

# TE Bvwg Erkenntnis 2018/8/21 W230 2203544-1

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 21.08.2018

## Entscheidungsdatum

21.08.2018

## Norm

AsylG 2005 §3 Abs1  
BFA-VG §18 Abs1 Z2  
BFA-VG §18 Abs5  
B-VG Art.133 Abs4

## Spruch

W230 2203544-1/5E

(TEILERKENNTNIS)

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht erkennt durch den Richter Philipp CEDE, LL.M., in der Beschwerdesache von XXXX alias XXXX alias XXXX , geb. XXXX alias XXXX alias XXXX alias XXXX , StA.: Afghanistan, vertreten durch die Volkshilfe Oberösterreich Flüchtlings- und MigrantInnenbetreuung GmbH, Stockhofstraße 40, 4020 Linz, über Spruchpunkt VI. (Spruchpunkt über die Aberkennung der aufschiebenden Wirkung) des Bescheides des Bundesamtes für Fremdenwesen und Asyl vom 02.07.2018, ZI. XXXX , zu Recht:

A)

Die Beschwerde wird im Umfang des Spruchpunktes VI. (Spruchpunkt über die Aberkennung der aufschiebenden Wirkung) des Bescheides als unbegründet abgewiesen.

B)

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

## Text

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

I. Verfahrensgang:

1. Mit dem angefochtenen Bescheid sprach das Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl (belangte Behörde) aus, dass der Antrag des Beschwerdeführers vom 18.12.2014 "hinsichtlich der Zuerkennung des Status des Asylberechtigten gemäß § 3 Absatz 1 iVm. § 2 Absatz 1 Ziffer 13 AsylG 2005, BGBl. I Nr. 100/2005 (AsylG)" (Spruchpunkt I.) und "gemäß § 8 Absatz 1 iVm § 2 Absatz 1 Ziffer 13 AsylG hinsichtlich der Zuerkennung des Status des subsidiär Schutzberechtigten"

in Bezug auf den Herkunftsstaat des Beschwerdeführers Afghanistan (Spruchpunkt II.) abgewiesen wird. Ferner sprach sie aus, dass dem Beschwerdeführer ein Aufenthaltstitel aus berücksichtigungswürdigen Gründen "gemäß § 57 AsylG" nicht erteilt (Spruchpunkt III.), gegen ihn "gemäß § 10 Absatz 1 Ziffer 3 AsylG iVm § 9 BFA-Verfahrensgesetz, BGBl. I Nr. 87/2012 (BFA-VG) idgF", eine Rückkehrentscheidung gemäß § 52 Absatz 2 Ziffer 2 Fremdenpolizeigesetz 2005, BGBl. I Nr. 100/2005 (FPG) idgF, erlassen (Spruchpunkt IV.) und gemäß § 52 Absatz 9 FPG festgestellt wird, dass seine Abschiebung gemäß § 46 FPG nach Afghanistan zulässig ist (Spruchpunkt V.). In Spruchpunkt VI. sprach die Behörde aus, dass "die aufschiebende Wirkung einer Beschwerde gegen diese Rückkehrentscheidung" gemäß § 18 Abs. 1 Z 2 BFA-VG aberkannt wird. In Spruchpunkt VII. entschied sie, dass gemäß § 55 Abs. 1a FPG "keine Frist für die freiwillige Ausreise" bestehe. Weiters stellte sie in Spruchpunkt VIII. fest, dass der Beschwerdeführer sein "Recht zum Aufenthalt im Bundesgebiet ab dem 13.03.2015 verloren" habe. Schließlich erließ die belangte Behörde mit Spruchpunkt IX. des Bescheides ein auf die Dauer von 8 Jahren befristetes Einreiseverbot gegen den Beschwerdeführer.

2. Dieser Bescheid wurde dem Beschwerdeführer (zuhanden seiner Vertretung) am 05.07.2018 zugestellt. Mit E-Mail vom 02.08.2018, am selben Tag bei der belangten Behörde eingelangt, erhob er dagegen Beschwerde mit den Anträgen,

"1. der Beschwerde stattzugeben und dem BF den Status des Asylberechtigten gemäß § 3 AsylG zuzuerkennen;

2. in eventu den Status des subsidiär Schutzberechtigten gemäß § 8 AsylG zuzuerkennen;

3. in eventu festzustellen, dass die erlassene Rückkehrentscheidung auf Dauer unzulässig und daher festzustellen ist, dass die Voraussetzungen für die Erteilung einer Aufenthaltsberechtigung vorliegen und dem BF daher ein Aufenthaltstitel von Amts wegen zu erteilen ist;

4. oder den hier angefochtenen Bescheid an die Erstbehörde zur neuerlichen Entscheidung nach Verfahrensergänzung zurückzuweisen;

5. zur gebotenen Ergänzung des mangelhaft gebliebenen Ermittlungsverfahrens gem. § 24 Abs. 1 VwGVG eine mündliche Beschwerdeverhandlung durchzuführen;

6. den Spruchpunkt VIII. aufzuheben;

7. das für die Dauer von 7 Jahren befristete Einreiseverbot aufzuheben oder zumindest deutlich herabzusetzen.

zusätzlich ergeht die

Anregung

von Amts wegen die aufschiebende Wirkung gem. § 18 Abs. 5 BFA-VG binnen 7 Tagen zuzuerkennen"

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

1. Feststellungen:

1.1. Der Beschwerdeführer ist afghanischer Staatsangehöriger, stammt aus der Provinz Nangarhar, gehört zur Volksgruppe der Paschtunen und bekennt sich zum Islam sunnitischer Richtung. Er ist am 18.12.2014 illegal in das Bundesgebiet eingereist und hat am selben Tag den Antrag auf internationalen Schutz gestellt. Er hielt sich in Österreich seit Ende 2014 durchgehend als Asylwerber auf. Er hat keine Verwandtschaft in Österreich. Seine Familie lebt in Afghanistan. Der Beschwerdeführer absolvierte zwar im Jahr 2016 eine B2-Deutschprüfung, er setzte aber darüber hinaus keine auf eine besonders intensive Integration hindeutenden Schritte (Kurse, Schulbesuche, Aktivitäten zB in Vereinen, legale Erwerbstätigkeit etc). Es können keine besonderen sozialen Kontakte in Österreich (Europa) festgestellt werden.

1.2. Der Beschwerdeführer wurde in Österreich mehrfach straffällig und ist drei Mal strafrechtlich (rechtskräftig) verurteilt worden, und zwar:

-

Mit Urteil des LG Linz vom 29.08.2016, XXXX, wegen des Verbrechens des schweren Raubes (§§ 142 Abs. 1, 143 Abs. 1 2. Fall StGB) und des Verbrechens der versuchten schweren Nötigung (§§ 15 Abs. 1, 105 Abs. 1, 106 Abs. 1 Z 1 1. Fall StGB) zu einer Freiheitsstrafe von 18 Monaten (davon wurden 16 Monate unter Setzung einer Probezeit von drei Jahre bedingt nachgesehen). Dieser Verurteilung lag zugrunde, dass der Beschwerdeführer am 04.04.2016 in Linz in bewusstem und gewollten Zusammenwirken mit einem bislang unbekanntem Täter jemandem mit Gewalt gegen eine

Person oder durch Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib und Leben (§89) unter Verwendung einer Waffe, fremde bewegliche Sachen, nämlich Bargeld in der Höhe von EUR 120.--, mit dem Vorsatz weggenommen und abgenötigt hat, sich durch deren Zueignung unrechtmäßig zu bereichern, indem er ein Butterflymesser zog, es dem Opfer am Bauch ansetzte und sinngemäß äußerte "Gib mir dein Geld, sonst stech ich dich ab" und, nachdem das Opfer behauptete, kein Geld zu haben, das Messer dem unbekanntem Täter übergab, dem Opfer in die Hosentasche griff, seine Geldbörse herausholte und das gesamte Bargeld in Höhe von EUR 120,-

entnahm. Das Strafgericht wertete als mildernd die Unbescholtenheit, sowie dass es teilweise beim Versuch geblieben ist und der Verfall ausgesprochen wurde. Erschwerend wertete es das Zusammentreffen von zwei Verbrechen, sowie Tatbegehung während anhängigem Verfahren.

-

mit Urteil des LG Linz vom 27.01.2017, XXXX, wegen des Vergehens der Körperverletzung (§ 83 StGB) und der Nötigung (§ 105 Abs. 1 StGB) zu einer Freiheitsstrafe von 3 Wochen. Diesem Urteil lag zugrunde, dass der Beschwerdeführer am 18.10.2016 einerseits ein erstes Opfer durch einen Schlag mit der Hand in Form von Schmerzen an seinem rechten Daumen am Körper verletzt und andererseits im Anschluss an die genannte strafbare Handlung ein anderes Opfer mit Gewalt, indem er ihr das Diensthandy aus der Hand riss, zu einer Handlung, nämlich zur Abstandnahme der Verständigung der Polizei, genötigt hat. Als mildernd wurde das Geständnis berücksichtigt, als erschwerend die einschlägige Vorstrafe, das Zusammentreffen zweier Vergehen sowie der rasche Rückfall (August - Oktober).

-

mit Urteil des LG Linz vom 04.04.2018, XXXX, wegen des Verbrechens des schweren Raubes (§§ 142 Abs. 1, 143 Abs. 1 2. Fall StGB), des Verbrechens der versuchten absichtlichen schweren Körperverletzung (§§ 15 Abs. 1, 87 Abs. 1 StGB), des Vergehens der Körperverletzung (§ 83 Abs. 1 StGB), des Verbrechens des Suchtgifthandels (§ 28a Abs. 1 5. Fall SMG), sowie des Vergehens des unerlaubten Umgangs mit Suchtgiften (§ 27 Abs. 1 Z 1 1. Fall und 2. Fall, teils Abs. 2 SMG), zu einer Freiheitsstrafe von 3 Jahren. Dem lag zugrunde, dass der Beschwerdeführer am 20.08.2017 in Linz einem Opfer eine schwere Körperverletzung (§84 Abs 1 StGB) absichtlich zuzufügen versucht hat, indem er mit einem Messer eine wischende Stichbewegung durchführte, wodurch das Opfer eine mehrere Zentimeter lange, klaffende Schnittwunde am Bauch erlitt, wobei die Tatvollendung unterblieb. Weiters verletzte er in der Nacht auf den 01.08.2017 ein zweites Opfer vorsätzlich in Form einer Stichwunde am rechten Oberschenkel, indem er ihm einen Stich mit einem Messer versetzte. Darüber hinaus überließ er im Zeitraum von zumindest Mai 2017 bis 25.08.2017 in einer die Grenzmenge (§28b SMG) übersteigender Menge anderen vorschriftswidrig großteils gewinnbringend Suchgift, und zwar näher im Urteil genannte und bislang unbekannte Abnehmer, und zwar insgesamt unbekannte Mengen Cannabiskraut (enthaltend Delta-9-THC und THCA) und zumindest 75 Gramm Crystal (Methamphetamin, Reingehalt zumindest 66,1%). Dies tat er, indem er eine insgesamt unbekannte Menge Crystal zu einem unbekanntem Grammpreis an eine Person (A) verkaufte und ihr unbekannte Mengen Crystal unentgeltlich überließ, eine insgesamt unbekannte Menge Crystal zu einem unbekanntem Grammpreis an eine weitere Person (B) verkaufte, in Teilverkäufen insgesamt ca. 21 Gramm Crystal zu einem unbekanntem Grammpreis, unbekannte Mengen Crystal unentgeltlich und zumindest 25 Gramm Cannabiskraut zum Grammpreis von € 4,80 an eine Person (C) verkaufte bzw. überließ, eine unbekannte Menge Crystal um € 40,- an eine weitere Person (D) verkaufte, 2 Gramm Cannabiskraut um € 20,- an eine weitere Person (D) verkaufte, eine unbekannte Menge Crystal zu einem unbekanntem Grammpreis an eine weitere Person (E) verkaufte, unbekannte Mengen Cannabiskraut unentgeltlich an eine weitere Person (F) überließ und unbekannte Mengen Cannabiskraut und Crystal unentgeltlich an eine weitere Person (G) überließ. Er hat weiters zum ausschließlichen persönlichen Gebrauch unbekannte Mengen Cannabiskraut und Crystal bzw. 4,2 Gramm Crystal und knapp 39 Gramm Cannabiskraut bis zur polizeilichen Sicherstellung am 24.08.2017 teils zum ausschließlichen persönlichen Gebrauch erworben und bis zum jeweiligen Eigenkonsum besessen. Als Milderungsgrund wurde berücksichtigt, dass der Beschwerdeführer teilweise geständig war und dass es teilweise beim Versuch geblieben ist. Erschwerend wurden zwei einschlägige Vorverurteilungen, Zusammentreffen von mehreren Verbrechen und mehreren Vergehen, sowie rascher Rückfall genannt.

1.3. Aufgrund dieser Verurteilungen ist der Beschwerdeführer nunmehr in Strafhaft in der Justizanstalt Gerasdorf, wo er laut Auskunft dieser Justizanstalt die Hälfte der Strafzeit am 25.10.2019 und zwei Drittel am 15.07.2020 verbüßt hätte, Strafende wäre am 25.12.2021.

1.4. Bei der Heimatprovinz des Beschwerdeführers, Nangarhar, hat sich die Sicherheitslage in den letzten Jahren verschlechtert. Im Jahr 2017 war Nangarhar die Provinz mit den meisten Anschlägen. Bei der Zahl der zivilen Opfer kam es zu einer Steigerung von 1 % im Gegensatz zum Vergleichsjahr 2016. Abgesehen von der generellen prekären Sicherheitslage seiner Heimatprovinz befindet sich die Stadt Kabul unter Kontrolle der afghanischen Regierung. Die Lage in Kabul ist relativ sicher, ungeachtet der dort immer wieder stattfindenden terroristischen Anschläge gegen einzelne Ziele, vor allem solche, die mit der Staatsmacht, den internationalen Akteuren oder religiösen Feierlichkeiten oder Zeremonien der Minderheitsreligionen (zB der Schiiten) in Zusammenhang gebracht werden. Die wirtschaftliche Lage ist schwierig; die Gründung einer Existenz ist für alleinstehende, arbeitsfähige, erwachsene männliche Afghanen aber möglich, dasselbe gilt für die vergleichsweise sicheren Städte Herat und Mazar-e-Sharif.

Insbesondere vor dem Hintergrund der mangelnden Durchsetzbarkeit der Rückkehrentscheidung aufgrund der noch länger andauernden Anhaltung des Beschwerdeführers in Strafhaft, kann nicht festgestellt werden, dass der Beschwerdeführer im Fall einer Rückkehr nach Afghanistan (konkret: bei Rückführung zB in die Stadt Kabul),

-

aktuell mit einer realen (über die bloße Möglichkeit hinausgehende) Gefahr einer Tötung (einschließlich der Verhängung und/oder Vollstreckung der Todesstrafe) durch den Staat oder tödlicher Übergriffe durch Dritte

-

aktuell mit einer realen (über die bloße Möglichkeit hinausgehende) Gefahr, der Folter ausgesetzt zu sein oder einer unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung oder Strafe unterworfen zu sein, sei es im Hinblick auf eine drohende Todesstrafe, im Hinblick auf den Gesundheitszustand in Verbindung mit einer Unzulänglichkeit der medizinischen Bedingungen im Herkunftsstaat, im Hinblick auf die allgemeinen humanitären Bedingungen im Herkunftsstaat in Verbindung mit der persönlichen Lage des Beschwerdeführers (etwa im Sinne einer existenzgefährdenden Notlage oder des Entzugs der notdürftigsten Lebensgrundlage), im Hinblick auf psychische Faktoren, auf Haftbedingungen oder aus sonstigen Gründen.

Eine solche mit der Rückkehr in den Herkunftsstaat verbundene - aktuelle - Gefahr wird auch nicht im Hinblick auf eine etwaige ernsthafte Bedrohung des Lebens oder der Unversehrtheit als Zivilperson im Rahmen eines internationalen oder innerstaatlichen bewaffneten Konflikts festgestellt.

## 2. Beweiswürdigung:

Der Beweiswürdigung liegen folgende maßgebende Erwägungen zugrunde:

Der angeführte Verfahrensgang ergibt sich aus dem unbedenklichen und unzweifelhaften Akteninhalt.

Die getroffenen Feststellungen betreffend die Person des Beschwerdeführers ergeben sich aus den eigenen Aussagen des Beschwerdeführers im Verfahren vor der belangten Behörde, jene zur Lage in Afghanistan aus einer Zusammenschau der im Akt liegenden Berichtslage. Zu seinem Privatleben in Österreich hat der Beschwerdeführer die Feststellungen des Bescheides in der Beschwerde nicht bestritten, sondern bloß angeführt, dass er 2016 eine "B2-Prüfung" absolviert habe.

Die Feststellungen zu den strafrechtlichen Verfehlungen des Beschwerdeführers ergeben sich aus den im vorgelegten Verwaltungsakt befindlichen Urteilen und wurden entsprechend auch im angefochtenen Bescheid getroffen. Dies blieb in der Beschwerde unwidersprochen. Die Haftzeiten folgen aus dem Akteninhalt und einer Auskunft der JA Gerasdorf.

## 3. Rechtliche Beurteilung:

### Zu A) Abweisung der Beschwerde

3.1. Gemäß § 18 Abs. 1 Z 2 BFA-VG kann die aufschiebende Wirkung einer Beschwerde gegen eine Rückkehrentscheidung vom Bundesamt aberkannt werden, wenn "schwerwiegende Gründe die Annahme rechtfertigen, dass der Asylwerber eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung darstellt".

Die Aberkennung der aufschiebenden Wirkung nach § 18 Abs. 1 Z 2 BFA-VG ist nicht zwingend, sondern setzt eine Abwägung der für und gegen die zu treffende Anordnung sprechenden Interessen voraus. Dabei ist das öffentliche Interesse an der raschen Aufenthaltsbeendigung den im Einzelfall allenfalls entgegenstehenden privaten Interessen des Bescheidadressaten gegenüberzustellen (vgl. VwGH 28.04.2015, Ra 2014/18/0146, dessen Ausführungen zu dieser

Norm zwar aus Anlass einer Aberkennung der aufschiebenden Wirkung nach § 18 Abs. 1 Z 1 BFA-VG ergangen sind, die aber in Bezug auf den Inhalt der "Kann-Bestimmung" des Einleitungssatzes dieser Bestimmung verallgemeinerbar und damit auch auf die anderen Ziffern dieses Absatzes zu übertragen sind).

3.2. Mit Bescheid vom 02.07.2018 hat die belangte Behörde gemäß § 18 Abs. 1 Z 2 BFA-VG der Beschwerde des Beschwerdeführers gegen die Rückkehrentscheidung die aufschiebende Wirkung aberkannt (Spruchpunkt VI.), da schwerwiegende Gründe die Annahme rechtfertigen, dass der Beschwerdeführer eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung darstellt.

3.3. Gemäß § 18 Abs. 5 BFA-VG hat das Bundesverwaltungsgericht "der Beschwerde, der die aufschiebende Wirkung vom Bundesamt aberkannt wurde, binnen einer Woche ab Vorlage der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zuzuerkennen, wenn anzunehmen ist, dass eine Zurückweisung, Zurückschiebung oder Abschiebung des Fremden in seinen Herkunftsstaat eine reale Gefahr einer Verletzung von Art. 2 EMRK, Art. 3 EMRK, Art. 8 EMRK oder der Protokolle Nr. 6 oder Nr. 13 zur Konvention bedeuten würde oder für ihn als Zivilperson eine ernsthafte Bedrohung des Lebens oder der Unversehrtheit infolge willkürlicher Gewalt im Rahmen eines internationalen oder innerstaatlichen Konfliktes mit sich bringen würde".

3.4. In der vorliegenden Beschwerde wurde hinsichtlich des Spruchpunktes über die Aberkennung der aufschiebenden Wirkung nur eine "Anregung" zur Zuerkennung aufschiebender Wirkung formuliert und damit - offenbar in Anbetracht des Gesetzeswortlautes ("von Amts wegen") - bewusst kein auf Spruchpunkt VI. bezogener Beschwerdeantrag gestellt.

Das Bundesverwaltungsgericht hegt keine verfassungsrechtlichen Bedenken gegen § 18 Abs. 5 BFA-VG aus dem Grund, dass darin eine unzulässige amtswegige Entscheidungsbefugnis des Verwaltungsgerichts normiert wäre: Denn der Gesetzgeber macht diese Zuständigkeit von einem Beschwerdeantrag in der Hauptsache abhängig, womit die Rechtslage sich insbesondere von jener des § 22 Abs. 10 AsylG unterscheidet, die den Verwaltungsgerichtshof wegen verfassungsrechtlicher Bedenken gegen eine amtswegige verwaltungsgerichtliche Zuständigkeit zu einem Gesetzesprüfungsantrag an den Verfassungsgerichtshof veranlasste (VwGH 03.05.2018, Ra 2018/19/0010). Dazu kommt, dass der Gesetzgeber hinsichtlich der aufschiebenden Wirkung auch eine Darlegungspflicht des Beschwerdeführers normiert hat, der die für eine aufschiebende Wirkung sprechenden Gründe "in der Beschwerde gegen den in der Hauptsache ergangenen Bescheid ... genau zu

bezeichnen" hat (§ 18 Abs. 5 BFA-VG). Sollte eine Zuständigkeit des BVwG nur im Fall einer gesonderten Willenserklärung auch bezüglich der Aberkennung der aufschiebenden Wirkung verfassungskonform sein, böte sich eine verfassungskonforme Auslegung in der Weise an, dass dies bei Vorhandensein einer "genauen Bezeichnung" im Sinn des § 18 Abs. 5 BFA-VG angenommen wird.

3.5. Der VwGH hat zu § 18 Abs. 5 BFA-VG in der Fassung vor dem FrÄG 2017 in ständiger Rechtsprechung entschieden, dass dieser das BVwG dazu verpflichtet, über eine Beschwerde gegen die Aberkennung der aufschiebenden Wirkung bzw. gegen einen derartigen trennbaren Spruchteil eines Bescheides des BFA binnen einer Woche ab Vorlage der Beschwerde mit (Teil-)Erkenntnis zu entscheiden, und zwar sowohl über die Zuerkennung als auch die Nichtzuerkennung der aufschiebenden Wirkung (VwGH 13.09.2016, Fr 2016/01/0014;

19.06.2017, Fr 2017/19/0023; 30.06.2017, Fr 2017/18/0026;

20.09.2017, Ra 2017/19/0284; 19.10.2017, Ra 2017/18/0278;

29.11.2017, Ro 2017/18/0002; 13.12.2017, Ro 2017/19/0003).

Das Bundesverwaltungsgericht deutet § 18 Abs. 5 BFA-VG in der Fassung des FrÄG 2017 so, dass es bei Vorliegen einer Beschwerde in der Hauptsache auch von einer Beschwerde gegen den Spruchpunkt über die Aberkennung der aufschiebenden Wirkung auszugehen hat und dass es (im Sinne der vorzitierten Judikatur des VwGH) diese - sowohl im Fall der Bestätigung dieser Aberkennung als auch im Fall einer Abänderung iSd. Zuerkennung aufschiebender Wirkung - innerhalb der einwöchigen Entscheidungsfrist mit Erkenntnis zu erledigen hat (vgl. dazu näher BVwG 10.04.2018, W230 2190973-1, mwN).

3.6. Einer Auslegung, wonach nur mehr die Zuerkennung aufschiebender Wirkung innerhalb einer Woche erfolgen müsste, eine förmliche Bestätigung der Aberkennung hingegen durch formlosen Aktenvermerk ersetzt werden dürfte (und allenfalls erst mit Fristsetzungsantrag herbeigeführt werden müsste) kann hier nicht gefolgt werden (anderer

Auffassung: Eberhard/Ranacher/Weinhandl, ZfV 2018, 99; Urban in Filzwieser/Taucher [Hrsg.], Asyl- und Fremdenrecht - Jahrbuch 2018, 138 ff. [in Druck].

Gegen eine solche Auslegung spräche gegen die in Art. 47 GRC grundlegende Waffengleichheit zwischen der Behörde und dem Beschwerdeführer (dazu mwN bereits BVwG 26.11.2014, I402 2014142-1 sowie die ausdrückliche Betonung der Waffengleichheit [égalité des armes] in Rn 61 des zu einschlägigen Fragen der Asylverfahrensrichtlinie ergangenen Urteils des EuGH vom 19.06.2018, Rs. C-181/16, Gnandi). Es besteht keine Waffengleichheit, wenn im Kontext des Streits um die aufschiebende Wirkung - also bei für beide Seiten herrschender Gefahr im Verzug - eine Partei im Unterliegensfall sofort eine Entscheidung erhält, die sie mit Revision beim VwGH anfechten kann, während die andere Partei im Unterliegensfall erst einen Fristsetzungsantrag einlegen müsste, um allenfalls eine Entscheidung zu erlangen, die sie mit Revision anfechten könnte.

3.7. Im Beschwerdefall kann nicht der Auffassung gefolgt werden, dass eine Aberkennung der aufschiebenden Wirkung bereits generell auf Grund des Urteils des EuGH vom 19.06.2018, Rs. C-181/16, Gnandi, unzulässig wäre.

3.7.1. Der EuGH hat in diesem Urteil zwar ausgesprochen, dass die Richtlinie 2008/115/EG (Rückführungsrichtlinie) in Verbindung mit der Richtlinie 2005/85/EG (Verfahrensrichtlinie; nunmehr Richtlinie 2013/32/EU) die Erlassung einer Rückkehrentscheidung gleichzeitig mit der erstbehördlichen Entscheidung über den Antrag auf internationalen Schutz zulässt, sofern die Wirkungen der Rückkehrentscheidung während des Verfahrens über das Rechtsmittel gegen die Abweisung des internationalen Schutzes gehemmt werden.

3.7.2. Diese Auslegung traf der EuGH aber zu einem Ausgangsverfahren, in dem er jene Bestimmungen auszulegen hatte, die Vorschriften für den Regelfall eines Rechtsmittels gegen die Entscheidung über den Antrag auf internationalen Schutz treffen. Dies ergibt sich bereits aus der im Urteil getroffenen Auswahl bei der Wiedergabe anwendbarer Rechtsvorschriften (aaO Rn 10-12), wo der EuGH zwar Art. 46 Abs. 5 der Richtlinie 2013/32/EU zitierte, den Abs. 6 dieses Artikels aber ausließ. Art. 46 Abs. 5 der Richtlinie 2013/32/EU normiert Folgendes:

"RECHTSBEHELFE

Artikel 46

Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf

(1) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass Antragsteller das Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf vor einem Gericht haben gegen

a) eine Entscheidung über ihren Antrag auf internationalen Schutz

...

...

(5) Unbeschadet des Absatzes 6 gestatten die Mitgliedstaaten den Antragstellern den Verbleib im Hoheitsgebiet bis zum Ablauf der Frist für die Ausübung des Rechts der Antragsteller auf einen wirksamen Rechtsbehelf und, wenn ein solches Recht fristgemäß ausgeübt wurde, bis zur Entscheidung über den Rechtsbehelf."

3.7.3. Schon angesichts des Sachverhalts des damaligen Ausgangsverfahrens war für den EuGH die Bestimmung des Abs. 6 des Art. 46 der Richtlinie 2013/32/EU nicht relevant. Dementsprechend hat der EuGH diese Bestimmung in seiner Wiedergabe der relevanten Vorschriften des Unionsrechts (Rn 4-22 des Urteils) auch nicht erwähnt. Das Urteil kann daher nicht so interpretiert werden, dass es zur Auslegung auch des Art. 46 Abs. 6 der Richtlinie 2013/32/EU ergangen wäre.

3.7.4. Das Urteil Gnandi ist daher für die Auslegung von Art. 46 Abs. 6 der Richtlinie 2013/32/EU nicht einschlägig. Diese Vorschrift lautet wie folgt:

"(6) Im Fall einer Entscheidung,

a) einen Antrag im Einklang mit Artikel 32 Absatz 2 als offensichtlich unbegründet oder nach Prüfung gemäß Artikel 31 Absatz 8 als unbegründet zu betrachten, es sei denn, diese Entscheidungen sind auf die in Artikel 31 Absatz 8 Buchstabe h aufgeführten Umstände gestützt,

b) einen Antrag gemäß Artikel 33 Absatz 2 Buchstaben a, b oder d als unzulässig zu betrachten,

c) die Wiedereröffnung des nach Artikel 28 eingestellten Verfahrens des Antragstellers abzulehnen oder

d) gemäß Artikel 39 den Antrag nicht oder nicht umfassend zu prüfen,

ist das Gericht befugt, entweder auf Antrag des Antragstellers oder von Amts wegen darüber zu entscheiden, ob der Antragsteller im Hoheitsgebiet des Mitgliedstaats verbleiben darf, wenn die Entscheidung zur Folge hat, das Recht des Antragstellers auf Verbleib in dem Mitgliedstaat zu beenden und wenn in diesen Fällen das Recht auf Verbleib in dem betreffenden Mitgliedstaat bis zur Entscheidung über den Rechtsbehelf im nationalen Recht nicht vorgesehen ist."

3.7.5. Der in Art. 46 Abs. 6 Buchst. a letzter Fall verwiesene Art. 31 Abs. 8 der Richtlinie 2013/32/EU lautet auszugsweise wie folgt:

"ERSTINSTANZLICHE VERFAHREN

ABSCHNITT I

Artikel 31

Prüfungsverfahren

(1) - (7) ...

(8) Die Mitgliedstaaten können festlegen, dass das Prüfungsverfahren im Einklang mit den Grundsätzen und Garantien nach Kapitel II beschleunigt und/oder an der Grenze oder in Transitzonen nach Maßgabe von Artikel 43 durchgeführt wird, wenn

a) - i) ...

j) es schwerwiegende Gründe für die Annahme gibt, dass der Antragsteller eine Gefahr für die nationale Sicherheit oder die öffentliche Ordnung des Mitgliedstaats darstellt oder er aus schwerwiegenden Gründen der öffentlichen Sicherheit oder öffentlichen Ordnung nach nationalem Recht zwangsausgewiesen wurde."

3.7.6. Daraus folgt, dass die Mitgliedstaaten unter anderem in Fällen, in denen "schwerwiegende Gründe für die Annahme" sprechen, dass der Asylwerber "eine Gefahr für die nationale Sicherheit oder die öffentliche Ordnung" darstellt oder er "aus schwerwiegenden Gründen der öffentlichen Sicherheit oder öffentlichen Ordnung nach nationalem Recht zwangsausgewiesen wurde", eine "beschleunigte" Prüfung des Asylantrags vorsehen dürfen. Aus der Zusammenschau mit Art. 46 Abs. 6 Richtlinie 2013/32/EU ist zu lesen, dass der europäische Gesetzgeber (unter anderem) in einem solchen Fall von dem in Art. 46 Abs. 5 der Richtlinie verankerten generellen Grundsatz des suspensiven Effekts des gerichtlichen Rechtsmittels eine Ausnahme vorgesehen hat.

3.7.7. Vor diesem Hintergrund lässt sich nicht sehen, dass das System des § 18 BFA-VG, soweit es im Beschwerdefall zum Tragen kommt (Aberkennung der aufschiebenden Wirkung, wenn "schwerwiegende Gründe die Annahme rechtfertigen, dass der Asylwerber eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung darstellt" - § 18 Abs. 1 Z 2 leg.cit. bei gleichzeitiger beschleunigter Korrekturverpflichtung des mit Beschwerde angerufenen Gerichts), in den oben dargestellten Richtlinienbestimmungen keine Deckung fände.

3.7.8. Aus dem Urteil Gnandi kann in dieser Frage - wie oben dargestellt - nichts gewonnen werden. Es ist aus der Rechtsprechung auch sonst nicht abzuleiten, dass die Unionsrechtslage den gebotenen Suspensiveffekt von asylrechtlichen Rechtsmitteln als "absolut" einstuft. Gegenteiliges geht beispielsweise aus dem Urteil vom 25.07.2018, Rs. C-404/17, A, hervor, in dessen Rn. 26 und 27 der EuGH für einen anderen Tatbestand des beschleunigten Verfahrens nach Art. 31 der Richtlinie 2013/32/EU Folgendes aussprach:

"(26) Liegen keine solchen zwingenden Gründe vor, kann der Antrag gemäß Art. 31 Abs. 8 Buchst. b in Verbindung mit Art. 32 Abs. 2 der Richtlinie 2013/32 als offensichtlich unbegründet abgelehnt werden, wenn die beschriebene Situation - im vorliegenden Fall der Umstand, dass der Antragsteller aus einem sicheren Herkunftsstaat kommt - als solche in den nationalen Rechtsvorschriften definiert wird.

(27) Eine der Konsequenzen für den Antragsteller, dessen Antrag auf dieser Grundlage abgelehnt wird, besteht - anders als im Fall einer einfachen Ablehnung - darin, dass ihm, wie sich aus Art. 46 Abs. 5 und 6 der Richtlinie 2013/32 ergibt, nicht gestattet werden kann, bis zur Entscheidung über seinen Rechtsbehelf im Hoheitsgebiet des Staates zu verbleiben, in dem er den Antrag gestellt hat."

3.7.9. Das Bundesverwaltungsgericht sieht sich daher nicht veranlasst, die Aberkennung der aufschiebenden Wirkung schon wegen "absoluter" Unzulässigkeit aus Gründen des Unionsrechts aufzuheben und hat sich daher inhaltlich mit den Voraussetzungen der Aberkennung zu befassen.

3.8. Das Bundesverwaltungsgericht darf sich bei dieser Entscheidung nach § 18 B-VG nicht auf die Frage beschränken, ob eine Außerlanderschaffung die reale Gefahr der in § 18 Abs. 5 BFA-VG genannten Rechte mit sich bringen würde, sondern hat vielmehr - wie das BFA - nachprüfend auch die erwähnte Interessenabwägung vorzunehmen (VwGH 28.04.2015, Ra 2014/18/0146). Vorgelagert ist zu untersuchen, ob die Behörde zu Recht einen Tatbestand der Aberkennung der aufschiebenden Wirkung in Anspruch nahm.

3.9. Die in § 18 Abs. 1 Z 2 BFA-VG normierte Voraussetzung, dass "schwerwiegende Gründe die Annahme rechtfertigen, dass der Asylwerber eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung darstellt", sieht das Bundesverwaltungsgericht angesichts der festgestellten wiederholten und schweren Delinquenz im Suchtgiftbereich und im Bereich der Delikte gegen Leib und Leben, Freiheit und Eigentum, als verwirklicht an.

3.10. Bei der derzeit gegebenen Sach- und Rechtslage ist darauf hinzuweisen, dass sich der Beschwerdeführer in Strafhaft befindet, die Hälfte der Strafzeit am 25.10.2019 verbüßt hätte, zwei Drittel am 15.07.2020 und die gesamte Strafe am 25.12.2021. Zwar kennt das Strafvollzugsrecht die Möglichkeit eines "vorläufigen Absehens vom Strafvollzug wegen Einreiseverbotes oder Aufenthaltsverbotes" (§ 133a StVG), dies aber erst, wenn zumindest die Hälfte der Strafzeit verbüßt wurde (und überdies nur mit Einverständnis des Verurteilten). Dieser Zeitpunkt träte frühestens am 25.10.2019 ein. Dass der Beschwerdeführer Schritte zur Erreichung einer vorzeitigen Entlassung unter dem Titel des § 133a StVG oder aus einem anderen Titel gesetzt hätte, wurde auch nicht behauptet. Gemäß § 59 Abs. 4 FPG ist der Eintritt der Durchsetzbarkeit der Rückkehrentscheidung für die Dauer eines Freiheitsentzuges aufgeschoben, auf den wegen einer mit Strafe bedrohten Handlung erkannt wurde (der Verwaltungsgerichtshof gibt in einer solchen Konstellation Anträgen auf Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung nicht Folge, vgl. VwGH 24.06.2015, Ra 2015/21/0054; 24.05.2018, Ra 2017/19/0532). Zum derzeitigen Zeitpunkt drohen die vom Beschwerdeführer geltend gemachten Umstände (potentielle Verletzung von Rechten im Fall der Rückführung) nicht in absehbarer Zeit; schon aus diesem Grund kommt eine Abänderung des Abspruchs über die Aberkennung der aufschiebenden Wirkung aus dem Titel einer von der Effektivierung der Rückkehrentscheidung ausgehenden Gefährdung insb. der in Art. 2, 3 und 8 EMRK verankerten Rechte derzeit nicht in Betracht. Andere Nachteile wurden in der Beschwerde nicht behauptet, eine Unverhältnismäßigkeit ist daher auch insofern nicht erkennbar.

3.11. Die Aberkennung der aufschiebenden Wirkung erfolgte daher zu Recht.

3.12. Eine mündliche Verhandlung entfiel, weil über eine Beschwerde gegen die Aberkennung der aufschiebenden Wirkung ohne weiteres Verfahren und unverzüglich zu entscheiden ist (VwGH 09.06.2015, Ra 2015/08/0049).

Zu B) Zulässigkeit der Revision:

Gemäß § 25a Abs. 1 VwGG 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 zulässig, weil die Entscheidung von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt, weil - soweit ersichtlich - Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zu § 18 BFA-VG idF des FrÄG 2017 fehlt (offen lassend zB VwGH 30.04.2018, Fr 2018/01/0006).

.

### **Schlagworte**

aufschiebende Wirkung, aufschiebende Wirkung - Entfall, Revision  
zulässig, strafrechtliche Verurteilung, Suchtmitteldelikt

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

ECLI:AT:BVWG:2018:W230.2203544.1.00

### **Zuletzt aktualisiert am**

28.09.2018

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

© 2025 JUSLINE

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

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