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-700310/3/Sr

Datum:
Linz, 7. September 2017

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Mag. Stierschneider über die Beschwerde der X R, geboren am x, StA K und M, vertreten durch RA Dr. B W, x, gegen das Straferkenntnis der Landespolizeidirektion Oberösterreich vom 6. Juni 2017, GZ: VStV/917300444731/2017, wegen einer Übertretung nach dem Fremdenpolizeigesetz

zu Recht:

I. Die Beschwerde wird mit der Maßgabe als unbegründet abgewiesen, als die Dauer des nicht rechtmäßigen Aufenthaltes auf den Zeitraum 3. März bis 19. Mai 2017 beschränkt wird.

II. Die Beschwerdeführerin hat einen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens in der Höhe von 100,- Euro zu leisten.

III. 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 Straferkenntnis der Landespolizeidirektion Oberösterreich vom 6. Juni 2017, GZ: VStV/917300444731/2017, wurde über die nunmehrige Beschwerdeführerin (im Folgenden: Bf) eine Verwaltungsstrafe in Höhe von 500,- Euro (Ersatzfreiheitsstrafe: 3 Tage) wegen einer Übertretung nach § 120 Abs 1a Fremdenpolizeigesetz – FPG verhängt, da sie sich in der Zeit 3. März 2017 bis zumindest 22. Mai 2017 nicht rechtmäßig im Bundesgebiet aufgehalten habe.

Ihre Entscheidung begründet die belangte Behörde im Wesentlichen damit, dass die Bf nach rechtskräftig erlassener Rückkehrentscheidung innerhalb der gewährten Frist von 14 Tagen nicht aus Österreich ausgereist sei (Fristende: 2. März 2017).

2. Gegen das genannte Straferkenntnis erhob die rechtsfreundlich vertretene Bf rechtzeitig das Rechtsmittel der Beschwerde.

Ihr Rechtsmittel begründend führt die Bf auf das Wesentliche verkürzt aus, dass sie aufgrund der schweren Erkrankung ihrer Tochter in Österreich geduldet und erst nach dem Tod dieser Tochter zur Ausreise mit ihrer weiteren Tochter verpflichtet worden sei. Die Gewährung der Verfahrenshilfe zur Erhebung einer außerordentlichen Revision sei ihr vom Verwaltungsgerichtshof versagt worden.
Sie sei sowohl Staatsangehörige von K als auch von M. Eine k. parlamentarische Kommission habe sie für den Botschafterposten in P ausgewählt. Die formelle Bestätigung durch den Staatspräsidenten sei noch nicht erfolgt. Über Intervention ihrer Regierung habe das österreichische Außenministerium veranlasst, dass die Rückkehrentscheidung nicht zwangsweise durchgesetzt werde.
Der strafbare Zeitraum sei von der belangten Behörde mit 3. März 2017 festgesetzt worden. Ab diesem Zeitpunkt habe sie sich – gestützt auf ihre Staatsangehörigkeit – visumsfrei in Österreich aufhalten können. Weiters sei die Republik Österreich dem Ersuchen nachgekommen, dass sich die Bf bis zum Abschluss des formellen Botschafterernennungsverfahrens in Österreich aufhalten dürfe. Aufgrund der zwischenstaatlichen Vereinbarung nach § 31 Abs 1 Z 1 FPG und der visafreien Aufenthaltsmöglichkeit sei rückwirkend von einem legalen Aufenthalt auszugehen. Abschließend wurde die Aufhebung des Straferkenntnisses und die Einstellung des Verwaltungsstrafverfahrens beantragt.

3.1. Mit Schreiben vom 20. Juli 2017 legte die belangte Behörde dem Landesverwaltungsgericht OÖ die Beschwerde samt dem bezughabenden Verwaltungsakt zur Entscheidung vor. Eine Beschwerdevorentscheidung wurde nicht erlassen.

3.2. Mit Schriftsatz vom 8. August 2017 legte der Rechtsvertreter die Kopie einer Verbalnote des Außenministeriums der Republik K vor.

3.3. Das Landesverwaltungsgericht hat Beweis erhoben durch die Einsichtnahme in den vorgelegten Verwaltungsakt und die Beschwerde. Im Hinblick auf das Vorbringen der Bf wurden ergänzende Ermittlungen vorgenommen.

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

Die Bf, Inhaberin eines m. und k. Reisepasses, reiste mit ihren Kindern am 1. November 2014 legal in Österreich ein und blieb nach Ablauf des sichtvermerksfreien Zeitraumes von 90 Tagen weiter in Österreich aufhältig.

Mit Bescheid vom 24. Februar 2015 erließ das Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl eine Rückkehrentscheidung. Die Abschiebung in den K wurde aufgrund der schweren Erkrankung der Tochter vorübergehend für unzulässig erklärt. In der Folge wurden der Bf Karten für Geduldete am 24. Februar 2015 und 24. Februar 2016 (gültig bis 23. Februar 2017) ausgestellt. Am xx.xx.2016 ist die Tochter in Österreich verstorben.

Mit Bescheid vom 24. Juni 2016 erließ das Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl eine Rückkehrentscheidung. Die Abschiebung in den K wurde für zulässig erklärt und eine Frist von 14 Tagen (ab Rechtskraft der Rückkehrentscheidung) für die freiwillige Ausreise gewährt. Das Bundesverwaltungsgericht wies mit Erkenntnis vom 15. Februar 2017 die dagegen eingebrachte Beschwerde als unbegründet ab.

Die Frist zur freiwilligen Ausreise – Fristende 2. März 2017 – verließ die Bf ungenützt verstreichen.

Laut Aktenlage hat die Bf am 19. Mai 2017 freiwillig das Bundesgebiet verlassen. Eine Bestätigung über die (verspätete) freiwillige Ausreise legte die Bf nicht vor.

Am 22. Mai 2017 sprach die Bf bei der österreichischen Botschaft in S vor.

In der Verbalnote vom 14. April 2017 ersuchte das Außenministerium der Republik K das Bundesministerium für Europa, Integration und Äußeres um Gewährung eines vorübergehenden Aufenthaltsrechtes für die Bf und deren Tochter D, da die Bf als Botschafterin in Tschechien vorgesehen sei. Das Bundesministerium kam dem Ersuchen insofern nach, als die ÖB in S der Bf am 22. Mai 2017 ein Visum C (gültig vom 23. Mai bis 20. Juli 2017) ausstellte.

Wann die Bf neuerlich in Österreich eingereist und in der Folge wieder ausgereist ist, kann nicht festgestellt werden. Am 4. August 2017 wurde die Bf in Österreich von Amtswegen abgemeldet.

Die Bf besaß zu keinem Zeitpunkt ein humanitäres Aufenthaltsrecht. Im Tatzeitraum verfügte die Bf über keinerlei Aufenthaltsrecht.

Die Bf ist nicht auf den vorgesehenen Botschafterposten berufen worden.

II.

Der festgestellte Sachverhalt ist im Wesentlichen unstrittig.

Dass der Bf „rückwirkend“ ein Aufenthaltsrecht zugestanden worden wäre, ist nicht nachvollziehbar und abgesehen vom allgemeinen Vorbringen auch nicht ansatzweise konkretisiert worden.

III.

1. Gemäß § 31 Abs 1 Fremdenpolizeigesetz – FPG, BGBl I Nr 100/2005, zuletzt geändert durch BGBl I Nr 24/2016, 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 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;
(Anm.: Z 5 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 122/2009)
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 § 120 Abs 1a FPG begeht, wer als Fremder sich nicht rechtmäßig im Bundesgebiet aufhält, 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.

2. In rechtlicher Hinsicht ist Folgendes auszuführen:

2.1. Am 1. November 2014 reiste die Bf rechtmäßig mit ihren Töchtern sichtvermerksfrei in Österreich ein. Im Hinblick auf die schwere Erkrankung ihrer Tochter wurde von einer zwangsweisen Durchsetzung der Rückkehrentscheidung Abstand genommen und die Bf in Österreich geduldet. Nach Wegfall des Hinderungsgrundes und der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichtes ließ die Bf den ihre gewährten Zeitraum zur freiwilligen Ausreise verstreichen, obwohl sie über den 2. März 2017 hinaus über keinerlei Aufenthaltsrecht mehr verfügte.

2.2. Im Beschwerdeverfahren hat die Bf ausschließlich rechtliche Gründe geltend gemacht, die den zu beurteilenden Aufenthaltszeitraum im Bundesgebiet rechtfertigen sollen.

Unbestritten hat sie in diesem Zeitabschnitt über keinerlei Aufenthaltsberechtigung nach den fremdenrechtlichen Bestimmungen verfügt.

2.2.1. Die vorgebrachte zwischenstaatliche Vereinbarung ist weder belegt noch ließ sich das Vorhandensein einer solchen im ergänzenden Ermittlungsverfahren feststellen. Dem Ersuchen des k. Außenministeriums wurde nur insoweit nachgekommen, als der Bf nach ihrer Ausreise aus Österreich am 19. Mai 2017 ein Visum C für den Zeitraum 23. Mai bis 20. Juni 2017 ausgestellt und so die Wiedereinreise in Österreich gewährt wurde. Dass dadurch, wie die Bf vermeint, „rückwirkend“ auch der nicht rechtmäßige Aufenthalt während des Tatzeitraumes in einen rechtmäßigen gewandelt werden sollte, entbehrt jeder Grundlage.

2.2.2. Mit der österreichischen Rechtslage ist auch die Rechtsansicht der Bf, wonach für den Tatzeitraum das sich aus der m. Staatsbürgerschaft erschließbare sichtvermerksfreie Aufenthaltsrecht abgeleitet werden könne, nicht vereinbar.

Unbestritten ist die Bf Staatsangehörige von M und K und somit zur sichtvermerksfreien Einreise und zum 90-tägigen Aufenthalt in Österreich berechtigt. Die Einreise am 1. November 2014 und der nachfolgende 90-tägige

Aufenthaltes waren als rechtmäßig zu beurteilen. Dass eine Doppelstaatsbürgerschaft zu einer Verdoppelung des Aufenthaltsrechtes führe bzw. diese im Bedarfsfall Jahre später die Sanierung eines nicht rechtmäßigen Aufenthaltes zu begründen vermöge, ist den relevanten Bestimmungen fremd.

2.3. Zur Erfüllung des objektiven Tatbestands des § 120 Abs 1a FPG ist entsprechend der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs (vgl VwGH 20.2.2014, 2013/21/0169 uHa VwGH 18.4.2013, 2011/21/0249) jedoch zudem die hypothetische Zulässigkeit einer Ausweisung unter den Gesichtspunkten des Art 8 EMRK zu prüfen. 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 Ausweisung überwiegt, von der Strafdrohung des § 120 Abs 1a FPG erfasst, so läge darin ein dem Gesetzgeber nicht zusinnbarer Wertungswiderspruch. Es müsse daher das Vorliegen eines gesetzlichen Strafausschließungsgrundes nach § 6 VStG angenommen werden, wenn einer Ausweisung des Fremden eine zu seinen Gunsten ausfallende Interessenabwägung im Sinn des Art 8 EMRK im Weg steht.

Gemäß Art 8 Abs 2 EMRK ist allerdings ein Eingriff einer öffentlichen Behörde in die Ausübung des Rechts gemäß Abs 1 (nur) statthaft, insoweit dieser Eingriff gesetzlich vorgesehen ist und eine Maßnahme darstellt, die in einer demokratischen Gesellschaft für die nationale Sicherheit, die öffentliche Ruhe und Ordnung, das wirtschaftliche Wohl des Landes, die Verteidigung der Ordnung und zur Verhinderung von strafbaren Handlungen, zum Schutz der Gesundheit und der Moral oder zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer notwendig ist.

Bei der Beurteilung des Privat- und Familienlebens im Sinne des Art 8 EMRK sind insbesondere zu berücksichtigen:

1. die Art und Dauer des bisherigen Aufenthaltes und die Frage, ob der bisherige Aufenthalt des Fremden rechtmäßig war;
2. das tatsächliche Bestehen eines Familienlebens;
3. die Schutzwürdigkeit des Privatlebens;
4. der Grad der Integration;
5. die Bindungen zum Heimatstaat des Fremden;
6. die strafgerichtliche Unbescholtenheit;
7. Verstöße gegen die öffentliche Ordnung, insbesondere im Bereich des Asyl- Fremdenpolizei- und Einwanderungsrechts;
8. die Frage, ob das Privat- und Familienleben des Fremden in einem Zeitpunkt entstand, in dem sich die Beteiligten ihres unsicheren Aufenthaltstatus bewusst waren;
9. die Frage, ob die Dauer des bisherigen Aufenthaltes in den Behörden zurechenbaren überlangen Verzögerungen begründet ist.

Für eine Integration der Bf in Österreich haben sich keine Anhaltspunkte ergeben. Im Hinblick auf Art 8 EMRK ist insbesondere auch ins Kalkül zu ziehen, dass der Aufenthalt der Bf in der Republik Österreich über weite Zeiträume nur geduldet war und sie ihrer rechtzeitigen Ausreiseverpflichtung in keinem Fall nachgekommen ist. Wie oben dargestellt, hat sie über einen längeren Zeitraum kreativ eine Außerlandesbringung vermieden und einer „freiwilligen Ausreise“ erst zugestimmt, als zwangsbewährte Außerlandesbringungen im Raum gestanden sind.

Es ist sohin von der Erfüllung des objektiven Tatbestands der vorgeworfenen Verwaltungsübertretung auszugehen.

3. Auf subjektiver Ebene reicht der Verweis auf § 5 Abs 1 VStG, wonach zur Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten genügt, wenn eine Verwaltungsvorschrift über das Verschulden nicht anderes bestimmt. Fahrlässigkeit ist bei Zuwiderhandeln gegen ein Verbot oder bei Nichtbefolgung 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.

§ 5 Abs 1 S 2 VStG ordnet der Sache nach an, dass bei fahrlässigen Ungehorsamsdelikten der Verstoß gegen den entsprechenden verwaltungs-strafrechtlichen Rechtsbefehl grundsätzlich Fahrlässigkeit indiziert; der Täter muss diesfalls glaubhaft machen, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungs-vorschrift „kein Verschulden trifft“ (*Lewisch* in *Lewisch/Fister/Weilguni*, VStG § 5 Rz 5). Bei der Bestimmung des § 120 Abs 1a FPG handelt es sich um ein Ungehorsamsdelikt im Sinne des § 5 Abs 1 zweiter Satz VStG.

Aufgrund der zahlreichen behördlichen Schritte und Entscheidungen musste der rechtsfreundlich vertretenen Bf klar sein, dass sie im relevanten Zeitraum über keinen legalen Aufenthalt verfügt. Dieser Aufenthalt ist wenigstens als bewusst fahrlässig anzusehen.

Es ist somit auch von der Erfüllung der subjektiven Tatseite auszugehen.

4. Gemäß § 19 Abs 1 VStG iVm § 38 VwGVG ist Grundlage für die Bemessung der Strafe die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsguts und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat.

Gemäß § 19 Abs 2 VStG iVm § 38 VwGVG sind im ordentlichen Verfahren über-dies 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. Unter Berücksichtigung der Eigenart des Verwaltungsstrafrechts sind die §§ 32 bis 35 StGB sinngemäß anzuwenden. Die Einkommens-, Vermögens- und Familienverhältnisse des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen.

5. Zur Bemessung der Strafe ist anzumerken, dass die belangte Behörde die vom Gesetzgeber normierte Mindestgeldstrafe festgesetzt hat, wobei im ggst. Fall lediglich der Milderungsgrund der Unbescholtenheit besteht, weshalb die außerordentliche Strafmilderung gemäß § 20 VStG nicht zur Anwendung kommen kann.

Es erübrigt sich daher eine weitere Prüfung der Strafhöhe.

6. Gemäß § 52 Abs 1 VwGVG ist in jedem Erkenntnis des Verwaltungsgerichtes, mit dem ein Straferkenntnis bestätigt wird, auszusprechen, dass der Bestrafte einen Beitrag zu den Kosten des Verfahrens zu leisten hat. Dieser Beitrag ist Abs 2 leg cit zufolge für das Beschwerdeverfahren mit 20 % der verhängten Strafe, mindestens jedoch mit € 10,- zu bemessen. Im vorliegenden Fall ist daher ein Betrag in der Höhe von € 100,- vorzuschreiben.

IV. Unzulässigkeit der Revision:

Die Revision ist unzulässig, da die gegenständliche Entscheidung zur Gänze der im Entscheidungstext zitierten einheitlichen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs entspricht (etwa VwGH 4.10.2012, 2012/09/0134, 18.9.2008, 2008/09/0187; 6.9.2016, Ra 2016/09/0056). Es liegt somit 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 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. 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.

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

Mag. Stierschneider