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-751631/2/BP/NF**

Datum: **Linz, 31. August 2021**

I M N A M E N D E R R E P U B L I K

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Mag. Dr. Pree über die Beschwerde der A R, vertreten durch Rechtsanwalt Mag. T B, X, X, gegen den Bescheid der Bezirkshauptmannschaft Schärding vom 10. August 2021, GZ: BHSDSich-2021-366296/2, betreffend Unterziehung einer erkennungsdienstlichen Behandlung und den dafür erforderlichen Handlungen mit zu wirken

zu Recht:

I. Die Beschwerde wird mit der Maßgabe als unbegründet abgewiesen, als die im angefochtenen Bescheid angeführte Frist „bis zum 24.08.2021" durch „binnen zwei Wochen ab Rechtskraft dieses Erkenntnisses" neu festgelegt wird.

II. 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.

I.1. Mit Bescheid vom 10. August 2021 wurde die Beschwerdeführerin (in der Folge: Bf) von der Bezirkshauptmannschaft Schärding (in der Folge: belangte Behörde), GZ: BHSDSich-2021-366296/2, aufgefordert, sich bis zum 24.08.2021 bei der Polizeiinspektion Schärding (Bahnhofstraße 3, 4780 Schärding) während der Dienstzeit einer erkennungsdienstlichen Behandlung zu unterziehen und an den dafür erforderlichen Handlungen mit zu wirken.

Begründend führt die belangte Behörde in ihrem Bescheid ua. wie folgt aus:
„Die Behörde geht von folgendem Sachverhalt aus:

Sie stehen im Verdacht eine mit gerichtlicher Strafe bedrohte vorsätzliche Handlung begangen zu haben (§ 28a Abs 1 Suchtmittelgesetz). Die Ermittlungen gegen Sie wurden durch den Kriminaldienst des BPK Rohrbach unter PAD/21/00896358/001/KRIM aufgrund belastender Angaben aufgenommen.

Die erkennungsdienstliche Behandlung erscheint zur Vorbeugung weiterer gefährlicher Angriffe erforderlich, da Sie über einen längeren Zeitraum (Oktober 2020 bis 05.04.2021) an der gewinnbringenden Weitergabe von Cannabiskraut in einer die Grenzmenge mehrfach überschreitenden Menge beteiligt waren.
Sie wurden am 19.07.2021 von der ho Dienststelle zur erkennungsdienstlichen Behandlung für 23.07.2021 telefonisch geladen, wobei Sie anfänglich zustimmten. Am 20.07.2021 teilte Ihr Rechtsanwalt Mag. T B (X, X, Tel.Nr. X, E-Mail X), mit, dass Sie zu diesem Termin nicht erscheinen werden und ein bekämpfbarer Bescheid für die erkennungsdienstliche Behandlung zugestellt werden möge.

Da ganz eindeutig aufgrund des geschilderten Sachverhaltes die Voraussetzungen für eine erkennungsdienstliche Behandlung bestehen werden Sie nunmehr bescheidmäßig zu dieser erkennungsdienstlichen Behandlung vorgeladen.

Sollten Sie auch dieser Aufforderung unentschuldigt nicht Folge leisten wird im Sinne des § 19 AVG Ihre zwangsweise Vorführung veranlasst."
[Hervorhebungen nicht übernommen]

I.2. Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende, durch die rechtsfreundlich vertretene Bf eingebrachte Beschwerde, worin ua. wie folgt ausgeführt wurde:
„2. Sachverhalt

Die Beschwerdeführerin wurde zunächst formlos zu Unterziehung und Mitwirkung an einer erkennungsdienstlichen Behandlung durch die PI Schärding aufgefordert. Durch ihren bevollmächtigten Rechtsvertreter wurde mitgeteilt, dass die Beschwerdeführerin sich keiner erkennungsdienstlichen Behandlung unterziehen werde, da die Voraussetzungen

dafür schlicht nicht vorliegen würden, und - wenn weiterhin eine solche verlangt würde - eine bescheidmäßige Aufforderung erfolgen würde müssen.

Daraufhin wurde dem Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin am 09.08.2021 per E-Mail ein Schreiben der belangten Behörde übermittelt, mit welchem die Beschwerdeführerin schriftlich aufgefordert wurde, sich einer erkennungsdienstlichen Behandlung bis zum 23.08.2021 bei der PI Schärding zu unterziehen.

Da dieses Schreiben nach der Ansicht des Rechtsvertreters die Bescheidmerkmale nicht erfüllte, wurde dies der belangten Behörde mitgeteilt, woraufhin am 10.08.2021 der gegenständlich bekämpfte Bescheid erlassen und dem Rechtsvertreter per E-Mail übermittelt wurde.

3. Zulässigkeit der Beschwerde

Die Beschwerdeführerin ist durch den angefochtenen Bescheid in ihren subjektiven Rechten verletzt und daher gemäß Art 132 Abs 1 Z 1 B-VG beschwerdelegitimiert.

Die belangte Behörde führte im gegenständlichen Bescheid unrichtig aus, dass gegen diesen Bescheid eine [Beschwerde nicht zulässig sei und stützt sich begründend lediglich auf § 77 Abs 2 SPG. Dieser lautet: „Kommt der Betroffene der Aufforderung gemäß Abs. 1 nicht nach, so ist ihm die Verpflichtung gemäß § 65 Abs. 4 bescheidmäßig aufzuerlegen. Eines Bescheides bedarf es dann nicht, wenn der Betroffene auch aus dem für die erkennungsdienstliche Behandlung maßgeblichen Grunde angehalten wird oder zur Vernehmung nach der StPO bereits in der Dienststelle anwesend ist."

Daraus lässt sich die Ansicht der Behörde zur Unzulässigkeit einer Beschwerde nicht erkennen und auch nicht begründen. Sie widerspricht auch der Regelung des § 88 SPG.

Die Anordnung, sich einer erkennungsdienstlichen Behandlung zu unterziehen, in Form eines Bescheides hat natürlich auch den Zweck, diese Anordnung der zuständigen Behörde durch das zuständige Verwaltungsgericht mit Hilfe einer Bescheidbeschwerde einer Kontrolle zu unterziehen.

Dass eine Beschwerde gegen einen Bescheid wie dem gegenständlichen zulässig ist, zeigen unter anderem die Entscheidungen des VwGH vom 29.05.2013 zu 2013/01/0059, vom 20.03.2013 zu 2013/01/006, des LVwG Wien vom 27.04.2018 zu VGW-101/073/5416/2018, des LVwG Niederösterreich vom 06.03.2018 zu LVwG-AV-1124/002-2017, des LVwG Kärnten vom 14.02.2018 zu KLVwG-338/4/2018 sowie des LVwG Tirol vom 27.03.2017 zu LVwG- 2016/30/2002-7.

Im Übrigen wird darauf hingewiesen, dass der Bescheidbeschwerde ex lege aufschiebende Wirkung zukommt (§ 13 Abs 1 VwGVG; vgl auch LVwG Wien vom 06.10.2017 zu VGW-103/040/12602/2017).

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich ist gemäß § 88 Abs 4 SPG in gegenständlicher Beschwerdesache zuständig.

4. Beschwerdegründe

Gemäß § 65 Abs. 1 SPG sind die Sicherheitsbehörden ermächtigt, einen Menschen, der im Verdacht steht, eine mit gerichtlicher Strafe bedrohte vorsätzliche Handlung begangen zu haben, erkennungsdienstlich zu behandeln, wenn er im Rahmen einer kriminellen Verbindung tätig wurde oder dies wegen der Art oder Ausführung der Tat oder der Persönlichkeit des Betroffenen zur Vorbeugung gefährlicher Angriffe erforderlich scheint.

Die belangte Behörde begründet den Verdacht mit dem Ermittlungsverfahren des BPK Rohrbach zu PAD/21/00896358/001/KRIM. Ferner führt sie aus, dass die erkennungsdienstlichen Behandlung zur Vorbeugung weiterer gefährlicher Angriffe erforderlich erscheint, da die Beschwerdeführerin über einen längeren Zeitraum (Oktober 2020 bis 05.04.2021) an der gewinnbringenden Weitergabe von Cannabiskraut in einer die Grenzmenge mehrfach überschreitenden Menge beteiligt war.
Die Behörde geht also unrichtig davon aus, dass die Beschwerdeführerin nicht lediglich im Verdacht der vorgeworfenen Tat steht, sondern diese begangen habe und deshalb die erkennungsdienstliche Behandlung berechtigt wäre. Sie verkennt dabei den verfassungsrechtlichen Grundsatz der Unschuldsvermutung (Art 6 EMRK, siehe auch § 8 StPO).

Die belangte Behörde hat bei ihrer Entscheidungsbegründung im Hinblick auf die Befürchtung weiterer gefährlicher Angriffe sowie auf die Zulässigkeit der erkennungsdienstlichen Behandlung keine konkreten fallbezogenen Prognosen getroffen. Ebenso wenig wurden Konstatierungen getroffen zur Art oder Ausführung der vorgeworfenen Tat oder zur Persönlichkeit der Beschwerdeführerin, die eine erkennungsdienstliche Behandlung nach dem SPG begründen würden.
Es wurde lediglich ohne Begründung und ohne das Ermittlungsverfahren abzuwarten davon ausgegangen, dass die Beschwerdeführerin - welche im Übrigen strafrechtlich unbescholten ist - die vorgeworfene Tat begangen hatte und diese Annahme als Grund herangezogen, dass die erkennungsdienstliche Behandlung zur Vorbeugung weiterer gefährlicher Angriffe erforderlich erscheint.
Die Anführung des Tatvorwurfes allein ist außerdem nach der Rsp unzureichend (vgl VwGH 2013/01/0006).

Die belangte Behörde verkennt dadurch, dass sie sich bei ihrer Begründung ausschließlich auf den Verdacht einer strafbaren Handlung stützt, die sicherheitspolizeiliche Zielsetzung, nämlich der Begehung weiterer gefährlicher Angriffe vorzubeugen (vgl VwGH 28.1.2020, Ra 2019/01/0480, mwN; VwGH Ro 2020/01/0010).

Die erkennungsdienstliche Behandlung ist gefährlichkeitsbezogen. Nach der dargelegten Rechtslage ist die Zulässigkeit einer erkennungsdienstlichen Behandlung - zusätzlich zu dem Verdacht einer mit Strafe bedrohten Handlung - an eine weiter hinzukommende Voraussetzung geknüpft: Der Betroffene muss entweder im Rahmen einer "kriminellen Verbindung" tätig geworden sein oder die erkennungsdienstliche Behandlung muss sonst auf Grund der Art oder Ausführung der Tat oder der Persönlichkeit des Betroffenen zur Vorbeugung weiterer gefährlicher Angriffe erforderlich erscheinen (vgl. VwGH 18.6.2014, 2013/01/0134, mwN; VwGH Ra 2019/01/0480).

Im Übrigen ist auch das Tatbestandsmerkmal der kriminellen Verbindung (§ 65 Abs 1 SPG) nicht erfüllt.

Der angefochtene Bescheid ist aus den angeführten Gründen inhaltlich rechtswidrig und nicht bzw. nicht ausreichend begründet.

5. Beschwerdeanträge

Aus diesen Gründen richtet die Beschwerdeführerin durch ihren bevollmächtigten Rechtsvertreter an das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich die

Anträge,
1. gemäß § 24 VwGVG eine mündliche Verhandlung durchzuführen und
2. gemäß Art 130 Abs 4 B-VG und § 28 Abs 2 VwGVG in der Sache selbst entscheiden und den angefochtenen Bescheid der Bezirkshauptmannschaft Schärding vom 10.08.2021, GZ: BHSDSich-2021-366296/2, ersatzlos aufzuheben."
[Hervorhebungen nicht übernommen]

I.3. Die belangte Behörde legte den in Rede stehenden Verwaltungsakt dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich mit Schreiben vom 24. August 2021 zur Entscheidung vor.

I.4. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den vorgelegten Verwaltungsakt und das Beschwerdevorbringen.

Von der Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung konnte – entgegen dem darauf gerichteten Parteienantrag - abgesehen werden, zumal die Aktenlage erkennen lässt, dass eine weitere Erörterung für den relevanten Sachverhalt ergebnisneutral wäre, weshalb im Grunde nur Rechtsfragen zu klären waren.

I.5. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich geht bei seiner Entscheidung von folgendem relevanten Sachverhalt aus:
Die Bf steht im Verdacht eine mit gerichtlicher Strafe bedrohte vorsätzliche Handlung begangen zu haben (§ 28a Abs 1 Suchtmittelgesetz). Die Ermittlungen gegen die Bf wurden durch den Kriminaldienst des BPK Rohrbach unter PAD/21/00896358/001/KRIM aufgrund belastender Angaben aufgenommen. Konkret ist die Bf verdächtig, über einen längeren Zeitraum (Oktober 2020 bis 05.04.2021) an der gewinnbringenden Weitergabe von Cannabiskraut in einer die Grenzmenge mehrfach überschreitenden Menge beteiligt gewesen zu sein.

II.

Der relevante Sachverhalt ergab sich aus dem vorgelegten Verwaltungsakt, weshalb auf eine detaillierte Beweiswürdigung verzichtet werden konnte.

III.

III.1. Gemäß § 16 Abs. 2 Z 4 SPG ist ein gefährlicher Angriff die Bedrohung eines Rechtsgutes durch die rechtswidrige Verwirklichung des Tatbestandes einer gerichtlich strafbaren Handlung, die vorsätzlich begangen und nicht bloß auf Verlangen eines Verletzten verfolgt wird, sofern es sich um einen Straftatbestand nach dem Suchtmittelgesetz (SMG), BGBl. I Nr. 112/1997, ausgenommen der Erwerb oder Besitz von Suchtmitteln zum ausschließlich persönlichen Gebrauch (§§ 27 Abs. 2, 30 Abs. 2 SMG), handelt.

Gemäß § 65 Abs. 1 SPG sind die Sicherheitsbehörden ermächtigt, einen Menschen, der im Verdacht steht, eine mit gerichtlicher Strafe bedrohte vorsätzliche Handlung begangen zu haben, erkennungsdienstlich zu behandeln, wenn er im Rahmen einer kriminellen Verbindung tätig wurde oder dies wegen der Art oder Ausführung der Tat oder der Persönlichkeit des Betroffenen zur Vorbeugung gefährlicher Angriffe erforderlich scheint.

Gemäß § 65 Abs. 4 SPG hat jemand, der erkennungsdienstlich zu behandeln ist, an den dafür erforderlichen Handlungen mitzuwirken.

Gemäß § 78 SPG kann die erkennungsdienstliche Behandlung, soweit es tatsächlich möglich ist und damit kein Eingriff in die körperliche Integrität verbunden ist, durch Ausübung unmittelbarer Zwangsgewalt durchgesetzt werden.

§ 77 SPG lautet:
(1) Die Behörde hat einen Menschen, den sie einer erkennungsdienstlichen Behandlung zu unterziehen hat, unter Bekanntgabe des maßgeblichen Grundes formlos hiezu aufzufordern.
(2) Kommt der Betroffene der Aufforderung gemäß Abs. 1 nicht nach, so ist ihm die Verpflichtung gemäß § 65 Abs. 4 bescheidmäßig aufzuerlegen. Eines Bescheides bedarf es dann nicht, wenn der Betroffene auch aus dem für die erkennungsdienstliche Behandlung maßgeblichen Grunde angehalten wird oder zur Vernehmung nach der StPO bereits in der Dienststelle anwesend ist.
(3) Wurde wegen des für die erkennungsdienstliche Behandlung maßgeblichen Verdachtes eine Anzeige an die Staatsanwaltschaft erstattet, so gelten die im Dienste der Strafjustiz geführten Erhebungen als Ermittlungsverfahren (§ 39 AVGJ zur Erlassung des Bescheides.
Dieser kann in solchen Fällen mit einer Ladung (§ 19 AVG) zur erkennungsdienstlichen Behandlung verbunden werden.

(4) Steht die Verpflichtung zur Mitwirkung gemäß § 65 Abs. 4 fest, so kann der Betroffene, wenn er angehalten wird, zur erkennungsdienstlichen Behandlung vorgeführt werden.

Gemäß § 28a Abs 1 SMG ist mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren zu bestrafen, wer vorschriftswidrig Suchtgift in einer die Grenzmenge (§ 28b) übersteigenden Menge erzeugt, einführt, ausführt oder einem anderen anbietet, überlässt oder verschafft.

III.2.1. § 65 Abs. 1 SPG erklärt die erkennungsdienstliche Behandlung einer Person zunächst dann für zulässig, wenn sie im Verdacht steht, eine mit gerichtlicher Strafe bedrohte vorsätzliche Handlung begangen zu haben. Dieses Tatbestandsmerkmal ist im vorliegenden Fall erfüllt. Die Bf steht - laut den kriminalpolizeilichen Ermittlungen - im Verdacht gegen § 28a Abs. 1 SMG verstoßen zu haben. Die Straftat des Suchtmittelhandels ist fraglos eine Vorsatztat und dementsprechend auch hoch pönalisiert.

III.2.2. Zur Zulässigkeit der erkennungsdienstlichen Behandlung bedarf es nach § 65 Abs. 1 SPG weiters einer der beiden dort angeführten Alternativen. Dies ist zum einen die Verstrickung einer Person in eine kriminelle Verbindung, wofür es nach dem festgestellten Sachverhalt jedoch keine konkreten Hinweise gibt. Zum anderen bedarf es eines Sachverhalts, wonach die erkennungsdienstliche Behandlung wegen der Art oder Ausführung der Tat oder der Persönlichkeit des Betroffenen zur Vorbeugung gefährlicher Angriffe erforderlich scheint. § 16 Abs. 2 Z 4 SMG definiert Verstöße (wie hier im Verdachtsfall des § 28 Abs. 1 SMG) ausdrücklich als gefährlichen Angriff, zu dessen Vorbeugung die erkennungsdienstliche Behandlung rechtmäßig erfolgen kann. Betreffend die im Verdacht stehende Art und Weise der Tatbegehung (als eine der genannten Alternativen) ist vor allem auf die lange Dauer (über ein halbes Jahr) und die mutmaßlich große Menge des gehandelten Suchtmittels hinzuweisen. In einer spezifischen Prognoseerstellung werfen diese Umstände ein durchaus ungünstiges Licht auf das mutmaßlich gefestigte, jedenfalls nicht punktuelle, kriminelle Potential, das bei der Täterin vorliegen müsste. Gerade im Suchtmittelbereich besteht eine hohe Wiederholungswahrscheinlichkeit und ihr gegenüber ein besonders hohes gesellschaftliches Interesse an der Vermeidung derartiger, die Volksgesundheit massiv beeinträchtigender Delikte, die zudem oftmals auch andere Formen der Kriminalität befeuern. Es muss also im konkreten Fall – bei Annahme des Verdachts - eine negative Prognose erstellt werden, die die erkennungsdienstliche Behandlung als Maßnahme der Vorbeugung weiterer gefährlicher Angriffe notwendig erscheinen lässt.

III.2.3. Diese Feststellung hält auch einer Verhältnismäßigkeitsprüfung Stand, da den privaten Interessen der Bf das als hier eindeutig höher zu qualifizierende

öffentliche Interesse an der Vorbeugung massiver Straftaten gegenübersteht und jene klar überwiegt.

III.3. Im vorliegenden Fall erfolgte die Aufforderung zur erkennungsdienstlichen Behandlung im Sinne des § 77 SPG zu Recht. Die Beschwerde war sohin als unbegründet abzuweisen. Nachdem die im angefochtenen Bescheid ausgewiesene Frist bei Erlassung dieses Erkenntnisses bereits verstrichen war, war vom Landesverwaltungsgericht Oberösterreich eine neue Frist festzusetzen. Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

IV. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung. 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 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. Pree