OÖ. LANDESVERWALTUNGSGERICHT

4021 Linz / Volksgartenstraße 14
Telefon: +43 732 7075-18004
Fax: +43 732 7075-218018
E-Mail: post@lvwg-ooe.gv.at / www.lvwg-ooe.gv.at
DVR: 4011090

Geschäftszeichen:

LVwG-000238/5/FP

Datum:

Linz, 10. April 2018

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich fasst durch seinen Richter Mag. Pohl aus Anlass der Beschwerde von H P, R, H, vom 13. Juni 2017, gegen das Straferkenntnis des Bürgermeisters der Linz-Land vom 20. April 2017, GZ: 0004712/2017, wegen Übertretung des Tabak- und Nichtraucherinnen- bzw. Nichtraucherschutzgesetzes – TNRSG, den

B E S C H L U S S

I. Die Beschwerde wird, mangels tauglichen Anfechtungsgegenstandes, als unzulässig zurückgewiesen.

II. Gegen diesen Beschluss ist eine Revision unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I.1. In einer Aufforderung zur Rechtfertigung vom 24. Februar 2017, R P, dem Beschuldigten, zugestellt am 2. März 2017, warf die belangte Behörde diesem Verstöße gegen das Tabakgesetz vor.

Auf diese reagierte der Beschwerdeführer (Bf) mit Rechtfertigung vom 30. März 2017, in der er darstellte, Bruder des Beschuldigten zu sein, und um Fristerstreckung ersuchte.
Mit Schriftsatz vom 17. April 2017 rechtfertigte der Bf die Taten des Beschuldigten ausführlich. Er berief sich zudem auf eine gem. § 10 Abs 4 iVm § 36a Abs 1 Z 2 erteilte Vollmacht.

Ohne die Wirksamkeit der behaupteten Bevollmächtigungen zu überprüfen, stellte die belangte Behörde das in der Folge ausgefertigte Straferkenntnis vom 20. April 2017 zu Händen des Bf zu.

I.2. Gegen dieses Straferkenntnis erhob der Bf mit Schriftsatz vom 13. Juni 2017 Beschwerde an das Verwaltungsgericht in der er in der Sache vorbrachte, die Aufhebung des Straferkenntnisses und eine öffentliche mündliche Verhandlung beantragte. Auch die Beschwerde trägt den Vermerk „Vollmacht erteilt“ und beruft sich auf § 10 Abs 4 iVm § 36a Abs 1 AVG. Eine Vollmacht wurde nicht beigelegt.

I.3. Die belangte Behörde legte dem Verwaltungsgericht die Beschwerde samt Akt mit Schreiben vom 27. Juni 2017 zur Entscheidung vor, ohne eine Beschwerdevorentscheidung zu fällen.

II.1. Gang des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens:

Mit Schreiben vom 6. März 2018 forderte das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich den Bf auf, die den Bf zur Verfahrensführung berechtigenden Vollmachten vorzulegen. Das Verwaltungsgericht hatte sich zuvor bei der belangten Behörde erkundigt, ob der Bf bei ihr eine Vollmacht vorgelegt hat oder amtsbekannt sei. Dies wurde verneint.

Der Bf legte dem Verwaltungsgericht in der Folge eine Vollmacht vom 31. Jänner 2014 vor, deren Textierung unter Punkt II.3. wiedergegeben ist.

II.2. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den vorliegenden Verwaltungsstrafakt. Zumal die Beschwerde zurückzuweisen ist, entfällt die öffentliche mündliche Verhandlung.

II.3. Nachstehender entscheidungswesentlicher S A C H V E R H A L T steht fest:

Der Bf hat mit e-mail vom 23. März 2018 eine Vollmachtsurkunde an das Verwaltungsgericht übermittelt, die wie folgt lautet:

„R P
B-straße
L

Vollmacht

Ich erteile hiermit Herrn H P, geb. x, wohnhaft in R, H die Vollmacht, mich in sämtlichen behördlichen Angelegenheiten zu vertreten.

Die Vollmacht gilt für sämtliche Instanzen und erstreckt sich auf Neben- und Folgeverfahren aller Art. Ebenso ist von der Vollmacht umfasst, Sendungen entgegenzunehen.

Dieses Vollmachtsverhältnis wird auf unbestimmte Zeit abgeschlossen und endet sofort mit Widerruf durch den Vollmachtgeber

Der Vollmachtnehmer nimmt die Bevollmächtigung an.

L, 31.01.2014

Der Vollmachtgeber	Der Vollmachtnehmer
Unterschrift eh. R P	Unterschrift eh. H P “

[Vollmachtsurkunde]

Nach Zugang der vom Bf verfassten Rechtfertigung, stellte die belangte Behörde das angefochtene Straferkenntnis an den Bf zu. [Adressierung, Poststempel Zustellbasis Zwettl/Rodl, Rückschein]

Gegen das Straferkenntnis vom 23. Juni 2017 erhob der Bf Beschwerde [Beschwerde]

Der Bf ist der belangten Behörde nicht bekannt. [Aktenvermerk vom 1. März 2018]

Er hat bei der belangten Behörde keine Vollmachtsurkunde vorgelegt. [Akt, genannter AV]

Der Bf ist auch dem Verwaltungsgericht nicht bekannt. Bekannt ist lediglich, dass er bereits zuvor mit obiger Vollmacht für R P eingeschritten ist (LVwG-000153). [gerichtsbekannte Tatsache]

II.3. Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich widerspruchsfrei aus dem vorliegenden Verwaltungsstrafakt, insbesondere den in Klammern angegebenen Beweismitteln.

III. Rechtliche Beurteilung

III.1. Rechtliche Grundlagen:

§ 10 Abs 1 und 2 AVG lauten:

Vertreter

§ 10. (1) Die Beteiligten und ihre gesetzlichen Vertreter können sich, sofern nicht ihr persönliches Erscheinen ausdrücklich gefordert wird, durch eigenberechtigte natürliche Personen, juristische Personen oder eingetragene Personengesellschaften vertreten lassen. Bevollmächtigte haben sich durch eine schriftliche, auf Namen oder Firma lautende Vollmacht auszuweisen. Vor der Behörde kann eine Vollmacht auch mündlich erteilt werden; zu ihrer Beurkundung genügt ein Aktenvermerk. Schreitet eine zur berufsmäßigen Parteienvertretung befugte Person ein, so ersetzt die Berufung auf die ihr erteilte Vollmacht deren urkundlichen Nachweis.

(2) Inhalt und Umfang der Vertretungsbefugnis richten sich nach den Bestimmungen der Vollmacht; hierüber auftauchende Zweifel sind nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts zu beurteilen. Die Behörde hat die Behebung etwaiger Mängel unter sinngemäßer Anwendung des § 13 Abs. 3 von Amts wegen zu veranlassen.

[...]

(4) Die Behörde kann von einer ausdrücklichen Vollmacht absehen, wenn es sich um die Vertretung durch amtsbekannte Angehörige (§ 36a), Haushaltsangehörige, Angestellte oder durch amtsbekannte Funktionäre von beruflichen oder anderen Organisationen handelt und Zweifel über Bestand und Umfang der Vertretungsbefugnis nicht obwalten.

[...]

§ 36a Abs 1 AVG lautet:

Angehörige

§ 36a. (1) Angehörige im Sinne dieses Bundesgesetzes sind

1. der Ehegatte,
2. die Verwandten in gerader Linie und die Verwandten zweiten, dritten und vierten Grades in der Seitenlinie,
3. die Verschwägerten in gerader Linie und die Verschwägerten zweiten Grades in der Seitenlinie,
4. die Wahleltern und Wahlkinder und die Pflegeeltern und Pflegekinder,
5. Personen, die miteinander in Lebensgemeinschaft leben, sowie Kinder und Enkel einer dieser Personen im Verhältnis zur anderen Person sowie
6. der eingetragene Partner.

III.2. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat erwogen.

III.2.1. Der Bf tritt im vorliegenden Verfahren als Vertreter des Beschuldigten auf und beruft sich durch den, wohl anwaltlichen Schriftsätzen entlehnten, Hinweis, „Vollmacht erteilt“ auf eine Vollmacht. Er erwähnt auch § 36a AVG sodass er sich auf ein Verwandtschaftsverhältnis beruft. In seinem Fristerstreckungsantrag stellt er dar, Bruder des Beschuldigten zu sein.

Nach § 10 Abs 1 AVG können sich Beteiligte durch eigenberechtigte natürliche Personen, juristische Personen oder eingetragene Personengesellschaften vertreten lassen.
Bevollmächtigte haben sich durch eine schriftliche, auf Namen oder Firma lautende Vollmacht auszuweisen. Nur bei Einschreiten einer zur berufsmäßigen Parteienvertretung befugten Person (zB Rechtsanwalt) ersetzt die Berufung auf die ihr erteilte Vollmacht deren urkundlichen Nachweis. Gemäß Abs 4 par. cit. kann die Behörde von einer ausdrücklichen Vollmacht absehen, wenn es sich um die Vertretung durch amtsbekannte Angehörige (§ 36a), Haushaltsangehörige, Angestellte oder durch amtsbekannte Funktionäre von beruflichen oder anderen Organisationen handelt und Zweifel über Bestand und Umfang der Vertretungsbefugnis nicht obwalten.

III.2.2. Aufgrund der Namensgleichheit und der Behauptung des Bf, Bruder des Beschuldigten zu sein, schloss das Gericht nicht aus, dass der Bf und dieser Umstand bei der belangten Behörde amtsbekannt sein könnte.
Eine Nachfrage des Gerichts bei der Behörde hat aber Gegenteiliges ergeben.

Der VwGH spricht in Zusammenhang mit der Zulassung von amtsbekannten Familienangehörigen bspw. wie folgt aus:

„Der Umstand, daß der Vater des Besch amtsbekanntes Familienmitglied ist, gibt allein noch keinen Hinweis auf das Vorliegen einer Vertretungsbefugnis im gegenständlichen Verfahren.“ (VwGH 9. Juli 1992, 92/06/0097)

„Die Begünstigung des § 10 Abs. 4 AVG, wonach die Behörde bei der Vertretung durch amtsbekannte Familienmitglieder unter bestimmten Voraussetzungen von einer ausdrücklichen Vollmacht absehen kann, befreit von einer Vollmachtsvorlage, aber nicht von der Offenlegung des Vertretungsverhältnisses durch den Handelnden, der somit behaupten muss, (auch) in Vertretung eines Beteiligten zu handeln (vgl. E 29. Jänner 2008, 2005/05/0252).“ (VwGH 24. Mai 2012, 2012/07/0013)

„Gewillkürte Vertreter haben sich (außer bei berufsmäßigen Parteienvertretern) gemäß § 10 Abs. 1 AVG durch eine schriftliche Vollmacht auszuweisen. Die Behörde kann gemäß § 10 Abs. 4 AVG im Falle einer Vertretung durch Familienmitglieder von der Vorlage der sonst obligatorischen Vollmacht absehen, wenn diese Familienmitglieder "amtsbekannt" sind. Durch die Vorlage eines Lichtbildausweises und einer Heiratsurkunde wird eine Person nicht

"amtsbekannt". (Hier: Der nicht amtsbekannte Ehemann der Beschuldigten erscheint zur mündlichen Verhandlung vor dem UVS, weist sich durch eine Heiratsurkunde und einen Lichtbildausweis als Ehemann der Beschuldigten aus und beruft sich auf die ihm erteilte Vollmacht. Für die Behörde besteht keine Veranlassung, von der Notwendigkeit der Vorlage der schriftlichen Vollmacht abzusehen.)“ (24. Februar 2011, 2010/09/0209)

Zusammenfassend ist daher zu sagen, dass die Bestimmung des § 10 Abs 4 AVG eine Erleichterung dahin bringt, dass die Behörde von ihr persönlich bekannten Angehörigen die Vorlage einer in § 10 Abs 1 AVG genannten schriftliche Vollmachtsurkunde, die das Bestehen eines Vollmachtsverhältnisses beweist, nicht verlangen muss. Aus der dargestellten Judikatur ergibt sich, dass sich aus dieser Bestimmung aber nicht ergibt, dass der Vertreter ohne Vollmacht einschreiten darf (vgl. insb. VwGH 24. Mai 2012, 2012/07/0013).

Im Übrigen bedeutet der Begriff „amtsbekannt“, dass der Behörde auch die Stellung des Vertreters von vorneherein bekannt sein muss [vgl. *Hengstschläger/Leeb*, AVG § 10 RZ 14 (rdb.at) unter Berufung auf *Hellbling* 140f]. Diese Ansicht steht in Einklang mit der Judikatur des VwGH, nach welcher es für die Annahme der Amtsbekanntschaft nicht hinreicht, wenn der Familienangehörige das Verwandtschaftsverhältnis belegende Beweisurkunden vorlegt (24. Februar 2011, 2010/09/0209, dort Lichtbildausweis und Heiratsurkunde).

Im vorliegenden Fall hat sich der Bf zwar darauf berufen, Bruder des Beschuldigten zu sein, dieser Umstand war der belangten Behörde aber nicht von sich aus bekannt und ist auch nicht nachgewiesen worden. Das allfällige Verwandtschaftsverhältnis ist also nicht amtsbekannt.

Die belangte Behörde wäre daher verbunden gewesen, den Bf gem. 13 Abs 3 AVG zur Verbesserung durch Vorlage einer Vollmachtsurkunde iSd. § 10 Abs 1 AVG aufzufordern. Dies hat die belangte Behörde unterlassen. Zwar hat das Landesverwaltungsgericht diesen Mangel zwar saniert, daraus ist jedoch, wie auszuführen sein wird, für den Bf und den Beschuldigten nichts gewonnen.

III.2.3. Generalvollmacht

Der Verwaltungsgerichtshof spricht in ständiger Judikatur folgendes aus:
„Eine (auch die Zustellung von Schriftstücken umfassende) Bevollmächtigung bezieht sich nur auf das jeweilige Verfahren, in dem sich der Bevollmächtigte durch eine schriftliche Vollmachtsurkunde ausgewiesen hat. Die Erteilung einer "Generalvollmacht" für alle (anhängigen oder künftig anfallenden) Verfahren ist mangels gesetzlicher Grundlage unzulässig. Es muß vielmehr in jedem Einzelfall auf das in einem anderen Verfahren bestehende Vertretungsverhältnis gesondert hingewiesen werden.“ (vgl. statt vieler VwGH 8. Juli 2004, 2004/07/0080)

„Selbst das Vorliegen einer ‚Generalvollmacht' reicht alleine nicht für die Schlussfolgerung aus, eine Partei wolle sich auch in weiteren Verfahren eines bestimmten Vertreters bedienen[...]" (VwGH 15. Oktober 1987, 86/06/0293; 15. Oktober 1996, 95/05/0286).

Der VwGH hat in der oben genannten Entscheidung und bereits in seiner Entscheidung vom 19. Juni 1991, 90/03/0198 klargestellt, dass es darauf ankommt, ob in jedem Einzelfall auf das in einem anderen Verfahren bestehende Vertretungsverhältnis gesondert hingewiesen wird. Es kommt also nicht auf die Formulierung der Vollmacht an, sondern darauf, ob für ein konkretes Verfahren dokumentiert wird, dass die (dort erteilte) Vollmacht, auch für das betreffende Verfahren Geltung haben soll (vgl. *Walter-Thienel*, Verwaltungsverfahrensgesetze I^2, 309, E 117 ff).
Der Willensentschluss einer Partei, ob und in welchem Umfang sie sich vertreten lassen will, erfordert für seine verfahrensrechtliche Wirksamkeit eine Erklärung der Partei gegenüber der Behörde (vgl aus der Rechtsprechung bei *Hauer/Leukauf*, S 235 f, E 1a ff, insb E 1f zu § 10 AVG).

Die Behörde hat sich im Falle von Zweifeln im Wege eines Vorgehens nach § 13 Abs 3 AVG Gewissheit zu verschaffen, dass eine in einem Verfahren allenfalls vorgelegte Generalvollmacht auch für das jeweils gegenständliche Verfahren Geltung haben soll.

Die belangte Behörde hat den Bf nicht zur Verbesserung aufgefordert.

Der Bf hat nach Aufforderung des Gerichts die bereits aus dem Verfahren LVwG-000153 bekannte Vollmacht vorgelegt.

Es handelt sich dabei, wie bereits im genannten Verfahren festgestellt wurde um eine Generalvollmacht („...in sämtlichen behördlichen Angelegenheiten zu vertreten", „...auf unbestimmte Zeit abgeschlossen") (vgl. dazu das diesbezügliche Erkenntnis vom 6. Juni 2016). Der Bf hat die Vollmachtsurkunde im behördlichen Verfahren nicht vorgelegt. Alleine aufgrund der Datierung (die Vollmachtsurkunde stammt vom 31. Jänner 2014) aus einer Zeit zu welcher die Tat noch nicht begangen war (17. Jänner 2017) und der fehlenden Vorlage im behördlichen Verfahren ergibt sich, dass sich die Bevollmächtigung in ihrer Allgemeinheit nicht auf das behördliche Verfahren beziehen kann. Die vorgelegte Generalvollmacht lässt nicht erkennen, ob sie auch für das vorliegende Verwaltungsstrafverfahren vor der belangten Behörde erteilt wurde. Ein expliziter Hinweis darauf, dass dem Bf eine Vollmacht zur Vertretung im Verwaltungsstrafverfahren erteilt war, fehlt. Eine entsprechende klarstellende Erklärung des Beschuldigten (R P), liegt nicht vor. Im Hinblick auf eine ggf. im Hintergrund mündlich erteilte Vollmacht fehlt es am urkundlichen Nachweis iSd Gesetzes.

Letztendlich ergibt sich aus der Vorlage dieser Urkunde im Rahmen des Verbesserungsverfahrens vor dem Verwaltungsgericht, dass der Bf nur über eine unzureichende Vollmachtsurkunde verfügt.

III.2.4. Erlassung des Straferkenntnisses:

Unabhängig von der Frage, ob man die ggst. Vollmacht als ausreichenden Nachweis für das Beststehen eines Vollmachtsverhältnisses ansehen will, war der Bf im Verfahren vor der belangten Behörde nicht als Bevollmächtigter ausgewiesen, weil, der Judikatur des VwGH folgend, für das behördliche Verfahren nicht durch Übermittlung der Vollmachtsurkunde dokumentiert war, dass eine dem Bf allenfalls vom Beschuldigten erteilte Vollmacht im betreffenden Verfahren gelten soll. Der Nachweis eines aufrechten Vollmachtsverhältnisses war nicht erbracht. Es war der belangten Behörde insofern verwehrt, Zustellungen an den Bf vorzunehmen (vgl *Hauer/Leukauf*, aaO, E 1a ff, insb E 3a zu § 10 AVG; VwGH 7. November 1995, 93/05/0290).

Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes bedeutet "Erlassung" eines Bescheides die Erzeugung einer Rechtsnorm bestimmter Art; als Norm rechtlich existent wird ein intendierter Bescheid daher nur und erst dann, wenn das Erzeugungsverfahren abgeschlossen, das heißt, wenn das zeitlich letzte Erzeugungstatbestandsmerkmal - das ist in der Regel die Mitteilung des behördlichen Willensaktes nach außen - verwirklicht worden ist. Ein (schriftlicher) Bescheid ist erst mit der Zustellung bzw. Ausfolgung seiner schriftlichen Ausfertigung an eine Partei als erlassen anzusehen; nur ein erlassener Bescheid kann Rechtswirkungen erzeugen (VwGH v. 17. Dezember 2013, 2013/09/0105, VwGH v. 26. Juni 2013, 2011/05/0121 uva.).

Voraussetzung für die Zulässigkeit einer Beschwerde an das Verwaltungsgericht ist daher ein rechtmäßig ergangener, also der jeweils anzuwendenden Bestimmung entsprechend, zugestellter Bescheid.

Die belangte Behörde stellte das vorliegende Straferkenntnis nicht jener Person, für die das Straferkenntnis inhaltlich bestimmt war (R P, Beschuldigter = materieller Empfänger) zu, sondern dem von ihr als Empfänger benannten Bf als formellem Empfänger zu.

Zumal dem Beschuldigten sohin das vom Bf bekämpfte Straferkenntnis nicht zugestellt wurde, konnte es ihm gegenüber auch keine Wirksamkeit entfalten. Die Zustellung an H P, der weder Bevollmächtigter, noch Partei des Verfahrens ist, war von vorneherein unzulässig.
Selbst wenn man im Übrigen davon ausginge, dass der Bf das Straferkenntnis an den Beschuldigten weiter gegeben hätte, hätte in dieser Konstellation keine

Heilung eintreten können (VwGH 27. Juni 1995, 94/04/206; 6. Mai 1997, 97/08/0022; vgl. *Thienel/Zeleny,* Verwaltungsverfahren[19], § 7 ZustG Anm 3).

Das Straferkenntnis ist nicht erlassen worden und damit auch nicht bekämpfbar. (Die Zustellung an den Bf als Nichtpartei bleibt ohne Wirkung).

Insofern war eine Beschwerde gegen den Bescheid unzulässig und zurückzuweisen.

Eine Sanierung des behördlichen Verfahrens durch das Verwaltungsgericht war mangels Bescheiderlassung durch die belangte Behörde und der deshalb fehlenden Zuständigkeit des Verwaltungsgerichtes (dieses entscheidet über die Rechtmäßigkeit von Bescheiden; ein solcher liegt nicht vor) ausgeschlossen.

VI. Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Die Judikatur des VwGH Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Es liegen auch keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Beschluss besteht innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder einer außerordentlichen Revision beim Verwaltungsgerichtshof. Eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof ist unmittelbar bei diesem einzubringen, eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof beim Landesverwaltungsgericht Oberösterreich. Die Abfassung und die Einbringung einer Beschwerde bzw. einer Revision müssen durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt bzw. eine bevollmächtigte Rechtsanwältin erfolgen. Für die Beschwerde bzw. Revision ist eine Eingabengebühr von je 240 Euro zu entrichten. Sie haben die Möglichkeit, auf die Revision beim Verwaltungsgerichtshof und die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof zu verzichten. Ein solcher Verzicht hat zur Folge, dass eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof und eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof nicht mehr erhoben werden kann.

H i n w e i s

Anträge auf Bewilligung der Verfahrenshilfe zur Abfassung und Einbringung einer außerordentlichen Revision sind unmittelbar beim Verwaltungsgerichtshof einzubringen.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Mag. Pohl