

# TE Bvg Erkenntnis 2019/9/18 W253 2186935-2

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 18.09.2019

## Entscheidungsdatum

18.09.2019

## Norm

AsylG 2005 §10 Abs1 Z3

AVG §68 Abs2

BFA-VG §9

B-VG Art. 133 Abs4

FPG §46

FPG §52 Abs2 Z2

FPG §52 Abs9

FPG §53 Abs1

FPG §53 Abs3 Z1

VwGVG §28 Abs1

VwGVG §28 Abs2

VwGVG §28 Abs5

## Spruch

W253 2186935-2/4E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht erkennt durch den Richter Mag. Jörg C. BINDER als Einzelrichter über die Beschwerde des XXXX , geb. XXXX , StA. Afghanistan, gegen den Bescheid des Bundesamtes für Fremdenwesen und Asyl vom XXXX , Zi. XXXX , betreffend die Abänderung des Bescheides vom XXXX gemäß § 68 Abs. 2 AVG, zu Recht:

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 ist afghanischer Staatsangehöriger und stellte am 09.10.2015 einen Antrag auf internationalen Schutz.
2. Mit Bescheid vom XXXX wies das Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl den Antrag des Beschwerdeführers auf internationalen Schutz gemäß § 3 Abs. 1 iVm § 2 Abs. 1 Z 13 AsylG 2005 ab (Spruchpunkt I.). Gemäß § 8 Abs. 1 iVm § 2 Abs. 1 Z 13 AsylG 2005 wurde der Antrag auf Zuerkennung des Status des subsidiär Schutzberechtigten abgewiesen (Spruchpunkt II.). Ihm wurde kein Aufenthaltstitel aus berücksichtigungswürdigen Gründen gemäß § 57 AsylG 2005 erteilt (Spruchpunkt III.). Gemäß § 10 Abs. 1 Z 3 AsylG 2005 iVm § 9 BFA-VG wurde gegen den Beschwerdeführer eine Rückkehrentscheidung gemäß § 52 Abs. 2 Z 2 FPG erlassen (Spruchpunkt IV.) und gemäß § 52 Abs. 9 FPG festgestellt, dass die Abschiebung gemäß § 46 FPG nach Afghanistan zulässig sei (Spruchpunkt V.). Weiters wurde ausgesprochen, dass gemäß § 55 Abs. 1 bis 3 FPG die Frist für die freiwillige Ausreise 14 Tage ab Rechtskraft der Rückkehrentscheidung betrage (Spruchpunkt VI.).
3. Dagegen erhob der Beschwerdeführer fristgerecht Beschwerde gegen sämtliche Spruchpunkte, wobei das hg. Beschwerdeverfahren noch nicht abgeschlossen ist.
4. Mit Mandatsbescheid vom XXXX wurde vom Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl die Frist zur freiwilligen Ausreise gemäß § 55 Abs. 5 FPG iVm § 57 Abs. 1 AVG widerrufen.
5. Mit Verfahrensanordnung teilte die belangte Behörde dem Beschwerdeführer am 13.08.2018 gemäß § 13 Abs. 2 AsylG 2005 den Verlust seines Aufenthaltsrechts im Bundesgebiet wegen Verhängung der Untersuchungshaft (§§ 173 ff StPO) mit.
6. Am 22.10.2018 wurde der Beschwerdeführer vom Ergebnis der Beweisaufnahme verständigt und ihm Parteiengehör gewährt. Dabei führte die belangte Behörde zusammengefasst aus, in Hinblick auf das gegen den Beschwerdeführer rechtskräftig ergangene Urteil des Landesgerichts XXXX vom XXXX sei beabsichtigt, gegen den Beschwerdeführer eine Rückkehrentscheidung nach Afghanistan in Verbindung mit einem Einreiseverbot in Verbindung mit der Aberkennung der aufschiebenden Wirkung einer Beschwerde zu erlassen. Er habe die Möglichkeit, eine schriftliche Stellungnahme einzubringen. Abschließend ersuchte die belangte Behörde den Beschwerdeführer um Beantwortung von 25 Fragen.
7. Daraufhin langte am 29.10.2018 die Stellungnahme des Beschwerdeführers ein, in welcher er die vom Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl gestellten Fragen beantwortete. Im Wesentlichen führte er dabei aus, die Verurteilung zu XXXX werde nicht bestritten, allerdings sei aufgrund dieser einmaligen Verurteilung und der geringen Schwere der Straftat nicht automatisch eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung zu schließen. Der Beschwerdeführer habe die Verantwortung für sein Fehlverhalten übernommen und sei seit dieser Verurteilung nicht mehr strafrechtlich in Erscheinung getreten. Zur Sicherheitslage in Afghanistan brachte der Beschwerdeführer vor, sein Leben sei dort in Gefahr und die aktuellen UNHCR-Richtlinien würden zum Schluss kommen, dass sich die Sicherheits- und Menschenrechtslage sowie die humanitäre Lage in Afghanistan zum Schlechten verändert habe.
8. Am 06.11.2018 wurde dem Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl mitgeteilt, dass der Beschwerdeführer seit XXXX im Rahmen der Haftentlassungshilfe von XXXX betreut werde.
9. Mit Bescheid vom XXXX stellte die belangte Behörde fest, dass der Beschwerdeführer gemäß § 13 Abs. 2 Z 1 AsylG sein Recht zum Aufenthalt im Bundesgebiet ab dem 24.07.2018 verloren habe, und verständigte ihn zugleich vom Ergebnis der Beweisaufnahme und gewährte ihm Parteiengehör (vgl. Pkt. I.6.).
10. Mit dem gegenständlich angefochtenen Bescheid vom XXXX wurden die Spruchpunkte IV. und V. des Bescheides vom XXXX gemäß § 68 Abs. 2 AVG von Amts wegen aufgehoben (Spruchpunkt I.). Gemäß § 10 Abs. 1 Z 3 AsylG iVm § 9 BFA-VG wurde eine Rückkehrentscheidung gemäß § 52 Abs. 2 Z 2 FPG erlassen (Spruchpunkt II.) und in Spruchpunkt III. festgestellt, dass die Abschiebung des Beschwerdeführers nach Afghanistan gemäß § 46 FPG zulässig sei. Ferner wurde dem Beschwerdeführer gemäß § 53 Abs. 1 iVm Abs. 3 Z 1 FPG ein auf die Dauer von vier Jahren befristetes Einreiseverbot erlassen (Spruchpunkt IV.).

In seiner Begründung führte das Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl zusammengefasst aus, auf das Schreiben der belangten Behörde, mit welchem der Beschwerdeführer von der beabsichtigten Erlassung einer Rückkehrentscheidung in Kenntnis gesetzt worden sei, sei bis dato keine Stellungnahme eingelangt. Der Beschwerdeführer sei vom

Landesgericht XXXX mit Urteil vom XXXX wegen §§ 27 Abs. 1 Z 1 1. Fall, 27 Abs. 1 Z 1 2. Fall, 27 Abs. 2a 1. Fall SMG; §§ 27 Abs. 1 Z 1 1. Fall, 27 Abs. 1 Z 1 2. Fall, 27 Abs. 2 SMG rechtskräftig zu einer teilbedingten Freiheitsstrafe in der Dauer von sieben Monaten verurteilt worden.

Gemäß § 68 Abs. 2 AVG könnten von Amts wegen Bescheide, aus denen niemanden ein Recht erwachsen sei, sowohl von der Behörde, die den Bescheid erlassen habe, als auch in Ausübung des Aufsichtsrechts von der sachlichen in Betracht kommenden Oberbehörde aufgehoben oder abgeändert werden. Mit Bescheid vom XXXX seien dem Beschwerdeführer keine Rechte eingeräumt oder festgestellt worden, sodass § 68 Abs. 2 AVG grundsätzlich anwendbar sei. Durch die angeordnete Rückkehrentscheidung liege nach Ansicht der belangten Behörde auch keine Verletzung des Art. 8 EMRK vor. Die Gesamtbeurteilung des Verhaltens des Beschwerdeführers, seine Lebensumstände sowie seine familiären und privaten Anknüpfungspunkte hätten im Zuge der von der belangten Behörde vorgenommenen Abwägungsentscheidung zudem ergeben, dass die Erlassung des Einreiseverbotes in der angegebenen Dauer gerechtfertigt und notwendig sei.

Gleichzeitig wurde dem Beschwerdeführer mit Verfahrensanordnung gemäß § 52 Abs. 1 BFA-VG für das Beschwerdeverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht der Verein Menschenrechte Österreich, Goethestraße 22, 4020 Linz, als Rechtsberater amtsweigig zur Seite gestellt.

11. Mit Schreiben vom 29.05.2019, eingelangt am 04.06.2019, brachte der Beschwerdeführer zur neuerlichen Verständigung vom Ergebnis der Beweisaufnahme ergänzend zu seinem bereits schriftlich erfolgten Parteiengehör vom 25.10.2018 im Wesentlichen vor, er bereue sein Fehlverhalten sehr und bemühe sich, maßgebliche Integrationsschritte zu unternehmen. Es sei nicht ersichtlich, auf welche gesetzliche Grundlage das beabsichtigte Vorgehen des Bundesamtes gestützt werden soll; ein Vorgehen nach § 68 Abs. 2 AVG wäre beispielsweise konkret nicht möglich.

12. Gegen den im Spruch genannten Bescheid erhob der Beschwerdeführer mit Schreiben vom 02.07.2019, eingelangt am 09.07.2019, fristgerecht Beschwerde und machte die gehäufte Verletzung von Verfahrensvorschriften, eine Mängelhaftigkeit des Verfahrens durch Verhinderung einer erschöpfenden Erörterung sowie gründlichen Beurteilung, unrichtige und fehlende Sachverhaltsfeststellungen sowie eine unrichtige rechtliche Beurteilung einschließlich Feststellungsmängel aufgrund unrichtiger rechtlicher Beurteilung geltend. Dabei führte der Beschwerdeführer zusammengefasst - für den hier maßgeblichen Sachverhalt wesentlich - aus, die belangte Behörde stütze ihren Abänderungsbescheid wesentlich auf die später erfolgte Anklage und Verurteilung und berücksichtige in ihrer Rückkehrentscheidung die gesamte Aufenthaltsdauer des Beschwerdeführers in Österreich. Dabei handle es sich um Sachverhaltselemente, die sich nach Erlassung des Bescheides vom XXXX ereignet hätten. Die Berücksichtigung dieser neuen Sachverhaltselemente durch Abänderung des Bescheides sei allerdings nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes unzulässig. Ein Günstigkeitsvergleich der abgeänderten Spruchpunkte des Bescheides ergebe, dass gegen den Beschwerdeführer ein Einreiseverbot ausgesprochen, keine Frist für die freiwillige Ausreise gewährt als auch eine neuerliche Rückkehrentscheidung getroffen worden sei. Dadurch wirke der Abänderungsbescheid unzweifelhaft belastend auf die Rechtsposition des Beschwerdeführers ein. Außerdem sei das Parteiengehör verletzt worden.

13. Die Beschwerde und der Bezug habende Verwaltungsakt langten am 12.07.2019 beim Bundesverwaltungsgericht ein. Die belangte Behörde beantragte, die Beschwerde als unbegründet abzuweisen, und führte dazu aus, die Stellungnahme zum Parteiengehör sei nicht fristgerecht eingelangt, weshalb kein Verfahrensfehler vorliege.

14. Die Rechtssache wurde vorerst der Gerichtsabteilung W118, nach Unzuständigkeitseinrede der nunmehr zuständigen Gerichtsabteilung W253 mit 15.07.2019 zugeteilt.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

1. Feststellungen:

Der Beschwerdeführer stellte am 09.10.2015 einen Antrag auf internationalen Schutz.

Mit Bescheid vom XXXX wies das Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl den Antrag des Beschwerdeführers auf internationalen Schutz gemäß § 3 Abs. 1 iVm § 2 Abs. 1 Z 13 AsylG 2005 ab (Spruchpunkt I.). Gemäß § 8 Abs. 1 iVm § 2 Abs. 1 Z 13 AsylG 2005 wurde der Antrag auf Zuerkennung des Status des subsidiär Schutzberechtigten abgewiesen (Spruchpunkt II.). Ihm wurde kein Aufenthaltstitel aus berücksichtigungswürdigen Gründen gemäß § 57 AsylG 2005

erteilt (Spruchpunkt III.). Gemäß § 10 Abs. 1 Z 3 AsylG 2005 iVm § 9 BFA-VG wurde gegen den Beschwerdeführer eine Rückkehrentscheidung gemäß § 52 Abs. 2 Z 2 FPG erlassen (Spruchpunkt IV.) und gemäß § 52 Abs. 9 FPG festgestellt, dass die Abschiebung gemäß § 46 FPG nach Afghanistan zulässig sei (Spruchpunkt V.). Weiters wurde ausgesprochen, dass gemäß § 55 Abs. 1 bis 3 FPG die Frist für die freiwillige Ausreise 14 Tage ab Rechtskraft der Rückkehrentscheidung betrage (Spruchpunkt VI.).

Dagegen erhab der Beschwerdeführer fristgerecht Beschwerde gegen sämtliche Spruchpunkte, wobei das hg. Beschwerdeverfahren noch nicht abgeschlossen ist.

Mit dem gegenständlich angefochtenen Bescheid vom XXXX wurden die Spruchpunkte IV. und V. des Bescheides vom XXXX gemäß § 68 Abs. 2 AVG von Amts wegen aufgehoben (Spruchpunkt I.). Gemäß § 10 Abs. 1 Z 3 AsylG iVm § 9 BFA-VG wurde eine Rückkehrentscheidung gemäß § 52 Abs. 2 Z 2 FPG erlassen (Spruchpunkt II.) und in Spruchpunkt III. festgestellt, dass die Abschiebung des Beschwerdeführers nach Afghanistan gemäß § 46 FPG zulässig sei. Ferner wurde dem Beschwerdeführer gemäß § 53 Abs. 1 iVm Abs. 3 Z 1 FPG ein auf die Dauer von vier Jahren befristetes Einreiseverbot erlassen (Spruchpunkt IV.). Das Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl begründete ihre Entscheidung im Wesentlichen mit der strafrechtlichen Verurteilung des Beschwerdeführers.

Gegen diesen Bescheid erhab der Beschwerdeführer mit Schreiben vom 02.07.2019 fristgerecht Beschwerde.

## 2. Beweiswürdigung:

Der festgestellte Sachverhalt beruht auf dem unbedenklichen und unzweifelhaften Akteninhalt des vorgelegten Verwaltungsaktes des Bundesamtes für Fremdenwesen und Asyl und des Gerichtsaktes des Bundesverwaltungsgerichtes.

Dass die Beschwerde fristgerecht eingebracht wurde, ergibt sich aus einer Abfrage der Sendungsverfolgung der Österreichischen Post AG (<https://www.post.at/sendungsverfolgung.php/details?pnum1=RS162010561AT>, abgefragt am 20.08.2019).

## 3. Rechtliche Beurteilung: 3.1. Zu Spruchpunkt A):

Gemäß § 6 BVwGG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht durch Einzelrichter, sofern nicht in Bundes- oder Landesgesetzen die Entscheidung durch Senate vorgesehen ist. Da im vorliegenden Verfahren keine Senatsentscheidung vorgesehen ist, liegt in der gegenständlichen Rechtssache Einzelrichterzuständigkeit vor.

Gemäß § 17 VwGVG sind, soweit in diesem Bundesgesetz nicht anderes bestimmt ist, 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 § 28 Abs. 1 VwGVG hat das Verwaltungsgericht die Rechtssache durch Erkenntnis zu erledigen, sofern die Beschwerde nicht zurückzuweisen oder das Verfahren einzustellen ist. Gemäß § 31 Abs. 1 VwGVG erfolgen die Entscheidungen und Anordnungen durch Beschluss, soweit nicht ein Erkenntnis zu fällen ist.

§ 28 VwGVG lautet:

"(1) Sofern die Beschwerde nicht zurückzuweisen oder das Verfahren einzustellen ist, hat das Verwaltungsgericht die Rechtssache durch Erkenntnis zu erledigen.

(2) Über Beschwerden gemäß Art. 130 Abs. 1 Z 1 B-VG hat das Verwaltungsgericht dann in der Sache selbst zu entscheiden, wenn

1. der maßgebliche Sachverhalt feststeht oder

2. die Feststellung des maßgeblichen Sachverhalts durch das Verwaltungsgericht selbst im Interesse der Raschheit gelegen oder mit einer erheblichen Kostenersparnis verbunden ist.

(3 - 4) [...]

(5) Hebt das Verwaltungsgericht den angefochtenen Bescheid auf, sind die Behörden verpflichtet, in der betreffenden

Rechtssache mit den ihnen zu Gebote stehenden rechtlichen Mitteln unverzüglich den der Rechtsanschauung des Verwaltungsgerichtes entsprechenden Rechtszustand herzustellen.

(6 - 8) [...]"

3.1.1. Stattgabe der Beschwerde und ersatzlose Behebung des Bescheides:

Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheides:

3.1.1.1. § 68 Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz 1991 (AVG), BGBl. 51/1991 idgF, lautet auszugsweise:

"(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.

(3 - 7) [...]"

Zunächst ist festzuhalten, dass es Ziel und Zweck der Regelung des § 68 AVG ist, die Bestandskraft von Bescheiden zu schützen, oder 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-NovelleBGBl. 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, AVG § 68 Rz 1, 5, 6 mwN [Stand 01.03.2018, rdb.at]; vgl. auch Kolonovits/Muzak/Stöger, Verwaltungsverfahrensrecht10 Rz 453/1, die 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. unlängst VwGH 26.06.2019, Ra 2019/21/0146, mit Verweis auf VwGH 16.11.2015, Ra 2015/12/0029; vgl. auch Hengstschläger/Leeb, AVG § 68 Rz 8, 9).

Aus dem Gesagten folgt, 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, gemäß § 68 AVG von Amts wegen aufgehoben oder abgeändert werden können. Die Anhängigkeit einer zulässigen Beschwerde beim VwG steht der Anwendung des § 68 AVG grundsätzlich nicht entgegen (vgl. VwGH 16.11.2015, VwGH Ra 2015/12/0029).

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 ständiger Rechtsprechung 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 Bescheid ein Recht erwachsen ist oder nicht (vgl. VfGH 21.02.2014, B 1512/2011). Belastende Abänderungen von der Berufung nicht (mehr) unterliegenden Bescheiden können nicht auf § 68 Abs. 2 AVG gestützt werden (vgl. VwGH 27.05.2014, 2011/10/0197), auch dann nicht, wenn es sich um Bescheide handelt, aus denen niemandem ein Recht erwachsen ist (vgl. VwSlg 1293 A/1950; 17.05.2001, 2001/07/0034; Hengstschläger/Leeb, AVG § 68 Rz 81).

Im Ergebnis vertritt der VwGH den Standpunkt (siehe unlängst VwGH 26.06.2019, Ra 2019/21/0146, Punkt 21 der

Entscheidungsgründe), dass die durch den rechtskräftigen, sodann gemäß § 68 Abs. 2 AVG abgeänderten Bescheid zuerkannte Rechtsposition nicht nachträglich eingeschränkt, die Rechtsstellung des Adressaten also nicht zu seinen Ungunsten verändert werden darf (vgl. VwGH 24.02.2005, 2004/11/0215, mwN). Belastende Abänderungen von rechtskräftigen Bescheiden können nicht auf § 68 Abs. 2 AVG gestützt werden (VwGH 27.05.2014, 2011/10/0197, mwN). "Niemandem ein Recht erwachsen ist" im Sinne des § 68 Abs. 2 AVG aus einem Bescheid, mit dem im Einparteienverfahren das Begehr der Partei ab- oder zurückgewiesen, ihr ein Recht aberkannt oder eine Verpflichtung auferlegt wird. Wesentlich ist dabei allerdings, dass die durch einen rechtskräftigen Bescheid begründete Rechtsstellung einer Partei durch seine Aufhebung (Abänderung) nicht verschlechtert werden darf. Die Aufhebung oder Abänderung eines rechtskräftigen Bescheides nach § 68 Abs. 2 AVG ist demnach, wie der Verwaltungsgerichtshof in ständiger Rechtsprechung erkennt, dann unzulässig, wenn hierdurch die Lage der Partei ungünstiger als durch den aufgehobenen bzw. abgeänderten Bescheid gestaltet wird (so schon VwGH 20.03.1996, 95/21/0369; siehe auch VwGH 09.09.2016, 2013/12/0196, Rn. 42, jeweils mwN; vgl. auch Hengstschläger/Leeb, AVG § 68 Rz 81 ff mwN und die dort zitierte Judikatur des VwGH). Es ist ein "Günstigkeitsvergleich" vorzunehmen (vgl. VwGH 22.04.2002, 99/10/0144).

Weiters hat der VwGH in o.a. Erkenntnis, Ra 2019/21/0146 (in welchem er sich mit der Frage, ob in Anwendung des § 68 Abs. 2 AVG der Weg zur nachträglichen Erlassung eines Einreiseverbotes frei gemacht werden kann, beschäftigte und die Amtsrevision als unbegründet abwies), festgehalten, dass keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass der Gesetzgeber es nunmehr ermöglichen wollte, im Wege der Anwendung des § 68 Abs. 2 AVG während des anhängigen Beschwerdeverfahrens den zugrunde liegenden Bescheid schrankenlos - jederzeit und auch zum Nachteil der Partei - nachträglich abzuändern (Punkt 24 der Entscheidungsgründe).

Da durch den nunmehr angefochtenen Bescheid gegenüber dem Beschwerdeführer ein Einreiseverbot für die Dauer von vier Jahren erlassen wurde, 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, weswegen eine auf § 68 Abs. 2 AVG gestützte Befugnis der belangten Behörde zur Abänderung des Bescheides vom XXXX im Sinne der oben zitierten Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht besteht.

Der auf § 68 Abs. 2 AVG gestützte Bescheid ist bereits aus diesem Grund rechtswidrig.

3.1.1.2. Insoweit mit dem angefochtenen Bescheid neuerlich eine Rückkehrentscheidung erlassen (Spruchpunkt II.) und die Zulässigkeit der Abschiebung des Beschwerdeführers nach Afghanistan festgestellt wurde (Spruchpunkt III.), stellt er keine Abänderung oder Aufhebung der bereits mit dem Bescheid vom XXXX erlassenen Rückkehrentscheidung bzw. Feststellung der Zulässigkeit der Abschiebung dar. § 68 Abs. 2 AVG sieht einen zulässigen Eingriff in die Rechtskraft eines Bescheides aber nur für den Fall seiner Aufhebung bzw. Abänderung vor; für die Wiederholung eines mit dem früheren Bescheid identen Bescheides bietet diese Bestimmung jedoch keine Grundlage, weshalb sich (auch) dieser Teil des angefochtenen Bescheides als objektiv rechtswidrig erweist (vgl. VwGH 17.05.2001, 2001/07/0034). Der Beschwerdeführer wird dadurch auch in seinen subjektiven Rechten verletzt; im Gegensatz zu VwGH 17.05.2001, 2001/07/0034 unterliegt der mit dem angefochtenen Bescheid in seinen Spruchpunkte IV. und V. wiederholte Bescheid vom XXXX nämlich noch einer - dem Beschwerdeführer allenfalls begünstigen - Abänderbarkeit durch das Verwaltungsgericht, die mangels Beschwerde gegen den gegenständlichen Bescheid verloren ginge.

§ 68 Abs. 2 AVG bietet daher keine taugliche Grundlage für eine den Beschwerdeführer benachteiligende Abänderung des Bescheides vom XXXX. Da die belangte Behörde dies verkannte, belastete sie den angefochtenen Bescheid mit Rechtswidrigkeit seines Inhalts.

3.1.2. Ersatzlose Behebung des angefochtenen Bescheides; Derogation des angefochtenen Bescheides:

Wie (bisher) die Entscheidung der Berufungsbehörde gemäß § 66 Abs. 4 AVG bedeutet also die Entscheidung "in der Sache selbst" gemäß 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 29.04.2015, Ra 2015/03/0015), sondern eine Entscheidung in der Sache der Unterinstanz (z.B. über einen Antrag auf Erteilung einer Betriebsanlagengenehmigung) aufgrund einer Bescheidbeschwerde (siehe schon Hengstschläger/Leeb, Verwaltungsverfahrensrecht5 Rz 1060).

Hebt das Verwaltungsgericht den angefochtenen Bescheid auf, sind die Behörden verpflichtet, in der betreffenden

Rechtssache mit den ihnen zu Gebote stehenden rechtlichen Mitteln unverzüglich den der Rechtsanschauung des Verwaltungsgerichtes entsprechenden Rechtszustand herzustellen (§ 28 Abs. 5 VwGVG).

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 Unterbehörde von Amts wegen einen Bescheid erlassen, der 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 § 66 Rz 105, mwN [Stand 01.07.2007, rdb.at]).

Aufgrund der umfassenden Sachentscheidungs- und Sacherledigungskompetenz des VwG beseitigt jedes Erkenntnis "in der Sache selbst" den bekämpften Bescheid aus dem Rechtsbestand (VwGH 09.09.2015, Ra 2015/03/0032, mwN).

Demgegenüber handelt es sich bei der ersatzlosen Behebung gemäß § 28 Abs. 2 und Abs. 3 erster Satz VwGVG (VwGH 04.08.2016, Ra 2016/21/0162) um eine - wenn auch "negative" - Entscheidung "in der Sache selbst" (VwGH 25.03.2015, Ro 2015/12/0003; 25.02.2016, Ra 2015/07/0170; 28.06.2016, Ra 2015/17/0082), die erst dann getroffen werden darf, wenn der dafür maßgebende Sachverhalt geklärt ist, dh von vornherein feststeht oder vom VwG festgestellt wurde (vgl. auch VwGH 05.10.2016, 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 VwG 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 25.03.2015, Ro 2015/12/0003; 23.03.2016, Ra 2016/12/0008). Durch die ("negative") Entscheidung in der Sache selbst spricht vielmehr bereits das VwG "endgültig" darüber ab (vgl. VwGH 28.06.2016, Ra 2015/17/0082; 25.02.2016, Ra 2015/07/0170).

Erst die Beseitigung ex tunc im Berufungsweg oder durch ein Erkenntnis des VwG stellt jenen Rechtszustand her, der vor Erlassung des rechtswidrigen Derogationsbescheides bestanden hat (vgl. Wiederin in 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 24.01.1995, 93/04/0203; 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 XXXX infolge Rechtswidrigkeit ersatzlos aufzuheben, womit der ursprüngliche Bescheid vom XXXX wieder im vollen Umfang in Kraft tritt.

### 3.1.3. Zum Entfall der 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.

### 3.2. Zu Spruchpunkt B)

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 Spruchpunkt A angeführten zahlreichen Erkenntnisse des Verwaltungsgerichtshofes), noch fehlt es an einer Rechtsprechung (siehe VwGH 26.06.2019, Ra 2019/21/0146); weiters ist die vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

#### **Schlagworte**

Abänderung eines Bescheides, amtswegige Abänderung, Behebung der Entscheidung, Bescheidabänderung, Einreiseverbot aufgehoben, ersatzlose Behebung, Rückkehrentscheidung behoben, Verschlechterung

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

ECLI:AT:BVWG:2019:W253.2186935.2.00

#### **Zuletzt aktualisiert am**

08.06.2020

**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)