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-700431/14/BP/JB

Datum:

Linz, 15. Jänner 2019

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Mag. Dr. Pree über die Beschwerde der M A, unbekannten Aufenthalts, gegen das Straferkenntnis der Landespolizeidirektion Oberösterreich vom 10. April 2018, GZ: VStV/918300377779/2018, wegen Übertretung des Fremdenpolizeigesetzes im zweiten Rechtsgang

zu Recht:

I. Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

II. Die Beschwerdeführerin hat einen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens in Höhe von 1.000 Euro (das sind 20 % der verhängten Geldstrafe) zu leisten.

III. Gegen dieses Erkenntnis ist eine ordentliche Revision unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I.1. Mit Straferkenntnis der Landespolizeidirektion Oberösterreich (in der Folge: belangte Behörde) vom 10. April 2018, GZ: VStV/918300377779/2018, wurde über die Beschwerdeführerin (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 13.03.2018 anlässlich einer Aktenüberprüfung festgestellt wurde, sind Sie nicht ausgereist, obwohl Ihr Asylverfahren mit Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichtes vom 08.03.2018 negativ entschieden ist und gleichzeitig eine Rückkehrentscheidung erlassen wurde. Die Rückkehrentscheidung ist seit 22.02.2018 rechtskräftig und durchsetzbar. Die Frist für die freiwillige Ausreise war bereits mit 08.03.2018 verstrichen. Das Ihnen mit Verfahrensanordnung vom 25.01.2017 aufgetragene haben Sie nicht in Anspruch genommen. Sie sind bis dato nicht rückkehrwillig.“
[Hervorhebungen nicht übernommen]

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 13.03.2018 und durch das behördlich durchgeführte Ermittlungsverfahrens zweifelsfrei erwiesen.

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

Mit Aufforderung vom 13.03.2018 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. (...)

Am 29.03.2018 übermittelten Sie folgende Stellungnahme:

„Mein Antrag auf Gewährung des internationalen Schutzes wurde mit Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichtes vom 21.02.2018 abgewiesen. Ich werde gegen dieses Erkenntnis vor Ablauf der Rechtsmittelfrist am 5.4.2018 das Rechtsmittel der außerordentlichen Revision erheben.

(...)

Ihr Asylverfahren ist bereits seit 21.02.2018 rechtskräftig negativ entschieden. Die Rückkehrentscheidung ist seit 22.02.2018 rechtskräftig und durchsetzbar. Das Ihnen mit

Verfahrensanordnung vom 25.01.2017 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.

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 Achtung des Privatlebens

Sie befinden sich seit der Asylantragstellung im Juli 2016 in Österreich. Sie haben keine weiteren privaten Interessen in Österreich angeführt. Sie sind strafrechtlich unbescholten. Sie arbeiten nicht. Sie sind in Bezug auf Ihr Lebensalter erst kurze Zeit in Österreich aufhältig, es kann daher von einer geringgradigen Integration ausgegangen werden.

(...)

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.

(...)

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.
[Hervorhebungen nicht übernommen]

I.2. Gegen dieses Straferkenntnis richtet sich die vorliegende, durch die Bf rechtzeitig eingebrachte Beschwerde vom 7. Mai 2018, in welcher ua. Nachstehendes ausgeführt wird:

„Das Straferkenntnis der LPD Oberösterreich wird sowohl wegen inhaltlicher Rechtswidrigkeit als auch wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften angefochten.

Sachverhalt:

Die BF stellte am 10.07.2016 einen Antrag auf internationalen Schutz in Österreich. Mit Bescheid des Bundesamtes für Fremdenwesen und Asyl [BFA] vom 24.01.2017 wurde der Antrag der BF auf internationalen Schutz hinsichtlich der Zuerkennung des Status des Asylberechtigten gemäß § 3 Abs. 1 iVm § 2 Abs. 1 Z 13 AsylG 2005 und gemäß § 8 Abs. 1 iVm. § 2 Abs. 1 Z 13 AsylG bezüglich der Zuerkennung des Status des subsidiär Schutzberechtigten in Bezug auf den Herkunftsstaat Russische Föderation abgewiesen. Der BF wurde gemäß §§ 57 und 55 AsylG ein Aufenthaltstitel aus berücksichtigungswürdigen Gründen nicht erteilt. Gemäß § 10 Abs. 1 Z 3 AsylG iVm § 9 BFA-VG wurde gegen sie eine

Rückkehrentscheidung gemäß § 52 Abs. 2 Z 2 FPG erlassen und weiters gemäß § 52 Abs. 9 FPG festgestellt, dass die Abschiebung der BF gemäß § 46 FPG in die Russische Föderation zulässig sei.

Gegen diesen Bescheid erhob die BF am 03. 02. 2017 fristgerecht Beschwerde an das BVwG., welches am 10.01.2018 eine mündliche Verhandlung durchführte und mit Erkenntnis vom 21.02.2018, Zl. W236 2148063-1/13E die Beschwerde der BF abwies.

Die BF erhob am 04.04.2018 gegen das Erkenntnis des BVwG eine ao. Revision an den Verwaltungsgerichtshof und beantragte gem. § 30 Abs. 2 VwGG die Gewährung der aufschiebenden Wirkung. Gegenwärtig ist die Revision zur Zahl Ra 2018/18/0191 beim Verwaltungsgerichtshof anhängig und dieser hat bis dato den Antrag der BF über die aufschiebende Wirkung keiner Erledigung zugeführt. Mit Anordnung vom 19.04.2018 zur Zahl Ra 2018/18/0191-4 wurde die belangte Behörde des dortigen Verfahrens zur Stellungnahme innerhalb einer Woche aufgefordert.

Die LPD Oberösterreich forderte die BF mit Schreiben vom 13.03.2018 zur Rechtfertigung auf, da ihr eine Übertretung gem. § 120 Abs. 1b FPG angelastet wird. Die BF nahm hierzu Stellung und nunmehr wurde das angefochtene Straferkenntnis erlassen.
Beweis: PV
Anzufordernder Akt des BFA zur Zl. 1110233810 -160960446
Anzufordernder Akt des BVwG zur ZI. W236 2148063-1/13E
Anzufordernder Akt des Verwaltungsgerichtshofes zur ZI. Ra 2018/18/0191

(...)

Im gegenständlichen Verfahren sind jedoch die Tatbestandsvoraussetzungen der genannten Bestimmung nach Rechtsansicht der BF nicht erfüllt.

Der Antrag der BF auf Gewährung vom internationalen Schutz wurde mit Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichtes vom 21.02.2018, zugestellt am selben Tag, zur ZI. W236 21480G3-1/9Z abgewiesen. Die BF erhob gegen dieses Erkenntnis am 04.04.2018, sohin fristgerecht, das Rechtsmittel einer außerordentlichen Revision. Anlässlich des Rechtsmittels richtete die rechtsfreundliche Vertreterin der BF an das Bundesverwaltungsgericht bzw. den Verwaltungsgerichtshof gem. § 30 Abs. 2 VwGG den Antrag, der Revision aufschiebende Wirkung zu gewähren.

Im Falle der Gewährung der aufschiebenden Wirkung käme der BF dieselbe Rechtsposition zu, welche sie vor Erlassung des Erkenntnisses inne hatte. Während des Beschwerdeverfahrens vor dem Bundesverwaltungsgericht hatte die BF ob der aufschiebenden Wirkung ihrer Beschwerde gegen den Bescheid des Bundesamtes für Fremdenwesen und Asyl ein auf § 51 AsylG gestütztes Aufenthaltsrecht. Mit der Gewährung der aufschiebenden Wirkung durch den Verwaltungsgerichtshof wäre ihr Aufenthalt wiederum rechtmäßig, sodass die Tatbestandvoraussetzung der § 120 Abs. 1b iVm § 52 Abs. 8 FPG nicht Vorlage. Somit stellt die Frage der Gewährung der aufschiebenden Wirkung im Revisionsverfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof eine Vorfrage iSd § 38 AVG dar. Die Aussetzung des Verwaltungsstrafverfahrens wäre aus Gründen der

Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit sohin geboten.

Des Weiteren ist festzuhalten, dass der Begriff „unverzüglich“ des § 120 Abs. 1b FPG als unbestimmter Gesetzesbegriff zu qualifizieren ist. Er lässt sich weder aufgrund einer Legaldefinition, noch durch Erläuterungen zum Gesetzestext bestimmen. In Anbetracht der Strafhöhe, die die BF aufgrund ihrer Beschäftigungs- und Vermögenslosigkeit nicht erbringen kann, würde dies zu einer nicht unbeträchtlichen Ersatzfreiheitsstrafe führen. Die Bestimmung erweist sich, da sie nicht dem Bestimmtheitsgebot entspricht, als verfassungsrechtlich bedenklich und darf daher nicht zur Anwendung gebracht werden. Indem die belangte Behörde jedoch das Straferkenntnis auf eine verfassungsgesetzlich bedenkliche Rechtsgrundlage stützt, belastet sie es mit Verfassungswidrigkeit.

Zudem wird der Tatbestand nach dem Gesetzeswortlaut erst dann erfüllt, wenn die BF aus von ihr zu vertretenden Gründen nicht unverzüglich ihrer Pflicht zur Ausreise nachkommt. Da jedoch die BF über kein Reisedokument verfügt, ist es ihr nicht möglich, ihrer Verpflichtung, das Bundesgebiet zu verlassen, nachzukommen. Die Wiederherstellung des rechtmäßigen Zustandes würde also erfordern, dass die BF eine Binnen- und/oder eine Außengrenze Übertritt, ohne im Besitz eines (Ersatz-] Reisedokumentes zu sein, was wiederum für sich genommen einen Verwaltungsstraftatbestand darstellt. Daraus ist ersichtlich, dass ihre bis dato unterbliebene Ausreise objektiv nicht der BF zuzurechnen ist. Somit wird der Tatbestand des § 120 Abs. 1b FPG nicht erfüllt. Die belangte Behörde hat die Rechtslage unrichtig beurteilt und das Erkenntnis mit inhaltlicher Rechtswidrigkeit belastet.

Diese rechtliche Unmöglichkeit der rechtmäßigen Ausreise aus dem Bundesgebiet mangels eines [Ersatz-] Reisedokumentes stellt darüber hinaus einen entschuldigenden Notstand iSd § 6 VStG, wonach eine Tat nicht strafbar ist, wenn sie durch Notstand entschuldigt oder, obgleich sie dem Tatbestand einer Verwaltungsübertretung entspricht, vom Gesetz geboten oder erlaubt ist, dar. Auch aus diesem Grund kann die BF nicht bestraft werden. Dieser Notstand wurde seitens der belangten Behörde bei Erlassung des angefochtenen Straferkenntnisses in keiner Weise berücksichtigt. Auch darin ist die Verkennung der Rechtslage zu erblicken, welche zur inhaltlichen Rechtswidrigkeit des Erkenntnisses führt.

Gemäß § 45 Abs. 1 Z. 4 VStG kann, wenn die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat und das Verschulden des Beschuldigten gering sind, das Strafverfahren von der Behörde eingestellt werden. Sofern die Behörde das Strafverfahren nicht einstellt, kann auch mit einer Ermahnung Auslangen gefunden werden. Diese Bestimmung ist im gegenständlichen Verfahren anzuwenden.

Wie bereits oben ausgeführt, verfügt die BF über kein Reisedokument, selbst dann, wenn die belangte Behörde den Tatbestand des § 120 Abs. 1 b FPG als erfüllt ansieht, wird durch den Umstand des Fehlens des Reisedokumentes und damit einhergehend die faktische wie rechtliche Unmöglichkeit einer Ausreise sowie die kurze Dauer, die seit Rechtskraft der Aufenthaltsbeendigung vergangen ist, aufgezeigt, dass die Intensität der Beeinträchtigung des geschützten Rechtsgutes und das Verschulden der BF gering sind. Aus diesem Grund liegen Gründe vor, wonach im gegenständlichen Verfahren mit einer Ermahnung Auslangen gefunden werden kann.

Des Weiteren würde die rechtliche Unmöglichkeit der rechtmäßigen Ausreise aus dem Bundesgebiet mangels eines [Ersatz-] Reisedokumentes jedenfalls einen außerordentlichen Milderungsgrund iSd § 20 VstG darstellen, sodass die gesetzlich vorgesehene Mindeststrafe bis zur Hälfte unterschritten werden müsste, sodass die gegenständliche Beschwerde sich auch gegen die Strafhöhe richtet.

Aus diesen Gründen werden folgende

ANTRÄGE

an die Behörde gestellt, diese möge

- das Verwaltungsstrafverfahren bis zur Klärung der Vorfrage aussetzen, in eventu
- das Straferkenntnis ersatzlos aufheben und das Verwaltungsstrafverfahren einstellen, in eventu
- das Straferkenntnis aufheben und der BF eine Ermahnung gemäß § 45 Abs. 1 zweiter Satz VStG erteilen, in eventu
- die Strafhöhe gemäß § 20 VStG herabsetzen“

[Hervorhebungen nicht übernommen]

I.3. Mit Schreiben vom 17. Mai 2018 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 Beschwerdevorbringen.

In einem Telefonat mit der Rechtsvertretung der Bf wurde mitgeteilt, dass die Beschwerde dermaßen zu verstehen sei, dass kein Antrag auf Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung gestellt werde und dass zwischenzeitig der Verwaltungsgerichtshof der Revision der Bf gegen die negative Asylentscheidung aufschiebende Wirkung zuerkannt habe.

Mit Telefax vom 13. Juni 2018 erfolgte die Vorlage des Beschlusses des Verwaltungsgerichtshof vom 15. Mai 2018, Zl. Ra 2018/18/0191-7, mit dem der außerordentlichen Revision der Bf gegen das Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichts vom 21. Februar 2018, Zl. W236 2148063-1/13E, die aufschiebende Wirkung zuerkannt wurde.

I.5.1. Mit Erkenntnis vom 14. Juni 2018, LVwG-700431/4/BP/JB, wies das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich die Beschwerde der Bf als unbegründet ab, wogegen sie Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof erhob.

I.5.2. Mit Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes vom 27. November 2018, Zl. E 3009/2018-12, wurde das oa. Erkenntnis des Landesverwaltungsgerichts

Oberösterreich aufgehoben und festgestellt, dass die Bf dadurch in ihrem verfassungsgesetzlich gewährleisteten Recht auf Gleichbehandlung von Fremden untereinander (Art. I Abs. 1 Bundesverfassungsgesetz BGBl. Nr. 390/1973) verletzt sei.

Begründend führte das Höchstgericht ua. aus:

„3.1. Nach der Judikatur des Verfassungsgerichtshofes verletzt eine Strafe wegen Verletzung des Aufenthaltsverbotes, die zwischen dem Zeitpunkt der Durchsetzbarkeit der letztinstanzlichen Ausweisungsentscheidung und jenem der Zuerkennung einer aufschiebenden Wirkung durch den Verfassungsgerichtshof (VfSlg. 15.508/1999) oder den Verwaltungsgerichtshof (VfGH 30.9.1999, B 309/99) verhängt wird, das Recht auf Gleichbehandlung von Fremden untereinander (Art. I Abs. 1 Bundesverfassungsgesetz BGBl. 390/1973).

3.2. Der Verfassungsgerichtshof ging in VfSlg. 15.508/1999 davon aus, die Rechtswirkungen der Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung könnten erst mit Ergehen eines diesbezüglichen höchstgerichtlichen Beschlusses und niemals vorher eintreten, und sie könnten insofern notwendigerweise nur "pro futuro" eintreten. Die Frage sei indes, welche Wirkungen die Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung nach sich ziehe. Die damalige Berufungsbehörde habe auf Grund der Sach- und Rechtslage zu entscheiden, die sich ihr im Entscheidungszeitpunkt, dem Zeitpunkt der Zustellung ihres Berufungsbescheides an den Rechtsvertreter des Beschwerdeführers, geboten habe. In dem Fall, dass einem Antrag auf aufschiebende Wirkung im verfassungsgerichtlichen Beschwerdeverfahren gegen den Ausweisungsbescheid Folge gegeben worden sei, sei dies zu berücksichtigen. Das bedeute, dass der Ausweisungsbescheid vorläufig überhaupt keine Rechtswirkungen zu äußern vermöge. Der Eintritt der Rechtswirkungen des Ausweisungsbescheides sei mit der Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung durch den Verfassungsgerichtshof im Beschwerdeverfahren insgesamt hinausgeschoben worden; der Bescheid habe vorläufig überhaupt keine Rechtswirkungen zu entfalten vermocht (siehe hiezu auch VfSlg. 14.448/1996).

3.3. Auf Grund der Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung durch den Verfassungsgerichtshof hätten bis zur Entscheidung des Verfassungsgerichtshofes über die Beschwerde im Ausweisungsverfahren alle Maßnahmen, die sonst auf Grund des Ausweisungsbescheides zulässig gewesen seien, zu unterbleiben (unter Verweis auf VfSlg. 14.448/1996 betreffend Asylverfahren). Die Bestrafung des Beschwerdeführers wegen unerlaubten Aufenthaltes im Bundesgebiet sei eine solche Maßnahme (VfSlg. 15.508/1999).

3.4. Der Verfassungsgerichtshof nahm in VfSlg. 15.508/1999 weiter an, die Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung im verfassungsgerichtlichen Verfahren bewirke unter anderem auch, dass für das Verhalten, das bis zur Beendigung des verfassungsgerichtlichen Beschwerdeverfahrens gegen den Ausweisungsbescheid gesetzt worden sei, eine darauf gestützte verwaltungsrechtliche Bestrafung des Beschwerdeführers ausgeschlossen sein sollte. Ab Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung dürften auf den angefochtenen Bescheid keine Sanktionen mehr gestützt werden. Jede andere Rechtsauffassung würde in der Tat dazu führen, dass der Fremde die

Entscheidung des Verfassungsgerichtshofes über die Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung im Ausland hätte abwarten müssen, um eine Verwaltungsstrafe abzuwenden. Es liege auf der Hand, dass diese Auffassung verfehlt sei. Sie sei mit dem durch das B-VG vorgezeichneten Rechtsschutzsystem nicht vereinbar; dieses verbiete es, den Rechtsschutzsuchenden generell einseitig mit allen Folgen einer potentiell rechtswidrigen Entscheidung der Behörde zu belasten (unter Verweis auf VfSlg. 11.196/1986, 12.683/1991, 13.003/1992, 13.305/1992, 14.374/1995, 14.548/1996, 14.671/1996, 14.765/1997).

3.5. Nichts anderes ist - insbesondere auch vor dem Hintergrund der Vergleichbarkeit der Regelung des § 30 Abs. 2 VwGG mit § 85 Abs. 2 VfGG und der Begründung des Verfassungsgerichtshofes in VfSlg. 15.508/1999 - für den Fall der Zuerkennung einer aufschiebenden Wirkung im Verfahren der außerordentlichen Revision durch den Verwaltungsgerichtshof anzunehmen (VfGH 30.9.1999, B 309/99; vgl. VwGH 26.1.2012, 2010/21/0444; VwGH 19.2.2015, Ra 2014/21/0055).

3.6. Vor diesem Hintergrund hätte das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich die Beschwerde gegen das Straferkenntnis der Landespolizeidirektion Oberösterreich nicht abweisen dürfen. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich verkennt im Einzelnen, dass das angefochtene Erkenntnis auf Grund der Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung durch den Verwaltungsgerichtshof vorläufig keine Rechtswirkungen zu äußern vermochte und alle der Verwirklichung des Erkenntnisses dienenden Maßnahmen hätten unterbleiben müssen (vgl. VfSlg. 9734/1983).“
[Hervorhebungen nicht übernommen]

I.5.3. Mit Beschluss des Verwaltungsgerichtshofes vom 6. September 2018, Zl. Ra/2018/18/0191-10, wurde das von der Bf angestrengte Revisionsverfahren gegen die negative Asylentscheidung zurückgewiesen.

I.5.4. Die mittlerweile nicht rechtsfreundlich vertretene Bf verfügt über keinen aufrechten Wohnsitz im Bundesgebiet mehr.

I.6. 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.

I.7. 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.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.

III.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.

III.2.2. Wie sich nun aus dem unbestrittenen Sachverhalt ergibt, erfolgte die Abweisung des Asylantrages der Bf durch Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichts vom 21. Februar 2018, wobei der Bf eine vierzehntägige Frist zur freiwilligen Ausreise zugestanden wurde. Die

Durchsetzbarkeit ist sohin – der belangten Behörde folgend – mit 8. März 2018 anzunehmen. Dass die Bf gegen jene Entscheidung außerordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof erhob, worin auch die Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung beantragt wurde, ist nunmehr nicht geeignet vom Nichtvorliegen des Tatbestandselementes einer rechtskräftigen und durchsetzbaren Rückkehrentscheidung auszugehen, zumal die außerordentliche Revision mit Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 6. September 2018 zu Ra 2018/18/0191-10, zurückgewiesen wurde. .

Im Gegenteil untermauert dies ua. vielmehr die Annahme, dass die Bf aus von ihr zu vertretenden Gründen ihrer Ausreiseverpflichtung nicht nachkam.

Der relevante Tatzeitraum endet mit der Erlassung des angefochtenen Straferkenntnisses also im April 2018. Im Tatzeitraum ist also weiterhin von einer rechtskräftigen und durchsetzbaren Rückkehrentscheidung auszugehen.

Wenn die Bf nun anführte, sie könnte rechtlich und faktisch - mangels Reisedokumente – nicht ausreisen, ist entgegenzuhalten, dass sie sich offensichtlich auch nicht um deren Erlangung bemüht hatte, zumal sie ja – wie sich aus der Beschwerde wiederum klar ergibt – keinesfalls eine Rückkehr in ihr Heimatland antreten wollte, weil sie diese als ihr nicht zumutbar erachtete. Selbst die Bf behauptet nicht einmal die erforderlichen Schritte zur Erlangung von (Ersatz)-Reisedokumenten je eingeleitet zu haben. Von rechtzeitigen Schritten wäre hier ohnehin nicht mehr zu reden.

Betreffend den Begriff der „unverzüglichen Ausreise“ aus dem Bundesgebiet ist anzumerken, dass der Zweck der vierzehntägigen freiwilligen Ausreisefrist ja gerade darin besteht, einem Fremden Zeit zum organisiertem Verlassen des Bundesgebiets zu gewähren, weshalb unter „unverzüglich“ jedenfalls ohne unnötigen Aufschub zu verstehen ist, was keinesfalls das Abwarten von allfällig erhobenen außerordentlichen Revisionen mitumfasst.

Weiters ist festzuhalten, dass die Bf die Rückkehrberatung offenbar wegen ihrer Ausreiseunwilligkeit nicht in Anspruch genommen hat. Dass hiefür von ihr nicht zu vertretende Gründe vorlägen, behauptet sie selbst nicht, wodurch auch jenes Tatbestandselement erfüllt ist. Die Einladung zu jenem Gespräch erfolgte bereits vor weit über einem Jahr. Wäre der Bf an einem derartigen Gespräch gelegen gewesen, hätte sie ein solches fraglos nachholen können.

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

III.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.

III.2.3.2. Die Bf selbst führt keine diesbezüglichen Aspekte ins Treffen. auch wurden solche nicht in dem erst kürzlich ergangenen Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichts festgestellt, weshalb nicht vom Vorliegen eines Familienlebens in Österreich ausgegangen werden kann. Weiters ist anzumerken, dass sie keine Elemente besonders vertiefter Integration im Bundesgebiet aufzuweisen hat und auch die Rückkehr in dem durchaus aktuellen Erkenntnis des BVwG als zulässig und zumutbar erachtet wurde. Es liegt sohin jedenfalls ein Überwiegen der öffentlichen Interessen an einem geordneten Aufenthalts- und Fremdenwesen gegenüber den persönlichen/privaten Interessen der Bf vor.

III.2.4. 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. Die Bf ließ jedenfalls die erforderliche und zumutbare Sorgfalt außer Acht, indem sie, sämtliche fremdenrechtliche Vorgaben ignorierend, im Bundesgebiet verharrte. Ein gänzliches Nichtvorliegen des Verschuldens bzw. die Annahme eines zu vernachlässigenden Grades – allenfalls auch gestützt auf Notstand – zumal die Bf über keine, die Einreise in ein anderes Land legitimierenden Dokumente verfügen würde, kann keine Berücksichtigung finden, da die Bf sämtliche zur Erlangung derartiger Dokumente erforderlichen Schritte bewusst unterließ. Es wäre an ihr gelegen gewesen, die Voraussetzungen für ein normkonformes Verhalten zu schaffen, nicht durch bloßes Verharren dieses normkonforme Verhalten zu untergraben.

Im vorliegenden Fall kann wohl eher sogar von bedingtem Vorsatz gesprochen werden, da sie sich im Grunde ihres unrechtmäßigen Aufenthalts hätte bewusst sein müssen, jedenfalls aber nicht bereit war, diesen zu beenden.

III.3.4. Daher ist im Ergebnis 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 und damit schon die bisherige Unbescholtenheit der Bf berücksichtigte. Dass die

verhängte Geld- bzw. Ersatzfreiheitsstrafe der Bf als zu hoch erscheint, ist aus ihrer 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.

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 der 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

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. Pree