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-700312/2/BP/BD

Datum:
Linz, 7. August 2017

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Mag. Dr. Bernhard Pree über die Beschwerde der Y K, geb. x, StA. U, vertreten durch LH a.D. Dr. J R, X, gegen das Straferkenntnis der Landespolizeidirektion Oberösterreich vom 5. Juli 2017, GZ: VStV/917300198211/2017, wegen einer Übertretung des Fremdenpolizeigesetzes

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird stattgegeben, als von der Verhängung einer Strafe abgesehen und der Beschwerdeführerin unter Hinweis auf die Rechtswidrigkeit ihres Verhaltens eine Ermahnung erteilt wird.

II. Die Beschwerdeführerin hat keinen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens zu leisten.

III. Gegen dieses Erkenntnis ist eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I.

I.1. Mit Straferkenntnis der Landespolizeidirektion Oberösterreich (in der Folge: belangte Behörde) vom 5. Juli 2017, GZ: VStV/917300198211/2017, wurde über die Beschwerdeführerin (in der Folge: Bf) gemäß § 120 Abs. 1a des Fremdenpolizeigesetzes (FPG) eine Geldstrafe in der Höhe von 250 Euro sowie im Falle der Uneinbringlichkeit eine Ersatzfreiheitsstrafe von 18 Stunden verhängt.

Die belangte Behörde führt dabei folgenden Tatvorwurf aus:
„Sie hielten sich als Fremde (§ 2 Abs. 4 Z 1 FPG), wie am 07.02.2017 in E, P-Straße 2, 38 festgestellt wurde, seit mindestens 18.12.2016 bis 28.06.2017 nicht rechtmäßig im i 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 sind 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 sind Sie Inhaber eines von einem Vertragsstaat ausgestellten Aufenthaltstitels noch besteht ein Aufenthaltsrecht nach asylrechtlichen Bestimmungen. Sie haben 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 ergibt sich nicht aus anderen bundesgesetzlichen Vorschriften.“
[Hervorhebungen nicht übernommen]

Begründend führt die belangte Behörde ua. aus:
„Mit der oben bezeichneten Strafverfügung wurde über sie wegen einer Verwaltungsübertretung gemäß § 120 Abs.1a FPG eine Geldstrafe von 500 Euro (3 Tage Ersatzfreiheitsstrafe) verhängt. Es wurde ihnen zur Last gelegt, sich als Fremde, wie am 7.2.2017 in 4020 Linz, Nietzschestraße 33 festgestellt wurde im Bundesgebiet aufgehalten zu haben, ohne im Besitz einer Aufenthaltsberechtigung zu sein.

Sie haben fristgerecht einen Einspruch eingebracht.

Sie machen im Wesentlichen geltend, dass Sie bei der BH Gmunden um eine Niederlassungsbewilligung „Angehöriger" angesucht haben. Der Unrechtsgehalt der Tat und das Verschulden liege weit hinter dem normalen Unrechtsgehalt eines inkriminierten Deliktes. Gemäß § 20 VStG sei eine außerordentliche Strafmilderung dann anzunehmen, wenn die Milderungsgründe die Erschwerungsgründe bei weitem überwiegen.

Sie haben die Tat nicht bestritten und sind bisher vollkommen unbescholten. Weiters sei

nur ein geringfügiges Verschulden anzunehmen. Es seien daher zahlreiche Milderungsgründe gegeben, wohingegen überhaupt kein Erschwerungsgrund vorliege. Es sei daher im gegenständlichen Fall davon auszugehen, dass die Milderungsgründe bei weitem überwiegen und daher eine außerordentliche Strafmilderung gemäß § 20 VStG bei der Strafbemessung angemessen sei.

Der Strafrahmen des § 120 Abs.1a FPG reicht von 500 bis 2.500 Euro Geldstrafe, für den Fall der Uneinbringlichkeit von 2 Wochen Ersatzfreiheitsstrafe.
Indem die Behörde bereits die Mindeststrafe im Sinne des § 19 VStG festgelegt hat, war entsprechend dem Einspruch zu prüfen, ob die Voraussetzungen des § 20 VStG vorliegen.

Gemäß § 20 VStG kann, überwiegen die Milderungsgründe die Erschwerungsgründe beträchtlich oder ist der Beschuldigte ein Jugendlicher, die Mindeststrafe bis zur Hälfte unterschritten werden.

Dazu wird festgestellt, dass laut ständiger Rechtssprechung des Verwaltungsgerichtshofes bei Anwendung des § 20 VStG die Milderungsgründe die Erschwerungsgründe beträchtlich überwiegen müssen. Es kommt nicht auf die Zahl, sondern auf das Gewicht der Milderungsgründe an. Unter anderem kann ein einziger Milderungsgrund so schwerwiegend sein, dass er mehrere vorhandene Erschwerungsgründe überwiegt und daher eine außerordentliche Strafmilderung rechtfertigt.

Die belangte Behörde hat zur Strafbemessung ausgeführt, dass ein monatliches Einkommen von 1.200 Euro, kein Vermögen und keine Sorgepflichten zu Grunde gelegt wurden. Das Ausmaß des Verschuldens wurde gewertet, die Erschwerungs- und Milderungsgründe gegeneinander abgewogen. Als strafmildernd wurde gewertet, dass Sie keine rechtskräftige einschlägige Vorstrafe begangen haben, straferschwerende Gründe wurden keine gefunden, sodass die Mindeststrafe verhängt werden konnte.

Die LPD Oberösterreich vertritt dazu die Auffassung, dass, jedenfalls der Aktenlage nach, von einer verwaltungsstrafrechtlichen Unbescholtenheit auszugehen ist. Als weiterer Milderungsgrund kann ihr kooperatives Verhalten gewertet werden, sie haben von Anfang an keine Versuche gemacht, ihr Verhalten abzuschwächen. In Anbetracht des Überwiegens der dargelegten Milderungsgründe, welche durchaus als gewichtig angesehen werden können, andererseits aber keine Erschwerungsgründe vorliegen, erachtet die LPD Oberösterreich, dass im vorliegenden konkreten Falle in Anwendung des § 20 VStG sowohl die Geld-, als auch die Ersatzfreiheitsstrafe auf die Hälfte der gesetzlichen Mindeststrafe herabgesetzt werden können.

Die nunmehr verhängte Strafe hält auch generalpräventiven Überlegungen stand und soll sie im eigenen Interesse von der Begehung weiter Verwaltungsübertretungen abhalten.“
[Hervorhebungen nicht übernommen]

I.2. Gegen dieses Straferkenntnis richtet sich die vorliegende, durch die Bf rechtzeitig eingebrachte Beschwerde vom 24.7.2017, in welcher ua. Nachstehendes ausgeführt wird:
„Da mein Vertreter in obiger Angelegenheit, Herr LH a.D. Dr. J R, im Moment nicht erreichbar ist, lege ich (unter Einhaltung der Beschwerdefrist) gegen das oben angeführte

Straferkenntnis

BESCHWERDE

ein und begründe diese, wie folgt:
1 Ich bin mit einem Jahresvisum eingereist, dass mich zu einem dreimonatigen durchgehenden Aufenthalt berechtigte. Da ich 84 Jahre alt bin, ist es mir nicht mehr möglich, mein Leben, ohne die Unterstützung der Familie meines Sohnes F und O K, zu bewältigen.
2 Wir waren der Meinung, in der Zeitspanne von drei Monaten einen Aufenthaltstitel für einen dauernden Verbleib erwirken zu können, haben aber die Länge und die Komplexität des diesbezüglichen Verfahrens völlig unterschätzt.
3 Ich habe ein Einkommen von rund € 30.-. Alles, was für meinen Unterhalt darüber hinausgeht, bestreitet die Familie Meines Sohnes. So trifft die Strafe in der Höhe von € 275,- diesen und nicht mich, was mir recht bedenklich erscheint.

Ich bitte dringend, mir die Strafe zu erlassen!“
[Hervorhebungen nicht übernommen]

I.3. Mit Schreiben vom 25. Juli 2017 legte die belangte Behörde den in Rede stehenden Verwaltungsakt dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zur Entscheidung vor.

I.4.1. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich nahm Einsicht in den vorgelegten Verwaltungsstrafakt und das Parteienvorbringen.

I.4.2. Eine telefonische Nachfrage bei der zuständigen Bezirksverwaltungsbehörde am 7. August 2017 ergab, dass der Bf mit Wirkung 28. Juni 2017 ein Aufenthaltstitel „Angehöriger“ befristet auf ein Jahr erteilt wurde.

Nachdem der entscheidungswesentliche Sachverhalt hinreichend geklärt war und im Verfahren lediglich die Strafhöhe beeinsprucht worden war, konnte von der Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung abgesehen werden.

I.5. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich geht bei seiner Entscheidung von dem unter den Punkten I.1. und I.4.2. dieses Erkenntnisses dargestellten relevanten Sachverhalt aus.

II.

Nachdem der entscheidungsrelevante Sachverhalt völlig unbestritten feststand, kann auf eine detaillierte Beweiswürdigung verzichtet werden.

III.

III.1. Gemäß § 120 Abs. 1a des Fremdenpolizeigesetzes 2005 – FPG, BGBl. I Nr. 100/2005, in der zum Tatzeitpunkt geltenden Fassung 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 Aufenthalts im Bundesgebiet keiner unerlaubten Erwerbstätigkeit nachgehen;
4. solange ihnen ein Aufenthaltsrecht nach asylrechtlichen Bestimmungen zukommt;
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 § 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. Gemäß § 38 VwGVG ist diese Bestimmung für das Verfahren vor dem Verwaltungsgericht anzuwenden.

III.2. Nachdem sich die Bf schon im Einspruch gegen die Strafverfügung lediglich gegen die Strafhöhe wendete, die Begehung der Tat dabei nicht in Abrede stellte, erwuchs der Schuldspruch schon aufgrund der Strafverfügung in Rechtskraft und ist einer Überprüfung durch das LVwG sohin nicht mehr zugänglich. Aber auch die ggst. Beschwerde richtet sich im Grunde lediglich gegen die Strafhöhe, deren Minderung auf 0 die Bf nunmehr begehrt.

Hiezu ist auszuführen, dass die belangte Behörde bereits die gesetzlich vorgesehene Mindeststrafe von 500 Euro um die Hälfte unterschritt, indem sie § 20 VStG zur Anwendung brachte, weil sie ein klares Überwiegen der Milderungsgründe feststellte. Fraglich ist nun, ob auch der obzitierte § 45 VStG bzw. das gänzliche Absehen von der Strafe der Bf zu Gute gebracht werden kann.

III.3.1. Nach § 45 VStG muss die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat und das Verschulden des Beschuldigten gering sein.

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 Allgemeiner Teil[13] Z 12 Rn 21).

Wie sich mittlerweile ergab, wurde der Bf mit Bescheid vom 28. Juni 2017 der grundsätzlich rechtzeitig beantragte Aufenthaltstitel Angehöriger erteilt, weshalb der rechtswidrige Zustand nunmehr nicht mehr besteht. Eine Tatwiederholung ist daher auch nicht mehr möglich. Es soll hier keinesfalls zum Ausdruck gebracht werden, dass ein illegaler Aufenthalt in Österreich durch jegliche nachträgliche Gewährung eines Aufenthaltstitels die Rechtswidrigkeit des Verhaltens als geringfügig scheinen ließe, jedoch war hier im konkreten Fall aufgrund des betagten Alters der Bf und der restlichen mit dem Fall verbundenen Umstände davon auszugehen, dass sie zumindest mittelfristig einen Titel erhalten werde.

Unter Berücksichtigung vorstehender Umstände kann die gemäß § 45 Abs 1 Z 4 VStG erforderliche Voraussetzung der geringen Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsguts und der geringen Intensität der Beeinträchtigung daher als erfüllt angesehen werden.

III.3.2. Darüber hinaus setzt § 45 Abs 1 Z 4 VStG für die Einstellung des Strafverfahrens bzw 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. November 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).

Es ist festzuhalten, dass aufgrund des Alters und der gesundheitlichen Situation der Bf die Zumutbarkeit der Ausreise stark eingeschränkt war, aus der Sicht der Bf die Erteilung eines Aufenthaltstitels kurz bevor stand, weshalb ihr Verschulden tatsächlich als gering gewertet werden kann.

III.3.3. Es ist jedoch nach Ansicht des Landesverwaltungsgerichts Oberösterreich geboten, die Bf unter Hinweis auf die Rechtswidrigkeit ihres Verhaltens zu ermahnen.

III.4. Im Ergebnis war der Beschwerde insoweit stattzugeben, als von der Verhängung einer Strafe abgesehen und der Bf unter Hinweis auf die Rechtswidrigkeit ihres Verhaltens gemäß § 38 VwGVG iVm § 45 Abs 1 Z 4 VStG eine Ermahnung erteilt wird.

III.5.1. 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 Strafverfahrens zu leisten hat.

Gemäß § 52 Abs. 2 VwGVG ist dieser Beitrag für das Beschwerdeverfahren mit 20 % der verhängten Strafe, mindestens jedoch mit 10 Euro zu bemessen; bei Freiheitsstrafen ist zur Berechnung der Kosten ein Tag Freiheitsstrafe gleich 100 Euro anzurechnen. Der Kostenbeitrag fließt der Gebietskörperschaft zu, die den Aufwand des Verwaltungsgerichtes zu tragen hat.

Gemäß § 52 Abs. 8 VwGVG sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens dem Beschwerdeführer nicht aufzuerlegen, wenn der Beschwerde auch nur teilweise Folge gegeben wird.

III.5.2. In diesem Sinn war der Bf kein Beitrag zu den Kosten des Verfahrens vor dem LVwG aufzuerlegen.

IV. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

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. 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

Dr. Pree