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
DVR: 4011090

Geschäftszeichen:
LVwG-700260/2/BP/JB

Datum:
Linz, 4. Mai 2017

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Mag. Dr. Pree über die Beschwerde des M F, StA Nigeria, S, gegen das Straferkenntnis der Landespolizeidirektion Oberösterreich vom 21. März 2017, GZ: VStV/917300317313/2017, wegen einer Übertretung des Fremdenpolizeigesetzes

zu Recht:

I. Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

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

III. Gegen dieses Erkenntnis ist eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I.

I.1. Mit Straferkenntnis der Landespolizeidirektion Oberösterreich vom 21. März 2017, GZ: VStV/917300317313/2017, wurde über den Beschwerdeführer (in der Folge: Bf) gemäß § 120 Abs. 1a des Fremdenpolizeigesetzes (FPG) eine Geldstrafe in der Höhe von 500 Euro sowie im Falle der Uneinbringlichkeit eine Ersatzfreiheitsstrafe von 3 Tagen verhängt.

Die belangte Behörde führt dabei folgenden Tatvorwurf aus:

„Sie hielten sich als Fremder (§ 2 Abs. 4 Z 1 FPG), wie am 02.03.2017 in 4020 Linz, Nietzschestraße 33, Fremdenpolizei festgestellt wurde; seit mindestens 03..02.2017 nicht rechtmäßig im Bundesgebiet auf; 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 einen 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 keine Aufenthaltsbewilligung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz mit einer Gültigkeitsdauer/ bis zu sechs Monaten keine Entsendebewilligung keine EU Entsendebestätigung keine Anzeigenbestätigung gemäß § 3 Abs. 5 AuslBG und keine Anzeigenbestätigung gemäß § 18 Abs. 3 AuslBG mit einer Gültigkeitsdauer bis zu sechs Monaten inne und ein rechtmäßiger Aufenthalt ergibt sich nicht aus anderen bundesgesetzlichen Vorschriften. Ihr Antrag auf internationalen Schutz vom 19.09.2016 wurde ohne in die Sache einzutreten als unzulässig zurückgewiesen, r.k. seit 3.2.2017.“
[Hervorhebungen nicht übernommen]

Begründend führt die belangte Behörde ua. aus:
„Mit Strafverfügung der LPD OÖ vom 02.03.2017, wurde über Sie gemäß § 120 Abs. 1a FPG, BGBl. 100/2005 idgF eine Geldstrafe in der Höhe von 500,-- Euro sowie im Falle der Uneinbringlichkeit eine Ersatzfreiheitsstrafe von 3 Tagen verhängt.

Sie halten sich als Fremder nicht rechtmäßig im Bundesgebiet auf, da Ihr Antrag auf internationalen Schutz vom 19.09.2016 ohne in die Sache einzutreten als unzulässig zurückgewiesen wurde.

(...)

Gegen die Strafverfügung der LPD OÖ vom 02.03.2017 brachten Sie rechtzeitig Einspruch ein.

Ihren Einspruch begründeten Sie wie folgt:

Erst mit Zustellung der Strafverfügung haben sie von einer zurückweisenden Entscheidung erfahren. Da es sich um ein „Dublin-Verfahren" handelt, sind die österreichischen Behörden verpflichtet die Überstellung durchzuführen. Da die österreichischen Behörden eine Überstellung noch nicht durchgeführt haben, kann Ihnen nicht vorgeworfen werden.

Der Asylbescheid wurde Ihnen am 18.01.2017 persönlich übergeben. Sie hielten sich somit mit Rechtskraft am 3.2.2017 illegal im Bundesgebiet auf. Es wäre Ihnen freigestanden, dass Land freiwillig zu verlassen.

(...)

Im Grunde stellen Sie ausschließlich die Entscheidung des BFA in Frage, indem Sie im Einspruch vorbringen, einen Wiedereinsetzungsantrag verbunden mit einer Beschwerde einbringen zu wollen.

Es ist somit vom Vorliegen auch der subjektiven Tatseite in Form fahrlässigen Verhaltens auszugehen.

Sie wenden nun ein, dass Sie sich nie einem Abschiebeverfahren entzogen hätten und man Ihnen kein Nichtmitwirken vorwerfen könne.

Dabei übersehen Sie aber, dass es (im hier relevanten Tatzeitraum) durchaus ihre Pflicht gewesen wäre und auch noch immer ist, freiwillig auszureisen, denn es kann ihnen sehr wohl zugemutet werden, sich um die Beendigung eines rechtswidrigen Zustandes zu bemühen.

(...)

Hinsichtlich der Strafhöhe ist anzumerken, dass ohnehin lediglich die gesetzliche Mindeststrafe verhängt wurde.
Für die erkennende Behörde steht fest, dass Sie sich seit dem rechtskräftigen Abschluss der Zurückweisung ihres Antrages auf internationalen Schutz unrechtmäßig im Bundesgebiet von Österreich aufhalten und somit gegen die angeführten Bestimmungen des Fremdenpolizeigesetzes verstoßen, weshalb nun spruchgemäß zu entscheiden war.
(...)

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. Bemerkt wird, dass Sie sich nach wie vor in der Grundversorgung befinden.
[Hervorhebungen nicht übernommen]

I.2. Gegen dieses Straferkenntnis richtet sich die vorliegende, durch den Bf rechtzeitig eingebrachte Beschwerde vom 24. April 2017, in welcher der Antrag

gestellt wird, das gegenständliche Straferkenntnis der LPD OÖ ersatzlos zu beheben.

Die Beschwerde wird ua. wie folgt begründet:
„Gem. § 45 Abs.1 Z. 2 VStG hat die Behörde die Einstellung des Verfahrens zu verfügen, wenn Umstände vorliegen, die die Strafbarkeit aufheben.

Diese Umstände sind in meinem Fall gegeben:

Es ist richtig, dass mein Asylverfahren seit Zustellung des BFA Bescheides vom 18.01.2017 zu Zahl 1129952007-161269563 rechtskräftig negativ beendet ist und mein asylrechtliches Aufenthaltsrecht im Bundesgebiet seither nicht mehr besteht. Die Bestrafung meiner Person gem. § 120 Abs. 1 a iVm § 31 Abs. 1 FPG ist unzulässig. Da mein Asylverfahren als „Dublin-Verfahren" geführt (wurde) und mit der Entscheidung beendet worden ist, dass meine Abschiebung nach Italien für zulässig erklärt wurde und von daher eine „Außerlandesbringung angeordnet" (eine sogenannte „freiwillige Ausreise" ist nicht vorgesehen) wurde, befinde ich mich derzeit im Überstellungsverfahren gem. der Dublin-III-Verordnung nach Italien.
Dieses verpflichtet die österreichischen Behörden, eine Überstellung im Zusammenwirken mit den italienischen Behörden vorzunehmen.

Es obliegt daher den österreichischen Behörden, meine Überstellung nach Italien durchzuführen. Ich habe mich diesem Verfahren nicht entzogen. Die Überstellung wurde bis dato noch nicht vorgenommen.

Der Sachverhalt, dass die österreichischen Behörden die gebotene Überstelllung noch nicht vorgenommen haben, kann mir richtigerweise nicht angelastet werden und sohin auch nicht mein weiterhin unrechtmäßiger Aufenthalt, welcher daher kein strafbares Verhalten darstellen kann, weshalb die Behörde das gegenständliche Straferkenntnis aufheben möge.“
[Hervorhebungen nicht übernommen]

I.3. Mit Schreiben vom 25. April 2017 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 Parteienvorbringen.

Nachdem der entscheidungswesentliche Sachverhalt hinreichend geklärt war, keine 500 Euro übersteigende Geldstrafe verhängt wurde und im Verfahren lediglich eine Rechtsfrage aufgeworfen war, zu deren Lösung auch im Sinne der Judikatur des EGMR eine mündliche Verhandlung nicht geboten ist, konnte von der Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung abgesehen werden.

I.5. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich geht bei seiner Entscheidung von dem unter Punkt I.1. dieses Erkenntnisses dargestellten relevanten Sachverhalt aus.

II.

Nachdem der entscheidungsrelevante Sachverhalt völlig unbestritten feststand, kann auf eine detaillierte Beweiswürdigung verzichtet werden.

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 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.

III.2.1. Zunächst ist festzuhalten, dass auch der Bf selbst nicht bestreitet im vorgeworfenen Tatzeitraum über keinerlei Aufenthaltstitel verfügt zu haben, weshalb dieser Umstand als gegeben angenommen werden kann.

Allerdings sieht der Bf die Tat deshalb nicht als erfüllt an, weil er keine Notwendigkeit bzw. keine rechtliche Möglichkeit sehen würde von sich aus aus Österreich auszureisen, da er ja Teil eines Überstellungsverfahrens nach der III. Dublin-Verordnung sei und von den hiesigen Behörden nach Italien überstellt werden müsse.

Hier ist dem Bf jedoch zu entgegnen, dass er sehr wohl die Verpflichtung gehabt hätte bzw. hat, von sich aus den illegalen Aufenthalt ehestmöglich zu beenden. Er befindet sich nicht in Schubhaft oder anderweitiger Internierung, ist sohin faktisch durchaus in der Lage freiwillig nach Italien auszureisen, wobei hier korrespondierend auf Art. 29 der Dublin III - Verordnung hingewiesen wird. Ein bloßes passives Abwarten, ob und wann die österreichischen Behörden den Abschiebevorgang (nicht zuletzt wegen des bestehenden illegalen Aufenthalts) durchführen, kann nicht als Rechtfertigung dieses gesetzwidrigen Zustandes herangezogen werden.

Zur Erfüllung des objektiven Tatbestands ist jedoch 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. Eingangs ist bei der Interessensabwägung festzustellen, dass im Fall des Bf sowohl das Privat- als auch das Familienleben nicht erkennbar betroffen ist, zumal sich Gegenteiliges weder aus dem Akt noch aus der Beschwerde selbst ergibt. Angesichts des nur relativ kurzen Aufenthalts im Bundesgebiet von wenigen Monaten ergänzt sich diese Annahme noch zusätzlich.

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. Wenn sich der Bf nun darauf beruft, dass er sich zu keiner Eigeninitiative veranlasst gesehen habe bzw. sieht, den illegalen Aufenthalt seinerseits zu beenden, weil dies in der Zuständigkeit der Behörden läge, kann ihn diese irrige Ansicht jedenfalls nicht entschuldigen, da er nach objektiven Maßstäben hätte erkennen müssen, dass er zur Beendigung des rechtswidrigen Zustandes verpflichtet gewesen wäre.

III.3.4. Daher ist im Ergebnis jedenfalls von fahrlässigem Verhalten auszugehen und das Vorliegen der subjektiven Tatseite 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; dies unter Berücksichtigung des Umstandes, dass der Bf den Milderungsgrund der verwaltungsstrafrechtlichen Unbescholtenheit für sich ins Treffen führen kann.

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

Für ein gänzliches Absehen von der Strafe mangelt es jedenfalls am geringen Verschulden, weshalb § 45 Abs. 1 Z 4 VStG nicht zur Anwendung gebracht werden kann.

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 dem Bf ein Beitrag zu den Kosten des Verfahrens vor dem LVwG 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 dieses Erkenntnis 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 Eingabegebühr 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.

H i n w e i s

Anträge auf Bewilligung der Verfahrenshilfe zur Abfassung und Einbringung einer außerordentlichen Revision sind unmittelbar beim Verwaltungsgerichtshof einzubringen.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Dr. Pree