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-701403/2/MB/BD

Datum:
Linz, 15. Dezember 2021

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Dr. Brandstetter über die Beschwerde des C A, vertreten durch x, x, x, gegen das Straferkenntnis der Landespolizeidirektion Oberösterreich vom 5. November 2021, GZ: VStV/921300985702/2021, wegen Übertretung des Fremdenpolizeigesetzes

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird abgewiesen und der Bescheid der belangten Behörde bestätigt.

II. Der Beschwerdeführer hat Kosten in der Höhe von EUR 200 für das Verfahren vor dem Landesverwaltungsgericht zu tragen.

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 5. November 2021, GZ: VStV/921300985702/2021, wurde über den Beschwerdeführer (in der Folge: Bf) gemäß § 120 Abs. 1b Fremdenpolizeigesetz (FPG) eine Geldstrafe in der Höhe von 1.000 Euro sowie im Falle der Uneinbringlichkeit eine Ersatzfreiheitsstrafe von 2 Tagen 19 Stunden verhängt.

Die belangte Behörde führt dabei folgenden Tatvorwurf aus:
„Wie von Beamten der Landespolizeidirektion Oberösterreich, Polizeiinspektion Aurolzmünster, am 31.05.201 in x, x, anlässlich einer Überprüfung festgestellt wurde, sind Sie aus von ihnen zu vertretenden Gründen nicht unverzüglich ihrer Pflicht zur Ausreise aus dem Bundesgebiet nachgekommen, obwohl ihr Asylverfahren mit Bescheid des Bundesamtes für Fremdenwesen und Asyl vom 02.03.2017 negativ entschieden ist und gleichzeitig eine Rückkehrentscheidung erlassen wurde.
Ihre Beschwerde wurde mit Erkenntnis des BVwG vom 17.03.2021, nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung am 14.01.2021, als unbegründet abgewiesen. Das Verfahren ist seit 23.03.2021 in II. Instanz rechtskräftig und durchsetzbar.
Das ihnen aufgetragene Rückkehrberatungsgespräch haben sie bis zum Eintritt der Rechtskraft und Durchsetzbarkeit der Rückkehrentscheidung aus von ihnen zu vertretenden Gründen nicht in Anspruch genommen.
Die Frist zur freiwilligen Ausreise (06.04.2021) ließen sie ungenutzt verstreichen und Sie sind bis dato nicht ausgereist.“
[Hervorhebungen nicht übernommen]

Begründend führt die belangte Behörde ua. aus:
„Der Tatbestand der Ihnen zur Last gelegten Verwaltungsübertretung ist durch die eigene dienstliche Wahrnehmung eines Beamten der Landespolizeidirektion Oberösterreich, sowie aufgrund des behördlich durchgeführten Ermittlungsverfahrens zweifelsfrei erwiesen.
Es steht daher fest, dass Sie die im Spruch angeführte Verwaltungsübertretung begangen haben.
Mit Aufforderung vom 10.06.2021 wurden Sie zur Rechtfertigung innerhalb von zwei Wochen ab Zustellung aufgefordert. Gleichzeitig wurden Sie aufgefordert, die Ihrer Verteidigung dienlichen Beweismittel, Ihre Einkommens- und Vermögensverhältnisse und altfällige 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 persönlich am 16.06.2021 übernommen. Am 22.06.2021 langte bei der hsg. Behörde folgende Stellungnahme, verfasst am 22.06.2021 von ihrer Rechtsvertretung, per FAX ein:
„Sehr geehrte Damen und Herren!
Zur Aufforderung zur Rechtfertigung, datiert mit 10.06.2021, Zahl: VStV/921300985702/2021, wird folgendes festgestellt

1)
Dem Einschreiter wird vorgeworfen, von Beamten der LPD OÖ wäre im Zuge einer Aktenüberprüfung am 31.05.2021 festgestellt worden, dass sich der Einschreiter noch in Österreich aufgehalten hätte, obwohl die Frist zur freiwilligen Ausreise bereits verstrichen gewesen wäre, und er daher gegen §52 Abs 8 FPG iVm §120 Abs 1 b FPG verstoßen hätte.
2)
Unrichtig sind die Feststellungen erstens deshalb, weil der Einschreiter nicht freiwillig rechtswidrig im Bundesgebiet aufhältig ist, sondern weil es ihm bisher rechtlich und praktisch aus organisatorischen Gründen nicht möglich war, aus dem Bundesgebiet auszureisen. Daher kann ihm kein Verschulden bezüglich der Übertretung der vorgeworfenen Bestimmung vorgeworfen werden, nicht einmal Fahrlässigkeit.
Es liegt bisher, trotz Bemühen der zuständigen Behörden und der Kooperation des Einschreiters nicht einmal ein Heimreisezertifikat vor, und ohne Reisepass ist die Rückkehr unmöglich. Daher kann ihm kein Verschulden bezüglich der Übertretung der entsprechenden Bestimmung vorgeworfen werden, nicht einmal Fahrlässigkeit
3)
Zur Höhe der Strafe ist festzustellen, dass der Einschreiter aufgrund seines Aufenthaltsstatus vom Arbeitsmarkt weitgehend ausgeschlossen ist Die Bestrafung aufgrund einer Verwaltungsübertretung würde in seinem Fall mit Sicherheit eine Freiheitsstrafe bedeuten, was insbesondere da er immer bereitwillig im fremden polizeilichen Verfahren mitgewirkt hat, eine unverhältnismäßige Strafe darstellen würde.
Darüber hinaus müsste gern. §20 VStG die außerordentliche Strafmilderung angewendet werden, da die Milderungsgründe etwaige Erschwerungsgründe erheblich überwiegen.
Mit einer Abmahnung wäre daher das Auslangen zu finden.
Mit freundlichen Grüßen
für den x
Ah. O R“
Gemäß § 120 Abs. 1b des Fremdengesetzes 2005 - FPG, BGBl. I Nr. 100/2005, in der geltenden Fassung, begeht eine Verwaltungsübertretung und ist mit Geldstrafe 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/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 Aufenthaltsortes, bei Betretung in einem öffentlichen Beförderungsmittel die nächstgelegene Ausstiegsstelle, an der das Verfassen des öffentlichen Beförderungsmittels gemäß dem Fahrplan des Beförderungsunternehmers möglich ist
Gemäß § 31 Abs. 1 FPG halten sich Fremde rechtmäßig im Bundesgebiet auf,
1. wenn sie rechtmäßig eingereist sind und während des Aufenthalts im Bundesgebiet die Befristungen oder Bedingungen des Einreisetitels oder des visumfreien Aufenthaltes oder die durch zwischenstaatliche Vereinbarungen, Bundesgesetz oder Verordnung bestimmte Aufenthaltsdauer nicht überschritten haben;
2. wenn sie auf Grund einer Aufenthaltsberechtigung oder einer Dokumentation des Aufenthaltsrechtes nach dem Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz zur Niederlassung

oder zum Aufenthalt oder auf Grund einer Verordnung für Vertriebene zum Aufenthalt berechtigt sind;

3. wenn sie Inhaber eines von einem Vertragsstaat ausgestellten Aufenthaltstitels sind bis zu drei Monaten (Artikel 21 SDÜ gilt), sofern sie während ihres Aufenthalts im Bundesgebiet keiner unerlaubten Erwerbstätigkeit nachgehen;

4. solange ihnen ein Aufenthalts recht nach dem AsylG 2005 zukommt;

5. bis zur Entscheidung über einen Verlängerungsantrag (§ 2 Abs. 4 Z 17a), solange der Aufenthalt als Saisonier in den vergangenen zwölf Monaten insgesamt die Dauer von neun Monaten nicht überschreitet;

6. wenn sie Inhaber eines gültigen Aufenthaltstitels für unternehmensintern transferierte Arbeitnehmer gemäß ICT-Richtlinie eines anderen Mitgliedstaates sind, der das SDÜ nicht vollständig anwendet, und § 18 Abs. 13 AuslBG erfüllen, solange ihr Aufenthalt im Bundesgebiet in den vergangenen 180 Tagen nicht insgesamt die Dauer von 90 Tagen überschreitet und die Voraussetzungen des Art 6 Abs. 1 lit. e SGK erfüllt sind;

7. wenn sie gemäß der Forscher und Studenten-Richtlinie Inhaber eines gültigen Aufenthaltstitels „Forscher“ eines anderen Mitgliedstaates sind und eine Tätigkeit für eine Forschungseinrichtung ausüben, die gemäß § 1 Abs. 2 lit h AuslBG vom sachlichen Anwendungsbereich des AuslBG ausgenommen ist, oder als deren Familienangehörige Inhaber eines gültigen Aufenthaltstitels eines anderen Mitgliedstaates sind, solange jeweils ihr Aufenthalt im Bundesgebiet in den vergangenen 360 Tagen nicht insgesamt die Dauer von 180 Tagen überschreitet und die Voraussetzungen des Art 6 Abs. 1 lit e SGK erfüllt sind;

8. wenn sie gemäß der Forscher und Studenten-Richtlinie Inhaber eines gültigen Aufenthaltstitels „Student“ eines anderen Mitgliedstaates sind und an einem Unions- oder multilateralen Programm mit Mobilitätsmaßnahmen teilnehmen oder für sie eine Vereinbarung zwischen zwei oder mehreren Hochschuleinrichtungen besteht, solange ihr Aufenthalt im Bundesgebiet nicht insgesamt die Dauer von 360 Tagen überschreitet und die Voraussetzungen des Art. 6 Abs. 1 lit. e SGK erfüllt sind, oder

9. soweit sich dies aus anderen bundesgesetzlichen Vorschriften ergibt

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 und die Rückkehrentscheidung sind seit 23.03.2021 rechtskräftig und durchsetzbar. Das Ihnen mit Verfahrensanordnung vom 02.03.2017 aufgetragene Rückkehrberatungsgespräch haben sie bis zum Eintritt der Rechtskraft und Durchsetzbarkeit der Rückkehrentscheidung aus von ihnen zu vertretenden Gründen nicht in Anspruch genommen.

Im Zuge der Erstbefragung im Asylverfahren wurde von ihnen angegeben, dass sie ein Staatsbürger von Ghana seien. Bei einem Interviewtermin bei der ghanesischen Botschaft wurde jedoch festgestellt, dass sie kein ghanesischer Staatsangehöriger sind.
Im Zuge der mündlichen Verhandlung vor dem BVwG legten sie eine Geburtsurkunde von Nigeria vor und gaben an, dass sie jetzt nigerianischer Staatsbürger seien, weil sie sich dazu entschieden haben.
Ihre unterschiedlichen Angaben führten dazu, dass bis dato kein Heimreisezertifikat vorliegt. Der Umstand, dass ihrerseits unterschiedlichen Angaben zur ihrer Herkunft gemacht wurden, kann nicht als Kooperation mit den Behörden gewertet werden.
Für die Behörde besteht kein Zweifel, dass Sie seit Abschluss Ihres Asylverfahrens 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. § 31 Abs. 1a 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.
Zunächst ist wiederum festzustellen, 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.
Sie vertrauen offenbar lediglich darauf nicht abgeschoben werden zu können, ohne die rechtlichen Gegebenheiten anzuerkennen.
Wenn Fremde nach rechtskräftig negativem Abschluss ihres Asylverfahrens nicht aus reisen 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 fremden rechtlichen 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 Asyl Verfahrens 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 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 aktuellem Erkenntnis des BVwG wurde darüber ausreichend abgesprochen - die LPD O schließt sich vollinhaltlich dieser Meinung 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 fremden polizeilicher 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.
Zur Strafhöhe ist zu bemerken, dass angesichts des erhöhten Unrechtsgehalts des § 120 Abs. 1b FPG im Verhältnis zu § 120 Abs. 1a FPG die Strafe im gegenständlichen Fall höher bemessen werden muss, als die in § 120 Abs. 1a FPG festgesetzte Mindeststrafe von EUR 500,-.
Aus diesem Grund nimmt die Landespolizeidirektion OÖ eine Strafbemessung in Höhe von EUR 1.000,- vor.
Als mildernd wurde die bisherige Unbescholtenheit des Beschuldigten gewertet Erschwerungsgründe sind im Verfahren nicht hervorgekommen.
Die verhängte Strafe erscheint schuld- und tatangemessen.
Bei der Strafbemessung wurde davon ausgegangen, dass Sie kein hierfür relevantes Vermögen besitzen, keine Sorgepflichten haben 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, in welcher ua. Nachstehendes ausgeführt wird:
„Das Straferkenntnis vom 5.11.2021 VStV/921300985702/2021, wurde am 10.11.2021 zugestellt
Innerhalb offener Frist wird nachstehende
BESCHWERDE

erhoben.
Verwiesen wird auf die Rechtfertigung vom 22.6.2021, die zum integralen Bestandteil der gegenständlichen Beschwerde erhoben wird.
Der Beschuldigte kann aus rechtlichen und praktischen Gründen nicht ausreisen. Er verfügt weder über einen Reisepass noch über ein Heimreisezertifikat. Er hat sich den Behörden gegenüber stets kooperativ gezeigt,
Die unterlassene Ausreise kann dem Beschwerdeführer daher nicht angelastet werden.
Ich stelle daher den
ANTRAG,
a) das angefochtene Straferkenntnis aufzuheben,
b) allenfalls die verhängte Strafe schuldangemessen herabzusetzen."
[Hervorhebungen nicht übernommen]

3. Mit Schreiben vom 18. November 2021 legte die belangte Behörde den in Rede stehenden Verwaltungsakt dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zur Entscheidung vor.

4. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich nahm weiter Einsicht in den vorgelegten Verwaltungsstrafakt und das Beschwerdevorbringen. Zusätzlich dazu wurde das Zentrale Fremdenregister abgefragt. Von der Abhaltung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung konnte gemäß § 44 Abs. 3 Z 1 VwGVG abgesehen werden.

II.

1. Aufgrund der durchgeführten Ermittlungsverfahrens wird nachfolgender Sachverhalt festgestellt: Der Bf weist sowohl die Staatsangehörigkeit von Ghana als auch die Staatsangehörigkeit von Nigeria im Grund gelegte fremden- und asylrechtlichen Verfahren auf. Der Bf ist am 19.5.2011 illegal nach Österreich eingereist und stellte sodann am 9.7.2011 einen Antrag auf internationalen Schutz. Mit Erkenntnis des BVwG vom 15.12.2016 wurde der Asylantrag des Bf negativ erledigt. Die Rückkehrentscheidung wurde an die Behörde zurückverwiesen und im Ergebnis vom BVwG mit Erkenntnis vom 17.3.2021 für zulässig erklärt und das Einreiseverbot auf 3 Jahre herabgesetzt. Die Frist zur freiwilligen Ausreise betrug 14 Tage. Der Bf hat kein Rückkehrberatungsgespräch in Anspruch genommen. Ein weiteres Asylverfahren ist nicht anhängig. Verfahren vor den Gerichtshöfen des öffentlichen Rechts bzw. die Zuerkennung der aufschiebenden Wirkungen diesbezüglicher Rechtsmittel sind nicht zu erkennen. Der Bf hat eine Geburtsurkunde von Nigeria inne. Weitere Dokumente sind nicht bekannt. Der Bf hat sich dieses Dokument durch seinen in Nigeria befindlichen (Stief)Bruder organisiert. Er gab dazu in der Verhandlung vor dem Bundesverwaltungsgericht an, dass er sich nun entschieden hat nigerianischer Staatsangehöriger zu sein. Im Asylverfahren hat er wiederum angegeben ghanaischer Staatsbürger zu sein. Weiter Initiativen zur Klärung seiner Identität,

zur Erlangung von Reisedokumenten, zur Organisation der Ausreise und zur Kooperation mit den zuständigen Behörden sind nicht vorhanden. Zudem ist kein Grund feststellbar, warum das Rückkehrberatungsgespräch nicht in Anspruch genommen wurde. Nachweise für Eigeninitiative bzw. sonstige Bemühungen der Rückkehrentscheidung Folge zu leisten können ebenso nicht festgestellt werden.

Die übrigen Geschwister des Bf sind in Nigeria aufhältig. Zu diesen hat der Bf regelmäßig Kontakt. Die sonstigen Verwandten sind in Ghana verortet. In Österreich hat der Bf keine Familie. Er lebt in einer Lebensgemeinschaft mit einer österreichischen Staatsbürgerin. Der Bf arbeitet als Hilfsarbeiter in der Holzverarbeitung und ist selbsterhaltungsfähig. Der Bf hat keine Deutschkurse besucht und hat auch bislang keine Prüfung abgelegt. Der Bf weist keinerlei Vereinstätigkeit bzw –anschluss auf. Der Bekannten und Freundeskreis ist entsprechend reduziert ausgebildet. Der Bf weist darüber hinaus keine integrativen Elemente auf. Weiter ist zu erkennen, dass der Bf bereits vor der Asylantragstellung straffällig geworden ist. Er weist in Summe 4 strafrechtliche Verurteilungen auf (1. LG Klagenfurt, 6.6.2011, §§ 223, 224 StGB; 2. LG Wien Strafsachen 13.10.2011, § 27 Abs. 1 Z 1 8.F u Abs. 3 SMG, LG Wien Strafsachen 22.10.2013, § 27 Abs. 1 Z 1 8. F und Abs. 3 SMG und LG Wien Strafsachen 21.1.2015, § 27 Abs. 1 Z 1 8. F und Abs. 3 iVm § 15 StGB. Der letzten Tat lag der versuchte Handel mit Kokain zu Grunde.

Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich widerspruchsfrei aus dem vorgelegten Verwaltungsakt und den Ausführungen der Bf in seinen Schriftsätzen. Von einer weitergehenden, detaillierten Beweiswürdigung der einzelnen Fakten konnte daher abgesehen werden.

III.

1. Gemäß § 120 Abs. 1b des Fremdenpolizeigesetzes 2005 – FPG, BGBl. I Nr. 100/2005, in der seit dem 17.4.2020 geltenden Fassung (BGBl I 146/2020, s VwGH 22.1.2021, Ra 2020/21/0271-8), begeht eine Verwaltungsübertretung und ist mit Geldstrafe 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 unbestrittenen Sachverhalt ergibt ist die über den Bf verhängte Rückkehrentscheidung rechtskräftig und die Frist zur freiwilligen Ausreise verstrichen. Der Bf hat das Rückkehrberatungsgespräch ohne Gründe nicht in Anspruch genommen.

Zur Rechtskraft und Durchsetzbarkeit der Rückkehrentscheidung ist festzuhalten, dass die Beschwerde der Bf vom Bundesverwaltungsgericht abgewiesen wurde. Verfahren vor den GöR sind nicht anhängig. Ebenso ist keine aufschiebende Wirkung im Tatzeitraum vorhanden. Zum Zeitpunkt der Entscheidung scheinen auch keine offenen Verfahren vor den GöR auf. Es ist somit im vorliegenden Fall vom Bestehen einer rechtskräftigen und durchsetzbaren Rückkehrentscheidung auszugehen.

2.2.2. Der Bf bringt zum Umstand seiner Nichtausreise lediglich vor, dass er aus organisatorischen wie rechtlichen Gründen nicht ausreisen könne. Weitere Ausführungen finden sich nicht. Zudem ist zu erkennen, dass der Bf sehr wohl in der Lage ist – so er es für notwendig erachtet – eine Geburtsurkunde aus Nigeria zu organisieren. Zudem ist zu erkennen, dass die Schwierigkeiten zur Erlangung eines HRZ's v.a. in den wechselnden Angaben des Bf zu seiner Staatsangehörigkeit Grund gelegt sind. Im Ergebnis ist zu erkennen, dass der Bf nicht gewillt ist, die

rechtskräftige Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichtes zu akzeptieren und die Effektuierung der Ausreiseverpflichtung alleine vom Bf zu verschulden ist.

Bestätigung ist entsprechend dem festgestellten Sachverhalt dadurch zu erkennen, dass sich der Bf auch nie um die Erlangung neuer Reisedokumente o.ä. gekümmert hat.

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 geprüft und erkannt wurde, dass einerseits kein Familienleben in Österreich besteht und andererseits kein Eingriff in das Privatleben gegeben ist. Seit der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichtes sind keine Änderungen eingetreten. Wiederholend ist darauf hinzuweisen, dass sich der Bf eine

wesentliche Dauer seines Aufenthaltes in Österreich in Haft befunden hat, seine Lebensgemeinschaft im Stande und Bewusstsein des unsicheren Aufenthaltes begonnen wurde und keine weiteren integrativen Momente vorhanden sind.

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 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.

3.3. Der Bf ließ jedenfalls die erforderliche und zumutbare Sorgfalt außer Acht, indem er, sämtliche fremdenrechtliche Vorgaben ignorierend, im Bundesgebiet verharrte.

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

4.1. 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.

4.2. 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. Das zu bewertenden Unwerturteil ist somit entsprechend eingegrenzt.

Im Hinblick auf die Strafbemessung ist zu erkennen, dass der Bf als Hilfsarbeiter tätig ist (ca. 1500 netto). Sonstiges Vermögen ist nicht ersichtlich. Schulden und Sorgepflichten ebenso nicht. Weiter ist zu erkennen, dass der Bf durch sein substanzloses Vorbringen, dass er aus rechtlichen und praktischen Gründen nicht ausreisen könne, zum Erkennen gibt, den Unwert seiner Tat in keinster Weise zu akzeptieren. Aus diesem Grund nimmt das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich eine Strafbemessung iHv EUR 1000 vor. Bei Uneinbringlichkeit der Geldstrafe wird eine Ersatzfreiheitsstrafe von 2 Tagen und 19 Stunden 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 dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich belaufen sich auf 200 Euro.

Gemäß § 52 Abs. 8 VwGVG sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens dem Beschwerdeführer nur dann 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. 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