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-701965/2/MZ

Datum:
Linz, 9. August 2022

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Dr. Zeinhofer über die Beschwerde des A A, alias A A J, X, X, gegen das Straferkenntnis der Landespolizeidirektion Oberösterreich vom 04.07.2022, GZ: VStV/921302117756/2021, wegen Übertretung des Fremdenpolizeigesetzes

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird insofern stattgegeben, als die Geldstrafe auf 2.000 Euro, die Ersatzfreiheitsstrafe auf 5 Tage und 12 Stunden, herabgesetzt wird. Der Beitrag zu den Kosten des behördlichen Verfahrens beträgt 200 Euro. Darüber hinaus wird die Beschwerde als unbegründet abgewiesen.

II. 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. Mit Straferkenntnis der Landespolizeidirektion Oberösterreich (im Folgenden: belangte Behörde) vom 04.07.2022, GZ: VStV/921302117756/2021, wurde über die beschwerdeführende Partei (im Folgenden: bP) eine Verwaltungsstrafe in Höhe von 3.000 Euro (Ersatzfreiheitsstrafe: 8 Tage 9 Stunden) wegen einer Übertretung des § 120 Abs 1b Fremdenpolizeigesetz – FPG wie folgt verhängt:

„Wie von Beamten der Landespolizeidirektion Oberösterreich … am 04.12.2021 um 20:40 Uhr … in X, X, X, festgestellt wurde, sind Sie aus 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 27.03.2019 negativ entschieden ist und gleichzeitig eine Rückkehrentscheidung erlassen wurde.
Ihre Beschwerde wurde mit Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichtes vom 15.06.2020 als unbegründet abgewiesen. Das Verfahren ist seit 24.06.2020 in II. Instanz rechtskräftig und durchsetzbar.
…
Das Ihnen mit Verfahrungsanordnung vom 27.03.2019 aufgetragene Rückkehrberatungsgespräch haben Sie am 01.04.2019 mit dem Ergebnis wahrgenommen, dass Sie nicht rückkehrwillig sind.

Die Frist zur freiwilligen Ausreise (Fristende: 08.07.2020) ließen Sie ungenutzt verstreichen und Sie sind bis dato nicht ausgereist.

Mit Straferkenntnis der LPD OÖ FGA 2 vom 16.06.2021 wurde bereits wegen des Verstoßes gegen § 120 Abs. 1b Fremdenpolizeigesetz eine Verwaltungsstrafe in Höhe von EUR 1.000,- über Sie verhängt. Das Straferkenntnis ist seit 20.07.2021 rechtskräftig.
Sie sind seit Rechtskraft des Straferkenntnisses … nicht ausgereist.

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschrift(en) verletzt:
§ 120 Abs. 1 b FPG, BGBl I Nr 100/2005 idF BGBl I Nr 27/2020“

Zudem wurden der bP 300 Euro als Beitrag zu den Kosten des behördlichen Strafverfahrens auferlegt.

II. Gegen dieses Straferkenntnis richtet sich die nunmehrige, rechtzeitig eingebrachte Beschwerde. Das Rechtsmittel begründet die bP wie folgt:
„[I]ch bin mittellos, habe kein Geld. Ich bin krank und befinde mich in med. Behandlung. In den Irak kann ich nicht zurückkehren. Ich werde dort sterben. Ich kann die Strafe … nicht bezahlen.“

III.a) Die belangte Behörde legte die rechtzeitig erhobene Beschwerde unter Anschluss des Bezug habenden Verwaltungsstrafaktes dem

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich vor. Eine Beschwerdevorentscheidung wurde nicht erlassen; damit ergibt sich die Zuständigkeit des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich zur Entscheidungsfindung (Art 130 Abs 1 Z 1 iVm 131 Abs 1 B-VG iVm § 3 VwGVG). Gemäß Art 135 Abs 1 erster Satz B-VG iVm § 2 VwGVG entscheidet das Landesverwaltungsgericht durch den nach der Geschäftsverteilung zuständigen Einzelrichter.

b) Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den von der belangten Behörde zur Entscheidung übermittelten Verfahrensakt. Von der Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung konnte gemäß § 44 Abs 3 Z 1 VwGVG abgesehen werden.

c) Feststellungen:

Die bP ist irakische Staatsangehörige. Sie reiste schlepperunterstützt in Österreich ein und stellte im Juli 2015 einen Asylantrag. Dieser wurde mit Bescheid des BFA vom 04.10.2017, Zahl: 1077191910-150824324, abgewiesen und wurde zugleich eine Rückkehrentscheidung erlassen. Mit Erkenntnis des BVwG vom 15.06.2020, GZ: G304 2176720-2/5E, wurde die gegen den genannten Bescheid erhobene Beschwerde als unbegründet abgewiesen. Die bP hat ein Rückkehrberatungsgespräch in Anspruch genommen; sie hält sich nach wie vor in Österreich auf.
In der genannten Entscheidung des BVwG wird wie folgt ausgeführt:
„Da, wie aus der Refoulementprüfung oben ersichtlich, der BF an keiner gesundheitlichen Beeinträchtigung leidet, welche im Irak nicht auf für ihn zumutbare Weise behandelt werden könnte, im Irak noch seine Eltern und sechs Brüder hat, mit denen er nach seiner Rückkehr wie bereits vor seiner Ausreise gemeinsam im Haus zusammenleben kann, mit seinen zwei Onkeln mütterlicherseits und einer Tante väterlicherseits weitere Anknüpfungspunkte in Al Basra, seiner Herkunftsstadt hat, von denen er bei einer Rückkehr (finanzielle) Unterstützung erwarten kann, arbeitsfähig und –willig ist, bereits vor seiner Ausreise trotz Brandwunden im Geschäft seines Vaters als Hilfs- bzw. Reinigungskraft mitgearbeitet hat und ihm dies auch nach seiner Rückkehr zugemutet werden kann, war aufgrund der individuellen Rückkehrsituation des BF vor dem Hintergrund aktueller Länderberichte insgesamt keine lebens- bzw. existenzbedrohende Situation bzw. kein Abschiebungshindernis iSv Art. 3 EMRK erkennbar.“

Mit Straferkenntnis der Landespolizeidirektion Oberösterreich vom 16.06.2021 wurde die bP bereits wegen einer Übertretung des § 120 Abs 1 lit b FPG bestraft.

Die bP verfügt über keine relevanten monatlichen Einkünfte, hat kein für dieses Verfahren relevantes Vermögen und keine Sorgepflichten.

IV. Rechtliche Beurteilung

a) Gemäß § 120 Abs 1b des Fremdenpolizeigesetzes 2005 – FPG, BGBl. I Nr. 100/2005, in der zum Tatzeitpunkt geltenden Fassung begeht eine Verwaltungsübertretung und ist mit Geldstrafe von 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 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 § 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.

b.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.

b.2) Wie sich nun aus dem unbestrittenen Sachverhalt ergibt, erfolgte die Abweisung des Asylantrages der bP durch Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichts mit 15.06.2020. Das Verfahren ist seit 24.06.2020 rechtskräftig und durchsetzbar. Ein Rückkehrberatungsgespräch wurde von der bP in Anspruch genommen, eine Ausreise erfolgte, trotz zwischenzeitig erfolgter Bestrafung, nicht. Die bP ist bislang auch nicht ausreisewillig.
b.3) Zur Erfüllung des objektiven Tatbestands ist weiters auch auf das Privat- und Familienleben eines Betroffenen Bedacht zu nehmen.

Gemäß Art 8 Abs. 1 EMRK hat jedermann Anspruch auf Achtung seines Privat- und Familienlebens, seiner Wohnung und seines Briefverkehrs.

Gemäß Art 8 Abs 2 EMRK ist allerdings ein Eingriff einer öffentlichen Behörde in die Ausübung des Rechts gemäß Abs 1 (nur) statthaft, insoweit dieser Eingriff gesetzlich vorgesehen ist und eine Maßnahme darstellt, die in einer demokratischen Gesellschaft für die nationale Sicherheit, die öffentliche Ruhe und Ordnung, das wirtschaftliche Wohl des Landes, die Verteidigung der Ordnung und zur Verhinderung von strafbaren Handlungen, zum Schutz der Gesundheit und der Moral oder zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer notwendig ist.

Bei der Beurteilung des Privat- und Familienlebens im Sinne des Art 8 EMRK sind insbesondere zu berücksichtigen:

1. die Art und Dauer des bisherigen Aufenthaltes und die Frage, ob der bisherige Aufenthalt des Fremden rechtmäßig war;
2. das tatsächliche Bestehen eines Familienlebens;
3. die Schutzwürdigkeit des Privatlebens;
4. der Grad der Integration;
5. die Bindungen zum Heimatstaat des Fremden;
6. die strafgerichtliche Unbescholtenheit;
7. Verstöße gegen die öffentliche Ordnung, insbesondere im Bereich des Asyl- Fremdenpolizei- und Einwanderungsrechts;
8. die Frage, ob das Privat- und Familienleben des Fremden in einem Zeitpunkt entstand, in dem sich die Beteiligten ihres unsicheren Aufenthaltstatus bewusst waren;
9. die Frage, ob die Dauer des bisherigen Aufenthaltes in den Behörden zurechenbaren überlangen Verzögerungen begründet ist.

b.4) Im gegenständlichen Fall ist vorauszuschicken, dass das Bundesverwaltungsgericht in seiner Entscheidung wie auch die Landespolizeidirektion Oberösterreich bei der erfolgten Bestrafung bereits eine umfassende Prüfung des Art 8 EMRK vorgenommen hat. Insbesondere das Vorbringen der Erkrankung, welche eine Ausreise verunmögliche, wurde umfassend vom BVwG geprüft, und hat sich dieses auch mit der Frage der Gefährdung bei einer Rückkehr der bP in den Irak auseinandergesetzt. Im gegenständlichen Verfahren sind sohin vom Landesverwaltungsgericht lediglich seit diesem Zeitpunkt eingetretene Änderungen im Hinblick auf das Privat- und Familienleben zu prüfen. Solche Änderungen wurden von Seiten der bP jedoch nicht substantiiert vorgebracht. Zu beachten ist sohin lediglich die nunmehr längere Aufenthaltsdauer im Inland von etwa 7 Jahren, wobei dieser Aufenthaltsverfestigung angesichts des bewusst rechtswidrigen Verbleibs der bP im Inland noch keine wesentliche Änderung darstellt.

Die objektive Tatseite ist sohin als erfüllt anzusehen.

b.5) 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.

Die bP ließ jedenfalls die erforderliche und zumutbare Sorgfalt außer Acht, indem sie, sämtliche fremdenrechtliche Vorgaben ignorierend, im Bundesgebiet verharrte. Im vorliegenden Fall kann wohl eher von bedingtem Vorsatz gesprochen werden, da sie sich ihres unrechtmäßigen Aufenthalts bewusst sein musste, jedenfalls aber im Tatzeitraum nicht bereit war, diesen zu beenden.

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

b.6) 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.

Im Rahmen der Strafbemessung ist festzuhalten, dass die belangte Behörde bei einem Strafrahmen von 15.000 Euro eine Strafe in der Höhe von 3.000 Euro verhängt und den Strafrahmen sohin lediglich zu 20 % ausgeschöpft hat. Milderungsgründe liegen nicht vor, erschwerend ist die Wiederholungstat zu werten. Beachtet man das bedingt vorsätzliche Verhalten der bP sowie das hohe

Interesse an einem geordneten Fremdenwesen steht außer Frage, dass die Strafe spürbar höher zu sein hat als jene, die über die bP bereits verhängt wurde. Vor dem Hintergrund der Mittellosigkeit der bP erachtet das Landesverwaltungsgericht allerdings zunächst auch eine Strafe in der ausgesprochenen Höhe als ausreichend, um der bP ihre Situation bewusst zu machen und sie zur Ausreise zu bewegen. Hinsichtlich der Argumentation der Behörde in Bezug auf die Relation der Strafrahmen von § 120 Abs 1 und Abs 1b FPG siehe VwGH 22.01.2021, Ra 2020/21/0271.

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. Zeinhofer