

# TE Bvg Erkenntnis 2019/8/1 W278 2221863-1

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 01.08.2019

## Entscheidungsdatum

01.08.2019

## Norm

BFA-VG §22a Abs1 Z3

BFA-VG §22a Abs3

B-VG Art. 133 Abs4

FPG §76

FPG §76 Abs2 Z2

VwGVG §35

## Spruch

W278 2221863-1/5E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag. HABITZL als Einzelrichter über die Beschwerde des XXXX , geboren am XXXX , Staatsangehörigkeit Nigeria vertreten durch Diakonie Flüchtlingsdienst gem. GmbH, gegen den Bescheid des Bundesamtes für Fremdenwesen und Asyl vom XXXX , zu Recht erkannt:

A)

I. Der Beschwerde wird gemäß § 22a Abs. 1 Z. 3 BFA-VG iVm § 76 Abs. 2 Z. 2 FPG stattgegeben, der Schubhaftbescheid des Bundesamtes für Fremdenwesen und Asyl vom XXXX , sowie die Anhaltung in Schubhaft seit 26.07.2019 für rechtswidrig erklärt.

II. Gemäß § 22a Abs. 3 BFA-VG iVm § 76 FPG wird festgestellt, dass zum Zeitpunkt der Entscheidung die für die Fortsetzung der Schubhaft maßgeblichen Voraussetzungen nicht vorliegen.

III. Gemäß § 35 Abs. 1 und 2 VwGVG iVm § 1 Z. 1 VwG-AufwErsV hat der Bund dem Beschwerdeführer zu Handen seines ausgewiesenen Vertreters Aufwendungen in Höhe von € 737,60 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

IV. Der Antrag der Behörde auf Kostenersatz wird gemäß § 35 Abs. 2 VwGVG abgewiesen.

B)

Die Revision ist gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG nicht zulässig.

## Text

## ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

### I. Verfahrensgang:

1. Der Beschwerdeführer (in weiterer Folge als BF bezeichnet), ein nigerianischer Staatsangehöriger, reiste am 10.04.2019 legal nach Österreich ein. Er wurde am 25.07.2019 von Organen des öffentlichen Sicherheitsdienstes in Österreich aufgegriffen und über Auftrag des Bundesamtes für Fremdenwesen und Asyl (in weitere Folge als Bundesamt bezeichnet) festgenommen. Dabei wies er sich mit einem nigerianischen Reisepass und mit einem gültigen spanischen Aufenthaltstitel aus.

2. Am 26.07.2019 erfolgte eine Einvernahme des BF durch das Bundesamt zur Erlassung einer Rückkehrentscheidung in Verbindung mit einem Einreiseverbot sowie zur Erlassung der Schubhaft. In dieser führte der BF im Wesentlichen aus, dass seine Eltern in Spanien leben, er seit 12 oder 13 Jahren über einen spanischen Aufenthaltstitel verfüge. Da er nicht in Österreich lebe sei er nicht im Bundesgebiet gemeldet.

3. Am 26.07.2019 wurde dem BF mit Bescheid des Bundesamtes vom 26.07.2019 Zl.: XXXX ein Aufenthaltstitel aus berücksichtigungswürdigen Gründen gemäß §§ 57 Asylgesetz 2005 nicht erteilt, gemäß § 10 Absatz 2 AsylG iVm § 9 BFA-Verfahrensgesetz eine Rückkehrentscheidung gemäß § 52 Absatz 1 Ziffer 1 FPG erlassen und gemäß § 52 Absatz 9 FPG festgestellt, dass seine Abschiebung gemäß § 46 FPG nach NIGERIA zulässig sei. Gemäß § 53 Absatz 1 iVm Absatz 2 Ziffer 6 FPG wurde gegen den BF ein auf die Dauer von 4 Jahre befristetes Einreiseverbot erlassen und gemäß § 18 Absatz 2 Ziffer 1 BFA-Verfahrensgesetz, die aufschiebende Wirkung einer Beschwerde gegen diese Rückkehrentscheidung aberkannt.

Der Bescheid wurde dem BF am 26.07.2018 durch persönliche Übernahme zugestellt.

4. Mit dem hier angefochtenen Bescheid des Bundesamtes vom 26.07.2019 Zl.: XXXX wurde gemäß§ 76 Abs. 2 Z. 2 FPG über den BF Schubhaft zum Zwecke der der Sicherung der Abschiebung angeordnet. Begründend wurde vom Bundesamt im Wesentlichen ausgeführt, dass der BF nigerianischer Staatsangehöriger sei und über eine spanische Aufenthaltsgenehmigung verfüge. Der BF halte sich seit 17 Tagen illegal im Bundesgebiet auf, über eine Meldeadresse verfüge er nicht. Eine Rückkehrentscheidung in Verbindung mit einem Einreiseverbot gegen den BF sei durchsetzbar. Auf Grund der Kriterien des § 76 Abs. 3 Z. 3 und 9 FPG sei von Fluchtgefahr auszugehen. Die Entscheidung sei verhältnismäßig, da der BF nicht über ausreichende Barmittel für seinen Aufenthalt verfüge und er nicht im Bundesgebiet sozial verankert sei. Er habe die sichtvermerkfreie Aufenthaltsdauer überschritten. Auf Grund seiner annähernden Mittellosigkeit und seiner fehlenden sonstigen Verankerung in Österreich sowie auf Grund seines bisherigen Verhaltens könne auf ein beträchtliches Risiko des Untertauchens geschlossen werden. Mit der Anordnung eines gelinderen Mittels könne auf Grund der persönlichen Lebenssituation sowie auf Grund des bisherigen Verhaltens des BF nicht das Auslangen gefunden werden.

Dieser Bescheid wurde dem BF zeitgleich mit jenem Bescheid durch persönliche Übergabe zugestellt, mit dem eine Rückkehrentscheidung getroffen wurde.

5. Am 30.07.2019 erobt der BF durch seinen ausgewiesenen Rechtsvertreter Beschwerde gegen den Schubhaftbescheid. Begründend brachte er im Wesentlichen vor, dass die Abschiebung des BF nach Nigeria weder zulässig noch notwendig sei. Auf Grund der spanischen Aufenthaltsberechtigung hätte der BF gemäß § 52 Abs. 6 FPG aufgefordert werden müssen, nach Spanien zurückzukehren. Eine Rückkehrentscheidung dürfe zwar erlassen werden, wenn die sofortige Ausreise aus Gründen der öffentlichen Ordnung oder der nationalen Sicherheit erforderlich sei. Dies sei aber beim BF nicht der Fall. Der BF habe im Zeitpunkt seiner Festnahme seine sichtvermerkfreie Aufenthaltsdauer von 90 Tagen innerhalb von 180 Tagen erst um wenige Tage überschritten und verfügte über ausreichende Barmittel in der Höhe von 550 Euro sowie über eine Kreditkarte und zwei Bankomatkarten bei seiner Anhaltung. Auch könne der BF bei einem Freund, der in der Beschwerde namhaft gemacht wurde, im Bundesgebiet wohnen. Es sei auch zu erwarten, dass das Rechtsmittel, das gegen die Rückkehrentscheidung erhoben werde, Erfolg haben werde.

Der BF beantragte festzustellen, dass der Schubhaftbescheid sowie die darauf gestützte Anhaltung rechtswidrig seien, festzustellen, dass die Voraussetzungen für die Fortsetzung der Schubhaft nicht vorliegen sowie den Aufwandsatz im gesetzlichen Umfang.

6. Mit Schriftsatz vom 30.07.2019 erhab der BF Beschwerde gegen den Bescheid des Bundesamtes vom 26.07.2019, mit dem eine Rückkehrentscheidung getroffen und ein Einreiseverbot erlassen wurden. Das Beschwerdeverfahren ist gerichtsanhängig, der Beschwerde wurde bisher die aufschiebende Wirkung nicht zuerkannt.

7. Das Bundesamt legte am 31.07.2018 den Verwaltungsakt die Anordnung der Schubhaft betreffend vor und gab eine Stellungnahme ab, aus der sich im Wesentlichen der bisherige Verfahrensverlauf ergibt. Die Abschiebung des BF sei für 29.08.2019, 01:40 mittels Charter fixiert. Der BF habe angegeben, dass er sich seiner Abschiebung widersetzen werde, es bestehe eine durchsetzbare Rückkehrentscheidung iVm mit einem Einreiseverbot gegen den BF und er verfüge über keine Wohnsitzmeldung im Bundesgebiet. Das Bundesamt beantragte die Beschwerde als unbegründet abzuweisen, festzustellen, dass die für die Fortsetzung der Schubhaft maßgeblichen Voraussetzungen vorliegen und den BF zum Ersatz für den Vorlagen sowie den Schriftsatzaufwand der belangten Behörde zu verpflichten.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

1. Feststellungen:

Zur Person des BF und den Voraussetzungen der Schubhaft

1. Der BF ist ein volljähriger nigerianischer Staatsangehöriger, seine Identität steht fest. Er verfügt über einen gültigen nigerianischen Reisepass sowie über eine bis XXXX gültige Aufenthaltsberechtigung für Spanien. Die österreichische Staatsbürgerschaft besitzt er nicht, er ist weder Asylberechtigter noch subsidiär Schutzberechtigter.

2. Der BF ist strafrechtlich unbescholtener.

3. Der BF ist gesund und haftfähig.

4. Der BF wird seit 26.07.2019 in Schubhaft angehalten.

Zur Fluchtgefahr und zum Sicherungsbedarf

1. Der BF hält sich seit 10.04.2019 in Österreich auf, die höchstzulässige Aufenthaltsdauer zu touristischen Zwecken von 90 Tagen hat er überschritten.

2. Mit Bescheid des Bundesamtes vom 26.07.2019 wurde gegen den BF gemäß § 52 Abs. 1 Z. 1 FPG eine Rückkehrentscheidung getroffen und festgestellt, dass seine Abschiebung nach Nigeria zulässig sei. Die aufschiebende Wirkung einer Beschwerde gegen die Rückkehrentscheidung wurde aberkannt. Die Voraussetzungen des § 52 Abs. 6 FPG wurden in diesem Bescheid nicht geprüft. Dieser Bescheid wurde dem BF am 26.07.2019 gleichzeitig mit dem hier angefochtenen Schubhaftbescheid zugestellt. Gegen diesen Bescheid wurde fristgerecht Beschwerde eingebracht und die Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung beantragt. Das Beschwerdeverfahren ist am BVwG anhängig, über die Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung wurde noch nicht abgesprochen.

3. Der BF verfügte bei seiner Anhaltung über einen Bargeldbetrag in der Höhe von 544,59€ sowie über eine Kreditkarte und zwei Bankomatkarten.

2. Beweiswürdigung:

Beweis wurde erhoben durch Einsichtnahme in den Akt des Bundesamtes, die Akt des Bundesverwaltungsgerichtes, die Beschwerde gegen den Bescheid des Bundesamtes vom 26.07.2019 die Rückkehrentscheidung betreffend, in das Zentrale Fremdenregister, in das Strafregister, in das Zentrale Melderegister und in die Anhaltedatei des Bundesministeriums für Inneres.

Zur Person des BF und den Voraussetzungen der Schubhaft

1. Aus der im Akt des Bundesamtes einliegenden Kopie des auf den BF ausgestellten nigerianischen Reisepass ergibt sich, dass der BF ein volljähriger nigerianischer Staatsangehöriger ist und über einen gültigen Reisepass verfügt. Dass er über einen bis XXXX gültigen spanischen Aufenthaltstitel verfügt, steht auf Grund der im Akt befindlichen Kopie der "Residencia Larga Duracion" fest. Hinweise darauf, dass der BF die österreichische Staatsbürgerschaft besitzt finden sich im Verwaltungsakt ebensowenig wie dafür, dass er Asylberechtigter oder Subsidiär Schutzberechtigter ist.

2. Die Feststellung zu der strafgerichtlichen Unbescholtenseitigkeit ergibt sich aus einer aktuellen Strafregisterauskunft.

3. Dass der BF gesund und haftfähig ist steht auf Grund seiner Aussage in der niederschriftlichen Einvernahme vom 26.07.2019 fest, in der er angab gesund zu sein und keine Medikamente einzunehmen. Auch aus der Anhaltedatei ergibt sich nichts Gegenteiliges.

4. Dass der BF seit 26.07.2019 in Schubhaft angehalten wird ergibt sich aus dem Akt des Bundesamtes und der Anhaltedatei des Bundesministeriums für Inneres.

#### Zur Fluchtgefahr und zum Sicherungsbedarf

1. Dass sich der BF seit 10.04.2019 in Österreich aufhält, ergibt sich aufgrund des Umstandes, dass der BF nachweislich zu diesem Zeitpunkt in Wien Schwechat eingereist ist und er seine Wiederausreise aus dem Bundesgebiet nicht glaubhaft machen konnte. Dass er die zulässige Aufenthaltsdauer nicht überschritten hat, wurde vom BF im Verfahren und insbesondere in seiner Beschwerde nicht substantiiert bestritten.

2. Die Feststellungen zum Bescheid des Bundesamtes vom 26.07.2019, mit dem gegen den BF eine Rückkehrentscheidung erlassen wurde, beruhen auf der im Akt des Bundesamtes befindlichen Bescheidkopie. Dass dieser Bescheid und jener, mit welchem die Schubhaft angeordnet wurde, dem BF gleichzeitig übergeben wurden, ergibt sich aus dem Polizeibericht per Mail vom 26.07.2019, 14:16 Uhr, in dem die persönliche Zustellung der Bescheide - gegen Verweigerung der Unterschrift - bestätigt wird. Die fristgerecht eingebrachte Beschwerde, in der auch die Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung beantragt wurde, liegt in Kopie im Gerichtsakt ein.

3. Die Feststellungen zu den Barmitteln des BF ergeben sich aus der Anhaltedatei. Eine Kopie der Kreditkarte sowie der beiden Bankomatkarten befindet sich im Gerichtsakt.

Weitere Beweise waren wegen Entscheidungsreife nicht aufzunehmen.

#### 3. Rechtliche Beurteilung:

3.1. Zu Spruchteil A. - Spruchpunkt I. - Schubhaftbescheid, Anhaltung in Schubhaft

##### 3.1.1. Gesetzliche Grundlagen

Der mit "Schubhaft" betitelte § 76 des Fremdenpolizeigesetzes 2005 (FPG), BGBI. I Nr. 100/2005, lautet:

§ 76. (1) Fremde können festgenommen und angehalten werden (Schubhaft), sofern der Zweck der Schubhaft nicht durch ein gelinderes Mittel (§ 77) erreicht werden kann. Unmündige Minderjährige dürfen nicht in Schubhaft angehalten werden.

(2) Die Schubhaft darf nur angeordnet werden, wenn

1. dies zur Sicherung des Verfahrens über einen Antrag auf internationalen Schutz im Hinblick auf die Erlassung einer aufenthaltsbeendenden Maßnahme notwendig ist, sofern der Aufenthalt des Fremden die öffentliche Ordnung oder Sicherheit gemäß § 67 gefährdet, Fluchtgefahr vorliegt und die Schubhaft verhältnismäßig ist,

2. dies zur Sicherung des Verfahrens zur Erlassung einer aufenthaltsbeendenden Maßnahme nach dem 8. Hauptstück oder der Abschiebung notwendig ist, sofern jeweils Fluchtgefahr vorliegt und die Schubhaft verhältnismäßig ist, oder

3. die Voraussetzungen des Art. 28 Abs. 1 und 2 Dublin-Verordnung vorliegen.

Bedarf es der Erlassung einer aufenthaltsbeendenden Maßnahme deshalb nicht, weil bereits eine aufrechte rechtskräftige Rückkehrentscheidung vorliegt (§ 59 Abs. 5), so steht dies der Anwendung der Z 1 nicht entgegen. In den Fällen des § 40 Abs. 5 BFA-VG gilt Z 1 mit der Maßgabe, dass die Anordnung der Schubhaft eine vom Aufenthalt des Fremden ausgehende Gefährdung der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit nicht voraussetzt.

(2a) Im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung (Abs. 2 und Art. 28 Abs. 1 und 2 Dublin-Verordnung) ist auch ein allfälliges strafrechtlich relevantes Fehlverhalten des Fremden in Betracht zu ziehen, insbesondere ob unter Berücksichtigung der Schwere der Straftaten das öffentliche Interesse an einer baldigen Durchsetzung einer Abschiebung den Schutz der persönlichen Freiheit des Fremden überwiegt.

(3) Eine Fluchtgefahr im Sinne des Abs. 2 Z 1 oder 2 oder im Sinne des Art. 2 lit n Dublin-Verordnung liegt vor, wenn bestimmte Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass sich der Fremde dem Verfahren oder der Abschiebung entziehen wird oder dass der Fremde die Abschiebung wesentlich erschweren wird. Dabei ist insbesondere zu berücksichtigen,

1. ob der Fremde an dem Verfahren zur Erlassung einer aufenthaltsbeendenden Maßnahme mitwirkt oder die Rückkehr oder Abschiebung umgeht oder behindert;
  - 1a. ob der Fremde eine Verpflichtung gemäß § 46 Abs. 2 oder 2a verletzt hat, insbesondere, wenn ihm diese Verpflichtung mit Bescheid gemäß § 46 Abs. 2b auferlegt worden ist, er diesem Bescheid nicht Folge geleistet hat und deshalb gegen ihn Zwangsstrafen (§ 3 Abs. 3 BFA-VG) angeordnet worden sind;
2. ob der Fremde entgegen einem aufrechten Einreiseverbot, einem aufrechten Aufenthaltsverbot oder während einer aufrechten Anordnung zur Außerlandesbringung neuerlich in das Bundesgebiet eingereist ist;
3. ob eine durchsetzbare aufenthaltsbeendende Maßnahme besteht oder der Fremde sich dem Verfahren zur Erlassung einer aufenthaltsbeendenden Maßnahme oder über einen Antrag auf internationalen Schutz bereits entzogen hat;
4. ob der faktische Abschiebeschutz bei einem Folgeantrag (§ 2 Abs. 1 Z 23 AsylG 2005) aufgehoben wurde oder dieser dem Fremden nicht zukommt;
5. ob gegen den Fremden zum Zeitpunkt der Stellung eines Antrages auf internationalen Schutz eine durchsetzbare aufenthaltsbeendende Maßnahme bestand, insbesondere, wenn er sich zu diesem Zeitpunkt bereits in Schubhaft befand oder aufgrund § 34 Abs. 3 Z 1 bis 3 BFA-VG angehalten wurde;
6. ob aufgrund des Ergebnisses der Befragung, der Durchsuchung oder der erkennungsdienstlichen Behandlung anzunehmen ist, dass ein anderer Mitgliedstaat nach der Dublin-Verordnung zuständig ist, insbesondere sofern
  - a. der Fremde bereits mehrere Anträge auf internationalen Schutz in den Mitgliedstaaten gestellt hat oder der Fremde falsche Angaben hierüber gemacht hat,
  - b. der Fremde versucht hat, in einen dritten Mitgliedstaat weiterzureisen, oder
  - c. es aufgrund der Ergebnisse der Befragung, der Durchsuchung, der erkennungsdienstlichen Behandlung oder des bisherigen Verhaltens des Fremden wahrscheinlich ist, dass der Fremde die Weiterreise in einen dritten Mitgliedstaat beabsichtigt;
7. ob der Fremde seiner Verpflichtung aus dem gelinderen Mittel nicht nachkommt;
8. ob Auflagen, Mitwirkungspflichten, Gebietsbeschränkungen, Meldeverpflichtungen oder Anordnungen der Unterkunftnahme gemäß §§ 52a, 56, 57 oder 71 FPG, § 38b SPG, § 13 Abs. 2 BFA-VG oder §§ 15a oder 15b AsylG 2005 verletzt wurden, insbesondere bei Vorliegen einer aktuell oder zum Zeitpunkt der Stellung eines Antrags auf internationalen Schutzes durchsetzbaren aufenthaltsbeendenden Maßnahme;
9. der Grad der sozialen Verankerung in Österreich, insbesondere das Bestehen familiärer Beziehungen, das Ausüben einer legalen Erwerbstätigkeit beziehungsweise das Vorhandensein ausreichender Existenzmittel sowie die Existenz eines gesicherten Wohnsitzes.

(4) Die Schubhaft ist schriftlich mit Bescheid anzurufen; dieser ist gemäß § 57 AVG zu erlassen, es sei denn, der Fremde befände sich bei Einleitung des Verfahrens zu seiner Erlassung aus anderem Grund nicht bloß kurzfristig in Haft. Nicht vollstreckte Schubhaftbescheide gemäß § 57 AVG gelten 14 Tage nach ihrer Erlassung als widerrufen.

(5) Wird eine aufenthaltsbeendende Maßnahme (Z 1 oder 2) durchsetzbar und erscheint die Überwachung der Ausreise des Fremden notwendig, so gilt die zur Sicherung des Verfahrens angeordnete Schubhaft ab diesem Zeitpunkt als zur Sicherung der Abschiebung verhängt.

(6) Stellt ein Fremder während einer Anhaltung in Schubhaft einen Antrag auf internationalen Schutz, so kann diese aufrechterhalten werden, wenn Gründe zur Annahme bestehen, dass der Antrag zur Verzögerung der Vollstreckung einer aufenthaltsbeendenden Maßnahme gestellt wurde. Das Vorliegen der Voraussetzungen ist mit Aktenvermerk festzuhalten; dieser ist dem Fremden zur Kenntnis zu bringen. § 11 Abs. 8 und § 12 Abs. 1 BFA-VG gelten sinngemäß.

Der mit "Rechtsschutz bei Festnahme, Anhaltung und Schubhaft" überschriebene § 22a des BFA-Verfahrensgesetzes lautet:

"§ 22a. (1) Der Fremde hat das Recht, das Bundesverwaltungsgericht mit der Behauptung der Rechtswidrigkeit des Schubhaftbescheides, der Festnahme oder der Anhaltung anzurufen, wenn

1. er nach diesem Bundesgesetz festgenommen worden ist,
2. er unter Berufung auf dieses Bundesgesetz angehalten wird oder wurde, oder
3. gegen ihn Schubhaft gemäß dem 8. Hauptstück des FPG angeordnet wurde.

(1a) Für Beschwerden gemäß Abs. 1 gelten die für Beschwerden gemäß Art. 130 Abs. 1 Z 2 B-VG anwendbaren Bestimmungen des VwGVG mit der Maßgabe, dass belangte Behörde jene Behörde ist, die den angefochtenen Schubhaftbescheid erlassen hat oder der die Festnahme oder die Anhaltung zuzurechnen ist.

(2) Die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichtes über die Fortsetzung der Schubhaft hat binnen einer Woche zu ergehen, es sei denn, die Anhaltung des Fremden hätte vorher geendet. Hat das Bundesverwaltungsgericht dem Beschwerdeführer gemäß § 13 Abs. 3 AVG aufgetragen, innerhalb bestimmter Frist einen Mangel der Beschwerde zu beheben, wird der Lauf der Entscheidungsfrist bis zur Behebung des Mangels oder bis zum fruchtlosen Ablauf der Frist gehemmt.

(3) Sofern die Anhaltung noch andauert, hat das Bundesverwaltungsgericht jedenfalls festzustellen, ob zum Zeitpunkt seiner Entscheidung die für die Fortsetzung der Schubhaft maßgeblichen Voraussetzungen vorliegen.

(4) Soll ein Fremder länger als vier Monate durchgehend in Schubhaft angehalten werden, so ist die Verhältnismäßigkeit der Anhaltung nach dem Tag, an dem das vierte Monat überschritten wurde, und danach alle vier Wochen vom Bundesverwaltungsgericht zu überprüfen. Das Bundesamt hat die Verwaltungsakten so rechtzeitig vorzulegen, dass dem Bundesverwaltungsgericht eine Woche zur Entscheidung vor den gegenständlichen Terminen bleibt. Mit Vorlage der Verwaltungsakten gilt die Beschwerde als für den in Schubhaft befindlichen Fremden eingebracht. Das Bundesamt hat darzulegen, warum die Aufrechterhaltung der Schubhaft notwendig und verhältnismäßig ist. Das Bundesverwaltungsgericht hat jedenfalls festzustellen, ob zum Zeitpunkt seiner Entscheidung die für die Fortsetzung der Schubhaft maßgeblichen Voraussetzungen vorliegen und ob die Aufrechterhaltung der Schubhaft verhältnismäßig ist. Diese Überprüfung hat zu entfallen, soweit eine Beschwerde gemäß Abs. 1 bereits eingebracht wurde.

(5) Gegen die Anordnung der Schubhaft ist eine Vorstellung nicht zulässig."

Der mit "Rückkehrsentscheidung" betitelte § 52 FPG lautet auszugsweise:

§ 52. (1) Gegen einen Drittstaatsangehörigen hat das Bundesamt mit Bescheid eine Rückkehrsentscheidung zu erlassen, wenn er sich

1. nicht rechtmäßig im Bundesgebiet aufhält oder

2. nicht rechtmäßig im Bundesgebiet aufgehalten hat und das Rückkehrsentscheidungsverfahren binnen sechs Wochen ab Ausreise eingeleitet wurde.

[...]

(6) Ist ein nicht rechtmäßig im Bundesgebiet aufhältiger Drittstaatsangehöriger im Besitz eines Aufenthaltstitels oder einer sonstigen Aufenthaltsberechtigung eines anderen Mitgliedstaates, hat er sich unverzüglich in das Hoheitsgebiet dieses Staates zu begeben. Dies hat der Drittstaatsangehörige nachzuweisen. Kommt er seiner Ausreiseverpflichtung nicht nach oder ist seine sofortige Ausreise aus dem Bundesgebiet aus Gründen der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit erforderlich, ist eine Rückkehrsentscheidung gemäß Abs. 1 zu erlassen.

[...]

(8) Die Rückkehrsentscheidung wird im Fall des § 16 Abs. 4 BFA-VG oder mit Eintritt der Rechtskraft durchsetzbar und verpflichtet den Drittstaatsangehörigen zur unverzüglichen Ausreise in dessen Herkunftsstaat, ein Transitland gemäß unionsrechtlichen oder bilateralen Rückübernahmeabkommen oder anderen Vereinbarungen oder einen anderen Drittstaat, sofern ihm eine Frist für die freiwillige Ausreise nicht eingeräumt wurde. Im Falle einer Beschwerde gegen eine Rückkehrsentscheidung ist § 28 Abs. 2 Bundesgesetz über das Verfahren der Verwaltungsgerichte (Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz - VwGVG), BGBl. I Nr. 33/2013 auch dann anzuwenden, wenn er sich zum Zeitpunkt der Beschwerdeentscheidung nicht mehr im Bundesgebiet aufhält.

(9) Mit der Rückkehrsentscheidung ist gleichzeitig festzustellen, ob die Abschiebung des Drittstaatsangehörigen gemäß § 46 in einen oder mehrere bestimmte Staaten zulässig ist. Dies gilt nicht, wenn die Feststellung des Drittstaates, in

den der Drittstaatsangehörige abgeschoben werden soll, aus vom Drittstaatsangehörigen zu vertretenden Gründen nicht möglich ist.

[...]"

3.1.2. Der BF besitzt nicht die österreichische Staatsbürgerschaft, er ist daher Fremder im Sinne des § 2 Abs. 4 Ziff. 1 FPG. Er ist weder Asylberechtigter noch subsidiär Schutzberechtigter, weshalb die Verhängung der Schubhaft über den BF grundsätzlich - bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen - möglich ist.

3.1.3. Im vorliegenden Fall wurde Schubhaft zur Sicherung des Verfahrens zur Sicherung der Abschiebung angeordnet. Gemäß § 76 Abs. 5 FPG gilt die zur Sicherung des Verfahrens angeordnete Schubhaft ab dem Zeitpunkt als zur Sicherung der Abschiebung verhängt, in dem eine aufenthaltsbeendende Maßnahme durchsetzbar wird und die Überwachung der Ausreise des Fremden notwendig erscheint. Gemäß § 52 Abs. 8 FPG in Verbindung mit § 16 Abs. 4 BFA-VG ist eine Rückkehrentscheidung durchsetzbar, wenn einer Beschwerde dagegen die aufschiebende Wirkung nicht zukommt. Da im Bescheid des Bundesamtes vom 26.07.2019, mit dem die Rückkehrentscheidung erlassen wurde, die aufschiebende Wirkung einer Beschwerde ausgeschlossen wurde, ist die Rückkehrentscheidung seit ihrer Erlassung durchsetzbar. Das Bundesverwaltungsgericht hat der dagegen erhobenen Beschwerde bisher die aufschiebende Wirkung nicht zuerkannt. Die Schubhaft gilt daher im Sinne des § 76 Abs. 5 FPG als zur Sicherung der Abschiebung verhängt.

3.1.4. Schubhaft zur Sicherung der Abschiebung kommt nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes jedoch nur dann in Betracht, wenn mit der Abschiebung des Fremden auch zu rechnen ist.

Der BF verfügt über eine spanische Aufenthaltsberechtigung. Die Erlassung einer Rückkehrentscheidung gegen einen unrechtmäßig aufhältigen Fremden, der im Besitz einer von einem Mitgliedstaat erteilten Aufenthaltsberechtigung ist, kommt gemäß § 52 Abs. 6 FPG nur dann in Betracht, wenn der Fremde seiner Ausreiseverpflichtung nach Aufforderung dazu nicht nachkommt oder wenn seine sofortige Ausreise aus dem Bundesgebiet aus Gründen der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit erforderlich ist. Im Bescheid des Bundesamtes vom 26.07.2019, mit dem die Rückkehrentscheidung erlassen wurde, wurden jedoch die Voraussetzungen zur Erlassung der Rückkehrentscheidung nicht am Maßstab des § 52 Abs. 6 FPG geprüft. Diesem Umstand kommt im vorliegenden Verfahren, in dem über die Rechtmäßigkeit der angeordneten Schubhaft abzusprechen ist, insofern Bedeutung zu, als die verhängte Rückkehrentscheidung noch nicht rechtskräftig ist und vor dem Hintergrund des der Schubhaft zu Grunde liegenden Sicherungszweckes auch im vorliegenden Zusammenhang von Bedeutung ist (vgl. VwGH vom 29.05.2018, Ra 2018/21/0060). Da es im Kontext des § 52 Abs. 6 FPG nicht schlichtweg auf eine Gefährdung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit ankommt, sondern darauf, ob angesichts einer solchen Gefährdung die sofortige Ausreise des Drittstaatsangehörigen aus dem Bundesgebiet erforderlich ist (vgl. VwGH vom 03.07.2018, Ro 2018/21/0007), das Bundesamt die Prüfung des Sachverhaltes nach diesem Maßstab jedoch unterlassen hat, kann daher im Schubhaftverfahren nicht mit der für die Anordnung der Schubhaft erforderlichen Wahrscheinlichkeit festgestellt werden, dass die Abschiebung des BF auf Grund der erlassenen Rückkehrentscheidung tatsächlich möglich ist. Nach der Judikatur des VwGH (vgl. VwGH vom 13.12.2018, Ro 2018/18/0008) ist eine Abschiebung des BF vor Entscheidung des BVwG über die aufschiebende Wirkung nicht möglich.

Da somit mit einer Abschiebung des BF auf Grund der erlassenen Rückkehrentscheidung nicht zu rechnen ist, kommt auch seine Anhaltung in Schubhaft zur Sicherung der Abschiebung nicht in Betracht. Da der angefochtene Schubhaftbescheid bereits im Zeitpunkt seiner Erlassung im Sinne des § 76 Abs. 5 FPG als zur Sicherung der Abschiebung erlassen anzusehen ist, war der gegen den Bescheid erhobenen Beschwerde gemäß § 22a Abs. 1 Z. 3 BFA-VG iVm § 76 Abs. 2 Z. 2 FPG statzugeben. Zur Vollständigkeit ist anzumerken, dass es für den erkennenden Richter nicht nachvollziehbar ist, warum der Bargeldbetrag des BF zum Zeitpunkt seiner Anhaltung von fast 550€

und die Möglichkeit mit einer der drei mitgeführten Bankkarten noch weiteres Geld zu beheben nicht für die Finanzierung für den - für die Ausreise aus dem Bundesgebiet notwendigen Zeitraum - ausreichen hätte sollen. Die in der Beschwerdevorlage angeführte Ankündigung des BF, sich einer Abschiebung nach Nigeria zu widersetzen, relativierte dieser im Zuge der nächsten Frage der Einvernahme, indem er angab, dies durch lediglich das Beizeihen eines Anwalts zu machen. Auch aus dieser Argumentation der Behörde kann auf keine die Schubhaft rechtfertigende Fluchtgefahr geschlossen werden.

3.1.5. War der Schubhaftbescheid rechtswidrig, so muss das auch für die auf den Schubhaftbescheid gestützte

Anhaltung gelten (VwGH vom 11.06.2013, 2012/21/0114). Die Anhaltung des BF in Schubhaft seit 26.07.2019 ist daher rechtswidrig.

### 3.2. Zu Spruchteil A. - Spruchpunkt II. - Vorliegen der Voraussetzungen für die Fortsetzung der Schubhaft

3.2.1. Gemäß § 22a Abs. 3 BFA-VG hat das Bundesverwaltungsgericht, sofern die Anhaltung noch andauert, jedenfalls festzustellen, ob zum Zeitpunkt seiner Entscheidung die für die Fortsetzung der Schubhaft maßgeblichen Voraussetzungen vorliegen. Der BF befindet sich zum Zeitpunkt der Entscheidung in Schubhaft, es ist daher eine Entscheidung über die Fortsetzung der Schubhaft zu treffen.

Der Verwaltungsgerichtshof hat zum Fortsetzungsausspruch gemäß § 22a Abs. 3 BFA-VG ausgesprochen, dass das Bundesverwaltungsgericht nicht an die im Schubhaftbescheid herangezogenen Rechtsgrundlagen gebunden ist, sondern die Zulässigkeit der Fortsetzung der Schubhaft nach allen Richtungen zu prüfen hat. Diese Prüfung hat unabhängig von der Frage der Rechtmäßigkeit der bisherigen Schubhaft zu erfolgen und "ermächtigt" das Bundesverwaltungsgericht, auf Basis der aktuellen Sach- und Rechtslage "in der Sache" zu entscheiden und damit gegebenenfalls einen neuen Schubhaftstitel zu schaffen (vgl. VwGH vom 14.11.2017, Ra 2017/21/0143).

3.2.2. Die mit Bescheid des Bundesamtes vom 26.07.2019 erlassene Rückkehrentscheidung ist noch nicht in Rechtskraft erwachsen. Auf Grund der im Rahmen der Beurteilung der Zulässigkeit der Schubhaft unter Punkt 3.1.4. ausgeführten Erwägungen bestehen Zweifel an ihrer Rechtmäßigkeit, weshalb nicht mit der für die Anordnung von Schubhaft maßgeblichen Wahrscheinlichkeit davon ausgegangen werden kann, dass die Abschiebung des BF in seinen Herkunftsstaat auf Grundlage dieser Rückkehrentscheidung effektuierbar ist.

Es war daher gemäß § 22a Abs. 3 BFA-VG festzustellen, dass zum Zeitpunkt der Entscheidung die für die Fortsetzung der Schubhaft maßgeblichen Voraussetzungen nicht vorliegen.

### 3.3. Entfall einer mündlichen Verhandlung

Gemäß § 21 Abs. 7 BFA-VG kann eine mündliche Verhandlung unterbleiben, wenn der Sachverhalt aus der Aktenlage in Verbindung mit der Beschwerde geklärt erscheint oder sich aus den bisherigen Ermittlungen zweifelsfrei ergibt, dass das Vorbringen nicht den Tatsachen entspricht. Im Übrigen gilt § 24 VwGVG.

Gemäß § 24 Abs. 1 VwGVG hat das Verwaltungsgericht auf Antrag oder, wenn es dies für erforderlich hält, von Amts wegen eine öffentliche mündliche Verhandlung durchzuführen. Gemäß § 24 Abs. 2 VwGVG kann die Verhandlung entfallen, wenn (Z 1) der das vorangegangene Verwaltungsverfahren einleitende Antrag der Partei oder die Beschwerde zurückzuweisen ist oder bereits auf Grund der Aktenlage feststeht, dass der mit Beschwerde angefochtene Bescheid aufzuheben, die angefochtene Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt oder die angefochtene Weisung für rechtswidrig zu erklären ist oder (Z 2) die Säumnisbeschwerde zurückzuweisen oder abzuweisen ist. Soweit durch Bundes- oder Landesgesetz nicht anderes bestimmt ist, kann das Verwaltungsgericht Gemäß § 24 Abs. 4 VwGVG ungeachtet eines Parteiantrags von einer Verhandlung absehen, wenn die Akten erkennen lassen, dass die mündliche Erörterung eine weitere Klärung der Rechtssache nicht erwarten lässt, und einem Entfall der Verhandlung weder Art. 6 Abs. 1 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, BGBl. Nr. 210/1958, noch Art. 47 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, ABl. Nr. C 83 vom 30.03.2010 S. 389 entgegenstehen. Das Verwaltungsgericht kann gemäß § 24 Abs. 5 VwGVG von der Durchführung (Fortsetzung) einer Verhandlung absehen, wenn die Parteien ausdrücklich darauf verzichten. Ein solcher Verzicht kann bis zum Beginn der (fortgesetzten) Verhandlung erklärt werden.

Die Abhaltung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung konnte gemäß § 21 Abs. 7 BFA-VG iVm § 24 VwGVG unterbleiben, da der Sachverhalt auf Grund der Aktenlage und des Inhaltes der Beschwerde geklärt war und Widersprüchlichkeiten in Bezug auf die für die gegenständliche Entscheidung maßgeblichen Sachverhaltselemente nicht vorlagen.

### 3.4. Zu Spruchteil A. - Spruchpunkte III., und IV. - Kostenersatz

3.4.1. Gemäß § 22a Abs. 1a BFA-VG gelten für Beschwerden nach dieser Bestimmung die für Beschwerden wegen Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt anwendbaren Bestimmungen des VwGVG mit der Maßgabe, dass belangte Behörde jene Behörde ist, die den angefochtenen Schubhaftbescheid erlassen hat oder der die Festnahme oder die Anhaltung zuzurechnen ist (für die Zeit vor Inkrafttreten des § 22a Abs. 1a BFA-VG s. VwGH 23.04.2015, Ro 2014/21/0077).

3.4.2. Gemäß § 35 Abs. 1 VwGVG hat die im Verfahren über Beschwerden wegen Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt obsiegende Partei Anspruch auf Ersatz ihrer Aufwendungen durch die unterlegene Partei. Wenn die angefochtene Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt für rechtswidrig erklärt wird, dann ist gemäß Abs. 2 der Beschwerdeführer die obsiegende und die Behörde die unterlegene Partei. Wenn die Beschwerde zurückgewiesen oder abgewiesen wird oder vom Beschwerdeführer vor der Entscheidung durch das Verwaltungsgericht zurückgezogen wird, dann ist gemäß Abs. 3 die Behörde die obsiegende und der Beschwerdeführer die unterlegene Partei. Die §§ 52 bis 54 VwGG sind gemäß Abs. 6 auf den Anspruch auf Aufwandersatz gemäß Abs. 1 sinngemäß anzuwenden.

Im gegenständlichen Verfahren wurde sowohl gegen den im Spruch genannten Schubhaftbescheid als auch gegen die Anhaltung in Schubhaft Beschwerde erhoben. Sowohl der BF als auch das Bundesamt haben einen Antrag auf Kostenersatz im Sinne des § 35 VwGVG gestellt. Da der Beschwerde stattgegeben und sowohl der angefochtene Bescheid als auch die Anhaltung in Schubhaft für rechtswidrig erklärt werden, ist der BF die obsiegende Partei. Ihm gebührt daher gemäß § 35 Abs. 1 und Abs. 2 VwGVG iVm § 1 Z. 1 VwG-AufwErsV Kostenersatz in der Höhe von EUR 737,60. Dem Bundesamt gebührt kein Kostenersatz.

### 3.5. Zu Spruchteil B. - Revision

Gemäß § 25a Abs. 1 des Verwaltungsgerichtshofgesetzes 1985 (VwGG), BGBl. Nr. 10/1985 idgF, hat das Verwaltungsgericht im Spruch seines Erkenntnisses oder Beschlusses auszusprechen, ob die Revision gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG zulässig ist. Der Ausspruch ist kurz zu begründen.

Die Revision ist gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG zulässig, wenn die Entscheidung von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt, wenn die Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abweicht, wenn es an einer Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes fehlt oder wenn die Frage in der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht einheitlich beantwortet wird bzw. sonstige Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vorliegen.

In der Beschwerde findet sich kein schlüssiger Hinweis auf das Bestehen von Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung im Zusammenhang mit dem gegenständlichen Verfahren und sind solche auch aus Sicht des Bundesverwaltungsgerichts nicht gegeben.

Die Revision war daher nicht zuzulassen.

### Schlagworte

Aufenthaltsberechtigung, Mitgliedstaat, Rechtswidrigkeit,

Rückkehrentscheidung, Schubhaft

### European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:BVWG:2019:W278.2221863.1.00

### Zuletzt aktualisiert am

07.10.2019

**Quelle:** Bundesverwaltungsgericht BVwg, <https://www.bvwg.gv.at>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)