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-700573/2/Sr

Datum:
Linz, 30. April 2019

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Mag. Stierschneider über die Beschwerde des E T, Staatsangehöriger von Afghanistan, x, gegen das Straferkenntnis der Landespolizeidirektion Oberösterreich, EGFA–Fremdenpolizei, vom 27. März 2019, GZ: VStV/919300380320/2019, wegen Übertretung des Fremdenpolizeigesetzes

zu Recht:

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

II. Der Beschwerdeführer hat keinen Kostenbeitrag 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

1. Mit Straferkenntnis vom 27. März 2019, GZ: VStV/919300380320/2019, verhängte die Landespolizeidirektion Oberösterreich (im Folgenden: belangte Behörde) über den Beschwerdeführer (im Folgenden: Bf) eine Verwaltungsstrafe iHv 5.000 Euro (Ersatzfreiheitsstrafe: 14 Tage) wie folgt:

„Wie von Beamten der Landespolizeidirektion Oberösterreich, EGFA FB 04 – Fremdenpolizei, Nietzschestraße 33, 4020 Linz am 14.03.2019 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 Bundesverwaltungsgerichts vom 20.02.2019 negativ entschieden ist und gleichzeitig eine Rückkehrentscheidung erlassen worden ist.
Die Rückkehrentscheidung ist seit 25.02.2019 rechtskräftig und durchsetzbar.
Das Ihnen mit Verfahrungsanordnung vom 25.10.2017 aufgetragene Rückkehrberatungsgespräch haben Sie in Anspruch genommen. Sie sind aber bis dato nicht rückkehrwillig.
Die Frist für die freiwillige Ausreise (11.03.2019) ließen Sie ungenutzt verstreichen und sind bis dato nicht ausgereist.
Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschrift(en) verletzt:
§ 120 Abs. 1b i.V.m. § 52 Abs. 8 Fremdenpolizeigesetz 2005 idgF.“

Begründend führte die belangte Behörde im Wesentlichen aus, dass kein Zweifel bestehe, dass der Bf seit Abschluss seines Asylverfahrens nicht freiwillig aus dem Bundesgebiet der Republik Österreich ausgereist und auch nicht rückkehrwillig sei.

Er verharre im Bundesgebiet und versuche die Behörden vor vollendete Tatsachen zu stellen. Die Nichtausreise stelle eine Verwaltungsübertretung iSd § 120 Abs. 1b iVm § 52 Abs. 8 FPG dar, für die er sich zu verantworten habe. Aufgrund der Aktenlage gehe die belangte Behörde davon aus, dass der Bf die ihm angelastete Verwaltungsübertretung in der Schuldform der Fahrlässigkeit begangen habe.

2. Gegen diese Straferkenntnisse erhob der Bf rechtzeitig Beschwerde, in der er deren Aufhebung beantragte.
Begründend führte der Bf im Folgenden aus:

„1. Mit Straferkenntnis der LPD wurde ich zur Zahlung von € 5000 wegen § 120 Abs 1b iVm § 52 Abs 8 FPG aufgefordert. Begründend führt die Behörde an, dass mein Asylverfahren seit 20.02.2019 rechtskräftig entschieden wurde, ich nicht rückkehrwillig bin und der Verpflichtung einer freiwilligen Ausreise nicht nachgekommen sei. Durch mein Verhalten versuche ich die Behörde vor vollendete Tatsachen zu stellen, was einem geordneten Fremdenwesen zuwiderlaufe und dies nicht zu tolerieren sei.

2. Ich habe binnen offener Frist Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof erhoben. Mit Beschluss des Verfassungsgerichtshofes vom 02.04.2019 GZ: E 1111/2019-4 wurde dieser Beschwerde durch das Höchstgericht die aufschiebende Wirkung zuerkannt. Durch die Zuerkennung dieser Wirkung hat der Verfassungsgerichtshof zum Ausdruck gebracht, dass mein Interesse auf Verbleib auf dem Staatsgebiet bis zum Abschluss des höchstgerichtlichen Verfahrens aus Rechtsschutzüberlegungen höher zu werten als das öffentliche Interesse an der unmittelbaren Durchsetzung der Rückkehrentscheidung. „Es bedeutete somit einen Wertungswiderspruch, den Ausreisebefehl durch die Zuerkennung aufschiebender Wirkung zu sistieren und den Fremden dessen ungeachtet wegen Unterbleibens seiner Ausreise zu bestrafen. IdS ist vom Vorliegen eines Strafausschließungsgrundes nach § 6 VStG auszugehen (vgl VwGH 6. 11. 1998, 97/21/0085, 98/21/0065).“ VwGH 26. 1. 2012, 2010/21/0444. Nach der ständigen Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes bin ich aus diesem Grund nicht wegen illegalen Aufenthaltes zu bestrafen da ein Strafausschließungsgrund iSd § 6 VStG vorliegt.

3. Ich stelle somit den Antrag: Das LVwG möge das gegenständliche Verwaltungsstrafverfahren wegen illegalen Aufenthaltes einstellen und die verhängte Strafe ersatzlos beheben.“

[Hervorhebungen nicht übernommen]

3. Mit Schreiben vom 23. April 2019 legte die belangte Behörde die Beschwerde samt dem Bezug habenden Verwaltungsakt 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. Im Verfahren wurden sohin lediglich Rechtsfragen aufgeworfen, zu deren Lösung auch im Sinne der Judikatur des EGMR eine mündliche Verhandlung nicht geboten ist.

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

II. Der entscheidungsrelevante Sachverhalt ergibt sich unzweifelhaft und widerspruchsfrei aus dem vorgelegen Verwaltungsakt und der Beschwerde. Vom Bf wurde überdies auch nicht der von der belangten Behörde festgestellte Sachverhalt, sondern lediglich sein Verschulden an der vorgeworfenen Verwaltungsübertretung bestritten.

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

2.1. Zur Erfüllung des objektiven Tatbestandes des § 120 Abs. 1b FPG 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. Gänzlich unbestritten ist, dass gegen den Bf seit 25. Februar 2019 eine rechtskräftige und durchsetzbare Rückkehrentscheidung vorliegt und die Frist zur freiwilligen Ausreise mit Ablauf des 11. März 2019 verstrichen ist. Unbestritten ist

auch, dass der Bf diese Frist ungenutzt verstreichen ließ und er jedenfalls bis dato nicht ausgereist ist.
Unbestritten ist ferner, dass der Bf bis zum Eintritt der Rechtskraft und Durchsetzbarkeit der Rückkehrentscheidung das ihm aufgetragene Rückkehrberatungsgespräch zwar in Anspruch genommen hat, nicht jedoch ausgereist ist.

Der Bf brachte aber vor, dass er aufgrund des Vorliegens eines Strafausschließungsgrundes wegen illegalen Aufenthaltes nicht zu bestrafen sei. Mit Beschluss des Verfassungsgerichtshofes vom 2. April 2019, GZ: E 111/2019-4, sei ihm die aufschiebende Wirkung zuerkannt worden.

3. Gemäß § 30 Abs. 4 VwGG ist, im Fall der Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung einer Revision, der Vollzug des angefochtenen Erkenntnisses aufzuschieben und sind die hiezu erforderlichen Anordnungen zu treffen. Entsprechend dieser Bestimmung wird nur vorläufig die Rechtswirkung des angefochtenen Erkenntnisses suspendiert (vgl VfGH 27.11.2018, E 3009/2018-12). In seinem Erkenntnis vom 26.1.2012, 2010/21/0444, hielt der Verwaltungsgerichtshof zu einem vergleichbaren Fall unter Heranziehung des Erkenntnisses des Verfassungsgerichtshofs VfSlg. 15.508, fest, „*dass mit der Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung die Interessen des Beschwerdeführers, das Ergehen der Entscheidung in dieser Sache im Bundesgebiet abwarten zu dürfen, höher als das öffentliche Interesse an der unverzüglichen Durchsetzung des Aufenthaltsverbotes angesehen wurde. Es bedeutete somit einen Wertungswiderspruch, den Ausreisebefehl durch die Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung zu sistieren und den Beschwerdeführer dessen ungeachtet wegen Unterbleibens seiner Ausreise zu bestrafen. In diesem Sinn ist vom Vorliegen eines Strafausschließungsgrundes nach § 6 VStG auszugehen*.“

Entsprechend dieser Rechtsprechung ist zwar nicht davon auszugehen, dass der Aufenthalt des Bf aufgrund der zuerkannten aufschiebenden Wirkung rechtmäßig war, es lag aber ein Strafausschließungsgrund vor.

4. Im Ergebnis war das angefochtene Straferkenntnis aufzuheben und das Verwaltungsstrafverfahren einzustellen.

Abstellend auf § 52 Abs. 9 VwGVG hat der Bf keinen Kostenbeitrag zu leisten.

IV. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da zur zu lösenden Rechtsfrage einheitliche höchstgerichtliche Rechtsprechung existiert, von der in der ggst Entscheidung

nicht abgewichen wurde. Es liegt daher keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung 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

Mag. Stierschneider