

TE Bvwg Erkenntnis 2017/3/9 G304 2131064-1

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 09.03.2017

Entscheidungsdatum

09.03.2017

Norm

AuslBG §18 Abs12

B-VG Art.133 Abs4

VwGVG §33

1. AuslBG § 18 heute
2. AuslBG § 18 gültig ab 01.10.2022 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 106/2022
3. AuslBG § 18 gültig von 01.07.2020 bis 30.09.2022 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 104/2019
4. AuslBG § 18 gültig von 01.10.2017 bis 30.06.2020 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 66/2017
5. AuslBG § 18 gültig von 01.01.2014 bis 30.09.2017 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 72/2013
6. AuslBG § 18 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 78/2007
7. AuslBG § 18 gültig von 01.01.2006 bis 31.12.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 101/2005
8. AuslBG § 18 gültig von 01.01.2005 bis 31.12.2005 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 136/2004
9. AuslBG § 18 gültig von 01.05.2004 bis 31.12.2004 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 28/2004
10. AuslBG § 18 gültig von 01.01.2003 bis 30.04.2004 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 126/2002
11. AuslBG § 18 gültig von 01.01.2000 bis 31.12.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 120/1999
12. AuslBG § 18 gültig von 01.01.1998 bis 31.12.1999 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 78/1997
13. AuslBG § 18 gültig von 02.06.1996 bis 31.12.1997 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 201/1996
14. AuslBG § 18 gültig von 01.06.1996 bis 01.06.1996 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 895/1995
15. AuslBG § 18 gültig von 01.07.1994 bis 31.05.1996 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 450/1994
16. AuslBG § 18 gültig von 01.07.1994 bis 30.06.1994 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 314/1994
17. AuslBG § 18 gültig von 01.10.1990 bis 30.06.1994 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 450/1990
1. B-VG Art. 133 heute
2. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2019 bis 24.05.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017
3. B-VG Art. 133 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 22/2018
4. B-VG Art. 133 gültig von 25.05.2018 bis 31.12.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 22/2018
5. B-VG Art. 133 gültig von 01.08.2014 bis 24.05.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 164/2013
6. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2014 bis 31.07.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
7. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2004 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 100/2003
8. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.1975 bis 31.12.2003 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 444/1974
9. B-VG Art. 133 gültig von 25.12.1946 bis 31.12.1974 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 211/1946

10. B-VG Art. 133 gültig von 19.12.1945 bis 24.12.1946 zuletzt geändert durch StGBI. Nr. 4/1945

11. B-VG Art. 133 gültig von 03.01.1930 bis 30.06.1934

1. VwGVG § 33 heute

2. VwGVG § 33 gültig von 01.07.2021 bis 30.06.2021 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 119/2020

3. VwGVG § 33 gültig ab 01.07.2021 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 109/2021

4. VwGVG § 33 gültig von 01.01.2017 bis 30.06.2021 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 24/2017

5. VwGVG § 33 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2016

Spruch

G304 2131064-1/19E

G304 2135300-1/7E

G304 2135301-1/7E

G304 2135302-1/7E

G304 2135303-1/7E

I.römisch eins.

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch die Richterin Mag. Beatrix LEHNER als Vorsitzende und die fachkundigen Laienrichter Dr. Peter DEMSCHAR und Kurt ALLMANSDORFER als Beisitzer über die Vorlageanträge bzw. Beschwerden der XXXX, vertreten durch XXXX, (mitbeteiligte Partei: XXXX), gegen die Beschwerdeentscheidungen vom 26.08.2016 bzw. Bescheide des Arbeitsmarktservice XXXX vom 13.05.2016, GZ: XXXX, nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung am 19.01.2017 zu Recht erkannt: Das Bundesverwaltungsgericht hat durch die Richterin Mag. Beatrix LEHNER als Vorsitzende und die fachkundigen Laienrichter Dr. Peter DEMSCHAR und Kurt ALLMANSDORFER als Beisitzer über die Vorlageanträge bzw. Beschwerden der römisch 40, vertreten durch römisch 40, (mitbeteiligte Partei: römisch 40), gegen die Beschwerdeentscheidungen vom 26.08.2016 bzw. Bescheide des Arbeitsmarktservice römisch 40 vom 13.05.2016, GZ: römisch 40, nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung am 19.01.2017 zu Recht erkannt:

A)

Den Beschwerden wird stattgegeben und die Beschwerdeentscheidungen werden insofern abgeändert, als festgestellt wird, dass die Voraussetzungen für eine EU-Entsendung gegeben sind.

B)

Die Revision ist gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG nicht zulässig. Die Revision ist gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG nicht zulässig.

II.römisch zwei.

1.

BESCHLUSS

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch die Richterin Mag. Beatrix LEHNER als Einzelrichterin über den Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zur Erhebung einer Beschwerde der XXXX, vertreten durch XXXX, vom 24.06.2016 beschlossen: Das Bundesverwaltungsgericht hat durch die Richterin Mag. Beatrix LEHNER als Einzelrichterin über den Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zur Erhebung einer Beschwerde der römisch 40, vertreten durch römisch 40, vom 24.06.2016 beschlossen:

A)

Dem Wiedereinsetzungsantrag wird gemäß § 33 Abs. 1 und Abs. 4 VwGVG stattgegeben. Dem Wiedereinsetzungsantrag wird gemäß Paragraph 33, Absatz eins und Absatz 4, VwGVG stattgegeben.

B)

Die Revision ist gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG nicht zulässigDie Revision ist gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG nicht zulässig.

2.

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch die Richterin Mag. Beatrix LEHNER als Vorsitzende und die fachkundigen Laienrichter Ma. Dr. Peter DEMSCHAR und Kurt ALLMANNSDORFER als Beisitzer über die Beschwerde der XXXX, vertreten durch XXXX, (mitbeteiligte Partei: XXXX), gegen den Bescheid des Arbeitsmarktservice XXXX, vom 07.04.2016, GZ: XXXX, nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung am 19.01.2017 zu Recht erkannt:Das Bundesverwaltungsgericht hat durch die Richterin Mag. Beatrix LEHNER als Vorsitzende und die fachkundigen Laienrichter Ma. Dr. Peter DEMSCHAR und Kurt ALLMANNSDORFER als Beisitzer über die Beschwerde der römisch 40 , vertreten durch römisch 40 , (mitbeteiligte Partei: römisch 40), gegen den Bescheid des Arbeitsmarktservice römisch 40 , vom 07.04.2016, GZ: römisch 40 , nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung am 19.01.2017 zu Recht erkannt:

A)

Der Beschwerde wird stattgegeben.

B)

Die Revision ist gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG nicht zulässigDie Revision ist gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG nicht zulässig.

Text

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

I. Verfahrensgangrömisch eins. Verfahrensgang

zu Zl. G304 2131064-1, 2135300-1, 2135301-1, 2135302-1, 2135303-1

Mit Bescheid des Arbeitsmarktservice (im Folgenden: AMS) vom 07.04.2016 (betreffend Zl. 2131064-1) wurde der Antrag vom 08.03.2016 auf Bestätigung der EU-Entsendung für XXXX für die berufliche Tätigkeit als Erdgasringschlussleitung-Schiene-HO Schweißer gemäß § 18 Abs. 12 AuslBG abgelehnt.Mit Bescheid des Arbeitsmarktservice (im Folgenden: AMS) vom 07.04.2016 (betreffend Zl. 2131064-1) wurde der Antrag vom 08.03.2016 auf Bestätigung der EU-Entsendung für römisch 40 für die berufliche Tätigkeit als Erdgasringschlussleitung-Schiene-HO Schweißer gemäß Paragraph 18, Absatz 12, AuslBG abgelehnt.

Begründend wurde ausgeführt, laut aktueller Weisung des BMASK könne eine weitere Entsendung für denselben Arbeitnehmer, dasselbe Unternehmen und denselben Mitgliedstaat erst nach Ablauf von mindestens zwei Monaten nach Ende des vorangehenden Entsendezeitraums zugelassen werden. Die letztmalige Zulassung des genannten Arbeitnehmers für ein Bauprojekt ende am 31.07.2016. Am 08.03.2016 sei eine neuerliche Zulassung für das Bauvorhaben in XXXX beantragt worden.Begründend wurde ausgeführt, laut aktueller Weisung des BMASK könne eine weitere Entsendung für denselben Arbeitnehmer, dasselbe Unternehmen und denselben Mitgliedstaat erst nach Ablauf von mindestens zwei Monaten nach Ende des vorangehenden Entsendezeitraums zugelassen werden. Die letztmalige Zulassung des genannten Arbeitnehmers für ein Bauprojekt ende am 31.07.2016. Am 08.03.2016 sei eine neuerliche Zulassung für das Bauvorhaben in römisch 40 beantragt worden.

Die mindesterforderliche Unterbrechung von zwei Monaten sei jedoch unterschritten worden, weshalb dieses neuerliche Entsendebegehren aus Sicht des AMS keineswegs als vorübergehende und gelegentliche Tätigkeit gewertet werden könne.

Das AMS geht in ihren Bescheiden vom 13.05.2016 betreffend Zl. G304 2135300-1, 2135301-1, 2135302-1, 2135303-1 vom Vorliegen einer Arbeitskräfteüberlassung aus und begründet dies unter Bezugnahme auf den "wahren wirtschaftlichen Gehalts" und auf Punkt 4 des Werkvertrages - "Montage der beigestellten Rohrbauteile" bzw. in Unterpunkt 4.1. "durch den Auftraggebern wird die Gesamtbauleitung, sowie sämtliche Bauteile (Rohrmaterial) beigestellt.

Diese vier Arbeitskräfte der Firma XXXX betreffende Bescheide des AMS vom 13.05.2016 wurden der XXXX (im

Folgenden: BF) am 25.05.2016 und der mitbeteiligten Partei, der Firma XXXX, am 27.05.2016 zugestellt. Diese vier Arbeitskräfte der Firma römisch 40 betreffende Bescheide des AMS vom 13.05.2016 wurden der römisch 40 (im Folgenden: BF) am 25.05.2016 und der mitbeteiligten Partei, der Firma römisch 40, am 27.05.2016 zugestellt.

Die BF brachte gegen diese AMS-Bescheide vom 13.05.2016 am 21.06.2016 bei der belangten Behörde Beschwerde ein. Mit dieser wurde im Wesentlichen vorgebracht, dass das gesamte Material von der XXXX (im Folgenden: XXXX) bereitgestellt worden sei. Die BF selbst habe kein Material beigebracht. Weiters wurde erklärt: "Darüber hinaus haben die Arbeiter jedoch ausschließlich mit selbst mitgebrachtem Werkzeug die Montageleistung erbracht." Die BF brachte gegen diese AMS-Bescheide vom 13.05.2016 am 21.06.2016 bei der belangten Behörde Beschwerde ein. Mit dieser wurde im Wesentlichen vorgebracht, dass das gesamte Material von der römisch 40 (im Folgenden: römisch 40) bereitgestellt worden sei. Die BF selbst habe kein Material beigebracht. Weiters wurde erklärt: "Darüber hinaus haben die Arbeiter jedoch ausschließlich mit selbst mitgebrachtem Werkzeug die Montageleistung erbracht."

§ 4 Abs. 2 Z. 2 AÜG, der für das Vorliegen einer Arbeitskräfteüberlassung die Durchführung der Arbeit sowohl mit Material als auch mit Werkzeug des Werkunternehmers fordert, sei somit nicht erfüllt. Es wurde beantragt, die angefochtenen Bescheide ersatzlos zu beheben, in eventuelle die angefochtenen Bescheide aufzuheben und die Angelegenheit zur neuerlichen Verhandlung und Erlassung eines neuen Bescheides an die belangte Behörde zurückzuverweisen. Paragraph 4, Absatz 2, Ziffer 2, AÜG, der für das Vorliegen einer Arbeitskräfteüberlassung die Durchführung der Arbeit sowohl mit Material als auch mit Werkzeug des Werkunternehmers fordert, sei somit nicht erfüllt. Es wurde beantragt, die angefochtenen Bescheide ersatzlos zu beheben, in eventuelle die angefochtenen Bescheide aufzuheben und die Angelegenheit zur neuerlichen Verhandlung und Erlassung eines neuen Bescheides an die belangte Behörde zurückzuverweisen.

Die BF stellte mit Schreiben vom 24.06.2016 betreffend den Arbeitnehmer XXXX einen Wiedereinsetzungsantrag und erhob zeitgleich damit auch Beschwerde. In der Beschwerde gegen den AMS-Bescheid vom 07.04.2016 wurde wie in der Beschwerde gegen die AMS-Bescheide vom 13.05.2016 im Wesentlichen vorgebracht, dass auch in diesem Fall von einem Werkvertrag auszugehen sei. Für den Wiedereinsetzungsantrag wurde vorgebracht, dass der AMS-Bescheid vom 07.04.2016 zu nicht mehr nachvollziehbarem Datum zugestellt worden sei und von einer Mitarbeiterin, die gewöhnlich ihre Arbeiten ordnungsgemäß und gewissenhaft ausführe, irrtümlich falsch abgeheftet bzw. mit der übrigen an diesem Tag zugestellten Post falsch abgelegt worden sei. Dabei handle es sich um einen minderen Grad des Versehens. Die BF stellte mit Schreiben vom 24.06.2016 betreffend den Arbeitnehmer römisch 40 einen Wiedereinsetzungsantrag und erhob zeitgleich damit auch Beschwerde. In der Beschwerde gegen den AMS-Bescheid vom 07.04.2016 wurde wie in der Beschwerde gegen die AMS-Bescheide vom 13.05.2016 im Wesentlichen vorgebracht, dass auch in diesem Fall von einem Werkvertrag auszugehen sei. Für den Wiedereinsetzungsantrag wurde vorgebracht, dass der AMS-Bescheid vom 07.04.2016 zu nicht mehr nachvollziehbarem Datum zugestellt worden sei und von einer Mitarbeiterin, die gewöhnlich ihre Arbeiten ordnungsgemäß und gewissenhaft ausführe, irrtümlich falsch abgeheftet bzw. mit der übrigen an diesem Tag zugestellten Post falsch abgelegt worden sei. Dabei handle es sich um einen minderen Grad des Versehens.

Am 28.07.2016 langte beim Bundesverwaltungsgericht (im Folgenden: BVwG) die Beschwerdevorlage betreffend Zl. G304 2131064-1 ein.

Mit Beschwerdevorentscheidung des AMS vom 26.08.2016 wurde vom Nichtvorliegen einer Arbeitskräfteüberlassung ausgegangen und ausgeführt, dass gemäß § 39 Abs. 2 AVG mit Schreiben des AMS vom 21.07.2016 Verfahren betreffend vier angeführte kroatische Staatsbürger verbunden worden seien. Mit Beschwerdevorentscheidung des AMS vom 26.08.2016 wurde vom Nichtvorliegen einer Arbeitskräfteüberlassung ausgegangen und ausgeführt, dass gemäß Paragraph 39, Absatz 2, AVG mit Schreiben des AMS vom 21.07.2016 Verfahren betreffend vier angeführte kroatische Staatsbürger verbunden worden seien.

Die mit Schreiben des AMS vom 21.07.2016 geforderten Unterlagen zur Prüfung der materiell rechtlichen Voraussetzungen iSv § 18 Abs. 12 Auslag und § 7b Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz, welche Anzeigebestätigungen vorliegen müssen, seien mit dazu abgegebener Stellungnahme vorgelegt worden. Mit Eingabe der BF vom 16.08.2016 seien Anhänge zu den Arbeitsverträgen der betreffenden Ausländer, A1 Sozialversicherungsbestätigungen für diese Arbeitnehmer, eine Aufstellung über Eingangsrechnungen für das Kalenderjahr 2015 sowie nicht in deutscher Sprache verfasste Schriftstücke vorgelegt worden. Die mit Schreiben des

AMS vom 21.07.2016 geforderten Unterlagen zur Prüfung der materiell rechtlichen Voraussetzungen iSv Paragraph 18, Absatz 12, Auslag und Paragraph 7 b, Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz, welche Anzeigebestätigungen vorliegen müssen, seien mit dazu abgegebener Stellungnahme vorgelegt worden. Mit Eingabe der BF vom 16.08.2016 seien Anhänge zu den Arbeitsverträgen der betreffenden Ausländer, A1 Sozialversicherungsbestätigungen für diese Arbeitnehmer, eine Aufstellung über Eingangsrechnungen für das Kalenderjahr 2015 sowie nicht in deutscher Sprache verfasste Schriftstücke vorgelegt worden.

Des Weiteren seien die Mitarbeiter der Firma XXXX und das Unternehmen der XXXX selbst betreffende Unterlagen, wie zu Bilanz 2015, Gewinn- und Verlustrechnung für 2015 und diverse nicht in deutscher Sprache verfasste Schriftstücke - nachgereicht worden. Des Weiteren seien die Mitarbeiter der Firma römisch 40 und das Unternehmen der römisch 40 selbst betreffende Unterlagen, wie zu Bilanz 2015, Gewinn- und Verlustrechnung für 2015 und diverse nicht in deutscher Sprache verfasste Schriftstücke - nachgereicht worden.

Es sei vom Nichtvorliegen einer Arbeitskräfteüberlassung und mangels vorgelegter Nachweise über erzielte Umsätze des Entsendeunternehmens nicht von einer nennenswerten gewöhnlichen Tätigkeit und nicht von der Zulässigkeit einer EU-Entsendung auszugehen.

Die Beschwerdeentscheidungen wurden der BF am 30.08.2016 zugestellt.

Daraufhin brachte die BF am 12.09.2016 einen Vorlageantrag ein. Darin wurde ausgeführt, in der Beschwerdeentscheidung sei richtigerweise vom Nichtvorliegen einer Arbeitskräfteüberlassung, jedoch unrichtigerweise auch vom Nichtvorliegen der Voraussetzungen für eine EU-Entsendung ausgegangen worden. Die Voraussetzungen des § 18 Abs. 12 Auslag würden vorliegen, weil "1. die betroffenen ausländischen Arbeiter 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 gem. § 7 Abs. 1 Z. 1-3 und Abs. 2 AVRAG sowie die sozialversicherungsrechtlichen Bestimmungen eingehalten werden." Daraufhin brachte die BF am 12.09.2016 einen Vorlageantrag ein. Darin wurde ausgeführt, in der Beschwerdeentscheidung sei richtigerweise vom Nichtvorliegen einer Arbeitskräfteüberlassung, jedoch unrichtigerweise auch vom Nichtvorliegen der Voraussetzungen für eine EU-Entsendung ausgegangen worden. Die Voraussetzungen des Paragraph 18, Absatz 12, Auslag würden vorliegen, weil "1. die betroffenen ausländischen Arbeiter 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 gem. Paragraph 7, Absatz eins, Ziffer eins -, 3 und Absatz 2, AVRAG sowie die sozialversicherungsrechtlichen Bestimmungen eingehalten werden."

Am 21.09.2016 langten beim BVwG die Beschwerdevorlagen betreffend Zl. G304 2135300-1, 2135301-1, 2135302-1 und 2135303-1 ein.

Mit Schreiben vom 27.09.2016, beim BVwG eingelangt am 28.09.2016, wurde eine ergänzende Stellungnahme zum Wiedereinsetzungsantrag abgegeben.

Am 19.01.2017 wurde im Beisein der BF und ihres Rechtsvertreters, eines Zeugen der XXXX und zweier Zeugen der Firma XXXX vor dem BVwG eine mündliche Verhandlung durchgeführt. Am 19.01.2017 wurde im Beisein der BF und ihres Rechtsvertreters, eines Zeugen der römisch 40 und zweier Zeugen der Firma römisch 40 vor dem BVwG eine mündliche Verhandlung durchgeführt.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen: römisch zwei. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

1. Feststellungen:

zu Zl. G304 2131064-1, 2135300-1, 2135301-1, 2135302-1, 2135303-1 - Erkenntnis

1.1. Am 03.03.2016 wurde zwischen der BF als Auftraggeber und der Firma XXXX als Auftragnehmer ein Werkvertrag Nr. XXXX abgeschlossen und dabei für das Projekt "Erdgasringschlussleitung Schiene-HO" für den Zeitraum vom 09.03.2016 bis 14.05.2016 die Montage von Rohrleitungen bei der XXXX in XXXX vereinbart und der Auftragnehmer für die vertraglich festgelegte, ordnungsgemäße Durchführung der Arbeiten verantwortlich erklärt. Die Firma XXXX war somit für die fachgerechte Montage der beigestellten Rohrbauteile inklusive aller zur Erfüllung der Gesamtleistung erforderlichen Leistungen verantwortlich. 1.1. Am 03.03.2016 wurde zwischen der BF als Auftraggeber und der Firma römisch 40 als Auftragnehmer ein Werkvertrag Nr. römisch 40 abgeschlossen und dabei für das Projekt

"Erdgasringschlussleitung Schiene-HO" für den Zeitraum vom 09.03.2016 bis 14.05.2016 die Montage von Rohrleitungen bei der römisch 40 in römisch 40 vereinbart und der Auftragnehmer für die vertraglich festgelegte, ordnungsgemäße Durchführung der Arbeiten verantwortlich erklärt. Die Firma römisch 40 war somit für die fachgerechte Montage der beigestellten Rohrbauteile inklusive aller zur Erfüllung der Gesamtleistung erforderlichen Leistungen verantwortlich.

1.2. Die Firma XXXX mit Sitz in Slowenien hat am 08.03.2016 für den Zeitraum von 09.03.2016 bis 14.05.2016 eine Bestätigung der EU-Entsendung für näher angeführte Arbeitskräfte mit kroatischer Staatsangehörigkeit auf das Werksgelände der XXXX nach Österreich beantragt. Dieser Antrag wurde hinsichtlich vier Arbeitskräfte der Firma RMVUK mit Bescheid des AMS vom 13.05.2016 mit der Begründung abgelehnt, dass die Voraussetzungen für die Erteilung einer EU-Entsendebestätigung nicht gegeben sind und keine Arbeitskräfteüberlassung vorliegt. Die nach Beschwerde dagegen (Zl. 2135300-1, 2135301-1, 2135302-1 und 2135303-1) ergangene Beschwerdevorentscheidung vom 26.08.2016 geht ebenfalls von keiner zulässigen EU-Entsendung, jedoch gegenüber dem Vorbescheid nicht mehr vom Vorliegen einer Arbeitskräfteüberlassung aus. Im daraufhin folgenden Vorlageantrag wurde das Vorliegen einer EU-Entsendung betont. 1.2. Die Firma römisch 40 mit Sitz in Slowenien hat am 08.03.2016 für den Zeitraum von 09.03.2016 bis 14.05.2016 eine Bestätigung der EU-Entsendung für näher angeführte Arbeitskräfte mit kroatischer Staatsangehörigkeit auf das Werksgelände der römisch 40 nach Österreich beantragt. Dieser Antrag wurde hinsichtlich vier Arbeitskräfte der Firma RMVUK mit Bescheid des AMS vom 13.05.2016 mit der Begründung abgelehnt, dass die Voraussetzungen für die Erteilung einer EU-Entsendebestätigung nicht gegeben sind und keine Arbeitskräfteüberlassung vorliegt. Die nach Beschwerde dagegen (Zl. 2135300-1, 2135301-1, 2135302-1 und 2135303-1) ergangene Beschwerdevorentscheidung vom 26.08.2016 geht ebenfalls von keiner zulässigen EU-Entsendung, jedoch gegenüber dem Vorbescheid nicht mehr vom Vorliegen einer Arbeitskräfteüberlassung aus. Im daraufhin folgenden Vorlageantrag wurde das Vorliegen einer EU-Entsendung betont.

Der Antrag der Firma XXXX vom 08.03.2016 auf Bestätigung der EU-Entsendung für einen Arbeitnehmer wurde mit Bescheid des AMS vom 07.04.2016 mit der Begründung abgelehnt, dass die mindesterforderliche Unterbrechung von zwei Monaten nach Ende des vorangehenden Entsendezeitraums unterschritten wird, und das neuerliche Entsendebegehren aus Sicht des AMS keineswegs als vorübergehende und gelegentliche Tätigkeit gewertet werden könne. Gegen diesen Bescheid (Zl. 2131064-1) wurde zusammen mit einem Wiedereinsatzantrag eine mit den übrigen Beschwerden im Wesentlichen gleichlautende Beschwerde erhoben. Der Antrag der Firma römisch 40 vom 08.03.2016 auf Bestätigung der EU-Entsendung für einen Arbeitnehmer wurde mit Bescheid des AMS vom 07.04.2016 mit der Begründung abgelehnt, dass die mindesterforderliche Unterbrechung von zwei Monaten nach Ende des vorangehenden Entsendezeitraums unterschritten wird, und das neuerliche Entsendebegehren aus Sicht des AMS keineswegs als vorübergehende und gelegentliche Tätigkeit gewertet werden könne. Gegen diesen Bescheid (Zl. 2131064-1) wurde zusammen mit einem Wiedereinsatzantrag eine mit den übrigen Beschwerden im Wesentlichen gleichlautende Beschwerde erhoben.

1.3. Die betroffenen Arbeitskräfte, allesamt kroatische Staatsangehörige, sind zur Beschäftigung am Firmensitz in Slowenien über die Dauer ihrer Entsendung nach Österreich hinaus zugelassen und beim entsendenden Unternehmen auch rechtmäßig beschäftigt. Bei ihnen werden auch die österreichischen Lohn- und Arbeitsbedingungen sowie die sozialversicherungsrechtlichen Bestimmungen eingehalten.

XXXX hat eine Aufenthaltsgenehmigung von 04.02.2015 bis 18.01.2018 und eine Arbeitserlaubnis von 19.01.2015 bis 18.01.2018, XXXX keine Aufenthaltsgenehmigung von 06.03.2015 bis 11.03.2018 und eine Arbeitserlaubnis vom 12.03.2015 bis 11.03.2018, XXXX eine Aufenthaltsgenehmigung von 07.05.2015 bis 29.04.2018 und eine Arbeitserlaubnis von 30.04.2015 bis 29.04.2018 und XXXX eine Aufenthaltsgenehmigung von 21.1.2013 bis 30.11.2016 und eine Arbeitserlaubnis vom 01.12.2013 bis 30.11.2016. Diese vier Arbeitnehmer beziehen jeweils einen monatlichen Bruttolohn in Höhe von € 2.045,00 und sind sozialversichert, ebenso wie der vom AMS-Bescheid vom 07.04.2016 betroffene Arbeitnehmer XXXX. Diese ist wie die übrigen vier Arbeitskräfte zur Beschäftigung am Firmensitz der Firma XXXX in Slowenien über die Dauer ihrer Entsendung nach Österreich hinaus zugelassen und beim entsendenden Unternehmen auch rechtmäßig beschäftigt. römisch 40 hat eine Aufenthaltsgenehmigung von 04.02.2015 bis 18.01.2018 und eine Arbeitserlaubnis von 19.01.2015 bis 18.01.2018, XXXX keine Aufenthaltsgenehmigung von 06.03.2015 bis 11.03.2018 und eine Arbeitserlaubnis vom 12.03.2015 bis 11.03.2018, römisch 40 eine Aufenthaltsgenehmigung von 07.05.2015 bis 29.04.2018 und eine Arbeitserlaubnis von 30.04.2015 bis 29.04.2018 und

römisch 40 eine Aufenthaltsgenehmigung von 21.1.2013 bis 30.11.2016 und eine Arbeitserlaubnis vom 01.12.2013 bis 30.11.2016. Diese vier Arbeitnehmer beziehen jeweils einen monatlichen Bruttolohn in Höhe von € 2.045,00 und sind sozialversichert, ebenso wie der vom AMS-Bescheid vom 07.04.2016 betroffene Arbeitnehmer römisch 40. Diese ist wie die übrigen vier Arbeitskräfte zur Beschäftigung am Firmensitz der Firma römisch 40 in Slowenien über die Dauer ihrer Entsendung nach Österreich hinaus zugelassen und beim entsendenden Unternehmen auch rechtmäßig beschäftigt.

1.4. Am 09.03.2016 wurde von der Firma XXXX mit dem Arbeitnehmer XXXX einen Anhang Nr. 8 und mit dem Arbeitnehmer XXXX einen Anhang Nr. 4 zu ihrem Arbeitsvertrag geschlossen. Darin wurde vereinbart, dass diese Arbeitnehmer "zur Ausübung für den Arbeitgeber auf Folgende Baustelle: XXXX als Schweißer entsendet" werden. Vereinbart wurde des Weiteren, dass der jeweilige Arbeitnehmer "die Arbeiten in der Zeitdauer des Projekts verrichten bzw. voraussichtlich bis zum 14.05.2016 bzw. zur Rückkehr vom Außendienst (wenn der Arbeitnehmer nicht unverzüglich in ein anderes Land entsendet wird)" verrichten werde. 1.4. Am 09.03.2016 wurde von der Firma römisch 40 mit dem Arbeitnehmer römisch 40 einen Anhang Nr. 8 und mit dem Arbeitnehmer römisch 40 einen Anhang Nr. 4 zu ihrem Arbeitsvertrag geschlossen. Darin wurde vereinbart, dass diese Arbeitnehmer "zur Ausübung für den Arbeitgeber auf Folgende Baustelle: römisch 40 als Schweißer entsendet" werden. Vereinbart wurde des Weiteren, dass der jeweilige Arbeitnehmer "die Arbeiten in der Zeitdauer des Projekts verrichten bzw. voraussichtlich bis zum 14.05.2016 bzw. zur Rückkehr vom Außendienst (wenn der Arbeitnehmer nicht unverzüglich in ein anderes Land entsendet wird)" verrichten werde.

1.5. Die Firma XXXX beschäftigt an ihrem Firmensitz in Slowenien 40 Personen inklusive Büromitarbeiter. Die Verwaltung der Firma befindet sich in Slowenien. 350 Mitarbeiter sind für die Montage und Vorfertigung vorgesehen, wobei diese jährlich ca. sieben Monate im Ausland und fünf Monate in Slowenien arbeiten und zwischen den einzelnen Projekten immer wieder nach Slowenien kommen. Schulungen der Mitarbeiter finden auch am Firmensitz in Slowenien statt. 30% des Gesamtumsatzes der Firma betrifft Vorfertigung von Rohrsystemen, wobei diese nicht für alle Projekte besteht, und 70% des Gesamtumsatzes machen Montageleistungen der Montagemitarbeiter in Europa aus. Aus der Gewinn- und Verlustrechnung der Firma XXXX für den Zeitraum vom 01.01. bis zum 31.12.2015 ist ein Gesamtnettoumsatz von rund 15 Mio Euro, jedoch ein Nettoumsatz in Slowenien von nur rund 200.000 Euro ersichtlich. Die Vorfertigung von Rohrsystemen in Slowenien hat im Jahr 2016 1,25 Mio Euro betragen. Aus der Formulierung der Werkverträge ist es bei Verbindung von Vorfertigung mit Montage auf der Baustelle schwer zu unterscheiden, was in der Vorfertigung und was auf der Baustelle geleistet wird. Am Firmensitz in Slowenien sind für die Vorfertigung zwei Produktionsbereiche eingerichtet, wobei einer eine Fläche von 1.113, 84 m² und einen 10 Tonnen-Hallenkran und der zweite eine Fläche von 1.200 m² und einen 5 Tonnen-Hallenkran umfasst. An beiden Produktionsbereichen gibt es eine Gasinstallation und Installationen für 24 Anschlüsse für den Schweißgas und Formier Gas (d.i. Sammelname für leicht reduzierend wirkende Gasgemische; Formiergas wird als Schutzgas bei der Warmverarbeitung von Metallen eingesetzt). 1.5. Die Firma römisch 40 beschäftigt an ihrem Firmensitz in Slowenien 40 Personen inklusive Büromitarbeiter. Die Verwaltung der Firma befindet sich in Slowenien. 350 Mitarbeiter sind für die Montage und Vorfertigung vorgesehen, wobei diese jährlich ca. sieben Monate im Ausland und fünf Monate in Slowenien arbeiten und zwischen den einzelnen Projekten immer wieder nach Slowenien kommen. Schulungen der Mitarbeiter finden auch am Firmensitz in Slowenien statt. 30% des Gesamtumsatzes der Firma betrifft Vorfertigung von Rohrsystemen, wobei diese nicht für alle Projekte besteht, und 70% des Gesamtumsatzes machen Montageleistungen der Montagemitarbeiter in Europa aus. Aus der Gewinn- und Verlustrechnung der Firma römisch 40 für den Zeitraum vom 01.01. bis zum 31.12.2015 ist ein Gesamtnettoumsatz von rund 15 Mio Euro, jedoch ein Nettoumsatz in Slowenien von nur rund 200.000 Euro ersichtlich. Die Vorfertigung von Rohrsystemen in Slowenien hat im Jahr 2016 1,25 Mio Euro betragen. Aus der Formulierung der Werkverträge ist es bei Verbindung von Vorfertigung mit Montage auf der Baustelle schwer zu unterscheiden, was in der Vorfertigung und was auf der Baustelle geleistet wird. Am Firmensitz in Slowenien sind für die Vorfertigung zwei Produktionsbereiche eingerichtet, wobei einer eine Fläche von 1.113, 84 m² und einen 10 Tonnen-Hallenkran und der zweite eine Fläche von 1.200 m² und einen 5 Tonnen-Hallenkran umfasst. An beiden Produktionsbereichen gibt es eine Gasinstallation und Installationen für 24 Anschlüsse für den Schweißgas und Formier Gas (d.i. Sammelname für leicht reduzierend wirkende Gasgemische; Formiergas wird als Schutzgas bei der Warmverarbeitung von Metallen eingesetzt).

1.6. Die Arbeitskräfte der Firma XXXX arbeiteten am Werksgelände der XXXX selbstständig mit von der XXXX

beigestelltem Material und eigenem Werkzeug und mussten die beigestellten Rohre schneiden, schweißen und dann montieren. Sie trugen vorwiegend eigene Kleidung und wurden von der XXXX nicht namentlich, sondern nur zahlenmäßig auf dem Werksgelände erfasst und insbesondere hinsichtlich Einhaltung der Sicherheitsvorschriften kontrolliert. Sie mussten der BF täglich einen Baustellenbericht und monatlich eine Baufortschrittsdokumentation vorlegen. 1.6. Die Arbeitskräfte der Firma römisch 40 arbeiteten am Werksgelände der römisch 40 selbstständig mit von der römisch 40 beigestelltem Material und eigenem Werkzeug und mussten die beigestellten Rohre schneiden, schweißen und dann montieren. Sie trugen vorwiegend eigene Kleidung und wurden von der römisch 40 nicht namentlich, sondern nur zahlenmäßig auf dem Werksgelände erfasst und insbesondere hinsichtlich Einhaltung der Sicherheitsvorschriften kontrolliert. Sie mussten der BF täglich einen Baustellenbericht und monatlich eine Baufortschrittsdokumentation vorlegen.

2. Beweiswürdigung:

2.1. zu Zl. G304 2131064-1, 2135300-1, 2135301-1, 2135302-1, 2135303-1 - Erkenntnis

Der oben unter Punkt I. angeführte Verfahrensgang ergibt sich aus dem unzweifelhaften und unbestrittenen Akteninhalt der vorgelegten Verwaltungsakten und des vorliegenden Gerichtsaktes des BVwG. Der oben unter Punkt römisch eins. angeführte Verfahrensgang ergibt sich aus dem unzweifelhaften und unbestrittenen Akteninhalt der vorgelegten Verwaltungsakten und des vorliegenden Gerichtsaktes des BVwG.

Dass bei allen betroffenen Arbeitskräften, kroatischen Staatsangehörigen, die Voraussetzungen zur Erteilung einer EU-Entsendebestätigung erfüllt sind - sie zur Beschäftigung am Firmensitz in Slowenien über die Dauer ihrer Entsendung nach Österreich hinaus zugelassen und beim entsendenden Unternehmen rechtmäßig beschäftigt sind, und bei ihnen auch die österreichischen Lohn- und Arbeitsbedingungen sowie die sozialversicherungsrechtlichen Bestimmungen eingehalten werden, ist aus dem diesbezüglich unbedenklichen Akteninhalt ersichtlich. Betreffend die Arbeitskräfte XXXX, XXXX, XXXX und XXXX wurden dem AMS diesbezügliche Nachweise mit "Urkundenvorlage" der rechtsfreundlich vertretenen BF a vom 16.08.2016 erbracht. Darauf wurde auch im Vorlageantrag betreffend diese vier Arbeitnehmer hingewiesen. Dass auch beim Arbeitnehmer XXXX die Voraussetzungen zur Erteilung einer EU-Entsendebestätigung erfüllt sind, ergibt sich aus dem diesbezüglich unzweifelhaften Akteninhalt. Dass bei allen betroffenen Arbeitskräften, kroatischen Staatsangehörigen, die Voraussetzungen zur Erteilung einer EU-Entsendebestätigung erfüllt sind - sie zur Beschäftigung am Firmensitz in Slowenien über die Dauer ihrer Entsendung nach Österreich hinaus zugelassen und beim entsendenden Unternehmen rechtmäßig beschäftigt sind, und bei ihnen auch die österreichischen Lohn- und Arbeitsbedingungen sowie die sozialversicherungsrechtlichen Bestimmungen eingehalten werden, ist aus dem diesbezüglich unbedenklichen Akteninhalt ersichtlich. Betreffend die Arbeitskräfte römisch 40 , römisch 40 , römisch 40 und römisch 40 wurden dem AMS diesbezügliche Nachweise mit "Urkundenvorlage" der rechtsfreundlich vertretenen BF a vom 16.08.2016 erbracht. Darauf wurde auch im Vorlageantrag betreffend diese vier Arbeitnehmer hingewiesen. Dass auch beim Arbeitnehmer römisch 40 die Voraussetzungen zur Erteilung einer EU-Entsendebestätigung erfüllt sind, ergibt sich aus dem diesbezüglich unzweifelhaften Akteninhalt.

Die zwischen der BF und der Firma XXXX vereinbarte Werkleistung ergibt sich aus dem zwischen ihnen abgeschlossenen Werkvertrag vom 03.03.2016. Die Beschäftigung der Arbeitskräfte der Firma XXXX auf dem Werksgelände der XXXX und die von ihnen im Rahmen der Werkerfüllung tatsächlich erbrachten Leistungen ergeben sich aus dem unbedenklichen Akteninhalt, ebenso wie der Tätigkeitsbereich und der Leistungsumfang der in Slowenien ansässigen Firma XXXX im In- und Ausland. Die zwischen der BF und der Firma römisch 40 vereinbarte Werkleistung ergibt sich aus dem zwischen ihnen abgeschlossenen Werkvertrag vom 03.03.2016. Die Beschäftigung der Arbeitskräfte der Firma römisch 40 auf dem Werksgelände der römisch 40 und die von ihnen im Rahmen der Werkerfüllung tatsächlich erbrachten Leistungen ergeben sich aus dem unbedenklichen Akteninhalt, ebenso wie der Tätigkeitsbereich und der Leistungsumfang der in Slowenien ansässigen Firma römisch 40 im In- und Ausland.

2.2. zu Zl. G304 2131064-1 - Wiedereinsatzbeschluss

Für die Rechtzeitigkeit ihres zusammen mit der Beschwerde bei der belangten Behörde eingebrachten Wiedereinsatzantrages vom 24.06.2016 brachte die BF als Wiedereinsatzwerberin vor, ihr sei am 16.06.2016 von der BH XXXX die Aufforderung zur Rechtfertigung vom 10.06.2016 zugestellt worden. Mit diesem Schreiben sei der Geschäftsführer aufgefordert worden, sich hinsichtlich einer ihm zur Last gelegten Verwaltungsübertretung nach § 18 Abs. 12 iVm § 28 Abs. 1 Z. 4 Auslag zu rechtfertigen. Konkret vorgeworfen worden sei ihr da die Inanspruchnahme der

Arbeitsleistung des kroatischen Staatsangehörigen XXXX im Zeitraum 09.03.2016 bis 16.04.2016 ohne Vorliegen einer EU-Entsendebewilligung. Für die Rechtzeitigkeit ihres zusammen mit der Beschwerde bei der belangten Behörde eingebrachten Wiedereinsatzantrages vom 24.06.2016 brachte die BF als Wiedereinsatzwerberin vor, ihr sei am 16.06.2016 von der BH römisch 40 die Aufforderung zur Rechtfertigung vom 10.06.2016 zugestellt worden. Mit diesem Schreiben sei der Geschäftsführer aufgefordert worden, sich hinsichtlich einer ihm zur Last gelegten Verwaltungsübertretung nach Paragraph 18, Absatz 12, in Verbindung mit Paragraph 28, Absatz eins, Ziffer 4, Auslag zu rechtfertigen. Konkret vorgeworfen worden sei ihr da die Inanspruchnahme der Arbeitsleistung des kroatischen Staatsangehörigen römisch 40 im Zeitraum 09.03.2016 bis 16.04.2016 ohne Vorliegen einer EU-Entsendebewilligung.

Mit diesem Vorbringen konnte die Wiedereinsatzwerberin glaubhaft machen, dass sie erst mit der Aufforderung zur Rechtfertigung der BH XXXX vom Bescheid des AMS und damit davon, dass der Antrag der Firma XXXX auf Bestätigung der EU-Entsendung für die berufliche Tätigkeit als Erdgasringschlussleitungs-Schiene-HO Schweißer gemäß § 18 Abs. 12 Auslag abgelehnt und die Entsendung untersagt worden sei, Kenntnis erlangt habe. Mit diesem Vorbringen konnte die Wiedereinsatzwerberin glaubhaft machen, dass sie erst mit der Aufforderung zur Rechtfertigung der BH römisch 40 vom Bescheid des AMS und damit davon, dass der Antrag der Firma römisch 40 auf Bestätigung der EU-Entsendung für die berufliche Tätigkeit als Erdgasringschlussleitungs-Schiene-HO Schweißer gemäß Paragraph 18, Absatz 12, Auslag abgelehnt und die Entsendung untersagt worden sei, Kenntnis erlangt habe.

3. Rechtliche Beurteilung:

3.1. Zu Spruch I. (betreffend 2135300-1, 2135301-1, 2135302-1, 2135303-1) 3.1. Zu Spruch römisch eins. (betreffend 2135300-1, 2135301-1, 2135302-1, 2135303-1)

3.1.1. Zuständigkeit und anzuwendendes Recht:

Gemäß § 6 BVwGG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht durch Einzelrichter, sofern nicht in Bundes- oder Landesgesetzen die Entscheidung durch Senate vorgesehen ist. Gemäß Paragraph 6, BVwGG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht durch Einzelrichter, sofern nicht in Bundes- oder Landesgesetzen die Entscheidung durch Senate vorgesehen ist.

Gemäß § 20f Abs. 1 Auslag entscheidet über Beschwerden gegen Bescheide der regionalen Geschäftsstellen des Arbeitsmarktservice das Bundesverwaltungsgericht spätestens drei Monate nach deren Einlangen durch einen Senat, dem zwei fachkundige Laienrichter, je einer aus dem Kreis der Arbeitgeber und aus dem Kreis der Arbeitnehmer, angehören. Gemäß Paragraph 20 f, Absatz eins, Auslag entscheidet über Beschwerden gegen Bescheide der regionalen Geschäftsstellen des Arbeitsmarktservice das Bundesverwaltungsgericht spätestens drei Monate nach deren Einlangen durch einen Senat, dem zwei fachkundige Laienrichter, je einer aus dem Kreis der Arbeitgeber und aus dem Kreis der Arbeitnehmer, angehören.

Über die vorliegende Beschwerde war daher durch einen Senat, bestehend aus zwei fachkundigen Laienrichter und einer Berufsrichterin zu entscheiden.

Das Verfahren der Verwaltungsgerichte mit Ausnahme des Bundesfinanzgerichtes ist durch das VwGVG, BGBl. I 2013/33 i.d.F. BGBl. I 2013/122, geregelt (§ 1 leg.cit.). Gemäß § 58 Abs. 2 VwGVG bleiben entgegenstehende Bestimmungen, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Bundesgesetzes bereits kundgemacht wurden, in Kraft. Das Verfahren der Verwaltungsgerichte mit Ausnahme des Bundesfinanzgerichtes ist durch das VwGVG, BGBl. römisch eins 2013/33 in der Fassung BGBl. römisch eins 2013/122, geregelt (Paragraph eins, leg.cit.). Gemäß Paragraph 58, Absatz 2, VwGVG bleiben entgegenstehende Bestimmungen, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Bundesgesetzes bereits kundgemacht wurden, in Kraft.

Gemäß § 17 VwGVG sind, soweit in diesem Bundesgesetz nicht anderes bestimmt ist, auf das Verfahren über Beschwerden gemäß Art. 130 Abs. 1 B-VG die Bestimmungen des AVG mit Ausnahme der §§ 1 bis 5 sowie des IV. Teiles, die Bestimmungen der Bundesabgabenordnung - BAO, BGBl. Nr. 194/1961, des Agrarverfahrensgesetzes - AgrVG, BGBl. Nr. 173/1950, und des Dienstrechtsverfahrensgesetzes 1984 - DVG, BGBl. Nr. 29/1984, und im Übrigen jene verfahrensrechtlichen Bestimmungen in Bundes- oder Landesgesetzen sinngemäß anzuwenden, die die Behörde in dem dem Verfahren vor dem Verwaltungsgericht vorangegangenen Verfahren angewendet hat oder anzuwenden gehabt hätte. Gemäß Paragraph 17, VwGVG sind, soweit in diesem Bundesgesetz nicht anderes bestimmt ist, auf das Verfahren über Beschwerden gemäß Artikel 130, Absatz eins, B-VG die Bestimmungen des AVG mit Ausnahme der

Paragraphen eins bis 5 sowie des römisch vier. Teiles, die Bestimmungen der Bundesabgabenordnung - BAO, Bundesgesetzblatt Nr. 194 aus 1961,, des Agrarverfahrensgesetzes - AgrVG, Bundesgesetzblatt Nr. 173 aus 1950,, und des Dienstrechtsverfahrensgesetzes 1984 - DVG, Bundesgesetzblatt Nr. 29 aus 1984,, und im Übrigen jene verfahrensrechtlichen Bestimmungen in Bundes- oder Landesgesetzen sinngemäß anzuwenden, die die Behörde in dem dem Verfahren vor dem Verwaltungsgericht vorangegangenen Verfahren angewendet hat oder anzuwenden gehabt hätte.

Gemäß § 28 Abs. 1 VwGVG hat das Verwaltungsgericht die Rechtssache durch Erkenntnis zu erledigen, sofern die Beschwerde nicht zurückzuweisen oder das Verfahren einzustellen ist. Gemäß Paragraph 28, Absatz eins, VwGVG hat das Verwaltungsgericht die Rechtssache durch Erkenntnis zu erledigen, sofern die Beschwerde nicht zurückzuweisen oder das Verfahren einzustellen ist.

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 Paragraph 24, Absatz eins, VwGVG hat das Verwaltungsgericht auf Antrag oder, wenn es dies für erforderlich hält, von Amts wegen eine öffentliche mündliche Verhandlung durchzuführen.

Gemäß § 27 VwGVG hat das Verwaltungsgericht, soweit es nicht Rechtswidrigkeit wegen Unzuständigkeit der Behörde gegeben findet, den angefochtenen Bescheid auf Grund der Beschwerde (§ 9 Abs. 1 Z. 3 - Gründe, auf die sich die Behauptung der Rechtswidrigkeit bezieht - und Z 4 - Begehren) oder auf Grund der Erklärung über den Umfang der Anfechtung (§ 9 Abs. 3, wobei an die Stelle der Gründe, auf die sich die Behauptung der Rechtswidrigkeit stützt, die Erklärung über den Umfang der Anfechtung tritt) zu überprüfen. Gemäß Paragraph 27, VwGVG hat das Verwaltungsgericht, soweit es nicht Rechtswidrigkeit wegen Unzuständigkeit der Behörde gegeben findet, den angefochtenen Bescheid auf Grund der Beschwerde (Paragraph 9, Absatz eins, Ziffer 3, - Gründe, auf die sich die Behauptung der Rechtswidrigkeit bezieht - und Ziffer 4, - Begehren) oder auf Grund der Erklärung über den Umfang der Anfechtung (Paragraph 9, Absatz 3,, wobei an die Stelle der Gründe, auf die sich die Behauptung der Rechtswidrigkeit stützt, die Erklärung über den Umfang der Anfechtung tritt) zu überprüfen.

3.1.2. Zum Beschwerdegegenstand:

Gemäß § 14 Abs. 1 VwGVG steht es der Behörde nach der Rechtslage ab 01.01.2014 frei, den angefochtenen Bescheid innerhalb von vier Monaten aufzuheben, abzuändern oder die Beschwerde zurückzuweisen oder abzuweisen (Beschwerdevorentscheidung). Gemäß Paragraph 14, Absatz eins, VwGVG steht es der Behörde nach der Rechtslage ab 01.01.2014 frei, den angefochtenen Bescheid innerhalb von vier Monaten aufzuheben, abzuändern oder die Beschwerde zurückzuweisen oder abzuweisen (Beschwerdevorentscheidung).

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). Gemäß Paragraph 15, Absatz eins, 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).

Die belangte Behörde hat nach Einbringung eines Rechtsmittels ihren Ausgangsbescheid vom 13.05.2016 durch die Beschwerdevorentscheidung vom 26.08.2016 ersetzt.

Die Beschwerdevorentscheidung vom 26.08.2016 wurde der BF am 30.08.2016 zugestellt und somit jedenfalls fristgerecht innerhalb von vier Monaten gem. § 14 Abs. 1 VwGVG erlassen. Der Vorlageantrag vom 12.09.2016 wurde per Telefax noch an demselben Tag - und somit rechtzeitig - bei der belangten Behörde eingebracht. Die Beschwerdevorentscheidung vom 26.08.2016 wurde der BF am 30.08.2016 zugestellt und somit jedenfalls fristgerecht innerhalb von vier Monaten gem. Paragraph 14, Absatz eins, VwGVG erlassen. Der Vorlageantrag vom 12.09.2016 wurde per Telefax noch an demselben Tag - und somit rechtzeitig - bei der belangten Behörde eingebracht.

Aus der Entstehung der den Vorlageantrag regelnden Gesetzesbestimmung des § 15 VwGVG und den Gesetzesmaterialien ist zu schließen, dass nach Stellung eines Vorlageantrages die Beschwerdevorentscheidung nicht außer Kraft tritt (vgl. dazu etwa Fister/Fuchs/Sachs, Das neue Verwaltungsgerichtsverfahren, § 15 Rz 9). Die Beschwerdevorentscheidung bildet vielmehr den Beschwerdegegenstand und ersetzt den ursprünglichen Bescheid zur Gänze (vgl. VwGH 20.05.2015, Ra 2015/09/0025). Aus der Entstehung der den Vorlageantrag regelnden

Gesetzesbestimmung des Paragraph 15, VwGVG und den Gesetzesmaterialien ist zu schließen, dass nach Stellung eines Vorlageantrages die Beschwerdeverentscheidung nicht außer Kraft tritt vergleiche dazu etwa Fister/Fuchs/Sachs, Das neue Verwaltungsgerichtsverfahren, Paragraph 15, Rz 9). Die Beschwerdeverentscheidung bildet vielmehr den Beschwerdegegenstand und ersetzt den ursprünglichen Bescheid zur Gänze vergleiche VwGH 20.05.2015, Ra 2015/09/0025).

Der Verwaltungsgerichtshof hat sich mit dem Verhältnis zwischen Ausgangsbescheid und Beschwerdeverentscheidung und den sich daraus ergebenden Folgen für die Entscheidungen der Verwaltungsgerichte im Fall eines Vorlageantrages in seinem Erkenntnis vom 17. Dezember 2015, Ro 2015/08/0026, ausführlich auseinander gesetzt und - soweit für den vorliegenden Fall von Bedeutung - ausgeführt, dass durch die Beschwerdeverentscheidung dem Ausgangsbescheid endgültig derogiert wird. Das Rechtsmittel, über welches das Verwaltungsgericht zu entscheiden hat, bleibt aber im Fall eines zulässigen Vorlageantrages dennoch die Beschwerde. Der Vorlageantrag richtet sich nach dem VwGVG nämlich (nur) darauf, dass die Beschwerde dem Verwaltungsgericht vorgelegt wird. Da sich die Beschwerde gegen den Ausgangsbescheid richtet (und sich ihre Begründung auf diesen beziehen muss), bleibt der Ausgangsbescheid auch Maßstab dafür, ob die Beschwerde berechtigt ist oder nicht. Aufgehoben, abgeändert oder bestätigt werden kann aber nur die außer in Fällen einer Zurückweisung der Beschwerde - an die Stelle des Ausgangsbescheides getretene Beschwerdeverentscheidung. In Fällen, in denen die Beschwerde gegen den Ausgangsbescheid (teilweise) berechtigt war, ist der Beschwerde vom Verwaltungsgericht (teilweise) stattzugeben; eine Beschwerdeverentscheidung, die der Beschwerde ebenfalls im gebotenen Umfang stattgegeben hat und den Ausgangsbescheid - im Rahmen des durch die Beschwerde abgesteckten Verfahrensgegenstandes - rechtskonform abgeändert oder behoben hat, ist zu bestätigen, eine rechtswidrige - den Ausgangsbescheid entweder bestätigende oder in rechtswidriger (etwa nicht weit genug gehender) Weise abändernde - Beschwerdeverentscheidung ist ihrerseits abzuändern (das heißt: durch ein rechtmäßiges Erkenntnis zu ersetzen) oder gegebenenfalls - wenn eine Entscheidung in der betreffenden Sache gar nicht hätte ergehen dürfen - ersatzlos zu beheben (VwGH 14.9.2016, Ra 2015/08/0145).

3.1.3. Zu Spruchteil A):

Artikel 1 der Richtlinie 96/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 1996 über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen (Entsenderichtlinie) lautet:

"Artikel 1

Anwendungsbereich

(1) Diese Richtlinie gilt für Unternehmen mit Sitz in einem Mitgliedstaat, die im Rahmen der länderübergreifenden Erbringung von Dienstleistungen für Arbeitnehmer gemäß Absatz 3 in das Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats entsenden.

(2) (...).

(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 die Dauer der Entsendung ein Arbeitsverhältnis zwischen dem entsendenden Unternehmen und dem Arbeitnehmer besteht, oder

b) (...), oder

c) als Leiharbeitsverhältnis oder als einen Arbeitnehmer zur Verfügung stellendes Unternehmen einen Arbeitnehmer in ein verwendendes Unternehmen entsenden, das seinen Sitz im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats hat und 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."

Kapitel 3, Artikel 56 AEUV (Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union) lautet:

"Die Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs innerhalb der Union für Angehörige der Mitgliedstaaten, die in einem anderen Mitgliedstaat als demjenigen des Leistungsempfängers ansässig sind, sind nach Maßgabe der folgenden Bestimmungen verboten.

Das Europäische Parlament und der Rat können gemäß dem ordentlichen Gesetzgebungsverfahren beschließen, dass dieses Kapitel auch auf Erbringer von Dienstleistungen Anwendung findet, welche die Staatsangehörigkeit eines dritten Landes besitzen und innerhalb der Union ansässig sind."

Art. 12 Abs. 1 der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 des europäischen Parlaments und des Rates vom 29.04.2004 legt fest: Artikel 12, Absatz eins, der Verordnung (EG) Nr. 883 aus 2004, des europäischen Parlaments und des Rates vom 29.04.2004 legt fest:

Eine Person, die in einem Mitgliedstaat für Rechnung eines Arbeitgebers, der gewöhnlich dort tätig ist, eine Beschäftigung ausübt und die von diesem Arbeitgeber in einen anderen Mitgliedstaat entsandt wird, um dort eine Arbeit für dessen Rechnung auszuführen, unterliegt weiterhin den Rechtsvorschriften des ersten Mitgliedstaates, sofern die voraussichtliche Dauer dieser Arbeit vierundzwanzig Monate nicht überschreitet und diese Person nicht eine andere Person ablöst.

Nummer 3 lit c des Beschlusses Nr. A2 vom 12. Juni 2009 zur Auslegung des Artikels 12 der Verordnung (EG) NR. 883/2004 sieht Folgendes vor: Nummer 3 Litera c, des Beschlusses Nr. A2 vom 12. Juni 2009 zur Auslegung des Artikels 12 der Verordnung (EG) NR. 883 aus 2004, sieht Folgendes vor:

"c) Ist die Entsendung eines Arbeitnehmers abgelaufen, kann eine weitere Entsendung für denselben Arbeitnehmer, dieselben Unternehmen und denselben Mitgliedstaat erst nach Ablauf von mindestens zwei Monaten nach Ende des vorangehenden Entsendezeitraums zugelassen werden. Unter besonderen Gegebenheiten kann allerdings von diesem Grundsatz abgewichen werden".

Da EU-Beschlüsse verbindlich sind, ist die Auslegung von Artikel 12 der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 in "Nummer 3 lit c des Beschlusses Nr. A2 vom 12. Juni 2009 zur Auslegung des Artikels 12 der Verordnung (EG) NR. 883/2004" hier anwendbar. Da EU-Beschlüsse verbindlich sind, ist die Auslegung von Artikel 12 der Verordnung (EG) Nr. 883 aus 2004, in "Nummer 3 Litera c, des Beschlusses Nr. A2 vom 12. Juni 2009 zur Auslegung des Artikels 12 der Verordnung (EG) NR. 883/2004" hier anwendbar.

Diese Auslegung ist zudem auch mit Kapitel 3, Art. 56 AEUV über die Dienstleistungsfreiheit vereinbar, weist die genannte Bestimmung doch nur darauf hin, dass das Europäische Parlament und der Rat gemäß dem ordentlichen Gesetzgebungsverfahren beschließen können, dass dieses Kapitel auch auf Erbringer von Dienstleistungen Anwendung findet, welche die Staatsangehörigkeit eines dritten Landes besitzen und innerhalb der Union ansässig sind. Diese Auslegung ist zudem auch mit Kapitel 3, Artikel 56, AEUV über die Dienstleistungsfreiheit vereinbar, weist die genannte Bestimmung doch nur darauf hin, dass das Europäische Parlament und der Rat gemäß dem ordentlichen Gesetzgebungsverfahren beschließen können, dass dieses Kapitel auch auf Erbringer von Dienstleistungen Anwendung findet, welche die Staatsangehörigkeit eines dritten Landes besitzen und innerhalb der Union ansässig sind.

§ 1 Ausländerbeschäftigungsgesetz (Auslag), BGBl. Nr. 218/1975, idgF, besagt, dass dieses Bundesgesetz die Beschäftigung von Ausländern (§ 2) im Bundesgebiet regelt. Paragraph eins, Ausländerbeschäftigungsgesetz (Auslag), Bundesgesetzblatt Nr. 218 aus 1975,, idgF, besagt, dass dieses Bundesgesetz die Beschäftigung von Ausländern (Paragraph 2,) im Bundesgebiet regelt.

Gemäß § 2 Abs. 1 Auslag gilt als Ausländer im Sinne dieses Bundesgesetzes, wer nicht die österreichische Staatsbürgerschaft besitzt. Gemäß Paragraph 2, Absatz eins, Auslag gilt als Ausländer im Sinne dieses Bundesgesetzes, wer nicht die österreichische Staatsbürgerschaft besitzt.

Gemäß § 3 Abs. 1 und 2 AuslBG darf ein Arbeitgeber, soweit in diesem Bundesgesetz nicht anderes bestimmt ist, einen Ausländer nur beschäftigen, wenn ihm für diesen eine Beschäftigungsbewilligung oder Entsendebewilligung erteilt oder eine Anzeigebestätigung ausgestellt wurde (...). Gemäß Paragraph 3, Absatz eins und 2 AuslBG darf ein Arbeitgeber, soweit in diesem Bundesgesetz nicht anderes bestimmt ist, einen Ausländer nur beschäftigen, wenn ihm für diesen eine Beschäftigungsbewilligung oder Entsendebewilligung erteilt oder eine Anzeigebestätigung ausgestellt wurde (...).

Gemäß § 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 Gemäß

Paragraph 18, Absatz 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.
2. die österreichischen Lohn- und Arbeitsbedingungen gemäß Paragraph 7 b, Absatz eins, Ziffer eins bis 3 und Absatz 2, des Arbeitsvertragsrechts Anpassungsgesetzes (AVRAG), Bundesgesetzblatt Nr. 459 aus 1993,, sowie die sozialversicherungsrechtlichen Bestimmungen eingehalten werden.

Die regionale Geschäftsstelle des Arbeitsmarktservice hat binnen zwei Wochen ab Einlangen der Meldung dem Unternehmen und dem Auftraggeber, der die Arbeitsleistung in Anspruch nimmt, das Vorliegen der Voraussetzungen zu bestätigen (EU-Entsendebestätigung) oder bei Nichtvorliegen die Entsendung zu untersagen.

Im gegenständlichen Fall ist aus folgenden Gründen von der Zulässigkeit einer EU-Entsendung und vom Vorliegen eines zwischen der BF und der Firma XXXX bestehenden Werkvertrages auszugehen. Im gegenständlichen Fall ist aus folgenden Gründen von der Zulässigkeit einer EU-Entsendung und vom Vorliegen eines zwischen der BF und der Firma römisch 40 bestehenden Werkvertrages auszugehen.

1. Zum Vorliegen der Voraussetzungen für eine EU-Entsendung

1.1. betreffend Arbeitskräfte der entsendenden Firma

Im gegenständlichen Fall sind, wie in Punkt 1.3. näher festgestellt, die in § 18 Abs. 12 Z. 1 und 2 AuslBG angeführten Voraussetzungen für die Erteilung einer EU-Entsendebestätigung erfüllt. Alle betroffenen Arbeitskräfte, kroatische Staatsangehörige, sind zur Beschäftigung am Firmensitz in Slowenien über die Dauer ihrer Entsendung nach Österreich hinaus zugelassen und beim entsendenden Unternehmen rechtmäßig beschäftigt. Es werden zudem bei allen Arbeitnehmern die österreichischen Lohn- und Arbeitsbedingungen sowie die sozialversicherungsrechtlichen Bestimmungen eingehalten. Im gegenständlichen Fall sind, wie in Punkt 1.3. näher festgestellt, die in Paragraph 18, Absatz 12, Ziffer eins und 2 AuslBG angeführten Voraussetzungen für die Erteilung einer EU-Entsendebestätigung erfüllt. Alle betroffenen Arbeitskräfte, kroatische Staatsangehörige, sind zur Beschäftigung am Firmensitz in Slowenien über die Dauer ihrer Entsendung nach Österreich hinaus zugelassen und beim entsendenden Unternehmen rechtmäßig beschäftigt. Es werden zudem bei allen Arbeitnehmern die österreichischen Lohn- und Arbeitsbedingungen sowie die sozialversicherungsrechtlichen Bestimmungen eingehalten.

1.2. betreffend das entsendende Unternehmen selbst

In der Begründung der Beschwerdeentscheidung vom 26.08.2016 wird darauf hingewiesen, dass die Möglichkeit der Entsendung auf Unternehmen beschränkt sein muss, die ihre Tätigkeit normalerweise im Gebiet des Mitgliedstaats ausüben, dessen Rechtsvorschriften der entsandte Arbeitnehmer weiterhin unterliegt. Es werde davon ausgegangen, dass dies nur für die Unternehmen gilt, die gewöhnlich nennenswerte Tätigkeiten im Mitgliedstaat ihres Sitzes verrichten. Unter Nummer 1 des Beschlusses Nr. A2 der Verwaltungskommission für die Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit vom 12.06.2009 zur Auslegung des Art. 12 der VO (EG) Nr. 883/2004 werde ausgeführt, dass erforderlichenfalls oder im Zweifelsfall zur Feststellung, ob ein Arbeitgeber gewöhnlich eine nennenswerte Tätigkeit im Gebiet des Mitgliedstaats verrichtet, in dem er niedergelassen ist, "dabei u.a. der Ort, an dem das Unternehmen seinen Sitz und seine Verwaltung hat, die Zahl der im Mitgliedstaat seiner Betriebsstätte bzw. in dem anderen Mitgliedstaat in der Verwaltung Beschäftigten, der Ort, an dem die entsandten Arbeitnehmer eingestellt werden, der Ort, an dem der Großteil der Verträge mit den Kunden geschlossen wird, das Recht, dem die Verträge unterliegen, die das Unternehmen mit seinen Arbeitnehmern bzw. mit seinen Kunden schließt, der während eines hinreichend charakteristischen Zeitraums im jeweiligen Mitgliedstaat erzielte Umsatz sowie die Zahl der im entsendenden Staat geschlossenen Verträge" zu berücksichtigen seien, wobei diese Aufstellung nicht erschöpfend sei, da die Auswahl der Kriterien vom jeweiligen Einzelfall abhängen, und auch die Art der Tätigkeit, die das Unternehmen im Staat der Niederlassung ausübe, zu berücksichtigen sei. In der Begründung der Beschwerdeentscheidung vom 26.08.2016 wird darauf hingewiesen, dass die Möglichkeit der Entsendung auf Unternehmen beschränkt sein muss,

die ihre Tätigkeit normalerweise im Gebiet des Mitgliedstaats ausüben, dessen Rechtsvorschriften der entsandte Arbeitnehmer weiterhin unterliegt. Es werde davon ausgegangen, dass dies nur für die Unternehmen gilt, die gewöhnlich nennenswerte Tätigkeiten im Mitgliedstaat ihres Sitzes verrichten. Unter Nummer 1 des Beschlusses Nr. A2 der Verwaltungskommission für die Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit vom 12.06.2009 zur Auslegung des Artikel 12, der VO (EG) Nr. 883 aus 2004, werde ausgeführt, dass erforderlichenfalls oder im Zweifelsfall zur Feststellung, ob ein Arbeitgeber gewöhnlich eine nennenswerte Tätigkeit im Gebiet des Mitgliedstaats verrichtet, in dem er niedergelassen ist, "dabei u.a. der Ort, an dem das Unternehmen seinen Sitz und seine Verwaltung hat, die Zahl der im Mitgliedstaat seiner Betriebsstätte bzw. in dem anderen Mitgliedstaat in der Verwaltung Beschäftigten, der Ort, an dem die entsandten Arbeitnehmer eingestellt werden, der Ort, an dem der Großteil der Verträge mit den Kunden geschlossen wird, das Recht, dem die Verträge unterliegen, die das Unternehmen mit seinen Arbeitnehmern bzw. mit seinen Kunden schließt, der während eines hinreichend charakteristischen Zeitraums im jeweiligen Mitgliedstaat erzielte Umsatz sowie die Zahl der im entsendenden Staat geschlossenen Verträge" zu berücksichtigen seien, wobei diese Aufstellung nicht erschöpfend sei, da die Auswahl der Kriterien vom jeweiligen Einzelfall abhängen, und auch die Art der Tätigkeit, die das Unternehmen im Staat der Niederlassung ausübe, zu berücksichtigen sei.

Dass der Arbeitgeber im Entsendestaat gewöhnlich tätig sein müsse, bedeute, dass der Arbeitnehmer "für Rechnung eines Arbeitgebers eine Beschäftigung ausübt", und dass für die gesamte Dauer der Entsendung eine arbeitsrechtliche Bindung zwischen dem entsendenden Arbeitgeber und dem entsandten Arbeitnehmer bestehe.

Im gegenständlichen Fall sprechen mehrere Gegebenheiten für das Vorliegen einer gewöhnlichen Tätigkeit der Firma XXXX in Slowenien. Im gegenständlichen Fall sprechen mehrere Gegebenheiten für das Vorliegen einer gewöhnlichen Tätigkeit der Firma römisch 40 in Slowenien.

Die Arbeitskräfte der Firma XXXX wurden im Entsendestaat Slowenien eingestellt und über einen Anhang zu ihrem Arbeitsvertrag für die Dauer des Projektes von 09.03.2016 bis voraussichtlich 14.05.2016 nach Österreich entsendet (Anhang Nr. 8 zum Arbeitsvertrag von XXXX und Anhang Nr. 4 zum Arbeitsvertrag von XXXX). Die Arbeitskräfte der Firma römisch 40 wurden im Entsendestaat Slowenien eingestellt und über einen Anhang zu ihrem Arbeitsvertrag für die Dauer des Projektes von 09.03.2016 bis voraussichtlich 14.05.2016 nach Österreich entsendet (Anhang Nr. 8 zum Arbeitsvertrag von römisch 40 und Anhang Nr. 4 zum Arbeitsvertrag von römisch 40).

Die Firma XXXX hat ihren Sitz und ihre Verwaltung in Slowenien. Die Firma XXXX hat 40 in Slowenien Beschäftigte und 350 für Vorfertigung und Montage zuständige Mitarbeiter. Da die Firma XXXX wenig Kunden in Slowenien hat, müssen Kunden im Ausland gesucht werden. Die 350 für die Montage und Vorfertigung bestimmten Mitarbeiter arbeiten ca. 7 Monate im Ausland bei Projekten und die restlichen 5 Monaten in Slowenien. Die Schulungen finden nur am Sitz der Firma XXXX in Slowenien statt. Die Vorfertigung der Rohrsysteme machen ca. 30% vom Gesamtumsatz aus, 70% sind Montageleistungen in Europa (VH vom 19.01.2017). Die Firma römisch 40 hat ihren Sitz und ihre Verwaltung in Slowenien. Die Firma römisch 40 hat 40 in Slowenien Beschäftigte und 350 für Vorfertigung und Montage zuständige Mitarbeiter. Da die Firma römisch 40 wenig Kunden in Slowenien hat, müssen Kunden im Ausland gesucht werden. Die 350 für die Montage und Vorfertigung bestimmten Mitarbeiter arbeiten ca. 7 Monate im Ausland bei Projekten und die restlichen 5 Monaten in Slowenien. Die Schulungen finden nur am Sitz der Firma römisch 40 in Slowenien statt. Die Vorfertigung der Rohrsysteme machen ca. 30% vom Gesamtumsatz aus, 70% sind Montageleistungen in Europa (VH vom 19.01.2017).

In der Stellungnahme der BF vom 11.01.2017 wird Bezug genommen auf vorgelegte Lichtbilder über das Firmengebäude der Firma XXXX in Slowenien. In der Stellungnahme der BF vom 11.01.2017 wird Bezug genommen auf vorgelegte Lichtbilder über das Firmengebäude der Firma römisch 40 in Slowenien.

In Beilage 3 dieser Stellungnahme der BF wird die "Kapazitätsverfügbarkeit der "Vorfertigung XXXX" angeführt und in den darauf folgenden Beilagen Lichtbilder der Firma XXXX in Slowenien, darunter auch ein Lichtbild über die Montagehalle vom 05.12.2016 und ein Lichtbild über das gesamte Firmengelände der Firma XXXX mit zahlreichen (Firmen-) Fahrzeugen davor gezeigt. In Beilage 3 dieser Stellungnahme der BF wird die "Kapazitätsverfügbarkeit der "Vorfertigung XXXX" angeführt und in den darauf folgenden Beilagen Lichtbilder der Firma römisch 40 in Slowenien, darunter auch ein Lichtbild über die Montagehalle vom 05.12.2016 und ein Lichtbild über das gesamte Firmengelände der Firma römisch 40 mit zahlreichen (Firmen-) Fahrzeugen davor gezeigt.

In Beilage 3 werden zwei Produktionsbereiche (ein Produktionsbereich von 1.113,84 m² und einem 10t Hallenkran und ein Produktionsbereich von 1.200 m² mit 5t Hallenkran) angeführt.

In dem von der Europäischen Kommission im Dezember 2013 herausgegebenen "Praktischen Leitfaden zum anwendbaren Recht in der EU, im EWR und in der Schweiz" wird zum Nachweis der gewöhnlichen Geschäftstätigkeit im Entsendestaat eine Mindestumsatzgrenze von 25% des Gesamtumsatzes angeführt.

Diese Mindestumsatzgrenze des Gesamtumsatzes ist im gegenständlichen Fall offenbar nicht erfüllt:

In der Stellungnahme des AMS vom 09.01.2017 wird ausgeführt, dass die Firma XXXX von dieser Mindestumsatzgröße im Entsendestaat mit einem Umsatz von rund 200.000 Euro in Slowenien und einem Umsatz von rund 15 Mio Euro im Ausland laut ihren eigenen Angaben weit entfernt ist, betrage doch der Umsatz in Slowenien gerade 1,35% des Gesamtumsatzes (2015). Darauf wird auch in der VH am 19.01.2017 Bezug genommen. In der Stellungnahme des AMS vom 09.01.2017 wird ausgeführt, dass die Firma römisch 40 von dieser Mindestumsatzgröße im Entsendestaat mit einem Umsatz von rund 200.000 Euro in Slowenien und einem Umsatz von rund 15 Mio Euro im Ausland laut ihren eigenen Angaben weit entfernt ist, betrage doch der Umsatz in Slowenien gerade 1,35% des Gesamtumsatzes (2015). Darauf wird auch in der VH am 19.01.2017 Bezug genommen.

In einer schriftlichen Stellungnahme des Rechtsvertreters der BF vom 11.01.2017 - zur Vorbereitung der anberaumten Verhandlung vom 19.01.2017 - wurde ausgeführt:

"In einer weiteren Erklärung der Firma XXXX vom 15.12.2016 wurde bestätigt, dass im Jahr 2016 Vorfertigungsleistungen am Firmensitz XXXX im Ausmaß von rund € 1.257.000,-, erwirtschaftet wurden (siehe diesbezügliche Beilage). Diese Beträge sind aus den Bilanzen nicht direkt herauslesbar, zumal Rechnungen auch direkt auf Projekte ausgestellt werden. (...).""In einer weiteren Erklärung der Firma römisch 40 vom 15.12.2016 wurde bestätigt, dass im Jahr 2016 Vorfertigungsleistungen am Firmensitz römisch 40 im Ausmaß von rund € 1.257.000,-, erwirtschaftet wurden (siehe diesbezügliche Beilage). Diese Beträge sind aus den Bilanzen nicht direkt herauslesbar, zumal Rechnungen auch direkt auf Projekte ausgestellt werden. (...)."

Der Stellungnahme der BF vom 11.01.2017 sind einige Beilagen beigelegt.

In Beilage 2 werden am Firmensitz in XXXX durchgeführte Vorfertigungen angeführt (2013 iHv € 77.000, 2014 iHv € 26.112,00, 2015 Hv € 203.511,64 und 2016 (bis 15.12.) iHv € 1.257.114,11). In Beilage 2 werden am Firmensitz in römisch 40 durchgeführte Vorfertigungen angeführt (2013 iHv € 77.000, 2014 iHv € 26.112,00, 2015 Hv € 203.511,64 und 2016 (bis 15.12.) iHv € 1.257.114,11).

Diese Geldbeträge sind aus den Bilanzen nicht ersichtlich, weil die Rechnungen direkt auf die Projekte ausgestellt waren.

Auch wenn die geforderte Mindestumsatzgröße von 25 % des Gesamtumsatzes der Firma XXXX in Slowenien nicht erfüllt ist, sprechen die Gegebenheiten mehrheitlich für das Vorliegen gewöhnlicher nennenswerter Tätigkeiten der Firma in Slowenien. Auch wenn die geforderte Mindestumsatzgröße von 25 % des Gesamtumsatzes der Firma römisch 40 in Slowenien nicht erfüllt ist, sprechen die Gegebenheiten mehrheitlich für das Vorliegen gewöhnlicher nennenswerter Tätigkeiten der Firma in Slowenien.

In Gesamtbetrachtung liegt gemäß Art. 1 Abs. 3 (lit. a) RL 96/71/EG (Entsenderichtlinie) eine EU-Entsendung der Arbeitskräfte der Firma XXXX (zur Erfüllung eines Werkvertrages) vor - wegen überwiegend gewöhnlich nennenswerter Tätigkeiten der Firma XXXX im Mitgliedstaat ihres Sitzes in Slowenien im Sinne von Art. 12 Abs. 1 der VO (EG) Nr. 883/2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit in Verbindung mit dem Beschluss Nr. A2 der Verwaltungskommission - 2010/C 106/02. In Gesamtbetrachtung liegt gemäß Artikel eins, Absatz 3, (Litera a,) RL 96/71/EG (Entsenderichtlinie) eine EU-Entsendung der Arbeitskräfte der Firma römisch 40 (zur Erfüllung eines Werkvertrages) vor - wegen überwiegend gewöhnlich nennenswerter Tätigkeiten der Firma römisch 40 im Mitgliedstaat ihres Sitzes in Slowenien im Sinne von Artikel 12, Absatz eins, der VO (EG) Nr. 883 aus 2004, zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit in Verbindung mit dem Beschluss Nr. A2 der Verwaltungskommission - 2010/C 106/02.

2. Zum Vorliegen eines Werkvertrages

Zwischen der BF - ZAT (Arbeitgeber) - und der Firma XXXX (Arbeitnehmer) wurde am 03.03.2016 ein Werkvertrag Nr. XXXX abgeschlossen. Zwischen der BF - ZAT (Arbeitgeber) - und der Firma römisch 40 (Arbeitnehmer) wurde am 03.03.2016 ein Werkvertrag Nr. römisch 40 abgeschlossen.

(Projekt: Erdgasringschlußleitung Schiene-HO; Leistung: Montage von Rohrleitungen; Montageadresse: XXXX; Auftragswert: € 51.765,21 netto; Abrechnung erfolgt nach Aufmaß gem. Punkt 4 des Vertrages). (Projekt: Erdgasringschlußleitung Schiene-HO; Leistung: Montage von Rohrleitungen; Montageadresse: römisch 40 ; Auftragswert: € 51.765,21 netto; Abrechnung erfolgt nach Aufmaß gem. Punkt 4 des Vertrages).

Nach § 539a ASVG ist der Beurteilung von Sachverhalten der in wirtschaftlicher Betrachtungsweise zu ermittelnde wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht dessen äußere Erscheinungsform (z.B. Werkvertrag, Dienstvertrag) zugrunde zu legen. Nach Paragraph 539 a, ASVG ist der Beurteilung von Sachverhalten der in wirtschaftlicher Betrachtungsweise zu ermittelnde wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht dessen äußere Erscheinungsform (z.B. Werkvertrag, Dienstvertrag) zugrunde zu legen.

Weichen die wahren Verhältnisse vom Vertrag ab, dann ist dies ein Indiz dafür, dass nur ein Scheinvertrag vorliegt (VwGH 18.08.2015, 2013/08/0121).

Für die Beurteilung, ob eine Beschäftigung im Sinn des § 2 Abs. 2 Auslag vorliegt, ist gemäß § 2 Abs. 4 Auslag der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes maßgebend. In Anwendung dieser Bestimmung hat der Verwaltungsgerichtshof 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 Verhältnisses oder die Verwendung überlassener Arbeitskräfte im Sinn des § 3 Abs. 4 AÜG anzusehen ist, ausgesprochen, 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 (vgl. UVS vom 29.03.2010, Zl. VwSen-252123/28/Py/Hu; VwGH vom 4. September 2006, Zl. 2006/09/0030 mwN). Für die Beurteilung, ob eine Beschäftigung im Sinn des Paragraph 2, Absatz 2, Auslag vorliegt, ist gemäß Paragraph 2, Absatz 4, Auslag der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes maßgebend. In Anwendung dieser Bestimmung hat der Verwaltungsgerichtshof 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 Verhältnisses oder die Verwendung überlassener Arbeitskräfte im Sinn des Paragraph 3, Absatz 4, AÜG anzusehen ist, ausgesprochen, 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 (vergleiche UVS vom 29.03.2010, Zl. VwSen-252123/28/Py/Hu; VwGH vom 4. September 2006, Zl. 2006/09/0030 mwN).

Zur Abgrenzung eines Werkvertrages von der Arbeitskräfteüberlassung führt das Arbeitskräfteüberlassungsgesetz an:

"§ 4. (1) Für die Beurteilung, ob eine Überlassung von Arbeitskräften vorliegt, ist der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes maßgebend.

(2) Arbeitskräfteüberlassung liegt insbesondere auch vor, wenn die Arbeitskräfte ihre Arbeitsleistung im Betrieb des Werkbestellers in Erfüllung von Werkverträgen erbringen, aber

1. kein von den Produkten, Dienstleistungen und Zwischenergebnissen des Werkbestellers abweichendes, unterscheidbares und dem Werkunternehmer zurechenbares Werkherstellen oder an dessen Herstellung mitwirken oder
2. die Arbeit nicht vorwiegend mit Material und Werkzeug des Werkunternehmers leisten oder
3. organisatorisch in den Betrieb des Werkbestellers eingegliedert sind und dessen Dienst- und Fachaufsicht unterstehen oder
4. der Werkunternehmer nicht für den Erfolg der Werkleistung haftet."

Der OGH gab in OGH 25.8.2014, 8 Ob A 7/14, an, dass das Erfüllen auch nur einer der vier Ziffern des § 4 Abs. 2 AÜG ausreicht, um das Vorliegen von Arbeitskräfteüberlassung zu bejahen. Der OGH gab in OGH 25.8.2014, 8 Ob A 7/14, an, dass das Erfüllen auch nur einer der vier Ziffern des Paragraph 4, Absatz 2, AÜG ausreicht, um das Vorliegen von Arbeitskräfteüberlassung zu bejahen.

Ist der Tatbestand auch nur einer der vier Ziffern des § 4 Abs. 2 AÜG erfüllt, liegt eine Arbeitskräfteüberlassung iSd AÜG vor, selbst wenn die zu Grunde liegende Vereinbarung zivilrechtlich als Werkvertrag einzustufen wäre (vgl. Beschluss vom 21.07.2016, Zl. Ra 2016/11/0090, mit Verweisen auf die hg. Erkenntnisse vom 10.03.1998, zl. 95/08/0345, vom 18.04.2002, Zl. 2002/09/0063, und vom 19.05.2014, Zl. Ro 2014/09/0026). Ist der Tatbestand auch nur einer der vier Ziffern des Paragraph 4, Absatz 2, AÜG erfüllt, liegt eine Arbeitskräfteüberlassung iSd AÜG vor, selbst wenn die zu Grunde liegende Vereinbarung zivilrechtlich als Werkvertrag einzustufen wäre vergleiche Beschluss vom 21.07.2016, Zl. Ra 2016/11/0090, mit Verweisen auf die hg. Erkenntnisse vom 10.03.1998, zl. 95/08/0345, vom 18.04.2002, Zl. 2002/09/0063, und vom 19.05.2014, Zl. Ro 2014/09/0026).

a. Warum keine Arbeitskräfteüberlassung iSv § 4 Abs. 2 Z. 2 AÜG vorliegt. Warum keine Arbeitskräfteüberlassung iSv Paragraph 4, Absatz 2, Ziffer 2, AÜG vorliegt

In § 4 Abs. 2 Z. 1 AÜG wird angeführt, dass Arbeitskräfteüberlassung insbesondere auch dann vorliegt, wenn die Arbeitskräfte die Arbeit nicht vorwiegend mit Material und Werkzeug des Werkunternehmers leisten. In Paragraph 4, Absatz 2, Ziffer eins, AÜG wird angeführt, dass Arbeitskräfteüberlassung insbesondere auch dann vorliegt, wenn die Arbeitskräfte die Arbeit nicht vorwiegend mit Material und Werkzeug des Werkunternehmers leisten.

Im zwischen XXXX und der Firma XXXX abgeschlossenen Werkvertrag wurde auf Seite 1 als Leistung: "Montage von Rohrleitungen", auf Seite 2 als "Gegenstand der Leistung": "Fachgerechte Montage der Erdgasleitungen und allen Leistungen, die zur Erfüllung der Gesamtleistungen erforderlich sind", vereinbart. Im zwischen römisch 40 und der Firma römisch 40 abgeschlossenen Werkvertrag wurde auf Seite 1 als Leistung: "Montage von Rohrleitungen", auf Seite 2 als "Gegenstand der Leistung": "Fachgerechte Montage der Erdgasleitungen und allen Leistungen, die zur Erfüllung der Gesamtleistungen erforderlich sind", vereinbart.

Der Bauleiter der XXXX gab bei seiner Einvernahme durch die Finanzpolizei am 13.04.2016 an, dass das gesamte Material von der XXXX zur Verfügung gestellt wird. Der Bauleiter der römisch 40 gab bei seiner Einvernahme durch die Finanzpolizei am 13.04.2016 an, dass das gesamte Material von der römisch 40 zur Verfügung gestellt wird.

In der mündlichen Verhandlung vom 19.10.2017 führte die Rechtsvertretung der BF an:

"Auf der Baustelle wurden diverse Rohre in Stangenware angeliefert, die von den Mitarbeitern der XXXX bearbeitet, mit diversen Armaturen und Bögen verarbeitet die auf diversen Positionen montiert wurden." "Auf der Baustelle wurden diverse Rohre in Stangenware angeliefert, die von den Mitarbeitern der römisch 40 bearbeitet, mit diversen Armaturen und Bögen verarbeitet die auf diversen Positionen montiert wurden."

Im Werkvertrag wurde unter Punkt "4.1. Durch den AG bzw. dessen Kunden (XXXX) wird beigestellt" im Werkvertrag wurde unter Punkt "4.1. Durch den AG bzw. dessen Kunden (römisch 40) wird beigestellt:

a) Gesamtbauleitung, b) Strom, c) Wasser, e) sämtliche Bauteile (Rohrmaterial, Primärunterstützungen, Armaturen)" angeführt.

Auch in der "Fertigungs- und Montageleistungen Zuständigkeitsmatrix" als Beilage 4 des Werkvertrages (Punkt 2.3. als Unterpunkt unter Punkt 2. "Grundlage der Bestellung") wurde unter Punkt 1 - Materiallieferung - bei den einzelnen Materialien die XXXX als dafür zuständig angekreuzt - etwa beim Unterpunkt 2 - Rohre, Spools, Formstücke, Flansche (d.i. eine ringförmige Verbreiterung am Ende eines Rohres) etc. (Rohrteile) und beim Unterpunkt 4 - Rohrhalterungen (Schellen, Rohrlager, Federhänger etc) und bei "Armaturen, Messungen" (Unterpunkt 6); nur beim Unterpunkt 9 - Sonstige Materialien wurde sowohl die XXXX als auch die Firma XXXX als Subunternehmer dafür für zuständig erklärt. Auch in der "Fertigungs- und Montageleistungen Zuständigkeitsmatrix" als Beilage 4 des Werkvertrages (Punkt 2.3. als Unterpunkt unter Punkt 2. "Grundlage der Bestellung") wurde unter Punkt 1 - Materiallieferung - bei den einzelnen Materialien die römisch 40 als dafür zuständig angekreuzt - etwa beim Unterpunkt 2 - Rohre, Spools, Formstücke, Flansche (d.i. eine ringförmige Verbreiterung am Ende eines Rohres) etc. (Rohrteile) und beim Unterpunkt

4 - Rohrhalterungen (Schellen, Rohrlager, Federhänger etc) und bei "Armaturen, Messungen" (Unterpunkt 6); nur beim Unterpunkt 9 - Sonstige Materialien wurde sowohl die römisch 40 als auch die Firma römisch 40 als Subunternehmer dafür für zuständig erklärt.

Die Firma XXXX ist für die "Montage der Rohrleitungen" zuständig. Unter Punkt 4 des Werkvertrages - "Leistungsumfang/Preise" wird angeführt: "Fachgerechte Montage der beigestellten Rohrbauteile gemäß übergebenen Unterlagen mit besonderen Qualitätsanforderungen inklusive aller Leistungen die zur Erfüllung der Gesamtleistung erforderlich ist." Die Firma römisch 40 ist für die "Montage der Rohrleitungen" zuständig. Unter Punkt 4 des Werkvertrages - "Leistungsumfang/Preise" wird angeführt: "Fachgerechte Montage der beigestellten Rohrbauteile gemäß übergebenen Unterlagen mit besonderen Qualitätsanforderungen inklusive aller Leistungen die zur Erfüllung der Gesamtleistung erforderlich ist."

In der Beilage "Technische Spezifikation und Leistungsverzeichnis für Lieferung, Leistung und Montagen" betreffend der von der XXXX in Auftrag gegebenen "Erdgasringleitung DN 400, Ringschluss Schiene-HO" ist unter Punkt "1.1.2. Anlagenkonzept" angeführt: " (...) Die Rohrleitungen, Unterkonstruktion usw. sind gemäß Korrosionsschutzrichtlinie und ÖNORM Z1001 zu beschichten. Das von XXXX beigestellte Rohrmaterial ist bereits mit Grundanstrich und einem Deckanstrich versehen. Nach Montage sind die Rohrleitungen entsprechend der Korrosionsschutzrichtlinie fertigzustellen." In der Beilage "Technische Spezifikation und Leistungsverzeichnis für Lieferung, Leistung und Montagen" betreffend der von der römisch 40 in Auftrag gegebenen "Erdgasringleitung DN 400, Ringschluss Schiene-HO" ist unter Punkt "1.1.2. Anlagenkonzept" angeführt: " (...) Die Rohrleitungen, Unterkonstruktion usw. sind gemäß Korrosionsschutzrichtlinie und ÖNORM Z1001 zu beschichten. Das von römisch 40 beigestellte Rohrmaterial ist bereits mit Grundanstrich und einem Deckanstrich versehen. Nach Montage sind die Rohrleitungen entsprechend der Korrosionsschutzrichtlinie fertigzustellen."

In der Zuständigkeitsmatrix wird unter Unterpunkt 48 ff für die meisten Montagegeräte die Firma XXXX als Subunternehmer für zuständig erklärt (Gerüste fahrbar bis 3m, Schweißgeräte, Dreh- und Schneidwerkzeuge etc., sonstige Werkzeuge /Geräte, Maß- und Prüfgeräte, Transportmittel und Stromverteilung im Baufeld) In der Zuständigkeitsmatrix wird unter Unterpunkt 48 ff für die meisten Montagegeräte die Firma römisch 40 als Subunternehmer für zuständig erklärt (Gerüste fahrbar bis 3m, Schweißgeräte, Dreh- und Schneidwerkzeuge etc., sonstige Werkzeuge /Geräte, Maß- und Prüfgeräte, Transportmittel und Stromverteilung im Baufeld)

- außer beim Unterpunkt 58 - "Stromhauptverteiler im Baufeld", bei dem die XXXX als Hauptauftraggeber und in Klammer die BF als dafür zuständig erklärt wird, und bei den Unterpunkten "Gerüste fest", "Schweißzusatzstoffe" und ""Schweißgase" mit zuständiger BF.- außer beim Unterpunkt 58 - "Stromhauptverteiler im Baufeld", bei dem die römisch 40 als Hauptauftraggeber und in Klammer die BF als dafür zuständig erklärt wird, und bei den Unterpunkten "Gerüste fest", "Schweißzusatzstoffe" und ""Schweißgase" mit zuständiger BF.

In der Stellungnahme der Rechtsvertretung der BF vom 11.01.2017 zur Vorbereitung der mündlichen Verhandlung am 19.01.2017 wird angeführt:

"Die Gesamtbauleitung und sämtliche Bauteile wurden durch den Auftraggeber bzw. Kunden XXXX beigestellt. (...) Den jeweiligen Werkunternehmern werden seitens der XXXX Beginn und Fertigstellung sowie diverse Bauteile Primärunterstützungen, Armaturen übergeben, (...). Jedenfalls ist es aber so, dass sonstiges mit der Werkausführung verbundene Material, insbesondere aber auch Werkzeug und sonstige Ausrüstungen und Kleinmaterialien von den jeweiligen Werkunternehmern mit Montagebussen angeliefert wird." "Die Gesamtbauleitung und sämtliche Bauteile wurden durch den Auftraggeber bzw. Kunden römisch 40 beigestellt. (...) Den jeweiligen Werkunternehmern werden seitens der römisch 40 Beginn und Fertigstellung sowie diverse Bauteile Primärunterstützungen, Armaturen übergeben, (...). Jedenfalls ist es aber so, dass sonstiges mit der Werkausführung verbundene Material, insbesondere aber auch Werkzeug und sonstige Ausrüstungen und Kleinmaterialien von den jeweiligen Werkunternehmern mit Montagebussen angeliefert wird."

Der Rechtsvertreter der BF gab in der Verhandlung vom 19.01.2017 an:

"Die wesentlichen Aspekte eines Werkvertrages, nämlich Vereinbarung eines herzustellenden Werkerfolges wurde mittels Übergabe von diversen Planunterlagen vorgegeben. Auf der Baustelle wurden diverse Rohre in Stangenware angeliefert die von den Mitarbeitern der XXXX bearbeitet, mit diversen Armaturen und Bögen verarbeitet und auf diversen Positionen montiert wurden." "Die wesentlichen Aspekte eines Werkvertrages, nämlich Vereinbarung eines

herzustellenden Werkerfolges wurde mittels Übergabe von diversen Planunterlagen vorgegeben. Auf der Baustelle wurden diverse Rohre in Stangenware angeliefert die von den Mitarbeitern der römisch 40 bearbeitet, mit diversen Armaturen und Bögen verarbeitet und auf diversen Positionen montiert wurden."

Obwohl das Material vorwiegend von der XXXX beigestellt wurde, stammten die Montagegeräte vorwiegend von der Firma XXXX, die somit bei Leistungserbringung ihr eigenes Werkzeug verwendete. Eine Arbeitskräfteüberlassung iSv § 4 Abs. 2 Z. 2 AÜG liegt somit nicht vor. Obwohl das Material vorwiegend von der römisch 40 beigestellt wurde, stammten die Montagegeräte vorwiegend von der Firma römisch 40, die somit bei Leistungserbringung ihr eigenes Werkzeug verwendete. Eine Arbeitskräfteüberlassung iSv Paragraph 4, Absatz 2, Ziffer 2, AÜG liegt somit nicht vor.

b. Warum keine Arbeitskräfteüberlassung iSv § 4 Abs. 2 Z. 1 AÜG vorliegt b. Warum keine Arbeitskräfteüberlassung iSv Paragraph 4, Absatz 2, Ziffer eins, AÜG vorliegt

In § 4 Abs. 2 Z. 1 AÜG wird angeführt, dass Arbeitskräfteüberlassung insbesondere auch dann vorliegt, wenn "kein von den Produkten, Dienstleistungen und Zwischenergebnissen des Werkbestellers abweichendes, unterscheidbares und dem Werkunternehmer zurechenbares Werk herstellen oder an dessen Herstellung mitwirken". In Paragraph 4, Absatz 2, Ziffer eins, AÜG wird angeführt, dass Arbeitskräfteüberlassung insbesondere auch dann vorliegt, wenn "kein von den Produkten, Dienstleistungen und Zwischenergebnissen des Werkbestellers abweichendes, unterscheidbares und dem Werkunternehmer zurechenbares Werk herstellen oder an dessen Herstellung mitwirken".

In Unterpunkt 60 der Zuständigkeitsmatrix - "Fertigung und Montage" wird durchgehend die Firma XXXX als Subunternehmer als dafür zuständig angeführt - darunter bei den Punkten "Vorfertigung in Fertigungshalle und Baufeld", "Vorfertigung der Rohrleitungspools", und "Vorfertigung der Rohrhalterungen" (soweit keine Standardbauteile Herstellen und Montage der Rohrhalterungen), "Montage der Rohrleitungspools und Rohrhalterungen", "Montage der Armaturen, Kompensation und Messstellen", "Montage der Flanschverbindungen", "Schweißarbeiten (Rohrleitungen, Stahlbau, Halterungen)", "Ausbessern des Grundanstrichs an Rohrleitung und Halterungen", "Reinigung und Sauberhalten der Fertigungs- und Montagebereich". In Unterpunkt 60 der Zuständigkeitsmatrix - "Fertigung und Montage" wird durchgehend die Firma römisch 40 als Subunternehmer als dafür zuständig angeführt - darunter bei den Punkten "Vorfertigung in Fertigungshalle und Baufeld", "Vorfertigung der Rohrleitungspools", und "Vorfertigung der Rohrhalterungen" (soweit keine Standardbauteile Herstellen und Montage der Rohrhalterungen), "Montage der Rohrleitungspools und Rohrhalterungen", "Montage der Armaturen, Kompensation und Messstellen", "Montage der Flanschverbindungen", "Schweißarbeiten (Rohrleitungen, Stahlbau, Halterungen)", "Ausbessern des Grundanstrichs an Rohrleitung und Halterungen", "Reinigung und Sauberhalten der Fertigungs- und Montagebereich".

In der Beilage "Technische Spezifikation und Leistungsverzeichnis für Lieferung, Leistung und Montagen" betreffend der von der XXXX in Auftrag gegebenen "Erdgasringleitung DN 400, Ringschluss Schiene-HO" ist unter Punkt "1.1.2. Anlagenkonzept angeführt: " (...) Die Rohrleitungen, Unterkonstruktion usw. sind gemäß Korrosionsschutzrichtlinie und ÖNORM Z1001 zu beschichten. Das von XXXX beigestellte Rohrmaterial ist bereits mit Grundanstrich und einem Deckanstrich versehen. Nach Montage sind die Rohrleitungen entsprechend der Korrosionsschutzrichtlinie fertigzustellen." In der Beilage "Technische Spezifikation und Leistungsverzeichnis für Lieferung, Leistung und Montagen" betreffend der von der römisch 40 in Auftrag gegebenen "Erdgasringleitung DN 400, Ringschluss Schiene-HO" ist unter Punkt "1.1.2. Anlagenkonzept angeführt: " (...) Die Rohrleitungen, Unterkonstruktion usw. sind gemäß Korrosionsschutzrichtlinie und ÖNORM Z1001 zu beschichten. Das von römisch 40 beigestellte Rohrmaterial ist bereits mit Grundanstrich und einem Deckanstrich versehen. Nach Montage sind die Rohrleitungen entsprechend der Korrosionsschutzrichtlinie fertigzustellen."

Durch in der Zuständigkeitsmatrix angeführtes "Ausbessern des - laut Beilage "Technische Spezifikation und Leistungsverzeichnis für Lieferung, Leistung und Montagen" - normalerweise durch die XXXX vor Materiallieferung vorgenommenen Grundanstrichs an Rohrleitung und Halterungen durch die XXXX als Subunternehmer" nach Unterpunkt 83 der Zuständigkeitsmatrix wird jedenfalls "kein von den Produkten, Dienstleistungen und Zwischenergebnissen des Werkbestellers abweichendes, unterscheidbares und dem Werkunternehmer zurechenbares Werk hergestellt oder an dessen Herstellung mitgewirkt." Durch in der Zuständigkeitsmatrix angeführtes "Ausbessern des - laut Beilage "Technische Spezifikation und Leistungsverzeichnis für Lieferung, Leistung und Montagen" - normalerweise durch die römisch 40 vor Materiallieferung vorgenommenen Grundanstrichs an Rohrleitung und

Halterungen durch die römisch 40 als Subunternehmer" nach Unterpunkt 83 der Zuständigkeitsmatrix wird jedenfalls "kein von den Produkten, Dienstleistungen und Zwischenergebnissen des Werkbestellers abweichendes, unterscheidbares und dem Werkunternehmer zurechenbares Werk hergestellt oder an dessen Herstellung mitgewirkt."

Der Geschäftsführer der Firma XXXX gab in der mündlichen Verhandlung vom 19.01.2017, befragt, was die Tätigkeit der Firma im Zusammenhang mit dem Werkvertrag war, an (in Verhandlungsprotokoll auf Seite 11). Der Geschäftsführer der Firma römisch 40 gab in der mündlichen Verhandlung vom 19.01.2017, befragt, was die Tätigkeit der Firma im Zusammenhang mit dem Werkvertrag war, an (in Verhandlungsprotokoll auf Seite 11).

"Wir haben alles durchgeschaut, mussten alles ausmessen, wir bekommen nur die Rohre, wir müssen diese dann schneiden und schweißen (in der Zuständigkeitsmatrix ist beim Unterpunkt 74 - "Schweißarbeiten - Rohrhalterungen, Stahlbau, Halterungen" die Firma XXXX als Subunternehmer angeführt) usw., dann können wir montieren. Wir bekommen Zeichnungen (technische Dokumentation). Die Rohre wurden in XXXX vorgefertigt. Der erste Auftraggeber entscheidet, wer die Rohre liefert (in diesem Fall die XXXX). Über Vorhalt der Aussage des Baustellenleiters der Firma XXXX vom 13.04.2016 in der Niederschrift der Finanzpolizei Seite 3 von 6, wonach der Bauleiter gefragt wurde, was die XXXX auf der Baustelle macht, gebe ich an, dass wir sehr wohl die gesamte Rohrleitung verlegt haben, aber zuvor auch die Rohre vorgefertigt haben". "Wir haben alles durchgeschaut, mussten alles ausmessen, wir bekommen nur die Rohre, wir müssen diese dann schneiden und schweißen (in der Zuständigkeitsmatrix ist beim Unterpunkt 74 - "Schweißarbeiten - Rohrhalterungen, Stahlbau, Halterungen" die Firma römisch 40 als Subunternehmer angeführt) usw., dann können wir montieren. Wir bekommen Zeichnungen (technische Dokumentation). Die Rohre wurden in römisch 40 vorgefertigt. Der erste Auftraggeber entscheidet, wer die Rohre liefert (in diesem Fall die römisch 40). Über Vorhalt der Aussage des Baustellenleiters der Firma römisch 40 vom 13.04.2016 in der Niederschrift der Finanzpolizei Seite 3 von 6, wonach der Bauleiter gefragt wurde, was die römisch 40 auf der Baustelle macht, gebe ich an, dass wir sehr wohl die gesamte Rohrleitung verlegt haben, aber zuvor auch die Rohre vorgefertigt haben".

Der Zeuge der Firma XXXX führte bezüglich angesprochenen Regiearbeiten an: "Es geht in diesem Zusammenhang nur um Mehrleistungen, die wir an unseren Auftraggeber erbringen müssen. Wenn wir eine zusätzliche Arbeit haben, die wir nicht messen können", was etwa bei notwendiger Überbrückung bei fehlendem Material der Fall sei. Der Zeuge der Firma römisch 40 führte bezüglich angesprochenen Regiearbeiten an: "Es geht in diesem Zusammenhang nur um Mehrleistungen, die wir an unseren Auftraggeber erbringen müssen. Wenn wir eine zusätzliche Arbeit haben, die wir nicht messen können", was etwa bei notwendiger Überbrückung bei fehlendem Material der Fall sei.

Die aus der Zuständigkeitsmatrix hervorgehende Zuständigkeitsaufteilung zwischen der XXXX als Hauptauftraggeber, der BF und der Firma XXXX als Subunternehmer bzw. deren Arbeitskräfte wurde eingehalten. § 4 Abs. 1 Z. 1 AÜG ist nicht erfüllt. Die aus der Zuständigkeitsmatrix hervorgehende Zuständigkeitsaufteilung zwischen der römisch 40 als Hauptauftraggeber, der BF und der Firma römisch 40 als Subunternehmer bzw. deren Arbeitskräfte wurde eingehalten. Paragraph 4, Absatz eins, Ziffer eins, AÜG ist nicht erfüllt.

c. Warum keine Arbeitskräfteüberlassung iSv § 4 Abs. 2 Z. 3 AÜG vorliegt. Warum keine Arbeitskräfteüberlassung iSv Paragraph 4, Absatz 2, Ziffer 3, AÜG vorliegt

In § 4 Abs. 2 Z. 3 AÜG wird angeführt, dass Arbeitskräfteüberlassung insbesondere auch dann vorliegt, wenn die Arbeitskräfte "organisatorisch in den Betrieb des Werkbestellers eingegliedert sind und dessen Dienst- und Fachaufsicht unterstehen". In Paragraph 4, Absatz 2, Ziffer 3, AÜG wird angeführt, dass Arbeitskräfteüberlassung insbesondere auch dann vorliegt, wenn die Arbeitskräfte "organisatorisch in den Betrieb des Werkbestellers eingegliedert sind und dessen Dienst- und Fachaufsicht unterstehen".

Für das Vorliegen eines Werkvertrages ist das Fehlen der persönlichen Arbeitspflicht, das Arbeiten nach eigenem Plan und mit eigenen Mitteln, die Möglichkeit der Verwendung von Gehilfen und Substituten und das Fehlen jeder Einordnung in den fremden Unternehmensorganismus charakteristisch. (Kommentar zu § 1151 ABGB, Tades/Hopf/Kathrein/Stabentheiner, 37. Auflage, E18).

Zur Abgrenzung von Werkvertrag und Dienstverschaffung ist die Art der Weisungsbefugnisse des Leistungsempfängers ausschlaggebend.

Verfügt der Leistungsempfänger über die Rechtsmacht, typische, bloß im Arbeitsverhältnis gegebene persönliche

Weisungen zu erteilen, ist darin ein Indiz für ein überlassenes Arbeitsverhältnis zu erblicken. Kommt ihm demgegenüber nur die Rechtsmacht zu, sachliche Weisungen - auf den Arbeitserfolg gerichtete Weisungen - zu erteilen, muss weiterhin von einer Werkvertragserfüllung durch Gehilfen ausgegangen werden.

Vor allem bei komplexeren Werkleistungen ist nämlich das theoretische Modell, dass der Werkunternehmer nach Abschluss des Vertrags ohne weiteres Zutun des Bestellers in der Lage sein muss, das Werk zu vollenden, in der Praxis nicht in reiner Form umsetzbar. Bei Leistungserbringung - etwa bei einem umfangreichen Industriemontageprojekt - treten oft Unklarheiten auf, die der Werkbesteller durch sachliche Weisungen beheben kann.

§ 3 Abs. 3 AÜG stellt auf den Einsatz von Arbeitskräften zur Arbeitsleistung für betriebseigene Aufgaben durch den Beschäftiger ab. Diese Formulierung - insbesondere, dass der Beschäftiger die Arbeitskräfte einsetzt und nicht der Überlasser - kann dahingehend interpretiert werden, dass es auf die Aufsicht und Leitung ankommen muss. Paragraph 3, Absatz 3, AÜG stellt auf den Einsatz von Arbeitskräften zur Arbeitsleistung für betriebseigene Aufgaben durch den Beschäftiger ab. Diese Formulierung - insbesondere, dass der Beschäftiger die Arbeitskräfte einsetzt und nicht der Überlasser - kann dahingehend interpretiert werden, dass es auf die Aufsicht und Leitung ankommen muss.

Nach dem EuGH-Urteil, C-586/13, Marin Meat, erlaubt der Umstand, dass das Unternehmen, dem die betreffende Leistung zugutekommt, kontrolliert, ob diese vertragsgemäß ist, oder allgemeine Anweisungen an die Arbeitnehmer des Dienstleistungserbringers erteilen kann, nicht die Schlussfolgerung, dass eine Arbeitskräfteüberlassung vorliegt.

Indem der Werkbesteller den Arbeitnehmern des Dienstleistungserbringers bestimmte allgemeine Anweisungen erteilt, übt er keine Leistungs- und Aufsichtsbefugnis aus, solange der Dienstleistungserbringer seinen Arbeitnehmern die genauen und individuellen Weisungen erteilt, die er für die Ausführung der betreffenden Dienstleistung für erforderlich hält.

Während für das Vorliegen einer Arbeitskräfteüberlassung entscheidend ist, ob die Arbeitskräfte in die Betriebsorganisation des Dienstleistungsempfängers eingegliedert sind und der Dienstleistungsempfänger die Dienst- und Fachaufsicht hat, ist für das Vorliegen eines Werkvertrages ausschlaggebend, dass der Werkunternehmer die Dienst- und Fachaufsicht über die das Werk ausführenden Arbeitskräfte hat.

Im gegenständlichen Fall erteilt nach Zeugenangaben in der mündlichen Verhandlung vom 19.01.2017 der Kunde XXXX den Arbeitnehmern der Firma XXXX bestimmte Anweisungen, etwa hinsichtlich Arbeitssicherheit und Helmtragungspflicht und führt Kontrollen dahingehend durch, wer sich am Werksgelände befindet (z.B. BF - 10 Personen am Werksgelände). Die anwesenden Personen werden mittels Zeitkarten aufgezeichnet. Im gegenständlichen Fall erteilt nach Zeugenangaben in der mündlichen Verhandlung vom 19.01.2017 der Kunde römisch 40 den Arbeitnehmern der Firma römisch 40 bestimmte Anweisungen, etwa hinsichtlich Arbeitssicherheit und Helmtragungspflicht und führt Kontrollen dahingehend durch, wer sich am Werksgelände befindet (z.B. BF - 10 Personen am Werksgelände). Die anwesenden Personen werden mittels Zeitkarten aufgezeichnet.

Im Vergleich dazu müssten in Schichtarbeit eingegliederte Leiharbeiternehmer eine sogenannte Hüttentauglichkeit nachweisen, und würden von der XXXX mit Werkzeug, Arbeitskleidung und Sicherheitsausrüstung ausgestattet und namentlich beim Betreten und Verlassen des Werkgeländes mittels Mitarbeiterkarte oder manuelle erfasst. Im Vergleich dazu müssten in Schichtarbeit eingegliederte Leiharbeiternehmer eine sogenannte Hüttentauglichkeit nachweisen, und würden von der römisch 40 mit Werkzeug, Arbeitskleidung und Sicherheitsausrüstung ausgestattet und namentlich beim Betreten und Verlassen des Werkgeländes mittels Mitarbeiterkarte oder manuelle erfasst.

Projektleiter und Arbeitssicherheit der XXXX würden täglich alle Mitarbeiter - auch Fremdarbeiter - überprüfen, ob sicherheitstechnisch alles in Ordnung ist und sie eine gültige Sicherheitsplakette (Pickerl) auf ihrem Helm haben. Projektleiter und Arbeitssicherheit der römisch 40 würden täglich alle Mitarbeiter - auch Fremdarbeiter - überprüfen, ob sicherheitstechnisch alles in Ordnung ist und sie eine gültige Sicherheitsplakette (Pickerl) auf ihrem Helm haben.

Nach Vorhalt, dass für den Arbeitnehmerschutz der Arbeitgeber verantwortlich sei, gab die XXXX an, aus Erfahrung gelernt zu haben, dass die Einhaltung aller Sicherheitsmaßnahmen nicht immer funktioniere und die Mitarbeiter fremder Firmen nicht immer persönliche Schutzausrüstung tragen würden. Nach Vorhalt, dass für den

Arbeitnehmerschutz der Arbeitgeber verantwortlich sei, gab die römisch 40 an, aus Erfahrung gelernt zu haben, dass die Einhaltung aller Sicherheitsmaßnahmen nicht immer funktioniere und die Mitarbeiter fremder Firmen nicht immer persönliche Schutzausrüstung tragen würden.

Die regelmäßigen Kontrollen der Arbeiter der Firma XXXX durch die XXXX haben hauptsächlich "Arbeitssicherheit" und ausreichende Schutzausrüstung auf dem Werksgelände der XXXX betroffen. Das Thema "Arbeitssicherheit" wird laut Angabe in der mündlichen Verhandlung am 19.10.2017 sehr genau kontrolliert - von der Abteilung "Arbeitssicherheit" und vom technischen Projektleiter, der laut Angabe in der Verhandlung am 01.09.2016 mit Kalkulation und grundsätzlichem Projektmanagement beschäftigt ist. Die regelmäßigen Kontrollen der Arbeiter der Firma römisch 40 durch die römisch 40 haben hauptsächlich "Arbeitssicherheit" und ausreichende Schutzausrüstung auf dem Werksgelände der römisch 40 betroffen. Das Thema "Arbeitssicherheit" wird laut Angabe in der mündlichen Verhandlung am 19.10.2017 sehr genau kontrolliert - von der Abteilung "Arbeitssicherheit" und vom technischen Projektleiter, der laut Angabe in der Verhandlung am 01.09.2016 mit Kalkulation und grundsätzlichem Projektmanagement beschäftigt ist.

Die Kontrollen, ob die Arbeitssicherheit gewährleistet ist, und etwaige Anweisungen an Arbeitnehmerschutzvorschriften nicht erfüllende Arbeitskräfte, das Werksgelände zu verlassen, wurden zur Schadensverhinderung und nicht in Ausübung einer Aufsichts- und Leitungsbefugnis vorgenommen.

Es wurden die Arbeitskräfte auf dem Werksgelände zudem nur zahlenmäßig und nicht auch namentlich erfasst.

Eine Eingliederung der Arbeitskräfte der Firma XXXX in die Betriebsorganisation der XXXX und eine Aufsicht und Leitung durch die XXXX als Werkbesteller liegt im gegenständlichen Fall nicht vor. Eine Eingliederung der Arbeitskräfte der Firma römisch 40 in die Betriebsorganisation der römisch 40 und eine Aufsicht und Leitung durch die römisch 40 als Werkbesteller liegt im gegenständlichen Fall nicht vor.

d. Warum keine Arbeitskräfteüberlassung nach § 4 Abs. 2 Z. 4 AÜG vorliegt. Warum keine Arbeitskräfteüberlassung nach Paragraph 4, Absatz 2, Ziffer 4, AÜG vorliegt

In § 4 Abs. 2 Z. 4 AÜG wird angeführt, dass Arbeitskräfteüberlassung insbesondere auch dann vorliegt, wenn der Werkunternehmer nicht für den Erfolg der Werkleistung haftet. In Paragraph 4, Absatz 2, Ziffer 4, AÜG wird angeführt, dass Arbeitskräfteüberlassung insbesondere auch dann vorliegt, wenn der Werkunternehmer nicht für den Erfolg der Werkleistung haftet.

Dass der Werkunternehmer für den Erfolg der Werkleistung haftet, geht aus dem Werkvertrag hervor.

Unter Punkt 15. des Werkvertrags - "Montagebedingungen" wird Folgendes festgehalten:

"15.1. Die Gegenwart des AG-Baustellenleiters auf der Baustelle entbindet den AN nicht von seiner Verantwortung in Bezug auf die vertraglich festgelegte, ordnungsgemäße Durchführung der Arbeiten."

Ergibt sich aus dem Vertrag, dass der Dienstleistungserbringer verpflichtet ist, die vertraglich vereinbarte Leistung ordnungsgemäß auszuführen, ist es grundsätzlich weniger wahrscheinlich, dass es sich um eine Arbeitskräfteüberlassung handelt, als wenn er die Folgen der nicht vertragsgemäßen Ausführung dieser Leistung nicht zu tragen hat (vgl. EuGH 18.06.2015, Rs C-586/13, Martin Meat; EuGH 10.2.2011, verb RS C-307/09, 208/09, 309/09, Vicoplus). Ergibt sich aus dem Vertrag, dass der Dienstleistungserbringer verpflichtet ist, die vertraglich vereinbarte Leistung ordnungsgemäß auszuführen, ist es grundsätzlich weniger wahrscheinlich, dass es sich um eine Arbeitskräfteüberlassung handelt, als wenn er die Folgen der nicht vertragsgemäßen Ausführung dieser Leistung nicht zu tragen hat vergleiche EuGH 18.06.2015, Rs C-586/13, Martin Meat; EuGH 10.2.2011, verb RS C-307/09, 208/09, 309/09, Vicoplus).

Dass aus gegenständlichem Werkvertrag die Verantwortung der Firma XXXX bezüglich der vertraglich festgelegten, ordnungsgemäßen Durchführung der Arbeiten hervorgeht, spricht somit auch für das Vorliegen eines Werkvertrages. Dass aus gegenständlichem Werkvertrag die Verantwortung der Firma römisch 40 bezüglich der vertraglich festgelegten, ordnungsgemäßen Durchführung der Arbeiten hervorgeht, spricht somit auch für das Vorliegen eines Werkvertrages.

In Punkt 16. des Werkvertrags - "Sicherheit und Ordnung auf der Baustelle" wird festgehalten:

"16.1. Der AN ist für die Einhaltung sämtlicher mit der Durchführung dieser Bestellung in Verbindung stehenden gesetzlichen Bestimmungen und Normen, insbesondere von Arbeits- und Unfallschutzbestimmungen, verantwortlich und haftet für sämtliche Schäden, die er dem AG oder Dritten schuldhaft zufügt."

Im Bestellschreiben der XXXX an die BF ist unter "Leistungserbringung" Folgendes ausgeführt: Im Bestellschreiben der römisch 40 an die BF ist unter "Leistungserbringung" Folgendes ausgeführt:

"Sie sichern uns eine sorgfältige, termingerechte, sach- und fachgerechte Ausführung der Ihnen übertragenen Arbeiten zu und haften hiermit für die ordnungsgemäße Ausführung des Werkes sowie für alle bei der Durchführung der Arbeiten von Ihnen verursachten Schäden."

Im zwischen der BF und der Firma XXXX abgeschlossenen Werkvertrag wird unter Punkt 2. "Grundlage der Bestellung" angeführt: Im zwischen der BF und der Firma römisch 40 abgeschlossenen Werkvertrag wird unter Punkt 2. "Grundlage der Bestellung" angeführt:

"Die Verantwortlichkeit des AN wird weder durch eine Freigabe noch durch einen Sichtvermerk des AG in Plänen, Baugebüchern und/oder dgl. eingeschränkt."

Weiters wird angeführt: "Dem AN wurden die diesbezüglichen Verpflichtungen des AG (XXXX) gegenüber XXXX offengelegt. Der AN bestätigt hiermit, sich über diese Verpflichtungen und Haftungen vollumfänglich informiert zu haben und garantiert hiermit, sämtliche Ansprüche, die von XXXX oder Dritten in Zusammenhang mit den zu erbringenden Leistungen des AN gestellt werden, sei es aufgrund des Vertrages zwischen AG und XXXX oder aufgrund sonstiger Rechtsgrundlagen, vollkommen schad- und klaglos zu halten. Die hiermit übernommene Haftung gilt vorrangig gegenüber allen übrigen, in diesem Vertrag geregelten Haftungsbestimmungen gemäß den gesetzlichen Richtlinien. Gegenüber dieser Schad- und Klagloshaltungsverpflichtung weitergehende Haftungen des AN bleiben davon unberührt." Weiters wird angeführt: "Dem AN wurden die diesbezüglichen Verpflichtungen des AG (römisch 40) gegenüber römisch 40 offengelegt. Der AN bestätigt hiermit, sich über diese Verpflichtungen und Haftungen vollumfänglich informiert zu haben und garantiert hiermit, sämtliche Ansprüche, die von römisch 40 oder Dritten in Zusammenhang mit den zu erbringenden Leistungen des AN gestellt werden, sei es aufgrund des Vertrages zwischen AG und römisch 40 oder aufgrund sonstiger Rechtsgrundlagen, vollkommen schad- und klaglos zu halten. Die hiermit übernommene Haftung gilt vorrangig gegenüber allen übrigen, in diesem Vertrag geregelten Haftungsbestimmungen gemäß den gesetzlichen Richtlinien. Gegenüber dieser Schad- und Klagloshaltungsverpflichtung weitergehende Haftungen des AN bleiben davon unberührt."

Unter Punkt 8. des Werkvertrages - "Gewährleistung" wird festgehalten:

"Gewährleistungsbeginn: Nach Fertigstellung und Abnahme (voraussichtlich 29.04.2016);

Gewährleistungsdauer: 36 Monate, für Korrosionsschutz: 5 Jahre".

Der im Werkvertrag unter Punkt 5.1.2. vereinbarte Haftrücklass dient als Absicherung der BF als Auftraggeber (Sicherheitseinbehalt) für den Fall, dass die Firma XXXX als Auftragnehmer die ihr aus der Gewährleistung obliegenden Pflichten nicht erfüllt, und für alle anderen Ansprüche des Auftraggebers gegenüber dem Auftragnehmer, egal, aus welchem Rechtsgrund (z.B. Rückforderungsanspruch aufgrund irrtümlicher Überzahlung durch den AG; Schadenersatzforderungen; Bereicherung; etc.). Der im Werkvertrag unter Punkt 5.1.2. vereinbarte Haftrücklass dient als Absicherung der BF als Auftraggeber (Sicherheitseinbehalt) für den Fall, dass die Firma römisch 40 als Auftragnehmer die ihr aus der Gewährleistung obliegenden Pflichten nicht erfüllt, und für alle anderen Ansprüche des Auftraggebers gegenüber dem Auftragnehmer, egal, aus welchem Rechtsgrund (z.B. Rückforderungsanspruch aufgrund irrtümlicher Überzahlung durch den AG; Schadenersatzforderungen; Bereicherung; etc.).

Nach Punkt 5.2. des Werkvertrages soll der vereinbarte Haftrücklass erst nach gemeinsam durchgeführter anstandsloser Schlussfeststellung (Schlussrechnung nach Abnahme der Leistungsausführung durch den Auftraggeber und Übergabe der Dokumentation) freigegeben werden.

Da die Sicherheitseinbehalte für den Auftragnehmer wegen Einschränkung seiner Liquidität einen finanziellen Nachteil darstellen, werden anstelle von Sicherheitseinbehalten auch Bürgschaften abgeschlossen.

Im gegenständlichen Fall wurde unter Punkt 5.1.2. der "Sicherheitseinbehalt" als durch eine unbefristete Bankbürgschaft" ablösbar erklärt.

e. Was noch für das Vorliegen eines Werkvertrages spricht

1. ein Zielschuldverhältnis und eine erfolgsbezogene Entlohnung

Ein Werkvertrag liegt nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes vor, wenn die Verpflichtung zur Herstellung eines Werkes gegen Entgelt besteht, wobei es sich um eine im Vertrag individualisierte und konkretisierte Leistung, also eine in sich geschlossene Einheit handeln muss. Die Verpflichtung aus einem Werkvertrag besteht darin, die genau umrissene Leistung (in der Regel bis zu einem bestimmten Termin) zu erbringen. Das Interesse des Bestellers bzw. die Vertragsverpflichtung des Werkunternehmers sind auf das Endprodukt als solches gerichtet. Für einen Werkvertrag essentiell ist ein "gewährleistungstauglicher" Erfolg der Tätigkeit, nach welchem die für den Werkvertrag typischen Gewährleistungsansprüche bei Nichtherstellung oder mangelhafter Herstellung des Werkes beurteilt werden können. Mit der Erbringung der Leistung endet das Werkvertragsverhältnis. Eine zwar leistungsbezogene, nicht aber erfolgsbezogene Entlohnung spricht gegen das Vorliegen eines Werkvertrages. Wenn ein dauerndes Bemühen geschuldet wird, das bei Erreichen eines angestrebten "Ziels" auch kein Ende findet, spricht dies ebenfalls gegen einen Werkvertrag (vgl. VwGH 23.5.2007, Zl. 2005/08/0003, 16.10.2008, Zl. 2008/09/0242-3). Ein Werkvertrag liegt nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes vor, wenn die Verpflichtung zur Herstellung eines Werkes gegen Entgelt besteht, wobei es sich um eine im Vertrag individualisierte und konkretisierte Leistung, also eine in sich geschlossene Einheit handeln muss. Die Verpflichtung aus einem Werkvertrag besteht darin, die genau umrissene Leistung (in der Regel bis zu einem bestimmten Termin) zu erbringen. Das Interesse des Bestellers bzw. die Vertragsverpflichtung des Werkunternehmers sind auf das Endprodukt als solches gerichtet. Für einen Werkvertrag essentiell ist ein "gewährleistungstauglicher" Erfolg der Tätigkeit, nach welchem die für den Werkvertrag typischen Gewährleistungsansprüche bei Nichtherstellung oder mangelhafter Herstellung des Werkes beurteilt werden können. Mit der Erbringung der Leistung endet das Werkvertragsverhältnis. Eine zwar leistungsbezogene, nicht aber erfolgsbezogene Entlohnung spricht gegen das Vorliegen eines Werkvertrages. Wenn ein dauerndes Bemühen geschuldet wird, das bei Erreichen eines angestrebten "Ziels" auch kein Ende findet, spricht dies ebenfalls gegen einen Werkvertrag vergleiche VwGH 23.5.2007, Zl. 2005/08/0003, 16.10.2008, Zl. 2008/09/0242-3).

Das Vorliegen einzelner, auch für einen Werkvertrag sprechender Sachverhaltselemente ist in diesem Sinn nicht ausreichend, wenn sich aus den Gesamtumständen unter Berücksichtigung der jeweiligen wirtschaftlichen Interessenslage Gegenteiliges ergibt (vgl. UVS vom 29.03.2010, Zl. VwSen-252123/28/Py/Hu). Das Vorliegen einzelner, auch für einen Werkvertrag sprechender Sachverhaltselemente ist in diesem Sinn nicht ausreichend, wenn sich aus den Gesamtumständen unter Berücksichtigung der jeweiligen wirtschaftlichen Interessenslage Gegenteiliges ergibt vergleiche UVS vom 29.03.2010, Zl. VwSen-252123/28/Py/Hu).

Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs kommt es beim Werkvertrag auf das Ergebnis der Arbeitsleistung an, das ein Werk, somit eine geschlossene Einheit, darstellen muss, welches bereits im Vertrag konkretisiert wurde. Der Werkvertrag begründet ein Zielschuldverhältnis, die Verpflichtung besteht darin, die genau umrissene Leistung - in der Regel bis zu einem bestimmten Termin - zu erbringen. Mit der Erbringung der Leistung endet auch das Vertragsverhältnis (vgl. VwGH 14.01.2013, Zl. 2012/08/0303; und vom 17.11.2004, Zl. 2001/08/0131). Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs kommt es beim Werkvertrag auf das Ergebnis der Arbeitsleistung an, das ein Werk, somit eine geschlossene Einheit, darstellen muss, welches bereits im Vertrag konkretisiert wurde. Der Werkvertrag begründet ein Zielschuldverhältnis, die Verpflichtung besteht darin, die genau umrissene Leistung - in der Regel bis zu einem bestimmten Termin - zu erbringen. Mit der Erbringung der Leistung endet auch das Vertragsverhältnis vergleiche VwGH 14.01.2013, Zl. 2012/08/0303; und vom 17.11.2004, Zl. 2001/08/0131).

Die vereinbarte Werkleistung sollte bis zu einem bestimmten Datum - 14.05.2016 (laut Werkvertrag unter Punkt 6. "Termine" - "Montageende Gesamtumfang") erbracht werden, wobei unter Punkt 6.2. des Werkvertrages auch eine Vereinbarung bei Terminverzug getroffen wurde).

Auch aus folgenden Anhängen zu Arbeitsverträgen der Firma XXXX ergibt sich der geplante Fertigstellungstermin am 14.05.2016: Auch aus folgenden Anhängen zu Arbeitsverträgen der Firma römisch 40 ergibt sich der geplante Fertigstellungstermin am 14.05.2016:

Der Arbeiter der XXXX, geb. XXXX, hat mit dem Arbeitgeber XXXX am 09.03.2016 einen Anhang Nr. 8 zum Arbeitsvertrag vom 04.02.2015 abgeschlossen. Der Arbeiter der römisch 40, geb. römisch 40, hat mit dem Arbeitgeber römisch 40 am 09.03.2016 einen Anhang Nr. 8 zum Arbeitsvertrag vom 04.02.2015 abgeschlossen.

In diesem wurde ausgeführt:

"Der Arbeitnehmer wird am 09.03.2016 zur Ausübung der Arbeit für den Arbeitgeber auf folgende Baustelle in XXXX als Schweisser entsendet." "Der Arbeitnehmer wird am 09.03.2016 zur Ausübung der Arbeit für den Arbeitgeber auf folgende Baustelle in römisch 40 als Schweisser entsendet."

Der Arbeitnehmer wird die Arbeiten in der Zeitdauer des Projektes verrichten bzw. voraussichtlich bis zum 14.05.2016 bzw. zur Rückkehr vom Außendienst (wenn der Arbeitnehmer nicht unverzüglich in ein anderes Land entsendet wird) und darf nicht zurück zur Baustelle kehren, bis ein neuer Anhang zum Arbeitsvertrag geschlossen wird.

Die Arbeitszeit des Arbeitnehmers beträgt in der Regel 40 Stunden pro Woche." Der monatliche Bruttolohn des Arbeitnehmers wurde auch angeführt.

Der Arbeiter der XXXX, geb. XXXX, hat mit dem Arbeitgeber XXXX am 09.03.2016 einen Anhang Nr. 4 zum Arbeitsvertrag vom 23.01.2015 abgeschlossen. Der Arbeiter der römisch 40, geb. römisch 40, hat mit dem Arbeitgeber römisch 40 am 09.03.2016 einen Anhang Nr. 4 zum Arbeitsvertrag vom 23.01.2015 abgeschlossen.

In diesem wurde ausgeführt:

"Der Arbeitnehmer wird am 09.03.2016 zur Ausübung der Arbeit für den Arbeitgeber auf folgende Baustelle in XXXX als Schweisser entsendet." "Der Arbeitnehmer wird am 09.03.2016 zur Ausübung der Arbeit für den Arbeitgeber auf folgende Baustelle in römisch 40 als Schweisser entsendet."

Der Arbeitnehmer wird die Arbeiten in der Zeitdauer des Projektes verrichten bzw. voraussichtlich bis zum 14.05.2016 bzw. zur Rückkehr vom Außendienst (wenn der Arbeitnehmer nicht unverzüglich in ein anderes Land entsendet wird) und darf nicht zurück zur Baustelle kehren, bis ein neuer Anhang zum Arbeitsvertrag geschlossen wird.

Die Arbeitszeit des Arbeitnehmers beträgt in der Regel 40 Stunden pro Woche." Der monatliche Bruttolohn des Arbeitnehmers wurde ebenfalls angeführt.

Nach dem zwischen der BF und der Firma XXXX abgeschlossenen Werkvertrag vom 03.03.2016 ist ein "Zielschuldverhältnis" mit einer erfolgsabhängigen Entlohnung gegeben. Als Ziel wurde die "Montage der Rohrleitungen" vereinbart, und auf eine erfolgsbezogene Entlohnung deutet Punkt 4. des Werkvertrages hin, in dem ausgeführt wird: "(...) Die Abrechnung erfolgt nach vollständig, mangelfreier Leistungserbringung anhand eines durch den AN zu erstellenden Aufmaßes zu den vereinbarten Einheitspreisen. In diesem sind sämtliche Aufwendungen wie Reisekosten und Spesen enthalten." Nach dem zwischen der BF und der Firma römisch 40 abgeschlossenen Werkvertrag vom 03.03.2016 ist ein "Zielschuldverhältnis" mit einer erfolgsabhängigen Entlohnung gegeben. Als Ziel wurde die "Montage der Rohrleitungen" vereinbart, und auf eine erfolgsbezogene Entlohnung deutet Punkt 4. des Werkvertrages hin, in dem ausgeführt wird: "(...) Die Abrechnung erfolgt nach vollständig, mangelfreier Leistungserbringung anhand eines durch den AN zu erstellenden Aufmaßes zu den vereinbarten Einheitspreisen. In diesem sind sämtliche Aufwendungen wie Reisekosten und Spesen enthalten."

2. Zum Verhältnis zwischen der BF und der Firma XXXX. 2. Zum Verhältnis zwischen der BF und der Firma römisch 40

Für das Vorliegen eines "echten Werkvertrages" spricht außerdem, dass der Auftragnehmer die Einteilung der Art und Durchführung der Arbeiten selbst bestimmen kann und der Auftraggeber kein Widerspruchsrecht gegenüber den Arbeitskräften des Herstellers hat, das dem Direktionsrecht eines Arbeitgebers vergleichbar ist (VwGH 06.11.2012, Zl. 2012/09/0130).

Im gegenständlichen Fall wurde in Beilage 2 des Werkvertrages - Allgemeine kaufmännische Bedingungen der BF unter Punkt 12 Haftung und Garantie des AN, Punkt 12.1. Garantie, Gewährleistung, ausgeführt:

"(...)"

Irgendwelche Bedenken des AN gegen vom AG vorgeschriebene Materialien, Stoffe, Bauteile und Arbeitsgeräte einschließlich gegen die in diesem Zusammenhang erteilten Weisungen hat der AN dem AG unverzüglich mitzuteilen. (...)."

In schriftlicher Stellungnahme der Rechtsvertretung der BF vom 11.01.2017 wird ausgeführt:

"Die Arbeiter der XXXX arbeiteten selbstständig ohne Anleitung, eine Eingliederung in die Organisation des Unternehmens der Fa. XXXX fand nicht statt. Die Arbeiter der XXXX reisten mit dem Firmenbus auf die Baustelle, für die Einhaltung der Qualität und der Terminplanung für die beauftragten Arbeiten am Projekt XXXX war ausschließlich das Montagepersonal der XXXX vor Ort verantwortlich. Die Firma XXXX hatte in XXXX überhaupt kein einziges Montagepersonal eingesetzt, diese Umstände ergeben sich aus den Positionen 29-38 bzw. 39-47 der Zuständigkeitsmatrix." "Die Arbeiter der römisch 40 arbeiteten selbstständig ohne Anleitung, eine Eingliederung in die Organisation des Unternehmens der Fa. römisch 40 fand nicht statt. Die Arbeiter der römisch 40 reisten mit dem Firmenbus auf die Baustelle, für die Einhaltung der Qualität und der Terminplanung für die beauftragten Arbeiten am Projekt römisch 40 war ausschließlich das Montagepersonal der römisch 40 vor Ort verantwortlich. Die Firma römisch 40 hatte in römisch 40 überhaupt kein einziges Montagepersonal eingesetzt, diese Umstände ergeben sich aus den Positionen 29-38 bzw. 39-47 der Zuständigkeitsmatrix."

Aus der dem Werkvertrag beigelegten Zuständigkeitsmatrix ergibt sich, dass für Montagepersonal und die Bauleitung die XXXX als Subunternehmer zuständig ist. Aus der dem Werkvertrag beigelegten Zuständigkeitsmatrix ergibt sich, dass für Montagepersonal und die Bauleitung die römisch 40 als Subunternehmer zuständig ist.

Unter dem Punkt 13 "Fertigungskontrolle und Übertragung von Leistungen auf Nachunternehmer" wird in Unterpunkt 13.1. auf Folgendes hingewiesen:

"Der AG hat das Recht auf Inspektion und laufende Überprüfung der Fertigung bzw. auf Ablehnung von mangelhaften Teilen während der Fertigung und Montage. (...)."

In den "Allgemeinen Kaufmännischen Bedingungen für den Zukauf von Anlagen, Anlagenkomponenten und Leistungen" der BF ist im Punkt 7. Begleitende Kontrolle unter Unterpunkt 7.1. "Prüfungen" Folgendes ausgeführt:

"Der AN räumt dem AG und dem "Endabnehmer der Gesamtanlage" (dem Auftraggeber des AG= EA) und von diesen beauftragten Personen das Recht ein, jederzeit die mit der Durchführung des Auftrages verbundenen Tätigkeiten zu prüfen. Dazu gehören die Überprüfung von Planung, Fertigung bezüglich Qualität und Termin (...)."

Die BF überwachte im gegenständlichen Fall den Arbeitsablauf durch tägliche Kontrollen - täglichen Baustellenbericht und monatliche Baustellenfortschrittsdokumentation.

Die täglich der BF als Auftraggeber zu übergebenden und der XXXX weiterzuleitenden Baustellenberichte und monatlich an diese abzuliefernden Baustellenfortschrittsdokumentationen sollen nur den Arbeitsablauf kontrollieren, ohne in die grundsätzliche Aufsichts- und Leitungsbefugnis / Dispositionsbefugnis der Firma XXXX als Auftragnehmer einzugreifen. Die täglich der BF als Auftraggeber zu übergebenden und der römisch 40 weiterzuleitenden Baustellenberichte und monatlich an diese abzuliefernden Baustellenfortschrittsdokumentationen sollen nur den Arbeitsablauf kontrollieren, ohne in die grundsätzliche Aufsichts- und Leitungsbefugnis / Dispositionsbefugnis der Firma römisch 40 als Auftragnehmer einzugreifen.

Durch die begleitende Kontrolle der Arbeitskräfte durch den Auftraggeber - die XXXX- wurde die Dispositionsbefugnis der Firma XXXX als Auftragnehmer /Werkunternehmer nicht eingeschränkt. Durch die begleitende Kontrolle der Arbeitskräfte durch den Auftraggeber - die XXXX- wurde die Dispositionsbefugnis der Firma römisch 40 als Auftragnehmer /Werkunternehmer nicht eingeschränkt.

Im Gegensatz zur VwGH-Entscheidung vom 06.11.2012, Zl.2012/09/0130, handelt es sich im gegenständlichen Fall um keine begleitende Aufsicht, die über die bloße (abschließende) Kontrolle eines "Werkes" auf dessen fachgerechte Erfüllung oder "Koordinationsaufgaben" hinausgeht.

In der Niederschrift der am Werksgelände von der Finanzpolizei durchgeführten Kontrollhandlung vom 13.04.2016 wurde festgehalten, dass der einvernommene Bauleiter der BF, befragt, warum die Arbeiter der Firma XXXX Arbeitskleidung der BF tragen, angegeben hat: In der Niederschrift der am Werksgelände von der Finanzpolizei durchgeführten Kontrollhandlung vom 13.04.2016 wurde festgehalten, dass der einvernommene Bauleiter der BF, befragt, warum die Arbeiter der Firma römisch 40 Arbeitskleidung der BF tragen, angegeben hat:

"Das muss noch von einer anderen Baustelle sein. Von mir haben sie nicht bekommen."

Dass die Mitarbeiter auf dem Werksgelände auch Kleidung der BF getragen haben, ändert nichts daran, dass sie

vorwiegend eigene Kleidung getragen haben, hat der Zeuge der Firma XXXX in der Verhandlung am 19.01.2017 doch glaubhaft angegeben: "Wie haben eigene Bekleidung. Die Bekleidung von XXXX ist stärker und besser als unsere. Wir sind nicht zufrieden. Wir können aber nicht alle Tage eine Kontrolle auf der Baustelle machen. Es ist nicht in Ordnung, ist aber so." Dass die Mitarbeiter auf dem Werksgelände auch Kleidung der BF getragen haben, ändert nichts daran, dass sie vorwiegend eigene Kleidung getragen haben, hat der Zeuge der Firma römisch 40 in der Verhandlung am 19.01.2017 doch glaubhaft angegeben: "Wie haben eigene Bekleidung. Die Bekleidung von römisch 40 ist stärker und besser als unsere. Wir sind nicht zufrieden. Wir können aber nicht alle Tage eine Kontrolle auf der Baustelle machen. Es ist nicht in Ordnung, ist aber so."

Eine Eingliederung der Arbeitskräfte der Firma XXXX in die BF ist nicht ersichtlich. Den betroffenen Arbeitskräften war eine selbstständige Arbeitsweise möglich. Eine Eingliederung der Arbeitskräfte der Firma römisch 40 in die BF ist nicht ersichtlich. Den betroffenen Arbeitskräften war eine selbstständige Arbeitsweise möglich.

In Gesamtbetrachtung ist im gegenständlichen Fall vom Vorliegen eines Werkvertrages auszugehen.

Somit war der Beschwerde stattzugeben und die Beschwerdevorentscheidung insofern abzuändern, als festgestellt wird, dass die Voraussetzungen für eine EU-Entsendung gegeben sind.

3.1.4. Verletzung der Entscheidungspflicht der regionalen Geschäftsstelle

Gemäß § 18 Abs. 12 AuslBG hat die regionale Geschäftsstelle binnen zwei Wochen ab Einlangen der Meldung dem Unternehmen und dem Auftraggeber, der die Arbeitsleistung in Anspruch nimmt, das Vorliegen der Voraussetzungen zu bestätigen (EU-Entsendebestätigung) oder bei Nichtvorliegen zu untersagen. Gemäß Paragraph 18, Absatz 12, AuslBG hat die regionale Geschäftsstelle binnen zwei Wochen ab Einlangen der Meldung dem Unternehmen und dem Auftraggeber, der die Arbeitsleistung in Anspruch nimmt, das Vorliegen der Voraussetzungen zu bestätigen (EU-Entsendebestätigung) oder bei Nichtvorliegen zu untersagen.

Die BF bringt in ihrer Beschwerde vor, die Firma XXXX habe die Entsendemeldungen ZKO3 am 08.03.2016 vorgenommen. Spätestens am 15.03.2016 habe die regionale Geschäftsstelle des AMS vom Einlangen der Meldung Kenntnis erlangt, sodass die Entscheidung längstens bis zum 29.03.2016 hätte vorliegen müssen. Tatsächlich seien die angefochtenen Bescheide mit "13.05" datiert und der BF erst am 25.05.2016, sohin nahezu drei Monate nach Mitteilung an die Behörde zugestellt worden. Die Regionalstelle des AMS habe sohin gegen ihre Entscheidungspflicht verstoßen, weshalb der BF ein nicht unerheblicher Nachteil entstanden sei. Die BF bringt in ihrer Beschwerde vor, die Firma römisch 40 habe die Entsendemeldungen ZKO3 am 08.03.2016 vorgenommen. Spätestens am 15.03.2016 habe die regionale Geschäftsstelle des AMS vom Einlangen der Meldung Kenntnis erlangt, sodass die Entscheidung längstens bis zum 29.03.2016 hätte vorliegen müssen. Tatsächlich seien die angefochtenen Bescheide mit "13.05" datiert und der BF erst am 25.05.2016, sohin nahezu drei Monate nach Mitteilung an die Behörde zugestellt worden. Die Regionalstelle des AMS habe sohin gegen ihre Entscheidungspflicht verstoßen, weshalb der BF ein nicht unerheblicher Nachteil entstanden sei.

Worin dieser Nachteil bestanden habe, wurde nicht angeführt. Da die betreffenden Arbeitskräfte der Firma XXXX gleich nach Entsendemeldung nach Österreich zur Werkvertragserfüllung entsendet wurden, ist kein der BF durch die verspätet ergangene behördliche Mitteilung über die Nichterteilung einer EU-Entsendebestätigung entstandener Nachteil ersichtlich. Worin dieser Nachteil bestanden habe, wurde nicht angeführt. Da die betreffenden Arbeitskräfte der Firma römisch 40 gleich nach Entsendemeldung nach Österreich zur Werkvertragserfüllung entsendet wurden, ist kein der BF durch die verspätet ergangene behördliche Mitteilung über die Nichterteilung einer EU-Entsendebestätigung entstandener Nachteil ersichtlich.

3.2. Zu Spruch II., 1. (Beschluss) 3.2. Zu Spruch römisch zwei., 1. (Beschluss)

3.2.1. Zur Zuständigkeit

Gemäß § 6 BVwGG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht durch Einzelrichter, sofern nicht in Bundes- oder Landesgesetzen die Entscheidung durch Senate vorgesehen ist. Gegenständlich liegt mangels materienspezifischer Sonderregelung in den anzuwendenden Gesetzen eine Einzelrichterzuständigkeit vor. Gemäß Paragraph 6, BVwGG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht durch Einzelrichter, sofern nicht in Bundes- oder Landesgesetzen die Entscheidung durch Senate vorgesehen ist. Gegenständlich liegt mangels materienspezifischer Sonderregelung in den anzuwendenden Gesetzen eine Einzelrichterzuständigkeit vor.

Das Verfahren der Verwaltungsgerichte mit Ausnahme des Bundesfinanzgerichtes ist durch das VwGVG, BGBl. I 2013/33 idF BGBl. I 2013/122, geregelt (§ 1 leg.cit.). Gemäß § 58 Abs. 2 VwGVG bleiben entgegenstehende Bestimmungen, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Bundesgesetzes bereits kundgemacht wurden, in Kraft. Das Verfahren der Verwaltungsgerichte mit Ausnahme des Bundesfinanzgerichtes ist durch das VwGVG, BGBl. römisch eins 2013/33 in der Fassung BGBl. römisch eins 2013/122, geregelt (Paragraph eins, leg.cit.). Gemäß Paragraph 58, Absatz 2, VwGVG bleiben entgegenstehende Bestimmungen, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Bundesgesetzes bereits kundgemacht wurden, in Kraft.

3.2.2. Zu Spruchteil A)

Gemäß § 7 Abs. 4 VwGVG beträgt die Frist zur Erhebung einer Beschwerde gegen den Bescheid einer Behörde gemäß Art. 130 Abs. 1 Z 1 B-VG (...) vier Wochen. Gemäß Paragraph 7, Absatz 4, VwGVG beträgt die Frist zur Erhebung einer Beschwerde gegen den Bescheid einer Behörde gemäß Artikel 130, Absatz eins, Ziffer eins, B-VG (...) vier Wochen.

Der hier zur Anwendung gelangende § 33 Abs. 1 und Abs. 3 bis 5 Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz (VwGVG), in der Stammfassung BGBl. I Nr. 33/2013, lautet wie folgt: Der hier zur Anwendung gelangende Paragraph 33, Absatz eins und Absatz 3 bis 5 Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz (VwGVG), in der Stammfassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 33 aus 2013,, lautet wie folgt:

"Wiedereinsetzung in den vorigen Stand

"§ 33. (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) ...

(3) Der Antrag auf Wiedereinsetzung ist in den Fällen des Abs. 1 bis zur Vorlage der Beschwerde bei der Behörde, ab Vorlage der Beschwerde beim Verwaltungsgericht binnen zwei Wochen nach dem Wegfall des Hindernisses zu stellen. (3) Der Antrag auf Wiedereinsetzung ist in den Fällen des Absatz eins bis zur Vorlage der Beschwerde bei der Behörde, ab Vorlage der Beschwerde beim Verwaltungsgericht binnen zwei Wochen nach dem Wegfall des Hindernisses zu stellen.

... (4) Bis zur Vorlage der Beschwerde hat über den Antrag die Behörde mit Bescheid zu entscheiden. § 15 Abs. 3 ist sinngemäß anzuwenden. Ab Vorlage der Beschwerde hat über den Antrag das Verwaltungsgericht mit Beschluss zu entscheiden. Die Behörde oder das Verwaltungsgericht kann dem Antrag auf Wiedereinsetzung die aufschiebende Wirkung zuerkennen.... (4) Bis zur Vorlage der Beschwerde hat über den Antrag die Behörde mit Bescheid zu entscheiden. Paragraph 15, Absatz 3, ist sinngemäß anzuwenden. Ab Vorlage der Beschwerde hat über den Antrag das Verwaltungsgericht mit Beschluss zu entscheiden. Die Behörde oder das Verwaltungsgericht kann dem Antrag auf Wiedereinsetzung die aufschiebende Wirkung zuerkennen.

(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) ...".

Gemäß § 71 Abs. 1 Z 1 AVG ist die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung einer Frist auf Antrag der Partei, die durch die Versäumung einen Rechtsnachteil erleidet, zu bewilligen, wenn sie glaubhaft macht, dass sie durch ein unvorhergesehenes oder unabwendbares Ereignis verhindert war, die Frist einzuhalten und sie kein Verschulden oder nur ein minderer Grad des Versehens trifft. Gemäß Paragraph 71, Absatz eins, Ziffer eins, AVG ist die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung einer Frist auf Antrag der Partei, die durch die Versäumung einen Rechtsnachteil erleidet, zu bewilligen, wenn sie glaubhaft macht, dass sie durch ein unvorhergesehenes oder unabwendbares Ereignis verhindert war, die Frist einzuhalten und sie kein Verschulden oder nur ein minderer Grad des Versehens trifft.

Nach ständiger Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes, ergangen zu in diesem Punkt gleichlautenden § 71 Abs. 1 Z 1

AVG, ist ein Ereignis "unabwendbar", wenn sein Eintritt objektiv von einem Durchschnittsmenschen nicht verhindert werden kann. Ein Ereignis ist "unvorhergesehen", wenn die Partei es tatsächlich nicht mit einberechnet hat und dessen Eintritt auch unter Bedachtnahme auf die zumutbare Aufmerksamkeit und Voraussicht nicht erwartet werden konnte. Das im Begriff der "Unvorhergesehenheit" gelegene Zumutbarkeitsmoment ist dahingehend zu verstehen, dass die erforderliche zumutbare Aufmerksamkeit dann noch gewahrt ist, wenn der Partei (ihrem Vertreter) in Ansehung der Wahrung der Frist nur ein "minderer Grad des Versehens" unterläuft. Ein solcher "minderer Grad" des Versehens (§ 1332 ABGB) liegt nur dann vor, wenn es sich um leichte Fahrlässigkeit handelt, also dann, wenn ein Fehler begangen wird, den gelegentlich auch ein sorgfältiger Mensch macht (VwGH 22.01.1992, Zl. 91/13/0254). Nach ständiger Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes, ergangen zu in diesem Punkt gleichlautenden Paragraph 71, Absatz eins, Ziffer eins, AVG, ist ein Ereignis "unabwendbar", wenn sein Eintritt objektiv von einem Durchschnittsmenschen nicht verhindert werden kann. Ein Ereignis ist "unvorhergesehen", wenn die Partei es tatsächlich nicht mit einberechnet hat und dessen Eintritt auch unter Bedachtnahme auf die zumutbare Aufmerksamkeit und Voraussicht nicht erwartet werden konnte. Das im Begriff der "Unvorhergesehenheit" gelegene Zumutbarkeitsmoment ist dahingehend zu verstehen, dass die erforderliche zumutbare Aufmerksamkeit dann noch gewahrt ist, wenn der Partei (ihrem Vertreter) in Ansehung der Wahrung der Frist nur ein "minderer Grad des Versehens" unterläuft. Ein solcher "minderer Grad" des Versehens (Paragraph 1332, ABGB) liegt nur dann vor, wenn es sich um leichte Fahrlässigkeit handelt, also dann, wenn ein Fehler begangen wird, den gelegentlich auch ein sorgfältiger Mensch macht (VwGH 22.01.1992, Zl. 91/13/0254).

Der Wiedereinsetzungswerber darf also nicht auffallend sorglos gehandelt haben, somit die im Verkehr mit Behörden für die Einhaltung von Terminen und Fristen erforderliche und ihm nach seinen persönlichen Fähigkeiten zumutbare Sorgfalt außer Acht gelassen haben, wobei an berufliche rechtskundige Parteienvertreter ein strengerer Maßstab anzulegen ist, als an rechtsunkundige oder bisher noch nie an gerichtlichen Verfahren beteiligten Personen (VwGH 18.04.2002, 2001/01/0559; VwGH 29.01.2004, 2001/20/0425).

Das Vorliegen von Wiedereinsetzungsgründen ist nur in jenem Rahmen zu untersuchen, der durch die Behauptungen des Wiedereinsetzungswerbers in seinem Antrag gestellt wird (vgl. VwGH 22.02.2001, 2000/20/0534). Den Wiedereinsetzungswerber trifft somit die Pflicht, alle Wiedereinsetzungsgründe innerhalb der gesetzlichen Frist vorzubringen und glaubhaft zu machen; es ist nicht Sache der Behörde, tatsächliche Umstände zu erheben, die einen Wiedereinsetzungsantrag bilden könnten (VwGH 22.03.2000, 99/01/0268 unter Bezugnahme auf das dg. Erkenntnis vom 28.01.1998, 97/01/0983). Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes bleibt die Partei im Verfahren wegen Wiedereinsetzung in den vorigen Stand an den im Antrag vorgebrachten Wiedereinsetzungsgrund gebunden. Eine Auswechslung dieses Grundes im Berufungsverfahren ist rechtlich unzulässig (vgl. VwGH 28.02.2000, 99/17/0317; VwGH 30.11.2000, 99/20/0543; VwGH 25.02.2003, 2002/10/0223). Das Vorliegen von Wiedereinsetzungsgründen ist nur in jenem Rahmen zu untersuchen, der durch die Behauptungen des Wiedereinsetzungswerbers in seinem Antrag gestellt wird vergleiche VwGH 22.02.2001, 2000/20/0534). Den Wiedereinsetzungswerber trifft somit die Pflicht, alle Wiedereinsetzungsgründe innerhalb der gesetzlichen Frist vorzubringen und glaubhaft zu machen; es ist nicht Sache der Behörde, tatsächliche Umstände zu erheben, die einen Wiedereinsetzungsantrag bilden könnten (VwGH 22.03.2000, 99/01/0268 unter Bezugnahme auf das dg. Erkenntnis vom 28.01.1998, 97/01/0983). Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes bleibt die Partei im Verfahren wegen Wiedereinsetzung in den vorigen Stand an den im Antrag vorgebrachten Wiedereinsetzungsgrund gebunden. Eine Auswechslung dieses Grundes im Berufungsverfahren ist rechtlich unzulässig vergleiche VwGH 28.02.2000, 99/17/0317; VwGH 30.11.2000, 99/20/0543; VwGH 25.02.2003, 2002/10/0223).

Der Parteienvertreter hat die Organisation seines Kanzleibetriebes so einzurichten, dass die richtige Vormerkung von Terminen und damit die fristgerechte Wahrnehmung von Fristen sichergestellt sind (vgl. VwGH 24.06.2010, 2010/15/0034). Der Parteienvertreter hat die Organisation seines Kanzleibetriebes so einzurichten, dass die richtige Vormerkung von Terminen und damit die fristgerechte Wahrnehmung von Fristen sichergestellt sind vergleiche VwGH 24.06.2010, 2010/15/0034).

Der bevollmächtigte Rechtsanwalt muss die Aufgaben, die aus dem Bevollmächtigungsvertrag erwachsen, auch insoweit erfüllen, als er sich zu ihrer Wahrnehmung seiner Kanzlei als seines Hilfsapparates bedient. Er muss gegenüber diesem Apparat alle Vorsorgen treffen, die die ordnungsgemäße Erfüllung der Aufgaben gewährleisten, die ihm nach dem Bevollmächtigungsvertrag obliegen. Insoweit der Rechtsanwalt diese Vorsorgen nicht in der Art und in dem Maß getroffen hat, wie es von ihm je nach der gegebenen Situation zu erwarten war, kommt ein Verschulden an

einer späteren Fristversäumung in Betracht. Insbesondere muss der bevollmächtigte Rechtsanwalt die Organisation seines Kanzleibetriebes so einrichten, dass auch die richtige Vormerkung von Terminen und damit die fristgerechte Setzung von - mit Präklusion sanktionierten - Prozesshandlungen sichergestellt werden. Dabei wird durch entsprechende Kontrollen unter anderem dafür vorzusorgen sein, dass Unzulänglichkeiten durch menschliches Versagen aller Voraussicht nach auszuschließen sind. Ein Rechtsanwalt verstößt danach auch dann gegen eine anwaltliche Sorgfaltspflicht, wenn er weder im allgemeinen noch im besonderen (wirksame) Kontrollsysteme vorgesehen hat, die im Fall des Versagens eines Mitarbeiters Fristversäumungen auszuschließen geeignet sind (VwGH 29.04.2011, 2009/02/0281; Hinweis B 15.12.1988, 88/08/0270, 0271).

Ein Verschulden eines Mitarbeiters steht der Bewilligung der Wiedereinsetzung dann nicht entgegen, wenn es sich um ein einmaliges Versehen handelt, das angesichts der bisherigen Verlässlichkeit und Bewährung des Mitarbeiters nicht zu erwarten war und der Partei nicht die Verletzung der von ihr zu erwartenden Sorgfalts-, Organisations- und Kontrollpflichten vorgeworfen werden muss. Es liegt jedenfalls kein Organisationsverschulden vor, wenn bei einem größeren Unternehmen, bei dem Behördenkontakte nahezu alltäglich sind, bis dahin kein behördliches Schriftstück jemals verschwunden ist und die Wiedereinsetzungswerberin sich deshalb darauf verlassen durfte, dass das von ihr eingerichtete System der Postbearbeitung und -weiterleitung fehlerfrei funktioniert. (OGH 17.10.2005 16 Ok 47/05).

Mit Schreiben vom 24.06.2016 stellte die BF durch ihren Rechtsvertreter im gegenständlichen Fall einen Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand und erhob gleichzeitig gegen den AMS-Bescheid vom 07.04.2016, GZ: 08114/GF: 3787551, Beschwerde.

Die Wiedereinsetzungswerberin erlangte erst am 16.06.2016 mit Zustellung einer an die BH XXXX gerichteten Aufforderung zur Rechtfertigung vom 10.06.2016 Kenntnis vom Bescheid des AMS, mit welchem der betreffende Antrag der Firma XXXX auf Bestätigung der EU-Entsendung für die berufliche Tätigkeit als Erdgasringschlussleitungs-Schiene-HO Schweißer abgelehnt und die Entsendung untersagt wurde. Die Wiedereinsetzungswerberin erlangte erst am 16.06.2016 mit Zustellung einer an die BH römisch 40 gerichteten Aufforderung zur Rechtfertigung vom 10.06.2016 Kenntnis vom Bescheid des AMS, mit welchem der betreffende Antrag der Firma römisch 40 auf Bestätigung der EU-Entsendung für die berufliche Tätigkeit als Erdgasringschlussleitungs-Schiene-HO Schweißer abgelehnt und die Entsendung untersagt wurde.

Der am 24.06.2016 eingebrachte Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wurde daher jedenfalls fristgerecht innerhalb von zwei Wochen ab Erlangung der Kenntnis vom angefochtenen Bescheid gestellt.

Mit gegenständlichem Wiedereinsetzungsantrag wurde vorgebracht, der bekämpfte Bescheid des AMS vom 07.04.2016 sei der Antragstellerin mittels Post - zu einem nicht mehr nachvollziehbaren Zustelldatum - zugestellt worden. Die Post werde gewöhnlich von einem zuständigen Mitarbeiter der Wiedereinsetzungswerberin entgegen genommen, sortiert, abgeheftet und den zuständigen Personen übergeben. Behördenstücke würden gewöhnlich, insbesondere jene mit vorzumerkenden Fristen, in einer besonderen Mappe eingheftet und dem Personalchef bzw. der Geschäftsleitung vorgelegt. Auch der bekämpfte Bescheid sei von der hierfür zuständigen Mitarbeiterin der Wiedereinsetzungswerberin entgegen genommen worden. Er dürfte der Mitarbeiterin jedoch versehentlich unter die übrige an demselben Tag zustellte Post gerutscht sein und sei deshalb nicht ordnungsgemäß in der "Fristenmappe" abgelegt worden. Der Wiedereinsetzungswerberin bzw. der Geschäftsleitung sei es daher nicht möglich gewesen, davon Kenntnis zu erlangen. Die zuständige Mitarbeiterin sei seit vielen Jahren zuverlässig und erledige ihre Aufgaben ordnungsgemäß und zufriedenstellend, wobei die ordnungsgemäße Ausführung auch regelmäßig kontrolliert werde. Im gegenständlichen Fall sei ein milderer Grad eines Versehens gegeben. Eine besondere Sorgfalt könne der Mitarbeiterin nicht vorgeworfen werden, zumal die Post- und Behördenstücke bislang immer richtig und ordnungsgemäß abgeheftet, abgelegt und zugeteilt worden seien und es auch eine eigene "Fristenmappe" gebe. Im Übrigen sei an die Mitarbeiterin - als rechtsunkundige Person - ein nicht allzu strenger Maßstab anzulegen. Darüber hinaus sei dem Geschäftsführer der Wiedereinsetzungswerberin auch kein Überwachungs- und Auswahlverschulden anzulasten, zumal die Mitarbeiterin ihre Angelegenheiten bislang zur vollsten Zufriedenheit erledigt habe.

Im gegenständlichen Fall wurde die Organisation des Kanzleibetriebes des Rechtsvertreters so eingerichtet, dass die richtige Vormerkung von Terminen und damit die fristgerechte Wahrnehmung von Fristen sichergestellt sind, wurde doch in der Kanzlei eine eigene "Fristenmappe" für Behördenstücke mit vorzumerkenden Fristen bereitgestellt.

In zum Wiedereinsetzungsantrag abgegebener Stellungnahme vom 27.09.2016 wurde darauf hingewiesen, dass die

Tätigkeit des Sekretariats durch stichweise Überprüfungen auch auf deren Genauigkeit und Verlässlichkeit regelmäßig kontrolliert worden sei. Dabei sei in den letzten 15 Jahren keine einzige derartige Fehlleistung festgestellt worden. Aufgrund dieser stichprobenartigen Kontrollen liegt auch kein Organisationsverschulden der Wiedereinsatzwerberin vor (VwGH 20.01.2016, Ra 2015/04/0098, VwGH 14.10.2015, 2013/17/0137).

Dass die dafür zuständige Mitarbeiterin, die ihre Arbeit bereits viele Jahre lang ordnungsgemäß erledigt hat, versehentlich einmal den angefochtenen Bescheid nicht in der dafür vorgesehenen "Fristmappe" abgeheftet hat, was zur Folge hatte, dass die BF bzw. die Geschäftsleitung nicht rechtzeitig davon Kenntnis erlangen konnte, spricht für einen minderen Grad des Versehens.

Dem Antrag auf Wiedereinsetzung war daher stattzugeben.

3.3. Zu Spruch II., 2. (Erkenntnis) 3.3. Zu Spruch römisch zwei., 2. (Erkenntnis)

3.3.1. Zuständigkeit und anzuwendendes Recht:

Gemäß § 6 BVwGG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht durch Einzelrichter, sofern nicht in Bundes- oder Landesgesetzen die Entscheidung durch Senate vorgesehen ist. Gemäß Paragraph 6, BVwGG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht durch Einzelrichter, sofern nicht in Bundes- oder Landesgesetzen die Entscheidung durch Senate vorgesehen ist.

Gemäß § 20f Abs. 1 Auslag entscheidet über Beschwerden gegen Bescheide der regionalen Geschäftsstellen des Arbeitsmarktservice das Bundesverwaltungsgericht spätestens drei Monate nach deren Einlangen durch einen Senat, dem zwei fachkundige Laienrichter, je einer aus dem Kreis der Arbeitgeber und aus dem Kreis der Arbeitnehmer, angehören. Gemäß Paragraph 20 f, Absatz eins, Auslag entscheidet über Beschwerden gegen Bescheide der regionalen Geschäftsstellen des Arbeitsmarktservice das Bundesverwaltungsgericht spätestens drei Monate nach deren Einlangen durch einen Senat, dem zwei fachkundige Laienrichter, je einer aus dem Kreis der Arbeitgeber und aus dem Kreis der Arbeitnehmer, angehören.

Über die vorliegende Beschwerde war daher durch einen Senat, bestehend aus zwei fachkundigen Laienrichter und einer Berufsrichterin zu entscheiden.

Das Verfahren der Verwaltungsgerichte mit Ausnahme des Bundesfinanzgerichtes ist durch das VwGVG, BGBl. I 2013/33 i.d.F. BGBl. I 2013/122, geregelt (§ 1 leg.cit.). Gemäß § 58 Abs. 2 VwGVG bleiben entgegenstehende Bestimmungen, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Bundesgesetzes bereits kundgemacht wurden, in Kraft. Das Verfahren der Verwaltungsgerichte mit Ausnahme des Bundesfinanzgerichtes ist durch das VwGVG, BGBl. römisch eins 2013/33 in der Fassung BGBl. römisch eins 2013/122, geregelt (Paragraph eins, leg.cit.). Gemäß Paragraph 58, Absatz 2, VwGVG bleiben entgegenstehende Bestimmungen, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Bundesgesetzes bereits kundgemacht wurden, in Kraft.

Gemäß § 17 VwGVG sind, soweit in diesem Bundesgesetz nicht anderes bestimmt ist, auf das Verfahren über Beschwerden gemäß Art. 130 Abs. 1 B-VG die Bestimmungen des AVG mit Ausnahme der §§ 1 bis 5 sowie des IV. Teiles, die Bestimmungen der Bundesabgabenordnung - BAO, BGBl. Nr. 194/1961, des Agrarverfahrensgesetzes - AgrVG, BGBl. Nr. 173/1950, und des Dienstrechtsverfahrensgesetzes 1984 - DVG, BGBl. Nr. 29/1984, und im Übrigen jene verfahrensrechtlichen Bestimmungen in Bundes- oder Landesgesetzen sinngemäß anzuwenden, die die Behörde in dem dem Verfahren vor dem Verwaltungsgericht vorangegangenen Verfahren angewendet hat oder anzuwenden gehabt hätte. Gemäß Paragraph 17, VwGVG sind, soweit in diesem Bundesgesetz nicht anderes bestimmt ist, auf das Verfahren über Beschwerden gemäß Artikel 130, Absatz eins, B-VG die Bestimmungen des AVG mit Ausnahme der Paragraphen eins bis 5 sowie des römisch vier. Teiles, die Bestimmungen der Bundesabgabenordnung - BAO, Bundesgesetzblatt Nr. 194 aus 1961,, des Agrarverfahrensgesetzes - AgrVG, Bundesgesetzblatt Nr. 173 aus 1950,, und des Dienstrechtsverfahrensgesetzes 1984 - DVG, Bundesgesetzblatt Nr. 29 aus 1984,, und im Übrigen jene verfahrensrechtlichen Bestimmungen in Bundes- oder Landesgesetzen sinngemäß anzuwenden, die die Behörde in dem dem Verfahren vor dem Verwaltungsgericht vorangegangenen Verfahren angewendet hat oder anzuwenden gehabt hätte.

Gemäß § 28 Abs. 1 VwGVG hat das Verwaltungsgericht die Rechtssache durch Erkenntnis zu erledigen, sofern die Beschwerde nicht zurückzuweisen oder das Verfahren einzustellen ist. Gemäß Paragraph 28, Absatz eins, VwGVG hat das Verwaltungsgericht die Rechtssache durch Erkenntnis zu erledigen, sofern die Beschwerde nicht zurückzuweisen

oder das Verfahren einzustellen ist.

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 Paragraph 24, Absatz eins, VwGVG hat das Verwaltungsgericht auf Antrag oder, wenn es dies für erforderlich hält, von Amts wegen eine öffentliche mündliche Verhandlung durchzuführen.

Gemäß § 27 VwGVG hat das Verwaltungsgericht, soweit es nicht Rechtswidrigkeit wegen Unzuständigkeit der Behörde gegeben findet, den angefochtenen Bescheid auf Grund der Beschwerde (§ 9 Abs. 1 Z. 3 - Gründe, auf die sich die Behauptung der Rechtswidrigkeit bezieht - und Z 4 - Begehren) oder auf Grund der Erklärung über den Umfang der Anfechtung (§ 9 Abs. 3, wobei an die Stelle der Gründe, auf die sich die Behauptung der Rechtswidrigkeit stützt, die Erklärung über den Umfang der Anfechtung tritt) zu überprüfen. Gemäß Paragraph 27, VwGVG hat das Verwaltungsgericht, soweit es nicht Rechtswidrigkeit wegen Unzuständigkeit der Behörde gegeben findet, den angefochtenen Bescheid auf Grund der Beschwerde (Paragraph 9, Absatz eins, Ziffer 3, - Gründe, auf die sich die Behauptung der Rechtswidrigkeit bezieht - und Ziffer 4, - Begehren) oder auf Grund der Erklärung über den Umfang der Anfechtung (Paragraph 9, Absatz 3,, wobei an die Stelle der Gründe, auf die sich die Behauptung der Rechtswidrigkeit stützt, die Erklärung über den Umfang der Anfechtung tritt) zu überprüfen.

3.3.2. Zu Spruchteil A)

Artikel 1 der Richtlinie 96/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 1996 über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen (Entsenderichtlinie) lautet:

"Artikel 1

Anwendungsbereich

(1) Diese Richtlinie gilt für Unternehmen mit Sitz in einem Mitgliedstaat, die im Rahmen der länderübergreifenden Erbringung von Dienstleistungen für Arbeitnehmer gemäß Absatz 3 in das Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats entsenden.

(2) (...).

(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 die Dauer der Entsendung ein Arbeitsverhältnis zwischen dem entsendenden Unternehmen und dem Arbeitnehmer besteht, oder

b) (...), oder

c) Als Leiharbeitsverhältnis oder als einen Arbeitnehmer zur Verfügung stellendes Unternehmen einen Arbeitnehmer in ein verwendendes Unternehmen entsenden, das seinen Sitz im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats hat und 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."

§ 1 Ausländerbeschäftigungsgesetz (AuslBG), BGBl. Nr. 218/1975, idGF, besagt, dass dieses Bundesgesetz die Beschäftigung von Ausländern (§ 2) im Bundesgebiet regelt. Paragraph eins, Ausländerbeschäftigungsgesetz (AuslBG), Bundesgesetzblatt Nr. 218 aus 1975,, idGF, besagt, dass dieses Bundesgesetz die Beschäftigung von Ausländern (Paragraph 2,) im Bundesgebiet regelt.

Gemäß § 2 Abs. 1 AuslBG gilt als Ausländer im Sinne dieses Bundesgesetzes, wer nicht die österreichische Staatsbürgerschaft besitzt. Gemäß Paragraph 2, Absatz eins, AuslBG gilt als Ausländer im Sinne dieses Bundesgesetzes, wer nicht die österreichische Staatsbürgerschaft besitzt.

Gemäß § 3 Abs. 1 und 2 AuslBG darf ein Arbeitgeber, soweit in diesem Bundesgesetz nicht anderes bestimmt ist, einen Ausländer nur beschäftigen, wenn ihm für diesen eine Beschäftigungsbewilligung oder Entsendebewilligung erteilt oder eine Anzeigebestätigung ausgestellt wurde (...). Gemäß Paragraph 3, Absatz eins und 2 AuslBG darf ein

Arbeitgeber, soweit in diesem Bundesgesetz nicht anderes bestimmt ist, einen Ausländer nur beschäftigen, wenn ihm für diesen eine Beschäftigungsbewilligung oder Entsendebewilligung erteilt oder eine Anzeigebestätigung ausgestellt wurde (...).

Gemäß § 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, unter näher angeführten Umständen keine Beschäftigungsbewilligung oder Entsendebewilligung erforderlich. Die regionale Geschäftsstelle des Arbeitsmarktservice hat binnen zwei Wochen ab Einlangen der Meldung dem Unternehmen und dem Auftraggeber, der die Arbeitsleistung in Anspruch nimmt, das Vorliegen der Voraussetzungen zu bestätigen (EU-Entsendebestätigung) oder bei Nichtvorliegen die Entsendung zu untersagen. Gemäß Paragraph 18, Absatz 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, unter näher angeführten Umständen keine Beschäftigungsbewilligung oder Entsendebewilligung erforderlich. Die regionale Geschäftsstelle des Arbeitsmarktservice hat binnen zwei Wochen ab Einlangen der Meldung dem Unternehmen und dem Auftraggeber, der die Arbeitsleistung in Anspruch nimmt, das Vorliegen der Voraussetzungen zu bestätigen (EU-Entsendebestätigung) oder bei Nichtvorliegen die Entsendung zu untersagen.

Voraussetzung für die Erlangung einer EU-Entsendebestätigung ist demnach, dass die Ausländer zur Erbringung einer vorübergehenden Arbeitsleistung in Erfüllung eines dem Unternehmen mit Betriebssitz in einem andern Mitgliedstaat des EWR erteilten Auftrages entsandt werden. Dies entspricht der Entsendung im Sinne des Art. 1 Abs. 3 lit a der RL 96/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16.12.1996 über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen. Voraussetzung für die Erlangung einer EU-Entsendebestätigung ist demnach, dass die Ausländer zur Erbringung einer vorübergehenden Arbeitsleistung in Erfüllung eines dem Unternehmen mit Betriebssitz in einem andern Mitgliedstaat des EWR erteilten Auftrages entsandt werden. Dies entspricht der Entsendung im Sinne des Artikel eins, Absatz 3, Litera a, der RL 96/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16.12.1996 über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen.

Die grenzüberschreitende Überlassung von Arbeitskräften fällt zwar unter den Begriff "Entsendung im Sinne des Art. 1 Abs. 3 lit. c der RL 96/71/EG, nicht aber unter den Begriff Entsendung im Sinne des AuslBG (VwGH 06.11.2012, Zl. 2012/09/0130; vgl. VwGH 31.07.2009, Zl. 2008/09/0261, vom 30.05.2011, Zl. 2011/09/0082). Die Unterscheidung des AuslBG geht aber inhaltlich mit dem Gemeinschaftsrecht konform, denn eine "Entsendung im Sinne des Art. 1 Abs. 3 lit c der RL 96/71/EG, also eine grenzüberschreitende Arbeitskräfteüberlassung, darf von der Einholung einer Beschäftigungsbewilligung abhängig gemacht werden (vgl. Urteil des EUGH vom 10.02.2011, C-307/09 bis C-309/09, Vicoplus u.s., Randnr. 41). Die grenzüberschreitende Überlassung von Arbeitskräften fällt zwar unter den Begriff "Entsendung im Sinne des Artikel eins, Absatz 3, Litera c, der RL 96/71/EG, nicht aber unter den Begriff Entsendung im Sinne des AuslBG (VwGH 06.11.2012, Zl. 2012/09/0130; vergleiche VwGH 31.07.2009, Zl. 2008/09/0261, vom 30.05.2011, Zl. 2011/09/0082). Die Unterscheidung des AuslBG geht aber inhaltlich mit dem Gemeinschaftsrecht konform, denn eine "Entsendung im Sinne des Artikel eins, Absatz 3, Litera c, der RL 96/71/EG, also eine grenzüberschreitende Arbeitskräfteüberlassung, darf von der Einholung einer Beschäftigungsbewilligung abhängig gemacht werden (vgl. Urteil des EUGH vom 10.02.2011, C-307/09 bis C-309/09, Vicoplus u.s., Randnr. 41).

Eine Untersagung der Entsendung kommt dann in Betracht, wenn die angezeigte Beschäftigung der Sache nach sich gar nicht als Entsendung (iS des Art. 1 Abs. 3 lit. a der RL 96/71/EG und § 18 Abs. 12 AuslBG), sondern als eine andere Form der Beschäftigung erweist (vgl. VwGH 31.07.2009, Zl. 2008/09/0261). Eine Untersagung der Entsendung kommt dann in Betracht, wenn die angezeigte Beschäftigung der Sache nach sich gar nicht als Entsendung (iS des Artikel eins, Absatz 3, Litera a, der RL 96/71/EG und Paragraph 18, Absatz 12, AuslBG), sondern als eine andere Form der Beschäftigung erweist (vgl. VwGH 31.07.2009, Zl. 2008/09/0261).

Gemäß § 4 Abs. 1 AÜG ist für die Beurteilung, ob eine Überlassung von Arbeitskräften vorliegt, der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes maßgebend. Gemäß Paragraph 4, Absatz eins, AÜG ist für die Beurteilung, ob eine Überlassung von Arbeitskräften vorliegt, der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes maßgebend.

Unter Punkt 3.1.3. wurde unter Unterpunkt 2. ausgeführt, warum im gegenständlichen Fall nicht von einer Arbeitskräfteüberlassung, sondern von einem zwischen der BF und der Firma XXXX abgeschlossenen Werkvertrag auszugehen ist. Unter Punkt 3.1.3. wurde unter Unterpunkt 2. ausgeführt, warum im gegenständlichen Fall nicht von einer Arbeitskräfteüberlassung, sondern von einem zwischen der BF und der Firma römisch 40 abgeschlossenen Werkvertrag auszugehen ist.

Diese Ausführungen werden auch der Rechtlichen Beurteilung betreffend Zl. G304 2131064-1 zugrunde gelegt.

Im gegenständlichen Fall ist somit vom Vorliegen eines zwischen der BF und der Firma XXXX bestehenden Werkvertrages auszugehen und folglich der Beschwerde gegen den angefochtenen AMS-Bescheid vom 07.04.2017 stattzugeben. Im gegenständlichen Fall ist somit vom Vorliegen eines zwischen der BF und der Firma römisch 40 bestehenden Werkvertrages auszugehen und folglich der Beschwerde gegen den angefochtenen AMS-Bescheid vom 07.04.2017 stattzugeben.

3.3.3. Verletzung der behördlichen Entscheidungspflicht

Die BF bezieht sich in ihrer Beschwerde auf die Verletzung der behördlichen Entscheidungspflicht und bringt vor, die regionale Geschäftsstelle des AMS habe spätestens am 15.03.2016 von der betreffenden Entsendungsmeldung vom 08.03.2016 erfahren und somit jedenfalls ihre Entscheidungspflicht verletzt, sei die behördliche Entscheidung bzw. der angefochtene Bescheid doch nicht bis zum 29.03.2016, sondern erst am 07.04.2016 ergangen. Das Beschwerdevorbringen, es sei der BF dadurch ein nicht unerheblicher Nachteil entstanden, geht, wie auch in Punkt 3.1.4. betreffend Zl. G304 2135300-1, 2135301-1, 2135302-1, 2135303-1) ausgeführt, jedoch ins Leere, wurde doch nicht angeführt, worin dieser "nicht unerheblicher Nachteil" bestehe.

Zu Spruch I. und II., 1. und 2., Spruchteil B): Unzulässigkeit der Revision
Zu Spruch römisch eins. und römisch zwei., 1. und 2., Spruchteil B): Unzulässigkeit der Revision:

Gemäß § 25a Abs. 1 des Verwaltungsgerichtshofgesetzes 1985 (VwGG), BGBl. Nr. 10/1985 idGF, 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. Gemäß Paragraph 25 a, Absatz eins, des Verwaltungsgerichtshofgesetzes 1985 (VwGG), Bundesgesetzblatt Nr. 10 aus 1985, idGF, hat das Verwaltungsgericht im Spruch seines Erkenntnisses oder Beschlusses auszusprechen, ob die Revision gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG zulässig ist. Der Ausspruch ist kurz zu begründen.

Die Revision gegen die gegenständliche Entscheidung ist gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG nicht zulässig, weil die Entscheidung nicht von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzlichen 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. Konkrete Rechtsfragen grundsätzlicher Bedeutung sind weder in der gegenständlichen Beschwerde vorgebracht worden noch im Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht hervorgekommen. Die Revision gegen die gegenständliche Entscheidung ist gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG nicht zulässig, weil die Entscheidung nicht von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzlichen 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. Konkrete Rechtsfragen grundsätzlicher Bedeutung sind weder in der gegenständlichen Beschwerde vorgebracht worden noch im Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht hervorgekommen.

Die oben in der rechtlichen Beurteilung angeführte Judikatur des VWGH ist zwar zu früheren Rechtslagen ergangen, sie ist jedoch nach Ansicht des erkennenden Gerichts auf die inhaltlich meist völlig gleichlautenden Bestimmungen der nunmehr geltenden Rechtslage unverändert übertragbar.

Schlagworte

Arbeitskräfteüberlassung, EU-Entsendebestätigung, minderer Grad eines Versehens, Werkvertrag, Wiedereinsetzung

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:BVWG:2017:G304.2131064.1.00

Zuletzt aktualisiert am

29.06.2017

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

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

www.jusline.at