

Verwaltungsgerichtshof

Zl. A 2012/0019-1

(2011/04/0135)

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Vizepräsident Dr. Thienel sowie die Hofräte Dr. Grünstäudl, Dr. Kleiser, Mag. Nedwed und Dr. Lukasser als Richter, im Beisein des Schriftführers Mag. Crnja, in der Beschwerdesache der X GmbH in Y, vertreten durch die Burghofer Rechtsanwalts GmbH in 1060 Wien, Köstlergasse 1/30, gegen den Bescheid des Landeshauptmannes von Wien vom 14. April 2010, Zl. M63/001403/2010, betreffend Zurückweisung einer Berufung i.A. Entziehung einer Gewerbeberechtigung, den

### B e s c h l u s s

gefasst:

Gemäß Art. 140 Abs. 1 iVm Art. 89 Abs. 2 und Art. 135 Abs. 4 B-VG wird an den Verfassungsgerichtshof

1. der Antrag gestellt, § 365l Gewerbeordnung 1994 - GewO 1994 (in der Fassung BGBl. I Nr. 82/1997) samt Überschrift als verfassungswidrig aufzuheben;

2. hilfsweise der Antrag gestellt, den ersten Satz der genannten Bestimmung als verfassungswidrig aufzuheben.

### B e g r ü n d u n g :

#### 1. Verfahrensverlauf

1.1. Beim Verwaltungsgerichtshof ist zur Zl. 2011/04/0135 eine Beschwerde der X GmbH gegen den Bescheid des Landeshauptmannes von Wien (der belangten Behörde) vom 14. April 2010, Zl. M63/001403/2010, anhängig.

Mit diesem Bescheid wies die belangte Behörde eine Berufung der beschwerdeführenden Partei gegen einen Bescheid des Magistrates der Stadt Wien

(25. September 2012)

(der Behörde erster Instanz) vom 13. November 2008, mit dem der beschwerdeführenden Partei gemäß § 87 Abs. 1 Z. 4a iVm § 376 Z. 16a GewO 1994 die Gewerbeberechtigung "Immobilienverwalter" entzogen worden war, gemäß § 66 Abs. 4 AVG als verspätet zurück.

Die belangte Behörde legte ihrer Entscheidung im Wesentlichen die Feststellungen zugrunde, dass der an die beschwerdeführende Partei an deren Standort in Y, W-Straße 13, abgefertigte erstinstanzliche Bescheid am 10. Dezember 2008 an die Behörde erster Instanz mit dem Vermerk "verzogen" zurückgestellt worden sei.

In ihrer am 6. Dezember 2009 eingebrachten Berufung habe die beschwerdeführende Partei, vertreten durch ihre handelsrechtliche Geschäftsführerin S.K., (u.a.) die rechtswirksame Zustellung des erstinstanzlichen Bescheides bestritten und dazu vorgebracht, S.K. sei zwischen 10. November 2008 und 12. Dezember 2008 nicht in Wien, somit ortsabwesend gewesen. Nach einem vorgelegten Schreiben des Architekten DI K. habe sich S.K. in diesem Zeitraum bei dessen Eltern in Niederösterreich als Gast aufgehalten, "um sich bewusst losgelöst von Beruf und Alltag in Ruhe auszukurieren und anschließend zu erholen".

In rechtlicher Hinsicht führte die belangte Behörde im Wesentlichen - unter Wiedergabe unter anderem des § 19 Zustellgesetz (ZustG) und des § 365i GewO 1994 - aus, nach der zuletzt angeführten Bestimmung sei der erstinstanzliche Bescheid einen Monat nach der Zurückstellung an die Behörde, somit (unter Berücksichtigung, dass der 10. Jänner 2009 ein Samstag war) am 12. Jänner 2009 rechtswirksam zugestellt worden, sodass die zweiwöchige Berufungsfrist bereits am 26. Jänner 2009 abgelaufen sei. Die erst am 7. Dezember 2009 bei der Behörde erster Instanz eingebrachte Berufung sei daher als verspätet zurückzuweisen.

1.2. In der dagegen vor dem Verwaltungsgerichtshof erhobenen Beschwerde erachtet sich die beschwerdeführende Partei in ihrem "gesetzlich gewährleisteten

subjektiven Recht" auf Unterlassung der Zustellfiktion mangels Vorliegens der gesetzlichen Voraussetzungen des § 3651 GewO 1994 und auf "rechtsrichtige Anwendung der §§ 8, 17 und 19 Zustellgesetz" verletzt.

Zur Rechtzeitigkeit ihrer Beschwerde brachte die beschwerdeführende Partei vor, der (vom 14. April 2010 datierende) angefochtene Bescheid sei ihr am 7. Juni 2011 zugestellt worden.

1.3. Dem gegenüber brachte die belangte Behörde in ihrer Gegenschrift unter Vorlage der Verwaltungsakten vor, der angefochtene Bescheid sei der beschwerdeführenden Partei bereits am 26. April 2010 beim Postamt Y nach § 8 Abs. 2 iVm § 23 Abs. 4 ZustG zugestellt worden.

Die Zustellung des angefochtenen Bescheides sei zunächst an die beschwerdeführende Partei zu Händen deren handelsrechtlichen Geschäftsführerin an den (ehemaligen) Gewerbestandort der beschwerdeführenden Partei und zugleich "ordentlichen Hauptwohnsitz" der handelsrechtlichen Geschäftsführerin an der Adresse Y, W-Straße 13, verfügt worden. Nachdem der Bescheid von der Post mit dem Vermerk "Empf. bis 31.1.2011 ortsabwesend d.h. ret." am 21. April 2010 an die belangte Behörde zurückgestellt worden sei, habe diese am 22. April 2010 die Zustellung nach § 8 Abs. 2 ZustG verfügt. Da die beschwerdeführende Partei, die nach eingebrachter Berufung jedenfalls Kenntnis vom laufenden Verfahren gehabt habe, ihrer Mitteilungspflicht gemäß § 8 Abs. 1 ZustG nicht nachgekommen sei und "der Behörde keinerlei Anhaltspunkte für eine sonstige (d.h. nicht an der Adresse Y, W-Straße 13, gelegene) Abgabestelle" vorgelegen seien, seien die Voraussetzungen für eine Zustellung im Sinn des § 8 Abs. 2 ZustG gegeben gewesen.

Bei Anwendung der "Spezialnorm des § 3651 GewO 1994" auf den am Hauptwohnsitz des vertretungsbefugten Organs der beschwerdeführenden Partei erfolgten Zustellversuch sei überdies von einer rechtswirksamen Zustellung des angefochtenen Bescheides am 21. Mai 2010 auszugehen. Die erst im Juli 2011 zur

Post gegebene Beschwerde sei daher nach Auffassung der belangten Behörde verspätet.

2. Die im Spruch zu Punkt 1. angefochtene Bestimmung des § 365I GewO 1994 (in der Fassung BGBl. I Nr. 82/1997) hat - samt Überschrift - den folgenden Wortlaut:

**"q) Erlassung von Bescheiden an Empfänger unbekanntem Aufenthalts**

**§ 365I.** Ein Bescheid an den Gewerbetreibenden oder dessen vertretungsbefugtes Organ gilt, wenn er gemäß § 19 des Zustellgesetzes, [BGBl. Nr. 200/1982](#), wegen Unzustellbarkeit an die Behörde zurückgestellt worden ist, einen Monat nach der Zurückstellung an die Behörde als zugestellt. Die Zustellregelungen des § 360 Abs. 2, 3 und 4 bleiben unberührt. Diese Regelung gilt nicht in Verwaltungsstrafverfahren."

3. Zur Präjudizialität dieser Bestimmung im Verfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof:

3.1. Entgegen dem Vorbringen der belangten Behörde in der Gegenschrift ist nicht von der Verspätung der vorliegenden Beschwerde wegen Zustellung des angefochtenen Bescheides (nach § 8 Abs. 2 iVm § 23 Abs. 4 ZustG) bereits am 26. April 2010 auszugehen:

Die belangte Behörde hat nämlich nicht behauptet, sie habe vor der Zustellung nach § 8 Abs. 2 ZustG auch nur mit "einfachen Hilfsmitteln" versucht, eine neue Abgabestelle auszuforschen (vgl. etwa die Rechtsprechungsnachweise bei *Walter/Thienel*, *Verwaltungsverfahrensgesetze I*<sup>2</sup> § 8 ZustG E 31); darauf weist auch die beschwerdeführende Partei in einer Replik auf die Gegenschrift hin. Derartige Ermittlungsschritte (vgl. dazu etwa *N.Raschauer* in *N.Raschauer/P.Sander/W.Wessely*, *Zustellrecht* § 8 ZustG Rz 12) sind auch aus dem vorgelegten Verwaltungsakt nicht ersichtlich. (Vgl. dort, S. 57, den AV vom 22. April 2010: "Da keine andere Abgabestelle bekannt gegeben wurde, wird die Zustellung nach § 8 ZustG angeordnet.")

Die von der belangten Behörde ins Treffen geführte Zustellung schon am 26. April 2010 entspricht somit nicht § 8 Abs. 2 ZustG (vgl. etwa die

hg. Erkenntnisse vom 22. Oktober 2003, Zl. 2001/20/0090, und vom 8. Juni 2000, Zl. 99/20/0071, jeweils mwN).

3.2. Sowohl bei der Prüfung der allfälligen Verspätung der Beschwerde wegen Zustellung des angefochtenen Bescheides bereits am 21. Mai 2010 (s. dazu die Wiedergabe der Gegenschrift der belangten Behörde unter Punkt 1.3.) als auch im Fall der inhaltlichen Behandlung der Beschwerde müsste der Verwaltungsgerichtshof die Bestimmung des § 365l GewO 1994 anwenden:

Nach dieser - durch BGBl. I Nr. 63/1997 eingefügten - Bestimmung gilt ein Bescheid an den Gewerbetreibenden oder dessen vertretungsbefugtes Organ, wenn er gemäß § 19 ZustG wegen Unzustellbarkeit an die Behörde zurückgestellt worden ist, einen Monat nach der Zurückstellung an die Behörde als zugestellt. Die Zustellregelungen des § 360 Abs. 2, 3 und 4 GewO 1994 bleiben unberührt. Diese Regelung gilt nicht in Verwaltungsstrafverfahren.

Nach § 19 ZustG (in der hier maßgeblichen Fassung BGBl. I Nr. 5/2008) sind Dokumente, die weder zugestellt werden können noch nachzusenden sind oder die zwar durch Hinterlegung zugestellt, aber nicht abgeholt worden sind, der Behörde zurückzustellen (Abs. 1). Der Grund der Zurückstellung ist auf dem Dokument zu vermerken (Abs. 2).

§ 365l erster Satz GewO 1994 normiert eine gesetzliche Fiktion (vgl. *Grabler/Stolzlechner/Wendl*, GewO<sup>3</sup>, § 365l Rz 3), wobei die Bestimmung (arg. "Unzustellbarkeit") an § 19 Abs. 1 erster Fall ZustG anknüpft (vgl. auch *Gruber/Pallege-Barfuß*, GewO<sup>7</sup>, § 365l Anm. 3).

Die beschwerdeführende Partei bringt in der Beschwerde - wie schon im Verwaltungsverfahren - vor, ihre handelsrechtliche Geschäftsführerin sei zwischen 10. November und 12. Dezember 2008 nicht in Wien gewesen, und behauptet weder, dass an ihrem Standort in Y, W-Straße 13, an eine andere vertretungsbefugte Person zugestellt hätte werden können, noch, dass ein Nachsendeauftrag bestanden hätte. Die Beschwerde bestreitet auch nicht die von der belangten Behörde getroffene

Feststellung, wonach der vom 13. November 2008 datierende erstinstanzliche Bescheid am 10. Dezember 2008 mit dem Vermerk "verzogen" an die Erstbehörde zurückgestellt wurde.

Davon ausgehend bestehen gegen die Annahme der belangten Behörde, der erstinstanzliche Bescheid sei zu diesem Zeitpunkt gemäß § 19 ZustG wegen Unzustellbarkeit an die Behörde zurückgestellt worden, keine Bedenken.

Vor diesem Hintergrund hängt die vom Verwaltungsgerichtshof zu treffende Entscheidung über die Frage der rechtswirksamen Zustellung des erstinstanzlichen Bescheides am 12. Jänner 2009 (und damit die Frage der Verspätung der Berufung) von § 3651 GewO 1994 ab.

4. Der Verwaltungsgerichtshof hegt Bedenken an der Verfassungsmäßigkeit des § 3651 GewO 1994 unter folgenden Gesichtspunkten:

4.1. Bedarfskompetenz nach Art. 11 Abs. 2 B-VG:

Gemäß Art. 11 Abs. 2 B-VG wird (u.a.) das Verwaltungsverfahren, soweit ein Bedürfnis nach Erlassung einheitlicher Vorschriften als vorhanden erachtet wird, auch in den Angelegenheiten, in denen die Gesetzgebung den Ländern zusteht (...), durch Bundesgesetz geregelt; abweichende Regelungen können in den einzelnen Gebieten der Verwaltung regelnden Bundes- oder Landesgesetzen nur dann getroffen werden, wenn sie zur Regelung des Gegenstandes erforderlich sind.

Nach der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes folgen die Angelegenheiten des Verfahrensrechts einschließlich des Exekutionsrechts grundsätzlich nach dem Adhäsionsprinzip kompetenzrechtlich der Kompetenz in der jeweiligen materiellen Angelegenheit ("Sachkompetenz"), wobei diese Adhäsionskompetenz durch die Inanspruchnahme der Bedarfskompetenz des Art. 11 Abs. 2 B-VG durchbrochen wird. Soweit eine Regelung durch ein auf Art. 11 Abs. 2 B-VG gestütztes Bedarfsgesetz erfolgt, ist eine abweichende Regelung in einem Materiengesetz nur zulässig, wenn dies durch "besondere Umstände"

erforderlich oder "unerlässlich" ist (vgl. die Nachweise bei *Mayer*, B-VG<sup>4</sup> Art. 11 Anm. II.2. und 3.).

Mit der - im vorliegenden Beschwerdefall anzuwendenden - Bestimmung des § 3651 GewO 1994 wurde eine gegenüber den allgemeinen Zustellregelungen des ZustG abweichende Regelung, welche für Gewerbetreibende oder deren vertretungsbefugte Organe gilt, geschaffen. Nach dem ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers sollte mit dieser Regelung "verhindert werden, dass durch gezielte Abwesenheiten der Verantwortlichen behördliche Verfügungen ins Leere gehen" (644 BlgNR XX. GP, S. 47).

Mit Blick auf die angeführte Verfassungsrechtsprechung sind beim Verwaltungsgerichtshof Bedenken entstanden, ob eine derartige - von den Bestimmungen des § 17 Abs. 3 dritter Satz ZustG und des § 25 Abs. 1 zweiter Satz ZustG abweichende - besonders strenge Zustellfiktion durch besondere Umstände erforderlich oder unerlässlich ist. Die angeführten Bestimmungen des ZustG enthalten ja für den Fall vorübergehender Abwesenheiten bzw. der Nichtfeststellbarkeit einer Abgabestelle bereits relativ strenge Regelungen, um ein Unterlaufen von Zustellungen zu vermeiden.

Da nicht ersichtlich ist, warum darüber hinaus gehende, noch strengere Spezialregelungen überhaupt notwendig sind, erscheint es dem Verwaltungsgerichtshof als fraglich, ob der Bundesgesetzgeber durch Art. 11 Abs. 2 zweiter Satz B-VG zur Erlassung des § 3651 GewO 1994 überhaupt ermächtigt war.

#### 4.2. Gleichheitssatz (Art. 7 Abs. 1 B-VG und Art. 2 StGG):

Der in der Bundesverfassung verankerte Gleichheitsgrundsatz bindet auch den Gesetzgeber, welcher demnach nur sachlich gerechtfertigte Differenzierungen vornehmen darf; eine solche setzt relevante Unterschiede im Tatsachenbereich (objektive Unterscheidungsmerkmale) voraus. Nach ständiger Judikatur des Verfassungsgerichtshofes muss der Gesetzgeber daher an gleiche Tatbestände gleiche Rechtsfolgen knüpfen. Bei der Sachlichkeitsprüfung von Gesetzen ist, wenn

differenzierende Regelungen vorliegen, ein Normenvergleich durchzuführen; es ist zu fragen, ob die jeweils erfassten Sachverhalte so unterschiedlich sind, dass sie die unterschiedlichen Rechtsfolgen zu "tragen" vermögen (vgl. etwa die Nachweise bei *Mayer*, B-VG<sup>4</sup> Art. 2 StGG Anm. III.1. und IV.1.).

Auch in diesem Zusammenhang ist darauf zu verweisen, dass die hier Bedenken auslösende Norm des § 3651 GewO 1994 nur für Gewerbetreibende und deren vertretungsbefugte Organe eine besonders einschneidende gesetzliche Fiktion vorsieht, welche lediglich an die Voraussetzungen einer Zurückstellung eines Bescheides an die Behörde wegen Unzustellbarkeit und des Zeitablaufes von einem Monat anknüpft. Eine Zustellfiktion dieser Schärfe ist dem für gerichtliche Verfahren und Verwaltungsverfahren im allgemeinen geltenden ZustG (vgl. dessen § 1) fremd, obwohl sich das Problem einer absichtlichen Zustellungsverweigerung - auf die die Erläuternden Bemerkungen zur Regierungsvorlage zur Gewerberechts-Novelle 1997 abzustellen scheinen - in anderen Verwaltungsverfahren als dem Gewerbeverfahren genauso stellen kann; insofern scheint es an ausreichenden Unterschieden im Tatsachenbereich zu mangeln, welche erst nach der wiedergegebenen Rechtsprechung eine differenzierende Regelung rechtfertigen würden.

Der Gleichheitssatz gebietet aber auch differenzierende Regelungen für Sachverhalte, die sich in wesentlichen Aspekten voneinander unterscheiden (vgl. etwa die Nachweise bei *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Bundesverfassungsrecht<sup>10</sup>, Rz 1357).

Unter diesem Aspekt ist problematisch, dass § 3561 GewO nicht nur auf die in den Gesetzesmaterialien genannten Fälle von "gezielten" Ortsabwesenheiten Anwendung findet, sondern auch auf jene, in denen sich die Ortsabwesenheit aus durchaus legitimen Gründen ergibt und nicht die Verhinderung von Zustellungen zum Ziel hat. Man kann auch nicht ohne Weiteres sagen, dass es sich bei jenen Fällen, in denen an sich gutgläubige und gutwillige Gewerbetreibende von einer solchen Situation betroffen sind, um bloße vernachlässigbare Härtefälle (vgl. die Nachweise bei *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, a.a.O. Rz 1359) handelt.

Der Verwaltungsgerichtshof geht daher davon aus, dass der Gesetzgeber mit § 356l GewO keine den Anforderungen des Gleichheitssatzes genügende differenzierende Regelung getroffen hat.

Dem Gleichheitssatz ist nach der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes schließlich auch ein allgemeines Sachlichkeitsgebot (vgl. Die Nachweise bei *Mayer*, B-VG<sup>4</sup> Art. 2 StGG Anm. III.1.) zu entnehmen, das im Kern darauf hinausläuft, dass zur Erreichung der gesetzgeberischen Zielsetzungen keine unverhältnismäßigen Maßnahmen eingesetzt werden dürfen.

Als unverhältnismäßig erscheint die Bestimmung des § 356l GewO insofern, als den von der Zustellfiktion Betroffenen zwar die Möglichkeit von Wiedereinsetzungsanträgen nach der Versäumung von Rechtsmittelfristen offensteht, sie aber unter Umständen schwerwiegende nachteilige Folgen auf Grund der bereits eingetretenen Rechtskraft eines nach dieser Bestimmung zugestellten Bescheides gewärtigen müssen (z.B. Verlust der Gewerbeberechtigung nach einer Gewerbeentziehung). Diese Unverhältnismäßigkeit dürfte in besonderer Weise für jene Fälle gelten, in denen die Ortsabwesenheit nicht darauf zurückzuführen ist, dass eine Zustellung verhindert werden soll (etwa wenn sich ein Einzelunternehmer vier Wochen krankheitsbedingt in einem Krankenhaus und daher nicht an seiner Abgabestelle aufhält).

Aus diesen Gründen hegt der Verwaltungsgerichtshof auch gleichheitsrechtliche Bedenken an der angefochtenen Bestimmung.

##### 5. Zum Anfechtungsumfang:

Nach Auffassung des Verwaltungsgerichtshofes bestehen die ausgeführten verfassungsrechtlichen Bedenken an sich gegen die in § 365l erster Satz GewO 1994 enthaltene Regelung. Da im Fall einer Aufhebung nur des ersten Satzes der Bestimmung die Bestimmungen des zweiten und dritten Satzes des § 365l GewO 1994 inhaltsleer und unanwendbar wären (vgl. etwa den Beschluss des Verfassungsgerichtshofes vom 7. Oktober 1991, G 247/91 = VfSlg. 12.859), richtet

sich der vorliegende Hauptantrag auf die Aufhebung der gesamten Bestimmung des § 365I GewO 1994 (samt Überschrift). Der Eventualantrag erfolgt aus prozessualer Vorsicht (vgl. etwa den Beschluss des Verfassungsgerichtshofes vom 11. Juni 2012, G 139/11, mwN).

6. Aus diesen Gründen stellt der Verwaltungsgerichtshof die eingangs formulierten Anträge.

W i e n , am 25. September 2012