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-700538/7/BP/SW/NF**

Datum: **Linz, 4. November 2020**

I M N A M E N D E R R E P U B L I K

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Mag. Dr. Pree über die Beschwerde der Z H, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. G M, x, x, gegen das Straferkenntnis der Landespolizeidirektion Oberösterreich vom 7. Februar 2019, GZ: VStV/918301435810/2018, wegen Übertretung des Fremdenpolizeigesetzes

zu Recht:

I. Aus Anlass der Beschwerde wird das angefochtene Straferkenntnis aufgehoben und das Verwaltungsstrafverfahren eingestellt.

II. Die Beschwerdeführerin hat keinen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens zu leisten.

III. Gegen dieses Erkenntnis 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 (in der Folge: belangte Behörde) vom 7. Februar 2019, GZ: VStV/918301435810/2018, wurde über die Beschwerdeführerin (in der Folge: Bf) gemäß § 120 Abs. 1b Fremdenpolizeigesetz (FPG) eine Geldstrafe in der Höhe von 5.000 Euro, sowie im Falle der Uneinbringlichkeit eine Ersatzfreiheitsstrafe von 14 Tagen verhängt.

Die belangte Behörde führt dabei folgenden Tatvorwurf aus:
„Wie von Beamten der Landespolizeidirektion Oberösterreich, EGFA FB 04 – Fremdenpolizei am 04.10.2018 um 09:09 Uhr anlässlich einer Aktenüberprüfung festgestellt wurde, sind Sie aus von Ihnen zu vertretenden Gründen nicht unverzüglich Ihrer Pflicht zur Ausreise aus dem Bundesgebiet nachgekommen, nachdem Ihr Asylverfahren mit Bescheid des BFA Regionaldirektion Oberösterreich vom 24.11.2017 negativ entschieden und gleichzeitig eine Rückkehrentscheidung erlassen worden ist.
Die Rückkehrentscheidung ist seit 28.12.2017 rechtskräftig und durchsetzbar.
Die Frist zur freiwilligen Ausreise (11.01.2018) ließen Sie ungenutzt verstreichen und sind bis dato nicht ausgereist.
Das Ihnen mit Verfahrungsanordnung vom 27.11.2017 aufgetragene Rückkehrberatungsgespräch haben Sie bis zum Eintritt der Rechtskraft und Durchsetzbarkeit aus von Ihnen zu vertretenden Gründen nicht in Anspruch genommen."
[Hervorhebungen nicht übernommen]

Begründend führt die belangte Behörde ua. aus:
„Der Tatbestand der Ihnen zur Last gelegten Verwaltungsübertretung ist durch die vorgelegte Mitteilung des Amts für Fremdenwesen und Asyl vom 16.08.2018 und durch das behördlich durchgeführte Ermittlungsverfahrens zweifelsfrei erwiesen.

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

Mit Aufforderung vom 04.10.2018 wurden Sie zur Rechtfertigung innerhalb zwei Wochen nach Zustellung aufgefordert. Gleichzeitig wurden Sie aufgefordert, die Ihrer Verteidigung dienlichen Beweismittel, Ihre Einkommens- und Vermögensverhältnisse, Ihre Privat- und Familienverhältnisse und anfällige 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.

Die Aufforderung haben Sie am 11.10.2018 persönlich übernommen.

Mit Schriftsatz vom 16.10.2018 brachte Ihr nunmehriger Rechtsvertreter folgende Stellungnahme ein:

‚Die Betroffene darf aus rechtlichen Gründen nicht nach Somalia abgeschoben werden. Eine derartige Abschiebung ist auch aus tatsächlichen Gründen nicht möglich.

I. Einleitetende Ausführungen:

Der Betroffenen kommt Abschiebungsschutz gem. § 50 iVm Art 3 EMRK zu, ihr hätte im Asylverfahren susidiärer Schutz gem. § 8 AsylG gewährt werden müssen, dies aufgrund folgender Umstände:

Die Betroffene ist eine alleinstehende Frau, die in Somalia keinen männlichen Schutz genießt. Sie würde in Somalia Gefahr laufen, als alleinstehende schutzlose Frau Übergriffe in ihre sexuelle Integrität zu erleiden. Weiters würde sie in Somalia wegen des Fehlens eines sozialen und familiären Netzwerkes in eine ausweglose Notlage geraten, in der sie nicht in der Lage wäre, ihre existentiellen Lebensbedürfnisse wenigstens notdürftig abzudecken. Die Betroffene hat bereits 2009 Mogadishu/Somalia verlassen und sodann bis 2015 in Damaskus/Syrien als Flüchtling gelebt. Ihr Großvater ist seit Juli 2009 verschollen, ca. einen Monat später wurde ihr Vater von unbekannten Tätern entführt und dessen Bruder, der Onkel der Betroffenen, umgebracht. Deshalb flüchtete die Betroffene mit ihrer Familie (Großmutter, Mutter und Geschwister) 2009 nach Syrien. 2015 erfolgte aufgrund der misslichen Situation in Syrien die Weiterflucht nach Österreich. Hier hat die Betroffene am 27.09.2015 um Asyl angesucht. Der Asylantrag wurde zu Unrecht mit Bescheid des BFA, RD OÖ, vom 24.11.2017 vollinhaltlich abgewiesen. Der Bescheid wurde dem damaligen Rechtsvertreter der Betroffenen, RA D, zugestellt, welcher es schuldhaft unterließ, fristgerecht das Rechtsmittel der Beschwerde zu erheben. Derzeit läuft noch beim Verfassungsgerichtshof ein Verfahren zur Erlangung von Wiedereinsetzung gegen die Versäumung der Beschwerdefrist. Die Betroffene würde gemeinsam mit ihren Familienangehörigen in eine extreme humanitäre Notsituation geraten, müsste sie nach Somalia zurückkehren. Sie steht somit unter dem Schutze von Art 3 EMRK, was ein rechtliches Abschiebeverbot begründet, welches in jedem Stadium eines fremdenpolizeilichen Verfahrens von Amts wegen wahrzunehmen ist.

Weiters folgt in der Stellungnahme ein ausführlicher Punkt

II. weitere Ausführungen zur rechtlichen Unzulässigkeit einer Abschiebung, welcher hier aufgrund der Menge an Seiten nicht wiedergegeben wird.

III. Resümee:

Aus eben diesen, zuvor unter I. und II. dargelegten Gründen kann von der Betroffenen Z H eine Rückkehr und Ausreise nach Somalia nicht erwartet werden, weil sie sich damit selbst einer Notsituation aussetzen würde, welche Art. 3 EMRK-widrig ist.

Sohin trifft jedoch die Betroffene an ihrem formell derzeit „rechtswidriegen Aufenthalt" in Österreich kein Verschulden.

Es liegt ein übergesetzlicher Notstand und ein Rechtfertigungsgrund vor.

Schlussendlich fällt es auch nicht über die Notwendigkeit, sich einem derartigen Gespräch zu unterziehen, aufgeklärt. Die Bescheide wurden ursprünglich an den Rechtsvertreter D zugestellt.

Als der die Beschuldigte betreffende Bescheid dieser zugekommen ist, hat sie den Satz betreffend Rückkehrberatungsgespräch nicht verstanden.

Sie hat auch keine sonstigen Informationen diesbezüglich erhalten.

Auch insoweit fehlt es daher an einem Verschulden der Betroffenen.

Auch wenn sich die Betroffene einem Rückkehrberatungsgespräch unterzogen hätte, hätte sie aus den dargelegten Gründen nicht nach Somalia ausreisen könnnen.

IV. Anträge:

Die Betroffene stellt folgende
Beweisanträge:

1. Sie beantragt hiermit die Durchführung von themenspezifischen, landeskundlichen Ermittlungen zum Beweis dafür, dass die Betroffene in eine dem Art. 3 EMRK widersprechende, extreme humanitäre und sozioökonomische Notsituation geraten würde und sie auch in ihre sexuellen Integrität und körperlichen Unversehrtheit konkret bedroht wäre, wenn sie angesichts der in Somalia herrschenden allgemeinen, soziökonomischen und sonstigen menschenrechtlichen und politischen Verhältnisse alleinstehend ohne männliche Schutzperson und ohne dass ihr in Somalia ein soziales Auffangnetz zur Verfügung stehen würde, dorthin ausreisen und „zurückkehren" müsste.
2. Es wird beantragt, entsprechende landeskundliche Quellen und Berichte, welche die aktuelle, entscheidungsrelevante allgemeine Lage in Somalia widerspiegeln, in das Verfahren einzuführen und sodann der Beschuldigten durch ihren Rechtsvertreter die Möglichkeit zu geben, zu diesen landeskundlichen Berichten und Erkenntnisquellen im Rahmen der Ausübung des Parteingehörs nochmals schriftlich Stellung zu nehmen.
3. Im Übrigen beruft sich die Betroffene auf den Inhalt des sie betreffenden Asylbescheides, Zahl 1088967508, des BFA, RD OÖ, vom 24.11.2017, in welchem der Betroffenen aus nicht nachvollziehbaren, jedenfalls sachlich rechtlich unzutreffenden Gründen die Gewährung von subsidiärem Schutz gem. § 8 Abs. 1 AsylG in Bezug auf ihren Herkunftsstaat Somalia verwehrt wurde.
   Es wird hiermit die Beischaffung dieses Bescheides ausdrücklich beantragt.
   Schon aus dem Inhalt dieses Bescheides, insbesondere den darin enthaltenen landeskundlichen Feststellungen zur allgemeinen Lage in Somalia, ergibt sich, dass der Betroffenen hinsichtlich ihres Herkunftsstaats subsidiärer Schutz gewährt hätte werden müssen.

Salzburg, am 16.10.2018 RA Dr. G M
Für Z H'

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.

(...)

Ihr Asylverfahren und die Rückkehrentscheidung sind seit 28.12.2017 in I. Instanz rechtskräftig und durchsetzbar. Ihre dagegen verspätet eingebrachte Beschwerde wurde mit Beschluss des BVwG vom 01.08.2018 als verspätet zurückgewiesen.

Das Ihnen mit Verfahrensanordnung vom 27.11.2017 aufgetragene Rückkehrberatungsgespräch haben Sie zwar verspätet am 22.08.2018 in Anspruch genommen, sind jedoch nicht heimreisewillig. Die Frist von zwei Wochen zur freiwilligen Ausreise endete am 11.01.2018.

Ihr Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wurde mit Bescheid des BFA vom 15.05.2018 abgewiesen. Die dagegen eingebrachte Beschwerde wurde mit Erkenntnis des BVwG vom 01.08.2018 als unbegründet abgewiesen.

Für die Behörde besteht kein Zweifel, dass Sie seit Abschluss Ihres Asylverfahrens inkl. der Frist für die freiwillige Ausreise (11.01.2018) nicht aus dem Bundesgebiet der Republik Österreich ausgereist 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.

Zu Ihrer Rechtfertigung ist festzuhalten, 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, die Ihre Beschwerden abgewiesen hat.

Sie geben in Ihrer Stellungnahme an, dass derzeit beim Verfassungsgerichtshof ein Verfahren zur Erlangung von Wiedereinsetzung gegen die Versäumung der Beschwerdefrist läuft.

Ein diesbezügliches Verfahren konnte von ha. nicht festgestellt werden.

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 somit vom Vorliegen auch der subjektiven Tatseite in Form fahrlässigen Verhaltens auszugehen.

Zur Erfüllung des objektiven Tatbestandes ist weiters auch auf das Privat- und Familienleben Bedacht zu nehmen. Im Bescheid des BFA vom 24.11.2017 wurde darüber ausreichend abgehandelt - die LPD O schließt sich dieser Meinung vollinhaltlich an.

(...)

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 nicht aus dem Bundesgebiet ausgereist sind und somit gegen die angeführten Bestimmungen des Fremdenpolizeigesetzes verstoßen, weshalb nun spruchgemäß zu entscheiden war.

(...)

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 die Bf rechtzeitig eingebrachte Beschwerde vom 20. Februar 2019, in welcher ua. Nachstehendes ausgeführt wird:

„1.
Das Straferkenntnis wird seinem gesamten Umfang nach angefochten und wird dessen gänzliche Aufhebung, die Einstellung des Verwaltungsstrafverfahrens, in eventu Strafmilderung und Herabsetzung der Geldstrafe unter Anwendung des außerordentlichen Strafmilderungsrechtes bzw. Herabsetzung der Geldstrafe auf einen schuldangemessenen Betrag, bzw. Absehen von einer Strafe, beantragt.

2.
Beschwerdegründe:

2.1
Die Beschuldigte trifft nicht einmal eine Fahrlässigkeitsschuld, dass sie bisher Österreich nicht verlassen hat.

Es trifft auch nicht zu, dass sie ihrer Verpflichtung, ein Rückkehrberatungsgespräch in Anspruch zu nehmen, nicht nachgekommen sei.

Diesbezüglich ist der Sachverhalt nicht ausreichend geklärt worden.

Vielmehr erfolgte eine derartige Rückkehrberatung sehr wohl, die Beschuldigte hat sie auch in Anspruch genommen.

Es trifft die Beschwerdeführerin nicht einmal eine Fahrlässigkeitsschuld daran, dass sie bisher aus dem Bundesgebiet nicht ausgereist ist:

Als einzige Ausreisealternative verbliebe für die über keinerlei Reisedokumente oder Identitätspapiere verfügende beschwerdeführende Partei eine „freiwillige Ausreise" nach Somalia.

Es gibt gar keine Möglichkeit, eine derartige Ausreise zu bewerkstelligen, weil es in Österreich keine somalische Vertretungsbehörde gibt und die Beschwerdeführerin auch nicht das Recht hat, ins Ausland zur nächstgelegenen somalischen Vertretungsbehörde zu reisen, um sich Rückreisepapiere zu besorgen.

Davon abgesehen würde jedoch die beschwerdeführende Partei, müsste sie nach Somalia ausreisen, dort in eine Lebenssituation geraten, die die Beschwerdeführerin in ihren Rechten gem. Art 3 EMRK verletzen würde.

Von ihr darf daher schon aus rechtlichen Gründen nicht verlangt werden, in ihr Herkunftsland auszureisen.

Insoweit ist der Sachverhalt vollkommen analog mit jenem Sachverhalt, welcher den Gegenstand des Verwaltungsstrafverfahrens, VStV/918301519473/2018, gegen den Bruder der Beschwerdeführerin, A H bildet.

Die Beschwerdeführerin bezieht sich daher mit ihrem Vorbringen und den Beschwerdegründen ausdrücklich auf das Beschwerdevorbringen ihres Bruder A H in dessen Beschwerde vom 14.12.2018, welches Verfahren unterdessen beim Landesverwaltungsgericht OÖ anhängig geworden ist.

Die Beschwerdeführerin beantragt die Verbindung beider Verwaltungsstrafverfahren zur gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung.

Sie bringt daher gleichlautend vor wie ihr Bruder A H in dessen Beschwerdeschrift vom 14.1.2018 gegen das Straferkenntnis der LPD OÖ vom 27.11.2018, VStV/918301519473/2018.

Sie erhebt das dortige Beschwerdevorbringen zum Inhalt dieser Beschwerde, indem sie nunmehr das dortige Vorbringen unter I. bis IX. der Beschwerde übernimmt und damit zum Inhalt dieser Beschwerdeschrift erhebt.

Soweit in den nachstehenden Ausführungen von „der Betroffene" die Rede ist, heißt dies im Kontext der gegenständlichen Beschwerde „die Betroffene".

2.2
Weitere Ausführungen zur Begründung der Beschwerde:

Die Betroffene darf aus rechtlichen Gründen nicht nach Somalia abgeschoben werden. Eine derartige Abschiebung ist auch aus tatsächlichen Gründen nicht möglich.

Der Betroffenen kommt Abschiebungsschutz gem. § 50 iVm Art 3 EMRK zu, ihm hätte im Asylverfahren subsidiärer Schutz gem. § 8 AsylG gewährt werden müssen, dies aufgrund folgender Umstände:

Sie würde in Somalia wegen des Fehlens eines sozialen und familiären Netzwerks in eine ausweglose Notlage geraten, in der sie nicht in der Lage wäre, ihre existentiellen Lebensbedürfnisse wenigstens notdürftig abzudecken.

Die Betroffene hat bereits 2009 Mogadishu / Somalia verlassen und sodann bis 2015 in Damaskus / Syrien als Flüchtling gelebt.

Ihr Großvater ist seit Juli 2009 verschollen, ca. einen Monat später wurde ihr Vater von unbekannten Tätern entführt und dessen Bruder, der Onkel der Betroffenen, umgebracht.

Deshalb flüchtete die Betroffene mit ihrer Familie (Großmutter, Mutter und Geschwister) 2009 nach Syrien.

2015 erfolgte aufgrund der misslichen Situation in Syrien die Weiterflucht nach Österreich.

Hier hat die Betroffene am 27.09.2015 um Asyl angesucht.

Der Asylantrag wurde zu Unrecht mit Bescheid des BFA, RD OÖ, vom 24.11.2017 vollinhaltlich abgewiesen. Der Bescheid wurde dem damaligen Rechtsvertreter der Betroffenen, RA D, zugestellt, welcher es schuldhaft unterließ, fristgerecht das Rechtsmittel der Beschwerde zu erheben.

Die Betroffene würde gemeinsam mit ihren Familienangehörigen in eine extreme humanitäre Notsituation geraten, müsste sie nach Somalia zurückkehren.

Sie steht somit unter dem Schutze von Art 3 EMRK, was ein rechtliches Abschiebeverbot begründet, welches in jedem Stadium eines fremdenpolizeilichen Verfahrens von Amts wegen wahrzunehmen ist.

(...)

3.
Beweisanträge:
Darüber hinaus stellt die Beschwerdeführerin folgende Beweisanträge:

3.1

Sie beantragt hiermit die Durchführung von themenspezifischen, landeskundlichen Ermittlungen zum Beweis dafür, dass die Betroffene in eine dem Art 3 EMRK widersprechende, extreme humanitäre und sozio-ökonomische Notsituation geraten würde, wenn sie angesichts der in Somalia herrschenden allgemeinen, sozio-ökonomischen und sonstigen menschenrechtlichen und politischen Verhältnisse und ohne dass ihr in Somalia ein soziales Auffangnetz zur Verfügung stehen würde, dorthin ausreisen und „zurückkehren" müsste.

3.2
Es wird beantragt, entsprechende landeskundliche Quellen und Berichte, welche die aktuelle, entscheidungsrelevante allgemeine Lage in Somalia widerspiegeln, in das Verfahren einzuführen und sodann der Beschuldigten durch ihren Rechtsvertreter die Möglichkeit zu geben, zu diesen landeskundlichen Berichten und Erkenntnisquellen im Rahmen der Ausübung des Parteiengehörs nochmals schriftlich Stellung zu nehmen.

3.3
Im übrigen beruft sich die Beschwerdeführerin auf den Inhalt des sie betreffenden Asylbescheides, Zahl 1088967410, des BFA, RD OÖ, vom 24.11.2017, in welchem der Betroffenen aus nicht nachvollziehbaren, jedenfalls sachlich und rechtlich unzutreffenden Gründen die Gewährung von subsidiärem Schutz gem. § 8 Abs. 1 AsylG in Bezug auf ihren Herkunftsstaat Somalia verwehrt wurde.

Es wird hiermit die Beischaffung dieses Bescheids ausdrücklich beantragt.

Schon aus dem Inhalt dieses Bescheids, insbesondere den darin enthaltenen landeskundlichen Feststellungen zur allgemeinen Lage in Somalia, ergibt sich, dass der Betroffenen hinsichtlich ihres Herkunftsstaats subsidiärer Schutz gewährt hätte werden müssen.

(...)

7.
Schlussantrag:

Die Beschwerdeführerin Z H wiederholt daher abschließend ihre eingangs gestellten Beschwerdeanträge
Sie beantragt in eventu eine Herabsetzung der Strafe auf einen Betrag von EUR 500,00."
[Hervorhebungen nicht übernommen]

I.3. Mit Schreiben vom 26. Februar 2019 legte die belangte Behörde den in Rede stehenden Verwaltungsakt dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zur Entscheidung vor.

I.4.1. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich nahm Einsicht in den vorgelegten Verwaltungsstrafakt und das Beschwerdevorbringen.

I.4.2. Die Bf stellte mit Wirkung 18. April 2019 einen Asylfolgeantrag, der mit Beschluss des Bundesamtes für Asyl- und Fremdenwesen vom 4. November 2020

gemäß § 24 AsylG vorläufig eingestellt wurde. Im genannten Zeitraum zwischen 18. April und 4. November 2019 galt das ggst. Beschwerdeverfahren vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich ex-lege gemäß § 120 Abs. 7 FPG als unterbrochen. Im Spätherbst 2019 setzte sich die Bf und ihre Familie nach Frankreich ab, von wo geplant war, sie am 26. März 2020 nach Österreich zu überstellen. Diese Überstellung konnte – zunächst wegen der Corona-Pandemie, in der Folge aus ungeklärten Gründen – bis dato nicht stattfinden. Das Verfahren über den Asyl-Folgeantrag ist bislang nicht fortgesetzt worden.

I.4.3. Da sich daraus schon ergab, dass der angefochtene Bescheid aufzuheben war, und im Übrigen ein Entfall der Verhandlung weder Art 6 Abs. 1 EMRK noch Art 47 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union entgegensteht, konnte auf die Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung verzichtet werden.

II.

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich geht bei seiner Entscheidung von dem unter Punkt I.1. und I.4.2. dieses Erkenntnisses dargestellten relevanten Sachverhalt aus.

Anzumerken ist hier nochmals, dass das Verfahren betreffend den Asyl-Folgeantrag, das per se a priori nicht als aussichtslos gewertet werden kann, bislang nicht wieder aufgenommen werden konnte und ein diesbezüglicher Zeitpunkt auch nicht konkretisiert werden kann.

III.

III.1.1. Gemäß § 120 Abs. 1b des Fremdenpolizeigesetzes 2005 – FPG, BGBl. I Nr. 100/2005, in der zum Tatzeitpunkt geltenden Fassung (BGBl. I Nr. 56/2018) begeht eine Verwaltungsübertretung und ist mit Geldstrafe von 5 000 bis 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 des Fremdenpolizeigesetzes 2005 – FPG, BGBl. I Nr. 100/2005, in der zum Tatzeitpunkt geltenden Fassung (BGBl. I Nr. 56/2018) 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.

§ 120 (7) Eine Verwaltungsübertretung nach Abs. 1 bis 1c liegt nicht vor, wenn der Fremde einen Antrag auf internationalen Schutz gestellt hat und ihm der Status des Asylberechtigten oder subsidiär Schutzberechtigten zuerkannt wurde. Während des Asylverfahrens ist das Verwaltungsstrafverfahren unterbrochen.

§ 24 Asylgesetz, BGBl. I Nr. 100/2005 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 70/2015, lautet wie folgt:

„Einstellung des Verfahrens
§ 24. (1) Ein Asylwerber entzieht sich dem Asylverfahren, wenn

1. dem Bundesamt oder dem Bundesverwaltungsgericht sein Aufenthaltsort wegen Verletzung seiner Mitwirkungspflichten gemäß § 13 Abs. 2 BFA-VG, §§ 15 oder 15a weder bekannt noch sonst durch das Bundesamt oder das Bundesverwaltungsgericht leicht feststellbar ist oder
2. er das Bundesgebiet freiwillig verlässt, und das Verfahren nicht als gegenstandslos abzulegen ist (§ 25 Abs. 1) oder
3. er trotz Aufforderung zu den ihm vom Bundesamt im Zulassungsverfahren gesetzten Terminen nicht kommt.

(2) Asylverfahren sind einzustellen, wenn sich der Asylwerber dem Verfahren entzogen hat (Abs. 1) und eine Entscheidung ohne eine allenfalls weitere Einvernahme oder Verhandlung nicht erfolgen kann. Ein eingestelltes Verfahren ist von Amts wegen fortzusetzen, sobald die Feststellung des maßgeblichen Sachverhaltes möglich ist. Mit Fortsetzung des Verfahrens beginnt die Entscheidungsfrist nach § 73 Abs. 1 AVG zu laufen. Nach Ablauf von zwei Jahren nach Einstellung des Verfahrens ist eine Fortsetzung des Verfahrens nicht mehr zulässig. Ist das Verfahren vor dem Bundesamt einzustellen, ist nach § 34 Abs. 4 BFA-VG vorzugehen.

[...]“

§ 45 Abs 1 AVG lautet wie folgt:
„§ 45. (1) Die Behörde hat von der Einleitung oder Fortführung eines Strafverfahrens abzusehen und die Einstellung zu verfügen, wenn

1. die dem Beschuldigten zur Last gelegte Tat nicht erwiesen werden kann oder keine Verwaltungsübertretung bildet;
2. der Beschuldigte die ihm zur Last gelegte Verwaltungsübertretung nicht begangen hat oder Umstände vorliegen, die die Strafbarkeit aufheben oder ausschließen;
3. Umstände vorliegen, die die Verfolgung ausschließen;
4. die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat und das Verschulden des Beschuldigten gering sind;
5. die Strafverfolgung nicht möglich ist;
6. die Strafverfolgung einen Aufwand verursachen würde, der gemessen an der Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und der Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat unverhältnismäßig wäre.

(…)"

III.2 Zunächst ist festzustellen, dass die im ggst. Strafverfahren relevanten Vorfragen äußerst diversifiziert und in mancher Hinsicht einer rechtlichen Lösung nicht in absehbarer Zeit abschließend zugänglich scheinen. Dies gilt insbesondere für das beim BFA aktuell unterbrochene Asyl-Folgeantragsverfahren. Dieses wurde mit Antrag vom 18. April 2019 eingeleitet und aufgrund der Abwesenheit des Bf vom Bundesgebiet gemäß § 24 AsylG mit Beschluss vom 4. November 2019 vorläufig eingestellt. Aufgrund dieser Einstellung wäre wohl das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich nunmehr wieder zur Entscheidung berufen, nachdem die Entscheidungsfrist gemäß § 120 Abs. 7 FPG nicht mehr gehemmt ist. Es verbleiben sohin formal im Sinne der 15-monatigen Entscheidungsfrist noch wenige Wochen. Allerdings bedürfte es zur Klärung der rechtlichen Fragen betreffend den objektiven Tatbestand, insbesondere des Art. 3 und Art. 8 EMRK der Befragung der Bf im Rahmen einer öffentlichen mündlichen Verhandlung. Die Überstellung der Bf von Frankreich nach Österreich war für den 26. März 2020 geplant, musste jedoch aufgrund der Corona-Pandemie entfallen. Der aktuelle Aufenthalt der Bf ist nicht bekannt.

Die Anwesenheit im Bundesgebiet würde jedoch rechtlich zwingend zur Fortsetzung des Asyl-Folgeantragsverfahrens führen, was gleichzeitig auch § 120 Abs. 7 FPG erneut in Anwendung bringen würde, wonach eine Entscheidung des Landesverwaltungsgerichts Oberösterreich nicht zulässig wäre. Im Asyl-Folgeantragsverfahren haben jedoch bislang noch nicht einmal die Einvernahmen stattgefunden.

Der verfahrensmäßig frustrierte Aufwand ua. in Form von mehrfach ausgeschriebenen und wieder abzusagenden öffentlichen mündlichen Verhandlungen scheint die Strafverfolgung in Zusammenschau all dieser Umstände nicht mehr zu rechtfertigen.

Weiters ist darauf zu verweisen, dass der VfGH durch sein Erkenntnis vom 10.3.2020, GZ: G 163/2019-16 ua, die in § 120 Abs. 1b FPG normierte Mindeststrafe von EUR 5.000,-- als verfassungswidrig aufgehoben hat. Die Strafe wäre sowohl aus diesem Grund, aber auch wegen der überlangen Verfahrensdauer drastisch zu reduzieren.

III.3. Es ist daher im Sinne des § 45 Abs. 1 Z. 6 VStG davon auszugehen, dass die weitere Strafverfolgung einen Aufwand verursachen würde, der gemessen an der Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und der Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat unverhältnismäßig wäre.

Es war daher der angefochtene Bescheid ersatzlos aufzuheben und das Verwaltungsstrafverfahren einzustellen.

III.4.1. Gemäß § 52 Abs. 1 VwGVG ist in jedem Erkenntnis des Verwaltungsgerichtes, mit dem ein Straferkenntnis bestätigt wird, auszusprechen, dass der Bestrafte einen Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens zu leisten hat.

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

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

III.4.2. In diesem Sinn war der Bf kein Beitrag zu den Kosten des Verfahrens vor dem LVwG aufzuerlegen.

IV. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

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

Rechtsmittelbelehrung

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.

Hinweis

Verfahrenshilfe ist einer Partei zur Gänze oder zum Teil zu bewilligen, wenn die Partei außerstande ist, die Kosten der Führung des Verfahrens ohne Beeinträchtigung des notwendigen Unterhalts zu bestreiten und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint.

Einer juristischen Person oder einem sonstigen parteifähigen Gebilde ist die Verfahrenshilfe zu bewilligen, wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel weder von ihr/ihm noch von den an der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können, und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint; das gleiche gilt für ein behördlich bestelltes Organ oder einen gesetzlichen Vertreter, die für eine Vermögensmasse auftreten, wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel weder aus der Vermögensmasse noch von den an der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können.

Für das Beschwerdeverfahren ist ein Antrag auf Verfahrenshilfe innerhalb der Rechtsmittelfrist beim Verfassungsgerichtshof einzubringen.

Für das Revisionsverfahren ist ein Antrag auf Verfahrenshilfe innerhalb der Rechtsmittelfrist beim Verwaltungsgerichtshof einzubringen. Im Antrag ist, soweit zumutbar, kurz zu begründen, warum die Revision entgegen dem Ausspruch des Verwaltungsgerichtes für zulässig erachtet wird.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Dr. Pree