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
DVR: 4011090

Geschäftszeichen: LVwG-700222/2/MB/BD

Datum: Linz, 11. Mai 2017

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

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat durch seinen Richter Dr. Brandstetter über die Beschwerde des L B, geb. X, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. H B, X, gegen das Straferkenntnis der Landespolizeidirektion Oberösterreich vom 29. Dezember 2016, GZ: VStV/916301121090/2016, wegen einer Übertretung nach dem Fremdenpolizeigesetz

zu Recht e r k a n n t :

I. Gemäß § 50 VwGVG wird der Beschwerde insoweit stattgegeben, als von der Verhängung einer Strafe abgesehen und dem Beschwerdeführer unter Hinweis auf die Rechtswidrigkeit seines Verhaltens gemäß § 38 VwGVG iVm § 45 Abs 1 Z 4 VStG eine Ermahnung erteilt wird.

II. Gemäß § 52 Abs 9 VwGVG entfällt für den Beschwerdeführer die Verpflichtung zur Leistung von Verfahrenskostenbeiträgen.

III. Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß § 25a VwGG eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art 133 Abs 4 B-VG 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 vom 29. Dezember 2016, GZ: VStV/916301121090/2016, wurde über den Beschwerdeführer (in der Folge: Bf) gemäß § 120 Abs 1a iVm § 31 Abs. 1 FPG, BGBl I Nr. 144/2013 idgF., eine Geldstrafe in der Höhe von 500 Euro sowie im Falle der Uneinbringlichkeit eine Ersatzfreiheitsstrafe von 1 Tag und 20 Stunden verhängt.

Die belangte Behörde führte dabei folgenden Tatvorwurf aus:
„Sie hielten sich als Fremder (§ 2 Abs. 4 Z 1 FPG), wie am 01.08.2016 von Beamten der Bezirkshauptmannschaft Linz-Land, Abteilung Sicherheit und Migrationswesen, 4020 Linz, Kärntner Straße 14-16 anlässlich einer Aktenüberprüfung festgestellt wurde, seit mindestens 20.05.2016 nicht rechtmäßig im Bundesgebiet auf, da für den rechtmäßigen Aufenthalt eine rechtmäßige Einreise Voraussetzung ist und während des Aufenthaltes im Bundesgebiet die Befristungen oder die Bedingungen des Einreisetitels oder des visumfreien Aufenthaltes oder die durch zwischenstaatliche Vereinbarungen, Bundesgesetz oder Verordnung bestimmte Aufenthaltsdauer nicht überschritten werden dürfen.
Sie waren nicht aufgrund einer Aufenthaltsberechtigung oder einer Dokumentation des Aufenthaltsrechtes nach dem Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz zur Niederlassung oder zum Aufenthalt oder auf Grund einer Verordnung für Vertriebene zum Aufenthalt berechtigt. Weder waren Sie Inhaber eines von einem Vertragsstaat ausgestellten Aufenthaltstitels noch besteht ein Aufenthaltsrecht nach asylrechtlichen Bestimmungen. Sie hatten keine Beschäftigungsbewilligung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz mit einer Gültigkeitsdauer bis zu sechs Monaten, keine Entsendebewilligung, keine EU-Entsendebestätigung, keine Anzeigenbestätigung gemäß § 3 Abs. 5 AuslBG und keine Anzeigenbestätigung gemäß § 18 Abs. 3 AuslBG mit einer Gültigkeitsdauer bis zu sechs Monaten inne, und ein rechtmäßiger Aufenthalt ergab sich nicht aus anderen bundesgesetzlichen Vorschriften.
Ihr befristeter Aufenthaltstitel „Familienangehöriger" war vom 20.05.2015 bis 19.05.2016 gültig.
Am 31.05.2016 stellten Sie beim Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl einen Aufenthaltstitel „berücksichtigungswürdige Gründe". Dieser Antrag begründete jedoch kein Aufenthalts- und Bleiberecht.
Mittlerweile wurde Ihnen am 15.09.2016 vom Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl, Regionaldirektion Oberösterreich ein bis zum 14.09.2017 gültiger Aufenthaltstitel „berücksichtigungswürdige Gründe" gem. § 55 Abs. 1 Z 1 und 2 AsylG erteilt, weshalb ein unrechtmäßiger Aufenthalt vom 20.05.2016 bis 14.09.2016 vorlag.“
[Hervorhebungen nicht übernommen]

Begründend führte die belangte Behörde Folgendes aus:
„Der Tatbestand der Ihnen zur Last gelegten Verwaltungsübertretung ist durch die eigene dienstliche Wahrnehmung eines Beamten der Bezirkshauptmannschaft Linz-Land, sowie aufgrund des behördlich durchgeführten Ermittlungsverfahrens zweifelsfrei erwiesen.

Es steht daher fest, dass Sie die im Spruch angeführte Verwaltungsübertretung begangen haben.
Gegen die Strafverfügung vom 02.08.2016 wurde von Ihrem Rechtsvertreter fristgerecht am 11.08.2016 ein Einspruch eingebracht.
In diesem Einspruch wurden die Anträge

a) auf Einleitung des ordentlichen Ermittlungsverfahrens und in der Folge die Einstellung des Strafverfahrens; in eventu
b) auf (außerordentliche) Herabsetzung der Strafhöhe.

gestellt und er wurde wie folgt begründet:

„Ich wohne gemeinsam mit meiner Frau L B und meinen 2 Söhnen L B und B B in der J-Straße 22, T. Sowohl meine Frau, als auch meine Söhne sind österreichische Staatsbürger. Ich selbst bin schon seit bereits 6 Jahren ununterbrochen in Österreich und übe seither verschiedene Beschäftigungen aus. Außerdem habe ich bereits die A2 Deutschprüfung bestanden.
Bis zum 19.05.2016 hatte ich den Aufenthaltstitel „Familienangehöriger". Den Verlängerungsantrag stellte ich erst am 31.05.2016, also keine vollen 2 Wochen verspätet. Da die BH Linz-Land diesen Verlängerungsantrag nicht mehr annehmen wollte, stellte ich sogleich einen Antrag auf einen Aufenthaltstitel aus berücksichtigungswürdigen Gründen gem. § 55 AsylG.
Gemäß § 45 Abs. 1 Z 4 hat die Behörde von der Fortführung eines Strafverfahrens abzusehen um die Einstellung zu verfügen, wenn die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und Identität seiner Beeinträchtigung durch die Tat und das Verschulden des Beschuldigten gering sind. Des Weiteren kann die Behörde den Beschuldigten unter Hinweis auf die Rechtswidrigkeit seines Verhaltens mit Bescheid eine Ermahnung erteilen, wenn dies geboten erscheint, um ihn von der Begehung strafbarer Handlungen gleicher Art abzuhalten.
Ich lebe bereits seit 6 Jahren ununterbrochen in Österreich. Ich bin nie straffällig geworden und meine Integration ist äußerst ausgeprägt. Das rechtswidrige Verhalten gründet ausschließlich auf meinem Versehen, den Verlängerungsantrag fristgerecht einzubringen. Da ich auch die sämtlichen Voraussetzungen erfülle, würde mein Aufenthaltstitel auch verlängert werden. Dass ich die österreichischen Gesetze respektiere zeigt auch die Antragstellung am 31.05.2016 beim BFA. Es war nie meine Absicht, sich illegal in Österreich aufzuhalten. Zudem war es mir auch nicht möglich aus Österreich auszureisen, weil ich hier meine gesamte Familie habe und auch hier zur Arbeit gehe. Im Hinblick auf Art 8 EMRK und auf die analoge Anwendung der Rechtssache Zambrano (C-34/09) war das Handeln der Landespolizeidirektion OÖ, in dem mir eine Strafe in Höhe von € 500,- auferlegt wurde, grundrechtswidrig und unionsrechtswidrig. Es ist außerdem zu beachten, dass § 45 Abs. 1 keinen Ermessensspielraum der Behörde vorgibt („hat"). Weil ich die Voraussetzungen des § 45 Abs 1 Z 4 Verwaltungsgesetz erfülle, hätte die Behörde mir eine Ermahnung erteilen müssen. Ich bin daher in meinen einfach gesetzlich gewährleisteten Rechten verletzt.
Doch auch die Höhe der verhängten Strafe ist rechtswidrig. Die Behörde missachtet dabei die doch wesentlich überwiegenden Milderungsgründe und verhängte sogleich die Hälfte der gesetzlich vorgesehenen Strafe. Ich bin daher in den einfach gesetzlichen Rechten gemäß § 19 und § 20 VfGG. Dass die Behörde nicht einmal auf § 20 VStG eingegangen ist, begründet eine qualifizierte Rechtswidrigkeit, da die Milderungsgründe in meinem Fall doch wesentlich überwiegen."

Am 26.09.2016 brachte Ihr Rechtsanwalt folgenden Schriftsatz ein: „Sehr geehrte Damen und Herren!
Bezugnehmend auf die im Betreff angeführte Angelegenheit möchte ich Ihnen mitteilen, dass Herr B seit dem 22.09.2016 im Besitz einer Aufenthaltsberechtigungskarte nach § 55 AsylG ist (IFA:452136803-160756105). Der eigentliche Zweck des § 120 Abs. 1a FPG iVm § 31 Abs. 1 FPG ist, ein geordnetes Fremdenwesen zu schaffen. Aufgrund der ausgeprägten Integration des Herrn B, hat er bereits seit dem ersten Tag seines unrechtmäßigen Aufenthaltes Anspruch auf die Ausstellung einer Aufenthaltsberechtigungskarte gehabt. Die Verabsäumung der Verlängerung seines bisherigen Aufenthaltstitels stellt zwar einen formalen Fehler dar, inhaltlich gesehen handelt es sich hier aber nur um einen geringfügigen Verstoß gegen den eigentlichen Zweck des Fremdenpolizeigesetzes. In Anbetracht des geringen Unrechtsgehalts dieser Tat wäre eine Ermahnung gem. § 45 Abs. 1 Z 4 VStG angebracht gewesen.
Ich ersuche Sie, diese Tatsache bei der Entscheidungsfindung zu berücksichtigen und verbleibe mit freundlichen Grüßen"

Gemäß § 120 Abs. 1a des Fremdenpolizeigesetzes 2005 - FPG, BGBl. I Nr. 100/2005, in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 50/2012, 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 sich als Fremder nicht rechtmäßig im Bundesgebiet aufhält. 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 Aufenthaltsortes; bei Betretung in einem öffentlichen Beförderungsmittel die nächstgelegene Ausstiegsstelle, an der das Verlassen des öffentlichen Beförderungsmittels gemäß dem Fahrplan des Beförderungsunternehmers möglich ist.
Gemäß § 31 Abs. 1 FPG halten sich Fremde rechtmäßig im Bundesgebiet auf,
1. wenn sie rechtmäßig eingereist sind und während des Aufenthalts im Bundesgebiet die Befristungen oder Bedingungen des Einreisetitels oder die durch zwischenstaatliche Vereinbarungen, Bundesgesetz oder Verordnung bestimmte Aufenthaltsdauer nicht überschritten haben;
2. wenn sie aufgrund einer Aufenthaltsberechtigung oder einer Dokumentation des Aufenthaltsrechtes nach dem Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz zur Niederlassung oder zum Aufenthalt oder aufgrund einer Verordnung für Vertriebene zum Aufenthalt berechtigt sind;
3. wenn sie Inhaber eines von einem Vertragsstaat ausgestellten Aufenthaltstitels sind, sofern sie während ihres Aufenthaltes im Bundesgebiet keiner unerlaubten Erwerbstätigkeit nachgehen;
4. solange ihnen ein Aufenthaltsrecht nach asylrechtlichen Bestimmungen zukommt;
5. aufgehoben
6. wenn sie eine Beschäftigungsbewilligung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz mit einer Gültigkeit bis zu sechs Monaten, eine Entsendebewilligung, eine EU-Entsendebestätigung, eine Anzeigebestätigung gemäß § 3 Abs. 5 AuslBG oder eine Anzeigebestätigung gemäß § 18 Abs, 3 AuslBG mit einer Gültigkeitsdauer bis zu sechs Monaten, innehaben oder
7. soweit sich dies aus anderen bundesgesetzlichen Vorschriften ergibt.

Unzweifelhaft steht fest, dass Sie Fremder im Sinne des Fremdengesetzes sind, da Sie nicht die österreichische Staatsbürgerschaft besitzen. Für die Behörde besteht kein Zweifel,

dass Sie sich vom 20.05.2016 (Ablauf des Aufenthaltstitels) bis 14.09.2016 nicht rechtmäßig im Bundesgebiet der Republik Österreich aufhielten. Es ist unbestritten, dass Sie nicht im Besitz einer Berechtigung im Sinne des § 31 FPG waren. Der illegale Aufenthalt stellt eine Verwaltungsübertretung im Sinne des § 120 Abs. 1a iVm § 31 Abs. 1 FPG dar, für die Sie sich zu verantworten haben. Aufgrund der Aktenlage geht die Behörde davon aus, dass Sie die angelastete Verwaltungsübertretung in der Schuldform der Fahrlässigkeit begangen haben.
Das FPG enthält keine Regelung hinsichtlich des Verschuldens, weshalb § 5 Abs. 1 VStG zur Anwendung kommt, wonach zur Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten genügt. Fahrlässigkeit ist bei Zuwiderhandeln gegen ein Verbot oder bei Nichtbefolgung eines Gebotes dann ohne weiteres anzunehmen, wenn zum Tatbestand eines Gebotes dann ohne weiteres anzunehmen, wenn zum Tatbestand einer Verwaltungsübertretung der Eintritt eines Schadens oder einer Gefahr nicht gehört und der Täter nicht glaubhaft macht, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft. (Ungehorsamsdelikt).
Auch die gegenständliche Verwaltungsübertretung stellt ein Ungehorsamsdelikt dar. Es genügt daher fahrlässige Tatbegehung. Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes hat ein Beschuldigter initiativ alles darzulegen, was für seine Entlastung spricht. Dies hat in erster Linie durch geeignetes Tatsachenvorbringen und durch Beibringung von Beweismitteln oder Stellung konkreter Beweisanträge zu geschehen. Bloßes Leugnen oder allgemein gehaltene Behauptungen reichen für die "Glaubhaftmachung" nicht.
Zunächst ist festzustellen, dass der von der Bezirkshauptmannschaft Linz-Land ausgestellte Aufenthaltstitel „Familienangehöriger" vom 20.05.2015 bis 19.05.2016 gültig war.

Erst am 31.05.2016 wollten Sie bei der BH Linz-Land einen Verlängerungsantrag stellen.
Am 31.05.2016 stellten Sie beim Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl einen Antrag auf einen Aufenthaltstitel „berücksichtigungswürdige Gründe". Dieser Antrag begründete jedoch kein Aufenthalts- und Bleiberecht.

Die BH Linz-Land informierte am 01.08.2016 das Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl, die Finanzpolizei und die LPD OÖ, dass Sie dort am 31.05.2016 einen Verlängerungsantrag stellen wollten, die BH dies aber ablehnte, weil es aufgrund des Ablaufes des Aufenthaltstitels nicht mehr zulässig sei und teilte weiters mit, dass Sie weiterhin bei der Firma „A" beschäftigt seien.

Laut Versicherungsdatenauszug von 28.12.2016 sind Sie seit 18.01.2016 bis laufend bei der Firma „A GmbH", K 3a als Arbeiter beschäftigt.
Sie setzten also Ihren illegalen Aufenthalt beharrlich fort und begründeten dies damit, dass hier in Österreich Ihre gesamte Familie leben würde und Sie auch hier zur Arbeit gehen. Dabei haben Sie offensichtlich übersehen, dass Sie, wenn Ihr Aufenthalt unrechtmäßig ist, natürlich auch Ihre Beschäftigung unrechtmäßig ist, weshalb auch bereits der handelsrechtliche Geschäftsführer der Firma „A GmbH", Herr T M, über Strafantrag der Finanzpolizei, von der Bezirkshauptmannschaft Perg rechtskräftig gem. § 3 Abs. 1 AuslBG iVm § 28 Abs. 1 Z. 1 Iii A AuslBG idF BGBl. I 72/2013 und iVm § 9 VStG bestraft wurde.
Von unbedeutenden Folgen der Tat zu sprechen wäre daher nicht nachvollziehbar, da Sie die Bedeutung und den Schutzzweck fremdenpolizeilicher Normen zu missverstehen scheinen, zumal es sich bei Folgen einer Tat nicht nur um materielle, sondern vielfach auch um immaterielle handelt, denen keinesfalls eine untergeordnete Rolle zugemessen werden

kann. Der Stellenwert der Einhaltung fremdenpolizeilicher Normen ist nicht nur gesetzlich, gesellschaftlich und höchstgerichtlich abgesichert, sondern sollte auch Ihnen verstärkt zugänglich werden. Von einem geringfügigen Verschulden kann also nicht ausgegangen werden.
Für die erkennende Behörde steht fest, dass Sie sich unrechtmäßig im Bundesgebiet von Österreich aufhalten und somit gegen die angeführten Bestimmungen des Fremdenpolizeigesetzes verstoßen, weshalb nun spruchgemäß zu entscheiden war. Wie der Verwaltungsgerichtshof in mehreren Erkenntnissen ausgesprochen hat, besteht ein hohes Interesse der Allgemeinheit an der Einhaltung der die Einreise und den Aufenthalt von Fremden regelnden Vorschriften an der Einhaltung der die Einreise und den Aufenthalt von Fremden regelnden Vorschriften durch die Normadressaten im Hinblick auf den Schutz der öffentlichen Ordnung.
Gemäß § 19 Abs. 1 VStG ist Grundlage für die Bemessung der Strafe stets das Ausmaß der mit der Tat verbundenen Schädigung oder Gefährdung derjenigen Interessen, deren Schutz die Strafdrohung dient und der Umstand, inwieweit die Tat sonst nachteilige Folgen nach sich gezogen hat. Im ordentlichen Verfahren sind überdies die nach dem Zweck der Strafdrohung in Betracht kommenden Erschwerungs- und Milderungsgründe, soweit sie nicht schon die Strafdrohung bestimmen, gegeneinander abzuwägen. Auf das Ausmaß des Verschuldens ist besonders Bedacht zu nehmen. Die Einkommens- und Vermögensverhältnisse und allfällige Sorgepflichten des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen. Insbesondere unter Berücksichtigung der Gefährdung derjenigen Interessen, deren Schutz die Strafdrohung dient, ist die verhängte Strafe als angemessen zu bezeichnen. Ein geordnetes Fremdenwesen ist für Österreich von eminentem Interesse. Dies umso mehr in einer Zeit, in der ein anhaltend hoher Migrations- und Zuwanderungsdruck zu verzeichnen ist. Den für die Einreise und den Aufenthalt von Fremden getroffenen Regelungen und deren Befolgung durch die Normadressaten kommt aus der Sicht des Schutzes und der Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung ein sehr hoher Stellenwert zu.
Zur Strafhöhe ist außerdem zu bemerken, dass die Höchststrafe für Übertretungen nach § 120 Abs. 1a FPG 2.500 Euro beträgt, die verhängte Geldstrafe von 500 Euro ist die vom Gesetz vorgesehene Mindeststrafe. Somit wurde der Strafrahmen mit nur 20 % ausgeschöpft. Die verhängte Strafe erscheint schuld- und tatangemessen. Im Hinblick auf die Tatumstände und
dass nunmehr ein legaler Aufenthalt vorliegt, kann mit der Verhängung der gesetzlichen Mindeststrafe von 500 Euro das Auslangen gefunden werden.
Von der Anwendung des § 45 VStG war Abstand zu nehmen, weil im konkreten Fall das tatbildmäßige Verhalten nicht erheblich hinter dem in der betreffenden Strafdrohung typisierten Unrechts- und Schuldgehalt zurückgeblieben ist.
Der Milderungsgrund der verwaltungsrechtlichen Unbescholtenheit kam Ihnen zugute.
Bei der Strafbemessung wurde davon ausgegangen, dass Sie kein hierfür relevantes Vermögen besitzen, sorgepflichtig für 2 Kinder und für die Gattin sind und etwa ein Einkommen von € 1000,-beziehen.
Die Kostenentscheidung ist gesetzlich begründet.
Bei Vorliegen besonders triftiger Gründe können Sie bei der ha.. Behörde eine Ratenzahlung beantragen.“
[Hervorhebungen nicht übernommen]

2. In der gegen dieses Straferkenntnis rechtzeitig erhobenen Beschwerde führt der rechtsfreundlich vertretene Bf wie folgt aus:

„Gegen das Straferkenntnis der Landespolizeidirektion Oberösterreich vom 29.12.2016, GZ. VStV/916301121090/2016, zugestellt am 3.1.2017, erhebe ich durch meinen ausgewiesenen Rechtsvertreter innerhalb offener Frist

Beschwerde

und stelle die

Anträge,

das Verwaltungsgericht möge:

a. eine mündliche Beschwerdeverhandlung anberaumen und durchführen; sowie
b. das hier angefochtene Straferkenntnis ersatzlos beheben; in eventu
c. gem. § 38 VwGVG iVm § 45 Abs 1 Zif 4 VStG eine Ermahnung aussprechen und von einer Strafverhängung absehen; in eventu
d. die Strafe angemessen herabsetzen (§ 20 VStG).

Meine Beschwerde begründe ich wie folgt:

Ich bin im Juli 2010 legal nach Österreich eingereist. Seither wohne ich bei meiner Ehegattin, Frau L B und bei meinen zwei Söhnen, L B und B B in der J-Straße 22, T. Sowohl meine Frau, als auch meine Söhne sind österreichische Staatsbürger. Mir wurde bis zum 19.5.2016 der Aufenthaltstitel „Familienangehöriger" erteilt. Leider übersah ich das Fristende für die Verlängerung dieses Aufenthaltstitels und stellte erst am 31.5.2016, also keine vollen 2 Wochen später, den Verlängerungsantrag. Die BH Linz-Land hat die Bearbeitung des Verlängerungsantrags nicht annehmen wollen, weshalb ich unverzüglich einen Antrag auf einen

Aufenthaltstitels aus berücksichtigungswürdigen Gründen gem. § 55 AsylG stellte.

Gem. § 38 VwGVG iVm § 45 Abs. 1 Zif. 4 VStG hat die Behörde von der Einleitung oder Fortführung eines Strafverfahrens abzusehen und die Einstellung zu verfügen, wenn die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat und das Verschulden des Beschuldigten gering sind. Anstatt die Einstellung zu verfügen, kann die Behörde dem Beschuldigten im Fall der Zif. 4 unter dem Hinweis auf die Rechtswidrigkeit seines Verhaltens mit Bescheid eine Ermahnung erteilen, wenn dies geboten erscheint, um ihn von der Begehung strafbarer Handlungen gleicher Art abzuhalten. § 45 Abs. 1 Zif. 4 VStG setzt für die Erteilung einer Ermahnung voraus, dass das Verschulden gering ist. Dass ist dann der Fall, wenn das tatbildmäßige Verhalten des Täters hinter dem in der betreffenden Strafdrohung typisierten Unrechts- und Schuldgehalt erheblich zurückbleibt (vgl. VwGH 6.11.2012, 2012/09/0066). Von einem geringfügigen Verschulden ist dann auszugehen, wenn besondere Umstände bei der Begehung der Tat rechtfertigen.

Ich befinde mich bereits in Österreich seit über 6 Jahren. Zudem wohnt in Österreich meine Kernfamilie und bin ich seit 2010 ständig erwerbstätig. Im Vergleich zu einer Person, die mangels Erfüllung von Voraussetzungen sich illegal in Österreich befindet, habe ich lediglich die Verlängerungsfrist übersehen. Es ist auch davon auszugehen, dass mein Aufenthaltstitel verlängert worden wäre. Überdies verweise ich darauf, dass mein Antrag auf Erteilung eines Aufenthaltstitels aus berücksichtigungswürdigen Gründen gem. § 55 AsylG bewilligt wurde und ich mich nunmehr (formell) legal in Österreich befinde. Aufgrund meiner ausgeprägten Integration in die österreichische Gesellschaft, des Bestehens von Familienbindungen in Österreich und des langjährigen Aufenthalts in Österreich, erfüllte ich bereits mit dem 19.5.2016 sämtliche Voraussetzungen für die Erteilung eines Aufenthaltstitels aus berücksichtigungswürdigen Gründen. Somit beschränkt sich der Unrechtsgehalt meines Verhaltens lediglich auf die Verabsäumung der Verlängerungsfrist. Deshalb war auch zu jener Zeit mein Aufenthalt in Österreich materiell legal.

Die Landespolizeidirektion geht auch rechtswidrig davon aus, dass meine fortgesetzte Beschäftigung in der Firma A GmbH unrechtmäßig war:

Gem. § 3 Abs. 7 des AuslBG darf der Arbeitgeber einen Ausländer auch nach dem Wegfall der dafür maßgeblichen persönlichen Umstände des Ausländers bis zum Ende des Beschäftigungsverhältnisses weiter beschäftigen, wenn zum Zeitpunkt der Beschäftigungsaufnahme die Bestimmungen des AuslBG nicht anzuwenden waren. Gem. § 1 Abs. 2 lit m. AuslBG sind Ehegatten österreichischer Staatsbürger, die zur Niederlassung nach dem NAG berechtigt sind, vom Geltungsbereich des Ausländerbeschäftigungsgesetzes ausgenommen. Aufgrund dieser Bestimmungen handelte es sich um eine rechtmäßige Weiterbeschäftigung. Daher ist das tatbildmäßige Verhalten erheblich hinter dem in der betreffenden Strafdrohung typisierten Unrechts- und Schuldgehalts zurückgeblieben, weshalb es beantragt wird, dass Verwaltungsstrafverfahren einzustellen bzw. eine Ermahnung auszusprechen.

Das deutliche Überwiegen von Milderungsgründe führt außerdem zur außerordentlichen Strafmilderung im Sinne des § 20 VStG."
[Hervorhebungen nicht übernommen]

3. Mit Schreiben vom 25. Jänner 2017 legte die belangte Behörde die Beschwerde samt dem bezughabenden Verwaltungsakt dem Oö. Landesverwaltungsgericht zur Entscheidung vor. Eine Beschwerdevorentscheidung wurde nicht erlassen.

4. Das Oö. Landesverwaltungsgericht hat Beweis erhoben durch die Einsichtnahme in den vorgelegten Verwaltungsakt und die Beschwerde. Von der Durchführung einer mündlichen Verhandlung konnte abgesehen werden, da im angefochtenen Straferkenntnis eine 500 Euro nicht übersteigende Geldstrafe verhängt wurde und die Durchführung einer Verhandlung von keiner Partei beantragt wurde (§ 44 Abs 3 Z 3 VwGVG). Der diesbezügliche Verhandlungsantrag des Bf wurde mit Schreiben vom 20.3.2017 zurückgezogen.

Das Oö. Landesverwaltungsgericht geht von folgendem S a c h v e r h a l t aus:

Der Bf hält sich seit ca. 6 Jahren gemeinsam mit seiner Frau in Österreich auf. Er besaß einen bis zum 19.5.2016 gültigen Aufenthaltstitel. Den Verlängerungsantrag brachte er verfristet am 31.5.2016 ein. Im Zuge der Mitteilung, dass sein Antrag verfristet sei, stellte der Bf umgehend einen Antrag gem. § 55 AsylG. Dieser Antrag wurde dem Bf bewilligt. Er ist seit 15.9.2016 wieder in Besitz eines Aufenthaltstitels. Die verspätete Antragstellung ist auf ein Versehen des Bf zurückzuführen. Er hat unmittelbar nach dem Erkennen seines Fehlers reagiert und mit der Antragstellung gem. § 55 AsylG die Rechtmäßigkeit seines Aufenthaltes wiederherzustellen versucht.

5. Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich völlig widerspruchsfrei aus dem vorgelegten Verwaltungsakt und den Ausführungen in der Beschwerde.

III.

1. Gemäß § 120 Abs 1a des Fremdenpolizeigesetzes BGBl I Nr 100/2005, in der zum Tatzeitpunkt geltenden Fassung BGBl I Nr 87/2012 – FPG 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 sich als Fremder nicht rechtmäßig im Bundesgebiet aufhält. (...) 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.

Gemäß § 31 Abs 1 FPG Fremde halten sich rechtmäßig im Bundesgebiet auf,
1. wenn sie rechtmäßig eingereist sind und während des Aufenthalts im Bundesgebiet die Befristungen oder Bedingungen des Einreisetitels oder des visumfreien Aufenthaltes oder die durch zwischenstaatliche Vereinbarungen, Bundesgesetz oder Verordnung bestimmte Aufenthaltsdauer nicht überschritten haben;
2. wenn sie auf Grund einer Aufenthaltsberechtigung oder einer Dokumentation des Aufenthaltsrechtes nach dem Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz zur Niederlassung oder zum Aufenthalt oder auf Grund einer Verordnung für Vertriebene zum Aufenthalt berechtigt sind;
3. wenn sie Inhaber eines von einem Vertragsstaat ausgestellten Aufenthaltstitels sind bis zu drei Monaten (Artikel 21 SDÜ gilt), sofern sie während ihres Aufenthalts im Bundesgebiet keiner unerlaubten Erwerbstätigkeit nachgehen;
4. solange ihnen ein Aufenthaltsrecht nach dem AsylG 2005 zukommt;
5. (...)

6. wenn sie eine Beschäftigungsbewilligung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz mit einer Gültigkeitsdauer bis zu sechs Monaten, eine Entsendebewilligung, eine EU-Entsendebestätigung, eine Anzeigebestätigung gemäß § 3 Abs. 5 AuslBG oder eine Anzeigebestätigung gemäß § 18 Abs. 3 AuslBG mit einer Gültigkeitsdauer bis zu sechs Monaten, innehaben oder
7. soweit sich dies aus anderen bundesgesetzlichen Vorschriften ergibt.

Gemäß § 38 VwGVG iVm § 45 Abs 1 Z 4 VStG hat die Behörde von der Einleitung oder Fortführung eines Strafverfahrens abzusehen und die Einstellung zu verfügen, wenn die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat und das Verschulden des Beschuldigten gering sind. Anstatt die Einstellung zu verfügen, kann die Behörde dem Beschuldigten im Fall der Z 4 unter dem Hinweis auf die Rechtswidrigkeit seines Verhaltens mit Bescheid eine Ermahnung erteilen, wenn dies geboten erscheint, um ihn von der Begehung strafbarer Handlungen gleicher Art abzuhalten.

2. Voraussetzung für die Erteilung einer Ermahnung gemäß § 45 Abs 1 Z 4 VStG ist das kumulative Vorliegen der in dieser Gesetzesstelle genannten Kriterien.

Zweck des § 120 Abs 1a FPG ist es, den rechtswidrigen Aufenthalt sowie die rechtswidrige Einreise nach Österreich hintanzuhalten. Hinsichtlich der Bedeutung dieses Rechtsguts ist im abstrakten Vergleich zu den persönlichen Werten wie etwa dem Recht auf Leben oder dem Recht auf körperliche Unversehrtheit, Gesundheit, Freiheit, etc. grundsätzlich von einer deutlich geringeren Bedeutung des hier in Rede stehenden Rechtsguts auszugehen (zum Rangverhältnis der kollidierenden Rechtsgüter vgl *Kienapfel/Höpfel*, Strafrecht Allgemeinter Teil 13 Z 12 RN 21). Die gemäß § 45 Abs 1 Z 4 VStG erforderliche Voraussetzung der geringen Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsguts und der geringen Intensität der Beeinträchtigung kann, unter Ansehung des insgesamt überwiegend rechtmäßigen Aufenthalts des Bf in Österreich, daher als erfüllt angesehen werden.

Darüber hinaus setzt § 45 Abs 1 Z 4 VStG für die Erteilung einer Ermahnung voraus, dass das Verschulden gering ist. Von geringfügiger Schuld kann nur die Rede sein, wenn das tatbildmäßige Verhalten des Täters hinter dem in der betreffenden Strafdrohung typisierten Unrechts- und Schuldgehalt erheblich zurückbleibt (vgl noch zu § 21 Abs 1 VStG aF VwGH vom 6.11.2012, 2012/09/0066). Solches kann auch bei vorsätzlichem Handeln des Täters der Fall sein, allerdings nur dann, wenn besondere Umstände bei der Begehung der Tat, wie zB eine dringende Notlage diesen Schluss rechtfertigen (vgl *Hauer/Leukauf*, Handbuch des österreichischen Verwaltungsverfahrens[6], 1369 mwN).

Im Hinblick auf den festgestellten Sachverhalt ist zu erkennen, dass der Bf aus Versehen die fristgerechte Antragstellung zur Verlängerung übersehen hat. Ihm

ist insofern lediglich Fahrlässigkeit vorzuwerfen. Weiters ist zu erkennen, dass der Bf unmittelbar nach Kenntnis seiner Fahrlässigkeit versuchte seinen Fehler auszubessern und die Rechtsverletzung in ihren Auswirkungen zu reduzieren. MaW: der Bf anerkennt das österreichische fremdenrechtliche System, da er sich sofort um Legalisierung seines Aufenthalts bemüht hat – wiewohl erkannt werden muss, dass er zum Abwarten des Verfahrens in Österreich keine Berechtigung gehabt hat.

3. Aufgrund der besonderen Umstände im vorliegenden Fall gelangt das Oö. Landesverwaltungsgericht daher zum Ergebnis, dass hier ausnahmsweise mit einer Ermahnung das Auslangen gefunden werden kann. Dies auch deshalb, weil der Bf nunmehr im Besitz eines Aufenthaltstitels ist und eine Wiederholungsgefahr daher – solange der Titel besteht – nicht besteht. Für den Fall des Wegfalls des Titels scheint es jedoch notwendig, dem Bf klar zu machen, dass er bei nicht rechtzeitiger Ausreise aus Österreich einen Straftatbestand verwirklicht.

IV.

Im Ergebnis war dem Antrag des Bf auf Erteilung einer Ermahnung stattzugeben. Hinsichtlich Spruchpunkt II ist festzuhalten, dass gem § 52 Abs 8 VwGVG die Kosten des Beschwerdeverfahrens dem Bf nicht aufzuerlegen sind, wenn der Beschwerde auch nur teilweise Folge gegeben worden ist.

V.

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Art 133 Abs 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Ebenfalls liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

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

Gegen dieses Erkenntnis 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 Eingabegebühr von je 240.- Euro zu entrichten.

H i n w e i s

Anträge auf Bewilligung der Verfahrenshilfe zur Abfassung und Einbringung einer außerordentlichen Revision sind unmittelbar beim Verwaltungsgerichtshof einzubringen.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Dr. Brandstetter