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-700562/4/ER

Datum:
Linz, 5. Juni 2019

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Dr. Reitter über die Beschwerde des D Z, X, gegen das Straferkenntnis der Landespolizeidirektion Oberösterreich vom 12. März 2019, GZ: VStV/918301445421/2018, wegen Übertretung des Fremdenpolizeigesetzes

zu Recht:

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

II. Der Beschwerdeführer hat weder einen Beitrag zu den Kosten des Verwaltungsstrafverfahrens noch zu jenen des Beschwerdeverfahrens 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 vom 12.3.2019, VStV/918301445421/2018, verhängte die Landespolizeidirektion Oberösterreich (im Folgenden: belangte Behörde) über den nunmehrigen Beschwerdeführer (im Folgenden: Bf) eine Verwaltungsstrafe in Höhe von 2.500 Euro (Ersatzfreiheitsstrafe: 9 Tage), da sich dieser von 2. September 2017 bis 28. Februar 2018 nicht rechtmäßig im Bundesgebiet aufgehalten habe. Es lägen keine Voraussetzungen für einen rechtmäßigen Aufenthalt vor. Der Bf sei im Besitz eines bosnischen Reisepasses und eines slowenischen Aufenthaltstitels. Er dürfe sich somit innerhalb einer Frist von 180 Tagen 90 Tage zu touristischen Zwecken im Schengengebiet aufhalten. Laut Zentralem Melderegister sei der Bf jedoch von 22. Mai 2017 bis 2. März 2018 durchgehend an der X-Straße, X, gemeldet gewesen. Er habe somit diese Frist überschritten und sich daher illegal in Österreich aufgehalten. Dies sei dem Bf mit Niederschrift vom 28. Februar 2018 vorgehalten worden. Der Bf habe angegeben, sich nicht durchgehend in Österreich aufgehalten zu haben und ständig nach Slowenien ausgereist zu sein. Dem Bf sei eine Frist von 14 Tagen eingeräumt worden diesbezüglich Beweise beizubringen, diese habe er bis dato nicht vorgelegt.
Der Bf habe dadurch § 120 Abs 1a iVm §§ 31 Abs 1a und 31 Abs 1 Fremdenpolizeigesetz – FPG verletzt.
Begründend führte die belangte Behörde im Wesentlichen aus, dass der belangten Behörde von einer dritten Person am 22. Oktober 2018 per E-Mail fünf Rechnungen von einem Mercator in Ljubljana übermittelt worden seien, eine Erklärung dazu sei nicht abgegeben worden. Diese Rechnungen hätten keinen Personenbezug und seien als Beweismittel für eine allfällige Abwesenheit von Österreich völlig ungeeignet. Der Bf könne offenbar nicht beweisen, dass er im angeführten Zeitraum nicht durchgehend in Österreich aufhältig gewesen ist. Es sei dem Bf bereits am 1. Juni 2016 gesagt worden, dass er sich bei einer Ausreise abmelden müsse, am 28. Februar 2018 habe der Bf bei der Niederschrift angegeben, das sei damals vom Dolmetscher falsch übersetzt worden. Der Bf hätte sich aber über die rechtlichen Gegebenheiten in Österreich informieren müssen, es könne ihm zugemutet werden, sich nach diesen Richtlinien zu verhalten. Die Strafhöhe begründete die belangte Behörde damit, dass es sich bereits um einen Wiederholungsfall handle.

I.2. Gegen dieses Straferkenntnis erhob der Bf rechtzeitig Beschwerde wie folgt:
„Da ich aufgrund nicht rechtmäßigen Aufenthalt im Bundesgebiet aufgehalten wurde, erhielt ich eine Strafe in der Höhe von 2.750 Euro. Ebenso hatte Ihnen Frau X per E-Mail 5 Rechnungen von einem Mercator in Ljubljana vorgelegt. Folglich war es eigentlich ausgemacht nur Rechnungen zu senden, im Gegenzug würde ich eigentlich keine Strafe erhalten. Deshalb verstehe ich diese Straferkenntnis nicht. Da ich erst seit 3 Monaten eine Arbeitsstelle habe und diese hohe Summe nicht zahlen könnte, ersuche ich Sie, die Strafe ganz abzusetzen oder zu mindern. Ich erhoffe mir sie greifen auf meine Bitte zurück.“

I.3. Mit Schreiben vom 5. April 2019 legte die belangte Behörde die Beschwerde samt dem bezughabenden Verwaltungsakt dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zur Entscheidung vor. Eine Beschwerdevorentscheidung wurde nicht erlassen.

Mit Schreiben vom 8. Mai 2019 forderte das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich den Bf zur Vorlage von Nachweisen über seinen Aufenthalt außerhalb Österreichs im verfahrensgegenständlichen Zeitraum auf. Mit E-Mail vom 31. Mai 2019 wurde dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich Folgendes mitgeteilt:
„Heute waren wir beim Landesverwaltungsgericht Oberösterreich und wollten mit Ihnen reden. Wir wollten klar stellen, dass wir mit den Beweisen, die wir Ihnen schon überliefert haben, nichts mehr zu tun haben, da wir alles schon der Polizei überwiesen haben. Ebenso hat Herr X ein slowenisches Visum und wir können dieses jedoch nicht beweisen. Aber alles was wir gehabt haben, von Rechnungen aus Slowenien, haben wir bei der Polizei schon vorgezeigt."
.
Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch die Einsichtnahme in den vorgelegten Verwaltungsakt, die Beschwerde und das ergänzend gesendete E-Mail. Von der Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung konnte abgesehen werden, da bereits aufgrund der Aktenlage feststeht, dass das angefochtene Straferkenntnis aufzuheben ist (§ 44 Abs 2 VwGVG).

I.4. Es steht folgender entscheidungsrelevanter S a c h v e r h a l t fest:

Der Bf ist Staatsangehöriger von Bosnien und Herzegowina und ist in Slowenien langfristig aufenthaltsberechtigt. Der Bf war von 22. Mai 2017 bis 2. März 2018 durchgehend in Österreich gemeldet. Entsprechend seinem Reisepass reiste der Bf am 4. August 2017 von Bosnien-Herzegowina nach Kroatien, am 9. September 2017 reiste er von Slowenien nach Kroatien, am 11. Februar 2018 reiste der Bf erneut von Bosnien-Herzegowina nach Kroatien. Einreisen in den Schengenraum sind im Reisepass des Bf im verfahrensrelevanten Zeitraum nicht dokumentiert.
Der Bf legte als Nachweis für seinen Aufenthalt außerhalb Österreichs im verfahrensrelevanten Zeitraum nicht personalisierte Rechnungen eines Supermarkts in Ljubljana vom 19. Dezember 2017, 24. Jänner 2018, 11. Februar 2018, 16. Februar 2018 und 23. Februar 2018 vor.

II. Der entscheidungsrelevante Sachverhalt ergibt sich widerspruchsfrei und völlig unbestritten aus dem vorgelegten Verwaltungsakt, der Beschwerde und der ergänzenden Äußerung des Bf.

III. § 120 Abs 1a Fremdenpolizeigesetz – FPG in der im vorgeworfenen Tatzeitraum geltenden Fassung BGBl. I Nr. 145/2017 lautet wie folgt:
„Wer als Fremder sich nicht rechtmäßig im Bundesgebiet aufhält, 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 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 Aufenthaltes; bei Betretung in einem öffentlichen Beförderungsmittel die nächstgelegene Ausstiegsstelle, an der das Verlassen des öffentlichen Beförderungsmittels gemäß dem Fahrplan des Beförderungsunternehmers möglich ist. Die Verwaltungsübertretung gemäß erster Satz kann durch Organstrafverfügung gemäß § 50 VStG in der Höhe von 500 Euro geahndet werden.“

Gemäß Art 21 Abs 1 Schengener Übereinkommen – Durchführung, BGBl. III Nr. 90/1997, können sich Drittausländer, die Inhaber eines gültigen, von einer der Vertragsparteien ausgestellten, Aufenthaltstitels sind, auf Grund dieses Dokuments und eines gültigen Reisedokuments höchstens bis zu drei Monate frei im Hoheitsgebiet der anderen Vertragsparteien bewegen, soweit sie die in Artikel 5 Absatz 1 Buchstaben a, c und e aufgeführten Einreisevoraussetzungen erfüllen und nicht auf der nationalen Ausschreibungsliste der betroffenen Vertragspartei stehen.

Gemäß § 45 Abs 1 Z VStG hat die Behörde von der Einleitung oder Fortführung eines Strafverfahrens abzusehen und die Einstellung zu verfügen, wenn
1. die dem Beschuldigten zur Last gelegte Tat nicht erwiesen werden kann oder keine Verwaltungsübertretung bildet;
2. der Beschuldigte die ihm zur Last gelegte Verwaltungsübertretung nicht begangen hat oder Umstände vorliegen, die die Strafbarkeit aufheben oder ausschließen;
(...)

IV. In rechtlicher Hinsicht ist Folgendes auszuführen:

IV.1. Gemäß § 120 Abs 1a FPG begeht eine Verwaltungsübertretung, wer sich als Fremder nicht rechtmäßig im Bundesgebiet aufhält. Gemäß § 31 Abs 1 Z 1 FPG halten sich Fremde rechtmäßig im Bundesgebiet auf, wenn sie rechtmäßig eingereist sind und während des Aufenthalts im Bundesgebiet die Befristungen oder Bedingungen des Einreisetitels oder des visumfreien Aufenthaltes oder die durch zwischenstaatliche Vereinbarungen, Bundesgesetz oder Verordnung bestimmte Aufenthaltsdauer nicht überschritten haben.

Die belangte Behörde hat dem Bf vorgeworfen, jene Frist, die ihn aufgrund seines slowenischen Aufenthaltstitels zum Aufenthalt im Schengengebiet berechtigt, überschritten zu haben, da er durchgehend in Österreich polizeilich gemeldet gewesen sei.

IV.2. Entsprechend der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs (vgl VwGH 3.5.2005, 2003/18/0084) stellt die polizeiliche Meldung ein Indiz für einen tatsächlichen Wohnsitz und damit einhergehend für einen tatsächlichen Aufenthalt im Bundesgebiet dar. Die belangte Behörde räumte dem Bf 14 Tage ein, um zu beweisen, dass er im vorgeworfenen Tatzeitraum nicht unrechtmäßig in Österreich aufhältig war. Da der Bf dies nach Ansicht der belangten Behörde nicht beweisen konnte, erließ sie das angefochtene Straferkenntnis.

Zumal die durchgehende polizeiliche Meldung des Bf bloß ein Indiz aber kein Nachweis für seinen durchgehenden Aufenthalt ist, hat die belangte Behörde dadurch, dass sie dem Bf auferlegte, sich auf objektiver Ebene „freizubeweisen“, die Beweislast umgekehrt, was § 45 Abs 1 Z 1 VStG widerspricht.

Das vom Landesverwaltungsgericht Oberösterreich durchgeführte Ermittlungsverfahren hat hingegen ergeben, dass entsprechend den Eintragungen im Reisepass des Bf, im verfahrensrelevanten Zeitraum nur Reisetätigkeiten außerhalb des Schengenraumes bzw eine Ausreise aus dem Schengenraum dokumentiert sind. Eine Einreise in den Schengenraum ist hingegen nicht ersichtlich. Überdies ergibt sich aus diesen Eintragungen, dass der Bf bereits am 4. August 2017 von Bosnien-Herzegowina nach Kroatien gereist ist und sich somit bereits vor Ablauf von 90 Tagen ab seiner – von der belangten Behörde mit 22. Mai 2017 angenommenen – ersten Einreise außerhalb Österreichs aufgehalten hat. Aufgrund der Eintragungen in seinem Reisepass kann auch nicht erwiesen werden, dass der Bf nach dem 4. August 2017 wieder nach Österreich eingereist ist. Vielmehr ergibt sich eine Reisetätigkeit am 9. September 2017 von Slowenien nach Kroatien und am 11. Februar 2018 von Bosnien-Herzegowina nach Kroatien.
Dazu kommt, dass die vom Bf vorgelegten Supermarktrechnungen, die zwar nicht personalisiert sind, mit den dokumentierten Reisetätigkeiten des Bf durchaus in Einklang zu bringen sind.

Diesen Eintragungen im Reisepass des Bf steht die durchgehende Meldung des Bf an einer österreichischen Adresse im Zeitraum von 22. Mai 2017 bis 2. März 2018 gegenüber. Zumal eine polizeiliche Meldung einen tatsächlichen Aufenthalt bloß indiziert, diesem Indiz aber die festgestellten Eintragungen im Reisepass des Bf entgegenstehen, ist davon auszugehen, dass der Bf die im angefochtenen Straferkenntnis vorgeworfene Verwaltungsübertretung nicht begangen hat.

V. Das Strafverfahren war daher im Ergebnis gemäß § 45 Abs 1 Z 2 VStG einzustellen und das angefochtene Straferkenntnis aufzuheben. Bei diesem Ergebnis war dem Bf weder ein Beitrag zu den Kosten des Verwaltungsstrafverfahrens noch zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens vorzuschreiben.

VI. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da zur zu lösenden Rechtsfrage einheitliche Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts vorliegt, von der in der ggst Entscheidung nicht abgewichen wurde. Es liegt daher keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung 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. Reitter