



IM NAMEN DER REPUBLIK!

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Rosenmayr, den Senatspräsident Dr. Bachler und die Hofräte Dr. Doblinger, Dr. Hofbauer und Mag. Feiel als Richter, unter Mitwirkung der Schriftführerin Mag. Schachner, über die außerordentlichen Revisionen der revisionswerbenden Parteien 1. D & C. S.p.A. Vertreter G B in , 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 und 6) Zl. G309 2123486-1/4E, jeweils betreffend Entsendung gemäß § 18 Abs. 12 Ausländerbeschäftigungsgesetz (belangte Behörde vor dem Verwaltungsgericht: Regionale Geschäftsstelle Leoben des Arbeitsmarktservice), zu Recht erkannt:

Die angefochtenen Erkenntnisse werden wegen Rechtswidrigkeit ihres Inhaltes aufgehoben.

Der Bund hat der Erstrevisionswerberin Aufwendungen in der Höhe von sechs mal €1.346,40, gesamt €8.078,40, binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Entscheidungsgründe:

- 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. Im Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht (BVwG) und in der Revision wurde der übernommene Auftrag von den Revisionswerbern mit „Planung, Errichtung, Montage und Inbetriebnahme eines Drahtwalzwerkes in S“ umschrieben, die Erstrevisionswerberin habe den Auftrag, „die zu errichtende Anlage schlüsselfertig zu übergeben.“



- 2 Die Erstrevisionswerberin 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 Zweit-, Viert-, Fünft- und Siebentrevisionswerber sind kroatische Staatsangehörige. Sie sind Arbeitnehmer des Beschäftigerbetriebes Kroatien und in Kroatien sozialversichert (in der Folge: Arbeitskräfte I). Der Drittrevisionswerber ist russischer, der Sechstrevisionswerber ist weißrussischer Staatsangehöriger. Sie sind Arbeitnehmer des Beschäftigerbetriebes Italien und in Italien sozialversichert (in der Folge: Arbeitskräfte II).
- 3 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.
- 4 Die regionale Geschäftsstelle des Arbeitsmarktservice Leoben lehnte die Anträge auf Bestätigung der EU-Entsendung gemäß § 18 Abs. 12 AuslBG ab und untersagte die Entsendung.
- 5 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 (im Folgenden: Richtlinie 96/71) 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 Beschäftigerbetrieb Italien an die Erstrevisionswerberin nicht vor, weil die entsandten Arbeitskräfte in beiden Fällen Dienstnehmer des Beschäftigerbetriebes Kroatien bzw. des Beschäftigerbetriebes Italien blieben und weiterhin als solche sozialversichert und nicht bei der Erstrevisionswerberin ordnungsgemäß beschäftigt seien.

- 6 Dagegen richten sich die vorliegenden Revisionen, in denen zur Zulässigkeit „fehlende Rechtsprechung“ des Verwaltungsgerichtshofes „zur Definition der Begriffe ‚ordnungsgemäße Beschäftigung‘ und ‚rechtmäßige Beschäftigung‘ nach § 18 Abs. 12 AuslBG“ sowie „fehlende Rechtsprechung zum Verhältnis des § 7b Abs. 1 AVRAG zu § 18 AuslBG iVm § 32a AuslBG“ vor dem Hintergrund des Art. 1 Abs. 3 lit a der Entsenderichtlinie geltend gemacht wird.
- 7 Mit diesem Vorbringen zeigen die Revisionen das Vorliegen einer Rechtsfrage im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG auf.
- 8 Der Verwaltungsgerichtshof hat nach Verbindung der Revisionen aufgrund ihres persönlichen und sachlichen Zusammenhanges zur gemeinsamen Beratung und Entscheidung erwogen:
- 9 Ausgehend von der Beschreibung des übernommenen Auftrages durch die Revisionswerber (wiedergegeben in Rn 1) ging der Verwaltungsgerichtshof vorläufig davon aus, dass in der Errichtung eines vollständigen Drahtwalzwerkes auch Bauarbeiten im Sinne des Anhangs der Richtlinie 96/71 iVm der 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. 1990, L 293, S. 1)] - Codes 45.1 bis 45.4 enthalten seien und die Erstrevisionswerberin dadurch eine Dienstleistung im Sinne der Art. 56 und 57 AEUV iVm der 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: Akte über den Beitritt Kroatiens)
Anhang V Kapitel 2 Nrn. 2 und 12 erbringe.

10 Der Verwaltungsgerichtshof legte dem EuGH zwei Fragen zur Auslegung der
Art. 56 und 57 AEUV, des Anhangs V Kapitel 2 Nrn. 2 und 12 der Akte über
den Beitritt Kroatiens sowie der Richtlinie 96/71 vor.

11 Diese lauteten:

- „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?“



12 Im Urteil vom 14. November 2018, C-18/17, *Danieli & C. Officine Meccaniche SpA* (das ist die Erstrevisionswerberin), führte der EuGH zur ersten Frage Folgendes aus:

- „19 Mit seiner ersten Frage möchte das vorlegende Gericht im Wesentlichen wissen, ob die Art. 56 und 57 AEUV, Anhang V Kapitel 2 Nrn. 2 und 12 der Akte über den Beitritt Kroatiens und die Richtlinie 96/71 dahin auszulegen sind, dass die Republik Österreich berechtigt ist, die Entsendung von kroatischen Arbeitnehmern, die bei einem Unternehmen mit Sitz in Kroatien beschäftigt sind, durch das Erfordernis einer Beschäftigungsbewilligung einzuschränken, wenn die Entsendung dieser Arbeitnehmer im Wege ihrer Überlassung an ein in Italien ansässiges Unternehmen zum Zweck der Erbringung einer Dienstleistung durch dieses italienische Unternehmen in Österreich erfolgt und es an einem Arbeitsverhältnis zwischen diesen Arbeitnehmern und dem letztgenannten Unternehmen fehlt.
- 20 Dieser ersten Frage liegt der Sachverhalt zugrunde, dass *Danieli*, ein italienisches Unternehmen, bei der zuständigen regionalen Geschäftsstelle des Arbeitsmarktservice die Bestätigung der Entsendung ohne Beschäftigungsbewilligung für vier ihr von einem kroatischen Unternehmen überlassene kroatische Arbeitnehmer beantragte, die sie beim Bau eines Drahtwalzwerks in Österreich einsetzen möchte. Ihr Antrag wurde mit der Begründung abgelehnt, dass diese Arbeitnehmer eine Beschäftigungsbewilligung benötigten.
- 21 Die Frage, die sich stellt, ist, ob das Unionsrecht dem Erfordernis einer solchen Beschäftigungsbewilligung entgegensteht.
- 22 Insoweit ist festzustellen, dass ein Unternehmen wie *Danieli*, das in einem Mitgliedstaat, hier der Italienischen Republik, ansässig ist und den Auftrag hat, gegen Entgelt ein Drahtwalzwerk für ein in einem anderen Mitgliedstaat, nämlich der Republik Österreich, ansässiges Unternehmen zu bauen, eine Dienstleistung im Sinne der Art. 56 und 57 AEUV erbringt.
- 23 Anhang V Kapitel 2 Nr. 1 der Akte über den Beitritt Kroatiens bestimmt aber, dass ‚[h]insichtlich der Freizügigkeit der Arbeitnehmer und der Dienstleistungsfreiheit mit vorübergehender Entsendung von Arbeitskräften im Sinne des Artikels 1 der Richtlinie [96/71] ... 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 [gelten]‘.





- 24 Um festzustellen, ob die genannten Übergangsbestimmungen gegebenenfalls Anwendung finden, ist zu prüfen, ob die Dienstleistung, die Danieli erbringt, insoweit, als sie den vorübergehenden Rückgriff auf kroatische Arbeitnehmer umfasst, die diesem Unternehmen von einem kroatischen Unternehmen überlassen wurden, entsprechend Anhang V Kapitel 2 Nr. 1 der Akte über den Beitritt Kroatiens eine Dienstleistung mit vorübergehender Entsendung von Arbeitskräften im Sinne des Art. 1 der Richtlinie 96/71 zwischen der Republik Kroatien einerseits und einem anderen Mitgliedstaat andererseits darstellt.
- 25 Nach ihrem Art. 1 Abs. 3 Buchst. c findet die Richtlinie 96/71 Anwendung, wenn ein Unternehmen mit Sitz in einem Mitgliedstaat im Rahmen der länderübergreifenden Erbringung von Dienstleistungen als Leiharbeitsunternehmen oder als einen Arbeitnehmer zur Verfügung stellendes Unternehmen einen Arbeitnehmer in ein verwendendes Unternehmen entsendet, das entweder seinen Sitz im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats hat oder dort seine Tätigkeit ausübt, sofern für die Dauer der Entsendung ein Arbeitsverhältnis zwischen dem überlassenden Unternehmen und dem besagten Arbeitnehmer besteht.
- 26 Art. 1 Abs. 3 Buchst. c der Richtlinie 96/71 kann somit u. a. auf einen Vorgang wie den von Danieli im Ausgangsverfahren beabsichtigten Anwendung finden, bei dem ein Unternehmen mit Sitz in einem Mitgliedstaat zur Erfüllung eines mit einem Unternehmen in einem anderen Mitgliedstaat geschlossenen Dienstleistungsvertrags Arbeitnehmer, die ihm von einem Unternehmen mit Sitz in einem dritten Mitgliedstaat überlassen wurden, entsendet, sofern dieser Vorgang die Voraussetzungen erfüllt, die in dieser Bestimmung vorgesehen sind.
- 27 Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs liegt eine Entsendung von Arbeitnehmern durch ihre Überlassung im Sinne des Art. 1 Abs. 3 Buchst. c der Richtlinie 96/71 vor, wenn drei Voraussetzungen erfüllt sind. Erstens muss es sich bei der Überlassung von Arbeitskräften um eine gegen Entgelt erbrachte Dienstleistung handeln, bei der der Arbeitnehmer im Dienst des die Dienstleistung erbringenden Unternehmens bleibt, ohne dass ein Arbeitsvertrag mit dem verwendenden Unternehmen geschlossen wird. Zweitens muss das wesentliche Merkmal dieser Überlassung darin bestehen, dass der Wechsel des Arbeitnehmers in den Aufnahmemitgliedstaat der eigentliche Gegenstand der Dienstleistung des erbringenden Unternehmens ist. Drittens muss der Arbeitnehmer im Rahmen einer solchen Überlassung seine Aufgaben unter der Aufsicht und Leitung des verwendenden Unternehmens wahrnehmen (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 18. Juni 2015, *Martin Meat*, C-586/13, EU:C:2015:405, Rn. 33 und die dort angeführte Rechtsprechung).



- 28 Konkret ist bei der Feststellung, ob der eigentliche Gegenstand der Dienstleistung die Entsendung des Arbeitnehmers in den Aufnahmemitgliedstaat ist, insbesondere jeder Anhaltspunkt dafür zu berücksichtigen, dass der Dienstleistungserbringer nicht die Folgen einer nicht vertragsgemäßen Ausführung der vertraglich festgelegten Leistung trägt (Urteil vom 18. Juni 2015, *Martin Meat*, C-586/13, EU:C:2015:405, Rn. 35).
- 29 Diese Voraussetzungen sind, wie vom Generalanwalt in den Nrn. 46 bis 49 seiner Schlussanträge festgestellt, bei dem im Ausgangsverfahren beabsichtigten Vorgang, wie er oben in Rn. 26 beschrieben worden ist, erfüllt.
- 30 Erstens ergibt sich aus der dem Gerichtshof vorliegenden Akte, dass die betreffenden kroatischen Arbeitnehmer durch ein Arbeitsverhältnis an das kroatische Unternehmen, das sie gegen Entgelt an Danieli entsandte, gebunden bleiben sollten, ohne dass ein Arbeitsvertrag mit diesem italienischen Unternehmen geschlossen würde.
- 31 Zweitens ergibt sich aus der genannten Akte auch, dass der eigentliche Gegenstand der Dienstleistung, die zwischen dem kroatischen Unternehmen und Danieli vereinbart wurde, in der Vornahme der Entsendung dieser kroatischen Arbeitnehmer nach Österreich zur Erfüllung des mit dem österreichischen Unternehmen geschlossenen Vertrags über den Bau des Drahtwalzwerks, für die allein Danieli verantwortlich blieb, bestand.
- 32 Drittens steht fest, dass die Danieli von dem kroatischen Unternehmen überlassenen kroatischen Arbeitnehmer während ihrer Entsendung nach Österreich ihre Aufgaben unter der Aufsicht und Leitung des verwendenden Unternehmens, d. h. Danieli, wahrnehmen mussten.
- 33 Daraus folgt, dass der im Ausgangsverfahren beabsichtigte Vorgang insoweit, als er den vorübergehenden Ortswechsel der Danieli von einem kroatischen Unternehmen überlassenen kroatischen Arbeitnehmer mit sich bringt, die Erbringung einer Dienstleistung mit vorübergehender Entsendung von Arbeitskräften im Sinne des Art. 1 Abs. 3 Buchst. c der Richtlinie 96/71 zwischen der Republik Kroatien einerseits und einem Mitgliedstaat andererseits entsprechend Anhang V Kapitel 2 Nr. 1 der Akte über den Beitritt Kroatiens darstellt.
- 34 Diese Überlassung von Arbeitskräften fällt aber auch in den Anwendungsbereich von Anhang V Kapitel 2 Nr. 2 der Akte über den Beitritt Kroatiens, wo es heißt, dass abweichend von den Art. 1 bis 6 der Verordnung Nr. 492/2011 und bis zum Ende eines Zeitraums von zwei Jahren nach dem Tag des Beitritts die derzeitigen Mitgliedstaaten nationale oder sich aus bilateralen Abkommen ergebende Maßnahmen



anwenden werden, um den Zugang kroatischer Staatsangehöriger zu ihren Arbeitsmärkten zu regeln. Würde die Überlassung von Arbeitnehmern vom Anwendungsbereich des Anhangs V Kapitel 2 Nr. 2 der Akte über den Beitritt Kroatiens ausgeschlossen, bestünde nämlich die Gefahr, dass dieser Vorschrift ein Großteil ihrer praktischen Wirksamkeit genommen würde (vgl. entsprechend Urteil vom 10. Februar 2011, Vicoplus u. a., C-307/09 bis C-309/09, EU:C:2011:64, Rn. 35).

- 35 Dagegen wird die besagte Arbeitnehmerüberlassung nicht von Anhang V Kapitel 2 Nr. 12 der Akte über den Beitritt Kroatiens erfasst, wenn sich, wie von Danieli und der Kommission vorgetragen, erweist, dass der Bau des im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Drahtwalzwerks nur Arbeitsgänge der Montage, der Installation und der Inbetriebnahme einer Industrieanlage in einer bestehenden Struktur umfasst, was vom vorlegenden Gericht zu prüfen ist. Solche Arbeitsgänge gehören nämlich nicht zu denjenigen, die, was die Republik Österreich betrifft, von den Ausnahmen gedeckt sind, die für die Sektoren ‚Baugewerbe, einschließlich verwandte Wirtschaftszweige‘ gelten und durch die NACE-Codes 45.1 bis 45.4 identifiziert werden.
- 36 Festzustellen ist hier, dass eine Regelung eines Mitgliedstaats, die während der in Anhang V Kapitel 2 Nr. 2 der Akte über den Beitritt Kroatiens vorgesehenen Übergangszeit die Entsendung kroatischer Staatsangehöriger im Sinne des Art. 1 Abs. 3 Buchst. c der Richtlinie 96/71 in das Hoheitsgebiet dieses Mitgliedstaats weiterhin von der Einholung einer Beschäftigungsbewilligung abhängig macht, als Maßnahme, die im Sinne des Anhangs V Kapitel 2 Nr. 2 der Akte über den Beitritt Kroatiens den Zugang kroatischer Staatsangehöriger zum Arbeitsmarkt des besagten Mitgliedstaats regelt, mit den Art. 56 und 57 AEUV vereinbar ist (vgl. entsprechend Urteil vom 10. Februar 2011, Vicoplus u. a., C-307/09 bis C-309/09, EU:C:2011:64, Rn. 32 und 33).
- 37 Die in der vorstehenden Randnummer angeführten Voraussetzungen sind aber bei der im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Regelung sämtlich erfüllt.“

13 Zur zweiten Frage führte der EuGH aus:

„39 Mit seiner zweiten Frage möchte das vorlegende Gericht im Wesentlichen wissen, ob die Art. 56 und 57 AEUV dahin auszulegen sind, dass ein Mitgliedstaat berechtigt ist, zu verlangen, dass Drittstaatsangehörige, die einem in einem anderen Mitgliedstaat ansässigen Unternehmen von einem anderen, ebenfalls in diesem anderen Mitgliedstaat ansässigen Unternehmen zum Zweck der Erbringung einer Dienstleistung im erstgenannten Mitgliedstaat überlassen werden, über eine Beschäftigungsbewilligung verfügen.



- 40 Nach gefestigter Rechtsprechung des Gerichtshofs stellt die Tätigkeit, die darin besteht, dass ein Unternehmen Arbeitnehmer, die in seinem Dienst bleiben, entgeltlich zur Verfügung stellt, ohne dass ein Arbeitsvertrag mit dem verwendenden Unternehmen geschlossen wird, eine Berufstätigkeit dar, die die in Art. 57 Abs. 1 AEUV niedergelegten Voraussetzungen erfüllt und daher als Dienstleistung im Sinne dieser Bestimmung anzusehen ist (Urteil vom 11. September 2014, Essent Energie Productie, C-91/13, EU:C:2014:2206, Rn. 37).
- 41 Was den Ausgangsrechtsstreit betrifft, wird die Dienstleistung der Überlassung von Arbeitnehmern von einem in Italien ansässigen Unternehmen gegenüber einem im selben Mitgliedstaat ansässigen verwendenden Unternehmen erbracht, das diese Arbeitskräfte jedoch nur in Österreich zur Erbringung seiner Dienstleistung verwendet.
- 42 Da Art. 56 AEUV immer dann Anwendung finden muss, wenn ein Leistungserbringer Dienstleistungen in einem anderen Mitgliedstaat als demjenigen anbietet, in dem er niedergelassen ist, und zwar unabhängig vom Niederlassungsort der Empfänger dieser Dienstleistungen (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 26. Februar 1991, Kommission/Frankreich, C-154/89, EU:C:1991:76, Rn. 10), ist festzustellen, dass eine solche Dienstleistung der Überlassung von Arbeitnehmern zwischen zwei in demselben Mitgliedstaat ansässigen Unternehmen, wenn sie in einem anderen Mitgliedstaat als demjenigen erbracht wird, in dem das verwendende Unternehmen ansässig ist, in den Anwendungsbereich der Art. 56 und 57 AEUV fällt.
- 43 Der Umstand, dass die im Ausgangsverfahren in Rede stehende Überlassung von Arbeitskräften drittstaatsangehörige Arbeitnehmer betrifft, ist insoweit bedeutungslos (Urteil vom 11. September 2014, Essent Energie Productie, C-91/13, EU:C:2014:2206, Rn. 39).
- 44 Der Gerichtshof hat zur Entsendung von drittstaatsangehörigen Arbeitnehmern durch ein in einem Mitgliedstaat der Union ansässiges Dienstleistungsunternehmen bereits entschieden, dass eine nationale Regelung, die die Erbringung von Dienstleistungen im Inland durch ein in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassenes Unternehmen von der Erteilung einer behördlichen Erlaubnis abhängig macht, eine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs im Sinne von Art. 56 AEUV darstellt (Urteil vom 11. September 2014, Essent Energie Productie, C-91/13, EU:C:2014:2206, Rn. 45).
- 45 Bei einer grenzüberschreitenden Dienstleistungserbringung, die in der Überlassung von Arbeitskräften aus Drittstaaten in Österreich besteht, verhält es sich aber nach der im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Regelung so.



- 46 Eine nationale Regelung, die in einem Bereich erlassen worden ist, der nicht Gegenstand einer Harmonisierung auf Unionsebene ist, und die unterschiedslos für alle in dem betreffenden Mitgliedstaat tätigen Personen oder Unternehmen gilt, kann jedoch trotz ihrer den freien Dienstleistungsverkehr beschränkenden Wirkung gerechtfertigt sein, sofern 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 (Urteil vom 11. September 2014, Essent Energie Productie, C-91/13, EU:C:2014:2206, Rn. 48).
- 47 Der Bereich der Entsendung drittstaatsangehöriger Arbeitnehmer im Rahmen der Erbringung grenzüberschreitender Dienstleistungen ist auf Unionsebene bisher nicht harmonisiert. Unter diesen Umständen ist daher zu prüfen, ob die Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs, die sich aus der im Ausgangsverfahren fraglichen Regelung ergeben, durch ein im Allgemeininteresse liegendes Ziel gerechtfertigt erscheinen und ob sie gegebenenfalls erforderlich sind, um dieses Ziel effektiv und mit den geeigneten Mitteln zu verfolgen (Urteil vom 11. September 2014, Essent Energie Productie, C-91/13, EU:C:2014:2206, Rn. 49).
- 48 Insoweit ist darauf hinzuweisen, dass das Anliegen, Störungen auf dem Arbeitsmarkt zu verhindern, zwar gewiss einen zwingenden Grund des Allgemeininteresses darstellt, die Arbeitnehmer, die von einem in einem Mitgliedstaat ansässigen Unternehmen beschäftigt und zur Erbringung einer Dienstleistung in einen anderen Mitgliedstaat entsandt werden, jedoch keinen Zugang zum Arbeitsmarkt dieses zweiten Mitgliedstaats beanspruchen, da sie nach Erfüllung ihrer Aufgabe in ihr Herkunfts- oder Wohnsitzland zurückkehren (Urteil vom 11. September 2014, Essent Energie Productie, C-91/13, EU:C:2014:2206, Rn. 51).
- 49 Wenn ein Mitgliedstaat das Erfordernis einer Beschäftigungsbewilligung für Drittstaatsangehörige, die einem in diesem Mitgliedstaat tätigen Unternehmen von einem in einem anderen Mitgliedstaat ansässigen Unternehmen überlassen werden, dauerhaft aufrechterhält, geht dies über das hinaus, was notwendig ist, um das Ziel zu erreichen, dass Störungen auf dem Arbeitsmarkt verhindert werden (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 11. September 2014, Essent Energie Productie, C-91/13, EU:C:2014:2206, Rn. 56).
- 50 Würde ein Dienstleistungsunternehmen insoweit verpflichtet, den österreichischen Behörden Angaben zu machen, aus denen hervorgeht, dass die drittstaatsangehörigen 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 wie das im Ausgangsverfahren in Rede stehende Erfordernis einer Beschäftigungsbewilligung die Garantie, dass diese Arbeitnehmer legal beschäftigt werden und dass sie ihre Haupttätigkeit in dem Mitgliedstaat ausüben, in dem das Dienstleistungsunternehmen ansässig ist (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 11. September 2014, Essent Energie Productie, C-91/13, EU:C:2014:2206, Rn. 57).

- 51 Eine solche Verpflichtung könnte in einer einfachen vorherigen Erklärung bestehen, die es den österreichischen Behörden ermöglichen würde, die erteilten Angaben zu überprüfen und die im Fall einer rechtswidrigen Beschäftigung der betreffenden Arbeitnehmer gebotenen Maßnahmen zu ergreifen. Zur Erfüllung dieser Verpflichtung könnte auch die einfache Übersendung der erforderlichen Schriftstücke verlangt werden, insbesondere wenn die Dauer der Entsendung keine wirksame Vornahme einer solchen Kontrolle zulässt (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 11. September 2014, Essent Energie Productie, C-91/13, EU:C:2014:2206, Rn. 58).
- 52 Ebenso wäre die Verpflichtung eines Dienstleistungsunternehmens, den österreichischen Behörden im Voraus die Anwesenheit eines oder mehrerer entsandter Arbeitnehmer, die vorgesehene Dauer dieser Anwesenheit und die die Entsendung rechtfertigende(n) Dienstleistung(en) anzuzeigen, eine gleichermaßen wirksame, aber weniger einschneidende Maßnahme als das im Ausgangsverfahren in Rede stehende Erfordernis einer Beschäftigungsbewilligung. Dadurch würde es diesen Behörden ermöglicht, die Einhaltung der österreichischen Rechtsvorschriften auf dem Gebiet der sozialen Sicherheit während der Dauer der Entsendung zu kontrollieren und dabei die Verpflichtungen zu berücksichtigen, denen das Unternehmen bereits nach den im Herkunftsmitgliedstaat geltenden Vorschriften auf diesem Gebiet unterliegt. In Verbindung mit den von diesem Unternehmen zum Status der betreffenden Arbeitnehmer gemachten Angaben im Sinne von Rn. 50 des vorliegenden Urteils würde es eine solche Verpflichtung den genannten Behörden ermöglichen, gegebenenfalls die am Ende des für die Entsendung vorgesehenen Zeitraums gebotenen Maßnahmen zu ergreifen (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 11. September 2014, Essent Energie Productie, C-91/13, EU:C:2014:2206, Rn. 59).“





- 14 Davon ausgehend hat der EuGH zu den gestellten Fragen „für Recht erkannt:
1. Die Art. 56 und 57 AEUV und Anhang V Kapitel 2 Nr. 2 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 sind dahin auszulegen, dass ein Mitgliedstaat berechtigt ist, die Entsendung von kroatischen Arbeitnehmern, die bei einem Unternehmen mit Sitz in Kroatien beschäftigt sind, durch das Erfordernis einer Beschäftigungsbewilligung einzuschränken, wenn die Entsendung dieser Arbeitnehmer im Wege ihrer Überlassung im Sinne des Art. 1 Abs. 3 Buchst. c der Richtlinie 96/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 1996 über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen an ein in einem anderen Mitgliedstaat ansässiges Unternehmen zum Zweck der Erbringung einer Dienstleistung durch dieses Unternehmen in dem ersten dieser Mitgliedstaaten erfolgt.
 2. Die Art. 56 und 57 AEUV sind dahin auszulegen, dass ein Mitgliedstaat nicht berechtigt ist, zu verlangen, dass Drittstaatsangehörige, die einem in einem anderen Mitgliedstaat ansässigen Unternehmen von einem anderen, ebenfalls in diesem anderen Mitgliedstaat ansässigen Unternehmen zum Zweck der Erbringung einer Dienstleistung im erstgenannten Mitgliedstaat überlassen werden, über eine Beschäftigungsbewilligung verfügen.“
- 15 Durch die zweite Antwort des EuGH ist damit abschließend geklärt, dass das Bundesverwaltungsgericht den Inhalt der von ihm angewendeten Normen im Hinblick auf die Entsendung der Arbeitskräfte II verkannte, indem es ihnen einen unionsrechtswidrigen Inhalt beimaß. Es hat daher zu Unrecht die gegen die Ablehnung der Ausstellung einer EU-Entsendebestätigung und Untersagung der Entsendung dieser Arbeitskräfte II gerichtete Beschwerde als unbegründet abgewiesen. Die die Arbeitskräfte II betreffenden Erkenntnisse 2) und 5) sind daher mit inhaltlicher Rechtswidrigkeit belastet.
- 16 Zu den Arbeitskräften I sind vor einer abschließenden rechtlichen Beurteilung hingegen noch weitere Sachfragen zu klären:
- 17 In der „Schriftlichen Erklärung“ im Verfahren vor dem EuGH vom 2. Mai 2017 hatten die Revisionswerber vorgebracht, die Erstrevisionswerberin sei „Hersteller und Verkäufer von Anlagen, Maschinen und Produkten für den stahl- und metallverarbeitenden Sektor“ und liefere „schlüsselfertige



Betriebsanlagen für die Metallerzeugung“. Bei gegenständlichem Auftrag habe es sich - anders als in ihren bisherigen Ausführungen im innerstaatlichen Verfahren („Errichtung eines Drahtwalzwerkes“) - um „die Errichtung einer „Drahtwalzstraße“ gehandelt. Die Erstrevisionswerberin sei in der Herstellung von Anlagen tätig und bestreite ausdrücklich, Bauarbeiten auszuführen. Die „Errichtung einer Drahtwalzstraße“ sei keine Bautätigkeit iSd Kapitels 2, Nr. 12 der Beitrittsakte und auch keine Bautätigkeit iSd Anhangs zur Richtlinie 96/71/EG.

- 18 Der EuGH nahm in der bereits oben wieder gegebenen Rn. 35 des genannten Urteils vom 14. November 2018 dazu Stellung.
- 19 Das Bundesverwaltungsgericht hat keine Ermittlungen geführt und die Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung zur Klärung des Sachverhaltes unterlassen, ob der gegenständliche der Erstrevisionswerberin erteilte Auftrag Arbeitsgänge beinhaltete, die von den Ausnahmen gedeckt sind, die für die Sektoren „Baugewerbe, einschließlich verwandte Wirtschaftszweige“ galten und durch die NACE-Codes 45.1 bis 45.4 identifiziert wurden.
- 20 Das Bundesverwaltungsgericht hätte den zur Entscheidung der Rechtsfrage betreffend die Arbeitskräfte I entscheidungswesentlichen Sachverhalt unter Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung aber dahingehend zu ermitteln und festzustellen gehabt, ob es sich gegenständlich um die Errichtung eines Drahtwalzwerkes in der Form handelte, dass darin als Bauarbeiten (iSd NACE-Codes 45.1 bis 45.4) zu wertende Arbeitsgänge enthalten waren und die Errichtung des Drahtwalzwerkes deswegen vom österreichischen Vorbehalt zum Beitritt Kroatiens zur EU umfasst war oder es sich bloß um - nicht vom genannten Vorbehalt umfasste - Arbeitsgänge der Montage, der Installation und der Inbetriebnahme einer Industrieanlage in einer bestehenden Struktur (vgl. Rn 35 des Urteils C-18/17), handelte.
- 21 Das in Rn 17 referierte Sachverhaltsvorbringen der Revisionswerber unterliegt infolge der sekundären Verfahrensfehler des Bundesverwaltungsgerichtes nicht



dem im Verfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof geltenden
Neuerungsverbot.

- 22 Damit erweisen sich die Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichtes auch hinsichtlich der Arbeitskräfte I als mit (prävalierender) inhaltlicher Rechtswidrigkeit belastet.
- 23 Die angefochtenen Erkenntnisse waren daher gemäß § 42 Abs. 2 Z 1 VwGG aufzuheben.
- 24 Der Ausspruch über den Aufwandersatz gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG, insbesondere § 53 Abs. 1 erster Satz VwGG, in Verbindung mit der VwGH-Aufwandersatzverordnung 2014.

W i e n , am 13. Dezember 2018

