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-701047/2/ER

Datum:
Linz, 11. April 2022

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Dr. Reitter über die Beschwerde des O N, StA von Afghanistan, S, S, gegen das Straferkenntnis der Landespolizeidirektion OÖ vom 6. Mai 2021, GZ: VStV/921300586024/2021, wegen Übertretung des Fremdenpolizeigesetzes

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird insoweit stattgegeben, dass die verhängte Strafe auf 900 Euro und die Ersatzfreiheitsstrafe auf 2 Tage, 12 Stunden herabgesetzt wird.
Ansonsten wird die Beschwerde mit der Maßgabe als unbegründet abgewiesen, dass die verletzte Rechtsvorschrift und die Strafnorm „§ 120 Abs 1b Fremdenpolizeigesetz, BGBl I Nr 100/2005 idF BGBl I Nr 27/2020“ lauten.

II. Die beschwerdeführende Partei hat keinen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens zu leisten. Der Beitrag zu den Kosten des Verwaltungsstrafverfahrens wird mit 90 Euro neu festgesetzt.

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 6. Mai 2021, VStV/921300586024/2021, verhängte die Landespolizeidirektion OÖ (im Folgenden: belangte Behörde) über den nunmehrigen Beschwerdeführer (im Folgenden: Bf) eine Verwaltungsstrafe iHv 1.000 Euro (Ersatzfreiheitsstrafe: 2 Tage, 19 Stunden) wegen einer Verwaltungsübertretung gemäß § 120 Abs 1b Fremdenpolizeigesetz – FPG wie folgt:

„1. Datum/Zeit: 25.03.2021, 11:15 Uhr

Ort: 4061 Wagram, Poststraße 70, Containerdorf für Asylwerber

Wie von Polizeibeamten der Landespolizeidirektion Oberösterreich, PI Pasching am 25.03.2021, 11:15 Uhr anlässlich einer Überprüfung in 4061 Wagram, Poststraße 70 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 05.10.2020 negativ entschieden und gleichzeitig eine Rückkehrentscheidung erlassen worden ist. Die Rückkehrentscheidung ist seit 06.10.2020 rechtskräftig und durchsetzbar.

Das Ihnen mit Verfahrungsanordnung vom 28.02.2018 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 von 14 Tagen zur freiwilligen Ausreise endete am 20.10.2020.

Am 17.12.2020 stellten Sie beim Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl, Regionaldirektion Oberösterreich einen Antrag auf einen ‚Aufenthaltstitel berücksichtigungswürdige Gründe'. Gemäß § 58 Abs. 13 AsylG begründet dieser Antrag jedoch kein Aufenthalts- oder Bleiberecht."

I.2. Gegen dieses Straferkenntnis erhob der Bf rechtzeitig Beschwerde gegen die Strafhöhe wie folgt:

„Hiermit möchte ich Einspruch/Beschwerde gegen die Straferkenntnis einlegen, da ich als Asylwerber monatlich nur € 180,- aus der Grundversorgung erhalte und ich den Betrag in der Höhe von € 1.100,- nicht bezahlen kann.

Die Einkommensbestätigung und die Rückkehrberatungsbestätigung liegen diesem Brief bei."

I.3. Mit Schreiben vom 28. Mai 2021, eingelangt am 2. Juni 2021, legte die belangte Behörde die Beschwerde samt dem bezughabenden Verwaltungsakt dem Landesverwaltungsgericht OÖ zur Entscheidung vor. Eine Beschwerdevorentscheidung wurde nicht erlassen. Von der Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung konnte gem § 44 Abs 3 Z 2 VwGVG abgesehen werden, da dies nicht beantragt wurde und die Beschwerde sich nur gegen die Höhe der Strafe richtet.

II.1. Nachdem der Bf seine Beschwerde auf die Strafhöhe eingeschränkt hat, ist der Schuldspruch in Rechtskraft erwachsen. Der Bf bezieht aus der Grundversorgung eine tägliche finanzielle Unterstützung iHv 6 Euro.

II.2. Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich widerspruchsfrei und unbestritten aus dem vorgelegten Verwaltungsakt und der Beschwerde, sodass von einer weitergehenden Beweiswürdigung abgesehen werden konnte.

III. Die maßgebliche Bestimmung des Fremdenpolizeigesetzes – FPG, BGBl I Nr 100/2005 idF BGBl I Nr 27/2020, lautet wie folgt:

„Rechtswidrige Einreise und rechtswidriger Aufenthalt

§ 120 (1) ...
(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.“

IV. In rechtlicher Hinsicht ist Folgendes auszuführen:

IV.1. Prüfgegenstand und -umfang des ggst Verfahrens ist nicht die zu Grunde liegende Tat, sondern lediglich der Ausspruch im Rahmen der Strafzumessung, da sich die Beschwerde nunmehr lediglich gegen die Strafhöhe richtet.

IV.2.1. Gemäß § 19 Abs 1 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. Gemäß § 19 Abs 2 VStG sind im ordentlichen Verfahren überdies die nach dem Zweck der Strafdrohung in Betracht kommenden Erschwerungs- und Milderungsgründe, soweit sie nicht schon die Strafdrohung bestimmen, gegeneinander abzuwägen. Auf das Ausmaß des Verschuldens ist besonders Bedacht zu nehmen. Unter Berücksichtigung der Eigenart des Verwaltungsstrafrechts sind die §§ 32 bis 35 StGB sinngemäß anzuwenden. Die Einkommens- und Vermögensverhältnisse sowie allfällige

Sorgepflichten des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen.

Bei der Strafzumessung handelt es sich laut ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (statt vieler VwGH 28.11.1966, 1846/65) innerhalb eines gesetzlichen Strafrahmens um eine Ermessensentscheidung, die nach den Kriterien des § 19 VStG vorzunehmen ist. Demgemäß obliegt es der Behörde in der Begründung ihres Bescheides die für die Ermessensausübung maßgeblichen Umstände und Erwägungen insoweit aufzuzeigen, als dies für die Rechtsverfolgung durch die Parteien und für die Nachprüfbarkeit des Ermessensaktes auf seine Übereinstimmung mit dem Sinn des Gesetzes erforderlich ist (vgl ua VwSlg 8134 A/1971). § 19 Abs 1 VStG enthält jene objektiven Kriterien, die Grundlage für jede Strafzumessung sind, egal ob sie durch Organmandat, Strafverfügung oder im ordentlichen Verfahren (§§ 40 – 46 VStG) erfolgt. Darüber hinaus normiert Abs 2 für das ordentliche Verfahren eine Reihe weiterer zu berücksichtigender subjektiver Umstände. Neben den explizit Genannten, wie insbes. Verschulden und Einkommens- und Vermögensverhältnisse sowie allfällige Sorgepflichten, findet sich hinsichtlich der Erschwerungs- bzw Milderungsgründe ein Verweis auf die §§ 32 bis 35 StGB.

Gemäß § 32 Abs 2 StGB hat das Gericht bei der Bemessung der Strafe die Erschwerungs- und die Milderungsgründe, soweit sie nicht schon die Strafdrohung bestimmen, gegeneinander abzuwägen. Dabei ist vor allem zu berücksichtigen, inwieweit die Tat auf eine gegenüber rechtlich geschützten Werten ablehnende oder gleichgültige Einstellung des Täters und inwieweit sie auf äußere Umstände oder Beweggründe zurückzuführen ist, durch die sie auch einem mit den rechtlich geschützten Werten verbundenen Menschen naheliegen können. Nach Abs 3 leg cit ist maßgeblich, wie intensiv ein Täter durch seine Handlung Pflichten verletzt hat, wie reiflich er seine Tat überlegt hat, wie sorgfältig er sie vorbereitet oder wie rücksichtslos er sie ausgeführt hat. Besondere Milderungsgründe liegen ua im Fall eines reumütigen Geständnisses, eines bisherigen ordentlichen Lebenswandels bzw bisheriger Unbescholtenheit, achtenswerter Beweggründe, bloßer Unbesonnenheit, einer allgemein begreiflichen heftigen Gemütsbewegung oder, wenn die Tat unter einem Umstand, der einem Schuldausschließungs- oder Rechtfertigungsgrund nahekommt, begangen wurde, vor (vgl § 34 StGB). Ein Milderungsgrund ist gemäß § 34 Abs 2 StGB auch, wenn das gegen den Täter geführte Verfahren aus einem nicht von ihm oder seinem Verteidiger zu vertretenden Grund unverhältnismäßig lange gedauert hat.

IV.2.2. Die belangte Behörde führte in ihren Erwägungen zur Strafbemessung aus, 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 müsse als die in § 120 Abs 1a FPG festgesetzte Mindeststrafe von 500 Euro. Zudem würde der Milderungsgrund der verwaltungsrechtlichen Unbescholtenheit nicht

vorliegen. Weitere Erschwerungs- oder Milderungsgründe führte die belangte Behörde nicht an.
Angesichts der Tatsache, dass seit Beginn des beschwerdegegenständlichen Strafverfahrens bereits ein Jahr vergangen und diese Verfahrensdauer – soweit ersichtlich – auch nicht vom Bf zu vertreten ist, kann dem Bf mittlerweile der Milderungsgrund der unverhältnismäßig langen Verfahrensdauer zugutegehalten werden. Die nunmehr herabgesetzte Strafe erscheint daher unter Berücksichtigung dieses Umstandes tat- und schuldangemessen.

V. Im Ergebnis waren die verhängte Geldstrafe, die Ersatzfreiheitsstrafe sowie der Beitrag zu den Kosten des Verwaltungsstrafverfahrens vor der belangten Behörde herabzusetzen. Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Gemäß § 52 Abs 8 VwGVG sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens dem Beschwerdeführer nicht aufzuerlegen, wenn der Beschwerde auch nur teilweise Folge gegeben worden ist. Daher hat der Bf keine Kosten für das Verfahren vor dem Landesverwaltungsgericht zu tragen.

VI. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung zu lösen war. Die Bemessung der Strafhöhe ist eine Ermessensentscheidung. Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs sind derartige Entscheidungen im Regelfall nicht revisibel (vgl VwGH 26.7.2018, Ra 2017/11/0294; VwGH 22.3.2021, Ra 2020/21/0448).

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.

H i n w e i s

Bitte erachten Sie die von der belangten Behörde mit der angefochtenen Entscheidung übermittelte Vorschreibung als hinfällig. Sie erhalten von der genannten Behörde eine aktualisierte Vorschreibung zugesandt.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Dr. Reitter