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-753083/6/KLi/EP

Datum:
Linz, 27. Februar 2024

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Dr. Lidauer über die Beschwerde des T W, vertreten durch Rechtsanwälte, M, Adresse, gegen den Bescheid der Bezirkshauptmannschaft Rohrbach vom 14. Dezember 2023, GZ: BHROSich-2023-414234/2-WA, betreffend Aufforderung zu einer erkennungsdienstlichen Behandlung

zu Recht:

I. Aus Anlass der Beschwerde wird der angefochtene Bescheid behoben.

II. Gegen diese Entscheidung ist eine Revision zulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I. Verfahrensgang:

I.1. Mit Schreiben vom 12. Dezember 2023 ersuchte die Landespolizeidirektion Oberösterreich, BPK Rohrbach, die Bezirkshauptmannschaft Rohrbach (in der Folge: belangte Behörde) um bescheidmäßige Vorladung des Beschwerdeführers (in der Folge: Bf) zu einer erkennungsdienstlichen Behandlung.

I.2. Mit Bescheid der belangten Behörde vom 14. Dezember 2023, GZ: BHROSich-2023-414234/2-WA, kam diese dem Ersuchen der Landespolizeidirektion Oberösterreich nach und forderte den Bf auf, sich am 28. Dezember 2023 um 08:00 Uhr bei der Polizeiinspektion Rohrbach einer erkennungsdienstlichen Behandlung zu unterziehen. Für den Fall der ungerechtfertigten Nichtbefolgung dieser Anordnung wurde dem Bf eine Zwangsstrafe bzw. die zwangsweise Vorführung angedroht.

Begründend führte die belangte Behörde im Wesentlichen aus, der Bf stehe gemäß § 27 Abs. 1 Suchtmittelgesetz (SMG) im Verdacht, seit zumindest Mai 2022 regelmäßig im Besitz von Cannabiskraut gewesen zu sein und dieses nicht nur selbst konsumiert, sondern auch an andere Personen weitergegeben zu haben. Aufgrund der Art des Delikts und der Dauer der Deliktsbegehung sei von einer Bereitschaft des Bf auszugehen, ein derartiges strafbares Verhalten zu wiederholen. Die erkennungsdienstliche Behandlung sei daher zur Vorbeugung weiterer gefährlicher Angriffe durch den Bf erforderlich. Da der Bf einer entsprechenden polizeilichen Aufforderung nicht nachgekommen sei, sei ihm die Verpflichtung zur erkennungsdienstlichen Behandlung bescheidmäßig aufzuerlegen gewesen.

I.3. Gegen diesen Bescheid erhob der Bf fristgerecht Beschwerde und beantragte, das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich möge eine mündliche Verhandlung durchführen und den angefochtenen Bescheid ersatzlos aufheben, in eventu den Bescheid aufheben und der belangten Behörde eine neuerliche Entscheidung über den polizeilichen Antrag auf erkennungsdienstliche Behandlung des Bf auftragen. Weiters beantragte er, den Termin zur erkennungsdienstlichen Behandlung am 28. Dezember 2023 um 08:00 Uhr abzuberaumen und mit dem erkennungsdienstlichen Verfahren bis zur rechtskräftigen Entscheidung über die Beschwerde des Bf innezuhalten.

Begründend führte er kurz zusammengefasst aus, der Erwerb und Besitz von Suchtmitteln zum ausschließlich persönlichen Gebrauch stelle gemäß § 16 Abs. 2 Z 4 SPG keinen gefährlichen Angriff dar und rechtfertige damit auch keine erkennungsdienstliche Behandlung. Aus dem vorliegenden Sachverhalt,

insbesondere aus den Aussagen des Belastungszeugen N., könne allenfalls auf einen persönlichen Gebrauch von Suchtmitteln durch den Bf gemäß § 27 Abs. 1 Z 1 erster und zweiter Fall SMG, nicht aber auf eine Weitergabe derselben gemäß Abs. 1 Z 1 achter Fall par. cit. geschlossen werden. Die Prognose der belangten Behörde, der Bf werde gefährliche Angriffe im Sinne einer Suchtmittelweitergabe begehen, sei insofern mangelhaft begründet. Davon abgesehen habe die belangte Behörde nicht dargetan, inwiefern die durch die erkennungsdienstliche Behandlung gewonnenen Fingerabdrücke, Fotos oder DNA-Spuren weitere gefährliche Angriffe des Bf verhindern könnten. Derartige Beweismittel seien bestenfalls geeignet, bereits verwirklichte Tathandlungen nach dem Suchtmittelgesetz aufzuklären, nicht jedoch, entsprechende künftige gefährliche Angriffe zu verhindern. Die Aufklärung einer schon begangenen Straftat spiele im Hinblick auf die Zulässigkeit einer erkennungsdienstlichen Behandlung aber keine Rolle.

Da die Voraussetzungen zur Vornahme einer erkennungsdienstlichen Behandlung nach der Aktenlage nicht gegeben seien, sei der entsprechende Auftrag an den Bf zu Unrecht ergangen. Der Bescheid sei daher rechtswidrig.

I.4. Die belangte Behörde legte die Beschwerde unter Anschluss des Verwaltungsakts mit Vorlageschreiben vom 28. Dezember 2023 dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zur Entscheidung vor. Eine Beschwerdevorentscheidung wurde nicht erlassen.

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

II.1. Am 12. Dezember 2023 wurde der Bf wegen des Verdachts, er habe Delikte nach dem Suchtmittelgesetz begangen, polizeilich einvernommen und im Anschluss von den Polizeibeamten aufgefordert, sich einer erkennungsdienstlichen Behandlung zu unterziehen. Der Bf widersetzte sich dieser Aufforderung.

II.2. In der Folge erging seitens der Landespolizeidirektion Oberösterreich das Ersuchen an die belangte Behörde, sie möge den Bf zur Durchführung einer erkennungsdienstlichen Behandlung bescheidmäßig vorladen.

II.3. Die belangte Behörde kam diesem Ersuchen mit Bescheid vom 14. Dezember 2023, BHROSich-2023-414234/2-WA, nach und forderte den Bf auf, sich am 28. Dezember 2023 um 08:00 Uhr bei der Polizeiinspektion Rohrbach einer erkennungsdienstlichen Behandlung zu unterziehen. Eine entsprechende formlose Aufforderung des Bf durch die belangte Behörde erfolgte nicht.

III. Beweiswürdigung:

Der festgestellte Sachverhalt ist unbestritten und ergibt sich vollständig aus dem vorgelegten Verwaltungsakt, insbesondere aus dem Schreiben der Landespolizeidirektion Oberösterreich vom 12. Dezember 2023, GZ: PAD/23/02252873/004/KRIM, und dem angefochtenen Bescheid.

IV. Rechtslage:

IV.1. Die maßgeblichen Bestimmungen des Sicherheitspolizeigesetzes (SPG), BGBl. Nr. 566/1991 idF. BGBl. I Nr. 147/2022, lauten:

„Allgemeine Gefahr; gefährlicher Angriff; Gefahrenerforschung
§ 16.

(1) […]
(2) Ein gefährlicher Angriff ist 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
[…]
4. 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.
[…]

Erkennungsdienstliche Behandlung
§ 65.

(1) Die Sicherheitsbehörden sind 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.
[…]
(4) Wer erkennungsdienstlich zu behandeln ist, hat an den dafür erforderlichen Handlungen mitzuwirken.
[…]

Verfahren
§ 77.

(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 AVG) zur Erlassung des Bescheides. Dieser kann in solchen Fällen mit einer Ladung (§ 19 AVG) zur erkennungsdienstlichen Behandlung verbunden werden.
(4) […]

V. In rechtlicher Hinsicht ist Folgendes auszuführen:

V.1. Gemäß § 77 Abs. 1 Sicherheitspolizeigesetz hat die Behörde einen Menschen, den sie einer erkennungsdienstlichen Behandlung zu unterziehen hat, unter Bekanntgabe des maßgeblichen Grundes formlos hiezu aufzufordern. Erst wenn der Betroffene dieser Aufforderung nicht nachkommt, ist ihm gemäß Abs. 2 par. cit. die Verpflichtung bescheidmäßig aufzuerlegen.

Im Schrifttum wird zu dieser Bestimmung vertreten, dass *„[d]ie vorangegangene formlose Aufforderung nach § 77 Abs. 1 SPG […] Bedingung der Rechtmäßigkeit eines Bescheides nach § 77 Abs. 2 erster Satz SPG bzw. unmittelbarer Durchsetzung nach § 77 Abs. 2 zweiter Satz iVm § 78 SPG*“ ist (*Hauer/Keplinger*, Sicherheitspolizeigesetz[4] [2011] § 77 Anm. 4) und es sich nicht um eine bloße Formvorschrift handelt. Anderslautende Auffassungen sind in der Literatur, soweit ersichtlich, nicht vorhanden. Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes zu dieser Frage existiert, soweit ersichtlich, nicht.

Entsprechend dem eindeutigen Gesetzeswortlaut des § 77 Abs. 1 SPG geht das erkennende Gericht mit der zitierten Meinung im Schrifttum davon aus, dass einem Aufforderungsbescheid gemäß § 77 Abs. 2 SPG eine formlose Aufforderung der Behörde – beispielsweise in Form eines Telefonanrufes – voranzugehen hat.

V.2. Die Norm des § 77 Abs. 1 SPG verlangt explizit eine Aufforderung durch die belangte Behörde; eine Aufforderung durch Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes ist demnach nicht ausreichend und kann jene der Behörde nicht ersetzen. Zu beachten ist in diesem Zusammenhang zudem, dass § 77 SPG unter der Überschrift „Verfahren“ steht, was ebenfalls ein klares Zeichen dafür ist, dass die notwendige Willensbildung für ein Vorgehen entsprechend dieser Bestimmung der Behörde und nicht den Organen des öffentlichen Sicherheitsdienstes obliegt.

Wie festgestellt, ist eine formlose behördliche Aufforderung des Bf im gegenständlichen Fall nicht erfolgt. Die Aufforderung des Bf durch Polizeibeamte, die im Rahmen der kriminalpolizeilichen Tätigkeit erging, ist allenfalls der

Strafjustiz zurechenbar, erfüllt aber jedenfalls nicht die Voraussetzung einer formlosen behördlichen Aufforderung gemäß § 77 Abs. 1 SPG.

Resümierend war die belangte Behörde mangels formloser Aufforderung des Bf gemäß § 77 Abs. 1 SPG nicht befugt, den gegenständlich angefochtenen Bescheid gemäß Abs. 2 par. cit. zu erlassen. Der Bescheid war daher zu beheben. Ein Eingehen auf das weitere Beschwerdevorbringen des Bf erübrigt sich.

Der Vollständigkeit halber sei auf die Bestimmung des § 28 Abs. 5 VwGVG verwiesen, wonach die Behörde verpflichtet ist, in der betreffenden Rechtssache mit den ihr zu Gebote stehenden Mitteln unverzüglich den der Rechtsanschauung des Verwaltungsgerichtes entsprechenden Rechtszustand herzustellen. Sollte in der Zwischenzeit bereits eine erkennungsdienstliche Behandlung des Bf erfolgt sein, hat die Behörde folglich die Löschung der erhobenen Daten zu veranlassen.

V.3. Abschließend ist festzuhalten, dass der Bf zwar zweifellos im Verdacht steht, eine mit gerichtlicher Strafe bedrohte Handlung begangen zu haben; eine erkennungsdienstliche Behandlung des Bf gemäß § 65 Abs. 1 SPG kommt im vorliegenden Fall aber nur in Frage, wenn dies wegen der Art oder Ausführung der Tat oder der Persönlichkeit des Bf zur Vorbeugung gefährlicher Angriffe erforderlich erscheint. Der Verwaltungsgerichtshof hat dazu in VwSlg 17.572 A/2008 festgehalten: „*Die Bestimmung des § 65 Abs. 1 SPG ist im Sinne ihres Schutzzwecks, nämlich der `Vorbeugung der Rückfallgefährlichkeit´, auszulegen. Das bedeutet, dass eine individuelle Prognose erstellt werden muss, die auf die besonderen Aspekte der Tat sowie die Person und deren persönliche Verhältnisse abstellt. Es muss begründet werden, warum in dem speziellen Fall eine Rückfallgefahr vorliegt. Die […] allgemeine Feststellung, im Suchtmittelbereich würde eine erkennungsdienstliche Behandlung der Abschreckung dienen und sei daher zulässig, kann der geforderten individuellen Prognose nicht genügen.*“

Die belangte Behörde stützt die Notwendigkeit einer erkennungsdienstlichen Behandlung des Bf lediglich auf die Sachverhaltsdarstellung des Bezirkspolizeikommandos, wonach der Bf im Verdacht stehe, seit zumindest Mai 2022 regelmäßig im Besitz von Cannabiskraut gewesen zu sein und einen Teil davon an andere Personen weitergegeben zu haben. Eine ausführliche individuelle Prognose im zitierten höchstgerichtlichen Sinne fehlt; die belangte Behörde führt lediglich aus, „*auf Grund der Art des Deliktes und auch aufgrund der Dauer der Verwirklichung*“ sei beim Bf „*jedenfalls von einer Bereitschaft [auszugehen], ein derartiges strafbares Verhalten zu wiederholen, da der begründete Verdacht besteht, dass [er] über einen längeren Zeitraum Suchtmittel bezogen und auch weitergegeben habe.*“ Der Verdacht, der Bf habe Drogen an dritte Personen weitergegeben, beruht – soweit aus dem Akteninhalt ersichtlich ist – wiederum allein auf der von ihm angeblich erworbenen Drogenmenge, wobei eine diesbezügliche Diskrepanz in den Angaben des Belastungszeugen nicht geklärt

wurde (vgl. Beschuldigtenvernehmung vom 31.10.2023 [150 Gramm] und vom 01.11.2023 [540 Gramm]). Vor einer etwaigen erneuten Aufforderung des Bf, sich einer erkennungsdienstlichen Behandlung zu unterziehen, wären insofern weitere Ermittlungen notwendig. Sollte der Bf das Marihuana tatsächlich nur zum Eigengebrauch bezogen und damit keinen gefährlichen Angriff gemäß § 16 Abs. 2 SPG gesetzt haben, erscheint die Annahme, er werde künftig (weitere) gefährliche Angriffe begehen, unsubstantiiert. Sie könnte in diesem Fall insbesondere nicht mit der „Art oder Ausführung der Tat“ im Sinne des § 65 Abs. 1 leg. cit. begründet werden. Inwiefern die Persönlichkeit des Bf Anlass zur Annahme künftiger gefährlicher Angriffe geben könnte, wurde von der belangten Behörde bislang nicht dargetan.

Resümierend wird betont, dass ein neuerlicher Bescheid gemäß §§ 65 Abs. 1, 77 Abs. 2 SPG auf der Basis eines ordnungsgemäß durchgeführten Ermittlungsverfahrens ausführlich zu begründen wäre. Im Rahmen einer individuellen Prognose wäre insbesondere eingehend darzulegen, welche Gründe die Annahme künftiger gefährlicher Angriffe gemäß §§ 16 Abs. 2, 65 Abs. 1 SPG durch den Bf rechtfertigen. Die im Dienste der Strafjustiz geführten Ermittlungen könnten von der belangten Behörde gemäß § 77 Abs. 3 SPG herangezogen werden.

VI. Zulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist zulässig, da – soweit ersichtlich – keine Judikatur des Verwaltungsgerichtshofs zu den Fragen existiert, ob eine formlose Aufforderung nach § 77 Abs. 1 SPG eine Voraussetzung für die Rechtmäßigkeit eines Bescheides im Sinne des Abs. 2 par. cit. ist, und ob, falls diese Frage zu bejahen ist, eine Aufforderung durch Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes ausreicht oder ob eine Aufforderung durch die Behörde selbst erforderlich ist. Der Beantwortung dieser Fragen kommt über den Einzelfall hinausgehende Bedeutung zu.

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