



Frau
Bundesministerin für Inneres
Mag.a Johanna Mikl-Leitner
Herrengasse 7
1014 Wien

VA-BD-I/0160-C/1/2012

Missstandsfeststellung

und

Empfehlung

des Kollegiums der Volksanwaltschaft

Die Mitglieder der Volksanwaltschaft,

Volksanwältin Mag.^a Terezija STOISITS,
Volksanwalt Dr. Peter KOSTELKA und
Volksanwältin Dr. Gertrude BRINEK

haben auf Grund der Beschwerde der Frau N.N., vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Farhad Paya, in ihrer

kollegialen Sitzung am 24. August 2012 einstimmig beschlossen,

dass

die an Frau N.N. erfolgte Erlassung eines Straferkenntnisses der Bundespolizeidirektion (BPD) Villach vom 28. Juni 2010, sowie die bislang nicht erfolgte amtswegige Behebung dieses Straferkenntnisses einen

Misstand

in der Verwaltung gemäß Art 148a B-VG darstellen. Aus Anlass der Beschwerde ergeht an die **Bundesministerin für Inneres** gemäß Art 148c B-VG die

Empfehlung

die Behebung des gegen Frau N.N. erlassenen Straferkenntnisses der BPD Villach gemäß § 52a Verwaltungsstrafgesetz 1991 (VStG) und die Wiedergutmachung allfälliger Folgen der Bestrafung zu veranlassen.

Begründung

1. Sachverhalt:

Rechtsanwalt Dr. Farhad Paya wandte sich namens seiner (minderjährigen) Mandantin N.N. mit einer Beschwerde über das Straferkenntnis vom 28. Juni 2010 der BPD Villach an die Volksanwaltschaft.

Die BPD Villach habe wegen unrechtmäßigen Aufenthalts gegen die Beschwerdeführerin eine Geldstrafe von € 1.000,- verhängt. An dem Umstand, dass sich die Beschwerdeführerin zum damaligen Zeitpunkt ohne Aufenthaltstitel in Österreich aufgehalten habe, treffe sie kein Verschulden.

Aus diesem Grund habe der Unabhängige Verwaltungssenat (UVS) Kärnten in den parallel durchgeführten Verwaltungsstrafverfahren gegen ihren Vater und die Mutter, ihre Brüder sowie ihre Schwester die Straferkenntnisse der BPD Villach aufgehoben und die Verwaltungsstrafverfahren eingestellt.

Im Fall der Beschwerdeführerin sei die Zustellung des Straferkenntnisses fraglich, es sei ihr jedenfalls nicht zugegangen, weshalb auch kein Rechtsmittel erhoben worden sei.

Die Volksanwaltschaft holte eine Stellungnahme des Bundesministeriums für Inneres ein und nahm in die Verwaltungsstrafakten der Beschwerdeführerin sowie ihrer Eltern und ihrer Geschwister Einsicht. Aufgrund aller vorliegenden Informationen ergibt sich folgender Sachverhalt:

Laut Anzeige der Polizeiinspektion (PI) Villach-Bahnhof-AGM vom 23. März 2010 führten Beamte der PI Villach-Bahnhof-AGM am 23. März 2010 im Stadtgebiet Villach Grundversorgungskontrollen bei Asylwerbern durch. Die Beschwerdeführerin konnte in ihrer Unterkunft nicht angetroffen werden, da sie sich zu diesem Zeitpunkt in der Schule aufhielt.

Wegen des mit 24. Juli 2008 rechtskräftig abgeschlossenen Asylverfahrens sowie gleichzeitig ausgesprochener Ausweisung wurde die Beschwerdeführerin wegen Übertretung gemäß § 120 Abs. 1 Z 2 FPG angezeigt.

Mit Schreiben vom 19. April 2010 forderte die BPD Villach die Beschwerdeführerin zur Rechtfertigung auf. Diese Aufforderung wurde ihr sowohl an die Adresse in 9500 Villach, N.N. als auch N.N. zugestellt. Die Hinterlegungsnachrichten wurde in den Briefkasten eingelegt. Das an die Adresse N.N. übermittelte Schriftstück wurde mangels Behebung an die BPD Villach, Strafamts, retourniert. Eine Rechtfertigung gab die Beschwerdeführerin nicht ab.

Mit Straferkenntnis vom 28. Juni 2010, verhängte die Behörde über die Beschwerdeführerin wegen unrechtmäßigen Aufenthalts eine Geldstrafe von € 1.000,- gemäß § 31 Abs. 1 iVm § 120 Abs. 1 Z 2 FPG. Das Straferkenntnis wurde an die Adresse in 9500 Villach, N.N. an der die Beschwerdeführerin gemeldet war, übermittelt. Eine Hinterlegungsanzeige wurde im Briefkasten eingelegt. Als Beginn der Abholfrist wurde der 2. Juli 2010 bezeichnet.

Mit Schreiben vom 5. August 2011 drohte die BPD Villach der Beschwerdeführerin die Exekution an, da der offene Geldbetrag noch ausständig war.

Mit Schreiben vom 19. September 2011 gab Rechtsanwalt Dr. Farhad Paya die Vertretung der Beschwerdeführerin bekannt und ersuchte um Übermittlung des Strafaktes in Kopie. Gleichzeitig wies er in einem Schreiben an die BPD Villach darauf hin, dass das Straferkenntnis der Beschwerdeführerin nicht zugestellt worden sei, die Bezug habende Bestimmung des § 120 FPG mittlerweile vom VfGH als verfassungswidrig aufgehoben worden und ein Aufenthaltstitel aus humanitären Gründen gewährt worden sei. Dr. Paya regte eine Aufhebung des Strafbescheides gemäß § 52a VStG an.

Mit Bescheid vom 28. Februar 2012 wies die BPD Villach den Antrag („Anregung“) als unzulässig zurück. Eine Berufung dagegen wurde nicht erhoben.

2. Rechtliche Grundlagen:

Fremdenpolizeigesetz 2005 -FPG

§ 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 die durch zwischenstaatliche Vereinbarungen, Bundesgesetz oder Verordnung bestimmte Aufenthaltsdauer nicht überschritten haben; (BGBl I Nr. 100/2005 idF Nr. I 122/2009)*

§ 120. (1) Wer als Fremder

- 1. nicht rechtmäßig in das Bundesgebiet einreist oder*
- 2. sich nicht rechtmäßig im Bundesgebiet aufhält,*

begeht eine Verwaltungsübertretung und ist mit Geldstrafe von 1 000 Euro bis zu 5 000 Euro, im Fall ihrer Uneinbringlichkeit mit Freiheitsstrafe bis zu drei 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. (BGBl I Nr. 100/2005 idF Nr. I 122/2009)

Verwaltungsstrafgesetz –VStG

§ 52a. (1) Von Amts wegen können der Berufung nicht oder nicht mehr unterliegende Bescheide, durch die das Gesetz zum Nachteil des Bestraften offenkundig verletzt worden ist, sowohl von der Behörde als auch in Ausübung des Aufsichtsrechtes von der sachlich in Betracht kommenden Oberbehörde aufgehoben oder abgeändert werden. § 68 Abs. 7 AVG gilt sinngemäß.

(2) Die Folgen der Bestrafung sind wiedergutzumachen. Soweit dies nicht möglich ist, ist gemäß dem Strafrechtlichen Entschädigungsgesetz 2005 (StEG 2005), BGBl. I Nr. 125/2004, zu entschädigen.

3. Erwägungen der Volksanwaltschaft:

Die Volksanwaltschaft erachtet die Weigerung sowohl der BPD Villach als auch der Bundesministerin für Inneres, das Straferkenntnis der BPD Villach vom 28. Juni 2010 gemäß § 52a VStG zu beheben, für rechtswidrig.

Festzuhalten ist zunächst, dass die BPD Villach im Zuge der am 23. März 2010 durchgeführten Kontrolle ebenso den Vater der Beschwerdeführerin, die Mutter, die Brüder sowie die Schwester wegen Übertretungen des FPG anzeigte.

Auch in diesen Fällen erließ die BPD Villach Straferkenntnisse wegen unrechtmäßigen Aufenthalts. Die Bestraften, alle vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Farhad Paya, erhoben Berufungen an den UVS Kärnten. Nur gegen die Zwillingsschwester der Beschwerdeführerin wurde nach Angaben des Herrn Dr. Paya kein Straferkenntnis erlassen.

Warum im Fall der Beschwerdeführerin die Erhebung der Berufung unterblieb, konnte aufgrund des Akteninhaltes nicht abschließend geklärt werden. Laut Vorbringen des Herrn Dr. Paya sei es weder der Beschwerdeführerin noch ihren Eltern erinnerlich, dass Ihnen dieses Straferkenntnis tatsächlich zugegangen sei.

Eine fehlerhafte Zustellung ist aus dem Verwaltungsstrafakt nicht ersichtlich und daher auch nicht erweislich.

In den Verwaltungsstrafverfahren des Vaters, der Mutter, der Brüder und der Schwester erhob Herr Dr. Paya für seine Mandantschaft rechtzeitige Berufungen an den UVS Kärnten.

Dieser gab der Berufung des Vaters, der Mutter, der Brüder und der Schwester mit Bescheiden vom 7. Juli (Eltern) und 6. Juli (Kinder) Folge, hob die Straferkenntnisse auf und stellte die Verwaltungsstrafverfahren gemäß § 45 Abs. 1 Z 1 VStG ein.

In den im Wesentlichen gleichlautenden Bescheidbegründungen stellte der UVS Kärnten fest, dass die Berufungswerber den objektiven Tatbestand der angelasteten Verwaltungsübertretung verwirklicht hätten. Dass die Berufungswerber zur vermeintlichen Tatzeit über keinen gültigen Aufenthaltstitel im Bundesgebiet verfügt hätten und daher grundsätzlich verpflichtet gewesen wären, das Bundesgebiet zu verlassen, sei unstrittig.

Der UVS Kärnten verneinte jedoch das Vorliegen der subjektiven Tatseite. Er führte begründend dazu an, dass sich die Beschuldigten seit 2003 (N.N. seit 2004) gemeinsam als Familie im österreichischen Bundesgebiet aufhalten. Eine Klärung der Staatsangehörigkeit sei zur vermeintlichen Tatzeit noch nicht erfolgt. Die Familienmitglieder hätten somit über kein gültiges Reisedokument zum vermeintlichen Tatzeitpunkt verfügt. Die Bemühungen der Fremdenbehörde hätten sich darauf beschränkt, eine Unterschrift der Familienmitglieder unter ein von der Botschaft der Republik Armenien zur Verfügung gestelltes Formular zu erlangen.

Den Ausführungen des Rechtsvertreters in seiner Berufung zufolge hätten die Betroffenen zweimal derartige Formulare ordnungs- und wahrheitsgemäß unter Angabe ihrer Namen, Geburtsdaten, Geburtsorte und letzter Wohnanschrift in Armenien sowie unter Angabe der Namen, Geburtsdaten bzw. Sterbedaten ihrer Verwandten, von denen nur noch der Vater des Herrn des N.N. lebe, ausgefüllt. Die beantragten Heimreisezertifikate seien allerdings nicht wegen der fehlenden Unterschriften, sondern deshalb verweigert worden, weil die Identität der Betroffenen durch die Republik Armenien nicht festgestellt habe werden können.

Nach Feststellungen des UVS Kärnten war es den Beschuldigten zum vermeintlichen Tatzeitpunkt (23. März 2010) nicht möglich, das Bundesgebiet freiwillig und auf legale Weise zu verlassen.

Auch stellte der UVS Kärnten fest, dass den Beschuldigten jedenfalls zum vermeintlichen Tatzeitpunkt eine Ausreise aus dem österreichischen Bundesgebiet unter dem Gesichtspunkt der Art. 8 Abs. 2 EMRK nicht zumutbar gewesen sei, da damit ein unzulässiger Eingriff in das Familien- und Privatleben der Beschuldigten verbunden gewesen wäre.

Der UVS Kärnten hielt in seinen Erkenntnissen fest, dass die Beschuldigten an der Verwirklichung des objektiven Tatbestandes einer Übertretung des § 120 Abs. 1 Z 2 FPG 2005 kein Verschulden trifft. Er kam daher in allen fünf Fällen zu dem Ergebnis, die Straferkenntnisse zu beheben und die Verwaltungsstrafverfahren einzustellen.

Die Volksanwaltschaft vertritt die Ansicht, dass die vom UVS Kärnten im Fall der übrigen Familienmitglieder aufgezählten Behebungsgründe auch auf die Beschwerdeführerin zutreffen. Warum der Beschwerdeführerin die behördlichen Schriftstücke (Aufforderung zur Rechtfertigung, Straferkenntnis) nicht zugekommen sind bzw. sie diese bei der Post nach Hinterlegung nicht behoben hat, konnte – wie bereits ausgeführt – aufgrund des Akteninhaltes nicht abschließend geklärt werden.

Für den Anwendungsbereich des Art. 148a iVm Art. 148c B-VG ist es allerdings unerheblich, ob ein Rechtsmittel in Anspruch genommen wurde bzw. aus welchen Gründen die Inanspruchnahme eines Rechtsmittels unterblieben ist.

Da alle übrigen Familienmitglieder Berufungen gegen die Straferkenntnisse erhoben haben, ist davon auszugehen, dass die Erhebung der Berufung nicht bewusst unterlassen wurde, sondern möglicherweise auch aufgrund eines Versehens unterblieben ist.

Die im Prüfungsverfahren eingeholte Stellungnahme des Bundesministeriums für Inneres vom 30. April 2012 ließ lediglich erkennen, dass einer Aufhebung des Straferkenntnisses nicht nähergetreten werde.

Betont wird, dass eine offenkundige Rechtsverletzung dann anzunehmen sei, wenn dem Bescheid eine unvertretbare Rechtsansicht zugrunde gelegt wurde. Aufgrund des Akteninhaltes und der Gesetzeslage zum Entscheidungszeitpunkt habe eine solche nicht erblickt werden können. Auch werde angenommen, dass eine offenkundige Verletzung des Gesetzes zum Nachteil des Bestraften etwa dann vorliege, wenn das zur Last gelegte Verhalten gar nicht strafbar ist oder u. a. die Verjährungsbestimmungen missachtet wurden oder der für die Verletzung der Verwaltungsvorschrift vorgesehene Strafrahmen überschritten worden sei. Dafür gäbe es keine Hinweise.

Die Frage des Verschuldens sei im erstinstanzlichen Verfahren bewertet worden und liege nach der Akten- und Rechtslage zum Zeitpunkt der Entscheidung ein solches offenbar vor, zumal von Seiten der Beschuldigten keinerlei Äußerungen im Strafverfahren abgegeben worden seien.

Gemäß § 52a Abs. 1 VStG können der Berufung nicht oder nicht mehr unterliegende Bescheide, durch die das Gesetz zum Nachteil des Bestraften offenkundig verletzt worden ist sowohl von der Behörde als auch in Ausübung des Aufsichtsrechtes von der sachlich in Betracht kommenden Oberbehörde aufgehoben oder abgeändert werden. Gemäß Abs. 2 dieser Bestimmung sind die Folgen der Bestrafung wiedergutzumachen.

§ 52a Abs. 1 VStG gewährt zwar kein subjektives Recht auf Aufhebung eines rechtskräftigen Strafbescheides. Die Aufhebungs- und Abänderungsermächtigung liegt allerdings nur insoweit im Ermessen der Behörde, als der Begriff des Ermessens nicht mit dem Begriff der Willkür gleichzusetzen ist, weil der Behörde bei Ermessensentscheidungen keineswegs ein unbegrenzter Spielraum nach allen Seiten hin offensteht. Es ist unzweifelhaft ein Nachteil im Sinne des § 52a Abs. 1 VStG für die Beschwerdeführerin, wenn sie einer Tat schuldig befunden worden ist, die sie nicht oder nicht im vorgeworfenen Umfang begangen hat (siehe VwGH 19.12.1990, 90/02/0088, 0157).

Aus den Erkenntnissen des UVS ergibt sich, dass der Strafbehörde bekannt war, dass die Beschwerdeführerin im Sinne des VStG im Tatzeitpunkt zwar strafmündig, allerdings nicht volljährig war. Es war weiters bekannt, dass die armenischen Behörden eine Unterschrift der volljährigen Familienmitglieder verlangten. Die Unterschrift einer Minderjährigen reichte daher zu keinem Zeitpunkt aus, ein Heimreisezertifikat zu erlangen. Es wäre auch die Unterschrift auf dem von der Behörde vorgelegten Formular nicht wirksam gewesen.

Deshalb handelte die minderjährige Beschwerdeführerin nicht tatbildlich und es trifft sie an der Nichteinhaltung der Rechtsvorschrift darüber hinaus kein Verschulden. Einer Minderjährigen kann ein allfälliges Verschulden der Eltern - in Form der Unterschriftsverweigerung - nicht angelastet werden. Da es der Beschwerdeführerin zum vermeintlichen Tatzeitpunkt mangels Klärung der Staatsangehörigkeit sowie Besitzes von Reisedokumenten nicht möglich war, Österreich zu verlassen, fehlte es an der subjektiven Tatseite und somit an der Vorwerfbarkeit der Tat.

Die volljährigen Familienmitglieder haben dargetan, dass sie kein Verschulden trifft. Wie auch der UVS Kärnten in den angeführten Bescheiden der Familienmitglieder festgestellt hat, konnte diesen kein Verschulden vorgeworfen werden. Es fehlte somit an der subjektiven Tatseite.

Auch wird vom UVS festgestellt, dass die Behörde "Bemühungen" zur Erlangung eines Heimreisezertifikats nicht nachhaltig genug betrieben habe. Neben der rechtlichen bestand somit auch eine faktische Unmöglichkeit der Ausreise für die Beschwerdeführerin. Die Beschwerdeführerin

konnte deshalb weder rechtlich noch faktisch ein Heimreizertifikat erlangen. Damit ist aber eine Strafbarkeit ab initio ausgeschlossen.

Für die Volksanwaltschaft steht außer Zweifel, dass der Durchbrechung der Rechtskraft Vorrang einzuräumen ist, wenn sich eine Verwaltungsstrafe als offenkundig rechtswidrig verhängt herausstellt.

In der Stellungnahme vom 30. April 2012 führte das Bundesministerium für Inneres an, dass die Frage des Verschuldens im erstinstanzlichen Verfahren bewertet und nach der Akten- und Rechtslage zum Zeitpunkt der Entscheidung ein solches offenbar vorgelegen sei.

Die Durchsicht des Verwaltungsstrafaktes der BPD Villach sowie des Straferkenntnisses vom 28. Juni 2010 hat allerdings ergeben, dass die Mitberücksichtigung der Unmöglichkeit der Erlangung eines Heimreizertifikats und der Verschuldensfrage weder dem Akt noch dem Straferkenntnis zu entnehmen ist.

In der Begründung zieht sich die BPD Villach lediglich darauf zurück, dass die Beschuldigte im Verfahren keine Rechtfertigung abgegeben habe. Das Verfahren habe ohne weitere Beweisaufnahme abgeschlossen werden können. Auf die persönliche Situation und Geschichte der Beschwerdeführerin ging die BPD Villach überhaupt nicht ein.

Zu berücksichtigen ist auch, dass das BVG über die Beseitigung rassischer Diskriminierung die Gleichbehandlung Fremder untereinander gebietet. Wie bereits ausgeführt, konnten zwar die Gründe, warum die Beschwerdeführerin gegen das Straferkenntnis kein Rechtsmittel erhoben hat, nicht abschließend geklärt werden, da sich aus dem Akt eine offenbar ordnungsgemäße Zustellung durch Hinterlegung ergibt. Die Beschwerdeführerin betonte aber, dass weder ihr noch ihren Eltern eine Zustellung erinnerlich sei.

Da alle anderen Familienmitglieder Rechtsanwalt Dr. Paya damit beauftragt haben, gegen die Straferkenntnisse Berufungen zu erheben, erscheint es offensichtlich, dass die Berufung im Verfahren der Beschwerdeführerin nicht absichtlich unterblieben ist bzw. darauf sogar bewusst verzichtet wurde. Es dürfte vielmehr ein Versehen vorliegen.

Hätte die Beschwerdeführerin aber das Rechtsmittel der Berufung ergriffen, hätte der UVS Kärnten auch in ihrem Fall mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit die Bestrafung aufgehoben und das Verwaltungsstrafverfahren eingestellt, da die Erwägungen des UVS Kärnten in allen

Bescheiden der anderen Familienmitglieder im Wesentlichen die gleichen waren und sich jeweils auf die familiäre Gesamtsituation bezogen. Eine Gleichbehandlung aller Familienmitglieder würde daher mit einer Aufhebung der Bestrafung der Beschwerdeführerin sichergestellt.

Die Bestrafung der Beschwerdeführerin stellt einen Missstand in der Verwaltung dar. Die Volksanwaltschaft macht von der ihr zustehenden Möglichkeit Gebrauch, der Bundesministerin für Inneres die Aufhebung der Bestrafung gemäß § 52a VStG zu empfehlen, um damit den Missstand zu beheben.



Mag.ª Terezija Stojsits

Volksanwältin



Dr. Peter Kostelka

Volksanwalt



Dr. Gertrude Brinek

Volksanwältin

Hinweis: Gemäß Art. 148c B-VG und § 6 VAG 1982 haben die mit den obersten Verwaltungsgeschäften betrauten Organe innerhalb einer Frist von 8 Wochen den an sie gerichteten Empfehlungen der Volksanwaltschaft zu entsprechen und dies der Volksanwaltschaft mitzuteilen. Andernfalls ist schriftlich zu begründen, warum der Empfehlung nicht entsprochen wurde.