

# TE Bvwg Beschluss 2026/1/21 L532 2300411-1

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 21.01.2026

## Entscheidungsdatum

21.01.2026

## Norm

AVG §38

BFA-VG §35a

BFA-VG §38 Abs2

BFA-VG §39 Abs3

BFA-VG §39a

B-VG Art133 Abs4

B-VG Art133 Abs9

B-VG Art135 Abs4

B-VG Art140 Abs1 Z1 lita

B-VG Art89 Abs2

VwGG §25a Abs3

1. AVG § 38 heute
2. AVG § 38 gültig ab 01.03.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 33/2013
3. AVG § 38 gültig von 01.02.1991 bis 28.02.2013
1. BFA-VG § 35a heute
2. BFA-VG § 35a gültig ab 12.06.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 39/2026
3. BFA-VG § 35a gültig von 01.09.2018 bis 11.06.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 56/2018
1. BFA-VG § 38 heute
2. BFA-VG § 38 gültig ab 12.06.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 39/2026
3. BFA-VG § 38 gültig von 01.09.2018 bis 11.06.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 56/2018
4. BFA-VG § 38 gültig von 20.07.2015 bis 31.08.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 70/2015
5. BFA-VG § 38 gültig von 01.01.2014 bis 19.07.2015
1. BFA-VG § 39 heute
2. BFA-VG § 39 gültig ab 12.06.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 39/2026
3. BFA-VG § 39 gültig von 01.09.2018 bis 11.06.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 56/2018
4. BFA-VG § 39 gültig von 01.01.2014 bis 31.08.2018
1. BFA-VG § 39a heute
2. BFA-VG § 39a gültig ab 01.09.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 56/2018

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. 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. B-VG Art. 135 heute
2. B-VG Art. 135 gültig ab 01.01.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
3. B-VG Art. 135 gültig von 01.07.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 2/2008
4. B-VG Art. 135 gültig von 01.01.2004 bis 30.06.2008 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 100/2003
5. B-VG Art. 135 gültig von 01.07.1976 bis 31.12.2003 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 302/1975
6. B-VG Art. 135 gültig von 01.01.1965 bis 30.06.1976 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 212/1964
7. B-VG Art. 135 gültig von 25.12.1946 bis 31.12.1964 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 211/1946
8. B-VG Art. 135 gültig von 19.12.1945 bis 24.12.1946 zuletzt geändert durch StGBI. Nr. 4/1945
9. B-VG Art. 135 gültig von 03.01.1930 bis 30.06.1934

1. B-VG Art. 140 heute
2. B-VG Art. 140 gültig ab 01.01.2015 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 114/2013
3. B-VG Art. 140 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
4. B-VG Art. 140 gültig von 01.07.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 2/2008
5. B-VG Art. 140 gültig von 01.01.2004 bis 30.06.2008 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 100/2003
6. B-VG Art. 140 gültig von 06.06.1992 bis 31.12.2003 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 276/1992
7. B-VG Art. 140 gültig von 01.01.1991 bis 05.06.1992 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 685/1988
8. B-VG Art. 140 gültig von 01.07.1988 bis 31.12.1990 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 341/1988
9. B-VG Art. 140 gültig von 01.07.1976 bis 30.06.1988 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 302/1975
10. B-VG Art. 140 gültig von 19.12.1945 bis 30.06.1976 zuletzt geändert durch StGBI. Nr. 4/1945
11. B-VG Art. 140 gültig von 03.01.1930 bis 30.06.1934

1. B-VG Art. 89 heute
2. B-VG Art. 89 gültig ab 01.01.2015 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 114/2013
3. B-VG Art. 89 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
4. B-VG Art. 89 gültig von 01.01.2004 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 100/2003
5. B-VG Art. 89 gültig von 01.07.1976 bis 31.12.2003 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 302/1975
6. B-VG Art. 89 gültig von 07.04.1964 bis 30.06.1976 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 59/1964
7. B-VG Art. 89 gültig von 19.12.1945 bis 06.04.1964 zuletzt geändert durch StGBI. Nr. 4/1945
8. B-VG Art. 89 gültig von 03.01.1930 bis 30.06.1934

1. VwGG § 25a heute
2. VwGG § 25a gültig ab 21.07.2023 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 88/2023
3. VwGG § 25a gültig von 01.01.2017 bis 20.07.2023 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 24/2017
4. VwGG § 25a gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 33/2013

### Anmerkung

VfGH-Beschluss: G 16/2026-9 vom 24.06.2026 Der Antrag wird zurückgewiesen.

### Spruch

,

L532 2300411-1/26Z

### BESCHLUSS

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag. Georg WILD-NAHODIL als Einzelrichter über die Maßnahmenbeschwerde des XXXX alias XXXX , geb. XXXX alias XXXX , vertreten durch Mag. Nadja LORENZ, Rechtsanwältin in 1070 Wien, und die Diakonie-Flüchtlingsdienst gem. GmbH, etabliert in 1170 Wien, wegen Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt gem. Art. 130 Abs 1 Z 2 B-VG beschlossen: Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag. Georg WILD-NAHODIL als Einzelrichter über die Maßnahmenbeschwerde des römisch 40 alias römisch 40 , geb. römisch 40 alias römisch 40 , vertreten durch Mag. Nadja LORENZ, Rechtsanwältin in 1070 Wien, und die Diakonie-Flüchtlingsdienst gem. GmbH, etabliert in 1170 Wien, wegen Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt gem. Artikel 130, Absatz eins, Ziffer 2, B-VG beschlossen:

A)

1. Das Bundesverwaltungsgericht stellt gemäß Art. 140 Abs 1 Z 1 lit a iVm Art. 89 Abs 2 iVm Art. 135 Abs 4 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG) an den Verfassungsgerichtshof den 1. Das Bundesverwaltungsgericht stellt gemäß Artikel 140, Absatz eins, Ziffer eins, Litera a, in Verbindung mit Artikel 89, Absatz 2, in Verbindung mit Artikel 135, Absatz 4, Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG) an den Verfassungsgerichtshof den

Antrag,

? § 35a BFA-VG, ? Paragraph 35 a, BFA-VG,

? § 38 Abs 2 BFA-VG im Umfang „[...] oder er Datenträger mit sich führt, die als Beweismittel gemäß § 39 sichergestellt werden sollen, und diese auch über Aufforderung nicht freiwillig heraus gibt.“, ? Paragraph 38, Absatz 2, BFA-VG im Umfang „[...] oder er Datenträger mit sich führt, die als Beweismittel gemäß Paragraph 39, sichergestellt werden sollen, und diese auch über Aufforderung nicht freiwillig heraus gibt.“,

? § 39 Abs 3 BFA-VG im Umfang „[...] Im Falle der Sicherstellung von Datenträgern sind nicht diese, sondern die Ergebnisse der Auswertung samt Sicherungskopie (§ 39a) dem Bundesamt zu übermitteln. [...]“ sowie ? Paragraph 39, Absatz 3, BFA-VG im Umfang „[...] Im Falle der Sicherstellung von Datenträgern sind nicht diese, sondern die Ergebnisse der Auswertung samt Sicherungskopie (Paragraph 39 a,) dem Bundesamt zu übermitteln. [...]“ sowie

? § 39a BFA-VG ? Paragraph 39 a, BFA-VG

als verfassungswidrig aufzuheben.

2. Das gegenständliche Verfahren wird gem. § 38 AVG bis zum Abschluss des zu diesem Verfahren beim Verfassungsgerichtshof eingeleiteten Gesetzesprüfungsverfahrens nach Art. 140 Abs 1 Z 1 lit a iVm Art 89 Abs 2 iVm Art. 135 Abs 4 B-VG ausgesetzt. 2. Das gegenständliche Verfahren wird gem. Paragraph 38, AVG bis zum Abschluss des zu diesem Verfahren beim Verfassungsgerichtshof eingeleiteten Gesetzesprüfungsverfahrens nach Artikel 140, Absatz eins, Ziffer eins, Litera a, in Verbindung mit Artikel 89, Absatz 2, in Verbindung mit Artikel 135, Absatz 4, B-VG ausgesetzt.

B)

Die Revision ist gemäß Art. 133 Abs 9 B-VG iVm § 25a Abs 3 (Verwaltungsgerichtshofgesetz 1985) VwGG bzw. gemäß Art. 133 Abs 4 B-VG nicht zulässig. Die Revision ist gemäß Artikel 133, Absatz 9, B-VG in Verbindung mit Paragraph 25 a, Absatz 3, (Verwaltungsgerichtshofgesetz 1985) VwGG bzw. gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG nicht zulässig.

## **Text**

Begründung:

Zu A.1.

I. Sachverhalt römisch eins. Sachverhalt

1. Beim Bundesverwaltungsgericht (i.d.F. „BVwG“) ist ein Maßnahmenbeschwerdeverfahren anhängig. Diesem liegt insbesondere die Sicherstellung eines Datenträgers (Mobiltelefons) sowie die Anordnung der Auswertung dieses Datenträgers durch das Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl (i.d.F. „bB“ oder „Bundesamt“) zugrunde. 1. Beim Bundesverwaltungsgericht in der Fassung „BVwG“) ist ein Maßnahmenbeschwerdeverfahren anhängig. Diesem liegt insbesondere die Sicherstellung eines Datenträgers (Mobiltelefons) sowie die Anordnung der Auswertung dieses Datenträgers durch das Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl in der Fassung „bB“ oder „Bundesamt“) zugrunde.

2. Mit (rechtzeitig erhobener) Maßnahmenbeschwerde machte die im Spruch ausgewiesene rechtsfreundliche Vertretung erhebliche – im Weiteren dargelegte und auf das Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofs (i.d.F. „VfGH“) vom 14.12.2023, G 352/2021-46, gestützte - Zweifel an der Verfassungskonformität der §§ 35a, 39, 39a BFA-VG geltend: 2. Mit (rechtzeitig erhobener) Maßnahmenbeschwerde machte die im Spruch ausgewiesene rechtsfreundliche Vertretung erhebliche – im Weiteren dargelegte und auf das Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofs in der Fassung „VfGH“) vom 14.12.2023, G 352/2021-46, gestützte - Zweifel an der Verfassungskonformität der Paragraphen 35 a, 39, 39 a, BFA-VG geltend:

2.1. „Der Verfassungsgerichtshof hat sich in seinem Erkenntnis vom 14.12.2023 zur Zahl G 352/2021 mit jenen Normen befasst, die die Abnahme und Sicherstellung eines Mobiltelefons im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren (§ 110 Abs. 1 Z 1 und § 111 Abs. 2 StPO) regeln. Dabei gelangte der Verfassungsgerichtshof zum Ergebnis, dass solche Maßnahmen ohne eine vorhergehende richterliche Bewilligung verfassungswidrig sind, weil sie gegen das Grundrecht auf Datenschutz und das Recht auf Privatleben verstoßen. Der Verfassungsgerichtshof sah die Verhältnismäßigkeit des durch diese Maßnahmen bedingten Grundrechtseingriff ua. deshalb nicht gewahrt, da der Zugriff auf einen Datenträger – im Unterschied zu anderen Gegenständen – nicht nur ein punktuell Bild über das Verhalten von Betroffenen, sondern einen umfassenden Einblick in wesentliche Teile des bisherigen und aktuellen Lebens liefern. Es „können umfassende Persönlichkeits- und Bewegungsprofile erstellt werden, die detailreiche Rückschlüsse auf das Verhalten, die Persönlichkeit und die Gesinnung des Betroffenen zulassen“. Dabei handelt es sich um einen besonders intensiven Eingriff in die genannten Grundrechte, weil eine Sicherstellung bereits bei einem Anfangsverdacht auf eine leichte Straftat möglich ist und eine Sicherstellung auch gegenüber einem nicht verdächtigten Dritten erfolgen kann, weil auch sämtliche Personen betroffen sind, deren Daten auf dem sichergestellten Datenträger gespeichert sind. Gleichsam ist für einen Betroffenen nicht ersichtlich, wie und vor allem welche gespeicherten Daten (etwa auch extern auf einer Cloud) ausgewertet werden bzw. ob sie mit anderen Daten verknüpft werden. Die derzeit geltenden Rechtsmittel würden nicht ausreichen, um den erforderlichen Rechtsschutz der Betroffenen gegen die Ermittlungsbefugnisse der Strafverfolgungsorgane zu garantieren, sodass die angefochtenen Bestimmungen aufzuheben waren. 2.1. „Der Verfassungsgerichtshof hat sich in seinem Erkenntnis vom 14.12.2023 zur Zahl G 352 aus 2021, mit jenen Normen befasst, die die Abnahme und Sicherstellung eines Mobiltelefons im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren (Paragraph 110, Absatz eins, Ziffer eins und Paragraph 111, Absatz 2, StPO) regeln. Dabei gelangte der Verfassungsgerichtshof zum Ergebnis, dass solche Maßnahmen ohne eine vorhergehende richterliche Bewilligung verfassungswidrig sind, weil sie gegen das Grundrecht auf Datenschutz und das Recht auf Privatleben verstoßen. Der Verfassungsgerichtshof sah die Verhältnismäßigkeit des durch diese Maßnahmen bedingten Grundrechtseingriff ua. deshalb nicht gewahrt, da der Zugriff auf einen Datenträger – im Unterschied zu anderen Gegenständen – nicht nur ein punktuell Bild über das Verhalten von Betroffenen, sondern einen umfassenden Einblick in wesentliche Teile des bisherigen und aktuellen Lebens liefern. Es „können umfassende Persönlichkeits- und Bewegungsprofile erstellt werden, die detailreiche Rückschlüsse auf das Verhalten, die Persönlichkeit und die Gesinnung des Betroffenen zulassen“. Dabei handelt es sich um einen besonders intensiven Eingriff in die genannten Grundrechte, weil eine Sicherstellung bereits bei einem Anfangsverdacht auf eine leichte Straftat möglich ist und eine

Sicherstellung auch gegenüber einem nicht verdächtigten Dritten erfolgen kann, weil auch sämtliche Personen betroffen sind, deren Daten auf dem sichergestellten Datenträger gespeichert sind. Gleichsam ist für einen Betroffenen nicht ersichtlich, wie und vor allem welche gespeicherten Daten (etwa auch extern auf einer Cloud) ausgewertet werden bzw. ob sie mit anderen Daten verknüpft werden. Die derzeit geltenden Rechtsmittel würden nicht ausreichen, um den erforderlichen Rechtsschutz der Betroffenen gegen die Ermittlungsbefugnisse der Strafverfolgungsorgane zu garantieren, sodass die angefochtenen Bestimmungen aufzuheben waren.

Gegenständlich handelt es sich um die Sicherstellung eines Mobiltelefons und die Auswertung der darauf befindlichen Daten nach dem BfA-VG und ist die Verhältnismäßigkeit des durch diese Maßnahmen bedingten Grundrechtseingriffs vor dem Hintergrund der obzitierten Rechtsprechung in Zweifel zu ziehen:

§§ 35a, 39, 39a BfA-VG räumen der Behörde bzw. den Organen des öffentlichen Sicherheitsdienstes die Befugnis zur Sicherstellung von Mobiltelefonen und in einem weiteren Schritt die Befugnis zur Auswertung (nach Herstellung einer Sicherungskopie) unter anderem von personenbezogenen Daten im Sinne des § 1 DSG und des Art. 8 EMRK ein. Die Befugnis zur Sicherstellung von Mobiltelefonen greift somit in das Recht auf Datenschutz nach § 1 DSG sowie in das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens nach Art. 8 EMRK sowohl von den Betroffenen als auch von (unbeteiligten) Dritten ein. Paragraphen 35 a, 39, 39 a, BfA-VG räumen der Behörde bzw. den Organen des öffentlichen Sicherheitsdienstes die Befugnis zur Sicherstellung von Mobiltelefonen und in einem weiteren Schritt die Befugnis zur Auswertung (nach Herstellung einer Sicherungskopie) unter anderem von personenbezogenen Daten im Sinne des Paragraph eins, DSG und des Artikel 8, EMRK ein. Die Befugnis zur Sicherstellung von Mobiltelefonen greift somit in das Recht auf Datenschutz nach Paragraph eins, DSG sowie in das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens nach Artikel 8, EMRK sowohl von den Betroffenen als auch von (unbeteiligten) Dritten ein.

Das Grundrecht auf Datenschutz gemäß § 1 Abs. 1 DSG gewährleistet jedermann Anspruch auf Geheimhaltung der ihn betreffenden personenbezogenen Daten, soweit er daran ein schutzwürdiges Interesse, insbesondere im Hinblick auf die Achtung des Privatlebens, hat. Dieser Anspruch auf Geheimhaltung schutzwürdiger personenbezogener Daten ist nicht bloß auf die Nichtweitergabe erhobener Daten gerichtet, sondern verbietet es auch, dass der Betroffene unzulässigerweise zur Offenlegung verpflichtet wird. Dieser Schutz gilt auch dann, wenn die Verpflichtung zur Offenlegung nicht dem Betroffenen selbst, sondern einem über geschützte Daten des Betroffenen verfügenden Dritten auferlegt wird (VfSlg. 12.228/1989, 12.880/1991, 16.369/2001, 19.673/2012). § 1 Abs. 2 DSG enthält hiezu einen materiellen Gesetzesvorbehalt, der die Grenzen für Eingriffe in das Grundrecht enger zieht, als dies im Hinblick auf Art. 8 Abs. 2 EMRK der Fall ist (VfSlg. 19.892/2014). § 1 DSG iVm Art. 8 EMRK erfordern in einer solchen Konstellation, in welcher der Gesetzgeber den Organen des öffentlichen Sicherheitsdienstes weitgehende Eingriffsbefugnisse einräumt, einen wirksamen Rechtsschutz, durch den das Vorliegen der erforderlichen Voraussetzungen für die Sicherstellung genauso wie die Auswertung der auf einem sichergestellten Datenträger gespeicherten Daten ebenso effektiv geprüft wie ein Befugnismissbrauch unterbunden wird. Dies umso mehr bei der Verarbeitung von (unter anderem) Daten, die im Sinne des § 1 Abs. 2 zweiter Satz DSG als besonders schutzwürdig gelten (vgl. VfGH G 352/2021, Rz 77). Das Grundrecht auf Datenschutz gemäß Paragraph eins, Absatz eins, DSG gewährleistet jedermann Anspruch auf Geheimhaltung der ihn betreffenden personenbezogenen Daten, soweit er daran ein schutzwürdiges Interesse, insbesondere im Hinblick auf die Achtung des Privatlebens, hat. Dieser Anspruch auf Geheimhaltung schutzwürdiger personenbezogener Daten ist nicht bloß auf die Nichtweitergabe erhobener Daten gerichtet, sondern verbietet es auch, dass der Betroffene unzulässigerweise zur Offenlegung verpflichtet wird. Dieser Schutz gilt auch dann, wenn die Verpflichtung zur Offenlegung nicht dem Betroffenen selbst, sondern einem über geschützte Daten des Betroffenen verfügenden Dritten auferlegt wird (VfSlg. 12.228 aus 1989,, 12.880 aus 1991,, 16.369 aus 2001,, 19.673 aus 2012,). Paragraph eins, Absatz 2, DSG enthält hiezu einen materiellen Gesetzesvorbehalt, der die Grenzen für Eingriffe in das Grundrecht enger zieht, als dies im Hinblick auf Artikel 8, Absatz 2, EMRK der Fall ist (VfSlg. 19.892 aus 2014,). Paragraph eins, DSG in Verbindung mit Artikel 8, EMRK erfordern in einer solchen Konstellation, in welcher der Gesetzgeber den Organen des öffentlichen Sicherheitsdienstes weitgehende Eingriffsbefugnisse einräumt, einen wirksamen Rechtsschutz, durch den das Vorliegen der erforderlichen Voraussetzungen für die Sicherstellung genauso wie die Auswertung der auf einem sichergestellten Datenträger gespeicherten Daten ebenso effektiv geprüft wie ein Befugnismissbrauch unterbunden wird. Dies umso mehr bei der Verarbeitung von (unter anderem) Daten, die im Sinne des Paragraph eins, Absatz 2, zweiter Satz DSG als besonders schutzwürdig gelten vergleiche VfGH G 352 aus 2021,, Rz 77).

Es wird seitens des BF nicht verkannt, dass es sich bei dem durch §§ 35a, 39, 39a BFA-VG angestrebten Ziel der Feststellung der Identität und der Reiseroute mittels Sicherstellung von Beweismittel – wozu auch Mobiltelefone zählen – um ein legitimes Ziel, nämlich die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung durch ein geordnetes Fremdenwesen, (vgl. Materialien zu Z 21 (§ 39a samt Überschrift)) im Sinne des § 1 Abs. 2 DSG und Art. 8 Abs. 2 EMRK handelt und sind auch die in §§ 35a, 39, 39a BFA-VG vergebenen Befugnisse abstrakt geeignet, dieses (legitime) Ziel zu erreichen. Zudem ist die Sicherstellung eines Mobiltelefons und Auswertung der darauf befindlichen Daten zur Feststellung der Identität und der Reiseroute nicht schlechthin ungeeignet. Es wird seitens des BF nicht verkannt, dass es sich bei dem durch Paragraphen 35 a, 39, 39 a, BFA-VG angestrebten Ziel der Feststellung der Identität und der Reiseroute mittels Sicherstellung von Beweismittel – wozu auch Mobiltelefone zählen – um ein legitimes Ziel, nämlich die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung durch ein geordnetes Fremdenwesen, vergleiche Materialien zu Ziffer 21, (Paragraph 39 a, samt Überschrift)) im Sinne des Paragraph eins, Absatz 2, DSG und Artikel 8, Absatz 2, EMRK handelt und sind auch die in Paragraphen 35 a, 39, 39 a, BFA-VG vergebenen Befugnisse abstrakt geeignet, dieses (legitime) Ziel zu erreichen. Zudem ist die Sicherstellung eines Mobiltelefons und Auswertung der darauf befindlichen Daten zur Feststellung der Identität und der Reiseroute nicht schlechthin ungeeignet.

Eine weitere Voraussetzung für die Verhältnismäßigkeit und damit die Zulässigkeit des Eingriffes in das Grundrecht auf Datenschutz gemäß § 1 DSG und das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens gemäß Art. 8 EMRK ist, dass die Schwere des konkreten Eingriffes nicht das Gewicht und die Bedeutung der mit dem Eingriff verfolgten Ziele übersteigt (zB. VfSlg. 19.738/2013, 19.892/2014; EGMR 04.12.2008 [GK], Fall S. und Marper, Appl. 30.562/04, [Z 101]). Im Hinblick auf besonders schutzwürdige Daten sieht § 1 Abs. 2 zweiter Satz DSG als weitere Eingriffsschranke vor, dass die Verwendung solcher Daten nur zur Wahrung wichtiger öffentlicher Interessen vorgesehen werden darf und dass das jeweilige Gesetz angemessene Garantien für den Schutz der Geheimhaltungsinteressen der Betroffenen und eines wirksamen Rechtsschutzes festlegen muss. Eine weitere Voraussetzung für die Verhältnismäßigkeit und damit die Zulässigkeit des Eingriffes in das Grundrecht auf Datenschutz gemäß Paragraph eins, DSG und das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens gemäß Artikel 8, EMRK ist, dass die Schwere des konkreten Eingriffes nicht das Gewicht und die Bedeutung der mit dem Eingriff verfolgten Ziele übersteigt (zB. VfSlg. 19.738 aus 2013,, 19.892 aus 2014,; EGMR 04.12.2008 [GK], Fall S. und Marper, Appl. 30.562/04, [Z 101]). Im Hinblick auf besonders schutzwürdige Daten sieht Paragraph eins, Absatz 2, zweiter Satz DSG als weitere Eingriffsschranke vor, dass die Verwendung solcher Daten nur zur Wahrung wichtiger öffentlicher Interessen vorgesehen werden darf und dass das jeweilige Gesetz angemessene Garantien für den Schutz der Geheimhaltungsinteressen der Betroffenen und eines wirksamen Rechtsschutzes festlegen muss.

Diesen Anforderungen genügen die Bestimmungen der §§ 35a, 39, 39a BFA-VG nach Auffassung des BF nicht. Diesen Anforderungen genügen die Bestimmungen der Paragraphen 35 a, 39, 39 a, BFA-VG nach Auffassung des BF nicht:

Vorzustellen ist zunächst, dass bei der Auswertung der Daten eines Mobiltelefons ein umfassender Einblick in das Leben des Asylwerbers gewährt wird und auch Informationen über unbeteiligte Dritte geliefert werden können, die mit dem Betroffenen in einem Bekanntschaftsverhältnis stehen (ausführlich vgl. etwa VfGH G 352/2021, Rz 66). Es handelt sich daher um eine besonders eingriffsintensive Maßnahme. Vorzustellen ist zunächst, dass bei der Auswertung der Daten eines Mobiltelefons ein umfassender Einblick in das Leben des Asylwerbers gewährt wird und auch Informationen über unbeteiligte Dritte geliefert werden können, die mit dem Betroffenen in einem Bekanntschaftsverhältnis stehen (ausführlich vergleiche etwa VfGH G 352 aus 2021,, Rz 66). Es handelt sich daher um eine besonders eingriffsintensive Maßnahme:

§§ 35a, 39a BFA-VG zielen darauf ab, neben der Reiseroute die Identität des Betroffenen zu ermitteln. Es handelt sich daher per definitionem um personenbezogene und somit besonders schutzwürdige Daten des Betroffenen (und allenfalls von Dritten, deren Informationen auf dem Mobiltelefon des Betroffenen gespeichert sind) gemäß § 1 Abs. 2 zweiter Satz DSG. Paragraphen 35 a, 39 a, BFA-VG zielen darauf ab, neben der Reiseroute die Identität des Betroffenen zu ermitteln. Es handelt sich daher per definitionem um personenbezogene und somit besonders schutzwürdige Daten des Betroffenen (und allenfalls von Dritten, deren Informationen auf dem Mobiltelefon des Betroffenen gespeichert sind) gemäß Paragraph eins, Absatz 2, zweiter Satz DSG.

In Bezug auf personenbezogene Daten müssen daher angemessene Garantien für den Schutz der Geheimhaltungsinteressen und des wirksamen Rechtsschutzes der Betroffenen festgelegt werden (§ 1 Abs. 2 DSG). In Bezug auf personenbezogene Daten müssen daher angemessene Garantien für den Schutz der

Geheimhaltungsinteressen und des wirksamen Rechtsschutzes der Betroffenen festgelegt werden (Paragraph eins, Absatz 2, DSG).

Im Anwendungsbereich des BFA-VG kann die Behörde bereits die Auswertung eines Mobiltelefons gemäß § 35a leg cit anordnen, sofern die Voraussetzungen des § 39a leg cit vorliegen und eine Auswertung nicht bereits (zum Beispiel durch die Erstaufnahmestelle) erfolgt ist. Im Anwendungsbereich des BFA-VG kann die Behörde bereits die Auswertung eines Mobiltelefons gemäß Paragraph 35 a, leg cit anordnen, sofern die Voraussetzungen des Paragraph 39 a, leg cit vorliegen und eine Auswertung nicht bereits (zum Beispiel durch die Erstaufnahmestelle) erfolgt ist.

Sohin sind gemäß § 39a BFA-VG die Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes dazu berechtigt, von Daten, die sich auf sichergestellten Datenträgern (Mobiltelefonen) befinden, zum Zweck der Identitätsfeststellung eine Sicherungskopie herzustellen und diese auszuwerten, wenn ein Fremder einen Antrag auf internationalen Schutz gestellt hat und die Identität des Antragstellers anhand der vorhandenen Beweismittel nicht festgestellt werden kann. Sohin sind gemäß Paragraph 39 a, BFA-VG die Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes dazu berechtigt, von Daten, die sich auf sichergestellten Datenträgern (Mobiltelefonen) befinden, zum Zweck der Identitätsfeststellung eine Sicherungskopie herzustellen und diese auszuwerten, wenn ein Fremder einen Antrag auf internationalen Schutz gestellt hat und die Identität des Antragstellers anhand der vorhandenen Beweismittel nicht festgestellt werden kann.

Innerhalb der Schranken der Verhältnismäßigkeit, des Kindeswohls und der Grundrechtskonformität ist die Ausübung dieser Ermächtigung ansonsten an keine weiteren Voraussetzungen geknüpft.

Der Verfassungsgerichtshof hat die betreffenden Normen in der StPO mit obzitiertem Erkenntnis aufgehoben, weil die durch sie gesetzten Maßnahmen nicht von einer gerichtlichen Bewilligung, sondern „nur“ von einer staatsanwaltlichen Anordnung abhängig gemacht wurden.

Ein:e Staatsanwält:in muss zur Amtsausübung ein Studium der Rechtswissenschaften absolvieren und die Richteramtsprüfung ablegen, während für ein Verwaltungsorgan, das zu den Maßnahmen nach §§ 35a, 39 und 39a BFA-VG ermächtigt ist, derartige Voraussetzungen nicht gelten. Nach § 2 Abs. 5 des BFA-Einrichtungsgesetzes genügt es, dass ein Bediensteter vom Direktor des Bundesamtes zur Ausübung von gemäß §§ 38 Abs. 1 Z 3 und 4 und Abs. 2, 39 Abs. 1 und 42 Abs. 1 BFA-VG vorgesehener Befehls- und Zwangsgewalt ermächtigt wird, sofern er als geeignet und „besonders geschult“ gilt. Ein:e Staatsanwält:in muss zur Amtsausübung ein Studium der Rechtswissenschaften absolvieren und die Richteramtsprüfung ablegen, während für ein Verwaltungsorgan, das zu den Maßnahmen nach Paragraphen 35 a, 39 und 39 a BFA-VG ermächtigt ist, derartige Voraussetzungen nicht gelten. Nach Paragraph 2, Absatz 5, des BFA-Einrichtungsgesetzes genügt es, dass ein Bediensteter vom Direktor des Bundesamtes zur Ausübung von gemäß Paragraphen 38, Absatz eins, Ziffer 3 und 4 und Absatz 2, 39, Absatz eins und 42 Absatz eins, BFA-VG vorgesehener Befehls- und Zwangsgewalt ermächtigt wird, sofern er als geeignet und „besonders geschult“ gilt.

Vor diesem Hintergrund und unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofs lässt sich daher ableiten, dass die Regelungen der §§ 35a, 39, 39a BFA-VG keine angemessenen Garantien für den Schutz der Geheimhaltungsinteressen der Betroffenen bieten. Vor diesem Hintergrund und unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofs lässt sich daher ableiten, dass die Regelungen der Paragraphen 35 a, 39, 39 a, BFA-VG keine angemessenen Garantien für den Schutz der Geheimhaltungsinteressen der Betroffenen bieten.

Hinzu kommt, dass für den Betroffenen nicht ersichtlich ist, in welcher Form die Auswertung der auf dem Datenträger (extern oder lokal) gespeicherten Daten erfolgt (ob zB. gelöschte Daten wiederhergestellt werden, eine Verknüpfung mit anderen Daten vorgenommen wird etc.) und ergibt sich dies auch nicht aus der ausgefolgten Bestätigung über die Sicherstellung sowie dem Informationsblatt „Datenträgersicherstellung nach dem FPG bzw BFA-VG“ (vgl. auch Gedächtnisprotokoll von XXXX vom 29.08.2024). Eine ex ante Beschränkung der auszuwertenden Daten ist mit Blick auf die Zweckverfolgung der Normen nicht möglich (vgl. Materialien zu Z 21 (§ 39a samt Überschrift) - zu den besonderen Rechtsschutzbedürfnissen derart überschießender Beweiserhebungen siehe erneut VfGH G 352/2021)). Hinzu kommt, dass für den Betroffenen nicht ersichtlich ist, in welcher Form die Auswertung der auf dem Datenträger (extern oder lokal) gespeicherten Daten erfolgt (ob zB. gelöschte Daten wiederhergestellt werden, eine Verknüpfung mit anderen Daten vorgenommen wird etc.) und ergibt sich dies auch nicht aus der ausgefolgten Bestätigung über die Sicherstellung sowie dem Informationsblatt „Datenträgersicherstellung nach dem FPG bzw BFA-VG“ vergleiche auch Gedächtnisprotokoll von römisch 40 vom 29.08.2024). Eine ex ante Beschränkung der auszuwertenden Daten ist mit

Blick auf die Zweckverfolgung der Normen nicht möglich vergleiche Materialien zu Ziffer 21, (Paragraph 39 a, samt Überschrift) - zu den besonderen Rechtsschutzbedürfnissen derart überschießender Beweiserhebungen siehe erneut VfGH G 352 aus 2021,)).

Dies ist auch insofern problematisch, als das öffentliche Interesse an der Verfolgung von potenziellen Straftäter:innen höher zu bewerten ist als jenes an einem geordneten Fremdenwesen durch die Feststellung der Identität und der Reiseroute von Schutzsuchenden.

Darüber hinaus sind strafrechtlich relevante Zufallsfunde bei der Auswertung der Daten eines Mobiltelefons gemäß 39a BFA-VG amtswegig aufzugreifen und an die zuständigen Behörden weiterzuleiten. Darüber hinaus sind strafrechtlich relevante Zufallsfunde bei der Auswertung der Daten eines Mobiltelefons gemäß Paragraph 39 a, BFA-VG amtswegig aufzugreifen und an die zuständigen Behörden weiterzuleiten:

„Geben die ausgewerteten Daten Hinweise auf ein strafrechtlich relevantes Verhalten (z.B. Kinderpornografie oder Menschenhandel), sind diese, soweit sie im Rahmen der Auswertung der Datenträger durch Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes wahrgenommen werden, von diesen amtswegig aufzugreifen und ist deren weitere Verwendung bzw. Verarbeitung nach den Bestimmungen der Strafprozeßordnung 1975 (StPO), BGBl. Nr. 631/1975, vorzunehmen. Werden Hinweise auf ein strafrechtlich relevantes Verhalten erst im Rahmen der Prüfung des Auswertungsergebnisses seitens des Bundesamtes festgestellt, kommt diesen gemäß den Bestimmungen der StPO das Recht bzw. mitunter auch die Pflicht zu, Anzeige an die Kriminalpolizei oder Staatsanwaltschaft zu erstatten. Die weitere Verwendung bzw. Verarbeitung der Daten (Sicherstellung usw.) richtet sich in weiterer Folge nach den Bestimmungen der StPO.“ (Materialien zu Z 21 (§ 39a samt Überschrift)), „Geben die ausgewerteten Daten Hinweise auf ein strafrechtlich relevantes Verhalten (z.B. Kinderpornografie oder Menschenhandel), sind diese, soweit sie im Rahmen der Auswertung der Datenträger durch Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes wahrgenommen werden, von diesen amtswegig aufzugreifen und ist deren weitere Verwendung bzw. Verarbeitung nach den Bestimmungen der Strafprozeßordnung 1975 (StPO), Bundesgesetzblatt Nr. 631 aus 1975,, vorzunehmen. Werden Hinweise auf ein strafrechtlich relevantes Verhalten erst im Rahmen der Prüfung des Auswertungsergebnisses seitens des Bundesamtes festgestellt, kommt diesen gemäß den Bestimmungen der StPO das Recht bzw. mitunter auch die Pflicht zu, Anzeige an die Kriminalpolizei oder Staatsanwaltschaft zu erstatten. Die weitere Verwendung bzw. Verarbeitung der Daten (Sicherstellung usw.) richtet sich in weiterer Folge nach den Bestimmungen der StPO.“ (Materialien zu Ziffer 21, (Paragraph 39 a, samt Überschrift))

Es lässt sich festhalten, dass die Maßnahmen nach dem BFA-VG bei gleicher Eingriffsintensität schwächere Garantien zur Wahrung der Geheimhaltungsinteressen der Betroffenen bieten als jene, die auf den als verfassungswidrig erklärten Normen der StPO basieren, obwohl das öffentliche Interesse an der Feststellung der Identität von Schutzsuchenden als geringer als das Interesse an der Verfolgung von Straftäter:innen einzustufen ist.

Diese Überlegungen führen zu der Schlussfolgerung, dass die im BFA-VG vorgesehenen Garantien zum Schutz der Geheimhaltungsinteressen der Betroffenen als nicht angemessen zu beurteilen sind.

Den Betroffenen steht wohl das Rechtsmittel der Maßnahmenbeschwerde – analog zum Einspruch gegen eine Rechtsverletzung iSd. § 106 StPO – offen, welches auch die Möglichkeit der Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung beinhaltet. Allerdings lässt sich der Eingriff in die berührten Grundrechte auf diesem Wege gleichwohl nicht vollumfänglich bekämpfen (VfGH G 352/2021, Rz 25). Daher ist auch der gesetzlich vorgesehene Rechtsschutz gegen die Sicherstellung und Auswertung eines Datenträgers als unzureichend zu beurteilen. Den Betroffenen steht wohl das Rechtsmittel der Maßnahmenbeschwerde – analog zum Einspruch gegen eine Rechtsverletzung iSd. Paragraph 106, StPO – offen, welches auch die Möglichkeit der Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung beinhaltet. Allerdings lässt sich der Eingriff in die berührten Grundrechte auf diesem Wege gleichwohl nicht vollumfänglich bekämpfen (VfGH G 352 aus 2021,, Rz 25). Daher ist auch der gesetzlich vorgesehene Rechtsschutz gegen die Sicherstellung und Auswertung eines Datenträgers als unzureichend zu beurteilen.

Da die in Frage stehenden Maßnahmen auf Grundlage von Normen vollzogen werden, die den Organen der öffentlichen Sicherheit weitreichende Ermittlungsbefugnisse einräumen, aber keine angemessenen Garantien für den Schutz der Geheimhaltungsinteressen und des wirksamen Rechtsschutzes des Betroffenen bereitstellen, sind diese Normen als verfassungswidrig und die darauf gestützten Maßnahmen als unrechtmäßig zu beurteilen.

Darüber hinaus mangelt es den genannten Normen im BFA-VG an der notwendigen Konkretheit in Bezug auf ihre

#### Voraussetzungen:

„Abgesehen von der Verwendung personenbezogener Daten im lebenswichtigen Interesse des Betroffenen oder mit seiner Zustimmung sind Beschränkungen des Anspruchs auf Geheimhaltung demnach nur zur Wahrung überwiegender berechtigter Interessen eines anderen zulässig, und zwar bei Eingriffen einer staatlichen Behörde nur auf Grund von Gesetzen, die aus den in Art. 8 Abs. 2 EMRK genannten Gründen notwendig sind und die ausreichend präzise, also für jedermann vorhersehbar, regeln, unter welchen Voraussetzungen die Ermittlung bzw. die Verwendung personenbezogener Daten für die Wahrnehmung konkreter Verwaltungsaufgaben erlaubt ist (vgl. VfSlg. 16.369/2001, 18.146/2007, 18.643/2008, 18.963/2009, 19.886/2014, 19.892/2014, 20.213/2017).“ (VfGH, G 352/2021, Rz 56) „Abgesehen von der Verwendung personenbezogener Daten im lebenswichtigen Interesse des Betroffenen oder mit seiner Zustimmung sind Beschränkungen des Anspruchs auf Geheimhaltung demnach nur zur Wahrung überwiegender berechtigter Interessen eines anderen zulässig, und zwar bei Eingriffen einer staatlichen Behörde nur auf Grund von Gesetzen, die aus den in Artikel 8, Absatz 2, EMRK genannten Gründen notwendig sind und die ausreichend präzise, also für jedermann vorhersehbar, regeln, unter welchen Voraussetzungen die Ermittlung bzw. die Verwendung personenbezogener Daten für die Wahrnehmung konkreter Verwaltungsaufgaben erlaubt ist vergleiche VfSlg. 16.369 aus 2001,, 18.146 aus 2007,, 18.643 aus 2008,, 18.963 aus 2009,, 19.886 aus 2014,, 19.892 aus 2014,, 20.213 aus 2017,).“ (VfGH, G 352 aus 2021,, Rz 56)

Der Verfassungsgerichtshof monierte in obzitiertem Erkenntnis, dass die eingriffsintensiven Maßnahmen bereits bei Bestehen eines Anfangsverdachts gesetzt werden durften. Während in der StPO zumindest noch auf eine Legaldefinition (§ 1 Abs. 3 StPO) zurückgegriffen werden kann, bleibt das BFA-VG in §§ 35a, 39a unkonkret darin, was es bedeutet, dass eine Feststellung der Identität anhand der vorliegenden Beweismittel nicht möglich ist. Welche – erfolglosen – Ermittlungsmaßnahmen (Anfrage an einen Vertrauensanwalt über die österreichische Botschaft, Sprachanalyse, Abfragen von Ortskenntnissen usw.) gesetzt werden müssen, bevor die Sicherstellung und Auswertung eines Mobiltelefons angeordnet werden darf, ist dem Gesetz nicht zu entnehmen. Ebenfalls legt das Gesetz nicht fest, welche Frist einem Asylwerber eingeräumt werden muss, um allfällige Dokumente nachzubringen und inwiefern die aktuellen familiären Umstände – wie hier ein Umzug der Familie – in diese Fristsetzung einbezogen werden müssen, zumal ein (minderjähriger, unbegleiteter) Asylwerber bei der Beschaffung der Dokumente meist vorrangig auf seine im Herkunftsstaat oder Transitstaat aufhaltigen Familienmitglieder angewiesen ist. Der Verfassungsgerichtshof monierte in obzitiertem Erkenntnis, dass die eingriffsintensiven Maßnahmen bereits bei Bestehen eines Anfangsverdachts gesetzt werden durften. Während in der StPO zumindest noch auf eine Legaldefinition (Paragraph eins, Absatz 3, StPO) zurückgegriffen werden kann, bleibt das BFA-VG in Paragraphen 35 a, 39 a, unkonkret darin, was es bedeutet, dass eine Feststellung der Identität anhand der vorliegenden Beweismittel nicht möglich ist. Welche – erfolglosen – Ermittlungsmaßnahmen (Anfrage an einen Vertrauensanwalt über die österreichische Botschaft, Sprachanalyse, Abfragen von Ortskenntnissen usw.) gesetzt werden müssen, bevor die Sicherstellung und Auswertung eines Mobiltelefons angeordnet werden darf, ist dem Gesetz nicht zu entnehmen. Ebenfalls legt das Gesetz nicht fest, welche Frist einem Asylwerber eingeräumt werden muss, um allfällige Dokumente nachzubringen und inwiefern die aktuellen familiären Umstände – wie hier ein Umzug der Familie – in diese Fristsetzung einbezogen werden müssen, zumal ein (minderjähriger, unbegleiteter) Asylwerber bei der Beschaffung der Dokumente meist vorrangig auf seine im Herkunftsstaat oder Transitstaat aufhaltigen Familienmitglieder angewiesen ist.

Dass die Setzung einer weiteren Frist zur Nachbringung von Dokumenten zur Feststellung der Identität des BF geeignet gewesen wäre, zeigt sich auch daran, dass es dem BF nunmehr gelungen ist, dass den geforderten Auszug aus dem Personenstandsregister im Original beizuschaffen.

Beweis: Scan des originalen Auszuges aus dem Personenstandsregister

Darüber hinaus ist, wie bereits ausgeführt, für den Betroffenen nicht ersichtlich, in welcher Form die Auswertung der auf dem Datenträger gespeicherten Daten erfolgt. Damit ist auch die Eingriffstiefe nicht vorhersehbar, was wiederum eine Voraussetzung des § 1 Abs. 2 DSG zur Wahrung der Verhältnismäßigkeit eines Eingriffes in dieses Grundrecht ist (VfGH G 352/2021, Rz 75, wonach eine solche Maßnahme zwar nicht verdeckt, aber eben auch nicht „offen“ ist – zu den besonderen Rechtsschutzbedürfnissen von „geheimen Maßnahmen“ unter dem Blickwinkel einer möglichen Untergrabung der Demokratie: vgl. grundlegend EGMR 06.09.1978, Fall Klass, Appl. 5029/71, [Z 49 ff]). Darüber hinaus ist, wie bereits ausgeführt, für den Betroffenen nicht ersichtlich, in welcher Form die Auswertung der auf dem Datenträger gespeicherten Daten erfolgt. Damit ist auch die Eingriffstiefe nicht vorhersehbar, was wiederum eine

Voraussetzung des Paragraph eins, Absatz 2, DSG zur Wahrung der Verhältnismäßigkeit eines Eingriffes in dieses Grundrecht ist (VfGH G 352 aus 2021,, Rz 75, wonach eine solche Maßnahme zwar nicht verdeckt, aber eben auch nicht „offen“ ist – zu den besonderen Rechtsschutzbedürfnissen von „geheimen Maßnahmen“ unter dem Blickwinkel einer möglichen Untergrabung der Demokratie: vergleiche grundlegend EGMR 06.09.1978, Fall Klass, Appl. 5029/71, [Z 49 ff]).

Aus diesen Gründen werden die Bestimmungen des §§ 35a, 39a BFA-VG den Konkretheitserfordernissen des § 1 DSG nicht gerecht. Aus diesen Gründen werden die Bestimmungen des Paragraphen 35 a, 39 a, BFA-VG den Konkretheitserfordernissen des Paragraph eins, DSG nicht gerecht.

Schließlich darf auch im Falle zulässiger Beschränkungen der Eingriff in das Grundrecht nur in der jeweils gelindesten, zum Ziel führenden Art vorgenommen werden (vgl. VfGH G 352/2021-46, Rz 58). Schließlich darf auch im Falle zulässiger Beschränkungen der Eingriff in das Grundrecht nur in der jeweils gelindesten, zum Ziel führenden Art vorgenommen werden vergleiche VfGH G 352/2021-46, Rz 58).

Wie bereits ausgeführt, hat sich die Behörde nicht jenen, ihr noch offenstehenden, geeigneten Ermittlungsmaßnahmen bedient, die im Vergleich zu der Sicherstellung und Auswertung der Daten eines Mobiltelefons einen weit weniger intensiven Eingriff in die Grundrechte bedeutet hätten.

In diesem Zusammenhang ist auf ein Urteil des Verwaltungsgerichts Berlin zu verweisen, mit welchem ausgesprochen wurde, dass das (dortige) Bundesamt für Migration und Flüchtlinge nicht befugt ist, Asylsuchende zur Preisgabe ihrer Handyzugangsdaten zu verpflichten, um deren Handys auszuwerten und die erlangten Daten der Entscheidung über den Asylantrag zugrunde zu legen, so nicht vorher mildere Mittel ausgeschöpft wurden:

„Der Zweck der Maßnahme, nämlich Hinweise und wichtige Erkenntnisse zur Identität und Staatsangehörigkeit des Asylbewerbers zu erhalten (vgl. BT-Drs. 18/11546, S. 23), konnte hier aber, bezogen auf den maßgeblichen Zeitpunkt der Anordnung (15. Mai 2019), durch mildere Mittel erreicht werden. Dabei ist auf eine ex ante Sicht abzustellen und nicht ex post zu fragen, ob letztlich tatsächlich mildere Mittel zur Feststellung der Identität und Staatsangehörigkeit erreichbar waren (vgl. Funke-Kaiser, in: GK-AsylG, 115. Ergänzungslieferung März 2018, § 15a Rn. 11). Mildere Mittel sind solche, durch die – wie bei der Auswertung von Datenträgern – Indizien zur Feststellung der Identität und Staatsangehörigkeit gewonnen werden können, jedoch im Vergleich zur Datenträgerauswertung, die einen Eingriff in das Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme darstellt, eine geringere Eingriffsintensität aufweisen. In Betracht kommen verschiedene Maßnahmen, wie etwa die Auswertung eingereicherter Unterlagen, die Durchführung von Registerabgleichen, Abfragen anderer Behörden oder Nachfragen beim Sprachmittler nach Sprachauffälligkeiten. Dabei ist allen Maßnahmen gemein, dass sie lediglich Hinweise zur Identität und Staatsangehörigkeit liefern können. „Der Zweck der Maßnahme, nämlich Hinweise und wichtige Erkenntnisse zur Identität und Staatsangehörigkeit des Asylbewerbers zu erhalten vergleiche BT-Drs. 18/11546, S. 23), konnte hier aber, bezogen auf den maßgeblichen Zeitpunkt der Anordnung (15. Mai 2019), durch mildere Mittel erreicht werden. Dabei ist auf eine ex ante Sicht abzustellen und nicht ex post zu fragen, ob letztlich tatsächlich mildere Mittel zur Feststellung der Identität und Staatsangehörigkeit erreichbar waren vergleiche Funke-Kaiser, in: GK-AsylG, 115. Ergänzungslieferung März 2018, Paragraph 15 a, Rn. 11). Mildere Mittel sind solche, durch die – wie bei der Auswertung von Datenträgern – Indizien zur Feststellung der Identität und Staatsangehörigkeit gewonnen werden können, jedoch im Vergleich zur Datenträgerauswertung, die einen Eingriff in das Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme darstellt, eine geringere Eingriffsintensität aufweisen. In Betracht kommen verschiedene Maßnahmen, wie etwa die Auswertung eingereicherter Unterlagen, die Durchführung von Registerabgleichen, Abfragen anderer Behörden oder Nachfragen beim Sprachmittler nach Sprachauffälligkeiten. Dabei ist allen Maßnahmen gemein, dass sie lediglich Hinweise zur Identität und Staatsangehörigkeit liefern können.

Gemessen daran lagen im Falle der Klägerin im maßgeblichen Zeitpunkt der Anordnung mildere Mittel zur Gewinnung weiterer Indizien zur Feststellung der Identität und Staatsangehörigkeit vor, nämlich die Übersetzung und Überprüfung der eingereichten Unterlagen (Tazkira, Heiratsurkunde und Bescheinigung der afghanischen Botschaft in Athen), die Registerabgleiche und die Nachfrage beim Sprachmittler nach sprachlichen Auffälligkeiten. Dass dies auch das Bundesamt als mildere Mittel zur Gewinnung von Indizien zur Feststellung der Identität und Staatsangehörigkeit ansieht, zeigt sich auch an dessen Verwaltungspraxis. Denn während es zunächst bei der Registrierung die Herausgabe des Mobiltelefons nebst Zugangsdaten verlangt, das Mobiltelefon ausliest sowie einen Ergebnisreport generieren lässt, prüft es erst nach Würdigung der Ergebnisse der weiter durchgeführten (milderen) Maßnahmen zur Gewinnung von

Erkenntnissen zur Feststellung der Identität und Staatsangehörigkeit des Ausländers, ob es den „auf Vorrat“ generierten Ergebnisreport noch zur Feststellung der Identität und Staatsangehörigkeit des Ausländers benötigt. Es prüft mithin erst zu diesem Zeitpunkt – hier am 28. Mai 2019 – die Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit der – hier am 15. Mai 2019 – durchgeführten Datenträgerauswertung.“ (VG Berlin 01.06.2021, VG 9 K 135/20 A)

Zwar handelt es sich Beschwerdefall nicht um eine Sicherstellung der Daten eines Mobiltelefons „auf Vorrat“ wie im deutschen Vergleichsfall.

Doch auch gegenständlich standen der Behörde zum maßgeblichen Zeitpunkt der Anordnung der Sicherstellung und Auswertung der Daten des Mobiltelefons gelindere Mittel zur Gewinnung von Indizien zur Feststellung der Identität und Staatsangehörigkeit offen. Dazu zählen beispielsweise eine Anfrage an einen türkischen oder syrischen Vertrauensanwalt über die österreichische Botschaft, die (erneute) Fristsetzung zur Nachreichung von Originaldokumenten, die Durchführung einer Sprachanalyse oder die Abfrage von Ortskenntnissen.

Somit hat die Behörde nicht zunächst sämtliche, gelinderen Mittel ausgeschöpft, bevor es die bekämpften Maßnahmen ergriff, sodass diese auch aus diesem Grund nicht mit dem Gesetz vereinbar waren.

Im Lichte dessen einerseits und der besonderen Eingriffsintensität der Sicherstellung und Auswertung der Daten eines Mobiltelefons in die Grundrechte des BF (und unbeteiligten Dritten), der weitreichenden Ermittlungsbefugnisse der Behörde samt überschießender Beweiserhebung bei gleichzeitig unzureichendem Rechtsschutz und unangemessenen Garantien der Geheimhaltungsinteressen sowie der Intransparenz der Auswertung andererseits ist somit zusammenfassend festzuhalten, dass gegenständlich die Durchsuchung des BF sowie die Sicherstellung, die Anordnung zur Auswertung und die darauf gestützte Auswertung des Mobiltelefons des BF rechtswidrig waren, da die gesetzlichen Voraussetzungen zum Vollzug dieser Maßnahmen nicht erfüllt waren, sie als unverhältnismäßig zu qualifizieren sind und auf Basis verfassungswidriger Normen vollzogen wurden.“

## II. Rechtslager römisch zwei. Rechtslage

1. §§ 35a, 38 Abs 2, 39 Abs 3 und 39a BFA-VG lauten (die als verfassungswidrig angefochtenen Teile der Bestimmungen sind hervorgehoben): 1. Paragraphen 35 a, 38, Absatz 2, 39, Absatz 3 und 39 a BFA-VG lauten (die als verfassungswidrig angefochtenen Teile der Bestimmungen sind hervorgehoben):

### „Auftrag zur Auswertung von Datenträgern

§ 35a. (1) Das Bundesamt kann die Auswertung von sichergestellten Datenträgern eines Asylwerbers anordnen, sofern die Voraussetzungen des § 39a vorliegen und eine Auswertung nicht bereits erfolgt ist. Paragraph 35 a, (1) Das Bundesamt kann die Auswertung von sichergestellten Datenträgern eines Asylwerbers anordnen, sofern die Voraussetzungen des Paragraph 39 a, vorliegen und eine Auswertung nicht bereits erfolgt ist.

(2) Der Auftrag zur Auswertung von sichergestellten Datenträgern ergeht in Ausübung verwaltungsbehördlicher Befehlsgewalt; er ist aktenkundig zu machen.

### Durchsuchen von Personen

§ 38. [...] Paragraph 38, [...]

(2) Darüber hinaus sind die Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes ermächtigt, die Kleidung und mitgeführten Behältnisse eines Asylwerbers zu durchsuchen, wenn auf Grund bestimmter Tatsachen in Verbindung mit einer Einvernahme anzunehmen ist, dass der Asylwerber Dokumente und Gegenstände mit sich führt, zu deren Herausgabe er gemäß § 15 Abs. 1 Z 5 AsylG 2005 verpflichtet ist, oder er Datenträger mit sich führt, die als Beweismittel gemäß § 39 sichergestellt werden sollen, und diese auch über Aufforderung nicht freiwillig heraus gibt. (2) Darüber hinaus sind die Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes ermächtigt, die Kleidung und mitgeführten Behältnisse eines Asylwerbers zu durchsuchen, wenn auf Grund bestimmter Tatsachen in Verbindung mit einer Einvernahme anzunehmen ist, dass der Asylwerber Dokumente und Gegenstände mit sich führt, zu deren Herausgabe er gemäß Paragraph 15, Absatz eins, Ziffer 5, AsylG 2005 verpflichtet ist, oder er Datenträger mit sich führt, die als Beweismittel gemäß Paragraph 39, sichergestellt werden sollen, und diese auch über Aufforderung nicht freiwillig heraus gibt.

### Sicherstellen von Beweismitteln und Bargeld

§ 39. [...] Paragraph 39, [...]

(3) Über eine Sicherstellung gemäß Abs. 1 und 1a ist dem Betroffenen eine schriftliche Bestätigung auszufolgen, aus der, wenn Bargeld sichergestellt wird, die Höhe des sichergestellten Betrages hervorgehen muss. Die Beweismittel sind dem Bundesamt zu übergeben und von diesem, sobald sie nicht mehr für Verfahren oder für eine Abschiebung benötigt werden, dem Betroffenen zurückzustellen, es sei denn, sie wären nach einem anderen Bundesgesetz sicherzustellen. Im Falle der Sicherstellung von Datenträgern sind nicht diese, sondern die Ergebnisse der Auswertung samt Sicherungskopie (§ 39a) dem Bundesamt zu übermitteln. Im Falle der Sicherstellung von Bargeld sind dem Bundesamt der sichergestellte Bargeldbetrag und eine Kopie der dem Asylwerber ausgefolgten Bestätigung zu übermitteln.(3) Über eine Sicherstellung gemäß Absatz eins und eins a ist dem Betroffenen eine schriftliche Bestätigung auszufolgen, aus der, wenn Bargeld sichergestellt wird, die Höhe des sichergestellten Betrages hervorgehen muss. Die Beweismittel sind dem Bundesamt zu übergeben und von diesem, sobald sie nicht mehr für Verfahren oder für eine Abschiebung benötigt werden, dem Betroffenen zurückzustellen, es sei denn, sie wären nach einem anderen Bundesgesetz sicherzustellen. Im Falle der Sicherstellung von Datenträgern sind nicht diese, sondern die Ergebnisse der Auswertung samt Sicherungskopie (Paragraph 39 a,) dem Bundesamt zu übermitteln. Im Falle der Sicherstellung von Bargeld sind dem Bundesamt der sichergestellte Bargeldbetrag und eine Kopie der dem Asylwerber ausgefolgten Bestätigung zu übermitteln.

#### Auswertung von Datenträgern

§ 39a. (1) Die Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes sind ermächtigt, von Daten, die sich auf sichergestellten Datenträgern befinden, zum Zweck der Identitätsfeststellung eine Sicherungskopie herzustellen und diese auszuwerten, wenn ein Fremder einen Antrag auf internationalen Schutz gestellt hat und eine Feststellung der Identität anhand der vorliegenden Beweismittel nicht möglich ist oder ein Auftrag gemäß § 35a vorliegt.Paragraph 39 a, (1) Die Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes sind ermächtigt, von Daten, die sich auf sichergestellten Datenträgern befinden, zum Zweck der Identitätsfeststellung eine Sicherungskopie herzustellen und diese auszuwerten, wenn ein Fremder einen Antrag auf internationalen Schutz gestellt hat und eine Feststellung der Identität anhand der vorliegenden Beweismittel nicht möglich ist oder ein Auftrag gemäß Paragraph 35 a, vorliegt.

(2) Die Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes sind ermächtigt, von Daten, die sich auf sichergestellten Datenträgern befinden, zum Zweck der Bestimmung des für die Prüfung des Antrages auf internationalen Schutz zuständigen Staates eine Sicherungskopie herzustellen und diese auszuwerten, sofern die Reiseroute des Fremden anhand der vorliegenden Beweismittel nicht festgestellt werden kann oder ein Auftrag gemäß § 35a vorliegt.(2) Die Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes sind ermächtigt, von Daten, die sich auf sichergestellten Datenträgern befinden, zum Zweck der Bestimmung des für die Prüfung des Antrages auf internationalen Schutz zuständigen Staates eine Sicherungskopie herzustellen und diese auszuwerten, sofern die Reiseroute des Fremden anhand der vorliegenden Beweismittel nicht festgestellt werden kann oder ein Auftrag gemäß Paragraph 35 a, vorliegt.

(3) Die Datenträger sind dem Fremden unverzüglich zurückzustellen, sobald sie für die Auswertung nicht mehr erforderlich sind. § 23 gilt.“(3) Die Datenträger sind dem Fremden unverzüglich zurückzustellen, sobald sie für die Auswertung nicht mehr erforderlich sind. Paragraph 23, gilt.“

III. Zur Zulässigkeit des Antrages:römisch drei. Zur Zulässigkeit des Antrages:

#### 1. Anfechtungsberechtigung:

Gemäß Art. 89 Abs 2 iVm Art. 135 Abs 4 B-VG hat das BVwG, wenn es gegen die Anwendung eines Gesetzes aus dem Grund der Verfassungswidrigkeit Bedenken hegt, einen Antrag gemäß Art. 140 Abs 1 Z 1 lit a B-VG auf Aufhebung dieser Rechtsvorschrift beim VfGH zu stellen.Gemäß Artikel 89, Absatz 2, in Verbindung mit Artikel 135, Absatz 4, B-VG hat das BVwG, wenn es gegen die Anwendung eines Gesetzes aus dem Grund der Verfassungswidrigkeit Bedenken hegt, einen Antrag gemäß Artikel 140, Absatz eins, Ziffer eins, Litera a, B-VG auf Aufhebung dieser Rechtsvorschrift beim VfGH zu stellen.

Anlässlich der Behandlung der gegenständlichen Maßnahmenbeschwerde sind beim BVwG Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit der im Antrag angeführten Bestimmungen entstanden.

Gemäß § 7 Abs 1 Z 3 BFA-VG entscheidet das BVwG über Beschwerden gegen Maßnahmen unmittelbarer Befehls- und Zwangsgewalt gemäß dem 1. Hauptstück des 2. Teiles des BFA-VG und gemäß dem 7. und 8. Hauptstück des FPG. Da keine Senatszuständigkeit vorgesehen ist, entscheidet das BVwG gemäß § 6 BVwGG durch Einzelrichter. Folglich ist der

zur Entscheidung über diese Maßnahmenbeschwerde zuständige Einzelrichter zur Anfechtung berechtigt (und verpflichtet). Gemäß Paragraph 7, Absatz eins, Ziffer 3, BFA-VG entscheidet das BVwG über Beschwerden gegen Maßnahmen unmittelbarer Befehls- und Zwangsgewalt gemäß dem 1. Hauptstück des 2. Teiles des BFA-VG und gemäß dem 7. und 8. Hauptstück des FPG. Da keine Senatszuständigkeit vorgesehen ist, entscheidet das BVwG gemäß Paragraph 6, BVwGG durch Einzelrichter. Folglich ist der zur Entscheidung über diese Maßnahmenbeschwerde zuständige Einzelrichter zur Anfechtung berechtigt (und verpflichtet).

## 2. Präjudizialität:

Gemäß der ständigen Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes darf ein Antrag im Sinne des Art. 140 B-VG nur dann wegen mangelnder Präjudizialität zurückgewiesen werden, wenn es offenkundig unrichtig (denkunmöglich) ist, dass die angefochtene Gesetzesbestimmung eine Voraussetzung der Entscheidung des antragstellenden Gerichts im Anlassfall bildet (vgl. etwa VfSlg. 14.464/1996, 15.293/1998, 16.632/2002, 16.925/2003). Gemäß der ständigen Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes darf ein Antrag im Sinne des Artikel 140, B-VG nur dann wegen mangelnder Präjudizialität zurückgewiesen werden, wenn es offenkundig unrichtig (denkunmöglich) ist, dass die angefochtene Gesetzesbestimmung eine Voraussetzung der Entscheidung des antragstellenden Gerichts im Anlassfall bildet (vergleiche etwa VfSlg. 14.464 aus 1996,, 15.293 aus 1998,, 16.632 aus 2002,, 16.925 aus 2003,).

Gegenständlich wurden die bekämpften Akte unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt auf die (nach hg. Ansicht verfassungswidrigen) Bestimmungen des BFA-VG gestützt. Eine Aufhebung der Bestimmungen (ggf. im genannten Umfang) hätte zur Folge, dass das BVwG die Akte unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt für unrechtmäßig zu erklären hätte, während es sich andernfalls näher mit den weiteren relevanten Anfechtungsgründen auseinanderzusetzen hätte.

## 3. Bedenken:

(Auch) aus Sicht des BVwG bestehen - insbesondere bei Berücksichtigung des Erkenntnisses des VfGH vom 14.12.2023, G 352/2021-46 - aufgrund der von Rechtsanwältin Mag. Nadja LORENZ dargelegten Erwägungen (siehe Verfahrensgang Punkt 2.1.) erhebliche Bedenken an der Verfassungskonformität der zitierten Bestimmungen (ggf. im angeführten Umfang). Von einer Wiederholung der anwaltlichen Ausführungen wird aufgrund des Umfangs sowie des Umstands, dass sich der erkennende Richter den Erwägungen vollumfänglich anschließt, Abstand genommen, andernfalls die Lesbarkeit des gegenständlichen Beschlusses leiden würde.

Angemerkt wird, dass die rechtsfreundliche Vertretung Zweifel an der Verfassungskonformität des § 38 Abs 2 BFA-VG nicht explizit geltend machte, diese Bestimmung aber nach hg. Ansicht aufgrund des engen inhaltlichen Zusammenhangs mit §§ 35a, 39, 39a BFA-VG - sollten die angeführten Normen als verfassungswidrig erkannt werden - kaum Bestand haben wird können. Angemerkt wird, dass die rechtsfreundliche Vertretung Zweifel an der Verfassungskonformität des Paragraph 38, Absatz 2, BFA-VG nicht explizit geltend machte, diese Bestimmung aber nach hg. Ansicht aufgrund des engen inhaltlichen Zusammenhangs mit Paragraphen 35 a, 39, 39 a, BFA-VG - sollten die angeführten Normen als verfassungswidrig erkannt werden - kaum Bestand haben wird können.

Zweifelsohne steht es dem Gesetzgeber frei, für verschiedene Regelungsregime (beispielsweise Strafprozessrecht und fremdenrechtliches Verfahrensrecht) unterschiedliche Anordnungen zu treffen, aufgrund der prinzipiellen Vergleichbarkeit des Normzwecks in Zusammenschau mit der Äquivalenz der (in die Verfassungssphäre reichenden) Eingriffe ist jedoch nicht nachvollziehbar, warum (noch dazu gravierend) unterschiedliche Anforderungen gelten sollten und kommt es sohin zu unsachlichen Schlechterstellungen. Das Bundesamt äußerte sich im Rahmen seiner Gegenäußerung nicht zu den im Maßnahmenbeschwerdeschriftsatz geltend gemachten verfassungsrechtlichen Bedenken.

## 4. Anfechtungsumfang

Nach der ständigen Judikatur des Verfassungsgerichtshofes zu den Verfahrensvoraussetzungen ist der Umfang der zu prüfenden und im Falle ihrer Rechtswidrigkeit aufzuhebenden Rechtsvorschrift derart abzugrenzen, dass einerseits nicht mehr aus dem Rechtsbestand ausgeschieden wird, als Voraussetzung für den Anlassfall bildet, dass aber andererseits der verbleibende Teil nicht einen völlig veränderten Inhalt bekommt (vgl. zB VfSlg. 8155/1977, 13.965/1994, 16.542/2002, 16.911/2003). Der Verfassungsgerichtshof hat in jedem Einzelfall abzuwägen, ob und welchem dieser Ziele der Vorrang gebührt (vgl. dazu zB VfSlg. 7376/1974, 7786/1976, 13.701/1994). Es ist dem

Verfassungsgerichtshof verwehrt, der Rechtsvorschrift durch Aufhebung bloßer Teile einen völlig veränderten, dem Normsetzer überhaupt nicht mehr zusinnbaren Inhalt zu geben, weil dies im Ergebnis geradezu ein Akt positiver Normsetzung wäre (vgl. VfSlg. 12.465/1990, S 128; 13.915/1994, 15.090/1998). Nach der ständigen Judikatur des Verfassungsgerichtshofes zu den Verfahrensvoraussetzungen ist der Umfang der zu prüfenden und im Falle ihrer Rechtswidrigkeit aufzuhebenden Rechtsvorschrift derart abzugrenzen, dass einerseits nicht mehr aus dem Rechtsbestand ausgeschieden wird, als Voraussetzung für den Anlassfall bildet, dass aber andererseits der verbleibende Teil nicht einen völlig veränderten Inhalt bekommt (vergleiche zB VfSlg. 8155 aus 1977,, 13.965 aus 1994,, 16.542 aus 2002,, 16.911 aus 2003,). Der Verfassungsgerichtshof hat in jedem Einzelfall abzuwägen, ob und welchem dieser Ziele der Vorrang gebührt (vergleiche dazu zB VfSlg. 7376 aus 1974,, 7786 aus 1976,, 13.701 aus 1994,). Es ist dem Verfassungsgerichtshof verwehrt, der Rechtsvorschrift durch Aufhebung bloßer Teile einen völlig veränderten, dem Normsetzer überhaupt nicht mehr zusinnbaren Inhalt zu geben, weil dies im Ergebnis geradezu ein Akt positiver Normsetzung wäre (vergleiche VfSlg. 12.465 aus 1990,, S 128; 13.915 aus 1994,, 15.090 aus 1998,).

Letztlich ist der Umfang einer auf ihre Verfassungsmäßigkeit hin zu prüfenden und allenfalls aufzuhebenden Gesetzesbestimmung derart abzugrenzen, dass die mit der aufzuhebenden Gesetzesstelle in untrennbarem Zusammenhang stehenden Bestimmungen auch erfasst werden (VfSlg. 13.965/1994 mwN, 16.542/2002, 16.911/2003). Ein untrennbarer Zusammenhang ist anzunehmen, wenn sich die Frage der Verfassungsmäßigkeit der vom Verfassungsgerichtshof anzuwendenden Bestimmungen nicht ohne Mitberücksichtigung weiterer Bestimmungen beantworten lässt, insbesondere deshalb, weil sich ihr (gegebenenfalls verfassungsrechtlich bedenklicher) Inhalt erst mit Blick auf diese weiteren Bestimmungen erschließt. Ein solcher Zusammenhang kann sich aber auch daraus ergeben, dass diese weiteren Bestimmungen durch die Aufhebung der verfassungsrechtlich bedenklichen Normen einen völlig veränderten Inhalt erhielten (vgl. VfSlg. 8155/1977, 8461/1978 uva.). Die Grenzen der Aufhebung sind nach der Judikatur des Verfassungsgerichtshofes so zu ziehen, dass der verbleibende Teil einer Rechtsvorschrift nicht einen völlig veränderten Inhalt bekommt (VfSlg. 13.965 mwN, 16.542/2002, 16.911/2003). Letztlich ist der Umfang einer auf ihre Verfassungsmäßigkeit hin zu prüfenden und allenfalls aufzuhebenden Gesetzesbestimmung derart abzugrenzen, dass die mit der aufzuhebenden Gesetzesstelle in untrennbarem Zusammenhang stehenden Bestimmungen auch erfasst werden (VfSlg. 13.965 aus 1994, mwN, 16.542 aus 2002,, 16.911 aus 2003,). Ein untrennbarer Zusammenhang ist anzunehmen, wenn sich die Frage der Verfassungsmäßigkeit der vom Verfassungsgerichtshof anzuwendenden Bestimmungen nicht ohne Mitberücksichtigung weiterer Bestimmungen beantworten lässt, insbesondere deshalb, weil sich ihr (gegebenenfalls verfassungsrechtlich bedenklicher) Inhalt erst mit Blick auf diese weiteren Bestimmungen erschließt. Ein solcher Zusammenhang kann sich aber auch daraus ergeben, dass diese weiteren Bestimmungen durch die Aufhebung der verfassungsrechtlich bedenklichen Normen einen völlig veränderten Inhalt erhielten (vergleiche VfSlg. 8155 aus 1977,, 8461 aus 1978, uva.). Die Grenzen der Aufhebung sind nach der Judikatur des Verfassungsgerichtshofes so zu ziehen, dass der verbleibende Teil einer Rechtsvorschrift nicht einen völlig veränderten Inhalt bekommt (VfSlg. 13.965 mwN, 16.542 aus 2002,, 16.911 aus 2003,).

Die jüngere Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes besagt, dass eine zu weite Fassung eines Antrags diesen nicht in jedem Fall unzulässig macht. Soweit alle vom Antrag erfassten Bestimmungen präjudiziell sind oder der Antrag mit solchen untrennbar zusammenhängende Bestimmungen erfasst, führt dies – ist der Antrag in der Sache begründet – im Fall der Aufhebung nur eines Teils der angefochtenen Bestimmungen im Übrigen zu seiner teilweisen Abweisung (vgl. VfGH 8.10.2014, G 83/2014 ua.; 9.12.2014, G 136/2014 ua.; 10.3.2015, G 203/2014 ua.). Umfasst der Antrag auch Bestimmungen, die im Verfahren vor dem antragstellenden Gericht nicht präjudiziell sind, führt dies – wenn die angefochtenen Bestimmungen insoweit trennbar sind – im Hinblick auf diese Bestimmungen zur partiellen Zurückweisung des Antrags und nicht mehr zur Zurückweisung des gesamten Antrags (VfGH 9.12.2014, G 136/2014 ua.; 10.3.2015, G 203/2014 ua.). Die jüngere Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes besagt, dass eine zu weite Fassung eines Antrags diesen nicht in jedem Fall unzulässig macht. Soweit alle vom Antrag erfassten Bestimmungen präjudiziell sind oder der Antrag mit solchen untrennbar zusammenhängende Bestimmungen erfasst, führt dies – ist der Antrag in der Sache begründet – im Fall der Aufhebung nur eines Teils der angefochtenen Bestimmungen im Übrigen zu seiner teilweisen Abweisung (vergleiche VfGH 8.10.2014, G 83 aus 2014, ua.; 9.12.2014, G 136 aus 2014, ua.; 10.3.2015, G 203 aus 2014, ua.). Umfasst der Antrag auch Bestimmungen, die im Verfahren vor dem antragstellenden Gericht nicht präjudiziell sind, führt dies – wenn die angefochtenen Bestimmungen insoweit trennbar sind – im Hinblick auf diese Bestimmungen zur partiellen Zurückweisung des Antrags und nicht mehr zur Zurückweisung des gesamten Antrags (VfGH 9.12.2014, G 136 aus 2014, ua.; 10.3.2015, G 203 aus 2014, ua.).

Nach Auffassung des BVwG scheint für die Bereinigung der – wie unter Punkt 2. (unter Berufung auf Punkt 2.1. des Verfahrensgangs) dargelegt wurde – verfassungswidrigen Rechtslage die Aufhebung

? des gesamten § 35a BFA-VG, ? des gesamten Paragraph 35 a, BFA-VG,

? des § 38 Abs 2 BFA-VG im Umfang „[...] oder er Datenträger mit sich führt, die als Beweismittel gemäß § 39 sichergestellt werden sollen, und diese auch über Aufforderung nicht freiwillig heraus gibt.“, ? des Paragraph 38, Absatz 2, BFA-VG im Umfang „[...] oder er Datenträger mit sich führt, die als Beweismittel gemäß Paragraph 39, sichergestellt werden sollen, und diese auch über Aufforderung nicht freiwillig heraus gibt.“,

? des § 39 Abs 3 BFA-VG im Umfang „[...] Im Falle der Sicherstellung von Datenträgern sind nicht diese, sondern die Ergebnisse der Auswertung samt Sicherungskopie (§ 39a) dem Bundesamt zu übermitteln. [...]“ sowie? des Paragraph 39, Absatz 3, BFA-VG im Umfang „[...] Im Falle der Sicherstellung von Datenträgern sind nicht diese, sondern die Ergebnisse der Auswertung samt Sicherungskopie (Paragraph 39 a,) dem Bundesamt zu übermitteln. [...]“ sowie

? des gesamten § 39a BFA-VG? des gesamten Paragraph 39 a, BFA-VG

geboten.

Zu A.2.

Gemäß § 38 AVG, der gemäß § 17 VwGVG sinngemäß im verwaltungsgerichtlichen Verfahren anzuwenden ist, ist, sofern die Gesetze nicht anderes bestimmen, das BVwG berechtigt, im Ermittlungsverfahren auftauchende Vorfragen, die als Hauptfragen von anderen Verwaltungsbehörden oder von den Gerichten zu entscheiden wären, nach der über die maßgebenden Verhältnisse gewonnenen eigenen Anschauung zu beurteilen und diese Beurteilung ihrem Bescheid zugrunde zu legen. Gemäß Paragraph 38, AVG, der gemäß Paragraph 17, VwGVG sinngemäß im verwaltungsgerichtlichen Verfahren anzuwenden ist, ist, sofern die Gesetze nicht anderes bestimmen, das BVwG berechtigt, im Ermittlungsverfahren auftauchende Vorfragen, die als Hauptfragen von anderen Verwaltungsbehörden oder von den Gerichten zu entscheiden wären, nach der über die maßgebenden Verhältnisse gewonnenen eigenen Anschauung zu beurteilen und diese Beurteilung ihrem Bescheid zugrunde zu legen.

Es kann aber auch das Verfahren bis zur rechtskräftigen Entscheidung der Vorfrage aussetzen, wenn die Vorfrage schon den Gegenstand eines anhängigen Verfahrens bei der zuständigen Verwaltungsbehörde bzw. beim zuständigen Gericht bildet oder ein solches Verfahren gleichzeitig anhängig gemacht wird.

Aufgrund verfassungsrechtlicher Bedenken im gegenständlichen Verfahren gegen näher definierte Bestimmungen des BFA-VG, hat das BVwG am heutigen Tag den Beschluss gefasst, dem VfGH die Frage der Verfassungsmäßigkeit og. Gesetzesbestimmungen vorzulegen.

Da diese Frage für das gegenständliche Beschwerdeverfahren präjudiziell ist, ist das Beschwerdeverfahren folglich bis zur Erledigung des Verfahrens beim VfGH auszusetzen.

Zu B) Unzulässigkeit der Revision im Hinblick auf den Aufhebungsantrag:

Eine Revision ist gemäß Art. 133 Abs. 9 B-VG in Verbindung mit § 25a Abs. 3 VwGG gegen diesen Beschluss nicht zulässig. Eine Revision ist gemäß Artikel 133, Absatz 9, B-VG in Verbindung mit Paragraph 25 a, Absatz 3, VwGG gegen diesen Beschluss nicht zulässig.

Zu B) Unzulässigkeit der Revision im Hinblick auf den Aussetzungsbeschluss:

Die Revision ist gemäß Art. 133 Abs 4 B-VG nicht zulässig, weil die Entscheidung nicht von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung; weiters ist die vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Auch liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor. Die Revision ist gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG nicht zulässig, weil die Entscheidung nicht von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung; weiters ist die vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Auch liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

**Schlagworte**

Akt unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt Aussetzung Datenschutz  
Geheimhaltungsinteresse Gesetzesprüfung Gesetzprüfungsantrag Grundrechtseingriff Maßnahmenbeschwerde  
Mobiltelefon Präjudizialität Privat- und Familienleben Sicherstellung verfassungsrechtliche Bedenken VfGH

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:BVWG:2026:L532.2300411.1.1.00

**Im RIS seit**

09.07.2026

**Zuletzt aktualisiert am**

14.07.2026

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

© 2026 JUSLINE

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

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