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-700454/2/ER

Datum:
Linz, 10. April 2019

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Dr. Reitter über die Beschwerde des M. S. Z., vertreten durch MigrantInnenverein St. Marx, Pulverturmgasse 4/2/R1, 1090 Wien gegen das Straferkenntnis der Landespolizeidirektion Oberösterreich vom 27. Juni 2018, GZ: VStV/918300468755/2018, wegen Übertretung des Fremdenpolizeigesetzes

zu Recht:

I. Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

II. Der Beschwerdeführer hat zusätzlich zu den Kosten des Verwaltungsstrafverfahrens einen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens in der Höhe von 1.000 Euro zu leisten.

III. Gegen diese Entscheidung ist eine Revision unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I.1. Mit Straferkenntnis vom 27.06.2018 zu GZ: VStV/918300468755/2018, verhängte die Landespolizeidirektion Oberösterreich (im Folgenden: belangte Behörde) über den nunmehrigen Beschwerdeführer (im Folgenden: Bf) eine Verwaltungsstrafe in Höhe von 5.000 Euro (Ersatzfreiheitsstrafe: 14 Tage) wie folgt:

„Wie von Beamten der Landespolizeidirektion Oberösterreich, EGFA FB 04 - Fremdenpolizei, Nietzschestraße 33, 4020 Linz am X anlässlich einer Akten Überprüfung festgestellt wurde, sind Sie aus von ihnen zu vertretenden Gründen nicht unverzüglich ihrer Pflicht zur Ausreise aus dem Bundesgebiet nachgekommen, obwohl ihr Asylverfahren mit Bescheid des Bundesamtes für Fremdenwesen und Asyl vom X negativ entschieden ist und gleichzeitig eine Rückkehrentscheidung erlassen wurde.
Ihre Beschwerde wurde mit Erkenntnis des BVwG vom 02.03.2018, nach Durchführung von mündlichen Verhandlungen am X und X, als unbegründet abgewiesen. Das Verfahren ist seit 08.03.2018 in II. Instanz rechtskräftig und durchsetzbar.
Das Ihnen aufgetragene Rückkehrberatungsgespräch haben sie bis zum Eintritt der Rechtskraft und Durchsetzbarkeit der Rückkehrentscheidung aus von ihnen zu vertretenden Gründen nicht in Anspruch genommen.
Die Frist zur freiwilligen Ausreise (X) ließen sie ungenutzt verstreichen und Sie sind bis dato nicht ausgereist.
Der Beschuldigte hat dadurch folgende Rechtsvorschrift(en) verletzt:
§ 120 Abs. 1b i.V.m. § 52 Abs. 8 Fremdenpolizeigesetz 2005, BGBL I Nr. 145/2017 idgF.“

Begründend führte die belangte Behörde im Wesentlichen aus, dass kein Zweifel bestehe, dass der Bf seit Abschluss seines Asylverfahrens einschließlich der Frist für die freiwillige Ausreise nicht aus dem Bundesgebiet ausgereist sei. Er verharre im Bundesgebiet und versuche, die Behörden vor vollendete Tatsachen zu stellen. Die belangte Behörde ging von fahrlässiger Tatbegehung aus.

I.2. Gegen dieses Straferkenntnis erhob der Bf rechtzeitig Beschwerde und beantragte dessen Aufhebung. Begründend führte der Bf im Wesentlichen aus, er sei nicht freiwillig im Bundesgebiet aufhältig, es sei ihm rechtlich und praktisch aus organisatorischen Gründen nicht möglich gewesen, auszureisen. Es liege trotz Bemühen der zuständigen Behörden und seiner Kooperation kein Heimreise-zertifikat vor und ohne Reisepass sei die Rückkehr unmöglich. Den Bf treffe daher kein Verschulden an der Übertretung.

I.3. Mit Schreiben vom 06.08.2018 legte die belangte Behörde die Beschwerde dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zur Entscheidung vor. Eine Beschwerdevorentscheidung wurde nicht erlassen.

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch die Einsichtnahme in den vorgelegten Verwaltungsakt und die Beschwerde. Die

Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung konnte entfallen, zumal kein darauf gerichteter Antrag gestellt wurde und der entscheidungswesentliche Sachverhalt hinreichend geklärt ist. Das Vorbringen des Bf zum mangelnden Verschulden ist gänzlich unsubstantiiert, zumal der Bf zwar seine Mitwirkung behauptete, jedoch keinerlei diesbezügliche Beweisangebote oder –anträge stellte. Zur Aufnahme von Erkundungsbeweisen ist das erkennende Gericht jedoch nicht berufen. Im Verfahren wurden sohin lediglich Rechtsfragen aufgeworfen, zu deren Lösung auch im Sinne der Judikatur des EGMR eine mündliche Verhandlung nicht geboten ist.

I.4. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich geht bei seiner Entscheidung von dem unter Punkt I.1. dieses Erkenntnisses dargestellten relevanten Sachverhalt aus.

II. Der entscheidungsrelevante Sachverhalt ergibt sich unzweifelhaft und widerspruchsfrei aus dem vorgelegenen Verwaltungsakt.

III.1. Gemäß § 120 Abs. 1b des Fremdenpolizeigesetzes 2005 – FPG, BGBl. I Nr. 100/2005, in der zum Tatzeitpunkt geltenden Fassung BGBl. I Nr. 145/2017 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 Aufenthaltes, bei Betretung in einem öffentlichen Beförderungsmittel die nächstgelegene Ausstiegsstelle, an der das Verlassen des öffentlichen Beförderungsmittels gemäß dem Fahrplan des Beförderungsunternehmens 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 Rückübernahme-abkommen 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. Gänzlich unbestritten ist, dass gegen den Bf seit X eine rechtskräftige und durchsetzbare Rückkehrentscheidung vorliegt und die Frist zur freiwilligen Ausreise mit Ablauf des X verstrichen ist. Unbestritten ist auch, dass der Bf diese Frist ungenutzt verstreichen ließ und er jedenfalls bis zum Datum des angefochtenen Straferkenntnisses nicht ausgereist ist.
Unbestritten ist ferner, dass der Bf bis zum Eintritt der Rechtskraft und Durchsetzbarkeit der Rückkehrentscheidung aus von ihm zu vertretenden Gründen das ihm aufgetragene Rückkehrberatungsgespräch nicht in Anspruch genommen hat. Dass der Bf die Gründe dafür, dass er bis zur Rechtskraft und Durchsetzbarkeit der Rückkehrentscheidung keine Rückkehrberatung in Anspruch genommen hat, nicht selbst zu vertreten hätte, hat er im gesamten Verfahren nicht behauptet.

Der Bf bestritt aber, dass er aus von ihm zu vertretenden Gründen nicht unverzüglich aus dem Bundesgebiet ausgereist ist. Er brachte dazu vor, dass ihm die Ausreise rechtlich und praktisch nicht möglich gewesen sei, er behauptete ferner, dass trotz Bemühen der Behörden und seiner Kooperation kein Heimreisezertifikat vorliege.
Dem ist einerseits – wie unter I.3. festgehalten – entgegen zu halten, dass der Bf diesbezüglich bloß gänzlich unbegründete Behauptungen aufstellt, andererseits erweist sich sein Vorbringen, mit den Behörden kooperiert zu haben, schon angesichts der Tatsache, dass er nicht einmal das ihm vorgeschriebene Rückkehrberatungsgespräch in Anspruch genommen hat, als gänzlich unglaubwürdig und daher als reine Schutzbehauptung. Die Unterlassung der unverzüglichen Ausreise ist sohin vom Bf zu vertreten.

Es bestand daher zum vorgeworfenen Tatzeitpunkt eine rechtskräftige und durchsetzbare Rückkehrentscheidung, der Bf nahm aus von ihm zu vertretenden

Gründen bis zu deren Rechtskraft und Durchsetzbarkeit an keiner Rückkehrberatung teil und er reiste aus von ihm zu vertretenden Gründen nicht unverzüglich aus. Zur Erfüllung des objektiven Tatbestands ist aber ferner 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. Sachverhaltselemente, die von einem relevanten Privat- und Familienleben zeugen würden, kamen im Asylverfahren nicht zutage und wurden auch im ggst. Verfahren nicht releviert. Die Rückkehr des Bf in seinen Herkunftsstaat wurde im Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichtes als zulässig und zumutbar erachtet. Dem widersprechende Gründe hat der Bf im ggst. Verfahren nicht vorgebracht und sind auch sonst nicht hervorgekommen. Es liegt sohin ein Überwiegen der öffentlichen Interessen an einem geordneten Aufenthalts- und Fremdenwesen gegenüber den persönlichen/privaten Interessen des 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. Der Bf behauptete bloß unsubstantiiert, dass es ihm rechtlich und praktisch nicht möglich gewesen sei, aus dem Bundesgebiet auszureisen. Dies stellt jedoch – wie bereits unter I.3. festgehalten – kein geeignetes Tatsachenvorbringen unter Beibringung von Beweismitteln oder -anträgen dar. Der Bf hätte vielmehr, um sein auf das Verschulden gerichtetes Vorbringen entsprechend auszuführen, initiativ alles darzulegen gehabt, was für seine Entlastung spricht. Die bloße allgemeine Behauptung, er habe kooperiert, entspricht nicht den Anforderungen der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofs. Es ist somit zumindest von fahrlässigem Verhalten auszugehen.

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 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 im vorliegenden Fall nicht ausgegangen werden, weshalb auch die ggst. Strafzumessung durchaus zu bestätigen war.

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

Das Verschulden ist geringfügig, wenn - unabhängig von der Schuldform (Vorsatz oder Fahrlässigkeit) - das tatbildmäßige Verhalten des Täters hinter dem in der betreffenden Strafdrohung typisierten Unrechts- und Schuldgehalt erheblich zurückbleibt (vgl etwa VwGH 12.9.2001, 2001/03/0175). Einer Ausreise-verpflichtung nicht unverzüglich nachzukommen ist aber gerade der typische Fall des nach der Strafbestimmung des § 120 Abs. 1b FPG verpönten Verhaltens, sodass von einer Geringfügigkeit nicht ausgegangen werden und daher nicht von der Verhängung einer Strafe abgesehen werden kann.

III.5.1. Gemäß § 52 Abs. 1 VwGVG ist in jedem Erkenntnis des Verwaltungs-gerichtes, mit dem ein Straferkenntnis bestätigt wird, auszusprechen, dass der Bestrafte einen Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens zu leisten hat.

Gemäß § 52 Abs. 2 VwGVG ist dieser Beitrag für das Beschwerdeverfahren mit 20 % der verhängten Strafe, mindestens jedoch mit 10 Euro zu bemessen; bei Freiheitsstrafen ist zur Berechnung der Kosten ein Tag Freiheitsstrafe gleich 100 Euro anzurechnen. Der Kostenbeitrag fließt der Gebietskörperschaft zu, die den Aufwand des Verwaltungsgerichtes zu tragen hat.

Gemäß § 52 Abs. 8 VwGVG sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens dem Beschwerdeführer nicht aufzuerlegen, wenn der Beschwerde auch nur teilweise Folge gegeben wird.

III.5.2. In diesem Sinn war dem Bf ein Beitrag zu den Kosten des Verfahrens vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich 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. Reitter