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-700240/9/MB/BD

Datum:
Linz, 12. März 2018

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Dr. Brandstetter über die Beschwerde des A A, vertreten durch Rechtsanwalt E W D, W, gegen das Straferkenntnis der Landespolizeidirektion Oberösterreich vom 14. Februar 2017, GZ: VStV/917300114777/2017, wegen Übertretung des Fremdenpolizeigesetzes nach Abhaltung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 15. Jänner 2018

zu Recht:

I. Die Beschwerde wird mit der Maßgabe abgewiesen als sich der Tatzeitraum beginnend mit 5.11.2016 darstellt. Darüber hinaus wird das Straferkenntnis der belangten Behörde vollinhaltlich bestätigt.

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 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 vom 14. Februar 2017, GZ: VStV/917300114777/2017, 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 sprach darüber wie folgt ab:
„Sie halten sich als Fremder (§ 2 Abs. 4 Z 1 FPG) wie am 24.01.2017 von Beamten der Landespolizeidirektion Oberösterreich, EGFA FB 04 - Fremdenpolizei in Linz, Nietzschestraße 33, anlässlich einer Aktenüberprüfung festgestellt wurde, seit mindestens 07.07.2016 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 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 keine Beschäftigungsbewilligung 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 Asylverfahren wurde mit Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichtes vom 06.06.2016 negativ entschieden, gleichzeitig wurde eine Rückkehrentscheidung erlassen. Das Verfahren ist mit 23.06.2016 in Rechtskraft erwachsen. Die Frist von 14 Tagen zur freiwilligen Ausreise ließen Sie ungenutzt verstreichen, weshalb Sie sich seit 07.07.2016 unrechtmäßig im Bundesgebiet aufhalten.“
[Hervorhebungen nicht übernommen]

Begründend führte die belangte Behörde Nachstehendes aus:
„Mit Strafverfügung der LPD OÖ vom 24.01.2017, 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 Asylverfahren seit 23.06.2016 rechtskräftig negativ abgeschlossen ist; die gleichzeitig erlassene Rückkehrentscheidung ist ebenfalls seit 23.06.2016 rechtskräftig.
Sie sind weder auf Grund einer Aufenthaltsberechtigung oder Dokumentation des Aufenthaltsrechts nach dem Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz noch auf Grund

asylrechtlicher Bestimmungen, zwischenstaatlicher Vereinbarung, bundesgesetzlicher Vorschriften oder Verordnung zur Niederlassung oder zum Aufenthalt im Bundesgebiet berechtigt. Des weiteren sind Sie auch nicht Inhaber eines von einem Vertragsstaat ausgestellten Aufenthaltstitels, einer Beschäftigungsbewilligung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz mit einer Gültigkeitsdauer von sechs Monaten, einer Entsendebewilligung, einer EU-Entsendebestätigung, einer Anzeigebestätigung nach § 3 Abs. 5 AuslBG oder einer Anzeigebestätigung nach § 18 Abs. 3 AuslBG mit einer Gültigkeitsdauer bis zu sechs Monaten. Sie haben kein Aufenthaltsrecht nach § 31 Abs. 1 Fremdenpolizeigesetz.

Für die Behörde besteht kein Zweifel, dass Sie Sich seit 24.06.2016 nicht rechtmäßig im Bundesgebiet der Republik Österreich aufhalten. Es ist unbestritten, dass Sie nicht im Besitz einer Berechtigung iSd. § 31 FPG gewesen sind. Der illegale Aufenthalt stellt eine Verwaltungsübertretung iSd. § 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 ihnen angelastete Verwaltungsübertretung in der Schuldform der Fahrlässigkeit begangen haben.

Gegen die Strafverfügung der LPD ÖO vom 24.01.2017 brachten Sie rechtzeitig einen Einspruch ein.

Sie bitten auf Verfahrenseinstellung aus nachfolgenden Gründen:
„Ich komme aus Somalia. Zwar hat das BFA eine Rückkehrentscheidung getroffen und festgestellt, es sei meine Abschiebung nach Somalia zulässig, defacto ist aber weder meine Ausreise noch meine Abschiebung möglich, da Somalia in Österreich keine Vertretungsbehörde unterhält, Somalia auch generell unwillig ist, Dokumente auszustellen, und ich daher keine Möglichkeit habe zu einem Reisedokument zu kommen.
Entsprechend der Länderinformation der Staatendokumentation ist die Ausstellung eines Reisepasses für mich nicht möglich, weil ich weder über eine Geburtskurkunde, noch über einen Personalausweis verfüge:
„Im Dezember 2013 hat die somalische regierung eine neues System und gleichzeitig ein neues Zentrum für die Ausstellung von Pässen und Personalausweisen in Mogadischu eingerichtet. Die Daten - inklusive Biometrie - werden elektronisch erfasst. Für die Erstellung eines Passes müssen zuvor zwingend ein Personalausweis und eine Geburtsurkunde eingeholt werden. Allerdings sind die Kapazitäten eingeschränkt und ausschließlich in Mogadischu sowie an wenigen Botschaften verfügbar.
(LIF Somalia mit letzter Kurzinformation vom 20.09.2016, BFA Staatendokumentation, Pkt 21.1) Dieses Schicksal teile ich mit dem BFA welches auch nicht in der Lage ist meinen Aufenthalt zu beenden.
Dazu kommt: Aufgrund der aus Kenia äußerst zahlreich zwangsweise repatriierten Somalia (dort werden Flüchtlingslager geschlossen) und der Heimkehr zahlreicher Somalier aus dem kriegsgeschüttelten Jemen sind in Somalia die Aufnahmekapazitäten mittlerweile ausgereizt. „Die AMISOM-Offensiven im Jahr 2015 und Dürre haen zur Vertreibung von weiteren 42.000 Personen geführt (USDOS 13.4.2016). Die Aufnahmekapazität der Zufluchtsgebiete ist begrenzt (AA 1.12.2015; vgl. ÖB 10.2015), und die Situation angesichts der mehr als einer Million IDPs sowie durch die Rückkehrer bzw. Flüchtlinge aus dem Jemen sehr angespannt. Brennpunkte sind dabei das Umland von Mogadischu mit Hunderttausenden Binnenvertriebenen sowie Hargeysa und die Hafenstadt Bossaso in Puntland (AA 1.12.2015)." (LIFaoo.Pkt22)

Verschärft wir die Lage noch durch die in Somalia herrschende Hungersnot aufgrund großflächiger Dürre:
„Periodisch wiederkehrende Dürreperioden mit Hungerskrisen und die äußerst mangelhafte Gesundheitsversorgung sowie der mangelhafte Zugang zu sauberem Trinkwasser und das Fehlen eines funktionierenden Abwassersystems machen Somalia seit Jahrzehnten zum Land mit dem größten Bedarf an internationaler Nothilfe (AA 1.12.2015). Die Versorgungslage ist anhaltend schlecht und hat sich im Jahr 2015 aufgrund der Nahrungsmittelknappheit zusätzlich verschlechtert u (ÖB 10.2015). Die Grundversorgung der Bevölkerung mit Nahrungsmitteln ist nicht gewährleistet (AA 1.12.2015). „ (LIF aao. Pkt 23)
Es ist also die Rückkehr nicht nur nicht möglich, sondern mir aufgrund jüngster Länderinformation auch nicht zumutbar. Mein Aufenthalt ist daher defacto geduldet und nicht strafbar. Jedenfalls aber muss gelten, dass der so erforderliche Aufenthalt in Österreich nicht bestraft werden darf.

A A"

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 Ausländerbeschäftigungs-gesetz 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.

Gemäß § 120 Abs. 1a des Fremdenpolizeigesetzes 2005 - FPG, BGBl. I Nr. 100/2005, in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 50/2012, 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.

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).

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.
Zunächst ist wiederum festzustellen, dass das Asylverfahren am 23.06.2016 nach Prüfung durch den Bundesverwaltungsgerichtshof, der die Fluchtgründe materiell erörterte, rechtskräftig negativ abgeschlossen wurde, woraus für Sie eine Ausreiseverpflichtung entstand, worauf Sie auch im Bescheid des BvWG explizit hingewiesen wurden. Des darauf folgenden illegalen Aufenthalts mussten Sie Sich also klar bewusst gewesen sein.

Nachdem die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichtes vor 8 Monaten ergangen ist, kann nicht davon gesprochen werden, dass sich seit dieser Entscheidung der Sachverhalt maßgeblich im Hinblick auf die Zulässigkeit einer Rückkehrentscheidung geändert hat. Noch dazu hat der Verwaltungsgerichtshof am 05.10.2016 in seinem Beschluss Ihre Revision in den Spruchpunkten A. I, II und in Teilen des Spruchpunktes III gegen das Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichtes vom 06.06.2016 zurückgewiesen.
Das Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichtes - nunmehr seit fast 8 Monaten hinweg ignorierend - , das ja die Ausreiseverpflichtung explizit anführte, verharren Sie 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 haben würde.
Im Grunde stellen Sie ausschließlich die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichtes in Frage.
Sie vertrauen offenbar lediglich darauf vertraut nicht abgeschoben werden zu können, ohne die rechtlichen Gegebenheiten anzuerkennen.
Es ist somit vom Vorliegen auch der subjektiven Tatseite in Form fahrlässigen Verhaltens auszugehen.
Sie wenden ein, dass Sie sich keinen Reisepass besorgen können, da Sie weder über eine Geburtsurkunde noch über einen Personalausweis verfügen. Es geht aus Ihrem Einspruch jedoch nicht hervor, ob Sie jemals auch nur versucht haben, mit den somalischen Behörden in Kontakt zu treten um sich Dokumente zu besorgen.
Sie übersehen dabei aber, dass es (im hier relevanten Tatzeitraum) durchaus Ihre Pflicht gewesen wäre und auch noch immer ist, aktiv die Beischaffung des Reisepasses zu betreiben, denn es kann Ihnen sehr wohl zugemutet werden, sich um die Beendigung eines rechtswidrigen Zustandes zu bemühen.

Gemäß § 19 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 "§§ 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.
Hinsichtlich der Strafhöhe ist anzumerken, dass ohnehin lediglich die gesetzliche Mindeststrafe verhängt wurde.
Betreffend die außerordentliche Strafmilderung ist festzuhalten, dass, auch wenn man die bisherige Unbescholtenheit als Milderungsgrund anerkennt, diese jedenfalls nicht zu einem klaren Überwiegen führen kann, da der von der Strafnorm angesprochene Unrechtsgehalt des Handelns keinesfalls erheblich gemildert wird, indem man den illegalen Aufenthalt aufrecht erhaltend nach Alternativen einer dauerhaften Verbleibemöglichkeit beschreitet.

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 ebenfalls nicht ausgegangen werden.

Für die erkennende Behörde steht fest, dass Sie sich seit dem rechtskräftigen Abschluss des Asylverfahrens unrechtmäßig im Bundesgebiet von Österreich aufhalten und somit gegen die angeführten Bestimmungen des Fremdenpolizeigesetzes verstoßen, weshalb nun spruchgemäß zu entscheiden war. Wie der Verwaltungsgerichtshof in mehreren Erkenntnissen ausgesprochen hat, besteht ein hohes Interesse der Allgemeinheit an der Einhaltung der die Einreise und den Aufenthalt von Fremden regelnden Vorschriften an der Einhaltung der die Einreise und den Aufenthalt von Fremden regelnden Vorschriften durch die Normadressaten im Hinblick auf den Schutz der öffentlichen Ordnung.

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.

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.
Die Kostenentscheidung ist gesetzlich begründet.
Bei Vorliegen besonders triftiger Gründe können Sie bei der ha. Behörde eine Ratenzahlung beantragen."
[Hervorhebungen nicht übernommen]

2. Mit Schreiben vom 17. März 2017 erhob der Bf in rechtsfreundlicher Vertretung fristgerecht das Rechtsmittel der Beschwerde und führte darin wie folgt aus:
„Mit Straferkenntnis vom 14.2.2017, zugestellt am 17.2.2017, bestraft mich die Behörde aufgrund meines unrechtmäßigen Aufenthalts „seit mindestens 7.7.2016" in Österreich.

Gegen dieses Straferkenntnis erhebe ich in offener Frist

Beschwerde an das Landesverwaltungsgericht OÖ

wegen Rechtswidrigkeit. Gegenständliches Straferkenntnis verletzt mich im Recht nicht nach dem Fremdenpolizeigesetz bestraft zu werden.

Sachverhalt und Begründung
In meinem Einspruch vom 30.1.2017 führte ich zu meiner Rechtfertigung aus:
„Ich komme aus Somalia. Zwar hat das BFA eine Rückkehrentscheidung getroffen und festgestellt, es sei meine Abschiebung nach Somalia zulässig, defacto ist aber weder meine Ausreise noch meine Abschiebung möglich, da Somalia in Österreich keine Vertretungsbehörde unterhält, Somalia auch generell unwillig ist, Dokumente auszustellen, und ich daher keine Möglichkeit habe zu einem Reisedokument zu kommen.
Entsprechend der Länderinformation der Staatendokumentation ist die Ausstellung eines Reisepasses für mich nicht möglich, weil ich weder über eine Geburtsurkunde, noch über einen Personalausweis verfüge:
„ Im Dezember 2013 hat die somalische Regierung ein neues System und gleichzeitig ein neues Zentrum für die Ausstellung von Pässen und Personalausweisen in Mogadischu eingerichtet. Die Daten - inklusive Biometrie - werden elektronisch erfasst. Für die Erstellung eines Passes müssen zuvor zwingend ein Personalausweis und eine Geburtsurkunde eingeholt werden. Allerdings sind die Kapazitäten eingeschränkt und ausschließlich in Mogadischu sowie an wenigen Botschaften verfügbar.
(LIFSomalia mit letzter Kurzinformation vom 20.9.2016, BFA Staatendokumentation, Pkt 21.1)
Dieses Schicksal teile ich mit dem BFA welches auch nicht in der Lage ist meinen Aufenthalt zu beenden.
Dazu kommt: Aufgrund der aus Kenia äußerst zahlreich zwangsweise repatriierten Somalia (dort werden Flüchtlingslager geschlossen) und der Heimkehr zahlreicher Somalier aus dem kriegsgeschüttelten Jemen sind in Somalia die Aufnahmekapazitäten mittlerweile ausgereizt.
„Die AMISOM-Offensiven im Jahr 2015 und Dürre haben zur Vertreibung von weiteren 42.000 Personen geführt (USDOS 13.4.2016). Die Aufnahmekapazität der Zufluchtsgebiete ist begrenzt (AA 1.12.2015; vgl ÖB 10.2015), und die Situation angesichts der mehr als einer Million IDFs sowie durch die Rückkehrer bzw. Flüchtlinge aus dem Jemen sehr angespannt. Brennpunkte sind dabei das Umland von Mogadischu mit

Hunderttausenden Binnenvertriebenen sowie Hargeysa und die Hafenstadt Bossaso in Puntland (AA 1.12.2015). " (LIFaoo. Pkt 22)
Verschärft wird die Lage noch durch die in Somalia herrschende Hungersnot aufgrund großflächiger Dürre:
„Periodisch wiederkehrende Dürreperioden mit Hungerkrisen und die äußerst mangelhafte Gesundheitsversorgung sowie der mangelhafte Zugang zu sauberem Trinkwasser und das Fehlen eines funktionierenden Abwassersystems machen Somalia seit Jahrzehnten zum Land mit dem größten Bedarf an internationaler Nothilfe (AA 1.12.2015). Die Versorgungslage ist anhaltend schlecht und hat sich im Jahr 2015 aufgrund der Nahrungsmittelknappheit zusätzlich verschlechtert (ÖB 10.2015). Die Grundversorgung der Bevölkerung mit Nahrungsmitteln ist nicht gewährleistet (AA 1.12.2015). " (LIFaao. Pkt 23)

Es ist also die Rückkehr nicht nur nicht möglich, sondern mir aufgrund Jüngster Länderinformation auch nicht zumutbar. Mein Aufenthalt ist daher defacto geduldet und nicht strafbar, jedenfalls aber muss gelten, dass der so erforderliche Aufenthalt in Österreich nicht bestraft werden darf."
Dazu stellt die Behörde fest, aufgrund des vor 8 Monaten ergangenen BVwG-Erkenntnisses mit welchem eine Rückkehrentscheidung ausgesprochen worden war, habe sich der Sachverhalt nicht geändert. Ich habe das Erkenntnis über 8 Monate hin ignoriert, mein Aufenthalt in Österreich nach Beendigung des Asylverfahrens sei rechtswidrig, die Nichtbetreibung der Heimreise durch Reisepassbeschaffung sei zumindest fahrlässig.

Dazu ist festzustellen:
Ich habe mich bis zum 4.11.2016 rechtmäßig in Österreich aufgehalten, am 21.10.2016 wurde die Zurückweisung der Revision des Verwaltungsgerichtshofes zu Ra 2016/19/0158 zugestellt, danach begann die 14tätige Ausreisefrist, davor erteilte mir der VwGH mit Beschluss vom 18.8.2016 die aufschiebende Wirkung gemäß § 30 Abs 2 VwGG. sodass ich mich nicht ab 7.7.2016 rechtswidrig in Österreich aufhielt. Der Spruch enthält somit einen icht berichtigungsfähigen Mangel, sodass das Straferkenntnis schon deshalb rechtswidrig ist.
Das Straferkenntnis ist aber auch deshalb rechtswidrig, weil sich in der Tat die Situation in Somalia erheblich verschlimmert hat:
KI vom 19.1.2017: Dürre (betrifft: Abschnitt 23 / Grundversorgung)
Nach einer schwachen Gu-Regenzeit im Jahr 2016 blieben auch die Regenfalle der Deyr-Regenzeit Ende 2016 aus. Von der Nahrungsversorgungsunsicherheit am schlimmsten betroffen sind landwirtschaftlich genutzte Gebiete im Süden und nomadisch genutzte Gebiete im Nordosten des Landes (FEWSNET 16.1.2017). Alleine im sogenannten South-West-State sind 820.000 Menschen dringend auf humanitäre Hilfe angewiesen. Viele suchen in größeren Städten nach Hilfe. Der Gouverneur der Region Bay schätzt, dass bereits rund 3.000 Familien aus ländlichen Gebieten nach Baidoa geflohen sind (UNSOM 16.1.2017). Dabei ziehen Nahrungsmittelpreise an: Der Preis für Mais liegt in Qoryooley 51% über dem Fünfjahresmittel; für Sorghum in Baidoa um 88% darüber (b EWSNET 16.1.2017).
Die humanitäre Situation in Somalia ist zunehmend fragil. Fünf Millionen Menschen sind auf humanitäre Hilfe angewiesen (UNOCHA 12.1.2017; vgl UNSOM 16.1.2017) und leiden unter Nahrungsversorgungsunsicherheit (FAO 20.12.2016). 3,9 Millionen davon gelten als

„stressed", 1,1 Millionen Menschen leiden unter akuter Nahrungsversorgungsunsicherheit (acutely food insecure) (UNOCHA 12.1.2017) und befinden sich auf den WC-Stufen drei (Krise) und 4 (Not/Emergency).
(aus; Länderinformation der Staatendokumentation vom 19.1.2017, Seite 6)
Im Falle meiner Rückkehr wäre auch ich auf humanitäre Hilfe angewiesen und würde trotzdem unter Nahrungsversorgungsunsicherheit leiden. Art 3 MRK verbietet demnach meine Abschiebung nach Somalia und gehe ich davon aus, dass mein Aufenthalt aufgrund vorliegenden Abschiebeverbotes zu dulden und damit nicht strafbar ist. Keinesfalls darf ich durch Bestrafung meines Aufenthalts in ein (de facto bürgerkriegsführendes) Land getrieben werden in dem ein Überleben nur mit Glück möglich ist.
Der Behörde ist hier vorzuwerfen keiner Erhebung zur Lage in Somalia angestellt zu haben. Schließlich ist auch meine Rückkehr nach Somalia technisch nicht möglich. Die österreichischen Behörden schieben nach Somalia nicht ab, erstens aufgrund eines unsicheren Flughafens in Mogadishu und andererseits aufgrund Unmöglichkeit für mich Dokumente zu erhalten. Hiezu möge ein informierter Vertreter des Bundesamtes für Fremdenwesen und Asyl befragt werden.

Auch ich habe keine Möglichkeit Dokumente zu erhalten, sodass mein Aufenthalt auch deshalb zu dulden und nicht strafbar ist. Auch hiezu hat die Behörde rechtswidrig jegliche Erhebung unterlassen.

Daher stelle ich den
Antrag
das Landesverwaltungsgericht OÖ möge das Straferkenntnis aufheben und das Strafverfahren einstellen. Dazu möge eine Beschwerdeverhandlung unter Einvernahme eines informierten Vertreters des BFA durchgeführt werden."
[Hervorhebungen nicht übernommen]

3. Mit Schreiben vom 20. März 2017 legte die belangte Behörde den in Rede stehenden Verwaltungsakt dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zur Entscheidung vor.

II.

1. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich nahm Einsicht in den Verwaltungsakt der belangten Behörde. Zudem wurden vom Landesverwaltungsgericht Oberösterreich ein aktueller Auszug des zentralen Fremdenregisters und eine aktuelle Meldeauskunft beigeschafft. Am 15. Jänner 2018 wurde eine öffentliche mündliche Verhandlung abgehalten, in der sich der im Bescheid der belangten Behörde dargestellte Sachverhalt im Wesentlichen bestätigte.

2. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich geht bei seiner Entscheidung zunächst von dem unter den Punkten I und II. 1 dieses Erkenntnisses dargestellten relevanten Sachverhalt aus.

III.

1. Gemäß § 120 Abs. 1a des Fremdenpolizeigesetzes 2005 – FPG, BGBl. I Nr. 100/2005, in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 144/2013, 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. Zunächst ist festzuhalten, dass der Bf über keinen Titel verfügt. Im Hinblick auf das Asylverfahren (verbunden mit Rückkehrentscheidung) ist zu erkennen, dass der Verwaltungsgerichtshof dem Bf mit Beschluss vom 18.8.2016 die aufschiebende Wirkung zuerkannt hat.

2.1. Mit Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes zur Zahl Ra 2016/19/0158-6 wurde die bezughabende Revision zurückgewiesen. Insofern beginnt mit Zustellung des Erkenntnisses die 14-tägige Frist zur freiwilligen Ausreise zu laufen.

2.2. Ein nicht berichtigungsfähiger Spruchmangel, wie der Vertreter des Beschwerdeführers es vermeint, liegt aber nicht vor, sondern es erfolgt lediglich eine Einschränkung des Tatzeitraumes, beginnend mit dem 5.11.2016. Der Bf wurde weder in seiner Verteidigungsmöglichkeit eingeschränkt, noch besteht die Gefahr der Doppelbestrafung bzw. –verfolgung.

2.3. Weiter ist zu bemerken, dass das Vorbringen des Beschwerdeführers im Hinblick auf die Änderung der Tatsachenlage (Dürre vom 19.1.2017) nicht tatzeitraumsrelevant ist und daher die Entscheidung ebenfalls nicht beeinflusst. Die mögliche Änderung der Sachlage in Somalia ist sohin nicht entscheidungsrelevant.

2.4. Ein Bemühen des Bf Dokumente zur Heimreise zu erlangen wird vom Bf nicht behauptet. Vielmehr verharrt er in der Annahme, dass die Erlangung für ihn unmöglich sei. Darüber hinaus ist auch nicht zu erkennen, dass sich der Beschwerdeführer sonst im Zuge seines nicht rechtmäßigen Aufenthaltes bemüht hat, Reisedokumente zu erlangen.

2.5. 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).

Es ist zu erkennen, dass keinerlei Anhaltspunkte im Sinne des Art. 8 EMRK im Akt vorhanden sind und werden diese auch nicht vom Bf vorgebracht.

2.6. 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.

4. 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, obschon erkannt werden muss, dass der hier vorgeworfene Tatzeitraum gering ist. Zudem muss mit der belangten Behörde erkannt werden, dass der Bf als unbescholten gilt, kein Einkommen und kein Vermögen ins Treffen führt. 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).

5.1. Zumal bereits die Mindeststrafe verhängt wurde und sich der Beschwerdeführer auch nicht im Hinblick auf weitere Strafmilderungsgründe verantwortet und auch diese vom Verwaltungsgericht nicht erkannt werden können, war die Einschränkung des Tatzeitraumes im Hinblick auf die Strafbemessung auch nicht entscheidungswirksam.

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.

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 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 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.

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. Brandstetter