vom 14. Juni 1985 zwischen den Regierungen der Staaten der Benelux-Wirtschaftsunion, der Bundesrepublik Deutschland und der Französischen Republik betreffend den schrittweisen Abbau der Kontrollen an den gemeinsamen Grenzen (SDÜ), BGBl III 90/1997 ist relevant:

„Begriffsbestimmungen

Artikel 1

Im Sinne dieses Übereinkommens bedeutet:

[…]

Drittausländer:

eine Person, die nicht Staatsangehöriger eines der Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaften ist;

[…]

Artikel 20

(1) Sichtvermerksfreie Drittausländer können 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.

(2) Absatz 1 berührt 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.

[…]"

1.3. Der Notenwechsel zwischen der Österreichischen Bundesregierung und der Regierung von Brasilien über die Abschaffung des Sichtvermerkszwanges, BGBl 332/1967 lautet auszugsweise:

„Artikel 1

Österreichische und brasilianische Staatsbürger, die einen von den zuständigen Behörden ihres Landes ausgestellten gültigen gewöhnlichen Reisepaß besitzen, dürfen zu einem nicht Erwerbszwecken dienenden Aufenthalt sichtvermerksfrei in das Gebiet des anderen Vertragsstaates einreisen und sich dort drei Monate aufhalten. Die Aufenthaltsberechtigung kann gemäß den geltenden Gesetzen von den zuständigen Behörden verlängert werden.

[…]"

2. Rechtliche Erwägungen:

2.1. Nach § 120 Abs 1a FPG stellt es eine Verwaltungsübertretung dar, wenn sich ein Fremder nicht rechtmäßig im Bundesgebiet aufhält. Fremde im Sinne des Gesetzes sind Personen, die nicht Staatsbürger von Österreich sind. Die Bf als brasilianische Staatsangehörige gilt damit als Fremde gem § 2 Abs 4 Z 1 FPG.

2.2. Zur Beurteilung der Rechtmäßigkeit des Aufenthalts ist das SDÜ heranzuziehen, dessen Art 20 Abs 1 Drittausländern allgemein einen

sichtvermerksfreien Aufenthalt von höchstens drei Monaten innerhalb einer Frist von sechs Monaten erlaubt. Da Drittausländer Personen sind, die nicht Staatsangehörige eines Mitgliedsstaats der Europäischen Union sind, trifft dies auf die Bf als Brasilianerin zu.

Allerdings enthält Art 20 Abs 2 SDÜ eine Ausnahme von den Vorschriften nach Abs 1 leg cit, da demnach Bestimmungen aus bilateralen Abkommen der Vertragsparteien, die bereits vor Inkrafttreten des SDÜ zustandegekommen sind, nicht berührt werden. Aufgrund dieser sogenannten „Alt-Abkommen" haben die Vertragsparteien das Recht den Aufenthalt von Drittausländern in ihrem Hoheitsgebiet über drei Monate hinaus zu verlängern.

2.3 Der Notenwechsel zwischen der Österreichischen Bundesregierung und der Regierung von Brasilien über die Abschaffung des Sichtvermerkszwanges ist bereits seit 1967 in Kraft und stellt damit zweifelsfrei ein „Alt-Abkommen" gem Art 20 Abs 2 SDÜ dar. Obwohl auch in diesem Notenwechsel ein sichtvermerksfreier Aufenthalt von drei Monaten erlaubt wird, ergibt sich der Unterschied zu Art 20 Abs 1 SDÜ aus dem Fehlen der sogenannten „Schengenklausel", die einen dreimonatiger Aufenthalt nur innerhalb einer Frist von sechs Monaten erlaubt (vgl VfSlg 16.628/2002). Aufgrund des Notenwechsels sind mehrere Aufenthalte, auch wenn sie innerhalb der Frist von sechs Monaten liegen, nicht zusammenzurechnen. Vielmehr löst jede Einreise eine neuerliche Frist von drei Monaten aus (vgl dazu VfSlg 16.628/2002, darin trat der VfGH dem UVS, der ebenfalls diese Auffassung zu sehr ähnlich formulierten Notenwechseln vertrat, nicht entgegen; auch wenn nicht explizit die Richtigkeit dieses Verständnisses festgestellt wurde, ergibt sich dies aus der inhaltlichen Auseinandersetzung). Zusammengefasst dürfen brasilianische Staatsbürger sich – unabhängig von vorherigen Aufenthalten – nach jeder Einreise 90 Tage in Österreich aufhalten, sofern ihr Aufenthalt nicht Erwerbszwecken dient.

Die Bf absolviert während ihres Aufenthalts in Österreich einen Sprachkurs. Sie geht keinem Erwerb nach. Eine in Zukunft angestrebte Tätigkeit in einem Seniorenheim bildet keine momentane Erwerbstätigkeit, die der Anwendbarkeit des Notenwechsels auf den Fall der Bf entgegenstünde.

Vor Beginn des Tatzeitraums ist die Bf zuletzt am 14. November 2019 nach Österreich eingereist, an diesem Tag begann somit die dreimonatige Frist zu laufen, während derer ein Aufenthalt der Bf sichtvermerksfrei rechtmäßig ist. Dieser Zeitraum endete allerdings erst am 12. Februar 2020. Im vorgeworfenen Tatzeitraum vom 21. Dezember 2019 bis 28. Jänner 2020 hielt die Bf sich zu keinem Zeitpunkt nicht rechtmäßig im Bundesgebiet auf. Der objektive Tatbestand des § 120 Abs 1a FPG ist damit nicht erfüllt.

3. Aufgrund des Nichtvorliegens des Tatbestands war spruchgemäß zu entscheiden.

4. Der Ausspruch über den Entfall von Kosten des Verfahrens gründet sich auf § 52 Abs 9 VwGVG, wonach die Kosten des Verfahrens bei Stattgabe der Beschwerde und Aufhebung des Straferkenntnisses nicht von der Bf zu tragen sind.

IV. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung im Sinne des Art 133 Abs 4 B-VG vorliegt. Zwar existiert zu dieser Frage keine Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs, allerdings bringt die Anwendung der einschlägigen Normen, die einen eindeutigen Wortlaut aufweisen, ein klares Ergebnis (vgl VwGH 02.09.2014, Ra 2014/18/0062; 20.10.2015, Ra 2015/09/0078).

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

Verfahrenshilfe ist einer Partei zur Gänze oder zum Teil zu bewilligen, wenn die Partei außerstande ist, die Kosten der Führung des Verfahrens ohne Beeinträchtigung des notwendigen Unterhalts zu bestreiten und die beabsichtigte

Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint.
Einer juristischen Person oder einem sonstigen parteifähigen Gebilde ist die Verfahrenshilfe zu bewilligen, wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel weder von ihr/ihm noch von den an der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können, und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint; das Gleiche gilt für ein behördlich bestelltes Organ oder einen gesetzlichen Vertreter, die für eine Vermögensmasse auftreten, wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel weder aus der Vermögensmasse noch von den an der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können.

Für das Beschwerdeverfahren ist ein Antrag auf Verfahrenshilfe innerhalb der Rechtsmittelfrist beim Verfassungsgerichtshof einzubringen.

Für das Revisionsverfahren ist ein Antrag auf Verfahrenshilfe innerhalb der Rechtsmittelfrist beim Verwaltungsgerichtshof einzubringen. Im Antrag ist, soweit zumutbar, kurz zu begründen, warum die Revision entgegen dem Ausspruch des Verwaltungsgerichtes für zulässig erachtet wird.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Mag. Stierschneider