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-700318/6/MB/BD

Datum:
Linz, 6. März 2018

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Dr. Brandstetter über die Beschwerde der O B, geb. x, mong. Sta, vertreten durch Mag. M R, x, gegen das Straferkenntnis der Landespolizeidirektion Oberösterreich vom 14. Juni 2017, GZ: VStV/917300513767/2017, wegen Übertretung des Fremdenpolizeigesetzes

zu Recht:

I. Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen und das Straferkenntnis der belangten Behörde vollinhaltlich bestätigt.

II. Die Beschwerdeführerin hat einen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens in der Höhe von 500 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 (im Folgenden: belangte Behörde) vom 14. Juni 2017, GZ: VStV/917300513767/2017, wurde über die Beschwerdeführerin (im Folgenden: Bf) gemäß § 120 Abs 1a iVm § 31 Abs. 1 FPG, BGBl I Nr. 144/2013 idgF., eine Geldstrafe in der Höhe von 2.500 Euro sowie im Falle der Uneinbringlichkeit eine Ersatzfreiheitsstrafe von 10 Tagen verhängt.

Die belangte Behörde führte dabei folgenden Tatvorwurf aus:
„Sie halten sich als Fremder (§ 2 Abs. 4 Z 1 FPG), wie am 27.03.2017, um 11.34 Uhr, von Beamten des Bundesamtes für Fremdenwesen und Asyl, Regionaldirektion Oberösterreich, in Linz, Derfflingerstraße 1, festgestellt wurde, 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 1. Asylverfahren wurde mit 02.01.2012 gem. §§ 3 und 8 AsylG, verbunden mit einer Ausweisung, rechtskräftig negativ entschieden. Am 10.07.2012 wurden Sie in die Mongolei abgeschoben. Am 17.01.2013 reisten Sie neuerlich illegal nach Österreich und stellten einen 2. Asylantrag. Dieser wurde gem. § 68 AVG wegen entschiedener Sache, verbunden mit einer Ausweisung, zurückgewiesen und erwuchs mit 05.03.2013 in Rechtskraft.
Am 29.02.2016 stellten Sie beim Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl einen Antrag auf Erteilung eines Aufenthaltstitels „berücksichtigungswürdige Gründe". Dieser Antrag begründete jedoch gem. § 58 Abs. 13 AsylG kein Aufenthalts- oder Bleiberecht.
Sie gaben selbst bei einer Niederschrift am 10.05.2016 beim Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl, Regionaldirektion Oberösterreich an, dass Sie sich seit Ihrer Einreise am 17.01.2013 in Österreich aufhalten.
Gegen Sie wurde bereits mit Strafverfügung der Landespolizeidirektion Oberösterreich vom 23.10.2015 wegen nicht rechtmäßigen Aufenthalt eine Geldstrafe von € 500,00 verhängt. Diese Strafverfügung ist seit dem 17.11.2015 rechtskräftig.
Es wird Ihnen daher ein unrechtmäßiger Aufenthalt seit dem 18.11.215 vorgeworfen."
[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 des Bundesamtes für Fremdenwesen und Asyl, sowie aufgrund des behördlich durchgeführten Ermittlungsverfahrens zweifelsfrei erwiesen.

Es steht daher fest, dass Sie die im Spruch angeführte Verwaltungsübertretung begangen haben.

Mit Aufforderung vom 31.03.2017 wurden Sie zur Rechtfertigung binnen 14 Tagen ab Zustellung aufgefordert. Gleichzeitig wurden Sie aufgefordert, die Ihrer Verteidigung dienlichen Beweismittel bekannt zu geben. Für den Fall des Ausbleibens einer Stellungnahme wurde gemäß § 42 Abs. 1 VStG angedroht, dass das Strafverfahren ohne Ihre Anhörung durchgeführt wird. Am 10.04.2017 wurde Ihnen persönlich die Aufforderung zur Rechtfertigung vom 31.03.2017 von einem Beamten der LPD O, EGFA - Fremdenpolizei zugestellt, da Sie keinen Ausweis besitzen und daher bei der Post keine Schriftstücke beheben können. Am 24.04.2017 langte von Ihrem nunmehrigen Rechtsvertreter folgende schriftliche Rechtfertigung ein.

„Mit obig angeführtem Schreiben wurde die Beschuldigte in Kenntnis gesetzt, dass sie sich am 27.03.2017 nicht rechtmäßig im Bundesgebiet der Republik Österreich aufgehalten hätte. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass die Beschuldigte sich seit Dezember 2005 (!) im Bundesgebiet der Republik Österreich aufhält. Die Beschuldigte hat einen Antrag auf Erteilung eines Aufenthaltstitels aus besonders berücksichtigungswürdigen Gründen eingebracht.
Mit Bescheid des Bundesamtes für Fremdenwesen und Asyl, Regionaldirektion Oberösterreich vom 28.10.2016, Zahl: 830073805A/Z. 160306029, wurde der Antrag abgewiesen. Der dagegen eingebrachten Beschwerde wurde mit Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichtes vom 27.02.2017, zu W182 2140249-1/4E, keine Folge gegeben.
Auf Grund des Erhalts dieses Erkenntnisses hat die Beschuldigte Anträge auf Bewilligung der Verfahrenshilfe, sowie Beigebung eines Verfahrenshilfeanwaltes sowohl an den Verwaltungs- als auch an den Verfassungsgerichtshof eingebracht.
Der Beschuldigten ist zweifelsohne ein entschuldigender Notstand zuzubilligen, dass sie sich weiterhin im Bundesgebiet der Republik Österreich aufhält. In ihrem Heimatland verfügt sie über keine existentielle Grundlage, geschweige denn ist es ihr möglich, sich in ihrem Heimatland eine Existenz aufzubauen, dies schon rückführend auf den langjährigen Aufenthalt im Bundesgebiet der Republik Österreich.
Sollte den Anträgen auf Bewilligung der Verfahrenshilfe Folge gegeben werden, wird die Beschuldigte über einen zu bestellenden Rechtsfreund eine Beschwerde, bzw. eine außerordentliche Revision einbringen und sind die Erfolgsaussichten derartiger außerordentlicher Rechtsmittel zweifelsohne evident.
Es wird sohin der Antrag gestellt, das gegen die Beschuldigte O B eingeleitete Verwaltungsstrafverfahren zur Einstellung zu bringen.
G, am 24.04.2017 O B"

Am 28.04.2017 langte bei der ha. Behörde Ihre Stellungnahme ein, in welcher Sie im Wesentlichen angaben, dass Sie Ihre Tochter monatlich mit € 500,- unterstützt.

Sie halten sich als Fremder nicht rechtmäßig im Bundesgebiet auf, da Ihr 1. Asylverfahren am 02.01.2012 gem. §§ 3 und 8 AsylG, verbunden mit einer Ausweisung, rechtskräftig negativ entschieden ist. Am 10.07.2012 wurden Sie in die Mongolei abgeschoben. Am 17.01.2013 reisen Sie neuerlich illegal nach Österreich und stellten den 2. Asylantrag. Dieser wurde gem. § 68 AVG wegen entschiedener Sache, verbunden mit einer Ausweisung, zurückgewiesen und erwuchs mit 05.03.2013 in Rechtskraft.
Am 29.02.2016 stellten Sie einen Antrag auf Erteilung eines Aufenthaltstitels aus Gründen des Artikel 8 EMRK. Das Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl hat mit Bescheid vom 28.10.2016 Ihren Antrag abgewiesen und gleichzeitig eine Rückkehrentscheidung erlassen und festgestellt, dass eine Abschiebung in die Mongolei zulässig ist. Es wurde Ihnen eine Frist für die freiwillige Ausreise von 14 Tagen gewährt. Das Bundesverwaltungsgericht hat mit Erkenntnis vom 27.02.2017 die Beschwerde AsylG als unbegründet abgewiesen und das Verfahren ist mit 01.03.2017 in II. Instanz in Rechtskraft erwachsen. Dieser Antrag hat gem. § 58 Abs. 13 AsylG nie ein Aufenthalts- oder Bleiberecht begründet.
Sie gaben selbst bei der Niederschrift beim Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl am 10.05.2016 an, Österreich seit ihrer Einreise am 17.01.2013 nicht mehr verlassen zu haben. Gegen Sie wurde mit Strafverfügung der LPD O vom 23.10.2015 wegen illegalem Aufenthalt eine Geldstrafe von € 500,- verhängt, diese Strafverfügung ist seit dem 17.11.2015 rechtskräftig, durch die Bescheiderlassung ist das darin umschriebene Dauerdelikt bis zu diesem Zeitpunkt verfolgt, da jedoch bei einem Dauerdelikt nicht nur die Herbeiführung des rechtswidrigen Zustandes, sondern auch dessen Aufrechterhaltung pönalisiert ist und die Tat solange begangen wird, als der verpönte Zustand dauert und da Sie, wie Sie selbst angeben, Österreich seither nicht verlassen haben, wird Ihnen nun also ein illegaler Aufenthalt seit 18.11.2015 vorgeworfen.
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 nicht rechtmäßig im Bundesgebiet der Republik Österreich aufhalten. Es ist unbestritten, dass Sie nicht im Besitz einer Berechtigung iSd. § 31 FPG 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.

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 Beförderungsunternehmers 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 2. Asylverfahren bereits seit 05.03.2013, rechtskräftig negativ abgeschlossen wurde, woraus für Sie eine Ausreiseverpflichtung

entstand. Des darauffolgenden illegalen Aufenthalts mussten Sie sich also klar bewusst gewesen sein.

Sie haben das Erkenntnis des Asylgerichtshofes seit nunmehr über 4 Jahren hinweg ignoriert und verharren 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 stellten Sie ausschließlich die Entscheidung des Asylgerichtshofes in Frage.
Sie vertrauten offenbar lediglich darauf vertraut nicht abgeschoben zu werden, 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 nach Ihrer Abschiebung wieder illegal in das Bundesgebiet eingereist sind und sich seit 17.01.2013 lediglich auf Grundlage eines offenkundig unbegründeten Asylantrages in Österreich aufhalten.
Ihr Verhalten läuft dem Ziel eines geordneten Fremdenwesens und dem geordneten Zuzug von Fremden zuwider.
In Ihrem Einspruch berufen Sie sich auf einen entschuldigenden Notstand, weil Sie sich weiterhin im Bundesgebiet der Republik Österreich aufhalten. Sie würden in Ihrem Heimatland über keine existentielle Grundlage verfügen und könnten sich aufgrund Ihres langen Aufenthaltes in Österreich dort keine Existenz aufbauen. Dazu muss gesagt werden, dass die Behörde keinen entschuldigen Notstand erkennen kann, wenn man unrechtmäßig seit über 4 Jahren in Österreich aufhältig ist und diesen langen (illegalen) Aufenthalt dann als Grund angibt, dass man sich im Heimatland keine Existenz aufbauen könne. Sie geben selbst an, dass Ihre Tochter sie jeden Monat mit € 500,- unterstützt - diesen Betrag könnte Ihnen Ihre Tochter auch in die Mongolei überweisen, damit könnten Sie sich dort bestimmt eine Existenz aufbauen.

Es kann nur Sanktionen unterliegen, wenn Fremde nach rechtskräftig negativem Abschluss ihres Asylverfahrens und nach Erlassung eines Rückkehrverbotes nicht rechtmäßig im Bundesgebiet verbleiben und die Behörden vor vollendete Tatsachen zu stellen versuchen.
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.
Mit Straferkenntnis der Landespolizeidirektion Oberösterreich vom 23.10.2015, VStV/915301607988/2015 wurden Sie bereits wegen § 120 Abs. 1a FPG iVm § 31 Abs. 1 FPG mit€ 500 - bestraft. Dieses Strafverfügung ist seit 17.11.2015 rechtskräftig.

Sie wurden also bereits einmal wegen der gleichen Tat rechtskräftig bestraft. Die nun verhängte Geldstrafe, die sich im untersten Bereich des gesetzlichen Strafrahmens befindet, entspricht dem Unrechts- und dem Schuldgehalt der Tat und erscheint der Behörde notwendig, Sie in Hinkunft von der Begehung derartiger Übertretungen abzuhalten und endlich die Konsequenz zu ziehen und auszureisen um den illegalen Aufenthalt zu beenden.
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. Ihr illegaler Aufenthalt dauert bereits über 4 Jahren!
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 nicht 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]

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

„In umseits bezeichneter Verwaltungsstrafsache erstattet die Beschwerdeführerin O B (BF) durch ihren im Verfahren ausgewiesenen Rechtsvertreter gegen das Straferkenntnis der

Landespolizeidirektion Oberösterreich vom 14.06,2017, G2: VStV/917300513767/2017, zugestellt am 20,06.2017, sohin binnen offener Frist nachstehende

Beschwerde

und führt dazu aus wie folgt:

I. Anfechtungserklärung:

Das gegenständliche Straferkenntnis wird wegen Verletzung von Verfahrensvorschriften und Rechtswidrigkeit des Inhalts in seiner Gesamtheit angefochten.

II. Beschwerdeausführung:

Zur Verletzung von Verfahrensvorschriften und Rechtswidrigkeit des Inhalts:

Mit dem angefochtenen Straferkenntnis wurde der BF der unrechtmäßige Aufenthalt seit dem 18.11.2015 vorgeworfen und unter Zugrundelegung der gesetzlichen Bestimmungen des § 120 Abs. 1a FPG über sie eine Geldstrafe insgesamt € 2.500,- verhängt. Begründet wurde das angefochtene Straferkenntnis nebst des illegalen Aufenthaltes der BF dahingehend, dass aus Sicht der erstinstanzlichen Behörde kein entschuldigender Notstand erkennbar sei, wenn sowie die BF sich unrechtmäßig seit über vier Jahren in Österreich aufhalten würde.
In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass im Zuge der Stellungnahme vom 24.04.2017 bereits festhalten wurde, dass die BF in ihrem Heimatland über keine existentielle Grundlage verfügt, geschweige denn es ihr möglichst, sich in ihrem Heimatland eine Existenz aufzubauen, dies schon rückführend auf die Tatsache dessen, dass sich die BF seit Dezember 2005 durchgehend im Bundesgebiet der Republik Österreich aufhält.
Unter Einem ist darauf hinzuweisen, dass zwischenzeitig gegen das Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichtes vom 27,02.2016, GZ: W182 2140249-1/4E, mit welchem die Beschwerde im Verfahren zur Erteilung eines Aufenthaltstitel aus besonders berücksichtigungswürdigen Gründen im Sinne des § 55 AsylG; abgewiesen wurde, eine außerordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof, sowie eine Bescheidbeschwerde an den Verfassungsgerichtshof eingemacht wurde und steht eine Entscheidung hinsichtlich der außerordentlichen Rechtsmittel bislang noch aus.
Im gegenständlichen Verfahren mutet es an, dass die erstinstanzliche Behörde auf das Vorbringen der BF nur unzureichend Bezug genommen hat, so dass jedenfalls der erstinstanzlichen Behörde eine antizipierende Beweiswürdigung anzulasten ist.
In den Verwaltungsverfahrensgesetzen ist jedoch eine solche antizipierende Beweiswürdigung fremd und es ist demnach eine Würdigung Beweise hinsichtlich ihrer subjektiven Glaubwürdigkeit nur nach deren Aufnahme möglich. Die Wertung eines Beweises auf seine Glaubwürdigkeit hin setzt die Aufnähme des Beweises voraus. Dabei kann einer solchen Beweisaufnahme auch' nicht mit dem Argument entgegengetreten werden, dass sich bereits gezeigt habe, dass der Antragsteller selbst völlig unglaubwürdig sei. Die Behörde darf einen Beweis nur dann von vornherein ablehnen, wenn er objektiv gesehen nicht geeignet, über den maßgebenden Sachverhalt einen Beweis zu liefern. Eine Würdigung von Beweisen hinsichtlich einer subjektiven Glaubwürdigkeit ist nur nach Aufnahme der Beweise möglich.
Feststeht, dass gerade die gesetzlichen Bestimmungen der §§ 55, bzw. 56 AsylG jenen Personen die Möglichkeit einräumt, einen Aufenthaltstitel aus besonders berücksichtigungswürdigen Gründen zu erhalten, wenn sich diese bereits langjährig im

Bundesgebiet der Republik Österreich aufhalten und von elfter sozialen Integration, wie im gegenständlichen Fall evident ist, auszugehen ist. '
Gegenständliche Entscheidung greift sohin vehement in das Privat- und Familienleben der BF im Sinne des Art. 8 EMRK ein.

Bei richtiger rechtlicher Würdigung des maßgeblichen Sachverhaltes litte: jedenfalls das gegen die BF eingeleitete Verwaltungsstrafverfahren eingestellt werden müssen.
Unabhängig dieser Tatsache ist es für die BF auch nicht nachvollziehbar, weshalb über sie eine Geldstrafe von insgesamt € 2.500,- (!) verhängt wurde.
Eine derartig hohe Geldstrafe ist weder aus general- noch aus spezialpräventiven Gründen gerechtfertigt, insbesondere ist eine derartige Strafe auch mit den Einkommensverhältnissen der BF in keinster Art und Weise in Einklang zu bringen.
Die BF verfügt derzeit über keine eigenen finanziellen Mittel, zumal ihr verwehrt ist einer geregelten Beschäftigung nachzugehen, solange sie nicht im Beschwerdeverfahren erfolgreich ist und ihr ein Aufenthaltstitel aus besonders berücksichtigungswürdigen Gründen erteilt wird.

III.

Aus den oben dargestellten Gründen werden nachstehende

Anträge

gestellt:
1. in Stattgebung gegenständlicher Beschwerde das angefochtene Straferkenntnis der Landespolizeidirektion Oberösterreich vom 14.06.2017 wegen Verletzung von Verfahrensvorschriften und Rechtswidrigkeit des Inhalts in seiner Gesamtheit aufzuheben, in der Sache selbst zu entscheiden und das gegen die BF eingeleitete Verwaltungsstrafverfahren zur Einstellung zu bringen, allenfalls eine wesentlich geringere Geldstrafe über die BF zu verhängen; in eventu
2. das angefochtene Straferkenntnis aufzuheben und zur neuerlichen Entscheidungsfindung an die Behörde erster Instanz zurückzuverweisen."
[Hervorhebungen nicht übernommen]

3. Mit Schreiben vom 31. Juli 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. Am 19.2.2018 wurde über dies eine öffentliche mündliche Verhandlung unter Beisein der Bf durchgeführt.

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

Die Bf hält sich seit 2005 in Österreich auf. Im Jahr 2012 wurde die Bf in ihren Heimatstaat (Mongolei) abgeschoben. Sie reiste im Jahr 2013 wiederum illegal nach Österreich ein und stellte einen weiteren Asylantrag, der wegen entschiedener Sache rechtskräftig negativ erledigt wurde. Im Jahr 2016 stellte die Bf einen Antrag auf Erteilung eines Aufenthaltstitels aus

berücksichtigungswürdigen Gründen. Die Bf weist keine aktuelle Meldung im zentralen Melderegister auf, gibt aber in der öffentlichen mündlichen Verhandlung bekannt, dass sie an der Adresse: S.straße 3, L wohnhaft ist. Die Bf hat zwei Kinder, welche ebenfalls in Österreich aufhältig sind. Die Tochter ist 31 Jahre alt und wohnt und arbeitet in W. Ihr, sich in einem Asylverfahren befindliche, Sohn, 28 Jahre, wohnt ebenso in Österreich. Wie lange ihre Tochter einen Aufenthaltstitel für Österreich hat weiß die Bf nicht. Ihre Schwester wohnt ebenso in Österreich. Zudem hat die Bf Ausweisdokumente. Diese befinden sich beim BFA. Die Bf reist deswegen nicht aus Österreich aus, da sie nicht will. Sie möchte, so man ihr die Möglichkeit gibt, in Österreich gut leben. Die Situation tut der Bf leid. Sie wisse dass dies aber ihre Schuld ist. Sie erhält in Österreich finanzielle Unterstützung von ihrer Tochter und von Bekannten und Freunden aus Österreich und der Mongolei. Über den Sohn der Bf wurde ein Einreiseverbot aufgrund 5 rechtskräftiger strafgerichtlicher Verurteilungen verhängt.

5. Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich völlig widerspruchsfrei aus dem vorgelegten Verwaltungsakt, den Ausführungen in der Beschwerde und den Aussagen der Bf in der öffentlichen mündlichen Verhandlung am 19.2.2018.

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.

2. Zunächst ist festzuhalten, dass auch die Bf selbst den illegalen Aufenthalt im vorgeworfenen Tatzeitraum nicht bestreiten, weshalb dieser an sich als gegeben angenommen werden kann.

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 Aufenthaltsstatus bewusst waren;
9. die Frage, ob die Dauer des bisherigen Aufenthaltes in den Behörden zurechenbaren überlangen Verzögerungen begründet ist.

Im vorliegenden Fall wurde im Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichts vom 27.2.2017, W 1822140249-1/4E, der Ausspruch des BFA wodurch der Antrag der Bf auf Erteilung eines Aufenthaltstitels aus berücksichtigungswürdigen Gründen gem. § 55 AsylG 2005, der Ausspruch einer Rückkehrentscheidung und der Ausspruch über die Zulässigkeit der Abschiebung für zulässig erklärt wurde, bestätigt wurde. eine Prüfung des Art 8 EMRK, wie oben dargestellt, vorgenommen und eine Verletzung der genannten Bestimmung verneint.

Vor dem Hintergrund der Prüfung des Art 8 EMRK ist zunächst zu erkennen, dass die Bf nicht durchgehend seit 2005 in Österreich aufhältig ist. Sie wurde 2012 in ihren Heimatstaat abgeschoben und ist seit 2013 wieder (illegal) in Österreich aufhältig. Die Bf ist sich ihrer Illegalität auch voll bewusst. Sie möchte schlichtweg nicht ausreisen, da sie in Österreich gut leben kann. Insofern ist zu erkennen, dass sich sämtliche integrativen Elemente der Bf im Zustand des illegalen Aufenthalts entwickelt haben. Dementsprechend relativiert sich deren Gewicht. Weiter ist zu erkennen, dass die Bf undifferenzierte Freunde und Bekannte bzw. die Kirche als Unterstützer anführt. Näheres vermag sie nicht darzulegen. Der Familienverband der Bf ist ebenso als reduziert anzusehen, da beide Kinder volljährig sind und überdies der Sohn ebenso in einem nicht gesicherten Aufenthaltsstatus in Österreich befindlich ist. Insofern kann ein Eingriff in das Privatleben der Bf erkannt werden. Dieser Eingriff ist allerdings nicht als gravide zu erkennen, da ein gegenseitiges Besuchen ebenso möglich ist, bzw. anderweitige Kontaktmöglichkeiten (Telefon, email, whatsapp etc.) als machbar erscheinen.

Aufgrund des vorliegenden illegalen Aufenthalts der Bf in Österreich sowie der nicht vorliegenden Verletzung des Art 8 EMRK ist die objektive Tatseite des § 120 Abs 1a FPG sohin als erfüllt anzusehen.

Daran vermag auch der Einwand des – so dessen Tauglichkeit nicht gänzlich abgesprochen wird (s OGH in SSt 43/20) – wirtschaftlichen Notstandes nichts zu ändern, zumal die Bf von ihrer Tochter finanziell unterstützt wird und selbiges auch in der Mongolei fortgesetzt werden könnte.

3. 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, die im vorliegenden Fall zweifellos vorliegt und auch nicht in Abrede gestellt wird.

4. 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.

Die belangte Behörde hat im vorliegenden Fall die Mindeststrafe verhängt. Gemäß § 20 VStG kann die Mindeststrafe um die Hälfte unterschritten werden, wenn die Milderungsgründe die Erschwerungsgründe beträchtlich überwiegen oder der Beschuldigte ein Jugendlicher ist. Ein derartiges Überwiegen der Milderungsgründe kann nicht erkannt werden. Daran ändert auch das Geständnis der Bf nichts, zumal Unbescholtenheit bei der Bf nicht zu Buche schlägt.

Für ein gänzliches Absehen von der Strafe mangelt es schon bereits daran, als die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes – nämlich die Aufrechterhaltung eines geordneten Fremdenwesens – nicht im Sinne des § 45 Abs 1 Z 4 VStG als gering angesehen werden kann.

5. Gemäß § 52 Abs 8 VwGVG sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens dem Beschwerdeführer nicht aufzuerlegen, wenn der Beschwerde auch nur teilweise Folge gegeben wird. In diesem Sinn war der Bf ein Beitrag zu den Kosten des Verfahrens vor dem Landesverwaltungsgericht vorzuschreiben.

IV.

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 Eingabengebühr 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. Brandstetter