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-700546/8/MB/JB

Datum:
Linz, 24. September 2019

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Dr. Brandstetter über die Beschwerde des M R A, geb. x, StA. An, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. H P, x 2-4/23, W, gegen das Straferkenntnis der Landespolizeidirektion Oberösterreich, EGFA 4 – Fremdenpolizei, vom 31. Jänner 2019, GZ: VStV/918301790033/2018, wegen Übertretung des Fremdenpolizeigesetzes, nach der am 16. April 2019 durchgeführten öffentlichen mündlichen Verhandlung,

A. zu Recht:

I. Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen und das Straferkenntnis der belangten Behörde bestätigt.

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

III. Gegen diese Entscheidung ist eine Revision unzulässig.

B. fasst den B e s c h l u s s:

I. Der Antrag des Beschwerdeführers auf Kostenersatz wird zurückgewiesen.

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 der Landespolizeidirektion Oberösterreich, EGFA 4 – Fremdenpolizei (in der Folge: belangte Behörde), vom 31. Jänner 2019, GZ: VStV/918301790033/2018, wurde über den Beschwerdeführer (in der Folge: Bf) gemäß § 120 Abs. 1b iVm § 52 Abs. 8 Fremdenpolizeigesetz 2005 (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 11.01.2018 um 08:32 Uhr anlässlich einer Aktenüberprüfung 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 31.08.2018 negativ entschieden ist und gleichzeitig eine Rückkehrentscheidung erlassen worden ist.
Die Rückkehrentscheidung ist seit 11.10.2018 rechtskräftig und durchsetzbar.
Das Ihnen mit Verfahrensanordnung vom 03.09.2018 aufgetragene Rückkehrberatungsgespräch haben Sie 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 22.11.2018 und durch das behördlich durchgeführte Ermittlungsverfahrens zweifelsfrei erwiesen.

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

Mit Aufforderung vom 11.01.2019 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.

In der Stellungnahme vom 25.01.2019 gaben Sie folgendes an:

Ich habe keine Übertretung wissentlich oder absichtlich begangen. Mein Anwalt hat die Beschwerde beim BVwG verspätet eingebracht. Ich habe bereits einen anderen Anwalt beauftragt diesem gravierenden Fehler nachzugehen und meine rechtlichen Möglichkeiten zu eruieren. Da ich unverschuldet in diese Lage gekommen bin, bitte ich Sie von weiteren Folgen abzusehen.

Ihr Anwalt brachte einen Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ein.

Mit Beschluss des BVwG vom 16.01.2019 wird Ihrem Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nicht stattgegeben.

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, 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, 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 Aufenthaltes, bei Betretung in einem öffentlichen Beförderungsmittel die nächstgelegene Ausstiegsstelle, an der das Verlassen des öffentlichen Beförderungsmittels gemäß dem Fahrplan des Beförderungsunternehmens 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 11.10.2018 in II. Instanz rechtskräftig negativ entschieden. Die Rückkehrentscheidung ist ebenfalls seit 11.10.2018 rechtskräftig und

durchsetzbar. Das Ihnen aufgetragene Rückkehrberatungsgespräch haben Sie in Anspruch genommen, Sie sind jedoch nicht rückkehrwillig.

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 Asyiantrages 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
Da Ihr gesamter Familienverband, mit Ausnahme Ihrer erwachsenen Schwester AL ZADE Kobra (geb. 01.01.1989), im selben Ausmaß wie Sie selbst von den aufenthaltsbeendenden Maßnahmen betroffen ist, scheidet ein Eingriff von vornherein aus

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, durch den Bf rechtzeitig eingebrachte Beschwerde vom 7. März 2019, in welcher ua. Nachstehendes ausgeführt wird:

„2. Sachverhalt und Verfahrensgang

Ich bin a Staatsangehöriger, M schiitischen Glaubens und gehöre zur Volksgruppe der H. Aufgrund asylrelevanter Verfolgung musste ich mein Herkunftsland verlassen. Ich bin im I aufgewachsen und wurde nach meiner Weigerung, mich für den Konflikt in S zwangsrekrutieren zu lassen, nach A abgeschoben. Nach einem Monat Aufenthalt in der Provinz W bin ich vor Verfolgung durch die Taliban geflohen und stellte am 16.4.2018 einen Asylantrag in Österreich.

Mit Bescheid vom 31.08.2018 zur GZ: 1094910810-151783138/BMI-EAST_WEST wurde mein Antrag gemäß § 3 AsylG (Spruchpunkt I) und § 8 AsylG abgewiesen (Spruchpunkt II) und ein Aufenthaltstitel aus berücksichtigenswerten Gründen nicht erteilt (Spruchpunkt III.). Es wurde eine Rückkehrentscheidung erlassen (Spruchpunkt IV). Das BFA sprach aus, dass eine Abschiebung nach Afghanistan zulässig sei (Spruchpunkt V). Mir wurde eine Frist zu freiwilligen Ausreise von zwei Wochen gewährt (Spruchpunkt VI.).

Der Bescheid wurde am 13.09.2018 durch Hinterlegung zugestellt. Am 15.10.2018 brachte meine rechtsfreundliche Vertretung Beschwerde gegen den Bescheid des BFA ein. Die Beschwerde wurde vom BFA samt dem dazugehörigen Akt dem Bundesverwaltungsgericht vorgelegt.
Mit Schreiben vom 22.10.2018 wurde meine rechtsfreundliche Vertretung die verspätete Einbringung der Beschwerde vorgehalten. Daraufhin brachte meine damalige rechtsfreundliche Vertretung einen Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand vom 7.11.2018 ein.

Mit Beschluss vom 14.11.2018 zur GZ: W128 2207971-1/5E wies das Bundesverwaltungsgericht die Beschwerde vom 15.10.2018 als verspätet zurück und erklärte die ordentliche Revision für unzulässig.

Gegen diese Entscheidung brachte meine damalige rechtsfreundliche Vertretung fristgerecht Revision beim Verwaltungsgerichtshof ein.

Mit Beschluss des Bundesverwaltungsgericht vom 16.01.2018 zur GZ: W128 2207971-1/SE wurde dem Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Frist zur Erhebung einer Beschwerde gegen den Bescheid des BFA vom 31.8.2018 zur GZ: 1094910810-151783138/BMI-EAST_WEST nicht stattgegeben und wurde die ordentliche Revision gemäß Art 133 Abs 4 B-VG für unzulässig erklärt.

Beweis: - Akt des BFA zur Zahl: i094910810-151783138/BMI-EAST_WEST
- Akt des BvwG zur Zahl: W 128 2207971

Am 03.09.2018 habe ich ein Rückkehrgespräch in Anspruch genommen.

Mit Schreiben der belangten Behörde vom 11.01.2019 wurde ich aufgefordert, mich zum gegenständlichen Vorwurf der Verwaltungsübertretung i.S. des § 129 Abs 1b FPG zu rechtfertigen.

Am 25.1.2019 brachte ich folgende Stellungnahme ein:

‚Ich habe keinerlei Übertretung wissend oder absichtlich begangen und möchte festhalten, dass mein damaliger Rechtsanwalt Mag. J A. M in W meine Beschwerde im Asylverfahren verspätet an das Bundesverwaltungsgericht gerichtet sodass meine Beschwerde als verspätet zurück gewiesen wurde und ist er auch im Anschluss seinen Verpflichtungen nicht ordnungsgemäß nachgekommen und bat mich somit in diese schreckliche Situation gebracht für die rein, er verantwortlich ist
Ich selbst wurde über diesen Sachverhalt erst Ende November 2018 in Kenntnis gesetzt und wusste nicht wie ich zu verfahren sei. Leider weist Mag. M zu meinem Schaden jede Verantwortung von sich.
Ich habe aktuell bereits einen neuen Anwalt beauftragt, diesem gravierenden Fehler nach zu gehen und meine rechtlichen Möglichkeiten zu eruieren.

Was meine Vermögensverhältnisse betrifft, so bin ich in der Grundversorgung und habe kein weiteres Einkommen.

Da ich unverschuldet und unwissend in dies« misslich e Lage gekommen bin, bitte ich Si e inständig von weiteren Folgen abzusehen und. mir die Gelegenheit nicht zu nehmen über einen Anwalt rechtliche Möglichkeiten in meiner Sache auszuschöpfen.

Mit der Bitte und Hoffnung auf Ihre Nachsicht.‘

Mit Straferkenntnis vom 31.1.2019 sprach die belangte Behörde Folgendes aus:

‚Wie von Beamten der Landespolizeidirektion Oberösterreich, EGFA FB 04 – Fremdenpolizei, Nietzschestraße 33, 4020 Linz am 11.01.2018 um 08:32 Uhr anlässlich einer Aktenüberprüfung 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 31.08.2018 negativ entschieden ist und gleichzeitig eine Rückkehrentscheidung erlassen worden ist.
Die Rückkehrentscheidung ist seit 11.10.2018 rechtskräftig und durchsetzbar.

Das Ihnen mit Verfahrensanordnung vom 03.09.2018 aufgetragene Rückkehrberatungsgespräch haben Sie in Anspruch genommen. Sie sind bis dato nicht rückkehrwillig.

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschrift(en) verletzt:

§ 120 Abs. 1b i.V.m. § 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 idgF.

Weitere Verfügungen (zB Verfallsausspruch, Anrechnung von Vorhaft):

Ferner haben Sie gemäß § 64 des Verwaltungsstrafgesetzes 1991 – VStG zu zahlen:
€ 500,00 als Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens, das sind 10% der Strafe, jedoch mindestens € 10,00 für jedes Delikt (je ein Tag Freiheitsstrafe wird gleich € 100,00 angerechnet).

Der zu zahlende Gesamtbetrag (Strafe/Kosten/Barauslagen) beträgt daher

€ 5.500,00‘

3. Zulässigkeit der Beschwerde

Gegen die angefochtene Entscheidung ist ausschließlich die gegenständlich erhobene Beschwerde zulässig. Ich bin in meinem subjektiven Recht entgegen § 120 Abs 1b i.V.m. § 52 Abs 8 FPG nicht bestraft zu werden, verletzt. Daher bin ich gemäß Art 132 Abs 1 Z 1 B-VG beschwerdelegitimiert.

4. Der Bescheid 1. Instanz wird seinem gesamten Umfang nach wegen
- Rechtswidrigkeit seines Inhaltes und
- Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften angefochten.

5. Beschwerdegründe

5.0 Rechtswidrigkeit wegen Unzuständigkeit

Die belangte Behörde gibt in dem Straferkenntnis als Tatzeit und Ort der Verwaltungsübertretung eine Aktenüberprüfung am 11.4.2018 um 8:32 in der Nietzschestraße 33, 4020 Linz an. Für den Tatort gilt gemäß § 120 Abs 1b FPG:

> 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 Beförderungsunternehmers möglich ist.

Da die belangte Behörde lediglich den Ort einer Aktenüberprüfung angibt, der denkunmöglich der Tatort des illegalen Aufenthalts sein kann, enthält das Straferkenntnis keine Angaben zum Tatort, der die örtliche Zuständigkeit der LPD Oberösterreich begründen würde. Das angefochtene Straferkenntnis ist daher mangels örtlicher Zuständigkeit ersatzlos aufzuheben.

5.1. Zur inhaltlichen (EU-) Rechtswidrigkeit:
Gemäß der Jud des EuGH (Urteil vom 28.04.2011, C-61/11 PPU, Inf Aus R 2011,320; vom (16) 06.12.2011-C-329/11, EuGRZ 2011, 687) zu Art 8 der RICHTLINIE 2008/115/EG DES EUROPÄISCHE PARLAMENTS UND DES RATES DER EUROPÄISCHEN UNION vom 16. Dezember 2008 über gemeinsame Normen und Verfahren in den Mitgliedstaaten zur Rückführung illegal aufhältiger Drittstaatsangehöriger (kurz Rückführungsrichtlinie) besteht ein Vorgang des Ausreiseverfahrens vor (Verwaltungs-)Strafverfahren wegen illegalem Aufenthalt.

Nationale Bestimmungen, die dem mit Anwendungsvorrang ausgestattetem EU-Recht entgegenstehen, sind von den nationalen Behörden unangewendet zu lassen. Die belangte Behörde hätte daher die Bestimmung des § 120 Abs lb FPG auf Verfahren, in denen das Ausreiseverfahren über das Stadium einer Einladung zu einem Rückkehrgespräch nicht hinausgegangen ist, unangewendet lassen müssen, da eine Bestrafung erst nach vollständiger Ausschöpfung der Mittel im Ausreiseverfahren laut den Bestimmungen der Rückführungsrichtlinie zulässig ist, was in meinem Verfahren gerade nicht der Fall war.

Die Regelung des § 120 Abs 1b FPG, wonach Voraussetzung der Strafbarkeit lediglich die Absolvierung oder Verweigerung eines Rückkehrgesprächs ist, steht der Jud des EuGH zur Richtlinie 2008/115EG entgegen, welche ein vollständiges Ausschöpfen der in der Rückkehrrichtlinie vorgesehen Maßnahmen zur Rückführung vorsieht, bevor eine Bestrafung wegen illegalem Aufenthalt zulässig ist:

Die Richtlinie 2008/115/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 2008 über gemeinsame Normen und Verfahren in den Mitgliedstaaten zur Rückführung illegal aufhältiger Drittstaatsangehöriger ist dahin auszulegen, dass sie

- der Regelung eines Mitgliedstaats, die den illegalen Aufenthalt mit strafrechtlichen Sanktionen ahndet, entgegensteht, soweit diese Regelung die Inhaftierung eines Drittstaatsangehörigen zur Strafvollstreckung zulässt, der sich zwar illegal im Hoheitsgebiet dieses Mitgliedstaats aufhält und nicht bereit ist, dieses Hoheitsgebiet freiwillig zu verlassen, gegen den aber keine Zwangsmaßnahmen im Sinne von Art. 8 dieser Richtlinie verhängt wurden und dessen Haft im Fall einer Inhaftnahme zur Vorbereitung und Durchführung seiner Abschiebung noch nicht die höchstzulässige Dauer erreicht hat,
- einer solchen Regelung aber nicht entgegensteht, soweit diese die Inhaftierung eines Drittstaatsangehörigen zur Strafvollstreckung zulässt, auf den das mit dieser Richtlinie geschaffene Rückkehrverfahren angewandt wurde und der sich ohne einen Rechtfertigungsgrund für seine Nichtrückkehr illegal in dem genannten Hoheitsgebiet aufhält.

Konkret heißt das, dass der Staat erst versuchen muss, eine Person zurückzuführen, bevor eine Strafe wegen illegalem Aufenthalt gemäß § 120 Abs 1b in Frage kommen kann. Ein Drittstaatsangehöriger kann daher nicht schon wegen illegalem Aufenthalt bestraft werden,

so lange nicht einmal geklärt worden ist, ob der Herkunftsstaat überhaupt bereit ist, ihn als Staatsangehöriger anzuerkennen, um Reisedokumente auszustellen und dies nicht auf die fehlende Mitwirkung der Person zurückzuführen ist.

Das BFA hätte als rechtmäßiges Alternativerhalten daher zunächst versuchen müssen, über die Botschaft meines Herkunftslandes Heimreisepapiere zu beschaffen, um meine Ausreise zu bewerkstelligen. Sollte der Herkunftsstaat eine Rückführung ablehnen, ist eine Strafbarkeit wegen illegalem Aufenthalt schon allein deshalb ausgeschlossen, weil ein rechtmäßiges Alternativerhalten gar nicht möglich ist.

Wie der EuGH zutreffend formuliert, verzögern und behindern Strafverfahren wegen illegalem Aufenthalt lediglich das Ausreiseverfahren:

‚Eine nationale Regelung wie die des Ausgangsverfahren streitige nationale Regelung, [...] die zu einer Inhaftierung zur Strafverfolgung fuhren kann, während ein solcher Drittstaatsangehöriger nach den gemeinsamen Normen und Verfahren in den Art 6, 8, 15 und 16 der Richtlinie 2018/115 vorrangig rückzuführen ist, [...] könnte folglich die in der Richtlinie 2018/115 festgelegten gemeinsamen Normen und Verfahren vereiteln und somit ebenso wie die in der Rechtssache El Dridi streitige Regelung die praktische Wirksamkeit der genannten Richtlinie beeiträchtigen.‘

Die Wortfolge des § 120 Abs 1b FPG

> 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,

ist vor diesem Hintergrund mit der Rückführungsrichtlinie 2008/115 in der Auslegung des EuGH im Urteil El Dridi mit dem unbedingten und hinreichend bestimmten, somit unmittelbar anzuwenden EU-Recht unvereinbar und daher von den nationalen Behörden unangewendet zu lassen. Das angefochtene Straferkenntnis ist daher mangels anwendbarer gesetzlicher Grundlage ersatzlos aufzuheben.

5.2. Zur Verfassungswidrigkeit des § 120 Abs 1b FPG wegen Gleichheitswidrigkeit und Unverhältnismäßigkeit:
Wegen der notorischen und regelmäßigen Vermögenslosigkeit von Asylwerbern bedeutet die angedrohte Geldstrafe in der Praxis de facto eine Haftstrafe. Da ein Aufenthalt in Haft ein geringeres Übel als eine lebensgefährliche Rückkehr nach Afghanistan ist, ist die Strafbestimmung des § 120 Abs 1b FPG nicht geeignet, und daher auch nicht notwendig, um Afghanen, speziell wenn sie selbst noch nie in Afghanistan gelebt haben, vom illegalen Aufenthalt in Österreich abzuhalten.

Wie den aktuellen Medienberichten zu entnehmen ist, wurde bereits ein aus Österreich abgeschobener Asylwerber nach seiner erzwungenen Rückkehr von den Taliban entführt (Profil vom 24.2.2019. S.27):

‚Die Befürchtungen der Hilfsorganisationen bewahrheiten sich: Ein abgelehnter Asylwerber wurde in Afghanistan von den Taliban verschleppt – nachdem er aus Österreich abgeschoben worden war.‘

‚chen vor Ort haben gezeigt, dass das Land nicht sicher ist. Menschen die nach A zurückgebracht werden, drohen unmenschliche Behandlung, Folter, Entführung und Tod; erklärt A S, Geschäftsführerin von AI Österreich. Laut ihr verstößt Österreich gegen das Non-Refoulement-Prinzip. Diese völkerrechtliche Regel verbietet die Abschiebung von Menschen in Staaten, in denen unmenschliche Behandlung oder Folter drohen. In den ersten neun Monaten des Jahres 2018 wurden nach Angaben der United Nations Assistance Mission in Afghanistan 2798 Zivilisten getötet. Das Innenministerium hält der Kritik entge-
‚

Auch das Gutachten der Sachverständigen Stahlmann im Auftrag des Verwaltungsgerichts Wiesbaden (25) vom 28.3.2018 kommt zu dem Schluss, dass die Gefahr einer Verletzung der körperlichen Integrität im gesamten Staatsgebiet A droht:

> Die Gefahr, allein aufgrund der Anwesenheit in A einen ernsthaften Schaden hinsichtlich des Lebens oder der körperlichen Unversehrtheit zu erleiden, besteht im gesamten Staatsgebiet. Das Gesamtniveau der Gewalt konstituiert sich aus einer Kombination von Gewaltformen, die grundsätzlich landesweit drohen. Dazu gehören konventionelle Kampfhandlungen, Anschläge, die kriegsbedingten Gefahren unkontrollierten Machtmissbrauchs und der Kriminalität, die Gefahr Opfer von Verfolgung zu werden, und kriegsbedingte humanitäre Not.“

Auch UNHCR bestätigt diese Einschätzung:
UNHCR 12 March 2018: Slide 6 des Dokuments: International Protection Needs of Asylum-Seekers (26) from Afghanistan, - Vienna,:

‚Neither Kabul nor Herat city were safe for civilians in 2017, with both cities reporting hundreds of civilian casualties (Kabul city 1,600, representing a 17% increase compared to 2016).‘

CONCLUSION:

- Internal protection alternatives (eg. in Kabul, Herat) are not “relevant and reasonable” in the absence of family support or an effective community network
- On internal protection alternatives (IFA), the actors of persecution and serious human rights violations act with general impunity, and have the ability to commit violence even in major cities such as Kabul, Herat, and Mazar, which should not be considered safe.

Aurvasi Patei, Vizechefin des UNHCR in Kabul hat bei einem Vortrag am 12,3.2018 in der Österreichischen Gesellschaft für Außenpolitik und die Vereinten Nationen in Wien vor einem Publikum aus Asylbehördenvertretern, mit Asylfragen beschäftigten Richtern des Bundesverwaltungsgerichts u.a. laut österreichischen Medien mitgeteilt, die Sicherheitslage habe sich im gesamten Land so massiv weiter verschlechtert, dass sie Abschiebungen zurzeit nicht zulasse und man keine Afghanen zurückschicken solle:

> ,,Heute kann ich ihnen - Hand auf dem Herzen - mitteilen, dass es nirgendwo in Afghanistan eine Fluchtalternative gibt.“

Die Beeinträchtigung öffentlicher Interessen ist daher im Verhältnis zu der in Afghanistan mir drohenden Gefahr als gering anzusehen, sodass die belangte Behörde bei Würdigung

des vollständigen Sachverhalts von den Möglichkeiten gemäß § 45 VStG Gebrauch machen hätte müssen, nämlich ein Verfahren gar nicht erst einzuleiten, das bereits eingeleitete Verfahren einzustellen, oder äußerstenfalls mit einer Ermahnung vorzugehen.

Mehrere Staaten der Europäischen Union, darunter Frankreich, zahlreiche Bundesländer Deutschlands, Kroatien, Tschechien, Estland, Italien, Lettland, Litauen, Luxemburg, Malta5 führen keine Rückführungen nach Afghanistan durch, sodass meine Bedenken hinsichtlich meiner Ausreise nach Afghanistan keinesfalls unbegründet sind, auch wenn das BFA in seinem Bescheid eine andere Auffassung vertritt. Zahlreiche Mitgliedstaaten vertreten meine Auffassung. Auch in Österreich erteilte das Bundesverwaltungsgericht in vergleichbaren Asylverfahren subsidiären Schutz, was in meinem Verfahren lediglich aufgrund eines Kunstfehlers meines Anwalts nicht möglich war.

Diese besonderen Umstände des Einzelfalls wurden in dem Straferkenntnis nicht berücksichtigt, obwohl sie geeignet sind, das Absehen von einer Bestrafung gemäß § 45 VStG, bzw. wegen eines Rechtsfertigungsgrundes laut der Jud des EuGH im Urteil El Dridi C-61-11 PPU und Achughbabian Rs C-329/11 zu begründen.

Dass im Asylverfahren kein subsidiärer Schutz erteilt wurde, bedeutet keineswegs automatisch, dass die Nichtausreise infolge der unstrittigen Gefahrenlage in Afghanistan als fahrlässig und vorwerfbar im strafrechtlichen Sinn erachtet werden kann. Ob ein Rechtfertigungsgrund im Sinne des Urteils des EuGH in der Rs C-329/11 gegeben ist, muss daher im Strafverfahren gesondert geprüft werden und darf nicht einfach ungeprüft aus dem Asylverfahren übernommen werden.

5.3. Zur unterlassenen Überprüfung der Zumutbarkeit des rechtmäßigen Alternativerhaltens bei Verhängung der Strafe
Die Behörde hat vielmehr bei der Verhängung einer Strafe aktuell zu prüfen, ob die Weigerung der Ausreise angesichts der Sicherheitslage laut aktuellen Länderinformationen vorwerfbar im strafrechtlichen Sinn ist. Dies mag bei sicheren Drittstaaten der Fall sein, keinesfalls aber im Fall von Afghanistan. Eine aktuelle und konkrete Beurteilung der Vorwerfbarkeit an Hand der aktuellen Sicherheitslage in Afghanistan wurde jedoch gänzlich unterlassen, sodass das Straferkenntnis mit Rechtswidrigkeit belastet ist.

Da die Lebensgefahr im Herkunftsland ein größeres Übel als eine Geld- oder Haftstrafe darstellt, ist eine solche auch nicht geeignet Asylwerber aus Afghanistan zur Ausreise zu verhalten. Eine Verwaltungsstrafe ist jedoch aus verfassungsrechtlicher Sicht erst dann sachlich gerechtfertigt, wenn sie geeignet ist, den Täter zu einem rechtskonformen Verhalten zu verhalten. Das Verwaltungsstrafverfahren dient nicht dem Selbstzweck der Bestrafung, sondern dient dem Schutz der Bevölkerung vor einem bestimmten Verhalten. Die Verhängung von Geld- und Haftstrafen, welche mangels Zumutbarkeit einer Ausreise immer wieder aufs Neue verhängt werden können, führen lediglich dazu, dass die Betroffenen gezwungen sind, unterzutauchen, was ausschließlich nachteilig für alle Seiten ist.

5.4. Zu den konkreten Umständen meines Einzelfalles, welche im Straferkenntnis nicht individuelle geprüft wurden:

Zu berücksichtigen sind die konkreten Umstände des Einzelfalls. Mein Asylverfahren ist lediglich aufgrund eines Kunstfehlers meiner damaligen anwaltlichen Vertretung vorzeitig beendet worden. Das Straferkenntnis ist in seiner Begründung außer einer bloßen Wiedergabe meiner Rechtfertigung inhaltlich nicht auf diese eingegangen. Hätte die belangte Behörde berücksichtigt, dass mein Asylverfahren lediglich aufgrund eines Versehens eines Dritten, das ich mir zurechnen lassen muss, nämlich meiner damaligen Rechtsvertretung, vorzeitig beendet wurde, obwohl das Verfahren laut der Jud des BVwG darauf schließen lässt, dass mir das Bundesverwaltungsgericht zumindest subsidiären Schutz zuerkannt hätte, wäre es zu einem anderen Ergebnis gekommen. Die statistische Fehlerquote der Bescheide des BFA lässt darauf schließen, dass das Bundesverwaltungsgericht, wäre die Beschwerdefrist nicht versäumt worden, mit hoher Wahrscheinlichkeit zu einer anderslautenden Entscheidung gekommen wäre. Dies insbesondere bei Berücksichtigung meiner konkreten Umstände:

Ich gehöre zur ethnischen Gruppe der Hazara und bin Schiit. Ich habe mein gesamtes Leben bis auf den letzten Monat nach meiner Abschiebung und vor meiner Flucht aus Afghanistan im Iran verbracht. Ich bin als Hazara im Gegensatz zu anderer Volksgruppen weitreichenden Benachteiligungen und Diskriminierung ausgesetzt. Ich verfüge über praktisch keinerlei Ortskenntnis und geringe Kenntnisse der lokalen Gepflogenheiten. Ich habe kein Familie und keine familiären Anknüpfungspunkte in Afghanistan. Laut der Jud des BVwG droht auch alleinstehenden arbeitsfähigen Männern ohne sozialem Rückhalt im Fall der Rückkehr nach Afghanistan eine Verletzung der Art 2 und 3 EMRK, weshalb in vergleichbaren Verfahren regelmäßig subsidiärer Schutz erteilt wird: (Vgl. BVwG 18.05.2018, W177 21749123; BVwG 23.07.2018, W191 2151097; BVwG 23.07.2018 W191 2166274).

Dass ich meine rechtlichen Möglichkeiten in Österreich ausschöpfen möchte, bevor ich freiwillig nach Kabul zurückkehre - laut dem Erkenntnis des Französischen Asylgerichtshof vom 9. März 2018 einem Ort hochintensiver blinder Gewalt, sodass aufgrund bloßer Anwesenheit im Gebiet der Stadt Kabul schwerwiegende Gefahr droht - stellt keinesfalls einen schwerwiegenden Eingriff in öffentliche Interessen dar, zumal ich hervorragend integriert bin und ich zusammen mit meiner Familie in Österreich lebe.

5.5. Rechtswidrigkeit wegen Verletzung von Verfahrensvorschriften:
Der Strafbehörde ist in diesem Zusammenhang vorzuwerfen, dass sie nicht ermittelt hat, ob seitens des BFA bereits ein Ausreiseverfahren geführt wurde, sodass sie mangels ordnungsgemäßem Ermittlungsverfahren gar nicht in der Lage war, den EU-rechtlichen Vorrang des Ausreiseverfahrens vor einem Strafverfahren zu beachten.

Das angefochtene Straferkenntnis ist daher nicht bloß wegen inhaltlicher Rechtswidrigkeit, sondern infolge Unterlassung eines ordnungsgemäßen Ermittlungsverfahrens auch wegen gravierenden Verfahrensfehlern ersatzlos aufzuheben.

5.6. Zur unterlassenen Würdigung meiner Rechte gemäß Art 8 EMRK:
Ich habe meinen Pflichtschulabschluss gemacht, arbeite ehrenamtlich bei der Volkshilfe und bei der Vempi GmbH und verfüge über eine verbindliche Einstellungszusage.
Beweis: - Einstellungszusage Mühringer Personal vom 27.2.2019 Beilage ./A
- Pflichtschulabschluss vom 17.12.2018 Beilage ./B

- Empfehlungsschreiben und Bestätigung ehrenamtlicher Arbeit der Vempia GmbH vom 21.2.2019 Beilage ./C
- Bestätigung Volkshilfe über ehrenamtliche Arbeit vom 24.1.2019 Beilage ./D

Mangels ordnungsgemäßem Ermittlungsverfahren hat die belangte Behörde den maßgeblichen Sachverhalt bei der Prüfung meiner Rechte gemäß Art 8 EMRK überhaupt nicht ermittelt. Stattdessen trifft sie die nicht nachvollziehbare Feststellung, dass ein Eingriff in das Rechts auf Achtung des Privatlebens von vornherein ausscheide, weil meine Familie, außer einer Schwester von einer aufenthaltsbeenden Maßnahme betroffen sei, ohne mein oben angeführtes Privat- und Familienleben vor dem Hintergrund des Art 8 EMRK zu würdigen, sodass mich die angefochtene Entscheidung in meinem Grundrecht gemäß Art 8 EMRK nicht nur inhaltlich sondern wegen grober Außerachtlassung der Ermittlungspflicht verletzt.

Zur Wahrung des Parteiengehörs und zur Klärung des maßgeblichen Sachverhalts hinsichtlich meiner Rechte gemäß Art 8 EMRK wäre eine persönliche Einvernahm zwingend erforderlich gewesen. Ob das Straferkenntnis mit meinen Rechten gemäß Art 8 EMRK vereinbar ist, hätte die belangte Behörde als Vorfrage aktuell zu klären gehabt. Durch den bloßen Verweis auf den Akteninhalt des Asylverfahrens und die Aufforderung zu einer schriftlichen Stellungnahme kann die amtswegige Ermittlung der konkreten Umstände des Einzelfalls nicht ersetzt werden. Die belangte Behörde hätte vielmehr durch gezielte Befragung den entscheidungsrelevanten Sachverhalt aus Eigenem ermitteln müssen, bevor es ein Straferkenntnis erlassen hätte dürfen.

Die Würdigung meines Privat- und Familienlebens gemäß Art 8 EMRK erschöpft sich demzuwider lediglich in dem folgenden Satz:

‚Recht auf Achtung des Privatlebens
Da Ihr gesamter Familienverband,. mit Ausnahme Ihrer erwachsenen Schwester AL ZADE Kobra (geb, 01.01.1989), im selben Ausmaß wie Sie selbst von den aufenthalsbeendenden Maßnahmen betroffen ist, scheidet ein Eingriff von vornherein aus‘

Hätte die belangte Behörde durch persönliche Einvernahme die oben angeführten Umstände meiner Integration ermittelt, wäre es zu einem anderen Ergebnis gekommen, weshalb das angefochtene Straferkenntnis wegen Rechtswidrigkeit infolge wesentlicher Verfahrensfehlern ersatzlos zu beheben ist.

5.7. Zu den Strafausschlussgründen gemäß § 45 VStG:
Aufgrund der EU-Rechtswidrigkeit einer Bestrafung, solange ein Rückführungsverfahren vollständig ausgeschöpft wurde, liegen Umstände iS des § 45 Abs 1 Z 3 VStG vor, die die Verfolgung ausschließen.

Aufgrund meiner oben aufgezeigten Integration und der offenkundigen Gefahrenlage in Afghanistan (45) ist die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat und das Verschulden des Beschuldigten gering iS des § 45 Abs 1 Z 4 VStG, sodass auch aus diesem Grund von einer Bestrafung abgesehen hätte werden müssen.

Äußerstenfalls würde eine Abmahnung in Frage kommen, mit der Belehrung, dass nach einem erfolglosen Rückführungsverfahren auch eine Bestrafung wegen illegalem Aufenthalt als ultima ratio und nach gesonderter Prüfung im Verwaltungsstrafverfahren, ob aktuell Gründe vorliegen, die eine Ausreise unzumutbar erscheinen lassen, möglich ist.

5.8. Zur Verletzung in Grundrechten gemäß Art 2, 3 und 8 EMRK
Ob eine Ausreise zumutbar ist, ist nicht abschließend mit der rechtskräftigen Rückkehrentscheidung des BFA geklärt, sondern hat als Vorfrage im Strafverfahren gleichzeitig mit der Prüfung einer Verletzung des Art 8 EMRK aktuell geklärt zu werden: Bei einer Bestrafung wegen illegalem Aufenthalt ist, wie der EuGH im Urteil C-329/11 festhält, strikt zu beachten,

> ‚dass im Rahmen der Anwendung der genannten strafrechtlichen Vorschriften bei der Verhängung der in vorstehender Randnummer genannten strafrechtlichen Sanktionen die Grundrechte, insbesondere diejenigen, die in der am 4. November 1950 in Rom unterzeichneten Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten gewährleistet sind, in vollem Umfang gewahrt bleiben müssen.‘

Das bedeutet, dass eine Bestrafung nur dann zulässig, wenn „bei der Verhängung' der Strafe (also nicht etwa in einem vorangegangenen Asylverfahren, sondern im Strafverfahren selbst) eine vollumfängliche Grundrechtsprüfung stattfindet. Eine solche hat im angefochtenen Erkenntnis jedoch nicht einmal kursorisch stattgefunden. Aus dem Akteninhalt des Verwaltungsstrafverfahren geht hervor, dass die Strafbehörde nicht einmal Einsicht in den Asylakt genommen hat, sondern lediglich aufgrund eines Drei-Zeilers ohne Aktenanhang des BFA

‚Von Lisa-Waldmann@bmi.gv.at
An: LPD-O-EGFA-Fremdenpolizei@polizei.gv.at
Betreff: Vest ndigung ber Rechtskraft IFA 1094910810
Anhänge:

Sehr geehrte Damen und Herren!

Es darf höflichst mitgeteilt werden, dass der Bescheid der u.a. Person gem. §3 neg, §8 neg, §57 neg, RKE, §55 vom 31.08.2018 in Rechtskraft I. Instanz erwachsen ist.

IFA: 1094910810, Herr ALIZADEH Mohammad Reza, geb. 31.12.1999, StA. Afghanistan

Rückkehrberatung stattgefunden: ja
Entscheidung: nicht rückkehrwillig

Freundliche Grüß
AAss Lisa Waldmann‘

eine Straferkenntnis ohne einem ordnungsgemäßen Ermittlungsverfahren erlassen hat.

Für eine Strafbarkeit wegen illegalem Aufenthalt ist eine in I. Instanz rechtskräftige Entscheidung laut der zit Jud des EuGH aber keinesfalls ausreichend. Zu einer Stellungnahme wurde ich bloß formhalber aufgefordert, da das Erkenntnis jede inhaltliche

Auseinandersetzung, das heißt jegliche rechtliche Würdigung meines Vorbringens in der Stellungnahme unterlässt und diese stattdessen kommentarlos, das heißt inhaltlich völlig unbeachtet zitiert und dadurch die konkreten Umstände des Einzelfalles völlig außer Acht lässt.

Meine Weigerung nach Afghanistan auszureisen beruht nicht auf einem Ungehorsam gegenüber der österreichischen Rechtsordnung, sondern auf entschuldigendem Notstand. Sie beruht auch auf der Hoffnung, durch Anrufung der Höchstgerichte im Rahmen der Rechtsordnung doch noch Schutz vor der unzweifelhaften Gefahrenlage in Afghanistan zu finden. Aus verwaltungsstrafrechtlicher Sicht kommt mir angesichts der aktuellen Länder- und Medienberichte, speziell zur Entführung nach Afghanistan abgeschobener Asylwerber, entschuldigender Notstand gemäß § 45 Abs 1 Z 2 VStG zu Gute, auch wenn die Rückkehrentscheidung im Asylverfahren trotz anhängiger Beschwerden vor den Gerichtshöfen des öffentlichen Rechts derzeit rechtskräftig ist.

Wenn eine österreichische Behörde eine Rückkehr nach Afghanistan für zumutbar erachtet, zahlreiche (52) europäische Staaten und Höchstgerichte Rückführungen nach Afghanistan wegen der Sicherheitslage ablehnen, dann ist es, wenn nicht gerechtfertigt, so zumindest entschuldbar, wenn es das eigene Leben betrifft, der Auffassung der übrigen Mitgliedstaaten zu folgen, auch wenn das Asylverfahren in Österreich geführt wurde. Zu den groben Ungleichheiten im europäischen Asylwesen vgl. Schuster, L. ORCID: 0000-0003-2896-0575 (2018). The Common European Asylum System: Inconsistent, incoherent and lacking credibility. This Century's Review Journal for Rational Legal Debate(l), pp. 40-44. Der Schutz des Lebens und der körperlichen Unversehrtheit ist im Zweifel immer zu Gunsten des Betroffenen auszulegen.

Nur wer ohne Rechtfertigungsgrund nicht ausreist, kann laut der Jud des EuGH nach vollständiger (53) Ausschöpfung des Rückführungsverfahrens bestraft werden. Dass eine Rückkehr aus Sicht zahlreicher Mitgliedstaaten unzumutbar ist, muss daher aus EU-rechtlicher Sicht einen solchen Rechtfertigungsgrund im Verwaltungsstrafverfahren darstellen. Nur wer sich weigert, in ein Land auszureisen, indem einigermaßen Konsens über dessen Sicherheit besteht, hat keinen Rechtfertigungsgrund iS der Jud des EuGH:

> ‚Richtlinie [RL 2008/115/EG] geschaffene Rückkehrverfahren angewandt wurde und der sich ohne einen Rechtfertigungsgrund für seine Nichtrückkehr illegal in dem genannten Hoheitsgebiet aufhält8‘

Wer in ein Land nicht ausreist, zu dessen Sicherheitslage kein Konsens besteht, dem kann kein Vor- wurf von strafrechtlichem Ausmaß gemacht werden, da die Sicherheitslage nicht mit zweifelsfreier Sicherheit geklärt ist. Der Schutz des Lebens hat im Zweifel immer Vorrang.

Straferkenntnisse wegen illegalen Aufenthalt vor Beginn eines Ausreiseverfahrens, also noch bevor mit einer Ladung zu einem Botschaftstermin vorgegangen wurde, wie im vorliegenden Fall, verstoßen gegen zwingendes EU-Recht. Sie sind kontraproduktiv und verhindern lediglich eine geordnete Ausreise, da die Ersatzhaftstrafen in der Praxis die Betroffenen lediglich zum Untertauchen aus Angst vor den unbezahlbaren Geld- und den dadurch ständig erneuerbaren Haftstrafen nötigen. Ein geordnetes Ausreiseverfahren wie

es die Rückführungsrichtlinie den Mitgliedstaaten vorschreibt, ist unter diesen Bedingungen nicht möglich, sodass das Straferkenntnis ersatzlos aufzuheben und die Gesetzesstelle im Sinne der Jud des EuGH auszubessern ist, was vom VfGH zu veranlassen und daher diesem vorzulegen ist.

5.9. Zur Vorlage Verfassungswidrigkeit des § 120 Abs 1b FPG an den VfGH:
Haben der Verwaltungsgerichtshof, ein Verwaltungsgericht oder ein ordentliches Gericht Zweifel, ob eine in einem bei ihnen anhängigen Verfahren anzuwendende Gesetzesbestimmung verfassungsmäßig ist, sind sie verpflichtet, einen Antrag auf Aufhebung dieser Bestimmung beim Verfassungsgerichtshof zu stellen.

Es liegt nicht im Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers, unverhältnismäßige und, wie der EuGH in der Rs. C-61/11 'El Dridi' klar gestellt hat, sachlich nicht gerechtfertigte Strafen wegen illegalem Aufenthalt bereits nach einem Rückkehrberatungsgespräch vorzusehen, ohne zuvor die Rückführungs-RL vollumfänglich angewandt zu haben. Eine solche Regelung überschreitet damit unter dem verfassungsrechtlichen Blickwinkel des Gleichheitsgrundsatzes gemäß dem B-VG zur Beseitigung aller rassischen Diskriminierung den rechtspolitischen Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers, was aus dem vom EuGH festgestellten Unvereinbarkeit derartiger Regelungen mit der Rückführungs-RL klar hervorgeht.

Der Vorrang des EU-Rechts vor nationalem (Verfassungs-)Recht ist in der Judikatur des VfGH unbestritten. Die zitierte Wortfolge des § 120 Abs 1b FPG ist daher dem VfGH vorzulegen, um die EUrechtswidrige Gesetzesstelle aus dem Rechtsbestand zu beseitigen oder zumindest festzustellen, dass die nationalen Behörden diese Bestimmung unangewendet zu bleiben hat.

Durch eine Aufhebung der beanstandeten Wortfolge durch den VfGH wäre der Gesetzgeber angehalten, das Gesetz zu reparieren, das heißt durch eine Formulierung zu ersetzen, die der Jud des EuGH Rechnung trägt, und eine Bestrafung nur gemäß einer richtlinienkonformen Formulierung wie der Folgenden erlaubt:

> ‚wenn das mit der Richtlinie 2018/115/EG geschaffene Rückkehrverfahren angewandt wurde und der sich ohne einen Rechtfertigungsgrund für seine Nichtrückkehr illegal in dem genannten Hoheitsgebiet aufhält‘

Es wird daher zur Hintanhaltung von Amtshaftungsansprüchen durch weitere rechtswidrige Straferkenntnissen der ANTRAG
gestellt, das Verwaltungsgericht möge die angeführten Bedenken zur Verfassungs- bzw EU- Rechtswidrigkeit des § 120 Abs 1b FPG an den VfGH herantragen und die Aufhebung der zit Wortfolge wegen Verfassungswidrigkeit zu beantragen.

Weiters wird beantragt, folgende Vorlagefrage gemäß Art 267 AEUV an den EuGH zu richten:

Ist die Bestimmung des § 120 Abs 1b FPG, welche eine Mindeststrafe von 5.000 Euro und eine Mindestersatzfreiheitsstrafe von zwei Wochen im Fall der Uneinbringlichkeit (was bei abgelehnten Asylwerbern regelmäßig der Fall ist), somit eine de-facto-Freiheitsstrafe gegen vermögenslose Drittstaatsangehörige bereits nach erfolgtem oder verweigerten

Rückkehrberatungsgespräch wegen illegalem Aufenthalt vorsieht, bevor alle Möglichkeiten der Rückführung gemäß der „RICHTLINIE 2008/115/EG DES EUROPÄISCHE PARLAMENTS UND DES RATES DER EUROPÄISCHEN UNION vom 16. Dezember 2008 über gemeinsame Normen und Verfahren in den Mitgliedstaaten zur Rückführung illegal aufhältiger Drittstaatsangehöriger" ausgeschöpft wurden mit eben dieser Richtlinie 2008/115 vereinbar, insbesondere hinsichtlich Art 8, Art 15 und 16 der Richtlinie 2008/115 wonach die Mitgliedstaaten illegal aufhältige Drittstaatsangehörige nur in Haft nehmen dürfen, wenn a) Fluchtgefahr besteht oder b) die betreffenden Drittstaatsangehörigen die Vorbereitung der Rückkehr umgehen oder behindern.

Exkurs: zum Begehren auf Verfahrenskostenersatz wird bemerkt, dass im gegenständlichen Verfahren analog zum Maßnahmebeschwerdeverfahren Kostenersatz gebührt. Der Ausschluss eines Kostenersatzes diskriminierte Beschwerdeführer in Bescheidbeschwerdeverfahren - sachlich nicht nachvollziehbar und damit verfassungswidrigerweise - gegenüber Beschwerdeführern in so genannten Maßnahmebeschwerdeverfahren .

In einem richtungsweisenden Judikat W117 2013311-1/2E sprach das Bundesverwaltungsgericht aus:

‚In Bezug auf die Frage des von Seiten des Beschwerdeführers geltend gemachten Aufwandersatzes war jedoch die Revision zuzulassen, da für die obsiegende Partei der Frage des Kosten/ Aufwandersatzanspruches in Schubhaftbeschwerdeverfahren grundsätzliche Bedeutung zukommt; insbesondere ist nicht auszuschließen, dass dem Gesetzgeber bei der Schaffung des § 35 VwGVG ein redaktionelles Versehen unterlaufen ist. Es ist nicht nachvollziehbar, warum im Falle einer Maßnahmenbeschwerde ein Aufwandersatz bestehen soll, im Falle einer Schubhaftbeschwerde jedoch nicht. Im Übrigen fehlt es diesbezüglich an einer bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes.‘

Für das vorliegende Beschwerdeverfahren gilt nichts Anderes.

6. Aus diesen Gründen werden nachstehende
Anträge
gestellt:
1. gemäß § 44 VwGVG ein mündliche Verhandlung durchzuführen und
2a. das angefochtene Straferkenntnis ersatzlos zu beheben und das Verfahren gemäß § 38 VwGVG iVm § 45 Abs 1 VStG einzustellen,
in eventu
2b. es aufgrund der geringen Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und der geringen Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat sowie aufgrund meines geringen Verschuldens bei einer Ermahnung gemäß § 38 VwGVG iVm § 45 Abs 1 letzter Satz VStG bewenden zu lassen,
in eventu
2c. die Strafhöhe auf ein tat- und schuldangemessenes Maß herabzusetzen.

3. dem Rechtsträger der belangten Behörde gemäß § 35 VwGVG iVm der VwG-Aufwandersatzverordnung (VwG-AufwErsV), BGBl II 517/2013, den Ersatz der mir

entstandenen Verfahrenskosten im gesetzlichen Ausmaß binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution aufzutragen.“
[Hervorhebungen nicht übernommen]

3. Mit Schreiben vom 8. März 2019 legte die belangte Behörde den in Rede stehenden Verwaltungsakt dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zur Entscheidung vor.

4. Mit Schreiben vom 27. März 2019 teilte der Rechtsvertreter des Bf mit, dass für die mündliche Verhandlung am 16. April 2019 ein Dolmetsch für die Sprache Dari erforderlich ist.

II.

1. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Einsicht in die vorgelegten Akten sowie Schriftstücke des Bf und Abhaltung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung unter Beisein des Rechtsvertreters des Bf, der belangten Behörde und eines Dolmetsches. Sohin ist nachfolgender Sachverhalt festzustellen: Der Bf ist afghanischer Staatsangehöriger. Er ist spätestens seit November 2015 in Österreich und stellte im selben Jahr und im Jahr 2018 einen Antrag auf Asyl. Vater, Mutter, drei Schwestern und sein Cousin sind ebenfalls im unsicheren Aufenthalt in Österreich und ebenso illegal eingereist. Mit Bescheid des BFA, Zl. 1094910810-151783138, vom 31. August 2018 wurde der Asylantrag des Bf abgewiesen und eine Rückkehrentscheidung erlassen. Ebenso wurde gem. § 52 Abs. 9 FPG festgestellt, dass eine Abschiebung gemäß § 46 FPG nach Afghanistan zulässig ist. Dieser Bescheid erwuchs in Rechtskraft nachdem die Beschwerde mit Erkenntnis des BVwG vom 14. November 2018, W128 2207971-1/5E, als verspätet zurückgewiesen wurde. Weitere Rechtsmittel waren nicht erfolgreich. Im Bescheid des BFA fand eine umfassende Würdigung des Privat- und Familienlebens statt und ergab, dass die Familie des Bf (mit Ausnahme der erwachsenen Schwester, Al Zade Kobra) in unsicherem Aufenthaltsstatus in Österreich wohnhaft ist. Der Bf hat mehrere Deutschkurse besucht und die Prüfung A1, A2, und B1 erfolgreich bestanden und ist strafrechtlich unbescholten. Weiteres wurde zu diesem Zeitpunkt nicht festgestellt. Im Rahmen des gegenständlichen Beschwerdeverfahrens legte der Bf eine vorläufige Arbeitszusage vom 27. Februar 2019, das Zeugnis über die Pflichtschulabschlussprüfung vom 17. Dezember 2018, ein Empfehlungsschreiben seines Unterkunftgebers vom 21. Februar 2019 und die Bestätigung über eine freiwillige Tätigkeit seit 14. Jänner 2019 vom 24. Jänner 2019 durch die Volkshilfe vor. Weiter ist festzuhalten, dass ein Rückkehrberatungsgespräch vom Bf besucht wurde und Rückkehrunwilligkeit festgestellt wurde. Die Frist zur freiwilligen Ausreise (25.10.2018) verstrich ungenutzt. Am 12. April 2019 fand ein Termin zur Erlangung eines HRZ’s statt. Ob der Bf dazu erschienen ist kann nicht festgestellt

werden, zumal die Rechtsvertretung des Bf dies nicht sagen kann. Ebenso können aktive Handlungen des Bf zur Erlangung eines HRZ's nicht festgestellt werden. Weder aus der Aktenlage, noch aus der ömV ergeben sich derartige Anhaltspunkte. Erkannt muss an dieser Stelle werden, dass der Bf nicht zur ömV erschienen ist, obschon die Rechtsvertretung mit Schreiben vom 27. März 2019 ausdrücklich darauf hinwies, dass für die Verhandlung ein Dolmetsch für die Sprache Dari erforderlich sei. Dieser Dolmetsch wurde darauf auch beigezogen. Gründe für die Abwesenheit von der ömV wurden von der Rechtsvertretung keine angegeben bzw. nicht nachgereicht. Weiter ist festzustellen, dass der Bf vom 4. April 2016 bis zum 11. Juni 2019 in der Hagenstraße 4/S 2/1, 4040 Linz (Unterkunftgeber: Vempia GmbH) mit Hauptwohnsitz gemeldet war. Weitere Gründe, warum der Bf nicht ausreisen könnte sind ebenso nicht ersichtlich (s. negativer Asylbescheid BFA vom 31.8.2018, Zl. 1094910810-151783138.

Die Sachverhaltsfeststellungen ergeben sich unstrittig aus dem vorgelegten Akt, der Abfrage des zentralen Melderegisters und den Aussagen in der ömV. Von einer weitergehenden Beweiswürdigung darf daher abgesehen 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 Aufenthaltes; 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. Ob des, sich auch in der Zuständigkeit der Landespolizeidirektion Oberösterreich befindlichen, letzten bekannten Aufenthaltes (Hagenstraße 4, 4040 Linz) war die Thematik der örtlichen Zuständigkeit durch Annahme des Ortes der Betretung nicht entscheidungsrelevant. Die örtliche Zuständigkeit der LPD OÖ war gegeben.

2.2. Zur Erfüllung des objektiven Tatbestandes ist 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.

2.2.1. Wie sich aus dem unbestrittenen Sachverhalt ergibt, erfolgte die Abweisung des Asylantrages des Bf durch die in Rechtskraft erwachsene Entscheidung des BFA vom 31. August 2018. Mit Beschluss vom 14. November 2018 wurde die dagegen erhobene Beschwerde vom Bundesverwaltungsgericht als verfristet zurückgewiesen. Weitere – erfolgreiche – Rechtsmittel sind nicht vorhanden.

2.2.2. Das Beschwerdevorbringen lässt erkennen, dass der Bf nicht gewillt ist, die rechtskräftige Entscheidung des BFA zu akzeptieren. Auch gab der Bf im Verfahren vor dem Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl an, dass im Falle einer Rückkehrentscheidung seinerseits kein Interesse an einer freiwilligen Ausreise bestehe. Insgesamt festigt sich damit die Annahme, dass der Bf seiner Ausreiseverpflichtung aus von ihm zu vertretenden Gründen nicht nachkommen wollte und auch tatsächlich nicht nachgekommen ist. Der Umstand, dass die Einladung zu einem Termin zur Erlangung eines HRZ's erst nach Ergehen des gegenständlichen Straferkenntnisses ergangen ist vermag den Gegenteiligen Schluss nicht zu tragen, zumal der Bf die Erlangung eines Reisedokumentes ab Kenntnis, dass er ausreisen muss, selbsttätig im Rahmen der Mitwirkungspflicht zu betreiben gehabt hätte. Diese Sicht wird durch einen Blick auf die Stellungnahme vom 25.1.2019 bestätigt, worin der Bf ausführt: „Ich habe keinerlei Übertretung wissentlich oder absichtlich begangen". Die vom Bf vorgebrachten Bedenken gegen das Rechtsschutzsystem in asylrechtlichen Angelegenheiten können nicht nachvollzogen werden, zumal auch keine erfolgreichen Rechtsmittel gegen die versäumte Frist vorhanden sind. Das verfassungsinhärente Prinzip des Fehlerkalküls, wie auch der Rechtskraft bekräftigen diese Sicht.

2.3. 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. Zunächst ist festzuhalten, dass Art. 8 EMRK in der oben beschriebenen Ausformung im Rahmen Bescheides des BFA, geprüft und erkannt wurde, dass kein schützenswertes Familienleben in Österreich besteht. Seit der Entscheidung des BFA sind keine entscheidungsrelevanten Anhaltspunkte hervorgekommen (und wurden auch im Beschwerdeverfahren nicht behauptet), die unter Bezugnahme auf Art. 8 EMRK zu einer anderslautenden Beurteilung führen würden. Die vom Bf vorgelegten Bestätigungen (Arbeit und freiwillige Tätigkeit bei der Volkshilfe) vermögen dieses Ergebnis nicht zu verkehren. Es muss erkannt werden, dass die freiwillige Tätigkeit erst mit Jänner 2019 begonnen wurde und die weiteren Vorlagen mit Ende 2018 bzw. Beginn 2019 datiert sind. Wiederholend ist an diesem Punkt anzuführen, dass sich der Bf und seine gesamte Familie in Österreich jeweils im Status des unsicheren Aufenthaltes (mit Ausnahme der Schwester Al Zade

Kobre) befinden und erst seit spätestens November 2019 in Österreich aufhältig sind.

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 - obschon der Bf Absicht und Wissentlichkeit verneint.

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 – entgegen dem Beschwerdevorbringen – 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 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 Landesverwaltungsgericht Oberösterreich in Höhe von 20 % der verhängten Geldstrafe (das sind 1.000 Euro) aufzuerlegen.

5.3. Im Hinblick auf den begehrten Kostenersatz ist zu erkennen, dass dieser im VwGVG nicht vorgesehen ist und die vom Bf angesprochene Thematik speziell das System innerhalb des Fremdenrechtes mit Übergang der Schubhaftzuständigkeit auf das BVwG zum Inhalt hat. Die vom Bf zitierte Entscheidung ist sohin nicht entscheidungsrelevant.

6. Die europarechtlichen Überlegungen des Bf mögen nicht teilt werden, zumal irakische Staatsangehörige entsprechend den Erfahrungen des

Landesverwaltungsgerichts Oberösterreich in parallelen Verfahren, dann ein HRZ bekommen, wenn sie rückkehrwillig sind (s. bspw. die geschwärzte Urkunde aus einen beim Landesverwaltungsgericht Oberösterreich anhängigen Verfahren zur Zahl LVwG-700594). Zudem wurde über dem Bf bereits eine rechtskräftige Rückkehrentscheidung verhängt und scheitert die Rückführung alleine an der Mitarbeit des Bf. Zu erkennen ist an dieser Stelle, dass der Umstand der Freiwilligkeit der Ausreise iSd RL 2008/115/EG nicht mit der Mitwirkung am Verfahren im Rahmen des § 120 Abs. 1b FPG verwechselt werden darf – dies sind sowohl von Wortlaut, Systematik als auch Telos gänzlich unterschiedliche Begrifflichkeiten. Zudem ermöglicht der Tatbestand durch die Notwendigkeit der Prüfung der Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe wie auch der Schuldelemente der RL 2008/115/EG Rechnung zu tragen.

7. Verfassungsrechtliche Bedenken bestehen vor diesem Hintergrund ebenso nicht.

IV.

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

Ergeht an:

1. Mohammad Reza ALIZADEH, c/o Rechtsanwalt Dr. Herbert Pochieser, Schottenfeldgasse 2-4/23, 1070 Wien

2. Landespolizeidirektion Oberösterreich, EGFA 4 – Fremdenpolizei, Nietzschestraße 33, 4021 Linz; zu GZ: VStV/918301790033/2018
Anlage: Akt

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Dr. Brandstetter

Hinweis:
Dieses Dokument wurde amtssigniert. Informationen zur Prüfung der elektronischen Signatur und des Ausdrucks finden Sie unter: www.lvwg-ooe.gv.at/DasGericht_Amtssignatur. Informationen zum Datenschutz finden Sie unter: www.lvwg-ooe.gv.at/Service_Datenschutzmitteilung.