



IM NAMEN DER REPUBLIK!

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch die Vorsitzende Vizepräsidentin Dr.ⁱⁿ Sporrer als Richterin sowie die Hofräte Dr. Pelant und Dr. Pfiel als Richter, unter Mitwirkung des Schriftführers Karlovits, LL.M., über die Revision der J A in W, vertreten durch Edward W. Daigneault, Rechtsanwalt in 1160 Wien, Lerchenfelder Gürtel 45/11, gegen das am 25. Oktober 2018 mündlich verkündete und am 30. April 2019 schriftlich ausgefertigte Erkenntnis des Verwaltungsgerichtes Wien, VGW-051/031/11698/2018-11, betreffend Bestrafung wegen Übertretung des FPG (belangte Behörde vor dem Verwaltungsgericht: Landespolizeidirektion Wien), zu Recht erkannt:

Das angefochtene Erkenntnis wird wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufgehoben.

Der Bund hat der Revisionswerberin Aufwendungen in der Höhe von € 1.346,40 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Entscheidungsgründe:

- 1 Mit dem angefochtenen Erkenntnis wies das Verwaltungsgericht Wien (im Folgenden: VwG) die Beschwerde der Revisionswerberin, einer nigerianischen Staatsangehörigen, gegen ein Straferkenntnis der Landespolizeidirektion Wien vom 17. Juli 2018 - mit hier nicht relevanten Maßgaben - als unbegründet ab. Der Revisionswerberin wurde angelastet, sie habe sich am 24. April 2018 um 21:30 Uhr an einem näher genannten Ort nicht rechtmäßig im Bundesgebiet aufgehalten, wodurch sie § 120 Abs. 1a iVm § 31 Abs. 1 FPG verletzt habe. Es wurde eine Geldstrafe von EUR 500,-- (Ersatzfreiheitsstrafe: vier Tage und vier Stunden) verhängt.

Das VwG traf gemäß § 52 Abs. 1 und 2 VwGVG eine diesem Ergebnis entsprechende Kostenentscheidung. Gemäß § 25a Abs. 1 VwGG sprach es aus, dass die Revision gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG nicht zulässig sei.

- 2 Das VwG stellte im Wesentlichen fest, die Revisionswerberin habe am 30. Jänner 2008 in Frankreich den österreichischen Staatsbürger H. geheiratet.

==



Die Ehe sei bis zu seinem Tod [am 21. Oktober 2016] aufrecht gewesen. Nach ihrer Rückkehr nach Österreich - im Jahr 2009 - habe die Revisionswerberin die Ausstellung einer Aufenthaltskarte beantragt und sich dabei darauf berufen, ihr Ehemann habe sein Freizügigkeitsrecht in Anspruch genommen. Der Landeshauptmann von Wien habe diesen Antrag mit Bescheid vom 18. August 2015 gemäß § 54 Abs. 1 iVm Abs. 7 NAG zurückgewiesen, weil die Eheleute zu keiner Zeit ein Familienleben geführt hätten und die Ehe nur zu dem Zweck geschlossen worden sei, der Revisionswerberin die Erlangung eines Aufenthaltstitels zu ermöglichen. Eine gegen die Bestätigung dieser Entscheidung durch das VwG (mit Erkenntnis vom 31. März 2016) erhobene Revision sei mit Beschluss des Verwaltungsgerichtshofes vom 20. Juli 2016, Ra 2016/22/0058, zurückgewiesen worden.

Während dieser Ehe habe die Revisionswerberin am 5. Juni 2014 einen Sohn geboren. Ein von ihr mit Bezug darauf am 17. November 2016 gestellter Antrag auf Erteilung eines Aufenthaltstitels als Familienangehörige sei zuletzt mit (unbekämpft gebliebenem) Erkenntnis des VwG vom 29. November 2017 abgewiesen worden. Das VwG habe damals festgestellt, der Sohn habe aufgrund der aufrechten Ehe mit H. die österreichische Staatsbürgerschaft erworben. Er stamme jedoch nicht von H. ab, sondern von einem nigerianischen Staatsangehörigen.

Die seit 2009 durchgehend (und zwar jedenfalls ab 17. März 2016 gemeinsam mit ihrem Sohn) in Österreich lebende Revisionswerberin verfüge „über einen französischen, nicht jedoch über einen österreichischen Aufenthaltstitel“. Sie habe Deutschkenntnisse auf dem Niveau A 2, sei früher (letztmals bis zum 23. Jänner 2018) zum Teil unselbständig tätig gewesen und betreibe seit 2009 - nunmehr ausschließlich - ein Lokal.

Rechtlich folgte das VwG, die Revisionswerberin sei aufgrund ihres „französischen Aufenthaltstitels“ berechtigt gewesen, „sich für die visumsfreie Zeit in Österreich aufzuhalten“. Dies umfasse jedoch nicht die Aufnahme einer Beschäftigung oder den Betrieb eines Lokals. Sie habe daher die Bedingungen „des Einreisetitels (französische Aufenthaltsbewilligung)“ überschritten. Auch verfüge sie über keinen anderen Einreise- oder Aufenthaltstitel. Die angelastete



Verwaltungsübertretung sei daher verwirklicht. Ein Strafausschließungsgrund nach § 6 VStG sei auch mit Blick auf das österreichische Kind zu verneinen, weil diesem die Ausreise mit der Mutter nach Frankreich zuzumuten sei. Der Revisionswerberin habe, nach Abweisung ihrer Anträge auf Aufenthaltsberechtigungen im Bundesgebiet, bewusst sein müssen, dass sie sich nicht rechtmäßig in Österreich aufhalte. Das VwG bejahte auf dieser Grundlage das Verschulden der Revisionswerberin und erläuterte danach näher die von ihm vorgenommene Strafbemessung.

- 3 Gegen dieses Erkenntnis richtet sich die vorliegende außerordentliche Revision, über die der Verwaltungsgerichtshof nach Aktenvorlage durch das VwG und Durchführung des Vorverfahrens - eine Revisionsbeantwortung wurde nicht erstattet - erwogen hat:
- 4 Die Revision erweist sich, wie sich aus den folgenden Ausführungen ergibt, als zulässig und berechtigt:

Die Revisionswerberin weist zunächst zutreffend darauf hin, dass aus der Aktenlage nur ihr - allenfalls missbräuchlich erlangtes - vorübergehendes unionsrechtliches Aufenthaltsrecht in Frankreich (als ihren österreichischen Ehemann H. begleitende Ehefrau - bis zur endgültigen Rückreise nach Österreich im Jahr 2009) entnommen werden kann. Die darüber hinausgehende Annahme einer (ungeachtet des inzwischen festgestellten Vorliegens einer Aufenthaltsehe sowie des Ablebens des genannten Ehemannes am 21. Oktober 2016) noch in den Jahren 2018 und 2019 gültigen „französischen Aufenthaltsbewilligung“ durch das VwG erweist sich dagegen als nicht nachvollziehbar.

Diese Überlegung schlägt auch auf die daran anknüpfende Argumentation des VwG durch, dem österreichischen Sohn der Revisionswerberin wäre die Ausreise mit der Mutter nach Frankreich zuzumuten. Gleichfalls ist keine Rechtsgrundlage dafür ersichtlich, der Sohn der Revisionswerberin hätte - wie das VwG in Teilen seiner Entscheidung andeutet - seine österreichische Staatsbürgerschaft mittlerweile verloren.





- 5 Im Übrigen bringt die Revisionswerberin in diesem Zusammenhang weiter vor, dass das VwG im Hinblick auf das Wohl ihres österreichischen Sohnes zu Unrecht keinen Strafausschließungsgrund nach § 6 VStG angenommen habe. Auch mit dieser Argumentation ist sie - jedenfalls ausgehend davon, dass eine gemeinsame Ausreise nach Frankreich nicht in Betracht kommt - im Recht:

Unbeschadet der Frage, ob sich die Revisionswerberin im Tatzeitpunkt unrechtmäßig in Österreich aufgehalten hatte, war gegen sie keine (rechtskräftige) aufenthaltsbeendende Maßnahme erlassen worden. Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ist für einen solchen Fall von der Strafbehörde im Rahmen einer Vorfragenbeurteilung selbst die gebotene Interessenabwägung unter dem Gesichtspunkt der (hypothetischen) Zulässigkeit einer aufenthaltsbeendenden Maßnahme vorzunehmen. Ergibt sich dabei, dass eine (hypothetische) aufenthaltsbeendende Maßnahme gegen sie im Tatzeitpunkt nicht gerechtfertigt gewesen wäre, so wirkt sich dies im Ergebnis auch auf die Strafbarkeit des inländischen Aufenthaltes gemäß § 120 Abs. 1a FPG aus. Denn wären auch Fremde, die derart intensive private (und familiäre) Bindungen in Österreich haben, dass ihr Interesse an deren Aufrechterhaltung die entgegenstehenden öffentlichen Interessen an einer aufenthaltsbeendenden Maßnahme überwiegt, von der Strafdrohung der genannten Norm erfasst, so läge darin ein dem Gesetzgeber nicht zusinnbarer Wertungswiderspruch. Es muss daher das Vorliegen eines gesetzlichen Strafausschließungsgrundes nach § 6 VStG angenommen werden, wenn einer aufenthaltsbeendenden Maßnahme des Fremden eine zu seinen Gunsten ausfallende Interessenabwägung im Sinn des Art. 8 EMRK im Weg steht (vgl. zum Ganzen etwa VwGH 23.3.2017, Ra 2016/21/0199, Rn. 9 und 10, mwN).

- 6 Das VwG hat eine solche Interessenabwägung zwar ansatzweise vorgenommen, dabei aber den familiären Bindungen der Revisionswerberin zu ihrem Sohn, dessen Pflege und Obsorge ihr zukommt (nach dem bislang ungeprüften im Verwaltungsverfahren - im Einspruch vom 13. Juli 2018 - erstatteten Vorbringen sei sie darüber hinaus „der einzige Elternteil des Kindes und übe die rechtliche, finanzielle und affektive Sorge





aus“), nicht das ihnen nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zukommende Gewicht beigemessen.

- 7 Somit war das angefochtene Erkenntnis gemäß § 42 Abs. 2 Z 1 VwGG wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufzuheben.
- 8 Der Spruch über den Aufwandsatz gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG iVm der VwGH-Aufwandsatzverordnung 2014.

W i e n , am 19. September 2019

