

# TE Vwgh Erkenntnis 1990/2/6 89/04/0137

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 06.02.1990

## Index

22/02 Zivilprozessordnung;  
40/01 Verwaltungsverfahren;

## Norm

AVG §15;  
AVG §37;  
AVG §45 Abs2;  
AVG §46;  
ZPO §292 Abs2;  
ZustG §13;  
ZustG §22;  
ZustG §7;

## Betreff

N gegen Landeshauptmann von Salzburg vom 30. Mai 1989, Zl. 5/01-12.026/3-1989, betreffend Zurückweisung einer Berufung

## Spruch

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

Der Beschwerdeführer hat dem Bund Aufwendungen in der Höhe von S 2.760,-- binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

## Begründung

Mit Straferkenntnis des Bürgermeisters der Landeshauptstadt Salzburg vom 8. März 1989 wurde der Beschwerdeführer als Obmann des Vereines "XY" und somit als das gemäß § 9 VStG 1950 zur Vertretung nach außen berufene Organ dieses Vereines schuldig erkannt, daß von diesem Verein im Standort Salzburg, A-Straße nn, seit Juni 1986 das Gastgewerbe in der Betriebsart "Buffet" ausgeübt "wird, ohne im Besitz der hiefür erforderlichen Konzession zu sein", und hiedurch eine Verwaltungsübertretung nach § 366 Abs. 1 Z. 2 in Verbindung mit § 5 Z. 2 GewO 1973 begangen zu haben. Hiefür wurde über den Beschwerdeführer gemäß § 366 Abs. 1 Z. 2 GewO 1973 eine Geldstrafe von S 10.000,-- (Ersatzarreststrafe zehn Tage) verhängt.

Eine dagegen seitens des Beschwerdeführers erhobene Berufung wurde mit Bescheid des Landeshauptmannes von Salzburg vom 30. Mai 1989 gemäß § 66 Abs. 4 AVG 1950 als verspätet zurückgewiesen. Dieser Ausspruch wurde damit begründet, das erstbehördliche Straferkenntnis sei dem Beschwerdeführer als Obmann des Vereines als dem gemäß §

9 VStG 1950 zur Vertretung nach außen berufenen Organ unter der Adresse A-Straße nn, 5020 Salzburg, zugestellt und von ihm am 14. März 1989 persönlich übernommen worden. Dies ergebe sich aus dem im erstbehördlichen Akt befindlichen Rückschein. Es liege somit eine ordnungsgemäße Zustellung vor. Gemäß § 63 Abs. 5 AVG 1950 könne eine Berufung von der Partei schriftlich oder telegraphisch binnen zwei Wochen nach Zustellung bei der Behörde, die den Bescheid in erster Instanz erlassen habe, eingebracht werden. Die Berufung wäre daher bis längstens 28. März 1989 einzubringen gewesen. Laut Postaufgabestempel sei die Berufung jedoch - unbestritten - erst am 29. März 1989 der Post zur Beförderung übergeben worden. Der vorstehende Sachverhalt sei gemäß § 45 Abs. 3 AVG 1950 dem Vertreter des Beschwerdeführers, Rechtsanwalt Dr. B, zur Kenntnis gebracht und ihm gleichzeitig Gelegenheit gegeben worden, eine Stellungnahme dazu abzugeben. In dieser Stellungnahme sei u.a. ausgeführt worden, daß die wiedergegebenen Ausführungen mit einer Aktenwidrigkeit belastet seien, weil der erstbehördliche Bescheid dem Beschwerdeführer nicht am 14. März 1989 ordnungsgemäß zugestellt worden, sondern die Verständigung über die Hinterlegung und die Übernahme des Bezug habenden Schriftstückes erst am 15. März 1989 erfolgt sei. Als Beweis dafür sei eine Kopie beigelegt worden, auf der der Postaufgabestempel mit Datum 13. März 1989 vom Postamt 5020 Salzburg, sowie zweimal eine handschriftliche Datumseintragung mit Datum 15. März 1989 aufscheine. Zusätzlich scheine neben dem ersten Datum das Wort "übernommen" und darunter unter dem zweiten Datum ein handschriftliches Kennzeichen auf. Da die als Beweis vorgelegte Kopie jedoch weder mit dem im Akt der ersten Instanz befindlichen Rückschein übereinstimme, noch auf der vorgelegten Kopie ein Name bzw. eine bezugshabende Zahl aufschienen, könne den Ausführungen des Beschwerdeführers nicht gefolgt werden und es müsse davon ausgegangen werden, daß der Fristenlauf nicht mit 15. März 1989, sondern bereits mit 14. März 1989 in Gang gesetzt worden sei. Da in der Äußerung des Beschwerdeführers vom 17. Mai 1989 weder die Einvernahme von Personen, die die aufgestellte Behauptung bezeugen bzw. bestätigen könnten, beantragt noch behauptet worden sei, das Bezug habende Schreiben sei von jemand anderem als vom Empfänger persönlich übernommen und unterfertigt worden, gelte es als erwiesen, daß der Beschwerdeführer den im Akt befindlichen Rückschein, betreffend den Bescheid vom 8. März 1989, Zl. I/A-Str. 2407/1986-L, persönlich am 14. März 1989 übernommen und unterfertigt habe. Auf Grund der vorstehenden Tatsachen habe daher die Berufung als verspätet eingebracht zurückgewiesen werden müssen, ohne daß dabei die Berufungsausführungen inhaltlich hätten berücksichtigt werden können.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde.

Die belangte Behörde legte die Akten des Verwaltungsverfahrens vor und erstattete eine Gegenschrift mit dem Antrag, der Beschwerde keine Folge zu geben.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Seinem Vorbringen zufolge erachtet sich der Beschwerdeführer in dem Recht auf meritorische Entscheidung über seine Berufung unter Abstandnahme von dem gebrauchten Zurückweisungsgrund verletzt. Er bringt hiezu unter dem Gesichtspunkt einer inhaltlichen Rechtswidrigkeit bzw. einer Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften vor, offensichtlich in Verkennung der rechtlichen Relevanz, wem und wie das Schriftstück zugestellt worden sei, sei es unterlassen worden, die notwendigen Tatsachenfeststellungen zu treffen bzw. sei auch verabsäumt worden, sich mit seinen Einwendungen näher auseinanderzusetzen. Es müsse auf jeden Fall bei einer rechtsirrtumsfreien Beurteilung davon ausgegangen werden, daß, wenn die Sendung an der Abgabestelle nicht zugestellt werden könne und der Zusteller Grund zur Annahme habe, daß sich der Empfänger des Schriftstückes regelmäßig an der Abgabestelle aufhalte, das Schriftstück im Falle der Zustellung durch die Post beim zuständigen Postamt hinterlegt werden könne, wobei der Lauf dieser Frist mit dem Tag, an dem die Sendung erstmals zur Abholung bereitgehalten werde, beginne. Der Beschwerdeführer habe sich stets damit verantwortet und dies auch unter Beweis gestellt, daß die Zustellung durch Hinterlegung am 15. März 1989 erfolgt sei, wobei auf den Schriftsatz vom 17. Mai 1989 hingewiesen werde. Auf diesen Einwand sei nicht eingegangen worden bzw. habe sich die belangte Behörde damit nicht ausreichend auseinandergesetzt. Es wäre unumgänglich gewesen, daß der Beschwerdeführer mit dem im Akt erster Instanz befindlichen Ermittlungsergebnis konfrontiert worden wäre. Durch die Unterlassung der unbedingt erforderlichen Tatsachenfeststellungen, Nichtbeachtung des Parteiengehörs und bestehende Aktenwidrigkeiten seien "Gebrechen" gesetzt worden, die von Einfluß auf die rechtliche Beurteilung seien. Aus der Vorderseite des bezüglichen Kuverts, das in notariell beglaubigter Ablichtung angeschlossen sei, ergebe sich, daß hier ein Schriftstück zugestellt worden sei, das das erstinstanzliche Verfahren mit der Geschäftszahl I/A-Str.-1407/1986 I

betreffe. Aus der Rückseite ergebe sich weiters, daß die Hinterlegung am 15. März 1989 erfolgt sei. Wenn aber die belangte Behörde davon ausgehe, daß die Zustellung am 14. März 1989 geschehen sei, dann liege eine relevante Aktenwidrigkeit vor.

Dieses Vorbringen ist nicht geeignet, die Beschwerde zum Erfolg zu führen.

Die vom Zusteller erstellten Zustellnachweise im Sinne des § 22 Zustellgesetz sind öffentliche Urkunden, die den Beweis dafür erbringen, daß die Zustellung vorschriftsmäßig erfolgt ist, doch ist dagegen Beweis gemäß § 292 Abs. 2 ZPO zulässig. Behauptet jemand, es lägen Zustellmängel vor, so hat er diese Behauptung auch entsprechend zu begründen und Beweise dafür anzuführen, die die vom Gesetz aufgestellte Vermutung zu widerlegen geeignet erscheinen lassen (vgl. hiezu das hg. Erkenntnis vom 10. September 1984, Zl. 84/10/0037, u.a.).

Im Beschwerdefall weist der das in Rede stehende Straferkenntnis betreffende Zustellschein nach einem Vermerk, daß ein erster Zustellversuch am 14. März 1989 vorgenommen und eine Ankündigung eines zweiten Zustellversuches an der Abgabestelle zurückgelassen worden sei, mit dem Datum "14.3.1989" als Unterschrift des Empfängers den handschriftlich beigesetzten Familiennamen des Beschwerdeführers auf.

Das im angefochtenen Bescheid bezeichnete, entsprechend § 45 Abs. 3 AVG 1950 an den Vertreter des Beschwerdeführers ergangene Schreiben vom 21. April 1989 weist folgenden Inhalt auf:

"Sehr geehrter Herr Rechtsanwalt.

Der angefochtene Bescheid des Magistrates Salzburg wurde am 14.3.1989 Herrn N ordnungsgemäß zugestellt.

Gemäß § 63 Abs. 5 AVG 1950 kann eine Berufung von der Partei schriftlich oder telegraphisch binnen zwei Wochen nach Zustellung bei der Behörde, die den Bescheid in erster Instanz erlassen hat, eingebracht werden.

Die Berufung wäre daher bis längstens 28.3.1989 einzubringen gewesen. Laut Postaufgabestempel wurde Ihre Berufung erst am 29.3.1989 der Post zur Beförderung übergeben. Sie wird daher als verspätet eingebracht zurückzuweisen sein.

Sie werden von diesem Sachverhalt gemäß § 45 Abs. 3 AVG 1950 in Kenntnis gesetzt und erhalten Gelegenheit, dazu eine Stellungnahme abzugeben. Hiefür wird eine Frist von drei Wochen vorgemerkt."

In seiner daraufhin erstatteten Äußerung vom 17. Mai 1989 brachte der Beschwerdeführer durch seinen bevollmächtigten Rechtsanwalt unter Bezugnahme auf den Inhalt des vorangeführten Schreibens der belangten Behörde sachverhaltsbezogen folgendes vor:

"Nach Auffassung der Rechtsmittelschrift sind die vorstehend wiedergegebenen Ausführungen mit einer Aktenwidrigkeit belastet.

Richtig ist wohl, daß die verfahrensgegenständliche Berufung am 29. März 1989 zur Post gegeben wurde, doch stellt es eine Aktenwidrigkeit dar, wenn behauptet wird, der angefochtene Bescheid des Magistrates Salzburg sei Herrn N am 14. März 1989 ordnungsgemäß zugestellt worden, denn die Verständigung über die Hinterlegung und die Übernahme des Bezug habenden Schriftstückes erfolgte am 15. März 1989 (siehe Beilage Punkt/a in Ablichtung).

Demnach setzt sich der Fristenlauf nicht, wie von der Rechtsmittelbehörde fälschlicherweise angenommen, mit 14. März 1989 sondern mit 15. März 1989 in Gang.

Im Hinblick darauf, daß die Berufung unbestritten am 29. März 1989 der Post zur Beförderung übergeben wurde, ist dieselbe fristgerecht eingebracht worden und kann sohin nicht als verspätet angesehen werden."

Die als Beweismittel bezogene "Kopie" weist den im angefochtenen Bescheid festgestellten Inhalt auf.

Den vom Beschwerdeführer im Verwaltungsverfahren erstatteten Ausführungen kann entsprechend den Darlegungen im angefochtenen Bescheid nicht die Qualifikation eines zur Widerlegung der Richtigkeit des Inhaltes des in Rede stehenden Zustellnachweises geeigneten Vorbringens zuerkannt werden. Dies trifft ferner auch - abgesehen von dem im verwaltungsgerichtlichen Verfahren bestehenden

Neuerungsverbot - auch für die Beschwerdeausführungen zu, wobei in diesem Zusammenhang insbesondere darauf hinzuweisen ist, daß - worauf die belangte Behörde zutreffend in ihrer Gegenschrift verweist - die der Beschwerde beigelegte notariell beglaubigte Kopie eines Rückscheinkuverts mit der im Verwaltungsverfahren vorgelegten "Kopie" jedenfalls schon insofern nicht übereinstimmt, als auf der vom Beschwerdeschriftsatz vorgelegten Kopie (Rückseite)

das Wort "übernommen" nicht aufscheint, und daß weiters auch aus dieser Kopie (Vorderseite) die Aktenzahl des hier in Rede stehenden erstbehördlichen Straferkenntnisses nicht eindeutig (vollständig) zu ersehen ist.

Da somit der belangten Behörde weder eine rechtswidrige Gesetzesanwendung noch auch ein ihr unterlaufener entscheidungsrelevanter Verfahrensmangel angelastet werden kann, erweist sich die Beschwerde im Rahmen des geltend gemachten Beschwerdepunktes als unbegründet. Sie war daher gemäß § 42 Abs. 1 VwGG abzuweisen.

Die Entscheidung über die Verfahrenskosten gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG im Zusammenhang mit der Verordnung BGBl. Nr. 206/1989.

#### **Schlagworte**

Beweismittel Auskünfte Bestätigungen Stellungnahmen Sachverhalt Sachverhaltsfeststellung Beweislast Sachverhalt Sachverhaltsfeststellung Mitwirkungspflicht

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

ECLI:AT:VWGH:1990:1989040137.X00

#### **Im RIS seit**

06.02.1990

**Quelle:** Verwaltungsgerichtshof VwGH, <http://www.vwgh.gv.at>

© 2026 JUSLINE

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

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