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-700433/4/Sr/BD

Datum: Linz, 10. September 2018

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Mag. Stierschneider über die Beschwerde des S T, geboren am x, Staatsangehöriger von Gambia, T, gegen das Straferkenntnis der Landespolizeidirektion Oberösterreich vom 8. Mai 2018, GZ: VStV/918300503374/2018, wegen Übertretung des Fremdenpolizeigesetzes

zu Recht:

I. Die Beschwerde wird mit der Maßgabe als unbegründet abgewiesen, als der Halbsatz im Spruch nach der Wortfolge „festgestellt wurde“ wie folgt zu lauten hat: „sind Sie aus von Ihnen zu vertretenden Gründen nicht unverzüglich Ihrer Pflicht zur Ausreise aus dem Bundesgebiet nachgekommen, nachdem Ihr Asylverfahren mit Erkenntnis des BVwG vom 26. März 2018 negativ entschieden ist und gleichzeitig eine Rückkehrentscheidung erlassen wurde.“ und der letzte Satz des Spruches nach der Wortfolge „haben Sie“ wie folgt zu ergänzen ist: „bis zum Eintritt der Rechtskraft und Durchsetzbarkeit der Rückkehrentscheidung aus von Ihnen zu vertretenden Gründen“.

II. Der Beschwerdeführer hat einen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens in der Höhe von 1.000 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 (in der Folge: belangte Behörde) vom 8. Mai 2018, GZ: VStV/918300503374/2018, wurde über den Beschwerdeführer (in der Folge: Bf) gemäß § 120 Abs. 1b iVm § 52 Abs. 8 Fremdenpolizeigesetz (FPG) eine Geldstrafe in der Höhe von 5.000 Euro sowie im Falle der Uneinbringlichkeit eine Ersatzfreiheitsstrafe von 14 Tagen verhängt.

Die belangte Behörde führt dabei folgenden Tatvorwurf aus:

„Wie von Beamten der Landespolizeidirektion Oberösterreich, EGFA FB 04 – Fremdenpolizei, Nietzschestraße 33, 4020 Linz am 09.04.2018 um 9:29 Uhr anlässlich einer Aktenüberprüfung festgestellt wurde, sind Sie nicht ausgereist, obwohl Ihr Asylverfahren mit Erkenntnis des BVwG vom 26.03.2018 negativ entschieden ist und gleichzeitig eine Rückkehrentscheidung erlassen wurde. Die Rückkehrentscheidung ist seit 28.03.2018 rechtskräftig und durchsetzbar. Das Ihnen mit Verfahrensanordnung vom 13.02.2018 aufgetragene Rückkehrberatungsgespräch haben Sie nicht in Anspruch genommen. Sie sind bis dato nicht rückkehrwillig.“

Begründend führt die belangte Behörde ua. aus:

„Der Tatbestand der Ihnen zur Last gelegten Verwaltungsübertretung ist durch die vorgelegte Meldung des Bundesamtes für Fremdenwesen und Asyl vom 04.04.2018 und durch das behördlich durchgeführte Ermittlungsverfahrens zweifelsfrei erwiesen.

Es steht daher fest, dass Sie die im Spruch angeführte Verwaltungsübertretung begangen haben.

Mit Aufforderung vom 09.04.2018 wurden Sie zur Rechtfertigung innerhalb von zwei Wochen ab Zustellung aufgefordert. Gleichzeitig wurden Sie aufgefordert, die Ihrer Verteidigung dienlichen Beweismittel, Ihre Einkommens- und Vermögensverhältnisse und allfällige Sorgepflichten bekannt zu geben. Für den Fall des Ausbleibens einer Stellungnahme wurde gemäß § 42 Abs. 1 VStG angedroht, dass das Strafverfahren ohne Ihre Anhörung durchgeführt wird.

Die Aufforderung kamen Sie wie folgt nach:

Ich führe dazu aus, dass mir die Konsequenzen der negativen Entscheidung nicht verständlich erklärt wurden. Darüber hinaus sehe ich mich nicht imstande nach Gambia zurückzukehren, da dies zu gefährlich ist.

Gemäß § 52 Abs. 8 FPG wird die Rückkehrentscheidung im Fall des § 16 Abs. 4 BFA-VG oder mit Eintritt der Rechtskraft durchsetzbar und verpflichtet den Drittstaatsangehörigen zur unverzüglichen Ausreise in dessen Herkunftsstaat, ein Transitland gemäß unionsrechtlichen oder bilateralen Rückübernahmeabkommen oder anderen

Vereinbarungen oder einen anderen Drittstaat, sofern ihm eine Frist für die freiwillige Ausreise nicht eingeräumt wurde. Im Falle einer Beschwerde gegen eine Rückkehrentscheidung ist § 28 Abs. 2 Bundesgesetz über das Verfahren der Verwaltungsgerichte (Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz - VwGVG), BGBl. I Nr. 33/2013 auch dann anzuwenden, wenn er sich zum Zeitpunkt der Beschwerdeentscheidung nicht mehr im Bundesgebiet aufhält.

Gemäß § 120 Abs. 1b des Fremdengesetzes 2005 - FPG, BGBl. I Nr. 100/2005, in der geltenden Fassung des Bundesgesetzes BGBl. Nr. 145/2017, begeht eine Verwaltungsübertretung und ist mit Geldstrafe von 5 000 bis 15 000 Euro, im Fall ihrer Uneinbringlichkeit mit Freiheitsstrafe bis zu sechs 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.

Ihr Asylverfahren ist bereits seit 26.03.2018 in II. Instanz rechtskräftig negativ entschieden. Die Rückkehrentscheidung ist ebenfalls seit 26.03.2018 rechtskräftig und durchsetzbar. Das Ihnen aufgetragene Rückkehrberatungsgespräch haben Sie nicht in Anspruch genommen.

Für die Behörde besteht kein Zweifel, dass Sie seit Abschluss Ihres Asylverfahrens nicht freiwillig aus dem Bundesgebiet der Republik Österreich ausgereist sind und auch nicht rückkehrwillig sind. Sie verharren im Bundesgebiet und versuchen die Behörden vor vollendete Tatsachen zu stellen.

Die Nichtausreise stellt eine Verwaltungsübertretung iSd. § 120 Abs. 1b iVm. § 52 Abs. 8 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.

Zunächst ist wiederum festzustellen, dass das Asylverfahren bereits rechtskräftig negativ abgeschlossen ist, woraus für Sie eine Ausreiseverpflichtung entstand. Im Grunde stellen Sie ausschließlich die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichtes in Frage.

Sie vertrauen offenbar lediglich darauf nicht abgeschoben werden zu können, ohne die rechtlichen Gegebenheiten anzuerkennen.

Wenn Fremde nach rechtskräftig negativem Abschluss ihres Asylverfahrens nicht ausreisen und die Behörden vor vollendete Tatsachen zu stellen versuchen, läuft dies zweifellos einem geordneten Fremdenwesen zuwider und ist nicht zu tolerieren.

Es ist zu berücksichtigen, dass Sie illegal in das Bundesgebiet eingereist sind und sich lediglich auf Grundlage eines offenkundig unbegründeten Asylantrages in Österreich aufhalten.

Sie müssen darauf hingewiesen werden, dass Ihr Verhalten, dem Ziel eines geordneten Fremdenwesens und dem geordneten Zuzug von Fremden zuwiderlaufen.

Überdies würde es dazu führen, dass Fremde, die die fremdenrechtlichen Einreise- und Aufenthaltsbestimmungen beachten, letztlich schlechter gestellt wären, als Fremde, die Ihren Aufenthalt im Bundesgebiet lediglich durch ihre illegale Einreise und durch die Stellung eines unbegründeten Asylantrages erzwingen, was in letzter Konsequenz zu einer verfassungswidrigen unsachlichen Differenzierung der Fremden untereinander führen würde.

Ihren persönlichen Interessen an einem Aufenthalt in Österreich steht somit das öffentliche Interesse an der Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung auf dem Gebiet des Fremdenwesens gegenüber; diesem gewichtigen öffentlichen Interesse kommt aus der Sicht des Schutzes und der Aufrechterhaltung der öffentliche Ordnung ein hoher Stellenwert zu.

Es kann daher nur Sanktionen unterliegen, wenn Fremde nach rechtskräftig negativem Abschluss ihres Asylverfahrens nicht freiwillig aus dem Bundesgebiet ausreisen und die Behörden vor vollendete Tatsachen zu stellen versuchen.

Es ist Ihre Pflicht aus dem Bundesgebiet auszureisen, denn es kann Ihnen sehr wohl zugemutet werden, sich um die Beendigung eines rechtswidrigen Zustandes zu bemühen.

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

Recht auf Privat- und Familienleben

Wie aus der Beweiswürdigung ersichtlich haben Sie weder Verwandte oder Lebenspartner oder Kinder mit einem dauerhaften Bleiberecht in Österreich. Das Bestehen eines Familienlebens war somit zu negieren.

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.

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 seit dem rechtskräftigen Abschluss des Asylverfahrens bis dato nicht freiwillig aus dem Bundesgebiet ausgereist sind und somit gegen die angeführten Bestimmungen des Fremdenpolizeigesetzes verstoßen haben, 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 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.
Zur Strafhöhe ist zu bemerken, dass der Strafrahmen für Übertretungen nach § 120 Abs. 1b FPG € 5.000 bis € 15.000 beträgt, somit wurde nur die Mindeststrafe verhängt. Die verhängte Strafe erscheint schuld- und tatangemessen.
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, rechtzeitig vom Bf eingebrachte Beschwerde vom 17. Juli 2018, in welcher ua. Nachstehendes ausgeführt wird:
„Mit Schreiben vom 8.5.2018 wurde ein Straferkenntnis wegen § 120 Abs 1b iVm § 52 Abs 8 FPG gegen mich erfassen. Zur Erhebung einer Beschwerde stellte ich fristgerecht einen

Antrag auf Verfahrenshilfe, der mit Beschluss des LVwG vom 13.6.2018, zugestellt am 21.6.2018, abgewiesen wurde. Binnen offener Frist erhebe ich nun gegen das Straferkenntnis das Rechtsmittel der

Beschwerde

an das oö. Landesverwaltungsgericht und stelle die

Anträge

das Landesverwaltungsgericht möge

1. das bezeichnete Straferkenntnis ersatzlos aufheben; in eventu
2. gern §45 Abs 1 VStG von der Fortführung des Verwaltungsstrafverfahrens absehen sowie dessen Einstellung verfügen; in eventu
3. gem §45 Abs 1 letzter Satz VStG eine Ermahnung erteilen;
4. die verhängte Strafe gern § 20 VStG außerordentlich mildern.

Ich begründe dies wie folgt:
Das Straferkenntnis ist inhaltlich rechtswidrig, da es nicht alle erforderlichen Tatbestandsmerkmale beinhaltet und nicht ordnungsgemäß zustandekam; darüber hinaus ist auch die subjektive Tatseite nicht erfüllt.

§ 120 Abs 1b PPG- normiert, dass als Tatort der Ort der Betretung oder des letzten bekannten Aufenthaltsortes, bei Betretung in einem öffentlichen Beförderungsmittel die nächstgelegene Ausstiegsstelle, .heranzuziehen ist. Daraus ist zu schließen, dass zur Feststellung des Tatbestand erfüllenden Sachverhalts eine Betretung notwendig ist; der letzte bekannte Aufenthaltsort kommt wohl zum Zug. wenn -der Beschuldigte zwischenzeitlich unbekannten Aufenthalts ist. und dies „beim Betretungsversuch festgestellt wird - bei aufrechtem Aufenthalt an der Meldeadresse, wie er bei mir der Fall ist, müsste stattdessen der tatsächliche Aufenthaltsort bzw. Betretungsort herangezogen werden. Dass eine Sachverhaltsfeststellung durch Akteneinsicht durchgeführt werden könnte, wie es hier geschehen ist, ergibt sich aus: dem Wortlaut nicht.

Der Spruch des Straferkenntnis lässt wohl daher den Tatort auch offen bzw, zieht; offenbar den Ort der Akteneinsicht, LPD OÖ, EGFA FB 04, Nietzschestraße 33, 4020 Linz, als Tatort heran. Dies ist nicht im Gesetz, gedeckt; das Straferkenntnis weist nicht alte tatbestandsrelevanten Merkmale auf, sodass es rechtswidrig ist.
Das Straferkenntnis ist darüber hinaus aktenwidrig, weil behauptet wird, ich hätte, nicht das aufgetragene Rückkehrberatungsgespräch in Anspruch genommen. Tatsächlich habe ich aber dieses Rückkehrberatungsgespräch beim VMÖ am 19.4.2018 in Anspruch genommen.

Beweis: Bestätigung über Rückkehrberatung

Bis zur Aufforderung zur Rechtfertigung im gegenständlichen Verfahren und dem: Rückkehrberatungsgespräch wurden mir die Konsequenzen der negativen Entscheidung von niemandem verständlich erklärt. Mir war nicht bewusst, dass mich nun eine Ausreiseverpflichtung aus Österreich trifft, ich habe Angst, nach Gambia zurückzukehren. Nun suche ich nach rechtmäßigen Möglichkeiten, die Situation zu lösen.

Aus diesem Grund ist meine Schuld als gering bzw. als culpa levissima einzustufen und ist die subjektive Tatseite nicht erfüllt. Die mir zur Last gelegte Tat bzw. deren Unrechtsgehalt ist somit zu relativieren Und die Anwendung des § 45 VStG, gerechtfertigt. Mein über die zweiwöchige Ausreisefrist hinausgehender Verbleib, bis ich eine rechtmäßige Lösung gefunden habe, hat keine negativen Folgen für die Öffentlichkeit nach sich gezogen und gefährdet nicht die öffentliche Ordnung.

Vor dem: Hintergrund der beschriebenen Umstände erscheint die Strafe zudem überhöht. Ich bin .Asylwerber, und als solchem ist es mir .grundsätzlich- nicht erlaubt, einer Erwerbstätigkeit nachzugehen, um meinen Lebensunterhalt zu verdienen. Aus diesem Grund bin ich auf Grundversorgung des Landes Oberösterreich angewiesen und erhalte ein Verpflegungsgeld von monatlich bis zu €186,--. Die verhängte Strafe würde die Sicherung meiner elementarsten Lebensbedürfnisse gefährden. Darüber hinaus bin ich unbescholten. Somit erweist sich auch die Strafhöhe als unverhältnismäßig.

Darüber hinaus trifft diese-erzwungene Nichterwerbstätigkeit und daher Abhängigkeit von der Grundversorgung für Fremde so gut wie alle von den gegenständlichen Verwaltungsstrafnormen betroffenen Personen; die Mindeststrafe von € 5.000,— wird daher regelmäßig von der ‚Zielgruppe', wie auch bei mir nicht aufzubringen und .uneinbringlich sein, sodass regelmäßig, wie wohl auch bei mir,, eine Ersatzfreiheitsstrafe vollzogen werden wird. Eine letzten Endes drohende 14-tägige Freiheitsstrafe erweist sich jedoch Im Hinblick auf die angesichts eines fehlenden konkreten Schadens geringen Konsequenzen der vorgeworfenen Tat und meine .geringe Schuld sowie die Tatsache dass es Sich Um eine Verwaltungsübertretung, nicht aber uni eine gerichtlich strafbare. Handlung bandelt, als. unverhältnismäßig.

Das Straferkenntnis ist somit rechtswidrig, die Strafhöhe unverhältnismäßig. Aus all diesen Gründen stelle ich oben angeführte Anträge."

3. Mit Schreiben vom 29. August 2018 legte die belangte Behörde den in Rede stehenden Verwaltungsakt dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zur Entscheidung vor.

4.1. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich nahm Einsicht in den vorgelegten Verwaltungsstrafakt und das Beschwerdevorbringen.

4.2. Nachdem der entscheidungswesentliche Sachverhalt hinreichend geklärt war und im Verfahren lediglich Rechtsfragen aufgeworfen waren, 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. Eine solche wurde im Beschwerdeverfahren auch nicht beantragt.

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

II.

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

III.

1. Gemäß § 120 Abs. 1b des Fremdenpolizeigesetzes 2005 – FPG, BGBl. I Nr. 100/2005, in der zum Tatzeitpunkt geltenden Fassung begeht eine Verwaltungsübertretung und ist mit Geldstrafe von 5.000 Euro bis zu 15.000 Euro, im Fall ihrer Uneinbringlichkeit mit Freiheitsstrafe bis zu sechs Wochen zu bestrafen, wer als Fremder aus von ihm zu vertretenden Gründen nicht unverzüglich seiner Pflicht zur Ausreise aus dem Bundesgebiet nachkommt, nachdem eine gegen ihn erlassene Rückkehrentscheidung rechtskräftig und durchsetzbar geworden ist, und ein Rückkehrberatungsgespräch gemäß § 52a Abs. 2 BFA-VG in Anspruch genommen oder bis zum Eintritt der Rechtskraft und Durchsetzbarkeit der Rückkehrentscheidung aus von ihm zu vertretenden Gründen nicht in Anspruch genommen hat. 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 § 52 Abs. 8 FPG wird die Rückkehrentscheidung im Fall des § 16 Abs. 4 BFA-VG oder mit Eintritt der Rechtskraft durchsetzbar und verpflichtet den Drittstaatsangehörigen zur unverzüglichen Ausreise in dessen Herkunftsstaat, ein Transitland gemäß unionsrechtlichen oder bilateralen Rückübernahmeabkommen oder anderen Vereinbarungen oder einen anderen Drittstaat, sofern ihm eine Frist für die freiwillige Ausreise nicht eingeräumt wurde. Im Falle einer Beschwerde gegen eine Rückkehrentscheidung ist § 28 Abs. 2 Bundesgesetz über das Verfahren der Verwaltungsgerichte (Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz - VwGVG), BGBl. I Nr. 33/2013 auch dann anzuwenden, wenn er sich zum Zeitpunkt der Beschwerdeentscheidung nicht mehr im Bundesgebiet aufhält.

2.1. Zur Erfüllung des objektiven Tatbestandes ist sohin zunächst gefordert, dass gegen einen Fremden eine rechtskräftige und durchsetzbare Rückkehrentscheidung besteht. Weiters muss ein Fremder seiner daraus resultierenden Ausreiseverpflichtung aus von ihm zu vertretenden Gründen nicht gefolgt sein. Letztlich ist noch als kumulatives Tatbestandselement angefügt, dass der Fremde eine Rückkehrberatung bis zum Eintritt der Rechtskraft und

Durchsetzbarkeit entweder angenommen oder diese – wiederum aus von ihm zu vertretenden Gründen – nicht in Anspruch genommen hat.

2.2. Wie sich nun aus dem unbestrittenen Sachverhalt ergibt, erfolgte die Abweisung des Asylantrages des Bf mit Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichts vom 26. März 2018. Nachdem keine Frist für die freiwillige Ausreise gewährt wurde, ist die Entscheidung mit 28. März 2018 rechtskräftig und durchsetzbar.

In der Beschwerdebegründung legte der Bf dar, dass er kein Einkommen habe, lediglich ein Verpflegungsgeld von ca. 186 Euro pro Monat erhalte und daher die Strafe nicht bezahlen könne. Bei dem erst nach der Rechtskraft und Durchsetzbarkeit der Rückkehrentscheidung wahrgenommenen Rückkehrgespräch erklärte der Bf, dass er nicht gewillt sei, auszureisen.

Obwohl sein Asylantrag in allen Instanzen abgewiesen worden ist sucht der Bf erstmals zu einem Zeitpunkt, in dem er sich nicht (mehr) rechtmäßig im Bundesgebiet aufhält, nach Lösungen, um einen rechtmäßigen Aufenthalt zu begründen. Die Befolgung der Rückkehranordnung fasst er nicht einmal ansatzweise ins Auge. Entgegen seinen bisherigen Angaben im Asylverfahren (Ausreise aus Gambia, weil er dort keine Arbeit gefunden hat, keine Verfolgungsgründe) bringt er allgemein gehalten vor, dass er Angst vor der Rückkehr habe.

Damit festigt der Bf die Annahme, dass er aus von ihm zu vertretenden Gründen seiner Ausreiseverpflichtung nicht nachkommen wollte und dieser Verpflichtung sowohl bis zur Erlassung des angefochtenen Straferkenntnisses und der Beschwerdeerhebung auch nicht nachgekommen ist.

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

2.3.1. 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.

2.3.2. Vorab ist auf die zeitnahe Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichtes vom 26. März 2018 zu verweisen. Auf den Seiten 33 bis 36 hat sich das Gericht umfassend mit Art 8 EMRK auseinander gesetzt und ist nach Würdigung aller vorgebrachten Einwendungen zum Ergebnis gekommen, dass nach Maßgabe einer Interessensabwägung davon auszugehen ist, dass das öffentliche Interesse an der Beendigung des unrechtmäßigen Aufenthalts des Bf am Verbleib im Bundesgebiet überwiegt und daher durch die angeordnete Rückkehrentscheidung eine Verletzung des Art. 8 EMRK nicht vorliegt. Auch sonst sind keine Anhaltspunkte hervorgekommen (und auch in den Beschwerden nicht vorgebracht worden), das im gegenständlichen Fall eine Rückkehrentscheidung auf Dauer unzulässig wäre.“

Hinweise auf eine zum Entscheidungszeitpunkt vorliegende besonders berücksichtigungswürdige Integration des Bf – welche die öffentlichen Interessen überwiegen würden - in sprachlicher, beruflicher und gesellschaftlicher Sicht sind nicht erkennbar. Anzumerken ist in diesem Zusammenhang, dass sich der Bf ca zwei Jahre in Österreich aufgehalten hat.

Seit der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichtes sind keine weiteren Anhaltspunkte hervorgekommen (und wurden auch im Beschwerdeverfahren nicht behauptet), die unter Bezugnahme auf Art. 8 EMRK zu einer anderslautenden Beurteilung führen würde. Es liegt sohin jedenfalls ein Überwiegen der öffentlichen Interessen an einem geordneten Aufenthalts- und Fremdenwesen gegenüber den persönlichen/privaten Interessen des Bf vor.

2.4. 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 ließ jedenfalls die erforderliche und zumutbare Sorgfalt außer Acht, indem er, sämtliche fremdenrechtliche Vorgaben ignorierend, im Bundesgebiet verharrte. Im vorliegenden Fall kann wohl eher sogar von bedingtem Vorsatz gesprochen werden, da er sich im Grunde seines unrechtmäßigen Aufenthalts hätte bewusst sein müssen, jedenfalls aber nicht bereit war, diesen zu beenden. Eindeutig kommt dies darin zum Ausdruck, dass er sämtliche Entscheidungen in den Asylverfahren ignoriert und offensichtlich von einer unzutreffenden gerichtlichen Erledigung ausgeht.

3.4. Daher ist im Ergebnis das Vorliegen der subjektiven Tatseite zu bejahen.

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.

4.2. Im Rahmen der Strafbemessung ist zunächst festzuhalten, dass die belangte Behörde ohnehin lediglich die gesetzliche Mindeststrafe verhängte und damit schon die bisherige Unbescholtenheit des Bf berücksichtigte. Dass die verhängte Geld- bzw. Ersatzfreiheitsstrafe dem Bf als zu hoch erscheint, ist aus seiner Sicht durchaus nachvollziehbar, jedoch entspricht sie den gesetzlichen Vorgaben, deren Verfassungswidrigkeit nicht erkannt werden kann.

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

Für ein gänzliches Absehen von der Strafe mangelt es jedenfalls am geringen Verschulden (Es müsste sich hiebei um ein Verschulden handeln, das noch bedeutend unter dem Maß der leichten Fahrlässigkeit anzusiedeln wäre), weshalb § 45 Abs. 1 Z 4 VStG nicht zur Anwendung gebracht werden kann.

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.

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 1.000 Euro) aufzuerlegen.

IV. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

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

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

Gegen diese Entscheidung besteht innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder einer außerordentlichen Revision beim Verwaltungsgerichtshof. Eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof ist unmittelbar bei diesem einzubringen, eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof beim Landesverwaltungsgericht Oberösterreich. Die Abfassung und die Einbringung einer Beschwerde bzw. einer Revision müssen durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt bzw. eine bevollmächtigte Rechtsanwältin erfolgen. Für die Beschwerde bzw. Revision ist eine Eingabengebühr von je 240 Euro zu entrichten. Sie haben die Möglichkeit, auf die Revision beim Verwaltungsgerichtshof und die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof zu verzichten. Ein solcher Verzicht hat zur Folge, dass eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof und eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof nicht mehr erhoben werden kann. Ein Verzicht ist schriftlich bekanntzugeben oder zu Protokoll zu erklären. Wurde der Verzicht nicht von einem berufsmäßigen Parteienvertreter oder im Beisein eines solchen abgegeben, so kann er binnen drei Tagen schriftlich oder zur Niederschrift widerrufen werden.

H i n w e i s

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

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Mag. Stierschneider