

# TE Vwgh Erkenntnis 2009/2/26 2007/09/0367

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 26.02.2009

## **Index**

001 Verwaltungsrecht allgemein;

10/07 Verwaltungsgerichtshof;

19/05 Menschenrechte;

40/01 Verwaltungsverfahren;

60/04 Arbeitsrecht allgemein;

62 Arbeitsmarktverwaltung;

## **Norm**

AusIBG §28 Abs1 Z1 lita;

AusIBG §3 Abs1;

AVG §67g Abs1;

MRK Art6 Abs1;

VStG §51e Abs1;

VStG §51e;

VStG §51g Abs2;

VStG §51g Abs4;

VStG §51i;

VwGG §42 Abs2 Z3 lita;

VwRallg;

## **Betreff**

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Vizepräsident Dr. Thienel und die Hofräte Dr. Händschke und Dr. Rosenmayr als Richter, im Beisein des Schriftführers Mag. Plankensteiner, über die Beschwerde des J K in P, vertreten durch Mag. Heidemarie Gratz, Rechtsanwältin in 4020 Linz, Landstrasse 76, gegen den Bescheid des Unabhängigen Verwaltungssenates des Landes Oberösterreich vom 11. Jänner 2007, Zl. VwSen-251506/2/Ste/BP/CR, betreffend Bestrafung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz (weitere Parteien: Bundesminister für Finanzen und Bundesminister für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz), zu Recht erkannt:

## **Spruch**

Der angefochtene Bescheid wird wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufgehoben.

Der Bund hat dem Beschwerdeführer Aufwendungen in der Höhe von EUR 1.106,40 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

## Begründung

Mit dem im Instanzenzug gemäß § 66 Abs. 4 AVG ergangenen Bescheid der belangten Behörde wurde der Beschwerdeführer in Erledigung seiner Berufung gegen das Straferkenntnis des Bürgermeisters der Landeshauptstadt Linz vom 7. November 2006 schuldig erkannt, er habe es als handelsrechtlicher Geschäftsführer und somit als gemäß § 9 VStG nach außen vertretungsbefugtes Organ einer namentlich genannten Tourismus GmbH in L, die Betreiberin des Lokales "H." in L sei, zu verantworten, dass von dieser Gesellschaft im genannten Lokal fünf näher bezeichnete ausländische Staatsangehörige zumindest am 16. Dezember 2005 als Prostituierte in einem arbeitnehmerähnlichen Arbeitsverhältnis ohne entsprechende arbeitsmarktrechtliche Bewilligungen beschäftigt gewesen seien, wodurch die Verwaltungsvorschriften der §§ 3 Abs. 1 in Verbindung mit § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a Ausländerbeschäftigungsgesetz verletzt worden seien. Über den Beschwerdeführer wurden wegen dieser Verwaltungsübertretungen fünf Geldstrafen in der Höhe von jeweils 1.000,-- EUR (Ersatzfreiheitsstrafen von jeweils 34 Stunden) verhängt.

Nach Darstellung des bisherigen Verfahrensganges und der von ihr in Anwendung gebrachten gesetzlichen Bestimmungen traf die belangte Behörde die Feststellungen, der Beschwerdeführer sei gemeinsam mit Mag. F. N. handelsrechtlicher Geschäftsführer der genannten GmbH mit Sitz in L. Bei einer Kontrolle am 16. Dezember 2005 sei von einem Organ des Hauptzollamtes Linz festgestellt worden, dass die im Spruch des erstinstanzlichen Straferkenntnisses genannten weiblichen Personen als Prostituierte in einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis ohne entsprechende arbeitsmarktrechtliche Bewilligungen in dem von der GmbH betriebenen Gastgewerbebetrieb in L tätig gewesen seien. Wie sich aus den Personenblättern nachvollziehbar ergebe, seien die Ausländerinnen in den im erstinstanzlichen Straferkenntnis festgehaltenen Zeiträumen der Prostitution nachgegangen. Dabei seien sie am Getränkeumsatz mit 25 bis 30 % beteiligt gewesen. Die harmonisierten Kosten für die Inanspruchnahme der Prostitution seien vom Beschwerdeführer bzw. vom zweiten handelsrechtlichen Geschäftsführer des Unternehmens kassiert und danach unter Zurückbehaltung des Firmanteils der jeweiligen Prostituierten ausbezahlt worden. Der Beschwerdeführer habe die Verwendung von Kondomen angeordnet und die Einhaltung dieser Anordnung auch stichprobenartig kontrolliert. Darüber hinaus sei von Seiten des Unternehmens dafür gesorgt worden, dass die Ausländerinnen ihrer Verpflichtung zur Vornahme ärztlicher Untersuchungen nachgekommen seien. In sämtlichen Personenblättern hätten die Ausländerinnen allerdings den zweiten Geschäftsführer des Unternehmens, Mag. F. N. als "Chef" bezeichnet. Das wegen desselben Sachverhaltes auch gegen diesen eingeleitete Strafverfahren wegen Übertretung des Ausländerbeschäftigungsgesetzes sei durch die Berufungsbehörde mangels Vorliegens der subjektiven Tatseite eingestellt worden, weil sich dieser auf eine Auskunft eines Organs der Bezirkshauptmannschaft L, wonach keine arbeitsmarktrechtlichen Bewilligungen benötigt würden, habe berufen können. Dabei sei aber bereits darauf hingewiesen worden, dass sich der Beschwerdeführer ab dem Zeitpunkt der Zustellung des erstinstanzlichen Strafbescheides gegen den zweiten handelsrechtlichen Geschäftsführer des Unternehmens, insbesondere auch im gleichgelagerten Verfahren, nicht mehr mit Erfolg auf diesen Entlastungsgrund werde stützen können, da er ab diesem Zeitpunkt begründete Zweifel an der vorher vertretenen Rechtsansicht hätte haben und daher weitere Erkundigungen hätte einholen müssen.

Rechtlich führte die belangte Behörde nach Zitierung der gesetzlichen Bestimmungen des Ausländerbeschäftigungsgesetzes aus, im Verfahren sei unbestritten, dass keine Beschäftigungsbewilligungen nach dem AusIBG vorgelegen seien, der Beschwerdeführer habe allerdings die Anwendbarkeit des AusIBG bestritten, da die betreffenden Ausländerinnen seiner Ansicht nach einer selbstständigen Tätigkeit nachgegangen seien. Dabei seien aber Ausländerinnen, die von einem behördlich bewilligten Bordellbetrieb neben Animiertätigkeiten Tanzveranstaltungen vornähmen, dabei Dienstzeiten und Weisungen zu befolgen und sich wöchentlichen ärztlichen Untersuchungen zu unterziehen hätten, keine selbstständigen Unternehmerinnen. Das Ausländerbeschäftigungsgesetz komme daher für sie zur Anwendung. Bei Beurteilung der Arbeitnehmerähnlichkeit sei das konkrete und genau erhobene Gesamtbild der Tätigkeit, die eine Person im Auftrag und für Rechnung eines Anderen leiste, zu prüfen. Unbestritten sei, dass die Ausländerinnen am Getränkeumsatz beteiligt worden seien. Allein daraus resultiere bereits die Anwendbarkeit des AusIBG im vorliegenden Verfahren. Die Einwendung des Beschwerdeführers, dass in dieser Hinsicht keine hohen Beträge angefallen seien, sei nicht relevant. Auch sei anzumerken, dass offensichtlich einheitliche und abgestimmte Preise für die Inanspruchnahme der angebotenen Dienste im Unternehmen vorgelegen seien, was die individuelle Preisgestaltungsmöglichkeit der jeweiligen Damen bezweifeln lasse. Ein weiteres Indiz für die unselbstständige Tätigkeit der Prostituierten stelle die Tatsache dar, dass

ihnen erst nach Geschäftsschluss ihr Anteil ausbezahlt worden sei. Die Behauptung des Beschwerdeführers, dass sich diese Zahlungsmodalitäten nunmehr anders gestalten würden, sei für das gegenständliche Verfahren nicht mehr relevant. Auch die Weisung des Beschwerdeführers, Kondome zu benutzen sowie die stichprobenartige Kontrolle der Einhaltung dieser Weisung sei ein weiteres Merkmal für eine unselbstständige Tätigkeit. Die objektive Tatseite sei damit erfüllt.

Was die subjektive Tatseite angehe genüge bereits Fahrlässigkeit, da es sich bei den vorliegenden Delikten um Ungehorsamsdelikte handle. Berufe sich der Beschwerdeführer auf die Unkenntnis des Gesetzes, so sei ihm entgegenzuhalten, dass unverschuldete Unkenntnis nur dann vorliege, wenn jemandem die Verwaltungsvorschrift trotz Anwendung der nach seinen Verhältnissen erforderlichen Sorgfalt unbekannt geblieben sei. Dabei sei einem Gewerbetreibenden zumutbar, dass er über die Rechtsvorschriften, die er bei Ausübung seines Gewerbes zu beachten habe, ausreichend orientiert sei. Er sei verpflichtet sich über diese Vorschriften zu unterrichten. Die Rechtsauskunft eines Behördenorganes könne aber auf die Beurteilung der Schuldfrage Einfluss ausüben. Eine unrichtige Auskunft von einem zuständigen Organ vermöge daher Straflosigkeit zu bewirken. Dem zweiten handelsrechtlichen Geschäftsführer des Unternehmens sei von der belangten Behörde zugebilligt worden, nicht fahrlässig gehandelt zu haben, weil er auf die Auskunft eines aus seiner Sicht zuständigen Organes einer sachlich zuständigen Behörde habe vertrauen können. Dieses sei im Erkenntnis vom 13. November 2006 ausgesprochen und zugestanden worden. Es könne davon ausgegangen werden, dass der Beschwerdeführer nicht nur über den Verfahrensausgang vor der belangten Behörde, sondern auch über das erstinstanzliche Straferkenntnis informiert gewesen sei. Nachdem der Beschwerdeführer in Fragen des Ausländerbeschäftigungsgesetzes engstens mit dem zweiten handelsrechtlichen Geschäftsführer zusammengetragen habe und sich auch gerade auf Informationen die von Seiten der Bezirkshauptmannschaft L gegeben worden seien, berufe, sei offensichtlich, dass er über diese unternehmensrelevanten Informationen unterrichtet gewesen sei. Die gegenständliche Kontrolle sei am 16. Dezember 2005 vorgenommen worden. Nach Zustellung des erstinstanzlichen gegen den zweiten handelsrechtlichen Geschäftsführer gerichteten Straferkenntnisses vom 26. Juli 2005 hätte daher sowohl dieser als auch der Beschwerdeführer erhebliche Zweifel an der Richtigkeit ihres Vorgehens haben und weitergehende und tiefergreifende Erkundigungen einzuziehen müssen. Dazu hätte es lediglich einer Nachfrage beim Magistrat der Landeshauptstadt Linz als der sachlich und örtlich zuständigen Behörde bzw. beim Hauptzollamt bedurft. Das Unterlassen dieser Erkundigungen stelle eine Verletzung der Sorgfaltspflichten dar. Das Verhalten des Beschwerdeführers sei daher als zumindest fahrlässig anzusehen gewesen.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde, in welcher die Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften sowie die Rechtswidrigkeit des Inhaltes geltend gemacht werden.

Die belangte Behörde erstattete eine Gegenschrift, in welcher sie die kostenpflichtige Abweisung der Beschwerde beantragte, und legte die Akten des Verwaltungsverfahrens vor.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Die maßgeblichen Bestimmungen des Verwaltungsstrafgesetzes 1991, BGBl. Nr. 52 (VStG) lauten auszugsweise wie folgt (§ 51e zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 65/2002; § 51i zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 158/1998):

"Öffentliche mündliche Verhandlung (Verhandlung)

§ 51e. (1) Der unabhängige Verwaltungssenat hat eine öffentliche mündliche Verhandlung durchzuführen.

(2) Die Verhandlung entfällt, wenn

1. der Antrag der Partei oder die Berufung zurückzuweisen ist oder bereits auf Grund der Aktenlage feststeht, dass der mit Berufung angefochtene Bescheid aufzuheben ist;

2. der Devolutionsantrag zurückzuweisen oder abzuweisen ist.

(3) Der unabhängige Verwaltungssenat kann von einer Berufungsverhandlung absehen, wenn

1. in der Berufung nur eine unrichtige rechtliche Beurteilung behauptet wird oder

2.

sich die Berufung nur gegen die Höhe der Strafe richtet oder

3.

im angefochtenen Bescheid eine 500 EUR nicht übersteigende Geldstrafe verhängt wurde oder

4. sich die Berufung gegen einen verfahrensrechtlichen Bescheid richtet

und keine Partei die Durchführung einer Verhandlung beantragt hat. Der Berufungswerber hat die Durchführung einer Verhandlung in der Berufung zu beantragen. Etwaigen Berufungsgegnern ist Gelegenheit zu geben, einen Antrag auf Durchführung einer Verhandlung zu stellen. Ein Antrag auf Durchführung einer Verhandlung kann nur mit Zustimmung der anderen Parteien zurückgezogen werden.

(4) Der unabhängige Verwaltungssenat kann ungeachtet eines Parteiantrages von einer Verhandlung absehen, wenn er einen verfahrensrechtlichen Bescheid zu erlassen hat, die Akten erkennen lassen, dass die mündliche Erörterung eine weitere Klärung der Sache nicht erwarten lässt, und dem nicht Art. 6 Abs. 1 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, BGBl. Nr. 210/1958, entgegensteht.

(5) Der unabhängige Verwaltungssenat kann von der Durchführung (Fortsetzung) einer Verhandlung absehen, wenn die Parteien ausdrücklich darauf verzichten. Ein solcher Verzicht kann bis zum Beginn der (fortgesetzten) Verhandlung erklärt werden.

...

#### Unmittelbarkeit des Verfahrens

§ 51i. Wenn eine Verhandlung durchgeführt wurde, dann ist bei der Fällung des Erkenntnisses nur auf das Rücksicht zu nehmen, was in dieser Verhandlung vorgekommen ist. Auf Aktenstücke ist nur insoweit Rücksicht zu nehmen, als sie bei der Verhandlung verlesen wurden, es sei denn, der Beschuldigte hätte darauf verzichtet, oder als es sich um Beweiserhebungen handelt, deren Erörterung infolge des Verzichts auf eine fortgesetzte Verhandlung gemäß § 51e Abs. 5 entfallen ist.

..."

Der Beschwerdeführer rügt, dass die belangte Behörde vor Erlassung des angefochtenen Bescheides eine öffentliche mündliche Verhandlung hätte durchführen müssen, in welcher er hätte darlegen können, dass die von der Behörde vorwiegend zur Untermauerung ihrer Feststellungen herangezogenen Personenblätter unter Umständen ausgefüllt worden seien, die diese als Beweismittel bedenklich hätten erscheinen lassen. Insbesondere sei den Vernehmungen der Ausländerinnen durch die Kontrollorgane kein Dolmetscher beigezogen worden, wodurch es zu Missverständnissen gekommen sei. Auch die Auskunft des Behördenorgans, auf welche sich sein Mitgeschäftsführer mit Erfolg habe berufen können, sei nicht festgestellt worden. Nach dem gegen seinen Mitgeschäftsführer ergangenen Berufungsbescheid seien alle nach den erteilten Informationen erforderlichen Maßnahmen getroffen und auch eingehalten worden.

Mit diesem Vorbringen zeigt der Beschwerdeführer eine Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften auf.

Im vorliegenden Fall lag nämlich keiner der in § 51e Abs. 2 oder 3 VStG angeführten Umstände vor, welcher die belangte Behörde berechtigt hätte, von der Durchführung der durch § 51e Abs. 1 VStG gebotenen öffentlichen mündlichen Verhandlung abzusehen. Der Beschwerdeführer hatte in seiner Berufung jedenfalls u.a. die von der Behörde erster Instanz getroffenen Sachverhaltsfeststellungen, insbesondere aber das Vorliegen einer ihm zuzurechnenden Fahrlässigkeit, bestritten und auch nicht auf die Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung verzichtet. Dabei kommt es nicht darauf an, ob die Tatsachenbestreitung in der Folge auch zum Erfolg geführt hätte. Der Beschwerdeführer hätte aber bei Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung vor der belangten Behörde, auf deren Durchführung er gemäß § 51e VStG ein Recht hatte, jedes (weitere) zweckdienliche Vorbringen - etwa zur Darstellung eines Mangels an Verschulden - erstatten können. Die belangte Behörde hätte sich sodann damit auseinander setzen müssen, zumal der Beschwerdeführer die Ladung von Zeugen hätte beantragen und gemäß § 51g Abs. 2 und 4 VStG an jede von der Berufungsbehörde vernommene Person Fragen stellen und sich zu allen Beweismitteln hätte äußern können. Auch hätte die belangte Behörde gemäß § 51i VStG nach Durchführung der öffentlichen mündlichen Verhandlung bei Fällung des Erkenntnisses nur auf das Rücksicht nehmen dürfen, was in

dieser Verhandlung vorgekommen ist; sie hätte auch auf Aktenstücke nur insoweit Rücksicht nehmen dürfen, als sie bei der Verhandlung zulässigerweise verlesen worden wären (vgl. dazu etwa die hg. Erkenntnisse vom 19. Dezember 1996, Zl. 95/09/0231, und vom 22. Februar 2006, Zl. 2003/09/0093, jeweils mwN).

Die belangte Behörde hat somit entgegen§ 51e VStG die Durchführung der nach Lage des Beschwerdefalles erforderlichen öffentlichen mündlichen Verhandlung unterlassen, bei deren Durchführung sie zu einem anderen Ergebnis hätte kommen können. Dieser - im Hinblick auf Art. 6 Abs. 1 EMRK - wesentliche Verfahrensmangel führt bereits gemäß § 42 Abs. 2 Z. 3 lit. c VwGG zur Aufhebung des angefochtenen Bescheides.

Aber der angefochtene Bescheid erweist sich auch deswegen als rechtswidrig, weil er keine ausreichende Begründung dafür enthält, dass der Beschwerdeführer - im Gegensatz zu seinem Mitgeschäftsführer - ein Verschulden an den ihm zur Last gelegten Verwaltungsübertretungen zu verantworten hat. Zu dieser Frage liegen nämlich keine Ermittlungsergebnisse in den vorgelegten Verwaltungsakten vor; die belangte Behörde hat auch keine konkreten Feststellungen zur zeitlichen Abfolge der für die Annahme einer dem Beschwerdeführer unterlaufenen Fahrlässigkeit erforderlichen Umstände getroffen, insbesondere wann - bezogen auf den hier relevanten Tatzeitpunkt - die verwaltungsstrafrechtliche Verfolgung des anderen Geschäftsführers des Unternehmens für diesen bzw. für den Beschwerdeführer eingeleitet wurde, wann die Einstellung dieses Verwaltungsstrafverfahrens dem in diesem Verwaltungsstrafverfahren Beschuldigten kundgemacht wurde und worauf sich die Annahme der belangten Behörde gründet, die Strafbarkeit seines Verhaltens, also die Unrichtigkeit der von ihm behaupteten Information seitens der Strafbehörde erster Instanz, sei dem Beschwerdeführer bei Begehung der ihm vorgeworfenen Taten bereits bekannt gewesen.

Der Ausspruch über den Aufwandersatz gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der VwGH-Aufwandersatzverordnung BGBl. II Nr. 455/2008, insbesondere deren § 3 Abs. 2.

Wien, am 26. Februar 2009

#### **Schlagworte**

Verfahrensbestimmungen Berufungsbehörde Individuelle Normen und Parteienrechte Rechtsanspruch Antragsrecht Anfechtungsrecht VwRallg9/2

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

ECLI:AT:VWGH:2009:2007090367.X00

#### **Im RIS seit**

24.03.2009

#### **Zuletzt aktualisiert am**

23.02.2011

**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)