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-701713/2/BP/CK

Datum:
Linz, 12. April 2022

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Mag. Dr. Pree über die Beschwerde des N M, geb. X, StA Afghanistan, X, gegen das Straferkenntnis der Landespolizeidirektion Oberösterreich vom 28. Februar 2022, GZ: VStV/920301852994/2020, wegen Übertretung des Fremdenpolizeigesetzes

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird insoweit stattgegeben, als 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, als die verletzte Rechtsvorschrift und die Strafsanktionsnorm jeweils „§ 120 Abs 1b Fremdenpolizeigesetz, BGBl I 100/2005 idF BGBl I 27/2020“ lauten.

II. Der Beschwerdeführer 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 28. Februar 2022, GZ: VStV/920301852994/2020, verhängte die Landespolizeidirektion Oberösterreich (im Folgenden: belangte Behörde) über den nunmehrigen Beschwerdeführer (im Folgenden: Bf) eine Verwaltungsstrafe iHv 1.000 Euro (Ersatzfreiheitsstrafe: 2 Tage, 19 Stunden), da dieser als Fremder aus von ihm zu vertretenden Gründen nicht unverzüglich seiner Pflicht zur Ausreise aus dem Bundesgebiet nachgekommen sei, obwohl sein Asylverfahren mit Bescheid des Bundesamtes für Fremdenwesen und Asyl vom 26. Februar 2019 negativ entschieden und gleichzeitig eine Rückkehrentscheidung erlassen worden sei. Die Beschwerde sei mit Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichts vom 23. April 2019 als unbegründet abgewiesen worden. Das Verfahren sei seit 24. April 2019 in II. Instanz rechtskräftig und durchsetzbar. Mit Beschluss des Verfassungsgerichtshofs vom 2. September 2019 sei die aufschiebende Wirkung zuerkannt und mit Beschluss des Verfassungsgerichtshofs vom 23. September 2019 schließlich die Behandlung der Beschwerde abgelehnt worden. Das ihm aufgetragene Rückkehrberatungsgespräch habe der Bf mehrmals in Anspruch genommen. Der Bf sei nicht rückkehrwillig. Eine Frist zur freiwilligen Ausreise sei nicht erteilt worden und sei der Bf bis zum 14. Oktober 2020 (Tag der dritten Asylantragstellung) nicht ausgereist.

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

„[...]

Beschwerde gegen die Strafhöhe

[...]

Bezüglich der Gründe zur Bemessung einer niedrigeren Strafe möchte ich folgendes vorbringen:

Zum einen beziehe ich mich hinsichtlich der Gründe auf die Ausführungen der im Verfahren eingebrachten Rechtfertigung.

Zum anderen ist vorzubringen, dass ich keineswegs wie mir vorgeworfen, die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts in Frage stelle. Hätte ich in meinem Heimatland keine unmenschlichen Bedingungen vorgefunden, wäre ich selbstverständlich dorthin zurückgekehrt.

[...]

Zum anderen wird darauf hingewiesen, dass von der Verhängung einer STrafe dann abgesehen werde kann, wenn die Folgen der Übertretung nicht bedeutend sind. Da kein Schaden aus meinem Aufenthalt erwachsen ist, kann vom Eintritt dieser Umstände ausgegangen werden. Aufgrund des Grundsatzes der Beachtung der Verhältnismäßigkeit der Schädigung durch die Verwaltungsübertretung bei der Strafbemessung (§ 19 VStG), ist davon auszugehen, dass hier eine außerordentliche Milderung der Strafe angemessen wäre.

[...]

Darüber hinaus erkläre ich hiermit, dass ich über keinerlei Einkommens- oder Vermögenswerte verfüge, weshalb mir die Begleichung der Strafhähe nicht möglich sein würde.
[...]
Aus diesen Gründen stelle ich den

Antrag

das Verwaltungsgericht möge

die Strafhöhe des angefochtenen Straferkenntnisses auf ein tat- und schuldangemessenes Maß herabsetzen.
[...]“
[Hervorhebungen nicht übernommen]

I.3. Mit Schreiben vom 31. März 2022, eingelangt am 5. April 2022, legte die belangte Behörde die Beschwerde samt dem bezughabenden Verwaltungsakt dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zur Entscheidung vor. Eine Beschwerdevorentscheidung wurde nicht erlassen.

I.4. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch die Einsichtnahme in die vorgelegten Verwaltungsakt und die Beschwerde.
Von der Durchführung einer Verhandlung konnte abgesehen werden, da sich die Beschwerde nur gegen die Höhe der Strafe richtet und keine Partei die Durchführung einer Verhandlung beantragt hat (§ 44 Abs 3 Z 2 VwGVG).

II.1. Nachdem der Bf seine Beschwerde auf die Strafhöhe eingeschränkt hat, ist der Schuldspruch in Rechtskraft erwachsen. Der Bf verfügt über keinerlei Einkommens- oder Vermögenswerte.

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. Strafmildernd wurde die bisherige Unbescholtenheit gewertet, Straferschwerungsgründe sind nicht hervorgekommen.

Im Hinblick darauf, dass seit Beginn des in Rede stehenden Strafverfahrens nunmehr rund eineinhalb Jahre vergangen sind und diese Verfahrensdauer – soweit ersichtlich – auch nicht auf vom Bf zu vertretende Gründe zurückzuführen ist, kann dem Bf mittlerweile – neben seiner Unbescholtenheit – auch der Milderungsgrund der unverhältnismäßig langen Verfahrensdauer zugutegehalten werden.
Die nunmehr herabgesetzte Strafe erscheint unter Berücksichtigung dieser Umstände sohin 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 Bf 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.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Dr. Pree