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-700384/8/MB/BD

Datum:
Linz, 23. April 2018

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Dr. Brandstetter über die Beschwerde des S B D, vertreten durch Rechtsanwalt Mag. Dr. H B, M, L, gegen das Straferkenntnis der Landespolizeidirektion Oberösterreich vom 21. Dezember 2017, GZ: VStV/917301787483/2017, wegen Übertretung des Fremdenpolizeigesetzes nach Abhaltung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 6. März 2018

zu Recht:

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

II. Der Beschwerdeführer hat einen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens in der Höhe von 500 Euro zu leisten.

III. Gegen dieses Erkenntnis ist eine Revision unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I.

1. Mit Straferkenntnis der Landespolizeidirektion Oberösterreich vom 21. Dezember 2017, GZ: VStV/917301787483/2017, wurde über den Beschwerdeführer (in der Folge: Bf) gemäß § 120 Abs. 1a des Fremdenpolizeigesetzes (FPG) eine Geldstrafe in der Höhe von 2.500 Euro sowie im Falle der Uneinbringlichkeit eine Ersatzfreiheitsstrafe von 9 Tagen verhängt.

Die belangte Behörde sprach darüber wie folgt ab:
„Sie halten sich als Fremder (§ 2 Abs. 4 Z 1 FPG) wie am 20.11.2017 um 09:38 Uhr von Beamten der Landespolizeidirektion Oberösterreich, EGFA FB 04 - Fremdenpolizei in Linz, Nietzschestraße 33, 4020 Linz anlässlich einer Aktenüberprüfung festgestellt wurde, nicht rechtmäßig im Bundesgebiet auf, da für den rechtmäßigen Aufenthalt eine rechtmäßige Einreise Voraussetzung ist und während des Aufenthaltes im Bundesgebiet die Befristungen oder die Bedingungen des Einreisetitels oder des visumfreien Aufenthaltes oder die durch zwischenstaatliche Vereinbarungen, Bundesgesetz oder Verordnung bestimmte Aufenthaltsdauer nicht überschritten werden dürfen.
Sie sind nicht aufgrund einer Aufenthaltsberechtigung oder einer Dokumentation des Aufenthaltsrechtes nach dem Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz zur Niederlassung oder zum Aufenthalt oder auf Grund einer Verordnung für Vertriebene zum Aufenthalt berechtigt. Weder sind Sie Inhaber eines von einem Vertragsstaat ausgestellten Aufenthaltstitels noch besteht ein Aufenthaltsrecht nach asylrechtlichen Bestimmungen. Sie haben auch keinen Verlängerungsantrag als Saisonier gestellt und ein rechtmäßiger Aufenthalt ergibt sich nicht aus anderen bundesgesetzlichen Vorschriften.
Ihr Asylverfahren wurde mit Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichtes vom 15.06.2016 negativ entschieden. Die Frist von zwei Wochen zur freiwilligen Ausreise ließen Sie ungenutzt verstreichen, weshalb Sie sich seit 30.06.2016 unrechtmäßig im Bundesgebiet aufhalten.
Mit Strafverfügung vom 24.04.2017 wurden Sie bereits wegen illegalem Aufenthalt zu einer Geldstraße von € 500,- (im NEF Ersatzfreiheitsstrafe von 3 Tagen) bestraft. Diese Strafverfügung ist seit 13.05.2017 rechtskräftig, weshalb Ihnen nunmehr ein unrechtmäßiger Aufenthalt ab dem 14.05.2017 vorgeworfen wird.“
[Hervorhebungen nicht übernommen]

Begründend führte die belangte Behörde Nachstehendes aus:
„Sie halten sich als Fremder nicht rechtmäßig im Bundesgebiet auf, da Ihr Asylverfahren mit
15.06.2016 rechtskräftig negativ entschieden ist, gleichzeitig wurde eine Rückkehrentscheidung erlassen.

Am 24.04.2017 hat die LPD O gegen Sie eine Strafverfügung gem. § 120/1a FPG iVm § 31/1 FPG erlassen und eine Geldstrafe in der Höhe von € 500,- (im NEF 3 Tage Ersatzfreiheitsstrafe) verhängt. Die Strafverfügung ist seit 13.05.2017 rechtskräftig.

Am 20.11.2017 erging von der LPD O eine Aufforderung zur Rechtfertigung, in welcher Sie gleichzeitig aufgefordert wurden die Ihrer Verteidigung dienlichen Beweismittel bekannt zu geben. Der RSa-Brief wurde am 24.11.2017 beim Postamt x hinterlegt. Da Sie über keinen Identitätsnachweis verfügen wurde Ihnen der RSa-Brief vom Postamt nicht ausgefolgt. Am 27.11.2017 wurde Ihnen ha. eine Kopie der Aufforderung übergeben. Bis dato ist keine Stellungnahme ha. eingelangt.

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 visumsfreien 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 Aufenthalts im Bundesgebiet keiner unerlaubten Erwerbstätigkeit nachgehen;
4. solange ihnen ein Aufenthaltsrecht nach dem AsylG 2005 zukommt;
5. bis zur Entscheidung über einen Verlängerungsantrag (§ 2 Abs. 4 Z 17a), solange der Aufenthalt als Saisonier in den vergangenen zwölf Monaten insgesamt die Dauer von neun Monaten nicht überschreitet;
6. entfällt
7. soweit sich dies aus anderen bundesgesetzlichen Vorschriften ergibt.

Gemäß § 120 Abs. 1a des Fremdenpolizeigesetzes 2005 - FPG, BGBl. I Nr. 100/2005, in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 145/2017, begeht eine Verwaltungsübertretung und ist mit Geldstrafe von 500 Euro bis zu 2.500 Euro, im Fall ihrer Uneinbringlichkeit mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Wochen zu bestrafen, wer sich als Fremder nicht rechtmäßig im Bundesgebiet aufhält. Wer wegen einer solchen Tat bereits einmal rechtskräftig bestraft wurde, ist mit Geldstrafe von 2.500 Euro bis zu 7.500 Euro oder mit Freiheitsstrafe bis zu vier Wochen zu bestrafen. Als Tatort gilt der Ort der Betretung oder des letzten bekannten Aufenthaltsortes; bei Betretung in einem öffentlichen Beförderungsmittel die nächstgelegene Ausstiegsstelle, an der das Verlassen des öffentlichen Beförderungsmittels gemäß dem Fahrplan des Beförderungsunternehmers möglich ist.

Das FPG enthält keine eigene Regelung hinsichtlich des Verschuldens, weshalb § 5 Abs. 1 VStG zur Anwendung kommt, wonach zur Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten genügt. Fahrlässigkeit ist bei Zuwiderhandeln gegen ein Verbot oder bei Nichtbefolgung eines Gebotes dann ohne weiteres anzunehmen, wenn zum Tatbestand einer Verwaltungsübertretung der Eintritt eines Schadens oder einer Gefahr nicht gehört und der

Täter nicht glaubhaft macht, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft (Ungehorsamsdelikt).

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

Zunächst ist wiederum festzustellen, dass das Asylverfahren am 15.06.2016 nach Prüfung durch das Bundesverwaltungsgericht, der die Fluchtgründe materiell erörterte, rechtskräftig negativ abgeschlossen wurde, woraus für Sie eine Ausreiseverpflichtung entstand, worauf Sie auch im Bescheid des BvWG explizit hingewiesen wurden., Des darauf folgenden illegalen Aufenthalts mussten Sie sich also klar bewusst gewesen sein.

Das Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichtes - nunmehr seit über 18 Monaten hinweg ignorierend - , das ja die Ausreiseverpflichtung explizit anführte, verharren Sie somit im Bundesgebiet und haben alleine dadurch schon fahrlässig gehandelt, zumal eine mit der Rechts- und Werteordnung vertraute Person hier schon ohne weiteres die tatsächliche rechtliche Lage erfasst und sich dementsprechend verhalten hätte.
Im Grunde stellen Sie ausschließlich die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichtes in Frage. Auch die Strafverfügung der LPD O vom 24.04.2017 konnte Sie nicht davon abbringen, Ihren illegalen Aufenthalt zu beenden und Österreich zu verlassen.
Sie vertrauen offenbar lediglich darauf nicht abgeschoben zu werden, ohne die rechtlichen Gegebenheiten anzuerkennen.
Wenn Fremde nach rechtskräftig negativem Abschluss ihres Asylverfahrens nicht rechtmäßig im Bundesgebiet verbleiben und die Behörden vor vollendete Tatsachen zu stellen versuchen, läuft dies zweifellos einem geordneten Fremdenwesen zuwider und ist nicht zu tolerieren. Es ist zu berücksichtigen, dass Sie illegal in das Bundesgebiet eingereist sind und sich seit 08.08.2013 lediglich auf Grundlage eines offenkundig unbegründeten Asylantrages in Österreich aufhalten.
Ihr Verhalten läuft dem Ziel eines geordneten Fremdenwesens und dem geordneten Zuzug von Fremden zuwider.
Überdies würde es dazu führen, dass Fremde, die die fremdenrechtlichen Einreise- und Aufenthaltsbestimmungen beachten, letztlich schlechter gestellt wären, als Fremde, die Ihren Aufenthalt im Bundesgebiet lediglich durch ihre illegale Einreise und durch die Stellung eines unbegründeten Asylantrages erzwingen, was in letzter Konsequenz zu einer verfassungswidrigen unsachlichen Differenzierung der Fremden untereinander führen würde.

Ihren persönlichen Interessen an einem weiteren Aufenthalt in Österreich steht somit das öffentliche Interesse an der Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung auf dem Gebiet des Fremdenwesens gegenüber; diesem gewichtigen öffentlichen Interesse kommt aus der Sicht des Schutzes und der Aufrechterhaltung der öffentliche Ordnung ein hoher Stellenwert zu. Es kann daher nur Sanktionen unterliegen, wenn Fremde nach rechtskräftig negativem Abschluss ihres Asylverfahrens nicht rechtmäßig im Bundesgebiet verbleiben und die Behörden vor vollendete Tatsachen zu stellen versuchen.

Es wäre durchaus Ihre Pflicht gewesen und ist es auch immer noch, aus Österreich auszureisen, denn es kann Ihnen sehr wohl zugemutet werden, sich um die Beendigung eines rechtswidrigen Zustandes zu bemühen.
Es ist somit vom Vorliegen auch der subjektiven Tatseite in Form fahrlässigen Verhaltens auszugehen.

Gemäß § 19 VStG ist Grundlage für die Bemessung der Strafe stets das Ausmaß der mit der Tat verbundenen Schädigung oder Gefährdung derjenigen Interessen, deren Schutz die Strafdrohung dient und der Umstand, inwieweit die Tat sonst nachteilige Folgen nach sich gezogen hat. Im ordentlichen Verfahren "§§ 40 bis 46" sind überdies die nach dem Zweck der Strafdrohung in Betracht kommenden Erschwerungs- und Milderungsgründe soweit sie nicht schon die Strafdrohung bestimmen, gegeneinander abzuwägen.

Auch auf das Ausmaß des Verschuldens ist besonders Bedacht zu nehmen. Unter Berücksichtigung der Eigenart des Verwaltungsstrafrechtes sind die §§ 32 bis 35 Strafgesetzbuch sinngemäß anzuwenden. Die Einkommens- und Vermögensverhältnisse und allfällige Sorgepflichten des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen ebenso zu berücksichtigen.
Hinsichtlich der Strafhöhe ist anzumerken, dass ohnehin lediglich die gesetzliche Mindeststrafe verhängt wurde.

Betreffend die außerordentliche Strafmilderung ist festzuhalten, dass, der von der Strafnorm angesprochene Unrechtsgehalt des Handelns keinesfalls erheblich gemildert wird, indem man den illegalen Aufenthalt aufrecht erhaltend nach Alternativen einer dauerhaften Verbleibemöglichkeit beschreitet.
Von unbedeutenden Folgen der Tat zu sprechen wäre nicht nachvollziehbar, da Sie die Bedeutung und den Schutzzweck fremdenpolizeilicher Normen zu missverstehen scheinen, zumal es sich bei Folgen einer Tat nicht nur um materielle, sondern vielfach auch um immaterielle handelt, denen keinesfalls eine untergeordnete Rolle zugemessen werden kann. Der Stellenwert der Einhaltung fremdenpolizeilicher Normen ist nicht nur gesetzlich, gesellschaftlich und höchstgerichtlich abgesichert, sondern sollte auch Ihnen verstärkt zugänglich werden. Von einem geringfügigen Verschulden kann also ebenfalls nicht ausgegangen werden.
Für die erkennende Behörde steht fest, dass Sie sich seit dem rechtskräftigen Abschluss des Asylverfahrens unrechtmäßig im Bundesgebiet von Österreich aufhalten und somit gegen die angeführten Bestimmungen des Fremdenpolizeigesetzes verstoßen. Mit Strafverfügung der LPD O vom 24.04.2017 wurden Sie bereits wegen illegalem Aufenthalt zu einer Geldstraße von € 500,- (im NEF Ersatzfreiheitsstrafe von 3 Tagen) bestraft. Diese Strafverfügung ist seit 13.05.2017 rechtskräftig, weshalb Ihnen nunmehr ein unrechtmäßiger Aufenthalt ab dem 14.05.2017 vorgeworfen wird, da es sich hier um ein Dauerdelikt handelt, bei welchem nicht nur die Herbeiführung des rechtswidrigen Zustandes, sondern auch dessen Aufrechterhaltung pönalisiert ist und die Tat solange begangen wird, als der verpönte Zustand dauert, 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.

Ein geordnetes Fremdenwesen ist für Österreich von eminentem Interesse. Dies umso mehr in einer Zeit, in der ein anhaltend hoher Migrations- und Zuwanderungsdruck zu verzeichnen ist. Den für die Einreise und den Aufenthalt von Fremden getroffenen Regelungen und deren Befolgung durch die Normadressaten kommt aus der Sicht des Schutzes und der Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung ein sehr hoher Stellenwert zu.

Der Milderungsgrund der verwaltungsrechtlichen Unbescholtenheit kam Ihnen nicht zugute. Bei der Strafbemessung wurde davon ausgegangen, dass Sie kein hierfür relevantes Vermögen besitzen, nicht sorgepflichtig sind und kein Einkommen beziehen. Die Kostenentscheidung ist gesetzlich begründet.
Bei Vorliegen besonders triftiger Gründe können Sie bei der ha. Behörde eine Ratenzahlung beantragen."
[Hervorhebungen nicht übernommen]

2. Der Bf erhob in rechtsfreundlicher Vertretung fristgerecht das Rechtsmittel der Beschwerde und führte darin wie folgt aus:
„In umseits näher bezeichneter Verwaltungsstrafsache gebe ich zunächst bekannt, dass ich Herrn RA Mag. Dr. H B, M, L, mit meiner rechtsfreundlichen Vertretung beauftragt und bevollmächtigt habe und ersuche ich das Vollmachtsverhältnis zur Kenntnis zu nehmen und Zustellungen zu seinen Händen vorzunehmen.

Gegen das Straferkenntnis der Landespolizeidirektion OÖ vom 21.12.2017, VStV/917301787483/2017, erhebe ich durch meinen nunmehrigen Rechtsvertreter innerhalb offener Frist
Beschwerde
und stelle die
Anträge,
das Verwaltungsgericht möge:
a. eine mündliche Beschwerdeverhandlung anberaumen und durchführen; sowie
b. das hier angefochtene Straferkenntnis der Landespolizeidirektion OÖ vom 21.12.2017, GZ. VStV/917301787483/2017, ersatzlos beheben; in eventu
c. die ausgesprochene Geldstrafe/Ersatzfreiheitsstrafe angemessen herabsetzen; in eventu
d. das Straferkenntnis aufheben und der Erstbehörde die neuerliche Entscheidung nach Verfahrensergänzung auftragen.

Meine Beschwerde begründe ich wie folgt:

Ich wurde bereits mit Strafverfügung vom 24.4.2017, VStV/917300634243/2017, wegen nicht rechtmäßigen Aufenthalts im
Bundesgebiet bestraft. Die entsprechende Strafe zahle ich derzeit in Raten zurück. Ich habe Österreich seither nicht verlassen. Es ist zwar richtig, dass ich mich nach Abschluss meines Asylverfahrens nicht rechtmäßig in Österreich aufhalte, doch handelt es sich dabei um einen Dauerdelikt und kann ich nicht wegen ein und desselben Sachverhalts mehrfach bestraft werden. Das angefochtene Straferkenntnis ist daher grundrechtswidrig und

verstößt gegen Art. 50 Grundrechte-Charta und Art. 4 des 7. Zusatzprotokolls zur EMRK (Doppelbestrafungsverbot).

Ich ersuche weiters zu berücksichtigen, dass ich auch aufgrund meines bestehenden Privat- und Familienlebens im Sinne des Art. 8 EMRK Österreich nicht verlassen kann. Ich bin traditionell mit N Y verheiratet, sie verfügt über einen Daueraufenthaltstitel in Österreich. Meine Ehegattin benötigt bei der Betreuung ihrer Kinder, M, geb. x, A, geb. x, M, geb. x, aufgrund ihrer eigenen psychischen Erkrankung meine Unterstützung, ebenso bei der Führung des Haushaltes. Hinzu kommt, dass ich selbst unter Epilepsie leide und aufgrund dieser gesundheitlichen Einschränkung mir eine Rückkehr in mein Heimatland nicht möglich ist, da die medizinische Versorgung für mich nicht sichergestellt wäre, da ich dort nicht versichert bin und daher keinerlei Leistungen des Gesundheitswesens in Anspruch nehmen kann. Meine Ehegattin und ich beabsichtigen nach Erhalt des Ehefähigkeitszeugnisses auch standesamtlich zu heiraten und einen Antrag auf Familienzusammenführung, verbunden mit einem Inlandsantrag zu stellen, um so den Aufenthalt zu legalisieren. Vor dem Hintergrund dieser Überlegungen liegt ein Strafausschließungsgrund nach § 6 VStG vor und hätte daher gegenständliches Straferkenntnis nicht erlassen werden dürfen (vgl. VwGH vom 20.2.2014, 2013/210169 ua.). Ich ersuche auch zu berücksichtigen, dass ich derzeit über keinerlei Einkommen verfüge und ich ausschließlich von meiner Ehegattin unterstützt werde, sodass auch die ausgesprochene Geldstrafe unangemessen hoch ist. Die Trauungsurkunde, eine

Einstellungsbestätigung, einen Ambulanzbericht betreffend mich sowie einen Ambulanzbericht betreffend meine Ehegattin, übermittle ich mit der Bitte um Berücksichtigung bei der Entscheidungsfindung.

Weiteres Vorbringen im Zuge des Beschwerdeverfahrens, im Zuge dessen ich die Einvernahme meiner Ehegattin N Y, x, als Zeugin beantrage, behalte ich mir ausdrücklich vor.“
[Hervorhebungen nicht übernommen]

3. Mit Schreiben vom 24. Jänner 2018 legte die belangte Behörde den in Rede stehenden Verwaltungsakt dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zur Entscheidung vor.

II.

1. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich nahm Einsicht in den Verwaltungsakt der belangten Behörde. Zudem wurden vom Landesverwaltungsgericht Oberösterreich ein aktueller Auszug des zentralen Fremdenregisters und eine aktuelle Meldeauskunft durchgeführt. Am 6. März 2018 wurde eine öffentliche mündliche Verhandlung abgehalten.

2. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich geht bei seiner Entscheidung zunächst von dem unter den Punkten I und II. 1 dieses Erkenntnisses dargestellten relevanten Sachverhalt aus.

3. Zusätzlich dazu ist aufgrund der öffentlichen mündlichen Verhandlung festzustellen, dass der Bf die als seine Gattin bezeichnete Zeugin lediglich „kirchlich“ geheiratet hat. Er kennt sie erst seit ca. 1,5 Jahren. Die Kinder der Bf (3) sind nicht die leiblichen Kinder des Bf. Er hält sich insgesamt ca. 4,5 Jahre in Österreich auf. Zudem kann der Bf außerhalb seiner vormaligen Tätigkeit beim S und der Ablegung eines Deutschkurses A1 und A2 keine integrativen Elemente aufweisen. Im Hinblick auf die Sprachkenntnisse des Bf ist zu erkennen, dass eine Verständigung mit dem Bf in der ömV ohne Dolmetscher nicht möglich war. Zudem hat der Bf keinerlei Verwandte oder sonstiges Netzwerk in Österreich. In seiner Heimat sind jedoch seine Eltern und seine 5 Geschwister aufhältig und er hat den Großteil seines Lebens in A verbracht. Die für die Behandlung des Bf notwendigen Medikamente (Depakine-Tabletten, Levetiracetam) sind in Algerien in Apotheken erhältlich (z.B. Algier; s dazu BVwG W230 2007105-1/18E, Seite 8 ff.).Er erhält finanzielle Unterstützung durch seine kirchliche Ehefrau. Zudem liefert der Bf einem befreundeten Polizisten Informationen über das Suchtgiftmilieu. Daraus ist zu schließen, dass der Bf Zugang zu Personen bzw. Informationen aus diesem Bereich hat. Zudem ist im Hinblick auf die Personaldokumente des Bf zu erkennen, dass er sich einmal bei der Botschaft erkundigte hatte. Die Botschaft hat ihm die Auskunft gegeben, sie benötigen Unterlagen. Seither wartet der Bf auf Übermittlung der Unterlagen aus der Heimat. Warum der Bf selbst die Unterlagen bei seiner Reisebewegung nicht selbst mitgenommen hat wird nicht erklärt.

III.

1. Gemäß § 120 Abs. 1a des Fremdenpolizeigesetzes 2005 – FPG, BGBl. I Nr. 100/2005, in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 144/2013, 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 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.

2. Zunächst ist festzuhalten, dass der Bf sich seit dem 30.6.2016 rechtswidrig im Bundesgebiet aufhält. Er wurde diesbezüglich am 24.4.2017 rechtskräftig mittels Strafverfügung mit 500 Euro Geldstrafe bestraft. Diese Strafverfügung ist mit 13.5.2017 rechtskräftig geworden. Sohin ist der verfahrensgegenständliche Tatzeitraum der rechtswidrige Aufenthalt seit dem 14.5.2017.

2.1. Weiter ist zu erkennen, dass der Bf auch keine sonstigen Schritte eingeleitet oder für sich verbuchen kann, die seinen Aufenthalt legalisieren.

2.2. Nach der jüngeren Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes ist im Rahmen der objektiven Tatseite aber auch stets das Privat- und Familienleben eines Beschuldigten zu überprüfen (s dazu instruktiv VwGH vom 29. Februar 2012, Zl. 2010/21/0049).

Dazu ist zu erkennen, dass vor dem Hintergrund des Art. 8 EMRK das vom Bf ins Treffen geführt Privat- und Familienleben nicht als ausreichend angesehen werden kann, schließlich ist dieses Familienleben als nicht besonders zeitlich ausgedehnt zu erkennen und auf Basis eines unsicheren Aufenthalts entstanden. Der Bf ist erst seit ca. 4,5 Jahre in Österreich und kennt seine „kirchliche“ Ehefrau erst seit ca. 1,5 Jahren. Die Kinder wurden alle samt von der Ehefrau mitgebracht und sind nicht die leiblichen Kinder des Bf. Auch der Gesundheitszustand des Bf ändert an dieser Abwägung nichts, da die für die Therapie der Erkrankung des Bf

notwendigen Medikamente in Algerien für ihn erhältlich sind und er eine finanzielle Unterstützung seiner Gattin erhält.

Zudem ist zu erkennen, dass der Bf ein sehr starkes Familienleben im Heimatstaat hat, da sowohl seine Eltern als auch seine 5 Schwestern in A leben.

2.3. Weiter ist zu erkennen, dass nicht festgestellt werden kann, dass der Bf an der Erlangung eines Heimreisezertifikats oder eines sonstigen Reisedokuments ausreichend mitgewirkt hat. Er hat sich lediglich einmal bei der Botschaft nach den Voraussetzungen für deren Erlangung erkundigt, aber das Prozedere nicht weiter vorangetrieben.

2.3.1. Die objektive Tatseite ist sohin als erfüllt anzusehen.

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

3.2. 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.

3.3. Der Bf legt nun keine derartigen Anhaltspunkte initiativ dar.

4. Vor dem Hintergrund des § 19 VStG ist zunächst zu erkennen, dass – wie der Verwaltungsgerichtshof oftmals ausgesprochen hat (vgl. u.a. VwGH vom 19. Februar 1997, Zl. 96/21/0516) an der Einhaltung jener Normen, welche die Einreise und den Aufenthalt von Fremden regeln ein hohes öffentliches Interesse bestellt, da durch die Nichteinhaltung derartiger Normen die öffentliche Ordnung maßgeblich beeinträchtigt wird. Insofern beeinträchtigt diese Tat des Bf dieses Rechtsgut erheblich, obschon erkannt werden muss, dass der hier vorgeworfene Tatzeitraum eher als nicht ausgedehnt zu werten ist. Zudem muss mit der belangten Behörde erkannt werden, dass der Bf nicht als unbescholten gilt, kein Einkommen und kein Vermögen ins Treffen führt. Es ist sohin hierdurch gerechtfertigt eine Strafe in der Höhe der Mindeststrafe zu verhängen.

5. Eine Herabsetzung der Strafe unter die Mindeststrafe kann hingegen nicht angedacht werden, da es nicht zu einem beträchtlichen Überwiegen der Milderungsgründe im Vergleich zu den Erschwerungsgründen kommt (vgl. § 20 VStG).

6. In diesem Sinn war dem Bf auch ein Beitrag zu den Kosten des Verfahrens vor dem LVwG in der Höhe von 20 % der verhängten Strafe aufzuerlegen (vgl. § 52 VwGVG).

7. Abschließend gilt es zudem darauf hinzuweisen, dass eine Ratenzahlungsmöglichkeit durch den Bf bei der belangten Behörde vorzubringen ist.

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