

# TE Bvwg Erkenntnis 2018/12/19

## W264 2191793-2

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 19.12.2018

### Entscheidungsdatum

19.12.2018

### Norm

AsylG 2005 §10 Abs1 Z3

AsylG 2005 §13 Abs2 Z1

AVG §68 Abs2

BFA-VG §18 Abs1 Z2

BFA-VG §9

B-VG Art.133 Abs4

FPG §46

FPG §52 Abs2 Z2

FPG §52 Abs9

FPG §53 Abs1

FPG §53 Abs3 Z1

FPG §55 Abs1a

VwGVG §28 Abs1

VwGVG §28 Abs2

VwGVG §28 Abs5

### Spruch

W264 2191793-2/3E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch die Richterin Dr. Tanja KOENIG-LACKNER als Einzelrichterin über die Beschwerde von XXXX, geb. XXXX, StA. Afghanistan, bevollmächtigt vertreten durch Verein Menschenrechte Österreich, gegen den Bescheid des Bundesamtes für Fremdenwesen und Asyl Regionaldirektion Oberösterreich vom 13.11.2018, 1072640709-150640665, wegen Abänderung des Bescheides gem. § 68 Abs. 2 AVG vom 28.2.2018, zu Recht erkannt:

A)

Der Beschwerde wird stattgegeben und der angefochtene Bescheid ersatzlos behoben.

B)

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

## Text

### ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

#### I. Verfahrensgang:

1. Der Beschwerdeführer (im Folgenden kurz als "BF" bezeichnet), ein afghanischer Staatsangehöriger, reiste als Volljähriger unrechtmäßig und schlepperunterstützt in Umgehung der Grenzkontrollen nach Europa ein und stellte am 9.6.2015 im Bundesgebiet den Antrag auf internationalen Schutz.
2. Mit dem ober näher bezeichneten Bescheid des Bundesamtes für Fremdenwesen und Asyl (im Folgenden: belangte Behörde) wurde der Antrag des BF auf internationalen Schutz sowohl hinsichtlich Zuerkennung des Status des Asylberechtigten als auch hinsichtlich Zuerkennung des Status des subsidiär Schutzberechtigten in Bezug auf den Herkunftsstaat Afghanistan abgewiesen und gegen ihn eine Rückkehrentscheidung erlassen.
3. Gegen diesen ordnungsgemäß zugestellten Bescheid er hob der Beschwerdeführer fristgerecht Beschwerde. Das Beschwerdeverfahren ist seit 9.4.2018 beim Bundesverwaltungsgericht anhängig und noch nicht abgeschlossen.
4. Im Rahmen des Parteigehörs wurde der BF von der belangten Behörde im Wege seines Rechtsvertreters Rechtsanwalt Mag.rer.soc.oec. Dr.iur. XXXX mit Erledigung vom 18.10.2018 darüber in Kenntnis gesetzt, dass aufgrund der Verurteilung des Landesgerichtes XXXX vom 5.10.2018, Zahl: XXXX, wegen Vergehen nach dem Suchtmittelgesetz (Freiheitsstrafe von sechs Monaten, unter Bestimmung einer Probezeit von drei Jahren bedingt nachgesehen) beabsichtigt ist, gegen den BF eine Rückkehrentscheidung nach Afghanistan iVm einem Einreiseverbot iVm der Aberkennung der aufschiebenden Wirkung einer Beschwerde zu erlassen, nachdem bei dem BF nunmehr die Voraussetzungen für die Erlassung eines Einreiseverbots festgestellt wurden.

Um den Sachverhalt im Lichte seiner persönlichen Verhältnisse beurteilen zu können, wurde der BF zur Beantwortung von insgesamt 25 Fragen zu seinen persönlichen Lebensumständen und dem Gesundheitszustand, seinem familiären Hintergrund, seiner finanziellen Situation und zu allfällig gesetzten Integrationsbemühungen aufgefordert. Für die Äußerung wurde ihm eine Frist von sieben Tagen eingeräumt und wurde darauf hingewiesen, dass für den Fall, dass er die Frage nach seinem Gesundheitszustand nicht beantwortet bzw. nicht mit allenfalls vorhandenen Bescheinigungsmitteln unterlegt, das BFA davon ausgehe, dass er nicht an einer schwerwiegenden, lebensbedrohenden physischen oder psychischen Erkrankung oder sonstigen Beeinträchtigung leidet und für den Fall, dass er die Fragen zu seinem familiären Hintergrund und zu allfälligem Aufenthaltstitel in einem anderen europäischen Land nicht beantwortet bzw. nicht mit allenfalls vorhandenen Bescheinigungsmitteln unterlegt, das BFA davon ausgeht, dass die Tatsachen, welche aus den gestellten Fragen resultieren sollten, nicht gegeben sind.

5. Mit Schriftsatz seines Rechtsvertreters vom 30.10.2018 - eingelangt am 2.11.2018 - gab der BF eine Stellungnahme zu den Fragen der belangten Behörde ab.

6. Mit dem nunmehr angefochtenen Bescheid vom 13.11.2018 wurde der Bescheid vom 28.2.2018 gemäß § 68 Abs. 2 AVG abgeändert und wurde in dessen Spruchpunkt I. gemäß § 10 Abs. 1 Z 3 AsylG in Verbindung mit § 9 BFA-VG eine Rückkehrentscheidung gemäß § 52 Abs. 2 Z 2 FPG ausgesprochen und in Spruchpunkt II. festgestellt, dass die Abschiebung des Beschwerdeführers nach Afghanistan gemäß § 46 FPG zulässig sei. Ferner habe der Beschwerdeführer gemäß § 13 Abs. 2 Z 1 AsylG sein Recht zum Aufenthalt im Bundesgebiet ab dem 23.08.2018 verloren (Spruchpunkt III.). Gemäß § 53 Abs. 1 iVm Abs. 3 Z 1 FPG wurde ein auf fünf Jahre befristetes Einreiseverbot erlassen (Spruchpunkt IV.) und einer Beschwerde gegen diesen Bescheid gemäß § 18 Abs. 1 Z 2 BFA-VG die aufschiebende Wirkung aberkannt (Spruchpunkt V.). Gemäß § 55 Abs. 1a FPG bestehe keine Frist für die freiwillige Ausreise (Spruchpunkt VI.).

Begründend wurde in dem bekämpften Bescheid ausgeführt, dass der BF mit rechtskräftigem Urteil des Landesgerichtes XXXX vom 5.10.2018, Zahl: XXXX, wegen Vergehen nach dem SMG zu einer Freiheitsstrafe von sechs Monaten - unter Bestimmung einer Probezeit von drei Jahren bedingt nachgesehen - für schuldig erkannt wurde.

7. Gegen diesen ordnungsgemäß zugestellten Bescheid er hob der BF vertreten durch den Verein Menschenrechte Österreich fristgerecht das Rechtsmittel der Beschwerde und beantragte den angefochtenen Bescheid ersatzlos aufzuheben, in eventu die ausgesprochene Rückkehrentscheidung aufzuheben, die Abschiebung für unzulässig zu erklären, das erlassene Einreiseverbot zur Gänze zu beheben, in eventu die Dauer des Einreiseverbots auf ein verhältnismäßiges Ausmaß zu reduzieren.

Begründend wurde - zusammengefasst - ausgeführt, dass dem Wortlaut des§ 68 Abs 2 AVG nach Bescheide "aus denen niemandem ein Recht erwachsen ist" von Amts wegen aufgehoben oder abgeändert werden können. Der VwGH vertrete in ständiger Rechtsprechung die Auffassung, dass es bei der Abänderungsbefugnis nicht auf die Art des Bescheides - ob begünstigend, ob belastend - ankomme, sondern ausschließlich auf die Art, auf die Richtung der Abänderung. Eine belastende Abänderung von Amts wegen, durch welche die Rechtslage für die Partei ungünstiger gestaltet wird, sei nach § 68 Abs 2 AVG sowohl bei belastenden als auch bei begünstigenden Bescheiden unzulässig. Die ,nachträgliche Erlassung eines Einreiseverbots nach § 68 Abs 2 AVG' sei unzulässig, da nicht begünstigend.

Unter Hinweis auf VwGH 16.11.2015, Ra 2015/12/0029-6, wurde ausgeführt, dass der eingebrochenen Beschwerde aufschiebende Wirkung gemäß § 13 Abs 1 VwGVG zugekommen sei, sodass sich der Spruchpunkt v als inhaltlich rechtswidrig erweise und dieser daher aufzuheben sei.

Es wurde weiters moniert, dass die belangte Behörde in der Begründung der bekämpften Entscheidung überhaupt nicht dargelegt habe, inwiefern aufgrund der konkreten Umstände des Einzelfalls eine (besondere) ,Schwere des Fehlverhaltens' seinerseits anzunehmen gewesen wäre und habe die Behörde die Umstände, die einer Beurteilung des Gesamtverhaltens des BF zugrunde gelegen wären, nicht hinreichend dargelegt. Das Einreiseverbot beziehe sich einzig auf die Verurteilung, ohne einzelfallbezogen darzutun, wie die Behörde zu der Schlussfolgerung gelange, dass gegen den BF ein Einreiseverbot von fünf Jahren zu verhängen sei. Es gehe von ihm keine schwerwiegende Gefährdung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit aus. Er habe das Unrecht der Tat, wegen welcher er verurteilt wurde, eingesehen und sei festentschlossen sich künftig rechtskonform zu verhalten, sodass ein fünfjährig befristetes Einreiseverbot in das gesamte Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten unverhältnismäßig hoch bemessen sei. Aus diesem Grunde werde auch um die Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung nach § 18 Abs 5 BFA-VG ersucht.

8. Die belangte Behörde legte den bezughabenden Akt dem Bundesverwaltungsgericht zur Entscheidung vor und langte dieser am 14.12.2018 ein.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

1. Feststellungen:

1.1. Der Beschwerdeführer stellte am 9.6.2015 einen Antrag auf internationalen Schutz.

1.2. Mit dem Bescheid des Bundesamtes für Fremdenwesen und Asyl vom 28.2.2018, Zahl: 1072640709-150640665, wurde der Antrag des BF auf internationalen Schutz sowohl hinsichtlich Zuerkennung des Status des Asylberechtigten als auch hinsichtlich Zuerkennung des Status des subsidiär Schutzberechtigten in Bezug auf den Herkunftsstaat Afghanistan abgewiesen und gegen ihn eine Rückkehrentscheidung erlassen.

1.3. Der Beschwerdeführer erobt gegen diesen Bescheid das Rechtsmittel der Beschwerde und wurde diese von der belangten Behörde am 9.4.2018 dem Bundesverwaltungsgericht vorgelegt und ist bei dem Bundesverwaltungsgericht unter Zahl W264 2191793-1 anhängig.

1.4. Mit Bescheid vom 13.11.2018 änderte die belangte Behörde von Amts wegen den Bescheid vom 28.2.2018, Zahl: 1072640709-150640665, gem. § 68 Abs. 2 AVG ab. Mit Spruchpunkt I. wurde der Bescheid vom 28.2.2018 betreffend Spruchpunkte IV., V und IV. amtswegig aufgehoben. Mit Spruchpunkt II. wurde gemäß § 10 Abs. 1 Z 3 AsylG in Verbindung mit § 9 BFA-VG eine Rückkehrentscheidung gemäß § 52 Abs. 2 Z 2 FPG erlassen und in Spruchpunkt III. festgestellt, dass die Abschiebung des Beschwerdeführers nach Afghanistan gemäß § 46 FPG zulässig sei. Mit Spruchpunkt IV. wurde ausgesprochen, dass der Beschwerdeführer gemäß § 13 Abs. 2 Z 1 AsylG sein Recht zum Aufenthalt im Bundesgebiet ab dem 9.10.2018 verloren hat. Gemäß § 53 Abs. 1 iVm Abs. 3 Z 1 FPG wurde ein auf fünf Jahre befristetes Einreiseverbot erlassen (Spruchpunkt V.) und einer Beschwerde gegen diesen Bescheid gemäß § 18 Abs. 1 Z 2 BFA-VG die aufschiebende Wirkung aberkannt (Spruchpunkt VI.). Im Spruchpunkt VII. wurde festgestellt, dass gemäß § 55 Abs. 1a FPG keine Frist für die freiwillige Ausreise besteht.

1.5. Dieser Bescheid ist rechtswidrig und wird ersatzlos behoben, dadurch wird der ursprüngliche Bescheid vom 28.2.2018 wiederhergestellt.

2. Beweiswürdigung:

Die unter II.1.1., II.1.2. und II.1.4. getroffenen Feststellungen basieren auf dem vorgelegten unbestrittenen unbedenklichen Inhalt des vorgelegten Fremdaktes und dem damit in Einklang stehenden schriftlichem Vorbringen des Beschwerdeführers.

Die unter II.1.3. getroffene Feststellung gründet sowohl auf dem vorgelegten unbestrittenen unbedenklichen Inhalt des vorgelegten und am 14.12.2018 beim Bundesverwaltungsgericht eingelangten Fremdaktes als auch auf dem unbestrittenen unbedenklichen Inhalt des dem Bundesverwaltungsgericht zu Zahl W264 2191793-1 am 9.4.2018 vorgelegten Fremdaktes.

### 3. Rechtliche Beurteilung:

#### Ad A)

Das Verfahren der Verwaltungsgerichte mit Ausnahme des Bundesfinanzgerichtes ist durch das VwGVG, BGBI. I Nr. 33/2013, geregelt (§ 1 leg.cit.). Gemäß § 58 Abs. 2 VwGVG bleiben entgegenstehende Bestimmungen, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Bundesgesetzes bereits kundgemacht wurden, in Kraft.

Gemäß § 7 Abs. 1 Z 1 des BFA-Verfahrensgesetzes (BFA-VG) entscheidet über Beschwerden gegen Entscheidungen (Bescheide) des BFA das BVwG. Gemäß § 6 Bundesverwaltungsgerichtsgesetz (BVwGG) entscheidet das BVwG durch Einzelrichter, sofern nicht in Bundes- oder Landesgesetzen die Entscheidung durch Senate vorgesehen ist. Gegenständlich liegt somit Einzelrichterzuständigkeit vor.

§ 17 VwGVG normiert wie folgt: "Soweit in diesem Bundesgesetz nicht anderes bestimmt ist, sind auf das Verfahren über Beschwerden gemäß Art. 130 Abs. 1 B-VG die Bestimmungen des AVG mit Ausnahme der §§ 1 bis 5 sowie des IV. Teiles, die Bestimmungen der Bundesabgabenordnung - BAO, BGBI. Nr. 194/1961, des Agrarverfahrensgesetzes - AgrVG, BGBI. Nr. 173/1950, und des Dienstrechtsverfahrensgesetzes 1984 - DVG, BGBI. Nr. 29/1984, und im Übrigen jene verfahrensrechtlichen Bestimmungen in Bundes- oder Landesgesetzen sinngemäß anzuwenden, die die Behörde in dem dem Verfahren vor dem Verwaltungsgericht vorangegangenen Verfahren angewendet hat oder anzuwenden gehabt hätte."

Gemäß § 27 VwGVG hat das Verwaltungsgericht, soweit es nicht Rechtswidrigkeit wegen Unzuständigkeit der Behörde gegeben findet, den angefochtenen Bescheid, die angefochtene Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt und die angefochtene Weisung auf Grund der Beschwerde (§ 9 Abs. 1 Z 3 und 4) oder auf Grund der Erklärung über den Umfang der Anfechtung (§ 9 Abs. 3) zu überprüfen.

Gemäß § 28 Abs. 1 VwGVG hat das Verwaltungsgericht, sofern die Beschwerde nicht zurückzuweisen oder das Verfahren einzustellen ist, die Rechtssache durch Erkenntnis zu erledigen.

Gemäß § 28 Abs. 2 VwGVG hat das Verwaltungsgericht über Beschwerden gemäß Art. 130 Abs. 1 Z 1 B-VG dann in der Sache selbst zu entscheiden, wenn der maßgebliche Sachverhalt feststeht oder die Feststellung des maßgeblichen Sachverhalts durch das Verwaltungsgericht selbst im Interesse der Raschheit gelegen oder mit einer erheblichen Kostenersparnis verbunden ist.

§ 28 Abs. 5 VwGVG normiert für den Fall, dass das Verwaltungsgericht den angefochtenen Bescheid aufhebt, die Behörden verpflichtet sind, in der betreffenden Rechtssache mit den ihnen zu Gebote stehenden rechtlichen Mitteln unverzüglich den der Rechtsanschauung des Verwaltungsgerichtes entsprechenden Rechtszustand herzustellen.

#### 1. Stattgabe der Beschwerde und ersatzlose Behebung des Bescheides:

Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheides:

Gemäß § 17 VwGVG hat das Verwaltungsgericht das Allgemeine Verwaltungsverfahrensgesetz 1991 (AVG), BGBI. 51/1991 idGf anzuwenden und lauten die Verba legalia des § 68 leg.cit. wie folgt:

"(1) Anbringen von Beteiligten, die außer den Fällen der §§ 69 und 71 die Abänderung eines der Berufung nicht oder nicht mehr unterliegenden Bescheides begehren, sind, wenn die Behörde nicht den Anlaß zu einer Verfügung gemäß den Abs. 2 bis 4 findet, wegen entschiedener Sache zurückzuweisen.

(2) Von Amts wegen können Bescheide, aus denen niemandem ein Recht erwachsen ist, sowohl von der Behörde, die den Bescheid erlassen hat, als auch in Ausübung des Aufsichtsrechtes von der sachlich in Betracht kommenden Oberbehörde aufgehoben oder abgeändert werden.

[...]"

Grundsätzlich ist festzuhalten, dass Ziel und Zweck der Regelung des § 68 AVG ist, die Bestandskraft von Bescheiden zu schützen (Kopp, ZfV 1977, 390). Anders ausgedrückt: eine Aufhebung oder Abänderung des Bescheides durch die Verwaltungsbehörde - insbesondere der im Spruch des Bescheides getroffenen normativen Anordnung - außerhalb des Rechtsmittelverfahrens nur unter bestimmten, vom Gesetz eng begrenzten Voraussetzungen zuzulassen. Die Anwendbarkeit des § 68 AVG setzt nach hA gemäß seinem Abs 1 weiterhin, daran hat die AVG-NovBGBl I 2013/33 nichts geändert, das Vorliegen eines "der Berufung nicht oder nicht mehr unterliegenden Bescheides" voraus. Dies hat sich mit der Einführung der zweistufigen Verwaltungsgerichtsbarkeit dahingehend geändert, dass nun unter formeller Rechtskraft die Unanfechtbarkeit des Bescheides nicht nur mit ordentlichen Rechtsmitteln iSd AVG, sondern auch mit Beschwerde (Vorlageantrag gem § 15 VwGVG) an das VwG zu verstehen ist (Hengstschläger/Leeb, Verwaltungsverfahrensrecht5 Rz 558; Leeb, Änderung 132 f; Palmstorfer/Reitshammer, ZÖR 2014, 362; Raschauer, Auswirkungen 240 f; Stolzlechner in Stolzlechner/Wendl/Bergthaler, Betriebsanlage4 Rz 359; Unterpertinger, ÖJZ 2013, 998 ff; vgl auch Kolonovits/Muzak/Stöger10 Rz 453/1, welche zwischen formeller Rechtskraft im engeren Sinn [Unanfechtbarkeit mit verwaltungsinternen ordentlichen Rechtsmitteln] und im weiteren Sinn [Unanfechtbarkeit mit Beschwerde an ein VwG] unterscheiden).

§ 68 AVG stellt nicht auf die formelle Rechtskraft von Bescheiden ab, sondern macht seine Anwendbarkeit ausschließlich davon abhängig, dass der Bescheid der Berufung (gemeint sind alle im AVG geregelten ordentlichen Rechtsmittel) nicht oder nicht mehr unterliegt. Die Anhängigkeit einer zulässigen Beschwerde vor dem Verwaltungsgericht steht einer Anwendung des § 68 Abs. 2 AVG nicht entgegen (vgl. VwGH 16.11.2015, Ra 2015/12/0029; vgl. auch Hengstschläger/Leeb, AVG § 68 Rz 8, 9). Dass der Gesetzgeber eine gebotene Anpassung der Norm schlicht übersehen hat, ist ein Argument, das im Zuge der Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012 - angesichts der zahlreich zu adaptierenden Regelungen - häufig verfängt, bei § 68 AVG ist dies aber gerade nicht der Fall. Der Gesetzgeber hat diese Bestimmung nämlich im Zuge der Reform adaptiert: Er hat die Unabhängigen Verwaltungssenate aus dem Normtext gestrichen, die Bestimmung im Übrigen aber unverändert gelassen. Zugleich hat er - mit dem Verwaltungsgerichtsbarkeits-Anpassungsgesetz 2013 - zahlreiche andere Bestimmungen im AVG und VStG an das neue Rechtsschutzsystem angepasst. All dies spricht letztlich gegen eine Lücke und vielmehr dafür, dass der Gesetzgeber es in § 68 AVG eben (bewusst) bei der Berufung belassen wollte. (vgl. auch Khakzadeh-Leiler, Die amtswegige Abänderung und Aufhebung von Bescheiden - neue Rechtsfragen, ZfV 2018). Daraus folgt, dass der Verwaltungsbehörde bereits mit Erlassung des Bescheids die Möglichkeit offensteht, nach § 68 AVG vorzugehen; da bereits zu diesem Zeitpunkt der Bescheid nämlich - abgesehen von Teilen der Gemeindeselbstverwaltung - keiner Berufung mehr unterliegt.

Dies bedeutet, dass Bescheide, die nur noch mit Beschwerde an das VwG bekämpft werden können und gegen die ein im AVG vorgesehenes ordentliches Rechtsmittel iSd § 68 Abs 1 AVG nicht mehr zur Verfügung steht, gem§ 68 AVG von Amts wegen aufgehoben oder abgeändert werden können. Die Möglichkeit sowie die Anhängigkeit einer zulässigen Beschwerde beim VwG stehen der Anwendung des § 68 AVG grundsätzlich nicht entgegen.

Dem Wortlaut nach käme eine amtswegige Aufhebung oder Abänderung von der Berufung nicht (mehr) unterliegenden Bescheiden nach § 68 Abs 2 AVG nur für rein belastende Bescheide, eben solche, "aus denen niemandem ein Recht erwachsen ist", in Betracht. Der VwGH vertritt allerdings in stRsp über den Wortlaut des § 68 Abs 2 AVG hinausgehend die Auffassung, dass es letztendlich nicht darauf ankommt, ob der abzuändernde Bescheid selbst begünstigende oder belastende Wirkung hat. Ausschlaggebend für die Anwendbarkeit des § 68 Abs 2 AVG ist der Effekt der Aufhebung oder Abänderung. Wirkt sie zugunsten der Partei(en), ist sie in verfahrensrechtlicher Hinsicht nach § 68 Abs 2 AVG stets zulässig, gleichgültig, ob der Partei aus dem Bescheid ein Recht erwachsen ist oder nicht (vgl VfGH 21.2.2014, B 1512/2011). Belastende Abänderungen von der Berufung nicht (mehr) unterliegenden Bescheiden können nicht auf § 68 Abs 2 AVG gestützt werden (vgl VwGH 27. 5. 2014, 2011/10/0197), auch dann nicht, wenn es sich um Bescheide handelt, aus denen niemandem ein Recht erwachsen ist (vgl VwSlg 1293 A/1950; 17. 5. 2001, 2001/07/0034; ferner Antonioli/Koja 581; Hengstschläger, Die Verwaltung 1979, 347 f; Kolonovits/Muzak/Stöger10 Rz 654; Raschauer, Rechtskraftdurchbrechungen 289; Thienel/Schulev-Steindl5 302). Der VwGH beruft sich bei seiner den Wortlaut des § 68 Abs 2 AVG ergänzenden bzw berichtigenden Interpretation auf den "Sinn der Vorschrift" im "Zusammenhang mit den übrigen Bestimmungen dieser Gesetzesstelle" (VwSlg 4187 A/1956) sowie auf das dem Gleichheitssatz innewohnende Sachlichkeitsgebot (VwSlg 9875 A/1979) (Hengstschläger/Leeb, AVG, § 68 Rz 81).

Im Ergebnis vertritt der VwGH den Standpunkt, dass es unmaßgeblich ist, ob es sich um einen begünstigenden oder belastenden Bescheid handelt, die Behörde aber von der ihr in § 68 Abs 2 AVG eingeräumten Möglichkeit nur dann Gebrauch machen darf, wenn damit keine Verschlechterung der Rechtsstellung einer Partei verbunden ist, weshalb eine Vorgangsweise, durch welche die Rechtslage - nicht sonstige Umstände - ungünstiger als durch den ursprünglichen, aufgehobenen oder abgeänderten Bescheid gestaltet wird, nicht auf § 68 Abs 2 AVG gestützt werden kann (VwSlg 1293 A/1950; VwGH 20.3.1996, 95/21/0369; VwGH 24.2.2005, 2004/11/0215).

Da durch den nunmehr angefochtenen Bescheid dem Beschwerdeführer das Aufenthaltsrecht ab dem 9.10.2018 entzogen wird, ihm gegenüber ein Einreiseverbot für die Dauer von fünf Jahren erlassen wird und ihm zudem die Frist für die freiwillige Ausreise entzogen wird, wird durch den Abänderungsbescheid unzweifelhaft belastend auf die Rechtsposition des Beschwerdeführers eingewirkt. Die Rechtsposition des Beschwerdeführers ist daher ungünstiger gestaltet als durch den ursprünglichen Bescheid, daher ist die belangte Behörde nicht zur amtsweigigen Abänderung des Bescheides vom 28.2.2018 befugt.

Der auf § 68 Abs. 2 AVG gestützte Bescheid ist bereits aus diesem Grund rechtswidrig, sodass die unter II.1.5. getroffene Feststellung zu treffen war.

Zu der ersatzlosen Behebung des angefochtenen Bescheides; Derogation des angefochtenen Bescheids ist auszuführen:

Wie (bisher) die Entscheidung der Berufungsbehörde gem § 66 Abs 4 AVG bedeutet also die Entscheidung "in der Sache selbst" gem Art 130 Abs 4 B-VG iVm § 28 Abs 2 und Abs 3 erster Satz VwGVG - im Gegensatz zur kassatorischen Erledigung (§ 28 Abs 3 zweiter Satz und Abs 4 VwGVG) - nicht nur eine Entscheidung über die (Begründetheit der) Beschwerde bzw die Rechtmäßigkeit des Bescheides (vgl VwGH 29.4.2015, Ra 2015/03/0015), sondern eine Entscheidung in der Sache der Unterinstanz (zB über einen Antrag auf Erteilung einer Betriebsanlagengenehmigung) aufgrund einer Bescheidbeschwerde (siehe Hengstschläger/Leeb, Verwaltungsverfahrensrecht5 Rz 1060).

Hebt das Verwaltungsgericht den angefochtenen Bescheid auf, sind die Behörden gemäß § 28 Abs 5 VwGVG verpflichtet, in der betreffenden Rechtssache mit den ihnen zu Gebote stehenden rechtlichen Mitteln unverzüglich den der Rechtsanschauung des Verwaltungsgerichtes entsprechenden Rechtszustand herzustellen.

Bei einer Aufhebung gemäß § 28 Abs. 5 VwGVG handelt es sich um eine materielle Erledigung der Rechtssache durch (ersatzlose) Behebung des angefochtenen Bescheides in Form eines Erkenntnisses. Diese Form der negativen Sachentscheidung ist von der Formalerledigung des Verfahrens durch Aufhebung und Zurückverweisung mit Beschluss nach § 28 Abs. 3 zweiter Satz und Abs. 4 VwGVG zu unterscheiden. Eine neuerliche Entscheidung der Verwaltungsbehörde über den Gegenstand wird bei ersatzloser Behebung regelmäßig nicht mehr in Betracht kommen, wenngleich im Einzelfall über den zugrundeliegenden (unerledigten) Antrag dennoch abermals zu entscheiden sein kann. Die Behebungsgründe bei einem Vorgehen nach § 28 Abs. 5 VwGVG werden gesetzlich nicht genannt. In Betracht kommen etwa die Unzuständigkeit der Behörde, das Fehlen eines verfahrenseinleitenden Antrages, die Unzulässigkeit des Einschreitens von Amts wegen oder die rechtswidrige Zurückweisung eines Antrages (vgl. Fister/Fuchs/Sachs, Das neue Verwaltungsgerichtsverfahren [2013], Anm. 17 und 18 zu § 28 VwGVG mwN).

Hat die Behörde von Amts wegen einen Bescheid erlassen, welcher nicht hätte ergehen dürfen, weil in der betreffenden Angelegenheit die Erlassung eines Bescheides nicht vorgesehen ist oder weil die rechtlichen Voraussetzungen dafür nicht erfüllt sind, hat die Berufungsbehörde den zu Unrecht ergangenen Bescheid ersatzlos zu beheben (Hengstschläger/Leeb, AVG<sup>2</sup> § 66 Rz 105, mwH).

Aufgrund der umfassenden Sachentscheidungs- und Sacherledigungskompetenz des Verwaltungsgerichts beseitigt jedes Erkenntnis "in der Sache selbst" den bekämpften Bescheid aus dem Rechtsbestand (VwGH 9.9.2015, Ra 2015/03/0032; VfGH 6.6.2014, B 320/2014 sowie in der Literatur: Leeb, Verfahrensrecht 111).

Demgegenüber handelt es sich bei der ersatzlosen Behebung gem § 28 Abs 2 und Abs 3 erster Satz VwGVG (VwGH 4.8.2016, Ra 2016/21/0162) um eine - wenn auch "negative" - Entscheidung "in der Sache selbst" (VwGH 25.3.2015, Ro 2015/12/0003; VwGH 25.2.2016, Ra 2015/07/0170; VwGH 28.6.2016, Ra 2015/17/0082), welche erst dann getroffen werden darf, wenn der dafür maßgebende Sachverhalt geklärt ist, dh von vornherein feststeht oder vom Verwaltungsgericht festgestellt wurde (vgl VwGH 5.10.2016, Ra 2016/19/0208). Eine sog "ersatzlose" Behebung hat daher dann zu erfolgen, wenn am Ende des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens feststeht, dass in dieser Sache

überhaupt kein förmlicher Abspruch erfolgen darf oder zumindest von der belangten Behörde kein Bescheid erlassen werden durfte. Eine solche Behebung ist insofern "ersatzlos", als weder das Verwaltungsgericht darin einen über die Kassation des angefochtenen Bescheides hinausgehenden Spruch in der Sache der Unterinstanz treffen soll (Hengstschläger/Leeb, Verwaltungsverfahrensrecht5 Rz 1061) noch die(selbe) Verwaltungsbehörde ein weiteres Mal über dieselbe Sache befinden soll (vgl VwGH 25.3.2015, Ro 2015/12/0003; VwGH 23. 3. 2016, Ra 2016/12/0008). Durch die ("negative") Entscheidung in der Sache selbst spricht vielmehr bereits das Verwaltungsgericht "endgültig" darüber ab (vgl VwGH 28.6.2016, Ra 2015/17/0082; VwGH 25.2.2016, Ra 2015/07/0170).

Erst die Beseitigung ex tunc im Berufungsweg oder durch ein Erkenntnis des Verwaltungsgerichts stellt jenen Rechtszustand her, welcher vor Erlassung des rechtswidrigen Derogationsbescheides bestanden hat (vgl Wiederin, ZfV 1992, 255), dh es tritt der ursprüngliche, bereits in Rechtskraft erwachsene Bescheid, welcher rechtswidrigerweise aufgehoben oder abgeändert wurde, mit der Behebung dieses ihn aufhebenden oder abändernden Bescheides rückwirkend wieder in Kraft (vgl VwGH 24.1.1995, 93/04/0203; VwGH 21.12.2011, 2011/12/0089).

Aus den dargestellten Gründen war daher nach § 28 Abs. 1, 2 und 5 VwGVG vorzugehen und der angefochtene Bescheid vom 13.11.2018 infolge Rechtswidrigkeit ersatzlos aufzuheben, womit der ursprüngliche Bescheid vom 28.2.2018 wieder im vollen Umfange in Kraft tritt.

Ad Aufschiebende Wirkung ist auszuführen:

Eine Beschwerde gegen die Abweisung eines Antrages auf internationalen Schutz in Verbindung mit der Aberkennung der aufschiebenden Wirkung einer Beschwerde kommt gemäß § 18 Abs. 5 BFA-VG ex lege die aufschiebende Wirkung für einen Zeitraum von einer Woche ab Beschwerdevorlage an das Bundesverwaltungsgericht zu. Nach Ablauf der Frist endet die aufschiebende Wirkung, es sei denn, das Bundesverwaltungsgericht hat innerhalb der Frist mit Beschluss die aufschiebende Wirkung bis zum Ende des Verfahrens in der Hauptsache gewährt. Die genannten Vorschriften sehen jedoch weder ein Antragsrecht des Asylwerbers auf Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung vor (die gerichtliche Überprüfung hat vielmehr von Amts wegen stattzufinden) noch muss das Verwaltungsgericht darüber einen Beschluss fassen, dass die aufschiebende Wirkung nicht gewährt wird.

Der Intention des Gesetzgebers zufolge, insbesondere unter Berücksichtigung der neuen Formulierung des§ 18 BFA-VG, welche mit dem BGBl. I. Nr. 145/2017 kundgemacht wurde und seit 01.11.2017 in Kraft ist, ist über die Nichtzuerkennung durch das Bundesverwaltungsgericht keine gesondert beim VfGH anfechtbare Entscheidung zu treffen (vgl. Kommentierung zum ähnlich gefassten § 17 BFA-VG alt: Filzwieser/Frank/Kloibmüller/Raschhofer, Asyl- und Fremdenrecht 2016, § 17 BFA-VG K4). Mit der durch das BGBl. I Nr. 145/2017 kundgemachten Änderung in § 17 Abs. 1 und § 18 Abs. 5 BFA-VG aE - lautend: "§38 VwGG gilt" - stellte der Gesetzgeber klar, dass gegen die Nichtzuerkennung der aufschiebenden Wirkung innerhalb der einwöchigen Frist auf Basis des Beschwerdevorbringens, der Rechtsschutz nur in der Möglichkeit der Stellung eines Fristsetzungsantrages liegt.

Da mit der gegenständlichen Entscheidung in der Hauptsache abgesprochen wird, kommt der Ausspruch einer aufschiebenden Wirkung im Rahmen dieser inhaltlichen Entscheidung nicht in Betracht.

2. Zum Entfall einer mündlichen Verhandlung:

Gemäß § 24 Abs. 2 Z 1 VwGVG kann eine Verhandlung entfallen, wenn bereits aufgrund der Aktenlage feststeht, dass der mit Beschwerde angefochtene Bescheid aufzuheben ist.

Ad B) Unzulässigkeit der Revision:

Gemäß § 25a Abs. 1 VwGG hat das Verwaltungsgericht im Spruch seines Erkenntnisses oder Beschlusses auszusprechen, ob die Revision gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG zulässig ist. Der Ausspruch ist kurz zu begründen.

Die Revision ist gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG nicht zulässig, weil die Entscheidung nicht von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab (vgl. die oben im Rahmen der rechtlichen Beurteilung zu Spruchteil A) angeführten zahlreichen Erkenntnisse des Verwaltungsgerichtshofes), noch fehlt es an einer Rechtsprechung; weiters ist die vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen.

Sofern die oben angeführte Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes und des Verfassungsgerichtshofes zur (zum Teil)

alten Rechtslagen erging, ist diese nach Ansicht des Bundesverwaltungsgerichtes auf die nunmehr geltende Rechtslage unverändert übertragbar. Auch liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor. Das Bundesverwaltungsgericht kann sich bei allen erheblichen Rechtsfragen auf eine ständige Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes bzw. auf eine ohnehin klare Rechtslage stützen.

#### **Schlagworte**

Abänderung eines Bescheides, Aufenthaltsrecht, aufschiebende Wirkung

- Entfall, Ausreise, Behebung der Entscheidung, Bescheidabänderung,

Einreiseverbot, ersatzlose Behebung, Frist

#### **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:BVWG:2018:W264.2191793.2.00

#### **Zuletzt aktualisiert am**

20.03.2019

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

© 2026 JUSLINE

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

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