

# TE Bwvg Erkenntnis 2020/4/23 W127 2227874-2

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 23.04.2020

## Entscheidungsdatum

23.04.2020

## Norm

ASVG §351h Abs3

ASVG §351j Abs1

AVG §71 Abs6

B-VG Art133 Abs4

VwGVG §33

ZustG §35

## Spruch

W127 2227870-1/5E

W127 2227872-1/5E

W127 2227874-1/5E

W127 2227876-1/5E

W127 2227870-2/6E

W127 2227872-2/6E

W127 2227874-2/6E

W127 2227876-2/6E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch die Richterin MMag. Dr. Fischer-Szilagyí als Vorsitzende sowie die fachkundigen Laienrichterinnen Dr. Anna Bucsics und Mag. Dr. Sabine Vogler und die fachkundigen Laienrichter DDr. Wolfgang Königshofer und ao. Univ.-Prof. Dr. Peter Placheta über 1. die Beschwerden gegen die Bescheide des Hauptverbandes der österreichischen Sozialversicherungsträger, nunmehr Dachverband der Sozialversicherungsträger, vom 17.12.2019, Zln. VPM-68.1/19/Mu:Hi:Dob:Seg Abschnitt VII/2350-18, 2351-18, 2352-18 und 2353-18, sowie 2. die Anträge auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand und die Anträge auf Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung vom 15.01.2020 der XXXX, vertreten durch Polak & Partner Rechtsanwälte GmbH, zu Recht erkannt:

A)

I. Die Beschwerden werden als verspätet zurückgewiesen.

II. Die Anträge auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand werden abgewiesen.

III. Die Anträge auf Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung werden abgewiesen.

IV. Gemäß § 351j Abs. 1 ASVG hat die beschwerdeführende Partei die Kosten des Verfahrens in der Höhe von ? 2.620,00 binnen 14 Tagen ab Zustellung dieses Erkenntnisses bei sonstiger Exekution zu tragen.

B) Die Revision ist nicht zulässig.

## **Text**

### **ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:**

#### **I. Verfahrensgang:**

1. Der Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger, nunmehr Dachverband der Sozialversicherungsträger (in der Folge: belangte Behörde) hat mit den Bescheiden vom 17.12.2019, Zln. VPM-68.1/19/Mu:Hi:Dob:Seg Abschnitt VII/2350-18 bis 2353-18, die Arznespezialitäten XXXX gemäß § 37 Abs. 1 VO-EKO aus dem Gelben Bereich des Erstattungskodex gestrichen.

Diese Bescheide wurden am 17.12.2019 zugestellt.

2. Die dagegen erhobenen Rechtsmittel wurden jeweils am 15.01.2020 eingebracht.

3. Die Beschwerden und die Bezug habenden Verwaltungsakten (auf CD) einschließlich Anträgen auf Zurückweisung der Beschwerden wegen Verspätung samt Begründung langten am 20.01.2020 beim Bundesverwaltungsgericht ein.

4. Mit Schriftsätzen vom 27.01.2020 langten Stellungnahmen der beschwerdeführenden Partei sowie Anträge auf Wiedereinsetzung und Anträge auf Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung der Anträge auf Wiedereinsetzung beim Bundesverwaltungsgericht ein.

5. Mit Schreiben vom 07.02.2020 wurde die beschwerdeführende Partei aufgefordert, die elektronischen Verständigungen über die Bereithaltung von behördlichen Dokumenten zur Abholung gemäß § 35 Abs. 1 Zustellgesetz als Ausdruck, Screenshot, PDF odgl. binnen einer Frist von einer Woche vorzulegen.

6. Mit Stellungnahmen vom 13.02.2020 und 18.02.2020 wurden die elektronischen Verständigungen als Screenshot übermittelt und wurde darauf hingewiesen, dass keine "Rechtsmittelbelehrung" erkennbar sei bzw. - wie bereits in den Anträgen auf Wiedereinsetzung erläutert - diese "Rechtsmittelbelehrung" lediglich erkennbar sei, wenn man in der "E-Mailvorschau bis an das Ende der Verständigungen runterscrollt".

7. Mit Schreiben vom 12.02.2020 langte eine inhaltliche Stellungnahme der belangten Behörde für den Fall, dass die Beschwerden nicht als verspätet zurückgewiesen werden sollten, ein.

#### **II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:**

##### **1. Feststellungen:**

1.1. Die Verständigungen über die Bereithaltung eines behördlichen Dokumentes zur Abholung, nämlich die vier angefochtenen Bescheide des Dachverbandes, wurden der beschwerdeführenden Partei an deren elektronischer Zustelladresse durch einen Zustelldienst mit Zustellnachweis am 17.12.2019 zwischen 10:56 Uhr und 11:02 Uhr übermittelt.

Die Abholung dieser Bescheide erfolgte am 17.12.2019 um 11:11 Uhr.

Die Zustellung der Bescheide erfolgte daher am 17.12.2019. Letzter Tag der Rechtsmittelfrist war sohin jeweils der 14.01.2020.

Die Beschwerden wurden am 15.01.2020 um 17:27 Uhr, sohin verspätet, bei der belangten Behörde eingebracht.

1.2. Der Antrag auf Wiedereinsetzung langte - nach Vorlage der Beschwerden an das Bundesverwaltungsgericht - am 27.01.2020 rechtzeitig beim Bundesverwaltungsgericht ein. Gründe für eine Wiedereinsetzung liegen nicht vor.

##### **2. Beweiswürdigung:**

2.1. Die Feststellungen zum Zustellvorgang, zum Zeitpunkt der Abholung und zum Zeitpunkt der Einbringung des Rechtsmittels ergeben sich aus der Beschwerdevorlage der belangten Behörde vom 23.01.2020 und wurden von der beschwerdeführenden Partei auch nicht bestritten.

Betreffend die Berechnung der Rechtsmittelfrist wird auf die rechtlichen Ausführungen verwiesen.

2.2. Die Feststellungen zur Einbringung und Rechtzeitigkeit des Antrages auf Wiedereinsetzung ergeben sich aus dem Verwaltungsakt und dem Gerichtsakt und wurden von den Parteien auch nicht bestritten.

Hinsichtlich des Nichtvorliegens der Gründe für die Wiedereinsetzung wird auf die rechtlichen Ausführungen verwiesen.

### 3. Rechtliche Beurteilung:

#### 3.1. Zur Zuständigkeit und Kognitionsbefugnis:

Gemäß Artikel 130 Abs. 1 Z 1 B-VG erkennen die Verwaltungsgerichte über Beschwerden gegen den Bescheid einer Verwaltungsbehörde wegen Rechtswidrigkeit.

Gemäß Artikel 131 Abs. 2 B-VG erkennt das Verwaltungsgericht des Bundes über Beschwerden in Rechtssachen in Angelegenheiten der Vollziehung des Bundes, die unmittelbar von Bundesbehörden besorgt werden.

Gemäß § 351h Abs. 1 Z 2 Allgemeines Sozialversicherungsgesetz (ASVG), BGBl. Nr. 189/1955 idF BGBl. I Nr. 37/2018, entscheidet das Bundesverwaltungsgericht über Beschwerden des vertriebsberechtigten Unternehmens, dessen Arzneispezialität aus dem Erstattungskodex gestrichen bzw. von Amts wegen aufgenommen wird.

Gemäß § 6 Bundesgesetz über die Organisation des Bundesverwaltungsgerichtes (Bundesverwaltungsgerichtsgesetz - BVwGG), BGBl. I Nr. 2013/10 idGF, entscheidet das Bundesverwaltungsgericht durch Einzelrichter, sofern nicht in Bundes- oder Landesgesetzen die Entscheidung durch Senate vorgesehen ist.

In Angelegenheiten nach § 351h ASVG hat die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts durch einen Senat zu erfolgen, der aus dem/der Senatsvorsitzenden und vier fachkundigen Laienrichtern/Laienrichterin besteht, wobei zwei davon Fachärzte/Fachärztinnen für Pharmakologie und Toxikologie oder Fachärzte/Fachärztinnen mit dem Additivfach klinische Pharmakologie und zwei Ökonomen/Ökonominen mit spezifischen Kenntnissen im Gesundheits- und Sozialversicherungsbereich (Gesundheitsökonom/Gesundheits-ökonominnen) sind (§351i Abs. 1 ASVG).

Gemäß § 17 Bundesgesetz über das Verfahren der Verwaltungsgerichte (Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz - VwGVG), BGBl. I Nr. 2013/33 idGF, sind, soweit in diesem Bundesgesetz nicht anderes bestimmt ist, auf das Verfahren über Beschwerden gemäß Artikel 130 Abs. 1 B-VG die Bestimmungen des AVG mit Ausnahme der §§ 1 bis 5 sowie des IV. Teiles, die Bestimmungen der Bundesabgabenordnung - BAO, BGBl. Nr. 194/1961, des Agrarverfahrensgesetzes - AgrVG, BGBl. Nr. 173/1950, und des Dienstrechtsverfahrensgesetzes 1984 - DVG, BGBl. 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.

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

Zu A)

#### 3.2. Zu Spruchpunkt I:

3.2.1. Gemäß § 15 Verfahrensordnung zur Herausgabe des Erstattungskodex nach § 351g ASVG (VO-EKO), avsv Nr. 47/2004 idF avsv Nr. 159/2013, gilt für die Zustellung schriftlicher Ausfertigungen des Hauptverbandes das Zustellgesetz mit der Maßgabe, dass die elektronische Zustellung gemäß Abschnitt III Zustellgesetz erfolgt.

Der 3. Abschnitt des Zustellgesetzes (§ 28 bis § 37a) enthält die Regelungen über die elektronische Zustellung.

Der gegenständlich zur Anwendung gelangende § 35 Zustellgesetz, BGBl. Nr. 200/1982 idF BGBl. I Nr. 104/2018, in Kraft getreten am 01.12.2019, lautet:

"Zustellung mit Zustellnachweis durch einen Zustelldienst

§ 35. (1) Der im Auftrag der Behörde tätige Zustelldienst hat im Fall einer Zustellung mit Zustellnachweis bzw.

nachweislichen Zusendung bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 34 Abs. 1 erster Satz die Daten gemäß § 29 Abs. 1 Z 6 an das Anzeigemodul zu übermitteln. Das Anzeigemodul hat den Empfänger unverzüglich davon zu verständigen, dass ein Dokument für ihn zur Abholung bereitliegt. Diese elektronische Verständigung ist an die dem Teilnehmerverzeichnis gemäß § 28b Abs. 1 Z 4 bekanntgegebene elektronische Adresse des Empfängers zu versenden. Hat der Empfänger mehrere solcher Adressen bekanntgegeben, so ist die elektronische Verständigung an alle Adressen zu versenden; für die Berechnung der Frist gemäß Abs. 2 erster Satz ist der Zeitpunkt der frühesten Versendung maßgeblich. Die elektronische Verständigung hat jedenfalls folgende Angaben zu enthalten:

1. Absender,
2. Datum der Versendung,
3. Internetadresse, unter der das zuzustellende Dokument zur Abholung bereitliegt,
4. Ende der Abholfrist,
5. Hinweis auf das Erfordernis einer Bürgerkarte (§ 2 Z 10 E-GovG) bei der Abholung von Dokumenten, die mit Zustellnachweis zugestellt oder als nachweisliche Zusendung übermittelt werden sollen und
6. Hinweis auf den Zeitpunkt, mit dem die Zustellung wirksam wird.

Soweit dies erforderlich ist, hat der Bundesminister für Digitalisierung und Wirtschaftsstandort durch Verordnung nähere Bestimmungen über die elektronischen Verständigungsformulare zu erlassen.

(2) Wird das Dokument nicht innerhalb von 48 Stunden abgeholt, so hat eine zweite elektronische Verständigung zu erfolgen; Abs. 1 vierter Satz ist sinngemäß anzuwenden.

(3) Die Abholung des bereitgehaltenen Dokuments kann ausschließlich über das Anzeigemodul erfolgen. Der Zustelldienst hat sicherzustellen, dass zur Abholung bereitgehaltene Dokumente nur von Personen abgeholt werden können, die zur Abholung berechtigt sind und im Falle einer Zustellung mit Zustellnachweis oder einer nachweislichen Zusendung ihre Identität und die Authentizität der Kommunikation mit der Bürgerkarte (§ 2 Z 10 E-GovG) nachgewiesen haben. Zur Abholung berechtigt sind der Empfänger und, soweit dies von der Behörde nicht ausgeschlossen worden ist, eine zur Empfangnahme bevollmächtigte Person. Identifikation und Authentifizierung können auch durch eine an die Verwendung sicherer Technik gebundene Schnittstelle erfolgen. Der Zustelldienst hat alle Daten über die Verständigungen gemäß Abs. 1 und 2 und die Abholung des Dokuments zu protokollieren und dem Absender unverzüglich zu übermitteln; die Gesamtheit dieser Daten bildet den Zustellnachweis.

(4) Der Zustelldienst hat das Dokument zwei Wochen zur Abholung bereitzuhalten und nach Ablauf weiterer acht Wochen zu löschen.

(5) Ein zur Abholung bereitgehaltenes Dokument gilt jedenfalls mit seiner Abholung als zugestellt.

(6) Die Zustellung gilt als am ersten Werktag nach der Versendung der ersten elektronischen Verständigung bewirkt, wobei Samstage nicht als Werktage gelten. Sie gilt als nicht bewirkt, wenn sich ergibt, dass die elektronischen Verständigungen nicht beim Empfänger eingelangt waren, doch wird sie mit dem dem Einlangen einer elektronischen Verständigung folgenden Tag innerhalb der Abholfrist (Abs. 1 Z 3) wirksam.

(7) Die Zustellung gilt als nicht bewirkt, wenn sich ergibt, dass der Empfänger

1. von den elektronischen Verständigungen keine Kenntnis hatte oder
2. von diesen zwar Kenntnis hatte, aber während der Abholfrist von allen Abgabestellen (§ 2 Z 4) nicht bloß vorübergehend abwesend war, doch wird die Zustellung an dem der Rückkehr an eine der Abgabestellen folgenden Tag innerhalb der Abholfrist wirksam, an dem das Dokument abgeholt werden könnte

(8) Wurde dieselbe elektronische Verständigung an mehrere elektronische Adressen versendet, so ist der Zeitpunkt der frühesten Versendung maßgeblich."

Bis 30.11.2019 lautete § 35 Abs. 5 Zustellgesetz: "Ein zur Abholung bereitgehaltenes Dokument gilt spätestens mit seiner Abholung als zugestellt." (Hervorhebung durch das Bundesverwaltungsgericht)

Gemäß § 351h Abs. 3 ASVG sind Beschwerden binnen vier Wochen nach Zustellung der Entscheidung des Hauptverbandes beim Hauptverband über das Internetportal [www.sozialversicherung.at](http://www.sozialversicherung.at) einzubringen.

In der Rechtsmittelbelehrung der angefochtenen Bescheide findet sich dieser Gesetzestext mit dem ergänzenden Hinweis, dass die Beschwerde aufschiebende Wirkung hat.

3.2.2. Verfahrensgegenständlich handelt es sich um eine elektronische Zustellung durch einen Zustelldienst mit Zustellnachweis.

Der im Auftrag der Behörde tätige Zustelldienst hat den Empfänger durch eine elektronische Verständigung an die ihm gegenüber angegebene elektronische Adresse unverzüglich zu benachrichtigen, dass ein Dokument für ihn zur Abholung bereitliegt (§ 35 Abs. 1 Zustellgesetz). Die elektronische Verständigung hat unter anderem einen Hinweis auf den Zeitpunkt, mit dem die Zustellung wirksam wird, zu enthalten. Ab dem Zeitpunkt der Versendung der elektronischen Verständigung ist dem Empfänger eine Abholung des zuzustellenden Dokuments im Internet möglich.

Der Hinweis gemäß § 35 Abs. 1 Zustellgesetz findet sich auch in gegenständlichen Verständigungen über die Bereithaltung eines behördlichen Dokumentes zur Abholung vom 17.12.2019 unter Punkt 3 und Punkt 4 der mit "Wichtige Information!" titulierten Textpassage.

"3. Grundsätzlich treten die Rechtswirkungen der Zustellung (zB der Beginn des Laufes von Rechtsmittelfristen) am ersten Werktag nach Versendung der ersten Verständigung ein (es sei denn, Sie haben das Dokument schon vorher abgeholt; vgl. Punkt 4). Samstage gelten nicht als Werktage. [...]

4. Das Dokument gilt spätestens mit der Abholung als zugestellt."

3.2.3. Die elektronische Zustellung mit Zustellnachweis durch einen Zustelldienst entspricht einer Zustellung zu eigenen Händen (siehe auch Kolonovits/Muzak/Stöger: *Verwaltungsverfahrenrecht*, 10. Aufl., Rz. 228/10). Ein zur Abholung bereitgehaltenes Dokument gilt jedenfalls mit seiner Abholung als zugestellt (§ 35 Abs. 5 Zustellgesetz in der Fassung ab 01.12.2019) und ist gleichzuhalten mit einer physischen Zustellung, bei der der Empfänger die Sendung tatsächlich übernimmt.

Abweichend davon enthalten § 35 Abs. 6 bzw. Abs. 7 Zustellgesetz Zustellfiktionen bezüglich des Zustellzeitpunktes (siehe auch Florian Kronschläger/Sebastian Mauernböck, *Elektronischer Rechtsverkehr mit Behörden und Gerichten des öffentlichen Rechts - Teil I*, ZTR 04/2015, S. 239).

Der Verwaltungsgerichtshof hat bereits in seinem Erkenntnis vom 06.11.2018, Ro 2018/01/0011 mwH auf Literatur und Judikatur, im Hinblick auf § 35 Abs. 5 Zustellgesetz ausgesprochen, dass durch das Wort "spätestens" klargestellt wird, dass sich aus den folgenden Absätzen 6 und 7 des § 35 Zustellgesetz ergeben kann, dass die Zustellung bereits zu einem früheren Zeitpunkt wirksam geworden ist. Diese Rechtsprechung kann auch auf den nunmehrigen Wortlaut des § 35 Abs. 5 Zustellgesetz mit dem Adverb "jedenfalls" statt dem Adverb "spätestens" umgelegt werden, da immer die Abholung des Dokumentes als solche das fristauslösende Element darstellt. Die von der beschwerdeführenden Partei angeführte "Neuheit der Rechtslage" ist daher nicht nachvollziehbar.

Den von der beschwerdeführenden Partei angeführten Gründen, dass keine Verspätung vorliege - § 35 Abs. 5 Zustellgesetz stehe sprachlich im Widerspruch zu § 35 Abs. 6 Zustellgesetz; "babylonische Verwirrung" in diversen Erläuterungen der Bestimmungen am Beispiel eines Rundschreibens des Dachverbandes vom 31.01.2018 und eines Rundschreibens der Rechtsanwaltskammer Wien vom 10.12.2019 - ist entgegenzuhalten, dass sich das Rundschreiben der Rechtsanwaltskammer Wien nur auf die Bestimmungen des GOG, insbesondere § 89d Abs. 2 GOG - welcher hier nicht zur Anwendung gelangt -, bezieht ohne jeglichen Bezug auf die Bestimmungen des § 35 Zustellgesetz. Und auch der Inhalt des Rundschreibens des Dachverbandes vom 28.11.2019 (welches nicht vorgelegt, sondern ausschließlich wiedergegeben wurde) zeigt nicht auf, dass § 35 Abs. 5 Zustellgesetz nicht zur Anwendung gelangen kann bzw. soll und gegenständliche Frist anders zu berechnen gewesen wäre. Dass die beschwerdeführende Partei einen Mangel an jeglichem begleitenden Material oder begleitender Judikatur zur Erläuterung des von ihr angemerkten Widerspruches zwischen § 35 Abs. 5 Zustellgesetz und § 35 Abs. 6 Zustellgesetz vermeint, kann nicht nachvollzogen werden, hat sich doch der Verwaltungsgerichtshof in seiner Rechtsprechung und auch die Literatur - wie oben ausgeführt - bereits mit diesen beiden Gesetzesbestimmungen auseinandergesetzt. Der Austausch des Adverbs "jedenfalls" statt bisher "spätestens" ist jedenfalls nicht geeignet, im konkreten Fall einen Widerspruch bzw. eine Abkehr von der bisherigen Judikatur und Literatur zu begründen.

Eine widersprüchliche Rechtslage zwischen § 35 Abs. 5 Zustellgesetz und § 35 Abs. 6 Zustellgesetz ist daher nicht feststellbar.

Die beschwerdeführende Partei weist zu Recht darauf hin, dass keine rechtliche Verpflichtung besteht, ein Schriftstück am selben Tag der Benachrichtigung herunterzuladen. Dennoch stellt nach dem Wortlaut des § 35 Abs. 5 Zustellgesetz das Herunterladen des Schriftstückes, also das Abholen das fristauslösende Ereignis für die Zustellung dar, wenn es am selben Tag erfolgt, an dem auch die Benachrichtigung übermittelt wurde.

Wie bereits ausgeführt erfolgte die Abholung der gegenständlich angefochtenen Bescheide am Dienstag, den 17.12.2019, das ist daher auch der Zustellzeitpunkt, aus dem sich der Beginn der Rechtsmittelfrist ergibt. Das Ende der Rechtsmittelfrist ist daher unter Anwendung des § 32 Abs. 2 AVG (und der dazu ergangenen Judikatur, z.B. VwGH 22.05.1990, 90/11/0089; 18.10.1996, 96/09/0153) Dienstag, 14.01.2020. Die am 15.01.2020 übermittelten Beschwerden sind daher verspätet und zurückzuweisen.

3.3. Zu Spruchpunkt II:

3.3.1. § 33 VwGVG lautet auszugsweise:

"Wiedereinsetzung in den vorigen Stand

§ 33. (1) Wenn eine Partei glaubhaft macht, dass sie durch ein unvorhergesehenes oder unabwendbares Ereignis - so dadurch, dass sie von einer Zustellung ohne ihr Verschulden keine Kenntnis erlangt hat - eine Frist oder eine mündliche Verhandlung versäumt und dadurch einen Rechtsnachteil erleidet, so ist dieser Partei auf Antrag die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu bewilligen. Dass der Partei ein Verschulden an der Versäumung zur Last liegt, hindert die Bewilligung der Wiedereinsetzung nicht, wenn es sich nur um einen minderen Grad des Versehens handelt.

[...]

(3) Der Antrag auf Wiedereinsetzung ist in den Fällen des Abs. 1 bis zur Vorlage der Beschwerde bei der Behörde, ab Vorlage der Beschwerde beim Verwaltungsgericht binnen zwei Wochen nach dem Wegfall des Hindernisses zu stellen. In den Fällen des Abs. 2 ist der Antrag binnen zwei Wochen

1. nach Zustellung eines Bescheides oder einer gerichtlichen Entscheidung, der bzw. die das Rechtsmittel als unzulässig zurückgewiesen hat, bzw.

2. nach dem Zeitpunkt, in dem die Partei von der Zulässigkeit der Stellung eines Antrags auf Vorlage Kenntnis erlangt hat,

bei der Behörde zu stellen. Die versäumte Handlung ist gleichzeitig nachzuholen.

(4) Bis zur Vorlage der Beschwerde hat über den Antrag die Behörde mit Bescheid zu entscheiden. § 15 Abs. 3 ist sinngemäß anzuwenden. Ab Vorlage der Beschwerde hat über den Antrag das Verwaltungsgericht mit Beschluss zu entscheiden. Die Behörde oder das Verwaltungsgericht kann dem Antrag auf Wiedereinsetzung die aufschiebende Wirkung zuerkennen. [...]."

Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes kann ein dem Rechtsvertreter unterlaufener Irrtum über das Ende einer Frist ein unvorhergesehenes oder unabwendbares Ereignis darstellen, das grundsätzlich die Bewilligung der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ermöglicht.

Die Bewilligung der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand setzt freilich voraus, dass der Partei kein Verschulden an der Versäumung der Frist zur Last liegt, das über den minderen Grad des Versehens hinausgeht, wobei der Begriff des minderen Grad des Versehens als leichte Fahrlässigkeit im Sinne des § 1332 ABGB zu verstehen ist; bei einem rechtskundigen Parteienvertreter ist dabei ein strenger Maßstab anzulegen. Nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ist ein Verschulden des Rechtsvertreters dem Wiedereinsetzungswerber zuzurechnen.

3.3.2. Die beschwerdeführende Partei hat am 17.01.2020 (siehe Punkt 4.7. der Stellungnahme vom 27.01.2020) Kenntnis davon erhalten, dass die Beschwerden nach Ansicht der belangten Behörde verfristet wären. Der Antrag auf Wiedereinsetzung wurde am 27.01.2020, sohin rechtzeitig, beim Bundesverwaltungsgericht eingebracht, zumal die Vorlage der Bezug habenden Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht bereits am 24.01.2020 erfolgte.

3.3.3. In den Anträgen auf Wiedereinsetzung wurde vor allem vorgebracht, dass kein organisatorisches Verschulden bei der Vertreterin der beschwerdeführenden Partei vorliege, da sie über ein rigides und striktes Fristenwahrungs- und Überwachungssystem verfüge, unter anderem mit Kontrolle und Gegenkontrolle, also immer dem Vier-Augen-Prinzip

folgend und strengen Regeln zur zeitlichen Abfolge von Fristeneintragungen. Lediglich zwei Fehler könne man eventuell im Verhalten der Kanzlei der Berater der beschwerdeführenden Partei sehen, wenn man den Widerspruch zwischen § 35 Abs. 5 und § 35 Abs. 6 Zustellgesetz gegen die beschwerdeführende Partei lösen wollte: Die Beschwerdeführervertreterin sei nicht davon ausgegangen, dass der Bescheid noch am selben Tag heruntergeladen und damit nach § 35 Abs. 5 Zustellgesetz zugestellt würde, und habe dann später die Fristberechnung nicht noch einmal überdacht, dies alles in der Woche vor Weihnachten.

Hiezu ist festzuhalten, dass ein Rechtsanwalt der Fristberechnung die gebührende Beachtung zu schenken hat. Für die richtige Berechnung der jeweiligen Rechtsmittelfrist in einem bestimmten Fall ist in einer Rechtsanwaltskanzlei der Rechtsanwalt selbst verantwortlich. Der Rechtsanwalt selbst hat die entsprechende Frist festzusetzen, ihre Vormerkung anzuordnen sowie die richtigen Eintragungen im Kalender im Rahmen der ihm gegenüber seinen Kanzleiangestellten gegebenen Aufsichtspflicht zu überwachen. Hiervon entbindet auch nicht ein großer Arbeitsdruck (VwGH 06.04.2016, Ra 2016/03/0005).

Die für verfahrensgegenständliche Rechtssache zuständige Rechtsanwältin hat in der "eidesstättigen" Erklärung selbst festgehalten, dass sie nach Übermittlung der Bescheide durch die beschwerdeführende Partei "nicht noch einmal überprüft" hat, ob sich durch die Abholung der Bescheide die Rechtsmittelfrist geändert hat. In Anbetracht der Bestimmung von § 35 Abs. 5 Zustellgesetz, die hinsichtlich des Zeitpunkts der Zustellung eines zur Abholung bereitgehalten Dokumentes auf die Abholung dieses Dokumentes abstellt, kann jedenfalls nicht von einem minderen Grad des Versehens ausgegangen werden, wenn ein berufsmäßiger Parteienvertreter nicht den tatsächlichen Beginn der Rechtsmittelfrist überprüft und die Vormerkung der Frist dementsprechend vornimmt bzw. anpasst. Dass man sich seitens der Rechtsanwaltskanzlei noch vor Übermittlung der Bescheide die Verständigung über die Abholung eines Dokumentes einschließlich des Hinweises auf den Zeitpunkt, mit dem die Zustellung wirksam wird, als Kontrollparameter für die Einhaltung der Rechtsmittelfrist durch die beschwerdeführende Partei hat vorlegen lassen, wurde nicht vorgebracht. Auch darin ist ein Verschulden des Rechtsanwaltes zu sehen, zumal zwar der Ausschluss des Anwaltes vom Zustellvorgang, der von der Behörde auch bei anwaltlich vertretenen Mandanten mit dem Kunden direkt abgeführt wird, moniert wurde - unter gleichzeitigem Hinweis darauf, dass es dadurch zu Missverständnissen und Kommunikationslücken zwischen dem Mandanten und dem Anwalt führen kann -, eine tatsächliche Kontrolle des Übermittlungsvorganges von der Behörde zum Kunden aber weder unverzüglich noch durch Vorlage von entsprechenden Unterlagen, eben jene der Verständigung über die Bereithaltung von Dokumenten zur Abholung - stattfindet.

Auch der Verweis auf die Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (17.06.1999, 99/20/0253) durch die beschwerdeführende Partei ist nicht zielführend, weil verfahrensgegenständlich kein solcher Ausnahmefall wie dieser Judikatur zugrundeliegend vorliegt, gibt es doch - wie bereits oben ausgeführt - Judikatur und Literatur zu der hier anzuwendenden Bestimmung des § 35 Abs. 5 Zustellgesetz, aber auch zu dem hier nicht anzuwendenden § 35 Abs. 6 Zustellgesetz. Im Übrigen stellt nach der jüngeren Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes die Unkenntnis der Rechtslage oder ein Rechtsirrtum eines berufsmäßigen Parteienvertreters für sich allein kein unvorhergesehenes oder unabwendbares Ereignis, das die Voraussetzung für eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand bilden könnte, dar (VwGH 29.06.2016, Ra 2016/05/0001), weil vor allem eine rezente Änderung der Rechtslage besondere Aufmerksamkeit verdient (VwGH 15.12.2015, Ra 2015/01/0061).

Dass der von § 35 Abs. 1 Zustellgesetz geforderte Hinweis bei der Verständigung über die Abholung eines Dokumentes unrichtig oder gar nicht existent war, wurde nicht behauptet. Vielmehr ergibt sich aus der "eidesstättigen" Erklärung eines Mitarbeiters der beschwerdeführenden Partei, dass dieser "viel später" gesehen habe, dass die Verständigung von der Bereitstellung der Bescheide "ganz unten" eine "Rechtsbelehrung" enthalten habe, die man aber am Bildschirm in der Vorschau nicht habe sehen können und die er "erst viel später" bemerkt habe, lange nachdem die Beschwerden schon hochgeladen gewesen wären. In diesem Zusammenhang ist noch einmal festzuhalten, dass in dieser "Information" - wie bereits oben zitiert - eindeutig darauf hingewiesen wurde, dass das Dokument bereits mit der Abholung als zugestellt gilt.

Da dem Rechtsvertreter der beschwerdeführenden Partei selbst somit ein über den minderen Grad des Versehens hinausgehendes Verschulden anzulasten ist, sind die Ausführungen im Wiedereinsetzungsantrag betreffend das in der Kanzlei etablierte Kontrollsystem nicht zielführend. Ungeachtet dessen dient das Kontrollsystem ohnehin im Wesentlichen der Überwachung und Kontrolle der Mitarbeiter eines Rechtsanwaltes zur Vermeidung von Fehlern,

nicht jedoch der Überwachung des - die Kontrolle ausübenden - Rechtsanwalts selbst.

Die Anträge auf Wiedereinsetzung sind daher spruchgemäß abzuweisen.

#### 3.4. Zu Spruchpunkt III:

Gemäß § 33 Abs. 4 VwGVG hat bis zur Vorlage der Beschwerde die Behörde mit Bescheid über den Antrag zu entscheiden. § 15 Abs. 3 ist sinngemäß anzuwenden. Ab Vorlage der Beschwerde hat über den Antrag das Verwaltungsgericht mit Beschluss zu entscheiden. Die Behörde oder das Verwaltungsgericht kann dem Antrag auf Wiedereinsetzung die aufschiebende Wirkung zuerkennen.

Dem Gesetzestext ist nicht zu entnehmen, unter welchen Voraussetzungen die aufschiebende Wirkung zuzuerkennen ist. Nach h.A. hat sich das zuständige Organ an den für das Berufungsverfahren bzw. das verwaltungs- und verfassungsgerichtliche Verfahren maßgeblichen Regelungen zu orientieren und die dort enthaltenen Kriterien analog anzuwenden. Es ist verpflichtet, eine Abwägung zwischen den Interessen des Antragstellers und jenen der übrigen Parteien sowie den öffentlichen Interessen vorzunehmen, und hat dem Wiedereinsetzungsantrag - insoweit dem nicht zwingende öffentliche Interessen entgegenstehen - aufschiebende Wirkung (auch ohne darauf gerichtetes Begehren der Partei) zuzuerkennen, wenn dem Antragsteller sonst ein unverhältnismäßiger Nachteil entstünde.

Durch die rechtskräftige Beendigung des Verfahrens über den Wiedereinsetzungsantrag entfällt die bis dahin bestehende Möglichkeit, diesem Antrag gemäß § 71 Abs. 6 AVG aufschiebende Wirkung zuzuerkennen.

Im Gesetz ist nicht angeordnet, dass die Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung einen darauf gerichteten Antrag des Wiedereinsetzungswerbers voraussetzt. Daraus wird gefolgert, dass das zuständige Organ dem Wiedereinsetzungsantrag, auch wenn er nicht mit einem darauf abzielenden Begehren verbunden ist, von Amts wegen aufschiebende Wirkung zusprechen kann und gegebenenfalls muss (Hengstschläger/Leeb, AVG § 72 (Stand 1.1.2020, rdb.at), Rz 131, mwH).

Die beschwerdeführende Partei hat hinsichtlich der Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung öffentliche Interessen an einer Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung ins Treffen geführt, betreffend einen bei der o.a. Interessenabwägung zu berücksichtigenden unverhältnismäßigen Nachteil der beschwerdeführenden Partei wurde hingegen kein hinreichend konkretes Vorbringen erstattet. Darüber hinaus kommt in Anbetracht der vorliegenden Entscheidung eine Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung ohnedies nicht mehr in Betracht.

#### 3.5. Zu Spruchpunkt IV:

Gemäß § 351j Abs. 1 ASVG werden die Kosten des Verfahrens vor dem Bundesverwaltungsgericht durch einen pauschalierten Kostenersatz in der Höhe von ? 2.620 abgegolten. Den Kostenersatz hat diejenige Partei des Beschwerdeverfahrens zu tragen, die im Beschwerdeverfahren unterlegen ist.

Da unter Spruchpunkt I. die verfahrensgegenständliche Beschwerde zurückgewiesen wurde, waren die Kosten spruchgemäß der beschwerdeführenden Partei aufzuerlegen.

Der angeführte Betrag ist auf das Konto des Bundesverwaltungsgerichtes, IBAN AT84 0100 0000 0501 0167, BIC: BUNDATWW, innerhalb einer Frist von 14 Tagen ab Zustellung spesenfrei für den Empfänger zur Einzahlung zu bringen.

#### 3.6. Entfall der mündlichen Verhandlung:

Eine mündliche Verhandlung kann gemäß § 24 Abs. 1 iVm Abs. 4 VwGVG entfallen, wenn die Akten erkennen lassen, dass eine mündliche Erörterung eine weitere Klärung der Rechtssache nicht erwarten lässt, und einem Entfall der Verhandlung weder Artikel 6 Abs. 1 der Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten noch Artikel 47 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union entgegenstehen.

Im vorliegenden Fall sind - insbesondere betreffend die Anträge auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand - ausschließlich Rechtsfragen zu beantworten, die auch nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte keiner Erörterung im Rahmen einer mündlichen Verhandlung bedürfen (vgl. dazu mwN Senft, Verhandlungspflicht der Verwaltungsgerichte aus grundrechtlicher Perspektive, ZVG 2014/6, 523 (534) sowie aktuell und ausführlich VwGH 21.12.2016, Ra 2016/04/0117-5); der jeweils maßgebende Sachverhalt wurde nicht bestritten. Die Durchführung einer mündlichen Verhandlung wurde überdies im Rahmen der Anträge auf Wiedereinsetzung nicht beantragt. Eine mündliche Verhandlung konnte daher entfallen.

3.7. Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Zu B) Unzulässigkeit der Revision:

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

Die Revision ist gemäß Artikel 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 noch fehlt es an einer Rechtsprechung (siehe die oben zitierte Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes); weiters ist die vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Auch liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

#### **Schlagworte**

aufschiebende Wirkung elektronische Zustellung Kostenersatz Rechtsanwälte Rechtsmittelfrist Verschulden  
Verspätung Wiedereinsetzungsantrag Zurückweisung Zustellnachweis Zustellung

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

ECLI:AT:BVWG:2020:W127.2227874.2.00

#### **Im RIS seit**

28.07.2020

#### **Zuletzt aktualisiert am**

28.07.2020

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

© 2024 JUSLINE

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

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