



Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Rosenmayr und die Hofräte Dr. Bachler, Dr. Doblinger, Dr. Hofbauer und Mag. Feiel als Richter, im Beisein der Schriftführerin Mag.^a Höhl, über die außerordentlichen Revisionen der revisionswerbenden Parteien

1. D & C. S.p.A. Vertreter G B in B, Italien, 2. D P in O, 3. I A in B, 4. J M in R, 5. M B in C, 6. N D in B, 7. A M in R, alle vertreten durch Oberhammer Rechtsanwälte GmbH in 1010 Wien, Karlsplatz 3/1, gegen die Erkenntnisse des Bundesverwaltungsgerichtes vom 25. Mai 2016,

1) Zl. G309 2123493-1/4E, 2) Zl. G309 2123533-1/4E,

3) Zl. G309 2123483-1/3E, 4) Zl. G309 2123498-1/5E,

5) Zl. G309 2123490-1/5E, 6) Zl. G309 2123486-1/4E, jeweils betreffend Entsendung gemäß § 18 Abs. 12 Ausländerbeschäftigungsgesetz (belangte Behörde vor dem Verwaltungsgericht: Regionale Geschäftsstelle Leoben des Arbeitsmarktservice), den

B e s c h l u s s

gefasst:

Dem Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) werden nach Art. 267 AEUV folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt:

1.) Sind Art. 56 und 57 AEUV, die 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, Nr. 2 und 12 des Kapitels 2. Freizügigkeit, des Anhangs V der Akte über die Bedingungen des Beitritts der Republik Kroatien und die Anpassungen des Vertrags über die Europäische Union, des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union und des Vertrags zur Gründung der Europäischen Atomgemeinschaft dahin auszulegen, dass Österreich berechtigt ist, die Entsendung von Arbeitnehmern, die bei einer Gesellschaft mit Sitz in Kroatien beschäftigt sind, durch das Erfordernis einer Beschäftigungsbewilligung einzuschränken, wenn diese Entsendung im Wege der Überlassung an eine in Italien ansässige Gesellschaft zum Zweck der Erbringung einer Dienstleistung durch die italienische Gesellschaft in Österreich erfolgt und sich die Tätigkeit der

==



kroatischen Arbeitnehmer für die italienische Gesellschaft bei der Errichtung eines Drahtwalzwerks in Österreich auf die Erfüllung dieser Dienstleistung in Österreich beschränkt und zwischen ihnen und der italienischen Gesellschaft kein Dienstverhältnis besteht?

2.) Sind Art. 56 und 57 AEUV und die 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 dahin auszulegen, dass Österreich berechtigt ist, die Entsendung von bei einer Gesellschaft mit Sitz in Italien beschäftigten russischen und weißrussischen Arbeitnehmern durch das Erfordernis einer Beschäftigungsbewilligung einzuschränken, wenn diese Entsendung im Wege einer Überlassung an eine in Italien ansässige zweite Gesellschaft zum Zweck der Erbringung einer Dienstleistung durch die zweite Gesellschaft in Österreich erfolgt und sich die Tätigkeit der russischen bzw. weißrussischen Arbeitnehmer für die zweite Gesellschaft auf die Erfüllung von deren Dienstleistung in Österreich beschränkt und zwischen ihnen und der zweiten Gesellschaft kein Dienstverhältnis besteht?

Begründung:

Diese Fragen stellen sich in einem Rechtsstreit zwischen der italienischen Gesellschaft D S.p.A. (Erstrevisionswerberin) und vier kroatischen Staatsangehörigen (dem Zweit-, Viert-, Fünft- und Siebentrevisionswerber), sowie einem russischen und einem weißrussischen Staatsangehörigen (dem Dritt- und dem Sechstrevisionswerber) einerseits und der regionalen Geschäftsstelle Leoben des Arbeitsmarktservice, einer dem Bundesminister für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz unterstellten Behörde.

A.) Sachverhalt:

- 1 Die Erstrevisionswerberin im Verfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof ist eine Gesellschaft mit Firmensitz in Italien. Sie hat den Auftrag eines österreichischen Unternehmens zur Errichtung eines Drahtwalzwerkes in Österreich übernommen. Sie steht in einem Konzernverhältnis zu den weiteren



Gesellschaften DS d.o.o. mit Sitz in Kroatien (in der Folge: Beschäftigerbetrieb Kroatien) und DA-S.p.A. mit Sitz in Italien (in der Folge: Beschäftigerbetrieb Italien). Die kroatischen Staatsangehörigen sind Arbeitnehmer des Beschäftigerbetriebes Kroatien und in Kroatien sozialversichert (Arbeitskräfte I; sie betrifft die erste Vorlagefrage). Der russische und der weißrussische Staatsangehörige sind Arbeitnehmer des Beschäftigerbetriebes Italien und in Italien sozialversichert (Arbeitskräfte II; sie betrifft die zweite Vorlagefrage).

- 2 Am 18. Jänner 2016 meldete die Erstrevisionswerberin alle Arbeitskräfte bei der Zentralen Koordinationsstelle des Bundes für die Kontrolle illegaler Beschäftigung für näher bezeichnete berufliche Tätigkeiten gemäß § 7b des Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetzes (AVRAG) und § 18 Abs. 12 des Ausländerbeschäftigungsgesetzes (AuslBG) und stellte Anträge auf Bestätigung der EU-Entsendung. Die Erstrevisionswerberin teilte in späteren Schreiben mit, dass diese Arbeitskräfte nicht bei ihr selbst beschäftigt seien, sondern ihr vom Beschäftigerbetrieb Kroatien (Arbeitnehmer I) bzw. vom Beschäftigerbetrieb Italien (Arbeitnehmer II) zur Erbringung des Projekts in Österreich überlassen würden.
- 3 Die regionale Geschäftsstelle des Arbeitsmarktservice Leoben lehnte die Anträge auf Bestätigung der EU-Entsendung gemäß § 18 Abs. 12 AuslBG ab und untersagte die Entsendung.
- 4 Die dagegen erhobenen Beschwerden wurden vom Bundesverwaltungsgericht mit den vor dem Verwaltungsgerichtshof angefochtenen Erkenntnissen als unbegründet abgewiesen. Das Bundesverwaltungsgericht begründete dies im Wesentlichen damit, dass es sich um Entsendungen gemäß Art. 1 Abs. 3 lit. a der Richtlinie 96/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen vom 16. Dezember 1996 (Entsenderichtlinie) handle. Diese Richtlinie verlange, dass „für die Dauer der Entsendung ein Arbeitsverhältnis zwischen dem entsendenden Unternehmen und dem Arbeitnehmer besteht“. Ein solches liege im Fall der Entsendung bzw. Überlassung sowohl der Arbeitnehmer I vom Beschäftigerbetrieb Kroatien an die Erstrevisionswerberin



als auch der Arbeitnehmer II vom Beschäftigterbetrieb Italien an die Erstrevisionswerberin nicht vor, weil die entsandten Arbeitskräfte in beiden Fällen Dienstnehmer des Beschäftigterbetriebes Kroatien bzw. des Beschäftigterbetriebes Italien blieben und weiterhin als solche sozialversichert und nicht bei der Erstrevisionswerberin ordnungsgemäß beschäftigt seien.

5 B.) Bestimmungen des Unionsrechtes:

6 Akte über die Bedingungen des Beitritts der Republik Kroatien und die Anpassungen des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union und des Vertrags zur Gründung der Europäischen Atomgemeinschaft zum Vertrag über den Beitritt der Republik Kroatien zur Europäischen Union vom 24. April 2012 (ABl. 2012, L 112, S. 10, im Folgenden: Beitrittsakte von 2012)

Art. 18 der Beitrittsakte von 2012 bestimmt:

„Die in Anhang V aufgeführten Maßnahmen gelten für Kroatien unter den in jenem Anhang festgelegten Bedingungen.“

Anhang V der Beitrittsakte von 2012 trägt die Überschrift „Liste nach Artikel 18 der Beitrittsakte: Übergangsmaßnahmen“. Kapitel 2 („Freizügigkeit“) dieses Anhangs sieht in den Nr. 1, 2 und 12 vor:

„1. Hinsichtlich der Freizügigkeit der Arbeitnehmer und der Dienstleistungsfreiheit mit vorübergehender Entsendung von Arbeitskräften im Sinne des Artikels 1 der Richtlinie 96/71/EG gelten Artikel 45 und Artikel 56 Absatz 1 AEUV zwischen Kroatien einerseits und den derzeitigen Mitgliedstaaten andererseits in vollem Umfang nur vorbehaltlich der Übergangsbestimmungen der Nummern 2 bis 13.

2. Abweichend von den Artikeln 1 bis 6 der Verordnung (EU) Nr. 492/2011 und bis zum Ende eines Zeitraums von zwei Jahren nach dem Tag des Beitritts werden die derzeitigen Mitgliedstaaten nationale oder sich aus bilateralen Abkommen ergebende Maßnahmen anwenden, um den Zugang kroatischer Staatsangehöriger zu ihren Arbeitsmärkten zu regeln. Die derzeitigen Mitgliedstaaten können solche Maßnahmen bis zum Ende eines Zeitraums von fünf Jahren nach dem Tag des Beitritts weiter anwenden.

Kroatische Staatsangehörige, die am Tag des Beitritts rechtmäßig in einem derzeitigen Mitgliedstaat arbeiten und für einen ununterbrochenen Zeitraum von 12 Monaten oder länger zum Arbeitsmarkt dieses Mitgliedstaats zugelassen waren, haben Zugang zum Arbeitsmarkt dieses Mitgliedstaats, aber





nicht zum Arbeitsmarkt anderer Mitgliedstaaten, die nationale Maßnahmen anwenden.

Kroatische Staatsangehörige, die nach dem Beitritt für einen ununterbrochenen Zeitraum von 12 Monaten oder länger zum Arbeitsmarkt eines derzeitigen Mitgliedstaats zugelassen waren, genießen dieselben Rechte.

Die in den Unterabsätzen 2 und 3 genannten kroatischen Staatsangehörigen verlieren die in diesen Unterabsätzen genannten Rechte, wenn sie den Arbeitsmarkt des derzeitigen Mitgliedstaats freiwillig verlassen.

Kroatischen Staatsangehörigen, die am Tag des Beitritts oder während eines Zeitraums, in dem nationale Maßnahmen angewandt werden, rechtmäßig in einem derzeitigen Mitgliedstaat arbeiten und weniger als 12 Monate zum Arbeitsmarkt dieses Mitgliedstaats zugelassen waren, werden die in den Unterabsätzen 2 und 3 genannten Rechte nicht gewährt.

...

12. Um tatsächlichen oder drohenden schwerwiegenden Störungen in bestimmten empfindlichen Dienstleistungssektoren auf den Arbeitsmärkten Deutschlands und Österreichs zu begegnen, die sich in bestimmten Gebieten aus der länderübergreifenden Erbringung von Dienstleistungen im Sinne des Artikels 1 der Richtlinie 96/71/EG ergeben könnten, können Deutschland und Österreich, solange sie aufgrund der vorstehend festgelegten Übergangsbestimmungen nationale Maßnahmen oder Maßnahmen aufgrund von bilateralen Vereinbarungen über die Freizügigkeit kroatischer Arbeitnehmer anwenden, nach Unterrichtung der Kommission von Artikel 56 Absatz 1 AEUV abweichen, um im Bereich der Erbringung von Dienstleistungen durch in Kroatien niedergelassene Unternehmen die vorübergehende grenzüberschreitende Beschäftigung von Arbeitnehmern einzuschränken, deren Recht, in Deutschland oder Österreich eine Arbeit aufzunehmen, nationalen Maßnahmen unterliegt.

Folgende Dienstleistungssektoren können von dieser abweichenden Regelung betroffen sein:

...

- in Österreich;

Sektor NACE-Code (*), sofern nicht anders angegeben

...

Baugewerbe, einschließlich 45.1 bis 4; im Anhang der Richtlinie
verwandte Wirtschaftszweige 96/71/EG aufgeführte Tätigkeiten

...





(*) NACE; siehe 31990 R 3037: Verordnung (EWG) Nr. 3037/90 des Rates vom 9. Oktober 1990 betreffend die statistische Systematik der Wirtschaftszweige in der Europäischen Gemeinschaft (ABl. L 293 vom 24. 10. 1990, S. 1)

...

Die Anwendung dieser Nummer darf nicht zu Bedingungen für die vorübergehende Freizügigkeit von Arbeitnehmern im Rahmen der länderübergreifenden Erbringung von Dienstleistungen zwischen Deutschland bzw. Österreich und Kroatien führen, die restriktiver sind als die zum Zeitpunkt der Unterzeichnung des Beitrittsvertrags geltenden Bedingungen.“

NACE-Code 45.1 bis 4 lauten:

„- 45	Baugewerbe
45.1	Vorbereitende Baustellenarbeiten
45.11	Abbruch-, Spreng- und Enttrümmerungsgewerbe, Erdbewegungsarbeiten
45.12	Brunnenbau, Tiefbohrung, Aufschließung und Schachtbau (ohne Erdöl- und Erdgasbohrung)
45.2	Hoch- und Tiefbau
45.21	Hochbau, Brücken- und Tunnelbau u. ä.
45.22	Dachdeckerei und Zimmerei
45.23	Straßenbau
45.24	Wasserbau
45.25	Spezialbau und sonstiger Tiefbau
45.3	Sonstiges Baugewerbe
45.31	Elektroinstallation
45.32	Abdichtung und Dämmung
45.33	Klempnerei, Gas- und Wasserinstallation
45.34	Sonstige Bauinstallation
45.4	Sonstiges Baugewerbe
45.41	Stukkateurgewerbe, Gipserei und Verputzerei
45.42	Bautischlerei
45.43	Tapetenkleberei, Fußboden-, Fliesen- und Plattenlegerei
45.44	Maler- und Glasergewerbe





45.45 Baugewerbe a. n. g.“

7 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 (in der Folge: 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.

...

(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) Unternehmen mit Sitz in einem Nichtmitgliedstaat darf keine günstigere Behandlung zuteil werden als Unternehmen mit Sitz in einem Mitgliedstaat.

...





ANHANG

Die in Artikel 3 Absatz 1 zweiter Gedankenstrich genannten Tätigkeiten umfassen alle Bauarbeiten, die der Errichtung, der Instandsetzung, der Instandhaltung, dem Umbau oder dem Abriß von Bauwerken dienen, insbesondere

1. Aushub
2. Erdarbeiten
3. Bauarbeiten im engeren Sinn
4. Errichtung und Abbau von Fertigbauelementen
5. Einrichtung und Ausstattung
6. Umbau
7. Renovierung
8. Reparatur
9. Abbauarbeiten
10. Abbrucharbeiten
11. Wartung
12. Instandhaltung (Maler- und Reinigungsarbeiten)
13. Sanierung.“

8 C.) Die im vorliegenden Fall anzuwendenden nationalen Vorschriften lauten:

9 § 18 Ausländerbeschäftigungsgesetz, BGBl. Nr. 218/1975, zuletzt geändert durch BGBl I Nr. 72/2013 (AuslBG):

„Betriebsentsandte Ausländer

Voraussetzungen für die Beschäftigung; Entsendebewilligung

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

...

(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.

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.“

§ 32a AuslBG lautet auszugsweise:

„Übergangsbestimmungen zur EU-Erweiterung

(1) Staatsangehörige der Mitgliedstaaten der Europäischen Union, die am 1. Jänner 2007 aufgrund des Vertrages über den Beitritt der Republik Bulgarien und Rumäniens zur Europäischen Union (Beitrittsvertrag von Luxemburg), Amtsblatt der Europäischen Union Nr. L 157 vom 21. Juni 2005, Seite 11, der Europäischen Union beigetreten sind, genießen keine Arbeitnehmerfreizügigkeit im Sinne des § 1 Abs. 2 lit. I, es sei denn, sie sind Angehörige eines gemeinschaftsrechtlich aufenthaltsberechtigten Staatsangehörigen eines anderen EWR-Mitgliedstaates gemäß § 52 Abs. 1 Z 1 bis 3 NAG.

...

(11) Aufgrund des Vertrages über den Beitritt der Republik Kroatien zur Europäischen Union, ABL. Nr. L 112 vom 24.04.2012 S. 10, gelten die Abs. 1 bis 9 ab dem EU-Beitritt Kroatiens sinngemäß für Staatsangehörige der Republik Kroatien und für Arbeitgeber mit Betriebssitz in der Republik Kroatien.“



D.) Zur Vorlageberechtigung:

- 10 Der Verwaltungsgerichtshof ist ein Gericht im Sinne des Art. 267 AEUV, dessen Entscheidungen selbst nicht mehr mit Rechtsmitteln des innerstaatlichen Rechtes angefochten werden können. Der Verwaltungsgerichtshof vertritt die Auffassung, dass sich bei der Entscheidung über die von ihm zu beurteilende „Überlassung und Entsendung“ die im gegenständlichen Ersuchen um Vorabentscheidung angeführten und im Folgenden näher erörterten Fragen der Auslegung des Unionsrechts stellen.

E) Erläuterung des Vorlagebeschlusses:

11 E.1.) Allgemeiner Teil:

- 12 Der Europäische Gerichtshof hat im Urteil vom 10. Februar 2011 Vicoplus u. a., C 307/09 bis C 309/09 (in der Folge: Vicoplus), in Bezug auf Maßnahmen, die das Königreich der Niederlande hinsichtlich polnischer Arbeitnehmer getroffen hatte, entschieden, dass die Art. 56 AEUV und 57 AEUV nicht verbieten, dass ein Mitgliedstaat während der in Kapitel 2 Nr. 2 des Anhangs XII der Akte über die Bedingungen des Beitritts der Tschechischen Republik, der Republik Estland, der Republik Zypern, der Republik Lettland, der Republik Litauen, der Republik Ungarn, der Republik Malta, der Republik Polen, der Republik Slowenien und der Slowakischen Republik und die Anpassungen der die Europäische Union begründenden Verträge vorgesehenen Übergangszeit die Entsendung von polnischen Arbeitnehmern im Sinne des Art. 1 Abs. 3 Buchst. c der Entsenderichtlinie von der Einholung einer Beschäftigungserlaubnis abhängig macht (Rn. 41).

- 13 Der Gerichtshof hat dies im Wesentlichen damit begründet, es wäre, wie der Generalanwalt in seinen Schlussanträgen ausgeführt hat, „gekünstelt, bei einem Zustrom von Arbeitnehmern zum Arbeitsmarkt eines Mitgliedstaats danach zu unterscheiden, ob sie im Zuge der Überlassung von Arbeitnehmern oder unmittelbar und eigenverantwortlich in den Markt eintreten, da diese potenziell beträchtliche Zuwanderung in beiden Fällen zu Störungen auf diesem Arbeitsmarkt führen kann. Würde die Überlassung von Arbeitnehmern vom Anwendungsbereich des Kapitels 2 Nr. 2 des Anhangs XII der Beitrittsakte



von 2003 ausgeschlossen, bestünde daher die Gefahr, dass dieser Vorschrift ein Großteil ihrer praktischen Wirksamkeit genommen würde“ (Rn. 35).

- 14 Diese Beurteilung hat der Europäische Gerichtshof in seinem Urteil vom 18. Juni 2015, *Martin Meat kft*, C-586/13 (in der Folge: *Martin Meat*), auch mit Bezug auf die Frage der Zulässigkeit von Beschränkungen der Entsendung von ungarischen Arbeitskräften nach Österreich während der Übergangszeit im Hinblick auf die Übereinstimmung der anzuwendenden Bestimmungen der Übergangsvorschriften in den entsprechenden Anhängen der Beitrittsakte Polen und Ungarn vertreten (Rn. 26).
- 15 Der Gerichtshof hat im angeführten Urteil *Martin Meat* weiters entschieden, dass Kapitel 1 Nrn. 2 und 13 des Anhangs X der Beitrittsakte Ungarn von 2003 dahin auszulegen ist, dass die Republik Österreich nach Kapitel 1 Nr. 2 dieses Anhangs berechtigt ist, die Arbeitskräfteüberlassung in ihrem Hoheitsgebiet einzuschränken, auch wenn diese Überlassung keinen empfindlichen Sektor im Sinne von Kapitel 1 Nr. 13 dieses Anhangs betreffen sollte (Rn. 30).
- 16 Die Entsendung von Arbeitnehmern im Sinne des Art. 1 Abs. 3 Buchst. c der Entsenderichtlinie ist eine gegen Entgelt erbrachte Dienstleistung, bei der der entsandte Arbeitnehmer im Dienst des die Dienstleistung erbringenden Unternehmens bleibt, ohne dass ein Arbeitsvertrag mit dem verwendenden Unternehmen geschlossen würde. Ihr wesentliches Merkmal besteht darin, dass der Wechsel des Arbeitnehmers in den Aufnahmemitgliedstaat der eigentliche Gegenstand der Dienstleistung des erbringenden Unternehmens ist und dass der Arbeitnehmer seine Aufgaben unter der Aufsicht und Leitung des verwendenden Unternehmens wahrnimmt (Rn. 27, 51 des Urteils *Vicoplus*; vgl. auch das Urteil vom 17. Dezember 1981, *Webb*, 279/80).
- 17 In seinem Urteil vom 11. September 2014, *Essent Energie Productie BV*, C-91/13 (in der Folge: *Essent*), hat der Europäische Gerichtshof diese Aussage bekräftigt und ausgeführt, dass auch die Tatsache, dass *Essent* in diesem Fall nicht der unmittelbare Empfänger der Dienstleistung der Entleihe von Arbeitskräften ist, nicht zur Folge haben könne, dass dem Unternehmen die Möglichkeit genommen werde, sich auf die Art. 56 AEUV und 57 AEUV zu



berufen, um gegen es verhängte Sanktionen anzufechten. Der Umstand, dass die Überlassung von Arbeitskräften drittstaatsangehörige Arbeitnehmer betreffe, sei hinsichtlich Art. 56 AEUV und Art. 57 AEUV bedeutungslos (Rn. 39f).

- 18 Art. 56 AEUV verlange nicht nur die Beseitigung jeder Diskriminierung des in einem anderen Mitgliedstaat ansässigen Dienstleistenden aufgrund seiner Staatsangehörigkeit, sondern auch die Aufhebung aller Beschränkungen - selbst wenn sie unterschiedslos für inländische Dienstleistende wie für solche aus anderen Mitgliedstaaten gelten -, sofern sie geeignet sind, die Tätigkeiten des Dienstleistenden, der in einem anderen Mitgliedstaat ansässig ist und dort rechtmäßig ähnliche Dienstleistungen erbringt, zu unterbinden, zu behindern oder weniger attraktiv zu machen (Rn. 44, Hinweis auf die Urteile Kommission/Luxemburg, C 445/03, EU:C:2004:655, Rn. 20, und Kommission/Österreich, C 168/04, EU:C:2006:595, Rn. 36).
- 19 In einem nicht harmonisierten Bereich wie in jenem der Entsendung drittstaatsangehöriger Arbeitnehmer im Rahmen der Erbringung grenzüberschreitender Dienstleistungen könne eine nationale Regelung trotz ihrer den freien Dienstleistungsverkehr beschränkenden Wirkung gerechtfertigt sein, wenn sie auf einem zwingenden Grund des Allgemeininteresses beruht und dieses Interesse nicht schon durch Vorschriften geschützt wird, denen der Dienstleistende in dem Mitgliedstaat unterliegt, in dem er ansässig ist, und wenn sie geeignet ist, die Verwirklichung des mit ihr verfolgten Ziels zu gewährleisten, ohne über das hinauszugehen, was zu dessen Erreichung erforderlich ist (Rn. 48).
- 20 Der Europäische Gerichtshof führte sodann in Rn. 57 dieses Urteils aus:
„Würde ein Dienstleistungsunternehmen insoweit verpflichtet, den niederländischen Behörden Angaben zu machen, aus denen hervorgeht, dass die betreffenden Arbeitnehmer in dem Mitgliedstaat, in dem sie von diesem Unternehmen beschäftigt werden, legalen Status haben, insbesondere, was Aufenthalt, Beschäftigungserlaubnis und soziale Absicherung angeht, so böte dies den genannten Behörden auf weniger einschneidende und ebenso wirksame Art und Weise die Garantie, dass diese Arbeitnehmer legal beschäftigt werden und dass sie ihre Haupttätigkeit in dem Mitgliedstaat



ausüben, in dem das Dienstleistungsunternehmen ansässig ist, wie das im Ausgangsverfahren in Rede stehende Erfordernis einer Beschäftigungserlaubnis (vgl. Urteile Kommission/Luxemburg, EU:C:2004:655, Rn. 46, und Kommission/Deutschland, EU:C:2006:49, Rn. 41).“

- 21 Der Beitritt Kroatiens zur EU erfolgte mit Wirksamkeit vom 1. Juli 2013. Nach Anhang V, Liste nach Art. 18 der Beitrittsakte: Übergangsmaßnahmen, 2. Freizügigkeit, Z. 12 darf ua Österreich Maßnahmen anwenden, um im Bereich der Erbringung von Dienstleistungen durch in Kroatien niedergelassene Unternehmen die vorübergehende grenzüberschreitende Beschäftigung von Arbeitnehmern einzuschränken, deren Recht, in Österreich eine Arbeit aufzunehmen, nationalen Maßnahmen unterliegt. Dies gilt ua im Dienstleistungssektor Baugewerbe, einschließlich verwandte Wirtschaftszweige (NACE-Code 45.1 bis 4; im Anhang der Richtlinie 96/71/EG aufgeführte Tätigkeiten). Im Anhang der Richtlinie 96/71/EG sind alle Bauarbeiten umfasst, die der Errichtung, der Instandsetzung, der Instandhaltung, dem Umbau oder dem Abriss von Bauwerken dienen, insbesondere ua. Aushub, Erdarbeiten, Bauarbeiten im engeren Sinne, Errichtung und Abbau von Fertigbauelementen und die Einrichtung oder Ausstattung.
- 22 Österreich hat von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht und wendet solche Maßnahmen in vollem Umfang im gesamten Bundesgebiet zunächst bis zum 30. Juni 2018 an (vgl. Mitteilung der Ständigen Vertretung Österreichs bei der Europäischen Union an die Europäische Kommission vom 23. März 2015).
- 23 Aus Art. 56 und 57 AEUV, der Entsenderichtlinie und dem Urteil Essent (vor allem der Rz. 57) dürfte abzuleiten sein, dass die Entsendung eines Arbeitnehmers Beschränkungen unterworfen werden darf, wenn dieser seine Haupttätigkeit nicht in dem Mitgliedstaat ausübt, in dem das entsendende Unternehmen (hier die Erstrevisionswerberin) seinen Sitz hat.
- 24 Der Gerichtshof hat das Ziel der Vermeidung einer Störung des Arbeitsmarktes durch den Zustrom von Arbeitnehmern, die nicht zum allgemeinen Arbeitsmarkt des Aufnahmestaates zugelassen sind, im Zusammenhang mit der



grenzüberschreitenden Entsendung von Arbeitskräften, als einen zwingenden Grund des Allgemeininteresses anerkannt (vgl. Urteil vom 27. März 1990 in der Rs C-113/89, Rush Portuguesa, Slg. 1990, I-1417, Rn. 13). In den Urteilen vom 21. Oktober 2004, Kommission/Luxemburg, C-445/03, EU:C:2004:655, Rn. 46, vom 19. Jänner 2006, Kommission/Deutschland, C-244/04, EU:C:2006:49, Rn. 41, und dem Urteil Essent, Rn. 57, hat der Gerichtshof es als zulässige Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit anerkannt, wenn vom Staat der Erbringung der Dienstleistung Angaben verlangt werden für „die Garantie, dass diese Arbeitnehmer legal beschäftigt werden und dass sie ihre Haupttätigkeit in dem Mitgliedstaat ausüben, in dem das Dienstleistungsunternehmen ansässig ist“.

25 Dies stimmt im Wesentlichen mit den Bestimmungen des Art. 1 Abs. 3 lit. a und lit. c der Entsenderichtlinie überein, wo sowohl für eine Entsendung zur Erbringung einer Dienstleistung (lit. a), als auch durch ein Leiharbeitsunternehmen (lit. c) verlangt wird, dass „für die Dauer der Entsendung ein Arbeitsverhältnis zwischen dem entsendenden Unternehmen und dem Arbeitnehmer besteht“ (lit. a) bzw. „für die Dauer der Entsendung ein Arbeitsverhältnis zwischen dem Leiharbeitsunternehmen oder dem einen Arbeitnehmer zur Verfügung stellenden Unternehmen und dem Arbeitnehmer besteht“ (lit. c).

26 E.2.) Zu den Fragen:

27 Im vorliegenden Fall sollen alle Arbeitnehmer im Wege von Leiharbeitsverhältnissen für die Erstrevisionswerberin tätig werden. Insofern ist der vorliegende Fall mit den den Urteilen Vicoplus und Martin Meat (Tenor 1.) zugrunde liegenden Fällen vergleichbar. Er unterscheidet sich von diesen aber dadurch, dass die Überlassung der Arbeitskräfte durch den Beschäftigerbetrieb Kroatien und den Beschäftigerbetrieb Italien nicht grenzüberschreitend nach Österreich, sondern zur Erstrevisionswerberin mit Sitz in Italien erfolgt und die Arbeitnehmer ihre Tätigkeit in Österreich erst im Wege einer grenzüberschreitenden Entsendung durch die Erstrevisionswerberin ausüben sollen.



28 E.2.1.) Zur ersten Frage:

29 Im Fall der Arbeitskräfte I erfolgt die Überlassung der Arbeitskräfte zur
Erstrevisionswerberin grenzüberschreitend von Kroatien. Legt man die
Überlegungen des Gerichtshofes in den Urteilen Vicoplus und Martin Meat auf
die Arbeitskräfte I zu Grunde, so dürfte sich mit Bezug auf diese eine
Beurteilung wie in diesen Fällen ergeben: Die Regelungen Nr. 2 und 12 des
Kapitels 2. Freizügigkeit des Anhangs V der Beitrittsakte Kroatien entsprechen
den in diesen Urteilen angeführten Regelungen der Beitrittsakte Polen und
Ungarn.

30 Auch hier könnte die Überlegung des Gerichtshofes in der Rn. 35 des Urteils
Vicoplus zutreffen, die der Gerichtshof im Urteil Martin Meat (Rn. 28)
aufrechterhalten hat, wonach nicht danach unterschieden werden soll, ob die
Arbeitskräfte im Zuge der Überlassung von Arbeitnehmern oder unmittelbar
und eigenverantwortlich in den Markt eintreten, da diese potenziell
beträchtliche Zuwanderung in beiden Fällen zu Störungen auf diesem
Arbeitsmarkt führen kann und der Übergangsvorschrift ein Großteil ihrer
praktischen Wirksamkeit genommen würde. Fraglich ist aber, ob es einen
Unterschied macht, dass die Arbeitskräfte nicht von Kroatien nach Österreich,
sondern im Wege einer in Italien situierten Gesellschaft überlassen werden.

31 Im Lichte des Urteils Martin Meat (Rn. 30) dürfte es bei dieser
Betrachtungsweise keinen Unterschied machen, ob die Arbeitskräfte in einem
nach Nr. 12 des Kapitels 2. Freizügigkeit des genannten Anhangs V
empfindlichen Sektor des Arbeitsmarktes tätig werden oder nicht. Der
Verwaltungsgerichtshof weist aber darauf hin, dass es um die Errichtung eines
Drahtwalzwerkes, somit ohnehin um eine von Nr. 12 des Kapitels
2. Freizügigkeit des genannten Anhangs V erfasste Bautätigkeit geht.

32 Anders als die Urteile Vicoplus und Martin Meat hatte das Urteil Essent nicht
den Fall der Entsendung von überlassenen Arbeitskräften nach
Übergangsvorschriften betreffend die schrittweise Herstellung der
Freizügigkeit der Arbeitnehmer von neuen Mitgliedstaaten zum Gegenstand.



33 Legt man der Beurteilung das Urteil des Gerichtshofes im Falle Essent, das vor dem Urteil Martin Meat ergangen ist, zu Grunde, so könnte für die Zulässigkeit der Beschränkungen der Entsendung der Arbeitskräfte I maßgeblich sein, ob diese Arbeitnehmer im Sinne der Rn. 57 dieses Urteils (in Italien) legal beschäftigt werden und ob sie ihre Haupttätigkeit in Italien ausüben, wo das Dienstleistungsunternehmen, nämlich die Erstrevisionswerberin ansässig ist. Diese Voraussetzung ist hinsichtlich der Arbeitnehmer I aber nicht erfüllt, weil sie ihre Haupttätigkeit als Arbeitnehmer des Beschäftigerbetriebes Kroatien in Kroatien ausüben und in Italien kein Dienstverhältnis besteht.

34 E.2.2.) Zur zweiten Frage:

35 Die Arbeitnehmer II sind ein russischer und ein weißrussischer Staatsangehöriger, sie sind jeweils in einem Dienstverhältnis zum Beschäftigerbetrieb Italien. Diese Arbeitskräfte sind zwar im Sinne der Rn. 57 des Urteils Essent in Italien legal beschäftigt und üben ihre Haupttätigkeit in Italien aus, wo das entsendende Unternehmen (die Erstrevisionswerberin) ansässig ist. Sie erfüllen jedoch nicht die Voraussetzung des Art. 1 Abs. 3 lit. a der Entsenderichtlinie, die für eine Entsendung zur Erbringung einer Dienstleistung verlangt, dass „für die Dauer der Entsendung ein Arbeitsverhältnis zwischen dem entsendenden Unternehmen und dem Arbeitnehmer besteht“. Auch diese Arbeitnehmer II werden von der Erstrevisionswerberin allein für den Zweck der Errichtung eines Drahtwalzwerkes in Österreich verwendet. Es ist daher zweifelhaft, ob die Zulassung ihrer Entsendung ohne die sonst für russische und weißrussische Arbeitnehmer erforderliche Bewilligung nach dem AuslBG im Lichte der Art. 56 und 57 AEUV und der Entsenderichtlinie geboten ist. Anders als im Falle Vander Elst (Urteil des EuGH vom 9. August 1994, C-43/93) sind die Arbeitskräfte nicht beim Entsendebetrieb (hier die Erstrevisionswerberin), sondern bei einer anderen Gesellschaft beschäftigt.

E.) Da die richtige Anwendung des Unionsrechts nicht als derart offenkundig erscheint, dass für einen vernünftigen Zweifel kein Raum bleibt (vgl. hierzu das Urteil des EuGH vom 6. Oktober 1982 in der Rechtssache C283/81, Srl C.I.L.F.I.T. und andere, Slg. 1982, 3415), werden die eingangs formulierten





Verwaltungsgerichtshof

EU 2016/0009 bis 0014-1
(Ra 2016/09/0082 bis 0087)
13. Dezember 2016

17 von 17

Vorlagefragen gemäß Art. 267 AEUV mit dem Ersuchen um
Vorabentscheidung vorgelegt.

W i e n , am 13. Dezember 2016

