

TE Bvwg Erkenntnis 2026/4/13 W186 2224565-1

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 13.04.2026

Entscheidungsdatum

13.04.2026

Norm

BFA-VG §22a Abs1

B-VG Art133 Abs4

FPG §76 Abs2

1. BFA-VG § 22a heute
2. BFA-VG § 22a gültig ab 19.06.2015 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 70/2015
3. BFA-VG § 22a gültig von 15.04.2015 bis 18.06.2015 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 41/2015
4. BFA-VG § 22a gültig von 01.01.2014 bis 14.04.2015 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 144/2013
5. BFA-VG § 22a gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 68/2013
1. B-VG Art. 133 heute
2. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2019 bis 24.05.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017
3. B-VG Art. 133 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 22/2018
4. B-VG Art. 133 gültig von 25.05.2018 bis 31.12.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 22/2018
5. B-VG Art. 133 gültig von 01.08.2014 bis 24.05.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 164/2013
6. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2014 bis 31.07.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
7. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2004 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 100/2003
8. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.1975 bis 31.12.2003 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 444/1974
9. B-VG Art. 133 gültig von 25.12.1946 bis 31.12.1974 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 211/1946
10. B-VG Art. 133 gültig von 19.12.1945 bis 24.12.1946 zuletzt geändert durch StGBI. Nr. 4/1945
11. B-VG Art. 133 gültig von 03.01.1930 bis 30.06.1934
1. FPG § 76 heute
2. FPG § 76 gültig ab 12.06.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 39/2026
3. FPG § 76 gültig von 01.09.2018 bis 11.06.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 56/2018
4. FPG § 76 gültig von 01.11.2017 bis 31.08.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 145/2017
5. FPG § 76 gültig von 01.11.2017 bis 31.10.2017 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 84/2017
6. FPG § 76 gültig von 20.07.2015 bis 31.10.2017 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 70/2015
7. FPG § 76 gültig von 01.01.2014 bis 19.07.2015 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 87/2012
8. FPG § 76 gültig von 01.07.2011 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 38/2011
9. FPG § 76 gültig von 01.01.2010 bis 30.06.2011 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 122/2009

Spruch

,

W186 2224565-1/28

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht erkennt durch die Richterin Mag. Judith PUTZER über die Beschwerde von XXXX , geboren am XXXX , Staatsangehörigkeit Afghanistan, gegen den Bescheid des Bundesamtes für Fremdenwesen und Asyl vom 01.10.2019, Zl. XXXX und die Anhaltung in Schubhaft vom 16.10.2019 bis 28.10.2019 zu Recht: Das Bundesverwaltungsgericht erkennt durch die Richterin Mag. Judith PUTZER über die Beschwerde von römisch 40 , geboren am römisch 40 , Staatsangehörigkeit Afghanistan, gegen den Bescheid des Bundesamtes für Fremdenwesen und Asyl vom 01.10.2019, Zl. römisch 40 und die Anhaltung in Schubhaft vom 16.10.2019 bis 28.10.2019 zu Recht:

A)

I. Der Beschwerde wird gemäß § 22a Abs. 1 BFA-VG iVm § 76 Abs. 2 FPG stattgegeben und der angefochtene Bescheid aufgehoben. römisch eins. Der Beschwerde wird gemäß Paragraph 22 a, Absatz eins, BFA-VG in Verbindung mit Paragraph 76, Absatz 2, FPG stattgegeben und der angefochtene Bescheid aufgehoben.

Gleichzeitig wird die Anhaltung des Beschwerdeführers in Schubhaft vom 16.10.2019 bis 28.10.2019 für rechtswidrig erklärt.

B)

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

Text

Entscheidungsgründe:

I. Verfahrensgang: römisch eins. Verfahrensgang:

1. Der Beschwerdeführer, ein Staatsangehöriger von Afghanistan (in weiterer Folge: BF) reiste illegal in das Bundesgebiet ein und hat am 11.07.2016 einen Antrag auf internationalen Schutz gestellt. Mit Bescheid der Behörde vom 09.06.2017 wurde sein Antrag auf internationalen Schutz abgewiesen. Ebenso wurde der Antrag auf subsidiären Schutz abgewiesen, ein Aufenthaltstitel aus berücksichtigungswürdigen Gründen wurde dem BF nicht erteilt und seine Abschiebung nach Afghanistan für zulässig erklärt. Mit Schreiben vom 22.06.2017 brachte der BF fristgerecht Beschwerde gegen den o.a. Bescheid ein. Mit Erkenntnis vom 03.04.2020 wurde die Beschwerde als unbegründet abgewiesen.

2. Der Beschwerdeführer hat sich seit 05.08.2019 in Haft befunden.

3. Mit rechtskräftigem Urteil des LG für Strafsachen Wien vom 24.09.2018, XXXX wurden Sie nach § 27 Abs 2a, zweiter Falls Abs 3 SMG zu einer Freiheitsstrafe in der Dauer von 10 Monaten bedingt verurteilt. 3. Mit rechtskräftigem Urteil des LG für Strafsachen Wien vom 24.09.2018, römisch 40 wurden Sie nach Paragraph 27, Absatz 2 a,, zweiter Falls Absatz 3, SMG zu einer Freiheitsstrafe in der Dauer von 10 Monaten bedingt verurteilt.

4. Am 16.07.2019 wurde der BF wegen des gleichen Deliktes in Untersuchungshaft genommen.

Mit Bescheid des BFA-Außenstelle Regionaldirektion Wien, vom 25.07.2019, wurde dem BF gemäß § 13 Abs 2 Z 1 und 3 Asylgesetz sein Recht zum Aufenthalt im Bundesgebiet abgesprochen. Mit Bescheid des BFA-Außenstelle Regionaldirektion Wien, vom 25.07.2019, wurde dem BF gemäß Paragraph 13, Absatz 2, Ziffer eins und 3 Asylgesetz sein Recht zum Aufenthalt im Bundesgebiet abgesprochen.

Der BF wurde am 05.08.2019 vom LG für Strafsachen Wien unter Zahl: XXXX rechtskräftig wegen § 27 Abs 2a SMG zu einer Freiheitsstrafe von 9 Monaten, davon 6 Monate bedingt, verurteilt. Der BF wurde am 05.08.2019 vom LG für Strafsachen Wien unter Zahl: römisch 40 rechtskräftig wegen Paragraph 27, Absatz 2 a, SMG zu einer Freiheitsstrafe von 9 Monaten, davon 6 Monate bedingt, verurteilt.

5. Der BF wurde am 13.09.2019 zur möglichen Schubhaftverhängung einvernommen. Diese Einvernahme gestaltete sich wie folgt:

„F: Nennen Sie Ihre Personaldaten richtig und vollständig!

A: XXXX in Afganistan/Maidan WardaqA: römisch 40 in Afganistan/Maidan Wardaq

F: Liegen Befangenheitsgründe oder sonstige Einwände gegen die anwesenden Personen vor?

A: Nein, wir können die Einvernahme machen.

F: Werden Sie im gegenständlichen Verfahren rechtsfreundlich vertreten?

A: Nein.

F: Verstehen Sie den Dolmetscher gut?

A: Ja.

F: Sie werden aufgefordert, die gestellten Fragen wahrheitsgemäß zu beantworten. Unrichtige oder unwahre Angaben können Nachteile für Sie im Verfahren bedeuten und Ihre Glaubwürdigkeit massiv belasten. Sie können sich dadurch gerichtlich strafbar machen. Haben Sie das verstanden und werden Sie meiner Aufforderung Folge leisten?

A: Das habe ich verstanden.

F: Ihre Muttersprache ist Dari?

A: Ja.

F: Welche Sprachen beherrschen Sie noch?

A: Arabisch, Indisch und etwas Englisch.

F: Sprechen Sie Deutsch?

A: Nein, ich habe nur Grundkenntnisse.

F: Haben Sie einen Deutschkurs besucht?

A: Doch am Enkplatz besuchte ich einen Kurs, ich hatte aber epileptische Anfälle und konnte den Kurs nicht fortsetzen, ich war nur für 3 Wochen in dem Kurs.

F: Gingen Sie in Österreich einer Beschäftigung nach?

A: Ich habe versucht Arbeit zu finden, aber mit meinem Status habe ich keine Arbeit bekommen.

F: Wie lautet Ihr Familienstand? Haben Sie Kinder bzw. sind Sie mit Sorgepflichten belastet?

A: Ich bin ledig, habe keine Kinder.

...]

A: Meine Schwester in Schweden. In Dubai leben eine Tante und deren Kinder.

F: Haben Sie noch Familienangehörigen oder Bekannte im Heimatland?

A: Es gibt Angehörige über meinen Großvater, aber mit denen lebe ich in Streit, sie würden mich töten.

F: Haben Sie eine Adresse in Österreich? Wo könnten Sie nach Ihrer Haftentlassung wohnen?

A: Ich gehe zur Caritas und diese unterstützt mich bei der Suche nach einer Wohnung, derzeit bin ich nicht gemeldet.

F: Besitzen Sie finanzielle Mittel oder sonstige Vermögenswerte?

A: Ich bin mittellos, ich kann mir nicht einmal Zigaretten kaufen.

F: Falls Ihr Asylantrag auch in II. Instanz rechtskräftig negativ wird, werden Sie Österreich dann freiwillig verlassen?
Falls Ihr Asylantrag auch in römisch zwei. Instanz rechtskräftig negativ wird, werden Sie Österreich dann freiwillig verlassen?

A: Ich würde lieber hier getötet werden, als freiwillig zurück zu gehen.

LA: Es wird Ihnen zur Kenntnis gebracht, dass, im Anschluss an Ihre Strafhaft, über Sie die Schubhaft zur Sicherung des

Verfahrens verhängt wird. Zu Ihrer Person scheinen zwei rechtskräftige Verurteilungen nach dem Suchtmittelgesetz auf, Sie verfügen weder über eine Meldeadresse noch verfügen Sie über finanzielle Mittel oder sind im Besitz von Personaldokumenten. Sie sind nicht vertrauenswürdig und Ihr weiterer Aufenthalt stellt eine Gefährdung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit dar. Die Behörde geht davon aus, dass Sie sich dem Verfahren entziehen wollen. Die. Sie können dazu nun eine Stellungnahme abgeben!

A: Wie lange wird das dauern?

Anmerkung: Dem Befragten wird der Verfahrensgang erklärt.

F: Ich beende jetzt die Einvernahme. Wollen Sie noch etwas Vorbringen? Haben Sie Fragen?

A: Ich bitte um ihre Hilfe, damit ich wieder freikommen kann. Ich bin von den Drogen weggekommen.

F: Wie haben Sie den Dolmetscher verstanden?

A: Gut.

F: Wie geht es Ihnen gesundheitlich?

A: Mir geht es gut, ich bin gesund und arbeitsfähig.

F: Nehmen Sie derzeit Medikamente? Falls ja, welche?

A: Medikamente gegen die Epilepsie und ein Drogenersatzmittel.

F: Verfügen Sie über identitätsbezeugende Personaldokumente (Reisepass, Tazkira, etc.)?

A: Nein, die Dokumente sind bei der Flucht ins Wasser gefallen.

F: Wo befinden sich Ihre Personaldokumente jetzt?

A: Im Meer.

F: Bitte nennen Sie Ihre konkrete Heimatadresse.

A: Provinz Maidan Wardaq, Distrikt Behsud, das Dorf ist mir nicht bekannt.

F: Wer lebt noch an Ihrer Heimatadresse?

A: Meine Mutter war im Iran und ist vor eineinhalb verstorben, von meinem Vater und meinem Bruder ist mir der Aufenthaltsort nicht bekannt, ich befürchte, dass diese nicht mehr am Leben sind.

F: Was haben Sie beruflich bis zur Ausreise gemacht?

A: Ich lernte Autospengler und übte diesen Beruf 16 Jahre im Iran aus. Afghanistan habe ich als Kleinkind verlassen.

F: Waren Sie in Europa auch in anderen Ländern außer Österreich aufhältig?

A: Nach meinem Asylantrag war ich einmal in Deutschland, wurde jedoch in Passau aufgegriffen und nach Österreich zurückgeschickt. Ich wollte meine Schwester in Schweden besuchen, diese lebt dort schon 20 Jahre und ist Staatsbürgerin von Schweden.

F: Haben Sie Kontakt mit der Schwester?

A: Telefonischer Kontakt bestand, jedoch seit dem Tod meiner Mutter bin ich Heroinabhängig und meine Schwester ist seither sauer auf mich.

F: Haben Sie Verwandte oder sonstige Angehörige im Bundesgebiet?

A: Nein.“

6. Die Behörde stützte den bekämpften Schubhaftbescheid vom 01.10.2019 auf die folgenden Feststellungen:

„Zu Ihrer Person, Ihrem Privat- und Familienleben:

Die Feststellungen zu Ihrer Person, zu Ihrem Privat- und Familienleben ergeben sich aus dem Verwaltungsakt und beruhen auf Ihren diesbezüglichen Angaben bei Ihrer niederschriftlichen Befragung am 13.09.2019.

Herangezogen wurden auch die Daten aus dem Melde- und Strafregister der Republik Österreich, sämtliche erfolgte Befragungen und Einvernahmen sowie alle bisher erlassenen rechtskräftigen behördlichen und gerichtlichen Entscheidungen.

Zu Ihrer rechtlichen Position in Österreich:

Sie brachten am 11.07.2016 beim Bundesamt einen Antrag auf internationalen Schutz ein, wobei Sie angaben, den Namen XXXX zu führen, Staatsangehöriger von Afghanistan und am XXXX geboren zu sein. Der Asylantrag wurde mit Bescheid des Bundesamtes vom 09.06.2017, Zl.: XXXX, abgewiesen, der Status des Asylberechtigten und der Status des Subsidiär Schutzberechtigten wurden nicht zuerkannt. Ein Aufenthaltstitel aus berücksichtigungswürdigen Gründen wurde nicht erteilt, gegen Sie wurde eine Rückkehrentscheidung erlassen und Ihre Abschiebung aus dem österreichischen Bundesgebiet nach Afghanistan für zulässig erklärt. Sie brachten fristgerecht Beschwerde ein, das Beschwerdeverfahren ist seit 22.06.2017 beim BVwG anhängig. Sie brachten am 11.07.2016 beim Bundesamt einen Antrag auf internationalen Schutz ein, wobei Sie angaben, den Namen römisch 40 zu führen, Staatsangehöriger von Afghanistan und am römisch 40 geboren zu sein. Der Asylantrag wurde mit Bescheid des Bundesamtes vom 09.06.2017, Zl.: römisch 40, abgewiesen, der Status des Asylberechtigten und der Status des Subsidiär Schutzberechtigten wurden nicht zuerkannt. Ein Aufenthaltstitel aus berücksichtigungswürdigen Gründen wurde nicht erteilt, gegen Sie wurde eine Rückkehrentscheidung erlassen und Ihre Abschiebung aus dem österreichischen Bundesgebiet nach Afghanistan für zulässig erklärt. Sie brachten fristgerecht Beschwerde ein, das Beschwerdeverfahren ist seit 22.06.2017 beim BVwG anhängig.

Es ist ein Asylverfahren in II. Instanz anhängig, der BVwG hat Ihnen keine aufschiebende Wirkung der Beschwerde zuerkannt. Es ist ein Asylverfahren in römisch zwei. Instanz anhängig, der BVwG hat Ihnen keine aufschiebende Wirkung der Beschwerde zuerkannt.

Mit Bescheid des BFA-Außenstelle Regionaldirektion Wien, vom 25.07.2019, wurde Ihnen gemäß § 13 Abs 2 Z 1 und 3 Asylgesetz Ihr recht zum Aufenthalt im Bundesgebiet abgesprochen. Mit Bescheid des BFA-Außenstelle Regionaldirektion Wien, vom 25.07.2019, wurde Ihnen gemäß Paragraph 13, Absatz 2, Ziffer eins und 3 Asylgesetz Ihr recht zum Aufenthalt im Bundesgebiet abgesprochen.

Laut Erkenntnis des VwGH vom 13.12.2018, Ro 2018/17/0008, ist ein Asylbescheid nicht durchführbar, solange das BVwG nicht über die Beschwerde entschieden hat. Auch bei Ablauf der 7-Tages-Frist tritt keine „Durchführbarkeit“ ein. Trotz Ablaufs der 7-Tagesfrist sind Abschiebung und Schubhaft nach § 76 Abs 2 Z 2 FPG nicht zulässig. Die Möglichkeit von Schubhaft nach § 76 Abs 2 Z 1 oder Abs 6 FPG und der Dublin II-VO bleiben jedoch unberührt. Laut Erkenntnis des VwGH vom 13.12.2018, Ro 2018/17/0008, ist ein Asylbescheid nicht durchführbar, solange das BVwG nicht über die Beschwerde entschieden hat. Auch bei Ablauf der 7-Tages-Frist tritt keine „Durchführbarkeit“ ein. Trotz Ablaufs der 7-Tagesfrist sind Abschiebung und Schubhaft nach Paragraph 76, Absatz 2, Ziffer 2, FPG nicht zulässig. Die Möglichkeit von Schubhaft nach Paragraph 76, Absatz 2, Ziffer eins, oder Absatz 6, FPG und der Dublin II-VO bleiben jedoch unberührt.

Zu Ihrem bisherigen Verhalten:

Bereits im Dezember 2016, also 5 Monate nach Ihrem Asylantrag, wurden Sie von der PI Stiftsgasse, LPD Wien, wegen Ladendiebstahls zur Anzeige gebracht. Dieser Anzeige folgten weitere Anzeigen verschiedener Polizeiinspektionen in Wien wegen Ladendiebstahls im Jänner und Juli 2017, im Jänner, April und Mai 2018 und Jänner 2019, sowie wegen Körperverletzung im Jänner 2018.

Mit Urteil des Landesgerichtes für Strafsachen Wien vom 24.09.2018, Zahl: XXXX wurden Sie erstmals wegen Suchtgifthandels zu einer Freiheitsstrafe von 10 Monaten verurteilt, wobei Ihnen jedoch die verhängte Freiheitsstrafe zur Gänze bedingt nachgesehen wurde. Mit Urteil des Landesgerichtes für Strafsachen Wien vom 24.09.2018, Zahl: römisch 40 wurden Sie erstmals wegen Suchtgifthandels zu einer Freiheitsstrafe von 10 Monaten verurteilt, wobei Ihnen jedoch die verhängte Freiheitsstrafe zur Gänze bedingt nachgesehen wurde.

Dieses Urteil hielt Sie jedoch nicht davon ab, spätestens im Jahr 2019 wieder gewerbsmäßig Suchtmittel zu verkaufen.

Mit Urteil des Landesgerichtes für Strafsachen Wien vom 05.08.2019 Zahl: XXXX, wurden Sie wiederum wegen Suchtgiftverkaufes zu einer Freiheitsstrafe von 9 Monaten verurteilt, wobei Ihnen ein Teil der verhängten Freiheitsstrafe von 6 Monaten bedingt nachgesehen wurde. Die Probezeit der in der Erstverurteilung bedingt

nachgesehenen Strafe wurde auf 5 Jahre verlängert. Mit Urteil des Landesgerichtes für Strafsachen Wien vom 05.08.2019 Zahl: römisch 40, wurden Sie wiederum wegen Suchtgiftverkaufes zu einer Freiheitsstrafe von 9 Monaten verurteilt, wobei Ihnen ein Teil der verhängten Freiheitsstrafe von 6 Monaten bedingt nachgesehen wurde. Die Probezeit der in der Erstverurteilung bedingt nachgesehenen Strafe wurde auf 5 Jahre verlängert.

Im Strafregister der Republik Österreich - geführt von der Landespolizeidirektion Wien - scheinen folgende Verurteilungen auf:

01) LG F.STRAFS.WIEN XXXX vom 24.09.2018 RK 24.09.201801) LG F.STRAFS.WIEN römisch 40 vom 24.09.2018 RK 24.09.2018

§ 27 (2a) 2. Fall (3) SMG § 15 StGB Paragraph 27, (2a) 2. Fall (3) SMG Paragraph 15, StGB

Datum der (letzten) Tat 03.09.2018

Freiheitsstrafe 10 Monate, bedingt, Probezeit 3 Jahre

02) LG F.STRAFS.WIEN XXXX vom 05.08.2019 RK 05.08.201902) LG F.STRAFS.WIEN römisch 40 vom 05.08.2019 RK 05.08.2019

§ 27 (2a) SMG Paragraph 27, (2a) SMG

Datum der (letzten) Tat 16.07.2019

Freiheitsstrafe 9 Monate, davon Freiheitsstrafe 6 Monate, bedingt, Probezeit 3 Jahre

Das Urteil vom 24.09.2018 lautet (auszugsweise):

XXXX ist schuldig, er hat in Wien vorschriftswidrig Suchtgift, nämlich Cannabiskraut, beinhaltend die Wirkstoffe Delta-9-THC und THCA in Straßenqualität, an einem allgemein zugänglichen Ort öffentlich, wobei die Tat von zumindest 10 Personen hätte wahrgenommen werden können, nämlich in der Umgebung der U6 Station Josefstädterstraße, anderen gewerbsmäßig (§ 70 StGB) gegen Entgelt römisch 40 ist schuldig, er hat in Wien vorschriftswidrig Suchtgift, nämlich Cannabiskraut, beinhaltend die Wirkstoffe Delta-9-THC und THCA in Straßenqualität, an einem allgemein zugänglichen Ort öffentlich, wobei die Tat von zumindest 10 Personen hätte wahrgenommen werden können, nämlich in der Umgebung der U6 Station Josefstädterstraße, anderen gewerbsmäßig (Paragraph 70, StGB) gegen Entgelt

A./ überlassen, und zwar

1. zu einem nicht mehr feststellbaren Zeitpunkt vor dem 3.9.2018 zumindest zwei

namentlich unbekannten Abnehmern weitere 2,4 Gramm Cannabiskraut um EUR 40,--;

2. am 3.9.2018 an Insp. Lejla CEHAJIC 1,2 Gramm loses Marihuana um EUR 20,--;

B./ zu überlassen versucht, und zwar weitere 7 Gramm Cannabiskraut, indem er es zum unmittelbaren Verkauf bereithielt.

Bei den Strafbemessungsgründen wertete das Gericht als

mildernd: das überschießende Geständnis, den bisher ordentlichen Lebenswandel, die Sicherstellung des Suchtgiftes, das es teilweise beim Versuch geblieben ist.

erschwerend: die mehrfachen Angriffe.'

Als erwiesen stellte das Gericht weiters fest:

„Der Angeklagte beging die Taten nicht vorwiegend zur Finanzierung seines persönlichen Suchtmittelbedarfs, der Erlös sollte zumindest im gleichen Ausmaß in die Finanzierung seines sonstigen Lebensunterhaltes fließen. Die Voraussetzungen einer diversionellen Erledigung nach § 35 Abs 2 SMG bzw des § 37 StGB liegen nicht vor, weil das Verschulden des Angeklagten als schwer anzusehen ist und eine Verfahrenseinstellung nicht gleich gut wie eine Verurteilung geeignet ist, den Angeklagten von der Begehung weiterer Straftaten nach dem SMG abzuhalten.“ Der Angeklagte beging die Taten nicht vorwiegend zur Finanzierung seines persönlichen Suchtmittelbedarfs, der Erlös sollte zumindest im gleichen Ausmaß in die Finanzierung seines sonstigen Lebensunterhaltes fließen. Die Voraussetzungen einer diversionellen Erledigung nach Paragraph 35, Absatz 2, SMG bzw des Paragraph 37, StGB liegen

nicht vor, weil das Verschulden des Angeklagten als schwer anzusehen ist und eine Verfahrenseinstellung nicht gleich gut wie eine Verurteilung geeignet ist, den Angeklagten von der Begehung weiterer Straftaten nach dem SMG abzuhalten.'

Das Urteil vom 05.08.2019 lautet (auszugsweise):

XXXX ist schuldig, er hat am 22.7.2019 in Wien im bewussten und gewollten Zusammenwirken als Mittäter (§ 12 StGB) vorschriftswidrig Suchtgift, nämlich Cannabiskraut, beinhaltend die Wirkstoffe THCA und Delta-9-THC in Straßenqualität, im Bereich Lerchenfelder Gürtel 57 (vor dem „Josi“), sohin auf einer öffentlichen Verkehrsfläche, wobei die Tat von zumindest 30 Personen hätte wahrgenommen werden können, sohin öffentlich, durch gewinnbringenden Verkauf überlassen und zwar römisch 40 ist schuldig, er hat am 22.7.2019 in Wien im bewussten und gewollten Zusammenwirken als Mittäter (Paragraph 12, StGB) vorschriftswidrig Suchtgift, nämlich Cannabiskraut, beinhaltend die Wirkstoffe THCA und Delta-9-THC in Straßenqualität, im Bereich Lerchenfelder Gürtel 57 (vor dem „Josi“), sohin auf einer öffentlichen Verkehrsfläche, wobei die Tat von zumindest 30 Personen hätte wahrgenommen werden können, sohin öffentlich, durch gewinnbringenden Verkauf überlassen und zwar

a) ein Baggy an XXXX um EUR 10,--; a) ein Baggy an römisch 40 um EUR 10,--;

b) ein Baggy an XXXX um EUR 10,--.' b) ein Baggy an römisch 40 um EUR 10,--.'

Bei den Strafbemessungsgründen wertete das Gericht als

mildernd: das Geständnis, als erschwerend: die Tatwiederholung und einschlägige Vorstrafen.

Sie waren, mit einigen Unterbrechungen, seit Ihrer Einreise nach Österreich fast durchgehend gemeldet. Bei den Meldeadressen handelt es sich jedoch auch um Therapieanstalten, Polizeianhaltezentren, sowie Haftanstalten.

Seit 02.05.2019 bis zu Ihrer Inhaftierung am 16.07.2019 verfügten Sie jedoch über keinen Wohnsitz und sind derzeit nur in der Justizanstalt St. Pölten gemeldet.

Im Melderegister der Republik Österreich scheinen zu Ihrer Person folgende Einträge auf:

XXXX römisch 40

In rechtlicher Hinsicht befand die Behörde:

„Entsprechend ihres bisherigen Verhaltens begründen folgende Kriterien in Ihrem Fall eine Fluchtgefahr:

Sie besitzen keine Personaldokumente (zumindest keine, die Sie der Behörde freiwillig zur Verfügung stellen). Sie wollten sich Ihren Aufenthalt in Österreich offensichtlich mit der Begehung strafbarer Handlungen (Vergehen nach dem Suchtmittelgesetz) finanzieren. Sie kümmern sich nicht ansatzweise um einschlägige Rechtsvorschriften und wurden im österreichischen Bundesgebiet mehrfach straffällig, zweimalig gerichtlich verurteilt und insgesamt 8 Mal wegen anderer Delikte zur Anzeige gebracht.

Nach Ihren eigenen niederschriftlichen Angaben versuchten Sie bereits einmal zu Ihrer in Schweden wohnhaften Schwester zu gelangen, wurden jedoch an der Grenze zu Deutschland aufgegriffen und nach Österreich zurückgestellt.

Seit 02.05.2019 bis zu Ihrer Inhaftierung am 16.07.2019 verfügten Sie über keinen Wohnsitz und sind derzeit nur in der Justizanstalt St. Pölten gemeldet. Sie haben auch keine finanziellen Mittel um einen Wohnsitz zu begründen.

Sie haben im Bundesgebiet keine aufenthaltsberechtigten Angehörigen und keine sonstigen aktenkundigen sozialen Bindungen. Sie bezogen im Bundesgebiet im nicht geringfügigen Ausmaß Grundversorgungsleistungen und begingen trotzdem vermehrt gerichtlich strafbare Handlungen. Sie kündigten ausdrücklich an, keinesfalls in Ihr Heimatland zurückkehren zu wollen. Konkret beantworteten Sie eine diesbezügliche Frage mit ‚Ich würde lieber hier getötet werden, als freiwillig zurück zu gehen‘.

Schon bei Ihrer Flucht nach Österreich bewiesen Sie hohe Mobilitätsbereitschaft. Ihr Weg nach Österreich führte Sie u.a. über Griechenland und Ungarn. Auch versuchten Sie während Ihres in Österreich laufenden Asylverfahrens zu Ihrer Schwester nach Schweden zu gelangen. Es ist daher die Annahme begründet, dass Sie innerhalb der EU weiterreisen werden und eventuell versuchen werden, weitere Asylanträge zu stellen, bzw. auch im Bundesgebiet untertauchen und Ihren Lebensunterhalt weiter mit dem Verkauf von Suchtgift und anderen gerichtlich strafbaren Handlungen zu finanzieren versuchen werden.

Die Bestimmungen des § 76 Abs 3 Z 9 sind damit als erfüllt anzusehen. Die Bestimmungen des Paragraph 76, Absatz 3, Ziffer 9, sind damit als erfüllt anzusehen.

Daher ist die Entscheidung auch verhältnismäßig, da einerseits die Gefahr des sogenannten Asyltourismus zu verhindern ist, andererseits die Gefahr eines weiteren Verkaufs von Suchtgift innerhalb des Bundesgebietes verhindert werden kann.

Die Sicherung des Verfahrens bzw. der Abschiebung ist erforderlich, da Sie sich aufgrund Ihres oben geschilderten Vorverhaltens als nicht vertrauenswürdig erwiesen haben. Es ist davon auszugehen, dass Sie auch hinkünftig nicht gewillt sein werden, die Rechtsvorschriften einzuhalten.

Aus Ihrer Wohn- und Familiensituation, aus Ihrer fehlenden sonstigen Verankerung in Österreich sowie aufgrund Ihres bisherigen Verhaltens kann geschlossen werden, dass bezüglich Ihrer Person ein beträchtliches Risiko des Untertauchens vorliegt.

Seit 02.05.2019 bis zu Ihrer Inhaftierung am 16.07.2019 verfügten Sie über keinen Wohnsitz und sind derzeit nur in der Justizanstalt St. Pölten gemeldet. Sie haben auch keine finanziellen Mittel um einen Wohnsitz zu begründen. Sie unternahmen keine Schritte um sich in Österreich zu integrieren, den Besuch eines Deutschkurses brachen Sie bereits nach einigen Tagen ab.

Gemäß § 67 Abs. 1 FPG ist Voraussetzung, dass das persönliche Verhalten die öffentliche Ordnung oder Sicherheit gefährdet. Das persönliche Verhalten muss eine tatsächliche, gegenwärtige und erhebliche Gefahr darstellen, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt. Strafrechtliche Verurteilungen allein können nicht ohne weiteres diese Maßnahmen begründen. Vom Einzelfall losgelöste oder auf Generalprävention verweisende Begründungen sind nicht zulässig. Gemäß Paragraph 67, Absatz eins, FPG ist Voraussetzung, dass das persönliche Verhalten die öffentliche Ordnung oder Sicherheit gefährdet. Das persönliche Verhalten muss eine tatsächliche, gegenwärtige und erhebliche Gefahr darstellen, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt. Strafrechtliche Verurteilungen allein können nicht ohne weiteres diese Maßnahmen begründen. Vom Einzelfall losgelöste oder auf Generalprävention verweisende Begründungen sind nicht zulässig.

Für die Behörde besteht kein Zweifel daran, dass Ihr den genannten Verurteilungen zu Grunde liegende Fehlverhalten nicht nur geeignet ist, die öffentliche Ruhe, Ordnung und Sicherheit in einem hohen Maße zu gefährden, sondern auch die Volksgesundheit nachhaltig zu beeinträchtigen. Dies deshalb, da durch die Vergehen des unerlaubten Umganges mit Suchtgiften die Gefahr der Abhängigkeit potentieller Konsumenten (Abnehmer) besonders groß ist und – resultierend aus einer einmal gegebenen Abhängigkeit – schwere Schäden für die Gesundheit der betroffenen Konsumenten eintreten können. Gerade die Suchtgiftkriminalität nimmt in letzter Zeit enorme Ausmaße an und führt zu unmittelbaren Auswirkungen auf das auch immer jünger werdende Suchtgiftpublikum, sowie zu einer Reihe von nicht gewünschten, nachhaltigen Nebeneffekten. Hand in Hand mit der Steigerung der Suchtgiftkriminalität ist auch ein vehementes Ansteigen der verschiedensten Formen der Eigentumskriminalität zu verzeichnen. Dies äußert sich dadurch, dass vermehrt suchtgiftabhängige Personen Delikte gegen das fremde Vermögen – und hier vor allem Diebstähle, Einbruchdiebstähle und Raubüberfälle – begehen, um sich die Befriedigung Ihrer Sucht finanziell leisten zu können. Gerade aus diesen Gründen muss es ein vorrangiges Interesse der Sicherheitsbehörden sein, jenen Tätern, die für diese absolut negativen Tendenzen verantwortlich sind, das Handwerk zu legen. Das kann sich naturgemäß nicht darauf beschränken, im Justizbereich entsprechende Urteile zu fällen, sondern ist es selbstverständlich auch insofern von Relevanz, als ausländischen kriminellen Straftätern der Aufenthalt im Bundesgebiet zu verwehren ist, bzw. noch aufhältigen Straftätern die Möglichkeit zur Begehung weiterer Straftaten genommen wird.

In Ihrem Fall ist die begründete Gefahr gegeben, dass Sie weiterhin versuchen werden, Ihren Lebensunterhalt durch den gewerbsmäßigen Verkauf von Suchtmitteln bzw. anderer gerichtlich strafbarer Handlungen zu bestreiten, zumal Ihnen eine legale Arbeitsaufnahme im Bundesgebiet nicht möglich ist.

Der VwGH hat auch ausgesprochen, dass eine erhebliche Delinquenz des Fremden das Gewicht des öffentlichen Interesses an der Effektivität einer baldigen Abschiebung maßgeblich vergrößern kann (VwGH 25.03.2010, 2009/21/0276).

Sie wurden bereits zweimal wegen des gleichen Deliktes verurteilt. Selbst eine im ersten Urteil bedingt ausgesprochene Haftstrafe konnte Sie nicht davon abhalten innerhalb offener Probezeit wieder Suchtgift zu verkaufen.

Ferner wurden Sie bereits acht Mal wegen anderer Delikte (7 Diebstähle und eine Körperverletzung) zur Anzeige gebracht.

Daher liegt in Ihrem Fall eine Gefährdung der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit iSd §§ 67 FPG und 76 Abs. 2 Z 1 FPG vor. Daher liegt in Ihrem Fall eine Gefährdung der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit iSd Paragraphen 67, FPG und 76 Absatz 2, Ziffer eins, FPG vor.

Einem geordneten Fremdenwesen kommt im Hinblick auf die öffentliche Ordnung und dem wirtschaftlichen Wohl des Staates ein hoher Stellenwert zu. Es besteht die Verpflichtung Österreichs, seinen europarechtlichen Vorgaben, als auch den Pflichten gegenüber seinen Staatsbürgern und anderen legal aufhaltigen Personen nachzukommen.

Die Prüfung der Verhältnismäßigkeit der Schubhaft und ihrer Notwendigkeit ergibt daher in Ihrem Fall, dass Ihr privates Interesse an der Schonung Ihrer persönlichen Freiheit dem Interesse des Staates am reibungslosen Funktionieren der öffentlichen Verwaltung hintanzustehen hat.

Dabei wurde auch berücksichtigt, dass die Schubhaft eine ultima - ratio - Maßnahme darstellt. Es ist daher zu prüfen, ob die Anordnung gelinderer Mittel gleichermaßen zur Zweckerreichung dienlich wäre. In Betracht käme dabei das gelindere Mittel gem. § 77 FPG mit den dafür vorgesehenen Aufenthalts- und Meldepflichten bzw. der Hinterlegung einer finanziellen Sicherheit. Dabei kommt die finanzielle Sicherheitsleistung aufgrund Ihrer finanziellen Situation schon von vornherein nicht in Betracht. Dabei wurde auch berücksichtigt, dass die Schubhaft eine ultima - ratio - Maßnahme darstellt. Es ist daher zu prüfen, ob die Anordnung gelinderer Mittel gleichermaßen zur Zweckerreichung dienlich wäre. In Betracht käme dabei das gelindere Mittel gem. Paragraph 77, FPG mit den dafür vorgesehenen Aufenthalts- und Meldepflichten bzw. der Hinterlegung einer finanziellen Sicherheit. Dabei kommt die finanzielle Sicherheitsleistung aufgrund Ihrer finanziellen Situation schon von vornherein nicht in Betracht.

Doch auch was die Unterkunftsnahme in bestimmten Räumlichkeiten und die periodische Meldeverpflichtung betrifft, kann in Ihrem Fall damit nicht das Auslangen gefunden werden.

Sie haben bereits bei Ihrem Fluchtweg bewiesen, dass sie höchst mobil sind. Da eine periodische Meldeverpflichtung, bzw. eine Unterkunftsnahme in bestimmten Räumlichkeiten Sie vom weiteren gewerbsmäßigen Verkauf von Suchtmitteln nicht abhalten wird können, kommen diese gelinderen Mitteln für Ihren Fall daher nicht in Betracht.

Wie oben ausführlich dargelegt, besteht in Ihrem Fall aufgrund Ihrer persönlichen Lebenssituation sowie aufgrund Ihres bisherigen Verhaltens ein beträchtliches Risiko des Untertauchens. Damit wäre jedoch der Zweck der Schubhaft, nämlich die Sicherung des Verfahrens bzw. der Abschiebung, vereitelt. Es liegt somit eine ultima - ratio - Situation vor, die die Anordnung der Schubhaftverhängung unabdingbar erfordert und eine Verfahrensführung, während derer Sie sich in Freiheit befinden, ausschließt.

Es ist weiters aufgrund Ihres Gesundheitszustandes davon auszugehen, dass auch die subjektiven Haftbedingungen, wie Ihre Haftfähigkeit, gegeben sind.

Sie befinden sich derzeit in Strafhaft und sind gesundheitlich auch zur Verbüßung derselben in der Lage.

Die Behörde gelangt daher zum Ergebnis, dass sowohl die gesetzlichen Formalerfordernisse vorliegen, als auch, dass die Schubhaft zum Zweck der Maßnahme in einem angemessenen Verhältnis steht und im Interesse des öffentlichen Wohls dringend erforderlich und geboten ist.“

6. Der Beschwerdeführer erhob mit Schriftsatz vom 21.10.2019, durch seinen Rechtsberater als gewillkürten Vertreter, Beschwerde gegen den Bescheid vom 01.10.2019 sowie die Anhaltung in Schubhaft.

Im Einzelnen werden folgende Punkte und Gründe releviert:

„...] Der BF ist Staatsangehöriger von Afghanistan. Sein Antrag auf internationalen Schutz vom 11.07.2016 war zuvor mit Bescheid des Bundesamtes für Fremdenwesen und Asyl (BFA) erstinstanzlich gemäß §§ 3 und 8 AsylG abgewiesen und mit einer Rückkehrentscheidung betreffend den Herkunftsstaat Afghanistan verbunden worden. Die aufschiebende Wirkung einer etwaigen Beschwerde wurde vom BFA nicht aberkannt. Diesbezüglich ist beim Bundesverwaltungsgericht ein Beschwerdeverfahren seit 22.06.2017 anhängig. Eine mündliche Verhandlung wurde bis dato nicht anberaunt. „...] Der BF ist Staatsangehöriger von Afghanistan. Sein Antrag auf internationalen Schutz vom 11.07.2016 war zuvor mit Bescheid des Bundesamtes für Fremdenwesen und Asyl (BFA) erstinstanzlich gemäß Paragraphen 3 und 8 AsylG abgewiesen und mit einer Rückkehrentscheidung betreffend den Herkunftsstaat

Afghanistan verbunden worden. Die aufschiebende Wirkung einer etwaigen Beschwerde wurde vom BFA nicht aberkannt. Diesbezüglich ist beim Bundesverwaltungsgericht ein Beschwerdeverfahren seit 22.06.2017 anhängig. Eine mündliche Verhandlung wurde bis dato nicht anberaumt.

Mit rechtskräftigem Urteil des Landesgerichts für Strafsachen in Wien von 24.09.2018, XXXX wurde der BF wegen Suchgiffhandel zu einer Freiheitsstrafe von 10 Monaten, verurteilt, wobei die verhängte Freiheitsstrafe zur Gänze bedingt nachgesehen wurde. Im Hinblick auf die Strafbemessung wertete das Gericht das überschießend Geständnis, den bisherigen Lebenswandel, die Sicherstellung des Suchtgiftes, sowie das es teilweise beim Versuch geblieben ist als mildernd und die mehrfachen Angriffe als erschwerend. Mit rechtskräftigem Urteil des Landesgerichts für Strafsachen in Wien von 24.09.2018, römisch 40 wurde der BF wegen Suchgiffhandel zu einer Freiheitsstrafe von 10 Monaten, verurteilt, wobei die verhängte Freiheitsstrafe zur Gänze bedingt nachgesehen wurde. Im Hinblick auf die Strafbemessung wertete das Gericht das überschießend Geständnis, den bisherigen Lebenswandel, die Sicherstellung des Suchtgiftes, sowie das es teilweise beim Versuch geblieben ist als mildernd und die mehrfachen Angriffe als erschwerend.

Mit rechtskräftigem Urteil des Landesgerichts für Strafsachen in Wien von 05.08.2019, XXXX wurde der BF wegen Suchgiffhandel zu einer Freiheitsstrafe von neun Monaten, davon sechs bedingt, verurteilt. Im Hinblick auf die Strafbemessung wertete das Gericht das Geständnis als mildernd und die Tatwiederholung und die einschlägige Vorstrafe als erschwerend. Mit rechtskräftigem Urteil des Landesgerichts für Strafsachen in Wien von 05.08.2019, römisch 40 wurde der BF wegen Suchgiffhandel zu einer Freiheitsstrafe von neun Monaten, davon sechs bedingt, verurteilt. Im Hinblick auf die Strafbemessung wertete das Gericht das Geständnis als mildernd und die Tatwiederholung und die einschlägige Vorstrafe als erschwerend.

Mit gegenständlichem Bescheid vom 01.10.2019 hat das Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl gemäß § 76 Abs. 2 Z 2 FPG über den BF die Schubhaft zum Zwecke der Sicherung des Verfahrens über einen Antrag auf internationalen Schutz im Hinblick auf die Erlassung einer aufenthaltsbeendenden Maßnahme ungeordnet. Mit gegenständlichem Bescheid vom 01.10.2019 hat das Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl gemäß § 76 Absatz 2, Ziffer 2, FPG über den BF die Schubhaft zum Zwecke der Sicherung des Verfahrens über einen Antrag auf internationalen Schutz im Hinblick auf die Erlassung einer aufenthaltsbeendenden Maßnahme ungeordnet.

Am 16.10.2019 wurde der Beschwerdeführer aus der Strafhaft entlassen und in das Polizeianhaltezentrum Wien, Hemalsergürtel überstellt.

Zum weiteren Verfahrensgang wird auf den Akteninhalt des gegenständlichen Bescheides verwiesen.

Der belangten Behörde ist vorzuwerfen, dass sie in der Begründung des angefochtenen Bescheides überhaupt nicht dargelegt hat, inwiefern auf Grund der konkreten Umstände des Einzelfalles eine tatsächliche und hinreichend schwere Gefährdung vorliegt, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt. Auch jene Umstände, die einer Beurteilung des Gesamtverhaltens seinerseits zugrunde gelegen wären, wurden nicht hinreichend dargelegt. Insgesamt reduzierte die belangte Behörde ihre Begründung für die Verhängung der Schubhaft einzig auf die Feststellung, dass die BF straffällig geworden war, ohne jedoch einzelfallbezogen darzulegen, wie sie zu der Schlussfolgerung gelangte, dass gegen ihn die Schubhaft zu verhängen sei.

In Hinblick auf die Tatsache, dass über den Beschwerdeführer mit Urteilen des Landesgerichtes für Strafsachen Wien wegen der Begehung von Drogendelikten unbedingte Freiheitsstrafen im Ausmaß von insgesamt drei Monaten verhängt wurden und ein Teil der verhängten Freiheitsstrafen in der Dauer von 16 Monaten dem Beschwerdeführer für eine Probezeit von drei Jahren aufgrund des bis dahin ordentlichen Lebenswandels und seines überwiegenden Geständnisses bedingt nachgesehen wurden, und sich der BF seit damals bis zum gegenwärtigen Zeitpunkt nichts mehr hat zuschulden kommen lassen, kann davon ausgegangen werden, dass durch den Aufenthalt des Beschwerdeführers in Österreich keine tatsächliche, gegenwärtige und erhebliche Gefahr für die Öffentliche Ordnung und Sicherheit, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt, besteht.

Das Unrecht der Taten hat der BF eingesehen und ist fest entschlossen sich in Zukunft nichts mehr zu Schulden kommen zu lassen und ein geordnetes rechtskonformes Leben zu führen. Im konkreten Fall liegen hinsichtlich des BF zwei rechtskräftige strafgerichtliche Verurteilungen vor, deren überwiegende Ursache in einer langjährigen Drogensucht des BF liegen. Diese hat er während des Haftübels überwunden. Weiters möchte er eine Drogentherapie in Anspruch nehmen. Der BF möchte ein Leben frei von Drogen führen. Dem BF ist bewusst, dass ihm der bedingte

'Feil der Freiheitstrafe unter einer Setzung einer Probezeit nachgesehen wurde und dass diese im Falle einer neuerlichen Verurteilung widerrufen werden kann.

Bzgl. Drogendelikten führte der VwGH (VwGH 24.01.2019, 2018/21/0248) in seiner jüngsten Rechtsprechung aus:

„Hat der Fremde *mehrfach Probezeiten bestanden*, ist er nunmehr erstmals wegen Suchtgifthandels und dem Überlassen und Anbieten von Suchtgift an Dritte verurteilt worden, wobei *kein professionell strukturierter Suchtgifthandel* vor liegt und ist er erstmals für längere Zeit in Haft gewesen, konnte bedingt entlassen werden und hat er vor, seine Drogensucht behandeln zu lassen, kann nicht von außergewöhnlichen Umständen mit *besonders hohem Schweregrad* bzw. von *besonders schwerwiegenden Merkmalen* der vom Fremden begangenen Straftaten gesprochen werden.“

Darüber hinaus ist im gegenständlichen Fall weder Fluchtgefahr noch Verhältnismäßigkeit gegeben. Der BF befindet sich im offenen Asylverfahren und wartet auf dessen Ausgang. Er hat großes Interesse für die Behörden stets erreichbar und greifbar zu sein. Er möchte mit den Behörden kooperieren.

Das BFA kann aus den oben dargelegten Gründen nicht davon ausgehen, dass die Überstellung des Beschwerdeführers nach Afghanistan in zumutbarer Frist möglich ist. Es wurde keine öffentliche mündliche Verhandlung vor dem BVwG in naher Zukunft anberaumt. Die Dauer der Schubhaft ist dahingehend nicht absehbar. Somit ist aus dieser Perspektive auch die Verhältnismäßigkeit der Anhaltung nicht gegeben.

Soweit im angefochtenen Bescheid also Tatbestände zur Begründung der Schubhaft herangezogen werden, die für ein solches Verfahren geradezu typisch sind (illegale Einreise, geringe Barmittel, fehlende soziale Bindung in Österreich) sind diese nicht geeignet, eine *erhebliche Fluchtgefahr* zu begründen. Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes darf die Verhängung der Schubhaft nicht zu einer Standardmaßnahme gegen Asylwerber werden.

Es kann im gegenständlichen Verfahren jedenfalls mit der Anordnung des gelinderen Mittels iSd § 77 FPG für den BF das Auslangen gefunden werden, da es keine schlüssigen Hinweise für die Gefahr des Entziehens gibt. Der BF wollte kurz nach Antragstellung des internationalen Schutzes zwar seine Schwester in Schweden besuchen, ihm ist allerdings nunmehr bewusst, dass eine Einreise in andere Mitgliedsstaaten, ohne gültige Reisedokumente, nicht erlaubt ist. Ein dringender Sicherheitsbedarf oder eine Sicherheitsnotwendigkeit ist aufgrund der Umstände des gegenständlichen Falles somit nicht gegeben.

Dem BF wäre es, laut seinen Angaben, möglich im Diakonie Haus Neu Albern unterzukommen. Sollte dies nicht möglich sein, so wird ihm die Caritas bei einer Unterkunftssuche behilflich sein. Wie die Behörde auf BS 11 richtigerweise festgestellt hat war der BF seit seiner Einreise, nahezu durchgehend gemeldet.

Falls von einer Verhängung der Schubhaft dennoch nicht Abstand genommen werden kann, bittet der BF das Gericht um eine: Entlassung in das gelindere Mittel gern. § 77 FPG. Falls von einer Verhängung der Schubhaft dennoch nicht Abstand genommen werden kann, bittet der BF das Gericht um eine: Entlassung in das gelindere Mittel gern. Paragraph 77, FPG.

Aus oben genannten Gründen bittet der BF die Rechtsmittelbehörde der Beschwerde stattzugeben und stellt die Anträge wie oben.“

7. Mit Beschwerdevorlage vom 21.10.2019 legte das Bundesamt die Akten vor und erstattete dazu Stellungnahme. Aus der Stellungnahme ergibt sich insbesondere:

„...] Die bevollmächtigte Rechtsvertretung des Beschwerdeführers (BF) behauptet in der vorliegenden Beschwerdeschrift, dass die Behörde nicht dargelegt hätte, inwiefern aufgrund der konkreten Umstände des Einzelfalles eine tatsächliche und hinreichend schwere Gefährdung vorliege, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berühre.

Auch jene Umstände, die einer Beurteilung des ‚Gesamtfehlverhaltens‘ seinerseits zugrunde gelegen wären, seien nicht hinreichend dargelegt worden.

Dem wird entgegnet, dass der Bf nach erstinstanzlicher Abweisung seines Antrages auf internationalen Schutz im laufenden Asyl-Beschwerdeverfahren (seit 22.06.2017 beim BVwG anhängig) wegen Begehung von Suchtgiftdelikten zweimal rechtskräftig verurteilt worden ist.

Mit rechtskräftigen Urteil des LG für Strafsachen Wien vom 24.09.2018, GZ XXXX wurde der Bf nach § 27 Abs 2a, zweiter Falls Abs 3 SMG zu einer Freiheitsstrafe in der Dauer von 10 Monaten bedingt verurteilt. Laut Gerichtsurteil erfolgte die Tatbegehung am 03.09.2018, zu einem Zeitpunkt, wo dem Bf die Grundversorgung wieder einmal wegen vorübergehend unbekannten Aufenthalts entzogen worden war. Mit rechtskräftigen Urteil des LG für Strafsachen Wien vom 24.09.2018, GZ römisch 40 wurde der Bf nach Paragraph 27, Absatz 2 a,, zweiter Falls Absatz 3, SMG zu einer Freiheitsstrafe in der Dauer von 10 Monaten bedingt verurteilt. Laut Gerichtsurteil erfolgte die Tatbegehung am 03.09.2018, zu einem Zeitpunkt, wo dem Bf die Grundversorgung wieder einmal wegen vorübergehend unbekannten Aufenthalts entzogen worden war.

Am 16.07.2019 wurde der Bf wegen des gleichen Deliktes in Untersuchungshaft genommen.

Mit Bescheid des BFA-Außenstelle Regionaldirektion Wien, vom 25.07.2019, wurde dem Bf gemäß § 13 Abs 2 Z 1 und 3 Asylgesetz sein Recht zum Aufenthalt im Bundesgebiet abgesprochen. Mit Bescheid des BFA-Außenstelle Regionaldirektion Wien, vom 25.07.2019, wurde dem Bf gemäß Paragraph 13, Absatz 2, Ziffer eins und 3 Asylgesetz sein Recht zum Aufenthalt im Bundesgebiet abgesprochen.

Der Bf wurde am 05.08.2019 vom LG für Strafsachen Wien unter Zahl: XXXX rechtskräftig wegen § 27 Abs 2a SMG zu einer Freiheitsstrafe von 9 Monaten, davon 6 Monate bedingt, verurteilt. Der Bf wurde am 05.08.2019 vom LG für Strafsachen Wien unter Zahl: römisch 40 rechtskräftig wegen Paragraph 27, Absatz 2 a, SMG zu einer Freiheitsstrafe von 9 Monaten, davon 6 Monate bedingt, verurteilt.

Diese, den Verurteilungen zugrunde liegende strafbare Verhalten des Bf zeigt eine nachhaltige und maßgebliche Gefährdung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit.

So hat der Fremde auf öffentlichen Verkehrsfläche in Wien vorschriftswidrig gewerbsmäßig (§ 70 Abs 1 Z 2 StGB) Suchtgift, nämlich Cannabiskraut durch gewinnbringenden Verkauf öffentlich anderen überlassen. So hat der Fremde auf öffentlichen Verkehrsfläche in Wien vorschriftswidrig gewerbsmäßig (Paragraph 70, Absatz eins, Ziffer 2, StGB) Suchtgift, nämlich Cannabiskraut durch gewinnbringenden Verkauf öffentlich anderen überlassen.

Diese Straftaten werden von der belangten Behörde deshalb als sehr schwerwiegend erachtet, da sich in der Suchtgiftkriminalität eine besondere Gefährlichkeit manifestiert. Die Suchtgiftkriminalität ist in höchstem Maße sozialschädlich, da durch sie eine Gesundheitsgefährdung in großem Ausmaß entstehen kann, wobei zu bemerken ist, dass sie vor allem auch besonders schutzwürdige jugendliche Personen gefährdet. Durch seine Mitwirkung am Suchtgifthandel hat der Fremde dazu beigetragen, diese Gefahren zu verwirklichen. Das Fehlverhalten ist daher außerordentlich gravierend und gefährdet massiv die öffentliche Ordnung und Sicherheit.

In Hinblick auf die ‚verheerende Wirkung von Drogen auf das Leben von Menschen‘ gab auch der EGMR wiederholt sein Verständnis für die Bestimmtheit der Mitgliedstaaten im Vorgehen gegenüber Personen, die an der Verbreitung von Drogen aktiv mitwirken, zum Ausdruck (vgl. EGMR, 19.02.1998, Dalia gegen Frankreich, Nr. 154/1996/773/974; EGMR vom 30.11.1999, Baghli gegen Frankreich, Nr. 34374/97). In Hinblick auf die ‚verheerende Wirkung von Drogen auf das Leben von Menschen‘ gab auch der EGMR wiederholt sein Verständnis für die Bestimmtheit der Mitgliedstaaten im Vorgehen gegenüber Personen, die an der Verbreitung von Drogen aktiv mitwirken, zum Ausdruck (vergleiche EGMR, 19.02.1998, Dalia gegen Frankreich, Nr. 154/1996/773/974; EGMR vom 30.11.1999, Baghli gegen Frankreich, Nr. 34374/97).

Auf Grund der dargelegten Umstände stellt der Fremde für die Behörde unweigerlich eine Gefährdung für die öffentliche Ordnung und Sicherheit in Österreich dar und ist diesem somit jegliche Vertrauenswürdigkeit abzusprechen.

Somit geht die belangte Behörde davon aus, dass der BF auch in Hinkunft nicht gewillt ist, sich an die geltende Rechtsordnung zu halten.

Aus dem vorliegenden Speicherauszug des Betreuungsinformationssystem (Grundversorgung) ergibt sich, dass dem Bf im Zeitraum von 14.10.2016 bis 08.04.2019 insgesamt siebenmal die Grundversorgungsleistungen wegen seines unbekannten Aufenthalts eingestellt werden mussten. Zusätzlich erfolgte der Entzug der Grundversorgung zweimal wegen disziplinärer Vergehen.

Auch aus dem Zentralen Melderegister ergibt sich, dass der Bf vor seiner letzten Festnahme wegen des Suchtgiftdeliktes (erfolgte am 16.07.2019) bereits über einen Zeitraum von zweieinhalb Monaten über keine aufrechte

Meldung im ZMR verfügte und damit für die Behörde auch nicht greifbar war.

Entsprechend des bisherigen Verhaltens des Bf begründen folgende Kriterien eine Fluchtgefahr:

- illegale Einreise nach Österreich
- wegen Suchtgiftdelikten bereits zweimal rechtskräftig verurteilt
- verfügt nicht über ausreichend Barmittel um den Unterhalt zu finanzieren
- gewerbsmäßiger Verkauf von Suchtgift, dies auch um den Lebensunterhalt zu finanzieren
- kein gültiges Reisedokument vorhanden
- Der Bf war im Bundesgebiet zwar fast durchgehend gemeldet, bei den Meldeadressen handelt es sich jedoch auch um Therapieanstalten, Polizeianhaltezentren und Justizanstalten
- Ab 02.05.2019 bis zur Inhaftierung am 16.07.2019 verfügte der Bf jedoch über keinen Wohnsitz
- Der Bf ist in keinsten Weise integriert, er gab selbst an, im Bundesgebiet keine Verwandten, Freunde oder Bekannte zu haben. er besuchte auch keinen Deutschkurs odgl. bzw. brach einen Kurs angeblich aus gesundheitlichen Gründen ab.

Die Ziffer 9 ist im gegenständlichen Fall erfüllt.

Die Anhaltung in Schubhaft ist jedenfalls nach Maßgabe der grundrechtlichen Garantien des Art. 2 Abs. 1 Z 7 PersFrBVG und des Art. 5 Abs. 1 lit. f EMRK nur dann zulässig, wenn der Anordnung der Schubhaft ein konkreter Sicherungsbedarf zugrunde liegt und die Schubhaft unter Berücksichtigung der Umstände des jeweiligen Einzelfalls verhältnismäßig ist. Dabei sind das öffentliche Interesse an der Sicherung der Aufenthaltsbeendigung und das Interesse des Betroffenen an der Schonung seiner persönlichen Freiheit abzuwägen. Kann der Sicherungszweck auf eine andere, die Rechte des Betroffenen schonendere Weise, wie etwa durch die Anordnung eines gelinderen Mittels nach § 77 FPG, erreicht werden (§ 76 Abs. 1 FPG), ist die Anordnung der Schubhaft nicht zulässig (VfGH 03.10.2012, VfSlg. 19.675/2012; VwGH 22.01.2009, Zl. 2008/21/0647; 30.08.2007, Zl. 2007/21/0043). Die Anhaltung in Schubhaft ist jedenfalls nach Maßgabe der grundrechtlichen Garantien des Artikel 2, Absatz eins, Ziffer 7, PersFrBVG und des Artikel 5, Absatz eins, Litera f, EMRK nur dann zulässig, wenn der Anordnung der Schubhaft ein konkreter Sicherungsbedarf zugrunde liegt und die Schubhaft unter Berücksichtigung der Umstände des jeweiligen Einzelfalls verhältnismäßig ist. Dabei sind das öffentliche Interesse an der Sicherung der Aufenthaltsbeendigung und das Interesse des Betroffenen an der Schonung seiner persönlichen Freiheit abzuwägen. Kann der Sicherungszweck auf eine andere, die Rechte des Betroffenen schonendere Weise, wie etwa durch die Anordnung eines gelinderen Mittels nach Paragraph 77, FPG, erreicht werden (Paragraph 76, Absatz eins, FPG), ist die Anordnung der Schubhaft nicht zulässig (VfGH 03.10.2012, VfSlg. 19.675 aus 2012.; VwGH 22.01.2009, Zl. 2008/21/0647; 30.08.2007, Zl. 2007/21/0043).

Ein Sicherungsbedarf ist in der Regel dann gegeben, wenn bestimmte Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass sich der Fremde dem Verfahren oder der Abschiebung entziehen oder diese zumindest wesentlich erschweren werde (§ 76 Abs. 3 FPG). Es ist allerdings nicht erforderlich, dass ein Verfahren zur Erlassung einer aufenthaltsbeendenden Maßnahme bereits eingeleitet worden ist (VwGH 28.06.2002, Zl. 2002/02/0138). Ein Sicherungsbedarf ist in der Regel dann gegeben, wenn bestimmte Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass sich der Fremde dem Verfahren oder der Abschiebung entziehen oder diese zumindest wesentlich erschweren werde (Paragraph 76, Absatz 3, FPG). Es ist allerdings nicht erforderlich, dass ein Verfahren zur Erlassung einer aufenthaltsbeendenden Maßnahme bereits eingeleitet worden ist (VwGH 28.06.2002, Zl. 2002/02/0138).

Die Behörde gelangt zum Ergebnis, dass sowohl die gesetzlichen Formalerfordernisse vorliegen, als auch, dass die Schubhaft zum Zweck der Maßnahme in einem angemessenen Verhältnis steht und im Interesse des öffentlichen Wohls dringend erforderlich sowie geboten ist.

Es wird beantragt, das Bundesverwaltungsgericht möge

1. die Beschwerde als unbegründet abweisen,
2. den Beschwerdeführer zum Ersatz der unten angeführten Kosten verpflichten.?

Ersatz für den Vorlageaufwand der belangten Behörde ...]"

8. Mit Erkenntnis vom 28.10.2019, W186 XXXX, wies das Bundesverwaltungsgericht die Beschwerde gemäß § 76 Abs. 2 Z 2 FPG iVm § 22a Abs. 1 BFA-VG als unbegründet ab (Spruchpunkt I.) und stellte gemäß § 22a Abs. 3 BFA-VG iVm § 76 Abs. 2 Z 2 FPG fest, dass zum Zeitpunkt der Entscheidung die für die Fortsetzung der Schubhaft maßgeblichen Voraussetzungen vorliegen (Spruchpunkt II.). Der Antrag des BF auf Kostenersatz wurde gemäß § 35 VwGVG abgewiesen und wurde der BF gemäß § 35 Abs. 1 und 3 VwGVG iVm § 1 Z 3 und 4 VwG-AufwErsV zum Ersatz von Aufwendungen in Höhe von € 426,20 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution an den Bund (Bundesminister für Inneres) verpflichtet. Die Revision wurde vom Bundesverwaltungsgericht hinsichtlich der Spruchpunkte I. und II. als zulässig erklärt.

8. Mit Erkenntnis vom 28.10.2019, W186 römisch 40, wies das Bundesverwaltungsgericht die Beschwerde gemäß Paragraph 76, Absatz 2, Ziffer 2, FPG in Verbindung mit Paragraph 22 a, Absatz eins, BFA-VG als unbegründet ab (Spruchpunkt römisch eins.) und stellte gemäß Paragraph 22 a, Absatz 3, BFA-VG in Verbindung mit Paragraph 76, Absatz 2, Ziffer 2, FPG fest, dass zum Zeitpunkt der Entscheidung die für die Fortsetzung der Schubhaft maßgeblichen Voraussetzungen vorliegen (Spruchpunkt römisch zwei.). Der Antrag des BF auf Kostenersatz wurde gemäß Paragraph 35, VwGVG abgewiesen und wurde der BF gemäß Paragraph 35, Absatz eins und 3 VwGVG in Verbindung mit Paragraph eins, Ziffer 3 und 4 VwG-AufwErsV zum Ersatz von Aufwendungen in Höhe von € 426,20 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution an den Bund (Bundesminister für Inneres) verpflichtet. Die Revision wurde vom Bundesverwaltungsgericht hinsichtlich der Spruchpunkte römisch eins. und römisch zwei. als zulässig erklärt.

9. Gegen das genannte Erkenntnis erhob der BF eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof.

10. Am 17.04.2020, ZI. Ro XXXX -7, hob der Verwaltungsgerichtshof dieses Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichtes wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes auf und sprach dem BF Kostenersatz zu.

10. Am 17.04.2020, ZI. Ro römisch 40 - 7, hob der Verwaltungsgerichtshof dieses Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichtes wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes auf und sprach dem BF Kostenersatz zu.

Begründet wurde die Aufhebung im Wesentlichen damit, dass Schubhaft gemäß § 76 Abs. 2. Z 1 FPG nur angeordnet werden dürfe, wenn dies zur Sicherung des Verfahrens über einen Antrag auf internationalen Schutz im Hinblick auf die Erlassung einer aufenthaltsbeendenden Maßnahme notwendig sei, weiters, sofern der Aufenthalt des Fremden die öffentliche Ordnung oder Sicherheit gemäß § 67 FPG gefährdet, Fluchtgefahr vorliege und die Schubhaft verhältnismäßig sei. (Auch) die Verhängung von Schubhaft nach § 76 Abs. 2 Z 1 FPG sei daran geknüpft, dass sich der konkrete Sachverhalt als verhältnismäßig erweist. Im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung ist zu Folge § 76 Abs. 2a eine strafrechtlich relevantes Fehlverhalten in Betracht zu ziehen. Allerdings sei dabei auch die Frage der voraussichtlichen Dauer des Asylverfahrens einzubeziehen (vgl zuletzt VwGH 4.3.2020, Ra 2020/21/0005, Rn. 12).

Begründet wurde die Aufhebung im Wesentlichen damit, dass Schubhaft gemäß Paragraph 76, Absatz 2, Ziffer eins, FPG nur angeordnet werden dürfe, wenn dies zur Sicherung des Verfahrens über einen Antrag auf internationalen Schutz im Hinblick auf die Erlassung einer aufenthaltsbeendenden Maßnahme notwendig sei, weiters, sofern der Aufenthalt des Fremden die öffentliche Ordnung oder Sicherheit gemäß Paragraph 67, FPG gefährdet, Fluchtgefahr vorliege und die Schubhaft verhältnismäßig sei. (Auch) die Verhängung von Schubhaft nach § 76 Absatz 2, Ziffer eins, FPG sei daran geknüpft, dass sich der konkrete Sachverhalt als verhältnismäßig erweist. Im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung ist zu Folge Paragraph 76, Absatz 2 a, eine strafrechtlich relevantes Fehlverhalten in Betracht zu ziehen. Allerdings sei dabei auch die Frage der voraussichtlichen Dauer des Asylverfahrens einzubeziehen vergleiche zuletzt VwGH 4.3.2020, Ra 2020/21/0005, Rn. 12).

Das angefochtene Erkenntnis trage dem nicht Rechnung. Die vom BVwG angestellte Überlegung, ein offenes Asylverfahren schließe unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit nicht (per se) die Anwendung des § 76 Abs 2 Z 1 FPG aus, sei zwar zutreffend. Die offenkundig auch vertretene Ansicht, dass die zukünftige Dauer des Asylverfahrens keine Rolle spiele und im Rahmen der Verhältnismäßigkeit unbeachtlich sei, erweise sich jedoch vor dem Hintergrund der erwähnten Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes als verfehlt. Das angefochtene Erkenntnis trage dem nicht Rechnung. Die vom BVwG angestellte Überlegung, ein offenes Asylverfahren schließe unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit nicht (per se) die Anwendung des Paragraph 76, Absatz 2, Ziffer eins, FPG aus, sei zwar zutreffend. Die offenkundig auch vertretene Ansicht, dass die zukünftige Dauer des Asylverfahrens keine Rolle spiele und im Rahmen der Verhältnismäßigkeit unbeachtlich sei, erweise sich jedoch vor dem Hintergrund der erwähnten Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes als verfehlt.

Auch so gesehen erweise es sich als unverzichtbar, bei Schubhaft nach § 76 Abs. 2 Z 1 FPG die Dauer des

Asylverfahrens näher in den Blick zu nehmen und Ermittlungen (naheliegend durch Erkundigungen beim zuständigen Entscheidungsorgan) dazu anzustellen, wann mit dessen Abschluss gerechnet werden könne. Das hat das BVwG in Verkenntung der Rechtslage unterlassen, weshalb das angefochtene Erkenntnis - auch wenn es zutreffen mag, dass im Sinn der Überlegungen des BVwG der Aufenthalt des Revisionswerbers die öffentliche Ordnung oder Sicherheit gemäß § 67 FPG gefährde, was die Revision aber in Abrede stellt - in einem gemäß § 12 Abs. 1 Z 2 VwGG gebildeten Senat gemäß § 42 Abs. 2 Z 1 VwGG wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufzuheben war. Auch so gesehen erweise es sich als unverzichtbar, bei Schubhaft nach Paragraph 76, Absatz 2, Ziffer eins, FPG die Dauer des Asylverfahrens näher in den Blick zu nehmen und Ermittlungen (naheliegend durch Erkundigungen beim zuständigen Entscheidungsorgan) dazu anzustellen, wann mit dessen Abschluss gerechnet werden könne. Das hat das BVwG in Verkenntung der Rechtslage unterlassen, weshalb das angefochtene Erkenntnis - auch wenn es zutreffen mag, dass im Sinn der Überlegungen des BVwG der Aufenthalt des Revisionswerbers die öffentliche Ordnung oder Sicherheit gemäß Paragraph 67, FPG gefährde, was die Revision aber in Abrede stellt - in einem gemäß Paragraph 12, Absatz eins, Ziffer 2, VwGG gebildeten Senat gemäß Paragraph 42, Absatz 2, Ziffer eins, VwGG wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufzuheben war.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen: römisch zwei. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

1. Feststellungen:

Der BF ist Staatsangehöriger Afghanistans, besitzt nicht die österreichische Staatsbürgerschaft und ist somit Fremder im Sinne des § 2 Abs. 4 Z 1 FPG. Der BF ist Staatsangehöriger Afghanistans, besitzt nicht die österreichische Staatsbürgerschaft und ist somit Fremder im Sinne des Paragraph 2, Absatz 4, Ziffer eins, FPG.

Der BF brachte am 11.07.2016 beim Bundesamt einen Antrag auf internationalen Schutz ein. Der Asylantrag wurde mit Bescheid des Bundesamtes vom 09.06.2017, Zl.: XXXX, abgewiesen, der Status des Asylberechtigten und der Status des subsidiär Schutzberechtigten wurden nicht zuerkannt. Ein Aufenthaltstitel aus berücksichtigungswürdigen Gründen wurde nicht erteilt, gegen den BF wurde eine Rückkehrentscheidung erlassen und seine Abschiebung aus dem österreichischen Bundesgebiet nach Afghanistan für zulässig erklärt. Dagegen brachte der BF fristgerecht Beschwerde ein. Mit Erkenntnis vom 03.04.2020, W241 XXXX wurde die Beschwerde als unbegründet abgewiesen. Diese Entscheidung erwuchs in Folge in Rechtskraft. Der BF brachte am 11.07.2016 beim Bundesamt einen Antrag auf internationalen Schutz ein. Der Asylantrag wurde mit Bescheid des Bundesamtes vom 09.06.2017, Zl.: römisch 40, abgewiesen, der Status des Asylberechtigten und der Status des subsidiär Schutzberechtigten wurden nicht zuerkannt. Ein Aufenthaltstitel aus berücksichtigungswürdigen Gründen wurde nicht erteilt, gegen den BF wurde eine Rückkehrentscheidung erlassen und seine Abschiebung aus dem österreichischen Bundesgebiet nach Afghanistan für zulässig erklärt. Dagegen brachte der BF fristgerecht Beschwerde ein. Mit Erkenntnis vom 03.04.2020, W241 römisch 40 wurde die Beschwerde als unbegründet abgewiesen. Diese Entscheidung erwuchs in Folge in Rechtskraft.

Am 01.10.2019 wurde mittels Bescheides des Bundesamtes für Fremdenwesen und Asyl gegen den BF die gegenständliche Schubhaft gemäß § 76 Abs. 2 Z 1 FPG zum Zweck der Sicherung der Abschiebung angeordnet und der BF am 16.10.2019 in Schubhaft genommen. Am 01.10.2019 wurde mittels Bescheides des Bundesamtes für Fremdenwesen und Asyl gegen den BF die gegenständliche Schubhaft gemäß Paragraph 76, Absatz 2, Ziffer eins, FPG zum Zweck der Sicherung der Abschiebung angeordnet und der BF am 16.10.2019 in Schubhaft genommen.

Der BF befand sich von 16.10.2019 bis 16.12.2020 in Schubhaft.

Am 16.12.2020 wurde der BF nach Afghanistan abgeschoben.

2. Beweiswürdigung:

Der oben angeführte Verfahrensgang und die Feststellungen ergeben sich aus dem unzweifelhaften und unbestrittenen Akteninhalt des vorgelegten Verwaltungsaktes des Bundesamtes, des vorliegenden Gerichtsaktes des Bundesverwaltungsgerichtes und der Einsichtnahme in die Anhaltedatei- Vollzugsverwaltung und das Zentrale Fremdenregister.

3. Rechtliche Beurteilung:

1. Gemäß § 76 Abs. 4 FPG ist die Schubhaft mit Bescheid anzuordnen; dieser ist gemäß § 57 AVG zu erlassen, es sei denn, der Fremde befände sich bei Einleitung des Verfahrens zu seiner Erlassung aus anderem Grund nicht bloß

kurzfristig in Haft. Nicht vollstreckte Schubhaftbescheide gemäß § 57 AVG gelten 14 Tage nach ihrer Erlassung als widerrufen. Gemäß § 57 Abs. 1 AVG ist die Behörde berechtigt, wenn es sich bei Gefahr im Verzug um unaufschiebbare Maßnahmen handelt, einen Bescheid auch ohne vorausgegangenes Ermittlungsverfahren zu erlassen. Gegen einen nach Abs. 1 erlassenen Bescheid kann gemäß § 57 Abs. 2 AVG bei der Behörde, die den Bescheid erlassen hat, binnen zwei Wochen Vorstellung erhoben werden. Die Vorstellung hat nur dann aufschiebende Wirkung, wenn sie gegen die Vorschreibung einer Geldleistung gerichtet ist. Gemäß § 22a Abs. 5 BFA-VG ist gegen die Anordnung der Schubhaft eine Vorstellung nicht zulässig. 1. Gemäß Paragraph 76, Absatz 4, FPG ist die Schubhaft mit Bescheid anzuordnen; dieser ist gemäß Paragraph 57, AVG zu erlassen, es sei denn, der Fremde befände sich bei Einleitung des Verfahrens zu seiner Erlassung aus anderem Grund nicht bloß kurzfristig in Haft. Nicht vollstreckte Schubhaftbescheide gemäß Paragraph 57, AVG gelten 14 Tage nach ihrer Erlassung als widerrufen. Gemäß Paragraph 57, Absatz eins, AVG ist die Behörde berechtigt, wenn es sich bei Gefahr im Verzug um unaufschiebbare Maßnahmen handelt, einen Bescheid auch ohne vorausgegangenes Ermittlungsverfahren zu erlassen. Gegen einen nach Absatz eins, erlassenen Bescheid kann gemäß Paragraph 57, Absatz 2, AVG bei der Behörde, die den Bescheid erlassen hat, binnen zwei Wochen Vorstellung erhoben werden. Die Vorstellung hat nur dann aufschiebende Wirkung, wenn sie gegen die Vorschreibung einer Geldleistung gerichtet ist. Gemäß Paragraph 22 a, Absatz 5, BFA-VG ist gegen die Anordnung der Schubhaft eine Vorstellung nicht zulässig.

2. Gemäß § 22a Abs. 1 BFA-VG hat der Fremde 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). Für Beschwerden gemäß Abs. 1 gelten gemäß Abs. 1a die für Beschwerden gemäß Art. 130 Abs. 1 Z 2 B-VG anwendbaren Bestimmungen des VwGGV 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 Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichtes über die Fortsetzung der Schubhaft hat gemäß Abs. 2 binnen einer Woche zu ergehen, es sei denn, die Anhaltung des Fremden hätte vorher geendet. Hat das Bundesverwaltungsgericht dem Beschwerdeführer gemäß § 13 Abs. 3 AVG aufgetragen, innerhalb bestimmter Frist einen Mangel der Beschwerde zu beheben, wird der Lauf der Entscheidungsfrist bis zur Behebung des Mangels oder bis zum fruchtlosen Ablauf der Frist gehemmt. Sofern die Anhaltung noch andauert, hat das Bundesverwaltungsgericht gemäß Abs. 3 jedenfalls festzustellen, ob zum Zeitpunkt seiner Entscheidung die für die Fortsetzung der Schubhaft maßgeblichen Voraussetzungen vorliegen. 2. Gemäß Paragraph 22 a, Absatz eins, BFA-VG hat der Fremde 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 (Ziffer eins,), er unter Berufung auf dieses Bundesgesetz angehalten wird oder wurde (Ziffer 2,), oder gegen ihn Schubhaft gemäß dem 8. Hauptstück des FPG angeordnet wurde (Ziffer 3,). Für Beschwerden gemäß Absatz eins, gelten gemäß Absatz eins a, die für Beschwerden gemäß Artikel 130, Absatz eins, Ziffer 2, B-VG anwendbaren Bestimmungen des VwGGV 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 Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichtes über die Fortsetzung der Schubhaft hat gemäß Absatz 2, binnen einer Woche zu ergehen, es sei denn, die Anhaltung des Fremden hätte vorher geendet. Hat das Bundesverwaltungsgericht dem Beschwerdeführer gemäß Paragraph 13, Absatz 3, AVG aufgetragen, innerhalb bestimmter Frist einen Mangel der Beschwerde zu beheben, wird der Lauf der Entscheidungsfrist bis zur Behebung des Mangels oder bis zum fruchtlosen Ablauf der Frist gehemmt. Sofern die Anhaltung noch andauert, hat das Bundesverwaltungsgericht gemäß Absatz 3, jedenfalls festzustellen, ob zum Zeitpunkt seiner Entscheidung die für die Fortsetzung der Schubhaft maßgeblichen Voraussetzungen vorliegen.

Gemäß § 6 des Bundesverwaltungsgerichtsgesetzes (BVwGG) entscheidet das Bundesverwaltungsgericht durch Einzelrichter, sofern nicht in Bundes- oder Landesgesetzen die Entscheidung durch Senate vorgesehen ist. Da in den maßgeblichen gesetzlichen Bestimmungen eine Senatszuständigkeit nicht vorgesehen ist, obliegt in der gegenständlichen Rechtssache die Entscheidung dem nach der jeweils geltenden Geschäftsverteilung des Bundesverwaltungsgerichtes zuständigen Einzelrichter. Das Verfahren der Verwaltungsgerichte mit Ausnahme des Bundesfinanzgerichtes ist durch das VwGGV geregelt (§ 1 leg.cit.). Gemäß § 58 Abs. 2 VwGGV bleiben entgegenstehende Bestimmungen, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Bundesgesetzes bereits kundgemacht wurden, in Kraft. Gemäß § 17 VwGGV 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 dem Verfahren vor dem Verwaltungsgericht vorangegangenen Verfahren angewendet hat oder anzuwenden gehabt hätte. Gemäß Paragraph 6, des Bundesverwaltungsgerichtsgesetzes (BVwGG) entscheidet das Bundesverwaltungsgericht durch Einzelrichter, sofern nicht in Bundes- oder Landesgesetzen die Entscheidung durch Senate vorgesehen ist. Da in den maßgeblichen gesetzlichen Bestimmungen eine Senatszuständigkeit nicht vorgesehen ist, obliegt in der gegenständlichen Rechtssache die Entscheidung dem nach der jeweils geltenden Geschäftsverteilung des Bundesverwaltungsgerichtes zuständigen Einzelrichter. Das Verfahren der Verwaltungsgerichte mit Ausnahme des Bundesfinanzgerichtes ist durch das VwGVG geregelt (Paragraph eins, leg.cit.). Gemäß Paragraph 58, Absatz 2, VwGVG bleiben entgegenstehende Bestimmungen, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Bundesgesetzes bereits kundgemacht wurden, in Kraft. Gemäß Paragraph 17, VwGVG sind, soweit in diesem Bundesgesetz nicht anderes bestimmt ist, auf das Verfahren über Beschwerden gemäß Artikel 130, Absatz eins, B-VG die Bestimmungen des AVG mit Ausnahme der Paragraphen eins bis 5 sowie des römisch vier. 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 dem Verfahren vor dem Verwaltungsgericht vorangegangenen Verfahren angewendet hat oder anzuwenden gehabt hätte.

Zu Spruchpunkt A.I.)

3.1. Rechtliche Normen

1. Der mit „Schubhaft“ betitelte § 76 des Fremdenpolizeigesetzes 2005 (FPG), BGBl. I Nr. 100/2005 idgF, lautet: 1. Der mit „Schubhaft“ betitelte Paragraph 76, des Fremdenpolizeigesetzes 2005 (FPG), Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 100 aus 2005, idgF, lautet:

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

(2) Die Schubhaft darf nur angeordnet werden, wenn

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

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

3. die Voraussetzungen des Art. 28 Abs. 1 und 2 Dublin-Verordnung vorliegen 3. die Voraussetzungen des Artikel 28, Absatz eins und 2 Dublin-Verordnung vorliegen.

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

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

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

1. ob der Fremde an dem Verfahren zur Erlassung einer aufenthaltsbeendenden Maßnahme mitwirkt oder die Rückkehr oder Abschiebung umgeht oder behindert;

1a. ob der Fremde eine Verpflichtung gemäß § 46 Abs. 2 oder 2a verletzt hat, insbesondere, wenn ihm diese Verpflichtung mit Bescheid gemäß § 46 Abs. 2b auferlegt worden ist, er diesem Bescheid nicht Folge geleistet hat und deshalb gegen ihn Zwangsstrafen (§ 3 Abs. 3 BFA-VG) angeordnet worden sind; 1a. ob der Fremde eine Verpflichtung gemäß Paragraph 46, Absatz 2, oder 2a verletzt hat, insbesondere, wenn ihm diese Verpflichtung mit Bescheid gemäß Paragraph 46, Absatz 2 b, auferlegt worden ist, er diesem Bescheid nicht Folge geleistet hat und deshalb gegen ihn Zwangsstrafen (Paragraph 3, Absatz 3, BFA-VG) angeordnet worden sind;

2. ob der Fremde entgegen einem aufrechten Einreiseverbot, einem aufrechten Aufenthaltsverbot oder während einer aufrechten Anordnung zur Außerlandesbringung neuerlich in das Bundesgebiet eingereist ist;

3. ob eine durchsetzbare aufenthaltsbeendende Maßnahme besteht oder der Fremde sich dem Verfahren zur Erlassung einer aufenthaltsbeendenden Maßnahme oder über einen Antrag auf internationalen Schutz bereits entzogen hat;

4. ob der faktische Abschiebeschutz bei einem Folgeantrag (§ 2 Abs. 1 Z 23 AsylG 2005) aufgehoben wurde oder dieser dem Fremden nicht zukommt; 4. ob der faktische Abschiebeschutz bei einem Folgeantrag (Paragraph 2, Absatz eins, Ziffer 23, AsylG 2005) aufgehoben wurde oder dieser dem Fremden nicht zukommt;

5. ob gegen den Fremden zum Zeitpunkt der Stellung eines Antrages auf internationalen Schutz eine durchsetzbare aufenthaltsbeendende Maßnahme bestand, insbesondere, wenn er sich zu diesem Zeitpunkt bereits in Schubhaft befand oder aufgrund § 34 Abs. 3 Z 1 bis 3 BFA-VG angehalten wurde; 5. ob gegen den Fremden zum Zeitpunkt der Stellung eines Antrages auf internationalen Schutz eine durchsetzbare aufenthaltsbeendende Maßnahme bestand, insbesondere, wenn er sich zu diesem Zeitpunkt bereits in Schubhaft befand oder aufgrund Paragraph 34, Absatz 3, Ziffer eins bis 3 BFA-VG angehalten wurde;

6. ob aufgrund des Ergebnisses der Befragung, der Durchsuchung oder der erkennungsdienstlichen Behandlung anzunehmen ist, dass ein anderer Mitgliedstaat nach der Dublin-Verordnung zuständig ist, insbesondere sofern

a. der Fremde bereits mehrere Anträge auf internationalen Schutz in den Mitgliedstaaten gestellt hat oder der Fremde falsche Angaben hierüber gemacht hat,

b. der Fremde versucht hat, in einen dritten Mitgliedstaat weiterzureisen, oder

c. es aufgrund der Ergebnisse der Befragung, der Durchsuchung, der erkennungsdienstlichen Behandlung oder des bisherigen Verhaltens des Fremden wahrscheinlich ist, dass der Fremde die Weiterreise in einen dritten Mitgliedstaat beabsichtigt;

7. ob der Fremde seiner Verpflichtung aus dem gelinderen Mittel nicht nachkommt;

8. ob Auflagen, Mitwirkungspflichten, Gebietsbeschränkungen, Meldepflichtungen oder Anordnungen der

Unterkunftnahme gemäß §§ 52a, 56, 57 oder 71 FPG, § 38b SPG, § 13 Abs. 2 BFA-VG oder §§ 15a oder 15b AsylG 2005 verletzt wurden, insbesondere bei Vorliegen einer aktuell oder zum Zeitpunkt der Stellung eines Antrags auf internationalen Schutzes durchsetzbaren aufenthaltsbeendenden Maßnahme; 8. ob Auflagen, Mitwirkungspflichten, Gebietsbeschränkungen, Meldeverpflichtungen oder Anordnungen der Unterkunftnahme gemäß Paragraphen 52 a, 56, 57, oder 71 FPG, Paragraph 38 b, SPG, Paragraph 13, Absatz 2, BFA-VG oder Paragraphen 15 a, oder 15b AsylG 2005 verletzt wurden, insbesondere bei Vorliegen einer aktuell oder zum Zeitpunkt der Stellung eines Antrags auf internationalen Schutzes durchsetzbaren aufenthaltsbeendenden Maßnahme;

9. der Grad der sozialen Verankerung in Österreich, insbesondere das Bestehen familiärer Beziehungen, das Ausüben einer legalen Erwerbstätigkeit beziehungsweise das Vorhandensein ausreichender Existenzmittel sowie die Existenz eines gesicherten Wohnsitzes.

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

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

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

3.2. Zu den Voraussetzungen der Schubhaft: Haftgrund, Fluchtgefahr und Verhältnismäßigkeit:

Die Behörde stützt die In-Schubhaftnahme des BF auf § 76 Abs. 2 Z 1 FPG. Dazu führt die Behörde in der Beschwerdevorlage ua aus: „Laut Erkenntnis des VwGH vom 13.12.2018, Ro 2018/17/0008, ist ein Asylbescheid nicht durchführbar, solange das BVwG nicht über die Beschwerde entschieden hat. Auch bei Ablauf der 7-Tages-Frist tritt keine „Durchführbarkeit“ ein. Trotz Ablaufs der 7-Tagesfrist sind Abschiebung und Schubhaft nach § 76 Abs 2 Z 2 FPG nicht zulässig. Die Möglichkeit von Schubhaft nach § 76 Abs 2 Z 1 oder Abs 6 FPG und der Dublin II-VO bleiben jedoch unberührt.“ Die Behörde hat sich auf die erstere Bestimmung gestützt. Dagegen richtet sich die Beschwerde. So wird hier ua das Vorliegen der Tatbestandselemente gemäß § 76 Abs. 2 Z 1 FPG in Zweifel gezogen, insbes auch, weil die Behörde nicht berücksichtigt habe, dass der BF seine „Probezeit“ bestanden habe und seine Besserungsabsicht bekundet habe. Die Behörde stützt die In-Schubhaftnahme des BF auf Paragraph 76, Absatz 2, Z 1 FPG. Dazu führt die Behörde in der Beschwerdevorlage ua aus: „Laut Erkenntnis des VwGH vom 13.12.2018, Ro 2018/17/0008, ist ein Asylbescheid nicht durchführbar, solange das BVwG nicht über die Beschwerde entschieden hat. Auch bei Ablauf der 7-Tages-Frist tritt keine „Durchführbarkeit“ ein. Trotz Ablaufs der 7-Tagesfrist sind Abschiebung und Schubhaft nach Paragraph 76, Absatz 2, Ziffer 2, FPG nicht zulässig. Die Möglichkeit von Schubhaft nach Paragraph 76, Absatz 2, Ziffer eins, oder Absatz 6, FPG und der Dublin II-VO bleiben jedoch unberührt.“ Die Behörde hat sich auf die erstere Bestimmung gestützt. Dagegen richtet sich die Beschwerde. So wird hier ua das Vorliegen das

Vorliegen der Tatbestandselemente gemäß Paragraph 76, Absatz 2, Ziffer eins, FPG in Zweifel gezogen, insbes auch, weil die Behörde nicht berücksichtigt habe, dass der BF seine „Probezeit“ bestanden habe und seine Besserungsabsicht bekundet habe.

Dazu ist Folgendes auszuführen: Mit dem mit FrÄG 2018 angepassten § 76 Abs 2 Z 1 FPG wollte der Gesetzgeber der Haftgrund des Art. 8 Abs 3 lit e Aufnahme-RL in innerstaatliches Recht umsetzen, weshalb in der neu konzipierten Z 1 des § 76 Abs 2 FPG die Anordnung der Schubhaft gegen Fremden, die einen Antrag auf internationalen Schutz gestellt haben, dahingehend eingeschränkt werden sollte, dass neben Fluchtgefahr und Verhältnismäßigkeit auch eine vom Aufenthalt des Fremden ausgehende Gefährdung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit als zusätzliche Haftvoraussetzung vorliegen muss. Der Begriff der Gefährdung der nationalen Sicherheit oder Ordnung in Art. 8 Abs. 3 lit e Aufnahme-RL setzt voraus, dass eine tatsächliche, gegenwärtige und hinreichend erhebliche Gefahr vorliegt, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt und daher über die soziale Störung, die jedem Gesetzesverstoß innewohnt, hinausgeht. Dazu ist Folgendes auszuführen: Mit dem mit FrÄG 2018 angepassten Paragraph 76, Absatz 2, Ziffer eins F, P, G, wollte der Gesetzgeber der Haftgrund des Artikel 8, Absatz 3, Litera e, Aufnahme-RL in innerstaatliches Recht umsetzen, weshalb in der neu konzipierten Ziffer eins, des Paragraph 76, Absatz 2, FPG die Anordnung der Schubhaft gegen Fremden, die einen Antrag auf internationalen Schutz gestellt haben, dahingehend eingeschränkt werden sollte, dass neben Fluchtgefahr und Verhältnismäßigkeit auch eine vom Aufenthalt des Fremden ausgehende Gefährdung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit als zusätzliche Haftvoraussetzung vorliegen muss. Der Begriff der Gefährdung der nationalen Sicherheit oder Ordnung in Artikel 8, Absatz 3, Litera e, Aufnahme-RL setzt voraus, dass eine tatsächliche, gegenwärtige und hinreichend erhebliche Gefahr vorliegt, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt und daher über die soziale Störung, die jedem Gesetzesverstoß innewohnt, hinausgeht.

Die Prüfung, ob eine derartige Gefährdung der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit vorliegt, hat daher nach einem äußerst strengen Maßstab zu geschehen. Mit dem Verweis auf § 67 FPG stellt der Gesetzgeber klar, dass hier nur Fälle schwerer Kriminalität erfasst werden sollen und zudem der Behörde ein entsprechender Begründungsaufwand zukommt. Die Prüfung, ob eine derartige Gefährdung der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit vorliegt, hat daher nach einem äußerst strengen Maßstab zu geschehen. Mit dem Verweis auf Paragraph 67, FPG stellt der Gesetzgeber klar, dass hier nur Fälle schwerer Kriminalität erfasst werden sollen und zudem der Behörde ein entsprechender Begründungsaufwand zukommt.

Denn nach der ständigen Rechtsprechung des VwGH zu § 67 FPG ist bei der zu treffenden Gefährdungsprognose das Gesamtverhalten des Fremden in Betracht zu ziehen und auf Grund konkreter Feststellungen eine Beurteilung dahingehend vorzunehmen, ob und im Hinblick auf welche Umstände die jeweils anzuwendende Gefährdungsannahme gerechtfertigt ist. Dabei ist nicht auf die bloße Tatsache der Verurteilung bzw. Bestrafung des Fremden, sondern auf die Art und Schwere der zu Grunde liegenden Straftaten und auf das sich daraus ergebende Persönlichkeitsbild abzustellen (vgl. bsp. Ra 2014/21/0039 vom 16.10.2014). Zur Frage der Begründungspflicht hinsichtlich des notwendigen Gefährdungsmaßstabes ist nach ständiger Rechtsprechung des VwGH das Gesamtverhalten des Fremden in Betracht zu ziehen und auf Grund konkreter Feststellungen eine Beurteilung dahin vorzunehmen, ob und im Hinblick auf welche Umstände die jeweils anzuwendende Gefährdungsannahme gerechtfertigt ist. Wie bereits ausgeführt ist dabei ist nicht auf die bloße Tatsache der Verurteilung bzw. Bestrafung des Fremden, sondern auf die Art und Schwere der zu Grunde liegenden Straftaten und auf das sich daraus ergebende Persönlichkeitsbild abzustellen (vgl. VwGH vom 19.5.2015, Ra 2014/21/0057). Nach ständiger Judikatur des VwGH geht bei der zu erstellenden Gefährdungsprognose schon aus dem Gesetzeswortlaut klar hervor, dass auf das ‚persönliche Verhalten‘ des Fremden abzustellen ist und strafrechtliche Verurteilungen alleine nicht ohne weiteres ein Aufenthaltsverbot begründen können. Denn nach der ständigen Rechtsprechung des VwGH zu Paragraph 67, FPG ist bei der zu treffenden Gefährdungsprognose das Gesamtverhalten des Fremden in Betracht zu ziehen und auf Grund konkreter Feststellungen eine Beurteilung dahingehend vorzunehmen, ob und im Hinblick auf welche Umstände die jeweils anzuwendende Gefährdungsannahme gerechtfertigt ist. Dabei ist nicht auf die bloße Tatsache der Verurteilung bzw. Bestrafung des Fremden, sondern auf die Art und Schwere der zu Grunde liegenden Straftaten und auf das sich daraus ergebende Persönlichkeitsbild abzustellen vergleiche bsp. Ra 2014/21/0039 vom 16.10.2014. Zur Frage der Begründungspflicht hinsichtlich des notwendigen Gefährdungsmaßstabes ist nach ständiger Rechtsprechung des VwGH das Gesamtverhalten des Fremden in Betracht zu ziehen und auf Grund konkreter Feststellungen eine Beurteilung dahin vorzunehmen, ob und im Hinblick auf welche Umstände die jeweils anzuwendende

Gefährdungsannahme gerechtfertigt ist. Wie bereits ausgeführt ist dabei ist nicht auf die bloße Tatsache der Verurteilung bzw. Bestrafung des Fremden, sondern auf die Art und Schwere der zu Grunde liegenden Straftaten und auf das sich daraus ergebende Persönlichkeitsbild abzustellen vergleiche VwGH vom 19.5.2015, Ra 2014/21/0057). Nach ständiger Judikatur des VwGH geht bei der zu erstellenden Gefährdungsprognose schon aus dem Gesetzeswortlaut klar hervor, dass auf das ‚persönliche Verhalten‘ des Fremden abzustellen ist und strafrechtliche Verurteilungen alleine nicht ohne weiteres ein Aufenthaltsverbot begründen können.

Rechtlich folgte daraus:

Zunächst wurde in der Schubhaftbeschwerde der Einwand erhoben, der BF befinde sich in einem offenen Asylverfahren und warte auf dessen Ausgang, es sei (noch) keine Beschwerdeverhandlung vor dem BVwG „in naher Zukunft anberaumt“ worden und die Dauer der Schubhaft sei „dahingehend nicht absehbar“ weshalb sich die Anhaltung nicht als verhältnismäßig erweise.

Das BVwG bestätigte den bekämpften Schubhaftbescheid des Bundesamtes für Fremdenwesen und Asyl und ging rechtlich davon aus, dass aufgrund der Straftaten des BF von einer Gefährdung gem § 67 Abs. 1 FPG auszugehen sei. Des Weiteren wurde eine Fluchtgefahr aufgrund von unkooperativen Verhalten und mangels sozialer Anbindungen des BF in Österreich angenommen. Das BVwG bestätigte den bekämpften Schubhaftbescheid des Bundesamtes für Fremdenwesen und Asyl und ging rechtlich davon aus, dass aufgrund der Straftaten des BF von einer Gefährdung gem Paragraph 67, Absatz eins, FPG auszugehen sei. Des Weiteren wurde eine Fluchtgefahr aufgrund von unkooperativen Verhalten und mangels sozialer Anbindungen des BF in Österreich angenommen.

Diesbezüglich ging das BVwG von weiteren folgenden Überlegungen aus:

Der angewandte Tatbestand gem §76 Abs. 2 Z 1 FGP stellt eine Ausnahmebestimmung zu der Regel dar, dass „Asylwerber“ nicht in Schubhaft genommen werden dürfen. Dass ein Verfahren daher (in jeder Hinsicht) offen ist, stellt ein wesentliches Element bei der Anwendung des § 76 Abs. 2 Z 1 FPG dar. Würde der Umstand, dass das Verfahren offen ist, die Anwendung des § 76 Abs. 2 Z 1 unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit ausschließen, verlöre diese Bestimmung generell ihre Anwendbarkeit. Die Normierung einer prinzipiell nicht anwendbaren Bestimmung kann aber dem Gesetzgeber nicht zu gesonnen werden. Aus diesem Grund geht das Gericht – trotz der nicht absehbaren Haftdauer – von der Verhältnismäßigkeit der In-Schubhaftnahme des BF aus. Der angewandte Tatbestand gem §76 Absatz 2, Ziffer eins, FGP stellt eine Ausnahmebestimmung zu der Regel dar, dass „Asylwerber“ nicht in Schubhaft genommen werden dürfen. Dass ein Verfahren daher (in jeder Hinsicht) offen ist, stellt ein wesentliches Element bei der Anwendung des Paragraph 76, Absatz 2, Ziffer eins, FPG dar. Würde der Umstand, dass das Verfahren offen ist, die Anwendung des Paragraph 76, Absatz 2, Ziffer eins, unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit ausschließen, verlöre diese Bestimmung generell ihre Anwendbarkeit. Die Normierung einer prinzipiell nicht anwendbaren Bestimmung kann aber dem Gesetzgeber nicht zu gesonnen werden. Aus diesem Grund geht das Gericht – trotz der nicht absehbaren Haftdauer – von der Verhältnismäßigkeit der In-Schubhaftnahme des BF aus.

Jedoch ist nach Rechtsanschauung des VwGH im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung gemäß § 76 Abs. 2a FPG zwar ein strafrechtlich relevantes Fehlverhalten des Fremden „in Betracht zu ziehen“. Nach der mittlerweile gefestigten Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes ist aber - neben dem Gesichtspunkt des § 76 Abs. 2a FPG - auch die Frage der voraussichtlichen Dauer des Asylverfahrens bzw. eines dem Asylwerber weiterhin zukommenden „Bleiberechts“ einzubeziehen (vgl. etwa VwGH 16.5.2019, Ra 2018/21/0177, Rn. 17, VwGH 19.9.2019, Ra 2019/21/0204, Rn. 17, und zuletzt VwGH 4.3.2020, Ra 2020/21/0005, Rn. 12). Ein anderes Vorgehen würde dem Grundsatz widersprechen, dass eine Schubhaft nur dann verhängt und aufrechterhalten werden darf, wenn ihr Zweck innerhalb der Schubhafthöchstdauer voraussichtlich realisiert werden kann (so ausdrücklich in Bezug auf Schubhaft zur Sicherung der Abschiebung etwa VwGH 11.5.2017, Ra 2016/21/0144, Rn. 10). Wäre von vornherein damit zu rechnen, dass es innerhalb dieses Zeitrahmens nicht zur Erlassung einer durchsetzbaren aufenthaltsbeendenden Maßnahme kommen werde, so erwiese sich eine dennoch verhängte oder aufrechterhaltene Schubhaft nach § 76 Abs. 2 Z 1 FPG somit regelmäßig als rechtswidrig. Die nach der genannten Bestimmung verhängte Schubhaft „zur Sicherung des Verfahrens über einen Antrag auf internationalen Schutz im Hinblick auf die Erlassung einer aufenthaltsbeendenden Maßnahme“ kann ihren Zweck nämlich nur dann entfalten, wenn der Fremde dann auch für den Vollzug der aufenthaltsbeendenden Maßnahme (Abschiebung) zur Verfügung steht (siehe in diesem Sinn nochmals VwGH 16.5.2019, Ra 2018/21/0177, Rn. 17, wo festgehalten wurde, dass eine auf § 76 Abs. 2 Z 1 FPG gestützte Haft aus

verfassungsrechtlichen Gründen nur dann verhängt werden kann, wenn das in dieser Bestimmung genannte zu sichernde Verfahren auch in eine Abschiebung münden kann). Jedoch ist nach Rechtsanschauung des VwGH im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung gemäß Paragraph 76, Absatz 2 a, FPG zwar ein strafrechtlich relevantes Fehlverhalten des Fremden „in Betracht zu ziehen“. Nach der mittlerweile gefestigten Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes ist aber - neben dem Gesichtspunkt des Paragraph 76, Absatz 2 a, FPG - auch die Frage der voraussichtlichen Dauer des Asylverfahrens bzw. eines dem Asylwerber weiterhin zukommenden „Bleiberechts“ einzubeziehen (vergleiche etwa VwGH 16.5.2019, Ra 2018/21/0177, Rn. 17, VwGH 19.9.2019, Ra 2019/21/0204, Rn. 17, und zuletzt VwGH 4.3.2020, Ra 2020/21/0005, Rn. 12). Ein anderes Vorgehen würde dem Grundsatz widersprechen, dass eine Schubhaft nur dann verhängt und aufrechterhalten werden darf, wenn ihr Zweck innerhalb der Schubhafthöchstdauer voraussichtlich realisiert werden kann (so ausdrücklich in Bezug auf Schubhaft zur Sicherung der Abschiebung etwa VwGH 11.5.2017, Ra 2016/21/0144, Rn. 10). Wäre von vornherein damit zu rechnen, dass es innerhalb dieses Zeitrahmens nicht zur Erlassung einer durchsetzbaren aufenthaltsbeendenden Maßnahme kommen werde, so erwiese sich eine dennoch verhängte oder aufrechterhaltene Schubhaft nach Paragraph 76, Absatz 2, Ziffer eins, FPG somit regelmäßig als rechtswidrig. Die nach der genannten Bestimmung verhängte Schubhaft „zur Sicherung des Verfahrens über einen Antrag auf internationalen Schutz im Hinblick auf die Erlassung einer aufenthaltsbeendenden Maßnahme“ kann ihren Zweck nämlich nur dann entfalten, wenn der Fremde dann auch für den Vollzug der aufenthaltsbeendenden Maßnahme (Abschiebung) zur Verfügung steht (siehe in diesem Sinn nochmals VwGH 16.5.2019, Ra 2018/21/0177, Rn. 17, wo festgehalten wurde, dass eine auf Paragraph 76, Absatz 2, Ziffer eins, FPG gestützte Haft aus verfassungsrechtlichen Gründen nur dann verhängt werden kann, wenn das in dieser Bestimmung genannte zu sichernde Verfahren auch in eine Abschiebung münden kann).

Der nach § 76 Abs. 2 Z 1 FPG erlassene Bescheid, mit dem Schubhaft zum Zweck der Sicherung der Abschiebung angeordnet wurde, erwies sich daher (im fortgesetzten Verfahren) als rechtswidrig. Der nach Paragraph 76, Absatz 2, Ziffer eins, FPG erlassene Bescheid, mit dem Schubhaft zum Zweck der Sicherung der Abschiebung angeordnet wurde, erwies sich daher (im fortgesetzten Verfahren) als rechtswidrig.

Deshalb war spruchgemäß zu entscheiden.

Zu Spruchteil B) Unzulässigkeit 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. Gemäß Paragraph 25 a, Absatz eins, VwGG hat das Verwaltungsgericht im Spruch seines Erkenntnisses oder Beschlusses auszusprechen, ob die Revision gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG zulässig ist. Der Ausspruch ist kurz zu begründen.

Im vorliegenden Fall ist die ordentliche Revision gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG nicht zulässig, weil die Entscheidung nicht von der Lösung einer Rechtsfrage grundsätzlicher Bedeutung abhängt. Das Bundesverwaltungsgericht konnte sich bei allen erheblichen Rechtsfragen auf eine ständige Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes bzw. auf eine ohnehin klare Rechtslage stützen. Die maßgebliche Rechtsprechung wurde im Zuge der rechtlichen Beurteilung wiedergegeben. Im vorliegenden Fall ist die ordentliche Revision gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG nicht zulässig, weil die Entscheidung nicht von der Lösung einer Rechtsfrage grundsätzlicher Bedeutung abhängt. Das Bundesverwaltungsgericht konnte sich bei allen erheblichen Rechtsfragen auf eine ständige Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes bzw. auf eine ohnehin klare Rechtslage stützen. Die maßgebliche Rechtsprechung wurde im Zuge der rechtlichen Beurteilung wiedergegeben.

Schlagworte

Abschiebung Asylwerber Fluchtgefahr Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung Gefährdungsprognose
Rechtsanschauung des VwGH Rechtswidrigkeit Rückkehrentscheidung Schubhaft Straffälligkeit strafrechtliche
Verurteilung Verhältnismäßigkeit Voraussetzungen

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:BVWG:2026:W186.2224565.1.00

Im RIS seit

19.05.2026

Zuletzt aktualisiert am

19.05.2026

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

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at