

TE Bvwg Beschluss 2015/4/24 L509 2017802-1

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 24.04.2015

Entscheidungsdatum

24.04.2015

Norm

AuslBG §18 Abs12

B-VG Art.133 Abs4

VwGVG §28 Abs3 Satz2

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 § 28 heute

2. VwGVG § 28 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017

3. VwGVG § 28 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2018

Spruch

BESCHLUSS

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag. Ewald HUBER-HUBER als Vorsitzender und die fachkundigen Laienrichter Dr. Lorenz HUBER und Josef ZUCKERSTÄTTER als Beisitzer über die Beschwerde der XXXX, vertreten durch SWS Scheed Wöss Rechtsanwälte OG, gegen den Bescheid des Arbeitsmarktservice Wels vom 30.12.2014, GZ: XXXX, betreffend Bestätigung der EU-Entsendung und Untersagung der Entsendung bezüglich des Dienstnehmers XXXX, beschlossen: Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag. Ewald HUBER-HUBER als Vorsitzender und die fachkundigen Laienrichter Dr. Lorenz HUBER und Josef ZUCKERSTÄTTER als Beisitzer über die Beschwerde der römisch 40, vertreten durch SWS Scheed Wöss Rechtsanwälte OG, gegen den Bescheid des Arbeitsmarktservice Wels vom 30.12.2014, GZ: römisch 40, betreffend Bestätigung der EU-Entsendung und Untersagung der Entsendung bezüglich des Dienstnehmers römisch 40, beschlossen:

A) Der angefochtene Bescheid wird gemäß § 28 Abs. 3 2. Satz VwGVG A) Der angefochtene Bescheid wird gemäß Paragraph 28, Absatz 3, 2. Satz VwGVG

behoben und die Angelegenheit zur Erlassung eines neuen Bescheides an das Arbeitsmarktservice Wels zurückverwiesen.

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

Text

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

I. Verfahrensgang und Sachverhalt römisch eins. Verfahrensgang und Sachverhalt

1. Am 08.08.2014 wurde vom Arbeitgeber und gegenständlicher Beschwerdeführerin XXXX (im Folgenden BF) eine Meldung nach § 7b Abs. 3 und 4 AVRAG an die Zentrale Koordinationsstelle des Bundesministeriums für Finanzen für die Kontrolle illegaler Beschäftigung betreffend mehrerer Dienstnehmer, unter anderem auch XXXX, gerichtet. Die Meldung bezog sich auf die Tätigkeit als Monteur für die inländische Auftraggeberin XXXX für eine Tätigkeit vom 14.08. bis 17.09.2014. 1. Am 08.08.2014 wurde vom Arbeitgeber und gegenständlicher Beschwerdeführerin XXXX (im Folgenden BF) eine Meldung nach Paragraph 7 b, Absatz 3 und 4 AVRAG an die Zentrale Koordinationsstelle des Bundesministeriums für Finanzen für die Kontrolle illegaler Beschäftigung betreffend mehrerer Dienstnehmer, unter anderem auch römisch 40, gerichtet. Die Meldung bezog sich auf die Tätigkeit als Monteur für die inländische Auftraggeberin römisch 40 für eine Tätigkeit vom 14.08. bis 17.09.2014.

Mit Schreiben der belangten Behörde, dem AMS Wels (im Folgenden bB) vom 12.08.2014 wurde die BF zur Beibringung von Nachweisen zur gemeldeten Entsendung aufgefordert und wurden in weiterer Folge die Bezug habenden Unterlagen vorgelegt.

Am 01.09.2014 wurde der BF seitens der bB mitgeteilt, dass im konkreten Fall davon ausgegangen werde, dass eine Arbeitskräfteüberlassung bzw. zur Verfügung Stellung von Arbeitskräften iSd § 4 Abs. 2 AÜG vorliege, weswegen eine Betriebsentsendung iSd § 18 AuslBG nicht gegeben sei und daher eine EU-Entsendebestätigung nicht ausgestellt werden könne. Am 01.09.2014 wurde der BF seitens der bB mitgeteilt, dass im konkreten Fall davon ausgegangen werde, dass eine Arbeitskräfteüberlassung bzw. zur Verfügung Stellung von Arbeitskräften iSd Paragraph 4, Absatz 2, AÜG vorliege, weswegen eine Betriebsentsendung iSd Paragraph 18, AuslBG nicht gegeben sei und daher eine EU-Entsendebestätigung nicht ausgestellt werden könne.

In der entsprechenden Stellungnahme der BF vom 11.09.2014 wurde ausgeführt, warum entgegen der Ansicht des AMS Wels sehr wohl eine EU-Entsendebestätigung vorliege.

Am 04.09.2014 wurde von der Finanzpolizei Wels bei der Firma XXXX eine Kontrolle durchgeführt und dabei Dienstnehmer der BF, darunter XXXX, bei der Montage der Fördertechnik angetroffen und entsprechend kontrolliert sowie in weiterer Folge eine Niederschrift mit Herrn XXXX, einem der handelsrechtlichen Geschäftsführer der BF angefertigt. Am 04.09.2014 wurde von der Finanzpolizei Wels bei der Firma XXXX eine Kontrolle durchgeführt und dabei Dienstnehmer der BF, darunter römisch 40, bei der Montage der Fördertechnik angetroffen und entsprechend kontrolliert sowie in weiterer Folge eine Niederschrift mit Herrn römisch 40, einem der handelsrechtlichen Geschäftsführer der BF angefertigt.

2. Mit Bescheid der bB vom 26.09.2014, GZ XXXX, wurde die Bestätigung der EU-Entsendung für Herrn XXXX nach § 18 Abs. 12 AuslBG abgelehnt und die Entsendung untersagt. Mit Bescheid der bB vom 26.09.2014, GZ römisch 40, wurde die Bestätigung der EU-Entsendung für Herrn römisch 40 nach Paragraph 18, Absatz 12, AuslBG abgelehnt und die Entsendung untersagt.

In der Begründung dieses Bescheides wurde ausgeführt, dass der wahre wirtschaftliche Gehalt einer EU-Entsendung aufgrund Arbeitskräfteüberlassung gemäß § 4 AÜG nicht gegeben sei, weshalb die Aufnahme der Beschäftigung aus rechtlichen Gründen untersagt werden müsse. Von Arbeitskräfteüberlassung sei auszugehen, da am 04.09.2014 von der Finanzpolizei Wels die Arbeitnehmer der BF in schwarzen T-Shirts mit der Aufschrift des Auftraggebers "XXXX" angetroffen worden seien. In der Begründung dieses Bescheides wurde ausgeführt, dass der wahre wirtschaftliche Gehalt einer EU-Entsendung aufgrund Arbeitskräfteüberlassung gemäß Paragraph 4, AÜG nicht gegeben sei, weshalb die Aufnahme der Beschäftigung aus rechtlichen Gründen untersagt werden müsse. Von Arbeitskräfteüberlassung sei auszugehen, da am 04.09.2014 von der Finanzpolizei Wels die Arbeitnehmer der BF in schwarzen T-Shirts mit der Aufschrift des Auftraggebers "XXXX" angetroffen worden seien.

Gegen diesen Bescheid wurde vom rechtsfreundlichen Vertreter der BF mit Schriftsatz vom 28.10.2014 innerhalb offener Frist Beschwerde erhoben.

Inhaltlich wird ausgeführt, dass der kroatische Staatsbürger XXXX bei der BF unselbständig beschäftigt gewesen sei. Am 13.08.2014 sei mit diesem ein neuer Arbeitsvertrag in Zusammenhang mit seiner Entsendung ins Ausland abgeschlossen worden. Inhaltlich wird ausgeführt, dass der kroatische Staatsbürger römisch 40 bei der BF unselbständig beschäftigt gewesen sei. Am 13.08.2014 sei mit diesem ein neuer Arbeitsvertrag in Zusammenhang mit seiner Entsendung ins Ausland abgeschlossen worden.

Die Firma XXXX (im Folgenden XXXX), habe mit Auftrag vom 17.06.2014 von der Firma XXXX (im Folgenden XXXX) einen Auftrag zur Montage von Förderanlagen bei der Firma XXXX übernommen. XXXX habe diesen Auftrag an die BF als Subunternehmer mit Rahmenbestellung vom 04.08.2014 weitergegeben und habe diese ihre Arbeitnehmer zur Erfüllung dieses Werkvertrages ab 14.08.2014 nach Österreich an den Montageort bei der Firma XXXX entsendet. Die Arbeitnehmer hätten dort unter der Leitung des Montageleiters, des ebenfalls bei der BF beschäftigten und entsprechend entsandten XXXX die Arbeiten selbständig entsprechend dem Auftrag erledigt. Bereits zuvor sei ordnungsgemäß die Bestätigung der EU-Entsendung für die Arbeitnehmer gem. § 18 Abs. 12 AuslBG beantragt worden. Die Firma XXXX (im Folgenden römisch 40), habe mit Auftrag vom 17.06.2014 von der Firma XXXX (im Folgenden römisch 40) einen Auftrag zur Montage von Förderanlagen bei der Firma XXXX übernommen. römisch 40 habe diesen Auftrag an die BF als Subunternehmer mit Rahmenbestellung vom 04.08.2014 weitergegeben und habe diese ihre Arbeitnehmer zur Erfüllung dieses Werkvertrages ab 14.08.2014 nach Österreich an den Montageort bei der Firma römisch 40 entsendet. Die Arbeitnehmer hätten dort unter der Leitung des Montageleiters, des ebenfalls bei der BF beschäftigten und entsprechend entsandten römisch 40 die Arbeiten selbständig entsprechend dem Auftrag erledigt. Bereits zuvor sei ordnungsgemäß die Bestätigung der EU-Entsendung für die Arbeitnehmer gem. Paragraph 18, Absatz 12, AuslBG beantragt worden.

Die insgesamt vier Arbeitnehmer der BF hätten mit deren Werkzeugen und Betriebsmitteln die Montagearbeiten vorgenommen und seien auch mit dem in Kroatien zugelassenen Firmenfahrzeug zu den Arbeiten angereist.

Der Geschäftsführer der BF habe sowohl in der Stellungnahme vom 11.09.2014 als auch bei der im Zuge der Nachschau durch die Finanzpolizei angefertigten Niederschrift am 04.09.2014 dargelegt, dass eben keine Arbeitskräfteüberlassung vorliege, sondern die vier Arbeitnehmer der BF im Rahmen eines Werkvertrages, der zwischen der BF und XXXX geschlossen wurde, tätig seien. Der Geschäftsführer der BF habe sowohl in der Stellungnahme vom 11.09.2014 als auch bei der im Zuge der Nachschau durch die Finanzpolizei angefertigten

Niederschrift am 04.09.2014 dargelegt, dass eben keine Arbeitskräfteüberlassung vorliege, sondern die vier Arbeitnehmer der BF im Rahmen eines Werkvertrages, der zwischen der BF und römisch 40 geschlossen wurde, tätig seien.

Die bB stütze die Begründung des abweisenden Bescheides rein auf den Umstand, dass die Arbeitnehmer bei der Nachschau durch die Finanzpolizei am Montageort in einem T-Shirt von XXXX angetroffen worden seien. Dabei werde es unterlassen, zu prüfen, ob eines der Tatbestandsmerkmale des § 4 Abs. 2 Z 1 bis Z 4 AÜG gegeben sei. Bei genauer Prüfung wäre die bB nämlich zu dem Ergebnis gelangt, dass eben gerade keines der Tatbestandsmerkmale des § 4 Abs. 2 Z 1 bis Z 4 AÜG vorliege und deshalb der zivilrechtlich gültige Werkvertrag, der zwischen der BF und XXXX abgeschlossen worden sei, auch tatsächlich als solcher zu betrachten sei. Es liege daher weder eine grenzüberschreitende Überlassung, noch eine Zurverfügungstellung von Ausländern gemäß § 4 Abs. 2 AÜG vor und hätte die bB bei richtiger Rechtsanwendung gem. § 18 Abs. 12 AuslBG die EU-Entsendebestätigung ausstellen müssen. Die bB stütze die Begründung des abweisenden Bescheides rein auf den Umstand, dass die Arbeitnehmer bei der Nachschau durch die Finanzpolizei am Montageort in einem T-Shirt von römisch 40 angetroffen worden seien. Dabei werde es unterlassen, zu prüfen, ob eines der Tatbestandsmerkmale des Paragraph 4, Absatz 2, Ziffer eins bis Ziffer 4, AÜG gegeben sei. Bei genauer Prüfung wäre die bB nämlich zu dem Ergebnis gelangt, dass eben gerade keines der Tatbestandsmerkmale des Paragraph 4, Absatz 2, Z 1 bis Ziffer 4, AÜG vorliege und deshalb der zivilrechtlich gültige Werkvertrag, der zwischen der BF und römisch 40 abgeschlossen worden sei, auch tatsächlich als solcher zu betrachten sei. Es liege daher weder eine grenzüberschreitende Überlassung, noch eine Zurverfügungstellung von Ausländern gemäß Paragraph 4, Absatz 2, AÜG vor und hätte die bB bei richtiger Rechtsanwendung gem. Paragraph 18, Absatz 12, AuslBG die EU-Entsendebestätigung ausstellen müssen.

3. Am 15.12.2014 richtete die bB zur Wahrung des Parteienghört ein Schreiben an den rechtsfreundlichen Vertreter der BF.

Darin wird ausgeführt, dass der Antrag auf Ausstellung der EU-Entsendebestätigung im Wesentlichen mit der Begründung abgelehnt worden sei, dass der wahre wirtschaftliche Gehalt Arbeitskräfteüberlassung darstelle. Bei der Kontrolle durch die Finanzpolizei hätten die vier kroatischen Arbeitnehmer der BF T-Shirts mit der Aufschrift "XXXX" getragen. Der handelsrechtliche Geschäftsführer von XXXX, der auch einer von drei handelsrechtlichen Geschäftsführern der BF sei, habe dazu angegeben, dass die Shirts von ihm übergeben worden seien und die Bekleidung von XXXX stamme. Zusätzlich sei in der Niederschrift der Finanzpolizei auch festgehalten worden, dass Herr XXXX über einen Laptop verfüge, welcher XXXX gehöre. Darin wird ausgeführt, dass der Antrag auf Ausstellung der EU-Entsendebestätigung im Wesentlichen mit der Begründung abgelehnt worden sei, dass der wahre wirtschaftliche Gehalt Arbeitskräfteüberlassung darstelle. Bei der Kontrolle durch die Finanzpolizei hätten die vier kroatischen Arbeitnehmer der BF T-Shirts mit der Aufschrift "XXXX" getragen. Der handelsrechtliche Geschäftsführer von römisch 40, der auch einer von drei handelsrechtlichen Geschäftsführern der BF sei, habe dazu angegeben, dass die Shirts von ihm übergeben worden seien und die Bekleidung von römisch 40 stamme. Zusätzlich sei in der Niederschrift der Finanzpolizei auch festgehalten worden, dass Herr römisch 40 über einen Laptop verfüge, welcher römisch 40 gehöre.

Im Rahmenvertrag für die Durchführung von Montageleistungen vom 01.02.2014 zwischen der XXXX und XXXX sei unter Punkt I. als Vertragsgegenstand vereinbart, dass XXXX projektspezifisch als Werfunternehmer in eigener Regie und Verantwortung mit eigenem Personal die Werkvertragsausübung übernehme. Da sich XXXX laut diesem Vertrag verpflichtet habe, die Arbeiten ausschließlich mit eigenem Personal durchzuführen, ergebe sich in Summe mit den anderen Beweisen, dass die vier Arbeitnehmer der BF auf der Baustelle als Arbeiter von XXXX aufgetreten und organisatorisch in den Betrieb des Werkbestellers eingegliedert gewesen sowie dessen Dienst- und Fachaufsicht unterstanden seien. Somit sei § 4 Abs. 2 Z 3 AÜG erfüllt und es liege Arbeitskräfteüberlassung der vier Arbeitnehmer der BF an XXXX vor. Im Rahmenvertrag für die Durchführung von Montageleistungen vom 01.02.2014 zwischen der römisch 40 und römisch 40 sei unter Punkt römisch eins. als Vertragsgegenstand vereinbart, dass römisch 40 projektspezifisch als Werfunternehmer in eigener Regie und Verantwortung mit eigenem Personal die Werkvertragsausübung übernehme. Da sich römisch 40 laut diesem Vertrag verpflichtet habe, die Arbeiten ausschließlich mit eigenem Personal durchzuführen, ergebe sich in Summe mit den anderen Beweisen, dass die vier Arbeitnehmer der BF auf der Baustelle als Arbeiter von römisch 40 aufgetreten und organisatorisch in den Betrieb des Werkbestellers eingegliedert gewesen sowie dessen Dienst- und Fachaufsicht unterstanden seien. Somit sei Paragraph 4, Absatz 2, Ziffer 3, AÜG erfüllt und es liege Arbeitskräfteüberlassung der vier Arbeitnehmer der BF an römisch 40 vor.

Das Vorliegen von Arbeitskräfteüberlassung schließe somit die Anwendung des § 18 AuslBG aus und sei die Ausstellung einer EU-Entsendebestätigung nicht zulässig. Das Vorliegen von Arbeitskräfteüberlassung schließe somit die Anwendung des Paragraph 18, AuslBG aus und sei die Ausstellung einer EU-Entsendebestätigung nicht zulässig.

Mit Schreiben vom 23.12.2014 gab der rechtsfreundliche Vertreter der BF eine Stellungnahme ab.

Darin wird ausgeführt, dass XXXX aus dem Grund im Besitz des Laptops von XXXX gewesen sei, da der Laptop der BF nicht funktioniert habe und deshalb seitens XXXX auf kurzem Wege ein solcher leihweise zur Verfügung gestellt worden sei. Darin wird ausgeführt, dass römisch 40 aus dem Grund im Besitz des Laptops von römisch 40 gewesen sei, da der Laptop der BF nicht funktioniert habe und deshalb seitens römisch 40 auf kurzem Wege ein solcher leihweise zur Verfügung gestellt worden sei.

Weiters habe XXXX die Vergab des Auftrages an einen Subunternehmer jederzeit und von Anfang an der Werkbestellerin, der XXXX, gegenüber offen gelegt und sei diese mit der Beauftragung des Subunternehmers einverstanden gewesen und habe es auch zu keinem Zeitpunkt irgendwelche Beanstandungen seitens der XXXX gegeben. Darüber hinaus sei zu beachten, dass gemäß dem letzten Satz des zitierten Vertragspunktes als Ansprechpartner seitens XXXX auch ein von XXXX namhaft gemachter Verantwortlicher vor Ort zur Verfügung stehe. Diesbezüglich sei der Mitarbeiter der BF, XXXX, als Verantwortlicher vor Ort namhaft gemacht worden. Die T-Shirts seien von XXXX DEN Mitarbeitern der BF geschenkt worden, wie diese im Bau- und Montagebereich üblich sei. Weiters habe römisch 40 die Vergab des Auftrages an einen Subunternehmer jederzeit und von Anfang an der Werkbestellerin, der römisch 40, gegenüber offen gelegt und sei diese mit der Beauftragung des Subunternehmers einverstanden gewesen und habe es auch zu keinem Zeitpunkt irgendwelche Beanstandungen seitens der römisch 40 gegeben. Darüber hinaus sei zu beachten, dass gemäß dem letzten Satz des zitierten Vertragspunktes als Ansprechpartner seitens römisch 40 auch ein von römisch 40 namhaft gemachter Verantwortlicher vor Ort zur Verfügung stehe. Diesbezüglich sei der Mitarbeiter der BF, römisch 40, als Verantwortlicher vor Ort namhaft gemacht worden. Die T-Shirts seien von römisch 40 DEN Mitarbeitern der BF geschenkt worden, wie diese im Bau- und Montagebereich üblich sei.

4. Mit Schreiben der Finanzpolizei Wels vom 09.12.2014 wurde festgestellt, dass die vier kroatischen Arbeitnehmer der BF an XXXX überlassen worden seien und wurde aus diesem Grund eine Anzeige gegen den Beschäftiger XXXX an die Landesgeschäftsstelle des AMS Oberösterreich gem. § 27 AuslBG übermittelt. 4. Mit Schreiben der Finanzpolizei Wels vom 09.12.2014 wurde festgestellt, dass die vier kroatischen Arbeitnehmer der BF an römisch 40 überlassen worden seien und wurde aus diesem Grund eine Anzeige gegen den Beschäftiger römisch 40 an die Landesgeschäftsstelle des AMS Oberösterreich gem. Paragraph 27, AuslBG übermittelt.

5. Mit dem nunmehr bekämpften Bescheid vom 30.12.2014 wies die bB die Beschwerde im Rahmen einer Beschwerdeverentscheidung gem. § 14 VwGVG iVm § 20f, § 18 Abs. 12 und § 2 Abs. 2 lit. d und e und Abs. 3 lit. c AuslBG sowie § 4 Abs. 3 AÜG ab. 5. Mit dem nunmehr bekämpften Bescheid vom 30.12.2014 wies die bB die Beschwerde im Rahmen einer Beschwerdeverentscheidung gem. Paragraph 14, VwGVG in Verbindung mit Paragraph 20 f., Paragraph 18, Absatz 12 und Paragraph 2, Absatz 2, Litera d und e und Absatz 3, Litera c, AuslBG sowie Paragraph 4, Absatz 3, AÜG ab.

Nach Darstellung des bisherigen Verfahrensganges führte die bB unter Wiederholung ihrer bisherigen Argumentation aus, dass zusammengefasst jedenfalls § 4 Abs. 2 Z 3 AÜG erfüllt sei und auch der wahre wirtschaftliche Gehalt das Vorliegen von Arbeitskräfteüberlassung ergebe. Nach Darstellung des bisherigen Verfahrensganges führte die bB unter Wiederholung ihrer bisherigen Argumentation aus, dass zusammengefasst jedenfalls Paragraph 4, Absatz 2, Ziffer 3, AÜG erfüllt sei und auch der wahre wirtschaftliche Gehalt das Vorliegen von Arbeitskräfteüberlassung ergebe.

6. Mit Schreiben vom 19.01.2015 stellte der rechtsfreundliche Vertreter der BF einen Vorlageantrag.

7. Am 29.01.2015 langte der Akt beim BVwG ein.

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

Beweis wurde erhoben durch den Inhalt des vorgelegten Verwaltungsaktes.

1. Feststellungen

Das AMS Wels hat im angefochtenen Bescheid die Feststellung des maßgeblichen Sachverhaltes hinsichtlich des

wahren wirtschaftlichen Gehaltes des Vertragsverhältnisses von XXXX und der damit verbundenen Qualifikation als Arbeitskräfteüberlassung bzw. EU-Entsendung unterlassen. Das AMS Wels hat im angefochtenen Bescheid die Feststellung des maßgeblichen Sachverhaltes hinsichtlich des wahren wirtschaftlichen Gehaltes des Vertragsverhältnisses von römisch 40 und der damit verbundenen Qualifikation als Arbeitskräfteüberlassung bzw. EU-Entsendung unterlassen.

2. Beweiswürdigung

Der für die gegenständliche Zurückverweisung des Bundesverwaltungsgerichtes relevante Sachverhalt ergibt sich zweifelsfrei aus der vorliegenden Aktenlage.

3. Rechtliche Beurteilung

Gemäß § 6 BVwGG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht durch Einzelrichter, sofern nicht in Bundes- oder Landesgesetzen die Entscheidung durch Senate vorgesehen ist. Gemäß § 20f Abs 1 AuslBG 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 6, BVwGG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht durch Einzelrichter, sofern nicht in Bundes- oder Landesgesetzen die Entscheidung durch Senate vorgesehen ist. Gemäß Paragraph 20 f, Absatz eins, AuslBG 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.

Demnach hat das Erkenntnis im gegenständlichen Beschwerdeverfahren durch Senatsrichterentscheidung zu ergehen.

Sofern die Beschwerde nicht zurückzuweisen oder das Verfahren einzustellen ist, hat das Verwaltungsgericht die Rechtssache gem. § 28 Abs 1 VwGVG durch Erkenntnis zu erledigen. Gemäß § 31 Abs. 1 VwGVG erfolgen, soweit nicht ein Erkenntnis zu fällen ist, die Entscheidungen und Anordnungen durch Beschluss. Sofern die Beschwerde nicht zurückzuweisen oder das Verfahren einzustellen ist, hat das Verwaltungsgericht die Rechtssache gem. Paragraph 28, Absatz eins, VwGVG durch Erkenntnis zu erledigen. Gemäß Paragraph 31, Absatz eins, VwGVG erfolgen, soweit nicht ein Erkenntnis zu fällen ist, die Entscheidungen und Anordnungen durch Beschluss.

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.

Zu A) Zurückverweisung

3.1. § 28 VwGVG lautet auszugsweise: 3.1. Paragraph 28, VwGVG lautet auszugsweise:

[...]

(2) Über Beschwerden gemäß Art. 130 Abs. 1 Z 1 B-VG hat das Verwaltungsgericht dann in der Sache selbst zu entscheiden, wenn (2) Über Beschwerden gemäß Artikel 130, Absatz eins, Ziffer eins, B-VG hat das Verwaltungsgericht dann in der Sache selbst zu entscheiden, wenn

1. der maßgebliche Sachverhalt feststeht oder

2. die Feststellung des maßgeblichen Sachverhalts durch das Verwaltungsgericht selbst im Interesse der Raschheit gelegen oder mit einer erheblichen Kostenersparnis verbunden ist.

(3) Liegen die Voraussetzungen des Abs. 2 nicht vor, hat das Verwaltungsgericht im Verfahren über Beschwerden gemäß Art. 130 Abs. 1 Z 1 B-VG in der Sache selbst zu entscheiden, wenn die Behörde dem nicht bei der Vorlage der Beschwerde unter Bedachtnahme auf die wesentliche Vereinfachung oder Beschleunigung des Verfahrens widerspricht. Hat die Behörde notwendige Ermittlungen des Sachverhalts unterlassen, so kann das Verwaltungsgericht den angefochtenen Bescheid mit Beschluss aufheben und die Angelegenheit zur Erlassung eines neuen Bescheides an die Behörde zurückverweisen. Die Behörde ist hiebei an die rechtliche Beurteilung gebunden, von welcher das Verwaltungsgericht bei seinem Beschluss ausgegangen ist. (3) Liegen die Voraussetzungen des Absatz 2, nicht vor, hat das Verwaltungsgericht im Verfahren über Beschwerden gemäß Artikel 130, Absatz eins, Ziffer eins, B-VG in der Sache selbst zu entscheiden, wenn die Behörde dem nicht bei der Vorlage der Beschwerde unter Bedachtnahme auf die wesentliche Vereinfachung oder Beschleunigung des Verfahrens widerspricht. Hat die Behörde notwendige Ermittlungen des Sachverhalts unterlassen, so kann das Verwaltungsgericht den angefochtenen Bescheid mit Beschluss aufheben und die Angelegenheit zur Erlassung eines neuen Bescheides an die Behörde zurückverweisen. Die Behörde ist hiebei an die rechtliche Beurteilung gebunden, von welcher das Verwaltungsgericht bei seinem Beschluss ausgegangen ist.

[...]

(5) Hebt das Verwaltungsgericht den angefochtenen Bescheid auf, sind die Behörden verpflichtet, in der betreffenden Rechtssache mit den ihnen zu Gebote stehenden rechtlichen Mitteln unverzüglich den der Rechtsanschauung des Verwaltungsgerichtes entsprechenden Rechtszustand herzustellen.

3.2. Obwohl gem. § 17 iVm § 58 VwGVG seit 01.01.2014 der § 66 Abs. 2 AVG in Beschwerdeverfahren vor dem BVwG nicht mehr anzuwenden ist und gem. § 58 VwGVG stattdessen § 28 Abs. 3 VwGVG mit genanntem Datum in Kraft trat, womit das Erfordernis des § 66 Abs. 2 AVG, wonach die Durchführung oder Wiederholung einer mündlichen Verhandlung unvermeidlich erscheint, weggefallen ist, und sich die Regelungsgehalte beider Normen nicht somit gänzlich decken, findet die einschlägige höchstgerichtliche Judikatur zu § 66 Abs. 2 AVG grundsätzlich weiterhin Anwendung. 3.2. Obwohl gem. Paragraph 17, in Verbindung mit Paragraph 58, VwGVG seit 01.01.2014 der Paragraph 66, Absatz 2, AVG in Beschwerdeverfahren vor dem BVwG nicht mehr anzuwenden ist und gem. Paragraph 58, VwGVG stattdessen Paragraph 28, Absatz 3, VwGVG mit genanntem Datum in Kraft trat, womit das Erfordernis des Paragraph 66, Absatz 2, AVG, wonach die Durchführung oder Wiederholung einer mündlichen Verhandlung unvermeidlich erscheint, weggefallen ist, und sich die Regelungsgehalte beider Normen nicht somit gänzlich decken, findet die einschlägige höchstgerichtliche Judikatur zu Paragraph 66, Absatz 2, AVG grundsätzlich weiterhin Anwendung.

Das Modell der Aufhebung des Bescheides und Zurückverweisung der Angelegenheit an die Behörde folgt konzeptionell jenem des § 66 Abs. 2 AVG, setzt im Unterschied dazu aber nicht auch die Notwendigkeit der Durchführung oder Wiederholung einer mündlichen Verhandlung voraus. Voraussetzung für eine Aufhebung und Zurückverweisung ist allgemein (nur) das Fehlen behördlicher Ermittlungsschritte. Sonstige Mängel, abseits jener der Sachverhaltsfeststellung, legitimieren nicht zur Behebung auf Grundlage von § 28 Abs. 3 2. Satz VwGVG (Fister/Fuchs/Sachs, Verwaltungsgerichtsverfahren [2013] § 28 VwGVG Anm. 11). Das Modell der Aufhebung des Bescheides und Zurückverweisung der Angelegenheit an die Behörde folgt konzeptionell jenem des Paragraph 66, Absatz 2, AVG, setzt im Unterschied dazu aber nicht auch die Notwendigkeit der Durchführung oder Wiederholung einer mündlichen Verhandlung voraus. Voraussetzung für eine Aufhebung und Zurückverweisung ist allgemein (nur)

das Fehlen behördlicher Ermittlungsschritte. Sonstige Mängel, abseits jener der Sachverhaltsfeststellung, legitimieren nicht zur Behebung auf Grundlage von Paragraph 28, Absatz 3, 2. Satz VwGVG (Fister/Fuchs/Sachs, Verwaltungsgerichtsverfahren [2013] Paragraph 28, VwGVG Anmerkung 11).

Der VwGH hat sich in seinem Erkenntnis vom 26.06.2014, Ro 2014/03/0063, mit der Sachentscheidungspflicht der Verwaltungsgerichte auseinandergesetzt und darin folgende Grundsätze herausgearbeitet:

Die Aufhebung eines Bescheides einer Verwaltungsbehörde durch ein Verwaltungsgericht komme nach dem Wortlaut des § 28 Abs. 1 Z 1 VwGVG nicht in Betracht, wenn der für die Entscheidung maßgebliche Sachverhalt feststeht. Dies wird jedenfalls dann der Fall sein, wenn der entscheidungsrelevante Sachverhalt bereits im verwaltungsbehördlichen Verfahren geklärt wurde, das heißt, wenn sich aus der Zusammenschau der im verwaltungsbehördlichen Bescheid getroffenen Feststellungen (im Zusammenhalt mit den dem Bescheid zu Grunde liegenden Verwaltungsakten) mit dem Vorbringen in der gegen den Bescheid erhobenen Beschwerde kein gegenläufiger Anhaltspunkt ergibt. Die Aufhebung eines Bescheides einer Verwaltungsbehörde durch ein Verwaltungsgericht komme nach dem Wortlaut des Paragraph 28, Absatz eins, Ziffer eins, VwGVG nicht in Betracht, wenn der für die Entscheidung maßgebliche Sachverhalt feststeht. Dies wird jedenfalls dann der Fall sein, wenn der entscheidungsrelevante Sachverhalt bereits im verwaltungsbehördlichen Verfahren geklärt wurde, das heißt, wenn sich aus der Zusammenschau der im verwaltungsbehördlichen Bescheid getroffenen Feststellungen (im Zusammenhalt mit den dem Bescheid zu Grunde liegenden Verwaltungsakten) mit dem Vorbringen in der gegen den Bescheid erhobenen Beschwerde kein gegenläufiger Anhaltspunkt ergibt.

Der Verfassungsgesetzgeber habe sich bei Erlassung der Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012, BGBl. I 51, davon leiten lassen, dass die Verwaltungsgerichte grundsätzlich in der Sache selbst zu entscheiden haben, weshalb ein prinzipieller Vorrang einer meritorischen Entscheidungspflicht der Verwaltungsgerichte anzunehmen ist. Der Verfassungsgesetzgeber habe sich bei Erlassung der Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012, Bundesgesetzblatt römisch eins 51, davon leiten lassen, dass die Verwaltungsgerichte grundsätzlich in der Sache selbst zu entscheiden haben, weshalb ein prinzipieller Vorrang einer meritorischen Entscheidungspflicht der Verwaltungsgerichte anzunehmen ist.

Angesichts des in § 28 VwGVG insgesamt verankerten Systems stelle die nach § 28 Abs. 3 zweiter Satz VwGVG bestehende Zurückverweisungsmöglichkeit eine Ausnahme von der grundsätzlichen meritorischen Entscheidungszuständigkeit der Verwaltungsgerichte dar. Nach dem damit gebotenen Verständnis stehe diese Möglichkeit bezüglich ihrer Voraussetzungen nicht auf derselben Stufe wie die im ersten Satz des § 28 Abs. 3 VwGVG verankerte grundsätzliche meritorische Entscheidungskompetenz der Verwaltungsgerichte. Vielmehr verlange das im § 28 VwGVG insgesamt normierte System, in dem insbesondere die normative Zielsetzung der Verfahrensbeschleunigung bzw. der Berücksichtigung einer angemessenen Verfahrensdauer ihren Ausdruck findet, dass von der Möglichkeit der Zurückverweisung nur bei krassen bzw. besonders gravierenden Ermittlungslücken Gebrauch gemacht wird. Eine Zurückverweisung der Sache an die Verwaltungsbehörde zur Durchführung notwendiger Ermittlungen wird daher insbesondere dann in Betracht kommen, wenn die Verwaltungsbehörde jegliche erforderliche Ermittlungstätigkeit unterlassen hat, wenn sie zur Ermittlung des maßgebenden Sachverhaltes (vgl. § 37 AVG) lediglich völlig ungeeignete Ermittlungsschritte gesetzt oder bloß ansatzweise ermittelt hat. Gleiches gilt, wenn konkrete Anhaltspunkte annehmen lassen, dass die Verwaltungsbehörde (etwa schwierige) Ermittlungen unterließ, damit diese dann durch das Verwaltungsgericht vorgenommen werden (etwa im Sinn einer "Delegierung" der Entscheidung an das Verwaltungsgericht). Angesichts des in Paragraph 28, VwGVG insgesamt verankerten Systems stelle die nach Paragraph 28, Absatz 3, zweiter Satz VwGVG bestehende Zurückverweisungsmöglichkeit eine Ausnahme von der grundsätzlichen meritorischen Entscheidungszuständigkeit der Verwaltungsgerichte dar. Nach dem damit gebotenen Verständnis stehe diese Möglichkeit bezüglich ihrer Voraussetzungen nicht auf derselben Stufe wie die im ersten Satz des Paragraph 28, Absatz 3, VwGVG verankerte grundsätzliche meritorische Entscheidungskompetenz der Verwaltungsgerichte. Vielmehr verlange das im Paragraph 28, VwGVG insgesamt normierte System, in dem insbesondere die normative Zielsetzung der Verfahrensbeschleunigung bzw. der Berücksichtigung einer angemessenen Verfahrensdauer ihren Ausdruck findet, dass von der Möglichkeit der Zurückverweisung nur bei krassen bzw. besonders gravierenden Ermittlungslücken Gebrauch gemacht wird. Eine Zurückverweisung der Sache an die Verwaltungsbehörde zur Durchführung notwendiger Ermittlungen wird daher insbesondere dann in Betracht kommen, wenn die Verwaltungsbehörde jegliche erforderliche Ermittlungstätigkeit unterlassen hat, wenn sie zur Ermittlung des maßgebenden Sachverhaltes vergleiche Paragraph

37, AVG) lediglich völlig ungeeignete Ermittlungsschritte gesetzt oder bloß ansatzweise ermittelt hat. Gleiches gilt, wenn konkrete Anhaltspunkte annehmen lassen, dass die Verwaltungsbehörde (etwa schwierige) Ermittlungen unterließ, damit diese dann durch das Verwaltungsgericht vorgenommen werden (etwa im Sinn einer "Delegierung" der Entscheidung an das Verwaltungsgericht).

Der VwGH hat jüngst mit Erkenntnis vom 10.09.2014, Ra 2014/08/0005, die im Erkenntnis vom 26.06.2014, Ro 2014/03/0063 angeführten Grundsätze im Hinblick auf Aufhebungs- und Zurückweisungsbeschlüsse des Verwaltungsgerichtes gemäß § 28 Abs 3 VwGVG nochmals bekräftigt und führte ergänzend aus, dass selbst Bescheide, die in der Begründung dürftig sind, keine Zurückverweisung der Sache rechtfertigen, wenn brauchbare Ermittlungsergebnisse vorliegen, die im Zusammenhalt mit einer allenfalls durchzuführenden mündlichen Verhandlung im Sinn des § 24 VwGVG zu vervollständigen sind. Der VwGH hat jüngst mit Erkenntnis vom 10.09.2014, Ra 2014/08/0005, die im Erkenntnis vom 26.06.2014, Ro 2014/03/0063 angeführten Grundsätze im Hinblick auf Aufhebungs- und Zurückweisungsbeschlüsse des Verwaltungsgerichtes gemäß Paragraph 28, Absatz 3, VwGVG nochmals bekräftigt und führte ergänzend aus, dass selbst Bescheide, die in der Begründung dürftig sind, keine Zurückverweisung der Sache rechtfertigen, wenn brauchbare Ermittlungsergebnisse vorliegen, die im Zusammenhalt mit einer allenfalls durchzuführenden mündlichen Verhandlung im Sinn des Paragraph 24, VwGVG zu vervollständigen sind.

3.3. Für den konkreten Fall bedeutet dies:

3.3.1. Gesetzliche Grundlagen

§ 18 AuslBG lautet auszugsweise: Paragraph 18, AuslBG lautet auszugsweise:

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

Abs 12: Für Ausländer, die von einem Unternehmen mit Betriebssitz in einem anderen Mitgliedstaat des Europäischen Wirtschaftsraumes zur Erbringung einer vorübergehenden Arbeitsleistung nach Österreich entsandt werden, ist keine Beschäftigungsbewilligung oder Entsendebewilligung erforderlich, wenn Absatz 12 ; Für Ausländer, die von einem Unternehmen mit Betriebssitz in einem anderen Mitgliedstaat des Europäischen Wirtschaftsraumes zur Erbringung einer vorübergehenden Arbeitsleistung nach Österreich entsandt werden, ist 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 Zentrale Koordinationsstelle für die Kontrolle der illegalen Beschäftigung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz und dem Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz des Bundesministeriums für Finanzen hat die Meldung über die Beschäftigung betriebsentsandter Ausländer gemäß § 7b Abs. 3 und 4 AVRAG unverzüglich der zuständigen regionalen Geschäftsstelle des Arbeitsmarktservice zu übermitteln. Die regionale Geschäftsstelle des Arbeitsmarktservice hat binnen zwei Wochen ab Einlangen der Meldung dem Unternehmen und dem Auftraggeber, der die Arbeitsleistungen in Anspruch nimmt, das Vorliegen der Voraussetzungen zu bestätigen (EU-Entsendebestätigung) oder bei Nichtvorliegen die Entsendung zu untersagen. Unbeschadet der Meldepflicht gemäß § 7b Abs. 3 und 4 AVRAG darf die Beschäftigung bei Vorliegen der Voraussetzungen auch ohne EU-

Entsendebestätigung begonnen werden. Die Zentrale Koordinationsstelle für die Kontrolle der illegalen Beschäftigung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz und dem Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz des Bundesministeriums für Finanzen hat die Meldung über die Beschäftigung betriebsfremder Ausländer gemäß Paragraph 7 b, Absatz 3 und 4 AVRAG unverzüglich der zuständigen regionalen Geschäftsstelle des Arbeitsmarktservice zu übermitteln. Die regionale Geschäftsstelle des Arbeitsmarktservice hat binnen zwei Wochen ab Einlangen der Meldung dem Unternehmen und dem Auftraggeber, der die Arbeitsleistungen in Anspruch nimmt, das Vorliegen der Voraussetzungen zu bestätigen (EU-Entsendebestätigung) oder bei Nichtvorliegen die Entsendung zu untersagen. Unbeschadet der Meldepflicht gemäß Paragraph 7 b, Absatz 3 und 4 AVRAG darf die Beschäftigung bei Vorliegen der Voraussetzungen auch ohne EU-Entsendebestätigung begonnen werden.

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.

Nach Abs. 2 liegt Arbeitskräfteüberlassung insbesondere auch vor, wenn die Arbeitskräfte ihre Arbeitsleistung im Betrieb des Werkbestellers in Erfüllung von Werkverträgen erbringen, aber Nach Absatz 2, liegt Arbeitskräfteüberlassung 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 Werk herstellen 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.

3.3.2. Die Begründung des gegenständlichen Bescheides stützt sich im Wesentlichen darauf, dass nach Ansicht der bB jedenfalls § 4 Abs. 2 Z 3 AÜG vorliege und auch der wahre wirtschaftliche Gehalt Arbeitskräfteüberlassung ergebe. 3.3.2. Die Begründung des gegenständlichen Bescheides stützt sich im Wesentlichen darauf, dass nach Ansicht der bB jedenfalls Paragraph 4, Absatz 2, Ziffer 3, AÜG vorliege und auch der wahre wirtschaftliche Gehalt Arbeitskräfteüberlassung ergebe.

Diese Begründung der bB erweist sich jedoch mangels Durchführung eines ordnungsgemäßen Ermittlungsverfahrens als nicht für die getroffene Entscheidung maßgeblich und wurde nach Ansicht des Bundesverwaltungsgerichtes der entscheidungswesentliche Sachverhalt für die abschließende Beurteilung des Anbringens der BF nicht ausreichend ermittelt.

Von der bB wird dabei unter anderem ins Treffen geführt, dass im Rahmenvertrag für die Durchführung von Montageleistungen vom 01.02.2014 zwischen XXXX und XXXX unter Punkt I. vereinbart sei, dass XXXX projektspezifisch als Werkunternehmer in eigener Regie und Verantwortung mit eigenem Personal die Werkvertragsausübung übernehme. Da laut diesem Vertrag XXXX sich verpflichtet habe, die Arbeiten ausschließlich mit eigenem Personal durchzuführen ergebe sich in Summe mit den anderen Beweisen, dass die vier kroatischen Arbeitnehmer [...] auf der Baustelle als Arbeiter von XXXX aufgetreten und organisatorisch in deren Betrieb eingegliedert gewesen seien und deren Dienst- und Fachaufsicht unterstanden hätten. Von der bB wird dabei unter anderem ins Treffen geführt, dass im Rahmenvertrag für die Durchführung von Montageleistungen vom 01.02.2014 zwischen römisch 40 und römisch 40 unter Punkt römisch eins. vereinbart sei, dass römisch 40 projektspezifisch als Werkunternehmer in eigener Regie und Verantwortung mit eigenem Personal die Werkvertragsausübung übernehme. Da laut diesem Vertrag römisch 40 sich verpflichtet habe, die Arbeiten ausschließlich mit eigenem Personal durchzuführen ergebe sich in Summe mit den anderen Beweisen, dass die vier kroatischen Arbeitnehmer [...] auf der Baustelle als Arbeiter von römisch 40 aufgetreten und organisatorisch in deren Betrieb eingegliedert gewesen seien und deren Dienst- und Fachaufsicht unterstanden hätten.

Dabei stützt sich die bB bei der Begründung, warum ihrer Ansicht nach Arbeitskräfteüberlassung vorliegt, vorwiegend

auf den Vertrag, der zwischen XXXX und XXXX abgeschlossen wurde. Zwar wird auch vom Bundesverwaltungsgericht nicht verkannt, dass sich auch aus diesem möglicherweise für den vorliegenden Fall entscheidungsrelevante Umstände ergeben können, jedoch darf dabei nicht übersehen werden, dass dieser Vertrag primär die zwischen XXXX und XXXX bestehenden Rechte und Pflichten regelt und nichts über die rechtliche Stellung der Arbeitnehmer der BF aussagt. Dabei stützt sich die bB bei der Begründung, warum ihrer Ansicht nach Arbeitskräfteüberlassung vorliegt, vorwiegend auf den Vertrag, der zwischen römisch 40 und römisch 40 abgeschlossen wurde. Zwar wird auch vom Bundesverwaltungsgericht nicht verkannt, dass sich auch aus diesem möglicherweise für den vorliegenden Fall entscheidungsrelevante Umstände ergeben können, jedoch darf dabei nicht übersehen werden, dass dieser Vertrag primär die zwischen römisch 40 und römisch 40 bestehenden Rechte und Pflichten regelt und nichts über die rechtliche Stellung der Arbeitnehmer der BF aussagt.

Für die Frage des Vorliegens einer Arbeitskräfteüberlassung ist jedoch primär entsprechend der Bestimmung des § 4 AÜG der wahre wirtschaftliche Gehalt des Vertragsverhältnisses zwischen dem betroffenen Arbeitnehmer und dem Werkbesteller bzw. im konkreten Fall zwischen XXXX und der BF entscheidend, weswegen diesbezüglich konkrete Ermittlungen erforderlich sind, um den für das (Nicht)Vorliegen einer Arbeitskräfteüberlassung wahren wirtschaftlichen Gehalt abschließend feststellen zu können. Insbesondere wäre diesfalls darauf einzugehen, ob bzw. von wem den Arbeitnehmern der BF konkrete arbeitsbezogene Weisungen erteilt werden bzw. eine Kontrolle der Tätigkeit erfolgt, ob es Vorgaben bzw. Kontrollen hinsichtlich der Arbeitszeiten gibt, woher das für die Ausführung der vereinbarten Arbeiten erforderliche Material und Werkzeug kam etc. Für die Frage des Vorliegens einer Arbeitskräfteüberlassung ist jedoch primär entsprechend der Bestimmung des Paragraph 4, AÜG der wahre wirtschaftliche Gehalt des Vertragsverhältnisses zwischen dem betroffenen Arbeitnehmer und dem Werkbesteller bzw. im konkreten Fall zwischen römisch 40 und der BF entscheidend, weswegen diesbezüglich konkrete Ermittlungen erforderlich sind, um den für das (Nicht)Vorliegen einer Arbeitskräfteüberlassung wahren wirtschaftlichen Gehalt abschließend feststellen zu können. Insbesondere wäre diesfalls darauf einzugehen, ob bzw. von wem den Arbeitnehmern der BF konkrete arbeitsbezogene Weisungen erteilt werden bzw. eine Kontrolle der Tätigkeit erfolgt, ob es Vorgaben bzw. Kontrollen hinsichtlich der Arbeitszeiten gibt, woher das für die Ausführung der vereinbarten Arbeiten erforderliche Material und Werkzeug kam etc.

Derartige Feststellungen wurden von der bB im vorliegenden Fall jedoch nicht bzw. in nur unzureichender Weise getroffen, woraus sich eine Mangelhaftigkeit des Verfahrens ergibt.

Zwar wird von der bB erwähnt, dass in der Niederschrift der Finanzpolizei vom 04.09.2014 zwar XXXX als Montageleiter der BF bezeichnet wird, jedoch wurde dieser Umstand nicht zum Anlass genommen, zu ermitteln, ob nicht durch diesen möglicherweise auch eine gewisse Dienst- und Fachaufsicht ausgeübt wird, sondern misst die bB diesem Umstand augenscheinlich aus dem Grund keine Bedeutung bei, da dieser für die Arbeitsaufzeichnungen einen Laptop von XXXX verwendet hat. Dabei unterlässt es die bB jedoch, zu ermitteln, wer tatsächlich die Kontrolle hinsichtlich der Arbeitszeiten und generell der durchzuführenden Arbeiten ausübt bzw. wem die entsprechende Aufsicht zukommt. Zwar wird von der bB erwähnt, dass in der Niederschrift der Finanzpolizei vom 04.09.2014 zwar römisch 40 als Montageleiter der BF bezeichnet wird, jedoch wurde dieser Umstand nicht zum Anlass genommen, zu ermitteln, ob nicht durch diesen möglicherweise auch eine gewisse Dienst- und Fachaufsicht ausgeübt wird, sondern misst die bB diesem Umstand augenscheinlich aus dem Grund keine Bedeutung bei, da dieser für die Arbeitsaufzeichnungen einen Laptop von römisch 40 verwendet hat. Dabei unterlässt es die bB jedoch, zu ermitteln, wer tatsächlich die Kontrolle hinsichtlich der Arbeitszeiten und generell der durchzuführenden Arbeiten ausübt bzw. wem die entsprechende Aufsicht zukommt.

Sofern in diesem Zusammenhang auch argumentiert wird, dass der Projektleiter der XXXX vor der Finanzpolizei angegeben habe, der gegenständliche Auftrag sei von XXXX an XXXX vergeben worden und nichts von der Weitergabe des Auftrages an ein Subunternehmen bzw. konkret die BF erwähnt und die bB aus diesem Grund davon ausgeht, dass der Projektleiter der XXXX "daher offensichtlich selbst davon aus(geht), dass die vier anwesenden Arbeiter der XXXX der Fa. XXXX zuzuordnen sind", ist dem zu entgegnen, dass, wie bereits erwähnt, für die Qualifikation des Sachverhaltes als Arbeitskräfteüberlassung oder EU-Entsendung dessen wahrer wirtschaftlicher Gehalt und nicht die (mögliche) Zuordnung der Arbeitnehmer zu einer bestimmten Firma durch eine dritte Person entscheidend ist. Sofern in diesem Zusammenhang auch argumentiert wird, dass der Projektleiter der römisch 40 vor der Finanzpolizei angegeben habe, der gegenständliche Auftrag sei von römisch 40 an römisch 40 vergeben worden und nichts von der Weitergabe des

Auftrages an ein Subunternehmen bzw. konkret die BF erwähnt und die bB aus diesem Grund davon ausgeht, dass der Projektleiter der römisch 40 "daher offensichtlich selbst davon aus(geht), dass die vier anwesenden Arbeiter der römisch 40 der Fa. römisch 40 zuzuordnen sind", ist dem zu entgegnen, dass, wie bereits erwähnt, für die Qualifikation des Sachverhaltes als Arbeitskräfteüberlassung oder EU-Entsendung dessen wahrer wirtschaftlicher Gehalt und nicht die (mögliche) Zuordnung der Arbeitnehmer zu einer bestimmten Firma durch eine dritte Person entscheidend ist.

Weiters wird von der bB ins Treffen geführt, dass die Arbeitnehmer der BF T-Shirts mit der Aufschrift "XXXX" getragen hätten. Diesbezüglich ist der bB zwar insofern zuzustimmen, als dadurch durchaus der Eindruck entstehen könnte, dass es sich um Arbeitnehmer von XXXX handelt, jedoch darf dabei nicht übersehen werden, dass es bei der Beurteilung, ob eine Überlassung von Arbeitskräften vorliegt, der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes maßgebend ist. Daher kann auch (alleine) aufgrund des Umstandes, dass die Arbeitnehmer der BF bei der Kontrolle durch die Finanzpolizei T-Shirts von XXXX trugen, nicht automatisch darauf geschlossen werden, dass sie an diese überlassen wurden. Weiters wird von der bB ins Treffen geführt, dass die Arbeitnehmer der BF T-Shirts mit der Aufschrift "XXXX" getragen hätten. Diesbezüglich ist der bB zwar insofern zuzustimmen, als dadurch durchaus der Eindruck entstehen könnte, dass es sich um Arbeitnehmer von römisch 40 handelt, jedoch darf dabei nicht übersehen werden, dass es bei der Beurteilung, ob eine Überlassung von Arbeitskräften vorliegt, der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes maßgebend ist. Daher kann auch (alleine) aufgrund des Umstandes, dass die Arbeitnehmer der BF bei der Kontrolle durch die Finanzpolizei T-Shirts von römisch 40 trugen, nicht automatisch darauf geschlossen werden, dass sie an diese überlassen wurden.

Ebenso ist nach Ansicht der bB der Umstand, dass es sich bei XXXX sowohl um den handelsrechtlichen Geschäftsführer von XXXX als auch einen der Geschäftsführer der BF handelt, ein Beweis dafür, dass die Arbeitskräfte der BF an XXXX überlassen wurden. Jedoch kann alleine aufgrund einer Verflechtung von zwei Unternehmen (auf Ebene der Geschäftsführung) noch nicht zugleich davon ausgegangen werden, dass Arbeitnehmer des einen Unternehmens bei der Ausführung von Arbeiten bzw. Aufträgen für das andere Unternehmen jedenfalls organisatorisch in dieses eingegliedert sind und dessen Dienst- und Fachaufsicht unterstehen. Ebenso ist nach Ansicht der bB der Umstand, dass es sich bei römisch 40 sowohl um den handelsrechtlichen Geschäftsführer von römisch 40 als auch einen der Geschäftsführer der BF handelt, ein Beweis dafür, dass die Arbeitskräfte der BF an römisch 40 überlassen wurden. Jedoch kann alleine aufgrund einer Verflechtung von zwei Unternehmen (auf Ebene der Geschäftsführung) noch nicht zugleich davon ausgegangen werden, dass Arbeitnehmer des einen Unternehmens bei der Ausführung von Arbeiten bzw. Aufträgen für das andere Unternehmen jedenfalls organisatorisch in dieses eingegliedert sind und dessen Dienst- und Fachaufsicht unterstehen.

Vielmehr wird auch an dieser Stelle erneut darauf hingewiesen, dass konkrete Ermittlungen zum tatsächlich zwischen diesen beiden Unternehmen bestehenden Vertragsverhältnis erforderlich sind, um das Vorliegen einer organisatorischen Eingliederung der Arbeitnehmer bzw. das Bestehen einer Dienst- und Fachaufsicht und somit letztlich auch den wahren wirtschaftlichen Gehalt des Sachverhaltes feststellen zu können.

Der Vollständigkeit halber wird auch erwähnt, dass die bB im gegenständlich angefochtenen Bescheid ebenso festhält, dass auch die Finanzpolizei Wels zu dem Ergebnis gekommen sei, dass Arbeitskräfteüberlassung der Arbeitnehmer der BF an XXXX vorliege und daher eine entsprechende Anzeige wegen Übertretung des AuslBG erstattet habe. Diesbezüglich kann jedoch der Aktenlage nicht entnommen werden, dass hinsichtlich dieser Anzeige das Parteiengehör der BF gewahrt worden wäre und konnte diese somit hierzu vor Bescheiderlassung keine Stellung beziehen. Darüber hinaus wird in Bezug auf diese Anzeige seitens des Bundesverwaltungsgerichtes auf folgende darin enthaltene Passage hingewiesen: "In weiterer Folge wurden mit [...] Personenblätter in kroat. Sprache aufgenommen in welchen alle vier im Wesentlichen angaben, dass seit 14.08.2014, ab 07:00 auf der Arbeitsstelle (Fa. XXXX) gearbeitet werde. Arbeitsanweisungen erhalte man von XXXX. [...] Dienstgeber sei die Fa. XXXX". Der Vollständigkeit halber wird auch erwähnt, dass die bB im gegenständlich angefochtenen Bescheid ebenso festhält, dass auch die Finanzpolizei Wels zu dem Ergebnis gekommen sei, dass Arbeitskräfteüberlassung der Arbeitnehmer der BF an römisch 40 vorliege und daher eine entsprechende Anzeige wegen Übertretung des AuslBG erstattet habe. Diesbezüglich kann jedoch der Aktenlage nicht entnommen werden, dass hinsichtlich dieser Anzeige das Parteiengehör der BF gewahrt worden wäre und konnte diese somit hierzu vor Bescheiderlassung keine Stellung beziehen. Darüber hinaus wird in Bezug auf diese Anzeige seitens des Bundesverwaltungsgerichtes auf folgende darin enthaltene Passage hingewiesen: "In weiterer

Folge wurden mit [...] Personenblätter in kroat. Sprache aufgenommen in welchen alle vier im Wesentlichen angaben, dass seit 14.08.2014, ab 07:00 auf der Arbeitsstelle (Fa. römisch 40) gearbeitet werde. Arbeitsanweisungen erhalte man von römisch 40 . [...] Dienstgeber sei die Fa. XXXX".

Dieser Umstand wurde von der bB jedoch nicht zum Anlass genommen, nähere Ermittlungen dahingehend anzustellen, um wen es sich bei XXXX handelt, vor allem welcher Firma er zuzuordnen ist, zumal aufgrund der Ausführungen in der Anzeige der Finanzpolizei davon auszugehen ist, dass hieraus Rückschlüsse auf eine mögliche Dienst- bzw. Fachaufsicht gezogen werden könnten. Dieser Umstand wurde von der bB jedoch nicht zum Anlass genommen, nähere Ermittlungen dahingehend anzustellen, um wen es sich bei römisch 40 handelt, vor allem welcher Firma er zuzuordnen ist, zumal aufgrund der Ausführungen in der Anzeige der Finanzpolizei davon auszugehen ist, dass hieraus Rückschlüsse auf eine mögliche Dienst- bzw. Fachaufsicht gezogen werden könnten.

3.3.3. Aus den obigen Ausführungen ergibt sich somit zusammenfassend, dass die bB ungeachtet der Bestimmungen der §§ 37ff AVG zum Ermittlungsverfahren keine ausreichenden Ermittlungsschritte zur Beurteilung der entscheidungswesentlichen Feststellungen getätigt hat. 3.3.3. Aus den obigen Ausführungen ergibt sich somit zusammenfassend, dass die bB ungeachtet der Bestimmungen der Paragraphen 37 f, f, AVG zum Ermittlungsverfahren keine ausreichenden Ermittlungsschritte zur Beurteilung der entscheidungswesentlichen Feststellungen getätigt hat.

Das durchgeführte Verfahren erweist sich im Ergebnis als so mangelhaft, dass die Zurückverweisung der Angelegenheit an die belangte Behörde zur Erlassung eines neuen Bescheides gem. § 28 Abs. 3 2. Satz VwGVG unvermeidlich erscheint. Weder erweist sich der Sachverhalt in Verbindung mit der Beschwerde als geklärt, noch kann aufgrund der bisherigen Ermittlungen sonst zweifelsfrei beurteilt werden, ob die Voraussetzungen für die Erteilung einer EU-Entsendebestätigung vorliegen. Vielmehr ist das Verfahren der belangten Behörde mit den oben dargestellten Mängeln behaftet. Das durchgeführte Verfahren erweist sich im Ergebnis als so mangelhaft, dass die Zurückverweisung der Angelegenheit an die belangte Behörde zur Erlassung eines neuen Bescheides gem. Paragraph 28, Absatz 3, 2. Satz VwGVG unvermeidlich erscheint. Weder erweist sich der Sachverhalt in Verbindung mit der Beschwerde als geklärt, noch kann aufgrund der bisherigen Ermittlungen sonst zweifelsfrei beurteilt werden, ob die Voraussetzungen für die Erteilung einer EU-Entsendebestätigung vorliegen. Vielmehr ist das Verfahren der belangten Behörde mit den oben dargestellten Mängeln behaftet.

Die Vornahme der angeführten Ermittlungen durch das Bundesverwaltungsgericht selbst scheint zum einen aus Effizienzgesichtspunkten nicht geboten und wäre eine gehörige Sachverhaltsermittlung durch das Bundesverwaltungsgericht auch keinesfalls als rascher bzw. kostensparender einzustufen.

Jedenfalls kann es nicht Sache des Bundesverwaltungsgerichtes sein, die im gegenständlichen Fall erforderlichen, jedoch im Verfahren vor der belangten Behörde wesentlich mangelhaft gebliebenen Ermittlungen nachzuholen, um dadurch erst zu den erforderlichen Entscheidungsgrundlagen zu gelangen.

3.3.4. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass das AMS wie oben dargestellte erforderliche Ermittlungstätigkeit zur Klärung des Sachverhaltes unterlassen hat, und somit keine brauchbaren Ermittlungsergebnisse vorliegen, welche das Bundesverwaltungsgericht zu einer meritorischen Entscheidung heranziehen könnte. Es handelt sich dabei schon deshalb um besonders gravierende Ermittlungslücken, da für das Verfahren unerlässliche Ermittlungen vor das Bundesverwaltungsgericht verlagert wären (vgl. dazu VwGH 10.09.2014, Ra 2014/08/0005). Dies käme aber jenem unerwünschten Abbau der Zweiinstanzlichkeit des Verfahrens gleich, indem das Verwaltungsgericht, statt seine Kontrollbefugnis wahrzunehmen, jene Institution darstellt, die erstmals den entscheidungswesentlichen Sachverhalt ermittelt und einer Beurteilung unterzieht (vgl. dazu insbesondere VwGH 26.06.2014, Ro 2014/03/0063 RS29; 21.11.2002, 2002/20/0315). Aber auch unter Effizienzgesichtspunkten verbietet sich eine Heranziehung des § 28 Abs. 2 Z 2 VwGVG, zumal die Verwaltungsbehörde die erforderlichen Ermittlungsschritte und damit die Feststellung des maßgeblichen Sachverhaltes im Sinne des Gesetzes zumindest mit der gleichen Raschheit und mit nicht höheren Kosten als das Verwaltungsgericht bewerkstelligen wird können. Im Gegenteil ist angesichts der erforderlichen Beweisaufnahme und der grundsätzlich gegebenen Verhandlungspflicht, sowie dem eingeschränkten bzw. erschwerten Zugang des Bundesverwaltungsgerichts zu den dem AMS für seine Tätigkeit zugänglichen Daten, nicht anzunehmen, dass die zur Erforschung der materiellen Wahrheit ergänzenden Ermittlungen unter Wahrung des Parteiengehörs durch das Bundesverwaltungsgericht selbst mit einer erheblichen Kostenersparnis verbunden wäre. Wobei es bei der Beurteilung der Kostenersparnis und Raschheit darüber hinaus nicht auf die Auswirkungen auf das

Gesamtverfahren, sondern nur auf die Ersparnis an Zeit und Kosten für die jeweilige konkrete Amtshandlung ankommt. Dass die Zurückverweisung den gesamten Verfahrensverlauf verlängert, ist bei der Zeit- und Kostenersparnis nicht in Rechnung zu stellen, weil ansonsten eine kassatorische Entscheidung nie in Frage käme (vgl. Hengstschläger/Leeb, AVG [2007], § 66 Rz 20 mwN). 3.3.4. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass das AMS wie oben dargestellte erforderliche Ermittlungstätigkeit zur Klärung des Sachverhaltes unterlassen hat, und somit keine brauchbaren Ermittlungsergebnisse vorliegen, welche das Bundesverwaltungsgericht zu einer meritorischen Entscheidung heranziehen könnte. Es handelt sich dabei schon deshalb um besonders gravierende Ermittlungslücken, da für das Verfahren unerlässliche Ermittlungen vor das Bundesverwaltungsgericht verlagert wären (vergleiche dazu VwGH 10.09.2014, Ra 2014/08/0005). Dies käme aber jenem unerwünschten Abbau der Zweinstanzlichkeit des Verfahrens gleich, indem das Verwaltungsgericht, statt seine Kontrollbefugnis wahrzunehmen, jene Institution darstellt, die erstmals den entscheidungswesentlichen Sachverhalt ermittelt und einer Beurteilung unterzieht (vergleiche dazu insbesondere VwGH 26.06.2014, Ro 2014/03/0063 RS29; 21.11.2002, 2002/20/0315). Aber auch unter Effizienzgesichtspunkten verbietet sich eine Heranziehung des Paragraph 28, Absatz 2, Ziffer 2, VwGVG, zumal die Verwaltungsbehörde die erforderlichen Ermittlungsschritte und damit die Feststellung des maßgeblichen Sachverhaltes im Sinne des Gesetzes zumindest mit der gleichen Raschheit und mit nicht höheren Kosten als das Verwaltungsgericht bewerkstelligen wird können. Im Gegenteil ist angesichts der erforderlichen Beweisaufnahme und der grundsätzlich gegebenen Verhandlungspflicht, sowie dem eingeschränkten bzw. erschwerten Zugang des Bundesverwaltungsgerichts zu den dem AMS für seine Tätigkeit zugänglichen Daten, nicht anzunehmen, dass die zur Erforschung der materiellen Wahrheit ergänzenden Ermittlungen unter Wahrung des Parteiengehörs durch das Bundesverwaltungsgericht selbst mit einer erheblichen Kostenersparnis verbunden wäre. Wobei es bei der Beurteilung der Kostenersparnis und Raschheit darüber hinaus nicht auf die Auswirkungen auf das Gesamtverfahren, sondern nur auf die Ersparnis an Zeit und Kosten für die jeweilige konkrete Amtshandlung ankommt. Dass die Zurückverweisung den gesamten Verfahrensverlauf verlängert, ist bei der Zeit- und Kostenersparnis nicht in Rechnung zu stellen, weil ansonsten eine kassatorische Entscheidung nie in Frage käme (vergleiche Hengstschläger/Leeb, AVG [2007], Paragraph 66, Rz 20 mwN).

3.3.5. Von diesen Überlegungen ausgehend ist daher im gegenständlichen Fall das dem Bundesverwaltungsgericht gemäß § 28 Abs. 3 2. Satz VwGVG eingeräumte Ermessen im Sinne einer kassatorischen Entscheidung auszuüben und das Verfahren spruchgemäß an die bB zur Durchführung eines Ermittlungsverfahrens und zur neuerlichen Entscheidung zurückzuverweisen. 3.3.5. Von diesen Überlegungen ausgehend ist daher im gegenständlichen Fall das dem Bundesverwaltungsgericht gemäß Paragraph 28, Absatz 3, 2. Satz VwGVG eingeräumte Ermessen im Sinne einer kassatorischen Entscheidung auszuüben und das Verfahren spruchgemäß an die bB zur Durchführung eines Ermittlungsverfahrens und zur neuerlichen Entscheidung zurückzuverweisen.

3.4. Im fortgesetzten Verfahren wird die bB die dargestellten Mängel zu verbessern und unter Wahrung des Grundsatzes des Parteiengehörs der BF bzw. ihrem rechtsfreundlichen Vertreter die Ermittlungsergebnisse zur Kenntnis zu bringen haben.

Insbesondere wird dabei anhand konkreter Ermittlungen (etwa Befragung der beteiligten Personen auf Seiten von XXXX und der BF bzw. allenfalls auch XXXX) der wahre wirtschaftliche Gehalt des Sachverhaltes festzustellen sein, um letztlich abschließend beurteilen zu können, ob die Voraussetzungen der Bestätigung einer EU-Entsendung gegeben sind. Dies beinhaltet jedenfalls, wie zuvor ausgeführt, auch die Klärung folgender Fragen: Insbesondere wird dabei anhand konkreter Ermittlungen (etwa Befragung der beteiligten Personen auf Seiten von römisch 40 und der BF bzw. allenfalls auch römisch 40) der wahre wirtschaftliche Gehalt des Sachverhaltes festzustellen sein, um letztlich abschließend beurteilen zu können, ob die Voraussetzungen der Bestätigung einer EU-Entsendung gegeben sind. Dies beinhaltet jedenfalls, wie zuvor ausgeführt, auch die Klärung folgender Fragen:

Wer erteilte den Arbeitnehmern der BF Arbeitsanweisungen?

Wurden diese hinsichtlich ihrer Tätigkeit kontrolliert bzw. insbesondere von wem?

Gab es Vorgaben hinsichtlich der einzuhaltenden Arbeitszeiten? Von wem kamen diese und wer führte entsprechende Kontrollen durch?

Mit wessen Werkzeug bzw. Arbeitsmaterialien wurden die Arbeiten ausgeführt?

Wie wurde der Umstand der Haftung hinsichtlich der zu erbringenden Arbeiten geregelt?

Insgesamt war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Zu B) Unzulässigkeit der Revision:

Gem. § 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. Gem. Paragraph 25 a, Absatz eins, VwGG 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.

Gem. Art 133 Abs 4 B-VG ist gegen ein Erkenntnis des Verwaltungsgerichtes die Revision zulässig, wenn sie von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt, insbesondere weil das Erkenntnis von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abweicht, eine solche Rechtsprechung fehlt oder die zu lösende Rechtsfrage in der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht einheitlich beantwortet wird. Gem. Artikel 133, Absatz 4, B-VG ist gegen ein Erkenntnis des Verwaltungsgerichtes die Revision zulässig, wenn sie von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt, insbesondere weil das Erkenntnis von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abweicht, eine solche Rechtsprechung fehlt oder die zu lösende Rechtsfrage in der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht einheitlich beantwortet wird.

Die Revision ist gemäß Art 133 Abs. 4 B-VG nicht zulässig, da es zur Frage, unter welchen Voraussetzungen ein Verwaltungsgericht kassatorisch entscheiden darf, eine klare und aktuelle (siehe insbesondere die Erkenntnisse des VwGH vom 10.09.2014, Zl. Ra 2014/08/0005 und vom 26.06.2014, Zl. Ro 2014/03/0063) höchstgerichtliche Rechtsprechung gibt. Die Revision ist gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG nicht zulässig, da es zur Frage, unter welchen Voraussetzungen ein Verwaltungsgericht kassatorisch entscheiden darf, eine klare und aktuelle (siehe insbesondere die Erkenntnisse des VwGH vom 10.09.2014, Zl. Ra 2014/08/0005 und vom 26.06.2014, Zl. Ro 2014/03/0063) höchstgerichtliche Rechtsprechung gibt.

Absehen von einer Beschwerdeverhandlung:

Gemäß § 24 Abs. 2 Z 1 VwGVG kann eine Verhandlung entfallen, wenn der das vorangegangene Verwaltungsverfahren einleitende Antrag der Partei oder die Beschwerde zurückzuweisen ist, oder bereits auf Grund der Aktenlage feststeht, dass der mit Beschwerde angefochtene Bescheid aufzuheben, die angefochtene Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt oder die angefochtene Weisung für rechtswidrig zu erklären ist. Gemäß Paragraph 24, Absatz 2, Ziffer eins, VwGVG kann eine Verhandlung entfallen, wenn der das vorangegangene Verwaltungsverfahren einleitende Antrag der Partei oder die Beschwerde zurückzuweisen ist, oder bereits auf Grund der Aktenlage feststeht, dass der mit Beschwerde angefochtene Bescheid aufzuheben, die angefochtene Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt oder die angefochtene Weisung für rechtswidrig zu erklären ist.

Aufgrund der Behebung des angefochtenen Bescheides konnte eine Verhandlung gemäß § 24 Abs. 2 Z 1 VwGVG entfallen. Aufgrund der Behebung des angefochtenen Bescheides konnte eine Verhandlung gemäß Paragraph 24, Absatz 2, Ziffer eins, VwGVG entfallen.

Schlagworte

Ermittlungspflicht, EU-Entsendebestätigung, Kassation, mangelnde Sachverhaltsfeststellung

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:BVWG:2015:L509.2017802.1.00

Zuletzt aktualisiert am

29.04.2015

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

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at