

# TE Bvwg Erkenntnis 2021/2/25 W112 2213336-3

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 25.02.2021

## Entscheidungsdatum

25.02.2021

## Norm

BFA-VG §22a Abs1

BFA-VG §34

BFA-VG §40 Abs1 Z3

B-VG Art133 Abs4

VwGVG §35

## Spruch

W112 2213336-3/6E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht erkennt durch die Richterin Mag. Elke DANNER als Einzelrichterin über die Beschwerde von XXXX , geb. XXXX , StA UKRAINE, vertreten durch den DIAKONIE FLÜCHTLINGSDIENST gem. GmbH, gegen die Anhaltung des Beschwerdeführers im Rahmen der Festnahme von 13.02.2019, 16:10 Uhr, bis 14.02.2019, 15:30 Uhr, zu Recht:

A)

I. Die Beschwerde wird gemäß § 22a Abs. 1 iVm § 40 Abs. 1 Z 3 BFA-VG als unbegründet abgewiesen.

II. Der Antrag des Beschwerdeführers auf Kostenersatz wird gemäß § 35 VwGVG abgewiesen.

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

## Text

Entscheidungsgründe:

I. Verfahrensgang:

Der Beschwerdeführer wurde am 13.02.2019 um 14:55 Uhr im XXXX bei einer Suchtmittelkontrolle polizeilich betreten und um 16:10 Uhr gemäß § 40 Abs. 1 Z 3 FPG festgenommen. Er wurde am selben Tag um 19:20 Uhr ins Polizeianhaltezentrum XXXX eingeliefert.

Am 14.02.2019 wurde der Beschwerdeführer um 13:30 Uhr unter Beiziehung einer Dolmetscherin für die Sprache RUSSISCH vom Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl (im Folgenden: Bundesamt) niederschriftlich einvernommen. Mit Mandatsbescheid vom 14.02.2019, dem Beschwerdeführer zugestellt durch persönliche Ausfolgung am selben Tag um 15:30 Uhr, verhängte das Bundesamt über den Beschwerdeführer die Schubhaft zur Sicherung der Abschiebung.

Gegen diesen Bescheid und die Anhaltung in Schubhaft erhob der Beschwerdeführer durch seine Rechtsberaterin als gewillkürte Vertreterin mit Schriftsatz vom 18.02.2019 Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht. Dieses wies sie mit mündlich verkündetem Erkenntnis vom 25.02.2019, gekürzt schriftlich ausgefertigt am 24.02.2021, als unbegründet ab und verfallte den Beschwerdeführer zur Tragung der Kosten.

In der hg. mündlichen Verhandlung am 25.02.2019 erhob der Beschwerdeführer Beschwerde gegen die Anhaltung im Rahmen der Festnahme von 13.02.2019, 16:10 Uhr, bis zur Verhängung der Schubhaft am 14.02.2019 um 15:30 Uhr. Diese wurde vom Gericht zu Protokoll genommen.

Begründend führte der Beschwerdeführer aus, dass der Beschwerdeführer am 13.02.2019 um 16:10 Uhr festgenommen wurde, die Einvernahme zur Schubhaftverhängung aber erst am nächsten Tag um 13:30 Uhr stattgefunden habe. Der Schubhaftbescheid sei ihm nachweislich um 15:30 Uhr zugestellt worden. Daher werde beantragt, die Dauer der Anhaltung im Rahmen der Festnahme für rechtswidrig zu erklären. Zudem beantragte er den Ersatz der Kosten und Barauslagen. Einen Antrag auf Bewilligung der Verfahrenshilfe stellte er nicht.

Der Akt lag bereits vor, die Zugangslisten für den 13.02.2019 und 14.02.2019 wurden vom Bundesamt nachgereicht. Das Bundesamt erstattete keine schriftliche Stellungnahme und beantragte in der hg. mündlichen Verhandlung am 25.02.2019, die Beschwerde als unbegründet abzuweisen, da sich der Beschwerdeführer nicht im Stande der Festnahme gemäß § 40 Abs. 1 Z 3 BFA-VG befunden habe, sondern auf Grund eines zuvor ergangenen Festnahmeauftrages gemäß § 34 Abs. 1 Z 2 BFA-VG im Stande der Festnahme gemäß § 40 Abs. 1 Z 1 BFA-VG befunden habe. Das Gesetz sehe in diesem Fall eine maximale Anhaltedauer von 72 Stunden vor und die Behörde habe nach Ablauf eines Drittels der maximalen Anhaltedauer bescheidmäßig entschieden. Es könne dem behördlichen Vorgehen daher keine Unverhältnismäßigkeit der Anhaltedauer vorgeworfen werden. Die Dauer der Anhaltung habe sich aus der Anzahl der an diesem Tag festgenommen Personen ergeben und der Tatsache, dass sich der Beschwerdeführer bereits zuvor dem gelinderen Mittel entzogen hatte und sein Akt daher bereits einem Referenten zugewiesen war, der den Akt nach dem erneuten Zugriff des Beschwerdeführers weiterzubearbeiten hatte. Die Rechtsprechung beziehe sich auf Fälle nach § 40 Abs. 1 Z 3 BFA-VG, über die, sozusagen „noch niemand drübergeschaut“ habe. Kostenersatz beantragte das Bundesamt nicht.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat über die – zulässige – Beschwerde erwogen:

#### 1. Feststellungen:

Der volljährige Beschwerdeführer ist nicht österreichischer Staatsbürger. Er verfügt über kein Aufenthaltsrecht in Österreich oder in einem anderen Mitgliedstaat der EU. Es kann nicht festgestellt werden, dass er seinen Reisepass verloren hat. Es kann nicht festgestellt werden, wann er ins Bundesgebiet einreiste; er hielt sich jedenfalls seit XXXX 2018 unangemeldet im Bundesgebiet auf. Einen Antrag auf internationalen Schutz stellte er zu keinem Zeitpunkt.

Er wurde am 02.12.2018 auf frischer Tat betreten, befand sich ab 03.12.2018 in Untersuchungshaft und wurde mit Urteil vom 16.01.2019 vom Landesgericht für Strafsachen XXXX wegen gewerbsmäßigen Diebstahls zu einer bedingten Freiheitsstrafe von XXXX verurteilt. Er wurde im Anschluss an die Haftentlassung festgenommen und dem Bundesamt vorgeführt. Das Bundesamt erließ mit Bescheid vom 16.01.2019 eine Rückkehrentscheidung gegen den Beschwerdeführer und stellte fest, dass seine Abschiebung in die UKRAINE zulässig ist, da der Beschwerdeführer angab, UKRAINISCHER Staatsangehöriger zu sein; es räumte ihm keine Frist für die freiwillige Ausreise ein und erkannte der Beschwerde die aufschiebende Wirkung ab. Dem Beschwerdeführer wurde dieser Bescheid, dessen Adressat der Beschwerdeführer ist, am selben Tag um 20:45 Uhr durch persönliche Übernahme zugestellt. Der Bescheid erwuchs mangels Beschwerdeerhebung in Rechtskraft. Der ihm 15 min zuvor zugestellte Bescheid, der auf einen falschen Namen lautete, wurde vom Bundesamt geschreddert. Es kann nicht festgestellt werden, dass der Beschwerdeführer tatsächlich UKRAINISCHER Staatsangehöriger ist.

Mit Mandatsbescheid vom 16.01.2019 verhängte das Bundesamt die Schubhaft über den Beschwerdeführer und verpflichtete ihn mittels Verfahrensordnung zur Inanspruchnahme von Rückkehrberatung. Die Beschwerde vom

21.01.2019 gegen diesen Mandatsbescheid und die Anhaltung in Schubhaft auf Grund dessen wies das Bundesverwaltungsgericht mit Erkenntnis vom 16.09.2019 als unbegründet ab.

Der Beschwerdeführer füllte am 16.01.2019 die Formblätter zur Beantragung eines Heimreisezertifikates aus und stellte am 17.01.2019 einen Antrag auf unterstützte freiwillige Rückkehr. Dieser wurde vom Bundesamt genehmigt. Der Beschwerdeführer wurde am 18.01.2019 aus der Schubhaft entlassen.

Mit Mandatsbescheid vom selben Tag verhängte das Bundesamt das gelindere Mittel der angeordneten Unterkunftnahme über den Beschwerdeführer. Der Beschwerdeführer erhob keine Vorstellung gegen diesen Bescheid. Der Beschwerdeführer kam dem gelinderen Mittel nur bis 23.01.2019 nach. Am 24.01.2019, nach Mitteilung des Botschaftstermins, tauchte er im Bundesgebiet unter, weil er Angst hatte, abgeschoben zu werden. Der Beschwerdeführer tat auf freiem Fuß nichts, um seine freiwillige Ausreise zu bewirken.

Der Beschwerdeführer wurde am 13.02.2019 um 14:55 Uhr im XXXX polizeilich bei einer Suchtmittelkontrolle betreten; Heroin und Cannabis wurden sichergestellt. Da er keine Dokumente bei sich hatte, wurde seine Identität durch eine EKIS-Abfrage geklärt. Auf Grund der Abfrage nahmen die Polizisten des Sicherheitspolizeikommandos XXXX Kontakt mit der Unterkunft XXXX auf, die mitteilte, dass der Beschwerdeführer am 07.02.2019 von dieser abgemeldet worden war, weil er dem gelinderen Mittel seit 24.01.2019 nicht mehr nachgekommen war, und mit dem Bundesamt. Daraufhin nahmen die einschreitenden Exekutivbeamten des SPK XXXX den Beschwerdeführer um 16:10 Uhr gemäß § 40 Abs. 1 Z 3 FPG fest und lieferten ihn ins Polizeianhaltezentrum XXXX ein, wo der Beschwerdeführer um 19:20 Uhr eintraf.

Vor dem Beschwerdeführer wurden am selben Tag bereits 12 Personen bei dieser Dienststelle eingeliefert, davon zwei in die Schubhaft, zehn weitere – wie der Beschwerdeführer – in Verwaltungsverwahrungshaft zur weiteren Entscheidung, eine weitere Person nach dem Beschwerdeführer, sieben weitere Personen, ebenfalls in Verwaltungsverwahrungshaft, am 14.02.2019 vor der Einvernahme des Beschwerdeführers.

Am 14.02.2019 wurde der Beschwerdeführer amtsärztlich untersucht und um 13:30 Uhr unter Beiziehung einer Dolmetscherin für die Sprache RUSSISCH vom Bundesamt niederschriftlich einvernommen. Mit Mandatsbescheid vom 14.02.2019, dem Beschwerdeführer zugestellt durch persönliche Ausfolgung am selben Tag um 15:30 Uhr, verhängte das Bundesamt über den Beschwerdeführer die Schubhaft zur Sicherung der Abschiebung. Ab diesem Zeitpunkt wurde er in Schubhaft angehalten.

Der Beschwerdeführer verschleierte seinen – unangemeldeten – Aufenthalt im Bundesgebiet. Nach der Festnahme am 13.02.2019 hielt der Beschwerdeführer an der freiwilligen Ausreise fest und wurde am 22.02.2019 der UKRAINISCHEN Botschaft durch das Konsulat vorgeführt. Ein Mitarbeiter des VEREINS MENSCHENRECHTE ÖSTERREICH war bei dem Gespräch anwesend. Dieser Mitarbeiter teilte der Polizei mit, der Beschwerdeführer wolle doch nicht freiwillig ausreisen.

Der Beschwerdeführer bestritt auf freiem Fuß seinen Lebensunterhalt durch gewerbsmäßigen Diebstahl, Schwarzarbeit, die CARITAS und Bekannte; er hielt sich unangemeldet im Verborgenen auf. Er hat ein soziales Umfeld in Österreich, das ihm einen unangemeldeten Aufenthalt im Bundesgebiet ermöglichte und im Falle der Haftentlassung wieder ermöglichen würde.

Der Beschwerdeführer ist haftfähig und abgesehen von seiner Suchtmittelabhängigkeit gesund.

## 2. Beweiswürdigung:

Die Feststellungen zur Identität des Beschwerdeführers gründen auf seinen Angaben, betreffend seine Staatsangehörigkeit hingegen auf die Einschätzung der UKRAINISCHEN Botschaft, dass der Beschwerdeführer MOLDAWIER sein könnte, aber nicht UKRAINER sei, die sich mit der Einschätzung der Dolmetscherin in der hg. mündlichen Verhandlung am 25.02.2019 deckt.

Dass er über kein Aufenthaltsrecht in Österreich verfügte, steht auf Grund des Aktes, insbesondere des IZR, fest; er brachte auch selbst nie vor, über ein Aufenthaltsrecht zu verfügen. Auf Grund seiner widersprüchlichen und nicht glaubhaften Angaben zu seinen Dokumenten und deren Diebstahl in der hg. mündlichen Verhandlung am 25.02.2019 kann nicht festgestellt werden, dass er über keine Dokumente verfügt bzw. ihm diese gestohlen wurden oder er diese verloren hat; überdies hat er einen Verlust von Dokumenten nie angezeigt und sich auch wegen der Beschaffung von Ersatzdokumenten nie an die Botschaft seines Herkunftsstaates gewandt, wie auf Grund seiner eigenen Aussagen in der hg. mündlichen Verhandlung am 25.02.2019 feststeht.

Auf Grund des beigeschafften Verwaltungsaktes sowie des Gerichtsaktes zum ersten Schubhaftverfahren steht fest, dass der Beschwerdeführer seinen Reisepass nie in Vorlage brachte. Da er seinen Pass nie in Vorlage brachte und weil er sich unangemeldet im Bundesgebiet aufhielt, kann nicht festgestellt werden, wann der Beschwerdeführer nach Österreich einreiste, zumal er in der hg. mündlichen Verhandlung am 25.02.2019 hiezu divergierende Aussagen machte. Dass er nie einen Antrag auf internationalen Schutz gestellt hat, steht auf Grund des Verwaltungs- und Gerichtsaktes fest. Dass er sich jedenfalls seit XXXX 2018 in Österreich aufhält, steht auf Grund der strafgerichtlichen Verurteilung zugrunde liegenden Feststellungen fest.

Die Feststellungen zur Festnahme im Dienste der Strafjustiz sowie zur Verurteilung des Beschwerdeführers gründen auf dem vorliegenden Urteil und dem Verwaltungsakt. Die Feststellungen zur Erlassung einer Rückkehrentscheidung gegen den Beschwerdeführer gründen auf dem Verwaltungsakt und der hg. mündlichen Verhandlung am 25.02.2019.

Die Feststellungen zur ersten Schubhaft des Beschwerdeführers im XXXX 2019 gründen auf den vorliegenden Gerichts- und Verwaltungsakten.

Die Feststellungen zum Antrag auf unterstützte freiwillige Ausreise und zum Verfahren zur Erlangung eines Heimreisezertifikates für den Beschwerdeführer gründen auf dem vorliegenden Verwaltungsakt und den Angaben des Bundesamtes in der hg. mündlichen Verhandlung am 25.02.2019. Dass er sich auf freiem Fuß selbst je um die Effektivierung der freiwilligen Ausreise gekümmert hätte, hat der Beschwerdeführer selbst nie behauptet.

Die Feststellungen zur Verhängung des gelinderen Mittels gründen auf dem vorliegenden Verwaltungsakt. Dass der Beschwerdeführer sich dem gelinderen Mittel entzog, weil er fürchtete, abgeschoben zu werden, steht auf Grund seiner Aussage in der hg. mündlichen Verhandlung am 25.02.2019 fest.

Die Feststellungen zur Festnahme des Beschwerdeführers gründen auf dem vorliegenden Verwaltungsakt, insbesondere dem Anhalteprotokoll vom 13.02.2019 und der bezug habenden Anzeige des SPK XXXX, die Feststellung zur Einlieferung des Beschwerdeführers ins Polizeianhaltezentrum XXXX auf dem Auszug aus der Anhaltedatei. Die Feststellung zur Zahl der abgesehen vom Beschwerdeführer dort eingelieferten Personen und von dieser Dienststelle des Bundesamtes in diesem Zeitraum zu entscheidenden Fällen gründet auf den vom Bundesamt vorgelegten Zugangsverzeichnissen vom 13.02.2019 und 14.02.2019.

Die Feststellungen zur Einvernahme am 14.02.2019 und zur Verhängung der Schubhaft über den Beschwerdeführer am selben Tag gründen auf dem vorliegenden Verwaltungs- und Gerichtsakt sowie der hg. mündlichen Verhandlung am 25.02.2019 und dem mündlich verkündeten Erkenntnis vom selben Tag.

Dass der Beschwerdeführer seinen Aufenthalt im Bundesgebiet verschleierte sowie seine Lebensumstände in Österreich stehen auf Grund der hg. mündlichen Verhandlung am 25.02.2019 fest.

Dass der Beschwerdeführer abgesehen von seiner Suchtmittelabhängigkeit gesund und haftfähig war, steht auf Grund des polizeiärztlichen Gutachtens fest.

### 3. Rechtliche Beurteilung:

Gemäß § 6 BVwGG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht durch Einzelrichter, sofern nicht in Bundes- oder Landesgesetzen die Entscheidung durch Senate vorgesehen ist. Gegenständlich liegt somit Einzelrichterzuständigkeit vor.

Das Verfahren der Verwaltungsgerichte mit Ausnahme des Bundesfinanzgerichtes ist durch das VwGVG geregelt (§ 1 leg.cit.). Gemäß § 58 Abs. 2 VwGVG bleiben entgegenstehende Bestimmungen, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Bundesgesetzes bereits kundgemacht wurden, in Kraft.

Gemäß § 17 VwGVG sind, soweit in diesem Bundesgesetz nicht anderes bestimmt ist, auf das Verfahren über Beschwerden gemäß Art. 130 Abs. 1 B-VG die Bestimmungen des AVG mit Ausnahme der §§ 1 bis 5 sowie des IV. Teiles, die Bestimmungen der Bundesabgabenordnung, des Agrarverfahrensgesetzes und des Dienstrechtsverfahrensgesetzes 1984 und im Übrigen jene verfahrensrechtlichen Bestimmungen in Bundes- oder Landesgesetzen sinngemäß anzuwenden, die die Behörde in dem Verfahren vor dem Verwaltungsgericht vorangegangenen Verfahren angewendet hat oder anzuwenden gehabt hätte.

Zu A.I.) Beschwerde gegen die Dauer der Anhaltung im Rahmen der Festnahme

1. Der Fremde hat gemäß § 22a Abs. 1 BFA-VG das Recht, das Bundesverwaltungsgericht mit der Behauptung der Rechtswidrigkeit des Schubhaftbescheides, der Festnahme oder der Anhaltung anzurufen, wenn er nach diesem Bundesgesetz festgenommen worden ist (Z 1), er unter Berufung auf dieses Bundesgesetz angehalten wird oder wurde (Z 2), oder gegen ihn Schubhaft gemäß dem 8. Hauptstück des FPG angeordnet wurde (Z 3).

Der Beschwerdeführer wurde am 13.02.2019 um 16:10 Uhr von Organen des öffentlichen Sicherheitsdienstes nach Rücksprache mit dem Journaldienst des Bundesamtes aus Eigenem in XXXX gemäß § 40 Abs. 1 Z 3 BFA-VG festgenommen und nach der Einlieferung um 19:20 Uhr bis 14.02.2019, 15:30 Uhr, im Polizeianhaltezentrum XXXX in Verwaltungsverwahrungshaft angehalten.

Das Bundesverwaltungsgericht ist daher zur Prüfung der Beschwerde gemäß § 22a Abs. 1 BFA-VG gegen die dem Bundesamt zurechenbare Anhaltung des Beschwerdeführers im Rahmen der Festnahme zuständig.

2. Die Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes stützten die Festnahme auf § 40 Abs. 1 Z 3 BFA-VG und führten aus, dass sich der Beschwerdeführer nicht rechtmäßig im Bundesgebiet aufgehalten habe, weil er nicht im Besitz eines gültigen Aufenthaltstitels war.

Die Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes sind gemäß § 40 Abs. 1 BFA-VG ermächtigt, einen Fremden zum Zweck der Vorführung vor das Bundesamt festzunehmen, gegen den ein Festnahmeauftrag (§ 34) besteht (Z 1), wenn dieser Auflagen gemäß §§ 56 Abs. 2 oder 71 Abs. 2 FPG verletzt (Z 2) oder der sich nicht rechtmäßig im Bundesgebiet aufhält und nicht in den Anwendungsbereich des 6. Hauptstückes des FPG fällt (Z 3).

Es steht daher fest, dass die Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes die dem Bundesamt zurechenbare Festnahme auf § 40 Abs. 1 Z 3 BFA-VG stützten. Dies trifft auch zu, da der Beschwerdeführer unrechtmäßig im Bundesgebiet aufhältig war. Auf einen Festnahmeauftrag des Bundesamtes stützten sie sich nicht.

Gemäß den Erläuterungen zur RV 1803 BlgNR 24 GP, 28, geht es bei der Festnahme gemäß § 40 Abs. 1 Z 3 BFA-VG – zumindest primär – darum sicherzustellen, dass die Erlassung aufenthaltsbeendender Maßnahmen durch Vorführung zum Bundesamt gesichert wird. Jedenfalls aber – und das ergibt schon eine verfassungskonforme Interpretation des § 40 Abs. 1 Z 3 BFA-VG – muss die Festnahme einem der in Art. 2 Abs. 1 PersFrG genannten Zwecke dienen, wobei insbesondere die Konstellation der Z 7 dieser Verfassungsbestimmung („wenn dies notwendig ist, um eine beabsichtigte Ausweisung oder Auslieferung zu sichern“) in Betracht kommt (VwGH 22.08.2019, Ra 2019/21/0063).

Dies trifft im Fall des Beschwerdeführers, gegen den eine rechtskräftige Rückkehrentscheidung bestand und der sich dem gelinderen Mittel nach der Ankündigung des Botschaftstermins entzogen hatte, weil er Angst hatte, abgeschoben zu werden, zu.

3. Die Beschwerde richtet sich gegen die Dauer der Anhaltung im Rahmen der Festnahme und gründet dies sichtlich darauf, dass der Beschwerdeführer erst um 13:30 Uhr einvernommen wurde.

Das Bundesamt ist gemäß § 40 Abs. 5 BFA-VG ohne unnötigen Aufschub über die erfolgte Festnahme zu verständigen. Die Anhaltung eines Fremden ist in den Fällen der Abs. 1 Z 2 und 3 und Abs. 2 leg.cit. bis zu 48 Stunden und in den Fällen des Abs. 1 Z 1 bis zu 72 Stunden zulässig; darüber hinaus ist Freiheitsentziehung nur gemäß § 77 Abs. 5 FPG oder in Schubhaft gemäß § 76 FPG möglich.

Auf Grund der Rücksprache mit dem Bundesamt vor der Festnahme des Beschwerdeführers war dieses bereits informiert. Die Anhaltung des Beschwerdeführers wäre für 48 Stunden zulässig gewesen. Er wurde 23 Stunden und 20 Minuten im Stande der Festnahme angehalten, bevor die Schubhaft über ihn verhängt wurde. Es liegt daher keine Verletzung von § 40 Abs. 5 BFA-VG vor.

4. Es ist weiters zu prüfen, ob die Dauer der Anhaltung des Beschwerdeführers im Stande der Festnahme von 23 Stunden und 20 Minuten verhältnismäßig war:

Der Entzug der persönlichen Freiheit darf gemäß Art. 1 Abs. 3 PersFrBVG nur gesetzlich vorgesehen werden, wenn dies nach dem Zweck der Maßnahme notwendig ist; die persönliche Freiheit darf jeweils nur entzogen werden, wenn und soweit dies nicht zum Zweck der Maßnahme außer Verhältnis steht.

Auch im Bereich fremdenpolizeilicher Festnahmen ist die Behörde daher schon aus verfassungsrechtlichen Gründen verpflichtet, die Anhaltedauer so kurz als möglich zu halten und im Interesse einer kurzen Haftdauer die dafür notwendigen und ihr zumutbaren organisatorischen und personellen Maßnahmen zu treffen (VwGH 12.04.2005,

2003/01/0489).

Die Beschwerde begründet die Unverhältnismäßigkeit der Dauer der Anhaltung damit, dass der Beschwerdeführer erst um 13:30 Uhr einvernommen wurde. Die Judikatur der Höchstgerichte zur Einvernahme eines Festgenommenen stellt sich wie folgt dar:

Die Einvernahme eines vor 22.00 Uhr Festgenommenen – hat jedenfalls im großstädtischen Bereich – regelmäßig bis spätestens Mitternacht zu erfolgen (VwGH 12.09.2013, 2012/21/0204, unter Verweis auf VwGH 08.09.2010, 2006/01/0182). Das mag in Fällen, in denen die notwendige Beiziehung eines Dolmetschers auf Schwierigkeiten stößt, anders zu beurteilen sein (VwGH 17.11.2016, Ra 2016/21/0068).

In diesem Zusammenhang ist aber auch auf den Grundgedanken der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes zu § 36 VStG vor der Novelle BGBl. Nr. 52/1991 hinzuweisen, dass die Einvernahme eines während der Nacht Festgenommenen im Allgemeinen – sofern nicht ein ständiger Journaldienst eingerichtet ist (s. VfGH 26.9.1988 B 989/86) – nicht „sofort“, sondern erst in den Morgenstunden oder zumindest am frühen Vormittag zu erfolgen braucht (s. die Zusammenfassung dieser Judikatur im Erkenntnis VfSlg. 11.146/1986). Hierbei ist zu berücksichtigen, dass auch der Gesetzgeber durch die Statuierung der 24-Stunden-Maximalfrist (für die Vernehmung des Festgenommenen) im zweiten Satz und der Begrenzung der Verwahrung mit insgesamt 48 Stunden im dritten Satz des § 36 Abs. 1 VStG sowie in § 4 Abs. 1 PersFrG zum Ausdruck gebracht hat, dass die Vernehmung eines Festgenommenen nicht in allen Fällen kurz nach der Festnahme möglich sein wird. Die Behörde hat (nur) die ihr zumutbaren organisatorischen und personellen Maßnahmen zu treffen, um der sich aus § 36 Abs. 1 VStG ergebenden Verpflichtung nachzukommen (VfSlg. 11.817/1988; vgl. auch VfSlg. 11.371/1987).

Das Bundesamt verfügt über keinen Journaldienst, der Einvernahmen durchführen kann. Eine § 36 Abs. 1 VStG oder § 177 StPO entsprechende, ausdrücklich gesetzlich festgelegte Verpflichtung zur unverzüglichen Einvernahme sieht § 40 Abs. 1 BFA-VG überdies nicht vor. Vielmehr ist der Schubhaftbescheid gemäß § 76 Abs. 4 FPG im Mandatsverfahren gemäß § 57 Abs. 1 AVG zu erlassen, also definitionsgemäß „ohne vorausgegangenes Ermittlungsverfahren“ (VwGH 19.11.2020, Ra 2020/21/0004), wenn sich der Fremde bei Verhängung der Schubhaft nicht aus einem anderen Grund in Haft befindet und diese Anhaltung nicht bloß kurzfristig ist (VwGH 27.01.2010, 2009/21/0009). Ein solcher Mandatsbescheid ist nur dann rechtswidrig, wenn es bei seiner Erlassung aus damaliger Sicht nicht rechtens war, über den Fremden Schubhaft nach dem in Anspruch genommenen Tatbestand und zu dem genannten Sicherungszweck zu verhängen (vgl. VwGH 16.5.2019, Ra 2018/21/0122); sei es, weil die im Schubhaftbescheid genannten Gründe iSd § 76 Abs. 3 FPG die Schubhaft nicht zu tragen vermochten, sei es, weil die entscheidungswesentlichen Gründe auf ihrerseits unschlüssig begründeten oder tatsachenwidrigen Annahmen beruhten (vgl. VwGH 19.11.2020, Ra 2020/21/0004). Hat das Bundesamt dem Beschwerdeführer dennoch Parteiengehör gewährt oder eine schriftliche Einvernahme durchgeführt, kann gegebenenfalls auch im Beschwerdeverfahren gegen den Schubhaftmandatsbescheid von der Durchführung einer mündlichen Verhandlung abgesehen werden (vgl. VwGH 15.03.2018, Ra 2017/21/0204; 29.06.2017, Ra 2017/21/0065; 11.05.2017, Ra 2016/21/0144).

Betreffend die Festnahme des Beschwerdeführers am 13.02.2019 und Anhaltung bis 14.02.2019 in der Dauer von 23 Stunden und 20 Minuten bzw. Anhaltung von 21 Stunden und 20 Minuten bis zur Einvernahme, wobei der Beschwerdeführer am 13.02.2019 erst um 19:20 Uhr ins Polizeianhaltezentrum XXXX eingeliefert wurde, die Nachtstunden zur Gänze in diesen Zeitraum fallen und der Beschwerdeführer am Vormittag des 14.02.2019 polizeiamtsärztlich untersucht wurde, liegt kein VwGH 12.09.2013, 2012/21/0204, vergleichbarer Sachverhalt vor:

In dem dem Verfahren des Verwaltungsgerichtshofes zugrundeliegenden Sachverhalt wurde der Betroffene um 18:32 Uhr festgenommen, um 10:00 Uhr einvernommen und im Anschluss enthaftet. Abgesehen davon, dass die Frist für die Anhaltung gemäß § 39 Abs. 1 FPG aF im Gegensatz zu § 40 Abs. 5 BFA-VG statt 48 nur 24 Stunden betrug, war in dem dem Verfahren des Verwaltungsgerichtshofes zugrundeliegenden Sachverhalt signifikant, dass der Behörde in diesem von Beginn an die zur Enthaftung des Betroffenen führenden Umstände bekannt waren – wegen der offenen Frist für die freiwillige Ausreise ging sie selbst vom Vorliegen eines Strafausschließungsgrundes aus.

Es lag auch kein dem Erkenntnis VwGH 08.09.2010, 2006/01/0182, zugrundeliegenden Sachverhalt vergleichbarer Fall vor, da in diesem Verfahren der Betroffene und weitere Personen im Zusammenhang mit einem Einbruchsdiebstahl, der Betroffene wegen des Verdachts, er habe Zeugen daran gehindert, einen mutmaßlichen Einbrecher bis zum Eintreffen der Polizei festzuhalten, an einem 31.07. um 21:10 Uhr festgenommen wurde, aber erst am Vormittag des

01.08. einvernommen und am 02.08. erst dem Haftrichter vorgeführt wurde (der den Betroffenen in ein gelinderes Mittel entließ), obwohl nach der Einvernahme eines Zeugen noch am 31.07. der maßgebliche Sachverhalt bereits festgestanden war und weitere Zeugen während der Anhaltung des Betroffenen auch nicht gehört wurden.

Auch dem Erkenntnis VwSlg 15.444 A/2000 lag ein Sachverhalt zugrunde, in dem „(ersichtlich) kein Grund zu weiterer Verwahrung bestand“. „Durch die nach der Aktenlage in keiner Weise näher begründete Hinauszögerung seiner Enthaltung viele Stunden über diesen Zeitpunkt hinaus, und zwar bis nach 10.00 Uhr des nächsten Tages, wurde der Beschwerdeführer daher in seinen durch § 177 Abs. 2 StPO eingeräumten Rechten verletzt.“

Im Fall des Beschwerdeführers hingegen war es umgekehrt: Sowohl das Vorliegen einer rechtskräftigen und durchführbaren Rückkehrentscheidung, als auch der Umstand, dass sich der Beschwerdeführer nach der Entlassung aus der Schubhaft (betreffend welche seine Schubhaftbeschwerde später als unbegründet abgewiesen wurde) am 18.01.2019 auf Grund der Ankündigung des Botschaftstermins am 24.01.2019 dem gelinderen Mittel entzogen hatte und untergetaucht war, um seine Abschiebung zu vereiteln, standen von vornherein fest.

Vor diesem Hintergrund war es daher nicht zu beanstanden, dass das Bundesamt die Einvernahme des Beschwerdeführers insofern hintanstellte, als diese durch den aktführenden Referenten erledigt und der Beschwerdeführer erst 21 Stunden 20 Minuten nach seiner Festnahme durch die Polizei unter Beiziehung einer Dolmetscherin für die Sprache RUSSISCH niederschriftlich einvernommen wurde, da diese Dienststelle des Bundesamtes in diesem Zeitraum auch noch über 17 andere Personen in Verwaltungsverwahrungshaft zu entscheiden hatte. Hinzu kommt, dass die amtsärztliche Untersuchung insbesondere im Hinblick auf den Drogentest und die Abklärung von Intoxikation, Entzügigkeit und Allgemeinzustand eines Einzuernehmenden vor dessen Einvernahme nicht unerheblich ist, wenn dieser im Besitz von Suchtmitteln aufgegriffen wurde und angegeben hatte, Suchtmittel konsumiert zu haben.

Der Eingriff in das Recht auf persönliche Freiheit des Beschwerdeführers war somit auch betreffend die Dauer der Anhaltung von 21 Stunden 20 Minuten vor der Einvernahme des Beschwerdeführers und 23 Stunden 20 Minuten vor (erneuter) Verhängung der Schubhaft verhältnismäßig.

4. Die Beschwerde ist daher als unbegründet abzuweisen.

Zu A.II.) Kostenanträge

1. Mit dem am 25.02.2019 mündlich verkündeten Erkenntnis wies das Bundesverwaltungsgericht die Beschwerde gegen den Schubhaftbescheid vom 14.02.2019 und die Anhaltung in Schubhaft ab 14.02.2019 als unbegründet ab und stellte fest, dass die Voraussetzungen für die Fortsetzung der Anhaltung vorlagen. Unter einem wies es den Antrag des Beschwerdeführers auf Kostenersatz ab und verpflichtete ihn zum Kostenersatz an das Bundesamt.

Festnahme sowie Anordnung und Vollzug der Schubhaft sind nicht als Einheit zu wertende Amtshandlungen. Es ist nicht von einer Einheit der Festnahme nach § 34 BFA-VG einerseits und Schubhaft andererseits auszugehen. Insoweit liegen daher zwei Verwaltungsakte vor. Werden diese in den Beschwerden jeweils angefochten, so besteht aber ein Anspruch auf Kostenersatz im Verfahren vor dem Verwaltungsgericht, wenn sich eine Beschwerde gegen mehrere Verwaltungsakte richtet und mit der Bekämpfung eines davon erfolgreich ist (VwGH 19.09.2019, Ra 2019/21/0169; 05.10.2017, Ra 2017/21/0161; vgl. VwGH 31.8.2017, Ro 2016/21/0014).

2. Der Beschwerdeführer beantragt Kostenersatz.

Für Beschwerden gemäß § 22a Abs. 1 BFA-VG gelten gemäß Abs. 1a leg.cit. 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.

Die im Verfahren über Beschwerden wegen Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt (Art. 130 Abs. 1 Z 2 B-VG) obsiegende Partei hat gemäß § 35 Abs. 1 VwGVG Anspruch auf Ersatz ihrer Aufwendungen durch 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 leg.cit. die Behörde die obsiegende und der Beschwerdeführer die unterlegene Partei.

Da die Beschwerde abgewiesen wird, ist der Beschwerdeführer unterlegene Partei. Ihm gebührt daher kein Kostenersatz. Ungeachtet dessen sind weder Schriftsatz noch Verhandlungsaufwand angefallen, da die Beschwerde vom Gericht zu Protokoll genommen und keine mündliche Verhandlung über die Festnahme durchgeführt wurde.

3. Aufwandersatz ist auf Antrag der Partei zu leisten. Der Antrag kann bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung gestellt werden.

Das Bundesamt ist obsiegende Partei, beantragte keinen Kostenersatz. Es ist der belangten Behörde daher schon aus diesem Grund kein Kostenersatz zuzusprechen.

4. Da im Verfahren über die Festnahme keine mündliche Verhandlung durchgeführt wurde, sind keine Barauslagen angefallen.

#### Entfall der mündlichen Verhandlung

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 sowie auf Grund der bereits vor Beschwerdeerhebung durchgeführten mündlichen Verhandlung über die Beschwerde gegen den Schubhaftbescheid vom 14.02.2019 und die Anhaltung in Schubhaft ab 14.02.2019 geklärt war und betreffend die Festnahme keine weiteren Fragen offen waren.

#### 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 gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG zulässig:

Es ist fraglich, ob die zu § 36 VStG und § 177 StPO idF vor der Novelle BGBl. I 19/2004, nunmehr § 172 Abs. 2 und 3 StPO, welche eine gesetzliche Verpflichtung zur unverzüglichen Einvernahme vorsehen, entwickelte Rechtsprechung des Verfassungs- und Verwaltungsgerichtshofes zur Einvernahme eines vor 22:00 Uhr Festgenommenen bis Mitternacht oder allenfalls in den Morgenstunden des Folgetages auf Festgenommene gemäß § 40 Abs. 1 Z 3 BFA-VG übertragbar ist, wenn über diese vom Bundesamt innerhalb der Frist des § 40 Abs. 4 BFA-VG die Schubhaft zutreffend gemäß § 76 Abs. 4 FPG iVm § 57 AVG in Form eines Mandatsbescheides, sohin ohne vorausgegangenes Ermittlungsverfahren, verhängt wird (vgl. VwGH 19.11.2020, Ra 2020/21/0004), ob für die Übertragung dieser Rechtsprechung maßgeblich ist, dass die Dauer der auf Grund des § 40 Abs. 1 Z 3 iVm Abs. 4 BFA-VG zulässigen Anhaltung doppelt so lange ist, wie die Frist des § 36 Abs. 1 VStG bzw. die Frist für die Einvernahme gemäß § 36 Abs. 1 VStG idF vor der Novelle BGBl. Nr. 52/1991, ob für die Übertragung dieser Rechtsprechung maßgeblich ist, dass – wie etwa im Verfahren VwGH 12.09.2013, 2012/21/0204 – von vornherein feststeht, dass die Verhängung von Schubhaft nicht zulässig ist, und ob diese Rechtsprechung wenn, dann nur auf die Festnahmen gemäß § 40 Abs. 1 Z 3 FPG übertragbar ist, bei denen der Sachverhalt – wie auch bei Festgenommenen nach § 36 VStG und § 172 StPO – noch nicht geklärt ist und noch kein Verfahren abgeführt wurde, zB weil sie das erste Mal im Bundesgebiet betreten werden, oder ob diese Rechtsprechung wenn, dann auch auf die Festgenommenen anzuwenden ist, gegen die bereits eine rechtskräftige und durchführbare Rückkehrentscheidung vorliegt und die Festnahme sozusagen der Vollstreckung dieses bereits abgeschlossenen Verfahrens dient.

#### Schlagworte

Abschiebung Anhaltung Ausreiseverpflichtung Ausreisewilligkeit Einvernahme Festnahme Festnahmeauftrag Kostenersatz Obsiegen Rechtsfrage Revision zulässig Rückkehrentscheidung Straffälligkeit Straftat strafrechtliche Verurteilung Untertauchen Vereitelung Verhältnismäßigkeit

#### European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:BVWG:2021:W112.2213336.3.00

#### Im RIS seit

18.05.2021

#### Zuletzt aktualisiert am

18.05.2021



**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)