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-702453/5/ER/NiF

Datum:
Linz, 26. Juni 2023

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Dr. Reitter über die Beschwerde des M W, geb. x, Adresse, gegen das Straferkenntnis der Landespolizeidirektion Oberösterreich vom 22. März 2023, GZ: VStV/923300354555/2023, wegen Übertretung des Fremdenpolizeigesetzes (FPG)

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird stattgegeben, das angefochtene Straferkenntnis aufgehoben und das Verwaltungsstrafverfahren eingestellt.

II. Der Beschwerdeführer hat weder einen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens noch zu jenen des Verwaltungsstrafverfahrens zu leisten.

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. Verfahrensgang:

I.1. Mit Straferkenntnis vom 22. März 2023, GZ: VStV/923300354555/2023 verhängte die Landespolizeidirektion Oberösterreich (in der Folge: belangte Behörde) über den nunmehrigen Beschwerdeführer (in der Folge: Bf) eine Verwaltungsstrafe in Höhe von 1.000 Euro (Ersatzfreiheitsstrafe: 2 Tage, 19 Stunden) wegen einer Übertretung des § 120 Abs 1b FPG, da er – wie von Beamten der Landespolizeidirektion Oberösterreich, Polizeiinspektion Wels-Pernau, am 8. Februar 2023, um 14:40 Uhr, in Adresse, anlässlich einer Überprüfung festgestellt worden sei – 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 18. August 2017 negativ entschieden und gleichzeitig eine Rückkehrentscheidung erlassen worden sei. Die Beschwerde des Bf sei mit Erkenntnis des BVwG vom 30. November 2022, nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung am 16. November 2022, als unbegründet abgewiesen worden. Das Verfahren sei seit 2. Dezember 2022 in 2. Instanz rechtskräftig und durchsetzbar. Das Rückkehrberatungsgespräch habe der Bf am 25. August 2017 und am 5. Dezember 2022 in Anspruch genommen. Der Bf sei nicht rückkehrwillig. Die Frist zur freiwilligen Ausreise (16. Dezember 2022) habe der Bf ungenutzt verstreichen lassen und er sei bis dato nicht ausgereist.
Begründend führte die belangte Behörde im Wesentlichen aus, dass der Tatbestand der dem Bf zur Last gelegten Verwaltungsübertretung durch die eigene dienstliche Wahrnehmung eines Beamten der Landespolizeidirektion Oberösterreich sowie aufgrund des behördlich durchgeführten Ermittlungsverfahrens zweifelsfrei erwiesen sei. Es stehe daher fest, dass der Bf die im Spruch angeführte Verwaltungsübertretung begangen habe. Der Bf habe im Verfahren trotz Aufforderung keine Stellungnahme bei der belangten Behörde eingebracht und auch seine Einkommens- und Vermögensverhältnisse nicht bekannt gegeben. Das Asylverfahren des Bf und die Rückkehrentscheidung seien seit 16. Dezember 2022 rechtskräftig und durchsetzbar. Das dem Bf mit Verfahrensanordnung vom 21. August 2017 aufgetragene Rückkehrberatungsgespräch habe der Bf zwar am 25. August 2017 in Anspruch genommen, er sei jedoch nicht rückkehrwillig. Für die Behörde bestehe kein Zweifel, dass der Bf seit Abschluss eines Asylverfahrens nicht aus dem Bundesgebiet der Republik Österreich ausgereist sei. Der Bf verharre im Bundesgebiet und versuche die Behörden vor vollendete Tatsachen zu stellen. Die Nichtausreise würde eine Verwaltungsübertretung iSd § 120 Abs 1b iVm § 31 Abs 1a FPG darstellen, für die sich der Bf zu verantworten habe. Aufgrund der Aktenlage gehe die Behörde davon aus, dass der Bf die ihm angelastete Verwaltungsübertretung in der Schuldform der Fahrlässigkeit begangen habe.

Zunächst sei wiederum festzustellen, dass das Asylverfahren bereits rechtskräftig negativ abgeschlossen sei, woraus für den Bf eine Ausreiseverpflichtung entstanden sei. Im Grunde würde der Bf ausschließlich die Entscheidung des BVwG in Frage stellen. Der Bf würde offenbar lediglich darauf vertrauen, 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, laufe dies zweifellos einem geordneten Fremdenwesen zuwider und sei nicht zu tolerieren.
Überdies würde es dazu führen, dass Fremde, die die fremdenrechtlichen Einreise- und Ausreisebestimmungen 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 könne 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 sei die Pflicht des Bf gewesen und sei dies auch immer noch, aus dem Bundesgebiet auszureisen, denn es könne dem Bf sehr wohl zugemutet werden, sich um die Beendigung eines rechtswidrigen Zustandes zu bemühen. Es sei somit vom Vorliegen der subjektiven Tatseite in Form fahrlässigen Verhaltens auszugehen. Zur Erfüllung des objektiven Tatbestands sei weiters auch das Privat- und Familienleben des Bf zu berücksichtigen. Im aktuellen Erkenntnis des BVwG sei darüber ausreichend abgesprochen worden. Die belangte Behörde schließe sich vollinhaltlich dieser Meinung an.
Hinsichtlich der Strafbemessung führt die belangte Behörde aus, dass von einem geringfügigen Verschulden und unbedeutenden Folgen der Tat nicht ausgegangen werden können. Mildernd sei die bisherige Unbescholtenheit des Bf gewertet worden. Erschwerungsgründe seien im Verfahren nicht hervorgekommen.

I.2. Gegen dieses Straferkenntnis erhob der Bf rechtzeitig Beschwerde, in der er im Wesentlichen vorbrachte, dass der objektive Tatbestand der ihm angelasteten Verwaltungsübertretung nicht vorliege, da das im Spruch angeführte Erkenntnis des BVwG mit Erkenntnis des VfGH vom 15. März 2023 zu E 131/2023-10 hinsichtlich des Ausspruches der Zulässigkeit der Abschiebung in den Irak und der Setzung einer 14-tägigen Frist zur freiwilligen Ausreise aufgehoben worden sei und insofern nicht mehr dem Rechtsbestand angehöre. Somit würde weder eine aufrechte Ausreiseverpflichtung noch eine Durchsetzbarkeit des Verfahrens vorliegen. Dem Straferkenntnis würde demgemäß jegliche Grundlage fehlen. Abgesehen davon würde die Erhebung einer Beschwerde an den VfGH und selbst ihre spätere Erfolglosigkeit für sich genommen noch nicht zur Annahme berechtigen, ein Fremder sei nicht gewillt, die rechtskräftige

Rückkehrentscheidung zu akzeptieren und deshalb der Rückkehrverpflichtung aus von ihm zu vertretenden Gründen nicht nachkommen. Im Übrigen seien auch die sonstigen Ausführungen in der Begründung des Straferkenntnisses verfehlt. Weder versuche der Bf, die Behörden vor vollendete Tatsachen zu stellen, noch weigere er sich, rechtliche Gegebenheiten anzuerkennen. Keinesfalls würde ein rechtswidriger Zustand bestehen, um dessen Beendigung er sich nicht bemüht hätte. Auch die Interessenabwägung sei in verfehlter Weise vorgenommen und negiert worden. Der Bf verfüge aufgrund seiner Erkrankung und seiner Vulnerabilität über ein schützenswertes Privatleben. Alleine aus diesem Grund sei seine Schuld bereits jedenfalls als gering bzw als culpa levissima einzustufen gewesen. Die dem Bf zur Last gelegte Tat bzw deren Unrechtsgehalt sei daher zu relativieren und sei die Anwendung des § 45 VStG geboten. Seine Tat habe zudem keinerlei negative Folgen für die Öffentlichkeit nach sich gezogen. Vor dem Hintergrund der beschriebenen Umstände sei die verhängte Strafe zudem überhöht, da dadurch die Sicherung seiner elementarsten Lebensbedürfnisse gefährdet wäre. Der Bf befinde sich nach wie vor in Grundversorgung des Landes Oberösterreich und erhalte im Monat maximal EUR 217,00 an Verpflegungsgeld. Ansonsten habe er kein Einkommen.

I.3. Mit Schreiben vom 13. Juni 2023, eingelangt am 16. Juni 2023, legte die belangte Behörde die Beschwerde samt dem bezughabenden Verwaltungsakt dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zur Entscheidung vor. Eine Beschwerde-vorentscheidung wurde nicht erlassen.

Das Landesverwaltungsgericht OÖ hat Beweis erhoben durch die Einsichtnahme in den vorgelegten Verwaltungsakt und die Beschwerde sowie durch Einsichtnahme in das Zentrale Fremdenregister. Zumal aufgrund der Aktenlage feststeht, dass das angefochtene Straferkenntnis aufzuheben ist, entfiel die Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung (§ 44 Abs 2 VwGVG).

I.4. Es steht folgender entscheidungsrelevanter S a c h v e r h a l t fest:

Der Bf wurde am x in Mosul geboren und ist irakischer Staatsangehöriger.

Am 12. April 2015 stellte der Bf in Österreich einen Antrag auf internationalen Schutz.

Mit Bescheid vom 18. August 2017 wies das Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl den Antrag des Bf hinsichtlich der Zuerkennung des Status des Asylberechtigten sowie der Zuerkennung des Status des subsidiär Schutzberechtigten in Bezug auf seinen Herkunftsstaat Irak ab. Darüber hinaus wurde dem Bf kein Aufenthaltstitel aus berücksichtigungswürdigen Gründen erteilt,

eine Rückkehrentscheidung erlassen und festgestellt, dass seine Abschiebung in den Irak zulässig sei. Als Frist für die freiwillige Ausreise wurden 14 Tage ab Rechtskraft der Rückkehrentscheidung festgesetzt.
Gegen diesen Bescheid erhob der Bf Beschwerde. Mit Erkenntnis des BVwG vom 30. November 2022 wurde die Beschwerde des Bf als unbegründet abgewiesen.

Gegen dieses Erkenntnis erhob der Bf Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof. Mit Erkenntnis des VfGH vom 15. März 2023, E 131/2023-10, stellte der Verfassungsgerichtshof fest, dass der Bf durch das Erkenntnis des BVwG, soweit damit die Beschwerde gegen den Ausspruch der Zulässigkeit der Abschiebung in den Irak und gegen die Setzung einer 14-tägigen Frist zur freiwilligen Ausreise abgewiesen wird, im verfassungsgesetzlich gewährleisteten Recht auf Gleichbehandlung von Fremden untereinander verletzt worden sei und hob das Erkenntnis insoweit auf. Im Übrigen wurde die Behandlung der Beschwerde des Bf abgelehnt.

II. Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich widerspruchsfrei aus dem vorgelegten Verwaltungsakt und der Beschwerde.

III. Gemäß § 120 Abs 1b des Fremdenpolizeigesetzes 2005 – FPG, BGBl I Nr 100/2005, in der zum Tatzeitpunkt geltenden Fassung BGBl I Nr 202/2022, 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.

IV. In rechtlicher Hinsicht ist Folgendes auszuführen:

Zur Erfüllung des objektiven Tatbestandes ist 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.

Im verfahrensgegenständlichen Fall hat der VfGH mit Erkenntnis vom 15. März 2023, E 131/2023-10, das Erkenntnis des BVwG, soweit damit die Beschwerde des Bf gegen den Ausspruch der Zulässigkeit der Abschiebung in den Irak und gegen die Setzung einer 14-tägigen Frist zur freiwilligen Ausreise abgewiesen wird, aufgehoben. Es liegt daher keine durchsetzbare Rückkehrentscheidung vor, weshalb ein objektives Tatbestandsmerkmal des § 120 Abs 1b FPG nicht erfüllt ist, das angefochtene Straferkenntnis aufzuheben und das Verwaltungsstrafverfahren einzustellen ist.

Bei diesem Ergebnis waren dem Bf keine Kosten vorzuschreiben. Es war daher im Ergebnis spruchgemäß zu entscheiden.

V. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

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. Es liegen auch 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, soweit nicht gesetzlich etwas anderes bestimmt ist. 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. Reitter