

## **BESCHLUSS**

Das Bundesfinanzgericht hat durch die Richterin Dr. Angela Paulus über die Säumnisbeschwerde des Bf., Adresse1 vom 9. Mai 2017 wegen Verletzung der Entscheidungspflicht des Magistrates der Stadt Wien, Magistratsabteilung 67, Dresdner Straße 81-85, 1200 Wien „bezüglich des mit Schriftsatz vom 8. Dezember 2016 geltend gemachten Zustellmangels“ entschieden:

Die Säumnisbeschwerde wird als unzulässig zurückgewiesen.

Eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof ist nach Art. 133 Abs. 4 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG) nicht zulässig.

## **Entscheidungsgründe**

Gegen den Bf. waren zahlreiche Verwaltungsstrafverfahren wegen Übertretungen nach dem Parkometergesetz 2006, LGBl. für Wien Nr. 9/2006 idGF. (vor allem: Nichtbeantwortung von Lenkererhebungen gemäß § 2 leg.cit.) anhängig, welche sämtlich zwischenzeitig rechtskräftig abgeschlossen sind.

Zur Beurteilung der vom Bf. geltend gemachten psychischen Beeinträchtigung zu den Tatzeiten wurde von der Magistratsabteilung 67 das Gutachten eines Amtssachverständigen der Magistratsabteilung 15 der Stadt Wien angefordert.

Die Magistratsabteilung 15 hatte daraufhin zwar zunächst den Bf. persönlich zu einer ärztlichen Untersuchung einzuladen versucht. Nach erfolglosem Zustellversuch des betreffenden Schreibens vom 3. Februar 2015, sowie einer weiteren - diesmal ohne Zustellnachweis übermittelten - Einladung vom 27. März 2015 zu einem nachfolgenden Untersuchungstermin, wurde ein aktenmäßiges Sachverständigengutachten ohne ärztliche Untersuchung des Bf. erstellt (Unterlagen zu MA15-XXX/2015; Gutachten vom 21. April 2015).

Mit Schreiben an die Magistratsabteilung 15 vom 8. Dezember 2016 (Eingangsdatum 9. Dezember 2016) erhob der Bf. „Einspruch gegen das Gutachten“.

Der Bf. beantragte die Vorlage der Zustellnachweise der angeblich versandten Vorladungen zu einem Untersuchungstermin.

Weiters ersuchte der Bf. die Behörde um Stellungnahme, „wieso Sie nicht versucht haben, mich auf einem anderen Weg, beispielsweise telefonisch, durch einen Boten oder durch eine anderweitige Kontaktaufnahme zu kontaktieren.“

Da das erstellte Gutachten mangelhaft sei, da keine Untersuchung des Bf. erfolgt sei und zu keinem Zeitpunkt eine Ladung zu einem amtsärztlichen Untersuchungstermin erfolgt sei, werde auch die Korrektur des Gutachtens beantragt.

Die Magistratsabteilung 15 teilte dazu dem Bf. mit Schreiben vom 15. Dezember 2016 mit, dass eine Abtretung der Bearbeitung seiner Eingabe an die Magistratsabteilung 67 erfolgt sei.

Der Bf. richtete daraufhin ein weiteres Schreiben vom 15. Dezember 2016 an die Magistratsabteilung 15, in welchem er ausführte, laut Datenschutzauskunft der Magistratsabteilung 26 vom 2. Dezember 2016 (MA26-XXX/16) sei er zweimal zu einem Untersuchungstermin geladen worden. Dazu im Widerspruch stehe die Aussage in einem Schreiben der Magistratsabteilung 15 vom 6. Dezember 2016 (MA15-xxx-2016), dass eine persönliche Untersuchung aus medizinischer Sicht nicht notwendig gewesen wäre.

Mit Schreiben vom gleichen Tag (15. Dezember 2016) ersuchte der Bf. die Magistratsabteilung 67, „insbesondere zu den Widersprüchen, auf die ich mittels Schriftsatz vom 15.12.2016 aufmerksam gemacht habe, Stellung zu beziehen und den Zustellmangel, der mittels Schriftsatz vom 9.12.2016 geltend gemacht wurde, der Bearbeitung zuzuführen.“

Mit Schreiben vom 9. Mai 2017 erhob der Bf. Säumnisbeschwerde „gemäß Art 132 Abs. 3 B-VG und den §§ 7 ff VwGVG“ wegen Verletzung der Entscheidungspflicht des Magistrates der Stadt Wien, Magistratsabteilung 67 als belangte Behörde und führte aus:

*Der Magistrat der Stadt Wien, Magistratsabteilung 15, erstellte zu Geschäftszahl MA15-XXX/2015 im Jahr 2015 ein Gutachten, das inhaltlich mangelhaft ist, jedoch insbesondere an Verfahrensfehlern leidet. Insbesondere erfolgte keine rechtswirksame Zustellung der Ladung/en beim Beschwerdeführer, so dass dieser grob fahrlässig um die nach dem Stand der Medizin unabdingbare Mitwirkungspflicht gebracht wurde. Obwohl auf dem Rückumschlag der postalische Vermerk „Abgabestelle unbenutzt Ortsabwesend bis 8.02.2015“ ersichtlich ist, wurde grob fahrlässig „nicht behoben“ protokolliert und das Verfahren ohne neuerlichen Zustellversuch in Abwesenheit des Beschwerdeführers durchgeführt. Dies ist unzulässig, da keine rechtswirksame Zustellung erfolgt ist.*

*Der Beschwerdeführer bekam erst im Herbst 2016 Kenntnis von dem Verfahren, dessen Gutachten gröblichst benachteiligend gegen ihn durch die zweitbelangte Behörde, Magistratsabteilung 67, ausgelegt wurde, obwohl das Verfahren der MA15 aufgrund des Zustellmangels nichtig ist.*

*Im Zuge eines Schriftverkehrs zu Geschäftszahl MA15-xxx-2016 und einer Datenschutzauskunft zu Geschäftszahl MA26-XXX/16 ergaben sich erhebliche Widersprüche, so dass Akteneinsicht genommen wurde und hierbei der Zustellmangel*

*(Ortsabwesenheit, jedoch fehlerhafte Protokollierung und Aktenvermerk als „nicht behoben“) erkannt wurde.*

*Der Magistrat der Stadt Wien wurde mit Schriftsatz zum 8. Dezember 2016, eingelangt bei der MA15 am 9. Dezember 2016, zur Feststellung des Zustellmangels durch einen entsprechenden Antrag begehrt. Die MA15 teilte am 15. Dezember 2016 mit, dass man aufgrund des mit 9. Dezember 2016 erhobenen Rechtsmittels (Einspruch gegen das Gutachten wegen dem Verfahrensmangel des Zustellmangels) das Verfahren an die Magistratsabteilung 67 abgetreten habe. Seither ist keine Entscheidung seitens des Rechtsträgers Magistrat der Stadt Wien ergangen.*

*Da den Beschwerdeführer die Untätigkeit der belangten Behörde in seinem Recht auf Entscheidung verletzt, erhebt der Beschwerdeführer nach Ablauf der gesetzlich vorgegebenen Frist von sechs gemäß Art 132 Abs. 3 B-VG und den §§ 7 ff VwGVG Beschwerde und stellt die Anträge,*

*das Landesverwaltungsgericht Wien möge:*

*1.) Feststellung, der Verletzung der Entscheidungspflicht (Säumnis) des Magistrats der Stadt Wien bezüglich des mit Schriftsatz vom 8. Dezember 2016 geltend gemachten Zustellmangels.*

*Entscheidung inhaltlicher Sache zum Antrag vorn 8. Dezember 2016 inklusive*

*2.) Feststellung des Zustellmangels in Sachen des Verfahrens MA15-xxx-2016 und Nachreichungen.*

*3.) Aufhebung der Rechtskraft des Verfahrens MA15-xxx-2016 , sowie in eventu Rückverweisung an den Magistrat der Stadt Wien zur neuerlichen Durchführung des Verfahrens lege artis unter Ladung des Beschwerdeführers und Einsichtnahme in die vollständige Krankengeschichte*

*4.) Die Anordnung eines Verwendungs- und insbesondere Weitergabeverbots des Gutachtens, dessen Rechtskraft aufgrund von Verfahrensmängeln, insbesondere Zustellmangel, aufzuheben ist.*

*Der Beschwerdeführer beantragt ausdrücklich die Durchführung einer mündlichen Verhandlung (§ 24 Abs. 1 VwGVG), sofern bei aktenmäßiger Erledigung eine Entscheidung zu Gunsten des Beschwerdeführers nicht möglich ist.*

#### **Die Säumnisbeschwerde wird wie folgt beurteilt:**

Gemäß Art 130 Abs. 1 Z 1 B-VG erkennen die Verwaltungsgerichte über Beschwerden wegen Verletzung der Entscheidungspflicht durch eine Verwaltungsbehörde.

Gemäß Art. 132 Abs. 3 B-VG kann wegen Verletzung der Entscheidungspflicht Beschwerde erheben, wer im Verwaltungsverfahren als Partei zur Geltendmachung der Entscheidungspflicht berechtigt zu sein behauptet.

Gemäß § 8 Abs. 1 VwGVG kann Beschwerde wegen Verletzung der Entscheidungspflicht gemäß Art. 130 Abs. 1 Z 3 B-VG (Säumnisbeschwerde) erst erhoben werden, wenn die

Behörde die Sache nicht innerhalb von sechs Monaten, wenn gesetzlich eine kürzere oder längere Entscheidungsfrist vorgesehen ist, innerhalb dieser entschieden hat. Die Frist beginnt mit dem Zeitpunkt, in dem der Antrag auf Sachentscheidung bei der Stelle eingelangt ist, bei der er einzubringen war. Die Beschwerde ist abzuweisen, wenn die Verzögerung nicht auf ein überwiegendes Verschulden der Behörde zurückzuführen ist.

Aus § 37 VwGVG ergibt sich, dass eine Säumnisbeschwerde auch in Verwaltungsstrafsachen erhoben werden kann (*Fister/Fuchs/Sachs*, Verwaltungsgerichtsverfahren (2013) § 37 Anm. 1).

Gemäß § 38 VwGVG sind, soweit in diesem Bundesgesetz nicht anderes bestimmt ist, auf das Verfahren über Beschwerden gemäß Art. 130 B-VG in Verwaltungsstrafsachen die Bestimmungen des Verwaltungsstrafgesetzes 1991 - VStG, BGBl. Nr. 52/1991, mit Ausnahme des 5. Abschnittes des II. Teiles, und des Finanzstrafgesetzes – FinStrG, BGBl. Nr. 129/1958, und im Übrigen jene verfahrensrechtlichen Bestimmungen in Bundes- oder Landesgesetzen sinngemäß anzuwenden, die die Behörde in dem dem Verfahren vor dem Verwaltungsgericht vorangehenden Verfahren angewendet hat oder anzuwenden gehabt hätte.

Gemäß § 73 Abs. 1 AVG sind die Behörden verpflichtet, wenn in den Verwaltungsvorschriften nicht anderes bestimmt ist, über Anträge von Parteien (§ 8) und Berufungen ohne unnötigen Aufschub, spätestens aber sechs Monate nach deren Einlangen den Bescheid zu erlassen.

Gemäß § 8 AVG sind Personen, die eine Tätigkeit der Behörde in Anspruch nehmen oder auf die sich die Tätigkeit der Behörde bezieht, Beteiligte und, insoweit sie an der Sache vermöge eines Rechtsanspruches oder eines rechtlichen Interesses beteiligt sind, Parteien.

Zur Säumnisbeschwerde ist nicht schon berechtigt, wer bloß vertretbar einen Erledigungsanspruch iSd Art 132 Abs. 3 B-VG behauptet, sondern nur, wem ein solcher Anspruch auch objektiv zusteht (Leeb in Hengstschläger/Leeb, AVG, § 8 VwGVG Rz 4).

Die Säumnisbeschwerde setzt daher grundsätzlich voraus, dass die Behörde in einem Verwaltungsverfahren, in dem der Beschwerdeführer Partei ist, ihre Entscheidungspflicht verletzt hat. Sie bedingt damit, dass die Behörde iSd § 73 Abs. 1 AVG zur Erlassung eines Bescheides verpflichtet und damit säumig ist.

Darüber hinaus muss der konkrete Beschwerdeführer nicht nur Parteistellung haben, sondern durch die behördliche Säumnis in seinen rechtlichen Interessen beeinträchtigt sein, dh. er muss aufgrund seines Begehrens Anspruch auf Erlassung des betreffenden Bescheides haben (aao, Rz 5).

Das AVG regelt in seinem II. Teil - Ermittlungsverfahren im 2. Abschnitt: Beweise - Allgemeine Grundsätze über den Beweis:

§ 46 Als Beweismittel kommt alles in Betracht, was zur Feststellung des maßgebenden Sachverhaltes geeignet und nach Lage des einzelnen Falles zweckdienlich ist.

.....

§ 52 (1) Wird die Aufnahme eines Beweises durch Sachverständige notwendig, so sind die der Behörde beigegebenen oder zur Verfügung stehenden amtlichen Sachverständigen (Amtssachverständige) beizuziehen.

(2) Wenn Amtssachverständige nicht zur Verfügung stehen oder es mit Rücksicht auf die Besonderheit des Falles geboten ist, kann die Behörde aber ausnahmsweise andere geeignete Personen als Sachverständige (nichtamtliche Sachverständige) heranziehen.

.....

Wie sich der Einbettung der §§ 52 f in den mit „Beweise“ überschriebenen 2. Abschnitt des II. Teils des AVG unzweifelhaft entnehmen lässt, ist der Sachverständige „lediglich“ eines der fünf klassischen Beweismittel iSd AVG und es obliegt der Behörde, die Würdigung der vorliegenden Beweise vorzunehmen (aao., § 52 Rz 4).

Wird die Aufnahme eines Beweises durch Sachverständige notwendig, so sind gemäß § 52 Abs. 1 AVG grundsätzlich die der Behörde beigegebenen (dh. organisatorisch in die Behörde eingegliederten) oder zur Verfügung stehenden (organisatorische Zugehörigkeit zu einer anderen als der zur Entscheidung berufenen Behörde) Amtssachverständigen beizuziehen (aao., Rz 22 ff).

Hält die Behörde ein Gutachten für mangelhaft, so hat sie die Mängel durch die Einholung ergänzender oder neuer gutachtlicher Äußerungen zu beseitigen. Auch steht es der Partei frei, selbst ein Gutachten eines (privaten) Sachverständigen zu beschaffen und dieses der Behörde vorzulegen (aao., Rz 14).

Im Rahmen des Parteienghört steht es der Partei offen, Mängel des Gutachtens (Einwendungen gegen die Schlüssigkeit und Einwendungen gegen die Vollständigkeit) aufzuzeigen bzw. ein fachlich fundiertes Gegengutachten eines Privatsachverständigen vorzulegen (aao., Rz 64)

Im gegenständlichen Fall hatte somit das vom Amtssachverständigen der Magistratsabteilung 15, AmtsarztA, erstellte Gutachten vom 21. April 2015 lediglich die Bedeutung eines Beweismittels in den den Bf. betreffenden Verwaltungsstrafverfahren. Das Gutachten wurde dem Bf. nicht als Bescheid zugestellt und war nicht in Bescheidform zuzustellen. Der Bf. hatte daher weder Parteistellung im Sinne des § 8 AVG noch gesetzlichen Anspruch auf Erlassung eines Bescheides in dem (zu einem Gutachten führenden) Verfahrensablauf.

Die Anträge des Bf. (Schreiben vom 15. Dezember 2016 an die Magistratsabteilung 67 in Verbindung mit den Schreiben vom 8. und 15. Dezember 2016 an die Magistratsabteilung 15) werden daher wie folgt beurteilt:

Ein Einspruch gegen ein amtsärztliches Gutachten - welches keinen Bescheid darstellt - ist von Gesetzes wegen nicht vorgesehen.

Der Antrag auf „Vorlage der Zustellnachweise der angeblich versandten Vorladungen zu einem Untersuchungstermin“ läuft auf einen Antrag auf Akteneinsicht hinaus und beinhaltet somit keinen Antrag auf eine bescheidmäßige Erledigung der Behörde (vgl. auch BFG RS/2100038/2016 vom 7.10.2016).

Das Ersuchen um Stellungnahme, „wieso Sie nicht versucht haben, mich auf einem anderen Weg, beispielsweise telefonisch, durch einen Boten oder durch eine anderweitige Kontaktaufnahme zu kontaktieren“ beinhaltet ebenso wenig einen Antrag auf bescheidmäßige Erledigung eines Ansuchens.

Auch die Ausführungen, es werde die Korrektur des Gutachtens beantragt, beinhalten keinen Antrag auf bescheidmäßige Erledigung bzw. ist diese von Gesetzes wegen nicht vorgesehen, da, wie oben ausgeführt wurde, ein Gutachten keine Bescheidqualität gegenüber der begutachteten Person entfaltet, sondern lediglich die Bedeutung eines Beweismittels hat.

Da das gesamte Vorbringen des Bf. weder erkennen lässt, dass er zumindest vertretbar einen Erledigungsanspruch iSd Art 132 Abs. 3 B-VG behauptet, noch, dass ihm in Bezug auf seine Anträge ein solcher Anspruch auch objektiv zusteht, liegt keine Säumnis der Magistratsabteilung 67 als belangter Behörde vor.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

### **Zur Zulässigkeit der Revision**

Im gegenständlichen Fall ist eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof gemäß Art 133 Abs. 4 iVm Abs. 9 B-VG nicht zulässig, weil keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung zu lösen war, weil der Beschluss weder von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abweicht, noch eine solche Rechtsprechung fehlt oder die zu lösende Rechtsfrage in der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht einheitlich beantwortet wird.

Wien, am 13. Juli 2017