

VERFASSUNGSGERICHTSHOF

G 163/2019-16 ua.\*

10. März 2020

## IM NAMEN DER REPUBLIK!

Der Verfassungsgerichtshof hat unter dem Vorsitz des Präsidenten  
DDr. Christoph GRABENWARTER,

in Anwesenheit der Mitglieder

Dr. Markus ACHATZ,

Dr. Wolfgang BRANDSTETTER,

Dr. Sieglinde GAHLEITNER,

Dr. Andreas HAUER,

Dr. Christoph HERBST,

Dr. Michael HOLOUBEK,

Dr. Helmut HÖRTENHUBER,

Dr. Claudia KAHR,

Dr. Georg LIENBACHER,

Dr. Michael RAMI,

Dr. Johannes SCHNIZER und

Dr. Ingrid SIESS-SCHERZ

als Stimmführer, im Beisein der verfassungsrechtlichen Mitarbeiterin

Mag. Barbara HOFKO

als Schriftführerin,

über die Anträge des LANDESVERWALTUNGSGERICHTES VORARLBERG, die Wort- und Ziffernfolge "von 5 000" in § 120 Abs. 1b Fremdenpolizeigesetz 2005, BGBl. I 100, idF BGBl. I 145/2017 als verfassungswidrig aufzuheben, in seiner heutigen nichtöffentlichen Sitzung gemäß Art. 140 B-VG zu Recht erkannt:

- I. Die Wort- und Ziffernfolge "von 5 000" in § 120 Abs. 1b des Fremdenpolizeigesetzes 2005 (FPG), BGBl. I Nr. 100, idF BGBl. I Nr. 145/2017 wird als verfassungswidrig aufgehoben.
- II. Frühere gesetzliche Bestimmungen treten nicht wieder in Kraft.
- III. Die aufgehobene Wort- und Ziffernfolge ist nicht mehr anzuwenden.
- IV. Der Bundeskanzler ist zur unverzüglichen Kundmachung dieser Aussprüche im Bundesgesetzblatt I verpflichtet.

## **Entscheidungsgründe**

### **I. Anträge**

Mit den vorliegenden, auf Art. 140 Abs. 1 Z 1 lit. a B-VG gestützten Anträgen 1  
begehrt das Landesverwaltungsgericht Vorarlberg, die Wort- und Ziffernfolge  
"von 5 000" in § 120 Abs. 1b Fremdenpolizeigesetz 2005 (FPG), BGBl. I 100, idF  
BGBl. I 145/2017 (bzw. in den Anträgen G 285/2019, G 295/2019, G 296/2019  
und G 299/2019 idF BGBl. I 56/2018 – s. dazu unten Punkt IV.1.1.) als verfas-  
sungswidrig aufzuheben.

### **II. Rechtslage**

§ 120 Fremdenpolizeigesetz 2005 (FPG), BGBl. I 100, lautet in der Fassung BGBl. I 2  
145/2017 (im Folgenden: FPG) wie folgt (die angefochtene Wort- und Ziffernfol-  
ge ist hervorgehoben):

## "Rechtswidrige Einreise und rechtswidriger Aufenthalt

§ 120. (1) Wer als Fremder nicht rechtmäßig in das Bundesgebiet einreist, begeht eine Verwaltungsübertretung und ist mit Geldstrafe von 100 Euro bis zu 1 000 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 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; 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 bis zu 200 Euro geahndet werden.

(1a) Wer als Fremder sich nicht rechtmäßig im Bundesgebiet aufhält, 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 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.

(1b) Wer als Fremder aus von ihm zu vertretenden Gründen nicht unverzüglich seiner Pflicht zur Ausreise aus dem Bundesgebiet nachkommt, nachdem eine gegen ihn erlassene Rückkehrentscheidung rechtskräftig und durchsetzbar geworden ist, und ein Rückkehrberatungsgespräch gemäß § 52a Abs. 2 BFA-VG in Anspruch genommen oder bis zum Eintritt der Rechtskraft und Durchsetzbarkeit der Rückkehrentscheidung aus von ihm zu vertretenden Gründen nicht in Anspruch genommen hat, begeht eine Verwaltungsübertretung und ist mit Geldstrafe von 5 000 bis 15 000 Euro, im Fall ihrer Uneinbringlichkeit mit Freiheitsstrafe bis zu sechs 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 Beförderungsunternehmens möglich ist.

(1c) Wer als Fremder entgegen einem rechtskräftigen Einreiseverbot oder Aufenthaltsverbot unrechtmäßig in das Bundesgebiet einreist, begeht eine Verwaltungsübertretung und ist mit einer Geldstrafe von 5 000 bis 15 000 Euro, im Falle ihrer Uneinbringlichkeit mit Freiheitsstrafe bis zu sechs Wochen zu bestrafen. Wer wegen einer solchen Tat bereits einmal rechtskräftig bestraft wurde, kann

an Stelle der Geldstrafe mit Freiheitsstrafe bis zu sechs Wochen bestraft werden. Als Tatort gilt der Ort der Betretung, bei Betretung in einem öffentlichen Beförderungsmittel die nächstgelegene Ausstiegsstelle, an der das Verlassen des öffentlichen Beförderungsmittels gemäß dem Fahrplan des Beförderungsunternehmens möglich ist.

(2) Wer als Fremder

1. in einem Verfahren zur Erteilung eines Einreisetitels, eines Aufenthaltstitels oder einer Dokumentation vor der zur Ausstellung eines solchen Titels berufenen Behörde oder im Rahmen der Überprüfung der Rechtmäßigkeit der Einreise oder des Aufenthalts gegenüber Organen des öffentlichen Sicherheitsdienstes wesentlich falsche Angaben macht, um sich einen, wenn auch nur vorübergehenden, rechtmäßigen Aufenthalt im Bundesgebiet zu erschleichen, oder

2. in einem Asylverfahren vor dem Bundesamt oder dem Bundesverwaltungsgericht wesentlich falsche Angaben über seine Identität oder Herkunft macht, um die Duldung seiner Anwesenheit im Bundesgebiet oder einen, wenn auch nur vorübergehenden, rechtmäßigen Aufenthalt im Bundesgebiet zu erschleichen, 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.

(3) Wer

1. wesentlich die rechtswidrige Einreise oder Durchreise eines Fremden in oder durch einen Mitgliedstaat der Europäischen Union oder Nachbarstaat Österreichs fördert, oder

2. mit dem Vorsatz, das Verfahren zur Erlassung oder die Durchsetzung aufenthaltsbeendender Maßnahmen hintanzuhalten, einem Fremden den unbefugten Aufenthalt im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaates der Europäischen Union wesentlich erleichtert,

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.

(4) Wer eine Tat nach Abs. 2 oder 3 begeht, obwohl er wegen einer solchen Tat bereits einmal rechtskräftig bestraft wurde, ist mit Geldstrafe von 5 000 Euro bis zu 15 000 Euro oder mit Freiheitsstrafe bis zu sechs Wochen zu bestrafen.

(5) Eine Verwaltungsübertretung gemäß Abs. 1a und 1b liegt nicht vor,

1. wenn die Ausreise nur in ein Land möglich wäre, in das eine Abschiebung unzulässig (§ 50) ist;

2. solange der Fremde geduldet ist (§ 46a),

3. im Fall des Aufenthalts eines begünstigten Drittstaatsangehörigen ohne Visum,

4. solange dem Fremden die persönliche Freiheit entzogen ist oder

5. während der Frist für die freiwillige Ausreise gemäß § 55.

(6) Eine Bestrafung gemäß Abs. 1a schließt eine solche wegen der zugleich gemäß Abs. 1 begangenen Verwaltungsübertretung aus. Eine Bestrafung nach Abs. 1b schließt eine solche wegen der zugleich gemäß Abs. 1 und 1a begangenen Verwaltungsübertretung aus; eine Bestrafung nach Abs. 1c schließt eine solche wegen der zugleich gemäß Abs. 1 und 1a begangenen Verwaltungsübertretungen aus.

(7) Eine Verwaltungsübertretung nach Abs. 1 bis 1c liegt nicht vor, wenn der Fremde einen Antrag auf internationalen Schutz gestellt hat und ihm der Status des Asylberechtigten oder subsidiär Schutzberechtigten zuerkannt wurde. Während des Asylverfahrens ist das Verwaltungsstrafverfahren unterbrochen.

(8) Der Fremde, dem eine Tat nach Abs. 3 zu Gute kommt oder kommen sollte, ist wegen Anstiftung oder Beihilfe nicht strafbar.

(9) Nach Abs. 3 ist nicht strafbar, wer die Tat in Bezug auf seinen Ehegatten, seinen eingetragenen Partner, seine Kinder oder seine Eltern begeht.

(10) Der Versuch in den Fällen der Abs. 1, 1c, 2 und 3 ist strafbar.

(11) Wird einem Fremden während eines anhängigen Verwaltungsstrafverfahrens gemäß § 120 Abs. 1, 1a, 1b oder 1c der Status des Asylberechtigten oder des subsidiär Schutzberechtigten zuerkannt, ein Aufenthaltstitel gemäß dem AsylG 2005 oder dem NAG rechtskräftig erteilt oder eine Dokumentation gemäß dem NAG ausgestellt, so ist dieses Verwaltungsstrafverfahren einzustellen. § 45 Abs. 2 VStG gilt."

Mit BGBl. I 56/2018 wurde in § 120 FPG der Abs. 1c geändert (Abs. 5, 6, 10 wurden angepasst). Mit BGBl. I 110/2019 wurde dem Abs. 5 eine Z 6 angefügt (Z 4, 5 wurden angepasst). Die Änderungen sind im vorliegenden Zusammenhang nicht von Bedeutung.

3

### III. Antragsvorbringen und Vorverfahren

1. Den zu G 163/2019 und G 169/2019 protokollierten Anträgen liegen Fälle zugrunde, in denen jeweils gemäß § 120 Abs. 1b FPG eine Geldstrafe in der Höhe von € 5.000,-, im Falle ihrer Uneinbringlichkeit eine Ersatzfreiheitsstrafe von 14 Tagen verhängt wurde. Der Beschwerdeführer (G 163/2019) bzw. die Beschwerdeführerin (G 169/2019) vor dem Landesverwaltungsgericht Vorarlberg wurde jeweils schuldig erkannt, aus von ihnen zu vertretenden Gründen vom 5. April 2018 bis 29. Mai 2019 (G 163/2019) bzw. vom 1. Februar 2018 bis 14. Februar 2018 (G 169/2019) ihrer Pflicht zur unverzüglichen Ausreise aus dem Bundesgebiet nicht nachgekommen zu sein, obwohl gegen sie mit der Abweisung der Anträge auf internationalen Schutz eine Rückkehrentscheidung gemäß § 52a Abs. 2 BFA-VG rechtskräftig und durchsetzbar geworden sei und ein Rückkehrberatungsgespräch stattgefunden habe.

4

2. Den zu G 170/2019, G 186/2019, G 285/2019, G 295/2019, G 296/2019, G 299/2019, G 19/2020, G 123/2020 und G 155/2020 protokollierten Anträgen liegen gleichgelagerte Sachverhalte zugrunde. Die Beschwerdeführer wurden

5

jeweils wegen unrechtmäßigen Aufenthaltes von 5. April 2018 bis 29. Mai 2019 (G 170/2019), von 6. Juni 2018 bis 11. Juni 2018 (G 186/2019), von 17. Oktober 2018 bis 27. Oktober 2018 (G 285/2019), von 7. Mai 2019 bis 1. Juni 2019 (G 295/2019), von 20. Dezember 2018 bis 31. Dezember 2018 (G 296/2019), von 8. Mai 2019 bis 31. Mai 2019 (G 299/2019), von 5. Oktober 2018 bis 10. Jänner 2019 (G 19/2020), von 31. Jänner 2018 bis 12. März 2018 (G 123/2020) bzw. von 24. April 2019 bis 21. Mai 2019 (G 155/2020) nach § 120 Abs. 1b FPG bestraft und es wurde je eine Geldstrafe von € 5.000,- und eine Ersatzfreiheitsstrafe von 14 Tagen verhängt.

3. Das Landesverwaltungsgericht Vorarlberg hegt in seinen Anträgen das Bedenken, dass die Mindeststrafe von € 5.000,- in § 120 Abs. 1b FPG unsachlich sei. Selbst bei strengeren Strafen aus general- und spezialpräventiven Gründen müsse eine Strafe in einem angemessenen Verhältnis zum Grad des Verschuldens und zur Höhe des durch das Vergehen bewirkten Schadens stehen. Dies sei bei der Mindeststrafe von € 5.000,- bei systematischer Betrachtung des § 120 Abs. 1b FPG nicht der Fall.

Die Mindeststrafe sei zur Abgrenzung vom (bloßen) unrechtmäßigen Aufenthalt in § 120 Abs. 1a FPG eingeführt worden, der eine Strafe von mindestens € 500,-, bei wiederholter Begehung von mindestens € 2.500,- vorsehe. Eine sachliche Rechtfertigung für diese Verdoppelung der Mindeststrafe in § 120 Abs. 1b FPG könne nicht gesehen werden. Auch nicht mit dem in den Materialien (IA 2285A, 25. GP, 74) angeführten Argument, dass zum unrechtmäßigen Aufenthalt gemäß § 120 Abs. 1a FPG, der in einer bloß geringfügigen Überschreitung des visumpflichtigen oder visumsfreien Aufenthaltes liegen könne, das Zuwiderhandeln gegen eine Rückkehrentscheidung und die Missachtung der Pflicht zur Inanspruchnahme eines Rückkehrberatungsgespräches im Falle des Unterbleibens dieses Gespräches in § 120 Abs. 1b FPG hinzutreten würden. Nach Ansicht des Landesverwaltungsgerichtes Vorarlberg unterfielen nämlich nicht nur Fälle geringfügiger Überschreitung eines visumpflichtigen Aufenthaltes § 120 Abs. 1a FPG. Auch werde dem Betroffenen durch eine Bestrafung nach § 120 Abs. 1a FPG die Ausreisepflicht mindestens genauso unmissverständlich, wenn nicht sogar noch deutlicher, zur Kenntnis gebracht als durch eine Rückkehrentscheidung nach § 120 Abs. 1b FPG. Weiters fielen unter § 120 Abs. 1b FPG eben-

so Fälle, in denen die Frist zur freiwilligen Ausreise nur geringfügig überschritten worden sei.

Im Verhältnis zu § 120 Abs. 1c FPG, der für die unrechtmäßige Einreise trotz eines rechtskräftigen Einreise- oder Aufenthaltsverbotes dieselbe (Mindest-) Strafe wie § 120 Abs. 1b FPG vorsehe, sei zu berücksichtigen, dass die Erlassung eines Einreiseverbotes gemäß § 53 FPG eine Prüfung und Bejahung der Gefährdung der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit durch den Fremden voraussetze. Eine derartige Prüfung finde bei der Erlassung einer Rückkehrentscheidung nach § 55 FPG nicht statt. Der bewirkte Schaden durch das Zuwiderhandeln gegen ein aufrechtes Einreise- bzw. Aufenthaltsverbot könne demnach nicht mit Fällen einer (auch nur geringfügigen) Überschreitung der Frist zur freiwilligen Ausreise verglichen werden, insbesondere dann nicht, wenn es sich um straf- und verwaltungsstrafrechtlich unbescholtene Personen handle, von denen keine Gefährdung der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit ausgehe. Der Gesetzgeber missachte in dieser Hinsicht das aus dem Gleichheitsgrundsatz erfließende Differenzierungsgebot. 8

Im Verhältnis zu § 120 Abs. 2 und 3 FPG werde deutlich, dass der Gesetzgeber in § 120 Abs. 1b FPG den geringeren Grad des Verschuldens nicht ausreichend berücksichtigt habe. Während § 120 Abs. 2 FPG (Erschleichung eines Einreise- oder Aufenthaltstitels) und § 120 Abs. 3 FPG (Beihilfe zu rechtswidriger Einreise oder unbefugtem Aufenthalt) mit einer Mindeststrafe von € 1.000,- die verstärkte Vorsatzform der Wissentlichkeit voraussetzten, genüge in § 120 Abs. 1b FPG fahrlässige Begehung. Eine fünffache Erhöhung der Mindeststrafe bei einem minderen Grad des Verschuldens und jedenfalls keinem höheren Schaden sei sachlich nicht gerechtfertigt. 9

Die Mindeststrafe in § 120 Abs. 1b FPG sei auch deshalb unsachlich, weil Übertretungen des § 120 Abs. 1b FPG typischerweise von Personen mit (sehr) ungünstigen Einkommens- und Vermögensverhältnissen begangen würden. Die Mindeststrafe wirkte daher in den überwiegenden Fällen – da mangels Vermögens die Ersatzfreiheitsstrafe angetreten werden müsse – wie eine primäre Freiheitsstrafe. 10

4. Die Bundesregierung hat von der Erstattung einer Äußerung abgesehen. 11

## IV. Erwägungen

Der Verfassungsgerichtshof hat in sinngemäßer Anwendung der §§ 187 und 404 ZPO iVm § 35 Abs. 1 VfGG die zu G 163/2019 und G 169/2019 protokollierten Anträge zur gemeinsamen Beratung und Entscheidung verbunden und hierüber erwogen: 12

### 1. Zur Zulässigkeit der Anträge

1.1. Zu den zu G 285/2019, G 295/2019, G 296/2019 und G 299/2019 protokollierten Anträgen ist anzumerken, dass das Landesverwaltungsgericht Vorarlberg § 120 Abs. 1b FPG in der Fassung BGBl. I 56/2018 anficht. Da sich mit dieser Novelle die angefochtene Bestimmung nicht geändert hat (nur Abs. 1c leg. cit. wurde geändert), macht die Anfechtung der Bestimmung in dieser Fassung die Anträge nicht unzulässig. 13

1.2. Der Verfassungsgerichtshof ist nicht berechtigt, durch seine Präjudizialitätsentscheidung das antragstellende Gericht an eine bestimmte Rechtsauslegung zu binden, weil er damit indirekt der Entscheidung dieses Gerichtes in der Hauptsache vorgreifen würde. Gemäß der ständigen Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes darf daher ein Antrag iSd Art. 139 Abs. 1 Z 1 B-VG bzw. des Art. 140 Abs. 1 Z 1 lit. a B-VG nur dann wegen mangelnder Präjudizialität zurückgewiesen werden, wenn es offenkundig unrichtig (denk unmöglich) ist, dass die – angefochtene – generelle Norm eine Voraussetzung der Entscheidung des antragstellenden Gerichtes im Anlassfall bildet (vgl. etwa VfSlg. 10.640/1985, 12.189/1989, 15.237/1998, 16.245/2001 und 16.927/2003). 14

1.3. Ein von Amts wegen oder auf Antrag eines Gerichtes eingeleitetes Gesetzesprüfungsverfahren dient der Herstellung einer verfassungsrechtlich einwandfreien Rechtsgrundlage für das Anlassverfahren (vgl. VfSlg. 11.506/1987, 13.701/1994). 15

1.4. Die Grenzen der Aufhebung einer auf ihre Verfassungsmäßigkeit zu prüfenden Gesetzesbestimmung sind, wie der Verfassungsgerichtshof sowohl für von Amts wegen als auch für auf Antrag eingeleitete Gesetzesprüfungsverfahren 16

schon wiederholt dargelegt hat (VfSlg. 13.965/1994 mwN, 16.542/2002, 16.911/2003), notwendig so zu ziehen, dass einerseits der verbleibende Gesetzesteil nicht einen völlig veränderten Inhalt bekommt und dass andererseits die mit der aufzuhebenden Gesetzesstelle untrennbar zusammenhängenden Bestimmungen auch erfasst werden.

Dieser Grundposition folgend hat der Verfassungsgerichtshof die Rechtsauffassung entwickelt, dass im Gesetzesprüfungsverfahren der Anfechtungsumfang der in Prüfung gezogenen Norm bei sonstiger Unzulässigkeit des Prüfungsantrages nicht zu eng gewählt werden darf (vgl. VfSlg. 16.212/2001, 16.365/2001, 18.142/2007, 19.496/2011; VfGH 14.3.2017, G 311/2016). Das antragstellende Gericht hat all jene Normen anzufechten, die für das anfechtende Gericht präjudiziell sind und vor dem Hintergrund der Bedenken für die Beurteilung der allfälligen Verfassungswidrigkeit der Rechtslage eine untrennbare Einheit bilden. Es ist dann Sache des Verfassungsgerichtshofes, darüber zu befinden, auf welche Weise eine solche Verfassungswidrigkeit – sollte der Verfassungsgerichtshof die Auffassung des antragstellenden Gerichtes teilen – beseitigt werden kann (VfSlg. 16.756/2002, 19.496/2011, 19.684/2012, 19.903/2014; VfGH 10.3.2015, G 201/2014).

Unzulässig ist der Antrag etwa dann, wenn der im Falle der Aufhebung im begehrten Umfang verbleibende Rest einer Gesetzesstelle als sprachlich unverständlicher Torso inhaltsleer und unanwendbar wäre (VfSlg. 16.279/2001, 19.413/2011, 20.082/2016; VfGH 19.6.2015, G 211/2014; 7.10.2015, G 444/2015), der Umfang der zur Aufhebung beantragten Bestimmungen so abgesteckt ist, dass die angenommene Verfassungswidrigkeit durch die Aufhebung gar nicht beseitigt würde (vgl. zB VfSlg. 18.891/2009, 19.933/2014), oder durch die Aufhebung bloßer Teile einer Gesetzesvorschrift dieser ein völlig veränderter, dem Gesetzgeber überhaupt nicht mehr zusinnbarer Inhalt gegeben würde (VfSlg. 18.839/2009, 19.841/2014, 19.972/2015, 20.102/2016).

Unter dem Aspekt einer nicht trennbaren Einheit in Prüfung zu ziehender Vorschriften ergibt sich ferner, dass ein Prozesshindernis auch dann vorliegt, wenn es auf Grund der Bindung an den gestellten Antrag zu einer in der Weise isolierten Aufhebung einer Bestimmung käme, dass Schwierigkeiten bezüglich der Anwendbarkeit der im Rechtsbestand verbleibenden Vorschriften

entstünden, und zwar in der Weise, dass der Wegfall der angefochtenen (Teile einer) Gesetzesbestimmung den verbleibenden Rest unverständlich oder auch unanwendbar werden ließe. Letzteres liegt dann vor, wenn nicht mehr mit Bestimmtheit beurteilt werden könnte, ob ein der verbliebenen Vorschrift zu unterstellender Fall vorliegt (VfSlg. 16.869/2003 mwN).

Eine zu weite Fassung des Antrages macht diesen nicht in jedem Fall unzulässig. Zunächst ist ein Antrag nicht zu weit gefasst, soweit das Gericht solche Normen anficht, die denkmöglich eine Voraussetzung der Entscheidung des antragstellenden Gerichtes im Anlassfall bilden und damit präjudiziell sind; dabei darf aber nach § 62 Abs. 1 VfGG nicht offen bleiben, welche Gesetzesvorschrift oder welcher Teil einer Vorschrift nach Auffassung des antragstellenden Gerichtes aus welchem Grund aufgehoben werden soll (siehe mwN VfGH 2.3.2015, G 140/2014 ua.; vgl. auch VfGH 10.12.2015, G 639/2015; 15.10.2016, G 103-104/2016 ua.). Ist ein solcher Antrag in der Sache begründet, hebt der Verfassungsgerichtshof aber nur einen Teil der angefochtenen Bestimmungen als verfassungswidrig auf, so führt dies — wenn die sonstigen Prozessvoraussetzungen vorliegen — im Übrigen zur teilweisen Abweisung des Antrages (VfSlg. 19.746/2013; VfGH 5.3.2014, G 79/2013 ua.).

20

Umfasst der Antrag auch Bestimmungen, die für das antragstellende Gericht offenkundig keine Voraussetzung seiner Entscheidung im Anlassfall bilden und die somit nicht präjudiziell sind (insofern ist der Antrag zu weit gefasst), die mit den präjudiziellen (und nach Auffassung des antragstellenden Gerichtes den Sitz der Verfassungswidrigkeit bildenden) Bestimmungen aber vor dem Hintergrund der Bedenken in einem Regelungszusammenhang stehen, so ist zu differenzieren: Sind diese Bestimmungen von den den Sitz der verfassungsrechtlichen Bedenken des antragstellenden Gerichtes bildenden präjudiziellen Bestimmungen offensichtlich trennbar, so führt dies zur teilweisen Zurückweisung des Antrages. Umfasst der Antrag auch Bestimmungen, die mit den präjudiziellen, den Sitz der verfassungsrechtlichen Bedenken des antragstellenden Gerichtes bildenden Bestimmungen in einem so konkreten Regelungszusammenhang stehen, dass es nicht von vornherein auszuschließen ist, dass ihre Aufhebung im Fall des Zutreffens der Bedenken erforderlich sein könnte (sind diese Bestimmungen also nicht offensichtlich trennbar), so ist der Antrag insgesamt zulässig (VfSlg. 20.111/2016). Dies gilt nach dem vorhin

21

Gesagten aber keinesfalls dann, wenn Bestimmungen mitangefochten werden (etwa alle eines ganzen Gesetzes), gegen die gar keine konkreten Bedenken vorgebracht werden und zu denen auch kein konkreter Regelungszusammenhang dargelegt wird (VfSlg. 19.894/2014; VfGH 29.9.2015, G 324/2015; 15.10.2016, G 183/2016 ua.).

Der Verfassungsgerichtshof entscheidet daher – vor dem Hintergrund der Bedenken und der Erforderlichkeit, die den Sitz der Bedenken bildenden Bestimmungen (bei geringstmöglichem Eingriff in den Gehalt der Rechtsordnung) zu ermitteln – über die Frage, ob gegebenenfalls auch Bestimmungen aufzuheben sind, die nicht präjudiziell sind, aber mit präjudiziellen Bestimmungen in einem untrennbaren Zusammenhang stehen (vgl. zB VfSlg. 19.939/2014, 20.086/2016), nicht im Rahmen der Prüfung der Zulässigkeit des Antrages, sondern im Einzelnen erst dann, wenn der Verfassungsgerichtshof, erweist sich der Antrag als begründet, den Umfang der aufzuhebenden Bestimmungen abzugrenzen hat. 22

1.5. In den den Anträgen zugrunde liegenden Anlassverfahren wurde jeweils eine Geldstrafe in der Höhe von € 5.000,- wegen Übertretung des § 120 Abs. 1b FPG idF BGBl. I 145/2017 verhängt. Die Wort- und Zeichenfolge "von 5 000" in § 120 Abs.1b FPG ist somit in der angefochtenen Fassung BGBl. I 145/2017 (denkmöglich) eine Voraussetzung der Entscheidung des antragstellenden Gerichtes in den den Anträgen zugrunde liegenden Anlassfällen. Sie ist daher präjudiziell. 23

Auch ist der Anfechtungsumfang nicht zu eng gewählt. Das Landesverwaltungsgericht Vorarlberg wendet sich in seinen Anträgen allein gegen die in § 120 Abs. 1b FPG normierte Mindeststrafe und bringt Bedenken ob ihrer Sachlichkeit vor. Damit hat es jenen Umfang für die Anfechtung gewählt, der für den Verfassungsgerichtshof vor dem Hintergrund der geltend gemachten Bedenken zur Beurteilung der behaupteten Verfassungswidrigkeit erforderlich ist. 24

1.6. Da auch sonst keine Prozesshindernisse hervorgekommen sind, erweisen sich die Anträge insgesamt als zulässig. 25

## 2. In der Sache

2.1. Der Verfassungsgerichtshof hat sich in einem auf Antrag eingeleiteten Verfahren zur Prüfung der Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes gemäß Art. 140 B-VG auf die Erörterung der geltend gemachten Bedenken zu beschränken (vgl. VfSlg. 12.691/1991, 13.471/1993, 14.895/1997, 16.824/2003). Er hat sohin ausschließlich zu beurteilen, ob die angefochtene Bestimmung aus den in der Begründung des Antrages dargelegten Gründen verfassungswidrig ist (VfSlg. 15.193/1998, 16.374/2001, 16.538/2002, 16.929/2003). 26

2.2. Das Landesverwaltungsgericht Vorarlberg macht in seinen Anträgen geltend, dass die in § 120 Abs. 1b FPG vorgesehene Mindeststrafe von € 5.000,- gegen das aus dem Gleichheitsgrundsatz abgeleitete Sachlichkeitsgebot verstoße, weil sie bei systematischer Betrachtung (in Zusammenhalt mit § 120 Abs. 1a, 1c, 2 und 3 FPG) in keinem angemessenen Verhältnis zum Grad des Verschuldens und zur Höhe des durch das Vergehen bewirkten Schadens stehe. 27

2.3. Damit ist das Landesverwaltungsgericht Vorarlberg im Recht: 28

2.3.1. Nach ständiger Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes setzt der Gleichheitsgrundsatz dem Gesetzgeber (s. etwa VfSlg. 13.327/1993, 16.407/2001) insofern inhaltliche Schranken, als er verbietet, unsachliche, durch tatsächliche Unterschiede nicht begründbare Differenzierungen und eine unsachliche Gleichbehandlung von Ungleichem (VfSlg. 17.315/2004, 17.500/2005) sowie sachlich nicht begründbare Regelungen zu schaffen (vgl. VfSlg. 14.039/1995, 16.407/2001, 20.072/2016). Innerhalb dieser Schranken ist es dem Gesetzgeber jedoch von Verfassungs wegen durch den Gleichheitsgrundsatz nicht verwehrt, seine politischen Zielvorstellungen auf die ihm geeignet erscheinende Art zu verfolgen (s. etwa VfSlg. 16.176/2001, 16.504/2002). 29

2.3.2. Vorauszuschicken ist, dass es der Verfassungsgerichtshof in seinem Erkenntnis VfSlg. 19.351/2011 als verfassungswidrig erachtet hat, dass die Mindeststrafe in § 120 Abs. 1 FPG in der vormaligen Fassung BGBl. I 122/2009 von € 1.000,- für Tatbestände der rechtswidrigen Einreise und des rechtswidrigen Aufenthaltes eine Vielzahl unterschiedlicher Sachverhalte – daher Verstöße ganz unterschiedlicher Gravität und sohin ohne gebotene Differenzierung – dem 30

gleichen Strafmaß zuordnete, ohne eine hinreichende Berücksichtigung der Unterschiede im Tatsächlichen zu ermöglichen.

2.3.3. In der Folge wurde § 120 FPG (neu) beschlossen, der nunmehr für unterschiedliche Sachverhaltskonstellationen der rechtswidrigen Einreise und des rechtswidrigen Aufenthaltes entsprechend auch unterschiedliche Strafdrohungen vorsieht. 31

Der angefochtene § 120 Abs. 1b FPG erfasst Fälle rechtswidrigen Aufenthaltes und normiert, dass jeder Verstoß gegen die durch eine rechtskräftige und durchsetzbare Rückkehrentscheidung und nach Inanspruchnahme bzw. nach vom Fremden zu vertretender Nichtinanspruchnahme eines Rückkehrberatungsgesprächs ausgelöste Verpflichtung zur unverzüglichen Ausreise aus dem Bundesgebiet als Verwaltungsübertretung zu ahnden ist. Eine Verwaltungsübertretung nach dieser Bestimmung liegt nicht vor, wenn ein Abschiebungsverbot nach § 50 FPG besteht, eine Duldung nach § 46a FPG vorliegt, im Falle eines visumslosen Aufenthaltes eines begünstigten Drittstaatsangehörigen, für die Dauer eines Freiheitsentzuges und während der Frist für die freiwillige Ausreise (§ 120 Abs. 5 Z 1 bis 5 FPG). Eine Strafbarkeit nach § 120 Abs. 1b FPG schließt eine solche nach § 120 Abs. 1 (unrechtmäßige Einreise) und Abs. 1a (unrechtmäßiger Aufenthalt) FPG aus (§ 120 Abs. 6 FPG). 32

Die für eine Verwaltungsübertretung zu verhängende (Primär-)Strafe ist eine Geldstrafe, die von (mindestens) € 5.000,- bis € 15.000,- reicht. Eine Erhöhung des Strafrahmens im Wiederholungsfall ist nicht vorgesehen. Zugleich mit der Geldstrafe ist eine Ersatzfreiheitsstrafe bis zu sechs Wochen festzusetzen, die im Falle der Uneinbringlichkeit der Geldstrafe zu vollziehen ist. 33

Die mit BGBl. I 145/2017 nun festgesetzte Mindeststrafe in § 120 Abs. 1b FPG von € 5.000,-, die über einen Fremden bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 120 Abs. 1b FPG jedenfalls zumindest zu verhängen ist, differenziert im Sinne des Erkenntnisses VfSlg. 19.351/2011 weiterhin nicht hinreichend. Wie die den Anträgen des Landesverwaltungsgerichtes Vorarlberg zugrunde liegenden Fälle nämlich zeigen, unterliegen die verschiedenen Konstellationen des § 120 FPG Mindeststrafsanktionen, ohne die verwirklichten unterschiedlichen Unwertgehalte hinreichend zu berücksichtigen. Eine Anwendung des § 20 VStG oder etwa 34

des § 45 Abs. 1 Z 4 VStG, die durch eine begünstigende Rücksichtnahme auf bestimmte Umstände in einzelnen Fällen ein Unterschreiten der Mindeststrafe bzw. ein Absehen von einem Strafverfahren ermöglichen, vermag die durch die Mindeststrafe von € 5.000,- in § 120 Abs. 1b FPG bewirkte im Verhältnis zu den sonstigen in § 120 FPG enthaltenen Straftatbeständen und Strafdrohungen unzureichende Differenzierung nicht zu rechtfertigen. Die rechtlich notwendige Differenzierung vermag nach Wegfall der Mindeststrafe in § 120 Abs. 1b FPG hingegen die Rechtsprechung zu leisten.

Die Festlegung der Mindeststrafe von € 5.000,- in § 120 Abs. 1b FPG verstößt deshalb gegen das aus dem Gleichheitsgrundsatz abgeleitete Sachlichkeitsgebot; es erübrigt sich daher, auf die weiteren im Antrag vorgebrachten Bedenken einzugehen. 35

2.4. Da die zu G 170/2019, G 186/2019, G 285/2019, G 295/2019, G 296/2019, G 299/2019, G 19/2020, G 123/2020 und G 155/2020 protokollierten Anträge des Landesverwaltungsgerichtes Vorarlberg den zu G 163/2019 und G 169/2019 protokollierten Anträgen gleichen, hat der Verfassungsgerichtshof gemäß § 19 Abs. 3 Z 4 VfGG davon abgesehen, ein weiteres Verfahren in diesen Rechtssachen durchzuführen. Die in den Anträgen zu G 170/2019, G 186/2019, G 285/2019, G 295/2019, G 296/2019, G 299/2019, G 19/2020, G 123/2020 und G 155/2020 aufgeworfenen Rechtsfragen sind durch die Entscheidung über die Anträge G 163/2019 und G 169/2019 bereits geklärt (vgl. VfSlg. 19.960/2015 und 20.244/2018). 36

## V. Ergebnis

1. Die Wort- und Zeichenfolge "von 5 000" in § 120 Abs. 1b FPG ist daher wegen Verstoßes gegen den auch den Gesetzgeber bindenden Gleichheitsgrundsatz als verfassungswidrig aufzuheben. 37

2. Der Ausspruch, dass frühere gesetzliche Bestimmungen nicht wieder in Kraft treten, beruht auf Art. 140 Abs. 6 erster Satz B-VG. 38

3. Der Verfassungsgerichtshof sieht sich veranlasst, von der ihm durch Art. 140 Abs. 7 zweiter Satz B-VG eingeräumten Ermächtigung Gebrauch zu machen und 39

auszusprechen, dass die aufgehobene Wort- und Ziffernfolge nicht mehr anzuwenden ist.

4. Die Verpflichtung des Bundeskanzlers zur unverzüglichen Kundmachung der Aufhebung und der damit im Zusammenhang stehenden sonstigen Aussprüche erfließt aus Art. 140 Abs. 5 erster Satz B-VG und § 64 Abs. 2 VfGG iVm § 3 Z 3 BGBIG. 40

5. Diese Entscheidung konnte gemäß § 19 Abs. 3 Z 4 und Abs. 4 VfGG ohne mündliche Verhandlung in nichtöffentlicher Sitzung getroffen werden. 41

Wien, am 10. März 2020

Der Präsident:

DDr. GRABENWARTER

Schriftführerin:

Mag. HOFKO

\*G 169/2019-12, G 170/2019-5, G 186/2019-5, G 285/2019-3, G 295/2019-3, G 296/2019-3, G 299/2019-3, G 19/2020-2, G 123/2020-2, G 155/2020-1