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-700459/7/BP/JB

Datum:
Linz, 2. Oktober 2018

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Mag. Dr. Pree über die Beschwerde des A K, L, gegen das Straferkenntnis der Landespolizeidirektion Oberösterreich vom 2. August 2018, GZ: VStV/918300858416/2018, wegen Übertretung des Fremdenpolizeigesetzes nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 1. Oktober 2018

zu Recht:

I. Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

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 ordentliche 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 2. August 2018, GZ: VStV/918300858416/2018, 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 führt dabei folgenden Tatvorwurf aus:
„Sie halten sich als Fremder (§ 2 Abs. 4 Z 1 FPG), wie am 20.06.2018, um 07:06 Uhr von Beamten der Landespolizeidirektion Oberösterreich, EGFA FB 04 - Fremdenpolizei, in 4020 Linz, Nietzschestraße 33, 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.

Somit liegen keine Voraussetzungen für einen rechtmäßigen Aufenthalt vor.

Ihr Asylverfahren wurde mit Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichtshofes vom 09.06.2017 negativ entschieden, gleichzeitig wurde eine Rückkehrentscheidung erlassen. Das Verfahren ist mit 13.06.2017 in Rechtskraft erwachsen.
Bemerkt wird, dass Sie mit Strafverfügung der Landespolizeidirektion OÖ vom 13.07.2017 (rechtskräftig mit 02.08.2017) wegen einer solchen Tat (nicht rechtmäßiger Aufenthalt) bereits bestraft wurden.
Sie halten sich daher zumindest vom 03.08.2017 bis 20.06.2018 und noch immer nicht rechtmäßig im Bundesgebiet auf.“

Begründend führt die belangte Behörde u.a. aus:
„Der Tatbestand der Ihnen zur Last gelegten Verwaltungsübertretung ist durch die eigene dienstliche Wahrnehmung eines Beamten der Landespolizeidirektion Oberösterreich sowie aufgrund des behördlich durchgeführten Ermittlungsverfahrens zweifelsfrei erwiesen.

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

Mit Aufforderung vom 20.06.2018 wurden Sie zur Rechtfertigung innerhalb von zwei Wochen nach Zustellung aufgefordert. Gleichzeitig wurden Sie aufgefordert, die Ihrer

Verteidigung dienlichen Beweismittel 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.
Die Aufforderung zur Rechtfertigung haben Sie persönlich am 27.06.2018 übernommen.
Sie haben weder innerhalb der laufenden Frist noch danach eine Stellungnahme abgegeben, sodass das Verwaltungsstrafverfahren, wie bereits angedroht, ohne Ihre Anhörung durchgeführt werden musste.

(...)

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 sich seit 14.06.2017 (rechtskräftig negativer Abschluss des Asylverfahrens) nicht rechtmäßig im Bundesgebiet der Republik Österreich aufhalten.

Am 13.07.2017 wurde gegen Sie bereits von der LPD O wegen illegalem Aufenthalt eine Strafverfügung erlassen und eine Geldstrafe in der Höhe von € 500,- (im NEF 1 Tag Ersatzfreiheitsstrafe) verhängt, welche seit 02.08.2017 rechtskräftig ist (Zahl: VStV/917301086144/2017).

Es wird Ihnen daher ein unrechtmäßiger Aufenthalt ab dem 03.08.2017 vorgeworfen, da durch die Bescheiderlassung das darin umschriebene Dauerdelikt bis zu diesem Zeitpunkt verfolgt ist, da jedoch bei einem Dauerdelikt nicht nur die Herbeiführung des rechtswidrigen Zustandes, sondern auch dessen Aufrechterhaltung pönalisiert ist und die Tat solange begangen wird, als der verpönte Zustand dauert war spruchgemäß zu entscheiden.

Es steht fest, dass Sie nicht im Besitz einer Berechtigung im Sinn 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.

(...)

Zunächst ist festzustellen, dass das Asylverfahren am 13.06.2017 nach Prüfung durch den Asylgerichtshof, der die Fluchtgründe materiell erörterte, rechtskräftig negativ abgeschlossen wurde, woraus für Sie eine Ausreiseverpflichtung entstand. Des darauf folgenden illegalen Aufenthalts mussten Sie Sich also klar bewusst gewesen sein.
Das Erkenntnis des Bundesasylamtes - nun bereits über ein Jahr hinweg ignorierend - , 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 haben würde.

Sie haben offenbar lediglich darauf vertraut nicht abgeschoben werden zu können, ohne die rechtlichen Gegebenheiten anzuerkennen.
Es ist somit vom Vorliegen auch der subjektiven Tatseite in Form fahrlässigen Verhaltens auszugehen.

Dabei übersehen Sie aber, dass es durchaus ihre Pflicht gewesen wäre und auch immer noch ist, aktiv die Beischaffung des Reisepasses zu betreiben, denn es kann ihnen sehr wohl zugemutet werden, sich endlich um die Beendigung eines rechtswidrigen Zustandes zu bemühen.

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.

(...)

Die verhängte Geldstrafe ist schuld- und tatangemessen und erforderlich, um Sie von der Begehung weiterer gleichartiger Verwaltungsübertretungen abzuhalten.
Die Strafhöhe muss auch geeignet sein, Sie von einer Fortführung der Tat ausreichend abzuhalten und soll generalpräventive Wirkung entfalten.

Zur Strafhöhe ist außerdem zu bemerken, dass die Höchststrafe für Übertretungen nach § 120 Abs. 1a FPG, wenn wegen einer solchen Tat bereits einmal eine rechtskräftige Bestrafung vorliegt, 7.500 Euro beträgt - die verhängte Geldstrafe von 2.500 Euro liegt also weit unter dem vom Gesetz vorgesehenen Höchststrafe, der Strafrahmen wurde also nicht ausgeschöpft.
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.
[Hervorhebungen nicht übernommen]

I.2. Gegen dieses Straferkenntnis richtet sich die vorliegende, durch den Bf rechtzeitig eingebrachte Beschwerde vom 24. August 2018, in welcher u.a. Nachstehendes ausgeführt wird:
„Am 08.05.2014 habe ich einen Asylantrag auf dem österreichischen Staatsgebiet gestellt. Das Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl hat meinen Antrag auf internationalen Schutz in allen Spruchpunkten abgewiesen, sowie meiner durch meine rechtsfreundliche Vertretung rechtzeitig eingebrachten Beschwerde die aufschiebende Wirkung aberkannt. Mit Beschluss des Bundesverwaltungsgerichts vom 16.02.2016, GZ: W184 2147499-1/2Z wurde der Beschwerde die aufschiebende Wirkung gem. §18 BFA-VG wieder zuerkannt. Das Verfahren wurde mit Erkenntnis vom 09.06.2017 rechtskräftig negativ entschieden.

Am 14.06.2015 wurde meine Tochter A P geboren. Sie besitzt die österreichische Staatsbürgerschaft. Am 05.09.2016 ist meine Tochter A A geboren. Sie besitzt ebenfalls die österreichische Staatsbürgerschaft. Meine Lebensgefährtin, ebenfalls österreichische Staatsbürgerin, ist hier berufstätig. Meine Anwesenheit in Österreich ist dringend

erforderlich, um meine Familie zu betreuen und zum Unterhalt meiner Kinder beitragen zu können. Während meine Frau arbeitet, passe ich auf die Kinder auf. Ich bin strafrechtlich unbescholtener Bürger.

Rechtliche Beurteilung
Gemäß § 6 VStG ist eine Tat nicht strafbar, ‚wenn sie durch Notstand entschuldigt oder, obgleich sie dem Tatbestand einer Verwaltungsübertretung entspricht, vom Gesetz geboten oder erlaubt ist."
Das Straferkenntnis impliziert, dass ich meine Frau und meine Kinder verlassen muss. Aufgrund meiner familiären Bindungen und des Umstandes, dass mein Aufenthalt hier in Österreich erforderlich ist, um meine Kinder zu betreuen, ist mein Aufenthalt gerechtfertigt, bzw allenfalls mein rechtswidriger Aufenthalt entschuldigt.

Wie der VwGH in seiner Entscheidung vom 24.01.2013, GZ: 2012/21/0059 ausgesprochen hat, ist für die Frage, ob die Tat gerechtfertigt bzw iSd § 6 VStG entschuldigt ist, darauf an, ob im angelasteten Tatzeitraum der Beschwerdeführer hypothetisch ausgewiesen werden hätte können. Wie der VwGH in diesem Erkenntnis ausgesprochen hat, ‚hätte sich dies im Ergebnis auch auf die Strafbarkeit des inländischen Aufenthaltes gemäß § 120 Abs. la FPG auswirken müssen. Denn wären auch Fremde, die derart gravierende private und familiäre Bindungen in Österreich haben, dass ihr Interesse an deren Aufrechterhaltung die entgegenstehenden öffentlichen Interessen an einer Ausweisung überwiegt, von der Strafdrohung der genannten Norm erfasst, so läge darin ein dem Gesetzgeber nicht zusinnbarer Wertungswiderspruch. Es muss daher das Vorliegen eines gesetzlichen Strafausschließungsgrundes nach § 6 VStG angenommen werden, wenn einer Ausweisung des Fremden eine zu seinen Gunsten ausfallende Interessenabwägung im Sinn des Art. 8 EMRK im Weg steht."

Nach derzeit geltender Rechtslage ist gemäß § 9 Abs. 1 und 2 BFA-VG eine Rückkehrentscheidung nur zu erlassen, wenn dies zur Erreichung der im Art. 8 Abs. 2 EMRK genannten Ziele dringend geboten ist. Dabei sind die Kriterien des § 9 Abs. 2 BFA-VG zu berücksichtigen. Die Interessenabwägung fällt zu meinen Gunsten aus. Derzeit könnte keine Rückkehrentscheidung gegen mich getroffen werden. Ich halte mich ca. 4,5 Jahre in Österreich auf. Dass mein Familienleben tatsächlich besteht (Abs. 2 Z 2) und dieses in hohem Maße schutzwürdig ist (Z 3) ergibt sich schon daraus, dass meine Frau und meine beiden kleinen Kinder (2 und knapp 3 Jahre alt) rechtmäßig in Österreich leben und ich vor allem die Kinder betreuen muss. Zu meinem Heimatstaat habe ich keine nennenswerten Bindungen mehr. Ich bin unbescholten. Meine bisherige Verwaltungsstrafe wegen rechtswidrigen Aufenthaltes sind nicht zu berücksichtigen, weil diese, zumindest jene nach Geburt meiner Kinder, meines Erachtens rechtswidrig mein Familienleben nicht berücksichtigt haben.

Ich berufe mich zur Interessensabwägung insbesondere auf die Entscheidung des LVwG Wien (17.04.2015, GZ: VGW-051/031/579/2015). In diesem Fall hat das Gericht in einem Verwaltungsstrafverfahren wegen unrechtmäßigen Aufenthalts das Vorliegen eines gesetzlichen Strafausschließungsgrundes angenommen. Es ging in diesem Fall um einen nigerianischen Staatsbürger, dessen Asylantrag, wie in meinem Fall, rechtskräftig abgewiesen wurde.

Angesichts des dortigen Sachverhalts liegt bei mir jedenfalls ein Strafausschließungsgrund vor, zumal mein Privat- und Familienleben aufgrund meiner familiären Bindungen noch deutlich stärker ist als in jenem Fall. Der Beschuldigte im Fall zur E des LVwG Wien, 17.04.2015, VGW-051/031/579/2015, hatte keine Familie und keine Kinder in Österreich. Dazu kommt, dass der nigerianische Staatsbürger, anders als ich, in Österreich bereits zuvor zu einer unbedingten zweimonatigen Freiheitsstrafe strafrechtlich verurteilt wurde. Ich hingegen bin strafrechtlich unbescholten.

Aus allen diesen Gründen bin ich nicht zu bestrafen, weil die Strafe gemäß § 6 VStG zu entfallen hat.

Anträge
Aus den vorstehenden Gründen stelle ich daher die Anträge,
das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich möge
1) Das Straferkenntnis aufheben und das Verwaltungsstrafverfahren einstellen;
2) Eine mündliche Verhandlung durchführen."
[Hervorhebungen nicht übernommen]

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

I.4. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich nahm Einsicht in den vorgelegten Verwaltungsstrafakt und das Beschwerdevorbringen.

Zusätzlich wurde am 1. Oktober 2018 eine öffentliche mündliche Verhandlung vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich durchgeführt.

I.5. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich geht bei seiner Entscheidung zunächst von dem unter Punkt I.1. dieses Erkenntnisses dargestellten relevanten Sachverhalt aus.

Zusätzlich ist anzumerken, dass der Bf ausdrücklich erklärte rückkehrunwillig zu sein. Die Lebensgemeinschaft besteht nicht mehr. Die beiden Töchter sind, während deren Mutter ihrer Arbeit als Zimmermädchen nachgeht, in einer Kinderkrippe untergebracht. Der Bf besucht seine Töchter bisweilen mit Einverständnis seiner ehemaligen Lebensgefährtin.

II.

Im Rahmen der öffentlichen mündlichen Verhandlung bestätigte der Bf klar, dass er sich zwar seines illegalen Aufenthalts völlig bewusst sei, jedenfalls aber nicht in sein Heimatland zurückkehren zu wollen, zumal er nicht wisse, ob sich seine dortigen Probleme in der Zwischenzeit gelöst hätten. Zu seinen beiden Kindern in

A habe er seit seiner Flucht nach Europa keinen Kontakt. Er wisse nicht, ob sie überhaupt noch leben würden. Jene Aussage darf jedoch stark bezweifelt werden.

Zudem stellte sich aufgrund der aufgenommenen Zeugenaussage heraus, dass die Lebensgemeinschaft mit der Mutter seiner Kinder (Zeugin) seit längerem beendet sei. Es besteht keine gemeinsame Wohnung. Die Kinder sind – während die Zeugin ihrer Arbeit nachgeht – in einer Kinderkrippe untergebracht. Laut der glaubhaften Ausführungen der ehemaligen Lebensgefährtin, besucht der Bf bisweilen seine beiden Töchter, was sie zulassen würde.

III.

III.1. Gemäß § 120 Abs. 1a des Fremdenpolizeigesetzes 2005 – FPG, BGBl. I Nr. 100/2005, in der zum Tatzeitpunkt geltenden Fassung 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 Ausländer-beschäftigungsgesetz mit einer Gültigkeitsdauer bis zu sechs Monaten, eine Entsendebewilligung, eine EU-Entsendebestätigung, eine

Anzeigebestätigung gemäß § 3 Abs. 5 AuslBG oder eine Anzeigeb-stätigung gemäß § 18 Abs. 3 AuslBG mit einer Gültigkeitsdauer bis zu sechs Monaten, innehaben oder

7. soweit sich dies aus anderen bundesgesetzlichen Vorschriften ergibt.

III.2.1. Zunächst ist festzuhalten, dass auch der Bf selbst nicht bestreitet im vorgeworfenen Tatzeitraum über keinerlei Aufenthaltstitel verfügt zu haben, weshalb dieser Umstand als gegeben angenommen werden kann. Gleiches gilt für die Tatsache, dass der Bf mit Strafverfügung vom August 2017 bereits wegen illegalen Aufenthalts rechtskräftig bestraft wurde.

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

III.2.2.1. 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.

III.2.2.2. Zunächst ist auszuführen, dass die Aspekte des Privat- und Familienleben bereits im Rahmen der negativen Asylentscheidung im Juni 2017

geprüft und als nicht ausschlaggebend gewertet wurden. Gleiches gilt für die Strafverfügung im August 2017. Für dieses Verfahren relevant sind daher die Aspekte des Privat- und Familienlebens, die nach August 2017 eine Intensivierung erfahren haben.

Wie sich allerdings in der öffentlichen mündlichen Verhandlung herausstellte, besteht das in den obgenannten Entscheidungen angenommene gemeinsame Familienleben auf Betreiben der ehemaligen Lebensgefährtin in Folge des negativen Asylverfahrens nicht mehr. Der Bf wohnt weder mit der ehemaligen Lebensgefährtin noch mit den gemeinsamen beiden Töchtern in einem Haushalt.

Von einer allfälligen Intensivierung des Privat- und Familienlebens kann also keinesfalls die Rede sein – im Gegenteil ist von dessen Nicht-Bestehen auszugehen, weshalb sich der Bf auch nicht zielführend darauf berufen kann.

III.2.3. Die objektive Tatseite ist sohin als erfüllt anzusehen.

III.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).

III.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.

III.3.3. Der Bf ließ jedenfalls die erforderliche und zumutbare Sorgfalt außer Acht, indem er, sämtliche fremdenrechtliche Vorgaben ignorierend, im Bundesgebiet verharrt. Im vorliegenden Fall kann wohl eher sogar von bedingtem Vorsatz gesprochen werden, da er sich - auch nach eigener Aussage - seines unrechtmäßigen Aufenthalts bewusst, jedenfalls aber nicht bereit war und ist, diesen zu beenden.

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

III.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.

III.4.2. Im Rahmen der Strafbemessung ist zunächst festzuhalten, dass die belangte Behörde ohnehin lediglich die gesetzliche Mindeststrafe verhängte.

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 durchaus 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. Darüber hinaus sind auch die Folgen der Tat keinesfalls als unbedeutend zu werten.

III.5.1. Gemäß § 52 Abs. 1 VwGVG ist in jedem Erkenntnis des Verwaltungsgerichtes, mit dem ein Straferkenntnis bestätigt wird, auszusprechen, dass der 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.

III.5.2. In diesem Sinn war dem Bf ein Beitrag zu den Kosten des Verfahrens vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich in Höhe von 20 % der verhängten Geldstrafe (das sind 500 Euro) aufzuerlegen.

IV. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

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. Pree