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

Geschäftszeichen:
LVwG-700344/12/ER

Datum:
Linz, 29. Juni 2018

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Dr. Reitter über die Beschwerde der M B, gegen das Straferkenntnis der Landespolizeidirektion Oberösterreich vom 6. Oktober 2017, GZ: VStV/917300467333/2017, wegen einer Übertretung nach dem Fremdenpolizeigesetz nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 23. Mai 2018

zu Recht:

I. Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

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 vom 6. Oktober 2017, VStV/917300467333/2017, verhängte die Landespolizeidirektion Oberösterreich (im Folgenden: belangte Behörde) über die nunmehrige Beschwerdeführerin (im Folgenden: Bf) eine Verwaltungsstrafe iHv 2.500,-- Euro (Ersatzfreiheitsstrafe: 9 Tage, 7 Stunden), da sie sich – wie am 22. März 2017 von Beamten der belangte Behörde festgestellt – seit 9. Juli 2016 nach wie vor nicht rechtmäßig in Österreich aufhalte. Über die Bf sei bereits mit Strafverfügung vom 1. Juli 2016 wegen nicht rechtmäßigen Aufenthalts eine Geldstrafe iHv 500,-- Euro verhängt worden, da ihr Asylverfahren seit 13. August 2012 rechtskräftig negativ entschieden sei.
Die Bf habe sich damit gerechtfertigt, dass zwar ihr Asylverfahren seit 13. August 2012 rechtskräftig negativ entschieden sei, das Verfahren ihres Kindes U B, geb. 28. November 2014, sei jedoch noch nicht abgeschlossen. Es sei dabei außer Acht gelassen worden, dass die Verfahren aller Familienangehörigen unter einem zu führen seien. Aufgrund des im vorgeworfenen Tatzeitraum nicht rechtskräftig abgeschlossenen Familienverfahrens sei die Bf gemäß § 13 Abs 1 AsylG zum Aufenthalt im Bundesgebiet berechtigt.
Die belangte Behörde führte dazu in der Begründung des angefochtenen Straferkenntnisses aus, dass kein Zweifel bestehe, dass sich die Bf seit 14. August 2012 nicht rechtmäßig in Österreich aufhalte. Durch die rechtskräftige negative Entscheidung im Asylverfahren sei die Bf zur Ausreise verpflichtet, worauf sie auch im Asylbescheid ausdrücklich hingewiesen worden sei. Sie habe sich sohin ihres illegalen Aufenthalts bewusst gewesen sein müssen. Mit Strafverfügung vom 1. Juli 2016 sei die Bf bereits wegen einer Übertretung gemäß § 120 Abs 1a FPG bestraft worden. Diese Strafe sei seit 8. Juli 2016 rechtskräftig. Zum Einwand der Bf, dass Verfahren betreffend alle Familienmitglieder unter einem zu führen seien, führte die belangte Behörde aus, dass das Kind U erst am 28. November 2014 geboren worden sei, zu diesem Zeitpunkt sei das Asylverfahren der Bf bereits rechtskräftig negativ abgeschlossen gewesen. Ferner habe das Kind keine eigenen Asylgründe vorgebracht, weshalb nur auf Grundlage der Eltern entschieden werden könne. Die Bf sei 2009 illegal nach Österreich eingereist und lediglich auf Grundlage des unbegründete Asylantrags in Österreich aufhältig. Hinsichtlich des Einwands des Privat- und Familienlebens führte die belangte Behörde aus, dass den persönlichen Interessen der Bf an einem weiteren Aufenthalt in Österreich das öffentliche Interesse an der Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung entgegenstehe. Die Bf sei verpflichtet, aktiv ihre Ausreise zu betreiben, dies könne ihr sehr wohl zugemutet werden. Es sei von fahrlässiger Tatbegehung auszugehen.

I.2. Gegen dieses Straferkenntnis richtet sich die rechtzeitige Beschwerde der Bf, in der diese die Aufhebung des Straferkenntnisses, in eventu die Zurückverweisung an die erste Instanz, in eventu die Verfahrenseinstellung, in eventu die Aussetzung des Verfahrens, in eventu die Herabsetzung der Strafe, in

eventu das Absehen von der Strafe und die Herabsetzung der Kosten und Barauslagen beantragte.
Begründend führte die Bf im Wesentlichen aus, dass das ihren Sohn U B, geb. 28. November 2014, betreffende Asylverfahren noch nicht abgeschlossen sei. Die belangte Behörde habe außer Acht gelassen, dass die Verfahren aller Familienmitglieder unter einem zu führen seien. Das Verfahren ihrer Familie sei somit nicht abgeschlossen. Eine Ausreiseverpflichtung der Bf ohne ihr mj Kind würde gegen Art 8 EMRK verstoßen. Ferner sei die Bf aufgrund der langen Aufenthaltsdauer in sozialer und gesellschaftlicher Hinsicht – soweit es ihr möglich gewesen sei – integriert. Die Erteilung eines Aufenthaltstitels sei iSd Art 8 EMRK geboten. Die Kinder der Bf würden hier die Schule besuchen und seien hier geboren. Sie hätten keinen Bezug zum Herkunftsland der Bf. Eine Rückkehrentscheidung wäre ein ungerechtfertigter Eingriff in das Privat- und Familienleben gemäß Art 8 EMRK. Ein positiver Abschluss des Verfahrens gemäß § 55 AsylG sei daher naheliegend. Aus diesem Grund werde um Aufhebung des Straferkenntnisses bzw Aussetzung des Verfahrens bis zur rechtskräftigen Entscheidung der anhängigen Verfahren zum Aufenthaltstitel ersucht.

I.3. Mit Schreiben vom 13. November 2017 legte die belangte Behörde die Beschwerde samt dem bezughabenden Verwaltungsakt dem Landesverwaltungsgericht OÖ 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 Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 23. Mai 2018 und die Einholung aktueller Auszüge aus dem Fremdenregister.

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

Die Bf, eine Staatsangehörige von Georgien, stellte am 9. Oktober 2009 in Österreich einen Aslyantrag gemeinsam mit ihrem Ehemann, der ebenfalls Staatsangehöriger von Georgien ist. Die Bf führte in ihrem Herkunftsland einen anderen Familiennamen, im Asylverfahren gab sie den ggst Familiennamen und die Staatsangehörigkeit der Russischen Föderation an. Die Bf hat in Österreich vier Kinder zur Welt gebracht, und zwar am 20.11.2009 die Tochter I, am 15.12.2010 den Sohn I am 4.5.2012 die Tochter A und am 28.11.2014 den Sohn U. Die Asylverfahren der Bf, ihres Mannes und ihrer drei älteren Kinder wurden am 13. August 2012 rechtskräftig negativ beendet, unter einem wurden rechtskräftig Ausweisungen ausgesprochen.
Die Bf und ihre Familie verließen daraufhin nicht das Bundesgebiet. Die Bf brachte am 28. November 2014 einen weiteren Sohn, U B, in Österreich zur Welt, für den am 30. Dezember 2014 ein Asylantrag gestellt wurde. Die Abweisung des Asylantrags dieses Kindes gemäß § 3 und § 8 AsylG erwuchs am 18. Juni 2015 in Rechtskraft, das Verfahren betreffend die unter einem erlassene

Rückkehrentscheidung und das Verfahren über die Zulässigkeit seiner Abschiebung befinden sich noch in Beschwerde.
Die Bf und ihre Familie befinden sich seit Oktober 2009 in der Grundversorgung des Landes Oberösterreich. Die Bf hat die Deutschprüfung auf dem Niveau A2 abgelegt, ihre Kinder besuchen in Österreich die Schule bzw den Kindergarten. Die Bf ist in keinen Vereinen engagiert, sie ist mit Nachbarn und Eltern der Freunde ihrer Kinder befreundet.
Mit Strafverfügung vom 1. Juli 2016, rechtskräftig seit 8. Juli 2016, wurde über die Bf bereits einmal eine Strafe wegen unrechtmäßigen Aufenthalts in Österreich verhängt.

II. Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich völlig unbestritten aus der Beschwerde und dem vorgelegten Verwaltungsakt sowie aktuellen Auszügen aus dem Zentralen Fremdenregister die Bf, ihren Ehemann und ihre Kinder betreffend, sowie aus der öffentlichen mündlichen Verhandlung.

III. In rechtlicher Hinsicht ist Folgendes auszuführen:

III.1. Gemäß § 120 Abs 1a Fremdenpolizeigesetz – FPG in der im vorgeworfenen Tatzeitraum geltenden Fassung BGBl. I Nr. 70/2015 begeht, wer sich als Fremder 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. (...) 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. Die Verwaltungsübertretung gemäß erster Satz kann durch Organstrafverfügung gemäß § 50 VStG in der Höhe von 500 Euro geahndet werden.

Gemäß § 31 Abs 1 FPG in der im vorgeworfenen Tatzeitraum geltenden Fassung BGBl. I Nr. 68/2013 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 Ausländerbeschäftigungs-gesetz 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 § 13 Abs 1 Asylgesetz – AsylG, BGBl I Nr 100/2005 zuletzt geändert durch BGBl I Nr 70/2015, ist ein Asylwerber, dessen Asylverfahren zugelassen ist, bis zur Erlassung einer durchsetzbaren Entscheidung, bis zur Einstellung oder Gegenstandslosigkeit des Verfahrens oder bis zum Verlust des Aufenthaltsrechts (Abs. 2) zum Aufenthalt im Bundesgebiet berechtigt. Ein auf Grund anderer Bundesgesetze bestehendes Aufenthaltsrecht bleibt unberührt.

Gemäß § 34 Abs 4 AsylG hat die Behörde Anträge von Familienangehörigen eines Asylwerbers gesondert zu prüfen; die Verfahren sind unter einem zu führen; unter den Voraussetzungen der Abs. 2 und 3 erhalten alle Familienangehörigen den gleichen Schutzumfang. Entweder ist der Status des Asylberechtigten oder des subsidiär Schutzberechtigten zuzuerkennen, wobei die Zuerkennung des Status des Asylberechtigten vorgeht, es sei denn, alle Anträge wären als unzulässig zurückzuweisen oder abzuweisen. Jeder Asylwerber erhält einen gesonderten Bescheid. Ist einem Fremden der faktische Abschiebeschutz gemäß § 12a Abs. 4 zuzuerkennen, ist dieser auch seinen Familienangehörigen zuzuerkennen.

III.2.1. Wie sich aus dem festgestellten Sachverhalt ergibt, waren die Asylverfahren der Bf, ihres Mannes und ihrer drei älteren Kinder zum Zeitpunkt der Geburt ihres jüngsten Sohnes bereits mehr als zwei Jahre rechtskräftig negativ abgeschlossen und die Bf, ihr Mann und ihre drei älteren Kinder wurden zur Ausreise aus Österreich verpflichtet. Die Entscheidungen waren damals bereits durchsetzbar.
Die Bf bringt in ihrer Beschwerde im Wesentlichen vor, über ein Aufenthaltsrecht gemäß § 13 Abs 1 AsylG zu verfügen, da die Behörde die Asylanträge aller Familienangehörigen unter einem zu behandeln gehabt hätte. Dieses Vorbringen geht jedoch insofern ins Leere, da sich § 34 Abs 4 AsylG auf Verfahren bezieht, in denen mehrere Familienangehörige – etwa Eltern und minderjährige Kinder – einen Antrag auf internationalen Schutz einbringen. Die Antragstellung muss nicht zwingend zum selben Zeitpunkt stattgefunden haben, dies spielt insb bei (in Ö) nachgeborenen Kindern von Asylwerbern, deren Verfahren noch nicht

rechtskräftig abgeschlossen ist, eine Rolle (Schrefler-König in Schrefler-König/Szymanski, Fremdenpolizei- und Asylrecht § 34 AsylG 2005, Anm 4).
Zumal es sich beim jüngsten Sohn der Bf um ein nachgeborenes Kind von Asylwerbern handelt, deren Verfahren zum Zeitpunkt der Einbringung des Asylantrags des Sohnes bereits mehr als zwei Jahre rechtskräftig abgeschlossen und durchsetzbar waren, gelangt § 34 Abs 4 AsylG in diesem Fall nicht zur Anwendung. Umgekehrt würde sich auch eine allfällige Aufhebung der angefochtenen Rückkehrentscheidung den jüngsten Sohn der Bf betreffend nicht gemäß § 34 Abs 4 AsylG auf die rechtskräftige Ausweisung der Bf auswirken (vgl VwGH 28.4.2015, Ra 2014/18/0146). Die Bf konnte sich in weiterer Folge daher auch nicht auf § 13 Abs 1 AsylG berufen, da über ihr Asylverfahren zum Zeitpunkt der Einbringung des Asylantrags ihres jüngsten Sohnes bereits eine durchsetzbare Entscheidung vorlag. Die Bf war zum Zeitpunkt der Geburt ihres jüngsten Sohnes bereits seit mehr als zwei Jahren zur Ausreise aus Österreich verpflichtet.
Dass die Bf im vorgeworfenen Tatzeitraum über eine andere, in § 31 Abs 1 FPG geregelte Aufenthaltsberechtigung verfügt hätte, wurde von ihr nicht behauptet und konnte auch im ggst Verfahren nicht festgestellt werden.
Die Bf hält sich somit nicht aufgrund einer der in § 31 Abs 1 FPG geregelten Voraussetzungen rechtmäßig in Österreich auf.

III.2.2. Zur Erfüllung des 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) 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.

Hinsichtlich Art 8 EMRK brachte die Bf im Wesentlichen vor, dass eine Ausreiseverpflichtung aller Familienmitglieder mit Ausnahme des jüngsten Sohnes dieser Bestimmung widersprechen würde. Ferner seien seit 2014 Anträge auf Erteilung von Aufenthaltstiteln anhängig, der Bf könne die überlange Verfahrensdauer im Asylverfahren und im Verfahren zur Erlangung der Aufenthaltstitel nicht angelastet werden. Die Voraussetzungen für die Erteilung dieser Aufenthaltstitel lägen vor. Die Bf sei seit 2009 in Österreich, habe die Sprache erlernt und sich – soweit möglich – sozial und gesellschaftlich integriert. Die Kinder würden hier zur Schule gehen und die Sprache sprechen, sie hätten auch keinerlei Bezugspunkte zur Russischen Föderation. Es sei ein positiver Abschluss des „§55AsylG-Verfahrens“ naheliegend.

Die Bf stellte im Oktober 2009 in Österreich einen Asylantrag, der bereits im August 2012 rechtskräftig negativ entschieden war. Die Bf hielt sich somit aufgrund eines – im Ergebnis unbegründeten – Asylantrags weniger als drei Jahre rechtmäßig in Österreich auf, seit fast sechs Jahren hält sie sich mittlerweile unrechtmäßig im Bundesgebiet auf. Dies trifft auch auf ihren Mann und ihre drei älteren Kinder zu.

Zweifelsohne führt die Bf in Österreich ein Familienleben. Der jüngste Sohn der Bf wurde mehr als zwei Jahre nach der rechtskräftigen negativen Asylentscheidung die Bf betreffend geboren, die anderen Kinder der Bf und ihr Ehemann waren im verfahrensgegenständlichen Zeitraum nicht zum Aufenthalt in Österreich berechtigt. Das Asylverfahren ihres jüngsten Sohnes wurde gemäß § 3 und § 8 AsylG ebenfalls bereits rechtskräftig negativ beendet, die Verfahren betreffend die Rückkehrentscheidung und die Zulässigkeit der Abschiebung des Sohnes befinden sich jedoch in Beschwerde.

Zu ihrer Integration brachte die Bf lediglich vor, die Sprache erlernt zu haben und sich – soweit möglich – in sozialer und gesellschaftlicher Hinsicht integriert zu haben. Wie sich in der öffentlichen mündlichen Verhandlung ergeben hat, hat die Bf zwar Grundkenntnisse der deutschen Sprache erworben, benötigte jedoch einen Dolmetscher, um der Verhandlung folgen zu können. In Vereinen ist die Bf nicht engagiert, ihre Sozialkontakte außerhalb der Familie beschränken sich auf Nachbarn und Eltern von Schulkollegen der Kinder. Spezielle Hinweise betreffend die Schutzwürdigkeit ihres Privatlebens bzw den Grad ihrer Integration ergeben sich aus ihrem Vorbringen und dem Ermittlungsverfahren jedoch nicht. Da die Bf erst im Erwachsenenalter nach Österreich eingereist ist, ist davon auszugehen, dass sie schon aufgrund ihrer Sprachkenntnisse und ihres bisherigen Lebens noch über Bindungen zu ihrem Herkunftsstaat verfügt.

Die Bf wurde bereits wegen ihres unrechtmäßigen Aufenthalts in Österreich rechtskräftig verwaltungsstrafrechtlich belangt, mangels anderslautender Hinweise aus dem Akt ist davon auszugehen, dass sie strafrechtlich unbescholten ist.

Das Familienleben der Bf mit ihrem jüngsten Sohn ist aufgrund seiner Geburt nach der rechtskräftigen Asylentscheidung zu einem Zeitpunkt entstanden, in dem die Bf bereits seit mehr als zwei Jahren wusste, dass sie sich unrechtmäßig in Österreich aufhielt und – wie ihr Ehemann und ihre drei älteren Kinder auch – zur Ausreise verpflichtet war. Außerdem ist auch das Asylverfahren des Sohnes der Bf gemäß § 3 und § 8 AsylG bereits rechtskräftig negativ abgeschlossen. Es wurden somit im Asylverfahren keine Gründe festgestellt, die den Sohn der Bf daran hindern würden, seine Mutter und die restliche Familie zu begleiten, wenn diese ihrer Ausreiseverpflichtung nachkommt. Bei einer gemeinsamen Ausreise der Bf mit ihrem jüngsten Sohn und ihrer restlichen Familie kann auch kein Eingriff in das Familienleben erkannt werden.

Ferner kann nicht erkannt werden, dass die Asylanträge mit einer „überlangen Verfahrensdauer“ belastet gewesen wären. Seit 18. Juni 2015 liegen rechtskräftige

negative Entscheidungen gemäß §§ 3 und 8 AsylG betreffend den im Namen des jüngsten Sohnes der Bf am 30. Dezember 2014 eingebrachten Asylantrag vor. Die Bf, ihr Ehemann und die älteren Kinder erhielten bereits im Geburtsjahr der jüngsten Tochter (2012) – und somit weniger als drei Jahre nach Einbringung der Anträge der Bf und ihres Mannes – rechtskräftige durchsetzbare Entscheidungen. Die darauf folgenden Anträge auf Erteilung von Aufenthaltstiteln berechtigten die Bf, ihren Mann und ihre älteren Kinder jedoch nicht zum weiteren Aufenthalt in Österreich. Die diesbezügliche Verfahrensdauer hat somit keine Auswirkung auf das Privat- und Familienleben der Bf. Die Bf war vielmehr seit der rechtskräftigen Entscheidung über ihren Asylantrag zur Ausreise verpflichtet, dieser Verpflichtung ist sie nicht nachgekommen.

Im Ergebnis kann somit nicht erkannt werden, dass Art 8 EMRK einer Ausweisung der Bf im vorgeworfenen Tatzeitraum entgegen gestanden wäre. Die Bf hat sohin den objektiven Tatbestand des § 120 Abs 1a FPG erfüllt.

III.3.1. Gemäß § 5 Abs 1 VStG genügt zur Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten, wenn eine 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.

§ 5 Abs 1 S 2 VStG ordnet der Sache nach an, dass bei fahrlässigen Ungehorsamsdelikten der Verstoß gegen den entsprechenden verwaltungs-strafrechtlichen Rechtsbefehl grundsätzlich Fahrlässigkeit indiziert; der Täter muss diesfalls glaubhaft machen, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungs-vorschrift „kein Verschulden trifft“ (Lewisch in Lewisch/Fister/Weilguni, VStG § 5 Rz 5).

Bei der Bestimmung des § 120 Abs 1a FPG handelt es sich um ein sogenanntes Ungehorsamsdelikt im Sinne des § 5 Abs 1 zweiter Satz VStG.

Zur Entkräftung der gesetzlichen Vermutung ihres fahrlässigen Handelns hätte die Bf im Sinne der stRsp des Verwaltungsgerichtshofs initiativ alles darzulegen gehabt, was für ihre Entlastung spricht.

III.3.2. Der Bf musste spätestens seit der rechtskräftigen Beendigung ihrer asylrechtlichen Verfahren bewusst sein, dass sie zur Ausreise verpflichtet war. Dieser Verpflichtung ist sie aber jedenfalls bis zum Ende des vorgeworfenen Tatzeitraums nicht nachgekommen. Die Bf hat daher auch die Erfüllung des subjektiven Tatbestands des § 120 Abs 1a FPG zu verantworten.

III.4.1. Gemäß § 19 Abs 1 VStG iVm § 38 VwGVG ist Grundlage für die Bemessung der Strafe die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsguts und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat.

Gemäß § 19 Abs 2 VStG iVm § 38 VwGVG sind im ordentlichen Verfahren 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. Unter Berücksichtigung der Eigenart des Verwaltungsstrafrechts sind die §§ 32 bis 35 StGB sinngemäß anzuwenden. Die Einkommens-, Vermögens- und Familienverhältnisse des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen.

III.4.2. Über die Bf wurde die für die Wiederholung dieser Verwaltungsübertretung vorgesehene Mindeststrafe verhängt, wobei keine gesonderten Erschwerungs- oder Milderungsgründe zu berücksichtigen waren.

Gemäß § 20 VStG kann die Mindeststrafe bis zur Hälfte unterschritten werden, wenn die Milderungsgründe die Erschwerungsgründe beträchtlich überwiegen oder der Beschuldigte ein Jugendlicher ist. Zumal keine Milderungsgründe zu berücksichtigen waren, kann deren beträchtliches Überwiegen nicht festgestellt werden. Die Anwendung des § 20 VStG kommt daher nicht in Betracht.

Gemäß § 45 Abs 1 Ziffer 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 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.

Das Verschulden ist geringfügig, wenn - unabhängig von der Schuldform (Vorsatz oder Fahrlässigkeit) - das tatbildmäßige Verhalten des Täters hinter dem in der betreffenden Strafdrohung typisierten Unrechts- und Schuldgehalt erheblich zurückbleibt (vgl etwa VwGH 12.9.2001, 2001/03/0175). Der unrechtmäßige Aufenthalt in Österreich ist aber gerade ein typischer Fall eines nach der Strafbestimmung des § 120 Abs 1a FPG verpönten Verhaltens, sodass von einer Geringfügigkeit nicht ausgegangen werden und daher nicht von der Verhängung einer Strafe abgesehen werden kann.

IV. Im Ergebnis war daher die Beschwerde abzuweisen. Bei diesem Ergebnis war der Bf zusätzlich zum Beitrag zu den Kosten des Verwaltungsstrafverfahrens ein

Beitrag zu den Kosten des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens in Höhe von 20% der verhängten Geldstrafe gemäß § 52 Abs 1 und 2 VwGVG vorzuschreiben. Für ein Absehen von den Kosten des Verfahrens besteht keine Rechtsgrundlage, Barauslagen waren im ggst Verfahren nicht vorzuschreiben.

Eine Zurückverweisung der Rechtssache an die erste Instanz kommt im Verwaltungsstrafverfahren nicht in Betracht, weshalb dem diesbezüglichen Eventualantrag nicht nachzukommen war.
Eine Aussetzung des Verfahrens gemäß § 38 AVG kommt mangels zu beurteilender Vorfrage nicht in Betracht, da die Stellung eines Antrags auf Erteilung eines Aufenthaltstitels nicht zum Aufenthalt berechtigt und somit auch eine allfällige spätere Erteilung nicht auf den vorgeworfenen Tatzeitraum zurückwirken würde.

V. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da zur zu beurteilenden Rechtsfrage Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs existiert, von der in der ggst Entscheidung nicht abgewichen 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