

Gericht

Verwaltungsgerichtshof

Entscheidungsdatum

20.05.2015

Geschäftszahl

Ra 2014/09/0041

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Sulyok und die Hofräte Dr. Rosenmayr und Mag. Feiel als Richter, im Beisein des Schriftführers Mag. Senft, über die außerordentliche Revision des NN in W, vertreten durch Dr. Georg Lehner, Rechtsanwalt in 4600 Wels, Südtirolerstraße 12a, gegen das Erkenntnis des Verwaltungsgerichts Wien vom 5. März 2014, Zl. VGW-141/016/3870/2014-17, betreffend Bestrafung wegen Übertretungen des Ausländerbeschäftigungsgesetzes (belangte Behörde vor dem Verwaltungsgericht: Magistrat der Stadt Wien), zu Recht erkannt:

Spruch

Das angefochtene Erkenntnis wird wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufgehoben.

Der Bund hat dem Revisionswerber Aufwendungen in der Höhe von EUR 1.346,40 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Begründung

Mit Erkenntnis des Verwaltungsgerichtes Wien vom 5. März 2014 wurde der Revisionswerber für schuldig erkannt, er habe es als Arbeitgeber mit Standort des Gastgewerbes, Betriebsart Restaurant, in W., F-gasse 32 zu verantworten, dass er die näher bezeichneten bulgarischen Staatsangehörigen 1) H.H., von 18. Jänner 2010 bis 7. Juli 2011, 2) Ti.M., von 20. April 2010 bis 7. Juli 2011,

3) Ts.M., von 20. April 2010 bis 7. Juli 2011 und 4) V.V., von 18. Jänner 2010 bis 7. Juli 2011 beschäftigt habe, obwohl für diese Ausländer keine arbeitsmarktbehördlichen Bewilligungen bzw. Bestätigungen ausgestellt worden seien (Anonymisierungen durch den Verwaltungsgerichtshof).

Der Revisionswerber habe dadurch § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a iVm § 3 Abs. 1 AuslBG verletzt, weshalb über ihn vier Geldstrafen in der Höhe von jeweils EUR 2.000,--, für den Uneinbringlichkeitsfall Ersatzfreiheitsstrafen von jeweils zwei Tagen, verhängt wurden.

Das Verwaltungsgericht Wien sprach gemäß § 25a VwGG aus, dass eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 B-VG unzulässig sei.

Nach Darstellung des Verwaltungsverfahrens führte das Verwaltungsgericht Wien zum Gang des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens Folgendes aus:

"Beim UVS Wien war zur Zahl UVS-07/XXX ein den Berufungswerber, ebenfalls vertreten durch Dr. Lehner, betreffendes Verfahren wegen § 111 ASVG anhängig und zwar wegen der Beschäftigung des eingangs erwähnten M.K. vom 7. 2. 2011 bis zum 7. 7. 2011. In der Berufungsverhandlung schränkte der Berufungswerber die Berufung auf die Strafhöhe ein. In Kenntnis dieses Verfahrens setzte sich, dem Aktenvermerk vom 15.10.2013 zu Folge, der UVS mit dem Vertreter des Berufungswerbers wegen einer allfälligen Einschränkung der Berufung auf die Strafhöhe in Verbindung. Der Vertreter ersuchte um Durchführung einer Berufungsverhandlung und führte sinngemäß aus, er könne seinen Mandanten von der Aussichtslosigkeit der Berufung nicht überzeugen. In der weiteren Folge wurde eine Berufungsverhandlung für den 27.11.2013 um 10.00 Uhr vor dem UVS Wien anberaumt. Um 09.00 Uhr teilte der Rechtsvertreter des Berufungswerbers telefonisch mit, dass er wegen einer Panne voraussichtlich 1 Stunde später erscheinen werde. Versuche, den Vertreter um 10.00 Uhr sowie um 10.15 Uhr auf seinem Mobiltelefon anzurufen, schlugen fehl; es war jeweils nur die Mobilbox erreichbar. Die Verhandlung wurde sodann um 11.25 Uhr auf unbestimmte Zeit vertagt.

Bei einem Telefongespräch am 28.11.2013 teilte der Rechtsvertreter dem Richter mit, er habe zunächst eine Autopanne gehabt und sei in der weiteren Folge auch sein Handy ausgefallen; der Akku sei leer gewesen.

Zur Verhandlung vor dem Verwaltungsgericht Wien, welche für den 10.2.2014 anberaumt war, sind weder der Berufungswerber, noch sein Vertreter erschienen. In einer per Fax am 10.2.2014 um 09.29 Uhr beim Verwaltungsgericht Wien eingelangten Mitteilung führt der Rechtsvertreter aus, der Beschwerdeführer habe ihm soeben mitgeteilt, dass er während eines Auslandsaufenthaltes erkrankt sei und daher nicht zu der für heute anberaumten mündlichen Verhandlung erscheinen könne. Eine ärztliche Bestätigung werde dem Verwaltungsgericht Wien sobald wie möglich vorgelegt werden. Der Beschwerdeführer verzichte nicht auf die Durchführung einer mündlichen Verhandlung. Im Hinblick auf die Erkrankung werde ersucht, den Verhandlungstermin abzusetzen und die Verhandlung auf einen späteren Termin zu verlagern. Die Verhandlung wurde sodann telefonisch auch gegenüber dem Vertreter des Finanzamtes abberaumt.

Zur Verhandlung am 27.2.2014 sind der Beschwerdeführer und sein Rechtsvertreter wiederum nicht erschienen.

Mit Fax vom 26.2.2014, 16.41 Uhr, teilt der Beschwerdeführer durch seinen Vertreter mit, die Erkrankung habe sich als so schwerwiegend herausgestellt, dass es ihm nicht möglich sei, zu der für den 27.2.2014 anberaumten Verhandlung zu erscheinen. Er befinde sich seit Anfang Februar 2014 in Bulgarien und habe sich der anfängliche grippale Infekt mit hohem Fieber, der ihn an der Rückkehr nach Österreich und der Teilnahme an der mündlichen Verhandlung vom 10.2.2014 hinderte, sich zu einer schwerwiegenden, echten Virusgrippe entwickelt, gefolgt von einer schweren Bronchitis. Auf Grund seiner Erkrankung sei ihm eine Bestätigung seiner Erkrankung samt Bescheinigung der Arbeitsunfähigkeit bis zum 3.3.2014 ausgestellt worden. Diese Bescheinigung liegt in beglaubigter Übersetzung aus den bulgarischen bei. Demnach ist die Ursache für die Arbeitsunfähigkeit: Allgemeine Erkrankung; als Therapie ist angeführt: 'Heimbehandlung', die Dauer ist mit 15 Tagen angegeben, die Wiederaufnahme der Arbeit am 3.3.2014, die Anzahl der Tage in Heimbehandlung: 15. Ausgestellt wurde diese Bescheinigung am 17.2.2014.

Ergänzend führt der Beschwerdeführer aus, auf die Durchführung der Verhandlung nicht zu verzichten. Die beantragten Zeugen mögen zum Beweis dafür einvernommen werden, dass eine generelle Vertretungsbefugnis bestanden habe, dass also die jeweilige Zustellerfirma berechtigt gewesen sei, sich ohne Zustimmung des Auftraggebers geeignete Vertreter oder Hilfskräfte zu bedienen (Punkt 9 des Vertrages), weiters, dass die Zustellfirmen über eine eigene unternehmerische Infrastruktur, insbesondere Gewerbeberechtigungen, Fahrzeuge, Büro, Buchhaltung/ Rechnungswesen/ Steuerberater verfügten und auch werbend am Markt aufgetreten seien. Sie seien weiters berechtigt gewesen, für andere Auftraggeber tätig zu werden und seien auch tatsächlich für andere Auftraggeber tätig geworden. Weiters mögen sie zum Beweis dafür einvernommen werden, dass die Zustelltätigkeit eigene Gewährleistungs- und Haftungsregelungen bestanden hätten, die insbesondere darauf abgezielt hätten, dass die Speisen und Getränke innerhalb eines bestimmten Zeitraumes unversehrt bzw. warm beim Endkunden abgeliefert werden mussten. Im Falle der Nichteinhaltung der Zeitgarantie oder eines sonst nicht ordnungsgemäßen Zustellvorganges habe der Zusteller kein Entgelt erhalten bzw. sei das Entgelt entsprechend reduziert worden, was ein klassisches Unternehmerrisiko darstelle. Die Zustellfirmen stellten ein von den Produkten, Dienstleistungen und Zwischenergebnissen des Beschwerdeführers völlig abweichendes, ununterscheidbares und nur den Zustellfirmen als Werkunternehmer zurechenbares Werk her. Insbesondere wären die Zeugen auch zum Beweis dafür einzuvernehmen, dass die Gewährleistungs- und Haftungsregelung, sowie die allgemeine Vertretungsbefugnis in der Praxis auch so gelebt worden seien. Auch hätten sie die Zustellaufträge sanktionslos ablehnen können und habe es keine fixen Dienstpläne gegeben. Weiters verwies er auf ein näher genanntes Erkenntnis des UVS Oberösterreich.

Die Verhandlung wurde aufgerufen, der Vertreter des Finanzamtes beantragte die Abweisung der Beschwerde in der Schuldfrage, erklärte sich mit der Herabsetzung der Geldstrafen auf die Mindeststrafe einverstanden und wurde die vorstehende Entscheidung am Schluss der Verhandlung verkündet.

Im vorliegenden Fall besteht kein wie immer gearteter Zweifel, dass es der Beschwerdeführer darauf anlegte, das Verfahren in die Verjährung zu führen.

Ohne die Anhörung des Beschwerdeführers, sowie der Ausländer war aus folgenden Erwägungen zulässig:

Unbestritten steht fest, dass die Speisen und Getränke, von den im Spruch genannten Ausländern ausgeführt wurden. Das Vorbringen, er habe sich der genannten Gesellschaft bedient, ist ein bloßes Spiel mit Worten. Die 'H.V. OG' besteht aus H.H. und V.V., die 'M. OG' aus seiner Schwester und seinem Schwager, welche natürlichen Personen die Lebensmittel ausliefern. Für diese Tätigkeiten bedarf es keiner Qualifikation, es genügt die Berechtigung einen PKW zu lenken. Eine derartige Tätigkeit kann niemals ein Werk im Sinne eines Werkvertrages sein, geschuldet ist lediglich ein fortdauerndes Bemühen.

...(Es folgt die auszugsweise Wiedergabe des die Zustellung von Pizzen betreffenden, zum AuslBG ergangenen hg. Erkenntnisses vom 3. Oktober 2013, 2013/09/0113.) ...

Im vorliegenden Fall handelte es sich bei der Tätigkeit als Pizzazusteller um eine Hilfstätigkeit, die im Bezug auf die Art der Arbeitsausführung nur wenig Gestaltungsspielraum erlaubte. Dass die Speisen und Getränke so auszuliefern waren, dass sie von den Kunden auch zu sich genommen werden konnten, ist selbstverständlich. Auch ist unerheblich, ob die Zusteller auch für andere Unternehmen tätig waren, was im Übrigen wohl zutreffen wird: Schließlich hatten alle vier Ausländer von diesen Zustellungen ihren Lebensunterhalt zu bestreiten, was über eine einzige Pizzamann-Filiale wohl nicht möglich gewesen wäre.

Unter diesem Gesichtspunkt ist auch nachvollziehbar, dass der auf Abruf bereitstehende Beauftragte einen Zustellauftrag ablehnen konnte und ist in diesem Zusammenhang auch die allfällige Vertretung zu verstehen. Wenn es tatsächlich so war, wie im Schreiben vom 26.2.2014 dargestellt, dass für nicht ordnungsgemäß ausgeführte Zustellungen Abzüge vorgenommen wurden, so indiziert dies lediglich ein besonderes Ausbeutungsverhältnis, keinesfalls aber die Selbstständigkeit der Zusteller. Dass sich bei dieser Konstruktion des Vertragsverhältnisses die Zusteller selbst um Versicherung und Steuern zu kümmern hatten, ist zwingend.

Im Übrigen geht das erkennende Gericht von der Richtigkeit des Vorbringens aus, dass die hier in Rede stehende Konstruktion auf einen Rat eines Steuerberaters zurückzuführen war. Dies vermag den Beschwerdeführer jedoch nicht zu entschuldigen, weil diesbezügliche Erkundigungen bei der zuständigen Behörde einzuholen gewesen wären; siehe dazu ebenfalls das oben genannte Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 3.10.2013. Ob der UVS Oberösterreich in einem vergleichbaren Fall anders entschieden hat, ist unerheblich, da den Entscheidungen der Unabhängigen Verwaltungssenate keine präjudizielle Wirkung zukam.

Gründe für die Annahme eines besonderen Unwertgehaltes oder eines bloß geringen Verschuldens sind nicht hervorgekommen. Da somit nichts für die Verhängung einer höheren, als der im Gesetz vorgesehenen Mindeststrafe hervorgekommen ist, allerdings auch nichts für deren Unterschreitung, kann eine nähere Begründung der Strafhöhe entfallen.

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. Ebenfalls liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor."

Gegen dieses Erkenntnis erhob der Revisionswerber Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof, der die Behandlung derselben mit Beschluss vom 5. Juni 2014, E 251/2014-4, ablehnte und die Beschwerde über nachträglichen Antrag im Sinne des § 87 Abs. 3 VfGG gem. Art. 144 Abs. 3 B-VG dem Verwaltungsgerichtshof mit Beschluss vom 31. Juli 2014, E 251/2014-6, zur Entscheidung abtrat.

Gegen das Erkenntnis vom 5. März 2014 richtet sich nunmehr die außerordentliche Revision vor dem Verwaltungsgerichtshof. Der vor dem Verwaltungsgericht belangte Magistrat der Stadt Wien erstattete eine Revisionsbeantwortung, in welcher die Abweisung der außerordentlichen Revision beantragt wurde.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Gemäß § 34 Abs. 1a VwGG ist der Verwaltungsgerichtshof bei der Beurteilung der Zulässigkeit der Revision gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG an den Ausspruch des Verwaltungsgerichtes gemäß § 25a Abs. 1 VwGG nicht gebunden. Die Zulässigkeit einer außerordentlichen Revision gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG hat der Verwaltungsgerichtshof im Rahmen der dafür in der Revision vorgebrachten Gründe (§ 28 Abs. 3 VwGG) zu überprüfen.

Zur Zulässigkeit bringt der Revisionswerber zunächst vor, er habe bei den anberaumten mündlichen Verhandlungen ohne sein Verschulden nicht teilnehmen können, sein Fernbleiben sei jeweils von Seiten des rechtsfreundlichen Vertreters entschuldigt worden. Das Verwaltungsgericht habe zu Unrecht seine Einvernahme unterlassen.

Nach dem auch im Verwaltungsstrafverfahren (vgl. § 38 VwGVG iVm § 24 VStG) anzuwendenden § 19 Abs. 3 AVG (hier: idF BGBl. I Nr. 33/2013) hat, wer nicht durch Krankheit, Behinderung oder sonstige begründete Hindernisse vom Erscheinen abgehalten ist, die Verpflichtung, der Ladung Folge zu leisten.

Der Revisionswerber verkennt, dass er nach dem Akteninhalt zur öffentlichen mündlichen Verhandlung vor dem UVS Wien am 27. November 2013 geladen wurde, an dieser Verhandlung als Partei teilzunehmen. Es wurde dem Revisionswerber freigestellt, gemeinsam mit seinem Vertreter zu erscheinen. Die Autopanne des Rechtsvertreters entschuldigte nicht das Fernbleiben des in Wien wohnhaften Revisionswerbers selbst.

Betreffend die weiteren, vom - das Verfahren weiterführenden -

Verwaltungsgericht Wien anberaumten Verhandlungen vom 10. Februar 2014 und 27. Februar 2014 wurde der Revisionswerber aufgefordert, an denselben als Partei teilzunehmen oder einen Vertreter zu entsenden. Die Vorlage der beglaubigten Übersetzung der am 17. Februar 2014 ausgestellten ärztlichen "Krankenbescheinigung", derzufolge der Revisionswerber ab 17. Februar 2014 bis 2. März 2014 "beurlaubt" worden sei, ist nicht geeignet darzutun, dass der Revisionswerber durch Krankheit, Gebrechlichkeit oder sonstige begründete Hindernisse am Erscheinen zur Verhandlung vom 10. Februar 2014 verhindert und daher das Nichterscheinen bei dieser Verhandlung hinreichend entschuldigt war.

In keinem Fall wurde vom Revisionswerber ein Vertreter entsandt. Der Vertagungsantrag des Revisionswerbers vom 26. Februar 2014 wurde am Vorabend zur Verhandlung vom 27. Februar 2014 gestellt, daher äußerst kurzfristig, obwohl die Krankenbescheinigung schon am 17. Februar 2014 ausgestellt worden sei.

Vor dem Hintergrund des Ablaufs der Frist gemäß § 43 Abs. 1 VwGVG mit am 3. März 2014 und der Umstände des vorliegenden Falles kann der Verwaltungsgerichtshof im Rahmen seiner eingeschränkten Kontrolle der Beweiswürdigung (vgl. dazu etwa das hg. Erkenntnis vom 7. September 1990, 90/18/0110) nicht erkennen, dass die diesbezügliche Beurteilung des Verwaltungsgerichtes, das festhielt, dass es der Beschwerdeführer darauf anlegte, das Verfahren in die Verjährung zu führen, und somit das Fernbleiben des Revisionswerbers von den Verhandlungen als nicht gerechtfertigt ansah, als unschlüssig anzusehen wäre.

Da der Revisionswerber somit trotz ordnungsgemäßer Ladungen nicht erschienen ist, hinderte dies weder die Durchführung der Verhandlungen noch die - vor Ablauf der Frist des § 43 Abs. 1 VwGVG erfolgte - mündliche Erlassung des Erkenntnisses des Verwaltungsgerichtes (vgl. § 45 Abs. 2 VwGVG).

Der Revisionswerber führt zur Zulässigkeit der Revision ferner aus, dass das Verwaltungsgericht wesentliche Verfahrensgrundsätze außer Acht gelassen habe, kein ordnungsgemäßes Ermittlungsverfahren durchgeführt und der gesetzlichen Feststellungs- und Begründungspflicht nicht entsprochen habe. Der Revisionswerber habe von Anbeginn des Verfahrens die Einvernahme der Zeugen H.H., T.M., Z.M. und V.V. beantragt - für diese wären amtsbekannte inländische Zustelladressen vorgelegen. Das Verwaltungsgericht habe keinen der Zeugen geladen. Der Revisionswerber habe mehrmals ausdrücklich vorgebracht, dass die vier Zeugen insbesondere zum Beweis dafür einvernommen werden mögen, dass eine generelle Vertretungsbefugnis bestand, d.h. die jeweiligen Zustellfirmen berechtigt gewesen seien, sich ohne Zustimmung des Auftraggebers geeigneter Vertreter oder Hilfskräfte zu bedienen, die Zustellfirmen über jeweils eigene unternehmerische Infrastrukturen, insbesondere Gewerbeberechtigungen, Fahrzeuge, Büro, Buchhaltung, Rechnungswesen, Steuerberater verfügt hätten und auch werbend auf dem Markt aufgetreten seien. Sie seien nicht nur berechtigt gewesen, für andere Auftraggeber tätig zu werden, sondern hätten auch tatsächlich regelmäßig für andere Auftraggeber Zustelltätigkeiten verrichtet. Weiters hätten für die Zustelltätigkeiten eigene Gewährleistungs- und Haftungsregelungen bestanden. Der Revisionswerber habe sich insbesondere mehrmals darauf berufen, dass die Regelungen über die allgemeine Vertretungsbefugnis, Haftung, etc. auch in der Praxis tatsächlich so gelebt worden seien - was wohl nur durch Einvernahme der beteiligten Personen festgestellt werden könne. Die Einvernahme der Zeugen sei für die Wahrheitsfindung im Hinblick auf das detaillierte Vorbringen des Revisionswerbers zu den Beweisthemen absolut unerlässlich gewesen. Ohne weiterführende Beweisaufnahme habe das Verwaltungsgericht von vornherein angenommen, dass zwischen den Gesellschaftern der jeweiligen Gesellschaften und dem Revisionswerber Dienstverhältnisse vorgelegen seien.

Damit zeigt der Revisionswerber Abweichungen des Erkenntnisses des Verwaltungsgerichtes von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auf. Die Revision hängt auch von den ins Treffen geführten Rechtsfragen zu Begründungs- und Verfahrensmängeln ab. So wurde die Relevanz des Mangels für den Verfahrensausgang dargetan - im Falle eines mangelfreien Verfahrens ist es nicht auszuschließen, dass das Verwaltungsgericht zu einer anderen - für den Revisionswerber günstigeren - Sachverhaltsgrundlage gelangt. Die Revision erweist sich als zulässig und berechtigt:

Gemäß § 29 Abs. 1 zweiter Satz VwGVG sind die Erkenntnisse der Verwaltungsgerichte zu begründen. Vor dem Hintergrund des § 38 VwGVG iVm § 24 VStG hat das Verwaltungsgericht seine Entscheidung iSd § 58 AVG zu begründen (vgl. Abs. 2 dieser Bestimmung). Im Sinne des § 60 AVG sind in der Begründung die Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens, die für die Beweiswürdigung maßgeblichen Erwägungen, sowie die darauf gestützte Beurteilung der Rechtsfrage klar und übersichtlich zusammenzufassen.

Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (vgl. die hg. Erkenntnisse vom 20. März 2014, 2012/08/0024, und vom 21. Dezember 2010, 2007/05/0231, beide mwH) erfordert dies in einem ersten Schritt die eindeutige, eine Rechtsverfolgung durch die Partei ermöglichende und einer nachprüfenden Kontrolle durch die Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts zugängliche konkrete Feststellung des der Entscheidung zugrunde gelegten Sachverhalts, in einem zweiten Schritt die Angabe jener Gründe, welche die Behörde im Falle des Vorliegens widerstreitender Beweisergebnisse in Ausübung der freien Beweiswürdigung dazu bewogen haben, gerade jenen Sachverhalt festzustellen, und in einem dritten Schritt die Darstellung der rechtlichen Erwägungen, deren Ergebnisse zum Spruch des Bescheides geführt haben.

Die von § 60 AVG verlangte Zusammenfassung wird in Bezug auf die Beweiswürdigung kurz ausfallen können, wenn keine einander widersprechenden Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens vorliegen. Bei Widersprüchen allerdings zwischen den Behauptungen und den Angaben der Verfahrenspartei und sonstigen Ermittlungsergebnissen bedarf es einer klaren und übersichtlichen Zusammenfassung der maßgeblichen, bei der Beweiswürdigung angestellten Erwägungen, damit der Verwaltungsgerichtshof die Entscheidung auf ihre inhaltliche Rechtmäßigkeit überprüfen kann. Eine dem § 60 AVG entsprechende Entscheidungsbegründung muss (auch) zu widersprechenden Beweisergebnissen im einzelnen Stellung nehmen und schlüssig darlegen, was die Behörde veranlasst hat, dem einen Beweismittel mehr Vertrauen entgegenzubringen als dem anderen; die dabei vorgenommenen Erwägungen müssen schlüssig sein, das heißt mit den Gesetzen der Logik und dem allgemeinen menschlichen Erfahrungsgut im Einklang stehen.

Die drei logisch aufeinander aufbauenden und formal zu trennenden Elemente einer ordnungsgemäß begründeten verwaltungsgerichtlichen Entscheidung bestehen sohin erstens in einer im Indikativ gehaltenen Tatsachenfeststellung, zweitens in der Beweiswürdigung und drittens in der rechtlichen Beurteilung. Die bloße Zitierung von Beweisergebnissen wie zB von Zeugenaussagen ist weder erforderlich noch hinreichend, eine

Aufzählung aufgenommenen Beweise mag zweckmäßig sein. Lässt eine Entscheidung die Trennung dieser Begründungselemente in einer Weise vermissen, dass die Rechtsverfolgung durch die Partei oder die nachprüfende Kontrolle durch die Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts maßgeblich beeinträchtigt wird, dann führt ein solcher Begründungsmangel zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung schon aus diesem Grund. Gleiches gilt, wenn eine solche maßgebliche Beeinträchtigung sonst in einem Mangel an Klarheit bzw. Übersichtlichkeit der Zusammenfassung iSd § 60 AVG gründet (vgl. zum Ganzen die hg. Erkenntnisse vom 24. April 2014, 2013/09/0041, sowie vom 21. Oktober 2014, Ro 2014/03/0076, mwN).

Für die gegenständlich maßgebende Rechtsfrage, ob die Tätigkeit der im Spruch des angefochtenen Erkenntnis genannten ausländischen Staatsangehörigen unter den Beschäftigungsbegriff des § 2 Abs. 2 lit. a oder b AuslBG einzuordnen ist, ist zu prüfen, ob die Tätigkeit in persönlicher (Arbeitsverhältnis) bzw. wirtschaftlicher (arbeitnehmerähnliches Verhältnis) Abhängigkeit des Arbeitenden vom Beschäftiger ausgeübt wird. Das Tatbestandselement der Beschäftigung ist ausschließlich nach dem wahren wirtschaftlichen Gehalt der Tätigkeit zu beurteilen (§ 2 Abs. 4 AuslBG). Auf eine zivilrechtliche Betrachtung, ob überhaupt ein Arbeitsvertrag zustande kam, ob diesem (etwa im Hinblick § 879 ABGB oder mangels einer rechtsgeschäftlichen Willensübereinstimmung) Mängel anhaften, oder wie die Vertragsparteien die Tätigkeit bezeichnet haben, kommt es nicht an (vgl. die hg. Erkenntnis vom 23. Mai 2002, Zl. 2000/09/0190, mwN, sowie vom 25. Juni 2013, 2011/09/0098).

Für die Annahme eines Arbeitsverhältnisses (§ 2 Abs. 2 lit. a AuslBG) ist entscheidend, dass die persönliche Abhängigkeit vom Arbeitgeber vorliegt, die sich in der Eingliederung in und die Unterwerfung unter die betriebliche Organisation des Arbeitgebers manifestiert. Daraus resultiert dann auch die wirtschaftliche Abhängigkeit. Wesentlich sind dabei die persönliche Dienstpflicht (Ausschluss einer Vertretung), die Weisungsunterworfenheit hinsichtlich Zeit, Ort und Art der Arbeitsdurchführung und die damit verbundene Ausschaltung jeglicher Bestimmungsfreiheit, ferner die Kontrolle durch den Dienstgeber (vgl. z.B. das hg. Erkenntnis vom 16. September 2010, 2010/09/0069).

Bei der Qualifikation einer Tätigkeit als arbeitnehmerähnlich im Sinne des § 2 Abs. 2 lit. b AuslBG ist unter anderem zu bedenken, dass das Rechtsverhältnis der arbeitnehmerähnlichen Person zu ihrem Auftraggeber ein Werkvertragsverhältnis, aber auch ein so genannter "freier Dienstvertrag" sein kann. Gegenstand der Verpflichtung im Rahmen eines arbeitnehmerähnlichen Verhältnisses kann demgemäß jede Art von Arbeitsleistung sein. Entscheidend für die Frage der Arbeitnehmerähnlichkeit ist die wirtschaftliche Unselbständigkeit, derentwegen eine Person, die im Auftrag und für Rechnung einer anderen Person Arbeit leistet, ohne in einem Arbeitsverhältnis zu stehen, sich in einer einem Arbeitnehmer ähnlichen wirtschaftlichen Abhängigkeit befindet. Der "Arbeitnehmerähnliche" ist jedenfalls nicht persönlich vom Empfänger der Arbeitsleistung abhängig. Seine wirtschaftliche Unselbständigkeit, derentwegen er als arbeitnehmerähnlich zu qualifizieren ist, muss eher darin erblickt werden, dass er unter ähnlichen wirtschaftlichen und sozialen Bedingungen wie ein Arbeitnehmer tätig und daher insofern vom Empfänger der Arbeitsleistung wirtschaftlich abhängig ist (vgl. die hg. Erkenntnisse vom 22. Februar 2006, Zl. 2002/09/0187, sowie vom 9. Oktober 2006, Zl. 2005/09/0074).

Typische Merkmale wirtschaftlicher Unselbständigkeit sind:

1. die Verrichtung der Tätigkeit nicht in einem Betrieb oder einer Betriebsstätte des Verpflichteten, sondern in einem Betrieb des Unternehmers; 2. eine gewisse Regelmäßigkeit und längere Dauer der Tätigkeit; 3. die Verpflichtung zur persönlichen Erbringung der geschuldeten Leistung; 4. Beschränkungen der Entscheidungsfreiheit des Verpflichteten hinsichtlich der Verrichtung der Tätigkeit (Weisungsgebundenheit, "stille" Autorität); 5. die Berichterstattungspflicht; 6. die Arbeit mit Arbeitsmitteln des Unternehmers; 7. das Ausüben der Tätigkeit für einen oder eine geringe Anzahl, nicht aber für eine unbegrenzte Anzahl ständig wechselnder Unternehmer; 8. die vertragliche Einschränkung der Tätigkeit des Verpflichteten in Bezug auf andere Personen (Unternehmerbindung, Konkurrenzverbot); 9. die Entgeltlichkeit und 10. die Frage, wem die Arbeitsleistung zu Gute kommt (vgl. die hg. Erkenntnisse vom 22. Februar 2006, Zl. 2005/09/0012, sowie vom 28. Februar 2012, 2009/09/0128).

Für eine unternehmerische Tätigkeit spricht hingegen, dass der Arbeitende das entsprechende wirtschaftliche Risiko tragen will, indem er z.B. losgelöst vom konkreten Auftrag spezifische Betriebsmittel anschafft, werbend auf dem Markt auftritt, auch sonst über eine gewisse unternehmerische Infrastruktur verfügt und seine Spesen in die dem Auftraggeber verrechneten Honorare selbst einkalkuliert, wie dies bei einer Pauschalabgeltung in der Regel der Fall ist (vgl. etwa das hg. Erkenntnis vom 22. April 2010, 2008/09/0295).

Zwar handelt es sich bei der Zustellung von Pizzen für eine Pizzeria, auch wenn dies mit einem Pkw erfolgt, im Wesentlichen um eine einfache Tätigkeit, die typischerweise in einem Arbeitsverhältnis erbracht wird (vgl. das hg. Erkenntnis vom 14. Jänner 2010, 2008/09/0339). Diese Rechtsprechung entpflichtet das Verwaltungsgericht jedoch nicht davon, die Frage einer persönlichen und wirtschaftlichen Eingliederung der ausländischen Staatsangehörigen in den Ablauf des Unternehmens für den konkreten Einzelfall zu prüfen, diesbezügliche Ermittlungen zu pflegen und den im Hinblick auf die - soeben dargestellte - relevante Rechtsfrage maßgebenden Sachverhalt festzustellen. Dass - wie das Verwaltungsgericht ausführt - unbestritten fest stehe, dass die Speisen und Getränke von den im Spruch des Erkenntnisses genannten Ausländern

ausgeführt worden seien, erweist sich für die Subsumtion unter den inkriminierten Tatbestand noch nicht als ausreichend.

Das Verwaltungsgericht hat sich auch mit dem Vorbringen des Revisionswerbers, es seien keine unter den Beschäftigungsbegriff des AuslBG fallenden Tätigkeiten vorgelegen, in concreto etwa zur Vertretungsbefugnis oder zur eigenen unternehmerischen Infrastruktur, nicht auseinandergesetzt. Entgegen der Rechtsansicht des Verwaltungsgerichtes ist es für die vorliegend zu prüfende Rechtsfrage nicht unerheblich, ob die Tätigkeit für einen oder eine geringe Anzahl, oder aber für eine unbegrenzte Anzahl ständig wechselnder Unternehmer ausgeübt wurde.

Das Verwaltungsgericht meint, es sei unerheblich, ob die Zusteller auch für andere Unternehmen tätig gewesen seien und dies werde im Übrigen sehr wohl zutreffen, doch lässt es damit die sachverhaltsmäßige Basis für seine rechtliche Schlussfolgerung, dass eine Beschäftigung im Sinne des § 2 Abs. 2 AuslBG vorlag, im Unklaren.

Für die Beurteilung, ob eine Beschäftigung im Sinne des § 2 Abs. 2 AuslBG vorliegt, ist gemäß § 2 Abs. 4 AuslBG der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes maßgebend. In Anwendung dieser Bestimmung hat der Verwaltungsgerichtshof etwa hinsichtlich der Frage, ob die Inanspruchnahme der Arbeitsleistungen eines Ausländers als Entgegennahme einer Leistung im Rahmen eines "echten" Werkvertrages oder als Verwendung im Rahmen eines arbeitnehmerähnlichen Verhältnis anzusehen ist, dargelegt, dass es für die Qualifikation eines Arbeitsverhältnisses nicht entscheidend ist, in welche zivilrechtliche Form dieses gekleidet ist. Maßgeblich für diese Beurteilung ist vielmehr die Beurteilung sämtlicher für und wider ein arbeitnehmerähnliches Verhältnis im konkreten Fall sprechender Umstände, die nicht isoliert voneinander gesehen werden dürfen, sondern in einer Gesamtbetrachtung nach Zahl, Stärke und Gewicht zu bewerten sind. In diesem Sinne hat der Verwaltungsgerichtshof in ständiger Rechtsprechung dargelegt, dass das Vorliegen einzelner, auch für das Vorliegen eines Werkvertrages sprechender Sachverhaltselemente nicht ausreichend ist, wenn sich aus den Gesamtumständen unter Berücksichtigung der jeweiligen wirtschaftlichen Interessenslage Gegenteiliges ergibt (vgl. etwa das hg. Erkenntnis vom 22. Februar 2006, 2002/09/0163, mwN).

Die Beschäftigung eines Ausländers nach § 2 Abs. 2 AuslBG liegt aber jedenfalls nur dann vor, wenn ein Mindestmaß an persönlicher oder wirtschaftlicher Abhängigkeit der Arbeitskraft vom präsumptiven Beschäftiger gegeben ist. Der Umstand allein, dass einer Person durch die Arbeitsleistungen eines Ausländers direkt oder indirekt Vorteile erwachsen, führt noch nicht ohne Weiteres dazu, dass sie jedenfalls auch als Beschäftiger des Ausländers im Sinne des AuslBG anzusehen wäre (vgl. etwa die hg. Erkenntnisse vom 3. September 2002, 99/09/0083, und vom 16. September 2010, 2007/09/0274, mwN).

Wenn nun das Verwaltungsgericht ausdrücklich einräumt, dass die bulgarischen Staatsangehörigen die Zustellung von Pizzen mit ihrem eigenen PKW nicht nur im Auftrag des Revisionswerbers, sondern auch für eine unbestimmte Zahl von anderen Pizzerien durchgeführt hätten, so bleibt das Maß einer festgestellten persönlichen oder wirtschaftlichen Abhängigkeit vom Revisionswerber unbestimmt und lässt sich auch etwa nicht mehr beurteilen, ob für eine derartige Tätigkeit dem Revisionsweber etwa gemäß § 4 AuslBG überhaupt Beschäftigungsbewilligungen für die bulgarischen Staatsangehörigen ausgestellt hätten werden können.

Gemäß der Verweisungsbestimmung des § 38 VwGGV gilt im Verwaltungsstrafverfahren vor den Verwaltungsgerichten gemäß § 25 Abs. 1 VStG das Amtswegigkeitsprinzip und gemäß § 25 Abs. 2 VStG der Grundsatz der Erforschung der materiellen Wahrheit, wonach vom Verwaltungsgericht von Amts wegen unabhängig von Parteivorbringen und -anträgen der wahre Sachverhalt durch Aufnahme der nötigen Beweise zu ermitteln ist (vgl. das hg. Erkenntnis vom 15. Dezember 2014, Ro 2014/17/0121). Das Verwaltungsgericht hat aber neben der Durchführung aller zur Klarstellung des Sachverhaltes erforderlichen Beweise auch die Pflicht auf das Parteivorbringen, soweit es für die Feststellung des Sachverhaltes von Bedeutung sein kann, einzugehen. Das Verwaltungsgericht darf sich über erhebliche Behauptungen und Beweisanträge nicht ohne Ermittlungen und ohne Begründung hinwegsetzen (vgl. das hg. Erkenntnis vom 10. Dezember 2014, Ro 2014/09/0056). Nach ständiger hg. Judikatur ist dem AVG (vgl. zur Anwendbarkeit im vorliegenden Fall § 38 VwGGV iVm § 24 VStG und § 45 Abs. 2 AVG) eine antizipierende Beweiswürdigung fremd und dürfen Beweisanträge nur dann abgelehnt werden, wenn die Beweistatsachen als wahr unterstellt werden, es auf sie nicht ankommt oder das Beweismittel - ohne unzulässige Vorwegnahme der Beweiswürdigung - untauglich bzw. an sich nicht geeignet ist, über den beweis erheblichen Gegenstand einen Beweis zu liefern (vgl. dazu das hg. Erkenntnis vom 22. April 2010, 2008/07/0076). Indem sich das Verwaltungsgericht, vor dem der Unmittelbarkeitsgrundsatz gilt (vgl. §§ 46, 48 VwGGV) begründungslos über die Anträge des Beschwerdeführers auf Vernehmung der - zu tauglichen Beweissthemen namhaft gemachten - Zeugen, deren inländische Adressen in den Verwaltungsakten einliegen, hinweggesetzt hat, ist das angefochtene Erkenntnis auch mit einem wesentlichen Verfahrensmangel behaftet.

Bei dieser Sachlage ist es möglich, dass das Verwaltungsgericht bei Vermeidung der angeführten Feststellungsmängel und Verfahrensfehler zu einem anderen, für den Revisionswerber günstigeren Entscheidung gekommen wäre. Das angefochtene Erkenntnis war wegen prävalierender Rechtswidrigkeit des Inhaltes gemäß § 42 Abs. 2 Z. 1 VwGG aufzuheben.

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 47 ff VwGG iVm der VwGH-Aufwandersatzverordnung 2014.

Im fortzusetzenden Verfahren wird für den Fall der Bestrafung des Revisionswerbers vom Verwaltungsgericht der Milderungsgrund der überlangen Verfahrensdauer zu berücksichtigen sein.

Wien, am 20. Mai 2015

European Case Law Identifier

ECLI:AT:VWGH:2015:RA2014090041.L00