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-700330/3/ER

Datum:
Linz, 24. April 2018

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Dr. Reitter über die Beschwerde des M.S., vertreten durch Rechtsanwalt Dr. H.B., L., gegen das Straferkenntnis der Landespolizeidirektion Oberösterreich vom 11. Juli 2017, GZ: VStV/916301386727/2016, 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 gemäß § 38 VwGVG iVm § 45 Abs 1 Z 4 VStG eine Ermahnung erteilt wird.

II. Für den Beschwerdeführer entfällt die Verpflichtung zur Leistung von Verfahrenskostenbeiträgen.

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.1. Mit Straferkenntnis vom 11. Juli 2017, VStV/916301386727/2016, verhängte die Landespolizeidirektion Oberösterreich (im Folgenden: belangte Behörde) über den nunmehrigen Beschwerdeführer (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 Fremder (§ 2 Abs. 4 Z 1 FPG), wie am 22.02.2017 von Beamten der Fremdenpolizei, 4020 Linz, Nietzschestraße 33 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.“

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

Begründend führte der Bf im Wesentlichen aus, dass er mit einem Visum C legal nach Österreich eingereist sei, dieses sei jedoch am 13. September 2016 abgelaufen. Die Einreise sei aufgrund familiärer Bindungen in Österreich geschehen, der Vater und der minderjährige Bruder des Bf seien auch österreichische Staatsbürger. Die familiären Bindungen seien sehr eng, der Bf leide an einer Wasseransammlung in der linken Gehirnhälfte, weshalb er auf medizinische Versorgung angewiesen sei. Bei einer Ausreiseverpflichtung wäre auch die Mutter gezwungen, mit ihm zu reisen, was wiederum seinen mj Bruder, der österreichischer Staatsbürger ist, auch zur Ausreise zwingen würde. Der Bf sei überdies finanziell und emotional von seinen Eltern abhängig, in Ägypten könne er ohne seine Eltern kein Leben aufbauen. Am 27. September 2016 habe er einen Aufenthaltstitel beantragt, am 2. November 2016 einen Zweckänderungsantrag gestellt. Seit 17. Jänner 2017 verfüge der Bf über einen Aufenthaltstitel gemäß § 47 Abs 3 NAG in Österreich. Da ihm durch Art 20 AEVU iVm der Rechtssache

„Zambrano“ bereits aufgrund des Unionsrechts ein Aufenthaltsrecht zustehe, sei er nie illegal in Österreich gewesen.

I.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 der Bf den gestellten Verhandlungsantrag zurückgezogen hat), konnte davon abgesehen werden (§ 44 Abs 3 VwGVG).

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

Der Bf, StA von Ägypten, geb. 26. August 1997, reiste legal nach Österreich mit einem Visum ein, das am 13. September 2016 seine Gültigkeit verlor und meldete sich am 26. August 2016 polizeilich in B. an. Am 27. September 2016 stellte er einen Antrag auf Ausstellung einer Aufenthaltskarte, mit Zweckänderungsantrag vom 2. November 2016 beantragte er einen Aufenthaltstitel gemäß § 47 Abs 3 NAG. Der Bf verfügt seit 17. Jänner 2017 über den beantragten Aufenthaltstitel. Der Vater des Bf sowie sein minderjähriger Bruder sind österreichische Staatsbürger.

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

III. In rechtlicher Hinsicht ist Folgendes auszuführen:

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.

III.2.1. Der Bf berief sich in objektiver Hinsicht im Wesentlichen darauf, verbunden mit der österreichischen Staatsbürgerschaft seines mj Bruders über ein unionsrechtliches Aufenthaltsrecht gemäß Art 20 AEUV iVm der Rechtssache des Europäischen Gerichtshofs C-34/09 Zambrano. Der Mutter des Bf stünde aufgrund der Staatsbürgerschaft des mj Bruders des Bf ein Aufenthaltsrecht iS dieser Rechtsprechung zu. Da der Bf, der medizinischer Versorgung bedürfe, bei einer Ausreise durch seine Mutter begleitet würde, wäre auch der österreichische Bruder des Bf de facto zur Ausreise gezwungen, was Unionsrecht widerspreche. Aus diesem Grund leitete der Bf auch für sich ein unionsrechtliches Aufenthaltsrecht in Österreich gemäß Art 20 AEUV iVm der Rechtssache des Europäischen Gerichtshofs C-34/09 Zambrano ab. Die Rechtsprechung zu Zambrano bezieht sich jedoch ausdrücklich auf Drittstaatsangehörige, die minderjährigen Kindern, die Unionsbürger sind, Unterhalt gewähren. Daraus ein Aufenthaltsrecht eines volljährigen Bruders eines minderjährigen Kindes, das Unionsbürger ist, im Sinne einer „Begünstigtenkette“ abzuleiten, lässt sich der zitierten Rechtsprechung nicht entnehmen.
Der Bf konnte sich somit nicht auf ein unionsrechtliches Aufenthaltsrecht stützen.

Auch kann aufgrund der geringen Aufenthaltsdauer und der Volljährigkeit des Bf und der im vorgeworfenen Tatzeitraum bestehenden Unsicherheit seines Aufenthalts nicht erkannt werden, dass Art 8 EMRK tatbildausschließend wirkt. Die objektive Tatseite ist somit erfüllt.

III.2.2. Gemäß § 5 Abs 1 VStG genügt zur Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten, soweit die Verwaltungsvorschrift über das Verschulden nicht anderes bestimmt. Fahrlässigkeit ist bei Zuwiderhandeln gegen ein Verbot oder bei Nichtbefolgung eines Gebotes dann ohne weiteres anzunehmen, wenn zum Tatbestand einer Verwaltungsübertretung der Eintritt eines Schadens oder einer Gefahr nicht gehört und der Täter nicht glaubhaft macht, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft (sog „Ungehorsamsdelikt“).

Auch die gegenständliche Verwaltungsübertretung stellt ein Ungehorsamsdelikt dar. Es genügt daher fahrlässige Tatbegehung. Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofs hat der Beschuldigte initiativ alles darzulegen, was für seine Entlastung spricht (vgl VwGH 23.12.1991, 88/17/0010 mwN).

Der Bf hat bloß hinsichtlich der objektiven Tatseite Vorbringen erstattet. Zumal der Bf nichts vorgebracht hat, was auf subjektiver Tatseite für seine Entlastung spricht, war von fahrlässiger Tatbegehung auszugehen.

III.3. 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 kann daher als erfüllt angesehen werden.

Der Bf hielt sich unbestritten im vorgeworfenen Tatzeitraum in Österreich auf, ohne gemäß § 31 Abs 1 FPG dazu berechtigt gewesen zu sein. Im vorgeworfenen Tatzeitraum verfügte der Bf zwar über keine Aufenthaltsberechtigung gemäß § 31 Abs 1 FPG, im Betretungszeitpunkt (22. Februar 2017) hatte der Bf aber bereits einen Aufenthaltstitel inne. Zumal der Zeitraum zwischen Beantragung und Ausstellung des Aufenthaltstitels – trotz dazwischenliegender Zweckänderung – lediglich knapp vier Monate betrug, ist davon auszugehen, dass der Bf zum Zeitpunkt des Ablaufs seines Visums bereits die Voraussetzungen zur Erteilung des

ausgestellten Aufenthaltstitels erfüllte. Die Verletzung des von § 120 Abs 1a FPG geschützten Rechtsguts ist daher als gering zu werten.

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). Aufgrund der kurzen Dauer des rechtswidrigen Aufenthalts und der raschen Titelerteilung ist das Verschulden als gering zu bewerten.

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

Bei diesem Ergebnis waren dem Bf gemäß § 52 Abs 8 und 9 VwGVG weder die Kosten des Verwaltungsstrafverfahrens noch jene des Beschwerdeverfahrens vorzuschreiben.

V. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

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. Reitter