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-701597/12/KLi

Datum:
Linz, 25. November 2022

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Dr. Lidauer über die Beschwerde vom 15. Februar 2022 des E M, geb. x, StA Iran, vertreten durch Mag. S S, Rechtsanwältin, x, x, gegen das Straferkenntnis der Landespolizeidirektion Oberösterreich vom 13. Jänner 2022, GZ: VStV/921301284917/2021, wegen Übertretung des Fremdenpolizeigesetzes (FPG) nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird insoweit Folge gegeben, als die Geldstrafe auf 800 Euro und die Ersatzfreiheitsstrafe auf 54 Stunden herabgesetzt wird. Darüber hinaus wird die Beschwerde als unbegründet abgewiesen.

II. Die Kosten im Verfahren vor der belangten Behörde reduzieren sich auf 80 Euro. Im Beschwerdeverfahren vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich fallen keine Kosten an.

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 Landepolizeidirektion Oberösterreich (in der Folge: belangte Behörde) vom 13. Jänner 2022, GZ: VStV/921301284917/2021, wurde dem Beschwerdeführer (in der Folge: Bf) eine Übertretung des Fremdenpolizeigesetzes (FPG) wie folgt vorgeworfen:

„1. Datum/Zeit: 30.07.2021, 07:45 Uhr
Ort: x, x, Wohnung des M
Wie von Polizeibeamten der Landespolizeidirektion Oberösterreich, SPK Linz, PI K, x, x, in x, x, anlässlich einer Kontrolle 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 10.02.2017 negativ entschieden ist und gleichzeitig eine Rückkehrentscheidung erlassen wurde.
Ihre Beschwerde wurde mit Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichtes vom 27.04.2021 als unbegründet abgewiesen. Mit Beschluss vom 28.06.2021 wies der Verwaltungsgerichtshof die eingebrachte Revision zurück. Das Verfahren ist somit seit 28.04.2021 in II. Instanz rechtskräftig und durchsetzbar.
Das Ihnen mit Verfahrensanordnung vom 30.07.2021 aufgetragene Rückkehrberatungsgespräch haben Sie zwar am 04,08.2021 in Anspruch genommen, sie sind jedoch nicht rückkehrwillig.
Die Frist zur freiwilligen Ausreise bis zum 12.07.2021 ließen Sie ungenutzt verstreichen und Sie sind bis dato nicht aus dem österreichischen Bundesgebiet ausgereist.“

Der Bf habe dadurch § 120 Abs. 1b FPG, 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 wurde über den Bf eine Geldstrafe in der Höhe von 1.000 Euro bzw. eine Ersatzfreiheitsstrafe von 2 Tagen und 19 Stunden verhängt. Ferner wurde der Bf verpflichtet, einen Beitrag zu den Verfahrenskosten in der Höhe von 100 Euro zu bezahlen.

Begründend führte die belangte Behörde aus, der Tatbestand der dem Bf zur Last gelegten Verwaltungsübertretung sei durch die eigene dienstliche Wahrnehmung von Polizeibeamten der Landespolizeidirektion Oberösterreich, der darüber vorgelegten Anzeige vom 30. Juli 2021 sowie aufgrund des behördlich durchgeführten Ermittlungsverfahrens zweifelsfrei erwiesen. Es stehe daher fest, dass der Bf die im Spruch angeführte Verwaltungsübertretung begangen habe.

Gemäß § 120 Abs. 1b des Fremdengesetzes 2005 – FPG, BGBl. I Nr. 100/2005, in der geltenden Fassung des Bundesgesetzes BGBl. Nr. 27/2020, begehe eine Verwaltungsübertretung wer als Fremder aus von ihm zu vertretenden Gründen

nicht unverzüglich seiner Pflicht zur Ausreise aus dem Bundesgebiet nachkomme, nachdem eine gegen ihn erlassene Rückkehrentscheidung rechtskräftig und durchsetzbar geworden sei, 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 habe und sei mit Geldstrafe bis 15.000 Euro, im Fall ihrer Uneinbringlichkeit mit Freiheitsstrafe bis zu sechs Wochen zu bestrafen. Als Tatort gelte 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 sei.

Das FPG enthalte keine eigene Regelung hinsichtlich des Verschuldens, weshalb § 5 Abs. 1 VStG zur Anwendung komme, wonach zur Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten genüge Fahrlässigkeit sei 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 gehörte und der Täter nicht glaubhaft mache, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden treffe (Ungehorsamsdelikt).

Auch die gegenständliche Verwaltungsübertretung stelle ein Ungehorsamsdelikt dar. Es genüge daher fahrlässige Tatbegehung. Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes habe ein Beschuldigter initiativ alles darzulegen, was für seine Entlastung spreche. Dies habe in erster Linie durch geeignetes Tatsachenvorbringen und durch Beibringung von Beweismitteln oder Stellung konkreter Beweisanträge zu geschehen. Bloßes Leugnen oder allgemein gehaltene Behauptungen würden für die "Glaubhaftmachung" nicht reichen.

Die Rückkehrentscheidung sei seit 28. April 2021 rechtskräftig und durchsetzbar. Das dem Bf mit Verfahrensanordnung vom 30. Juli 2021 aufgetragene Rückkehrberatungsgespräch habe er zwar in Anspruch genommen, er sei jedoch nicht rückkehrwillig.

Am 19. Oktober 2021 habe der Bf beim Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl, Regionaldirektion Oberösterreich, einen Antrag auf Erteilung eines Aufenthaltstitels „in besonders berücksichtigungswürdigen Fällen“ gemäß § 56 Abs. 2 AsylG gestellt. Gemäß § 58 Abs. 13 AsylG begründe dieser Antrag jedoch kein Aufenthalts- oder Bleiberecht.

Für die Behörde bestehe kein Zweifel, dass der Bf seit Rechtskraft und Durchsetzbarkeit der Rückkehrentscheidung nicht aus dem Bundesgebiet der Republik Österreich ausgereist sei Er verharre im Bundesgebiet und versuche die

Behörden vor vollendete Tatsachen zu stellen. Die Nichtausreise stelle eine Verwaltungsübertretung iSd. § 120 Abs. 1b FPG dar, für die er sich 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 die Rückkehrentscheidung rechtskräftig negativ abgeschlossen sei, woraus für den Bf eine Ausreiseverpflichtung entstanden sei. Im Grunde stelle der Bf ausschließlich die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichtes in Frage. Er vertraue offenbar lediglich darauf nicht abgeschoben werden zu können, ohne die rechtlichen Gegebenheiten anzuerkennen. Wenn Fremde nach rechtskräftig negativem Abschluss ihrer Verfahren nicht ausreisen und die Behörden vor vollendete Tatsachen zu stellen versuchen würden, laufe dies zweifellos einem geordneten Fremdenwesen zuwider und sei nicht zu tolerieren. Überdies würde es dazu führen, dass Fremde, die die fremdenrechtlichen Einreise- und Aufenthaltsbestimmungen beachten würden, letztlich schlechter gestellt wären, als Fremde, die ihren Aufenthalt im Bundesgebiet lediglich durch ihre illegale Einreise und durch die Stellung eines unbegründeten Asylantrages erzwingen würden, 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 ihrer Verfahren nicht aus dem Bundesgebiet ausreisen und die Behörden vor vollendete Tatsachen zu stellen versuchen würden.

Es sei die Pflicht des Bf gewesen und sei es auch immer noch, aus dem Bundesgebiet auszureisen, denn es könne ihm sehr wohl zugemutet werden, sich um die Beendigung eines rechtswidrigen Zustandes zu bemühen.

Zur Erfüllung des objektiven Tatbestandes sei weiters auch auf das Privat- und Familienleben Bedacht zu nehmen. Im Erkenntnis des BVwG sei darüber ausreichend abgesprochen worden - die belangte Behörde schließe sich vollinhaltlich dieser Meinung an.

Gemäß § 19 VStG sei Grundlage für die Bemessung der Strafe stets das Ausmaß der mit der Tat verbundenen Schädigung oder Gefährdung derjenigen Interessen, deren Schutz die Strafdrohung diene und der Umstand, inwieweit die Tat sonst nachteilige Folgen nach sich gezogen habe. Im ordentlichen Verfahren seien 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 sei besonders Bedacht zu nehmen. Unter Berücksichtigung der Eigenart des Verwaltungsstrafrechtes seien die §§ 32 bis 35 Strafgesetzbuch sinngemäß anzuwenden. Die Einkommens- und Vermögensverhältnisse und allfällige

Sorgepflichten des Beschuldigten seien bei der Bemessung von Geldstrafen ebenso zu berücksichtigen.

Von unbedeutenden Folgen der Tat zu sprechen wäre nicht nachvollziehbar, da der Bf die Bedeutung und den Schutzzweck fremdenpolizeilicher Normen zu missverstehen scheine, zumal es sich bei den Folgen seiner Tat nicht nur um materielle, sondern vielfach auch um immaterielle handle, denen keinesfalls eine untergeordnete Rolle zugemessen werden könne. Der Stellenwert der Einhaltung fremdenpolizeilicher Normen sei nicht nur gesetzlich, gesellschaftlich und höchstgerichtlich abgesichert, sondern sollte auch dem Bf verstärkt zugänglich werden. Von einem geringfügigen Verschulden könne also ebenfalls nicht ausgegangen werden.

Für die erkennende Behörde stehe fest, dass der Bf seit dem rechtskräftigen Abschluss seiner Rückkehrentscheidung nicht aus dem Bundesgebiet ausgereist sei und somit gegen die angeführten Bestimmungen des Fremdenpolizeigesetzes verstoße, weshalb nun spruchgemäß zu entscheiden gewesen sei. Wie der Verwaltungsgerichtshof in mehreren Erkenntnissen ausgesprochen habe, bestehe 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 sei für Österreich von eminentem Interesse. Dies umso mehr in einer Zeit, in der ein anhaltend hoher Migrations- und Zuwanderungsdruck zu verzeichnen sei Den für die Einreise und den Aufenthalt von Fremden getroffenen Regelungen und deren Befolgung durch die Normadressaten komme aus der Sicht des Schutzes und der Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung ein sehr hoher Stellenwert zu.

Der Milderungsgrund der verwaltungsrechtlichen Unbescholtenheit komme dem Bf zugute. Zur Strafhöhe sei zu bemerken, dass der Strafrahmen für Übertretungen nach § 120 Abs. 1b FPG bis 15.000 Euro betrage. Angesichts des erhöhten Unrechtsgehaltes des § 120 Abs. 1b FPG im Verhältnis zu § 120 Abs. 1a FPG müsse die Strafe im gegenständlichen Fall aber höher bemessen werden, als die in § 120 Abs. 1 a FPG festgesetzte Mindeststrafe von 500 Euro. Aus diesem Grund werde eine Strafbemessung in der Höhe von 1.000 Euro verhängt, da davon auszugehen sei, dass diese ausreichen werde, um den Bf in Hinkunft von derartigen Verwaltungsübertretungen abzuhalten. Die verhängte Strafe erscheine schuld- und tatangemessen. Bei der Strafbemessung sei davon ausgegangen worden, dass der Bf kein hierfür relevantes Vermögen besitze, nicht sorgepflichtig sei und kein Einkommen beziehe. Die Kostenentscheidung sei gesetzlich begründet.

I.2. Dagegen richtet sich die Beschwerde vom 15. Februar 2022, bei der belangten Behörde eingelangt am 16. Februar 2022.

Zusammengefasst brachte der Bf vor, er erhebe zunächst sein gesamtes bisheriges Beschwerdevorbringen zum integrierenden Bestandteil dieses Beschwerdeschriftsatzes und hätte bei richtiger rechtlicher Beurteilung eine inhaltlich anders lautende Entscheidung ergehen müssen.

Das Straferkenntnis berufe sich auf den Zeitpunkt 30.7.2021, zu dem sich der Bf illegal in seiner Wohnung in x, x, aufgehalten habe. Festzuhalten sei, dass der Bf gegen das Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichtes vom 27. April 2021 eine ao. Revision an den Verwaltungsgerichtshof eingebracht habe. Diese sei mit Beschluss des VwGH vom 28. Juni 2021 zurückgewiesen, wobei dieser Beschluss erst mit 21. Juli 2021 zugestellt und somit auch gegenüber dem Bf rechtskräftig erlassen worden sei.

Dass der Bf das negative Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichtes vor dem Höchstgericht bekämpft habe und ihm diese Entscheidung erst neun Tage vor dem in Rede stehenden illegalen Aufenthalt zugestellt worden sei, hätte bei der subjektiven Verschuldenskomponente entsprechend berücksichtigt werden müssen.

Der Bf habe auch das mit Verfahrensanordnung vom 30. Juli 2021 aufgetragene Rückkehrgespräch wahrgenommen und entsprechend an der behördlichen Anordnung mitgewirkt, selbst wenn er sich – aus persönlich nachvollziehbaren Gründen – für nicht rückkehrwillig erklärt habe.

Der Bf sei in Österreich zum Christentum konvertiert und übe diesen Glauben hier aktiv aus, wobei er regelmäßig die Kirche besuche und enge Bezugspersonen der katholischen Kirche finden habe können. Dies äußere sich insbesondere darin, dass Herr Mag. S L, Ordenspriester der Oblaten des Hl. F von S, mit den Mitteln seiner Pension die finanzielle Haftung durch Übernahme einer Patenschaft im vor dem BFA anhängigen Verfahren gemäß § 56 AsylG übernommen habe. Es werde auf das beiliegende Empfehlungsschreiben und die beiliegende Patenschaft verwiesen. Letztendlich werde es wohl auch so sein, dass die verhängte Verwaltungsstrafe vom Paten übernommen werden würde.

Aufgrund der verfassten Empfehlungsschreiben von Anhängern der katholischen Kirche sei es plausibel und nachvollziehbar, dass der Bf den christlichen Glauben in Österreich tatsächlich ausübe. Selbst wenn die Konversion im abgeführten Asylverfahren nicht als Asylgrund anerkannt worden sei, sei es durch die nachweisliche Einbettung in die katholische Glaubensgemeinschaft in seinem näheren örtlichen Umfeld glaubwürdig, dass der Bf seinen christlichen Glauben ausübe und sei es notorisches Amtswissen, dass es in einem Land wie der

Islamischen Republik Iran für den Bf sehr schwierig werden würde und er daher in Anbetracht dessen nicht gewillt sei, freiwillig in sein Heimatland Iran zurück zu kehren.

Dieses Faktum werde bei der subjektiven Verschuldenskomponente ebenso zu berücksichtigen sein.

Abgesehen davon sei miteinzubeziehen, dass der Bf über kein Dokument seines Heimatlandes verfüge und die Einleitung des Prozesses über die Einholung eines Heimreisezertifikat zumindest nach dem Kenntnisstand der rechtsfreundlichen Vertretung bis zum heutigen Tag von der zuständigen Fremdenbehörde nicht in die Wege geleitet worden sei.

Zu guter Letzt ist noch anzuführen, dass der Bf an Schwerhörigkeit leide und ihm dies das Leben – insbesondere auch den Erwerb der österreichischen Sprache – nicht gerade leicht mache. Auch die Unterstützung, die er durch diese Beeinträchtigung benötige und in Österreich insbesondere auch durch seinen Paten erhalte, sei ein Teil des Privatlebens, welcher bei der Entscheidung über den Antrag gemäß § 56 AsylG zu berücksichtigen sein werde.

Durch die abgegebene Patenschaftserklärung von Mag. S L bestünden zudem durchaus realistische Chancen, dass der Antrag gemäß § 56 AsylG positiv beschieden werden würde.

Bei richtiger rechtlicher Beurteilung unter Berücksichtigung der subjektiven Verschuldenskomponente hätte die Strafe daher niedriger, sprich mit der Mindeststrafhöhe, angesetzt werden müssen.

Der Bf stelle die Anträge, das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich möge a) eine mündliche Beschwerdeverhandlung anberaumen und durchführen sowie b) das gegenständliche Straferkenntnis der Landespolizeidirektion OÖ, FGA FB 2, vom 13.01.2022, GZ: VStV/921301284917/2021, zugestellt am 19.01.2022 ersatzlos beheben und das Verwaltungsstrafverfahren vorläufig einstellen, in eventu c) die verhängte Geldstrafe in Höhe von 1.100 Euro angemessen herabsetzen, in eventu d) das gegenständliche Straferkenntnis ersatzlos beheben und zur neuerlichen Verhandlung und Entscheidung an die Erstinstanz zurückverweisen.

I.3. Mit Vorlageschreiben vom 16. Februar 2022 legte die belangte Behörde die Beschwerde samt dem bezughabenden Verwaltungsstrafakt, ohne eine Beschwerdevorentscheidung zu erlassen, dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zur Entscheidung vor.

I.4. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich beraumte für 18. November 2022 eine öffentliche mündliche Verhandlung an, zu der der Bf, seine rechtsfreundliche Vertretung und die belangte Behörde geladen wurden. Der Bf wurde unter Beiziehung eines Dolmetschers für die Sprache Farsi vernommen. Darüber hinaus wurde den Parteien die Gelegenheit gegeben, ihren Standpunkt darzulegen. Die Sach- und Rechtslage wurde umfassend erörtert.

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

II.1. Zur Rechtzeitigkeit der Beschwerde:

II.1.1. Mit dem zu Punkt I.1. dargestellten Straferkenntnis wurde dem Bf eine Übertretung des § 120 Abs. 1b FPG vorgeworfen und eine Geldstrafe von 1.000 Euro bzw. eine Ersatzfreiheitsstrafe von 2 Tagen und 19 Stunden verhängt.

II.1.2. Dieses Straferkenntnis wurde dem Bf entsprechend der von der Behörde vorgelegten Hinterlegungsanzeige am 18. Jänner 2022 durch Hinterlegung zugestellt. Beginn der Abholfrist war am 19. Jänner 2022. Der Bf behob das Straferkenntnis am 19. Jänner 2022.

II.1.3. Nachdem die Hinterlegungs- bzw. Abholfrist am 19. Jänner 2022 begonnen hatte, endete die 4-wöchige Rechtsmittelfrist am 16. Februar 2022. Entsprechend dem Akteninhalt langte die Beschwerde vom 15. Februar 2022 am 16. Februar 2022 bei der belangten Behörde ein.

II.2. In der Sache selbst:

II.2.1. Der Bf ist am 20. Juni 1991 geboren und Staatsangehöriger der Islamischen Republik Iran. Er reiste nach seinen Angaben am 21. September 2015 rechtswidrig in das Bundesgebiet der Republik Österreich ein.

Am 24. September 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 10. Februar 2017, GZ: 1088572201 – 151418731, wies das Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl den Antrag auf internationalen Schutz vom 24. September 2015 hinsichtlich des Status des Asylberechtigten gemäß § 3 Abs. 1 iVm § 2 Abs. 1 Z 13 AsylG ab (Spruchpunkt I). 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 (Spruchpunkt II). Ein Aufenthaltstitel aus berücksichtigungswürdigen Gründen wurde dem Bf gemäß § 57 AsylG nicht erteilt. 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. Gemäß § 52 Abs. 9 FPG wurde festgestellt, dass seine Abschiebung gemäß § 46 FPG in den Iran zulässig ist (Spruchpunkt III). Gemäß § 55 Abs. 1 bis 3 FPG betrug die Frist für die freiwillige Ausreise zwei Wochen ab Rechtskraft der Rückkehrentscheidung (Spruchpunkt IV).

Mit Beschluss vom 5. April 2017, GZ: L525 214940-1/5E, wies das Bundesverwaltungsgericht die gegen diesen Bescheid erhobene Beschwerde als verspätet zurück. Die gegen diesen Beschluss erhobene außerordentliche Revision wurde vom Verwaltungsgerichtshof mit Beschluss vom 20. Juni 2017, Ra 2017/01/0156, zurückgewiesen.

Am 29. August 2017 stellte der Bf neuerlich einen Antrag auf internationalen Schutz.

Mit Bescheid des Bundesamtes für Fremdenwesen und Asyl vom 12. Oktober 2018, GZ: 1088572201 – 171003218, wurde der Antrag des Bf auf internationalen Schutz sowohl hinsichtlich des Status des Asylberechtigten (Spruchpunkt I) als auch hinsichtlich des Status des subsidiär Schutzberechtigten (Spruchpunkt II) abgewiesen. Unter einem wurde dem Bf gemäß § 57 AslyG ein Aufenthaltstitel aus berücksichtigungswürdigen Gründen nicht erteilt (Spruchpunkt III), gemäß § 10 Abs. 1 Z 3 AsylG iVm § 9 BFA-VG gegen den Bf eine Rückkehrentscheidung gemäß § 52 Abs. 2 Z 2 FPG erlassen (Spruchpunkt IV) und gemäß § 52 Abs. 9 FPG festgestellt, dass seine Abschiebung in den Iran gemäß § 46 FPG zulässig ist (Spruchpunkt v). Weiters wurde ausgesprochen, dass gemäß § 55 Abs. 1 bis 3 FPG die Frist für die freiwillige Ausreise 14 Tage ab Rechtskraft der Rückkehrentscheidung beträgt (Spruchpunkt VI).

Gegen diesen Bescheid erhob der Bf am 12. November 2018 Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht. Mit Erkenntnis vom 27. April 2021, GZ: W183 2149440-2/16E, wurde die Beschwerde gegen die Spruchpunkte I und II mit der Maßgabe abgewiesen, dass der Antrag auf internationalen Schutz vom 29. August 2017 hinsichtlich der Zuerkennung des Status des Asylberechtigten und des subsidiär Schutzberechtigten gemäß § 68 Abs. 1 AVG wegen entschiedener Sache zurückgewiesen wird. Die Beschwerde gegen Spruchpunkt III, IV, V und VI wurde gemäß §§ 57 und 10 Abs. 1 Z 3 AsylG iVm § 9 BFA-VG sowie §§ 52 Abs. 2 Z 2 und Abs. 9, 46, 55 Abs. 1 bis 3 FPG abgewiesen. Die Revision wurde gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG für nicht zulässig erklärt.

Mit Beschluss vom 28. Juni 2021, Ra 2021/20/0217-7, wies der Verwaltungsgerichtshof die dagegen erhobene außerordentliche Revision zurück. Dieser Beschluss wurde dem Bf am 21. Juli 2021 zugestellt.

Das mit Verfahrensanordnung vom 30. Juli 2021 aufgetragene Rückkehrberatungsgespräch hat der Bf am 4. August 2021 in Anspruch genommen. Die Frist zur freiwilligen Ausreise bis zum 12. Juli 2021 ließ der Bf ungenutzt verstreichen.

Am 19. Oktober 2021 stellte der Bf beim Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl einen Antrag auf Erteilung eines Aufenthaltstitels in besonders berücksichtigungswürdigen Fällen gemäß § 56 AsylG.

Mit Bescheid des Bundesamtes für Fremdenwesen und Asyl vom 27. Oktober 2022 wurde der Antrag des Bf gemäß § 56 AsylG abgewiesen. Gemäß § 52 FPG wurde eine Rückkehrentscheidung erlassen und die Abschiebung für zulässig erklärt. Gemäß § 55 FPG wurde eine Frist zur freiwilligen Ausreise von 14 Tagen gesetzt. Dieser Bescheid wurde dem Bf über seine Rechtsvertretung am 3. November 2022 zugestellt, die die Erhebung einer Beschwerde ankündigte.

Mit Aufforderung zur Rechtsfertigung zur Rechtfertigung vom 15. November 2021, zugestellt am 19. November 2021, wurde dem Bf die im Spruch des angefochtenen Straferkenntnisses enthaltene Verwaltungsübertretung vorgeworfen, wogegen der Bf eine Rechtfertigung vom 3. Dezember 2021 erstattete.

II.2.2. Der Bf hält sich seit September 2015 in Österreich auf. In dieser Zeit hat der Bf bislang eher geringfügige Deutschkenntnisse erworben.

Der Bf ist als Friseur selbständig erwerbstätig, wobei zu seinem Kundenkreis sowohl iranische als auch türkische sowie österreichische Staatsangehörige zählen, mit denen er in den jeweiligen Sprachen spricht. Auch den eine Patenschaftserklärung abgegebenen S L lernte der Bf über seine Arbeit kennen.

Seinen Tagesablauf verbringt der Bf regelmäßig mit einem morgendlichen Besuch im Fitness-Studio, danach mit der Ausübung seiner Erwerbstätigkeit und sodann mit Treffen von Freunden, mit denen er versucht Deutsch zu lernen. Als einen dieser Freunde nannte der Bf S L, einen katholischen Priester, mit dem er sich einmal bis zweimal in der Woche trifft. Das monatliche Einkommen des Bf beträgt ca. 1.200 bis 1.500 Euro.

Zu den Wochenenden gab der Bf an, den Sonntagsgottesdienst zu besuchen, insbesondere auch jenen von S L. Im Anschluss an die Sonntagsgottesdienste engagiert sich der Bf im Pfarrcafe. Er verrichtete auch anfallende Tätigkeiten, wie z.B. Gartenarbeiten im Pfarrhof.

Der Bf legte eine Patenschaftserklärung gemäß § 2 Abs. 1 Z 26 AsylG vor, wonach Herr Reg.Rat Prof. Mag. KsR P. S L die Haftung aus dem Mitteln seiner Pension in der Höhe von monatlich 3.030,73 Euro erklärt.

Der Pate des Bf verfasste außerdem ein Empfehlungsschreiben, wonach der Bf aus ernsthaften Erwägungen und nicht nur zum Schein oder des eigenen Vorteils wegen zum katholischen Glauben konvertiert sei. Ebenso bestätigte er das Engagement des Bf im Pfarrcafe.

In der Verhandlung vor dem erkennenden Gericht am 18. November 2022 legte der Bf außerdem einen iranischen Reisepass vor, den er inzwischen durch eigenes Zutun erlangt hatte.

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 Hinterlegungsanzeige vom 18. Jänner 2022 und die Beschwerde.

III.1.2. Daraus ergeben sich die Zustellung des Straferkenntnisses am 19. Jänner 2022 und die Einbringung der Beschwerde am 16. Februar 2022.

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 hervor.

III.2.2.Die Feststellungen zu den persönlichen Verhältnissen des Bf ergeben sich aus seiner Aussage vor dem erkennenden Gericht in der öffentlichen mündlichen Verhandlung am 18. November 2022, zu der ein Dolmetscher für die Sprache Farsi beigezogen wurde. Die Deutschkenntnisse des Bf stellten sich dabei als gering dar.

Ungeachtet dessen schilderte der Bf einen geregelten Tagesanlauf in Österreich, der auch eine selbständige Berufstätigkeit umfasst, die ihm ein Einkommen von ca. 1.200 Euro bis 1.500 Euro im Monat verschafft. Dadurch erklärt sich auch, dass der Bf seinen Arbeitstag mit einem morgendlichen Besuch im Fitness-Studio beginnen und auch finanzieren kann.

Darüber hinaus schilderte der Bf auch seine Konversion zum christlichen Glauben, wobei das genaue Zustandekommen bereits im Asylverfahren beurteilt wurde und für das anhängige Strafverfahren dahingestellt bleiben kann. Der Bf schilderte dazu, dass er regelmäßig den Sonntagsgottesdienst besucht und sich danach auch im Pfarrcafe engagiert, sowie für die Pfarre z. B. Gartenarbeiten erledigt.

Diese Aussage steht im Einklang mit dem im Akt befindlichen Empfehlungsschreiben des eine Patenschafterklärung abgebenden katholischen Priesters, sodass die Aussagen des Bf für nachvollziehbar befunden werden können.

Die Feststellungen zur Patenschaftserklärung ergeben sich aus den im Akt befindlichen Dokumenten.

Die Beschaffung eines iranischen Reisepasses ergibt sich aus dem vom Bf vorgelegten Reisedokument.

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 18. Jänner 2022 mit Beginn der Abholfrist am 19. Jänner 2022 durch Hinterlegung rechtswirksam zugestellt wurde. Das Straferkenntnis wurde in der Zeit von 19. Jänner 2022 bis 7. Februar 2022 zur Abholung bereitgehalten. Der Bf hat das Straferkenntnis am 19. Jänner 2022 behoben. Eine erstmalige Kenntnisnahme war daher am 19. Jänner 2022 gegeben.

V.1.2. Auch die 4-wöchige Beschwerdefrist des § 7 Abs. 4 VwGVG hat somit am 19. Jänner 2022 zu laufen begonnen, sodass der letzte Tag der Frist für die Einbringung der Beschwerde gemäß § 17 VwGVG iVm § 32 Abs. 2 AVG der 16. Februar 2022 war.

V.1.3. Die vom 15. Februar 2022 stammende und am 16. Februar 2022 bei der belangten Behörde eingelangte Beschwerde ist daher 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 Bescheide des Bundesamtes für Fremdenwesen und Asyl vom 10. Februar 2017 und vom 12. Oktober 2019, mit dem gleichzeitig eine Rückkehrentscheidung erlassen wurde. Die Beschwerde wurde mit Erkenntnis des

Bundesverwaltungsgerichtes vom 27. April 2021 als unbegründet abgewiesen. Mit Beschluss vom 28. Juni 2021 wies der Verwaltungsgerichtshof die Revision des Bf zurück. Das mit Verfahrensanordnung aufgetragene Rückkehrberatungsgespräch hat der Bf in Anspruch genommen. Dennoch ist der Bf nicht aus Österreich ausgereist.

Er hat stattdessen einen Antrag gemäß § 56 AsylG gestellt, zumal er sich einen positiven Ausgang erhofft hatte. Mit Bescheid des Bundesamtes für Fremdenwesen und Asyl vom 27. Oktober 2022 wurde der Antrag des Bf gemäß § 56 AsylG abgewiesen; die Einbringung einer Beschwerde wurde von der Rechtsvertreterin des Bf angekündigt.

Gemäß § 58 Abs. 13 AsylG begründen Anträge auf Erteilung eines Aufenthaltstitels gemäß §§ 55 bis 57 kein Aufenthalts- oder Bleiberecht. Anträge auf Erteilung eines Aufenthaltstitels gemäß §§ 55 und 57 stehen der Erlassung und Durchführung aufenthaltsbeendender Maßnahmen nicht entgegen. Sie können daher in Verfahren nach dem 7. und 8. Hauptstück des FPG keine aufschiebende Wirkung entfalten.

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. Es sei ihm nicht möglich gewesen, die für eine Ausreise notwendigen Dokumente zu besorgen. Die Lebensumstände im Iran seien schlecht; aufgrund seiner Konversion zum christlichen Glauben fürchte er um sein Leben.

V.2.5. Fest steht, dass der Asylantrag des Bf bereits mit Bescheiden des Bundesamtes für Fremdenwesen und Asyl vom 10. Februar 2017 und vom 12. Oktober 2019 rechtskräftig abgewiesen wurde und auch eine entsprechende Rückkehrentscheidung erlassen wurde. Außerdem hat das Bundesverwaltungsgericht in seinem Erkenntnis vom 27. April 2021 ausgesprochen, dass im Bescheid vom 12. Oktober 2010 mittels Zurückweisung wegen entschiedener Sache vorzugehen war. Schon deshalb wäre der Bf gehalten gewesen, an der Erlangung der erforderlichen Reisedokumente mitzuwirken. Ein Rückkehrberatungsgespräch hat der Bf zwar in Anspruch genommen; zwischenzeitig hat der Bf auch aus eigenem Antrieb einen iranischen Reisepass erlangt. Demnach ist zwar anzunehmen, dass es – zumindest zunächst – nicht im Sinne des Bf war, von den österreichischen Behörden Unterstützung bei der Beschaffung der notwendigen Ausreisezertifikate zu erhalten, um in absehbarer Zeit die Heimreise antreten zu können, er aber durch die Beratung seiner Rechtsvertreterin doch noch dazu bewogen werden konnte.

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 in der Verhandlung vor dem erkennenden Gericht zugestanden.

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

V.2.8. Dem Bf ist es trotz seiner – noch – geringen Deutschkenntnisse gelungen, einen geregelten Alltag und ein Berufsleben aufzubauen, das ihm auch ein Einkommen ermöglicht. Zusätzlich ist der Bf in der Kirche engagiert, was auch von einem sich sehr für den Bf einsetzenden Priester bestätigt wird. Die Integration des Bf in Österreich kann daher einerseits als positiv beurteilt werden.

Das nunmehr in der Beschwerde ins Treffen geführte Privatleben wurde aber andererseits begründet, als sich der Bf seines unsicheren Aufenthaltsrechtes bewusst sein musste. Spätestens bei Abweisung des Asylantrages erster Instanz hätte sich der Bf dieses Umstandes bewusst sein müssen (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 Tatsachenvorbringen 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. 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 dementsprechend 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.

V.2.12. Bei der konkreten Abwägung im Einzelfall sind zunächst die persönlichen Lebensumstände des Bf zu würdigen. Wie bereits ausgeführt, ist es dem Bf trotz seiner – noch – geringen Deutschkenntnisse gelungen, einen geregelten Alltag und ein Berufsleben aufzubauen, das ihm auch ein Einkommen ermöglicht. Zusätzlich ist der Bf in der Kirche engagiert, was auch von einem sich sehr für den Bf einsetzenden Priester bestätigt wird.

Zu berücksichtigen ist auch, dass der Bf von seiner Haltung abgerückt ist, die Erlangung eines Reisedokumentes zu verweigern, hat er doch inzwischen aus eigenem Antrieb einen iranischen Reisepass erlangt. Auch die Rechtwidrigkeit seines Verhaltens wurde ihm wohl inzwischen bewusst, hat er doch in der Verhandlung vor dem erkennenden Gericht in seinem Schlussvortrag vorgebracht, dass er in objektiver Hinsicht zweifellos illegal in Österreich aufhältig sei, weil er nicht ausgereist sei, er ersuche aber, in subjektiver Hinsicht die Strafe herabzusetzen.

V.2.13. Im Ergebnis war die Beschwerde zwar im Hinblick auf den Schuldspruch als unbegründet abzuweisen. Im Hinblick auf die Strafhöhe konnte jedoch – einzelfallbezogen – die Geldstrafe auf 800 Euro und die Ersatzfreiheitsstrafe auf 54 Stunden herabgesetzt werden.

V.2. 14. Die Kosten im Verfahren vor der belangten Behörde reduzieren sich auf 80 Euro, das sind 10% der verhängten Geldstrafe (§ 64 Abs. 1 und Abs. 2 VStG). Im Beschwerdeverfahren vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich fallen gemäß § 52 Abs. 8 VwGVG keine Kosten an.

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