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-700587/8/MB/BD**

Datum: **Linz, 10. August 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 Dr. Brandstetter über die Beschwerde des A A, vertreten durch Rechtsanwalt G K, x, x, gegen das Straferkenntnis der Landespolizeidirektion Oberösterreich vom 9. April 2019, GZ: VStV/919300418791/2019, wegen Übertretung des Fremdenpolizeigesetzes nach Abhaltung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung und Verkündung am 10. August 2020

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird mit der Maßgabe stattgegeben, als die Geldstrafe auf 1.000 Euro herabgesetzt wird. Darüber hinaus wird das Straferkenntnis der belangten Behörde bestätigt. Die Kosten des Verfahrens vor der belangten Behörde reduzieren sich entsprechend.

II. Der Beschwerdeführer 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 9. April 2019, GZ: VStV/919300418791/2019, wurde über den Beschwerdeführer (in der Folge: Bf) gemäß § 120 Abs. 1b iVm § 31 Abs. 1a 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, Nietzschestraße 33, 4020 Linz am 19.03.2019 um 07:26 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 Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichtes vom 12.12.2018 negativ entschieden und gleichzeitig eine Rückkehrentscheidung erlassen worden ist.
Die Rückkehrentscheidung ist seit 13.12.2018 rechtskräftig und durchsetzbar.
Die Frist für die freiwillige Ausreise (27.12.2018) ließen Sie ungenutzt verstreichen und sind bis dato nicht ausgereist.
Das Ihnen mit Verfahrungsanordnung vom 05.07.2017 aufgetragene Rückkehrberatungsgespräch haben Sie bis zum Eintritt der Rechtskraft und Durchsetzbarkeit der Rückkehrentscheidung aus von Ihnen zu vertretenden Gründen nicht in Anspruch genommen."

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 04.03.2019 und durch das behördlich durchgeführte Ermittlungsverfahren zweifelsfrei erwiesen.

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

Mit Aufforderung vom 19.03.2019 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 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.

Die Aufforderung haben Sie am 25.03.2019 persönlich übernommen.

Mit Email vom 08.04.2019 langte von Ihrem nunmehrigen Rechtsvertreter folgende Stellungnahme ein:

„Sehr geehrte Damen und Herren !

Ich vertrete Herrn A rechtsfreundlich, Vollmacht erteilt. Mit Aufforderung vom 19.3.2019 wird ihm ein Verstoß gegen § 120 Abs 1b FPG vorgeworfen, Herr A sei trotz Rechtskraft der Rückkehrentscheidung nicht ausgereist und habe auch keine Rückkehrberatung in Anspruch genommen.

Die Behörde bedenkt hier nicht, dass Herr A aus Somalia (aus dem Ort J, L S) kommt. Somalia ist neuerlich am Rande einer Hungerperiode (siehe dazu das OCHA Humanitarian Bulletin 1.3.-3.4.2019: „Drier than normal conditions prevail", „Significantly drier and hotter-than normal conditions prevailed in March, with an increased likelihood of dry conditions and above-average temperatures continuing until the onset ofthe Gu rains in April, according to the Famine Early Warning Systems Network (FEWSNET). The 2018 Deyr rains were not sufficient to sustain pasture through the harsh weather conditions ofJanuary to March 2019. Mild to moderate drought conditions are now imminent in many parts ofnorthern Somalia, white Southern areas are experiencing persistent abnormal dryness, according to the FAO-Ied Somalia Waterand Land Information Management (SWALIM).''

Schon angesichts dessen ist Herrn A eine Rückkehr nach Somalia nicht zumutbar, die Lage kann auch durch Rückkehrhilfen nicht wesentlich verbessert werden, gemäß o.a. OCHA-Bericht ist die internationale Hilfe krass unterfinanziert („By the end of March, the 2019 Humanitarian Response Plan was only 12.5 per cent or $135 million funded), eine Rückkehr ist ihm auch deshalb nicht zumutbar, weil die Sicherheitslage in Mogadischu und Umgebung (damit auch in L S) äußerst schlecht ist, siehe dazu die auf https://www.ecoi.net/en/countries/somalia/featured-topics/securitv-situation/ abgebildete Karte von Somalia. Der weitere Aufenthalt in Österreich ist auch darin begründet, dass Herr A über keine Reisedokumente verfügt und nicht ausreisen kann, es wird daher seitens der Behörde ohnehin rechtswidrig versucht ihn durch Strafen aus dem Land zu treiben.

Der Verfassungsgerichtshof nimmt in ständiger Rechtsprechung an, dass Verwaltungsstrafen in einem angemessenen Verhältnis zum Grad des Verschuldens und zur Höhe des durch das Vergehen bewirkten Schadens stehen müssen. Durch den weiteren Aufenthalt, der auch von der Fremdenbehörde bis dato nicht beendet wurde, weil er mangels Reisedokumente nicht beendet werden kann, wird kein Schaden verursacht, der eine Mindeststrafe von 5.000 Euro rechtfertigt, eine derartige Bestrafung wäre daher nicht angemessen. Sie ist aber aufgrund der Lage in Somalia, die eine Duldung gemäß § 46a

Abs 1 Z 1 FPG nach sich zieht, ohnehin unzulässig, sodass um Verfahrenseinstellung gebeten wird.

Mit freundlichen Grüßen E D"

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 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 Aufenthaltsortes, bei Betretung in einem öffentlichen Beförderungsmittel die nächstgelegene Ausstiegsstelle, an der das Verlassen des öffentlichen Beförderungsmittels gemäß dem Fahrplan des Beförderungsunternehmers 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 wurde mit Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichtes vom 12.12.2018 negativ entschieden und gleichzeitig eine Rückkehrentscheidung erlassen. Die Rückkehrentscheidung ist seit 13.12.2018 rechtskräftig und durchsetzbar.

Die Frist für die freiwillige Ausreise (27.12.2018) ließen Sie ungenutzt verstreichen und sind bis dato nicht ausgereist.

Das Ihnen mit Verfahrungsanordnung vom 05.07.2017 aufgetragene Rückkehrberatungsgespräch haben Sie bis zum Eintritt der Rechtskraft und Durchsetzbarkeit der Rückkehrentscheidung aus von Ihnen zu vertretenden Gründen nicht in Anspruch genommen.

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 die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichtes in Frage, die Ihre Beschwerde abgewiesen hat.

Sie vertrauen offenbar lediglich darauf nicht abgeschoben zu werden und kennen die rechtlichen Gegebenheiten nicht an.

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.

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 Asylantrages erzwingen, was in letzter Konsequenz zu einer verfassungswidrigen unsachlichen Differenzierung der Fremden untereinander führen würde.

Es kann daher nur Sanktionen unterliegen, wenn Fremde nach rechtskräftig negativem

Abschluss ihres Asylverfahrens nicht aus dem Bundesgebiet ausreisen und die Behörden vor vollendete Tatsachen zu stellen versuchen.

Es wäre Ihre Pflicht gewesen und ist es auch immer noch aus dem Bundesgebiet auszureisen, denn es kann Ihnen sehr wohl zugemutet werden, sich um die Beendigung eines rechtswidrigen Zustandes zu bemühen.

Es ist 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 Erkenntnis des BVwG vom 12.12.2018 wurde darüber ausreichend abgehandelt - die LPD O schließt sich dieser Meinung vollinhaltlich an.

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 nicht aus dem Bundesgebiet ausgereist sind und somit gegen die angeführten Bestimmungen des Fremdenpolizeigesetzes verstoßen, 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 10. Mai 2019, in welcher ua. Nachstehendes ausgeführt wird:

„Mit Straferkenntnis vom 9.4.2019, zugestellt am 12.4.2019, wird Herr A gemäß § 120 Abs lb iVm § 31 Abs la FPG zu einer Geldstrafe iHv EUR 5.000.--, Ersatzfreiheitsstrafe 14 Tage, verurteilt. Die Behörde begründet dies mit einer rechtskräftig und durchsetzbaren Rückkehrentscheidung, der nicht erfolgten Ausreise und seine Nichtinanspruchnahme der aufgetragenen Rückkehrentscheidung.

Gegen dieses Straferkenntnis erhebt Herr A in offener Frist Beschwerde an das Verwaltungsgericht, dies mit den Antrag das Straferkenntnis zu beheben, das Strafverfahren einzustellen oder aber es mit einer Ermahnung bewenden zu lassen. Dazu möge eine mündliche Beschwerdeverhandlung durchgeführt werden.

Begründung:

1) Wie bereits in der u.a. Rechtfertigung vorgebracht ist Herrn A die Rückkehr nach Somalia nicht zuzumuten. Siehe dazu auch beiliegend das OCHA Humanitarian Bulletin 1.-30.4.2019: „Somalia faces another drought after two consecutive poor rainy seasons" und die dort auf Seite 1 abgebildete‚Hungerkarte'. Bemerkt wird, dass die Region Benadir (Mogadischu) dort auch unter ‚Crisis' angeführt wird. Die Behörde rechtfertigt die Bestrafung daher zu Unrecht mit einer bestehenden Ausreiseverpflichtung, die aktuelle Lage in Somalia hat sie in keinster Weise überprüft, obwohl hier eine wesentliche Vorfrage von ihr zu beurteilen gewesen wäre, ebenso hätte die Behörde berücksichtigen müssen, dass Herr A mangels Dokumente aus Österreich gar nicht ausreisen kann (VwGH 8.11.2001; 99/21/0113). Die Strafsanktionsnormen des Fremdenrechts dürfen nicht dazu herangezogen werden, Abschiebungsverbote, die sich aus anderen Normen ergeben, zu umgehen und Fremde über den Druck von Verwaltungsstrafverfahren aus dem Land zu treiben.

2) Wie ebenfalls bereits in der Rechtfertigung vorgebracht ist eine Bestrafung des Aufenthalts mit EUR 5.000,-- völlig außer Verhältnis. Dazu kommt, dass die Bestrafung auch unionsrechtswidrig ist, es wurde zwar eine Rückkehrentscheidung erlassen, das BFA hat sich aber in keinster Weise bemüht ein Reisedokument bereitzustellen,

JS eigenem ist Herrn A dies nicht möglich, eine für Österreich zuständige konsularische Vertretung Somalias, die ein Reisedokument ausstellen könnte, existiert nicht, gemäß den Länderinformationen des BFA, Stand 17.9.2018, Seite 143, könnte ein Laissez-Passer ausgestellt werden, dies ist bislang nicht geschehen. Defacto führt die Bestrafung eines mittellosen Flüchtlings mit EUR 5.000,- dazu, dass die Ersatzfreiheitsstrafe verhängt wird, die Verhängung von Haft ist aber nur zulässig, wenn diese der Vorbereitung und Durchführung einer Abschiebung dienen würde (EuGH 06.12.2011, Rs C-329/11 „ Achughbabian") und ist somit die Bestrafung im Fall des Herrn A unzulässig."
[Hervorhebungen nicht übernommen]

3. Mit Schreiben vom 13. Mai 2019 legte die belangte Behörde den in Rede stehenden Verwaltungsakt dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zur Entscheidung vor.

4.1. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich nahm weiter Einsicht in den vorgelegten Verwaltungsstrafakt und das Beschwerdevorbringen. Zudem wurde am 10. August 2020 eine öffentliche mündliche Verhandlung durchgeführt; zumal diese auch beantragt wurde (Beschwerde 2. Absatz, email vom 10.5.2019). Der Bf ist nicht erschienen. Der Rechtsvertreter des Bf teilte am 4. August 2010 mit, dass auch er nicht erscheinen wird.

II.

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich geht bei seiner Entscheidung von dem unter Punkt I.1. dieses Erkenntnisses dargestellten relevanten Sachverhalt aus. Darüber hinaus ist auf Basis des glaubhaften Vorbringens der belangten Behörde festzustellen, dass der Bf mit 24.4.2019 abgemeldet ist und eine Meldung beim (neuen) Asylquartier seitens des Bf nicht erfolgt. Über den Aktenstand hinausgehende Umstände betreffend das Privat- und Familienleben des Bf sind nicht bekannt und können auch nicht festgestellt werden. Seitens der belangten Behörde wird zudem berichtet, dass eine Ausreise nach Somalia jedenfalls als zumutbar erkannt wird. Mitwirkung, Kooperation oä zur Erlangung eines HRZ's bzw. sonstigen Reisedokumentes kann nicht festgestellt werden. Die belangte Behörde gibt hierzu an, dass nichts dergleichen dokumentiert ist. Weiter

ergibt die Aktenlage und der darin enthaltene Auszug des Fremdeninformationssystems, dass keine Verfahren vor den Gerichtshöfen des öffentlichen Rechts im entscheidungsrelevanten Zeitraum anhängig sind. Die getroffenen Feststellungen ergeben sich aus dem Akt, der Datenbank des BMI sowie den glaubhaften Ausführungen des Vertreters der belangten Behörde.

III.

1. Gemäß § 120 Abs. 1b des Fremdenpolizeigesetzes 2005 – FPG, BGBl. I Nr. 100/2005 idF 56/2018 , 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. Zur Erfüllung des objektiven Tatbestandes ist sohin zunächst gefordert, dass gegen einen Fremden eine rechtskräftige und durchsetzbare Rückkehrentscheidung besteht. Weiters muss ein Fremder seiner daraus resultierenden Ausreiseverpflichtung aus von ihm zu vertretenden Gründen nicht gefolgt sein. Letztlich ist noch als kumulatives Tatbestandselement angefügt, dass der Fremde eine Rückkehrberatung bis zum Eintritt der Rechtskraft und Durchsetzbarkeit entweder angenommen oder diese – wiederum aus von ihm zu vertretenden Gründen – nicht in Anspruch genommen hat.

2.2.1. Wie sich aus dem festgestellten Sachverhalt ergibt, erfolgte die Abweisung des Asylantrages des Bf durch Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichtes vom 12.12.2018, GZ: W111 2165566-1/9E. Die Frist zur freiwilligen Ausreise ist mit 27.12.2018 verstrichen und hat der Bf ein Rückkehrberatungsgespräch nicht in Anspruch genommen.

Zur Rechtskraft und Durchsetzbarkeit der Rückkehrentscheidung ist festzuhalten, dass die Beschwerde des Bf vom Bundesverwaltungsgericht abgewiesen wurde. Erkenntnisse der Verwaltungsgerichte sind grundsätzlich mit ihrer Erlassung (formell und materiell) rechtskräftig (VwGH 30.8.2018, Ra 2018/21/0111). Es ist somit im vorliegenden Fall vom Bestehen einer rechtskräftigen und durchsetzbaren Rückkehrentscheidung auszugehen. Eine Beschwerde an den VwGH bzw. VfGH wurde nicht erhoben.

2.2.2. Trotz der Tatsache, dass das Bundesverwaltungsgericht bereits in seinem Erkenntnis vom 12.12.2018 rechtskräftig festgestellt hat, dass der Bf im Fall seiner Rückkehr nach Somalia mit maßgeblicher Wahrscheinlichkeit keiner wie immer gearteten asylrelevanten Verfolgung oder sonstigen existentiellen Bedrohung ausgesetzt sein wird, legte der Bf in seiner Beschwerde erneut dar, er könne aufgrund der allgemeinen Situation in Somalia nicht ausreisen. Diesbezüglich muss erkannt werden, dass der vom Bf vorgelegte Bericht den Monat April 2019 ins Auge fasst. Diesbezüglich vermag der Bf den Grund gelegten Länderbericht im Rahmen des Erkenntnisses des Bundesverwaltungsgerichts nicht tatzeitraumbezogen erschüttern.

Das Beschwerdevorbringen lässt vielmehr erkennen, dass der Bf nicht gewillt ist, die rechtskräftige Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichtes zu akzeptieren. 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.

Auch ist erkennbar, dass der Bf keinerlei Anstalten zu einer selbsttätigen Ausreise im Tatzeitraum erkennen lässt. Ebenso kann eine Mitwirkung an der Erlangung benötigter Reisedokumente bzw. eines HRZ's nicht erkannt werden. Dem steht auch die bloße Behauptung der Kooperation des Bf nicht im Wege.

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 des Erkenntnisses des Bundesverwaltungsgerichtes vom, geprüft und erkannt wurde, dass einerseits kein Familienleben in Österreich

besteht und andererseits kein Eingriff in das Privatleben gegeben ist. Hinzutritt, dass die Aufenthaltsdauer des Bf als relativ kurz erkannt werden kann (seit Jänner 2015).

Seit der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichtes 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. Wiederholend ist darauf hinzuweisen, dass der Bf laut Aktenlage weder private noch familiäre Bindungen in Österreich aufweist, sich in der Grundversorgung befindet bzw. befand und nicht selbsterhaltungsfähig ist. Mit Ausnahme des vom Bf in Anspruch genommenen Bildungsangebotes (Werte- und Orientierungskurs, Basisbildungskurs, Sprachcafé) und des fallweisen Besuches von kirchlichen Veranstaltungen und des hobbymäßigen Fußballspielens sind keine Hinweise auf eine zum Entscheidungszeitpunkt vorliegende, besonders berücksichtigungswürdige Integration des Bf – welche die öffentlichen Interessen überwiegen würden – in sprachlicher, beruflicher und gesellschaftlicher Sicht erkennbar.

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 Ungehorsams-delikt 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 Tatsachen-vorbringen 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. Ein gegenteiliges Vorbringen vermag der Bf nicht substantiiert darzulegen.

3.4. Daher ist im Ergebnis das Vorliegen der subjektiven Tatseite zu bejahen.

4. 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.

4.1. Im Rahmen der Strafbemessung ist zunächst festzuhalten, 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 war daher im gegenständlichen Fall neu zu bemessen. Angesichts des erhöhten Unrechtsgehalts des § 120 Abs 1b FPG im Verhältnis zu § 120 Abs 1a FPG muss die Strafe im gegenständlichen Fall höher bemessen werden, als die in § 120 Abs 1a FPG festgesetzte Mindeststrafe von EUR 500,--. Aus diesem Grund nimmt das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich eine Strafbemessung iHv EUR 1.000,-- vor. Bei Uneinbringlichkeit der Geldstrafe wird eine Ersatzfreiheitsstrafe von 67 Stunde verhängt.

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. 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. Die Kosten für das Verfahren vor der belangten Behörde reduzieren sich entsprechend der Herabsetzung der Strafe auf EUR 100,--.

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

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 des Verwaltungsgerichtshofes. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Ebenfalls liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

R e c h t s m i t t e l b e l e h r u n g

Gegen diese Entscheidung besteht innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder einer außerordentlichen Revision beim Verwaltungsgerichtshof. Erfolgt die Zustellung bis zum 30.04.2020, beginnt die Frist mit 01.05.2020 neu zu laufen. Eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof ist unmittelbar bei diesem einzubringen, eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof beim Landesverwaltungsgericht Oberösterreich. Die Abfassung und die Einbringung einer Beschwerde bzw. einer Revision müssen durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt bzw. eine bevollmächtigte Rechtsanwältin erfolgen. Für die Beschwerde bzw. Revision ist eine Eingabengebühr von je 240 Euro zu entrichten. Sie haben die Möglichkeit, auf die Revision beim Verwaltungsgerichtshof und die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof zu verzichten. Ein solcher Verzicht hat zur Folge, dass eine

Revision an den Verwaltungsgerichtshof und eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof nicht mehr erhoben werden kann. Ein Verzicht ist schriftlich bekanntzugeben oder zu Protokoll zu erklären. Wurde der Verzicht nicht von einem berufsmäßigen Parteienvertreter oder im Beisein eines solchen abgegeben, so kann er binnen drei Tagen schriftlich oder zur Niederschrift widerrufen werden.

H i n w e i s

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

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

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

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Dr. Brandstetter