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-700317/2/BP/SA

Datum:
Linz, 20. September 2017

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Mag. Dr. Bernhard Pree über die Beschwerde des A K, geb. x, StA. Usbekistan, vertreten durch RA E D, W, gegen das Straferkenntnis der Landespolizeidirektion Oberösterreich vom 27. Juni 2016, GZ: VStV/917300349655/2017, wegen einer Übertretung des Fremdenpolizeigesetzes

zu Recht:

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

II. Der Beschwerdeführer 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 27. Juni 2017, GZ: VStV/917300349655/2017, wurde über den Beschwerdeführer (in der Folge: Bf) gemäß § 120 Abs. 1a des Fremdenpolizeigesetzes (FPG) eine Geldstrafe in der Höhe von 500 Euro sowie im Falle der Uneinbringlichkeit eine Ersatzfreiheitsstrafe von 3 Tagen verhängt.

Die belangte Behörde führt dabei folgenden Tatvorwurf aus:
„Sie halten sich als Fremder (§ 2 Abs. 4 Z 1 FPG), wie am 01.03.2017, um 13:11 Uhr von Beamten der Landespolizeidirektion Oberösterreich, EGFA FB 04 - Fremdenpolizei in Linz, Nietzschestraße 33, 4020 Linz festgestellt wurde, seit 11.02.2017 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 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.
Ihr Asylverfahren wurde mit Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichtshofes vom 08.02.2017 negativ entschieden. Das Verfahren ist mit 10.02.2017 in Rechtskraft erwachsen, weshalb Sie sich seit 11.02.2017 unrechtmäßig im Bundesgebiet aufhalten.“
[Hervorhebungen nicht übernommen]

Begründend führt die belangte Behörde ua. aus:
„Mit Strafverfügung der LPD OÖ vom 09.06.2017, wurde über Sie gemäß § 120 Abs. 1a FPG eine Geldstrafe in der Höhe von 500,- Euro sowie im Falle der Uneinbringlichkeit eine Ersatzfreiheitsstrafe von 3 Tagen verhängt.

Sie halten sich als Fremder nicht rechtmäßig im Bundesgebiet auf, da Ihr Asylverfahren mit Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichtes vom 08.02.2017 gem. § 5 Absatz 1 AsylG negativ entschieden ist.

Sie sind weder auf Grund einer Aufenthaltsberechtigung oder Dokumentation des Aufenthaltsrechts nach dem Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz noch auf Grund

asylrechtlicher Bestimmungen, zwischenstaatlicher Vereinbarung, bundesgesetzlicher Vorschriften oder Verordnung zur Niederlassung oder zum Aufenthalt im Bundesgebiet berechtigt. Des weiteren sind Sie auch nicht Inhaber eines von einem Vertragsstaat ausgestellten Aufenthaltstitels, einer Beschäftigungsbewilligung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz mit einer Gültigkeitsdauer von sechs Monaten, einer Entsendebewilligung, einer EU-Entsendebestätigung, einer Anzeigebestätigung nach § 3 Abs. 5 AuslBG oder einer Anzeigebestätigung nach § 18 Abs. 3 AuslBG mit einer Gültigkeitsdauer bis zu sechs Monaten. Sie haben kein Aufenthaltsrecht nach § 31 Abs. 1 Fremdenpolizeigesetz.

Für die Behörde besteht kein Zweifel, dass Sie sich seit 11.02.2017 nicht rechtmäßig im Bundesgebiet der Republik Österreich aufhalten. Es ist unbestritten, dass Sie nicht im Besitz einer Berechtigung iSd. § 31 FPG gewesen sind. Der illegale Aufenthalt stellt eine Verwaltungsübertretung iSd. § 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 Ihnen angelastete Verwaltungsübertretung in der Schuldform der Fahrlässigkeit begangen haben.

Gegen die Strafverfügung der LPD ÖO vom 09.06.2017 brachten Sie rechtzeitig folgenden Einspruch ein:
‚Gegen diese Strafverfügung erhebe ich Einspruch, mit dem Bemerken, dass keine Straftat zu erkennen ist. Ich bin minderjährig, das Bundesverwaltungsgericht hat für meine Eltern, meine Geschwister und mich mit E vom 08.02.2017 die Außerlandesbringung nach Norwegen angeordnet. Meine Eltern sind daraufhin untergetaucht und haben uns Kinder bei einem Onkel in Wien in Pflege gegeben. Der Onkel, Herr G A, hat uns Kinder am 20.02.2017 nach W geholt.
Wir Kinder haben - und habe damit ich - aufgrund des Pflegeverhältnisses grundsätzlich Anspruch nach § 41a Abs. 10 NAG auf Legalisierung unseres Aufenthaltes. Davor ist aber noch das Asylverfahren abzuführen, es ist nämlich nicht rechtskräftig erledigt. Norwegen hat das Wiederaufnahmegesuch am 19.10.2016 angenommen, die 6-Monatsfrist des Art. 29 Abs. 1 Dublin III VO ist nämlich bereits abgelaufen, Österreich ist nunmehr für die inhaltliche Führung des Asylverfahrens zuständig, technisch bedeutet dies, dass der nach § 5 AsylG ergangene mich zurückweisende Bescheid von Amts wegen aufzuheben ist (VwGH 26.1.2017, Ra 2016/21/0305) womit ich ab Asylantragstellung am 09.09.2016 durchlaufend als Asylwerberin gelte und somit ein rechtswidriger Aufenthalt am 01.03.2017 nicht vorlag.

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 § 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 Beförderungsuntemehmers möglich ist.

Das FPG enthält keine eigene 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 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 wiederum festzustellen, dass das Asylverfahren am 08.02.2017 nach Prüfung durch das Bundesverwaltungsgericht rechtskräftig negativ abgeschlossen wurde, woraus für Sie eine Ausreiseverpflichtung entstand.

Des darauffolgenden illegalen Aufenthalts mussten Sie sich also klar bewusst gewesen sein. Sie sind der Meinung, dass die 6-Monatsfrist des Art 29 As. 1 Dublin III VO bereits abgelaufen sei und somit Österreich für die inhaltliche Prüfung des Asylverfahrens zuständig sei. Da das Verfahren bereits in zweiter Instanz rechtskräftig entschieden ist und somit kann vom Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl keine Verfahrenszulassung mehr erfolgen. Dies wurde Ihnen bereits vom BFA am 02.06.2017 per Email mitgeteilt.

Das Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichtes - nunmehr seit über 4 Monaten hinweg ignorierend - , verharren Sie somit im Bundesgebiet und haben alleine dadurch schon fahrlässig gehandelt, zumal eine mit der Rechts- und Werteordnung vertraute Person hier schon ohne weiteres die tatsächliche rechtliche Lage erfasst und sich dementsprechend verhalten hätte.

Im Grunde stellen Sie ausschließlich die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichtes in Frage.
Sie vertrauen offenbar lediglich darauf nicht abgeschoben werden zu können, ohne die rechtlichen Gegebenheiten anzuerkennen.

Wenn Fremde nach rechtskräftig negativem Abschluss ihres Asylverfahrens nicht rechtmäßig im Bundesgebiet verbleiben und die Behörden vor vollendete Tatsachen zu stellen versuchen, läuft dies zweifellos einem geordneten Fremdenwesen zuwider und ist nicht zu tolerieren.
Es ist zu berücksichtigen, dass Sie illegal in das Bundesgebiet eingereist sind und sich seit September 2016 lediglich auf Grundlage eines offenkundig unbegründeten Asylantrages in Österreich aufhalten.

In Ihrem Einspruch berufen Sie sich auf Ihr Privat- und Familienleben, da Sie von Ihren Eltern bei Ihrem Onkel in W in Pflege gegeben wurden, so müssen Sie darauf hingewiesen werden, dass Ihr Verhalten, dem Ziel eines geordneten Fremdenwesens und dem geordneten Zuzug von Fremden zuwiderlaufen.

Überdies würde es dazu führen, dass Fremde, die die fremdenrechtlichen Einreise- und Aufenthaltsbestimmungen beachten, letztlich schlechter gestellt wären, als Fremde, die Ihren Aufenthalt im Bundesgebiet lediglich durch ihre illegale Einreise und durch die Stellung eines unbegründeten Asylantrages erzwingen, was in letzter Konsequenz zu einer verfassungswidrigen unsachlichen Differenzierung der Fremden untereinander führen würde. Ihren persönlichen Interessen an einem weiteren Aufenthalt in Österreich steht somit das öffentliche Interesse an der Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung auf dem Gebiet des Fremdenwesens gegenüber; diesem gewichtigen öffentlichen Interesse kommt aus der Sicht des Schutzes und der Aufrechterhaltung der öffentliche Ordnung ein hoher Stellenwert zu.

Es kann daher nur Sanktionen unterliegen, wenn Fremde nach rechtskräftig negativem Abschluss ihres Asylverfahrens nicht rechtmäßig im Bundesgebiet verbleiben und die Behörden vor vollendete Tatsachen zu stellen versuchen.

Es wäre durchaus Ihre Pflicht gewesen und ist es auch immer noch, sich aktiv um die Beendigung eines rechtswidrigen Zustandes zu bemühen.

Es ist somit vom Vorliegen auch der subjektiven Tatseite in Form fahrlässigen Verhaltens auszugehen.

Gemäß § 19 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 "§§ 40 bis 46" sind überdies die nach dem Zweck der Strafdrohung in Betracht kommenden Erschwerungs- und Milderungsgründe soweit sie nicht schon die Strafdrohung bestimmen, gegeneinander abzuwägen.
Auch auf das Ausmaß des Verschuldens ist besonders Bedacht zu nehmen. Unter Berücksichtigung der Eigenart des Verwaltungsstrafrechtes sind die §§ 32 bis 35 Strafgesetzbuch sinngemäß anzuwenden. Die Einkommens- und Vermögensverhältnisse und allfällige Sorgepflichten des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen ebenso zu berücksichtigen.
Hinsichtlich der Strafhöhe ist anzumerken, dass ohnehin lediglich die gesetzliche Mindeststrafe verhängt wurde.

Betreffend die außerordentliche Strafmilderung ist festzuhalten, dass, auch wenn man die bisherige Unbescholtenheit als Milderungsgrund anerkennt, diese jedenfalls nicht zu einem klaren Überwiegen führen kann, da der von der Strafnorm angesprochene Unrechtsgehalt des Handelns keinesfalls erheblich gemildert wird, indem man den illegalen Aufenthalt aufrecht erhaltend nach Alternativen einer dauerhaften Verbleibemöglichkeit beschreitet.

Von unbedeutenden Folgen der Tat zu sprechen wäre 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 ebenfalls nicht ausgegangen werden.

Für die erkennende Behörde steht fest, dass Sie sich seit dem rechtskräftigen Abschluss des Asylverfahrens 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.

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.

Der Milderungsgrund der verwaltungsrechtlichen Unbescholtenheit kam Ihnen zugute.
Bei der Strafbemessung wurde davon ausgegangen, dass Sie kein hierfür relevantes Vermögen besitzen, nicht sorgepflichtig sind und kein Einkommen beziehen.
Die Kostenentscheidung ist gesetzlich begründet.
Bei Vorliegen besonders triftiger Gründe können Sie bei der ha. Behörde eine Ratenzahlung beantragen.“

[Hervorhebungen nicht übernommen]

I.2. Gegen dieses Straferkenntnis richtet sich die vorliegende, durch den Bf rechtzeitig eingebrachte, bei der belangten Behörde am 24. Juli 2017 eingelangte Beschwerde, in welcher ua. Nachstehendes ausgeführt wird:

„Gegen das Straferkenntnis vom 27.6.2017, zugestellt am 30.6.2017, erhebe ich in offener Frist

Beschwerde an das Verwaltungsgericht

wegen Rechtswidrigkeit

Sachverhalt und Beschwerdegründe

Mit Strafverfügung vom 9.6.2017 wurde ich wegen rechtswidrigen Aufenthaltes in Österreich am 1.3.2017 um 13:11 Uhr mit einer Geldstrafe iHv EUR 500,- (EF 3 Tage) belegt. Am 23.6.2017 habe ich gegen diese Strafverfügung Einspruch erhoben und dort erläuternd vorgetragen:

‚Ich bin minderjährig, das Bundesverwaltungsgericht hat für meine Eltern, meine Geschwister und mich mit E vom 8.2.2017 die Außerlandesbringung nach Norwegen angeordnet. Meine Eltern sind daraufhin untergetaucht und haben uns Kinder bei einem Onkel in W in Pflege gegeben. Der Onkel, Herr G A, hat uns Kinder am 20.2.2017 nach W geholt

Wir Kinder haben - und habe damit ich - aufgrund des Pflegeverhältnisses grundsätzlich Anspruch nach § 41a Abs 10 NAG auf Legalisierung unseres Aufenthalts. Davor ist aber noch das Asylverfahren abzuführen, es ist nämlich nicht rechtskräftig erledigt. Norwegen hat das Wiederaufnahmegesuch am 19.10.2016 angenommen, die 6-Monatsfrist des Art 29 Abs 1 Dublin III VO ist nämlich bereits abgelaufen, Österreich ist nunmehr für die inhaltliche Führung des Asylverfahrens zuständig, technisch bedeutet dies, dass der nach § 5 AsylG ergangene mich zurückweisende Bescheid von Amts wegen aufzuheben ist (VwGH 26.1.2017; Ra 2016/21/0305) womit ich ab Asylantragstellung am 9.9.2016 durchlaufend als Asylwerberin gelte und somit ein rechtswidriger Aufenthalt am 1.3.2017 nicht vorlag."

Im Straferkenntnis nimmt die Behörde auf das genannte Judikat (VwGH 26.1.2017; Ra 2016/21/0305) nicht Bezug, dieses lautet: „Entscheidungen gemäß § 5 AsylG 2005 sind nach fruchtlosem Ablauf der Überstellungsfrist von Amts wegen wieder aufzuheben (Hinweis E 19. Juni 2008, 2007/21/0509; E16. Mai 2013, 2012/21/0218)." Es ist daraus eine ständige Judikatur dahingehend zu erkennen, dass erlassene § 5-Bescheide nach Ablauf der Überstellungsfrist von Amts wegen aufzuheben sind. Ist der Bescheid aufzuheben war er nicht existent und hat das zur Folge, dass ich mich (auch) am 1.3.2017 als Asylwerberin rechtmäßig in Österreich aufgehalten habe.

Selbst wenn mein Aufenthalt formal rechtswidrig gewesen sein sollte, fehlt die Behörde, wenn sie mir Schuld am Aufenthalt zumisst. Die Behörde ignoriert hier völlig, dass ich minderjährig bin, daher nicht alleine irgendwo hingehen darf, sondern, weil mich die Eltern in die Pflege des Onkels gaben, bei dem Onkel Aufenthalt nehmen musste. Ich war daher ohne Zustimmung des Onkels alleine gar nicht in der Lage auszureisen. Es ist auch die Annahme lebensfremd, dass eine sechszehnjährige Jugendliche alleine in die Fremde fährt, oder wie dem Straferkenntnis der Schwester zu entnehmen gemeinsam mit ihrem 17jährigen Schwester M.

Nun sind meine Eltern mittlerweile aufgetaucht, die ganze Familie ist derzeit im Lager T untergebracht und wird nunmehr voraussichtlich der Asylantrag auch inhaltlich

entschieden.
Ich stelle daher an das Verwaltungsgericht den

Antrag

es möge nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung das Strafverfahren einstellen, in eventu es bei einer Mahnung bewenden zu lassen.“
[Hervorhebungen nicht übernommen]

I.3. Mit Schreiben vom 2. August 2017 legte die belangte Behörde den in Rede stehenden Verwaltungsakt dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zur Entscheidung vor.

I.4. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich nahm Einsicht in den vorgelegten Verwaltungsstrafakt und das Parteienvorbringen.

Nachdem der entscheidungswesentliche Sachverhalt hinreichend geklärt war und im Verfahren lediglich eine Rechtsfrage aufgeworfen war, zu deren Lösung auch im Sinne der Judikatur des EGMR eine mündliche Verhandlung nicht geboten ist, 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.2. dieses Erkenntnisses dargestellten relevanten Sachverhalt aus. Zusätzlich ist anzumerken, dass sich der Bf nunmehr aufgrund des in Österreich geführten Asylverfahrens (Ausstellung der Aufenthaltskarte am 1. Juli 2017) rechtmäßig im Bundesgebiet aufhält.

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.2.1. Vorweg ist festzustellen, dass sich der Bf durch die Führung seines Asylverfahrens mit 1. Juli 2017 nunmehr gemäß §§ 12 f Asylgesetz 2005 zulässig in Österreich aufhält. Es erfolgte dabei jedoch keine, wie vom Bf postulierte Aufhebung der zurückweisenden Entscheidung vom 8. Februar 2017, was im Ergebnis unerheblich ist, da auch hier keine ex-tunc Wirkung der aufhebenden Entscheidung nach § 68 AVG anzunehmen wäre.

III.2.2. Völlig unbestritten ist, dass der Bf für den Zeitraum nach der rechtskräftigen Zurückweisung seines Asylantrages über keinen Aufenthaltstitel verfügte. Es ist sohin also durchaus vom Vorliegen der objektiven Tatseite auszugehen. Es ist hier jedoch – nach der Judikatur der Höchstgerichte - auch auf das Privat- und Familienleben einzugehen.

III.2.3.1. Gemäß Art. 8 Abs. 1 EMRK hat jedermann Anspruch auf Achtung seines Privat- und Familienlebens, seiner Wohnung und seines Briefverkehrs.

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.

III.2.3.2. Eingangs ist bei der Interessensabwägung festzustellen, dass im Fall des Bf das Privat- und Familienleben tangiert ist, zumal er gemeinsam mit seiner Schwester (im Tatzeitraum) bei seinem Onkel Unterkunft nahm. Seine Eltern waren zwar ebenfalls in Österreich aufhältig, jedoch in die Illegalität untergetaucht.

Der Aufenthalt des Bf im Bundesgebiet ist nur mit einigen Monaten festzustellen, dies teils als illegal. Von einer sprachlichen, kulturellen und wirtschaftlichen

Integration kann nicht ausgegangen werden. Die Schutzwürdigkeit des Privatlebens leidet zudem an dem Umstand, dass erst das rechtswidrige Verhalten der Eltern, indem sie untertauchten, den minderjährigen Sohn in die gegebene Lage brachte und dadurch die staatlichen Behörden vor vollendete Tatsachen zu stellen suchte.

Von einem Überwiegen der persönlichen Interessen des noch minderjährigen Bf kann unter den eben beschriebenen Voraussetzungen keinesfalls ausgegangen und damit kein Grund für eine Strafausschließung erkannt werden.

III.2.4. Die objektive Tatseite ist sohin als erfüllt anzusehen.

III.3.1. Das FPG enthält keine eigene 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 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).

III.3.2. 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.

III.3.3. Der Bf hat keinerlei relevante Entschuldigungsgründe vorgebracht, die die Annahme des Vorliegens der subjektiven Tatseite gänzlich verneinen lassen würden. Es hätte ihm bewusst sein müssen, dass er durch sein Verharren im Bundesgebiet einen rechtswidrigen Zustand prolongierte. Eine gemeinsame Ausreise mit seiner 16-jährigen Schwester wäre im Übrigen nicht als derart undenkbar zu bewerten gewesen.

Gemäß Erwägungsgrund Nr 24 der Dublin III-Verordnung können „Überstellungen“ in den für die Prüfung eines Asylantrags zuständigen Mitgliedstaat „auf freiwilliger Basis, in Form der kontrollierten Ausreise oder in Begleitung erfolgen“. Demnach sollen sich die Mitgliedstaaten insbesondere durch entsprechende Information des Antragstellers für Überstellungen auf freiwilliger Basis einsetzen. Auch aus der Rechtsprechung des VwGH geht hervor, dass die Anordnung zur Außerlandesbringung einen „Ausreisebefehl“ enthält. Von einer

Rückkehrentscheidung iSd § 52 FPG, die den Drittstaatsangehörigen zur Ausreise in dessen Herkunftsstaat, ein Transitland oder einen anderen Drittstaat verpflichte, unterscheide sie sich nur hinsichtlich des Zielstaates (vgl Ra 2015/21/0004).

Aus diesen Ausführungen ergibt sich, dass der Bf verpflichtet gewesen wäre, ab Eintritt der Rechtskraft der zurückweisenden Entscheidung (10. Februar 2017) selbstständig nach Norwegen auszureisen. Der von ihm geltend gemachte Strafaufhebungs- oder -ausschließungsgrund liegt somit nicht vor.

Allerdings ist aufgrund der Umstände nicht von schwerem Verschulden des Bf, sondern lediglich von geringfügiger Fahrlässigkeit auszugehen.

III.3.4. Das Vorliegen der subjektiven Tatseite ist zu bejahen.

III.4.1. Gemäß § 19 VStG sind Grundlage für die Bemessung der Strafe die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat. Im ordentlichen Verfahren (§§ 40 bis 46) sind überdies die nach dem Zweck der Strafdrohung in Betracht kommenden Erschwerungs- und Milderungsgründe soweit sie nicht schon die Strafdrohung bestimmen, gegeneinander abzuwägen.

Auch auf das Ausmaß des Verschuldens ist besonders Bedacht zu nehmen. Unter Berücksichtigung der Eigenart des Verwaltungsstrafrechtes sind die §§ 32 bis 35 Strafgesetzbuch sinngemäß anzuwenden. Die Einkommens- und Vermögensverhältnisse und allfällige Sorgepflichten des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen ebenso zu berücksichtigen.

III.4.2. Im Rahmen der Strafbemessung ist zunächst festzuhalten, dass die belangte Behörde lediglich die gesetzliche Mindeststrafe verhängte; dies unter Berücksichtigung des Umstandes, dass der Bf den Milderungsgrund der verwaltungsstrafrechtlichen Unbescholtenheit für sich ins Treffen führen kann.

III.4.3.1. Gemäß § 45 Abs 1 Z 4 VStG kann von der Fortführung eines Strafverfahrens abgesehen und die Einstellung verfügt werden, 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 der Beschuldigte unter Hinweis auf die Rechtswidrigkeit seines Verhaltens ermahnt werden, wenn dies geboten erscheint, um ihn von der Begehung strafbarer Handlungen gleicher Art abzuhalten.

III.4.3.2. 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).

Ab Stellung seines Asylantrags am 9. September 2016 hielt sich der Bf bis zur rechtskräftigen Zurückweisung dieses Antrags mit 10. Februar 2017 gemäß §§ 12 f Asylgesetz 2005 zulässig in Österreich auf. Durch die Fortführung des Asylverfahrens mit 1. Juli 2017 gilt dies auch ab diesem Zeitpunkt bis zur Erlassung einer neuerlichen rechtskräftigen Entscheidung, sodass sich der Bf nur im dazwischen liegenden Zeitraum unrechtmäßig in Österreich aufhielt.

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, insbesondere unter Ansehung des insgesamt überwiegend rechtmäßigen Aufenthalts des Bf in Österreich, daher als erfüllt angesehen werden.

III.4.3.3. 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 hier zu berücksichtigen, dass der Bf als Minderjähriger den offensichtlichen Anweisungen der Eltern zu folgen suchte. Nach Ablauf der sechsmonatigen Frist war zudem die Führung des Asylverfahrens in Norwegen nicht mehr möglich. Daher wird das Asylverfahren des Bf nunmehr inhaltlich in Österreich geführt. In Gesamtbetrachtung dieser besonderen Umstände war das Verschulden des Bf als gering zu beurteilen.

III.4.3.4. Im Hinblick auf den noch ungewissen Ausgang des nunmehr wieder anhängigen Asylverfahrens und die Möglichkeit einer neuerlichen negativen Entscheidung, die den Bf zur Ausreise aus Österreich verpflichten würde, ist es nach Ansicht des Landesverwaltungsgerichts Oberösterreich geboten, den Bf unter Hinweis auf die Rechtswidrigkeit seines Verhaltens zu ermahnen.

III.5. Im Ergebnis war der Beschwerde insoweit stattzugeben, als von der Verhängung einer Strafe abgesehen und dem Bf unter Hinweis auf die Rechtswidrigkeit seines Verhaltens gemäß § 38 VwGVG iVm § 45 Abs 1 Z 4 VStG eine Ermahnung erteilt wird.

III.6.1. 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.6.2. In diesem Sinn war dem Bf kein Beitrag zu den Kosten des Verfahrens vor dem LVwG in Höhe von 20 % der verhängten Geldstrafe 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