

Verwaltungsgerichtshof

Zl. Ra 2015/09/0125-5

I M N A M E N D E R R E P U B L I K !

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Holeschofsky und die Hofräte Dr. Rosenmayr, Dr. Bachler, Dr. Doblinger und Mag. Feiel als Richter, im Beisein der Schriftführerin Mag.<sup>a</sup> Höhl, über die außerordentliche Revision des Bundesministers für Finanzen gegen das Erkenntnis des Landesverwaltungsgerichts Niederösterreich vom 28. September 2015, Zl. LVwG-S-671/001-2014, betreffend Bestrafungen wegen Übertretungen des Ausländerbeschäftigungsgesetzes (mitbeteiligte Partei: Dr. DI PZ, vertreten durch Mag. Michael Steininger, Rechtsanwalt in 3100 St. Pölten, Rathausplatz 13, vor dem Verwaltungsgericht belangte Behörde: Bezirkshauptmannschaft Mödling), zu Recht erkannt:

Das angefochtene Erkenntnis wird wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufgehoben.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e :

Mit Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Mödling vom 17. September 2014 wurde der Mitbeteiligte als handelsrechtlicher Geschäftsführer und zur Vertretung nach außen berufenes Organ einer im Baugewerbe tätigen GmbH für schuldig erkannt, er habe es zu verantworten, dass diese GmbH drei namentlich angeführte rumänische Staatsangehörige, nämlich B jeweils vom 11. März 2013 bis zum 25. Juli 2013, C vom 17. März 2013 bis zum 25. Juli 2013 und I vom 22. Juli 2013 bis zum 25. Juli 2013 mit Bauhilfsarbeiten beschäftigt habe, ohne dass für diese eine Beschäftigungsbewilligung oder Zulassung als Schlüsselkraft erteilt, noch eine Anzeigenbestätigung oder eine Arbeitserlaubnis oder ein Befreiungsschein oder eine Rot-Weiß-Rot-Karte plus oder ein Aufenthaltstitel Daueraufenthalt-EG

(24. Februar 2016)

oder ein Niederlassungsnachweis ausgestellt worden sei. Der Mitbeteiligte habe dadurch § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a iVm § 3 Abs. 1 des Ausländerbeschäftigungsgesetzes (AuslBG) verletzt und über ihn wurden gemäß § 28 Abs. 1 Z. 1 Schlusssatz AuslBG jeweils Geldstrafen in drei Fällen von jeweils € 5.000,- und jeweils Ersatzfreiheitsstrafen von 120 Stunden verhängt. Zur Begründung führte die vor dem Verwaltungsgericht belangte Behörde im Wesentlichen aus, dass alle drei Ausländer bei Bauhilfsarbeiten, nämlich dem Abtragen von Schutt und Erdreich durch Erhebungsorgane der Finanzpolizei betreten worden seien. Zwei der drei Arbeitskräfte hätten in von ihnen ausgefüllten Personenblättern angegeben, als Arbeitskräfte für die vom Mitbeteiligten vertretene GmbH tätig zu sein. Sie hätten Arbeiten ausgeführt, hinsichtlich derer ein klar umgrenztes Werk nicht erkennbar gewesen sei.

Der Mitbeteiligte habe gegen die ihn treffende Sorgfaltspflicht nach dem AuslBG, nämlich als Arbeitgeber für die erforderlichen Genehmigungen oder Bewilligungen zu sorgen, verstoßen und zumindest grob fahrlässig gehandelt. Es liege ein Wiederholungsfall vor, weil der Revisionswerber bereits einschlägig rechtskräftig vorgemerkt sei. Zur Strafbemessung führte die vor dem Verwaltungsgericht belangte Behörde aus, dass Milderungs- und Erschwerungsgründe nicht vorlägen. Die nunmehr festgesetzte Strafe pro unerlaubt beschäftigtem Ausländer in der Höhe von € 5.000,- bewege sich deutlich unter dem durchschnittlichen Bereich des anzuwendenden Strafrahmens von € 2.000,- bis € 20.000,-. Der Mitbeteiligte habe sein monatliches Einkommen in der Höhe von € 3.500,- netto angegeben und als Vermögen ein Haus mit Grundbesitz im Wert von etwa € 450.000,-, es sei von keinen Sorgepflichten ausgegangen worden. Milderungs- und Erschwerungsgründe lägen keine vor, die verhängten Geldstrafen seien daher angemessen sowohl aus spezial- als auch aus generalpräventiven Gründen.

Dagegen erhob der Mitbeteiligte Beschwerde, in welcher er ausführte, dass der Ausländer B als selbständiger Gewerbetreibender mit Innenausbauarbeiten für

die vom Mitbeteiligten vertretene GmbH tätig gewesen sei, im vorliegenden Fall aber von einem Arbeiter vor Ort nur um kurze Hilfe ersucht worden sei. Hinsichtlich der beiden weiteren rumänischen Staatsangehörigen führte der Mitbeteiligte aus, dass diese Mieter einer Wohnung in jenem Haus gewesen seien, in welchem die vorgeworfenen Arbeitsleistungen erfolgten. Die Wohnungen hätten von den jeweiligen Mietern bereits vor Mietbeginn zum Zweck der eigenhändigen Sanierung betreten und benützt werden dürfen. Keiner der drei Ausländer sei jedoch als Dienstnehmer der vom Mitbeteiligten vertretenen GmbH tätig gewesen, sie wären nur kurzfristig beim Beiseiteschaffen von Aushubmaterial anlässlich der Anmietung eines Baggers behilflich gewesen. Der Mitbeteiligte bestritt in der Beschwerde ausdrücklich die Beschäftigung von Ausländern, beantragte die Durchführung einer mündlichen Verhandlung und die ersatzlose Aufhebung des Strafbescheides und die Einstellung des Verwaltungsstrafverfahrens und in eventu die Herabsetzung der verhängten Strafen.

Mit dem angefochtenen Erkenntnis wurde der Beschwerde des Mitbeteiligten ohne weitere Verfahrensschritte dahingehend stattgegeben, dass zwar die Schuldsprüche aufrecht blieben aber die drei von der Behörde festgesetzten Verwaltungsstrafen in der Höhe von jeweils € 5.000,- und Ersatzfreiheitsstrafen von je 120 Stunden auf Geldstrafen von jeweils € 1.000,- und Ersatzfreiheitsstrafen von jeweils 24 Stunden herabgesetzt sowie die Kosten des verwaltungsbehördlichen Verfahrens erster Instanz neu bestimmt wurden. Die ordentliche Revision wurde für nicht zulässig erklärt.

Das Verwaltungsgericht Niederösterreich begründete das angefochtene Erkenntnis damit, dass die tatgeständige Verantwortung des Revisionswerbers einen deutlichen Strafmilderungsgrund darstelle. Abgesehen vom Vorliegen jener rechtskräftigen Strafvormerkung, welche als Konsequenz die Anwendung des erhöhten Strafrahmens für den Wiederholungsfall zur Folge habe, sei der Mitbeteiligte entsprechend der Aktenlage verwaltungsstrafrechtlich unbescholten. Nach Auffassung des Landesverwaltungsgerichtes Niederösterreich sei im

Gegenstand durchaus von einem qualitativen Überwiegen der Strafmilderungskomponenten zu sprechen, zumal spezifische Erschwerungsgründe fehlten. Es könnten daher durch Strafherabsetzung unter Anwendung des außerordentlichen Strafmilderungsrechts nach § 20 VStG mit den nunmehr verhängten verringerten Verwaltungsstrafen das Auslangen gefunden werden.

Dagegen richtet sich die erkennbar gegen den Ausspruch über die Strafe und die Verfahrenskosten gerichtete Revision. Das Landesverwaltungsgericht Niederösterreich hat die Akten vorgelegt und die vor dem Verwaltungsgericht belangte Behörde eine Revisionsbeantwortung erstattet, in welcher sie sich der Revision anschloss.

Der Verwaltungsgerichtshof hat in einem gemäß § 12 Abs. 2 VwGG gebildeten Senat erwogen:

Gegen ein Erkenntnis des Verwaltungsgerichtes ist gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG die Revision zulässig, wenn sie von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt, insbesondere weil das Erkenntnis von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abweicht, eine solche Rechtsprechung fehlt oder die zu lösende Rechtsfrage in der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht einheitlich beantwortet wird. Gemäß § 34 Abs. 1a VwGG ist der Verwaltungsgerichtshof bei der Beurteilung der Zulässigkeit der Revision an den Ausspruch des Verwaltungsgerichtes gemäß § 25a Abs. 1 VwGG nicht gebunden.

Der revisionswerbende Bundesminister bringt zur Zulässigkeit der Revision im Wesentlichen vor, dass bei vergleichbaren Umständen in der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht von einem wesentlichen Überwiegen von Milderungsgründen im Sinne von § 20 VStG ausgegangen worden sei (10. Juni 2015, 2013/11/0121: keine Anwendung des § 20 VStG bei bloßem Geständnis, 20. Februar 2014, 2013/09/0046, 15. Februar 2013, 2013/09/0004, 17. Dezember 2013, 2012/09/0085: keine Anwendung des § 20 VStG bei bloßer

Unbescholtenheit; 15. September 2011, 2011/09/0052: keine Anwendung des § 20 VStG bei Bestehen einer einschlägigen Vorstrafe). Im vergleichbaren Fall des Erkenntnisses des Verwaltungsgerichtshofes vom 23. Mai 2013, 2011/09/0048, sei ein Erkenntnis des Unabhängigen Verwaltungssenates im Land Niederösterreich wegen fehlerhafter Ausübung des außerordentlichen Strafmilderungsrechts gemäß § 20 VStG aufgehoben worden.

Weiters führt der Revisionswerber aus, dass das Verwaltungsgericht das geständige Verhalten des Mitbeteiligten und die Einschränkung der Beschwerde auf die Strafhöhe im Rahmen des Parteiengehörs der Amtspartei hätte mitteilen müssen und jedenfalls auch eine mündliche Verhandlung hätte durchführen müssen. Vom Unterlassen der Verhandlung auf Grund der Amtspartei in keiner Weise bekannter und auch nicht mitgeteilter Umstände habe diese erst im Wege des Erkenntnisses erfahren.

Die Revision ist zulässig und auch begründet. Auf Grund des - auch im Verfahren über Beschwerden gegen Verwaltungsstraferkenntnisse geltenden - § 10 VwGVG hätte die vor dem Verwaltungsgericht belangte Behörde oder - im Fall von deren Untätigkeit - jedenfalls das Verwaltungsgericht die Beschwerde auch der Abgabenbehörde als Partei des Verfahrens gemäß § 28a Abs. 1 AuslBG iVm § 17 VwGVG übermitteln müssen. Wenn auch die Abgabenbehörde als Formalpartei keine subjektiv-öffentlichen Rechte hatte, so kamen ihr doch die prozessual-subjektiven Rechte einer Partei des Verfahrens zu (vgl. zu den Verfahrensrechten einer Formalpartei zB das hg. Erkenntnis vom 24. März 2015, Ro 2014/09/0066, mwN).

§ 10 VwGVG, BGBl. I Nr. 33/2013, lautet:

"§ 10. Werden in einer Beschwerde neue Tatsachen oder Beweise, die der Behörde oder dem Verwaltungsgericht erheblich scheinen, vorgebracht, so hat sie bzw. hat es hievon unverzüglich den sonstigen Parteien Mitteilung zu machen und ihnen Gelegenheit zu geben, binnen angemessener, zwei Wochen nicht übersteigender Frist vom Inhalt der Beschwerde Kenntnis zu nehmen und sich dazu zu äußern."

Die Verpflichtung zur Beschwerdemitteilung nach § 10 VwGVG ist sowohl der Behörde als auch dem Verwaltungsgericht auferlegt ("... so hat sie bzw. hat es ..."). Bei verständiger Würdigung dieser gesetzlichen Anordnung hat zunächst die belangte Behörde, bei welcher die Beschwerde gemäß § 12 VwGVG einzubringen ist, für die Mitteilung der Beschwerde zu sorgen und hat sodann nach Vorlage der Beschwerde an das Verwaltungsgericht auch dieses zu prüfen, ob den sonstigen Parteien Mitteilung von der Beschwerde gemäß § 10 VwGVG gemacht wurde und erforderlichenfalls diese Mitteilung der Beschwerde nachzuholen (vgl. *Fister/Fuchs/Sachs*, Das neue Verwaltungsgerichtsverfahren, 2013, Anm. 6 zu § 10 VwGVG).

Der Zweck der Mitteilung der Beschwerde gemäß § 10 liegt in der Wahrung des rechtlichen Gehörs sämtlicher Parteien (*Fister/Fuchs/Sachs*, Anm. 1 zu § 10) und ist als Mittel zur Wahrung des Grundsatzes der Waffengleichheit zwischen den Parteien (Art. 6 Abs. 1 EMRK) zu sehen (*Eder/Martschin/Schmid*, Anm. 5 zu § 10 VwGVG, vgl. zur Waffengleichheit auch das hg. Erkenntnis vom 22. April 2015, Ra 2014/04/0046). Jede Partei muss eine vernünftige Möglichkeit erhalten, ihren Standpunkt unter Bedingungen darzustellen, die sie nicht gegenüber ihrem Prozessgegner in einen wesentlichen Nachteil versetzen und jeder Partei muss die Möglichkeit gegeben werden, von den eingebrachten Ausführungen und Beweisen der anderen Partei Kenntnis zu erlangen und diese zu kommentieren ("Each party must be given the opportunity to have knowledge of and comment on the observations filed or evidence adduced by the other party ..." Urteil des EGMR vom 6. Februar 2001, Beer gegen Österreich, Nr. 30428/96, par. 17, mwN).

Das Verfahren vor dem Verwaltungsgericht dient nicht bloß der Klärung des Sachverhaltes und der Einräumung von Parteiengehör zu diesem, sondern auch der Klärung von Rechtsfragen. Unter dem Gesichtspunkt des Grundsatzes der Waffengleichheit hat daher die Mitteilung der Beschwerde auch im Hinblick auf darin enthaltene rechtliche Ausführungen zu erfolgen und müssen die übrigen Parteien in die Lage versetzt werden, dazu ihre Ausführungen zu erstatten um das

Gericht von ihrem Standpunkt zu überzeugen (vgl. zum Unterbleiben einer mündlichen Verhandlung zur Erörterung der Rechtsfrage das hg. Erkenntnis vom 17. Februar 2015, Ra 2014/09/0007).

Aus § 10 VwGVG ist auch ein Überraschungsverbot in dem Sinne abzuleiten, als ein Vorbringen von neuen Tatsachen und Beweisen zu einem späteren Zeitpunkt als mit der Beschwerde ebenfalls den übrigen Parteien vom Verwaltungsgericht mitzuteilen ist (vgl. *Eder/Martschin/Schmid*, Das Verfahrensrecht der Verwaltungsgerichte, 2013, Anm. 4 zu § 10; *Götzl* in: *Götzl/Gruber/Reisner/Winkler*, Das neue Verfahrensrecht der Verwaltungsgerichte, 2015, Rz 3 zu § 10 VwGVG). Dies gilt auch, wenn das Verwaltungsgericht ohne ein Parteilvorbringen zur Annahme von neuen Tatsachen - wie hier der Ablegung eines Geständnisses - gelangt. Angesichts der im Beschwerdeverfahren vor den Verwaltungsgerichten grundsätzlich geltenden Befugnis aller Parteien des Verfahrens, sowohl ein neues Tatsachenvorbringen als auch ergänzende Beweisanbote zu erstatten als auch neue rechtliche Argumente vorzutragen, folgt auch, dass die Möglichkeit zur Ausübung dieser Befugnis allen Parteien des Verfahrens vor dem Verwaltungsgericht gleichermaßen eingeräumt werden muss. Daraus ergibt sich, dass die Parteien von der Beschwerde und von dem aus dieser hervorgehenden rechtlichen Rahmen für ein weiteres Vorbringen in Kenntnis gesetzt werden müssen. Dabei ist nach dem Gesagten nicht von entscheidender Bedeutung, ob in der Beschwerde neue Tatsachen oder Beweise geltend gemacht wurden. Im Verwaltungsstrafverfahren kommt hinzu, dass gemäß § 44 Abs. 3 dritter Satz VwGVG den sonstigen Parteien - also allen Parteien außer dem Beschwerdeführer - "Gelegenheit zu geben (ist), einen Antrag auf Durchführung einer Verhandlung zu stellen" und eine Beschwerdemitteilung schon im Hinblick auf diese Befugnis zu erfolgen hat.

Dies hat das Verwaltungsgericht verkannt und der Revisionswerber rügt zu Recht, dass es gemäß § 44 Abs. 1 VwGVG eine mündliche Verhandlung durchführen hätte müssen, weil kein Grund für die Abstandnahme von der Durchführung einer solchen gemäß § 44 Abs. 3 VwGVG zu ersehen ist.

Die Feststellung des Landesverwaltungsgerichts, dass sich der Mitbeteiligte "tatgeständig" verantwortet habe, steht überdies mit der Aktenlage in Widerspruch. Weder aus den Feststellungen des Bescheides der vor dem Landesverwaltungsgericht belangten Behörde, noch aus der Beschwerde des Mitbeteiligten ist zu ersehen, dass der Mitbeteiligte ein Geständnis abgelegt hätte. Daher kann der Verwaltungsgerichtshof auch die daraus gezogene rechtliche Schlussfolgerung, dass die Milderungsgründe die Erschwerungsgründe gemäß § 20 VStG beträchtlich überwögen, nicht nachvollziehen.

Das angefochtene Erkenntnis war daher wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften gemäß § 42 Abs. 2 Z. 1 lit. a, b und c VwGG aufzuheben.

W i e n , am 24. Februar 2016