

**Gericht**

Verwaltungsgerichtshof

**Entscheidungsdatum**

03.10.1977

**Geschäftszahl**

2583/76

**Beachte****Miterledigung (miterledigt bzw zur gemeinsamen Entscheidung verbunden):**

2623/76

**Betreff**

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident DDr. Dolp und die Hofräte Dr. Salcher, Dr. Großmann, Dr. Pichler, Dr. Drexler als Richter, im Beisein des Schriftführers Landesgerichtsrat Dr. Gerhard, über die Beschwerde des JG in F, vertreten durch DDr. Gunter Peyrl, Rechtsanwalt in Freistadt, Pfarrgasse 20, gegen die Bescheide der Oberösterreichischen Landesregierung vom 12. Juli 1976, Zl. VerkR-6769/1-1976-II, betreffend Zurückweisung der Berufung und Zurückweisung eines Antrages auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand in einem Verwaltungsstrafverfahren wegen Übertretungen der Straßenverkehrsordnung 1960 zu Recht erkannt:

**Spruch**

Der angefochtene Bescheid, mit dem der Berufung des Beschwerdeführers gegen die durch die Bezirkshauptmannschaft Freistadt erfolgte Zurückweisung des Antrages auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nicht Folge gegeben wurde, (Bescheid vom 13. Mai 1976), wird wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufgehoben.

Im übrigen wird die Beschwerde, soweit sie sich gegen den angefochtenen Bescheid richtet, mit dem die Berufung des Beschwerdeführers gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Freistadt (Bescheid vom 25. März 1976) als verspätet zurückgewiesen wurde, als unbegründet abgewiesen.

Das Land Oberösterreich hat dem Beschwerdeführer Aufwendungen in der Höhe von S 2.445,-- binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Das Kostenmehrbegehren des Beschwerdeführers wird abgewiesen.

Der Beschwerdeführer hat dem Land Oberösterreich Aufwendungen in der Höhe von S 720,-- binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

**Begründung**

Die Bezirkshauptmannschaft Freistadt erkannte den Beschwerdeführer mit Straferkenntnis vom 25. März 1976 der Verwaltungsübertretungen nach § 7 Abs. 1 und § 4 Abs. 5 StVO 1960 schuldig und verhängte über ihn gemäß § 99 Abs. 3 lit. a und b StVO 1960 Geldstrafen von S 200,-- und S 400,-- (Ersatzarreststrafen einen Tag und zwei Tage). Dieses Straferkenntnis wurde dem im Strafverfahren ausgewiesenen Rechtsvertreter des Beschwerdeführers am 29. März 1976 zugestellt. Am 9. April 1976 überreichte dieser bei der Bezirkshauptmannschaft Freistadt eine Berufung. Nachdem der Vertreter des Beschwerdeführers durch den Sachbearbeiter am 12. April 1976 telefonisch davon verständigt wurde, dass die Berufung verspätet überreicht worden sei, brachte der Vertreter des Beschwerdeführers bei der Bezirkshauptmannschaft Freistadt einen Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ein, in dem er neuerlich Berufung gegen das Straferkenntnis vom 25. März 1976 erhob, jedoch hinsichtlich der Begründung auf die bereits verspätet überreichte Berufungsschrift hinwies. Den Wiedereinsetzungsantrag führte der Beschwerdevertreter dahin gehend aus, er habe die Berufung bereits am 30. oder 31. März 1976 auf Tonband diktiert. Der zur Abnahme des Tonbandes und Übertragung

bestimmten Kanzleikraft Elfriede B. habe er das Tonband spätestens am 1. April 1976 mit dem Auftrag übergeben, dasselbe spätestens am 5. April 1976 zu übertragen und die Berufungsschrift spätestens am 5. April 1976 zu überreichen oder mit der Post abzusenden. Da der Beschwerdevertreter sich am 5. April 1976 nicht in der Kanzlei befunden habe, habe er den Berufungstermin nicht persönlich überwachen können. Tatsächlich habe die beauftragte Kanzleikraft das Band erst nach dem 5. April 1976 übertragen. Gemäß dem Datum der Berufungsschrift dürfte, die Übertragung erst am 8. April 1976 erfolgt sein. Da den Kanzleikräften zur Abfertigung von auf Tonband diktierten Klagen, Berufungen udgl. im Voraus unterfertigte Schriftsatzbögen zur Verfügung stünden, habe der Beschwerdevertreter von der Tatsache der verspäteten Überreichung erst durch das Telefonat des Sachbearbeiters Kenntnis erlangt. Dies sei der erste derartige Vorfall dieser äußerst gewissenhaften Kanzleikraft, sodass er für den Beschwerdeführer ein unvorhergesehenes und unabwendbares Ereignis darstelle.

Diesen Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wies die Bezirkshauptmannschaft Freistadt mit Bescheid vom 13. Mai 1976 als verspätet zurück. Zur Begründung wies sie auf die Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes hin, wonach im Falle der Versäumung einer Frist die versäumte Handlung gleichzeitig mit dem Wiedereinsetzungsantrag nachzuholen sei und diese Bestimmung es ausschließe, dass ein nach Einbringung des verspäteten Rechtsmittels gestellter Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand einer sachlichen Erledigung zugeführt werden könne. Da im vorliegenden Fall die versäumte Prozesshandlung, nämlich die Berufung, bereits vorgenommen worden sei, wäre der nach Einbringung dieser Berufung gestellte Wiedereinsetzungsantrag als verspätet zurückzuweisen. Bei dieser Sachlage könne dahingestellt bleiben, dass der Antragsteller mit seinem Wiedereinsetzungsantrag eine weitere Berufung eingebracht habe, zumal außer Streit gestellt bleiben müsse, dass der Beschwerdeführer die versäumte Prozesshandlung mit der Berufung vom 8. April 1976 bereits gesetzt habe. Das zu erwartende Schicksal der Zweitberufung könne in diesem Verfahren ebenso wie jenes der Erstberufung ungeprüft bleiben. Unbeschadet dieser formalrechtlichen Entscheidung werde aber noch darauf hingewiesen, dass auch bei Zulässigkeit des gegenständlichen Antrages dieser aus sachlichen Gründen als unbegründet abgewiesen hätte werden müssen, weil, wie die Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts in ständiger und übereinstimmender Judikatur aussprechen, ein auf einem Irrtum oder auf Vergesslichkeit der Kanzleiangestellten eines Rechtsanwaltes zurückzuführendes Versehen bei der Fristvormerkung kein unvorhergesehenes oder unabwendbares Ereignis im Sinne des § 71 Abs. 1 lit. a AVG 1950 darstelle.

Mit der gegen diesen Bescheid erhobenen Berufung setzt sich der Beschwerdeführer zunächst mit der von der Behörde zitierten Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes zur Frage der Rechtzeitigkeit des Wiedereinsetzungsantrages bei Versäumung der Berufungsfrist auseinander. Im wesentlichen kommt der Beschwerdeführer zu dem Ergebnis, dass nach dieser Judikatur im Fall einer verspätet überreichten Berufung ein Antrag auf Wiedereinsetzung grundsätzlich unzulässig sei, was aber dem Gesetz und dem Rechtsempfinden widerspreche. Im übrigen sei es auch nicht richtig, dass Fehler eines Rechtsanwaltes oder einer Kanzleiangestellten nicht als unvorhergesehenes oder unabwendbares Ereignis anzusehen seien. Diese Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes sei in der älteren zivilgerichtlichen Praxis begründet, doch sei diese in der Zwischenzeit von ihrer damals vertretenen Rechtsansicht abgegangen. Es wäre daher erforderlich, dass sich auch die Verwaltungsbehörden dieser neueren Auffassung anschließen.

Mit zwei getrennten Bescheiden vom 12. Juli 1976, die mit derselben Geschäftszahl versehen sind, wies die belangte Behörde die Berufung vom 9. April 1976 gemäß § 66 Abs. 4 AVG 1950, im Zusammenhalt mit § 24 VStG 1950 und § 51 Abs. 3 VStG 1950 als verspätet zurück und gab der Berufung vom 21. Mai 1976 gegen den Bescheid der Bezirkshauptmannschaft Freistadt, mit dem der Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand als verspätet zurückgewiesen wurde, keine Folge. Über die mit dem Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand verbundene Berufung hat die belangte Behörde nicht abgesprochen. Die Zurückweisung der Berufung vom 9. April 1976 begründete die belangte Behörde im wesentlichen damit, dass die zur Einbringung der Berufung gemäß § 51 Abs. 3 VStG 1950 eingeräumte einwöchige Frist, da die Zustellung des angefochtenen Straferkenntnisses am 29. März 1976 erfolgt sei, mit Ablauf des 5. April 1976 geendet habe. Die erst am 9. April 1976 bei der Behörde erster Instanz überreichte Berufung sei daher als verspätet zurückzuweisen gewesen. Den Bescheid, mit dem der Berufung vom 21. Mai 1976 gegen den Bescheid, mit dem der Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zurückgewiesen wurde, keine Folge gegeben wurde, begründete die belangte Behörde damit, dass sie im wesentlichen der Entscheidung der Erstbehörde beitrug und gleichzeitig zum Ausdruck brachte, es bestehe kein Anlass von der bisherigen Rechtsprechung abzuweichen.

Gegen beide Bescheide richtet sich die vorliegende Beschwerde, mit der Rechtswidrigkeit der Bescheidinhalte geltend gemacht wird.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Gemäß § 71 Abs. 1 lit. a AVG 1950 ist gegen die Versäumung einer Frist oder einer mündlichen Verhandlung auf Antrag der Partei, die durch die Versäumung einen Rechtsnachteil erleidet, die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu bewilligen, wenn die Partei glaubhaft macht, dass sie durch ein unvorhergesehenes oder unabwendbares Ereignis ohne ihr Verschulden verhindert war, die Frist einzuhalten oder zur Verhandlung zu erscheinen. Gemäß Absatz 2 dieser Gesetzesstelle muss der Antrag auf Wiedereinsetzung binnen einer Woche nach Aufhören des Hindernisses oder nach dem Zeitpunkt, in dem die

Partei von der Zulässigkeit der Berufung Kenntnis erlangt hat, gestellt werden. Gemäß Absatz 3 dieser Gesetzesstelle hat die Partei im Falle der Versäumung einer Frist die versäumte Handlung gleichzeitig mit dem Wiedereinsetzungsantrag nachzuholen.

Der Verwaltungsgerichtshof hat in dem Erkenntnis des verstärkten Senates vom 25. März 1976, Zl. 265/75, - auf dessen ausführliche Begründung bereits hier gemäß Art. 14 Abs. 4 der Geschäftsordnung des Verwaltungsgerichtshofes verwiesen wird - unter anderem folgende auch für den vorliegenden Fall anwendbare Rechtssätze geprägt:

1.) Eine Partei, die eine Prozesshandlung bereits (verspätet) gesetzt hat, kann (im Sinne von "ist in der rechtlichen Lage") diese Prozesshandlung im Sinne des § 46 Abs. 3 letzter Satz VwGG 1965 nachholen.

2.) "Ereignis" im Sinne des § 46 Abs. 1 VwGG 1965 ist jedes Geschehen, daher auch so genannte psychologische Vorgänge, wie Vergessen, Verschreiben, Sich-Irren usw.

3.) Ein Verschulden (allein) eines Kanzleiangestellten des Prozessbevollmächtigten der Partei schließt die Wiedereinsetzung zu Gunsten der Partei nicht aus.

In einem weiteren Erkenntnis des verstärkten Senates vom 19. Jänner 1977, Zl. 1212/76, - auf dessen Begründung gemäß Art. 14 Abs. 4 der Geschäftsordnung des Verwaltungsgerichtshofes verwiesen wird - hat der Verwaltungsgerichtshof unter anderem noch folgenden auch für den vorliegenden Fall anwendbaren Rechtssatz geprägt:

Eine, wenn auch verspätet, bereits gesetzte Handlung muss nicht im Sinne des § 46 Abs. 3 zweiter Satz VwGG 1965 nachgeholt werden.

Diese zwar zur Wiedereinsetzung in den vorigen Stand im Verfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof (§ 46 Abs. 1 VwGG 1965) geänderte Rechtsprechung hat infolge der - soweit hier von Interesse - gleichartigen Regelung der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand im allgemeinen Verwaltungsverfahren gemäß § 71 AVG 1950 auch für dieses volle Bedeutung. Der Verwaltungsgerichtshof ist mit den beiden zitierten Erkenntnissen des verstärkten Senates in dem aufgezeigten Umfang von seiner bisherigen Rechtsprechung abgerückt. Da die belangte Behörde bei ihrer Entscheidung, der Behörde erster Instanz folgend, ausschließlich die Grundsätze der früheren Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zu Grunde gelegt hat, sind beide angefochtenen Bescheide mit Rechtswidrigkeit des Inhaltes behaftet.

Dies hat auch die belangte Behörde in ihrer Gegenschrift erkannt. Dennoch hat sie versucht, in ihrer Gegenschrift darzulegen, dass der Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand schon deshalb abzuweisen gewesen wäre, weil aus der Antragsbegründung entnommen hätte werden können, dass die Versäumung der Berufungsfrist nicht auf das Versehen einer an sich verlässlichen Kanzleikraft, sondern ausschließlich auf das des Rechtsvertreters zurückzuführen sei. Die belangte Behörde übersieht dabei jedoch, dass der Spruch des angefochtenen Bescheides durch die ihm beigegebene Begründung nicht gedeckt ist. Es geht aber nicht an, Gründe, die im Verwaltungsverfahren nicht als maßgebend angesehen wurden, im Verfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof in der Gegenschrift nachzutragen, d.h. die Begründung des angefochtenen Bescheides auszuwechseln und dadurch den mit Rechtswidrigkeit behafteten Bescheid zu sanieren.

Aus diesem Grunde war der angefochtene Bescheid, mit dem der Berufung gegen die Zurückweisung des Antrages auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand keine Folge gegeben wurde, gemäß § 42 Abs. 2 lit. a VwGG 1965 wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufzuheben.

Hinsichtlich des Bescheides, mit dem die belangte Behörde die Berufung des Beschwerdeführers vom 9. April 1976 als verspätet zurückgewiesen hat, liegt hingegen kein Grund für dessen Aufhebung vor. Dem Beschwerdeführer kann nicht beigespflichtet werden, dass dieser Bescheid lediglich eine Konsequenz des Bescheides darstelle, mit dem der Berufung gegen die Zurückweisung des Wiedereinsetzungsantrages nicht Folge gegeben wurde. Nicht nur, dass die zurückgewiesene Berufung unabhängig von dem erst später erhobenen Wiedereinsetzungsantrag am 9. April 1976 eingebracht wurde, steht die jedenfalls gleichzeitig mit der Abweisung der Berufung gegen die Zurückweisung des Wiedereinsetzungsantrages erfolgte Zurückweisung der Berufung durchaus nicht im Widerspruch zu dem zuerst genannten Bescheid auch wenn dieser der Aufhebung verfällt, die Beschwerde gegen die Zurückweisung der Berufung hingegen keinen Erfolg haben sollte.

Dies ergibt sich schon aus der Bestimmung des § 72 Abs. 1 AVG 1950, wonach durch die Bewilligung der Wiedereinsetzung das Verfahren in die Lage zurücktritt, in der es sich vor dem Eintritt der Versäumung befunden hat. Das bedeutet, dass dann, wenn die Behörde im folgenden Verfahren dem Antrag auf Wiedereinsetzung stattgeben sollte, das Verfahren ipso iure in jene Lage zurücktreten würde, in dem es sich im Zeitpunkt der Entscheidung über den Wiedereinsetzungsantrag befunden hat. Daraus folgt wieder, dass in diesem Fall der Bescheid, mit dem die Zurückweisung der Berufung ausgesprochen wurde, jede Rechtswirkung von selbst verlöre. Durch diesen Bescheid, dessen Rechtmäßigkeit an sich vom Beschwerdeführer nicht bestritten wird und zu dessen Erlassung die belangte Behörde nach Abweisung der Berufung gegen die Zurückweisung des Wiedereinsetzungsantrages berechtigt war, kann daher infolge der Bestimmung des § 72 Abs. 1 AVG 1950 der Beschwerdeführer nicht in seinen Rechten verletzt werden.

Die Beschwerde war daher, soweit sie sich gegen den Bescheid, mit dem die verspätet eingebrachte Berufung zurückgewiesen wurde, wendet, gemäß § 42 Abs. 1 VwGG 1965 als unbegründet abzuweisen.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf §§ 47 ff VwGG 1965 in Verbindung mit der Verordnung des Bundeskanzlers vom 19. Dezember 1974, BGBl. Nr. 4/1975. Das Kostenmehrbegehren des Beschwerdeführers war deshalb abzuweisen, weil die zitierte Verordnung für den Schriftsatzaufwand einen pauschalierten Kostenersatz von S 2.400,-- vorsieht und kein gesonderter Anspruch auf Ersatz von Umsatzsteuer besteht.

Wien, am 3. Oktober 1977