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-700841/2/ER

Datum:
Linz, 14. September 2021

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Dr. Reitter über die Beschwerde des D A, geb. x, StA von Ghana, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. G K, L, W, gegen das Straferkenntnis der Landespolizeidirektion OÖ vom 15. Oktober 2020, GZ: VStV/920300663989/2020, wegen Übertretung des Fremdenpolizeigesetzes

zu Recht:

I. Die Beschwerde wird mit der Maßgabe als unbegründet abgewiesen, dass die verletzte Verwaltungsvorschrift und die Strafsanktionsnorm „§ 120 Abs 1b Fremdenpolizeigesetz, BGBl I Nr 100/2005 idF BGBl I Nr 27/2020“ zu lauten haben.

II. Die beschwerdeführende Partei hat zusätzlich zum Beitrag zu den Kosten des Verwaltungsstrafverfahrens einen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens in der Höhe von 200 Euro 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

I.1. Mit Straferkenntnis vom 15. Oktober 2020, VStV/920300663989/2020, verhängte die Landespolizeidirektion OÖ (im Folgenden: belangte Behörde) über den nunmehrigen Beschwerdeführer (im Folgenden: Bf) eine Verwaltungsstrafe in Höhe von 1.000 Euro (Ersatzfreiheitsstrafe: 2 Tage, 19 Stunden), da er im Zeitraum von 11. März 2020 bis 12. Juni 2020 aus von ihm zu vertretenden Gründen nicht unverzüglich seiner Pflicht zur Ausreise aus dem Bundesgebiet nachgekommen sei, obwohl sein Asylverfahren mit Bescheid des BFA vom 28. August 2019 negativ entschieden und gleichzeitig eine Rückkehrentscheidung erlassen worden sei. Die dagegen erhobene Beschwerde sei mit Erkenntnis des BVwG vom 9. März 2020 nach Durchführung einer Verhandlung als unbegründet abgewiesen worden. Die Entscheidung sei seit 11. März 2020 rechtskräftig und durchsetzbar. Der Bf habe das ihm aufgetragene Rückkehrberatungsgespräch am 12. August 2019 in Anspruch genommen, er sei nicht rückkehrwillig. Dem Bf sei keine Frist zur freiwilligen Ausreise gewährt worden, er sei nicht ausreisewillig. Der Bf habe dadurch § 120 Abs 1b Fremdenpolizeigesetz – FP verletzt.
Begründend führte die belangte Behörde im Wesentlichen aus, dass die vorgeworfene Verwaltungsübertretung durch dienstliche Wahrnehmungen und aufgrund des behördlichen Ermittlungsverfahrens erwiesen sei. Der Bf habe trotz Aufforderung keine Rechtfertigung abgegeben. Das Asylverfahren des Bf sei seit 11. März 2020 rechtskräftig abgeschlossen und die Rückkehrentscheidung durchsetzbar. Der Bf sei nicht rückkehrwillig. Der Bf sei zur Ausreise verpflichtet, es könne ihm zugemutet werden, sich um die Beendigung des rechtswidrigen Zustands zu bemühen. Der Bf habe die vorgeworfene Verwaltungsübertretung fahrlässig begangen. Zur Strafbemessung verwies die belangte Behörde auf den Unrechtsgehalt der vorgeworfenen Tat und wertete die bisherige einschlägige Unbescholtenheit mildernd. Erschwerungsgründe seien nicht hervorgekommen.

I.2. Gegen dieses Straferkenntnis erhob der Bf rechtzeitig rechtsfreundlich vertreten Beschwerde, in der er beantragte, das Strafverfahren einzustellen. Begründend führte der Bf aus, dass aufgrund des Beginns des „Lockdowns“ Mitte März 2020 ein Verlassen Österreichs nicht möglich gewesen sei, darüber hinaus hätten keine Flugzeuge in Nigeria landen dürfen. Auch heute sei eine Reise nach Nigeria mit großen, uU unüberwindbaren Schwierigkeiten verbunden, da ein im Voraus zu bezahlender Corona-Test zu machen sei. Dies sei nur mit Kreditkarte möglich, der Bf verfüge aber über keine Kreditkarte. Es dürfe daher die Ausreise des Bf nicht verlangt werden, weshalb de facto Duldung eingetreten sei. Eine Bestrafung hätte nicht erfolgen dürfen.

I.3. Mit Schreiben vom 13. November 2020, eingelangt am 20. November 2020, legte die belangte Behörde die Beschwerde samt dem bezughabenden

Verwaltungsakt dem Landesverwaltungsgericht OÖ zur Entscheidung vor. Eine Beschwerdevorentscheidung wurde nicht erlassen.
Das Landesverwaltungsgericht OÖ hat Beweis erhoben durch die Einsichtnahme in den vorgelegten Verwaltungsakt, die Beschwerde und das Zentrale Fremdenregister. Zumal im ggst Verfahren lediglich eine Rechtsfrage zu klären war und kein Antrag auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung gestellt wurde, konnte davon abgesehen werden (§ 44 Abs 3 VwGVG).

I.4. Es steht folgender entscheidungsrelevanter S a c h v e r h a l t fest:

Der Bf ist Staatsangehöriger von Ghana. Am 16. August 2014 stellte er in Österreich den ersten Antrag auf internationalen Schutz, über den mit Rechtskraft ab 14. Februar 2017 negativ entschieden wurde. Am 27. Juni 2018 stellte der Bf einen Folgeantrag, der – bestätigt durch das seit 3. Juni 2019 rechtskräftige Erkenntnis des BVwG – zurückgewiesen wurde. Am 27. Juli 2019 stellte der Bf einen weiteren Folgeantrag, der, bestätigt durch Erkenntnis des BVwG vom 9. März 2020, rechtskräftig seit 11. März 2020, wegen entschiedener Sache zurückgewiesen wurde. Gleichzeitig wurde dem Bf ein Aufenthaltstitel gemäß § 57 AslyG nicht erteilt und gegen den Bf eine Rückkehrentscheidung erlassen. Die Zulässigkeit der Abschiebung nach Ghana wurde festgestellt und festgehalten, dass keine Frist für die freiwillige Ausreise besteht. Gegen den Bf wurde weiters ein auf die Dauer von zwei Jahren befristetes Einreiseverbot erlassen. Ein Antrag des Bf auf Erteilung eines Aufenthaltstitels gemäß § 55 AsylG wurde mit Rechtskraft seit 5. März 2021 wegen entschiedener Sache zurückgewiesen.

II. Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich aus dem vorgelegten Verwaltungsakt und dem Zentralen Fremdenregister. Dass der Bf Staatsangehöriger von Ghana ist, ergibt sich sowohl aus den im Akt einliegenden rechtskräftigen Entscheidungen als auch aus dem Zentralen Fremdenregister. Die Ausführungen des Bf in der Beschwerde betreffend allfällige Einreisehindernisse nach Nigeria konnten im ggst Verfahren betreffend den Bf, der Staatsangehöriger von Ghana ist, sohin mangels Relevanz unbeachtet bleiben. Abgesehen von jenem irrelevanten Vorbringen betreffend die Einreise nach Nigeria hat der Bf kein Vorbringen hinsichtlich des Sachverhalts erstattet. Dieser steht aufgrund des vorgelegten Verwaltungsakts und den im Zentralen Fremdenregister aufgelisteten Verfahren betreffend den Bf, von denen er jedenfalls Kenntnis hat, unbestritten und widerspruchsfrei fest. Im ggst Verfahren sind daher lediglich Rechtsfragen zu klären, weshalb die Durchführung einer – nicht beantragten – öffentlichen mündlichen Verhandlung unterbleiben konnte.

III. Gemäß § 120 Abs 1b Fremdenpolizeigesetz – FPG, BGBl I Nr 100/2005 idF BGBl I Nr 27/2020 begeht, 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, 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.

IV. In rechtlicher Hinsicht ist Folgendes auszuführen:

IV.1. 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.

IV.2. Wie sich aus dem festgestellten Sachverhalt ergibt, wurde der zweite Folgeantrag des Bf auf Zuerkennung von internationalem Schutz – bestätigt durch Erkenntnis des BVwG vom 9. März 2020, rechtskräftig seit 11. März 2020 - wegen entschiedener Sache zurückgewiesen, dem Bf ein Aufenthaltstitel gemäß § 57 AslyG nicht erteilt und gegen den Bf eine Rückkehrentscheidung erlassen. Die Zulässigkeit der Abschiebung nach Ghana wurde festgestellt und festgehalten, dass keine Frist für die freiwillige Ausreise besteht. Die Rückkehrentscheidung ist somit seit 11. März 2020 rechtskräftig und durchsetzbar. Der Bf hat ein Rückkehrberatungsgespräch in Anspruch genommen, er reiste jedoch nicht aus.

Dem Vorbringen des Bf in der Beschwerde, dass der Bf wegen des „Lockdowns“ Österreich nicht verlassen habe können, führt diesen nicht zum Erfolg. Mit Verordnungen des Bundesministers für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz wurde im Zuge der COVID-19-Pandemie zwar die Einreise nach Österreich Beschränkungen unterworfen, allgemeine Ausreise-beschränkungen sind aber nicht erlassen worden (vgl VwGH 25.11.2020, Ra 2020/19/0251). Der Einwand, dass dem Bf „aufgrund des Mitte März 2020 begonnen habenden Lockdowns ein Verlassen Österreichs nicht möglich“ gewesen wäre, geht daher ins Leere. Darüber hinaus ist festzuhalten, dass der erste „Lockdown“ in Österreich mit 16. März 2020 seine Wirkung entfaltete (Verordnung des Bundesministers für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz gemäß § 2 Z 1 des COVID-19-Maßnahmengesetzes, BGBl II Nr 98/2020), die

Rückkehrentscheidung jedoch bereits seit 11. März 2020 rechtskräftig und durchsetzbar ist. Der Bf ist daher aus von ihm zu vertretenden Gründen seiner Ausreiseverpflichtung nicht nachgekommen.

IV.3. Zur Erfüllung des objektiven Tatbestands ist weiters auch auf das Privat- und Familienleben eines Betroffenen Bedacht zu nehmen.
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.

Weder das Bundesasylamt noch das Bundesverwaltungsgericht haben (in den bislang drei wegen Anträgen auf internationalen Schutz geführten Verfahren) erkannt, dass der Bf über private oder familiäre Bindungen in Österreich verfügt, die sein Interesse an der Aufrechterhaltung dieser Bindungen das öffentliche Interesse an der Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung überwiegen würden. Es 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. Vielmehr wurde erst kürzlich ein Antrag des Bf gemäß § 55 AslyG zurückgewiesen. Es liegt sohin jedenfalls ein Überwiegen der öffentlichen Interessen an einem geordneten

Aufenthalts- und Fremdenwesen gegenüber den persönlichen/privaten Interessen des Bf vor.

Die objektive Tatseite ist sohin als erfüllt anzusehen.

IV.4. 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.

Der Bf ließ jedenfalls die erforderliche und zumutbare Sorgfalt außer Acht, indem er, sämtliche fremdenrechtliche Vorgaben ignorierend, im Bundesgebiet verharrte. Daher ist im Ergebnis das Vorliegen der subjektiven Tatseite zu bejahen.

IV.5. 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.

Die belangte Behörde würdigte bei der Strafbemessung einerseits die einschlägige Unbescholtenheit des Bf, andererseits verwies sie auf den hohen Unrechtsgehalt der Verwaltungsübertretung, der sich im Strafrahmen von bis zu 15.000 Euro widerspiegelt. Der Bf erstattete kein Vorbringen hinsichtlich der Strafhöhe. Die belangte Behörde verhängte eine Strafe, die knapp 7 % des gesetzlichen Strafrahmens ausschöpft. Die Erwägungen der belangten Behörde zur

Strafbemessung können vom erkennenden Gericht geteilt werden und waren nicht zu beanstanden. Die verhängte Geldstrafe erscheint tat- und schuldangemessen.

V.1. Es war daher im Ergebnis spruchgemäß zu entscheiden.

V.2. 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.

V.3. Die Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs räumt dem Beschuldigten ein Recht darauf ein, dass im Spruch die richtige und nur die richtige verletzte Verwaltungsvorschrift aufscheint. Gleiches gilt für die Anführung der Strafnorm nach § 44a Z 3 VStG. Das Verwaltungsgericht hat daher insoweit, als der Spruch des erstinstanzlichen Bescheides fehlerhaft ist, weil zB die angewendeten Gesetzesstellen unrichtig oder unvollständig zitiert wurden, dies in seinem Abspruch zu ergänzen bzw. richtigzustellen (vgl VwGH 15.11.2017, Ra 2017/17/0021 uHa VwGH 15.10.2013, 2010/02/0161, sowie 28.5.2014, 2012/07/0033).

VI. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung im Sinne des Art 133 Abs 4 B-VG vorliegt. Zur zu lösenden Rechtsfrage liegt einheitliche Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs vor, von der in der ggst Entscheidung nicht abgewichen wurde.

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

Dr. Reitter