



IM NAMEN DER REPUBLIK!

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Pelant sowie die Hofräte Dr. Sulzbacher und Dr. Pfiel, die Hofrätin Dr. Julcher und den Hofrat Dr. Schwarz als Richter, unter Mitwirkung der Schriftführerin Mag.^a Eraslan, über die Revision des E A, vertreten durch Dr.ⁱⁿ Julia Ecker, Rechtsanwältin in 1010 Wien, Opernring 7/18, gegen das Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichts vom 21. September 2020, W283 2231630-5/4E, betreffend Feststellung der Zulässigkeit der Fortsetzung der Schubhaft gemäß § 22a Abs. 4 BFA-VG (belangte Behörde vor dem Verwaltungsgericht: Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl), zu Recht erkannt:

Das angefochtene Erkenntnis wird wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufgehoben.

Der Bund hat dem Revisionswerber Aufwendungen in der Höhe von € 1.106,40 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Entscheidungsgründe:

- 1 Der Revisionswerber, ein Staatsangehöriger Afghanistans, stellte nach seiner Einreise am 13. November 2013 einen Antrag auf internationalen Schutz, der mit Bescheid des Bundesamtes für Fremdenwesen und Asyl (BFA) vom 26. April 2016 vollinhaltlich abgewiesen wurde. Unter einem wurde gegen den Revisionswerber eine Rückkehrentscheidung - verbunden mit der Feststellung der Zulässigkeit der Abschiebung nach Afghanistan - erlassen. Die gegen diesen Bescheid erhobene Beschwerde wies das Bundesverwaltungsgericht (BVwG) mit rechtskräftigem Erkenntnis vom 16. Dezember 2019 als unbegründet ab.
- 2 Für den 4. Februar 2020 organisierte das BFA die Abschiebung des Revisionswerbers nach Afghanistan. Diese scheiterte jedoch, weil der Revisionswerber am 3. Februar 2020 sein ihm zugewiesenes Grundversorgungsquartier verlassen hatte.





- 3 Am 13. Februar 2020 versuchte der Revisionswerber, illegal nach Deutschland einzureisen, wurde dabei jedoch von den deutschen Grenzkontrollbeamten zurückgewiesen und am nächsten Tag nach Österreich rücküberstellt.
- 4 Hier wurde er aufgrund eines auf § 34 Abs. 3 Z 1 BFA-VG gestützten Festnahmeauftrages festgenommen. Während seiner Anhaltung stellte der Revisionswerber neuerlich einen Antrag auf internationalen Schutz.
- 5 Mit (dem Revisionswerber ausgefolgten) Aktenvermerk hielt das BFA daraufhin fest, dass iSd § 40 Abs. 5 BFA-VG Gründe zur Annahme bestehen, dass der Antrag auf internationalen Schutz vom 14. Februar 2020 zur Verzögerung der Vollstreckung einer aufenthaltsbeendenden Maßnahme gestellt worden sei. Die Anhaltung auf Grund des Festnahmeauftrages werde für insgesamt bis zu 72 Stunden aufrechterhalten.
- 6 Mit Mandatsbescheid vom 14. Februar 2020 ordnete das BFA daraufhin gemäß § 76 Abs. 2 Z 1 FPG über den Revisionswerber die Schubhaft zum Zweck der Sicherung des Verfahrens über seinen Antrag auf internationalen Schutz im Hinblick auf die Erlassung einer aufenthaltsbeendenden Maßnahme an.
- 7 Mit Bescheid des BFA vom 4. März 2020 wurde der faktische Abschiebeschutz gemäß § 12a Abs. 2 AsylG 2005 aufgehoben. Mit Beschluss des BVwG vom 10. März 2020 wurde festgestellt, dass die Aufhebung des faktischen Abschiebeschutzes rechtmäßig gewesen sei. Mit Erkenntnis des BVwG vom 17. August 2020 wurde die Beschwerde des Revisionswerbers gegen den Bescheid des BFA vom 5. August 2020, mit dem der Asylfolgeantrag gemäß § 68 Abs. 1 AVG zurückgewiesen und unter anderem eine Rückkehrentscheidung sowie ein befristetes Einreiseverbot samt Nebenaussprüchen erlassen worden waren, abgewiesen.
- 8 Am 11. März 2020 war für den Revisionswerber ein Heimreisezertifikat ausgestellt worden. Aus den vorliegenden Akten ist ersichtlich, dass für die freiwillige Ausreise des Revisionswerbers am 16. März 2020 seine vorherige Entlassung aus der Schubhaft geplant war.



- 9 Gemäß den Feststellungen des BVwG im nunmehr angefochtenen Erkenntnis wurde die Ausreise des Revisionswerbers für den 16. März 2020 vorbereitet, „der gebuchte Flug [habe] jedoch auf Grund der COVID-19-Pandemie nicht statt[gefunden].“
- 10 Das BVwG stellte mit Erkenntnissen vom 15. Juni 2020, 2. Juli 2020, 29. Juli 2020 und 26. August 2020 jeweils fest, dass zum Zeitpunkt der Entscheidung die für die Fortsetzung der Schubhaft maßgeblichen Voraussetzungen vorlägen und dass die Aufrechterhaltung der Schubhaft im Zeitpunkt der Entscheidung verhältnismäßig sei.
- 11 Mit dem nunmehr angefochtenen Erkenntnis vom 21. September 2020 wurde wiederum gemäß § 22a Abs. 4 BFA-VG festgestellt, dass zum Zeitpunkt der Entscheidung die für die Fortsetzung der Schubhaft maßgeblichen Voraussetzungen vorlägen und dass die Aufrechterhaltung der Schubhaft im Zeitpunkt der Entscheidung verhältnismäßig sei. Weiters sprach das BVwG gemäß § 25a Abs. 1 VwGG aus, dass eine Revision gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG nicht zulässig sei.
- 12 Das BVwG stützte die Aufrechterhaltung der Schubhaft über den Zeitraum von sechs Monaten hinaus auf § 80 Abs. 4 Z 4 FPG und führte aus, der Revisionswerber sei bereits einmal untergetaucht und habe dadurch seine Abschiebung vereitelt. Weiters führte das BVwG aus, dass „die Dauer der Schubhaft [...] auf die mit der COVID-19-Pandemie verbundene vorübergehende Verzögerung bei der Durchführung der geplanten Abschiebung auf dem Luftweg zurückzuführen“ sei. Aufgrund der derzeitigen COVID-19-Pandemie komme es auch weiterhin zu Verzögerungen im internationalen Flugverkehr. Die „absehbare weitere Dauer der Anhaltung in Schubhaft“ sei (aber) mit wenigen Monaten einzustufen, die Flugabschiebung sei für November 2020 in Aussicht gestellt.
- 13 Gegen dieses Erkenntnis richtet sich die vorliegende außerordentliche Revision, über die der Verwaltungsgerichtshof nach Aktenvorlage und Durchführung eines Vorverfahrens - eine Revisionsbeantwortung wurde nicht erstattet - erwogen hat:



- 14 Der Revisionswerber wurde seit 14. Februar 2020, somit bis zur Erlassung des angefochtenen Erkenntnisses mehr als sieben Monate, durchgehend in Schubhaft angehalten, und zwar im maßgeblichen Entscheidungszeitpunkt aufgrund der vorangegangenen Haftprüfung nach § 22a Abs. 4 BFA-VG vom 26. August 2020 gemäß § 76 Abs. 2 Z 2 FPG zur Sicherung seiner Abschiebung in den Herkunftsstaat Afghanistan.
- 15 In der Revision wird zu ihrer Zulässigkeit insbesondere vorgebracht, die Aufrechterhaltung der Schubhaft über den Zeitraum von sechs Monaten hinaus sei durch § 80 Abs. 4 Z 4 FPG - jedenfalls bei der gebotenen unionsrechtskonformen Auslegung (Hinweis auf Art. 15 Abs. 6 RückführungsRL [Richtlinie 2008/115/EG]) - nicht gedeckt, dazu liege noch keine Rechtsprechung des VwGH vor.
- 16 Im Hinblick auf dieses Vorbringen erweist sich die Revision - entgegen dem gemäß § 34 Abs. 1a erster Satz VwGG nicht bindenden Ausspruch des BVwG - unter dem Gesichtspunkt des Art. 133 Abs. 4 B-VG als zulässig. Sie ist aus folgenden Gründen auch berechtigt.
- 17 Die maßgeblichen Bestimmungen (§§ 76, 80 FPG) in der geltenden Fassung lauten auszugsweise:

„Schubhaft

§ 76. (1) ...

(2) Die Schubhaft darf nur angeordnet werden, wenn

1. dies zur Sicherung des Verfahrens über einen Antrag auf internationalen Schutz im Hinblick auf die Erlassung einer aufenthaltsbeendenden Maßnahme notwendig ist, sofern der Aufenthalt des Fremden die öffentliche Ordnung oder Sicherheit gemäß § 67 gefährdet, Fluchtgefahr vorliegt und die Schubhaft verhältnismäßig ist,
2. dies zur Sicherung des Verfahrens zur Erlassung einer aufenthaltsbeendenden Maßnahme nach dem 8. Hauptstück oder der Abschiebung notwendig ist, sofern jeweils Fluchtgefahr vorliegt und die Schubhaft verhältnismäßig ist, oder
3. ...



Dauer der Schubhaft

§ 80. (1) Das Bundesamt ist verpflichtet, darauf hinzuwirken, dass die Schubhaft so kurz wie möglich dauert. Die Schubhaft darf so lange aufrechterhalten werden, bis der Grund für ihre Anordnung weggefallen ist oder ihr Ziel nicht mehr erreicht werden kann.

(2) Die Schubhaftdauer darf, vorbehaltlich des Abs. 5 und der Dublin-Verordnung, grundsätzlich

1. ...
2. sechs Monate nicht überschreiten, wenn die Schubhaft gegen einen Fremden, der das 18. Lebensjahr vollendet hat, angeordnet wird und kein Fall der Abs. 3 und 4 vorliegt.

(3) ...

(4) Kann ein Fremder deshalb nicht abgeschoben werden, weil

1. bis 3. ...
4. die Abschiebung dadurch, dass der Fremde sich bereits einmal dem Verfahren entzogen oder ein Abschiebungshindernis auf sonstige Weise zu vertreten hat, gefährdet erscheint, kann die Schubhaft wegen desselben Sachverhalts abweichend von Abs. 2 Z 2 und Abs. 3 höchstens 18 Monate aufrechterhalten werden.

(5) Abweichend von Abs. 2 und vorbehaltlich der Dublin-Verordnung darf die Schubhaft, sofern sie gegen einen Asylwerber oder einen Fremden, der einen Antrag auf internationalen Schutz gestellt hat, angeordnet wurde, bis zum Zeitpunkt des Eintritts der Durchsetzbarkeit der aufenthaltsbeendenden Maßnahme die Dauer von 10 Monaten nicht überschreiten. 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.“

- 18 Die gegen den Revisionswerber nach Stellung des Asylfolgeantrags zunächst gemäß § 76 Abs. 2 Z 1 FPG zur Verfahrenssicherung angeordnete Schubhaft hätte nach dem ersten Satz des § 80 Abs. 5 FPG höchstens zehn Monate dauern dürfen. Die Schubhaft wurde - noch bevor diese Höchstfrist erreicht wurde - dann über den „Zeitpunkt des Eintritts der Durchsetzbarkeit der aufenthaltsbeendenden Maßnahme“ hinaus aufrechterhalten. Für diesen Fall ordnet der letzte Satz des § 80 Abs. 5 FPG an, dass die bisherige Dauer der Schubhaft auf die jeweils maßgebliche Höchstdauer nach § 80 Abs. 2 FPG



(nach der Z 2: sechs Monate) bzw. nach § 80 Abs. 4 FPG (achtzehn Monate) anzurechnen ist (vgl. dazu VwGH 19.11.2020, Ro 2020/21/0015, Rn. 18, 19).

- 19 Gemäß § 80 Abs. 4 FPG darf die Anhaltung in Schubhaft nur bei Vorliegen der dort in den Z 1 bis 4 genannten alternativen Voraussetzungen höchstens achtzehn Monate dauern. Liegen diese Voraussetzungen nicht vor, so beträgt die Schubhaftdauer - wie in § 80 Abs. 2 Z 2 FPG als Grundsatz normiert - nur sechs Monate. Demnach ist in diesem Fall eine zunächst zur Verfahrenssicherung dienende Schubhaft nach § 76 Abs. 2 Z 1 FPG, sobald sie nach Eintritt der „Durchsetzbarkeit der aufenthaltsbeendenden Maßnahme“ nunmehr der Sicherung der Abschiebung dienen soll, infolge der gebotenen Anrechnung ihrer bisherigen Dauer auf die Höchstfrist zu beenden, wenn sie im Rahmen des § 80 Abs. 5 erster Satz FPG bereits mehr als sechs Monate gedauert hat.
- 20 Im vorliegenden Fall wurde der Revisionswerber im Zeitpunkt der Erlassung des angefochtenen Erkenntnisses vom 21. September 2020 bereits mehr als sieben Monate in Schubhaft angehalten, sodass entscheidungswesentlich ist, ob das BVwG zu Recht von der Anwendbarkeit der (fallbezogen allein in Betracht kommenden) Z 4 des § 80 Abs. 4 FPG ausgegangen ist.
- 21 Gemäß dieser Bestimmung kann die Schubhaft bis zu achtzehn Monate aufrecht erhalten werden, wenn ein Fremder deshalb nicht abgeschoben werden kann, weil die Abschiebung dadurch, dass der Fremde sich bereits einmal dem Verfahren entzogen oder ein Abschiebungshindernis auf sonstige Weise zu vertreten hat, gefährdet erscheint.
- 22 Die Z 4 des § 80 Abs. 4 FPG wurde mit dem FrÄG 2017 eingeführt. Die in § 80 Abs. 4 Z 1 bis 3 FPG angeführten Tatbestände standen - mit hier nicht weiter relevanten Änderungen - bereits vor Inkrafttreten des FrÄG 2017 in Geltung. In dessen ErläutRV (1523 BlgNR 25. GP 36) wird zur insgesamt erfolgen Neufassung des § 80 Abs. 4 FPG mehrfach auf Art. 15 Abs. 6 RückführungsRL Bezug genommen.



23 Mit § 80 Abs. 4 FPG idF des FrÄG 2017 soll demnach Art. 15 Abs. 6 RückführungsRL umgesetzt werden. Allerdings finden sich in den ErläutRV keine Ausführungen zur neu geschaffenen Z 4 des § 80 Abs. 4 FPG.

24 Art 15 RückführungsRL lautet auszugsweise:

„Inhaftnahme

(1) Sofern in dem konkreten Fall keine anderen ausreichenden, jedoch weniger intensiven Zwangsmaßnahmen wirksam angewandt werden können, dürfen die Mitgliedstaaten Drittstaatsangehörige, gegen die ein Rückkehrverfahren anhängig ist, nur in Haft nehmen, um deren Rückkehr vorzubereiten und/oder die Abschiebung durchzuführen, und zwar insbesondere dann, wenn

- a) Fluchtgefahr besteht oder
- b) die betreffenden Drittstaatsangehörigen die Vorbereitung der Rückkehr oder das Abschiebungsverfahren umgehen oder behindern.

Die Haftdauer hat so kurz wie möglich zu sein und sich nur auf die Dauer der laufenden Abschiebungsvorkehrungen erstrecken, solange diese mit der gebotenen Sorgfalt durchgeführt werden.

...

(5) Die Haft wird so lange aufrechterhalten, wie die in Absatz 1 dargelegten Umstände gegeben sind und wie dies erforderlich ist, um den erfolgreichen Vollzug der Abschiebung zu gewährleisten. Jeder Mitgliedstaat legt eine Höchsthaftdauer fest, die sechs Monate nicht überschreiten darf.

(6) Die Mitgliedstaaten dürfen den in Absatz 5 genannten Zeitraum nicht verlängern; lediglich in den Fällen, in denen die Abschiebungsmaßnahme trotz ihrer angemessenen Bemühungen aufgrund der nachstehend genannten Faktoren wahrscheinlich länger dauern wird, dürfen sie diesen Zeitraum im Einklang mit dem einzelstaatlichen Recht um höchstens zwölf Monate verlängern:

- a) mangelnde Kooperationsbereitschaft seitens der betroffenen Drittstaatsangehörigen oder
- b) Verzögerungen bei der Übermittlung der erforderlichen Unterlagen durch Drittstaaten.“

25 Im vorliegenden Fall, in dem bereits ein Heimreisezertifikat vorliegt, käme eine Aufrechterhaltung von Schubhaft über sechs Monate hinaus am Boden der zitierten RL-Bestimmung nur bei mangelnder Kooperationsbereitschaft des Revisionswerbers (Art. 15 Abs. 6 lit. a) in Betracht.



26 Dazu hat der EuGH im Urteil vom 5. Juni 2014, *Mahdi*, C-146/14 PPU, Rn. 82, ausgeführt:

„Der Begriff der mangelnden Kooperationsbereitschaft im Sinne von Art. 15 Abs. 6 der Richtlinie 2008/115 erfordert aber, dass die Behörde, die über einen Antrag auf Verlängerung der Haft eines Drittstaatsangehörigen entscheidet, zum einen sein Verhalten während des ersten Haftzeitraums untersucht, um festzustellen, ob er nicht mit den zuständigen Behörden hinsichtlich der Durchführung der Abschiebung zusammengearbeitet hat, und zum anderen prüft, ob die Abschiebung wegen dieses Verhaltens des Drittstaatsangehörigen wahrscheinlich länger dauern wird. Wenn die Abschiebung des Betroffenen aus einem anderen Grund länger als vorgesehen dauern wird oder gedauert hat, kann kein Kausalzusammenhang zwischen dem Verhalten des Drittstaatsangehörigen und der Dauer der Abschiebung und damit keine mangelnde Kooperationsbereitschaft des Betroffenen festgestellt werden.“

27 Mangelnde Kooperationsbereitschaft gemäß Art. 15 Abs. 6 lit. a RückführungsRL kann somit nur dann angenommen werden, wenn die Prüfung des Verhaltens des Drittstaatsangehörigen während der Haft ergibt, dass er bei der Durchführung der Abschiebung nicht kooperiert hat und dass die Abschiebung wegen dieses Verhaltens wahrscheinlich länger dauern wird als vorgesehen (vgl. auch Rn. 85 des angeführten Urteils). Das Verhalten des Drittstaatsangehörigen muss demnach kausal für die längere - mehr als sechsmonatige (vgl. Art 15 Abs. 5 RückführungsRL) - Dauer seiner Anhaltung in Schubhaft sein. In diesem Sinn ist auch der Verlängerungstatbestand des § 80 Abs. 4 Z 4 FPG - vor dem Hintergrund der gebotenen richtlinienkonformen Interpretation - auszulegen.

28 Im vorliegenden Fall scheiterte die für 16. März 2020 geplante Abschiebung des Revisionswerbers gemäß den Feststellungen des BVwG „auf Grund der COVID-19-Pandemie“ und es ist auch die bisherige „Dauer der Schubhaft [...] auf die mit der COVID-19-Pandemie verbundene vorübergehende Verzögerung bei der Durchführung der geplanten Abschiebung auf dem Luftweg zurückzuführen“. Die Abschiebung des Revisionswerbers konnte demnach nur (mehr) aus vom Revisionswerber nicht zu vertretenden Gründen nicht durchgeführt werden. Dass sich der Revisionswerber der für 4. Februar 2020 geplanten Abschiebung und danach bis 14. Februar 2020 dem Zugriff der



Behörde entzogen hatte, war für die längere Dauer der gegenständlichen Schubhaft jedoch nicht kausal. Wenn kein Kausalzusammenhang zwischen dem Verhalten des Drittstaatsangehörigen und der Verzögerung der Abschiebung festgestellt werden kann, liegen aber nach dem Gesagten die Voraussetzungen des Art. 15 Abs. 6 lit. a) RückführungsRL und damit der Ausnahmetatbestand des § 80 Abs. 4 Z 4 FPG für eine Anhaltung in Schubhaft über die Dauer von sechs Monaten (vgl. § 80 Abs. 2 Z 2 FPG) hinaus nicht vor.

- 29 Schon deshalb war das angefochtene Erkenntnis, mit dem die Aufrechterhaltung der Schubhaft auch nach mehr als sieben Monaten für rechtmäßig erachtet wurde, gemäß § 42 Abs. 2 Z 1 VwGG wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufzuheben.
- 30 Von der in der Revision beantragten Durchführung einer mündlichen Verhandlung vor dem Verwaltungsgerichtshof konnte gemäß § 39 Abs. 2 Z 5 und 6 VwGG abgesehen werden.
- 31 Der Spruch über den Aufwandersatz gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG iVm der VwGH-Aufwandersatzverordnung 2014.

W i e n , am 15. Dezember 2020