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-701090/22/KLi

Datum:
Linz, 21. Dezember 2022

# IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Dr. Lidauer über die Beschwerde vom 17. Juni 2021 des A A, geb. x, StA Irak, vertreten durch Mag. M R, Rechtsanwalt, x, x, gegen das Straferkenntnis der Landespolizeidirektion Oberösterreich vom 12. Mai 2021, GZ: VStV/921300664234/2021, wegen Übertretung des Fremdenpolizeigesetzes (FPG) nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung

zu Recht:

I. Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

II. Der Beschwerdeführer hat einen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich in der Höhe von 200 Euro zu bezahlen.

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 der Landespolizeidirektion Oberösterreich (in der Folge: belangte Behörde) vom 12. Mai 2021, GZ: VStV/921300664234/2021, wurde dem Beschwerdeführer (in der Folge: Bf) eine Übertretung des Fremdenpolizeigesetzes (FPG) dahingehend vorgeworfen, dass der Bf, wie von Polizeibeamten der Landespolizeidirektion Oberösterreich, PI L, am x um 14:48 Uhr in x, x, anlässlich einer Personenkontrolle festgestellt worden sei, aus von ihm zu vertretenden Gründen nicht unverzüglich seiner Pflicht zur Ausreise aus dem Bundesgebiet nachgekommen sei, nachdem sein Asylverfahren mit Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichtes vom 23. März 2021 negativ entschieden worden sei. Die Rückkehrentscheidung sei seit 24. März 2021 rechtskräftig und durchsetzbar. Die Frist für die freiwillige Ausreise (7. April 2021) habe der Bf ungenutzt verstreichen lassen und er sei bis dato nicht ausgereist. Das dem Bf mit Verfahrensanaordnung vom 4. Juni 2018 aufgetragene Rückkehrberatungsgespräch habe der Bf bis zum Eintritt der Rechtskraft und Durchsetzbarkeit der Rückkehrentscheidung aus von ihm zu vertretenden Gründen nicht in Anspruch genommen.

Der Bf habe dadurch § 120 Abs.1b Fremdenpolizeigesetz, BGBl. I Nr. 100/2005 idF BGBl. I Nr. 56/2018 verletzt. Gemäß § 120 Abs. 1b FPG, BGBl. I Nr. 100/2005 idF BGBl. I Nr. 27/2020 werde über den Bf eine Geldstrafe von 1.000 Euro bzw. eine Ersatzfreiheitsstrafe von 2 Tagen und 19 Stunden verhängt. Ferner habe der Bf einen Beitrag zu den Kosten des Verfahrens in der Höhe von 100 Euro zu bezahlen.

I.2. Mit Beschwerde vom 17. Juni 2021 erklärte der Bf das Straferkenntnis wegen Verletzung von Verfahrensvorschriften und Rechtswidrigkeit seines Inhaltes in seiner Gesamtheit anzufechten.

In diesem Zusammenhang sei auf die Rechtfertigung vom 5. Mai 2021 zu verweisen, wonach der Bf gegen das Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichtes vom 23. April 2021 fristgerecht Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof erhoben habe. Mit Beschluss des Verfassungsgerichtshofes vom 7. Juni 2021, Zl. E 1791/2021, sei die Behandlung der Beschwerde abgelehnt und gleichzeitig die Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof abgetreten worden.

Die belangte Behörde habe kein Ermittlungsverfahren durchgeführt und gegen die Grundsätze der Amtswegigkeit und der Erforschung der materiellen Wahrheit verstoßen.

Darüber hinaus sei die verhängte Geldstrafe von 1.000 Euro überhöht.

Es werde beantragt, (1.) eine mündliche Beschwerdeverhandlung anzuberaumen; (2.) in Stattgebung der gegenständlichen Beschwerde das angefochtene Straferkenntnis aufzuheben und das Verwaltungsstrafverfahren einzustellen; in eventu (3.) das angefochtene Straferkenntnis aufzuheben und zur neuerlichen Entscheidung an die belangte Behörde zurückzuverweisen.

I.3. Mit Vorlageschreiben vom 21. Juni 2021 legte die belangte Behörde die Beschwerde samt dem bezughabenden Verwaltungsstrafakt, ohne eine Beschwerdevorentscheidung zu erlassen, dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich vor. Dieses entscheidet durch seine nach der Geschäftsverteilung zuständige Einzelrichterin.

In der Beschwerdevorlage brachte die belangte Behörde vor, die Beschwerde sei nach deren Ansicht verspätet eingebracht worden.

I.4. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich beraumte für 9. August 2021 eine öffentliche mündliche Verhandlung an, zu der der Bf, sein rechtsfreundlicher Vertreter und die belangte Behörde geladen wurden.

Im Vorfeld der Verhandlung gab der Rechtsvertreter des Bf mit Eingabe vom 21. Juli 2021 bekannt, dass der Bf alleine – also unvertreten – an der Verhandlung teilnehmen werde. Auch der Bf gab eingangs der Verhandlung dazu an, dass er an der Verhandlung alleine teilnehmen werde und dies mit seinem Rechtsvertreter aus Kostengründen so vereinbart worden sei.

In der Verhandlung wurde die Sach- und Rechtlage mit dem unvertreten erschienen Bf und einem Vertreter der belangten Behörde sowohl im Hinblick auf den Verspätungseinwand der belangten Behörde als auch im Hinblick auf den Vorwurf der Übertretung des § 120 Abs. 1b FPG umfassend erörtert. Der Bf wurde unter Beiziehung eines Dolmetschers für die arabische Sprache vernommen.

I.5. Mit Schreiben vom 10. August 2021 gab das erkennende Gericht dem Bf bzw. seinem Rechtsvertreter die Möglichkeit bis zum 26. August 2021 beim Landesverwaltungsgericht Oberösterreich einlangend eine Stellungnahme abzugeben.

I.6. Zum Verspätungseinwand der belangten Behörde brachte der Bf mit Eingabe vom 20. August 2021 vor, dass das Straferkenntnis der belangten Behörde vom 12. Mai 2021, dem Bf am 20. Mai 2021 zugestellt worden sei. Als letzter Tag der Rechtsmittelfrist sei im Fristenbuch des Rechtsvertreters der 17. Juni 2021 vermerkt worden. Am gleichen Tag sei die Sekretärin des Rechtsvertreters zum Postamt gegangen und habe die Postsendung eingeschrieben aufgegeben; sie

habe dann die Frist als erledigt abgehackt. Bei der Stampiglie des Postamtes sei irrtümlich der 18. Juni 2021 vermerkt worden, obwohl die Aufgabe bereits am 17. Juni 2021 um 18:21 Uhr erfolgt sei. Diesbezüglich sei auf eine beim Postamt eingeholte Bestätigung zu verweisen, wonach das Datum bereits auf den folgenden Tag vorgestellt worden sei. Dies könne auch von der Sekretärin des Rechtsvertreters erklärt werden. Die gegenständliche Beschwerde sei sohin innerhalb offener Frist eingebracht worden.

I.7. Auch der belangten Behörde wurde sodann nochmals Parteiengehör bis zum 9. September 2021 beim Landesverwaltungsgericht Oberösterreich einlangend gewährt, wovon die belangte Behörde keinen Gebrauch machte.

I.8. Im abgeschlossenen Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht hat der Bf mit Eingabe vom 12. Oktober 2021 einen Antrag auf Wiederaufnahme des Verfahrens gestellt. Das Verfahren war vor dem Bundesverwaltungsgericht zu GZ. I413 2199158-2 anhängig. Am 23. Dezember 2021 hat vor dem Bundesverwaltungsgericht Oberösterreich eine mündliche Verhandlung stattgefunden.

Mit Beschluss des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich vom 19. April 2022, GZ: LVwG-701090/16/KLi, wurde das anhängige beschwerdeverfahren bis zur rechtskräftigen Entscheidung im anhängigen Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht zu GZ: I413 2199158-2 ausgesetzt.

Mit Beschluss des Bundesverwaltungsgerichtes vom 20. Juli 2022, GZ: I413 2199158-2/32E, wurde der Antrag des Bf auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gemäß § 33 Abs. 1 VwGVG als unbegründet abgewiesen und der Antrag auf Wiederaufnahme des Verfahrens wegen Verspätung gemäß § 32 Abs. 2 VwGVG zurückgewiesen.

Mit Beschluss des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich vom 19. August 2022, GZ: LVwG-701090/19/KLi, wurde das anhängige und ausgesetzte Beschwerdeverfahren fortgesetzt.

I.9. Zwischenzeitig stellte der Bf am 25. Juli 2022 einen Folgeantrag beim Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl, sodass das Strafverfahren ab diesem Tag gemäß § 120 Abs. 7 FPG ex lege unterbrochen war.

Mit Bescheid des Bundesamtes für Fremdenwesen und Asyl vom 24. Oktober 2022 wurde dieser Antrag wegen entschiedener Sache gemäß § 68 AVG zurückgewiesen. Dieser Bescheid ist am 30. November 2022 in Rechtskraft erwachsen.

I.10. Insgesamt war das Verfahren von 19. April 2022 bis 24. Juli 2022 ausgesetzt (= 97 Tage) und von 25. Juli 2022 bis 30. November 2022 ex lege unterbrochen (= 122 Tage), sodass sich insgesamt eine Unterbrechung von 219 Tagen ergibt.

II. Nachfolgender S A C H V E R H A L T steht fest:

II.1. Zur Rechtzeitigkeit der Beschwerde:

II.1.1. Das verfahrensgegenständliche Straferkenntnis wurde dem Rechtvertreter des Bf am 20. Mai 2022 durch persönliche Übernahme zugestellt.

Die 4-wöchige Frist für die Einbringung einer Beschwerde endete daher am 17. Juni 2021, wobei die Beschwerde an diesem Tag zur Post gegeben werden musste.

II.1.2. Die Sekretärin des Rechtsvertreters brachte die Beschwerde am Abend des 17. Juni 2021 zum Postamt – Postfiliale x und Bank x, x, x – wo sie diese um 18:21 Uhr aufgab.

II.2. In der Sache selbst:

II.2.1. Der Bf ist am x geboren und Staatsangehöriger des Irak

II.2.2. Am 13. April 2015 stellte er beim Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl einen Antrag auf internationalen Schutz im Sinne des § 2 Abs. 1 Z 13 AsylG.

Mit Bescheid des Bundesamtes für Fremdenwesen und Asyl vom 29. Mai 2018, GZ: 1061375803-150369139, wies das Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl den Antrag auf internationalen Schutz vom 13. April 2015 hinsichtlich des Status des Asylberechtigten gemäß § 3 Abs. 1 iVm § 2 Abs. 1 Z 13 AsylG ab (Spruchpunkt 1). Gemäß § 8 Abs. 1 iVm § 2 Abs. 1 Z 13 AsylG wurde der Antrag auf internationalen Schutz hinsichtlich der Zuerkennung des Status des subsidiär Schutzberechtigten in Bezug auf den Herkunftsstaat des Bf abgewiesen. Ein Aufenthaltstitel aus berücksichtigungswürdigen Gründen wurde dem Bf gemäß § 57 AsylG nicht erteilt (Spruchpunkt 2). Gemäß § 10 Abs. 1 Z 3 ASlyG iVm § 9 BFA-Verfahrensgesetz wurde gegen den Bf eine Rückkehrentscheidung gemäß § 52 Abs. 2 Z 2 FPG erlassen (Spruchpunkt 3). Gemäß § 52 Abs. 9 FPG wurde festgestellt, dass seine Abschiebung gemäß § 46 FPG in den Irak zulässig ist (Spruchpunkt 4). Gemäß § 55 Abs. 1 bis 3 FPG betrug die Frist für die freiwillige Ausreise 14 Tage ab Rechtskraft der Rückkehrentscheidung (Spruchpunkt 5).

Mit Erkenntnis vom 23. April 2021, GZ: I413 2199158-1/38E, wies das Bundesverwaltungsgericht die gegen diesen Bescheid erhobene Beschwerde als

unbegründet ab; mit der Maßgabe, dass dem Bf eine Aufenthaltsberechtigung gemäß § 57 AsylG nicht erteilt wurde.

Mit Beschluss des Verfassungsgerichtshofes vom 7. Juni 2021, Zl. E 1791/2021 wurde die Behandlung der Beschwerde des Bf abgelehnt und die Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof abgetreten.

Der Bf erhob mit 16. Juli 2021 eine außerordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof und beantragte die Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung.

Mit Beschluss vom 3. August 2021, Zl. Ra 2021/14/0245-7, wies der Verwaltungsgerichtshof die außerordentliche Revision zurück.

II.2.3. Das mit Verfahrensanordnung vom 4. Juni 2018 aufgetragene Rückkehrberatungsgespräch hat der Bf bis zum Eintritt der Rechtskraft der Durchsetzbarkeit der Rückkehrentscheidung aus von ihm zu vertretenden Gründen nicht in Anspruch genommen.

II.2.4. Mit einer vom 27. Juli 2021 datierten Eingabe an das Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl beantragte der Bf die Wiederaufnahme des Asylverfahrens. Dieser Antrag wurde vom Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl am 12. Oktober 2021 dem Bundesverwaltungsgericht vorgelegt.

Mit Beschluss des Bundesverwaltungsgerichtes vom 20. Juli 2022, GZ: I413 2199158-2/32E, wurde der Antrag des Bf auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gemäß § 33 Abs. 1 VwGVG als unbegründet abgewiesen und der Antrag auf Wiederaufnahme des Verfahrens wegen Verspätung gemäß § 32 Abs. 2 VwGVG zurückgewiesen.

II.2.5. Am 25. Juli 2022 stellte der Bf neuerlich einen Antrag auf Asyl beim Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl.

Mit Bescheid des Bundesamtes für Fremdenwesen und Asyl vom 24. Oktober 2022, GZ: 1061375803/222314408, wurde ausgesprochen, dass der Antrag auf internationalen Schutz vom 25. Juli 2022 hinsichtlich des Status des Asylberechtigten gemäß § 68 Abs. 1 AVG wegen entschiedener Sache zurückgewiesen wird (Spruchpunkt I); sowie der Antrag hinsichtlich des Status des subsidiär Schutzberechtigten gemäß § 68 Abs. 1 AVG wegen entschiedener Sache zurückgewiesen wird (Spruchpunkt II); ein Aufenthaltstitel aus berücksichtigungswürdigen Gründen gemäß § 57 AsylG nicht erteilt wird (Spruchpunkt III); gemäß § 10 Abs. 1 Z 3 AsylG iVm § 9 BFA-Verfahrensgesetz gegen den Bf eine Rückkehrentscheidung gemäß § 52 Abs. 2 Z 2 FPG erlassen wird (Spruchpunkt IV); gemäß § 52 Abs. 9 FPG festgestellt wird, dass die Abschiebung

gemäß § 46 FPG in den Irak zulässig ist (Spruchpunkt V) und gemäß § 55 Abs. 1a FPG keine Frist für die freiwillige Ausreise besteht (Spruchpunkt VI).

Dieser Bescheid erwuchs am 30. November 2022 in Rechtskraft.

II.2.6. Zum Privat- und Familienleben des Bf hat sich Folgendes ergeben:

Die im Folgeantrag vom 25. Juli 2022 erneut vorgelegten Integrationsunterlagen, waren bereits im Vorverfahren bekannt, weswegen keine Veränderung zum Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichtes vom 23. April 2021 festgestellt werden konnte.

Der Bf kann Deutsch lediglich auf Level A1 nachweisen. Er gab zwar an, bereits A2 erreicht zu haben, jedoch keinen Nachweis dafür zu besitzen. Nach einer siebenjährigen Aufenthaltsdauer ist der Bf noch nicht in der Lage sinnerfassend in deutscher Sprache zu kommunizieren.

Aus dem Grundversorgungsauszug ist ersichtlich, dass er seit August 2019 keine Leistungen erhält.

Der Bf verfügt über eine Gewerbeberechtigung für das freie Gewerbe „Hausbetreuung, bestehend in der Durchführung einfacher Reinigungstätigkeiten einschließlich objektbezogener einfacher Wartungstätigkeiten“ sowie „Adressieren, einlegen, einkleben, falten, kuvertieren von Prospekten, Katalogen, Zeitungen, Briefen und Broschüren (Postservice)“. Aus dem Sozialversicherungsauszug vom 21.Oktober 2022 geht hervor, dass der Bf zwar von 1. Jänner 2021 bis 31. Oktober 2021 bei der Sozialversicherungsanstalt für Selbstständige sozialversichert war, jedoch von 1. März 2021 bis 31. Dezember 2021 keine Beiträge bezahlte.

Erst seit 2. September 2022 ist der Bf wieder als Asylwerber sozialversichert. Der vorgelegte Einkommensnachweis über 955,75 Euro stammt vom 31. August 2019 und war im vorangegangenen Verfahren ebenso bekannt. Aktuelle Nachweise legte der Bf nicht vor.

Der Bf hat zwar Bemühungen in Zusammenhang mit seiner Integration gezeigt, jedoch beschränken sich diese auf eine Mithilfe im Verein „Über den Tellerrand Community x“. Der Bf hat außerdem den Staplerführerschein erworben und einen Erste-Hilfe-Kurs mit der Dauer von sechs Stunden besucht. Insgesamt weist der Bf keine maßgeblichen Integrationsmerkmale in sprachlicher, beruflicher und kultureller Hinsicht auf. Der Bf ist in Österreich nicht vorbestraft.

Aus den Akten der Familie (Ehefrau und drei Söhne) des Bf ist ersichtlich, dass sich diese seit x ebenfalls im Bundesgebiet aufhält. Hier liegt ein Familienleben vor, jedoch geht aus deren Akten hervor, dass sich seine Ehefrau und seine drei

Söhne im Bundesgebiet befinden und Asylanträge gestellt haben. In allen vier Fällen wurde der Antrag gemäß § 5 Absatz 1 Asylgesetz 2005, BGBl. I Nr. 100/2005 (AsylG) idgF, als unzulässig zurückgewiesen, da für die Prüfung des Antrages auf internationalen Schutz, gemäß Artikel 18 (1) (c) der Verordnung (EU) Nr. 604/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates, Polen zuständig ist. Darüber hinaus wurde eine Außerlandesbringung angeordnet.

III. Beweiswürdigung:

III.1. Zur Rechtzeitigkeit der Beschwerde:

III.1.1. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Einsicht in den vorgelegten Verwaltungsakt der belangten Behörde, insbesondere das angefochtene Straferkenntnis, die Übernahmebestätigung des Rechtsvertreters des Bf vom 20. Mai 2021 und die Beschwerde. Daraus ergibt sich, dass die Frist für die Einbringung einer Beschwerde am 17. Juni 2021 endete.

III.1.2. Die Aufgabe der Beschwerde beim Postamt ergibt sich aus der eidesstattlichen Erklärung der Sekretärin des Rechtsvertreters sowie aus einer „Nachschau für Briefsendungen“ des betroffenen Postamtes, aus der sich ein Zeitstempel mit 17. Juni 2021, 18:21 Uhr und der Code „R / R“ ergeben.

III.1.3. Zumindest im Zweifel muss daher zugunsten des Bf davon ausgegangen werden, dass die Beschwerde am 17. Juni 2021 zur Post gegeben wurde.

III.2. In der Sache selbst:

III.2.1. Der dargestellte Verfahrensverlauf geht vollständig und nachvollziehbar aus den im Akt der belangten Behörde befindlichen Entscheidungen des Bundesamtes für Fremdenwesen und Asyl sowie des Bundesverwaltungsgerichtes hervor. Somit steht fest, dass dem Bf im ersten Rechtsgang kein Asyl und auch sonst kein Bleiberecht gewährt wurden. Die höchstgerichtlichen Entscheidungen haben dies ebenfalls bestätigt.

Aus der Verfahrensanordnung vom 4. Juni 2018 ergibt sich außerdem unstrittig, dass der Bf das ihm aufgetragene Rückkehrberatungsgespräch aus von ihm zu vertretenden Gründen nicht in Anspruch genommen hat.

Ebenfalls steht aufgrund des Beschlusses des Bundesverwaltungsgerichtes fest, dass das erste Asylverfahren nicht wiederaufgenommen wurde.

Letztendlich steht auch fest, dass im zweiten Rechtsgang der neuerliche Antrag des Bf vom Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl wegen entschiedener Sache rechtskräftig zurückgewiesen wurde.

III.2.2. Die Feststellungen zu den persönlichen Verhältnissen des Bf ergeben sich aus den Verfahren vor dem Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl (Bescheid vom 29. Mai 2018, Seite 23-24) sowie vor dem Bundesverwaltungsgericht (Erkenntnis vom 23. April 2021, Seite 7-8); insbesondere die aktuellen Feststellungen zum Privat- und Familienleben gehen aus dem Bescheid des Bundesamtes für Fremdenwesen und Asyl vom 24. Oktober 2022 (Seite 21) hervor. Dieser Bescheid ist am 30. November 2022 in Rechtskraft erwachsen, sodass der Bf diesen Feststellungen nicht entgegen getreten ist bzw. die rechtliche Würdigungen des Bundesamtes für Fremdenwesen und Asyl nicht bekämpft hat.

Aufgrund der umfassenden Feststellungen in den durchgeführten Asylverfahren legt auch das erkennende Gericht dieselben seiner Entscheidung zugrunde.

Inwiefern diese persönlichen Verhältnisse im Rahmen des Privat- und Familienlebens des Bf iSv Art. 8 EMRK relevant sind, ist eine Frage der rechtlichen Beurteilung.

IV. Rechtslage:

IV.1. Zur Rechtzeitigkeit der Beschwerde:

IV.1.1. Aus dem Bundesgesetz über das Verfahren der Verwaltungsgerichte (Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz – VwGVG), BGBl. I Nr. 33/2013 idF BGBl. I Nr. 109/2021 ist folgende Bestimmung relevant:

„Beschwerderecht und Beschwerdefrist

§ 7. [...]

(4) Die Frist zur Erhebung einer Beschwerde gegen den Bescheid einer Behörde gemäß Art. 130 Abs. 1 Z 1 B-VG oder wegen Rechtswidrigkeit des Verhaltens einer Behörde in Vollziehung der Gesetze gemäß Art. 130 Abs. 2 Z 1 B-VG beträgt vier Wochen. [...]“

IV.1.2. Aus dem Allgemeinen Verwaltungsverfahrensgesetz 1991 – AVG; BGBl. Nr. 51/1991 idF BGBl. I Nr. 58/2018, ist folgende Bestimmung maßgeblich:

„Fristen

§ 32. (1) Bei der Berechnung von Fristen, die nach Tagen bestimmt sind, wird der Tag nicht mitgerechnet, in den der Zeitpunkt oder das Ereignis fällt, wonach sich der Anfang der Frist richten soll.

(2) Nach Wochen, Monaten oder Jahren bestimmte Fristen enden mit dem Ablauf desjenigen Tages der letzten Woche oder des letzten Monats, der durch seine Benennung

oder Zahl dem Tag entspricht, an dem die Frist begonnen hat. Fehlt dieser Tag im letzten Monat, so endet die Frist mit Ablauf des letzten Tages dieses Monats."

IV.2. In der Sache selbst:

Die maßgeblichen Bestimmungen des Bundesgesetzes über die Ausübung der Fremdenpolizei, die Ausstellung von Dokumenten für Fremde und die Erteilung von Einreisetiteln (Fremdenpolizeigesetz 2005 – FPG), BGBl I Nr. 100/2005 idF BGBl I Nr. 106/2022, lauten:

„Voraussetzung für den rechtmäßigen Aufenthalt im Bundesgebiet

§ 31. (1) Fremde halten sich 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 Aufenthaltsrechtes 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 teilnehmen 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;

9. wenn sie gemäß der Blaue-Karte-EU-Richtlinie Inhaber eines gültigen Aufenthaltstitels „Blaue Karte EU“ eines anderen Mitgliedstaates sind und eine geschäftliche Tätigkeit gemäß § 12c Abs. 3 AuslBG ausüben, solange ihr Aufenthalt im Bundesgebiet in den vergangenen 180 Tagen nicht insgesamt die Dauer von 90 Tagen überschreitet;
10. wenn sie gemäß der Blaue-Karte-EU-Richtlinie Inhaber eines gültigen Aufenthaltstitels „Blaue Karte EU“ eines anderen Mitgliedstaates oder als deren Familienangehörige Inhaber eines gültigen Aufenthaltstitels eines anderen Mitgliedstaates sind, jeweils für die Dauer von bis zu einem Monat ab ihrer Einreise in das Bundesgebiet zur Beantragung eines Aufenthaltstitels gemäß § 50a Abs. 1 oder 3 NAG, oder
11. soweit sich dies aus anderen bundesgesetzlichen Vorschriften ergibt.

(1a) Liegt kein Fall des Abs. 1 vor, halten sich Fremde nicht rechtmäßig im Bundesgebiet auf; dies insbesondere, wenn sie

1. auf Grund einer zwischenstaatlichen Vereinbarung oder internationaler Gepflogenheiten rückgenommen werden mussten,
2. auf Grund einer Durchbeförderungserklärung, sonstiger zwischenstaatlicher Abkommen oder auf Ersuchen eines Mitgliedstaates der Europäischen Union um Durchbeförderung (§ 45b Abs. 1) oder auf Grund einer Durchlieferungsbewilligung gemäß § 47 ARHG oder § 35 des Bundesgesetzes über die justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen mit den Mitgliedstaaten der Europäischen Union (EU-JZG), BGBl. I Nr. 36/2004, eingereist sind,
3. geduldet sind (§ 46a) oder
4. eine Frist für die freiwillige Ausreise gemäß § 55 erhalten haben.

[...]“

„Rückkehrentscheidung

§ 52. (1) Gegen einen Drittstaatsangehörigen hat das Bundesamt mit Bescheid eine Rückkehrentscheidung zu erlassen, wenn er sich

1. nicht rechtmäßig im Bundesgebiet aufhält oder
2. nicht rechtmäßig im Bundesgebiet aufgehalten hat und das Rückkehrentscheidungsverfahren binnen sechs Wochen ab Ausreise eingeleitet wurde.

(2) Gegen einen Drittstaatsangehörigen hat das Bundesamt unter einem (§ 10 AsylG 2005) mit Bescheid eine Rückkehrentscheidung zu erlassen, wenn

1. dessen Antrag auf internationalen Schutz wegen Drittstaatsicherheit zurückgewiesen wird,
2. dessen Antrag auf internationalen Schutz sowohl bezüglich der Zuerkennung des Status des Asylberechtigten als auch der Zuerkennung des Status des subsidiär Schutzberechtigten abgewiesen wird,
3. ihm der Status des Asylberechtigten aberkannt wird, ohne dass es zur Zuerkennung des Status des subsidiär Schutzberechtigten kommt oder
4. ihm der Status des subsidiär Schutzberechtigten aberkannt wird

und ihm kein Aufenthaltsrecht nach anderen Bundesgesetzen zukommt. Dies gilt nicht für begünstigte Drittstaatsangehörige.

(3) Gegen einen Drittstaatsangehörigen hat das Bundesamt unter einem mit Bescheid eine Rückkehrentscheidung zu erlassen, wenn dessen Antrag auf Erteilung eines Aufenthaltstitels gemäß §§ 55, 56 oder 57 AsylG 2005 zurück- oder abgewiesen wird.

(4) Gegen einen Drittstaatsangehörigen, der sich rechtmäßig im Bundesgebiet aufhält, hat das Bundesamt mit Bescheid eine Rückkehrentscheidung zu erlassen, wenn

1. nachträglich ein Versagungsgrund gemäß § 60 AsylG 2005 oder § 11 Abs. 1 und 2 NAG eintritt oder bekannt wird, der der Erteilung des zuletzt erteilten Aufenthaltstitels entgegengestanden wäre,

1a. nachträglich ein Versagungsgrund eintritt oder bekannt wird, der der Erteilung des zuletzt erteilten Einreisetitels entgegengestanden wäre oder eine Voraussetzung gemäß § 31 Abs. 1 wegfällt, die für die erlaubte visumfreie Einreise oder den rechtmäßigen Aufenthalt erforderlich ist,

2. ihm ein Aufenthaltstitel gemäß § 8 Abs. 1 Z 1 oder 2 NAG erteilt wurde, er der Arbeitsvermittlung zur Verfügung steht und im ersten Jahr seiner Niederlassung mehr als vier Monate keiner erlaubten unselbständigen Erwerbstätigkeit nachgegangen ist,

3. ihm ein Aufenthaltstitel gemäß § 8 Abs. 1 Z 1 oder 2 NAG erteilt wurde, er länger als ein Jahr aber kürzer als fünf Jahre im Bundesgebiet niedergelassen ist und während der Dauer eines Jahres nahezu ununterbrochen keiner erlaubten Erwerbstätigkeit nachgegangen ist,

4. der Erteilung eines weiteren Aufenthaltstitels ein Versagungsgrund (§ 11 Abs. 1 und 2 NAG) entgegensteht oder

5. das Modul 1 der Integrationsvereinbarung gemäß § 9 Integrationsgesetz (IntG), BGBl. I Nr. 68/2017, aus Gründen, die ausschließlich vom Drittstaatsangehörigen zu vertreten sind, nicht rechtzeitig erfüllt wurde.

Werden der Behörde nach dem NAG Tatsachen bekannt, die eine Rückkehrentscheidung rechtfertigen, so ist diese verpflichtet dem Bundesamt diese unter Anschluss der relevanten Unterlagen mitzuteilen. Im Fall des Verlängerungsverfahrens gemäß § 24 NAG hat das Bundesamt nur all jene Umstände zu würdigen, die der Drittstaatsangehörige im Rahmen eines solchen Verfahrens bei der Behörde nach dem NAG bereits hätte nachweisen können und müssen.

(5) Gegen einen Drittstaatsangehörigen, der vor Verwirklichung des maßgeblichen Sachverhaltes auf Dauer rechtmäßig niedergelassen war und über einen Aufenthaltstitel „Daueraufenthalt – EU“ verfügt, hat das Bundesamt eine Rückkehrentscheidung zu erlassen, wenn die Voraussetzungen gemäß § 53 Abs. 3 die Annahme rechtfertigen, dass dessen weiterer Aufenthalt eine gegenwärtige, hinreichend schwere Gefahr für die öffentliche Ordnung oder Sicherheit darstellen würde.

(6) Ist ein nicht rechtmäßig im Bundesgebiet aufhältiger Drittstaatsangehöriger im Besitz eines Aufenthaltstitels oder einer sonstigen Aufenthaltsberechtigung eines anderen Mitgliedstaates, hat er sich unverzüglich in das Hoheitsgebiet dieses Staates zu begeben. Dies hat der Drittstaatsangehörige nachzuweisen. Kommt er seiner Ausreiseverpflichtung nicht nach oder ist seine sofortige Ausreise aus dem Bundesgebiet aus Gründen der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit erforderlich, ist eine Rückkehrentscheidung gemäß Abs. 1 zu erlassen.

(7) Von der Erlassung einer Rückkehrentscheidung gemäß Abs. 1 ist abzusehen, wenn ein Fall des § 45 Abs. 1 vorliegt und ein Rückübernahmeabkommen mit jenem Mitgliedstaat besteht, in den der Drittstaatsangehörige zurückgeschoben werden soll.

(8) Die Rückkehrentscheidung wird 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. Liegt ein Fall des § 55a vor, so wird die Rückkehrentscheidung mit dem Ablauf der Frist für die freiwillige Ausreise durchsetzbar. 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.
(9) Mit der Rückkehrentscheidung ist gleichzeitig festzustellen, ob die Abschiebung des Drittstaatsangehörigen gemäß § 46 in einen oder mehrere bestimmte Staaten zulässig ist. Dies gilt nicht, wenn die Feststellung des Drittstaates, in den der Drittstaatsangehörige abgeschoben werden soll, aus vom Drittstaatsangehörigen zu vertretenden Gründen nicht möglich ist.
(10) Die Abschiebung eines Drittstaatsangehörigen gemäß § 46 kann auch über andere als in Abs. 9 festgestellte Staaten erfolgen.
(11) Der Umstand, dass in einem Verfahren zur Erlassung einer Rückkehrentscheidung deren Unzulässigkeit gemäß § 9 Abs. 3 BFA-VG festgestellt wurde, hindert nicht daran, im Rahmen eines weiteren Verfahrens zur Erlassung einer solchen Entscheidung neuerlich eine Abwägung gemäß § 9 Abs. 1 BFA-VG vorzunehmen, wenn der Fremde in der Zwischenzeit wieder ein Verhalten gesetzt hat, das die Erlassung einer Rückkehrentscheidung rechtfertigen würde."

„Rechtswidrige Einreise und rechtswidriger Aufenthalt

§ 120. [...]
(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.
[...]"

## V. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat hiezu erwogen:

### V.1. Zur Rechtzeitigkeit der Beschwerde:

V.1.1. Aus dem vorgelegten Verwaltungsakt erschließt sich zweifelsfrei, dass das in Beschwerde gezogene Straferkenntnis der belangten Behörde dem Bf am 20. Mai 2021 durch persönliche Übernahme seines Rechtsvertreters rechtswirksam zugestellt wurde.

V.1.2. Auch die 4-wöchige Beschwerdefrist des § 7 Abs. 4 VwGVG hat somit am 20. Mai 2021 zu laufen begonnen, sodass der letzte Tag der Frist für die Einbringung der Beschwerde gemäß § 17 VwGVG iVm § 32 Abs. 2 AVG der 17. Juni 2021 war.

V.1.3. Nachdem der Beschwerdeschriftsatz am 17. Juni 2021 zur Post gegeben wurde, ist die Beschwerde rechtzeitig.

V.2. In der Sache selbst:

V.2.1. Gemäß § 120 Abs. 1b Fremdenpolizeigesetz – FPG, BGBl. I Nr. 100/2005 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 27/2020, begeht, 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, eine Verwaltungsübertretung und ist mit Geldstrafe bis 15.000 Euro, im Fall ihrer Uneinbringlichkeit mit Freiheitsstrafe bis zu sechs Wochen zu bestrafen.

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. Liegt ein Fall des § 55a vor, so wird die Rückkehrentscheidung mit dem Ablauf der Frist für die freiwillige Ausreise durchsetzbar.

V.2.2. 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.

V.2.3. Wie sich aus dem unbestrittenen Sachverhalt ergibt, erfolgte die Abweisung des Asylantrages des Bf durch den Bescheid des Bundesamtes für Fremdenwesen und Asyl vom 29. Mai 2018, mit dem gleichzeitig eine Rückkehrentscheidung erlassen wurde. Die dagegen erhobene Beschwerde wurde mit Erkenntnis des

Bundesverwaltungsgerichtes vom 23. April 2021 als unbegründet abgewiesen. Mit Beschluss vom 3. August 2021 wies der Verwaltungsgerichtshof die Revision des Bf zurück. Das mit Verfahrensanordnung des BFA vom 4. Juni 2018 aufgetragene Rückkehrberatungsgespräch hat der Bf aus von ihm zu vertretenden Gründen nicht in Anspruch genommen. Der Bf ist nicht aus Österreich ausgereist.

Er hat stattdessen einen Antrag auf Wiederaufnahme seines Asylverfahrens beim Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl gestellt, der gemäß § 6 AVG an das Bundesverwaltungsgericht weitergeleitet wurde. Das Bundesverwaltungsgericht hat den Antrag mit Beschluss vom 20. Juli 2022 zurückgewiesen.

Mit Bescheid vom 24. Oktober 2022 wies das Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl den Folgeantrag des Bf wegen entschiedener Sache zurück; erließ eine Rückkehrentscheidung; stellte fest, dass die Abschiebung in den Irak zulässig ist; sowie, dass keine Frist für die freiwillige Ausreise besteht.

Unstrittig verfügt der Bf daher über keinen legalen Aufenthalt in Österreich.

V.2.4. Der Bf bestritt zunächst, seiner Ausreiseverpflichtung aus von ihm zu vertretenden Gründen nicht nachgekommen zu sein. Er werde ihm Irak verfolgt, es gebe dort eine Verurteilung und er fürchte um sein Leben.

V.2.5. Dieses Vorbringen wurde bereits im ersten Verfahrensgang vor dem Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl und vor dem Bundesverwaltungsgericht für nicht stichhaltig befunden und wurde dies auch von den Höchstgerichten bestätigt. Im zweiten Verfahrensgang wurde der Folgeantrag des Bf wegen entschiedener Sache zurückgewiesen.

V.2.6. Es erweist sich somit, dass der Bf seiner Pflicht zur unverzüglichen Ausreise aus dem Bundesgebiet trotz Vorliegens einer rechtskräftigen und durchsetzbaren Rückkehrentscheidung aus Gründen nicht nachkommen konnte, die von ihm selbst zu vertreten sind, weshalb der objektive Tatbestand des § 120 Abs. 1b FPG als erfüllt anzusehen ist. Dies wurde vom Bf auch in der Verhandlung vor dem erkennenden Gericht am 9. August 2021 nicht widerlegt.

V.2.7. An der Erfüllung des objektiven Tatbestandes vermag auch die Berücksichtigung des Privat- und Familienlebens des Bf nichts zu ändern.

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 Aufenthaltsstatus bewusst waren;
9. die Frage, ob die Dauer des bisherigen Aufenthaltes in den Behörden zurechenbaren überlangen Verzögerungen begründet ist.

V.2.8. Die Ehefrau und die drei Söhne des Bf befinden sich im Bundesgebiet und haben Asylanträge gestellt. In allen vier Fällen wurde der Antrag gemäß § 5 Abs. 1 AsylG als unzulässig zurückgewiesen, da für die Prüfung des Antrages auf internationalen Schutz, gemäß Artikel 18 (1) (c) der Verordnung (EU) Nr. 604/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates, Polen zuständig ist. Darüber hinaus wurde eine Außerlandesbringung angeordnet.

Der Bf hat Deutschkurse auf A1-Level abgeschlossen. Trotz seines 7-jährigen Aufenthaltes in Österreich sind die Sprachkenntnisse des Bf auf unterstem Niveau geblieben. Er befindet sich in keiner Ausbildung und geht keiner beruflichen Tätigkeit nach. Es liegen zwar Bemühungen zur Integration vor, jedoch sind diese schon aufgrund der geringen Deutschkenntnisse des Bf, die es verhindern tiefere Beziehungen zur österreichischen Bevölkerung herzustellen, ebenfalls als gering einzustufen. Die Tatsache, dass der Bf trotz vorübergehender, selbstständiger Erwerbstätigkeit keine Sozialversicherungsbeiträge bezahlte, zeigt, dass die Integration auch auf dem österreichischen Arbeitsmarkt gering geblieben ist.

Es liegt somit jedenfalls kein Fall vor, in dem die öffentlichen Interessen an der Einhaltung der einreise- und fremdenrechtlichen Vorschriften sowie der Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung angesichts der langen Verfahrensdauer oder der langjährigen Duldung des Aufenthaltes im Inland nicht mehr hinreichendes Gewicht haben, die Rückkehrentscheidung als „in einer

demokratischen Gesellschaft notwendig" erscheinen zu lassen (vgl. VfSlg. 18.499/2008, 19.752/2013; EGMR 04.12.2012, Fall Butt, Appl. 47.017/09, Z 85 f.). Nach Maßgabe einer Interessenabwägung im Sinne des § 9 BFA-VG ist davon auszugehen, dass das öffentliche Interesse an der Beendigung des unrechtmäßigen Aufenthaltes des Bf im Bundesgebiet das persönliche Interesse des Bf am Verbleib im Bundesgebiet überwiegt und daher durch die angeordnete Rückkehrentscheidung eine Verletzung des Art. 8 EMRK nicht vorliegt. Auch sonst sind keine Anhaltspunkte hervorgekommen, dass im gegenständlichen Fall eine Rückkehrentscheidung auf Dauer unzulässig wäre

Das nunmehr bestehende – gering gebliebene – Privatleben wurde außerdem begründet, als sich der Bf seines unsicheren Aufenthaltsrechtes bewusst sein musste (vgl. VwGH 23.11.2017, Ra 2015/22/0162; 9.9.2014, 2013/22/0350; 7.5.2014, 2013/22/0030; 17.4.2013, 2013/22/0042).

Die objektive Tatseite ist somit erfüllt. Die vom Bf geltend gemachten Umstände sind allenfalls eine Frage der Strafzumessung.

V.2.9. 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 Tatsachen-vorbringen und durch Beibringung von Beweismitteln oder Stellung konkreter Beweisanträge zu geschehen. Bloßes Leugnen oder allgemein gehaltene Behauptungen reichen für die "Glaubhaftmachung" nicht.

Der Bf ließ jedenfalls die erforderliche und zumutbare Sorgfalt außer Acht, indem er im Bundesgebiet verharrte. Somit ist im Ergebnis auch das Vorliegen der subjektiven Tatseite zu bejahen.

V.2.10. 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.

V.2.11. Bei der konkreten Abwägung im Einzelfall sind zunächst die persönlichen Lebensumstände des Bf zu würdigen. Wie bereits ausgeführt, ist der Bf nur in sehr geringem Ausmaß in Österreich integriert und sind auch sonst keine Umstände hervorgekommen, die das Verschulden des Bf in einem besonders berücksichtigungswürdigen Ausmaß reduzieren würden.

V.2.12. Im Rahmen der Strafbemessung ist deshalb festzuhalten, dass die von der Behörde verhängte Strafe am unteren Rand des Strafrahmens angesiedelt ist und demnach die Vermögenssituation des Bf ausreichend berücksichtigt wurde. Die Höhe der Strafe ist geeignet und erforderlich, um den Bf von der Begehung einer neuerlichen Verwaltungsübertretung abzuhalten.

Gemäß § 45 Abs. 1 Ziffer 4 VStG hat die Behörde von der Einleitung oder Fortführung eines Strafverfahrens abzusehen und die Einstellung zu verfügen, wenn die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat und das Verschulden des Beschuldigten gering sind. Anstatt die Einstellung zu verfügen, kann die Behörde dem Beschuldigten im Fall der Z 4 unter Hinweis auf die Rechtswidrigkeit seines Verhaltens mit Bescheid eine Ermahnung erteilen, wenn dies geboten erscheint, um ihn von der Begehung strafbarer Handlungen gleicher Art abzuhalten.

Das Verschulden ist geringfügig, wenn – unabhängig von der Schuldform (Vorsatz oder Fahrlässigkeit) – das tatbildmäßige Verhalten des Täters hinter dem in der betreffenden Strafdrohung typisierten Unrechts- und Schuldgehalt erheblich zurückbleibt (vgl. etwa VwGH 12.9.2001, 2001/03/0175).

Einer Ausreiseverpflichtung nicht unverzüglich nachzukommen ist aber gerade der typische Fall des nach der Strafbestimmung des § 120 Abs. 1b FPG verpönten Verhaltens, sodass von einer Geringfügigkeit nicht ausgegangen werden und daher nicht von der Verhängung einer Strafe abgesehen werden kann.

Im Rahmen der Strafbemessung ist außerdem festzuhalten, dass der Verfassungsgerichtshof durch sein Erkenntnis vom 10. März 2020, GZ: G 163/2019-16 ua, die in § 120 Abs. 1b FPG normierte Mindeststrafe von 5.000 Euro als verfassungswidrig aufgehoben hat. Die Strafe war daher im gegenständlichen Fall neu zu bemessen. Angesichts des erhöhten Unrechtsgehalts des § 120 Abs. 1b FPG im Verhältnis zu § 120 Abs. 1a FPG muss die Strafe im

gegenständlichen Fall höher bemessen werden, als die in § 120 Abs. 1a FPG festgesetzte Mindeststrafe von 500 Euro.

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erachtet die von der belangten Behörde vorgenommene Strafbemessung in Höhe von 1.000 Euro insofern als tat- und schuldangemessen.

V.2.13. Gemäß § 52 Abs. 1 VwGVG ist in jedem Erkenntnis des Verwaltungsgerichtes, mit dem ein Straferkenntnis bestätigt wird, auszusprechen, dass der Bestrafte einen Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens zu leisten hat. Gemäß § 52 Abs. 2 VwGVG ist dieser Beitrag für das Beschwerdeverfahren mit 20 % der verhängten Strafe, mindestens jedoch mit 10 Euro zu bemessen.

In diesem Sinn war dem Bf ein Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich in Höhe von 200 Euro aufzuerlegen.

VI. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

VI.1. 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. 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.

VI.2. Darüber hinaus stellt die konkrete Beurteilung der Strafzumessung immer auf den jeweiligen Beschuldigten ab. Dazu sind immer die jeweils vorliegenden Milderungs- und Erschwerungsgründe abzuwägen. Die Strafzumessung ist insofern das Resultat der konkreten Sachverhaltsfeststellungen und der konkreten Beweiswürdigung. Die Strafzumessung ist somit stets einzelfallbezogen und nicht verallgemeinerungsfähig. Eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung liegt insofern nicht vor. Vor allem aus diesem Grund war die ordentliche Revision für unzulässig zu erklären (vgl. VwGH 5.3.2015, Ra 2015/02/0027; 19.1.2018, Ra 2018/02/0022; 7.8.2019, Ra 2019/02/0016).

## 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. Lidauer