

TE Bvwg Erkenntnis 2020/9/29 W167 2230358-1

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 29.09.2020

Entscheidungsdatum

29.09.2020

Norm

AuslBG §18 Abs12

B-VG Art133 Abs4

Spruch

W167 2230358-1/16E

W167 2230359-1/17E

W167 2230360-1/17E

W167 2230361-1/17E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den die Richterin Mag.a Daria MACA-DAASE als Vorsitzende und die fachkundige Laienrichterin Mag. Manuela ECKERSDORFER und den fachkundigen Laienrichter Mag. Johannes DENK als Beisitzer/in über die Beschwerde von XXXX , vertreten durch XXXX , gegen die Bescheide des Arbeitsmarktservice Mistelbach vom XXXX , betreffend die Untersagung der EU-Entsendung von vier namentlich genannten Personen zur inländischen Auftraggeberin XXXX nach Beschwerdeverentscheidung in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt

beschlossen:

A) Die Verfahren werden zur gemeinsamen Entscheidung verbunden.

zu Recht erkannt:

B) Die Beschwerden werden als unbegründet abgewiesen und die Bescheide vom XXXX bestätigt.

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

Text

Entscheidungsgründe:

I. Verfahrensgang:

1. Am XXXX meldete die Beschwerdeführerin (XXXX Gewerbebefugnis/Unternehmensgegenstand: Spengler) gemäß § 19 Abs. 3 Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz (LSD-BG) die Entsendung von vier Arbeitnehmern (XXXX)

nach Österreich. Inländische Auftraggeberin ist eine GmbH mit dem Betriebszweig Montage. Beschäftigungsort in Österreich ist Niederösterreich. Zeitraum der Entsendung insgesamt: XXXX, Art der Tätigkeit und Verwendung: KV für Dachdecker. Beginn des Arbeitsverhältnisses beim ausländischen Arbeitgeber: XXXX. Aufenthalts- und Beschäftigungsgenehmigung im Sitzstaat des ausländischen Arbeitgebers.

2. Die belangte Behörde forderte die Beschwerdeführerin auf, bis zum XXXX die lückenlose Vertragskette – sämtliche Werkverträge (vom inländischen Auftraggeber bis zum ausländischen Subauftragnehmer) – samt den entsprechenden Leistungsverzeichnissen nachzureichen. Das Schreiben wurde der Beschwerdeführerin und in Kopie der inländischen Auftraggeberin übermittelt.

3. Am XXXX wies die belangte Behörde mit insgesamt vier Bescheiden den Antrag auf Bestätigung der EU-Entsendung der jeweils namentlich genannten Arbeitnehmer für die berufliche Tätigkeit als Dachdecker gemäß § 18 Abs. 12 AuslBG ab.

Begründend führte die belangte Behörde aus, dass bislang nur der Werkvertrag der Beschwerdeführerin mit der inländischen Auftraggeberin (für das Gewerk Spenglerarbeiten) vorliege. Nachweise der lückenlosen Vertragskette und der jeweiligen Leistungsverzeichnisse lägen nicht vor. Auf Grund der fehlenden Werkverträge und entsprechenden Leistungsverzeichnisse könne daher nicht festgestellt werden, ob der wahre wirtschaftliche Gehalt einer EU-Entsendung auf Grund Arbeitskräfteüberlassung gemäß § 4 AÜG gegeben ist, weshalb die Aufnahme der Beschäftigung betreffend das verfahrensgegenständliche Projekt aus rechtlichen Gründen untersagt werden müsse. Die Entsendung trotz Nichtvorliegen der Voraussetzungen des § 18 Abs. 12 AuslBG sei unabhängig von der Rechtskraft der Untersagung strafbar (§ 28 Abs. 1 Z 5 AuslBG).

4. Datiert mit XXXX übermittelte die vertretene Beschwerdeführerin der belangten Behörde auf dem Postweg eine Stellungnahme, in der sie im Wesentlichen darauf hinwies, dass die Vorlage einer ununterbrochenen Vertragskette nicht möglich sei und auch nicht rechtmäßig gefordert werden dürfe. Das Auftragsschreiben aufgrund dessen die Entsendung durchgeführt werden solle, liege vor. Weitere Auftragsschreiben und Vertragsunterlagen könne sie nicht vorlegen, da sich diese nicht in ihrem Besitz befänden. Sie habe auch aufgrund des Geschäfts- und Betriebsgeheimnisses auch keine Möglichkeit, diese von den Auftraggebern zu erhalten. Die Forderung sei willkürlich, ohne Rechtsgrundlage und verstoße gegen Artikel 56 AEUV und die europäische Dienstleistungsfreiheit, nur von Betrieben mit Sitz in einem anderen EU-Mitgliedstaat werde das gefordert. Das BVwG habe in ähnlichen Verfahren den Beschwerden stattgegeben (beispielsweise XXXX; gemeint offenbar XXXX).

5. Am XXXX erhob die vertretene Beschwerdeführerin Beschwerde. Sie wiederholte ihre Stellungnahme, wies darauf hin, dass die Bescheide ohne Berücksichtigung der fristgerechten Stellungnahme ergangen seien bzw. in einem Fall ohne eine vernünftige Reaktionsfrist abzuwarten. In allen Fällen seien die Bescheide ohne Rechtsgrundlage ergangen. Die Beschwerdeführerin verweist auf den Beschluss des XXXX, um nachzuweisen, dass der Beschwerde per se aufschiebende Wirkung zukomme. Daher werde auch kein Antrag auf aufschiebende Wirkung gestellt. Zudem werde auf die ständige Judikatur des BVwG verwiesen, wonach der Ausschluss der aufschiebenden Wirkung in einem eigenen Spruchpunkt der Sachentscheidung integriert werden müsse (XXXX).

6. Am XXXX wies die belangte Behörde die Beschwerde im Rahmen einer Beschwerde-vorentscheidung zurück. Begründend führte sie im Wesentlichen aus, anhand der ZKO 3 Meldung vom XXXX sei ersichtlich, dass die Entsendung nach Österreich für den Zeitraum XXXX erfolgen sollte. Angesichts dieser Tatsache könne seitens der Beschwerdeführerin kein rechtliches Interesse an der Beschwerdeerhebung begründet werden, da der Zeitraum dieser Entsendung bereits vergangen sei. Um die betreffende Person an der angeführten Anschrift beschäftigen zu können, habe eine neue ZKO 3 Meldung für den zukünftigen Zeitraum zu erfolgen. Mangels rechtlichen Interesses war daher spruchgemäß zu entscheiden.

7. Die vertretene Beschwerdeführerin stellte fristgerecht einen Vorlageantrag. Ergänzend brachte sie im Wesentlichen vor, dass sie ein rechtliches Interesse an einer Entscheidung habe, da es ab Zustellung der Bescheide mit der Untersagung der Entsendung rechtswidrig wäre, die Arbeiten durch entsandte Arbeiter weiterzuführen. Ein rechtliches Interesse der Beschwerde gegen die zu Unrecht ergangenen Bescheide einzubringen, bestehe schon deshalb, um aufschiebende Wirkung zu erlangen und Baustellen fertigstellen zu können. Die Bedingungen für die Entsendung seien immer vorgelegen. Auch im Hinblick auf ein künftiges Tätigwerden habe die Beschwerdeführerin ein Interesse daran, dass sich die Behörde nicht auf rechtskräftig gewordene Untersagungsbescheide berufen könne. Schließlich hatte die

Beschwerdeführerin für die Beschwerde Kosten zu bezahlen, einschließlich der Beschwerdegebühr. Wenn die belangte Behörde der Auffassung ist, die Beschwerdeführerin habe kein rechtliches Interesse an der Beschwerde, weshalb wird ihr die Beschwerdegebühr auferlegt?

Die Beschwerdeführerin wiederholte den Beschwerdeantrag der Beschwerde Folge zu geben, die angefochtenen Bescheide aufzuheben und damit zu bestätigen, dass die Entsendungen rechtmäßig waren.

8. Die belangte Behörde legte die Beschwerde samt Verwaltungsakt dem Bundesverwaltungsgericht vor. Im Vorlageschreiben wiederholte die belangte Behörde den Verfahrensgang.

9. Im Rahmen des Parteiengehörs wurde die belangte Behörde zur Stellungnahme betreffend das Vorliegen der Voraussetzungen des § 18 Absatz 12 AuslBG, die Beschwerdeführerin zur Vorlage verschiedener Unterlagen aufgefordert.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

1. Feststellungen:

Die Beschwerdeführerin (Auftragnehmerin laut Vereinbarung) ist eine in Slowenien angesiedelte Spenglerei.

Die Auftraggeberin laut Vereinbarung ist eine GmbH mit Sitz in Österreich.

Die vier Arbeitnehmer sind XXXX, es wurden A1 Bescheinigungen vorgelegt, welche ihren legalen aufenthaltsrechtlichen Status XXXX und ihre dortige Arbeitsgenehmigung dokumentieren. Sie sollten von der Beschwerdeführerin von XXXX entsandt werden.

Vorgelegt wurde eine als „Werkvertrag“ bezeichnete schriftliche Vereinbarung zwischen der Beschwerdeführerin und dem österreichischen Unternehmen. Die für das Beschwerdeverfahren wesentlichen Bestimmungen werden im Folgenden angeführt: In der Vereinbarung ist das Projekt sowie das Gewerk (Spenglerarbeiten) angegeben. Die Fensterkande?e [nicht leserlich] sollen nach den angegebenen Laufmetern zu einem vereinbarten Laufmeterpreis abgerechnet werden, dabei handelt es sich um Festpreise. Als Baubeginn ist der XXXX angegeben. Betreffend „Bauleistung“ ist folgendes vereinbart: „Die Durchführung Ihrer Leistungen hat einvernehmlich mit unserem Bauleiter in Anpassung an den Baufortschritt (falls erforderlich auch in einzelnen Teilabschnitten) zu erfolgen. Die Anordnungen unseres Bauleiters sind von Ihnen, Ihrem Personal sowie Ihren Lieferanten während der gesamten Bauzeit genauestens zu befolgen. Unser Bauleiter ist berechtigt, den Austausch Ihres Bauleiters oder anderer Mitarbeiter ihres Unternehmens zu verlangen.“ Die Gewährleistung beträgt 10 Jahre und Haftrücklass in der Höhe von 5 % kann mittels Bankgarantie abgelöst werden.

Unter Annahme des Vorliegens einer Entsendung iES wären die Lohnbedingungen erfüllt (vergleiche OZ 7).

Bei Annahme des Vorliegens einer grenzüberschreitenden Arbeitskräfteüberlassung wären weitere Unterlagen zur Beurteilung der kollektivvertraglichen Einstufung erforderlich gewesen (vergleiche OZ 12, insbesondere der Beschäftigter-Kollektivvertrag sowie Betriebsvereinbarungen und sonstigen Vereinbarungen im Beschäftigterbetrieb, die für überlassene Arbeitskräfte gelten), welche jedoch von der Beschwerdeführerin nicht vorgelegt wurden (vergleiche OZ 14 bzw. 15).

2. Beweiswürdigung:

Die Feststellungen ergaben sich aufgrund des Verwaltungs- und Gerichtsaktes. Den Parteien wurde Gelegenheit zur Stellungnahme und zu ergänzendem Vorbringen gegeben. Der wiedergegebene Verfahrensgang und die getroffenen Feststellungen gründen auf dem vorgelegten Verwaltungsakt und dem vorliegenden Gerichtsakt. Im Beschwerdefall ergibt sich der Sachverhalt zweifelsfrei aufgrund der Aktenlage. Es wurden lediglich Rechtsfragen aufgeworfen. Eine mündliche Verhandlung wurde nicht beantragt und war aus Sicht des Bundesverwaltungsgerichtes auch nicht erforderlich, da dies keine weitere Klärung der Rechtssache erwarten hätte lassen und der Sachverhalt iSd § 24 Abs. 4 VwGVG entscheidungsreif war.

Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs besteht eine Mitwirkungspflicht der Parteien bei der Ermittlung des maßgeblichen Sachverhalts: „Mit der amtswegigen Pflicht zur Sachverhaltsfeststellung korrespondiert die Pflicht der Parteien, an der Ermittlung des Sachverhaltes mitzuwirken. Die Offizialmaxime entbindet daher die Parteien nicht davon, durch substantiiertes Vorbringen zur Ermittlung des Sachverhaltes beizutragen, wenn es einer solchen Mitwirkung bedarf. Dort, wo es der Behörde nicht möglich ist, den entscheidungswesentlichen Sachverhalt

ohne Mitwirkung der Partei festzustellen, ist von einer Mitwirkungspflicht der Partei auszugehen, was insbesondere bei jenen betriebsbezogenen und personenbezogenen Umständen der Fall sein wird, deren Kenntnis sich die Behörde nicht von Amts wegen verschaffen kann.“ (VwGH 19.03.2014, 2013/09/0159)

Die vom Bundesverwaltungsgericht bei der Beschwerdeführerin nachgeforderten Unterlagen (OZ 2 und OZ 13 bzw. 14) sind für die Überprüfung des Vorliegens der materiellen Voraussetzungen einer Entsendung bzw. Überlassung erforderlich (vergleiche dazu VwGH 21.03.2013, 2012/09/0151 und 2012/09/0120). Dieser Aufforderung ist die Beschwerdeführerin nur teilweise nachgekommen, dies mit der Begründung, dass Gegenstand des Verfahrens lediglich die Frage der beantragten EU-Entsendebestätigungen sei (OZ 3 und OZ 14 bzw. 15). Da die Beschwerdeführerin ihrer Mitwirkungspflicht nicht ausreichend nachgekommen ist, war keine abschließende Beurteilung der offenen Fragen betreffend eine Arbeitskräfteüberlassung möglich (siehe dazu Schreiben der belangte Behörde OZ 12 bzw. 13).

3. Rechtliche Beurteilung:

3.1. Zu A) Verbindung der Verfahren

Die Verfahren werden gemäß § 17 VwGVG iVm § 39 Absatz 2 AVG zur gemeinsamen Entscheidung verbunden. Dabei handelt es sich um einen verfahrensleitenden Beschluss.

3.2. Zu B) Abweisung der Beschwerde

3.2.1. Maßgebliche Bestimmungen

§ 18 Ausländerbeschäftigungsgesetz (AuslBG) in der hier maßgeblichen Fassung BGBl. I Nr. 66/2017 regelt die Betriebsentsendung und grenzüberschreitende Arbeitskräfteüberlassung:

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

1. sie ordnungsgemäß zu einer Beschäftigung im Staat des Betriebssitzes über die Dauer der Entsendung oder Überlassung nach Österreich hinaus zugelassen und beim entsendenden Unternehmen rechtmäßig beschäftigt sind,
2. die österreichischen Lohn- und Arbeitsbedingungen gemäß § 3 Abs. 3 bis 6, § 4 Abs. 2 bis 5 und § 5 des Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetzes (LSD-BG), BGBl. Nr. 44/2016, im Fall der Überlassung gemäß § 10 AÜG, § 3 Abs. 4, § 4 Abs. 2 und 5 und § 6 LSD-BG sowie die sozialversicherungsrechtlichen Bestimmungen eingehalten werden und
3. im Fall der Überlassung kein Untersagungsgrund gemäß § 18 Abs. 1 AÜG vorliegt.

Die Zentrale Koordinationsstelle für die Kontrolle der illegalen Beschäftigung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz und dem Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz des Bundesministeriums für Finanzen (Zentrale Koordinationsstelle) hat die Meldung über die Beschäftigung betriebsentsandter oder überlassener Ausländer gemäß § 19 Abs. 2 bis 4 LSD-BG unverzüglich der zuständigen regionalen Geschäftsstelle des Arbeitsmarktservice zu übermitteln. Die regionale Geschäftsstelle des Arbeitsmarktservice hat binnen zwei Wochen ab Einlangen der Meldung dem Unternehmen und dem Auftraggeber oder Beschäftiger, der die Arbeitsleistungen in Anspruch nimmt, das Vorliegen der Voraussetzungen zu bestätigen (EU-Entsendebestätigung bzw. EU-Überlassungsbestätigung) oder bei Nichtvorliegen die Entsendung oder Überlassung zu untersagen. Unbeschadet der Meldepflicht gemäß § 19 Abs. 2 bis 4 LSD-BG sowie sonstiger Pflichten nach dem AÜG, darf die Beschäftigung bei Vorliegen der Voraussetzungen auch ohne EU-Entsendebestätigung bzw. EU-Überlassungsbestätigung begonnen werden.

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 (ABl. L 018 vom 21.1.1997, S. 1) (Entsenderichtlinie):

Artikel 1

Anwendungsbereich

(1) Diese Richtlinie gilt für Unternehmen mit Sitz in einem Mitgliedstaat, die im Rahmen der länderübergreifenden Erbringung von Dienstleistungen 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) einen Arbeitnehmer in eine Niederlassung oder ein der Unternehmensgruppe angehörendes Unternehmen im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats entsenden, sofern für die Dauer der Entsendung ein Arbeitsverhältnis zwischen dem entsendenden Unternehmen und dem Arbeitnehmer besteht, oder

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

(4) [...]

Artikel 2

Begriffsbestimmung

(1) Im Sinne dieser Richtlinie gilt als entsandter Arbeitnehmer jeder Arbeitnehmer, der während eines begrenzten Zeitraums seine Arbeitsleistung im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats als demjenigen erbringt, in dessen Hoheitsgebiet er normalerweise arbeitet.

(2) Für die Zwecke dieser Richtlinie wird der Begriff des Arbeitnehmers in dem Sinne verwendet, in dem er im Recht des Mitgliedstaats, in dessen Hoheitsgebiet der Arbeitnehmer entsandt wird, gebraucht wird.

3.2.2. Maßgebliche Judikatur

[...] Die Zuständigkeit einer Behörde für die durch die Meldung ausgelöste Pflicht zur Entscheidung gemäß § 18 Abs. 12 AuslBG bleibt auch im Falle der Feststellung einer in Wahrheit vorliegenden Arbeitskräfteüberlassung nach dem AÜG aufrecht, sowie auch die Zuständigkeit, vor ihrer Entscheidung zu klären, unter welchen Bedingungen die Beschäftigung der überlassenen (als entsendet anzusehenden) Arbeitnehmer (vgl. § 18 Abs. 12 Z. 1 und 2 AuslBG; Urteil EuGH 11. September 2014, C-91/13; E 21. April 2015, Ra 2015/09/0006) in Österreich zulässig ist. (VwGH 24.02.2016, Ra 2015/09/0115)

Von der Richtlinie 96/71/EG erfasst ist sowohl (Art. 1 Abs. 3 lit. a) die grenzüberschreitende Entsendung eines Arbeitnehmers durch ein Unternehmen, um einen von diesem Unternehmen eingegangenen Werkvertrag zu erfüllen, als auch (Art. 1 Abs. 3 lit. c) - insoweit im Einklang mit dem AÜG die grenzüberschreitende Arbeitskräfteüberlassung, nämlich die grenzüberschreitende Entsendung eines Arbeitnehmers durch ein Unternehmen zum Zwecke (lediglich) der Überlassung an ein anderes (den Arbeitnehmer verwendendes) Unternehmen (Hinweis Erkenntnisse vom 6. November 2012, 2012/09/0130, und vom 19. März 2014, 2013/09/0159). Vor diesem rechtlichen Hintergrund sind die Kriterien, die für die Arbeitskräfteüberlassung iSd Art. 1 Abs. 3 lit. c der Richtlinie 96/71/EG entscheidend sind, insofern auch maßgebend für die Beurteilung, ob (grenzüberschreitende) Arbeitskräfteüberlassung iSd §§ 3 und 4 AÜG vorliegt, als nur bei Übereinstimmung mit den unionsrechtlichen Vorgaben eine uneingeschränkte Anwendung des AÜG in Betracht kommt. (VwGH 22.08.2017, Ra 2017/11/0068)

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

Dienstleistungen, samt dortigem fünften Erwägungsgrund). Im Speziellen sind dabei entsprechend dem Urteil "Martin Meat" die Fragen, ob die Vergütung/das Entgelt auch von der Qualität der erbrachten Leistung abhängt bzw. wer die Folgen einer nicht vertragsgemäßen Ausführung der vertraglich festgelegten Leistung trägt, ob also der für einen Werkvertrag essenzielle "gewährleistungstaugliche" Erfolg vereinbart wurde, wer die Zahl der für die Herstellung des Werkes jeweils konkret eingesetzten Arbeitnehmer bestimmt und von wem die Arbeitnehmer die genauen und individuellen Weisungen für die Ausführung ihrer Tätigkeiten erhalten, von entscheidender Bedeutung. (VwGH 22.08.2017, Ra 2017/11/0068)

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

Selbst im Falle der Verneinung des Vorliegens von Arbeitskräfteüberlassung ist eine Meldepflicht für die grenzüberschreitende Entsendung von Arbeitnehmern unionsrechtlich nicht von vornherein ausgeschlossen (Hinweis Urteil des EuGH in der Rs Santos Palhota, C-515/08, in welchem dieser die Unionsrechtskonformität der Meldepflicht einer grenzüberschreitenden Entsendung - und zwar ohne nach der Entsendungsart iSd Art. 1 Abs. 3 der Richtlinie 96/71/EG zu differenzieren - nicht grundsätzlich in Frage gestellt hat). (VwGH 22.08.2017, Ra 2017/11/0068)

Ein Werkvertrag liegt nach ständiger hg. Rechtsprechung 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 im Vorhinein 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 essenziell ist ein "gewährleistungstauglicher" Erfolg der Tätigkeit, nach welchem die für den Werkvertrag typischen Gewährleistungsansprüche bei Nichtherstellung oder mangelhafter Herstellung des Werks 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. z.B. das hg. Erkenntnis vom 23. Mai 2007, Zl. 2005/08/0003, mwN). (VwGH 19.03.2014, 2013/09/0159)

Strukturen einer betrieblichen Organisation, in die eine Einbindung erfolgen kann, manifestieren sich zB in einem durch die Erfordernisse des Betriebs vorgegebenen Ablauf, in einer aufeinander abgestimmten Tätigkeit mehrerer Mitarbeiter oder in der Anwesenheit von Vorgesetzten an der Arbeitsstätte (VwGH 3.4.2019, Ro 2019/08/0003). Die bloße Nutzung von Einrichtungen des Auftraggebers (betriebliches Areal, Arbeitskleidung) bei Fehlen der genannten Strukturen stellt für sich allein keine Einbindung in eine betriebliche Organisation dar (VwGH 14.11.2018, Ra 2018/08/0172, 0173). Maßgeblich ist insbesondere, ob von der aus Infrastruktur und beteiligten Personen gebildeten organisatorischen Einheit ein personenbezogener Anpassungsdruck auf den darin eingebundenen Erwerbstätigen ausgeht, indem zB ein Abweichen vom geforderten persönlichen Verhalten (bzw. eine dadurch bewirkte Störung der betrieblichen Abläufe) entsprechende Maßregelungen oder Sanktionen nach sich ziehen könnte. (VwGH 20.02.2020, Ra 2019/08/0171)

Eine Einbindung des Beschäftigten in die betriebliche Organisation der Beschäftigenden setzt das Vorhandensein eines Betriebs voraus. Nach § 34 Abs. 1 ArbVG gilt diejenige Arbeitsstätte als Betrieb, die eine organisatorische Einheit bildet, innerhalb derer eine physische oder juristische Person oder eine Personengemeinschaft mit technischen oder immateriellen Mitteln die Erzielung bestimmter Arbeitsergebnisse fortgesetzt verfolgt, ohne Rücksicht darauf, ob Erwerbsabsicht besteht oder nicht (VwGH 15.7.2013, 2011/08/0151). Dazu können zB auch Baustellen zählen (VwGH 11.07.2012, 2010/08/0217; 3.10.2013, 2013/08/0162, 0169-0172). Maßgeblich ist insbesondere, ob von der aus Infrastruktur und beteiligten Personen gebildeten organisatorischen Einheit ein personenbezogener Anpassungsdruck auf den darin eingebundenen Erwerbstätigen ausgeht. (VwGH 29.01.2020, Ra 2018/08/0028)

3.2.3. Daraus folgt für die Beschwerde:

Es liegt im rechtlichen Interesse der Beschwerdeführerin, dass geklärt wird, unter welchen Bedingungen die Beschäftigung von Arbeitnehmern gemäß § 18 Abs. 12 Z. 1 und 2 AuslBG in Österreich zulässig ist (siehe oben VwGH 24.02.2016, Ra 2015/09/0115).

Daher trifft das Vorbringen der Beschwerdeführerin zu, dass die belangte Behörde auch nach Ablauf des beantragten Zeitraums eine inhaltliche Entscheidung hätte treffen müssen (vergleiche dazu auch VfGH 24.09.2019, E1588/2019 betreffend Ausstellung von EU-Überlassungsbestätigungen). Die Beschwerdeführerin hat daher ein rechtlich geschütztes Interesse an einer Sachentscheidung.

Ist die Beschwerde zulässig, wurde sie mit der Beschwerdeverentscheidung aber zurückgewiesen, so hat das Verwaltungsgericht inhaltlich über die Beschwerde zu erkennen (und den Ausgangsbescheid zu bestätigen, zu beheben oder abzuändern), wobei seine Entscheidung an die Stelle der Beschwerdeverentscheidung tritt, ohne dass diese explizit behoben werden muss. (VwGH 25.04.2018, Ra 2017/09/0033; vergleiche auch 17.12.2015, Ro 2015/08/0026)

Die Beschwerde erweist sich allerdings aus folgenden Gründen als unbegründet:

Die Beschwerdeführerin und das österreichische Unternehmen haben ihren Sitz in einem Mitgliedsstaat der EU. Die Arbeitnehmer sind Drittstaatsangehörige, die im beantragten Zeitraum ein Arbeitsverhältnis zur Beschwerdeführerin hatten. Die Entsenderichtlinie unbeschadet der Drittstaatsangehörigkeit der Arbeitnehmer – zur Anwendung.

Die Entsenderichtlinie erfasst sowohl die grenzüberschreitende Entsendung eines Arbeitnehmers durch ein Unternehmen, um einen von diesem Unternehmen eingegangenen Werkvertrag zu erfüllen (Art. 1 Abs. 3 lit. a), als auch die grenzüberschreitende Arbeitskräfteüberlassung, nämlich die grenzüberschreitende Entsendung eines Arbeitnehmers durch ein Unternehmen zum Zwecke (lediglich) der Überlassung an ein anderes (den Arbeitnehmer verwendendes) Unternehmen (Art. 1 Abs. 3 lit. c).

Die Anpassung des § 18 im Hinblick auf die Überlassung u.a. betreffend die Überschrift sowie des Absatz 12 durch das BGBl. I Nr. 66/2017 erfolgte laut den Materialien im Hinblick auf EuGH C-91/13 vom 11.09.2014 (Vorabentscheidungsverfahren Essent) (vergleiche auch VwGH 08.05.2020, Ra 2019/09/0025). Erfasst sind nunmehr nach dem Wortlaut des § 18 Absatz 12 AuslBG die Entsendung im engeren Sinn als auch die Arbeitskräfteüberlassung, welche beide wie oben ausgeführt von der Entsenderichtlinie erfasst sind. Dementsprechend ist nach § 18 Absatz 12 AuslBG das Vorliegen der Voraussetzungen zu bestätigen (EU-Entsendebestätigung bzw. EU-Überlassungsbestätigung) oder bei Nichtvorliegen die Entsendung oder Überlassung zu untersagen.

Die Bestimmungen der als Werkvertrag betitelten Vereinbarung zwischen der Beschwerdeführerin und dem österreichischen Unternehmen zeigen, dass kein Werkvertrag im Sinne der angeführten Judikatur des Verwaltungsgerichtshofs und daher in weiterer Folge keine Entsendung im Sinn des § 18 Absatz 12 AuslBG vorliegt. Aus den Bestimmungen unter Vertragspunkt 4 ergibt sich, dass die Arbeiter der Beschwerdeführerin bereits nach dem Text der Vereinbarung faktisch dem Bauleiter des österreichischen Unternehmens unterstellt sind, welcher insbesondere befugt ist den Austausch der Arbeiter der Beschwerdeführerin zu verlangen („Die Anordnungen unseres Bauleiters sind von Ihnen, Ihrem Personal sowie Ihren Lieferanten während der gesamten Bauzeit genauestens zu befolgen. Unser Bauleiter ist berechtigt, den Austausch Ihres Bauleiters oder anderer Mitarbeiter ihres Unternehmens zu verlangen.“). Die Vereinbarung zielt also darauf ab, dem österreichischen Unternehmen Arbeitskräfte zur Verfügung zu stellen. Der Wortlaut lässt auch auf eine Eingliederung in den Betrieb des österreichischen Unternehmens schließen. Es wurde daher keine Ablieferung eines Werkes, welches von der Beschwerdeführerin unter Einbindung der Arbeitnehmer erbracht wird, vereinbart, sondern die Zurverfügungstellung der Arbeitskraft der Arbeiter der Beschwerdeführerin. Auch die Einschränkung auf gewisse Tätigkeiten auf der Baustelle hindert nicht daran, dass nur die Arbeitskraft zur Verfügung gestellt wird. Da kein gewährleistungstauglicher Erfolg vereinbart wurde, ist eine bloß formelle Vereinbarung einer Gewährleistungsverpflichtung nicht ausschlaggebend. Daher liegt im Beschwerdefall – entgegen den Angaben der Beschwerdeführerin – auch keine Entsendung vor.

Entgegen der Annahme der Beschwerdeführerin geht der Senat davon aus, dass in diesem im Hinblick auf den weiten Entsendebegriff der Entsenderichtlinie, welcher in § 18 Absatz 12 AuslBG umgesetzt wurde, im Beschwerdefall daher die Arbeitskräfteüberlassung zu prüfen ist, obwohl ursprünglich eine Entsendung beantragt war.

Da von einer Arbeitskräfteüberlassung auszugehen ist, müssen die Voraussetzungen des § 18 Absatz 12 Z 1, 2 und 3 AuslBG erfüllt sein. Während die ordnungsgemäße Zulassung zur Beschäftigung im Entsendestaat und rechtmäßige Beschäftigung im Unternehmen über die Entsendung oder Überlassung nach Österreich festgestellt werden konnte, war eine Prüfung der Einhaltung der österreichischen Lohn- und Arbeitsbedingungen und der sozialversicherungsrechtlichen Bestimmungen mangels Mitwirkung der Beschwerdeführerin nicht möglich, da trotz

Aufforderung insbesondere u.a. keine Angaben zum Beschäftiger-Kollektivvertrag sowie zu Betriebsvereinbarungen und sonstigen Vereinbarungen im Beschäftigertbetrieb, die für überlassene Arbeitskräfte gelten, gemacht wurden.

Somit war die Untersagung der Entsendung/Überlassung durch die belangte Behörde im Ergebnis rechtmäßig.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

3.3. Zu C) Unzulässigkeit der Revision:

Gemäß § 25a Abs. 1 VwGG hat das Verwaltungsgericht im Spruch seines Erkenntnisses oder Beschlusses auszusprechen, ob die Revision gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG zulässig ist. Der Ausspruch ist kurz zu begründen.

Die Revision ist gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG nicht zulässig, weil die Entscheidung nicht von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Die herangezogene Rechtsprechung des VwGH ist in der rechtlichen Beurteilung zitiert.

Schlagworte

Arbeitskräfteüberlassung EU-Entsendebestätigung Mitwirkungspflicht rechtliches Interesse

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:BVWG:2020:W167.2230358.1.00

Im RIS seit

18.11.2020

Zuletzt aktualisiert am

18.11.2020

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

© 2025 JUSLINE

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

www.jusline.at