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-700329/6/MB/BD

Datum:
Linz, 24. April 2018

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Dr. Brandstetter über die Beschwerde der R E, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. H B, M, L, gegen das Straferkenntnis der Landespolizeidirektion Oberösterreich vom 11. Juli 2017, GZ: VStV/916301381974/2016, wegen einer Übertretung des Fremdenpolizeigesetzes

zu Recht:

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

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

III. Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß § 25a VwGG eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art 133 Abs 4 B-VG unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I.

1. Mit Straferkenntnis vom 11. Juli 2017, GZ: VStV/916301381974/2016, verhängte die Landespolizeidirektion Oberösterreich (im Folgenden: belangte Behörde) über die nunmehrige Beschwerdeführerin (im Folgenden: Bf) eine Verwaltungsstrafe in Höhe von 500,-- Euro (Ersatzfreiheitsstrafe: 3 Tage) wegen Verletzung des § 120 Abs 1a iVm § 31 Abs 1 Fremdenpolizeigesetz – FPG wie folgt:
„Sie hielten sich als Fremde (§ 2 Abs. 4 Z 1 FPG), wie am 22.02.2017 von Beamten der Fremdenpolizei, L, N festgestellt wurde, vom 14.09.2016 (Ablauf des Visum) bis 17.01.2017 (Ausstellung des Aufenthaltstitels) 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.“
[Hervorhebungen nicht übernommen]

Begründend führte die belangte Behörde wie folgt aus:
„Der Tatbestand der Ihnen zur Last gelegten Verwaltungsübertretung ist durch die eigene dienstliche Wahrnehmung zweifelsfrei erwiesen.

Es steht daher fest, dass Sie die im Spruch angeführte Verwaltungsübertretung begangen haben.
Gegen die Strafverfügung vom 22.02.2017 brachten Sie durch Ihren rechtsfreundlichen Vertreter fristgerecht einen Einspruch ein.
In diesem Einspruch wurde die Einstellung des Verwaltungsstrafverfahrens beantragt. Diesen Einspruch begründen Sie wie folgt:
Mit Strafverfügung vom 22.02.2017 wurde eine Geldstrafe in der Höhe von € 500,- verhängt und damit begründet, dass ich mich mangels Aufenthaltsrecht unrechtmäßig im Bundesgebiet aufhalten würde und dadurch § 31 Abs. 1 Z. 1, 2, 3, 4, 6 und 7 sowie § 120 Abs. 1a FPG verletzt hätte.
Unser Visum C ist am 13.9.2016 abgelaufen. Es stand uns jedoch ab dem Zeitpunkt der Einreise ein unionsrechtliches Aufenthaltsrecht zu.
Mit Schreiben vom 25.10.2016 teilte die BH Braunau am Inn mit, dass ein unionsrechtlicher Sachverhalt der Ankerperson nicht erkennbar ist, da der Gatte nach den aufliegenden

Unterlagen das unionsrechtliche Aufenthaltsrecht für mehr als drei Monate in keinem anderen Vertragsstaat als jenen, dessen Staatsbürgerschaft er besitzt - er ist Österreicher - in Anspruch genommen hat. Auch ihr sie begleitender Sohn hat keinen diesbezüglichen Tatbestand gesetzt, da er direkt aus X eingereist und somit aus keinem „Schengenstaat" in welchem er das unionsrechtliche Aufenthaltsrecht in Anspruch genommen hat, eingereist ist.

Ein Eingriff in den Kernbestand der Unionsbürgerschaft ist nicht erkennbar, da die Mitausreise ihres Sohnes H nicht zwingend ist. Es besteht somit im Sinne des Urteils „Zambrano" kein Defacto-Zwang. Außerdem würde es ihnen freistehen einen Antrag auf eine Aufenthaltskarte „Familienangehöriger" zu stellen.

Mit Schreiben vom 2.11.2016 stellten Sie einen Zweckänderungsantrag auf Erteilung eines Aufenthaltstitels nach § 47 Abs.1 NAG.

Dieser Titel wurde ihnen am 17.01.2017 von der BH Braunau erteilt.

Gemäß § 120 Abs. 1a des Fremdenpolizeigesetzes 2005 - FPG, BGBl. I Nr. 100/2005, in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 50/2012, begeht eine Verwaltungsübertretung und ist mit Geldstrafe von 500 Euro bis zu 2.500 Euro, im Fall ihrer Uneinbringlichkeit mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Wochen zu bestrafen, wer sich als Fremder nicht rechtmäßig im Bundesgebiet aufhält. Wer wegen einer solchen Tat bereits einmal rechtskräftig bestraft wurde, ist mit Geldstrafe von 2.500 Euro bis zu 7.500 Euro oder mit Freiheitsstrafe bis zu vier Wochen zu bestrafen. Als Tatort gilt der Ort der Betretung oder des letzten bekannten Aufenthaltsortes; bei Betretung in einem öffentlichen Beförderungsmittel die nächstgelegene Ausstiegsstelle, an der das Verlassen des öffentlichen Beförderungsmittels gemäß dem Fahrplan des Beförderungsunternehmers möglich ist.

Gemäß § 31 Abs. 1 FPG halten sich Fremde rechtmäßig im Bundesgebiet auf,

1. wenn sie rechtmäßig eingereist sind und während des Aufenthalts im Bundesgebiet die
Befristungen oder Bedingungen des Einreisetitels oder die durch zwischenstaatliche Vereinbarungen, Bundesgesetz oder Verordnung bestimmte Aufenthaltsdauer nicht überschritten haben;
2. wenn sie aufgrund einer Aufenthaltsberechtigung oder einer Dokumentation des Aufenthaltsrechtes nach dem Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz zur Niederlassung oder
zum Aufenthalt oder aufgrund einer Verordnung für Vertriebene zum Aufenthalt berechtigt sind;
3. wenn sie Inhaber eines von einem Vertragsstaat ausgestellten Aufenthaltstitels sind, sofern sie während ihres Aufenthaltes im Bundesgebiet keiner unerlaubten Erwerbstätigkeit nachgehen;
4. solange ihnen ein Aufenthaltsrecht nach asylrechtlichen Bestimmungen zukommt;
5. aufgehoben
6. wenn sie eine Beschäftigungsbewilligung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz mit einer Gültigkeit bis zu sechs Monaten, eine Entsendebewilligung, eine EU-Entsendebestätigung, eine Anzeigebestätigung gemäß § 3 Abs. 5 AuslBG oder eine Anzeigebestätigung gemäß § 18 Abs, 3 AuslBG mit einer Gültigkeitsdauer bis zu sechs Monaten, innehaben oder

7. soweit sich dies aus anderen bundesgesetzlichen Vorschriften ergibt. Verfahren bei Erstanträgen

§ 21. (1) Erstanträge sind vor der Einreise in das Bundesgebiet bei der örtlich zuständigen Berufsvertretungsbehörde im Ausland einzubringen. Die Entscheidung ist im Ausland abzuwarten.

(2) Abweichend von Abs. 1 sind zur Antragstellung im Inland berechtigt: 1. Familienangehörige von Österreichern, EWR-Bürgern und Schweizer Bürgern, die in Österreich dauernd wohnhaft sind und nicht ihr unionsrechtliches oder das ihnen auf Grund des Freizügigkeitsabkommens EG-Schweiz zukommende Aufenthaltsrecht von mehr als drei Monaten in Anspruch genommen haben, nach rechtmäßiger Einreise und während ihres rechtmäßigen Aufenthalts;

2. Fremde bis längstens sechs Monate nach Ende ihrer rechtmäßigen Niederlassung im Bundesgebiet, wenn sie für diese Niederlassung keine Bewilligung oder Dokumentation nach diesem Bundesgesetz benötigt haben;

3. Fremde bis längstens sechs Monate nach Verlust der österreichischen Staatsbürgerschaft, oder der Staatsangehörigkeit der Schweiz oder eines EWR-Staates;

4. Kinder im Fall des § 23 Abs. 4 binnen sechs Monaten nach der Geburt;

5. Fremde, die an sich zur visumfreien Einreise berechtigt sind, während ihres erlaubten visumfreien Aufenthalts;

6. Fremde, die eine Aufenthaltsbewilligung als Forscher (§ 67) beantragen, und deren Familienangehörige jeweils nach rechtmäßiger Einreise und während ihres rechtmäßigen Aufenthalts;

7. Drittstaatsangehörige, die einen Aufenthaltstitel „Rot-Weiß-Rot - Karte" gemäß § 41 Abs. 1 beantragen, während ihres rechtmäßigen Aufenthaltes im Bundesgebiet mit einem Visum gemäß § 24a FPG;

8. Drittstaatsangehörige, die einen Aufenthaltstitel „Rot-Weiß-Rot - Karte" gemäß § 41 beantragen, während ihres rechtmäßigen Aufenthaltes im Bundesgebiet mit einer Bestätigung gemäß § 64 Abs. 4;

9. Drittstaatsangehörige, die gemäß § 1 Abs. 2 lit. i oder j AuslBG oder § 1 Z 5, 7 oder 9 AuslBVO vom Anwendungsbereich des AuslBG ausgenommen sind oder die unter § 1 Z 4 Personengruppenverordnung 2014 - PersGV 2014, BGBl. II Nr. 340/2013, fallen und die eine Aufenthaltsbewilligung „Sonderfälle unselbständiger Erwerbstätigkeit" oder eine Aufenthaltsbewilligung „Studierender" beantragen, nach rechtmäßiger Einreise und während ihres rechtmäßigen Aufenthalts und

10. Drittstaatsangehörige, die über ein österreichisches Reife-, Reifeprüfungs- oder Diplomprüfungszeugnis einer in- oder ausländischen Schule verfügen, nach rechtmäßiger Einreise und während ihres rechtmäßigen Aufenthalts.

(3) Abweichend von Abs. 1 kann die Behörde auf begründeten Antrag die Antragstellung im Inland zulassen, wenn kein Erteilungshindernis gemäß § 11 Abs. 1 Z 1, 2 oder 4 vorliegt und die Ausreise des Fremden aus dem Bundesgebiet zum Zweck der Antragstellung nachweislich nicht möglich oder nicht zumutbar ist:

im Fall eines unbegleiteten Minderjährigen (§ 2 Abs. 1 Z 17) zur Wahrung des Kindeswohls oder

zur Aufrechterhaltung des Privat- und Familienlebens im Sinne des Art. 8 EMRK (§ 11 Abs. 3). Die Stellung eines solchen Antrages ist nur bis zur Erlassung des Bescheides zulässig. Über diesen Umstand ist der Fremde zu belehren.

(4) Beabsichtigt die Behörde den Antrag nach Abs. 3 zurück- oder abzuweisen, so hat die Behörde darüber im verfahrensabschließenden Bescheid abzusprechen.

(5) Der Bundesminister für Inneres ist ermächtigt, Staatsangehörige bestimmter Staaten durch Verordnung zur Inlandsantragsstellung zuzulassen, soweit Gegenseitigkeit gegeben ist oder dies im öffentlichen Interesse liegt.
(6) Eine Inlandsantragstellung nach Abs. 2 Z 1, Z 4 bis 10, Abs. 3 und 5 schafft kein über den erlaubten visumfreien oder visumpflichtigen Aufenthalt hinausgehendes Bleiberecht.
Unzweifelhaft steht fest, dass Sie Fremder im Sinne des Fremdengesetzes sind, da Sie nicht die österreichische Staatsbürgerschaft besitzen. Für die Behörde besteht kein Zweifel, dass Sie sich nach Ablauf ihres Visums am 13.9.2016 bis zur Ausstellung des Aufenthaltstitels „Familienangehöriger" mit 17.01.2017 nicht rechtmäßig im Bundesgebiet der Republik Österreich aufgehalten haben. Es ist unbestritten, dass Sie nicht im Besitz einer Berechtigung im Sinn des § 31 FPG gewesen sind. Der illegale Aufenthalt stellt eine Verwaltungsübertretung im Sinne des § 120 Abs. 1a iVm § 31 Abs. 1 FPG dar, für die Sie sich zu verantworten haben.

Aufgrund der Aktenlage geht die Behörde davon aus, dass Sie die angelastete Verwaltungsübertretung in der Schuldform der Fahrlässigkeit begangen haben.
Eine Inlandsantragstellung nach Abs. 2 Z 1, Z 4 bis 10, Abs. 3 und 5 schafft kein über den erlaubten visumfreien oder visumpflichtigen Aufenthalt hinausgehendes Bleiberecht.

Das FPG enthält keine Regelung hinsichtlich des Verschuldens, weshalb § 5 Abs. 1 VStG zur Anwendung kommt, wonach zur Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten genügt. Fahrlässigkeit ist bei Zuwiderhandeln gegen ein Verbot oder bei Nichtbefolgung eines Gebotes dann ohne weiteres anzunehmen, wenn zum Tatbestand eines Gebotes dann ohne weiteres anzunehmen, wenn zum Tatbestand einer Verwaltungsübertretung der Eintritt eines Schadens oder einer Gefahr nicht gehört und der Täter nicht glaubhaft macht, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft. (Ungehorsamsdelikt).

Auch die gegenständliche Verwaltungsübertretung stellt ein Ungehorsamsdelikt dar. Es genügt daher fahrlässige Tatbegehung. Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes hat ein Beschuldigter initiativ alles darzulegen, was für seine Entlastung spricht. Dies hat in erster Linie durch geeignetes Tatsachenvorbringen und durch Beibringung von Beweismitteln oder Stellung konkreter Beweisanträge zu geschehen. Bloßes Leugnen oder allgemein gehaltene Behauptungen reichen für die "Glaubhaftmachung" nicht.

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

Für die erkennende Behörde steht fest, dass Sie sich tatsächlich im angeführten Zeitraum unrechtmäßig im Bundesgebiet von Österreich aufgehalten haben und somit gegen die angeführten Bestimmungen des Fremdenpolizeigesetzes verstoßen haben, weshalb nun spruchgemäß zu entscheiden war.
Wie der Verwaltungsgerichtshof in mehreren Erkenntnissen ausgesprochen hat, besteht ein hohes Interesse der Allgemeinheit an der Einhaltung der die Einreise und den Aufenthalt von Fremden regelnden Vorschriften an der Einhaltung der die Einreise und den Aufenthalt von Fremden regelnden Vorschriften durch die Normadressaten im Hinblick auf den Schutz der öffentlichen Ordnung.

Gemäß § 19 Abs. 1 VStG ist Grundlage für die Bemessung der Strafe stets das Ausmaß der mit der Tat verbundenen Schädigung oder Gefährdung derjenigen Interessen, deren Schutz die Strafdrohung dient und der Umstand, inwieweit die Tat sonst nachteilige Folgen nach sich gezogen hat. Im ordentlichen Verfahren sind überdies die nach dem Zweck der Strafdrohung in Betracht kommenden Erschwerungs- und Milderungsgründe, soweit sie nicht schon die Strafdrohung bestimmen, gegeneinander abzuwägen. Auf das Ausmaß des Verschuldens ist besonders Bedacht zu nehmen. Die Einkommens- und Vermögensverhältnisse und allfällige Sorgepflichten des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen.
Insbesondere unter Berücksichtigung der Gefährdung derjenigen Interessen, deren Schutz die Strafdrohung dient, ist die verhängte Strafe als angemessen zu bezeichnen. Ein geordnetes Fremdenwesen ist für Österreich von eminentem Interesse. Dies umso mehr in einer Zeit, in der ein anhaltend hoher Migrations- und Zuwanderungsdruck zu verzeichnen ist. Den für die Einreise und den Aufenthalt von Fremden getroffenen Regelungen und deren Befolgung durch die Normadressaten kommt aus der Sicht des Schutzes und der Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung ein sehr hoher Stellenwert zu.

Zur Strafhöhe ist außerdem zu bemerken, dass die Höchststrafe für Übertretungen nach § 120 Abs. 1a FPG 2.500 Euro beträgt, die verhängte Geldstrafe von 500 Euro ist die vom Gesetz vorgesehene Mindeststrafe. Somit wurde der Strafrahmen mit nur 20 % ausgeschöpft. Die verhängte Strafe erscheint schuld- und tatangemessen. Im Hinblick auf die Tatumstände und dass nunmehr ein legaler Aufenthalt vorliegt, kann mit der Verhängung der gesetzlichen Mindeststrafe von 500 Euro das Auslangen gefunden werden.

Von der Anwendung des § 45 VStG war Abstand zu nehmen, weil im konkreten Fall das tatbildmäßige Verhalten nicht erheblich hinter dem in der betreffenden Strafdrohung typisierten Unrechts- und Schuldgehalt zurückgeblieben ist.

Der Milderungsgrund der verwaltungsrechtlichen Unbescholtenheit kam Ihnen 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 hs. Behörde um Ratenzahlung ansuchen.“
[Hervorhebungen nicht übernommen]

2. Gegen dieses Straferkenntnis richtet sich die rechtzeitige Beschwerde der Bf, in der sie beantragt, das Straferkenntnis ersatzlos zu beheben, in eventu die Strafe angemessen herabzusetzen.

Begründend führte die Bf wie folgt aus:
„Wir sind mit dem Visum C nach Österreich legal eingereist. Dieses ist jedoch am 13.09.2016 abgelaufen. Der Grund für die Einreise in Österreich war, dass mein minderjähriger Sohn (BF 1) und mein Bruder (BF 2), mj. H S, sowie mein Ehemann und

mein Vater, Herr A A S, in Österreich leben. Herr A A S und der mj. H S sind außerdem österreichische Staatsbürger. Es war uns faktisch nicht möglich, Österreich zu verlassen. Es besteht eine enge Beziehung zwischen den Antragsstellern und dem mj. H S. So ist beim mj. H S, welcher die Schule in Österreich besucht, im Falle einer Trennung von mir (BF 1) mit einer erheblichen Gefährdung des Kindeswohls zu rechnen. Dabei wäre der mj, H S dazu gezwungen, das Hoheitsgebiet der Europäischen Union zu verlassen. Die stRsp des EuGH leitet in solchen Fällen aus Art 20 AEUV ein originäres Aufenthaltsrecht der Familienangehörigen eines österreichischen Staatsbürgers ab. Bei der Auslegung des Art 20 AEUV ist zusätzlich zu beachten, dass nach Art 24 Abs 1 bis 3 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Kinder einen Anspruch auf Schutz und Fürsorge, sowie auf den Kontakt zu beiden Elternteilen haben und jede öffentliche Einrichtung das Wohl der Kinder zu beachten habe.
Unter dem Hinweis auf die Rechtssache Zambrano, C-34/09, hätte unsere Ausreise zur Folge, dass mein (BF 1) mj. Sohn, H S, geb. x, österreichischer Staatsbürger, ebenfalls gezwungen wäre, das Hoheitsgebiet der Europäischen Union zu verlassen und dadurch auf die praktische Wirksamkeit seiner Rechte aus der Unionsbürgerschaft zu verzichten. Meine Ausreise (BF 2) würde dazu führen, dass meine Mutter mir folgen würde. Ich (BF 2) habe in der linken Gehirnhälfte eine Wasseransammlung, weshalb eine medizinische Behandlung notwendig ist. Die Folgen der Ausreise meiner Mutter wurden bereits oben festgehalten.
Das Herausreißen aus dem Familienverband würde für mich (BF 2)eine unzumutbare Härte darstellen. Ich bin finanziell und emotional von meinen Eltern abhängig und ist es mir nicht möglich, in X ein Leben ohne meine Eltern aufzubauen. Ganz besonders bin ich von der Pflege und Erziehung durch meine Mutter abhängig, die auch noch meinen Bruder mj. H S betreut, welcher die österreichische Staatsbürgerschaft besitzt.
Es ist auch hinzuweisen, dass am 27.9.2016 Anträge auf Aussteilung einer Aufenthaltskarte abgegeben worden sind. Am 02.11.2016 stellten wir im Hinblick auf die aktuelle Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs (VwGH 20.07.2016, Ra2016/22/0025) einen Zweckänderungsantrag und beantragten einen Aufenthaltstitel nach § 47 Abs 1 NAG in analogiam (BF 1) und nach § 47 Abs 3 WAG in analogiam (BF 2). Da uns durch Art. 20 AEUV in Verbindung mit der Rechtssache Zambrano bereits aufgrund des 'Unionsrechts ein Aufenthaltsrecht zusteht, sind wir nie illegal in Österreich gewesen. Dies wurde auch von der Bezirkshauptmannschaft Braunau am Inn bestätigt und unsere Anträge am 17.01.2.017 positiv erledigt. Mangels eines verwaltungsstrafrechtlich relevanten Verhaltens ist die auferlegte Strafe von jeweils € 500,00 rechtsgrundlos.“
[Hervorhebungen nicht übernommen]

3. Mit Schreiben vom 28. August 2017 legte die belangte Behörde dem Landesverwaltungsgericht OÖ die Beschwerde samt dem bezughabenden Verwaltungsakt zur Entscheidung vor. Eine Beschwerdevorentscheidung wurde nicht erlassen. Das Landesverwaltungsgericht OÖ hat Beweis erhoben durch die Einsichtnahme in den vorgelegten Verwaltungsakt und die Beschwerde, sowie durch ergänzende Beischaffung eines Auszugs aus dem Zentralen Fremdenregister. Zumal eine 500,-- Euro übersteigende Geldstrafe nicht verhängt wurde und keine Verfahrenspartei die Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung beantragt hat (bzw die Bf den gestellten Verhandlungsantrag zurückgezogen hat), konnte davon abgesehen werden (§ 44 Abs 3 VwGVG).

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

Die Bf, StA von x, geb. x, reiste legal nach Österreich mit einem Visum ein, das am 13.9.2016 seine Gültigkeit verlor und meldete sich am 26. August 2016 polizeilich in B an. Am 27.9.2016 stellte sie einen Antrag auf Ausstellung einer Aufenthaltskarte, mit Zweckänderungsantrag vom 2.11.2016 beantragte sie einen Aufenthaltstitel gemäß § 47 NAG. Die Bf verfügt seit 17.1.2017 über den beantragten Aufenthaltstitel. Der Ehemann der Bf ist österreichischer Staatsbürger. Der die Bf begleitende minderjährige Sohn kann ebenfalls einen Aufenthaltstitel ins Treffen führen.

II.

Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich aus dem vorgelegten Verwaltungsakt und der Beschwerde, sowie aus einem ergänzend eingeholten Auszug aus dem Zentralen Fremdenregister.

III.

1. Gemäß § 120 Abs 1a erster Satz Fremdenpolizeigesetz – FPG in der zum vorgeworfenen Tatzeitpunkt geltenden Fassung BGBl. I Nr. 70/2015 begeht, wer als Fremder sich nicht rechtmäßig im Bundesgebiet aufhält, eine Verwaltungsübertretung und ist mit Geldstrafe von 500,-- Euro bis zu 2.500 Euro,- im Fall ihrer Uneinbringlichkeit mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Wochen, zu bestrafen.

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 des visumfreien Aufenthaltes oder die durch zwischenstaatliche Vereinbarungen, Bundesgesetz oder Verordnung bestimmte Aufenthaltsdauer nicht überschritten haben;
2. wenn sie auf Grund einer Aufenthaltsberechtigung oder einer Dokumentation des Aufenthaltsrechtes nach dem Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz zur Niederlassung oder zum Aufenthalt oder auf Grund einer Verordnung für Vertriebene zum Aufenthalt berechtigt sind;
3. wenn sie Inhaber eines von einem Vertragsstaat ausgestellten Aufenthaltstitels sind bis zu drei Monaten (Artikel 21 SDÜ gilt), sofern sie während ihres Aufenthalts im Bundesgebiet keiner unerlaubten Erwerbstätigkeit nachgehen;
4. solange ihnen ein Aufenthaltsrecht nach dem AsylG 2005 zukommt;
(Anm.: Z 5 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 122/2009)

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

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

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

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

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

Im Hinblick auf den festgestellten Sachverhalt ist zu erkennen, dass die Bf nach einer kurzen Phase des rechtswidrigen Aufenthaltes in Österreich einen Aufenthaltstitel vorweisen kann. Da dieser Titel gem. § 47 NAG binnen der relativ

kurzen Frist von ca. 2 Monaten ab Antragstellung (Zweckänderungsantrag am 2.11.2016) mit 17.1.2017 erteilt wurde, ist die Verletzung des von § 120 Abs. 1a FPG geschützten Rechtsgutes als gering zu werten. Wiewohl erkannt werden muss, dass einerseits Art 20 EUV nicht schlagend wird, da aufgrund der in Österreich vorhandenen familiären Infrastruktur eine zwingende Nachreise des minderjährigen Kindes nicht erkannt werden kann und zudem Art 8 EMRK aufgrund der geringen Dauer und der Unsicherheit des Aufenthaltes ebenso nicht tatbildausschließend wirkt. Trotz alledem sind aufgrund der kurzen Dauer, der prompten Titelerteilung und der fehlenden Wiederholungsgefahr die Rechtsgutsbeeinträchtigung und auch das Verschulden als gering zu bewerten.

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

4. Bei diesem Ergebnis waren der Bf weder die Kosten des Verwaltungsstrafverfahrens noch jene des Beschwerdeverfahrens vorzuschreiben.

IV.

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da zur zu beurteilenden Rechtsfrage einheitliche Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs existiert, von der in der ggst Entscheidung nicht abgegangen wurde. Es liegt daher keine Rechtsfrage von grundlegender Bedeutung vor.

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

Gegen dieses Erkenntnis besteht innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder einer außerordentlichen Revision beim Verwaltungsgerichtshof. Eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof ist unmittelbar bei diesem einzubringen, eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof beim Landesverwaltungsgericht Oberösterreich. Die Abfassung und die Einbringung einer Beschwerde bzw. einer Revision müssen durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt bzw. eine bevollmächtigte Rechtsanwältin erfolgen. Für die Beschwerde bzw. Revision ist eine 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