



Der Verwaltungsgerichtshof hat über den Antrag des K, geboren 1995, vertreten durch Dr. Gerhard Mory, Rechtsanwalt in 5020 Salzburg, Wolf-Dietrich-Straße 19/5, der gegen den Beschluss des Bundesverwaltungsgerichts vom 6. März 2017, W191 2142019-1/10E, W191 2142019-2/3E, betreffend Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, erhobenen Revision die aufschiebende Wirkung zuzuerkennen, den

B e s c h l u s s

gefasst:

Gemäß § 30 Abs. 2 VwGG wird dem Antrag **s t a t t g e g e b e n**.

Begründung:

Der Revisionswerber, ein Staatsangehöriger von Afghanistan, stellte im Juli 2015 einen Antrag auf internationalen Schutz nach dem AsylG 2005. Sein Asylverfahren wurde gemäß § 28 Abs. 1 AsylG 2005 durch Ausstellung einer Aufenthaltsberechtigungskarte (§ 51 AsylG 2005) zugelassen. Er war somit gemäß § 13 erster Satz AsylG 2005 [„*Ein Asylwerber, dessen Asylverfahren zugelassen ist, ist bis zur Erlassung einer durchsetzbaren Entscheidung, bis zur Einstellung oder Gegenstandslosigkeit des Verfahrens oder bis zum Verlust des Aufenthaltsrechtes (Abs. 2) zum Aufenthalt im Bundesgebiet berechtigt.*“] zum Aufenthalt im Bundesgebiet berechtigt.

Mit Bescheid vom 16. November 2016 wies das Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl den Antrag des Revisionswerbers auf internationalen Schutz zur Gänze ab. Unter einem sprach es aus, dass ein Aufenthaltstitel aus berücksichtigungswürdigen Gründen nicht erteilt werde, und erließ gegen den Revisionswerber eine Rückkehrentscheidung. Die Frist für die freiwillige Ausreise wurde mit 14 Tagen ab Rechtskraft der Rückkehrentscheidung festgelegt. Weiters stellte die Verwaltungsbehörde fest, dass die Abschiebung des Revisionswerbers nach Afghanistan zulässig sei.

Dagegen erhob der Revisionswerber Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht. Mit Schreiben vom 10. Jänner 2017 brachte das



Verwaltungsgericht im Rahmen der Einräumung von Parteiengehör dem Revisionswerber - unter Bezugnahme auf näher angeführte Umstände - zur Kenntnis, es gehe davon aus, dass die Beschwerde verspätet erhoben worden sei. Daraufhin stellte der Revisionswerber mit Schreiben vom 30. Jänner 2017 den Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Beschwerdefrist. Unter einem beantragte er, dem Wiedereinsetzungsantrag die aufschiebende Wirkung zuzuerkennen. Gleichzeitig holte er die versäumte Handlung (Erhebung der Beschwerde) nach.

Mit Beschluss vom 6. März 2017 wies das Bundesverwaltungsgericht die Beschwerde gemäß § 16 Abs. 1 BFA-VG als unzulässig zurück (Spruchpunkt A.I.) und den Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gemäß § 33 Abs. 1 VwGVG als unbegründet ab (Spruchpunkt A.II.). Die Revision erklärte das Bundesverwaltungsgericht nach Art. 133 Abs. 4 B-VG für nicht zulässig. Eine Entscheidung über den Antrag, dem Wiedereinsetzungsantrag gemäß § 33 Abs. 4 letzter Satz VwGVG die aufschiebende Wirkung zuzuerkennen, traf das Verwaltungsgericht nicht.

Die in der Folge eingebrachte außerordentliche Revision richtet sich ausdrücklich nur gegen die vom Bundesverwaltungsgericht vorgenommene Abweisung des Wiedereinsetzungsantrages. Gleichzeitig mit der Erhebung der Revision beantragte der Revisionswerber, der Revision die aufschiebende Wirkung zuzuerkennen.

§ 30 und § 30a VwGG (jeweils samt Überschrift) lauten:

„Aufschiebende Wirkung

§ 30. (1) Die Revision hat keine aufschiebende Wirkung. Dasselbe gilt für den Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wegen Versäumung der Revisionsfrist.

(2) Bis zur Vorlage der Revision hat das Verwaltungsgericht, ab Vorlage der Revision hat der Verwaltungsgerichtshof jedoch auf Antrag des Revisionswerbers die aufschiebende Wirkung mit Beschluss zuzuerkennen, wenn dem nicht zwingende öffentliche Interessen entgegenstehen und nach Abwägung der berührten öffentlichen Interessen und Interessen anderer Parteien mit dem Vollzug des angefochtenen Erkenntnisses oder mit der Ausübung der durch das angefochtene Erkenntnis eingeräumten Berechtigung



für den Revisionswerber ein unverhältnismäßiger Nachteil verbunden wäre. Die Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung bedarf nur dann einer Begründung, wenn durch sie Interessen anderer Parteien berührt werden. Wenn sich die Voraussetzungen, die für die Entscheidung über die aufschiebende Wirkung der Revision maßgebend waren, wesentlich geändert haben, ist von Amts wegen oder auf Antrag einer Partei neu zu entscheiden.

(3) Der Verwaltungsgerichtshof kann ab Vorlage der Revision Beschlüsse gemäß Abs. 2 von Amts wegen oder auf Antrag einer Partei aufheben oder abändern, wenn er die Voraussetzungen der Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung anders beurteilt oder wenn sich die Voraussetzungen, die für die Entscheidung über die aufschiebende Wirkung der Revision maßgebend waren, wesentlich geändert haben.

(4) Beschlüsse gemäß Abs. 2 und 3 sind den Parteien zuzustellen. Wird die aufschiebende Wirkung zuerkannt, ist der Vollzug des angefochtenen Erkenntnisses aufzuschieben und sind die hierzu erforderlichen Anordnungen zu treffen; der Inhaber der durch das angefochtene Erkenntnis eingeräumten Berechtigung darf diese nicht ausüben.

(5) Auf die Beschlüsse der Verwaltungsgerichte sind die für ihre Erkenntnisse geltenden Bestimmungen dieses Paragraphen sinngemäß anzuwenden.“

„Vorentscheidung durch das Verwaltungsgericht

§ 30a. (1) Revisionen, die sich wegen Versäumung der Einbringungsfrist oder wegen Unzuständigkeit des Verwaltungsgerichtshofes nicht zur Behandlung eignen oder denen die Einwendung der entschiedenen Sache oder der Mangel der Berechtigung zu ihrer Erhebung entgegensteht, sind ohne weiteres Verfahren mit Beschluss zurückzuweisen.

(2) Revisionen, denen keiner der im Abs. 1 bezeichneten Umstände entgegensteht, bei denen jedoch die Vorschriften über die Form und den Inhalt (§§ 23, 24, 28, 29) nicht eingehalten wurden, sind zur Behebung der Mängel unter Setzung einer kurzen Frist zurückzustellen; die Versäumung dieser Frist gilt als Zurückziehung. Dem Revisionswerber steht es frei, einen neuen, dem Mängelbehebungsauftrag voll Rechnung tragenden Schriftsatz unter Wiedervorlage der zurückgestellten unverbesserten Revision einzubringen.

(3) Das Verwaltungsgericht hat über den Antrag auf Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung unverzüglich mit Beschluss zu entscheiden.

(4) Das Verwaltungsgericht hat den anderen Parteien Ausfertigungen der Revision samt Beilagen mit der Aufforderung zuzustellen, binnen einer mit höchstens acht Wochen festzusetzenden Frist eine Revisionsbeantwortung einzubringen.





(5) Im Fall des § 29 hat das Verwaltungsgericht eine Ausfertigung der Revision samt Beilagen auch dem zuständigen Bundesminister bzw. der Landesregierung mit der Mitteilung zuzustellen, dass es ihm bzw. ihr freisteht, binnen einer mit höchstens acht Wochen festzusetzenden Frist eine Revisionsbeantwortung einzubringen.

(6) Nach Ablauf der Fristen gemäß Abs. 4 und 5 hat das Verwaltungsgericht den anderen Parteien Ausfertigungen der eingelangten Revisionsbeantwortungen samt Beilagen zuzustellen und dem Verwaltungsgerichtshof die Revision und die Revisionsbeantwortungen samt Beilagen unter Anschluss der Akten des Verfahrens vorzulegen.

(7) Hat das Verwaltungsgericht in seinem Erkenntnis oder Beschluss ausgesprochen, dass die Revision nicht gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG zulässig ist, sind die Abs. 1 bis 6 nicht anzuwenden. Das Verwaltungsgericht hat den anderen Parteien sowie im Fall des § 29 dem zuständigen Bundesminister bzw. der Landesregierung eine Ausfertigung der außerordentlichen Revision samt Beilagen zuzustellen und dem Verwaltungsgerichtshof die außerordentliche Revision samt Beilagen unter Anschluss der Akten des Verfahrens vorzulegen.

(8) Auf Fristsetzungsanträge sind die Abs. 1 und 2 sinngemäß anzuwenden. Das Verwaltungsgericht hat dem Verwaltungsgerichtshof den Fristsetzungsantrag unter Anschluss der Akten des Verfahrens vorzulegen.

(9) Auf Anträge auf Wiederaufnahme des Verfahrens und auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand sind die Abs. 1 und 2 sinngemäß anzuwenden.

(10) Hat das Verwaltungsgericht Verfahrensschritte gemäß den Abs. 2 und 4 bis 7 nicht oder nicht vollständig vorgenommen, kann der Verwaltungsgerichtshof dem Verwaltungsgericht die Revision samt Beilagen unter Anschluss der Akten des Verfahrens mit dem Auftrag zurückstellen, diese Verfahrensschritte binnen einer ihm zu setzenden kurzen Frist nachzuholen. Der Verwaltungsgerichtshof kann diese Verfahrensschritte auch selbst vornehmen, wenn dies im Interesse der Zweckmäßigkeit, Raschheit, Einfachheit und Kostenersparnis gelegen ist.“

Zur Zuständigkeit des Verwaltungsgerichtshofes:

Zunächst ist voranzustellen, dass der hier gegenständliche Antrag, der außerordentlichen Revision die aufschiebende Wirkung zuzuerkennen, gemeinsam mit der - gemäß § 25a Abs. 5 VwGG beim Verwaltungsgericht eingebrachten - Revision gestellt wurde. Über diesen Antrag hat das Bundesverwaltungsgericht nicht entschieden. Mit Vorlagebericht vom



31. März 2017 übermittelte das Verwaltungsgericht die Revision - unter Hinweis darauf, dass ein Antrag auf Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung gestellt worden sei und das Bundesverwaltungsgericht darüber nicht abgesprochen habe - dem Verwaltungsgerichtshof, wo sie am 3. April 2017 einlangte. Die Vorlage der Revision - samt bislang unerledigt gebliebenem Aufschiebungsantrag - war somit an diesem Tag erfolgt.

Seitens des Verwaltungsgerichtshofes wurde in seiner bisherigen Rechtsprechung davon ausgegangen, dass die Zuständigkeit zur Entscheidung über einen Antrag auf Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung jedenfalls nach Vorlage der Revision gemäß § 30 Abs. 2 VwGG beim Verwaltungsgerichtshof liegt. Während das Bestehen dieser Zuständigkeit in zahlreichen Beschlüssen nicht ausdrücklich Erwähnung findet, liegt dem regelmäßig doch diese Auffassung infolge der über das Aufschiebungsbegehren getroffenen Sachentscheidung zugrunde. Andernfalls wäre eine inhaltliche Entscheidung über diesen Antrag (mangels Zuständigkeit) ausgeschlossen gewesen (vgl. statt vieler etwa die außerordentlichen Revisionen betreffenden hg. Beschlüsse vom 28. Februar 2017, Ra 2017/04/0028, vom 27. Februar 2017, Ra 2016/19/0344, und vom 24. Februar 2017, Ra 2017/18/0034, sowie die ordentlichen Revisionen betreffenden hg. Beschlüsse vom 31. August 2016, Ro 2016/17/0046, vom 19. Mai 2016, Ro 2016/21/0007, und vom 29. März 2016, Ro 2015/06/0011).

Im Beschluss vom 8. August 2014, Ra 2014/09/0005, hat der Verwaltungsgerichtshof - im Fall einer außerordentlichen Revision - in diesem Sinn seine Zuständigkeit zudem ausdrücklich bejaht und ausgeführt:

„Der Antrag auf Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung wurde mit der Revision gestellt. Die - außerordentliche - Revision wurde vom Verwaltungsgericht dem Verwaltungsgerichtshof vorgelegt, der Verwaltungsgerichtshof ist daher für die Entscheidung über den Antrag zuständig (ebenso wie er nach dem dritten Absatz des § 30 VwGG für eine Entscheidung über einen Antrag auf Abänderung einer vom Verwaltungsgericht bereits getroffenen Entscheidung zuständig wäre).“

In diesem Beschluss hat der Verwaltungsgerichtshof aber auch zu erkennen gegeben, dass er seine Zuständigkeit deswegen bejaht und daran anknüpft, weil



bzw. dass das Verwaltungsgericht - ohne über das Aufschiebungsbegehren entschieden zu haben - die Revision dem Verwaltungsgerichtshof vorgelegt hat (arg. „daher“) und die in § 30 Abs. 2 VwGG erster Satz VwGG enthaltene Voraussetzung „ab Vorlage der Revision“ erfüllt war. Auch in jenen Beschlüssen, in denen an den Verwaltungsgerichtshof gerichtete Anträge gemäß § 30 Abs. 3 VwGG auf Abänderung einer vom Verwaltungsgericht über einen Antrag auf Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung getroffenen Entscheidung zugrunde lagen, hat der Verwaltungsgerichtshof (auch) im Fall einer außerordentlichen Revision keine Bedenken gegen die (zuvor wahrgenommene) Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts, über einen solchen Antrag (vor Vorlage der Revision) entscheiden zu dürfen, zum Ausdruck gebracht (vgl. etwa die hg. Beschlüsse vom 25. Juni 2015, Ra 2015/20/0145, und vom 19. Februar 2016, Ra 2016/07/0019).

Es ist daher festzuhalten, dass der Verwaltungsgerichtshof - wie schon in seiner bisherigen Rechtsprechung zum Ausdruck gekommen ist - die Ansicht vertritt, dass (auch) im Fall einer außerordentlichen Revision gemäß § 30 Abs. 2 VwGG bis zu deren Vorlage die Zuständigkeit, über einen Antrag auf Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung zu entscheiden, beim Verwaltungsgericht liegt. Erst ab der Vorlage der Revision besteht gemäß § 30 Abs. 2 VwGG eine solche des Verwaltungsgerichtshofes.

Daran ändert auch die Bestimmung des § 30a VwGG nichts. Wie sich aus § 30a Abs. 7 VwGG ergibt, ist § 30a Abs. 3 VwGG im Fall einer außerordentlichen Revision nicht anwendbar. Gemäß § 30a Abs. 3 VwGG hat das Verwaltungsgericht über den Antrag auf Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung unverzüglich mit Beschluss zu entscheiden. Ungeachtet dessen ergibt sich aber auch im Fall einer ordentlichen Revision die Zuweisung der Zuständigkeit an das Verwaltungsgericht oder den Verwaltungsgerichtshof aus § 30 Abs. 2 VwGG (der an den dort genannten Stand des Verfahrens anknüpft). § 30a Abs. 3 VwGG enthält insoweit keine Aussage. Demnach ist zu folgern, dass es dem Gesetzgeber wesentlich erschien, zum Ausdruck zu bringen, dass im Fall einer ordentlichen Revision das Verwaltungsgericht angehalten ist, über ein Aufschiebungsbegehren „unverzüglich“ zu entscheiden. Dass aber eine



solche Anordnung geeignet ist, weitergehende Rechtsfolgen nach sich zu ziehen, wurde in der Rechtsprechung bereits klargestellt (vgl. etwa das hg. Erkenntnis vom 18. Jänner 2005, 2004/05/0120, in dem ua. auch dargelegt wurde, innerhalb welcher Zeitspanne noch von unverzüglichem Handeln der Behörde in Bezug auf die in § 13 Abs. 3 AVG enthaltene Anordnung auszugehen ist; vgl. weiters das hg. Erkenntnis vom 26. Februar 2015, 2012/07/0111). Dieses Ergebnis bestätigt auch ein Blick auf die Bestimmung des § 30a Abs. 10 VwGG. Danach ist dem Verwaltungsgerichtshof beim Unterbleiben allein eines Verfahrensschrittes nach § 30a Abs. 3 VwGG gerade nicht die Möglichkeit eröffnet, die (ordentliche) Revision samt Beilagen unter Anschluss der Akten des Verfahrens dem Verwaltungsgericht mit dem Auftrag zurückstellen, diesen Verfahrensschritt binnen einer ihm zu setzenden kurzen Frist nachzuholen. Auch darin manifestiert sich der Gedanke, dass an sich über nach dem VwGG gestellte Anträge auf Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung ohne vermeidbare Verzögerungen, wie sie etwa durch mehrfache Aktenübersendungen hervorgerufen werden würden, entschieden werden soll.

Vor dem Hintergrund dieser besonderen Situation im Provisorialverfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof erscheinen dann aber auch die Erwägungen im hg. Erkenntnis vom 28. September 2016, Ro 2016/16/0013, nicht ohne Weiteres auf Entscheidungen über Anträge gemäß § 30 Abs. 2 VwGG übertragbar; kann doch gerade die hier gegebene Ausgangssituation, die sich deutlich von jener unterscheidet, die im genannten Erkenntnis vom 28. September 2016 gegeben war, die Rechtfertigung für die unterschiedliche Zuweisung der Zuständigkeit - ausgehend nicht vom Zeitpunkt des Einlangens des Antrages, sondern dem im Zeitpunkt der Entscheidung über den Antrag gegebenen Stand des Verfahrens - bieten. Das Verwaltungsgericht entscheidet insoweit nicht in einem „eigenen“ Verfahren, sondern trifft eine Entscheidung, die dem Revisionsverfahren zuzuordnen ist. Das Gesetz lässt es zudem dem Verwaltungsgerichtshof unbenommen, sowohl über Antrag als auch von Amts wegen eine Korrektur einer fehlerhaften Entscheidung des Verwaltungsgerichts (durch Abänderung oder Aufhebung) herbeizuführen und im Fall wesentlich geänderter Voraussetzungen eine neue Entscheidung über die Frage der aufschiebenden Wirkung zu treffen (§ 30 Abs. 3 VwGG, § 30





Abs. 2 letzter Satz VwGG). Damit ist aber sichergestellt, dass es in Bezug auf die Frage der Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung immer zu einer Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofes kommen kann, sodass die im erwähnten Erkenntnis vom 28. September 2016 geäußerten Bedenken auf die hier vorliegende Konstellation nicht zu übertragen sind.

Für den gegenständlichen Fall bedeuten die obigen Ausführungen, dass der Verwaltungsgerichtshof infolge der bereits erfolgten Vorlage der Revision gemäß § 30 Abs. 2 VwGG zur Entscheidung über den Antrag, der außerordentlichen Revision die aufschiebende Wirkung zuzuerkennen, zuständig ist.

Um Missverständnisse für (künftige) Entscheidungen der Verwaltungsgerichte über Anträge auf aufschiebende Wirkung zu vermeiden, erachtet der Verwaltungsgerichtshof zudem folgende ergänzende Anmerkungen für geboten:

Bei Entscheidungen nach § 30 Abs. 2 VwGG handelt es sich (ebenso wie bei Entscheidungen nach § 30a VwGG) um solche, die - wie bereits erwähnt - von den Verwaltungsgerichten im Revisionsverfahren (bzw. im Verfahren über die dort genannten Anträge) getroffen werden. Sie sind sohin nicht als solche anzusehen, für die ohne Weiteres jene Vorschriften maßgeblich wären, die im der Revisionserhebung vorangegangenen Verfahren anzuwenden waren. Vielmehr hat das Verwaltungsgericht bei den nach dem VwGG zu treffenden Entscheidungen jene Bestimmungen anzuwenden, die das VwGG vorsieht. Dies gilt auch für die das Verfahren und somit die Frage der Besetzung der Verwaltungsgerichte maßgeblichen Vorschriften. Da das VwGG insoweit keine gemäß Art. 135 Abs. 1 zweiter Satz B-VG von Art. 135 Abs. 1 erster Satz B-VG abweichende Anordnung enthält und das VwGVG sowie davon abweichende Sondernormen in diesem Verfahrensstadium keine Anwendung finden (vgl. § 62 VwGG), ist davon auszugehen, dass die Verwaltungsgerichte über nach § 30 Abs. 2 VwGG gestellte Anträge auf Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung in der Besetzung des Einzelrichters zu entscheiden haben.





Des Weiteren ist darauf hinzuweisen, dass Beschlüsse nach § 30 Abs. 2 VwGG zwar in § 25a Abs. 2 VwGG keine Erwähnung finden, sich jedoch schon aus § 30 Abs. 3 VwGG ergibt, dass gegen einen vom Verwaltungsgericht getroffenen Beschluss über einen Antrag auf Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung der dort normierte Antrag auf Abänderung oder Aufhebung als Rechtsbehelf vorgesehen ist. Die Annahme, dass der Gesetzgeber neben diesem Rechtsbehelf auch die Erhebung einer Revision als zulässig ansehen und derart einen doppelgleisigen Rechtsschutz eröffnen wollte, verbietet sich schon im Hinblick auf die in § 25a Abs. 2 VwGG genannten Beschlüsse nach § 30a Abs. 3 VwGG. Somit ist davon auszugehen, dass (auch) gegen die nach § 30 Abs. 2 VwGG von einem Verwaltungsgericht im Fall einer außerordentlichen Revision erlassenen Beschlüsse nur der Rechtsbehelf eines Antrages gemäß § 30 Abs. 3 VwGG, nicht aber auch eine Revision ergriffen werden kann.

Zum Antrag auf Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung

Gemäß § 14 Abs. 2 VwGG sind (ua.) verfahrensleitende Anordnungen und Entscheidungen betreffend die Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung vom Berichter ohne Senatsbeschluss zu treffen.

In der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes wurden zur Frage der sog. „Vollzugstauglichkeit“ einer Entscheidung, mit der einem Antrag auf Wiedereinsetzung nicht stattgegeben wird, unterschiedliche Wege beschritten.

So wird in der Rechtsprechung darauf abgestellt, dass eine Entscheidung, mit dem eine Änderung der Rechte oder Pflichten des Beschwerdeführers abgelehnt wird, einem Vollzug im Sinn des § 30 Abs. 2 VwGG nicht zugänglich sei und dies auf eine Entscheidung, mit dem die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand verweigert wird, zutreffe (vgl. etwa die hg. Beschlüsse vom 3. März 2014, AW 2013/07/0018, vom 6. Februar 2013, AW 2012/02/0079, und vom 21. September 2009, AW 2009/18/0340, jeweils mwN). Diese Auffassung hat der Verwaltungsgerichtshof in seinem Beschluss vom 12. Mai 2016, Ra 2016/05/0018, auch bereits in Bezug auf die seit 1. Jänner 2014 geltende Rechtslage des VwGG und VwGVG vertreten.





Im Beschluss vom 22. Oktober 2009, AW 2009/04/0047 wurde in diesem Sinn vom Verwaltungsgerichtshof auch darauf hingewiesen, dass in einem Fall, in dem ein Wiedereinsetzungsantrag abgewiesen worden sei, die Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung schon deshalb begrifflich nicht in Betracht komme, weil es dem Wesen dieses Rechtsinstitutes widerspreche, dem Beschwerdeführer damit eine Rechtsstellung (vorläufig) zuzuerkennen, die er vor Erlassung der angefochtenen Entscheidung nicht (mehr) besessen habe, folglich auch nicht im Fall der Aufhebung derselben besäße.

Der Verwaltungsgerichtshof hat aber auch in seiner Rechtsprechung - soweit erkennbar beginnend mit dem Beschluss vom 11. Dezember 2001, AW 2001/20/0580 - in Bezug auf Entscheidungen nach § 71 AVG festgehalten, dass die zur Entscheidung über den Wiedereinsetzungsantrag zuständige Behörde gemäß § 71 Abs. 6 AVG dem Antrag die aufschiebende Wirkung zuerkennen könne. Sie sei dazu - auch wenn der Antrag nicht mit einem darauf abzielenden Begehren verbunden sei - nach herrschender Auffassung verpflichtet, wenn dem Antragsteller sonst ein unverhältnismäßiger Nachteil entstünde. Das Zutreffen der zuletzt genannten Voraussetzung werde vom Verwaltungsgerichtshof - wegen des Verlustes der Rechtsstellung eines Asylwerbers durch den rechtskräftigen Abschluss des Asylverfahrens - in den gemäß § 30 Abs. 2 VwGG bei der Bekämpfung verfahrensbeendender Bescheide in Asylsachen zu fällenden Entscheidungen in der Regel als offenkundig angesehen. Vor diesem Hintergrund entspräche es in einem solchen Fall bis zur Erlassung der Entscheidung über den Wiedereinsetzungsantrag in der Regel der Rechtslage, dem Antrag wegen des mit der Versäumung der Frist in der Hauptsache verbundenen Verlustes der Rechtsstellung eines Asylwerbers gemäß § 71 Abs. 6 AVG die aufschiebende Wirkung zuzuerkennen. Dies würde auch noch nach einer Zurückweisung des Rechtsmittels als verspätet in der Hauptsache gelten, wenngleich eine solche Zurückweisung nach der Erlassung einer auf § 71 Abs. 6 AVG gestützten Entscheidung nicht mehr in Frage käme. Durch die rechtskräftige Beendigung des Verfahrens über den Wiedereinsetzungsantrag entfalle aber die bis dahin bestehende Möglichkeit, diesem Antrag gemäß § 71 Abs. 6 AVG mit besonderem Bescheid die aufschiebende Wirkung (nicht etwa in Bezug auf die





Entscheidung über diesen Antrag selbst, sondern) in Bezug auf die mit dem verspäteten Rechtsmittel zu bekämpfende Entscheidung zuzuerkennen, wobei mit der Zuerkennung dieser Wirkung im Fall eines durch die Beendigung des Verfahrens in der Hauptsache eingetretenen Verlustes der Rechtsstellung eines Asylwerbers auch die Sistierung dieser Wirkung des in der Hauptsache ergangenen Bescheides verbunden wäre. Im Entfall dieser Möglichkeit liege eine aufschiebbare Umsetzung der angefochtenen Entscheidung über den Wiedereinsatzantrag in die Wirklichkeit, was in Asylsachen aus den schon dargestellten Gründen, die in der Regel die sofortige amtswegige Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung gemäß § 71 Abs. 6 AVG erfordern würden, von besonderer Bedeutung sei. Insoweit einem Vorgehen gemäß § 71 Abs. 6 AVG die angefochtene Entscheidung entgegenstünde, könne der gegen Letztere erhobenen Beschwerde daher die aufschiebende Wirkung zuerkannt werden (vgl. in diesem Sinn auch die hg. Beschlüsse vom 11. Juni 2003, AW 2003/20/0152, vom 3. April 2003, AW 2003/01/0140, vom 15. März 2003, AW 2003/20/0062, vom 3. März 2003, AW 2003/20/0037, vom 20. Jänner 2003, AW 2003/20/0014, vom 28. Mai 2009/21/0069, und vom 30. Juni 2009, AW 2009/21/0097, jeweils mwN, sowie aus jüngerer Zeit den hg. Beschluss vom 6. November 2013, AW 2013/10/0040, mwN).

Im gegenständlichen Fall wird vom zuständigen Richter aus nachstehenden Gründen, die zum Teil in der bisherigen Rechtsprechung noch nicht in die Beurteilung einbezogen wurden und nicht die gebührende Beachtung gefunden haben, davon ausgegangen, dass einer Revision, wie sie hier vorliegt, gemäß § 30 Abs. 2 VwGG die aufschiebende Wirkung zuerkannt werden kann:

Der Verwaltungsgerichtshof hat in seiner Rechtsprechung bereits wiederholt festgehalten, dass das Rechtsschutzinteresse eines Revisionswerbers, dessen Revision sich gegen eine Entscheidung des Verwaltungsgerichts betreffend die aufschiebende Wirkung seiner Beschwerde richtet, nicht mehr gegeben ist, sobald das Verwaltungsgericht über die Beschwerde selbst erkannt hat (vgl. die hg. Beschlüsse vom 7. April 2016, Ro 2015/03/0046, vom 30. Juni 2016, Ra 2016/11/0077, und vom 29. September 2016, Ro 2016/07/0010). Nichts anderes kann für Verfahren, in denen nicht über eine Beschwerde, sondern über



einen sonst an das Verwaltungsgericht gerichteten Antrag zu entscheiden ist, gelten.

In seinem Beschluss vom 27. Mai 1983, 83/17/0037 (VwSlg. 5791 F/1983), hat der Verwaltungsgerichtshof ausgeführt:

„Dem § 30 Abs. 2 VwGG 1965 kann weder seinem Wortlaut noch seinem Sinne nach die Einschränkung entnommen werden, die aufschiebende Wirkung dürfe Beschwerden gegen jene Berufungs- oder Vorstellungsbescheide nicht zuerkannt werden, die in einem Verfahren ergangen sind, in welchem dem ordentlichen Rechtsmittel eine aufschiebende Wirkung nicht zukommt. Der Wortlaut ‚den Vollzug des angefochtenen Verwaltungsaktes aufzuschieben‘ im Absatz 3 leg. cit. lässt eine solche Beschränkung nicht erkennen. Der Sinn der Einräumung der aufschiebenden Wirkung ist es hingegen, einer Aushöhlung der Rechtsschutzfunktion des Verwaltungsgerichtshofes vorzubeugen (vgl. den hg. Beschluss eines verstärkten Senates vom 25. Februar 1981, Slg. N.F. Nr. 10.381/A = ZfVB 1982/3/945). Unter diesem Gesichtspunkt des Rechtsschutzes durch die gerichtliche Kontrolle der Verwaltungsbehörden kann es nun weder als unsachlich noch als kompetenzwidrig erachtet werden, wenn der Gesetzgeber bei Erlassung des Verwaltungsgerichtshofgesetzes ungeachtet der ausgeschlossenen Aufschiebungswirkung von ordentlichen Rechtsmitteln im Verwaltungsverfahren eine derartige flankierende Maßnahme im verwaltungsgerichtlichen Verfahren vorgesehen hat. Das Interesse an einem gesicherten Mittelaufkommen der öffentlichen Hand und an der Administrierbarkeit des Verwaltungsverfahrens mag wohl eine von anderen Verwaltungsverfahren abweichende Regelung der Abgabenordnungen rechtfertigen; diese Zielsetzungen haben jedoch für das gerichtliche Rechtsschutzverfahren, das der Kontrolle der Gesetzmäßigkeit des verfügten Eingriffes in die Rechtssphäre des Betroffenen (hier: in das verfassungsgesetzlich gewährleistete Eigentumsrecht) dient, in den Hintergrund zu treten (vgl. Schimetschek, Keine aufschiebende Wirkung bei Verwaltungsgerichtshofbeschwerden in Abgabensachen? FJ 1982, 53, 56, sowie Puck, ZfV 1982, 366, 368).“

Dem folgend hat der Verwaltungsgerichtshof etwa einer Revision in einer Rechtssache nach dem AsylG 2005, in der der Beschwerde schon von Gesetzes wegen gemäß § 16 Abs. 2 BFA-VG (diese Bestimmung - in der damals maßgeblichen Fassung - lautete: *„Einer Beschwerde gegen eine Entscheidung, mit der 1. ein Antrag auf internationalen Schutz zurückgewiesen wird und diese mit einer aufenthaltsbeendenden Maßnahme verbunden ist oder 2. ein Antrag auf internationalen Schutz zurückgewiesen wird und eine durchsetzbare*



Rückkehrentscheidung bereits besteht sowie einem diesbezüglichen Vorlageantrag kommt die aufschiebende Wirkung nicht zu, es sei denn, sie wird vom Bundesverwaltungsgericht zuerkannt.“) keine aufschiebende Wirkung zugekommen ist und diese vom Bundesverwaltungsgericht während des Beschwerdeverfahrens auch nicht zuerkannt wurde, mit Beschluss vom 15. Oktober 2014, Ra 2014/01/0089, die aufschiebende Wirkung zuerkannt und in seiner Begründung dargelegt:

„Der vorliegenden Revision kann - ungeachtet der Bestimmung des § 16 Abs. 2 BFA-Verfahrensgesetz - aus denjenigen Erwägungen, die der Verwaltungsgerichtshof für das Abgabungsverfahren bereits in den Erkenntnissen vom 5. März 1954, VwSlg. 900 F (beruhend auf einem Beschluss eines verstärkten Senates vom 11. Jänner 1954, Zl. 3/19-Pr./1953) und vom 20. Dezember 1973, VwSlg. 4624 F (verstärkter Senat) sowie im Beschluss vom 27. Mai 1983, VwSlg. 5791 F, dargelegt hat und die auf die hier vorliegende Konstellation übertragbar sind, aufschiebende Wirkung zuerkannt werden.“

Demnach ist davon auszugehen, dass die Rechtswirkungen bzw. Rechtsfolgen der (unterbliebenen) Entscheidung, einer an das Verwaltungsgericht erhobenen Beschwerde die aufschiebende Wirkung (nicht) zuzuerkennen, an sich nicht über das Beschwerdeverfahren - oder wie hier: über das Verfahren über den Wiedereinsetzungsantrag - vor diesem Gericht hinausreicht. Der Verwaltungsgerichtshof hat aber seinerseits durch die Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung im Revisionsverfahren die Möglichkeit, die Rechtswirkungen der angefochtenen Entscheidung selbst dann zu hemmen, wenn der Beschwerde - oder dem Antrag - aufschiebende Wirkung nicht zukommt.

Der Verwaltungsgerichtshof verkennt nun nicht, dass der Antrag auf Wiedereinsetzung für sich genommen noch keine Änderung der Rechtsposition des Antragstellers herbeizuführen vermag. Die gesetzlich ausdrücklich vorgesehene Möglichkeit, diesem Antrag aufschiebende Wirkung beilegen zu können und derart vorläufig eine Suspendierung nachteiliger Rechtsfolgen der behördlichen Entscheidung bewirken zu können, hat aber nach Ansicht des hier zuständigen Berichters auch Auswirkungen auf das Revisionsverfahren zu zeitigen und kann dort nicht unbeachtlich bleiben. Wie oben dargelegt, ist der



Verwaltungsgerichtshof in diversen Entscheidungen davon ausgegangen, dass mit der Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung nach § 71 Abs. 6 AVG - für das Verfahren vor den Verwaltungsgerichten findet sich eine gleichgelagerte und hier in Blick zu nehmende Vorschrift in § 33 Abs. 4 VwGG - im Fall der Versäumung der Rechtsmittelfrist auch die Rechtswirkungen vorläufig suspendiert werden, die durch jenen Bescheid bewirkt werden, der mit dem verspätet erhobenen Rechtsmittel bekämpft werden soll. Um eine solche Wirkung herbeizuführen, bedarf es nach der Auffassung des hier zuständigen Berichters im Fall der Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung gemäß § 30 Abs. 2 VwGG aber kein weiteres Dazwischentreten des Verwaltungsgerichts. Ausgehend davon, dass das Beschwerdeverfahren vor dem Verwaltungsgericht abgeschlossen ist und auch durch die Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung die Anhängigkeit dieses Beschwerdeverfahrens nicht (auch nicht vorläufig) wieder herbeigeführt werden kann, ist nicht zu sehen, inwiefern eine Entscheidung über die Frage der aufschiebenden Wirkung im Beschwerdeverfahren oder im Verfahren über den Antrag, diesfalls entgegen der bisherigen oben zitierten Rechtsprechung zur Gegenstandslosigkeit von beim Verwaltungsgerichtshof anhängigen Verfahren, noch maßgeblich sein könnte; wäre doch auch eine Revision gegen eine solche Entscheidung infolge des Abschlusses des dem Antrag oder der Beschwerde zugrundeliegenden Verfahrens mangels rechtlichen Interesses zurückzuweisen oder als gegenstandslos einzustellen, wollte man insoweit den Boden der bisherigen Rechtsprechung nicht verlassen. Die Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung reicht nämlich nicht so weit, die das Verfahren vor dem Verwaltungsgericht abschließende Entscheidung (wenn auch nur vorläufig) aus dem Rechtsbestand zu beseitigen (vgl. in diesem Sinn auch *Mayer/Muzak*, B-VG⁵, § 30 VwGG, F II.1., S. 929, samt Hinweis auf Rsp.). Derartiges bleibt im Revisionsverfahren einer - aufhebenden - Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofes über die Revision vorbehalten. Es ist dem Gesetzgeber aber andererseits vor dem Hintergrund, dass Wiedereinsetzungsanträgen aufschiebende Wirkung beigemessen kann, nicht zuzusinnen, dass er Rechtsunterworfenen bezogen auf diese Verfahren in jedem Fall verunmöglichen wollte, vor dem Verwaltungsgerichtshof



vorläufigen Rechtsschutz während des Verfahrens zur Überprüfung der Entscheidung über den Wiedereinsetzungsantrag erhalten zu können. Es ist daher davon auszugehen, dass der Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofes über die Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung in einem Fall wie dem vorliegenden, in dem dem Verwaltungsgericht die Möglichkeit gemäß § 33 Abs. 4 VwGVG offen stand, dem Antrag auf Wiedereinsetzung die aufschiebende Wirkung zuzuerkennen, jene Wirkung beizumessen ist, die zuvor einer Entscheidung des Verwaltungsgerichts zugekommen wäre, hätte es eine solche getroffen.

Fallbezogen bedeutet dies, dass durch die gemäß § 30 Abs. 2 VwGG erfolgte Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung - die Voraussetzungen dafür sind hier ohne Zweifel und evidentermaßen erfüllt - jene Rechtswirkungen als vorläufig suspendiert anzusehen sind, die mit dem Bescheid vom 16. November 2016 einhergehen.

W i e n , am 20. April 2017

