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-700526/5/BP/JB

Datum:
Linz, 6. März 2019

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Mag. Dr. Pree über die Beschwerde der M L, vertreten durch O RA GmbH & Co KG, A, gegen das Straferkenntnis der Landespolizeidirektion Oberösterreich vom 11. Dezember 2018, GZ: VStV/918301749663/2018, wegen Übertretung des Fremdenpolizeigesetzes nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 5. März 2019

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird mit der Maßgabe stattgegeben, als der Strafausspruch durch eine Ermahnung ersetzt wird. Die Beschwerdeführerin hat keinen Beitrag zu den Kosten des Verwaltungsstrafverfahrens vor der belangten Behörde zu leisten.

II. Die Beschwerdeführerin hat keinen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens 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 11. Dezember 2018, GZ: VStV/918301749663/2018, wurde über die Beschwerdeführerin (in der Folge: Bf) gemäß § 120 Abs. 1a des Fremdenpolizeigesetzes (FPG) eine Geldstrafe in der Höhe von 500 Euro sowie im Falle der Uneinbringlichkeit eine Ersatzfreiheitsstrafe von 3 Tagen verhängt.

Die belangte Behörde führt dabei folgenden Tatvorwurf aus:
„Sie halten sich als Fremde (2 Abs 4 Z 1 FPG), wie am 22.11.2018 von Beamten der Landespolizeidirektion Oberösterreich, EGFA FB 04 - Fremdenpolizei, in Linz, Nietzschestraße 33, 4020 Linz, zumindest seit 31.10.2018 bis 6.11.2018, 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 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.

Sie sind im Besitz eines serbischen Reisepasses, gültig bis 26.08.2024, welcher sie zu einer sichtvermerksfreien Aufenthaltsdauer von 90 Tagen innerhalb der letzten 180 Tage berechtigt.

Ihre 90 Tage, gerechnet per 06.11.2019, sind mit 30.10.2018, 24:00 Uhr abgelaufen.

Sie halten sich daher zumindest seit 31.10.2018 bis 06.11.2018 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 vorgelegte Meldung der Bezirkshauptmannschaft Wels-Land vom 06.11.2018 und durch das behördlich durchgeführte Ermittlungsverfaahren zweifelsfrei erwiesen.

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

Mit 22.11.2018 wurde gegen sie eine Strafverfügung wegen Übertretung gemäß §120 Abs 1a Fremdenpolizeigesetz 2005 erlassen. Diese Strafverfügung haben Sie persönlich am 27.11.2018 übernommen.

Am 07.12.2018 (Poststempel) brachten sie bzw ihr Rechtsvertreter fristgerecht einen Einspruch ein, welcher am 10.12.2018 bei der hsg Behörde einlangte.

In diesem Einspruch geben sie sinngemäß an, dass sie eine Verletzung des Rechts auf Achtung des Privat- und Familienlebens gemäß Art 8 EMRK sowie eine Verletzung des Art 3 EMRK geltend machen.

Sie geben weiters an, dass sie in Erwartung eines Kindes sind, am 20.10.2018 in T/W geheiratet haben und in Adresse, über einen gemeinsamen Wohnsitz verfügen. Bereits vor dem von der Behörde angelasteten Zeitpunkt haben sie ein Familienleben begründet, welches zur Aufrechterhaltung des Familienstatusses diene. Eine Ausreise aus Österreich hätte eine Trennung von ihrem Ehegatten und in weiterer Folge von ihrer Familie die Folge.

Sie führen an, dass eine Heimreise nach Serbien eine Autofahrt von etwa 10 Stunden bedeuten würde und ihnen eine solche aufgrund ihrer fortgeschrittenen Schwangerschaft und ihres gesundheitlichen Zustandes nicht zumutbar sei. Überdies könne nicht gewährleistet werden, dass sie nach erfolgter Ausreise wieder rechtzeitig zum Geburtstermin nach Österreich einreisen dürfen.

Abschließend geben sie an, dass sie am 24.10.2018 bei der BH Wels-Land einen Erstantrag nach dem Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz gestellt haben, eine Entscheidung darüber stehe jedoch noch aus. Eine Ausreise hätte daher zur Folge, dass sie ihr Kind in Serbien zur Welt bringen müssten und diesem - da es die österreichische Staatsbürgerschaft besitzen wird - vorerst die Möglichkeit genommen wird, in Österreich aufzuwachsen und dadurch in den Kernbereich der Unionsbürgerschaft eingegriffen werden würde. Selbst der Ehemann müsse seinen Lebensmittelpunkt in Österreich aufgeben oder eine Trennung von seinem Kind in Kauf nehmen. Aus den angeführten Gründen könne ihnen nicht vorgeworfen werden, dass sie nicht ausgereist seien. Sie beantragen die Einleitung eines ordentlichen Verfahrens und die Einstellung des Verwaltungsstrafverfahrens.

(...)

Es ist richtig, dass sie am 20.10.2018 vor dem Standesamt T/W ihren jetzigen Gatten S L ehelichten. Laut einer Auskunft des Zentralen Melderegisters waren sie zwischen 13.08.2018 und 21.09.2018 erstmals in Österreich gemeldet. Erst seit 12.10.2018 wohnen sie ständig an Ihrem gemeinsamen Wohnsitz.

Sie stellen die Behörde vor vollendete Tatsachen und führen den Umstand, nicht ausgereist zu sein, darauf zurück, dass sie schwanger und mit einem Österreicher verheiratet sind. Die von ihnen vorgelegte Kopie einer Seite eines Mutter-Kind Passes weist jedoch nicht ihren Namen auf und es ist auch kein errechneter Geburtstermin ersichtlich.

Hinsichtlich ihrer Reisefähigkeit berufen sie sich auf ihre fortgeschrittene Schwangerschaft und ihren damit zusammenhängenden Gesundheitszustand. Laut einer mit ihnen am 06.11.2018 aufgenommen Niederschrift bei der BH Wels-Land reisten sie - teilweise eigenen Angaben zufolge, teilweise belegt durch die Ein- bzw Ausreisestempel in ihrem Reisepass - am 10.04.2018, am 28.04.2018, am 22.05.2018, am 02.06.2018, am

14.07.2018, am 01.08.2018, am 09.08.2018, am 05.09.2018, am 26.09.2018, am 04.10.2018 und am 09.10.2018. Laut den in ihrem Reisepass vorhandenen Grenzübergangsstempeln führten diese Reisen am Landweg entweder über Ungarn nach Serbien oder von Serbien über Ungarn nach Österreich.

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.

(...)

Der Milderungsgrund der verwaltungsrechtlichen Unbescholtenheit kam Ihnen zugute.

Zur Strafhöhe ist zu bemerken, dass der Strafrahmen für Übertretungen nach § 120 Abs. 1a FPG € 500 bis € 2.500 beträgt, somit wurde nur die Mindeststrafe verhängt. Die verhängte Strafe erscheint schuld- und tatangemessen.
Hervorhebungen nicht übernommen]

I.2. Gegen dieses Straferkenntnis richtet sich die vorliegende, durch die Bf rechtzeitig eingebrachte Beschwerde vom 14. Jänner 2019, in welcher u.a. Nachstehendes ausgeführt wird:

„SACHVERHALT

Die Beschwerdeführerin ist Staatsangehörige der Republik Serbien und derzeit wohnhaft in Adresse. Die Beschwerdeführerin legte im Juni 2015 in ihrem Heimatstaat Serbien die Reifeprüfung ab und schloss mit 8.10.2018 das Studium zur Zahntechnikerin ab. Strafrechtlich ist sie unbescholten.

Am 20.10.2018 ehelichte die Beschwerdeführerin den österreichischen Staatsangehörigen Herrn S L. Seit Mai 2018 sind die Ehegatten in Erwartung ihres ersten gemeinsamen Kindes (errechneter Geburtstermin: 12.2.2019). Dieses soll - wie auch der Kindesvater - die österreichische Staatsbürgerschaft besitzen.

Aufgrund der fortgeschrittenen Schwangerschaft und des kürzlich erst abgeschlossenen Studiums ist die Beschwerdeführerin derzeit nicht erwerbstätig. Die Beschwerdeführerin befindet sich mittlerweile in Mutterschutz. Der gemeinsame Lebensunterhalt wird ausschließlich durch Herrn L bestritten. Die Ehegatten beziehen jedoch keine Sozialhilfeleistungen, noch sind sie verschuldet.

In der Absicht das Familienleben (aufgrund der Schwangerschaft, emotionalen Bindung sowie finanziellen Abhängigkeit an den Ehegatten) aufrecht zu erhalten, reiste die Beschwerdeführerin zuletzt am 9.10.2018 rechtmäßig in das Bundesgebiet ein und stellte

am einen Erstantrag auf Erteilung eines Aufenthaltstitels nach dem Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes bei der Bezirkshauptmannschaft Wels-Land (GZ: Poll 8-376-2018). Dieses Verfahren ist weiterhin anhängig.

Am 22.11.2018 wurde über die Beschwerdeführerin von der Landespolizeidirektion Oberösterreich EGFA 4 - Fremdenpolizei eine Verwaltungsstrafe in Höhe von EUR 550,00 wegen Verletzung des § 120 Abs 1a FPG iVm §§ 31 Abs 1a, 31 Abs 1 FPG verhängt (GZ VStV/918301749663/2018). Gegen diese Strafverfügung erhob die Beschwerdeführerin am fristgerecht Einspruch. Dem Antrag der Beschwerdeführerin auf Einstellung des Verwaltungsstrafverfahrens wurde nicht stattgegeben. Die Landespolizeidirektion Oberösterreich EGFA 4 - Fremdenpolizei erließ sodann am 11.12.2018 das gegenständliche Straferkenntnis (GZ VStV/918301749663/2018).

Ergänzendes Beweisanbot

Ergänzend legt die Beschwerdeführerin eine Kopie des Mutter-Kind-Passes vor. Im Übrigen verweist die Beschwerdeführerin auf die mit Einspruch vom 7.12.2018 bereits vorgelegten Beweisanbote.

(...)

Bei der Beurteilung der Strafbarkeit eines Fremden wegen unrechtmäßigen Aufenthaltes in Österreich sind das öffentliche Interesse an der Aufrechterhaltung an der öffentlichen Ordnung und Sicherheit den persönlichen sowie familiären Interessen des Betroffenen am Verbleib in Österreich gegenüberzustellen und einander abzuwägen.

Die belangte Behörde führt zwar in ihrer Bescheidbegründung aus, dass „zur Erfüllung des objektiven Tatbestandes auf das Privat- und Familienleben Bedacht zu nehmen sei“, nimmt aber tatsächlich keine Abwägung zwischen dem öffentlichen Interesse und den persönlichen sowie familiären Interessen der Beschwerdeführerin vor. Wenn die belangte Behörde ausführt, dass die Beschwerdeführerin die Behörde vor vollendete Tatsachen stellt, lässt sie das Vorbringen der Beschwerdeführerin völlig außer Acht und begründet ihre Entscheidung mit „Stehsätzen“ bzw nimmt sie keine dem Art 8 EMRK entsprechende Interessensabwägung vor. Die Beschwerdeführerin hatte bereits vor ihrer letzten Einreise sowie vor Antragstellung eines Aufenthaltstitels ein aufrechtes und intaktes Familien- und Privatleben mit ihrem Ehegatten, einem österreichischen Staatsangehörigen, geführt. Auch war die Beschwerdeführerin bereits vor ihrer letzten Einreise schwanger.

Die belangte Behörde hätte bei ihrer Entscheidung berücksichtigen müssen, dass eine Ausreise aus Österreich eine Trennung der Beschwerdeführerin von ihrem Ehegatten und in weiterer Folge eine Trennung der Familie (die Beschwerdeführerin hätte mit dem ungeborenen Kind in ihr Heimatland Serbien ausreisen und die Entscheidung über das Aufenthaltsbewilligungsverfahren im Ausland abwarten müssen) zur Folge gehabt hätte und daher nicht mit Art 8 der EMRK vereinbar ist. Die Behörde hätte bei ihrer Entscheidung ebenfalls berücksichtigen müssen, dass sich die engen Bindungen der Familienmitglieder untereinander nur aus ihrem alltäglichen Zusammenleben, der gemeinsamen Sorge und Verantwortung füreinander sowie finanzieller Abhängigkeit ergeben können.

Auch aus gemeinschaftsrechtlichen Aspekten stellt das Straferkenntnis der belangten Behörde eine Rechtsverletzung dar. Aufgrund des anhängigen Aufenthaltsbewilligungsverfahrens konnte und kann bis zu einer rechtskräftigen Entscheidung nicht gewährleistet werden, dass die Beschwerdeführerin nach erfolgter Ausreise auch vor dem errechneten Geburtstermin wieder rechtmäßig in das Bundesgebiet einreisen kann. Dies hätte zur Folge, dass die Beschwerdeführerin ihr Kind - hierbei sei erneut betont, dass das Kind die österreichische Staatsbürgerschaft besitzen wird - in Serbien zur Welt bringen müsste. Aufgrund der besonders intensiven Beziehung zwischen Mutter und Kind sowie im Hinblick auf das Kindeswohl wäre das Neugeborene bis zur Entscheidung über den Erstantrag zum Verbleib in Serbien gezwungen. Im Ergebnis würde dadurch dem Neugeborenen als österreichischer Staatsangehöriger vorerst die Möglichkeit genommen, in Österreich aufzuwachsen. Hierdurch würde aber in den Kernbereich der Unionsbürgerschaft des Kindes eingegriffen werden. Auch der Ehegatte der Beschwerdeführerin und Kindsvater als österreichischer Staatsangehöriger wäre für diese Zeit dazu verhalten, seinen Lebensmittelpunkt (Familie, Beruf) im Bundesgebiet aufzugeben oder eine Trennung von seinem Kind bzw seiner Familie in Kauf zu nehmen.

Es ist zwar richtig, dass ein großes öffentliches Interesse an der Einhaltung fremdenrechtlicher Vorschriften besteht, doch kann die zu erfolgende Interessenabwägung nur zugunsten der Beschwerdeführerin ausfallen. Die Beschwerdeführerin verfügt über ein aufrechtes und intaktes Familienleben. Sie ist mit einem österreichischen Staatsangehörigen verheiratet und hat mit diesem einen gemeinsamen Wohnsitz in x. Die Beschwerdeführerin ist gut in Österreich integriert; sie hat bereits intensive Bindungen zu Verwandten ihres Ehegatten aufgebaut und auch soziale Kontakte (Freundschaften) geknüpft. Zudem erwarten die Ehegatten im Februar 2019 ihr erstes gemeinsames Kind, welches die österreichische Staatsbürgerschaft besitzen wird. Die Beschwerdeführerin ist strafrechtlich unbescholten und sie bezieht weder Sozialhilfeleistungen, noch ist sie verschuldet. Weiters verfügt die Beschwerdeführerin über eine abgeschlossene Reifeprüfung sowie ein abgeschlossenes Studium zur Zahntechnikerin. Die Beschwerdeführerin möchte nach der Karenzzeit in diesem Bereich arbeiten und somit einer Erwerbstätigkeit nachgehen. Auch ist die Beschwerdeführerin gewillt, weitere Deutschkurse zu absolvieren. Zudem erfüllt die Beschwerdeführerin alle Voraussetzungen für die Erteilung eines Aufenthaltstitels, sodass das Aufenthaltsbewilligungsverfahren zu ihren Gunsten zu entscheiden sein wird und die Beschwerdeführerin einen rechtmäßigen Aufenthalt im Bundesgebiet haben wird. Vor diesem Hintergrund ist eine Bestrafung aus den Gründen des Art 8 der Europäischen Menschenrechtskonvention nicht zulässig. Dies hätte die belangte Behörde bei rechtlich richtiger Beurteilung erkennen müssen und hätte das gegenständliche Straferkenntnis bei richtiger rechtlicher Beurteilung nicht erlassen werden dürfen. Die unrichtige rechtliche Beurteilung belastet den angefochtenen Bescheid mit Rechtswidrigkeit.

Art 3 EMRK

Hinsichtlich der Reisefähigkeit stützt sich die belangte Behörde in ihrer Bescheidbegründung auf eine mit der Beschwerdeführerin am 6.11.2018 aufgenommene Niederschrift, wonach diese zuletzt am 9.10.2018 in das Bundesgebiet einreiste.

Es ist zutreffend, dass die Beschwerdeführerin zuletzt am 9.10.2018 nach Österreich einreiste. Dies vor dem Hintergrund der bevorstehenden Geburt und zur Aufrechterhaltung

ihres Familienlebens. Bereits die Einreise in das Bundesgebiet war für die Beschwerdeführerin aufgrund der fortgeschrittenen Schwangerschaft beschwerlich. Vor diesem Hintergrund wäre ihr eine Ausreise im Hinblick auf ihren gesundheitlichen Zustand einen Monat später schon nicht mehr zumutbar gewesen.

Diesen Umstand hätte die belangte Behörde bei ihrer Entscheidung berücksichtigen müssen, zumal eine Ausreise aus dem Bundesgebiet eine zehn stündige Autofahrt (Wegstrecke rund 1.100 km) bedeutet hätte.

Auch ist nach ständiger Rechtsprechung eine Ausweisung während der Dauer des Mutterschutzes aufgrund der besonderen Schonungsbedurftigkeit einer schwangeren Frau unzulässig, sodass eine Ausreiseverpflichtung der mittlerweile sich in Mutterschutz befindenden Beschwerdeführerin ohnedies unzulässig ist.

Bei rechtlich richtiger Beurteilung hätte die belangte Behörde erkennen müssen, dass nicht nur zwingende private, sondern auch gesundheitliche Probleme einer Ausreise entgegengestanden wären. Die belangte Behörde hätte folglich das Straferkenntnis nicht erlassen dürfen, allenfalls eine Ermahnung aussprechen müssen. Die unrichtige rechtliche Beurteilung belastete den angefochtenen Bescheid mit Rechtswidrigkeit.

Beschwerde gegen die Strafe

Gemäß § 45 Abs 1 Z 4 VStG hat die Behörde von der Einleitung oder Fortführung des Strafverfahrens Abstand zu nehmen und das Strafverfahren einzustellen, wenn die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat sowie das Verschulden des Beschuldigten gering sind. Die Behörde kann jedoch auch unter Hinweis auf die Rechtswidrigkeit des Verhaltens eine Ermahnung aussprechen.

Die Beschwerdeführerin ist seit 20.10.2018 mit dem österreichischen Staatsangehörigen Herrn S L verheiratet und sind die beiden Ehegatten seit Mai 2018 in Erwartung ihres ersten gemeinsamen Kindes (errechneter Geburtstermin: 12.2.2019). Dieses wird - wie der Kindesvater - die österreichische Staatsbürgerschaft besitzen. Mittlerweile befindet sich die Beschwerdeführerin in Mutterschutz.

Um sich rechtmäßig im Bundesgebiet aufhalten zu können, stellte die Beschwerdeführerin am bei der Bezirkshauptmannschaft Wels-Land einen Erstantrag nach dem Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes. Dieses Verfahren ist weiterhin anhängig und ist davon auszugehen, dass das Aufenthaltsbewilligungsverfahren zu Gunsten der Beschwerdeführerin (Vorliegen der Erteilungsvoraussetzungen) ausfallen wird, sodass die Beschwerdeführerin einen rechtmäßigen Aufenthalt im Bundesgebiet haben wird.

Aus den eben genannten Gründen hätte die Behörde das Strafverfahren gegen die Beschwerdeführerin einstellen, allenfalls eine Ermahnung aussprechen müssen. Sowohl das geschützte Rechtsgut, als auch die Intensität der Beeinträchtigung sowie das Ausmaß des rechtswidrigen Verhaltens waren von keiner erheblichen Bedeutung.

Die Beschwerdeführerin ist derzeit aufgrund der Schwangerschaft nicht erwerbstätig und verfügt über kein relevantes Vermögen. Sohin steht die verhängte Strafe in Höhe von EUR

550,00 in keinem Verhältnis zur finanziellen Situation der Beschwerdeführerin. Alleine aus diesem Umstand hätte die belangte Behörde das Strafverfahren einstellen müssen.

Selbst wenn, entgegen dem Vorbringen der Beschwerdeführerin, die belangte Behörde davon ausgegangen wäre, dass das Strafverfahren weder einzustellen, noch eine Ermahnung auszusprechen gewesen wäre, wäre von der belangten Behörde eine geringere Geldstrafe zu verhängen gewesen.

BESCHWERDEERKLÄRUNG UND ANTRÄGE

Die Beschwerdeführerin erhebt daher gegen den Bescheid der belangten Behörde vom 11.12.2018, GZ VStV/918301749663/2018, in offener Frist durch ihre ausgewiesene bzw bevollmächtigte Vertreterin gemäß Art 130 Abs 1 Z 1 iVm Art 132 Abs 1 Z 1 B-VG
BESCHEIDBESCHWERDE
an das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich und stellt die
Anträge,
das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich möge

1. eine mündliche Verhandlung durchführen;
2. das angefochtene Straferkenntnis vom 11.12.2018, GZ VStV/918301749663/2018, ersatzlos aufheben und das Verfahren einstellen;
3. in eventu das Verfahren unter Erteilung einer Ermahnung einstellen;
4. in eventu die verhängte Strafe mildern.“

[Hervorhebungen nicht übernommen]

I.3. Mit Schreiben vom 16. Jänner 2019 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 5. März 2019 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 betreffend das Privat- und Familienleben festzuhalten, dass die Beziehung der Bf und ihres Ehegatten seit dem Jänner 2016 besteht. Im September 2018 beendete die Bf ihre Ausbildung zur Zahntechnikerin bzw. Krankenschwester in Serbien. Seit 9. Oktober 2018 ist sie in Österreich durchgängig aufhältig. Nunmehr wurde ihr ein Aufenthaltstitel (Familienangehöriger) von der Bezirkshauptmannschaft Wels-Land erteilt. Die Geburt des Sohnes erfolgte am 4. Februar 2019 in Österreich. Das Kind ist österreichischer Staatsbürger. Während der Schwangerschaft litt die Bf unter

Schwangerschaftsdiabetes, auch, wenn dies nicht im Mutter-Kind-Pass vermerkt war. Die bislang letzte Reisebewegung von Serbien nach Österreich empfand die Bf als sehr belastend.

In Österreich ist die Bf vor allem in die Familie ihres Mannes eingebunden und knüpfte darüber auch Freundschaften zu Personen im Rahmen ihres Fahrkurses.

II.

Im Rahmen der öffentlichen mündlichen Verhandlung schilderte die Bf völlig glaubhaft ihre persönlichen Verhältnisse. Im Übrigen standen die aus dem Akt ersichtlichen Informationen dieser Schilderung nicht wesentlich entgegen.

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 die Bf selbst nicht bestreitet im vorgeworfenen Tatzeitraum über keinerlei Aufenthaltstitel verfügt zu haben bzw. dass die zulässige Aufenthaltsdauer überschritten gewesen war, weshalb dieser Umstand als gegeben angenommen werden kann.

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. Es ist zunächst völlig unbestritten, dass im vorliegenden Fall ein Privat- und Familienleben der Bf in Österreich – auch schon im Tatzeitraum – bestand, zumal sie mit einem österreichischen Staatsangehörigen verheiratet war und mit diesem in einem gemeinsamen Haushalt lebte.

Die bisherigen kurzfristigen Aufenthalte der Bf in Österreich seit dem Jahr 2016 waren durchwegs als rechtmäßig anzusehen. Gleichzeitig ist aber festzuhalten, dass von einem aufenthaltsrechtlich unsicheren Status auszugehen ist.

Wenn auch von einem Privatleben bzw. Familienleben gesprochen werden kann und dieses insbesondere im Hinblick auf das im Februar 2019 geborene Kind als schützenswert erschiene, ist dennoch anzumerken, dass es durchaus angezeigt gewesen wäre, nach dem Beantragung eines Aufenthaltstitels dessen absehbare Erteilung abzuwarten, ohne durch das illegale Verharren im Bundesgebiet den Aufenthalt zu erpressen. Die Bf litt zwar unter Schwangerschaftsdiabetes und schilderte die letzte Reisebewegung von Serbien nach Österreich als belastend; dennoch war medizinisch zumindest bis zum Eintritt des Mutterschutzes eine Reise (zumal der illegale Aufenthalt ca. in der 30. Schwangerschaftswoche stattfand) durchaus noch als zumutbar zu erkennen.

Die Bf ist in Österreich wirtschaftlich noch nicht, sozial mäßig integriert, da sich ihre diesbezüglichen Kontakte auf den Familienkreis bzw. auf wenige Freundinnen beschränkt. In Serbien hingegen kann sie soziokulturell als völlig integriert gelten.

Strafrechtliche bzw. verwaltungsstrafrechtliche Delinquenz liegt nicht vor. Auch kamen keine überlangen Verfahrensdauern bzw. Verzögerungen durch Behörden zu Tage.

III.2.2.3. Im Rahmen einer Interessensabwägung ist dem öffentlichen Interesse an der Gewährleistung eines geordneten Fremden- und Aufenthaltswesen der Vorrang gegenüber den persönlichen Interessen der Bf, ihres österreichischen Ehegattens und des Kindes zu geben. Unter den gegebenen Umständen wäre ein Abwarten der Entscheidung der NAG-Behörde jedenfalls zumutbar gewesen, ohne dass eine längerfristige Trennung der Ehegatten zu erwarten gewesen wäre.

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. Die Bf ließ jedenfalls die erforderliche und zumutbare Sorgfalt außer Acht, indem sie, fremdenrechtliche Vorgaben ignorierend, im Bundesgebiet verharrte. Das Verschulden ist hingegen als relativ geringfügig zu betrachten, da nicht außer Acht gelassen wird, dass sich für die Bf aufgrund der Schwangerschaft, der Beendigung ihrer Ausbildung im September sowie der Hochzeit im Oktober eine besondere Prioritätenlage ergab.

III.3.4. Daher ist im Ergebnis das Vorliegen der subjektiven Tatseite in Form leichter Fahrlässigkeit 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.

Unter dem Aspekt, dass der Bf mittlerweile ein Aufenthaltstitel erteilt wurde, erscheint eine Bestrafung allerdings aus spezialpräventiver Sicht nicht mehr erforderlich. Wie schon oben ausgeführt, ist auch das Verschulden als gering anzusehen.

III.4.3. Es konnte daher in Anwendung des § 45 Abs. 1 Z. 4 VStG von einer Bestrafung abgesehen und lediglich eine Ermahnung ausgesprochen werden.

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 der Bf kein Beitrag zu den Kosten des Verfahrens vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich 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