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
DVR: 4011090

Geschäftszeichen: LVwG-700355/4/Sr

Datum: Linz, 18. Dezember 2017

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Mag. Stierschneider über die Beschwerde der O B alias O, mongolische Staatsangehörige, vertreten durch Rechtsanwalt Mag. Dr. H B, x, gegen das Straferkenntnis der Landespolizeidirektion Oberösterreich vom 6. November 2017, GZ: VStV/917301466116/2017, wegen Übertretung nach dem Fremdenpolizeigesetz

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird insoweit stattgegeben, als die Ersatzfreiheitsstrafe mit 11 Tagen und 5 Stunden festgesetzt wird.

Ansonsten wird die Beschwerde mit der Maßgabe abgewiesen, dass im dritten Satz des zweiten Absatzes des Spruchs das Wort „seither“ durch die Wortfolge „seit 18. Dezember 2013“ ersetzt wird und dem dritten Absatz der Satz „Sie setzten von 4. Mai 2017 bis zumindest 9. November 2017 den unrechtmäßigen Aufenthalt fort.“ angefügt wird.

II. Die Beschwerdeführerin hat keinen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens zu leisten.

III. Gegen dieses Erkenntnis ist eine Revision unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

1. Mit Straferkenntnis vom 6. November 2017, GZ: VStV/917301466116/2017, verhängte die Landespolizeidirektion Oberösterreich (im Folgenden: belangte Behörde) über die nunmehrige Beschwerdeführerin (im Folgenden: Bf) eine Verwaltungsstrafe in Höhe von 3.000,-- Euro (Ersatzfreiheitsstrafe: 14 Tage) wegen einer Übertretung des § 120 Abs 1a Fremdenpolizeigesetz – FPG wie folgt:

„Sie halten sich als Fremde (2 Abs 4 Z 1 FPG) wie am 14.09.2017 von Beamten der Fremdenpolizei der Landespolizeidirektion Oberösterreich anlässlich einer Überprüfung festgestellt werden konnte, nicht rechtmäßig im Bundesgebiet auf, da für den rechtmäßigen Aufenthalt eine rechtmäßige Einreise Voraussetzung ist und dürfen während des Aufenthaltes im Bundesgebiet die Befristungen oder Bedingungen des Einreisetitels oder die durch zwischenstaatliche Vereinbarungen, Bundesgesetz oder Verordnung bestimmte Aufenthaltsdauer nicht Überschritten werden. Sie waren auch nicht aufgrund einer Aufenthaltsberechtigung oder einer Dokumentation des Aufenthaltsrechtes nach dem Niederlassung- und Aufenthaltsgesetz zur Niederlassung oder zum Aufenthalt oder auf Grund einer Verordnung für Vertriebene zum Aufenthalt berechtigt. Weder waren Sie Inhaber eines von einem Vertragsstaat ausgesteiften Aufenthaltstitels noch bestand ein Aufenthaltsrecht nach asylrechtlichen Bestimmungen. Sie haben keine Beschäftigungsbewilligung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz mit einer Gültigkeitsdauer bis zu sechs Monaten, keine Entsendebewilligung, keine EU-Entsendebestätigung, keine Anzeigebestätigung gemäß § 3 Abs. 5 AuslBG oder keine Anzeigebestätigung gemäß §18 Abs. 3 AuslBG mit einer Gültigkeitsdauer bis zu sechs Monaten inne und ein rechtmäßiger Aufenthalt ergibt sich auch nicht aus anderen bundesgesetzlichen Vorschriften. Somit liegen keine Voraussetzungen für einen rechtmäßigen Aufenthalt vor.
Ihr Asylverfahren wurde gem. §§ 3, 8 und 10 AsylG mit 04.12.2013 in II. Instanz rechtskräftig negativ entschieden. Somit halten Sie sich seither nicht rechtmäßig im Bundesgebiet auf.
Wegen dieses Sachverhaltes wurden Sie bereits mit Strafverfügung vom 11.03.2016 und mit Straferkenntnis vom 11.04.2017, rechtskräftig mit 18.05.2017, bestraft.

Der Beschuldigte hat dadurch folgende Rechtsvorschriften verletzt: § 120 Abs. 1a Fremdenpolizeigesetz iVm. § 31 Abs. 1 Fremdenpolizeigesetz BGBl. I Nr. 144/2013 idgF.“ [Hervorhebungen nicht übernommen]

Begründend führte die belangte Behörde im Wesentlichen aus, dass die Bf am 18. April 2013 einen Asylantrag in Österreich gestellt habe, der seit 4. Dezember 2013 rechtskräftig negativ entschieden worden sei. Seither halte sich die Bf nicht rechtmäßig im Bundesgebiet auf. Über die Bf seien mit Strafverfügung vom 19. Februar 2016 und mit Straferkenntnis vom 18. Mai 2017 deswegen bereits jeweils rechtskräftige Geldstrafen verhängt worden.
Der Aufforderung zur Rechtfertigung im vorliegenden Verfahren sei die Bf nicht nachgekommen.

Persönliche Interessen in Hinblick auf Art 8 EMRK seien nicht festgestellt und von der Bf auch nicht behauptet worden.
Das Verhalten der Bf sei als vorsätzlich zu beurteilen, da sie die Asylbehörde bezüglich der wahren Identität belogen und somit die Beschaffung eines Heimreisedokumentes verhindert habe. Die Bf habe über ein mongolisches Reisedokument verfügt und dies der zuständigen Behörde vorenthalten. Obwohl die Bf jederzeit damit ausreisen hätte können habe sie sich bewusst und vorsätzlich nicht rechtmäßig in Österreich aufgehalten.

2. Gegen dieses Straferkenntnis richtet sich die rechtzeitige Beschwerde der rechtsfreundlich vertretenen Bf, in der diese u.a. die Anberaumung einer mündlichen Verhandlung, die ersatzlose Aufhebung des Straferkenntnisses, in eventu die angemessene Herabsetzung der Geldstrafe, in eventu die Aufhebung des Straferkenntnisses beantragte.

Begründend führte die Bf wie folgt aus:

„Ich wurde bereits mit Straferkenntnis der Landespolizeidirektion OÖ vom 11.4.2017, GZ. VStV/917300087193/2017, wegen nicht rechtmäßigen Aufenthalts im Bundesgebiet bestraft. Die entsprechende Strafe zahle ich derzeit in Raten zurück. Ich habe Österreich seit Rechtskraft dieses Straferkenntnisses nicht mehr verlassen, überhaupt habe ich Österreich seit meiner Einreise im Jahr 2013 nicht mehr verlassen. Es ist zwar richtig, dass ich mich nach Abschluss meines Asylverfahrens nicht rechtmäßig in Österreich aufhalte, doch handelt es sich dabei um ein Dauerdelikt und kann ich nicht wegen ein und desselben Sachverhalts mehrfach bestraft werden. Das angefochtene Straferkenntnis ist daher grundrechtswidrig und verstößt gegen Art. 50 der Grundrechte-Charta und Art. 4 des 7. Zusatzprotokolls zur EMRK (Doppelbestrafungsverbot).

Ich ersuche weiter zu berücksichtigen, dass ich durch meine rechtsfreundliche Vertretung, Frau RA Mag. S, beim Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl einen Antrag auf Erteilung einer Aufenthaltsberechtigung eingebracht habe. Über diesen Antrag ist bislang nicht entschieden. Wenn aber der Gesetzgeber die Möglichkeit vorsieht, eine Aufenthaltsberechtigung zu erlangen, muss es auch möglich sein, den Ausgang dieses Verfahrens in Österreich abzuwarten, würde ich Österreich während des laufenden Verfahrens zur Erteilung der Aufenthaltsberechtigung verlassen, würde die Grundlage für die Erteilung des beantragten Aufenthaltstitels wegfallen und somit mein Antrag negativ entschieden werden. Es liegt sohin ein entschuldigender Notstand vor, sodass auch aus diesem Grund ersucht wird, das Strafverfahren einzustellen. Jedenfalls aber ersuche ich zu berücksichtigen, dass ich derzeit über keinerlei Einkommen verfüge, sodass eine Geldstrafe im Ausmaß von € 3.300,00 auch unangemessen hoch ist.

Weiteres Vorbringen im Zuge des Beschwerdeverfahrens behalte ich mir ausdrücklich vor.“ [Hervorhebungen nicht übernommen]

3.1. Mit Schreiben vom 30. November 2017 legte die belangte Behörde dem Landesverwaltungsgericht OÖ die Beschwerde samt dem bezughabenden

Verwaltungsakt zur Entscheidung vor. Eine Beschwerdevorentscheidung wurde nicht erlassen.

Das Landesverwaltungsgericht OÖ hat Beweis erhoben durch die Einsichtnahme in den vorgelegten Verwaltungsakt, die Beschwerde und einen aktuellen Auszug aus dem Fremdenregister.

Da sich aus dem Fremdenregister kein Hinweis auf ein anhängiges Verfahren beim Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl fand, wurde die belangte Behörde um Auskunft ersucht. Diese teilte am 18. Dezember 2017 mit, dass kein Verfahren zur Erlangung eines Aufenthaltstitels beim Bundesamt anhängig ist. Die in der Beschwerdeschrift bezeichnete Rechtsanwältin gab bekannt, keinen derartigen Antrag eingebracht zu haben.

3.2. Nachdem der entscheidungswesentliche Sachverhalt hinreichend geklärt war und im Verfahren lediglich eine Rechtsfrage aufgeworfen war, zu deren Lösung auch im Sinne der Judikatur des EGMR eine mündliche Verhandlung nicht geboten ist, konnte von der Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung abgesehen werden. Zudem wurde der ursprüngliche diesbezügliche Parteienantrag am 15. Dezember 2017 zurückgezogen.

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

Am 18. April 2013 stellte die Bf einen Asylantrag in Österreich, der am 4. Dezember 2013 rechtskräftig negativ entschieden wurde. Gleichzeitig wurde die Ausweisung verfügt. Seither hält sich die Bf nicht rechtmäßig im Bundesgebiet auf. Mit Strafverfügung vom 19. Februar 2016 und mit Straferkenntnis vom 18. Mai 2017 wurde die Bf rechtskräftig wegen nicht rechtmäßigem Aufenthalt in Österreich bestraft.

Die Bf befindet sich seit ihrem Asylverfahren durchgehend in Österreich und hat selbst keine Initiative ergriffen, das Bundesgebiet zu verlassen. Im Asylverfahren machte die Bf falsche Angaben zu ihrer Identität um so die Erlangung eines Heimreisezertifikates hintanzuhalten. Nach Abschluss des Verfahrens legte die Bf ihren Reisepass vor und gestand ein, im Verfahren unter falschem Namen aufgetreten zu sein.

Ein Verfahren zur Erlangung eines Aufenthaltstitels ist beim Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl nicht anhängig.

Die verheiratete Bf hat in Österreich keine Familie, jedoch in ihrem Herkunftsland. Sie verfügt derzeit über kein Einkommen. Die Ausführungen der belangten Behörde, wonach die Bf keine Schulden und keine Sorgepflichten habe, wurde nicht widersprochen.

II. Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich aus dem vorgelegten Verwaltungsakt den Ausführungen der Bf und der Einsichtnahme ins Fremdenregister. Der festgestellte Sachverhalt ist im Wesentlichen unstrittig. Dass kein Verfahren beim Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl zur Erlangung eines Aufenthaltstitels anhängig ist, ergibt sich eindeutig aus dem Fremdenregister und der Darstellung der belangten Behörde. Bestätigung findet sich auch darin, dass die rechtsfreundliche Vertretung, die im Asylverfahren eingeschritten ist, keinen derartigen Antrag gestellt hat.

III. In rechtlicher Hinsicht ist Folgendes auszuführen:

1.1. Gemäß § 31 Abs 1 Fremdenpolizeigesetz – FPG, BGBl I Nr 100/2005 in der zum ggst Tatzeitraum geltenden Fassung BGBl I Nr 68/2013, halten sich Fremde rechtmäßig im Bundesgebiet auf,
1. wenn sie rechtmäßig eingereist sind und während des Aufenthalts im Bundesgebiet die Befristungen oder Bedingungen des Einreisetitels oder des visumfreien Aufenthaltes oder die durch zwischenstaatliche Vereinbarungen, Bundesgesetz oder Verordnung bestimmte Aufenthaltsdauer nicht überschritten haben;
2. wenn sie auf Grund einer Aufenthaltsberechtigung oder einer Dokumentation des 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;
(Anm.: Z 5 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 122/2009)
6. wenn sie eine Beschäftigungsbewilligung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz mit einer Gültigkeitsdauer bis zu sechs Monaten, eine Entsendebewilligung, eine EU-Entsendebestätigung, eine Anzeigebestätigung gemäß § 3 Abs. 5 AuslBG oder eine Anzeigebestätigung gemäß § 18 Abs. 3 AuslBG mit einer Gültigkeitsdauer bis zu sechs Monaten, innehaben oder
7. soweit sich dies aus anderen bundesgesetzlichen Vorschriften ergibt.

1.2. Gemäß § 120 Abs 1a FPG begeht, wer als Fremder sich nicht rechtmäßig im Bundesgebiet aufhält, eine Verwaltungsübertretung und ist mit Geldstrafe von 500 Euro bis zu 2 500 Euro, im Fall ihrer Uneinbringlichkeit mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Wochen, zu bestrafen. Wer wegen einer solchen Tat bereits einmal rechtskräftig bestraft wurde, ist mit Geldstrafe von 2 500 Euro bis zu 7 500 Euro oder mit Freiheitsstrafe bis zu vier 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 Beförderungsunternehmers möglich ist. Die Verwaltungsübertretung gemäß erster Satz kann durch Organstrafverfügung gemäß § 50 VStG in der Höhe von 500 Euro geahndet werden.

Gemäß § 120 Abs 5 Z 5 FPG liegt eine Verwaltungsübertretung gemäß Abs 1a während der Frist für die freiwillige Ausreise gemäß § 55 nicht vor.

2.1. Unbestritten reiste die Bf nach Österreich ein und stellte einen Asylantrag. Dieser wurde rechtskräftig mit 4. Dezember 2013 negativ entschieden. Die Bf hält sich seither durchgehend in Österreich auf, ohne über einen Aufenthaltstitel nach dem Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz oder einen von einem Vertragsstaat ausgestellten Aufenthaltstitel zu verfügen, ohne eine Beschäftigungsbewilligung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz innezuhaben und auch ohne Bezug auf eine andere bundesgesetzliche Vorschrift. Der Bf hält sich somit nicht rechtmäßig in Österreich auf.

Die belangte Behörde warf der Bf im Spruch des angefochtenen Straferkenntnisses vor, seit Rechtskraft der negativen asylrechtlichen Entscheidung rechtswidrig in Österreich aufhältig zu sein. Mit der asylrechtlichen Entscheidung wurde eine Ausweisung gemäß § 10 AsylG 2005 erlassen. Zum damaligen Zeitpunkt war das Asylgesetz BGBl. I Nr. 100/2005 in der Fassung BGBl. I Nr. 38/2011 in Geltung, dessen § 10 Abs 7 für den Fall, dass eine Ausweisung durchsetzbar wird, regelte, dass diese als durchsetzbare Rückkehrentscheidung nach dem Fremdenpolizeigesetz 2005 (FPG), BGBl. I Nr. 100 gilt und der Fremde binnen einer Frist von 14 Tagen freiwillig auszureisen hat. Eine Frist für die freiwillige Ausreise besteht nicht, wenn gegen den Fremden ein Rückkehrverbot erlassen wurde und für die Fälle einer zurückweisenden Entscheidung gemäß § 5 AsylG 2005 oder § 68 AVG sowie wenn eine Entscheidung auf Grund eines Verfahrens gemäß § 38 durchführbar wird; in diesen Fällen hat der Fremde unverzüglich auszureisen.

Auch aus § 55 Abs 2 FPG ergibt sich eine Frist zur freiwilligen Ausreise von 14 Tagen und § 120 Abs 5 Z 5 FPG regelt, dass der Aufenthalt eines Fremden während dieser Frist keine Verwaltungsübertretung bildet. Dass ein Fall vorliegt, in dem diese Frist zur freiwilligen Ausreise nicht bestanden hat, ist aus dem Akt nicht ersichtlich.

Zumal der Bf nach Rechtskraft der asylrechtlichen Entscheidung noch 14 Tage zur freiwilligen Ausreise zur Verfügung standen, in denen sein Aufenthalt gemäß § 120 Abs 5 Z 5 FPG keine Verwaltungsübertretung bildete, war der Spruch entsprechend zu korrigieren (vgl VwGH 18.4.2013, 2013/21/0001).

Das vorgeworfene Delikt ist ein Dauerdelikt in Form eines Unterlassungsdelikts. Bei einem Dauerdelikt beginnt das Unrecht der Tat mit der Vornahme der Handlung und endet erst mit deren Aufhören. Daher steht einer Bestrafung für einen bestimmten Zeitraum nicht entgegen, dass der Beschuldigte bereits für einen anderen Zeitraum, in dem der gesetzwidrige Zustand aufrecht erhalten wurde, bestraft worden war (vgl VwGH 14.5.2014, 2012/06/0226 uHa VwGH 26.6.2009, 2008/02/0001). Die Bf wurde bereits zweimal wegen seines unrechtmäßigen Aufenthalts während unterschiedlicher Zeiträume rechtskräftig bestraft, letztmalig mit Straferkenntnis vom 11. April 2017, rechtskräftig seit 18. Mai 2017. Erschließbar wurde dabei auf einen Tatzeitraum bis einschließlich 3. Mai 2017 abgestellt. Eine neuerliche Bestrafung wegen eines unrechtmäßigen Aufenthalts, der in diese Zeiträume eingreift, würde eine Doppelbestrafung darstellen (vgl VwGH 24.3.2011, 2009/07/0153), weshalb der Spruch des angefochtenen Straferkenntnisses insofern einzuschränken war, als der Bf nunmehr bloß die Aufrechterhaltung des rechtswidrigen Aufenthalts seit 4. Mai 2017 vorgeworfen wird.

2.2. Zur Erfüllung des objektiven Tatbestands des § 120 Abs 1a FPG ist entsprechend der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs (vgl VwGH 20.2.2014, 2013/21/0169 uHa VwGH 18.4.2013, 2011/21/0249) die hypothetische Zulässigkeit einer Ausweisung unter den Gesichtspunkten des Art 8 EMRK zu prüfen. Denn wären auch Fremde, die derart intensive private (und familiäre) Bindungen in Österreich haben, dass ihr Interesse an deren Aufrechterhaltung die entgegenstehenden öffentlichen Interessen an einer Ausweisung überwiegt, von der Strafdrohung des § 120 Abs 1a FPG erfasst, so läge darin ein dem Gesetzgeber nicht zusinnbarer Wertungswiderspruch. Es müsse daher das Vorliegen eines gesetzlichen Strafausschließungsgrundes nach § 6 VStG angenommen werden, wenn einer Ausweisung des Fremden eine zu seinen Gunsten ausfallende Interessenabwägung im Sinn des Art 8 EMRK im Weg steht.

Die Bf hat weder in ihrer Beschwerde noch im Verfahren vor der belangten Behörde ein Vorbringen erstattet, das auf eine intensive Bindung zu Österreich in privater oder familiärer Hinsicht schließen lässt. Jedenfalls vermag ihr insgesamt relativ kurzer Aufenthalt in Österreich eine Integration iSd zitierten Judikatur nicht zu begründen. Darüber hinaus wirkt sich das Verhalten der Bf in Österreich integrationsschädigend aus. Die Bf hat sich im Asylverfahren einer falschen Identität bedient und in der Folge durch die Verwendung dieser die Ausstellung eines Heimreisezertifikates unmöglich gemacht.

Es ist sohin – mit der Maßgabe der Einschränkung des Tatzeitraums – von der Erfüllung des objektiven Tatbestands der vorgeworfenen Verwaltungsübertretung auszugehen, die die Bf im Übrigen auch nicht bestritt.

3. Die Bf versuchte jedoch, sich auf subjektiver Ebene zu verteidigen.

Gemäß § 5 Abs 1 VStG genügt zur Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten, wenn eine Verwaltungsvorschrift über das Verschulden nicht anderes bestimmt. 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.

§ 5 Abs 1 S 2 VStG ordnet der Sache nach an, dass bei fahrlässigen Ungehorsamsdelikten der Verstoß gegen den entsprechenden verwaltungs-strafrechtlichen Rechtsbefehl grundsätzlich Fahrlässigkeit indiziert; der Täter muss diesfalls glaubhaft machen, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungs-vorschrift „kein Verschulden trifft“ (*Lewisch* in *Lewisch/Fister/Weilguni*, VStG § 5 Rz 5).

Bei der Bestimmung des § 120 Abs 1a FPG handelt es sich um ein sogenanntes Ungehorsamsdelikt im Sinne des § 5 Abs 1 zweiter Satz VStG.

Zur Entkräftung der gesetzlichen Vermutung ihres fahrlässigen Handelns hätte die Bf im Sinne der stRsp des Verwaltungsgerichtshofs initiativ alles darzulegen gehabt, was für seine Entlastung spricht.

In der Beschwerdeschrift hat sich die Bf im Wesentlichen darauf beschränkt, dass eine Bestrafung gegen das Doppelbestrafungsverbot verstoße und ihr auf Grund des anhängigen Verfahrens beim Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl (Ausstellung eines Aufenthaltstitels) die Möglichkeit eingeräumt werden müsse, das Verfahren in Österreich abzuwarten.

Soweit das Vorbringen die Rechtsfrage „Doppelbestrafung“ betrifft, darf auf die obigen Ausführungen verwiesen werden.

Mangels eines anhängigen Verfahrens beim Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl bedarf es keiner weitergehenden Ausführungen zur Verantwortung „entschuldigender Notstand“. Mangels eines solchen kann es in der vorliegenden Fallkonstellation auch zu keiner Kollision von Pflichten und Rechten, wie sie der Verwaltungsgerichtshof in ständiger Rechtsprechung für eine Heranziehbarkeit des § 6 VStG (Notstand) fordert, kommen. Somit liegt nicht einmal ansatzweise ein Schuldausschließungsgrund vor, sodass die Strafbarkeit des Fremden objektiv besehen gegeben ist.

Da die Bf im Besitz eines gültigen Reisedokumentes ist und jedenfalls auch seit Abschluss des Asylverfahren war, hätte sie jederzeit das Bundesgebiet verlassen und die Heimreise antreten können.

Die Bf hätte jedenfalls nach objektiven Maßstäben erkennen müssen, dass sie zur Beendigung des rechtswidrigen Zustandes und insbesondere zur initiativen Mitwirkung verpflichtet gewesen wäre. Sie hat aber im Gegenteil alles unternommen, um die Herstellung des rechtmäßigen Zustandes zu verhindern. Indem sie sich einer falschen Identität bedient hat, ließ sie die behördlichen Aktivitäten ins Leere laufen.

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

4.1. Gemäß § 19 Abs 1 VStG iVm § 38 VwGVG ist Grundlage für die Bemessung der Strafe die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsguts und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat.

Gemäß § 19 Abs 2 VStG iVm § 38 VwGVG sind im ordentlichen Verfahren überdies die nach dem Zweck der Strafdrohung in Betracht kommenden Erschwerungs- und Milderungsgründe, soweit sie nicht schon die Strafdrohung bestimmen, gegeneinander abzuwägen. Auf das Ausmaß des Verschuldens ist besonders Bedacht zu nehmen. Unter Berücksichtigung der Eigenart des Verwaltungsstrafrechts sind die §§ 32 bis 35 StGB sinngemäß anzuwenden. Die Einkommens-, Vermögens- und Familienverhältnisse des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen.

4.2. Zur Bemessung der Strafhöhe ist anzumerken, dass die Bf bereits zweimal rechtskräftig wegen Übertretungen gemäß § 120 Abs 1a FPG bestraft wurde. Wer wegen einer solchen Tat bereits einmal rechtskräftig bestraft wurde, ist gemäß § 120 Abs 1a FPG mit Geldstrafe von 2.500,-- Euro bis zu 7.500,-- Euro oder mit (primärer) Freiheitsstrafe bis zu vier Wochen zu bestrafen.

Gemäß § 16 Abs 2 VStG darf die Ersatzfreiheitsstrafe das Höchstmaß der für die Verwaltungsübertretung angedrohten Freiheitsstrafe (...) nicht übersteigen.

Die belangte Behörde hat die für den Wiederholungsfall normierte Mindestgeldstrafe festgesetzt, wobei im ggst. Fall dem Straferschwerungsgrund der Tatwiederholung kein Milderungsgrund gegenübersteht, weshalb die außerordentliche Strafmilderung gemäß § 20 VStG nicht zur Anwendung kommen kann.

Die Ersatzfreiheitsstrafe hat die belangte Behörde mit 14 Tagen bemessen. Gemäß § 16 Abs 2 VStG iVm § 120 Abs 1a FPG kann im vorliegenden Fall eine Ersatzfreiheitsstrafe bis zu höchstens 4 Wochen festgesetzt werden. Die von der belangten Behörde festgesetzte Ersatzfreiheitsstrafe beträgt 50% der möglichen Höchststrafe, wobei die verhängte Geldstrafe jedoch etwas mehr als ein Drittel der möglichen Höchststrafe für Wiederholungsfälle beträgt.

Wie der Verwaltungsgerichtshof in seinem Erkenntnis vom 6. September 2016, Ra 2016/09/0056, ausgeführt hat, ist jedenfalls dann, wenn zwischen der Höhe der verhängten Geldstrafe und der verhängten Ersatzfreiheitsstrafe ein erheblicher, nach dem Verhältnis zur Höchststrafe zu bemessender Unterschied besteht, dafür eine Begründung erforderlich. Ein besonderer Grund für die im Vergleich zur Geldstrafe erhöhte Ersatzfreiheitsstrafe ist jedoch weder der Begründung des Straferkenntnisses zu entnehmen, noch ergibt sich ein solcher aus dem vorgelegten Verwaltungsakt. Die Ersatzfreiheitsstrafe war daher zu verringern, um ein der Geldstrafe angemessenes Verhältnis herzustellen.

IV. Im Ergebnis war daher spruchgemäß zu entscheiden. Zumal die Ersatzfreiheitsstrafe zu reduzieren war, waren der Bf die Kosten des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens nicht aufzuerlegen (§ 52 Abs 8 VwGVG).

V. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da die gegenständliche Entscheidung zur Gänze der im Entscheidungstext zitierten einheitlichen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs entspricht (etwa VwGH 18.4.2013, 2013/21/0001; VwGH 6.9.2016, Ra 2016/09/0056). Es liegt somit keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung vor.

R e c h t s m i t t e l b e l e h r u n g

Gegen dieses Erkenntnis 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.

H i n w e i s

Anträge auf Bewilligung der Verfahrenshilfe zur Abfassung und Einbringung einer außerordentlichen Revision sind unmittelbar beim Verwaltungsgerichtshof einzubringen.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Mag. Stierschneider