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

Geschäftszeichen:
LVwG-800400/2/Bm/Rd

Datum:
Linz, 16. Juli 2020

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich fasst durch seine Richterin Mag. Bismaier über die Beschwerde des I-D B, vertreten durch Rechtsanwalt Mag. W K, X, X, gegen das Straferkenntnis des Bürgermeisters der Stadt Linz vom 14. Februar 2020, GZ: 0031382/2019, wegen Übertretung der Gewerbeordnung 1994 - GewO 1994 den

B E S C H L U S S:

I. Die Beschwerde wird als verspätet eingebracht zurückgewiesen.

II. Gegen diese Entscheidung ist eine Revision unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

Zu I.:

1. Mit Straferkenntnis des Bürgermeisters der Stadt Linz vom 14. Februar 2020, GZ: 0031382/2019, wurde über den Beschwerdeführer wegen einer Verwaltungsübertretung gemäß §§ 1, 5 Abs. 1, 94 Z 5, 339 Abs. 1 und 366 Abs. 1 Z 1 GewO 1994 eine Geldstrafe von 500 Euro, für den Fall der Uneinbringlichkeit eine Ersatzfreiheitsstrafe von 46 Stunden, verhängt, weil er als handelsrechtlicher Geschäftsführer der X GmbH, FN X, mit Sitz in X und somit als nach § 9 Abs. 1 VStG verwaltungsstrafrechtlich Verantwortlicher folgende Übertretung gewerberechtlicher Vorschriften zu verantworten hat:
Die X GmbH hat am 4. April 2019 auf der Baustelle X, X, X, durch zwei Arbeiter Eisenverlegungsarbeiten durchgeführt und somit das reglementierte Gewerbe „Baumeister“ im Sinne des § 94 Z 5 GewO 1994 auf eigene Rechnung und Gefahr, mit der Absicht einen regelmäßigen wirtschaftlichen Ertrag zu erzielen, ausgeübt, ohne im Besitz der dafür erforderlichen Gewerbeberechtigung zu sein.

2. Dagegen wurde vom Rechtsvertreter des Beschwerdeführers mit Eingabe vom 23. März 2020 Beschwerde eingebracht und die Aufhebung des angefochtenen Straferkenntnisses und Einstellung des Verwaltungsstrafverfahrens, in eventu der Ausspruch einer Ermahnung, in eventu die Herabsetzung der verhängten Strafe auf ein tat- und schuldangemessenes Ausmaß beantragt.
Begründend wurde hierzu ausgeführt, dass der Beschwerdeführer, nachdem er die Anteile der X GmbH übernommen habe, sofort sämtliche Gewerbeanmeldungen vorgenommen habe, wobei entsprechende Unterlagen nach- bzw. beizubringen gewesen seien. Am 4. April 2019 sei der Beschwerdeführer der Auffassung gewesen, dass sämtliche für eine ordnungsgemäße Gewerbeausübung notwendigen Unterlagen beigebracht worden seien, wobei dann auch in weiterer Folge die Gewerbeberechtigung erteilt worden sei. Es seien sohin alle Voraussetzungen für eine positive Erteilung gegeben gewesen.

3. Der Bürgermeister der Stadt Linz hat die Beschwerde samt dem Bezug habenden Verwaltungsstrafakt vorgelegt.

4. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Akteneinsichtnahme.

4.1. Folgender Sachverhalt wurde festgestellt und der Entscheidung zugrunde gelegt:

Das angefochtene Straferkenntnis wurde laut im Akt einliegendem Postrückschein mit Beginn der Abholfrist am 19. Februar 2020 bei der Zustellbasis X - nachdem

am 18. Februar 2020 der Zustellversuch erfolglos war - hinterlegt. Mit Eingabe vom 23. März 2020 wurde vom Rechtsvertreter per E-Mail Beschwerde erhoben.

Dem Rechtsvertreter des Beschwerdeführers wurde mit Schreiben der belangten Behörde vom 3. April 2020 in Wahrung des Rechts auf Parteiengehör der Verspätungsvorhalt zur Kenntnis gebracht.

In der Folge wurde vom Rechtsvertreter des Beschwerdeführers am 25. Mai 2020 mitgeteilt, dass der Beschwerdeführer im Zeitpunkt der Zustellung am 19. Februar 2020 beruflich in X gewesen sei und erst am Montag, den 24. Februar 2020, das Schriftstück abgeholt habe. Er sei sohin im Zeitpunkt der Zustellung ortsabwesend gewesen und hätte keine Zustellung erfolgen können. Der Stellungnahme angeschlossen war ein E-Mail von einem Herrn H, der eine Ortsabwesenheit des Beschwerdeführers für den Zeitraum 19. bis 21. Februar 2020 bestätigt. Weitere Beweismittel - wie Hotelrechnung, Zugtickets udgl. - wurden vom Rechtsvertreter des Beschwerdeführers der belangten Behörde nicht vorgelegt.

4.2. Gemäß § 44 Abs. 2 VwGVG entfällt die Verhandlung, wenn der Antrag der Partei oder die Beschwerde zurückzuweisen ist oder bereits aufgrund der Aktenlage feststeht, dass der mit Beschwerde angefochtene Bescheid aufzuheben ist.

5. Hierüber hat das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erwogen:

5.1. Gemäß § 7 Abs. 4 VwGVG beträgt die Frist zur Erhebung einer Beschwerde gegen den Bescheid einer Behörde gemäß Art. 130 Abs. 1 Z 1 B-VG, gegen Weisungen gemäß Art. 130 Abs. 1 Z 4 B-VG oder wegen Rechtswidrigkeit des Verhaltens einer Behörde in Vollziehung der Gesetze gemäß Art. 130 Abs. 2 Z 1 B-VG vier Wochen.

Gemäß § 17 Abs. 3 Zustellgesetz gelten hinterlegte Sendungen mit jenem Tag als zugestellt, ab dem sie zur Abholung bereitgehalten werden. Sie gelten nicht als zugestellt, wenn sich ergibt, dass der Empfänger wegen Abwesenheit von der Abgabestelle nicht rechtzeitig vom Zustellvorgang Kenntnis erlangen konnte.

5.2. Vom Beschwerdeführer wurde in der Zeit vom 19. Februar 2020 bis 21. Februar 2020 eine Ortsabwesenheit, nachgewiesen durch ein E-Mail eines Herrn H, geltend gemacht, weshalb nach seiner Ansicht keine rechtmäßige Zustellung erfolgt sei.

Diese Ansicht wird vom erkennenden Verwaltungsgericht unter Bezugnahme auf die ständige Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes nicht geteilt. So wurde ausgesprochen, dass nach den Verhältnissen des Einzelfalles zu beurteilen ist, ob

jemand vom Zustellvorgang „rechtzeitig“ Kenntnis erlangt hat. In der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes wurde beispielsweise noch keine unzulässige Verkürzung der Rechtsmittelfrist bei einer Rückkehr vier Tage nach dem Beginn der Abholfrist (vgl. 28.2.2007, 2006/13/0178) und bei einer Behebung drei Tage nach der Hinterlegung sowie bei einer verbleibenden Dauer zur Ausführung des Rechtsmittels von zehn Tagen (bei einer Rechtsmittelfrist von zwei Wochen) angenommen (vgl. VwGH 22.12.2016, Ra 2017/16/0094). In Fällen einer Zustellung durch Hinterlegung ist es nicht erforderlich, dass dem Empfänger stets die „volle Frist“ für die Erhebung einer allfälligen Beschwerde zur Verfügung stehen muss (vgl. VwGH 25.6.2015, Ro 2014/07/0107). Von einer rechtzeitigen Kenntniserlangung von der Zustellung durch den Empfänger kann nur dann die Rede sein, wenn diesem die wahrzunehmende Frist ungekürzt oder zumindest nahezu ungekürzt zur Verfügung steht (vgl. VwGH 24.5.2007, 2006/07/0101). Davon kann bei einer Verzögerung der Kenntnis von der Zustellung um mehrere Tage nicht mehr die Rede sein. Noch keine unzulässige Verkürzung der Rechtsmittelfrist wurde bei einer Rückkehr einen Tag nach dem Beginn der Abholfrist und bei einer Behebung drei Tage nach der Hinterlegung angenommen. Der Verwaltungsgerichtshof stellte argumentativ auch darauf ab, ob der Partei nach den Verhältnissen des Einzelfalles noch ein angemessener Zeitraum für die Einbringung des Rechtsmittels verblieb; dabei wurde bei einer verbleibenden Dauer zur Ausführung des Rechtsmittels von zehn Tagen (bei einer Rechtsmittelfrist von zwei Wochen) noch keine unzulässige Verkürzung der Rechtsmittelfrist gesehen. Erfolgte die Rückkehr an die Abgabestelle jedoch erst sieben Tage nach dem Beginn der Abholfrist, konnte nicht mehr gesagt werden, die Partei habe noch „rechtzeitig“ im Sinne des § 17 Abs. 3 vierter Satz ZustellG vom Zustellvorgang Kenntnis erlangt. Ein offenkundiger Widerspruch zwischen diesen beiden Judikaturlinien war bisher nicht feststellbar; in den Fällen, in denen bei bis zu vier Tagen nach Beginn der Abholfrist noch von einer rechtzeitigen Zurkenntnisnahme von der Hinterlegung ausgegangen wurde, lag - soweit überblickbar - ein Wochenende zwischen Hinterlegungszeitpunkt und Abholung, sodass kein signifikanter Unterschied zum Agieren des Teils der berufstätigen Bevölkerung erkennbar erscheint, der am Tag der Hinterlegung selbst von der Hinterlegung erfährt und bedingt durch die Berufstätigkeit die Sendung einige Tage später behebt. Bei einer angenommenen Abholung von bis zu vier Tagen nach Beginn der Abholfrist, verblieb in der Regel auch eine angemessene Frist zur Ausführung eines Rechtsmittels (vgl. VwGH 25.6.2015, Ro 2014/07/0107).

Dies bedeutet im gegenständlichen Fall:
Am 18. Februar 2020 erfolgte ein Zustellversuch des behördlichen Schriftstückes an den Beschwerdeführer. Mangels Anwesenheit des Beschwerdeführers an der Abgabestelle wurde die Hinterlegungsanzeige in den Briefkasten eingelegt und das Schriftstück ab 19. Februar 2020 zur Abholung bereitgehalten. Laut dem vom Rechtsvertreter des Beschwerdeführers vorgelegten Beweismittel (E-Mail) befand sich der Beschwerdeführer vom 19. Februar 2020 bis einschließlich 21. Februar 2020 dienstlich in X. Die Ortsabwesenheit hat somit erst mit

19. Februar 2020 begonnen. Der Beschwerdeführer hat jedoch bereits mit 18. Februar 2020 Kenntnis von der Hinterlegung eines behördlichen Schriftstückes erlangen können.
Diesbezüglich hat der Verwaltungsgerichtshof ausgesprochen, dass, wenn die Abwesenheit von der Abgabestelle erst am Tag nach dem Zustellversuch und der Hinterlegung der Sendung sowie der Verständigung hiervon beginnt, der Empfänger rechtzeitig vom Zustellvorgang Kenntnis erlangen konnte. Auf die tatsächliche Kenntnisnahme kommt es hierbei nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht an (vgl. VwGH 24.9.1991, 90/11/0232; 17.9.2002, 99/01/0327).
Durch den Umstand, dass nunmehr erst am fünften Tag nach Hinterlegung das Schriftstück behoben wurde, ist für den Beschwerdeführer - unter Berücksichtigung der oben zitierten Judikatur - dennoch nichts zu gewinnen, lag doch ein Wochenende zwischen Hinterlegung und Abholung des Schriftstückes. Darüber hinaus ist aber auch anzumerken, dass dem Beschwerdeführer trotz Abholung des Schriftstückes am 24. Februar 2020 noch immerhin eine Frist von drei Wochen und drei Tagen zur Einbringung des Rechtsmittels zur Verfügung gestanden ist, sodass von keiner markanten Verkürzung gesprochen werden kann.

Durch die vom Rechtsvertreter geltend gemachte Ortsabwesenheit des Beschwerdeführers zum Zeitpunkt der Hinterlegung konnte somit keine unrechtmäßige Zustellung des behördlichen Schriftstückes erkannt werden.

5.3. Das angefochtene Straferkenntnis wurde laut Postrückschein am 19. Februar 2020 (Beginn der Abholfrist) bei der Zustellbasis X hinterlegt. Damit begann die mit vier Wochen bemessene Beschwerdefrist zu laufen und endete sohin am 18. März 2020. Trotz ordnungsgemäßer Rechtsmittelbelehrung wurde die Beschwerde jedoch erst am 23. März 2020 per E-Mail eingebracht (zur Post gegeben) und war daher als verspätet eingebracht zurückzuweisen.

Zu II.:

Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

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

## R e c h t s m i t t e l b e l e h r u n g

Gegen diese Entscheidung 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. Ein Verzicht ist schriftlich bekanntzugeben oder zu Protokoll zu erklären. Wurde der Verzicht nicht von einem berufsmäßigen Parteienvertreter oder im Beisein eines solchen abgegeben, so kann er binnen drei Tagen schriftlich oder zur Niederschrift widerrufen werden.

## H i n w e i s

Verfahrenshilfe ist einer Partei zur Gänze oder zum Teil zu bewilligen, wenn die Partei außerstande ist, die Kosten der Führung des Verfahrens ohne Beeinträchtigung des notwendigen Unterhalts zu bestreiten und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint.
Einer juristischen Person oder einem sonstigen parteifähigen Gebilde ist die Verfahrenshilfe zu bewilligen, wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel weder von ihr/ihm noch von den an der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können, und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint; das Gleiche gilt für ein behördlich bestelltes Organ oder einen gesetzlichen Vertreter, die für eine Vermögensmasse auftreten, wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel weder aus der Vermögensmasse noch von den an der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können.

Für das Beschwerdeverfahren ist ein Antrag auf Verfahrenshilfe innerhalb der Rechtsmittelfrist beim Verfassungsgerichtshof einzubringen.

Für das Revisionsverfahren ist ein Antrag auf Verfahrenshilfe innerhalb der Rechtsmittelfrist beim Verwaltungsgerichtshof einzubringen. Im Antrag ist, soweit

zumutbar, kurz zu begründen, warum die Revision entgegen dem Ausspruch des Verwaltungsgerichtes für zulässig erachtet wird.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Mag. Bismaier