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-700906/10/MB/NF

Datum:
Linz, 17. Mai 2021

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Dr. Brandstetter über die Beschwerde des A N, vertreten durch O R KG, x, x, gegen das Straferkenntnis der Landespolizeidirektion Oberösterreich vom 14. Jänner 2021, GZ: VStV/920301878927/2020, wegen Übertretung des Fremdenpolizeigesetzes nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 20. April 2021

zu Recht:

I. Die Beschwerde wird abgewiesen und der Bescheid der belangten Behörde bestätigt.

II. Der Beschwerdeführer hat einen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens in der Höhe von 100 EUR zu leisten.

III. Gegen dieses Erkenntnis ist eine ordentliche Revision unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I.

1. Mit Straferkenntnis der Landespolizeidirektion Oberösterreich (in der Folge: belangte Behörde) vom 14. Jänner 2021, GZ: VStV/920301878927/2020, wurde über den Beschwerdeführer (in der Folge: Bf) gemäß § 120 Abs. 1a Fremdenpolizeigesetz (FPG), BGBl I Nr. 38/2011 idF BGBl I Nr. 70/2015 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:
„1. Datum/Zeit: 21.10.2020, 11:30 Uhr
Ort: x, x
Sie haben sich als Fremder (§ 2 Abs. 4 Z 1 FPG) wie am 21.10.2020 um 11:30 Uhr, von Polizeibeamten der Landespolizeidirektion Oberösterreich, PI x Innere Stadt, in x, x, festgestellt wurde, 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 dürfen.
Sie sind nicht aufgrund einer Aufenthaltsberechtigung oder einer Dokumentation des Aufenthaltsrechtes nach dem Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz zur Niederlassung oder zum Aufenthalt oder auf Grund einer Verordnung für Vertriebene zum Aufenthalt berechtigt. Weder sind Sie Inhaber eines von einem Vertragsstaat ausgestellten Aufenthaltstitels noch besteht ein Aufenthaltsrecht nach asylrechtlichen Bestimmungen. Sie haben auch keinen Verlängerungsantrag als Saisonier gestellt und sind nicht Inhaber eines gültigen Aufenthaltstitels für unternehmensinterne transferierte Arbeitnehmer gemäß ICT-Richtlinie eines anderen Mitgliedsstaates, auch sind Sie nicht gemäß der Forscher und Studenten- Richtlinie Inhaber eines gültigen Aufenthaltstitels „Forscher“ eines anderen Mitgliedsstaates, weiters sind Sie nicht gemäß der Forscher und Studenten-Richtlinie Inhaber eines gültigen Aufenthaltstitels „Student“ eines anderen Mitgliedsstaates und ein rechtmäßiger Aufenthalt ergibt sich auch nicht aus anderen bundesgesetzlichen Vorschriften.
Somit liegen keine Voraussetzungen für einen rechtmäßigen Aufenthalt vor.
Gegen Sie wurde mit Bescheid des Bundesamtes für Fremdenwesen und Asyl vom 23.04.2019 ein auf 5 Jahre befristetes Aufenthaltsverbot erlassen. Mit Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichtes vom 03.03.2020 wurde die Beschwerde als unbegründet abgewiesen.
Das Aufenthaltsverbot ist seit 04.03.2020 rechtkräftig und durchsetzbar, Ihnen wurde ein Durchsetzungsaufschub bis 04.04.2020 erteilt.
Sie haben sich somit zumindest vom 05.04.2020 bis 21.10.2020 nicht rechtmäßig im Bundesgebiet aufgehalten.“
[Hervorhebungen nicht übernommen]

Begründend führt die belangte Behörde ua. 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 27.10.2020 brachten Sie bzw. Ihr Rechtsvertreter fristgerecht mit Schriftsatz vom 17.11.2020 einen Einspruch ein:
„Gegen die Strafverfügung der Landespolizeidirektion Oberösterreich von 27.10.2020, GZ VStV/920301878927/2020, zugestellt am 04.11.2020, hebt der Einschreiter binnen offener Frist den
Einspruch
Dem Einschreiter wird ein Verstoß gegen § 120 Abs la iVm § §31 Abs la, 31 Abs. 1 Fremdenpolizeigesetz vorgeworfen. Dieser Vorwurf ist unrichtig aus folgenden Gründen:
1. Die erkennenden Behörde begründet dies damit, dass das mit Bescheid des Bundesamtes für Fremdenwesen und Asyl vom 23.4.2019 erlassene Aufenthaltsverbot rechtskräftig sei. Dies ist unrichtig. Gegen den Bescheid wurde fristgemäß Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht erhoben. Gegen das abweisende Erkenntnis vom 3.3.2020 wurde fristgemäß die Beschwerde gemäß Art. 144 Abs. 1 BVG an den Verfassungsgerichtshof erhoben und in eventu der Antrag auf Abtretung der Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof erhoben. Mit Beschluß des Verfassungsgerichtshofes vom 8.6.2020 wurde die Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof abgetreten. Mit Beschwerde vom 12.10.2020 wurde fristgemäß die außerordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof erhoben. Es ist somit unrichtig, dass das Aufenthaltsverbot rechtskräftig gei. Der Verwaltungsgerichtshof hat nach den Vorgaben des Verfassungsgerichtshofes einen Verstoß gegen Artikel 8 MRK durch unrichtige Gesetzesanwendung zu Überprüfen.
Beweis: Einvernahme des Einschreiters, Revision gemäß Artikel 133 Abs. 6 ZI B-VG, weitere Beweise Vorbehalten
2. Im übrigen verstößt das Aufenthaltsverbot auch gegen Artikel 3 MRK. Der Einschreiter wäre mit einer Abschiebung in seinem verfassungsgesetzlich gewährleisteten Recht auf Verbot einer unmenschlichen Behandlung verletzt. Der Einschreiter ist libanesischer
Staatsbürger und ist die Existenzgrundlage seiner Familie durch die Chemieexplosion im Hafen von Beirut am 4.8.2020 völlig zerstört worden. Die Familie hat durch die Explosion kein Zuhause mehr und ist angesichts der katastrophalen humanitären Umstände und Revolten ein Überleben im Libanon nicht möglich.
Beweis: PV, vorzulegenden Unterlagen
Die oben dargelegten Gründe hätte die erkennende Behörde von Amts wegen berücksichtigen müssen und keine Geldstrafe verhängen dürfen. Aus diesen Gründen beantragt der Einschreiter die umgehende Einstellung des Verwaltungsstrafverfahrens.“
Gemäß § 120 Abs. 1a des Fremdenpolizeigesetzes 2005 - FPG begeht eine Verwaltungsübertretung und ist mit Geldstrafe von 500 Euro bis zu 2.500 Euro, im Fall ihrer Uneinbringlichkeit mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Wochen zu bestrafen, wer sich als Fremder nicht rechtmäßig im Bundesgebiet aufhält. Wer wegen einer solchen Tat bereits einmal rechtskräftig bestraft wurde, ist mit Geldstrafe von 2.500 Euro bis zu 7.500 Euro

oder mit Freiheitsstrafe bis zu vier Wochen zu bestrafen. Als Tatort gilt der Ort der Betretung oder des letzten bekannten Aufenthaltsortes; bei Betretung in einem öffentlichen Beförderungsmittel die nächstgelegene Ausstiegsstelle, an der das Verlassen des öffentlichen Beförderungsmittels gemäß dem Fahrplan des Beförderungsunternehmers möglich ist.

Gemäß § 31 Abs. 1 FPG halten sich Fremde rechtmäßig im Bundesgebiet auf,

1. wenn sie rechtmäßig eingereist sind und während des Aufenthalts im Bundesgebiet die Befristungen oder Bedingungen des Einreisetitels oder 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.

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 05.04.2020 bis 21.10.2020 nicht rechtmäßig im Bundesgebiet der Republik Österreich aufgehalten haben.

Es ist unbestritten, dass Sie nicht im Besitz einer Berechtigung im Sinn des § 31 FPG sind. 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.
Das FPG enthält keine 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).
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.
Sie reisten illegal nach Österreich ein und stellten am 20.01.2016 einen Antrag auf internationalen Schutz. Dieser Antrag wurde mit Bescheid vom 25.10.2018 vom BFA RD O negativ entschieden. Dieser Bescheid erwuchs am 01.12.2018 in Rechtskraft I. Instanz.
Sie ehelichten am 02.06.2018 eine in Österreich seit 2015 dauerhaft niedergelassene bulgarische Staatsangehörige. Dadurch waren sie aufgrund von Dokumentation (gemäß NAG) aufenthaltsberechtigt.
Ihr Antrag vom 21.09.2018 auf Ausstellung einer Aufenthaltskarte „Angehörige eines EWR-Bürgers“ wurde am 23.04.2020 vom Magistrat x abgewiesen.
Mit Bescheid vom 23.04.2019 wurde vom BFA RD O gegen sie ein Aufenthaltsverbot für die Dauer von 5 Jahren verhängt und gleichzeitig ein Durchsetzungsaufschub von einem Monat ab Durchsetzbarkeit erteilt.
Gegen diesen Bescheid erhoben sie am 21.05.2019 fristgerecht Beschwerde beim BVwG, welches mit Erkenntnis vom 03.03.2020 diese Beschwerde als unbegründet abgewiesen hat.
Der Antrag auf Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung wurde mit Beschluss des VfGH vom 27.04.2020 abgewiesen. Dadurch erwuchs das Verfahren mit 04.03.2020 in Rechtskraft II. Instanz.
Ihre Aufenthaltsberechtigung aufgrund Dokumentation wurde gemäß §10 Abs 1 NAG ungültig, da gegen sie ein rechtskräftiges Aufenthaltsverbot besteht. Sie haben dadurch ihr Recht auf Aufenthalt verloren.
Zudem wurde mit Beschluss des VfGH vom 08.06.2020 die Behandlung der Beschwerde abgelehnt und diese zur Entscheidung an den VwGH abgetreten.
Der VwGH bewilligte mit Beschluss vom 19.08.2020 den Antrag auf Verfahrenshilfe für die außerordentliche Revision gegen das Erkenntnis des BVwG vom 03.03.2020.
Eine solche außerordentliche Revision wurde - den Angaben ihres Rechtsvertreters zufolge - fristgerecht mit 12.10.2020 beim VwGH eingebracht. Der Verfahrensstand betreffend der eingebrachten außerordentlichen Revision ist offen, dem Antrag auf aufschiebende Wirkung wurde bis dato nicht stattgegeben.

Sie haben sich also einfach über die Gesetze hinweggesetzt und im Bundesgebiet verharrt und versuchen somit die Behörden vor vollendete Tatsachen zu setzen.
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 nicht ausgegangen werden.
Für die erkennende Behörde steht fest, dass Sie sich tatsächlich im angeführten Zeitraum unrechtmäßig im Bundesgebiet von Österreich aufgehalten haben und somit gegen die angeführten Bestimmungen des Fremdenpolizeigesetzes verstoßen haben, weshalb nun spruchgemäß zu entscheiden war.
Gemäß § 19 Abs. 1 VStG ist Grundlage für die Bemessung der Strafe stets das Ausmaß der mit der Tat verbundenen Schädigung oder Gefährdung derjenigen Interessen, deren Schutz die Strafdrohung dient und der Umstand, inwieweit die Tat sonst nachteilige Folgen nach sich gezogen hat. Im ordentlichen Verfahren sind überdies die nach dem Zweck der Strafdrohung in Betracht kommenden Erschwerungs- und Milderungsgründe, soweit sie nicht schon die Strafdrohung bestimmen, gegeneinander abzuwägen. Auf das Ausmaß des Verschuldens ist besonders Bedacht zu nehmen. Die Einkommens- und Vermögensverhältnisse und allfällige Sorgepflichten des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen. Insbesondere unter Berücksichtigung der Gefährdung derjenigen Interessen, deren Schutz die Strafdrohung dient, ist die verhängte Strafe als angemessen zu bezeichnen.
Ein geordnetes Fremdenwesen ist für Österreich von eminentem Interesse. Dies umso mehr in einer Zeit, in der ein anhaltend hoher Migrations- und Zuwanderungsdruck zu verzeichnen ist. Den für die Einreise und den Aufenthalt von Fremden getroffenen Regelungen und deren Befolgung durch die Normadressaten kommt aus der Sicht des Schutzes und der Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung ein sehr hoher Stellenwert zu.
Zur Strafhöhe ist zu bemerken, dass die Höchststrafe für Übertretungen nach § 120 Abs. 1a FPG 2.500 Euro beträgt, die verhängte Geldstrafe von 500 Euro ist die vom Gesetz vorgesehene Mindeststrafe. Somit wurde der Strafrahmen mit nur 20 % ausgeschöpft. Die verhängte Strafe erscheint schuld- und tatangemessen.
Von der Anwendung des § 45 VStG war Abstand zu nehmen, weil im konkreten Fall das tatbildmäßige Verhalten nicht erheblich hinter dem in der betreffenden Strafdrohung typisierten Unrechts- und Schuldgehalt zurückgeblieben ist.
Der Milderungsgrund der verwaltungsrechtlichen Unbescholtenheit kam Ihnen zugute.
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]

2. Gegen dieses Straferkenntnis richtet sich die vorliegende, durch den Bf rechtzeitig eingebrachte Beschwerde vom 15. Februar 2021, in welcher ua. Nachstehendes ausgeführt wird:

„1. Sachverhalt

Die erkennenden Behörde begründet das Straferkenntnis damit, dass das mit Bescheid des Bundesamtes für Fremdenwesen und Asyl vom 23.4,2019 erlassene Aufenthaltsverbot rechtskräftig sei. Dies ist unrichtig. Gegen den Bescheid wurde fristgemäß Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht erhoben. Gegen das abweisende Erkenntnis vom 3,3.2020 wurde fristgemäß die Beschwerde gemäß Art.144 Abs. 1 B-VG an den Verfassungsgerichtshof erhoben und in eventu der Antrag auf Abtretung der Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof erhoben. Mit Beschluß des Verfassungsgerichtshofes vom 8.6,2020 wurde die Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof abgetreten. Mit Beschwerde vom 12.10.2020 wurde fristgemäß die außerordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof erhoben. Der Verwaltungsgerichtshof hat bis dato nicht entschieden. Am 2.6.2018 ehelichte der Beschwerdeführer Frau D N, eine bulgarische Staatsangehörige.

Beweis: Einvernahme des Beschwerdeführers, aktenkundige Revision gemäß Artikel 133 Abs. 6 ZI B-VG

2. Zulässigkeit und Rechtzeitigkeit

Gemäß Art. 131 Abs 1 B-VG ist die Beschwerde gegen das Straferkenntnis der Landespolizeidirektion Oberösterreich zulässig.

Die Beschwerde ist rechtzeitig, da das bezughabende Straferkenntnis der O R KG am 18.1.2021 zugestellt wurde.

3. Beschwerdeumfang

Durch das angefochtene Straferkenntnis erachtet sich der Beschwerdeführer In subjektiven Rechten verletzt. Aus diesem Grund wird das Straferkenntnis in seinem gesamten Umfang angefochten. Geltend gemacht wird inhaltliche Rechtswidrigkeit sowie überhöhte Strafzumessung.

4. Beschwerdegründe

1. Inhaltliche Rechtswidrigkeit

Die erkennende Behörde begründet das Straferkenntnis damit, dass das mit Bescheid des Bundesamtes für Fremdenwesen und Asyl vom 23.4.2019 erlassene Aufenthaltsverbot rechtskräftig sei. Dies ist unrichtig. Gegen den Bescheid wurde fristgemäß Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht erhoben. Gegen das abweisende Erkenntnis vom 3.3.2020 wurde fristgemäß die Beschwerde gemäß Art, 144 Abs. 1 B-VG an den Verfassungsgerichtshof erhoben und in eventu der Antrag auf Abtretung der Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof erhoben. Mit Beschluß des Verfassungsgerichtshofes vom 8.6.2020 wurde die Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof abgetreten. Mit Beschwerde vom

12.10.2020 wurde fristgemäß die außerordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof erhoben. Es ist somit unrichtig, dass das Aufenthaltsverbot rechtskräftig im Sinne einer entgültigen Entscheidung sei. Es bleibt jedenfalls das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes über die beantragte aufschiebende Wirkung abzuwarten. Dieser hat nach den Vorgaben des Verfassungsgerichtshofes einen Verstoß gegen Artikel 8 MRK durch unrichtige Gesetzesanwendung zu überprüfen. Es geht nicht an, dass einerseits das Recht normiert ist eine aufschiebende Wirkung zu beantragen und

andererseits ein Untätigsein des Verwaltungsgerichtshofes zu Lasten des Beschwerdeführers und seinen verfassungsgewährleisteten Rechten geht. Es ist auch usus der Verwaltungsbehörden bis zur Fällung eines (entgültigen) Erkenntnis eines Höchstgerichtes zuzuwarten.
Beweis: Einvernahme des Einschreiters, aktenkundige Revision gemäß Artikel 133 Abs. 6 ZI B-VG
Aus obigen Gründen ist der gegenständliche Bescheid ersatzlos zu beheben.
2. Überhöhte Strafzumessung
Das Aufenthaltsverbot verstößt auch gegen Artikel 3 MRK. Der Einschreiter wäre mit einer Abschiebung in seinem verfassungsgesetzlich gewährleisteten Recht auf Verbot einer unmenschlichen Behandlung verletzt. Der Einschreiter ist libanesischer Staatsbürger und ist die Existenzgrundlage seiner Familie durch die Chemieexplosion im Hafen von Beirut am
4.8.2020 völlig zerstört worden. Die Familie hat durch die Explosion kein Zuhause mehr und ist angesichts der katastrophalen humanitären Umstände und Revolten ein Überleben im Libanon nicht möglich. Aus diesen Gründen wäre § 45 VStG anzuwenden gewesen, da das Verschulden im Hinblick auf die eingebrachte Revision und Rechtsmittel als gering zu bewerten sind, dies im Hinblick auf Artikel 8 MRK , dem verfassungsgewährleisteten Recht auf Ausübung des Privat- und Familienleben mit seiner seit 2.6.2018 angetrauten Ehegattin. Die Behörde hätte in eventu mit einer Ermahnung das Auslangen finden können.
Beweis: PV des Beschwerdeführers , aktenkundige Unterlagen
Aus obigen Gründen stellt der Beschwerdeführer durch seinen ausgewiesenen Vertreter nachstehenden
Antrag
Das Verwaltungsgericht möge
1. gemäß § 44 VwGVG eine mündliche Verhandlung unter Beiziehung des Beschwerdeführers durchführen.
2. das angefochtene Straferkenntnis ersatzlos aufheben und das Verfahren gemäß § 38 VwGVG iVm mit § 45 Abs 1 VStG einstellen; in eventu
das Verfahren gemäß § 38 VwGVG iVm § 45 Abs 1 letzter Satz VStG unter Erteilung einer Ermahnung einstellen; in eventu
4. die Strafhöhe auf ein tat- und schuldangemessenes Maß herabsetzen: in eventu
5. die Verwaltungsstrafsache an die Behörde erster Instanz zurückverweisen.“
[Hervorhebungen nicht übernommen]

3. Mit Schreiben vom 17. Februar 2021 legte die belangte Behörde den in Rede stehenden Verwaltungsakt dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zur Entscheidung vor.

4.1. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich nahm weiter Einsicht in den vorgelegten Verwaltungsstrafakt und das Beschwerdevorbringen. Zudem wurde am 20. April 2021 eine öffentliche mündliche Verhandlung durchgeführt.

II.

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich geht bei seiner Entscheidung von dem unter Punkt I.1. dieses Erkenntnisses dargestellten relevanten Sachverhalt aus. Darüber hinaus ist auf Basis der öffentlichen mündlichen Verhandlung festzustellen, dass sich im Hinblick auf das Privat- und Familienleben des Bf seit der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts im Hinblick auf sein Aufenthaltsverbot keinerlei Änderungen – bis auf den Umstand des Zeitablaufes – ergeben haben. Der Bf arbeitet nicht, der Bf ist verheiratet und hat keine Kinder. Der Bf Der Bf hat gegen sich ein rechtskräftiges Aufenthaltsverbot gelten zu lassen. Er hat gegen das diesbezügliche Erkenntnis des BVwG die ao. Revision an den Verwaltungsgerichtshof erhoben. Die beantragte aufschiebende Wirkung wurde bis dato nicht zugesprochen. Der Bf ist seit dem Jahr 2018 mit einer in Österreich dauerhaft niedergelassenen bulgarischen Staatsbürgerin verheiratet. Der Antrag auf Ausstellung einer Aufenthaltskarte „Angehöriger EWR Bürger“ wurde abgewiesen. Dem Bf wurde in diesem Zusammenhang suggeriert, dass die Karte ausgestellt werde. Weiter ist festzuhalten, dass der Bf eine seit dem 8.5.2018 rechtskräftige Verurteilung gem. § 27 Abs. 2a SMG und §§ 27 Abs. 1 Z 1 1. Fall, 27 Abs. 1 Z 1 2. Fall und 27 Abs. 2 SMG auf Basis einer Tat vom 19.11.2017 und eine seit 5.12.2018 rechtskräftige Verurteilung gem. § 27 Abs. 1 Z 1 2. Fall SMG iVm §§ 27 Abs. 1 Z 8, 27 Abs. 3 SMG auf Basis einer Tat vom 26.11.2018 gegen sich gelten lassen muss. Entsprechend der Angaben seines Rechtsvertreters gibt dieser an, dass er dem Bf die Wirkung der Erhebung der Revision nicht klar machen konnte. Der Bf hat nach Ansicht des Rechtsvertreters die Erklärung nicht verstanden. Abschließend ist zu erkennen, dass der Bf über kein eigenes Einkommen verfügt – da er entsprechend seiner eigenen Aussage – nicht arbeiten darf. Er lebt von den Einkünften seiner Frau.

III.

1. Gemäß § 120 Abs. 1a des Fremdenpolizeigesetzes 2005 – FPG, BGBl. I Nr. 100/2005, in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 27/2020, begeht eine Verwaltungsübertretung und ist mit Geldstrafe von 500 Euro bis zu 2.500 Euro, im Fall ihrer Uneinbringlichkeit mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Wochen zu bestrafen, wer sich als Fremder nicht rechtmäßig im Bundesgebiet aufhält. Wer wegen einer solchen Tat bereits einmal rechtskräftig bestraft wurde, ist mit Geldstrafe von 2.500 Euro bis zu 7.500 Euro oder mit Freiheitsstrafe bis zu vier Wochen zu bestrafen. Als Tatort gilt der Ort der Betretung oder des letzten bekannten Aufenthaltsortes; bei Betretung in einem öffentlichen Beförderungsmittel die nächstgelegene Ausstiegsstelle, an der das Verlassen des öffentlichen

Beförderungsmittels gemäß dem Fahrplan des Beförderungsunternehmers möglich ist.

Gemäß § 31 Abs. 1 FPG halten sich Fremde rechtmäßig im Bundesgebiet auf,

1. wenn sie rechtmäßig eingereist sind und während des Aufenthalts im Bundesgebiet die Befristungen oder Bedingungen des Einreisetitels oder die durch zwischenstaatliche Vereinbarungen, Bundesgesetz oder Verordnung bestimmte Aufenthaltsdauer nicht überschritten haben;
2. wenn sie aufgrund einer Aufenthaltsberechtigung oder einer Dokumentation des Aufenthaltsrechtes nach dem Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz zur Niederlassung oder zum Aufenthalt oder aufgrund einer Verordnung für Vertriebene zum Aufenthalt berechtigt sind;
3. wenn sie Inhaber eines von einem Vertragsstaat ausgestellten Aufenthaltstitels sind, sofern sie während ihres Aufenthalts im Bundesgebiet keiner unerlaubten Erwerbstätigkeit nachgehen;
4. solange ihnen ein Aufenthaltsrecht nach asylrechtlichen Bestimmungen zukommt;
5. (aufgehoben durch BGBl. I Nr. 122/2009)
6. wenn sie eine Beschäftigungsbewilligung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz mit einer Gültigkeitsdauer bis zu sechs Monaten, eine Entsendebewilligung, eine EU-Entsendebestätigung, eine Anzeigebestätigung gemäß § 3 Abs. 5 AuslBG oder eine Anzeigebestätigung gemäß § 18 Abs. 3 AuslBG mit einer Gültigkeitsdauer bis zu sechs Monaten, innehaben oder
7. soweit sich dies aus anderen bundesgesetzlichen Vorschriften ergibt.

2.1. Zunächst ist festzuhalten, dass der Bf im vorgeworfenen Tatzeitraum vom 5.4.2020 bis zum 21.10.2020 über keinen Aufenthaltstitel für das österreichische Bundesgebiet verfügte; woran sich auch bislang nichts geändert hat. Der Revision gegen das Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichts, mit dem das Aufenthaltsverbot bestätigt wurde, wurde bis dato die aufschiebende Wirkung, nach Ablehnung durch den VfGH nicht zuerkannt (s FI vom 7.6.2021). Gem. § 10 Abs. 1 NAG werden Aufenthaltstitel und Dokumentationen des Aufenthaltsrechtes (§§ 51 ff NAG) ungültig, wenn gg Fremde eine Rückkehrentscheidung, ein Aufenthaltsverbot oder eine Ausweisung durchsetzbar oder rechtskräftig wird. Mit Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichts über das Aufenthaltsverbot wurde dieses rechtskräftig. Mit 4.4.2020 ist der gem. § 70 FPG zukommende Durchsetzungsaufschub abgelaufen. Insofern hat der Bf mit dieser Entscheidung seine Dokumentation des – von seiner Ehegattin abgeleiteten (§ 52 NAG) – Aufenthaltsrechtes verloren.

2.2. Nach der jüngeren Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes ist im Rahmen der objektiven Tatseite aber auch stets das Privat- und Familienleben eines Beschuldigten zu überprüfen (s dazu instruktiv VwGH vom 29. Februar 2012, Zl. 2010/21/0049).

Festzuhalten ist, dass sich der Bf seit seiner schlepperunterstützten und illegalen Einreise im Jahr 2016 in Österreich aufhält. Er ist nie einer Beschäftigung nachgegangen. Der Bf ist seit dem Jahr 2018 mit einer bulgarischen Staatsangehörigen verheiratet. Seit 13.6.2018 hat der Bf einen gemeinsamen Wohnsitz mit der Ehegattin. Kinder sind keine vorhanden. Entsprechend den Angaben des Bf in der öffentlichen mündlichen Verhandlung sind im Vergleich zum Erkenntnis des BVwG keine Änderungen im Privat- und Familienleben eingetreten. Der Bf kann sohin einen gewissen Freundeskreis vorweisen. Er ist jedoch weder in Vereinen tätig, noch ehrenamtliche in Erscheinung getreten. Beruflich ist der Bf nicht integriert. Der Bf versteht die deutsche Sprache, wiewohl für die Verhandlungsführung ausdrücklich ein Dolmetsch beigezogen werden musste.

Besonders ungünstig in einer Interessensabwägung sind die 2 gerichtlichen Verurteilungen wegen Suchtmitteldelinquenz zu bewerten. Wiewohl auch hier zu erkennen ist, dass der Bf den Urteilen ablehnend gegenüber steht und sich vielmehr bei deren Verfolgung in die Falle gelockt fühlte.

Zusammengefasst ist daher festzuhalten, dass der Bf nicht das Maß an Integration erreicht hat, dass das Vorliegen der objektiven Tatseite ausschließen könnte.

2.3. Die objektive Tatseite ist sohin als erfüllt anzusehen.

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).

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.

3.3. Der Bf legt nun keine derartigen Anhaltspunkte initiativ dar. Auch die Feststellung, dass der Bf die Belehrung über die Wirkung der Entscheidung des BVwG über das Aufenthaltsverbot nicht verstanden hat, schließt eine derartige subjektive Vorwerfbarkeit nicht aus, da sich eben hieraus nicht ergibt, dass der Bf sich wie es ein einsichtiger besonnener Mensch aus dem Verkehrskreis des Täters verhalten hat. Vielmehr hätte der Bf selbst aktiv werden müssen um den Inhalt für sich zu erfassen und nicht in der Unklarheit zu verharren.

3.4. Im Ergebnis bedeutet dies aber, dass sich der Bf hinsichtlich des Vorliegens der subjektiven Tatseite nicht exkulpieren kann, weshalb ihm die Tat subjektiv vorgeworfen werden kann.

4. Betreffend der Strafbemessung gilt es festzuhalten, dass der Bf kein Einkommen ins Verdienen bringt. Er lebt von der finanziellen Unterstützung durch seine Gattin. Vor dem Hintergrund des § 19 VStG ist zunächst zu erkennen, dass – wie der Verwaltungsgerichtshof oftmals ausgesprochen hat (vgl. u.a. VwGH vom 19. Februar 1997, Zl. 96/21/0516) an der Einhaltung jener Normen, welche die Einreise und den Aufenthalt von Fremden regeln ein hohes öffentliches Interesse bestellt, da durch die Nichteinhaltung derartiger Normen die öffentliche Ordnung maßgeblich beeinträchtigt wird. Insofern beeinträchtigt diese Tat des Bf dieses Rechtsgut erheblich. Allerdings muss auch erkannt werden, dass der Bf wohl in einem Irrtum über den Aufenthaltsstatus erlegen ist und sohin der Blick – vorwerfbar – auf die Beeinträchtigung der öffentlichen Ordnung verstellt war. Es ist sohin hierdurch gerechtfertigt eine Strafe in der Höhe der Mindeststrafe zu verhängen.

5. Eine Herabsetzung der Strafe unter die Mindeststrafe kann hingegen nicht angedacht werden, da es nicht zu einem beträchtlichen Überwiegen der Milderungsgründe im Vergleich zu den Erschwerungsgründen kommt (vgl. § 20 VStG).

6. In diesem Sinn war dem Bf auch ein Beitrag zu den Kosten des Verfahrens vor dem LVwG in der Höhe von 20 % der verhängten Strafe aufzuerlegen (vgl. § 52 VwGVG).

7. Abschließend gilt es zudem darauf hinzuweisen, dass eine Ratenzahlungsmöglichkeit durch den Bf bei der belangten Behörde vorzubringen ist.

8. Der in der öffentlichen mündlichen Verhandlung gestellte Beweisantrag auf Einvernahme der Sachbearbeiterin des Magistrates Wels betreffend die Dokumentationskarte des Aufenthaltsrechtes wird als nicht

entscheidungswesentlich abgelehnt, da die Karte selbst nur die Dokumentation des abgeleiteten Aufenthaltsrechtes zum Gegenstand hat, nicht das Bestehen des Aufenthaltsrechts dem Grunde nach.

IV.

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. Brandstetter