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-700211/3/MB/JB

Datum:
Linz, 1. Juni 2018

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Dr. Markus Brandstetter über die Beschwerde des S G, geb. x, P 2/3, P gegen das Straferkenntnis des Landespolizeidirektors von Oberösterreich vom 23.11.2016, GZ. VStV/916301668603/2016,

zu Recht:

I. Der Beschwerde ist stattzugeben und das Straferkenntnis der belangten Behörde zu beheben.

II. Der Beschwerdeführer hat keinen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens zu leisten.

III. Gegen dieses Erkenntnis ist eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I.

1. Mit Straferkenntnis des Landespolizeidirektors von Oberösterreich vom 23. November 2016, GZ: VStV/916301668603/2016, wurde über den Beschwerdeführer (in der Folge: Bf) gemäß § 120 Abs. 1a des Fremdenpolizeigesetzes (FPG) eine Geldstrafe in der Höhe von 500 Euro sowie im Falle der Uneinbringlichkeit eine Ersatzfreiheitsstrafe von 3 Tagen verhängt.

Die belangte Behörde sprach darüber im Spruch wie folgt ab:
„Sie sind als Fremder (§ 2 Abs. 4 Z 1 FPG) wie am 04.112016 in 4020 Linz, Nietzschestraße 33, Fremdenpolizei festgestellt werden konnte, nach der Erlassung einer Rückkehrentscheidung nach Eintritt der Durchsetzbarkeit nicht rechtzeitig aus dem Bundesgebiet ausgereist und haben sich am 04.11.2016 noch unerlaubt im Bundesgebiet aufgehalten, obwohl die Frist zur freiwilligen Ausreise (§.55 FPG) bereits verstrich war.
Im Zuge Ihres Asylverfahrens wurde gegen Sie § 52 FPG eine Rückkehrentscheidung erlassen, die mit 16.1.2015 rechtskräftig wurde.
Sie hätten daher spätestens am 31.1.2016 Österreich verlassen müssen.

Der Beschuldigte hat dadurch folgende Rechtsvorschrift(en) verletzt:
§ 120 Abs. 1a FPG BGBl. I Nr. 144/2013 idgF. i.V.m. § 52 Abs. 8 Fremdenpolizeigesetz BGBl. I Nr.: 144/2013 idgF.

Wegen dieser Verwaltungsübertretung(en) wird (werden) über Sie folgende Strafe(n) verhängt:

Geldstrafe von	falls diese uneinbringlich ist, Ersatzfreiheitsstrafe von	Freiheitsstrafe von	Gemäß
€ 500,00	3 Tage(n) 0 Stunde(n) 0 Minute(n)		§ 120 Abs. 1a Fremdenpolizeigesetz BGBl. Nr. 144/2013 idgF.

Weitere Verfügungen (zB Verfallsausspruch, Anrechnung von Vorhaft):

Vorhaft:

Ferner hat der Beschuldigte gemäß § 64 des Verwaltungsstrafgesetzes 1991 - VStG zu zahlen:
€ 50,00 als Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens, das sind 10% der Strafe, jedoch mindestens 10 Euro für jedes Delikt (je ein Tag Freiheitsstrafe wird gleich € 100,00 angerechnet).

€ als Ersatz der Barauslagen für

Der zu zahlende Gesamtbetrag (Strafe/Kosten/Barauslagen) beträgt daher

€550,00“

Begründet wurde dies wie folgt:
„Der Tatbestand der Ihnen zur Last gelegten Verwaltungsübertretung ist durch die eigene dienstliche Wahrnehmung eines Beamten der Landespolizeidirektion Oberösterreich, sowie aufgrund des behördlich durchgeführten Ermittlungsverfahrens zweifelsfrei erwiesen.

Es steht daher fest, dass Sie die im Spruch angeführte Verwaltungsübertretung begangen haben.

Gegen die Strafverfügung vom 04.11.2016 brachten Sie fristgerecht einen Einspruch ein. In diesem Einspruch geben sie an, dass das Verfahren noch nicht beendet ist, zumindest haben sie noch keine Antwort vom BFA erhalten.

Gemäß § 120 Abs. 1a des Fremdenpolizeigesetzes 2005 - FPG, BGBl. I Nr. 100/2005, in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 50/2012, begeht 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 sich als Fremder nicht rechtmäßig im Bundesgebiet aufhält. 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 Aufenthaltsortes; bei Betretung in einem öffentlichen Beförderungsmittel die nächstgelegene Ausstiegsstelle, an der das Verlassen des öffentlichen Beförderungsmittels gemäß dem Fahrplan des Beförderungsunternehmers möglich ist.
Gemäß § 31 Abs. 1 FPG 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 die durch zwischenstaatliche Vereinbarungen, Bundesgesetz oder Verordnung bestimmte Aufenthaltsdauer nicht überschritten haben;
2. wenn sie aufgrund einer Aufenthaltsberechtigung oder einer Dokumentation des Aufenthaltsrechtes nach dem Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz zur Niederlassung oder zum Aufenthalt oder aufgrund einer Verordnung für Vertriebene zum Aufenthalt berechtigt sind;
3. wenn sie Inhaber eines von einem Vertragsstaat ausgestellten Aufenthaltstitels sind, sofern sie während ihres Aufenthaltes im Bundesgebiet keiner unerlaubten Erwerbstätigkeit nachgehen;
4. solange ihnen ein Aufenthaltsrecht nach asylrechtlichen Bestimmungen zukommt;
5. aufgehoben
6. wenn sie eine Beschäftigungsbewilligung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz mit einer Gültigkeit 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.

Unzweifelhaft steht fest, dass Sie Fremder im Sinne des Fremdengesetzes sind, da Sie nicht die österreichische Staatsbürgerschaft besitzen. Für die Behörde besteht kein Zweifel, dass Sie sich seit Erlassung einer Rückkehrentscheidung am 16.1.2015 - inklusive einer Frist von 14 Tagen zur freiwilligen Ausreise - seit 31.1.2015 nicht rechtmäßig im Bundesgebiet der Republik Österreich aufgehalten haben. Es ist unbestritten, dass Sie nicht im Besitz einer Berechtigung im Sinn des § 31 FPG gewesen sind. Der illegale Aufenthalt stellt eine Verwaltungsübertretung im Sinne des § 120 Abs. 1a iVm § 31 Abs. 1 FPG dar, für die Sie sich zu verantworten haben. Aufgrund der Aktenlage geht die Behörde davon

aus, dass Sie die angelastete Verwaltungsübertretung in der Schuldform der Fahrlässigkeit begangen haben.

Das FPG enthält keine 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 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.

Zunächst ist festzustellen, dass die Rückkehrentscheidung des BFA nach Prüfung durch das Bundesverwaltungsgericht, der die Fluchtgründe materiell erörterte, mit 16.1.2015 bestätigt wurde, woraus für Sie eine Ausreiseverpflichtung entstand. Des darauf folgenden illegalen Aufenthalts mussten Sie Sich also klar bewusst gewesen sein.

Das Entscheidung - über Monate hinweg ignorierend -, da ja die Ausreiseverpflichtung explizit anführt wurde, verharrten Sie somit im Bundesgebiet und haben alleine dadurch schon fahrlässig gehandelt, zumal eine mit der Rechts- und Werteordnung vertraute Person hier schon ohne weiteres die tatsächliche rechtliche Lage erfasst und sich dementsprechend verhalten haben würde.

Sie haben offenbar lediglich darauf vertraut nicht abgeschoben werden zu können, ohne die rechtlichen Gegebenheiten anzuerkennen.

Es ist somit vom Vorliegen auch der subjektiven Tatseite in Form fahrlässigen Verhaltens auszugehen.

Von unbedeutenden Folgen der Tat zu sprechen wäre nicht nachvollziehbar, da Sie die Bedeutung und den Schutzzweck fremdenpolizeilicher Normen zu missverstehen scheinen, zumal es sich bei Folgen einer Tat nicht nur um materielle, sondern vielfach auch um immaterielle handelt, denen keinesfalls eine untergeordnete Rolle zugemessen werden kann. Der Stellenwert der Einhaltung fremdenpolizeilicher Normen ist nicht nur gesetzlich, gesellschaftlich und höchstgerichtlich abgesichert, sondern sollte auch Ihnen verstärkt zugänglich werden. Von einem geringfügigen Verschulden kann also nicht ausgegangen werden.

Für die erkennende Behörde steht fest, dass Sie sich tatsächlich im angeführten Zeitraum unrechtmäßig im Bundesgebiet von Österreich aufgehalten haben und somit gegen die angeführten Bestimmungen des Fremdenpolizeigesetzes verstoßen haben, weshalb nun spruchgemäß zu entscheiden war.

Wie der Verwaltungsgerichtshof in mehreren Erkenntnissen ausgesprochen hat, besteht ein hohes Interesse der Allgemeinheit an der Einhaltung der die Einreise und den Aufenthalt von Fremden regelnden Vorschriften an der Einhaltung der die Einreise und den Aufenthalt von Fremden regelnden Vorschriften durch die Normadressaten im Hinblick auf den Schutz der öffentlichen Ordnung.

Gemäß § 19 Abs. 1 VStG ist Grundlage für die Bemessung der Strafe stets das Ausmaß der mit der Tat verbundenen Schädigung oder Gefährdung derjenigen Interessen, deren Schutz die Strafdrohung dient und der Umstand, inwieweit die Tat sonst nachteilige Folgen nach sich gezogen hat. Im ordentlichen Verfahren sind 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. Die Einkommens- und Vermögensverhältnisse und allfällige Sorgepflichten des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen. Insbesondere unter Berücksichtigung der Gefährdung derjenigen Interessen, deren Schutz die Strafdrohung dient, ist die verhängte Strafe als angemessen zu bezeichnen. Ein geordnetes Fremdenwesen ist für Österreich von eminentem Interesse. Dies umso mehr in einer Zeit, in der ein anhaltend hoher Migrations- und Zuwanderungsdruck zu verzeichnen ist. Den für die Einreise und den Aufenthalt von Fremden getroffenen Regelungen und deren Befolgung durch die Normadressaten kommt aus der Sicht des Schutzes und der Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung ein sehr hoher Stellenwert zu.

Zur Strafhöhe ist außerdem zu bemerken, dass die Höchststrafe für Übertretungen nach § 120 Abs. 1a FPG 2.500 Euro beträgt, die verhängte Geldstrafe von 500 Euro ist die vom Gesetz vorgesehene Mindeststrafe. Somit wurde der Strafrahmen mit nur 20 % ausgeschöpft. Die verhängte Strafe erscheint schuld- und tatangemessen. Im Hinblick auf die Tatumstände und dass nunmehr ein legaler Aufenthalt vorliegt, kann mit der Verhängung der gesetzlichen Mindeststrafe von 500 Euro das Auslangen gefunden werden. Von der Anwendung des § 45 VStG war Abstand zu nehmen, weil im konkreten Fall das tatbildmäßige Verhalten nicht erheblich hinter dem in der betreffenden Strafdrohung typisierten Unrechts- und Schuldgehalt zurückgeblieben ist.
Der Milderungsgrund der verwaltungsrechtlichen Unbescholtenheit kam Ihnen nicht zugute.
Bei der Strafbemessung wurde davon ausgegangen, dass Sie kein hierfür relevantes Vermögen besitzen, nicht sorgepflichtig sind und kein Einkommen beziehen.
Die Kostenentscheidung ist gesetzlich begründet.

Bei Vorliegen besonders triftiger Gründe können Sie bei der hs. Behörde um Ratenzahlung ansuchen.“
[Hervorhebungen nicht übernommen]

2. Dagegen erhob der Bf rechtzeitig das Rechtsmittel der Beschwerde und führte darin wie folgt aus:

„Gegen oben bezeichnetes Straferkenntnis der LPD OÖ erhebe Ich binnen offener Frist

Beschwerde

und stelle die

Anträge
das erkennende Gericht möge

1. meiner Beschwerde stattzugeben, zumal ich die mir vorgeworfene Verwaltungsübertretung nicht begangen habe, und das Straferkenntnis außer Kraft zu setzen
2. in eventu das Verwaltungsstrafverfahren einstellen
3. in eventu von einer Strafverhängung abzusehen bzw. neuerlich über die Höhe der Strafe entscheiden, und auf Grund meiner Einkommensverhältnissen geringer ausfallen lassen
4. Mir einen Verteidiger beigeben, zumal ich weder Sprach- noch Rechtkundig bin, und mir dadurch in diesem Verfahren einen unverhältnismäßigen Nachteil trifft sowie
5. Eine mündliche Verhandlung durchführen

Meine Beschwerde begründe ich wie folgt:

1.
Mit Strafverfügung vom 4.11.2016 zu Zahl VStV/916301668603/2016 wurde eine Geldstrafe in der Höhe von EUR 500.- verhängt und damit begründet, dass ich mich mangels Aufenthaltsrecht unrechtmäßig im Bundesgebiet aufhalten würde, nach dem ich nach der Erlassung einer Rückkehrentscheidung am 16.01.2015 nicht rechtzeitig ausgereist bin und dadurch § 120 Abs. 1a FPG i.V.m § 52 Abs. 8 FPG verletzt hätte.

2.
Gegen diese Strafverfügung erhob ich Einspruch, und begründete die damit, dass ich bis Dato keine rechtskräftige Rückkehrentscheidung bekommen habe. Meine Einspruchsbegründung blieb ohne Berücksichtigung durch die LPD. Am 30.11.2016 wurde das Straferkenntnis zugestellt.

3.
In ihrer Begründung führt die LPD aus, dass der Tatbestand der mir zur Last gelegte Verwaltungsübertretung durch die Wahrnehmung eines Beamtens sowie auf Grund des Ermittlungsverfahrens zweifelsfrei erwiesen ist.

Dem halte ich entgegen, dass ich ich nicht nachvollziehen kann, auf welche Rückkehrentscheidung die LPD sich bezieht, die mir angeblich im Jänner 2015 erteilt wurde.

Mein Asylverfahren wurde im Jahr 2014 beendet. Im April 2014 erging die Entscheidung des BVwG zu den Asylanträgen meiner Familie. Im Spruchpunkt Iii wies das BVwG das Verfahren zur Prüfung der Zulässigkeit einer Rückkehrentscheidung an das BFA zurück. Im November 2015 erhielt ich eine Ladung zum BFA für den 2.12.2015, wo ich über meine Gründe die gegen einer Rückkehrentscheidung sprechen, erzählen durfte. Eine Entscheidung ist bis Dato nicht erfolgt, ergo kann ich noch gar keine Rückkehrentscheidung bekommen haben. Ist eine Rückkehrentscheidung erlassen worden, habe ich diesbezüglich keine Kenntnis, und würde auch nicht verstehen, wieso das BFA dann nachträglich eine

Einvernahme in der selben Sache abhält, wenn das Verfahren bereits abgeschlossen gewesen wäre.

Ich bestreite nicht, dass ich derzeit über keinen Aufenthaltstitel verfüge. Somit verstoße ich gegen § 31 FPG. Allerdings liegt in meinem Fall ein Strafausschließungsgrund vor. Mein Aufenthaltsrecht während dem Asylverfahren ist zu Ende gegangen, das ist mir bewusst, aber ich habe keine rechtskräftige Anordnung bekommen, das Land zu verlassen. Ich habe gute Chancen ein Aufenthaltsrecht aus humanitären (Art. 8 EMRK) Gründen zu bekommen (§ 55 AsylG), zumal ich und meiner Familie in Österreich als gut integriert gelten - Die Beurteilungsgrundlagen für die Abwägung nach Art. 8 EMRK hat sich daher maßgeblich zu meinen Gunsten verschoben.

Es ist anzunehmen, dass wenn das BFA zu einer Entscheidung kommt, nunmehr erkannt werden wird, dass eine Rückkehrentscheidung gegen meiner Person nicht gerechtfertigt ist. Das Verfahren ist noch nicht abgeschlossen, aber ich rechne mit einer baldigen Entscheidung und Erteilung einer Aufenthaltsberechtigung Plus. Ist eine Rückkehrentscheidung für meine Person nicht gerechtfertigt, so muss sich diesen Sachverhalt auch auf die Strafbarkeit des inländischen Aufenthaltes gem. § 120 Abs. 1a auswirken. Denn wären auch Fremde, die derart gravierende private und familiäre Bindungen in Österreich haben, dass ihr Interesse an deren Aufrechterhaltung die entgegenstehenden öffentlichen Interessen an einer Rückkehrentscheidung überwiegt, von der Strafdrohung der genannten Norm erfasst, so läge darin ein dem Gesetzgeber nicht zusinnbarer Wertungswiderspruch. Es muss daher das Vorliegen eines gesetzlichen Strafausschließungsgrundes nach §6VStG angenommen werden, wenn einer Rückkehrentscheidung des Fremden eine zu seinen Gunsten ausfallende Interessenabwägung, im Sinn des Art. 8 EMRK im Weg steht. Der Verwaltungsgerichtshof hat in mehreren Erkenntnissen darüber abgesprochen, dass wenn jemand (wie ich) mittlerweile derart gravierende private Bindungen in Österreich aufzuweisen hat, dass sein Interesse an deren Aufrechterhaltung die entgegenstehenden öffentlichen Interessen an einer Außerlandesschaffung überwiegt, so hätte er wegen unrechtmäßigen Aufenthalts im Inland nicht bestraft werden dürfen (vgl. dazu Erkenntnis VwGH vom 2. August 2013, ZI. 2012/21/0151, mwN; siehe des Näheren auch das Erkenntnis VwGH vom 18. April 2013, ZI. 2011/21/0249, mwN sowie Erkenntnis VwGH vom 29. Februar 2012, ZI. 2010/21/0049).

Aus diesem Grund sowie aus dem einfachen Umstand, dass gegen meiner Person keine rechstkräftige Rückkehrentscheidung ergangen ist, muss meiner Beschwerde Folge gegeben werden, und erkannt werden, dass ich die mmir vorgeworfene Verwaltungsübertretung nicht begangen habe. Auf jeden Fall liegen Gründe vor, die zur Einstellung des Verwaltungsstrafverfahrens führen müssten. Gem. § 45 Abs. 1 Z.1 VStG hat die Behörde die Einstellung des Verfahrens zu verfügen, wenn die dem Beschuldigten zur Last gelegte Tat keine Verwaltungsübertretung bildet. Mein Verhalten kann nicht unter den § 120 FPG subsumiert werden auf Grund dessen, dass ich noch keine rechtskräftige Rückkehrentscheidung bekommen habe. Sollte es so sein, dass ohne meines Wissens eine Rückkehrentscheidung erfassen wurde, die auch rechtskräftig wurde, diese mittelerweile als überholt zu betrachten wäre, zumal das BFA auch nach der angeblichen Erlassung einer Rückkehrentscheidung in meinem Fall Einvernahmen weiterführte. Ich gehe von der Erteilung einer Aufenthaltsberechtigung Plus-Karte aus. Mein Verhalten bildet aus oben genannten Gründen keine Verwaltungsübertretung iSd. §120 FPG.

4.
Für den Fall, dass die Behörde meinen Ausführungen nicht folgen kann, ersuche ich von der Verhängung einer Strafe abzusehen, zumal das Verschulden geringfügig ist, und die Folgen der Übertretung unbedeutend sind, und niemand durch mein Fehlverhalten zu Schaden gekommen ist. Das Verschulden des Beschuldigten ist dann geringfügig, wenn das tatbildmäßige Verhalten des Täters hinter dem in der betreffenden Strafdrohung typisierten Unrechts- und Schuldgehalt erheblich zurückbleibt (VwGH 10.12.2001, 2001/10/0049) - was wie dargelegt auf mich zutrifft.“
[Hervorhebungen nicht übernommen]

3. Mit Schreiben vom 4. Jänner 2017 legte die belangte Behörde die Beschwerde samt dem bezughabenden Verwaltungsakt dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zur Entscheidung vor. Eine Beschwerdevorentscheidung wurde nicht erlassen.

4. Mit Beschluss vom 20. September 2017 wurde der Antrag auf Beigebung eines Verfahrenshilfeverteidigers abgewiesen. Die Beschwerdefrist hat sohin mit Zustellung des Beschlusses des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich neu zu laufen begonnen.

5. Eine Ergänzung der ursprünglichen Beschwerde hat bis dato nicht stattgefunden.

II.

1. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich nahm Einsicht in den Verwaltungsakt der belangten Behörde. Von der Abhaltung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung konnte abgesehen werden, zumal sich bereits aus dem Akteninhalt unstrittig ergab, dass der Beschwerde des Bf stattzugeben ist und darüber hinaus im angefochtenen Straferkenntnis eine 500 Euro nicht übersteigende Geldstrafe verhängt und die Durchführung einer Verhandlung von keiner Partei beantragt wurde (§ 44 Abs. 3 Z 3 VwGVG).

2. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich geht bei seiner Entscheidung von dem unter den Punkten I. dieses Erkenntnisses dargestellten, relevanten und unstrittigen Sachverhalt aus.

3. Gemäß § 2 VwGVG iVm FPG 2005 hat das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich durch Einzelrichter zu entscheiden.

III.

1. Gemäß § 120 Abs. 1a des Fremdenpolizeigesetzes 2005 – FPG, BGBl. I Nr. 100/2005, in der im Tatzeitraum geltenden Fassung, begeht 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 sich als Fremder nicht rechtmäßig im Bundesgebiet aufhält. 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 der letzte bekannte Aufenthaltsort; bei Betretung in einem öffentlichen Beförderungsmittel die nächstgelegene Ausstiegsstelle, an der das Verlassen des öffentlichen Beförderungsmittels gemäß dem Fahrplan des Beförderungsunternehmers möglich ist.

Gemäß § 31 Abs. 1 FPG 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 die durch zwischenstaatliche Vereinbarungen, Bundesgesetz oder Verordnung bestimmte Aufenthaltsdauer nicht überschritten haben;
2. wenn sie aufgrund einer Aufenthaltsberechtigung oder einer Dokumentation des Aufenthaltsrechtes nach dem Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz zur Niederlassung oder zum Aufenthalt oder aufgrund einer Verordnung für Vertriebene zum Aufenthalt berechtigt sind;
3. wenn sie Inhaber eines von einem Vertragsstaat ausgestellten Aufenthaltstitels sind, sofern sie während ihres Aufenthalts im Bundesgebiet keiner unerlaubten Erwerbstätigkeit nachgehen;
4. solange ihnen ein Aufenthaltsrecht nach asylrechtlichen Bestimmungen zukommt;
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.

1.1.Vor diesem Hintergrund ist zu erkennen, dass nach der ständigen Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes im Fall einer Bestrafung wegen unrechtmäßigen Aufenthaltes – wie im vorliegenden Fall – die als erwiesen angenommene Tat durch Verneinung aller in § 31 Abs. 1 FrG bzw. FPG genannten Voraussetzungen für die Rechtmäßigkeit des Aufenthaltes zu umschreiben ist (vgl. etwa das Erkenntnis vom 24. Oktober 2007, Zl. 2007/21/03/03).

Hieraus folgt, dass die von der belangten Behörde vorgeworfene Tat nicht mit verwaltungsbehördlicher Strafe bedroht ist, da die von der Judikatur geforderten negativen Tatbildmerkmale nicht enthalten sind. Das Teilblankett des § 120 Abs. 1a FPG kann nicht ohne den verwiesenen § 31 FPG als Tatbild zu Grunde gelegt werden. Eine Verbesserung war dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich ebenso verwehrt.

Daher war spruchgemäß zu entscheiden und der Bescheid der belangten Behörde zu beheben.

1.2. Zudem ist zu erkennen, dass die in der Strafverfügung vom 4. November 2016 erfolgte Anlastung auch der notwendigen Konkretisierung entbehrt, da, ohne auf die weiteren Alternativen des § 31 Abs. 1 FPG konkret einzugehen bzw. diese zu verneinen die Tat angelastet wurde. Dass in der Begründung sämtliche Voraussetzungen des § 31 Abs. 1 FPG angeführt wurden und festgestellt wurde, dass der Bf über keinen Aufenthaltstitel nach dieser Bestimmung verfüge, ändert an der Mangelhaftigkeit des Spruches nichts, da auf diese Weise die notwendige Bezeichnung der Vorschrift nicht ersetzt werden kann. (siehe VwGH 14.12.1988, 88/03/0111)

2. Auch aus diesem Grund war – ohne auf die Beschwerdevorbringen näher einzugehen – das angefochtene Straferkenntnis aufzuheben und spruchgemäß zu entscheiden.

IV.

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Ebenfalls liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

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

Gegen 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

Dr. Brandstetter

.