jusline®
»» Recht. Schnell

Sie können die QR Codes nützen um später wieder auf die neuste Version eines Gesetzestexts zu gelangen.

TE Bvwg Erkenntnis 2019/1/30 W156 2201113-1

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 30.01.2019

Entscheidungsdatum

30.01.2019

Norm

AuslBG §18 Abs12
B-VG Art.133 Abs4
VwGVG §33

Spruch

W156 2201112-1/7E

W156 2201113-1/7E

W156 2201114-1/7E

W156 2201115-1/7E

W156 2201117-1/8E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch die Richterin Mag. Alexandra Krebitz als Vorsitzende und die fachkundigen Laienrichter Dr. Johannes Pflug und Alexander Wirth als Beisitzer über die Beschwerden des Unternehmens K XXXX , vertreten durch CMS Reich-Rohrwig Hainz RA GmbH, gegen die Bescheide des AMS, Wien Esteplatz vom 29.01.2018, Zl. 1. XXXX , 2. XXXX , 3. XXXX , 4. XXXX und 5. XXXX , in der Fassung der Beschwerdevorentscheidung vom 30.04.2018

I. beschlossen:

A) Dem Antrag auf Wiedereinsetzung in den Vorigen Stand wird gemäß § 33 Abs. 1 VwGVG stattgegeben.

II. zur Recht erkannt:

A) Den Beschwerden wird gemäß § 28 Abs. 1 und Abs. 2 VwGVG Folge

gegeben und die angefochtenen Entscheidungen behoben.

B) Die Revision ist gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG nicht zulässig.

Text

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

I. Verfahrensverlauf

1. Das AMS Wien Esteplatz hat mit Bescheiden vom 29.01.2018 in 5 Fällen aufgrund der Meldung der E XXXX GmbH (Auftraggeberin, kurz AG) gemäß § 19 Abs. 3 LSD-BG über die Entsendung von ausländischen Arbeitskräften nach Österreich zur Prüfung der EU Konformität der Entsendung im Sinne des § 18 Abs. 12 AuslBG, die von der Zentralen Koordinationsstelle für die Kontrolle der illegalen Beschäftigung, kurz ZKO, übermittelt worden waren, festgestellt, dass die Voraussetzungen für die Entsendung nach § 18 Abs. 12 AuslBG nicht vorliegen. Die Entsendung der ausländischen Arbeitskräfte zum genannten Unternehmen wurde untersagt.

Zur Begründung wurde angeführt, dass die Entsendung der Mitarbeiter für Kabelverlegungsarbeiten in 1 XXXX , K XXXX , in der Zeit vom 23.10.2017 bis 09.03.2018 angezeigt worden sei. Mit Parteigehör vom 10.01.2018 sei das Unternehmen K XXXX e.K. (eingetragener Kaufmann), kurz Auftragnehmerin, AN, in 4 XXXX D XXXX aufgefordert worden, zur inhaltlichen Prüfung des angezeigten Sachverhaltes Unterlagen nachzureichen und eine Stellungnahme abgegeben. Aus dem Auftragsschreiben zwischen der AG und AN gehe hervor, dass die einzuziehenden Kabel und die dafür erforderlichen Materialien von der Firma E XXXX (AG) zur Verfügung gestellt werden. Das Wesen der Entsendung liege in der Herstellung eines eigenen Werks, welches sich zudem von den Dienstleistungen des Werkbestellers unterscheidet, durch die entsandten Arbeitnehmer sowie die Erbringung von Arbeitsleistungen vorwiegend mit Material und Werkzeug des Werkunternehmens. Nach den evidenten Fakten sollen die Drittstaatsangehörigen mit den erforderlichen Materialien der AG als Kabelverleger arbeiten. Sie stellten in Erfüllung der vertraglichen Verpflichtung kein eigenes Werk her und arbeiteten nicht mit Material des Werkunternehmers. Beide, sowohl der österreichische Auftraggeber als auch das ausländische entsendende-Unternehmen, verfügten über die Gewerbeberechtigung Elektrotechniker. Des weiteren seien den Anträgen die Versicherungsformulare A1 für den Vertragszeitraum nicht beigelegt.

2. Gegen diese Bescheide wurde von der BF jeweils fristgerecht Beschwerde erhoben. Darin wird zur Begründung vorgebracht, dass die betroffenen Arbeitnehmer in Deutschlag ordnungsgemäß zur Versicherung angemeldet wären. Die jeweiligen A1 Formulare lägen der Beschwerde bei. Die BF sei spezialisiert im Bereich Kabelmontage und arbeite auf Baustellen eigenverantwortlich und unter eigener Fachaufsicht. Mit dem AG seien Werkverträge geschlossen, die eigenen Arbeitnehmer würden nicht nach Stunden entlohnt und es würde die eigenen speziellen Verbrauchsmaterialien und Spezialgerät zur Verfügung gestellt. Die Gesamtverantwortung der Werkausführung läge in Händen der BF.

3. Mit Beschwerdevorentscheidung vom 30.04.2018, zugestellt an die BF am 04.05.2018, hat das AMS die Beschwerden zu allen 5 Arbeitnehmern abgewiesen. Zur Begründung wurde vorgebracht, dass aus den Unterlagen hervorgehe, dass die einzuziehenden Kabel und die dafür erforderlichen Materialien von der AG als Auftraggeberin an die Beschwerdeführerin als Auftragnehmerin zur Verfügung gestellt würden und auch die Gewährleistung für die Materialien beim Auftraggeber verbleibe. Die 5 Drittstaatsangehörigen würden daher nicht mit den Materialien der Beschwerdeführerin arbeiten. Damit lägen die Voraussetzungen des § 18 AuslBG zur Ausstellung der beantragten EU-Entsendebestätigungen für die neun Drittstaatsangehörigen nicht vor. Zudem komme die Erteilung der EU Entsendebestätigungen nicht mehr in Betracht, da die Entsendung über den Zeitraum vom 23.10.2017 bis 09.03.2018 hätte erfolgen sollen. Hingewiesen wurde darauf, dass für die 5 Drittstaatenangehörigen keine A1-Versicherungsformulare vorgelegt worden wären.

4. Seitens der Beschwerdeführerin wurde am 06.06.2018 je ein Vorlageantrag an das Bundesverwaltungsgericht eingebracht und in einem ein Antrag auf Wiedereinsetzung in den Vorigen Stand gemäß § 33 VwGVG gestellt, der im Wesentlichen mit der urlaubsbedingten Abwesenheit der rechtsfreundlichen Vertreterin begründet wurde. Im konkreten Fall seien die Emailpostfächer aller Rechtsanwälte und Rechtsanwältinnen für die Kanzleiangestellten freigeschalten. Die Emaileingänge seien daher für die Kanzleiangestellten einsehbar, und würden von diesen auch bearbeitet, indem die eingehenden Schriftstücke sowohl im Handakt als auch im elektronischen Akt abgespeichert würden. Während der urlaubsbedingten Abwesenheit eines Rechtsanwaltes seien die Kanzleiarbeitskräfte angewiesen, diesem Rechtsanwalt übermittelte fristauslösende Schriftstücke am Tag ihres Eingangs dem Vertretungsanwalt oder einem anderen Rechtsanwalt der Abteilung vorzulegen. Außerdem werde von dem urlaubsbedingt abwesenden Rechtsanwalt eine Abwesenheitsnotiz erstellt, in der den Mandanten der jeweilige Vertretungsanwalt bekannt gegeben werde. Die mit der Vorlage beauftragte Mitarbeiterin der Kanzlei sei dieser Aufgabe stets zuverlässig nachgekommen. Eine diesbezügliche Unzuverlässigkeit der stets sorgfältig und zuverlässig arbeitenden und erfahrenen Kanzleikraft

hätte nicht vermutet oder erkannt werden können. Aufgrund der Nichtvorlage des eingegangenen Bescheids an den zuständigen Rechtsanwalt, oder einen anderen anwesenden Rechtsanwalt, sei die Möglichkeit einer weiteren fristwahrenden Bearbeitung ausschlossen gewesen.

Zum Inhalt des angefochtenen Bescheides wurde vorgebracht, dass zwischen der BF und der AG ein Werkvertrag über das Verlegen einer konkreten Menge an konkret bezeichneten Kabel vereinbart worden sei und daher ein eigenes Werk vorliege. Die AG verfüge weder über die notwendige Ausrüstung noch über das Know-how, um Kabel fachgerecht verlegen zu können. Sie stelle daher ein von der Dienstleistung der AG unterscheidbares Werk her, die Arbeitnehmer arbeiteten an diesem unterscheidbaren Werk mit. Eine spezialisierte Kabelverlegung wie die hier gegenständliche sei nur unter Einsatz besonderer Maschinen möglich; neben dem Standardequipment für Kabelverlegung verfüge sie daher über Spezialausrüstungen, ohne die die Kabel nicht verlegt werden können. Die AG verfüge nicht über dieses Equipment. Die Arbeitnehmer arbeiteten daher überwiegend mit den Materialien des Werkunternehmers. Die Gewerbeberechtigung der Bf sei auf das Verlegen von Kabeln im Hochbau beschränkt, die Gewerbeberechtigungen der Bf entspreche daher nicht jener der AG.

Das AMS habe anhand der vorliegenden Urkunden unrichtige Tatsachenfeststellungen getroffen. Das AMS schließe aus den vorhandenen Urkunden unrichtigerweise, dass eine grenzüberschreitende Arbeitskräfteüberlassung vorliege. Dabei lasse das AMS offenkundig das Erkenntnis des VwGH vom 22.8.2017 zu RA 2017/11/0068 außeracht. Darin habe der VwGH erkannt, dass bei der Prüfung, ob im Rahmen eines grenzüberschreitenden Sachverhaltes Arbeitskräfteüberlassung nach § 4 AÜG vorliege, eine Gesamtbetrachtung im Lichte der Rechtsprechung des EuGHs vorzunehmen sei, unter Hinweis auf den wesentlichen Inhalt des Erkenntnisses. Tatsächlich lägen bei der Prüfung des Sachverhaltes nach der genannten Judikatur die Voraussetzungen für das Vorliegen einer Entsendung und nicht einer grenzüberschreitenden Arbeitskräfteüberlassung vor. Es sei ein gewährleistungstauglicher Erfolg vereinbart worden, die Zahl der jeweils konkret eingesetzten Arbeitnehmer sei festgesetzt worden, die Erteilung der genauen und individuellen Weisungen, die die Arbeitnehmer für die Ausführung ihrer Tätigkeit erhalten, obliege der Bf, der auch die fachliche Aufsicht obliege.

5. Mit Schreiben vom 28.01.2019 legte die BF die fehlenden A1-Bestätigungen der 5 Arbeitnehmer vor.

1. Feststellungen:

Zur Wiedereinsetzung:

Die Beschwerdevorentscheidung wurde der BF am 4.5.2018 zugestellt. Die Frist für einen Vorlageantrag endete daher am 18.5.2018.

Die zuständige rechtsfreundliche Vertreterin war vom 13.5.2018 bis zum 22.5.2018 urlaubsbedingt abwesend, wobei sie von Sonntag, dem 13.5.2018 bis zum Sonntag, den 22.5.2018 sich nicht in Österreich befand und kehrte am 22.5.2018 in die Kanzlei zurück.

Während ihrer urlaubsbedingten Abwesenheit hat Mag. K XXXX Rechtsanwalt und Geschäftsführer der Kanzlei CMS Reich-Rohrwig Hainz, Dr. C XXXX W XXXX , mit ihrer Vertretung betraut.

Die Emailpostfächer aller Rechtsanwälte und Rechtsanwältinnen, die in der Abteilung Arbeitsrecht mit der Kanzlei CMS Reich-Rohrwig Hainz Rechtsanwälte GmbH kooperieren, sind für die Kanzleiangestellten der Abteilung Arbeitsrecht der Kanzlei CMS Reich-Rohrwig Hainz Rechtsanwälte GmbH, freigeschalten. Emails an einen Rechtsanwalt bzw eine Rechtsanwältin der Abteilung werden daher von Mitarbeiterinnen des Sekretariats gesehen und bearbeitet, dh sowohl im elektronischen als auch im Handakt abgelegt. Während der urlaubsbedingten Abwesenheit eines Rechtsanwalts oder einer Rechtsanwältin wird dessen Vertretung, und in dessen Abwesenheit, ein anderer anwesender Rechtsanwalt oder eine andere Anwesenheit über eingehende Schriftstücke informiert, so dass weitergehende Veranlassungen getroffen werden können. Diese Information wird von der jeweiligen Urlaubsvertretung auch regelmäßig aktiv eingefordert. Es handelt sich dabei um eine rein manipulative Tätigkeit, die durch die jeweils zuständigen Rechtsanwälte und die Kanzleileiterin in regelmäßigen Abständen überwacht wird.

Die zuständige Kanzleiangestellte ist seit Februar 2016 in der Abteilung Arbeitsrecht der Kanzlei tätig. Sie ist seit ihrem Eintritt in die Kanzlei angewiesen, während der urlaubsbedingten Abwesenheit eines Rechtsanwalts, mit dessen Betreuung sie überwiegend betraut ist, dessen Urlaubsvertretung über eingehende Schriftstücke zu informieren. Sie

ist seit ihrem Eintritt in die Kanzlei dieser Aufgabe fehlerlos nachgekommen und hat in Abwesenheit eines Rechtsanwaltes dessen Vertretung zuverlässig über eingehende Schriftstücke informiert.

Die Kanzleiangestellte war auch während der urlaubsbedingten Abwesenheit der fallgegenständlich zuständigen Rechtsanwältin angewiesen, Dr. C XXXX W XXXX , oder in dessen Abwesenheit andere Rechtsanwälte der Abteilung, über die an die zuständige Rechtsanwältin übermittelten Schriftstücke zu informieren. Dr. W XXXX erkundigte sich darüber hinaus regelmäßig aktiv über den Eingang neuer Schriftstücke, auch über den Eingang von Schriftstücken, die an die urlaubsbedingt abwesende zuständige Rechtsanwältin ergangen sind.

Die Beschwerdevorentscheidung wurde der zuständigen Rechtsanwältin per Mail von der BF mit dem Betreff "AMS-Bescheid Wien" am Mittwoch, den 16.5.2018 um 11:39 übermittelt. Der Kanzleiangestellten unterlief am 16.5.2018 ein Fehler, indem sie das die zuständige Rechtsanwältin gesandte Email samt übermittelten Bescheid übersehen hat. Der per Mail übermittelten Bescheid konnte daher weder Dr. C XXXX W XXXX noch einem anderen Rechtsanwalt oder einer anderen Rechtsanwältin der Abteilung vorgelegt werden, und zwar auch nicht auf dessen Nachfrage. Aufgrund der stets zuverlässigen Information der Kanzleiangestellten ging Dr. W XXXX davon aus, dass die ihm von der Kanzleiangestellten übermittelten Schriftstücke vollständig waren. Dr. W XXXX erlangte somit keine Kenntnis von der Beschwerdevorentscheidung des AMS, weshalb er auch nicht fristgerecht einen Vorlageantrag einbringen konnte. Die zuständige Rechtsanwältin erlangte an ihrem ersten Arbeitstag, am 22.5.2018, über die Fristversäumnis Kenntnis.

In der Sache:

Die BF ist ein spezialisiertes Unternehmen für Kabelverlegung. Auf der Homepage https://www. XXXX (Auszug) gibt man an:

"Wir sind für unsere Kunden aus Industrie & Gewerbe deutschlandweit und bei Bedarf auch europaweit im Einsatz. Wir ziehen bauseits bereitgestellte Kabel jeglicher Art auf unterschiedlichen Arten wie z. B. Kabelbahn, Steigetrasse, Rohr, Gräben und weiteren Verlegearten.

Qualifizierte Mitarbeiter: Unsere Mitarbeiter sind nach SCC 016/ 017 /18 zertifiziert und nach G25 und G41 untersucht. In jedem unserer eingespielten Einsatzteams haben wir mindestens einen Ersthelfer. Unser Kooperationspartner für Arbeitssicherheit (Arbeitssicherheitsfachkraft) steht uns mit Sicherheitsschulungen sowie beratend zur Seite.

Technische Ausrüstung

Neben dem Standardequipment für Kabelverlegung investieren wir stetig in neue Ausrüstungen. Zu unseren Spezialausrüstungen gehören u. a....."

Zwischen dem Beschwerdeführer und der E XXXX GmbH als Dienstleistungsempfängerin wurde eine Rahmenbestellung für die Lieferung und Montage von Kabeln im K XXXX laut Verhandlungsprotokoll vom 02.10.2017 vereinbart. Im genannten Verhandlungsprotokoll ist Auftragnehmer (AN) die BF, Auftraggeber die E XXXX GmbH, Kunde der Auftraggeberin ist die XXXX AG, kurz A XXXX , in Wien. Im Verhandlungsprotokoll wird der Leistungsumfang, der im Wesentlichen die Montage der Kabelzüge (Pkt. beinhaltet, genau definiert.

Es war ein Gesamtpreis vereinbart (Festpreis), vgl. Pkt.3., erster Absatz des Protokolls. Die Gewährleistung für die sach- und fachgerechte Ausführung und insbesondere dafür, dass diese Leistungen den vertraglich bedungenen Eigenschaften, dem Stand der Technik und der anzuwendenden Normen entsprechen, lag bei der BF. Die förmliche Übernahme erfolgte durch den AG nach Fertigstellung der Gesamtleistung und Übermittlung der Dokumentation. Mit der förmlichen Übernahme ging die Gefahr und das Eigentum auf den AG über, vgl. Punkt 7 des Protokolls

Es wurde ein Fertigstellungstermin vereinbart, dessen Nichterreichen Pönalzahlungen nach sich gezogen hätten, vgl. Pkt.5.1

Die Beschäftigten der BF arbeiten unter deren Weisungsbefugnis, vgl. dazu auch Pkt. 3 2.Absatz. Sie unterlagen der Fachaufsicht durch die BF. Die BF und die AG haben im Vertrag u.a. die Einhaltung der einschlägigen lohn- und sozialrechtlichen Bestimmungen festlegt.

Unter Punkt 13 des Protokolls wird festgestellt, dass die Kabel von der Auftraggeberin zur Verfügung gestellt werden, nur für dieses Material liegt die Gewährleistung bei der AG. Diese stellt alle erforderlichen Werkzeuge und Maschinen für die Ausführung der Arbeitsleistung zur Verfügung.

Die eingesetzten Beschäftigten (die entsandten Dienstnehmer) waren türkische Staatsangehörige

(Drittstaatsangehörige).

Der angezeigte Entsendezeitraum für E XXXX A XXXX ist vom 13.11.2017 bis 09.03.2018, gemeldete am 5.12.2017, die nachgewiesene Versicherung bei der Knappschaft beginnt mit dem 8.11.2017, die vorgelegte A1-Bescheinigungen gelten für den Zeitraum vom 05.12.2017 bis 02.02.2018 sowie 07.02.2018 bis 06.05.2018.

Der angezeigte Entsendezeitraum für D XXXX C XXXX ist vom 07.11.2017 bis 09.03.2018, die die vorgelegte A1-Bescheinigung gilt für den Zeitraum 07.11.2017 bis 09.03.2018.

Der angezeigte Entsendezeitraum für H XXXX A XXXX ist vom 23.10.2017 bis 09.03.2018, die vorgelegte A1-Bescheidung gilt für den Zeitraum vom 23.07.2017 bis 31.08.2018.

Der angezeigte Entsendezeitraum für S XXXX I XXXX ist vom 23.10 2017 bis 09.03.2018, die vorgelegte A1-Bescheinigung gilt für den Zeitraum vom 23.10.2017 bis 19.03.2018.

Der angezeigte Entsendezeitraum für Y XXXX M XXXX A XXXX ist vom 07.11 2017 bis 09.03.2018, die vorgelegte A1-Bescheinigung gilt für den Zeitraum vom 7.11.2017 bis 9.3.2018.

2. Beweiswürdigung:

Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich aus dem vorliegenden Akt des AMS, einschließlich des Parteienvorbringens, der eidesstattlichen Erklärungen als Beilagen zum Antrag auf Wiedereinsetzung in den Vorigen Stand, auf das Protokoll vom 02.10.2017, die Bestellung vom 05.10.2017 und die Beauftragung vom 05.12.2017.

Hinzugezogen wurde auch der Internetauftritt des Bf, https://www. XXXX .de.

Dass die lohn- und arbeitsrechtlichen Bestimmungen eingehalten wurden, ergibt sich aus dem am 28.01.2019 vorgelegten A1- Bescheinigungen.

Die Feststellung, dass die Weisungen an die Beschäftigten von der BF erteilt wurden, lässt sich neben dem Beschwerdevorbringen auch aus der Tatsache ableiten, dass das Werk in quantitativer und qualitativer Hinsicht festgelegt war, die BF für eine Fertigstellung zum vereinbarten Termin in der vereinbarten Qualität zu sorgen hatte und daher Zugriff auf die Arbeitsleistung der Dienstnehmer haben musste.

3. Rechtliche Beurteilung:

Gegenständlich liegt gemäß § 6 BVwGG iVm § 20g AuslBG Senatszuständigkeit vor.

Zu I. A) Wiedereinsetzung in den vorigen Stand:

§ 33 VwGVG normiert:

"(1) Wenn eine Partei glaubhaft macht, dass sie durch ein unvorhergesehenes oder unabwendbares Ereignis - so dadurch, dass sie von einer Zustellung ohne ihr Verschulden keine Kenntnis erlangt hat - eine Frist oder eine mündliche Verhandlung versäumt und dadurch einen Rechtsnachteil erleidet, so ist dieser Partei auf Antrag die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu bewilligen. Dass der Partei ein Verschulden an der Versäumung zur Last liegt, hindert die Bewilligung der Wiedereinsetzung nicht, wenn es sich nur um einen minderen Grad des Versehens handelt.

(2) - (4a) [...]

(5) Durch die Bewilligung der Wiedereinsetzung tritt das Verfahren in die Lage zurück, in der es sich vor dem Eintritt der Versäumung befunden hat.

(6) Gegen die Versäumung der Frist zur Stellung des Wiedereinsetzungsantrags findet keine Wiedereinsetzung statt."

Gemäß § 15 Abs. 1 VwGVG kann jede Partei binnen zwei Wochen nach Zustellung der Beschwerdevorentscheidung bei der Behörde den Antrag stellen, dass die Beschwerde dem Verwaltungsgericht zur Entscheidung vorgelegt wird (Vorlageantrag).

Im gegenständlichen Fall wurde die Beschwerdevorentscheidung der belangten Behörde der BF am 04.05.2018 zugestellt. Die vierzehntägige Frist zur Vorlage der Beschwerde endete daher mit Ablauf des 18.05.2018.

Der am 06.06.2018 übermittelte Vorlageantrag gilt daher als verspätet eingebracht.

Voraussetzung für die Bewilligung der Wiedereinsetzung ist das Vorliegen eines Wiedereinsetzungsgrundes. Ein solcher

ist gegeben, wenn die Partei glaubhaft macht, dass sie durch ein unvorhergesehenes oder unabwendbares Ereignis verhindert war, die Frist einzuhalten und sie daran kein Verschulden oder nur ein minderer Grad des Versehens trifft.

Unvorhergesehen ist ein Ereignis dann, wenn es die Partei tatsächlich nicht einberechnet hat und dessen Eintritt auch unter Bedachtnahme auf die zumutbare Aufmerksamkeit und Voraussicht (von dieser Partei) nicht erwartet werden konnte (vgl. VwSlg 9024 A/1976 verst Sen; VwGH 29.11.1994, 94/05/0318; 3.4.2001, 2000/08/0214).

Demgegenüber liegt ein unabwendbares Ereignis dann vor, wenn sein Eintritt vom Willen des Betroffenen nicht verhindert werden kann (VwGH 28.2.1974, 1700/73; 24.1.1996, 94/12/0179; 31.3.2005, 2005/07/0020).

Mit dem Begriff "unabwendbar" stellt das Gesetz objektiv auf die Möglichkeiten des Durchschnittsmenschen (VwGH 24.11.1986, 86/10/0169; VwSlg 9024 A/1976 verst Sen unter Berufung auf Fasching, Kommentar II 727; VwGH 23.5.1996, 96/15/0052) ab, dh es kommt darauf an, dass der Eintritt des Ereignisses objektiv von einem Durchschnittsmenschen nicht abgewendet werden kann (VwSlg 9024 A/1976 verst Sen; VwGH 10.10.1991, 91/06/0162; 3.4.2001, 2000/08/0214), auch wenn er dessen Eintritt voraussah (vgl zu§ 308 BAO VwGH 31. 10. 1991, 90/16/0148; 25.1.1995, 94/13/0236; 23.5.1996, 96/15/0052).

Weiters ist Voraussetzung für die Zuerkennung der Wiedereinsetzung, dass die Partei kein oder allenfalls nur ein minderer Grad des Versehens trifft. Eine solcher (minderer Grad des Versehens) liegt dann vor, wenn der Partei ein Fehler unterläuft, der gelegentlich auch einer sorgfältigen Person unterlaufen kann (z. B. VwGH 20.06.2002, 2002/20/0230).

Die Beschwerdevorentscheidung wurde am Mittwoch, den 16.5.2018 um 11:39 von der BF an die Rechtsvertretung übermittelt. Diese war allerdings in der Kalenderwoche 20 urlaubsbedingt nicht in der Kanzlei anwesend, und kehrte am 22.5.2018 in die Kanzlei zurück.

Während der urlaubsbedingten Abwesenheit hatte der Geschäftsführer der Kanzlei einen weiteren Rechtsanwalt der Kanzlei mit ihrer Vertretung betraut.

Nach der Judikatur muss ein Rechtsanwalt gegenüber der ihm als Hilfsapparat zur Verfügung stehenden Kanzlei alle Vorsorgen getroffen haben, die ihm eine ordnungsgemäße Erfüllung der Aufgaben gewährleistet. Insbesondere ist sicherzustellen, dass dem Rechtsanwalt die gesamte eingehende Post vorgelegt wird (B 18.11.1992, 92/03/104). Irrtümer und Fehler von Kanzleiangestellten sind dem Rechtsanwalt zuzurechnen und ermöglichen dann eine Wiedereinsetzung, wenn sie trotz der Einhaltung der berufsgebotenen Sorgfaltspflicht des Anwalts und trotz bisheriger objektiver Eignung und Bewährung der Kanzleiangestellten unterlaufen und eine durch die konkreten Umstände des Einzelfalles bedingte entschuldbare Fehlleistung gewesen sind (VwGH 23.5.2001, 99/06/0039).

So hat die Judikatur in einem Fall, in dem eine Sekretärin eines Anwalts angewiesen war, fristauslösende Schriftstücke, die von Mandanten überreicht wurden, wie Posteinlauf zu behandeln, dh sie unverzüglich zur Fristvormerkung zur Post zu nehmen, und diese Schriftstücke aber ohne diese fristsichernde Maßnahme weiterbearbeitet hat, und somit die Möglichkeit einer weiteren fristwahrenden Bearbeitung praktisch ausschlossen war (!), einen Verstoß gegen die genannte Weisung festgestellt. Den Rechtsanwalt trifft unter diesen Umständen nach der Judikatur kein Verschulden an der Versäumung der Beschwerdefrist, wenn er weder eine diesbezügliche Unverlässlichkeit seiner Mitarbeiterin erkennen hätte müssen, noch ersichtlich ist, durch welche Kontrollmaßnahmen, die unterlassen zu haben ihm vorzuwerfen wäre, die Fehlleitung des Aktes unter den konkreten Umständen hätte vermieden werden können (VwGH 24.10.2001, 2001/20/0580)

Im konkreten Fall wurden die Emailpostfächer aller Rechtsanwälte und Rechtsanwältinnen für die Kanzleiangestellten freigeschalten. Die Emaileingänge sind daher für die Kanzleiangestellten einsehbar, und werden von diesen auch bearbeitet, indem die eingehenden Schriftstücke sowohl im Handakt als auch im elektronischen Akt abgespeichert werden. Während der urlaubsbedingten Abwesenheit eines Rechtsanwaltes sind die Kanzleiarbeitskräfte angewiesen, diesem Rechtsanwalt übermittelte fristauslösende Schriftstücke am Tag ihres Eingangs dem Vertretungsanwalt oder einem anderen Rechtsanwalt der Abteilung vorzulegen. Außerdem wird von dem urlaubsbedingt abwesenden Rechtsanwalt eine Abwesenheitsnotiz erstellt, in der den Mandanten der jeweilige Vertretungsanwalt bekannt gegeben wird.

Die mit der Vorlage beauftragte Mitarbeiterin der Kanzlei kam dieser Aufgabe stets zuverlässig nach. Eine diesbezügliche Unzuverlässigkeit der stets sorgfältig und zuverlässig arbeitenden und erfahrenen Kanzleikraft hätte

nicht vermutet oder erkannt werden können. Aufgrund der Nichtvorlage des eingegangenen Bescheids an den zuständigen Rechtsanwalt, oder einen anderen anwesenden Rechtsanwalt, war die Möglichkeit einer weiteren fristwahrenden Bearbeitung ausschlossen.

Nach der Judikatur der Verwaltungsgerichtshofes stellt das Verschulden einer geeigneten und ordentlich überwachten Angestellten eines Rechtsanwaltes regelmäßig einen tauglichen Wiedereinsetzungsgrund dar (VwGH 25.6.1992, 92/09/0043).

Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes hat ein Rechtsanwalt zwar gegenüber seinen Kanzleibediensteten der ihm zumutbaren und der Sachlage nach gebotenen Überwachungspflicht nachzukommen (VwGH 31.1.1984, 84/05/0008). Eine Überwachung auf Schritt und Tritt gegenüber Kanzleibediensteten und damit etwa eine Überwachung des Emailpostfachs der Kanzleiangestellten durch den Vertretungsanwalt ist nach der Rechtsprechung (VwGH 16.5.1984, Slg 11439 A, ua) aber nicht erforderlich. Die Überwachungspflicht eines Parteienvertreters geht nämlich nicht soweit, jede einzelne einfache Arbeitsverrichtung seiner Angestellten zu kontrollieren, insbesondere, wenn fir keine Veranlassung besteht, das pflichtgemäße Verhalten seines Angestellten in Zweifel zu ziehen (VwGH 15.3.1995, 94/13/0215).

Die Frist für die Stellung eines Wiedereinsetzungsantrages beginnt nach§ 33 Abs 2 VwGVG binnen zwei Wochen nach dem Wegfall des Hindernisses, dh zwei Wochen ab Kenntnis der Verspätung der Einbringung (VwGH 21.11.2002, 2002/07/0126, ua).

Das Hindernis der Nichtkenntnis fiel am 22.5.2018 mit der Rückkehr der Rechtsvertreterin in die Kanzlei weg, der Wiedereinsetzungsantrag ist daher fristgerecht eingebracht.

Es war daher dem Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand stattzugeben.

3. Zu Spruchpunkt II. A)

3.1 Rechtliche Grundlagen:

3.1.1

§ 18. AuslBG:

Abs 1: Ausländer, die von einem ausländischen Arbeitgeber ohne einen im Bundesgebiet vorhandenen Betriebssitz im Inland beschäftigt werden, bedürfen, soweit im Folgenden nicht anderes bestimmt ist, einer Beschäftigungsbewilligung. Dauern diese Arbeiten nicht länger als sechs Monate, bedürfen Ausländer einer Entsendebewilligung, welche längstens für die Dauer von vier Monaten erteilt werden darf.

.....

Abs 12: Für Ausländer, die von einem Unternehmen mit Betriebssitz in einem anderen Mitgliedstaat des Europäischen Wirtschaftsraumes zur Erbringung einer vorübergehenden Arbeitsleistung nach Österreich entsandt oder überlassen werden, ist keine Beschäftigungsbewilligung oder Entsendebewilligung erforderlich, wenn

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

2. die österreichischen Lohn- und Arbeitsbedingungen gemäß § 3 Abs. 3 bis 6, § 4 Abs. 2 bis 5 und § 5 des Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetzes (LSD-BG), BGBl. Nr. 44/2016, im Fall der Überlassung gemäß § 10 AÜG, § 3 Abs. 4, § 4 Abs. 2 und 5 und § 6 LSD-BG sowie die sozialversicherungsrechtlichen Bestimmungen eingehalten werden und

3. im Fall der Überlassung kein Untersagungsgrund gemäß § 18 Abs. 1 AÜG vorliegt.

Die Zentrale Koordinationsstelle für die Kontrolle der illegalen Beschäftigung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz und dem Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz des Bundesministeriums für Finanzen (Zentrale Koordinationsstelle) hat die Meldung über die Beschäftigung betriebsentsandter oder überlassener Ausländer gemäß § 19 Abs. 2 bis 4 LSD-BG 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 oder Beschäftiger, der die Arbeitsleistungen in Anspruch nimmt, das Vorliegen der Voraussetzungen zu bestätigen (EU-Entsendebestätigung bzw. EU-Überlassungsbestätigung) oder bei Nichtvorliegen die Entsendung oder Überlassung zu untersagen. Unbeschadet der

Meldepflicht gemäß § 19 Abs. 2 bis 4 LSD-BG sowie sonstiger Pflichten nach dem AÜG, darf die Beschäftigung bei Vorliegen der Voraussetzungen auch ohne EU-Entsendebestätigung bzw. EU-Überlassungsbestätigung begonnen werden.

3.1.2 Die Richtlinie 96/71/EG über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen (im Folgenden kurz: Richtlinie 96/71) lautet auszugsweise:

Artikel 1

Anwendungsbereich

(3) Diese Richtlinie findet Anwendung, soweit die in Absatz 1 genannten Unternehmen eine der folgenden länderübergreifenden Maßnahmen treffen:

a) einen Arbeitnehmer in ihrem Namen und unter ihrer Leitung in das Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats im Rahmen eines Vertrags entsenden, der zwischen dem entsendenden Unternehmen und dem in diesem Mitgliedstaat tätigen Dienstleistungsempfänger geschlossen wurde, sofern für

b) einen Arbeitnehmer in eine Niederlassung oder ein der Unternehmensgruppe angehörendes Unternehmen im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats entsenden, sofern für die Dauer der Entsendung ein Arbeitsverhältnis zwischen dem entsendenden Unternehmen und dem Arbeitnehmer besteht, oder

c) als Leiharbeitsunternehmen oder als einen Arbeitnehmer

zur Verfügung stellendes Unternehmen einen Arbeitnehmer in ein verwendendes Unternehmen entsenden, das seinen Sitz im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats hat oder dort seine Tätigkeit ausübt, sofern für die Dauer der Entsendung ein Arbeitsverhältnis zwischen dem Leiharbeitsunternehmen oder dem einen Arbeitnehmer zur Verfügung stellenden Unternehmen und dem Arbeitnehmer besteht.

3.2 Zur Frage der Beschwer:

Da die Beschäftigung gemäß § 18 Abs 12 letzter Satz AuslBG nur bei Vorliegen der Voraussetzungen auch ohne EU-Entsendebestätigung begonnen werden darf, liegt es im rechtlichen Interesse des BF, dass festgestellt werde, ob die Voraussetzungen für eine EU-Entsendebestätigungen vorlagen.

3.3 In der Sache:

Der Wortlaut und die sich aus der Regierungsvorlage ergebenden Motive der Gesetzwerdung des§ 18 Abs. 12 AuslBG idgF BGBl I Nr. 78/2007 zeigen, dass mit diesem die Regelungen für die Entsendung ausländischer Arbeitskräfte durch Unternehmen aus EWR-Mitgliedstaaten nunmehr vollständig an die unionsrechtlichen Vorgaben angepasst werden sollten (RV 215 Blg. Nr XXIII. GP, S 5), vgl. VwGH Ra 2017/09 vom 12.09.2017/0023.

Im Sinne der autonomen Interpretation des EU-Rechts (vgl. zitierte Richtlinie) ist auf die Judikatur des EuGH Bedacht zu nehmen.

Von der Richtlinie 96/71/EG erfasst ist sowohl (Art. 1 Abs. 3 lit. a) die grenzüberschreitende Entsendung eines Arbeitnehmers durch ein Unternehmen, um einen von diesem Unternehmen eingegangenen Werkvertrag zu erfüllen, als auch (Art. 1 Abs. 3 lit. c) - insoweit im Einklang mit dem AÜG die grenzüberschreitende Arbeitskräfteüberlassung, nämlich die grenzüberschreitende Entsendung eines Arbeitnehmers durch ein Unternehmen zum Zwecke (lediglich) der Überlassung an ein anderes (den Arbeitnehmer verwendendes) Unternehmen (vgl. auch Erk vom 6. November 2012, 2012/09/0130, und vom 19. März 2014, 2013/09/0159).

Aus dem Urteil des EuGH vom 18. Juni 2015 Martin Meat, C-586/13, ergibt sich, dass für die Beurteilung, ob ein Sachverhalt als grenzüberschreitende Arbeitskräfteüberlassung zu beurteilen ist und die in § 17 Abs. 2 AÜG genannte Meldepflicht nach sich zieht, aus unionsrechtlicher Sicht "jeder Anhaltspunkt" zu berücksichtigen ist und somit unter mehreren Gesichtspunkten (nach dem "wahren wirtschaftlichen Gehalt"; vgl. das E vom 6. November 2012, 2012/09/0130 mit Bezugnahme auf das dem Urteil "Martin Meat" vorausgegangene Urteil des EuGH "Vicoplus", C-307/09 bis C-309/09) zu prüfen ist (vgl. zur "Gesamtbeurteilung aller Umstände" auch Art. 4 Abs. 1 der RL 2014/67/EU zur Durchsetzung der Richtlinie 96/71/EG über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen, samt dortigem fünften Erwägungsgrund). Im Speziellen sind dabei entsprechend dem Urteil "Martin Meat" die Fragen, ob die Vergütung/das Entgelt auch von der Qualität der erbrachten Leistung abhängt bzw. wer die

Folgen einer nicht vertragsgemäßen Ausführung der vertraglich festgelegten Leistung trägt, ob also der für einen Werkvertrag essenzielle "gewährleistungstaugliche" Erfolg vereinbart wurde, wer die Zahl der für die Herstellung des Werkes jeweils konkret eingesetzten Arbeitnehmer bestimmt und von wem die Arbeitnehmer die genauen und individuellen Weisungen für die Ausführung ihrer Tätigkeiten erhalten, von entscheidender Bedeutung.

Selbst im Falle der Verneinung des Vorliegens von Arbeitskräfteüberlassung ist eine Meldepflicht für die grenzüberschreitende Entsendung von Arbeitnehmern unionsrechtlich nicht von vornherein ausgeschlossen (Hinweis Urteil des EuGH in der Rs Santos Palhota, C-515/08, in welchem dieser die Unionsrechtskonformität der Meldepflicht einer grenzüberschreitenden Entsendung - und zwar ohne nach der Entsendungsart iSd Art. 1 Abs. 3 der Richtlinie 96/71/EG zu differenzieren - nicht grundsätzlich in Frage gestellt hat)

3.4 Im konkreten Fall:

Beide Unternehmen (das entsendende und die in diesem Mitgliedstaat tätige Dienstleistungsempfängerin) haben ihren Sitz in einem Mitgliedsstaat der EU. Die Richtlinie ist auch auf Drittstaatsangehörige wie die hier entsandten türkischen Beschäftigten anzuwenden.

Unter Anwendung dieser Kriterien ergibt sich im gegenständlichen Fall bei der Beurteilung des oben festgestellten Sachverhaltes Folgendes:

3.4.1 Die Voraussetzung, dass für die Dauer der Entsendung ein Arbeitsverhältnis zwischen dem entsendenden Unternehmen (hier BF) und dem jeweiligen Arbeitnehmer besteht, ist im vorliegenden Fall unstrittig gegeben.

3.4.2 Zur Abgrenzung Entsendung und Arbeitskräfteüberlassung:

Eine Entsendung liegt vor, wenn Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer für eine befristete Dauer in einem anderen Staat Arbeitsleistungen für ihren Arbeitgeber erbringen

Die belangte Behörde behauptet, es läge bei Beurteilung des wahren wirtschaftlichen Gehaltes des Vertrages Arbeitskräfteüberlassung vor und es könne daher keine Entsendebestätigung ausgestellt werden. Sie stützt diese Meinung vor allem auf die Tatsache, dass die Kabel, d. i. ein Teil des Materials von der AG zur Verfügung gestellt werden und für die Kabel die Gewährleistung die AG trifft.

Dem ist zu entgegnen, dass nach der Judikatur in Martin Meat die Frage der Betriebsmittel keine zentrale bei der Beurteilung, ob Arbeitskräfteüberlassung vorliegt, ist.

Es sei nur erwähnt, dass die sonstigen wesentlichen Betriebsmittel für die Kabelverlegung (Spezialmaschinen), von der BF bereitgestellt wurden, es sollte somit also im Wesentlichen mit den Betriebsmitteln des Entsendeunternehmens gearbeitet werden.

3.4.3 Entsprechend dem Urteil "Martin Meat" sind die Fragen, ob die Vergütung/das Entgelt auch von der Qualität der erbrachten Leistung abhängt bzw. wer die Folgen einer nicht vertragsgemäßen Ausführung der vertraglich festgelegten Leistung trägt, ob also der für einen Werkvertrag essenzielle "gewährleistungstaugliche" Erfolg vereinbart wurde, wer die Zahl der für die Herstellung des Werkes jeweils konkret eingesetzten Arbeitnehmer bestimmt und von wem die Arbeitnehmer die genauen und individuellen Weisungen für die Ausführung ihrer Tätigkeiten erhalten, von entscheidender Bedeutung.

3.4.4 Die Vergütung hängt von der sachgerechten Ausführung der Arbeiten ab, die Gewährleistung für das Gesamtwerk trifft die BF, nur für das von AG zur Verfügung gestellte Material (Kabel) hat -wie oben erwähnt - der AG auch die Gewährleistung zu tragen.

3.4.5 Die Anzahl der eingesetzten Arbeitskräfte hat die BF zu bestimmen, diese arbeiteten unter der Weisungsbefugnis der BF;

Beaufsichtigung und Leitung der Beschäftigten erfolgte durch die BF;

Dass ein Werk vereinbart war zeigt sich darin, dass für die Erfüllung des Vertrags eine Leistungsfrist (mit Pönalzahlungsvereinbarung) vereinbart war.

3.4.6 Bei der nach der Judikatur gebotenen Gesamtbeurteilung ist somit festzustellen, dass die relevanten Merkmale der Entsendung vorhanden sind.

Bei der Gesamtbetrachtung der Merkmale ist somit von einer Entsendung im Sinne der Richtlinie und des AuslBG

auszugehen.

3.4.7. Eine Beschäftigung eines ausländischen Arbeitnehmers im Rahmen einer Entsendung zur Erbringung einer vorübergehenden Arbeitsleistung in Österreich durch ein Unternehmen mit Betriebssitz in einem anderen Mitgliedstaat des Europäischen Wirtschaftsraums ist gemäß § 18 Abs. 12 AuslBG nur dann ohne Beschäftigungs- oder Entsendebewilligung zulässig, wenn die in Z 1 und 2 leg.cit. genannten Kriterien erfüllt sind.

Es ist daher zu prüfen, ob Hindernisse für die Erteilung der Bestätigung nach § 18 Abs. 12 Z 1, Z. 2 AuslBG vorliegen.

Gemäß § 18 Abs. 1 Z 1 ist der Nachweis erforderlich, dass die zu entsendenden Arbeitnehmer ordnungsgemäß zu einer Beschäftigung im Staat des Betriebssitzes über die Dauer der Entsendung oder Überlassung nach Österreich hinaus zugelassen und beim entsendenden Unternehmen rechtmäßig beschäftigt sind.

Dieser Nachweis wird in der Regel über die Vorlage eines A1-Versicherungsformulares erbracht. Im gegenständlichen Fall wurde dies im Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht vorlegt, sodass die Voraussetzung des § 18 Abs. 12 Z 1 AuslBG als erfüllt anzusehen ist.

Es wäre somit eine die EU-Entsendebestätigung nach § 18 Abs 12 AuslBG auszustellen gewesen.

4. Zum Absehen von der mündlichen Verhandlung

Gemäß § 24 Abs. 1 VwGVG hat das Verwaltungsgericht auf Antrag oder, wenn es dies für erforderlich hält, von Amts wegen eine öffentliche mündliche Verhandlung durchzuführen.

Gemäß § 24 Abs. 4 VwGVG konnte das Gericht zudem von der Verhandlung absehen, weil der maßgebliche Sachverhalt ausreichend ermittelt ist und in der Beschwerde und dem Vorlageantrag nicht bestritten wurde. Die Schriftsätze der Parteien und die Akten des Verfahrens lassen erkennen, dass die mündliche Erörterung eine weitere Klärung der Rechtssache nicht erwarten lässt, und dem auch Art 6 Abs. 1 EMRK nicht entgegensteht (vgl. die Entscheidung des EGMR vom 2. September 2004, 68.087/01 [Hofbauer/Österreich], wo der Gerichtshof unter Hinweis auf seine frühere Rechtsprechung dargelegt hat, dass die Anforderungen von Art 6 EMRK auch bei Unterbleiben einer mündlichen Verhandlung oder überhaupt jegliche Anhörung [im Originaltext "any hearing at all"] erfüllt sind, wenn das Verfahren ausschließlich rechtliche oder "technische" Fragen betrifft und in diesem Zusammenhang auch auf das Bedürfnis der nationalen Behörden nach zweckmäßiger und wirtschaftlicher Vorgangsweise verwiesen hat, vgl. dazu auch das zuletzt das Erkenntnis des VwGH vom 29.April 2015, Zl. Ro 20015/08/0005. Die Durchführung einer mündlichen Verhandlung wurde zwar beantrag, jedoch konnte ohne Durchführung entschieden werden, weil der Sachverhalt zur Beurteilung der Rechtmäßigkeit des Bescheides aus der Aktenlage geklärt war.

Zu II. B) Zur Unzulässigkeit der Revision:

Gemäß § 25a Abs. 1 VwGG hat das Verwaltungsgericht im Spruch seines Erkenntnisses oder Beschlusses auszusprechen, ob die Revision gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG zulässig ist. Der Ausspruch ist kurz zu begründen. Die Revision ist gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG nicht zulässig, weil die Entscheidung nicht von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, 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 vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Auch liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

Zur Frage der Entsendung bzw. Arbeitskräfteüberlassung gibt es hinreichende Judikatur des VwGH wie des EuGH; dieses Erkenntnis entspricht dieser Judikatur.

Schlagworte

Arbeitskräfteüberlassung, Betriebsmittel, Entgelt,
EU-Entsendebestätigung, Wiedereinsetzung

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:BVWG:2019:W156.2201113.1.00

Zuletzt aktualisiert am

07.03.2019

Quelle: Bundesverwaltungsgericht BVwg, https://www.bvwg.gv.at

© 2026 JUSLINE
JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.
www.jusline.at