

Gericht

Verwaltungsgerichtshof

Entscheidungsdatum

21.03.2013

Geschäftszahl

2012/09/0120

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Sulyok und die Hofräte Dr. Rosenmayr, Dr. Bachler, Dr. Strohmayer und Dr. Doblinger als Richter, im Beisein des Schriftführers Dr. Köhler, über die Beschwerde der V in J, Slowenien, vertreten durch Dr. Franz Serajnik, Rechtsanwalt in 9020 Klagenfurt, Pernhartgasse 8/3, gegen den Bescheid der Landesgeschäftsstelle des Arbeitsmarktservice Steiermark vom 10. Juli 2012, Zl. 08114 / ABB-Nr. EUEB3537312/3537309, betreffend Zurückweisung in Angelegenheit von EU-Entsendungen, zu Recht erkannt:

Spruch

Der angefochtene Bescheid wird wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufgehoben.

Das Arbeitsmarktservice hat der Beschwerdeführerin Aufwendungen in der Höhe von EUR 1.326,40 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Begründung

Die Beschwerdeführerin, eine slowenische Kapitalgesellschaft, meldete am 17. April 2012 die Entsendung von vier näher bezeichneten Arbeitnehmern, davon zwei Staatsangehörige von Bosnien-Herzegowina, nach Österreich gemäß § 7b Abs. 3 und 4 AVRAG. Letztere sind im vorliegenden Beschwerdefall gegenständlich.

Im Antrag waren die Daten des Arbeitgebers V (§ 7b Abs. 4 Z. 1 AVRAG), der inländischen Auftraggeberin (§ 7b Abs. 4 Z. 3 AVRAG), des weisungsberechtigten Beauftragten (§ 7b Abs. 4 Z. 2 AVRAG), die Namen, Geburtsdaten, Sozialversicherungsnummern sowie die Staatsangehörigkeit (diese allerdings in einem Fall zunächst falsch als Staatsangehöriger von Slowenien bezeichnet, was an der angeführten Aufenthaltsgenehmigung für Slowenien zu erkennen war) der nach Österreich entsandten Arbeitnehmer (§ 7b Abs. 4 Z. 4 AVRAG), der Beginn (18. April 2012) und die Dauer (bis 20. April 2012) der Beschäftigung in Österreich (§ 7b Abs. 4 Z. 5 AVRAG), die Höhe des dem einzelnen Arbeitnehmer gebührenden Entgelts in Form der im Formular vorgesehenen Angabe des Brutto-Stundenlohns (§ 7b Abs. 4 Z. 6 AVRAG), des Einsatzortes in Österreich (§ 7b Abs. 4 Z. 7 AVRAG), die Art der Tätigkeit und Verwendung des Arbeitnehmers ("thermal insulation works", § 7b Abs. 4 Z. 8 AVRAG), die ausstellende Behörde, Geschäftszahl, das Ausstellungsdatum und die Geltungsdauer der Genehmigung der Beschäftigung im Sitzstaat der Arbeitgeberin (§ 7b Abs. 4 Z. 9 AVRAG), die ausstellende Behörde, Geschäftszahl, das Ausstellungsdatum und die Geltungsdauer der Aufenthaltsgenehmigung der Arbeitnehmer im Sitzstaat der Arbeitgeberin (§ 7b Abs. 4 Z. 10 AVRAG) enthalten.

Die Behörde erster Instanz ersuchte die Beschwerdeführerin mit Schreiben vom 19. April 2012 unter Setzung einer Frist, es seien zur Bearbeitung noch

"folgende Angaben bzw. Unterlagen (im Original sowie in deutscher Übersetzung) erforderlich:

- Bruttolohn pro Stunde/Woche/Monat.
- Wöchentliche Arbeitszeit in Stunden (siehe auch § 7 des Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetzes-AVRAG, BGBl. Nr.459/1993 idgF)
- Nachweis, dass der Ausländer ordnungsgemäß zu einer Beschäftigung im Staat des Betriebssitzes über die Dauer der Entsendung nach Österreich hinaus zugelassen und beim entsendenden Unternehmen rechtmäßig beschäftigt ist.
- detaill. Projektbeschreibung mit Verträgen
- A1 od. E101
- Qualifikationsnachweis"

Bei Nichtvorlage könne die EU-Entsendebestätigung nicht ausgestellt werden.

Da die Beschwerdeführerin diesem Ersuchen nicht vollständig nachkam, wies die Behörde erster Instanz den "Antrag auf Erteilung einer EU-Entsendebestätigung gemäß § 13 Abs. 3 AVG wegen Nichteinbringung fehlender Unterlagen zurück.

Die belangte Behörde wertete ein in englischer Sprache innerhalb offener Berufungsfrist eingegangenes Schreiben der Beschwerdeführerin (inhaltlich richtigerweise) vom 17. Mai 2012 als Berufung, wies diese ab und bestätigte den Bescheid der Behörde erster Instanz.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die Rechtswidrigkeit seines Inhaltes und Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften geltend machende Beschwerde.

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

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

In der Beschwerde wird im Wesentlichen geltend gemacht, dass bereits in der Meldung alle gesetzlich erforderlichen Angaben enthalten gewesen seien. Ein Verbesserungsauftrag mit den Konsequenzen des § 13 Abs. 3 AVG hätte nicht ergehen dürfen. Im Übrigen seien (später) auch die in diesem Auftrag geforderten Angaben und Unterlagen nachgereicht worden.

Im Fall der Zurückweisung eines Antrags gemäß § 13 Abs. 3 AVG ist für die Berufungsbehörde "Sache" iSd § 66 Abs. 4 AVG und damit Gegenstand des Berufungsverfahrens nur die Frage, ob dem Antragsteller von der unterinstanzlichen Behörde zu Recht eine Sachentscheidung verweigert wurde. Es kann auch die Behebung des zu der Zurückweisung des Anbringens führenden Mangels im Berufungsverfahren nicht mehr nachgeholt werden. Was ein Mangel ist, muss den in Betracht kommenden Verwaltungsvorschriften entnommen werden.

Gemäß § 13 Abs. 3 AVG ermächtigen Mängel schriftlicher Anbringen die Behörde nicht zur Zurückweisung. Die Behörde hat vielmehr von Amts wegen unverzüglich deren Behebung zu veranlassen und kann dem Einschreiter die Behebung des Mangels innerhalb einer angemessenen Frist mit der Wirkung auftragen, dass das Anbringen nach fruchtlosem Ablauf dieser Frist zurückgewiesen wird. Wird der Mangel rechtzeitig behoben, so gilt das Anbringen als ursprünglich richtig eingebracht.

Eine Behörde darf nur dann nach § 13 Abs. 3 AVG vorgehen, wenn das Anbringen einen "Mangel" aufweist, also von der Partei erkennbaren Anforderungen des Materiengesetzes an ein vollständiges, fehlerfreies Anbringen abweicht. Was unter einem Mangel schriftlicher Eingaben iSd § 13 AVG zu verstehen ist, muss der in Betracht kommenden Verwaltungsvorschrift entnommen werden (vgl. das hg. Erkenntnis vom 16. September 2009, Zl. 2008/05/0206, mwN).

Nach § 18 Abs. 12 AuslBG ist für Ausländer, die von einem Unternehmen mit Betriebssitz in einem anderen Mitgliedstaat des Europäischen Wirtschaftsraumes zur Erbringung einer vorübergehenden Arbeitsleistung nach Österreich entsandt werden, keine Beschäftigungsbewilligung oder Entsendebewilligung erforderlich, wenn

1. sie ordnungsgemäß zu einer Beschäftigung im Staat des Betriebssitzes über die Dauer der Entsendung nach Österreich hinaus zugelassen und beim entsendenden Unternehmen rechtmäßig beschäftigt sind und

2. die österreichischen Lohn- und Arbeitsbedingungen gemäß § 7b Abs. 1 Z 1 bis 3 und Abs. 2 des Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetzes (AVRAG), BGBl. Nr. 459/1993, sowie die sozialversicherungsrechtlichen Bestimmungen eingehalten werden. Die Zentrale Koordinationsstelle für die Kontrolle der illegalen Beschäftigung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz und dem Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz des Bundesministeriums für Finanzen hat die Meldung über die Beschäftigung betriebsentsandter Ausländer gemäß § 7b Abs. 3 und 4 AVRAG unverzüglich der zuständigen regionalen Geschäftsstelle des Arbeitsmarktservice zu übermitteln. Die regionale Geschäftsstelle des Arbeitsmarktservice hat binnen zwei Wochen ab Einlangen der Meldung dem Unternehmen und dem Auftraggeber, der die Arbeitsleistungen in Anspruch nimmt, das Vorliegen der Voraussetzungen zu bestätigen (EU-Entsendebestätigung) oder bei Nichtvorliegen die Entsendung zu untersagen. Unbeschadet der Meldepflicht gemäß § 7b Abs. 3 und 4 AVRAG darf die Beschäftigung bei Vorliegen der Voraussetzungen auch ohne EU-Entsendebestätigung begonnen werden.

Gemäß § 7b Abs. 3 AVRAG haben Arbeitgeber mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat des EWR als Österreich, die Arbeitnehmer zur Erbringung einer fortgesetzten Arbeitsleistung nach Österreich entsenden wollen, diese Beschäftigung spätestens eine Woche vor Arbeitsaufnahme der Zentralen Koordinationsstelle für die Kontrolle der illegalen Beschäftigung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz und dem Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz des Bundesministeriums für Finanzen zu melden.

Gemäß § 7b Abs. 4 AVRAG hat die Meldung nach Abs. 3 folgende Angaben zu enthalten:

1. Name und Anschrift des Arbeitgebers,
2. Name des im Abs. 1 Z 4 bezeichneten Beauftragten,
3. Name und Anschrift des inländischen Auftraggebers (Generalunternehmers),

4. die Namen, Geburtsdaten und Sozialversicherungsnummern sowie die Staatsangehörigkeit der nach Österreich entsandten Arbeitnehmer,
5. Beginn und voraussichtliche Dauer der Beschäftigung in Österreich,
6. die Höhe des dem einzelnen Arbeitnehmer gebührenden Entgelts,
7. Ort der Beschäftigung in Österreich (auch andere Einsatzorte in Österreich),
8. die Art der Tätigkeit und Verwendung des Arbeitnehmers,
9. sofern für die Beschäftigung der entsandten Arbeitnehmer im Sitzstaat des Arbeitgebers eine behördliche Genehmigung erforderlich ist, jeweils die ausstellende Behörde sowie die Geschäftszahl, das Ausstellungsdatum und die Geltungsdauer **oder** eine Abschrift der Genehmigung,
10. sofern die entsandten Arbeitnehmer im Sitzstaat des Arbeitgebers eine Aufenthaltsgenehmigung benötigen, jeweils die ausstellende Behörde sowie die Geschäftszahl, das Ausstellungsdatum und die Geltungsdauer **oder** eine Abschrift der Genehmigung (Hervorhebung durch Fettdruck durch den Verwaltungsgerichtshof).

Die Erläuterungen (RV 215 Blg NR 23. GP, S 5) führen zu § 18 Abs. 12 AuslBG Folgendes aus:

"Der EuGH hat mit Urteil vom 21. September 2006, Rs. C- 168/04, festgestellt, dass die bis 31. Dezember 2005 geltenden Bestimmungen des § 18 Abs. 12 bis 16 AuslBG gegen die Dienstleistungsfreiheit gemäß Art. 49 EG-Vertrag verstoßen. Der EuGH rügte dabei vor allem das Verfahren zur Einholung der EU-Entsendebestätigung, die nur erteilt wird, wenn der entsandte Arbeitnehmer seit mindestens einem Jahr im entsendenden Unternehmen beschäftigt ist oder mit diesem einen unbefristeten Arbeitsvertrag geschlossen hat und die Einhaltung der österreichischen Beschäftigungs- und Lohnbedingungen nachgewiesen wird. Laut EuGH dürfen die Voraussetzungen der ordnungsgemäßen und dauerhaften Beschäftigung im Sinne des Urteils Vander Elst nicht von der Dauer des zwischen dem entsendenden Unternehmen und dem entsandten Arbeitnehmer bestehenden Arbeitsverhältnisses abhängig gemacht werden. Auch die doppelte Kontrolle der Lohn- und Arbeitsbedingungen sowie der sozialversicherungsrechtlichen Vorschriften durch ein EU-Entsendebestätigungsverfahren und eine parallele Meldepflicht nach § 7b Abs. 3 AVRAG wäre eine unzulässige Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit im Sinne des Art. 49 EG-Vertrag und ginge über die mit der Regelung verfolgten Ziele, nämlich des Schutzes der inländischen Arbeitnehmer und der Stabilität des Arbeitsmarktes, hinaus. Gleichwohl räumt der EuGH den Mitgliedstaaten die Befugnis ein, die Beachtung der nationalen und gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften zur Erbringung von Dienstleistungen zu kontrollieren und sich dabei insbesondere zu vergewissern, dass betriebsentsandte Arbeitnehmer im Sitzstaat ihres Arbeitgebers legalen Status bezüglich Aufenthalt, Arbeitsberechtigung und soziale Absicherung haben. Die Kontrollmaßnahmen müssen sich jedoch innerhalb der vom Gemeinschaftsrecht gezogenen Grenzen bewegen und dürfen die Dienstleistungsfreiheit nicht unverhältnismäßig einschränken.

Die bestehenden Regelungen für die Entsendung ausländischer Arbeitskräfte durch Unternehmen aus EWR-Mitgliedstaaten werden nunmehr vollständig an diese gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben angepasst. Um parallele Prüfungen zu vermeiden, soll die verpflichtende Anzeige der Entsendung drittstaatsangehöriger Arbeitskräfte an das Arbeitsmarktservice entfallen und statt dessen die im § 7b AVRAG vorgesehene Meldung von Betriebsentsendungen an die Zentrale Koordinationsstelle für die Kontrolle der illegalen Beschäftigung im Bundesministerium für Finanzen (KIAB) als Grundlage für die Prüfung der materiellen Voraussetzungen für die Betriebsentsendung herangezogen werden. Die Meldung ist im Falle der Entsendung drittstaatsangehöriger Arbeitskräfte von der KIAB umgehend an das Arbeitsmarktservice weiterzuleiten und soll um jene Daten erweitert werden, die für die Prüfung einer gemeinschaftsrechtskonformen Entsendung durch das Arbeitsmarktservice erforderlich sind. Dabei handelt es sich insbesondere um die Arbeitsgenehmigung und die Aufenthaltsgenehmigung, um prüfen zu können, ob die entsandten Arbeitskräfte tatsächlich ordnungsgemäß und dauerhaft im Sitzstaat des Arbeitgebers beschäftigt sind. Die Entsendung darf - unabhängig von der Erfüllung der Meldepflicht gemäß § 7b Abs. 3 und 4 AVRAG - bei Vorliegen der Voraussetzungen zunächst auch ohne EU-Entsendebestätigung begonnen werden.

Auch die Strafbestimmungen werden an die geänderte Regelung angepasst und dahingehend abgeändert, dass sowohl der ausländische Arbeitgeber als auch der inländische Auftraggeber nur dann bestraft werden, wenn die gemeinschaftsrechtlich zulässigen Voraussetzungen nicht erfüllt sind. Sofern die materiellen Voraussetzungen jedoch vorliegen, soll das bloße Nichtvorliegen der EU-Entsendebestätigung nicht mehr bestraft werden. Da die Prüfung der materiellen Voraussetzungen dem Arbeitsmarktservice obliegt, kommt eine Bestrafung jedenfalls nicht mehr in Betracht, wenn das Arbeitsmarktservice die EU-Konformität der Entsendung bestätigt hat."

Damit enthielt die auf dem vom Bundesministerium für Finanzen (unter anderem auch) in englischer Sprache aufgelegten Formular ZKO 3-E erstattete Meldung der Beschwerdeführerin alle Erfordernisse des § 7b Abs. 4 AVRAG. Ein Mangel im Sinne des § 13 Abs. 3 AVG lag nicht vor. Entgegen der Ansicht der belangten Behörde entsprach die Eintragung des Brutto-Stundenlohnes den im Formular vorgesehenen Antwortschritten und widerspricht nicht dem § 7b Abs. 4 Z. 6 AVRAG. In der Meldung sind wahlweise

entweder die Angaben über die Arbeitsgenehmigung im Sitzstaat und die Aufenthaltsgenehmigung zu machen **oder** eine Abschrift dieser Genehmigungen beizuschließen.

Das Ersuchen der belangten Behörde vom 19. April 2012 stellt sich damit als (zulässiger) Überprüfungsschritt des Vorliegens der materiellen Voraussetzungen einer Entsendung iSd § 18 Abs. 12 AuslBG dar, nicht aber als Mängelbehebungsauftrag mit den Konsequenzen des § 13 Abs. 3 AVG. Das Verhalten der Beschwerdeführerin wäre demnach nur in eine Beurteilung dahingehend einzubeziehen, ob die Voraussetzungen für die Bestätigung der EU-Entsendung vorliegen oder nicht (hier ist insbesondere auf den Teil des genannten Ersuchens hinzuweisen, der die Vorlage einer detaillierten Projektbeschreibung betrifft; vgl. zu den materiellen Erfordernissen für die Ausstellung einer EU-Entsendebestätigung das hg. Erkenntnis vom 6. November 2012, Zl. 2012/09/0130).

Der angefochtene Bescheid verletzt die Beschwerdeführerin sohin in dem von ihr geltend gemachten Recht auf eine inhaltliche Entscheidung über ihre Meldungen.

Zu dem von der belangten Behörde in der Gegenschrift erstatteten Einwand, dass das in englischer Sprache an die Behörde erster Instanz gerichtete Schreiben vom 17. Mai 2012 keine "Berufung mit den minimalen Erfordernissen des § 63 Abs. 3 AVG in deutscher Sprache" darstelle, ist noch zu ergänzen:

Die belangte Behörde ist mit ihren Ausführungen zwar grundsätzlich im Recht, dass schriftliche und mündliche Anbringen in deutscher Sprache zu formulieren sind; ebenso wie bei unzulässigen kann auch bei fremdsprachigen Eingaben von der Behörde nach § 13 Abs. 3 AVG vorgegangen werden (vgl. das hg. Erkenntnis vom 22. November 2011, Zl. 2007/04/0096). Im gegenständlichen Fall sei aber darauf hingewiesen, dass das Bundesministerium für Finanzen für die Meldung einer EU-Entsendung ein englischsprachiges Formular zur Verfügung stellt; diesbezüglich darf daher die Behörde sich bei Verwendung dieses Formulars nicht auf Art. 8 Abs. 1 B-VG berufen, wenn in einem derartigen Verfahren auch ein Rechtsmittel in englischer Sprache eingebracht wird.

Die Fassung in englischer Sprache des (inhaltlich unschwer als Berufung mit begründetem Berufungsantrag erkennbaren) Schreibens der Beschwerdeführerin vom 17. Mai 2012 wäre allenfalls als verbesserungsfähiger Mangel zu behandeln gewesen. Da die belangte Behörde aber das Verfahren im Sinne des § 39 Abs. 2 letzter Satz AVG ohnehin dadurch abgekürzt hat, dass sie keinen Verbesserungsauftrag gemäß § 13 Abs. 3 AVG erteilt, dieses Schreiben sogleich als Berufung gewertet und darüber entschieden hat, geht der Einwand in der Gegenschrift an der gegenwärtigen Sachlage vorbei und ist im fortzusetzenden Verfahren auch nicht mehr aufzugreifen.

Der angefochtene Bescheid erweist sich schon deshalb mit Rechtswidrigkeit seines Inhaltes belastet, weshalb er gemäß § 42 Abs. 2 Z. 1 VwGG aufzuheben war.

Der Ausspruch über den Aufwandsatz gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der Verordnung BGBl. II Nr. 455/2008.

Wien, am 21. März 2013