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-700558/2/BP/BD

Datum:
Linz, 21. Mai 2019

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Mag. Dr. Pree über die Beschwerde des B G, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. M F, x, gegen das Straferkenntnis der Landespolizeidirektion Oberösterreich vom 7. März 2019, GZ: VStV/918301788524/2018, wegen Übertretung des Fremdenpolizeigesetzes

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird stattgegeben, das angefochtene Straferkenntnis aufgehoben und das Verwaltungsstrafverfahren eingestellt.

II. Der Beschwerdeführer hat weder einen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens noch zu jenen des Verwaltungsstrafverfahrens zu leisten.

III. Gegen diese Entscheidung ist eine Revision unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I.1. Mit Straferkenntnis der Landespolizeidirektion Oberösterreich (im Folgenden: belangte Behörde) vom 7. März 2019, GZ: VStV/918301788524/2018, wurde über den Beschwerdeführer (Bf) eine Verwaltungsstrafe in Höhe von 5.000 Euro (Ersatzfreiheitsstrafe: 14 Tage) wegen einer Übertretung des § 120 Abs. 1b Fremdenpolizeigesetz – FPG wie folgt verhängt:

„Wie von Beamten der Landespolizeidirektion Oberösterreich, EGFA FB 04 - Fremdenpolizei, Nietzschestraße 33, 4020 Linz am 12.02.2019 anlässlich einer Aktenüberprüfung festgestellt wurde, sind Sie aus Ihnen zu vertretenden Gründen nicht unverzüglich Ihrer Pflicht zur Ausreise aus dem Bundesgebiet nachgekommen, obwohl Ihr Verfahren zur Erteilung eines Aufenthaltstitels aus Gründen des Artikel 8 EMRK mit Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichts vom 15.11.2018 negativ entschieden ist und gleichzeitig eine Rückkehrentscheidung erlassen worden ist.
Die Rückkehrentscheidung ist seit 30.11.2018 rechtskräftig und durchsetzbar.
Das Ihnen mit Verfahrungsanordnung vom 11.12.2018 aufgetragene Rückkehrberatungsgespräch haben Sie bis zum Eintritt der Rechtskraft und Durchsetzbarkeit aus von Ihnen zu vertretenden Gründen nicht in Anspruch genommen. Sie sind bis dato nicht rückkehrwillig.“

Begründend führt die belangte Behörde ua. aus:

„Der Tatbestand der Ihnen zur Last gelegten Verwaltungsübertretung ist durch das behördlich durchgeführte Ermittlungsverfahrens zweifelsfrei erwiesen.
Es steht daher fest, dass Sie die im Spruch angeführte Verwaltungsübertretung begangen haben.
Mit Aufforderung vom 12.02.2019 wurden Sie zur Rechtfertigung innerhalb von zwei Wochen ab Zustellung aufgefordert. (...)

In der Stellungnahme Ihrer rechtsfreundlichen Vertretung gaben Sie an:
Gegen den Bescheid des BVwG ist eine Beschwerde an den VfGH erhoben worden, der über die Aufrechterhaltung des Privat- und Familienlebens entscheidet. Bei richtiger Abwägung der Interessen hätte das BVwG zum Ergebnis kommen müssen, dass die privaten Interessen zur Aufrechterhaltung des Privat- und Familienlebens überwiegen. Außerdem hat das BVwG die Interessen des Betroffenen und andererseits das Kindeswohl nicht hinreichend berücksichtigt.

(...)

Ihre Beschwerde beim BVwG OÖ ist bereits seit 15.11.2018 rechtskräftig negativ entschieden. Die Rückkehrentscheidung ist seit 30.11.2018 rechtskräftig und durchsetzbar. Das Ihnen aufgetragene Rückkehrberatungsgespräch haben Sie aus von Ihnen zu vertretenden Gründen nicht in Anspruch genommen.
Für die Behörde besteht kein Zweifel, dass Sie seit Abschluss Ihres Verfahrens 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. Sie gaben in Ihrem Einspruch an, gegen den Bescheid des BVwG außerordentliche Rechtsmittel erhoben zu haben. Die Behandlung der Beschwerde wurde vom VfGH abgelehnt.
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 die Beschwerde gegen das Erkenntnis des BFA OÖ 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 Verfahrens nicht ausreisen und die Behörden vor vollendete Tatsachen zu stellen versuchen, läuft dies zweifellos einem geordneten Fremdenwesen zuwider und ist nicht zu tolerieren.
Sie müssen darauf hingewiesen werden, dass Ihr Verhalten, dem Ziel eines geordneten Fremdenwesens und dem geordneten Zuzug von Fremden zuwiderlaufen.
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 Verfahrens 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.
Recht auf Privat-und Familienleben
Im Bezug auf Ihr Privatleben gaben Sie an, dass Sie in Österreich geboren sind, die Volksschule und 3 Jahre die Hauptschule besucht haben.
Sie können keinen Schulabschluss und keine nachweislichen Deutschkenntnisse auf Niveau A2 belegen.
In Ihrer Jugend halfen Sie im Lebensmittelgeschäft bzw. in der Gastronomie und Pension Ihrer Eltern mit, die sich zum damaligen Zeitpunkt rechtmäßig in Österreich aufhielten.
Nachdem Sie nach Aufhebung des Aufenthaltsverbotes wieder legal nach Österreich einreisten und über einen Aufenthaltstitel verfügten, gingen Sie laut Ihren niederschriftlichen Angaben sogleich einer sozialversicherungspflichtigen Beschäftigung nach, und waren 01.08.2006 bis 2009 als selbstständiger Autohändler erwerbstätig, was eine berufliche Integration unterstreicht. Dem gegenüber ist jedoch ins Treffen zu führen, dass Sie als selbstständiger Autohändler in Konkurs gerieten, Sie deshalb Ihren Aufenthalt nicht mehr legalisieren konnten und somit nicht in der Lage sind Ihren eigenen Lebensunterhalt bzw. den Ihrer Familie zu bestreiten.
Dass Sie derzeit keiner Erwerbstätigkeit nachgehen und dadurch vom Unterhalt Ihrer Gattin abhängig sind, stellt keinen berücksichtigungswürdigen Sachverhalt dar, da

Unterhaltszahlungen an die Familie (wenn auch in geminderter Form) auch ins Inland erbracht werden können. Im umgekehrten Fall können auch Sie - sofern Sie in Ihrem Heimatland eine Arbeitsstelle annehmen - Unterhalt an Ihre in Österreich verbleibenden Familienangehörigen übermitteln.
Ein Fortkommen Ihrer Gattin in Österreich ohne Sie ist auch nicht gefährdet, besteht doch ein umfangreiches Sozialsystem in Österreich.
In die Türkei sind sowohl Ihre Mutter als auch Ihr Vater - beide sind in der Zwischenzeit geschieden - im Jahre 2000 wieder in die Türkei zurückgereist.
Weiters haben Sie, nachdem über Sie ein unbefristetes Aufenthaltsverhängt wurde, und Sie in die Türkei abgeschoben wurden, dort eine Familie gegründet. Sie gingen in der Türkei die Ehe mit K F, StA. Türkei, ein. Aus dieser Verbindung gingen 2 Kinder hervor. Die Ehe wurde laut Ihren eigenen Angaben 2012 geschieden. Aus diesem Grund ist auch in der Türkei ein Familienleben zumindest zu Ihren minderjährigen Kindern erkennbar.
Aus den angeführten Umständen kann davon ausgegangen werden, dass Sie in der Türkei über ein familiäres Netzwerk verfügen und somit ausgeschlossen werden kann, dass Sie dort völlig isoliert leben müssten.
Folglich kann Ihnen von Seiten der ho. Behörde die Bindung zu Ihrem Heimatland nicht abgesprochen werden bzw. scheint eine Reintegration als zumutbar. Daran vermag auch der Umstand nichts zu ändern, dass Sie selbst angaben, keine familiären Anknüpfungspunkte mehr zu haben.
Besonders schwer fiel jedoch ins Gewicht, dass Sie in Österreich mehrmals strafrechtlich in Erscheinung getreten sind, obwohl Ihnen die Konsequenzen aufgrund des bereits behobenen Aufenthaltsverbotes bewusst gewesen sein mussten. Ihnen kann somit unterstellt werden, dass Sie nicht gewillt sind, die österreichische Rechtsordnung zu achten und schrecken nicht einmal davor zurück, in die körperliche Integrität von anderen Menschen einzugreifen bzw. Delikte gegen die Staatsgewalt zu verüben. Sie ruhen sich offensichtlich auf der Tatsache aus, dass Ihr erstes Aufenthaltsverbot im Jahr 1995 aufgrund damaliger Aufenthaltsverfestigung von amtswegen behoben wurde.
Im Hinblick auf Ihre strafrechtlichen Verurteilungen wird Ihre Integration in Ihrer sozialen Komponente stark gemindert, vermochte doch weder Ihr Wunsch in Österreich ein dauerhaftes Leben zu führen, noch die Kenntnis über befristeten und somit unsicheren Aufenthalt während Sie davon Abstand nehmen zu lassen, die österreichische Rechtsordnung zu missachten.
Die für die Integration wesentliche soziale Komponente wird durch die von Ihnen begangenen Straftaten erheblich beeinträchtigt.

(...)

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 Verfahrens 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.

(...)

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]

I.2. Gegen dieses Straferkenntnis richtet sich die nunmehrige, durch den Bf rechtzeitig eingebrachte Beschwerde vom 1. April 2019, 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.

(...) „

Im Einzelnen wird zu den Beschwerdegründen wie folgt ausgeführt:

A) Unrichtige und unvollständige Sachverhaltsfeststellungen aufgrund unrichtiger Beweiswürdigung:

a)
(...)

Dazu wurde vom Betroffenen in der Rechtfertigung vom 01.03.19 jedoch eingewandt, dass gegen das Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichtes vom 15.11.2018, GZ: L504 21208038-1/26E, mit dem eine Beschwerde gegen den Bescheid des Bundesamtes für Fremdenwesen und Asyl vom 21.01.2016 gemäß §§ 55, 10 AsylG 2005 idgF, § 52, 46, 55, 53 FPG idgF, als unbegründet abgewiesen wurde, fristgemäß am 02.01.19 eine Beschwerde gemäß Art. 144 Abs 1 B-VG an den Verfassungsgerichtshof erhoben worden ist.
Die Behandlung der Beschwerde wurde vom VfGH zwischenzeitig zwar abgelehnt (zu GZ: E 01/2019), doch wurde antragsgemäß eine Abtretung an den VwGH verfügt (mit Beschluss vom 12.03.2019).
Der Betroffene wird demnach gegen das Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichtes vom 15.11.2018 noch eine Revision einbringen und seinen Fall durch den VwGH prüfen lassen.

Gemäß Art. 1 des 7. Zusatzprotokoll zur EMRK darf ein Ausländer nur aufgrund einer rechtmäßig ergangenen Entscheidung ausgewiesen werden und muss ihm gestattet werden seinen Fall prüfen zu lassen (lit b).
Die Feststellung der Behörde, wonach der Beschwerdeführer „versuche die Behörden vor vollendete Tatsachen zu stellen“, ist insofern unrichtig.
Der Betroffene macht lediglich von seinen verfassungsmäßigen Rechten Gebrauch und ist richtigerweise festzustellen, dass über den Antrag auf Erteilung eines Aufenthaltstitels gemäß § 55 AsylG daher noch keine (effektiv) abschließende Entscheidung vorliegt.
Die belangte Behörde hat dazu jedoch keine Erhebungen geführt.
Entscheidungswesentliche Feststellungen, welche vor allem zum (fehlenden) Verschulden des 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.
Auf dieser Grundlage wird demnach eine Prüfung durch den VwGH zu erfolgen haben und ist somit entgegen der Feststellungen der belangten Behörde noch keine (tatsächlich) verfahrensabschließende Entscheidung über den Antrag auf Erteilung eines Aufenthaltstitels gemäß § 55 AsylG getroffen worden. Diese Feststellung ist für die richtige rechtliche Beurteilung wesentlich.

a)
(...)

b)
(...)
Zum Privat- und Familienleben des Betroffenen werden jedoch von der belangten Behörde nur unzureichende Feststellungen getroffen.
Zur umfassenden und fehlerfreien Beurteilung wären im vorliegenden Fall richtigerweise nachstehende Feststellungen zu treffen:

Der Betroffene B G

- ist in Österreich geboren und aufgewachsen,
- hat die ersten 20 Lebensjahre in Österreich verbracht,
- lebt nunmehr seit 15 Jahren wieder in Österreich (seit August 2003 bis 30.12.2009 rechtmäßig),
- hat sich seit 2009 strafgerichtlich wohlverhalten,
- hat zahlreiche Verwandte und einen großen Freundes- und Bekanntenkreis in Österreich und ist sozial völlig integriert,
- ist seit 13.06.2013 mit einer österreichischen Staatsbürgerin verheiratet (mit dieser schon seit 201 leine Beziehung bestand) und
- entstammen der Ehe zwei Kinder, nämlich E, geboren x und E, geboren x, welche österreichische Staatsbürger sind.

Bei einer richtigen und umfassenden Gesamtbeurteilung ist damit festzustellen, dass Herr B G seinen ausschließlichen Lebensmittelpunkt im Bundesgebiet hat und insgesamt die Schutzwürdigkeit des Privat- und Familienlebens des Betroffenen gegeben ist. Den von Art. 8 EMRK geschützten Interessen ist im vorliegenden Fall bei der gesetzlich erforderlichen Interessenabwägung absoluter Vorrang einzuräumen.

Unter Zugrundelegung dieser Feststellungen muss - 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.

c)
Die Behörde führt demgegenüber anführt, dass der Betroffene könne keinen Schulabschluss und keine nachweislichen Deutschkenntnisse auf Niveau A2 belegen könne, so ist dies unzutreffend.
Tatsächlich hat Herr G die Volksschule und 3 Jahre die Hauptschule besucht und spricht einwandfrei und perfekt deutsch.
Zuzugestehen ist, dass die Einkommenssituation der Familie derzeit problematisch, als Herr G aus rechtlichen Gründen (und obwohl er absolut dazu gewillt ist) keine berufliche Tätigkeit ausüben kann.
Unrichtig ist jedoch die Feststellung der Behörde, wonach es keinen berücksichtigungswürdigen Grund darstelle, dass er vom Unterhalt der Gattin abhängig sei, da Unterhaltszahlungen an die Familie auch ins Ausland erbracht werden könnten. Unzutreffend ist weiters die behördliche Feststellung, dass ein
Fortkommen seiner Gattin in Österreich ohne den Betroffenen auch nicht gefährdet sei, als doch ein umfangreiches Sozialsystem in Österreich bestehe.
Diese Feststellungen ignorieren vollkommen, dass gerade die beiden mj. ehelichen Kinder, welche österreichische Staatsbürger sind (!), die umfassende Betreuung und Fürsorge durch beide Elternteile benötigen.
Daraus resultiert eben auch ein spezielles Nahe- bzw. Abhängigkeitsverhältniss der betroffenen Partei zur Ehegattin (welche ebenfalls die österreichische Staatsbürgerschaft besitzt) in Österreich. Ohne die (zur Zeit) psychische Unterstützung durch den Ehegatten - welche nur in Österreich möglich ist - wäre deren persönliches und wirtschaftliches Fortkommen gefährdet.
Entgegen der behördlichen Feststellungen verfügt der Betroffene in der Türkei über kein familiäres Netzwerk und ist nicht nachvollziehbar aufgrund welcher Tatsachen die Behörde zu dieser Schlußfolgerung gelangte.
Demgegenüber ist festzustellen, dass der Betroffene nunmehr seit 15 Jahren wieder in Österreich (seit August 2003 bis 30.12.2009 rechtmäßig) lebt und seinen ausschließlichen Lebensmittelpunkt im Bundesgebiet hat. Da er seit zehn Jahren auch keine Möglichkeit hatte in die Türkei zu reisen, sind sämtliche Kontakte dorthin abgebrochen. Insoferne ist eine Reintegration nicht zumutbar und nicht möglich.
Wenn die Behörde aufgrund der strafrechtlichen Verurteilungen die Integration in ihrer sozialen Komponente stark gemindert sieht, so ist auch diese unzutreffend.
Tatsächlich ist der Betroffene seit dem Jahr 2009 strafgerichtlich völlig unbescholten und spricht bereits dieser lange Zeitraum für die charakterliche Läuterung des Beschwerdeführers. Dazu kommt die familiäre Verankerung mit den Verpflichtungen als zweifacher Familienvater, die unbestreitbar zu einer Festigung im Leben des Beschwerdeführers geführt haben. Es erscheint deshalb absolut unzulässig dem Betroffenen frühere „Jugendsünden“ nach wie vor anzulasten und dabei die zwischenzeitige persönliche Weiterentwicklung und charakterliche Festigung außer Acht zu lassen.
In der Gesamtschau ist deshalb festzustellen, dass sohin die Schutzwürdigkeit des Privat- und Familienlebens des Betroffenen gegeben ist und die Interessensabwägung im gegenständlichen Fall im Ergebnis dazu führen muss, dass die privaten und vor allem

familiären Interessen des Betroffenen und seinem Verbleib in Österreich gegenüber jenen an der Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung überwiegen.

B) Zu den wesentlichen Verfahrensmängeln:

a)
Die belangte Behörde legt zugrunde, dass das Verfahren zur Erteilung eines Aufenthaltstitels aus Gründen des Artikel 8 EMRK seit 15.11.2018 in II. Instanz negativ entschieden sei.
Durch den Betroffenen wurde dazu in der Rechtfertigung vom 01.03.19 eingewandt, dass gegen dieses Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichtes vom 15.11.2018, GZ: L504 21208038-1/26E, mit dem eine Beschwerde gegen den Bescheid des Bundesamtes für Fremdenwesen und Asyl vom 21.01.2016 gemäß §§ 55, 10 AsylG 2005 idgF, § 52, 46, 55, 53 FPG idgF, als unbegründet abgewiesen wurde, fristgemäß am 02.01.19 eine Beschwerde gemäß Art. 144 Abs 1 B-VG an den Verfassungsgerichtshof erhoben worden ist.
Im Hinblick auf dieses beim VfGH (damals) noch offene Verfahren (zu GZ: E 01/2019; wegen Erteilung eines Aufenthaltstitels gemäß § 55 AsylG) wurde die Unterbrechung des gegenständlichen Verfahrens bis zum Vorliegen des Erkenntnisses des Höchstgerichtes beantragt.
Die belangte Behörde hat diesbezüglich keine Erhebungen durchgeführt. Wesentliche Feststellungen zugunsten des 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 des Betroffenen getätigt.
Obwohl in der Rechtfertigung vom 01.03.1 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 hinreichenden Erhebungen geführt.
Die vorliegende Interessenabwägung ist demnach äußerst einseitig und blieben wesentliche Umstände, die für den Betroffene sprechen, unberücksichtigt.
Eine umfassende und richtige Interessensabwägung muss im gegenständlichen Fall zweifelsohne im Ergebnis dazu fuhren, dass die privaten und vor allem familiären Interessen des Beschwerdeführers und seinem 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) 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) der Betroffene zum „Tatzeitpunkt" derart gravierende private und familiäre Bindungen in Österreich aufzuweisen, dass sein Interesse an deren Aufrechterhaltung die entgegenstehenden öffentlichen Interessen an einer Außerlandesschaffung überwog, weshalb er 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).
Der Betroffene ist mit einer österreichischen Staatsangehörigen verheiratet und lebt mit ihr und den beiden 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 des Beschwerdeführers und seinem 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 dem Beschwerdeführer subjektiv nicht vorwerfbar.
Das gegenständliche Verwaltungsstrafverfahren wäre gemäß § 45 Abs 1 Ziffer 2 VStG zur Einstellung zu bringen.

c)
Wie schon dargelegt, ist die endgültige Entscheidung über den Antrag auf Erteilung eines Aufenthaltstitels gemäß § 55 AsylG noch offen.
Nachdem die Behandlung der Beschwerde durch den VfGH abgelehnt wurde, erfolgte mit Beschluss vom 12.03.19 eine Abtretung an den VwGH.
Gemäß § 9 Abs 1 BFA-VG ist, wenn durch eine Rückkehrentscheidung gemäß § 52 FPG in das Privat- und Familienleben des Fremden eingegriffen wird, die Erlassung nur dann zulässig, wenn dies zur Erreichung der im Art 8 Abs 2 EMRK genannten Ziele dringend geboten ist.
Die Vorinstanzen, insbesondere das belangte BVwG, haben im vorliegenden Fall einerseits die Interessen des - nunmehr seit 15 Jahren wieder - in Österreich lebenden Betroffenen

am Verbleib im Bundesgebiet und andererseits das Kindeswohl nicht hinreichend berücksichtigt, wodurch er in seinem Recht darauf, dass eine Rückkehrentscheidung nur unter den Voraussetzungen des § 9 BFA-VG erlassen werden darf, verletzt wurde.
Vorliegend überwiegen bei einer Gesamtbetrachtung die privaten und vor allem familiären Interessen des Betroffenen und seinem Verbleib in Österreich gegenüber jenen an der Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung.
Bei einer insoweit anzustellenden (richtigen) Interessenabwägung muss sich ergeben, dass die verfugte Rückkehrentscheidung im Hinblick auf das angestrebte Ziel unverhältnismäßig ist und insbesondere einen unzulässigen Eingriff in das diesbezüglich gewährleistete Recht auf Achtung des Privatlebens nach Artikel 8 EMRK darstellt.
Letztlich hätte die belangte Behörde die Entscheidung der Höchstgerichte hinsichtlich des beantragten Aufenthaltstitels abzuwarten. Es kann dem Betroffenen keineswegs als Verschulden angelastet werden, wenn er diesbezüglich die Anrufung der Höchstgerichte zur Prüfung und Durchsetzung seiner begründeten Rechte vornimmt.
Auch unter diesem Aspekt ist sohin im gegenständlichen Fall vom Vorliegen eines Strafausschließungsgrundes gemäß § 6 VStG auszugehen und ist dem Beschwerdeführer die gegenständliche Verwaltungsübertretung subjektiv nicht vorwerfbar.
Das gegenständliche Verwaltungsstrafverfahren ist gemäß § 45 Abs 1 Ziffer 2 VStG zur Einstellung zu bringen.

d)
Bei der rechtlichen Beurteilung muss überdies berücksichtigt werden, dass dem Beschwerdeführer als türkischem Staatsangehörigen die Stillhalteklausel des Art. 13 des Beschlusses Nr. 1/80 des Assoziationsrates EWG/Türkei über die Entwicklung der Assoziation vom 19. September 1980 (kurz: ARB 1/80) zu Gute kommt.
Diese Klausel entfaltet unmittelbare Wirkung und schließt bezüglich der in ihren Geltungsbereich fallenden türkischen Staatsangehörigen die Anwendbarkeit aller neu eingeführten Beschränkungen aus (so wohl auch eine Bestrafung mit einer derart hohen Geldbuße bei der vorliegenden Sachlage).

D) Zur Höhe der Strafe:
Der Betroffene verfügt über keinerlei Einkommen. Die Ausübung einer Beschäftigung ist ihm aus rechtlichen Gründen nicht möglich.
Auch besitzt er kein nennenswertes Vermögen. Die verhängte Geldstrafe ist damit - selbst wenn „nur“ die Mindeststrafe verhängt wurde - existenzbedrohend.
Insoweit (überdies in Anbetracht der hohen Ersatzfreiheitsstrafe) erscheint diese damit als keineswegs schuld- und tatangemessen.
Aufgrund der vorliegenden, besonderen Umstände gebietet sich jedenfalls 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 07.03.2019, GZ: VStV/918301788524/2018, 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 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 Verwaltungsgerichtshofes über den Antrag auf Erteilung einer Aufenthaltsberechtigung ausgesetzt werden."
[Hervorhebungen nicht übernommen]

I.3. Mit Schreiben vom 1. April 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.

Eine öffentliche mündliche Verhandlung konnte entfallen, da bereits auf Grund der Aktenlage feststand, dass das mit Beschwerde angefochtene Straferkenntnis aufzuheben ist (§ 44 Abs. 2 VwGVG).

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

Mit Beschluss vom 7. Mai 2019, GZ: Ra 2019/21/0128-4, gab der Verwaltungsgerichtshof dem Antrag, der gegen das Erkenntnis des BVwG erhobenen Revision die aufschiebende Wirkung zuzuerkennen, statt. Dieser Beschluss wurde dem LVwG mit E-Mail vom 21. Mai 2019 vom Rechtsvertreter des Bf übermittelt.

II. Der entscheidungsrelevante Sachverhalt ergibt sich unzweifelhaft aus dem vorgelegten Verwaltungsakt.

III. In rechtlicher Hinsicht ist Folgendes auszuführen:

III.1. Gemäß § 120 Abs. 1b des Fremdenpolizeigesetzes 2005 – FPG, BGBl. I Nr. 100/2005, in der zum Tatzeitpunkt geltenden Fassung BGBl. I Nr. 56/2018, 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 Aufenthaltes, bei Betretung in einem öffentlichen Beförderungsmittel die nächstgelegene Ausstiegsstelle, an der das Verlassen des öffentlichen Beförderungsmittels gemäß dem Fahrplan des Beförderungsunternehmens 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 in 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.

III.2.1. Zur Erfüllung des objektiven Tatbestandes des § 120 Abs. 1b FPG ist 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.

III.2.2. Gänzlich unbestritten ist, dass gegen den Bf seit 15. November 2018 eine rechtskräftige und durchsetzbare Rückkehrentscheidung vorliegt und die Frist zur freiwilligen Ausreise mit Ablauf des 30. November 2018 verstrichen ist. Unbestritten ist auch, dass der Bf diese Frist ungenutzt verstreichen ließ und er bis dato nicht ausgereist ist.

Der Bf hat bis zum Eintritt der Rechtskraft und Durchsetzbarkeit der Rückkehrentscheidung das ihm aufgetragene Rückkehrberatungsgespräch aus von ihm zu vertretenden Gründen nicht in Anspruch genommen.

Der Bf brachte unter anderem vor, dass sein Aufenthalt in Österreich auch nach Rechtskraft und Durchsetzbarkeit der Rückkehrentscheidung wegen der Beantragung der aufschiebenden Wirkung beim Verwaltungsgerichtshof rechtmäßig sei. Mit Beschluss vom 7. Mai 2019, GZ: Ra 2019/21/0128-4, gab der Verwaltungsgerichtshof dem Antrag, der gegen das Erkenntnis des BVwG erhobenen Revision die aufschiebende Wirkung zuzuerkennen, statt.

Gemäß § 30 Abs. 4 VwGG ist, im Fall der Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung einer Revision, der Vollzug des angefochtenen Erkenntnisses aufzuschieben und sind die hiezu erforderlichen Anordnungen zu treffen. Entsprechend dieser Bestimmung wird nur vorläufig die Rechtswirkung des angefochtenen Erkenntnisses suspendiert (vgl. VfGH 27.11.2018, E 3009/2018-12). In seinem Erkenntnis vom 26.1.2012, 2010/21/0444, hielt der Verwaltungsgerichtshof zu einem vergleichbaren Fall unter Heranziehung des Erkenntnisses des Verfassungsgerichtshofs VfSlg. 15.508, fest, „dass mit der Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung die Interessen des Beschwerdeführers, das Ergehen der Entscheidung in dieser Sache im Bundesgebiet abwarten zu dürfen, höher als das öffentliche Interesse an der unverzüglichen Durchsetzung des Aufenthaltsverbotes angesehen wurde. Es bedeutete somit einen Wertungswiderspruch, den Ausreisebefehl durch die Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung zu sistieren und den Beschwerdeführer dessen ungeachtet wegen Unterbleibens seiner Ausreise zu bestrafen. In diesem Sinn ist vom Vorliegen eines Strafausschließungsgrundes nach § 6 VStG auszugehen.“
Entsprechend dieser Rechtsprechung ist zwar nicht davon auszugehen, dass der Aufenthalt des Bf aufgrund der zuerkannten aufschiebenden Wirkung rechtmäßig war, es lag aber ein Strafausschließungsgrund vor.

Entsprechend der höchstgerichtlichen Rechtsprechung (vgl. VwGH 8.11.2000, 97/21/0120; VfGH 24.9.2015, U32/2014) wird jedoch mit der Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung der Eintritt der Rechtswirkungen der angefochtenen Entscheidung insgesamt hinausgeschoben, die angefochtene Entscheidung vermag also vorläufig keine Rechtswirkungen zu entfalten. Aus diesem Grund ist der gesamte Zeitraum bis zur Entscheidung durch den Verwaltungsgerichtshof über die Revision vom Strafausschließungsgrund erfasst (vgl. VwGH 26.1.2012, 2010/21/0444).

III.3. Da noch keine Entscheidung über die Revision vom Verwaltungsgerichtshof getroffen wurde und der dem Bf im Straferkenntnis vorgeworfene Tatzeitraum damit jedenfalls vor dieser Entscheidung endete, war der Beschwerde

stattzugeben, das gegenständlich angefochtene Straferkenntnis aufzuheben und das Verwaltungsstrafverfahren einzustellen.

III.4. Bei diesem Ergebnis waren dem Bf weder die Kosten des Verwaltungsstrafverfahrens noch jene des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens vorzuschreiben.

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 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. Pree