

Verwaltungsgerichtshof

Zl. 148/71

I M N A M E N D E R R E P U B L I K !

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Strau und die Hofräte Dr. Striebl, Dr. Skorjanec, Kobzina und Dr. Hrdlicka, als Richter, im Beisein des Schriftführers Magistratsoberkommissär Dr. Thumb, über die Beschwerde des WH in K, vertreten durch Dr. Franz Zwitter, Rechtsanwalt in Klagenfurt, Bahnhofstraße 38, gegen den Bescheid des Bundesministeriums für Handel, Gewerbe und Industrie vom 15. Oktober 1970, Zl. 158.231-II-12/70, betreffend Zurückweisung einer Berufung gegen die Zurücknahme einer Gewerbeberechtigung, zu Recht erkannt:

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

Der Beschwerdeführer hat dem Bund Aufwendungen in der Höhe von S 390,-- binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e :

Der Magistrat der Landeshauptstadt Klagenfurt nahm mit dem Bescheid vom 15. April 1969 die Gewerbeberechtigung des Beschwerdeführers für den Handel mit Lebens- und Genußmitteln im Standort Klagenfurt, F Straße 9, unter Berufung auf § 57 Abs. 3 der Gewerbeordnung zurück. Der vom Beschwerdeführer gegen diesen Bescheid erhobenen Berufung gab das Amt der Kärntner Landesregierung (mittelbare Bundesverwaltung) mit dem Bescheid vom 4. März 1970 keine Folge. Gegen diesen Bescheid richtete der Beschwerdeführer zwei als Berufung bezeichnete Rechtsmittelschriften. Die am 16. April 1970 beim Magistrat der Landeshauptstadt Klagenfurt überreichte, auf einem von der Post-und Telegraphenverwaltung aufgelegten Telegrammformular geschriebene Eingabe hatte folgenden Wortlaut:

„Gegen den Bescheid des Amtes der Kärntner Landesregierung ... zugestellt am 3. April 1970 durch Hinterlegung beim Postamt Klagenfurt II ausgefolgt erhalten

am 13. April 1970 erhebe ich innerhalb offener Frist die Berufung an das Bundesministerium für Handel und Wiederaufbau ... Die Berufungsschrift wurde bereits an das Bundesministerium übersandt“. Am selben Tag, nämlich am 16. April 1970 wurde beim Amt der Kärntner Landesregierung ein an das Bundesministerium für Handel, Gewerbe und Industrie gerichteter ausführlicher Berufungsschriftsatz überreicht, den das Amt der Kärntner Landesregierung mit dem Schreiben vom 20. April 1970 an den Magistrat der Landeshauptstadt Klagenfurt weiterleitete, wo er am 22. April 1970 einlangte.

Das belangte Bundesministerium für Handel, Gewerbe und Industrie wies mit dem nunmehr angefochtenen Bescheid die „am 16. April 1970 eingebrachte Berufung“ als unzulässig und die „am 22. April 1970 eingebrachte Berufung“ als verspätet zurück. Die Behörde führt zur Begründung aus, es sei eine Berufung, der ein begründeter Berufungsantrag fehle, ohne weiteres Verfahren zurückzuweisen. Der Bescheid des Amtes der Kärntner Landesregierung sei am 3. April 1970 durch Hinterlegung bei der Post zugestellt worden. Innerhalb der Berufungsfrist habe der Beschwerdeführer beim Magistrat der Landeshauptstadt Klagenfurt die schon oben im Wortlaut angeführte Eingabe eingebracht. Diese Erklärung des Bfrs. könne zwar als Bekanntgabe der Absicht gelten, daß eine Berufung eingebracht werde, doch könne diese Eingabe mangels eines begründeten Berufungsantrages nicht als Berufung gelten. Diese „Berufung“ sei daher unzulässig, weil der Eingabe kein innerhalb der Berufungsfrist eingebrachter begründeter Berufungsantrag gefolgt sei. Die angekündigte Berufungsschrift sei am 13. April 1970 verfaßt und am 16. April 1970 beim Amt der Kärntner Landesregierung überreicht worden, von wo sie durch Boten am 22. April 1970 an die zuständige Einbringungsstelle weitergeleitet worden sei. Die Berufung sei daher erst am 22. April 1970, demnach nach Ablauf der zweiwöchigen Berufungsfrist, als eingebracht anzusehen. Zum Berufungsvorbringen des Beschwerdeführers, er sei im Zeitpunkt der Hinterlegung des Bescheides der Behörde II. Instanz „ortsabwesend“ gewesen, bemerkt die Behörde, der Beschwerdeführer sei im Hinblick auf die Bestimmung des § 23 Abs. 7 AVG 1950 im Berufungsverfahren befragt worden, wo er sich am 2. und

3. April 1970 aufgehalten habe und wie lange seine „Ortsabwesenheit“ gedauert habe. Er sei aufgefordert worden, für seine Behauptung Belege vorzulegen und allenfalls Zeugen namhaft zu machen. Hiezu habe der Beschwerdeführer in seiner Stellungnahme vom 7. September 1970 im wesentlichen mitgeteilt, er führe keine Tagesaufzeichnungen und kein Fahrtenbuch. Er könne nicht mehr sagen, ob er in Wien oder in Velden gewesen sei. Nur eines sei sicher, daß er „ortsabwesend“ gewesen sei. Beweise hiefür seien nicht erbracht bzw. angeboten worden. Hiedurch könne der Beschwerdeführer nicht einmal glaubhaft machen, geschweige denn beweisen, daß ein Zustellmangel vorliege. Es falle dem Beschwerdeführer zur Last, wenn er nunmehr behaupte, er könne sich nicht mehr erinnern, wo er sich befunden habe.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die Beschwerde. Der Verwaltungsgerichtshof hat über sie und die Gegenschrift der belangten Behörde erwogen:

Der Beschwerdeführer bringt vor, die Behörde habe zu Unrecht eine Sachentscheidung verweigert. Seine Berufung gegen den Bescheid der Behörde zweiter Instanz sei innerhalb offener Frist eingebracht worden. Die belangte Behörde habe, wie in der Beschwerde dem Sinne nach geltend gemacht wird, nicht beachtet, daß einerseits die mittels Telegrammformular überreichte Berufung auch den Satz enthalten habe, es werde die ordentliche Berufungsschrift innerhalb offener Frist dem Bundesministerium überreicht werden, und andererseits eine Zustellung durch Hinterlegung zufolge der Ortsabwesenheit des Beschwerdeführers, die vom 2. April bis 11. April 1970 gedauert habe, gemäß § 23 Abs. 7 AVG 1950 unzulässig gewesen sei. Entgegen der Annahme der belangten Behörde habe es sich nur um eine Berufung gehandelt.

Der Verwaltungsgerichtshof hat zunächst geprüft, ob die belangte Behörde mit Recht angenommen hat, daß die Zustellung des bei ihr angefochtenen Bescheides schon am Tag der Hinterlegung beim Postamt Klagenfurt, das ist am 3. April 1970, bewirkt worden sei. Die belangte Behörde hat in dieser Frage Erhebungen geführt

und das Ergebnis in der - oben wiedergegebenen - Begründung des angefochtenen Bescheides dargestellt. Die Darstellung entspricht der Aktenlage.

Im § 23 AVG 1950 sind die Voraussetzungen für die Ersatzzustellung geregelt. Im Absatz 7 dieser Gesetzesstelle wird bestimmt, daß das zuzustellende Schriftstück der Behörde zurückzustellen ist, wenn der Empfänger seinen gewöhnlichen Aufenthalt nur vorübergehend verlassen hat und ihm das Schriftstück nicht rechtzeitig nachgesendet werden kann. Daraus ergibt sich, daß bei vorübergehender Abwesenheit des Empfängers eine Ersatzzustellung unzulässig ist. Es liegt daher ein Zustellungsmangel vor, wenn die Ersatzzustellung versucht worden ist, obwohl der Empfänger vorübergehend abwesend war (vgl. die Erkenntnisse des Verwaltungsgerichtshofes vom 25. Februar 1948, Slg. Nr. 338/A, vom 6. Dezember 1955, Slg. Nr. 3914/A, und vom 3. Februar 1969, Zl. 739/68). Der Verwaltungsgerichtshof hat in dem zuletzt angeführten Erkenntnis ferner ausgeführt, daß auch für die Feststellung des Vorliegens der Voraussetzungen für die Ersatzzustellung der Grundsatz der Amtswegigkeit des Verwaltungsvorgangs und hinsichtlich der Beweisaufnahme die allgemeinen Bestimmungen des Allgemeinen Verwaltungsverfahrensgesetzes 1950 gelten. Auf die Entscheidungsgründe dieses Erkenntnisses wird unter Erinnerung an Art. 14 Abs. 4 der Geschäftsordnung des Verwaltungsgerichtshofes, BGBl. Nr. 45/1965, hingewiesen. Anders als in jenem Beschwerdefall hat die belangte Behörde im vorliegenden Beschwerdefall, wie schon dargestellt wurde, von Amts wegen Erhebungen über die in Rede stehende Frage vorgenommen. Gemäß § 46 AVG 1950 kommt als Beweismittel alles in Betracht, was zur Feststellung des maßgebenden Sachverhaltes geeignet und nach der Lage des einzelnen Falles zweckdienlich ist. § 51 AVG 1950 sieht im besonderen die Vernehmung von Beteiligten als Beweismittel vor. Es war daher nicht rechtswidrig, wenn die Behörde im Beweisverfahren zum Zwecke der Überprüfung des Berufungsvorbringens, der Beschwerdeführer sei im Zeitpunkt der Ersatzzustellung „ortsabwesend“ gewesen, diesem die schon oben angeführten Fragen vorlegte und hierfür Belege forderte. Angesichts des Gegenstandes der Beweisaufnahme entsprach der Vorgang auch dem im § 39 Abs. 2 AVG 1950 ausgesprochenen

Verfahrensgrundsatz, wonach sich die Behörde bei ihren Verfügungen von Rücksichten auf möglichst Zweckmäßigkeit, Raschheit, Einfachheit und Kostenersparnis leiten zu lassen hat. Der Beschwerdeführer gab zu den an ihn gerichteten Fragen lediglich bekannt, daß er keine Tagesaufzeichnungen und kein Fahrtenbuch führe und zu diesem Thema nicht mehr genau berichten könne, ob er in Wien oder in Velden gewesen sei; doch sei eines sicher, daß er „ortsabwesend“ gewesen sei, denn sonst wäre ihm die Briefsendung ausgefolgt worden. Der Beschwerdeführer konnte damit allein das Vorliegen der Voraussetzungen nach § 23 Abs. 7 AVG 1950 nicht dartun; die an den Beschwerdeführer gerichteten Fragen blieben in Wahrheit unbeantwortet. Im Zusammenhang ist auf das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 6. Dezember 1955, Slg. Nr. 3914/A, hinzuweisen, in dem unter Darstellung des Gesetzesmotives gesagt wurde, daß von einer vorübergehenden Abwesenheit im Sinne der angeführten Gesetzesstelle nur dann gesprochen werden kann, wenn der Empfänger verreist ist und daher aus diesen oder aus ähnlich gelagerten Verhältnissen, wie beispielsweise in den Fällen des Aufenthaltes im Krankenhaus oder Gefangenenhaus, nicht in der Lage ist, allfällige Zustellungsvorgänge im Bereich der Wohnung wahrzunehmen. Die Behörde ist daher im Recht, wenn sie einerseits annahm, daß mit der bloßen Behauptung des Beschwerdeführers, ortsabwesend gewesen zu sein, das Zutreffen der Voraussetzungen des § 23 Abs. 7 AVG 1950 nicht erwiesen sei, und sich andererseits durch das Verhalten des Beschwerdeführers, dem, wie ausgeführt, zu einem ergänzenden Vorbringen Gelegenheit geboten war, nicht veranlaßt sah, weitere Ermittlungen vorzunehmen. Zusammenfassend ergibt sich hieraus, daß es nicht rechtswidrig war, die Zustellung des Bescheides der Behörde zweiter Instanz mit dessen Hinterlegung beim Postamt als rechtlich vollzogen anzusehen.

Zu dem schon dargestellten Beschwerdevorbringen ist im übrigen das folgende zu sagen: Es lagen der belangten Behörde im Beschwerdefall zwei Anbringen zur Entscheidung vor. Beide waren dem Wortlaut und dem Inhalt nach als Berufung gegen den Bescheid der Behörde zweiter Instanz aufzufassen. Das beim Magistrat der Landeshauptstadt Klagenfurt eingebrachte Rechtsmittel wurde

innerhalb der Berufungsfrist erhoben. Der an die belangte Behörde gerichtete und beim Amt der Kärntner Landesregierung überreichte Schriftsatz langte bei der gesetzlich vorgesehenen Einbringungsstelle, das ist im Beschwerdefall der Magistrat der Landeshauptstadt Klagenfurt (vgl. § 63 Abs. 5 AVG 1950), erst nach Ablauf der Berufungsfrist ein. Die in der Begründung des angefochtenen Bescheides angeführten diesbezüglichen Feststellungen entsprechen der Aktenlage; deren Richtigkeit wird insoweit in der Beschwerde nicht bekämpft.

Da nur die beim Magistrat der Landeshauptstadt Klagenfurt eingebrachte Berufung rechtzeitig erhoben wurde, hat die Behörde mit Recht nur diese dahingehend geprüft, ob sie ihrem Inhalt nach den gesetzlichen Formerfordernissen genügte. Der Verwaltungsgerichtshof stimmt auch mit der Annahme der belangten Behörde überein, es habe dieses Anbringen den gesetzlichen Erfordernissen nicht entsprochen, weil es keinen begründeten Berufungsantrag (§ 63 Abs. 3 AVG 1950) enthalten habe. Zweck der angeführten Bestimmung ist es, daß aus der Eingabe das Berufsbegehren und die Begründung hiefür ersichtlich sind (vgl. das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 11. November 1970, Zl. 146/69, und die dort angeführte Rechtsprechung). Es ist offensichtlich, daß das beim Magistrat der Landeshauptstadt Klagenfurt überreichte - oben im Wortlaut wiedergegebene - Anbringen des Beschwerdeführers diesen Anforderungen nicht Rechnung trug, Entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers vermag auch der Satz, es sei die Berufungsschrift bereits an das Bundesministerium übersandt worden, den begründeten Berufungsantrag nicht zu ersetzen. Es war wohl zulässig, das Anbringen auch hinsichtlich der formalen Erfordernisse einer Berufung durch einen weiteren Schriftsatz zu ergänzen, doch wäre ein auf diese Weise ergänztes Rechtsmittel, wie die Behörde in der Begründung des angefochtenen Bescheides mit Recht feststellt, nur dann zu einer Sachentscheidung geeignet gewesen, wenn der begründete Berufungsantrag innerhalb offener Berufungsfrist nachgetragen worden wäre (vgl. das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 15. Jänner 1969, Zl. 531, 532/68). Es wurde schon oben ausgeführt, daß auch diesem gesetzlichen Erfordernis nicht entsprochen worden war. Es war daher nicht rechtswidrig, wenn die belangte

Behörde davon ausging, daß zwei Berufungen des Beschwerdeführers gegen denselben Bescheid vorlägen, und die beim Magistrat der Landeshauptstadt Klagenfurt eingebrachte Berufung wegen Fehlens eines begründeten Berufungsantrages als unzulässig und die beim Amt der Kärntner Landesregierung eingebrachte Berufung als verspätet zurückwies. Zum Vorbringen des Beschwerdeführers, er sei durch die Rechtsmittelbelehrung des Amtes der Kärntner Landesregierung, die auf die Möglichkeit der Einbringung der Berufung auf telegraphischem Wege hingewiesen habe, irregeführt worden, hat die belangte Behörde in ihrer Gegenschrift zutreffend erwidert, daß ein auf einem Telegrammformular geschriebenes Rechtsmittel kein telegraphisch eingebrachtes Rechtsmittel darstelle. Doch wäre für die Beschwerde selbst dann nichts zu gewinnen, wenn die beim Magistrat der Landeshauptstadt Klagenfurt eingebrachte Berufung telegraphisch erhoben worden wäre, weil solche Berufungen - auch hierauf weist die Behörde mit Recht hin - vom gesetzlichen Erfordernis eines begründeten Berufungsantrages nicht ausgenommen sind.

Das weitere Beschwerdevorbringen, es sei der Magistrat der Landeshauptstadt Klagenfurt verpflichtet gewesen, die bei ihm eingebrachte Berufung sofort zurückzuweisen oder die Beseitigung von Formgebrechen innerhalb einer zu bestimmenden Frist aufzutragen, kann zu keiner anderen rechtlichen Beurteilung führen. Für die Zurückweisung der Berufung ist nicht die Einbringungsstelle, sondern die Berufungsbehörde zuständig (§ 66 Abs. 4 AVG 1950). Desgleichen findet die Ansicht, die Behörde sei verpflichtet gewesen, dem Beschwerdeführer einen Auftrag zur Behebung von Formgebrechen zu erteilen, im Gesetz keine Deckung. Der Verwaltungsgerichtshof hat wiederholt ausgesprochen, daß in dem Mangel eines begründeten Berufungsantrages nicht ein bloßes Formgebrechen gelegen ist, das die Behörde zur amtswegigen Behebung im Sinne des § 13 Abs. 3 AVG 1950 verpflichtete (vgl. das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 12. Dezember 1969, Zl. 1869/68, und die dort angeführte Rechtsprechung, in dem auch gesagt wurde, daß die Berufungsfrist durch die Behörde nicht erstreckt werden kann).

Wenn in der Beschwerde schließlich vorgebracht wird, der angefochtene Bescheid enthalte nicht den Namen und die Anschrift des Beschwerdeführers, weshalb es „sehr schwierig sei, diesen fraglichen Bescheid überhaupt näher anzugreifen“ - der Beschwerdeführer bezieht sich hiebei, wie den Akten des Verwaltungsverfahrens zu entnehmen ist, auf eine von ihm selbst begehrte Zweitschrift des angefochtenen Bescheides -, so wird damit der Rahmen des Beschwerdepunktes - nämlich der Behauptung, durch den angefochtenen Bescheid in dem Recht auf Sachentscheidung verletzt worden zu sein - verlassen. Auf dieses Vorbringen war indes schon deshalb nicht näher einzugehen, weil der Beschwerdeführer nicht behauptet, er sei auch in der Erstschrift des angefochtenen Bescheides, die ihm ebenfalls, wenn auch, wie der Beschwerdeführer behauptet, teilweise unleserlich, zugestellt worden war, nicht als Bescheidadressat angeführt.

Die Beschwerde erweist sich daher als nicht begründet; sie war gemäß § 42 Abs. 1 VwGG 1965 abzuweisen.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf die Bestimmungen der §§ 47 ff VwGG 1965 im Zusammenhang mit der Verordnung über die Pauschalierung der Aufwandsätze im Verfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof, BGBl. Nr. 4/1965.

W i e n , am 24. November 1971