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-000550/2/FP

Datum:
Linz, 3. November 2022

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Mag. Pohl aus Anlass der Beschwerde von B B, geb. x, x, vertreten durch Dr. L K und Dr. J M, Rechtsanwälte, x, gegen Spruchpunkt 2. des Straferkenntnisses der Bezirkshauptmannschaft Ried vom 28. September 2022, GZ: BHRI/920120033004/20, wegen Übertretung des AidsG 1993

zu Recht:

I. Der Beschwerde gegen Spruchpunkt 2. wird Folge gegeben, Spruchpunkt 2. des angefochtenen Straferkenntnisses aufgehoben und das Verwaltungsstrafverfahren diesbezüglich gemäß § 45 Abs 1 Z 1 VStG eingestellt.

II. Die Beschwerdeführerin hat bezüglich der unter Punkt I. genannten Tat weder einen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens noch zu jenen des behördlichen Strafverfahrens zu leisten.

III. 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

I.1. In Punkt 2. des im Rubrum genannten Straferkenntnisses machte die belangte Behörde der Bf den in Punkt II.2. dargestellten Vorwurf.

I.2. Gegen dieses Straferkenntnis erhob die Bf rechtzeitig Beschwerde, in der sie auf das Wesentliche zusammengefasst darstellte, dass es sich bei den Freiern um die jeweiligen Lebensgefährten der Bf gehandelt habe.

I.3. Die belangte Behörde legte dem Verwaltungsgericht die Beschwerde samt Verfahrensakt mit Schreiben vom 27. Oktober 2022 zur Entscheidung vor, ohne eine Beschwerdevorentscheidung zu fällen.

I.4. Der hier erkennende Richter ist nach der Geschäftsverteilung des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich nur für die Beschwerde gegen Spruchpunkt 2. des angefochtenen Straferkenntnisses (AidsG) zuständig. Im Hinblick auf Spruchpunkt 1. wird eine Entscheidung gesondert ergehen.

II.1. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den vorliegenden Akt. Zumal sich bereits aus diesem ergibt, dass das angefochtene Straferkenntnis aufzuheben ist, entfällt die öffentliche mündliche Verhandlung gemäß § 44 Abs 2 VwGVG.

II.2. Nachstehender entscheidungswesentlicher S A C H V E R H A L T steht fest:

Die belangte Behörde hat der Bf gleichlautend in der Strafverfügung vom 18. August 2020 und im Straferkenntnis vom 28. September 2022 nachstehenden Vorwurf gemacht:

„[…]2. Datum/Zeit: 01.01.2012, 00:00 Uhr – 19.06.2020, 11:00Uhr
Ort: x

Sie sind zum angeführten Zeitpunkt am angeführten Ort der Prostitution nachgegangen, ohne sich vor Aufnahme Ihrer Tätigkeit periodisch wiederkehrend, mindestens jedoch in Abständen von drei Monaten, einer amtsärztlichen Untersuchung auf das Vorliegen einer HIV-Infektion zu unterziehen, obwohl neben den nach dem Geschlechtskrankheitengesetz, StGBl. Nr. 152/1945, und auf seiner Grundlage erlassenen Verordnungen vorgeschriebenen Untersuchungen, sich Personen vor der Aufnahme einer Tätigkeit im Sinne des Abs. 1 und danach periodisch wiederkehrend, mindestens jedoch in Abständen von drei Monaten, einer amtsärztlichen Untersuchung auf das Vorliegen einer HIV-Infektion zu unterziehen haben.
[…]
2. § 4 Abs. 2 i.V.m. § 9 Abs. 1 Z. 2 AIDS-Gesetz 1993, BGBl. Nr. 728/1993“

II.3. Beweiswürdigung

Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich widerspruchsfrei aus dem vorliegenden Akt.

III. Rechtsgrundlagen

§ 4 AIDS-Gesetz 1993 BGBl. Nr. 728/1993 lautet:

„(1) Personen, bei denen eine Infektion mit einem HIV nachgewiesen wurde oder das Ergebnis einer Untersuchung gemäß Abs. 2 nicht eindeutig negativ ist, ist es verboten, gewerbsmäßig sexuelle Handlungen am eigenen Körper zu dulden oder solche Handlungen an anderen vorzunehmen.
(2) Neben den nach dem Geschlechtskrankheitengesetz, StGBl. Nr. 152/1945, und auf seiner Grundlage erlassenen Verordnungen vorgeschriebenen Untersuchungen haben sich Personen vor der Aufnahme einer Tätigkeit im Sinne des Abs. 1 einer amtsärztlichen Untersuchung auf das Vorliegen einer HIV-Infektion zu unterziehen. Darüber hinaus haben sich Personen, die Tätigkeiten im Sinne des Abs. 1 ausüben, periodisch wiederkehrend, mindestens jedoch in Abständen von drei Monaten, einer amtsärztlichen Untersuchung auf das Vorliegen einer HIV-Infektion zu unterziehen.
(3) Die Bezirksverwaltungsbehörde hat den im § 2 der Verordnung BGBl. Nr. 314/1974 vorgesehenen Ausweis nicht auszustellen bzw. einzuziehen, wenn
1. eine HIV-Infektion vorliegt,
2. das Ergebnis einer Untersuchung im Sinne des Abs. 2 nicht eindeutig negativ ist, oder
3. die Vornahme einer Untersuchung im Sinne des Abs. 2 verweigert wird.
(4) Jeder Amtsarzt ist gegenüber Personen, die Tätigkeiten im Sinne des Abs. 1 ausüben, verpflichtet, sie anläßlich von Untersuchungen im Sinne des Abs. 2 über die Infektionsmöglichkeiten mit HIV, die Verhaltensregeln zur Vermeidung einer solchen Infektion sowie über das Verbot gemäß Abs. 1 zu belehren.“

§ 9 AIDS-Gesetz 1993 BGBl. Nr. 728/1993 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 98/2001 lautet:

„(1) Sofern die Tat nicht den Tatbestand einer in die Zuständigkeit der Gerichte fallenden strafbaren Handlung bildet, begeht eine Verwaltungsübertretung und ist hiefür mit Geldstrafe bis zu 7 260 Euro zu bestrafen, wer
1. entgegen § 4 Abs. 1 gewerbsmäßig sexuelle Handlungen am eigenen Körper duldet oder solche Handlungen an anderen vornimmt;
2. gewerbsmäßig sexuelle Handlungen am eigenen Körper duldet oder solche Handlungen an anderen vornimmt, ohne sich vor der Aufnahme dieser Tätigkeit oder regelmäßig wiederkehrend einer amtsärztlichen Untersuchung gemäß § 4 Abs. 2 zu unterziehen.
(2) Wer eine der im Abs. 1 bezeichneten Verwaltungsübertretungen begeht, nachdem er innerhalb der letzten drei Jahre schon zweimal nach Abs. 1 bestraft worden ist, ist mit Freiheitsstrafe bis zu sechs Wochen oder mit Geldstrafe bis zu 7 260 Euro zu bestrafen.
(3) Eine Verwaltungsübertretung begeht und ist hiefür mit Geldstrafe bis zu 2 180 Euro zu

bestrafen, wer die im § 2 Abs. 1 vorgesehene Meldung nicht oder nicht rechtzeitig (§ 3 Abs. 1) erstattet."

IV. Rechtliche Beurteilung

IV.1. Falscher Vorwurf/Spruchmangel

IV.1.1. Fehlender Vorwurf der Gewerbsmäßigkeit

In seinem Erkenntnis vom 3. November 2021, Ra 2020/10/0076 führt der Verwaltungsgerichtshof (in Bezug auf einen Verstoß gegen § 4 LMSVG) unter Anderem Nachstehendes aus:

„18 3.2. Nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ist es gemäß § 44a Z 1 VStG rechtlich geboten, die Tat hinsichtlich des Täters und der Tatumstände so genau zu umschreiben, dass die Zuordnung des Tatverhaltens zur Verwaltungsvorschrift, die durch die Tat verletzt worden ist, in Ansehung aller Tatbestandsmerkmale ermöglicht wird und die Identität der Tat unverwechselbar feststeht (vgl. etwa VwGH 12.2.2021, Ra 2020/04/0034, mwN).
19 Es bedarf daher zufolge § 44a Z 1 VStG bereits im Spruch der Anführung aller wesentlichen Tatbestandsmerkmale, die zur Individualisierung und Konkretisierung des inkriminierten Verhaltens und damit für die Subsumtion der Tat unter die dadurch verletzte Verwaltungsvorschrift erforderlich sind. Wird die Anführung eines wesentlichen Tatbestandselementes im Spruch unterlassen, kann dies auch nicht durch eine entsprechende Begründung ersetzt werden (vgl. etwa VwGH 24.4.2015, 2011/17/0201, 0202, mwN)."
[...]

In seinem Erkenntnis vom 6. September 2007, 2005/09/0177 führte der VwGH in einem vergleichbaren Fall Folgendes aus:

„[...] Gemäß § 4 Abs. 1 des AIDS-Gesetzes, BGBl. Nr. 728/1993, ist es Personen, bei denen eine Infektion mit einem HIV nachgewiesen wurde oder das Ergebnis einer Untersuchung gemäß Abs. 2 nicht eindeutig negativ ist, verboten, gewerbsmäßig sexuelle Handlungen am eigenen Körper zu dulden oder solche Handlungen an anderen vorzunehmen.

Nach Abs. 2 dieser Gesetzesbestimmung haben sich Personen neben den nach dem Geschlechtskrankheitengesetz, StGBl. Nr. 152/1945, und auf seiner Grundlage erlassenen Verordnungen vorgeschriebenen Untersuchungen vor der Aufnahme einer Tätigkeit im Sinne des Abs. 1 einer amtsärztlichen Untersuchung auf das Vorliegen einer HIV-Infektion zu unterziehen. Darüber hinaus haben sich Personen, die Tätigkeiten im Sinne des Abs. 1 ausüben, periodisch wiederkehrend, mindestens jedoch in Abständen von drei Monaten, einer amtsärztlichen Untersuchung auf das Vorliegen einer HIV-Infektion zu unterziehen.
Nach § 9 Abs. 1 Z. 2 AIDS-Gesetz begeht, sofern die Tat nicht den Tatbestand einer in die Zuständigkeit der Gerichte fallenden strafbaren Handlung bildet, eine

Verwaltungsübertretung und ist hiefür mit Geldstrafe bis zu 7.260 Euro zu bestrafen, wer gewerbsmäßig sexuelle Handlungen am eigenen Körper duldet oder solche Handlungen an anderen vornimmt, ohne sich vor der Aufnahme dieser Tätigkeit oder regelmäßig wiederkehrend einer amtsärztlichen Untersuchung gemäß § 4 Abs. 2 zu unterziehen.

Gemäß § 6 Abs. 1 des Wiener Prostitutionsgesetzes, LGBl. Nr. 7/1984, in der Stammfassung, haben Personen, die die Prostitution ausüben wollen, dies persönlich bei der Behörde (§ 9 Abs. 3) zu melden. Die Meldung hat Vor- und Familiennamen, alle früheren Familiennamen, Geburtsdatum, Staatsbürgerschaft, Wohnadresse und eine allfällige Anschrift im Sinne des § 5 Abs. 1 zweiter Satz und Abs. 3 zu enthalten.
[...]
Nach den weiters von der belangten Behörde in den Spruchpunkten 2 und 3 zur Verurteilung der Beschwerdeführerin herangezogenen Bundesvorschriften ist verpönt, dass Personen, die ‚gewerbsmäßig sexuelle Handlungen am eigenen Körper dulden oder solche Handlungen an anderen vornehmen', die in den von der belangten Behörde herangezogenen Normen vorgesehenen Gesundheitsuntersuchungen unterlassen. In dieser sprachlich verallgemeinerten Form kommt es nicht darauf an, ob konkret derartige Handlungen vollzogen worden sind, sondern darauf, ob diese Personen im Rahmen eines Lebenskonzeptes zur Erschließung einer Einkommensquelle wiederholt derartige Handlungen duldet oder vornimmt. Weder im Spruch noch in der Begründung des angefochtenen Bescheides finden sich konkrete Feststellungen, die ein solches Lebenskonzept erkennen ließen. Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes hat der Spruch eines verurteilenden Straferkenntnisses gemäß § 44a Z. 1 VStG die als erwiesen angenommene Tat zu enthalten. Dabei genügt es nicht, sich bei der Umschreibung der Tat (abgesehen von der Angabe der Tatzeit und des Tatortes) auf den reinen Gesetzeswortlaut zu beschränken, weil dieses essentielle Erfordernis durch eine entsprechende Bescheidbegründung nicht ersetzt werden kann (vgl. z.B. die bei Ringhofer, Verwaltungsverfahrensgesetze II, § 44a, E 9 und 10 referierte hg. Rechtsprechung). Da zur Tatbestandsmäßigkeit der der Beschwerdeführerin in Punkten 2 und 3 des angefochtenen Bescheides jeweils die Gewerbsmäßigkeit der Prostitution gehört, hätte es der Angabe konkreter Umstände (der als erwiesen angenommenen Tat) im Spruch des angefochtenen Bescheides bedurft, aus denen die Annahme der ‚Gewerbsmäßigkeit' der der Beschwerdeführerin vorgeworfenen Prostitution abgeleitet hätte werden können. Der bloße Hinweis auf die nähere Ausgestaltung des Tatortes (das Vorhandensein eines Doppelbettes in rötlich schummriger Beleuchtung) in der Begründung des Bescheides reicht hierfür nicht aus. Auch die Wiedergabe des Wortes ‚gewerbsmäßig' im Spruch eines Straferkenntnisses enthebt die Behörde nicht von der konkreten Darstellung der als Gewerbsmäßigkeit qualifizierten Tatumstände im Sinne des § 44a VStG. Dies hat die belangte Behörde verkannt."

Zusammengefasst führt der Verwaltungsgerichtshof im zu obiger Entscheidung ergangenen Rechtssatz Folgendes aus:

„Nach den zur Verurteilung der Beschwerdeführerin (ua) herangezogenen Bundesvorschriften (§ 1 der Verordnung des BMGU über die gesundheitliche Überwachung von Personen, die mit ihrem Körper gewerbsmäßig Unzucht treiben, BGBl. Nr. 314/1974 idF BGBl. Nr. 591/1993, iVm § 12 Abs. 2 des Geschlechtskrankheitengesetzes, BGBl. Nr. 152/1945 idF BGBl. I Nr. 98/2001, und nach § 4 Abs. 2 erster Satz iVm § 9 Abs. 1 Z. 2

AIDSG 1993, BGBl. Nr. 728 idF BGBl. I Nr. 98/2001) ist es verpönt, dass Personen, die ‚gewerbsmäßig sexuelle Handlungen am eigenen Körper dulden oder solche Handlungen an anderen vornehmen', die in den herangezogenen Normen vorgesehenen Gesundheitsuntersuchungen unterlassen. In dieser sprachlich verallgemeinerten Form kommt es nicht darauf an, ob konkret derartige Handlungen vollzogen worden sind, sondern darauf, ob diese Personen im Rahmen eines Lebenskonzeptes zur Erschließung einer Einkommensquelle wiederholt derartige Handlungen dulden oder vornehmen. Weder im Spruch noch in der Begründung des angefochtenen Bescheides finden sich konkrete Feststellungen, die ein solches Lebenskonzept erkennen ließen. Der Spruch eines verurteilenden Straferkenntnisses hat gemäß § 44a Z. 1 VStG die als erwiesen angenommene Tat zu enthalten. Dabei genügt es nicht, sich bei der Umschreibung der Tat (abgesehen von der Angabe der Tatzeit und des Tatortes) auf den reinen Gesetzeswortlaut zu beschränken, weil dieses essentielle Erfordernis durch eine entsprechende Bescheidbegründung nicht ersetzt werden kann (vgl. z.B. die bei Ringhofer, Verwaltungsverfahrensgesetze II, § 44a, E 9 und 10 referierte hg. Rechtsprechung). Da zur Tatbestandsmäßigkeit der herangezogenen Bundesvorschriften jeweils die Gewerbsmäßigkeit der Prostitution gehört, hätte es der Angabe konkreter Umstände (der als erwiesen angenommenen Tat) im Spruch des angefochtenen Bescheides bedurft, aus denen die Annahme der ‚Gewerbsmäßigkeit' der der Beschwerdeführerin vorgeworfenen Prostitution abgeleitet hätte werden können. Der bloße Hinweis auf die nähere Ausgestaltung des Tatortes (das Vorhandensein eines Doppelbettes in rötlich schummriger Beleuchtung) in der Begründung des Bescheides reicht hierfür nicht aus). Auch die Wiedergabe des Wortes ‚gewerbsmäßig' im Spruch eines Straferkenntnisses enthebt die Behörde nicht der konkreten Darstellung der als Gewerbsmäßigkeit qualifizierten Tatumstände iSd § 44a VStG."

In Bezug auf den vorliegenden Fall ergibt sich – noch weitergehend –, dass die belangte Behörde der Bf die im gesetzlichen Tatbestand verwendete Wendung „sexuelle Handlungen am eigenen Körper zu dulden oder solche Handlungen an anderen vorzunehmen" durch Verwendung des Wortes „Prostitution" weiter generalisiert hat, sich auf das notwendige Tatbestandsmerkmal der „Gewerbsmäßigkeit" aber überhaupt nicht bezieht und der Bf während der aufrechten Verfolgungsverjährungsfrist keine konkreten Handlungen im Sinne der dargestellten Entscheidung des VwGH vorgeworfen hat, die konkret als Gewerbsmäßigkeit im Sinne eines Lebenskonzeptes zur Erschließung einer Einkommensquelle verstanden werden könnten. Selbst wenn man die Ausführung in der Begründung des Straferkenntnisses als ausreichend ansehen wollte, erfolgten diese zu spät, zumal die Tat nach der von der belangten Behörde angenommenen Tatzeit spätestens im Juni 2020 (siehe dazu IV.1.3.) abgeschlossen war und das behördliche Straferkenntnis erst im September 2022 erging.

Die belangte Behörde wirft der Bf im Spruch zwar vor, der Prostitution nachgegangen zu sein, aus diesem Umstand kann aber auf eine Gewerbsmäßigkeit schon deshalb nicht geschlossen werden, weil Prostitution bereits dann gegeben

ist, wenn lediglich ein einzelner Kontakt gegen Entgelt stattfindet oder sich die Bf diesbezüglich sporadisch betätigt.

Der der Bf von der Behörde in Punkt 2. ihres Straferkenntnisses gemachte Vorwurf, der alleine darauf abstellt, dass die Bf in einem nicht näher konkretisierten langen Zeitraum an von der Behörde nicht festgestellten Tatorten der Prostitution nachgegangen sei, lässt keinen Rückschluss darauf zu, ob es sich dabei um ein Lebenskonzept zur Erschließung einer Einkommensquelle (Gewerbsmäßigkeit) gehandelt hat, sodass die belangte Behörde der Bf schon in Bezug auf die Bereitstellung von sexuellen Dienstleistungen eine Tat vorgeworfen hat, die nicht strafbar ist, weil es am Tatbestandsmerkmal der Gewerbsmäßigkeit fehlt.

IV.1.2. Sonstiger Vorwurf eines vom Gesetz nicht mit Strafe bedrohten Verhaltens

Mit ihrem Spruch wirft die belangte Behörde der Bf aber auch sonst kein mit Strafe bedrohtes Verhalten vor, weil sie die beiden unterschiedlichen Tatbestandsvarianten, die § 4 Abs 2 AidsG bietet, vermischt.

Gemäß § 4 Abs 2 haben sich die betroffenen Personen
(1) vor Aufnahme einer solchen Tätigkeit einer amtsärztlichen Untersuchung zu unterziehen und sich darüber hinaus
(2) periodisch wiederkehrend mindestens (gemeint höchstens oder spätestens) alle drei Monate amtsärztlichen Untersuchungen zu unterziehen.

Die belangte Behörde vermischt die beiden Tatbestandsvarianten indem sie der Bf vorwirft, die Bf habe sich nicht „vor Aufnahme Ihrer Tätigkeit periodisch wiederkehrend, mindestens jedoch in Abständen von drei Monaten, einer amtsärztlichen Untersuchung auf das Vorliegen einer HIV-Infektion“ unterzogen, womit sie unterstellt, dass eine periodische Untersuchung bereits vor Aufnahme der Tätigkeit stattzufinden hat.

Eine periodisch wiederkehrende Untersuchung vor der Aufnahme der gewerbsmäßigen Tätigkeit als Prostituierte ist im Gesetz allerdings nicht vorgesehen, weshalb auch keine Strafbarkeit gegeben ist, wenn sich die Bf vor Aufnahme ihrer Tätigkeit nicht periodisch untersuchen hat lassen. Die belangte Behörde hat der Bf einen falschen Vorwurf gemacht.

IV.1.3. Tatzeit

Die belangte Behörde geht im Hinblick auf die der Bf allenfalls vorwerfbare Tat gemäß § 4 Abs 2 iVm § 9 Abs 1 Z 2 AidsG offenbar davon aus, dass es sich um ein Dauerdelikt handelt. Sie wirft der Bf vor, die Tat über einen Tatzeitraum, der lange in der Vergangenheit beginnt, begangen zu haben.

Das Gesetz pönalisiert im gegebenen Zusammenhang aber nicht per se das Betreiben der gewerbsmäßigen Prostitution im Sinne des genannten Lebenskonzeptes, sondern zunächst die Aufnahme der Tätigkeit und in weiterer Folge die Vornahme oder Duldung der im Gesetz beschriebenen Handlungen trotz Nichtvornahme eines gebotenen Tuns (Untersuchungen bis zu einem bestimmten Zeitpunkt/periodische Nachuntersuchungen).
Es existieren also bestimmte Tatzeitpunkte. Diesbezüglich rechtswidriges Handeln kann durch „Nachholen“ des gebotenen Tuns nicht ungeschehen gemacht werden und wird der Täter nicht straflos, wenn er zu einem späteren Zeitpunkt den gesetzlich vorgesehenen Untersuchungstermin vornimmt. (vgl. *Hauer/Leukauf*[5], § 31 VStG, S 909 ff.).

Die Verfolgungsverjährung tritt insofern ein Jahr nach dem jeweiligen einzuhaltenden Termin ein.

IV.2. „Sache“ des Beschwerdeverfahrens:

„Nach stRsp des VwGH ist – sofern die Gesetze nicht anderes anordnen (VwGH 19.2.2003, 99/08/0146) – ‚Sache‘ des Berufungsverfahrens der Gegenstand des Verfahrens in der Vorinstanz, dh jene Angelegenheit, die den Inhalt des Spruchs des angefochtenen Bescheides der Unterinstanz (einschließlich beigesetzter Auflagen und Bedingungen [VwGH 22.3.2000, 98/04/0019; 4.4.2002, 2002/08/0066] sowie Leistungsfristen [VwGH 15.6.1992, 91/10/0133; 18.1.1999, 98/10/0097]) gebildet hat (VwSlg 11.237 A/1983 verst Sen; VwGH 19.2.2003, 99/08/0146; 16.11.2005, 2004/08/0025; VfSlg 15.070/1998; Walter/Thienel AVG § 66 Anm 10). Die Grenzen der Sache, über welche die Berufungsbehörde abzusprechen hat, bestimmen sich nicht nach der Angelegenheit, die vor der untergeordneten Instanz in Verhandlung war, sondern nach dem Gegenstand, der durch den Spruch des Bescheides entschieden wurde (VwGH 4.9.2003, 2003/21/0082; VfSlg 7240/1973; Hengstschläger[3] Rz 516; Thienel4 267), dh die Berufungsbehörde darf sachlich nicht über mehr absprechen, als Gegenstand der Entscheidung der unteren Instanz war (VwGH 28.4.1987, 86/07/0043; 31.5.1990, 89/09/0143; 19.5.2004, 2003/18/0081; Walter/Mayer Rz 538).“ [*Hengstschläger/Leeb,* AVG § 66 RZ 59 (Stand 1.7.2007, rdb.at)]
[Hervorhebungen nicht im Original]

In seiner Entscheidung vom 14. März 2017, E 3282/2016 in welcher der VfGH sich mit der Entscheidung des EGMR vom 20. September 2016, Appl. 926/08 „Karelin gegen Russland“ auseinandersetzte, sprach er aus, dass der Prüfungsumfang der Verwaltungsgerichte sich im Verwaltungsstrafverfahren (wie auch im allgemeinen Verwaltungsverfahren) nach der Vorschrift des § 27 VwGVG richtet und der Gegenstand des Beschwerdeverfahrens und somit auch der Prüfungsumfang im Verfahren vor den Verwaltungsgerichten durch das Straferkenntnis der Verwaltungsbehörde begrenzt ist, womit es den Verwaltungsgerichten verwehrt ist, über den Gegenstand des Straferkenntnisses hinauszugehen. Das erstinstanzliche Straferkenntnis der belangten Behörde repräsentiere gleichsam

die Anklageschrift im Beschwerdeverfahren vor dem Verwaltungsgericht (vgl. VwGH 14.07.2005, 2004/06/0064; 13.12.2016, Ra 2016/09/0040).

In seinem Erkenntnis vom 8. März 2017, Ra 2016/02/0226 führte der Verwaltungsgerichtshof aus, dass nach seiner Rechtsprechung eine Präzisierung der rechtlichen Grundlage der Bestrafung (Angabe der verletzten Verwaltungsbestimmung und angewendeten Strafnorm) zulässig sei, wenn es nicht zu einem „Austausch der Tat“ durch Heranziehung eines anderen als des ursprünglich der Bestrafung zu Grunde gelegten Sachverhalts kommt (vgl. VwGH vom 17. Februar 2016, Ra 2016/04/0006 m.w.H.).

Bereits vor der Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012 sei eine solche Erweiterung des Vorwurfs erst durch die Berufungsbehörde unzulässig gewesen. Eine Befugnis der Verwaltungsgerichte zur Ausdehnung des Gegenstands des Verfahrens über die Sache des Verwaltungsstrafverfahrens im Sinn des § 50 VwGVG hinaus sei durch die Novelle nicht geschaffen worden. So stelle etwa eine Ausdehnung des Tatzeitraumes erst im Beschwerdeverfahren in Verwaltungsstrafsachen vor dem Verwaltungsgericht weiterhin eine unzulässige Erweiterung des Tatvorwurfs und der Sache des Verfahrens im Sinn des § 50 VwGVG dar (vgl. hierzu ausführlich VwGH vom 5. November 2014, Ra 2014/09/0018).

Sache des Verwaltungsstrafverfahrens ist die dem Beschuldigten innerhalb der Verjährungsfrist zur Last gelegte Tat mit ihren wesentlichen Sachverhalts-elementen unabhängig von ihrer rechtlichen Beurteilung (vgl etwa VwGH 8. November 2000, 99/04/0115).

Zu einer Abänderung des Tatvorwurfs ist das Verwaltungsgericht nicht befugt, weil dieser erweiterte Tatvorwurf jedenfalls nicht Sache des Beschwerdeverfahrens ist (vgl instruktiv VwGH 8. März 2017, Ra 2016/02/0226 RN 10).

Die belangte Behörde macht der Bf den Vorwurf, sie habe sich vor Aufnahme ihrer Tätigkeit nicht periodisch wiederkehrend, amtsärztlich untersuchen lassen.
Dieses der Bf vorgeworfene Verhalten ist nicht strafbar.
Darüber hinausgehend hat die belangte Behörde der Bf nach dem Gesagten auch nicht vorgeworfen, dass sie ihrer Tätigkeit gewerbsmäßig nachgegangen ist.

Das Verwaltungsgericht ist nicht berechtigt, den durch den Spruch des behördlichen Straferkenntnisses festgelegten Tatvorwurf durch Ergänzung von Umständen, die Gewerbsmäßigkeit iSd Gesetzes darstellen würden abzuändern. Ebenso ist das Verwaltungsgericht nicht berechtigt neue Tatvorwürfe hinsichtlich der vom Gesetz inkriminierten Handlungen, also die gewerbsmäßige Duldung oder Vornahme sexueller Handlungen zu einem innerhalb der Verfolgungsverjährungsfrist liegenden Zeitpunkt zu dem keine gültige periodische

Untersuchung vorlag (Hinsichtlich der Erstuntersuchung ist zweifelsfrei Verjährung eingetreten), zu formulieren, weil es sich dabei um eine andere Tat handelt und das Verwaltungsgericht nicht berechtigt ist, die Tat auszuwechseln.

IV.3. Demgemäß ist Spruchpunkt 2. des angefochtenen Straferkenntnisses vom Verwaltungsgericht aufzuheben und das Verwaltungsstrafverfahren diesbezüglich gemäß § 45 Abs 1 Z 1 VStG einzustellen.
Die der Bf vorgeworfene Tat ist nicht strafbar.

IV.4. Bei diesem Ergebnis fallen keine Verfahrenskostenbeiträge an.

V. 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. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Es liegen auch 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. Pohl