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-700895/12/BP/BD

Datum:
Linz, 12. März 2021

# IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Mag. Dr. Pree über die Beschwerde der A C, vertreten durch Rechtsanwalt Mag. Dr. H B, X, gegen das Straferkenntnis der Landespolizeidirektion Oberösterreich vom 21. Dezember 2020, GZ: VStV/920302006831/2020, wegen Übertretung des Fremdenpolizeigesetzes nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 11. März 2021

zu Recht:

I. Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

II. Die beschwerdeführende Partei hat einen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens in der Höhe von100 Euro 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 (in der Folge: belangte Behörde) vom 21. Dezember 2020, GZ: VStV/920302006831/2020, wurde über die Beschwerdeführerin (in der Folge: Bf) gemäß § 120 Abs. 1a Fremdenpolizeigesetz (FPG) eine Geldstrafe in der Höhe von 500 Euro sowie im Falle der Uneinbringlichkeit eine Ersatzfreiheitsstrafe von 2 Tagen 19 Stunden verhängt.

Die belangte Behörde führt dabei folgenden Tatvorwurf aus:
„Sie haben sich als Fremder (§ 2 Abs.4 Z 1 FPG) von 29.09.2020 bis 11.11.2020 in A.straße 3, M nicht rechtmäßig im Bundesgebiet aufgehalten, da für den rechtmäßigen Aufenthalt eine rechtmäßige Einreise Voraussetzung ist und während des Aufenthaltes im Bundesgebiet die Befristungen oder die Bedingungen des Einreisetitels oder des visumfreien Aufenthaltes oder die durch zwischenstaatliche Vereinbarungen, Bundesgesetz oder Verordnung bestimmte Aufenthaltsdauer nicht überschritten werden dürfte, indem Sie die visumsfreie Zeit von 90 Tagen in 180 Tagen überschritten haben."
[Hervorhebungen nicht übernommen]

Begründend führt die belangte Behörde u.a. aus:
„Der Tatbestand der Ihnen zur Last gelegten Verwaltungsübertretung ist durch die eigene dienstliche Wahrnehmung eines Beamten der Landespolizeidirektion Oberösterreich sowie aufgrund des behördlich durchgeführten Ermittlungsverfahrens zweifelsfrei erwiesen.
Es steht daher fest, dass Sie die im Spruch angeführte Verwaltungsübertretung begangen haben.
Gegen die Strafverfügung vom 13.11.2020 erhoben Sie innerhalb der offenen Frist Einspruch durch Ihre rechtsfreundliche Vertretung.
Im Einspruch gab Ihre Rechtsvertretung folgende Stellungnahme ab:
Gegenständliche Strafverfügung ist ohne jegliches Ermittlungsverfahren ergangen. Es wurde nicht berücksichtigt, dass ich beim Magistrat de Stad Wels einen Erstantrag auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung nach dem NAG gestellt habe. Dieses Verfahren ist nach wie vor anhängig. In diesem Verfahren erwarte ich mir die Erteilung eines Aufenthaltstitels. Darüber hinaus habe ich für meinen Sohn, der hier in Österreich den Kindergarten besucht einen Aufenthaltstitel nach Art. 8 EMRK gestellt. Ich rechne mit einer positiven Erledigung. Auch wenn der Antrag nach dem AsylG kein Bleiberecht begründet ist es dennoch rechtswidrig eine Geldstrafe zu verhängen und einen illegalen Aufenthalt anzunehmen, wenn sich nachträglich herausstellt, dass die gestellten Anträge bewilligt werden.
Am 11.11.2020 wurde durch die Streife Marchtrenk 3 erhoben, dass Frau C lt. Einreisestempel am 01.07.2020 in das Bundesgebiet eingereist ist. C hatte das Recht sich 90 Tage in 180 Tagen visumfrei im Bundesgebiet aufzuhalten.
Am 25.09.2020, kurz vor Ablauf des visumfreien Zeitraums, stellte C einen Erstantrag für einen Aufenthaltstitel Sonderfall unselbständige Erwerbstätigkeit. Dieser wurde jedoch nicht erteilt, womit der rechtmäßige Aufenthalt seit 29.09.2020 endete. Die Streife führte am 11.11.2020 eine Kontrolle an der Meldeadresse durch. Frau C konnte angetroffen werden. Ihr Unterkunftgeber war ebenfalls anwesend und übersetzte. Lt. C sei noch ein

Verfahren beim BFA bzgl. Einer aufenthaltsbeendenden Maßnahme gegen sie im Laufen. Ebenfalls sei noch ein Verfahren „Erstantrag auf Erteilung eines Aufenthaltstitels aus Gründen des Art. 8 EMRKfür ihren Sohn am Laufen. Nach Rücksprache mit dem BFA wurde Anzeige erstattet.
Wichtig ist die - eigentlich selbstverständliche - Klarstellung, dass die Antragstellung kein Aufenthaltsrecht verschaffen und einen erlaubten Aufenthalt (visumsfrei, auf Grund eines Visa oder auf Grund eines AT eines anderen Mitgliedstaates des Schengener Regelwerkes und somit unter die „visumsfrei-Regel“ fallend) nicht verlängern kann (§ 21 Abs. 6 NAG).

(...)

Unzweifelhaft steht fest, dass Sie Fremder im Sinne des Fremdengesetzes sind, da Sie nicht die österreichische Staatsbürgerschaft besitzen. Für die Behörde besteht kein Zweifel, dass Sie sich vom 29.09.2020 bis 12.12. 2020 nicht rechtmäßig im Bundesgebiet der Republik Österreich aufhielten.
Es steht fest, dass Sie im angeführten Zeitraum nicht im Besitz einer Berechtigung im Sinne des § 31 FPG waren. Der illegale Aufenthalt stellt eine Verwaltungsübertretung im Sinne des § 120 Abs. 1a iVm § 31 Abs. 1 FPG dar, für die Sie sich zu verantworten haben. Aufgrund der Aktenlage geht die Behörde davon aus, dass Sie die angelastete Verwaltungsübertretung in der Schuldform der Fahrlässigkeit begangen haben.
Den maßgeblichen Zeitraum zur Beurteilung, ob bereits die maximale Aufenthaltsdauer von 90 Tagen im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten ausgeschöpft wurde, stellen nunmehr jene 180 Tage dar, welche dem Tag des Aufenthalts (dem Tag der aktuellen Amtshandlung) vorangehen. Der Referenztag für die Berechnung der zulässigen Aufenthaltsdauer (ab welchem die 180 Tage-Frist zu rechnen ist) ist daher künftig nur mehr der aktuelle Tag (der Amtshandlung); das Datum der ersten Einreise in den Schengen Raum innerhalb des Zeitraumes von 180 Tagen vor dem aktuellen Tag (der Amtshandlung) ist damit nunmehr nicht mehr ausschlaggebend für den Beginn der 180 -Tagefrist.
Die Einreise in den Schengen-Raum erfolgte laut zentralem Melderegister am 01.07.2020 - 12.12.2020 Insgesamt waren Sie 165 Tage im Schengenraum. Der rechtswidrige Aufenthalt erstreckte sich somit über einen Zeitraum von 75 Tagen.

(...)

Seit 06.07.2020 sind Sie durchgehend in Österreich mit Hauptwohnsitz gemeldet.
Sie verharrten somit im Bundesgebiet und haben alleine dadurch schon fahrlässig gehandelt, zumal eine mit der Rechts- und Werteordnung vertraute Person hier schon ohne weiteres die tatsächliche rechtliche Lage erfasst und sich dementsprechend verhalten hätte.
Sie vertrauten offenbar lediglich darauf nicht abgeschoben zu werden, ohne die rechtlichen Gegebenheiten anzuerkennen.
Es ist somit vom Vorliegen auch der subjektiven Tatseite in Form fahrlässigen Verhaltens auszugehen.
Dabei übersehen Sie aber, dass es durchaus ihre Pflicht gewesen wäre, aktiv die Ausreise aus dem Bundesgebiet zu betreiben, denn es konnte Ihnen sehr wohl zugemutet werden, sich um die Beendigung eines rechtswidrigen Zustandes zu bemühen. Sie hätten sich in Italien legal aufhalten dürfen. Auch Ihr Gatte und Ihr Kind hätten sich legal in Italien zu

touristischen Zwecken aufhalten dürfen. Gegenseitige Besuche wären also möglich gewesen.
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. (...)

Die verhängte Geldstrafe ist schuld- und tatangemessen.
Zur Strafhöhe ist zu bemerken, dass es sich hier um die Mindeststrafe für Übertretungen nach § 120 Abs. 1a FPG handelt, der Strafrahmen wurde also nicht ausgeschöpft.
Der Milderungsgrund der verwaltungsrechtlichen Unbescholtenheit kam Ihnen zugute.
Bei der Strafbemessung wurde davon ausgegangen, dass Sie kein hierfür relevantes Vermögen besitzen, für Ihren Gatten und Ihre Tochter sorgepflichtig sind und kein Einkommen beziehen.
[Hervorhebungen nicht übernommen]

I.2. Gegen dieses Straferkenntnis richtet sich die vorliegende, durch die Bf rechtzeitig eingebrachte Beschwerde vom 18. Jänner 2021, in welcher u.a. Nachstehendes ausgeführt wird:
„Gegen das Straferkenntnis der Landespolizeidirektion OÖ vom 21.12.2020, GZ. VStV/920302006831/2020, zugestellt am 28.12.2020, erhebe ich durch meinen bevollmächtigten Vertreter in offener Frist
Beschwerde
an das Landesverwaltungsgericht OÖ wegen Gesetzwidrigkeit und stelle die
Anträge,
das LVwG OÖ möge:
a. eine mündliche Beschwerdeverhandlung anberaumen und durchführen; sowie
b. das hier angefochtene Straferkenntnis der LPD OÖ, Fremden- und Grenzpolizeiliche Abteilung (FGA), vom 21.12.2020, GZ. VStV/920302006831/2020, aufheben und das gegen mich eingeleitete Verwaltungsstrafverfahren - gegebenenfalls unter Ausspruch einer Ermahnung - einstellen.

Meine Beschwerde begründe ich wie folgt:

1. Das Straferkenntnis ist schon hinsichtlich des angeblichen Tatzeitraums unschlüssig. Im Spruch ist davon die Rede, ich hätte mich vom 29.9.2020 bis 11.11.2020 nicht rechtmäßig im Bundesgebiet aufgehalten. In der Begründung des Straferkenntnisses ist davon die Rede, ich sei am 1.7.2020 eingereist, an anderer Stelle ist davon die Rede, ich sei seit 6.7.2020 in Österreich gemeldet. Weiter ist davon die Rede, ich hätte mich bis 12.12.2020 in Österreich aufgehalten. Aufgrund welcher konkreter Beweisergebnisse das Verwaltungsgericht aber davon ausgeht, ich hätte mich in der Zeit vom 29.9.2020 bis 11.11.2020 nicht rechtmäßig in Österreich aufgehalten, wird nicht nachvollziehbar dargelegt. Dies stellt einen wesentlichen Verfahrensmangel dar, der das Straferkenntnis mit Rechtswidrigkeit belastet.

2. Unberücksichtigt bleiben weiter die Corona bedingten

Reisebeschränkungen, die von der belangten Behörde in keiner Weise erhoben wurden. Es entsprach der dem Beschwerdeführer bekannten Praxis der LPD OÖ, aufgrund der Corona bedingten Reisebeschränkungen gestellte Anträge gern. § 22 a FPG (Visum aus besonders berücksichtigungswürdigen Gründen) entgegenzunehmen und den weiteren Aufenthalt des Fremden über die den Visa-frei erlaubten Zeitraum zu dulden, ohne dies mit strafrechtlichen Konsequenzen zu versehen. Die Voraussetzungen für die Erteilung eines derartigen Visums wären in meinem Falle jedenfalls über den 20.9.2020 hinaus gegeben gewesen und darf ich auch aus diesem Grunde nicht bestraft werden. Im Übrigen fehlt jedwede Sachverhaltsfeststellung zu diesen relevanten Thema, sodass auch insoweit das Verfahren mangelhaft geführt wurde und der Bescheid wegen Rechtswidrigkeit aufzuheben ist.

3. Dazu kommt, dass sowohl ich als auch mein Sohn Anträge auf Erteilung von Aufenthaltstiteln gestellt haben. Über diese Anträge ist noch nicht entschieden. Sollte es zur Erteilung der beantragten Aufenthaltstitel kommen, wird sich unser Aufenthalt rückwirkend als rechtmäßig darstellen, sodass eine Bestrafung auch aus diesem Grunde nicht rechtens wäre. Der im Einspruch gegen die Strafverfügung gestellte Antrag auf Aussetzung des Verfahrens bis zur Beendigung des niederlassungsrechtlichen bzw. aufenthaltsrechtlichen Verfahrens wurde zu Unrecht nicht berücksichtigt. Auch aus diesem Umstand ist das angefochtene Straferkenntnis rechtswidrig.

4. Verfehlt ist auch die Argumentation der belangten Behörde, ich hätte mich legal in Italien zu touristischen Zwecken aufhalten dürfen. Auch Italien gehört zum Schengen-Raum und ist daher wohl bei der Berechnung der 90-Tagesfrist ein Aufenthalt in Italien mitzuberücksichtigen.

5. Schließlich gehe ich davon aus, dass angesichts der besonderen Umstände des gegenständlichen Falles mit einer Ermahnung das Auslange hätte gefunden werden müssen.

Zum Beweis des gesamten Vorbringens beantrage ich die Einvernahme meines Lebenspartners, MMag. Ing. T T, X, als Zeugen.

Weiteres Vorbringen im Zuge des Beschwerdeverfahrens behalte ich mir vor.“
[Hervorhebungen nicht übernommen]

I.3. Mit Schreiben vom 25. Jänner 2021 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 11. März 2021 eine öffentliche mündliche Verhandlung vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich durchgeführt.

I.5. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich geht bei seiner Entscheidung von folgendem relevanten Sachverhalt aus:

Die Bf, eine kolumbianische Staatsangehörige, reiste (begleitet von ihrem minderjährigen Sohn) am 1. Juli 2020 visumfrei über Amsterdam in den Schengenraum ein und meldete sich ab 6. Juli 2020 an einer Adresse in Oberösterreich polizeilich an. Die 90-Tage-Frist für den visumsfreien Aufenthalt endete am 28. September 2020. Im vorgeworfenen Tatzeitraum von 29. September 2020 bis 11. November 2020 verharrte die Bf im Bundesgebiet ohne über einen allfälligen Aufenthaltstitel zu verfügen. Die Beziehung zwischen der Bf und ihrem Freund (gleichzeitig Unterkunftsgeber) befand sich in statu ineundi.

II.

Im Rahmen der öffentlichen mündlichen Verhandlung waren der Rechtsvertreter der am 16. Dezember 2020 aus dem Schengenraum ausgereisten Bf sowie deren Freund anwesend. Letzterer schilderte bzw. bestätigte als Zeuge ua. den oa. Sachverhalt und führte betreffend die Beziehung aus, dass diese nach Internetkontakt durch ein persönliches Kennenlernen im Februar 2020 in Kolumbien und durch den Aufenthalt der Bf in Österreich ihre Entwicklung gefunden habe. Weiters schilderte er die Bemühungen um die Erlangung von Aufenthaltsberechtigungen für die Bf und ihren minderjährigen Sohn. Er führte dabei auch an, dass er verschiedene Auskünfte eingeholt habe, jedoch räumte er auch ein, nicht genauer nachgefragt zu haben.

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 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 § 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. wenn sie auf Grund 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 sind;
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;
4. solange ihnen ein Aufenthaltsrecht nach dem AsylG 2005 zukommt;
5. bis zur Entscheidung über einen Verlängerungsantrag (§ 2 Abs. 4 Z 17a), solange der Aufenthalt als Saisonier in den vergangenen zwölf Monaten insgesamt die Dauer von neun Monaten nicht überschreitet;
6. wenn sie Inhaber eines gültigen Aufenthaltstitels für unternehmensintern transferierte Arbeitnehmer gemäß ICT-Richtlinie eines anderen Mitgliedstaates sind, der das SDÜ nicht vollständig anwendet, und § 18 Abs. 13 AuslBG erfüllen, solange ihr Aufenthalt im Bundesgebiet in den vergangenen 180 Tagen nicht insgesamt die Dauer von 90 Tagen überschreitet und die Voraussetzungen des Art. 6 Abs. 1 lit. e SGK erfüllt sind;
7. wenn sie gemäß der Forscher und Studenten-Richtlinie Inhaber eines gültigen Aufenthaltstitels „Forscher“ eines anderen Mitgliedstaates sind und eine Tätigkeit für eine Forschungseinrichtung ausüben, die gemäß § 1 Abs. 2 lit. h AuslBG vom sachlichen Anwendungsbereich des AuslBG ausgenommen ist, oder als deren Familienangehörige Inhaber eines gültigen Aufenthaltstitels eines anderen Mitgliedstaates sind, solange jeweils ihr Aufenthalt im Bundesgebiet in den vergangenen 360 Tagen nicht insgesamt die Dauer von 180 Tagen überschreitet und die Voraussetzungen des Art. 6 Abs. 1 lit. e SGK erfüllt sind;
8. wenn sie gemäß der Forscher und Studenten-Richtlinie Inhaber eines gültigen Aufenthaltstitels „Student“ eines anderen Mitgliedstaates sind und an einem Unions- oder multilateralen Programm mit Mobilitätsmaßnahmen teilnehmen oder für sie eine Vereinbarung zwischen zwei oder mehreren Hochschuleinrichtungen besteht, solange ihr Aufenthalt im Bundesgebiet nicht insgesamt die Dauer von 360 Tagen überschreitet und die Voraussetzungen des Art. 6 Abs. 1 lit. e SGK erfüllt sind, oder
9. soweit sich dies aus anderen bundesgesetzlichen Vorschriften ergibt.

III.2.1. Zunächst ist festzuhalten, dass auch die Bf selbst nicht bestreitet, im vorgeworfenen Tatzeitraum von 29. September 2020 bis 11. November 2020 über keinerlei Aufenthaltstitel verfügt zu haben. Sie war am 1. Juli 2020 in den Schengenraum visumsfrei eingereist. Die 90-Tage-Frist endete am 28. September 2020. Der Zeitraum des vorgeworfenen illegalen Aufenthalts betrug sohin 44 Tage.

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

III.2.2.1. Gemäß Art. 8 Abs. 1 EMRK hat jedermann Anspruch auf Achtung seines Privat- und Familienlebens, seiner Wohnung und seines Briefverkehrs.

Gemäß Art. 8 Abs. 2 EMRK ist allerdings ein Eingriff einer öffentlichen Behörde in die Ausübung des Rechts gemäß Abs. 1 (nur) statthaft, insoweit dieser Eingriff gesetzlich vorgesehen ist und eine Maßnahme darstellt, die in einer demokratischen Gesellschaft für die nationale Sicherheit, die öffentliche Ruhe und Ordnung, das wirtschaftliche Wohl des Landes, die Verteidigung der Ordnung und zur Verhinderung von strafbaren Handlungen, zum Schutz der Gesundheit und der Moral oder zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer notwendig ist.

Bei der Beurteilung des Privat- und Familienlebens im Sinne des Art. 8 EMRK sind insbesondere zu berücksichtigen:

1. die Art und Dauer des bisherigen Aufenthaltes und die Frage, ob der bisherige Aufenthalt des Fremden rechtmäßig war;
2. das tatsächliche Bestehen eines Familienlebens;
3. die Schutzwürdigkeit des Privatlebens;
4. der Grad der Integration;
5. die Bindungen zum Heimatstaat des Fremden;
6. die strafgerichtliche Unbescholtenheit;
7. Verstöße gegen die öffentliche Ordnung, insbesondere im Bereich des Asyl- Fremdenpolizei- und Einwanderungsrechts;
8. die Frage, ob das Privat- und Familienleben des Fremden in einem Zeitpunkt entstand, in dem sich die Beteiligten ihres unsicheren Aufenthaltstatus bewusst waren;
9. die Frage, ob die Dauer des bisherigen Aufenthaltes in den Behörden zurechenbaren überlangen Verzögerungen begründet ist.

III.2.2.2. Zunächst ist festzuhalten, dass selbst der im Rahmen der öffentlichen mündlichen Verhandlung einvernommene Freund der Bf die Beziehung als erst im frühen Entwicklungsstadium befindlich schilderte, weshalb von einem Privat- und Familienleben im Sinne des Art. 8 EMRK nicht ausgegangen werden kann. Zudem weist die Bf keinerlei Momente einer realistischen Integration im Bundesgebiet auf, was auch durch die mangelnden Deutschsprachkenntnisse dokumentiert wird. Daran vermag auch der Umstand nichts zu ändern, dass die Bf von ihrem

minderjährigen – in Österreich kurzfristig den Kindergarten besucht habenden – Sohn begleitet wurde. Mittlerweile hat die Bf mit ihrem Sohn das Schengengebiet wieder verlassen, weshalb auch deshalb keine nachträglichen Intensivierungsstadien angenommen werden können. Der Freund der Bf gab – auf Nachfrage – den aktuellen Kontakt lediglich als regelmäßig an und bestand zudem darauf, nicht genau zu wissen, wo sich die Bf aktuell befinde („irgendwo in Kroatien“).

Die Bf kann sich somit nicht zielführend auf das Privat- und Familienleben berufen.

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 lediglich unzureichend Kenntnis über die fremdenrechtlichen Vorgaben zu erlangen suchte und davon ausging durch die gestellten Niederlassungsanträge der Ausreiseverpflichtung ledig zu sein. Auf einen entschuldigenden Rechtsirrtum kann sie sich keinesfalls berufen. Eine weitere Einwendung stellt der Umstand da, dass es der Bf – aufgrund der pandemiebedingten – erschwerten Flugverbindung in ihr Heimatland nicht möglich bzw. zumutbar gewesen sei, ihren Aufenthalt in Österreich zu beenden. Dabei übersieht sie aber, dass die Ausreiseverpflichtung nicht die Destination ihres Heimatlandes, sondern lediglich das Verlassen des Schengenraums bedingte. Mit 16. Dezember 2020 begab sie sich demnach auch nach Kroatien, was ihr fraglos ebenfalls im September 2020 möglich und auch zumutbar gewesen wäre, zumal es zu diesem Zeitpunkt keinerlei Reisebeschränkung diesbezüglich gab.

III.3.4. Daher ist im Ergebnis das Vorliegen der subjektiven Tatseite in Form fahrlässigen Verhaltens 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. Damit brachte sie bereits zum Ausdruck, dass sie keinerlei straferschwerende Gründe wertete, die auch vom erkennenden Richter des Landesverwaltungsgerichts Oberösterreich nicht erkannt werden können. Anders als vom Vertreter der Bf in der öffentlichen mündlichen Verhandlung vorgebracht, ist die Dauer der Übertretung von 44 Tagen nicht als dermaßen kurz zu betrachten, dass ihr ein entscheidender strafmildernder Charakter zugemessen werden könnte. Ähnliches gilt für die Tatsache, dass die bf schließlich nach einer Einvernahme vor dem BFA innerhalb von 6 Tagen am 16. Dezember 2020 den Schengenraum verließ.

Von einem deutlichen Überwiegen der Milderungsgründe im Sinne des § 20 VStG kann – der belangten Behörde folgend - im vorliegenden Fall nicht ausgegangen werden, weshalb auch die ggst. Strafzumessung durchaus zu bestätigen war.

Für ein gänzliches Absehen von der Strafe mangelt es jedenfalls am geringen Verschulden (Es müsste sich hiebei um ein Verschulden handeln, das noch bedeutend unter dem Maß der leichten Fahrlässigkeit anzusiedeln wäre), weshalb § 45 Abs. 1 Z 4 VStG nicht zur Anwendung gebracht werden kann. Darüber hinaus sind auch die Folgen der Tat keinesfalls als unbedeutend zu werten, da ja gerade der vom Gesetz pönalisierte Erfolg verwirklicht wurde. .

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 ein Beitrag zu den Kosten des Verfahrens vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich in Höhe von 20 % der verhängten Geldstrafe (das sind 100 Euro) aufzuerlegen.

IV. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Ebenfalls liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

R e c h t s m i t t e l b e l e h r u n g

Gegen 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