universität wien

DISSERTATION / DOCTORAL THESIS

Titel der Dissertation /Title of the Doctoral Thesis

„Die Schubhaft nach dem FPG

im Lichte verfassungs- und unionsrechtlicher Vorgaben“

verfasst von / submitted by

Mag.ª Lioba Kasper

angestrebter akademischer Grad / in partial fulfilment of the requirements for the degree of

Doktorin der Rechtswissenschaften (Dr.iur.)

Wien, 2017/ Vienna 2017

Studienkennzahl lt. Studienblatt / degree programme code as it appears on the student record sheet:	A 083 101
Dissertationsgebiet lt. Studienblatt / field of study as it appears on the student record sheet:	Rechtswissenschaften
Betreut von / Supervisor:	ao. Univ-Prof. Mag. Dr. Gerhard Muzak

Jedermann hat das

Recht auf Freiheit und Sicherheit

(persönliche Freiheit).[1]

[1] Art 1 Abs 1 Bundesverfassungsgesetz vom 29. November 1988 über den Schutz der persönlichen Freiheit.

Gewidmet ist die Arbeit den unzähligen Menschen,

die derzeit in Schubhaft befindlich in eine ungewisse Zukunft blicken.

Mein Dank gilt Vielen, im besonderen Maße

meiner Lektorin und guten Freundin Antonie Trojer,

meinem Lektor und Partner Nepomuk Hurch und

meinem Betreuer Prof. Gerhard Muzak.

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsverzeichnis vii

Abkürzungsverzeichnis xiii

1 Einleitung 1

1.1 Problembeschreibung 1

1.2 Abgrenzung 3

1.2.1 Verwaltungsverwahrungshaft 3

1.2.2 Gelinderes Mittel 4

1.2.3 Personen 4

1.3 Forschungsfrage 5

1.4 Methodik 6

1.5 Darstellung der Arbeit 6

2 Rechtshistorische Überlegungen zur Schubhaft 9

2.1 Schub bis zum Ende der Habsburger Monarchie 9

2.2 Erste Republik 13

2.3 Austrofaschismus (1933 bis 1938) 14

2.4 Zeit des Nationalsozialismus 15

2.5 Zweite Republik 16

2.5.1 Fremdenpolizeigesetz 1954 16

2.5.2 Fremdengesetz 1992 19

2.5.3 Fremdengesetz 1997 22

2.5.4 Fremdenrechtspaket 2005 24

2.5.5 Fremdenrechtsänderungsgesetz 2009 27

2.5.6 Fremdenrechtsänderungsgesetz 2011 28

2.5.7 Verwaltungsreform 2012 und ihre Auswirkungen auf das Fremdenrecht 29

2.5.8 Fremdenrechtsänderungsgesetz 2015 35

2.5.9 Änderungen des AsylG, des FPG und des BFA-VG im Jahr 2016 35

2.5.10 Fremdenrechtsänderungsgesetz 2017 36

2.6 Zwischenconclusio 40

3. Zuständigkeit 43

3.1 Verfassungsrechtliche Überlegungen 43

3.2 Zuständigkeiten nach der Fremdenbehördenneustrukturierung 47

3.2.1 Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl 47

3.2.2 Landespolizeidirektion 50

3.3 Verwaltungsgerichtsbarkeit 53

3.3.1 Bundesverwaltungsgericht 53

3.3.2 Verwaltungsgerichte der Länder 55

3.3.3 Verwaltungsgerichtshof 55

3.4 Verfassungsgerichtshof 57

3.5 Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte 58

3.6 Europäischer Gerichtshof 60

3.7 Zwischenconclusio 61

4 Grundrechte 63

4.1 Recht auf persönliche Freiheit 64

4.1.1 Verhältnis zwischen PersFrG, EMRK und GRC 66

4.1.2 Rechtsgrundlage 68

4.1.3 Schutzbereich 69

4.1.3.1 Persönlicher Schutzbereich 69

4.1.3.2 Schutzrichtung 70

4.1.3.3 Sachlicher Schutzbereich 70

4.1.3.4 Bedingungen während der Festnahme und Anhaltung 72

4.1.3.5 Recht auf Sicherheit 73

4.1.4 Zulässigkeit von Eingriffen in die persönliche Freiheit 74

4.1.4.1 Gesetzliche Grundlage 75

4.1.4.2 Vorliegen eines taxativ aufgezählten Eingriffstatbestandes 76

4.1.4.2.1 Freiheitsentzug wegen Verdachts auf Verwaltungsübertretung 77

4.1.4.2.2 Freiheitsentzug als Beugemittel 78

4.1.4.2.3 Freiheitsentzug zur Sicherung der Ausweisung 79

4.1.4.3 Gesetzlich vorgeschriebene Weise 81

4.1.4.4 Verhältnismäßigkeit und Notwendigkeit 82
4.1.5 Verfahrensgarantien 85
4.1.5.1 Recht auf Information 85
4.1.5.2 Recht auf Verständigung von Familienangehörigen oder eines Rechtsbeistandes 87
4.1.6 Rechtsschutz 88
4.1.7 Haftentschädigung 91
4.2 Verfahrensgrundrechte 92
4.2.1 Recht auf eine wirksame Beschwerde nach Art 13 EMRK 92
4.2.2 Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf und ein unparteiisches Gericht nach Art 47 GRC 93
4.2.3 Gleichheitsgrundsatz 96
4.3 Zwischenconclusio 98

5 Sekundärrecht der Europäischen Union 101
5.1 Dublin III-Verordnung 102
5.1.1 Haft 104
5.1.1.1 Voraussetzungen 104
5.1.1.2 Fristen 106
5.1.1.3 Garantien 107
5.2 Aufnahme-Richtlinie 108
5.2.1 Haft 109
5.2.1.1 Anwendungsbereich 109
5.2.1.2 Voraussetzungen 110
5.2.1.3 Garantien 116
5.2.1.3.1 Anforderungen an die Anordnung der Haft 116
5.2.1.3.2 Überprüfung der Haft 117
5.2.1.3.3 Rechtsberatung und -vertretung 120
5.2.1.4 Haftbedingungen 122
5.2.1.5 Vulnerable Personen 123
5.3 Rückführungs-RL 125

5.3.1 Haft 127

5.3.1.1 Anwendungsbereich 128

5.3.1.2 Voraussetzungen 131

5.3.1.3 Garantien 133

5.3.1.3.1 Anforderungen an die Anordnung der Haft 134

5.3.1.3.2 Überprüfung der Haft 135

5.3.1.3.3 Rechtsberatung und -vertretung 136

5.3.1.3.4 Dauer der Haft 137

5.3.1.4 Haftbedingungen 139

5.3.1.5 Inhaftnahmen von Minderjährigen und Familien 140

5.3.1.6 Notlagen 140

5.4 Zwischenconclusio 141

6 Einfachgesetzliche Grundlagen 143

6.1 Schubhaft 143

6.1.1 Anwendungsbereich 145

6.1.2 Sicherungszweck 148

6.1.2.1 Sicherung des Verfahrens zur Erlassung einer aufenthaltsbeendenden Maßnahme 149

6.1.2.2 Sicherung des Verfahrens über einen Antrag auf internationalen Schutz im Hinblick auf die Erlassung einer aufenthaltsbeendenden Maßnahme 157

6.1.2.3 Sicherung der Abschiebung 162

6.1.2.4 Vorliegen der Voraussetzungen des Art 28 Abs 1 und 2 Dublin III-VO 165

6.1.3 Fluchtgefahr 166

6.1.3.1 § 76 Abs 3 Z 1 FPG 170

6.1.3.2 § 76 Abs 3 Z 1a FPG idF BGBl I 84/2017 171

6.1.3.3 § 76 Abs 3 Z 2 FPG 172

6.1.3.4 § 76 Abs 3 Z 3 FPG 173

6.1.3.5 § 76 Abs 3 Z 4 FPG 174

6.1.3.6 § 76 Abs 3 Z 5 FPG 174

6.1.3.7 § 76 Abs 3 Z 6 FPG 175

6.1.3.8 § 76 Abs 3 Z 7 FPG 176
6.1.3.9 § 76 Abs 3 Z 8 FPG idF BGBl I 84/2017 177
6.1.3.10 § 76 Abs 3 Z 9 FPG 180
6.1.4 Notwendigkeit 181
6.1.4.1 Exkurs: Gelinderes Mittel 182
6.1.5 Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne 184
6.1.6 Haftfähigkeit 186
6.1.7 Prüfungsschema 187
6.1.8 Schubhaftbescheid 189
6.1.8.1 Verkürztes Mandatsverfahren 189
6.1.8.2 Zustellung 191
6.1.8.3 Durchsetzbarkeit 191
6.1.9 Dauer der Anhaltung 193
6.1.10 Durchführung und Vollzug 198
6.1.10.1 Exkurs: Anhaltezentrum Vordernberg 200
6.1.11 Beendigung 204
6.2 Festnahme 206
6.2.1 Festnahmeauftrag 206
6.2.2 Festnahmen nach § 40 BFA-VG 211
6.2.3 Rechte des Festgenommenen 213
6.3 Zwischenconclusio 214

7. Gerichtliche Haftprüfung 217

7.1 Schubhaftbeschwerde 217
7.2 Verfahren vor dem BVwG 219
7.2.1 Kognitions- und Entscheidungsbefugnis 220
7.2.2 Mündliche Beschwerdeverhandlung 223
7.2.3 Rechtsberatung und -vertretung 229
7.2.4 Kosten 233
7.3 Amtswegige Pflicht zur Prüfung 234
7.4 Zwischenconclusio 236

8 Conclusio **239**

8.1 Zuständigkeiten 240

8.2 Relevante grundrechtliche Regelwerke und ihre Vorgaben für die Inhaftnahme von Fremden 241

8.3 Unionsrechtliche Vorgaben 242

8.4 Einfachgesetzliche Grundlage in Österreich 245

8.5 Gerichtliche Haftprüfung 249

8.6 Ausblick 252

9 Anhang **255**

9.1 Literaturverzeichnis 255

9.2 Judikaturverzeichnis 266

A. Höchstgerichtliche Judikatur 266

A.1. Verfassungsgerichtshof 266

A.2. Verwaltungsgerichtshof 266

B. Verwaltungsgerichte 267

C Europäische Judikatur 268

C.1 Gerichtshof der Europäischen Union 268

C.2. Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte 268

9.3 Sonstiges 269

9.4 Abbildungen/Tabellen 269

Abstract 271

Abkürzungsverzeichnis

aA	anderer Ansicht
AB	Ausschussbericht
ABGB	Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch
ABl	Amtsblatt der Europäischen Union
Abs	Absatz
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (idF Vertrag von Lissabon)
aF	alte Fassung
AHG	Bundesgesetz über die Haftung der Gebietskörperschaften und der sonstigen Körperschaften und Anstalten des öffentlichen Rechts für in Vollziehung der Gesetze zugefügte Schäden (Amtshaftungsgesetz) idF BGBl I 122/2013
AHZ	Anhaltezentrum / Anhaltezentren
AnhO	Verordnung der Bundesministerin für Inneres über die Anhaltung von Menschen durch die Sicherheitsbehörden und Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes (AnhOrdnung) idF BGBl II 439/2005
Anm	Anmerkung
APVO 1938	Ausländerpolizeiverordnung vom 22. August 1938
ARHG	Auslieferungs- und Rechtshilfegesetz idF BGBl I 121/2016
Art	Artikel
AsylG	Bundesgesetz über die Gewährung von Asyl, BGBl I 100/2005 idF BGBl I 68/2017
AsylG 1968	Bundesgesetz vom 7. März 1968 über die Aufenthaltsberech-tigung von Flüchtlingen im Sinne der Konvention über die Rechtsstellung der Flüchtlinge, BGBl 126/1968, aufgehoben durch BGBl 8/1992
AsylG 1991	Bundesgesetz über die Gewährung von Asyl, BGBl 8/1992, aufgehoben durch BGBl I 76/1997
AsylG 1997	Bundesgesetz über die Gewährung von Asyl, BGBl I 76/1997, aufgehoben durch BGBl I 100/2005
AsylG-DV 2005	Verordnung der Bundesministerin für Inneres zur Durchführung des Asylgesetzes 2005 (Asylgesetz- Durchführungsverordnung 2005), BGBl II 448/2005 idF BGBl II 133/2016
AsylGH	Asylgerichtshof
AufenthaltsG 1992	Bundesgesetz, mit dem der Aufenthalt von Fremden in Öster- reich geregelt wird, BGBl 466/1992 aufgehoben durch BGBl I 75/1997
Aufnahme-RL	Richtlinie 2013/33/EU des europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013 zur Festlegung von Normen für die Aufnahme von Personen, die internationalen Schutz beantragen
Aufnahme-RL aF	Richtlinie 2003/9/EG des Rates vom 27. Januar 2003 zur Festlegung von Mindestnormen für die Aufnahme von Asylbewerbern in den Mitgliedstaaten

AuslBG	Bundesgesetz vom 20. März 1975, mit dem die Beschäftigung von Ausländern geregelt wird (Ausländerbeschäftigungsgesetz), BGBl 218/1975 idF BGBl I 66/2017
AVG	Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz, BGBl 51/1991 (WV) idF BGBl I 161/2013
B-VG	Bundes-Verfassungsgesetz, BGBl 1/1930 (WV) idF BGBl I 106/2016
B-VG Kinderrechte	Bundesverfassungsgesetz über die Rechte von Kindern, BGBl I 4/2011
BAA	Bundesasylamt
BFA	Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl
BFA-G	Bundesgesetz über die Einrichtung und Organisation des Bundesamtes für Fremdenwesen und Asyl (BFA-Einrichtungsgesetz), BGBl I 87/2012 idF BGBl I 70/2015
BFA-VG	Bundesgesetz, mit dem die allgemeinen Bestimmungen über das Verfahren vor dem Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl zur Gewährung von internationalem Schutz, Erteilung von Aufenthaltstiteln aus berücksichtigungswürdigen Gründen, Abschiebung, Duldung und zur Erlassung von aufenthaltsbeendenden Maßnahmen sowie zur Ausstellung von österreichischen Dokumenten für Fremde geregelt werden (BFA-Verfahrensgesetz), BGBl I 87/2012 idF BGBl I 25/2016
BGBl	Bundesgesetzblatt
BH	Bezirkshauptmannschaft
BlgNR	Beilage(n) zu den stenografischen Protokollen des Nationalrates
BMI	Bundesministerium für Inneres / Bundesminister/in für Inneres
BVwG	Bundesverwaltungsgericht
BVwGG	Bundesgesetz über die Organisation des Bundesverwaltungsgerichtes (Bundesverwaltungsgerichtsgesetz), BGBl I 10/2013 idF BGBl I 24/2017
bzw	beziehungsweise
dh	das heißt
dRGBl	deutsches Reichtsgesetzblatt
Dublin II-VO	Verordnung 343/2003 des Rates vom 18. Februar 2003 zur Festlegung der Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des Mitgliedstaats, der für die Prüfung eines von einem Dritt- staatsangehörigen in einem Mitgliedstaat gestellten Asylan- trags zuständig ist
Dublin III-VO	Verordnung 604/2013 des europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013 zur Festlegung der Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des Mitgliedstaats, der für die Prüfung eines von einem Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen in einem Mitgliedstaat gestellten Antrags auf internationalen Schutz zuständig ist
E	Entscheidung
EASO	Europäisches Unterstützungsbüro für Asylfragen/ European Asylum Support Office
EASt	Erstaufnahmestelle

ECRE	European Council on Refugees and Exiles
EG	Europäische Gemeinschaft
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EKMR	Europäische Kommission für Menschenrechte
EMRK	Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (Europäische Menschenrechtskonvention), BGBl 210/1958 idF BGBl III 47/2010
EP	Europäisches Parlament
ErwGr	Erwägungsgrund
etc	et cetera
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
Eurodac-VO	Verordnung 2725/2000 des Rates vom 11. Dezember 2000 über die Einrichtung von „Eurodac“ für den Vergleich von Finger- abdrücken zum Zwecke der effektiven Anwendung des Dubli- ner Übereinkommens
EUV	Vertrag über die Europäische Union (idF Vertrag von Lissabon)
EWR	Europäischer Wirtschaftsraum
f / ff	folgende / fort folgende
FNG	Bundesgesetz, mit dem ein BFA-Einrichtungsgesetz und ein BFA-Verfahrensgesetz erlassen sowie das Asylgesetz 2005, das Fremdenpolizeigesetz 2005, das Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz, das Staatsbürgerschaftsgesetz 1985, das Grundversorgungsgesetz –Bund 2005 und das Einführungsgesetz zu den Verwaltungsverfahrensgesetzen 2008 geändert werden (Fremdenbehördenneustrukturierungsgesetz)
FPG	Bundesgesetz über die Ausübung der Fremdenpolizei, die Ausstellung von Dokumenten für Fremde und die Erteilung von Einreisetitel (Fremdenpolizeigesetz 2005), BGBl I 100/2005 idF BGBl I 68/2017
FRÄG 2009	Bundesgesetz, mit dem das Asylgesetz 2005, das Fremdenpolizeigesetz 2005, das Gebührengesetz 1957, das Grundversorgungsgesetz – Bund 2005, das Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz, das Staatsbürgerschaftsgesetz 1985 und das Tilgungsgesetz 1972 geändert werden (Fremdenrechtsänderungsgesetz 2009)
FRÄG 2011	Bundesgesetz, mit dem das Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz, das Fremdenpolizeigesetz 2005, das Asylgesetz 2005, das Grundversorgungsgesetz - Bund 2005 und das Staatsbürgerschaftsgesetz 1985 geändert werden (Fremdenrechtsänderungsgesetz 2011)
FRÄG 2015	Bundesgesetz, mit dem das BFA-Einrichtungsgesetz, das BFA-Verfahrensgesetz, das Asylgesetz 2005, das Fremdenpolizeigesetz 2005, das Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz und das Grundversorgungsgesetz – Bund 2005 geändert werden (Fremdenrechtsänderungsgesetz 2015)
FRÄG 2017	Bundesgesetz, mit dem das Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz, das Fremdenpolizeigesetz 2005, das Asylgesetz 2005, das BFA-Verfahrensgesetz, das Grundversorgungsgesetz – Bund 2005 und das Grenzkontrollgesetz geändert werden (Fremdenrechtsänderungsgesetz 2017)

FrG 1992	Fremdengesetz, BGBl 838/1992, aufgehoben durch BGBl I 75/1997
FrG 1997	Fremdengesetz 1997, BGBl I 75/1997, aufgehoben durch BGBl I 100/2005
FrPolG 1954	Fremdenpolizeigesetz 1954, BGBl 75/1954, aufgehoben durch BGBl 838/1992
GEAS	Gemeinsames Europäisches Asylsystem
GFK	Konvention über die Rechtsstellung der Flüchtlinge (Genfer Flüchtlingskonvention), BGBl 55/1955
GP	Gesetzgebungsperiode
GRC	Charta der Grundrechte der Europäischen Union (Grundrechtecharta), 2000/C 364/01
GVG-B	Bundesgesetz, mit dem die Grundversorgung von Asylwerbern im Zulassungsverfahren und bestimmten anderen Fremden geregelt wird (Grundversorgungsgesetz – Bund 2005), BGBl 405/1991 idF BGBl I 70/2015
GVS	Grundversorgungssystem
HeimAufG	Bundesgesetz über den Schutz der persönlichen Freiheit während des Aufenthalts in Heimen und anderen Pflege- und Betreuungseinrichtungen (Heimaufenthaltsgesetz), BGBl I 11/2004 idF BGBl I 59/2017
Hg	Herausgeber
hL	herrschende Lehre
hM	herrschende Meinung
iddF	in der damaligen Fassung
idF	in der Fassung
idFv	in der Fassung von/vom
idR	in der Regel
IPBPR	Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte, BGBl 591/1978
iSd	im Sinne des, im Sinne der
iSv	im Sinne von
iVm	in Verbindung mit
Jhd	Jahrhundert
KRK	Übereinkommen über die Rechte des Kindes, BGBl 7/1993 idF BGBl III 187/2016
leg cit	legis citatae
LH	Landeshauptmann / Landeshauptmänner
lit	litera(e)
LPD	Landespolizeidirektion/en
LVwG	Verwaltungsgericht des Landes / Verwaltungsgerichte der Länder

Mat	Materialien
NAG	Bundesgesetz über die Niederlassung und den Aufenthalt in Österreich (Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz), BGBl I 100/2005 idF BGBl I 68/2017
NAG-DV	Verordnung der Bundesministerin für Inneres zur Durchführung des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes (Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz-Durchführungsverordnung), BGBl II 451/2005 idF BGBl II 481/2013
nF	neue Fassung
NGO	Nichtregierungsorganisation/ Non-governmental Organization
Nov	Novelle
OGH	Oberster Gerichtshof
PersFrG	Bundesverfassungsgesetz vom 29. November 1988 über den Schutz der persönlichen Freiheit, BGBl 684/1988 idF BGBl I 2/2008
RassDiskrB-VG	Bundesverfassungsgesetz vom 3. Juli 1973 zur Durchführung des Internationalen Übereinkommens über die Beseitigung aller Formen rassischer Diskriminierung, BGBl 1973/390.
RD	Regionaldirektion/en
Rec	Recommendation
Res	Resolution
RL	Richtlinie
Rs	Rechtssache
Rsp	Rechtsprechung
Rückführungs-RL	Richtlinie 2008/115/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 2008 über gemeinsame Normen und Verfahren in den Mitgliedstaaten zur Rückführung illegal aufhältiger Drittstaatsangehöriger
RV	Regierungsvorlage
Rz	Randziffer
S	Seite
Schubgesetz 1971	Gesetz vom 27. Juli 1871 in Betreff der Regelungen der polizeilichen Abschaffung und des Schubwesens, RGBl 88/1871
SD	Sicherheitsdirektion/en
SDÜ	Übereinkommen zur Durchführung des Schengener Übereinkommens (Schengener Durchführungsübereinkommen), BGBl III 90/1997
SIS	Schengener Informationssystem
Slg	Sammlung
SPG	Bundesgesetz über die Organisation der Sicherheitsverwaltung und die Ausübung der Sicherheitspolizei (Sicherheitspolizeigesetz), BGBl 566/1991 idF BGBl I 130/2017

Status-RL	Richtlinie 2011/95/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Dezember 2011über Normen für die Anerkennung von Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen als Personen mit Anspruch auf internationalen Schutz, für einen einheitlichen Status für Flüchtlinge oder für Personen mit Anrecht auf subsidiären Schutz und für den Inhalt des zu gewährenden Schutze
Status-RL aF	Richtlinie 83/2004 des Rates vom 29. April 2004 über Min- destnormen für die Anerkennung und den Status von Dritt- staatsangehörigen oder Staatenlosen als Flüchtlinge oder als Personen, die anderweitig internationalen Schutz benötigen, und über den Inhalt des zu gewährenden Schutzes
StbG	Bundesgesetz über die österreichische Staatsbürgerschaft (Staatsbürgerschaftsgesetz 1985), BGBl 311/1985 (WV) idF BGBl 68/2017
StGB	Bundesgesetz vom 23. Jänner 1974 über die mit gerichtlicher Strafe bedrohten Handlungen (Strafgesetzbuch), BGBl 60/1974 idF BGBl I 117/2017
StGG	Staatsgrundgesetz vom 21. December 1867, über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger für die im Reichsrathe vertretenen Königreiche und Länder, RGBl 142/1867 idF BGBl 684/1988
StPO	Strafprozeßordnung 1975, BGBl 631/1975 (WV) idF BGBl I 117/2017
stRsp	ständige Rechtsprechung
TilgG	Bundesgesetz vom 15. Feber 1972 über die Tilgung von Verurteilungen und die Beschränkung der Auskunft (Tilgungsgesetz 1972) BGBl 68/1972 idF BGBl I 87/2012
tlw	teilweise
ua	unter anderem
UBAS	Unabhängiger Bundesasylsenat
UbG	Bundesgesetz vom 1. März 1990 über die Unterbringung psychisch Kranker in Krankenanstalten (Unterbringungsgesetz), BGBl 155/1990 idF BGBl I 131/2017
UMF	Unbegleitete/r minderjährige/r Flüchtling/e
UNHCR	United Nations High Commissioner for Refugees
UVS	Unabhängige(r) Verwaltungssenat(e)
Verfahrens-RL	Richtlinie 2013/32/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 6. Juni 2013 zu gemeinsamen Verfahren für die Zuerkennung und Aberkennung des internationalen Schutzes
Verfahrens-RL aF	Richtlinie 85/2005 des Rates vom 1. Dezember 2005 über Mindestnormen für Verfahren in den Mitgliedstaaten zur Zuerkennung und Aberkennung der Flüchtlingseigenschaft
VerfO	Verfahrensordnung
VfGG	Verfassungsgerichtshofgesetz 1953, BGBl 85/1953 idF BGBl I 24/2017
VfGH	Verfassungsgerichtshof
VfSlg	Sammlung der Erkenntnisse und wichtigsten Beschlüsse des Verfassungsgerichtshofes

vgl	vergleiche
VO	Verordnung
VStG	Verwaltungsstrafgesetz 1991, BGBl 1991/52 (WV) idF BGBl I 120/2016
VvA	Vertrag von Amsterdam
VVG	Verwaltungsvollstreckungsgesetz 1991, BGBl 53/1991 (WV) idF BGBl I 33/2013
VvM	Vertrag von Maastricht
VwG	Verwaltungsgericht/e
VwGG	Verwaltungsgerichtshofgesetz 1985, BGBl 10/1985 idF BGBl I 24/2017
VwGH	Verwaltungsgerichtshof
VwGVG	Bundesgesetz über das Verfahren der Verwaltungsgerichte (Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz), BGBl I 33/2013 idF BGBl I 24/2017
Z	Ziffer
z.B.	zum Beispiel
ZMR	Zentrales Melderegister
ZP-EMRK	Zusatzprotokoll zur EMRK

Die Fundstellen der zitierten Gesetze wie auch die Judikatur der Republik Österreich sind im Rechtsinformationssystem des Bundes (<www.ris.bka.gv.at>) ersichtlich. Die Fundstellen des zitierten EU-Rechts wie auch zu den Amtsblättern der EU finden sich auf <http://eur-lex.europa.eu>. Die Judikatur des EGMR ist auf <http://hudoc.echr.coe.int/>, die des EuGH auf <https://curia.europa.eu/> abzurufen.

Abkürzungen und Zitierweisen orientieren sich an den von *Bezemek*/*Keiler* herausgegebenen Leitfaden für juristisches Zitieren *leg cit*[3]. Das Abkürzungsverzeichnis enthält eine Auswahl an den, für die gegenständliche Untersuchung zentralen Abkürzungen.

1 Einleitung

1.1 Problembeschreibung

Der Entzug der Freiheit eines Menschen im Rahmen des staatlichen Gewaltmonopols stellt einen erheblichen Eingriff in eine Vielzahl von Grund- und Menschenrechten dar. Er beraubt die/den Einzelne/n der Freiheit, sich zu bewegen, gleichzeitig wird die betroffene Person vom sozialen Leben, von Familie und Freunden separiert und an einem Ort mit minimaler Privatsphäre festgehalten. Als Regulativ existiert das durch diverse Menschenrechtskataloge geschützte Recht auf persönliche Freiheit, welches einen Grundpfeiler einer jeden demokratischen Gesellschaft darstellt und das Individuum vor willkürlicher Haft zu schützen versucht. Im Falle eines Freiheitsentzuges stehen sich somit zwei Positionen gegenüber, zum einen das Recht des Individuums auf persönliche Freiheit und zum anderen die Notwendigkeit des staatlichen Eingriffes, wenn es gilt, die Gesellschaft bzw. sonstige gefährdete Personen oder auch die inhaftierte Person selbst zu schützen, selbige zu bestrafen oder auch ein bestimmtes Verhalten zu erzwingen.

Die vorliegende Dissertation wird sich einem dieser gesetzlich geregelten Haftregime widmen, nämlich der Schubhaft, dh der Haft „zur Sicherung des Verfahrens zur Erlassung einer aufenthaltsbeendenden Maßnahme, zur Sicherung des Verfahrens über einen Antrag auf internationalen Schutz im Hinblick auf die Erlassung einer aufenthaltsbeendenden Maßnahme oder der Abschiebung“[2].

Die Schubhaft bringt einige Besonderheiten im Vergleich zu anderen Haftregime mit sich. Zunächst richtet sie sich ausschließlich gegen Fremde. Schubhäftlinge sind in den meisten Fällen rechts- und vielfach auch sprachunkundig. Nicht zuletzt aufgrund mangelnder sozialer Netzwerke und/oder fehlender finanzieller Absicherung sind sie vielfach nur unzureichend in der Lage, von sich aus Zugang zu ausreichender Information und/oder rechtlicher Vertretung zu erhalten. Ziel der Schubhaft ist in letzter Konsequenz entweder die Rückkehr in das Herkunftsland, aus welchem die Betroffenen oftmals – aus welchen Gründen auch immer – geflohen sind, oder die Überstellung in einen anderen Staat, in welchen sie freiwillig nicht (zurück-)kehren wollen. Damit geht die Schubhaft vielfach mit weiteren Zwangsmaßnahmen einher (wie etwa zwangsweiser Abschiebung). Zudem wird die Schubhaft in aller Regel auf

[2] § 76 Abs 2 FPG 2005.

unbestimmte Zeit angeordnet, was zu einer erheblichen psychischen Belastung für die Inhaftierten führt.

Die Schubhaft berührt somit eine höchst sensible Grund- und Menschenrechtsmaterie. Sie war wiederholt Gegenstand von Entscheidungen nationaler wie internationaler Gerichte, der Forschung und von Kritik durch Menschenrechtsorganisationen. Zudem ist sie einer Vielzahl an internationalen und nationalen Vorschriften wie auch rechtspolitischen Diskursen und Entwicklungen unterworfen.

Eine teils überstürzte Vorgehensweise zeigt sich nicht zuletzt angesichts der Erlassung und Kundmachung des *Fremdenrechtsänderungsgesetzes 2017* (FRÄG 2017). Dieses wurde zunächst in 2 Teilen in Begutachtung geschickt, sodann am 14.07.2017 mit BGBl I 84/2017 kundgemacht und muss nunmehr aufgrund von Fehlern im Gesetzgebungsprozess, nämlich der Abweichung der Beschlussausfertigung vom Gesetzesbeschluss des Nationalrats, neuerlich beschlossen und kundgemacht werden.[3] Obgleich zum Stand Juli 2017 nicht abgeschätzt werden kann, ob das FRÄG 2017 in der derzeitigen Form in Kraft treten wird, hat sich die Verfasserin dazu entschlossen die Novellierungen in die vorliegende Arbeit einzuarbeiten. Sofern es sich um Änderungen des BGBl I 84/2017 handelt, werden diese explizit als solche ausgewiesen.
Die Arbeit umfasst die bis 31.07.2017 veröffentlichte Judikatur zu den behandelten Themenbereichen. Änderungen, welche sich nach diesem Tag ergeben haben, konnten keine Beachtung finden.

Die vorliegende Untersuchung fokussiert auf die österreichische Ausgestaltung der Schubhaft nach § 76 FPG und daran zentral angrenzende Bereiche, wie dem Festnahmeauftrag nach § 34 BFA-VG und der Festnahme nach § 40 BFA VG.

[3] Parlamentskorrespondenz Nr. 910 vom 27.07.2017.

1.2 Abgrenzung

Im Zuge der vorliegenden Arbeit wird wiederholt auf die den einzelnen Rechtsmaterien immanenten Begriffe und sprachlichen Feinheiten eingegangen werden, nichtsdestotrotz sollen an dieser Stelle einige zentrale Verortungen vorweggenommen werden.

1.2.1 Verwaltungsverwahrungshaft

Von der Schubhaft zu unterscheiden ist die Verwaltungsverwahrungshaft[4] nach § 40 BFA-VG und § 39 FPG. Hierbei handelt es sich um eine zeitlich stark begrenzte Anhaltung in Ausübung verwaltungsbehördlicher Befehlsgewalt.[5] Diese kann – anders als die Schubhaft – nicht nur vom BFA angeordnet werden, sondern ebenso von der LPD. Die Anhaltung auf Anordnung der LPD ist höchstens bis zu 120 Stunden und nur in Ausnahmefällen bis zu 14 Tagen zulässig.[6] Wie insbesondere ein Bericht des Rechnungshofes zur Schubhaft deutlich zeigt, kam es seit 2014 zu einer erheblichen Zunahme an Anhaltungen im Rahmen der Verwaltungsverwahrungshaft.[7] Es ist kritisch zu hinterfragen, ob es sich hierbei um eine Vorbereitungshaft zur Abschiebung handelt und welche Implikationen dies auf den Bereich und die Beurteilung der Verwaltungsverwahrungshaft hat.[8]

Nicht nur die Schubhaft, sondern ebenso die Verwaltungsverwahrungshaft stellt einen nicht unbedeutenden Eingriff in die persönliche Freiheit der/des Einzelnen dar. Eine Untersuchung im Hinblick auf Verfassungs- und Grundrechtskonformität wäre angesichts der massiven Zunahme an Inhaftierungen zwar indiziert, wäre allerdings ähnlich umfangreich wie das zentrale Thema Schubhaft, weshalb von einer Bearbeitung im Rahmen der vorliegenden Arbeit abgesehen werden musste.

---

[4] Die Bezeichnung der Festnahme und Anhaltung auf Grundlage verwaltungsbehördlicher Befehlsgewalt als Verwaltungsverwahrungshaft ist einem Bericht des Rechnungshofes entnommen. Hiervon umfasst ist die nur kurzfristige Anhaltung ohne Inschubhaftnahme. Explizit sei darauf hingewiesen, dass es sich nicht um einen Legalbegriff handelt. Laut dem Bericht wird Verwaltungsverwahrungshaft wie folgt definiert: „Verwaltungsverwahrungshaft: zeitlich begrenzte Anhaltung von Personen in Ausübung verwaltungsbehördlicher Befehlsgewalt (maximale Dauer je nach gesetzlicher Grundlage zwischen 24 und 120 Stunden)“ (*Rechnungshof*, Vollzug der Schubhaft 98).

[5] *Rechnungshof*, Vollzug der Schubhaft 98.

[6] § 40 BFA-VG, § 39 FPG.

[7] *Rechnungshof*, Vollzug der Schubhaft 131.
Laut dem Bericht befanden sich im Jahre 2015 pro Tag etwa 183,2 Personen in Verwaltungsverwahrungshaft und 51,9 Person in Schubhaft. Es darf an dieser Stelle darauf hingewiesen werden, dass im Rahmen der Dissertation eine Anfrage an das BMI hinsichtlich aktueller Statistiken ergangen ist. Mit dem Hinweis darauf, dass aktuelle Zahlen nicht vorlägen, wurde von einer Beantwortung Abstand genommen.

[8] Im Jahre 2015 kam es zu 2.198 Abschiebungen aus der Verwaltungsverwahrungshaft, im Vergleich hierzu lediglich 878 Abschiebungen aus der Schubhaft (*Rechnungshof*, Vollzug der Schubhaft 146).

1.2.2 Gelinderes Mittel

Als weitere Zwangsmaßnahme im Kontext der Abschiebung von Fremden ist das gelindere Mittel zu nennen. Hierunter ist meist die Anordnung zu verstehen, in bestimmten Räumlichkeiten Unterkunft zu nehmen, sich in periodischen Abständen bei einer Dienststelle einer LPD zu melden, oder eine angemessene finanzielle Sicherheit beim BFA zu hinterlegen.[9]

Diese Maßnahme ist in jedem Fall als Alternative – und zwar auch im Falle von Verwaltungsverwahrungshaft – der Inhaftnahme vorzuziehen. Die *Agentur der Europäischen Union für Grundrechte* hat wiederholt darauf hingewiesen, dass Alternativen zu Inhaftnahmen nicht nur für die betroffenen Personen einen geringeren Eingriff in grundrechtliche Positionen darstellen, sondern zudem kosteneffizienter sind.[10] Die gegenständliche Dissertation wird lediglich in jenem Kontext auf gelindere Mittel eingehen, in denen sie der Schubhaft (iSd Ultima Ratio Prinzips) vorzuziehen und damit im Falle der Anordnung zu erwägen sind. Eine kritische Auseinandersetzung mit dieser Maßnahme und ihrer Umsetzung (etwa im Hinblick auf mangelnde Rechtschutzmechanismen) würde den Rahmen der Arbeit sprengen.

1.2.3 Personen

Hervorzuheben ist, dass auf den verschiedenen Rechtsebenen und innerhalb dieser zum Teil in den einzelnen Regelungswerken auf unterschiedliche Personengruppen Bezug genommen wird. In der gegenständlichen Arbeit wird versucht, sich jeweils an der Terminologie der besprochenen Rechtsregime zu orientieren und diese – soweit möglich – direkt aus den Gesetzestexten zu übernehmen.

Als *Fremder* gilt nach der Legaldefinition des § 2 Abs 4 Z 1 FPG jede Person, welche die österreichische Staatsbürgerschaft nicht besitzt. Demnach sind von dem Begriff sowohl Drittstaatsangehörige wie auch Unionsbürger/innen nach Art 20 AEUV und begünstigte Drittstaatsangehörige nach § 2 Abs 4 Z 11 FPG umfasst.

Drittstaatsangehörige sind nach § 2 Abs 4 Z 10 FPG Fremde, die weder EWR-Bürger/innen noch Schweizer Bürger/innen sind.

Unter dem Begriff *begünstigte Drittstaatsangehörige* werden folgende Personen subsumiert: „der Ehegatte, eingetragene Partner, eigene Verwandte und Verwandte des Ehegatten oder

[9] § 77 Abs 3 FPG (demonstrative Aufzählung).
[10] *FRA*, Alternatives to detention 1 ff.

eingetragenen Partners eines EWR-Bürgers oder Schweizer Bürgers oder Österreichers, die ihr unionsrechtliches oder das ihnen auf Grund des Freizügigkeitsabkommens EG-Schweiz zukommende Aufenthaltsrecht in Anspruch genommen haben, in gerader absteigender Linie bis zur Vollendung des 21. Lebensjahres, darüber hinaus, sofern ihnen Unterhalt tatsächlich gewährt wird, sowie eigene Verwandte und Verwandte des Ehegatten oder eingetragenen Partners in gerader aufsteigender Linie, sofern ihnen Unterhalt tatsächlich gewährt wird, insofern dieser Drittstaatsangehörige den unionsrechtlich aufenthaltsberechtigten EWR-Bürger oder Schweizer Bürger, von dem sich seine unionsrechtliche Begünstigung herleitet, begleitet oder ihm nachzieht".[11]

Die *Unionsbürgerschaft* richtet sich nach der Staatsbürgerschaft eines Mitgliedstaates der EU.[12]

Es wird in den einzelnen Abschnitten – sofern relevant – näher auf die Besonderheiten und Unterschiede der einzelnen Personengruppen und die auf sie anzuwendenden Bestimmungen eingegangen werden.

1.3 Forschungsfrage

Im Rahmen der gegenständlichen Dissertation wird die Frage bearbeitet, unter welchen Bedingungen die Schubhaft als legitime Maßnahme zur Sicherung der Abschiebung bzw. des Verfahrens zur Erlassung einer aufenthaltsbeendenden Maßnahme in Frage kommt. Demnach werden nicht nur die einfachgesetzlichen Bestimmungen einer Analyse zu unterziehen sein, sondern soll ebenso ein Überblick über die verfassungs-, grund- und unionsrechtlichen Anforderungen erarbeitet werden.

Als weitere Kernfrage wird überprüft, ob die Ausformung der Schubhaft und des diesbezüglichen Rechtsschutzes in Österreich diesen Anforderungen – gerade im Hinblick auf die Neustrukturierung der Fremdenbehörden und der Verwaltungsgerichtsbarkeit im Jahre 2014 und der Neugestaltung des Schubhafttatbestandes im Rahmen des FRÄG 2015 und 2017 – gerecht wird.

[11] § 2 Abs 4 Z 11 FPG.
[12] Art 20 AEUV.

1.4 Methodik

Die Arbeit verfolgt einen rechtsdogmatischen Ansatz, dh es werden zunächst relevante Gesetze anhand der bestehenden Rechtslehre und Rechtsprechung analysiert und im Anschluss daran wird versucht, entsprechende Schlüsse zu ziehen.

Als grundlegender Maßstab der Analyse sind die verfassungs- und europarechtlich gewährleisteten Grund- und Menschenrechte anzusehen, hinsichtlich deren Auslegung nicht nur auf die herrschende Rechtslehre, sondern ebenso auf die bestehende Judikatur zurückgegriffen wird. Die Untersuchung hatte sowohl die innerstaatliche wie insbesondere auch die europarechtliche Judikatur des EuGH und EGMR zum Fokus.
Des Weiteren wird ein Fokus auf der Analyse des Sekundärrechts der EU liegen, welcher für das bestehende Schubhaftregime nicht minder zentral ist.

Gerade im Hinblick auf die gänzliche Neugestaltung der zur Entscheidung berufenen Instanzen und der anzuwendenden Verfahrens- und Materiengesetze muss vielfach auf die Lehre und Judikatur zur Rechtslage vor 2014 zurückgegriffen werden, wobei dies – und dies ist bereits an dieser Stelle zu erwähnen – nur bedingt möglich ist.

1.5 Darstellung der Arbeit

Um die rechtlichen Grundlagen und die derzeitige Praxis im Zusammenhang mit der Inhaftierung von Fremden zum Zwecke der Abschiebung nachvollziehen zu können, ist ein Blick in die Geschichte lohnend. Kapitel 2 bemüht sich daher, zunächst einen rechtshistorischen Überblick über die Entwicklung dieser Sicherungsmaßnahme zu geben.

Nach dem historischen Überblick wird in Kapitel 3 der Frage nachgegangen, worauf sich die verfassungsrechtliche Kompetenz zur Erlassung von Regelungen im Bereich der Festnahme und Anhaltung von Fremden gründet. Des Weiteren werden die einzelnen zur Entscheidung berufenen Behörden und Gerichte überblicksmäßig dargestellt. Es wird an dieser Stelle auch der Frage nachgegangen, woraus sich die Zuständigkeiten der einzelnen Instanzen und damit einhergehende Unklarheiten, ergeben.

Kapitel 4 gibt eine Darstellung relevanter Menschenrechtsregulative, welche den Schutz vor willkürlicher Haft beinhalten. Hierbei soll den Grenzen des Schutzes der persönlichen Freiheit, etwa im Hinblick auf die Aufrechterhaltung eines geordneten Fremdenwesens, nachgegangen werden.

Die Gestaltung einer gemeinsamen Asyl- und Migrationspolitik stellt eine Top-Priorität der EU dar.[13] Im Rahmen des Gemeinsamen Europäischen Asylsystems (GEAS), welches in drei Phasen realisiert wird, kam es zur Erlassung und Umsetzung der für den Fremdenrechtsbereich maßgeblichen Richtlinien und Verordnungen. Zwischen 2003 und 2005 wurde eine erste Reihe von Sekundärrechtsakten (wie Aufnahme-, Verfahrens-, Status-RL und das Dubliner-Übereinkommen) erlassen und in Geltung gesetzt. In einer zweiten Phase der Harmonisierung wurden die Vorgaben und Mindeststandards konkretisiert. Hier finden sich erstmalig auch konkrete Regelungen zur Inhaftierung von Asylsuchenden.[14] 2008 kam zudem die Rückführungs-RL für unrechtmäßig aufhältige Drittstaatsangehörige hinzu. Österreich als Mitgliedstaat der EU steht in der Pflicht, die Richtlinien innerhalb der hierfür vorgesehenen Fristen umzusetzen (die letzte bis spätestens 2015). Es ist darauf hinzuweisen, dass die Europäische Kommission bereits einen Vorschlag für eine Reform der GEAS vorgelegt hat, somit scheint die nächste Phase der Harmonisierung und Vereinheitlichung eines europäischen Asyl- und Migrationssystems begonnen zu haben. Angesichts der gegenläufigen nationalen Bewegungen ist deren Umsetzung in naher Zukunft allerdings überaus fraglich.
Kapitel 5 wird sich mit den in Geltung stehenden Sekundärrechtsakten der EU im Hinblick auf die Haft von Asylsuchenden wie auch unrechtmäßig aufhältigen Drittstaatsangehörigen näher auseinandersetzen.

Die einfachgesetzliche Umsetzung der Schubhaft wird Inhalt des Kapitel 6 sein. An dieser Stelle werden verfassungs- und europarechtliche Dispositionen im Hinblick auf die österreichische Rechtslage explizit herausgearbeitet und deren Bedeutungen sowie bestehende Spannungsverhältnisse aufgezeigt. Dass Unstimmigkeiten vorhanden sind, wird nicht zuletzt daran deutlich, als die jeweils in Geltung stehenden Schubhaftbestimmungen wiederholt Gegenstand der Judikatur der österreichischen Höchstgerichte waren, welche unter

[13] *Europäische Kommission*, Fact Sheet Tampere 2.
[14] *Europäische Kommission,* Grünbuch.

Heranziehung europa- und grundrechtlicher Vorgaben die Unrechtmäßigkeit einzelner Bestimmungen, wie auch einer Vielzahl einzelfallbezogener Entscheidungen, feststellten.[15]

Anschließend wird dem Rechtsschutz in Österreich, etwa im Hinblick auf die Durchführung mündlicher Beschwerdeverhandlungen oder der rechtsfreundlichen Vertretung im Rahmen der bestehenden Komplementärmechanismen, ein eigenes Kapitel gewidmet sein, wobei Verfahrensgrundrechte, insbesondere nach Art 47 GRC, wie auch Sekundärrechtsakte von zentraler Bedeutung sind.

Abschließend sollen im Rahmen der Conclusio die zentralen Diskrepanzen der einfachgesetzlichen Bestimmungen, wie auch ihrer Vollziehung, zu den verfassungs- und europarechtlichen Voraussetzungen dargestellt werden und die Ergebnisse der vorliegenden Arbeit zusammengefasst werden.

[15] Exemplarisch: VfGH 09.06.2016, E31/2016; 24.11.2016, E178/2016. VwGH 19.05.2015, Ro 2014/21/0062 und Ro 2014/21/0065.

2 Rechtshistorische Überlegungen zur Schubhaft

Die gegenwärtige, gesetzliche Institution der Schubhaft basiert auf einer langen rechtshistorischen Tradition in Europa. Erste Formen des Schubes (im gegenwärtigen Sprachgebrauch der Außerlandesbringung oder Abschiebung) finden sich in der Antike. Abhängig von den jeweils bestehenden Machtstrukturen und Herrschaftssystemen, gab es in beinahe jeder Epoche ähnliche Zwangsmaßnahmen, welche, jeweils um durchsetzbar zu sein, mit der Option der Inhaftierung einhergingen.[16] Im 15. Jahrhundert stellte die Ausweisung etwa ein wichtiges Instrumentarium im Strafsystem dar.

Von der Ausweisung zu unterscheiden ist die Deportation, welche sich auf die Anweisung bezieht, an einem bestimmten Aufenthaltsort innerhalb des staatlichen Souveräns zu verbleiben.[17]

Obgleich die entwicklungsgeschichtliche Bedeutung der Zeitspanne bis 1871 somit nicht zu unterschätzen ist, werden die rechtshistorischen Überlegungen im Rahmen der vorliegenden Arbeit mit der ersten rechtseinheitlichen – und dadurch mit der heutigen Rechtslage vergleichbaren – Regelung des Schubwesens in der Habsburger Monarchie einsetzen.

2.1 Schub bis zum Ende der Habsburger Monarchie

Im 19. Jahrhundert veränderte sich die Ausweisung von einem Akt der Bestrafung eigener und fremder Untertanen/Untertaninnen zusehends zu einem bevölkerungspolitischen Instrument. Auffällig ist, dass neben straffälligen gerade auch mittellose Personen, politische Aktivisten/ Aktivistinnen und Angehörige bestimmter Volksgruppen bzw. Religionen (wie vorwiegend Roma bzw. jüdische Mitbürger/innen) aufenthaltsbeendenden Maßnahmen unterworfen waren.[18]

Zeitgleich mit der Exklusion bestimmter Bevölkerungsgruppen entwickelten sich liberale Grundrechte, die die Staatsbürger/innen gegen willkürlichen staatlichen Eingriff schützen sollten. Gemäß § 5 Gesetz vom 17. Oktober 1862 zum Schutze der persönlichen Freiheit heißt es etwa: „Niemand kann zum Aufenthalte in einem bestimmten Orte oder Gebiete ohne rechtlich begründete Verpflichtung verhalten (interniert, konfiniert) werden. Ebenso darf niemand außer den durch ein Gesetz bezeichneten Fällen aus einem bestimmten Orte oder

[16] *Steiner*, Abgeschoben 20 f.
[17] *Schwerhoff*, Vertreibung 48 ff.
[18] *Reiter-Zatloukal,* gefährliches Subjekt 87 ff.

Gebiete ausgewiesen werden".[19] Somit wurde bereits 1862, dh zu einem Zeitpunkt als Schutzrechte gegenüber dem Staat erst sehr spärlich in die Rechtsordnung implementiert waren, das Gesetz zum Schutze der persönlichen Freiheit verabschiedet. 1867 wurde es als Teil des Staatsgrundgesetzes, welches allen Staatsbürgern/Staatsbürgerinnen der Monarchie zukam, wiederverlautbart und blieb auch nach Ende der Monarchie als Grundrecht bestehen.[20] Das Staatsgrundgesetz von 1867 statuierte zudem das Freizügigkeitsrecht und die Niederlassungs- und Aufenthaltsfreiheit.[21]

Trotz der allgemeinen Formulierung fanden diese Rechte erhebliche Einschränkungen durch das Heimatrecht. Gänzlich ausgeschlossen von Grundrechten waren Personen ohne Staatsbürgerschaft. Die Auswirkungen dieses formalistischen Systems werden durch den Augenzeugenbericht des Wiener Universitätsprofessors und Abgeordneten Eduard Sueß deutlich. So schreibt er 1916:

> „Man führte mich in das Detentionshaus zu St. Theobald. Ich trat in einen weiten, wenig beleuchteten Raum. Zu meiner Linken befand sich ein Tisch. An diesem saßen zwei nette Kinder … und zwischen ihnen eine dunkle weibliche Gestalt, niedergebeugt auf den Tisch, die bedauernswerte Mutter. … Sie war eine Wienerin, die Witwe eines aus Galizien ausgewanderten Erwerbsmannes, eines Klempners, und dorthin sollte sie jetzt mit ihren Kindern in Begleitung von Dirnen und Vaganten abgeschoben werden, in die weite, unbekannt, fremde Ferne, losgerissen von allem, was ihr im Leben lieb geworden, von allen kleinen Erwerbsgelegenheiten der Heimat, die Zukunft der Kinder zerschnitten."[22]

Die Durchführung des Schubes, dh die Vollziehung des Ausweisungserkenntnisses, oblag zunächst ausschließlich den zuständigen Herrschaften bzw. Landgerichten. Erst ab dem 18. Jahrhundert finden sich Kodifizierungen in Form von Patenten. Mit dem *Gesetz vom 27. Juli 1871 in Betreff der Regelungen der polizeilichen Abschaffung und des Schubwesens* (Schubgesetz 1871) wurde der Schub rechtseinheitlich in der Habsburger Monarchie normiert.[23]

Das Gesetz sah zwei verschiedene Formen der Abschiebung vor, zum einen die Ausreise nach einer festgelegten Route mittels Zwangspasses, und zum anderen die zwangsweise Beförderung „unter Begleitung mittels Schub."[24] Sachlich zuständig für die Erlassung der Ausweisungserkenntnisse waren gemäß § 5 Schubgesetz 1871 die Schubbehörden. Laut § 8

[19] § 5 Gesetz vom 17. Oktober 1862 zum Schutze der persönlichen Freiheit, RGBl 87/1862.
[20] *Hengstschläger*/*Leeb*, Grundrechte 77; StGB 11920/303 iVm Art 149 B-VG iddF.
[21] Art 4 und 6 Staatsgrundgesetz über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger vom 21. Dezember 1867, RGBl 142/1867.
[22] *Sueß*, Erinnerungen 331 f.
[23] *Reiter*, Ausgewiesen 523 ff.
[24] § 3 Schubgesetz 1871.

Abs 2 Schubgesetz 1871 kam den Schubbehörden ebenso die Aufgabe zu, die Verwahrung des Betroffenen anzuordnen, falls weitere Erhebungen im Rahmen des Ausweisungsverfahrens notwendig seien. Dies war den Angehaltenen binnen 24 Stunden mittels Erkenntnis mitzuteilen.

Ein Erlass des Ministeriums des Innern vom 18. März 1868 gab erste Richtlinien zur Dauer der Verwahrung vor: so waren diese Verfahren schnellstmöglich zu führen und regelmäßig Bericht über die Fortschritte zu erstatten.[25] Gemäß § 9 Abs 1 Schubgesetz 1871 war das Erkenntnis der Schubbehörde der/dem Angehaltenen unverzüglich kundzutun und umgehend zu vollziehen, wenn es die Freilassung zur Folge hatte. Der/dem Angehaltenen war es zudem möglich, gegen das Abschiebungs- oder Abschaffungserkenntnis Rekurs zu erheben, wobei über selbigen der Landeschef entschied, der ebenso für Aufschub oder Aufhebung der rechtskräftigen Entscheidung zuständig war.[26] Bei Eintritt der Rechtskraft waren die Ausweisungen umgehend durchzusetzen.[27] Die Überwachung des Schubwesens oblag in Folge den politischen Behörden.[28]

Grundlage des Schubes waren – wie bereits erwähnt – Ausweisungserkenntnisse. Drei verschiedene Formen des Ausweisungsrechts waren vorgesehen: die Ausweisung als Kriminalstrafe, als staatliche verwaltungsbehördliche Maßnahme und als gemeindebehördliche Maßnahme.[29]

Als eine Form der Ausweisung als Strafe sah das Strafgesetz von 1852 die Landesverweisung vor, welche ausschließlich gegen Fremde erlassen werden konnte und auf Lebenszeit, sowie für den gesamten räumlichen Geltungsbereich des Gesetzes galt.[30] Eine andere Variante war die gerichtliche Abschaffung, welche sowohl gegen eigene Staatsbürger/innen wie auch Fremde erlassen werden konnte und das Verbot enthielt, an einen bestimmten Ort – mit Ausnahme der Heimatgemeinde – oder in ein Kronland zurückzukehren. Gegenüber Fremden konnte auch die Abschaffung für den gesamten räumlichen Geltungsbereich des Gesetzes, dh für sämtliche Kronländer, gelten.[31]

---

[25] Erlass des Ministeriums des Innern 18.03.1868, Zl 3785.

[26] Mit Ausnahme von strafrechtlichen Ausweisungen, diese waren nur durch Erkenntnis eines Gerichts bzw. durch das Justizministerium abzuändern.

[27] § 9 Abs 2 und 3 Schubgesetz 1871.

[28] § 19 Schubgesetz 1871; vgl *Reiter*, Ausgewiesen 648 ff.

[29] *Reiter,* Freizügigkeit 3 ff.

[30] § 25 Strafgesetz über Verbrechen, Vergehen und Übertretungen vom 01. September 1852, RGBl 1852/117.

[31] § 249 Strafgesetz 1852.

Das Schubgesetz 1871 unterschied zwischen der Abschiebung und der polizeilichen Abschaffung, wobei erstere die „Abschiebung aus einem bestimmten Orte oder Gebiete mit der Verweisung in die Zuständigkeitsgemeinde, oder bei Personen, welche dem Geltungsgebiete dieses Gesetzes nicht angehören, über die Gränze (sic) dieses Gebietes“ meinte und bei „wiederholter Abschiebung […] das Verbot der Rückkehr ausgesprochen werden“[32] konnte, und letztere die „polizeiliche Abschaffung aus einem oder mehreren Orten mit dem Verbote, dahin jemals oder binnen einer bestimmten Zeit zurückzukehren“[33].

In beiden Fällen richtete sich die Ausweisung ausschließlich gegen Personen ohne Heimatrecht[34] und galt nur bei Vorliegen eines zusätzlichen Tatbestandsmerkmals, wie z.B. Mittellosigkeit oder Straffälligkeit.[35]

Die Abschiebung erfolgte grundsätzlich „durch Vorzeichnung des von dem Abgeschobenen in bestimmten Fristen und Stationen zurückzulegenden Weges mittelst Zwangspasses“ oder „durch zwangsweise Beförderung unter Begleitung von Wachorganen mittels Schubes“.[36] Ähnlich wie heute oblag die Ausweisungsentscheidung nicht den ordentlichen Gerichten, sondern Behörden, insbesondere Kommunalbehörden und der Polizei.[37]

Als dritte Form der Ausweisung bzw. der Aufenthaltsbeendigung kannte die Habsburger Monarchie ein eigenständiges Ausweisungsrecht der Gemeinden. Dieses wurde zunächst mittels des *Provisorischen Gemeindegesetzes von 1849* und sodann als Grundsatzgesetz durch das *Reichsgemeindegesetz 1862* statuiert. Ausgewiesen konnten Personen unter bestimmten Bedingungen werden, welche nicht über ein Heimatrecht in der jeweiligen Gemeinde – unabhängig der Staatsbürgerschaft – verfügten.[38]

Durch vielfältige (auch zeitgeschichtliche) Veränderungen, insbesondere im Zusammenhang mit der vorangeschrittenen Industrialisierung, erfolgte schließlich im Jahre 1896 eine Öffnung des Heimatrechts, sodass dieses nicht mehr alleine durch Vererbung erworben werden konnte,

---

[32] § 1 Schubgesetz 1871.
[33] § 2 Schubgesetz 1871.
[34] § 2 Schubgesetz 1871: „Die Abschiebung oder Abschaffung einer Person aus ihrer Zuständigkeitsgemeinde ist unstatthaft. […] Außerdem können Personen, welche in dem Geltungsgebiete dieses Gesetzes nicht heimatberechtigt sind, wenn sich ihr Aufenthalt daselbst aus Rücksichten der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit als unzulässig darstellt, aus dem ganzen Geltungsgebiete dieses Gesetzes oder aus einem bestimmten Thiele desselben abgeschafft werden.“
[35] § 1 Schubgesetz 1871.
[36] § 3 Schubgesetz 1871.
[37] § 5 Schubgesetz 1871.
[38] *Wendelin,* Praxis der Abschiebungen 47.

sondern ein Rechtsanspruch auf Verleihung des selben nach zehnjährigem Aufenthalt entstand.[39]

2.2 Erste Republik

Mit dem Zusammenbruch der Habsburger Monarchie und den Übergang in die Erste Republik änderte sich die Zusammensetzung des bisherigen Vielvölkerstaates. Nach dem *Verfassungsübergangsgesetz* vom 1. Oktober 1920 wurden sämtliche Gesetze und Verordnungen des Staates bzw. der Länder – sofern sie nicht im Widerspruch zum B-VG standen – Teil der Rechtsordnung der Ersten Republik.[40]
Zwischenzeitlich erließen die Bundesländer eigene Regelungen zum Schub, diese wurden jedoch mit der zweiten Bundes-Verfassungsnovelle von 1929 wieder obsolet. Die Gesetzgebung und Vollziehung der Materien *Ausweisung, Abschiebung und Abschaffung* wurden zur Bundeskompetenz erklärt.[41]
Neben der Ausweisung als verwaltungsbehördliche Maßnahme kannte die Rechtsordnung der Ersten Republik weiterhin das gemeindebehördliche Ausweisungsrecht, sowie die gerichtliche Abschaffung bzw. Landesverweisung, wobei letztere erheblichen Änderungen unterworfen war.[42]

Die Rechtsgrundlagen des Schubes wie auch der Haft blieben somit weitestgehend bestehen. Nicht zuletzt durch die geopolitischen Entwicklungen erhielt die Staatsbürgerschaft zunehmend an Bedeutung. Das Heimatrecht blieb insofern relevant, als dass sich die neu entstandene Staatsbürgerschaft zunächst zu Deutschösterreich[43] und sodann zu Österreich maßgeblich am Heimatrecht orientierte.[44] Dies hatte entsprechende demographische Folgen. Der Staatsvertrag von St. Germain sah das Heimatrecht als Grundlage für die Zugehörigkeit zum neuen österreichischen Staat vor. Personen, welche in Gebieten wohnhaft waren, die nach dem Vertrag nicht mehr zu Österreich gehörten, verloren ihre Staatsbürgerschaft. Ausnahmen bestanden hauptsächlich für Personen, die sich aufgrund ihrer „Rasse“ und

[39] *Reiter-Zatloukal,* gefährliches Subjekt 67.
[40] Verfassungsgesetz vom 01. Oktober 1920 betreffend den Übergang zur bundesstaatlichen Verfassung, StGBl 451/1920, BGBl 2/1920.
[41] *Reiter*, Ausgewiesen 335 ff.
[42] *Reiter*, Ausgewiesen 341 ff.
[43] § 1 Gesetz vom 05. Dezember 1918 über das deutschösterreichische Staatsbürgerrecht, StGBl 91/1918.
[44] *Grandner,* Staatsbürger*,* 71*; Reiter*, Ausgewiesen 323 ff.

Sprache von der Mehrheitsbevölkerung des neuen Staates unterschieden. Diese konnten innerhalb von sechs Monaten die österreichische Staatsbürgerschaft beantragen.[45]

In den 1920er Jahren wurde Wien zum „Zentrum der politischen Emigration Mitteleuropas mit legitimistischen, nationalistischen, autonomistischen, konservativen, liberalen, sozialistischen und kommunistischen Gruppen, mit Ungarn, Griechen, Albanern, Mazedoniern, Montenegrinern, Kroaten, auch Jugoslawen, Bulgaren, Rumänen, Russen, Ukrainern, Polen, Italienern und Deutschen“.[46]
Gleichzeitig verstärkte sich jedoch eine rassistisch konnotierte Politik, welche sich abermals gegen jüdische Mitbürger/innen wie auch spezielle Migranten- und Migrantinnengruppen, wie insbesondere sogenannte Zigeuner/innen, richtete. Das politische Klima hatte sich verändert, durch die Reglementierung von Arbeitsmigration in Form des sogenannten *Inländerarbeiterschutzgesetzes* im Jahr 1925 wurden ausländische Arbeitnehmer/innen zusehends vom Arbeitsmarkt verdrängt. Fremde konnten von Seiten der Exekutive aus- bzw. abgeschafft werden, wenn sie aus ihrer Sicht eine Gefährdung für die öffentliche Ruhe und Ordnung darstellten. Dies richtete sich – neben rassistischen Beweggründen – auch konkret gegen kommunistische Bewegungen. Das Gesetz ließ einen weitgehenden Ermessensspielraum, sodass eine Bedrohung im Sinne des Gesetzes bereits dann als erfüllt galt, wenn sich die/der Fremde eines Pass-, Melde- oder Devisenvergehens schuldig gemacht hatte.[47]

2.3 Austrofaschismus (1933 bis 1938)

Aufgrund des Putsches im März 1933 und der Etablierung eines austrofaschistischen Staates zwischen 1933 und 1938 verschärfte sich die Situation für Fremde, insbesondere für Flüchtlinge.[48] Abschaffungen richteten sich zunehmend gegen Mitglieder der innenpolitischen Opposition, denen auf Grundlage einer Notverordnung, genannt *Verordnung über den Staatsbürgerverlust*, die Staatsbürgerschaft aberkannt werden konnte und die Betroffenen vielfach ins Exil trieb.

[45] *Hoffmann-Holter*, Kriegsflüchtlinge 53.
[46] *Heiss,* Ausländer 92.
[47] *Heiss,* Ausländer 88 ff.
[48] *Rathkolb,* Asyl-und Transitland 113.

Während des Austrofaschismus blieb das Schubgesetz 1871 in Geltung, wobei es zu einer Kompetenzverschiebung vom Bund zu den Ländern im Bereich der Vollziehung kam.[49] Eine Neuregelung durch das *Bundesgesetz über den Aufenthalt von Ausländern*, welches vor dem Hintergrund einer massiven antisemitischen Propaganda hinsichtlich der Zuwanderung von „*Ostjuden*" diskutiert wurde, trat aufgrund des Anschlusses Österreichs an das Dritte Reich nicht mehr in Kraft.

Am 10. Mai 1938 trat in Österreich das deutsche *Gesetz über das Paß-, das Ausländerpolizei- und das Meldewesen* vom 11. Mai 1937 in Kraft.[50]

2.4 Zeit des Nationalsozialismus

Auf die Bedeutung der Schubhaft während des Nationalsozialismus kann an dieser Stelle nur hingewiesen werden, da eine differenzierte Auseinandersetzung mit der Thematik den Rahmen des vorliegenden historischen Überblicks sprengen würde. Das nationalsozialistische Regime führte zu einer nie zuvor in solchem Ausmaß dagewesenen Tötungs- und Verfolgungsmaschinerie. Verfolgung aufgrund der Zugehörigkeit zu einer bestimmten Ethnie bzw. Volksgruppe (im damaligen Terminus: Rasse), Religion, Nationalität, sowie infolge der Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe (z.B. homosexuelle Personen), wie auch aufgrund der politischen Überzeugung standen an der Tagesordnung. Dies spiegelte sich auch in der *Ausländerpolizeiverordnung* vom 22. August 1938 wieder. So wurde „[d]er Aufenthalt im Reichsgebiet […] Ausländern erlaubt, die nach ihrer Persönlichkeit und dem Zweck ihres Aufenthalts im Reichsgebiet die Gewähr dafür bieten, daß sie der ihnen gewährten Gastfreundschaft würdig sind".[51] Aufenthaltsverbote konnten insbesondere aufgrund der Täuschung über die Rasse wie auch aufgrund des Herumziehens „als Landstreicher, als Zigeuner oder nach Zigeunerart"[52] erlassen werden. Die Entscheidung über Ausweisung, Abschiebehaft und polizeiliche Verwahrung oblag der Polizei.[53] Gegen die Abschiebehaft war ein Rechtsmittel nicht zulässig.[54] Mit der *Verordnung über die Behandlung von Ausländern*

[49] *Reiter*, Ausgewiesen 335 ff.
[50] *Rathkolb,* Asyl-und Transitland 113 ff.
[51] § 1 APVO 1938.
[52] § 5 Abs 1 lit h APVO 1938.
[53] § 9 APVO 1938.
[54] § 11 Abs 5 APVO 1938.

(APVO) vom 5. September 1939 kam es zu weiteren Verschärfungen, unter anderem wurde die Unterbringung in Internierungslagern, angeordnet von der Polizei, festgeschrieben.[55]
Bei der Haft im Kontext von Abschiebungen handelte sich folglich um ein weiteres Instrumentarium, die menschenverachtende Weltanschauung des Nationalsozialismus umzusetzen, und letztlich willkürliche Gewalt rechtlich zu legitimieren.

2.5 Zweite Republik

Am 27. April 1945 kam es, noch vor der bedingungslosen Kapitulation des nationalsozialistischen Regimes am 8. Mai 1945 und dem damit einhergehenden Ende des zweiten Weltkrieges, zur Unabhängigkeitserklärung Österreichs. Bis zum *Staatsvertrag betreffend die Wiederherstellung eines unabhängigen und demokratischen Österreich* am 15. Mai 1955 blieb Österreich unter Verwaltung der Alliierten, denen in Fragen der Legislative bis zu diesem Zeitpunkt die Letztentscheidung zukam.

2.5.1 Fremdenpolizeigesetz 1954

Die nationalsozialistische APVO aus dem Jahr 1938 blieb in den ersten Jahren der jungen Republik wortgleich bestehen.[56] Erst im Zuge des zunehmenden Drängens der Alliierten rang sich der österreichische Gesetzgeber zur Erlassung des *Fremdenpolizeigesetz 1954* (FrPolG 1954)[57] durch, wobei sich dieses maßgeblich an der APVO 1938 orientierte.[58]
Das FrPolG 1954, bestehend aus überschaubaren 19 Paragraphen, sah vor, dass der Aufenthalt von Fremden in der Regel bei Nachweis der notwendigen finanziellen Mittel zulässig sei.[59] Gleichzeitig wurde statuiert, dass die „Fremden […] während ihres Aufenthaltes im Bundesgebiet ihr Verhalten den österreichischen Gesetzen anzupassen“[60] haben. Neben dem Aufenthaltsverbot[61], sowie der Möglichkeit des Vollstreckungssaufschubes[62], regelte das Gesetz auch die In-Schubhaftnahme von Fremden.

[55] § 3 Verordnung Behandlung von Ausländern, RGBl I 1939.
[56] dRGBl I 1053/1938 übergeleitet durch R-ÜG 1945.
[57] FrPolG 1954, BGBl 75/1954.
[58] *Gächter,* Inlandarbeiterschutzgesetz 33.
[59] § 2 FrPolG 1954.
[60] § 2 Abs 2 erster Satz FrPolG 1954.
[61] § 3 FrPolG 1954.
[62] § 6 Abs 2 FrPolG 1954.

Hierzu lautete es wie folgt:

> „§ 5. (1) Ein Fremder kann von der Behörde zur Vorbereitung der Erlassung eines Aufenthaltsverbotes oder zur Sicherung der Abschiebung vorläufig in Verwahrung genommen werden (Schubhaft), wenn dies im Interesse der Aufrechterhaltung der öffentlichen Ruhe, Ordnung oder Sicherheit oder aus dem Grunde notwendig erscheint, um ein unmittelbar zu befürchtendes strafbares Verhalten des Fremden zu verhindern.
> (2) Die Schubhaft darf in der Regel nicht über zwei Monate ausgedehnt werden. Über Antrag der zuständigen Behörde kann die ihr übergeordnete Behörde ausnahmsweise aus wichtigen Gründen eine Ausdehnung der Schubhaft bis zur Höchstdauer von insgesamt drei Monaten bewilligen.“[63]

Gegen einen Schubhaftbescheid war lediglich die Berufung – zunächst an den Landeshauptmann und in einer späteren Fassung an die Sicherheitsdirektion – zulässig.[64] Den Behörden blieb in der Umsetzung des Gesetzes ein weitgehender Ermessensspielraum, da der Regelungsumfang insgesamt gering war. Überdies mangelte es an Definitionen der verwendeten Begrifflichkeiten.[65] Als Beispiel sei erwähnt, dass sich lediglich eine Legaldefinition zum Begriff des Fremden als „Person, die die österreichische Staatsbürgerschaft nicht besitzt“[66] im Gesetzestext fand, während sämtliche darüber hinausgehende Begriffe ungeklärt blieben.

Nach dem Beitritt Österreichs zur *Genfer Flüchtlingskonvention* (GFK) am 30.01.1955, richtete sich die Zuerkennung der Flüchtlingseigenschaft durch die zuständige Fremdenpolizei nach den diesbezüglichen Bestimmungen.[67] Eine Kodifizierung des Asylrechts und eines Durchführungsgesetzes zur GFK auf nationalstaatlicher Ebene sollten noch bis zum AsylG 1968 auf sich warten lassen. Mit dem AsylG 1968 kam es auch zu einer Trennung des Asylverfahrens und des Verfahrens zur Feststellung aufenthaltsbeendender Maßnahmen.[68]
Insbesondere der Beitritt Österreichs zur *Europäischen Menschenrechtskonvention* (EMRK) am 03.09.1958 mit BGBl 210/1958, welche mit BGBl 59/1964 in Verfassungsrang erhoben wurde, stellte eine zentrale Grundlage für die Weiterentwicklung des Fremdenrechts dar. Hierdurch kam es zu einer Erweiterung grundrechtlicher Ansprüche im Falle eines Freiheitsentzuges.[69] Das Recht auf Freiheit und Sicherheit nach Art 5 EMRK wurde allerdings

[63] § 5 FrPolG 1954.
[64] § 11 Abs 2 FrPolG 1954.
[65] *Pfleger,* Ausweisung 1.
[66] § 1 FrPolG 1954.
[67] Erlässe des BMI, Zlen 38.756-4/58 und 28.000-2A/61.
[68] *Pfeifer,* JBL 1969, 58 ff.
[69] *Grabenwarter*/*Pabel*, EMRK 189.

mit einem Vorbehalt ratifiziert, der bis heute – trotz anderwärtiger Bestrebungen – nicht zurückgenommen wurde.[70]

Der Einfluss der EMRK auf das Schubhaftregime zeigte sich etwa an der Diskussion zur mangelnden gerichtlichen Überprüfung der Rechtmäßigkeit der Schubhaft, welche von der herrschenden Rechtsmeinung im Kontext des Art 5 Abs 4 EMRK als verfassungswidrig qualifiziert wurde.[71]

Im selben Jahr trat das *Bundesverfassungsgesetz vom 29. November 1988 über den Schutz der persönlichen Freiheit* (PersFrG) in Kraft, welches das Rechtsschutzgebot ebenfalls im Verfassungsrang bestätigte. Wörtlich heißt es gemäß Art 6 Abs 1 PersFrG:

> „Jedermann, der festgenommen oder angehalten wird, hat das Recht auf ein Verfahren, in dem durch ein Gericht oder durch eine andere unabhängige Behörde über die Rechtmäßigkeit des Freiheitsentzuges entschieden und im Falle der Rechtswidrigkeit seine Freilassung angeordnet wird. Die Entscheidung hat binnen einer Woche zu ergehen, es sei denn, die Anhaltung hätte vorher geendet."

Am 1. Jänner 1991 trat in Folge des bis dato bestehenden rechtsstaatlichen Defizits im Bereich der Schubhaft Art 129a Abs 1 Z 2 B-VG in Kraft, welcher die örtliche und sachliche Zuständigkeit der neu geschaffenen *Unabhängigen Verwaltungssenate* (UVS) in den Ländern für Beschwerden gegen Schubhaftbescheide regelte.[72] Eine erste gerichtliche Überprüfung der Schubhaft wurde in Folge mit der Fremdenrechts-Novelle im Jahre 1991 eingeführt.[73] Die Bestimmung sah nun erstmals vor, dass Schubhäftlinge gegen die in Vollziehung des Schubhaftbescheides erfolgte Festnahme und Anhaltung Beschwerde an den örtlich zuständigen UVS erheben konnten.[74] Diese Regelung stand in Kritik durch die herrschende Lehre, insbesondere weil die Schubhaft weiterhin von der Fremdenpolizei angeordnet wurde und die Rechtsqualität der UVS als Gerichte zumindest kritisch hinterfragt wurde. Dennoch bestätigte der VfGH die Verfassungskonformität[75] des neu geschaffenen Rechtsmittels.[76]

---

[70] *Kopetzki,* PersFrG Vorbem Rz 4.
[71] *Rosenmayr,* ZfV 1988, 1.
[72] *Larcher,* Aktivlegitimation 573.
[73] § 5a FrPolG 1954 idF BGBl 21/1991.
[74] Der Vollständigkeit halber sei darauf verwiesen, dass sich die Beschwerde ausschließlich gegen die Rechtmäßigkeit der Anhaltung richtete, nicht jedoch gegen den Schubhaftbescheid per se. Dieser war bis zur grundlegenden Novelle des Fremdenrechts im Jahre 1992, BGBl 838/1992, weiterhin bei der Sicherheitspolizeidirektion mittels Berufung zu bekämpfen. Verfassungsrechtliche Bedenken hinsichtlich der Trennung der Prüfungsbefugnis von Seiten der Rechtslehre und des VwGH wurden vom VfGH jedoch verworfen (vgl dazu *Thienel,* ÖJZ 1992, 705).
[75] VfGH 12.03.1992, G 346/91.
[76] *Nowak,* ZfV 1991, 388.

Diese Jahre der zunehmenden Formalisierung des Asyl- und Fremdenrechts gingen mit einer grundlegenden Änderung der politischen Stimmung in Österreich einher. Der '*Flüchtling*' wurde zu einem Politikum hochstilisiert und gleichzeitig negativ konnotiert.[77] 1990 wurde das FrPolG 1954 novelliert, wobei das Fremden- und Asylrecht – der politischen Stimmung entsprechend – restriktive Änderungen erfuhr. So sah die Novelle vermehrt fremdenpolizeiliche Strafbestimmungen vor. Weiters wurde der Tatbestand der Zurückschiebung, welche innerhalb von 7 Tagen nach Grenzübertritt zulässig war, neu geregelt, und der Tatbestand der Ausweisung eingeführt.[78] Abgeschwächt wurden die restriktiven Änderungen durch die einfachgesetzliche Verankerung des Refoulementverbots (in Übereinstimmung mit Art 33 Z 2 GFK, sowie Art 2 und 3 EMRK), dh des Verbots der Zurückweisung, Zurückschiebung und Abschiebung in besonderen Fällen, und zwar:

> „wenn stichhaltige Gründe für die Annahme bestehen, daß
> 1. dort sein Leben oder seine Freiheit aus Gründen seiner Rasse, seiner Religion, seiner Nationalität, seiner Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe oder seiner politischen Ansichten bedroht wäre (Art. 33 Z 1 der Konvention über die Rechtsstellung der Flüchtlinge, BGBl. Nr. 55/1955), oder
> 2. er dort Gefahr liefe, gefoltert oder einer unmenschlichen Behandlung oder der Todesstrafe unterworfen zu werden."[79]

2.5.2 Fremdengesetz 1992

Das *Fremdengesetz 1992* (FrG 1992) rundete die erste große Reform des Asyl- und Fremdenrechts der Zweiten Republik ab.[80] Das am 01.01.1993 in Kraft getretene Gesetz ersetzte das bisherige FrPolG 1954, ergänzt um Bestimmungen des PaßG 1969, welche sich ausschließlich an Fremde richteten.[81]

Adaptierungen des Fremdenrechts waren insbesondere im Kontext des bevorstehenden Beitritts Österreichs zur EU notwendig. Im Zuge des *Vertrages über die Europäische Union* (EUV), beschlossen im Rahmen des Maastrichter Gipfels im Dezember 1991, unterzeichnet im Februar 1992 und in Kraft getreten am 01.11.1993, wurde, als ein gemeinsames politisches Ziel und als dritte Säule der EU, die Zusammenarbeit in den Bereichen Justiz und Inneres festgelegt:

---

[77] *Schumacher*/*Peyrl*, Fremdenrecht 186; *Matouschek*/*Wodak*/*Januschek,* Notwendige Maßnahmen gegen Fremde? 70.
[78] *Wiederin,* Aufenthaltsbeendende Maßnahmen 4 f.; *Pfleger,* Ausweisung 2.
[79] § 13a FrPolG 1954 idF BGBl 190/1990.
[80] BGBl 838/1992.
[81] *Wiederin,* Aufenthaltsbeendende Maßnahmen 6.

„l. die Asylpolitik;
2. die Vorschriften für das Überschreiten der Außengrenzen der Mitgliedstaaten durch Personen und die Ausübung der entsprechenden Kontrollen;
3. die Einwanderungspolitik und die Politik gegenüber den Staatsangehörigen dritter Länder:
a) die Voraussetzungen für die Einreise und den Verkehr von Staatsangehörigen dritter Länder im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten;
b) die Voraussetzungen für den Aufenthalt von Staatsangehörigen dritter Länder im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten, einschließlich der Familienzusammenführung und des Zugangs zur Beschäftigung;
c) die Bekämpfung der illegalen Einwanderung, des illegalen Aufenthalts und der illegalen Arbeit von Staatsangehörigen dritter Länder im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten".[82]

Dies fand seinen sekundärrechtlichen Niederschlag in den *Schengener Durchführungsbestimmungen* und dem *Dubliner Übereinkommen*. Der österreichische Gesetzgeber bemühte sich, die mit dem FrG 1992 neu geschaffenen asyl- und fremdenrechtlichen Regelungen bereits in Konformität mit den Bestimmungen der EU zu formulieren.[83]

Ein wesentlicher Bestandteil der nationalen Reform war die Schaffung dreier verschiedener Rechtsregime für Fremde, welche die eben angeführten Hintergründe widerspiegelten: zum Ersten für Angehörige des *Europäischen Wirtschaftsraumes* (EWR), zum Zweiten für Personen mit Konnex zum Asylgesetz und zum Dritten für sonstige Drittstaatsangehörige.[84]
Das FrG 1992 setzte einen Schwerpunkt in der Verhinderung des unrechtmäßigen Aufenthaltes Fremder, was in der Ausweitung der Ausweisungstatbestände seine Umsetzung fand.[85] Kritik erfuhr das Gesetz besonders im Hinblick auf die Behandlung von minderjährigen Fremden, welche in Schubhaftverfahren bereits ab dem vollendeten 16. Lebensjahr als handlungsfähig erklärt wurden, während die volle Handlungsfähigkeit in der Regel erst mit dem Erreichen der Volljährigkeit, dh ab der Vollendung des 18. Lebensjahres eintritt.[86]
In Folge der Einführung der Drittlandssicherheit[87] kam es zu einem exponentiellen Anstieg von In-Schubhaftnahmen. Diese Situation wurde nicht nur von Seiten diverser

[82] Art K.1 EUV (VvM).
[83] *Grussmann*, Fremdenrecht 63 ff.
[84] *Pfleger,* Ausweisung 4.
[85] § 17 FrG 1992.
[86] § 71 Abs 1 FrG 1992.
[87] § 2 Abs 2 Z 3 AsylG 1991.

Flüchtlingseinrichtungen, sondern ebenso vom UNHCR massiv kritisiert. Zwischen 1991 und 1995 wurden etwa zehn Prozent aller Asylverfahren in Schubhaft geführt.[88]

Über eine/n Fremde/n konnte Schubhaft verhängt werden, „sofern dies notwendig [war], um das Verfahren zur Erlassung eines Aufenthaltsverbotes oder einer Ausweisung bis zum Eintritt ihrer Durchsetzbarkeit oder um die Abschiebung, die Zurückschiebung oder die Durchbeförderung zu sichern".[89] Es fiel somit die zusätzliche Tatbestandsvoraussetzung weg, nämlich dass „dies im Interesse der Aufrechterhaltung der öffentlichen Ruhe, Ordnung oder Sicherheit oder aus dem Grunde notwendig erscheint, um ein unmittelbar zu befürchtendes strafbares Verhalten des Fremden zu verhindern".[90] Neben Regelungen zum Vollzug[91], zur Durchführung[92] und zur Dauer[93] der Schubhaft wurde die Festnahme[94] und die Anhaltung[95] voneinander getrennt behandelt. Gemäß § 41 Abs 2 FrG 1992 war die Schubhaft mittels Mandatsbescheid, dh auch ohne vorangegangenes Ermittlungsverfahren, bei „Gefahr im Verzug" iSd § 57 Abs 1 AVG zu erlassen.[96]

Außerdem sah das Gesetz verschiedene Rechte der Festgenommenen[97] vor, wie das Recht auf Information über die Gründe der Festnahme und Inhaftierung, sowie das Recht auf Beschwerde an den unabhängigen Verwaltungssenat.[98] Der UVS wurde für die Behandlung sämtlicher Aspekte der Schubhaft nach Art 129a B-VG idF BGBl 685/1988 zuständig.[99] Beschwerdegegenstand konnte somit sowohl der Schubhaftbescheid, die Festnahme, wie auch die (weitere) Anhaltung sein.[100]

---

[88] *Sunjic,* Flüchtlingstrends 261ff.
[89] § 41 Abs 1 FrG 1992.
[90] § 5 FrPolG 1954.
[91] § 46 FrG 1992.
[92] § 47 FrG 1992.
[93] § 48 FrG 1992.
[94] § 42 FrG 1992.
[95] § 44 FrG 1992.
[96] *Muzak*, § 61 FrG 1997, Anm. 2.
[97] § 45 FrG 1992.
[98] § 51 - 54 FrG 1992.
[99] *Grof*, ÖJZ 1995, 281 ff.
[100] RV 692 BlgNR XVIII. GP 54 ad §§ 51 und 52.

2.5.3 Fremdengesetz 1997

Die nächste grundlegende Reform des Fremdenrechts wurde 1997 in Folge des Beitritts Österreichs zur EU beschlossen.[101] Im Rahmen dessen kam es zu Erleichterungen für aufenthaltsverfestigte Fremde und zum Schutz vor aufenthaltsbeendenden Maßnahmen für sogenannte Migranten/Migrantinnen der zweiten Generation.[102]
Das *Bundesgesetz über die Einreise, den Aufenthalt und die Niederlassung von Fremden* (*Fremdengesetz 1997* – FrG 1997)[103] umfasste sowohl fremdenpolizeiliche wie auch aufenthaltsrechtliche Belange und führte die 1992 getrennten Rechtsvorschriften des FrG 1992 und des AufenthaltsG 1992 wieder zusammen.[104]

Das Instrumentarium Schubhaft blieb nahezu gleichlautend bestehen, es wurde lediglich bei rechtmäßig aufhältigen Fremden die Fluchtgefahr als zusätzliche Voraussetzung eingeführt.[105] In § 61 FrG 1997 hieß es wörtlich: „Über Fremde, die sich rechtmäßig im Bundesgebiet aufhalten, darf Schubhaft nur verhängt werden, wenn aufgrund bestimmter Tatsachen anzunehmen ist, sie würden sich dem Verfahren entziehen“.[106] Zudem trat als neues Rechtsinstitut das *gelindere Mittel* nach § 66 FrG 1997 hinzu, welches vorsah, dass sich der Fremde zur Sicherung des Verfahrens an eine „von der Behörde bezeichnete Unterkunft zu begeben und sich jeden zweiten Tag bei der ihm bekanntgegebenen Sicherheitsdienststelle zu melden“[107] habe. Hauptgrund für die Einführung alternativer Maßnahmen war die hohe Anzahl von Schubhaftfällen, welche durch den Vorrang der Anordnung des gelinderen Mittels eingeschränkt werden sollte.[108] Dies wurde jedoch nicht erreicht.[109]

Der Beitritt Österreichs zur EU mit Jahresbeginn 1995 führte dazu, dass das *Dubliner Übereinkommen* von 1990 im Jahre 1997 auch in Österreich in Kraft trat. Grundidee des Übereinkommens war, dass jener Staat für die Prüfung eines Asylantrages zuständig sei, in welchem der/die Asylwerber/in erstmals die Möglichkeit auf rechtskonforme Prüfung des

---

[101] BGBl 75/1997, 76/1997, 77/1997.
[102] *Rath-Kathrein*, ecolex 1997, 713 ff.
[103] BGBl 75/1997.
[104] RV 685 BlgNR XX. GP.
[105] *Khakzadeh,* migraLex 2003, 43 ff.
[106] § 61 Abs 1 FrG 1997.
[107] § 66 Abs 3 FrG 1997.
[108] § 66 Abs 1 FrG 1997; RV 685 BlgNR XX.GP 81.
[109] *Neugschwendtner,* Fremdengesetz 97, 1.

Antrages hatte. Es handelte sich dabei zunächst um einen völkerrechtlichen Vertrag zwischen den EU-Mitgliedsstaaten.[110]

Im Zuge der Änderungen des Primärrechts der EU durch den Amsterdamer Vertrag vom 1. Mai 1999 wurde eine gemeinsame Asyl- und Einwanderungspolitik zu einem Hauptziel der EU erklärt und selbige in die erste Säule der EU überführt.[111] Maßgeblich für die Weiterentwicklung und Schaffung eines „Raumes der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts" waren die Ergebnisse der Sondertagung des Europäischen Rates von 15. und 16. Oktober 1999 in Tampere, mit welchen eine gemeinsame europäische Asylpolitik als notwendig erachtet und diesbezüglich Maßnahmen gefordert wurden.[112]
Zur besseren Umsetzung der Zuständigkeitsregelungen des Dubliner Übereinkommens wurde u.a. die Eurodac-VO am 11. Dezember 2000 erlassen, auf deren Grundlage eine Datenbank zur Erfassung und zum Vergleich von Fingerabdrücken von Asylsuchenden und bestimmten Fremden geschaffen wurde.[113] In weiterer Folge kam es im Zuge der Harmonisierung des europäischen Asylsystems zur Erlassung der Richtlinie zur Gewährleistung der gegenseitigen Anerkennung von Rückführungsentscheidungen, der Dublin II-VO, der Aufnahme-RL aF, der Status-RL aF und der Verfahrens-RL aF.[114]
Obgleich europarechtliche Regelungen – wie aufgezeigt – zunehmend an Bedeutung gewannen, fand deren Einzug in die österreichische Gesetzgebung nur sehr zögerlich, oftmals erst nach Verurteilungen durch den EuGH, und auch in äußerst unterschiedlicher Qualität statt.[115]

Im Rahmen eines historischen Überblicks über die Thematik der Schubhaft ist, neben den rechtlichen Entwicklungen, stets auch die politische Dimension von Bedeutung. So stellte das Jahr 2000 einen Wendepunkt auf nationaler Ebene dar, als trotz erheblicher internationaler Proteste und Demonstrationen in Österreich die FPÖ in Koalition mit der ÖVP die Regierung stellte. Ein weiteres gesellschaftspolitisches Schlüsselmoment waren die Terroranschläge vom

[110] Dubliner Übereinkommen.
[111] *Hailbronner*, Die Neuregelung der Bereiche Freier Personenverkehr, Asylrecht und Einwanderung 179 ff.; Art 61 bis 69 EUV (VvA).
[112] *Europäisches Parlament*, Schlussfolgerungen Tampere 1999; *Fassmann*/*Fenzl*, Asyl und Flucht 294 ff.
[113] Art 8 - 11 Eurodac-VO.
[114] *Europäische Kommission*, Grünbuch.
[115] *Perchinig,* Europäisierung131 ff.

11.09.2001, die die Fokussierung auf Sicherheitsaspekte im Zusammenhang mit Asyl und Migration, sowohl auf europarechtlicher als auch nationaler Ebene, zur Folge hatten.[116]

Die Fremdenrechts-Novelle 2002 idF BGBl 126/2002 und die Asylrechts-Novelle 2003 idF BGBl 101/2003 spiegeln diese Entwicklungen wieder. So kam es erstmals zu einer Ausweitung der Schubhafttatbestände auf Asylsuchende. Schubhaft konnte „zum Zwecke der Sicherung der Ausweisung und Abschiebung" angeordnet werden, „wenn der Asylwerber sich im Zulassungsverfahren ungerechtfertigt aus der Erstaufnahmestelle entfernt hat"[117], somit lediglich auf Grund einer Verwaltungsübertretung. Dies führte zu massiver, auch internationaler, Kritik. Überdies konnten Asylsuchende auch im Falle einer nicht rechtskräftigen Ausweisungsentscheidung, einer rechtskräftigen Zurückweisungsentscheidung im Zulassungsverfahren, sowie einer rechtskräftigen Entscheidung über einen Folgeantrag in Schubhaft genommen werden.[118]
Eine Reihe restriktiver Bestimmungen wurden vom VfGH wegen Verfassungswidrigkeit behoben, etwa die unmittelbare und ausnahmslose Inschubhaftnahme bei Folgeanträgen.[119]

2.5.4 Fremdenrechtspaket 2005

Aufgrund der Verpflichtung Österreichs zur Umsetzung europarechtlicher Richtlinien und der anhaltenden Kritik an der Novelle aus dem Jahr 2003, entschloss sich der Gesetzgeber bereits im Jahr 2005 zu einer abermaligen grundlegenden Neukodifizierung des Asyl- und Fremdenwesens. Mit 01.01.2006 traten das neue *Asylgesetz* (AsylG), das *Fremdenpolizeigesetz* (FPG) und das *Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz* (NAG) in Kraft.[120]
Das bis heute geltende – wenngleich wiederholt novellierte – AsylG regelt die Durchführung des Asylverfahrens, das FPG hingegen sämtliche Belange der Fremdenpolizei, wie auch die Ausstellung und Entziehung von Einreisetiteln und Visabestimmungen. Die Abgrenzung zum NAG besteht darin, dass das FPG sämtliche Aufenthaltstitel mit maximaler Aufenthaltsdauer

[116] *Jahn*/*Maurer*, Asyl und Migrationspolitik der EU 8 f.
[117] § 34 b Abs 1 Z 1 AsylG 1997 idF BGBl 101/2003.
[118] § 34 b Abs 1 Z 1 AsylG 1997 idF BGBl 101/2003.
[119] VfGH 15.10.2004, G 237/03.
[120] BGBl 100/2005.

bis zu sechs Monaten regelt. Längerfristige Aufenthalte – mit Ausnahme der Aufenthaltstitel nach dem AsylG – finden sich im NAG wieder.[121]

§ 76 Abs 1 FPG idF BGBl I 100/2005 regelte, wortgleich mit der Vorgängerbestimmung des § 61 Abs 1 FrG 1997, die allgemeinen Voraussetzungen der Schubhaft. Maßgebliche Regelungen blieben unverändert bestehen: so war die Schubhaft auch weiterhin mittels Mandatsbescheid zu erlassen. Die Haft musste zudem zwingend notwendig zur Sicherung des Verfahrens bzw. der Außerlandesschaffung sein. Offen gebliebene Problemstellungen, wie etwa im Hinblick auf die Auslegung der Sicherungsbedarfs von unrechtmäßig aufhältigen Fremden, blieben auch für die neu eingeführte Bestimmung ungelöst und mussten erst durch Lehre und Judikatur konkretisiert werden.[122] Zögerlich entwickelte sich auch die Rechtsprechung des VwGH, der in jedem Einzelfall konkrete Anhaltspunkte für einen Sicherungsbedarf, unter anderem unter Bedachtnahme auf das Privat- und Familienleben, verlangte.[123]

In das FPG übergeleitet wurden zudem die Schubhafttatbestände für Asylsuchende.[124] Schubhaft konnte im Falle einer nicht rechtskräftigen Ausweisungsentscheidung nach § 10 AsylG (Z 1), wie auch bei Einleiten eines Ausweisungsverfahrens erlassen werden (Z 2). Die Folge waren Erschwernisse und Defizite im Rechtsschutz, im Zugang zu Rechtsberatung und -vertretung im Asylverfahren, sowie im Zugang zu Informationen[125].[126] Ein weiterer Grund für die Inschubhaftnahme einer/eines Asylsuchenden bestand im Falle des Vorliegens einer rechtskräftigen Ausweisung oder eines durchsetzbaren Aufenthaltsverbotes (Z 3). Der Gesetzgeber befand diese „Regel [als] unbedingt erforderlich, um einen in Schubhaft

---

[121] *Bruckner,* migraLex 2006, 3 ff.

[122] *Muzak*, migraLex 2007, 81 f.

[123] VwGH 27.05.2009, 2008/21/0036; 30.04.2009, 2007/21/0541; 17.03.2009, 2007/21/0542; 20.11.2008, 2006/21/0071.

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

1. gegen ihn eine durchsetzbare - wenn auch nicht rechtskräftige - Ausweisung (§ 10 AsylG 2005) erlassen wurde;
2. gegen ihn nach den Bestimmungen des Asylgesetzes 2005 ein Ausweisungsverfahren eingeleitet wurde;
3. gegen ihn vor Stellung des Antrages auf internationalen Schutz eine durchsetzbare Ausweisung (§§ 53 oder 54) oder ein durchsetzbares Aufenthaltsverbot (§ 60) verhängt worden ist oder
4. auf Grund des Ergebnisses der Befragung, der Durchsuchung und der erkennungsdienstlichen Behandlung anzunehmen ist, dass der Antrag des Fremden auf internationalen Schutz mangels Zuständigkeit Österreichs zur Prüfung zurückgewiesen werden wird.“ (§ 76 Abs 2 FPG 2005).

[125] Laut eines Berichts des UNHCR wusste eine Vielzahl der Asylsuchenden in Schubhaft weder über die Gründe der Inschubhaftnahme noch über den Stand ihres Asylverfahrens Bescheid (*UNHCR*, Monitoring Schubhaft).

[126] *Ammer*, juridikum 2007, 74.

angehaltenen Fremden nicht die Möglichkeit zu geben, durch die Asylantragstellung die Aufhebung der Schubhaft zu erzwingen".[127] Als besonders problematisch stellte sich der Tatbestand nach Z 4 dar, der die Zulässigkeit bei reinem Verdacht auf Unzuständigkeit Österreichs nach der Dublin II-VO vorsah. Der VfGH hegte jedoch mit Hinweis auf das „aus dem PersFrSchG 1988 erfließende unmittelbar anwendbaren Gebot der Verhältnismäßigkeit" keine Bedenken hinsichtlich der Verfassungskonformität.[128]

Die Ausweitung der Schubhaftbestimmungen – sowohl bezüglich der Dauer als auch der Gründe – stand im Einklang mit den Zielen des Gesetzgebers, Asylverfahren, insbesondere sogenannte Dublin-Verfahren, effizienter zu gestalten, Verfahrensentziehungen durch Asylsuchende entgegenzuwirken und „Lösungen für straffällige Asylwerber zu schaffen".[129] Ein exponentieller Anstieg an Schubhaft-Fällen von Asylsuchenden war die Folge.[130] Dies war zum einen dem Umstand geschuldet, dass aufenthaltsbeendende Maßnahmen bereits während erstinstanzlicher Verfahren eingeleitet werden konnten[131], und zum anderen der Bedeutungszunahme der Dublin II-VO, insbesondere als Folge der Osterweiterung der EU.[132] Die höchstzulässige Dauer der Haft wurde von 6 auf 10 Monate erweitert. Folglich wurden nicht nur mehr Personen in Haft angehalten, sondern diese durchschnittlich auch länger.[133]

Das Rechtsmittel der Berufung an den UVS wurde als „besonderer Rechtsschutz" in den §§ 82 ff FPG 2005 fortgeführt. Der UVS wandte in diesen Verfahren die Bestimmungen des Maßnahmenbeschwerdeverfahrens an und sah einen Aufwandersatz gemäß § 79a AVG nach der UVS-Aufwandersatzverordnung 2008 vor. In der Rechtslehre war die Qualität der Schubhaftbeschwerde stets strittig: so wurde sie teilweise als Sonderfall der Maßnahmenbeschwerde betrachtet, teils als Rechtsmittel sui generis. [134]

---

[127] ErläutRV 952 BlgNR XXII. GP 104.
[128] VfGH 24.06.2006, B362/06.
[129] ErläutRV 952 BlgNR XXII GP 5.
[130] Im Jahr 2005 befanden sich lediglich 662 Asylsuchende in Schubhaft. Im Jahr 2006 waren es bereits 2700, hiervon 1330 Asylsuchende wegen der anzunehmenden Zurückweisung des Asylantrages gemäß § 76 Abs 2 Z 4 FPG 2005, dh wegen einer möglichen Überstellung aufgrund der Dublin II-VO (*BMI*, Jahresstatistik 2005).
[131] § 27 Abs 2 und 3 AsylG 2005 idF BGBl I 100/2005.
[132] *Schumacher*/*Peyrl*, Fremdenrecht 206.
[133] *Menschenrechtsbeirat*, Stellungnahme Asyl- und Fremdenpolizeigesetz 2005; *Forum Asyl*, Wahrnehmungsbericht 2006, 10.
[134] *Matti*/*Pichler*/*Steinwendtner*, migralex 2014, 68.

2.5.5 Fremdenrechtsänderungsgesetz 2009

Eine Erweiterung der Schubhafttatbestände wurde durch das *Fremdenrechtsänderungsgesetz 2009* (FRÄG 2009) beschlossen: nunmehr hatte die örtlich zuständige Fremdenpolizeibehörde nach § 76 Abs 2a FPG idF BGBl 122/2009 über einen Asylsuchenden Schubhaft anzuordnen,

> „wenn
> 1. gegen den Asylwerber eine mit einer zurückweisenden Entscheidung gemäß § 5 AsylG 2005 verbundene durchsetzbare Ausweisung erlassen wurde oder ihm gemäß § 12a Abs. 1 AsylG 2005 ein faktischer Abschiebeschutz nicht zukommt;
> 2. eine Mitteilung gemäß § 29 Abs. 3 Z 4 bis 6 AsylG 2005 erfolgt ist und der Asylwerber die Gebietsbeschränkung gemäß § 12 Abs. 2 AsylG 2005 verletzt hat;
> 3. der Asylwerber die Meldeverpflichtung gemäß § 15a AsylG 2005 mehr als einmal verletzt hat;
> 4. der Asylwerber, gegen den nach den Bestimmungen des Asylgesetzes 2005 ein Ausweisungsverfahren eingeleitet wurde, der Mitwirkungsverpflichtung gemäß § 15 Abs. 1 Z 4 vorletzter Satz AsylG 2005 nicht nachgekommen ist, oder
> 5. der Asylwerber einen Folgeantrag (§ 2 Abs. 1 Z 23 AsylG 2005) gestellt hat und der faktische Abschiebeschutz gemäß § 12a Abs. 2 AsylG 2005 aufgehoben wurde,
>
> und die Schubhaft für die Sicherung des Verfahrens zur Erlassung einer Ausweisung gemäß § 10 AsylG 2005 oder zur Sicherung der Abschiebung notwendig ist, es sei denn, dass besondere Umstände in der Person des Asylwerbers der Schubhaft entgegenstehen.“[135]

Begründet wurde die Verschärfung mit der Besonderheit der folgenden drei Konstellationen:[136] erstens auf zurückweisende Entscheidungen in Dublin-Verfahren (Z 1), zweitens auf Verletzungen diverser Mitwirkungspflichten der Asylsuchenden (Z 2, 3, und 4) und drittens auf Folgeanträge (Z 1 und 5).[137] Im Unterschied zur Ermessensentscheidung nach § 76 Abs 1 und 2 FPG idF BGBl 122/2009 bestand bei Vorliegen eines Sicherungsbedarfes und gleichzeitiger Verhältnismäßigkeit in den eben beschriebenen Fällen die Verpflichtung zur Anordnung der Schubhaft.[138]

---

[135] § 76 Abs 2a FPG idF BGBl 122/2009.

[136] UNHCR äußerte sich bereits im Vorfeld der Novelle äußerst kritisch zu den geplanten Verschärfungen: „Österreich entfernt sich auf diese Weise einen weiteren Schritt vom international anerkannten Grundsatz, dass Schubhaft von Asylsuchenden die Ausnahme und nicht die Regel sein soll. Diese Vorgehensweise wird von UNHCR entschieden abgelehnt.“ (UNHCR, Kurzanalyse FRÄG 2009).

[137] *Khakzadeh-Leiler*, juridikum 2010, 230.

[138] VwGH 16.11.2012, 2011/21/0065.

2.5.6 Fremdenrechtsänderungsgesetz 2011

Die Verabschiedung der Rückführungs-RL machte weitere Adaptionen des Fremdenrechts im Allgemeinen und der Regelungen zur Schubhaft im Besonderen erforderlich. Hervorzuheben ist, dass unmündige Minderjährige ausnahmslos nicht in Schubhaft zu nehmen sind. Mit dem FRÄG 2011 können unmündige Minderjährige ihre Obsorgeberechtigten bei zeitnah vorgesehener Abschiebung und „[s]ofern eine familien- und kindgerechte Unterbringung gewährleistet ist“[139] lediglich in die Schubhaft begleiten.[140]

Für mündige Minderjährige stellte sich die Situation nach der österreichischen Rechtslage je nach Alter sehr unterschiedlich dar: Minderjährige zwischen 14 und 16 Jahren sollten nur im Ausnahmefall in Schubhaft genommen werden, 16 bis 18-jährige waren hingegen Erwachsenen gleichgestellt.[141] Dies war wiederholt Thema und Ausgangspunkt von Kritik, sowohl von Seiten internationaler Organisationen wie dem UNHCR, als auch nationaler Einrichtungen, wie etwa der Volksanwaltschaft. In diesem Zusammenhang problematisch war, dass mündige Minderjährige nach wie vor in Verfahren betreffend Schubhaft handlungsfähig und damit ohne Rechtsbeistand waren.[142]

Eine deutliche Beschränkung der Bewegungsfreiheit erfuhren Asylsuchende am Beginn des Verfahrens durch die Einführung der Anwesenheitspflicht nach § 15 Abs 3a AsylG. Diese verpflichtete Asylsuchende für einen Zeitraum von längstens 120 Stunden, in Ausnahmefällen 168 Stunden, zur Anwesenheit in der Erstaufnahmestelle. Dies hatte ebenso Auswirkung auf den Schubhafttatbestand, so wurde das ungerechtfertigte Entfernen aus der Erstaufnahmestelle als ein weiterer Grund für die Anhaltung in Schubhaft nach § 76 Abs 2a Z 6 FPG eingeführt. Darüber hinaus musste eine der Voraussetzungen des § 76 Abs 2 Z 1 bis 4 FPG vorliegen, dh dass eine Nähe zu einer aufenthaltsbeendenden Maßnahme bestehen und „die Schubhaft für die Sicherung des Verfahrens zur Erlassung einer aufenthaltsbeendenden Maßnahme oder zur Sicherung der Abschiebung notwendig“ erscheinen musste.[143]
Die Einführung dieser Freiheitsbeschränkung von Asylsuchenden wurde seitens des Gesetzgebers mit Erwägungen zur Verfahrensbeschleunigung und als Sicherheitsmaßnahme

[139] § 79 Abs. 5 FPG idF BGBl 38/2011.
[140] § 76 Abs. 1a FPG idF BGBl 38/2011.
[141] § 77 Abs. 1 FPG idF BGBl 38/2011.
[142] § 12 Abs 2 FPG idF BGBl 38/2011.
[143] § 76 Abs 2 FPG idF BGBl 38/2011.

begründet. So „soll[te] mit der Anwesenheitspflicht dem Abtauchen von Asylwerbern in die Illegalität und teilweise in die Kriminalität Einhalt geboten werden“.[144] Diese Begründung ist in ihrer Einbettung in einem sich zunehmend verhärtenden öffentlichen Diskurs zu betrachten, welcher zusehends den vermeintlichen Konnex zwischen Asylsuchenden und Kriminalität betonte und an das subjektive Sicherheitsbedürfnis der Zivilgesellschaft adressiert war.[145]
Auch die Bestimmungen zur Dauer der Anhaltung erfuhren eine Novellierung: so war die Anhaltung in der Regel auf vier Monate (und maximal 10 Monate innerhalb von 18 Monaten), im Falle mündiger Minderjähriger auf maximal zwei Monate, beschränkt.[146]

Nach Art 15 Abs 3 der Rückführungs-RL ist die Inschubhaftnahme „in jedem Fall – entweder auf Antrag der betreffenden Drittstaatsangehörigen oder von Amts wegen – in gebührenden Zeitabständen“ zu überprüfen. Nicht zuletzt aufgrund dessen wurde in § 80 Abs 6 FPG normiert, dass eine regelmäßige Überprüfung der Verhältnismäßigkeit der Anhaltung in Schubhaft längstens im Abstand von vier Wochen durchzuführen sei. Im Falle einer Anhaltung über die Dauer von vier Monaten hinaus ging die Zuständigkeit zur Überprüfung der Verhältnismäßigkeit der Fortsetzung der Haft auf den örtlich zuständigen UVS über.[147]

2.5.7 Verwaltungsreform 2012 und ihre Auswirkungen auf das Fremdenrecht

Die nächste grundlegende Reform, die das Asyl- und Fremdenrecht betraf, brachte die Einführung des Bundesamtes für Fremdenwesen und Asyl[148] (BFA) wie auch die Neustrukturierung der Verwaltungsgerichtsbarkeit[149] mit sich.[150]
Vor der Umstrukturierung des Verwaltungsapparates kam es bereits zu einer grundlegenden Änderung in der Struktur der Sicherheitsbehörden durch die Abschaffung der

---

[144] *Koxeder,* FABL 2/2014-I, 19.
[145] Es darf bereits vorgreifend betont werden, dass sich die in die Gesetzesänderungen gesetzten Erwartungen offensichtlich nicht erfüllt haben, da es zwischenzeitlich bereits wieder zu einer Neuregelung dieser ersten Verfahrenshandlungen gekommen ist.
[146] § 80 Abs 2 Z 1 FPG idF BGBl 38/2011.
[147] § 80 Abs 7 FPG idF BGBl 38/2011.
[148] Vgl Fremdenbehördenneustrukturierungsgesetz (FNG), BGBl I 87/2012.
[149] Vgl Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012, BGBl I 51/2012.
[150] Wie sich dem bisherigen Überblick entnehmen lässt, ist der Asyl- und Fremdenrechtsbereich ein regelmäßig und vielfach grundlegend novelliertes Rechtsgebiet. Die Etablierung des Asylgerichtshofes (AsylGH) im Jahre 2008 (als Nachfolger des UBAS) ist als ein solcher grundlegender Eingriff in das Asylsystem anzusehen. Dies hatte zwar für den Bereich der Schubhaft keine direkte Bedeutung, indirekt jedoch erhebliche Folgen. Besonders die Abschaffung des Instanzenzugs zum VwGH mit dem Argument der Verfahrensbeschleunigung führte zu einem erheblichen Rechtsschutzdefizit für sämtliche Asylverfahren (*Kasper,* juridikum 2013).

Bundespolizeidirektion.[151] Seit 01.01.2012 sind – statt 31 Behördenleiter/innen – 9 Landespolizeidirektoren/Landespolizeidirektorinnen für die Erledigung sicherheitspolizeilicher wie auch fremdenpolizeilicher Belange zuständig.[152]
Am 05.06.2012 wurde die *Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle*[153] kundgemacht, direkt gefolgt vom *Fremdenbehördenneustrukturierungsgesetz* (FNG)[154] am 16.08.2012. Noch vor Inkrafttreten der neuen Bestimmungen kam es zu teils erheblichen Adaptierungen durch das *FNG-Anpassungsgesetz*[155], welche unter anderem durch die zuvor mangelhafte Beachtung der Umsetzungsverpflichtung unionsrechtlicher Bestimmungen erforderlich wurden. Das *Verwaltungsgerichtsbarkeits-Ausführungsgesetz 2013*[156] wurde im Februar 2013 kundgemacht und beinhaltete das Verfahrensgesetz für die Verwaltungsgerichte.

Mit der Einführung des BFA wurde die bereits wiederholt ab- und wiederhergestellte Trennung zwischen fremdenpolizeilichen und asylrechtlichen Aufgaben aufgehoben. Das BFA ist nunmehr für die Bearbeitung von Anträgen auf internationalen Schutz, für sämtliche zu verfügenden aufenthaltsbeendenden Maßnahmen und deren Sicherung, sowie für die Vergabe von Aufenthaltstitel aus berücksichtigungswürdigen Gründen (von Amts wegen und auf Antrag) zuständig. Zudem besteht die Zuständigkeit für Anordnungen der Schubhaft bzw. des gelinderen Mittels, für die Durchführung von Abschiebungen, sowie für die Ausstellung von österreichischen Dokumenten für Fremde. Im Bereich des FPG blieb das Strafverfahren in der Zuständigkeit der LPD, wie auch Grenzkontrollen und Zurückweisungen, Zurückschiebungen und Durchbeförderungen, ebenso die Durchführung der Abschiebung gemäß § 46 FPG, die Vollziehung der Anhaltung in Schubhaft, wie auch die Überwachung des gelinderen Mittels sowie die Kontrolle des Aufenthaltes (z.B. durch Festnahme).[157]

Seit 01.01.2014 gibt es zudem eine zweigliedrige Verwaltungsgerichtsbarkeit: als Verwaltungsgerichte erster Instanz entscheiden das *Bundesverwaltungsgericht* (BVwG), das *Bundesfinanzgericht* und neun *Verwaltungsgerichte der Länder* (LVwG).[158] Die

[151] Vgl Sicherheitsbehörden-Neustrukturierungs-Gesetze, BGBl I 49/2012 und 50/2012.
[152] *Szymanski,* migraLex 2012, 110.
[153] BGBl I 51/2012.
[154] BGBl I 87/2012.
[155] BGBl I 68/2013.
[156] BGBl I 33/2013.
[157] *Benndorf/Wiener*, SIAK-Journal 2012, 83.
[158] Art 130 B-VG idF BGBl 51/2012.

einfachgesetzliche Einrichtung des BVwG erfolgte durch das *Bundesverwaltungsgerichtsgesetz* (BVwGG), die Verfahrensregelungen finden sich im *Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz* (VwGVG), subsidiär gilt das ebenso novellierte *Allgemeine Verfahrensgesetz* (AVG). Das BVwG als direkter Nachfolger des AsylGH wurde für eine Vielzahl an Rechtsgebieten zuständig. Nach der gerichtseigenen Beschreibung gliedert sich der Aufgabenbereich in vier Fachbereiche: Asyl- und Fremdenrecht, persönlichen Rechte und Bildung, Soziales, sowie Wirtschaft, Kommunikation, Verkehr und Umwelt.[159]

Für den Fachbereich Asyl- und Fremdenrecht wurden überdies Besonderheiten vorgesehen.[160] Etwa sind Teile des Verfahrensrechts des BVwG im BFA-VG geregelt. Gemäß § 1 BFA-VG sind die Bestimmungen als lex specialis für sämtliche Verfahren, welche aufgrund einer Beschwerde nach § 3 Abs 2 Z 1 bis 6 BFA-VG vor dem BVwG anhängig sind, von selbigem anzuwenden, wobei die Verfahrensbestimmungen aus dem AsylG und aus dem FPG davon unberührt bestehen bleiben. Dies umfasst insbesondere „die Beschwerdefristen, die aufschiebende Wirkung von Beschwerden, die Entscheidungsfristen, das Neuerungsverbot, die Abhaltung von mündlichen Verhandlungen, die Kognitionsbefugnis des BVwG und die Rechtsberatung. Vorschriften finden sich im BFA-VG auch für den Rechtsschutz bei Festnahme, Anhaltung und Schubhaft von Fremden und für das Beschwerdeverfahren gegen Bescheide in Verfahren vor den österr VertretungsBeh (‘Botschaftsverfahren’)“.[161]

Der VwGH entscheidet nunmehr über ordentliche wie außerordentliche Revisionen gegen Entscheidungen der VwG erster Instanz; parallel besteht die Möglichkeit einer außerordentlichen Beschwerde an den VfGH.[162] Im Zuge der Verwaltungsreform wurde folglich auch der Zugang zum VwGH für Asylsuchende wieder geöffnet, doch brachte die Einführung des Revisionssystems einen grundlegenden Systemwechsel mit sich. So ist es für die Zulässigkeit einer (ordentlichen wie auch außerordentlichen) Revision notwendig, dass die Revision „von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt, insbesondere weil das Erkenntnis von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abweicht, eine solche Rechtsprechung fehlt oder die zu lösende

[159] *BVwG*, Fachbereiche.
[160] *BVwG*, Tätigkeitsbericht 2015, 29. Hiernach entfielen im Berichtszeitraum etwa 47,4 % auf den Fachbereich Asyl- und Fremdenrecht.
[161] *Halm-Forsthuber*/*Höhl*/*Nedwed*, ÖJZ 2014/50, 294.
[162] Art 133 und 144 B-VG.

Rechtsfrage in der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht einheitlich beantwortet wird".[163]

Die Einführung des BFA wie auch die Neustrukturierung der Verwaltungsgerichtsbarkeit ging mit erheblichen Komplikationen einher. Sowohl der Gesetzgebungsprozess wie auch die Umsetzung der neuen Regelungen waren von anhaltender Kritik begleitet. Wesentliche Kritikpunkte betrafen die nur kurzen Begutachtungszeiträume, die Zersplitterung der Rechtsmaterie in eine Vielzahl von Gesetzen, sowie die Übernahme teils unqualifizierten Personals in das BFA. Nach Einführung der neustrukturierten Behörden wurde eine Überforderung der Strukturen evident: Monatelang konnten keine Entscheidungen in Verfahren getroffen werden, zumal das Computersystem zusammengebrochen war bzw. die benötigten Dateien an das neue System noch nicht angepasst waren.[164]

Auch auf den zentralen Themenbereich der vorliegenden Dissertation, die Schubhaft, hatte die Verwaltungsreform weitreichende Auswirkungen. Hierzu zählen insbesondere die neue Zuständigkeit des BFA für die Anordnung und Erlassung von Schubhaftbescheiden sowie die Zuständigkeit des BVwG für Schubhaftbeschwerden. Zudem kann neben der LPD auch das BFA die Festnahme und Anhaltung eines Fremden anordnen, was zu teilweise unübersichtlichen rechtlichen Situationen führt.

Hervorzuheben ist weiters, dass sich die Bestimmungen zur Handlungsfähigkeit im FPG von 16-18jährigen seither wieder an den allgemeinen Regeln des österreichischen Rechts orientieren, sodass erst mit dem Erreichen der Volljährigkeit die volle Handlungsfähigkeit eintritt.[165]

Das Rechtsmittel, nunmehr als Beschwerde gegen die Festnahme, Anhaltung und Schubhaft konzipiert, ist seither in § 22a BFA-VG geregelt. § 22a Abs 1 und 2 BFA-VG hielt in seiner ursprünglichen Form der Prüfung durch den VfGH zunächst nicht stand. 2015 wurden die betreffenden Bestimmungen, da sie den verfassungsgesetzlichen Anforderungen des Art 18 iVm Art 83 Abs 2 B-VG nicht entsprachen, vom VfGH ersatzlos aufgehoben. Dies wurde damit begründet, dass die vom Gesetzgeber vorgesehene „Gesamtbeschwerde" zwar grundsätzlich von Art 130 B-VG gedeckt sei, allerdings es an einer klaren Regelung fehle,

[163] Art 130 Abs 4 B-VG.
[164] *Volksanwaltschaft*, Missstandsfeststellungen 2015; *Meinhart*, Profil 30.07.2014.
[165] § 12 Abs 4 FPG.

welches Verfahrensrecht Anwendung zu finden hätte. Vorläufige Bedenken gegen die Verfassungskonformität des § 22a Abs 3 BFA-VG, genauer dem Fortsetzungsausspruch, wurden jedoch nicht aufrecht erhalten. „Angesichts der besonderen Konstellation der Schubhaft, bei der die einzelnen Akte aufeinander bezogen sind und die Prüfung der Rechtmäßigkeit der Anhaltung im Hinblick auf Art5 Abs4 EMRK und Art6 Abs1 PersFrSchG auch die Überprüfung der formellen und materiellen Voraussetzungen und damit die Rechtmäßigkeit des zugrunde liegenden Bescheides erfordert, begegnet eine derartige Übertragung von Aufgaben keinen verfassungsrechtlichen Bedenken. Mit §22a Abs3 BFA-VG, der dem Bundesverwaltungsgericht die Aufgabe überträgt, aus Anlass einer Beschwerde gemäß §22a Abs1 Z3 BFA-VG die Verwaltung zu kontrollieren, wird der verfassungsgesetzliche Rahmen des Art130 B-VG nicht überschritten.“[166]

Die durch die Aufhebung großer Teile des § 22a BFA-VG entstandene Lücke wurde vorläufig dahingehend geschlossen, indem auf die Beschwerde hinsichtlich der Verhängung der Schubhaft, somit gegen den Schubhaftbescheid per se, die allgemeinen Bestimmungen für Beschwerden gegen Bescheide, folglich § 7 Abs 1 Z 1 BFA-VG, anzuwenden waren. Grundlage für die Beschwerde gegen die Anhaltung im Zeitraum zwischen des Erlasses des Bescheides und der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts bildete hingegen § 7 Abs 1 Z 3 BFA-VG, dh die dort verankerten Bestimmungen für Beschwerden gegen die behauptete Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt.[167]

Die Schubhafttatbestände nach § 76 FPG blieben zunächst noch gleichlautend bestehen, es kam lediglich zu minimalen Adaptierungen aufgrund der neuen Behördenzuständigkeit. Allerdings war auch dies nur vorläufig. So stellte der VwGH fest, dass auf Fremde, die sich aufgrund der bevorstehenden Überstellung im Rahmen eines Verfahrens nach der Dublin III-VO in Schubhaft befinden, die dort angeführten Bestimmungen zur Haft unmittelbar Anwendung zu finden haben.[168] Die Dublin III-VO verlangt zudem für die Annahme einer Fluchtgefahr iSd Art 2 lit n leg cit ausdrücklich „das Vorliegen von Gründen im Einzelfall, die auf objektiven gesetzlich festgelegten Kriterien beruhen und zu der Annahme Anlass geben, dass sich ein Antragsteller, ein Drittstaatsangehöriger oder Staatenloser, gegen den ein Überstellungsverfahren läuft, diesem Verfahren möglicherweise durch Flucht entziehen

[166] VfGH 12.03.2015, G 151/2014 u.a.
[167] VfGH 12.03.2015, E4/2014 u.a.
[168] VwGH 19.02.2015, Ro 2014/21/0075.

könnte“. Die Haft nach Art 28 Dublin III-VO sei zudem nur bei erheblicher Fluchtgefahr zulässig.

Der österreichische Gesetzgeber verabsäumte eine entsprechende gesetzliche Festlegung von Kriterien, sodass der VwGH in stRsp Erkenntnisse in Schubhaftverfahren mit Konnex zur Dublin III-VO wegen Rechtswidrigkeit des Inhalts behob. Begründend wurde insbesondere ausgeführt, dass aufgrund des Wortlautes des Art 2 lit n Dublin III-VO ein Rückgriff auf die bisherigen Kriterien der Rechtsprechung zum Vorliegen von Fluchtgefahr nicht ausreiche, um den unionsrechtlichen Vorgaben zu genügen.[169]

Noch vor Inkrafttreten des *Fremdenrechtsänderungsgesetzes 2015* (FRÄG 2015) wurde der nunmehr offenkundigen Rechtslücke dahingehend begegnet, als § 9a Abs 4 FPG-DV mit 29.05.2015 bis zum Ablauf vom 19.07.2015 in Kraft trat, welcher eine Legaldefinition der Fluchtgefahr (gleichlautend wie in § 76 Abs 3 FPG idF BGBl I 70/2015) enthielt. Auf Antrag des BVwG befasste sich auch der VfGH mit der Gesetzeskonformität/-widrigkeit der Bestimmungen des § 9a Abs 4 und § 21 Abs 9 FPG-DV. Die Anträge wurden „sowohl unter dem Blickwinkel der Präjudizialität als auch unter unionsrechtlichen Gesichtspunkten“[170] abgewiesen. Weiters wurde festgestellt, dass „§76 FPG […] eine ausreichende Rechtsgrundlage für die Erlassung einer Durchführungsverordnung im Sinne des Art18 Abs2 B-VG für Tatbestände [bietet], deren Vorliegen nach den Denkgesetzen einen Schluss darauf zulassen, dass ‘Fluchtgefahr’ im Sinne der Umschreibung dieses Tatbestandes in §76 FPG vorliegt“.[171] Abweichend hiervon erachtete der VwGH in einer nachfolgenden Entscheidung vom 11.05.2017 § 9a Abs 4 FPG-DV am Maßstab des Art 2 lit n Dublin III-VO als keine taugliche Grundlage für die Festlegung von objektiven Kriterien. Begründend verwies der VwGH auf das Urteil des EuGH vom 15.03.2017 zur Zl. C-528/15 (Al Chodor), wonach es „hierfür eines Gesetzes im formellen Sinn, wie es dann auch am 20. Juli 2015 in Kraft getreten ist (§ 76 Abs. 3 FrPolG 2005 idF des FrÄG 2015), bedurft“ hätte.[172]

[169] VwGH 24.03.2015, Ro 2014/21/0080; 19.05.2015, Ro 2015/21/0004.
[170] VfGH 13.06.2016, V152/2015 u.a.
[171] VfGH 13.06.2016, V152/2015 u.a.
[172] VwGH 11.05.2017, Ra 2015/21/0108.

2.5.8 Fremdenrechtsänderungsgesetz 2015

Sowohl die Neufassung der Aufnahme-RL, wie auch die Vorgaben der Rückführungs-RL und der Dublin III-VO, wie auch die höchstgerichtliche Judikatur machten eine Neugestaltung der Bestimmungen zur Schubhaft erforderlich.[173]

Das einheitliche Verfahrensrecht für Beschwerden gegen die Festnahme, Anhaltung und Schubhaft von Fremden richtet sich seither nach den Bestimmungen für Beschwerden gegen die Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt wegen Rechtswidrigkeit gemäß Art 130 Abs 1 Z 2 B-VG.[174] Weiters wurde die grundlegende Unterscheidung zwischen Asylsuchenden und Fremden bei der Anordnung von Schubhaft nicht aufrecht erhalten. Die bereits mit § 9a Abs 4 FPG-DV eingeführte Legaldefinition des Begriffes der Fluchtgefahr wurde in § 76 Abs 3 FPG wortident übernommen.[175]

2.5.9 Änderungen des AsylG, des FPG und des BFA-VG im Jahr 2016

Bedingt durch die Zunahme an Antragstellungen, in Folge der zeitweiligen Öffnung der Grenzen[176], kam es zu Restriktionen im Bereich des Familiennachzuges wie auch zur Befristung des Aufenthaltsrechts von Asylberechtigten. Zudem wurde eine Verlängerung der Entscheidungsfrist auf 15 Monate (im Ausnahmefall auf bis zu 18 Monate) vorgesehen.[177]

Erstmalig in der Zweiten Republik besteht nun die Möglichkeit, mittels einer Notstandsverordnung zeitweilig grundlegende Verfahrensrechte und teilweise auch Grund- und Menschenrechte außer Kraft zu setzen.[178] Im Falle des Inkrafttretens der sogenannten Asyl-Notverordnung ist vorgesehen, dass Asylanträge ausschließlich in dafür zuständigen Registrierstellen gestellt werden können. Antragstellern/Antragstellerinnen kommt (bis zur Einbringung des Antrags) kein faktischer Abschiebeschutz zu und sie können während dieses

---

[173] ErläutME 92/ME XXV. GP 6.

[174] § 22a Abs 1a BFA-VG idF BGBl I 70/2015.

[175] § 76 FPG idF BGBl I 70/2015. Da es sich um die geltende Rechtslage handelt, wird auf die genaue Ausgestaltung des § 76 FPG in Kapitel 6 näher eingegangen.

[176] In den Jahren 2015 und 2016 kam es zu einer vorübergehenden Öffnung der Grenzen und im Zuge dessen zu einem Anstieg an Antragszahlen (*Frühwirth*, Dublin-Kroatien).

[177] BGBl I 24/2016.
Es ist fraglich, ob diese generelle Erweiterung der Entscheidungsfristen mit unionsrechtlichem Primär- wie auch Sekundärrecht konform geht, vgl hierzu insbesondere Art 31 Abs 3 Verfahrens-RL.

[178] *DerStandard,* Asyl-Notverordnung: „Totaler Zusammenbruch der Einrichtungen droht“, 01.09.2016.

Zeitraumes an der Einreise gehindert, nach § 41 FPG zurückgewiesen und nach § 45 FPG zurückgeschoben werden.[179]

2016 brachte zwar keine Neuerungen für den Bereich der Schubhaft, jedoch für die Festnahme und Anhaltung nach § 39 FPG, angeordnet durch die LPD. So wurde die höchstzulässige Dauer der Anhaltung gemäß § 39 Abs 5a FPG (von vormals 120 Stunden) auf insgesamt höchstens 14 Tage erweitert, und zwar für den Fall, dass die LPD dies zur Sicherung der Zurückschiebung mit Mandatsbescheid (§ 57 AVG) anordnet und die Zurückschiebung innerhalb der Dauer der Anhaltung wahrscheinlich ist. Zudem finden sich nun ebenso Bestimmungen zum Vorrang des gelinderen Mittels wie auch Verweise auf das Verfahrensrecht zur Schubhaft und zur Freilassung in § 39 FPG.[180]

2.5.10 Fremdenrechtsänderungsgesetz 2017

Wie bereits im Rahmen der Einleitung hervorgehoben, wurde das FRÄG 2017 mit BGBl I 84/2017 am 14.07.2017 zwar kundgemacht, doch bedarf es – ob der Abweichungen in drei Punkten zwischen Beschlussausfertigung und Gesetzesbeschluss des Nationalrats – einer abermaligen Gesetzesinitiative und anschließender Beschlussfassung in Nationalrat und Bundesrat. Zum Stand Juli 2017 war noch nicht geklärt, ob dies im Rahmen von Sondersitzungen während der Sommerpause oder im Rahmen des regulären Betriebs stattfinden wird.[181]

Der Gesetzgebungsprozess gestaltete sich ebenso ungewöhnlich wie die übereilte Beschlussfassung. So wurde bereits im Vorjahr das FRÄG 2017 Teil I in Begutachtung geschickt und noch bevor die Beratungen im Ausschuss für innere Angelegenheiten begonnen hatten, wurde das FRÄG 2017 Teil II in Begutachtung geschickt. Gleichzeitig bezieht sich der Erläuterungsteil zum BGBl I 84/2017 lediglich auf die Änderungen des FRÄG 2017 Teil I.[182]

Das FRÄG 2017 sieht teils erhebliche Erweiterungen des Strafrahmens für rechtswidrigen Aufenthalt vor und legt für rechtswidrige Einreise einen eigenen Straftatbestand mit erhöhtem Strafrahmen (€ 5.000,- bis € 15.000,-) fest.[183] Zudem sind Asylaberkennungsverfahren nicht

[179] BGBl I 24/2016.
[180] BGBl I 24/2016.
[181] Parlamentskorrespondenz Nr. 910 vom 27.07.2017.
[182] ErläutRV 1523 XXV. GP (FRÄG 2017 Teil I); ErläutME 311/ME XXV. GP (FRÄG 2017 Teil II).
[183] § 120 Abs 1b FPG idF BGBl I 84/2017.

erst nach rechtskräftiger strafgerichtlicher Verurteilung, sondern bereits bei Anklageerhebung bzw. bei Betretung auf frischer Tat, einzuleiten und beschleunigt – binnen eines Monats – zu führen.[184]

Im Bereich der Schubhaft findet sich nunmehr die explizite Erwähnung einer allfälligen Straffälligkeit, als bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung verpflichtend zu berücksichtigendes Kriterium.[185]

Im Ministerialentwurf war zunächst noch vorgesehen, dass zu den bereits bestehenden Bestimmungen zur Dauer der Schubhaft nach § 80 Abs 4 und 5 FPG der § 80 Abs 7 FPG hinzutritt, welcher eine gesetzliche Maximaldauer der Schubhaft von 18 Monaten vorgesehen hätte, und zwar unabhängig der Durchrechnungszeiträume. Die Änderung wurde maßgeblich mit einer Empfehlung des Rates der EU begründet, welcher im Rahmen einer Schengen-Evaluierung in Österreich bemängelte, dass keine einheitlichen Bestimmungen zur generellen Höchstdauer der Inhaftnahme bestehen.[186]

Das mittlerweile – wenn auch fehlerhaft beschlossene – FRÄG 2017 geht vom System der Durchrechnungszeiträume generell ab und sieht vor, dass die höchstzulässige Haftdauer bei Schubhaft auf 6 Monate und in den in § 80 Abs 4 angeführten Ausnahmefällen auf 18 Monate wegen desselben Sachverhalts nicht überschritten werden darf. Die Höchstdauer der Inhaftnahme von Minderjährigen wurde von zwei auf vier Monate erweitert.[187]

Besonders das FRÄG 2017 Teil II stoß von Beginn an auf erhebliche Kritik von Menschenrechtsorganisationen. Hierbei wird insbesondere die Möglichkeit einer Anordnung zur Unterkunftnahme mittels Verfahrensanordnung nach Zulassung des Verfahrens wie auch die Wohnsitzbeschränkung kritisiert. Die damit einhergehende Beschränkung der Bewegungsfreiheit von Asylsuchenden und Flüchtlingen stellt jedenfalls einen Eingriff in grundrechtliche Positionen dar, wie etwa im Zusammenhang mit dem Recht auf Aufrechterhaltung des schützenswerten Privat- und Familienlebens nach Art 8 EMRK bzw.

---

[184] § 7 Abs 2 AsylG idF BGBl I 84/2017.

[185] ErläutRV 1523 XXV. GP 34 ad § 76 Abs. 2a.
Der Vollständigkeit halber ist darauf hinzuweisen, dass auch vor dem FRÄG 2017 eine Einbeziehung der Delinquenz bei der Abwägung eines Sicherheitsbedarfes ausdrücklich der Judikatur der Höchstgerichte entsprach.

[186] ErläutME 279/ME XXV. GP 25 ad § 80 Abs 7; *EU-Rat*, Empfehlungen Nr. 15046/15.

[187] ErläutRV 1523 XXV. GP 4.

Art 7 GRC.[188] Als Verfahrensanordnung erlassen, ist die Erhebung eines Rechtsmittels gegen die Unterkunftnahme an einem bestimmten Ort für sich genommen nicht zulässig, sondern kann erst im verfahrensabschließenden Bescheid bekämpft werden. Dies stellt – wie etwa *Amnesty International* ausführt – eine unzulässige Einschränkung des nach Art 47 gewährleisteten Rechts auf einen wirksamen Rechtsbehelf dar, womit letztlich die Rechte und Freiheiten aus der Aufnahme-RL und der GRC nur unzureichend eingefordert werden können.[189] *UNHCR* kritisiert in diesem Zusammenhang auch die fehlende Aufnahme eines expliziten Verhältnismäßigkeitsgebots wie auch die mangelnde Gewährleistung von Schutzrechten für vulnerable Gruppierungen, welche nach Kapitel IV der Aufnahme-RL verpflichtend zu berücksichtigen sind.[190]

Wurde gegen eine/n Fremde/n eine rechtskräftig negative Rückkehrentscheidung erlassen und eine Frist zur freiwilligen Ausreise nicht gewährt bzw. rechtfertigen „nach Ablauf der Frist zur freiwilligen Ausreise gemäß § 55 bestimmte Tatsachen die Annahme […], dass der Drittstaatsangehörige seiner Ausreiseverpflichtung weiterhin nicht nachkommen wird“[191], kann zudem mittels Mandatsbescheid eine Wohnsitzauflage erlassen werden.
Mit Nicht-Befolgung der Unterkunftnahme oder Wohnsitzauflage geht nicht nur der auch nach der jetzigen Rechtslage folgende Verlust von Grundversorgungsleistungen einher, sondern stellt dies einen Festnahme- und Anhaltungsgrund nach § 39 FPG idF BGBl I 84/2017 dar und kann im Rahmen der Beurteilung einer Fluchtgefahr zu Ungunsten der/des Betroffenen herangezogen werden (nach § 76 Abs 3 Z 8 FPG idF BGBl I 84/2017). Zudem zieht eine Verletzung die Verhängung von Verwaltungsstrafen nach sich (§ 121 Abs 1a FPG idF BGBl I 84/2017).

Weiters wird die Beschaffung von (Ersatz-)Reisedokumenten neu geregelt, indem die Hauptlast auf die/den Drittstaatsangehörige/n abgewälzt wird. In diesem Sinne ist die Behörde ermächtigt, eine entsprechende Bewilligung zu beschaffen, die betroffene Person ist hierzu verpflichtet. Eine entsprechende Verpflichtung kann auch mittels Bescheid vom BFA angeordnet werden, wobei die Verletzung der Auflagen des Bescheides zur Verhängung von

[188] §§15b und 15c AsylG idF BGBl I 84/2017.
[189] *Amnesty International,* FRÄG 2017 Teil II, 4 f.
[190] *UNHCR*: FRÄG 2017 Teil II, 2 ff.
[191] § 57 Abs 1 Z 2 FPG idF BGBl I 84/2017.

Zwangsstrafen führen kann. Hervorzuheben ist, dass in den Erläuterungen explizit auf die Beugehaft nach § 5 Abs 1 2. Fall VVG verwiesen wird.[192]

Auch die Verletzung dieser Verpflichtungen hat darüber hinausgehend verwaltungsstrafrechtliche Konsequenzen, und erfüllt ein neu geschaffenes Kriterium für die Beurteilung des Vorliegens einer Fluchtgefahr.[193]

Eine erhebliche Änderung ergibt sich ebenso für Personen, deren Abschiebung zwar eine Verletzung des Art 2 oder 3 EMRK darstellen würde, denen jedoch aufgrund von Straffälligkeit kein subsidiärer Schutzstatus nach §§ 8 Abs 3 und 9 Abs 2 AsylG zuerkannt wurde. Nunmehr wird eine Rückkehrentscheidung dennoch zu erlassen sein und erst in weiterer Folge festzustellen sein, dass eine Abschiebung derzeit nicht zulässig ist. Bei Änderung der Umstände wäre folglich lediglich die Feststellung der nunmehrigen Zulässigkeit der Abschiebung nötig.[194]

Die Änderungen des Fremdenrechtsbereiches schränken – wie dargestellt – die Bewegungsfreiheit von Asylsuchenden und Fremden ohne Aufenthaltsrecht zunehmend ein. Auch wenn Rückkehrzentren bislang nicht vorgesehen sind, wie sie politisch wiederholt gefordert wurden, sind diese Freiheitsbeschränkungen mindestens als ein Schritt in diese Richtung anzusehen. Anzumerken ist jedoch, dass eine generelle Haft von illegal aufhältigen Personen aus grund- und unionsrechtlichen Perspektiven jedenfalls nicht zulässig wäre.[195]

Das FRÄG 2017 sieht verschiedene Daten für das Inkrafttreten der einzelnen Bestimmungen vor. Demnach sollten die Bestimmungen des NAG maßgeblich mit 01.10.2017, jene des AsylG, BFA-VG, FPG, GVG-B mit 01.11.2017 in Kraft treten.[196]

Angesichts der Entwicklungen der letzten Jahre scheint auch auf europäischer Ebene eine neue Phase der Harmonisierung angebrochen zu sein. So legte die Europäische Kommission am 13.07.2016 einen Vorschlag für eine Reform des GEAS vor. Hervorzuheben ist, dass die Verfahrens- und die Aufnahme-RL durch entsprechende Verordnungen ersetzt werden sollen,

---

[192] ErläutME FRÄG 2017 Teil II, 311/ME XXV. GP 7 ff.
[193] § 76 Abs 3 Z 1a FPG idF BGBl I 84/2017.
[194] § 52 Abs 9 FPG idF BGBl I 84/2017.
[195] Vgl hierzu etwa Interview mit Europarat-Kommissar zu geplanten Rückkehrzentren: *Brickner*, Der Standard 15.02.2017.
[196] § 82 Abs 23 und 24 NAG, § 126 Abs 19 FPG, § 73 Abs 18 AsylG, § 56 Abs 10 BFA-VG und § 16 Abs 20 GVG-B idF BGBl I 84/2017.

um das erklärte Ziel der Minimierung von Sekundärfluchtbewegungen, der Vereinheitlichung der Verfahren und Beurteilungskriterien wie auch der Beschleunigung der Bearbeitungszeit weiter voranzutreiben.[197]

Die Umsetzung der Reform erscheint allerdings, angesichts der derzeitigen Politik der Mitgliedstaaten im Zusammenhang mit der Einführung von nationalen Obergrenzen für die Aufnahme von Flüchtlingen und der Wiedereinführung von Grenzregimen innerhalb des Schengenraums, mehr als fraglich.

2.6 Zwischenconclusio

Der rechtshistorische Teil dieser Arbeit verdeutlichte, dass eine auf die Staatsbürgerschaft gerichtete Migrations- und Abschaffungspolitik ein relativ neues Phänomen ist, das erst im 19. Jahrhundert einen der heutigen Rechtslage vergleichbaren rechtlichen Rahmen und erst im Laufe der Zweiten Republik seine heutige komplexe Ausformung erhalten hat. In einem ähnlichen Zeitraum entwickelte sich auch der Schutz von Grund- und Menschenrechten, zu denen das Recht auf persönliche Freiheit und Sicherheit, als Abwehrrecht gegen den Staat und willkürliche Eingriffe, zählt.[198]

Als Wendepunkt im Umgang mit geflohenen Menschen ist das Ende des nationalsozialistischen Terrorregimes hervorzuheben, im Zuge dessen die Notwendigkeit der universellen Anerkenntnis der Menschenrechte ins internationale Bewusstsein rückte. Dies führte zu einer maßgeblichen Erweiterung und teilweise zur Neuentwicklung der noch heute gültigen Grund- und Menschenrechtskataloge, welche nicht zuletzt auch dem Schutz von Menschen auf der Flucht dienen.

Im beginnenden 21.Jahrhundert. scheinen diese gesellschaftlichen und rechtlichen Fortschritte wieder massiv in Frage gestellt. Die Abschiebung von Fremden stellt mittlerweile ein Schlüsselthema dar, an dem sich Problematik und Unstimmigkeiten hinsichtlich eines humanistischen Umgangs mit Flüchtlingen und einer gemeinsamen europäischen Asylpolitik

[197] *Europäische Kommission,* Reformvorschlag Asylverfahren.
[198] *Reiter*, Ausgewiesen 523 ff.

zeigen. Dies zeigt sich nicht zuletzt an den täglichen Meldungen sowohl in der medialen Diskussion[199], wie auch in der Politik der Nationalstaaten[200] und der EU[201].
Die Diskussion der letzten Jahre präsentierte sich als besonders paradox: so wurde einerseits der Schutz von geflohenen Menschen eingefordert, was sich insbesondere durch zeitweilige Öffnungen der Grenzen für Menschen auf der Flucht in den Jahren 2015 und 2016 zeigte, während andererseits erstmals über die zeitweise Aussetzung von Grund- und Menschenrechen diskutiert wird.[202]

Neben diesen zentralen gesellschaftspolitischen Entwicklungen spiegelt sich im gegenständlichen Kapitel bereits eine Tendenz wieder, die auch die folgenden Ausführungen bestimmen wird, nämlich der Einfluss verschiedener rechtlicher Ebenen und die damit einhergehende Verkomplizierung der Materie. Waren es zu Beginn der Zweiten Republik lediglich 18 Paragraphen, die den Umgang mit Fremden regelten, sind es nunmehr eine Vielzahl an Rechtssystemen.
Die Freiheitsentziehung von Fremden im Kontext der Außerlandesschaffung ist zudem nicht nur den einfachgesetzlichen Regelungen, welche in rasantem Tempo novelliert werden, sondern ebenso den in Verfassungsrang stehenden Grund- und Menschenrechten (PersFrG und EMRK) unterworfen. Darüber hinaus wurde durch das Primär- und Sekundärrecht der EU dieser Bereich maßgeblich mit- und neugestaltet.

Diesen komplexen Anforderungen an die Legitimität der Freiheitsentziehung im Rahmen der Schubhaft soll im Folgenden Rechnung getragen werden.

---

[199] So finden sich beinahe täglich Meldungen zum Themenkomplex *Flucht* in der Tagespresse (vgl etwa Unterkategorie auf Der Standard zu *Flüchtlingen*: <https://derstandard.at/r2000031258973/Fluechtlinge>).
[200] Es darf auf die beinahe täglichen Anfragen zum Thema ‘Flüchtlinge’ im Nationalrat, wie auch die beinahe jährlichen Novellen im Fremdenrechtsbereich verwiesen werden (vgl hierzu Schlagwort Flüchtlinge auf <parlament.gv.at>).
[201] “Asylum, Migration and border policy” im Rahmen des Haager Programms 2004 (*Europäische Kommission*, Haager Programm, Abschnitt III, 1).
[202] *Kempen*, Abschiebung 216 ff; auch allgemein: *Depenheuer*/*Grabenwarter*, Der Staat in der Flüchtlingskrise.

3. Zuständigkeit

Die regelmäßigen, teils sehr erheblichen Änderungen der Fremdenrechtsmaterie sowohl auf struktureller wie auch materiellrechtlicher Ebene haben Auswirkungen auf Zuständigkeits- wie auch Abgrenzungsfragen.

Im Folgenden soll sowohl auf verfassungsrechtlicher, einfachgesetzlicher und europarechtlicher Ebene die Zuständigkeit der einzelnen Behörden wie auch der Gerichte und Gerichtshöfe näher beleuchtet werden.

3.1 Verfassungsrechtliche Überlegungen

Durch die Implementierung des BFA stellen sich grundlegende verfassungsrechtliche Kompetenzfragen, da dieses nicht nur für die Führung der inhaltlichen Asylverfahren zuständig ist, sondern darüber hinaus für das Passwesen bezüglich Fremder, für aufenthaltsbeendende Maßnahmen und überdies für die Verhängung der Schubhaft bzw. des gelinderen Mittels (inklusive Festnahmeauftrag), wie auch für die Anordnung der Außerlandesschaffung.[203]

Bereits vor Einführung dieser Bundesbehörde mit bundesweiter Zuständigkeit war die Einordnung der Schubhaft im Rahmen des Kompetenztatbestandes des Art 10 B-VG nicht abschließend geklärt. Der Bereich *Schubhaft* hatte vor dem Bundesverfassungsbereinigungsgesetz 2008 sowohl Anknüpfungspunkte an den Kompetenztatbestand *Abschiebung, Abschaffung, Ausweisung und Auslieferung sowie Durchlieferung* nach Art 10 Abs 1 Z 3 B-VG, wie auch zur *Fremdenpolizei* nach Art 10 Abs 1 Z 7 B-VG.[204] Die herrschende Rechtslehre subsumierte die Schubhaft unter Heranziehung der Versteinerungstheorie unter ersteren Tatbestand. Nach dieser ist einem verfassungsrechtlichen Ausdruck insbesondere jener Sinn zuzumessen, welchen er zum Zeitpunkt des Inkrafttretens der Bestimmung hatte.[205] Demnach wird die Zuweisung mit dem Schubgesetz 1871, welches zum Zeitpunkt des Entstehungsprozesses der Bundesverfassung 1920 und dem Inkrafttreten der Kompetenzregelungen im Jahre 1925 in Geltung stand, begründet. Dieses regelte sowohl die Abschaffung und Abschiebung, wie auch deren Vollzug, das heißt den Schub, und war

[203] *Diem,* migraLex 2015, 11.
[204] 2. Bundesverfassungsgesetz, mit dem das Bundes-Verfassungsgesetz geändert und ein Erstes Bundesverfassungsrechtsbereinigungsgesetz erlassen wird, BGBl I 2/2008.
[205] *Öhlinger*/*Eberhard,* Verfassungsrecht 137 ff.

bereits nach dem Wortlaut Art 10 Abs 1 Z 3 B-VG zuzuordnen.[206] Obgleich das Aufenthaltsverbot als aufenthaltsbeendende Maßnahme ebenso dem Regelungsgegenstand des Schubgesetzes 1871 zuzuordnen war, ordnete der VfGH diese fremdenrechtlichen Bestimmungen – entgegen der herrschenden Rechtslehre – unter den Tatbestand *Fremdenpolizei* ein.[207] Der Zuordnung aufenthaltsbeendender Maßnahmen wie auch der Schubhaft unter den Tatbestand der *Fremdenpolizei* schien sich auch der Gesetzgeber anzuschließen; so wurde in den parlamentarischen Materialien zum Fremdengesetz 1997 lediglich auf das *Ein- und Auswanderungswesen* gemäß Art 10 Abs 1 Z 3 B-VG, das *Paßwesen* gemäß Art 10 Abs 1 Z 3 B-VG, das *Strafrechtswesen* gemäß Art 10 Abs 1 Z 6 B-VG und die *Fremdenpolizei* gemäß Art 10 Abs 1 Z 7 B-VG verwiesen.[208]

Im Zuge der bereits erwähnten Bereinigung und Änderung der Bundesverfassung mit BGBl 2/2008 ersetzte nun der Kompetenztatbestand *Aufenthaltsverbot, Ausweisung und Abschiebung* nach Art 10 Abs 1 Z 3 B-VG den auch rechtsterminologisch veralteten Tatbestand *Abschiebung, Abschaffung, Ausweisung und Auslieferung sowie Durchlieferung*. Der Verfassungsgesetzgeber stellte damit klar, dass aufenthaltsbeendende Maßnahmen nicht zum Tatbestand der *Fremdenpolizei* zählen, womit auch der bis dahin bestehende Rechtsstreit geklärt wurde. Die Schubhaft ist unter Anwendung des Adhäsionsprinzips als typische Begleitmaßnahme der *Abschiebung* folglich dem Art 10 Abs 1 Z 3 B-VG zuzuordnen.[209] Gleichzeitig ist die Vollziehung im Bereich der Tatbestände *Aufenthaltsverbot, Ausweisung und Abschiebung* und *Fremdenpolizei* als Angelegenheit nach Art 102 Abs 2 B-VG im Rahmen des verfassungsmäßig festgestellten Wirkungsbereiches unmittelbar von Bundesbehörden zu besorgen.[210]

Die Bereinigung dieser strittigen Rechtsfrage hat ebenso Auswirkungen auf die Kompetenzen der nunmehr zuständigen Bundesbehörden. So hat das BFA keinerlei Kompetenzen im Bereich der Fremdenpolizei, welche ausschließlich von Seiten der LPD zu besorgen sind.[211]

Fraglich erscheint auf den ersten Blick, welchem Kompetenztatbestand die Festnahme und Anhaltung von Fremden zuzuordnen ist, da sowohl nach § 39 FPG wie auch nach § 40 BFA-

---

[206] *Wiederin*, B-VG Art 10 Abs 1 Z 3 4. Tb Rz 14.
[207] VfSlg 5944/1969; VfSlg 7608/1975.
[208] ErläutRV 685 BlgNR XX. GP 56.
[209] Vgl zum Adhäsionsprinzip: *Öhlinger*/*Eberhard,* Verfassungsrecht 139.
[210] *Wiederin*, B-VG Art 10 Abs 1 Z 3 4. Tb Rz 11; Art 102 Abs 2 B-VG.
[211] *Diem*, migraLex 2015, 13.

VG Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes zur Festnahme ermächtigt sind, jedoch dieses Handeln jeweils unterschiedlichen Behörden der unmittelbaren Bundesverwaltung (erstere der LPD, letztere dem BFA) zuzuordnen ist. Anhaltungen und Festnahmen von Fremden gewinnen gerade im Kontext von Zurückschiebungen bzw. -weisungen zunehmend an Bedeutung, welche wiederum unter dem Kompetenztatbestand der *Fremdenpolizei* nach Art 10 Abs 1 T 7 B-VG zu subsumieren sind.[212]

Der VwGH hat diese unpräzise und nur schwer abgrenzbare Zuordnung der einzelnen Angelegenheiten zu einem Kompetenztatbestand dahingehend gelöst, als in jedem einzelnen Fall von Festnahme und Anhaltung dessen Grundlage zu analysieren und als Begleitmaßnahme dem jeweiligen Tatbestand zuzuordnen ist.[213] Resümierend kann festgehalten werden: Wenn es sich um eine Festnahme im Hinblick auf eine Abschiebung handelt, ist sie klar dem Kompetenztatbestand des Art 10 Abs 1 Z 3 B-VG zuzuordnen. Dient die Festnahme der Sicherung des Verfahrens im Bereich Asyl, besteht der Anknüpfungspunkt an den Tatbestand Asyl nach Art 10 Abs 1 Z 3 B-VG. Wenn Grund für die Festnahme der/des Fremden die Verhinderung der rechtswidrigen Einreise, die Überwachung des Aufenthalts im Bundesgebiet, die Zurückschiebung und die Durchbeförderung, oder die Verhinderung und Beendigung von strafbaren Handlungen nach dem FPG 2005 ist, so ist diese dem Tatbestand der Fremdenpolizei gemäß § 2 Abs 2 FPG zuzuordnen und unterliegt demnach der Sicherheitsverwaltung.[214]

Die kompetenzrechtliche Zuständigkeit der Rechtsmittelinstanz ergibt sich aus Art 131 B-VG, wonach VwG zur Entscheidung über Beschwerden nach Art 130 Abs 1 B-VG (Bescheidbeschwerden, Maßnahmenbeschwerden, Säumnisbeschwerden, Beschwerden gegen Weisungen) berufen sind. Das B-VG sieht eine grundsätzliche Zuständigkeit der LVwG in Form einer Generalklausel vor. Art 130 Abs 2 B-VG bestimmt weiter, dass „in Rechtssachen in den Angelegenheiten der Vollziehung des Bundes, die unmittelbar von Bundesbehörden besorgt werden“ das BVwG zur Entscheidung über Beschwerden berufen ist. Folglich ist das BVwG dann zur Entscheidung berufen, wenn die tatsächliche Vollziehung einer Bundesbehörde in unmittelbarer Bundesverwaltung zukommt.[215] Da es sich beim BFA um

[212] § 45 FPG 2005.
Rechnungshof, Vollzug der Schubhaft 130.
[213] VwGH 17.11.2016, Ro 2016/21/0016.
[214] § 2 Abs 2 SPG.
[215] ErläutRV 1618 BlgNR XXIV. GP 15.

eine Bundesbehörde handelt, der die Vollziehung der Angelegenheiten des 1. Hauptstücks des 2. Teiles des BFA-VG und des 7. und 8. Hauptstücks des FPG zukommt, ist für Beschwerden nach Art 130 Abs 1 B-VG das BVwG zuständig. Nach der Rechtsprechung des VwGH vollzieht auch die LPD bei der Durchführung von Maßnahmen und Aufgaben in den eben angeführten Angelegenheiten in unmittelbarer Bundesverwaltung, damit wird sie nicht im Rahmen der Sicherheitsverwaltung tätig, womit ebenso eine Zuständigkeit des BVwG gegeben ist.[216]

Beschwerden gemäß Art 130 Abs 1 B-VG in Angelegenheiten der Sicherheitsverwaltung nach Art 78a ff B-VG fallen nach der Rsp des VfGH wie auch nach *Wiederin* unter Anwendung der Generalklausel des Art 131 Abs 1 B-VG in die Zuständigkeit der LVwG, „da die Sicherheitsverwaltung weder in unmittelbarer noch in mittelbarer Bundesverwaltung besorgt wird“[217].[218] Nach aA wird die Sicherheitsverwaltung als Unterform der unmittelbaren Bundesverwaltung qualifiziert, wonach sich die Zuständigkeit des BVwG ergeben würde.[219]

Angelegenheiten, welche dem Kompetenztatbestand Fremdenpolizei und Meldewesen nach Art 10 Abs 1 Z 3 B-VG zuzuordnen sind, sind sowohl in Gesetzgebung wie auch Vollziehung Bundessache. Demnach wäre nach Art 130 Abs 2 B-VG das BVwG zur Entscheidung über Beschwerden in Angelegenheiten der LPD im Rahmen der Fremdenpolizei, zu denen etwa die Hinderung der Einreise sowie Zurückschiebung und Zurückweisung zählen, berufen.[220] Allerdings normiert der Verfassungsgesetzgeber weiter, dass per Bundesgesetz „eine Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte der Länder“[221] vorgesehen werden kann, sodass die Zuständigkeiten des LVwG für Beschwerden nach § 39 FPG wie auch im Falle der Annahme der Sicherheitsverwaltung als Teil der unmittelbaren Bundesverwaltung verfassungskonform ist.[222]

Die Zuständigkeit des VwGH als 2. Instanz der Verwaltungsgerichtsbarkeit im Bereich Schubhaft ergibt sich aus Art 133 Abs 1 B-VG. Demnach hat er über Revisionen gegen Erkenntnisse eines VwG wegen Rechtswidrigkeit, über Fristsetzungsanträge, über

---

[216] VwGH 17.11.2016, Ro 2016/21/0016.
[217] VfGH 24.06.2015, G 193/2014.
[218] RV 1618 BlgNR XXIV. GP 15; VfGH 24.06.2015, G 193/2014 ua.; *Wiederin,* Bundesverwaltungsgericht 40.
[219] *Kolonovits*/*Muzak*/*Stöger* Verwaltungsverfahrensrechts 402.
[220] § 2 Abs 2 FPG 2005.
[221] Art 131 Abs 4 Z 1 B-VG.
[222] § 82 FPG; RV 1618 BlgNR XXIV. GP, 15; VfGH 24.06.2015, G 193/2014 ua; VwGH 28.01.2016, Ra 2015/21/0114; *Pürgy,* Landesverwaltungsgerichte 49 ff.

Kompetenzkonflikte zwischen VwG wie auch zwischen einem VwG und dem VwGH zu entscheiden.
Werden durch das Erkenntnis eines VwG verfassungsgesetzlich gewährleistete Rechte verletzt, oder behauptet der Betroffene, wegen Anwendung einer gesetzwidrigen Verordnung, einer gesetzwidrigen Kundmachung über die Wiederverlautbarung eines Gesetzes (Staatsvertrages), eines verfassungswidrigen Gesetzes oder eines rechtswidrigen Staatsvertrages in seinen Rechten verletzt zu sein, so besteht die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde an den VfGH gemäß Art 144 B-VG.

Sowohl der VwGH wie auch der VfGH fallen einhellig in die Gesetzgebungs- und Vollziehungskompetenz des Bundes nach Art 10 Abs 1 Z 1 B-VG.[223]

3.2 Zuständigkeiten nach der Fremdenbehördenneustrukturierung

Die Tragweite der Neustrukturierung der Fremdenrechtsmaterie wird durch die Einführung des BFA besonders deutlich. Konsequenz war der Übergang eines erheblichen Teils der Aufgaben der vormaligen Fremdenpolizei – und der Bezirksverwaltungsbehörden im Bereich Niederlassung – auf die neu geschaffene Bundesbehörde.

3.2.1 Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl

Das BFA ist eine Verwaltungsbehörde in unmittelbarer Bundesverwaltung, welche dem BMI unterstellt ist und bundesweite Zuständigkeit hat.[224] Es übernahm mit 01.01.2014 nicht nur sämtliche Agenden des Bundesasylamtes, sondern ebenso weite Bereiche der ehemaligen Fremdenpolizeibehörden und der Niederlassungs- und Aufenthaltsbehörden.[225] Da es sich um eine bundesweit agierende Verwaltungsbehörde handelt, ist das BFA für das gesamte österreichische Bundesgebiet örtlich zuständig.[226]
Einfachgesetzlich richtet sich die sachliche Zuständigkeit nach § 3 BFA-G, § 3 BFA-VG und § 5 Abs 1a FPG. Bei näherer Betrachtung fällt auf, dass die einzelnen Bestimmungen nicht deckungsgleich formuliert sind, was angesichts der Neuimplementierung des BFA wenig nachvollziehbar ist. Mittlerweile kam es zu einer inhaltlichen Anpassung der entsprechenden

[223] *Grabenwarter*/*Fister*, Verwaltungsverfahrensrecht 4 ff.
[224] § 1 BFA-G.
[225] *Benndorf*/*Wiener*, SIAK 2012, 82 ff.
[226] § 3 Abs 1 BFA-VG.

Normen.[227] Zusammenfassend ist festzustellen, dass dem BFA eine Zuständigkeit im Bereich des Asylverfahrens, bei der Gewährung von Aufenthaltstiteln aus berücksichtigungswürdigen Gründen gemäß AsylG, der Erlassung von aufenthaltsbeendenden Maßnahmen sowie im Bereich des Passwesens für Fremde und der Führung von Verfahren nach dem GVG-B obliegt.[228]

Für den konkreten Gegenstand der vorliegenden Dissertation hat dies zur Folge, dass das BFA nach § 5 Abs 1a Z 2 FPG, § 3 Abs 2 Z 4 BFA-VG und § 3 Abs 1 Z 3 BFA-G für die Erlassung von aufenthaltsbeendenden Maßnahmen gemäß dem 8. Hauptstück des FPG zuständig ist. Hierzu müssen – trotz anderwärtiger Legaldefinition nach § 2 Abs 1 Z 27 AsylG – die Erlassung von Schubhaftbescheiden und die Anordnung gelinderer Mittel gezählt werden. Explizit nicht zuständig ist es hingegen für den Vollzug der Schubhaft und die Überwachung des gelinderen Mittels, diese obliegen den LPD.[229]

Zu prüfen ist, ob im Bereich der Festnahme nach § 40 BFA-VG bzw. des Festnahmeauftrages nach § 34 BFA-VG die sachliche Zuständigkeit beim BFA oder bei den LPD liegt. § 3 Abs 1 Z 1 BFA-G sieht vor, dass „die Vollziehung des BFA-VG“ beim BFA liegt, gleich erkennt § 3 Abs 1 BFA-VG das BFA als Behörde im Inland an, allerdings fehlen wiederum die Nennung der Festnahme und des Festnahmeauftrages bei den Obliegenheiten des § 3 Abs 2 BFA-VG. Der Ausschluss von den Aufgaben des Grenzkontrollwesens und den Agenden der Sicherheitsbehörden als neue Fremdenpolizei (Zurückweisung, Zurückschiebung, Durchbeförderung, Überwachung des Aufenthalts) würde grundsätzlich den Schluss nahelegen, dass der Festnahmeauftrag Teil der fremdenpolizeilichen Agenden ist, zumal dieser als Teil der Überwachung des Aufenthalts von Fremden interpretiert werden kann.[230] Da es sich um ein Verfahren vor einer Verwaltungsbehörde handelt, findet subsidiär das AVG Anwendung, sodass ebenso § 2 AVG in die Erwägungen miteinzubeziehen ist. Die Norm sieht vor, dass „in den Angelegenheiten der Bundesverwaltung die Bezirksverwaltungsbehörden

[227] Problematisch stellte sich anfänglich der Umstand dar, dass sich die Zuständigkeit im Bereich Grundversorgung lediglich im BFA-G fand, nicht jedoch im BFA-VG, sodass eine einfachgesetzliche Zuständigkeit für den Bereich der Grundversorgung nicht eindeutig war. Dieser ‘Redaktionsfehler’ wurde mit BGBl I 70/2015 korrigiert.

[228] § 5 Abs 1a FPG 2005; § 3 Abs 2 BFA-VG; § 3 Abs 1 BFA-G; *Schrefler-König*, JÖR 2013 207 ff.

[229] § 5 BFA-VG.

[230] ErläutRV 1803 BlgNR XXIV. GP 6 ad § 3 BFA-G; 24 ad § 34 BFA-VG.

sachlich zuständig"[231] sind, sofern keine Bestimmungen über die sachliche Zuständigkeit nach den Vorschriften über ihren Wirkungsbereich und nach den Verwaltungsvorschriften vorhanden sind.
In den parlamentarischen Erläuterungen wird jedoch explizit das BFA als zuständige Behörde genannt. Nicht zuletzt aus diesem Grund ist davon auszugehen, dass auch eine Zuständigkeit der BVB für den Bereich der Festnahme nicht iSd Gesetzgebers ist. Ähnlich wie im Falle der Kompetenzgrundlage muss man sich einer Hilfskonstruktion bedienen: so obliegt dem BFA die Zuständigkeit im Bereich des Festnahmeauftrages und der Festnahme als Begleitmaßnahme des Asylverfahrens oder des Verfahrens zur Erlassung einer aufenthaltsbeendenden Maßnahme bzw. Abschiebung.[232]

Diese sehr undurchsichtige und uneinheitliche Systematik der sachlichen Zuständigkeiten erscheint vor dem Hintergrund der Neuregelung nicht nachvollziehbar und legistisch unrein.[233]

Die Organisation des BFA ist im BFA-G geregelt, das eine/n Direktor/in und zwei Stellvertreter/innen vorsieht. Der Hauptsitz liegt in Wien, zudem sind in jedem Bundesland eine Regionaldirektion und zum Teil zusätzlich Außenstellen eingerichtet. Neben den neun Regionaldirektionen gibt es derzeit drei Erstaufnahmestellen sowie sieben Außenstellen in Klagenfurt, Salzburg, Linz, Graz, St. Pölten, Wiener Neustadt und Wien.[234]
Anfänglich war aus verfahrensökonomischen Gründen noch vorgesehen, dass nach dem Case-Owner-Prinzip ein/e Organwalter/in für die Führung sämtlicher Verfahren eines Fremden zuständig sei.[235] Meinem Eindruck nach wurde von diesem Prinzip weitgehend Abstand genommen, da in den einzelnen Regionaldirektionen Teams eingerichtet sind, welche jeweils zu spezifischen Rechtsgebieten und bestimmten Themenbereichen arbeiten und entscheiden. Die Anordnung von Schubhaft, Festnahme und gelinderen Mittel erfolgt zumeist durch die/den zuständige/n Referent/in des Hauptverfahrens (im Bereich Zulassung, Asyl oder aufenthaltsbeendende Maßnahme).

---

[231] § 2 AVG.
[232] ErläutRV 1803 BlgNR XXIV. GP 24 ff ad § 34 BFA-VG.
[233] *Schrefler-König*, JÖR 2013, 227; *Diem,* migraLex 2015, 12.
[234] §§ 2 und 4 BFA-G; § 2 BFA-G-DV; *BMI*, Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl, Organigramm.
[235] *BMI*, Case-Owner-Prinzip.

3.2.2 Landespolizeidirektion

Nicht nur das BFA hat im Jahr 2014 unter neuer Struktur seine Arbeit aufgenommen, sondern auch die LPD.[236] Obgleich der Name missverständlich ist, handelt es sich bei den neun LPD um Bundesbehörden in unmittelbarer Bundesverwaltung, welche dem BMI als oberste Sicherheitsbehörde nachgeordnet sind. Jeder LPD steht ein/e Landespolizeidirektor/in (und 2 Stellvertreter/innen) vor. Sowohl die Sicherheitsdirektionen wie auch die Bundespolizeidirektionen gingen in den LPD auf.[237]

Die konkrete strukturelle Ausgestaltung der einzelnen LPD in den Bundesländern gestaltet sich jeweils unterschiedlich und orientiert sich an den unterschiedlichen Bedürfnissen. So besteht in der LPD Wien eine eigene *Abteilung Fremdenpolizei und Anhaltevollzug* (AFA), welche unter anderem den Vollzug in Schubhaft kontrolliert wie auch als Koordinationsstelle für Luft- und Landabschiebungen dient.[238] In den restlichen Bundesländern ist die *Einsatz-, Grenz- und Fremdenpolizeiliche Abteilung (EGFA)* unter anderem für die Obliegenheiten der Fremdenpolizei zuständig.[239]

Den LPD kommen sowohl der Vollzug der Schubhaft wie auch die Überwachung des gelinderen Mittels zu.[240] Es ist in diesem Zusammenhang darauf hinzuweisen, dass ein gemeinsamer Vollzug von Strafgefangenen und Schubhäftlingen europarechtswidrig ist, demnach dürfen Schubhäftlinge nicht in gewöhnlichen Haftanstalten untergebracht werden.[241] In Österreich werden Schubhäftlinge – mit einer Ausnahme, nämlich des teilweise privat geführten Anhaltezentrums für Schubhäftlinge in Vordernberg, Steiermark – gemeinsam mit (vorwiegend) Verwaltungsstrafhäftlingen und Verwahrungshäftlingen angehalten.[242] In den Haftanstalten, die den LPD unterstellt sind und die zumeist als Polizeianhaltezentren bezeichnet werden, gilt die AnhO.[243]

---

[236] B-VG Sicherheitsbehörden-Neustrukturierung 2012, BGBl I 49/2012; Sicherheitsbehörden-Neustrukturierungs-Gesetz, BGBl I 50/2012; Sicherheitsbehörden-Neustrukturierungs-Anpassungsverordnung, BGBl II 287/2012.

[237] *Lachmayer*, JÖR 2013, 185; Art 78a B-VG.

[238] *BMI*, LPD Wien, Organigramm.

[239] *BMI*, LPD Steiermark, Organigramm (für alle Bundesländer mit Ausnahme Wien).

[240] § 5 BFA-VG.

[241] EuGH 17.07.2014, Rs C-474/13 (Thi Ly Pham): In der Entscheidung wird Art 16 Abs 1 der Rückführungs-RL dahingehend ausgelegt, dass es den Mitgliedstaaten nicht gestattet ist, einen Drittstaatsangehörigen zum Zweck der Abschiebung gemeinsam mit Strafgefangenen in einer gewöhnlichen Haftanstalt unterzubringen, selbst dann nicht, wenn der Schubhäftling hierzu einwilligt.

[242] *Volksanwaltschaft*, Präventive Menschenrechtskontrolle 130 ff.; vgl hier auch nähergehende Informationen zu bestehenden Defiziten des Schubhaftvollzugs aus Sicht der Volksanwaltschaft.

[243] § 1 AnhO.

Des Weiteren sind die LPD im Rahmen des FPG für die Besorgung der Angelegenheiten der Fremdenpolizei zuständig, welche nach § 2 Abs 2 FPG die Verhinderung der rechtswidrigen Einreise von Fremden (Z 1), die Überwachung des Aufenthalts Fremder im Bundesgebiet (Z 2), die Zurückschiebung und die Durchbeförderung von Fremden (Z 4) und die Verhinderung und Beendigung von strafbaren Handlungen nach dem FPG (Z 5) beinhalten.[244] Die Fremdenpolizei zählt wiederum zur Sicherheitsverwaltung nach § 2 Abs 2 SPG. Als lex specialis gehen die Vorschriften des FPG jedoch vielfach denen des SPG vor. In diesem Sinne kommen den BVBen in Abweichung von § 9 SPG keinerlei Vollzugskompetenzen zu, sondern obliegen diese bundesweit ausschließlich den LPD.[245]
In die sachliche Zuständigkeit der LPD fallen auch die Angelegenheiten des 5. Hauptstückes des FPG, dh die Befugnisse der Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes für Fremdenpolizei und Zurückweisung, damit auch die Festnahme und Anhaltung nach § 39 FPG.[246] Die örtliche Zuständigkeit richtet sich jeweils nach dem Hauptwohnsitz des Fremden, in Ermangelung eines solchen nach einem sonstigen Wohnsitz im Bundesgebiet. Im Falle, dass mehrere Wohnsitze vorliegen, ist jener maßgeblich, welcher als letzter begründet wurde.[247] „Hat der Fremde keinen Wohnsitz im Bundesgebiet, richtet sich die Zuständigkeit nach seinem Aufenthalt zum Zeitpunkt des ersten behördlichen Einschreitens nach dem 3. bis 6. und 12. bis 15. Hauptstück dieses Bundesgesetzes.“[248] Bei Maßnahmen, welche keinen Aufschub dulden bzw. der Kontrolle der Rechtmäßigkeit der Einreise, des Aufenthaltes und der Ausreise dienen, ist der Aufenthalt des Fremden maßgeblich.[249]

Die einzelnen Maßnahmen im Rahmen des Fremdenwesens können nach Maßgabe der örtlichen Zuständigkeit und des Vorliegens der etwaigen Voraussetzungen von jedem Organ des öffentlichen Sicherheitsdienstes durchgeführt werden. Dabei werden die einzelnen Organe im Rahmen des 3. bis 6. und 12. bis 15. Hauptstückes des FPG für die LPD als Behörden erster Instanz über deren Auftrag oder aus Eigenem, und im Rahmen des 7., 8. und 11.

[244] Mit BGBl I 84/2017 entfällt die Z 3 des § 2 Abs 2 FPG, nämlich die Ausstellung von Unbedenklichkeitsbescheinigungen.
[245] *Diem,* migraLex 2015, 13 ff.
[246] § 5 Abs 1 FPG.
[247] § 6 Abs 1 FPG.
[248] § 6 Abs 2 FPG; VwGH 17.03.2009, 2008/21/0391; 24.11.2009 2009/21/0267.
[249] § 6 Abs 6 FPG;

Hauptstückes des FPG wie auch nach § 5 BFA-VG für das BFA als Behörde erster Instanz über dessen Auftrag oder aus Eigenem tätig.[250]

An dieser Konstruktion erscheint problematisch, dass die Zuständigkeit der Behörde im Moment des Handelns vielfach nicht klar, zweifelsfrei und konkret bestimmbar ist. Fremde können von den Organen des öffentlichen Sicherheitsdienstes sowohl auf Grundlage einer Anhaltung nach § 39 FPG, dh durch die LPD als Behörde erster Instanz, oder nach § 34 BFA-VG, dh durch das BFA als Behörde erster Instanz, festgenommen werden, was für die Betroffenen in der Regel nicht zu unterscheiden ist. Gemäß Art 83 Abs 2 und Art 18 Abs 1 B-VG ist der einfache Gesetzgeber jedoch dazu verpflichtet, „die Zuständigkeit der Behörde klar, zweifelsfrei und konkret zu bestimmen“[251]. Dies ist durch die vorliegende doppelte Funktion nicht gegeben. Dem Wortlaut des Gesetzes folgend besteht die Gefahr, dass in einzelnen Situationen und insbesondere bei Gefahr im Verzug die Vollziehung selbst ermächtigt ist, darüber zu entscheiden, in welchem Auftrag die Festnahme und Anhaltung durchgeführt wird. Hierbei handelt es sich höchst wahrscheinlich um Ausnahmefälle, da in aller Regel Festnahmen auf Grundlage eines Festnahmeauftrages des BFA oder im Rahmen der Obliegenheiten der Fremdenpolizei, etwa in Folge einer Identitätsfeststellung, durchgeführt werden. Dennoch hätten diese legistischen Unreinheiten angesichts des klaren Auftrags des Verfassungsgesetzgebers vermieden werden müssen, zumal in jenen Fällen nicht nur rechts-, sondern auch sprachunkundige Fremde betroffen sind. Hiermit wird dem System der festen Zuständigkeitsverteilung nicht ausreichend Beachtung geschenkt. Zudem ist zu beachten, dass das Rechtsmittelverfahren je nach Zuständigkeit der Behörde erster Instanz entweder vom LVwG oder BVwG zu führen ist. Im Falle einer Einbringung beim unzuständigen VwG und einer nicht zeitgerechten Weiterleitung kann im schlechtesten Fall der Rechtsschutzsuchende sein Beschwerderecht verlieren.[252]

[250] § 3 Abs 1 und 2 FPG; § 5 BFA-VG.

[251] *Grabenwarter*/*Fister*, Verwaltungsverfahrensrecht 15.

[252] Die parlamentarischen Materialien äußern sich zu dieser Problematik nicht; vgl ErläutRV 1803 BlgNR XXIV. GP 54 f. ad § 5 FPG.

3.3 Verwaltungsgerichtsbarkeit

Gleichzeitig mit der Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012 wurde eine zweistufige Verwaltungsgerichtsbarkeit eingerichtet.

Als VwG 1. Instanz sind das BVwG und die neun LVwG seit 01.01.2014 für die Prüfung von Beschwerden in fremdenrechtlichen Verfahren zuständig. Die sachliche Zuständigkeit ergibt sich großteils bereits aus der Verfassung (siehe Kapitel 3.1). Die Organisation obliegt im Falle des BVwG dem Bund. Die Umsetzung erfolgte per BVwGG, im Falle der LVwG sind für die Organisation die jeweiligen Bundesländer zuständig. Den VwG gemein ist das Verfahrensrecht, das sich weitgehend im VwGVG findet und lex specialis gegenüber dem AVG ist, sofern keine abweichenden Verfahrensvorschriften in den spezifischen Materiengesetzen vorliegen.[253]

Dem VwGH obliegt die Prüfung von und Entscheidung über ordentliche bzw. außerordentliche Revisionen, welche sich gegen Erkenntnisse und verfahrensleitende Beschlüsse der VwG richten.[254]

3.3.1 Bundesverwaltungsgericht

Das BVwG entscheidet nach § 7 Abs 1 Z 1 und 2 BFA-VG über sämtliche Beschwerden gegen Bescheide des BFA wie auch der Vertretungsbehörden. Für die Schubhaft ergibt sich die einfachgesetzliche Zuständigkeit nach § 7 Abs 1 Z 3 BFA-VG, wonach das BVwG für Beschwerden gegen Maßnahmen unmittelbarer Befehls- und Zwangsgewalt gemäß 1. Hauptstück des 2. Teiles des BFA-VG (§ 34 - § 47 BFA-VG) und gemäß 7. und 8. Hauptstück des FPG zuständig ist.

Eine Besonderheit des Fremdenrechtsbereichs gegenüber anderen Verwaltungsmaterien besteht darin, dass sich maßgebliche Teile des Verfahrensrechts des BVwG im Verfahrensrecht der Administrativbehörde, dem BFA-VG, finden. § 22a BFA-VG normiert die Rechtsschutzmöglichkeiten bei Festnahme, Anhaltung und Schubhaft, wobei nach Abs 1a leg

[253] ErläutRV 1803 BlgNR XXIV. GP 3 ff.
[254] *Köhler*, Verwaltungsgerichtsbarkeit 5.

cit die Verfahrensbestimmungen für Maßnahmenbeschwerden Anwendung finden.[255] Als Besonderheit dieser Beschwerde sui generis ist hervorzuheben, dass das BVwG über die Fortsetzung der Anhaltung in Schubhaft als Titelgericht abspricht.[256]

Aufgrund der einfachgesetzlichen Zuständigkeit für sämtliche Beschwerden gegen Maßnahmen unmittelbarer Befehls- und Zwangsgewalt gemäß 7. und 8. Hauptstück, sind auch Beschwerden gegen die Bedingungen des Schubhaftvollzuges zwar gegen die zuständige LPD zu richten, jedoch vom BVwG zu behandeln und zu entscheiden.[257]

Da im BFA-VG, wie auch in anderen Bundes- oder Landesgesetzen, keine Entscheidung durch Senate vorgesehen ist, entscheidet das BVwG in den gegenständlichen Verfahren durch Einzelrichter/innen gemäß § 6 BVwGG, wobei sich die Zuständigkeit letzterer nach der jährlich zu erlassenden Geschäftsverteilung des BVwG richtet.[258]

In Verfahren vor den VwG herrscht kein Anwaltszwang, es gelten die allgemeinen Regeln zur gewillkürten Vertretung der §§ 10 bis 12 AVG iVm § 17 VwGVG. Nicht zuletzt im Hinblick auf Rechtsschutzerwägungen des Art 47 GRC und Art 6 EMRK, besteht auch in Verfahren vor den VwG die Möglichkeit der Bewilligung von Verfahrenshilfe, dh auf Beistellung eines Rechtsanwalts, wenn „die Partei außerstande ist, die Kosten der Führung des Verfahrens ohne Beeinträchtigung des notwendigen Unterhalts zu bestreiten, und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint“.[259]

Sofern in den einzelnen Bundes- bzw. Landesgesetzen Sonderbestimmungen, etwa in Form der Einrichtung von Komplementärmechanismen, vorgesehen sind, gehen diese als lex specialis dem allgemeinen Verfahrensrecht vor.[260] Entsprechende Komplementärmechanismen

---

[255] § 22a BFA-VG.
Als in sich inkonsistent und legistisch (zumindest) unrein erweist sich auch dieser Punkt: so sind vom Anwendungsbereich des § 1 BFA-VG lediglich Verfahren gemäß § 3 Abs 2 Z 1 bis 6 BFA-VG vor dem BVwG erfasst, nicht jedoch Verfahren hinsichtlich der Beschwerde gegen einen Schubhaftbescheid wie auch gegen Maßnahmen der unmittelbaren Befehls- und Zwangsgewalt. Angesichts der spezifischen Regelungen des § 22a BFA-VG ist die Absicht des Gesetzgebers offenkundig, dass auch diese Verfahren von dem Anwendungsbereich des BFA-VG erfasst sind. Es darf auf die Ausführungen zur Zuständigkeit des BFA hinsichtlich der Schubhaft, Festnahme und Anhaltung nach dem BFA-VG verwiesen werden (Kapitel 3.2.1).

[256] VfGH 12.03.2015, G151/2014; vgl zur Rechtslage vor FNG auch: *Muzak*, UVSaktuell 2007, 140.

[257] *Eisenberger*/*Ennöckl*/*Helm,* Maßnahmenbeschwerde 177 ff. Hierzu anders Judikatur des BVwG: BVwG 24.11.2015, W190 2117309-1/3E ua.

[258] Exemplarisch: *Geschäftsverteilungsausschuss des BVwG*, Geschäftsverteilung 2016.

[259] § 8a Abs 1 VwGVG.

[260] VfGH 09.03.2016, G447/2015.

sind im Bereich der Schubhaft nach § 52 Abs 1 BFA-VG anzunehmen, sodass § 8a VwGVG nicht zur Anwendung kommt.[261]

3.3.2 Verwaltungsgerichte der Länder

Gemäß § 9 Abs 1 FPG entscheiden über Beschwerden gegen Entscheidungen der LPD – sofern nichts anderes bestimmt ist – die Verwaltungsgerichte der Länder. Dies gilt ebenso für jene Fälle, in denen die Anhaltung und Festnahme der/des Betroffenen der LPD als Behörde erster Instanz zuzurechnen ist. Nach der Systematik des Gesetzes ist von der sachlichen und örtlichen Zuständigkeit des LVwG jenes Bundeslandes auszugehen, in dessen Sprengel die Maßnahme begonnen hat und dem das hoheitliche Handeln zuzurechnen ist.[262] Im Falle der Unbestimmbarkeit der Zuständigkeit ist das LVwG Wien nach § 3 Abs 3 VwGVG zuständig. Gemäß Art 133 Abs 1 Z 3 B-VG kommt dem VwGH die Entscheidung über Kompetenzkonflikte zu.[263]

Wie in Verfahren vor dem BVwG entscheiden auch in jenen vor dem LVwG Einzelrichter/innen, wobei jeweils auf das Organisationsrecht der einzelnen Bundesländer Bedacht zu nehmen ist.[264]

Hinsichtlich der Verfahrenshilfe darf auf die entsprechenden Ausführungen zum BVwG verwiesen werden, welche sich auf das gemeinsam anzuwendende VwGVG beziehen. So besteht in Verfahren vor dem LVwG, mangels lex specialis, die Möglichkeit der Beantragung von Verfahrenshilfe nach § 8a Abs 1 VwGVG.

3.3.3 Verwaltungsgerichtshof

Der VwGH ist nunmehr als Rechtsmittelinstanz gegen Entscheidungen eines VwG eingerichtet, damit ist eine direkte Anrufung wegen Entscheidungen einer Verwaltungsbehörde nicht mehr vorgesehen.[265] Die Zuständigkeit des VwGH ergibt sich direkt aus der Verfassung (siehe Punkt 3.1) und umfasst die Prüfung von einfachgesetzlichen Rechtsverletzungen. Die Ausgestaltung des Verfahrens ist im VwGG geregelt, hier finden sich auch die Bestimmungen zur Zusammensetzung der einzelnen zur Entscheidung berufenen

---

[261] VwGH 15.10.2015, Ro 2015/21/0026; 23.02.2017, Ra 2016/21/0152.
[262] *Eisenberger*/*Ennöckl*/*Helm,* Maßnahmenbeschwerde 182.
[263] *Grabenwarter*/*Fister*, Verwaltungsverfahrensrecht 199.
[264] *Kolonovits*/*Muzak*/*Stöger*, Verwaltungsverfahrensrechts 388 f.
[265] BGBl I 51/2012.

Senate. Im Gegensatz zu dem bis Ende 2013 geltenden Beschwerdeverfahren sind Revisionen nur dann zulässig, sofern eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung vorliegt. Diese ist dann anzunehmen, wenn die Entscheidung des VwG von der Rechtsprechung des VwGH abweicht, eine solche Rechtsprechung fehlt oder die Rechtsfrage bisher uneinheitlich beantwortet wurde. Ist eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung nicht einzeln in der Revision nachgewiesen worden, fehlt es an einem Zulässigkeitskriterium und ist die Revision in Folge zurückzuweisen.[266] Hierdurch wurde eine erhebliche Hürde für die Behandlung von Revisionen durch den VwGH eingezogen, denn erst wenn eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung aufgezeigt werden konnte, prüft der VwGH die Revisionsgründe im Einzelnen.[267]

Gemäß § 25a Abs 1 VwGG hat das VwG im Spruch seiner Entscheidung auszusprechen, ob eine Revision nach Art 133 Abs 4 B-VG zulässig ist. Der Ausspruch ist zudem kurz zu begründen. Wird die Zulässigkeit einer ordentlichen Revision vom VwG verneint, besteht jedenfalls die Möglichkeit der Erhebung einer außerordentlichen Revision. In beiden Fällen kann der VwGH die Zulässigkeit einer Revision verneinen. Der maßgebliche Unterschied zwischen ordentlicher und außerordentlicher Revision liegt in der Führung des Vorverfahrens, das bei der ordentlichen Revision vom VwG zu erledigen ist, ansonsten vom VwGH (was insbesondere im Hinblick auf Verfahrenshilfe verfahrensrelevant ist).[268] Die Revision ist jeweils beim VwG einzubringen. Der VwGH fungiert lediglich als Rechts- und nicht als Tatsacheninstanz, was bedeutet, dass Fehler in der Sachverhaltsannahme nur im Falle grober Mangelhaftigkeit aufgegriffen werden – wobei stets die Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung und deren Relevanz vorrangig nachzuweisen sind.[269]

Es besteht ein absoluter Anwaltszwang bei Revisionen, Fristsetzungsanträgen und Anträgen auf Wiederaufnahme eines Verfahrens sowie Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. Um den Zugang zum Verfahren zu garantieren gibt es die Möglichkeit des Rechtsinstituts der Verfahrenshilfe nach § 61 VwGG, welche ihrem Sinne nach keinen Anwaltszwang vorsieht.[270] Gerade bei der Weiterentwicklung des Schubhaftregimes kommt der Rsp des VwGH erhebliche Bedeutung zu.[271]

---

[266] *Wiederin*, Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung 41 ff.
[267] *Rohregger*, ecolex 2014, 762.
[268] *Kolonovits*/*Muzak*/*Stöger*, Verwaltungsverfahrensrechts 756 ff.
[269] *Grabenwarter*/*Fister*, Verwaltungsverfahrensrecht 261.
[270] *Kolonovits*/*Muzak*/*Stöger*, Verwaltungsverfahrensrechts 746.
[271] *Taucher*, Schubhaft 172 ff.

Zudem ist hervorzuheben, dass das BVwG über die Rechtmäßigkeit der Fortsetzung der Schubhaft als erste Instanz entscheidet. Folglich fungiert der VwGH in diesen Fällen als einzige Überprüfungsinstanz (neben dem VfGH).[272]

3.4 Verfassungsgerichtshof

Gerade im Bereich Festnahme und Anhaltung kommt der Rechtsprechung des VfGH maßgebliche Bedeutung zu. Die Zuständigkeit ergibt sich direkt aus Art 144 Abs 1 B-VG.

Beschwerde gegen ein Erkenntnis eines VwG kann erhoben werden, wenn sich die betroffene Person in einem verfassungsgesetzlich gewährleisteten Grundrecht verletzt erachtet oder auch wegen Anwendung einer gesetzwidrigen Verordnung bzw. eines verfassungswidrigen Gesetzes.[273]

Der VfGH ist demnach zuständig für Verletzungen, die in ein Grundrecht selbst eingreifen. Nach der Grobprüfung des VfGH zu Grundrechten mit Eingriffsvorbehalt ist ein Eingriff dann anzunehmen,

- wenn die Entscheidung gänzlich ohne Rechtsgrundlage, dh gesetzlos, ergangen ist,
- wenn die Entscheidung auf einer verfassungswidrigen Rechtsgrundlage basiert, oder
- wenn das Gesetz denkunmöglich angewandt wurde.[274]

Im Bereich des Grundrechts auf persönliche Freiheit tritt nach stRsp ein weiteres Prüfungskriterium hinzu, nämlich ob der Eingriff gegen die verfassungsgesetzlich festgelegten Erfordernisse des PersFrG oder des Art 5 EMRK verstößt.[275]

Überdies können vor dem VfGH Eingriffe in die durch die GRC geschützten Rechte geltend gemacht werden. Die Wertungen der GRC sind ebenso als Prüfungsmaßstab in Verfahren der generellen Normenkontrolle heranzuziehen. Gerade im Bereich der Verfahrensrechte hat dies einen weitreichenden Einfluss auf den Grundrechtsschutz.[276]

---

[272] Zur insofern vergleichbaren Rechtslage: *Frühwirth*, juridikum 2010, 214.
[273] Art 144 Abs 1 B-VG.
[274] VfSlg 17.331/2004, 14.324/1995.
[275] *Hengstschläger*/*Leeb*, Grundrechte 90 f.; vgl ausführlich Kapitel 4.1.
[276] VfSlg 19.632/2012.

Die nähere Ausgestaltung der Organisation und des Verfahrens findet sich im *Verfassungsgerichtshofgesetz 1953* (VfGG) wieder, das ebenso die Bestimmungen zum Anwaltszwang und zur Möglichkeit der Gewährung von Verfahrenshilfe enthält.[277]

3.5 Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte

Nach Erschöpfung des innerstaatlichen Instanzenzugs besteht zudem die Möglichkeit der Anrufung des EGMR mittels Individualbeschwerde gemäß Art 24 EMRK. Der EGMR dient dem Schutz und der Gewährleistung der Rechte und Pflichten der EMRK, der in Österreich Verfassungsrang zukommt, und somit auch dem Schutz des für die gegenständliche Untersuchung zentralen Grundrechts auf persönliche Freiheit und Sicherheit nach Art 5 EMRK.[278]

Gemäß Art 34 EMRK kann jede natürliche Person, welche sich in ihren Rechten und Freiheiten nach der Konvention verletzt fühlt, eine Individualbeschwerde erheben, sofern der innerstaatliche Instanzenzug ausgeschöpft ist und die Beschwerde innerhalb einer Frist von 6 Monaten ab letztgültiger innerstaatlicher Entscheidung eingebracht wird.[279]

Es bestehen noch weitere Zulässigkeitsvoraussetzungen, insbesondere darf die Beschwerde nicht anonym erhoben werden und nicht mit einer früheren Beschwerde übereinstimmen (res iudicata) bzw. einer anderen internationalen Instanz in einer weitgehend übereinstimmenden Form vorgelegt worden sein (Litispendenz). Zudem darf die Beschwerde nicht mit den Zielen der EMRK unvereinbar und nicht offensichtlich unbegründet bzw. missbräuchlich erhoben worden sein. Des Weiteren muss dem/der Beschwerdeführer/in aus der behaupteten Verletzung ein erheblicher Nachteil drohen.[280]

Die Beschwerde hat Angaben zum/zur Beschwerdeführer/in, zum Sachverhalt, zu den verletzten Konventionsrechten, über Zulässigkeit und Ziel der Beschwerde zu enthalten.[281] Die Beschwerde kann ohne Rechtsanwalt erhoben werden, erst ab diesem Zeitpunkt besteht

---

[277] *Berka*, Verfassungsrecht 333 ff.
[278] *Grabenwarter*/*Pabel*, EMRK 44 ff.
[279] Art 35 Abs 1 EMRK.
Entsprechend Art 4 des 15. Zusatzprotokolls zur EMRK wird die Frist auf 4 Monate verkürzt. Die Ratifikation des Protokolls findet sich derzeit in Begutachtung (303/ME XXV. GP).
[280] Art 35 Abs 2 und 3 EMRK; *EGMR*, Zulässigkeitsvoraussetzungen 24 ff.
[281] Art 47 VerfO des EGMR.

Anwaltszwang. Sofern der/die Beschwerdeführer/in nicht über ausreichende finanzielle Mittel verfügt, besteht zudem die Möglichkeit der Gewährung von Verfahrenshilfe.[282]

Einen erheblichen Unterschied zu Verfahren vor den innerstaatlichen Höchstgerichten stellt die Möglichkeit der Beantragung von einstweiligen Maßnahmen (*Interim Measures*), unabhängig von der Erhebung einer Beschwerde, dar. Wenn eine einstweilige Maßnahme verfügt wird, ist der betroffene Mitgliedstaat verpflichtet, diese einzuhalten, um den effektiven Zugang zum Beschwerderecht nach Art 34 EMRK zu garantieren.[283]

Das Verfahren vor dem EGMR richtet sich maßgeblich nach der EMRK selbst und nach der Verfahrensordnung. Am Anfang des Verfahrens steht die Prüfung der Zulässigkeit durch eine/n Einzelrichter/in, diese/r kann die Beschwerde entweder abweisen oder einem Ausschuss bzw. einer Kammer weiterleiten. Eine Beschwerde kann jederzeit als unzulässig zurückgewiesen werden. Stellt der EGMR die Verletzung eines Rechts fest, so ist der betroffene Mitgliedstaat verpflichtet, die Entscheidung umzusetzen.[284] Des Weiteren kann dem/der Beschwerdeführer/in eine angemessene Entschädigung zugesprochen werden.[285]

Bei der Auslegung der Rechtmäßigkeit und Zulässigkeit von freiheitsentziehenden Maßnahmen kommt der Rsp des EGMR besondere Bedeutung zu. Ähnlich wie der VfGH nimmt der EGMR aufgrund des unmittelbaren Eingriffs in grundrechtliche Positionen eine weitreichende Prüfungskompetenz an.[286]

---

[282] Art 100 bis 105 VerfO des EGMR.
[283] Art 49 VerfO des EGMR; EGMR 06.02.2003, 46.827/1999 46951/99 (Mamatukulov und Abdurasulvic/Türkei); *Grabenwarter*/*Pabel*, EMRK 47 ff.
[284] *Grabenwarter*/*Pabel*, EMRK 50 ff.
[285] Art 41 EMRK.
[286] *EGMR*, Art 5-Guide.

3.6 Europäischer Gerichtshof

Neben dem EGMR kommt auch dem EuGH als supranationales Gericht maßgebliche Relevanz bei der Weiterentwicklung von Recht zu. Nach Art 19 EUV obliegt ihm die „Wahrung des Rechts bei der Auslegung und Anwendung der Verträge“.[287]

Besondere Bedeutung haben im Anwendungsbereich des EU-Rechts die Vertragsverletzungsverfahren, welche die Einhaltung der unionsrechtlichen Verpflichtungen durch die Mitgliedstaaten kontrollieren sollen. Diese Verfahren können zum einen durch die Kommission nach Art 258 AEUV und zum anderen durch jeden Mitgliedstaat selbst nach Art 259 AEUV eingeleitet werden. Herausragende Bedeutung kommt mittlerweile den Vorabentscheidungsverfahren nach Art 267 AEUV zu, die nicht nur sicherstellen sollen, dass EU-Recht im gesamten Geltungsbereich einheitlich ausgelegt und angewandt wird, sondern zudem den Individualrechtsschutz stärken und sichern sollen.[288] Die nationalen Gerichte sind demnach berechtigt, Fragen zur Auslegung bzw. Anwendung von Sekundärrecht der EU als Vorfragen dem EuGH vorzulegen. Das Gericht letzter Instanz ist nicht nur berechtigt, sondern sogar verpflichtet, die Vorfrage vorzulegen, sofern sie eine gewisse Relevanz hat und es sich nicht um einen Acte-clair handelt.[289]

Das Verfahrensrecht findet sich überwiegend in der Verfahrensordnung des EuGH.[290] Prüfungsgegenstand kann sowohl Sekundärrecht, dh insbesondere Verordnungen und Richtlinien, wie auch Primärrecht sein, das nationale Recht der Mitgliedstaaten ist der Prüfung hingegen entzogen.[291]

Der EuGH entscheidet entweder durch Urteil oder Beschluss. Die Entscheidungen erwachsen mit dem Tag ihrer Verkündung in öffentlicher Sitzung formell und materiell in Rechtskraft.[292] Nicht nur das Gericht im Ausgangsverfahren ist an das Urteil gebunden, sondern auch sämtliche anderen Gerichte, die in derselben Sache zu entscheiden haben. Kommt der EuGH zum Ergebnis, dass ein Unionsrechtsakt ungültig ist, so hat dies auch Auswirkungen über das

---

[287] *Pesendorfer/Posch*, Rechtsschutzsystem 186.

[288] *Frenz*, Rechtsschutz 938; *Pesendorfer/Posch*, Rechtsschutzsystem 189 ff und 202 ff.

[289] *Schima*, Vorabentscheidungsverfahren 50 ff. In diesem Sinne auch VfSlg 19.652/2012: Der VfGH stellte eine Verletzung des Rechts auf gesetzlichen Richter eines Asylwerbers fest, als eine vorlagepflichtige Frage des Unionsrechts dem EuGH nicht vorgelegt wurde.

[290] *Frenz*, Rechtsschutz 949 f.

[291] *Pesendorfer/Posch*, Rechtsschutzsystem 203.

[292] Art 64 bis 65 VerfO des EuGH.

Ausgangsverfahren hinaus und ist in Folge auch jedes nationale Gericht berechtigt, die Handlung eines Organs als ungültig anzusehen. Zudem ist davon auszugehen, dass auch Auslegungsurteile Bindungswirkung besitzen.[293]

Für den Bereich Schubhaft haben die Dublin III-VO, die Rückführungs-RL, die Verfahrens-RL wie auch die Aufnahme-RL Bedeutung, sodass es vielfach in die Zuständigkeit des EuGH fällt, strittige Rechtsfragen zu klären.

3.7 Zwischenconclusio

Im Bereich der Zuständigkeit der einzelnen Behörden und Gerichte ist festzustellen, dass es – neben Verbesserungen in der Abgrenzung der einzelnen verfassungsrechtlichen Kompetenzen – im Zuge der Neuregelung des Verwaltungsbereichs dennoch zu legistischen Unreinheiten gekommen ist.
Mehr als drei Jahre nach Inkrafttreten des FNG und der Verwaltungsgerichtsbarkeitsnovelle wurden einzelne Unklarheiten durch die Judikatur geklärt, wie etwa die Zuständigkeit des BVwG auch für den Bereich des Vollzugs der Schubhaft. Problematisch erscheint nach wie vor die schwierige Abgrenzung der Festnahme von Fremden durch Organe der Sicherheitsdirektionen, deren Handeln entweder dem BFA oder den LPD zuzuordnen ist (§ 39 FPG und § 40 BFA-VG). Diesem Problem kann nur dahingehend begegnet werden, als die Vollziehung jeweils explizit dokumentiert, in welchem Auftrag sie tätig wird, und den Betroffenen entsprechende Informationen auch tatsächlich weitergibt.

Im Hinblick auf die Vielzahl an zuständigen Gerichten und Gerichtshöfen – auf nationaler wie auch auf europäischer Ebene – wird offensichtlich, dass im Bereich der Schubhaft eine sehr breite Rechtsprechung mit teils unterschiedlichem Fokus besteht. Hervorzuheben ist bereits an dieser Stelle, dass angesichts der Fülle an Zuständigkeiten und Rechtsmittelmöglichkeiten der Wahrung von Informationsrechten und Verteidiger/innenrechten zentrale Bedeutung zukommt, um Rechtsschutzunterworfenen Zugang zum und Beteiligung am Verfahren entsprechend der jeweiligen entsprechend der jeweiligen grund-, europa- sowie einfachgesetzlichen Garantien zu sichern.

[293] *Schima*, Vorabentscheidungsverfahren 111 ff.

4 Grundrechte

Das folgende Kapitel widmet sich jenen Grundrechten, die von der Freiheitsentziehung berührt werden und deren Einhaltung zu jedem Zeitpunkt zu beachten sind. Für den Bereich der Schubhaft ist dies vorrangig das Grundrecht auf persönliche Freiheit, dh der Kernbereich des Schutzes gegen willkürliche Festnahme und Anhaltung. Die drei zentralen Grundrechtsinstrumente, aus welchen sich subjektive Rechte des Einzelnen und Schutzpflichten des Staates ergeben, sind das *Bundes-Verfassungsgesetz zum Schutze der persönlichen Freiheit* (PersFrG), die *Europäische Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten* (EMRK) und die *Charta der Grundrechte der Europäischen Union* (GRC). Diesen drei zentralen grundrechtlichen Menschenrechtskatalogen wird der Hauptteil dieses Kapitels gewidmet sein.

Neben dem konkreten Schutz vor arbiträrer Freiheitsentziehung sind auch weitere zentrale Grund- und Menschenrechte zu beachten. Dies sind insbesondere das Verbot der Folter und/ oder unmenschlicher oder erniedrigender Strafe oder Behandlung nach Art 3 EMRK und das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens nach Art 8 EMRK sowie diverse korrespondierende Rechte nach der GRC (wie die Unantastbarkeit der Würde des Menschen nach Art 1 GRC, das Verbot der Folter und unmenschlicher oder erniedrigender Strafe oder Behandlung nach Art 4 GRC, die Achtung des Privat- und Familienlebens nach Art 7 GRC). Die eben erwähnten Grundrechte werden im folgenden Kapitel jedoch nicht im Fokus der Betrachtung liegen.

In einem der folgenden Unterkapitel wird der Fokus auf jene Grundrechte gelegt, welche für das Verfahren und hier insbesondere die gerichtliche Überprüfung der Anhaltung bzw. Haft relevant sind.

Es sei bereits an dieser Stelle darauf hingewiesen, dass die betrachteten Grundrechte sowohl im Rahmen der Gesetzgebung wie auch der Vollziehung relevant sind und deren Einhaltung damit stets zu prüfen ist. Konkret bedeutet dies, dass nicht nur die relevanten Gesetze den Anforderungen entsprechen müssen, sondern auch beim Vollzug geprüft werden muss, ob der

Freiheitsentzug der/s Einzelnen mit den verfassungs- bzw. europarechtlich geschützten Rechten konform ist.[294]

4.1 Recht auf persönliche Freiheit

Das Recht auf persönliche Freiheit und der damit einhergehende Schutz vor willkürlicher Verhaftung stellen Grundpfeiler einer jeden demokratischen Gesellschaft dar. In diesem Sinne enthalten beinahe sämtliche Grund- und Menschenrechtskataloge einen Schutz dieses Freiheitsrechtes.

In Österreich ist das Recht auf Freiheit und Sicherheit zunächst durch Art 5 EMRK geschützt. Das ebenso im Verfassungsrang stehende PersFrG aus dem Jahre 1988 sieht als lex posterior in vielen Bereichen noch einen weitergehenden Schutz vor. Es sei bereits an dieser Stelle darauf hingewiesen, dass das PersFrG ausdrücklich einen Verweis auf die EMRK enthält.[295] Die EMRK wiederum enthält nach Art 53 EMRK ausdrücklich ein Günstigkeitsgebot, sodass jeweils die für die/den Betroffene/n günstigere Bestimmung zur Anwendung kommt.[296] Ebenso garantiert die GRC nach Art 6 das Recht auf Freiheit und Sicherheit für den Anwendungsbereich des Unionsrechtes. Der Wortlaut der Bestimmung ist ident mit jenem des ersten Satzes des Art 5 Abs 1 EMRK, sonst sind keine Regelungsinhalte vorgesehen. Angesichts des Systematik der GRC und den Erläuterungen[297] in Verbindung mit Art 52 Abs 3 GRC orientieren sich Bedeutung und Tragweite an denen des Art 5 EMRK.[298]

Es bestehen noch weitere völkerrechtliche Verträge, welche das Recht auf persönliche Freiheit schützen. Diesen Verträgen kommt im innerstaatlichen Recht meist nur eine untergeordnete Bedeutung zu, zum einen, da maßgebliche völkerrechtliche Verträge unter Erfüllungsvorbehalt stehen, und zum anderen, da die einzelnen Artikel der Verträge mangels hinreichender Bestimmtheit nicht unmittelbar anzuwenden sind bzw. lediglich auf einfachgesetzlicher Ebene implementiert wurden.[299]

---

[294] *Öhlinger*/*Eberhard*, Verfassungsrecht 311 ff.
[295] Art 8 Abs 3 PersFrG.
[296] *Hengstschläger*/*Leeb*, Grundrechte 78.
[297] Art 52 Abs 7 GRC sieht explizit vor, dass die Erläuterungen „als Anleitung für die Auslegung der Charta“ Berücksichtigung zu finden haben (*Kingreen*, Art 6 EUV Rz 13).
[298] *Frenz*, Europäische Grundrechte 325 ff.
[299] *Tretter*, Grundrechte 6 f.

Hervorzuheben ist in diesem Kontext Art 9 des *Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte* (IPBPR), welcher in Systematik und Inhalt Art 5 EMRK ähnlich ist. Anders als Art 5 EMRK (und Art 2 PersFrG) sieht Art 9 IPBPR keine materiellen Haftgründe vor. Der Artikel umfasst zunächst einen allgemeinen Schutz vor willkürlicher Verhaftung (Abs 1), gefolgt von Informationsrechten (Abs 2 und 3), dem Anspruch auf richterliche Haftprüfung (Abs 3 und 4) sowie einem Anspruch auf Entschädigung bei rechtswidriger Haft (Abs 5). Da sich die unmittelbar anzuwendenden innerstaatlichen und völkerrechtlichen Grundrechtstatbestände zumeist als günstiger für die Schutzbetroffenen erweisen, ist aus der fehlenden unmittelbaren Anwendbarkeit aufgrund des Erfüllungsvorbehalts kein Nachteil zu erkennen.[300]

Anders gestaltet sich dies bei Art 10 IPBPR, welcher Mindeststandards für den Vollzug der freiheitsentziehenden Maßnahme vorsieht. So ist die betroffene Person menschlich und unter Achtung ihrer Menschenwürde zu behandeln. Abs 2 sieht zudem die getrennte Unterbringung von Personen in Untersuchungshaft und verurteilten Straftätern/Straftäterinnen, wie auch von Erwachsenen und Minderjährigen, vor.

Art 11 (in Übereinstimmung mit Art 1 des 4. ZP-EMRK) postuliert das Verbot der Schuldhaft, dh Freiheitsentziehung wegen Schulden.

Bedeutung kommt den Bestimmungen auch insofern zu, als aufgrund der Anerkennung des Individualbeschwerdeverfahrens bei schwerwiegenden Verletzungen der Rechte aus dem Pakt eine Beschwerde an den Menschenrechtsausschuss erhoben werden kann.[301]

Die *UN-Kinderrechtskonvention* (KRK) legt fest, dass Kinder, dh Personen unter 18 Jahren, nicht willkürlich in Haft genommen werden dürfen, wobei explizit auf die besonderen Bedürfnisse des Kindes eingegangen wird. Art 37 lit b KRK normiert ergänzend zum Willkürverbot, dass die Haft gegen Kinder nur als letztes Mittel und für die kürzest angemessene Zeit angewandt werden darf. Des Weiteren sind Kinder unter Achtung der besonderen Bedürfnisse eines Kindes und in der Regel getrennt von Erwachsenen anzuhalten, auch besteht ein Recht auf Kontakt zu den Eltern (Art 37 lit c KRK). Art 37 lit d KRK sieht zudem einen Rechtsanspruch auf einen Beistand und eine unabhängige Haftprüfung vor.

Ursprünglich bestehende Erfüllungsvorbehalte wurden mittlerweile zurückgenommen, allerdings steht die KRK lediglich im Rang eines einfachen Gesetzes. 2011 wurden einzelne

[300] *Kopetzki,* PersFrG Vorbem Rz 5.
[301] BGBl 591/1978.

Artikel der KRK als Verfassungsbestimmungen erlassen (lediglich 7 Artikel), Art 37 KRK jedoch nicht.[302] Dennoch ist der Artikel sowohl im Rahmen der Gesetzgebung, wie auch der Vollziehung, zu beachten – und sollte im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung wie auch bei der Beurteilung des Kindeswohls entsprechende Erwägung finden.
Aufgrund des einfachgesetzlichen Charakters des Art 37 KRK ist dessen Bedeutung – im Vergleich zu den verfassungsgesetzlich gewährleisteten Art der EMRK und des PersFrG – gering.[303]

4.1.1 Verhältnis zwischen PersFrG, EMRK und GRC

Zunächst sei an dieser Stelle auf das Verhältnis zwischen PersFrG und Art 5 EMRK eingegangen. Das PersFrG orientiert sich in Systematik und Inhalt maßgeblich an der EMRK, wobei erklärtes Ziel bei der Erlassung war, den Schutz der persönlichen Freiheit zu stärken und letztlich höhere Rechtsschutzstandards als nach Art 5 EMRK zu garantieren. Im Falle, dass es zu Konkurrenzen der Grundrechte kommt, ist jeweils die für die/den Betroffene/n günstigere Bestimmung anzuwenden. Das Günstigkeitsprinzip ergibt sich explizit aus Art 8 Abs 3 PersFrG und Art 53 EMRK. Im Zusammenhang mit der Auslegung der Grundrechtsbestimmungen ist – nicht zuletzt im Hinblick auf deren Abstimmung – sowohl die Judikatur des VfGH wie auch des EGMR zu beachten.[304]
Art 5 EMRK wurde mit einem Vorbehalt in Kraft gesetzt, da in Österreich Haftstrafen ebenso durch Verwaltungsbehörden angeordnet werden können, was nach der EMRK nicht zulässig wäre. Dieser Vorbehalt umfasst allerdings nur jene Festnahmen, welche sowohl materiell wie auch formell zum Zeitpunkt der Vorbehaltserklärung im Jahre 1958 nach dem *Verwaltungsverfahrensgesetz 1950* erfasst waren, dh dass nach diesem Zeitpunkt in Kraft getretene Bestimmungen nicht vom Vorbehalt berührt werden.[305]

Hinzuweisen ist auf eine sprachliche Differenz der Bestimmungen, so spricht das PersFrG von Anhaltung und Art 5 EMRK von Haft. Dieser Unterschied hat für den Inhalt und Anwendungsbereich jedoch keine Bedeutung, die Begriffe werden daher in der vorliegenden Arbeit synonym verwendet.

---

[302] BGBl III 138/2015; B-VG Kinderrechte.
[303] *Kopetzki,* PersFrG Vorbem Rz 5.
[304] *Kopetzki,* PersFrG Vorbem Rz 8 ff.
[305] *Kopetzki,* PersFrG Art 2 Rz 45 ff.; EGMR 23.10.1995, A 328 (Gradinger/Österreich); 25.08.1993, A/266-B (Chorherr/Österreich).

Art 6 GRC orientiert sich wiederum an Art 5 EMRK. In diesem Sinne verweisen auch die Erläuterungen zu Art 6 GRC explizit auf Art 5 EMRK. „Die Einschränkungen, die legitim an diesen Rechten vorgenommen werden können, dürfen daher nicht über die Einschränkungen hinausgehen, die im Rahmen des wie folgt lautenden Artikels 5 EMRK zulässig sind.“[306] Entsprechend Art 53 GRC sind darüber hinaus auch Art 9 und 10 IPBPR bei der Auslegung heranzuziehen.[307]

Der Vollständigkeit halber sei in diesem Zusammenhang auch auf die Problematik im Falle von differierender Rechtsprechung zwischen EGMR und EuGH hingewiesen. So wäre es durchaus denkbar, dass im Anwendungsbereich des Art 6 GRC der EuGH zu mit jenen des EGMR divergierenden Auslegungen gelangt, was möglicherweise für den Rechtsschutzsuchenden zu Defiziten führen könnte bzw. zu Unklarheiten bei der Anwendung. Ein solcher Fall hat sich im Bereich des gegenständlichen Grundrechts bis dato nicht explizit ergeben, sodass auf eine nähere Betrachtung dieses hypothetischen Falles an dieser Stelle verzichtet wird.[308]

Neben den verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechten der EMRK und des PersFrG können ebenso die von der GRC garantierten Rechte vor dem VfGH gemäß Art 144 B-VG geltend gemacht werden und zwar insbesondere dann, wenn die Formulierung und Bestimmtheit der Unionsgrundrechte verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechten ähneln. Die Anwendbarkeit der GRC setzt voraus, dass die Akte der Mitgliedstaaten in Durchführung des Unionsrechts nach Art 51 Abs 1 GRC gesetzt werden. Dies bedeutet, dass die Rechtssache zwingend in den Anwendungsbereich des Unionsrechts fallen muss, was für den Bereich des Asylverfahrens und der Abschiebung bzw. Rückführung von Drittstaatsangehörigen iSd Art 3 Z 1 Rückführungs-RL jedenfalls gegeben ist.[309]

---

[306] Erläuterungen zur GRC, ABl 2007 C 303/0019.
[307] *Bernsdorff*, GRC Art 6, 198.
[308] Vgl hierzu näher: *Frenz*, Europäische Grundrechte 29 f.
[309] VfSlg 19.632/2012; 19.790/2013; 19.845/2014; VfGH 13.3.2013, U1175/12; 11.6.2014, U823/2013; 19.9.2014, U634/2013 ua.; *Holzinger/Hiesel*, Verfassungsgerichtsbarkeit 23.

4.1.2 Rechtsgrundlage

Zunächst sei eine kurze Darstellung des Aufbaus des PersFrG und des Art 5 EMRK gegeben, um im folgenden Schritt auf die Spezifika der Schutzbestimmungen einzugehen.

- Sowohl der erste Satz des Art 1 Abs 1 PersFrG wie auch des Art 5 Abs 1 EMRK garantieren allgemein das Recht auf Freiheit und Sicherheit. Dies deckt sich ebenso mit Art 6 GRC.
- In weiterer Folge werden im PersFrG die allgemeinen Voraussetzungen angeführt, welche einen strengen Gesetzesvorbehalt, den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit für Gesetzgebung und Vollziehung und die stets vorrangig zu beachtende Menschenwürde umfassen (Art 1 Abs 2, 3 und 4 PersFrG). Art 5 Abs 1 zweiter Satz EMRK ist weniger streng gefasst und anerkennt lediglich das Gebot, dass die Haft nur auf die gesetzlich vorgesehene Weise erfolgen darf.
- In Art 2 Abs 1 PersFrG werden abschließend die Gründe, welche eine Festnahme bzw. Anhaltung rechtfertigen können, angeführt. Die Gründe des Art 5 Abs 1 lit a bis f EMRK überschneiden sich weitestgehend mit jenen des PersFrG und sind ebenso taxativ zu verstehen.
- Art 2 PersFrG normiert in Abs 2 das Verbot der Schuldhaft, welches Art 1 4. ZP-EMRK entspricht.
- Anders als Art 5 Abs 4 EMRK, sieht Art 3 PersFrG unter bestimmten Voraussetzungen die Möglichkeit vor, dass Verwaltungsbehörden Haftstrafen erlassen können. In diesem Kontext ist auf den Vorbehalt zu Art 5 EMRK zu verweisen, welcher genau auf diese Ausnahmefälle abzielt.
- In weiterer Folge werden Verfahrensgarantien normiert, welche unter anderem Informationsrechte, den Zugang zum Gericht wie auch zeitliche Rahmenbedingungen umfassen (Art 4 bis 6 PersFrG). Diese sind nach Art 5 Abs 2 bis 4 EMRK wesentlich kürzer formuliert und letztlich weniger weitreichend.
- Art 7 GRC behandelt die Haftentschädigung bei rechtswidriger Festnahme oder Anhaltung, hierzu weniger umfangreich abermals Art 5 Abs 5 EMRK.[310]

[310] *Tschohl*, Freiheit 133 f.

4.1.3 Schutzbereich

Die Freiheitsentziehung bildet den Überbegriff von Festnahme (Einleitung des Freiheitsentzugs durch behördliche Befehls- und Zwangsgewalt) und Anhaltung bzw. Haft (Fortsetzung dieses Zustandes).[311] Nicht umfasst ist das Verbot, sich an einem spezifischen Ort aufzuhalten, oder eine Beschränkung der persönlichen Freizügigkeit.[312]

Art 2 4.ZP-EMRK bezieht sich explizit auf den Schutz vor Einschränkung der Freizügigkeit. Die Abgrenzung und Zuordnung eines Eingriffes zu der jeweiligen Schutzbestimmung richtet sich nach den Umständen des Einzelfalls, insbesondere sind der Grad und die Intensität in Bezug auf Art, Weise, Dauer und Wirkung der Durchführung bei der Abwägung zu berücksichtigen.[313]

Obgleich vom Wortlaut des Art 6 GRC durchaus ein erweiterter Anwendungsbereich im Sinne einer Handlungsfreiheit getragen wäre, findet dies weder durch die Zielsetzung noch in der bisherigen Judikatur des EuGH Deckung, sodass Freiheitsbegriff und Schutzbereich nach Art 5 EMRK analog anzuwenden sind.[314]

Im Folgenden sei nun auf einzelne Aspekte und Abgrenzungsfragen des Schutzbereichs im Detail eingegangen.

4.1.3.1 Persönlicher Schutzbereich

Das Recht auf persönliche Freiheit schützt natürliche Personen vor der Entziehung ihrer körperlichen Bewegungsfreiheit durch einen willkürlichen oder gesetzwidrigen Akt. Der persönliche Schutzbereich umfasst somit das Recht sich zu bewegen und seinen Aufenthaltsort frei zu bestimmen. Es kommt jedem Menschen unabhängig des Alters, der Handlungsfähigkeit und der Nationalität zu, nicht jedoch juristischen Personen, denen die Fähigkeit zur körperlichen Bewegung per se nicht gegeben ist.[315]

---

[311] *Mayer*/*Kucsko-Stadlmayer*/*Stöger*, Bundesverfassungsrecht 733 ff.

[312] Das Recht auf Freizügigkeit (geschützt nach Art 4 und 6 StGG, Art 2-4 des 4. Zp-EMRK, Art 45 GRC) bezieht sich maßgeblich auf die Einschränkung der Bewegungsfreiheit in einem weiteren räumlichen Zusammenhang (*Tretter*, Grundrechte 22).

[313] EGMR 15.03.2012, 39692/09, 40713/09 und 41008/09 (Austin u.a./UK); 06.11.1980, 7367/76 (Guzzardi/ Italien); *FRA*, Handbuch Asyl 161 f.

[314] *Frenz*, Europäische Grundrechte 331 f.

[315] Art 1 Abs 1 PersFrG, Art 5 Abs 1 EMRK und Art 6 GRC; *Tschohl*, Freiheit 134 f.

4.1.3.2 Schutzrichtung

Bei dem Recht auf Freiheit handelt es sich, auf den ersten Blick, um ein klassisches Abwehrrecht gegen staatliche Übergriffe.[316] Dieser Logik folgend wäre die Freiheitsentziehung durch Private somit nicht als Eingriff in das Grundrecht zu verstehen. Allerdings bedeutet dies nicht, dass die von Privaten geführten Gefängnisse bzw. Krankenanstalten nicht dem Schutzbereich unterliegen, sondern sind auch diese an das Grundrecht insofern gebunden, als eine solche Aufgabenerfüllung höchstens als Übertragung staatlicher Hoheitsfunktionen zu deuten ist. *Kopetzki* geht diesbezüglich noch weiter und schlussfolgert, dass weder aus dem Wortlaut noch der Systematik des PersFrG oder des Art 5 EMRK eine Exklusion freiheitsentziehender Maßnahmen durch Private vom sachlichen Schutzbereich der jeweiligen Bestimmungen herauszulesen ist.[317]

Mayer/*Kucsko-Stadlmayer*/*Stöger* begreifen das Recht zwar als staatsgerichtet und nehmen daher eine unmittelbare Drittwirkung nicht an, gleichzeitig erachten sie aber erweiterte Schutzpflichten des Gesetzgebers gegen privaten Freiheitsentzug als vom Grundrecht gedeckt. In der Praxis bedeutet dies, dass die betroffene Person sich im Falle freiheitsentziehender Maßnahmen durch Private zwar nicht im Rechtszug gegen diese direkt auf das Grundrecht stützen kann, allerdings mittelbar gegen den Staat in Bezug auf den fehlenden Schutz.[318]

4.1.3.3 Sachlicher Schutzbereich

Der gesetzwidrige Entzug der Bewegungsfreiheit stellt dann einen unzulässigen Eingriff in das Recht auf persönliche Freiheit dar, wenn er auf einer rechtswidrigen Festnahme und Anhaltung (Haft) und gegen oder ohne den Willen des Betroffenen basiert.[319]

Der Eingriff muss zudem eine gewisse Intensität aufweisen, um in den (jeweiligen) Schutzbereich zu fallen.[320] Im Bereich der EMRK ergibt sich die Beurteilung der Grenze zwischen einer (noch) zulässigen Beschränkung und einer unzulässigen Entziehung der

---

[316] *Hengstschläger*/*Leeb*, Grundrechte 20.
[317] *Kopetzki,* PersFrG Art 1 Rz 5 ff.
[318] *Mayer*/*Kucsko-Stadlmayer*/*Stöger*, Bundesverfassungsrecht 734.
[319] *Öhlinger*/*Eberhard*, Verfassungsrecht 387; *Kopetzki,* PersFrG Art 1 Rz 43 ff. EGMR 16.06.2005, 61.603/2000 (Storck/Deutschland); 17.02.2012, 36.760/2006 (Stanev/Bulgarien).
[320] VfSlg 8815/1980, 9917/1984, 9983/1984, 10.378/1985, 15.465/1999.

Freiheit aus der konkreten Situation der betreffenden Person, welche sich nach räumlicher Begrenzung, Art, Dauer und Folgen der Maßnahme richtet.[321]

Im Unterschied hierzu bedarf es nach dem PersFrG lediglich der Allseitigkeit der Bewegungsbeschränkung, dh es besteht ausschließlich ein Bezug zum Ort der Anhaltung.[322] Dies ist auch dann der Fall, wenn unter Anwendung von Befehls- und Zwangsgewalt eine persönliche Ortsveränderung verhindert wird, wie etwa im Falle eines zugewiesenen Aufenthaltes in einem bestimmten Teil eines Flüchtlingslagers.[323]

Angesichts dieser unterschiedlichen Systematik ist es möglich, dass ein Freiheitsentzug zwar nach dem PersFrG, nicht aber nach der EMRK (bzw. vice versa) anzunehmen ist. In einem solchen Kollisionsfall ist jeweils die für die/den Betroffene/n günstigere Bestimmung heranzuziehen.[324]

Nach der Judikatur des VfGH bedarf es für einen Eingriff in das Grundrecht zudem der Intentionalität, dh dass der Entzug der körperlichen Bewegungsfreiheit primäres Ziel der Maßnahme sein muss.[325] Diesem subjektiven Moment kommt insbesondere bei Abgrenzungsfragen Bedeutung zu. Handelt es sich bei der kurzfristigen Freiheitsentziehung lediglich um eine unumgängliche Begleitmaßnahme (etwa bei der Identitätsfeststellung), ist sie nicht vom Schutzbereich des Art 5 EMRK (oder PersFrG) umfasst.[326] Erfolgt die Anhaltung zur Identitäts- und Sachverhaltsfeststellung über das für diese Zwecke erforderliche Maß hinaus (etwa über mehrere Stunden), so kann dies nach der Judikatur des VfGH durchaus einen illegitimen Eingriff in das Grundrecht bedeuten.[327]

---

[321] *Tschohl*, Freiheit 135 f; *Grabenwarter*/*Pabel*, EMRK 191; EGMR 06.11.1980. 7367/1976 (Guzzardi/Italien); 07.01.2010, 25.965/2004 (Rantsev/Zypern und Russland); 17.02.2012, 36.760/2006 (Stanev/Bulgarien).

[322] *Kopetzki,* PersFrG Art 1 Rz 24.

[323] VfSlg 17.340/2004.

[324] Aufgrund der ausschließlichen Beachtung dieses Kriteriums nach dem PersFrG wurde etwa der Aufenthalt im Sondertransit des Flughafens nicht als Freiheitsentzug gewertet, da die betroffene Person nach Ansicht des VfGH die Möglichkeit hatte, den Flughafenbereich durch die Ausreise zu verlassen (VfSlg 12.523/1990,15.465/1999). Seit EGMR 25.06.1996, 577/1996 (Amuur/Frankreich) ist es mittlerweile auch stRsp des VfGH, dass auch dies bei Vorliegen gewisser zusätzlicher Elemente einen Freiheitsentzug darstellen kann (VfSlg 15.465/1999; VfGH 27.2.2001, B 1239/00).

[325] *Hengstschläger*/*Leeb*, Grundrechte 80; exemplarisch: VfSlg 15.372/1998; VfSlg 15.465/1999.

[326] *Mayer*/*Muzak*, Bundes-Verfassungsrecht 679; *Grabenwarter*/*Pabel*, EMRK 191; EGMR 24.01.2012, 61.485/2008 (Brega ua./Moldavien); 21.06.2011, 30.195/2009 (Shimovolos/Russland).

[327] *Öhlinger*/*Eberhard*, Verfassungsrecht 387 f.; VfSlg 15.372/1998.

4.1.3.4 Bedingungen während der Festnahme und Anhaltung

Art 1 Abs 4 PersFrG sieht – in Erweiterung der Rechte aus Art 5 EMRK[328] – explizit vor, dass Personen, welche festgenommen oder angehalten werden, „unter Achtung der Menschenwürde und mit möglichster Schonung der Person zu behandeln" sind und auch „nur solchen Beschränkungen unterworfen werden [dürfen], die dem Zweck der Anhaltung angemessen oder zur Wahrung von Sicherheit und Ordnung am Ort seiner Anhaltung notwendig sind".[329] Damit kommt der betroffenen Person ein subjektives verfassungsgesetzlich geschütztes Recht auf Gewährleistung menschenwürdiger Haftbedingungen zu. Diese müssen für den Zweck der Anhaltung angemessen wie auch für die Wahrung von Sicherheit und Ordnung am Ort der Anhaltung verhältnismäßig sein. Zur Konkretisierung der Verhältnismäßigkeitsprüfung ist die EMRK, wie auch Art 10 IPBPR und Art 37 KRK zu beachten.[330] Bis dato hatte Art 1 Abs 4 PersFrG allerdings in der Rechtsprechung kaum Bedeutung.[331]

Gemäß Art 6 iVm Art 53 GRC kann in Zusammenschau mit Art 10 IPBPR und Art 37 KRK auch ein unionsrechtlicher Anspruch auf eine (menschenwürdige) Behandlung und bestimmte Haftbedingungen abgeleitet werden.

Menschenunwürdige Zustände während der Haft können ebenso zu Verletzungen grundrechtlicher Positionen nach Art 3 und 8 EMRK führen.[332]
Kopetzki zählt auch verstärkte Gewährleistungspflichten im Bereich der Vollziehung zum Schutzbereich des Art 5 EMRK und führt hierbei exemplarisch das Urteil des EGMR zu Vittorio et Luigi Mancini gegen Italien[333] an.[334] Die Entscheidung bezieht sich jedoch nicht auf staatliche Gewährleistungspflichten im Hinblick auf bestimmte Haftbedingungen, sondern wird konkret die mehrtätige Inhaftierung als Verletzung des Art 5 EMRK gewertet. Dass zu

---

[328] *Grabenwarter/Pabel*, EMRK 190; EGMR 04.04.2000, 42.117/1998 (Bollan/UK).
[329] Art 1 Abs 4 PersFrG.
[330] *Kopetzki,* PersFrG Art 1 Rz 82 ff.
[331] In einer Entscheidung aus dem Jahre 1994 verneinte der VfGH sowohl eine Verletzung des Art 1 Abs 4 PersFrG wie auch des Art 8 EMRK im Hinblick auf eine Personen- und Gepäcksdurchsuchung im Rahmen der Anhaltung aufgrund des Verdachts auf illegalen Grenzübertritt durch Organe des Bundesheeres (VfGH 07.03.1994, B115/93).
[332] EGMR 11.06.2009, 53541/2007 (S.D./Griechenland); 12.10.2006, 13178/2003 (Mubilanzila Mayeka und Kaniki Mitung/Belgien).
[333] EGMR 02.08.2001, 44.955/1998 (Vittorio et Luigi Mancini/Italien).
[334] *Kopetzki,* PersFrG Art 1 Rz 80.

wenig Personal vorhanden war, stellte lediglich den Grund für die zu lange Haftdauer dar und nicht die Verletzung per se. Entsprechend des Wortlautes kann aus Art 5 EMRK ein grundrechtlicher Anspruch auf eine (menschenwürdige) Behandlung und bestimmte Haftbedingungen nicht abgeleitet werden.

4.1.3.5 Recht auf Sicherheit

Nach dem Wortlaut des Titels des Art 5 EMRK und des Art 1 Abs 1 PersFrG (wie auch Art 6 GRC) ist nicht nur die Freiheit, sondern ebenso die Sicherheit, vom Schutzbereich umfasst. Diesem Bereich kommt jedoch nur eine untergeordnete Bedeutung zu und wird meist ausschließlich in Verbindung mit dem Freiheitsbegriff verstanden. Nach der Judikatur des EGMR soll die explizite Erwähnung des Terminus *Sicherheit* staatliche Behörden zu rechtsstaatlichem Verhalten verpflichten.[335] Hierunter ist jedoch in der Regel keine positive Handlungsverpflichtung des Staates zur Gewährleistung der Sicherheit von Personen zu subsumieren.[336]

Der EGMR hat in sehr eingeschränktem Maße eine Schutzpflicht der einzelnen Staaten vor Übergriffen krimineller Organisationen gegen Personen unter Heranziehung des Rechts auf Sicherheit legitimiert, wobei ein reelles und konkret bevorstehendes Risiko für Leib und Leben der/des Einzelnen für die Behörden zu erkennen sein muss.[337]

Es ist in diesem Zusammenhang auch auf die sehr strengen grundrechtlichen Grenzen einer Präventivhaft hinzuweisen. Wie *Mayer/Muzak* unter Zugrundelegung der Judikatur des EGMR darlegen, ist eine solche nur ausnahmsweise und nur für einen kurzen Zeitraum zulässig, sofern eine präzise gesetzliche Grundlage hierfür besteht und diese zudem einem Haftgrund (etwa Art 5 Abs 1 lit b EMRK) zugeordnet werden kann.[338]

Mittlerweile hat sich auch der EuGH mit dem Recht auf Sicherheit im Zusammenhang mit dem Freiheitsentzug auseinandergesetzt und ist zu dem Ergebnis gelangt, dass die Freiheitsentziehung aus Gründen der nationalen Sicherheit und der öffentlichen Ordnung (iSd Art 8 Abs 3 lit e Aufnahme-Richtlinie) unter Heranziehung des Rechts auf Sicherheit nach Art 6 GRC als grundrechtskonform anzusehen ist. Folglich kommt jedem Menschen nicht nur das

[335] EGMR 13.01.2009, 37048/2004 (Nikolaishvili/Georgien).
[336] *Grabenwarter*/*Pabel*, EMRK 190.
[337] *Frenz*, Grundrechte 341.
[338] *Mayer*/*Muzak*, Bundes-Verfassungsrecht 682.

Recht auf Freiheit, sondern nach Ansicht des EuGH ebenso ein positives Schutzrecht auf Sicherheit zu.[339]

Diese sehr exzessive Auslegung des Schutzbereichs *Sicherheit* durch den EuGH ist mit grundrechtlichen Erwägungen nur schwer in Einklang zu bringen. In der angeführten Entscheidung wird ohne Bezugnahme auf die Haftgründe des Art 5 Abs 1 lit a bis f EMRK (iVm Art 6 GRC) der Freiheitsentzug im Hinblick auf die Sicherheit der (letztlich unbestimmten) Gesellschaft gerechtfertigt. Es ist der Urteilsbegründung nicht zu entnehmen, weshalb in keiner Weise an die taxativ aufgezählten Haftgründe angeknüpft wird. Damit soll offensichtlich der Vollziehung überlassen werden, einen solchen Konnex im Einzelfall herauszuarbeiten. Ganz grundsätzlich wird damit jedoch die Hauptintention des Grundrechts als Abwehrrecht gegen willkürliche Haft unzureichend beachtet.

4.1.4 Zulässigkeit von Eingriffen in die persönliche Freiheit

Sowohl nach Art 5 EMRK wie auch nach dem PersFrG ist bei der Prüfung der Zulässigkeit von Eingriffen in die persönliche Freiheit ein sehr strenger Maßstab anzulegen. Im Falle, dass ein Freiheitsentzug bejaht wird, stellt sich in einem nächsten Schritt die Frage, ob die Maßnahme gesetzlich vorgesehen ist, auf einem der in Art 2 PersFrG (und Art 5 Abs 2 EMRK) aufgezählten Gründen beruht und entsprechend der gesetzlichen Vorgaben des innerstaatlichen Rechts erfolgt ist. Sind alle Punkte zu bejahen, ist in einem letzten Schritt zu prüfen, ob die Maßnahme auch verhältnismäßig bzw. notwendig ist/war.[340]

Als allgemeine Grundsätze des Art 5 EMRK sind das Prinzip des Vorrangs des Rechts, die Rechtssicherheit, die Verhältnismäßigkeit und der Schutz gegen Willkür anzusehen.[341]

Im Folgenden wird nun auf die einzelnen Ebenen bei der Prüfung der Zulässigkeit eines Eingriffes, mit Fokus auf Festnahme und Anhaltung von Fremden, eingegangen.

[339] EuGH 15.02.2016, C-601/15 PPU (J.N.).
[340] *Tschohl*, Freiheit 156 f.
[341] EGMR 28.08.2012 71.407/2010 (Simons/Belgien).

4.1.4.1 Gesetzliche Grundlage

Das PersFrG verlangt explizit, dass die Freiheitsentziehung nur auf Basis einer gesetzlichen Grundlage und eines gesetzlich vorgesehenen Verfahrens rechtmäßig sein kann. Gesetz ist stets als Gesetz im formellen Sinn zu verstehen, womit jeder Maßnahme eine konkretisierende Ermächtigung in einem (einfachen) Gesetz zugrunde liegen muss.[342]
Neben den materiellen Voraussetzungen hinsichtlich des Freiheitsentzuges sind sowohl das Verfahren wie auch der Vollzug gesetzlich zu normieren.[343]

Im Anwendungsbereich der EMRK wäre diese Vorgabe theoretisch auch dann erfüllt, wenn es sich um ein Gesetz im materiellen Sinne handelt. Dieses muss hinreichend präzise und die Maßnahme für die/den Rechtsunterworfene/n vorhersehbar sein, um den in einer demokratischen Gesellschaft zentralen Grundsatz der Rechtssicherheit zu garantieren.[344]
Durch den Verweis auf nationales Recht in Art 5 Abs 1 EMRK ist bei der Beurteilung der jeweiligen innerstaatlichen (gesetzlichen) Voraussetzungen die nationale Rechtsordnung und die konkrete Ausgestaltung miteinzubeziehen.[345] Entsprechend des in der österreichischen Rechtsordnung bestehenden allgemeinen wie auch nach Art 1 Abs 3 PersFrG spezifischen Legalitätsprinzips besteht somit auch nach Art 5 EMRK das Erfordernis des Vorliegens eines formellen Gesetzes. Lediglich im Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts könnte gegebenenfalls auch ein Gesetz im materiellen Sinne ausreichend sein.[346]
Nach der stRsp des EGMR stellt eine unklare bzw. fehlende Regelung zur Freiheitsentziehung, wobei ebenso das Verfahren, die Anordnung bzw. Verlängerung der Haft wie auch ihre zeitliche Begrenzung mitumfasst sind, eine Verletzung des Art 5 EMRK dar.[347]

---

[342] *Hengstschläger*/*Leeb*, Grundrechte 81.

[343] *Kopetzki,* PersFrG Art 1 Rz 55 ff.
Es darf an dieser Stelle auf ein Erkenntnis des VfGH verwiesen werden, mit welchem dieser feststellte, dass dem Gesetzgeber angesichts des Wissens um das Grundrecht nicht unterstellt werden kann, dass Schubhaft entsprechend dem expliziten Wortlaut der Bestimmung in gewissen Fällen von Gesetzes wegen anzuwenden ist (VfSlg 17.891/2006). Damit hat der VfGH quasi die Bestimmtheit des Gesetzes mit dem grundrechtlich determinierten Grundsatz der Verhältnismäßigkeit relativiert. Diese Rechtsansicht ist nur schwer mit den Grundrechtsbestimmungen, insbesondere im Hinblick auf den formellen Gesetzesbegriff, vereinbar. Da es sich hierbei um eine bereits überholte Rechtslage handelt, kann von einer weiteren Behandlung dieser Problematik an dieser Stelle abgesehen werden. Vgl zu den Bedenken hinsichtlich der Verfassungskonformität der damaligen Rechtslage weiterführend etwa: *Muzak*, migraLex 2007.

[344] *Grabenwarter*/*Pabel*, EMRK 192 f.; EGMR 13.07.2004, 38.668/1997 (Ciszewski/Polen).

[345] EGMR 13.06.2002, 388.361/1997 (Anguelova/Bulgarien).

[346] *Kopetzki,* PersFrG Art 1 Rz 55. vgl hierzu auch VfGH 13.06.2016, V152/2015 ua. zu § 9a Abs 4 FPG-DV vor dem FRÄG 2015 als ausreichende Grundlage für die Anordnung von Schubhaft bei Vorliegen von Fluchtgefahr. Anders hierzu VwGH 11.05.2017, Ro 2015/21/0040 und Ro 2015/21/0041.

[347] EGMR 05.11.2009, 1108/2002 (Kolevi/Bulgarien); 22.09.2009, 30.471/2008 (Abdolkhani und Karminia/ Türkei).

Hieraus ist ebenso die Verpflichtung des Gesetzgebers ableitbar, entsprechende Verfahrensregelungen zu erlassen, welche den allgemeinen Grundsätzen des Artikels im Hinblick auf die Durchführung eines rechtsstaatlichen Verfahrens zu entsprechen haben.[348]

4.1.4.2 Vorliegen eines taxativ aufgezählten Eingriffstatbestandes

Jedes die Freiheitsentziehung ermächtigende Gesetz muss zudem seine Grundlage in einem der taxativ aufgezählten Eingriffstatbestände des Art 2 Abs 1 PersFrG und Art 5 Abs 1 lit a bis f EMRK haben. Ein Gesetz ist nur dann grundrechtskonform, wenn es in beiden Katalogen einem Haftgrund zuzuordnen ist. Zumal die Tatbestände des PersFrG in aller Regel enger gefasst und demnach für die Schutzunterworfenen meist günstiger sind, ist die Bedeutung der Eingriffstatbestände des Art 5 EMRK vielfach nachrangig.[349]

Die legitimen Haft- und Anhaltegründe können wie folgt resümiert werden:

- in Folge einer strafgerichtlichen Verurteilung (Art 2 Abs 1 Z 1 PersFrG, Art 5 Abs 1 lit a EMRK);
- im Falle des Verdachts einer bestimmten, mit gerichtlicher oder finanzbehördlicher Strafe bedrohten Handlung (zur Sicherung des Verfahrens oder zur Beendigung) (Art 2 Abs 1 Z 2 PersFrG, Art 5 Abs 1 lit c EMRK);
- bei Verdacht auf eine Verwaltungsübertretung bei Gefahr im Verzug (Art 2 Abs 1 Z 3 PersFrG);
- als Beuge- bzw. Zwangsmittel (Art 2 Abs 1 Z 4 PersFrG, Art 5 Abs 1 lit b EMRK);
- aufgrund gesundheitlicher Risiken (zur Verhinderung der Ausbreitung ansteckender Krankheiten wie auch im Falle der Fremd- oder Selbstgefährdung bei psychischen Erkrankungen) (Art 2 Abs 1 Z 5 PersFrG, Art 5 Abs 1 lit e EMRK);
- zum Zweck notwendiger Erziehungsmaßnahmen bei Minderjährigen (Art 2 Abs 1 Z 6 PersFrG, Art 5 Abs 1 lit d EMRK);
- zur Sicherung einer beabsichtigten Auslieferung oder Ausweisung (Art 2 Abs 1 Z 7 PersFrG, Art 5 Abs 1 lit f EMRK).

---

[348] Wie unter 4.1.4 erwähnt, sind diese das Prinzip des Vorrangs des Rechts, die Rechtssicherheit, die Verhältnismäßigkeit und der Schutz gegen Willkür (EGMR 08.11.2005, 6847/2002 (Khudoyorov/Russland); 01.03.2005, 29.798/1996 uvm (Lloyd ua/UK), 21.03.2002, 47.679/1999 (Stasaitis/Litauen); 24.11.1994, 17.621/1991 (Kemmache/Frankreich)).

[349] *Kopetzki,* PersFrG Art 2 Rz 2.

Im Folgenden sei nun auf die für die Schubhaft relevanten Eingriffstatbestände fokussiert. In Betracht kommt zunächst der Freiheitsentzug bei Verdacht auf eine Verwaltungsübertretung (wie unrechtmäßige Einreise oder unrechtmäßiger Aufenthalt), als Beugemittel oder jener zur Sicherung einer beabsichtigten Auslieferung oder Ausweisung.

4.1.4.2.1 Freiheitsentzug wegen Verdachts auf Verwaltungsübertretung

Nach Art 2 Abs 1 Z 3 PersFrG ist der Freiheitsentzug einer Person gerechtfertigt, wenn „dies zum Zweck seiner Vorführung vor die zuständige Behörde wegen des Verdachtes einer Verwaltungsübertretung, bei der er auf frischer Tat betreten wird, sofern die Festnahme zur Sicherung der Strafverfolgung oder zur Verhinderung weiteren gleichartigen strafbaren Handelns erforderlich ist“.

Die Verwaltungsübertretung umfasst grundsätzlich jede Verletzung einer Verwaltungsstrafbestimmung, deren Ahndung in die Zuständigkeit einer Verwaltungsbehörde fällt. Zusätzlich bedarf es eines qualifizierten Tatverdachts, zumal der/die Täter/in auf frischer Tat betreten werden muss. Als Haftgrund kommt sowohl Fluchtgefahr wie auch die Wiederholungs- und Fortsetzungsgefahr in Betracht.[350]

Nach Art 4 Abs 5 dieses B-VG ist die Anhaltung – sofern der Grund für die Festnahme nicht bereits zu einem früheren Zeitpunkt weggefallen ist – spätestens nach 24 Stunden zu beenden.[351]

Es ist in weiterer Folge zu prüfen, ob Art 5 EMRK der Anwendung dieses Eingriffstatbestandes bei Verwaltungsübertretungen nach dem FPG entgegensteht, wobei hier dem Vorbehalt entscheidende Bedeutung zukommt. Wie eingangs angeführt, umfasst der Vorbehalt in Bezug auf die Zulässigkeit der Anordnung von Freiheitsstrafen durch eine Verwaltungsbehörde nur jene Festnahmen, welche zum Zeitpunkt der Vorbehaltserklärung im Jahre 1958 sowohl materiell wie auch formell nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz 1950 erfasst waren, dh dass nach diesem Zeitpunkt in Kraft getretene Bestimmungen vom Vorbehalt nicht berührt werden.[352]

Weder das FPG noch die entsprechenden Verfahrensgesetze (insbesondere BFA-VG) waren im Jahre 1958 in Kraft, sodass diese Bestimmung mangels Vorliegen eines

---

[350] *Kopetzki,* PersFrG Art 2 Rz 39 ff.

[351] VfSlg 12.845/1991.

[352] *Kopetzki,* PersFrG Art 2 Rz 45 ff.; EGMR 23.10.1995, A 328 (Gradinger/Österreich); 25.08.1993, A/266-B (Chorherr/Österreich).

Eingriffstatbestandes nach Art 5 Abs 1 EMRK jedenfalls nicht zur Begründung fremdenrechtlicher Maßnahmen herangezogen werden kann.[353]

4.1.4.2.2 Freiheitsentzug als Beugemittel

Art 2 Abs 1 Z 4 PersFrG und Art 5 Abs 1 lit b EMRK erkennen als legitimen Grund für die Entziehung der Freiheit an, dass die betroffene Person zur Erfüllung einer durch das Gesetz vorgeschriebenen Verpflichtung gezwungen werden soll.

In Bezug auf diesen Tatbestand verlangt der EGMR, dass das Gesetz explizit die Einhaltung einer konkreten und spezifischen Pflicht einfordert, welcher die betroffene Person bis dahin nicht nachgekommen ist. Im Falle, dass die Pflicht erfüllt wurde, ist sie demnach umgehend zu entlassen.[354]

Typische Maßnahmen wären etwa die prozessuale Beugehaft, die zwangsweise Vorführung oder auch die Festnahme in Folge der Weigerung, an einer gesetzlich verpflichtend vorgesehenen Identitätsfeststellung mitzuwirken.[355] Nach *Mayer*/*Kucsko-Stadlmayer*/*Stöger* sind hiervon auch Anwesenheitspflichten zur Mitwirkung im Asylverfahren umfasst.[356]

Im fremdenrechtlichen Bereich kann dies dann als Grundlage für Festnahme und Anhaltung dienen, wenn das Gesetz explizit ein spezifisches Handeln einfordert, wie etwa bei der Identitätsfeststellung oder Personendurchsuchung. Kommt die betroffene Person dieser Aufforderung nach, dann ist der Freiheitsentzug umgehend zu beenden. Dies ist – neben der zwangsweisen Vorführung vor eine Behörde – als Hauptanwendungsfall anzusehen. Die vage Verpflichtung zur Mitwirkung an einem Verfahrensschritt erfüllt diese Anforderungen nicht.[357]

Zu beachten ist überdies, dass im Falle, dass die Freiheitsentziehung eine größere inhaltliche Nähe zur Abschiebung aufweist, der Haftgrund nach Art 2 Abs 1 Z 4 PersFrG und Art 5 Abs 1 lit b EMRK nicht als Legitimitätsgrundlage herangezogen werden kann.[358]

---

[353] Hauptanwendungsbereich ist mittlerweile §§ 35 f. VStG.

[354] *Grabenwarter*/*Pabel*, EMRK 198.

[355] EKMR 13.05.1987, 10.179/82 (B.) nach *Grabenwarter*/*Pabel*, EMRK 198.

[356] *Mayer*/*Kucsko-Stadlmayer*/*Stöger*, Bundesverfassungsrecht, 737.

[357] In Bezug auf die Anwesenheitspflicht im Asylverfahren als Mitwirkungspflicht ist allerdings fraglich, ob es sich überhaupt um einen Eingriff und nicht nur um eine Beschränkung handelt, vgl hierzu *Mayer*/*Kucsko-Stadlmayer*/*Stöger*, Bundesverfassungsrecht 735.

[358] Vgl hierzu etwa: *Szymanski,* BFA-VG § 34, 4.

4.1.4.2.3 Freiheitsentzug zur Sicherung der Ausweisung

Dieser Eingriffstatbestand umfasst nach Art 2 Abs 1 Z 7 PersFrG den Freiheitsentzug zur Sicherung der beabsichtigten Ausweisung oder Auslieferung und nach Art 5 Abs 1 lit f EMRK den Freiheitsentzug zur Verhinderung der unerlaubten Einreise sowie im Falle eines schwebenden Ausweisungs- und Auslieferungsverfahrens. Im Kontext dieses Eingriffstatbestandes erweist sich das PersFrG somit zunächst als günstiger für die betroffenen Personen, da es (zumindest nach dem Wortlaut) nicht die Hinderung am unberechtigten Eindringen in das Staatsgebiet umfasst.[359]

Aufgrund des Verbotes der Ausweisung eigener Staatsbürger/innen findet die Bestimmung ausschließlich auf Fremde Anwendung.[360]

Unter Ausweisung sind sämtliche Maßnahmen zu verstehen, welche die Abschiebung der/des Fremden zum Ziel haben.[361] Hiervon umfasst sind somit aufenthaltsbeendende Maßnahmen (§ 2 Abs 1 Z 27 AsylG), die Abschiebung (§ 46 FPG) und die Außerlandesbringung (§ 61 FPG). Darüber hinaus wurde auch der Freiheitsentzug zur Hinderung der Einreise im Sinne des 6. Hauptstückes FPG (Zurückweisung und Zurückschiebung) wiederholt unter diesem Tatbestand subsumiert.[362]

Für die Zulässigkeit des Eingriffs ist nach Art 2 Abs 1 Z 7 PersFrG die Absicht zur Umsetzung der Ausweisung notwendig, wohingegen Art 5 Abs 1 lit f EMRK ein schwebendes Verfahren als Voraussetzung für den Freiheitsentzug verlangt. Die Divergenz zwischen den Regelungen ist allerdings nach herrschender Rechtslehre marginal.[363] So muss sich die staatliche Absicht in einem positiven Akt kristallisieren. Nichts anderes gilt letztlich für das schwebende Verfahren, welches ebenso einen auf die Außerlandesschaffung abzielenden behördlichen Akt voraussetzt.[364]

Es stellt sich jedoch ganz generell die Frage, ab wann davon auszugehen ist, dass ein solcher notwendiger positiver Akt gesetzt wurde, um in Folge den Freiheitsentzug zu rechtfertigen.

---

[359] Unter Auslieferung ist die Überstellung von Personen zur Strafvollstreckung bzw. -verfolgung an einen anderen Staat zu verstehen und hat damit für den Anwendungsbereich der gegenständlichen Dissertation keine Bedeutung.

[360] Art 3 des 4. ZP-EMRK.

[361] VfSlg 13.039/1992 und 13.300/1992.

[362] *Kopetzki,* PersFrG Art 2 Rz 77.

[363] *Kopetzki,* PersFrG Art 2 Rz 79; *Mayer*/*Muzak*, Bundes-Verfassungsrecht 684.

[364] VfSlg 13.300/1992; EGMR 26.07.2011 41.416/2008 (M ua./Bulgarien).

Nach der Rechtsprechung des VwGH war bis zur Rechtslage des FPG 2005 die Einleitung eines konkreten Verfahrens für die Rechtfertigung der Schubhaft nicht erforderlich. So hieß es etwa: „Es genügt, daß Grund zur Annahme besteht, ein derartiges künftiges Verfahren werde zu sichern sein, weil die Gefahr bestehe, daß sich der betreffende Fremde diesem Verfahren entziehen werde".[365] Nach Einführung des FPG befasste sich auf Antrag des VwGH der VfGH mit der Frage der Verfassungskonformität des § 76 Abs 1 Z 4 FPG 2005 idF BGBl I 100/2005. § 76 Abs 1 Z 4 FPG 2005 iddF normierte, dass die Fremdenpolizeibehörde schon aufgrund der Annahme, Österreich sei nicht für die Prüfung des Asylverfahrens zuständig, dh ohne Einleitung eines asylrechtlichen Ausweisungsverfahrens, einen Fremden in Schubhaft nehmen konnte. Diese Regelung schien aus Sicht des VwGH (und entgegen der stRsp bis dahin) dahingehend verfassungswidrig, dass „die in Rede stehende Prognoseentscheidung […] demnach kein - von Art5 Abs1 litf EMRK gefordertes - schwebendes Ausweisungs- oder Auslieferungsverfahren"[366] begründe. Der VfGH teilte diese Bedenken nicht und legte den Begriff des schwebenden Verfahrens sehr weit aus, da „die Prognoseentscheidung der Fremdenpolizeibehörde […] mit Blick auf die unmittelbar bevorstehende Ausweisung bzw. Verfahrenseinleitung (§29 Abs3 Z4 iVm §27 Abs1 Z1 AsylG 2005) von einer derartigen 'rechtlichen Verdichtung' geprägt [ist], dass dieser Verfahrensschritt durchaus vom verfassungsrechtlichen Begriff 'schwebendes Ausweisungsverfahren' umfasst ist".[367]

Diese Auslegungen, welche im Kontext der jeweiligen Rechtslagen das Ausweisungsverfahren bereits zu einem sehr frühen Zeitpunkt als schwebend kategorisieren, erscheint gerade im Hinblick auf den sehr strengen Maßstab, der bei der Beurteilung des Rechts auf persönliche Freiheit zu beachten ist, jedenfalls fragwürdig.[368]

Als Gegensatz hierzu ist die Judikatur des EGMR anzusehen, welcher konkret fordert, dass ein Ausweisungs- bzw. Auslieferungsverfahren auch tatsächlich im Gange ist.[369]

Eine restriktive Auslegung des Begriffs des schwebenden Verfahrens iSd Art 5 Abs 1 lit f EMRK ist ebenso nach *Muzak* anzunehmen, welcher in Übereinstimmung mit dem Wortlaut davon ausgeht, dass ein Ausweisungsverfahren bereits tatsächlich im Gange sein muss und damit eine entsprechende gesetzliche Determination vorzuliegen hat.[370]

---

[365] VwGH 28.06.2002, 2002/02/0138 (RS 1); gleichlautend: VwGH 09.06.1995, 95/02/0146 (RS 2).
[366] Äußerung des VwGH nach VfGH 14.06.2007, G14/07 ua.
[367] VfGH 14.06.2007, G14/07 ua.
[368] Hierzu auch *Kopetzki,* PersFrG Art 2 Rz 79.
[369] EGMR 22.09.2015, 62.116/12 (Nabil u.a./Ungarn), ähnlich bereits: EGMR 15.11.1996, 22.414/1993 (Chahal/UK); 9.10.2003, 48.321/1999 (Slivenko/Lettland).
[370] *Muzak*, migraLex 2007, 85.

Dieser Auslegung ist – entgegen der Rechtsansicht des VfGH zur mittlerweile veralteten Rechtslage – zu folgen, da ansonsten die Gefahr besteht, dass es der Vollziehung obliegt, eine Ermächtigung zum Freiheitsentzug anzunehmen oder nicht. Somit kann resümiert werden, dass es neben dem materiell aufenthaltsbeendenden Akt auch der Erfüllung einer formellen Garantie bedarf, um unter dem Haftgrund subsumierbar zu sein.

Ist ein Ausweisungsverfahren nicht mehr im Gange oder die Abschiebung nicht durchführbar, so ist der Freiheitsentzug jedenfalls umgehend zu beenden.[371]

Die typische Maßnahme des letzten legitimen Eingriffstatbestandes ist die Schubhaft, wobei auch die Verwaltungsverwahrungshaft hierunter zu subsumieren ist. Auf diesen Eingriffstatbestand in das Recht auf persönliche Freiheit beziehen sich somit die folgenden Erwägungen.

4.1.4.3 Gesetzlich vorgeschriebene Weise

Es bedarf nicht nur expliziter gesetzlicher Vorschriften, sondern müssen diese Vorschriften nach Art 1 Abs 2 und Art 2 Abs 1 PersFrG wie auch nach Art 5 Abs 1 EMRK auf die gesetzlich vorgeschriebene Weise vollzogen werden. Als zu beachtende Verfahrensgrundsätze können etwa das Recht auf ein faires rechtsstaatliches Verfahren angesehen werden (damit in der Regel auch das Recht auf Parteiengehör) wie auch die Pflicht zur genauen Dokumentation der Maßnahme.[372] Zudem ist mit Ausnahme des Falles „Gefahr im Verzug“ der maßgebliche Sachverhalt bereits vor der Freiheitsentziehung festzustellen.[373]
Somit können offensichtlich und/oder grob fehlerhafte Haftbefehle zu einer Verletzung des Art 5 Abs 1 EMRK (bzw. Art 1 Abs 2 PersFrG) führen, wobei einfache Rechtswidrigkeiten des Haftbefehls im innerstaatlichen Rechtsmittelverfahren aufgegriffen und geheilt werden können.[374] Als eine Verletzung des Art 5 EMRK sah der EGMR etwa auch an, dass eine betroffene Person von Seiten der Behörde bewusst über den wahren Grund der Ladung – zwecks Erleichterung der Abschiebemaßnahme – getäuscht wurde.[375]

---

[371] EGMR 19.02.2009, 3455/2005 (A ua./UK).
[372] *Kopetzki,* PersFrG Art 1 Rz 59 ff.
[373] *Kopetzki,* PersFrG Art 1 Rz 62.
[374] *Grabenwarter*/*Pabel*, EMRK 194; EGMR 04.08.1999, 31.464/1996 (Douiyeb/Niederlande).
[375] EGMR 05.02.2002, 51.564/1999, (Conka/Belgien).

Aufgrund des direkten Bezugs zum innerstaatlichen Recht nimmt der EGMR in diesem Bereich die Kompetenz zur Prüfung, ob die gesetzlichen Vorschriften auch eingehalten wurden, in Anspruch.[376] Ebenso ist der VfGH zur Prüfung der Einhaltung einfacher Gesetze aufgrund der grundrechtlichen Bindung der Vollziehung berufen. Somit kann bereits eine Missachtung bzw. Verletzung einfachgesetzlicher Bestimmungen zu einem rechtswidrigen Grundrechtseingriff führen.[377]

4.1.4.4 Verhältnismäßigkeit und Notwendigkeit

Im Falle, dass die Freiheitsentziehung auf Basis eines Gesetzes und auf die gesetzlich vorgeschriebene Weise erfolgt ist, muss sie, um rechtmäßig zu sein, auch verhältnismäßig und notwendig sein. Zudem darf der Freiheitsentzug kein anderes Ziel verfolgen.
Das Prinzip der Verhältnismäßigkeit ist auf zwei Ebenen relevant, zum einen im Rahmen der Prüfung der Verfassungskonformität der gesetzlichen Grundlage der Freiheitsentziehung und zum anderen auf der Ebene der Vollziehung. Nach Art 1 Abs 3 PersFrG heißt es hierzu, dass der Freiheitsentzug „nur gesetzlich vorgesehen werden [darf], wenn dies nach dem Zweck der Maßnahme notwendig ist“. Der zweite Teil des Absatzes bindet die Vollziehung, indem er statuiert, dass „die persönliche Freiheit […] jeweils nur entzogen werden [darf], wenn und soweit dies nicht zum Zweck der Maßnahme außer Verhältnis steht“.

Bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit sind folgende vom VfGH entwickelten Beurteilungskriterien heranzuziehen.

1. Verfolgt die Freiheitsentziehung ein legitimes Ziel?

Legitim kann der Freiheitsentzug nur insofern sein, als das einfache Gesetz eine Konkretisierung eines Eingriffstatbestandes des Art 2 Abs 1 PersFrG darstellt.[378] Sowohl die Judikatur des EGMR wie auch des VfGH beschränken sich bei dieser Prüfung in der Regel auf eine sehr allgemein gehaltene Vertretbarkeitskontrolle.[379]

2. Ist der Freiheitsentzug zur Erreichung des Eingriffsziels geeignet?

---

[376] *Grabenwarter*/*Pabel*, EMRK 193.
[377] VfSlg 17.331/2004, 14.324/1995.
[378] *Davy*, Gefahrenabwehr 229.
[379] *Öhlinger*/*Eberhard,* Verfassungsrecht, 316 f.; VfSlg 12.094/1989.

Die gesetzgeberische Maßnahme muss nach objektiven Gesichtspunkten tauglich sein, das Eingriffsziel zu erreichen. Im Falle, dass das Eingriffsziel nicht erreichbar ist, ist der Freiheitsentzug jedenfalls nicht geeignet (wie etwa eine Abschiebung während eines aufrechten Asylverfahrens). Der VfGH sieht eine Verfassungswidrigkeit aufgrund mangelnder Eignung erst als gegeben an, wenn die Zielerreichung tatsächlich untauglich ist.[380]

3. Ist der Freiheitsentzug erforderlich?

Das PersFrG sieht explizit vor, dass der Freiheitsentzug stets nur als ultima ratio vorgenommen werden darf. Dies ist etwa dann nicht der Fall, wenn der Freiheitsentzug gesetzlich als einzige Option zur Verfügung steht. Auf der Ebene des Vollzugs wäre der Entzug der Freiheit dann nicht erforderlich, wenn gelindere Mittel zur Erreichung des Ziels ausreichen würden.[381]

Ist nach dem Wortlaut des Gesetzes eine freiheitsentziehende Maßnahme zwingend anzuwenden, so wäre eine entsprechende Prüfung durch die Vollziehung nach der allgemeinen Denklogik obsolet und das Gesetz somit nach Art 1 Abs 3 PersFrG verfassungswidrig.

Wie der VfGH zur mittlerweile veralteten Rechtslage des § 76 Abs 2a FPG idF BGBl I 87/2012 jedoch judiziert hat, besteht auch entgegen des Wortlautes des Gesetzes aufgrund der expliziten Erwähnung im PersFrG stets die Verpflichtung der Vollziehung, die „verfassungsrechtlich gebotene Abwägung zwischen dem öffentlichen Interesse an der Sicherung des Verfahrens und der Schonung der persönlichen Freiheit des Betroffenen vorzunehmen“. Die Bestimmung ist nach Ansicht des VfGH verfassungskonform dahingehend zu interpretieren, als die Möglichkeit der Prüfung der Verhältnismäßigkeit hineinzulesen ist.[382] Dies ist nicht nur im Kontext des Determinierungsgebots verfehlt, sondern ebenso im Hinblick auf den Gleichheitsgrundsatz.

4. Ist der Freiheitsentzug im engeren Sinne verhältnismäßig, dh steht er in einem angemessenen Verhältnis zum angestrebten Ziel?

Hierbei handelt es sich um eine Güterabwägung zwischen der Schonung der persönlichen Freiheit auf der einen Seite und den öffentlichen Interessen an der Sicherung des

[380] Für viele: VfGH 14.03.2017, G164/2016; 02.12.2016, G105/2015; 01.10.2013, B45/2013; 08.06.2010, V372/2008.
[381] *Kopetzki,* PersFrG Art 1 Rz 64 ff.
[382] VfSlg 19.472/2011.

fremdenpolizeilichen Verfahrens, etwa zum Zwecke der Ausweisung, auf der anderen Seite.[383] Als maßgebliche Erwägungen sind insbesondere grundrechtliche Aspekte heranzuziehen, wie etwa das Privat- und Familienleben. Allerdings kann strafgerichtliche Delinquenz zu einem erhöhten Interesse der Allgemeinheit an der Ausweisung führen und folglich zu einer für die betroffene Person nachteiligen Abwägung.[384]

Im Kontext der Verhältnismäßigkeit kommt auch der Intensität und Dauer der Maßnahme eine entscheidende Bedeutung zu.[385] Obgleich die Grundrechtskataloge keine Höchsthaftdauern vorsehen, kann ein zunächst als adäquat zu qualifizierender Freiheitsentzug durch das zeitliche Ausmaß der Anhaltung außer Relation stehen, wodurch der Freiheitsentzug in Folge verfassungswidrig werden kann.[386] Zu beachten ist, dass bei einfachgesetzlicher Regelung der höchstzulässigen Haftdauer ein Überschreiten dieser Fristen zum Wegfall der gesetzlichen Grundlage führt und der Eingriff folglich grundrechtswidrig ist.[387]

Art 5 EMRK leitet aus dem Zweck der Schutzbestimmung zwar ein Willkürverbot ab, jedoch nicht explizit den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Damit ein Freiheitsentzug nicht willkürlich ist, muss er jedenfalls notwendig sein und in gutem Glauben erfolgen. Die Inhaftnahme muss im Konnex zum Haftgrund stehen und es darf die Haftdauer nicht unangemessen lang sein. Des Weiteren ist das Verfahren unter Beachtung der gebotenen Sorgfaltspflicht zu führen und muss der Zweck nach realistischen Erwägungen auch erreichbar sein.[388]

Die Beurteilung der Notwendigkeit gestaltet sich je nach Haftgrund des Art 5 Abs 1 lit a bis f EMRK sehr unterschiedlich. Die Haft im Zusammenhang mit aufenthaltsbeendenden Maßnahmen kann etwa nur so lange notwendig sein, als entsprechende Fortschritte unter Anwendung angemessener Sorgfalt gemacht werden.[389] Als willkürlich wurde der Freiheitsentzug bei fehlender Überprüfung, ob gelindere Mittel für die Erreichung des Sicherungszweckes ausreichend gewesen wären, qualifiziert.[390]

---

[383] *Öhlinger*/*Eberhard,* Verfassungsrecht 316 f.; VfSlg 19.675/2012; 19.323/2011.
[384] VwGH 17.03.2009, 2007/21/0542; 22.03.2011, 2008/21/0079.
[385] *Kopetzki,* PersFrG Art 1 Rz 67 ff.
[386] *Kopetzki,* PersFrG Art 2 Rz 82 f.; EGMR 20.12.2011, 10.486/2010 (Yoh-Ekale Mwanje/Belgien).
[387] VfSlg 15.131/1998; 14.730/1997.
[388] *FRA*, Handbuch Asyl 175 ff.
[389] *Grabenwarter*/*Pabel*, EMRK 194. EGMR 25.01.2005, 60.538/2000 (Singh/Tschechische Republik).
[390] EGMR 02.10.2008, 34.082/2002 (Rusu/Österreich).

Nicht zuletzt aus diesem Grund lässt sich bereits aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ein Vorrang der Direktabschiebung ableiten und darf die Sicherung der Abschiebung durch Haft nur im Ausnahmefall vorgenommen werden.[391]

Zuammenfassend sei festgestellt, dass der VfGH auf Ebene der Vollziehung bei Erhebung einer Beschwerde wegen Verletzung des verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechts auf persönliche Freiheit entsprechend der erweiterten Grundrechtsformel wie folgt prüft:

- ob der Eingriff gegen die verfassungsgesetzlich festgelegten Erfordernisse verstößt,
- ob die Anordnung auf Basis eines verfassungswidrigen Gesetzes oder einer gesetzeswidrigen Verordnung erlassen wurde,
- ob die Festnahme oder Anhaltung ohne gesetzliche Grundlage angeordnet wurde,
- und ob die Maßnahme in denkunmöglicher Anwendung einer verfassungsrechtlich unbedenklichen Rechtsgrundlage gesetzt bzw. angeordnet wurde, wobei dies auf derselben Stufe wie Gesetzlosigkeit anzusiedeln wäre.[392]

4.1.5 Verfahrensgarantien

Die Grundrechtskataloge sehen zudem spezifische Verfahrensgarantien vor, die dem Ziel dienen, Schutz vor willkürlicher Haft zu garantieren, wie auch menschenunwürdigen Bedingungen vorzubeugen. Diese sind insbesondere das Recht auf Information, das Recht auf Kontakt zu Familienangehörigen, wie auch zu einem Rechtsbeistand.
Ausdrücklich sei darauf hingewiesen, dass angesichts des Themengebietes ausschließlich auf die Rechte für Festgenommene nach Art 2 Abs 1 Z 7 PersFrG und Art 5 Abs 1 lit f EMRK Bezug genommen wird, da der erwähnte Eingriffstatbestand – wie oben ausgeführt – der einzige ist, der für die Schubhaft in Frage kommt.

4.1.5.1 Recht auf Information

Jede festgenommene Person hat das Recht, ehestmöglich in einer für sie verständlichen Sprache über die Gründe der Festnahme und Anhaltung informiert zu werden.[393] Es besteht folglich ebenso eine grundrechtliche Pflicht auf Beiziehung von Dolmetschern/

[391] *Grabenwarter*/*Pabel*, EMRK 204 f.
[392] *Öhlinger*/*Eberhard,* Verfassungsrecht 394.
[393] *Hengstschläger*/*Leeb*, Grundrechte 88.

Dolmetscherinnen, die der jeweiligen Sprache mächtig sind, von der vernünftigerweise angenommen werden kann, dass die Betroffenen sie verstehen.[394] Wird die/der Festgenommene nicht rechtzeitig bzw. überhaupt nicht über die Haftgründe informiert, stellt dies eine Verletzung ihres/seines Rechts auf persönliche Freiheit dar.[395]
Es besteht jedoch keine Verpflichtung zur Einhaltung einer bestimmten Form, so ist lediglich entscheidend, dass die/der Festgenommene über die konkreten Gründe der Inhaftierung informiert wird. Als ausreichend wurde etwa erachtet, dass der betroffenen Person ein Formblatt, in einer für sie verständlichen Sprache, ausgehändigt wurde, sofern dessen Inhalt auch erfasst werden kann. Dies bedeutet gleichzeitig, dass die schlichte Aushändigung eines solchen Formblattes für eine/n Analphabetin/Analphabeten eine Verletzung des Rechts auf Information darstellen würde. Es ist aber darauf hinzuweisen, dass eine Verletzung des Rechts auf Information per se nicht zur Rechtswidrigkeit der Anhaltung führt.[396]
Nach stRsp des EGMR sind vom Gebot zur Aufklärung der betroffenen Person in der Regel sowohl die rechtlichen wie auch die faktischen Gründe umfasst.[397] Im Bereich der Ausweisung wurde allerdings bereits als ausreichend erachtet, dass die betroffene Person über die Tatsache informiert wird, dass die Festnahme der Sicherung der Abschiebung dient.[398]

Nach dem Wortlaut des Art 4 Abs 6 PersFrG ist die Information der/dem Festgenommenen „ehestens, womöglich bei seiner Festnahme“[399] mitzuteilen. Gerade im Bereich der Abschiebung von Drittstaatsangehörigen, welche der deutschen Sprache bzw. die Vollzugsorgane der Sprache der/des Festgenommenen nicht mächtig sind, kann die Aufklärung im Ausnahmefall auch zu einem späteren Zeitpunkt erfolgen. Nicht ausreichend ist jedoch, wenn die Information über die erfolgte Festnahme lediglich dem/der Vertreter/in mitgeteilt wird.[400]

Nicht explizit von dieser Verpflichtung umfasst sind Informationen hinsichtlich des Rechts auf gerichtliche Überprüfung der Haft. Zumal Sinn der Informationsrechte auch die Gewährleistung eines effektiven Rechtsschutzes ist und dieser nur bei entsprechender

[394] Art 4 Abs 6 PersFrG; Art 5 Abs 2 EMRK.
[395] *Kopetzki,* PersFrG Art 4, 5 Rz 34 f.
[396] VfSlg 13.914/1994, 14.086/1995.
[397] EGMR 05.11.1981, 7215/1975 (X/UK); 30.08.1990 12.244/1986 (Fox, Campbell und Harley/UK).
[398] *Grabenwarter*/*Pabel*, EMRK 206.
[399] Art 4 Abs 6 PersFrG; weiter formuliert Art 5 Abs 2 EMRK: *„in möglichst kurzer Frist“*.
[400] *Kopetzki,* PersFrG Art 4, 5 Rz 45 f.

Information über dieses Recht besteht, ist davon auszugehen, dass im Hinblick auf eine grundrechtskonforme Interpretation auch hierüber zu informieren ist.[401]

4.1.5.2 Recht auf Verständigung von Familienangehörigen oder eines Rechtsbeistandes

Nach Art 4 Abs 7 PersFrG besteht das Recht auf Verständigung einer/eines Angehörigen und eines Rechtsbeistandes ohne Aufschub. Art 5 EMRK sieht ein entsprechendes Recht nicht vor, wobei dies aus Art 8 EMRK im Hinblick auf die Familie ableitbar ist.[402]
Unter dem Begriff *Familienangehörige*/r ist nach österreichischem Recht jedenfalls die Kernfamilie iSd § 2 Abs 4 Z 12 FPG zu verstehen, dh Ehegatte/Ehegattin oder minderjähriges lediges Kind, einschließlich Adoptiv- oder Stiefkind wie auch eingetragene Partner/in. Darüber hinaus sämtliche *Angehörige* nach § 36a Abs 1 AVG, diese umfassen zusätzlich die Verwandten in gerader Linie und die Verwandten zweiten, dritten und vierten Grades in der Seitenlinie, die Verschwägerten in gerader Linie und die Verschwägerten zweiten Grades in der Seitenlinie, die Wahleltern und Wahlkinder und die Pflegeeltern und Pflegekinder, Personen, die miteinander in Lebensgemeinschaft leben, sowie Kinder und Enkel einer dieser Personen im Verhältnis zur anderen Person.

Eine Legaldefinition des Begriffes *Rechtsbeistand* gibt es nicht. Hilfsweise ist auf § 10 AVG zurückzugreifen, in welchem zwischen Rechtsbeistand und Vertreter/in unterschieden wird. So kann sich jede/r Beteiligte eines Rechtsbeistandes bedienen, dieser kann jedoch keine eigenen Verfahrenshandlungen setzen. In diesem Sinne ist auch der Rechtsbeistand des Art 4 Abs 7 PersFrG sehr weit auszulegen und kann letztlich jede natürliche bzw. juristische Person umfassen, dessen Beistand sich die betroffene Person bedienen möchte.[403]

Von dem Recht auf Verständigung des Rechtsbeistandes ist nach der Judikatur des VfGH auch umfasst, dass eine ungehinderte und vertrauliche Kommunikation mit dem Rechtsbeistand möglich ist. Der VfGH stellte demnach eine Verletzung des Art 6 iVm Art 4 Abs 7 PersFrG im Falle eines Schubhäftlings fest, der sich mit seinem Rechtsanwalt lediglich durch eine

[401] EGMR 05.04.2001, 26.899/1995 (H.B./Schweiz).
[402] EKMR 18.03.1981, 25 (McVeigh/UK).
[403] *Kolonovits*/*Muzak*/*Stöger*, Verwaltungsverfahrensrechts 66.

Glastrennscheibe unterhalten konnte und es ihm demnach auch nicht möglich war, Dokumente auszutauschen.[404]

4.1.6 Rechtsschutz

Sowohl nach Art 5 Abs 4 EMRK wie auch Art 6 PersFrG besteht ein Rechtsanspruch auf ein Verfahren zur Überprüfung der Rechtmäßigkeit des Freiheitsentzuges. Diese Festschreibung des grundrechtlichen Anspruchs hat ihren Ursprung in der aus dem angelsächsischen Raum stammenden Habeas-Corpus-Doktrin, die durch Art 5 Abs 4 EMRK in das österreichische Rechtssystem Eingang fand.[405] Die Garantie einer Haftprüfung wurde mit Art 6 PersFrG auch in das österreichische System übernommen. Es ist hervorzuheben, dass es das einzige Grundrecht ist, das spezifische Rechtsschutzansprüche gewährleistet und damit eine unabhängige Kontrolle jedes Freiheitsentzugs durch ein Gericht oder eine unabhängige Behörde verlangt.[406]

Der Habeas-Corpus-Garantie folgend, ist eine Überprüfung nach Art 5 Abs 4 EMRK nur während der aufrechten Anhaltung grundrechtlich verpflichtend vorgesehen, mittlerweile nimmt der EGMR jedoch ebenso Nachprüfungskompetenzen in Anspruch. Es muss der/dem Einzelnen jedenfalls möglich sein, die Rechtmäßigkeit der Haft gesondert, dh in einem eigenen Verfahren, prüfen zu lassen. Dies ist etwa dann nicht der Fall, wenn eine Überprüfung der Haft lediglich im Rahmen eines Ausweisungsverfahrens möglich ist.[407]

Art 6 PersFrG geht hierüber hinaus und gilt nach dem Wortlaut der Verfassungsbestimmung auch für den Fall, dass der Freiheitsentzug bereits beendet ist und die betroffene Person enthaftet wurde.[408] Des Weiteren sieht Art 6 PersFrG eine gesetzliche Entscheidungsfrist von einer Woche ab Einbringung des Rechtsmittels bei der zuständigen Behörde bzw. dem zuständigen Gericht vor.[409] Im Falle, dass die Anhaltung bereits vorher geendet hat, entfällt zwar nicht die Entscheidungspflicht, allerdings hat diese sodann nach Art 6 Abs 1 letzter Satz

[404] VfSlg 18.418/2007.
[405] *Grabenwarter*/*Pabel*, EMRK 211.
[406] *Kopetzki,* PersFrG Art 6 Rz 4.
[407] So etwa in EGMR 11.06.2009, 53.541/2007 (S.D./Griechenland).
[408] *Kopetzki,* PersFrG Art 6 Rz 16 ff.
[409] VfGH 19.968/2015.

PersFrG nicht mehr innerhalb der Wochenfrist zu erfolgen.[410] Bei Verletzung dieser Frist durch das VwG beschränkt sich der VfGH auf die Feststellung der Rechtsverletzung und sieht von der Behebung der Entscheidung ab, um so die Rechtsverletzung nicht noch zu verschärfen.[411]

Ein Anspruch auf eine gerichtliche Haftprüfung wird vielfach nur dann angenommen, wenn die Haft von einer Verwaltungsbehörde angeordnet wurde, da der gerichtlichen Anordnung vermeintlich bereits die entsprechende unabhängige Haftkontrolle immanent sei.[412]

Art 5 Abs 4 EMRK verlangt nach dem Wortlaut (englische Version gleichlautend: court), dass die Haftprüfung von einem Gericht durchzuführen ist. Die Definition des Gerichts orientiert sich an den Anforderungen eines Tribunals nach Art 6 Abs 1 EMRK, womit auch eine Behörde mit gerichtlichen Strukturen die Anforderungen erfüllt. Im Einzelnen heißt dies, dass das Gericht auf Grundlage von Gesetzen eingerichtet sein muss, unabhängig und unparteilich zu agieren hat und dessen Entscheidung auch verbindlich, dh umzusetzen, sind. Dies ist im Anwendungsbereich des Freiheitsentzuges dann anzunehmen, wenn das Gericht die/den Festgenommenen auch freilassen kann.[413] In diesem Sinne wurden die UVSe als konventionskonform bestätigt – dies hat umso mehr für die VwG zu gelten.[414]

Gegenstand der gerichtlichen Haftprüfung ist die Rechtmäßigkeit bzw. -widrigkeit des Freiheitsentzuges, nicht jedoch dessen Modalitäten bzw. der Vollzug an sich. Als Maßstab für die Prüfung sind sowohl die materiell wie auch formell rechtlichen Zulässigkeitsvoraussetzungen heranzuziehen.[415] Das für die Haftkontrolle zuständige Gericht ist verpflichtet, selbstständig und in jegliche Richtung die Rechtmäßigkeit der Haft zu prüfen, dh auch die zur Beurteilung sowohl aller Rechts- wie auch Tatfragen notwendigen Beweismittel aufzunehmen und zu würdigen.[416] Dies impliziert jedoch auch, dass eine im gesetzlichen Rahmen durchgeführte Ermessensentscheidung nicht zur Rechtswidrigkeit im

---

[410] *Hengstschläger*/*Leeb*, Grundrechte 89.
[411] VfSlg 13.893/1994; VfGH 19.968/2015.
[412] *Kopetzki,* PersFrG Art 6 Rz 12.
[413] *Grabenwarter*/*Pabel*, EMRK 212 f.
[414] *Frühwirth,* juridikum 2010, 204 f.; *Öhlinger*/*Eberhard*, Verfassungsrecht 393 f.
[415] *Kopetzki,* PersFrG Art 6 Rz 22 f.
Wie bereits dargelegt, gilt als Maßstab auch nach der Jud des EGMR (zusätzlich zum Völkerrecht) das innerstaatliche Recht (*Grabenwarter*/*Pabel*, EMRK 211).
[416] VfSlg 13.037/1992, 13.039/1992, 13.453/1993, 13.806/1994.

Sinne des Art 6 Abs 1 PersFrG führt.[417] Die Entscheidung über die Rechtmäßigkeit bzw. -widrigkeit ist zu begründen, sodass es den übergeordneten Instanzen wie auch der betroffenen Person möglich ist, die entsprechenden Erwägungen überprüfen zu können.[418]

Es sind auch weitere – allerdings nicht sämtliche – Verfahrensgarantien zu Art 6 EMRK bei der gerichtlichen Haftprüfung zu beachten. So ist insbesondere der Grundsatz der Waffengleichheit bei Einrichtung einer zweiten Instanz zu gewährleisten. Als Teil des Prinzips der Waffengleichheit wurde angesehen: die persönliche Anhörung der/des Festgenommenen (inkl. des Rechts auf Beiziehung eines Dolmetschers/einer Dolmetscherin), das Recht auf Parteiengehör, der Anspruch auf eine Rechtsvertretung, die Möglichkeit der rechtzeitigen und umfassenden Akteneinsicht sowie eine unabhängige und umfangreiche Beweiswürdigung.[419]

Nach dem Wortlaut des Grundrechts besteht lediglich eine Gewährleistungspflicht im Hinblick auf den Antrag auf Haftprüfung, nicht hingegen auf die Einrichtung eines amtswegigen Haftprüfungsverfahrens, wobei der Rechtsschutz gewahrt sein muss.[420]
Abgesehen davon besteht ein Anspruch auf eine periodische Haftprüfung in angemessenen Zeitabständen zum Vorliegen der weiteren Voraussetzungen der Haft. Die Angemessenheit richtet sich je nach den Umständen des Einzelfalls.[421] Im Anwendungsbereich des Art 6 Abs 2 PersFrG wird eine periodische Überprüfung nur bei einer Anhaltung auf unbestimmte Zeit verpflichtend vorgesehen. Dies umfasst sämtliche Fälle, in denen die Haftdauer an nicht determinierte Ereignisse in der Zukunft anknüpft. Im Bereich des Freiheitsentzuges zum Zwecke der Ausweisung hat eine periodische Haftkontrolle folglich nach beiden Grundrechten amtswegig zu erfolgen.[422]

[417] *Kopetzki,* PersFrG Art 6 Rz 23.
[418] VfSlg 14.981/1997.
[419] *Grabenwarter*/*Pabel*, EMRK 213 f.
[420] *Kopetzki,* PersFrG Art 6 Rz 54 f.
[421] *Grabenwarter*/*Pabel*, EMRK, 212.
[422] *Kopetzki,* PersFrG Art 6 Rz 54 f.

4.1.7 Haftentschädigung

Eine weitere Besonderheit des Grundrechts auf persönliche Freiheit stellt der Anspruch auf Entschädigung bei rechtswidriger Haft dar. Art 5 Abs 5 EMRK wie auch Art 7 PersFrG stellen eine Erweiterung des Amtshaftungsanspruchs nach Art 23 B-VG (bzw. AHG) dar, welche einen verschuldensunabhängigen und ebenso für immaterielle Schäden bestehenden Ersatzanspruch garantieren.[423]

Anspruchsberechtigt ist jene Person, welche rechtswidrig festgenommen oder angehalten wurde (nicht etwa Verwandte). Als ersatzpflichtig wird meist jener Rechtsträger angesehen, welchem der Freiheitsentzug zuzurechnen ist. Gerade auch die Ausgestaltung des Amtshaftungsrechtes kennt als Verpflichteten ausschließlich den Staat und nicht etwa private Träger. Nach *Kopetzki* wäre aber ebenso ein direkter Haftentschädigungsanspruch gegenüber Privaten vom Grundrecht getragen. Im Gegensatz hierzu ist nach herrschender Ansicht Grundvoraussetzung des Anspruchs, dass es sich um einen hoheitlichen Freiheitsentzug handelt.[424]

[423] *Kopetzki,* PersFrG Art 7 Rz 3.
[424] *Kopetzki,* PersFrG Art 7 Rz 3; vgl dort auch anderslautend hL.

4.2 Verfahrensgrundrechte

Im Bereich des Rechtsschutzes und verfahrensrechtlicher Garantien kommt nicht nur dem Grundrecht auf persönliche Freiheit per se erhebliche Bedeutung zu, sondern ebenso justiziellen Grundrechten. *Kopetzki* sieht in den Regelungen des PersFrG und Art 5 EMRK lediglich Ergänzungen zum allgemeinen Rechtsschutz, welche diesen nicht verdrängen, sondern vielmehr kumulativ anzuwenden sind.[425]

Es soll im Folgenden auf die im Bereich der Schubhaft und des damit zusammenhängenden Rechtsschutzes relevanten grundrechtlichen Bestimmungen eingegangen werden. Diese sind vorrangig das Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf und ein unparteiisches Gericht nach 47 GRC und das Recht auf eine wirksame Beschwerde nach Art 13 EMRK.[426]

4.2.1 Recht auf eine wirksame Beschwerde nach Art 13 EMRK

Trotz der spezifischen Haftprüfungsgarantien, die das Recht auf persönliche Freiheit beinhalten, bleibt auch das Recht auf eine wirksame Beschwerde nach Art 13 EMRK zu beachten. Es müssen jedoch nicht zwei voneinander getrennte Rechtswege offen stehen, sondern hat das Verfahren beiden verfassungsrechtlichen Rechtsschutzansprüchen zu genügen.[427] Dies ist gerade im Sinne einer grundrechtskonformen Interpretation jedenfalls geboten, da eine Verschlechterung der Position einer/s Festgenommenen durch die Erweiterung der Rechtsschutzes jedenfalls nicht iSd EMRK wäre.

Bei dem Recht auf eine wirksame Beschwerde handelt es sich um ein akzessorisches Recht, welches jeweils nur in Verbindung mit einem anderen in der Konvention festgelegten Recht (bzw. einer Freiheit) geltend gemacht werden kann. Es ist für die Anwendbarkeit des Art 13 EMRK jedoch nicht erforderlich, dass das durch die Konvention geschützte Recht bzw. die geschützte Freiheit auch verletzt wurde, sofern eine gewisse Plausibilität dargelegt werden kann.[428]

---

[425] *Kopetzki,* PersFrG Art 6 Rz 7; vgl dort auch anderslautend hL.

[426] Auf die Bedeutung und Anwendung einzelner Aspekte des Art 6 EMRK wurde im Rahmen des Rechtsschutzes, abgeleitet aus dem Grundrecht auf persönliche Freiheit (Kapitel 4.1.6), bereits eingegangen.

[427] *Kopetzki,* PersFrG Art 6 Rz 7.

[428] EGMR 06.09.1978, 5029/1971 (Klass/Deutschland).

Art 13 EMRK garantiert die Erhebung eines innerstaatlichen Rechtsbehelfes, nicht jedoch einen gerichtlichen Rechtsschutz. Damit dieses Grundrecht effektiv ist, muss das Rechtsmittel der/dem Betroffenen zugänglich sein, womit gegebenenfalls auch Prozesskostenhilfe zu gewähren ist. Zudem muss innerhalb eines angemessenen Zeitraums über den Rechtsbehelf entschieden werden. Der Rechtsbehelf ist des Weiteren nur dann effektiv, wenn die zur Entscheidung berufene Instanz auch für das Verfahren verbindliche Entscheidungen treffen kann. Obwohl Art 13 EMRK keine Verfahrensgarantien vorsieht, wie etwa die Pflicht zur Durchführung einer mündlichen Beschwerdeverhandlung, hat ein Verfahren Mindeststandards, wie z.B. das Recht auf Parteiengehör, zu gewährleisten, um überhaupt eine wirksame Entscheidung herbeiführen zu können.[429] Ebenso muss der Beschwerde aufschiebende Wirkung zukommen können.[430]

Da der Schutzbereich des Art 5 Abs 4 EMRK weiter geht, sieht der EGMR in der Regel von einer eigenen Prüfung des Art 13 EMRK ab, sodass diesem Grundrecht im Bereich des Art 5 EMRK nur eine untergeordnete Bedeutung zukommt.[431]
Art 13 EMRK kann jedoch im Bereich des Vollzugs der Schubhaft im Zusammenhang mit Verletzungen des Art 3 und 8 EMRK verfahrensmaßgebliche Relevanz haben.

4.2.2 Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf und ein unparteiisches Gericht nach Art 47 GRC

Art 47 GRC soll den effektiven Rechtsschutz im Hinblick auf die Verletzung von sonstigen Rechten und Freiheiten gewährleisten. Anders als Art 13 EMRK erstreckt sich dieses Grundrecht nicht nur auf die durch die GRC selbst gewährleisteten Rechte und Freiheiten, sondern auf das gesamte Unionsrecht (sowohl primär- wie auch sekundärrechtlich).[432]
Die GRC findet nicht nur auf unmittelbar wirksames Unionsrecht, sondern ebenso bei der Vollziehung mittelbar umzusetzenden Sekundärrechts Anwendung, wie Richtlinien. Dies ergibt sich aus dem Wortlaut des Art 47 Abs 1 GRC, wonach die Garantie für sämtliche Verletzungen jeglicher „durch das Recht der Union garantierte Rechte oder Freiheiten“ gilt.[433]

---

[429] *Grabenwarter*/*Pabel*, EMRK 489 ff.
[430] EGMR 07.07.1989, 14.038/1988 (Soering/UK); 30.10.1991, 13163/1987 (Vilvarajah/UK); 05.02.2002, 51.564/1999, (Conka/Belgien).
[431] *Grabenwarter*/*Pabel*, EMRK 478 f.
[432] *Hengstschläger*/*Leeb*, Grundrechte 302.
[433] EuGH 15.05.1986, 222/1984 (Johnston/Nordirland).

Im Bereich der Schubhaft und Verwaltungsverwahrungshaft von Drittstaatsangehörigen ist Art 47 GRC somit im Hinblick auf die Anwendung der Rückführungs-RL, der Dublin III-VO und der Aufnahme-RL zu beachten. Da im Bereich der Freiheitsentziehung jedenfalls subjektive Rechte und Gewährleistungspflichten aus den anzuwendenden Bestimmungen hervorgehen, ist auch hinsichtlich dieses Punktes die Anwendbarkeit des Art 47 GRC zu bejahen.[434]

Der Inhalt des Rechts auf einen wirksamen Rechtsbehelf und ein unparteiisches Gericht gestaltet sich wie folgt: Art 47 Abs 1 GRC orientiert sich maßgeblich an Art 13 EMRK, Abs 2 wiederum an Art 6 EMRK und Abs 3 ist als Resultat der Rechtsprechung des EGMR zur Prozesskostenhilfe zu verstehen.

Nach Art 47 Abs 1 GRC besteht nicht nur Anspruch auf ein Beschwerderecht, sondern auch auf Überprüfung der Beschwerde durch ein Gericht. Des Weiteren muss der Rechtsbehelf – in Anlehnung an Art 13 EMRK – auch wirksam sein und der/dem Betroffenen ein einstweiliger Rechtsschutz gewährt werden.[435]

Erhebliche Bedeutung kommen insbesondere Abs 2 und 3 leg cit zu, da das Recht auf ein faires Verfahren nach Art 6 EMRK nur im Hinblick auf Mindeststandards im Bereich des Schutzes der persönlichen Freiheit heranzuziehen ist. Die volle Tragweite der Grundrechtsbestimmung nach der EMRK kommt hingegen nur in jenen Fällen zur Anwendung, wenn „über zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen oder über die Stichhaltigkeit der gegen ihn erhobenen strafrechtlichen Anklage“[436] entschieden wird. Art 47 GRC erweitert diese justiziellen Garantien nun auf sämtliche Verfahren im Bereich des Unionsrechtes.
Art 47 Abs 2 GRC, welcher sich auch nach den Erläuterungen auf Art 6 EMRK bezieht, postuliert etwa den Grundsatz des fairen Verfahrens. Dieser umfasst jedenfalls das Prinzip der Waffengleichheit, welches den Anspruch auf rechtliches Gehör und das Recht auf angemessene Beweiswürdigung und Entscheidungsbegründung beinhaltet.[437] Das Recht auf Parteiengehör impliziert, dass der betroffenen Person auch die Ergebnisse der

[434] Vgl etwa Art 28 Dublin III-Verordnung im Hinblick auf Dauer, Verhältnismäßigkeit bzw. ultima ratio.
[435] *Frenz*, Europäische Grundrechte 1515 ff.
[436] Art 6 Abs 1 EMRK.
[437] VfGH 10.03.2015, G 180/2014; EuGH 10.12.1998, C-221/97 P (Schröder/Kommission).

Beweisaufnahme bzw. die Erwiderung der Gegenseite bekannt gegeben werden.[438] Zudem gewährleistet Art 47 Abs 2 GRC das Recht auf eine öffentliche mündliche Verhandlung, welche nur im Ausnahmefall unterbleiben darf.[439]

Art 47 Abs 2 GRC sieht zudem vor, dass jede Person sich beraten, verteidigen und vertreten lassen kann, wobei diese Vertretung nicht auf Rechtsanwälte/Rechtsanwältinnen beschränkt ist. Es muss jedenfalls ein ungestörter und vertraulicher Austausch mit der Vertretung möglich sein, was etwa nicht gegeben ist, wenn die Gespräche abgehört werden.[440]

Art 47 Abs 3 GRC sieht überhaupt erstmals den Anspruch auf Prozesskostenhilfe als eigene Grundrechtsbestimmung vor, welche sich in der Judikatur des EGMR im Kontext des Art 6 EMRK entwickelt hat.[441] Die entsprechenden Erläuterungen nehmen in diesem Kontext auf die Entscheidung des EGMR vom 09.10.1979 zu Zl. 6289/1973 (Airey/Irland) Bezug. Demnach ist Prozesskostenhilfe dann zu gewähren, wenn die Erhebung eines wirksamen Rechtsbehelfs ansonsten nicht gewährleistet wäre und dies selbst für den Fall, dass die betroffene Person ihre Ansprüche vor dem Gericht selbst geltend machen konnte und eine besondere Manuduktionspflicht bestand.[442] Allerdings ist es nicht notwendig, dass die Vertretung anwaltlich zu erfolgen hat, sondern reicht das Vorhandensein ausreichender Komplementärmechanismen aus.[443]

Nach *Stern* beinhaltet das Recht auf Prozesskostenhilfe sämtliche Kosten, die für eine sachgemäße Vertretung der Rechte der Person erforderlich sind. Damit ist nicht nur eine Kostenübernahme, sondern ebenso eine Bereitstellung einer Rechtsvertreterin/eines Rechtsvertreters erfasst.[444]

Als maßgebliche Erwägung für die Gewährung von Prozesskostenhilfe ist der Grundsatz der Waffengleichheit anzusehen. In diesem Sinne sind Einschränkungen des Grundrechts möglich, wobei stets die individuelle Situation der betroffenen Person zu beachten ist: wie etwa Rechts- und Sprachkenntnis, Ausbildung und finanzielle Möglichkeiten. Nach der Judikatur des EuGH (in Übereinstimmung mit jener des EGMR) darf nicht entscheidend sein,

---

[438] EGMR 15.06.2010, 38.663/2006 (Mladoschovitz/Österreich).
[439] VfSlg 19.632/2012.
[440] *Frenz*, Europäische Grundrechte 1530 f.
[441] EGMR 21.02.1975, 4451/1970 (Golder/UK); 09.10.1979, 6289/1973 (Airey/Irland).
[442] Erläuterungen zur GRC, ABl 2007 C 303/0019, 30.
[443] EGMR 09.10.1979, 6289/1973 (Airey/Irland).
[444] *Stern*, Rechtsberatung 161.

ob das Verfahren im Falle einer kompetenten rechtlichen Vertretung anders ausgegangen wäre.[445]

Als Maßstab für die Beurteilung einer kompetenten und effektiven Vertretung ist nach *Stern* der Standard rechtsanwaltlicher Vertretung anzulegen. Dieser umfasst jedenfalls eine entsprechende Qualifikation, Ausbildung, Unabhängigkeit, Parteilichkeit und Vertraulichkeit, sodass auch rechts- und gegebenenfalls sprachunkundigen Fremden eine effektive Durchsetzung ihrer Ansprüche de facto möglich ist.[446]

4.2.3 Gleichheitsgrundsatz

Auf den verschiedenen Ebenen des Grundrechtsschutzes ist zudem der Schutz vor Diskriminierung vorgesehen.

Auf nationalstaatlicher Ebene wird der Gleichheitsgrundsatz in Bezug auf fremdenpolizeiliche Maßnahmen insbesondere aus dem RassDiskrB-VG abgeleitet.[447]

Die EMRK sieht in Art 14 ein Diskriminierungsverbot vor, welches (wie Art 13 EMRK) als akzessorisches Grundrecht ausgestaltet ist und folglich nur in Verbindung mit der Verletzung eines ebenso durch die Konvention gewährleisteten Rechts oder einer Freiheit geltend gemacht werden kann. Eine Verletzung ist dann anzunehmen, wenn ein ähnlicher Sachverhalt ohne sachliche Begründung unterschiedlich bewertet bzw. behandelt wird.[448]

Im Anwendungsbereich der GRC ist ein allgemeines Diskriminierungsverbot in Art 20 GRC normiert, welches in Art 21 Abs 1 GRC dahingehend konkretisiert wird, als „Diskriminierungen, insbesondere wegen des Geschlechts, der Rasse, der Hautfarbe, der ethnischen oder sozialen Herkunft, der genetischen Merkmale, der Sprache, der Religion oder der Weltanschauung, der politischen oder sonstigen Anschauung, der Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit, des Vermögens, der Geburt, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung […] verboten“[449] sind. Der VfGH sieht hierin eine subjektivrechtliche Garantie iSd Art 144 B-VG, folglich kann sich jeder im Anwendungsbereich des Unionsrechts auf das Gleichheitsgebot beziehen.[450]

---

[445] EuGH 22.12.2010, C-279/09 (DEB); EGMR 09.10.1979, 6289/1973 (Airey/Irland).
[446] *Stern*, Rechtsberatung 165 ff.
[447] VfSlg 13.314/1992.
[448] *Grabenwarter*/*Pabel*, EMRK 520 ff.
[449] Art 21 Abs 1 GRC.
[450] *Mayer*/*Kucsko-Stadlmayer*/*Stöger*, Bundesverfassungsrecht 690 f.

Dem Gleichheitsgrundsatz kommt damit in den relevanten Grundrechtskatalogen Bedeutung zu. Der VfGH leitet aus dem Gleichheitsgrundsatz zudem ein allgemeines Gebot der Sachlichkeit für die Gesetzgebung ab. Wenn ähnliche Sachverhalte unsachlich differenziert oder unterschiedliche Sachverhalte sachwidrig gleichbehandelt werden, verstößt dies gegen das Sachlichkeitsgebot und damit gegen den Gleichheitssatz. Kommt es dennoch zu unterschiedlichen Regelungen, sind diese verfassungskonform, sofern eine sachliche Rechtfertigung für die Ungleichbehandlung besteht.[451]

Des Weiteren impliziert der Gleichheitsgrundsatz das Verbot der Willkür, dem im Zusammenhang mit der Vollziehung Relevanz zukommt. Willkürliches Verhalten greift nach der Judikatur des VfGH insbesondere dann in die Verfassungssphäre ein, wenn die Rechtslage gehäuft verkannt wird, zudem wenn jegliche Ermittlungstätigkeit in einem entscheidungsrelevanten Punkt oder ein ordnungsgemäßes Ermittlungsverfahren generell unterlassen wurde, insbesondere in Verbindung mit dem Ignorieren des Parteivorbringens bzw. dem leichtfertigen Abgehen vom Inhalt der Akten oder dem Außer-Acht-Lassen des konkreten Sachverhaltes.[452]

Bei der Beurteilung der Konformität des zu überprüfenden Handelns ist nach stRsp des VfGH dessen Grundrechtsformel zu beachten; so kann sich eine Verletzung des Gleichheitsgebotes Fremder untereinander etwa dann ergeben, wenn die Entscheidung auf einer gleichheitswidrigen gesetzlichen Grundlage basiert, wenn das VwG dem Gesetz einen gleichheitswidrigen Inhalt unterstellt oder wenn es Willkür übt.[453]

---

[451] *Hengstschläger*/*Leeb*, Grundrechte 102 f.
[452] VfGH 27.06.2012, U 151/12; VfSlg. 15.451/1999, 15.743/2000, 16.354/2001, 16.383/2001; siehe hierzu auch Kapitel 4.1.4.4.
[453] *Hengstschläger*/*Leeb*, Grundrechte 116.

4.3 Zwischenconclusio

Bereits aus den Grundrechten lassen sich somit maßgebende Erwägungen für die Ausgestaltung von Schubhaft und Festnahme herausarbeiten.

Der Gesetzgeber steht in der Pflicht, präzise gesetzliche Grundlagen für Freiheitsentziehungen zu normieren, welche die Maßnahmen für die/den Rechtsunterworfene/n vorhersehbar machen und dadurch Rechtssicherheit bieten. Der Gesetzgeber ist bei der Ausgestaltung freiheitsentziehender Maßnahmen nicht frei, sondern hat sich jeweils an den Vorgaben nach Art 5 Abs 1 lit a bis f EMRK und Art 2 Abs 1 Z 1 bis 7 PersFrG zu orientieren. Zudem muss bereits jede ermächtigende Bestimmung verhältnismäßig und notwendig sein. Entsprechend der derzeitigen Ausgestaltung der Schubhaftbestimmung kommt als Legitimitätsgrundlage ausschließlich der Eingriffstatbestand zur Sicherung der Ausweisung nach Art 5 Abs 1 lit f EMRK und Art 2 Abs 1 Z 1 PersFrG in Betracht.

Als Besonderheit des Grundrechts im Allgemeinen ist festzustellen, dass nicht nur die Legislative explizit in der Pflicht steht, grundrechtliche Standards zu beachten, einzuhalten und zu garantieren, sondern dies ebenso für die Vollziehung gilt. Eine freiheitsentziehende Maßnahme darf nur auf die gesetzlich vorgeschriebene Art und Weise erfolgen. Des Weiteren müssen grundlegende, sich direkt aus Art 1 PersFrG und Art 5 Abs 1 EMRK ergebenden Erwägungen auch von der Vollziehung beachtet werden: das Gebot der Verhältnismäßigkeit und das Verbot der Willkür. Stellt sich ein Eingriff als nicht verhältnismäßig, nicht notwendig oder arbiträr dar, ist er auch unmittelbar grundrechtswidrig.

Neben diesen spezifischen Schutzbestimmungen der EMRK und des PersFrG, welche sowohl Gesetzgebung wie auch Vollziehung binden, sehen die Grundrechtskataloge auch verfahrensrechtliche Garantien vor. Hervorzuheben ist hierbei das Recht auf gerichtliche Haftprüfung. Zumal die Anordnung der Schubhaft durch eine Verwaltungsbehörde (BFA) erfolgt, kommt dieser Garantie zentrale Bedeutung zu. Es muss dem Schubhäftling somit jedenfalls tatsächlich die Möglichkeit zukommen, die Anordnung der Haft und die weitere Anhaltung durch ein Gericht überprüfen zu lassen. Art 6 Abs 1 PersFrG normiert zudem, dass das Gericht bei aufrechter Anhaltung innerhalb von einer Woche zu entscheiden hat. Dies stellt ein Unikum im österreichischen Menschenrechtskanon dar. Nicht weniger bedeutsam ist das Recht auf Information, wie auch auf Verständigung eines Rechtsbeistandes bzw. einer/ eines Angehörigen. Da es sich bei Schubhäftlingen vielfach um sprach- und rechtsunkundige

Fremde handelt, bedarf es hier entsprechender Vorkehrungen, um diesen grundrechtlichen Garantien ausreichend zu genügen.

An die eben angeführten Rechtsschutzgarantien knüpfen auch die justiziellen Grundrechte des Art 13 iVm 5 EMRK wie auch Art 47 GRC an. Diese garantieren entsprechenden Zugang zum Gericht, was sowohl das Beschwerderecht, wie auch das Recht auf Partizipation im Verfahren und auf Rechtsvertretung umfasst.
Nicht zuletzt aufgrund der notwendig durchzuführenden Einzelfallprüfung garantiert Art 47 Abs 2 GRC das Recht auf Durchführung einer mündlichen Beschwerdeverhandlung. Im Bereich der Schubhaft stellt sich das Prinzip der Waffengleichheit als fundamentaler Verfahrensgrundsatz dar. Dieses umfasst nach der Judikatur des EGMR ebenso eine kompetente Vertretung, welche die grundrechtlichen Ansprüche des Häftlings auf Feststellung der etwaigen Rechtswidrigkeit von Festnahme, Anhaltung und/oder Fortsetzung der Haft schützt.

Als zentral für grundrechtliche Erwägungen ist abschließend der Gleichheitssatz hervorzuheben, der seinen Niederschlag auf allen Ebenen (sowohl verfassungs- wie auch unionsrechtlich) des Grundrechtsschutzes findet. Er verbietet es, ähnliche Sachverhalte ohne sachliche Rechtfertigung anders bzw. unterschiedliche gleich zu beurteilen. Darüber hinaus enthält er ein Sachlichkeitsgebot. Dies wird im Hinblick auf die Anwendung unionsrechtlicher Garantien und Freiheiten, die teils nur eingeschränkten Personengruppen zukommen, näher zu beleuchten und zu würdigen sein.

5 Sekundärrecht der Europäischen Union

Der Entzug der Freiheit des Einzelnen im Kontext der Abschiebung bzw. zur Sicherung des dazugehörigen Verfahrens unterliegt nicht nur verfassungsrechtlichen und insbesondere grundrechtlichen Dispositionen, sondern auch maßgeblich dem Sekundärrecht der EU. Sämtliche Sekundärrechtsakte haben den Anforderungen der GRC zu entsprechen und sind in diesem Sinne auszulegen.[454]

Wie bereits im historischen Überblick dargelegt wurde, kommt der EU im Bereich Grenzkontrollen, Asyl und Einwanderung nach Art 77-79 AEUV die Kompetenz zu, Regelungen in diesem Bereich zu treffen. Hiervon umfasst sind zum einen die Festlegung von Regelungen betreffend Asyl (vgl hier insbesondere Dublin III-VO, Aufnahme-, Verfahrens- und Status-RL) und zum anderen Regelungen betreffend einer gemeinsamen Einwanderungspolitik, welche sowohl die illegale Einwanderung und den illegalen Aufenthalt sowie Rückführungen von illegal aufhältigen Personen beinhalten.[455]

Die im Folgenden näher besprochenen relevanten Rechtsakte sind die Dublin III-VO, die Aufnahme-RL und die Rückführungs-RL. Ebenso äußert sich die Verfahrens-RL zum Themenkomplex der Haft (als Gewahrsam). So heißt es nach Art 26 Verfahrens-RL in Übereinstimmung mit der Aufnahme-RL, dass die Mitgliedstaaten sicherstellen, dass eine Person nicht nur deshalb in Haft genommen wird, weil sie einen Antrag auf internationalen Schutz gestellt hat. Hinsichtlich der Gründe, der Bedingungen, der Garantien und des Anspruchs auf eine rasche gerichtliche Überprüfung wird auf die Aufnahme-RL verwiesen. Da Art 26 Verfahrens-RL somit kein eigener Regelungsinhalt zu entnehmen ist, kann von einer eigenen Behandlung abgesehen werden. Der Inhalt der Aufnahme-RL ist jedenfalls aufgrund des Verweises auch als Teil der Verfahrens-RL zu betrachten.[456]
Die Anwendung der jeweiligen Richtlinien wie auch der Dublin III-VO richtet sich nach dem Verfahrensstadium (Zulassungsverfahren, inhaltliches Asylverfahren, abgeschlossenes Verfahren) und dem Aufenthaltsrecht der betroffenen Person. Die drei im Folgenden näher beleuchteten Rechtsakte betreffen somit entweder Personen, die einen Antrag auf

[454] *Ehlers*, Unionsgrundrechte allgemein 520 ff.
[455] *Hurich*, Straftatbestände des Fremdenrechts 25 f.
[456] Art 26 Verfahrens-RL.

internationalen Schutz gestellt haben, oder Drittstaatsangehörige ohne Gemeinschaftsrecht auf freien Personenverkehr.

Für Unionsbürger/innen und ihre Familienangehörigen ist im Hinblick auf Ausweisungen die Freizügigkeits-RL zu beachten.[457] Da diese allerdings keine eigenen Regelungen zur Inhaftierung und Festnahme enthält, sei an dieser Stelle lediglich auf die für Unionsbürger/innen und ihre Familienangehörigen bestehenden, wesentlich strengeren Voraussetzungen, welche an die Rechtmäßigkeit einer Ausweisungsentscheidung gestellt werden, verwiesen.[458] Die nationalen Regelungen nehmen hierauf auch Bezug.[459]

5.1 Dublin III-Verordnung

Wie bereits der Volltitel der Dublin III-VO verdeutlicht, dient die Verordnung „der Festlegung der Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des Mitgliedstaats, der für die Prüfung eines von einem Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen in einem Mitgliedstaat gestellten Antrags auf internationalen Schutz zuständig ist".[460]

Der Anwendungsbereich der Dublin III-VO umfasst Drittstaatsangehörige, welche in einem oder mehreren Mitgliedstaaten einen Antrag auf internationalen Schutz gestellt haben, der noch nicht bzw. negativ beschieden wurde. Keine Anwendung findet die VO hingegen auf Drittstaatsangehörige, denen bereits in einem anderen Mitgliedstaat ein Schutzstatus zuerkannt worden ist.[461]

Vorgänger der gegenständlichen VO waren das Dubliner Übereinkommen und die Dublin II-VO, deren Prinzipien dem Grunde nach beibehalten wurden. Die Grundidee des Dublin-Systems ist, dass jeder Antrag einer/eines Asylsuchenden nur einmal inhaltlich geprüft werden soll und der dafür zuständige Mitgliedstaat alsbald festzustehen hat.[462] Die Zuständigkeit für die inhaltliche Prüfung des Antrags auf internationalen Schutz richtet sich nach den Kriterien der Art 7 bis 15 Dublin III-VO.[463] Spezifische Verfahrensbestimmungen regeln die Stellung der Gesuche vom ersuchenden Staat wie auch der Antwort des ersuchten Staates.

---

[457] Art 3 Freizügigkeits-RL.
[458] Kapitel VI Freizügigkeits-RL (insbesondere Art 28 - Schutz vor Ausweisung).
[459] Vgl Ausweisung nach § 66 FPG und Aufenthaltsverbot nach § 67 FPG.
[460] Titel der Dublin III-VO.
[461] Art 1 iVm Art 2 lit c Dublin III-VO; EuGH 05.04.2017, C-36/17 (Ahmed); *Filzwieser*/*Sprung*, Dublin III-VO 77.
[462] *Peers*, ERA Forum 2014, 486 ff.
[463] Art 3 Dublin III-VO.

Hervorzuheben ist auch das komplexe System an Fristen, deren Ablauf vielfach den Übergang der Zuständigkeit auf einen Staat ex lege zur Folge hat.[464] Die Dublin III-VO sieht insofern eine gewisse Stärkung der Position der Antragsteller/innen vor, als einzelne Garantien – wie das Recht auf Information, das persönliche Gespräch[465], Garantien hinsichtlich der Zustellung der Überstellungsentscheidung[466] und hinsichtlich des Rechtsmittels[467] – festgeschrieben wurden. Eine Stärkung grundrechtlicher Positionen findet sich mit der expliziten Erwähnung des Kindeswohlvorrangs und der Achtung der Familieneinheit.[468]

Der VO liegt die Vorannahme zugrunde, dass in jedem Mitgliedstaat die Grund- und Menschenrechte schutzsuchender Personen gewahrt werden.[469] Dies fand dem Grunde nach auch in der herrschenden Judikatur des EuGH zur Dublin II-VO seine Bestätigung.[470] Eine Überstellung ist allerdings dann nicht (mehr) zulässig, wenn aufgrund systemischer Mängel im Asylverfahren und/oder in den Aufnahmebedingungen des ersuchten Mitgliedstaates die betroffene Person der realen Gefahr einer unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung ausgesetzt wäre.[471] Der EuGH hat dies mittlerweile auch auf jene Fälle erweitert, in denen zwar keine systemischen Mängel im potentiellen (Wieder-)Aufnahmeland vorliegen, aber im Falle einer Überstellung dennoch eine reale Gefahr einer Verletzung des Art 4 GRC, etwa aufgrund schwerer Erkrankung, besteht.[472]

Es ist darauf hinzuweisen, dass hier die Theorie vielfach im Widerspruch mit der gelebten Praxis steht. Obgleich es Anstrengungen in Richtung eines harmonisierten Asylsystems gibt, sind Anerkennungsraten, Aufnahmebedingungen und auch die Einhaltung von Grund- und Menschenrechten in den einzelnen Mitgliedstaaten sehr unterschiedlich.[473] Ein Hauptpunkt der Kritik basiert zudem auf der ungleichen Verteilung von Antragstellern/Antragstellerinnen auf Mitgliedstaaten an den Außengrenzen der EU, so insbesondere Griechenland, Italien und

[464] Art 29 Dublin III-VO.
[465] Art 4 bis 6 Dublin III-VO.
[466] Art 26 Dublin III-VO.
[467] Art 27 Dublin III-VO.
[468] ErwGr 13-17, Art 6, 8 - 11, 16 Dublin III-VO.
[469] *FRA*, Handbuch Asyl 90.
[470] *Filzwieser*/*Sprung*, Dublin III-VO 99 ff.
[471] Art 3 Abs 2, 2. und 3. Satz Dublin III-VO. EuGH 21.12.2011, C-411/10 und C-493/10 (N.S.); EGMR 21.01.2011, 30.696/09 (M.S.S./Belgien und Griechenland). *Fuchs*, DeLuxe 2012, 1 ff; *Morgades-Gil*, Int J Refugee Law 2015, 433 ff.
[472] EuGH 16.02.2017, C-578/16 (C.K.).
[473] *Filzwieser*/*Sprung*, Dublin III-VO 223.

Kroatien.[474] Parallel zu den steigenden Antragszahlen der jüngsten Vergangenheit, u.a. ausgelöst durch den Krieg in Syrien, wurde deutlich, dass auch die im Rahmen der VO angedachten Mechanismen zur Frühwarnung, Vorsorge und Krisenbewältigung keine Wirkung zeigten, zumal sie auch bis dato kein einziges Mal angewandt wurden.[475]

Im Unterschied zu den Vorgängerdokumenten finden sich in der Dublin III-VO erstmals Regelungen zur Haft zum Zwecke der Überstellung.[476] Hierauf sei im Folgenden näher eingegangen.

5.1.1 Haft

Zweck der Haft ist nach Art 28 Abs 2 Dublin III-VO ausschließlich die Sicherstellung des Überstellungsverfahrens, wobei entsprechend einer systematischen Interpretation hierunter sowohl die konkrete Außerlandesschaffung, wie auch das dazugehörige Verfahren zu verstehen sind.[477]

Im Erwägungsgrund Nr. 20 wird als allgemeiner Grundsatz festgelegt, dass die Haft nicht nur deshalb verfügt werden darf, weil die betroffene Person einen Antrag auf internationalen Schutz gestellt hat. Dieser Grundsatz wird nach Art 28 Abs 1 Dublin III-VO dahingehend bekräftigt, dass eine Inhaftnahme, welche ausschließlich auf dem Umstand basiert, dass die Person einem Verfahren nach der Dublin III-VO unterliegt, nicht zulässig ist.[478]

5.1.1.1 Voraussetzungen

Als zentrale Voraussetzung wird ein spezifischer Haftgrund eingeführt, nämlich das Vorliegen einer erheblichen Fluchtgefahr. Da die Dublin III-VO keine weiteren Gründe vorsieht, stellt dies im Lichte des Determinierungsgebots und Willkürverbots nach Art 6 GRC (unter Heranziehung der Judikatur des EGMR zu Art 5 EMRK) den einzigen Grund dar, um eine Person im Rahmen eines Überstellungsverfahrens zu inhaftieren.[479]

---

[474] *ECRE*, Dublin Regulation.
[475] Art 33 Dublin III-VO. *Peers*, ERA Forum 2014, 493 f.
[476] Art 28 Dublin III-VO; *Filzwieser*/*Sprung*, Dublin III-VO 64.
[477] Dies ergibt sich nicht zuletzt aus der Bestimmung selbst, da etwa in Abs 3 auf die Stellung eines (Wieder-) Aufnahmegesuchs Bezug genommen wird, was ansonsten widersinnig wäre. Hierzu gleichlautend: *Filzwieser*/*Sprung*, Dublin III-VO 223.
[478] *Peers*, ERA Forum 2014, 491 f.
[479] Vgl hierzu ausführlich Punkt 4.1.4.1.

Die Auslegung des Begriffs der Fluchtgefahr beschäftigte nicht nur nationale Gerichte[480], sondern war mittlerweile auch Gegenstand einer Entscheidung des EuGH[481]. Art 2 n Dublin III-VO beinhaltet eine sehr vage und unspezifische Legaldefinition der Fluchtgefahr, welche wie folgt lautet: „das Vorliegen von Gründen im Einzelfall, die auf objektiven gesetzlich festgelegten Kriterien beruhen und zu der Annahme Anlass geben, dass sich ein Antragsteller, ein Drittstaatsangehöriger oder Staatenloser, gegen den ein Überstellungsverfahren läuft, diesem Verfahren möglicherweise durch Flucht entziehen könnte".[482]

Da sich in der VO keine Kriterien hinsichtlich des Vorliegens von Fluchtgefahr wiederfinden und die VO explizit auf das innerstaatliche Recht verweist, sind entsprechende objektive und gesetzlich festgelegte Kriterien von den einzelnen Mitgliedstaaten zu erlassen.[483] Der EuGH bekräftigt in der bereits angeführten Entscheidung weiters, dass im Lichte einer grundrechtskonformen Interpretation jene Kriterien in einer zwingenden Vorschrift mit allgemeiner Geltung festzulegen sind. Nicht zulässig ist demnach, dass hinsichtlich der Auslegung der Fluchtgefahr auf eine bestehende Verwaltungs- bzw. Gerichtspraxis zurückgegriffen wird.[484]

Der Auftrag an den nationalen Gesetzgeber, die in der unmittelbar anzuwendenden VO bestimmten Voraussetzung zu konkretisieren, stellt eine Ausnahme von dem unionsrechtlichen Verbot dar, Verordnungen durch Gesetze zu präzisieren.[485]

Eine Inhaftnahme kann zudem nur dann rechtmäßig sein, wenn die vorliegende Fluchtgefahr auch erheblich ist. Es werden somit strengere Voraussetzungen an eine Inhaftnahme nach der Dublin III-VO als nach der Rückführungs-RL gestellt, welche lediglich das Vorliegen einer einfachen Fluchtgefahr verlangt. Dies ist im Sinne der verschiedenen Stadien des Verfahrens durchaus konsequent.[486]

Durch die Verlagerung der diesbezüglichen Regelungen in die nationalen Vorschriften ist davon auszugehen, dass nicht nur die Fluchtgefahr, sondern ebenso die Erheblichkeit in den einzelnen Mitgliedstaaten sehr unterschiedlich geregelt bzw. ausgelegt werden. Dies ist

---

[480] Dt. Bundesgerichtshof 26.06.2014, V ZB 31/14; für viele: VwGH 19.02.2015, Ro 2014/21/0075.
[481] EuGH 15.03.2017, C-528/15 (Al Chodor).
[482] Art 2 lit n Dublin III-VO.
[483] *Filzwieser*/*Sprung*, Dublin III-VO 94.
[484] EuGH 15.03.2017, C-528/15 (Al Chodor).
[485] Art 288 Abs 2 AEUV; EuGH 14.04.2011, C-42/10, C-45/10 und C-57/10 (Vlaamse Dierenartsenvereniging und Janssens); 15.6.1964, Rs C-6/64 (Costa gegen Enel).
[486] Vgl Punkt 5.3.1.2.

angesichts der Bestrebung des europäischen Gesetzgebers, Asylverfahren zu harmonisieren, nicht ganz nachvollziehbar. Hinsichtlich der Regelung bzw. Auslegung im österreichischen Rechtssystem darf an dieser Stelle auf Kapitel 6.4 verwiesen werden.

Als weitere grundlegende Voraussetzungen hält die Dublin III-VO fest, dass die Haft jeweils nur nach einer Einzelfallprüfung angeordnet werden darf und nur dann wenn sie verhältnismäßig und notwendig iSd Ultima Ratio-Prinzips ist.[487]

5.1.1.2 Fristen

Bereits ganz grundsätzlich darf die Haft laut Dublin III-VO jeweils nur „so kurz wie möglich" andauern, wobei das diesbezügliche Verfahren stets mit besonderer Sorgfalt zu führen ist.[488]
In Art 28 finden sich leges speciales zu den allgemeinen Fristen der Dublin III-VO. So heißt es zunächst, dass sich die allgemeine Frist zur Stellung eines (Wieder-)Aufnahmegesuchs von drei Monaten auf ein Monat ab Antragstellung verkürzt. Der ersuchte Mitgliedstaat hat wiederum nur zwei Wochen (statt zwei Monaten) Zeit, auf das Gesuch zu antworten, nach Ablauf dieser Frist gilt die Zustimmung als fingiert. Der dritte Unterabsatz sieht vor, dass die Überstellungsfrist von sechs Monaten auf sechs Wochen ab Annahme des Gesuchs bzw. von dem Zeitpunkt an, ab welchem dem Rechtsbehelf nach Art 27 Abs 3 Dublin III-VO keine aufschiebende Wirkung mehr zukommt und sobald die Überstellung praktisch auch möglich ist, verkürzt wird. Im Falle eines Fristversäumnisses ist die inhaftierte Person unmittelbar aus der Haft zu entlassen. Weitere Auswirkungen für den ersuchenden Staat, etwa im Hinblick auf einen impliziten Zuständigkeitsübergang, sind mit dem Wortlaut der Bestimmung letztlich nicht vereinbar.[489]

Besonders kritisch im Hinblick auf ein mit der gebotenen Sorgfalt zu führendes Verfahren ist die Verkürzung der Zustimmungsfiktion infolge von Verfristung auf zwei Wochen zu beachten, da eine Überprüfung innerhalb dieser verkürzten (und nicht verlängerbaren) Zeit für den ersuchten Mitgliedstaat praktisch nur schwer möglich ist.[490]

---

[487] Art 28 Abs 2 Dublin III-VO; auch nach Art 6 GRC.
[488] Art 28 Abs 3 Dublin III-VO.
[489] Art 28 Abs 3 letzter Satz Dublin III-VO; *Hruschka*, ERA Forum 2014, 480.
[490] *Pro Asyl*, EU-Asyl-Paket.

Problematisch erscheint zudem, dass Abs 3 keine Höchstgrenzen vorsieht, sondern die Festgenommenen nur in den taxativ aufgezählten Fällen von Fristversäumnissen aus der Haft zu entlassen sind. Die VO enthält zum Beispiel keine Höchsthaftdauer im Falle, dass einem Rechtsmittel gegen eine Überstellungsentscheidung die aufschiebende Wirkung zuerkannt wurde. Angesichts der unmittelbaren Anwendbarkeit der Dublin III-VO ist eine Anwendung von Höchstgrenzen hinsichtlich sonstiger Abschiebungskonstellationen grundsätzlich zu verneinen, sodass es im Einzelfall entgegen der Intention des europäischen Gesetzgebers zu einer Verschlechterung der Rechtsposition der/des Inhaftierten kommen kann.[491] Allerdings ist zu beachten, dass als maßgebliche Erwägung der Dublin III-VO der Schutz der persönlichen Freiheit von in Haft genommenen Personen gilt. Im Sinne einer grundrechtskonformen Interpretation ist angesichts des Fehlens einer entsprechenden Regelung davon auszugehen, dass sie im Falle der Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung umgehend zu enthaften sind.

Der Vollständigkeit halber ist darauf hinzuweisen, dass im Falle des Zuständigkeitsübergangs (etwa wegen Fristablaufs ex lege), bzw. sofern sich der ersuchende Staat für zuständig erklärt oder eine Überstellung aus sonstigen Gründen nicht möglich ist, die Haft wegen Wegfalls des Überstellungsverfahrens als Haftzweck umgehend zu beenden ist.[492]

5.1.1.3 Garantien

Die Erwägungen nehmen explizit auf das Prinzip der Verhältnismäßigkeit und der Erforderlichkeit Bezug. Weiters findet sich im Erwägungsgrund Nr. 20 ein expliziter Hinweis auf Art 31 GFK, welcher Flüchtlinge, die sich nicht rechtmäßig im Aufnahmeland aufhalten, vor Strafen im Zusammenhang mit dem unrechtmäßigen Aufenthalt schützt.[493]

Art 28 Abs 4 verweist hinsichtlich Haftbedingungen und Garantien für in Haft befindliche Personen auf Art 9, 10 und 11 Aufnahme-RL. Die unter Punkt 5.2.1 angeführten Erwägungen sind somit auch auf Verfahren nach der Dublin III-VO anzuwenden. Durch den Verweis auf die RL sind die jeweiligen Bestimmungen im Rahmen von Verfahren nach der Dublin III-VO zudem unmittelbar anzuwenden.[494]

---

[491] Vgl hierzu auch kritisch *Filzwieser*/*Sprung*, Dublin III-VO 224.
[492] Art 28 Abs 1 Dublin III-VO.
[493] Zur Auslegung und Reichweite des Art 31 GFK vgl etwa: *UNHCR*, Stellungnahme zu Art 31 Abs 1 GFK.
[494] *Hruschka*, ERA Forum 2014, 481. Dies deckt sich auch mit den in ErwGr 20 angeführten Grundlagen, die explizit auf die Aufnahme-RL verweisen.

5.2 Aufnahme-Richtlinie

Die Aufnahme-RL[495] gilt für alle Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen, die einen Antrag auf internationalen Schutz gestellt haben, über welchen noch nicht endgültig entschieden wurde, solange sie als Antragsteller/innen iSd Art 2 lit b Aufnahme-RL im Aufnahmestaat verbleiben dürfen.[496]

Die gegenständliche RL war als Nachfolgerin der Aufnahme-RL 2003/9/EG bis zum 20.07.2015 umzusetzen. Erklärte Ziele der Neufassung waren zum einen, die Aufnahmebedingungen von Schutzsuchenden zu verbessern und zum anderen, diese Standards innerhalb der EU zu harmonisieren.[497] In diesem Sinne sieht die RL spezifische Regelungen zum Zugang zu entsprechender Unterbringung, zu Verpflegung, medizinischer Kernversorgung, Bildung und in einem eingeschränkten Maße zu Arbeit vor.[498] Neben allgemeinen Garantien für die Aufnahme von Schutzsuchenden sind ebenso konkrete Bestimmungen zur Identifizierung, zum Schutz und zum Zugang zu therapeutischer und medizinischer Versorgung für vulnerable Personen vorgesehen. Hierunter fallen Personen mit besonderen Bedürfnissen, begleitete und unbegleitete Minderjährige, wie auch Opfer von Folter und Gewalt.[499]
Zu beachten ist, dass günstigere nationalstaatliche Bestimmungen explizit – sofern sie mit der RL vereinbar sind – erlassen bzw. auch beibehalten werden können.[500]

Ein Hauptschwerpunkt der Aufnahme-RL, und zwar im Gegensatz zur Vorgängerrichtlinie, gilt der Inhaftierung von Asylsuchenden, worauf im Folgenden fokussiert werden soll.

---

[495] Es ist in diesem Zusammenhang auf die vielfach anhängigen Vertragsverletzungsverfahren betreffend der mangelhaften Umsetzung der Aufnahme-RL zu verweisen, welche verdeutlichen, dass das Ziel eines harmonisierten europäischen Asylsystems mit gleichen Bedingungen, Garantien und Standards in weiter Ferne ist (*Europäische Kommission*, Vertragsverletzungsverfahren).
[496] Art 3 Abs 1 Aufnahme-RL.
[497] *Europäische Kommission*, Vorschlag Aufnahme-RL Neufassung 4.
[498] Art 12 bis 19 Aufnahme-RL. Hierzu ausführlich: *EASO*, guidance on reception conditions.
[499] Art 21 bis 25 Aufnahme-RL.
[500] Art 4 Aufnahme-RL.

5.2.1 Haft

Laut der Legaldefinition des Art 2 lit h Aufnahme-RL ist unter Haft „die räumliche Beschränkung eines Antragstellers durch einen Mitgliedstaat auf einen bestimmten Ort, an dem der Antragsteller keine Bewegungsfreiheit hat“ zu verstehen. Ähnlich dem PersFrG[501] und im Unterschied zu Art 5 EMRK[502] fokussiert die Aufnahme-RL somit auf die Allseitigkeit der Bewegungsbeschränkung.

In der RL werden die Voraussetzungen für die Inhaftierung von Personen, die einen Antrag auf internationalen Schutz gestellt haben, geregelt.[503] Des Weiteren enthält die RL diverse Garantien für das Verfahren (insbesondere im Hinblick auf die Überprüfung der Haft)[504] und die Bedingungen der Inhaftierung[505]. Entsprechend dem Fokus findet sich zudem eine eigene Bestimmung hinsichtlich der Zulässigkeit der Haft für vulnerable Personengruppen.[506]

Die Bestimmungen sind im nationalen Recht umzusetzen, wobei aufgrund der Bestimmtheit einzelner Regelungen eine unmittelbare Anwendbarkeit im Einzelfall bei fehlender fristgerechter Umsetzung durchaus anzunehmen ist.[507]

5.2.1.1 Anwendungsbereich

Sowohl Art 8 Aufnahme-RL wie auch die ErwGr der Aufnahme-RL legen übereinstimmend fest, dass Personen nicht alleine aufgrund ihrer Antragstellung auf internationalen Schutz in Haft genommen werden dürfen. Durch einen expliziten Verweis auf die Verfahrens-RL in Art 8 Abs 1 2. Satz Aufnahme-RL richtet sich der persönliche und sachliche Anwendungsbereich nach der weiter gefassten Legaldefinition des Art 2 lit c iVm lit e Verfahrens-RL. Folglich sind nicht nur zum Aufenthalt berechtigte Antragsteller/innen[508] von diesem generellen Grundsatz umfasst, sondern ebenso Personen im Rechtsmittelverfahren – und zwar unabhängig davon, ob dem Rechtsbehelf aufschiebende Wirkung zukommt. Im Sinne einer systematischen Interpretation sind ebenso die damit verbundenen Voraussetzungen der Inhaftnahme wie auch die entsprechenden Bedingungen auf diese erweiterte Personengruppe anzuwenden. Diese Rechtsansicht findet ihre Bestätigung auch durch den direkten Verweis

[501] *Kopetzki,* PersFrG Art 1 Rz 24.
[502] *Tschohl*, Freiheit 135 f; *Grabenwarter*/*Pabel*, EMRK 191.
[503] Art 8 Aufnahme-RL.
[504] Art 9 Aufnahme-RL.
[505] Art 10 Aufnahme-RL.
[506] Art 11 Aufnahme-RL.
[507] *Frenz*, Rechtsschutz 316 ff.
[508] Art 3 Abs 1 Aufnahme-RL.

auf die Aufnahme-RL in Art 26 Verfahrens-RL, welcher – wie bereits angeführt – auf die Gründe, Bedingungen und Garantien wie auch die rasche gerichtliche Überprüfung verweist und diese Rechte auch im Anwendungsbereich der Verfahrens-RL garantiert.
Der Vollständigkeit halber darf bereits an dieser Stelle darauf hingewiesen werden, dass aufgrund der Möglichkeit, Personen ohne Aufenthaltsrecht (wie auch ohne faktischen Abschiebeschutz) auch tatsächlich rückzuführen, zudem eine teils größere Nähe zur Rückführungs-RL besteht.[509]

Wird im Folgenden von Antragstellern/Antragstellerinnen gesprochen, sind sämtliche Personen umfasst, über deren Antrag auf internationalen Schutz noch nicht rechtskräftig negativ entschieden wurde –und zwar unabhängig ihres Aufenthaltsrechtes.

5.2.1.2 Voraussetzungen

Bereits in den Erwägungsgründen der Aufnahme-RL werden einzelne zentrale Grundsätze, die bei der Inhaftierung von Asylsuchenden zu beachten sind, ausgeführt. So darf diese nur im Ausnahmefall und nur entsprechend den Prinzipien der Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit der Maßnahme erfolgen.[510] Des Weiteren wird der Grundsatz der Ultima Ratio als eigener Erwägungsgrund bekräftigt.[511]
Diese Prinzipien werden in Art 8 Abs 1 und 2 der RL bestätigt und dahingehend spezifiziert, dass die Haft ausschließlich in Folge einer mit der gebotenen Sorgfalt durchzuführenden Einzelfallprüfung angeordnet werden darf und dies nur dann, wenn weniger einschneidende Maßnahmen nicht ausreichen würden. Als Alternativen zur Haft schlägt die Aufnahme-RL exemplarisch „Meldeauflagen, die Hinterlegung einer finanziellen Sicherheit oder die Pflicht, sich an einem zugewiesenen Ort aufzuhalten“[512] vor. Entsprechende Alternativen sind von den Mitgliedstaaten gesetzlich vorzusehen.

Die Aufnahme-RL sieht einen abschließenden Katalog an Gründen vor, aus welchen Haft gegen Antragsteller/innen angeordnet werden darf. Die einzelnen Haftgründe sind im einzelstaatlichen Recht auszuführen.[513] Nicht zuletzt aufgrund des Verweises auf das

[509] Vgl hierzu Kapitel 5.3.1.1.
[510] ErwGr 15 Aufnahme-RL.
[511] ErwGr 20 Aufnahme-RL.
[512] Art 8 Abs 4 Aufnahme-RL.
[513] Art 8 Abs 3 letzter Satz Aufnahme-RL.

innerstaatliche Rechtssystem, ist eine unmittelbare Anwendbarkeit der Haftgründe mangels fristgerechter Umsetzung der RL nach dem Wortlaut ausgeschlossen. Eine unmittelbare Anwendung wäre allerdings bereits im Hinblick auf die grundrechtliche Voraussetzung, dass Haft nur aufgrund eines Gesetzes angeordnet werden darf, als unzulässig zu qualifizieren.

Nach Art 8 Abs 3 Aufnahme-RL darf Haft über Asylsuchende somit in folgenden Fällen angeordnet werden:

a. zur Feststellung bzw. Überprüfung der Identität bzw. Staatsangehörigkeit;
b. zur Sicherung von Beweisen für das Asylverfahren insbesondere bei Bestehen von Fluchtgefahr;
c. zur Entscheidung im Rahmen eines Verfahrens über das Recht auf Einreise in das Hoheitsgebiet;
d. im Falle der Inhaftnahme im Rahmen eines Rückführungsverfahrens, wenn die Antragstellung nachweislich der Verhinderung oder Verzögerung der Vollstreckung einer Rückkehrentscheidung dient und der/die Antragsteller/in bereits Zugang zu einem Asylverfahren hatte;
e. aus Gründen der nationalen Sicherheit oder der öffentlichen Ordnung;
f. bei Vorliegen der Voraussetzungen nach Art 28 Dublin III-VO.

Dieser Katalog ist auf erhebliche Kritik gestoßen, da die Befürchtung im Raum stand, dass die Kriterien zu weit gefasst sind und somit Tür und Tor zur massenweisen Inhaftierung von Asylsuchenden eröffnen würden.[514]

Soweit ersichtlich, hat sich die Rechtslehre – zumindest im deutsch- und englischsprachigen Raum – mit den einzelnen nach Art 8 Abs 3 Aufnahme-RL angeführten Fällen (noch) nicht auseinandergesetzt. Im Folgenden wird auf einzelne Haftgründe eingegangen, wobei zur Auslegung auf grundrechtliche Erwägungen insbesondere nach Art 6 GRC (iVm Art 5 EMRK) zurückgegriffen wird.[515]

[514] *Buttersack*, MiGazin 2013.

[515] Vgl hierzu auch EuGH 31.03.2013, C−12/11 (McDonagh); 19.09.2013, C−579/12 RX-II (Überprüfung Kommission/Strack).

Feststellung und/oder Überprüfung der Identität bzw. Staatsangehörigkeit

Gerade im Anwendungsbereich des ersten Falles stellt sich die Frage, unter welchen Haftgrund des Art 5 Abs 1 lit a bis f EMRK dieser Fall zu subsumieren ist. Wie unter Punkt 4.1.3 bereits dargelegt, ist eine kurzfristige Anhaltung zur Identitätsfeststellung in der Regel nicht vom Schutzbereich des Art 5 EMRK umfasst, zumal dieser Maßnahme die Intentionalität bzw. die Intensität des Freiheitsentzuges fehlt.[516]

Anders gestaltet es sich, wenn die Haft über einen längeren Zeitraum andauert. In einem solchen Fall könnte die Haft etwa zur „Erzwingung der Erfüllung einer durch das Gesetz vorgeschriebenen Verpflichtung“[517] als rechtmäßig angesehen werden. Allerdings bedarf es für diesen Anwendungsfall einer gesetzlich vorgesehenen Verpflichtung, dass bei Nichtbefolgung Haft zur Erfüllung dieser konkreten Pflicht angeordnet werden kann.[518] Sobald die betroffene Person dieser Verpflichtung nachgekommen ist, ist sie umgehend zu entlassen.[519]

Die Festnahme und Haft zu diesem Zweck wird somit idR von Art 5 Abs 1 lit b EMRK gedeckt sein.[520] Da es sich aber bei den betroffenen Personen um Asylsuchende handelt, welche im Zuge ihrer Antragstellung in aller Regel sowohl einen Namen wie auch eine Staatsbürgerschaft angeben, erscheint das Anwendungsfeld – außer für sehr kurz andauernde Anhaltungen – marginal. Jedenfalls nicht gedeckt ist der vage Verdacht falscher Angaben, etwa auch zur strafgerichtlichen Verfolgung.[521] Dies würde anderen grundrechtlichen Dispositionen unterliegen. Jedenfalls kann aus der allgemeinen Pflicht, die Wahrheit zu sagen, keine den grundrechtlichen Anforderungen entsprechende Konkretisierung einer gesetzlichen Verpflichtung abgeleitet werden.

Sicherung von Beweismitteln

Ähnliche Überlegungen sind im Rahmen des zweiten Haftgrundes anzustellen. So steht einer kurzen Anhaltung zur Personendurchsuchung und Sicherstellung von Beweismitteln das Grundrecht in aller Regel nicht entgegen. Die Verpflichtung muss jedoch konkret und spezifisch gesetzlich vorgesehen sein bzw. explizit benannt werden, um in Art 5 Abs 1 lit b

---

[516] *Grabenwarter*/*Pabel*, EMRK 191; EGMR 24.01.2012, 61.485/2008 (Brega ua./Moldavien); 21.06.2011, 30.195/2009 (Shimovolos/Russland).
[517] Art 5 Abs 1 lit b EMRK.
[518] *Grabenwarter*/*Pabel*, EMRK 191.
[519] EKMR 18.03.1981, 8022/1977, 8025/1977 und 8027/1977 (Mc Veigh, O’Neill und Evans/UK).
[520] EGMR 04.11.2003, 47.244/1999 (Novotka/Slowakei); 25.09.2003, 52.792/1999 (Vasileva/Denmark).
[521] Hierzu auch ErwGr 17 Aufnahme-RL.

EMRK ihre Deckung zu finden. Eine allgemeine und unbestimmte Pflicht zur Herausgabe von Beweismitteln kann dieser Anforderung nicht genügen.

Zu prüfen ist weiters, ob dieser Haftgrund unter den Tatbestand des Art 5 Abs 1 lit f EMRK zu subsumieren ist. Dies könnte im Anwendungsbereich der Rückführungs-RL durchaus zu bejahen sein, sofern die Erhebung von Beweismitteln dem Zweck der Abschiebung bei Vorliegen sämtlicher weiterer Voraussetzungen dient. Im Anwendungsbereich der Aufnahme-RL haben diese Aspekte – abgesehen von Art 8 Abs 3 lit d Aufnahme-RL – keine Bedeutung. Zu prüfen ist außerdem, ob diese Maßnahme der Verhinderung des unberechtigten Eindringens in das Staatsgebiet dienen könnte. Dies erscheint jedoch angesichts eines eigenen diesbezüglichen Tatbestandes nach Art 8 Abs 3 lit c der RL widersinnig und damit ebenso wenig gedeckt.

Gerade auch im Hinblick auf das Verhältnismäßigkeitsgebot ist bei der Inhaftnahme eines Asylsuchenden zur Sicherung von Beweismitteln ein sehr strenger Maßstab anzulegen. Dies wird auch dadurch verdeutlicht, als die RL verlangt, dass für die Anwendung dieses Haftgrundes Fluchtgefahr bestehen muss. Mangels eigener Regelung ist auf die Legaldefinition nach Art 3 Z 7 Rückführungs-RL bzw. Art 2 lit n Dublin III-VO zurückzugreifen, welche die einzelnen Mitgliedstaaten zur Festlegung objektiver gesetzlicher Regelungen verpflichten. Eine abschließende Beurteilung kann somit nur unter Berücksichtigung der nationalstaatlichen Regelungen erfolgen.

Zusammenfassend ist festzustellen, dass auch in diesem Anwendungsfall eine Anhaltung von Asylwerber/innen zur Durchsuchung meist nur innerhalb der engen Grenzen des Art 5 Abs 1 lit b EMRK zulässig ist.

Recht auf Einreise

Dieser Tatbestand bezieht sich offensichtlich auf Art 5 Abs 1 lit f EMRK, wobei diesbezüglich nicht nur die Hinderung der Einreise umfasst erscheint, sondern ebenso die Freiheitsentziehung zum Zwecke der Ausweisung. In Österreich kommt diesem Tatbestand insbesondere im Hinblick auf die Verwaltungsverwahrungshaft im Zusammenhang mit der Zurückschiebung und -weisung durch die LPD Relevanz zu.

Außerdem ist anzunehmen, dass sich dieser Eingriffstatbestand auf Antragstellungen in Transitbereichen, wie etwa in Flughäfen, bezieht. Wie der EGMR festgestellt hat, greift die Anhaltung im Transitbereich eines Flughafens in das Grundrecht auf persönliche Freiheit einer/eines Asylsuchenden ein. Eine Verletzung wurde dahingehend festgestellt, als der Freiheitsentzug weder einer gerichtlichen Kontrolle unterlag, noch Zugang zu Unterstützungsleistungen gewährt wurde.[522]

Hierauf nimmt dieser Tatbestand Bezug und garantiert sämtlichen Personen, auch in zumeist verkürzten Flughafenverfahren, den vollen Zugang zu den Garantien der RL.

Asylsuchende in Rückführungsverfahren

Der in Rede stehende Tatbestand ist als Resultat der Entscheidung des EuGH hinsichtlich der fehlenden Anwendbarkeit der Rückführungs-RL auf Asylwerber/innen zu verstehen. Der EuGH hatte sich im Kontext der Aufnahme-RL aF mit der Vorlagefrage auseinanderzusetzen, ob die Rückführungs-RL und damit deren Haftregelungen auf Drittstaatsangehörige, die um internationalen Schutz angesucht haben, Anwendung finden. Dies verneinte der EuGH – mit Hinweis auf die Erwägungen der RL – für den Zeitraum zwischen der Antragstellung bis zum Erlass der erstinstanzlichen Entscheidung oder gegebenenfalls bis zur Entscheidung über einen allfälligen Rechtsbehelf gegen diese Entscheidung. Gleichzeitig bejahte der EuGH die Zulässigkeit der Inhaftnahme auf Grundlage der Aufnahme-RL aF, sofern entsprechende Regelungen im nationalstaatlichen Recht die Haft legitimierten.[523]

Der Tatbestand klärt somit, dass ein/e Asylantragsteller/in im Rückkehrverfahren unter Wahrung spezifischer Anforderungen auch nach der Aufnahme-RL in Haft genommen werden darf. In diesem Sinne sieht der Tatbestand vor, dass Asylsuchende aufgrund eines Rückkehrverfahrens nur dann in Haft angehalten werden dürfen, wenn dies der Vorbereitung ihrer Rückführung dient und nach objektiven Kriterien belegt werden kann, dass die Antragstellung maßgeblich dem Zweck diente, die Vollstreckung der Rückkehrentscheidung zu verzögern bzw. zu vereiteln. Jedenfalls muss sichergestellt sein, dass die/der Asylsuchende bereits Zugang zu einem Asylverfahren hatte.[524]

[522] EGMR 25.06.1996, 19.776/1992 (Amuur/Frankreich); vgl hierzu ausführlich: *Kriebaum*, Transitbereich.
[523] EuGH 30.05.2013, C-534/11 (Mehmet Arslan).
[524] *Brandl*, Jahrbuch Europarecht 2014, 457 und 461 f.

Nationale Sicherheit und öffentlichen Ordnung

Besonders der Freiheitsentzug aus Gründen der nationalen Sicherheit oder der öffentlichen Ordnung ist auf erhebliche Kritik von Menschenrechtsorganisationen gestoßen. Nicht zuletzt, weil dieser als Auffangtatbestand für sämtliche nicht unter die anderen Tatbestände zu subsumierenden Sachverhalte interpretiert wurde.[525] Gerade auch im Hinblick auf die ständige Judikatur des EGMR kann dieser Tatbestand nur ausnahmsweise unter Zugrundelegung eines Haftgrundes nach Art 5 EMRK zur legitimen Begründung einer Inhaftnahme herangezogen werden.[526] Der Eingriffstatbestand stellt somit nur bei Vorliegen eines der Haftgründe, wie etwa eines schwebenden Ausweisungsverfahrens, eine relevante Erwägung dar. Diesem Aspekt kommt eher im Rahmen der Verhältnismäßigkeit Bedeutung zu.

Auf Grundlage eines entsprechenden Vorabentscheidungsverfahrens beschäftigte sich auch der EuGH mit der Frage, ob Art 8 Abs 3 lit e Aufnahme-RL mit den Vorgaben des Art 6 GRC konform ist, insbesondere wenn die Inhaftnahme nicht im Hinblick auf die Abschiebung vorgenommen wurde. Dieser Fall betraf einen Asylsuchenden, welcher bereits wiederholt Freiheitsstrafen aufgrund strafgerichtlicher Verurteilungen verbüßt hatte und im Zuge einer Strafhaft einen Folgeantrag auf internationalen Schutz gestellt hat. Aufgrund einer nationalen Bestimmung, welche sich explizit auf Art 8 Abs 3 lit e Aufnahme-RL bezieht, wurde der Asylwerber umgehend nach Ende der Strafhaft mit Hinweis auf eine mögliche Gefährdung der nationalen Sicherheit abermals in Haft genommen – nun auf Grundlage von Art 8 Abs 3 lit e Aufnahme-RL. Der EuGH erkannte hierin keine Grundrechtsverletzung, zumal diese Vorschrift als legitimer Zweck zu verstehen sei, welcher dem Gemeinwohl diene. In der Begründung stützte sich der EuGH nicht auf das Recht auf Freiheit, sondern vielmehr auf das Recht auf Sicherheit. In der Entscheidung nahm der EuGH in keiner Weise auf die ermächtigenden Haftgründe nach Art 5 Abs 1 lit a - f EMRK (iVM Art 6 GRC) Bezug. Diese (höchstbedenkliche) Argumentation versuchte der EuGH mit dem Hinweis einzugrenzen, dass der Freiheitsentzug stets im Hinblick auf den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und Erforderlichkeit nach einer Einzelfallprüfung zu begründen und zu rechtfertigen sei. Weiters wird auf die einschränkende gerichtseigene Auslegung der nationalen Sicherheit und

[525] *Pro Asyl*, EU-Aufnahme-RL neu.
[526] EGMR 28.10.1998, 23.452/94 (Osman/UK).

öffentlichen Ordnung verwiesen, welche dem Schutz vor willkürlichem Eingriff (vermeintlich) ausreichend Rechnung träge.[527]

Diese Begründung ist nur schwer mit der Judikatur des EGMR in Einklang zu bringen, sodass eine mit der Begründung des EuGH divergierende Entscheidung in Hinkunft durchaus wahrscheinlich erscheint.[528]

Dublin III-VO

Hierbei handelt es sich lediglich um einen Verweis auf die Haft nach Art 28 Dublin III-VO. Diesbezüglich darf auf die unter Punkt 5.1.1 angeführten Erwägungen verwiesen werden. Nicht zuletzt durch die gegenseitige Bezugnahme sind die jeweiligen Mindeststandards auf sämtliche Asylsuchende anzuwenden.

5.2.1.3 Garantien

Art 9 der Aufnahme-RL regelt Garantien, die Antragstellern/Antragstellerinnen in Bezug auf eine etwaige Haft zukommen.

Im Gegensatz zur Rückführungs-RL kennt die Aufnahme-RL keine höchstzulässige Haftdauer. Nach Art 9 Abs 1 Aufnahme-RL heißt es in Übereinstimmung mit den Erwägungsgründen lediglich, dass die Haft nur für den kürzest möglichen Zeitraum aufrechterhalten werden darf. Des Weiteren wird in Unterabsatz 2 explizit auf die – bereits dem Grundrecht immanente – Sorgfaltspflicht Bezug genommen. Durch diese sehr vage Bestimmung obliegt es abermals den Mitgliedstaaten, entsprechende Standards zu generieren.

5.2.1.3.1 Anforderungen an die Anordnung der Haft

Nach Art 9 Abs 2 Aufnahme-RL ist die Haft von einer Justiz- oder Verwaltungsbehörde schriftlich unter Angabe der sachlichen und rechtlichen Gründe anzuordnen. Hiermit soll sichergestellt werden, dass die/der Festgenommene auch zu ihrem/seinem Recht kommt, die Anordnung anzufechten bzw. überprüfen zu lassen. Abs 4 sieht in diesem Sinne explizit vor, dass die Gründe für die Haft nicht nur unverzüglich schriftlich der betroffenen Person zur Kenntnis zu bringen sind, sondern die Person zudem in einer für sie verständlichen Sprache

[527] EuGH 15.02.2016, C-601/15 PPU (J.N.). Auf die Entscheidung wurde bereits im Rahmen der Auslegung des Rechts auf Sicherheit kritisch eingegangen (Kapitel 4.1.3). *Buchholtz*, JuWissBlog 2016.

[528] Vgl hierzu auch das in der Entscheidung des EuGH zitierte Urteil des EGMR 22.09.2015, 62.116/12 (Nabil u.a./Ungarn).

über die Gründe der Haft zu informieren ist. Des Weiteren ist sie über die Möglichkeit der Überprüfung der Anordnung, wie auch der Inanspruchnahme von unentgeltlicher Rechtsberatung und -vertretung, zu informieren.
Der wiederholte Hinweis auf die Verständlichkeit der Sprache führt dazu, dass einem Analphabeten/einer Analphabetin die Anordnung mittels Dolmetschers/Dolmetscherin auch mündlich nahe zu bringen ist. Es liegt der Fokus der Bestimmung somit nicht nur auf der Unverzüglichkeit der schriftlichen Information, sondern ebenso auf deren Verständlichkeit.

Die Anordnung inkl. der dazugehörigen Information muss somit folgende Voraussetzungen erfüllen:

- Schriftliche Anordnung (Art 9 Abs 2 Aufnahme-RL), inkl.:
  - Wiedergabe des entscheidungsrelevanten Sachverhalts
  - Wiedergabe der Rechtsgrundlage
- Anordnung durch Justiz- oder Verwaltungsbehörde (Art 9 Abs 2 Aufnahme-RL)
- Information an den/die Antragsteller/in (Art 9 Abs 4 Aufnahme-RL):
  - schriftlich
  - in einer für die betroffene Person vernünftigerweise anzunehmenden verständlichen Sprache
  - Nennung der sachlichen und rechtlichen Gründe für die Haft
  - Informationen über das Rechtsmittelverfahren
  - Informationen über die Möglichkeit der Inanspruchnahme unentgeltlicher Rechtsberatung und -vertretung.

5.2.1.3.2 Überprüfung der Haft

Die Aufnahme-RL unterscheidet in Bezug auf die Überprüfung der Haft zwei Fälle: jenen der Anordnung durch eine Justiz- und jenen der Anordnung durch eine Verwaltungsbehörde.[529]

Es stellt sich somit zunächst die Frage, was eine Justizbehörde iSd Aufnahme-RL ist. Eine Legaldefinition findet sich im Bereich des europäischen Asyl- und Fremdenrechts nicht. Der EuGH hat sich im Kontext des Art 15 Abs 3 und 6 Rückführungs-RL bereits mit der Frage beschäftigt, welche Kompetenzen der Justizbehörde, die über einen Antrag auf

[529] Art 9 Abs 2 Aufnahme-RL.

Haftverlängerung entscheidet, zukommen müssen. Er kam zu dem Schluss, dass die Justizbehörde jedenfalls in der Lage sein muss, sämtliche zum Entscheidungszeitpunkt relevanten rechtlichen und tatsächlichen Umstände zu berücksichtigen und in jede Richtung (Freilassung, Fortsetzung, gelindere Mittel) ermitteln und entscheiden zu können.[530]

Dies ist ebenso auf die Aufnahme-RL zu übertragen. Die Justizbehörde muss folglich die Möglichkeit haben, in jede Richtung zu ermitteln, sämtliche zum Entscheidungszeitpunkt relevanten tatsächlichen und rechtlichen Elemente zu würdigen und eine in jede Richtung mögliche Entscheidung zu treffen.

Schieffer führt in seinem Kommentar zur Rückführungs-RL zudem an, dass, in Übereinstimmung mit der Judikatur des EGMR (ohne diese explizit zu nennen), der Begriff *Justizbehörde* nicht notwendigerweise die Entscheidung durch eine/n Richter/in oder ein Gericht verlangt. Dennoch bedarf es ähnlicher Strukturen, wie insbesondere der Unparteilichkeit und Unabhängigkeit, wie auch Verfahrensgarantien.[531] Eine abschließende Klärung, welche Strukturen eine Justizbehörde iSd jeweiligen RL vorweisen muss, ist nicht ableitbar.

Hilfsweise sei auf drei Urteile des EuGH vom 10.11.2016 in Bezug auf den europäischen Haftbefehl verwiesen, welcher ebenso von einer Justizbehörde auszustellen ist. In den Entscheidungen wird zunächst klargestellt, dass es im Anwendungsbereich des *Rahmenbeschlusses 2002/584/JI über den Europäischen Haftbefehl und die Übergabeverfahren zwischen den Mitgliedstaaten* (kurz: RB-EHB) einer autonomen und einheitlichen Auslegung des Begriffs der Justizbehörde bedarf, wobei, im Hinblick auf den Anwendungsbereich, nicht nur Richter/innen oder Gerichte eines Mitgliedstaates umfasst sind, sondern darüber hinaus auch jene Behörden, die nach der einzelstaatlichen Rechtsordnung zur Mitwirkung an der Rechtspflege berufen sind (wie etwa die Staatsanwaltschaft). Nicht umfasst ist, entsprechend dem Grundsatz der Gewaltentrennung, die Exekutive.[532]

Für den Anwendungsbereich der Aufnahme-RL bedeutet dies, dass unter Justizbehörde nicht notwendigerweise Gerichte iSd Art 47 Abs 2 GRC zu verstehen sind, sondern sämtliche im justiziellen Bereich nach den einzelstaatlichen Vorschriften vorgesehene Behörden. Da im Anwendungsbereich der RL wiederholt auf die Unterscheidung zwischen Verwaltungs- und

---

[530] EuGH 05.06.2014, C.146/14 PPU (Mahdi).
[531] *Schieffer*, Art 15 Directive 2008/115/EC, 1543.
[532] EuGH 10.11.2016, C-452/16 PPU (Poltorak); C-453/16 PPU (Özçelik); C-477/16 PPU (Kovalkovas).

Justizbehörde verwiesen wird, fällt eine dem administrativen Bereich angehörige Behörde nicht hierunter. Auf Österreich umgelegt, ist das BFA als Verwaltungsbehörde jedenfalls nicht umfasst. Ein Rechtspfleger iSd §13 BVwGG könnte eine entsprechende Entscheidung unter dem Begriff der Justizbehörde wohl treffen.
Allerdings ist auch in diesem Kontext Art 47 GRC zu beachten: so besteht zum einen nach Abs 1 das Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf und zum anderen der Anspruch nach Abs 2, dass die Sache „von einem unabhängigen, unparteiischen und zuvor durch Gesetz errichteten Gericht in einem fairen Verfahren, öffentlich und innerhalb angemessener Frist verhandelt wird.“[533] Somit besteht jedenfalls im Rechtsmittelverfahren ein Anspruch auf Entscheidung durch ein Gericht iSd Art 47 GRC (in Entsprechung des Art 6 EMRK).

Im Falle, dass die Haft von einer Justizbehörde angeordnet wird, sieht die RL keine spezifischen weiteren Bestimmungen zur gerichtlichen Überprüfung der Anordnung der Haft oder auch zur Rechtsberatung und Rechtsvertretung vor. Dies spricht einmal mehr für eine sehr strenge Auslegung des Begriffs der Justizbehörde als Gericht iSd Art 6 EMRK.

Wird die Haft von einer Verwaltungsbehörde angeordnet, ist die Entscheidung entweder von Amts wegen oder zumindest auf Antrag der/des Asylsuchenden einer gerichtlichen Überprüfung zuzuführen. In beiden Fällen ist so schnell wie möglich, dh entweder nach Beginn der Haft oder nach Antrag, über die Rechtmäßigkeit der Haft zu entscheiden. Die RL legt den Mitgliedstaaten die Pflicht auf, zeitliche Fristen für die gerichtliche Überprüfung im einzelstaatlichen Recht vorzusehen. Erweist sich die Haft in Folge der gerichtlichen Überprüfung als unrechtmäßig, ist der/die Antragsteller/in iSd RL umgehend zu entlassen.[534]

Sowohl im Falle der Anordnung durch eine Verwaltungs- wie auch durch eine Justizbehörde ist die Haft in angemessenen Abständen von Amts wegen und/oder auf Antrag zu überprüfen. Bei der Überprüfung ist darauf Bedacht zu nehmen, ob neue Umstände vorliegen bzw. ob die Haft angesichts der Dauer noch verhältnismäßig ist. Diese Überprüfung ist von einer Justizbehörde durchzuführen.[535]

[533] Art 47 Abs 2 GRC.
[534] Art 9 Abs 3 Aufnahme-RL.
[535] Art 9 Abs 5 Aufnahme-RL.

5.2.1.3.3 Rechtsberatung und -vertretung

Ein Fokus der Aufnahme-RL liegt auf der Stärkung der Position des Antragstellers/der Antragstellerin im gerichtlichen Verfahren.[536] Diese soll unter anderem durch die Bereitstellung unentgeltlicher Rechtsberatung und -vertretung gewährleistet werden. Art 9 Abs 4 Aufnahme-RL sieht somit zunächst vor, dass die/der Inhaftierte über die Möglichkeit, unentgeltliche Rechtsberatung und -vertretung in Anspruch nehmen zu können, auch informiert wird. Das konkrete Verfahren für die Inanspruchnahme ist im nationalen Recht der Mitgliedstaaten zu regeln.[537]

Der Mitgliedstaat hat dafür Sorge zu tragen, dass die betroffene Person diese Rechtsberatung und -vertretung auch tatsächlich in Anspruch nehmen kann. Hiervon sind mindestens die Vorbereitung der erforderlichen Verfahrensdokumente und die Teilnahme an der mündlichen Verhandlung im Namen des Antragstellers/der Antragstellerin umfasst.[538]

Die Aufnahme-RL sieht allerdings nicht die verpflichtende Beratung und Vertretung bei Einbringung eines Antrags auf gerichtliche Überprüfung vor. Es muss lediglich gewährleistet werden, dass der/die Rechtsberater/in (und/oder -vertreter/in) Zugang zum Akt bekommt und die/den Rechtsschutzsuchende/n in der Verhandlung zur Überprüfung der Haft vertreten kann, was sich auch klar aus dem Wortlaut „im Namen des Antragstellers“[539] ergibt.[540]

Hinsichtlich der Qualifikation der Rechtsberatung und -vertretung wird zwar zunächst allgemein auf das einzelstaatliche Recht verwiesen, gleichzeitig verlangt die RL, dass die zur Rechtsberatung und -vertretung zugelassene oder befugte Person über eine angemessene Qualifikation verfügen muss und ihre Interessen nicht denen der Antragsteller/innen zuwiderlaufen (könnten).[541]

Im Folgeabsatz wird dem Mitgliedstaat die Möglichkeit eingeräumt, unentgeltliche Rechtsberatung und -vertretung auch nur durch Rechtsbeistand oder sonstige Berater/innen, die nach nationalem Recht zur Unterstützung und Vertretung von Antragstellern/ Antragstellerinnen bestimmt wurden, zu gewährleisten.[542]

---

[536] ErwGr 15 und 35 Aufnahme-RL.
[537] Art 9 Abs 10 Aufnahme-RL.
[538] Art 9 Abs 4 1.Unterabsatz Aufnahme-RL.
[539] Art 9 Abs 7 Aufnahme-RL.
[540] *Stern*, Rechtsberatung neu? 157 ff.
[541] Art 9 Abs 4 2.Unterabsatz Aufnahme-RL.
[542] Art 9 Abs 7 lit b Aufnahme-RL.

Es kann davon ausgegangen werden, dass Rechtsanwälte/Rechtsanwältinnen jedenfalls über die entsprechende Qualifikation verfügen. Der Hinweis nach Art 9 Abs 7 lit b Aufnahme-RL verdeutlicht, dass die RL aber keine Beschränkung auf diesen Stand vorsieht. Aus dem Wortlaut der Bestimmung, welche lediglich von *Rechtsbeistand und sonstigen Berater/innen* spricht, sind auch keinerlei Einschränkungen auf juristisch geschulte Personen herauszulesen. In Zusammenschau mit den Vorgaben des Art 47 Abs 3 GRC bedarf es allerdings eines ausreichenden Komplementärmechanismus, um den Zugang zu einem effektiven Rechtsmittel und zu den Rechten der Aufnahme-RL nicht zu gefährden, sodass gewisse Qualifikationsanforderungen an die Beratung bzw. Vertretung im Sinne einer grundrechtskonformen Interpretation bestehen.[543]

Eine Mindestanforderung sieht Art 9 Abs 6 der RL jedoch vor, so ist eine mögliche Befangenheit der Rechtsberatung und -vertretung unzulässig. Die unspezifische Formulierung lässt offen, was hierunter zu verstehen ist. Da es sich bei der Beratung und Vertretung letztlich um eine zentrale grundrechtliche Garantie handelt, erscheint eine weite Auslegung indiziert. Folglich wäre eine Doppelfunktion als Rechtsberater/in und -vertreter/in in Verfahren zu Haftanordnungen und gleichzeitig als Organ der zur Entscheidung berufenen Behörde oder auch als Mitarbeiter/in einer Rückkehrberatung potentiell dem Interesse der/des Schutzsuchenden zuwiderlaufend und damit nach Art 9 Abs 6 2. Unterabsatz unzulässig. Es sind zwei verschiedene Umsetzungsmöglichkeiten denkbar, so zum einen, dass die konkret bestellte Person etwa wegen Befangenheit abgelehnt werden kann und zum anderen, dass gewisse Doppelfunktionen ganz generell nicht zulässig sind.

Im Weiteren sieht Art 9 der Aufnahme-RL diverse Einschränkungsmöglichkeiten der kostenlosen Rechtsberatung und -vertretung vor. So etwa für den Fall, dass die/der Inhaftierte über ausreichende finanzielle Mittel verfügt.[544] Auch kann der Mitgliedstaat vorsehen, dass die Kosten zurückzuerstatten sind, wenn sich die finanzielle Lage der/des Rechtsschutzsuchenden beträchtlich verbessert oder die unentgeltliche Rechtsberatung und -vertretung aufgrund falscher Angaben gewährt worden ist.[545]

---

[543] VwGH 03.09.2015, Ro 2015/21/0032; 23.02.2017, Ra 2016/21/0152.; EGMR 09.10.1979, 6289/1973 (Airey/ Irland); Erläuterungen zur GRC, ABl. 2007 C 303, 30.
[544] Art 9 Abs 7 lit a Aufnahme-RL.
[545] Art 9 Abs 9 Aufnahme-RL.

Des Weiteren kann der Mitgliedstaat finanzielle und/oder zeitliche Begrenzungen vorsehen, allerdings nur insofern, als damit der Zugang zu Rechtsberatung und -vertretung nicht willkürlich eingeschränkt wird. Zudem besteht die Möglichkeit vorzusehen, dass Antragstellern/Antragstellerinnen in Bezug auf Gebühren wie auch andere Kosten keine günstigere Behandlung zukommt als eigenen Staatsangehörigen in Fragen der Rechtsberatung im Allgemeinen.[546]

5.2.1.4 Haftbedingungen

Art 10 Aufnahme-RL sieht sehr konkrete Bedingungen vor, welche an die Hafteinrichtungen und an die Haft per se gestellt werden. Hervorzuheben ist insbesondere, dass in Haft befindliche Antragsteller/innen – sofern spezielle Einrichtungen bestehen – räumlich getrennt von gewöhnlichen Strafgefangenen unterzubringen sind. Bestehen solche Einrichtungen nicht, so sind sie zumindest im Rahmen der Einrichtung gesondert unterzubringen. Hierbei handelt es sich um eine materielle Voraussetzung, welche an die Haft gestellt wird, und nicht bloß um eine spezifische Durchführungsmodalität.[547] Anders verhält es sich hingegen im Falle der Inhaftnahme von Antragstellern/Antragstellerinnen und sonstigen Drittstaatsangehörigen: diese sind nur „so weit möglich“[548] getrennt unterzubringen, wobei die spezifischen Rechte aus der Aufnahme-RL zugänglich sein müssen.[549]

Abgesehen vom verpflichtenden Zugang der Inhaftierten zu frischer Luft sind keine weiteren Voraussetzungen an die Ausstattung der Hafteinrichtung bzw. die Bedingungen der Haft per se vorgesehen. Die Aufnahme-RL normiert nicht explizit, dass die betroffenen Personen menschlich und unter Achtung der Menschenwürde unterzubringen sind. Grundrechtskonform ist diese Lücke jedoch mit Blick auf Art 1 GRC zu schließen, welche die Würde des Menschen als unantastbar postuliert, die es zu schützen und zu achten gilt.[550] Das Fehlen einer entsprechenden Bestimmung erscheint angesichts der sonstigen Systematik nicht nachvollziehbar.

---

[546] Art 9 Abs 8 Aufnahme-RL.

[547] Vgl hierzu EuGH 17.07.2014, C-473/13 und C-514/13 (Bero); 474/13 (Thi Ly Pham) zu Art 16 Abs 1 Rückführungs-RL.

[548] Art 10 Abs 1 2. Unterabsatz Aufnahme-RL.

[549] Art 10 Abs 1 3. Unterabsatz Aufnahme-RL.

[550] Vgl auch ErwGr 35 Aufnahme-RL: „Sie zielt vor allem darauf ab, die uneingeschränkte Wahrung der Menschenwürde zu gewährleisten und die Anwendung der Artikel 1, 4, 6, 7, 18, 21, 24 und 47 der Charta zu fördern, und muss entsprechend umgesetzt werden.“

Im Weiteren wird ein Recht auf Kontakt und damit der Zugang bestimmter Personengruppen zu dem/der in Haft befindlichen Antragsteller/in garantiert. Hierunter fallen Personen, die den UNHCR vertreten, Familienangehörige, Rechtsbeistände oder Berater/innen und Personen, die vom betreffenden Mitgliedstaat anerkannte einschlägig tätige NGOs vertreten. Die Kontaktmöglichkeit ist in einer Art und Weise zu gewähren, in der die Privatsphäre geschützt ist. Eine Einschränkung des Kontaktes (sowohl des persönlichen wie auch im Zuge der Verbindungsaufnahme) ist nur dann zulässig, wenn diese gesetzlich vorgesehen ist und im Hinblick auf die Sicherheit, öffentliche Ordnung oder die Verwaltung der Hafteinrichtung erforderlich ist. Durch eine solche Einschränkung darf jedoch der Kontakt nicht wesentlich behindert oder verunmöglicht werden.[551]

In Bezug auf die Vertraulichkeit des Gespräches mit dem Rechtsbeistand sind Beschränkungen gerade aus grundrechtlichen Erwägungen nur im Ausnahmefall zulässig.[552] Ebenso ist anzunehmen, dass die fehlende Möglichkeit, einen Familienangehörigen (wie insbesondere ein Kind) zu berühren, im Hinblick auf Art 7 (gegebenenfalls iVm 24 Abs 2) GRC zu einer wesentlichen Behinderung der Privatsphäre und des Kontaktes führt, die angesichts des Wortlauts der Bestimmung unzulässig ist.[553]

Art 10 Abs 5 Aufnahme-RL regelt abschließend das Recht auf Information über Regeln und Pflichten der Hafteinrichtung. Diese müssen in einer Sprache erläutert werden, die der inhaftierten Person auch verständlich ist. Ausnahmen sind nur in begründeten Fällen und nur für die kürzest mögliche Dauer zulässig und dies auch nur dann, wenn sich die Person an einer Grenzstelle oder in einer Transitzone in Haft befindet. Da diese Ausnahmeregelung auf Verfahren an der Grenze nach Art 43 Verfahrens-RL keine Anwendung findet, ist ihr Anwendungsbereich sehr stark beschränkt.

5.2.1.5 Vulnerable Personen

Entsprechend der vorrangigen Erwägung der Aufnahme-RL, vulnerable Personen schnellstmöglich zu identifizieren und entsprechend zu schützen, wurden auch in Bezug auf die Haftbedingungen und -voraussetzungen spezifische Schutzbestimmungen vorgesehen.

[551] Art 10 Abs 3 und 4 Aufnahme-RL.

[552] Art 6 GRC (iVm Art 5 Abs 4 EMRK) und Art 47 Abs 2 GRC; vgl auch EGMR 13.03.2007, 23.393/05 (Castravet/Moldawien).

[553] Vgl zu einer Verletzung des Art 8 EMRK im Zusammenhang mit Besuchen Familienangehöriger in Gefängnissen und unzulässigen Beschränkungen auch: EGMR 30.06.2015, 41.418/04 (Khoroshenko/Russland).

Zum einen haben die nationalen Behörden stets und vorrangig auf die Gesundheit der in Haft befindlichen Antragsteller/innen zu achten und diese entsprechend zu wahren. Dem ist etwa durch regelmäßige Überprüfungen und Unterstützungsleistungen Rechnung zu tragen.[554] Obwohl die RL keine spezifischen Vorgaben enthält, welche Maßnahmen zu treffen sind, ist in Zusammenschau mit den sonstigen Bestimmungen der RL davon auszugehen, dass hierunter medizinische Überprüfungen wie auch therapeutische bzw. geeignete psychologische Betreuung und qualifizierte Beratung zu subsumieren sind.[555]

Des Weiteren sind Frauen in der Regel getrennt von Männern unterzubringen, sofern es sich nicht um Familienangehörige handelt, welche der gemeinsamen Unterbringung auch zugestimmt haben. Generelle Ausnahmen sind nur im Hinblick auf allgemeine Fazilitäten zulässig.[556]

Abgesehen von Abs 1, 5 und 6 leg cit beziehen sich die restlichen Bestimmungen von Art 11 auf die Inhaftnahme von begleiteten oder unbegleiteten Minderjährigen. So wird, in Ergänzung des allgemeinen Ultima Ratio-Prinzips, bekräftigt, dass Minderjährige nur in absoluten Ausnahmefällen und nur für die kürzest mögliche Dauer in Haft genommen werden dürfen; wobei für unbegleitete Minderjährige ein darüber hinausgehender, noch strengerer Maßstab anzulegen ist. In jedem Fall hat das Kindeswohl stets als vorrangige Erwägung in einer Anordnung Berücksichtigung zu finden.[557]
Des Weiteren ist für inhaftierte Minderjährige Zugang zu Freizeitbeschäftigungen zu gewährleisten, worunter altersgerechte Spiel- und Erholungsmöglichkeiten zählen.[558] Einen Zugang zu Bildungsmaßnahmen während der Haft sieht die RL allerdings nicht vor.
Unbegleitete Minderjährige sind zudem getrennt von Erwachsenen und jedenfalls nicht in gewöhnlichen Haftanstalten unterzubringen. Zudem sind nicht nur die Räumlichkeiten entsprechend den altersgemäßen Bedürfnissen zu gestalten, sondern hat auch das Personal dementsprechenden Anforderungen zu genügen.[559]

---

[554] Art 11 Abs 1 Aufnahme-RL.
[555] Vgl etwa Art 19 Abs 2 Aufnahme-RL. *FRA*, Handbuch Asyl 181 ff.
[556] Art 11 Abs 5 Aufnahme-RL.
[557] Art 11 Abs 2 und 3 1.Unterabsatz Aufnahme-RL.
[558] Art 11 Abs 2 3.Unterabsatz Aufnahme-RL.
[559] Art 11 Abs 3 2. und 3. Unterabsatz Aufnahme-RL. *FRA*, Handbuch Asyl 187 f.

5.3 Rückführungs-RL

Die Rückführungs-RL regelt den Vollzug von Aufenthaltsbeendigungen illegal aufhältiger Drittstaatsangehöriger und damit einhergehenden Maßnahmen. Ähnlich den bisher besprochenen Rechtsakten war erklärtes Ziel dieser RL die Harmonisierung und Standardisierung von Verfahren, diesmal im Bereich der Rückführung. Die Kompetenz zur Erlassung der RL basiert auf Art 63 Abs 1 Z 3 lit b EGV (nunmehr Art 79 Abs 2 lit c AEUV), welcher die Einführung von Maßnahmen zur Verhinderung des illegalen Aufenthaltes, einschließlich der Abschiebung und Rückführung von Personen, die sich illegal in einem Mitgliedstaat aufhalten, erlaubt.[560] Die RL war von den einzelnen Mitgliedstaaten bis zum 24.12.2010 umzusetzen.[561]

Da es sich vielfach um Mindeststandards handelt, ist der Gestaltungsspielraum für den nationalen Gesetzgeber nach unten hin relativ gering. Gleichzeitig wird – abermals ähnlich der Aufnahme-RL – explizit ein Günstigkeitsprinzip vorgesehen, welches den Staaten die Möglichkeit einräumt, für die Betroffenen günstigere Regelungen zu erlassen bzw. beizubehalten.[562] Im Anhang zur Rückführungs-RL wurde darüber hinaus eine Erklärung des Rates aufgenommen, nach der die RL „nicht dazu herangezogen werden darf, die Annahme ungünstigerer Bestimmungen für Personen, auf die sie Anwendung findet, zu rechtfertigen“.[563]

Neben dem Hauptaugenmerk der Rückführungs-RL auf die Durchführung von Rückführungen, wird an mehreren Stellen auf grund- und menschenrechtliche Standards verwiesen, denen stets Rechnung zu tragen ist. So heißt es bereits nach Erwägungsgrund Nr. 2 der RL, „dass die betreffenden Personen unter vollständiger Achtung der Grundrechte auf menschenwürdige Weise zurückgeführt werden“. Zudem wird explizit auf den Non-Refoulement Grundsatz, das Wohl des Kindes, die familiären Bindungen und den Gesundheitszustand der betroffenen Drittstaatsangehörigen als bei der Umsetzung der RL zu berücksichtigende Aspekte hingewiesen. Dem Wortlaut folgend, handelt es sich hierbei zunächst um einen Auftrag an den innerstaatlichen Gesetzgeber, doch ist angesichts der

[560] *Rossi*, AEUV Art 79 Abs 2 lit c.
[561] *Hörich*, ZAR 9/2011, 282.
[562] Art 4 Rückführungs-RL; vgl hierzu auch *Stern*, Rechtsberatung 212 f.
[563] Anhang zur Rückführungs-RL, Rat 28.11.2008, 16.166/08, 2.

grundrechtlichen Gewährleistung dieser Rechte durch die GRC auch eine Bindung der Vollziehung an jene Grundsätze anzunehmen.[564]

Im Zusammenhang mit der Auslegung der Rückführungs-RL sind insbesondere die *20 Leitlinien zur Frage der erzwungenen Rückkehr* des Ministerkomitees vom 04.05.2005 heranzuziehen.[565] Diese fanden nicht nur bei den Verhandlungen zur Rückführungs-RL Beachtung, sondern mittlerweile ebenso in der Judikatur des EuGH.[566]

Die Rückführungs-RL findet Anwendung auf sämtliche illegal aufhältige Drittstaatsangehörige. Nicht umfasst sind ex lege Unionsbürger/innen oder Familienangehörige von Unionsbürger/innen, die ihr Recht auf freien Personenverkehr in Anspruch genommen haben.[567] Unter illegalem Aufenthalt wird „die Anwesenheit von Drittstaatsangehörigen, die nicht oder nicht mehr die Einreisevoraussetzungen nach Artikel 5 des Schengener Grenzkodex oder andere Voraussetzungen für die Einreise in einen Mitgliedstaat oder den dortigen Aufenthalt erfüllen, im Hoheitsgebiet dieses Mitgliedstaats“[568] verstanden.
Folglich ist jede/r Drittstaatsangehörige als illegal aufhältig zu klassifizieren, die/der sich, ohne die Voraussetzungen für die Einreise in einen Mitgliedstaat oder den dortigen Aufenthalt zu erfüllen, im Hoheitsgebiet befindet. Nach der Definition ist es ebenso gleichgültig, wie lange der Aufenthalt dauert und ob eine Absicht in diesem Mitgliedstaat zu verbleiben besteht.[569]

Die einzelnen Mitgliedstaaten können die Anwendbarkeit dieser RL für Drittstaatsangehörige einschränken, die einem Einreiseverbot nach Art 13 Schengener Kodex unterliegen oder die an der Außengrenze des Mitgliedstaates aufgegriffen werden und deren Aufenthalt auch zu einem späteren Zeitpunkt nicht legalisiert wird. Entsprechend Art 13 Schengener Kodex ist darunter allerdings nicht das Einreiseverbot nach Art 11 Rückführungs-RL, sondern die Einreiseverweigerung wegen mangelnder Erfüllung der Einreisevoraussetzungen nach Art 5

[564] Art 5 Rückführungs-RL.
[565] vgl hierzu näher *Europarat*, 20 Guidelines; *Stern*, Rechtsberatung 213.
[566] EuGH 28.04.2011, C-61/11 PPU (El Dridi).
[567] Art 2 Abs 1 Rückführungs-RL.
[568] Art 1 Z 2 Rückführungs-RL.
[569] EuGH 07.06.2016, C−47/15 (Affum).

Abs 1 und 4 Schengener Kodex, zu verstehen. Die zweite Ausschlussoption betrifft jene Personen, die beim Grenzübertritt oder nahe der Grenze aufgegriffen werden. Die Ermächtigung zu Ausnahmeregelungen ist allerdings nicht dahingehend zu verstehen, dass die Anwendbarkeit auf sämtliche illegal eingereiste Personen generell ausgeschlossen werden könnte.[570]

Weiters kann die Anwendbarkeit auf Personen, die aufgrund strafrechtlicher Sanktionen rückkehrpflichtig sind bzw. gegen die ein Auslieferungsverfahren anhängig ist, ausgeschlossen werden.[571] Um die Effektivität der Rückführungs-RL nicht zu umgehen, begründen strafgerichtliche Verurteilungen aufgrund des illegalen Aufenthaltes jedoch in der Regel keinen Ausschlussgrund.[572]

Nach Art 4 Abs 4 leg cit sind dennoch vereinzelte Bestimmungen auch für diese (aus dem Anwendungsbereich ausgeschlossenen) Personengruppen zu gewährleisten, wie etwa die Haftbedingungen nach Art 16 und 17 der RL.[573]

Im Wesentlichen enthält die Rückführungs-RL folglich Bestimmungen zur Beendigung des illegalen Aufenthaltes[574], zu Verfahrensgarantien in den einzelnen Stadien[575] und zur Inhaftnahme zum Zwecke der Abschiebung[576].

5.3.1 Haft

Im Gegensatz zur Aufnahme-RL sieht die Rückführungs-RL keine eigene Definition des Begriffes der Haft vor. Im Hinblick auf die Kohärenz des Geltungsbereichs ist davon auszugehen, dass auch nach der Rückführungs-RL die Haft durch die Allseitigkeit der Bewegungsbeschränkung charakterisiert ist.

Kapitel IV der RL sieht neben den Voraussetzungen und Grundsätzen, die für die Inhaftnahme von Drittstaatsangehörigen gelten, auch höchstzulässige Haftdauern vor (Art 15 Rückführungs-RL). Des Weiteren werden Mindeststandards für Haftbedingungen sowie

---

[570] *Peers*, EU Justice 564 f.
[571] *Franßen-de la Cerda*, ZAR 2008, 381.
[572] EuGH 28.04.2011, C-61&11 PPU (El Dridi).
[573] Art 2 Abs 2 Rückführungs-RL. *Schieffer*, Art 2 Directive 2008/115/EC, 1511 ff.
[574] Kapitel II Rückführungs-RL: Rückkehrentscheidung (Art 6), freiwillige Ausreise (Art 7), Abschiebung (Art 8-10) und Einreiseverbot (Art 11).
[575] Kapitel III Rückführungs-RL.
[576] Kapitel IV Rückführungs-RL.

Garantien für Minderjährige und Familien wie auch im Falle von (staatlichen) Notlagen festgelegt (Art 16 - 18 Rückführungs-RL).
Wie bereits der ErwGr 16 zur RL herausstreicht, soll die Inhaftnahme nur begrenzt, als Ultima Ratio und unter Heranziehung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit eingesetzt werden.

5.3.1.1 Anwendungsbereich

Art 15 Abs 1 der Rückführungs-RL legt fest, dass illegal aufhältige Drittstaatsangehörige nur dann in Haft genommen werden dürfen, wenn gegen sie ein Rückkehrverfahren anhängig ist, welches der Vorbereitung der Rückkehr und/oder der Durchführung der Abschiebung dient. Der Verweis auf das anhängige Verfahren ist nicht zuletzt im Kontext von Art 5 Abs 1 lit f EMRK zu betrachten, wonach für die Zulässigkeit der Inhaftnahme zwecks Abschiebung explizit ein schwebendes Verfahren vorausgesetzt wird. Dem Wortlaut der RL folgend, bedarf es bereits einer Rückkehrentscheidung, dh einer behördlichen oder richterlichen Entscheidung oder Maßnahme, mit der der illegale Aufenthalt von Drittstaatsangehörigen festgestellt und eine Rückkehrverpflichtung auferlegt oder festgestellt wurde.[577] Des Weiteren muss die Haft eine zur Vollstreckung der Rückkehrentscheidung erforderliche „Maßnahme“ oder „Zwangsmaßnahme“ iSd Art 8 Abs 1 der RL darstellen.
Nichts anderes legt die Entscheidung des EuGH zu Affum nahe, wonach es im englischen Text wörtlich heißt: „By virtue of those standards and procedures, such a third-country national must be the subject of a return procedure, the order of whose stages corresponds to a gradation of the measures to be taken in order to enforce the return decision and which permits, so far as concerns deprivation of liberty, at the very most detention in a specialised facility“.[578] Noch deutlicher als in der deutschsprachigen Version wird hier das Rückkehrverfahren (*return procedure*) als Verfahren zur Effektuierung einer Rückkehrentscheidung (*in order to enforce the return decision)* definiert.
Zu beachten ist allerdings, dass eine Verwaltungshaft, welche unter Einhaltung der Sorgsamkeit und Raschheit zur Ermittlung des gegebenenfalls illegalen Aufenthalts erfolgt, dem Ziel der Richtlinie nicht entgegensteht und demnach nach der Rechtsprechung des EuGH dem Grunde nach zulässig ist.[579] Eine darüber hinausgehende Haft gegen illegal aufhältige

[577] Art 15 Abs 1 iVm Art 3 Z 4 Rückführungs-RL.
[578] EuGH 07.06.2016, C−47/15 (Affum), Rn 62.
[579] EuGH 06.12.2011, C-329/11 (Achughbabian).

Drittstaatsangehörige im Anwendungsbereich der Rückführungs-RL, etwa zur Sicherung von Verfahren zur Erlassung einer Rückkehrentscheidung, kommt hingegen nicht in Betracht.

Wie bereits unter Punkt 5.2.1.1 angemerkt, ist es fraglich, ob in den Anwendungsbereich der Rückführungs-RL Personen fallen können, deren Verfahren nach einem Antrag auf internationalen Schutz noch anhängig ist. Nach der Judikatur des EuGH sind Antragsteller/innen, denen bis zur erstinstanzlichen Entscheidung eine Berechtigung zum Verbleib nach Art 9 Verfahrens-RL zukommt, vom Anwendungsbereich der RL nicht umfasst.[580] So führte der EuGH unter Bezugnahme auf eine grammatikalische, systematische und teleologische Auslegung der Rückführungs- wie auch der Aufnahme-RL alt aus, dass ein/e Asylwerber/in jedenfalls bis zum Abschluss des Verfahrens in erster Instanz „nicht als ›illegal aufhältig‹ im Sinne der RL 2008/115 angesehen werden kann".[581]

Auch nach dem Wortlaut der Rückführungs-RL ist ausschließlicher Anknüpfungspunkt für die Anwendbarkeit der illegale Aufenthalt der/des Drittstaatsangehörigen und die auf die Rückführung gerichtete Zwangsmaßnahme.[582]

In diesem Sinne äußerte sich der EuGH zur Aufnahme-RL aF dahingehend, dass die Inhaftnahme zur Abschiebung und die Ingewahrsamnahme im Rahmen der Aufnahme-RL unterschiedlichen rechtlichen Regelungen unterliegen[583], was jedoch in Bezug auf die heute geltende Aufnahme-RL nicht (mehr) anzunehmen ist. Dies insbesondere deshalb, weil die Aufnahme-RL konkret auf die Rückführungs-RL Bezug nimmt, sodass eine klare Trennung von Seiten des europäischen Gesetzgebers nicht primär gefordert erscheint.

Brandl leitet aus dem Regelungsinhalt und dem Zweck der Rückführungs-RL ab, dass die Bestimmungen auf Asylsuchende im Rechtsmittelverfahren anzuwenden sind.[584] Dem kann nicht schlüssig gefolgt werden, da die RL explizit auf den illegalen Aufenthalt rekurriert, welcher im Rechtsmittelverfahren – jedenfalls in aller Regel – nicht gegeben ist. Anders verhält es sich jedoch in Fällen von Asylsuchenden, deren Antrag erstinstanzlich abgewiesen wurde und bei denen einem gegebenenfalls erhobenen Rechtsmittel keine aufschiebende Wirkung zukommt, wie auch bei Personen, denen ein Recht auf Verbleib im Falle der Stellung

[580] EuGH 10.11.2009, C-357/09 (Kadzoev).
[581] EuGH 30. 5. 2013, C-534/11 (Mehmet Arslan).
[582] Art 15 Abs 1 Rückführungs-RL.
[583] EuGH 10.11.2009, C-357/09 (Kadzoev).
[584] *Brandl*, Jahrbuch Europarecht 2014, 447 ff.

eines Folgeantrages entsprechend den Vorgaben des Art 41 Verfahrens-RL widersagt ist. Diese sind klar als *illegal aufhältig* iSd Art 3 Z 2 Rückführungs-RL zu qualifizieren.

Wird Haft über illegal aufhältige Asylsuchende als Maßnahme zur Vorbereitung oder Vollstreckung der Abschiebung verhängt – bei Vorliegen einer durchsetzbaren Rückkehrentscheidung – finden somit sowohl Rückführungs- wie auch Aufnahme-RL (bzw. Verfahrens-RL) Anwendung.

Stern geht in Bezug auf das österreichische Rechtssystem noch weiter und folgert, dass letztlich jede Schubhaft gegen Asylsuchende von der Rückführungs-RL umfasst sei, da eine solche Haft stets auf die Sicherung der Abschiebung bzw. die Sicherung des Verfahrens zur Erlassung einer Rückkehrentscheidung gerichtet sei.[585] Hierbei wird allerdings verkannt, dass für eine Zwangsmaßnahme nach Art 8 Rückführungs-RL, welche die Haft zweifelsohne darstellt, eine Rückkehrentscheidung bereits erlassen worden sein muss. Weiters ist zu beachten, dass die Aufnahme-RL mittlerweile explizit auf die Inhaftnahme von Asylsuchenden zum Zwecke der Abschiebung Bezug nimmt. Wie *Stern* jedoch folgerichtig weiter ausführt, ist unabhängig vom sachlichen Anwendungsbereich das primärrechtlich geschützte Sachlichkeitsgebot nach Art 20 und 21 GRC zu berücksichtigen, sodass letztlich rechtsstaatliche Mindeststandards – wie sie teils in der Rückführungs- und teils in der Aufnahme-RL vorgesehen sind – jeweils nicht unterschritten werden dürfen.[586]

Folglich finden die folgenden Ausführungen ebenso auf Personen Anwendung, deren Asylverfahren zwar noch anhängig ist, denen aber rechtlich und faktisch kein Aufenthaltsrecht zukommt, dh deren Abschiebung auch effektuiert werden kann.

Nicht umfasst von der Rückführungs-RL sind Inhaftnahmen im Zusammenhang mit der nationalen Sicherheit oder öffentlichen Ordnung oder auch im Zusammenhang mit der Bestrafung des illegalen Aufenthaltes, weil eine solche Haft nicht primär das Ziel verfolgt, die/den Drittstaatsangehörige/n außer Landes zu schaffen.[587] In diesem Sinne ist etwa eine Haftstrafe, die allein aufgrund des illegalen Aufenthaltes und der fehlenden freiwilligen Ausreise gegen eine/n Drittstaatsangehörige/n erlassen wird, mit den Zielen der Rückführungs-RL nicht vereinbar, zumal sie die Verwirklichung einer raschen und wirksamen

[585] *Stern*, Rechtsberatung 218 f. Es ist allerdings zu beachten, dass die diesbezüglichen Ausführungen aus dem Jahre 2012 stammen, dh vor Inkrafttreten der Aufnahme-RL nF wie auch zur Rechtslage vor dem FNG.
[586] *Stern*, Rechtsberatung 219.
[587] *Schieffer*, Art 15 Directive 2008/115/EC, 1542.

Abschiebung zu beeinträchtigen droht.[588] Die Rückführungs-RL steht zudem einer Regelung über eine Strafhaft, „die alleine aufgrund des Umstands der illegalen Einreise über eine Binnengrenze, die zu einem illegalen Aufenthalt führt“[589], entgegen.

Zur Abgrenzung zwischen einer legitimen Strafhaft wegen illegalen Aufenthaltes und einer Haft zum Zwecke der Abschiebung ist abermals auf Art 8 Abs 1 leg cit zurückzugreifen, welcher postuliert, dass die Mitgliedstaaten alle erforderlichen (Zwangs-)Maßnahmen ergreifen, um die Rückkehrentscheidung zu vollstrecken. Steht die Freiheitsstrafe der tatsächlichen Ausreise der/des Betroffenen aus dem Mitgliedstaat entgegen, so handelt es sich nicht um eine Maßnahme iSd Art 8 der RL und ist sie im Anwendungsbereich der Rückführungs-RL in der Regel unzulässig.[590]

5.3.1.2 Voraussetzungen

Der Freiheitsentzug unterliegt auch nach der Rückführungs-RL stets dem bereits grundrechtlich vorgesehenen Prinzip der Verhältnismäßigkeit. Diesem wird auf Basis von Art 15 Abs 1 der RL auch insofern Rechnung getragen, als der Freiheitsentzug nur in zwei Fällen zulässig ist, nämlich um die Rückkehr vorzubereiten und um die Abschiebung durchzuführen. Als Haftgrund wird auf das Bestehen einer Fluchtgefahr, oder der Gefahr anderer schwerwiegender Behinderungen bei der Rückkehr oder das Abschiebungsverfahren betreffend, verwiesen. Des Weiteren verlangt die RL, dass keine weniger intensive Zwangsmaßnahme (iSd Ultima Ratio-Prinzips) angewandt hätte werden können.[591]

In Bezug auf das Vorliegen von Fluchtgefahr darf, um Wiederholungen zu vermeiden, auf die Ausführungen zur Fluchtgefahr im Falle der Inhaftnahme nach der Dublin III-VO (in Abschnitt 5.1.1.1) verwiesen werden. Die fehlende Definition des Begriffes der Fluchtgefahr stellte einen der Hauptkritikpunkte des europäischen Parlaments bei der Begutachtung der RL dar. Diesem Kritikpunkt wurde bedauerlicherweise nicht Rechnung getragen, sondern wurde

[588] EuGH 28.04.2011, C-61/11 PPU (El Dridi); *Brandl*, Jahrbuch Europarecht 2012, 507 f.

[589] EuGH 07.06.2016, C−47/15 (Affum).

[590] EuGH 06.12.2011, C-329/11 PPU (Achughbabian); 06.12.2012, C-430/11 (Md Sagor). Hierzu durchaus widersprüchlich sah der EuGH eine Freiheitsstrafe wegen der illegalen Einreise trotz Bestehens eines Einreiseverbotes, welches im Zuge eines früheren Rückkehrverfahrens erlassen wurde, als richtlinienkonform an [EuGH 01.10.2015, C 290/14 (Celaj)].

[591] *Schieffer*, Art 15 Directive 2008/115/EC, 1542; *FRA*, Handbuch Asyl 170.

dieses Defizit, wie die Übernahme des Systems in die Dublin III-VO deutlich zeigt, beibehalten.[592]

Als mögliche objektive Kriterien nach Art 3 Z 7 der Rückführungs-RL führt *Schieffer* folgende an (in Referenz zur Richtlinie Nr. 6 des Europarates, namentlich *20 Leitlinien zur Frage der erzwungenen Rückkehr*, auf welche in Erwägung 3 Bezug genommen wird):

1. Ablauf der Frist zur freiwilligen Ausreise;
2. Angabe der/des Drittstaatsangehörigen, der Rückkehrentscheidung keine Folge zu leisten;
3. Besitz betrügerischer Dokumente;
4. Bereitstellung falscher Informationen;
5. Strafgerichtliche Verurteilungen;
6. vorherige Abschiebung als strafrechtliche Bestrafung;
7. kein legaler Aufenthalt;
8. keine Papiere;
9. bereits untergetaucht;
10. Einreise trotz Einreiseverbot.[593]

Lässt bereits die Prüfung des Vorliegens einer Fluchtgefahr als Inhaftierungsgrund eine Vielzahl an Fragen ungeklärt, eröffnet der zweite zulässige Grund für eine Inhaftnahme einen noch weiteren Spielraum. Art 15 Abs 1 lit b der Rückführungs-RL deckt jene Situationen ab, in denen die betroffenen Personen mit den zuständigen Behörden nicht kooperiert oder Verfahren behindert. Hierunter können sehr viele Verhaltensweisen subsumiert werden, etwa die Verheimlichung der Identität, die mangelnde Beschaffung eines Ersatzreisedokumentes, das Nicht-Erscheinen zu einem Abschiebetermin etc. Bei einer Vielzahl von Inhaftnahmen mit solcher Begründung handelt es sich wohl um Beugehaft, wie auch *Schieffer* resümiert.[594] Gerade mit Blick auf grundrechtliche Erwägungen erscheint es fragwürdig, ob eine Beugehaft in diesem Kontext von Art 5 EMRK gedeckt ist, zumal die beschriebenen Verhaltensweisen klar mit der Ausweisung nach lit f leg cit in Verbindung stehen und folglich die

[592] *Europäisches Parlament*, Bericht A6-0339/2007, 20.09.2007, Anm 9.

[593] Schieffer, Art 15 Directive 2008/115/EC, 1517 f. In Guideline 6 heißt es wörtlich: "The guarantees afforded by Article 5 of the ECHR include that detention of the person should be limited to certain specific circumstances where there are objective reasons to believe that he/she will not comply with the order, for instance if the time limit for departing from the territory has passed and the alien has changed his/her place of residence without notifying the authorities of a change of address, if he/she has not complied with the measures adopted to ensure that he/she will not abscond, if he/she has in the past evaded removal." (Europarat, 20 Guidelines).

[594] *Schieffer*, Art 15 Directive 2008/115/EC, 1542 f.

entsprechenden Garantien und Bedingungen zu beachten sind. Jedenfalls erscheint eine restriktive Auslegung dieses nach der Rückführungs-RL zulässigen Eingriffstatbestandes im Sinne einer grundrechtskonformen Interpretation erforderlich.

Als weniger intensive Zwangsmaßnahmen, die stets vorrangig anzuordnen sind, gelten die Auflagen nach Art 7 Abs 3 Rückführungs-RL, welche „eine regelmäßige Meldepflicht bei den Behörden, die Hinterlegung einer angemessenen finanziellen Sicherheit, das Einreichen von Papieren oder die Verpflichtung, sich an einem bestimmten Ort aufzuhalten“, umfassen.

5.3.1.3 Garantien

Da die Haft stets nur der Vorbereitung und/oder Durchsetzung der Abschiebung dienen darf, ist sie jedenfalls nur solange zulässig, als Vorkehrungen noch am Laufen sind. Hierbei hat die Behörde die gebotene Sorgfalt anzuwenden, dh dass ehestmöglich sämtliche Verfahrensschritte von Seiten der Behörde zu setzen sind.[595] Stellt sich heraus, dass entweder die Voraussetzungen des Abs 1 nicht (mehr) erfüllt sind, oder eine Abschiebung nicht oder nicht innerhalb der vorgegebenen höchstzulässigen Haftdauer durchgeführt werden kann, so ist die betreffende Person unverzüglich freizulassen.[596] Die Aussicht auf erfolgreiche Rückführung muss zudem auch tatsächlich bestehen, dies ist etwa dann nicht gegeben, wenn es „wenig wahrscheinlich erscheint, dass der Betreffende […] in einem Drittstaat aufgenommen wird“.[597]
Gerade auch in Verbindung mit Art 6 GRC (und Art 5 EMRK) darf eine Haftanordnung nur im Einzelfall und nur auf Grundlage einer entsprechenden Prüfung der Notwendigkeit und Verhältnismäßigkeit erlassen werden.[598]

[595] Art 15 Abs 1 letzter Satz Rückführungs-RL.
[596] Art 15 Abs 4 Rückführungs-RL.
[597] EuGH 10.11.2009, C-357/09 (Kadzoev), Rn 66.
[598] Art 15 Abs 5 iVm ErwGr 16 Rückführungs-RL; *FRA*, Handbuch Asyl 174.

5.3.1.3.1 Anforderungen an die Anordnung der Haft

Auch in diesem Kontext sind Parallelen zur Aufnahme-RL zu erkennen: so kann die Haft entweder von einer Verwaltungs- oder einer Justizbehörde schriftlich unter Angabe der sachlichen und rechtlichen Gründe angeordnet werden. Die Rückführungs-RL lässt ebenso wie die Aufnahme-RL offen, was genau unter Justiz- (bzw. Verwaltungs-)behörde zu verstehen ist. Es darf, um Wiederholungen hintanzuhalten, auf die Ausführungen in Kapitel 5.2.1.3.1 verwiesen werden.

Die Rückführungs-RL trägt dem grundrechtlich geschützten Recht auf Information dahingehend Rechnung, als die betroffene Person über die sachlichen und rechtlichen Gründe der Anordnung der Haft informiert werden muss. Gleichzeitig wird allerdings nicht ausformuliert, dass die Gründe auch in einer der Person verständlichen Sprache zur Kenntnis zu bringen sind. Ein entsprechendes Recht kann ebenso wenig aus Art 12 Abs 2 Rückführungs-RL abgeleitet werden, da sich die dort angeführten Verfahrensgarantien lediglich auf Rückkehrentscheidungen sowie Entscheidungen über Einreiseverbote und Abschiebungen beziehen. Dieses Defizit stellt sich insbesondere im Hinblick auf Art 5 Abs 2 EMRK als mit grundrechtlichen Standards nur schwer zu vereinbaren dar.

Im Lichte des Art 6 iVm 47 GRC sind die Anforderungen von Art 15 Rückführungs-RL allerdings grundrechtskonform dahingehend auszulegen, als bei jeder Entscheidung (auch über eine etwaige Verlängerung) eine schriftliche Anordnung zu ergehen hat, die es der Justizbehörde ermöglicht, die Rechtmäßigkeit der Maßnahme nachträglich zu kontrollieren. Daher müssen der schriftlichen Anordnung jedenfalls die sachlichen und rechtlichen Gründe der Haft zu entnehmen sein, sowie Begründungen, weshalb Haftgründe (weiter) vorliegen, weshalb weniger intensive Maßnahmen aus Sicht der Behörde nicht ausreichend erscheinen, und im Falle der Verlängerung, weshalb die/der Betroffene nicht zu enthaften war.[599]

Weitere Verfahrensgarantien in Bezug auf das Verfahren zur Anordnung der Haft sind der RL nicht zu entnehmen. Es wird etwa in keiner Weise auf das Recht auf Parteiengehör, auf Verteidigungsrechte oder das Recht auf ein entsprechend grundrechtskonformes Verfahren eingegangen.

[599] EuGH 05.06.2014, C-164/14 (Mahdi).

5.3.1.3.2 Überprüfung der Haft

Ist die Anordnung der Haft von Seiten einer Verwaltungsbehörde erfolgt, so ist die Entscheidung ehestmöglich (explizit innerhalb kurzer Frist) von Amts wegen oder auf Antrag gerichtlich zu überprüfen. Die/der in Haft befindliche Drittstaatsangehörige ist über die Möglichkeit, einen entsprechenden Antrag zu stellen, unverzüglich zu manuduzieren.[600]
Die RL enthält keine zeitlichen Vorgaben. Der Vorschlag der Kommission sah noch vor, dass die Anordnung der Haft nur im Ausnahmefall durch eine Verwaltungsbehörde erfolgen dürfte und binnen 72 Stunden von einer Justizbehörde zu bestätigen gewesen wäre.[601] *Schieffer* geht in Übereinstimmung mit dem Vorschlag der Kommission davon aus, dass ein Zeitraum von 72 Stunden als kompatibel mit den Vorgaben des Art 15 Abs 2 lit a und b leg cit (wörtlich: innerhalb kurzer Frist) zu qualifizieren ist.[602]

Des Weiteren hat der Mitgliedstaat vorzusehen, dass die Haft in angemessenen Abständen von Amts wegen oder auf Antrag zu überprüfen ist. Anders als die Aufnahme-RL besteht nur bei längerer Haftdauer die Verpflichtung, dass diese Überprüfung durch eine Justizbehörde zu erfolgen hat.[603]

Der EuGH beschäftigte sich im Zuge eines niederländischen Vorabentscheidungsersuchens mit der Frage, ob Verteidigungsrechte nach Art 15 Abs 6 Rückführungs-RL iVm Art 41 Abs 2a GRC verpflichtend einzuhalten sind. Im Ausgangsverfahren wurde die Verlängerung der Haft ohne vorherige Anhörung der in Haft befindlichen Person erlassen. Das niederländische Gericht stellte eine Verletzung der im innerstaatlichen Recht vorgesehenen Verteidigungsrechte fest, kam allerdings in weiterer Folge zu dem Ergebnis, dass eine andere Entscheidung nicht zu erwarten sei. Angesichts der niederländischen Regelungen, welche bei Verletzung von Verteidigungsrechten jedenfalls eine Enthaftung vorsehen, legte das Gericht die Frage dem EuGH vor, ob im Einklang mit Unionsrecht die/der Betroffene – nicht zuletzt im Hinblick auf Art 41 Abs 2a GRC – aus der Haft zu entlassen sei. Der EuGH stellte zunächst fest, dass Verteidigungsrechte, darunter der Anspruch auf rechtliches Gehör und das Recht auf Akteneinsicht, grundrechtliche Ansprüche begründen und folglich auch einzuhalten

[600] Art 15 Abs 2 Rückführungs-RL.
[601] *Europäische Kommission*, Vorschlag zur Rückführungs-RL, Art 14 Abs 2.
[602] *Schieffer*, Art 15 Directive 2008/115/EC, 1543.
[603] Art 15 Abs 4 Rückführungs-RL, im Unterschied zu Art 8 Abs 5 Aufnahme-RL.

sind. Allerdings folgert er weiter, dass eine Verletzung dieser Rechte nach Unionsrecht nicht automatisch zu einer Regelwidrigkeit führe, welche eine Nichtigkeit der Entscheidung (hier der Rechtswidrigkeit der Fortsetzung der Haft) zur Folge habe, sondern nur dann, wenn die Einhaltung zu einem anderen Ergebnis hätte führen können. In grundrechtlich äußerst bedenklicher Weise schlussfolgerte der EuGH sodann, dass die Verpflichtung zur Enthaftung bei Verletzung von Verteidigungsrechten dem Zweck der Rückführungs-RL und damit der Zielerreichung einer effektiven Umsetzung zuwiderlaufe. Somit sei „die Haftmaßnahme nur dann [aufzuheben], wenn [die zuständige Behörde] aufgrund aller tatsächlichen und rechtlichen Umstände des jeweiligen Falles der Ansicht ist, dass dieser Verstoß demjenigen, der sich darauf beruft, tatsächlich die Möglichkeit genommen hat, sich in solchem Maße besser zu verteidigen, dass dieses Verwaltungsverfahren zu einem anderen Ergebnis hätte führen können“.[604]

Hervorzuheben ist, dass das zuständige (zur Überprüfung berufene) Gericht jedenfalls verpflichtet ist, zu prüfen, ob die Verletzung der grundrechtlich garantierten Verteidigungsrechte zu einem anderen Ergebnis hätte führen können, gegebenenfalls unter Wahrung rechtlichen Gehörs.

5.3.1.3.3 Rechtsberatung und -vertretung

Nach Art 13 Abs 3 der Rückführungs-RL besteht ein Anspruch auf „rechtliche Beratung, rechtliche Vertretung und – wenn nötig – Sprachbeistand“ für die Erhebung von Rechtsbehelfen. Nach Abs 4 des Artikels sind die Mitgliedstaaten zudem dazu angehalten, sicherzustellen, dass „auf Antrag die erforderliche Rechtsberatung und/oder -vertretung gemäß einschlägigen einzelstaatlichen Rechtsvorschriften oder Bestimmungen zur Prozesskostenhilfe kostenlos gewährt wird, und sie können vorsehen, dass kostenlose Rechtsberatung und/oder -vertretung nach Maßgabe der Bestimmungen nach Artikel 15 Absätze 3 bis 6 der RL 2005/85/EG bereitgestellt wird“. Die jeweiligen Bestimmungen zum Rechtsschutz und zur Rechtsberatung finden sich in Artikel 13 mit dem Titel *Rechtsbehelf*. ,

Es ist allerdings zu bezweifeln, dass diese Bestimmung auch auf die gerichtliche Überprüfung der Haft anzuwenden ist, da der einleitende Absatz des Artikels explizit auf die Überprüfung von Entscheidungen nach Art 12 Abs 1 leg cit (Rückkehrentscheidungen, Einreiseverbote,

[604] EuGH 10.08.2013, C-383/13 (MG, NR).

Abschiebungen) verweist.[605] Demnach ist der Rechtsanspruch auf einen Rechtsbehelf im Verfahren zur Anordnung der Haft durch Art 13 Rückführungs-RL, nach Wortlaut und Systematik der Bestimmung, nicht gegeben. In diesem Sinne sieht auch Kapitel IV eigene (wenn auch marginale) Regelungen zur gerichtlichen Überprüfung der Haft vor; ohne Verweis auf die Verfahrensgarantien in Kapitel III.

Die Europäische Grundrechtsagentur geht trotz dieser – doch sehr eindeutigen – Systematik davon aus, dass die Rechtsberatung nach Art 13 Abs 4 Rückführungs-RL auf das gerichtliche Überprüfungsverfahren anzuwenden ist. Dies wird maßgeblich mit grundrechtlichen Erwägungen argumentiert, zumal die Rechtsberatung eine entscheidende Garantie für einen effektiven Zugang zu einer gerichtlichen Überprüfung der Haft darstellt.[606]

Im Resultat ähnlich, aber im Hinblick auf den Wortlaut der RL richtig, ist nach *Stern* diese Rechtsschutzlücke nur durch eine Direktanwendung des Art 47 Abs 3 GRC zu schließen.[607]

5.3.1.3.4 Dauer der Haft

Jeder Mitgliedstaat hat zudem bindende Höchsthaftdauern vorzusehen, wobei stets zu beachten ist, dass die Inhaftnahme nur kürzest möglich andauern darf. Als Höchsthaftdauer sind für den Regelfall maximal sechs Monate (als Obergrenze) vorgesehen. Eine Verlängerung dieser Frist ist nur in zwei Ausnahmefällen um höchstens zwölf Monate zulässig: erstens, wenn die Verzögerung auf die mangelnde Kooperationsbereitschaft der/des betroffenen Drittstaatsangehörigen zurückzuführen ist, oder zweitens, wenn die Verzögerung auf der mangelnden Übermittlung der erforderlichen Unterlagen durch den Drittstaat basiert. Auch hierbei sind stets das Sorgfaltsgebot und das Prinzip der Verhältnismäßigkeit zu beachten.[608]

Eine Verlängerung der Haft im Hinblick auf Art 15 Abs 6 a der RL ist nur dann zulässig, wenn sich die mangelnde Kooperationsbereitschaft aus einer Prüfung des Verhaltens während der Haft ergibt, dh dass die betroffene Person während der Haft nicht kooperiert hat und aus diesem Grund die Abschiebung verzögert erfolgen wird.[609]

---

[605] Art 13 Abs 1 Rückführungs-RL.
[606] *FRA*, Rückführungsverfahren 48 ff.
[607] *Stern*, Rechtsberatung 228.
[608] Art 15 Abs 6 Rückführungs-RL.
[609] EuGH 05.06.2014, C-164/14 (Mahdi); *Brandl*, Jahrbuch Europarecht 2015, 482 f.

Der RL folgend kann eine Person somit bis zu (maximal) 18 Monate in Haft angehalten werden. Nach dem Wortlaut des Artikels handelt es sich hierbei um eine absolute Höchstgrenze der Anhaltedauer von Drittstaatsangehörigen.[610] Die überdurchschnittlich lange höchstzulässige Haftdauer setzt den Mindeststandard innerhalb der EU sehr niedrig an. Demnach besteht die Gefahr, dass einzelne Mitgliedstaaten diese Bestimmung zur Rechtfertigung einer Verschlechterung der rechtlichen Situation der Betroffenen heranziehen könnten.[611]

Fraglich erscheint zudem, ob sich diese Höchsthaftdauer jeweils auf den bestehenden Sachverhalt bezieht und ob etwa eine zu einem späteren Zeitpunkt auf Grundlage eines anderen Sachverhalts (wie insbesondere einer neuen Rückkehrentscheidung) angeordnete Haft eine neuerliche Berechnung zulässt. Nach dem Wortlaut der Bestimmung scheint zunächst auch eine mehrmalige Haft, für welche jeweils neue Berechnungszeiträume bestehen, gedeckt.[612] Dem steht eine grundrechtskonforme Interpretation entgegen, da eine wiederholte Anordnung im höchstzulässigen Zeitraum letztlich Tür und Tor für unbeschränkte Haft eröffnen würde. Einer exzessiven Anwendung dieser Zwangsmaßnahme versucht die Rückführungs-RL zudem explizit entgegenzuwirken, wie etwa auch der Hinweis auf das vorrangige Ziel die Haft zu begrenzen (im Rahmen des ErwGr 16 der Rückführungs-RL) zeigt. Entsprechend einer systematischen und teleologischen Interpretation handelt es sich somit um absolute Höchstgrenzen. In diesem Sinne darf eine Person – entsprechend der nationalstaatlichen Vorschriften – jedenfalls nicht länger als sechs bzw. im Ausnahmefall 18 Monate in Haft angehalten werden.

Diese grundrechtskonforme Auslegung legt ebenso die Vorabentscheidung des EuGH in der Rechtssache *Kadzoev* nahe. So wird an mehreren Stellen explizit argumentiert, dass die in Art 15 Abs 5 und 6 Rückführungs-RL „vorgesehenen maximalen Zeiträume dem Ziel, den Entzug der Freiheit einer Person zu begrenzen“[613] dienen. In diesem Sinne sind auch jene Haftzeiträume, welche vor Umsetzung der RL zum Zwecke der Abschiebung abgeleistet wurden, in die maximale Haftdauer einzubeziehen.[614] Nichts anderes kann demnach für Inhaftnahmen gelten, die unter Zugrundelegung der Rückführungs-RL angeordnet wurden.

---

[610] *Schieffer*, Art 15 Directive 2008/115/EC, 1543 f.
[611] *Baldaccini*, EjML 2009, 14.
[612] *Schieffer*, Art 15 Directive 2008/115/EC, 1544.
[613] EuGH 10.11.2009, C-357/09 (Kadzoev), Rn 56.
[614] EuGH 10.11.2009, C-357/09 (Kadzoev), Rn 56.

5.3.1.4 Haftbedingungen

Nach Art 16 Abs 1 Rückführungs-RL darf die Haft nur in speziellen Hafteinrichtungen erfolgen, sofern solche Einrichtungen vorhanden sind. Falls eine entsprechende separate Einrichtung nicht vorhanden ist, müssen die in Haft genommenen Drittstaatsangehörigen jedenfalls im Rahmen der Einrichtung getrennt von gewöhnlichen Strafgefangenen untergebracht werden.[615]

Weitaus bündiger als in der Aufnahme-RL, ist das Recht auf Kontaktaufnahme ausformuliert: so besteht ausschließlich auf Wunsch der betroffenen Person die Möglichkeit, „zu gegebener Zeit mit Rechtsvertretern, Familienangehörigen und den zuständigen Konsularbehörden Kontakt aufzunehmen".[616] *Schieffer* sieht hierbei eine Frist von maximal 48 Stunden als angemessen an, um den Inhaftierten im Sinne des effet utile-Prinzips auch tatsächlich Zugang zu diesen Rechten zu gewährleisten.[617]

Nach Abs 4 leg cit ist hiervon auch der Kontakt zu einschlägig tätigen nationalen und internationalen Organisationen wie auch zu NGOs umfasst, wobei deren Besuch von einer Genehmigung abhängig gemacht werden kann.

Die betroffene Person ist über diese Rechte (wie insbesondere das Recht auf Kontaktaufnahme) und auch ihre Pflichten entsprechend zu informieren. Kritisch zu erwähnen ist, dass auch an dieser Stelle die Verpflichtung zur Übersetzung der Informationen fehlt.

Die Situation von schutzbedürftigen Personen soll nach Art 16 Abs 3 leg cit besondere Aufmerksamkeit erhalten, wobei die Rückführungs-RL keine weiteren Bestimmungen vorsieht, was hierunter zu verstehen ist. Da im Folgesatz lediglich auf eine medizinische Notfallversorgung und die unbedingt erforderliche Behandlung von Krankheiten Bezug genommen wird, sind hierunter therapeutische oder auch sozialarbeiterische Unterstützungsleistungen eher nicht zu subsumieren.

---

[615] EuGH 17.07.2014, C−474/13 (Thi Ly Pham); C−473/13 und C−514/13 (Bero).
[616] Art 16 Abs 2 Rückführungs-RL.
[617] *Schieffer*, Art 15 Directive 2008/115/EC, 1546.

5.3.1.5 Inhaftnahmen von Minderjährigen und Familien

Sonderbestimmungen sieht die RL lediglich bei der Inhaftnahme von Minderjährigen und Familien mit minderjährigen Kindern vor. In diesen Fällen darf die Haft nur im Ausnahmefall und nur für die kürzest mögliche Zeit erfolgen.

Des Weiteren sind Familien gesondert unterzubringen und es muss ein Mindestmaß an Privatsphäre gewährleistet werden. Für Minderjährige wird überdies vorgesehen, dass ein altersgerechter Zugang zu Spiel- und Erholungsmöglichkeiten wie auch Zugang zu Bildung (sofern die Haft über eine längere Dauer erfolgt) gegeben sein muss. Dies gilt sinngemäß ebenso für unbegleitete Minderjährige, die zudem, soweit möglich, in spezialisierten Einrichtungen unterzubringen sind.[618]

Explizit wird in Abs 5 des Artikels auf den Vorrang des Kindeswohls bei der Abschiebehaft verwiesen.

5.3.1.6 Notlagen

Art 18 Rückführungs-RL sieht vor, dass im Falle des Vorliegens außergewöhnlicher Umstände, durch die die Kapazitäten der Hafteinrichtungen oder des Verwaltungs- und/oder Justizpersonals erheblich eingeschränkt werden, Abweichungen von den Fristen wie auch von den Haftbedingungen vorgesehen werden können. Hiervon müsste der Mitgliedstaat die Kommission allerdings in Kenntnis setzen, was bisher (nach Wissen d. Verf.) noch in keinem Fall zur Anwendung gekommen ist.[619]

[618] Art 17 Rückführungs-RL.
[619] *Schieffer*, Art 18 Directive 2008/115/EC, 1548.

5.4 Zwischenconclusio

Durch die mittlerweile in allen beschriebenen Sekundärrechtsakten befindlichen Regelungen (bzw. entsprechenden Verweise) zu Haftgarantien und -bedingungen ist die Bestrebung zu erkennen, dem Ziel der Harmonisierung der Standards im Umgang mit Drittstaatsangehörigen und der entsprechenden Verfahren einen Schritt näher zu kommen (iSd GEAS). Die Rechtsakte verweisen durchwegs explizit auf menschenrechtliche Standards und entsprechende grundrechtlich gewährleiste Rechte wie auch Garantien, die im Falle der Freiheitsentziehung stets Beachtung zu finden haben. Diese sind insbesondere das Verbot der Willkür, die Beachtung der Prinzipien der Verhältnismäßigkeit und Erforderlichkeit, wie auch das Ultima Ratio-Prinzip.[620]
Positiv ist hervorzuheben, dass zum Teil konkrete Vorgaben zur Ausgestaltung eines gerichtlichen Haftprüfungsverfahrens[621], zu den Haftbedingungen bei der Unterbringung[622] und auch zur zulässigen Höchsthaftdauer (hier insbesondere nach der Dublin III-VO[623]) vorgesehen sind.

Die einzelnen Bestimmungen nehmen zwar auf die Systematik des Art 5 EMRK Bezug, doch lassen sie einen allzu weiten Spielraum bei der Interpretation (z.B. zur Fluchtgefahr) und bergen damit die Gefahr, die Verwässerung grundrechtlicher Vorgaben zuzulassen. Diese Befürchtung hat sich bereits in der Entscheidung vom 15.02.2016, C-601/15 PPU (J.N.) des EuGH zur Zulässigkeit der Haft aufgrund einer Gefährdung der nationalen Sicherheit auf Basis des Eingriffstatbestandes nach Art 8 Abs 3 lit e Aufnahme-RL bestätigt. So nahm der EuGH in der eben angeführten Entscheidung auf die Eingriffstatbestände des Art 6 GRC iVm Art 5 Abs 1 EMRK in keiner Weise Bezug.

Im Unterschied zum vorangegangenen Kapitel ist im aktuellen der differente Fokus der Regelungen auf unionsrechtlicher Ebene zu beachten. Sie dienen nicht ausschließlich dem Schutz der/des Einzelnen vor willkürlicher Haft, sondern ebenso dem jeweiligen Zweck der Richtlinie bzw. Verordnung. Nicht zuletzt die Judikatur des EuGH etwa zur Rückführungs-RL zeigt deutlich, dass diesem Zweck, dh der Durchführung von Rückführungen illegal

[620] ErwGr 20 Dublin III-VO; ErwGr 15 bis 20 Aufnahme-RL; ErwGr 16 und 17 Rückführungs-RL.
[621] Art 9 Aufnahme-RL und Art 15 Abs 2 und 3 Rückführungs-RL.
[622] Art 10 und 11 Aufnahme-RL und Art 16 und 17 Rückführungs-RL.
[623] Art 28 Abs 3 Dublin III-VO.

aufhältiger Drittstaatsangehöriger, teils mehr Bedeutung als grundrechtlichen Erwägungen bei der Beurteilung der Rechtmäßigkeit der Haft zukommt. Kritisch zu erwähnen ist in diesem Zusammenhang auch, dass die Mindeststandards vielfach sehr niedrig angesetzt werden und es nicht zuletzt dadurch zu einer Verschlechterung der Positionen in einzelnen Mitgliedstaaten – trotz anderwärtiger Intention – kommen kann (wie etwa in Bezug auf die höchstzulässigen Haftdauern der Rückführungs-RL).

Nicht nachvollziehbar erscheint das Fehlen entscheidender Verfahrensgarantien, welche den Betroffenen die effektive Durchsetzung ihrer Rechte aus den Rechtsakten wie auch ihrer primärrechtlich geschützten Grundrechte garantieren. Die entsprechenden Regelungen bleiben zum Teil weit hinter den grundrechtlichen Dispositionen zurück. Dies wird gerade im Hinblick auf Art 41 und 47 GRC offenkundig. Negativ hervorzuheben ist beispielsweise, dass Verfahrensgarantien in der ersten Instanz, etwa im Hinblick auf die Gewährung von rechtlichem Gehör, fast gänzlich fehlen. Die Aufnahme-RL sieht zumindest eine Erweiterung der Informations- und Verständigungsrechte vor, welche in der Rückführungs-RL nur unzureichend beachtet werden.

Sämtliche unionsrechtliche Rechtsakte bleiben hinter den nach Art 47 GRC vorgesehen Verfahrensgarantien zurück. So sieht Art 47 GRC ein Beschwerderecht, den effektiven Zugang zu einem Gericht, damit einhergehend das Recht auf Parteiengehör – etwa in Form der Durchführung einer mündlichen Beschwerdeverhandlung – vor und darüber hinaus das Recht auf Beratung und Vertretung, gegebenenfalls im Rahmen einer Prozesskostenhilfe. Es ist mit grundrechtlichen Erwägungen letztlich nicht in Einklang zu bringen, dass eine entsprechend konforme Ausgestaltung dieser Garantien im Sekundärrecht unterblieben ist.

6 Einfachgesetzliche Grundlagen

Wie in den vorangegangenen Kapiteln dargelegt, bestehen diverse völker-, europa- und verfassungsrechtliche Voraussetzungen, unter welchen der Freiheitsentzug von Fremden im Hinblick auf ihre/seine Rückkehr zu betrachten und dessen Legitimität zu beurteilen ist.
Im Folgenden sei nun konkret auf die einfachgesetzlichen Grundlagen der Inschubhaftnahme von Fremden und die angrenzenden bzw. die damit in Verbindung stehenden Freiheitsentziehungen in Österreich eingegangen.

6.1 Schubhaft

Die Schubhaft dient der „Sicherung des Verfahrens zur Erlassung einer aufenthaltsbeendenden Maßnahme, zur Sicherung des Verfahrens über einen Antrag auf internationalen Schutz im Hinblick auf die Erlassung einer aufenthaltsbeendenden Maßnahme oder der Abschiebung".[624] Entsprechend dem gesetzlichen Bestimmungszweck handelt es sich um eine Sicherungshaft. Neben der zu sichernden Verfahrenshandlung haben daher zusätzliche Elemente vorzuliegen, welche die Annahme rechtfertigen, dass die Durchführung des Verfahrens oder der Abschiebung nicht anders erreicht bzw. gesichert werden kann.[625] Explizit handelt es sich nach dem Wortlaut des Gesetzes weder um Straf- noch Beugehaft.[626]

Als Besonderheit der Schubhaft – und im Gegensatz etwa zur Strafhaft – wird diese nicht von einem/einer Richter/in, sondern im Rahmen eines verwaltungsbehördlichen Verfahrens vom BFA mittels Mandatsbescheid angeordnet. Ein Anspruch auf gerichtliche Haftprüfung ergibt sich aus den grund- und europarechtlichen Anforderungen, die an die Rechtmäßigkeit einer Freiheitsentziehung gestellt werden.[627]

Die zentralen sowohl materiell- wie auch verfahrensrechtlichen Bestimmungen finden sich im FPG und BFA-VG. Ergänzend haben in den jeweiligen Verfahrensstadien das AVG, das VwGVG bzw. die Verfahrensrechte der Höchstgerichte – sofern keine lex specialis vorliegt – Anwendung zu finden.

---

[624] § 76 Abs 2 Z 1 FPG.
[625] *Szymanski*, FPG § 76, 4.
[626] *Filzwieser*/*Frank*/*Kloibmüller*/*Raschhofer*, FPG § 76, 1232. Anders: § 46 Abs 2b FPG idF BGBl I 84/2017.
[627] § 22a BFA-VG; vgl näher Kapitel 7.

Die Voraussetzungen und Bedingungen für die Verhängung der Schubhaft werden im 8. Hauptstück des FPG geregelt. Entsprechend § 76 FPG darf Schubhaft nur bei Vorliegen folgender kumulativer Voraussetzungen angeordnet werden:

1. Sicherung des Verfahrens zur Erlassung einer aufenthaltsbeendenden Maßnahme oder Sicherung der Abschiebung/Außerlandesbringung,
2. Vorliegen von Fluchtgefahr,
3. Notwendigkeit der Sicherung (Anordnung eines gelinderen Mittels nicht ausreichend),
4. Verhältnismäßigkeit der Schubhaft und
5. Anordnung auf Grundlage eines Bescheides.[628]

§§ 78 und 79 FPG beinhalten die Bestimmungen über die Durchführung und den Vollzug der Schubhaft. Die Dauer wird in § 80 FPG geregelt. Die Form und Gestaltung der Entlassung aus der Schubhaft wie auch die Aufhebung des gelinderen Mittels werden im letzten Paragraphen des Abschnitts ausgeführt, und zwar in § 81 FPG.

Wie in Kapitel 4 bereits dargelegt, hat jede Freiheitsentziehung dem Zweck der durch die einschlägigen Unterabsätze der Art 5 Abs 1 EMRK und Art 2 Abs 1 PersFrG erlaubten Einschränkungen zu entsprechen. Bereits der Name der Maßnahme als Haft verdeutlicht, dass diese in den Anwendungsbereich des Grundrechts auf Schutz der persönlichen Freiheit fällt. Dies ist zudem durch die Allseitigkeit der Bewegungseinschränkung in einer entsprechenden Hafteinrichtung und die unstrittige Rechtsansicht unzweifelhaft.[629]

Als verfassungsrechtliche Grundlage dient der Haftgrund zum Zwecke der beabsichtigten Ausweisung nach Art 2 Abs 1 Z 7 PersFrG bzw. der Haftgrund zum Zwecke des schwebenden Ausweisungsverfahrens nach Art 5 Abs 1 lit f EMRK. Die Schubhaft stellt auch den Hauptanwendungsfall dieses Tatbestandes dar.[630] Die Schubhaftbestimmungen sind somit im Hinblick auf die dortigen grundrechtlichen Erwägungen zu bewerten und auszulegen.

[628] Die Voraussetzungen des Art 28 Dublin III-VO sind nahezu deckungsgleich, sodass die eben angeführten Bedingungen ebenso auf Inschubhaftnahmen nach Art 28 Dublin III-VO iVm § 76 Abs 2 Z 2 FPG Anwendung finden. Der Hauptunterschied besteht darin, dass nach Art 28 Abs 2 Dublin III-VO die Fluchtgefahr erheblich sein muss, um Inschubhaftnahmen zu rechtfertigen.

[629] *Kopetzki*, PersFrG Art 2 Rz 75.

[630] *Mayer*/*Muzak*, Bundes-Verfassungsrecht 685.

6.1.1 Anwendungsbereich

Fremde – mit Ausnahme von Asylberechtigten und subsidiär Schutzberechtigten[631] – können bei Vorliegen der Voraussetzungen ab Vollendung des 14. Lebensjahres in Schubhaft genommen werden. Nach § 2 Abs 4 Z 1 FPG gilt als Fremder, „wer die österreichische Staatsbürgerschaft nicht besitzt".[632]

Unmündige Minderjährige[633] dürfen zwar nach § 76 Abs 1 letzter Satz FPG nicht in Schubhaft genommen werden, doch können sie die/den zur Obsorge Berechtigte/n im Falle der zeitnahen Abschiebung in die Schubhaft begleiten.[634]
Gegen mündige Minderjährige ist stets ein gelinderes Mittel anzuordnen; außer es liegen exzeptionelle Umstände vor, welche die Annahme rechtfertigen, dass der Zweck der Schubhaft nicht anders erreicht werden kann.[635] Im Falle von bestehenden und nicht ausräumbaren Zweifeln an der Minderjährigkeit der/des Fremden, ist iSd Grundsatzes *in dubio pro minore* von dem angegebenen Geburtsdatum auszugehen. Es sind somit auch die diesbezüglichen höchstzulässigen Haftdauern zu beachten.[636]

§ 76 FPG sieht weder eine Unterscheidung zwischen rechtmäßig und unrechtmäßig aufhältigen Fremden vor, noch wird die Inschubhaftnahme von Asylsuchenden eigens geregelt. Die Bestimmung richtet sich ebenso gegen Unionsbürger/innen und begünstigte Drittstaatsangehörige, welche bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen ebenso in Schubhaft genommen werden können.[637]
Dem Aufenthaltsstatus, der Rechtmäßigkeit des Aufenthaltes und gegebenenfalls dem Stadium eines anhängigen Asylverfahrens wie auch Verfahrens zur Erlassung einer aufenthaltsbeendenden Maßnahme kommt jedoch Bedeutung bei der Prüfung des Vorliegens von Fluchtgefahr sowie der Notwendigkeit und Verhältnismäßigkeit der Schubhaft zu. Zu

---

631 § 1 Abs 2 FPG. Diese Ausnahme besteht für Asylberechtigte bzw. subsidiär Schutzberechtigte bis zur rechtskräftigen Aberkennung des jeweiligen Status (anders im Falle eines Wiederaufnahmeverfahrens nach § 69 Abs 3 AVG).
632 § 2 Abs 4 Z 1 FPG.
633 Die Definition richtet sich nach § 21 Abs 2 ABGB, welche wie folgt lautet: „Minderjährige sind Personen, die das achtzehnte Lebensjahr noch nicht vollendet haben; haben sie das vierzehnte Lebensjahr noch nicht vollendet, so sind sie unmündig".
634 § 79 Abs 5 FPG.
635 § 77 Abs 1 letzter Satz FPG.
636 *Filzwieser*/*Frank*/*Kloibmüller*/*Raschhofer*, FPG § 76, 1233.
637 §§ 76 Abs 1 iVm 2 Abs 4 Z 1 FPG.

beachten ist zudem, dass Schubhaft bei rechtmäßig aufhältigen Fremden nur zur Sicherung des Verfahrens zur Erlassung einer aufenthaltsbeendenden Maßnahme in Betracht kommt. Der Zweck kann sich gegebenenfalls im Laufe der Anhaltung ändern, wenn aufgrund der Erlassung einer aufenthaltsbeendenden Maßnahme die/der Fremde den rechtmäßigen Aufenthaltsstatus verliert und die Schubhaft sodann der Sicherung der Abschiebung dient.[638]

§ 31 FPG enthält eine Legaldefinition sowohl des rechtmäßigen wie auch des unrechtmäßigen Aufenthaltes. Demnach halten sich Fremde (darunter auch Unionsbürger/innen und begünstigte Drittstaatsangehörige) nach Abs 1a leg cit dann unrechtmäßig im Bundesgebiet auf, wenn sie nicht nach Abs 1 leg cit rechtmäßig aufhältig sind.

Besonderer Bedeutung bei der Frage der Rechtmäßigkeit des Aufenthaltes kommt nach § 31 Abs 1 FPG zunächst dem Umstand zu, ob die/der Fremde rechtmäßig eingereist ist und die zulässige Aufenthaltsdauer nicht überschritten hat (Z 1 leg cit). § 31 Abs 1 Z 2 - 5 FPG idF BGBl I 84/2017 enthalten zudem eine Reihe von Aufenthaltsberechtigungen, welche gleichsam einen rechtmäßigen Aufenthalt begründen, darunter: Aufenthaltstitel (bzw. Dokumentationen) nach dem NAG[639], von einem Vertragsstaat ausgestellte Aufenthaltstitel (für die Dauer von bis zu 3 Monaten), Aufenthaltsrecht nach dem AsylG, oder ein anhängiger Verlängerungsantrag als Saisonier nach § 2 Abs 4 Z 17a FPG idF BGBl I 84/2017.[640] In Ergänzung dieser Aufzählung enthält § 31 Abs 1 Z 7 FPG einen Auffangtatbestand, sodass sich die Rechtmäßigkeit des Aufenthaltes auch aus anderen Bundesgesetzen ergeben kann.[641]

§ 31 Abs 1a FPG spezifiziert den unrechtmäßigen Aufenthalt dahingehend, als Fremde insbesondere dann unrechtmäßig aufhältig sind: wenn sie aufgrund eines Rücknahmeabkommens nach § 19 Abs 4 FPG oder aufgrund sonstiger internationaler Gepflogenheiten rückgenommen werden mussten, zum Zwecke der Durchbeförderung, Auslieferung oder vergleichbarer in der Bestimmung näher genannter Gründe eingereist sind,

[638] § 76 Abs 5 FPG.

[639] Nach fristgerechter Stellung eines Verlängerungsantrages ist die/der Fremde nach § 24 NAG iVm § 31 Abs 1 Z 7 FPG bis zur rechtskräftigen Entscheidung über den Antrag weiterhin rechtmäßig im Bundesgebiet aufhältig.

[640] § 31 Abs 1 Z 6, Abs 2 und 3 FPG entfallen mit Inkrafttreten der Bestimmungen des BGBl I 84/2017.

[641] Wie *Muzak* zur insofern vergleichbaren Vorgängerbestimmung § 31 FrG ausführt, stellt sich die Regelung als äußerst unsystematisch dar. Zudem sind die Differenzierungen der einzelnen Aufenthaltstitel als verfassungsrechtlich jedenfalls problematisch zu qualifizieren, da Inhaber/innen von Aufenthaltsberechtigungen, welche in Abs 1 nicht genannt sind, nur dann rechtmäßig aufhältig sein können, wenn sie auch rechtmäßig eingereist sind (*Muzak*, Fremdengesetz 140 ff.). Es ist durchaus fraglich, ob der Auffangtatbestand des § 31 Abs 1 Z 7 FPG dieser Differenzierung ausreichend Rechnung tragen kann.

wenn sie nach § 46a FPG geduldet sind oder eine Frist für die freiwillige Ausreise gemäß § 55 FPG erhalten haben.[642]

Unionsrechtlich referenziert der unrechtmäßige Aufenthalt von Drittstaatsangehörigen des Weiteren auf den unmittelbar anzuwendenden Art 5 Schengener Grenzkodex. Nach diesem hat die/der Drittstaatsangehörige für die Rechtmäßigkeit der Einreise, wonach sich die Rechtmäßigkeit des weiteren Aufenthaltes richtet, Folgendes nachzuweisen: ein gültiges Reisedokument, erforderlichenfalls ein Visum, den Beleg des Zweckes und der Umstände des beabsichtigten Aufenthalts, sowie den Nachweis ausreichender Unterhaltsmittel für die gesamte Aufenthaltsdauer und die Rückreise wie auch deren rechtmäßigen Erwerb. Weiters darf die/der Fremde nicht im Schengener Informationssystem (SIS) zur Einreiseverweigerung ausgeschrieben sein und keine Gefahr für die öffentliche Ordnung, die innere Sicherheit, die öffentliche Gesundheit oder die internationalen Beziehungen eines Mitgliedstaats darstellen.

Dem Aufenthaltsstatus kommt auch für die Frage nach der mittelbaren oder unmittelbaren Anwendbarkeit des Sekundärrechts der EU Relevanz zu. Entsprechend findet die Aufnahme-RL im Falle der Inhaftnahme von Antragstellern/Antragstellerinnen iSd des Art 2 lit c iVm lit e Verfahrens-RL Anwendung. Die Rückführungs-RL ist bei der Inhaftnahme von illegal aufhältigen Drittstaatsangehörigen zum Zwecke der Abschiebung heranzuziehen, die weder Unionsbürger/innen sind noch das Gemeinschaftsrecht auf freien Personenverkehr nach Art 2 Abs 5 des Schengener Grenzkodex genießen.[643]

Zu beachten ist in diesem Zusammenhang jedoch das auf Basis des Art 1 Abs 1 RassDiskrB-VG für die Legislative bestehende Sachlichkeitsgebot und das für die Exekutive geltende Verbot der Willkür. Unsachgemäße Differenzierungen sind ebenso im Hinblick auf Art 14 EMRK (iVm dem jeweiligen Grundrecht) und Art 20 und 21 GRC im Anwendungsbereich des Unionsrechtes grundrechtswidrig, wobei diese Bestimmungen keine Einschränkung auf die Beurteilung von Sachverhalten von Fremden untereinander vorsehen. Da die Schubhaft gegen sämtliche Personengruppen im Rahmen eines einzelnen Paragraphen – zumal ohne Differenzierungen – normiert wurde, ist es geboten, die einzelnen Garantien und Schutzbestimmungen der jeweiligen RL unter dem Blickwinkel des auf den verschiedenen

[642] § 31 Abs 1a Z 1- 4 FPG.

[643] Art 3 Abs 1 Aufnahme-RL; Art 2 Abs 1 Rückführungs-RL.
VwGH 22.05.2014, Ro 2014/21/0047; 03.09.2015, Ro 2015/21/0032 zur Anwendbarkeit der Rückführungs-RL.

Ebenen geltenden Gleichheitssatzes auch für den erweiterten Personenkreis zu beachten bzw. bei der Bewertung der Rechtmäßigkeit der Schubhaft entsprechend miteinzubeziehen.[644]

Aufgrund der unmittelbaren Anwendbarkeit der Dublin III-VO hat die Inhaftnahme zum Zwecke einer diesem Anwendungsbereich unterliegenden Überstellung bzw. Verfahrenssicherung stets auf Grundlage von Art 28 der Dublin III-VO zu erfolgen.[645]

Im Rahmen der Neustrukturierung des Fremdenrechts wurde die Zurückweisung, Transitsicherung, Zurückschiebung und Durchbeförderung nach dem 6. Hauptstück des FPG dem Aufgabenbereich der LPD zugewiesen. Die Verhängung der Schubhaft ist mangels Erwähnung und Systematik des Gesetzes in diesen Fällen nicht zulässig, sondern lediglich die Festnahme und Anhaltung nach § 39 FPG. Der Gesetzgeber hat damit von der Möglichkeit Gebrauch gemacht, die Anwendung der Rückführungs-RL auf diese Personengruppe nach Art 2 Abs 2 lit a der RL auszuschließen.[646] Dadurch sind die besonderen Verfahrensbestimmungen bei Zurückweisung und Zurückschiebung (u.a.) im Hinblick auf die Rückführungs-RL als zulässig zu erachten, wobei nach Art 2 Abs 4 der RL gewisse Garantien zu berücksichtigen sind, wie etwa Non-Refoulement-Gebot.

6.1.2 Sicherungszweck

Wie eingangs bereits angeführt, handelt es sich bei der Schubhaft um eine Sicherungshaft. Der nach § 76 Abs 1 FPG angeführte Zweck, dessen Erfüllung grundlegende Voraussetzung der Anordnung ist, wird in Absatz 2 spezifiziert. Dieser lautet wie folgt:

> „Die Schubhaft darf nur dann angeordnet werden, wenn
> 1. dies zur Sicherung des Verfahrens zur Erlassung einer aufenthaltsbeendenden Maßnahme, zur Sicherung des Verfahrens über einen Antrag auf internationalen Schutz im Hinblick auf die Erlassung einer aufenthaltsbeendenden Maßnahme oder der Abschiebung notwendig ist und sofern jeweils Fluchtgefahr vorliegt und die Schubhaft verhältnismäßig ist, oder
> 2. die Voraussetzungen des Art. 28 Abs. 1 und 2 Dublin-VO vorliegen."[647]

[644] Ähnlich hierzu: *Stern*, Rechtsberatung 274 ff. Zum Gleichheitssatz ausführlich: Kapitel 4.2.3.
[645] Im Rahmen des Schubhaftbescheids ist von der Behörde somit jedenfalls auf Art 28 Dublin III-VO Bezug zu nehmen, die zusätzliche Erwähnung von § 76 Abs 2 Z 2 FPG ist hingegen nicht notwendig (vgl hierzu VwGH 17.11.2016, Ra 2016/21/0270 (RS 1); 19.05.2015, Ra 2014/21/0002; 24.03.2015, Ro 2014/21/0080).
[646] ErläutRV 1803 XXIV. GP 70 ad § 76 Abs 1 FPG.
[647] § 76 Abs 2 FPG.

Im ersten Anwendungsbereich, welcher auf sämtliche Fremde – mit Ausnahme von Personen in Verfahren nach der Dublin III-VO – Anwendung findet, wird zwischen der Sicherung des Verfahrens zur Erlassung einer aufenthaltsbeendenden Maßnahme und der Sicherung der Abschiebung unterschieden. Ziffer 2 findet im Bereich der Dublin III-VO Anwendung.[648] Nicht zuletzt da die gesetzlichen Grundlagen für die Beurteilung des Vorliegens einer Fluchtgefahr nach Art 2 lit n Dublin III-VO im innerstaatlichen Recht der Mitgliedstaaten zu normieren sind, ist es konsequent, dass § 76 Abs 2 Z 2 FPG auf Art 28 Dublin III-VO verweist.[649]

Die dezidierte Erwähnung der Verhältnismäßigkeit in Ziffer 1 trägt der höchstgerichtlichen Judikatur Rechnung, nach welcher die Notwendigkeit und Verhältnismäßigkeit der Schubhaft jeweils auf Grundlage des Einzelfalles zu beurteilen sind.[650]
Die verpflichtende Beachtung der Notwendigkeit und Verhältnismäßigkeit der Schubhaft im Anwendungsbereich der Ziffer 2 ergibt sich direkt aus dem Unionsrecht. Art 28 Abs 2 Dublin III-VO fordert explizit das Vorliegen einer erheblichen Fluchtgefahr wie auch die Beachtung des Ultima Ratio-Prinzips sowie die Durchführung einer Einzelfall- und Verhältnismäßigkeitsprüfung.[651]

6.1.2.1 Sicherung des Verfahrens zur Erlassung einer aufenthaltsbeendenden Maßnahme

Nach dem ersten Fall des § 76 Abs 2 Z 1 FPG darf Schubhaft über Fremde zur Sicherung des Verfahrens zur Erlassung einer aufenthaltsbeendenden Maßnahme angeordnet werden.
Wie am Anfang des Kapitels bereits dargelegt, ist die Schubhaft den grundrechtlich determinierten Ausnahmetatbeständen eines schwebenden Ausweisungsverfahren nach Art 5 Abs 2 lit f EMRK und der beabsichtigten Ausweisung nach Art 2 Abs 1 Z 7 PersFrG zuzuordnen. Für die Verfassungskonformität der Maßnahme bedarf es demnach eines anhängigen Verfahrens, wofür ein formeller Akt als Grundvoraussetzung vorzuliegen hat.[652]

---

[648] VwGH 20.12.2016, Ro 2016/21/0018.
[649] *Taucher*, Schubhaft, 178.
[650] ErläutRV 582 XXV. GP 21 ad § 76 FPG.VfGH 24.06.2006, B 362/06; 15.06.2007 B 1330/06 und B 1331/06; VwGH 18.02.2009, 2006/21/0261; 28.05.2008, 2007/21/0246.
[651] ErläutRV 582 XXV. GP 21 ad § 76 FPG. Art 28 Abs 2 Dublin III-VO.
[652] Hinsichtlich der Diskussion zum grundrechtlichen Erfordernis eines schwebenden Verfahrens bzw. der beabsichtigten Ausweisung darf an dieser Stelle auf Kapitel 4.1.4.2.3 verwiesen werden.

Zu klären ist somit, ab wann ein Verfahren zur Erlassung einer aufenthaltsbeendenden Maßnahme als eingeleitet gilt, um die Erlassung eines Schubhaftbescheides zu rechtfertigen. Die den aufenthaltsbeendenden Maßnahmen zugrundeliegenden Bestimmungen sehen die Verpflichtung des BFA vor, bei Erfüllung gewisser Voraussetzungen im Rahmen des behördlichen Ermessens, eine entsprechende Maßnahme zu erlassen. Ein Antragsrecht durch den Fremden ist explizit nicht vorgesehen.[653] Weder das FPG noch das BFA-VG sehen spezifische Regelungen vor, in welcher Form Verfahren zur Erlassung einer aufenthaltsbeendenden Maßnahme einzuleiten sind, somit ist subsidiär auf die Vorschriften des AVG zurückzugreifen. § 39 Abs 2 AVG normiert, dass die Behörde – sofern die Verwaltungsvorschriften hierüber keine Anordnungen treffen – von Amts wegen vorzugehen hat. Es ist somit subsidiär der Grundsatz der Offizialmaxime anzuwenden.[654]

Obwohl ein bestimmter Verfahrensakt zur Einleitung des Verfahrens somit nicht vorgeschrieben ist, bedarf es nach hL zumindest eines internen Aktes, aus dem sich klar die Einleitung eines Verfahrens ergibt (etwa in Form eines Aktenvermerkes).[655] Diese Rechtsansicht wurde im Zusammenhang mit dem Ausweisungsverfahren und dem Aufenthaltsverbotsverfahren nach FrG 1992 vom VwGH vertreten.[656] Da die derzeitige Rechtslage weiterhin einen bestimmten behördlichen Akt für die amtswegige Einleitung eines entsprechenden Verfahrens nicht vorsieht, erscheint die Auslegung auf die derzeitige Rechtslage übertragbar. Es ist somit anzunehmen, dass ein interner Vermerk zur Einleitung des Verfahrens ausreicht.[657]

Das FPG selbst sieht keine Legaldefinition des Begriffes *Aufenthaltsbeendende Maßnahme* vor, sodass die Definition des § 2 Abs 27 AsylG heranzuziehen ist. Demnach sind folgende Maßnahmen umfasst: „eine Rückkehrentscheidung (§ 52 FPG), eine Anordnung zur Außerlandesbringung (§ 61 FPG), eine Ausweisung (§ 66 FPG) und ein Aufenthaltsverbot (§ 67 FPG)".

---

[653] §§ 52, 61, 66 und 67 FPG.

[654] *Kolonovits*/*Muzak*/*Stöger*, Verwaltungsverfahrensrechts, 108.

[655] *Ammer*, juridikum 2007, 75; *Muzak*, migraLex 2007, 81.
Die Einleitung muss dann bescheidmäßig erfolgen, wenn diese eine gesetzliche Tatbestandsvoraussetzung für eine entsprechend zu begründende darauf basierende Entscheidung ist (vgl VwGH 23.09.1994, 94/17/0278 (RS 4)). Eine ähnliche Argumentation könnte ebenso für den gegenständlichen Bereich herangezogen werden, da die Einleitung des zu sichernden Verfahrens Grundvoraussetzung für die Erlassung eines Schubhaftbescheides ist.

[656] VwGH 01.08.2000, 97/21/0845; 18.12.1998, 95/21/0981.

[657] Durch den Umstand, dass nunmehr dieselbe Behörde (BFA) sowohl für die Einleitung des Verfahrens zur Erlassung einer aufenthaltsbeendenden Maßnahme wie auch für die Anordnung der Schubhaft zuständig ist, stellt diese bis dato strittige Rechtsfrage nunmehr ein rein akademisches Problem dar.

Da ein Ziel des zu sichernden Verfahrens somit die Erlassung einer Rückkehrentscheidung ist, fällt die Bestimmung zumindest hinsichtlich der davon betroffenen Personengruppe klar in den Anwendungsbereich der Rückführungs-RL. Wie in Kapitel 5.3.1.1 bereits dargelegt, ist für Personen im Anwendungsbereich der Rückführungs-RL lediglich die Haft im Rückführungsverfahren vorgesehen, dh zum Zwecke der Abschiebung. Hierfür muss bereits eine durchsetzbare Rückkehrentscheidung, eine Entscheidung über ein Einreiseverbot oder über eine Abschiebung vorliegen. Wie der EuGH jedoch klargestellt hat, steht die Rückführungs-RL einer Inhaftierung zur Ermittlung und Überprüfung des gegebenenfalls illegalen Aufenthaltes einer/eines Drittstaatsangehörigen nicht entgegen. Begründend zieht der EuGH den ErwGr Nr. 17 leg cit heran, welcher hinsichtlich des ursprünglichen Aufgriffs durch Strafverfolgungsbehörden auf die einzelstaatlichen Bestimmungen verweist. Des Weiteren würde iSd effet utile-Prinzips die wirksame Rückführung gefährdet werden, wenn der illegale Aufenthalt – etwa durch Flucht der/des Verdächtigen – nicht überprüft und ermittelt werden könnte. Gleichzeitig stellt der EuGH explizit fest, dass es sich hierbei um eine „zwar kurze, aber angemessene Zeit“ handeln muss, „um die Identität der kontrollierten Personen festzustellen und um die Fakten zu recherchieren, auf deren Grundlage entschieden werden kann, ob es sich bei dieser Person um einen illegal aufhältigen Drittstaatsangehörigen handelt“.[658] Im Falle der Feststellung des illegalen Aufenthaltes ist jedenfalls umgehend eine Rückkehrentscheidung zu erlassen. Auch an weiterer Stelle wird explizit darauf hingewiesen, dass dieses Verfahren zügig zu erfolgen hat, um nicht das Ziel der Rückführungs-RL, welches die Rückführung darstellt, zu kompromittieren.[659]

Demnach ist die Sicherungshaft zur Erlassung einer Rückkehrentscheidung von den Haftbestimmungen der Rückführungs-RL zwar nicht mit umfasst, jedoch dem Grunde nach gedeckt. Zu beachten ist, dass im Vergleich zur Abschiebehaft jedenfalls wesentlich kürzere Zeiten als angemessen anzusehen sind, da zweifellos eine über einen nur kurzen Zeitraum hinausgehende Schubhaft, welche nicht der Abschiebung dient, der Zielsetzung der Rückführungs-RL entgegensteht und folglich als unrechtmäßig zu qualifizieren ist.[660]

Es ist zudem zu beachten, dass zum Zeitpunkt der Inschubhaftnahme nicht abschließend geklärt ist, ob eine aufenthaltsbeendende Maßnahme vom BFA auch erlassen werden wird

[658] EuGH 06.12.2011, C-329/11 PPU (Achughbabian), Rn 31.
[659] EuGH 06.12.2011, C-329/11 PPU (Achughbabian).
[660] Es ist kritisch zu hinterfragen, welche Zeiträume als angemessen iSd Rückführungs-RL anzusehen sind.

bzw., sofern dem Bescheid aufschiebende Wirkung zukommt, ob diese im Rechtsmittelverfahren ihre Bestätigung findet und damit rechtskräftig wie auch durchsetzbar wird. Die Frage der Rechtmäßigkeit der Einleitung eines entsprechenden Verfahrens wie auch der aufenthaltsbeendenden Maßnahme per se, ist nach stRsp im Rahmen des Schubhaftverfahrens keiner eigenen Prüfung zu unterziehen.[661] Es kommt zunächst lediglich darauf an, dass ein zu sicherndes Verfahren anhängig ist.[662] Wenn sich allerdings im Zuge des Verfahrens herausstellt, dass eine Abschiebung nicht (mehr) in Betracht kommt und somit das grundlegende Ziel jeder Schubhaft, nämlich die Außerlandesbringung, nicht erreicht werden kann, hat dies ebenso rechtliche Konsequenzen in Bezug auf die Rechtmäßigkeit der weiteren Anhaltung. In einem solchen Fall ist die Haft folglich umgehend zu beenden.[663]

Hervorzuheben ist, dass der Schubhaft „nicht der Charakter einer Straf- oder Beugehaft"[664] zukommt. In diesem Sinne kann eine Gefährdung der öffentlichen Ordnung die Verhängung der Schubhaft nicht begründen, zumal sie weder „der Aufdeckung oder Verhinderung von Straftaten noch ihrer Sanktionierung, sondern lediglich der Erfüllung eines administrativen Sicherungszweckes"[665] dient.[666] Nichts anderes gilt für die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ruhe, Ordnung und Sicherheit, wie auch hinsichtlich der Vermeidung „eine[r] allfällige[n] Gefährdung öffentlicher Interessen an einem geordneten Fremdenwesen, einem geordneten Arbeitsmarkt und am wirtschaftlichen Wohl des Landes".[667] Die Schubhaft dient nach stRsp wie auch dem Wortlaut der Bestimmung ebenso wenig der Erzwingung eines bestimmten Verhaltens, sondern ist vorrangiger Zweck stets die Sicherung eines Verfahrens oder der Abschiebung.[668] Diesen Gesichtspunkten kann jedoch sowohl bei der Erlassung der

[661] VwGH 05.07.2011, 2008/21/0080; 27.03.2009, 2007/21/0019.
[662] VwGH 19.05.2011, 2010/21/0106; 17.03.2009, 2006/21/0301.
[663] VwGH 25.11.1994, 94/02/0261 (RS 1); 21.03.1997, 95/02/0383.
[664] VwGH 27.01.2011, 2008/21/0595.
[665] VwGH 22.12.2009, 2009/21/0185.
[666] VfGH 08.03.1994, G 112/93; VwGH 22.11.2007, 2006/21/0333; 30.08.2007, 2006/21/0107.
[667] VwGH 20.02.2014, 2013/21/0178; hierzu auch: VwGH 27.02.2007, 2006/21/0311.
[668] Im Gegensatz hierzu ist die neu geschaffene Bestimmung des § 46 Abs 2b FPG idF BGBl I 84/2017 zu verstehen. Demnach kann der/dem Fremden die Beschaffung einer für die Abschiebung notwendigen Bewilligung oder eines Reisedokumentes mit Mandatsbescheid auferlegt werden, womit nach den Erläuterungen des Gesetzgebers explizit die Möglichkeit verbunden sein soll, dieses Verhalten mit Anordnung von Beugehaft nach § 5 Abs 1 2.Fall VVG zu erzwingen (ErläutME FRÄG 2017 Teil II, 311/ME XXV. GP 8 ad § 46 Abs 2a). Der Vollständigkeit halber ist allerdings darauf hinzuweisen, dass fraglich ist, ob eine entsprechende Beugehaft und gegebenenfalls in welchem Ausmaß mit grund- und unionsrechtlichen Erwägungen in Einklang zu bringen sind.

aufenthaltsbeendenden Maßnahme per se wie auch bei der Beurteilung der Verhältnismäßigkeit der Schubhaft Relevanz zukommen.[669]

Im Folgenden seien die einzelnen aufenthaltsbeendenden Maßnahmen des § 2 Abs 27 AsylG, deren Verfahren durch die Schubhaft gesichert werden sollen, überblicksmäßig dargestellt[670]:

Rückkehrentscheidung nach § 52 FPG:

Die Rückkehrentscheidung enthält die Feststellung, dass die/der Drittstaatsangehörige unrechtmäßig aufhältig ist. Damit einhergehend wird eine Rückkehrverpflichtung auferlegt. Der vom BFA zu erlassende Bescheid kann mittels Beschwerde an das BVwG angefochten und überprüft werden.[671] Hinsichtlich des Verfahrens sind die Vorgaben der Rückführungs-RL zu beachten, welche spezifische Anforderungen an die Erlassung stellen, wie etwa das stets zu beachtende Non-Refoulement-Gebot.[672]

Mit der Zurück- oder Abweisung eines Antrags auf internationalen Schutz oder mit der Aberkennung des Status der/des Asylberechtigten oder subsidiär Schutzberechtigten ist nach § 10 Abs 1 AsylG iVm § 52 Abs 2 FPG gleichzeitig eine Rückkehrentscheidung zu erlassen. Ebenso ist eine ab- oder zurückweisende Entscheidung hinsichtlich eines Antrags auf Erteilung eines Aufenthaltstitels aus berücksichtigungswürdigen Gründen nach §§ 55, 56 und 57 AsylG mit einer Rückkehrentscheidung zu verbinden. Gegen rechtmäßig aufhältige Drittstaatsangehörige ist dann eine Rückkehrentscheidung zu verkünden, wenn nachträglich ein Versagungsgrund eintritt oder bekannt wird, welcher der Erteilung entgegengestanden wäre oder eine Verlängerung des Titels verhindert hätte (§ 60 AsylG, § 11 Abs 1 und 2 NAG, § 31 Abs 1 FPG). Des Weiteren in Fällen des Aufenthalts auf Grundlage einer *Rot-Weiß-Rot - Karte* (nach § 8 Abs 1 Z 1 NAG) und *Rot-Weiß-Rot - Karte plus* (nach § 8 Abs 1 Z 1 NAG), wenn die/der Betroffene über einen gewissen Zeitraum keiner Erwerbstätigkeit nachgegangen ist oder das Modul 1 der Integrationsvereinbarung gemäß § 14a NAG nicht rechtzeitig erfüllt hat und zwar aus Gründen, die ausschließlich vom Drittstaatsangehörigen zu vertreten sind. Gegen Drittstaatsangehörige mit Aufenthaltstitel *Daueraufenthalt EU* nach § 45 NAG kann das

[669] VwGH 22.11.2007, 2006/21/0189; 22.05.2007, 2006/21/0052; 27.02.2007, 2006/21/0311.
[670] *Filzwieser/Frank/Kloibmüller/Raschhofer*, FPG § 76, 1108 ff.
[671] § 7 Abs 1 BFA-VG.
[672] Art 5 Rückführungs-RL.

BFA nur dann eine Rückkehrentscheidung erlassen, wenn die Voraussetzungen für die Erlassung eines Einreiseverbotes gemäß § 53 Abs 3 FPG von bis zu 10 Jahren bzw. unbefristet erfüllt sind und deren „weiterer Aufenthalt eine gegenwärtige, hinreichend schwere Gefahr für die öffentliche Ordnung oder Sicherheit darstellen würde"[673].

Bis zum FRÄG 2017 hatte das BFA gleichzeitig mit der Erlassung einer Rückkehrentscheidung festzustellen, dass die Abschiebung einer/eines Drittstaatsangehörigen gemäß § 46 FPG in einen bestimmten Staat oder mehrere Staaten zulässig ist, es sei denn, dass dies aus von der/dem Drittstaatsangehörigen zu vertretenden Gründen nicht möglich ist. Mit Inkrafttreten der Novelle ist jedenfalls eine Rückkehrentscheidung zu erlassen, gleichzeitig ist festzustellen, ob eine Abschiebung zulässig ist.[674]

Unter bestimmten Voraussetzungen ist von einer Rückkehrentscheidung auf Dauer oder vorübergehend abzusehen, wie insbesondere bei sonstiger Verletzung des Rechts auf Aufrechterhaltung des schützenswerten Privat- und Familienlebens nach Art 8 EMRK wie auch des Kindeswohls.[675]

In bestimmten Konstellationen (wie insbesondere Straffälligkeit) ist ein Einreiseverbot nach § 53 Abs 3 FPG über einen zu definierenden Zeitraum zu erlassen, dh ein Verbot, für einen bestimmten Zeitraum (ab der vollzogenen Ausreise) wiedereinzureisen.[676]

Anordnung zur Außerlandesbringung nach § 61 FPG:

Die Anordnung zur Außerlandesbringung umfasst jene Sachverhalte, in denen eine Abschiebung nicht in einen Drittstaat erfolgen soll, sondern in einen Mitgliedstaat der EU. Ein entsprechender Bescheid ist gegen eine/n Drittstaatsangehörige/n vom BFA bei Erlassung einer zurückweisenden Entscheidung in einem Verfahren nach der Dublin III-VO bzw. im Falle, dass die betreffende Person bereits Schutz in einem sicheren EWR-Staat genießt, zu erlassen. Eine Abschiebung ist nach Abs 3 leg cit vorübergehend auszusetzen, wenn Gründe in Bezug auf Art 3 EMRK der Durchführung für einen nur kurzen Zeitraum entgegenstehen.[677]

---

[673] § 52 Abs 2 bis 5 FPG.
[674] § 52 Abs 9 FPG idF BGBl I 84/2017.
[675] VwGH 24.05.2016, Ra 2016/21/0101.
[676] EuGH 26.07.2017, Rs C-225/16 (Ouhrami)
[677] ErläutRV 1803 XXIV. GP 68.

Ausweisung nach § 66 FPG:

Die vorab angeführten Tatbestände richten sich an Drittstaatsangehörige, die weder EWR-Bürger/innen oder Schweizer Bürger/innen[678] noch Begünstigte iSd § 2 Abs 4 Z 11 FPG sind.[679]

An die Zulässigkeit von aufenthaltsbeendenden Maßnahmen gegen EWR- und Schweizer Bürger/innen wie auch gegen begünstigte Drittstaatsangehörige werden wesentlich strengere Maßstäbe gelegt. Nach § 66 Abs 1 FPG ist eine Ausweisung nur dann zulässig, wenn ihnen das unionsrechtliche Aufenthaltsrecht nach § 55 Abs 3 NAG nicht oder nicht mehr zukommt (und auch dann nur, wenn sie nicht zur Arbeitssuche eingereist sind, die noch andauert). Im Falle, dass Fremde bereits ein Daueraufenthaltsrecht nach §§ 53a oder 54a NAG erworben haben, ist eine Ausweisung überhaupt nur dann zulässig, wenn der Aufenthalt die öffentliche Ordnung oder Sicherheit schwerwiegend gefährdet.[680]

Obgleich auch in jenen Fällen § 9 BFA-VG (Kriterien zu Art 8 EMRK) Anwendung zu finden hat, wird hier zusätzlich explizit auf die Pflicht des BFA verwiesen, Erwägungen hinsichtlich des Privat- und Familienlebens zu berücksichtigen.[681]

Aufenthaltsverbot nach § 67 FPG:

Auch dieser Tatbestand betrifft ausschließlich unionsrechtlich aufenthaltsberechtigte EWR-Bürger/innen, Schweizer Bürger/innen oder begünstigte Drittstaatsangehörige. Anders als das Einreiseverbot, welches nur in Verbindung mit einer Rückkehrentscheidung erlassen werden kann, ist das Aufenthaltsverbot ein eigenständiger Titel. Wie bei der Ausweisung bedarf es besonderer Umstände, welche die Erlassung rechtfertigen. Hierzu heißt es: „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".[682] Nach 10 Jahren des

---

[678] § 2 Abs 4 Z 10 FPG.

[679] „begünstigter Drittstaatsangehöriger: der Ehegatte, eingetragene Partner, eigene Verwandte und Verwandte des Ehegatten oder eingetragenen Partners eines EWR-Bürgers oder Schweizer Bürgers oder Österreichers, die ihr unionsrechtliches oder das ihnen auf Grund des Freizügigkeitsabkommens EG-Schweiz zukommende Aufenthaltsrecht in Anspruch genommen haben, in gerader absteigender Linie bis zur Vollendung des 21. Lebensjahres, darüber hinaus, sofern ihnen Unterhalt tatsächlich gewährt wird, sowie eigene Verwandte und Verwandte des Ehegatten oder eingetragenen Partners in gerader aufsteigender Linie, sofern ihnen Unterhalt tatsächlich gewährt wird, insofern dieser Drittstaatsangehörige den unionsrechtlich aufenthaltsberechtigten EWR-Bürger oder Schweizer Bürger, von dem sich seine unionsrechtliche Begünstigung herleitet, begleitet oder ihm nachzieht." (§ 2 Abs 4 Z 11 FPG)

[680] § 66 Abs1 FPG.

[681] § 66 Abs 2 und 3 FPG.

[682] § 67 Abs 1 FPG.

Aufenthaltes bedarf es aufgrund der Aufenthaltsverfestigung zusätzlicher schwerwiegender Gründe, wie wiederholter schwerer Betrug oder versuchter schwerer Raub, für die Annahme der nachhaltigen und maßgeblichen Gefährdung.[683]

Eine aufenthaltsbeendende Maßnahme greift stets in das Privat- und Familienleben der/des Betroffenen ein, sodass ein Eingriff nur nach Maßgabe des Art 8 Abs 2 EMRK zulässig ist.[684] Auf Grundlage der Judikatur des EGMR und darauf folgender höchstgerichtlicher Judikatur wurden die hierbei im Besonderen zu beachtenden Kriterien in § 9 BFA-VG (nicht abschließend) zusammengefasst.[685] Hierzu zählen die Art und Dauer des bisherigen Aufenthaltes (Z 1), das tatsächliche Bestehen eines Familienlebens (Z 2), die Schutzwürdigkeit des Privatlebens (Z 3), der Grad der Integration (Z 4), die Bindungen zum Heimatstaat des Fremden (Z 5), die strafgerichtliche Unbescholtenheit (Z 6), Verstöße gegen die öffentliche Ordnung (Z 7), die Frage, zu welchem Zeitpunkt das Privat- und Familienleben entstanden ist (Z 8) und die Frage, ob die Dauer des bisherigen Aufenthaltes des Fremden in den Behörden zurechenbaren überlangen Verzögerungen begründet ist (Z 9).[686]

Außerdem steht im Sinne einer grundrechtskonformen Interpretation die Gefahr einer Verletzung der Art 2 und 3 EMRK der Erlassung einer aufenthaltsbeendenden Maßnahme entgegen.[687]

[683] § 66 FPG; VwGH 18.09.2003, 98/18/0364; 13.09.2006, 2006/18/0111.
[684] *Feßl*/*Holzschuster*, Asylgesetz 2005, 344ff.
[685] VwGH 16.11.2016, Ra 2016/18/0041 ua.
[686] § 9 Abs 2 BFA-VG.
[687] Für viele: VwGH 15.09.2016, Ra 2016/21/0234; 24.05.2016, Ra 2016/21/0101; 25.11.2008, 2006/20/0044; 31.05.2005, 2005/20/0095; 31.03.2005, 2002/20/0582.

6.1.2.2 Sicherung des Verfahrens über einen Antrag auf internationalen Schutz im Hinblick auf die Erlassung einer aufenthaltsbeendenden Maßnahme

Der zweite Fall des § 76 Abs 2 Z 1 FPG gestattet die Inschubhaftnahme von Asylsuchenden zum Zwecke der Erlassung einer aufenthaltsbeendenden Maßnahme.[688] Zu beachten ist, dass sowohl die Aufnahme-RL, wie auch die durch die Verfassung gewährleisteten Grundrechte, die Inhaftnahme ausschließlich aufgrund der Antragstellung untersagen.[689]

Die Anhaltung in Schubhaft ist nach dem Gesetzeswortlaut lediglich zur Sicherung der Erlassung einer aufenthaltsbeendenden Maßnahme zulässig. Dies bedeutet, dass eine Person, gegen die eine Rückkehrentscheidung vorübergehend oder auf Dauer unzulässig ist, nicht in Schubhaft genommen werden darf – sofern nicht neuerlich eine Rückkehrentscheidung zu erlassen ist. Gegen Asylberechtigte und subsidiär Schutzberechtigte ist die Anordnung von Schubhaft bereits nach § 2 Abs 4 Z 1 FPG ausgeschlossen.

Von diesem Tatbestand umfasst sind sowohl Fremde ab Einbringung eines Antrags auf internationalen Schutz bis zum rechtskräftigen Abschluss, zur Einstellung oder Gegenstandslosigkeit des Verfahrens[690], wie auch Personen, die einen entsprechenden Antrag bloß gestellt, aber noch nicht eingebracht haben.[691] Da das Unionsrecht die in Österreich vorhandene Unterscheidung zwischen Antragstellung und Einbringung eines Antrags nicht kennt, wäre eine Differenzierung mit den sekundärrechtlichen Vorgaben nicht in Einklang zu bringen.[692] Es spielt auch keine Rolle, in welcher Phase des Asylverfahrens sich der Antrag befindet.[693]

---

[688] Siehe hierzu insbesondere § 1 Abs 2 FPG.

[689] Art 8 Abs 1 Aufnahme-RL; Art 2 PersFrG; Art 5 Abs 1 EMRK.

[690] § 2 Abs 1 Z 14 AsylG 2005.

[691] Siehe zur Rechtslage vor dem FRÄG 2015: VwGH 19.03.2013, 2011/21/0128.

[692] Exemplarisch: Art 2 lit b Aufnahme-RL.

[693] Nach der Rechtslage vor dem FRÄG 2015 spiegelten die Tatbestände, welche eine Inschubhaftnahme von Asylsuchenden zuließen, den chronologischen Ablauf eines Asylverfahrens wider (§ 76 Abs 2 und 2a FPG idF BGBl I 87/2012; vgl auch VwGH 09.11.2010, 2007/21/0360). Je nach Verfahrensstadium rechtfertigten unterschiedliche Umstände die Verhängung der Schubhaft; so mussten insbesondere zu einem sehr frühen Zeitpunkt des Verfahrens besondere Umstände vorliegen, welche die Annahme rechtfertigten, dass sich die/der Asylsuchende dem Verfahren entziehen würde. Die angeführten Gründe für die Anordnung von Schubhaft knüpften beinahe ausschließlich an die Führung des Verfahrens in der jeweiligen Phase an (VwGH 25.03.2010, 2008/21/0617; 17.07.2008, 2007/21/0419; 07.02.2008, 2007/21/0402).

Die Inschubhaftnahme von Asylsuchenden – und zwar unabhängig von ihrem Aufenthaltsstatus[694] – bedarf nicht nur einer Verankerung in den Grundrechten, sondern ist ebenso einem der taxativ aufgezählten Anhalte- und Haftgründe von Art 8 Abs 3 Aufnahme-RL zuzuordnen. Da im Bereich der Freiheitsentziehung der gesetzlichen Determination und damit dem Schutz vor Willkür hohe Bedeutung zukommt, ist es erforderlich, dem Wortlaut und dem Telos der Bestimmung des § 76 Abs 2 Z 1 FPG streng verhaftet zu bleiben. Demnach ist die Schubhaft auf die Erlassung einer aufenthaltsbeendenden Maßnahme und in weiterer Folge auf die Beendigung des Aufenthalts bzw. die Rückführung der/des Asylsuchenden gerichtet.

Wie *Szymanski* folgerichtig ausführt, ist die sehr allgemeine Formulierung (Sicherung von Verfahren über einen Antrag auf internationalen Schutz im Hinblick auf die Erlassung einer aufenthaltsbeendenden Maßnahme) problematisch, da in der Regel jedes Verfahren auch der Prüfung der Zulässigkeit einer Rückkehrentscheidung dient und die Sicherung des Asylverfahrens durch Freiheitsentziehung vom Eingriffstatbestand der beabsichtigten Ausweisung nach Art 2 Abs 1 Z 7 PersFrG eben nicht gedeckt ist.[695] Zu beachten ist, dass der EGMR eine Inhaftnahme im Hinblick auf die Einreise zur Prüfung des Asylverfahrens (unter Beachtung des Sorgfaltsgebots) als mit Art 5 Abs 1 lit f EMRK konform angesehen hat.[696] Da Art 2 Abs 1 Z 7 PersFrG einen entsprechenden Tatbestand im Hinblick auf die Einreise nicht kennt, ist als notwendige Voraussetzung für eine grundrechtskonforme Inhaftnahme stets ein anhängiges Ausweisungsverfahren anzusehen, sodass die Judikatur letztlich nicht übertragbar ist. Art 8 Abs 1 Aufnahme-RL untersagt zudem explizit die Inhaftnahme lediglich aufgrund der Antragstellung.

Folglich ist prüfen, ab wann sich ein Verfahren zur Prüfung des Antrags auf internationalen Schutz auf die Erlassung einer aufenthaltsbeendenden Maßnahme richtet und ein solches Prüfungsverfahren damit anhängig ist. Nachdem § 27 AsylG explizit die Einleitung eines Verfahrens zur Erlassung einer aufenthaltsbeendenden Maßnahme regelt, ist angesichts einer anzunehmenden Kohärenz der Gesetzeswerke der dortige Regelungsinhalt heranzuziehen.

---

[694] Hierzu näher Kapitel 5.2.1.1.
[695] *Szymanski,* FPG § 76, 7.
[696] EGMR 29.01.2008, 13229/03 (Saadi/UK).

Je nach Tatbestand des § 27 AsylG ist das Verfahren dann wieder einzustellen, wenn die Voraussetzungen für die Einleitung nicht mehr vorliegen bzw. sich der entscheidungsrelevante Sachverhalt maßgeblich geändert hat.[697] Für die Anordnung der Schubhaft ist es zwar grundsätzlich nicht von Relevanz, ob das Verfahren zu Recht eingeleitet wurde, allerdings kann diesem Umstand bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit Bedeutung zukommen.[698] Nach der Systematik des Gesetzes ist auch die Einstellung des Verfahrens zur Erlassung einer aufenthaltsbeendenden Maßnahme – etwa mittels Aktenvermerk oder Mitteilung an die/den Betroffene/n – zu dokumentieren. Wird das Verfahren entsprechend § 27 AsylG zugelassen oder eingestellt, ist die Schubhaft jedenfalls umgehend zu beenden.[699] Dies gilt ebenso, wenn dem Asylsuchenden durch die Ausfolgung einer Aufenthaltsberechtigungskarte nach § 51 AsylG ein Aufenthaltsrecht gemäß § 13 Abs 1 AsylG zukommt.[700]

Zu prüfen ist weiters, ob die Tatbestände des § 27 AsylG jeweils einem der zulässigen Haftgründe nach Art 8 Abs 3 Aufnahme-RL unterliegen. Da es sich sowohl nach dem Gesetzeswortlaut wie auch nach der stRsp bei der Schubhaft um keine Beugehaft handelt, welche zum Zweck die Erfüllung einer bestimmten gesetzlichen Verpflichtung hätte, kann die Bestimmung nicht unter die Tatbestände der Identitätsfeststellung (lit a) und der Sicherung der Beweismittel (lit b) subsumiert werden.[701] Der Tatbestand zu Art 28 Dublin III-VO fällt in den Anwendungsbereich der Z 2 des § 76 Abs 1 FPG, sodass auch dessen Anwendung ausgeschlossen ist (lit f). Es bleiben folglich noch die Tatbestände des lit c, d und e leg cit zu prüfen.

Nach § 27 AsylG ist in folgenden Fällen ein Verfahren eingeleitet:

1. Wenn im Zulassungsverfahren dem/der Antragsteller/in mittels Verfahrensanordnung nach § 29 Abs 3 Z 4 oder 5 AsylG mitgeteilt wird, dass beabsichtigt ist, den Antrag auf internationalen Schutz zurück- oder abzuweisen.

Hinsichtlich der Inschubhaftnahme im Zulassungsverfahren, ist eine Subsumtion unter mehrere Gründe des Art 8 Aufnahme-RL möglich: zum einem unter den Tatbestand der

[697] § 27 Abs 4 und 5 AsylG 2005.
[698] VwGH 26.01.2012, 2008/21/0626; 24.11.2009, 2007/21/0122.
[699] VfGH 15.06.2007, B1330/06 ua., VwGH 18.02.2009, 2006/21/0125; 28.05.2008, 2007/21/0332.
[700] VwGH 11.05.2017, Ra 2017/21/0047.
[701] VwGH 19.04.2012, 2009/21/0047 ua; *Filzwieser/Frank/Kloibmüller/Raschhofer*, Asyl- und Fremdenrecht 1232.

Entscheidung im Rahmen eines Verfahrens über das Recht auf Einreise in das Hoheitsgebiet (lit c) wie auch unter jenen Tatbestand der Antragstellung zum Zwecke der Verhinderung oder Verzögerung der Vollstreckung einer Rückkehrentscheidung (lit d). Nach der Judikatur des EuGH ist an die Freiheitsentziehung aus Gründen der nationalen Sicherheit und der öffentlichen Ordnung ein sehr strenger Maßstab anzulegen (lit e), sodass dieser Tatbestand nicht als Grundlage herangezogen werden kann – zumal es sich höchstens um die Verletzung verwaltungsrechtlicher Bestimmungen handelt.[702]

2. Im Falle der Einstellung des Verfahrens vor dem BVwG nach § 24 Abs 2 AsylG, wenn mit dem bekämpften Bescheid des BFA eine aufenthaltsbeendende Maßnahme erlassen worden war.[703]

Dieser Tatbestand kann keinem der Haft- und Anhaltegründe des Art 8 Aufnahme-RL zugeordnet werden, sodass eine Inschubhaftnahme in diesen Fällen nicht in Betracht kommt.

3. Sowohl von Seiten des BFA wie auch des BVwG ist „ein Verfahren zur Erlassung einer aufenthaltsbeendenden Maßnahme einzuleiten, wenn die bisher vorliegenden Ermittlungen die Annahme rechtfertigen, dass der Antrag auf internationalen Schutz sowohl im Hinblick auf die Gewährung des Status des Asylberechtigten als auch des subsidiär Schutzberechtigten ab- oder zurückzuweisen sein wird und wenn ein besonderes öffentliches Interesse an der beschleunigten Durchführung eines Verfahrens besteht. Die Einleitung eines Verfahrens zur Erlassung einer aufenthaltsbeendenden Maßnahme ist mit Aktenvermerk zu dokumentieren".[704]

Dieser Tatbestand bezieht sich dem Wortlaut nach auf das öffentliche Interesse, welches an der Durchführung einer raschen Rückführung der/des Drittstaatsangehörigen besteht.[705] Der Tatbestand schließt folglich bereits nach dem Wortlaut direkt an Art 8 Abs 3 lit e Aufnahme-RL an.

Ein besonderes Interesse ist nach § 27 Abs 3 AsylG dann anzunehmen, wenn die/der Fremde straffällig geworden ist, eine Anklage durch die Staatsanwaltschaft wegen einer nur

[702] EuGH 15.02.2016, C-601/15 PPU (J.N.).
[703] § 24 Abs 2 AsylG: „Asylverfahren sind einzustellen, wenn sich der Asylwerber dem Verfahren entzogen hat (Abs. 1) und eine Entscheidung ohne eine allenfalls weitere Einvernahme oder Verhandlung nicht erfolgen kann."
[704] § 27 Abs 2 AsylG.
[705] § 27 Abs 2 AsylG.

vorsätzlich zu begehenden Straftat eingebracht worden ist, Untersuchungshaft verhängt oder die/der Fremde bei der Begehung eines Verbrechens nach § 17 StGB auf frischer Tat betreten worden ist.

Nicht umfasst sind verwaltungsstrafrechtliche Verletzungen (wie illegale Einreise oder illegaler Aufenthalt), zumal diese mit einer vorsätzlich begangenen Tat bzw. einem Verbrechen nicht vergleichbar sind und die Einleitung des gegenständlichen Verfahrens im Sinne des Gleichheitssatzes unverhältnismäßig wäre. Wie die Aufnahme-RL zudem an mehreren Stellen klarstellt, ist die Inhaftierung von Asylsuchenden alleine auf Grundlage der Antragstellung unzulässig.[706] Durch die fast durchwegs illegale Einreise (und den daran anschließenden zumindest kurzen illegalen Aufenthalt) von Asylsuchenden würde eine Anwendung dieser Bestimmung auf Asylsuchende letztlich zu einer Umschiffung des expliziten Verbots der Inhaftnahme aufgrund der Antragstellung nach Art 8 Abs 1 der Aufnahme-RL führen. An die Anordnung der Schubhaft für Asylsuchende ist somit auch in diesem Zusammenhang ein sehr strenger Maßstab anzulegen.

Liegt eine der dargestellten Konstellationen nicht vor, findet die Verhängung der Schubhaft gegen Personen, die einen Antrag auf internationalen Schutz gestellt haben, nach § 76 Abs 2 Z 1 AsylG 2005 im Gesetz in Zusammenschau mit den zugrundeliegenden Unionsrechten keine Deckung.[707]

[706] ErwGr 15 und Art 8 Abs 1 Aufnahme-RL.

[707] Vgl hierzu Judikatur des VwGH zu § 76 Abs 2 Z 2 FPG idF BGBl I 87/2012: „Allein im Hinblick darauf, dass das Asylverfahren des Fremden, wie von der Behörde festgestellt, "noch im Laufen" sei, durfte nämlich nicht von einer Einleitung des Ausweisungsverfahrens ausgegangen werden. Zu einer derartigen - rein formal konstruierten - "Einleitung eines Ausweisungsverfahrens" kommt es nämlich nur in den in § 27 AsylG 2005 genannten Fällen" (VwGH 16.05.2012, 2011/21/0229); auch VwGH 27.01.2011, 2010/21/0425.

6.1.2.3 Sicherung der Abschiebung

Der weitaus häufigste Grund für die Verhängung von Schubhaft gegen Fremde (ohne Bezug zur Dublin III-VO) stellt der 3. Fall des § 76 Abs 2 Z 1 FPG dar, nämlich die Sicherung der Abschiebung. In diesen Fällen besteht bereits ein durchsetzbarer Titel, welcher im Rahmen der Haft durchgesetzt werden soll.[708]

Zur Abschiebung nach § 46 Abs 1 FPG heißt es wie folgt:

> „Fremde, gegen die eine Rückkehrentscheidung, eine Anordnung zur Außerlandesbringung, eine Ausweisung oder ein Aufenthaltsverbot durchsetzbar ist, sind von den Organen des öffentlichen Sicherheitsdienstes im Auftrag des Bundesamtes zur Ausreise zu verhalten (Abschiebung), wenn
> 1. die Überwachung ihrer Ausreise aus Gründen der Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit notwendig scheint,
> 2. sie ihrer Verpflichtung zur Ausreise nicht zeitgerecht nachgekommen sind,
> 3. auf Grund bestimmter Tatsachen zu befürchten ist, sie würden ihrer Ausreiseverpflichtung nicht nachkommen, oder
> 4. sie einem Einreiseverbot oder Aufenthaltsverbot zuwider in das Bundesgebiet zurückgekehrt sind."

Da die Nichtbefolgung einer durchsetzbaren aufenthaltsbeendenden Maßnahme die Grundvoraussetzung für eine Abschiebung nach § 46 Abs 1 FPG darstellt, ist die fehlende Ausreisewilligkeit für sich genommen nicht geeignet, die Verhängung der Schubhaft zu rechtfertigen. Vielmehr müssen stets weitere Gründe vorliegen, welche eine Fluchtgefahr nach § 76 Abs 3 FPG im Einzelfall begründen.[709] Für den Fall, dass im Verfahren Indizien dafür hervorgekommen sind, dass die/der Fremde freiwillig ausreisen will, ist dies entsprechend zu würdigen und eine Schubhaft unter Umständen nicht (mehr) gerechtfertigt.[710] Zu beachten ist allerdings, dass der VwGH bereits weit weniger ausgeprägte Umstände – als bei Schubhaft zum Zwecke der Sicherung eines Verfahrens – für die Annahme als ausreichend erachtet, dass die/der Fremde die Abschiebung vereiteln oder erschweren werde.[711]

---

[708] Da die Abschiebung im Auftrag des BFA geschieht, ist eine Beschwerde hinsichtlich der Rechtmäßigkeit bzw. -widrigkeit der Abschiebung als Maßnahme unmittelbarer Befehls- und Zwangsgewalt gegen das BFA als belangte Behörde zu richten (§ 7 Abs 1 Z 3 BFA-VG; vgl auch VwGH 03.09.2015, Ro 2015/21/0025). Die Durchführung obliegt nach § 5 BFA-VG jedoch dem LPD. Dies hat zur Folge, dass sich eine Beschwerden hinsichtlich der Modalitäten gegen das LPD als belangte Behörde richtet. Wie auch in Kapitel 3.3.1 ausgeführt, sind beide Verfahren vom BVwG zu führen (vgl VwGH 17.11.2016, Ro 2016/21/0016).

[709] VwGH 05.07.2011, 2010/21/0032; 21.12.2010, 2007/21/0498; 23.09.2010, 2009/21/0280; 23.09.2010, 2007/21/0432; 28.05.2008, 2007/21/0246; 29.04.2008, 2007/21/0146; 20.12.2007, 2006/21/0359; 31.08.2006, 2006/21/0087; 22.06.2006, 2006/21/0081; 08.09.2005, 2005/21/0301.

[710] VwGH 22.05.2014, 2013/21/0144.

[711] VwGH 22.01.2015, Ro 2014/21/0069; 25.03.2010, 2008/21/0617 und 2009/21/0121.

Sofern es sich um illegal aufhältige Fremde im Anwendungsbereich der Rückführungs-RL handelt, kommen hier die entsprechenden Voraussetzungen, Garantien und Bedingungen zu tragen. Dies betrifft – wie in Kapitel 5.3.1.1 dargelegt – illegal aufhältige Drittstaatsangehörige, darunter auch Asylsuchende mit durchsetzbarer Rückkehrentscheidung.

Grundvoraussetzung für die Schubhaft zum Zweck der Sicherung der Abschiebung ist ein durchsetzbarer Titel. Demnach ist die Schubhaft rechtswidrig, wenn das Verfahren zur Erlassung einer aufenthaltsbeendenden Maßnahme noch nicht beendet ist, noch keine durchsetzbare Entscheidung vorliegt oder die aufenthaltsbeendende Maßnahme aufgrund einer geänderten Beurteilungsgrundlage zugunsten der/des Fremden ihre Wirksamkeit verloren hat. Dies wäre etwa bei einer entscheidungsrelevanten Änderung des Privat- und Familienlebens gegeben (im Hinblick auf Art 8 EMRK bzw. Art 7 GRC)[712] oder wenn sich die Verhältnisse im Zielland seit einer abweisenden asylrechtlichen Entscheidung maßgeblich geändert haben.[713]

Eine Abschiebung erweist sich auch dann als unzulässig, wenn stichhaltige Gründe für die Annahme bestehen, dass am Zielort das Leben oder die Freiheit der Person aus Gründen der Rasse, der Religion, der Nationalität, der Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe oder der politischen Ansichten bedroht wäre.[714] Weiters ist sie unzulässig, wenn durch eine Abschiebung die reale Gefahr einer Verletzung des Art 2 und/oder 3 EMRK (wie auch Art 2-4 GRC) besteht oder der/dem Fremden als Zivilperson eine ernsthafte Bedrohung des Lebens oder der Unversehrtheit infolge willkürlicher Gewalt im Rahmen eines internationalen oder innerstaatlichen Konflikts droht.[715]

Der Zweck ist nur solange erfüllt, als deren Durchführbarkeit bzw. die Aussicht auf eine erfolgreiche Rückführung auch tatsächlich gegeben ist, dh sich „mit ausreichender Wahrscheinlichkeit als möglich“ erweist.[716] Hierzu äußerte sich der EuGH wie folgt: „Art. 15 Abs. 4 der Richtlinie 2008/115 über gemeinsame Normen und Verfahren in den

[712] VwGH 17.11.2016, Ra 2016/21/0251; 20.10.2016, Ra 2015/21/0091; 20.10.2016, Ro 2015/21/0031.
[713] VwGH 11.05.2017, Ra 2015/21/0188 (RS2).
[714] § 50 Abs 2 FPG; Art 33 Z 1 GFK.
[715] § 50 Abs 1 FPG; Art 2 und 3 EMRK; Art 19 GRC; siehe auch Art 5 Rückführungs-RL: „Grundsatz der Nichtzurückweisung, Wohl des Kindes, familiäre Bindungen und Gesundheitszustand.”
[716] VwGH 11.05.2017, Ra 2016/21/0369.

Mitgliedstaaten zur Rückführung illegal aufhältiger Drittstaatsangehöriger ist dahin auszulegen, dass nur eine tatsächliche Aussicht auf erfolgreichen Vollzug der Abschiebung unter Berücksichtigung der in Art. 15 Abs. 5 und 6 festgelegten Zeiträume eine hinreichende Aussicht auf Abschiebung darstellt und dass diese nicht besteht, wenn es wenig wahrscheinlich erscheint, dass der Betreffende unter Berücksichtigung der genannten Zeiträume in einem Drittstaat aufgenommen wird".[717] Ist bereits zum Zeitpunkt der Anordnung der Schubhaft offensichtlich, dass die Abschiebung nicht durchgeführt werden kann, erweist sich die Schubhaft als rechtswidrig. Stellt sich zu einem späteren Zeitpunkt heraus, dass die Abschiebung nicht durchführbar ist, so ist die Schubhaft umgehend zu beenden.[718]

Dem ist etwa auch dann so, wenn ein Heimreisezertifikat bzw. (Ersatz-) Reisedokument[719] nicht oder nicht während der höchstzulässigen Dauer der Anhaltung in Schubhaft herbeigeschafft werden kann.[720] Da das BFA iSd Ultima Ratio-Prinzips stets darauf hinzuwirken hat, dass die Anhaltung nur so kurz wie möglich andauert, ist im Falle einer Strafhaft ein entsprechendes Heimreisezertifikat noch vor Haftende zu beschaffen.[721]

Die Erteilung von vorläufigen Maßnahmen durch den EGMR nach Art 39 EGMR-VerfO sind sowohl bei der Beurteilung des Vorliegens einer Fluchtgefahr wie auch der Verhältnismäßigkeit zu beachten, da diese vielfach einer zeitnahen Abschiebung entgegenstehen.[722] Aus völkerrechtlichen Erwägungen und im Sinne der eben angeführten Judikatur des VwGH können der Schubhaft außerdem vorläufige Maßnahmen von Organen der Vereinten Nationen entgegenstehen.

---

[717] EuGH 30.11.2009, Rs C-357/09 (Kadzoev) Rz. 67.

[718] VwGH 23.10.2008, 2006/21/0128.

[719] VwGH 11.05.2017, Ra 2016/21/0144.

[720] VwGH 20.02.2014, 2013/21/0109; 20.02.2014, 2013/21/0184; 11.06.2013, 2013/21/0024; 28.08.2012, 2010/21/0517; 19.04.2012, 2009/21/0047.
Einem im Zuge einer Amtsrevision des BFA gestellten Antrag auf Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung wurde vom VwGH nicht Folge geleistet. In dem Verfahren war ein bereits vorliegendes Heimreisezertifikat ungültig geworden, weshalb das BVwG der Beschwerde nach § 22a BFA-VG stattgab und anordnete, dass der Fremde aus der Schubhaft zu entlassen ist, da eine kurzfristige Abschiebung nicht mehr möglich sei. Zudem bestehe die Möglichkeit, dass im Falle der neuerlichen Beschaffung des Ersatzdokumentes das BFA aufgrund des Vorliegens eines neuen Sachverhalts neuerlich Schubhaft verhängen könnte (VwGH 28.12.2015, Ra 2015/21/0240).

[721] VwGH 19.05.2015, Ro 2015/21/0008 (RS 1); 25.04.2014, 2013/21/0209.

[722] VwGH 11.05.2017, Ra 2015/21/0188 (RS1).

6.1.2.4 Vorliegen der Voraussetzungen des Art 28 Abs 1 und 2 Dublin III-VO

Aufgrund der unmittelbaren Anwendbarkeit von Verordnungen der EU sind bei der Beurteilung der Rechtmäßigkeit bzw. -widrigkeit der Schubhaft im Kontext der Dublin III-VO die dortigen Bestimmungen heranzuziehen.[723] Es sei in diesem Zusammenhang auf die allgemeinen Ausführungen zur Zulässigkeit der Inhaftnahme nach der Dublin III-VO (Kapitel 5.1) verwiesen. Im Folgenden wird nun konkret auf die österreichische Umsetzung und Praxis eingegangen.

Art 28 Dublin III-VO findet Anwendung zum einen auf Fremde, die einen Antrag auf internationalen Schutz in Österreich gestellt haben, für dessen Prüfung sich Österreich nach den Kriterien der VO für nicht zuständig erachtet und zum anderen auf Personen, die zwar nicht in Österreich, aber in einem anderen Unterzeichnerstaat der VO einen Antrag gestellt haben, über den negativ oder noch nicht entschieden worden ist. Die VO findet hingegen keine Anwendung auf Personen, denen ein Schutzstatus (sei es die Asyl- oder die subsidiäre Schutzberechtigung) zuerkannt worden ist.[724]

Explizit werden in der Bestimmung die im Rahmen einer Einzelfallprüfung zu ermittelnde Verhältnismäßigkeit und Notwendigkeit der Maßnahme wie auch das Vorliegen einer erheblichen Fluchtgefahr für eine rechtmäßige Anordnung vorausgesetzt.[725] Es müssen folglich exzeptionelle Umstände vorliegen, dh letztlich, dass die Haft als unerlässlich zu erscheinen hat.[726] Dies deckt sich ebenso mit dem in der österreichischen Judikatur entwickelten Grundsatz, dass die „Verhängung der Schubhaft […] auch in 'Dublin-Fällen' nicht zu einer 'Standardmaßnahme' gegen Asylwerber werden"[727] darf. Anders als das Vorliegen von Fluchtgefahr, welches anhand der einzelnen Kriterien des § 76 Abs 3 FPG zu bestimmen ist, handelt es sich bei der Frage nach der *erheblichen Fluchtgefahr* um maßgeblich einzelfallbezogene Erwägungen, welche nach der Judikatur des VwGH nur dann revisibel sind, wenn sie in unverhältnismäßiger Weise vorgenommen wurden.[728] Im

[723] EuGH 15.6.1964, Rs C-6/64 (Costa gegen Enel); vgl auch Art 288 Abs 2 AEUV.
[724] *Filzwieser/Sprung*, Dublin III-VO 77.
[725] Hierzu sei daran erinnert, dass sich sowohl die Verhältnismäßigkeit im Einzelfall wie auch die Anwendung als Ultima Ratio bereits aus Art 6 GRC ergeben (*Schramm,* GRC Art 6, Rz 19).
[726] *Szymanski*, FPG § 76, 8.
[727] VwGH 28.08.2012, 2010/21/0291; 22.10.2009, 2007/21/0068; 24.10.2007, 2006/21/0239; 30.08.2007, 2007/21/0043.
[728] VwGH 11.05.2017, Ro 2016/21/0010 und Ro 2016/21/0021.

Umkehrschluss bedeutet dies, dass jeweils im Einzelfall die Erheblichkeit und die hierfür entscheidungsrelevanten Aspekte darzulegen und zu begründen sind, um den Rechtsschutzunterworfenen wie auch der Rechtsmittelinstanz eine entsprechende Überprüfung der Interessensabwägung zu ermöglichen.

Rechtsgrundlage einer Inschubhaftnahme zur Sicherstellung einer Überstellung nach der Dublin III-VO ist ausschließlich die autonome Vorschrift des Art 28. Gleichzeitig mit der Anordnung der Schubhaft muss somit das Überstellungsverfahren eingeleitet werden, um eine Inhaftnahme zu legitimieren.[729] In diesem Sinne behob der VwGH etliche Entscheidungen des BVwG, welche sich im Spruch ausschließlich auf § 22a Abs 3 BFA-VG und in der Erkenntnisbegründung auf § 76 FPG stützten.[730] Eine explizite Erwähnung in § 76 Abs 2 Z 2 FPG wäre somit grundsätzlich nicht notwendig gewesen.

Festzuhalten ist, dass die Schubhaft umgehend zu beenden ist, wenn das Asylverfahren in Österreich zugelassen wird. Ein Verfahren ist ex lege zugelassen, wenn durch Fristablauf die Zuständigkeit auf Österreich übergegangen ist [731] oder der zurückweisende Bescheid des BFA vom BVwG behoben und das Verfahren zurückverwiesen wurde.[732]

6.1.3 Fluchtgefahr

Wie der VwGH in stRsp zur Rechtslage vor dem FRÄG 2015 judizierte, bedarf es entsprechend den Vorgaben der Dublin III-VO einer gesetzlichen Festlegung von objektiven Kriterien, welche die Annahme einer Fluchtgefahr sachlich rechtfertigen.[733] Zur Verdeutlichung führte der VwGH in den behebenden Entscheidungen eine Reihe von früheren Erkenntnissen an, auf welche ein Rückgriff mangels gesetzlicher Festlegung nicht (mehr) möglich sei.[734] Hierbei wurden Entscheidungen angeführt, die sich mit tatbestandsmäßigen Umständen in Zusammenhang mit der Chronologie des Asylverfahrensablaufes befassten, die

[729] *Szymanski*, FPG § 76, 9.
[730] VwGH 17.11.2016, Ra 2016/21/0270; 19.05.2015, Ra 2014/21/0002; 19.05.2015, Ro 2014/21/0062; 23.04.2015, Ro 2014/21/0051; 24.03.2015, Ro 2014/21/0080; 19.02.2015, Ro 2014/21/0075 ua.
[731] Art 29 Dublin III-VO.
[732] § 21 Abs 3 BFA-VG 2014.
[733] *Taucher*, Schubhaft 172 ff.
[734] VwGH 19.02.2015, Ro 2014/21/0075; 19.02.2015, Ro 2015/21/0002; 24.03.2015, Ro 2014/21/0080; 24.03.2015, Ro 2015/21/0003; 24.03.2015, Ro 2014/21/0051; 24.03.2015, Ro 2014/21/0077; 19.05.2015, Ro 2014/21/0065; 19.05.2015, Ro 2014/21/0070; 19.05.2015, Ro 2015/21/0001; 19.05.2015, Ro 2015/21/0004; 19.05.2015, Ro 2015/21/0015; 19.05.2015, Ro 2015/21/0016; 30.06.2015, Ro 2015/21/0011; 30.06.2015, Ro 2015/21/0021.

im Konnex mit den im Dublin-Verfahren entwickelten Grundsätzen zur besonderen Beachtung unrichtiger Angaben zu Identität und Fluchtroute (im Gegensatz zur sozialen Verankerung) stehen sowie Entscheidungen, die sich mit der verpflichtenden Beachtung des Grundversorgungsanspruches wie auch mit der Pflicht zur Beachtung des Ultima Ratio-Prinzips befassten.[735]

Mit der Einführung des § 76 Abs 3 FPG wurde diesem Defizit entgegengewirkt und der Schubhafttatbestand von Grund auf neu geregelt, wobei die Kriterien über den Anwendungsbereich der Dublin III-VO hinaus gelten.[736] Der Gesetzgeber bringt in den Erläuterungen zu § 76 Abs 3 FPG zwar zum Ausdruck, dass er durch die Neufassung keine grundlegende Neuerung der Beurteilungskriterien intendierte, sondern versucht wurde, die vom VwGH entwickelten Grundsätze gesetzlich zu determinieren, doch ist dem angesichts der erheblichen Änderungen nicht zuzustimmen.[737]

Eine Fluchtgefahr liegt demnach 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".[738]
Diese sehr allgemein gehaltene Definition stellt eine sinngemäße Wiederholung der Legaldefinition des Art 2 lit n Dublin III-VO und Art 3 Z 7 Rückführungs-RL dar, demnach genügt sie den Anforderungen der gesetzlichen Festlegung von Kriterien für sich genommen nicht. Zu beachten sind vielmehr die daran anschließenden Kriterien. Neben verfahrensrechtlichen Aspekten nimmt der Gesetzgeber Bezug auf die bisherige Judikatur der Höchstgerichte, etwa im Hinblick auf die Bedeutung der sozialen Verankerung. Kritisch zu erwähnen ist, dass die einzelnen Kriterien in jede Richtung kombiniert werden können.[739]

Der VwGH äußerte sich zu den Kriterien des Abs 3 leg cit dahingehend, dass diese maßgeblich auf Asylsuchende zugeschnitten sind. Im Anwendungsbereich der Rückführungs-

[735] Etwa in folgenden Entscheidungen: VwGH 19.05.2015, Ro 2015/21/0001 und Ro 2015/21/0015; 23.04.2015, Ro 2014/21/0077; 24.03.2015, Ro 2015/21/0003; 19.02.2015, Ro 2014/21/0075.
[736] Dies war auch im Hinblick auf die Umsetzung der Rückführungs- und Aufnahme-RL notwendig. Vgl hierzu insbesondere Art 3 Z 7 Rückführungs-RL, wonach es zur Fluchtgefahr heißt: „das Vorliegen von Gründen im Einzelfall, die auf objektiven, gesetzlich festgelegten Kriterien beruhen und zu der Annahme Anlass geben, dass sich Drittstaatsangehörige einem Rückkehrverfahren durch Flucht entziehen könnten".
[737] ErläutRV 582 XXV. GP 22 ad § 76 Abs 3 FPG.
[738] § 76 Abs 3 1.Satz FPG.
[739] § 76 Abs 3 FPG.

RL sind daher die entsprechenden unionsrechtlichen Bestimmungen und Erwägungen vorrangig heranzuziehen und zu beachten.[740]

Nach dem Wortlaut des Gesetzes handelt es sich bei den Kriterien des Abs 3 leg cit lediglich um eine *demonstrative Aufzählung*, demnach würde dem BFA bzw. BVwG die Möglichkeit zukommen, die Aufzählung zu erweitern. Auch *Filzwieser*/*Frank/Kloibmüller/Raschhofer* argumentieren, dass die Dublin III-VO (wie auch die Rückführungs-RL) einer demonstrativen Aufzählung von Konstellationen nicht entgegenstehe, zumal „Art 2 lit n iVm Art 28 Abs 2 Dublin III-VO […] nur davon [spricht], dass die Gründe, die zur Annahme Anlass geben, dass sich der Fremde möglicherweise dem Verfahren durch Flucht entziehen könnte, auf objektiv gesetzlich festgelegten Kriterien beruhen müssen".[741]
Diese Rechtsansicht ist in sich inkonsistent, so verweisen sie selbst explizit auf die objektiv gesetzlich festzulegenden Kriterien. Wie sie angesichts dieses Wortlautes zu dem Schluss kommen, dass die Kriterien nicht in einem Gesetz ausformuliert werden müssen, wird nicht dargelegt. Der Dublin III-VO ist zudem an keiner Stelle zu entnehmen, dass es sich hierbei um exemplarische Tatbestände handeln solle. Nichts anderes legt auch die Rückführungs-RL nahe, welche neben der Fluchtgefahr, als zweite Begründung für eine Inhaftnahme, die Umgehung oder Behinderung der Vorbereitung der Abschiebung oder Rückkehr anführt. Der österreichische Gesetzgeber hat von dieser zweiten Option jedoch keinen Gebrauch gemacht und sich lediglich auf das Vorliegen von Fluchtgefahr, welche explizit anhand von objektiven, gesetzlich festgelegten Kriterien nach Art 3 Z 7 Rückführungs-RL zu prüfen sind, im Rahmen des nationalen Schubhaftregimes bezogen.[742]

Vielmehr ist die Festlegung objektiver Kriterien im Kontext grundrechtlicher Vorgaben zu betrachten, welche willkürlicher Haft entgegenzuwirken versuchen. Eine rein demonstrative

---

[740] VwGH 11.05.2017, Ro 2016/21/0021.

[741] *Filzwieser*/*Frank/Kloibmüller/Raschhofer*, FPG § 76, 1235 f.

[742] Art 8 Abs 1 Aufnahme-RL.
Hierzu ähnlich *Klammer*/*Matti,* migraLex 2015, 41ff.
Mit Blick nach Deutschland ist allerdings zu erwarten, dass die einfachgesetzliche Bestimmung des § 76 Abs 3 FPG auch den österreichischen Höchstgerichten genügen wird (vgl Beschluss des deutschen Bundesgerichtshof vom 25.02.2016 zur Zl. VV ZB 157/15: § 2 Abs 15 Satz 2 AufenthaltsG genügt den Anforderungen nach Art 2 lit n Dublin III-VO. Dieser lautet wie folgt: „Ein entsprechender Anhaltspunkt kann auch gegeben sein, wenn der Ausländer einen Mitgliedstaat vor Abschluss eines dort laufenden Verfahrens zur Zuständigkeitsbestimmung oder zur Prüfung eines Antrags auf internationalen Schutz verlassen hat und die Umstände der Feststellung im Bundesgebiet konkret darauf hindeuten, dass er den zuständigen Mitgliedstaat in absehbarer Zeit nicht aufsuchen will."). Zur ausreichend konkreten Ausgestaltung des § 76 Abs 3 FPG siehe auch: BVwG 29.02.2016, G301 2121934-1.

Aufzählung wäre bereits im Hinblick auf das grundrechtliche Erfordernis der gesetzlichen Determination von Regelungen zur Freiheitsentziehung unzureichend, da es hierdurch letztlich der Vollziehung überlassen wäre, eine Ermächtigung zum Freiheitsentzug zu interpretieren, wodurch die Gefahr der Willkür maßgeblich gesteigert würde. Folglich wäre diese Lösung auch nach Art 5 Abs 1 EMRK und Art 1 Abs 3 PersFrG verfassungsrechtlich bedenklich.

Mittlerweile hat sich zudem der VwGH mit der Frage der Auslegung der Fluchtgefahr auseinandergesetzt und kam unter Heranziehung der Judikatur des EuGH zum Schluss, dass jedenfalls die Kriterien des § 76 Abs 3 FPG zur Annahme einer Fluchtgefahr erfüllt sein müssen. Angesichts der unionsrechtlichen Vorgaben ist eine Erweiterung der gesetzlichen Kriterien nicht gedeckt. Die Kriterien würden zudem ausreichend Grundlage dafür bieten, Fluchtgefahr abstrakt zu begründen. Erst in einem nächsten Schritt seien die entscheidungsmaßgeblichen Aspekte auch einzelfallbezogen abzuwägen und alle „im Einzelfall maßgeblichen Gesichtspunkte“ einzubeziehen.[743]

Dies ist nach der Systematik des Haftregimes konsequent, so bedarf es in einem ersten Schritt des Vorliegens objektiver Kriterien, in einem weiteren Schritt ist zu prüfen, ob diese Umstände das Vorliegen einer Fluchtgefahr im konkreten Einzelfall auch rechtfertigen.

Im Kontext der Dublin III-VO ist zu beachten, dass die Fluchtgefahr zudem erheblich sein muss. Es müssen somit verstärkende Aspekte vorliegen, um eine Inhaftierung nach Art 28 Abs 2 Dublin III-VO zu rechtfertigen. Hierbei handelt es sich um eine Ermessensentscheidung, welche nach Auffassung des VwGH damit nicht generell ausgelegt werden kann, sondern ist deren „Beurteilung auf einer verfahrensrechtlich einwandfreien Grundlage in vertretbarer Weise“ vorzunehmen.[744]

[743] VwGH 11.05.2017, Ro 2016/21/0021.
[744] VwGH 11.05.2017, Ro 2016/21/0001.

Im Folgenden wird nun auf die einzelnen in § 76 Abs 3 FPG angeführten Kriterien unter Heranziehung der parlamentarischen Erläuterungen und der bisherigen Judikatur eingegangen:

6.1.3.1 § 76 Abs 3 Z 1 FPG

Gesetzestext: „ob der Fremde an dem Verfahren zur Erlassung einer aufenthaltsbeendenden Maßnahme mitwirkt oder die Rückkehr oder Abschiebung umgeht oder behindert".

Zu beachten ist, dass die Rückkehr sowohl die freiwillige wie auch die zwangsweise Rückführung (nach Art 3 Z 3 Rückführungs-RL) umfasst.[745]

Dieses Kriterium nimmt auf den zweiten zulässigen Fall der Inhaftnahme nach Art 15 Abs lit b Rückführungs-RL Bezug. Demnach ist eine Haft zulässig, wenn „die betreffenden Drittstaatsangehörigen die Vorbereitung der Rückkehr oder das Abschiebungsverfahren umgehen oder behindern". Nach der Systematik der Rückführungs-RL ist jedoch davon auszugehen, dass es sich hierbei um eine eigene Grundlage für die Inhaftnahme von Fremden handelt, dh neben dem Vorliegen der Fluchtgefahr. Folglich erscheint dieser Umstand zur Beurteilung des Vorliegens von Fluchtgefahr für sich genommen nicht tauglich.

Dieser Ansicht folgte der VwGH nicht und erkannte dieses Kriterium mit Verweis auf Art 15 Abs 1 lit b Rückführungs-RL als unbedenklich an, da es die „Annahme von (abstrakter) 'Fluchtgefahr'"[746] vermeintlich zu rechtfertigen vermag, wobei er explizit auf den stets anzuwendenden Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und das Ultima Ratio-Prinzip verwies.[747]

Dies steht im Widerspruch zu der bisherigen Judikatur des VwGH, der wiederholt festgestellt hat, dass der Umstand, dass eine aufenthaltsbeendende Maßnahme vorliegt und die/der Fremde nicht ausreisen will, für sich alleine die Annahme des Vorliegens einer Fluchtgefahr nicht rechtfertigen kann.[748] Im Gegensatz zur bisherigen Judikatur würde somit jede Umgehung oder Behinderung sowohl der freiwilligen Ausreise wie auch der Abschiebung die Annahme der Fluchtgefahr abstrakt rechtfertigen.

Der Gesetzgeber führt als Beispiel für die Erfüllung des Kriteriums „die bereits manifestierte wiederholte Weigerung bei der Abschiebung mitzuwirken sowie deren erfolgreiche

[745] ErläutRV 582 XXV. GP 22 ad § 76 Abs 3 Z 1 FPG.
[746] VwGH 11.05.2017, Ro 2017/21/0001.
[747] VwGH 11.05.2017, Ro 2016/21/0021 (RS7).
[748] VwGH 05.07.2011, 2010/21/0032; 24.11.2009, 2009/21/0088.

Vereitelung"[749] an. Hierbei bezieht er sich auf Entscheidungen des VwGH vom 11.06.2013, 2012/21/0114 und vom 30.08.2011, 2008/21/0588. In den angeführten Verfahren widersetzten sich die Betroffenen mehrfach einer Abschiebung (teils durch Selbstschädigung). Auch in diesem Sinne ist das Kriterium eng auszulegen, dh erst bei der wiederholten Verhinderung der Rückkehr wäre eine Inschubhaftnahme auf Grundlage der Z 1 leg cit zulässig.[750]

Da in Z 1 leg cit der Antrag auf internationalen Schutz nicht explizit genannt ist, ist eine mangelnde Mitwirkung an einem solchen Verfahren nach dem Wortlaut nicht umfasst, wobei zu beachten ist, dass die parlamentarischen Materialien sowohl auf die Aufnahme-RL wie auch auf das Asylverfahren Bezug nehmen.[751]

Ganz generell ist dieses Kriterium sehr weit gefasst, dem ist jedenfalls im Rahmen der gebotenen Abwägungsentscheidung Rechnung zu tragen. Kritisch hervorzuheben ist, dass unbeantwortet bleibt, welche mangelnde Mitwirkung am Verfahren als Indiz für die Annahme einer Fluchtgefahr herangezogen werden kann. Die bisher ergangene Rechtsprechung scheint hierzu unter anderem auch die Einstellung des Asylverfahrens zu subsumieren, was jedoch mit Blick auf das Kriterium der Z 3 leg cit nicht nachvollziehbar ist.[752]

6.1.3.2 § 76 Abs 3 Z 1a FPG idF BGBl I 84/2017

Gesetzestext: „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".

Das FRÄG 2017 sieht nunmehr vor, dass die fehlende Mitwirkung bei der Beschaffung von (Ersatz-)Reisedokumenten, insbesondere für den Fall dass deren Beschaffung bereits per Mandatsbescheid angeordnet war und aufgrund dessen Zwangsstrafen verhängt wurden, die Annahme von Fluchtgefahr rechtfertigt. Wie bereits angemerkt, kann an dieser Stelle auf die

[749] ErläutRV 582 XXV. GP 22 ad § 76 Abs 3 Z 1 FPG.

[750] Der Vollständigkeit halber ist darauf hinzuweisen, dass im Verfahren zur Zl. 2012/21/0114 zwar ein Sicherungsbedarf aufgrund der zweimaligen Verhinderung der Abschiebung bejaht wurde, allerdings gleichzeitig festgestellt wurde, dass die Anwendung eines gelinderen Mittels zur Erreichung des Sicherungszweckes ausreichend gewesen wäre.

[751] ErläutRV 582 XXV. GP 22 ad § 76 Abs 3 Z 1 FPG.

[752] BVwG 22.12.2016, W117 2126305-2/14E.

grund- und unionsrechtlichen Bedenken gegen die vorgesehene Beugehaft nicht eingegangen werden.

Im Kontext der Schubhaft ist zu beachten, dass diese nach stRsp in Übereinstimmung mit der herrschenden Rechtsmeinung weder eine Beuge- noch eine Strafhaft darstellt, sondern alleine der Sicherung des jeweiligen Zweckes dient, dh der Erlassung aufenthaltsbeendender Maßnahmen bzw. der Sicherung der Abschiebung. Folglich wird dieses Kriterium mit besonderer Vorsicht als Begründung heranzuziehen sein, damit die Anordnung einer Beugehaft nicht automatisch zur Anordnung der Schubhaft führt und in weiterer Konsequenz eine Umgehung der Sicherungszweckes darstellt. Ein dahingehender Einsatz der Schubhaft würde vielmehr einer grundlegenden Neuregelung des Schubhaftregimes bedürfen, was der Novelle nicht zu entnehmen ist.

Die mangelnde Mitwirkung an der Beschaffung von Dokumenten kann im Einzelfall durchaus ein Indiz für Fluchtgefahr darstellen, genügt aber – ebenso wie die Androhung der Abschiebung per se – nicht für die Annahme eines generellen Verdachts. Des Weiteren kann ein solches Verhalten zu erweiterten höchstzulässigen Haftdauern führen.[753]

6.1.3.3 § 76 Abs 3 Z 2 FPG

Gesetzestext: „ob der Fremde entgegen einem aufrechten Einreiseverbot, einem aufrechten Aufenthaltsverbot oder während einer aufrechten Anordnung zur Außerlandesbringung neuerlich in das Bundesgebiet eingereist ist“.

Nach den Erläuterungen ist dieses Kriterium dem bisherigen § 76 Abs 2 Z 3 FPG idF BGBl I 87/2012 nachempfunden. Des Weiteren wird auf die Zulässigkeit der Bestimmung im Hinblick auf Art 8 lit d Aufnahme-RL und Art 15 Rückführungs-RL verwiesen. Die Verweise im Rahmen der Erläuterung erscheinen nicht nachvollziehbar, da weder § 76 Abs 2 Z 3 FPG idF BGBl I 87/2012 noch die Richtlinien auf den Fall der Wiedereinreise trotz aufrechter aufenthaltsbeendender Maßnahme eingehen. Hierbei handelt es sich vielmehr um ein gänzlich neu geschaffenes Kriterium.

Es ist stets abzuklären, ob die Wiedereinreise die Annahme einer Fluchtgefahr (ergänzend zu Z 3) rechtfertigt, da eine Wiedereinreise ebenso dem Bestreben dienen könnte, dass die/der Fremde einen rechtmäßigen Aufenthalt im Inland anstrebt und aus diesem Grund eine Flucht

[753] § 80 Abs 4 FPG idF BGBl I 84/2017, Art 15 Abs 6 Rückführungs-RL.

gerade nicht anzunehmen ist. Jedenfalls ist in diesem Kontext darauf zu achten, dass die Schubhaft nicht den Charakter einer Strafhaft erhält.

6.1.3.4 § 76 Abs 3 Z 3 FPG

Gesetzestext: „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".

Das Bestehen einer durchsetzbaren aufenthaltsbeendenden Maßnahme kann für sich genommen jedenfalls nicht die Annahme einer Fluchtgefahr rechtfertigen, zumal Schubhaft zur Sicherung der Abschiebung bzw. Außerlandesbringung in jedem Fall eines durchsetzbaren Titels bedarf. Der VwGH erachtet das Kriterium dahingehend als relevant für die Beurteilung des Vorliegens einer Fluchtgefahr, dass „sich bei typisierender Betrachtung mit Fortschreiten des Verfahrens auf internationalen Schutz aus der Sicht des Fremden die Wahrscheinlichkeit verdichten kann, letztlich abgeschoben zu werden, sodass sich dadurch die Fluchtgefahr erhöht".[754]

Zu beachten ist zudem, dass sich nach den parlamentarischen Erläuterungen die Bestimmung nicht nur auf das Verhalten in Österreich bezieht, sondern ebenso auf eine durchsetzbare aufenthaltsbeendende Maßnahme bzw. die Entziehung von einem Verfahren in einem anderen Mitgliedstaat.

Unter Bedachtnahme auf die bisherige Judikatur ist eine durchsetzbare aufenthaltsbeendende Maßnahme eines anderen Staates jedoch nur dann einer inländischen gleichrangig, wenn es sich um eine Rückkehrentscheidung iSd § 46b FPG handelt.[755] Entgegen der in den parlamentarischen Erläuterungen vertretenen Ansicht rechtfertigt die Antragstellung in einem anderen Mitgliedstaat für sich genommen nicht die Annahme, dass sich die/der Fremde entziehen würde.[756] Dies gilt sinngemäß auch innerhalb Österreichs.[757]

[754] VwGH 11.05.2017, Ro 2016/21/0021 (RS11).
[755] VwGH 29.04.2008, 2008/21/0085 zu alter Rechtslage (§ 71 FPG alt).
[756] VwGH 19.03.2014, 2013/21/0225; 13.12.2012, 2011/21/0097; 28.05.2008, 2007/21/0233; 20.12.2007, 2007/21/0261; 30.08.2007, 2007/21/0054 ua.
[757] VwGH 22.01.2015, Ro 2014/21/0069.

An diesem Kriterium wird deutlich, dass der Rechtskraft einer aufenthaltsbeendenden Maßnahme zunehmend geringere Bedeutung zukommt und es maßgeblich auf deren Durchsetzbarkeit ankommt.[758]

6.1.3.5 § 76 Abs 3 Z 4 FPG

Gesetzestext: „ob der faktische Abschiebeschutz bei einem Folgeantrag (§ 2 Abs. 1 Z 23 AsylG 2005) aufgehoben wurde oder dieser dem Fremden nicht zukommt".

Dieses Kriterium bezieht sich auf einen verfahrensrechtlichen Aspekt, nämlich jenen der Aberkennung des faktischen Abschiebeschutzes nach § 12a Abs 2 AsylG 2005 im Falle der Stellung eines Folgeantrages. Damit die Annahme der Fluchtgefahr hiermit begründet werden kann, bedarf es der tatsächlichen Aberkennung bzw. des Nicht-Bestehens.[759]

Dieser Fall hat hauptsächlich für den Zweck der Sicherung der Abschiebung und der Überstellung nach der Dublin III-VO Bedeutung. Aus diesem Grund muss auch tatsächlich mit einer Vollstreckung der aufenthaltsbeendenden Maßnahme zu rechnen sein.[760]

Da im Falle, dass der faktische Abschiebeschutz aberkannt wurde, die/der Drittstaatsangehörige illegal aufhältig ist, ist die Aufnahme-RL nur eingeschränkt anwendbar, allerdings kommen dann jedenfalls die Garantien und Rechte aus der Rückführungs-RL zum Tragen.

6.1.3.6 § 76 Abs 3 Z 5 FPG

Gesetzestext: „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".

Ähnlich dem Kriterium nach Z 4 leg cit handelt es sich hierbei um ein generalklausig formuliertes Kriterium, welches keine konkreten Rückschlüsse auf die/den Fremden zulässt. Es bedeutet letztlich, dass eine Fluchtgefahr dann anzunehmen ist, wenn eine durchsetzbare aufenthaltsbeendende Maßnahme besteht und die/der Fremde dennoch einen Antrag auf internationalen Schutz stellt.

---

[758] *Filzwieser/Frank/Kloibmüller/Raschhofer*, FPG § 76, 1235.
[759] ErläutRV 582 XXV. GP 23 ad § 76 Abs 3 Z 4 FPG. VwGH 17.11.2011, 2010/21/0514.
[760] *Filzwieser/Frank/Kloibmüller/Raschhofer*, FPG § 76, 1235.

Explizit umfasst sind jene Sachverhalte, in denen aus der Schubhaft oder Anhaltung heraus ein Antrag auf internationalen Schutz gestellt wird, wobei sich der Gesetzgeber bei der Formulierung und Systematik an der Rechtslage vor dem FRÄG 2015 orientiert hat. Allerdings ist nach stRsp ein Rückschluss auf allgemeine Erfahrungssätze und Grundsätze bei der Beurteilung eines Sicherungsbedürfnisses nicht zulässig, sondern haben stets auch weitere „Hinweise auf eine Vereitelung oder Erschwerung der Aufenthaltsbeendigung"[761] vorzuliegen.[762]

Zu beachten ist in diesem Kontext auch Art 8 Abs 3 lit d Aufnahme-RL, welcher als zulässige Ausnahme für die Fortsetzung der Haft von Antragstellern/Antragstellerinnen ansieht, dass der Antrag während der Haft gestellt wurde und aufgrund objektiver Maßstäbe berechtigte Gründe für die Annahme sprechen, dass die Antragstellung hauptsächlich der Verzögerung oder Vereitelung der Durchsetzung einer Rückkehrentscheidung dient. Es ist insbesondere zu würdigen, ob der/die Antragsteller/in bereits Zugang zum Asylverfahren hatte.

6.1.3.7 § 76 Abs 3 Z 6 FPG

Gesetzestext: „ob aufgrund des Ergebnisses der Befragung, der Durchsuchung oder der erkennungsdienstlichen Behandlung anzunehmen ist, dass ein anderer Mitgliedstaat nach der Dublin-VO 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".

Diese Konstellation trägt jenen Sachverhalten Rechnung, in denen Schubhaft nach der Dublin III-VO verhängt werden soll.

---

[761] ErläutRV 582 XXV. GP 23 ad § 76 Abs 3 FPG.

[762] Hierzu etwa VwGH 20.10.2011, 2010/21/0503: „Zu betonen ist allerdings, dass solche Hinweise neben dem Vorliegen des Schubhaftgrundes aber auch im Fall des § 76 Abs. 2a Z 1 FPG [Anm: durchsetzbare Ausweisung] immer erforderlich sind; einem Automatismus dergestalt, dass aus der Verwirklichung des Schubhafttatbestandes des § 76 Abs. 2a Z 1 FPG ohne Weiteres ein die Schubhaft rechtfertigendes Sicherungsbedürfnis folge, muss am Boden des Gesetz eine Absage erteilt werden."
VwGH 20.10.2011, 2010/21/0459; 24.02.2011, 2010/21/0502.

Der einleitende Satz ist abermals sehr weit gefasst, da er lediglich auf die Einleitung eines Verfahrens nach der Dublin III-VO abstellt. Entsprechend den parlamentarischen Erläuterungen (unter Verweis auf die Judikatur des VwGH) ist dies restriktiv auszulegen, da die Schubhaftverhängung in Fällen mit Dublin-Bezug nicht zur Standardmaßnahme werden darf.[763] Da die generalklauselartig formulierte Bestimmung die Anforderungen des Art 2 lit n Dublin III-VO nicht zu erfüllen vermag, sind jedenfalls die Unterpunkte für die Prüfung des Vorliegens von Fluchtgefahr heranzuziehen. Obgleich sich die parlamentarischen Erläuterungen hierzu nicht äußern, ist dies angesichts der europarechtlichen Vorgaben wie auch der ständigen Judikatur anzunehmen.

6.1.3.8 § 76 Abs 3 Z 7 FPG

Gesetzestext: „ob der Fremde seiner Verpflichtung aus dem gelinderen Mittel nicht nachkommt“.

Der Gesetzgeber führt in den parlamentarischen Erläuterungen zwei Beispiele für die Anwendbarkeit der Bestimmung an, zum einen jene „Fälle, in denen sich der Fremde aktuell dem gelinderen Mittel entzogen hat (§ 77 Abs. 1 FPG), da dann angenommen werden kann, dass der Zweck der Schubhaft nicht durch Anwendung des gelinderen Mittels erreicht werden kann” und zum anderen „jene Fälle, in denen sich der Fremde schon in der Vergangenheit dem gelinderen Mittel entzogen hat, in der Zwischenzeit nicht greifbar war und nun wieder aufgetaucht ist”.[764]

Im Falle, dass die/der Fremde den Auflagen eines gelinderen Mittels nicht Folge leistet, ist auch nach der Judikatur des VwGH davon auszugehen, dass eine weitere Intensivierung des Sicherungsbedarfs vorliegt.[765]

[763] ErläutRV 582 XXV. GP 23 ad § 76 Abs 3 FPG.
[764] ErläutRV 582 XXV. GP 23 ad § 76 Abs 3 FPG.
[765] VwGH 25.03.2010, 2009/21/0281.

6.1.3.9 § 76 Abs 3 Z 8 FPG idF BGBl I 84/2017

Gesetzestext: „ob Auflagen, Mitwirkungspflichten, Gebietsbeschränkungen, Meldeverpflichtungen 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 Schutz durchsetzbaren aufenthaltsbeendenden Maßnahme“.
Z 8 leg cit erfuhr durch das FRÄG 2017 erhebliche Änderungen, vor der Novelle waren von dem Kriterium lediglich Verletzungen von Auflagen, Gebietsbeschränkungen oder Meldeverpflichtungen gemäß §§ 56 oder 71 FPG, § 13 Abs. 2 BFA-VG oder § 15a AsylG 2005 umfasst. Das Gesetz lässt nach wie vor offen, welche Auflagen und Mitwirkungspflichten vom Gesetzgeber umfasst sind. Durch die Nennung einzelner Paragraphen ist angesichts einer systematischen Interpretation davon auszugehen, dass nur die Verletzung jener Bestimmungen bei der Prüfung des Vorliegens einer Fluchtgefahr herangezogen werden kann und nicht sämtliche Mitwirkungspflichten im Fremdenrechtsbereich.

In diesem Sinne wären von Z 8 leg cit nach dem FRÄG 2017 Verletzungen von folgenden Pflichten umfasst:

- Gebietsbeschränkung nach § 52a FPG idF BGBl I 84/2017: Hiervon umfasst ist die Gebietsbeschränkung auf einen politischen Bezirk. Diese gilt ab Aufnahme der/des Drittstaatsangehörigen in die Grundversorgung des Bundes nach § 6 Abs 2a GVG-B 2005 idF BGBl I 84/2017 und betrifft nicht-geduldete Fremde, gegen die eine Rückkehrentscheidung rechtskräftig erlassen wurde und die einer Betreuungseinrichtung des Bundes „zur Vorbereitung und Unterstützung ihrer Ausreise“[766] zugewiesen wurden.[767]
- Auflagen bei Gewährung einer Frist für die freiwillige Ausreise nach § 56 FPG: Diese können sowohl vom BFA wie auch vom BVwG auferlegt werden, wenn dies „im Interesse der Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit oder zur Vermeidung einer Fluchtgefahr“[768] erforderlich erscheint. Die Auflagen werden in Form eines Mandatsbescheides nach § 57 AVG erlassen und können Gebietsbeschränkungen, Meldeverpflichtungen, Hinterlegung von Dokumenten oder einer finanziellen Sicherheit

[766] § 6 Abs 2a GVG-B idF BGBl I 84/2017.
[767] § 52a FPG idF BGBl I 84/2017.
[768] § 56 Abs 1 FPG.

wie auch die Unterkunftsnahme in einem bestimmten Quartier umfassen (nicht abschließend).[769]

- Wohnsitzauflage nach § 57 FPG idF BGBl I 84/2017: § 57 FPG normiert eine mit Mandatsbescheid angeordnete Wohnsitzauflage, die gegen Drittstaatsangehörige erlassen werden kann. Voraussetzung für die Anordnung ist lediglich, dass eine rechtskräftige Rückkehrentscheidung besteht und entweder keine Frist zur freiwilligen Ausreise gewährt wurde oder gewisse Umstände die Annahme rechtfertigen, die/der Drittstaatsangehörige werde ihrer/seiner Ausreiseverpflichtung nach Ablauf der Frist nicht nachkommen. Die Tatsachen, welche bei der Beurteilung miteinzubeziehen sind, werden in Abs 2 leg cit näher geregelt. Eine Rechtfertigung der Haft wäre etwa dann gegeben, wenn die/der Drittstaatsangehörige „im Rahmen des Asylverfahrens, des Verfahrens zur Erlassung der Rückkehrentscheidung oder des Rückkehrberatungsgesprächs erklärt hat, seiner Ausreiseverpflichtung nicht nachkommen zu wollen".[770] Zumal der erklärte Zweck eines Asylverfahrens der Verbleib im Inland ist und als Grund für die Antragstellung Verfolgung bzw. grundrechtswidrige Umstände im Herkunftsland vorgebracht werden, welche einer Rückkehr entgegenstehen, erfüllt letztlich jede/r abgewiesene Asylsuchende diese Tatbestandsvoraussetzung und könnte somit gegen sie/ihn eine Wohnsitzauflage erlassen werden. Wie Menschenrechtsorganisationen zu Recht kritisieren, wird zudem auf grundrechtliche Erwägungen nur unzureichend eingegangen. So findet sich – außerhalb der Erläuterungen – weder ein Verweis auf das zu berücksichtigende Privat- und Familienleben nach Art 8 EMRK noch auf das stets vorrangig zu beachtende Kindeswohl nach Art 1 B-VG Kinderrechte.[771]
- Auflagen für den Durchsetzungsaufschub nach § 71 FPG: Dies betrifft ausschließlich EWR- und Schweizer Bürger/innen wie auch begünstigte Drittstaatsangehörige, in deren Verfahren der Eintritt der Durchsetzbarkeit einer Ausweisung oder Abschiebung aufgeschoben wurde. Ihnen können – im Falle dass dies „im Interesse der Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit"[772] geboten erscheint – Verpflichtungen auferlegt werden, wie etwa Gebietsbeschränkungen, Meldeverpflichtungen und Hinterlegung finanzieller Sicherheiten.[773]

---

[769] § 56 Abs 2 FPG.
[770] § 57 Abs 2 Z 4 FPG idF BGBl I 84/2017.
[771] Exemplarisch: *Amnesty International,* FRÄG 2017, 7.
[772] § 71 Abs 1 FPG.
[773] § 72 Abs 2 FPG.

- Meldeverpflichtung zur Normverdeutlichung nach § 38b SPG idF BGBl I 84/2017: Hierbei handelt es sich um eine Meldeverpflichtung, welche einem „Menschen, der einen gefährlichen Angriff gegen die sexuelle Integrität und Selbstbestimmung oder einen gefährlichen Angriff unter Anwendung von Gewalt begangen hat“[774] mit Bescheid auferlegt werden kann.
- Meldeverpflichtung im Falle einer Hauptwohnsitzbestätigung gemäß § 19a MeldeG nach § 13 Abs 2 BFA-VG: Im Falle einer Obdachlosenmeldung hat sich die/der Fremde alle 14 Tage bei einer LPD zu melden.
- Meldeverpflichtung im Zulassungsverfahren nach § 15a AsylG: Befindet sich die/der Fremde im Zulassungsverfahren und unterliegt einer besonderen Meldeverpflichtung (bei Vorliegen einer Mitteilung nach § 29 Abs. 3 Z 4 bis 6 AsylG oder wenn der/dem Fremden ein faktischer Abschiebeschutz nicht zukommt), so hat sie/er sich entweder alle 48 Stunden bei einer LPD zu melden oder darf jedenfalls nicht mehr als 48 Stunden aus einer Einrichtung der GVS Bund abwesend sein.
- Anordnung der Unterkunftnahme nach § 15b AsylG idF BGBl I 84/2017: In jenen Verfahren handelt es sich um Asylsuchende, die folglich in den Anwendungsbereich der Aufnahme-RL fallen. § 15b AsylG idF BGBl I 84/2017 sieht vor, dass mittels Verfahrensanordnung über Asylsuchende nach Zulassung „aus Gründen des öffentlichen Interesses, der öffentlichen Ordnung oder für eine zügige Bearbeitung und wirksame Überwachung des Antrags auf internationalen Schutz aufgetragen werden [kann], in von den für die Grundversorgung zuständigen Gebietskörperschaften zur Verfügung gestellten Quartieren Unterkunft zu beziehen“.[775] Angesichts der Formulierung in der Bestimmung des § 76 Abs 3 Z 8 FPG idF BGBl I 84/2017 ist zu bezweifeln, ob die Verletzung einer Auflage einem der Ausnahmetatbestände des Art 8 Abs 3 Aufnahme-RL zugeordnet werden kann. Die Formulierung des § 15b AsylG idF BGBl I 84/2017 legt eine Subsumtion unter Art 8 Abs 3 lit d Aufnahme-RL nahe. Allerdings ist dem nicht zu folgen, da sich der Schubhafttatbestand nicht auf die Gefährdung der öffentlichen Sicherheit oder nationalen Ordnung bezieht, sondern lediglich auf die Verletzung einer Gebietsbeschränkung. Auch in den weiteren zulässigen Einschränkungen nach Art 8 Abs 3 Aufnahme-RL ist kein Anknüpfungspunkt für dieses neu geschaffene Kriterium zu erkennen. Die

[774] § 38 Abs 1 FPG.
[775] § 15b Abs 1 AsylG idF BGBl I 84/2017.
Hinsichtlich der allgemeinen Kritik an der Anordnung darf auf Kapitel 2.5.10 verwiesen werden.

> Inschubhaftnahme von Asylsuchenden ausschließlich aufgrund der Verletzung von § 15b AsylG idF BGBl I 84/2017 wäre somit richtlinienwidrig und folglich unrechtmäßig. Es ist zudem darauf hinzuweisen, dass eine Verletzung einer Gebietsbeschränkung das Vorliegen von Fluchtgefahr nach der Judikatur des VwGH für sich genommen nicht begründen kann, sondern jedenfalls weitere Gründe vorliegen müssen.[776]

Der Verweis des Gesetzgebers auf die bisherige Judikatur zu § 76 Abs 2a Z 2 FPG idF BGBl I 100/2012 ergibt in diesem Kontext allerdings keinen Sinn, da die Verletzung der Gebietsbeschränkung gemäß § 12 Abs 2 AsylG 2005 von der Bestimmung nicht umfasst ist.[777]

6.1.3.10 § 76 Abs 3 Z 9 FPG

Gesetzestext: „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“.

In der bisherigen Judikatur nimmt der Grad der sozialen Verankerung bei der Beurteilung eines Sicherungsbedarfs einen besonderen Stellenwert ein und muss durchwegs bei der etwaigen Verhängung der Schubhaft gewürdigt werden. Je nach Verfahrensstadium sind hierfür unterschiedliche Gesichtspunkte relevant.[778]

Maßgeblich für die Beurteilung der Verankerung ist insbesondere, ob die/der Fremde über familiäre Beziehungen im Inland verfügt, einer legalen Beschäftigung nachgeht und über einen gesicherten Wohnsitz verfügt.[779]

Bei der Beurteilung kommt es zusätzlich auf die Dauer des bisherigen Aufenthaltes an. Dem liegt die Annahme zugrunde, dass umso länger eine Person in Österreich aufhältig ist, desto geringer die Gefahr des Untertauchens sei. Handelt es sich bei der/dem Betroffenen um eine erst kurze Zeit in Österreich aufhältige Person, so kann ihr/ihm die Mittellosigkeit und

---

[776] VwGH 19.05.2015, Ro 2015/21/0004.

[777] „Der Tatbestand der Verletzung der Gebietsbeschränkung fand sich bisher in § 76 Abs. 2a Z 2 (VwGH vom 26. August 2010, 2010/21/0234).” (ErläutRV 582 XXV. GP 24 ad § 76 Abs 3 FPG.)

[778] VwGH 31.08.2006, 2006/21/0087; 22.06.2006, 2006/21/0081; 30.04.2009, 2007/21/0541.

[779] VwGH 30.08.2011, 2008/21/0107; 23.09.2010, 2009/21/0280.

fehlende soziale Integration nicht vorgehalten werden, sofern Anspruch auf Grundversorgung besteht.[780]

Dem/der Fremden kommt in diesem Kontext jedoch auch eine Mitwirkungspflicht zu: so muss er/sie die Behörde über die entsprechende soziale Verankerung – wohl nach Manuduktion – entsprechend informieren. „Bestehen keine ausreichend konkreten Hinweise auf eine dauerhafte Wohnmöglichkeit des Fremden nach seiner Entlassung aus der Strafhaft und verweigert der Fremde bei der Vernehmung seine weitere Mitwirkung, so hat er die Unkenntnis der Behörde von Umständen, die allenfalls gegen die Schubhaftverhängung hätten sprechen können, selbst zu verantworten."[781]

Die Formulierung der Bestimmung ist nicht ganz gelungen, da entgegen dem Wortlaut nicht die soziale Verankerung das Bestehen einer Fluchtgefahr nahelegt, sondern vielmehr das Fehlen einer solchen. Folglich ist bei der Anwendung der *geringe* Grad mitzudenken. In diesem Sinne äußerte sich ebenso der VwGH wie folgt: „Um § 76 Abs. 3 Z 9 FrPolG 2005 nicht 'leer laufen' zu lassen, wird es daher umgekehrt darauf ankommen, dass keine maßgebliche - der Annahme einer Entziehungsabsicht entgegen stehende - soziale Verankerung des Fremden in Österreich vorliegt, was an Hand der genannten Parameter ((Nicht)bestehen familiärer Beziehungen, ...) zu beurteilen ist".[782]

6.1.4 Notwendigkeit

Sowohl § 76 Abs 2 Z 1 FPG wie auch Art 28 Abs 2 Dublin III-VO normieren, dass Schubhaft nur dann verhängt werden darf, wenn sie notwendig ist bzw. sich „weniger einschneidende Maßnahmen nicht wirksam anwenden lassen".[783]

Die dezidierte Erwähnung der Notwendigkeit (wie auch der Verhältnismäßigkeit) basiert nicht zuletzt auf der ständigen Judikatur der Höchstgerichte.[784] Diese fand mittlerweile Übertragung auf die gegenwärtige Judikatur: „Für die zentrale Schubhaftnorm des § 76 FrPolG 2005 idF des FrÄG 2015 gilt im Hinblick auf die verfassungsrechtlichen Vorgaben,

[780] VwGH 20.02.2014, 2013/21/0080; 24.11.2009, 2007/21/0617; 18.02.2009, 2006/21/0541; 18.06.2008, 2007/21/0070.
[781] VwGH 17.03.2009, 2007/21/0542.
[782] VwGH 11.05.2017, Ro 2016/21/0021.
[783] Art 28 Abs 2 Dublin III-VO.
[784] ErläutRV 582 XXV. GP 22 ad § 76 Abs 3 FPG (Verweis auf VfGH 24.06.2006, B 362/06; 15.06.2007, B 1330/06 und B 1331/06); Art 2 Abs 1 Z 7 PersFrG.

dass Schubhaft stets nur ‘ultima ratio’ sein darf. Ihre Verhängung hat zu unterbleiben, wenn das zu sichernde Ziel auch durch die Anwendung gelinderer Mittel erreicht werden kann”.[785]

Die Entwicklung des Grundsatzes des Vorrangs gelinderer Mittel bzw. des Ultima Ratio-Prinzips basiert unter anderem auf den grundrechtlichen Vorgaben des Art 1 Abs 2 PersFrG, welcher explizit vorsieht, dass der Zweck der Maßnahme nicht außer Verhältnis stehen darf. Dieser Grundsatz fand seinen Niederschlag auch in Art 8 Abs 2 Aufnahme-RL, Art 15 Abs 1 Rückführungs-RL und Art 28 Abs 2 Dublin III-VO. Sämtliche Sekundärrechtsakte normieren somit den Vorrang weniger einschneidender Maßnahmen.

6.1.4.1 Exkurs: Gelinderes Mittel

Die ausdrückliche Aufnahme des Gebots der Anordnung gelinderer Mittel in § 76 Abs 1 1.Satz FPG trägt dem oben beschriebenen Grundsatz nunmehr ausdrücklich Rechnung. § 77 Abs 1 FPG postuliert diesem Grundsatz folgend ebenso, dass gelindere Mittel anzuordnen sind, sofern damit der Zweck der Schubhaft erfüllt werden kann.[786]
Betreffend mündiger Minderjähriger sind gelindere Mittel in jedem Fall anzuwenden, außer es besteht im Einzelfall die Befürchtung, dass das Ziel der Schubhaft nicht anders erreicht werden kann. Dies entspricht den Vorgaben des Art 17 Abs 1 Rückführungs-RL, welche das Kindeswohl als stets vorrangig zu beachtend annimmt.[787]

Wie bei der Schubhaft bedarf es jedenfalls einer zu sichernden Maßnahme (wie Abschiebung oder Überstellung) oder eines Verfahrens (Sicherung eines Verfahrens zur Erlassung einer aufenthaltsbeendenden Maßnahme) nach § 76 Abs 2 FPG. Dies bedeutet, dass ein gelinderes Mittel etwa unrechtmäßig ist, wenn die Anordnung der Sicherung der Abschiebung dient, diese aber aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen nicht durchführbar ist.[788]
Zu beachten ist zudem, dass auch die Anordnung gelinderer Mittel einen Sicherungsbedarf bzw. nach der geltenden Rechtslage wohl einer Fluchtgefahr iSd § 76 Abs 3 FPG bedarf.[789] Obgleich § 77 Abs 4 FPG normiert, dass Schubhaft zwingend anzuordnen ist, wenn die/der Fremde ihrer/seiner Verpflichtung aus dem gelinderen Mittel nicht nachkommt, ist dies aus

[785] VwGH 20.12.2016, Ra 2016/21/0229; 20.10.2016, Ra 2016/21/0243.
[786] VwGH 11.05.2017, Ro 2016/21/0022.
[787] § 77 Abs 1 FPG; ErläutRV 1078 XXIV.GP 37 ad § 77 Abs 1 FPG.
[788] *Filzwieser*/*Frank*/*Kloibmüller*/*Raschhofer*, FPG § 77, 1257.
[789] *Taucher*, Schubhaft 179 ff; VwGH 17.10.2013, 2013/21/0041.

grund- sowie unionsrechtlichen Erwägungen nicht zulässig, weil Schubhaft nur auf Grundlage einer einzelfallbezogenen Prüfung erfolgen darf. Die verpflichtende Anordnung würde diesem Grundsatz widersprechen und ist demnach unzulässig.[790] Nichts anderes legt auch die Aufnahme als Kriterium zur Prüfung des Vorliegens einer Fluchtgefahr nach § 76 Abs 3 Z 7 FPG nahe.

§ 77 Abs 3 FPG sieht eine demonstrative Aufzählung von Maßnahmen vor, welche als gelindere Mittel angeordnet werden können. Diese sind die Anordnung, in vom BFA bestimmten Räumen Unterkunft zu nehmen, sich in periodischen Abständen bei einer Dienststelle einer LPD zu melden oder eine angemessene finanzielle Sicherheit beim BFA zu hinterlegen. Abgesehen von der Unterkunftnahme, für welche die doppelten Zeiträume nach § 80 FPG gelten, sind keine höchstzulässigen Zeiträume für die Aufrechterhaltung gelinderer Mittel normiert.[791] Es ist allerdings in jedem Fall zu beachten, dass die Maßnahme stets dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu entsprechen hat. Die Hinterlegung einer finanziellen Sicherheit wurde entsprechend der Ermächtigung nach § 77 Abs 7 FPG in § 13 FPG-DV näher geregelt. Demnach ist die Höhe jeweils im Einzelfall zu bestimmen, weiters muss sie angemessen wie auch verhältnismäßig sein. Die finanzielle Sicherheit ist der/dem Fremden im Falle des Wegfalls der Gründe für die Auflage zurückzuerstatten. Entzieht sich die/der Fremde dem Verfahren, verfällt das Geld an den Bund.

Ebenso wie die Schubhaft erfolgt auch die Anordnung gelinderer Mittel mittels Bescheid nach § 57 AVG. Im Gegensatz zur Schubhaft ist der Mandatsbescheid mittels Vorstellung an das BFA zu bekämpfen. Dies hat zur Folge, dass das BFA ein entsprechendes Ermittlungsverfahren einzuleiten hat und bei Vorliegen der Voraussetzungen einen entsprechenden Bescheid erlässt, gegen den sodann Beschwerde gemäß § 7 Abs 1 Z 1 BFA-VG an das BVwG erhoben werden kann.[792]

[790] Vgl etwa Art 1 PersFrG; ErwGr 20 Aufnahme-RL.
[791] § 77 Abs 4 FPG.
[792] *Filzwieser*/*Frank*/*Kloibmüller*/*Raschhofer*, FPG § 77, 1258.

6.1.5 Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne

Die Freiheitsentziehung stellt einen besonders schweren Eingriff in das Recht auf Freiheit des Einzelnen dar, weshalb der verfassungsrechtlich gewährleistete Grundsatz der Verhältnismäßigkeit auch im Hinblick auf die Vollziehung zu beachten ist.[793] Der VfGH stellte etwa mit Erkenntnis vom 24.06.2006 zur Zl B362/06 fest, dass „es der Gesetzgeber – im Wissen um die Verpflichtung der Behörden, von der Anordnung der Schubhaft jedenfalls Abstand zu nehmen, wenn sie im Einzelfall nicht notwendig und verhältnismäßig ist (zur entsprechenden Verpflichtung der unabhängigen Verwaltungssenate vgl auch VfSlg. 14.981/1997 und 17.288/2004, wonach 'im Einzelfall eine Prüfung der Notwendigkeit und Verhältnismäßigkeit der Schubhaft erforderlich ist') – den vollziehenden Behörden (unter der nachprüfenden Kontrolle der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts) überlässt, die verfassungsrechtlich gebotene Abwägung zwischen dem öffentlichen Interesse an der Sicherung des Verfahrens und der Schonung der persönlichen Freiheit des Betroffenen vorzunehmen”.[794]

Die Prüfung der Verhältnismäßigkeit überschneidet sich in einzelnen Punkten mit jener des Vorliegens von Fluchtgefahr. Besonders deutlich wird dies bei dem Kriterium nach § 76 Abs 3 Z 9 FPG, dh beim Grad der sozialen Verankerung. Im Rahmen der Prüfung der Fluchtgefahr ist bereits nach dem Gesetzeswortlaut zu beachten, ob die/der Fremde über familiäre Beziehungen im Bundesgebiet verfügt, ein Einkommen aus einer legalen Erwerbstätigkeit erwirtschaftet und einen gesicherten Wohnsitz vorweisen kann. Im Rahmen der Prüfung der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne können allerdings noch weitere Aspekte relevant sein, wie etwa darüber hinausgehende Gesichtspunkte des schützenswerten Privat- und Familienlebens (Lehre, Ausbildung, soziales Umfeld, etc.).

Auch einer erheblichen Beeinträchtigung des Gesundheitszustandes kommt bei der Frage nach der Verhältnismäßigkeit Relevanz zu und eine solche kann – selbst bei Vorliegen von Haftfähigkeit – zur Unzulässigkeit der Schubhaft führen.[795]

Auf Seite der Interessen der/des Fremden ist ebenso zu würdigen, ob ein Rechtsmittelverfahren (etwa gegen eine durchsetzbare Entscheidung) anhängig ist. Der VwGH erachtete etwa einen Antrag auf Wiedereinsetzung gegen die Versäumung der

[793] Art 1 Abs 3 PersFrG.
[794] VfGH 28.02.2011, G47/10.
[795] VwGH 03.09.2015, Ro 2015/21/0012; 19.04.2012, 2011/21/0123.

Rechtsmittelfrist eines verfahrensbeendenden Asylbescheides als im Rahmen der Verhältnismäßigkeit bedeutsam.[796] Gleichzeitig ist an dieser Stelle, zum Nachteil der/des Betroffenen, die zeitnahe Durchführbarkeit einer Abschiebung zu würdigen.[797]

Im Kontext der Verhältnismäßigkeit kommt auch der Dauer der Anhaltung in Schubhaft Bedeutung zu. So hat das BFA stets darauf hinzuwirken, dass die Anhaltung so kurz wie möglich dauert bzw. sogar gänzlich unterbleibt. Bei Personen die sich in Strafhaft befinden sind außerdem noch vor ihrer Entlassung die erforderlichen Schritte einzuleiten (wie etwa die Beschaffung des Heimreisezertifikats), um die Abschiebung auch effektuieren zu können. Unterlässt die Behörde die rechtzeitige Setzung der notwendigen Schritte, kann sich die Schubhaft gegebenenfalls als unverhältnismäßig erweisen.[798]

Nach § 76 Abs 2a FPG idF BGBl I 84/2017 ist eine frühere Delinquenz nun verpflichtend im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung zu würdigen, wobei hier insbesondere auf die Schwere der Straftat Bedacht zu nehmen ist.[799] Eine gesetzliche Vorgabe wäre angesichts der diesbezüglichen klaren höchstgerichtlichen Judikatur, nach der strafgerichtliche Verurteilung das öffentliche Interesse an einer alsbaldigen Abschiebung verstärken kann, nicht erforderlich gewesen.[800] Problematisch an der expliziten Aufnahme ist, dass hierdurch der Eindruck erweckt wird, dass die Delinquenz der/des Fremden stets zu einem Überwiegen des öffentlichen Interesses zu führen hat.
Dem BFA bzw. dem BVwG kommt bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne Ermessen zu. Es ist in der Entscheidung der jeweiligen Instanz nachvollziehbar und schlüssig zu begründen, weshalb im Einzelfall die Verhängung der Schubhaft als verhältnismäßig angesehen wird.[801]

[796] VwGH 19.03.2014, 2013/21/0181.
[797] VwGH 22.01.2015, Ro 2014/21/0069; 20.02.2014, 2013/21/0178.
[798] VwGH 25.04.2014, 2013/21/0209.
[799] § 76 Abs 2a FPG idF BGBl I 84/2017.
[800] VwGH 11.05.2017, Ro 2016/21/0022.
[801] VwGH 30.06.2016, Ra 2016/21/0178; 19.05.2015, Ro 2015/21/0017.

6.1.6 Haftfähigkeit

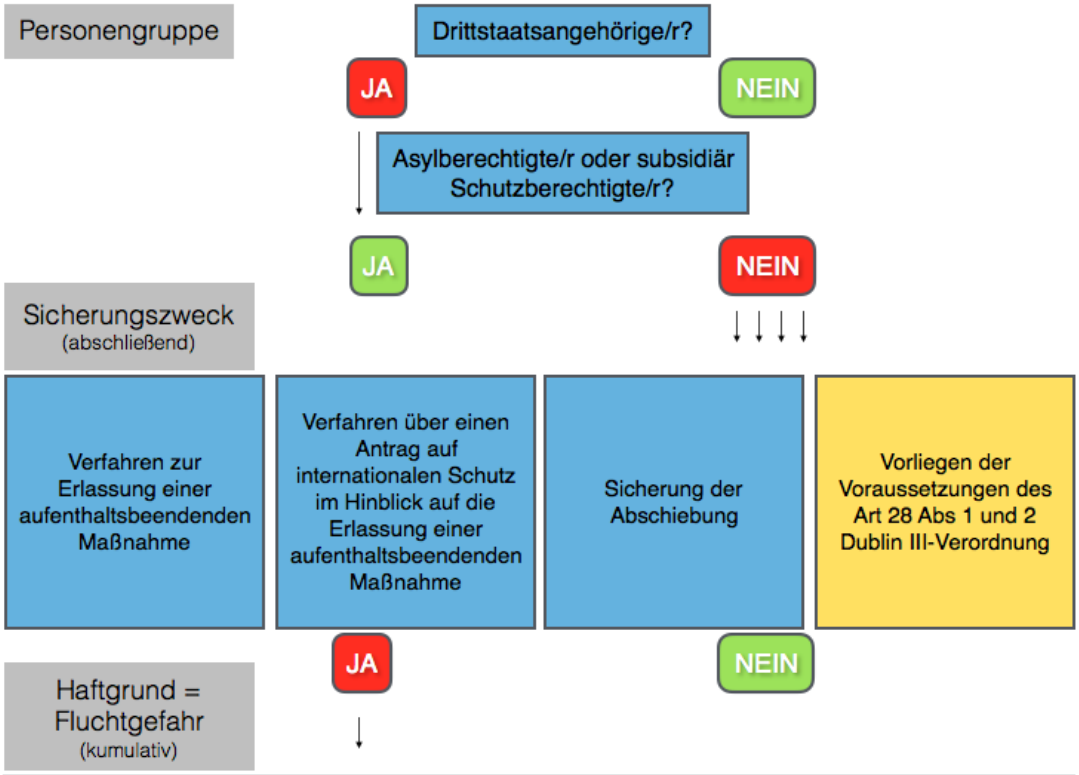
Bei der Prüfung der Rechtmäßigkeit der Anhaltung ist ebenso die Haftfähigkeit der/des Fremden einer inhaltlichen Prüfung zu unterziehen, sodass eine allfällige Haftunfähigkeit zur Rechtswidrigkeit der Schubhaft führt.[802] Dies ergibt sich nicht zuletzt aus § 7 AnhO.[803] Nach Abs 1 leg cit dürfen Menschen, die offensichtlich oder festgestellter Weise nicht haftfähig sind, nicht in Hafträumen der Behörde angehalten werden. Abs 2 leg cit führt zur Aufnahme einer Person wie folgt aus: „Menschen, die Krankheitssymptome oder Verletzungen aufweisen, deren Vorhandensein behaupten oder bei denen bestimmte Tatsachen für deren Vorhandensein sprechen, sind, sofern dies eine auch nur kurze Anhaltung bedenklich erscheinen läßt, erst dann aufzunehmen, wenn eine ärztliche Untersuchung die Haftfähigkeit der Betroffenen erwiesen hat".[804] Des Weiteren besteht das Recht auf ärztliche Untersuchung, welcher die/der Betroffene ohne unnötigen Aufschub zuzuführen ist.[805] Bei der Beurteilung der Haftfähigkeit ist nötigenfalls ein fachärztliches Gutachten einzuholen.[806]
Der Vollständigkeit halber ist darauf hinzuweisen, dass Zwangsernährung von Schubhäftlingen in Folge eines Hungerstreiks nicht zulässig ist, zumal Zwangsernährung stets nur Ultima Ratio aus medizinischer Sicht sein kann und nicht nur zum Zweck der Erhaltung der Haftfähigkeit bzw. zur Verhinderung von Hungerstreiks durchgeführt werden darf.[807]

In der Praxis zeigt sich, dass im Auftrag des BVwG die Prüfung der Haftfähigkeit meist durch die Einholung medizinischer Sachverständigengutachten erfolgt. Die Gutachten werden meist von den Amtsärzten/Amtsärztinnen selbst erstellt und nur im Ausnahmefall wird ein/e Psychiater/in beigezogen. Das BVwG geht regelmäßig davon aus, dass die Einholung psychiatrischer Gutachten aufgrund der bereits vorliegenden amtsärztlichen Feststellungen nicht notwendig sei.[808] Dies erscheint angesichts des sehr unterschiedlichen Beurteilungsrahmens und der divergenten zur Anwendung kommenden Fachkompetenzen fragwürdig.

---

[802] VwGH 08.07.2009, 2008/21/0404.
[803] Vgl zur Änderung in der Rechtsprechung hinsichtlich der materiellen Rechtmäßigkeit der Schubhaft: *Khakzadeh,* migraLex 2003, 44 ff.
[804] § 7 Abs 2 AnhO.
[805] VwGH 27.03.1998, 95/02/0506.
[806] § 7 Abs 5a AnhO.
[807] *Muzak*, RdM 2008, 39.
[808] *Taucher*, Schubhaft, 183 f.

6.1.7 Prüfungsschema



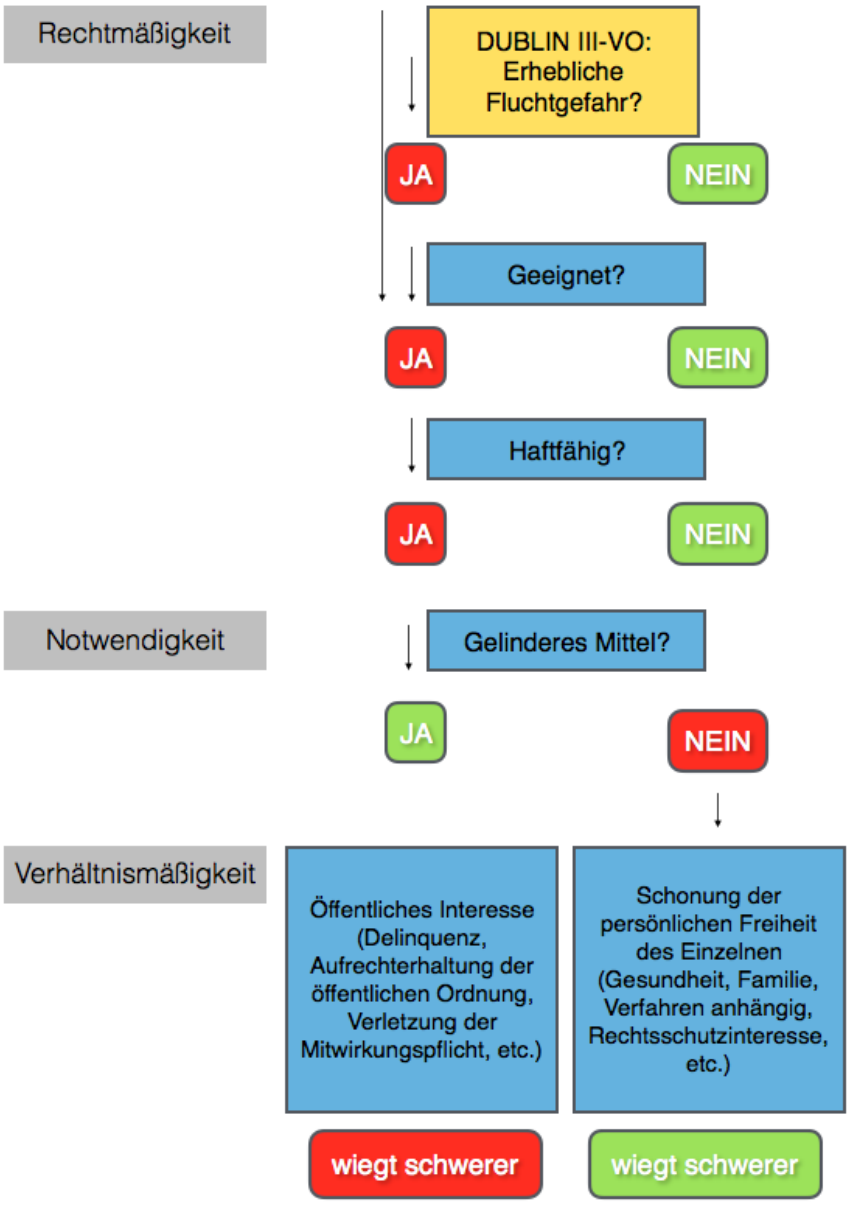


Abbildung 1: Prüfungsschema Schubhaft[809]

Entsprechend den bisherigen Ausführungen ergibt sich unter Berücksichtigung aller Kriterien für die Verhängung der Schubhaft vorstehendes Prüfungsschema. Nur wenn sämtliche Voraussetzungen (rot) erfüllt sind, ist davon auszugehen, dass die Schubhaft überhaupt rechtmäßig sein kann.

[809] Teils wörtliche Wiedergabe des Gesetzestextes nach § 76 FPG, teils entsprechend der Ergebnisse dieses Kapitels. Die Graphik wurde im Rahmen der vorliegenden Untersuchung eigenständig erarbeitet.

6.1.8 Schubhaftbescheid

Nach § 76 Abs 4 FPG ist die Schubhaft mittels Mandatsbescheid nach § 57 AVG zu erlassen, wobei der Bescheid stets schriftlich zu ergehen hat. Die Besonderheit des Mandatsbescheides ist, dass er ohne vorangehendes Ermittlungsverfahren erlassen wird, da es sich entweder um die Vorschreibung von Geldleistungen oder um Gefahr im Verzug handelt.[810]

Die einzige genannte Ausnahme vom Mandatsverfahren besteht, wenn sich die/der Betroffene „bei Einleitung des Verfahrens zu seiner Erlassung aus anderem Grund nicht bloß kurzfristig in Haft"[811] befindet. Dies betrifft etwa die Strafhaft, kann aber ebenso für Untersuchungshaft angenommen werden. In diesen Fällen hat dem Schubhaftbescheid ein entsprechendes Ermittlungsverfahren unter Gewährung des Rechts auf Parteiengehör voranzugehen.[812]

6.1.8.1 Verkürztes Mandatsverfahren

Der Gesetzgeber begründet die Erlassung von Schubhaftbescheiden im verkürzten Verfahren damit, dass die Schubhaft eine unaufschiebbare Maßnahme mit Sicherungsfunktion ist, bei der stets Gefahr im Verzug iSd § 57 Abs 1 AVG anzunehmen ist.[813]

Angesichts der vom Gesetz geforderten Einzelfall- und Verhältnismäßigkeitsprüfung ist davon auszugehen, dass ein über das verkürzte Mandatsverfahren hinausgehendes Ermittlungsverfahren durchzuführen und die Anordnung zumindest entsprechend zu begründen ist, um das Verfahren und die Entscheidung überhaupt gerichtlich überprüfen lassen zu können.

Gerade im Hinblick auf grundrechtliche Erwägungen erscheint ein verkürztes Ermittlungsverfahren bedenklich. Nach Art 41 GRC haben Personen im Anwendungsbereich des Unionsrechts Anspruch auf eine gute Verwaltung.[814]

---

[810] *Hengstschläger/Leeb*, Verwaltungsverfahrensrecht Rz 427; *Kolonovits/Muzak/Stöger*, Verwaltungsverfahrensrecht, Rz 588.
[811] § 76 Abs 4 FPG.
[812] ErläutRV 582 XXV. GP 24.VwGH 27.01.2010, 2009/21/0009; BVwG 18.03.2016, W112 2120185.
[813] ErläutRV 582 XXV. GP 24; vgl auch *Ammer*, juridikum 2007, 75.
[814] Obgleich der Wortlaut des Grundrechts auf „Organe und Einrichtungen der Union" (Art 41 Abs 1 GRC) Bezug nimmt, gehen weite Teile der Rechtslehre davon aus, dass entsprechend den Erläuterungen zur GRC ein erweiterter Geltungsbereich intendiert ist. Auf die entsprechende Diskussion kann an dieser Stelle nur verwiesen werden (vgl hierzu ausführlich: *Frenz*, Europäische Grundrechte 1365 ff.).

Dieses Grundrecht umfasst nach Abs 2 leg cit:

> „- das Recht einer jeden Person, gehört zu werden, bevor ihr gegenüber eine für sie nachteilige individuelle Maßnahme getroffen wird;
> - das Recht einer jeden Person auf Zugang zu den sie betreffenden Akten unter Wahrung des legitimen Interesses der Vertraulichkeit sowie des Berufs- und Geschäftsgeheimnisses;
> - die Verpflichtung der Verwaltung, ihre Entscheidungen zu begründen."

Diesen Verfahrensgarantien wird im Rahmen eines verkürzten Verfahrens und zwar ohne rechtliche und/oder tatsächliche Notwendigkeit nicht Rechnung getragen. Zu beachten ist zudem, dass den Erfordernissen im Hinblick auf eine bestehende Gefahr im Verzug bereits im Rahmen der Verwaltungsverwahrungshaft ausreichend Rechnung getragen werden kann. So ist die Anhaltung einer/eines Fremden in Folge eines Festnahmeauftrages nach § 40 BFA-VG bis zu 72 Stunden und ohne eines solchen bis zu 48 Stunden zulässig.[815] Ein Zeitraum von 48 bis 72 Stunden erscheint in aller Regel ausreichend um den entscheidungsrelevanten Sachverhalt mit der gebotenen Sorgfalt zu ermitteln und der/dem Festgehaltenen die Möglichkeit zu geben, zu den Ermittlungsergebnissen – etwa im Rahmen einer niederschriftlichen Einvernahme – Stellung zu nehmen.

Zu beachten ist zudem, dass sowohl Rückführungs- wie auch Aufnahme-RL eine schriftliche Begründung der Inhaftnahme unter Angabe der sachlichen und rechtlichen Gründe fordern. Wie *Matti*/*Klammer* zutreffend ausführen, erfüllt das verkürzte Mandatsverfahren und die damit einhergehende unzureichende Begründungspflicht diese Vorgaben nicht.[816] Auch im Hinblick auf die fehlende amtswegige gerichtliche Überprüfung der Haftanordnung ist die Regelung des § 76 Abs 4 FPG grundrechtlich bedenklich. Entsprechend den grund- und unionsrechtlich bestehenden Verpflichtungen zur Führung eines Verfahrens und zur Begründung des Bescheides bedarf es folglich einer Anpassung der tatsächlichen rechtlichen Situation.

[815] § 40 Abs 4 BFA-VG.
[816] *Klammer*/*Matti,* migraLex 2015, 41.

6.1.8.2 Zustellung

§ 11 Abs 8 BFA-VG stellt eine lex specialis zum Zustellgesetz dar und sieht vor, dass „die Zustellung eines Schubhaftbescheides auch in dem Zeitpunkt als vollzogen [gilt], in dem eine Ausfertigung dem Fremden tatsächlich zugekommen ist. Die Zustellung einer weiteren Ausfertigung an den Zustellungsbevollmächtigten ist in diesen Fällen unverzüglich zu veranlassen".[817] Das bedeutet, dass die Zustellung auch dann rechtswirksam ist, wenn trotz Bekanntgabe einer/s Zustellbevollmächtigten der Bescheid direkt an die/den Fremde/n zugestellt wird. Des Weiteren gilt der Bescheid auch dann als zugestellt, wenn dieser in den Wirkungskreis der/des Inhaftierten gelangt ist, auch wenn etwa ein Zustellmangel vorliegt.[818] Eine Verletzung der Vorschriften des zweiten Satzes des Abs 8 leg cit zieht jedoch nicht die Rechtswidrigkeit des Bescheids nach sich, da es sich um eine Ordnungsvorschrift handelt.[819]

Ungeachtet der Rechtmäßigkeit der Zustellung stellt sich die Frage, ab wann die Frist zur Erhebung eines Rechtsmittels wie auch die Wiedereinsetzungsfrist zu laufen beginnt. Da sich § 11 Abs 8 BFA-VG lediglich auf den Vollzug stützt, ist in Anlehnung an die Regelungen zum mündlich verkündeten Bescheid davon auszugehen, dass die Frist zur Erhebung einer Beschwerde mit der Zustellung der Ausfertigung an die/den Zustellbevollmächtigte/n in Gang gesetzt wird. Dies steht jedoch einer Beschwerdeerhebung zu einem früheren Zeitpunkt nicht entgegen.[820]

6.1.8.3 Durchsetzbarkeit

Wird ein Schubhaftbescheid nicht binnen 14 Tagen vollstreckt, gilt er als widerrufen. Dies bezieht sich jedoch nur auf Mandatsbescheide nach § 57 AVG und kann daher bei aus anderem Grund Inhaftierten keine Anwendung finden.[821] Wurde die Schubhaft durch Freilassung der/des Fremden nach § 81 Abs 1 FPG formlos aufgehoben, dann gilt der Schubhaftbescheid ebenso als widerrufen. Dies ist vom BFA im Akt zu vermerken.[822]

---

[817] § 11 Abs 8 BFA-VG.
[818] Vgl zu diesbezüglich vergleichbarer Rechtslage: *Muzak*, migraLex 2007, 86 f.
[819] VwGH 29.03.2014, Ro 2014/21/0049; 19.05.2011, 2010/21/0106.
[820] Vgl Judikatur des VwGH zu einer ähnlichen Konstellation, nämlich § 23 AsylG 2005 idF BGBl I 100/2005.
[821] § 76 Abs 4 FPG.
[822] § 81 Abs 2 FPG.

Im Falle, dass der Bescheid im Rechtsmittelverfahren als rechtswidrig behoben wird, erweist sich auch die gesamte daran anschließende Anhaltung in Schubhaft als rechtswidrig (bis gegebenenfalls ein neuer Titel geschaffen wird).[823] Einer neuerlichen Verhängung der Schubhaft steht – sofern sich der Sachverhalt oder die Rechtslage nicht entscheidungsrelevant verändert haben – die Rechtskraft entgegen.[824] Zu beachten ist, dass solange sich die/der Fremde in Schubhaft befindet, ausschließlich das BVwG dazu berufen ist, einen neuen Titel für die Fortsetzung der Haft nach § 22a Abs 3 BFA-VG zu schaffen.[825]

Im Umkehrschluss bedeutet dies, dass bei Änderung der Sach- oder Rechtslage die Schubhaft nicht mehr auf Grundlage des ursprünglichen Bescheides aufrechterhalten werden kann. Hiervon sieht das Gesetz jedoch Ausnahmen vor: so ist es zulässig, dass bei Eintritt der Durchsetzbarkeit einer aufenthaltsbeendenden Maßnahme die Schubhaft, das der Sicherung des Verfahrens diente, ab diesem Zeitpunkt als zur Sicherung der Abschiebung verhängt, gilt.[826] Ebenso darf die Schubhaft ohne Schaffung eines neuen Titels aufrechterhalten werden, wenn die/der Fremde während der Anhaltung einen Antrag auf internationalen Schutz stellt und dies vermeintlich nur der Verfahrensverzögerung dient. Hierüber ist ein Aktenvermerk anzufertigen, dessen Inhalt der/dem Inhaftierten nach §§ 11 Abs 8 und 12 Abs 1 BFA-VG zur Kenntnis zu bringen ist. Dies ist erforderlich, da sich teilweise andere Rechtsfolgen, wie etwa im Hinblick auf die Dauer der Anhaltung und der Anwendung der Aufnahme-RL, an den unterschiedlichen Anhaltegründen orientieren.[827]

[823] VwGH 11.06.2013, 2012/21/0114; 22.12.2009, 2009/21/0208.
[824] VwGH 28.12.2015, Ra 2015/21/0240; 19.03.2013, 2011/21/0246; 15.12.2011, 2010/21/0292.
[825] VwGH 19.03.2014, 2013/21/0138; 28.05.2008, 2007/21/0332.
[826] § 76 Abs 5 FPG.
[827] § 76 Abs 6 FPG; *Szymanski*, FPG § 76, 11; hierzu auch VwGH 27.01.2010, 2008/21/0349; 29.09.2009, 2008/21/0461.

6.1.9 Dauer der Anhaltung

Betreffend der höchstzulässigen Dauer einer Anhaltung in Schubhaft ist zum einen der Anhaltegrund und zum anderen das Alter der/des Festgenommenen zu beachten. § 80 FPG und Art 28 Dublin III-VO sehen jeweils unterschiedliche höchstzulässige Zeiträume vor. In jedem Fall gilt, dass die Schubhaft stets nur so kurz wie möglich dauern darf und der Zweck innerhalb der höchstzulässigen Dauer auch zu erfüllen sein muss.[828]

Die Höchsthaftdauern im Rahmen von Verfahren nach der Dublin III-VO richten sich nach Art 28 Abs 3 Dublin III-VO. Es ist zu beachten, dass bei Überschreitung der vorgesehenen Haftdauern Betroffene umgehend zu entlassen sind. Die Schubhaft ist ebenso umgehend zu beenden, wenn die Überstellung nicht innerhalb der Überstellungsfrist durchgeführt werden kann.[829] Kritisch zu erwähnen ist, dass die VO keine Fristenregelungen für den Fall vorsieht, dass einem Rechtsmittel etwa aufschiebende Wirkung zukommt.[830]

Zudem ist anzuführen, dass die Schubhaft zur Sicherung des Verfahrens zur Erlassung einer aufenthaltsbeendenden Maßnahme im Anwendungsbereich der Rückführungs-RL nach der Judikatur des EuGH zwar zulässig ist, allerdings nur für die kürzest angemessene Zeit und um festzustellen, ob der Aufenthalt illegal ist – und gegebenenfalls um ehestmöglich eine Rückkehrentscheidung zu erlassen.[831] Dies hängt maßgeblich von den Umständen des Einzelfalls ab, darf aber entsprechend der österreichischen Rechtslage in keinem Fall die höchstzulässigen Grenzen von 6 Monaten (Rechtslage vor FRÄG 2017: 4 Monate) überschreiten. § 80 Abs 4 FPG ist auf diese Personengruppe jedenfalls nicht anzuwenden.
Nichts anderes kann für begünstigte Drittstaatsangehörige und Unionsbürger/innen gelten, für welche besonders strenge Maßstäbe anzulegen sind.

Mit dem BGBl I 84/2017 kommt es zu erheblichen Änderungen der verschiedenen höchstzulässigen Schubhaftdauern. Ganz grundsätzlich ist zu erwähnen, dass mit dem FRÄG

[828] § 80 Abs 1 FPG; Art 28 Abs 3 Dublin III-VO. VwGH 19.05.2011, 2008/21/0527; 27.01.2011, 2008/21/0595.
[829] *Filzwieser*/*Sprung*, Dublin III-VO, Art 28 K 5.
[830] Es darf an dieser Stelle auf Kapitel 5.1.1.2 verwiesen werden.
[831] EuGH 06.12.2011, C-329/11 (Achughbabian).

2017 von dem System der bis dato geltenden Durchrechnungszeiträume abgegangen wird (vgl Abbildung 2).[832]

Es stellt sich die Frage, ob die in § 80 FPG vorgeschlagenen Höchsthaftdauern den unionsrechtlichen Vorgaben genügen. Wie in Kapitel 5.3.1.3.4 ausgeführt, handelt sich bei den nach Art 15 Abs 5 Rückführungs-RL angeführten Zeiträumen um absolute Mindeststandards. Die höchstzulässige Dauer von 6 Monaten darf nur im Ausnahmefall um höchstens 12 Monate verlängert werden und zwar nur dann, wenn die Abschiebungsmaßnahme nachweislich nicht früher durchgeführt werden kann und dies an der mangelnden Kooperationsbereitschaft der/des betroffenen Drittstaatsangehörigen oder an Verzögerungen bei der Übermittlung der erforderlichen Unterlagen durch Drittstaaten liegt.[833] In diesem Sinne bekräftigte der EuGH, dass die Rückführungs-RL die Höchstdauer der Haft regelt, demnach müsste eine darüber hinausgehende Inhaftierung auf andere Bestimmungen gestützt werden.[834] Zu beachten ist in diesem Zusammenhang auch der Anhang zur Rückführungs-RL, welcher besagt dass die RL „nicht dazu herangezogen werden darf, die Annahme ungünstigerer Bestimmungen für Personen, auf die sie Anwendung findet, zu rechtfertigen“.[835]

§ 80 Abs 2 FPG idF BGBl I 84/2017 sieht eine Höchsthaftdauer von 6 Monaten vor, ebenso normiert § 80 Abs 3 FPG idF BGBl I 84/2017 im Falle eines Antrages auf Feststellung der Unzulässigkeit der Abschiebung in einen bestimmten Staat nach § 51 FPG eine Höchsthaftdauer von 6 Monaten. Beide Regelungen stellen sich in diesem Sinne als richtlinienkonform dar, obwohl kritisch zu bemerken ist, dass angesichts der grundsätzlichen Bestrebungen, Freiheitsentziehungen zu minimieren[836], eine Verlängerung dieser Fristen nicht nachvollziehbar ist. Vielmehr scheinen sich hier diejenigen Befürchtungen zu bewahrheiten, die bereits bei der Einführung der RL laut geworden sind, dass die angeführten Höchsthaftdauern zu einer Verschlechterung der Situation in einzelnen Mitgliedstaaten beitragen könnten.[837]

---

[832] Em (Rat) 2015/15046/EU (Beseitigung der 2015 bei der Evaluierung der Anwendung des Schengen-Besitzstands im Bereich der Rückkehr festgestellten Mängel).
[833] Art 15 Abs 6 Rückführungs-RL.
[834] EuGH 30.11.2009, Rs C-357/09 (Kadzoev). *Brandl*, FABL 1/2010, 10.
[835] Anhang zur Rückführungs-RL, Rat 28.11.2008, 16.166/08, 2.
[836] Vgl weiterführend: *FRA,* Alternatives to detention.
[837] Vgl hierzu ausführlich Kapitel 5.3.1.3.4.

§ 80 Abs 4 FPG idF BGBl I 84/2017 rekurriert auf den Ausnahmefall des Art 15 Abs 6 Rückführungs-RL. Demnach darf sich die Höchsthaftdauer wegen desselben Sachverhaltes auf höchstens 18 Monate belaufen, wenn eine Abschiebung aufgrund fehlender Feststellungen zu Identität und Staatsangehörigkeit nicht früher durchgeführt werden kann; und zwar insbesondere zum Zweck der Erlangung eines Ersatzreisedokumentes (Z 1), wegen fehlender Bewilligungen eines anderen Staates für die Ein- oder Durchreise (Z 2), aufgrund der Vereitelung der mittels Zwangsgewalt durchgesetzten Abschiebung durch die/den Fremden (Z 3) oder aufgrund dessen, dass die/der Fremde sich bereits einmal dem Verfahren entzogen hat oder ein Abschiebungshindernis auf sonstige Weise zu vertreten hat (Z 4).[838]
Im Gegensatz zu Art 15 Abs 6 Rückführungs-RL sieht § 80 Abs 4 FPG idF BGBl I 84/2017 eine generelle Höchsthaftdauer von 18 Monaten vor und zwar auch für Sachverhalte, welche von der RL nicht erfasst sind. Wie der EuGH zu Art 15 Abs 6 lit a Rückführungs-RL bereits festgestellt hat, ist von Seiten der Mitgliedstaaten im Einzelfall jeweils nachzuweisen, dass „die Abschiebung trotz ihrer angemessenen Bemühungen länger dauern wird als vorgesehen, was erfordert, dass der betreffende Mitgliedstaat sich aktiv bemüht, die Ausstellung von Identitätsdokumenten für diesen Drittstaatsangehörigen zu erreichen".[839] Es wird folglich maßgeblich von der Vollziehung abhängen, die Bestimmung richtlinienkonform auszulegen.

Wenig nachvollziehbar ist ebenso die Formulierung des § 80 Abs 4 FPG idF BGBl I 84/2017, dass die Schubhaft „wegen desselben Sachverhalts"[840] höchstens 18 Monate aufrechterhalten werden darf. Wie bereits dargelegt, sind die in der Rückführungs-RL angeführten Zeiträume als absolute Höchstgrenzen zu verstehen. Folglich ist eine Inhaftnahme im Rahmen eines Rückführungsverfahrens jedenfalls höchstens für 18 Monate zulässig. Möglicherweise bezieht sich der Gesetzgeber auf die Zeiträume der Inhaftnahme zur Erlassung einer aufenthaltsbeendenden Maßnahme, welche nach der RL nicht miteinbezogen werden müssen.[841] Doch steht dies wiederum im Widerspruch zu dem Zweck der Neuregelung, die Empfehlung der Kommission umzusetzen und eine allgemeine Höchstgrenze einzuführen. Es darf in diesem Zusammenhang auch auf den unionsrechtlich geschützten Gleichheitssatz nach Art 20 iVm 21 GRC verwiesen werden.

[838] § 80 Abs 4 letzter Satz FPG.
[839] EuGH 05.06.2014, C-164/14 (Mahdi).
[840] § 80 Abs 4 letzter Satz FPG.
[841] ErläutRV 1523 BlgNR XXV. GP 37 f.

Filzwieser/Frank/Kloibmüller/Raschhofer gehen betreffend der Rechtslage des § 80 Abs 4 FPG idF BGBl I 70/2015 davon aus, dass eine Sachverhaltsänderung dann anzunehmen ist, wenn die/der Fremde Österreich verlassen hat, neuerlich eingereist ist und anschließend abermals zur Ausreise verpflichtet wird.[842] Diese Auslegung verkennt jedoch die eingangs angeführten Erwägungen der Rückführungs-RL, welche explizit eine Begrenzung der Höchsthaftdauern vorsehen. Es sei in diesem Zusammenhang auch abermals auf die Rechtsprechung des EuGH verwiesen. In der Rechtssache *Kadzoev* kam der EuGH zu dem Ergebnis, dass auch jene Zeiträume in die Berechnung miteinzubeziehen sind, die vor dem Inkraftsetzen der Rückführungs-RL entstanden sind.[843] Dem folgend ändert auch eine Ausreise und Wiedereinreise nichts an den höchstzulässigen Haftdauern, welche letztlich zeitlich unbeschränkt gelten, um den Einzelnen vor unbegrenzten oder unverhältnismäßigen Anhaltungen zu schützen.

§ 80 Abs 5 FPG idF BGBl I 84/2017 stellt eine lex specialis für Asylwerber/innen und Fremde dar, die einen Antrag auf internationalen Schutz gestellt haben. Die nationale Bestimmung sieht nun vor, dass Schubhaft über eine/n Antragsteller/in bis zum Zeitpunkt des Eintritts der Durchsetzbarkeit einer aufenthaltsbeendenden Maßnahme die Dauer von 10 Monaten nicht überschreiten darf. „Wird die Schubhaft über diesen Zeitpunkt hinaus aufrechterhalten oder nach diesem Zeitpunkt neuerlich angeordnet, ist die Dauer der bis dahin vollzogenen Schubhaft auf die Dauer gemäß Abs. 2 oder 4 anzurechnen."[844]
Es ist in diesem Zusammenhang zu beachten, dass die Rückführungs-RL Asylsuchende bzw. Antragstellern/Antragstellerinnen im Verfahren vor der Erstbehörde nicht umfasst. Obgleich die Aufnahme-RL keine höchstzulässigen Haftdauern vorsieht, ist die Intention des europäischen Gesetzgebers deutlich zu erkennen, dass Inhaftierungen von Asylsuchenden (wie auch generell für Personen im Verfahren zur Erlassung einer aufenthaltsbeendenden Maßnahme) nur im Ausnahmefall eingesetzt werden sollen. Es ist keine sachliche Begründung zu erkennen, weshalb nach dem FRÄG 2017 die höchstzulässige Inhaftierungsdauer von Asylsuchenden die grundsätzliche Höchsthaftdauer von 6 Monaten sogar überschreitet.

---

[842] *Filzwieser/Frank/Kloibmüller/Raschhofer*, FPG § 80, 1276.
[843] EuGH 10.11.2009, C-357/09 (Kadzoev) Rn 56.
[844] § 80 Abs 5 FPG.

Die höchstzulässigen Fristen stellen sich wie folgt dar:

Personengruppe	Sicherungszweck	Anwendungsfall	Höchsthaftdauer	Rechtsgrundlage
mündige Minderjährige	§ 76 Abs 2 Z 1 FPG	in der Regel	2 Monate; *FRÄG 2017: 3 Monate*	§ 80 Abs 2 Z 1 FPG
Volljährige	§ 76 Abs 2 Z 1 FPG	in der Regel	4 Monate; *FRÄG 2017: 6 Monate*	§ 80 Abs 2 Z 2 FPG
Fremde	§ 76 Abs 2 Z 1 3.Fall FPG	Aufschub wegen Antrag auf Feststellung der Unzulässigkeit der Abschiebung in einen bestimmten Staat nach § 51 FPG	bis Ablauf der 4. Woche ab rechtskräftiger Entscheidung (insgesamt nicht länger als 6 Monate)	§ 80 Abs 3 FPG
Fremde	§ 76 Abs 2 Z 1 3.Fall FPG	Nicht durchführbar, weil: 1. Feststellung der Identität und StA nicht möglich; 2. Bewilligung eines anderen Staates für Ein- und Durchreise liegt nicht vor (etwa Heimreisezertifikat); 3. Vereitelung der Abschiebung; *FRÄG 2017:* *4. Verfahren bereits einmal entzogen bzw. Abschiebungshindernis auf sonstige Weise zu vertreten*	6 Monate innerhalb 1nes Jahres; außer aufgrund des Verhaltens der/des Fremden: 10 Monate innerhalb von 18 Monaten; *FRÄG 2017: 18 Monate*	§ 80 Abs 4 FPG
AsylwerberInnen und Fremde, die einen Antrag auf internationalen Schutz gestellt haben	§ 76 Abs 2 Z 1 2.Fall FPG	im Asylverfahren, bis zum Zeitpunkt des Eintritts der Durchsetzbarkeit der aufenthaltsbeendenden Maßnahme	10 Monate innerhalb von 18 Monaten; *FRÄG 2017: 10 Monate*	§ 80 Abs 5 FPG
Fremde und Asylwerber/innen in Haft auf Grundlage des Art 28 Dublin III-VO	§ 76 Abs 2 Z 2 FPG	• Stellung des Aufnahme- und Wiederaufnahmegesuchs binnen 1nes Monats (ansonsten Zuständigkeitsübergang) • fiktive Annahme nach 2 Wochen • Überstellung innerhalb von 6 Wochen (ansonsten Zuständigkeitsübergang)	höchstens 13 Wochen	Art 28 Abs 3 Dublin III-VO

Tabelle 1: Höchstzulässige Haftdauern[845]

[845] Die Abbildung richtet sich nach den angeführten Gesetzesbestimmungen.

6.1.10 Durchführung und Vollzug

Für den Vollzug und die Durchführung der Schubhaft sind – anders als für die Anordnung – die LPD zuständig. Nach dem Wortlaut des Gesetzes ist die Schubhaft in den Hafträumen der LPD zu vollziehen.[846] In der österreichischen Praxis werden Schubhäftlinge entweder in einem Polizeianhaltezentrum oder im Anhaltezentrum Vordernberg untergebracht. Derzeit gibt es jeweils ein Polizeianhaltezentrum in Bludenz, Graz, Innsbruck, Klagenfurt, Leoben, Linz, Salzburg, St. Pölten, Schwechat, Steyr, Villach, Wels und Wiener Neustadt, sowie je zwei Zentren in Eisenstadt (1 und 2) und Wien (Hernalser Gürtel und Rossauer Lände).[847] Zudem gibt es ein Familienpolizeianhaltezentrum in der Zinnergasse in 1110 Wien.
Hierbei handelt es sich zwar durchwegs um polizeiliche Anhaltezentren (zuständig für Verwaltungshaft, Verwaltungsverwahrungshaft und Schubhaft), allerdings ist nur das Anhaltezentrum Vordernberg auf die Anhaltung von Schubhäftlingen spezialisiert. Obgleich die Anhaltung somit nur bedingt in spezialisierten Einrichtungen erfolgt, entspricht dies – sofern die sonstigen Haftbedingungen erfüllt sind – den Anforderungen der Aufnahme- und Rückführungs-RL. Beide RL sehen lediglich vor, dass bei Bestehen entsprechender Einrichtungen im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaates die gemeinsame Unterbringung mit Strafgefangenen untersagt ist.

Die Schubhaft wird in der Regel in Gemeinschaftshaft vollzogen, nur unter bestimmten Voraussetzungen ist die/der Fremde in Einzelhaft zu verwahren.[848] Männliche und weibliche Schubhäftlinge sind getrennt voneinander anzuhalten.[849] Auch bedarf es für die Anhaltung von 14- bis 16-jährigen Personen bzw. im Falle, dass ein unmündiges Kind seine zur Obsorge berechtigte Person in die Schubhaft begleitet, entsprechend geeigneter Hafträume.[850]

§ 78 Abs 6 FPG sieht für den Fall vor, dass ein Schubhäftling in den Hafträumen nicht entsprechend medizinisch versorgt werden kann, „der Zeitraum einer ambulanten medizinischen Versorgung als Schubhaft" gilt. Dies gilt allerdings nur dann, wenn die/der

---

[846] „Die Schubhaft ist in den Hafträumen der Landespolizeidirektion zu vollziehen. Kann eine Landespolizeidirektion die Schubhaft nicht vollziehen, ist eine Landespolizeidirektion, die über Haftraum verfügt, um den Vollzug zu ersuchen." (§ 76 Abs 1 FPG).
[847] *Rechnungshof*, Vollzug der Schubhaft 130.
[848] § 5b AnhO.
[849] § 53 Abs 1 letzter Satz VStG.
[850] § 79 Abs 3 und 5 FPG; § 4 Abs 4 AnhO.

Fremde den schlechten Gesundheitszustand selbst herbeigeführt hat (wie insbesondere durch Hungerstreik oder Selbstverletzung), ansonsten wäre die Person in der Regel zu enthaften.[851] Im Falle, dass eine aufenthaltsbeendende Maßnahme durchsetzbar und die Abschiebung unmittelbar möglich ist, kann die LPD den Leiter des gerichtlichen Gefangenenhauses Wien ersuchen, die Schubhaft bis zur Durchführung der Abschiebung in der medizinischen Abteilung des Gefangenenhauses zu vollziehen. Mit Blick auf Art 16 Rückführungs-RL erscheint es allerdings fraglich, ob der Vollzug der Schubhaft in einem gerichtlichen Gefangenenhaus in einem solchen Fall zulässig ist.[852] Es ist in diesem Zusammenhang insbesondere auf die Judikatur des EuGH zu verweisen, welcher bereits wiederholt festgestellt hat, dass Schubhaft ausschließlich in hierfür spezialisierten Hafteinrichtungen zu vollziehen ist. Dieser Grundsatz gilt selbst für den Fall, dass die/der Inhaftierte der Unterbringung in einer gewöhnlichen Haftanstalt für Straftäter/innen zustimmt.[853] Demnach ist auch eine Unterbringung von Personen, welche besonderer Betreuung bedürfen, auf der medizinischen Abteilung des Gefangenenhauses nicht mit der Rückführungs- und Aufnahme-RL in Einklang zu bringen und folglich eine weitere Anhaltung nicht zulässig.

Regelungen zur Ausstattung der Hafträumlichkeiten und zur Betreuung von Häftlingen finden sich zum einen in § 53c Abs 1 bis 5 VStG und zum anderen in der AnhO.[854] Nach § 4 Abs 1 AnhO sind „die Häftlinge […] unter Achtung der Menschenwürde und mit möglichster Schonung ihrer Person anzuhalten". § 53c Abs 2 VStG sieht hierzu ergänzend vor, dass Hafträume gut gelüftet und gewärmt wie auch entsprechend beleuchtet sein müssen. Die weiteren Bestimmungen beziehen sich maßgeblich auf die Formen der Anhaltung[855], die Gestaltung des Alltags[856], Regelungen zum Brief- und Besuchsverkehr[857] wie auch zur ärztlichen Versorgung[858].

---

[851] *Szymanski,* FPG § 78, 3.

[852] „Die Inhaftierung erfolgt grundsätzlich in speziellen Hafteinrichtungen. Sind in einem Mitgliedstaat solche speziellen Hafteinrichtungen nicht vorhanden und muss die Unterbringung in gewöhnlichen Haftanstalten erfolgen, so werden in Haft genommene Drittstaatsangehörige gesondert von den gewöhnlichen Strafgefangenen untergebracht." (Art 16 Abs 1 Rückführungs-RL)

[853] EuGH 17.07.2014, C−474/13 (Thi Ly Pham); C−473/13 und C−514/13 (Bero). Vgl hierzu ausführlich: *Höhl*/*Ortner*, migraLex 2014.

[854] § 79 Abs 1 FPG; § 1 AnhO.

[855] §§ 4 bis 6 AnhO (Anhaltung, Einzelhaft, offene Station, besondere Sicherheitsmaßnahmen, Aufnahme).

[856] § 53c Abs 1 und 2 VStG; §§ 8, 9, 12 bis 18 AnhO (Nachtruhe und Bettenbenutzung, Verfügung über Kleidungsstücke, Hygiene, Verpflegung, Rauchen, Beschäftigung, Hausarbeit, Bewegung im Freien, Einkauf).

[857] § 53c Abs 3 bis 5 VStG; §§ 19 bis 22 AnhO (Telefongespräche, Briefverkehr, Besuche, Auskünfte).

[858] §§ 6, 7, 10 und 11 AnhO (Aufnahme, Haftfähigkeit, ärztliche Betreuung der Häftlinge, Seelsorge).

Leider war es nicht möglich aktuelle Statistiken zur Schubhaft vom BMI zu erhalten. Es muss somit auf die Statistik für das Jahr 2015 zurückgegriffen werden. Laut Bericht des Rechnungshofes befanden sich im Jahr 2015 täglich durchschnittlich 51,9 Personen in Schubhaft. Die durchschnittliche Dauer der Schubhaft betrug 11,1 Tage.[859] Im ersten Halbjahr 2015 wurden insgesamt 857 Personen in Schubhaft genommen.[860]

6.1.10.1 Exkurs: Anhaltezentrum Vordernberg

Seit 28.02.2014 ist das Anhaltezentrum (AHZ) Vordernberg in Betrieb, die einzige Haftanstalt Österreichs deren ausschließliche Aufgabe der Schubhaftvollzug ist. Das AHZ ist für 200 Angehaltene konzipiert und wurde nach einer öffentlichen Ausschreibung vom Architekturbüro Sue Architekten Wien entworfen und in Folge umgesetzt. Die Inbetriebnahme ging mit erheblicher Kritik einher. Hervorzuheben ist die Diskussion, dass bei der Überwachung und Betreuung von Schubhäftlingen ein privates Sicherheitsunternehmen beteiligt werde.[861]
Laut Bericht des Rechnungshofes betrug im Jahr 2015 der durchschnittliche Häftlingsstand pro Tag 74,8 Personen (davon 7,6 Personen in Schubhaft[862]), wobei insgesamt 193 Plätze vorhanden sind. Dies entsprach somit einer Auslastung von 39%.[863]

Im AHZ Vordernberg werden gewisse Aufgaben von der privaten Sicherheitsfirma ausgeführt. Es stellt sich die Frage, ob die Einbindung von privaten Sicherheitskräften in einen Kernbereich der staatlichen Hoheitsverwaltung, nämlich der Beschränkung der persönlichen Freiheit und der damit einhergehenden Setzung von Befehls- und Zwangsakten, zulässig ist.
Die LPD Steiermark und die Gemeinde Vordernberg vereinbarten in einem privatrechtlichen Vertrag, dass diverse Aufgaben der alltäglichen Betreuung gegen Entschädigung an die Gemeinde Vordernberg übertragen werden. Damit einhergehend wurde die Gemeinde ermächtigt, ebenfalls auf Grundlage eines privatrechtlichen Vertrages einen privaten Auftragnehmer mit der Erfüllung der übertragenen Aufgaben zu betrauen.

---

[859] *Rechnungshof*, Vollzug der Schubhaft 110.
[860] *Rechnungshof*, Vollzug der Schubhaft 125.
[861] *Recherchegruppe Vordernberg:* Offener Brief an SUE Architekten, 20.03.2014. *Volksanwaltschaft*, Anhaltezentrum Vordernberg.
[862] *Rechnungshof*, Vollzug der Schubhaft 110.
[863] *Rechnungshof*, Vollzug der Schubhaft 130.

Auf Anfrage der Nationalratsabgeordneten Alev Korun zum Anforderungsprofil der Mitarbeiter/innen der Sicherheitsfirma G4S führte die damals zuständige Innenministerin Johanna Mikl-Leitner aus: „Der Anbieter hat in seinem Angebot allen Qualitätskriterien nachvollziehbar Rechnung getragen, weshalb keinerlei Zweifel an der ordnungsgemäßen Erfüllung der entsprechenden Aufgaben bestanden haben. Darüber hinaus wird festgehalten, dass ab 1. Jänner 2014 die Landespolizeidirektion Steiermark die für das Anhaltezentrum Vordernberg alleine zuständige Behörde ist. Bei den dort beschäftigten Bediensteten des Auftragnehmers bzw. dessen Vertragspartnern handelt es sich um Verwaltungshelfer, die keine hoheitlichen Handlungsbefugnisse haben, sondern nur unterstützend für die Behörde tätig werden. Es liegt zwar eine Aufgaben-, jedoch keine Verantwortungsteilung vor. Die Bediensteten haben daher die im Rahmen der Schubhaft erforderlichen technisch-humanitären Hilfsdienste in Unterordnung und nach Weisung der Behörde und der dieser beigegebenen Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes zu erledigen".[864]

Laut Angabe des BMI handelt es sich folglich bei den Mitarbeiter/innen des Vertragspartners G4S um Verwaltungshelfer/innen, deren Handeln der zuständigen Behörde, dh der LPD Steiermark, zuzurechnen ist und denen selbst keine hoheitlichen Handlungsbefugnisse zukommen. Gesetzliche Regelungen hinsichtlich der Beleihung Privater sind im konkreten Fall nicht erlassen worden.

Der VfGH sieht bei der Zulässigkeit der Beleihung Privater mit hoheitlichen Befugnissen äußerst restriktive Schranken vor.[865] Nichts anderes kann in jenen Fällen gelten, wenn gesetzliche Regelungen eine Beleihung nicht vorsehen, jedoch ein privatrechtlicher Vertrag in den ausgliederungsfesten Kernbereich der Verfassung greift. Nach Art 78a ff B-VG werden die Aufgaben der Sicherheitsbehörden sowohl von der hL wie auch der höchstgerichtlichen Rechtsprechung als ausgliederungsfest erachtet, allerdings können einzelne Aufgaben ausgelagert werden, welche nicht direkt zur Sicherheitsverwaltung zählen.[866] Der Vollzug der Schubhaft als Teil der Agenden der Fremdenpolizei nach § 2 Abs 2 Z 2 FPG zählt zur Sicherheitsverwaltung, weshalb – gerade in Kombination mit Eingriffen in verfassungsrechtlich geschützte Grund- und Menschenrechte, allen voran das Recht auf persönliche Freiheit – die Zulässigkeit der Ausgliederung unter Zugrundelegung der Judikatur des VfGH zu verneinen ist.

---

[864] Anfragebeantwortung, 11/AB XXV. GP. zu den Fragen 15 und 16.
[865] VfSlg 14.473/1996; 16.400/2001.
[866] *Pöschl*, B-VG Art 78a, Rz 17 ff; *Volksanwaltschaft,* Anhaltezentrum Vordernberg 14 ff; VfSlg 17.341/2004.

Angesichts dieser ersten Einordnung wäre eine gänzliche Übertragung der Verwaltung des AHZ auf ein privates Unternehmen und die Durchsetzung von Maßnahmen mittels Zwangs- und Befehlsgewalt durch Private jedenfalls verfassungswidrig. Hingegen ist die Durchführung von Hilfsdiensten, wie etwa Nahrungsausgabe, als legitim zu qualifizieren.

Laut des Vertrages über die Vergabe von Dienstleistungen im Schubhaftzentrum Vordernberg handelt es sich bei den Leistungsinhalten um folgende Bereiche: „Gebäudemanagement, Verwaltungstätigkeiten, Versorgungsmanagement, Materialverwaltung, Wäschereinigung, Betrieb des Verkaufskiosks, Betrieb des Kleiderlagers, Betrieb der Büchereien, Gesundheitsfürsorge für die Angehaltenen, Betreuungsmanagement/Sicherheitsdienste, Bereitstellung und Betrieb technischer Einrichtungen und sonstige Leistungen".[867]
Der Wortlaut des Vertragstextes legt jedenfalls nahe, dass der Aufgabenbereich in weiten Teilen untrennbar mit der Verwaltung, Betreuung und auch Bewachung der Schubhäftlinge verbunden ist, dh über die Ableistung von schlichten Hilfsdiensten hinausgeht. Gerade die Strukturierung des Tagesablaufs, die Gewährleistung der Gesundheitsversorgung, die Zuweisung zu einzelnen Räumlichkeiten und die Begleitung zu Freizeitmaßnahmen greifen vielfach konkret in die verfassungsgesetzlich geschützten Rechte nach Art 8 EMRK ein. Art 8 EMRK umfasst ebenso den Schutzbereich der Privatsphäre, den das Aufbereiten eines Freizeitangebotes, das Bereitstellen von Telekommunikation und auch das Setzen von Grenzen klar berührt.[868] Diese Tätigkeiten und die damit einhergehenden Entscheidungen obliegen laut Vertragstext den Verwaltungshelfern/innen. Ihre Tätigkeit geht somit über die einer reinen Unterstützung hinaus, da selbstständige Entscheidungen, welche in den Schutzbereich des Art 8 EMRK fallen, getroffen werden.[869] Hierbei handelt es sich folglich um Tätigkeiten, welche dem Kernbereich der Verfassungsbestimmung zuzuordnen sind und welche daher als nicht ausgliederungsfähig zu erachten sind.[870]

Die Volksanwaltschaft kommt in ihrem Sonderbericht zu dem Schluss, dass die Leistungsübernahme durch ein privates Unternehmen auf Grundlage des Vertrags der

[867] Vertrag über die Vergabe von Dienstleistungen, Schubhaftzentrum Vordernberg, Zahl: BMI-OA1320/0077-1110/2012, in Anhang zu Beantwortung einer Parlamentarischen Anfrage s 11/AB XXV. GP, 6.
[868] *Hengstschläger*/*Leeb*, Grundrechte Rz. 12 ff.
[869] Anfragebeantwortung des BMI, 396/AB XXV. GP zu Frage 14; Vertrag über die Vergabe von Dienstleistungen, Schubhaftzentrum Vordernberg, Zahl: BMI-OA1320/0077-1110/2012, in Anhang zu Beantwortung einer Parlamentarischen Anfrage s 11/AB XXV. GP, 18. *Grosinger,* ÖJZ 2015/87.
[870] *Groschedl*, migraLex 2014, 78.

Gemeinde Vordernberg und der LPD Steiermark weitgehend zulässig sei und gerade im Hinblick auf „unselbstständige Hilfstätigkeiten bzw. Infrastrukturerhaltungsdienste an Private ausgelagert werden [kann], zumal diese bloß im 'Randbereich des Kernbereichs Schubhaftvollzug' angesiedelt sind".[871] Als verfassungswidrig werden jedoch die weitgehenden Rechte des privaten Sicherheitsdienstes im Bereich der Tagesstrukturierung angenommen, insbesondere „werden unzulässigerweise ursprüngliche Hoheitsbefugnisse durch 'Jedermannsrechte' Privater substituiert. Dies bringt strukturell sowohl eine Beeinträchtigung von Grundrechtspositionen der Insassen als auch mit hoher Wahrscheinlichkeit ein Rechtsschutzdefizit mit sich".[872]

Die Volksanwaltschaft äußert nicht nur grundlegende verfassungsrechtliche Bedenken sondern kritisiert zudem Unklarheiten hinsichtlich der Rechtsschutzmöglichkeiten gegen Akte Privater. Da es sich beim Handeln der Mitarbeiter/innen der Firma G4S um Tätigkeiten als Verwaltungshelfer/innen handelt, die damit der LPD Steiermark zuzurechnen sind, besteht – gesetzt den Fall, dass die Privaten im Rahmen dieses Auftrages tätig werden – grundsätzlich die Möglichkeit der Erhebung einer Kommandantenbeschwerde gemäß § 23 AnhO bzw. einer Maßnahmenbeschwerde nach § 88 Abs 1 SPG sowie einer Beschwerde nach § 88 Abs 2 SPG.[873] Die Kommandantenbeschwerde zielt auf die rasche Aufhebung von Missständen im Rahmen des Vollzugs ab, was ebenso zu gelten hat, wenn die Missstände von einer privaten Sicherheitsfirma verursacht wurden. Im Falle, dass sich eine Beschwerde gegen konkrete, bereits vollzogene Maßnahmen der Befehls- und Zwangsgewalt richtet, ist aus Überlegungen des Rechtsschutzes ebenso eine Haftung von Seiten der Behörde zu bejahen und damit eine Maßnahmenbeschwerde letztlich als zulässig zu erachten.[874]

Diese Lösung ist allerdings legistisch unrein und letztlich strittig, da die Mitarbeiter/innen der Firma G4S im AHZ Vordernberg laut Vertragstext keine Maßnahmen der Befehls- und Zwangsgewalt, dh kein hoheitsrechtliches Handeln, setzen dürfen, und damit lediglich dem allgemeinen Strafrecht (Nothilfe, Notstand, etc.) unterliegen.[875]

Es ist folglich der Volksanwaltschaft dahingehend zuzustimmen, dass es zur Klärung dieser Fragen einer legistischen Klarstellung benötigt.

---

[871] *Volksanwaltschaft,* Anhaltezentrum Vordernberg 27.
[872] *Volksanwaltschaft,* Anhaltezentrum Vordernberg 27.
[873] Anfragebeantwortung des BMI, 396/AB XXV. GP zu Fragen 27-30.
[874] *Eisenberger*/*Ennöckl*/*Helm,* Maßnahmenbeschwerde 157 ff.
[875] *Groschedl*, migraLex 2014, 79 ff.

Soweit ersichtlich wurde bis dato über keine einzige Maßnahmenbeschwerde entschieden, sodass demnach grundlegende rechtsstaatliche Fragen – zur Verfassungskonformität der das AHZ Vordernberg betreffenden Vertragskonstruktion wie auch zum diesbezüglichen Rechtsschutz – von den Höchstgerichten noch nicht geklärt wurden.[876]

6.1.11 Beendigung

§ 81 Abs 1 FPG sieht die formlose Freilassung des Häftlings oder der/des Inhaftierten vor, wenn die Schubhaft nach § 80 FPG nicht mehr aufrecht erhalten werden darf (Z1) oder wenn das BVwG den Schubhaftbescheid für rechtswidrig erklärt und keinen neuen Titel schafft (Z2). Im letzteren Fall gilt der Bescheid als formlos behoben, was aktenkundig zu machen ist.[877]

Auch ist ein Schubhäftling zu enthaften, wenn der Haftgrund weggefallen ist bzw. die Abschiebung nicht durchführbar ist. Das BFA hat auch dann die Schubhaft zu beenden, wenn das BVwG nicht innerhalb der Frist von einer Woche über die Fortsetzung entscheidet.[878] Die Schubhaft ist aber auch dann zu beenden, wenn die/der Inhaftierte nicht mehr haftfähig ist.

Ebenso wird die Schubhaft dadurch beendet, dass ihr Zweck erreicht ist, dh dass die/der Fremde abgeschoben wurde bzw. freiwillig zurückgekehrt ist.

Sonstige Gründe für die Beendigung der Schubhaft sind etwa die Einlieferung in eine Justizanstalt, in bestimmten Konstellationen auch die Stellung eines Asylantrags, Flucht aus der Haft oder auch der Tod.

---

[876] Aufzufinden war lediglich eine Zurückweisung des BVwG wegen Unzuständigkeit und Weiterleitung der Beschwerde an das LVwG, welche in Folge die Maßnahmenbeschwerde als verspätet zurückwies (BVwG 24.11.2015, W190 2117309-1/3E; LVwG 08.04.2016, LVwG-M-40/002-2015).

[877] § 81 Abs 2 FPG.

[878] *Filzwieser*/*Frank*/*Kloibmüller*/*Raschhofer*, FPG § 81, 1283.

Laut Bericht des Rechnungshofes wurde die Schubhaft im Jahr 2015 in 1503 Fällen beendet. Die Beendigungsgründe für die Schubhaft im Einzelnen stellen sich wie folgt dar:

Abschiebung	878
Übergabe an Non-Governmental Organisation (freiwillige Rückkehr)	223
Haftunfähigkeit (insbesondere Hungerstreik)	83
Entlassung (z.B. Wegfall Haftgrund, Aufhebung durch Bundesverwaltungsgericht, nicht abschiebbar)	288
sonstige Gründe (Einlieferung Justizanstalt, Asylantrag, Flucht, Tod)	31

Tabelle 2: Beendigungsgründe[879]

[879] *Rechnungshof*, Vollzug der Schubhaft 110.

6.2 Festnahme

Der Schubhaft voran geht stets die Festnahme der/des Fremden. Diese kann auf Grundlage eines Festnahmeauftrages nach § 34 BFA-VG erfolgen. Es besteht aber auch die Möglichkeit, dass der Festnahme keine spätere Anordnung der Schubhaft oder eines gelinderen Mittels folgt.

Da bereits aus grundrechtlichen Erwägungen der Direktabschiebung[880] stets der Vorrang zu geben ist, ist davon auszugehen, dass Außerlandesbringungen unmittelbar aus der Festnahme, deren zeitlicher Rahmen stark beschränkt ist, bevorzugt durchzuführen sind. Anders als *Szymanski* argumentiert, hat aber auch in diesen Fällen ein Sicherungsbedarf vorzuliegen, zumal auch die Festnahme in das Grundrecht auf persönliche Freiheit eingreift.[881]

6.2.1 Festnahmeauftrag

Beim Festnahmeauftrag handelt es sich um eine generelle Ermächtigung bzw. Weisung des BFA gegenüber Organen des öffentlichen Sicherheitsdienstes, eine bestimmte Person festzunehmen. Der Wortlaut des § 34 Abs 5 BFA-VG ist in diesem Zusammenhang missverständlich, so heißt es, dass der Festnahmeauftrag in „Ausübung verwaltungsbehördlicher Befehlsgewalt“ ergeht. Dies würde nahelegen, dass die/der Betroffene den Festnahmeauftrag selbst anfechten kann. *Filzwieser*/*Frank/Kloibmüller/ Raschhofer* folgern allerdings aus dem Regelungsinhalt, dass als Adressat/in nicht die/der betroffene Fremde, sondern vielmehr das behördliche Organ anzusehen ist.[882] Die Anfechtung eines Festnahmeauftrages für sich genommen ist auch nach der stRsp nicht zulässig, da ohne darauf folgende Festnahme keine Verletzung der Rechte der/des Betroffenen eintreten kann.[883] Im Falle, dass eine Festnahme erfolgt, sind die in § 34 BFA-VG festgelegten Voraussetzungen im Rahmen der Beschwerde gegen die Festnahme geltend zu machen. Es besteht somit kein Rechtsschutzbedürfnis nach einer selbstständigen Anfechtung.[884] Diese Rechtsansicht deckt sich ebenso mit grundrechtlichen Erwägungen, welche auf die tatsächliche Zwangsmaßnahme abstellen, dh auf den Eingriff selbst.

---

[880] *Grabenwarter*/*Pabel*, EMRK 204 f.
[881] *Szymanski*, FPG § 76, 7.
[882] *Filzwieser*/*Frank*/*Kloibmüller*/*Raschhofer*, BFA-VG § 34, 364.
[883] BVwG 12.04.2016, W137 2123546-1; VwGH 03.09.2015, Ro 2015/21/0025.
[884] *Taucher*, Schubhaft 185.

Den parlamentarischen Erläuterungen folgend, beabsichtigte der Gesetzgeber, durch die Schaffung des Festnahmeauftrages, eine Grundlage für die Erzwingung einer durch das Gesetz vorgeschriebenen Verpflichtung zu normieren, welche Art 2 Abs 2 Z 4 PersFrG zuzuordnen ist. In diesem Sinne wäre der Festnahmeauftrag als (Anordnung einer) Beugehaft zu interpretieren und damit als Möglichkeit des BFA, die/den Fremde/n zur Einhaltung von Mitwirkungspflichten zu zwingen.[885] Wie *Szymanski* zutreffend ausführt, besteht aber bei der überwiegenden Anzahl von Tatbeständen, aufgrund der fremdenrechtlichen Natur der Maßnahmen, eine weitaus größere Nähe zu den Anhaltegründen des Art 2 Abs 2 Z 7 PersFrG (beabsichtigte Ausweisung). Nicht zuletzt deshalb haben sämtliche Ermächtigungen unter dem Blickwinkel der Notwendigkeit und Verhältnismäßigkeit zu erfolgen.[886]

Nach § 34 Abs 1 BFA-VG ist der Festnahmeauftrag dann zulässig, wenn Auflagen während der Frist für die freiwillige Ausreise oder den Durchsetzungsaufschub verletzt wurden (Z 1) oder wenn sich die/der Fremde nicht rechtmäßig im Bundesgebiet aufhält, sofern dies nicht in den Anwendungsbereich des 6. Hauptstückes des FPG und damit in den Zuständigkeitsbereich der LPD fällt (Z 2). Gerechtfertigt wird die Anordnung durch das Erfordernis der persönlichen Anwesenheit der/des Fremden bei der Überprüfung des Sachverhalts und der Setzung aufenthaltsbeendender Maßnahmen.[887]
Abs 2 leg cit bezieht sich auf die Ermächtigung des BFA, einen Festnahmeauftrag im Zusammenhang mit der Einleitung eines Verfahrens zur Erlassung einer aufenthaltsbeendenden Maßnahme anzuordnen – auch ohne Erlassung eines Schubhaftbescheides. Für die Rechtmäßigkeit des Auftrags bedarf es jedoch zusätzlich eines weiteren Tatbestandselements, nämlich entweder der nichtausreichend entschuldigten Nicht-Folgeleistung einer Ladung zum BFA (Z 1), oder dass der Aufenthalt für die Zustellung einer Ladung nicht festgestellt werden konnte (Z 2). Obgleich der Bestimmung, im Gegensatz zu jener die Schubhaft betreffend, ein Verweis auf das Verhältnismäßigkeitsgebot und die Erforderlichkeit der Maßnahme (iSe Fluchtgefahr) fehlt, ergibt sich die verpflichtende Berücksichtigung bereits aus grundrechtlichen Erwägungen.[888] In diesem Sinne verweisen auch die Erläuterungen zu § 34 Abs 2 BFA-VG explizit auf die stets zu beachtende

[885] ErläutRV 1803 BlgNR XXIV. GP 24 f ad § 34.
[886] *Szymanski,* BFA-VG § 34, 4.
[887] ErläutRV 1803 BlgNR XXIV. GP 25 ad § 34.
[888] *Filzwieser*/*Frank*/*Kloibmüller*/*Raschhofer*, BFA-VG § 34, 365.

Verhältnismäßigkeit und die verlangte Notwendigkeit des Sicherungsbedarfs.[889] Im Hinblick auf den Schutzbereich wäre allerdings eine explizite Erwähnung dieser Grundsätze, zur Vermeidung exzessiver Auslegung und damit von Willkür durch die Vollziehung, geboten gewesen.

§ 34 Abs 3 BFA-VG enthält darüber hinausgehende Ermächtigungen des BFA zur Anordnung eines Festnahmeauftrages.

Z1 leg cit normiert, dass ein Festnahmeauftrag erteilt werden kann, wenn die Voraussetzungen zur Verhängung der Schubhaft bzw. gelinderer Maßnahmen vorliegen (Z 1). Dies erscheint aus verfahrensrechtlichen Gründen durchaus geboten, da vor Anordnung der Zwangsmaßnahmen nach §§ 76 oder 77 FPG der/dem Fremden Parteiengehör zu gewähren ist.[890] Der 2. Fall des Abs 3 leg cit betrifft Personen, die ihrer Verpflichtung zur Ausreise nach §§ 52 Abs 8 und 70 Abs 1 FPG nicht nachgekommen sind (Z 2). Ein weiterer Grund liegt vor, wenn ein Auftrag zur Abschiebung besteht (Z 3).

Bis zum FRÄG 2017 waren von Z 4 leg cit jene Fälle umfasst, in denen die Fremden ohne ausreichende Entschuldigung der Ladung nach § 46 Abs 2a FPG keine Folge geleistet haben. Nach § 46 Abs 2a FPG idF BGBl I 70/2015 konnte die/der Fremde mittels Bescheid verpflichtet werden, am Verfahren zur Erlangung eines Ersatzreisedokumentes mitzuwirken, wobei der Bescheid mit einer Ladung zum BFA oder zu einer Amtshandlung des BFA bei der zuständigen ausländischen Behörde verbunden werden konnte.[891] Nach § 34 Abs 3 Z 4 BFA-VG idF BGBl I 84/2017 darf ein Festnahmeauftrag dann ergehen, wenn die Beugehaft aufgrund eines Bescheides nach § 46 Abs 2b FPG idF BGBl I 84/2017 nicht vollstreckt werden konnte oder die/der Fremde einer Ladung zur ausländischen (Vertretungs-)Behörde keine Folge geleistet hat. Nunmehr sind von der Bestimmung nicht nur Ersatzreisedokumente

[889] ErläutRV 1803 BlgNR XXIV. GP 25 ad § 34.

[890] Es ist allerdings zu beachten, dass nach der Judikatur des VwGH zur Rechtslage vor dem FNG, die Anordnung gelinderer Mittel als Grundlage für eine Festnahme nach § 77 Abs 5 FPG iddF ausdrücklich ausgeschlossen war. Eine Übertragung ist allerdings nur bedingt möglich, da im Gegensatz zur damaligen Rechtslage eine Ermächtigung im Festnahmeauftrag vorgesehen ist (VwGH 19.05.2011, 2009/21/0214).

[891] Wie der VwGH zur Gesetzeslage bis zum FRÄG 2017 klarstellte, konnte aufgrund des expliziten Verweises auf das von der zuständigen ausländischen Behörde einzuholende Ersatzreisedokument, der/dem Fremden die Beschaffung eines Reisepasses, welcher eben nicht ersatzweise ausgestellt wird, nicht auferlegt werden. Des Weiteren bedurfte die unter Androhung von Zwangsmaßnahmen auferlegte Ladung stets als Ziel die Durchführung einer Amtshandlung, welche von einem/einer Organwalter/in des BFA zu leiten ist. Folglich konnte der/dem Fremden die Erlangung eines Ersatzreisedokumentes bei einer ausländischen (Vertretungs-)Behörde unter Androhung von Zwangsmaßnahmen außerhalb einer behördlichen Amtshandlung nicht auferlegt werden. (VwGH 25.03.2017, Ro 2017/21/0005)

umfasst, sondern sämtliche für die Abschiebung notwendigen Bewilligungen und Reisedokumente.[892]

Gegen Asylsuchende kann ein Festnahmeauftrag nur erlassen werden, wenn sie sich dem Verfahren nach § 24 Abs 1 AsylG entzogen haben.[893] In diesem Zusammenhang ist jedoch die Aufnahme-RL zu beachten, welche die Haft als Allseitigkeit der Bewegungseinschränkung[894] definiert und eine Festnahme somit nur unter Zugrundelegung der dort taxativ normierten Einschränkungen angeordnet werden darf. Demnach kommt ausschließlich die Beweissicherung nach Art 8 Abs 3 lit b Aufnahme-RL (wie Einvernahme) in Betracht, wobei in diesem Zusammenhang das Vorliegen einer Fluchtgefahr unionsrechtlich vorausgesetzt wird.

Abs 5 leg cit regelt die Dauer der Maßnahme, welche 72 Stunden nicht überschreiten darf und umgehend zu beenden ist, wenn den erforderlichen Verpflichtungen durch die/den Fremde/n nachgekommen wurde. Das Gesetz spricht in diesem Zusammenhang von der „Durchführung der notwendigen Verfahrenshandlungen". Da sich die höchstzulässige Dauer mit den Regelungen des § 40 BFA-VG deckt, erscheint diese doppelte Regelung zwar als legistisch unrein, jedoch nicht weiter problematisch.

Der Festnahmeauftrag ist zudem aktenkundig zu machen und es ist auf Verlangen der Beteiligten eine Durchschrift des Festnahmeauftrages binnen (spätestens) 24 Stunden (nach erfolgter Festnahme) auszufolgen. *Szymanski* geht davon aus, dass der Festnahmeauftrag mündlich oder schriftlich angeordnet werden kann.[895] Das Gesetz sieht nicht vor, dass die/der rechts- und vielfach auch sprachunkundige Festgenommene über die Möglichkeit der Ausfolgung einer Durchschrift informiert wird. Im Anwendungsbereich der Aufnahme-RL ist davon auszugehen, dass der/dem Asylsuchenden der Festnahmeauftrag wie auch dessen Gründe unverzüglich schriftlich und in einer Sprache die sie/er versteht (bzw. von der

[892] Wörtlich heißt es nach § 34 Abs 3 Z 4 FPG idF BGBl I 84/2017: „wenn eine aufgrund eines Bescheides gemäß § 46 Abs. 2b FPG erlassene Vollstreckungsverfügung nicht vollzogen werden konnte oder der Fremde ohne ausreichende Entschuldigung einer ihm zu eigenen Handen zugestellten Ladung gemäß § 46 Abs. 2b FPG, in der dieses Zwangsmittel angedroht war, zur Befragung zur Klärung seiner Identität und Herkunft, insbesondere zum Zweck der Einholung einer Bewilligung gemäß § 46 Abs. 2a FPG bei der zuständigen ausländischen Behörde durch die Behörde, nicht Folge geleistet hat".

[893] § 34 Abs 4 BFA-VG.

[894] Art 2 lit h Aufnahme-RL.

[895] *Szymanski,* BFA-VG § 34, 4.

vernünftigerweise anzunehmen ist, dass sie/er sie versteht) zur Kenntnis zu bringen sind.[896] Dies ist auch dann anzunehmen, wenn in Folge keine Schubhaft verhängt wird, sondern es bei der Festnahme nach § 40 BFA-VG bleibt. Da der Aufnahme-RL keine Ausnahmeregelungen für kurzfristige Inhaftnahmen zu entnehmen sind, sind auch die weiteren daran anknüpfenden Rechtsschutzgarantien auf die Festnahme zu übertragen. Folglich besteht in Entsprechung unionsrechtlicher Vorgaben auch – über die Information nach § 41 Abs 1 BFA-VG hinausgehend – die Verpflichtung der schriftlichen Anordnung unter Angabe der maßgeblichen Gründe. Nichts anderes hat im Hinblick auf die Angabe der sachlichen und rechtlichen Gründe nach Art 15 Abs 2 Rückführungs-RL zu gelten. Zudem ist in diesem Zusammenhang auf das Sachlichkeitsgebot zu verweisen, sodass eine Anwendung letztlich auf sämtliche dem Festnahmeauftrag unterworfenen Personen anzunehmen ist.

Des Weiteren ist das BFA umgehend von der Festnahme zu verständigen und hat in Folge mitzuteilen, ob eine Vorführung in die EAST oder eine Regionaldirektion erforderlich ist. Umgekehrt hat das BFA der LPD sowohl die Erlassung wie auch den Widerruf eines Festnahmeauftrags bekannt zu geben.[897]

Der bundesweit umzusetzende Festnahmeauftrag kann zudem im Zentralen Fremdenregister aufgenommen und zur bundesweiten Fahndung ausgeschrieben werden.[898]

Ein Festnahmeauftrag ist zu widerrufen, wenn das Asylverfahren nach § 24 Abs 2 AsylG eingestellt wurde bzw. wenn die/der Betroffene ihren/seinen Aufenthaltsort bekannt gegeben hat und nicht anzunehmen ist, sie/er würde sich abermals entziehen. Wie die Erläuterungen zu § 34 FPG betonen, wäre im Falle der Erfüllung der Mitwirkungspflicht eine Festnahme jedenfalls unverhältnismäßig.[899]

[896] Art 8 Abs 2 und 4 Aufnahme-RL.
[897] § 34 Abs 7 und 9 BFA-VG.
[898] *Filzwieser*/*Frank*/*Kloibmüller*/*Raschhofer*, BFA-VG § 34, 364.
[899] ErläutRV 1803 BlgNR XXIV. GP 25 ad § 34.

6.2.2 Festnahmen nach § 40 BFA-VG

§ 40 BFA-VG regelt die Festnahme zum Zwecke der Vorführung vor das BFA, weshalb in diesem Falle die Durchführung auch dem BFA zuzurechnen ist. Die Ermächtigung hat zum Zweck der Vorführung vor die LPD ihre Entsprechung in § 39 FPG, wobei § 40 vorrangig anzuwenden ist. Hervorzuheben ist, dass die passende Rechtsgrundlage bereits zum Zeitpunkt der Festnahme heranzuziehen und im Akt ersichtlich zu machen ist. Eine Freiheitsentziehung ohne eine entsprechende taugliche Rechtsgrundlage stellt sich als unrechtmäßig dar.[900] Um einer exzessiven Inhaftnahme vorzubeugen, sind die Fristen der unterschiedlichen Tatbestände jeweils anzurechnen und ist auch eine kumulierte Überschreitung der höchstzulässigen Dauer unzulässig.[901]

Mit Ausnahme des Vorliegens eines Festnahmeauftrages, kommt dem ausführenden Organ bei der Durchführung der Maßnahme Ermessen zu, was in Folge (rudimentär) gesetzlich determiniert wird. Durch den Eingriff in das Recht auf persönliche Freiheit ist der grundrechtlich bestehende Verhältnismäßigkeitsgrundsatz bei der Abwägung stets miteinzubeziehen. Im Hinblick auf die Notwendigkeit einer Abklärung der Zuständigkeit[902] – nicht zuletzt aufgrund des bestehenden Rechtsschutzinteresses – ist eine genaue Dokumentation des ausführenden Organs erforderlich, insbesondere in welchem Auftrag (LPD oder BFA) die Festnahme erfolgt ist.[903]

Nach § 40 Abs 1 BFA-VG besteht eine Ermächtigung für Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes, Fremde zwecks Vorführung vor das BFA festzunehmen. Dies ist (abschließend) dann zulässig, wenn ein Festnahmeauftrag nach § 34 BFA-VG vorliegt (Z 1), im Falle der Verletzung von Auflagen bei Gewährung einer Frist für die freiwillige Ausreise gemäß § 56 Abs 2 FPG oder eines Durchsetzungsaufschub gemäß § 71 Abs 2 FPG (Z 2), oder wenn sich die Person unrechtmäßig im Bundesgebiet aufhält, sofern sie nicht in den Anwendungsbereich des 6. Hauptstückes des FPG fällt (Z 3). Neben dem Vorliegen eines Festnahmeauftrages kann eine Festnahme somit ebenso auf Grundlage anderer Tatbestände erfolgen.

---

[900] Vgl zur Rechtslage vor FPG 2005: *Randl*, FABL 2/2011-II.
[901] *Schmalzl*, BFA-VG § 40, 3.
[902] Vgl hierzu Kapitel 3.2.
[903] *Filzwieser*/*Frank*/*Kloibmüller*/*Raschhofer*, BFA-VG § 40, 384 f.

Gerade der 3. Fall, dh die Festnahme bei unrechtmäßigem Aufenthalt, ermächtigt Exekutivorgane zur Festnahme einer erheblichen Anzahl an Personen. Hierbei sind insbesondere § 31 Abs 2 FPG und Art 5 Schengener Grenzkodex zu beachten. Die Erläuterungen rekurrieren hierbei insbesondere auf jene Fälle, in denen die/der Fremde (vermeintlich) zur Ausübung von Straftaten eingereist ist.[904]
Entsprechend der gesetzlichen Bestimmung in Zusammenschau mit den Erläuterungen würde folglich die Befugnis der Exekutivorgane bestehen, jede Person ohne Aufenthaltsrecht festzunehmen. Angesichts der grundrechtlichen Dispositionen ist dies allerdings nur nach Prüfung der Verhältnismäßigkeit und Notwendigkeit zulässig.

Abs 2 regelt die Festnahmebefugnisse der Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes zum Zwecke der Vorführung zum BFA von sowohl Asylsuchenden wie auch Fremden, die einen Antrag auf internationalen Schutz gestellt haben. Eine Ermächtigung zur Festnahme besteht nach der taxativen Aufzählung des § 40 Abs 2 BFA-VG dann, wenn die betroffene Person zum Aufenthalt nicht berechtigt ist (Z 1), wenn eine durchsetzbare aufenthaltsbeendende Maßnahme erlassen wurde (Z 2), wenn ein Verfahren nach § 27 AsylG eingeleitet wurde (Z 3), wenn eine durchsetzbare aufenthaltsbeendende Maßnahme bereits vor Antragstellung erlassen wurde (Z 4) oder im Falle, dass „aufgrund der Ergebnisse der Befragung, der Durchsuchung und der erkennungsdienstlichen Behandlung anzunehmen ist, dass der Antrag des Fremden auf internationalen Schutz mangels Zuständigkeit Österreichs zur Prüfung zurückgewiesen werden wird“ (Z 5).
Im Falle, dass gewährleistet ist, dass die betroffene Person Österreich über eine Außengrenze umgehend wieder verlässt, kann eine Festnahme unterbleiben.[905] Hiervon sind etwa Personen im Flughafentransit erfasst, die im Besitz eines Flugtickets für einen zeitnahen Abflug sind.[906]

Die sehr weitgehende Formulierung des Abs 2 leg cit führte im Jahre 2015 zu einer inflationären Anwendung der Festnahme gegen Antragsteller/innen. Laut der Nationalratsabgeordneten Alev Korun, wurden sämtliche neu ankommenden Personen strukturell festgenommen und bis zu 48 Stunden angehalten, hierunter auch UMF und Familien. Obgleich diese Praxis scheinbar nicht mehr Usus ist, ist es höchst bedenklich, dass

[904] ErläutRV 1803 BlgNR XXIV. GP 28 ad § 40.
[905] § 40 Abs 3 BFA-VG.
[906] ErläutRV 1803 BlgNR XXIV. GP 28 ad § 40.

die Bestimmung dahingehend ausgelegt werden konnte. Wie *Taucher* folgerichtig ausführt, ist dies weder aus grund- noch aus unionsrechtlichen Erwägungen zulässig, welche stets eine Einzelfallprüfung fordern und die Inhaftnahme ausschließlich aufgrund der Antragstellung verbieten. Die damalige strukturelle Festnahme von Antragstellern/Antragstellerinnen ist folglich (zumeist) unrechtmäßig erfolgt.[907]

Das BFA ist über jede Festnahme nach § 40 BFA-VG zu verständigen. Die Anhaltung darf nicht länger als 48 Stunden (in Folge eines Festnahmeauftrages max. 72 Stunden) andauern. Des Weiteren ist der/dem Fremden auf Verlangen eine schriftliche Bestätigung über die Vornahme der Anhaltung auszustellen.[908]

6.2.3 Rechte des Festgenommenen

§ 41 Abs 1 BFA-VG sieht lediglich vor, dass die/der Festgenommene ehestens in einer für sie/ihn verständlichen Sprache über die Gründe der Anhaltung informiert wird. Abs 2 normiert, dass auf Verlangen die konsularische Vertretung des Herkunftsstaates über die Anhaltung zu informieren ist. Weiters ist ein Verweis auf § 36 Abs 4 VStG und § 47 SPG enthalten.

Einfachgesetzlich besteht aufgrund des Verweises auf die Bestimmungen der § 36 Abs 4 VStG und § 47 SPG das Recht auf Verständigung einer/eines Angehörigen bzw. eines Rechtsbeistandes. § 47 SPG sieht zudem vor, dass die Festnahme und Anhaltung unter Achtung der Menschenwürde und möglichst schonend vorzunehmen sind.[909]

[907] *Taucher*, Schubhaft 185 ff.
[908] § 40 Abs 4 BFA-VG.
[909] *Filzwieser*/*Frank*/*Kloibmüller*/*Raschhofer*, BFA-VG § 41, 389; *Schmalzl*, BFA-VG § 41, 1.

6.3 Zwischenconclusio

Der Festnahmeauftrag nach § 34 BFA-VG, die Festnahme nach § 40 BFA-VG und die Schubhaft nach § 76 FPG bilden die einfachgesetzlichen Grundlagen für die Freiheitsentziehung Fremder im Hinblick auf den Ausweisungstatbestand nach Art 2 Abs 1 Z 7 PersFrG und Art 5 Abs 1 lit f EMRK. Wie in Kapitel 4 aufgezeigt, ist es für einen grundrechtskonformen Eingriff erforderlich, dass dieser nicht nur auf einer gesetzlichen Grundlage basiert, sondern zudem auf die gesetzlich vorgeschriebene Weise erfolgt. Für die Auslegung der konkreten Bestimmungen sind die Bedachtnahme und die Würdigung sowohl grundrechtlicher wie auch sekundär-unionsrechtlicher Vorgaben erforderlich. Im gegenständlichen Kapitel wurde versucht, die einzelnen Bestimmungen jeweils unter dem Blickwinkel dieser Dispositionen auszulegen und hinsichtlich ihrer Konformität zu beurteilen.

Hervorzuheben ist etwa, dass die Vollziehung teils in besonderem Maße in die Pflicht genommen wird. Dies wird im Zusammenhang mit der Festnahme nach § 40 BFA-VG deutlich. Der Bestimmung fehlt ein expliziter Verweis auf das grundrechtlich stets zu beachtende Verhältnismäßigkeitsgebot, dadurch ist einer exzessiven Auslegung Tür und Tor geöffnet (vgl insbesondere exzessive Festnahmen von Asylsuchenden im Jahre 2015). Nicht nachvollziehbar ist im Bereich der Festnahme zudem, dass grundlegende Rechte von Festgenommenen nach § 41 BFA-VG in gänzlich unzureichender Form (mittels Verweis) Niederschlag gefunden haben. Das Recht auf Verständigung von Angehörigen wie auch eines Rechtsbeistandes und das Recht auf Information haben nicht zuletzt das Ziel, die/den Einzelne/n vor willkürlicher Festnahme zu schützen – dem wurde jedenfalls nur unzureichend Rechnung getragen. Die im BFA-VG normierten Rechte erfüllen zudem nur mangelhaft unionsrechtliche Anforderungen, welche weitaus spezifischere Garantien und Haftbedingungen vorsehen.

Des Weiteren bestehen auch nur unzureichende Verfahrensgarantien im Bereich der Anordnung der Schubhaft, um die/den Einzelne/n vor willkürlicher Haft zu schützen und ihr/ihm einen ausreichenden Zugang zu einer guten Verwaltung iSd Art 41 GRC zu gewährleisten. In diesem Zusammenhang fordern die relevanten Rechtsakte der EU (vorrangig Aufnahme-RL) eine weitaus konkretere Ausgestaltung der Verfahrensgarantien, als in der österreichischen Rechtsordnung vorgesehen. In diesem Kontext sind insbesondere die

unzureichenden Garantien im Rahmen des verkürzten Mandatsverfahrens zu erwähnen. Angesichts der Neuregelung des Schubhaftsregimes im Zuge des FRÄG 2015 und die damit einhergehende Stärkung der Festnahme ist es nicht nachvollziehbar, weshalb im Falle der Anordnung der Schubhaft stets Gefahr im Verzug anzunehmen sein soll. Gerade im Hinblick auf mangelnde Rechtsschutzmöglichkeiten ist der Entzug des Rechts auf Parteiengehör im Speziellen und eines ordnungsgemäßen Ermittlungsverfahrens im Allgemeinen sachlich nicht zu rechtfertigen.

Wie etwa der VwGH erst unlängst festgestellt hat, ist die Ausgestaltung der gesetzlich festzulegenden Kriterien zur Bestimmung der Fluchtgefahr zwar nicht als gelungen zu bezeichnen, da sie sich beinahe ausschließlich an Asylsuchende richten, dennoch erfüllt die Bestimmung des § 76 Abs 3 FPG wohl grund- und unionsrechtlichen Vorgaben (nunmehr) weitgehend.

Vorläufig ist somit festzustellen, dass die Neugestaltung des Schubhaftregimes in einzelnen Punkten durchaus Klarheit gebracht und zu einer Anpassung an unionsrechtliche Anforderungen geführt hat. Gleichzeitig wurden bestehende Defizite für Rechtsunterworfene nicht bzw. unzureichend bereinigt, sodass bezweifelt werden kann, ob diese einer entsprechenden Prüfung durch die Höchstgerichte bzw. supranationale Gerichtshöfe standhalten würden.

Im Hinblick auf die Verschärfungen im Rahmen des FRÄG 2017 (Haftdauer und Erweiterung der Kriterien zum Vorliegen von Fluchtgefahr) ist jedenfalls davon auszugehen, dass diese Gegenstand von Kontroversen und Rechtsstreitigkeiten werden.

7. Gerichtliche Haftprüfung

Die Verpflichtung zur gerichtlichen Haftprüfung beruht nicht zuletzt auf grund- wie auch unionsrechtlichen Vorgaben, welche unter anderem in § 22a BFA-VG ihren Niederschlag gefunden haben.

Durch die Einführung der Verwaltungsgerichtsbarkeit und die Umstrukturierung der Zuständigkeiten im Bereich des FPG ist nunmehr das BVwG für die Behandlung von Schubhaftbeschwerden und die amtswegige Überprüfung der Haft nach 4 Monaten berufen.

VwG (wie auch das BVwG) sind jedenfalls als Gerichte iSd B-VG zu qualifizieren, da ihnen sowohl der Charakter einer selbstständigen Gerichtsbarkeit, wie auch den Richter/innen die richterliche Unabhängigkeit des Art 87 und 88 B-VG zukommt. Demnach erfüllen sie die Anforderungen, welche an ein Gericht iSd Art 47 GRC, an ein Tribunal iSd Art 6 EMRK und an ein Gericht iSd Art 267 AEUV gestellt werden.[910]

Wie bereits aufgezeigt, sind für Justizbehörden iSd RL geringere Anforderungen als an gerichtliche Instanzen anzunehmen, sodass das BVwG diese Voraussetzungen ebenso erfüllt.[911]

7.1 Schubhaftbeschwerde

Die Schubhaftbeschwerde gilt als klassische Haftbeschwerde iSd Habeas-Corpus-Verfahrens. Aufgrund einer richtungsweisenden Entscheidung des VfGH trat am 19.06.2015 mit BGBl 70/2015 der teils novellierte § 22a BFA-VG in Kraft, welcher die Grundlage für die Beschwerde gegen Festnahme, Anhaltung und Schubhaft bildet.[912]

Demnach heißt es nach Abs 1 leg cit:

> „Der Fremde hat das Recht, das Bundesverwaltungsgericht mit der Behauptung der Rechtswidrigkeit des Schubhaftbescheides, der Festnahme oder der Anhaltung anzurufen, wenn
>
> 1. er nach diesem Bundesgesetz festgenommen worden ist,
> 2. er unter Berufung auf dieses Bundesgesetz angehalten wird oder wurde, oder
> 3. gegen ihn Schubhaft gemäß dem 8. Hauptstück des FPG angeordnet wurde.“

Beschwerdegegenstände können der Schubhaftbescheid per se, die Festnahme wie auch die Anhaltung im Rahmen der Festnahme als klassischer Akt behördlicher Befehls- und Zwangsgewalt, die bisherige Anhaltung in Schubhaft und die Fortsetzung der Schubhaft

[910] *Frischhut*/*Ranacher*, Verwaltungsgerichtsbarkeit 72 f.
[911] Vgl hierzu Ausführungen zu Justizbehörde in Kapitel 5.2.1.3.2.
[912] VfGH 12.03.2015, G151/2014.

darstellen. Angesichts der unterschiedlichen Arten verwaltungsbehördlichen Handelns, wie auch der divergierenden Beschwerdetypen und der sehr weitreichenden Kompetenzen des BVwG, handelt es sich bei der Schubhaftbeschwerde um eine Beschwerde sui generis, welche nach Ansicht des VfGH ihre Deckung in Art 130 B-VG findet.[913]
Da es sich um eine reine Haftbeschwerde handelt, sind die Modalitäten und Haftbedingungen während der Anhaltung in Schubhaft selbst, wie etwa Unterbringung in Isolation, nicht im Zuge der Beschwerde nach § 22a BFA-VG zu bekämpfen, sondern im Rahmen einer eigenen Maßnahmenbeschwerde.[914]

Die Beschwerde hat nach § 9 VwGVG die Bezeichnung des Bescheides bzw. der angefochtenen Maßnahme unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt, die Bezeichnung der belangten Behörde, die Gründe auf die sich die Behauptung der Rechtswidrigkeit stützt, das Beschwerdebegehren sowie Angaben zur Rechtzeitigkeit zu enthalten.[915]
Als Gründe für die Erhebung einer Schubhaftbeschwerde kommen sowohl Verletzungen einfach- wie auch verfassungsgesetzlich gewährleisteter Rechte in Betracht. Diese können darin bestehen, dass keine Fluchtgefahr besteht bzw. das Vorliegen einer solchen nicht ausreichend geprüft wurde; dass die Möglichkeit weniger einschneidende Eingriffe (gelindere Mittel) zu setzen nicht geprüft worden ist und/oder ausreichend gewesen wäre; dass das Recht auf Information verletzt wurde; dass die höchstzulässige Haftdauer überschritten wurde bzw. die Anhaltung angesichts der Verfahrensdauer unverhältnismäßig ist; dass der Sicherungszweck weggefallen ist; dass eine Abschiebung bzw. der Abschluss des Verfahrens nicht innerhalb der höchstzulässigen Haftdauer durchführbar ist; dass eine bestehende bzw. bereits zum Entscheidungszeitpunkt vorliegende Haftunfähigkeit die Anhaltung rechtswidrig erscheinen lässt.[916]

Gemäß § 22a Abs 1a BFA-VG sind auf Schubhaftverfahren die verfahrensrechtlichen Vorschriften der Maßnahmenbeschwerde anzuwenden. Demnach ist die Beschwerde nach §

---

[913] VfGH 12.03.2015, G151/2014. Vgl zur Rechtslage vor FNG auch: *Muzak*, UVSaktuell 2007, 140.
[914] *Helm*, Maßnahmenbeschwerde materiell 184 ff.; VwGH 16.05.2013, 2011/21/0185; 25.10.2012, 2012/21/0064.
[915] Im Falle von Maßnahmenbeschwerden tritt für gewöhnlich nach § 9 Abs 4 VwGVG an die Stelle der Behörde – sofern zumutbar – das Organ, welches die Handlung gesetzt hat. Dies ist für den Fall der Freiheitsentziehung im Rahmen von § 22a BFA-VG nicht nötig, da das Handeln bereits nach § 40 BFA-VG dem BFA zuzuordnen ist.
[916] Vgl hierzu zur Rechtslage vor FNG 2014: *Frühwirth*, juridikum 2010, 206.

20 VwGVG unmittelbar beim BVwG einzubringen. Die Beschwerde ist bis (spätestens) 6 Wochen nach Ende der Maßnahme zu erheben.[917] Zudem kommt ihr nach § 22 Abs 1 VwGVG keine aufschiebende Wirkung zu.[918]

Sofern die Schubhaft nicht mittels Mandatsbescheid nach § 57 AVG erlassen wurde, ist auch ein nicht-vollstreckter Schubhaftbescheid nur bis zu 6 Wochen ab Zustellung zu bekämpfen.[919] Handelt es sich um einen Mandatsbescheid und wird dieser nicht binnen 14 Tagen vollstreckt, gilt er als widerrufen, sodass eine Bekämpfung mangels Beschwer nicht möglich ist.[920]

7.2 Verfahren vor dem BVwG

Das Verfahren vor dem BVwG ist kontradiktorisch ausgestaltet, dh dass sich der/die Beschwerdeführer/in als Kläger/in gegenüber der belangten Behörde als Beklagte befindet. Ein Grundsatz des Verfahrens stellt die Waffengleichheit der Parteien dar.[921]

Nach *Kopetzki* ist als grundrechtlich postulierter Grundsatz des staatlichen Freiheitsentzuges anzusehen, dass die Beweislast beim Staat liegt. Dies bedeutet, dass es der Haftprüfungsbehörde obliegt, die maßgeblichen Umstände zu ermitteln und die Zulässigkeit der Maßnahme darzulegen. Als eine Mindestanforderung hierfür gilt die Wahrung des rechtlichen Gehörs. Ist ein Schubhäftling nicht in der Lage, sich selbst zu vertreten, so ist eine Vertretung sicherzustellen bzw. zu garantieren. Gerade im Hinblick auf die Informationsrechte, welche in einer verständlichen Sprache bereit zu stellen sind, besteht über das Recht auf Parteiengehör hinausgehend ein Recht auf Beiziehung eines Dolmetschers/einer Dolmetscherin.[922]

Auch wenn nicht explizit im Gesetz vorgesehen ist, dass der belangten Behörde die Möglichkeit zu geben ist eine Gegenschrift zu erstatten, ist dies angesichts der

[917] § 7 Abs 4 VwGVG.
[918] ErläutRV 582 BlgNR XXV.GP 7 ad § 22a Abs 1 bis 2 BFA-VG.
[919] *Filzwieser*/*Frank*/*Kloibmüller*/*Raschhofer*, BFA-VG § 22a, 289.
[920] § 76 Abs 4 FPG.
[921] *Helm*, Maßnahmenbeschwerde bis 2014 284.
[922] *Kopetzki*, PersFrG Art 6. Rz. 38 ff.

kontradiktorischen Ausgestaltung des Verfahrens sinnvoll.[923] Das BFA ist jedenfalls im Falle der Durchführung einer mündlichen Beschwerdeverhandlung zu laden, wobei ihm das Recht zukommt, Anträge und Fragen zu stellen.[924]

7.2.1 Kognitions- und Entscheidungsbefugnis

Das Verfahren zur gerichtlichen Haftprüfung wird nicht von Amts wegen, sondern in Folge der Erhebung einer Schubhaftbeschwerde nach § 22a BFA-VG eingeleitet.[925] Das BVwG ist hinsichtlich des Prüfungsgegenstandes an die Beschwerde gebunden. Wird im Rahmen der Beschwerde nur die weitere Anhaltung bekämpft, obliegt es nicht dem BVwG, den Bescheid oder die vorangegangene Festnahme und Anhaltung einer Prüfung zu unterziehen.[926]

Der Prüfungszeitpunkt bei Festnahme und Schubhaftbescheid richtet sich nach der Rechts- und Sachlage, welche zum Zeitpunkt der Erlassung bzw. Durchführung der Maßnahme vorlag. Dies gilt ebenso für die darauf folgende Anhaltung (bis zur Prüfung durch das BVwG). Erweist sich der Schubhaftbescheid als rechtswidrig, ist auch die darauf folgende Anhaltung in Schubhaft rechtswidrig.[927] Einer neuerlichen Schubhaftverhängung steht ohne Änderung des entscheidungsrelevanten Sachverhalts bzw. der Rechtslage, das Prinzip der res iudicata entgegen.[928]

Befindet sich die betroffene Person nach wie vor in Haft, kommt dem BVwG die Kompetenz zu, über die Rechtmäßigkeit der Fortsetzung der Haft zu entscheiden. Hierdurch wird ein neuer Rechtstitel zur weiteren Anhaltung geschaffen, der selbst dann erlassen werden kann, wenn der ursprüngliche Schubhaftbescheid und die vorangehende Anhaltung rechtswidrig waren.[929] Maßgeblich für den Ausspruch ist die zum Entscheidungszeitpunkt relevante Sach- und Rechtslage, welche in jede Richtung zu prüfen ist.[930]

---

[923] *Ennöckl*, Maßnahmenbeschwerde formell 48.
[924] § 21 Abs 1 BFA-VG.
[925] Auch in diesem Zusammenhang war es der Autorin nicht möglich, Statistiken zu beschaffen, die Auskunft über die Anzahl der Erhebung von Schubhafthaftbeschwerden geben würden.
[926] VwGH 18.04.2013, 2012/21/0248.
[927] VwGH 11.06.2013, 2012/21/0114.
[928] *Filzwieser*/*Frank*/*Kloibmüller*/*Raschhofer*, BFA-VG § 22a, 289; VwGH 19.03.2013, 2011/21/0246.
[929] *Szymanski*, BFA-VG § 22a, 3;VwGH 19.03.2013, 2011/21/0246.
[930] *Filzwieser*/*Frank*/*Kloibmüller*/*Raschhofer*, BFA-VG § 22a, 289.

Die Entscheidung ist entsprechend zu begründen.[931] Dies umfasst etwa auch die Darlegung, weshalb gelindere Mittel nicht ausreichend sind.[932]

Die Entscheidung über die Fortsetzung der Haft hat jedenfalls binnen einer Frist von einer Woche ab Beschwerdeerhebung zu erfolgen. Im Falle, dass das BVwG die Rechtswidrigkeit der Anhaltung feststellt, ist die/der Betroffene umgehend zu entlassen.[933] Die Wochenfrist ergibt sich nicht nur aus § 22a Abs 2 BFA-VG sondern ebenso aus Art 6 Abs 1 PersFrG.[934]
Im Falle, dass die Haft zuvor beendet wurde wie auch in Bezug auf die weiteren Beschwerdepunkte, besteht eine Entscheidungsfrist von 6 Monaten ab Einbringung der Beschwerde beim BVwG.[935] Diese Frist ist gehemmt, wenn ein Verbesserungsauftrag nach § 13 Abs 3 AVG ergeht.[936]

Die Lehre steht dem Fortsetzungsausspruch nach § 22a Abs 3 BFA-VG sehr kritisch gegenüber.[937] *Kopetzki* bezweifelt etwa, dass die Schaffung eines Titels für die weitere Anhaltung von Art 6 PersFrG gedeckt ist. Jedenfalls ist die Doppelfunktion des BVwG (damals UVS) als Rechtsmittelinstanz und Titelgericht durchaus bedenklich.[938] *Matti*/*Pichler*/*Steinwendtner* kritisieren in diesem Zusammenhang, dass zwar die Möglichkeit besteht, abermals eine Schubhaftbeschwerde über die Fortsetzung der Haft einzubringen, dies jedoch im Zusammenhang mit dem bestehenden Kostenrisiko in der Praxis unrealistisch ist.[939] Nach *Frühwirth* erweist sich die Ungleichbehandlung zu anderen Haftregimen als sachlich nicht gerechtfertigt. So bestehen etwa in der StPO, im UbG oder im HeimAufG wesentlich strengere Rechtsschutzgarantien sowie ein dreistufiger Instanzenzug bis hin zum OGH. Dies kann auch in Zusammenschau mit den fehlenden höchstgerichtlichen Entscheidungsfristen zu erheblichen Rechtsschutzdefiziten in Schubhaftverfahren führen.[940]

---

[931] *Kopetzki*, PersFrG Art 6, Rz 29.
[932] VwGH 19.03.2013, 2011/21/0246.
[933] § 81 Abs 1 Z 2 FPG.
[934] VfSlg 19.968/2015.
[935] § 34 Abs 1 VwGVG.
[936] § 22a Abs 2 BFA-VG.
[937] Es darf darauf hingewiesen werden, dass auch der VfGH, in seinem Prüfungsbeschluss zu der bereits erwähnten richtungsweisenden Entscheidung, Zweifel an der Verfassungskonformität der Bestimmung hatte, diese jedoch im Rahmen des Erkenntnisses nicht weiter aufrecht erhalten hat (VfGH 26.06.2014, E4/2014-11 (G151/2014)).
[938] *Kopetzki*, PersFrG Art 6, Rz 28.
[939] *Matti*/*Pichler*/*Steinwendtner*, migraLex 2014, 73. Zur Möglichkeit, gegen die nach dem neuen Titel liegende Anhaltung, eine Schubhaftbeschwerde zu erheben, vgl VwGH 02.08.2013, 2012/21/0111.
[940] *Frühwirth*, juridikum 2010, 214.

Kritisiert wird jedoch nicht nur der Umstand, dass das BVwG als Titelgericht fungiert, sondern ebenso, dass die gerichtliche Haftprüfung nicht amtswegig erfolgt.[941] Wie *Frühwirth* diesbezüglich folgerichtig ausführt, ist die Ungleichbehandlung zu anderen Haftregimen, wie jenen nach der StPO oder dem UbG, weder nachvollziehbar noch sachlich gerechtfertigt. Nach der StPO ist ein/e festgenommene/r Beschuldigte/r unverzüglich von einem Gericht zu vernehmen, welches innerhalb von längstens 48 Stunden die Untersuchungshaft zu verhängen hat. Innerhalb von weiteren 14 Tagen ist eine mündliche Haftverhandlung durchzuführen, bei der mindestens die Staatsanwaltschaft, die betroffene Person und deren Verteidiger/in anzuhören sind. Die Untersuchungshaft ist in Folge regelmäßig im Rahmen einer obligatorischen Haftverhandlung zu überprüfen (alle ein bis zwei Monate).[942] Ebenso strenge Regelungen sieht das UbG vor, welches eine amtswegige Haftprüfung innerhalb kurzer Zeit (höchstens 14 Tage) vorsieht.[943]

Im Rahmen einer Studie zur Inhaftnahme von Drittstaatsangehörigen in Rückführungsverfahren stellte die EU-Grundrechteagentur fest, dass in den meisten Mitgliedstaaten der EU eine amtswegige gerichtliche Haftüberprüfung von höchstens 4 Tagen bereits gelebte Praxis ist. Die Grundrechteagentur empfahl eine Anpassung auch in den weiteren Mitgliedstaaten, um das Recht auf gerichtliche Überprüfung der Anordnung auch dort effektiv ausüben zu können, da sich eine obligatorische Überprüfung durch eine/n Richter/in als effektivster Schutz herauskristallisiert hat.[944]

Obwohl die relevanten Sekundärrechtsakte der EU eine obligatorische Haftprüfung nicht verlangen, zeigt die Systematik der Bestimmungen, dass jedenfalls entsprechende gesetzliche

---

[941] Als weiteres Indiz für die unzureichende Ausgestaltung des Rechtsmittelverfahrens im Bereich Schubhaft erweisen sich auch die Statistiken des Rechnungshofes und des BVwG, welche zeigen, dass Schubhaftbeschwerden – im Gegensatz zu Beschwerden gegen Asylentscheidungen – die Ausnahme und nicht die Regel darstellen. In der ersten Hälfte des Jahres 2015 kam es zu 857 Anordnungen von Schubhaft durch das BFA, aufgerechnet auf das gesamte Jahr 2015 gab es durchschnittlich 1700 Anordnungen (*Rechnungshof*, Vollzug der Schubhaft 125). Gleichzeitig wurden im gesamten Jahr 2015 etwa 415 Entscheidungen in Schubhaftverfahren durch das BVwG getroffen, wobei hiervon sowohl Überprüfungen im Zuge von Beschwerden, wie auch amtswegige Überprüfungen umfasst sind (*BVwG*, Tätigkeitsbericht 2015 30). Daraus kann gefolgert werden, dass nur in weniger als einem Viertel der Fälle gerichtliche Überprüfungen der Haft durchgeführt wurden.

[942] §§ 174 f StPO.

[943] §§ 17 ff UbG.

[944] *FRA*, Rückführungsverfahren 42 ff.

Vorkehrungen zu treffen sind, um den Zugang niederschwellig zu halten. So ist die/der Einzelne über ihre/seine Rechte entsprechend und tatsächlich zu informieren.[945]
Art 6 Abs 1 PersFrG sieht explizit vor, dass jedermann „das Recht auf ein Verfahren [hat], in dem durch ein Gericht […] über die Rechtmäßigkeit des Freiheitsentzuges entschieden und im Falle der Rechtswidrigkeit seine Freilassung angeordnet wird". Diesem Rechtsanspruch scheint in der Realität nur bedingt nachgekommen zu werden.

Angesichts der bestehenden grund- und europarechtlichen Vorgaben in Verbindung mit der Ausgestaltung des Schubhaftverfahrens erscheint eine amtswegige Überprüfung der Schubhaft umgehend nach Anordnung auch in Österreich grund- wie auch europarechtlich geboten.

7.2.2 Mündliche Beschwerdeverhandlung

Nach § 24 VwGVG hat das BVwG eine Verhandlung durchzuführen, wenn diese beantragt wird oder wenn das BVwG dies für erforderlich hält. Der Antrag bedarf keiner weiteren Begründung. Auch ohne entsprechenden Antrag liegt es im Ermessen des BVwG eine Verhandlung anzuberaumen. Im Falle, dass eine Verhandlung beantragt wurde, ist ein Absehen davon – außer im Hinblick auf die zulässigen Ausnahmen – nur mehr in Folge eines einvernehmlichen Verzichts sämtlicher Parteien zulässig.
Eine beantragte mündliche Verhandlung kann im Anwendungsbereich der Maßnahmenbeschwerde zunächst für den Fall unterbleiben, dass die Beschwerde zurückzuweisen ist bzw. aufgrund der Aktenlage feststeht, dass die angefochtene Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt rechtswidrig erfolgte, dh der Beschwerde stattzugeben ist. Nach § 24 Abs 4 VwGVG kann – sofern die Materiengesetze nichts anderes bestimmen – von der Durchführung ebenso abgesehen werden, wenn aus der Aktenlage klar zu erkennen ist, dass die mündliche Erörterung zur weiteren Klärung der Rechtssache nichts beitragen kann und weder Art 6 Abs 1 EMRK noch Art 47 GRC einem Entfall entgegenstehen. Nach *Ennöckl* ist hierunter die Abweisung einer offensichtlich unbegründeten Beschwerde zu subsumieren.[946] Nach *Kolonovits*/*Muzak*/*Stöger* wäre ein Entfall nur zulässig, wenn die Frage der Glaubwürdigkeit von Zeugen/Zeuginnen

[945] Art 9 Abs 4 und 5 Aufnahme-RL.
[946] *Ennöckl*, Maßnahmenbeschwerde formell 49 ff.

nicht zur Disposition steht, analog gilt dies wohl auch im Hinblick auf die Parteien des Verfahrens, zur Disposition steht und den Parteien jedenfalls ausreichend Möglichkeit zur schriftlichen Stellungnahme gegeben wurde.[947]

§ 21 Abs 7 BFA-VG normiert als weitere Möglichkeit, von einer mündlichen Beschwerdeverhandlung abzusehen, dass „der Sachverhalt aus der Aktenlage in Verbindung mit der Beschwerde geklärt erscheint oder sich aus den bisherigen Ermittlungen zweifelsfrei ergibt, dass das Vorbringen nicht den Tatsachen entspricht". Das Materiengesetz findet auf sämtliche vom BFA geführte Verfahren Anwendung, somit ebenso auf Asylverfahren und Verfahren zur Erlassung aufenthaltsbeendender Maßnahmen.[948]

Es stellt sich allerdings die Frage, ob diese Ausnahmeregelung des § 21 Abs 7 BFA-VG auf ein gerichtliches Haftprüfungsverfahren übertragbar ist. Zu beachten ist zunächst, dass der Schubhaftbescheid in aller Regel in einem verkürzten Mandatsverfahren erlassen wird. Folglich wird in der Regel ein die Mindeststandards beachtendes Ermittlungsverfahren nicht durchgeführt. Hierdurch werden Fehler bei der Ermittlung des entscheidungsrelevanten Sachverhalts wie auch Verletzungen maßgeblicher Verfahrens(grund)rechte, wie z.B. dem Recht auf persönliche Anhörung, vom Gesetzgeber im Hinblick auf die (vermeintlich) bestehende Gefahr im Verzug in Kauf genommen.[949] Dies stellt einen entscheidenden Unterschied etwa zu Asylverfahren dar, in welchen das BFA an eine Vielzahl von einfachgesetzlichen Verfahrensgrundsätzen gebunden ist, wie insbesondere die Pflichten zur Ermittlung des entscheidungsrelevanten Sachverhalts und zur Wahrung des Parteiengehörs.[950]

Des Weiteren garantieren Art 6 PersFrG und Art 5 Abs 4 EMRK Mindeststandards bei der Anordnung freiheitsentziehender Maßnahmen, wovon der Grundsatz der amtswegigen Ermittlungspflicht und das Recht auf Parteiengehör umfasst sind. Es muss der/dem Betroffenen die Möglichkeit gegeben werden, sich am Verfahren zu beteiligen und auch gehört zu werden.[951] Nach der Judikatur des EGMR ist zwar eine mündliche Anhörung – außer in Strafverfahren bzw. bei Vorliegen spezifischer Umstände – nicht zwingend erforderlich, doch darf es hierdurch nicht zu einer Beschneidung der grundrechtlich geschützten Rechte kommen.[952] Das BVwG hat somit in einem wesentlich höheren Ausmaß

---

[947] *Kolonovits*/*Muzak*/*Stöger*, Verwaltungsverfahrensrechts 463.

[948] Zur verpflichtenden Durchführung einer mündlichen Beschwerdeverhandlung in den sonstigen Verfahren vgl auch: *Heißl*, Grundrechtliche Aspekte der Verwaltungsgerichte 51.

[949] ErläutRV 582 XXV. GP 24 ad § 76 Abs 4 FPG; vgl hierzu ausführlich Kapitel 4.1.8.

[950] Vgl etwa § 18 AsylG und §§ 37 ff AVG.

[951] EGMR 24.10.1979, 6.301/73 (Winterwerp/Niederlanden).

[952] EGMR 23.11.2006, 73.053/01 (Jussila/Finnland).

als in sonstigen fremdenrechtlichen Beschwerdeverfahren die Aufgabe, Rechtsschutzdefizite des verwaltungsbehördlichen Verfahrens zu relativieren und die Grundrechte zu schützen. Dies kommt etwa auch darin zum Ausdruck, dass die Sekundärrechtsakte eine gerichtliche Überprüfung bei Anordnung der Haft durch eine Verwaltungsbehörde verlangen.[953]
In Fällen, in denen von einer mündlichen Verhandlung vor dem BVwG abgesehen wird, besteht somit die Gefahr, dass die betroffene Person zu keinem Zeitpunkt persönlich angehört wurde.

Zudem ist zu beachten, dass es dem Schubhäftling aufgrund der spezifischen Haftsituation – und im Unterschied zu anderen Rechtsbereichen – meist nur sehr eingeschränkt möglich ist zu einer rechtsfreundlichen Vertretung (begrenzt auf die teils unzureichende Rechtsberatung im Rahmen des Komplementärmechanismus) selbstständig Kontakt aufzunehmen, worunter ebenso die Qualität der Beschwerde leiden kann. Nach § 21 Abs 7 BFA-VG kann eine mündliche Verhandlung jedoch dann unterbleiben, wenn der Sachverhalt „aus der Aktenlage in Verbindung mit der Beschwerde geklärt erscheint“. Dem ist auch so, wenn die Beschwerde unsubstantiiert ausgeführt ist und keine entsprechenden Zweifel am vom BFA festgestellten Sachverhalt formuliert werden. Angesichts dessen könnte die betroffene Person aufgrund einer schlecht ausgeführten Beschwerde in ihrem Recht auf persönliche Freiheit unzulässig verletzt werden.

Selbst für den Fall, dass im Verfahren vor dem BFA das Recht auf Anhörung gewahrt wurde, kommt dem persönlichen Eindruck, den das erkennende Gericht im Zuge einer mündlichen Verhandlung von der betroffenen Person erhält, auch im Rahmen der gerichtlichen Haftprüfung entscheidungsrelevante Bedeutung zu. Dies umso mehr, als im Falle des Fortsetzungsausspruches ein neuer Titel unter Zugrundelegung eines geänderten Sachverhalts erlassen wird. Gerade das Erleben des Haftübels kann zu einer Änderung der Einstellung hinsichtlich der freiwilligen Rückkehr führen, was sich auf die Zulässigkeit der Schubhaft auswirken würde.[954] Auch einer Verschlechterung des Gesundheitszustandes bzw. der psychischen Situation des Häftlings kommt, nicht nur bei der Beurteilung der Haftfähigkeit sondern auch hinsichtlich der Verhältnismäßigkeit der Fortsetzung der Haft, Relevanz zu.[955]

[953] Art 9 Abs 2 Aufnahme-RL.
[954] VwGH 22.05.2014, 2013/21/0144.
[955] VwGH 03.09.2015, Ro 2015/21/0012; 19.04.2012, 2011/21/0123.

Sowohl bei der Prüfung der bisherigen Anhaltung und Festnahme, wie auch beim Ausspruch über die Fortsetzung der Haft, handelt es sich um eine Abwägung der unterschiedlichen Interessen – jener der Öffentlichkeit an einer Inhaftnahme und jener der/des Einzelnen am Erhalt der persönlichen Freiheit – und damit um eine Ermessensentscheidung.[956] Hierfür ist eine Würdigung des persönlichen Eindrucks entscheidend, nicht zuletzt, um der Gefahr vorzubeugen, dass eine Entscheidung pauschal, aufgrund von allgemeinen Erfahrungssätzen und ohne notwendige Einzelfallprüfung, getroffen wird.

In diesem Sinne hat auch der VwGH im Anwendungsbereich der Rückführungs-RL bereits wie folgt festgestellt: „Der Grundsatz des Rechts auf ein Gerichtsverfahren im Unionsrecht gilt nämlich nicht nur für Streitigkeiten im Zusammenhang mit zivilrechtlichen Ansprüchen und Verpflichtungen“[957]. *Stern* leitet hieraus eine Reihe von Rechten und Garantien für den Rechtsschutzunterworfenen ab, so insbesondere „das Prinzip der Waffen- und Chancengleichheit, das Recht auf effektive Teilnahme am Verfahren – auf rechtliches Gehör, Akteneinsicht und Stellungnahme –, auf eine öffentliche mündliche Verhandlung, das Gebot der Wirksamkeit und Rechtzeitigkeit des Rechtsschutzes, das einstweiligen Rechtsschutz ebenso erfordert wie die Pflicht, in angemessener Zeit zu entscheiden und effektive Beschwerdemöglichkeiten bei Verzögerungen vorzusehen, sowie nicht zuletzt das Recht auf Beratung und Vertretung und notwendigenfalls auf Prozesskostenhilfe“.[958]
Diese Auslegung ist auch auf den Bereich der gerichtlichen Haftprüfung in Schubhaftverfahren zu übertragen, sodass in aller Regel eine mündliche Beschwerdeverhandlung aus verfahrensgrundrechtlichen Erwägungen durchzuführen ist. Ein Absehen wäre nur unter Zugrundelegung exzeptioneller Umstände zulässig, wie etwa jenen, dass die betroffene Person nicht mehr greifbar ist (bei vorheriger Abschiebung) oder der Beschwerde stattzugeben war.

Bei der Beurteilung, ob die Anhaltung aufrecht zu erhalten ist (wie auch im Falle der amtswegigen Überprüfung der Fortsetzung) ist die Durchführung einer mündlichen Beschwerdeverhandlung auch im Hinblick auf die Vorgaben der Art 6 PersFrG und Art 5 Abs

[956] VfGH 28.02.2011, G47/10.
[957] VwGH 30.09.2010, 2010/03/0051. Zur Anwendung des Art 6 EMRK auf Grundlage des Art 47 Abs 2 GRC vgl auch: VfGH 28.06.2011, B254/11.
[958] *Stern*, Rechtsberatung 158 f.

4 EMRK indiziert. Da das BVwG hier erstmals über eine (neue) Anhaltung bzw. einen (neuen) Anhaltezeitraum entscheidet, kommt es bei Entfall stets zu einer Verletzung der grundrechtlichen Verfahrensgarantien. Zu beachten ist überdies, dass sich in diesen Fällen die Bestimmungen des Mandatsverfahrens nicht übertragen lassen, da sich die betroffene Person bereits in Haft befindet und somit von Gefahr im Verzug jedenfalls nicht ausgegangen werden kann. Zudem ist nach dem Wortlaut der Bestimmungen das Mandatsverfahren nur im Anwendungsbereich der Verwaltungsbehörden anzuwenden.[959]

Folglich hat das BVwG die allgemeinen Verfahrensgrundsätze zu beachten. Diese sind nach § 17 VwGVG – sofern nichts anderes bestimmt ist – die Bestimmungen des AVG und die verfahrensrechtlichen Bestimmungen des BFA-VG. Entsprechend § 37 AVG ist „Zweck des Ermittlungsverfahrens […], den für die Erledigung einer Verwaltungssache maßgebenden Sachverhalt festzustellen und den Parteien Gelegenheit zur Geltendmachung ihrer Rechte und rechtlichen Interessen zu geben".

Auch die verkürzte Entscheidungsfrist von einer Woche rechtfertigt ein Absehen von der Durchführung einer mündlichen Beschwerdeverhandlung nicht, da dies dem Telos der Verfassungsbestimmung, nämlich schnellstmöglich einen wirksamen Zugang zum Gericht und damit effektivem Rechtsschutz zu gewährleisten, widersprechen würde. In diesem Sinne äußerte sich auch der VwGH und folgerte, dass eine mündliche Verhandlung nicht aus dem Grunde entfallen darf, weil eine Durchführung innerhalb der Entscheidungsfrist nicht möglich wäre.[960]

Eine entsprechende Argumentation ist auch im Verhältnis zu anderen Haftregimen nicht aufrecht zu erhalten. Wie bereits dargelegt, besteht nach der StPO, dem UbG und dem HeimAufG eine Verpflichtung zur persönlichen Anhörung der betroffenen Personen. Die bestehende Ungleichbehandlung erweist sich auch dadurch als sachlich nicht gerechtfertigt, dass auch in diesen Fällen die Anhaltung (wie bei der Schubhaft) auf unbestimmte Zeit erfolgt.[961]

Obgleich Aufnahme- und Rückführungs-RL auf die Verhandlungspflicht bzw. die Gewährung des Rechts auf Anhörung im Zusammenhang mit der Haft nicht explizit Bezug nehmen, wird

[959] *Kolonovits*/*Muzak*/*Stöger*, Verwaltungsverfahrensrechts 638 ff.
[960] VwGH 28.08.2012, 2010/21/0291.
[961] Hierzu ähnlich: *Frühwirth*, juridikum 2010, 215 f.

an mehreren Stellen auf das unter der gebotenen Sorgfalt zu führende Verfahren verwiesen. Zumal nach Art 9 Abs 6 Aufnahme-RL die Rechtsberatung und -vertretung jedenfalls die Vertretung „im Namen des Antragstellers“ bei einer Verhandlung zu umfassen hat, besteht offensichtlich die Annahme, dass eine solche auch durchzuführen ist.
Der Anspruch auf rechtliches Gehör und das Recht auf Akteneinsicht in Haftprüfungsverfahren wurde mittlerweile auch vom EuGH im Anwendungsbereich der Rückführungs-RL bestätigt.[962] Angesichts dessen ist auch aus den beiden RL das Gebot der Durchführung einer mündlichen Verhandlung herauszulesen.

Im Sinne einer grund- und unionsrechtskonformen Interpretation der bestehenden Rechtslage ist somit eine mündliche Beschwerdeverhandlung zwingend durchzuführen und nur im absoluten Ausnahmefall, bzw. bei ausdrücklichem Verzicht, von einer solchen abzusehen. Die Anwendung des § 21 Abs 7 BFA-VG (zum Entfall der mündlichen Beschwerdeverhandlung) ist angesichts der erheblichen sachlichen Unterschiede der verschiedenen Verfahren nach dem BFA-VG nicht zu rechtfertigen.

Der VwGH bezog sich mittlerweile in einer Reihe von Entscheidungen bezüglich der Verhandlungspflicht in Schubhaftverfahren direkt auf § 21 Abs 7 BFA-VG, wobei er auf Rechtsgrundsätze verweist, welche im Zusammenhang mit anderen Rechtsmaterien entwickelt wurden. Demnach erachtet er den Entfall einer mündlichen Beschwerdeverhandlung in Folge einer Wahrunterstellung als zulässig und verweist auf eine Reihe von Entscheidung, denen durchwegs asylrechtliche Sachverhalte zugrunde gelegt wurden.[963] Angewandt auf den Bereich der Schubhaft hat dies zur Konsequenz, dass Entscheidungen vielfach auf Grundlage von allgemeinen Erfahrungsgrundsätzen erlassen werden und dem persönlichem Eindruck nur eine untergeordnete Bedeutung zukommt. Dies widerspricht nicht nur grund- und unionsrechtlichen Erwägungen, sondern ebenso der eigenen Rechtsprechung.

Eine Verletzung der Verfahrensgrundrechte führt nach stRsp allerdings nur dann zu einer Enthaftung, wenn die Fehler im weiteren Verfahren nicht geheilt werden können und diese für die Führung des Verfahrens auch relevant sind, dh zu einem anderem Ergebnis führen

[962] EuGH 10.09.2013, C-383/13 PPU (MG, NR).
[963] VwGH 11.05.2017, Ra 2017/21/0036 ua.

könnten.[964] Angesichts der Schwere des Eingriffs einer Inhaftierung und des der Entscheidung zugrundeliegenden Ermessens sind die Maßstäbe zu Gunsten der rechtsschutzunterworfenen Beschwerdeführer/innen anzusetzen.

7.2.3 Rechtsberatung und -vertretung

Nach § 52 Abs 2 BFA-VG besteht ein Anspruch auf unentgeltliche Rechtsberatung in Schubhaftverfahren. Die Adaptierung des zuvor bestehenden Rechtsberatungssystems war aufgrund der unionsrechtlichen Garantien nach Art 9 Aufnahme-RL, Art 20 Verfahrens-RL und Art 28 Abs 4 Dublin III-VO iVm der Judikatur der Höchstgerichte erforderlich geworden.[965]

Über das Recht auf rechtliche Beratung ist die betroffene Person bei Erhalt des Schubhaftbescheides vom BFA zu informieren.[966] In der Regel geschieht dies durch Verfahrensanordnung. Der/die zugewiesene Rechtsberater/in hat die/den Fremde/n bei der Einbringung der Beschwerde und im Beschwerdeverfahren zu unterstützen. „Auf deren Ersuchen haben sie die betreffenden Fremden […] auch im Verfahren, einschließlich einer mündlichen Verhandlung, zu vertreten."[967]

Nach Art 47 Abs 3 GRC besteht das Recht auf Prozesskostenhilfe, um der/dem Rechtsschutzbefohlenen einen effektiven Zugang zu einem gerichtlichen Verfahren zu garantieren. Wie bereits in Kapitel 4.2.2 dargelegt, geht diese Garantie unter anderem auf die Judikatur des EGMR zurück, welcher die Notwendigkeit einer rechtlichen Vertretung hervorhob. Entsprechende Garantien finden sich rudimentär ebenso in den Sekundärrechtsakten der EU.
Es stellt sich nunmehr die Frage, ob die in Österreich vorgesehenen Komplementärmechanismen den diesbezüglichen Anforderungen eines effektiven Rechtsschutzes gerecht werden.

---

[964] EuGH 10.09.2013, C-383/13 PPU (MG, NR); *Ennöckl*, Maßnahmenbeschwerde formell 51.
[965] VfGH 09.03.2016, G 447/2015; VwGH 03.09.2015, Ro 2015/21/0032.
[966] § 52 Abs 1 BFA-VG.
[967] § 52 Abs 2 BFA-VG.

Der VwGH befasste sich erst kürzlich mit dem Rechtsberatungssystem im Falle der Schubhaft und stellte fest, dass aufgrund der nunmehr verpflichtenden Teilnahme eines Rechtsberaters/ einer Rechtsberaterin als Vertreter/in bei einer mündlichen Verhandlung dem Rechtsschutzbedürfnis ausreichend Rechnung getragen wird und damit ein ausreichender Komplementärmechanismus besteht.[968]

Demnach ist den unionsrechtlichen Vorgaben im Hinblick auf die Teilnahme im Namen des Antragstellers/der Antragstellerin gemäß Art 9 Abs 6 Aufnahme-RL nunmehr genüge getan und somit besteht auch für den Fall der Erhebung einer Schubhaftbeschwerde eine den Vorgaben der RL entsprechende Rechtsberatungs- und Vertretungsmöglichkeit in aller Regel.[969]

Es stellt sich allerdings die Frage, ob die Rechtsberatung und -vertretung nach § 52 BFA-VG auch ausreichend Unterstützung bei der Erhebung des Rechtsmittels garantiert. In Bezug auf das bestehende Schubhaftregime ist miteinzubeziehen, dass eine gerichtliche Haftprüfung erst nach 4 Monaten Haft von Amts wegen erfolgt. Im Falle der amtswegigen Überprüfung sind zudem keine Rechte oder Garantien für die/den betroffene/n Drittstaatsangehörige/n vorgesehen. Weder hat von Gesetzes wegen eine Verhandlung stattzufinden, noch ist die betroffene Person (oder deren Vertretung) über das anhängige Verfahren zu informieren, sodass die/der Einzelne meist erst mit Erhalt des Erkenntnisses über den neuen Titel informiert wird.[970]

Das Beschwerderecht nach § 22a Abs 1 BFA-VG stellt somit nach der bestehenden Rechtslage die einzige Möglichkeit dar, die Überprüfung der Voraussetzungen der weiteren Anhaltung unter Wahrung der Verfahrensrechte effektiv einzuklagen. Zu beachten ist zudem, dass es sich bei den betroffenen Personen vielfach um sprach- und rechtsunkundige Personen handelt.

Dies ist dahingehend problematisch, als der/dem Einzelnen die Information über ihren/seinen Anspruch auf Rechtsberatung und -vertretung nur mittels Verfahrensanordnung mitgeteilt

---

[968] VwGH 23.02.2017, Ra 2016/21/0152.

[969] Es sei an dieser Stelle darauf hingewiesen, dass im Sinne eines effektiven Rechtsschutzes kritisch zu hinterfragen ist, ob die bestehenden Komplementärmechanismen im Asyl- und Fremdenrechtsbereich den grund- und unionsrechtlichen Anforderungen genügen. Eine Auseinandersetzung mit diesem komplexen Themenbereich würde den Umfang dieser Arbeit jedoch sprengen. Weiterführend darf hierzu auf *Stern*, Rechtsberatung und *Stern*, Rechtsberatung neu? verwiesen werden.

[970] Für viele: BVwG 12.04.2017, W197 2152586-1; 10.04.2017, W268 2152119-1; 17.01.2017, W117 2136315-4.

wird. Gleichzeitig besteht in der Schubhaft kein unmittelbarer Zugang zu Dolmetscher/innen, Berater/innen oder auch Bekannten, sodass die Information der Verfahrensanordnung in dieser Ausnahmesituation – vor allem für Personen, die auf sprachkundige Unterstützung angewiesen sind – untergehen kann. Zu beachten ist weiters, dass den Häftlingen bei Inhaftnahme die persönlichen Gegenstände abgenommen werden, sodass sich der Schubhaftbescheid (inklusive Verfahrensanordnung) vielfach nicht in deren Gewahrsam befindet. Zudem besteht nur eingeschränkter Zugang zu Telekommunikationsmitteln, was die Kommunikationsmöglichkeiten erheblich reduziert.

Bereits aus grundrechtlichen Erwägungen bestehen sehr hohe Anforderungen an die Rechtsberatung im Bereich der Schubhaft, damit der/dem Einzelnen aus dem Fehlen einer obligatorischen gerichtlichen Haftprüfung kein Rechtsschutzdefizit entsteht. Die Grundrechte bieten – neben dem allgemeinen Anspruch – für die konkrete Ausgestaltung keine Anknüpfungspunkte. Die Aufnahme-RL sieht vor, dass die betroffene Person umgehend über „die im einzelstaatlichen Recht vorgesehenen Verfahren für die Anfechtung der Haftanordnung sowie über die Möglichkeit informiert [wird], unentgeltlich Rechtsberatung und -vertretung in Anspruch zu nehmen“.[971] An mehreren Stellen wird auch auf die tatsächliche Umsetzung des Rechts auf Information hingewiesen. Eine schriftliche Information ohne entsprechende Erklärung erscheint in diesem Zusammenhang nicht ausreichend und damit richtlinienwidrig.

Der Menschenrechtsbeirat schlug bereits im Jahre 2008 die Einführung einer Rechtsvertretung ex lege vor und orientierte sich hierbei an bestehenden Rechtsvertretungssystemen für besonders schutzbedürftige Personengruppen, wie auch an Systemen im Zusammenhang mit Verteidiger/innenzwang bei Untersuchungshaft.[972]
Bei einer dementsprechenden Einführung einer Rechtsvertretung ex lege würden der zugewiesenen Rechtsberatungsinstitution mit Übertragung der Vertretungsvollmacht auch die weitergehenden Sorgfaltspflichten nach § 48 BFA-VG zukommen, welche sie nach der derzeitigen Rechtslage erst mit Bevollmächtigung trifft.

[971] Art 9 Abs 4 Aufnahme-RL.
[972] Vgl hierzu zur Rechtslage vor FNG, aber insofern vergleichbar: *Menschenrechtsbeirat*, Rechtsschutz für Schubhäftlinge 7 ff.

Als weiteres Problemfeld ist die Beschränkung der Vertretungsverpflichtungen auf die Beschwerdeerhebung bzw. das Beschwerdeverfahren zu nennen, womit nicht hinreichend gesichert ist, dass eine gerichtliche Überprüfung bei Änderung der Sach- oder Rechtslage von der betroffenen Person auch beantragt werden kann. In diesem Zusammenhang sieht das bestehende Rechtsschutzregime weder einen ausreichenden Zugang zu Komplementärmechanismen, noch einen effektiven Zugang zu Informationen und Rechtsberatung und -vertretung vor.

Art 8 Abs 2 Aufnahme-RL sieht vor, dass die zur Rechtsberatung und -vertretung zugelassenen oder befugten Personen über angemessene Qualifikationen verfügen. Wie *Stern* folgerichtig ausführt, haben sich die Anforderungen und Bedingungen auch für den Fall, dass die rechtliche Vertretung nicht von Rechtsanwälten/Rechtsanwältinnen ausgeübt wird, an deren Berufsbild zu orientieren.[973] Die Aufnahme-RL postuliert ergänzend, dass die Notwendigkeit besteht, dass Interessen der Rechtsberatung und -vertretung denen der Antragstellern/Antragstellerinnen nicht zuwiderlaufen und nicht zuwiderlaufen könnten. Ohne auf die konkrete Ausgestaltung der Rechtsberatung und -vertretung im Schubhaftregime an dieser Stelle einzugehen, ist hierbei kritisch zu hinterfragen, ob bestehende Doppelfunktionen, wie etwa als Vertretung im Schubhaftverfahren und als Berater/in für die freiwillige Rückkehr in der Schubhaft, das Risiko bergen, dass die Interessen der Antragsteller/innen jenen der Rechtsberatung zuwiderlaufen und damit dieses Konstrukt unionsrechtlich abzulehnen ist.[974]

---

[973] *Stern*, Rechtsberatung 311 ff.

[974] Die Zuweisung zu einer Rechtsberatungsinstitution erfolgt nach dem Zufallsprinzip, diese kann entweder an die ARGE Rechtsberatung oder an den Verein Menschenrechte Österreich ergehen. Eine Schnellrecherche im Rechtsinformationssystems zu den Suchbegriffen „ARGE“ und „§ 22a BFA-VG“ zeigt, dass im Zeitraum 01.01.2017 bis 30.05.2017 in 59 Verfahren die ARGE Rechtsberatung die Vertretung innehatte und Schubhaftverfahren vor dem BVwG effektiv geführt hat. Im selben Zeitraum waren zu den Suchbegriffen „Verein Menschenrechte Österreich“ und „§ 22a BFA-VG“ lediglich 4 Verfahren mit bestehendem Vertretungsverhältnis zu dem Verein auffindbar.
Die unterschiedliche Verfahrenshäufigkeit von ARGE und VMÖ erklärt sich hier u.a. damit, dass die ARGE Rechtsberatung den Kontakt zu den ihnen zugewiesenen Inhaftierten selbstständig sucht, obgleich dies im Rahmen des öffentlichen Auftrages nicht gefordert ist.
Es ist in diesem Zusammenhang zu hinterfragen, ob die Doppelfunktion des Verein Menschenrechte Österreich (als Rechtsberatungsinstitution für Personen in Schubhaft und im Rahmen der freiwilligen Rückkehrberatung) den Anforderungen, welche an die Qualität und Unabhängigkeit nach Art 9 Abs 6 letzter Satz Aufnahme-RL gestellt werden, zuwider läuft.

7.2.4 Kosten

Die Kostenregeln orientieren sich an § 35 VwGVG, sodass den Parteien bei Obsiegen ein zu beantragender Kostenersatz zuzusprechen ist. Nach ständiger Judikatur ist die Ausgestaltung grundrechtskonform (insbesondere im Hinblick auf Art 6 EMRK), zumal die Bestimmungen der Exekutionsordnung bei der Eintreibung der Kosten anzuwenden sind. Nach §§ 290 ff Exekutionsordnung ist das Existenzminimum nicht einklagbar und wird nach hRsp der Situation mittelloser Personen ausreichend Rechnung getragen.[975]
Das BVwG trägt den Beschwerdeführern/Beschwerdeführerinnen teilweise auch die Kosten für Dolmetschleistungen auf. Diesen Kostenentscheidungen wurden bis dato vom VwGH wiederholt Absagen erteilt.[976]

Maßnahmenbeschwerden sind zudem – anders als Bescheidbeschwerden – nach § 1 Abs 1 BuLVwG-EGebV gebührenpflichtig, wobei die Gebührenschuld mit Erhebung der Beschwerde entsteht. Sie beträgt mit Stand 2017 € 30,-.[977] Auch hierdurch würde nach hRsp kein Rechtsschutzdefizit entstehen, zumal trotz Nichtbezahlung die Beschwerde behandelt werde und lediglich nur die Forderung entstehe.[978]

Derzeit werden dem/der Beschwerdeführer/in bei Abweisung der Beschwerde mindestens Kosten in Höhe von € 426,20 Euro gemäß § 35 Abs 1 VwGVG iVm § 1 Z 3 und Z 4 VwG-AufwErsV auferlegt.[979]

Da sich das Recht auf gerichtliche Haftprüfung unmittelbar aus den Grundrechten und dem Unionsrecht ergibt, ist die Argumentation der Gerichte zur Zulässigkeit von Gebühren und der Kostentragung bei Obsiegen der beklagten Partei bedenklich. Wie *Kopetzki* richtig ausführt, hängt der Zugang zu einer gerichtlichen Haftprüfung von der Effektivität und Zugänglichkeit der Haftbeschwerde ab.[980] Nichts anderes ergibt sich aus Aufnahme- und Rückführungs-RL, welche beide das Recht auf rasche, gerichtliche Überprüfung bei Inhaftnahme regeln.[981] Das

---

[975] *Taucher*, Schubhaft 193.
[976] VwGH 30.06.2016, 2015/21/0011; 19.05.2015, 2014/21/0071.
[977] *Ennöckl*, Maßnahmenbeschwerde formell 44.
[978] BVwG 04.03.2016, W117 2119634-1, 15.03.2016, W140 2122717-1.
[979] BVwG 25.04.2017, W 140 2153459-1.
[980] *Kopetzki*, PersFrG Art 6, Rz 34, 36.
[981] Art 9 Aufnahme-RL, Art 15 Rückführungs-RL.

bestehende und durchaus erhebliche Kostenrisiko ist jedenfalls abstrakt geeignet, die/den Einzelne/n an der Erhebung einer entsprechenden Beschwerde zu hindern.

Vom Kostenersatz zu unterscheiden ist die Haftentschädigung in Folge unrechtmäßiger Haft nach dem AHG, wobei sich der Anspruch bereits unmittelbar aus den Grundrechten ergibt.[982]

7.3 Amtswegige Pflicht zur Prüfung

Im Rahmen des bestehenden Schubhaftregimes sind zwei unterschiedliche Prüfungsmodalitäten vorgesehen. Zum einen hat nach § 80 Abs 6 FPG das BFA von Amts wegen alle vier Wochen eine Überprüfung durchzuführen. Zum anderen hat das BVwG nach § 22a Abs 4 BFA-VG die Verhältnismäßigkeit der Anhaltung nach dem Tag, an dem das vierte Monat der Anhaltung überschritten wurde, und ab diesem Zeitpunkt alle vier Wochen, zu überprüfen. Hierfür hat das BFA die Verwaltungsakte rechtzeitig in Vorlage zu bringen, sodass dem BVwG eine Entscheidungsfrist von mindestens einer Woche vor dem Termin zukommt. Im Zuge der Vorlage hat das BFA zudem darzulegen, weshalb die Aufrechterhaltung der Schubhaft notwendig und verhältnismäßig ist. Das BVwG hat in diesem Fall über die Fortsetzung der Anhaltung per Erkenntnis zu entscheiden.

Diese Regelung orientiert sich ganz offensichtlich an Art 15 Abs 3 Rückführungs-RL, welche erst nach längerer Haftdauer eine gerichtliche Haftprüfung als zwingend erforderlich erachtet. Zuvor ist die Überprüfung in gebührenden Abständen auch durch eine Verwaltungsbehörde ausreichend. Die Aufnahme-RL sieht hierfür bereits einen erweiterten Rechtsschutz vor: so ist die Haft „in angemessenen Zeitabständen von Amts wegen und/oder auf Antrag des betroffenen Antragstellers von einer Justizbehörde“[983] zu überprüfen. Es ist folglich davon auszugehen, dass im Sinne des ErwGr 16 der Aufnahme-RL die Überprüfung – sofern diese von Amts wegen vorgesehen ist – durch eine Justizbehörde zu erfolgen hat. Dementsprechend wäre folglich nach der Aufnahme-RL die Überprüfung der Haft alle 4 Wochen durch das BVwG (als Justizbehörde) vorzusehen.[984]

---

[982] Art 7 PersFrG; Art 5 Abs 5 EMRK.

[983] Art 9 Abs 5 Aufnahme-RL.

[984] In diesem Sinne forderte auch die Parlamentarische Versammlung des Europarates, dass die Überprüfung zwingend durch eine Justizbehörde zu erfolgen hat (Parlamentarische Versammlung des Europarats, Resolution 1707 (2010), Nr. 9.1.3).

Wie bereits in den vorangegangenen Kapiteln dargelegt, wird mit der gerichtlichen Überprüfung ein neuer Schubhafttitel geschaffen. Der EGMR judizierte in Bezug auf Art 5 Abs 4 EMRK, dass sich eine gerichtliche Haftprüfung auf alle formellen und materiellen Voraussetzungen, die die Rechtmäßigkeit der Haft anbelangen, zu erstrecken hat. So wurde etwa durch die fehlende Information über die Stellungnahme der Staatsanwaltschaft und die Abhaltung einer Haftverhandlung in nichtöffentlicher Sitzung das Gebot der Waffengleichheit missachtet, sodass eine Verletzung von Art 5 Abs 4 EMRK einstimmig festgestellt wurde.[985]

Diese Entscheidung ist ebenso auf Schubhaftverfahren zu übertragen, da zum einen eine Stellungnahme des BFA vorliegt und zum anderen es sich um eine Entscheidung über die Fortsetzung der Haft handelt. Folglich ist die/der Betroffene am Verfahren zu beteiligen, was regelmäßig in Form einer Anhörung im Rahmen der Durchführung einer mündlichen Beschwerdeverhandlung stattzufinden hat. Jedenfalls muss gesichert sein, dass dem Häftling die Äußerung des BFA über die Notwendigkeit und Erforderlichkeit der weiteren Anhaltung zur Kenntnis gebracht wird und ihr/ihm die Möglichkeit gegeben wird, hierzu in geeigneter Form Stellung zu nehmen.

Die Aufnahme-RL sieht als Garantie vor, dass die Rechtsberatung und -vertretung jedenfalls die Vorbereitung der erforderlichen Verfahrensdokumente umfasst.[986] Folglich ist im Sinne einer richtlinienkonformen Interpretation davon auszugehen, dass die Rechtsberatung und -vertretung ebenso bei der obligatorischen Haftprüfung zu informieren ist. Die betroffene Person wiederum ist über die Möglichkeit der Rechtsberatung und -vertretung in geeigneter Weise zu informieren und (mindestens) auf Wunsch zu vertreten.

[985] EGMR 25.03.1999, 31.195/96 (Nikolova/Bulgarien).
[986] Art 9 Abs 6 Aufnahme-RL.

7.4 Zwischenconclusio

Ein zentraler Aspekt des Schutzes vor willkürlicher Haft ist das Recht auf gerichtliche Haftprüfung.[987] Nicht nur die allgemeinen Verfahrensgrundrechte garantieren ein Rechtsmittelverfahren bzw. ein Beschwerderecht, sondern ist dies angesichts der Schwere des Eingriffs bereits immanenter Teil des Grundrechts auf persönliche Freiheit. In diesem Sinne sehen sowohl Art 5 Abs 4 EMRK wie auch Art 6 PersFrG ein Recht auf gerichtliche Haftprüfung dann vor, wenn die Anordnung von einer Verwaltungsbehörde ausgeht.[988]
Darüber hinaus sind die justiziellen Grundrechte zu beachten. Neben der partiellen Geltung des Art 6 EMRK und dem Recht auf eine wirksame Beschwerde nach Art 13 EMRK, garantiert insbesondere Art 47 GRC einen umfassenden Rechtsschutz im Anwendungsbereich des Unionsrechts. Dieser umfasst das Recht auf eine wirksame Beschwerde, den Zugang zu einem Gericht, das Recht auf Durchführung einer mündlichen Beschwerdeverhandlung sowie das Recht auf Vertretung und Prozesskostenhilfe.[989]
Auch das Sekundärrecht der EU nimmt auf diese Verfahrensgrundsätze Bezug und sieht eine verpflichtende Haftprüfung durch eine Justizbehörde bei Anordnung durch eine Verwaltungsbehörde vor.[990]

Diesen zentralen Verfahrensgrundsätzen wird die derzeitige Ausgestaltung der gerichtlichen Haftprüfung in keiner Weise gerecht. Der Zugang zu einem wirksamen Rechtsschutz stellt sich bereits durch die mangelnde gesetzlich verpflichtende Vertretung am Beginn des Haftprüfungsverfahrens als unzureichend dar. Die Inhaftierten erhalten ausschließlich über eine schriftliche Verfahrensanordnung, die gemeinsam mit dem Schubhaftbescheid ausgefolgt wird, Informationen über die zugewiesene Rechtsberatung. Gleichzeitig werden der Rechtsberatung erst durch Bevollmächtigung die Sorgfaltspflichten nach § 48 BFA-VG auferlegt. Die Ausgestaltung des derzeitigen Rechtsberatungssystems kann somit die fehlende amtswegige Haftprüfung nicht ausgleichen. Angesichts der Systematik der sekundärrechtlichen Vorgaben wäre dies allerdings indiziert.

---

[987] EGMR 28.10.2003, 58973/00 (Rakevich/Russland).
[988] *Kopetzki*, PersFrG Art 6, Rz 12.
[989] Erläuterungen zur GRC, ABl 2007 C 303/0019, 29 ff.
[990] Art 9 Abs 3 Aufnahme-RL, Art 15 Abs 2 Rückführungs-RL; vgl hierzu näher Kapitel 5.2.1.3.2 und 5.3.2.3.2.

Ganz generell ist angesichts der grundrechtlichen Vorgaben dem obligatorischen Haftprüfungsverfahren der Vorzug zu geben. Nichts anderes empfiehlt – wie bereits ausgeführt – die europäische Grundrechteagentur. Ein Blick in vergleichbare Haftregulative (wie StPO und UbG) zeigt, dass eine entsprechende Ausgestaltung effektiv umgesetzt werden kann. Es fehlt jedenfalls an der sachlichen Begründung für einen schlechteren Rechtsschutz in Schubhaftverfahren.
Zudem stellt sich auch die erste obligatorische gerichtliche Haftprüfung nach 4 Monaten aus grundrechtlichen Erwägungen als bedenklich dar. Überdies darf bezweifelt werden, dass diese Regelung den Anforderungen des Art 9 Abs 4 Aufnahme-RL entspricht. Demnach wird eine Haftprüfung in angemessenen Abständen durch eine Justizbehörde gefordert.

Hervorzuheben ist, dass im Hinblick auf Art 47 GRC und die spezifischen Anforderungen der Art 6 PersFrG und Art 5 Abs 4 EMRK eine mündliche Beschwerdeverhandlung zwingend durchzuführen ist. Dies gilt auch dann, wenn der Beschwerdegegenstand den Schubhaftbescheid wie auch die bisherige Anhaltung umfasst. Umso mehr hat dies zu gelten, wenn das BVwG als Titelgericht über die Fortsetzung der Anhaltung entscheidet. Gerade aufgrund der Differenzen zu den sonstigen Verfahren nach dem BFA-VG ist der Entfall der mündlichen Beschwerdeverhandlung nach § 21 Abs 7 BFA-VG auf Schubhaftverfahren nicht anzuwenden.

Abschließend sei auch noch darauf hingewiesen, dass es jedenfalls bedenklich ist, den Zugang zum BVwG durch das bestehende Kostenrisiko zu erschweren. Es ist jedenfalls nicht mit der notwendigen Wahrscheinlichkeit auszuschließen, dass hierdurch Häftlinge von der Beschwerdeerhebung abgehalten werden und demnach von ihrem verfassungsgesetzlich gewährleisteten Recht auf gerichtliche Haftprüfung keinen Gebrauch machen (können).

8 Conclusio

Ausgangspunkt der vorliegenden Dissertation war die Forschungsfrage, ob die derzeitige Ausgestaltung der Schubhaft und angrenzender Bereiche geltenden Rechts und dessen Anwendung, sowohl im Hinblick auf die gesetzliche Grundlage wie auch auf Verfahrensbestimmungen, verfassungs- und europarechtlichen Anforderungen zu genügen vermag und inwiefern die einfachgesetzlichen Bestimmungen unter Heranziehung der verfassungs- und europarechtlichen Vorgaben auszulegen sind.

Im Rahmen des historischen Überblicks (Kapitel 2) zeigten sich die Unbeständigkeit des Fremdenrechtsbereichs und der ständige Wandel, dem diese Rechtsmaterie unterworfen ist. Nach einer Periode, in welcher Gesetze zur (Un-)Rechtmäßigkeit des Aufenthaltes, zur Abschiebung und zu hiermit im Zusammenhang stehenden Zwangsmaßnahmen, maßgeblich aufgrund von äußerem Druck erlassen wurden (etwa der alliierten Mächte nach dem 2. Weltkrieg oder aufgrund des Beitritts zur EU), wird die Materie nunmehr beinahe jährlich novelliert. Die Änderungen in der Zweiten Republik zeigen durchgängig eine Zu- und Abnahme an Verschärfungen, Reglementierungen und abermaligen Lockerungen, welche mit dem jeweiligen politischen Klima stark verknüpft erscheinen.[991]

Seit der kurzfristigen Öffnung der Grenzen im Jahre 2015 für die Ein- und Weiterreise von geflohenen Menschen zeigt der Trend abermals klar in Richtung einer massiven Verschärfung, welche im Jahre 2016 begonnen hat und nun mit dem FRÄG 2017 deutlich zu Tage tritt. Das FRÄG 2017 sieht etwa explizit Beugehaft für gewisses gesetzlich vorgeschriebenes Verhalten und massive Beschränkungen der Freizügigkeit vor. Die Novelle, welche aufgrund von Formalfehlern während des Gesetzgebungsprozesses wohl abermals beschlossen und veröffentlicht werden muss, ist somit paradigmatisch für den Wandel in diesem Rechtsbereich.

Die vorliegende Arbeit hat das FRÄG 2017, welches als BGBl I 84/2017 kundgemacht wurde, bereits mitberücksichtigt. Da zum derzeitigen Stand nicht abgeschätzt werden kann, wie mit den Fehlern im Gesetzgebungsprozess umgegangen wird, werden die Änderungen des FRÄG 2017 jeweils explizit als solche ausgewiesen.

[991] Vgl hierzu Kapitel 2.5 *Zweite Republik*.

Nach diesem Überblick über die Rechtsentwicklungen der letzten beiden Jahrhunderte wurde in Kapitel 3 die Rechtsmaterie sowohl auf verfassungsrechtlicher Ebene verortet wie auch die einzelnen Rechtsanwender/innen beschrieben. In Folge wurden die grund- und unionsrechtlichen sowie einfachgesetzlichen Ebenen exploriert und jeweils in eigenen Kapiteln dargestellt. Die maßgeblichen Ergebnisse und Schlussfolgerungen seien im Folgenden erläutert.

8.1 Zuständigkeiten

Der Themenkomplex Schubhaft berührt verschiedene Kompetenzen im Gesetzgebungsprozess und unterliegt komplexen Zuständigkeitsregeln. Erst im Zuge der Bereinigung und Änderung der Bundesverfassung mit BGBl I 2/2008 kam es zu einer Klarstellung der Zuordnung der Schubhaft entsprechend dem Adhäsionsprinzip als typische Begleitmaßnahme der Abschiebung zum Kompetenztatbestand *Aufenthaltsverbot, Ausweisung und Abschiebung* nach Art 10 Abs 1 Z 3 B-VG.

Gerade die strukturellen Änderungen der Verwaltungspraxis und -gerichtsbarkeit im Jahre 2014 machten auch eine Neuregelung der Zuständigkeiten im FPG unerlässlich, zumal Schubhaft nunmehr nicht von den LPD, sondern durch das BFA angeordnet wird.

Wie im Kapitel 3.2. *Zuständigkeiten nach der Fremdenbehördenneustrukturierung* aufgezeigt werden konnte, sind die neuen Zuständigkeitsregelungen zwar mittlerweile verfassungskonform ausgestaltet, jedoch legistisch nach wie vor unrein (vgl etwa den unterschiedlichen Wortlaut im Hinblick auf die sachliche Zuständigkeit in § 5 Abs 1a Z 2 FPG, § 3 Abs 2 Z 4 BFA-VG und § 3 Abs 1 Z 3 BFA-G). Verfassungsrechtlich zumindest bedenklich erscheint die teils undurchsichtige Abgrenzung der Zuständigkeiten zwischen LPD und BFA, welche vielfach nur unter Anwendung des Annexionsprinzips zu lösen ist.

Die Reform der Verwaltungsgerichtsbarkeit 2012 hatte ebenso Auswirkungen auf den Rechtsschutz im Bereich der Schubhaft. Hervorzuheben sind die nunmehrige Zuständigkeit des BVwG und das Revisionssystem des VwGH.

Die durchgeführte Rechtsanalyse zeigte zudem, dass in der österreichischen Praxis der Judikatur des EGMR bei der Auslegung des Art 5 EMRK maßgebliche Bedeutung zukommt; ebenso wie der Judikatur des EuGH im Hinblick auf die Auslegung des Art 6 GRC und der an- bzw. umzusetzenden Sekundärrechtsakte. Aus diesem Grund war auch ihnen eine überblicksmäßige Darstellung zu widmen.

8.2 Relevante grundrechtliche Regelwerke und ihre Vorgaben für die Inhaftnahme von Fremden

Gemäß der gewählten Forschungsfrage galt ein Hauptaugenmerk der vorliegenden Untersuchung den grundrechtlichen Vorgaben. In diesem Sinne wurden zunächst die zentralen Grundrechtsbestimmungen betreffend das Recht auf persönliche Freiheit (PersFrG, Art 5 EMRK und Art 6 GRC) analysiert. In einem weitere Schritt galt der Fokus den Verfahrensgrundrechten, wie insbesondere dem Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf und ein unparteiisches Gericht (Art 13 EMRK und Art 47 GRC) und dem auf allen Ebenen bestehenden Gleichheitsgrundsatz bzw. dem damit einhergehenden Sachlichkeitsgebot und Willkürverbot (Art 14 EMRK, Art 20 wie 21 GRC und Art 1 RassDiskrB-VG).

Anhand der Analyse der verfassungsrechtlichen Vorgaben nach Art 5 EMRK und dem PersFrG konnten einige zentrale Grundsätze und Garantien herausgearbeitet werden, welche an die Inhaftnahme als schwerwiegender Eingriff in das Recht auf Freiheit gerichtet sind. Dies sind insbesondere das Bestehen einer Rechtsgrundlage im Sinne eines formellen Gesetzes, die Klarheit, Vorhersehbarkeit und Zugänglichkeit der ermächtigenden Vorschrift wie auch der Schutz vor Willkür. Um diese Grundsätze den Schutzunterworfenen zu garantieren, muss die Gesetzesgrundlage präzise und für die/den Rechtsunterworfene/n ausreichend vorhersehbar sein, des Weiteren unter einem der taxativ aufgezählten Eingriffstatbestände nach Art 2 Abs 1 PersFrG und Art 5 Abs 1 EMRK subsumierbar sein. Abschließend darf die freiheitsentziehende Maßnahme nur auf die gesetzlich vorgeschriebene Art und Weise erfolgen.[992]

Die unterschiedlichen Regelungswerke stimmen über weite Teile überein bzw. sind als jeweilige Ergänzung zu verstehen. Kommt es im Einzelfall dennoch zu Konkurrenzen, wie etwa zwischen Art 5 EMRK und PersFrG oder zwischen den Garantien der gerichtlichen Haftprüfung und des allgemeinen Rechtsschutzes, hat bereits aus grundrechtlichen Erwägungen die jeweils günstigere Bestimmung vorzugehen. Teilweise sehen die entsprechenden Regelungswerke auch explizit ein Günstigkeitsgebot vor (etwa: Art 53 GRC, Art 53 EMRK und Art 8 Abs 3 PersFrG). Es bleibt noch abzuwarten, ob es künftig zu Diskrepanzen in der Judikatur der supranationalen Gerichtshöfe, dh dem EGMR und dem EuGH, im Bereich des Grundrechtsschutzes kommen wird und gegebenenfalls wie unterschiedliche Rechtsauslegungen in Folge von den Mitgliedstaaten umgesetzt werden.

[992] Vgl Kapitel 4.1 *Recht auf persönliche Freiheit*

Zentrale Punkte im Grundrechtsschutz stellen weiters die einzuhaltenden Verfahrensgrundsätze dar, welche sich zum einen direkt aus dem Grundrecht auf persönliche Freiheit und zum anderen aus den justiziellen Grundrechten und dem Gleichheitsgrundsatz ergeben. Hervorzuheben sind insbesondere das Gebot der Verhältnismäßigkeit, das Gebot der Notwendigkeit und Erforderlichkeit, wie auch das Ultima Ratio-Prinzip, welche direkt aus Art 1 und 2 PersFrG und Art 5 Abs 1 EMRK ableitbar sind. Das Verbot der Willkür ergibt sich aus den eben angeführten Bestimmungen, zusätzlich aus dem Gleichheitssatz (vgl etwa RassDiskrBVG, Art 20 und 21 GRC, Art 14 EMRK). Des Weiteren sehen das PersFrG und Art 5 EMRK explizit Rechte auf Information und auf Verständigung von Familienangehörigen und Rechtsbeistand vor, welche in anderen Grundrechtsinstrumenten (wie dem IPBPR und der KRK) ebenso statuiert sind.

Auch im Zusammenhang mit justiziellen Grundrechten zeigt sich eine Besonderheit des Rechts auf persönliche Freiheit, da bereits im Rahmen der Grundrechtsbestimmung Ansprüche auf eine gerichtliche Haftprüfung und auf Haftentschädigung bei unrechtmäßiger Haft vorgesehen sind. Durch die Anwendbarkeit des Art 47 GRC zeigten sich darüber hinaus noch weitergehende Rechte im gerichtlichen Verfahren, wie insbesondere das Prinzip der Waffengleichheit zwischen Verwaltungsbehörde und Rechtsschutzunterworfenen, das Recht auf Beratung, Verteidigung und Vertretung vor Gericht wie auch das Recht auf Durchführung einer mündlichen Beschwerdeverhandlung nach Art 47 Abs 2 GRC, das Recht auf qualitativ hochwertige Prozesskostenhilfe (gegebenenfalls im Rahmen eines ausreichenden Komplementärmechanismus) nach Art 47 Abs 3 GRC und das Prinzip der Effektivität.

8.3 Unionsrechtliche Vorgaben

Als zweite maßgebliche Grundlage für die Ausgestaltung der Schubhaft war das Sekundärrecht der EU zu analysieren. Besondere Berücksichtigung fanden dabei die Dublin III-VO, die Aufnahme-RL (damit implizit die Verfahrens-RL) und die Rückführungs-RL. Entsprechend der Konzeption des Unionsrechts unterliegen auch diese Rechtsakte der GRC und sind in diesem Sinne auszulegen. Im Gegensatz zu den für die betroffenen Rechtsunterworfenen sehr günstigen Grundrechtsbestimmungen hat das Sekundärrecht zumindest teilweise einen anderen Fokus, welcher sich am Zweck des Regelungsgegenstandes orientiert und sich ebenso in der Judikatur des EuGH wiederspiegelt.

Die unionsrechtlichen Rechtsakte sehen Regelungen für jeweils unterschiedliche Phasen der irregulären Migration von Drittstaatsangehörigen[993] und des Asylbereichs vor. So erstreckt sich der Anwendungsbereich der Dublin III-VO in der Regel auf den Beginn des Aufenthaltes im Raum der EU, da es die Zuständigkeit eines Mitgliedstaates für die Prüfung eines Antrags auf internationalen Schutz regelt. Die Aufnahme-RL legt Mindeststandards im Zusammenhang mit Aufnahmebedingungen von Asylsuchenden fest. Die Rückführungs-RL wiederum regelt die Rückkehr von illegal aufhältigen Drittstaatsangehörigen, wobei hierunter sowohl die freiwillige Ausreise wie auch die zwangsweise Abschiebung zu subsumieren sind. Dies betrifft jedenfalls Personen nach einem abgewiesenen Asylantrag. Wie in Kapitel 5.2.1.1 und 5.3.1.1 zum Anwendungsbereich der Aufnahme- und Rückführungs-RL ausgeführt werden konnte, kann sich der Anwendungsbereich teils überschneiden, wobei jeweils auf die Spezifika des Einzelfalls Bedacht zu nehmen ist (wie etwa ob ein faktischer Abschiebeschutz besteht). Art 28 Abs 4 Dublin III-VO verweist hinsichtlich Haftbedingungen und Garantien für in Haft befindliche Personen auf Art 9, 10 und 11 der Aufnahme-RL, sodass die jeweiligen Bestimmungen im Rahmen von Verfahren nach der Dublin III-VO unmittelbar anzuwenden sind.

Die jeweiligen Voraussetzungen und Garantien richten sich maßgeblich nach den Erfordernissen des spezifischen Aufenthaltsstatus und des Verfahrensstadiums. In diesem Sinne ist in der ersten Phase des Asylverfahrens eine Inhaftnahme nur für besonders kurze Zeiträume und nur zum Zwecke der Überstellung (höchstens 13 Wochen) zulässig.[994] Obgleich die Aufnahme-RL keine höchstzulässige Haftdauer vorsieht, beschränken die taxativ aufgezählten Eingriffstatbestände eine Inhaftnahme auf Ausnahmefälle.[995] Zudem normiert sie – entsprechend der grundsätzlichen Zielsetzung der Neufassung – spezifische Garantien für vulnerable Personen.[996] Die Rückführungs-RL wiederum sieht die Haft unter bestimmten Voraussetzungen als legitime Zwangsmaßnahme zur Effektuierung der Abschiebung von (bereits) illegal aufhältigen Drittstaatsangehörigen vor.[997]

Wie in Kapitel 5 aufgezeigt werden konnte, setzen die Sekundärrechtsakte der EU die Mindeststandards oftmals sehr niedrig an. Ähnlich wie bei der Schubhaft in Österreich fehlt

[993] Nicht umfasst sind Unionsbürger/innen und begünstigte Drittstaatsangehörige.
[994] Art 28 Abs 3 Dublin III-VO.
[995] Art 8 Abs 3 Aufnahme-RL.
[996] Art 11 Aufnahme-RL.
[997] Art 15 Rückführungs-RL.

es an einer konkreten Ausgestaltung der primärrechtlich garantierten Verfahrensgrundrechte. Dies wird gerade im Zusammenhang mit den nur unzureichenden Verfahrensgarantien bei der Anordnung der Haft evident, etwa im Hinblick auf das Recht auf Anhörung und das Recht auf Vertretung. Positiv hervorzuheben ist, dass die Aufnahme-RL und in geringerem Maße auch die Rückführungs-RL Garantien bei der Umsetzung einer gerichtlichen Haftprüfung vorsehen. Demnach ist die obligatorische Haftprüfung in angemessenen Abständen zwingend von einer Justizbehörde durchzuführen und besteht ein Anspruch auf Rechtsberatung und -vertretung.[998] Dennoch bleiben auch im Kontext des Rechtsschutzes die Verfahrensgarantien hinter den grundrechtlichen Anforderungen zurück, wie sie in Kapitel 4 ausgeführt wurden.

Im Rahmen der Analyse der Sekundärrechtsakte haben sich verschiedene Vorgaben als relevant herauskristallisiert. Hervorzuheben ist das Verbot der Inhaftnahme ausschließlich aufgrund der Antragstellung auf internationalen Schutz bzw. aufgrund des Umstandes, dass die/der Drittstaatsangehörige in den Anwendungsbereich der Dublin III-VO fällt.[999] Des Weiteren besteht nach allen Rechtsakten das Gebot der Einzelfallprüfung (wie auch Verhältnismäßigkeit und Notwendigkeit, Ultima Ratio-Prinzip).[1000] Gerade die Dublin III-VO und die Rückführungs-RL sehen zudem vor, dass das Vorliegen von Fluchtgründen im Einzelfall zu prüfen ist und zwar anhand von objektiven gesetzlich festgelegten Kriterien, die auf innerstaatlichem Recht der Mitgliedstaaten beruhen.[1001] Eine Besonderheit der Rückführungs-RL stellt zum Zeitpunkt ihrer Inkrafttretung außerdem die erstmalige Regelung von höchstzulässigen Haftdauern dar, demnach dürfen unrechtmäßig aufhältige Drittstaatsangehörige nicht länger als 6 Monate (und nur im Ausnahmefall bis zu 18 Monaten) zum Zwecke der Abschiebung in Haft angehalten werden.[1002] Die Aufnahme-RL sieht zudem weitergehende Einschränkungen der nach Art 5 EMRK zulässigen Eingriffstatbestände im Falle von Asylsuchenden vor.[1003]

Des Weiteren hat die Anordnung der Haft unter Angabe der rechtlichen und tatsächlichen Gründe zu erfolgen und ist die betroffene Person sowohl über die Gründe der Festnahme und Anhaltung wie auch das Rechtsmittelverfahren und die Rechtsberatung bzw. -vertretung zu

[998] Art 9 Aufnahme-RL.
[999] Art 28 Dublin III-VO und Art 8 Abs 1 Aufnahme-RL.
[1000] ua. Art 28 Dublin III-VO, Art 8 Abs 1 und 2 Aufnahme-RL und Art 15 Abs 1 Rückführungs-RL.
[1001] Art 2 lit n Dublin III-VO und Art 3 Z 7 Rückführungs-RL; auch Art 8 Abs 3 lit b Aufnahme-RL; vgl insbesondere EuGH 15.03.2017, C-528/15 (Al Chodor).
[1002] Art 15 Abs 5 und 6 Rückführungs-RL.
[1003] Art 8 Abs 3 Aufnahme-RL.

informieren.[1004] Das Verwaltungsverfahren ist weiters mit der gebotenen Sorgfalt zu führen.[1005] Zur effektiven Umsetzung dieser Rechtsansprüche sehen die Rechtsakte zudem in unterschiedlichem Maße das Recht auf Dolmetschung vor.[1006] Hervorzuheben ist auch das Recht auf Rechtsberatung und -vertretung, wobei hiervon mindestens die Vorbereitung der Verfahrensdokumente und die Teilnahme an einer mündlichen Verhandlung im Namen des Antragstellers/der Antragstellerin umfasst sind.[1007] Die Aufnahme-RL stärkt den bereits im Rahmen der Rückführungs-RL entwickelten Grundsatz auf Haftprüfung und sieht vor, dass diese in angemessenen Abständen von einer Justizbehörde zu erfolgen hat.[1008] Zudem wird in Art 11 Aufnahme-RL ein besonderer Fokus auf vulnerable Personen, welche jeweils nur im Ausnahmefall und unter Beachtung der besonderen Bedürfnisse in Haft genommen werden dürfen.[1009] Die Rechtsakte fordern zudem menschenwürdige Haftbedingungen. Dies umfasst nicht zuletzt die explizit geregelte Verpflichtung zur getrennten Unterbringung von Personen, welche dem Anwendungsbereich des jeweiligen Rechtsaktes unterliegen, und Strafgefangenen, wie auch zwischen Frauen und Männern, sowie Minderjährigen und Erwachsenen. Ein Grundsatz, der sich maßgeblich in der Judikatur des EuGH entwickelt hat, stellt die Unzulässigkeit der (Straf-)Haft wegen illegalen Aufenthaltes im Anwendungsbereich der Rückführungs-RL (mit Ausnahmen) dar.[1010]

8.4 Einfachgesetzliche Grundlage in Österreich

Im Rahmen der Untersuchung der einfachgesetzlichen Bestimmungen und ihrer Umsetzung ist zwischen mehreren Teilbereichen zu differenzieren. Diese sind insbesondere das den Freiheitsentzug ermächtigende Gesetz des § 76 Abs 1 bis 3 FPG, dh die Schubhaftbestimmung per se, die Verfahrensbestimmungen der Anordnung und die Regelungen zur Durchführung und zum Vollzug. Zudem ist von der Anhaltung in Schubhaft der Festnahmeauftrag nach § 34 BFA-VG und die Festnahme nach § 40 BFA-VG zu unterscheiden.

[1004] Art 9 Abs 2 und 4 Aufnahme-RL und Art 15 Abs 2 Rückführungs-RL.
[1005] Art 9 Abs 1 Aufnahme-RL.
[1006] Art 9 Abs 4 Aufnahme-RL.
[1007] Art 9 Abs 6 Aufnahme-RL.
[1008] Art 9 Abs 5 Aufnahme-RL und Art 15 Abs 2 Rückführungs-RL.
[1009] Art 11 Aufnahme-RL.
[1010] Art 10 Aufnahme-RL und Art 16 und 17 Rückführungs-RL.

§ 76 Abs 2 FPG nimmt im Gegensatz zur Rechtslage vor dem FRÄG 2015 explizit auf das Gebot der Verhältnismäßigkeit und Notwendigkeit (iSd Ultima Ratio-Prinzips) Bezug. Hiermit wurde grundrechtlichen Standards und damit zusammenhängender Judikatur entsprechend Rechnung getragen. Gerade aus diesem Grund ist es wenig verständlich, warum von einer expliziten Erwähnung dieser Regulative im Zusammenhang mit der Festnahme (und dem Festnahmeauftrag) abgesehen wurde. Auch wenn die Vollziehung bereits direkt aus den Grundrechten an die Einhaltung des Gebots der Verhältnismäßigkeit und des Verbots der Willkür gebunden ist, wäre eine Aufnahme in den Gesetzeswortlaut des §§ 34 und 40 BFA-VG – auch angesichts der Systematik des § 76 FPG – indiziert.

Die Schubhaft in Österreich ist ausschließlich als Sicherungshaft (und nicht als Beuge- oder Strafhaft) ausgestaltet, welche entweder der Sicherung der Abschiebung, der Überstellung nach der Dublin III-VO, der Sicherung des Verfahrens zur Erlassung einer aufenthaltsbeendenden Maßnahme oder der Sicherung des Verfahrens über einen Antrag auf internationalen Schutz im Hinblick auf die Erlassung einer aufenthaltsbeendenden Maßnahme dient. Damit ist auch ihre Zuordnung zu den ermächtigenden Tatbeständen nach Art 5 Abs 1 lit f EMRK und Art 2 Abs 1 Z 7 PersFrG klargestellt, dh die Schubhaft dient ausschließlich einer beabsichtigten Ausweisung (bzw. einem schwebenden Ausweisungsverfahren). Im Gegensatz zu der Vorgängerbestimmung vor dem FRÄG 2015 kennt § 76 FPG für sich genommen keine Unterscheidung zwischen den einzelnen Aufenthaltsstatus bzw. Verfahrensstadien, diese sind allerdings für die Bestimmung des Sicherungszwecks und im Rahmen der Prüfung des Vorliegens von Fluchtgefahr (Abs 3 leg cit) nach wie vor relevant. In Schubhaft können daher bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen sämtliche Fremde mit Ausnahme von Asylberechtigten und subsidiär Schutzberechtigten genommen werden.[1011]

Die Neugestaltung der Schubhaftbestimmung erwies sich insbesondere aufgrund der mangelnden Umsetzung der objektiven gesetzlichen Kriterien im Hinblick auf die Prüfung des Vorliegens von Fluchtgefahr als notwendig. Dem Auftrag ist der Gesetzgeber in § 76 Abs 3 FPG nachgekommen. Bei der Ausgestaltung hat er sich an der Judikatur des VwGH zum Vorliegen eines Sicherungsbedarfes orientiert. In diesem Zusammenhang fällt auf, dass die Kriterien auch weitestgehend mit jenen der *20 Leitlinien zur Frage der erzwungenen*

[1011] § 1 Abs 2 FPG.

Rückkehr übereinstimmen, sodass diese dem Sinne nach als richtlinienkonform anzunehmen sind.

Bedenklich ist allerdings, dass es sich laut Gesetzgeber um eine demonstrative Aufzählung handelt, dh dass die Kriterien zum Vorliegen von Fluchtgefahr durch das BFA bzw. das BVwG erweitert werden können. Gerade im Hinblick darauf, dass die gesetzlichen Grundlagen von freiheitsentziehenden Maßnahmen einem doppelten Legalitätsprinzip unterliegen, nämlich jenem des Art 18 B-VG und jenem des Art 1 Abs 2 PersFrG ist dies nicht gerechtfertigt. Ebenso fordert die Dublin III-VO (in Übereinstimmung mit der Rückführungs-RL) explizit die Festlegung objektiver Kriterien. Aus diesem Grund stellt sich eine Erweiterung durch die Judikatur bzw. durch die verwaltungsbehördliche Praxis als weder grund- noch richtlinienkonform dar. Dies fand mittlerweile auch seine Bestätigung in der Judikatur des VwGH.[1012] Die Kriterien sind im Lichte einer grund- und unionsrechtskonformen Interpretation folglich als taxative Aufzählung zu verstehen.

Angesichts der stets durchzuführenden Einzelfallprüfung unter Beachtung der gebotenen Sorgfalt, erscheint die verpflichtende Anordnung von Schubhaft bei Nichtbefolgung von Auflagen aus dem gelinderen Mittel nach § 77 Abs 4 FPG verfassungs- und unionsrechtswidrig. Die Regelung ist auch angesichts eines eigenen Kriteriums nach § 76 Abs 3 Z 7 FPG, welches auf diesen Umstand Bezug nimmt, widersprüchlich und letztlich legistisch nicht nachvollziehbar.

Die Anordnung der Schubhaft erfolgt in aller Regel in Folge eines verkürzten Mandatsverfahrens nach § 57 AVG. Im Zuge der Arbeit an der vorliegenden Dissertation hat sich gezeigt, dass das verkürzte Verfahren den Erfordernissen im Sinn einer guten Verwaltung nach Art 41 GRC und der gebotenen Sorgfalt iSd Art 8 Abs 1 Aufnahme-RL nicht bzw. nur unzureichend gerecht wird. Auch wenn die Sekundärrechtsakte der EU wenig zu der Ausgestaltung des haftanordnenden Verfahrens enthalten, werden jedenfalls an die Anordnung der Haft explizite Qualitätsanforderungen gestellt, denen der Mandatsbescheid nicht gerecht wird. Nach Art 9 Abs 2 Aufnahme-RL muss die Anordnung sämtliche „sachlichen und rechtlichen Gründe für die Haft angeben“. Um diese entsprechend angeben zu können wie auch im Hinblick auf die Sorgfaltspflicht, bedarf es eines gesetzlich verpflichtend

[1012] VwGH 11.05.2017, Ro 2016/21/0021.

vorzusehenden Ermittlungsverfahrens unter Beachtung der allgemeinen Verfahrensgrundsätze.

Als allgemeine Grundsätze eines jeden Ermittlungsverfahrens – mit Ausnahme des verkürzten Mandatsverfahrens – gelten nach § 37 AVG die Feststellung des maßgebenden Sachverhalts und die Pflicht „den Parteien Gelegenheit zur Geltendmachung ihrer Rechte und rechtlichen Interessen zu geben“. Gerade im Hinblick darauf, dass der Schubhaft eine Festnahme (wie vielfach auch ein Festnahmeauftrag) vorangeht, welche bis zu 40 bzw. 72 Stunden aufrecht erhalten werden kann, ist die Begründung des Gesetzgebers, dass ein verkürztes Verfahren aufgrund der (vermeintlich) jedenfalls bestehenden Gefahr im Verzug notwendig sei, in keiner Weise zu folgen. Dieses Defizit stellt sich gerade aufgrund des Fehlens eines obligatorischen gerichtlichen Haftprüfungsverfahrens, der mit dem Gerichtsverfahren einhergehenden Kosten und aufgrund der mangelhaften Vertretungsleistungen aus grundrechtlichen Erwägungen als nicht ausreichend dar um arbiträrer Haft vorzubeugen.

Nach § 40 BFA-VG wird es maßgeblich der Vollziehung überlassen, wann und welche Informationen an die betroffene Person weitergegeben werden. Angesichts des grundrechtlichen Anspruchs auf Information nach Art 5 Abs 2 EMRK und des Rechts auf Verständigung von Angehörigen und eines Rechtsbeistands nach Art 4 Abs 7 PersFrG ist allerdings davon auszugehen, dass die Festgenommenen umgehend zu informieren und ihnen ehestmöglich das Recht auf Verständigung einzuräumen ist. Wie gezeigt werden konnte, bestehen diese Ansprüche auch im Falle eines zulässigen Eingriffs in den Schutzbereich, der sich nach dem PersFrG an der Allseitigkeit der Bewegungseinschränkung manifestiert.

Art 15 Rückführungs-RL sieht bei der dem Anwendungsbereich der RL zuzuordnenden Anhaltung höchstzulässige Zeiträume vor. Die Aufnahme-RL verlangt explizit, dass die Haft nur für die kürzest angemessene Haftdauer zulässig ist. Es ist zudem zu beachten, dass es sich bei der Rückführungs-RL um Mindeststandards handelt. Dem versuchte der europäische Gesetzgeber dahingehend zu begegnen, dass der RL eine Erklärung des Rates angehängt wurde, nach der die RL „nicht dazu herangezogen werden darf, die Annahme ungünstigerer Bestimmungen für Personen, auf die sie Anwendung findet, zu rechtfertigen“.[1013] Das FRÄG 2017 sieht jedoch genau dies vor. So ist die höchstzulässige Haftdauer von 4 auf 6 Monate

[1013] Anhang zur Rückführungs-RL, Rat 28.11.2008, 16.166/08, 2.

(bzw. bei Minderjährigen von 2 auf 4 Monate) ausgeweitet worden. Zusätzlich wird die Höchsthaftdauer in Rückkehrverfahren von 18 Monaten bei Vorliegen bestimmter Sachverhalte als zulässig erachtet. Dies stellt ganz klar eine Verschlechterung der Rechtspositionen der betroffenen Personen dar. Zudem wird der Auslegung des Art 15 Abs 6a der Rückführungs-RL durch den EuGH in der Rechtssache C-164/14 (Mahdi) nicht ausreichend Rechnung getragen, der eine Verlängerung der Haft nur dann als zulässig erachtet hat, wenn sich die mangelnde Kooperationsbereitschaft während der Haft ergibt.

Im Kontext der Beurteilung des AHZ Vordernberg hat sich gezeigt, dass die Übertragung von Kernkompetenzen an private Sicherheitsunternehmen, im Rahmen der Strukturierung des Tagesablaufes und der Überwachung, verfassungsrechtlich nicht ausreichend gedeckt ist.[1014]

Resümierend kann in Bezug auf die Forschungsfrage festgestellt werden, dass die gesetzlichen Grundlagen der Schubhaft nach § 76 FPG, wie auch der Festnahme im Auftrag des BFA nach §§ 34 und 40 BFA-VG, grund- und unionsrechtlichen Anforderungen unter Heranziehung einer entsprechenden Interpretation über weite Teile genügen. Klarere Regeln und weitergehende Verfahrensgarantien wären jedoch geboten, um willkürlicher Haft effektiv vorzubeugen.
Als grundrechts- wie auch unionsrechtswidrig haben sich hingegen die Verfahrensbestimmungen der Anordnung nach §§ 76 Abs 4 und 77 Abs 4 FPG erwiesen.

8.5 Gerichtliche Haftprüfung

Kapitel 7 widmete sich dem Verfahren vor dem BVwG, welches entweder durch die Erhebung einer Schubhaftbeschwerde oder im Rahmen der amtswegigen Haftprüfung nach 4 Monaten erfolgt. Bei der Schubhaftbeschwerde nach § 22a BFA-VG handelt es sich zwar um eine klassische Haftbeschwerde, welche jedoch aufgrund ihrer besonderen Konstellation als Beschwerde sui generis ausgestaltet ist. Beschwerdegegenstände können der Schubhaftbescheid per se, die Festnahme wie auch die Anhaltung im Rahmen der Festnahme als klassischer Akt behördlicher Befehls- und Zwangsgewalt sowie die bisherige Anhaltung in Schubhaft und die Fortsetzung der Schubhaft darstellen. Kein Gegenstand sind hingegen die Modalitäten während der Anhaltung, welche etwa im Rahmen einer eigenen

[1014] Vgl hierzu ausführlich Kapitel 6.1.10.1.

Maßnahmenbeschwerde beanstandet werden können. Nach § 22a Abs 1a BFA-VG sind die verfahrensrechtlichen Vorschriften der Maßnahmenbeschwerden anzuwenden (wie etwa unmittelbare Einbringung beim BVwG, keine aufschiebende Wirkung, etc.). Eine Besonderheit des Mandatsbescheides ist, dass dieser außer Kraft tritt, wenn er nicht innerhalb von 14 Tagen vollstreckt wird und damit nicht mehr bekämpfbar ist. Zu beachten ist, dass das BVwG bereits unmittelbar aufgrund Art 6 Abs 1 PersFrG innerhalb einer Frist von 1 Woche über eine Schubhaftbeschwerde zu entscheiden hat, sofern die Anhaltung noch andauert.

Erhebliche Defizite zeigten sich bei der Ausgestaltung des gerichtlichen Haftprüfungsverfahrens. Nicht zuletzt aufgrund der fehlenden obligatorischen Haftprüfung bei gleichzeitigem Kostenrisiko und einem unzureichenden effektiven Zugang zu rechtlicher Vertretung wird das Verfahren den Anforderungen des Art 6 PersFrG und Art 5 Abs 4 EMRK wie auch des Art 47 GRC und Art 13 EMRK nur ungenügend gerecht. In Bezug auf den Schubhaftbescheid kommt erschwerend hinzu, dass dieser in einem verkürzten verwaltungsbehördlichen Mandatsverfahren erfolgt, was eine amtswegige Prüfung umso dringender erscheinen lässt.

Die Aufnahme- und Rückführungs-RL gestatten zwar, dass die Haftprüfung durch eine Justizbehörde erst nach einem entsprechenden Antrag durchgeführt wird, doch sehen sie in diesen Fällen spezifische Informationsrechte vor. Demnach ist die betreffende Person unverzüglich über das „Verfahren für die Anfechtung der Haftanordnung sowie über die Möglichkeit [zu] informier[en], unentgeltlich Rechtsberatung und -vertretung in Anspruch“[1015] nehmen zu können. Dies wird im Rahmen der Verfahrensanordnung jedoch nicht ausreichend sichergestellt. Es ist zudem zu bedenken, dass sich die in Haft befindlichen Personen, ob der spezifischen Haftsituation, weder an eine in diesem Bereich tätige NGO noch anwaltliche Vertretung wenden können. Angesichts dieser Einschränkung erscheinen auch die Hürden für eine Kontaktaufnahme mit der zugewiesenen Rechtsberatungsinstitution den fehlenden obligatorischen Rechtsschutz in keiner Weise auszugleichen. Bedenklich ist zudem, dass die Sorgfaltspflichten des § 48 BFA-VG erst mit Kontaktaufnahme der betroffenen Personen zu der Rechtsberatung entstehen.

[1015] Art 9 Abs 4 Aufnahme-RL.

Bestehende Rechtsschutzdefizite zeigten sich auch in Bezug auf die Haftprüfung nach Art 6 Abs 2 PersFrG, demnach hat ein Gericht die Zulässigkeit der Fortsetzung (im Falle einer Anhaltung von unbestimmter Dauer) in angemessenen Abständen zu überprüfen. Art 9 Abs 4 Aufnahme-RL sieht hierzu vor, dass die Überprüfung in angemessenen Abständen durch eine Justizbehörde zu erfolgen hat.

Hingegen sieht § 80 Abs 6 FPG lediglich eine Überprüfung durch das BFA alle 4 Wochen und erst nach 4 Monaten eine gerichtliche Haftprüfung durch das BVwG (§ 22a Abs 4 BFA-VG) vor, was lediglich den Anforderungen des Art 15 Abs 3 Rückführungs-RL zu entsprechen vermag. Entsprechend der Aufnahme-RL, welche – im Gegensatz zu der Rückführungs-RL – von Beginn an die Überprüfung durch eine Justizbehörde fordert, wäre folglich eine amtswegige Überprüfung der Haft durch das BVwG (und nicht das BFA) aufgrund der einfachgesetzlichen Bestimmungen bereits nach 4 Wochen durchzuführen. Angesichts der ausreichenden Bestimmtheit des Art 9 Abs 4 Aufnahme-RL ist in dessen Anwendungsbereich eine unmittelbare Anwendbarkeit durchaus anzunehmen.

Die erstmalige gerichtliche Überprüfung nach 4 Monaten Haft ist angesichts vergleichbarer Haftregime, welche eine obligatorische Überprüfung von zwei Wochen bis höchstens alle ein bis zwei Monate (etwa: UbG, StPO) vorsehen, unangemessen lang.

Es stellt sich zudem als grundrechtlich bedenklich dar, dass keine spezifischen Verfahrensgarantien im Kontext des Haftprüfungsverfahrens vorgesehen sind. So ist dem Gesetzeswortlaut weder zu entnehmen, dass die/der Inhaftierte über die Gründe der weiteren Anhaltung vom BFA informiert werden muss, noch dass sie/er hierzu im Rahmen der fortgesetzten Anhaltung Stellung nehmen kann. Da sich die betroffene Person in diesen Fällen bereits seit mindestens 4 Wochen in Haft befindet, kann ein Absehen von elementaren Verfahrensgrundsätzen jedenfalls mit dem Vorliegen von Gefahr im Verzug nicht (mehr) begründet werden.

Die Ausgestaltung der amtswegigen Haftprüfung ist mit den Rechtsakten der EU wie auch den Grundrechten auf mehreren Ebenen somit nicht in Einklang zu bringen.

Wie in Kapitel 7.2.2 dargelegt werden konnte, besteht sowohl nach Art 5 Abs 4 EMRK, Art 6 PersFrG wie auch nach Art 47 GRC ein Anspruch auf Durchführung einer mündlichen Beschwerdeverhandlung. Aufgrund der erheblichen Unterschiede in Verfahren nach § 22a BFA-VG und den sonstigen Verfahren, welche in den Anwendungsbereich des BFA-VG

fallen, stellt sich die Anwendung des § 21 Abs 7 BFA-VG als sachlich nicht gerechtfertigt und verfehlt dar. Ein Anspruch auf Anhörung ist entsprechend einer grundrechtskonformen Interpretation in jedem Fall anzunehmen. Jedenfalls ist eine mündliche Beschwerdeverhandlung dann zwingend durchzuführen, wenn das BVwG über die Fortsetzung der Anhaltung als Titelgericht entscheidet.

Als grundrechtlich bedenklich hat sich zudem das bestehende Kostensystem dargestellt, das sowohl die Gerichtsgebühren für die Einbringung der Beschwerde, gegebenenfalls Dolmetschleistungen, wie auch den Kostenersatz gegenüber dem BFA (bzw. dem Bund) umfasst, da das Kostenrisiko geeignet ist die betroffene Person von der Erhebung eines Rechtsmittels abzuhalten.

Die eingangs aufgeworfene Fragestellung lässt sich somit dahingehend beantworten, dass gerade im Bereich des Rechtsschutzes erhebliche Defizite bestehen. Durch die derzeitige Ausgestaltung wird den bestehenden grundrechtlichen Anforderungen, wie insbesondere dem Prinzip der Waffengleichheit und dem effektiven Zugang zu einem Gericht, in bedenklicher Weise in etlichen Punkten nicht ausreichend Rechnung getragen. Nicht anders ist die Rechtslage im Hinblick auf die Anforderungen der Art 9 Aufnahme-RL und Art 15 Rückführungs-RL zu beurteilen.

8.6 Ausblick

Die im Rahmen des BGBl I 84/2017 veröffentlichte Novelle des Fremdenrechts weist darauf hin, dass sich eine zunehmend schärfere Gangart gegen Fremde, insbesondere im Kontext irregulärer Migration, fortsetzt. Auch wenn die Verschärfungen Auswirkungen auf den Themenkomplex der Schubhaft haben, zeigt sich, dass Haft von Fremden in Hinkunft zunehmend auch außerhalb des gesetzlich doch sehr ausführlich geregelten Tatbestandes an Bedeutung gewinnen wird. Gerade die gesetzliche Einführung und Regelung von Beugehaft im Falle, dass die/der Fremde nicht ausreichend bei der Beschaffung von (Ersatz-)Reisedokumenten mitwirkt, wird mit hoher Wahrscheinlichkeit zu einem Anstieg an Inhaftierungen führen, welche im Falle der Nicht-Durchsetzbarkeit ebenso zur Schubhaft führen können. Nicht anders verhält es sich mit den Gebietsbeschränkungen und Wohnsitzauflagen, welche zu teils erheblichen Einschränkungen im Recht auf Freizügigkeit

führen werden und bei Verletzung gegebenenfalls Schubhaft nach § 76 FPG rechtfertigen können. Es wird Aufgabe weiterer Untersuchungen (und in letzter Konsequenz auch der Judikatur) sein, sich mit diesen (im erweiterten Sinne auch für den Bereich der Schubhaft relevanten) Themen zu beschäftigen und diese im Hinblick auf ihre Verfassungs- und Unionsrechtskonformität einer Prüfung zu unterziehen.

Es darf nicht vergessen werden, dass es sich bei dem Recht auf persönliche Freiheit um einen Grundpfeiler einer jeden demokratischen Gesellschaft handelt. Die Rückbesinnung auf dieses fundamentale Recht wird, in sich stark verändernden Zeiten der zunehmenden Globalisierung und des abermaligen Aufkeimens autoritärer Regime, demnach umso wichtiger.

9 Anhang

9.1 Literaturverzeichnis

Ammer, *Margit*: Schubhaft und Asyl, juridikum 2007, 72 [*Ammer*, juridikum 2007].

Amnesty International: Stellungnahme zu FRÄG 2017 Teil II, ME FRÄG 2017 Teil II 12/ SN-311/ME XXV. GP [*Amnesty International,* FRÄG 2017]

Baldaccini, Anneliese: The Return and Removal of Irregular Migrants under EU Law, An Analysis of the Returns Directive. EjML 2009 (11) 1 [*Baldaccini*, EjML 2009]

Benndorf, *Jeanette*/*Wiener, Stephan:* Das neue Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl, Ein Meilenstein der verwaltungsbehördlichen Entwicklung im Asyl- und Fremdenrecht, SIAK-Journal 4 2012, 81 [*Benndorf*/*Wiener*, SIAK 2012]

Berka, *Walter*: Verfassungsrecht. Grundzüge des österreichischen Verfassungsrechts für das juristische Studium[6] (2016) [*Berka*, Verfassungsrecht]

Brandl, *Ulrike*: Asyl und Einwanderung, in Eilmansberger/Herzig (Hg), Jahrbuch Europarecht 2012, 487 [*Brandl,* Jahrbuch Europarecht 2012].

Brandl, *Ulrike*: Asyl und Einwanderung, in Herzig (Hg), Jahrbuch Europarecht 2014, 451 [*Brandl,* Jahrbuch Europarecht 2014].

Brandl, *Ulrike*: Asyl und Einwanderung, in Herzig (Hg), Jahrbuch Europarecht 2015, 463 [*Brandl,* Jahrbuch Europarecht 2015].

Brickner, *Irene*: Europarat-Kommissar: "Haft von Flüchtlingen nur allerletztes Mittel", Der Standard 15.02.2017 [*Brickner*, Der Standard 15.02.2017]

Buchholtz, *Gabriele*: Der EuGH liefert „Grundrecht auf Sicherheit" in Neuauflage – Zugleich: Der Balanceakt zwischen Freiheit und Sicherheit als Herausforderung des gebeutelten Rechtsstaats <https://www.juwiss.de/25-2016/#comments> [*Buchholtz*, JuWissBlog 2016]

BMI: Das Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl, Organigramm <http://bfa.gv.at/ bundesamt/organigramm/start.aspx> [*BMI*, Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl, Organigramm]

BMI: Das Case-Owner-Prinzip <http://www.bfa.gv.at/presse/thema/thema2.aspx> [*BMI*, Case-Owner-Prinzip]

BMI: LPD Steiermark, Organigramm (exemplarisch für sämtliche Bundesländer) <http:// www.polizei.gv.at/stmk/lpd/organigramm/egfa.aspx> [*BMI*, LPD Steiermark, Organigramm (exemplarisch für sämtliche Bundesländer)]

BMI: LPD Wien, Organigramm <http://www.polizei.gv.at/wien/lpd/organigramm/ organigramm_afa.aspx> [*BMI*, LPD Wien, Organigramm]

BMI: Jahresstatistik 2005 des BMI zu Asyl und Fremdenrechtsstatistik <http://www.bmi.gv.at/ cms/BMI_Asylwesen/statistik/files/Jahr2005.pdf)> [*BMI,* Jahresstatistik 2005]

Brandl, *Ulrike:* Dauer der Haft in einem Asylverfahren, FABL 2010-II, 10 [*Brandl*, FABL 1/2010]

Bruckner, *Rene*: Das Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz (NAG) - Die Neukodifikation des österreichischen Zuwanderungsrechts, migraLex 2006, 3 [*Bruckner,* migraLex 2006]

Bürstmayr, Georg: Vom Urknall im österreichischen Fremdenrecht – die Schubhaftbeschwerde, in Nowak/Sauer (Hg), Vom Umgang mit den "Anderen": historische und menschenrechtliche Perspektiven der Abschiebung (2013) 145 [*Bürstmayr,* Schubhaftbeschwerde]

Buttersack, *Gwendolyn*: EU-Aufnahmerichtlinie, Künftige Inhaftierungswellen von Asylanten? MiGazin 2013 <http://www.migazin.de/2013/02/07/eu-aufnahmerichtlinie-kunftige-inhaftierungswellen-von-asylanten/> [*Buttersack*, MiGazin 2013]

BVwG: Fachbereiche <https://www.bvwg.gv.at/fachbereiche/start_fb.html> [*BVwG*, Fachbereiche]

BVwG: Tätigkeitsbericht 2015, Bundesverwaltungsgericht, 1. Februar 2015 - 31. Jänner 2016, BVwG <https://www.bvwg.gv.at/allgemeines/taetigkeitsbericht/BVwG-Taetigkeitsbericht_2015_bf.pdf?5i84tj> [*BVwG*, Tätigkeitsbericht 2015]

BVwG: Geschäftsverteilung 2016 <https://www.bvwg.gv.at/amtstafel/Geschaeftsverteilung_2016_2.pdf?5foi36> [*BVwG*, Geschäftsverteilung 2016]

Davy, *Benjamin*: Gefahrenabwehr im Anlagenrecht, Forschungen aus Staat und Recht (1990) [*Davy*, Gefahrenabwehr]

Depenheuer, *Otto*/*Grabenwarter*, *Christoph*: Der Staat in der Flüchtlingskrise, Zwischen gutem Will und geltendem Recht (2016) [*Depenheuer*/*Grabenwarter,* Der Staat in der Flüchtlingskrise]

Der Standard: Asyl-Notverordnung: „Totaler Zusammenbruch der Einrichtungen droht", 01.09.2016 <http://derstandard.at/2000043618337/Asyl-Notverordnung-Totaler-Zusammenbruch-der-Einrichtungen-droht> [*Der Standard*, Asyl-Notverordnung: „Totaler Zusammenbruch der Einrichtungen droht" 01.09.2016]

Diem, Lukas: Zuständigkeiten im Fremdenrecht. Überlegungen aus verfassungsrechtlicher und rechtspolitischer Sicht, migraLex 2015, 11 [*Diem,* migraLex 2015]

EASO: guidance on reception conditions - operational standards and indicators (2016) [*EASO*, guidance on reception conditions]

ECRE: Policy Note: The Road out of Dublin: reform of the Dublin Regulation (2016) <http://www.ecre.org/wp-content/uploads/2016/10/Policy-Note-02.pdf> [*ECRE*, Dublin Regulation]

Ehlers, *Dirk*: Allgemeine Lehren der Unionsgrundrechte, in Ehlers (Hg), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten[4] (2014) 513 [*Ehlers*, Unionsgrundrechte allgemein]

Eisenberger, Iris/Ennöckl, Daniel/Helm, Wolfgang: Die Maßnahmenbeschwerde[2] (2016) [*Eisenberger*/*Ennöckl*/*Helm,* Maßnahmenbeschwerde]

EU-Rat: Empfehlungen Nr. 15046/15, 17.12.2015 <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-15435-2015-INIT/de/pdf> [*EU-Rat*, Empfehlungen Nr. 15046/15]

Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte: Guide on Article 5 of the Convention – Right to liberty and security[2] (2014) <http://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_5_ENG.pdf> [*EGMR*, Art 5-Guide]

Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte: Leitfaden zu den Zulässigkeitsvoraussetzungen[3] (2014) <http://www.echr.coe.int/Documents/Admissibility_guide_DEU.pdf> [*EGMR*, Zulässigkeitsvoraussetzungen]

Europäische Kommission: Fact Sheet # 3.1 Tampere Geburtsstunde der EU-Politik für Justiz und Inneres (2002) <http://ec.europa.eu/councils/bx20040617/tampere_09_2002_de.pdf> [*Europäische Kommission,* Fact Sheet Tampere]

Europäische Kommission: Grünbuch über das künftige Gemeinsame Europäische Asylsystem, 06.06.2007, KOM(2007) 301 [*Europäische Kommission*, Grünbuch]

Europäische Kommission: Das Haager Programm: Zehn Prioritäten für die nächsten fünf Jahre. Die Partnerschaft zur Erneuerung Europas im Bereich der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, KOM(2005) 184; ABl 2005/C 236 [*Europäische Kommission,* Haager Programm]

Europäische Kommission: Das Stockholmer Programm: Ein offenes und sicheres Europa im Dienste und zum Schutz der Bürger, ABl 2010/C 115/01 [*Europäische Kommission,* Stockholmer Programm]

Europäische Kommission: Mehr Verantwortung bei der Bewältigung der Flüchtlingskrise: Europäische Kommission bringt Gemeinsames Europäisches Asylsystem auf Kurs und leitet 40 Vertragsverletzungsverfahren ein, 23.09.2015 <http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-5699_de.htm#_ftnref3> [*Europäische Kommission,* Vertragsverletzungsverfahren]

Europäische Kommission: Regulation of the European Parliament and of the Council, establishing a common procedure for international protection in the Union and repealing Directive 2013/32/EU, 13.07.2016, COM(2016) 467 [*Europäische Kommission*, Reformvorschlag Asylverfahren]

Europäische Kommission: Vorschlag zur Rückführungs-RL, 01.09.2005 KOM (2005) 391 [*Europäische Kommission*, Vorschlag zur Rückführungs-RL]

Europäisches Parlament: Schlussfolgerungen des Vorsitzes in Tampere, Europäischer Rat 15. und 16. Oktober 1999 <*http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_de.htm*> [*Europäisches Parlament*, Schlussfolgerungen Tampere 1999]

Fassmann, *Heinz*/*Fenzl, Heide-Marie*: Asyl und Flucht, in Fassmann/Stacher (Hg), Österreichischer Migrations- und Integrationsbericht (2003) 284 [*Fassmann*/*Fenzl*, Asyl und Flucht]

Feßl, Johannes/Holzschuster, Irene: Asylgesetz 2005; einschließlich des im Fremdenpolizeigesetz geregelten Schutzes vor Abschiebung (2006) [*Feßl*/*Holzschuster*, Asylgesetz]

Filzwieser, Christian/Frank, Michaela/Kloibmüller, Mariella/Raschhofer, Ramona: Asyl- und Fremdenrecht, Kommentar (2016) [*Filzwieser*/*Frank/Kloibmüller/Raschhofer*, Asyl- und Fremdenrecht]

Filzwieser, Christian/Sprung, Andrea: Dublin III-Verordnung: das Europäische Asylzuständigkeitssystem, Kommentar (2014) [*Filzwieser*/*Sprung*, Dublin III-Verordnung]

Forum Asyl: Wahrnehmungsbericht 2006, Auswirkungen des Fremdenrechtspakets auf den Asylbereich <www.integrationshaus.at/cgi-bin/file.pl?id=214> [*Forum Asyl*, Wahrnehmungsbericht 2006]

FRA: Alternatives to detention for asylum seekers and people in return procedures (2015) <fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2015-alternatives-to-detention-compilation-key-materials-2_en.pdf> [*FRA,* Alternatives to detention]

FRA: Handbuch zu den europarechtlichen Grundlagen im Bereich Asyl, Grenzen und Migration (2014) [*FRA*, Handbuch Asyl]

FRA: Inhaftnahme von Drittstaatsangehörigen in Rückführungsverfahren (2010) [*FRA*, Rückführungsverfahren]

Franßen-de la Cerda, *Boris*: Die Vergemeinschaftung der Rückführungspolitik – das Inkrafttreten der EU-Rückführungsrichtlinie, ZAR 2008, 377 [*Franßen-de la Cerda*, ZAR 2008]

Frenz, Walter: Handbuch Europarecht, Band 4 Europäische Grundrechte (2009) [*Frenz*, Europäische Grundrechte]

Frenz, Walter: Handbuch Europarecht, Band 5 Wirkungen und Rechtsschutz (2010) [*Frenz*, Rechtsschutz]

Frischhut, *Markus*/*Ranacher*, *Christian*: Unionsrecht und Verwaltungsgerichtsbarkeit erster Instanz, in Larcher (Hg), Handbuch Verwaltungsgerichte, Die Grundlagen der Verwaltungsgerichtsbarkeit I. Instanz (2013) 64 [*Frischhut*/*Ranacher*, Verwaltungsgerichtsbarkeit]

Frühwirth, *Ronald*: Das Recht auf gerichtliche Haftprüfung im Schubhaftregime, juridikum 2010, 199 [*Frühwirth,* juridikum 2010]

Frühwirth, *Ronald*: Dublin-Kroatien: Das Vorabentscheidungsverfahren beim EuGH und seine Auswirkungen, 31.10.2016, <http://www.ronald-fruehwirth.at/das-neueste.html> [*Frühwirth*, Dublin-Kroatien]

Fuchs, *Tobias*: Der Fall N.S., DeLuxe 2012 [*Fuchs*, DeLuxe 2012]

Gächter, August/Recherche Gruppe: Von Inlandarbeiterschutzgesetz bis EURODAC-Abkommen, in Gürses/Kogoj/Mattl, Gastarbajteri: 40 Jahre Arbeitsmigration (2004) 31 [*Gächter,* Inlandarbeiterschutzgesetz]

Grabenwarter, Christoph/Fister, Mathis: Verwaltungsverfahrensrecht und Verwaltungsgerichtsbarkeit[4] (2014) [*Grabenwarter*/*Fister*, Verwaltungsverfahrensrecht]

Grabenwarter, Christoph/Pabel, Katharina: Europäische Menschenrechtskonvention[5] (2012) [*Grabenwarter*/*Pabel*, EMRK]

Grandner, Margarete: Staatsbürger und Ausländer. Zum Umgang Österreichs mit den jüdischen Flüchtlingen nach 1918, in Heiss/Rathkolb (Hg), Asylland wider Willen. Flüchtlinge in Österreich im europäischen Kontext seit 1914 (1995) 60 [*Grandner,* Staatsbürger]

Grof, *Alfred*: Der oö Verwaltungssenat als MRK-konforme Rechtsschutzinstitution?, ÖJZ 1995, 281 [*Grof*, ÖJZ 1995]

Groschedl, Anna: Die Besorgung polizeilicher Aufgaben durch Private am Beispiel des Anhaltezentrums Vordernberg, migraLex 2014, 75 [*Groschedl*, migraLex 2014]

Grosinger, Walter: Einbindung Privater in den Schubhaftvollzug, ÖJZ 2015/87, 678 [*Grosinger*, ÖJZ 2015/87]

Grussmann, *Bernhard*: Fremdenrecht, in Bachmann/Giese/ua (Hg), Besonders Verwaltungsrecht[2] (1998) 79 [*Grussmann*, Fremdenrecht]

Hailbronner, *Kay*: Die Neuregelung der Bereiche Freier Personenverkehr, Asylrecht und Einwanderung, in Hummer (Hg), Die Europäische Union nach dem Vertrag von Amsterdam (1998) 179 [*Hailbronner*, Die Neuregelung der Bereiche Freier Personenverkehr, Asylrecht und Einwanderung]

Halm-Forsthuber, Sebastian/*Höhl, Marianne*/*Nedwed, Peter*: Besonderheiten im fremden- und asylrechtlichen Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht, ÖJZ 2014/50, 293 [*Halm-Forsthuber*/*Höhl*/*Nedwed*, ÖJZ 2014/50]

Helm, *Wolfgang*: Die Maßnahmenbeschwerde von 1991 bis 2014, in Larcher (Hg), Handbuch Verwaltungsgerichte, Die Grundlagen der Verwaltungsgerichtsbarkeit I. Instanz (2013) 280 [*Helm*, Maßnahmenbeschwerde bis 2014]

Heiss, Gernot: Ausländer, Flüchtlinge, Bolschewiken: Aufenthalt und Asyl 1918-1933, in Ders./Rathkolb, (Hg), Asylland wider Willen. Flüchtlinge in Österreich im europäischen Kontext seit 1914 (1995) 86 [*Heiss,* Ausländer]

Heißl, *Gregor*: Grundrechtliche Aspekte der Verwaltungsgerichte, in Larcher (Hg), Handbuch Verwaltungsgerichte, Die Grundlagen der Verwaltungsgerichtsbarkeit I. Instanz (2013) 44 [*Heißl*, Grundrechtliche Aspekte der Verwaltungsgerichte]

Hengstschläger, Johannes/Leeb, David: Verwaltungsverfahrensrecht: Verfahren vor den Verwaltungsbehörden und Verwaltungsgerichten[5] (2014) [*Hengstschläger*/*Leeb*, Verwaltungsverfahrensrecht]

Hengstschläger, Johannes/Leeb, David: Grundrechte[2] (2013) [*Hengstschläger*/*Leeb*, Grundrechte]

Hoffmann-Holter, Beatrix: Jüdische Kriegsflüchtlinge in Wien, in Heiss/Rathkolb (Hg), Asylland wider Willen. Flüchtlinge in Österreich im europäischen Kontext seit 1914 (1995) 45 [*Hoffmann-Holter,* Kriegsflüchtlinge]

Höhl, *Marianne*/*Ortner*, *Bedia*: Unterbringung von Schubhäftlingen in normalen Haftanstalten gemeinsam mit gewöhnlichen Strafgefangenen, migraLex 2014, 53 [*Höhl*/*Ortner*, migraLex 2014]

Holzinger, *Gerhart*/*Hiesel*, *Martin*: Verfahren vor den Gerichtshöfen des öffentlichen Rechts, I. Band: Verfassungsgerichtsbarkeit[4] (2015) [*Holzinger*/*Hiesel*, Verfassungsgerichtsbarkeit]

Hörich, *Carsten*: Die Rückführungsrichtlinie: Entstehungsgeschichte, Regelungsgehalt und Hauptprobleme, ZAR 9/2011, 281 [*Hörich*, ZAR 9/2011]

Hruschka, *Constantin*: The (reformed) Dublin III Regulation—a tool for enhanced effectiveness and higher standards of protection? ERA Forum 2014, 469 [*Hruschka*, ERA Forum 2014]

Hurich, *Christoph*: Straftatbestände des österreichischen Fremdenpolizeirechts (2017) [*Hurich*, Straftatbestände des Fremdenrechts]

Jahn, *Daniela*/*Maurer*, *Andreas*/*Oetzmann*, *Verena*/*Riesch, Andrea*: Diskussionspapier Forschungsgruppe EU-Integration Stiftung Wissenschaft und Politik Deutsches Institut für Internationale Politik und Sicherheit: Asyl und Migrationspolitik der EU - Ein Kräftespiel zwischen Freiheit, Recht und Sicherheit; Diskussionspapier der FG 1 (2006) <http://www.swp-berlin.org/fileadmin/contents/products/arbeitspapiere/AsylpolitikKS1.pdf> [*Jahn*/*Maurer*, Asyl und Migrationspolitik der EU]

Kasper, *Lioba*: Defizite im Rechtsschutz? Unabhängige Instanz zur Überprüfung negativ entschiedener Asylverfahren. juridikum 2013, 319 [*Kasper,* juridikum 2013]

Kempen, *Bernhard*: Abschiebung, in Depenheuer/Grabenwarter (Hg), Der Staat in der Flüchtlingskrise, Zwischen gutem Will und geltendem Recht (2016) 216 [*Kempen,* Abschiebung]

Khakzadeh, *Lamiss Magdalena*: Die Schubhaft - Rechtsfragen des Vollzugs und des Rechtsschutzes, migraLex 2003, 43 [*Khakzadeh,* migraLex 2003]

Khakzadeh-Leiler, Lamiss: Die Schubhafttatbestände in der Judikatur des VwGH, juridikum 2010, 220 [*Khakzadeh-Leiler*, juridikum 2010]

Klammer, Stephan/Matti, Emanuel: Zum unionsrechtlichen Rahmen der Inhaftnahme von Flüchtlingen, migraLex 2015, 34 [*Klammer*/*Matti,* migraLex 2015]

Köhler, Martin: Die neue Verwaltungsgerichtsbarkeit, Kärntner Verwaltungsakademie (2013) [*Köhler*, Verwaltungsgerichtsbarkeit]

Kolonovits, Dieter/Muzak, Gerhard/Stöger, Karl: Grundriss des österreichischen Verwaltungsverfahrensrechts[10] (2014) [*Kolonovits*/*Muzak*/*Stöger*, Verwaltungsverfahrensrechts]

Kopetzki, *Christian:* Das Bundesgesetz zum Schutz der persönlichen Freiheit, in Korinek/Holoubek (Hg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht III (10. Lfg. 2011) *[Kopetzki*, PersFrG]

Koxeder, *David*: Die Anwesenheitspflicht in Erstaufnahmestellen (Teil 1), FABL 2/2014-I, 12 [*Koxeder,* FABL 2/2014-I]

Kriebaum, *Ursula*: Freiheitsbeschränkungen im Transitbereich, in Grabenwarter/Thienel (Hg), Kontinuität und Wandel der EMRK (1998) 71 [*Kriebaum*, Transitbereich]

Lachmayer, Konrad: Die Neustrukturierung der Sicherheitsbehörden. Zwischen Effizienz und Rechtsstaatlichkeit, Jahrbuch öffentliches Recht (2013) 181 [*Lachmayer,* JÖR 2013]

Larcher, Albin: Aktivlegitimation bei Maßnahmenbeschwerden, in Heißl (Hg), Handbuch Menschenrechte: allgemeine Grundlagen - Grundrechte in Österreich - Entwicklungen - Rechtsschutz (2009) 573 [*Larcher,* Aktivlegitimation]

Mayer, *Heinz*/*Kucsko-Stadlmayer*, *Gabriele*/*Stöger*, Karl: Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts[11] (2015) [*Mayer*/*Kucsko-Stadlmayer*/*Stöger*, Bundesverfassungsrecht]

Mayer, *Heinz*/*Muzak*, *Gerhard*: Das österreichische Bundes-Verfassungsrecht, Kurzkommentar[5] (2015) [*Mayer*/*Muzak*, Bundes-Verfassungsrecht]

Matouschek, *Bernd*/*Wodak*, *Ruth*/*Januschek*, *Franz*: Notwendige Maßnahmen gegen Fremde? Genese und Formen von rassistischen Diskursen der Differenz (1995) [*Matouschek*/*Wodak*/*Januschek,* Notwendige Maßnahmen gegen Fremde?]

Matti, *Emanuel*/*Pichler*, *Roland*/*Steinwendtner*, *Christoph*: Schubhaft und Rechtsschutz, migraLex 2014, 67 [*Matti*/*Pichler*/*Steinwendtner*, migraLex 2014]

Meinhart, Edith: Im neuen Bundesamt für Fremdenrecht und Asyl herrscht Stillstand, Profil, 30.7.2014 <http://www.profil.at/oesterreich/im-bundesamt-fremdenrecht-asyl-stillstand-377072> [Meinhart, Profil 30.07.2014]

Menschenrechtsbeirat: Rechtsschutz für Schubhäftlinge – Bericht und Empfehlungen des Menschenrechtsbeirates (2008) [*Menschenrechtsbeirat*, Rechtsschutz für Schubhäftlinge]

Menschenrechtsbeirat: Stellungnahme zum Begutachtungsentwurf des BMI zum Asyl- und Fremdenpolizeigesetz 2005, 45/SN-259/ME XXII. GP [*Menschenrechtsbeirat*, Asyl- und Fremdenpolizeigesetz 2005]

Morgades-Gil, *Sílvia*: The Discretion of States in the Dublin III System for Determining Responsibility for Examining Applications for Asylum: What Remains of the Sovereignty and Humanitarian Clauses After the Interpretations of the ECtHR and the CJEU? Int J Refugee Law 2015, 433 [*Morgades-Gil*, Int J Refugee Law 2015]

Muzak, *Gerhard*: Fremdengesetz, in Muzak/Taucher/Pinter/Lobner (Hg), Fremden- und Asylrecht (Loseblattsammlung bis 2005) [*Muzak*, Fremdengesetz]

Muzak, Gerhard: Ist die Zwangsernährung in der Schubhaft nach dem FPG zulässig? RdM 2008/24, 36 [*Muzak,* RdM 2008]

Muzak, Gerhard: Die Schubhaft nach dem FPG 2005 (FN 1), migraLex 2007, 81 [*Muzak*, migraLex 2007]

Muzak, Gerhard: Die Schubhaftprüfung durch die UVS nach dem FPG 2005, UVSaktuell 2007, 140 [*Muzak, UVSaktuell 2007*]

Neugschwendtner, Thomas: Schubhaft nach dem Fremdengesetz 1997 (Diss. Univ. Wien 2002) [*Neugschwendtner,* Fremdengesetz 97]

Nowak, Manfred: Überprüfung der Schubhaft durch die unabhängigen Verwaltungssenate, Kann § 5a Fremdenpolizeigesetz verfassungskonform interpretiert werden?, ZfV 1991, 388 [*Nowak,* ZfV 1991]

Öhlinger, Theo/*Eberhard, Harald*: Verfassungsrecht[11] (2016) [*Öhlinger*/*Eberhard,* Verfassungsrecht]

Parlament: Fremdenrechtsänderungsgesetz muss aufgrund eines Formalfehlers nochmals beschlossen werden, Parlamentskorrespondenz Nr. 910 vom 27.07.2017 [Parlamentskorrespondenz Nr. 910 vom 27.07.2017]

Peers, *Steve*: Reconciling the Dublin system with European fundamental rights and the Charter, ERA Forum 2014, 485 [*Peers*, ERA Forum 2014]

Peers, *Steve*: EU Justice and Home Affairs Law[3] (2011) [*Peers*, EU Justice]

Perchinig, *Bernhard*: Die Europäisierung der österreichischen Migrations- und Integrationspolitik, in 2. Österreichischer Migrations- und Integrationsbericht 2001 - 2006 (2007) 131 [*Perchinig,* Europäisierung]

Pesendorfer, *Christine*/*Posch*, *Albert*: Rechtsschutzsystem der EU, in Hafner/Kumin/Weiss (Hg), Recht der Europäischen Union (2013) 186 [*Pesendorfer*/*Posch*, Rechtsschutzsystem]

Pfeifer, N.n.: Das neue österreichische Asylgesetz, JBl 1969, 57 [*Pfeifer,* JBL 1969]

Pfleger, Eva-Caroline: Die asylrechtliche Ausweisung (Diss. Univ. Wien 2009) [*Pfleger,* Ausweisung]

Pöschl Magdalena, B-VG Art 78a in *Korinek*/*Holoubek* (Hg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht I (2. Lfg 1999) [*Pöschl*, B-VG Art 78a]

Pürgy, Erich: Die Landesverwaltungsgerichte erster Instanz: Zuständigkeiten und Aufgabenbesorgung, in *Holoubek*/*Lang* (Hg), Die Verwaltungsgerichtsbarkeit erster Instanz (2013) 49 [*Pürgy,* Landesverwaltungsgerichte]

Pro Asyl: EU-Asyl-Paket: Neuregelungen der Asyl-Richtlinien und -Verordnungen – Erste Einschätzungen von PRO ASYL, 12.06.2013 <https://www.proasyl.de/wp-content/uploads/2013/06/PRO_ASYL_EU_Asylpaket_Wesentliche_AEnderungen_Juni_2013.pdf> [*Pro Asyl*, EU-Asyl-Paket]

Pro Asyl: Flucht ist kein Verbrechen! Stellungnahme zur geplanten Änderung der EU-Aufnahmerichtlinie hinsichtlich der Inhaftierungsmöglichkeiten von Asylsuchenden, 15.05.2012 <https://www.proasyl.de/wp-content/uploads/2012/09/PRO_ASYL_Stellungnahme_zur_EU_Aufnahmerichtlinie_Haft_15__5_2012_endgueltig.pdf> [*Pro Asyl*, EU-Aufnahmerichtlinie neu]

Randl, *Heike*: Freiheitsentzug ohne taugliche Rechtsgrundlage wird durch »generelle Deckung im FPG« nicht rechtmäßig, FABL 2/2011-II, 13 [*Randl*, FABL 2/2011-II]

Rath-Kathrein, *Irmgard*: Fragen der Aufenthaltssicherheit im FremdenG 1997, ecolex 1997, 713 [*Rath-Kathrein*, ecolex 1997]

Rathkolb, Oliver: Asyl-und Transitland 1933-1938?, in Heiss/Ders. (Hg), Asylland wider Willen. Flüchtlinge in Österreich im europäischen Kontext seit 1914 109 (1995) [*Rathkolb,* Asyl-und Transitland]

Rechnungshof: Vollzug der Schubhaft mit Schwerpunkt Anhaltezentrum Vordernberg, Bund 2016/22 [*Rechnungshof*, Vollzug der Schubhaft]

Reiter, Ilse: Die Freizügigkeit auf dem Schubkarren - Zum Spannungsverhältnis von Ausweisungsrecht und Bewegungsfreiheit in der Habsburgermonarchie im ausgehenden 19. Jahrhundert, forum historiae iuris 2001 <forhistiur.de/2001-04-reiter/> [*Reiter,* Freizügigkeit]

Reiter, Ilse: Ausgewiesen, abgeschoben: eine Geschichte des Ausweisungsrechts in Österreich vom ausgehenden 18. bis ins 20. Jahrhundert (2000) [*Reiter*, Ausgewiesen]

Reiter-Zatloukal, Ilse: „…ein äußerst gefährliches Subjekt"! Zur Rechtsgeschichte des österreichischen Ausweisungsrechts, in Nowak/Sauer (Hg), Vom Umgang mit den "Anderen": historische und menschenrechtliche Perspektiven der Abschiebung (2013) 61 [*Reiter-Zatloukal,* gefährliches Subjekt]

Rohregger, Michael: Revisionen an den VwGH, Die Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung als Zulässigkeitsvoraussetzung, ecolex 2014, 760 [*Rohregger*, ecolex 2014]

Rosenmayr, Stefan: Aufenthaltsverbot, Schubhaft und Abschiebung, ZfV 1988, 1 [*Rosenmayr,* ZfV 1988]

Rossi, *Mathias*: Art 79 AEUV, in Calliess/Ruffert (Hg), EUV/AEUV - Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta[4] (2011) [*Rossi*, AEUVArt 79]

Schieffer, *Martin*: Directive 2008/115/EC of the European Parliament and of the Council of 16 December 2008 on common standards and procedures in Member States for returning illegally staying third-country nationals, in Hailbronner (Hg), EU immigration and asylum law: commentary on EU regulations and directives (2010) 1489 [*Schieffer*, Directive 2008/115/EC]

Schima, Bernhard: Das Vorabentscheidungsverfahren vor dem EuGH[3] (2015) [*Schima*, Vorabentscheidungsverfahren]

Schmalzl, *Christian*: BFA-VG § 40f., in *Schrefler-König/Szymanski* (Hg), Fremdenpolizei- und Asylrecht, Kommentar (2.Lfg 2015) [*Schmalzl,* BFA-VG]

Schramm Alfred, Artikel 6 der Europäischen Grundrechtecharta, in *Holoubek*/*Lienbacher* (Hg.), Grundrechtecharta der Europäischen Union [*Schramm*, GRC Art 6]

Schrefler-König, Alexandra: Die Neustrukturierung der Fremdenrechtsbehörden: Schaffung des Bundesamtes für Fremdenwesen und Asyl, Jahrbuch Öffentliches Recht 2013, 207 [*Schrefler-König*, JÖR 2013]

Schumacher, *Sebastian*/*Peyrl*, *Johannes*: Ratgeber Fremdenrecht[2] (2006) [*Schumacher*/*Peyrl*, Fremdenrecht]

Schwerhoff, Gerd: Vertreibung als Strafe, Der Stadt- und Landesverweis im Ancien Régime in Hahn/Komlosy/Reiter (Hg), Ausweisung-Abschiebung-Vertreibung in Europa: 16.-20. Jahrhundert (2006) 48 [*Schwerhoff*, Vertreibung]

Steiner, Stephan: Abgeschoben ist nicht aufgehoben, Fortschaffung und Rückkunft von Deportierten im Habsburgerreich des 18. Jahrhunderts, in Nowak/Sauer (Hg), Vom Umgang mit den "Anderen": historische und menschenrechtliche Perspektiven der Abschiebung (2013) 17 [*Steiner*, Abgeschoben]

Sterkl, Maria: Wer nicht geht, wird eingesperrt, Der Standard 01.02.2017 <http://derstandard.at/2000051873113/Wer-nicht-geht-wird-eingesperrt> [*Sterkl*, Wer nicht geht, wird eingesperrt, Der Standard 01.02.2017]

Stern, *Joachim*: Verfahrenshilfe und Rechtsberatung - Neue Entwicklungen und alte Fragen, in Filzwieser/Taucher (Hg), Asyl- und Fremdenrecht: Jahrbuch 2016 (2016) 151 [*Stern*, Rechtsberatung neu?]

Stern, *Joachim*: Rechtsberatung für Asylwerber (2012) [*Stern*, Rechtsberatung]

Sueß, Eduard: Erinnerungen (1916) 331f, Zit. nach Reiter, Die Freizügigkeit auf dem Schubkarren - Zum Spannungsverhältnis von Ausweisungsrecht und Bewegungsfreiheit in der Habsburgermonarchie im ausgehenden 19. Jahrhundert, forum historiae iuris 2001, Rn 16 <forhistiur.de/2001-04-reiter/> [*Sueß*, Erinnerungen]

Sunjic, *Melita*: Globale Flüchtlingstrends und die Asylsituation in Österreich, in Heiss/Rathkolb (Hg), Asylland wider Willen. Flüchtlinge in Österreich im europäischen Kontext seit 1914 (1995) 248 [*Sunjic,* Flüchtlingstrends]

Szymanski, *Wolf*: Europa im Sommer 2015 - Aktuelles zur Flüchtlingskrise, migraLex 2015, 84 [*Szymanski,* migraLex 2015]

Szymanski, *Wolf*: FPG § 76 und BFA-VG § 34, in *Schrefler-König/Szymanski* (Hg), Fremdenpolizei- und Asylrecht (3.Lfg 2016) [*Szymanski,* FPG/BFA-VG]

Szymanski, *Wolf*: Die Verwaltungsreform 2012 und ihre Auswirkungen auf das Fremdenrecht (Teil 1), migraLex 2012, 107 [*Szymanski,* migraLex 2012]

Taucher, *Isabella*: Schubhaft, in Filzwieser/Taucher (Hg), Asyl- und Fremdenrecht: Jahrbuch 2016 (2016) 151 [*Taucher*, Schubhaft]

Thienel, Rudolf: Schubhaftprüfung verfassungskonform?, ÖJZ 1992, 705 [*Thienel,* ÖJZ 1992]

Tretter, *Hannes*: Grundrechte in Österreich, Eine Einführung (2007) [*Tretter*, Grundrechte]

Tschohl, *Christof*: Recht auf persönliche Freiheit, Freizügigkeit, Niederlassungsfreiheit, in Heißl (Hg), Hanbuch Menschenrechte (2008) 131 [*Tschohl*, Freiheit]

UNHCR: Kurzanalyse der Regierungsvorlage für das Fremdenrechtsänderungsgesetz 2009, erstellt für den parlamentarischen Gesetzgebungsprozess, 2.10.2009 <http://www.refworld.org/pdfid/50588a1d2.pdf> [*UNHCR*, Kurzanalyse FRÄG 2009]

UNHCR: "Monitoring" der Schubhaft Situation von Asylsuchenden, Oktober-Dezember 2008, <http://www.unhcr.at/fileadmin/rechtsinfos/fluechtlingsrecht/4_oesterreich/4_2_asyl_positionen/4_2_3_positionen_2006-2010/FR_AUS_Positionen_2010-Haft_022009.pdf> [*UNHCR*, Monitoring Schubhaft]

UNHCR: Überarbeitete UNHCR-Stellungnahme zur Auslegung und Reichweite des Art. 31 I des Abkommens über die Rechtsstellung der Flüchtlinge vom Mai 2004 [*UNHCR*, Stellungnahme zu Art 31 Abs 1 GFK]

UNHCR: Stellungnahme zum FRÄG 2017 Teil II, ME FRÄG 2017 Teil II 20/SN-311/ME XXV. GP [*UNHCR*: FRÄG 2017 Teil II]

Volksanwaltschaft: Bericht an den Nationalrat und an den Bundesrat, Präventive Menschenrechtskontrolle (2015) <http://volksanwaltschaft.gv.at/downloads/k2ma/PB39pr%C3%A4ventiv.pdf> [*Volksanwaltschaft*, Präventive Menschenrechtskontrolle]

Volksanwaltschaft: Missstandsfeststellungen und Veranlassungen der Volksanwaltschaft 2015 <http://volksanwaltschaft.gv.at/downloads/m2tr/missstandfeststellungen_der_volksanwaltschaft_-_bundesverwaltung-1.pdf> [*Volksanwaltschaft*, Missstandsfeststellungen 2015]

Volksanwaltschaft: Sonderbericht Anhaltezentrum Vordernberg (2015) ≤http://volksanwaltschaft.gv.at/downloads/1i6dp/SB_Vordernberg.pdf> [*Volksanwaltschaft*, Anhaltezentrum Vordernberg]

Wendelin, Harald: Fast überall fremd. Die Praxis der Abschiebungen im 19. Jahrhundert, in Nowak/Sauer (Hg), Vom Umgang mit den "Anderen": historische und menschenrechtliche Perspektiven der Abschiebung (2013) 45 [*Wendelin,* Praxis der Abschiebungen]

Wiederin, Ewald: B-VG Art 10 Abs 1 Z 3 Tb. 4, 5, 6, Art 10 Abs 3, Art 12 Abs 4 und Art 15 Abs 6, in Korinek/Holoubek (Hg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht I (10. Lfg 2011) [*Wiederin,* B-VG]

Wiederin, Ewald: Das Bundesverwaltungsgericht: Zuständigkeiten und Aufgabenbesorgung, in Holoubek /Lang (Hg), Die Verwaltungsgerichtsbarkeit erster Instanz (2013) 29 [*Wiederin*, Bundesverwaltungsgericht]

Wiederin, Ewald: Die Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung, in Holoubek /Lang (Hg), Das Verfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof (2015) 33 [*Wiederin*, Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung]

Wiederin, *Ewald*: Aufenthaltsbeendende Massnahmen im Fremdenpolizeirecht (1993) [*Wiederin,* Aufenthaltsbeendende Massnahmen]

9.2 Judikaturverzeichnis

A. Höchstgerichtliche Judikatur

A.1. Verfassungsgerichtshof

VfGH 12.03.1992, G346/91
VfGH 07.03.1994, B115/93
VfGH 08.03.1994, G112/93
VfGH 15.10.2004, G237/03
VfGH 24.06.2006, B362/06
VfGH 14.06.2007, G14/07
VfGH 15.06.2007 B1330/06
VfGH 15.06.2007 B1331/06
VfGH 08.06.2010, V372/2008
VfGH 28.02.2011, G47/10
VfGH 28.06.2011, B254/11
VfGH 27.06.2012, U151/12
VfGH 13.03.2013, U1175/12
VfGH 01.10.2013, B45/2013
VfGH 11.06.2014, U823/2013
VfGH 26.06.2014, E4/2014-11
VfGH 19.09.2014, U634/2013
VfGH 10.03.2015, G180/2014
VfGH 12.03.2015, G151/2014
VfGH 12.03.2015, E4/2014
VfGH 24.06.2015, G193/2014
VfGH 09.03.2016, G447/2015
VfGH 09.06.2016, E31/2016
VfGH 13.06.2016, V152/2015
VfGH 24.11.2016, E178/2016
VfGH 02.12.2016, G105/2015
VfGH 14.03.2017, G164/2016

VfSlg 5944/1969
VfSlg 7608/1975
VfSlg 8815/1980
VfSlg 9917/1984
VfSlg 9983/1984
VfSlg 10.378/1985
VfSlg 12.094/1989
VfSlg 12.845/1991
VfSlg 13.037/1992
VfSlg 13.039/1992
VfSlg 13.300/1992
VfSlg 13.314/1992
VfSlg 13.453/1993
VfSlg 13.806/1994
VfSlg 13.914/1994
VfSlg 14.086/1995
VfSlg 14.324/1995
VfSlg 14.473/1996
VfSlg 14.730/1997
VfSlg 14.981/1997
VfSlg 15.131/1998
VfSlg 15.372/1998
VfSlg 15.451/1999
VfSlg 15.465/1999
VfSlg 15.743/2000
VfSlg 16.354/2001
VfSlg 16.383/2001
VfSlg 16.400/2001
VfSlg 17.331/2004
VfSlg 17.340/2004
VfSlg 17.341/2004
VfSlg 17.891/2006
VfSlg 18.418/2007
VfSlg 19.472/2011
VfSlg 19.323/2011
VfSlg 19.632/2012
VfSlg 19.652/2012
VfSlg 19.675/2012
VfSlg 19.790/2013
VfSlg 19.845/2014
VfSlg 19.968/2015
VfSlg 19.632/2012

A.2. Verwaltungsgerichtshof

VwGH 23.09.1994, 94/17/0278
VwGH 25.11.1994, 94/02/0261
VwGH 09.06.1995, 95/02/0146
VwGH 21.03.1997, 95/02/0383
VwGH 27.03.1998, 95/02/0506
VwGH 18.12.1998, 95/21/0981
VwGH 01.08.2000, 97/21/0845
VwGH 28.06.2002, 2002/02/0138
VwGH 18.09.2003, 98/18/0364
VwGH 31.03.2005, 2002/20/0582
VwGH 31.05.2005, 2005/20/0095
VwGH 08.09.2005, 2005/21/0301
VwGH 22.06.2006, 2006/21/0081
VwGH 31.08.2006, 2006/21/0087
VwGH 13.09.2006, 2006/18/0111
VwGH 27.02.2007, 2006/21/0311
VwGH 22.05.2007, 2006/21/0052
VwGH 30.08.2007, 2007/21/0043
VwGH 30.08.2007, 2007/21/0054
VwGH 30.08.2007, 2006/21/0107
VwGH 24.10.2007, 2006/21/0239
VwGH 22.11.2007, 2006/21/0189
VwGH 22.11.2007, 2006/21/0333
VwGH 20.12.2007, 2007/21/0261
VwGH 20.12.2007, 2006/21/0359
VwGH 07.02.2008, 2007/21/0402
VwGH 29.04.2008, 2008/21/0085
VwGH 29.04.2008, 2007/21/0146
VwGH 28.05.2008, 2007/21/0233
VwGH 28.05.2008, 2007/21/0246
VwGH 28.05.2008, 2007/21/0332
VwGH 18.06.2008, 2007/21/0070
VwGH 17.07.2008, 2007/21/0419
VwGH 23.10.2008, 2006/21/0128
VwGH 20.11.2008, 2006/21/0071
VwGH 25.11.2008, 2006/20/0044
VwGH 18.02.2009, 2006/21/0125
VwGH 18.02.2009, 2006/21/0261
VwGH 18.02.2009, 2006/21/0541
VwGH 17.03.2009, 2006/21/0301
VwGH 17.03.2009, 2007/21/0542
VwGH 27.03.2009, 2007/21/0019
VwGH 30.04.2009, 2007/21/0541
VwGH 27.05.2009, 2008/21/0036
VwGH 08.07.2009, 2008/21/0404
VwGH 29.09.2009, 2008/21/0461
VwGH 22.10.2009, 2007/21/0068
VwGH 24.11.2009, 2009/21/0088
VwGH 24.11.2009, 2007/21/0122
VwGH 24.11.2009, 2007/21/0617
VwGH 22.12.2009, 2009/21/0185
VwGH 22.12.2009, 2009/21/0208
VwGH 23.09.2010, 2009/21/0280
VwGH 23.09.2010, 2007/21/0432
VwGH 30.09.2010, 2010/03/0051
VwGH 27.01.2010, 2009/21/0009
VwGH 27.01.2010, 2008/21/0349
VwGH 25.03.2010, 2009/21/0121
VwGH 25.03.2010, 2009/21/0281
VwGH 25.03.2010, 2008/21/0617
VwGH 23.09.2010, 2009/21/0280
VwGH 09.11.2010, 2007/21/0360
VwGH 21.12.2010, 2007/21/0498
VwGH 27.01.2011, 2010/21/0425
VwGH 27.01.2011, 2008/21/0595
VwGH 24.02.2011, 2010/21/0502

VwGH 22.03.2011, 2008/21/0079 VwGH 19.05.2011, 2008/21/0527 VwGH 19.05.2011, 2009/21/0214
VwGH 19.05.2011, 2010/21/0106 VwGH 05.07.2011, 2010/21/0032 VwGH 05.07.2011, 2008/21/0080
VwGH 30.08.2011, 2008/21/0107 VwGH 20.10.2011, 2010/21/0459 VwGH 20.10.2011, 2010/21/0503
VwGH 17.11.2011, 2010/21/0514 VwGH 15.12.2011, 2010/21/0292 VwGH 26.01.2012, 2008/21/0626
VwGH 19.04.2012, 2009/21/0047 VwGH 19.04.2012, 2011/21/0123 VwGH 16.05.2012, 2011/21/0229
VwGH 28.08.2012, 2010/21/0291 VwGH 28.08.2012, 2010/21/0517 VwGH 25.10.2012, 2012/21/0064
VwGH 16.11.2012, 2011/21/0065 VwGH 13.12.2012, 2011/21/0097 VwGH 19.03.2013, 2011/21/0128
VwGH 19.03.2013, 2011/21/0246 VwGH 18.04.2013, 2012/21/0248 VwGH 16.05.2013, 2011/21/0185
VwGH 11.06.2013, 2013/21/0024 VwGH 11.06.2013, 2012/21/0114 VwGH 02.08.2013, 2012/21/0111
VwGH 17.10.2013, 2013/21/0041 VwGH 20.02.2014, 2013/21/0109 VwGH 20.02.2014, 2013/21/0178
VwGH 20.02.2014, 2013/21/0080 VwGH 20.02.2014, 2013/21/0184 VwGH 19.03.2014, 2013/21/0138
VwGH 19.03.2014, 2013/21/0181 VwGH 19.03.2014, 2013/21/0225 VwGH 29.03.2014, Ro 2014/21/0049
VwGH 25.04.2014, 2013/21/0209 VwGH 22.05.2014, 2013/21/0144 VwGH 22.05.2014, Ro 2014/21/0047
VwGH 22.01.2015, Ro 2014/21/0069 VwGH 19.02.2015, Ro 2015/21/0002
VwGH 19.02.2015, Ro 2014/21/0075 VwGH 24.03.2015, Ro 2015/21/0003
VwGH 24.03.2015, Ro 2014/21/0051 VwGH 24.03.2015, Ro 2014/21/0077
VwGH 24.03.2015, Ro 2014/21/0080 VwGH 23.04.2015, Ro 2014/21/0051
VwGH 23.04.2015, Ro 2014/21/0077 VwGH 19.05.2015, Ro 2015/21/0001
VwGH 19.05.2015, Ra 2014/21/0002 VwGH 19.05.2015, Ro 2015/21/0004
VwGH 19.05.2015, Ro 2015/21/0008 VwGH 19.05.2015, Ro 2015/21/0015
VwGH 19.05.2015, Ro 2015/21/0016 VwGH 19.05.2015, Ro 2015/21/0017
VwGH 19.05.2015, Ro 2014/21/0062 VwGH 19.05.2015, Ro 2014/21/0065
VwGH 19.05.2015, Ro 2014/21/0070 VwGH 19.05.2015, 2014/21/0071
VwGH 30.06.2015, Ro 2015/21/0011 VwGH 30.06.2015, Ro 2015/21/0021
VwGH 03.09.2015, Ro 2015/21/0025 VwGH 03.09.2015, Ro 2015/21/0012
VwGH 03.09.2015, Ro 2015/21/0032 VwGH 15.10.2015, Ro 2015/21/0026
VwGH 28.12.2015, Ra 2015/21/0240 VwGH 28.01.2016, Ra 2015/21/0114
VwGH 24.05.2016, Ra 2016/21/0101 VwGH 30.06.2016, 2015/21/0011
VwGH 30.06.2016, Ra 2016/21/0178 VwGH 15.09.2016, Ra 2016/21/0234
VwGH 20.10.2016, Ro 2015/21/0031 VwGH 20.10.2016, Ra 2015/21/0091
VwGH 20.10.2016, Ra 2016/21/0243 VwGH 16.11.2016, Ra 2016/18/0041
VwGH 17.11.2016, Ro 2016/21/0016 VwGH 17.11.2016, Ra 2016/21/0251
VwGH 17.11.2016, Ra 2016/21/0270 VwGH 20.12.2016, Ro 2016/21/0018
VwGH 20.12.2016, Ra 2016/21/0229 VwGH 23.02.2017, Ra 2016/21/0152
VwGH 25.03.2017, Ro 2017/21/0005 VwGH 11.05.2017, Ro 2017/21/0001
VwGH 11.05.2017, Ro 2016/21/0010 VwGH 11.05.2017, Ro 2016/21/0021
VwGH 11.05.2017, Ro 2016/21/0022 VwGH 11.05.2017, Ra 2017/21/0036
VwGH 11.05.2017, Ro 2015/21/0040 VwGH 11.05.2017, Ro 2015/21/0041
VwGH 11.05.2017, Ra 2017/21/0047 VwGH 11.05.2017, Ra 2015/21/0108
VwGH 11.05.2017, Ra 2016/21/0144 VwGH 11.05.2017, Ra 2015/21/0188
VwGH 11.05.2017, Ra 2016/21/0369

B. Verwaltungsgerichte

BVwG 24.11.2015, W190 2117309-1 BVwG 29.02.2016, G301 2121934-1
BVwG 04.03.2016, W117 2119634-1 BVwG 15.03.2016, W140 2122717-1
BVwG 18.03.2016, W112 2120185-1 BVwG 12.04.2016, W137 2123546-1
BVwG 22.12.2016, W117 2126305-2 BVwG 17.01.2017, W117 2136315-4
BVwG 10.04.2017, W268 2152119-1 BVwG 12.04.2017, W197 2152586-1
BVwG 25.04.2017, W 140 2153459-1

LVwG 08.04.2016, LVwG-M-40/002-2015

C Europäische Judikatur

C.1 Gerichtshof der Europäischen Union

EuGH 15.6.1964, Rs C-6/64 (Costa gegen Enel)
EuGH 15.05.1986, 222/1984 (Johnston/Nordirland)
EuGH 10.12.1998, C-221/97 P (Schröder/Kommission)
EuGH 10.11.2009, C-357/09 (Kadzoev)
EuGH 22.12.2010, C-279/09 (DEB)
EuGH 14.04.2011, C-42/10, C-45/10 und C-57/10 (Vlaamse Dierenartsenvereniging und Janssens)
EuGH 28.04.2011, C-61/11 PPU (El Dridi)
EuGH 06.12.2011, C-329/11 (Achughbabian)
EuGH 21.12.2011, C-411/10 und C-493/10 (N.S.)
EuGH 06.12.2012, C-430/11 (Md Sagor)
EuGH 31.03.2013, C−12/11 (McDonagh)
EuGH 30.05.2013, C-534/11 (Mehmet Arslan)
EuGH 10.08.2013, C-383/13 (MG, NR)
EuGH 19.09.2013, C−579/12 RX-II (Überprüfung Kommission/Strack)
EuGH 05.06.2014, C-164/14 (Mahdi)
EuGH 17.07.2014, C-473/13 und C-514/13 (Bero)
EuGH 17.07.2014, 474/13 (Thi Ly Pham)
EuGH 01.10.2015, C 290/14 (Celaj)
EuGH 15.02.2016, C-601/15 PPU (J.N.)
EuGH 07.06.2016, C−47/15 (Affum)
EuGH 10.11.2016, C-452/16 PPU (Poltorak)
EuGH 10.11.2016, C-453/16 PPU (Özçelik)
EuGH 10.11.2016, C-477/16 PPU (Kovalkovas)
EuGH 16.02.2017, C-578/16 (C.K. u.a.)
EuGH 15.03.2017, C-528/15 (Al Chodor u.a.)
EuGH 05.04.2017, C-36/17 (Ahmed)
EuGH 26.07.2017, Rs C-225/16 (Ouhrami)

C.2. Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte

EGMR 21.02.1975, 4451/1970 (Golder/UK)
EGMR 06.09.1978, 5029/1971 (Klass/Deutschland)
EGMR 09.10.1979, 6289/1973 (Airey/Irland)
EGMR 24.10.1979, 6.301/73 (Winterwerp/Niederlanden)
EGMR 06.11.1980. 7367/1976 (Guzzardi/Italien)
EGMR 05.11.1981, 7215/1975 (X/UK)
EGMR 07.07.1989, 14.038/1988 (Soering/UK)
EGMR 30.08.1990 12.244/1986 (Fox, Campbell und Harley/UK)
EGMR 30.10.1991, 13163/1987 (Vilvarajah/UK)
EGMR 25.08.1993, A/266-B (Chorherr/Österreich)
EGMR 24.11.1994, 17.621/1991 (Kemmache/Frankreich)
EGMR 23.10.1995, A 328 (Gradinger/Österreich)
EGMR 25.06.1996, 19.776/1992 (Amuur/Frankreich)
EGMR 15.11.1996, 22.414/1993 (Chahal/UK)
EGMR 28.10.1998, 23.452/94 (Osman/UK)
EGMR 25.03.1999, 31.195/96 (Nikolova/Bulgarien)
EGMR 04.08.1999, 31.464/1996 (Douiyeb/Niederlande)
EGMR 04.04.2000, 42.117/1998 (Bollan/UK)
EGMR 05.04.2001, 26.899/1995 (H.B./Schweiz)
EGMR 02.08.2001, 44.955/1998 (Vittorio et Luigi Mancini/Italien)
EGMR 05.02.2002, 51.564/1999 (Conka/Belgien)
EGMR 21.03.2002, 47.679/1999 (Stasaitis/Litauen)
EGMR 13.06.2002, 388.361/1997 (Anguelova/Bulgarien)
EGMR 06.02.2003, 46.827/1999 46951/99 (Mamatukulov und Abdurasulvic/Türkei)
EGMR 25.09.2003, 52.792/1999 (Vasileva/Denmark)
EGMR 09.10.2003, 48.321/1999 (Slivenko/Lettland)
EGMR 28.10.2003, 58973/00 (Rakevich/Russland)
EGMR 04.11.2003, 47.244/1999 (Novotka/Slowakei)

EGMR 13.07.2004, 38.668/1997 (Ciszewski/Polen)
EGMR 25.01.2005, 60.538/2000 (Singh/Tschechische Republik)
EGMR 01.03.2005, 29.798/1996 uvm (Lloyd ua/UK)
EGMR 16.06.2005, 61.603/2000 (Storck/Deutschland)
EGMR 08.11.2005, 6847/2002 (Khudoyorov/Russland)
EGMR 12.10.2006, 13178/2003 (Mubilanzila Mayeka und Kaniki Mitung/Belgien)
EGMR 23.11.2006, 73.053/01 (Jussila/Finnland)
EGMR 13.03.2007, 23.393/05 (Castravet/Moldawien)
EGMR 29.01.2008, 13229/03 (Saadi/UK)
EGMR 02.10.2008, 34.082/2002 (Rusu/Österreich)
EGMR 13.01.2009, 37048/2004 (Nikolaishvili/Georgien)
EGMR 19.02.2009, 3455/2005 (A ua./UK)
EGMR 11.06.2009, 53541/2007 (S.D./Griechenland)
EGMR 22.09.2009, 30.471/2008 (Abdolkhani und Karminia/Türkei)
EGMR 05.11.2009, 1108/2002 (Kolevi/Bulgarien)
EGMR 07.01.2010, 25.965/2004 (Rantsev/Zypern und Russland)
EGMR 15.06.2010, 38.663/2006 (Mladoschovitz/Österreich)
EGMR 21.01.2011, 30.696/2009 (M.S.S./Belgien und Griechenland).
EGMR 21.06.2011, 30.195/2009 (Shimovolos/Russland)
EGMR 26.07.2011 41.416/2008 (M ua./Bulgarien)
EGMR 24.01.2012, 61.485/2008 (Brega ua./Moldavien)
EGMR 17.02.2012, 36.760/2006 (Stanev/Bulgarien)
EGMR 15.03.2012, 39692/2009, 40713/2009 und 41008/2009 (Austin u.a./Vereinigtes Königreich)
EGMR 28.08.2012 71.407/2010 (Simons/Belgien)
EGMR 30.06.2015, 41.418/04 (Khoroshenko/Russland)
EGMR 22.09.2015, 62.116/2012 (Nabil u.a./Ungarn)

9.3 Sonstiges

RV 692 BlgNR XVIII. GP
(Erläut)RV 685 BlgNR XX. GP
ErläutRV 952 BlgNR XXII. GP
(Erläut)RV 1618 BlgNR XXIV. GP
ErläutRV 1803 BlgNR XXIV. GP
ErläutME 279/ME XXV. GP
ErläutME FRÄG 2017 Teil II, 311/ME XXV. GP
ErläutME 92/ME XXV. GP
ErläutRV 582 XXV. GP
ErläutRV 1523 XXV. GP

Anfragebeantwortung des BMI, 396/AB XXV. GP
Anfragebeantwortung des BMI, 11/AB XXV. GP
Vertrag über die Vergabe von Dienstleistungen, Schubhaftzentrum Vordernberg, Zahl: BMI-OA1320/0077-1110/2012, im Anhang zu 11/AB XXV. GP
Erlass des Ministeriums des Innern 18.03.1868, Zl 3785
Erlässe des BMI, Zlen 38.756-4/58 und 28.000-2A/61

Erläuterungen zur GRC, ABl 2007 C 303/0019
Anhang zur Rückführungs-RL, Rat 28.11.2008, 16.166/08, 2

9.4 Abbildungen/Tabellen

Abbildung 1: Prüfungsschema Schubhaft (S. 187 f.)

Tabelle 1: Höchstzulässige Haftdauern (S. 197)

Tabelle 2: Beendigung der Schubhaft (S. 205)

Abstract

Der Begriff *Schubhaft* beinhaltet bereits die beiden zentralen Aspekte, welche den Interessen der einzelnen davon Betroffenen diametral gegenüberstehen: Hierbei handelt es sich um eine *Haft*, dh den Entzug der persönlichen Freiheit und sie dient dem *Schub*, dh in letzter Konsequenz dem Ziel der zwangsweisen Abschiebung in ein Land, in welches die/der Betroffene nicht freiwillig ausreisen will. Den Interessen der betroffenen Person stehen die Interessen an einem geordneten Fremdenwesen gegenüber, welches irreguläre Migration zu unterbinden versucht. In diesem Spannungsverhältnis bewegt sich die vorliegende Dissertation.

Zu Beginn der Arbeit wird ein historischer Überblick über die Entwicklungen dieses Haftregimes gegeben. Hierbei zeigt sich bereits die große Komplexität des Bereichs, da er nicht nur nationalen und internationalen Rechtsentwicklungen unterworfen ist, sondern ebenso den sich wandelnden politischen Diskursen.

In einem nächsten Schritt wird die Rechtsmaterie verfassungs- und einfachgesetzlich verortet und ihre zentralen Rechtsanwender/innen überblicksmäßig dargestellt. An dieser Stelle gilt ein Hauptaugenmerk der Einordnung der Zuständigkeiten zwischen LPD und BFA auf Ebene der vollziehenden Behörden, zwischen BVwG und LVwG auf Ebene der Rechtsmittelinstanz und zwischen VwGH und VfGH auf Ebene der höchstgerichtlichen Judikatur wie auch zwischen EuGH und EGMR auf Ebene der supranationalen Rechtsprechung.

Den Grundrechten kommt im Bereich der Freiheitsentziehung besondere Bedeutung zu, die für die Schubhaft relevanten Menschenrechtsregulative werden daher in einem eigenen Kapitel dargestellt und ihre konkreten Vorgaben herausgearbeitet. Neben dem zentralen Grundrecht auf persönliche Freiheit und Sicherheit, verfassungsrechtlich geschützt durch das PerFrG und Art 5 EMRK wie auch primär-europarechtlich durch Art 6 GRC, war insbesondere den justiziellen Grundrechten, allen voran Art 47 GRC, ein Hauptaugenmerk zu widmen. Demnach besteht nicht nur der verfassungsrechtliche Anspruch auf Schutz vor willkürlicher Haft, sondern ebenso auf einen entsprechenden Rechtsschutz.

Wie der Titel der Dissertation bereits nahelegt, ist ein zentraler Rahmen für die Beurteilung und Analyse der innerstaatlichen Schubhaftbestimmungen die europarechtlichen Vorgaben, hierbei insbesondere die Sekundärrechtsakte der EU. Kritisch analysiert wurden die Dublin III-VO, Aufnahme-RL und Rückführungs-RL, die konkreten Vorgaben betreffend den Verfahren, höchstzulässige Dauer der Haft, Haftbedingungen und -garantien vorsehen.

Abstract

Obgleich sämtliche Rechtsakte die Grundrechte als Leitmotive in den Erwägungen anführen, haben sie teils eine andere Ausrichtung als die grundrechtlichen Standards. Dies zeigt sich insbesondere im Zusammenhang mit der Auslegung der Rückführungs-RL durch den EuGH, der wiederholt dem Ziel des Rechtsaktes, nämlich die Rückkehr des unrechtmäßig aufhältigen Drittstaatsangehörigen, im Gegensatz zu den Interessen der Person hohe Bedeutung zugestand. Nichtsdestotrotz sind nach den unionsrechtlichen Vorgaben Garantien wie etwa Menschenwürde, Kindeswohl, Rechtsschutz, Sorgfaltspflicht und der Grundsatz des Non-Refoulement, explizit statuiert und damit stets zu beachten.

Der Hauptteil der vorliegenden Arbeit widmet sich der einfachgesetzlichen Ausgestaltung der Schubhaft und der damit im Zusammenhang stehenden Festnahme sowie dem gerichtlichen Haftprüfungsverfahren – unter besonderer Beachtung der zuvor gezogenen Schlüsse aus den verfassungs- und europarechtlichen Vorgaben.

Gerade in den letzten Jahren kam es zu einer teils erheblichen Neustrukturierung des Schubhaftsystems, zum einen aufgrund der Verwaltungsreform, welche im Jahre 2014 in Kraft trat, und zum anderen aufgrund der umzusetzenden Rechtsakte der EU wie auch aufgrund der teils damit im Zusammenhang stehenden Rechtsprechung der Höchstgerichte. Neben der konkreten Darstellung der Voraussetzungen, welche an eine rechtmäßige Anordnung gestellt werden, wird kritisch auf das verkürzte Mandatsverfahren zur Erlassung des Bescheides eingegangen werden. Das FRÄG 2017 sieht Verschärfungen im Bereich der Beurteilung des Vorliegens der Fluchtgefahr und der höchstzulässigen Haftdauer vor, welche insbesondere mit Blick auf die Grundrechte kritisch zu hinterfragen waren.

Der Rechtsschutz wird in einem weiteren Kapitel einer kritischen Würdigung unterzogen, wobei der Frage nachgegangen wird, ob die derzeitige Ausgestaltung des gerichtlichen Haftprüfungsverfahrens grund- und unionsrechtlichen Ansprüchen zu genügen vermag. Da für einen effektiven Rechtsschutz die Beteiligung am Verfahren wie auch die Prozesskostenhilfe zentral sind, werden in diesem Kapitel das Recht auf Durchführung einer mündlichen Beschwerdeverhandlung, das amtswegige Haftprüfungsverfahren und die bestehenden Komplementärmechanismen einer Analyse unterzogen.

Abschließend werden die Ergebnisse der Untersuchung zusammengeführt und ihre zentralen Erkenntnisse wie auch zentralen Problemstellungen im Hinblick auf verfassungs- und unionsrechtlichen Vorgaben dargestellt.

Abstract

The detention pending deportation (*Schubhaft*) interferes especially in two main aspects with the interests of the individual concerned: first of all the detention itself, viz. the deprivation of liberty, and secondly the objective of the compulsory measure of the deportation, viz. th involuntary repatriation. In opposition to the interests of the individual concerned, the authorities are interested to prevent irregular migration. The present dissertation examines the conflicting interests of the authorities and the detainees pending deportation.

First I will give a historical overview. It will be shown that this field is not only subject to national and international legal developments, but also to changing political discourses.

In a next step, the local jurisdiction and competency will be analysed with regard to the constitutional and simple laws. Furthermore the main operators will be portrayed. These are at the administrative level the Federal Office for Immigration and Asylum (BFA) and the Police (LPD), at the appeal instance the Federal Administrative Court (BVwG) and the Regional Administrative Court (LVwG), at the level of the highest Austrian courts the Higher Administrative Court (VwGH) and the Constitutional Court (VfGH) and finally, at the level of the supranational jurisprudence, the European Court of Human Rights (ECHR) and the European Court of Justice (ECJ).

Detention of persons always interferes with human rights, for that reason I dedicated one chapter to the respective fundamental rights and elaborated concrete guidelines for the requirements that detentions of foreigners must meet. In addition to the right to liberty and security of a person, protected by the Federal Constitutional Law on the Protection of Personal Liberty and Art 5 ECHR as well as Art 6 EU Charter, I focused on the fundamental rights of justice, above all the right to an effective remedy and to a fair trial according to Art 47 EU Charter. Accordingly, detention has to be based on a legitimate ground and has to be executed with due diligence. It is not allowed to be arbitrary and the right to judicial review of the detention order must be effectively accessible.

As the title of the dissertation already suggests, a central framework for assessing and analysing detention pending deportation are the European Union legal acts. Therefore I critically analysed the Dublin III-Regulation, the Reception Directive and the Return Directive, which provide specific requirements regarding the procedure, maximum length of detention, conditions of detention and guarantees. Although all the legal acts refer to fundamental rights as guiding principles, they partly have a different orientation than human

rights. Hence, in some cases the ECJ weighted the objective of deportation, with regard to the Return Directive, higher than the protection of individual liberty. Nonetheless, all legal acts include fundamental guarantees, such as the protection of human dignity, the best interest of a child, legal protection, due diligence and the principle of Non-Refoulement.

The main part of the thesis is devoted to the Austrian simple laws of detention pending deportation and of arrest in this matter, as well as to the standards for judicial review of detention. Therefore I analysed the laws as well as the procedures by using the conclusions drawn from the constitutional and European principles.

In the last few years there has been a considerable restructuring of this legal field, on the one hand because of the administrative reform, which came into force in 2014, and on the other hand due to the legal acts of the EU and the related jurisprudence of the supreme courts.

At first I outlined the precise requirements for a lawful detention order, among other things in the next step I reviewed on the shortened procedure (Mandatsverfahren). The Amendement of the Alien Law 2017 (FRÄG 2017) indicates that the laws are becoming more restrictive against asylum seekers and foreigners, especially regarding the expansion of factors to determine an alleged risk of absconding and the maximum length of detention. These developments were critically examined in particular with regard to fundamental rights.

The legal protection is subject to a separate chapter, examining the question whether the current structure of the judicial review of detention can satisfy fundamental and European procedural guarantees. Therefore I analysed the access to the judicial review procedure, the possibilities of an effective participation in the procedure (e.g. in form of an oral hearing), periodic reviews as well as to the existing legal assistance system.

Finally, the results of the investigation are brought together and their central findings are presented with special regard to constitutional and European Union legislation.

The End