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-701491/12/KLi

Datum:
Linz, 10. Jänner 2023

# IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Dr. Lidauer über die Beschwerde vom 2. Februar 2022 des F U, geb. x, StA. Nigeria, vertreten durch Dr. T L LL.M., Rechtsanwalt, x, x, gegen das Straferkenntnis der Landespolizeidirektion Oberösterreich vom 18. November 2021, GZ: VStV/920301161232/2020, wegen Übertretung des Fremdenpolizeigesetzes (FPG) nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung

zu Recht:

I. Die Beschwerde wird mit der Maßgabe als unbegründet abgewiesen, als die verletzte Verwaltungsvorschrift „§ 120 Abs. 1a Fremdenpolizeigesetz, BGBl. I Nr. 100/2005 idF BGBl. I Nr. 27/2020 iVm § 31 Abs. 1a und Abs. 1 Z 2 Fremdenpolizeigesetz, BGBl. I Nr. 100/2005 idF BGBl. I Nr. 56/2018“ und die Strafsanktionsnorm „§ 120 Abs. 1a Fremdenpolizeigesetz, BGBl. I Nr. 100/2005 idF BGBl. I Nr. 27/2020“ zu lauten hat.

II. Der Beschwerdeführer hat einen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich in Höhe von 100 Euro zu bezahlen.

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. Verfahrensgang:

I.1. Mit Straferkenntnis der Landespolizeidirektion Oberösterreich (in der Folge: belangte Behörde) vom 18. November 2021, GZ: VStV/920301161232/2020, wurde dem Beschwerdeführer (in der Folge: Bf) eine Übertretung des § 120 Abs. 1a FPG vorgeworfen und gemäß dieser Bestimmung eine Geldstrafe von 500 Euro bzw. eine Ersatzfreiheitsstrafe von 2 Tagen und 19 Stunden verhängt. Ferner wurde der Bf verpflichtet, einen Beitrag zu den Kosten des Verfahrens in der Höhe von 50 Euro zu bezahlen.

Der Bf halte sich als Fremder (§ 2 Abs. 4 Z 1 FPG), wie am x, um 18:32 Uhr Uhr von Polizeibeamten der Landespolizeidirektion Oberösterreich, PI Linz Dornach in x, x, anlässlich einer Überprüfung festgestellt worden sei, vom 31. Jänner 2020 bis mindestens x nicht rechtmäßig im Bundesgebiet auf, da für den rechtmäßigen Aufenthalt eine rechtmäßige Einreise Voraussetzung sei und während des Aufenthaltes im Bundesgebiets die Befristungen oder die Bedingungen des Einreisetitels oder des visumfreien Aufenthaltes oder die durch zwischenstaatliche Vereinbarungen, Bundesgesetz oder Verordnung bestimmte Aufenthaltsdauer nicht überschritten werden dürften. Der Bf sei 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 gewesen. Weder sei er Inhaber eines von einem Vertragsstaat ausgestellten Aufenthaltstitels noch bestehe ein Aufenthaltsrecht nach asylrechtlichen Bestimmungen. Er habe auch keinen Verlängerungsantrag als Saisonier gestellt und sei nicht Inhaber eines gültigen Aufenthaltstitels für unternehmensintern transferierte Arbeitnehmer gemäß ICT-Richtlinie eines anderen Mitgliedsstaates, auch sei er nicht gemäß der Forscher- und Studentenrichtlinie Inhaber eines gültigen Aufenthaltstitels „Forscher“ eines anderen Mitgliedsstaates, weiters sei er nicht gemäß der Forscher- und Studenten-Richtlinie Inhaber eines gültigen Aufenthaltstitels „Student“ eines anderen Mitgliedsstaates und ein rechtmäßiger Aufenthalt ergebe sich auch nicht aus anderen bundesgesetzlichen Vorschriften.

Festgestellt wurde, dass sein zuletzt vom Magistrat der Landeshauptstadt Linz erteilter gültiger Aufenthaltstitel noch bis 1. Oktober 2019 gültig gewesen sei. Am 24. September 2019 habe er einen Verlängerungsantrag gestellt, dieser sei jedoch mit Erkenntnis des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich vom 30. Jänner 2020 rechtskräftig abgewiesen worden.

I.2. Dagegen richtet sich die Beschwerde vom 2. Februar 2022, mit der das Straferkenntnis sowohl dem Grunde als auch der Höhe nach wegen Rechtswidrigkeit angefochten wurde.

Zusammengefasst brachte der Bf vor, dass gegen das Erkenntnis des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich vom 30. Jänner 2020, GZ: LVwG-750786/2/Sr, eine außerordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof erhoben worden sei; das Verfahren sei beim Verwaltungsgerichtshof noch anhängig.

Der Bf habe jedenfalls keinen Vorsatz gehabt, die ihm angelastete Verwaltungsstraftat zu begehen, weil er gedacht habe, er dürfe weiterhin in Österreich bleiben, solange der Verwaltungsgerichtshof nicht entschieden habe. Er sei einem schuldausschließenden Rechtsirrtum unterlegen.

In der Zwischenzeit habe der Bf an der X Biologische Chemie weiter studiert und habe genug ECTS für eine Verlängerung seines Studentenvisums erreicht. Sollte der Verwaltungsgerichtshof der außerordentlichen Revision stattgeben, wäre somit eine Verlängerung des Studentenvisums statthaft. Der Bf stelle den Antrag auf Aussetzung des Verwaltungsstrafverfahrens.

Der Bf habe sofort Kontakt mit dem Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl aufgenommen und sich über eine freiwillige Rückreise nach Nigeria informiert. Er arbeite mit dem BFA sehr gut zusammen und eine freiwillige Rückreise nach Nigeria sei in den nächsten Wochen geplant. Der Bf zeige damit, sich rechtstreu verhalten zu wollen.

Die persönlichen und finanziellen Verhältnisse des Bf seien bei der Strafzumessung nicht berücksichtigt worden und würden jedenfalls eine Milderung der Strafhöhe fordern.

Es werde daher der Antrag gestellt, das Verwaltungsstrafverfahren bis zur Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofes auszusetzen und nach Fortsetzung des Verfahrens das Straferkenntnis ersatzlos zu beheben und das Verfahren einzustellen; in eventu die Strafe in eine Ermahnung abzuändern; in eventu die Strafhöhe tat- und schuldangemessen auf sieben Euro herabzusetzen.

I.3. Mit Vorlageschreiben vom 4. Februar 2022 legte die belangte Behörde die Beschwerde samt dem bezughabenden Verwaltungsstraftakt, ohne eine Beschwerdevorentscheidung zu erlassen, dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zur Entscheidung vor.

I.4. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich führte am 7. November 2022 eine öffentliche mündliche Verhandlung durch, an der der Rechtsvertreter des Bf und eine Vertreterin der belangten Behörde teilnahmen, die ihren Sach- und Rechtsstandpunkt darlegten. Eine Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofes über die außerordentliche Revision des Bf lag nicht vor.

II. Nachfolgender S A C H V E R H A L T steht fest:

II.1. Der Bf ist am x geboren und Staatsangehöriger von Nigeria.

II.2. Seit 2017 war der Bf durchgehend im selben Studiengang (Biological Chemistry) gemeldet. Dabei handelt es sich um ein englischsprachiges Studium. Die Zulassung zum ordentlichen Studium erfolgte unter der Bedingung der Absolvierung der Ergänzungsprüfungen in den Fächern Mathematik, Physik und Chemie. Zuletzt war der Bf im Sommersemester 2019 als außerordentlicher Studierender gemeldet.

Mit Bescheid vom 6. November 2019, GZ: BA-4-AEG/66084, wies der Bürgermeister der Landeshauptstadt Linz den Verlängerungsantrag des Bf auf Erteilung der Aufenthaltsbewilligung „Student“ ab. Für das dem Antrag vorausgegangene Studienjahr (Wintersemester 2018/2019 sowie Sommersemester 2019) konnte der Bf keinen Studienerfolg nachweisen.

Mit Erkenntnis des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich vom 30. Jänner 2020, GZ: LVwG-750786/2/Sr, wurde die dagegen erhobene Beschwerde als unbegründet abgewiesen. Das Revisionsverfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof ist noch anhängig.

II.3. Der Bf verblieb dennoch in Österreich und setzte sein Studium fort, welches er schließlich auch abschloss.

II.4. Am 17. Februar 2022 reiste der Bf schließlich freiwillig aus Österreich aus.

III. Beweiswürdigung:

III.1. Die persönlichen Daten des Bf ergeben sich unstrittig aus dem Akteninhalt.

III.2. Die Feststellungen zum Verfahren nach dem Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz ergeben sich einerseits aus dem Erkenntnis des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich vom 30. Jänner 2020, GZ: LVwG-750786/2/Sr, und werden andererseits auch vom Bf zugestanden, der aber in rechtlicher Hinsicht die Richtigkeit dieses Erkenntisses bestreitet.

III.3. Die Feststellungen, dass der Bf sein Studium auch im Anschluss an das Erkenntnis des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich fortsetzte, weil er angenommen habe, das Revisionsverfahren in Österreich abwarten zu dürfen, entsprechen dem Vorbringen des Bf. Inwiefern vor diesem Hintergrund von einer Strafbarkeit des Bf auszugehen ist, ist eine Frage der rechtlichen Beurteilung.

III.4. Die Ausreise des Bf am 17. Februar 2022 ergibt sich aus seinem Vorbringen sowie aus einer Abfrage des Fremdenregisters.

IV. Rechtslage:

§ 120 Abs. 1a FPG – Rechtswidrige Einreise und rechtswidriger Aufenthalt – BGBl. I Nr. 100/2005 idF BGBl. I Nr. 27/2020, lautet:

„[…]

(1a) Wer als Fremder sich nicht rechtmäßig im Bundesgebiet aufhält, begeht eine Verwaltungsübertretung und ist mit Geldstrafe von 500 Euro bis zu 2.500 Euro, im Fall ihrer Uneinbringlichkeit mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Wochen, zu bestrafen. Wer wegen einer solchen Tat bereits einmal rechtskräftig bestraft wurde, ist mit Geldstrafe von 2.500 Euro bis zu 7.500 Euro oder mit Freiheitsstrafe bis zu vier Wochen zu bestrafen. Als Tatort gilt der Ort der Betretung oder des letzten bekannten Aufenthaltes; bei Betretung in einem öffentlichen Beförderungsmittel die nächstgelegene Ausstiegsstelle, an der das Verlassen des öffentlichen Beförderungsmittels gemäß dem Fahrplan des Beförderungsunternehmers möglich ist. Die Verwaltungsübertretung gemäß erster Satz kann durch Organstrafverfügung gemäß § 50 VStG in der Höhe von 500 Euro geahndet werden.

[…]“

V. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat hiezu erwogen:

V.1. Einleitend ist festzuhalten, dass der Bf im Tatzeitraum nicht über einen Aufenthaltstitel verfügte und mit Strafverfügung vom 8. Juli 2020, GZ: VStV/920301161232/2020, gemäß § 120 Abs. 1a FPG bestraft wurde, wogegen der Bf Einspruch erhob. Daraufhin wurde das nunmehr verfahrensgegenständliche Straferkenntnis erlassen.

V.2. Mit Blick auf den verfahrensgegenständlichen Zeitraum ergibt sich, dass sich der Bf trotz Rechtskraft des Erkenntnisses des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich vom 30. Jänner 2020, GZ: LVwG-750786/2/Sr, weiterhin in Österreich aufhielt.

Jedoch werden Erkenntnisse der Verwaltungsgerichte grundsätzlich mit ihrer Erlassung (formell und materiell) rechtskräftig (vgl. z. B. VwGH 30.08.2018, Ra 2018/21/0111). Insofern steht es einer Bestrafung des Bf nicht entgegen, dass das Revisionsverfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof noch anhängig ist.

V.3. Zunächst bringt der Bf dazu vor, er habe gedacht, das Revisionsverfahren in Österreich abwarten zu dürfen. Der Bf beruft sich im Ergebnis auf einen Verbotsirrtum.

Entschuldigend wirken dabei nach stRspr. nur das Vertrauen auf die einschlägige und einhellige höchstgerichtliche Rechtsprechung zum Tatzeitpunkt (VwGH 22.03.1994, 93/08/0177), von der zuständigen Behörde selbst erteilte Auskünfte über ihre Verwaltungspraxis (VwSlg 14.020 A/1994) bzw. eine tatsächlich bestehende „ständige Verwaltungsübung“ (VwGH 22.03.1994, 93/08/0177) sowie Rechtsauskünfte auf Grundlage einer vollständigen Sachverhaltsmitteilung, wenn sie von einer fachkompetenten Stelle/Person stammen und bestimmte wesentliche Kriterien erfüllen. Entschuldigend wirkt hiebei eine Rechtsauskunft der zuständigen Behörde (VwGH 04.10.2012, 2012/09/0134, 18.09.2008, 2008/09/0187), anderer fachkompetenter Institutionen, z.B. der gesetzlichen beruflichen Vertretungen (z.B. VwGH 16.11.1993, 93/07/0022, 0023), der Gebietskrankenkasse (VwSlg. 14.020 A/1994) oder auch des Kuratoriums für Verkehrssicherheit (VwSlg. 13.257 A/1990) bzw. in sehr eingeschränktem Ausmaß die Rechtsauskunft berufsmäßiger Parteienvertreter (z. B. von Rechtsanwälten). Diese muss sich jedenfalls an der maßgeblichen Rechtsprechung der Höchstgerichte und gegebenenfalls an der Rechtsmeinung der zuständigen Behörde (VwSlg. 11.744 A/1985) orientieren. Das Vertrauen auf die (falsche) Rechtsauskunft ist dem Auskunftssuchenden insbesondere dann vorwerfbar, wenn dem Beschuldigten das Spannungsverhältnis zur gegenteiligen Behördenauffassung bekannt ist oder sich unmittelbar aus dem Inhalt der Auskunft auch für den Nicht-Fachmann ersichtliche Zweifel ergeben (VwGH 22.02.2006, 2005/17/0195); (vgl. Lewisch in Lewisch/Fister/Weilguni, VStG § 5 Rz 21 (Stand 01.07.2013, rdb.at).

Der Bf hat nicht einmal behauptet eine Rechtsauskunft eingeholt zu haben, sondern hat lediglich selber diese unrichtige Rechtsauffassung angenommen.

V.4 Auch die letztendlich freiwillige Ausreise vermag den Bf nicht zu entlasten, hat der doch zunächst sein Studium fortgesetzt. Das Bestreben des Bf lag wohl auch tatsächlich in der Fortsetzung seines Studiums und nicht in einem rechtmäßigen Verhalten. Der Bf ist schließlich erst am 17. Februar 2022 aus Österreich ausgereist.

V.5. Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ist im Rahmen der objektiven Tatseite auch stets das Privat- und Familienleben eines Beschuldigten zu überprüfen (VwGH vom 29.02.2012, 2010/21/0049).

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 Aufenthaltsstatus bewusst waren;
9. die Frage, ob die Dauer des bisherigen Aufenthaltes in den Behörden zurechenbaren überlangen Verzögerungen begründet ist.

V.6. Abgesehen davon, dass der Bf in Österreich einem Studium nachging und ein persönliches Interesse hatte, dieses fortzusetzen, besteht keinerlei Privat- bzw. Familienleben. Darüber hinaus hat gerade der fehlende Studienerfolg zur Unrechtmäßigkeit des Aufenthaltes des Bf geführt. Auch dem Umstand, dass der Bf sein Studium in Österreich inzwischen abgeschlossen hat, kommt nur eingeschränkte Bedeutung zu, war ihm dies doch nur durch sein rechtswidriges Verweilen in Österreich möglich. In Abwägung dieser Umstände kommt das erkennende Gericht zum Ergebnis, dass der Eingriff in Art. 8 Abs. 1 EMRK gerechtfertigt und zulässig ist, da im ggst. Fall die in Art. 8 Abs. 2 EMRK genannten öffentlichen Interessen die privaten Interessen des Bf überwiegen.

V.7. Im Ergebnis ist daher der Schuldspruch des Straferkenntnisses zu bestätigen.

V.8. In weiterer Folge ist noch die Strafzumessung einer Überprüfung zu unterziehen.

V.9. Gemäß § 19 Abs. 1 VStG iVm § 38 VwGVG sind Grundlage für die Bemessung der Strafe die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat. Gemäß § 19 Abs. 2 VStG iVm. § 38 VwGVG sind im ordentlichen Verfahren (§§ 40 bis 46) und überdies die nach dem Zweck der Strafdrohung in Betracht kommenden Erschwerungs- und Milderungsgründe, soweit sie nicht schon die Strafdrohung bestimmen, gegen einander abzuwägen. Auf das Ausmaß des Verschuldens ist besonders Bedacht zu nehmen. Unter Berücksichtigung der Eigenart des Verwaltungsstrafrechtes sind die Bestimmungen der §§ 32 bis 35 des Strafgesetzbuches sinngemäß anzuwenden. Die Einkommens- und Vermögensverhältnisse und allfällige Sorgepflichten des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen.

Bei der Strafbemessung handelt es sich laut ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (VwGH 28.11.1966, 1846/65) innerhalb des gesetzlichen Strafrahmens um eine Ermessensentscheidung, die nach den Kriterien des § 19 VStG vorzunehmen ist. Demgemäß obliegt es der Behörde in der Begründung ihres Bescheides die für die Ermessensausübung maßgeblichen Umstände und Erwägungen insoweit aufzuzeigen, als dies für die Rechtsverfolgung durch die Parteien und für die Nachprüfung des Ermessensaktes auf eine Übereinstimmung mit dem Sinn des Gesetztes erforderlich ist (VwSlg. 8134 A/1971).

§ 19 Abs. 1 VStG enthält jene objektiven Kriterien, die Grundlage für jede Strafzumessung sind, egal ob sie durch Organmandat, Strafverfügung oder im ordentlichen Verfahren (§§ 40 bis 46 VStG) erfolgt. Darüber hinaus normiert Abs. 2 für das ordentliche Verfahren eine Reihe weiterer zu berücksichtigender subjektiver Umstände. Neben den explizit Genannten, wie insbesondere Verschulden und Einkommens- und Vermögensverhältnisse sowie allfällige Sorgepflichten, findet sich hinsichtlich der Erschwerungs- bzw. Milderungsgründe ein Verweis auf die §§ 32 bis 35 StGB.

Gemäß § 32 Abs. 2 StGB hat das Gericht bei der Bemessung der Strafe die Erschwerungs- und die Milderungsgründe, soweit sie nicht schon die Strafdrohung bestimmen, gegeneinander abzuwägen. Dabei ist vor allem zu berücksichtigen, inwieweit die Tat auf eine gegenüber rechtlich geschützten Werten ablehnende oder gleichgültige Einstellung des Täters und inwieweit sie auf äußere Umstände oder Beweggründe zurückzuführen ist, durch die sie auch einem mit den rechtlich geschützten Werten verbundenen Menschen naheliegen können.

Nach § 32 Abs. 3 StGB ist maßgeblich, wie intensiv ein Täter durch seine Handlung Pflichten verletzt hat, wie reiflich er seine Tat überlegt hat, wie sorgfältig er sie

vorbereitet oder wie rücksichtslos er sie ausgeführt hat. Besondere Milderungsgründe liegen u.a. im Fall eines reumütigen Geständnisses, eines bisherigen ordentlichen Lebenswandels bzw. bisheriger Unbescholtenheit, achtenswerter Beweggründe, bloßer Unbesonnenheit, einer allgemein begreiflichen heftigen Gemütsbewegung oder, wenn die Tat unter einem Umstand, der einem Schuldausschließungs- oder Rechtfertigungsgrund nahekommt, begangen wurde, vor (vgl. § 34 StGB).

Gemäß § 5 Abs. 1 VStG genügt zur Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten, soweit die Verwaltungsvorschrift über das Verschulden nicht anderes bestimmt. Da die verfahrensgegenständliche Bestimmung über das Verschulden nicht anderes bestimmt, genügt nach § 5 Abs. 1 VStG zur Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten.

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 (sog „Ungehorsamsdelikt“).

Das FPG enthält keine eigene Regelung hinsichtlich des Verschuldens, weshalb § 5 Abs. 1 VStG zur Anwendung kommt, wonach zur Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten genügt.

Der Bf hat somit sein objektiv rechtswidriges Verhalten auch subjektiv zu verantworten.

V.10. Gemäß § 45 Abs. 1 Z 4 VStG hat die Behörde von der Einleitung oder Fortführung eines Strafverfahrens abzusehen und die Einstellung zu verfügen, wenn die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat und das Verschulden des Beschuldigten gering sind. Anstatt die Einstellung zu verfügen, kann die Behörde dem Beschuldigten im Fall der Z 4 unter Hinweis auf die Rechtswidrigkeit seines Verhaltens mit Bescheid eine Ermahnung erteilen, wenn dies geboten erscheint, um ihn von der Begehung strafbarer Handlungen gleicher Art abzuhalten. Die Voraussetzungen für die Erteilung einer Ermahnung müssen kumulativ vorliegen. Nur dann kann eine Ermahnung ausgesprochen werden.

Die Bedeutung des geschützten Rechtsgutes ist im vorliegenden Fall als hoch einzustufen, insbesondere der Stellenwert der Einhaltung fremdenpolizeilicher Normen, sowohl in gesetzlicher als auch in gesellschaftlicher Hinsicht. Die zeigt nicht zuletzt auch die höchstgerichtliche Rechtsprechung.

Eine Anwendung des § 45 Abs. 1 letzter Satz VStG (Ermahnung) und damit verbunden das Absehen von einer Strafe scheidet aber auch insofern aus, als das

tatbildmäßige Verhalten des Bf nicht hinter dem in der betreffenden Strafdrohung typisierten Unrechts- und Schuldgehalt zurückbleibt.

V.11. § 20 VStG bestimmt, dass dann, wenn die Milderungsgründe die Erschwerungsgründe beträchtlich überwiegen, die Mindeststrafe bis zur Hälfte unterschritten werden kann.

Eine Herabsetzung der Strafe unter die Mindeststrafe kommt aber im vorliegenden Fall nicht in Betracht, da es nicht zu einem beträchtlichen Überwiegen der Milderungsgründe im Vergleich zu den Erschwerungsgründen gekommen ist.

V.12. Im vorliegenden Fall ist insbesondere zu würdigen, dass der Bf schon – wie im Straferkenntnis vorgeworfen – seit 31. Jänner 2020 nicht mehr rechtmäßig in Österreich aufhältig war.

In der Verhandlung vor dem erkennenden Gericht hat der Rechtsvertreter des Bf außerdem zum Ausdruck gebracht, dass der Bf weiterhin von einem rechtmäßigen Aufenthalt in Österreich ausgegangen sei und den Ausgang des Revisionsverfahrens vor dem Verwaltungsgerichtshof abwarten habe wollen. Wenngleich der Bf irrtümlich von der Rechtsmäßigkeit des Abwartens ausgegangen sein mag, stellt diese Annahme keinen Verbotsirrtum dar. Vielmehr wäre der Bf gehalten gewesen, sich über die Rechtmäßigkeit bzw. Rechtswidrigkeit seines Verbleibes in Österreich zu informieren.

Dass der Bf sich später beim Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl doch noch über eine freiwillige Ausreise informiert hat, fällt dabei nicht mildernd ins Gewicht, hat der Bf diese Bemühungen erst sehr spät unternommen. Insbesondere hat er diese Bemühungen offensichtlich erst unternommen, als er durch den rechtswidrigen Verbleib in Österreich sein Studium abschließen konnte. Der Bf ist dann auch erst am 17. Februar 2022 nach Nigeria ausgereist. In Anbetracht dieser zeitlichen Umstände war es nicht ein entschuldbarer Irrtum, der den Bf zum Verbleib in Österreich veranlasst hat, sondern das Bestreben, sein Studium dennoch fortzusetzen.

Nachdem dieses (nunmehr abgeschlossene) Studium auch der ursprüngliche Anlass für einen Aufenthalt in Österreich war, ist dieser Zweck erfüllt und ist die Ausreise des Bf daher nicht mildernd zu bewerten.

V.13. Die belangte Behörde hat lediglich die Mindeststrafe verhängt. Im Ergebnis war die Beschwerde daher als unbegründet abzuweisen und das angefochtene Straferkenntnis vollumfänglich zu bestätigen.

V.14. 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 Verfahrens zu leisten hat. Dieser Beitrag ist Abs. 2 leg. cit. zufolge für das Beschwerdeverfahren mit 20 % der verhängten Strafe, mindestens jedoch mit 10 Euro zu bemessen.

In diesem Sinn war dem Bf auch ein Beitrag zu den Kosten des Verfahrens vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich in der Höhe von 20 % der verhängten Strafe, das sind 100 Euro, aufzuerlegen.

VI. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

VI.1. 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. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Es liegen auch keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

VI.2. Darüber hinaus stellt die konkrete Beurteilung der Strafzumessung immer auf den jeweiligen Beschuldigten ab. Dazu sind immer die jeweils vorliegenden Milderungs- und Erschwerungsgründe abzuwägen. Die Strafzumessung ist insofern das Resultat der konkreten Sachverhaltsfeststellungen und der konkreten Beweiswürdigung. Die Strafzumessung ist somit stets einzelfallbezogen und nicht verallgemeinerungsfähig. Eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung liegt insofern nicht vor. Vor allem aus diesem Grund war die ordentliche Revision für unzulässig zu erklären (vgl. VwGH 5.3.2015, Ra 2015/02/0027; 19.1.2018, Ra 2018/02/0022; 7.8.2019, Ra 2019/02/0016). Schließlich hat die belangte Behörde die gesetzlich vorgesehene Mindeststrafe verhängt, sodass auch unter diesem Gesichtspunkt keine revisible Rechtsfrage vorliegt.

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, soweit nicht gesetzlich etwas anderes bestimmt ist. 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. Lidauer