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-700383/2/MB/BD

Datum:
Linz, 23. April 2018

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Dr. Brandstetter über die Beschwerde des M B, vertreten durch Rechtsanwalt Mag. Dr. H B, M, L, gegen das Straferkenntnis der Landespolizeidirektion Oberösterreich vom 13. Dezember 2017, GZ: VStV/917301653281/2017, wegen einer Übertretung nach dem Fremdenpolizeigesetz

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird mit der Maßgabe stattgegeben, als der Beschwerdeführer unter Hinweis auf die Rechtswidrigkeit seiner Tat – des nicht rechtmäßigen Aufenthaltes in Österreich am 23.8.2017 – ermahnt wird. Darüber hinaus ist das Straferkenntnis der belangten Behörde zu bestätigen.

II. Der Beschwerdeführer hat keinen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens 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 13. Dezember 2017, GZ: VStV/917301653281/2017, wurde über den Beschwerdeführer (in der Folge: Bf) gemäß § 120 Abs 1a FPG eine Geldstrafe in der Höhe von 500 Euro sowie im Falle der Uneinbringlichkeit eine Ersatzfreiheitsstrafe von 1 Tag 20 Stunden verhängt.

Die belangte Behörde führte dabei folgenden Tatvorwurf aus:
„1. Sie haben sich als Fremder (§ 2 Abs. 4 Z 1 FPG), wie am 23.08.2017, 14:20 Uhr von Beamten der Landespolizeidirektion Oberösterreich, EGFA FB 04 - Fremdenpolizei in 4021 Linz, Nietzschestraße 33 bei Ihrer persönlichen Vorsprache festgestellt wurde, am 23.08.2017 nicht rechtmäßig im Bundesgebiet aufgehalten, 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 waren 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 waren Sie Inhaber eines von einem Vertragsstaat ausgestellten Aufenthaltstitels noch besteht ein Aufenthaltsrecht nach asylrechtlichen Bestimmungen. Sie hatten 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 ergab sich nicht aus anderen bundesgesetzlichen Vorschriften.

Der Beschuldigte hat dadurch folgende Rechtsvorschrift(en) verletzt:
§ 120 Abs. 1a Fremdenpolizeigesetz 2005 iVm. § 31 Abs. 1 Fremdenpolizeigesetz 2005 BGBl. I Nr. 144/2013 idgF.

Wegen dieser Verwaltungsübertretung(en) wird (werden) über Sie folgende Strafe(n) verhängt:

Geldstrafe von	falls diese uneinbringlich ist, Ersatzfreiheitsstrafe von	Freiheitsstrafe von	Gemäß
€ 500,00	1 Tage(n) 20 Stunde(n) 0 Minute(n)		§ 120 Abs. 1a Fremdenpolizeigesetz 2005 BGBl. I Nr. 144/2013 idgF.

Weitere Verfügungen (zB Verfallsausspruch, Anrechnung von Vorhaft):

Ferner hat der Beschuldigte gemäß § 64 des Verwaltungsstrafgesetzes 1991 - VStG zu zahlen:
€ 50,00 als Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens, das sind 10% der Strafe, jedoch mindestens 10 Euro für jedes Delikt (je ein Tag Freiheitsstrafe wird gleich € 100,00 angerechnet).

€ als Ersatz der Barauslagen für

Der zu zahlende Gesamtbetrag (Strafe/Kosten/Barauslagen) beträgt daher

€ 550,00“

[Hervorhebungen nicht übernommen]

Begründend führte die belangte Behörde Folgendes aus:
„Der Tatbestand der Ihnen zur Last gelegten Verwaltungsübertretung ist durch das behördlich durchgeführten Ermittlungsverfahrens zweifelsfrei erwiesen.

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

Gegen die Strafverfügung vom 25.10.2017 wurde von Ihrem Rechtsvertreter fristgerecht ein Einspruch eingebracht und die Anträge
a) auf Einleitung des ordentlichen Ermittlungsverfahrens und in der Folge die Einstellung des Strafverfahrens gemäß § 45 Abs. 1 Z. 4 VStG; in eventu
b) auf Herabsetzung der Geldstrafe im Rahmen des § 20 VStG gestellt.

Der Einspruch wurde wie folgt begründet

„Gemäß § 45 Abs. 1 Z 4 VStG hat die Behörde (zwingend) von der Einleitung oder Fortführung eines Strafverfahrens abzusehen und die Einstellung zu verfügen, wenn die Bedeutung der strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat und das Verschulden des Beschuldigten gering sind. Es steht aber der Behörde frei, eine Ermahnung zu erteilen unter Hinweis auf die Rechtswidrigkeit des Verhaltens.

Sollte aber ein Verstoß gegen ein Gesetz nicht vorliegen, so darf die Behörde auch keine Strafe aussprechen im Sinne des Grundsatzes nulla poena sine lege.
Aufgrund des unionsrechtlichen Aufenthaltsrechts gem. Art. 20 AEUV iVm der ständigen Judikatur des EuGH zum de-facto-Zwang, war und bin ich stets in Österreich legal aufhältig. Ich bin mit der österreichischen Staatsbürgerin Frau S B verheiratet. Unser gemeinsames Kind wurde am x in Österreich geboren und ist auch österreichischer Staatsbürger. Ich blieb in Österreich, damit ich meine Frau mit der Erziehung und Betreuung unseres Kindes unterstütze. Ansonsten wäre sie gezwungen, Österreich zu verlassen. Diese Konstellation verstößt allerdings gegen das Unionsrecht, weshalb mir bereits seit der Geburt unseres Kindes das Aufenthaltsrecht in Österreich zusteht.

Diesfalls fällt auch der Tatbestand der rechtswidrigen Einreise bzw des rechtswidrigen Aufenthaltes weg, weshalb die Strafverfügung ohne eine gesetzliche Grundlage ergangen ist.

Sollte die Behörde eine andere Meinung vertreten, so ist trotzdem anzuführen, dass das vermeintliche Unrecht meiner Tat minimal ist, da ich gerechtfertigte Gründe vorweisen kann, weshalb ich mich in Österreich aufhalte.
Insofern hätte auch eine Ermahnung ausgesprochen werden können.

Linz, am 30.11.2017 M B"

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 des visumfreien Aufenthaltes 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 bis zu drei Monaten (Artikel 21 SDÜ gilt), sofern sie während ihres Aufenthaltes im Bundesgebiet keiner unerlaubten Erwerbstätigkeit nachgehen;
4. solange ihnen ein Aufenthaltsrecht nach dem AsylG 2005 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.

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 am 23.08.2017 nicht rechtmäßig im Bundesgebiet der Republik Österreich aufgehalten haben. Es ist unbestritten, dass Sie nicht im Besitz einer Berechtigung im Sinne des § 31 FPG 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.

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.

Zunächst ist festzustellen, dass Sie sich als bosnischer Staatsangehöriger mit einem gültigen Reisepass zu touristischen Zwecken bis zu 90 Tagen innerhalb eines Zeitraumes von 180 Tagen im Schengenraum aufhalten dürfen.

Am 16.08.2017 langte ha. per Email von der Bezirkshauptmannschaft Linz-Land eine Mitteilung ein, dass do., aufgrund Ihrer Vorsprache zwecks Antragstellung festgestellt wurde, dass Sie sich über den sichtvermerksfreien Aufenthalt im europäischen Raum befinden würden.

Am 23.08.2017 wurden Sie bei der Landespolizeidirektion Oberösterreich, Fremdenpolizei dazu schriftlich einvernommen. Es wurde folgendes festgehalten:

„Ich erscheine bei der LPD aufgrund der Vorladung vom 17.08.2017.
Ich war am 16.08.2017 bei der BH LL um einen Aufenthaltstitel zu beantragen, dort wurde mir gesagt, dass ich meinen sichtvermerksfreien Aufenthalt bereits überschritten habe. Ich habe mich daraufhin am selben Tag abgemeldet, weil ich ausreisen wollte. Ich bin dann aber nicht ausgereist, weil meine Mutter nicht nach Österreich kommen konnte, und jemand auf meine Tochter aufpassen muss. Meine Mutter und ich wechseln uns monatlich ab. Ich habe mich nicht wieder angemeldet, weil meine Gattin immer arbeiten musste und ich das alleine nicht kann. Ich verstehe kaum die deutsche Sprache. Meinen alten Reisepass habe ich verloren.
Auf die Frage, ob ich das nachweisen kann, wann ich nicht in Österreich war, gebe ich an, dass ich dies mit Bustickets belegen kann. Vom 17.07. bis etwa 05.08.2017 war ich in S bei meinem Schwager zu Besuch, anschließend fuhr ich nach B und kam am 08.08.2017 wieder nach Österreich. Ich habe nicht gewusst, dass ich die Tage, welche ich in S verbracht habe auch zum 90 tägigen sichtvermerksfreien Aufenthalt dazu zählt. Ich werde aufgefordert bis 01.09.2017 diesbezügliche Nachweise zu erbringen. Ich werde darauf hingewiesen, dass, wenn ich keine Nachweise erbringe, ich wegen illegalem Aufenthalt zur

Anzeige gebracht werde und das BFA verständigt werden wird. Ich habe alles verstanden und nichts mehr hinzuzufügen."

Ihre Gattin war als Vertrauensperson und Dolmetscherin anwesend.

Sie haben bis dato keine Nachweise erbracht, wo ersichtlich ist, dass Sie, während Sie in Österreich gemeldet waren, nicht in Österreich oder im Schengenraum waren. Ihren alten Reisepass können Sie nicht vorlegen, da Sie diesen verloren hätten. Ihr neuer Reisepass wurde am 10.07.2017 ausgestellt.
Die Behörde geht davon aus, dass Sie im Zeitraum, wo Sie in Österreich gemeldet waren auch in Österreich waren.
Sie waren vom 26.01.2017 bis 28.03.2017, vom 08.06.2017 bis 03.07.2017 und vom 15.07.2017 bis 16.08.2017 im Zentralen Melderegister gemeldet, wobei das letzte Abmeldungsdatum nicht korrekt ist, da Sie am 23.08.2017 im hsg. Amt vorstellig waren und
angaben, dass Sie ursprünglich vorgehabt hätten am 16.08.2017 Österreich zu verlassen und sich deshalb abgemeldet hätten, aber aufgrund privater Schwierigkeiten Sie doch nicht am 16.08.2017 ausreisen konnten.
Mit Stichtag 23.08.2017 (Überprüfung und Feststellung bei der Fremdenpolizei) ergibt die Rückrechnung von 180 Tagen den 25.02.2017. Der Zeitraum vom 25.02.2017 bis 28.03.2017, vom 08.06.2017 bis 03.07.2017 und vom 15.07. 2017 bis 23.08.2017 ergeben 98 Tage, weshalb Sie den erlaubten Zeitraum um 8 Tage überschritten haben.

In Ihrem Einspruch geben Sie an, dass Sie in Österreich stets legal aufhältig seien, da Sie mit einer österreichischen Staatsbürgerin verheiratet sind und mit ihr ein gemeinsames Kind haben, welches ebenfalls die österreichische Staatsbürgerschaft besitzt und Sie deshalb ein unionsrechtliches Aufenthaltsrecht gem. Art 20 AEUV iVm der ständigen Judikatur des EuGH zum de-facto-Zwang, genießen. Sie blieben in Österreich um Ihre Frau mit der Erziehung und Betreuung Ihres Kindes zu unterstützen.

Der Aufenthalt von Fremden in Österreich unterliegt jedoch Gesetzen, Verordnungen und Regeln. Wenn sich nun Drittstaatsangehörige länger als 90 Tage im Zeitraum von 180 Tagen im Bundesgebiet bzw. Schengengebiet aufhalten und die Behörden vor vollendete Tatsachen zu stellen versuchen, läuft dies massiv einem geordneten Fremdenwesen zuwider. Außerdem liegt nach Ansicht der ha. Behörde kein de-facto-Zwang vor, da Ihre Gattin und Ihr Kind de-facto nicht gezwungen werden, Österreich zu verlassen. Wirtschaftliche Gründe oder die Aufrechterhaltung der Familiengemeinschaft rechtfertigt nicht die Annahme, dass Ihre Gattin und Ihr Kind Österreich verlassen müssen, wenn Ihnen kein Aufenthaltsrecht gewährt werden würde.

Von unbedeutenden Folgen der Tat zu sprechen wäre daher 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 höchstgerichliich abgesichert, sondern sollte auch Ihnen verstärkt zugänglich werden. Von einem geringfügigen Verschulden kann also nicht ausgegangen werden.

Für die erkennende Behörde steht fest, dass Sie sich am 23.08.2017 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 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 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 zugute.

Bei der Strafbemessung wurde davon ausgegangen, dass Sie kein hierfür relevantes Vermögen besitzen, dass Sie für Ihre Gattin und für 1 Kind 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. Gegen dieses Straferkenntnis erhob der Bf rechtsfreundlich vertreten rechtzeitig das Rechtsmittel der Beschwerde vom 15. Jänner 2018.

Darin führt er wie folgt aus:

„Gegen das Straferkenntnis der Landespolizeidirektion vom 13.12.2017, VStV/917301653281/2017, zugestellt am 18.12.2017, erhebe ich durch meinen ausgewiesenen Rechtsvertreter innerhalb offener Frist

Beschwerde

an das Landesverwaltungsgericht wegen Gesetzwidrigkeit und stelle die

Anträge

das Landesverwaltungsgericht möge:

a) das hier angefochtene Straferkenntnis ersatzlos beheben; in eventu

b) gemäß § 38 VwGVG iVm § 45 Abs 1 Z 4 VStG eine Ermahnung aussprechen und von einer Strafverhängung absehen; in eventu

c) die Strafen angemessen herabsetzen (§ 20 VStG).

Meine Beschwerde begründe ich wie folgt:

Es wird auf den Einspruch vom 30.11.2017 vollinhaltlich verwiesen und wird dieser zum integrierenden Bestandteil dieser Beschwerde erklärt. Als Beweismittel, dass eine derart starke Verbindung zwischen Vater und Tochter besteht, wird auf das Gutachten des Prof. Dr. W G verwiesen, der eine erhebliche Schädigung des Kindeswohls erblickt, sollte ich aus dem Land ausgewiesen werden. Aufgrund des unionsrechtlichen Aufenthaltsrechts gemäß Art 20 AEUV iVm der ständigen Judikatur des zum de-facto-Zwang, war und bin ich stets in Österreich legal aufhältig. Ich bin mit der österreichischen Staatsbürgerin Frau S B verheiratet. Unser gemeinsames Kind wurde am 04.06.2015 in Österreich geboren und ist auch österreichische Staatsbürgerin. Ich blieb in Österreich, damit ich meine Frau mit der Erziehung und Betreuung unseres Kindes unterstütze. Ansonsten wären sie dazu gezwungen, Österreich zu verlassen. Diese Konstellation verstößt allerdings gegen das Unionsrecht, weshalb mir bereits seit der Geburt meines Kindes das Aufenthaltsrecht in Österreich zusteht.

Diesfalls fällt auch der Tatbestand der rechtswidrigen Einreise bzw. des rechtswidrigen Aufenthalts weg, weshalb die Strafverfügung ohne eine gesetzliche Grundlage ergangen ist.

Auch wenn man von der Unrecht meiner Tat ausgeht, ist dieses vermeintliche Unrecht minimal, da ich gerechtfertigte Gründe vorweisen kann, weshalb ich mich in Österreich aufhalte. Insofern hätte auch eine Ermahnung ausgesprochen werden können.“

[Hervorhebungen nicht übernommen]

3. Mit Schreiben vom 24. Jänner 2018 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, die Beschwerde und in das Zentrale Fremdenregister. Von der Abhaltung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung konnte abgesehen werden, da im angefochtenen Straferkenntnis keine 500 Euro übersteigende Geldstrafe verhängt wurde und die Durchführung einer Verhandlung von keiner Partei beantragt wurde (§ 44 Abs. 2 und 3 VwGVG).

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

Der Bf war am 16.8.2017 zwecks Beantragung eines Aufenthaltstitels bei der Bezirkshauptmannschaft Linz-Land vorstellig. Im Zuge dieser Amtshandlung wurde dem Bf mitgeteilt, dass er die Dauer seines sichtvermerksfreien Aufenthaltes in Österreich überschritten hat. Der Bf wollte sodann am selben Tag ausreisen. Da aber aufgrund der beruflichen Tätigkeit der Mutter eine Betreuungskraft für seine Tochter fehlte, konnte der Bf nicht ausreisen. Seine Mutter hatte keine Zeit. Er wechselt sich immer mit seiner Mutter bei der Betreuung seiner Tochter ab. Zudem hat der Bf es nicht gewusst, dass er die Tage, die er bei seinem Schwager in S verbracht hat, in die 90 Tage der sichtvermerksfreien Zeit einrechnen muss.

II.

Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich völlig widerspruchsfrei und unbestritten aus dem vorgelegten Verwaltungsakt, den Ausführungen in der Beschwerde und dem Zentralen Fremdenregister.

III.

1. Gemäß § 120 Abs 1a des Fremdenpolizeigesetzes 2005 – FPG, BGBl I Nr 100/2005, in der im Tatzeitraum geltenden Fassung BGBl I Nr 87/2012, 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. (...)

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 § 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. Der Bf hat in seiner Niederschrift 23.8.2017 die Tat in den wesentlichen Zügen gestanden und früh an der Ermittlung des Sachverhaltes mitgewirkt. Insofern kann das Tatbild als erfüllt angesehen werden.

2.1. Im Hinblick auf die in der rechtsanwaltlich vertretenen Beschwerde kursorisch angeführte Judikatur zum De-facto-Zwang ist zu erkennen, dass die zu Grunde liegenden Fälle der Rsp des EuGH nicht vergleichbar sind und ein gleich zu wertender Zwang vom Landesverwaltungsgericht Oberösterreich nicht erkannt werden kann. Schließlich kann der Bf seine derzeit geübte Praxis im Betreuungsverhältnis zu seiner Tochter weiterführen.

3. In subjektiver Hinsicht wendet der Bf ein, dass er schlicht nicht gewusst hat, dass die Zeit in S in die sichtvermerksfreie Zeit einzurechnen sei. Dies schließt die

subjektive Tatseite nicht aus, da Vorsatz nicht gefordert ist. Der Gesetzgeber lässt fahrlässiges Verhalten ausreichen. Ein einsichtiger und besonnener Mensch aus dem Verkehrskreis des Bf, ausgestattet mit dem Sonderwissen des Bf, hätte sich anders verhalten.

4. Auch das Unrecht wird durch den behaupteten Irrtum des Bf nicht ausgeschlossen. Zwar ist dieser Irrtum als (indirekter) Verbotsirrtum über die Reichweite einer Erlaubnisnorm zu erkennen. Dieser Irrtum ist dem Bf aber vorwerfbar. Er hätte sich – verglichen mit einem maßgerechten Menschen – besser informieren müssen.

5. 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 insbesondere unter Ansehung des vorgeworfenen, bloß einen Tag dauernden unrechtmäßigen Aufenthalts des Bf in Österreich 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).

Zur Frage, ob das Verschulden des Bf gering war, ist zu berücksichtigen, dass der Bf glaubhaft darlegen konnte, dass er schlichtweg nicht gewusst hat, dass die Aufenthaltsdauer in S bei der Berechnung der sichtvermerksfreuen Zeit Berücksichtigung findet. Ferner ist zu berücksichtigen, dass der Bf die Tat an sich auch nicht bestritten hat. Vielmehr hat er dies von Beginn des Verwaltungsstrafverfahrens an zugestanden und dies mit seinem Unwissen begründet. In Gesamtbetrachtung dieser besonderen Umstände war das Verschulden des Bf als gering zu beurteilen.

6. 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.

7. Hinsichtlich Spruchpunkt II ist festzuhalten, dass gem § 52 Abs 8 VwGVG die Kosten des Beschwerdeverfahrens dem Bf nicht aufzuerlegen sind, wenn der Beschwerde auch nur teilweise Folge gegeben worden ist. Da von der Verhängung einer Strafe abgesehen wurde und stattdessen eine Ermahnung erteilt wurde, waren dem Bf auch für das Verwaltungsstrafverfahren keine Kosten vorzuschreiben (vgl *Fister* in *Lewisch/Fister/Weilguni*, VStG, § 65, RN 4).

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