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-700825/5/MZ

Datum:
Linz, 26. April 2021

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Dr. Zeinhofer über die Beschwerde des N A, vertreten durch RA J R, X, gegen das Straferkenntnis der Landespolizeidirektion Oberösterreich vom 14.10.2020, GZ: VStV/920301503914/2020, wegen Übertretung des Fremdenpolizeigesetzes

zu Recht:

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

II. Gegen diese Entscheidung ist eine Revision zulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I. Mit Straferkenntnis der Landespolizeidirektion Oberösterreich (in Folge: belangte Behörde) vom 14.10.2020, GZ: VStV/920301503914/2020, wurde die beschwerdeführende Partei (in Folge: bP) gemäß § 120 Abs 1a FPG mit einer Geldstrafe von 600,- Euro, EFS 3 Tage, belangt, da sie sich als Fremder, wie am 27.08.2020 um 08:15 Uhr in L, L. Straße 208, festgestellt worden sei, nicht rechtmäßig im Bundesgebiet aufhalte.

II. Gegen diese Entscheidung erhob die bP rechtzeitig das Rechtsmittel der Beschwerde. Auf die Beschwerdebegründung braucht mangels weiterer Verfahrensrelevanz nicht näher eingegangen zu werden.

III.a) Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den von der belangten Behörde zur Entscheidung übermittelten Verfahrensakt und die Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung.

b) Folgender Sachverhalt wird festgestellt:

Mit Straferkenntnis der Landespolizeidirektion Oberösterreich vom 03.05.2019 wurde die bP bestraft, da sie gegen § 120 Abs 1b iVm § 52 Abs 8 FPG verstoßen habe. Die bP sei nach rechtskräftigem Abschluss des Asylverfahrens mit Erkenntnis des BVwG vom 15.06.2018 nicht ausgereist. Sie habe zwar am 12.03.2018 ein Rückkehrberatungsgespräch in Anspruch genommen, sei jedoch nicht rückreisewillig und der Ausreiseverpflichtung nicht nachgekommen. Dieses Straferkenntnis wurde mit Entscheidung des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich vom 10.02.2020, LVwG-700590, bestätigt.

Nunmehr wurde die bP, die nach wie vor im Bundesgebiet aufhältig ist, wegen einer Übertretung des § 120 Abs 1a FPG belangt.

IV. Rechtliche Beurteilung

a) Die einschlägigen Bestimmungen des Fremdenpolizeigesetzes – FPG lauten in der im Tatzeitpunkt geltenden Fassung:

„Rechtswidrige Einreise und rechtswidriger Aufenthalt

§ 120. (1) …
(1a) Wer als Fremder sich nicht rechtmäßig im Bundesgebiet aufhält, begeht eine Verwaltungsübertretung und ist mit Geldstrafe von 500 Euro bis zu 2 500 Euro, im Fall

ihrer Uneinbringlichkeit mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Wochen, zu bestrafen. Wer wegen einer solchen Tat bereits einmal rechtskräftig bestraft wurde, ist mit Geldstrafe von 2 500 Euro bis zu 7 500 Euro oder mit Freiheitsstrafe bis zu vier 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 Beförderungsunternehmers möglich ist. Die Verwaltungsübertretung gemäß erster Satz kann durch Organstrafverfügung gemäß § 50 VStG in der Höhe von 500 Euro geahndet werden.
(1b) 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, begeht eine Verwaltungsübertretung und ist mit Geldstrafe 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.
(1c) …“

b) § 120 Abs 1b FPG stellt eine dem Abs 1a leg cit gegenüber speziellere Norm dar. Die letztgenannte Norm stellt „lediglich“ einen illegalen Aufenthalt im Bundesgebiet unter Strafe, während die erstgenannte Norm darauf abstellt, dass ein Fremder einer ausdrücklichen Aufforderung zur Ausreise aus dem Bundesgebiet nicht nachgekommen ist (und ein Rückkehrgespräch absolviert hat oder die Nichtabsolvierung eines solchen vorwerfbar ist). Wenn die Tatbestandselemente des § 120 Abs 1b FPG vorliegen, hat die zuständige Behörde auch ein entsprechendes Verfahren zu führen und es obliegt dieser nicht, zwischen den beiden Tatbeständen zu wählen.

Dies auch dann nicht, wenn bereits eine Bestrafung nach § 120 Abs 1b FPG erfolgt ist. Es ist zwar anzuerkennen, dass die Verpflichtung, „unverzüglich“ auszureisen, gedanklich nur unmittelbar im Anschluss an das Wirksamwerden der Ausreiseverpflichtung verwirklicht werden kann. Diesbezüglich ist aber auf die ähnlich gelagerte Situation im Melderecht zu verweisen, in welcher der Verwaltungsgerichtshof dennoch eine wiederholte Strafbarkeit anerkennt, wenn eine Person ihrer Meldeverpflichtung nicht nachkommt.

c) Im vorliegenden Fall bedeutet dies, dass ein „Umstieg“ von § 120 Abs 1b FPG auf § 120 Abs 1a FPG nicht zulässig und das angefochtene Straferkenntnis daher zu beheben ist.

V. Zulässigkeit der ordentlichen Revision

Die ordentliche Revision ist zulässig, da die Frage, ob nach einer rechtskräftigen Bestrafung nach § 120 Abs 1b FPG einer neuerliche Bestrafung nach dieser Bestimmung möglich ist oder ob bei weiterem Aufenthalt des Fremden im Bundesgebiet auf § 120 Abs 1a FPG umzuschwenken ist, soweit ersichtlich vom Verwaltungsgerichtshof noch nicht geklärt wurde, und der Beantwortung der Frage über den Einzelfall hinausgehende Bedeutung zukommt.

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 ordentlichen 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 für das Beschwerdeverfahren vor dem Verfassungsgerichtshof 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.
Ein Antrag auf Verfahrenshilfe ist innerhalb der Rechtsmittelfrist beim Verfassungsgerichtshof einzubringen.

Verfahrenshilfe für das Revisionsverfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof 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.
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; 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.
Ein Antrag auf Verfahrenshilfe ist innerhalb der Rechtsmittelfrist beim Landesverwaltungsgericht Oberösterreich einzubringen.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Dr. Zeinhofer