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-700414/11/MB/JB

Datum:
Linz, 1. Oktober 2018

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Dr. Brandstetter über die Beschwerde der K A, geb. x, StA. T, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. M F, x 23, W, gegen das Straferkenntnis der Landespolizeidirektion Oberösterreich, EGFA Fremdenpolizei vom 21. März 2018, GZ: VStV/918300250889/2018, wegen Übertretung des Fremdenpolizeigesetzes

zu Recht:

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

II. Die Beschwerdeführerin hat einen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens in der Höhe von 1.000 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 (in der Folge: belangte Behörde) vom 21. März 2018, GZ: VStV/918300250889/2018, wurde über die Beschwerdeführerin (in der Folge: Bf) gemäß § 120 Abs. 1b iVm § 52 Abs. 8 Fremdenpolizeigesetz (FPG) eine Geldstrafe in der Höhe von 5.000 Euro, sowie im Falle der Uneinbringlichkeit eine Ersatzfreiheitsstrafe von 14 Tagen verhängt.

Die belangte Behörde führt dabei folgenden Tatvorwurf aus:
„Wie von Beamten der Landespolizeidirektion Oberösterreich, EGFA FB 04 – Fremdenpolizei, Nietzschestraße 33, 4020 Linz am 15.02.2018 um 13:24 Uhr anlässlich einer Aktenüberprüfung festgestellt wurde, sind Sie nicht ausgereist, obwohl Ihr Asylverfahren mit Bescheid des Bundesamtes für Fremdenwesen und Asyl, Regionaldirektion Oberösterreich vom 20.11.2017 negativ entschieden ist und gleichzeitig eine Rückkehrentscheidung erlassen wurde. Die Rückkehrentscheidung ist seit 22.12.2017 rechtskräftig und durchsetzbar. Die Frist zur freiwilligen Ausreise war bereits mit 08.01.2018 verstrichen. Das Ihnen mit Verfahrensanordnung vom 22.11.2017 aufgetragen Rückkehrberatungsgespräch haben Sie zwar in Anspruch genommen, Sie sind aber nicht Rückkehrwillig.“
[Hervorhebungen nicht übernommen]

Begründend führt die belangte Behörde ua. aus:
„Der Tatbestand der Ihnen zur Last gelegten Verwaltungsübertretung ist durch die vorgelegte Meldung des Bundesamtes für Fremdenwesen und Asyl vom 09.01.2018 und durch das behördlich durchgeführte Ermittlungsverfahrens zweifelsfrei erwiesen.

Es steht daher fest, dass Sie die im Spruch angeführte Verwaltungsübertretung begangen haben. Mit Aufforderung vom 15.02.2018 wurden Sie zur Rechtfertigung innerhalb von zwei Wochen ab Zustellung aufgefordert. Gleichzeitig wurden Sie aufgefordert, die Ihrer Verteidigung dienlichen Beweismittel, Ihre Einkommens- und Vermögensverhältnisse und allfällige Sorgepflichten bekannt zu geben. Für den Fall des Ausbleibens einer Stellungnahme wurde gemäß § 42 Abs. 1 VStG angedroht, dass das Strafverfahren ohne Ihre Anhörung durchgeführt wird.

In der Stellungnahme vom 02.03.2018 gaben Sie durch Ihre rechtsfreundliche Vertretung folgendes an:

- Die Antragstellerin ist mit Herrn H A, geb. x, t Staatsangehöriger, verheiratet. Die Ehe wurde am 19.05.17 vor dem Standesamt in E geschlossen.
- Der Verbindung mit Herrn H A entstammt das Kind U, geboren am x in W.
- Der Ehegatte und Familienvater H A besitzt einen Daueraufenthaltstitel in der EU und hat seinen ausschließlichen Lebensmittelpunkt im Bundesgebiet. Seit März 1990 steht er durchgehend in Österreich in Beschäftigungsverhältnissen.
- Herr H A lebt in geordneten sozialen Verhältnissen. Dieser ist derzeit bei der Firma x GmbH in P als Spengler-Helfer beschäftigt und verfügt über ein ausreichendes

monatliches Nettoeinkommen (rund € 2.000,00 netto ohne SZ), sodass der Unterhalt der Antragstellerin und des mj. Kindes sichergestellt ist.

- Die Familie bewohnt nunmehr eine (ausreichend große) Wohnung in T, x 8. Diese umfasst etwa 120 m^2 mit vier Zimmern. Es besteht damit ein
- Anspruch auf eine für Inländer ortsübliche Unterkunft.
- Die Antragstellerin ist als Angehörige mit dem Ehegatten und Familienvater H A bei der OÖ GKK krankenversichert.
- Frau K A, geborene E, ist bereits im November 2013 ins Bundesgebiet eingereist und lebt im gemeinsamen Haushalt mit ihrem Ehegatten und dem mj. Kind U. Es besteht sohin tatsächlich ein intensives und tiefgreifendes Familienleben.
- Zudem ist ein spezielles Nahe- bzw. Abhängigkeitsverhältniss der Antragstellerin zum Ehegatten in Österreich gegeben. Die Antragstellerin und das gemeinsame Kind sind von der finanziellen Unterstützung des Ehegatten und Familienvaters abhängig. Ohne diese Unterstützung wäre deren persönliches und wirtschaftliches Fortkommen gefährdet.
- Andererseits ist auch der berufstätige Ehegatte auf die Führung des Haushaltes und die psychische Unterstützung durch seine Gattin angewiesen. Das eheliche mj. Kind benötigt unbedingt die Betreuung und Fürsorge durch beide Elternteile.
- Die Antragstellerin hatte bisher niemals Probleme mit Behörden oder Strafgerichten und ist strafgerichtlich vollkommen unbescholten.
- Festzuhalten ist, dass auch die Schwester N A in Österreich (in B) lebt. Zum Herkunftsland T bestehen nur mehr sehr eingeschränkte Kontakte. Bei einer (erzwungenen) Rückkehr hätte Frau A dort keinerlei Unterstützung durch nahe Verwandte.
- Es ist daher insgesamt die Schutzwürdigkeit des Privat- und Familienlebens gegeben. Den von Art. 8 EMRK geschützten Interessen ist im vorliegenden Fall bei der gesetzlich erforderlichen Interessenabwägung absoluter Vorrang einzuräumen.

Gemäß § 52 Abs. 8 FPG wird die Rückkehrentscheidung im Fall des § 16 Abs. 4 BFA-VG oder mit Eintritt der Rechtskraft durchsetzbar und verpflichtet den Drittstaatsangehörigen zur unverzüglichen Ausreise in dessen Herkunftsstaat, ein Transitland gemäß unionsrechtlichen oder bilateralen Rückübernahmeabkommen oder anderen Vereinbarungen oder einen anderen Drittstaat, sofern ihm eine Frist für die freiwillige Ausreise nicht eingeräumt wurde. Im Falle einer Beschwerde gegen eine Rückkehrentscheidung ist § 28 Abs. 2 Bundesgesetz über das Verfahren der Verwaltungsgerichte (Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz - VwGVG), BGBl. I Nr. 33/2013 auch dann anzuwenden, wenn er sich zum Zeitpunkt der Beschwerdeentscheidung nicht mehr im Bundesgebiet aufhält.

Gemäß § 120 Abs. 1b des Fremdengesetzes 2005 - FPG, BGBl. I Nr. 100/2005, in der geltenden Fassung des Bundesgesetzes BGBl. Nr. 145/2017, begeht eine Verwaltungsübertretung und ist mit Geldstrafe von 5 000 bis 15 000 Euro, im Fall ihrer Uneinbringlichkeit mit Freiheitsstrafe bis zu sechs 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.

Ihr Asylverfahren ist bereits seit 22.12.2017 in II. Instanz rechtskräftig negativ entschieden. Die Rückkehrentscheidung ist ebenfalls seit 22.12.2017 rechtskräftig und durchsetzbar. Das Ihnen aufgetragene Rückkehrberatungsgespräch haben Sie zwar am 28.11.2017 in Anspruch genommen, gaben jedoch an, nicht rückkehrwillig zu sein.

Für die Behörde besteht kein Zweifel, dass Sie seit Abschluss Ihres Asylverfahrens nicht freiwillig aus dem Bundesgebiet der Republik Österreich ausgereist sind und auch nicht rückkehrwillig sind. Sie verharren im Bundesgebiet und versuchen die Behörden vor vollendete Tatsachen zu stellen. Die Nichtausreise stellt eine Verwaltungsübertretung iSd. § 120 Abs. 1b iVm. § 52 Abs. 8 FPG dar, für die Sie sich zu verantworten haben. Aufgrund der Aktenlage geht die Behörde davon aus, dass Sie die Ihnen angelastete Verwaltungsübertretung in der Schuldform der Fahrlässigkeit begangen haben.

Zunächst ist wiederum festzustellen, dass das Asylverfahren bereits rechtskräftig negativ abgeschlossen ist, woraus für Sie eine Ausreiseverpflichtung entstand. Im Grunde stellen Sie ausschließlich die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichtes in Frage.

Sie vertrauen offenbar lediglich darauf nicht abgeschoben werden zu können, ohne die rechtlichen Gegebenheiten anzuerkennen.

Wenn Fremde nach rechtskräftig negativem Abschluss ihres Asylverfahrens nicht ausreisen 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 lediglich auf Grundlage eines offenkundig unbegründeten Asylantrages in Österreich aufhalten.

Sie müssen darauf hingewiesen werden, dass Ihr Verhalten, dem Ziel eines geordneten Fremdenwesens und dem geordneten Zuzug von Fremden zuwiderlaufen.

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 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 freiwillig aus dem Bundesgebiet ausreisen und die Behörden vor vollendete Tatsachen zu stellen versuchen.

Es ist Ihre Pflicht aus dem Bundesgebiet 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.

Das Recht auf Achtung des Privatlebens
Sie verfügen in Österreich, mit Ausnahme Ihres Ehemannes, Ihres Sohnes und der Familie Ihrer Schwester, über wenige private Anknüpfungspunkte, die Sie bei der Einvernahme am 29.08.2017 anführten. Sie verfügen über keine Anknüpfungspunkte in Form einer legalen Erwerbstätigkeit oder anderweitige maßgebliche wirtschaftliche Interessen. Sie absolvierten bis dato keinen Deutschkurs hier in Österreich und haben auch sonst keinen Kurs oder eine Ausbildung absolviert. Sie haben laut Ihren Angaben ehrenamtlich bei der Volkshilfe in E gearbeitet. Über die normalen sozialen Kontakte hinausgehende Integrationsaspekte waren nicht festzustellen. Die Behörde geht daher von keiner besonderen Integration Ihrer Person in Österreich aus.

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.

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 seit dem rechtskräftigen Abschluss des Asylverfahrens bis dato nicht freiwillig aus dem Bundesgebiet ausgereist sind 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.

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 zugute.
Zur Strafhöhe ist zu bemerken, dass der Strafrahmen für Übertretungen nach § 120 Abs. 1b FPG € 5.000 bis € 15.000 beträgt, somit wurde nur die Mindeststrafe verhängt. Die verhängte Strafe erscheint schuld- und tatangemessen.
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.“
[Hervorhebungen nicht übernommen]

2. Gegen dieses Straferkenntnis richtet sich die vorliegende, durch die Bf rechtzeitig eingebrachte Beschwerde vom 17. April 2018, in welcher ua. Nachstehendes ausgeführt wird:
„Das angeführte Straferkenntnis wird seinem gesamten Inhalt nach wegen

A. unrichtiger und unvollständiger Sachverhaltsfeststellungen aufgrund unrichtiger Beweiswürdigung;
B. wesentlicher Verfahrensmängel und
C. unrichtiger rechtlicher Beurteilung; sowie
D. hinsichtlich der Höhe der Strafe bekämpft.

Nach dem Spruch des vorliegenden Straferkenntnisses sei die Betroffene

‚wie von Beamten der Landespolizeidirektion Oberösterreich, EGFA FB 04 - Fremdenpolizei, Nietzschestraße 33, 4020 Linz am 15.02.2018 um 13:24 Uhr anlässlich einer Aktenüberprüfung festgestellt wurde, nicht ausgereist, obwohl deren Asylverfahren mit Bescheid des Bundesamtes für Fremdenwesen und Asyl, Regionaldirektion Oberösterreich vom 20.11.2017 negativ entschieden ist und gleichzeitig eine Rückkehrentscheidung erlassen wurde. Die Rückkehrentscheidung ist seit 22.12.2017 rechtskräftig und durchsetzbar. Die Frist für die freiwillige Ausreise war bereits mit 08.01.2018 verstrichen.

Das Ihnen mit Verfahrensanordnung vom 22.11.2017 aufgetragene Rückkehrberatungsgespräch haben Sie zwar in Anspruch genommen, Sie sind aber nicht rückkehrwillig.‘

„Der“ Beschuldigte habe dadurch die Rechtsvorschrift des § 120 Abs. 1b i.V.m. § 52 Abs. 8 Fremdenpolizeigesetz BGBl. I Nr. 145/2017 idgF. verletzt.

Es wurde eine Geldstrafe von € 5.000,00, sowie eine Ersatzfreiheitsstrafe von 14 Tagen, verhängt.

Im Einzelnen wird zu den Beschwerdegründen wie folgt ausgeführt:

A. Unrichtige und unvollständige Sachverhaltsfeststellungen aufgrund unrichtiger Beweiswürdigung:

a)
Die belangte Behörde führt in der Begründung des Straferkenntnisses an, dass der Tatbestand der zur Last gelegten Verwaltungsübertretung durch die vorgelegte Meldung des Bundesamtes für Fremdenwesen und Asyl vom 09.01.2018 und durch das behördlich durchgeführte Ermittlungsverfahren zweifelsfrei erwiesen sei.

Es stehe daher fest, dass die Betroffene die im Spruch angeführte Verwaltungsübertretung begangen habe.

Zunächst sei wiederum festzustellen, dass das Asylverfahren bereits rechtskräftig negativ abgeschlossen sei, woraus für die Betroffene eine Ausreiseverpflichtung entstanden sei.

Dazu wurde von der Betroffenen in der Rechtfertigung vom 02.03.18 eingewandt, dass Frau K A während des laufenden Asylverfahrens einen Antrag auf Erteilung eines Aufenthaltstitels gemäß § 55 AsylG gestellt hat. Über diesen Antrag liegt noch keine Entscheidung vor.

Als Beweis wurde der Akt des BFA - RD OÖ, GZ: 831759308 - 1760402, geführt.

Die belangte Behörde hat dazu jedoch keine Erhebungen geführt.

Entscheidungswesentliche Feststellungen, welche vor allem zum (fehlenden) Verschulden der Betroffenen zu treffen gewesen wären, sind damit unterblieben.

So ist nach der Bestimmung des § 55 AsylG eine Aufenthaltsberechtigung von Amts wegen oder auf begründeten Antrag zu erteilen, wenn dies zur Aufrechterhaltung des Privat- und Familienlebens im Sinne des Art. 8 EMRK geboten ist.

Nach § 58 Abs. 10 AsylG sind Anträge gemäß § 55 AsylG als unzulässig zurückzuweisen, wenn gegen den Antragsteller eine Rückkehrentscheidung rechtskräftig erlassen wurde und aus dem begründeten Antragsvorbringen im Hinblick auf die Berücksichtigung des Privat- und Familienlebens gemäß § 9 Abs. 2 BFA-VG ein geänderter Sachverhalt, der eine ergänzende oder neue Abwägung gemäß Art. 8 EMRK erforderlich macht, nicht hervorgeht.

Im vorliegenden Fall ist ein wesentlich geänderter Sachverhalt im Hinblick auf die Berücksichtigung des Privat- und Familienlebens, der eine ergänzende oder neue Abwägung gemäß Art. 8 EMRK erforderlich macht, gegeben.

Als besonderer wesentlich geänderter Umstand muss nämlich berücksichtigt werden, dass die Antragstellerin schwanger ist. Der Geburtstermin des zweiten Kindes ist voraussichtlich am 21.08.18.

Zum Beweis dafür wurde die ärztliche Bestätigung Dris. A S-S vom 14.02.18 und ein Auszug aus dem Mutter-Kind-Pass vorgelegt.

Entgegen der Feststellungen der belangten Behörde ist somit noch keine verfahrensabschließende Entscheidung über den Antrag auf Erteilung eines Aufenthaltstitels gemäß § 55 AsylG getroffen worden. Diese Feststellung ist für die richtige rechtliche Beurteilung wesentlich.

b)
Nach der weiteren Begründung der Erstbehörde stehe den persönlichen Interessen an einem Aufenthalt in Österreich das öffentliche Interesse an der Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung auf dem Gebiet des Fremdenwesens gegenüber. Diesem gewichtigen öffentlichen Interesse komme aus der Sicht des Schutzes und der Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung ein hoher Stellenwert zu.

Zum Privat- und Familienleben der Betroffenen werden jedoch von der belangten Behörde nur unzureichende Feststellungen getroffen.

Zur umfassenden und fehlerfreien Beurteilung wären im vorliegenden Fall nachstehende Feststellungen zu treffen:

- Die Betroffene ist mit Herrn H A, geb. x, t Staatsangehöriger, verheiratet. Die Ehe wurde am 19.05.17 vor dem Standesamt in E geschlossen.
- Der Verbindung mit Herrn H A entstammt das Kind U, geboren am x in W.
- Der Ehegatte und Familienvater H A besitzt einen Daueraufenthaltstitel in der EU und hat seinen ausschließlichen Lebensmittelpunkt im Bundesgebiet. Seit März 1990 steht er durchgehend in Österreich in Beschäftigungsverhältnissen.
- Herr H A lebt in geordneten sozialen Verhältnissen. Dieser ist derzeit bei der Firma x GmbH in P als Spengler-Helfer beschäftigt und verfügt über ein ausreichendes monatliches Nettoeinkommen (rund € 2.000,00 netto ohne SZ), sodass der Unterhalt der Betroffenen und des mj. Kindes sichergestellt ist.
- Die Familie bewohnt nunmehr eine (ausreichend große) Wohnung in T, x 8. Diese umfasst etwa 120 m2 mit vier Zimmern. Es besteht damit ein Anspruch auf eine für Inländer ortsübliche Unterkunft.
- Die Betroffene ist als Angehörige mit dem Ehegatten und Familienvater H A bei der OÖ GKK krankenversichert.
- Frau K A, geborene E, ist bereits im November 2013 ins Bundesgebiet eingereist und lebt im gemeinsamen Haushalt mit ihrem Ehegatten und dem mj. Kind U. Es besteht sohin tatsächlich ein intensives und tiefgreifendes Familienleben.
- Zudem ist ein spezielles Nahe- bzw. Abhängigkeitsverhältniss der betroffenen Partei zum Ehegatten in Österreich gegeben. Frau K A und das gemeinsame Kind sind von der finanziellen Unterstützung des Ehegatten und Familienvaters abhängig. Ohne

diese Unterstützung wäre deren persönliches und wirtschaftliches Fortkommen gefährdet.

- Andererseits ist auch der berufstätige Ehegatte auf die Führung des Haushaltes und die psychische Unterstützung durch seine Gattin angewiesen. Das eheliche mj. Kind benötigt unbedingt die Betreuung und Fürsorge durch beide Elternteile.
- Die Betroffene hatte bisher niemals Probleme mit Behörden oder Strafgerichten und ist strafgerichtlich vollkommen unbescholten.
- Festzuhalten ist, dass auch die Schwester N A in Österreich (in B) lebt. Zum Herkunftsland T bestehen nur mehr sehr eingeschränkte Kontakte. Bei einer (erzwungenen) Rückkehr hätte Frau A dort keinerlei Unterstützung durch nahe Verwandte.
- Es ist daher insgesamt die Schutzwürdigkeit des Privat- und Familienlebens gegeben. Den von Art. 8 EMRK geschützten Interessen ist im vorliegenden Fall bei der gesetzlich erforderlichen Interessenabwägung absoluter Vorrang einzuräumen.

Unter Zugrundelegung dieser Feststellungen muss aber - entgegen der Beurteilung der Erstbehörde den privaten und familiären Interessen der Vorrang vor öffentlichen Interessen gegeben werden und die unten dargelegte (richtige) rechtliche Beurteilung (Strafausschließungsgrundes gemäß § 6 VStG) getroffen werden.

B. Zu den wesentlichen Verfahrensmängeln:

a)
Die belangte Behörde legt zugrunde, dass das Asylverfahren der Betroffenen seit 22.12.2017 in II. Instanz rechtskräftig negativ entschieden sei.

Durch die Betroffene wurde dazu in der Rechtfertigung vom 02.03.18 eingewandt, dass Frau K A während des laufenden Asylverfahrens einen Antrag auf Erteilung eines Aufenthaltstitels gemäß § 55 AsylG gestellt hat. Über diesen Antrag liegt noch keine Entscheidung vor.

Als Beweis wurde der Akt des BFA - RD OÖ, GZ: 831759308 - 1760402, geführt.

Die belangte Behörde hat diesbezüglich keine Erhebungen durchgeführt. Wesentliche Feststellungen zugunsten der Betroffenen sind damit unterblieben.

b)
Nach der Begründung der Erstbehörde stehe den persönlichen Interessen an einem Aufenthalt in Österreich das öffentliche Interesse an der Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung auf dem Gebiet des Fremdenwesens gegenüber. Diesem gewichtigen öffentlichen Interesse komme aus der Sicht des Schutzes und der Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung ein hoher Stellenwert zu.

Tatsächlich hat die Erstbehörde nur unzureichende Erhebungen zum Privat- und Familienleben der Betroffenen getätigt.

So wurde lediglich angeführt, dass Frau K A in Österreich „mit Ausnahme Ihres Ehemannes, Ihres Sohnes und der Familie der Schwester, über wenige private Anknüpfungspunkte“ verfüge.

Obwohl in der Rechtfertigung vom 02.03.18 dazu umfassend dargelegt wurde, dass (insbesondere) eine Aufenthaltsberechtigung nach der Bestimmung des § 55 AsylG zu erteilen ist, da dies zur Aufrechterhaltung des Privat- und Familienlebens im Sinne des Art. 8 EMRK geboten ist, hat die Erstbehörde dazu keine Erhebungen geführt.

Die vorliegende Interessenabwägung ist demnach äußerst einseitig und blieben wesentliche Umstände, die für die Betroffene sprechen, unberücksichtigt.

Eine umfassende und richtige Interessensabwägung muss im gegenständlichen Fall zweifelsohne im Ergebnis dazu führen, dass die privaten und vor allem familiären Interessen der Beschwerdeführerin und ihrem Verbleib in Österreich gegenüber jenen an der Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung überwiegen.

In weiterer Folge ist damit festzustellen, dass im gegenständlichen Fall vom Vorliegen eines Strafausschließungsgrundes auszugehen ist. Das gegenständliche Verwaltungsstrafverfahren wäre gemäß § 45 Abs 1 Ziffer 2 VStG zur Einstellung zu bringen.

c)
In der Rechtfertigung vom 02.03.18 wurde festgehalten, dass nach § 58 Abs. 10 AsylG Anträge gemäß § 55 AsylG als unzulässig zurückzuweisen sind, wenn gegen den Antragsteller eine Rückkehrentscheidung rechtskräftig erlassen wurde und aus dem begründeten Antragsvorbringen im Hinblick auf die Berücksichtigung des Privat- und Familienlebens gemäß § 9 Abs. 2 BFA-VG ein geänderter Sachverhalt, der eine ergänzende oder neue Abwägung gemäß Art. 8 EMRK erforderlich macht, nicht hervorgeht.

Im vorliegenden Fall ist ein wesentlich geänderter Sachverhalt im Hinblick auf die Berücksichtigung des Privat- und Familienlebens, der eine ergänzende oder neue Abwägung gemäß Art. 8 EMRK erforderlich macht, gegeben.

Als besonderer wesentlich geänderter Umstand muss nämlich berücksichtigt werden, dass die Antragstellerin schwanger ist. Der Geburtstermin des zweiten Kindes ist voraussichtlich am 21.08.18.

Dies ist neben allen oben angeführten Umständen als wesentlich geänderter Sachverhalt zu werten.

In der schwierigen Zeit der Schwangerschaft ist Frau K A auf die besondere psychische und auch materielle Unterstützung ihres Ehegatten angewiesen.

Angeführt wurde auch, dass die Betroffene seit Jahren an psychischen Problemen leidet, wobei im Jahre 2014 auch eine stationäre Behandlung im Landesklinikum Baden-Mödling erfolgte. Bei einer erzwungenen Trennung würde sich ihr psychischer Zustand wohl unweigerlich verschlechtern und wäre eine ernsthafte Gefahr für das Leben des Ungeborenen zu befürchten.

Alleine könnte sie diese exzeptionelle Situation (auch mit der Betreuung des minderjährigen Kindes U) nicht bewältigen.

Es wurde dazu die Einholung eines medizinischen Sachverständigengutachtens beantragt, dies insbesondere zur Beurteilung, inwieweit psychische Probleme und eine Gefährdungssituation bei einer Trennung vom Ehegatten zu befürchten sind.

Diesem Beweisantrag wurde nicht entsprochen und ist dazu keine nachvollziehbare Begründung durch die Behörde gegeben worden.

Bei Einholung dieses beantragten medizinischen Sachverständigengutachtens hätte sich jedoch ergeben, dass die Betroffene seit Jahren an psychischen Problemen leidet und bei einer erzwungenen Trennung vom Ehegatten eine ernsthafte Gefahr für das Leben des Ungeborenen zu befürchten ist.

d)
Die Erstbehörde hebt unter dem Titel „das Recht auf Achtung des Privatlebens“ als negativ hervor, dass die Betroffene bis dato keinen Deutschkurs hier in Österreich und auch sonst keinen Kurs oder eine Ausbildung absolviert habe.

Auch dazu wurde in der Rechtfertigung vom 02.03.18 dargetan, dass die Betroffene seit Jahren an psychischen Problemen leidet, wobei im Jahre 2014 auch eine stationäre Behandlung im Landesklinikum B-M erfolgte.

Die Antragstellerin hat zwar im Rahmen der Flüchtlingsbetreuung einen Deutschkurs besucht. Allerdings konnte sie an diesem letztlich nur eingeschränkt teilnehmen, da sie an immer wiederkehrenden Panikattacken gelitten hat.

Aufgrund der bekannten psychischen Probleme konnte sie deshalb bis dato keinen Deutschkurs vollständig absolvieren.

Zuletzt war sie überdies mit der Betreuung des mj. Kindes voll ausgelastet.

Diese Umstände wurden bei der gegenständlichen Beurteilung nicht berücksichtigt.

Dazu hätte (zumindest) eine persönliche Befragung der Betroffenen erfolgen müssen und festgestellt werden müssen, dass die Betroffene aufgrund der bekannten psychischen Probleme und der Auslastung mit der Kinderbetreuung bis dato keinen Deutschkurs oder sonstigen Kurs absolvieren konnte.

C. Zur unrichtigen rechtlichen Beurteilung:

a)
Vorweg ist zu rügen, dass der Spruch des vorliegenden Straferkenntnisses zu unbestimmt gehalten ist. Wesentliche Sachverhaltselemente, die eine Subsumption unter den herangezogenen Straftatbestand des § 120 Abs. Ib FPG erlauben würden, scheinen im Spruch nicht auf.

Letztlich ist aus dem Spruch nicht eindeutig nachvollziehbar, welcher Tatbestand der Bestrafung eigentlich (konkret) zugrunde liegt.

b)

Artikel 8 EMRK gewährleistet das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens.

Die Rechtsprechung zu Artikel 8 EMRK ist nicht nur für die Erteilung von Aufenthaltstiteln relevant (vgl. das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 17. April 2013, ZI. 2011/22/0185), sondern auch für die Beurteilung der Strafbarkeit eines Fremden wegen unrechtmäßigen Aufenthalts im Bundesgebiet.

Wie oben dargelegt, hatte (und hat) die Betroffene zum „Tatzeitpunkt“ derart gravierende private und familiäre Bindungen in Österreich aufzuweisen, dass ihr Interesse an deren Aufrechterhaltung die entgegenstehenden öffentlichen Interessen an einer Außerlandesschaffung überwog, weshalb sie wegen unrechtmäßigen Aufenthalts im Inland zum Tatzeitpunkt nicht bestraft werden darf (vgl. dazu die Erkenntnisse des Verwaltungsgerichtshofes vom 14. November 2013, ZI. 2013/21/0119, das Erkenntnis vom 2. August 2013, ZI. 2012/21/0151, mwN; sowie auch das Erkenntnis vom 18. April 2013, ZI. 2011/21/0249, mwN).

Die Betroffene ist mit einem t Staatsangehörigen verheiratet und lebt mit ihm und dem gemeinsamen Kind in einem gemeinsamen Haushalt. Dem Kindeswohl ist somit zugleich auch dem im Artikel 8 Abs 2 EMRK verankerten Schutz der Gesundheit und der Rechte und Freiheiten anderer (vgl auch Art 2 Abs 1 B-VG Kinderrechte und Art 24 GRC) entsprechend Rechnung zu tragen.

Es ist die Schutzwürdigkeit des Privat- und Familienlebens gegeben Die Interessensabwägung im gegenständlichen Fall führt daher zweifelsohne im Ergebnis dazu, dass die privaten und vor allem familiären Interessen der Beschwerdeführerin und ihrem Verbleib in Österreich gegenüber jenen an der Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung überwiegen.

Es ist sohin im gegenständlichen Fall vom Vorliegen eines Strafausschließungsgrundes gemäß § 6 VStG auszugehen. Die gegenständliche Verwaltungsübertretung ist der Beschwerdeführerin subjektiv nicht vorwerfbar. Das gegenständliche Verwaltungsstrafverfahren wäre gemäß § 45 Abs 1 Ziffer 2 VStG zur Einstellung zu bringen.

c)
Wie schon dargelegt, ist beim BFA — RD OÖ der Antrag auf Erteilung eines Aufenthaltstitels gemäß § 55 AsylG noch offen.

Schon zum Zeitpunkt der asylrechtlichen Entscheidung hätte man eine Abwägung nach Art 8 EMRK zugunsten der Betroffenen vornehmen müssen.

§ 120 Abs. 11 FPG bestimmt dazu:
Wird einem Fremden 'während eines anhängigen Verwaltungsstrafverfahrens gemäß § 120 Abs. 1, la, lb oder 1c der Status des Asylberechtigten oder des subsidiär Schutzberechtigten zuerkannt, ein Aufenthaltstitel gemäß dem AsylG 2005 oder dem NAG rechtskräftig erteilt oder eine Dokumentation gemäß dem NAG ausgestellt, so ist dieses Verwaltungsstrafverfahren einzustellen. §45 Abs. 2 VStG gilt.

Damit erscheint klargestellt, dass die belangte Behörde die Entscheidung des BFA - RD OÖ hinsichtlich des beantragten Aufenthaltstitels abzuwarten hat.

Auch unter diesem Aspekt ist sohin im gegenständlichen Fall vom Vorliegen eines Strafausschließungsgrundes gemäß § 6 VStG auszugehen und ist der Beschwerdeführerin die gegenständliche Verwaltungsübertretung subjektiv nicht vorwerfbar.

Das vorliegende Verwaltungsstrafverfahren wäre jedenfalls bis zur endgültigen Entscheidung des BFA auszusetzen gewesen.

D. Zur Höhe der Strafe:

Die Betroffene verfügt über keinerlei Einkommen. Aufgrund der Betreuung des mj. Kindes kann Frau K A keine Beschäftigung ausüben. Dies ist auch aus rechtlichen Gründen nicht möglich

Auch besitzt sie kein nennenswertes Vermögen. Die verhängte Geldstrafe ist damit - auch wenn „nur“ die Mindeststrafe verhängt wurde - existenzbedrohend.

Insoweit (auch in Anbetracht der hohen Ersatzfreiheitsstrafe) erscheint diese damit als keineswegs schuld- und tatangemessen.

Aufgrund der vorliegenden, besonderen Umstände gebietet sich jedenfalls die Anwendung des § 21 VStG und damit in das Absehen von einer Bestrafung.

Andernfalls würde bei der gegebenen Sachlage letztlich ein unzulässiger Eingriff in das verfassungsrechtlich geschützte Grundrecht auf Unverletzlichkeit des Eigentums (Art. 5 StGG) resultieren.

Anträge:
Es werden daher nachstehende

Anträge

gestellt:

Die Rechtsmittelbehörde möge

1. eine öffentliche mündliche Beschwerdeverhandlung durchfuhren und in Stattgebung dieses Rechtsmittels das Straferkenntnis der Landespolizeidirektion Oberösterreich vom 21.03.2018, GZ: VStV/918300250889/2018, aufheben und das Verfahren ersatzlos einstellen;

   in eventu

2. das gegenständliche Straferkenntnis aufheben und die Rechtssache an die erstinstanzliche Behörde zur Verfahrensergänzung und neuerlichen Entscheidung zurückverweisen.
3. Allenfalls möge gemäß § 21 VStG von der Verhängung einer Strafe abgesehen werden; in eventu lediglich eine Verwarnung ausgesprochen werden; jedenfalls wolle die Strafe angemessen herabgesetzt werden.
4. In eventu möge das vorliegende Verwaltungsstrafverfahren bis zur endgültigen

Entscheidung des BFA-RD OÖ über den Antrag auf Erteilung einer Aufenthaltsberechtigung (zu GZ.: GZ: 831759308 - 1760402) ausgesetzt werden.“
[Hervorhebungen nicht übernommen]

3. Mit Schreiben vom 20. April 2018 legte die belangte Behörde den in Rede stehenden Verwaltungsakt dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zur Entscheidung vor.

4. Mit Schreiben vom 3. und 5. Juli 2018 übermittelte die Bf ein Teilerkenntnis des BVwG zur Zahl: L521 2199317-1/3Z und L521 2199320-1/3Z samt ergänzendem Vorbringen. Im Erkenntnis des BVwG wird unter Spruchpunkt A) 2. erkannt, dass der Beschwerde hinsichtlich Spruchpunkt V. des Bescheides des BFA vom 27.4.2018, Zl. 831759308-171332017 Folge gegeben und dieser ersatzlos behoben wird. Spruchpunkt V. des Bescheides des BFA beschied in Zusammenhang mit der Antragstellung auf Erteilung eines Aufenthaltstitels aus Gründen des Art 8 EMRK vom 29.11.2017, dass die aufschiebende Wirkung einer Beschwerde gegen die in diesem Bescheid verfügte Rückkehrentscheidung gem. § 18 Abs. 2 Z 1 BFA-VG aberkannt werden. Zusätzlich dazu wurde der oben erwähnte Bescheid des BFA übermittelt.

II.

1. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich nahm Einsicht in den vorgelegten Verwaltungsstrafakt und das Beschwerdevorbringen.

2. Zudem wurde am 2. Juli 2018 eine öffentliche mündliche Verhandlung mit der Einvernahme der Bf via Dolmetsch durchgeführt und ist folgender über den unter Pkt. I.1. und I.2. hinausgehender Sachverhalt festzustellen: Die Bf spricht kaum Deutsch. Zur Einvernahme der Bf ist die Beiziehung eines Dolmetschers notwendig. Die Bf gibt an, dass sie kaum außer Haus geht und daher über die familiäre Integration hinausgehende integrative Elemente nicht vorweisen kann. Im Hinblick auf die Absolvierung eines Deutschkurses gibt die Bf an, dass sie vor ihrer Heirat psychische Probleme hatte. Nachher war sie schwanger und daraufhin mit der Kinderbetreuung sehr ausgelastet. Nunmehr konnte sie sich nicht aufraffen den Deutschkurs zu absolvieren. Die Bf stellte am 29. November 2013 einen Antrag auf internationalen Schutz. Mit Bescheid vom 20. November 2017 zur Zahl 831759308-1760402 wurde dieser Antrag gem. §§ 3 und 8 AsylG abgewiesen. Zusätzlich dazu wurde gemäß § 57 AsylG ein Aufenthaltstitel aus berücksichtigungswürdigen Gründen nicht erteilt. In Spruchpunkt IV. wurde gem. § 10 AsylG eine Rückkehrentscheidung erlassen und gemäß § 52 Abs. 9 FPG festgestellt, dass eine Abschiebung in die T zulässig ist. Als Frist für die freiwillige Ausreise wurde eine Frist von 2 Wochen ab Rechtskraft gewährt. Dieser Bescheid erwuchs in Rechtskraft. Im Anschluss daran stellte die Bf einen Antrag auf

Erteilung eines Aufenthaltstitels gemäß § 58 Abs. 10 AsylG am 29. November 2017. Dieser Antrag wurde zurückgewiesen und neuerlich eine Rückkehrentscheidung erlassen. Zudem wurde die Zulässigkeit der Abschiebung festgestellt und ein Einreiseverbot von zwei Jahren verhängt. Diesbezüglich wurde eine Beschwerde eingebracht, welcher betreffend der Rückkehrentscheidung vom 27. April 2018 nunmehr aufschiebende Wirkung zukommt.

III.

1. Gemäß § 120 Abs. 1b des Fremdenpolizeigesetzes 2005 – FPG, BGBl. I Nr. 100/2005, in der zum Tatzeitpunkt geltenden Fassung begeht eine Verwaltungsübertretung und ist mit Geldstrafe von 5.000 Euro bis zu 15.000 Euro, im Fall ihrer Uneinbringlichkeit mit Freiheitsstrafe bis zu sechs Wochen zu bestrafen, wer als Fremder aus von ihm zu vertretenden Gründen nicht unverzüglich seiner Pflicht zur Ausreise aus dem Bundesgebiet nachkommt, nachdem eine gegen ihn erlassene Rückkehrentscheidung rechtskräftig und durchsetzbar geworden ist, und ein Rückkehrberatungsgespräch gemäß § 52a Abs. 2 BFA-VG in Anspruch genommen oder bis zum Eintritt der Rechtskraft und Durchsetzbarkeit der Rückkehrentscheidung aus von ihm zu vertretenden Gründen nicht in Anspruch genommen hat. 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 § 52 Abs. 8 FPG wird die Rückkehrentscheidung im Fall des § 16 Abs. 4 BFA-VG oder mit Eintritt der Rechtskraft durchsetzbar und verpflichtet den Drittstaatsangehörigen zur unverzüglichen Ausreise in dessen Herkunftsstaat, ein Transitland gemäß unionsrechtlichen oder bilateralen Rückübernahmeabkommen oder anderen Vereinbarungen oder einen anderen Drittstaat, sofern ihm eine Frist für die freiwillige Ausreise nicht eingeräumt wurde. Im Falle einer Beschwerde gegen eine Rückkehrentscheidung ist § 28 Abs. 2 Bundesgesetz über das Verfahren der Verwaltungsgerichte (Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz - VwGVG), BGBl. I Nr. 33/2013 auch dann anzuwenden, wenn er sich zum Zeitpunkt der Beschwerdeentscheidung nicht mehr im Bundesgebiet aufhält.

2.1. Zur Erfüllung des objektiven Tatbestandes ist sohin zunächst gefordert, dass gegen einen Fremden eine rechtskräftige und durchsetzbare Rückkehrentscheidung besteht. Weiters muss ein Fremder seiner daraus resultierenden Ausreiseverpflichtung aus von ihm zu vertretenden Gründen nicht gefolgt sein. Letztlich ist noch als kumulatives Tatbestandselement angefügt, dass der Fremde eine Rückkehrberatung bis zum Eintritt der Rechtskraft und Durchsetzbarkeit

entweder angenommen oder diese – wiederum aus von ihm zu vertretenden Gründen – nicht in Anspruch genommen hat.

2.2. Zunächst ist festzuhalten, dass sich aus dem strafrechtlichen Grundsatz: „nulla poena sine lege“ ergibt, dass jener Sachverhalt und grundsätzlich jene Rechtslage relevant ist, welche im Zeitpunkt der Tatbegehung Bestand hatte, da der Bescheid des BFA zur Zahl: 831759308-1760402 mit dessen Spruchpunkt IV. in Rechtskraft erwuchs. Insofern ist zu erkennen, dass im Tatzeitpunkt gegen die Bf eine rechtskräftige Rückkehrentscheidung bestand. Die nach der Tat eingetretenen Veränderungen des Sachverhaltes – seien sie auch scheinbar im Rechtlichen gelegen – sind insofern nicht von Relevanz.

2.2.1. Weiter ist festzuhalten, dass die Bf die Rückkehrberatung zwar in Anspruch genommen hat, aber nicht ausgereist ist, zumal die Frist zur freiwilligen Ausreise bereits mit 8. Jänner 2018 verstrichen war. Auch die bei der Bf vorhandene Schwangerschaft kann zum damaligen Zeitpunkt als Reisehindernis nicht ins Treffen geführt werden.

2.3. Zur Erfüllung des objektiven Tatbestands ist weiters auch auf das Privat- und Familienleben eines Betroffenen Bedacht zu nehmen.

2.3.1. Gemäß Art. 8 Abs. 1 EMRK hat jedermann Anspruch auf Achtung seines Privat- und Familienlebens, seiner Wohnung und seines Briefverkehrs.

Gemäß Art. 8 Abs. 2 EMRK ist allerdings ein Eingriff einer öffentlichen Behörde in die Ausübung des Rechts gemäß Abs. 1 (nur) statthaft, insoweit dieser Eingriff gesetzlich vorgesehen ist und eine Maßnahme darstellt, die in einer demokratischen Gesellschaft für die nationale Sicherheit, die öffentliche Ruhe und Ordnung, das wirtschaftliche Wohl des Landes, die Verteidigung der Ordnung und zur Verhinderung von strafbaren Handlungen, zum Schutz der Gesundheit und der Moral oder zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer notwendig ist.

Bei der Beurteilung des Privat- und Familienlebens im Sinne des Art. 8 EMRK sind insbesondere zu berücksichtigen:

1. die Art und Dauer des bisherigen Aufenthaltes und die Frage, ob der bisherige Aufenthalt des Fremden rechtmäßig war;
2. das tatsächliche Bestehen eines Familienlebens;
3. die Schutzwürdigkeit des Privatlebens;
4. der Grad der Integration;
5. die Bindungen zum Heimatstaat des Fremden;
6. die strafgerichtliche Unbescholtenheit;
7. Verstöße gegen die öffentliche Ordnung, insbesondere im Bereich des Asyl-Fremdenpolizei- und Einwanderungsrechts;

8. die Frage, ob das Privat- und Familienleben des Fremden in einem Zeitpunkt entstand, in dem sich die Beteiligten ihres unsicheren Aufenthaltstatus bewusst waren;
9. die Frage, ob die Dauer des bisherigen Aufenthaltes in den Behörden zurechenbaren überlangen Verzögerungen begründet ist.

2.3.2. Zunächst ist festzuhalten, dass Art 8 EMRK in der oben beschriebenen Ausformung im Rahmen des der Entscheidung des BFA vom 20. November 2017, 831759308-1760402, geprüft und erkannt wurde, dass kein überwiegender Eingriff in das Privat- und Familienleben der Bf bestand. Änderungen zur beurteilten Situation der Bf im Tatzeitraum wurden nicht vorgebracht und können vom Landesverwaltungsgericht Oberösterreich nicht erkannt werden. Wiederholend ist darauf hinzuweisen, dass die Bf auf Basis eines unsicheren Aufenthaltes ihre integrativen Elemente erworben hat. Diese sind jedoch auch nicht sehr ausgeprägt, da die Bf erst ca. vier Jahre in Österreich aufhältig ist und über die üblichen Sozialkontakte keine weitere Integration aufweist. Zudem gibt die Bf selbst an, dass sie das Haus kaum verlässt und insofern keine gesteigerte Integration über das kernfamiliäre Niveau hinaus angenommen werden kann. Das weitere Vorbringen der Bf beschäftigt sich mit integrativen Elementen und Umständen (Geburt) außerhalb des hier rechtlich relevanten Tatzeitraums.

2.4. 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. Die Bf ließ jedenfalls die erforderliche und zumutbare Sorgfalt außer Acht, indem sie, sämtliche fremdenrechtliche Vorgaben ignorierend, im Bundesgebiet verharrte. Im vorliegenden Fall kann wohl eher sogar von bedingtem Vorsatz gesprochen werden.

3.4. Daher ist im Ergebnis das Vorliegen der subjektiven Tatseite zu bejahen.

4.1. Gemäß § 19 VStG sind Grundlage für die Bemessung der Strafe die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat. 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.

4.2. Im Rahmen der Strafbemessung ist zunächst festzuhalten, dass die belangte Behörde ohnehin lediglich die gesetzliche Mindeststrafe verhängte und damit schon die bisherige Unbescholtenheit der Bf berücksichtigte. Dass die verhängte Geld- bzw. Ersatzfreiheitsstrafe der Bf als zu hoch erscheint, ist aus ihrer Sicht durchaus nachvollziehbar, jedoch entspricht sie den gesetzlichen Vorgaben, deren Verfassungswidrigkeit nicht erkannt werden kann.

Von einem deutlichen Überwiegen der Milderungsgründe im Sinne des § 20 VStG kann – der belangten Behörde folgend – im vorliegenden Fall nicht ausgegangen werden, weshalb auch die ggst. Strafzumessung zu bestätigen war.

Für ein gänzliches Absehen von der Strafe mangelt es jedenfalls am geringen Verschulden (es müsste sich hiebei um ein Verschulden handeln, das noch bedeutend unter dem Maß der leichten Fahrlässigkeit anzusiedeln wäre), weshalb § 45 Abs. 1 Z 4 VStG nicht zur Anwendung gebracht werden kann.

5.1. Gemäß § 52 Abs. 1 VwGVG ist in jedem Erkenntnis des Verwaltungsgerichtes, mit dem ein Straferkenntnis bestätigt wird, auszusprechen, dass die Bestrafte einen Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens zu leisten hat.

Gemäß § 52 Abs. 2 VwGVG ist dieser Beitrag für das Beschwerdeverfahren mit 20 % der verhängten Strafe, mindestens jedoch mit 10 Euro zu bemessen; bei Freiheitsstrafen ist zur Berechnung der Kosten ein Tag Freiheitsstrafe gleich 100 Euro anzurechnen. Der Kostenbeitrag fließt der Gebietskörperschaft zu, die den Aufwand des Verwaltungsgerichtes zu tragen hat.

Gemäß § 52 Abs. 8 VwGVG sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens dem Beschwerdeführer nicht aufzuerlegen, wenn der Beschwerde auch nur teilweise Folge gegeben wird.

5.2. In diesem Sinn war der Bf ein Beitrag zu den Kosten des Verfahrens vor dem LVwG in Höhe von 20 % der verhängten Geldstrafe (das sind 1.000 Euro) aufzuerlegen.

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 diese Entscheidung 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. Ein Verzicht ist schriftlich bekanntzugeben oder zu Protokoll zu erklären. Wurde der Verzicht nicht von einem berufsmäßigen Parteienvertreter oder im Beisein eines solchen abgegeben, so kann er binnen drei Tagen schriftlich oder zur Niederschrift widerrufen werden.

H i n w e i s

Verfahrenshilfe ist einer Partei zur Gänze oder zum Teil zu bewilligen, wenn die Partei außerstande ist, die Kosten der Führung des Verfahrens ohne Beeinträchtigung des notwendigen Unterhalts zu bestreiten und die beabsichtigte

Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint.
Einer juristischen Person oder einem sonstigen parteifähigen Gebilde ist die Verfahrenshilfe zu bewilligen, wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel weder von ihr/ihm noch von den an der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können, und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint; das gleiche gilt für ein behördlich bestelltes Organ oder einen gesetzlichen Vertreter, die für eine Vermögensmasse auftreten, wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel weder aus der Vermögensmasse noch von den an der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können.

Für das Beschwerdeverfahren ist ein Antrag auf Verfahrenshilfe innerhalb der Rechtsmittelfrist beim Verfassungsgerichtshof einzubringen.

Für das Revisionsverfahren ist ein Antrag auf Verfahrenshilfe innerhalb der Rechtsmittelfrist beim Verwaltungsgerichtshof einzubringen. Im Antrag ist, soweit zumutbar, kurz zu begründen, warum die Revision entgegen dem Ausspruch des Verwaltungsgerichtes für zulässig erachtet wird.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Dr. Brandstetter