OÖ. LANDESVERWALTUNGSGERICHT

4021 Linz / Volksgartenstraße 14
Telefon: +43 732 7075-18004
Fax: +43 732 7075-218018
E-Mail: post@lvwg-ooe.gv.at / www.lvwg-ooe.gv.at
DVR: 4011090

Geschäftszeichen:
LVwG-720000/5/MB/BD

Datum:
Linz, 21. August 2017

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Dr. Brandstetter über die Beschwerde des E R, geb. x, StA. Bosnien und Herzegowina, vertreten durch die D GmbH, A, W, gegen den Bescheid der Landespolizeidirektion Oberösterreich vom 14.1.2017 mit dem die Anhaltung zur Sicherung der Zurückschiebung durch die Landespolizeidirektion Oberösterreich angeordnet wurde

zu Recht:

I. Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

II. Gegen dieses Erkenntnis ist eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I.

1. Mit Bescheid der Landespolizeidirektion Oberösterreich vom 14.1.2017 wird der Beschwerdeführer (im Folgenden: Bf) auf Basis des § 39 Abs. 5a des Fremdenpolizeigesetzes 2005 – FPG idgF (in der Folge: FPG) – iVm. § 57 Abs. 1 AVG zur Sicherung der Zurückschiebung gem. § 45 FPG angeordnet.

Begründend führt die belangte Behörde wie folgt aus:
„Sie sind Fremder gemäß § 2 Abs. 4 Z1 FPG, da Sie die österreichische Staatsbürgerschaft nicht besitzen.
Gemäß § 39 Abs. 5a FPG kann die Behörde Ihre Anhaltung bis zu insgesamt 14 Tage anordnen, wenn dies zur Sicherung der Zurückschiebung erforderlich ist, die Zurückschiebung nicht während einer Anhaltung gem. §39 Abs. 5 FPG abgeschlossen werden kann und die Gründe dafür nicht von der Landespolizeidirektion zu vertreten sind, Gemäß § 39 Abs. 5a FPG ist die weitere Anhaltung in diesem Fall mit Bescheid anzuordnen; dieser ist gemäß § 57 des AVG zu erlassen.
Für die Anordnung der Anhaltung war folgender Sachverhalt maßgebend:
Sie wurden am 13.1.2017 um 16.10 Uhr auf der A1, FR Salzburg, Ausfahrt Sattledt, einer Personenkontrolle unterzogen und anschließend um 16.15 Uhr von Beamten der LVA gemäß § 39 FPG festgenommen und ins PAZ Wels eingeliefert. Es wurde festgestellt, dass Sie am 12.1.2017 mit dem Zug von Deutschland kommend über Salzburg nach Wels ohne Einreise- bzw, Aufenthaltstitel und trotz eines bestehenden Aufenthaltsverbotes der BH Vöcklabruck vom 18.10.2013 (gültig bis 22.4.2023) nach Österreich eingereist sind.
Sie verfügen über keinen polizeilichen Wohnsitz im Bundesgebiet und ohne Barmittel (€ 50,-) angetroffen.
Sie waren weiters im Besitz einer Waffe (Pfefferspray), obwohl gegen Sie ein aufrechtes Waffenverbot der BH Wels-Land besteht.

Sie halten sich derzeit nicht rechtmäßig im Bundesgebiet auf. Sowohl Ihre Einreise nach Österreich und ihr Aufenthalt war und ist nicht rechtmäßig, da Sie über keinen gültigen Einreise- bzw. Aufenthaltstitel für den Schengen Raum verfügen.
Eine Entscheidung über eine Rückübernahme liegt der Behörde noch nicht vor. Eine Rückführung nach Deutschland ist frühestens am 16.1.2017 möglich und musste aus diesem Grunde der Bescheid zur Sicherung der Zurückschiebung erlassen werden.

Sie haben folgenden Tatbestand für eine Zurückschiebung erfüllt:
§ 45 (1) Fremde können von den Organen des öffentlichen Sicherheitsdienstes im Auftrag der Landespolizeidirektion zur Rückkehr ins Ausland verhalten werden (Zurückschiebung), wenn sie
x 1. nicht rechtmäßig in das Bundesgebiet eingereist sind und binnen 14 Tagen betreten werden,
o 2. innerhalb von 14 Tagen nach Einreise in das Bundesgebiet von der Republik Österreich auf Grund eines Rückübernahmeabkommens zurückgenommen werden mussten,
o 3. innerhalb von 14 Tagen, nachdem ihr visumfreier oder visumpflichtiger

Aufenthalt im Bundesgebiet nicht mehr rechtmäßig ist, betreten werden, oder
o 4. während eines Ausreisevorganges bei nicht rechtmäßigem Aufenthalt im Bundesgebiet betreten werden.

Die Anordnung der Anhaltung zur Sicherung der Zurückschiebung war notwendig, da zu befürchten war, dass Sie sich dieser fremdenpolizeilichen Maßnahmen zu entziehen trachten werden, zumal Sie in Österreich über keinen eigenen polizeilich gemeldeten Wohnsitz verfügen und offensichtlich nicht gewillt sind, sich an die Rechtsvorschriften zu halten. Diese Annahme ergibt sich aus dem oben festgestellten Sachverhalt und ihrem bisherigen Verhalten. Sie waren bereits im Jahr 2014 aufgrund ihres illegalen Aufenthaltes in Schubhaft. Außerdem waren Sie im Besitz einer Waffe (Pfefferspray), obwohl gegen Sie ein aufrechtes Waffenverbot der BH Wels-Land besteht.

Die Anordnung der Anhaltung ist im Hinblick auf das zu erreichende Ziel (Ihre Zurückschiebung) angemessen und verhältnismäßig. Weiters erscheint die Zurückschiebung innerhalb der Dauer der Anhaltung wahrscheinlich.
Aufgrund des festgestellten Sachverhaltes besteht kein Grund zur Annahme dass die Zurückschiebung durch Anwendung eines gelinderen Mittels gesichert ist.
Für das Sicherungsbedürfnis war wie folgt zu berücksichtigen:
- keine soziale oder berufliche Integration;
- fehlende Wahrscheinlichkeit einer freiwilligen Ausreise in Ihren Heimatstaat über eine Außengrenze; da Sie über keine ausreichenden Barmittel verfügen
- fehlender Wohnsitz im Bundesgebiet.

Anhand dieser konkreten Umstände konnte aufgezeigt werden, dass mit hoher Wahrscheinlichkeit darauf geschlossen werden kann, dass Sie sich - in voller Kenntnis über die bevorstehende Zurückschiebung - der Vollstreckung fremdenpolizeilicher Maßnahmen durch Untertauchen in die Anonymität zu entziehen versuchen werden (oder sie zumindest versuchen werden, diese wesentlich zu erschweren).

Die grundsätzliche Notwendigkeit konkrete Sicherungsmaßnahmen zu ergreifen, um einen ordnungsgemäßen Fortgang des fremdenpolizeilichen Verfahrens zu gewährleisten, liegt daher auf der Hand.

Die Anwendung eines gelinderen Sicherungsmittels im Rahmen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes scheidet für die LPD Oö deswegen aus, da Sie über keine dafür ausreichenden Barmittel (z.B. für die Hinterlegung einer angemessenen finanziellen Sicherheit bei der Behörde) verfügen, über keinen Wohnsitz im Bundesgebiet verfügen, auch kann die Behörde im konkreten Fall, mit der Anordnung des gelinderen Mittels einer Meldeverpflichtung bei einer Polizeidienststelle, keine Gewähr dafür sehen, dass der Zweck der Anhaltung gem. § 39 Abs.5a FPG zur Sicherung der Zurückschiebung erreicht werden kann.

Auf Grund Vorgesagtem besteht im konkreten Fall ein konkreter hoher Sicherungsbedarf.“
[Hervorhebungen nicht übernommen]
2. Dagegen erhob der Bf rechtzeitig das Rechtsmittel der Beschwerde und führte darin wie folgt aus:

„I. Zur Rechtzeitigkeit der Beschwerde
Der BF befindet sich zum gegenwärtigen Zeitpunkt aufgrund des angefochtenen Bescheides zur oa. Zahl in Schubhaft. Die gegenständliche Beschwerdeerhebung erfolgt daher binnen offener Frist.
Die Schubhaft wurde mittels Mandatsbescheid vom 18.01.2017 durch das Organ SB C D des Bundesamtes für Fremdenwesen und Asyl (im Folgenden: BFA), Regionaldirektion Oberösterreich, angeordnet. Diese Bezeichnung ergeht gern § 9 Abs 4 VwGVG.

II. Kurzdarstellung des Sachverhaltes
Der BF ist bosnischer Staatsangehöriger und wurde am 12.01.2017 im Zug von Deutschland nach Österreich (über Salzburg nach Wels) einer Kontrolle unterzogen. Dabei wurde festgestellt, dass gegen den BF ein rechtskräftiges Aufenthaltsverbot, rechtskräftig seit 17.10.2013, gültig bis 22.04.2023, erlassen von der BH Vöcklabruck, besteht.
Von 12.01.2017 bis 18.01.2017 wurde der BF im Polizeianhaltezentrum Wels in der Dragonerstraße 29, 4600 Wels angehalten. Am 18.01.2017 wurde der BF in das Polizeianhaltezentrum H überstellt. Am selben Tag wurde der BF zur möglichen Schubhaftverhängung einvernommen und die Schubhaft über den BF angeordnet.

III. Zur Rechtswidrigkeit der Anhaltung im Rahmen der Festnahme:
Das vorliegende Rechtsmittel richtet sich zum einen gegen die Dauer der Anhaltunq im Rahmen einer Festnahme gem. BFA-VG. Die Festnahme des BF erfolgte am 12.01.2017. Die Anordnung der Schubhaft erfolgte erst am 18.01.2017.
Der BF wurde am 12.01.2017 gern § 40 BFA-VG festgenommen. Es ist davon auszugehen, dass die Anhaltung im Rahmen einer Festnahme so lange andauert, bis die Freiheitsentziehung beendet wird oder ein anderer Rechtsgrund für die Anhaltung gegeben ist.
Die Anhaltung im Rahmen der Festnahme ist grundsätzlich maximal bis zu 48 Stunden, bei Bestehen eines Festnahmeauftrages gern §40 Abs 4 BFA-VG grundsätzlich für einen Zeitraum bis zu maximal 72 Stunden zulässig. Der Zeitraum der Anhaltung steht aber nicht ohne Einschränkung zur Verfügung. Dazu ist auszuführen, dass ein Eingriff in das Grundrecht auf persönliche Freiheit gern Art 1 Abs 3 des Bundesverfassungsgesetzes zum Schutz der persönlichen Freiheit PersFrBVG nur gerechtfertigt ist, wenn und soweit dies nicht zum Zwecke der Maßnahme außer Verhältnis steht, der Entzug gesetzlich vorgesehen und dies notwendig ist, um den Zweck der Maßnahme zu erreichen, im gegenständlichen Fall war die Dauer der Anhaltung im Rahmen der Festnahme gern § 40 BFA-VG unverhältnismäßig lange.
Festzuhalten ist, dass sich aus Art 6 Abs 1 des Bundesverfassungsgesetzes zum Schutz der persönlichen Freiheit (PersFrBVG) ein Anspruch auf Enthaftung binnen einer Woche ab Beschwerdeerhebung besteht, sollte sich die Freiheitsentziehung als rechtswidrig erweisen, dies unabhängig davon, auf welche gesetzliche Grundlage (§ 76 FPG oder § 40 BFA-VG) sich die Freiheitsentziehung stützt.
In Anbetracht der geforderten Verhältnismäßigkeit der Anhaltedauer und der Verpflichtung der belangten Behörde, auf eine möglichst kurze Anhaltung hinzuwirken, wäre die belangte Behörde dazu angehalten gewesen, den BF ohne unnötigen Aufschub vorführen zu lassen und zur beabsichtigten Anordnung von Schubhaft einzuvernehmen und zu prüfen, ob die Voraussetzungen für ein Vorgehen nach § 76 FPG vorliegen. Das BFA verfügt über einen Journaldienst, der rund um die Uhr - auch außerhalb der Amtsstunden - erreichbar ist. Ohne weiteres hätte eine Einvernahme des BF noch am 12.01.2017 stattfinden können, zumal entsprechende Ressourcen des BFA RD Oberösterreich zur Verfügung stehen. Es ist

jedenfalls kein Grund ersichtlich, warum die Einvernahme nicht bis spätestens 15.01.2017 durchgeführt werden konnte.

In einem vergleichbaren Fall hat das Bundesverwaltungsgericht unter Verweis auf die höchstgerichtliche Judikatur im Erkenntnis vom 21.08.2014 zur Zahl W146 2009978-1/8E ausgeführt:

Im gegenständlichen Fall erfolgte die Festnahme des Beschwerdeführers am 19.07.2014 um 19.40 Uhr, somit ebenfalls außerhalb der Nachtzeit, und wurde auch im vorliegenden Fall die Hinauszögerung der Einvernahme bis zum nächsten Tag um 15.00 Uhr nach der Aktenlage in keiner Weise näher begründet. Ungeachtet dessen, dass nach der ständigen Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes die Anforderungen an die Zumutbarkeit der organisatorischen Einrichtungen an die Behörde nicht überspannt werden dürfen (vgl die Erkenntnisse des Verfassungsgerichtshofes B 491/86 vom 17,06.1987 sowie B 1321/87 vom 27.09.1988) ist im gegenständlichen Fall eine unrechtmäßige Ausdehnung der Verwaltungshaft zu erkennen:

Wie in der Beschwerde zutreffend ausgeführt wurde, verfügte die belangte Behörde im Zeitpunkt der Festnahme nach § 40 BFA-VG bereits über alle notwendigen Unterlagen, die in Zusammenschau mit einer mündlichen Einvernahme des Beschwerdeführers ein Urteil darüber zulassen, ob die Schubhaft oder die Freilassung des Beschwerdeführers anzuordnen ist. Dem Beschwerdeführer ist zuzustimmen, wenn er in der Beschwerde vorbringt, dass das Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl bereits am 19.07.2014 um 18.50 Uhr von den Organen des öffentlichen Sicherheitsdienstes verständigt wurde, sich also ab diesem Zeitpunkt mit der Person des Beschwerdeführers auseinandersetzte. Dies wurde auch in der Anzeige der LPD entsprechend festgehalten. Spätestens um 19.40 Uhr beabsichtigte die belangte Behörde den Beschwerdeführer betreffend der Anordnung von Schubhaft einzuvernehmen, weshalb sie die Einlieferung in das Polizeianhaltezentrum - an derselben Adresse wie die belangte Behörde befindlich - anordnete. Die Einlieferung des Beschwerdeführers in das Polizeianhaltezentrum erfolgte am 19.07.2014 um 21.42 Uhr und ist somit kein Grund ersichtlich, warum die Einvernahme nicht noch bereits am 19.07.2014 hätte stattfinden können. Es ist weder ein objektiver Grund für diese Verzögerung ersichtlich, noch ein Bemühen der Behörde um eine raschestmögliche Einvernahme, wie beispielsweise die unverzügliche Veranlassung der Bestellung eines Dolmetschers, erkennbar. Diese hätte in Anlehnung an das o.a. Erkenntnis des VwGH, ZI. 2012/21/0204, bereits ab 19.40 Uhr veranlasst werden müssen. Die im Fall des erwähnten Erkenntnisses dreistündige Verzögerung der Veranlassung einer Dolmetscherbestellung führte zur Behebung des angefochtenen Bescheides.

Im gegenständlichen Fall erfolgte die niederschriftliche Einvernahme des Beschwerdeführers mittels arabischen Dolmetschers erst am Folgetag um 15.00 Uhr. Eine 19stündige Verzögerung ab der Festnahme bis zur Einvernahme mit Dolmetscher kann - selbst bei Schwierigkeiten mit dessen Beiziehung, welche nicht aktenkundig sind - nicht nachvollzogen werden.

Das Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl verfügt über einen Journaldienst und hätte nach Ansicht des erkennenden Gerichts die Einvernahme somit noch am 19.07.2014 stattfinden können, insbesondere weil sich die belangte Behörde im selben Gebäude befindet wie das Polizeianhaltezentrum und laut Justiz-Gerichtsdolmetscherliste in Wien 17 Arabisch-Dolmetscher gelistet sind.

Die Anhaltung von über 19 Stunden erscheint dem erkennenden Gericht insgesamt nicht rechtfertigbar und sind für das erkennende Gericht daher unnötige Verzögerungen im Geschehnisablauf erkennbar. Nach Ansicht des erkennenden Gerichts kam es im Lichte der

obigen Darstellung zu einer unverhältnismäßigen, durch die genannten Gründe und Umstände nicht zu rechtfertigenden Ausdehnung der polizeilichen Verwahrungshaft.

Der Beschwerdeführer wurde daher durch seine Anhaltung vom 19.07.2014, 19.40 Uhr, bis zum 20.07.2014, 15.00 Uhr, in seinem verfassungsgesetzlich gewährleisteten Recht auf persönliche Freiheit verletzt. Die Anhaltung war unverhältnismäßig lange und deshalb rechtswidrig.
Im gegenständlichen Fall sind keine objektiven Gründe für eine Verzögerung ersichtlich, da der BF auch perfekt Deutsch spricht und es daher keine Notwendigkeit für die Hinzuziehung eines Dolmetschers gab.
Aus dem Gesagten ergibt sich, dass die Einvernahme des BF noch am 12.01.2017, spätestens aber am 15.01.2017 durchgeführt hätte werden müssen. Jedenfalls aber wäre die belangte Behörde dazu verpflichtet gewesen, ihre interne Organisation so zu gestalten, dass eine Einvernahme innerhalb von 72 Stunden möglich gewesen wäre. Eine unzureichende personelle Ausstattung, Organisationsmängel oder die Überlastung eines Richters bzw. eines Organs der Behörde sind bei der Angemessenheitsprüfung der Anhaltung ebenso wenig zu veranschlagen wie etwa Gerichtsferien (vgl Kopetzki in Korinek/Holoubek [Hrsg], Österreichisches Bundesverfassungsrecht. Textsammlung und Kommentar [Loseblattsammlung] III 5. Lfg [2002] Art 4,5 PersFrG Rz 26.).
Der Vollständigkeit halber sei darauf hingewiesen, dass es bei der Beurteilung der Rechtmäßigkeit der Anhaltung im Rahmen einer Festnahme ohne Relevanz ist, ob der BF nach Vorführung vor die Schubhaftbehörde freigelassen wird, oder ob ein Schubhaftbescheid erlassen wird, da hiebei eine ex ante Betrachtung vorzunehmen ist.
Das BVwG möge daher feststellen, dass die Anhaltung des BF im Zuge der Festnahme gemäß 5 40 Abs 1 Z 3 BFA-VG vom 12.01.2017 bis zur Anordnung der Schubhaft am 18.01.2017 in rechtswidriger Weise erfolgte. Durch die Vorgehensweise der belangten Behörde wurde der BF in seinem Recht auf persönliche Freiheit und Sicherheit verletzt.

IV. Zur Rechtswidrigkeit des Schubhaftbescheides, der Anordnung der Schubhaft und weiteren Anhaltung in Schubhaft 1. Keine Fluchtgefahr
Gern § 76 Abs 2 Z 1 FPG ist die Verhängung der Schubhaft nur bei Vorliegen von Fluchtgefahr und Verhältnismäßigkeit zulässig. Im gegenständlichen Fall liegen weder Fluchtgefahr noch Verhältnismäßigkeit vor, wie im Folgenden näher ausgeführt wird:
Art 3 Z 7 der Rückführungs-RL (Richtlinie 2008/115/EG) definiert Fluchtgefahr als 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. Der VwGH hat - in Anlehnung an die Judikatur des deutschen BGH - in Bezug auf Art 2 lit n der Dublin lll-VO festgestellt, dass dies bedeutet, dass Haftgründe durch ein förmliches Gesetz festgelegt werden müssten. Ein Rückgriff auf die in der Judikatur entwickelten Kriterien ist im Anwendungsbereich der Dublin IH-VO nicht ausreichend (vgl VwGH 19.02.2015, 2014/21/0075). Art 2 lit n der Dublin lll-VO und Art 3 Z 7 der Rückführungs-RL haben denselben normativen Gehalt, sodass die Judikatur des VwGH auch auf alle Fälle im Anwendungsbereich der Rückführungs-Richtlinie übertragbar ist.
Die Definition in Fluchtgefahr ist im nationalen Recht in § 76 Abs 3 FPG erfolgt. Da ein Rückgriff auf die in der Judikatur entwickelten Kriterien im Anwendungsbereich der Rückführungs-RL nicht ausreichend ist, wäre es an der belangten Behörde gelegen, die konkret herangezogenen Kriterien des § 76 Abs 3 FPG zu benennen und zu begründen, warum gerade diese im konkreten Fall anwendbar sind bzw. eine Fluchtgefahr begründen.

Im vorliegenden Fall ist anhand des angefochtenen Bescheides nicht zweifelsfrei feststellbar, welche Kriterien die belangte Behörde als gegeben heranzieht. Auf S. 8 des bekämpften Bescheides wird lediglich ausgeführt, dass der BF in vollem Bewusstsein um sein Aufenthaltsverbot illegal nach Österreich aus Deutschland eingereist ist, obwohl er bereits im September 2014 aus demselben Grund nach Bosnien abgeschoben wurde. Weiters sei er auch illegal nach Deutschland eingereist, obwohl ein schengenweites Aufenthaltsverbot gegen den BF bestehe. Darüber hinaus habe der BF bei seiner Schwester offensichtlich über mehrere Tage Unterkunft genommen. Aufgrund dieses Verhaltens geht die Behörde davon aus, dass beim BF eine „erhebliche Gefahr des Untertauchens bzw. einer illegalen Weiterreise nach Deutschland" zu befürchten sei (Bescheid, S. 8).
Es wird zwar suggeriert, dass das Kriterium der Z 1 (Umgehung oder Behinderung der Abschiebung) als erfüllt anzusehen sei, es mangelt aber an einer Subsumtion des Sachverhaltes unter den herangezogenen Tatbestand. Selbst wenn man von einer korrekten Subsumtion des Sachverhaltes unter den Tatbestand des § 76 Abs 3 Z 1 FPG ausgehen sollte, möchte der BF betonen, dass er zuletzt freiwillig nach Bosnien ausgereist ist und seine Abschiebung nie umging oder behinderte.
Richtig ist zwar, dass der BF entgegen eines aufrechten Aufenthaltsverbotes 2017 wieder in das Bundesgebiet eingereist ist. Der BF möchte aber betonen, dass selbst wenn man von einer korrekten Subsumtion des Sachverhaltes unter den Tatbestand des § 76 Abs 3 Z 2 FPG ausgehen sollte, der ausschließliche Rückgriff auf dieses Kriterium im Gegensatz zur Ansicht der belangten Behörde nicht für Fluchtgefahr spricht.
Der BF möchte auch darauf hinweisen, dass er sich nie einem Verfahren zur Erlassung einer aufenthaltsbeendenden Maßnahme entzogen hat. Die Z 3 des § 76 Abs 3 FPG ist somit ebenfalls nicht erfüllt.
Auch die Ziffern 4 bis 8 des § 76 Abs 3 FPG sind im gegenständlichen Fall nicht einschlägig.

Die belangte Behörde führt außerdem aus, dass der BF in Österreich weder beruflich noch sozial verankert sei (Bescheid, S. 5). Der BF verfügt jedoch über zahlreiche Familienangehörige und Freunde in Österreich. So leben beispielsweise die Schwester des BF, Frau E K, geb. x, deren Ehemann O K und deren gemeinsamer Sohn in Österreich.
Aus der Wohn- und Familiensituation des BF, aus seiner fehlenden sonstigen Verankerung in Österreich sowie aufgrund seines bisherigen Verhaltens kann daher nicht geschlossen werden, dass bezüglich seiner Person ein beträchtliches Risiko des Untertauchens vorliege.
Selbst wenn man nun von einer korrekten Subsumtion des Sachverhaltes unter den Tatbestand des § 76 Abs 3 Z 9 FPG ausgehen sollte, möchte der BF betonen, dass der ausschließliche Rückgriff auf dieses Kriterium im Gegensatz zur Ansicht der belangten Behörde nicht für Fluchtgefahr spricht. Der VwGH judiziert nämlich in ständiger Rechtsprechung, dass eine fehlende soziale Integration bei noch nicht lange in Österreich aufhältigen Fremden einen Sicherungsbedarf nicht begründen kann (vgl VwGH 28.05.2008, 2007/21/0233).
Darüber hinaus wird ausgeführt, mit der Unterkunftsnahme in bestimmten Räumlichkeiten und einer periodischen Meldeverpflichtung könne nicht das Auslangen gefunden werden, da sein einziger familiärer und sozialer Kontakt - seine Schwester - ihn bereits 2014 unangemeldet bei sich wohnen ließ und daher nicht geeignet sei, ihn davon abzuhalten sich dem behördlichen Zugriff zu entziehen oder ihn zu ermutigen, sich an behördliche Anordnungen zu halten (Bescheid, S. 9).
Die von der Behörde angeführten Vorhalte sind jedenfalls nicht ausreichend um einen Sicherungsbedarf im Fall des BF zu begründen. Weiters ist der belangten Behörde vorzuwerfen, den maßgeblichen Sachverhalt zur Bestimmung, ob eine erhebliche

Fluchtgefahr und somit ein Sicherungsbedarf vorliegt, nicht ermittelt zu haben. Die belangte Behörde geht teilweise von unzutreffenden Sachverhaltsannahmen und Feststellungen aus, aufgrund derer sie offenbar das Vorliegen eines Sicherungsbedarfes als gegeben erachtet:
So bestreitet der BF, dass er sich seit 2013 an der Wohnadresse seiner Schwester aufhielt. Der BF war seit 2013 nicht mehr an der Wohnadresse aufhältig. Dies kann auch von seiner Schwester, Frau E K, geb. x, bestätigt werden.
Im konkreten Fall steht die Anhaltung des BF im Hinblick auf sein verfassungsrechtlich gewährleistetes Recht auf persönliche Freiheit außer Verhältnis. Es bestand keine Notwendigkeit, Schubhaft über den BF zu verhängen. Der BF hat zu jedem Zeitpunkt im gegenständlichen Verfahren mit den österreichischen Behörden kooperiert, von sich aus alles angegeben und offengelegt und auch seine Ausreisewilligkeit und weitere Kooperationsbereitschaft bei der niederschriftlichen Einvernahme am 18.01.2017 gegenüber der belangten Behörde ausdrücklich kundgetan (Bescheid, S. 4: „Würden Sie freiwillig nach Bosnien ausreisen? A: Ja..."). Hätte die belangte Behörde den BF bereits im Zuge der niederschriftlichen Einvernahme am 18.01.2017 genauer zu seiner Ausreisewilligkeit befragt, hätte der BF dem BFA bereits zum damaligen Zeitpunkt versichern können, dass er von sich aus Kontakt mit der Rückkehrberatung des Vereins M aufnehmen wird und demnach kein Sicherungsbedarf besteht. Der BF ist jedenfalls im Besitz eines gültigen Reisepasses, weshalb die freiwillige Rückkehr des BF sichergestellt ist.
2. Unverhältnismäßigkeit der Haft
Art 1 Abs 3 BVG zum Schutz der persönlichen Freiheit (PersFrBVG) sieht vor, dass jede Haftverhängung unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit zu prüfen ist. Bereits in seinem Erkenntnis vom 24.06,2006, B 362/06, hat der Verfassungsgerichtshof ausgesprochen, dass die gesamte Bestimmung des § 76 FPG im Lichte des aus dem Bundesverfassungsgesetz vom 29.11.1988 über den Schutz der persönlichen Freiheit erfließenden unmittelbar anwendbaren Gebots der Verhältnismäßigkeit auszulegen ist. In allen Fällen der Verhängung von Schubhaft besteht die Verpflichtung, eine einzelfallbezogene Abwägung zwischen den öffentlichen Interessen an der Sicherung des Verfahrens und der Sicherung der persönlichen Freiheit des Betroffenen vorzunehmen.
Zwar ist Schubhaft im Regelfall mit Mandatsbescheid, folglich ohne ordentliches Ermittlungsverfahren, anzuordnen, dies entbindet die belangte Behörde jedoch nicht von jeglicher Ermittlungstätigkeit. Es besteht in allen Fällen der Verhängung von Schubhaft die Verpflichtung, eine einzelfallbezogene Abwägung zwischen den öffentlichen Interessen an der Sicherung des Verfahrens und der Sicherung der persönlichen Freiheit des Betroffenen vorzunehmen (vgl VwGH 28.06.2007, 2006/21/0051). Schubhaft darf nie als Standard-Maßnahme gegenüber Asylwerbern oder Fremden angewendet werden; weder eine illegale Einreise noch das Fehlen beruflicher Integration oder der Mangel finanzieller Mittel sind für sich genommen als Schubhaftgründe zu werten (VwGH 24.10.2007, 2006/21/0239).
Eine solche einzelfallbezogene Interessenabwägung wurde jedoch im gegenständlichen Fall nicht durchgeführt. Im Gegenteil besteht die rechtliche Beurteilung im angefochtenen Bescheid in erster Linie aus allgemein gehaltenen textbausteinartigen Formulierungen, die über die von der belangten Behörde angenommene Fluchtgefahr keinen Aufschluss geben. Eine solche Vorgangsweise ist nach der Judikatur des VwGH rechtswidrig (vgl. VwGH 08.06.2006, 2003/01/0506) und widerspricht dem Prinzip, dass die Verhängung der Schubhaft über einen Asylwerber nur nach einer Einzelfallprüfung erfolgen darf.
Es werden in der rechtlichen Beurteilung keine Umstände dargetan, die auf eine erhebliche Fluchtgefahr im konkreten Fall hindeuten würden.

Das BFA hat es unterlassen, eine individuelle Prüfung zum Bestehen eines Sicherungsbedarfs im gegenständlichen Fall durchzuführen, weshalb die Anordnung der Schubhaft über den BF sowie die weitere Anhaltung des BF als rechtswidrig zu qualifizieren ist.
Selbst wenn man davon ausgeht, dass eine Fluchtgefahr iSd § 76 Abs 2 Z 1 FPG und der Rückführungs-RL besteht (was aber ausdrücklich in Abrede gestellt wird), wäre die belangte Behörde aufgrund des klaren Wortlautes des § 77 Abs 1 FPG verpflichtet gewesen, ein gelinderes Mittel anstatt der Schubhaft zu verhängen, wenn ein solches zur Erreichung des Sicherungszweckes ausreichend ist. Warum ein gelinderes Mittel im vorliegenden Fall nicht in Frage kommt, wird von der belangten Behörde aber nicht nachvollziehbar dargelegt.
Wie bereits ausgeführt wurde, wird vom BF bestritten, dass sein einziger familiärer und sozialer Kontakt - seine Schwester - ihn bereits 2014 unangemeldet bei sich wohnen ließ und daher nicht geeignet sei, ihn davon abzuhalten sich dem behördlichen Zugriff zu entziehen oder ihn zu ermutigen, sich an behördliche Anordnungen zu halten (Bescheid, S. 9).
Was die periodische Meldeverpflichtung und die Unterkunftnahme in von der Behörde bestimmten Räumlichkeiten betrifft, erweist sich die Begründung hinsichtlich der Nicht-Anwendbarkeit gelinderer Mittel hinsichtlich der periodischen Meldeverpflichtung und der Unterkunftnahme in bestimmten Räumlichkeiten daher als nicht nachvollziehbar.
Gegen den BF wäre aber neben einer periodischen Meldeverpflichtung auch das gelindere Mittel der Unterkunftnahme in von der Behörde bestimmten Räumlichkeiten in Betracht gekommen, zumal die Landespolizeidirektionen gern § 77 Abs 9 FPG Vorsorge betreffend derartiger Räumlichkeiten getroffen haben. So stehen für diesen Zweck entsprechende Räumlichkeiten etwa an der Adresse Z 29a, W, oder an der Adresse H 38, B, zur Verfügung. Den entsprechenden behördlichen Anordnungen hätte der BF Folge geleistet bzw. würde der BF Folge leisten.
Durch die mangelnde Prüfung der gelinderen Mittel erweist sich die Schubhaft als unverhältnismäßig und der angefochtene Bescheid als rechtswidrig. Die potentielle Anwendbarkeit von gelinderen Mittel hat auch dazu zu führen, dass die Voraussetzungen für die Fortsetzung der Schubhaft im Fall des BF nicht vorliegen.

V. Notwendigkeit der Durchführung einer mündlichen Verhandlung
Sollte das Bundesverwaltungsgericht beabsichtigen, nicht antragsgemäß zu entscheiden, wird ausdrücklich die Durchführung einer mündlichen Beschwerdeverhandlung zur Klärung des maßgeblichen Sachverhaltes - insbesondere zur Klärung des Vorliegens eines Sicherungsbedarfes, zur Kooperationsbereitschaft des BF sowie zur Frage des Vorliegens der Voraussetzungen eines gelinderen Mittels - unter Einvernahme des BF beantragt.
Die Durchführung einer mündlichen Verhandlung ist aufgrund der höchstgerichtlichen Rechtsprechung zwingend geboten. Neben der Entscheidung des VwGH 24.01.2013, 2012721/0230, sei auch auf die Rechtsprechung des VfGH betreffend Art 47 GRC zur Zahl U 466/11 und U 1836/11, vom 14.03.2012 verwiesen. Im gegenständlichen Fall liegt der unionsrechtliche Bezug - der zur Anwendung des Art 47 GRC führt - in der Aufnahme-RL und in der Rückführungs-RL. Daher kommen die Verfahrensgarantien des Art 6 EMRK - unter Maßgabe des Art 47 GRC - im Beschwerdeverfahren zur Anwendung. Diesbezüglich verlangte der EGMR in der jüngsten Entscheidung Denk gegen Österreich, 05.12.2013, 23396/09 zwingend die Durchführung einer mündlichen Verhandlung, wenn die Rechtssache erstmals von einem Gericht entschieden wird und die Durchführung ausdrücklich beantragt wird (vgl Denk gegen Österreich Rz 18).

Im konkreten Fall ist überdies auch nach der Judikatur des VwGH zwingend eine mündliche Verhandlung durchzuführen. In seinem grundlegenden Erkenntnis vom 28.05.2014 zur Zahl 2014/20/0017 hat der VwGH festgehalten, wann der Sachverhalt aus der Aktenlage in Verbindung mit der Beschwerde gern § 21 Abs 7 BFA-VG als geklärt erscheint: „Der für die rechtliche Beurteilung entscheidungswesentliche Sachverhalt muss von der Verwaltungsbehörde vollständig in einem ordnungsgemäßen Ermittlungsverfahren erhoben worden sein und bezogen auf den Zeitpunkt der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichtes immer noch die gesetzlich gebotene Aktualität und Vollständigkeit aufweisen. Die Verwaltungsbehörde muss die die entscheidungsmaßgeblichen Feststellungen tragende Beweiswürdigung in ihrer Entscheidung in gesetzmäßiger Weise offen gelegt haben und das Bundesverwaltungsgericht die tragenden Erwägungen der verwaltungsbehördlichen Beweiswürdigung teilen."
Da im vorliegenden Fall die Schubhaft mit Mandatsbescheid angeordnet wurde, ist davon auszugehen, dass im Sinn der Judikatur des VwGH jedenfalls eine mündliche Verhandlung durchzuführen ist, da der Erlassung eines Mandatsbescheides kein ordentliches Ermittlungsverfahren vorangeht.
Eine weitere Voraussetzung für das Unterbleiben der mündlichen Verhandlung wäre, dass die Beweiswürdigung in gesetzmäßiger Weise offen gelegt wird. Dies ist im angefochtenen Bescheid jedoch nicht erfolgt (die „Beweiswürdigung" beschränkt sich lediglich auf einen Hinweis auf den Verfahrensakt und die Einvernahme).
Es ist also zwingend eine mündliche Verhandlung durchzuführen, sollte das BVwG der Beschwerde nicht schon aufgrund der Aktenlage stattgeben (§ 24 Abs 2 Z 1 VwGVG).

VI. Kostenanträge

1. Zur Frage der Anwendbarkeit der Bestimmung des § 53 Abs 1 Z 2 BFA-VG im Verfahren vor dem BVwG

Zum Antrag auf Ersatz etwaiger Dolmetschkosten wird folgendes ausgeführt:
Die Bestimmung des § 53 Abs 1Z 2 BFA-VG bezieht sich lediglich auf Verfahrenshandlungen nach dem 7. und 8. Hauptstück des FPG. Verfahrensgegenstand im Verfahren vor dem BVwG ist aber die Entscheidung über die Beschwerde betreffend die Rechtmäßigkeit der Anhaltung in Schubhaft und das Vorliegen der Voraussetzungen der Fortsetzung der Haft. Das BVwG setzt sohin eine Verfahrenshandlung gern § 22a BFA-VG. Verfahrenshandlungen nach dem 7. und 8. Hauptstück des FPG werden durch das BVwG nicht gesetzt. In den Materialien zu § 53 Abs 1 BFA-VG wird diesbezüglich festgehalten, dass diese Bestimmung lediglich auf das Verfahren nach dem 7. und 8. Hauptstück des FPG anzuwenden ist (ErläutRV 1803 BlgNR 24. GP, Seite 31). Eine analoge Anwendung dieser Bestimmung im Schubhaftbeschwerdeverfahren scheidet somit aus.
Dieser Rechtsansicht hat sich der VwGH in der Entscheidung 2014/21/0071-7 vom 19.05.2015 angeschlossen. Der VwGH kommt hinsichtlich der genannten Bestimmung ebenso wie zur Bestimmung des § 113 Abs 1 FPG zum Schluss:
Damit erweisen sich die vom BVwG im Spruch und in der Begründung herangezogenen Bestimmungen - deren sinngemäße Anwendung wie zur Vollständigkeit noch klarzustellen ist) aufgrund ihrer dargestellten besonderen Struktur auch nicht im Wege des § 17 VwGVG in Betracht gekommen wäre - als nicht geeignet, die gegenüber dem Revisionswerber dem Grunde nach vorgenommene Auferlegung der Kosten des in der Beschwerdeverhandlung vom BVwG beigezogenen Dolmetschers zu rechtfertigen.

Die Auferlegung der Dolmetschkosten kommt auch nicht als Barauslage iSd § 76 AVG in Betracht, da § 53 Abs 1 BFA-VG und § 113 Abs 1 FPG in dieser Hinsicht als speziellere Normen anzusehen sind. Die Anwendbarkeit des AVG ist grundsätzlich nur subsidiär.

2. Zum Antrag auf Ersatz des Aufwandes gern § 35 VwGVG

Gern § 35 Abs 1 und 4 Z 3 VwGVG stehen der obsiegenden Partei im Verfahren über Beschwerden wegen Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt der Ersatz der Aufwendungen gern VwG-Aufwandersatzverordnung (BGB!. II Nr. 517/2013) zu. Daher beantragt der BF gern § 1 Z 1 VwG-Aufwandersatzverordnung als Ersatz des Schriftsatzaufwands des BF als obsiegende Partei iHv 737,60 Euro. Für den Fall der Durchführung einer mündlichen Verhandlung wird zusätzlich ein Ersatz des Verhandlungsaufwands des Beschwerdeführers als obsiegende Partei iHv 922,00 Euro beantragt.

Der BF beantragt darüber hinaus gern § 35 Abs 1 iVm Abs 4 Z 1 VwGVG den Ersatz sämtlicher Kommissionsgebühren und Barauslagen, für die er aufzukommen hat, insbesondere die Gebühren für Dolmetscher und Sachverständige, die diese für ihre Aufwendungen im gegenständlichen Verfahren geltend machen."

[Hervorhebungen nicht übernommen]

Der Bf stellte darin die Anträge:

„Aus den genannten Gründen wird beantragt, das BVwG möge

- eine mündliche Verhandlung unter Einvernahme des BF zur Klärung des maßgeblichen Sachverhaltes durchführen;
- die Anhaltung des BF im Rahmen der Festnahme gern § 40 BFA-VG von 12.01.2017 bis 18.01.2017 für rechtswidrig erklären;
- den angefochtenen Bescheid beheben und aussprechen, dass die Anordnung von Schubhaft und die bisherige Anhaltung in Schubhaft in rechtswidriger Weise erfolgte;
- im Rahmen einer „H C Prüfung" aussprechen, dass die Voraussetzungen zur weiteren Anhaltung des BF nicht vorliegen;
- der belangten Behörde den Ersatz der Aufwendungen des BF gern VwG-Aufwandersatzverordnung sowie der Kommissionsgebühren und Barauslagen, für die der BF aufzukommen hat, auferlegen."

[Hervorhebungen nicht übernommen]

3. In der Niederschrift des Bundesverwaltungsgerichtes vom 30.1.2017, GZ: W112 2145435-1/9Z, wurde ua Nachstehendes ausgeführt:

„R: Sie erheben Beschwerde ausdrücklich nur gegen den Schubhaftbescheid und die Anhaltung in Schubhaft, führen aber auch aus, warum Sie die Anhaltung im Rahmen der Festnahme für rechtswidrig erachten und beantragen, die Anhaltung des Beschwerdeführers im Rahmen der Festnahme gemäß § 40 BFA-VG von 12.01.2017 bis 18.01.2017 für rechtswidrig zu erklären. Richtet sich die Beschwerde auch gegen die Anhaltung des Beschwerdeführers im Rahmen der Festnahme?

BFV: Das ist richtig, die Beschwerde richtet sich auch gegen die Anhaltung. Ich möchte hiezu anmerken, dass im Zeitpunkt der Beschwerdeerhebung durch die A, die A noch nichts von dem Bescheid der LPD vom 14.01.2017. Da die Anhaltung zur Sicherung der Zurückschiebung angeordnet wurde und die Zurückschiebung nach Deutschland auf Grund des Schengen-weiten Einreiseverbotes, von Anfang an nicht möglich war, wird der Antrag

gestellt, die Beschwerde in diesem Umfang an das zuständige Landesverwaltungsgericht abzutreten."
[Hervorhebungen nicht übernommen]

4. Mit Schreiben vom 1.2.2017 übermittelte das Bundesverwaltungsgericht den zugehörigen Akt. Eine Ergänzung der aufgrund der Ausführungen des Bf weitergeleiteten Beschwerde an das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erfolgte nicht.

II.

1. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat nach Einsichtnahme in den vorgelegten Verwaltungsakt festgestellt, dass der Sachverhalt bereits aus der Aktenlage in Verbindung mit der Beschwerde hinreichend geklärt ist, weshalb von der Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung abgesehen werden konnte.

2. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich geht von dem – im Übrigen vom Bf nicht substantiell widersprochenen - unter den Punkten I.1. sowie I.2. dieses Erkenntnisses dargestellten entscheidungswesentlichen Sachverhalt aus.

3. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich ist gem. § 2 VwGVG iVm § 82 FPG iVm § 3 VwGVG iVm § 83 FPG zur Entscheidung durch Einzelrichter zuständig.

III.

1. Die entscheidungsrelevanten Bestimmungen lauten:

§ 82 FPG

§ 82. (1) Der Fremde hat das Recht, das Landesverwaltungsgericht mit der Behauptung der Rechtswidrigkeit der Festnahme oder der Anhaltung anzurufen, wenn er

1. nach diesem Bundesgesetz festgenommen worden ist, oder
2. unter Berufung auf dieses Bundesgesetz angehalten wird oder wurde.

(2) Für die Entscheidung des Landesverwaltungsgerichtes über die Fortsetzung der Anhaltung gemäß §§ 39 Abs. 5 bis 5b gilt § 22a Abs. 2 BFA-VG sinngemäß mit der Maßgabe, dass anstelle des Bundesverwaltungsgerichtes das jeweils zuständige Landesverwaltungsgericht und anstelle der Schubhaft die Anhaltung zur Sicherung der Zurückschiebung tritt.
(3) Gegen die Anordnung der Anhaltung gemäß §§ 39 Abs. 5 bis 5b ist eine Vorstellung nicht zulässig.

§ 22a Abs. 2 BFA-VG

(2) Die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichtes über die Fortsetzung der Schubhaft hat binnen einer Woche zu ergehen, es sei denn, die Anhaltung des Fremden hätte vorher geendet. Hat das Bundesverwaltungsgericht dem Beschwerdeführer gemäß § 13 Abs. 3 AVG aufgetragen, innerhalb bestimmter Frist einen Mangel der Beschwerde zu beheben, wird der Lauf der Entscheidungsfrist bis zur Behebung des Mangels oder bis zum fruchtlosen Ablauf der Frist gehemmt.

§ 83 FPG

§ 83. Zur Entscheidung über eine Beschwerde gemäß § 82 Abs. 1 Z 2 ist das Landesverwaltungsgericht zuständig, in dessen Sprengel die Behörde ihren Sitz hat, welche die Anhaltung angeordnet hat. In den Fällen des § 82 Abs. 1 Z 1 richtet sich die Zuständigkeit nach dem Ort der Festnahme.

§ 39 FPG

§ 39. (1) Die Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes sind ermächtigt, einen Fremden zum Zwecke einer für die Sicherung des Verfahrens unerlässlichen Vorführung vor die Landespolizeidirektion festzunehmen und bis zu 24 Stunden anzuhalten, wenn

1. sie ihn bei Begehung einer Verwaltungsübertretung nach § 120 auf frischer Tat betreten oder
2. er seiner Verpflichtung nach § 32 Abs. 1 nicht nachkommt.

(2) Die Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes sind ermächtigt, einen Fremden festzunehmen und bis zu 48 Stunden anzuhalten,

3. der auf Grund einer Übernahmeerklärung (§ 19) eingereist ist.

(3) Die Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes sind ermächtigt, einen Fremden zum Zwecke der Vorführung vor die Landespolizeidirektion festzunehmen und bis zu 24 Stunden anzuhalten, wenn er

1. nicht rechtmäßig in das Bundesgebiet eingereist ist und binnen 14 Tagen betreten wird,
2. innerhalb von 14 Tagen nach Einreise in das Bundesgebiet von der Republik Österreich auf Grund eines Rückübernahmeabkommens zurückgenommen werden musste,
3. innerhalb von 14 Tagen, nachdem sein visumfreier oder visumpflichtiger Aufenthalt im Bundesgebiet nicht mehr rechtmäßig ist, betreten wird, oder
4. während eines Ausreisevorganges bei nicht rechtmäßigem Aufenthalt im Bundesgebiet betreten wird.

(4) In den Fällen der Abs. 1 oder 3 kann die Festnahme unterbleiben, wenn gewährleistet ist, dass der Fremde das Bundesgebiet unverzüglich über eine Außengrenze verlässt.

(5) Die zuständige Landespolizeidirektion ist ohne unnötigen Aufschub über die erfolgte Festnahme zu verständigen. Die Anhaltung eines Fremden ist in den Fällen des Abs. 3 bis zu 48 Stunden zulässig, wenn dies die Landespolizeidirektion zur Sicherung der Zurückschiebung anordnet. Dem festgenommenen Fremden ist die erfolgte Festnahme über sein Verlangen schriftlich zu bestätigen.

(5a) Kann eine Zurückschiebung gemäß § 45 nicht während einer Anhaltung gemäß Abs. 5 abgeschlossen werden und beruht dies auf Gründen, die nicht von

der Landespolizeidirektion zu vertreten sind, so ist eine Anhaltung bis zu insgesamt 14 Tagen zulässig, wenn die Landespolizeidirektion dies zur Sicherung der Zurückschiebung mit Mandatsbescheid (§ 57 AVG) anordnet und die Zurückschiebung innerhalb der Dauer der Anhaltung wahrscheinlich ist. Dies gilt auch, wenn der Fremde seinen Verpflichtungen aus einem angeordneten gelinderen Mittel gemäß Abs. 7 nicht nachkommt.

(5b) Die zuständige Landespolizeidirektion kann die Festnahme eines Fremden anordnen (Festnahmeauftrag), wenn die Zustimmung zur Rückübernahme des Fremden vorliegt und die Vorführung zur Sicherung der Zurückschiebung erforderlich ist. Die Anhaltung ist diesfalls bis zu 72 Stunden zulässig.

(6) Fremde, für die ein Übernahmeauftrag zwecks Durchbeförderung (§ 45b Abs. 3) erlassen worden ist, sind von Organen des öffentlichen Sicherheitsdienstes nach der Einreise in Anhaltung zu übernehmen; die Anhaltung ist bis zu 72 Stunden zulässig. Kann die Durchbeförderung während dieser Zeit nicht abgeschlossen werden, so ist eine weitere Freiheitsentziehung bis zu 48 Stunden nur zulässig, wenn die Landespolizeidirektion dies zur Sicherung der Durchbeförderung anordnet. Eine Verständigung der Landespolizeidirektion von der Übernahme eines solchen Fremden ist nicht erforderlich.

(7) In den Fällen der Abs. 5 bis 5b hat die Landespolizeidirektion gelindere Mittel anzuordnen, wenn Grund zur Annahme besteht, dass die Zurückschiebung durch Anwendung eines gelinderen Mittels gesichert ist. § 76 Abs. 1 letzter Satz und § 77 Abs. 2, 3 und 5 bis 9, gelten sinngemäß, mit

der Maßgabe, dass anstelle des Bundesamtes die jeweils zuständige Landespolizeidirektion, anstelle der Anordnung einer Schubhaft die Anordnung der Anhaltung zur Sicherung der Zurückschiebung und anstelle der Durchsetzung der Abschiebung die Durchführung der Zurückschiebung tritt.

(8) Die Anhaltung gemäß Abs. 5a oder 5b ist formlos durch Freilassung des Fremden oder das gelindere Mittel gemäß Abs. 7 durch formlose Mitteilung aufzuheben, wenn

1. sie nicht mehr länger aufrechterhalten werden dürfen oder
2. das Landesverwaltungsgericht festgestellt hat, dass die Voraussetzungen für ihre Fortsetzung nicht vorliegen.

§ 81 Abs. 2, 3 und 4 letzter Satz gelten sinngemäß mit der Maßgabe, dass anstelle des Bundesamtes die jeweils zuständige Landespolizeidirektion tritt.

§ 45 FPG

§ 45. (1) Fremde können von den Organen des öffentlichen Sicherheitsdienstes im Auftrag der Landespolizeidirektion zur Rückkehr in einen Mitgliedstaat verhalten werden (Zurückschiebung), wenn sie

1. nicht rechtmäßig in das Bundesgebiet eingereist sind und binnen 14 Tagen betreten werden,
2. innerhalb von 14 Tagen nach Einreise in das Bundesgebiet von der Republik Österreich auf Grund eines Rückübernahmeabkommens zurückgenommen werden mussten,

3. innerhalb von 14 Tagen, nachdem ihr visumfreier oder visumpflichtiger Aufenthalt im Bundesgebiet nicht mehr rechtmäßig ist, betreten werden, oder
4. während eines Ausreisevorganges bei nicht rechtmäßigem Aufenthalt im Bundesgebiet betreten werden.

(2) In Aufträgen gemäß Abs. 1 kann die Landespolizeidirektion den Organen des öffentlichen Sicherheitsdienstes den Auftrag zur Begleitung der Zurückschiebung eines Fremden erteilen.

(3) Die Zurückschiebung ist im Reisedokument des Fremden ersichtlich zu machen. Diese Eintragung ist auf Antrag des Betroffenen zu streichen, sofern deren Rechtswidrigkeit durch das Verwaltungsgericht des Landes festgestellt worden ist.

(4) Erweist sich die Zurückschiebung eines Fremden als nicht möglich, so ist davon unverzüglich das Bundesamt in Kenntnis zu setzen.

§ 45a FPG

§ 45a. (1) Die Hinderung an der Einreise, die Zurückweisung oder Zurückschiebung Fremder in einen Staat ist unzulässig, wenn dadurch Art. 2 oder 3 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK), BGBl. Nr. 210/1958, oder das Protokoll Nr. 6 oder Nr. 13 zur Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten über die Abschaffung der Todesstrafe verletzt würde oder für sie als Zivilperson eine ernsthafte Bedrohung des Lebens oder der Unversehrtheit infolge willkürlicher Gewalt im Rahmen eines internationalen oder innerstaatlichen Konflikts verbunden wäre.

(2) Die Zurückweisung oder Zurückschiebung Fremder in einen Staat oder die Hinderung an der Einreise aus einem Staat ist unzulässig, wenn stichhaltige Gründe für die Annahme bestehen, dass dort ihr Leben oder ihre Freiheit aus Gründen ihrer Rasse, ihrer Religion, ihrer Nationalität, ihrer Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe oder ihrer politischen Ansichten bedroht wäre (Art. 33 Z 1 der Konvention über die Rechtsstellung der Flüchtlinge, BGBl. Nr. 55/1955, in der Fassung des Protokolls über die Rechtsstellung der Flüchtlinge, BGBl. Nr. 78/1974), es sei denn, es bestehe eine innerstaatliche Fluchtalternative (§ 11 AsylG 2005).

(3) Die Zurückweisung oder die Zurückschiebung in einen Staat ist unzulässig, solange die Empfehlung einer vorläufigen Maßnahme durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte entgegensteht.

(4) Erweist sich die Zurückweisung oder die Zurückschiebung Fremder, deren Antrag auf internationalen Schutz nach dem Asylgesetz 2005 wegen der Unzuständigkeit Österreichs zurückgewiesen worden ist, in den Drittstaat als nicht möglich, so ist davon das Bundesamt unverzüglich in Kenntnis zu setzen.

(5) Fremde, die sich auf eine der in Abs. 1 bis 3 genannten Gefahren berufen, dürfen erst zurückgewiesen oder zurückgeschoben werden, nachdem sie Gelegenheit hatten, entgegenstehende Gründe darzulegen. Die Landespolizeidirektion ist in diesen Fällen vor der Zurückweisung vom Sachverhalt in Kenntnis zu setzen und hat dann über die Zurückweisung zu entscheiden.

§ 81 FPG

§ 81. (1) Die Schubhaft ist durch Freilassung des Fremden formlos aufzuheben, wenn

1. sie gemäß § 80 nicht länger aufrechterhalten werden darf oder
2. das Bundesverwaltungsgericht festgestellt hat, dass die Voraussetzungen für ihre Fortsetzung nicht vorliegen.

(2) Ist die Schubhaft gemäß Abs. 1 formlos aufgehoben worden, gilt der ihr zugrunde liegende Bescheid als widerrufen; das Bundesamt hat dies aktenkundig zu machen.

(3) Das Bundesamt hat dem aus der Schubhaft entlassenen Fremden auf sein Verlangen gebührenfrei eine Bestätigung über die Dauer der Haft auszufolgen.

(4) Das gelindere Mittel ist durch formlose Mitteilung aufzuheben, wenn

1. es gemäß §§ 77 iVm 80 nicht länger aufrechterhalten werden darf oder
2. das Bundesverwaltungsgericht festgestellt hat, dass die Voraussetzungen für seine Fortsetzung nicht vorliegen.

Ist das gelindere Mittel formlos aufgehoben worden, gilt der ihr zugrunde liegende Bescheid als widerrufen; das Bundesamt hat dies aktenkundig zu machen.

§ 76 Abs. 1 letzter Satz FPG

§ 76. [...] Unmündige Minderjährige dürfen nicht in Schubhaft angehalten werden.

§ 77 Abs. 2, 3 und 5 bis 9 FPG

§ 77. (1) [...]

(2) Voraussetzung für die Anordnung gelinderer Mittel ist, dass der Fremde seiner erkennungsdienstlichen Behandlung zustimmt, es sei denn, diese wäre bereits aus dem Grunde des § 24 Abs. 1 Z 4 BFA-VG von Amts wegen erfolgt.

(3) Gelindere Mittel sind insbesondere die Anordnung,

1. in vom Bundesamt bestimmten Räumen Unterkunft zu nehmen,
2. sich in periodischen Abständen bei einer Dienststelle einer Landespolizeidirektion zu melden oder
3. eine angemessene finanzielle Sicherheit beim Bundesamt zu hinterlegen.

(4) [...]

(5) Die Anwendung eines gelinderen Mittels steht der für die Durchsetzung der Abschiebung erforderlichen Ausübung von Befehls- und Zwangsgewalt nicht entgegen. Soweit dies zur Abwicklung dieser Maßnahmen erforderlich ist, kann den Betroffenen aufgetragen werden, sich für insgesamt 72 Stunden nicht übersteigende Zeiträume an bestimmten Orten aufzuhalten.

(6) Zur Erfüllung der Meldeverpflichtung gemäß Abs. 3 Z 2 hat sich der Fremde in periodischen, 24 Stunden nicht unterschreitenden Abständen bei einer zu bestimmenden Dienststelle einer Landespolizeidirektion zu melden. Die dafür notwendigen Angaben, wie insbesondere die zuständige Dienststelle einer Landespolizeidirektion sowie Zeitraum und Zeitpunkt der Meldung, sind dem Fremden vom Bundesamt mit Verfahrensanordnung (§ 7 Abs. 1 VwGVG)

mitzuteilen. Eine Verletzung der Meldeverpflichtung liegt nicht vor, wenn deren Erfüllung für den Fremden nachweislich nicht möglich oder nicht zumutbar war.
(7) Die näheren Bestimmungen, welche die Hinterlegung einer finanziellen Sicherheit gemäß Abs. 3 Z 3 regeln, kann der Bundesminister für Inneres durch Verordnung festlegen.
(8) Das gelindere Mittel ist mit Bescheid anzuordnen; dieser ist gemäß § 57 AVG zu erlassen, es sei denn, der Fremde befände sich bei Einleitung des Verfahrens zu seiner Erlassung aus anderem Grund nicht bloß kurzfristig in Haft. Nicht vollstreckte Bescheide gemäß § 57 AVG gelten 14 Tage nach ihrer Erlassung als widerrufen.
(9) Die Landespolizeidirektionen können betreffend die Räumlichkeiten zur Unterkunftnahme gemäß Abs. 3 Z 1 Vorsorge treffen.

2. Nachdem die Anhaltung des Bf nicht mehr andauert, sondern der Bf unmittelbar nach der Entscheidung des BVwG außer Landes gebracht wurde, findet die Wochenfrist des § 22a BFA-VG keine Anwendung.

3. Die Anhaltung ist nach § 39 FPG grundsätzlich mit Mandatsbescheid gemäß § 57 AVG anzuordnen.
4. Der Bf wurde mittels Bescheid der Landespolizeidirektion Oberösterreich vom 14.1.2017 gemäß § 39 Abs. 5a FPG zur Sicherung der Abschiebung angehalten. Ab 18.1.2017 befand sich der Bf (rechtmäßig) in Schubhaft und wurde am 3.2.2017 im Luftweg abgeschoben. Eine Zurückschiebung des Bf nach Deutschland war intendiert, wurde letztlich von den deutschen Behörden abgelehnt (ON 15). Diese wurde dem Bf auch zur Kenntnis gebracht.

Der Bf bekämpft in weiterer Folge in seiner Beschwerde zur Anhaltung weder den Sicherungsbedarf noch das Mittel selbst. Er bringt lediglich vor, dass eine Zurückschiebung nach Deutschland aufgrund des schengenweit ausgeschriebenen Einreiseverbotes dem Grunde nach nicht möglich sei und sohin die Anhaltung rechtswidrig erfolgte.

Diese Ansicht vermag vom Landesverwaltungsgericht Oberösterreich nicht geteilt werden. Zum einen wurde das Aufenthaltsverbot durch die Bezirkshauptmannschaft für das Bundesgebiet Österreich für 10 Jahre bestimmt. Dieses für das Staatsgebiet Österreich normierte Verbot wird sodann in ein schengenweites System der staatlichen Zusammenarbeit eingebettet und wirkt (nur) über die Staatsgrenzen mittelbar hinaus. Der Bf verkennt hier, dass eine Zurückschiebung letztlich nicht zu einer nachhaltigen Einreise führt, sondern der Bf vom aufnehmenden Staat fremdenrechtlich weiter behandelt wird und in weiterer Folge in seinen Heimatstaat abgeschoben wird. Es erfolgt eine Zurückschiebung durch einen Staat in einen Staat und keine klassische Einreise durch den Bf selbst. Insofern hindert ein Einreiseverbot dieses Prozedere nicht. Zudem würde die Ansicht des Bf zum Ergebnis führen, dass Fremde, die einem Einreise- oder Aufenthaltsverbot unterliegen einem erhöhten „Bestandsschutz“ unterliegen und nicht zurückgeschoben werden könnten – dies ist nicht sachlich zu rechtfertigen.

5. Da es sich um ein dem Bescheidbeschwerdeverfahren ähnliches Mischverfahren handelt und der Gesetzgeber die Kostenbestimmungen nicht ausdrücklich für anwendbar erklärt, findet kein Kostenersatz statt.

IV.

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Ebenfalls liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

R e c h t s m i t t e l b e l e h r u n g

Gegen dieses Erkenntnis besteht innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder einer außerordentlichen Revision beim Verwaltungsgerichtshof. Eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof ist unmittelbar bei diesem einzubringen, eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof beim Landesverwaltungsgericht Oberösterreich. Die Abfassung und die Einbringung einer Beschwerde bzw. einer Revision müssen durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt bzw. eine bevollmächtigte Rechtsanwältin erfolgen. Für die Beschwerde bzw. Revision ist eine Eingabegebühr von je 240.- Euro zu entrichten.

H i n w e i s

Anträge auf Bewilligung der Verfahrenshilfe zur Abfassung und Einbringung einer außerordentlichen Revision sind unmittelbar beim Verwaltungsgerichtshof einzubringen.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Dr. Brandstetter