

# TE VwGh Erkenntnis 2008/12/18 2008/21/0582

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 18.12.2008

## Index

001 Verwaltungsrecht allgemein

10/07 Verwaltungsgerichtshof

10/10 Grundrechte

19/05 Menschenrechte

41/02 Asylrecht

41/02 Passrecht Fremdenrecht

## Norm

AsylG 2005 §2 Abs1 Z14

AsylG 2005 §24 Abs1 Z1

AsylG 2005 §24 Abs2

AsylG 2005 §27 Abs4

AsylG 2005 §28

FrPolG 2005 §1 Abs2

FrPolG 2005 §39 Abs3

FrPolG 2005 §39 Abs3 Z3

FrPolG 2005 §60

FrPolG 2005 §71 Abs1

FrPolG 2005 §76

FrPolG 2005 §76 Abs1

FrPolG 2005 §76 Abs2

FrPolG 2005 §76 Abs2 Z1

FrPolG 2005 §76 Abs2 Z2

FrPolG 2005 §76 Abs2 Z3

FrPolG 2005 §76 Abs2 Z4

FrPolG 2005 §76 Abs6

FrPolG 2005 §80

FrPolG 2005 §80 Abs2

FrPolG 2005 §80 Abs7

MRK Art5 Abs2

PersFrSchG 1988 Art4 Abs6

VwGG §34 Abs1

VwRallg

**Betreff**

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Novak und die Hofräte Dr. Pelant, Dr. Sulzbacher, Dr. Pfiel und Mag. Eder als Richter, im Beisein des Schriftführers Mag. Plankensteiner, über die Beschwerde der Sicherheitsdirektion für das Bundesland Niederösterreich gegen den Bescheid des Unabhängigen Verwaltungssenates im Land Niederösterreich vom 26. September 2008, Zl. Senat-FR-08-0088, betreffend Schubhaft (mitbeteiligte Partei: A), zu Recht erkannt:

**Spruch**

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

**Begründung**

Aus der Beschwerde und aus dem mit ihr vorgelegten angefochtenen Bescheid ergibt sich Folgendes:

Der Mitbeteiligte, ein am 5. November 1990 geborener Staatsangehöriger der Republik Moldau, reiste nach seinen Angaben am 9. Juli 2008 in das Bundesgebiet ein und stellte noch am selben Tag in Traiskirchen beim Bundesasylamt, Erstaufnahmestelle-Ost (EASt-Ost), einen Antrag auf internationalen Schutz. Eine Abfrage im Schengener Informationssystem (SIS) ergab die Vormerkung eines von der Slowakei gegen den Mitbeteiligten erlassenen "Einreise-/Aufenthaltsverbotes" im Schengen-Gebiet mit Gültigkeit bis 12. Mai 2009. Das Asylverfahren des Mitbeteiligten wurde nach zwei Vernehmungen mit Wirksamkeit vom 16. Juli 2008 zugelassen und dem Mitbeteiligten eine Aufenthaltsberechtigungskarte ausgestellt.

Da das weitere Verfahren in der Außenstelle des Bundesasylamtes in Graz geführt werden sollte, wurde der Mitbeteiligte am 25. Juli 2008 in eine Grundversorgungseinrichtung in Graz überstellt, die er jedoch ohne Abmeldung bereits am 26. August 2008 wieder verließ. Fünf Tage später wurde der Mitbeteiligte im Zuge einer Zimmerkontrolle in der Betreuungsstelle Traiskirchen, wo er sich unerlaubt aufgehalten hatte, aufgegriffen und aufgefordert, sich in das zugewiesene Quartier nach Graz zu begeben. Dem kam der Mitbeteiligte nicht nach und lebte - seinen Angaben zufolge - "weiter auf der Straße". Daraufhin wurde das Asylverfahren am 10. September 2008 eingestellt.

Am 13. September 2008 wurde der Mitbeteiligte in Traiskirchen - dort hatte er sich gemeinsam mit anderen Fremden im Bereich eines öffentlichen Parkplatzes unter Sträuchern mit Decken einen Schlafplatz eingerichtet - von einer Polizeistreife festgenommen. Nach seiner Befragung wurde über ihn mit Bescheid der Bezirkshauptmannschaft Baden vom selben Tag gemäß § 76 Abs. 1 des Fremdenpolizeigesetzes 2005 - FPG die Schubhaft zur Sicherung seiner Abschiebung verhängt. Unter einem wurde gegen den Mitbeteiligten wegen seiner Mittellosigkeit ein auf § 60 Abs. 1 und 2 Z 7 FPG gestütztes Aufenthaltsverbot erlassen und einer allfälligen Berufung dagegen die aufschiebende Wirkung aberkannt.

Das Verfahren über den Antrag des Mitbeteiligten auf Gewährung von internationalem Schutz wurde am 15. September 2008, somit zwei Tage später, fortgesetzt. Hierauf hieß die Bezirkshauptmannschaft Baden in einem mit demselben Tag datierten Aktenvermerk Folgendes fest:

"Asylverfahren

seit 15.09. auf Stand 'zugelassen!'

- SH gem § 76/2/3

Bis dato kein AW Verfahren eingeleitet"

Mit dem in seinen ersten drei Spruchpunkten angefochtenen Bescheid vom 26. September 2008 gab der Unabhängige Verwaltungssenat im Land Niederösterreich (die belangte Behörde) einer Schubhaftbeschwerde des Mitbeteiligten gemäß § 83 FPG insoweit Folge als festgestellt wurde, dass seine Anhaltung ab dem 15. September 2008 rechtswidrig gewesen sei (1.) und dass die für die Fortsetzung der Schubhaft maßgeblichen Voraussetzungen nicht mehr vorlägen (2.). Weiters verpflichtete die belangte Behörde den Bund zum Ersatz des Schriftsatzaufwandes (3.) und wies die Schubhaftbeschwerde im Übrigen, nämlich betreffend die Anhaltung des Mitbeteiligten am 13. und 14. September 2008, ab (4.).

Gegen den der Schubhaftbeschwerde stattgebenden Teil dieses Bescheides und gegen die daran anknüpfende Kostenentscheidung richtet sich die vorliegende Amtsbeschwerde der Sicherheitsdirektion für das Bundesland Niederösterreich, über die der Verwaltungsgerichtshof erwogen hat:

1. § 76 FPG lautet in seinen hier maßgeblichen Teilen:

"Schubhaft

§ 76. (1) Fremde können festgenommen und angehalten werden (Schubhaft), sofern dies notwendig ist, um das Verfahren zur Erlassung eines Aufenthaltsverbotes oder einer Ausweisung bis zum Eintritt ihrer Durchsetzbarkeit oder um die Abschiebung, die Zurückschiebung oder die Durchbeförderung zu sichern. Über Fremde, die sich rechtmäßig im Bundesgebiet aufzuhalten, darf Schubhaft verhängt werden, wenn auf Grund bestimmter Tatsachen anzunehmen ist, sie würden sich dem Verfahren entziehen.

(2) Die örtlich zuständige Fremdenpolizeibehörde kann über einen Asylwerber oder einen Fremden, der einen Antrag auf internationalen Schutz gestellt hat, Schubhaft zum Zwecke der Sicherung des Verfahrens zur Erlassung einer Ausweisung gemäß § 10 AsylG 2005 oder zur Sicherung der Abschiebung anordnen, wenn

1. gegen ihn eine durchsetzbare - wenn auch nicht rechtskräftige - Ausweisung § 10 AsylG 2005 erlassen wurde;

2. gegen ihn nach den Bestimmungen des Asylgesetzes 2005 ein Ausweisungsverfahren eingeleitet wurde;

3. gegen ihn vor Stellung des Antrages auf internationalen Schutz eine durchsetzbare Ausweisung (§§ 53 oder 54) oder ein durchsetzbares Aufenthaltsverbot (§ 60) verhängt worden ist oder

4. auf Grund des Ergebnisses der Befragung, der Durchsuchung und der erkundungsdienstlichen Behandlung anzunehmen ist, dass der Antrag des Fremden auf internationalen Schutz mangels Zuständigkeit Österreichs zur Prüfung zurückgewiesen werden wird.

...

(6) Stellt ein Fremder während der Anhaltung in Schubhaft einen Antrag auf internationalen Schutz, so kann diese aufrecht erhalten werden. Liegen die Voraussetzungen des Abs. 2 vor, gilt die Schubhaft als nach Abs. 2 verhängt. Das Vorliegen der Voraussetzungen für die Anordnung der Schubhaft gemäß Abs. 2 ist mit Aktenvermerk festzuhalten."

2. Nach § 1 Abs. 2 erster Satz FPG ist § 76 Abs. 1 FPG auf Asylwerber nicht anzuwenden. Asylwerber sind nach § 2 Z 14 AsylG 2005 Fremde ab Einbringung eines Antrages auf internationalen Schutz bis zur Verfahrensbeendigung (rechtskräftiger Abschluss, Einstellung oder Gegenstandslosigkeit des Verfahrens). Gegen Asylwerber und - wie der Ausschussbericht (1055 BlgNR 22. GP 5) klarstellend bemerkt - auch gegen Fremde, die einen Antrag auf internationalen Schutz erst gestellt (also noch nicht eingebracht) haben, kommt Schubhaft nur unter den Voraussetzungen des § 76 Abs. 2 FPG in Betracht. Nach § 76 Abs. 1 FPG kann die Schubhaft - abgesehen von hier nicht in Betracht kommenden Ausnahmen betreffend Asylverfahren, die nach dem AsylG 1997 in der Fassung vor der Novelle 2003 zu Ende zu führen sind (vgl. dazu das hg. Erkenntnis vom 28. Juni 2007, Zi. 2006/21/0360, und daran anschließend das Erkenntnis vom 22. November 2007, Zi. 2006/21/0333) - somit nur gegen Fremde angeordnet werden, wenn sie (noch) keinen Antrag auf internationalen Schutz gestellt haben oder wenn deren Asylverfahren beendet ist.

3.1. Der Mitbeteiligte war im Zeitpunkt der Erlassung des die Schubhaft anordnenden Bescheides am 13. September 2008 nicht Asylwerber iSd § 2 Abs. 1 Z 14 AsylG 2005, weil das Verfahren über seinen Antrag auf Gewährung von internationalem Schutz seit 10. September 2008 eingestellt war. Davon ausgehend durfte die Schubhaftverhängung gegen den Mitbeteiligten auf § 76 Abs. 1 FPG gestützt werden. In Bezug auf den angenommenen Zweck "Sicherung der Abschiebung" hatte die Bezirkshauptmannschaft Baden offenbar die Effektivierung des von ihr am selben Tag erlassenen, infolge Abererkennung der aufschiebenden Wirkung einer allfälligen Berufung sofort durchsetzbaren Aufenthaltsverbotes vor Augen. Dazu ist Folgendes anzumerken:

3.2.1. Gemäß § 24 Abs. 2 erster Satz iVm Abs. 1 Z 1 AsylG 2005 sind Asylverfahren einzustellen, wenn der Behörde der Aufenthaltsort des Asylwerbers wegen Verletzung seiner Mitwirkungspflichten weder bekannt noch sonst durch die Behörde leicht feststellbar ist und eine Entscheidung ohne eine allenfalls weitere Einvernahme oder Verhandlung nicht erfolgen kann. Ein eingestelltes Verfahren ist nach dem zweiten Satz dieser Bestimmung von Amts wegen fortzusetzen, sobald die Feststellung des maßgeblichen Sachverhaltes möglich ist.

3.2.2. Der Verwaltungsgerichtshof hat (zur insoweit inhaltsgleichen Vorgängerbestimmung des § 30 Abs. 4 erster Satz AsylG 1997) in seinem Erkenntnis vom 7. Februar 2008, Zl. 2007/21/0446, in Bezug auf eine ähnliche Konstellation wie hier darauf hingewiesen, bei der Schubhaftanordnung sei in die Verhältnismäßigkeitsprüfung einzubeziehen, dass das (eingestellte) Asylverfahren nach dem Wiederaufstauchen des Fremden (auch ohne entsprechenden Antrag) von Amts wegen fortzusetzen ist. Vor diesem Hintergrund hätte die Behörde - so führte der Gerichtshof in diesem Erkenntnis aus - darzustellen gehabt, aus welchen Gründen sie trotz der alsbald zu erwartenden Fortsetzung des Asylverfahrens und der für den Fremden damit verbundenen Wiedererlangung der Stellung als Asylwerber mit (vorläufigem) Aufenthaltsrecht die Verhängung der Schubhaft für erforderlich gehalten habe.

3.2.3. Von daher wäre im vorliegenden Fall einer zur Sicherung der Abschiebung angeordneten Schubhaft vor allem darauf Bedacht zu nehmen gewesen, dass die Durchsetzung eines Aufenthaltsverbotes gegen einen Asylwerber nach § 1 Abs. 2 vorletzter Satz FPG erst zulässig ist, wenn eine im Asylverfahren ergangene Ausweisung durchsetzbar ist. Ein Ausweisungsverfahren war aber im Rahmen des Verfahrens über den Antrag des Mitbeteiligten auf Gewährung von internationalem Schutz gar nicht eingeleitet worden. Angesichts der unmittelbar bevorstehenden Fortsetzung des zugelassenen Asylverfahrens, mit der die - absehbar nur vorübergehende - Durchsetzbarkeit des Aufenthaltsverbotes wieder sistiert wurde, ist nicht zu erkennen, dass die gegen den Mitbeteiligten angeordnete Schubhaft für den Zweck der Sicherung der Abschiebung gerechtfertigt gewesen ist, setzt dies doch die tatsächliche und rechtliche Möglichkeit der Abschiebung voraus.

Steht - wie hier angesichts der alsbaldigen, tatsächlich zwei Tage später erfolgten Asylverfahrensfortsetzung - von vornherein fest, dass die Abschiebung nicht durchführbar sein wird, so darf die Schubhaft nicht verhängt werden (vgl. dazu grundsätzlich das hg. Erkenntnis vom 17. November 2006, Zl. 2005/21/0019, und daran anschließend zur geltenden Rechtslage etwa das Erkenntnis vom 26. September 2007, Zl. 2007/21/0253; in diesem Sinn auch zur erwartbaren unverzüglichen Aufhebung einer asylrechtlichen Ausweisung, zu deren Sicherung die Schubhaft angeordnet worden war, das Erkenntnis vom 19. Juni 2008, Zl. 2007/21/0509, Punkt 6.1. der Entscheidungsgründe). Demnach wäre die Anordnung der Schubhaft gegen den Mitbeteiligten und die darauf gegründete Anhaltung in der ersten Phase (am 13. und 14. September 2008) schon für rechtswidrig zu erklären gewesen. Das gilt jedenfalls für einen Fall wie den vorliegenden, in dem - wie unten noch ausgeführt werden wird - die Aufrechterhaltung der Schubhaft nach Fortsetzung des Asylverfahrens nicht in Betracht kam.

4.1. Die belangte Behörde meint unter Bezugnahme auf § 76 Abs. 6 FPG, im gegenständlichen Fall habe der Mitbeteiligte zwar keinen neuen Asylantrag gestellt, sondern nur die Fortsetzung seines eingestellten Verfahrens beantragt. In einem solchen Fall müsse aufgrund derselben Zielrichtung, in Österreich Asyl zu erhalten, jedoch Gleisches gelten, wie wenn der Mitbeteiligte einen neuerlichen Asylantrag gestellt hätte. Die genannte Bestimmung sei daher grundsätzlich auf den Mitbeteiligten anwendbar.

4.2.1. Ausgehend von dieser Ansicht hätte die belangte Behörde, die ja die Schubhaftverhängung nach § 76 Abs. 1 FPG und die darauf gegründete Anhaltung des Mitbeteiligten bis zur Wiedererlangung der Stellung als Asylwerber für rechtmäßig hielt, auch die danach erfolgte Anhaltung nach dem ersten Satz des § 76 Abs. 6 FPG für zulässig ansehen müssen. Diese Bestimmung gestattet es der Behörde nämlich, eine (rite) auf § 76 Abs. 1 FPG gestützte Schubhaft trotz der - durch die Asylantragseinbringung während der Schubhaft erlangten - Stellung des Schuhäftlings als Asylwerber auch ohne Vorliegen der Voraussetzungen des § 76 Abs. 2 FPG aufrecht zu erhalten. Das in einem Amtsvermerk festzuhalrende allfällige Vorliegen der Voraussetzungen des § 76 Abs. 2 FPG steht nur im Zusammenhang mit der dann möglichen längeren Schubhaftdauer. Dazu ist auch auf die Materialien (RV 952 BlgNR 22. GP 104) zu verweisen, die zu § 76 Abs. 6 FPG Folgendes ausführen:

"Stellt ein Asylwerber in der Schubhaft einen Asylantrag, so kann diese aufrechterhalten werden, auch wenn die Voraussetzungen von Abs. 2 nicht vorliegen. Für Zwecke des § 80 Abs. 2 gilt diese Schubhaft nur nach § 76 Abs. 2 verhängt, wenn die Voraussetzungen für die Verhängung der Schubhaft gegen Asylwerber vorliegen; dann gelten die Fristenregeln des § 80 Abs. 2. Die Regel ist unbedingt erforderlich, um einen[m] in Schubhaft angehaltenen Fremden nicht die Möglichkeit zu geben, durch die Asylantragstellung die Aufhebung der Schubhaft zu erzwingen."

4.2.2. Angesichts des zuletzt wiedergegebenen Gesetzeszweckes kann aber die Auffassung der belangten Behörde, § 76 Abs. 6 FPG erfasse nicht nur Fremde, die zur Erzwingung der Entlassung aus der Schubhaft (erst in diesem Stadium) einen Antrag auf internationalen Schutz stellen, sondern auch solche, deren schon vor der

Schubhaftverhängung eingeleitetes, vorübergehend eingestelltes Verfahren fortgesetzt wird, nicht geteilt werden. Für eine (analoge) Anwendung dieser Bestimmung auf die zuletzt genannte, im Gesetzeswortlaut keine Deckung findende Personengruppe ist schon wegen der unterschiedlichen Ausgangslage keine Rechtfertigung ersichtlich. Während in dem von § 76 Abs. 6 FPG erfassten Fall der Fremde eine rechtmäßig verhängte Schubhaft durch eine Asylantragstellung "aushebeln" will, was eine Regelung zur Hintanhaltung dieses Umgehungsversuchs rechtfertigt, ist in einem Fall wie dem vorliegenden häufig wegen der unmittelbar bevorstehenden Asylverfahrensfortsetzung schon die Schubhaftverhängung unverhältnismäßig (siehe oben Punkt 3.).

4.2.3. Die belangte Behörde hat daher mangels Anwendbarkeit des § 76 Abs. 6 erster Satz FPG letztlich im Ergebnis zu Recht geprüft, ob für die Anhaltung ab der Fortsetzung des Asylverfahrens am 15. September 2008 die von der Bezirkshauptmannschaft Baden angenommenen Voraussetzungen nach § 76 Abs. 2 Z 3 FPG vorlagen. Auch in der Amtsbeschwerde wird im Übrigen nicht in Frage gestellt, dass für die Aufrechterhaltung der Schubhaft gegen den Mitbeteiligten über den genannten Zeitpunkt hinaus diese Voraussetzungen hätten gegeben sein müssen.

5.1. Die gegen den Mitbeteiligten verhängte Schubhaft war von der Bezirkshauptmannschaft Baden in ihrem Bescheid vom 13. September 2008 auf § 76 Abs. 1 FPG gestützt und zur Sicherung der Abschiebung angeordnet worden. Ab der Fortsetzung des Asylverfahrens am 15. September 2008 sollte sich die weitere Anhaltung des Mitbeteiligten auf den Tatbestand des § 76 Abs. 2 Z 3 FPG gründen und (zunächst) der Sicherung des Verfahrens zur Erlassung einer asylrechtlichen Ausweisung dienen. Die belangte Behörde und die Amtsbeschwerdeführerin scheinen nun davon auszugehen, dass es für die Aufrechterhaltung der Schubhaft - trotz Wechsels des Schubhafttatbestandes und des Sicherungszweckes - genüge, diesbezüglich einen (dem Fremden offenbar nie zur Kenntnis gebrachten) Aktenvermerk zu verfassen. Dem ist nicht zu folgen:

5.2.1. Soweit dieser Auffassung die - wie im Punkt 4.2.2. dargelegt: nicht geteilte - Meinung zugrunde liegt, § 76 Abs. 6 zweiter und dritter Satz FPG sei in der vorliegenden Konstellation anwendbar, kann auf die obigen Ausführungen verwiesen werden. Ergänzend ist im vorliegenden Zusammenhang noch anzumerken, dass in dem von § 76 Abs. 6 FPG erfassten Fall gerade kein Austausch des Schubhafttatbestandes vorgenommen wird, sondern - wie erwähnt - der erste Satz dieser Bestimmung die Fortsetzung der Schubhaft gegen den nunmehrigen Asylwerber aus dem bisher angenommenen Grund erlaubt, ohne dass die Voraussetzungen nach § 76 Abs. 2 FPG vorliegen müssten. Damit stehen der zweite und dritte Satz des § 76 Abs. 6 FPG nach deren oben angesprochenen, nur die Schubhafthöchstdauer betreffenden Zweck in untrennbarem Zusammenhang, sodass sich diese Bestimmungen nicht isoliert auf einen Fall wie den vorliegenden übertragen lassen.

5.2.2.1. Es wurde bereits darauf hingewiesen, dass die Asylverfahrensfortsetzung die Wiederlangung der Asylwerbereigenschaft des Mitbeteiligten und die Beseitigung der Durchsetzbarkeit der gegen ihn erlassenen aufenthaltsbeendenden Maßnahme zur Folge hatte. Damit war einer auf § 76 Abs. 1 FPG gestützten und zur Sicherung der Abschiebung angeordneten Schubhaft der Boden entzogen.

5.2.2.2. Um gegen den Mitbeteiligten als Asylwerber die Schubhaft nach einem der Tatbestände des § 76 Abs. 2 FPG zur Sicherung des Verfahrens zur Erlassung einer asylrechtlichen Ausweisung fortsetzen zu können, hätte es zwar nicht der Erlassung eines neuen Schubhaftbescheides bedurft. Ein bloß interner Aktenvermerk genügt dafür aber jedenfalls auch nicht. Bei den Schubhafttatbeständen des § 76 Abs. 2 FPG handelt es sich nämlich - im Verhältnis zu jenem des § 76 Abs. 1 FPG - um strukturell andere Gründe, die besondere Voraussetzungen dafür verlangen, dass ausnahmsweise auch gegen Asylwerber Schubhaft verhängt werden darf. Wird die Aufrechterhaltung einer - wegen Wegfalls des bisherigen Tatbestandes eigentlich zu beendenden - Schubhaft aber auf einen solchen anderen Grund gestützt, muss es dem Betroffenen möglich sein, die Annahme des Vorliegens des neuen Schubhafttatbestandes mit Beschwerde an den unabhängigen Verwaltungssenat effektiv zu bekämpfen. Das setzt eine entsprechende Kenntnis vom Austausch des Schubhaftgrundes voraus, sodass die Behörde gegenüber dem Fremden insoweit eine Informationspflicht trifft (vgl. das zu § 48 Abs. 5 Fremdengesetz 1992 ergangene Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes vom 23. Juni 1994, B 2019/93, VfSlg. 13.806; siehe in diesem Zusammenhang zur Untersuchungshaft auch das Urteil des Obersten Gerichtshofes vom 29. Juli 2005, 14 Os 76/05s).

5.2.2.3. In dieser Konstellation ist daher eine unverzügliche schriftliche Verständigung des Angehaltenen vorzunehmen, wie sie in § 80 Abs. 7 FPG (für den der Sache nach ähnlichen Fall der Schubhaft über die Dauer von zwei Monaten hinaus ausschließlich aus den Gründen des Abs. 3 oder 4) vorgesehen ist. Um dem - auch hier sinngemäß zu

beachtenden - verfassungsrechtlichen Gebot des Art 5 Abs. 2 EMRK bzw. des Art. 4 Abs. 6 PersFrG Rechnung zu tragen, wonach jeder Festgenommene in möglichst kurzer Frist und in einer ihm verständlichen Sprache über die Gründe seiner Festnahme unterrichtet werden muss (siehe zu dieser Verpflichtung nach Art. 5 Abs. 2 EMRK jüngst das Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte vom 2. Oktober 2008, Appl. Nr. 34082/02, Rusu gg. Österreich), müsste diese Information in einer dem Schubhaftling verständlichen Sprache erfolgen. Nur durch eine solche schriftliche Verständigung wäre der Rechtsschutz für den Betroffenen ausreichend gewahrt, wird er doch erst dadurch in die Lage versetzt, die angenommenen Voraussetzungen für die weitere Anhaltung mit einer Schubhaftbeschwerde wirksam zu bekämpfen.

5.2.2.4. Klarzustellen ist, dass das Gesagte nur ausnahmsweise für eine Konstellation wie die vorliegende, also bei einem Wechsel von § 76 Abs. 1 FPG in das Regime des § 76 Abs. 2 FPG, gilt. Einer schriftlichen Verständigung im Sinne der obigen Ausführungen bedarf es freilich nicht, wenn - nach einer auf § 76 Abs. 2 FPG gestützten Schubhaftverhängung gegen einen Asylwerber - ein (der fortschreitenden Chronologie des Asylverfahrens entsprechender) anderer Schubhafttatbestand des § 76 Abs. 2 FPG verwirklicht wird (zum Verhältnis der Schubhaftgründe des § 76 Abs. 2 FPG vgl. das Erkenntnis vom 30. August 2007, Zl. 2007/21/0043, und das Erkenntnis vom 7. Februar 2008, Zl. 2006/21/0389, sowie unten Punkt 6.2.1. und 6.2.2.). Der Verwaltungsgerichtshof hat in diesem Sinne auch bereits wiederholt ausgesprochen, die vom unabhängigen Verwaltungssenat im Schubhaftbeschwerdeverfahren unterlassene Bedachtnahme auf eine sich erst während der Anhaltung entwickelnde "Verdichtung" der Schubhaftgründe bewirke für sich genommen noch keine Rechtsverletzung des Beschwerdeführers (siehe beispielsweise das Erkenntnis vom 28. Februar 2008, Zl. 2007/21/0512). Anders als in der vorliegenden Konstellation führt die jeweilige asylverfahrensbezogene Sachverhaltsänderung (Einleitung des Ausweisungsverfahrens oder Erlassung einer durchsetzbaren, wenn auch nicht rechtskräftigen Ausweisung) nämlich nicht zum - die Enthaltung nach sich ziehenden - Wegfall des bisher herangezogenen Schubhafttatbestandes des § 76 Abs. 2 FPG, sondern per se zu dessen Ersetzung durch einen auf höherer Ebene liegenden Schubhafttatbestand derselben Norm. Dasselbe gilt aber auch bei einem Wechsel vom Regime des § 76 Abs. 2 FPG in jenes des § 76 Abs. 1 FPG mit Erlassung der rechtskräftigen asylrechtlichen Ausweisung, weil auch hier nur eine "Verdichtung" in Bezug auf den bisher zugrundeliegenden Schubhafttatbestand eintritt.

6.1.1. Die belangte Behörde erachtete die Aufrechterhaltung der Schubhaft nach der Fortsetzung des Verfahrens über den Antrag des Mitbeteiligten auf internationalen Schutz ab 15. September 2008 unter Bezugnahme auf die Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes deshalb für rechtswidrig, weil nach der Zulassung des Asylverfahrens, die zu einer Einstellung des asylrechtlichen Ausweisungsverfahrens führe, die Schubhaft auch im Grunde des § 76 Abs. 2 Z 3 FPG nicht mehr aufrecht erhalten werden dürfe.

6.1.2. Gegen diese Auffassung wendet sich die vorliegende Amtsbeschwerde. Sie weist vor allem darauf hin, dass im vorliegenden Fall kein asylrechtliches Ausweisungsverfahren eingeleitet worden sei. Nur das hätte zur Folge gehabt, dass die Schubhaft nicht auf die Z 3, sondern nur mehr auf den Tatbestand der Z 2 des § 76 Abs. 2 FPG hätte gestützt werden können. Durch die Zulassung des Asylverfahrens habe im vorliegenden Fall somit auch kein Ausweisungsverfahren eingestellt werden können. Es sei daher auch nach der Fortsetzung des Asylverfahrens weiter ein Sachverhalt im Sinne des § 76 Abs. 2 Z 3 FPG vorgelegen. Würde man der Rechtsansicht der belangten Behörde folgen, könnte über Asylwerber, deren Verfahren zugelassen worden sei, trotz Sicherungsbedarfs keine Schubhaft mehr verhängt oder "im Sinne des § 76 Abs. 6 FPG aufrecht erhalten" werden. Die beschwerdeführende Sicherheitsdirektion vertrete demgegenüber die Ansicht, dass in einem Fall wie dem vorliegenden mangels eines durch die Asylbehörde eingeleiteten Ausweisungsverfahrens der Tatbestand des § 76 Abs. 2 Z 3 FPG trotz zugelassenen Asylverfahrens weiter bestanden habe und die Schubhaft erst dann hätte aufgehoben werden müssen, wenn der Beschwerde gegen eine antragsabweisende Entscheidung vom Bundesasylamt die aufschiebende Wirkung nicht aberkannt oder im Falle der Aberkennung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde diese vom Asylgerichtshof wieder zuerkannt worden wäre.

6.2.1. Der Verwaltungsgerichtshof hat in dem von der belangten Behörde zur Stützung ihrer Auffassung und in der Amtsbeschwerde insoweit wörtlich wiedergegebenen Erkenntnis vom 7. Februar 2008, Zl. 2006/21/0389, unter Bezugnahme auf seine Vorjudikatur Folgendes ausgeführt:

"Hinsichtlich einer gemäß einem der Tatbestände des § 76 Abs. 2 FPG gegen Asylwerber angeordneten Schubhaft hat der Verwaltungsgerichtshof in dem schon genannten Erkenntnis Zl. 2007/21/0043 bereits klargestellt, dass die

Tatbestände der Z 1, Z 2 und Z 4 des § 76 Abs. 2 FPG insoweit aufeinander abgestimmt sind, als sie jeweils verschiedene Phasen des Asylverfahrens erfassen und diesen jeweils zugeordnet sind: Ist das Ausweisungsverfahren noch gar nicht eingeleitet, so greift der Tatbestand der Z 4; dieser wird nach Einleitung des Ausweisungsverfahrens durch jenen der Z 2 abgelöst, an dessen Stelle wiederum - wenn es nach Einleitung des Ausweisungsverfahrens auch tatsächlich zu einer durchsetzbaren Ausweisung kommt - schließlich der Tatbestand der Z 1 tritt. Insgesamt ergibt sich damit ein der Chronologie des Asylverfahrensablaufes entsprechend gestuftes Schubhaftregime.

Auch § 76 Abs. 2 Z 3 FPG ist in dieses System eingepasst. Dazu halten die ErläutRV zu § 39 Abs. 3 FPG (aaO 92) Folgendes fest:

'Abs. 3 Z 3 soll das Ausweisungsverfahren von Asylwerbern sichern, die nach Erlassung eines durchsetzbaren fremdenpolizeilichen Titels zur Aufenthaltsbeendigung einen Asylantrag stellen. Zwar kann dieser Titel nicht vollzogen werden, jedoch hat sich seit in Kraft treten der Asylgesetznovelle 2003 in der Praxis gezeigt, dass die Verhinderung von Festnahme und Schubhaft ex lege einen Anreiz geschaffen hat, offensichtlich nur um Asyl anzusuchen, um der Festnahme und in weiterer Folge der Schubhaft zu entgehen. Dies soll nunmehr verhindert werden.'

Aus den zitierten Erläuterungen ergibt sich, dass der Tatbestand der Z 3 des § 76 Abs. 2 FPG - wie jener der Z 4 - die Schubhaftnahme von Asylwerbern ermöglichen soll, deren Antrag voraussichtlich nicht zu einem Erfolg führen wird. Ist das durch die Einleitung eines Ausweisungsverfahrens manifestiert, so greift der Tatbestand der Z 2, der damit nicht nur Z 4, sondern im Blick auf die vergleichbare Ausgangssituation auch Z 3 ablöst.

Mit diesem Tatbestand wird somit ebenfalls - wie in § 76 Abs. 2 Z 4 FPG - auf die Phase vor der Einleitung eines Ausweisungsverfahrens abgestellt. Wird ein solches eingeleitet, ist ein Rückgriff auf § 76 Abs. 2 Z 3 FPG - ebenso wenig wie auf dessen Z 4 (vgl. auch dazu das bereits zitierte Erkenntnis Zl. 2007/21/0043) - nicht mehr zulässig, woraus im Übrigen folgt, dass nach einer Zulassung des Asylverfahrens, die gemäß § 27 Abs. 4 AsylG 2005 zu einer Einstellung des Ausweisungsverfahrens führt, die Schubhaft auch im Grund des § 76 Abs. 2 Z 3 FPG nicht mehr aufrecht erhalten werden darf."

6.2.2. Der Verwaltungsgerichtshof hat in diesem Erkenntnis einerseits dargelegt, dass der Tatbestand der Z 3 des § 76 Abs. 2 FPG (so wie jener der Z 4) nur bis zur Einleitung des asylrechtlichen Ausweisungsverfahrens als Schubhaftgrund in Betracht kommt, also lediglich der Sicherung in der ersten Phase des Asylverfahrens dient, und andererseits auch darauf hingewiesen, dass nach einer Zulassung des Asylverfahrens die Schubhaft (auch) im Grunde des § 76 Abs. 2 Z 3 FPG nicht mehr aufrecht erhalten werden darf. Die Unzulässigkeit der Schubhaft nach der Zulassung des Verfahrens auf Gewährung von internationalem Schutz ergibt sich daraus, dass damit ein eingeleitetes Ausweisungsverfahren endet (§ 27 Abs. 4 AsylG 2005). Wird kein Ausweisungsverfahren mehr geführt, ist eine Schubhaft - die Voraussetzungen sind weggefallen - zu beenden (so wörtlich die ErläutRV zu § 27 AsylG 2005, 952 BlgNR 22. GP 49). Es war somit - entgegen dem Beschwerdestandpunkt - eine vom Gesetzgeber beabsichtigte Konsequenz, dass die gegen Asylwerber nur ausnahmsweise bei Vorliegen der im § 76 Abs. 2 FPG genannten Voraussetzungen zulässige Schubhaft bei einer Zulassung des Asylverfahrens zu beenden ist bzw. nicht mehr angeordnet werden darf (vgl. in diesem Sinn schon die Erkenntnisse vom 28. Mai 2008, Zl. 2007/21/0332, vom 29. April 2008, Zl. 2008/21/0085, vom 31. März 2008, Zl. 2006/21/0363, vom 20. Dezember 2007, Zl. 2007/21/0261, und vom 24. Oktober 2007, Zl. 2006/21/0267; siehe schließlich auch das Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes vom 15. Juni 2007, B 1330, 1331/06).

6.2.3. Gleiches gilt freilich auch für eine Konstellation, in der das Asylverfahren - wie im vorliegenden Fall - nach Durchführung der ersten Einvernahmen sofort zugelassen wurde, ohne dass überhaupt ein Ausweisungsverfahren geführt worden war. Letzteres bedeutet - im Sinne der Ausführungen in dem wiedergegebenen Erkenntnis - ja nur, dass eine durch die Einleitung des Ausweisungsverfahrens zum Ausdruck kommende Manifestierung der Einschätzung, der Antrag auf internationalen Schutz werde voraussichtlich nicht zum Erfolg führen, nicht gerechtfertigt war. Das bestätigt somit nur die dann durch die (mit der Erteilung einer vorläufigen Aufenthaltsberechtigung verbundene) Zulassung zum Ausdruck kommende Meinung der Asylbehörde, der Antrag bedürfe einer näheren Prüfung und für die (ursprüngliche) Annahme einer - raschen - negativen Entscheidung samt Ausweisung bestünden keine genügenden Anhaltspunkte (mehr). Mit anderen Worten: Wird das Asylverfahren zugelassen, so bedeutet dies, dass sich aus der Sicht der Asylbehörde die Prognose, der Antrag auf Gewährung internationalen Schutzes werde mangels Zuständigkeit Österreichs zurückgewiesen (Z 4) oder der Antrag sei zur Vermeidung des Vollzugs eines Abschiebetitels nur missbräuchlich gestellt worden (Z 3), nicht (mehr) rechtfertigen lässt. Unabhängig davon, ob davor

ein asylrechtliches Ausweisungsverfahren geführt wurde, bewirkt somit die Zulassung des Asylverfahrens, dass in diesem Stadium ein Rückgriff auf die (der Z 2) vorgelagerten Schubhafttatbestände der Z 3 und der Z 4 nicht mehr in Betracht kommt (im Ergebnis ebenso bereits das Erkenntnis vom 19. Juni 2008, Zl. 2008/21/0075).

6.2.4. Die belangte Behörde ist daher zu Recht davon ausgegangen, dass die Schubhaft gegen den Mitbeteiligten ab der Fortsetzung des zugelassenen Asylverfahrens nicht auf § 76 Abs. 2 Z 3 FPG gestützt werden konnte.

7. Einem Erfolg der Amtsbeschwerde wäre aber schließlich auch noch entgegengestanden, dass die Heranziehung des Schubhafttatbestandes des § 76 Abs. 2 Z 3 FPG nur dann möglich ist, wenn die gegen den Fremden erlassene (rechtskräftige und vollstreckbare) Rückführungsentscheidung eines EWR-Mitgliedstaates einer durchsetzbaren inländischen Ausweisung gleichzuhalten ist, was das Vorliegen einer der Voraussetzungen des § 71 Abs. 1 FPG verlangt. Diesbezüglich steht aber nur fest, dass gegen den Mitbeteiligte ein von der Slowakei erlassenes, bis 12. Mai 2009 gültiges "Einreise-/Aufenthaltsverbot" im Schengen-Gebiet im SIS vorgemerkt ist. Am Maßstab der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (vgl. zuletzt das Erkenntnis vom 17. Juli 2008, Zl. 2008/21/0407, auf dessen Entscheidungsgründe gemäß § 43 Abs. 2 VwGG verwiesen wird) reicht das aber keinesfalls, um von der Verwirklichung der Voraussetzungen nach der genannten Gesetzesstelle ausgehen zu können.

8. Da somit bereits der Inhalt der Amtsbeschwerde erkennen lässt, dass die behauptete Rechtswidrigkeit nicht vorliegt, war die Beschwerde gemäß § 35 Abs. 1 VwGG ohne weiteres Verfahren in nichtöffentlicher Sitzung als unbegründet abzuweisen.

Wien, am 18. Dezember 2008

### **Schlagworte**

Auslegung Anwendung der Auslegungsmethoden Bindung an den Wortlaut des Gesetzes VwRallg3/2/1 Auslegung  
Anwendung der Auslegungsmethoden Verhältnis der wörtlichen Auslegung zur teleologischen und historischen  
Auslegung Bedeutung der Gesetzesmaterialien VwRallg3/2/2 Mangel der Berechtigung zur Erhebung der Beschwerde  
mangelnde subjektive Rechtsverletzung Parteirechte und Beschwerdelegitimation Verwaltungsverfahren Mangelnde  
Rechtsverletzung Beschwerdelegitimation verneint keine BESCHWERDELEGITIMATION

### **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:VWGH:2008:2008210582.X00

### **Im RIS seit**

20.01.2021

### **Zuletzt aktualisiert am**

20.01.2021

**Quelle:** Verwaltungsgerichtshof VwGH, <http://www.vwgh.at>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.  
[www.jusline.at](http://www.jusline.at)