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-701786/6/MB/NF

Datum:
Linz, 19. Juli 2022

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Dr. Brandstetter über die Beschwerde des O O, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. B W, x, x, gegen das Straferkenntnis der Landespolizeidirektion Oberösterreich vom 31. März 2022, GZ: VStV/921300112888/2021, wegen Übertretung des § 120 Abs. 1b Fremdenpolizeigesetz nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 20. Juni 2022

zu Recht:

I. Die Beschwerde wird mit der Maßgabe abgewiesen, als die übertretene Norm in der Fassung BGBl. 127/2020 zu zitieren ist. Darüber hinaus wird das Straferkenntnis der belangten Behörde bestätigt.

II. Der Beschwerdeführer hat Kosten in der Höhe von 200 Euro für das Verfahren vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zu leisten.

III. Die ordentliche Revision ist nicht zugelassen.

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 31. März 2022, GZ: VStV/921300112888/2021, 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 und 19 Stunden verhängt.

Die belangte Behörde führt dabei folgenden Tatvorwurf aus:
„1. Datum/Zeit: x, x Uhr
Ort: x, x

Wie von Beamten der Landespolizeidirektion Oberösterreich, Polizeiinspektion Gmunden, am x 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 22.01.2018 negativ entschieden ist und gleichzeitig eine Rückkehrentscheidung erlassen wurde.
Ihre Beschwerde wurde mit Erkenntnis des BVwG vom 29.12.2020 als unbegründet abgewiesen.
Mit Beschluss des VwGH vom 16.03.2021 wurde die aufschiebende Wirkung zuerkannt und mit Beschluss vom 08.03.2022 wurde die Revision zurückgewiesen.
Das Verfahren ist seit 30.12.2020 in II. Instanz rechtskräftig und durchsetzbar.
Das ihnen aufgetragene Rückkehrberatungsgespräch haben sie am 18.02.2018 in Anspruch genommen. Sie sind jedoch nicht rückkehrwillig.
Die Frist zur freiwilligen Ausreise (14.01.2021) ließen sie ungenutzt verstreichen und Sie sind bis zur Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung und nach der Zurückweisung der Revision 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 05.02.2021 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 allfällige 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 10.02.2021 übernommen. Am 15.02.2021 langte bei der hsg. Behörde folgende Stellungnahme, verfasst von ihrem Rechtsvertreter, ein:

‚In umseits bezeichneter Verwaltungsstrafsache gebe ich nachstehende

RECHTFERTIGUNG

ab.

Wegen Mangelhaftigkeit des Verfahrens habe ich gegen das Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichtes vom 29.12.2020, meinem Anwalt zugestellt am 30.12.2020, fristgerecht außerordentliche Revision und einen Antrag auf Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung eingebracht Das Bundesverwaltungsgericht hatte Beweisanträge einfach übergangen. Diese Beweisanträge waren von Maßgeblichkeit für die Entscheidung. Ich rechne damit, dass mir als Kurde aus der Türkei aufgrund der erhobenen Revision die aufschiebende Wirkung zuerkannt wird.

In der Beilage übermittle ich die Bestätigung des Bundesverwaltungsgerichtes, dass die außerordentliche Revision dem Verwaltungsgerichtshof vorgelegt wurde.

x, am x O O‘

Gemäß §120 Abs 1b Fremdenpolizeigesetz, BGBl I Nr 100/2005 IdF BGBl I Nr 56/2018, 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 Verlassen 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 Aufenthalts rechtes 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 Aufenthaltsrecht 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 teil nehmen 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 30.12.2020 rechtskräftig und durchsetzbar. Das Ihnen mit Verfahrensanordnung vom 18.02.2018 aufgetragene Rückkehrberatungsgespräch haben Sie zwar in Anspruch genommen, Sie sind jedoch nicht rückkehrwillig.

Ihrem Verfahren wurde mit Beschluss des VwGH vom 16.03.2021 die aufschiebende Wirkung zuerkannt und mit Beschluss vom 08.03.2022 wurde die Revision zurückgewiesen.

Für die Behörde besteht kein Zweifel, dass Sie seit Abschluss Ihres Asylverfahrens und bis zur Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung nicht aus dem Bundesgebiet der Republik Österreich ausgereist sind. Sie verharren, auch nachdem die Revision zurückgewiesen wurde, 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 ausreisen 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 fremdenrechtlichen 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 Asylverfahrens 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 fremdenpolizeilicher 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:
„In umseits bezeichneter Verwaltungsstrafsache erhebt der Beschwerdeführer gegen das Straferkenntnis der LPD von 31.03.2021, zugestellt am 5.4.2022, innerhalb offener Frist

Bescheidbeschwerde

an das Landesverwaltungsgericht.

Der Bescheid wird zur Gänze angefochten.

I. Sachverhalt

Der Beschwerdeführer beantragte am x in Österreich internationalen Schutz. Das Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl wies den Antrag mit Bescheid von 22.01.2018 ab. Dagegen erhob der Beschwerdeführer ein Rechtsmittel. Darüber verhandelte das Bundesverwaltungsgericht am 29.10.2020. Mit Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichtes vom 29.12.2020 wurde die Beschwerde abgewiesen. Am 26.02.2021 erhob der Beschwerdeführer außerordentliche Revision und beantragte, dieser die aufschiebende Wirkung zuzuerkennen. Mit Beschluss des Verwaltungsgerichtshofes von 16.03.2021, zugestellt am 19.03.2021, Ra 2021/19/0048-9 wurde dem Antrag auf Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung stattgegeben.

Im Verwaltungsstrafverfahren wurde in einer Rechtfertigung auf die außerordentliche Revision am x hingewiesen. Mit der, Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung durch den Verwaltungsgerichtshof wurde gerechnet.

Mit Beschluss des VwGH von 08.03.2022 wurde die Revision zurückgewäesen. Aufgrund geänderter Verhältnisse beantragte der BF einen Aufenthaltstitel in besonders berücksichtigungswürdigen Fällen nach §56 AsylG, und zwar am 12.04.2022.

Mit Straferkenntnis vom 31.03.2022 erließ die Landespolizeidirektion ein Straferkenntnis über €1000, nannte im Spruch als Zeit, also Tatzeit den x 8:20 Uhr. Im Spruch wurde aber auch darauf hingewiesen, dass nach der Zurückweisung der Revision der BF bis heute nicht ausgereist wäre.

ll.Zur Zulässigkeit der Bescheidbeschwerde:

Gegen Straferkenntnisse der Landespolizeidirektion steht als Rechtsmittel eine Bescheidbeschwerde an das zuständige Landesverwaltungsgericht offen. Eine

Sonderzuständigkeit des BVwG besteht diesbezüglich nicht, weif es sich um keine Angelegenheit des Asylgesetzes handelt.

III. Zur Rechtzeitigkeit der Beschwerde:

Das Straferkenntnis wurde dem Rechtsvertreter am 5.4.2022 postalisch zugestellt.
Damit begann die vierwöchige Rechtsmittelfrist für die Bescheidbeschwerde. Das Ende der Rechtsmittelfrist ist sohin der 3.5.2022. Die Postaufgabe an diesem Tag genügt.

Beschwerdegründe:

Geltend gemacht wird der Beschwerdegrund der unrichtigen rechtlichen Beurteilung:

Zwar wird auf die fehlende Ausreise nach Zurückweisung der Revision en passant hingewiesen, als Tatzeit jedoch der 20.1.2021,8.20 Uhr genannt.
Demnach hätte der BF nach Ablauf der Ausreisefrist bis 13.1.2022 das Land verlassen müssen. Nach der Entscheidung des BVWG hätte er somit am 20.1.2022 schon außer Landes sein sollen.
Es widerspricht jedoch dem Grundsatz der Effizienz, wenn später vom VwGH der ao. Revision die aufschiebende Wirkung zuerkannt wird und der BF oder Revisionswerber vorher hätte ausreisen müssen, um die Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung im Ausland abzuwarten und dann mit einem Wiedereinreisevisum einer Botschaft zurückzukehren.
Die aufschiebende Wirkung der Revision muss -sobald zuerkannt - die fehlende Ausreise verwaltungsstrafrechtlich sanieren. Eine Abschiebung nach Verstreichen der Frist für die freiwillige Ausreise wäre zwar zulässig gewesen, aber nach Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung in seinen Wirkungen zu beheben.
Das Unrecht und die Schuld des Verbleibens im' Bundesgebiet bei Erheben einer ao.Revision und der beantragten und gewährten aufschiebenden Wirkung sinkt gegen Null.
Schließlich bedeutet die Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung für einen Asylwerber, dass er sich weiterhin im Genuss einer vorläufigen Aufenthaltsberechtigung befindet. Die vorläufige Aufenthaltsbewilligung lebt wieder auf. Sie hat sozusagen geruht.
Die belangte Behörde scheint die Strafbarkeit ex post zu betrachten:
Da die Revision 2022* zurückgewiesen wurde, wäre also eigentlich der Aufenthalt ab 14.1.2022 überhaupt rechtswidrig und strafbar gewesen.
Der BF geht davon aus, dass die Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung ex post den vorherigen Zeitraum des rechtswidrigen Aufenthalts „saniert“. Es war ihm nicht zuzumuten, bei einzubringender Revision vorzeitig das Bundesgebiet zu verlassen, wenn Aussicht auf die Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung bestand.

IV Beschwerdeantrag:

Es wird daher beantragt, das Landesverwaltungsgericht möge der Beschwerde Folge geben und das bekämpfte Straferkenntnis vom 31.3.2022 ersatzlos aufheben; in eventu das Strafmaß auf ein Minimum herabsetzen.
x, am x / WA O O“
[Hervorhebungen nicht übernommen]

3. Mit Schreiben vom 3. Mai 2022 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 und am 20.06.2022 eine öffentliche mündliche Verhandlung durchgeführt.

II.

1. Aufgrund der vorliegenden Akten sowie der Schriftsätze des Bf und der Abfrage des Zentralen Fremdenregisters konnte der Sachverhalt unstrittig festgestellt werden. In der öffentlichen mündlichen Verhandlung wird der sich aus dem Akt ableitbarer Sachverhalt nicht in Abrede gestellt. Es wird ausdrücklich kein neues Vorbringen erstattet. Vielmehr wird ausgeführt, dass die Rechtsfrage des Verhältnisses der Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung in Zusammenhang mit der Strafbarkeit nach § 120 Abs. 1b FPG zu klären ist.

2. Aufgrund des durchgeführten Ermittlungsverfahrens wird nachfolgender S a c h v e r h a l t unstrittig festgestellt: Der Bf weist die türkische Staatsangehörigkeit auf. Er beantragte am x internationalen Schutz. Gegen den Bf wurde eine Rückkehrentscheidung erlassen. Der Bf stellte nach seiner illegalen Einreise im Jahr 2016 einen Antrag auf internationalen Schutz. Mit Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichts vom 29.12.2020 wurde die Beschwerde des Bf gg den Bescheid des BFA zur Gänze abgewiesen. Mit Beschluss vom 16.03.2021, Ra 2021/19/0048-9 wurde der ao. Revision die aufschiebende Wirkung zuerkannt. Mit Beschluss vom 8.03.2022 wurde selbige zurückgewiesen. Sohin zeitigt sich die Rückkehrentscheidung seit 30.12.2020 als rechtskräftig. Der Bf hat in Österreich kein Familienleben und befindet sich auch in keiner Lebensgemeinschaft. Er unterhält lose Beziehungen zu österreichischen Bekannten bei gemeinsamen Fußballspielen. Der Bf hat Kenntnisse der deutschen Sprache und hat eine Sprachprüfung auf dem Niveau A1 abgelegt. Mit 12.04.2022 hat der Bf einen Antrag auf Erteilung eines Titels aufgrund berücksichtigungswürdiger Gründe gestellt. Eine Einvernahme diesbezüglich soll am 12.07.2022 abgehandelt werden. Das Rückkehrberatungsgespräch wurde vom Bf am 18.02.2018 in Anspruch genommen. Er zeigt sich – so auch in der ömV – als rückkehrunwillig. Die Frist zur freiwilligen Ausreise ist mit 14.01.2021 verstrichen.

3. Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich widerspruchsfrei aus dem vorgelegten Verwaltungsakt und den Ausführungen des Bf in der Beschwerde und der ömV. 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 9.6.2020 geltenden Fassung (BGBl I 27/2020, 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 seit Zurückweisung seiner außerordentlichen Revision rechtskräftig und die Frist zur freiwilligen Ausreise verstrichen und nach

Ende der aufschiebenden Wirkung bzw. vor deren Bestehen auch als durchsetzbar zu erkennen.

Der Bf hat das Rückkehrberatungsgespräch in Anspruch genommen.

2.2.1.1. Im Zeitraum der Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung war eine Bestrafung daher im Einklang mit der belangten Behörde nicht tunlich (s dazu VwGH 26.01.2012, 2010/21/0444; § 6 VStG). Dem Bf wurde daher auch ausdrücklich (s letzter Absatz des Spruches) nur jener Zeitraum vor und nach Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung vorgeworfen und der Strafbarkeit zugeführt. Im Zeitraum der zuerkannten aufschiebenden Wirkung wurde seitens der belangten Behörde keine Strafe verhängt.

2.2.2. Trotz der Tatsache, dass das Bundesverwaltungsgericht bereits in seinem Erkenntnis vom 29.12.2020 rechtskräftig festgestellt hat, dass der Bf im Fall seiner Rückkehr mit maßgeblicher Wahrscheinlichkeit keiner Gefahr der oder sonstigen existentiellen Bedrohung ausgesetzt sein wird, zeigt sich der Bf als nicht rückkehrwillig, vielmehr verweist er auf eine Titelantragstellung, welche allenfalls eine nach dem Tatzeitraum eintretende Titelerteilung erwirken würde. Zudem wurde erst im Jahr 2020 über die Nichterteilung des Titels gem. § 57 AsylG abgesprochen.

Auch ist zu erkennen, dass nicht festgestellt werden kann, dass der Bf an der Außerlandesbringung mitgewirkt hat bzw. seiner Ausreiseverpflichtung von sich aus nachkommen wollte. Er zieht vielmehr eine Ausreise aus Österreich in die Türkei als Kurde nicht in Erwägung.

Zur Erfüllung des objektiven Tatbestands ist weiter 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 nur ein geringer Eingriff in das Privatleben gegeben ist. Laut obigem Erkenntnis muss auch ob der Dauer des Inlandaufenthaltes von ca. 6 Jahren davon ausgegangen werden, dass das öffentliche Interesse an der Beendigung des Aufenthaltes des Bf das Interesse an der Achtung seines Privatlebens deshalb überwiegt, da die Zeit des Aufenthalts in Österreich über weite dem Grunde nach mit einer Unsicherheit bzw. Befristung versehen war. Zudem ist zu erkennen, dass sich die Familie des Bf in seinem Heimatland befindet.

Wiederholend ist festzuhalten, dass der Bf laut Aktenlage weder wesentliche private noch familiäre Bindungen in Österreich aufweist. Sohin liegt keine besonders berücksichtigungswürdige Integration des Bf – welche die öffentlichen Interessen überwiegen würden – vor. Es ist daher jedenfalls ein Überwiegen der öffentlichen Interessen an einem geordneten Aufenthalts- und Fremdenwesen gegenüber den persönlichen/privaten Interessen des Bf gegeben.

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 Hinblick auf die Strafbemessung ist zu erkennen, dass der Bf keinen durchgehenden relevanten Verdienst hat. Der Bf bringt durch die Anführung der Titelstellung und Darlegung der tatsächlich nicht vorhandenen aufschiebenden Wirkung zum Ausdruck, rechtskräftige Entscheidungen nicht akzeptieren zu wollen und muss daher die ausgesprochene Strafe den Unwert verdeutlichen.

Darüber hinaus sind keine zu den von der belangten Behörde festgestellten Strafzumessungskriterien bekannt geworden.

Vor diesem Hintergrund war daher die Strafe mit 1000 Euro (EFS: 2 Tage 19 Stunden) zu bemessen, da der Bf den vom Gesetzgeber vertypten Unwert idealtypisch erfüllt.

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. 2 VwGVG hat der Bf im Falle der Bestätigung des Straferkenntnisses Kosten in der Höhe von 200 EUR für das Verfahren vor dem Landesverwaltungsgericht zu entrichten.

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