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-700543/2/MZ/BD

Datum:
Linz, 11. März 2019

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Dr. Zeinhofer über die Beschwerde des S H Q, StA P, x 20/S 3/3, L, gegen das Straferkenntnis der Landepolizeidirektion Oberösterreich vom 25. Jänner 2019, GZ: VStV/918301744711/2018, wegen Übertretung des Fremdenpolizeigesetzes,

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird stattgegeben, das angefochtene Straferkenntnis behoben und das Verwaltungsstrafverfahren eingestellt.

II. 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. Mit Straferkenntnis der Landespolizeidirektion Oberösterreich (im Folgenden: belangte Behörde) vom 25. Jänner 2019, GZ: VStV/918301744711/2018, wurde über den Beschwerdeführer (im Folgenden: Bf) eine Verwaltungsstrafe in Höhe von 5.000 Euro (Ersatzfreiheitsstrafe: 14 Tage) wegen einer Übertretung des § 120 Abs. 1b Fremdenpolizeigesetz – FPG wie folgt verhängt:

„Wie von Beamten der Landespolizeidirektion Oberösterreich, EGFA FB 04 - Fremdenpolizei, Nietzschestraße 33, 4020 Linz am 21.11.2018 um 07:16 Uhr Uhr anlässlich einer Aktenüberprüfung festgestellt wurde, sind Sie aus Ihnen zu vertretenden Gründen nicht unverzüglich Ihrer Pflicht zur Ausreise aus dem Bundesgebiet nachgekommen, obwohl Ihr Asylverfahren mit Erkenntnis des Bundesveraltungsgerichtes vom 19.09.2018 negativ entschieden ist und gleichzeitig eine Rückkehrentscheidung erlassen worden ist.
Die Rückkehrentscheidung ist seit 21.09.2018 rechtskräftig.
Das Ihnen mit Verfahrungsanordnung vom 15.03.2018 aufgetragene Rückkehrberatungsgespräch haben Sie in Anspruch genommen. Sie sind bis dato aber nicht rückkehrwillig.

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschrift(en) verletzt:
§ 120 Abs. 1 b FPG iVm § 52 Abs. 8 Fremdenpolizeigesetz 2005 idgF

Wegen dieser Verwaltungsübertretung(en) wird (werden) über Sie folgende Strafe(n) verhängt:

Geldstrafe von	falls diese uneinbringlich ist, Ersatzfreiheitsstrafe von	Freiheitsstrafe von	Gemäß
€5.000,00	14 Tage(n) 0 Stunde(n) 0 Minute(n)		§ 120 Abs. 1b Fremdenpolizeigesetz 2005, BGBl I Nr. 145/2017 idgF.“

Zudem wurden dem Bf 500 Euro als Beitrag zu den Kosten des behördlichen Strafverfahrens auferlegt.

II. Gegen dieses Straferkenntnis richtet sich die nunmehrige, rechtzeitig eingebrachte Beschwerde, in welcher der Bf vorbringt, dass ihm im Revisionsverfahren gegen das Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichtes aufschiebende Wirkung zuerkannt wurde.

III.a) Die belangte Behörde legte die rechtzeitig erhobene Beschwerde unter Anschluss des Bezug habenden Verwaltungsstrafaktes dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich vor. Eine Beschwerdevorentscheidung

wurde nicht erlassen; damit ergibt sich die Zuständigkeit des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich zur Entscheidungsfindung (Art 130 Abs 1 Z 1 iVm 131 Abs 1 B-VG iVm § 3 VwGVG). Gemäß Art 135 Abs 1 erster Satz B-VG iVm § 2 VwGVG entscheidet das Landesverwaltungsgericht durch den nach der Geschäftsverteilung zuständigen Einzelrichter.

b) Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den von der belangten Behörde zur Entscheidung übermittelten Verfahrensakt und die Beschwerde.

c.1) Feststellungen:

Der – soweit ersichtlich – unbescholtene Bf ist Staatsangehöriger von P. Sie reiste im Jahr 2015 in Österreich ein und stellte am 30.05.2015 einen Asylantrag. Dieser wurde mit Bescheid des BFA vom 14.03.2018 abgewiesen und wurde zugleich eine Rückkehrentscheidung erlassen. Mit Erkenntnis des BVwG vom 19.09.2018, GZ: W2332192675-1/10E, wurde die gegen den genannten Bescheid erhobene Beschwerde als unbegründet abgewiesen. Der Bf hat ein Rückkehrberatungsgespräch in Anspruch genommen, der Bf hält sich jedoch weiterhin in Österreich auf.

Mit Beschluss des Verwaltungsgerichtshofes vom 28.01.2019, Ra 2018/14/0358-3, wurde der Revision des Bf gegen das Erkenntnis des BVwG vom 19.09.2018, GZ: W2332192675-1/10E, aufschiebende Wirkung zuerkannt.

c.2) Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich unstrittig aus dem vorliegenden Verwaltungsakt sowie dem Rechtsmittelschriftsatz des Bf samt Beilagen.

IV. Rechtliche Beurteilung

a) 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.

b.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.

b.2) Zwar wurde mit Erkenntnis des BVwG vom 19.09.2018, GZ: W2332192675-1/10E, der Asylantrag des Bf negativ entschieden und eine Rückkehrentscheidung ausgesprochen. Allerdings wurde dem Bf mit Beschluss des Verwaltungsgerichtshofes vom 28.01.2019, Ra 2018/14/0358-3, aufschiebende Wirkung gegen das genannte Erkenntnis zuerkannt.

b.3) 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).

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).

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).

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).

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).

b.4) Vor diesem Hintergrund ist das angefochtene Straferkenntnis zu beheben und das Verwaltungsstrafverfahren einzustellen.

V. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da die vorliegende Entscheidung der oben zitierten höchstgerichtlichen Rechtsprechung entspricht und nicht ersichtlich ist, dass die gegenständliche Entscheidung über den Einzelfall hinaus Bedeutung hat.

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. Zeinhofer