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-780130/8/ER

Datum:
Linz, 13. Juli 2020

I M N A M E N D E R R E P U B L I K

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Dr. Reitter über die Beschwerde des E H, x, x, wegen Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt durch der Landespolizeidirektion OÖ zurechenbare Organe in Form von Festnahme und Anhaltung nach dem Fremdenpolizeigesetz

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird stattgegeben und die angefochtene Festnahme samt der damit verbundenen Anhaltung für rechtswidrig erklärt.

II. Der Bund (für den die belangte Behörde eingeschritten ist) hat dem Beschwerdeführer diesbezüglich Aufwandersatz in Höhe von insgesamt 737,60 Euro (Schriftsatzaufwand für den Beschwerdeführer als obsiegende Partei) binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution 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 Schriftsatz vom 12. März 2020, eingelangt beim Landesverwaltungsgericht OÖ am 20. März 2020, erhob der nunmehrige Beschwerdeführer (im Folgenden: Bf) Beschwerde gemäß § 82 Fremdenpolizeigesetz – FPG wegen Verletzung in Rechten durch Ausübung verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt in Form von Festnahme und Anhaltung nach § 39 FPG durch der Landespolizeidirektion Oberösterreich zuzurechnende Organe. Begründend führte der Bf aus, bei der Firma E T in Bosnien-Herzegowina, x als Busfahrer beschäftigt zu sein. Diese Firma sei im Besitz einer Linienkonzession auf der Strecke Linz-Bihac und retour. In Erfüllung eines Arbeitsauftrags habe der Bf am 6. Februar 2020 die erste Haltestelle in Linz-Industriezeile angesteuert. Auf dem Weg dorthin sei er gegen 14:20 Uhr von einer Polizeipatrouille angehalten und kontrolliert worden. Er habe sich mit einem gültigen Reisepass ausgewiesen und die Fahrzeugpapiere, den Führerschein und die Konzessionsurkunde für die Linienberechtigung mitgeführt. Der Bf sei festgenommen und zur Fremdenpolizei Wels eskortiert worden. Im Vorfeld dieser Eskorte habe man dem Bf sein Handy, seine Geldbörse und seinen Reisepass abgenommen. Er habe sohin keine Gelegenheit mehr gehabt, seinen Arbeitgeber zu informieren, die an den Haltestellen Wartenden seien daher lange Zeit im Ungewissen gewesen. Um 20:30 Uhr sei der Bf wieder auf freien Fuß gesetzt worden, vorher sei er noch mittels Organstrafverfügung in Höhe von 500 Euro wegen § 120 FPG bestraft worden.
Der Bf beantragte die Feststellung der Rechtswidrigkeit der in Beschwerde gezogenen faktischen Amtshandlung, sowie den Ersatz seiner Kosten. Ferner bestimmte der Bf eine Person als Rechtsbeistand und ersuchte, das weitere Vorgehen über diese abzuwickeln, da er der deutschen Sprache nicht mächtig sei.

I.2. Mit Schreiben vom 21. April 2020 forderte das Landesverwaltungsgericht OÖ die Landespolizeidirektion OÖ (im Folgenden: belangte Behörde) zur Vorlage des Verwaltungsakts und zur Erstattung einer Gegenschrift auf. Mit Schriftsatz vom 22. Mai 2020 kam die belangte Behörde dieser Aufforderung nach.

In ihrer Gegenschrift führte die belangte Behörde aus, dass am 6. Februar 2020 eine Funkwagenbesatzung den uniformierten Verkehrsüberwachungsdienst auf der Leondinger Straße in Traun durchgeführt habe. Gegen 15:30 Uhr sei ein X mit bosnischem Kennzeichen, der einen Anhänger mit österreichischem Kennzeichen gezogen habe, kontrolliert worden. Der Bf sei als Lenker des Fahrzeugs festgestellt worden. Dieser habe angegeben, seit vier Jahren für die Firma E T, einem Unternehmen mit Firmensitz in Bosnien zu arbeiten und in regelmäßigen Abständen zwischen Bosnien und Österreich zu pendeln. Anhand der im vorgelegten Reisepass eingetragenen Ein- und Ausreisestempel sei ein 90 Tage in den letzten 180 Tagen nicht überschreitender Aufenthalt festgestellt worden, ein entsprechendes Visum, einen Aufenthaltstitel oder eine Arbeitserlaubnis habe der

Bf nicht vorgelegt, sondern lediglich eine Konzession für den Linienverkehr, die auf die Firma E T ausgestellt gewesen sei. Ein illegaler Aufenthalt des Bf habe aufgrund dieser Feststellungen nicht ausgeschlossen werden können. Da es erforderlich erschienen sei, nähere Informationen zur Beurteilung der Sachlage einzuholen, sei mit dem Bf vereinbart worden, die Kontrolle auf der PI Traun fortzusetzen. Dem habe der Bf zugestimmt und die Beamten zur Dienststelle begleitet. Es sei daraufhin mit der PI Wels, Fremdenpolizei, Rücksprache gehalten worden. Von dieser Seite sei der illegale Aufenthalt bestätigt worden, deshalb sei der Bf um 16:15 Uhr festgenommen und ins PAZ Wels eingeliefert worden. Die weitere fremdenrechtliche Behandlung sei auf der PI Wels, Fremdenpolizei, durchgeführt und der Bf mittels Organstrafverfügung bestraft worden. Um 20:23 Uhr sei die Entlassung des Bf angeordnet worden.

In rechtlicher Hinsicht führte die belangte Behörde aus, dass die Festnahme gemäß § 39 Abs 1 FPG darauf abziele, die für die Führung eines Verfahrens unerlässliche Anwesenheit eines Betroffenen bei der Behörde sicherzustellen und korrespondiere ausschließlich mit § 120 FPG. Die Rechtmäßigkeit der Festnahme setze voraus, dass der Fremde bei der Begehung einer Verwaltungsübertretung auf frischer Tat betreten wird. Wesentlich sei in diesem Zusammenhang, dass entsprechend der Judikatur die Beurteilung des Vorliegens einer Verwaltungsübertretung durch die einschreitenden Organe nicht zwingend richtig sein müsse. Es komme lediglich darauf an, dass die Verwaltungsübertretung vertretbar anzunehmen ist. Im ggst Fall sei der Bf unmittelbar bei der Verrichtung einer beruflichen Tätigkeit angetroffen worden und habe über keine beschäftigungsrechtliche Bewilligung im Bundesgebiet verfügt. Sein visumfreier Aufenthalt sei zwar noch nicht abgelaufen gewesen, dieser habe ihn jedoch nicht zu einer Erwerbstätigkeit berechtigt, wodurch sein Aufenthalt im Bundesgebiet rechtswidrig gewesen sei. Die Beurteilung der Sachlage als Verwaltungsübertretung sei jedenfalls vertretbar, die Voraussetzungen für die Festnahme sohin gegeben gewesen. Die weitere Vorgehensweise sei durch spezialisierte Beamte der PI Wels, Fremdenpolizei, vorgenommen, das Ergebnis der LPD OÖ zur Kenntnis gebracht und die Haftentlassung des Bf angeordnet worden. Dies entspreche dem internen Prozedere zur professionellen und raschen Abarbeitung fremdenrechtlicher Sachverhalte und sei ohne schuldhafte Verzögerung vorgenommen worden. Es habe daher aus Sicht der LPD die Berechtigung zur Festnahme des Bf bestanden, weshalb die kostenpflichtige Abweisung der Maßnahmenbeschwerde beantragt werde.

I.3. Das Landesverwaltungsgericht OÖ hat Beweis erhoben durch die Einsichtnahme in den vorgelegten Verwaltungsakt, die Gegenschrift und die Beschwerde, sowie die vom Bf ergänzend vorgelegte Kopie der Konzessionsurkunde. Da bereits aufgrund der Aktenlage feststeht, dass die angefochtene Maßnahme für rechtswidrig zu erklären ist, konnte die Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung entfallen (§ 24 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. Er ist bei der Firma E T x, die ihren Sitz in Bosnien und Herzegowina hat, als Fahrer beschäftigt. Diese Firma verfügt über eine Konzessionsurkunde des Bundesministeriums für Verkehr, Innovation und Technologie vom 10. November 2015, gültig bis 9. November 2020, mit der dieser Firma gemäß § 19 Abs 2 Kraftfahrliniengesetz die Konzession zum Betrieb der österreichischen Teilstrecke Linz-Industriezeile bis zur österreichisch/slowenischen Staatsgrenze bei Spielfeld über eine genau festgelegte Streckenführung bescheinigt.

Am 6. Februar 2020 wurde der Bf gegen 15:30 Uhr vom Verkehrsüberwachungsdienst kontrolliert. Bei dieser Kontrolle wies sich der Bf mit seinem biometrischen Reisepass aus und legte die Konzessionsurkunde vor. Die Kontrolle wurde auf der PI Traun fortgesetzt, wo der Bf um 16:15 Uhr festgenommen wurde. Im Anschluss wurde der Bf ins PAZ Wels verbracht, wo er erkennungsdienstlich behandelt, durchsucht und einer Basisbefragung unterzogen wurde. Über den Bf wurde mit Organstrafverfügung eine Geldstrafe iHv 500 Euro wegen rechtswidrigen Aufenthalts gemäß „§ 120 FPG“ verhängt. Um 20:23 Uhr wurde der Bf aus der Haft entlassen. Am 6. Februar 2020 hielt sich der Bf noch nicht 90 Tage innerhalb eines Zeitraums von 180 Tagen in Österreich auf.

II. Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich widerspruchsfrei und unbestritten aus der Beschwerde samt Konzessionsurkunde, der Gegenschrift und dem vorgelegten Verwaltungsakt.

III. Gemäß § 39 Abs 1 Z 1 Fremdenpolizeigesetz – FPG, BGBl. I Nr. 100/2005 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 145/2017, sind die Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes ermächtigt, einen Fremden zum Zwecke einer für die Sicherung des Verfahrens unerlässlichen Vorführung vor die Landespolizeidirektion festzunehmen und bis zu 24 Stunden anzuhalten, wenn sie ihn bei Begehung einer Verwaltungsübertretung nach § 120 auf frischer Tat betreten.

Gemäß § 82 Abs 1 Z 1 FPG hat der Fremde das Recht, das Landesverwaltungsgericht mit der Behauptung der Rechtswidrigkeit der Festnahme oder der Anhaltung anzurufen, wenn er nach diesem Bundesgesetz festgenommen worden ist.

Gemäß § 120 Abs 1a FPG begeht, wer als Fremder sich nicht rechtmäßig im Bundesgebiet aufhält, 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. (...) Die Verwaltungsübertretung gemäß erster Satz kann durch Organstrafverfügung gemäß § 50 VStG in der Höhe von 500 Euro geahndet werden.

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 des visumfreien Aufenthaltes oder die durch zwischenstaatliche Vereinbarungen, Bundesgesetz oder Verordnung bestimmte Aufenthaltsdauer nicht überschritten haben;
2. (...)
3. wenn sie Inhaber eines von einem Vertragsstaat ausgestellten Aufenthaltstitels sind bis zu drei Monaten (Artikel 21 SDÜ gilt), sofern sie während ihres Aufenthalts im Bundesgebiet keiner unerlaubten Erwerbstätigkeit nachgehen;
(...)

Gemäß Anhang II der Verordnung EU 2018/1806 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. November 2018 sind Staatsangehörige von Bosnien und Herzegowina, die Inhaber biometrischer Reisepässe sind, für einen Aufenthalt, der 90 Tage je Zeitraum von 180 Tagen nicht überschreitet, von der Pflicht, beim Überschreiten der Außengrenzen der Mitgliedstaaten im Besitz eines Visums zu sein, befreit.

Gemäß § 1 Abs 3 Kraftfahrliniengesetz – KFLG, BGBl. I Nr. 203/1999 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 12/2006, bedarf der innerstaatliche und grenzüberschreitende Kraftfahrlinienverkehr (...) einer Konzession, der grenzüberschreitende Kraftfahrlinienverkehr, dessen Endhaltestellen auf dem Staatsgebiet von Mitgliedstaaten der Europäischen Union oder Vertragsparteien des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum oder der Schweiz liegen, bedarf einer dieser gleichzuhaltenden Genehmigung.

Gemäß § 4 Abs 1 KFLG könne, wenn dies zur leichteren Durchführung grenzüberschreitender Verkehre mit anderen Staaten erforderlich ist, zwischenstaatliche Vereinbarungen über diese Verkehre auf Grund dieses Bundesgesetzes abgeschlossen werden.

Gemäß Artikel 2 Abs 1 der Vereinbarung zwischen den Regierungen der Republik Österreich und der Republik Bosnien und Herzegowina über die Beförderung von Personen im Kraftfahrlinienverkehr, BGBl. III Nr. 52/2003, darf ein grenzüberschreitender Kraftfahrlinienverkehr nur aufgrund von Konzessionen der zuständigen Behörden beider Vertragsparteien sowie berührter dritter Staaten geführt werden.

Gemäß § 19 Abs 1 KFLG ist der Konzessionsbescheid dem Antragsteller (...) zuzustellen. Er hat insbesondere zu enthalten:
(...)

Gemäß § 19 Abs 2 KFLG ist nach Eintritt der Rechtskraft des Konzessionsbescheides die Konzession zu beurkunden. Die Konzessionsurkunde muss dem Muster in Anlage 1 oder 2 entsprechen, stellt einen Auszug aus dem Konzessionsbescheid dar und hat die in Abs 1 angeführten Angaben zu enthalten. Sie ist bei grenzüberschreitenden Kraftfahrlinienverkehren (...) während der Fahrt im Original mitzuführen, dient zur Ausweisleistung bei Kontrollen und ist daher in so vielen Gleichschriften zu beantragen, wie dies zur Erfüllung des Betriebsprogrammes des jeweiligen Kraftfahrlinienverkehrs erforderlich ist.

Gemäß § 21 Abs 2 Z 1 KFLG ist der Fahrzeuglenker verpflichtet, bei der Verrichtung seines Dienstes die Bestimmungen der in Abs 1 Z 1 zitierten Vorschriften einzuhalten und bei grenzüberschreitenden Kraftfahrlinienverkehren während der gesamten Fahrt alle gemäß diesen Vorschriften für den Betrieb einer Kraftfahrlinie erforderlichen Dokumente mitzuführen und diese Dokumente auf Verlangen den zuständigen Kontrollorganen auszuhändigen;

Gemäß § 1 Abs 1 Ausländerbeschäftigungsgesetz – AuslBG regelt dieses Bundesgesetz die Beschäftigung von Ausländern im Bundesgebiet.

IV. In rechtlicher Hinsicht ist Folgendes auszuführen:

IV.1.1. Eine Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt liegt nach der höchstgerichtlichen Judikatur des Verwaltungsgerichtshofs dann vor, wenn einseitig in subjektive Rechte des Betroffenen eingegriffen und hierbei physischer Zwang ausgeübt wird oder die unmittelbare Ausübung physischen Zwanges bei Nichtbefolgung eines Befehls droht (vgl VwGH 29.6.2000, 96/01/0596 mwN). Entscheidend ist dabei, dass es sich um einen Hoheitsakt einer Verwaltungsbehörde handelt, mit dem in die Rechte von natürlichen oder juristischen Personen eingegriffen wird, ohne dass es zu einer Bescheiderlassung kommt (vgl Köhler in Korinek/Holoubek [Hrsg], Österreichisches Bundesverfassungsrecht, Art 129a f B-VG Rz 45). Nach der Judikatur des Verfassungs- und Verwaltungsgerichtshofs muss es sich bei einer mit Beschwerde bekämpfbaren Maßnahme um die Anwendung physischen Zwangs oder die Erteilung eines Befehls mit unverzüglichem Befolgungsanspruch handeln (vgl VfSlg 11.935/1988; VwGH 28.5.1997, 96/13/0032; 16.4.1999, 96/02/0590). Das bedeutet, dass dem Betroffenen bei Nichtbefolgung des Befehls unmittelbar, dh unverzüglich und ohne weiteres Verfahren, eine physische Sanktion droht (vgl VfSlg 10.662/1985). Liegt ein Befolgungsanspruch aus einer solchen, dem Befehlsadressaten bei Nichtbefolgung des Befehls unverzüglich drohenden

physischen Sanktion (objektiv) nicht vor, so kommt es darauf an, ob bei objektiver Betrachtungsweise aus dem Blickwinkel des Betroffenen bei Beurteilung des behördlichen Vorgehens in seiner Gesamtheit der Eindruck entstehen musste, dass bei Nichtbefolgung der behördlichen Anordnung mit ihrer unmittelbaren zwangsweisen Durchsetzung zu rechnen ist (vgl VwGH 28.10.2003, 2001/11/0162M; 29.9.2009, 2008/18/0687).

IV.1.2. Der Bf wurde am 6. Februar 2020 von der belangten Behörde zurechenbaren Organen um 16:15 Uhr festgenommen und bis 20:23 Uhr angehalten. Dabei wurde unmittelbarer Zwang angewendet, beim angefochtenen behördlichen Vorgehen handelt es sich somit um Ausübung verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt (vgl VwGH 20.10.2011, 2009/21/0248). Die Erhebung der ggst Maßnahmenbeschwerde ist daher zulässig.

IV.2.1. Der Bf ist Fremder iSd § 2 Abs 4 Z 1 FPG, da er die österreichische Staatsangehörigkeit nicht besitzt. Da den Bf bloß sein in Bosnien und Herzegowina eingegangenes Beschäftigungsverhältnis mit einem dort niedergelassenen Unternehmen als Lenker eines Busses auf einer internationalen Strecke, für deren österreichische Teilstrecke eine Konzession des Bundesministeriums für Verkehr, Innovation und Technologie besteht, auch nach Österreich führte, war er nicht als Ausländer im österreichischen Bundesgebiet, sondern bei einem bosnischen Unternehmen in Bosnien und Herzegowina beschäftigt. Der Bf ging daher im verfahrensgegenständlichen Zeitraum keiner Erwerbstätigkeit in Österreich iSd AuslBG nach.

IV.2.2. Das Kraftfahrliniengesetz regelt den Linienverkehr samt grenzüberschreitender Komponenten. Für den grenzüberschreitenden Linienverkehr benötigen Unternehmen aus Bosnien und Herzegowina gemäß § 1 Abs 3 KFLG iVm Artikel 2 Abs 1 der Vereinbarung zwischen den Regierungen der Republik Österreich und der Republik Bosnien und Herzegowina über die Beförderung von Personen im Kraftfahrlinienverkehr eine Konzession. Über eine derartige Konzession, die am 6. Februar 2020 jedenfalls gültig war, verfügte jenes Unternehmen, für das der Bf als Fahrer tätig war.
Der Bf führte entsprechend § 19 Abs 2 KFLG die Urkunde, die die genannte Konzession bescheinigt, im Original mit und händigte sie – wie auch seinen biometrischen Reisepass – gemäß § 21 Abs 2 Z 1 KFLG bereits bei der Kontrolle auf der Leondinger Straße in Traun gegen 15:30 Uhr den Kontrollorganen aus.

IV.2.3. Gemäß Anhang II der Verordnung EU 2018/1806 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. November 2018 sind Staatsangehörige von Bosnien und Herzegowina, die Inhaber biometrischer Reisepässe sind, für einen Aufenthalt, der 90 Tage je Zeitraum von 180 Tagen nicht überschreitet, von der Pflicht, beim Überschreiten der Außengrenzen der Mitgliedstaaten im Besitz eines Visums zu sein, befreit. Bereits bei der Kontrolle auf der Leondinger Straße in

Traun stand fest, dass der Bf über einen gültigen biometrischen Reisepass verfügte. Ferner stand bereits bei dieser Kontrolle fest, dass kein länger als 90 Tage dauernder Aufenthalt innerhalb von 180 Tagen im Gebiet der Mitgliedstaaten vorlag. Er war daher zur sichtvermerksfreien Einreise und zum sichtvermerksfreien Aufenthalt berechtigt.

IV.3.1. Obwohl der Bf bei der Kontrolle angab, für die bosnische Firma E T beschäftigt zu sein und regelmäßig zwischen Österreich und Bosnien zu pendeln und ferner einen biometrischen Reisepass, aus dem hervorging, dass sein visumfreier Aufenthalt nicht abgelaufen war und die Konzessionsurkunde, aus der die Berechtigung des bosnischen Unternehmens E T, auf einer bestimmten Teilstrecke in Österreich Linienverkehr durchzuführen ersichtlich war, vorzeigte, wurde der Bf aufgefordert, die kontrollierenden Beamten zur PI Traun zu begleiten, wo er um 16:15 Uhr gemäß § 39 Abs 1 Z 1 FPG festgenommen wurde, da die Beamten trotz dieser Feststellungen einen illegalen Aufenthalt des Bf nicht ausschlossen.
In Folge wurde der Bf zur PI Wels Fremdenpolizei verbracht und dort bis 20:23 Uhr angehalten.

IV.3.2. Die Festnahme und Anhaltung eines Fremden gemäß § 39 Abs 1 Z 1 FPG ist nur dann rechtmäßig, wenn dieser bei Begehung einer Verwaltungsübertretung nach § 120 auf frischer Tat betreten wird. Der Aufenthalt eines Fremden ist dann unrechtmäßig, wenn er nicht § 31 Abs 1 FPG entspricht.

Der Bf, der als bosnischer Staatsangehöriger über einen gültigen biometrischen Pass verfügte und sich zum Kontrollzeitpunkt noch nicht 90 Tage innerhalb von 180 Tagen im Gebiet der Mitgliedstaaten aufgehalten hatte, war einerseits zur visumfreien Einreise und andererseits gemäß § 31 Abs 1 Z 1 FPG zum visumfreien Aufenthalt in Österreich berechtigt.

Da er bei einem bosnischen Unternehmen mit Sitz in Bosnien und Herzegowina beschäftigt war, das zur Durchführung des Kraftfahrlinienverkehrs auf einer bestimmten Teilstrecke in Österreich berechtigt ist und der Bf für dieses als Lenker tätig war, ging er auch keiner Beschäftigung im Bundesgebiet nach dem AuslBG nach, die gegebenenfalls dazu geführt hätte, dass sein Aufenthalt im Bundesgebiet unrechtmäßig gewesen wäre.

Der Bf war daher rechtmäßig eingereist und hielt sich zum Zeitpunkt der Kontrolle, der Festnahme und der Anhaltung rechtmäßig in Österreich auf und erfüllte somit keinen Tatbestand des § 120 FPG. Die einschreitenden Organe waren daher nicht zur Festnahme und Anhaltung gemäß § 39 Abs 1 Z 1 FPG berechtigt.

IV.3.3. In der Gegenschrift führte die belangte Behörde unter Verweis auf höchstgerichtliche Rechtsprechung aus, dass die Beurteilung des Vorliegens einer

Verwaltungsübertretung durch einschreitende Polizeiorgane nicht zwingend richtig sein müsse, sondern es lediglich darauf ankomme, dass die Organe mit gutem Grund – und damit vertretbar – das Vorliegen einer Verwaltungsübertretung annehmen konnten. Im ggst Fall sei der Bf unmittelbar bei der Verrichtung einer beruflichen Tätigkeit angetroffen worden, wobei er über keine Beschäftigungsbewilligung im Bundesgebiet verfügt habe.

Die von der belangten Behörde herangezogene Rechtsprechung bezieht sich hinsichtlich der Vertretbarkeit der Annahme des Vorliegens einer Verwaltungsübertretung auf entsprechende Sachverhaltselemente, die vertretbar zur rechtlichen Beurteilung einer Verwaltungsübertretung führten (etwa die vertretbare Annahme der Anbahnung der Prostitution aufgrund von Kleidung, eigenen Angaben der betretenen Person, Prostitution anzubahnen und bereits mehrere Tage zuvor liegende Betretung und Abmahnung deswegen [VfSlg 11.426/1987]; oder Nicht-Verlassen eines Versammlungsorts nach Auflösung einer Versammlung [VfGH 20.9.2012, B 1426/10]).

Im ggst Fall sind die vorliegenden Sachverhaltselemente jedoch gerade nicht geeignet, in vertretbarer Weise auf das Vorliegen einer Verwaltungsübertretung zu schließen, zumal der Bf sämtliche Unterlagen, die seinen berechtigten Aufenthalt in Österreich nachwiesen, den einschreitenden Beamten vorlegte. Die darauffolgende unrichtige rechtliche Beurteilung dieser Unterlagen führt nicht zur vertretbaren Annahme einer Verwaltungsübertretung, vielmehr wäre diese bei richtiger Beurteilung von vorne herein auszuschließen gewesen. Dazu kommt, dass die Beamten das Vorliegen eines illegalen Aufenthalts entsprechend der Gegenschrift lediglich „nicht ausschließen“ konnten. Ein bloßes „Nicht-Ausschließen-Können“ einer Verwaltungsübertretung rechtfertigt aber die Annahme des Vorliegens einer solchen ebenso wenig in vertretbarer Weise wie die unrichtige rechtliche Beurteilung durch die – der selben Behörde zuzurechnenden – Fremdenpolizei nach behördeninterner telefonischer Rückfrage.

Entsprechend der vorgelegten Sachverhaltsdarstellungen der eingebundenen Organe sowohl der PI Traun als auch der Fremdenpolizei Wels war nämlich sämtlichen Organen bekannt, dass der Bf im konzessionierten Linienverkehr für ein bosnisches Unternehmen tätig war, zur visumsfreien Einreise nach Österreich berechtigt war und sein Aufenthalt im Gebiet der Mitgliedstaaten 90 Tage innerhalb von 180 Tagen noch nicht überschritten hatte. Es wurde jedoch davon ausgegangen, dass er eine österreichische Beschäftigungsbewilligung benötige und aufgrund deren Fehlens eine unrechtmäßige Erwerbstätigkeit vorgelegen sei. Allein die unrichtige rechtliche Beurteilung eines bekannten, unbestrittenen Sachverhalts, der keinen Tatbestand einer Verwaltungsübertretung nach § 120 FPG erfüllt, kann jedoch nicht zur vertretbaren Annahme des Vorliegens einer derartigen Verwaltungsübertretung führen. Dass Sachverhaltselemente

vorgelegen wären, die die Annahme der Verwaltungsübertretung vertretbar gemacht hätten, kann nicht erkannt werden.

Die Festnahme und Anhaltung des Bf erfolgten aufgrund einer unrichtigen rechtlichen Beurteilung, die in unvertretbarer Weise dazu führte, dass vom Vorliegen einer Verwaltungsübertretung gemäß § 120 FPG ausgegangen wurde.

V. Im Ergebnis erweist sich die angefochtene Ausübung verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt daher als rechtswidrig.

Gemäß § 35 Abs. 1 VwGVG hat die obsiegende Partei Anspruch auf Ersatz ihrer Aufwendungen durch die unterliegende Partei. Aufwandersatz ist auf Antrag der Partei zu leisten. Gemäß Abs. 7 par.cit. kann der Antrag bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung gestellt werden.

Gemäß § 1 der VwG-Aufwandersatzverordnung – VwG-AufwErsV wird die Höhe der im Verfahren vor den Verwaltungsgerichten über Beschwerden wegen Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt gemäß Art. 130 Abs. 1 Z. 2 des Bundes-Verfassungsgesetzes – B-VG, BGBl Nr 1/1930, und Beschwerden wegen Rechtswidrigkeit eines Verhaltens einer Behörde in Vollziehung der Gesetze gemäß Art 130 Abs. 2 Z. 1 B-VG als Aufwandersatz zu leistenden Pauschalbeträge wie folgt festgesetzt:

1. Ersatz des Schriftsatzaufwands des Beschwerdeführers als obsiegende Partei 737,60 Euro
2. Ersatz des Verhandlungsaufwands des Beschwerdeführers als obsiegende Partei 922,00 Euro
3. Ersatz des Vorlageaufwands der belangten Behörde als obsiegende Partei 57,40 Euro
4. Ersatz des Schriftsatzaufwands der belangten Behörde als obsiegende Partei 368,80 Euro
5. Ersatz des Verhandlungsaufwands der belangten Behörde als obsiegende Partei 461,00 Euro
6. Ersatz des Aufwands, der für den Beschwerdeführer mit dem Antrag auf Wiederaufnahme des Verfahrens verbunden war (Schriftsatzaufwand) 553,20 Euro
7. Ersatz des Aufwands, der für die belangte Behörde mit dem Antrag auf Wiederaufnahme des Verfahrens verbunden war (Schriftsatzaufwand) 276,60 Euro

Beim oben erlangten Verfahrensergebnis hat der Bund als Rechtsträger, für den die belangte Behörde eingeschritten ist, nach den §§ 35 VwGVG iVm der VwG-Aufwandersatzverordnung, BGBl II 2013/517, dem Bf aufgrund seines

diesbezüglichen Antrags Aufwandersatz in Höhe von 737,60 Euro (Schriftsatzaufwand für den Beschwerdeführer als obsiegende Partei) zu leisten.

VI. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da zur zu lösenden Rechtsfrage eine einheitliche höchstgerichtliche Rechtsprechung existiert, 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