

**Gericht**

BVwG

**Entscheidungsdatum**

28.10.2016

**Geschäftszahl**

L517 2126153-1

**Spruch**

L517 2126153-1/48E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag. Dr. XXXX als Vorsitzenden und den fachkundigen Laienrichtern Mag.a XXXX und Mag. XXXX als Beisitzer über die Beschwerde der XXXX, vertreten durch Dr. XXXX, RA in XXXX, gegen den Bescheid des Arbeitsmarktservice XXXX, Geschäftsstelle XXXX, vom 18.03.2016, XXXX, nach Durchführung der mündlichen Verhandlungen am 11. und 12.07.2016, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

A)

Der Beschwerde wird gemäß § 28 Abs 1 Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz (VwGVG), BGBl I Nr 33/2013 idgF, iVm § 18 Abs. 12 Ausländerbeschäftigungsgesetz (AuslBG), BGBl. Nr. 218/1975 idgF, stattgegeben.

B)

Die Revision ist gemäß Art 133 Abs. 4 Bundesverfassungsgesetz (B-VG), BGBl. Nr. 1/1930 idgF zulässig.

**Text**

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

I. Verfahrensgang:

23.12.2015 - Inkrafttreten des Werkvertrages zwischen der Firma XXXX (in Folge S-AG) und der Firma XXXX (in Folge B-GmbH)

14.01.2016 - Abschluss eines als Werkvertrag bezeichneten Vertrages zwischen der Firma B-GmbH mit der Firma XXXX mit Firmensitz in XXXX (in Folge auch beschwerdeführende Partei, Beschwerdeführerin oder bP genannt)

15.01.2016 - Meldung der Entsendung der Arbeitnehmer XXXX, XXXX, Staatsangehörigkeit Bosnien-Herzegowina, für die berufliche Tätigkeit als Vorarbeiter-Spoolvorfertigung (Bescheid: "Hydraulikschlosser), XXXX, XXXX, Staatsangehörigkeit Bosnien-Herzegowina, für die berufliche Tätigkeit als Schlosser-Vorrichter/Spoolvorfertigung und XXXX, Staatsangehörigkeit Bosnien-Herzegowina, für die berufliche Tätigkeit als Schweißer/Spoolvorfertigung, durch die bP als Arbeitgeber gemäß § 18 Abs. 12 iVm § 2 Abs. 2 AuslBG und § 4 AÜG an die Zentrale Koordinationsstelle des Bundesministeriums für Finanzen für die Kontrolle illegaler Beschäftigung

18.01.2016 - Parteiengehör

25.01.2016 - Stellungnahme der bP unter Beifügung von Dokumenten

25.01.2016 - Meldung der Entsendung des Arbeitnehmers XXXX, Staatsangehörigkeit Bosnien-Herzegowina, durch die bP als Arbeitgeber für die berufliche Tätigkeit als Schlosser-Vorrichter/Spoolvorfertigung gemäß § 18 Abs. 12 iVm § 2 Abs. 2 AuslBG und § 4 AÜG an die Zentrale Koordinationsstelle des Bundesministeriums für Finanzen für die Kontrolle illegaler Beschäftigung

27.01.2016 - Meldung der Entsendung der Arbeitnehmer XXXX, Staatsangehörigkeit Bosnien-Herzegowina, für die berufliche Tätigkeit als Schlosser-Vorrichter/Spoolvorfertigung, XXXX, Staatsangehörigkeit Bosnien-Herzegowina, für die berufliche Tätigkeit als Schweißer, XXXX, Staatsangehörigkeit Bosnien-Herzegowina, für die berufliche Tätigkeit als Schweißer, XXXX Staatsangehörigkeit Bosnien-Herzegowina, für die berufliche Tätigkeit als Schweißer, XXXX, Staatsangehörigkeit Bosnien-Herzegowina, für die berufliche Tätigkeit als Schweißer, und XXXX Staatsangehörigkeit Bosnien-Herzegowina, für die berufliche Tätigkeit als Schweißer, durch die bP als Arbeitgeber gemäß § 18 Abs. 12 iVm § 2 Abs. 2 AuslBG und § 4 AÜG an die Zentrale Koordinationsstelle des Bundesministeriums für Finanzen für die Kontrolle illegaler Beschäftigung

27.01.2016 - Ausstellung der EU-Entsendebestätigung für XXXX, XXXX und XXXX durch die belangte Behörde (in Folge auch bB genannt)

01.02.2016 - Ausstellung der EU-Entsendebestätigung für XXXX durch die bB

02.02.2016 - Ausstellung der EU-Entsendebestätigung für XXXX, XXXX, XXXX, XXXX, XXXX und XXXX durch die bB (kein Parteigehör zu den insgesamt 7 Anzeigen, sondern Zugrundelegung der Stellungnahme vom 25.01.2016 für die Erteilung - siehe Erklärung bB vom 24.05.2016)

05.02.2016 - Meldung der Entsendung der Arbeitnehmer XXXX, Staatsangehörigkeit Bosnien-Herzegowina, für die berufliche Tätigkeit als Schlosser-Vorrichter/Spoolvorfertigung, und XXXX, Staatsangehörigkeit Bosnien-Herzegowina, für die berufliche Tätigkeit als Schlosser-Vorrichter/Spoolvorfertigung, durch die bP als Arbeitgeber gemäß § 18 Abs. 12 iVm § 2 Abs. 2 AuslBG und § 4 AÜG an die Zentrale Koordinationsstelle des Bundesministeriums für Finanzen für die Kontrolle illegaler Beschäftigung

11.02.2016 - Meldung der Entsendung der Arbeitnehmer XXXX, Staatsangehörigkeit Bosnien-Herzegowina, für die berufliche Tätigkeit als Schweißer, XXXX, Staatsangehörigkeit Bosnien-Herzegowina, für die berufliche Tätigkeit als Schlosser-Vorrichter/Spoolvorfertigung, XXXX, Staatsangehörigkeit Bosnien-Herzegowina, für die berufliche Tätigkeit als Schweißer, XXXX Staatsangehörigkeit Bosnien-Herzegowina, für die berufliche Tätigkeit als Schweißer, und XXXX Staatsangehörigkeit Bosnien-Herzegowina, für die berufliche Tätigkeit als Schlosser/Spoolvorfertigung, durch die bP als Arbeitgeber gemäß § 18 Abs. 12 iVm § 2 Abs. 2 AuslBG und § 4 AÜG an die Zentrale Koordinationsstelle des Bundesministeriums für Finanzen für die Kontrolle illegaler Beschäftigung

15.02.2016 - Meldung der Entsendung des Arbeitnehmers XXXX Staatsangehörigkeit Bosnien-Herzegowina, durch die bP als Arbeitgeber für die berufliche Tätigkeit als Schlosser/Spoolvorfertigung gemäß § 18 Abs. 12 iVm § 2 Abs. 2 AuslBG und § 4 AÜG an die Zentrale Koordinationsstelle des Bundesministeriums für Finanzen für die Kontrolle illegaler Beschäftigung

18.02.2016 - Meldung der Entsendung (Nachmeldung) der Arbeitnehmer XXXX, Staatsangehörigkeit Bosnien-Herzegowina, für die berufliche Tätigkeit als Schweißer/Spoolvorfertigung, XXXX Staatsangehörigkeit Bosnien-Herzegowina, für die berufliche Tätigkeit als Schweißer/Spoolvorfertigung, XXXX Staatsangehörigkeit Bosnien-Herzegowina, für die berufliche Tätigkeit als Schweißer/Spoolvorfertigung, XXXX, Staatsangehörigkeit Bosnien-Herzegowina, für die berufliche Tätigkeit als Schweißer/Spoolvorfertigung, XXXX Staatsangehörigkeit Bosnien-Herzegowina, für die berufliche Tätigkeit als Schweißer/Spoolvorfertigung, XXXX Staatsangehörigkeit Bosnien-Herzegowina, für die berufliche Tätigkeit als Schweißer/Spoolvorfertigung, XXXX Staatsangehörigkeit Bosnien-Herzegowina, für die berufliche Tätigkeit als Schlosser-Vorrichter/Spoolvorfertigung, XXXX Staatsangehörigkeit Bosnien-Herzegowina, für die berufliche Tätigkeit als Schlosser/Spoolvorfertigung, XXXX Staatsangehörigkeit Bosnien-Herzegowina, für die berufliche Tätigkeit als Schweißer/Spoolvorfertigung, XXXX Staatsangehörigkeit Bosnien-Herzegowina, für die berufliche Tätigkeit als Schlosser/Spoolvorfertigung, XXXX Staatsangehörigkeit Bosnien-Herzegowina, für die berufliche Tätigkeit als Schlosser/Spoolvorfertigung, XXXX Staatsangehörigkeit Bosnien-Herzegowina, für die berufliche Tätigkeit als Schlosser-Vorrichter/Spoolvorfertigung, und XXXX, Staatsangehörigkeit Bosnien-Herzegowina, für die berufliche Tätigkeit als Schlosser/Spoolvorfertigung, durch die bP als Arbeitgeber gemäß § 18 Abs. 12 iVm § 2 Abs. 2 AuslBG und § 4 AÜG an die Zentrale Koordinationsstelle des Bundesministeriums für Finanzen für die Kontrolle illegaler Beschäftigung

22.02.2016 - Meldung der Entsendung (Nachmeldung) der Arbeitnehmer XXXX Staatsangehörigkeit Bosnien-Herzegowina, und XXXX, Staatsangehörigkeit Bosnien-Herzegowina, beide für die berufliche Tätigkeit als

Schweißer/Spoolvorfertigung, durch die bP als Arbeitgeber gemäß § 18 Abs. 12 iVm § 2 Abs. 2 AuslBG und § 4 AÜG an die Zentrale Koordinationsstelle des Bundesministeriums für Finanzen für die Kontrolle illegaler Beschäftigung

22.02.2016 - Verständigung der Arbeitnehmer XXXX, XXXX, XXXX, XXXX, XXXX, XXXX, XXXX, XXXX XXXX, XXXX, XXXX, XXXX, XXXX und XXXX vom Ergebnis der Beweisaufnahme und Aufforderung zur Stellungnahme

03.03.2016 - Kontrolle der Baustelle XXXX, durch die Finanzpolizei

XXXX auf Einhaltung der Bestimmungen des AuslBG, AVRAG und AÜG / Auskunft gemäß §§ 26 AuslBG und 7f AVRAG und Niederschrift mit dem Bauleiterstellvertreter der Firma B-GmbH durch die Finanzpolizei XXXX

08.03.2016 - Aktenvermerk über die Kontrolle und Niederschrift vom 03.03.2016

18.03.2016 - Bescheide der bB:

Widerruf der Bescheide vom 27.01., 01.02. und 02.02.2016 und rückwirkende Untersagung der Entsendung gemäß § 18 Abs 12 iVm § 2 Abs 2 AuslBG und § 4 AÜG

Ablehnung der Anträge vom 05.02., 11.02., 15.02., 18.02. und 22.02.2016 auf Bestätigung der EU-Entsendung und Untersagung der Entsendung gemäß § 18 Abs 12 iVm § 2 Abs 2 AuslBG und § 4 AÜG

23.03.2016 - Übernahmebestätigung der Bescheide

21.04.2016 - Beschwerde der bP gegen die Bescheide der bB vom 18.03.2016

03., 04., 10., 11., 12., 13.05.2016 - Beschwerdevorlage am Bundesverwaltungsgericht

24.05.2016 - Aktenvermerk / Anforderung fehlender Unterlagen (Parteiengehör, Stellungnahme, Dokumente) bei der bB

25.05.2016 - Nachsendung der fehlenden Unterlagen durch die bB

01.06.2016 - Anfrage beim Landesverwaltungsgericht hinsichtlich anhängigen Verfahrens betreffend die bP / Aufforderung um Mitteilung bei der rechtsfreundlichen Vertretung

06.06.2016 - Aufforderung zur Stellungnahme an die Finanzpolizei XXXX und an die bB / Bekanntgabe des Landesverwaltungsgerichts - kein die bP betreffendes Verfahren anhängig / Übersetzung des Vertrages der S-AG mit der B-GmbH / Übersetzung des im Zuge der Stellungnahme der bP vom 25.01.2016 beigefügten slowenischen Schriftstücks

07.06.2016 - Mitteilung der rechtsfreundlichen Vertretung der bP

10.06.2016 - Stellungnahme der bB

16.06.2016 - Stellungnahme der Finanzpolizei XXXX

21.06.2016 - Aufforderung an die Firma B-GmbH zur Beibringung der "Rahmenbedingungen für Werkverträge der XXXX, Ausgabe Februar 2015" / Vorlage derselben am Bundesverwaltungsgericht

22.06.2016 - Parteiengehör (bP und bB)

23.06.2016 - Besichtigung der Werkshallen mit dem Bauleiter der Firma B-GmbH, Bilddokumentation

24.06.2016 - Mitteilung der rechtsfreundlichen Vertretung der bP

01.07.2016 - Stellungnahme der rechtsfreundlichen Vertretung der bP

11. und 12.07.2016 - Mündliche Verhandlung

13.07.2016 - abschließende Stellungnahme der bB

19.07.2016 - Stellungnahme der rechtsfreundlichen Vertretung der bP

20.07.2016 - Parteiengehör bB

22.07.2016 - Stellungnahme der bB

11.08.2016 - Aufforderung zur Stellungnahme und Mängelbehebung an die bP

16.08.2016 - Aufforderung zur Stellungnahme an die B-GmbH gem § 26 AuslBG

24.08.2016 - Einlangen der Stellungnahme der bP und Urkundenvorlage

14.09.2016 - Einlangen der Stellungnahme der B-GmbH und Urkundenvorlage

15.09.2016 - Verständigung der bP und bB vom Ergebnis der Beweisaufnahme

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

1.0. Feststellungen (Sachverhalt):

Die bP mit Firmensitz in Slowenien, meldete am 18.02.2016 der Zentralen Koordinationsstelle des Bundesministeriums für Finanzen für die Kontrolle illegaler Beschäftigung die Entsendung des XXXX, Staatsangehörigkeit Bosnien-Herzegowina, für die berufliche Tätigkeit als Schweißer/Spoolvorfertigung gemäß § 18 Abs. 12 iVm § 2 Abs. 2 AuslBG und § 4 AÜG für die Beschäftigung beim Projekt "XXXX".

Mit Schreiben vom 18.01.2016 wurde die bP von der bB vom Ergebnis der Beweisaufnahme verständigt und aufgefordert, zu offenen Fragen Stellung zu nehmen.

Per Mail vom 25.01.2016 nahm die bP Stellung und führte aus, dass das Material seitens des Auftraggebers bzw. seiner Lieferanten zur Verfügung gestellt werde, da es sich hier um spezielle Materialien handle, die ordnungsgemäß zertifiziert sein müssten. Das Werkzeug würde von der bP angemietet. Die Mitarbeiter der bP würden allein unter der Aufsicht des Vorarbeiters der bP stehen, der auch die Arbeitsanweisungen an die Mitarbeiter der bP erteile. Die bP würde für die erbrachte Leistung gemäß Werkvertrag bis 2 Jahre nach Abnahme bzw. längstens 3 Jahre nach vollständiger Fertigstellung haften. Qualifikation, Anzahl von Personen sowie alle anderen mit dem Projekt verbundenen Aufgaben würden seitens des Vorarbeiters der bP geregelt, deswegen würde die bP auch für termingerechte als auch fachlich ausgeführte Arbeiten haften. Das Werk würde gemäß Leistungsverzeichnis abgerechnet werden.

Mit Bescheid der bB vom 27.01.2016, 01.02.2016 und 02.02.2016 wurde die EU-Entsendebestätigung für XXXX, XXXX, XXXX, XXXX, XXXX, XXXX, XXXX, XXXX, XXXX und XXXXdurch die bB ausgestellt.

Am 03.03.2016 erfolgte eine Kontrolle der Baustelle XXXX, auf Einhaltung der Bestimmungen des AuslBG, AVRAG und AÜG durch die Finanzpolizei XXXX. Bei der Kontrolle wurden 31 bosnische Dienstnehmer der bP bei Schlosser- und Schweißarbeiten von Rohrelementen im Auftrag der Firma B-GmbH für das Projekt "Lieferung/Vorfertigung XXXX" angetroffen.

Am selben Tag erfolgten die Auskunft gemäß §§ 26 AuslBG und 7f AVRAG mit dem Bauleiterstellvertreter der Firma B-GmbH, Herrn XXXX, durch Organe der Finanzpolizei XXXX, wonach dieser folgendes niederschriftlich angab: Für das Projekt "XXXX" mache die B-GmbH die Vorfertigung von Verrohrungsspools für ein Kraftwerksprojekt. Es werde so viel wie möglich der Verrohrung (Spools) - wie transportiert werden könne, vorgefertigt. Die Endmontage finde in XXXX statt. Das Projekt "XXXX" sei ein reine Vorfertigung und Lieferung. Die bP mache die komplette mechanische Fertigung der Teile. Das beinhalte das Ausfassen des Materials, Zuschneiden, Schweißen sowie die Zwischentransporte. Die Fertigung der Spools sei abhängig von dem vom Kunden (S-AG) bereitgestellten Isometrien und angelieferten Material. Sollten Isometrien und Material ausbleiben, müsse die bP mit dem Personal reagieren. Auf die Frage, wer den Arbeitern der bP

Arbeitsanweisungen erteilen dürfe, gibt der Baustellenstellvertreter der B-GmbH an, dass dies der Vorarbeiter der bP mache, Herr XXXX. Er selbst habe keinen Kontakt zu den Arbeitern, er bespreche alles mit Herrn XXXX. Auf die Frage, wer die Arbeiten überprüfe und die Qualitätskontrollen der Arbeiten der bP durchführe, führt der Baustellenstellvertreter der B-GmbH an, dass Herr XXXX intern Kontrollen mache, aber die B-GmbH Mitarbeiter habe, die bereits während der Spool-Vorfertigung Qualitätskontrollen durchführen würden, zB werde stichprobenartig die Qualität der Schweißer sowie die Qualität der Dokumentation überprüft. Bei etwaigen Beanstandungen werde Herr XXXX darauf hingewiesen. Die Halle inklusive Kräne sei von der B-GmbH angemietet.

Über die Kontrolle sowie die Niederschrift wurde am 08.03.2016 ein Aktenvermerk mit folgendem Inhalt angelegt:

"...

Die bP bekommt von der Firma B-GmbH die Pläne (Isometric der S-AG - siehe Foto) für die Anfertigung der "Spools". Die Arbeiter der bP führen für die Herstellung der "Spools" die notwendige Arbeitsvorbereitungen durch. Im Anschluss wird das benötigte Material aus dem Lager geholt. Die Arbeiter der bP führen dann nach den Plänen (Isometrien) die notwendigen Arbeiten durch. Bei den Arbeiten handelt es sich ausschließlich um das Ausmessen und Zuschneiden der Rohre sowie das anschließende Verschweißen der zugeschnittenen Teile nach Plan (Isometrie der S-AG). Welcher Arbeiter die jeweilige Schweißnaht ausgeführt hat sowie Qualitätskontrollen werden auf den Plänen und in eigenen Dokumenten festgehalten. Bereits während der Schweißarbeiten werden durch Mitarbeiter der Firma B-GmbH Qualitätskontrollen der Schweißnähte durchgeführt. Beanstandungen der Schweißnähte gab es auf Grund der laufenden Kontrollen noch keine. Nach der Herstellung der Rohrelemente nach Plan durch die bP und der Qualitätsprüfung in Form von zerstörungsfreier Werkstoffprüfung durch die Firma B-GmbH werden die fertigen Rohrelemente wieder von der Firma B-GmbH übernommen und im Anschluss an die nächste Firma XXXX zur Verpackung übergeben. Diese macht die hergestellten Rohrelemente versandfertig. Die Abrechnung zwischen der Firma B-GmbH und der bP erfolgt anhand der Isometrien und der Schweißnahtdokumentation. Es werden die verschweißten Zoll verrechnet. Die Abrechnung wird durch die Firma B-GmbH überprüft. Beurteilt am wahren wirtschaftlichen Gehalt iSd § 4 AÜG, ist im vorliegenden Sachverhalt von einer Arbeitskräfteüberlassung iSd AÜG, von der bP an die Firma B-GmbH auszugehen. Die äußere Erscheinungsform einer Entsendung, durch die Meldung mittels Formular ZKO 3 und der Übergabe von Werkverträgen, ist hier nicht maßgebend. Das ergibt sich aus festgestellten Arbeitsabläufen und den Aussagen des stellvertretenden Bauleiters. Die Leistungen der bP stellen einen unselbständigen Bereich des zu erfüllenden Werkes der Firma B-GmbH an die S-AG dar. Die Arbeitsleistungen wurden ausschließlich mit dem Material der Firma B-GmbH geleistet. Die als Gegenleistung vereinbarte Auftragssumme aus Vertrag, enthält zudem überwiegend Lohnanteile. Dies ergibt sich daraus, dass die erbrachte Leistung der bP auf Stücklohnbasis, nämlich nach geschweißten Inches, abgerechnet wird. Bei der Durchführung der Arbeiten stützt sich die bP zudem auf die durch die B-GmbH angemietete Infrastruktur, insbesondere auf die Benützung der Hallenkräne und Hebevorrichtungen in der Montagehalle. Derartige Arbeiten wie das hier gegenständliche Messen, Schneiden und Verschweißen stellt in der Regel kein selbständiges Werk dar, sondern wird regelmäßig in Arbeitsverhältnissen oder arbeitnehmerähnlichen Verhältnissen erbracht. Der Auftragnehmer (bP) haftet auch nicht für irgendeinen Erfolg. Zum einen besteht für die bP eine Abhängigkeit aus der Zuweisung von Arbeitsaufträgen in Form der Isometrien. Zum anderen wird ausschließlich Material verwendet, welches durch die B-GmbH geprüft und freigegeben wird. Die bP schuldet demnach nur die sorgfältige Erbringung der mechanischen Arbeiten an den zu fertigenden Spools. Eine weitergehende Haftung ist nicht erkennbar, da durch die laufenden Qualitätsüberprüfungen und der abschließenden Kontrolle in Form von zerstörungsfreier Werkstoffprüfung durch den Auftraggeber nur etwaige Sorgfaltsmängel in der Arbeitsausführung der bP gerügt werden. Solche Beanstandungen durch die Qualitätsprüfer des Auftraggebers werden unmittelbar durch die bP behoben. Aufgrund des Sachverhalts wird um die Durchführung eines entsprechenden Verwaltungsstrafverfahrens wegen Übertretung des AÜG § 17 beantragt.

..."

Mit Bescheid der bB vom 18.03.2016, GZXXXX wurde der Antrag der bP auf Bestätigung der EU-Entsendung gemäß § 18 Abs 12 iVm § 2 Abs 2 AuslBG und § 4 AÜG abgelehnt und die Entsendung untersagt. Als Begründung wurden die Ausführungen des Aktenvermerks der Finanzpolizei vom 08.03.2016 herangezogen und des Weiteren dargelegt, dass die Erteilung einer EU-Entsendebestätigung für überlassene Arbeitskräfte nur dann zulässig sei, wenn eine Mitteilung des Bundesministeriums für Wissenschaft, Forschung und Wirtschaft (BMWF) vorliege, wonach kein Einwand gegen die Ausübung des Gewerbes der Arbeitskräfteüberlassung besteht (§ 373a Abs 5 Z 1 GewO) und eine Eintragung ins Dienstleistungsregister des BMWF vorliegt, dass die bP das Gewerbe Überlassung von Arbeitskräften gültig angezeigt hat. Mit Parteiengehör sei die bP deswegen aufgefordert worden, eine diesbezügliche Mitteilung vorzulegen (§ 373a Abs 5 Z 1 GewO). Eine derartige Mitteilung habe nicht vorgelegt werden können, somit dürfe das Gewerbe der Arbeitskräfteüberlassung in

Österreich nicht ausgeübt werden und daher auch keine EU-Anzeigebestätigung ausgestellt werden. Eine Eintragung ins Dienstleistungsregister des BMFWF liege ebenfalls nicht vor.

Mit Schreiben vom 19.04.2016, am 21.04.2016 bei der bB einlangend, erhob die bP in rechtsfreundlicher Vertretung Beschwerde gegen die Bescheide der bB vom 18.03.2016, mit welcher sie Mangelhaftigkeit des Verfahrens und inhaltliche Rechtswidrigkeit des Bescheides geltend macht. Die bP führte sinngemäß zusammengefasst aus, dass die bP zuvor schon seit 2013 in Österreich erlaubtermaßen in gleicher Art tätig gewesen sei, die gesamten Umstände der abgeschlossenen Werkverträge im Wesentlichen immer gleich gewesen seien, wobei die bB dabei das Vorliegen der Voraussetzungen für eine rechtmäßige Entsendung bestätigt hätten. Die bB habe den Sachverhalt einer angeblichen Arbeitskräfteüberlassung weder ausreichend geprüft noch festgestellt, weshalb das Verfahren mangelhaft geblieben sei. Es sei aktenwidrig festgestellt worden, dass die bP als Auftragnehmer nicht "für irgendeinen Erfolg" hafte. Fehlerhaft sei auch die Begründung, dass "derartige Arbeiten wie das gegenständliche Messen, Schneiden und Verschweißen" in der Regel kein selbständiges Werk darstellen würden, sondern regelmäßig in Arbeitsverhältnissen oder arbeitnehmerähnlichen Verhältnissen erbracht würden. Die bB habe falsche Feststellungen getroffen oder richtige Feststellungen unterlassen. Die bP habe mit der Firma B-GmbH die werkvertragliche Herstellung eines Rohrleitungssystems vereinbart und teilweise schon durchgeführt. Die Arbeiten hätten infolge des unerwarteten behördlichen Einschreitens und der behördlichen Verfügungen abgebrochen werden müssen. Laut Werkvertrag seien die Werkleistungen zu einem Pauschalpreis in Höhe von € 359.782,56 vergeben worden. Aus der dazugehörigen Spezifikation gingen die Preise pro montierter Einheit hervor und daraus ergebe sich dann der Gesamtpreis. Zeitliche Elemente in Bezug auf die eventuelle Dauer der Arbeitszeit seien nicht vereinbart worden. Als Vergütung sei ein Pauschalpreis vereinbart worden. Die Teilzahlungen seien nach jeweiligem Baufortschritt und nicht nach Zeiteinheiten bzw. der Beschäftigungsdauer erfolgt. Die Vergabe sei auf Basis der Rahmenbedingungen des Auftraggebers zum Werkvertrag vom Februar 2015 erfolgt.

Die bP habe auf Grundlage der Vorgaben der Auftraggeberin zunächst Detailpläne (Spoolzeichnungen) im eigenen Werk erstellen müssen. Bauleiter der bP und Ersteller dieser Detailpläne (Spool 1 bis 50) sei Herr XXXX gewesen. Die Skizzen und Pläne des Herrn XXXX seien eine Vorarbeit für die Erbringung des Werkes gewesen, ohne die ein sorgsames Arbeiten nicht möglich gewesen sei. In diesen Detailplänen seien die genauen Winkel und Beugungen der Rohre sowie die Tiefendimension dargestellt worden, damit die bP die Spools bzw. Knierohre entsprechend vorbereiten habe können. Die bP habe hier völlig selbständig und ohne nähere Anleitungen und ohne Aufsicht des Auftragsgebers gearbeitet. Dass der Auftraggeber gelegentlich mit der bP kommuniziere und das Werk nach Fertigstellung überprüfe, gehöre zum Wesen eines jeden Werkvertrages in dieser Branche. Die Arbeiter der bP hätten eigenes Werkzeug mitgeführt oder vor Ort angemietet. Die bP hätte die ihr aufgetragenen Arbeiten in ihrer eigenen Betriebsstätte in Slowenien durchführen können. Zur Vermeidung größerer Transportkosten und weil die Werkleistung einer umfangreichen Überprüfung durch eine Lokalfirma des Auftraggebers unterzogen werden hätte müssen, habe der Auftraggeber mit der bP vereinbart, die Schweiß- und Montageleistungen auf der Betriebsstätte des Auftraggebers in Österreich durchzuführen. Die bP habe zuvor Detailpläne erstellt, aufgrund derer dann die Fertigstellung erfolgt sei. Die für die Bestimmung des Werkvertrages erforderlichen Grundzeichnungen und Isometrien der Auftraggeberin seien daher nicht die unmittelbare Arbeitsgrundlage gewesen. Die Fachkraft der bP, Herr XXXX, habe die Ausführungspläne oder Spoolzeichnungen erstellt und die Durchführungsarbeiten vor Ort angeleitet und beaufsichtigt.

Die bP habe die Schweiß- und Montagegeräte, soweit nicht eigenes Werkzeug verwendet worden sei, angemietet. Die Mietkosten seien als Variante für das Anbot der bP an den AG vorhergehend kalkuliert und vom ursprünglich berechneten Gesamtpreis abgezogen worden, der sich dadurch von € 398.975,00 auf € 359.782,56 gemindert habe (siehe Punkt 4.2. des Angebotes der bP vom 16.12.2016). Gegenstand des Werkvertrages sei eine anspruchsvolle Detailplanung mit ca. 50 Detailskizzen, die Übergabe der Dokumentation zur Fertigstellung ("as built-documentation"), die Vorbereitung der Spools und der Knierohre für das Rohrsystem, die Montageorganisation und Montageleitung, Schweißarbeiten und Montage mit Rohrvorrichtung und die Übergabe der Werkstücke gewesen. Ein solches Werk sei unterscheidbare und der bP zurechenbare Werkleistung; die durch einen Drittlieferanten zugelieferten Rohre seien nur das Grundmaterial für die Herstellung des Rohrsystems durch die bP gewesen. Die bP habe die werkvertragliche Arbeit mit eigenem Werkzeug und mit eigenem Material geleistet: die bP habe die Ausführungspläne mit eigenem Material im eigenen Werk erstellt und die Werkzeuge, wie zum Beispiel die Schweißgeräte und den Kran, angemietet (stille Gegenverrechnung durch Preisnachlass laut Option in Punkt 4.2. des Angebotes vom 16.12.2015). Die eingesetzten Arbeiter seien niemals in den Betrieb des Werkbestellers eingegliedert gewesen noch hätten sie dessen Dienst- und Fachaufsicht unterstanden. Die Aufsicht vor Ort sei ausschließlich durch den Mitarbeiter der bP, Herrn XXXX durchgeführt worden. Eine Eingliederung in den Betrieb des Werkbestellers sei auch im Hinblick darauf, dass die Herstellung des Rohrsystems ein eigenes Werk darstellt, das die Mitarbeiter der bP auf sich allein gestellt vor Ort erbringen würden, nicht erfolgt. Die bP hafte als Werkunternehmer für den Erfolg der Werkleistung auf Grund des Werkvertrages. Laut Werkvertrag habe die bP den Gegenstand des Werkvertrages nach Vertrag und Leistungsbeschreibung "vollständig und mangelfrei" an den Werkbesteller zu übergeben. Für einen Terminverzug sei ein Pönale von 0,5 % pro Tag vereinbart worden. Auswahl und Bestimmung der Anzahl

der Mitarbeiter sei ausschließlich bei der bP gelegen. Bis zur Abnahme durch den Auftraggeber habe die bP im Verhältnis zum Auftraggeber allein die Gefahr des zufälligen Untergangs oder der zufälligen Verschlechterung der vom Auftragnehmer nach Maßgabe des Werkvertrages geschuldeten Leistung getragen. Bis zur Abnahme des Vertragsgegenstandes habe die bP eine Versicherung für sämtliche sich im Zusammenhang mit den vertraglich zu erbringenden Leistungen ergebenden Risiken, insbesondere gegen alle Haftpflicht-, Transport-, Montage-, Unfall- und Produktionsschäden abschließen und aufrechterhalten müssen.

Ergänzend werde in eventu noch vorgebracht, dass die bP auf die von der bB erteilten Entsendebestätigungen vertrauen habe dürfen und durch die plötzliche Kehrtwendung der bB einen großen Schaden erleide. Die bB hätte im bekämpften Bescheid die Entsendebestätigung nur unter Berufung darauf widerrufen, dass die bP keine Mitteilung und keine Eintragung ins Dienstleistungsregister des Bundesministeriums für Wissenschaft, Forschung und Wirtschaft (betreffend Überlassungen) vorgelegt habe. Die Entsendebestätigung sei der bP selbst im Falle einer Überlassung nicht zu widerrufen gewesen. Nach EU-Recht dürften die Mitgliedstaaten bei Erteilung von Entsendebestätigungen keine unverhältnismäßigen bürokratischen Hemmnisse oder Hürden errichten. Die bP würde nach EU-Recht Anspruch auf Erteilung einer Entsendebestätigung auch bei Überlassung haben. Nachdem diese bereits erteilt worden sei, habe kein Anlass für einen Widerruf derselben bestanden. Für die Beurteilung der Frage der Einhaltung gewerberechtlicher Meldevorschriften erscheine die bB aber nicht zuständig, insbesondere nicht nach bereits erfolgter Erteilung der Entsendebewilligung bei ungeänderter Sach- und Rechtslage. Die bB habe mit der wiederholten Erteilung von Entsendebestätigungen nach genauer Prüfung der näheren Umstände der Entsendung ein Vertrauen auf die Richtigkeit und Bestandskraft dieser Entsendebestätigungen erweckt, sodass die plötzliche Kehrtwendung und der Widerruf dieser Entsendebestätigungen den Grundsätzen der Billigkeit nicht zu entsprechen scheinen würden. Der Sachverhalt und die Rechtslage hätten sich nicht geändert, die bP habe aber schon wirtschaftlich bedeutende Dispositionen getroffen, die jetzt frustriert seien und einen erheblichen weiteren Schaden für die bP zu bewirken drohten.

Die bP beantrage die Durchführung einer mündlichen Verhandlung und die Durchführung der angebotenen Beweise, die Verbindung der 32 Verfahren zur gemeinsamen mündlichen Verhandlung und Entscheidung, die Abänderung des bekämpften Bescheides dahingehend, die verfahrensgegenständliche EU-Entsendung zu bestätigen sowie in eventu die Aufhebung des bekämpften Bescheides und Zurückverweisung an die bB.

Als Beweis wurden das Vertragsanbot der bP vom 16.12.2015 und ein von der bP in ihrem Betrieb erstellter Detailplan beigebracht, die Vorlage der im Betrieb der bP erstellten Spoolzeichnungen angeboten sowie die Einvernahme des Mitarbeiters der bP, XXXX, des Geschäftsführers der bP und des Zeugen XXXX von der Firma B-GmbH beantragt.

Am 13.05.2016 langte die Beschwerdevorlage am Bundesverwaltungsgericht ein.

Mit Schreiben vom 07.06.2016 erging durch die rechtsfreundliche Vertretung der bP die Mitteilung, dass die Einvernahme aller Arbeiter der bP aus Kosten- und Zweckmäßigkeitgründen nicht beantragt werde, sie sei auch nicht zweckmäßig und prozessökonomisch, da der Sachverhalt größtenteils klar und außerdem in allen Beschwerdefällen gleich sei. Es erscheine notwendig, eine Auswahl zu treffen. Die bP beantrage daher, zunächst nur die Einvernahme des Geschäftsführers der bP und des Vorarbeiters durchzuführen.

In ihrer Stellungnahme vom 10.06.2016, am selben Tag beim BVwG einlangend, gab die bB folgendes an: Die bP habe mit 05.02.2016, 11.02.2016, 15.02.2016, 18.02.2016 und 22.02.2016 weitere 22 Entsendungen zum Projekt Spoolvorfertigung B-GmbH gemeldet. Im Laufe der Ermittlungen zu diesen Anträgen habe am 03.03.2016 durch Organe der Finanzpolizei eine Kontrolle in der Fertigungshalle XXXX stattgefunden. Diese habe ergeben, dass es sich bei den von den Arbeitnehmern der bP ausgeführten Tätigkeiten, abweichend von der Darstellung in der Antwort vom 25.01.2016, die ja aufgrund des Mails der bP vom 24.02.2016 für alle Entsendungen gegolten habe, um Arbeitskräfteüberlassung gehandelt habe. Für die bB sei für die nachträgliche Einstufung der Tätigkeit als Arbeitskräfteüberlassung insbesondere der bei der Kontrolle zutage gekommene Umstand maßgeblich gewesen, dass schon während der Vorfertigung durch Dienstnehmer der B-GmbH laufend Qualitätskontrollen stattfinden würden und auch die letzte Qualitätsprüfung in Form einer zerstörungsfreien Werkstoffprüfung von der Auftraggeberin durchgeführt worden sei. Daraus sei erkennbar, dass die bP tatsächlich nicht für den Erfolg der Werkleistung hafte. Die Auftragnehmerin (bP) würde die sorgfältige Erbringung der mechanischen Arbeiten an den zu fertigenden Verrohrungspools schulden. Durch die laufenden Qualitätsüberprüfungen und die abschließenden Kontrollen in Form von zerstörungsfreier Werkstoffprüfungen durch die Auftraggeberin würden nur etwaige Sorgfaltsmängel in der Arbeitsausführung der bP gerügt und solche Beanstandungen unmittelbar durch die bP behoben. Der in der Beschwerde angeführte Umstand, die Erfolgshaftung der bP würde sich aus dem Vertragspunkt ergeben, die bP würde den Gegenstand des Werkvertrages "vollständig und mangelfrei" an den Werkbesteller zu übergeben haben, der im Übrigen von der bB nicht im Vertrag gefunden worden sei, liege somit tatsächlich ja nicht vor, da die Mangelfreiheit eines Werkstückes erst nach der von der B-GmbH durchgeführten zerstörungsfreien Werkstoffprüfung festgestellt

werden könne. Daher sei der Tatbestand des § 4 Abs 2 lit 4 AÜG als erfüllt anzusehen gewesen. Wäre der bB vor Erteilung der Entsendebewilligungen bekannt gewesen, dass, wie in der Beschwerde angeführt, neben dem Hallenkran auch andere Werkzeuge, wie Schweißgeräte udgl., von der Auftraggeberin angemietet worden sind, wäre schon damals im Sinne des § 4 Abs 2 Z 2 AÜG Arbeitskräfteüberlassung angenommen worden. Da das den Beschwerden beigeschlossene Anbot vom 16.12.2015 nicht vorgelegen sei, sei das nicht ersichtlich gewesen. Weiters sei vor der Kontrolle auch nicht klar gewesen, dass die Abwicklung der Spoolvorfertigung so unmittelbar von der Zuweisung konkreter Arbeitsaufträge in der Form von Isometrien und Material durch die B-GmbH abhängen würde. Da aufgrund des Kontrollergebnisses festgestanden habe, dass es sich nach dem wahren wirtschaftlichen Gehalt von Anfang an um Arbeitskräfteüberlassung gehandelt habe, seien die 10 erteilten Entsendungen nachträglich untersagt und zeitgleich die an geführten weiteren 22 Entsendungen abgelehnt und untersagt worden. Eine EU-Entsendung sei, wie in der Beschwerde angeführt, grundsätzlich auch im Rahmen einer Arbeitskräfteüberlassung möglich. Eine Erteilung einer EU-Entsendebestätigung für überlassene Arbeitskräfte sei aber nach Ansicht des Arbeitsmarktservice XXXX und des Bundesministeriums für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz nur dann zulässig, wenn das überlassende Unternehmen eine Mitteilung des Bundesministeriums für Wissenschaft, Forschung und Wirtschaft besitze, wonach kein Einwand gegen die Ausübung des Gewerbes der Arbeitskräfteüberlassung bestünde (§ 373a Abs 5 Z 1 GewO). Eine solche Bestätigung habe nicht vorgelegen und liege laut Ausführungen in der Beschwerde bis dato auch nicht vor.

Das Vorbringen in der Beschwerde, die bP habe im eigenen Werk als Vorarbeit für die Fertigung selbst Detailpläne erstellt, erscheine nicht glaubhaft, da laut Aussage des stellvertretenden Bauleiters der B-GmbH die Fertigung unmittelbar von der laufenden Bereitstellung der einzelnen Isometrien durch die S-AG abhing. Die bP habe in ihrer Antwort vom 25.01.2016 ebenfalls ausgeführt, dass die Fertigung aufgrund der vom Auftraggeber im Laufe der parallelen Planung zur Verfügung gestellten Isometrien erfolgt sei, eine Vorplanung im Werk also gar nicht möglich gewesen sei. Unter Punkt "Zur Vorgeschichte" habe die bP ausgeführt, dass sie in den vergangenen Jahren in Österreich in gleicher Art tätig gewesen sei, wobei die mit österreichischen Firmen abgeschlossenen Werkverträge im Wesentlichen immer gleich gewesen seien und durch die bB eine Bestätigung der Rechtmäßigkeit der Entsendung erfolgt sei. Dazu sei zu sagen, dass es sich bei den Projekten im Jahre 2014 und 2015 nach den vorgelegten Verträgen um Montage von Hydraulikverrohrungen bzw Lieferung und Montage von Hydraulikverrohrungen gehandelt habe, also der Vertragsgegenstand durchaus ein anderer gewesen sei.

Mit Schreiben vom 14.06.2016, am 16.06.2016 beim BVwG einlangend, gab die Finanzpolizei XXXX eine Stellungnahme unter Beifügung von Fotos und weiterer, teilweise schon im Akt vorhandener, Dokumente ab, in welcher sie wie folgt ausführte: Die Arbeiter der bP seien abhängig von den bereitgestellten Isometrien der S-AG und dem angelieferten Material. Würde eines der beiden oder beides ausbleiben, könne die bP ihren "Auftrag" nicht erfüllen. Die Pläne für die Herstellung der Rohrleitungen seien von der Firma S-AG übergeben worden (siehe Foto Isometric der S-AG). Die in der Rechtfertigung angegebenen "anspruchsvollen Detailplanungen" (siehe Foto) seien lediglich Skizzen und würden kaum einem technischen Plan entsprechen, aus welchem sich Details - wie die angegebenen genauen Winkel, Beugungen sowie eine Darstellung in Tiefendimension - für die Herstellung der "Spools" herauslesen lassen würden. Es seien auch keine Schweißsymbole vorhanden, welche die Nahtdicke, Form der Schweißnaht, Schweißnahtlänge, Schweißverfahren und Schweißposition bezeichnen würden. Eine technische Zeichnung sei ein Dokument, hauptsächlich in grafischer Form, um alle notwendigen Informationen für die Herstellung eines Produkts zu liefern. Bei der Erstellung von technischen Zeichnungen müssten diverse Normen eingehalten werden (zB. DIN 5, ISO 128, ISO 2553:2013). Diese seien aus der vorgelegten Detailzeichnung der bP nicht ersichtlich. Herr XXXX habe im Zuge der Kontrolle jene Pläne und Zeichnungen, die für die Herstellung der Spools als Grundlage dienen, zur Einsicht vorgelegt. Diese Pläne seien laut den Aussagen von Herrn XXXX auch an die bP übergeben worden. Nach diesen Plänen würden die Arbeiten an den "Spools" durchgeführt. Welcher Arbeiter die jeweilige Schweißnaht ausgeführt habe sowie Qualitätskontrollen werde auf den Plänen der S-AG und in eigenen Dokumenten festgehalten. Für die Abrechnung mit der Firma B-GmbH würden Aufmaße anhand der Isometrien und Schweißnahtdokumentationen durch die bP erstellt. Herr XXXX erhalte davon eine Kopie anhand der er die Abrechnung überprüfe. Diese Dokumentation diene als Grundlage für die spätere Abrechnung. Die Leistungen der bP würden nach erbrachten Zoll etc. verrechnet. Im Angebot der bP seien unter anderem folgende Leistungen im Angebotspreis vereinbart: Sicherheits-Schutz-Bekleidung und Sicherheitszubehör (lt. Foto aber von der Firma B-GmbH); Schweißer - Arbeitsproben. Im Angebotspreis seien nicht enthalten und sei seitens des Auftraggebers kostenlos zur Verfügung zu stellen:

Technische Dokumentation; Pläne,- technische Dokumentation und Werkstattzeichnungen in ausreichender Stückzahl (das widerspreche den o.a. Detailplänen der bP). Eine weitergehende Gewährleistung sei nicht erkennbar, da durch die laufenden Qualitätsüberprüfungen (siehe Foto) und der abschließenden Kontrolle in Form von zerstörungsfreier Werkstoffprüfung (siehe Foto) durch den Auftraggeber nur etwaige Sorgfaltsmängel in der Arbeitsausführung der bP gerügt würden. Solche Beanstandungen durch die Qualitätsprüfer des Auftraggebers würden unmittelbar durch die bP behoben. Der Auftragnehmer (bP) hafte auch nicht für Erfolg, da durch die laufenden Qualitätsüberprüfungen und der Abschließenden zerstörungsfreien Werkstoffprüfung durch den Auftraggeber (B-GmbH) keine Mängel entstehen könnten. Vielmehr erbringe die bP jene faktischen Leistungen, die kalkulatorisch als Personalkosten zu qualifizieren seien. Aus dem Gesamt Ablauf würden jene

Tätigkeiten ausgelagert, die üblicherweise von Dienstnehmern oder Personen in dienstnehmerähnlicher Abhängigkeit erbracht würden. Eine Abrechnung nach erfolgter Schweißleistung stelle zudem keine erfolgsorientierte unternehmerisch kalkulierte Leistung dar, sondern sei eine verschleierte Lohnzahlung. Es werde kein Material von Seiten des Auftragnehmers (bP) bereitgestellt. Es werde von der Firma B-GmbH das Material (Rohre) für die "Spools" angeliefert, beschichtet und kontrolliert (siehe Fotos). Danach werde das Material ins Lager gebracht und die Arbeiter würden sich die jeweils benötigten Rohre für die Herstellung der "Spools" aus diesem Lager holen. Nach Beendigung der Schweißarbeiten würden die fertigen "Spools" für den Weitertransport gekennzeichnet und vorbereitet. Den Transport übernehme dann wieder eine andere Firma. Aus der Niederschrift und den Erhebungen vor Ort sei hervorgegangen, dass das Material zu keiner Zeit im Besitz der bP gewesen sei. Herr XXXX Emir sei der eingeteilte Vorarbeiter der bP und halte den Kontakt zu seinen Mitarbeitern. Jedoch müsse er sich mit dem Bauleiterstellvertreter Herrn XXXX bzgl. Arbeitsablaufs, Arbeitsdurchführung absprechen. Auftretende Mängel durch die laufenden Qualitätsprüfungen der Firma B-GmbH würden beim Vorarbeiter Herrn XXXX beanstandet werden. Solche Beanstandungen durch die Qualitätsprüfer des Auftraggebers würden unmittelbar durch die bP behoben werden.

Nach Aufforderung durch das Gericht brachte die Firma B-GmbH am 21.06.2016 die "Rahmenbedingungen für Werkverträge der XXXX, Ausgabe Februar 2015", welche dem Werkvertrag vom 14.01.2014 zugrunde gelegt wurden, bei.

Am 23.06.2016 fand in der Produktionshalle, XXXX, eine Besichtigung durch den Vorsitzenden Richter des erk. Gerichts mit dem Bauleiter der Firma B-GmbH statt, bei dem die Halle, die Kräne, die von den Arbeitern der bP genutzten Sanitäräume sowie der Pausenraum, der Vorplatz, an dem das Material angeliefert wurde, besichtigt und die Vorgänge erklärt wurden. Die Räume wurden bildlich dokumentiert.

Mit Schreiben vom 24.06.2016 erging seitens der bP zum einen das Ersuchen um Beiziehung der beantragten Dolmetscher, zum anderen die Verfahrensrüge, wonach die bP nachträglich erfahren habe, dass das Bundesverwaltungsgericht einen Ortsaugenschein der Werkshalle, in der die verfahrensgegenständlichen Arbeiten der bP durchgeführt wurden, angeordnet und durchgeführt haben soll und dieser ohne ihre Zustimmung und ohne ihre Möglichkeit zur Teilnahme erfolgt sei.

In der Stellungnahme des Rechtsvertreters der bP vom 01.07.2016 zu den Ausführungen der bB vom 10.06.2016 gab dieser an, dass die Kehrtwendung der Behörde nach der Erteilung der widerrufenen Bestätigungen - welche, wie die bB richtig anführte, auf Basis des überprüften Werkvertrages, sowie der gültigen A1 Bescheinigung erfolgt sei - angeblich aufgrund von neuen Erkenntnissen anlässlich der Besichtigung vom 03.03.2016, in Wahrheit bloß auf Änderung der rechtlichen Beurteilung der Behörde zurückzuführen sei, weil der Behörde schon vorher alle Fakten bekannt gewesen seien, auch die Tatsache, wo und in wessen Auftrag die Arbeiten stattfinden würden. Die Tatsache, dass die Firma B-GmbH auch selbst Qualitätskontrollen durchführte, sei eine Selbstverständlichkeit und rechtfertige nicht den Schluss der bB, dass die bP "nicht für den Erfolg der Werkleistung hafte". Hier handle es sich um eine willkürliche Unterscheidung, die mit den zivilrechtlichen Bestimmungen den Werkvertrag betreffend und mit den vorgelegten Werkverträgen nicht in Einklang zu bringen seien. Die weitere geradezu unverständliche Begründung der bB, dass die Mangelfreiheit eines Werkstückes "erst nach der von der B-GmbH durchgeführten zerstörungsfreien Werkstattprüfung festgestellt werden konnte" sei ein deutlicher Hinweis auf eine solche Willkür bei der Auslegung des seit Anbeginn an bekannten Sachverhaltes. Zu den Aussagen der Finanzpolizei vom 14.06.2016 führte der Rechtsvertreter der bP aus, dass die Tatsache, dass die bP selbst technische Zeichnungen vor Durchführung der Arbeiten hergestellt habe, von der bB nicht bestritten werde. Maßgeblich dabei sei nicht die Frage, dass der bP grundlegende Spoolzeichnungen der S-AG vorgelegt worden seien, sondern die Tatsache, dass die von der bP hergestellten und praktisch tauglichen technischen Zeichnungen von den Arbeitern der bP gebraucht und verwendet und von der bP selbst hergestellt worden seien. Ein Werkvertrag würde aber auch vorliegen, wenn es nicht so gewesen wäre. Das Argument der Finanzpolizei, dass Qualitätskontrollen durch die B-GmbH durchgeführt worden seien, weshalb ein Werkvertrag nicht vorliegen würde sei für jemanden, der die modernen Erfordernisse für Qualitätskontrollen kennt, erstaunlich. Die Durchführung und Dokumentierung der Qualitätskontrollen auch durch den Auftraggeber sei fester Bestandteil solcher Prozesse und bei dieser Industrieform gang und gäbe. In Wahrheit sei es gerade umgekehrt: Eine Werkerbringung durch einen Werkunternehmer in der Industrie erfordere eine gewisse begleitende Mitwirkung des Auftraggebers und Qualitätskontrollen, die auch der Auftraggeber durchführte und dokumentierte. Aus dem Werkvertrag der S-AG mit dem Konsortium "XXXX" gehe in Punkt 3.1. hervor, dass der Punkt "Prefabrication" (Vorfertigung) als eigener und selbständiger Punkt im Werkvertrag aufscheine. Diese Leistung hat die bP übernommen. Die übrigen Punkte wie Verpackung, Lieferung, Ausstattung mit Dokumentation, Ursprungsnachweisen usw. seien der B-GmbH bzw. ihrem Konsortium gelegen. Zur Aussage des Bauleiterstellvertreters der B-GmbH, Herrn XXXX, vom 03.03.2016 gab der Rechtsvertreter an, dass die Kontrollen der Qualität zunächst Herr XXXX selbst mache, während die Firma B-GmbH stichprobenartig die Qualität der Verschweißungen und der Dokumentation dazu überprüfe (Anmerkung: Dies sei ein unablässiger GMP-gemäßer Vorgang). Der Arbeitsablauf der bP stelle für diesen Zeugen ein "abgeschlossenes

Gesamtsystem dar". Die Qualitätsdokumentationen und die Aufmaße anhand der Isometrien würden ebenfalls durch die bP erstellt, ebenso die Schweißnahtdokumentation. Die Arbeiter der bP und jene der Firma B-GmbH arbeiteten nicht zusammen im Verbund. Die Arbeiter der bP würden natürlich von dieser entlohnt. Die bP würde mit ihrem Auftraggeber werkvertragsmäßig nach erbrachter Leistung und nicht nach Stunden abrechnen.

Am 11. und 12.07.2016 fand die mündliche Verhandlung statt, welche im Wesentlichen folgenden Verlauf nahm:

"...

RV verweist auf die Beschwerde. Es sind vorwiegend Rechtsfragen zu lösen. Es wird auf zwei große Fragenblöcke verwiesen (Widerrufe und Ablehnungen). Es wird noch einmal betont, dass der Behörde schon im Jahre 2013 und noch einmal vor Erteilung der Bewilligungen im Jänner 2016 alle Umstände bekannt gegeben wurden, die entscheidungsrelevant waren. Insbesondere auch, wo die Arbeiten stattfinden werden, und dass der Kran sowie die maßgeblichen Schweißgeräte durch den Auftraggeber bereitgestellt werden. Es ist daher nicht richtig, dass nachträglich ein SV festgestellt wurde, der abweichend ist. Die bP ist ein Familienunternehmen und hat bei diesen für sie wichtigen wirtschaftl. Dispositionen auf die Rechtsansicht der Behörde vertraut und vertrauen dürfen. Der Widerruf und die Ablehnungen der Entsendungen bedroht die bP in ihrer wirtschaftlichen Existenz, obwohl sie sich bemüht hat, gegenüber der Behörde alles klarzulegen. Ungeachtet dessen ist aber auch die Rechtsansicht der Behörde nicht im Einklang mit den Vorschriften der EU und der Judikatur des EuGH wie aufgezeigt, sondern wird versucht durch eine geänderte Verwaltungspraxis allfällige künftige Gesetzesänderungen auf diesem Gebiet vorwegzunehmen.

BehV: Es hat sich auf Grund der Kontrolle vom 03.03.2016 der FinPol ein neuer Sachverhalt ergeben. Insbesondere die Art des Ablaufes der Fertigung, die dort durchgeführten laufenden Qualitäts-Kontrollen durch Bedienstete der Firma B-GmbH sowie die abschließende zerstörungsfreie Werkstoffprüfung durch die Firma B-GmbH waren der bB so nicht bekannt. Es war, wie der RV richtig ausführt, schon klar, dass diese Tätigkeit in Eigentum stehenden bzw. angemieteten Halle im Gelände XXXX stattfindet. Auch aus früheren anderen Werkverträgen, die die bP durchgeführt hat, ist bekannt gewesen, dass ein Hallenkran benützt wird, und dies wurde aus Effizienzgründen durchaus unproblematisch gesehen. Nicht bekannt war allerdings, dass das ganze Werkzeug zB Schweißgeräte udgl. von der Firma B-GmbH stammt.

...

1a) als ZEUGE: Finanzpolizei Herr XXXX (Leiter der Amtshandlung)

...

LR: Wer hat den Arbeitern direkte Anweisungen gegeben? Wer bestimmte den Tagesablauf und die Arbeitseinteilung der Arbeiter?

Z: Faktisch habe ich das nicht wahrgenommen, wie Aufträge weitergegeben werden. Es gibt einen Vorarbeiter vor Ort, mit dem kommuniziert wird, was zu machen ist. Ich habe das nicht selber festgestellt, das hat Hr. XXXX festgestellt.

LR: Wie haben sich für Sie die Qualitätskontrollen dargestellt?

Z: Im Gespräch mit Hrn. XXXX: Es passieren Q-Kontrollen durch die Firma B-GmbH, am Ende werden Überprüfungen gemacht zB. zur Dichtheit etc., direkt habe ich es nicht gesehen, aber das Doku-Team hat eine solche Überprüfung mitdokumentiert.

LR: Haben Sie die Pläne und Skizzen gesehen? Von wem stammten diese? Waren auch Skizzen des Vorarbeiters dabei?

Z: Ja, kurz. Hr. XXXX hat mir im Gespräch anhand eines Planes erklärt, wie dies abläuft. Wir haben das vor Ort eingesehen.

LR: Wissen Sie, ob diese Unterlagen von der B-GmbH, S-AG oder der bP stammen?

Z: Diese Unterlagen sind von Fa. B-GmbH, es wird an Hand dieser Pläne gearbeitet. Im Zuge der Kontrolle wurde nicht festgestellt, dass die Unterlagen von der bP stammten.

LR: Vorhalt 23-seitige Liste (Unterlagen von Finanzpolizei) - Was ist das für eine Liste? Von wem stammt sie? Was beinhaltet sie?

Z: Ich habe diese Liste zum ersten Mal gesehen, ich bin nicht Sachbearbeiter des Aktes. Ich bin nur bei der Kontrolle anwesend. Ich könnte nur Vermutungen anstellen. Es könnte eine Dokumentation der Schweißnähte sein, dies ist eine Vermutung meinerseits.

LR: Gab es bei den Unterlagen ein Wochenbuch? Haben Sie in dieses Einsicht genommen?

Was ist Sinn und Zweck eines Wochenbuches?

Z: Ja, dies ist wie ein Bautagebuch. Ich habe bei der Kontrolle kein Wochenbuch eingesehen.

...

LR: Was waren Ihre Schlussfolgerungen aus Ihren Wahrnehmungen und Erhebungen?

Z: Aus Sicht der Kontrolle hat es sich so dargestellt, dass Material eingekauft und überprüft wird und es wird auch dort gelagert. Es gibt Pläne und Isometrien, nach denen die Teile vor Ort erzeugt werden. Am Ende werden diese versandfertig gemacht und vorbereitet für einen Transport, ich glaube nach XXXX. Im Gesamten hat es sich so dargestellt, dass lediglich die mechanische Arbeitsleistung zur Erbringung des Rohrwerkes an die bP übergeben worden ist (Schweißen, Schneiden, Verpacken und Montieren) aus der Sicht der damaligen Kontrolle haben die Merkmale einer Arbeitskräfteüberlassung überwogen.

LR: Wer war der Leiter bzw. der Verantwortliche der Baustelle.

Z: Aus meiner Sicht war verantwortlich Hr. XXXX.

LR: waren zwei getrennte Werke oder war es ein Werk?

Z: Im Zuge der Feststellung war das Werk das fertig verschweißte Rohr. Anfangs war Material, es wurde aufgelegt, es wurde durch die Arbeiter der bP verschweißt, geflext, gebürstet und zum Schluss waren die fertig verschweißten Rohre als Einzelelement versandfertig.

LR: Was haben die Arbeiter der Fa B-GmbH gemacht?

Z: Es waren welche anwesend, welche konkreten Aufgaben diese hatten, kann ich nicht beantworten. Im Zuge der Kontrolle wurde durch Kollegen, eine Schweißnähtüberprüfung während des laufenden Prozesses festgestellt, durch Leute von B-GmbH.

LR: Haben die MA von der bP Kleidung der B-GmbH getragen bzw. Werkzeuge von der B-GmbH benutzt?

Z: Kann ich jetzt nicht so sagen. Hr. XXXX hat gesagt, manche Dinge sind angemietet, vermietet worden, ich kann mich erinnern, dass er gesagt, hat die bP habe den eigenen Kranführer mit.

...

LR: Haben Sie gesehen, wer die Schweißnähte von der Fa B-GmbH kontrolliert hat?

Z: Ich habe persönlich die Überprüfung der Schweißnähte persönlich nicht wahrgenommen, ich weiß dass es Hr. XXXX nicht war. Er war abseits des Geschehens (Telefonate etc), er selbst hat die Dokumentation anhand der Bilder nicht durchgeführt.

LR: Sie haben ihre Schlussfolgerung dreigeteilt. Haben Sie die Übergabe des Materials, von B-GmbH an die bP, geprüft?

Z: Es gibt ein Lager des Materials, es wird dies von dort aus nach Bedarf verwendet. Hr. XXXX hat mir ähnlich geantwortet, dass Material von der B-GmbH zur eingekauft wird und den Isometrien für die bP zur Verfügung gestellt wird. Die Arbeiter sind nach Bedarf eingesetzt, abhängig davon was angeliefert und zur Verfügung gestellt wurde, durch die Firma B-GmbH.

RV: Sie haben gesagt, aus Ihrer Sicht haben die Merkmale einer Arbeitskräfteüberlassung überwogen. Ich höre noch Zweifel daraus, es haben noch andere Aspekte festgestellt, die nicht auf die Arbeitskräfteüberlassung schließen lassen.

Z: Arbeitsablauf hat sich für mich in 3 Teile gegliedert. Das Zusammenbringen der Teile, die mechanische Schweißarbeit, haben wir festgestellt. Es hat sich als zusammenhängenden Arbeitsablauf dargestellt.

RV: Sie haben vorhin gesagt, das Material war aufgelegt durch die B-GmbH und die bP hat das Werk fertiggestellt.

Z: Das ist nicht ganz richtig, weil der vorletzte Schritt die lfd. Überprüfung der Fa B-GmbH darstellt und die Fa B-GmbH ein halbfertiges Werk übernimmt, weil die Überprüfung der Zerstörungsfreiheit von Fa B-GmbH festgestellt wird.

RV: Haben Sie mit Hr. XXXX darüber gesprochen, ob und dass ein Gewährleistungsausschluss vereinbart wurde zwischen der B-GmbH und der bP.

Z: Nein, habe ich nicht.

RV zeigt eine grundsätzliche Art Skizzen (bereits im Akt)

Z: Diese Art ist mir persönlich nicht bekannt, möglicherweise meinem Kollegen.

RV: Lt. Vorarbeiter wurden diese Skizzen auch verwendet?

Z: Mit Hrn. XXXX habe ich einen detaillierteren bzw. größeren Plan gesehen. Möglicherweise verwenden Arbeiter diese Skizzen, genau weiß ich es aber nicht.

...

RV: Wissen Sie, was ein GMP-Prozess ist?

Z: Nein.

RV: In diesen Prozessen sind laufende Überprüfungen vorgesehen, durch den Auftraggeber.

Z: Davon weiß ich nichts.

RV: Was passiert, wenn Material fehlt? Wer muss reagieren?

Z: Lt. den Aussagen von Hrn. XXXX reagiert, ich vermeine die bP mit dem Personal.

1 b) als ZEUGE: Finanzpolizei Herr XXXX (bei Kontrolle und Einvernahme von XXXX dabei)

...

Von wem wurde das Werkzeug verwendet?

Z: Grundsätzlich von der bP. Wobei wir nicht festgestellt haben, ob das auch im Besitz der Firma ist. Die Kräne haben Arbeiter von der bP verwendet, dürften aber im Besitz der Fa B-GmbH sein. Erhebungen betreffend Anmietung habe ich nicht gemacht.

Eine Befragung hinsichtlich der Eigentumsverhältnisse, wem Werkzeuge / Kräne gehören, wurden nicht vorgenommen?

Z: Bezüglich des Werkzeuges nicht. Bzgl. der Halle und Kräne wurde niederschriftlich festgehalten, dass diese von der Fa B-GmbH angemietet wurden.

Von Fa B-GmbH oder der bP angemietet?

Das kann man so nicht sagen, die Halle und Kräne wurden von der Fa B-GmbH angemietet.

Die Fa XXXX ist der Vermieter und die B-GmbH ist Mieter, die weiteren Schritte sind nicht bekannt.

Vorhalt Fotos (Aufnahmen von FPol [siehe Stellungnahme FPol vom 14./15.06.2016]: "Arbeiter mit B-GmbH-Jacke" - Wer sind diese Arbeiter (bP oder B-GmbH)?

Haben Sie die Arbeitsbekleidung/Sicherheitsschuhe gesehen? Von wem stammten diese?

Z: Ja, diese Fotos hat mein Kollege gemacht. Die Arbeiter der Fa B-GmbH waren anwesend, haben die Überprüfung gemacht und manche der Arbeiter von der bP haben auch die Jacken der Fa B-GmbH angehabt.

Zeuge legt weitere Fotos vor, welche Arbeiter der bP in Kleidung zeigen, welche nicht Arbeitskleidung der Fa B-GmbH ist und sich nicht im Akt befinden, welche nachgereicht werden und in der Folge den Parteien weitergeleitet.

RI: Durch Identitätsfeststellung konnten Sie feststellen, wer zur bP gehört und wer zur B-GmbH.

Z: Nicht direkt, wir haben den Arbeitsablauf nicht gestört. Durch die Unterlagen von Hrn. XXXX haben wir die Zuordnung der Arbeiter getroffen.

Wie viele Arbeitnehmer der bP waren zum Zeitpunkt der Kontrolle anwesend und in welcher Funktion? Was haben sie konkret gemacht?

Z: Wir haben uns einen Überblick verschafft. Anhand der Listen wurden die Feststellungen getroffen. Wir haben gesehen, dass diese Schweißarbeiten gemacht haben und dass der Kran betätigt wurde.

...

Haben Sie gesehen und festgestellt, wie der Arbeitsablauf dokumentiert wurde? Gab es dabei Kontrollen durch die Firma B-GmbH?

Z: Ja, bei der Niederschrift wurde es hinterfragt. Wir haben Fotos gemacht, von einem Plan der Firma S-AG. Auf diesem Plan mit den Beiblättern wird die Dokumentation beschrieben.

Wer hat den Arbeitern direkte Anweisungen gegeben? Wer bestimmte den Tagesablauf und die Arbeitseinteilung der Arbeiter?

Z: Lt. Aussagen von Hrn. XXXX über den Vorarbeiter Hr XXXX. Lt. Hrn XXXX wurde immer das Material geliefert nach Plänen. Mind. 3 oder 5 von Fa B-GmbH waren anwesend.

RI: Worauf hat sich die Tätigkeit der Fa B-GmbH bezogen?

Z: Materialanlieferung, Weiterleitung Pläne der S-AG an die bP.

Wie wurde die Arbeitszeit dokumentiert und an wen wurden die Aufzeichnungen abgeliefert?

Z: Ja, ich habe die Fotos nicht mit. Hr. XXXX führt diese Stundenaufzeichnungen für seine Mitarbeiter.

RI: Was wurde damit gemacht?

Z: Ich weiß es nicht genau, aber ich glaube für die Abrechnung. Die Abrechnung der bP erfolgt auf Grund der Schweißnähte. Es wird nach Leistung gearbeitet.

...

Aussage Stellungnahme FPol Seite 3: "Der Vorarbeiter XXXX muss sich hinsichtlich Arbeitsablauf und Arbeitsdurchführung mit dem Bauleiterstellvertreter (XXXX) absprechen" - was genau bedeutet dies? Waren der Vorarbeiter und die Arbeiter von der bP in ihrem Tun abhängig von den Vorgaben von der B-GmbH?

Z sieht in der Niederschrift nach: Hr XXXX hat ausgesagt, "Ich bespreche alles mit Hrn XXXX betreffend Arbeitsablauf. Zum Inhalt der Arbeitsanweisungen kann ich direkt nichts sagen. Hr. XXXX ist der Verantwortliche dafür. Ob diese andere Absprachen treffen weiß ich nicht.

RI: Wurden noch andere Pläne von der bP angefertigt und vorgelegt?

Z: Nein.

RI: Haben Sie konkret danach gefragt?

Z: Nein, wir sind davon ausgegangen, dass das mit den Plänen der Fa. S-AG durchführbar ist.

Wie haben sich für Sie die Qualitätskontrollen dargestellt?

Z: Ein MA der B-GmbH ist mit einem mobilen Prüfgerät, zur jeweiligen Schweißnaht gegangen und hat eine Überprüfung durchgeführt.

Vorhalt 23-seitige Liste (Unterlagen von Finanzpolizei) - Was ist das für eine Liste? Von wem stammt sie? Was beinhaltet sie?

Z: Ich glaube diese wurde mit der Schweißnahtdokumentation vorgelegt. Die Liste wurde nicht hinterfragt.

Gab es bei den Unterlagen ein Wochenbuch? Haben Sie in dieses Einsicht genommen?

Was ist Sinn und Zweck eines Wochenbuches?

Z: So wie ein Wochenplan. Ich habe so etwas nicht gesehen.

...

Was waren Ihre Schlussfolgerungen aus Ihren Wahrnehmungen und Erhebungen?

Z: Wir sind auf Grund einer anonymen Anzeige in die Firma gekommen. In der Halle ist laufender Betrieb gewesen. Wobei die Tätigkeit der bP ausschließlich auf die Schweißarbeiten begrenzt werden kann. In der Niederschrift wurde mit Hrn. XXXX diese befragt. Es wurde festgestellt, dass das Material die B-GmbH zur Verfügung stellt, die Pläne kommen von der S-AG über Fa B-GmbH an die bP. De facto gibt es unserer Ansicht nach keine Gewährleistung, da die Fa B-GmbH laufend die Qualitätskontrolle und Endkontrolle durchführt.

RI: Haben Sie Erhebungen betreffend der Übergabe des Materials getätigt?

Z. Hr. XXXX hat angegeben, dass die Fa B-GmbH das Material an die bP übergibt und die Fa B-GmbH bekommt die Pläne von der S-AG und gibt diese an die bP weiter.

LR: Die Halle und Kran wurden angemietet. Haben Sie den Vertrag gesehen?

Z: Nein, es wurde uns in der Niederschrift mitgeteilt.

LR: Wissen Sie betreffend des Werkzeuges von wem dies ist?

Z: Wurde nicht festgestellt und nicht erhoben.

LR: Wer hat die Dienst- und Fachaufsicht für das Projekt vor Ort?

Z: Fa B-GmbH hat einen Leiter - Hr. XXXX, der mit dem Vorarbeiter der bP kommuniziert und entsprechende Anweisungen erteilt. Hr. XXXX gibt dies an die Arbeiter der bP weiter. Die Arbeiten werden lt. Plan und Material durchgeführt.

LR: Die Tätigkeit der bP konzentriert sich auf Schweißarbeiten, Arbeiten wie Schneiden, Verpacken haben sie nicht festgestellt.

Z: Die Vorbereitungsarbeiten werden durchgeführt - alle Arbeiten welche mit der Schweißarbeit im Zusammenhang stehen.

RV: Haben Sie Tätigkeiten der Fa B-GmbH beim Schneiden, Schweißen, Schleifen und Herstellen der Rohre festgestellt?

Z: Nein.

...

RV: Haben Sie auf Grund der Aussagen von Hr. XXXX keinen Grund gesehen Hr. XXXX zu befragen?

Z: Nein, deswegen weil auf Grund des Sachverhaltes es nicht für notwendig erachtet wurde. Zum anderen waren sprachliche Schwierigkeiten, Hr. XXXX kann nicht gut Deutsch.

RV: Haben Sie einen Versuch gemacht, einen Arbeiter mit ausreichend Deutschkenntnissen zu finden?

Z: Nein.

...

RV: Hr. XXXX hat gesagt, 2. S. Abs. 3. die bP macht die mechanische Fertigung der Rohre, es beinhaltet das Ausfassen des Materials, das Zuschneiden, das Schweißen sowie die Zwischentransporte. Zumindest bezogen auf die mechanische Arbeit, macht die Aussage doch den Eindruck, dass die Firma selbstständig tätig ist.

Z: Wir haben vorher gewusst, dass die B-GmbH das Material anliefert und die Qualitätskontrollen durchführt. Die mechanischen Arbeiten sind schweißen und schneiden.

RV: Haben Sie das schon vorher gewusst?

Z: Nein im Zuge der Erhebungen.

...

RV: Hr. XXXX hat die Stundenaufzeichnungen geführt, aber für Fa B-GmbH war dies nicht relevant.

Z: Ja.

RV: Haben Sie Hr. XXXX gefragt ob die Fa B-GmbH auf Gewährleistung verzichtet hat?

Z: Nein.

RV zeigt eine grundsätzliche Art Skizzen (bereits im Akt)

Z: Ich kenne diese Skizzen nur aus ihrer Rechtfertigung, bei der Kontrolle wurden uns diese nicht gezeigt.

RV: Wurde nach diesen gefragt?

Z: Nein, wir sind davon ausgegangen dass die Pläne der Fa S-AG für die Anfertigung ausreichend und detailliert genug ausgeführt sind. Wobei aus den Skizzen man nicht wirklich etwas herauslesen hätte können.

RV: Wissen Sie wie eine Schweißnahtdokumentation aussieht?

Z: Nein, genau nicht. Es wurde uns ein Muster davon vorgelegt.

RV: Was war diese Liste mit 23 Seiten?

Z: Ich kann es nicht genau sagen, ich vermute eine Schweißnahtdokumentation. Die 23 Seiten wurden uns glaube ich mit den Verträgen übermittelt. Die Schweißnahtdokumentation, die wir überprüft haben, bezieht sich auf die Aussage von Hrn. XXXX, in dem uns ein Muster gezeigt wurde und eine Schweißnahtdokumentation festgehalten wurde.

RV: Wer macht diese Schweißnahtdokumentation?

Z: Die bP, wobei diese Schweißnahtdokumentation an die Fa B-GmbH übergeben wird.

RV: Wer hat Mängel zu vertreten?

Z: Generelle werden sofort unmittelbar von der bP behoben, da es durch die Fa B-GmbH diese lfd. Qualitätskontrollen gibt. Eine weitere Gewährleistung ist dadurch auszuschließen.

RV: Haben Sie darüber gesprochen?

Z: Es wurde nicht darüber gesprochen.

RV: Wurde nach den Zertifikaten und Qualifikationsnachweise der Arbeiter von der bP gefragt?

Z: Es wurde Einsicht genommen und es wurde festgestellt, dass es diese gibt.

RI: Wissen Sie woher die Zertifikate und Qualifikationsnachweise stammen?

Z: ich müsste in der Foto-Dokumentation nachsehen.

RV: Es waren Nachweise von der bP?

Z: Ja.

RV: Haben Sie nach der Lohnabrechnung gefragt?

Z: Im Zuge der Niederschrift bei Hrn. XXXX, er wusste es nicht.

Nach Einsicht in der Niederschrift: Es werden die verschweißten Zoll verrechnet.

3) als ZEUGEN: Geschäftsfeldleiter Industrie- und Kraftwerkrohrleitungsbau B-GmbH Herr Ing. XXXX

...

Was war die Aufgabe von B-GmbH bei dem Projekt?

Wir haben den Auftrag verhandelt mit der S-AG im Nov. 2015. Wir haben kurz vor Weihnachten den Auftrag der S-AG erhalten. Es sind Fertigungsleistungen für ein Kraftwerksprojekt in XXXX mit inkl. Materialbeschaffung, Logistik, Transport an mehrere europäische Häfen eingeschlossen. Die Leistungen hat der Endkunde, die S-AG, übernommen. Fertigungen von Rohren - für das Kraftwerk selber, wo Rohrstücke zusammengeschweißt werden; die Materialbeschaffung (Edelstahl etc.), Korrosionsschutz, Verpackung und Transport.

Ist die Inanspruchnahme von Sub-Unternehmen Usus?

Z: es ist immer ein Thema, weil die Eigenkapazitäten im generellen nicht ausreichen, da greift die Firma generell auf Subunternehmer oder Firmen generell zurück.

Wie weit sind sie kundig über den Vertragsabschluss mit der bP?

Z: Ich weiß nur, dass die bP einen Werkvertrag bzgl. Leistung erhalten hat. Ich kenne die Details aber nicht.

...

RI: Welchen Leistungsumfang hatte die bP?

Z: Das Schweißen von Rohrleitungen aber auch in der Arbeitsvorbereitung. Einteilung der Schweißnähte, damit verbunden mit Erstellen von Schweißlisten bis hin zur Übergabedokumentation.

RI: Sie nannten vorher "Fertigung". Können Sie das konkret erklären?

Z: Die Planungsunterlagen wurden vom Endkunden übermittelt. Diese wurden uns zur Verfügung gestellt und wir haben diese an die bP übergeben. Da haben die Planungen des Subunternehmers eingesetzt, die Größe der Transportgestelle.

RI: Die Rahmen wurden auf Grund der Isometrie vorgenommen, die Detailplanung von bP vorgenommen.

Z: Im Wesentlichen ist es die Arbeitsvorbereitung. Einteilung der Schweißnähte, Erstellung der Listen und Dokumentation. Näheres wissen die Bauleitung / Bauüberwachung.

Wie lange lief das Projekt (Startzeitpunkt, Ende)?

Z: Zeitraum der Fertigung Februar 2016 bis April 2016. Es war ein fristgebundener Auftrag mit Pönalen des Endkunden. Wir mussten sofort mit der Materialbeschaffung loslegen und über die Disposition der Fertigung.

RI: Wie wurde das Projekt weitergeführt durch den Ausfall der bP?

Z: Wir waren in einer ungünstigen Lage, der Termindruck war gewaltig. Wir mussten auf Stundensatzbasis weiterarbeiten, mit anderen Montagekräften.

RI: Konnten Sie den vertraglichen Termin einhalten?

Z: Der ursprüngliche Termin wurde um einige Wochen verfehlt, wir hatten Glück, dass der Endkunde auch etwas säumig war, wir sind daher ohne Pönale ausgestiegen.

Ist das Projekt von der Kalkulation teurer geworden?

Z: Ja.

Wie sahen die Qualitätskontrollen durch B-GmbH genau aus?

Z: Ein wesentliches Merkmal sind die Schweißnähte, das ist die Kernleistung unseres Werkes. Neben der gesamten visuellen Beurteilung, gibt es die Zerstörungsfreien Prüfungen mit dem Röntgengerät. Man sieht "Ungänzen" oder "Einschlüsse", in den Schweißnähten. Es gibt Bewertungskriterien nach EU-Normen.

RI: Von wem sind die Vorgaben des Materials?

Z: Vom Endkunden, wir sind Dienstleister. Das wurde spezifiziert von der S-AG. Es wurde vom Kunden konzipiert.

RI: Haben Sie als Fa B-GmbH viel Spielraum bzgl. des Werkes, bzw. ist die Leistung standardisiert oder haben Sie Ermessensspielraum welches erstellt wird?

Z: Eher nein.

RI: Wo / was entscheidet B-GmbH selbst?

Z: Man muss es anders bezeichnen, der positive Ausgang des Projekts wird entschieden über die Termineinhaltung, und über das logistische Konzept, nicht über technische Verbesserungsleistung.

RI: Hat die bP mehr Ermessensspielraum als die Fa B-GmbH?

Z: Der Ermessensspielraum ist sehr gering in diesem Geschäft. Man kann sich auf Millimeter beziehen.

Wie sieht es mit der Haftung aus? (B-GmbH gegenüber S-AG)

Z: Für die vollständige und termingerechte Erbringung der Leistungen und die Erfüllung der Qualitätsanforderung, im Wesentlichen.

RI: Welche Haftung hat die bP im Zusammenhang mit der Leistungserbringung?

Z: Nicht anders als bei uns. Einhaltung und Erfüllung der Leistungserbringung und Qualitätsstandards.

RI: Welche Garantie bringt die Qualitätsprüfung hinsichtlich Wahrscheinlichkeit Fehler oder mangelhafte Ausführungen zu entdecken?

Z: Es ist nicht lückenlos. Im Röntgengerät werden entsprechende Fehler aufgedeckt, sofern welche vorhanden sind.

RI: Wenn mangelhafte Leistung entdeckt wird, was passiert in Folge?

Z: Es wird von der jeweiligen Firma ausgebessert. Es wird geschliffen und nachgeschweißt.

RI: Wenn es zu Verschneidungen kommt, wer trägt die Kosten für den Verschnitt?

Z: Es ist mir nicht bekannt, es liegt in der Haftung der RM-LH, diese tragen die Verantwortung für die Verschlechterung.

RI: Durch wen erfolgte die Berechnung des Materialbedarfs?

Z: Wir haben das Material beschaffen, es ist üblich. Die bP hat dies in Eigenverantwortung überprüft. Im konkreten Fall kann ich es nicht sagen, es ist so üblich.

Vorhalt Niederschrift vom 03.03.: "B-GmbH bestellt das Material" - ist das abhängig von den bereits gefertigten Rohrelementen? Bedeutet dies, dass zuerst ein Teil fertig gestellt wird bzw im Arbeitsprozess ist und dann wird erst das nächste Material bestellt, damit nicht alles im Lager ist? Wer bestimmt, wie viel Material benötigt wird?

Z: Es wäre schlecht, die Rohre haben Lieferzeiten. Es ist eine Sammlung von Baumaterial, manche sind leicht am Markt verfügbar, andere weniger. Es ist generell üblich, wir stellen das Material bei und von der Menge mit dem Endkunden konzeptieren. Der Endkunde hat den Bedarf ermittelt. Zeuge konkretisiert seine Aussage, dass eine Überprüfungsverpflichtung des Materials an den Auftragnehmer weitergegeben werden kann.

Werden die Isometrien von S-AG auch nach und nach für einzelne Abschnitte geliefert (siehe Antwortmail XXXX 25.01.:

"...auszuführende Arbeiten erfolgen gemäß Isometrien, die dem Auftragnehmer vom Auftraggeber entsprechend der parallel laufenden Planung zur Verfügung gestellt werden")?

Z: Wir haben das Material abschnittsweise bekommen.

RI: Haben Sie Kenntnis betreffend Schweißerauswahl?

Z: Nein.

Wie erfolgt die Verrechnung? "Abrechnung laut Leistungsverzeichnis"

Z: Ich habe das Leistungsverzeichnis schon gesehen.

Zeugen wird der betreffend Aktenteil gezeigt. (23-seitige Liste)

Z: Ich habe es gesehen, aber selbst habe ich nichts mit der Liste gemacht. Es beinhaltet im Wesentlichen die Bauteile die mit dem Endkunden vereinbart wurden und die Leistung der Schweißnähte. Man kann es als Leistungskatalog bezeichnen.

Schlägt sich die "Unentgeltlichkeit" der Überlassung von Werkzeug und Kran im Preis nieder?

Z: Ich war anfangs beschäftigt mit der Hallensuche. Betreffend das Werkzeug kann ich keine Angaben machen. Es war schwierig eine derartige Örtlichkeit zu finden um den Auftrag durchführen zu können, in der Kürze der Zeit.

RI: Wissen Sie wie diese im Konkreten an die bP weitervermietet wurde?

Z: Die Halle ist im gesamten. Wir haben Bauteile mit mehreren Tonnen zu heben, die Halle wäre ohne Kran daher wertlos.

RI: Ist der Kran weitervermietet worden?

Z: Die Halle mit dem Kran wurde von uns an die bP zur Verfügung gestellt.

RI: Ist B-GmbH dort eingemietet?

Z: Es ist eine Schwesterfirma, die die Halle in Miete hat und wir haben von der Schwester-Firma die Halle angemietet. Über die Weiterverrechnung weiß ich nichts. Die Leistung haben wir erbringen müssen, diese Leistung hat die bP wohl auch herausgerechnet.

Vorhalt Antwortmail XXXX 25.01.: "Werkzeug wird seitens des Auftragnehmers angemietet"! Woher hat die bP das Werkzeug angemietet?

Z: Betreffend das Werkzeug kann ich nichts angeben.

Wie erfolgte der Zutritt zur Halle und wer hatte Zutritt? Wer, außer B-GmbH/Mitarbeiter der bP noch?

Z: Es ist klar, dass nicht jeder hinein kommt, aber ich habe gesehen, es war eine verschlossene Halle. Es war eine Bitte unseres Vermieters (Fa. XXXX) diese Halle verschlossen zu halten.

...

Von wem haben die Arbeiter der bP die Arbeitsbekleidung/Sicherheitsschuhe bezogen?

Z: Darüber habe ich keine Kenntnisse.

Wie erfolgte die Bezahlung? Und durch wen?

Z: Monatlich erfolgt nach Progress.

LR: Was war die Aufgabe der Mitarbeiter der Fa B-GmbH?

Z: Alleine arbeiten geht nicht, in Ermangelung des Vertrages mit unseren Endkunden wir haben die Verpflichtung Meldungen an den Endkunden zu leiten, wenn etwas nicht nach Plan läuft. Wir haben die Verpflichtung zur Überwachung des Projektes.

LR: Die Dienst- und Fachaufsicht erfolgte durch Fa B-GmbH?

Z: Wir hatten die Gesamtbauleitung inkl. der Qualitätsüberwachung. Auf Grund des Vertrages mit der S-AG.

LR: Die Infrastruktur ist auch von Fa B-GmbH gekommen?

Z: In dem Sinne mit den verbundenen Sozialräumen war dies auch ein Auswahlkriterium um die Lokalität zu wählen, es ist dort auch ein Röntgenpoker vorhanden.

Ergänzend wurde seitens des Zeugen noch ausgeführt, dass die bP neben den bereits angeführten Vorarbeiten der konkreten Leistungserbringung immer unter den Aspekt der der Einhaltung von Terminen sowie der geforderten Qualität zu erbringen hatte.

...

RV zeigt dem Zeugen Skizzen.

Z: Ja, das sind Isometrien. Es ist ein Teil der Dokumentation, der Auftragnehmer.

RV: Warum ist dies noch notwendig, wenn es Pläne von der S-AG gibt?

Z: Es ist Teil der Vertragserfüllung, solche Skizzen sind Teil der Arbeitsvorbereitung der bP.

RV: Kam es gelegentlich auch zu Abweichungen der Spool-Aufzeichnungen?

Z: Es war öfters der Fall, wie ich es von Hrn. XXXX erfahren habe.

RV: In Bezug auf die Abweichungen waren diese Skizzen von Relevanz?

Z: Sie waren notwendig, um die geänderten Verhältnisse wiederzugeben.

RV: Können Sie beispielsweise sagen, warum es zu Änderungen gekommen ist und von welche Art?

Z: Ja, es ist zu Änderungen gekommen. Näher bin ich nicht involviert.

RV: Waren es technische Gründe?

Z: Es waren sicher technische Gründe in der Planungsqualität, davor und danach.

RV: Haben Sie mit der bP einen Gewährleistungsausschluss vereinbart?

Z: Nicht, dass ich wüsste.

RV: Wenn Sie bei Überprüfungen der Schweißnähte zu Fehlern gekommen ist, was ist passiert - die bP musste es reparieren. Wurden die Kosten für die Korrektur weiterverrechnet?

Z: Ja.

RV: Wenn durch einen Fehler in der Schweißnaht die bP reparieren musste und eine neuerliche Überprüfung notwendig war, hat die Fa B-GmbH die bP mit den Kosten belastet?

Z: Ich selbst war nicht vertraut mit dem konkreten Fall. Aber es ist üblich, wie es der RV erörtert hat. Die wirtschaftlichen Auswirkungen hat die bP zu tragen.

RI: Auch die Kosten der Überprüfung hätte die bP zu tragen?

Z: Ja, durch den Mehraufwand.

RV: Wissen Sie ob die bP fallweise, einmal, mehrmals die ihr zur Verfügung gestellten Rohre beanstandet hat?

Z: Ich weiß, dass es Qualitätsmängel an der Oberflächenstruktur der Rohre festgestellt wurden.

RI: Durch wen wurden diese Mängel festgestellt bzw. beanstandet?

Z: Durch die bP.

RV: Legt Anbot 4.2. vor; zur Durchsicht. Ist ihnen das bekannt?

Z: Es ist diese Option gezogen worden, wo wir die Infrastruktur - ist Halle - zur Verfügung gestellt haben.

RV: Hat Ihnen die bP einen Preisnachlass gewährt, da die Fa B-GmbH die Infrastruktur zur Verfügung stellte?

Z: Ja.

RI: Sie wurden vorher gefragt, ob sie das Angebot kenne. Sie gaben an, es gäbe eines, aber im Detail kennen sie es nicht.

Z: Auf das Angebot nicht, wir haben diskutiert Standortfertigung in XXXX. Es ist aber nicht meine Aufgabe im Detail, das Angebot zu kennen.

RV: Haben Sie der bP die Anzahl der gestellten Arbeitnehmer vorgegeben?

Z: Nein, dazu ist mir nichts bekannt.

BehV: Wem haben die Instrumente der Qualitätskontrolle gehört?

Z: Es waren unsere Leute, ich nehme an, ich kenne keine Details, um diese Qualitätskontrolle durchzuführen.

RV: Ist es nicht ein üblicher Vorgang bei derartigen Prozessen?

Z: Ja, absolut, aber ich habe angeführt, dass die Qualitätsüberprüfung eine ausführende Firma prüft. Der Auftraggeber kontrolliert den Auftragnehmer mit den ZFP-Prüfungen.

RV: Hat ihnen die bP eine Alternative zur Fertigstellung angeboten?

Z: Ja. Wurde nicht angenommen

RV: Warum nicht?

Z: Es wurde entschieden in XXXX dies zu machen. Die Großhändler waren in XXXX. Die Transportwege waren dadurch sehr kurz.

RV: Die Frage hat sich auf den Zeitraum nach der Kontrolle bezogen?

Z: Ja, hat es auch gegeben. Wurde aber auf Grund des Termindruckes nicht angenommen.

2 a) als ZEUGE: Bauleiter Herr XXXX

...

Was war die Aufgabe von der B-GmbH bei dem Projekt?

Z: Fertiggestellte Rohrleitungs-Spools, Fertigung, Materialbeschaffung und Verschicken, war der Auftrag von der S-AG.

Welche Tätigkeiten wurden von Ihnen verrichtet?

Z: Koordination, Materialeingang, Ansprechpartner von der bP für den Bauleiter, Koordination von ZFP, Überwachung der Verpackungsfirma, sowie der Versand der "Schlitten" mit dem Home-Office.

...

Was hat die B-GmbH beigetragen zum Werk?

Die Materialbeschaffung, ZFP, Beschichtung, die Verpackung und in Folge der Transport. Ich war zu 90 % vor Ort.

RI: War immer jemand von der B-GmbH vor Ort?

Z: Ja.

Wie viele Arbeitnehmer von der B-GmbH waren involviert, wie sahen deren konkrete Tätigkeiten aus?

Z: Materialausgabe war immer jemand anwesend. Und auch für die Übergabe, und was fertig übergeben wurde von der bP. Wir waren immer besetzt.

RI: Was kann man sich unter Materialübernahme vorstellen?

Z: Es wurde von uns bestellt, wir haben Lieferavisos bekommen, die LKW sind angekommen, es wurde abgelegt am Lagerplatz und eine Kontrolle durchführt, was am Lieferschein steht übereinstimmt.

RI: Worauf bezog sich die Kontrolle?

Z: Planung wurde von der S-AG festgelegt, was der Endkunde verlangte, haben wir bei der Anlieferung überprüft.

RI: Was hat der Endkunde festgelegt?

Z: Bei der Materialbestellung gibt es verschiedene Prüfungen, sowie auch ein Attest (chemischen Analysen, Norm etc) das ist unsere Tätigkeit.

Wer hat die Qualität der Oberflächen / Beschichtungen überprüft?

Z: Es war die Tätigkeit von der B-GmbH.

RI: Wer stellte Beschädigungen bei Anlieferung fest?

Z: B-GmbH. Bei der Beschichtung gibt es auch Vorgaben des Kunden. Es wird stichprobenartig überprüft. Es muss der Lieferant ein Protokoll ausstellen, in welche Beschichtung es geliefert wird.

In wie weit waren die Mitarbeiter von der bP involviert?

Z: Es gibt verschieden Materialien, die bP hat geprüft ob die Materialien zusammenpassen. Übernahme war von Lieferanten und der B-GmbH und dann an die bP durch B-GmbH.

Waren die Mitarbeiter von bP die ganze Zeit bis zur Kontrolle anwesend?

Z: Ja.

RI: In welcher Anzahl?

Z: Wir haben nur die Papiere kontrolliert. Wie viele genau da waren, hat die bP selbst bestimmt.

Was ist passiert, als Sie die negativen Bescheide erhalten haben?

Z: Meine Tätigkeit war, dass ich eine Meldung an die Zentrale gemacht habe. Es wurde entschieden, andere Firmen damit zu beauftragen. Es gibt eine Personaldisponent / Projektleitung, welche entscheidet, über Ersatzkräfte. Auf Grund des Termins gab es schnellen Handlungsbedarf.

Wer hat anstatt der Mitarbeiter von der bP die Arbeiten nach deren Ausscheiden übernommen und ausgeführt?

Z: Es wurden andere Firmen wie Personalbereitsteller involviert. Es war aber hauptsächlich Fremdfirmen, auf die zurückgegriffen wurden.

Vorhalt Niederschrift und AV vom 03. und 08.03.:

"Die bP macht die komplette mechanische Fertigung der Teile." - Was genau ist davon umfasst?

Z: Es besteht aus dem Zuschnitt, Anpassungen, die Schweißnaht selbst, mechanisch ist das Werk dann abgeschlossen. Weiters folgt die ZFP, die wir unter Vertrag hatten.

"Die bP führt die notwendige Arbeitsvorbereitung durch" - Was genau beinhaltet die Arbeitsvorbereitung? Beinhaltet das auch Detailpläne?

Z: Der Kunde stellt Isometrien bereit, es wird 1:1 weitergegeben, Zuschnitt, Schweißnahtfestlegung. Dies lag bei der bP, von unserer Seite wurde keine Vorgabe gemacht.

Wie sahen die Qualitätskontrollen durch die B-GmbH genau aus?

Z: Durch den engen Termin und der Menge zum Fertigen mussten täglich mit der bP Prüfungen erfolgen. Wir selbst hatten vom Endkunden einen "Überwacher" vor Ort, selbst Normen kontrollierte.

RI: Mit wem kommunizierte der Überwacher?

Z: Mit uns, wenn es Mängel gegeben hat wir dann mit der bP.

RI: Was passiert bei der ZFP?

Z: Es gibt verschiedene Systeme. Je nach Norm oder Kundenspezifikation ist die ZFP festgelegt.

RI: Was war konkret in dem Projekt?

Z: Es gab Systeme mit 10 % Überprüfung und Systeme mit 100 %, es gab auch Systeme wo es keine ZFP gab. Wie viele insgesamt es gegeben hat weiß ich nicht genau, ich will mich nicht festlegen aber 8 Systeme waren es vermutlich.

Wie sieht es mit der Haftung aus?

Z: Das muss ich auf der Baustelle nicht wissen, es gibt hierzu Juristen. Ich habe auch nichts mitbekommen, dass über Gewährleistungen / Haftung gesprochen wurde.

Wird durch die abschließende Qualitätskontrolle durch die B-GmbH die Mangelfreiheit bestätigt?

Z: Alles was überprüft ist kann man ausschließen. Es gibt auch visuelle Fehler. Es gibt auch Fehler die in der Norm sind oder nicht. Man kann festlegen, was ist gut und was ist schlecht.

RI: Wo wurde eine ZFP durchgeführt?

Z: Ein Rohrleitungssystem wird nach Kategorien eingestuft. Es kommt auf das Medium an, welche durch die Rohre fließt. Es gibt Normen und Kundenspezifikationen. Bei gewissen Systemen kommt man über eine 100%igen Überprüfung nicht herum.

Was passiert bei Mängeln?

Z: Was selten vorkommt, es wurde mit dem Bauleiter der bP besprochen und sofort nachgebessert, um Folgekosten zu vermeiden.

Auf wessen Kosten geht eine Mängelbehebung/erneute Herstellung?

Z: Ich ging zum Bauleiter der bP, es gibt Röntgenfilme und es wurde ausgebessert. Betreffende Folgekosten entziehen sich meiner Kenntnis.

Vorhalt Niederschrift vom 03.03.: "Sollten Isometrien ausbleiben, muss die bP mit dem Personal reagieren" - was bedeutet dies genau?

Z: Bauleiter hat Zeichnungen bekommen, anfangs waren die Zeichnungen nicht zur Gänze vorhanden. Und der Bauleiter hat immer nachgefragt wann die nächsten Zeichnungen folgen.

Vorhalt Niederschrift vom 03.03.: "B-GmbH bestellt das Material" - ist das abhängig von den bereits gefertigten Rohrelementen?

Z: Der Hauptteil wurde im Vorfeld bestellt, wegen der Lieferzeiten. Abweichungen gibt es immer von "Kleinteilen". Aber insgesamt gab es keine Stehzeiten.

Wurden die Isometrien von der S-AG auch nach und nach für einzelne Abschnitte geliefert (siehe Antwortmail XXXX 25.01.:

"...auszuführende Arbeiten erfolgen gemäß Isometrien, die dem Auftragnehmer vom Auftraggeber entsprechend der parallel laufenden Planung zur Verfügung gestellt werden")?

Z: Blockweise sind die Isometrien gekommen, in Abständen von 1 bis 2 Wochen.

Welchen Kontakt hatten die Mitarbeiter der Firma B-GmbH mit den Arbeitnehmern der bP? Wie erfolgte die Kommunikation?

Z: Mein Ansprechpartner war Hr. XXXX.

Spricht der Vorarbeiter deutsch?

Z: Ja, er kann relativ gut Deutsch. Wir sind zusammengekommen.

Wie schauen die Skizzen/Isometrie aus, wie die Detailpläne? Von wem stammt was?

Z: Diese Art von Listen wurde verwendet, von der bP.

Was war die konkrete Tätigkeit des Bauleiters?

Z: Er hat seine Leute geführt, was ist zu tun. Einteilungen, wer schweißt wie? Wann wird Material gefasst? Liefertermine etc. Hr. XXXX hat mit seinen Leute auf Serbisch Kroatisch, Slowenisch, Bosnisch gesprochen.

RI: von wem sind die Zeichnungen?

Z: Die hat der Bauleiter und im Vorfeld die Firma gemacht.

Wer hat das Material/Werkzeug/die Kräne, Hebevorrichtungen und Maschinen zur Verfügung gestellt?

Z: Was meine Kenntnis ist, gibt es eine Vereinbarung betreffend Kränen und Schweißgeräten aber konkret weiß ich nichts. Die Halle, Kräne und Schweißgeräte wurden von der bP gegengerechnet, aber Details kenne ich nicht.

War die Verwendung des Krans für die Bearbeitung des Materials notwendig?

Z: Ja.

Vorhalt Antwortmail XXXX 25.01.: "Werkzeug wird seitens des Auftragnehmers angemietet"! Woher hat die bP das Werkzeug angemietet?

Z: Entzieht sich meiner Kenntnis.

Wie erfolgte der Zutritt zur Halle und wer hatte Zutritt? Wer, außer B-GmbH/Mitarbeiter der bP noch?

Z: Wir und der Vermieter hatten Zugang, mittels Zugangskarte. Wir haben dem Bauleiter gewisse Karten zur Verfügung gestellt, damit diese in die Halle kommen.

Was ist Sinn und Zweck eines Wochenbuches?

Z: Eintragung von Terminen.

Vorhalt handschriftliche Liste "XXXX. KKS/NR/Schweisser" (Unterlagen von Finanzpolizei) - ist dies ein Auszug eines Wochenbucheintrages? Von wem stammt diese Liste? Was sind das für Zahlen?

Z: Ob seitens der bP ein Wochenbuch geführt wurde, weiß ich nicht, für uns nicht.

RI: Kennen Sie den Vertrag?

Z: Ich weiß welche Leistung sie erbringen müssen, aber Details dazu kenne ich nicht.

Wer überprüft die Qualifikation der Schweißer?

Z: Es muss ein qualifizierter Schweißer sein. Die Prüfung wird beim TÜV abgelegt. Die bP hat die Zeugnisse dazu mitgebracht. Welche gekommen sind, haben eines gehabt, kann sein, dass mal eines abläuft. Es wird aber immer geschaut, dass aktuelle Schweißzeugnisse vorhanden sind.

Wurden bei den Arbeitern von der bP "Schweißer-Handfertigkeitstests" (siehe Rahmenbedingungen zu Werkvertrag von B-GmbH) durch B-GmbH durchgeführt?

Z: Ich kenne das. Es wird das Handling des Schweißers überprüft. Manche Schweißer mussten den Test machen.

RI: Bei wem?

Z: Es legt die Qualitätsstelle von der B-GmbH fest.

RI: Gehörte dies zu Ihren Aufgaben?

Z: Die Schweißerzeugnisse müssen immer auf der Baustelle sein. Es muss nachvollziehbar sein.

RI: Wurden von ihnen Weisungen an Mitarbeiter der bP vorgenommen?

Z: Nein.

Vorhalt der Fotos des Zeugen (FinPol).

Z: Mitarbeiter waren sehr lange da, es ist legitim, dass diese Kleidung gekauft haben. Es sind Mitarbeiter der bP und der ZFP-Prüfer auf den Fotos, welche Kleidung der Fa B-GmbH tragen.

Von wem haben die Arbeiter der bP die Arbeitsbekleidung/Sicherheitsschuhe bezogen?

Z: Es wurde keine Kleidung ausgeteilt, es wurde von der bP käuflich erworben. Wie die Verrechnung erfolgte weiß ich nicht.

Wo haben sich die Arbeiter RM-LH umgezogen, geduscht, Pause gemacht? Wo waren die Arbeiter untergebracht?

Z: Die Mitarbeiter der bP haben die Sozialräume mitbenutzt. Die Arbeiter waren nicht in den Sozialräumen untergebracht.

Wie haben die Arbeiter ihre Arbeitszeit dokumentiert und an wen haben sie die Aufzeichnungen abgeliefert?

Z: Wir haben einen Leistungsbezug und nicht mit Leistung / Stunde.

Wie erfolgte die Bezahlung der Mitarbeiter der XXXX?

Z: Das weiß ich nicht.

Aussage Stellungnahme FPol Seite 3: "Der Vorarbeiter XXXX muss sich hinsichtlich Arbeitsablauf und Arbeitsdurchführung mit dem Bauleiterstellvertreter (XXXX) absprechen" - was genau? Waren der Vorarbeiter und die AN der bP in ihrem Tun abhängig von den Vorgaben von B-GmbH?

Z: Von uns benötigt wurde keine Unterstützung, die haben eigenständig unter Anweisung des Bauleiters gearbeitet.

Haben Sie schon in der Vergangenheit mit der bP zusammengearbeitet?

Ja, glaube ich 2013.

Worin unterscheiden sich das jetzige Projekt/die jetzige Vorgehensweise/die jetzigen Abläufe von den vergangenen?

Z: Es war ein XXXX-Projekt, es war im Zuge von Revisionsarbeiten.

RI: War der Auftrag dort derselbe?

Z: Es wurde auch ein Leistung erbracht. Verrohrung von A nach B, es ist ähnlich.

LR: Es gibt eine Personalstandmeldung wo Mitarbeiter von der B-GmbH und der bP aufgelistet sind. Welche Liste ist das?

Z: Ich muss wissen, welches Personal vor Ort ist um zu wissen, ob die ZK03 Meldung zum Personalstand passt. Die Liste führe ich intern für B-GmbH.

LR: Warum führt man so etwas?

Z: Wenn Unfälle vorkommen. Ich habe als Firma eine Überprüfungspflicht.

LR: Wird das mit der Liste überprüft?

Z: Die ZK03 hat Hr. XXXX übermittelt. Alle Personen haben einen RP mit, und ich überprüfe die Unterlagen dazu.

LR: Wenn ich einen Subunternehmer beauftragt habe, übernimmt dieser diese Aufgaben (Unterlagen für Überprüfungen).

Z: Es wurde uns gesagt, das ZK03 ist ein wichtiges Papier bei Überprüfungen, es ist so zu sagen eine Überprüfung der B-GmbH.

LR: Es gibt auf der Liste auch andere Firmen. Welche Aufgabe hatten diese?

Z: Es ist wenig Personal. Von der XXXX waren Leute zur Überwachung und Materialübernahme, Verpackung etc.

LR: Haben Sie direkt mit Hrn. XXXX gesprochen?

Z: Ja, ohne Dolmetsch.

LR: Es wurde eine Personalbereitsteller beauftragt. Was war in der Organisation ein Unterschied?

Z: Wir haben die Vorbereitung, Überwachung etc selbst übernehmen müssen. Wir haben Techniker aufgestockt. Es wurde auf Stundenbasis gearbeitet.

Durch wen sind die freigewordenen Felder übernommen worden?

Z: Es war eine Kombination aus Eigenpersonalleistung Fa B-GmbH und Fremdpersonal.

RI: Was wurde von Fa B-GmbH durchgeführt und was von Fremdfirmen?

Z: Techniker (B-GmbH), Vorarbeiter (B-GmbH und Personalbereitsteller), Materialansicht, so dass neue Leute arbeiten können. Manche Bereiche habe ich eingeteilt. Schweißer waren von Personalbereitsteller und Eigenpersonalleistung.

RI: Wer hat die Zeichnungen gemacht?

Z: Ein technischer Zeichner von B-GmbH.

RV: Kam es während der Arbeit der waren Leute zur Überwachung und Materialübernahme, Verpackung auch zu Abweichungen bzgl. der von der S-AG vorgegeben Isometrie auf die die waren Leute zur Überwachung und Materialübernahme, Verpackung reagieren musste zB. in Art dieser Skizze.

Z: Es hat Abweichungen gegeben. Manche Teile passten nicht auf den Schlitten. Die bP ist auf uns zugekommen, dass es Korrekturen gibt und diese hat es auch gegeben.

RV: Sie haben Beschichtungen erwähnt. Die bP hat Rohre selbst geprüft.

Z: Es gibt Listen. Jeder Teil ist gestempelt und die bP hatte die Stücklisten auch kontrolliert.

RV: Wie teilt man Schweißnähte ein?

Z: Welches Bauteil wird gebaut, die Reihenfolge etc, wo wird eine Maschinennaht oder eine Handnaht gemacht, dies wurde von der bP gemacht.

RV zeigt dem Zeugen das Angebot der bP an B-GmbH.

Z: Mittlerweile ist es mir bekannt.

RV: Heißt das nachträglich?

Z: Ja.

RV: Hat die bP auch die Qualität der Rohre beurteilt?

Z: Ja, es macht man vor jeder Arbeit. Eine Überprüfung ist üblich, dass man die Lieferanten kontrolliert.

RV: Es wird nicht jedes Teil überprüft.

Z: Zur ZFP gibt es mehrere Verfahren (Farbe, Röntgen, Visuell) eine visuelle Überprüfung gibt es zu 100 %. Man kann auch mit visueller Prüfung Fehler erkennen.

RV: Hat sich die Einschätzung der %-Sätze auf diese System bezogen?

Z: Ja, auf dieses Rohrsystem.

RI: Eine visuelle Prüfung hat bei allen Systemen zu 100% stattgefunden?

Z: Ja. Eine PT-Farbeindringprüfung hat es auch gegeben. Es gibt Systeme, wo 100 % erforderlich waren und bestimmte %-Sätze erforderlich waren.

RV: Welche Art der Prüfung durchgeführt wird bestimmt wer?

Z: Die Firma S-AG. Es gibt eine Norm.

RV: Ist es ein gängiger Vorgang?

Z: Bei solchen Aufträgen ist eine ZFP immer der Fall.

RV: Sind sie auf Grund des Vertrages mit ihrem Auftraggeber auch verpflichtet auch Zertifikate zu überprüfen?

Z: Ja.

RV: Sehen sie sich verpflichtet gegenüber der Behörde eine ZK03 beim Auftragnehmer nachzufragen?

Z: Ja.

BehV: Ist es die mobile Überprüfung gewesen?

Z: Es ist eine Ultraschallüberprüfung mittels Handgerät. Es gibt auch einen Röntgenpunker wo die Röntgenprüfung gemacht wird.

BehV: Wurde diese nur bei dickwandigen Rohren gemacht?

Z: Das legt der Kunde fest oder die Norm fest.

BehV: Die Schweißnahtlisten konnten nur erstellt werden, wenn er die Spools von der S-AG hatte.

Z: Die Basis ist die Zeichnung von der S-AG.

RI: Wie erfolgt nach der Übernahme der fertiggestellten Spools durch die bP die weitere Vorgangsweise betreffend Qualitätsprüfung durch die Firma S-AG?

Z: Was diese genau machen weiß ich nicht. Es sind Teile, die eingebaut werden und es gibt auch eine Druckprüfung. Was die S-AG beim Wareneingang prüft, weiß ich nicht.

RI: Ist der Überwacher von der Fa S-AG bei der Übernahme der gefertigten Teilen dabei?

Z: Ja, und auch nicht, wenn er nicht da war. 99 % war er immer da. Beim RT- bin ich auch nicht dabei, aber die Filme kann man sich nachher ansehen.

RV: Seitens RM-LH wird auf die Einvernahme von den 31 Mitarbeitern verzichtet.

2 b) als ZEUGE: Bauleiterstellvertreter Herr XXXX

Was war ihre Aufgabe bei dem Projekt?

Z: Ich war stellvertretender Bauleiter.

Welche Tätigkeiten wurden von ihnen verrichtet?

Z: Herr XXXX und ich haben uns gegenseitig ergänzt. Den größten Teil der Arbeitszeit war ich anwesend. Ca. 90%. Z: Es war immer jemand von Fa B-GmbH da.

Was hat B-GmbH beigetragen zum Werk?

Z: Materiallieferung, Fertigung, Prüfung, Verpackung und Versand von Rohrleitungsspools. Die bP hat die mechanische Fertigung gemacht. Darunter versteht man, dh das Material wurde aus dem Magazin abgefasst, und die Isometrien abgefasst, und haben anhand der Zeichnungen nach einer gewissen Arbeitsvorbereitung die Werkstücke mechanisch gefertigt, geschnitten, geschliffen, geschweißt und transportiert.

RI: Von wem stammte das Werkzeug?

Z: Großteils von der bP. Infrastruktur und Großgeräte wurden von B-GmbH angemietet zB. Stapler, große Schweißgeräte, Kran gehört zur Hallenausstattung.

RI Hat es eine Gegenrechnung gegeben?

Z: Soweit ich informiert bin ja.

Dem Zeugen werden die Bilder des Zeugen XXXX vorgelegt.

Ich erkenne Mitarbeiter der Fa B-GmbH bei der Qualitäts-Prüfung, sowie Mitarbeiter der bP welche Teilweise Arbeitskleidung der Fa B-GmbH tragen.

RI: Wie sind die Mitarbeiter der bP zur Kleidung gekommen?

Z: Die sind zum Teil bei uns gekauft worden. Die Kleidung wurde von der Firma gekauft.

RI: Wie erfolgte die Sicherheitseinweisung?

Z: Diese Unterweisungen werden von uns durchgeführt, der jeweilige Bauleiter wird angewiesen und dieser wiederum unterweist seine Mitarbeiter.

RI: Direkte Unterweisung / Anordnung erfolgte an?

Z: An Hrn. XXXX, über ihn lief die ganze Kommunikation.

RI: Wie sieht es mit der Haftung aus?

Z: Die bP ist auch haftbar und gewährleistet auch dafür. Das ist so üblich.

RI: Welche Gewährleistung hat B-GmbH gegenüber S-AG?

Z: Für das richtige Material, Korrosionsschutz, Ausführung der Schweißnähte, die Geometrie der Stücke und Transport bis zum Hafen.

RI: Haben Sie Kenntnis, wer als Schweißer eingesetzt worden ist bei der bP?

Z: Sie brauchen Zertifikate für die Fähigkeiten. Wir haben sehr wohl überprüft ob die Schweißer, die richtigen Zertifikate für die richtigen Arbeiten haben.

RI: Was ist ein Handfertigkeitstest?

Z: Der Betrieb sichert sich ab, ob der Schweißer die Fähigkeiten hat, welche auf dem Zeugnis stehen.

RI: Wer führt die Handfertigkeitstests durch?

Z: Die QS-Stelle in XXXX. Wer die Tests nicht besteht, darf nicht schweißen.

RI: Haben Sie Kenntnis vom Vertrag zwischen B-GmbH und der bP?

Z: Nein, ich habe ihn nicht gesehen. Der Vertragsinhalt ist mir in gewissen Punkten bekannt bzw. hoffe ich, dass ich bzgl. Lieferumfang das wichtigste weiß.

RI: Was passierte nach der Einstellung der Tätigkeit durch die bP?

Z: Unsere Personalstelle in XXXX hat neues Personal organisiert.

LR: Was hat sich im Ablauf für B-GmbH geändert?

Z: Es war eine ziemliche Herausforderung. Es steht eine riesige Logistik dahinter, das zu organisieren mit neuem Personal. Wir haben für die offene Restarbeit Personal von Personalverleiher zugekauft.

LR: Die Kommunikation mit Hrn. XXXX war diese direkt?

Z: Ja.

RV: Kennen Sie die Skizzen?

Z: Ja, es sind Vorfertigungs-Isometrien der bP. Nach denen wird gearbeitet.

RV: Hat man das für die Auftragsdurchführung gebraucht?

Z: Ja, es ist Teil der Arbeitsvorbereitung.

RV: Sind Pläne / Isometrien immer gleich und stammen diese von der S-AG?

Z: Ja, die bP hat auf Basis dieser Pläne gearbeitet.

RV: Wer macht die As-Build-Doku?

Z: Das macht die bP, auf Grund der Pläne von S-AG.

RV: Kann man sagen, dass sie gemeinsam Dokumentationspflichten erfüllen.

Z: Jeder hat seinen Teil der Arbeit zu dokumentieren.

RV: Betrifft das grundsätzlich auch die Überprüfungen?

Z: Natürlich, die Doku ist ein Gesamtbild, ich muss im Schadensfall nachweisen können wer hat was wann gemacht, welches Material wurde wann wie verwendet.

RV: Dient die "As-Built-Doku" ihnen auch dazu, dass die bP als Auftragnehmer in Haftung nehmen können.

Z: Natürlich.

RV: Dh es darf nichts abweichend gemacht worden sein.

Z: Ja, ganz genau.

RV: Diese Vorfertigungs-Isometrien, werden diese zwischen der bP und B-GmbH abgesprochen?

Z: Nein.

LR: Wie wird das dokumentiert?

Z: Es wird von der bP auf den S-AG-Aufzeichnungen dokumentiert und in Reinschrift an uns übergeben. Diese Vorfertigungsisometrie sind Arbeitspapiere der bP.

RI: Braucht man diese Vorfertigungsisometrie?

Z: Diese Vorfertigungsisometrien sind nicht nur zur Doku da, sondern auch zur Arbeitsvorbereitung dienlich. Es werden Arbeitsschritte festgelegt, Schnittlängen. Es gibt auch Isometrien, die schwer zu lesen sind (Himmelsrichtung). Man kann sagen es ist ein Arbeitsbehelf.

RI: Steckt "Hirnschmalz" drinnen?

Z: Ja, auf jeden Fall.

RI: Welches Wissen braucht man um diese Isometrien zu erstellen?

Z: Gutes räumliches Vorstellungsvermögen, somit hohes Fachwissen ist von Bedeutung.

RI: Kann der der die Vorfertigungsisometrie festlegen wo die Schweißnaht verläuft?

Z: Nein. Die Schweißnaht wird dort gesetzt, wie es die Geometrie des Spools verlangt.

RI: Ist die Isometrie durch die S-AG vorgegeben?

Z.: Im Normalfall noch nicht arbeitsgerecht. Es ist teilweise nicht bemaßt. Es ist die Rohrleitungslänge nicht vorgegeben. Der Vorbereiter macht eine Liste für den Zuschneider der Rohre, es werden die Zuschnitte gestempelt, das Stück ist dann unverwechselbar.

RV merkt an: Es heißt, die mechanischen Arbeiten (Schneiden, Schweißen) benötigen eine gewisse Vorbereitung, auf welche sie keinen Einfluss nehmen?

Z: Das ist richtig.

RV: Sie haben auch gesagt, diese Vorfertigungsisometrie sind Teil der As-Built-Doku"?

Z. Die Infos der Arbeitspapiere sind Grundlagen für die As-Built-Doku. Wir haben von der bP die Isos bekommen, die Zusammenführung ALLER Dokumentationen aller Gewerke erfolgt durch die Qualitätsstelle.

RV: Ist das üblich?

Z: Ja, die Normen geben das in der Industrie vor, wer das nicht macht, macht es falsch.

RV: Hat die Firma B-GmbH der bP vorgegeben wie viele Arbeiter sie beistellen müssen?

Z: Nein.

RV: Hat die Firma B-GmbH der bP vorgegeben, welche Arbeiter es sein müssen?

Z: Nein.

RV: Ist die Schweißer-Qualifikation ein Erfordernis aus dem Grundvertrag mit der Firma S-AG.

Z: Ja. Dies ergibt sich aus dem Umfang und der Art der Arbeit.

RV: Ist es Teil des üblichen Managements?

Z: Ja, und die Norm schreibt dies vor.

RV: Sie haben in der Kette ca. 10 Firmen. Was macht der Letzte zB in Ägypten, muss er die vorhergehenden Dokumentationen berücksichtigen?

Z: Ja. Die S-AG muss auch eine Dokumentation erstellen.

RV: Sind dann diese Vorgänge (Überprüfung der Schweißer-Qualifikationen, Qualitätsprüfung) mit der Zusammenarbeit der bP in Bezug auf Arbeiten Teil in einer Kette der Auftragnehmer bzw. Auftraggeber welche sie sich fortsetzt.

Z: Ja, es muss eine Dokumentation abgegeben werden, welche die Arbeitsschritte beinhaltet und der letzte muss alle Dokumentationen zusammenfassen. Der Letzte muss die Konformitätserklärung ausstellen auf Basis der gesammelten Dokus.

RI: Kennen Sie den Vertrag der S-AG?

Z: Ja, zu Teil. Ich kenne die Normen.

RI: Steht es im Vertrag zwischen der bP und B-GmbH?

Z: Es ist üblich, in Bezug auf die Normen, gelesen habe ich den Vertrag nicht.

RV: Kennen Sie dieses Angebot der bP an die B-GmbH?

Z: Ich habe darüber gehört, von den Angebotspreisen mit der Anmietung der Halle.

...

RV: Nachdem die Arbeiten von der bP abgebrochen wurden, wurde es von der bP angeboten die Arbeiten in XXXX fertigzustellen?

Z: Ja, wurde aber nicht angenommen.

RV: Warum haben Sie das nicht angenommen.

Z: Aus Zeitgründen.

RI: Wäre es üblich, die Fertigung auszulagern?

Z: Es wäre üblich, ja wir haben überlegt.

LR: Die Qualitätssicherung wäre auch vor Ort gewesen?

Z: Ja.

BehV: Ist die Handfertigungsprüfung einer Norm vorgegeben, oder eine Absicherung der Firma?

Z: Es kommt drauf an. Zum Teil sind ist in Normen, Kundenspezifikationen vorgegeben und im eigenen QM, in diesem Fall waren alle Faktoren schlagend.

BehV: Hat sich die Qualitätsprüfung verändert, nach dem die Leute ausgewechselt wurden?

Z: Nein, wir hatten die Vorgaben. Wir müssen das prüfen.

RI: Ist es üblich, dass die Handfertigkeitstests von der B-GmbH überprüft werden?

Z: Ja, es ist üblich.

RI: Wenn der potenzielle Schweißer bereits ein Zeugnis hat, und div. Erfahrungen hat muss er trotzdem den Handfertigkeitstest absolvieren?

Z: Wenn er in der QS-Stelle nicht bekannt ist dann ja.

RI: Legt es eine Norm vor oder ist "B-GmbH-Kultur"?

Z: Beides.

RI: Es ist jedes Mal eine individuelle Zusammensetzung der Anforderungen im QM.

Z: Ja.

RV: Individuell ist nicht verständlich für mich

Z: Individuell auf das Projekt bezogen (zB. Land und Norm). Unser Teil ist Mindeststandard, manche sind höher. Qualität kostet Geld, zB. wenn man eine Leistung kauft, und man erkennt erst am Ende, dass dieser "Müll" ist, hat man ein Problem. Es gibt verschiedene Systeme mit verschiedenen %-Sätzen. Es kommt auf das Gefahrenpotential an.

5 a) Vorarbeiter bP XXXX als Zeuge

Zeuge wird belehrt, dass er jetzt als Zeuge zu den anderen Verfahren, nicht zu seinem eigenen Verfahren befragt wird.

RI: Können Sie sich erinnern, wie viele Mitarbeiter von der bP beim Projekt der Fa. B-GmbH eingesetzt waren?

Z: 31 oder 32.

RI: Können Sie sich erinnern, in welcher Funktion die einzelnen Mitarbeiter tätig waren?

Z: Ja.

...

RI: Können Sie erklären, was ein Schlosser bzw. wie lt. ZK03 - Meldung hineinfällt?

Z: Er hat die Isometrie hergestellt, also geschnitten.

RI: Also die Zeichnung?

Z: Wir haben fertige Isometrie erhalten und die Schlosser haben den Zuschnitt zu den vorgegeben Isometrie gemacht. Es war das Vorbereiten für das Schweißen.

RI: Gibt es einen Unterschied zwischen Schlosser und Vorrichter?

Z: Es gilt für alle Schlosser, auch der Vorrichter ist ein Schlosser. Es hängt auch davon ab ob es qualitative Arbeiten oder einfache Arbeiten sind.

RI: Wovon hängt das ab?

Z: Es ist kein großer Unterschied, es sind Schlosser die ihr Geschäft sehr gut verstehen und andere die ihr Geschäft auch gut verstehen, es ist kein sehr großer Unterschied.

...

RI: Dh, Schlosser-Vorrichter ist qualitativ besser und hat mehr Erfahrung.

Z: Ja. Aber eigentlich haben wir alle zusammengearbeitet.

...

RI: Wie verlief die Kommunikation zwischen Arbeitern und der B-GmbH?

Z: In Deutsch.

Anmerkung bei Rückübersetzung: Arbeitern der bP und der B-GmbH, "In Deutsch, ausschließlich über mich als Kontrollperson"

RI: Können die 31 / 32 Arbeiter Deutsch?

Z: Nein.

Anmerkung bei Rückübersetzung: Nein, nur einige Arbeiter können auch Deutsch.

RI: Wie erfolgte dann die Kommunikation?

Z: Ich kann etwas Deutsch, und in dieser deutschen Sprache haben wir uns unterhalten. Es gab in dem Team auch einige die perfekt Deutsch sprechen, die hatte ich oft bei Besprechungen mit. Wenn es sich um wichtige Dinge handelte, hatte ich immer einen solchen mit, um mich besser zu verständigen.

...

RI: Nur bei den Schlossern, hat es Unterschiede gegeben, eine qualifiziertere Tätigkeit und eine normale Schlosser Tätigkeit.

Z: Die Schlosser-Vorrichter waren solche Schlosser, die Zeichnungen besser interpretieren konnten.

...

RI: Sie erwähnten die bereitgestellten Isometrien, können Sie das erklären.

Z: Wir haben von B-GmbH die Isometrien erhalten, um so die Werkstücke herzustellen.

RI: Wurden in der Folge noch Pläne benötigt, oder wurde das was von der B-GmbH gekommen ist, gleich umgesetzt, konnte dies der Vorrichter lesen, oder bedurfte es noch eines Zwischenschrittes?

Z: Auf Grund der Isometrien von der B-GmbH konnte der Schlosser bereits arbeiten.

RI: Was heißt "arbeiten" genau?

Z: Ich erhielt ein Schriftstück, in dem stand was wir zu arbeiten haben.

Anmerkung bei Rückübersetzung: mit Schriftstück ist gemeint: Modell als 3-D -Computerzeichnung

RI: Von wem?

Z: Von der bP, meine Firma X. Die Materialfrage stellt sich wesentlich später in diesem Projekt. Wie das Material einlangte, habe ich überprüft, welches Material einlangte.

Anmerkung bei Rückübersetzung: X = aber nur eine Liste mit der Isometrienummer; Weiters wird hinzugefügt, ich habe überprüft, ob dahingehend das Material dem in der Isometrie dargestellten, geforderten entspricht.

RI: Was konkret hat der Vorrichter gemacht, mit diesem Plan? (RI erörtert dies)

Z: Die Isometrie an den Vorrichter habe ich übergeben.

RI: Welche von Fa B-GmbH gekommen ist?

Z: Ich erhielt die Isometrien von der B-GmbH und habe sie unter meinen Vorrichtern verteilt.

RI: Der Schlosser-Vorrichter hat dann was damit gemacht?

Z: Er hat die Maße für die einzelnen Rohre aus der Isometrie entnommen, zusammen mit einem Schlosser, und hat dann die einzelnen Rohre notiert und bezeichnet. Er, oder ein anderer Schlosser, hat dann die Rohre nach der Isometrie zugeschnitten.

RI: Dh, aber die Pläne die der Schlosser- Vorrichter bekommen hat wurden von B-GmbH der bP übergeben und genau diese Pläne wurden den Schlosser-Vorrichter übergeben?

Z: Ja. Es gab schon noch einen Zwischenablauf bis man arbeiten konnte.

RI: Welchen?

Z: Überprüfen von Material, Chargen. Ob wir das richtige Material hatten in Bezug auf die Isometrien. Diese Tätigkeit hatte ich hauptsächlich gemacht, erst als ich das festgestellt hatte, erst dann habe ich die Isometrie an den Schlosser-Vorrichter übergeben.

RI: Von der bP wurden Zeichnungen angefertigt.

Z: Also ich erhielt von der bP nur die Kennziffer der Isometrie. zB. 1, 2 3, usw. Jeder Plan hat seine Nummer.

RI: Wurden auf der "Baustelle, XXXX / Halle" Pläne/ Zeichnungen seitens der bP erstellt?

Z: Ich habe festgestellt, und das einige Male, dass es zu Änderungen kommen muss, das habe ich mit B-GmbH besprochen.

RI wiederholt die Frage:

Z: Grundsätzlich erhielten wir die Pläne fix und fertig zum Arbeiten.

...

RI erörtert die Eigentumsverhältnisse der Halle zwischen XXXX / B-GmbH.

RI: Wie waren die Mitarbeiter von der bP bekleidet?

Z: Sie haben Arbeitskleidung von der bP getragen, aber es gab auch andere Kleidung.

RI: Welche?

Z: Es kann auch sein, das es Arbeitskleidung von B-GmbH gab.

RI: Wurden diese B-GmbH -Bekleidungsstücke von der bP zur Verfügung stellt, oder hat sich der Arbeiter dies selbst organisiert?

Z: Das waren Arbeiter die, die Arbeitskleidung von mir erhalten haben.

Anmerkung bei Rückübersetzung: Es gab Arbeiter, denen ich die Arbeitskleidung gegeben habe, einige erhielten Arbeitskleidung von mir mit dem Logo "B-GmbH".

RI: Haben die Arbeiter dafür etwas bezahlen müssen?

Z: Nein.

RI: Welche Werkzeuge wurden bei dieser mechanischen Fertigung von der bP, der Mitarbeiter verwendet?

Z: Kleinwerkzeuge - Flex, Hammer, Zangen.

RI: Wo ist das Werkzeug her?

Z: Von der bP.

RI: Ist es gekennzeichnet, als XXXX-Werkzeug?

Z: Ich glaube, dass auch dieses Kleinwerkzeug gekennzeichnet war.

Anmerkung bei Rückübersetzung: Nein, ich glaube das auch dieses Kleinwerkzeug kein Logo "XXXX" hatte.

RI: Von wem?

Z: Ich weiß es nicht. Es gab auch Werkzeug das unmittelbar der bP gehörte. Kleinmaschinen haben ein bestimmtes Logo drauf. Ob das Firmenlogo von der bP drauf war, weiß ich nicht.

RI: Sie haben von Kleinmaschinen gesprochen. Welche sonstigen Werkzeuge waren noch in Verwendung?

Z: Schweißmaschinen, Flex, Stapler, einige Kräne.

Anmerkung bei Rückübersetzung: Flex wird gestrichen.

RI: Woher stammte das?

Z: Ich glaube die großen Sachen - Stapler, Kräne - erhielten wir von der B-GmbH.

RI: Haben Sie Kenntnis ob eine Art Miete dafür bezahlt wurde?

Z: Davon weiß ich nichts. Ich hatte ganz andere Aufgaben.

RI: Können Sie beschreiben, welche konkrete Aufgabe die bP durch B-GmbH erteilt bekommen hat?

Z: In welchem Sinne meinen Sie das?

RI: Was war Vertragsinhalt? Was hatte die bP zu leisten.

Z: Die Herstellung einer bestimmten Anzahl von Isometrien. Herstellen von Vor- oder Halbfabrikaten.

Anmerkung bei Rückübersetzung: "... Anzahl von Isometrien, also von Rohrlinien gemäß den Isometrien".

RI: Was verstehen Sie unter Herstellung von Isometrien?

Z: Das ist ein Plan, in D-3 vorliegend und hergestellt, auf einem Papier. Ausdruck auf einem Papier, computermäßige Darstellung einer Rollrohrlinie.

RI: Meinen Sie damit die Plänen von denen sie vorhin gesprochen haben?

Z: Von der bP erhielt ich nur die ziffernmäßig Bezeichnung der Isometrien - eine Liste von Isometrien. Und die Isometrien erhalten wird dann von der B-GmbH.

RI: Sie haben vorher gesagt, dass die bP die Herstellung von Isometrien schuldet. Was verstehen Sie unter Isometrien?

Z: Nein, so habe ich das nicht gesagt. Von meiner Firma - XXXX - erhielt ich nur ein Verzeichnis jener Isometrien, die herzustellen waren, die Isometrien selbst erhielt ich von de Fa B-GmbH. Ich werde es an einem Beispiel erläutern, was ich unter Isometrie verstehe.

Anmerkung bei Rückübersetzung: "...Verzeichnis jener NUMMER der Isometrien, die herzustellen waren..."

Zeuge zeichnet und erläutert.

Dolmetscher zeigt die Zeichnung: Jede Iso hat eine eigene Nummer, unter dieser Nummer steht Zeichnung, die Zeichnung habe ich von der B-GmbH bekommen. Von der Skizze wird eine Kopie zum Akt genommen.

Zeugen wird eine Isometrie von der S-AG gezeigt, diese befindet sich in den Unterlagen der FinPol.

Z: Ja, das ist eine gezeichnete Isometrie, da unten steht die Nummer. Diese Zeichnung enthält die Maße. Von meiner Firma erhielt ich nur die Zahlen / Bezeichnungen der Isometrie und die Zeichnung zu dieser Nummer erhielt ich von der B-GmbH. Es ist eine dieser Isometrien.

RI: Durch wen konkret?

Z: Ich glaube, von Hrn. XXXX. Das war ein Leiter / Verantwortlicher von der B-GmbH.

Dem Zeugen wird der Anhang der Beschwerde gezeigt, eine Skizze mit dem Vermerk "XXXX". Was sagen Sie dazu?

Z: Das ist eine Darstellung einer anderen Baustelle. Eine Zeichnung die ich angefertigt habe, aber nicht von diesem Projekt. Diese Plandarstellung, habe ich für ein anderes Projekt angefertigt. Wohl für die B-GmbH, aber nicht für dieses Projekt. Es ist eine Isometrie - eine sog. Änderungsisometrie die ich für ein vorangegangenes Projekt gemacht habe.

RI: Haben Sie Kenntnis, ob Änderungsisometrien in ggst. Projekt vorgenommen wurden?

Z: Ja, es gab einige kleinere Änderungen. Es handelt sich um Änderungsbedarf, den ich festgestellt habe.

RI: Von wem wurden diese Änderungszeichnungen vorgenommen? Wo haben sich diese Änderungen niedergeschlagen?

Z: Die Probleme ergaben sich daraus, dass bestimmte Spools nicht die richtige Länge hatten, und sie mussten in einer bestimmten Länge hergestellt werden. Der Änderungsbedarf wurde in die ursprüngliche Isometrie eingetragen. Die Fehler stammen vom Computer. Ich stelle das fest, und dass wir Änderungen durchführen müssen. Die Änderung in der Isometrie wurde auf der ursprünglichen von B-GmbH erstellten Isometrie eingetragen. Ich habe dann mit den Herrn der B-GmbH Einvernehmen hergestellt und nach deren Zustimmung die Isometrie geändert.

RI: Der bP ist es aufgefallen, dass Änderungen nötig sind, diese wurde mit B-GmbH besprochen und in Absprache dann geändert oder wie ist das passiert?

Z: Ja, es kam zu einem Einvernehmen zwischen der bP und der B-GmbH. Von meiner Seite kam ein Vorschlag, diesen hat man angenommen oder man hat einen anderen Vorschlag gemacht, an den wir uns dann zu halten hatten. Es geschah immer in Absprache mit B-GmbH.

RI: Sagt Ihnen ein Wochenbuch etwas?

Z: Wir führen kein Wochenbuch, das ist nicht notwendig, wir haben eine Leistungsverpflichtung zur Herstellung von Isometrien.

Anmerkung bei Rückübersetzung: .... Leistungsverpflichtung zur Herstellung von Isometrien, also Rohrlinien."

RI: Was meinen Sie mit "der Herstellung von Isometrien"?

Z: Wenn ich Isometrie sage, dann meine ich die Herstellung eines bestimmten Rohrteiles / Werkstückes. Das bezeichnen wir als Fertigstellung einer Isometrie.

RI: Wo sind die Arbeiter erstmalig zusammengekommen?

Z: Wir sind nicht gemeinsam angereist. Zuerst kam eine Gruppe für den Anfang, um den Arbeitsplatz vorzubereiten wo die weiteren Arbeiten erfolgen sollen, sowie das Material einlangte, so haben wir dann auch die Anzahl der am Arbeitsplatz tätigen Menschen erhöht.

RI: War es eine gemeinschaftliche Unterkunft?

Z: Die Unterbringung der Arbeiter erfolgte in mehreren Wohnungen.

RI: Durch wen organisiert?

Z: Von der Firma, der bP. Die Quartierräume hat die bP besorgt.

RI: Wie war der Zutritt zur Halle geregelt?

Z: Wir haben Einlasskärtchen bekommen. Elektronische Eintrittskärtchen, mit diesen konnten wir die Halle betreten. Nicht jeder Arbeiter hatte eine Karte, etwa 4 / 5 Personen habe die Halle mit einer Karte betreten, so wie wir eben mit den KFZs angereist sind.

RI: Hat B-GmbH auf die Arbeitszeit Einfluss genommen?

Z: Nein, das haben wir selbst geregelt. Das habe ich festgelegt. Das war von der Arbeit abhängig und vom Arbeitsauftrag.

Anmerkung bei Rückübersetzung: Nein, den Arbeitseinsatz und die Arbeitszeit der Arbeiter unserer Firma haben wir selbst geregelt. Das habe ich bestimmt, als Vorarbeiter unserer Firma.

Dem Zeugen wird eine 23-seitige Liste gezeigt, sowie die handschriftliche Liste "XXXX. KKS/NR/Schweißer" (Unterlagen von Finanzpolizei) RV nimmt ebenfalls Einsicht in diese Unterlagen. (Anmerkung bei Rückübersetzung in rot und kursiv)

Z: Das ist eine Liste der Isometrienummern, die wir bekommen haben. Solche Listen habe ich von meiner Firma bekommen. Hier ist nur die Kennzeichnung der Isometrie dargestellt, aber nicht die Isometrie selbst. Die linke Rubrik ist die Nr. der Isometrie. Daneben steht die Schweiß-Naht-nummer, dann die Nummer der jeweiligen ausführenden Schweißer, und danach ein Datum, das angibt, wann die Fertigstellung der Schweißnaht erfolgt ist, der Isometrie bezeichnet. Es ist ein Protokoll zur Herstellung der Isometrie. Zeuge erörtert die Liste anhand eines Beispiels.

Anmerkung bei Rückübersetzung: Ja, aber dieses Datum ist ein Eintrag des Schweißers bzgl. Übergabe des Werkstückes (der Isometrie)

RI: Links außen stehen Datumsangaben, mit einem Pfeil versehen, betrifft dies die jeweilige Isometrie?

Z: Es wird eingetragen die Bezeichnung der Isometrie, "KKS" dann ist die Nr. der Isometrie, es bezeichnet das Werkstück. Die nächste Rubrik bezeichnet die "Schweißnummer", dann den "Schweißer und in der

nächsten Rubrik folgt das Datum, wann der Schweißer fertig war, an der Schweißnaht." Vor der ersten Rubrik ganz links außerhalb der Rubrik steht ein Datum, das der Vorbereiter-Schweißer nur für sich notiert hat um zu wissen, welche Isometriewerkstücke an welchem Tag fertiggestellt waren. Jeder einzelne Vorrichter der Schweißarbeiten gemacht hat, hat in diese Liste eingetragen. KKS - ist eine deutsche Abkürzung für einzelne Stücke Isometrien.

RI: Wenn Änderungsbedarf festgestellt worden ist, gab es eine Rücksprache mit B-GmbH, wer hat diese umgesetzt? Wer hat dies gezeichnet?

Z: Über meinen Vorschlag und nach Zustimmung von der B-GmbH hat der für Qualität-Zuständige Mitarbeiter von der B-GmbH die neuen Daten in die ursprüngliche Isometrie-Darstellung eingetragen.

RI: Kam in Folge ein neuer Plan?

Z: Nein, es gab keinen neuen Plan. Die Änderungen wurden in der ursprünglichen Isometrie eingetragen und dann erhielt ich die so geänderte Isometrie zurück.

RI: Auf deren Grundlage wurden die Arbeiten fortgeführt?

Z: Ja, auf die Art wie wir das neu vereinbart hatten.

LR: Waren die Mitarbeiter von der bP schon öfters für B-GmbH tätig?

Z: Ja.

LR: Wie oft?

Z: Ich weiß nicht ob ich mich erinnern kann, 2 Mal oder 3 Mal.

LR: Ist die B-GmbH ein wichtiger Auftraggeber /Kunde für die bP?

Z: Das würde ich so nicht sagen, sie sind ein seriöser Partner jede Seite hat bestimmte Arbeiten zu verrichten.

Anmerkung bei Rückübersetzung: ... zu verrichten, wir brauchen uns gegenseitig als Partner.

LR: Es gibt auch noch andere Auftraggeber von der bP?

Z: Ja, aber nicht hier zB. XXXX.

Anmerkung bei Rückübersetzung:... aber nicht hier in XXXX, aber in XXXX und XXXX.

LR: Sie haben bereits erwähnt, dass sie mit Werkzeug von B-GmbH gearbeitet haben?

Z: Das habe ich nicht gesagt, ich habe gesagt, die großen Arbeitsmaschinen haben wir von der B-GmbH verwendet.

LR: Hat die bP vorwiegend mit eigenem Werkzeug oder mit Werkzeug von B-GmbH gearbeitet?

Z: Wir arbeiteten überwiegend mit Werkzeug der bP.

RI: Was verstehen sie unter "überwiegend"?

Z: Schwere Arbeitsgeräte, Stapler, Kran, Traktor, hatten wir von B-GmbH. Werkzeugkisten, Flex, sonstige Werkzeuge, hatten wir von unserer Firma.

RI: Eine Leistungserbringung war natürlich nur möglich mit allen Werkzeugen?

Z: Ja. Es waren so schwere Werkstücke, dass wir für diese sowohl Stapler als auch 3 Kräne verwenden mussten.

RI: Wer bediente zB die Kräne?

Z: Unsere Kranführer. Wir haben Leute die über eine Zertifizierung für die Führung von Staplern und Kränen verfügen.

RI: Diese Kranführer, sind diese in den 32 Personen mit ihnen in der Liste enthalten?

Z: Ja.

...

RI: Welche Stapler sind zum Einsatz gekommen?

Z: Gabelstapler, mittelgroß / größere bis 10 Tonnen.

RI: Diese wurden auch durch den Vorrichter / Staplerfahrer mit Zertifikat bedient?

Z. Ja, wenn der betreffende Arbeiter ein solches Zertifikat hatte.

RI: Hat noch eine Prüfung betreffend Zertifikate stattfinden müssen?

Z: Wir mussten einen Lehrgang besuchen. zB. ich und XXXX XXXX haben in XXXX gearbeitet, dort haben wir die Zertifikate für Stapler und Kranführer erworben. Das ist nur ein Beispiel, damit man weiß wo wir Zertifikate erworben haben.

...

RI: Kennen sie Handfertigkeitstests? (Schweißer)

Z: Ja, das ist mir bekannt. Auf jeder Baustelle muss ein Schweißer, Nachweis darüber führen, dass er sein Geschäft versteht.

RI: Ist es bei B-GmbH auch zu solchen Test gekommen?

Z: Ja.

RI: Ist die Benützung von Kränen / Staplern und großen Geräten dokumentiert worden?

Z: Nein. Es war etwas, was alltäglich in Verwendung war. Es war im Rahmen des Arbeitsprozesses.

LR: Wer hatte die Hauptverantwortung über das Projekt?

Z: Ich glaube, B-GmbH, aber ich weiß es nicht.

LR: Wer hatte die Fachaufsicht über die Baustelle?

Z: Ich kann nur für meine Firma das sagen, ich, ich war Vorarbeiter für meine Firma. Aber es kamen auch Personen, Ingenieure aus unserem Unternehmen.

...

RI: Ist es ein Dienstleistungsbetrieb?

RV: Selbstverständlich.

RI: Haben sie selbstständig agiert?

Z: Wir als Firma ja. Sie hat das Geschäft bekommen, es ist Teil des Geschäftes, das wir verrichtet haben.

RI: Nach welchen Vorgaben?

Z: Wir erhielten Material, Pläne, das, was wir auf Grund des Vertrages zwischen unserer Firma und B-GmbH vereinbart war.

Dolm. merkt an: Das Wort Vorgabe, hat im Deutschen eine breite Bedeutung und es ist durch eine einfache Übersetzung nicht wieder zugeben.

LR: Ist es üblich, wenn Sie auf einer Baustelle sind, dass Sie vom dortigen Auftraggeber Arbeitskleidung bekommen?

Z: Grundsätzlich haben wir unsere eigene Arbeitskleidung, aber unsere Firma kann mit einer anderen Firma eine Vereinbarung treffen, dass wir Arbeitskleidung bekommen.

LR: Wie viele Kollegen hatten in diesem Fall Arbeitskleidung von der B-GmbH bekommen?

Z: Die Arbeitskleidung haben die Arbeiter nicht von B-GmbH bekommen sondern von mir, es waren ca. 5 bis 6 Leute.

LR: Warum haben Sie diesen 5 oder 6 Leuten die Arbeitskleidung gegeben?

Z: Also ich hatte schon Ersatzkleidung bestellt, weil die Kleidung einiger Arbeiter verschlissen war. Die Lieferung von unserer Firma aber noch nicht eingetroffen war, und daher habe ich den Arbeitern, Arbeitskleidung von der Fa B-GmbH gegeben.

Anmerkung bei Rückübersetzung: "... Arbeitskleidung mit dem Logo der Firma B-GmbH gegeben".

LR: Welche Art von Arbeitskleidung war das?

Z: Normale Arbeitskleidung, Bluse, Latzhose, Schuhe hatten wir eigene nur "Anzug", Jacke oder Latzhose.

LR: Wurde das verrechnet?

Z: Ich hatte das mit Hrn. XXXX so vereinbart, dass sie uns das zur Verfügung stellen und dann zwischen den beiden Firmen abrechnen.

...

RV: Ist das dann auch abgerechnet worden?

Z: Das weiß ich nicht, das interessiert mich nicht. Das haben zwei Büros miteinander ausgemacht. Meine Aufgabe war, auf der Baustelle.

RV: Es war so vereinbart, dass dies abgerechnet wird?

Z: Ja.

RV: Haben Sie das auch der eigenen Firma mitgeteilt?

Z: Ja. Denn alles was wir auf Baustellen tun, muss ja unsere Firma wissen.

RV zeigt dem Zeugen eine Skizze, ob er weiß, dass auch in diesem Projekt Skizzen dieser Art gemacht worden sind oder schließen sie das aus?

Z: Grundsätzlich haben wir das bei Projekten hergestellt, bei diesem Projekt nicht, da war es nicht notwendig, denn es waren andersartige Veränderungsvorschläge bzw. Veränderungen notwendig.

RV: Auf welche Weise haben Sie ihren Änderungsvorschlag dargestellt? Haben Sie etwas gezeichnet oder anders dargestellt?

Z: Bei diesem Projekt gab es einige Fälle, wo der Computer / Engineering Gruppe Fehler gemacht at, das bedeutet, dass der Plan (Isometrie) Fehler aufwies. Ich möchte das an ein einem Fehler festmachen. Jede Isometrie besteht aus mehreren Spools. Auf jeder Isometrie ist eingetragen, welche Schweißstelle als Montageschweißstelle eingetragen werden muss.

RI: Ist die Schweißstelle schon auf den Isometrien vorgegeben gewesen?

Z: Ja, genau. Es ist gekennzeichnet gewesen, wo der Schweißvorgang stattfinden soll. Wegen der Länge des Spools, (Anmerkung bei Rückübersetzung: zwei Spools hergestellt) er war zu lang, konnte die Schweißstelle nicht an der Stelle sein, wie sie in der Isometrie eingezeichnet war. Wir haben dann im Einvernehmen mit B-GmbH, haben wir die neue Schweißstelle festgelegt, es kam aber auch vor, dass wir aus einem Spool, wegen der Länge zwei Spools. Ich gehe zu dem für die Qualität verantwortlichen Mann von der Fa B-GmbH, bringe ihm meine Vorschlag vor, den er akzeptiert oder er schlägt von sich aus eine Änderung vor, und ich gebe dazu dann auch meine Zustimmung, und ich nehme dann die so geänderte Isometrie wiederum mit und nach dieser wird dann das Spool hergestellt.

RI: Durch wen wird diese Änderung konkret gezeichnet?

Z: Die dafür zuständige Person von B-GmbH.

RI: Wie wird der Änderungswunsch / Bedarf von Ihnen vorgetragen?

Z: Ich erscheine mit jener Isometrie, an welcher ich Änderungen vornehmen möchte beim zuständigen Mann. Ich weise auf jene Stellen der Isometrie (Plan) hin, wo Änderungen notwendig sind und erkläre den Änderungswunsch mündlich.

RV: Ist die Vorlage von Zertifizierungsnachweisen branchenüblich (zb. Schweißer--Qualifikation), ist das bei allen Auftraggebern so?

Z: Ja, ist normal. Das kommt in die Baustellendokumentation hinein, in Bezug auf jede beschäftigte Person.

RV: Heißt das, dass es bei anderen Auftraggebern auch so geschieht?

Z: Ja, ohne dieses Zertifikat kann zB. ein Schweißer nicht arbeiten.

RV: Gilt dies auch in Bezug auf die Handfertigkeitstests, sind auch diese branchenüblich?

Z: Grundsätzlich ist es so, dass jeder Auftraggeber verlangt, dass wir solche Handfertigkeitstests durchführen.

...

RI: Wenn Fehler bei den Schweißnähten entdeckt wurden, mussten Sie diese dann verbessern?

Z: Ja das haben wir machen müssen.

...

RV: Kann man das, was ihre Firma herstellt, als gewisses Produkt bezeichnen?

RI: Er soll mit eigenen Worten beschreiben, was seine Firma macht.

Z: Es ist darum gegangen eine Arbeit von hoher Qualität und von hoher Fachkundigkeit zu errichten. Die Arbeitsaufgabe und was wir gemacht haben, war die Herstellung von Rohrteilen, die dann auf andere Baustelle transportiert wurden, um dort montiert zu werden.

Anmerkung bei Rückübersetzung: "... war die Herstellung von Rohrteilen, Spools, die dann auf ...".

RV: Ist es branchenüblich, dass bei derartigen Aufträgen - Rohrherstellung - das Material seitens des Auftraggebers bereitgestellt wird?

Z: Ja.

RV: dh auch bei anderen Auftraggebern ist das gleich?

Z: Soweit mir bekannt, und an Projekten, wo ich beteiligt war, dass wir das Material von den Auftraggebern erhalten haben.

BehV: Frage zu Teil 3 der Stellungnahme der FinPol.

Zu Bild 5 (AL 517) "Schleifarbeiten"

Z: Es ist eine Rollmaschine, eine Hilfsmaschine für das Drehen des Rohres beim Schweißen.

BehV. Von wem stammte dieses Werkzeug?

Z: Weiß ich nicht.

...

BehV: Bild 6 (Schweißarbeiten)

Von wem stammen die Schweißgeräte (rotlackiert), die auf dem Bild 6 zu sehen sind?

Z: Ich bin mir nicht sicher, aber ich glaube es ist ein Gerät unserer Firma. Genau weiß ich es aber nicht.

BehV: Von wem sind die großen Schweißgeräte?

Z: Diese Details kann ich nicht mehr angeben.

...

4) Geschäftsführer bP XXXX

...

RI: Können Sie mir das Tätigkeitsfeld der bP beschreiben?

P: Montage und Herstellung von Rohrleitungssystemen, die unter Druck verwendet werden. Rohrleitungen in Atomkraftwerken, Kraftwerken, im Bereich der chemischen und Stahl-Industrie.

RI: Ist es ausschließlich Montage und Herstellung?

P: Nein, es umfasst auch die Planung im eigenen Bereich. Rohrleitungssysteme können in der Gesamtheit von uns erbracht werden. Ja, dieses stellt aber natürlich in dem Gesamtprojekt (Atomkraftwerk) nur einen Teil dar. Je nach Auftrag kann es die Erbringung von Vorfertigungen umfassen, das sind Rohrleitungssysteme, die von uns vorgefertigt werden und in der Folge von uns dann übergeben werden, ohne Montage. Umfasst der Auftrag aber auch die Montage endet das Werk mit dem Einbau in die Maschine, wo das Kraftwerk errichtet wird.

RI: Das Auftragsvolumen geht je nach Leistungsverzeichnis? Vorhalt:  
23 seitige Liste.

P: Ja, das ist ein Leistungsverzeichnis.

RI: Wo werden diese gefertigt?

P: Grundsätzlich hängt die Vorfertigung von den Vorgaben des Kraftwerkbauers, wie zB. Firmen XXXX, S-AG usw., ab.

...

RI: Betreffend die Vorfertigung: Kam die Variante 4.2 vor Ort zu tragen.

P: Ja. Wenn wir die örtliche Vorfertigung bestimmen können, hängt dies ab welche Hallen bzw. welche Infrastruktur dazu benötigen, wo wir es fertigen.

...

RI: Vorhalt: 2 Fotos

P: 1: Das ist eine Halle unserer Firma, sie befindet sich in XXXX, in XXXX. Das war das Foto von der Homepage.

2: Ein Foto von der Finanzpolizei: In dem am Foto gezeigten Gebäude befindet sich der registrierte Sitz unseres Unternehmens. An dieser Stelle befindet sich nicht die Zentrale.

Die Arbeitsstätte unserer Firma befindet sich in XXXX.

Anmerkung bei Rückübersetzung: 1. Das ist eine Halle des Eigentümers unserer Firma.

RI: Hat die bP eigene Produktionsstätten?

P: In XXXX nicht, dort mieten wir Hallen. In XXXX verfügen wir über 2 Werkshallen. Beide befinden sich in XXXX. Ich möchte darauf hinweisen, dass unsere Firma und die Firma der die Hallen in XXXX gehören denselben Eigentümer haben.

RI: Was wird dort in diesen Hallen gemacht?

P: In diesen Hallen kann man alles machen was zu unserer Tätigkeit gehört, aber es finden dort auch Schulungen statt, aber wir können in diesen Hallen auch Vorfertigungen herstellen.

RI: Erklären Sie mir was das heißt: andere Firma - selber Eigentümer?

P: Die in XXXX registrierte Firma heißt: XXXX.

Anmerkung bei Rückübersetzung: ... und hat denselben Eigentümer wie die XXXX.

RI: Ist die XXXX eine eigene Firma die nicht mit der Firma im gegenständlichen Verfahren ident ist?

P: Es sind 2 selbständige Unternehmen, das eine ist in XXXX und das andere ist in XXXX zu Hause. Der Eigentümer beider Firmen ist ident.

RI: Wenn seitens der XXXX die Hallen in XXXX verwendet werden, erfolgt dabei eine Verrechnung?

P: Ja, an die XXXX XXXX wird von Seiten der XXXX die Verwendung der Halle in Rechnung gestellt.

RI: Wie viele Bedienstete hat XXXX?

P: Ich kann es nicht genau sagen, aber zwischen 80 und 100.

RI: Aus was setzen sich die Bediensteten zusammen, hinsichtlich der Tätigkeit?

P: Ich kann das nicht genau angeben, aber anhand eines Schemas einer anderen Baustelle kann ich folgendes sagen: Es gibt einen Direktor, das bin ich. Etwa 60% der Angestellten machen Montagen und die restlichen sind Verwaltungs- und technisches Personal.

RI: Wo erbringen die Verwaltungsleute ihre Tätigkeit? Wo ist der Sitz?

P: In XXXX und in XXXX.

Wir haben auch einen Betriebseinheit in XXXX.

RI: Wo sind die Monteure?

P: Sie befinden sich dort wo das Objekt ist, das wir zu bearbeiten haben. Im Bereich der Chemieindustrie und im Bereich des Hüttenwesens kann man Rohrleitungssysteme an Ort und Stelle herstellen, es gibt keine Vorfertigung, denn diese Einheiten verfügen selbst über entsprechend große Montageräume.

Anmerkung bei Rückübersetzung: .... Montageräume, Montagegeräte.

RI: Das Personal wird zum Ort der Arbeit entsandt?

P: Ja.

RI: Sind die Monteure projektbezogen, bzw. was ist der Monteur?

P: Das sind Schlosser, Schweißer, Rohrverleger und Rohrvorrichter.

...

RI: Wie viele Projekte hat die Firma XXXX laufen?

P: Ich möchte an sich Ihre Fragen genau beantworten, aber ich habe dazu keine Unterlagen. Ich werde eine ungefähre Angabe machen: es sind 3 bis 5 Projekte.

RI: Welche Projekte laufen gerade an welchen Standorten?

P: In XXXX sicherlich keines. In XXXX läuft ein Projekt, ich glaube in XXXX läuft ein Projekt, ob es mittlerweile fertig gestellt wurde, weiß ich nicht und in XXXX. In XXXX läuft ein Projekt.

RI: Wissen Sie für welche konkreten Aufgaben die Firma XXXX in XXXX beauftragt wurde?

P: Für Vorfertigung und Montage von Rohrleitungssystemen.

...

RI: Wer macht die Verrechnung mit dem Auftraggeber?

P: An dieser arbeiten mehrere Personen mit. Zuerst einmal der Vorarbeiter, bzw. der für die einzelne Produktstätte verantwortliche Mitarbeiter, unser Internationaler Schweißfachmann, natürlich die Buchhaltungsabteilung, und ich selbst als Geschäftsführer.

RI: Ich gehe davon aus, dass die Verrechnung auch gesammelt abgeführt wird.

P: Ja, es werden alle Unterlagen zur einzelnen Rechnung gesammelt, und auf Grund dieser Dokumentation die Rechnung erstellt. Probleme können natürlich dann auftreten, wenn wir zu einzelnen Baustelle keine unmittelbare Email-Verbindung haben, in diesem Fall gibt de Vorarbeiter (Baustellenleiter) die Daten telefonisch durch. Es kann auch zu Divergenzen mit den Auftraggeber kommen, dass gilt vor allem wenn wir Zwischenrechnungen ausstellen, in diesem Fall wird aber meist die Sache so gelöst, dass wir uns dieses Problem für die Endabrechnung einvernehmlich vorbehalten.

RI: Ist bei der Firma B-GmbH eine Endabrechnung für das konkrete Projekt vorgenommen worden?

P: Nein, denn wir warten auf den Ausgang des ggst. Verfahrens.

RI: Wie würde der Ausgang des Verfahrens die Rechnungslegung beeinflussen?

P: Ich hoffe, dass es letztlich keinen Einfluss haben wird. Es gibt Auftraggeber, die sehr kleinlich sind, mit anderen kann man besser sprechen. Ich möchte auf eine Email-Mitteilung hinweisen, ich korrigiere: Wir haben den negativen Bescheid per Post erhalten. Auf diesen ablehnenden Bescheid habe ich sofort reagiert, und eine Email geschickt, an die Rechtsabteilung der B-GmbH XXXX, XXXX und XXXX. Ich wollte uns bei der Endabrechnung schützen, dass wir alles mitteilen.

...

RI: Können Sie die Rechnung der Sicherheitsbekleidung vorlegen?

P: Ja, das können wir.

P wird ersucht ehestmöglich diese vorzulegen.

Vorhalt: Kennen Sie das Email vom 25.01.2016? (P und RV wird die Email gezeigt)

...

P: Ja, das ist von mir.

Email wird auszugsweise verlesen.

...

Antwort lt. Email: zu Punkten 5 und 6 Qualifikation, Anzahl von Personen sowie alle anderen mit dem Projekt verbundenen Aufgaben werden seitens unseres Vorarbeiters Herrn XXXX XXXX geregelt, deswegen haftet auch unser Firma für termingerechte als auch fachlich ausgeführte Arbeiten.

P: Hier geht es um 2 Aspekte, Hr. XXXX hat vor Ort gesehen, welches Material eingelangt war für die Montage bzw. die Bearbeitung. Und er hat auf Grund des vorhandenen Materials und der vorhandenen Isometrien, dann die für die erforderlichen Arbeiten entsprechenden Arbeiter angefordert.

VR versuchte, dies derart zusammenzufassen, dass sich der Personaleinsatz danach ausrichtete und von der bP vorgenommen wurde, abhängig, welches bzw. wie viel Material und an Hand der vorliegenden bzw. fehlenden Isometrien für die Arbeitsbewältigung notwendig waren.

RV und P stimmten zu.

RI: Wer hat die Verrechnung von den eingesetzten Mitarbeitern der bP durchführt und wie erfolgte diese? (Lohnverrechnung, Gehaltsverrechnung)

P: Die Buchhaltung des Unternehmens XXXX.

RI: Wie erlangte die Buchhaltung Kenntnis?

P: Wir bekommen Stundennachweise von Hrn. XXXX, über jeden einzelnen Mitarbeiter.

RI: Bei wem hatten sich die Arbeiter krank zu melden bzw. Urlaub anzumelden?

P: Hrn. XXXX, dieser teilte diese der XXXX mit Sitz in XXXX mit.

RI: Wurde von Ihnen ein Gewährleistungs- oder Haftungsausschluss mit der Fa B-GmbH - mündlich, schriftlich, oder sonst wie - vereinbart?

P: Nein, einen Ausschluss der Haftung gab es nicht. Grundsätzlich besteht immer eine Haftung von Seiten unseres Unternehmens.

RI: Beim Auftritt von Mängel zB bei Schweißnaht, und dieses Spool ist nicht Übernommen worden von B-GmbH, auf welche Kosten läuft dies?

P: Wir haben auch eine Rechnung bekommen, wir haben in der Vorfertigung nur einen Fehler gehabt. Unsere Haftung ist noch nicht ausgeschlossen, wenn das jetzt in XXXX montiert wird, wenn diese dort die Druckprobe machen, und sich Fehler zeigen - sind wir haftbar.

RI: Gibt es eine Haftpflichtversicherung?

P: Ja, das muss man haben, und müssen wir auch vorlegen.

RI: Wenn ein Mangel besteht, der nachweislich einen Mitarbeiter der bP zurechenbar ist, wird dieser Mangel an den Mitarbeiter weiterverrechnet bzw. gibt es einen Selbstbehalt bei der Versicherung?

P: Den Mitarbeitern verrechnen wir die damit zusammenhängenden Kosten nicht. Hier gibt es betreffend Rechnung gibt es zwei Aspekte, wenn wir mit der Montage beauftragt sind, haben wir das Rohrleitungssystem mangelfrei auf unsere Kosten herzustellen. Wurden wir nicht mit der Montage beauftragt, sondern nur mit der Vorfertigung und stellte sich dann ein Mangel heraus der sich auf die Vorfertigung zurückführen ließ wurde uns für die Mangelbehebung die Rechnung gestellt. Kosten werden für den Mitarbeiter der für den Fehler verantwortlich zeichnet, nicht weiterverrechnet, es kann nur der Fall eintreten, dass der Mitarbeiter, bei einer näher definierten Anzahl einer Fehlerquote automatisch zur Nachschulung entsendet wird.

RI: Hat XXXX eine Anzeige im Sinne der Gewerbeordnung betreffend Erbringung grenzüberschreitender Dienstleistung in Österreich gem. § 373a Abs. 4 an das BM für Wissenschaft, Forschung und Wirtschaft, gemacht?

P: Nein, wurde nicht gemacht für Arbeitskräfteüberlassung.

RV: Nach meiner Kenntnis, wurde ihm vorgehalten, dass er keine Meldung über die Arbeitskräfteüberlassung gemacht hat.

Anmerkung bei Rückübersetzung: Diese Meldung wurde gemacht, aber nur für die Arbeitskräfteüberlassung.

LR: Gibt es bzgl. Anmietung von Halle und Kran einen Vertrag mit B-GmbH?

P: Nein, es bezieht sich auf unser Angebot. Unser Angebot sollte Teil des Werkvertrages sein.

LR: Wissen Sie was vereinbart war?

P: Ja. Teil unserer Vereinbarung muss unser Angebot und die Rahmenbedingungen für Werkverträge.

LR: Die Großgeräte, wurden die auch von B-GmbH angemietet?

P: Ja, wir haben diese mit der Halle angemietet.

LR: Die Kleingeräte von der bP zur Verfügung gestellt?

P: Ja, zB Winkelschleifer, Bohrer, Handwerkzeug für Monteure, Schraubenschlüssel und Schraubenzieher

LR: Bezogen auf die gesamte Arbeitsleistung, wie viel hat der Umfang an Kleingeräten ausgemacht?

P: Da bin ich überfragt, ich weiß nicht wie oft er zB die Schleifmaschine oder Schweißgerät benutzt hat bzw. der Kran verwendet wird. Ich bin dafür kein Fachmann, nach Gesprächen mit Meistern sind natürlich entsprechende Arbeiten mit den Schweißgeräten hinsichtlich Vor- und Nacharbeiten notwendig, auch bin ich doch seit 2001 in der Branche tätig.

LR: Hr. XXXX, hat heute gesagt, dass die Zeichnung, die dem Angebot angehängt ist, dass die von einem anderen B-GmbH Auftrag ist.

P: Das kann sein, dass er von XXXX gesprochen hat.

LR: Wenn man die beiden Zeichnungen vergleicht, sieht man auch als Laie große Unterschiede, warum ist beim vorliegenden Angebot, dann eine falsche Zeichnung dabei?

P: Beim Angebot war diese sicher nicht dabei.

RV: Das habe ich bei der Beschwerde angehängt, vorgelegt, weil ich der Meinung war, dass diese im Zuge der Arbeiten für dieses Projekt erstellt wurde. Es handelt sich tatsächlich dabei um ein B-GmbH Projekt, bei dieser Zeichnung.

P: Die Pläne von S-AG, die wir bekommen haben, waren sehr detailliert, dass man aus denen alles auslesen kann, was man für seine Arbeit braucht. Wir bekommen nicht immer so detaillierte Pläne. Daher ist das was normalerweise üblich ist, nicht notwendig.

RV: Sie haben den Fall "XXXX" erwähnt, in Fällen in denen die Spool-Aufzeichnungen nicht so detailliert sind, können sie dann auch Detailpläne selbst erstellen?

P: Ja, wir müssen das sogar tun, anders könnten wir nicht arbeiten.

RV: Verrechnen Sie diese Leistung zusätzlich noch?

P: Ja, jede Person die die Kalkulation in der Firma erstellt berücksichtigt diesen Umstand. Es kann auch zu Missverständnissen kommen in Bezug auf die Kalkulation. Manchmal bei Besprechungen legen die Partner sehr detaillierte Zeichnungen vor. Nach der Auftragsvergabe an uns bekommen wir aber oft sehr großzügige, nicht im Detail ausgeführte Pläne.

RV: Wenn Sie in diesem konkreten Fall die Rohre fertiggestellt und der Fa B-GmbH übergeben haben, werden diese Rohre von B-GmbH oder andere vor der Montage nachbearbeitet?

P: Nein, das ist ein Endprodukt, das nicht mehr bearbeitet wird. Diese unsere Produkte wurden soweit ich weiß, danach weiterverschifft.

RV: Werden diese auch so montiert?

P: Ja.

RV: Wo werden die Arbeiter eingestellt? Im Personalbüro und wo ist dieses?

P: In XXXX.

RV: Wo wird das Angebot bearbeitet, wo werden die für die Angebotslegung erforderlichen Arbeiten geleistet?

P: in XXXX und XXXX.

RV: Wie erfolgen die Gehaltsauszahlungen?

P: Mit Überweisungen auf das Bankkonto des jeweiligen Mitarbeiters, eine Barauszahlung ist nicht zulässig.

RV: Sind diese Konti in XXXX?

P: Ja, natürlich es muss so sein. Die Bankkonten sind bei XXXX Banken.

RV: Wer gab Weisungen an den Vorarbeiter, seitens der bP?

P: Hier handelt es sich, bei den jeweiligen Erteilern von Anweisungen, nicht um eine Person, sondern um mehrere Personen aus der bP, je nach dem um welche Anweisungen es sich handelt.

RV: Wie wird das Angebot preislich kalkuliert, ist maßgeblich der Lohn der Arbeiter oder ist in dieser Kalkulation, andere Leistungen enthalten und wenn ja in welchem Ausmaß %-uell.

P: Die Kalkulation wird aus mehreren Positionen erstellt. Nach dem wir die Beschreibung des Auftrages bekommen, kann man aus diesem die Anzahl der erforderlichen Schweißnähte zB entnehmen, daraus kann dann der fachkundige Ingenieur entnehmen, wie viele Stunden er den Kran brauchen wird, welche Gewichte zu bewegen sind, er erfährt, auch die Durchmesser der zu bearbeitenden Rohre und aus all dem kann er berechnen, wieviel und welche Arbeiter er benötigen wird. Dann wird im Kalkulationsvorgang die Arbeit von mir und den anderen in der Verwaltung tätigen Mitarbeitern hinzugerechnet und hinzukommen noch an sich in XXXX bestehen Fixkosten.

RV: Gibt es Kosten für technisches Personal, das zu berücksichtigen ist?

P: Ja, auch.

RV: Können Sie sagen, in welcher Relation sich bei ihre Kalkulation die reinen Lohnkosten für die Arbeiter bei der "Montage" und die sonstigen Kosten befinden?

P: Das kann ich nur schwer angeben, das Problem ist wenn ich eine Kalkulation für XXXX erstelle oder für eine Arbeitsstätte im Ausland, wo ich die dortigen KV- Bestimmungen berücksichtigen muss.

RV: Und in Bezug auf dieses Projekt?

P: Ca. 60 : 40, 60 % sind Lohnkosten für Arbeiter.

RV: Ist das eine grobe Schätzung?

P: Ja.

RV: Sie haben gesagt, die Rohre werden verschickt wie sie fertiggestellt werden. Warum heißt das Vorfertigung?

P: Der Begriff der Vorfertigung bezieht sich darauf, dass diese auch von uns hergestellten Produkte nicht an Ort und Stelle, in unserem Fall in XXXX hergestellt werden und daher von uns für die Verwendung, in unserem Fall für XXXX vorgefertigt werden. Wenn es nicht vor Ort ist, ist es eine Vorfertigung.

RV: Ist die Beigabe von Rohren durch Auftraggeber üblich?

P: Für unsere Branche gilt es zu 100 %, dass das Rohrmaterial von Seiten des Auftraggebers beigestellt wird. Weil ja für die einzelnen Produkte verschiedene Kriterien gelten.

RV: Ist die Überprüfung der Zertifikate durch die Auftraggeber in dieser Branche auch üblich?

P: Ja. Es besteht eine Direktive, "Richtlinie - VGB-R 501 H". Großauftraggeber sind verpflichtet diese Richtlinie einzuhalten und sie haben dies auch in ggst. Fall wahrgenommen.

RV legt Richtlinie vor, wird in Kopie zum Akt genommen.

RV: Gilt diese Branchenüblichkeit auch für "Handfertigkeitstests"?

P: Ja. Dies gilt auch für den Handfertigkeitstest, auch zu diesem sind die Auftraggeber verpflichtet. Eben auf Grund dieser Richtlinie.

...

RV: Ich beantrage, den Beschwerden stattzugeben, im Sinne der Beschwerdeanträge in allen 32 Verfahren, und ergänze: die im vorliegendem Fall der Behörde von Anbeginn bekannten Sachverhaltselemente der Art der Ausführung des Werkvertrages der bP sind branchenüblich. Es ist gängige Praxis, und von der bB wiederholt gebilligte Praxis, dass in Fällen wie diesen, das Material durch den Auftraggeber beigestellt wird. Bei derartigen Produktionsprozessen erfordern es die genormten Managementqualifizierungselemente, dass der Auftraggeber von ihm hinsichtlich der Herkunft und Herstellung überwacht Material zur Verfügung stellt und den Prozessablauf des Subunternehmers der Herstellung der Werkstücke laufend überprüft und dokumentiert, arbeitsteilige Prozesse in der intern. Wirtschaft können gar nicht anders verlaufen als in dieser Form, daher ist die Argumentation der bB schon unter dieser Prämisse unrichtig. In der Beschwerde wurde auf einschlägige Judikatur des EuGH und dem folgenden des VwGH und BVwG verwiesen. Die Kriterien die seitens der einschlägigen Judikatur für eine zulässige Entsendung angewendet werden sind erfüllt, hingegen sind die Kriterien für eine Arbeitskräfteüberlassung in keiner Weise erfüllt. Zusätzlich verweise ich noch auf ein Erkenntnis des UVS OÖ, Zl. VwSen -252120/28/Py/Hu vom 29.03.2010, wobei es sich um ein Verwaltungsstrafverfahren gehandelt hat, aber auch die hier maßgeblichen Rechtsfragen im Sinne der bP beantwortet wurden, zB insbesondere zur Frage der Branchenüblichkeit von Materialbeistellung durch Auftraggeber, Branchenüblichkeit des Handfertigkeitstest usw., zusätzlich ist anzuführen, dass die Anmietung der Werkshalle und der darin befindlichen "Großwerkzeuge", zwar formal durch den Auftraggeber, wirtschaftlich gesehen, aber durch die bP erfolgte bzw., dass diese mittelbar war durch eine Preisreduktion, die Kosten dafür aufgebracht hat. Die Vorlage von Spool-Zeichnungen durch den Auftraggeber S-AG ist branchenüblich, variiert aber hinsichtlich der Detailgenauigkeit von Fall zu Fall und wurde auch dieser Umstand im ggst. Fall preismäßig berücksichtigt, weil im Auftragspreis dieser Teil nicht mehr zu berücksichtigen war. Es daher ersucht, dass dies der Senat würdigt, und die Elemente der Dienstleistungsfreiheit auf Ebene der EU und EuGH zu berücksichtigen und der Beschwerde stattzugeben.

..."

Mit Schreiben vom 13.07.2016 erging die abschließende Stellungnahme der bB, in welcher sie im Wesentlichen ausführte, dass der bB zum Zeitpunkt der Erteilung der 10 nachträglich untersagten Entsendungen nicht bekannt gewesen sei, dass der bP von der B-GmbH neben der Halle und dem dort befindlichen Hallenkran sämtliches schwere Werkzeug, wie Gabelstapler, Drehvorrichtungen, große Schweißgeräte zur Verfügung gestellt worden seien, dass im Herstellungsprozess der Spools die vollständige Qualitätskontrolle einschließlich der zerstörungsfreien Werkstoffprüfung durch die B-GmbH erfolgt sei. Dies sei weder aus der Antwort der bP vom 25.01.2016 auf das Parteiengehör vom 18.01.2016 noch aus den zitierten Vorprojekten der bP mit B-GmbH ersichtlich gewesen. Dabei habe es sich nach den vorgelegten Verträgen um Montage von Hydraulikverrohrungen bzw Lieferung und Montage von Hydraulik Verrohrungen für die XXXX gehandelt; der Vertragsgegenstand sei also durchaus ein anderer gewesen. Dieser Sachverhalt sei erst nach der Kontrolle vom 03.03.2016 erkennbar gewesen. Zusammen mit dem - von vornherein bekannten - Umstand, dass sämtliches Material durch die B-GmbH beigestellt worden sei, gehe die bB weiterhin vom Vorliegen von Arbeitskräfteüberlassung im Sinne des § 4 Abs. 2 AUG aus. Die bP besitze keine Mitteilung des Bundesministeriums für Wissenschaft, Forschung und Wirtschaft, wonach kein Einwand gegen die Ausübung des Gewerbes der Arbeitskräfteüberlassung bestehe (§ 373a Abs. 5 Z 1 GewO). Die bB beantrage daher, alle 32 Beschwerden abzuweisen.

Mit Schreiben vom 18.07.2016, am 19.07.2016 beim Bundesverwaltungsgericht einlangend, beantragte die rechtsfreundliche Vertretung der bP, das Verhandlungsprotokoll vom 11.07. und 12.07.2016 im Sinne dieser Stellungnahme zu berichtigen. Des weiteren wurden Beispiele von Verrechnungen (Rechnungen vom 19.08.2015, 06.10.2015 und 13.10.2015) betreffend den Ankauf von Arbeitsbekleidung durch die bP sowie ein Emails Schreiben der bP an die bB vom 07.03.2013, zum Beweis dafür, dass die bB seit langem darüber informiert gewesen sei, dass der bP durch den AG sowohl die Halle als auch das (Groß)Werkzeug und das Material zur Verfügung gestellt würden, vorgelegt. Dies stimme völlig überein mit dem aktenkundigen Email der bP an die bB vom 24.01.2016. Die bP habe daher immer alle Umstände, die zur Beurteilung erforderlich waren, bekannt gegeben. Zur Stellungnahme der bB vom 13.07.2016 führte der Rechtsvertreter der bP aus, dass die bP in ihrem Email vom 25.01.2016 ausdrücklich angeführt habe, dass die Spoolvorfertigung gemäß Isometrien die dem AN vom AG zur Verfügung gestellt werden, erfolge, dass Material seitens des AG bzw. seiner Lieferanten zur Verfügung gestellt werde und das Werkzeug seitens des AN angemietet werde. Das Beharren der bB, diese grundlegenden Informationen seien ihr nicht zur Verfügung gestanden, erscheine unverständlich. Das Argument

der bB, ihr sei weiters nicht bekannt gewesen, dass der Auftraggeber eine sogenannte "zerstörungsfreie Werkstoffprüfung" vornehme, berücksichtige in keiner Weise die Branchenüblichkeit solcher Überprüfungen, zu denen sich Auftraggeber gegenüber den Werkbestellern in der Regel und auch im konkreten Fall verpflichten müssten.

Aufgrund des am 20.07.2016 der bB gewährten Parteiengehörs nahm die bB am 22.07.2016 Stellung und führte aus, dass hinsichtlich der Angabe der bP im Antwortmail vom 25.01.2016 in Punkt zwei ihrer Antwort, dass "... das Werkzeug seitens des AN gemietet wird...", die bB allerdings nicht davon ausgegangen sei, dass das Werkzeug vom Auftraggeber gemietet werde. Es sei der bB daher, wie in der Stellungnahme vom 13.07.2016 ausgeführt, bei der Erteilung der 10 nachträglich untersagten Entscheidungen nicht bekannt gewesen, dass der bP von der B-GmbH neben der Halle und dem dort befindlichen Hallenkran sämtliches schwere Werkzeug, wie Gabelstapler, Drehvorrichtungen, große Schweißgeräte zur Verfügung gestellt /an diese vermietet wurde und im Herstellungsprozess der Spools die vollständige Qualitätskontrolle einschließlich der zerstörungsfreien Werkstoffprüfung durch die B-GmbH erfolgt sei. Dies sei erst nach der Kontrolle vom 03.03.2016 möglich gewesen. Ob nun die Vornahme der zerstörungsfreien Werkstoffprüfung durch den Auftraggeber branchenüblich sei, möge dahingestellt bleiben. Nach Weiterfertigung der Spools durch die B-GmbH mit Leasingpersonal habe diese die zerstörungsfreie Werkstoffprüfung weiter durchgeführt, also sei es offenbar auch möglich und zulässig, dass der Werkunternehmer, der die B-GmbH ab diesem Zeitpunkt ja auch war, diese durchführte. Für die bB sei die laufende Qualitätskontrolle und die zerstörungsfreie Werkstoffprüfung ein wesentlicher und untrennbarer Teil der Herstellung eines mängelfreien Werkes. Die bB habe bei der positiven Entscheidung der 10 nachträglich untersagten Entscheidungen tatsächlich nicht darauf geachtet - und brauchte auch nicht darauf achten - unter welchen Voraussetzungen im März 2013 für ein anderes Projekt und einen anderen Auftraggeber - eine EU-Entsendebestätigung ausgestellt worden sei. Es sei wohl auch für die bP einfach erkennbar, dass die bB daraus keinesfalls ableiten dürfe, dass alle künftigen Entsendungen, die ja auf anderen Verträgen mit anderen Auftraggebern basierten, unter denselben Rahmenbedingungen erfolgen würden.

Am 11.08.2016 erging die Aufforderung zur Stellungnahme und Mängelbehebung an die bP, am 16.08.2016 die Aufforderung zur Stellungnahme an die B-GmbH gem § 26 AuslBG.

Am 24.08.2016 langte die Stellungnahme der bP ein, mit welcher sie folgende Urkunden vorlegte:

3 Teilrechnungen zum Projekt Spoolvorfertigung XXXX XXXX vom 10.02.2016 iHv € 10.000,-, vom 11.03.2016 iHv 140.000,- und vom 11.04.2016 iHv € 172.000,-.

Mitteilung des BMWFJ vom 24.06.2013 gem § 373a Abs 5 Z 1 GewO zur Ausübung der Tätigkeit des Handwerks der Metalltechnik für Metall- und Maschinenbau.

Bescheinigung der XXXX Gewerbe- und Unternehmerkammer vom 17.06.2013 für XXXX über die Erfüllung der Voraussetzungen in der Republik Slowenien zur Ausübung der Gewerbetätigkeit "Mechanische Bearbeitung von Metallen". XXXX ist im Gewerberegister seit 14.06.2013 eingetragen.

Versicherungspolizzen betreffend Haftpflichtversicherung iHv € 1 Mio Versicherungssumme für die Zeiträume 20.07.2015 - 20.07.2016 und 20.07.2016 - 20.07.2017.

In ihrer Stellungnahme führte die rechtsfreundliche Vertretung der bP aus, dass die Vertragsteile B-GmbH und bP im Werkvertrag grundsätzlich einen Pauschalpreis für die laut Leistungsverzeichnis zu erbringenden Leistungen vereinbart (Option laut Punkt 1. des Werkvertrages) hätten. Die Kosten für die Anmietung der Halle und des Krans bzw. aller zur Verfügung gestellten großen Gerätschaften seien wirtschaftlich gesehen (iHd Differenzbetrages von € 39.192,44) durch die bP getragen worden, und zwar entsprechend der Pauschalvereinbarung sogar unabhängig davon, ob die Kosten der Firma B-GmbH tatsächlich etwas höher oder etwas geringer gewesen seien bzw. sein sollten. Eine zusätzliche formale Rechnungslegung zwecks Weiterverrechnung der Mietkosten durch die Fa. B-GmbH sei daher entbehrlich gewesen (laut Beschwerde daher "stille Gegenverrechnung" entsprechend der angeführten Angebotsvariante). Die bP habe an die Fa. B-GmbH 3 Rechnungen gelegt im Gesamtbetrag von € 322.000,- (siehe Anhang), die ihr auch bezahlt worden seien. Die Schlussrechnung sei bis zum Abschluss der Verhandlungen beider Firmen aber noch "in Schwebe", weil die bP diese Rechnung mit der Fa. B-GmbH noch abstimmen müsse, insbes. im Hinblick auf angedeutete Gegenforderungen für Ersatzmaßnahmen (und) wegen nicht vollständig abgeschlossener Arbeiten. Aus Sicht der bP seien ihr die erbrachten Werkleistungen mit dem Betrag von €

322.000,- im Wesentlichen bezahlt worden, die Differenz zum vereinbarten Werkhonorar von € 359.782,56 entspreche im Großen und Ganzen dem auf die nicht erbrachte restliche Werkleistung entfallenden Teil. Hinsichtlich der Arbeitsbekleidung führte die bP ferner aus, dass Ankäufe von Sicherheitsbekleidung wiederholt getätigt worden seien und eine Zuordnung, welche der wiederholt zugekauften Kleider die Arbeiter beim

"gegenständlichen Projekt" getragen hätten, im Nachhinein schwer möglich sei. Für welches Projekt die Kleider verwendet würden, sei nicht relevant. Soweit bekannt, seien die im gegenständlichen Projekt verwendeten Kleider schon bei Durchführung eines kurz vorher stattgefundenen Vorprojektes gekauft worden. Die Tatsache, dass die bP Arbeitsbekleidung bei der Fa. B-GmbH gekauft habe, gehe aus den vorgelegten Buchungsanzeigen mit Rechnungscharakter jedenfalls hinreichend deutlich hervor.

Am 14.09.2016 langte die Stellungnahme der B-GmbH ein, mit welcher sie folgende Urkunden vorlegte:

3 Teilrechnungen zum Projekt Spoolvorfertigung XXXX vom 10.02.2016 iHv € 10.000,-, vom 11.03.2016 iHv 140.000,- und vom 11.04.2016 iHv € 172.000,- (ident mit den von der bP vorgelegten Rechnungen).

Rechnungen über den Ankauf von Arbeitskleidung vom 19.08.2015, 06.10.2015, 13.10.2015 und 10.11.2015.

Auf die Fragen der erk. Gerichts in der Aufforderung zur Stellungnahme, 1. ob im Hinblick auf die Verrechnung der Pauschalpreis unter Pkt 1) oder die Option "Verrechnung gemäß Anlage Leistungsverzeichnis" unter Pkt 2) entsprechend dem Werkvertrag zwischen der B-GmbH und der bP gewählt worden sei und ob eine Abrechnung bereits erfolgt ist, 2. ob die Anmietungen durch die B-GmbH an die bP weiterverrechnet wurden, 3. ob die Sicherheitsbekleidung, welche von der B-GmbH stammt, von der bP angekauft wurde und es Belege gebe, führt die B-GmbH aus: zu 1. "Es gilt Pkt 1) aus dem Werkvertrag, welcher mit einer Pauschalsumme von € 359.782,56 vereinbart ist. Für den Umfang der damit abgegoltenen Leistungen wird auf die Mengen des Leistungsverzeichnisses verwiesen. Die bP hat zwar bisher mehrere Abschlagsrechnungen gelegt, jedoch bisher noch keine Schlussrechnung." Zu 2.: "Die Kosten für die Halle, Kräne und Großwerkzeuge wurde uns durch die Inanspruchnahme des Optionspreises (4.2) aus dem Angebot von der bP vergütet. Der Differenzwert zwischen dem Angebotspreis 4.1 von €

398.975,- zum Optionalpreis 4.2 von € 359.782,56 ist sohin die Halle inkl. Kräne und Großwerkzeug, welche dadurch von XXXX beigestellt wurden und nicht von der bP zu erbringen waren. Bezüglich Belege gilt, dass es nur das Angebot von der bP und den Werkvertrag, der sich auf den Optionalpreis 4.2. bezogen hat, gibt." Zu 3.: "In den letzten Jahren wurden mehrere Aufträge in Zusammenarbeit mit der bP abgewickelt, und es wurde dabei auch immer wieder Arbeitskleidung an die bP verkauft. Eine individuelle, personenbezogene Gewandzuordnung ist uns aber nicht möglich, sodass wir Ihnen in der Beilage beispielhaft diverse Buchungsanzeigen aus dem Jahr 2015 übermitteln.

Mit Schreiben vom 15.09.2016 wurden die bP und bB vom Ergebnis der Beweisaufnahme verständigt.

Am 12.10.2016 beschloss der erkennende Senat, der Beschwerde stattzugeben.

## 2.0. Beweiswürdigung:

### 2.1. Zum Verfahrensgang:

Die Feststellungen zu den allgemeinen Voraussetzungen, insbesondere zur ZKO-Meldung, ergeben sich durch Einsichtnahme in die im vorgelegten Verwaltungsverfahrensaktes der bB befindlichen Dokumente sowie den sonstigen relevanten Unterlagen.

Der oben unter Punkt I. angeführte Verfahrensgang ergibt sich aus dem unzweifelhaften und unbestrittenen Akteninhalt der vorgelegten Verwaltungsaktes der bB und des vorliegenden Gerichtsaktes des Bundesverwaltungsgerichtes.

Der oben unter Punkt II. 1.0. festgestellte Sachverhalt beruht auf den Ergebnissen des vom erkennenden Gerichtes auf Grund der vorliegenden Akten durchgeführten Ermittlungsverfahrens, insbesondere auf den dem Gericht vorgelegten Fotobeweisen, der vom Gericht getätigten Bilddokumentation, den durch Erhebungen in Erfahrung gebrachten "Rahmenbedingungen für Werkverträge der XXXX, Ausgabe Februar 2015" sowie den Stellungnahmen und Zeugenaussagen in der Verhandlung.

2.2. Aufgrund des vorliegenden Verwaltungsaktes, ist das ho. Gericht in der Lage, sich vom entscheidungsrelevanten Sachverhalt im Rahmen der freien Beweiswürdigung ein ausreichendes und abgerundetes Bild zu machen. Die freie Beweiswürdigung ist ein Denkprozess der den Regeln der Logik zu folgen hat und im Ergebnis zu einer Wahrscheinlichkeitsbeurteilung eines bestimmten historisch-empirischen Sachverhalts, also von Tatsachen, führt. Der Verwaltungsgerichtshof führt dazu präzisierend aus, dass eine Tatsache in freier Beweiswürdigung nur dann als erwiesen angenommen werden darf, wenn die Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens ausreichende und sichere Anhaltspunkte für eine derartige Schlussfolgerung liefern

(VwGH 28.09.1978, Zahl 1013, 1015/76). Hauer/Leukauf, Handbuch des österreichischen Verwaltungsverfahrens,

5. Auflage, § 45 AVG, E 50, Seite 305, führen beispielsweise in Zitierung des Urteils des Obersten Gerichtshofs vom 29.02.1987, Zahl 13 Os 17/87, aus: "Die aus der gewissenhaften Prüfung aller für und wider vorgebrachten Beweismittel gewonnene freie Überzeugung der Tatrichter wird durch eine hypothetisch denkbare andere Geschehensvariante nicht ausgeschlossen. Muss doch dort, wo ein Beweisobjekt der Untersuchung mit den Methoden einer Naturwissenschaft oder unmittelbar einer mathematischen Zergliederung nicht zugänglich ist, dem Richter ein empirisch-historischer Beweis genügen. Im gedanklichen Bereich der Empirie vermag daher eine höchste, ja auch eine (nur) hohe Wahrscheinlichkeit die Überzeugung von der Richtigkeit der wahrscheinlichen Tatsache zu begründen, (...)". Vergleiche dazu auch VwGH, vom 18.06.2014, Ra 2014/01/0032.

Detaillierte Ausführungen nachfolgend unter 3.0. ff.

Zur Rechtzeitigkeit der Beschwerde: Wie die bB im Zuge der Beschwerdevorlage im Schreiben vom 03.05.2016 festhält, wurde der Bescheid der bB laut Rückschein am 23.03.2016 zugestellt. Die Beschwerde langte am 21.04.2016 fristgerecht ein.

### 3.0. Rechtliche Beurteilung:

#### 3.1. Entscheidungsrelevante Rechtsgrundlagen:

- Bundesverfassungsgesetz B-VG, BGBl. Nr. 1/1930 idgF
- Ausländerbeschäftigungsgesetz AuslBG, BGBl. 218/1975 idgF
- Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz AVRAG, BGBl. Nr. 459/1993 idgF
- Arbeitskräfteüberlassungsgesetz AÜG, BGBl. Nr. 196/1988 idgF
- Bundesverwaltungsgerichtsgesetz BVwGG, BGBl. I Nr. 10/2013 idgF
- Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz VwGVG, BGBl. I Nr. 33/2 013 idgF
- Verwaltungsgerichtshofgesetz VwGG, BGBl. Nr. 10/1985 idgF
- 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
- Richtlinie 2005/36/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 07. September 2005 über die Anerkennung von Berufsqualifikationen
- Richtlinie 2008/104/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. November 2008 über Leiharbeit
- Verordnung (EG) Nr. 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit
- Verordnung (EG) Nr. 987/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. September 2009 zur Festlegung der Modalitäten für die Durchführung der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 über die Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit

Nachfolgende Bestimmungen beziehen sich auf die im Pkt. 3.1. angeführten Rechtsgrundlagen in der jeweils geltenden Fassung.

#### 3.2. Gemäß Art 130 Abs 1 B-VG erkennen die Verwaltungsgerichte über Beschwerden

##### 1. gegen den Bescheid einer Verwaltungsbehörde wegen Rechtswidrigkeit; ...

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 Abs 2 leg cit haben die fachkundigen Laienrichter und Ersatzrichter über besondere Kenntnisse des Arbeitsmarktes und des Ausländerbeschäftigungsrechts zu verfügen und sind von der Bundesarbeitskammer und der Wirtschaftskammer Österreich in erforderlicher Anzahl vorzuschlagen.

Gemäß Abs 3 leg cit kann die zuständige regionale Geschäftsstelle den angefochtenen Bescheid binnen zehn Wochen nach Einlangen der Beschwerde aufheben, abändern oder die Beschwerde zurück- oder abweisen (Beschwerdevorentscheidung).

Gemäß Abs 4 leg cit haben Beschwerden gegen den Widerruf einer Sicherungsbescheinigung, einer Beschäftigungsbewilligung, einer Entsendebewilligung oder eines Befreiungsscheines keine aufschiebende Wirkung. Beschwerden gegen den Widerruf einer Beschäftigungsbewilligung kann aufschiebende Wirkung zuerkannt werden.

Gemäß Abs 5 leg cit gelten im Übrigen die Bestimmungen des Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetzes - VwGVG, BGBl. I Nr. 33/2013.

In Anwendung des Art 130 Abs 1 Z 1 B-VG iVm § 20f Abs 1 AuslBG wird die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichtes in der zugrundeliegenden Beschwerdeangelegenheit begründet.

Bedingt durch den Umstand, dass im § 20f Abs 1 AuslBG eine Senatszuständigkeit in Beschwerdeangelegenheiten gegen Bescheide der regionalen Geschäftsstellen des Arbeitsmarktservice normiert ist, fällt die Entscheidung der gegenständlichen Rechtssache jenem Richtersenzat zu, der unter Berücksichtigung des § 20f Abs 1 und 2 AuslBG in der Geschäftsverteilung des Bundesverwaltungsgerichtes dafür vorgesehen ist.

Schlussfolgernd ist das angeführte Gericht durch Senatsrichterentscheidung in diesem Beschwerdeverfahren zuständig.

3.3. 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 § 27 VwGVG hat das Verwaltungsgericht, soweit nicht Rechtswidrigkeit wegen Unzuständigkeit der Behörde gegeben ist, den angefochtenen Bescheid auf Grund der Beschwerde (§ 9 Abs. 1 Z 3 und 4) oder auf Grund der Erklärung über den Umfang der Anfechtung (§ 9 Abs. 3) zu überprüfen.

Gemäß § 9 Abs 1 VwGVG hat die Beschwerde zu enthalten:

1. die Bezeichnung des angefochtenen Bescheides, der angefochtenen Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt oder der angefochtenen Weisung,
2. die Bezeichnung der belangten Behörde,
3. die Gründe, auf die sich die Behauptung der Rechtswidrigkeit stützt,
4. das Begehren und
5. die Angaben, die erforderlich sind, um zu beurteilen, ob die Beschwerde rechtzeitig eingebracht ist.

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

Gemäß § 28 Abs 2 VwGVG hat das Verwaltungsgericht über Beschwerden gemäß Art. 130 Abs. 1 Z 1 B-VG dann in der Sache selbst zu entscheiden, wenn der maßgebliche Sachverhalt feststeht oder die Feststellung des maßgeblichen Sachverhalts durch das Verwaltungsgericht selbst im Interesse der Raschheit gelegen oder mit einer erheblichen Kostenersparnis verbunden ist.

Bezugnehmend auf die zitierten Bestimmungen waren die unter Pkt. 3.1 im Generellen und jene unter den Pkt. 3.2 ff im Speziellen angeführten Rechtsgrundlagen für dieses Verfahren in Anwendung zu bringen.

3.4. 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.

Der gegenständliche, mit 18.03.2016 datierte Bescheid wurde laut Rückschein am 23.03.2016 zugestellt. Die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht langte am 21.04.2016 bei der bB ein; die Vorlage an das Bundesverwaltungsgericht erfolgte am 13.05.2016.

Wenn der Rechtsvertreter der bP in seiner Mitteilung vom 07.06.2016 ersucht, im Hinblick auf die bevorstehenden Urlaubszeiten von Verhandlungen in der Zeit von Mitte Juli bis Ende August abzusehen und der bP genügend Vorlaufzeit bis zur Verhandlung zu geben, damit Vertagungsbiten aufgrund dringender dienstlicher oder urlaubsbedingter Abwesenheiten vermieden werden können, so ist dem entgegenzuhalten, dass die gesetzliche Entscheidungsfrist einen engen Rahmen von 3 Monaten steckt, welcher grundsätzlich einzuhalten ist. Hinzu kommt, dass das Gericht durch Senat entscheidet und eine für die Verhandlung erforderliche gleichbleibende Zusammensetzung nur in dieser Zeit möglich war. Da der Rechtsvertreter der bP am 18.07.2016, am 19.07.2016 einlangend, noch eine Stellungnahme abgab, diese der bB zur Kenntnis gebracht wurde und weitere Erhebungen erforderlich waren, musste der Rahmen von 3 Monaten geringfügig ausgedehnt werden und erfolgte die Entscheidung des Gerichts mit gerechtfertigter Verzögerung.

3.5. Zur Parteistellung der ausländischen Arbeitnehmer:

§ 21 AuslBG lautet: Der Ausländer hat in allen Verfahren, in denen seine persönlichen Umstände maßgeblich für die Entscheidung sind, sowie in jenen Fällen, in denen keine Person im Sinne des § 2 Abs. 3 vorhanden ist, Parteistellung. In allen anderen Verfahren hat der Ausländer die Stellung eines Beteiligten.

Gemäß § 21 AuslBG kommt einem Ausländer Parteistellung im Verfahren nur dann zu, wenn seine persönlichen Umstände maßgeblich für die Entscheidung sind. In den Urteilen vom 27.7.2006, Jurisic und Collegium Mererau gegen Österreich (Appl 62539/00) und Coorplan-Jenni GmbH und Hascic gegen Österreich (Appl 10523/00) kommt der EGMR aber zum Ergebnis, dass das Verfahren zur Erteilung einer Beschäftigungsbewilligung - entgegen der ständigen Rsp des VfGH und VwGH sowie zu § 21 - eine Angelegenheit ist, die zivilrechtliche Ansprüche iSv Art 6 Abs 1 EMRK betrifft. Deshalb müsse auch für Ausländer stets und nicht nur - wie es § 21 vorsieht - bei Maßgeblichkeit der persönlichen Umstände der Zugang zu einem Gericht iSd Art 6 Abs 1 EMRK gewährleistet und für sämtliche Antragsteller eine öffentliche mündliche Verhandlung durchgeführt werden. Dieser Judikatur folgend werden Ausländer daher auch in allen übrigen Verfahren, die seine Zulassung zu einer Beschäftigung bzw. deren Widerruf zum Gegenstand haben, Parteistellung haben (Deutsch/Nowotny/Seitz, Ausländerbeschäftigungsgesetz 2014, Rz 558 ff). Einer Partei kommen alle nach dem AVG zustehenden Rechte, wie Akteneinsicht, Parteiengehör, Kenntnis des Bescheides sowie die Beschwerdelegitimation zu.

Die 32 ausländischen Arbeitnehmer der bP haben Parteistellung und damit einhergehend Anspruch auf Durchführung einer ihre Rechte betreffenden mündlichen Verhandlung.

3.6. Entsendung oder Arbeitskräfteüberlassung - Abgrenzung und Beurteilung

Die Entsendebewilligung ist in § 18 AuslBG geregelt:

Gemäß § 18 Abs 1 AuslBG bedürfen Ausländer, die von einem ausländischen Arbeitgeber ohne einen im Bundesgebiet vorhandenen Betriebssitz im Inland beschäftigt werden, 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.

Gemäß Abs 12 leg cit ist für Ausländer, die von einem Unternehmen mit Betriebsitz in einem anderen Mitgliedstaat des Europäischen Wirtschaftsraumes zur Erbringung einer vorübergehenden Arbeitsleistung nach Österreich entsandt werden, keine Beschäftigungsbewilligung oder Entsendebewilligung erforderlich, wenn

1. sie ordnungsgemäß zu einer Beschäftigung im Staat des Betriebsitzes 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.

§ 7 AVRAG regelt Ansprüche von Arbeitnehmern mit gewöhnlichem Arbeitsort in Österreich gegen ausländische Arbeitgeber ohne Sitz in Österreich und lautet wie folgt:

Beschäftigt ein Arbeitgeber ohne Sitz in Österreich, der nicht Mitglied einer kollektivvertragsfähigen Körperschaft in Österreich ist, einen Arbeitnehmer mit gewöhnlichem Arbeitsort in Österreich, so hat dieser Arbeitnehmer zwingend Anspruch zumindest auf jenes gesetzliche, durch Verordnung festgelegte oder kollektivvertragliche Entgelt, das am Arbeitsort vergleichbaren Arbeitnehmern von vergleichbaren Arbeitgebern gebührt.

Gemäß § 7b Abs 1 AVRAG hat ein Arbeitnehmer, der von einem Arbeitgeber mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat des Europäischen Wirtschaftsraumes als Österreich zur Erbringung einer fortgesetzten Arbeitsleistung nach Österreich entsandt wird, unbeschadet des auf das Arbeitsverhältnis anzuwendenden Rechts für die Dauer der Entsendung zwingend Anspruch auf

1. zumindest jenes gesetzliche, durch Verordnung festgelegte oder kollektivvertragliche Entgelt, das am Arbeitsort vergleichbaren Arbeitnehmern von vergleichbaren Arbeitgebern gebührt;
2. bezahlten Urlaub nach § 2 UrlG, sofern das Urlaubsausmaß nach den Rechtsvorschriften des Heimatstaates geringer ist; nach Beendigung der Entsendung behält dieser Arbeitnehmer den der Dauer der Entsendung entsprechenden aliquoten Teil der Differenz zwischen dem nach österreichischem Recht höheren Urlaubsanspruch und dem Urlaubsanspruch, der ihm nach den Rechtsvorschriften des Heimatstaates zusteht; ausgenommen von dieser Urlaubsregelung sind Arbeitnehmer, für die die Urlaubsregelung des BUAG gilt;
3. die Einhaltung der kollektivvertraglich festgelegten Arbeitszeitregelungen;
4. Bereithaltung der Aufzeichnung im Sinne der Richtlinie des Rates über die Pflicht des Arbeitgebers zur Unterrichtung des Arbeitnehmers über die für seinen Arbeitsvertrag oder sein Arbeitsverhältnis geltenden Bedingungen (91/533/EWG) in Österreich durch den Arbeitgeber oder den mit der Ausübung des Weisungsrechts des Arbeitgebers gegenüber den entsandten Arbeitnehmern Beauftragten.

Gemäß Abs 3 leg cit haben Arbeitgeber im Sinne des Abs. 1 die Beschäftigung von Arbeitnehmern, die zur Erbringung einer Arbeitsleistung nach Österreich entsandt werden, spätestens eine Woche vor Arbeitsaufnahme der Zentralen Koordinationsstelle für die Kontrolle der illegalen Beschäftigung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz und dem Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz des Bundesministeriums für Finanzen zu melden ... Die Zentrale Koordinationsstelle für die Kontrolle der illegalen Beschäftigung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz und dem

Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz des Bundesministeriums für Finanzen hat die Meldung an den zuständigen Krankenversicherungsträger (§§ 26 und 30 ASVG), ... elektronisch zu übermitteln.

Gemäß Abs 4 leg cit hat die Meldung nach Abs. 3 für jede Entsendung gesondert zu erfolgen und folgende Angaben zu enthalten:

1. Name, Anschrift, Gewerbebefugnis oder Unternehmensgegenstand des/der Arbeitgebers/in im Sinne des Abs. 1, Umsatzsteueridentifikationsnummer,

...

5. die Namen, Anschriften, Geburtsdaten, Sozialversicherungsnummern und zuständige Sozialversicherungsträger sowie die Staatsangehörigkeit der nach Österreich entsandten Arbeitnehmer,

6. Zeitraum der Entsendung insgesamt sowie Beginn und voraussichtliche Dauer der Beschäftigung der einzelnen Arbeitnehmer in Österreich, ...

7. die Höhe des dem einzelnen Arbeitnehmer nach den österreichischen Rechtsvorschriften gebührenden Entgelts und des Arbeitsverhältnisses bei dem Arbeitgeber,

8. Ort (genaue Anschrift) der Beschäftigung in Österreich (auch andere Einsatzorte in Österreich),

9. die Art der Tätigkeit und Verwendung des Arbeitnehmers unter Berücksichtigung des maßgeblichen österreichischen Kollektivvertrages,

10. sofern für die Beschäftigung der entsandten Arbeitnehmer im Sitzstaat des Arbeitgebers eine behördliche Genehmigung erforderlich ist, jeweils die ausstellende Behörde sowie die Geschäftszahl, das Ausstellungsdatum und die Geltungsdauer oder eine Abschrift der Genehmigung,

11. sofern die entsandten Arbeitnehmer im Sitzstaat des Arbeitgebers eine Aufenthaltsgenehmigung benötigen, jeweils die ausstellende Behörde sowie die Geschäftszahl, das Ausstellungsdatum und die Geltungsdauer oder eine Abschrift der Genehmigung.

Gemäß Abs 5 leg cit haben Arbeitgeber im Sinne des Abs. 1 oder in Abs. 1 Z 4 bezeichnete Beauftragte oder der Arbeitnehmer (Abs. 3), sofern für den entsandten Arbeitnehmer in Österreich keine Sozialversicherungspflicht besteht, Unterlagen über die Anmeldung des Arbeitnehmers zur Sozialversicherung (Sozialversicherungsdokument E 101 nach der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71, Sozialversicherungsdokument A 1 nach der Verordnung (EG) Nr. 883/04) sowie eine Abschrift der Meldung gemäß den Abs. 3 und 4

am Arbeits(Einsatz)ort im Inland bereitzuhalten ... . Sofern für die

Beschäftigung der entsandten Arbeitnehmer im Sitzstaat des Arbeitgebers eine behördliche Genehmigung erforderlich ist, ist auch die Genehmigung bereitzuhalten.

...

Gemäß Abs 8 leg cit begeht, wer als Arbeitgeber im Sinne des Abs. 1

1. die Meldung oder die Meldung über nachträgliche Änderungen bei den Angaben (Änderungsmeldung) entgegen Abs. 3 nicht, nicht rechtzeitig oder nicht vollständig erstattet oder

2. in der Meldung oder Änderungsmeldung nach Abs. 3 wissentlich unrichtige Angaben erstattet oder

3. 3. die erforderlichen Unterlagen entgegen Abs. 5 nicht bereithält,

4. ...

eine Verwaltungsübertretung und ist von der Bezirksverwaltungsbehörde für jeden Arbeitnehmer mit Geldstrafe von 500 Euro bis 5 000 Euro, im Wiederholungsfall von 1 000 Euro bis 10 000 Euro zu bestrafen.

Gemäß § 7d Abs 1 leg cit haben Arbeitgeber/innen im Sinne der §§ 7, 7a Abs. 1 oder 7b Abs. 1 bis 9 während des Zeitraums der Entsendung insgesamt (§ 7b Abs. 4 Z 6) den Arbeitsvertrag oder Dienstzettel (§ 7b Abs. 1 Z 4), Lohnzettel, Lohnzahlungsnachweise oder Banküberweisungsbelege, Lohnaufzeichnungen, Arbeitszeitaufzeichnungen und Unterlagen betreffend die Lohneinstufung zur Überprüfung des dem/der entsandten Arbeitnehmers/in für die Dauer der Beschäftigung nach den österreichischen Rechtsvorschriften gebührenden Entgelts in deutscher Sprache am Arbeits(Einsatz)ort bereitzuhalten, auch wenn die Beschäftigung des/der einzelnen Arbeitnehmers/in in Österreich früher geendet hat. Bei innerhalb eines Arbeitstages wechselnden Arbeits(Einsatz)orten sind die Lohnunterlagen am ersten Arbeits(Einsatz)ort bereitzuhalten. Ist die Bereithaltung der Unterlagen am Arbeits(Einsatz)ort nicht zumutbar, sind die Unterlagen jedenfalls im Inland bereitzuhalten und der Abgabenbehörde auf Aufforderung nachweislich zu übermitteln, wobei die Unterlagen bis zum Ablauf des der Aufforderung zweitfolgenden Werktags abzusenden sind. Für die Übermittlung gebührt kein Ersatz der Aufwendungen.

Gemäß Abs 2 leg cit trifft bei einer grenzüberschreitenden Arbeitskräfteüberlassung die Verpflichtung zur Bereithaltung der Lohnunterlagen den inländischen Beschäftiger. Der Überlasser hat dem Beschäftiger die Unterlagen nachweislich bereitzustellen.

Der Vollständigkeit halber ist darauf hinzuweisen, dass durch die Novelle BGBl I Nr. 44/2016, die §§ 7 bis 7o AVRAG idF vor der Novelle mit Ablauf des 31.12.2016 außer Kraft treten. Diese Bestimmungen finden weiterhin auf Sachverhalte Anwendung, die sich vor dem 01.01.2017 ereignen; auf Entsendungen, die sich nach dem 31.12.2016 ereignen, finden die Bestimmungen des LSD-BG Anwendung (siehe ErlRV 1111 BlgNR XXV. GP, 40; ausführlich zum LSD-BG: Krömer, Entsendung oder grenzüberschreitende Arbeitskräfteüberlassung? Die Gretchenfrage des LSD-BG, ecolex 2016, 660; Rath, Schaffung eines Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetzes, ASoK 2016, 229; derselbe, Zum Anwendungsbereich des LSD-BG bei grenzüberschreitender Tätigkeit, ecolex 2016, 663).

Unionsrechtlich regelt die Richtlinie 96/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16.12.1996 die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen (Entsende-RL).

Gemäß Art 1 Abs 1 Entsende-RL gilt diese Richtlinie 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.

Gemäß Art 1 Abs 3 Entsende-RL findet diese Richtlinie 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.

Gemäß Art 2 Abs 1 Entsende-RL gilt im Sinne dieser Richtlinie als entsandter Arbeitnehmer jener Arbeitnehmer, der während eines begrenzten Zeitraums seine Arbeitsleistung im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaates als demjenigen erbringt, in dessen Hoheitsgebiet er normalerweise arbeitet.

Gemäß Art 12 Abs 1 der VO (EG) Nr. 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29.04.2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit, gilt als betriebsentsandter Arbeitnehmer "eine Person, die in einem Mitgliedstaat für Rechnung eines Arbeitgebers, der gewöhnlich dort tätig ist, eine Beschäftigung ausübt und die von diesem Arbeitgeber in einen anderen Mitgliedstaat entsandt wird, um dort eine Arbeit für dessen Rechnung auszuführen, ...".

Gemäß Artikel 14 Absatz 2 VO (EG) Nr. 987/2009 beziehen sich bei der Anwendung von Artikel 12 Absatz 1 der Grundverordnung (VO 883/2004) die Worte "der gewöhnlich dort tätig ist" auf einen Arbeitgeber, der gewöhnlich andere nennenswerte Tätigkeiten als reine interne Verwaltungstätigkeiten auf dem Hoheitsgebiet des Mitgliedstaats, in dem das Unternehmen niedergelassen ist, ausübt, unter Berücksichtigung aller Kriterien, die die Tätigkeit des betreffenden Unternehmens kennzeichnen; die maßgebenden Kriterien müssen auf die Besonderheiten eines jeden Arbeitgebers und die Eigenart der ausgeübten Tätigkeiten abgestimmt sein.

Wie bereits der ehem. UVS erkannt hat, hat sich der Entsendebegriff aus der Rechtsprechung des EuGH (vgl. etwa die Urteile EuGH Rs C-113/89 Rush Portuguesa, Slg. I 1990, 1417; EuGH Rs C-43/93 Vander Elst, Slg. I 1994, 3803) herausgebildet und verweist Art. 2 Abs 2 der "Entsenderichtlinie" 96/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16.12.1996 hinsichtlich der Beurteilung eines Beschäftigungsverhältnisses iSd § 18 AuslBG auf innerstaatliches Recht. Aufgrund gegenständlichen Verweises ist zur Beurteilung des Vorliegens eines Beschäftigungsverhältnisses iSd § 18 AuslBG zum entsendenden Unternehmen innerstaatliches Recht anzuwenden (UVS vom 27.09.2010, 019/12/10040).

Von der Betriebsentsendung im Rahmen eines Werkvertrages ist die von § 18 AuslBG nicht erfasste Überlassung ausländischer Arbeitskräfte aus dem Ausland zu einem inländischen Unternehmen zu unterscheiden, welche im AÜG geregelt ist.

Gemäß § 3 Abs 1 AÜG ist Überlassung von Arbeitskräften die Zurverfügungstellung von Arbeitskräften zur Arbeitsleistung an Dritte.

Gemäß Abs 2 leg cit ist Überlasser, wer Arbeitskräfte zur Arbeitsleistung an Dritte vertraglich verpflichtet.

Gemäß Abs 3 leg cit ist Beschäftiger, wer Arbeitskräfte eines Überlassers zur Arbeitsleistung für betriebseigene Aufgaben einsetzt.

Gemäß Abs 4 leg cit sind Arbeitskräfte Arbeitnehmer und arbeitnehmerähnliche Personen. Arbeitnehmerähnlich sind Personen, die, ohne in einem Arbeitsverhältnis zu stehen, im Auftrag und für Rechnung bestimmter Personen Arbeit leisten und wirtschaftlich unselbständig sind.

§ 3 AuslBG regelt die Voraussetzungen für die Beschäftigung von Ausländern.

Gemäß Abs 1 leg cit darf ein Arbeitgeber, soweit in diesem Bundesgesetz nicht anderes bestimmt ist, einen Ausländer nur beschäftigen, wenn ihm für diesen eine Beschäftigungsbewilligung oder Entsendebewilligung erteilt oder eine Anzeigebestätigung ausgestellt wurde oder wenn der Ausländer eine für diese Beschäftigung gültige "Rot-Weiß-Rot - Karte", "Blaue Karte EU" oder "Aufenthaltbewilligung - Künstler" oder eine "Rot-Weiß-Rot - Karte plus", eine "Aufenthaltberechtigung plus", einen Befreiungsschein (§ 4c) oder einen Aufenthaltstitel "Familienangehöriger" oder "Daueraufenthalt - EU" besitzt.

Gemäß Abs 2 leg cit darf ein Ausländer, soweit in diesem Bundesgesetz nicht anderes bestimmt ist, eine Beschäftigung nur antreten und ausüben, wenn für ihn eine Beschäftigungsbewilligung oder Entsendebewilligung erteilt oder eine Anzeigebestätigung ausgestellt wurde oder wenn er eine für diese Beschäftigung gültige "Rot-Weiß-Rot - Karte", "Blaue Karte EU" oder "Aufenthaltbewilligung - Künstler" oder eine "Rot-Weiß-Rot - Karte plus", eine "Aufenthaltberechtigung plus", einen Befreiungsschein (§ 4c) oder einen Aufenthaltstitel "Familienangehöriger" oder "Daueraufenthalt - EU" besitzt.

§ 4 AuslBG regelt die Beschäftigungsbewilligung:

...

(3) Die Beschäftigungsbewilligung darf dem Arbeitgeber bei Erfüllung der allgemeinen Voraussetzungen gemäß Abs. 1 und 2 nur erteilt werden, wenn

...

10. für den Ausländer eine Bewilligung zur grenzüberschreitenden Überlassung gemäß § 16 Abs. 4 AÜG bzw. § 40a Abs. 2 des Landarbeitsgesetzes 1984 vorliegt oder, sofern eine solche Bewilligung gemäß § 16a AÜG bzw. § 40a Abs. 6 des Landarbeitsgesetzes 1984 nicht erforderlich ist, die Voraussetzungen des § 16 Abs. 4 Z 1 bis 3 AÜG bzw. § 40a Abs. 2 Z 1 bis 3 des

Landarbeitsgesetzes 1984 sinngemäß vorliegen ...

§ 16 AÜG regelt die grenzüberschreitende Überlassung:

Gemäß Abs 1 leg cit ist die Überlassung von Arbeitskräften von Österreich in das Ausland nur zulässig, wenn eine Verordnung gemäß § 15 Abs. 1 Z 3 besteht oder ausnahmsweise eine Bewilligung gemäß Abs. 2 erteilt wurde.

Gemäß Abs 2 leg cit kann die Bewilligung der Überlassung von Arbeitskräften von Österreich in das Ausland auf Antrag des Überlassers erteilt werden, wenn keine arbeitsmarktlichen oder volkswirtschaftlichen Gründe dagegen sprechen und der Schutz der Arbeitskräfte nicht gefährdet ist.

Gemäß Abs 3 leg cit ist die Überlassung von Arbeitskräften vom Ausland nach Österreich nur zulässig, wenn ausnahmsweise eine Bewilligung gemäß Abs. 4 erteilt wurde.

Gemäß Abs 4 leg cit kann die Bewilligung der Überlassung von Arbeitskräften vom Ausland nach Österreich auf Antrag des Beschäftigers erteilt werden, wenn

1. die Beschäftigung besonders qualifizierter Fachkräfte aus arbeitsmarktlichen und volkswirtschaftlichen Gründen unumgänglich notwendig ist,
2. diese Arbeitskräfte ausschließlich im Wege der Überlassung aus dem Ausland verfügbar sind und
3. deren Beschäftigung keine Gefährdung der Lohn- und Arbeitsbedingungen inländischer Arbeitnehmer bewirkt.

Gemäß Abs 5 leg cit darf die Bewilligung nach Abs. 4 nicht erteilt werden, wenn der Beschäftiger

1. gegen die Vorschriften des Arbeitskräfteüberlassungsgesetzes verstoßen hat oder
2. unzulässige Arbeitsvermittlung betrieben hat oder
3. Verpflichtungen eines Arbeitgebers, die sich aus dem Arbeitsrecht einschließlich des Arbeitnehmerschutzes oder dem Sozialversicherungsrecht ergeben, erheblich verletzt hat.

Gemäß Abs 6 leg cit ist die Bewilligung nach Abs. 4 jeweils nur für eine bestimmte Anzahl von Arbeitskräften und nur für einen bestimmten Zeitraum zu erteilen.

Gemäß Abs 7 leg cit ist die Bewilligung nach Abs. 4 ist zu widerrufen, wenn die für die Erteilung wesentlichen Voraussetzungen nicht mehr vorliegen.

Gemäß § 16a leg cit ist auf Überlassungen innerhalb des Europäischen Wirtschaftsraumes (EWR) § 16 nicht anzuwenden.

§ 17 AÜG regelt die Meldepflichten:

(1) Der Überlasser, der gemäß § 135 Abs. 2 Z 1 der Gewerbeordnung 1994 (GewO) kein reglementiertes Gewerbe gemäß § 94 Z 72 GewO ausübt, hat die Überlassung von Arbeitskräften spätestens bis zum Ablauf des auf die erstmalige Überlassung folgenden Monats der zuständigen Gewerbebehörde zu melden.

(2) Der Überlasser hat bei bewilligungsfreier Überlassung von Arbeitskräften vom Ausland nach Österreich die grenzüberschreitende Überlassung der Zentralen Koordinationsstelle für die Kontrolle der illegalen Beschäftigung (nach dem AuslBG und dem AVRAG) des Bundesministeriums für Finanzen zu melden. Die Meldung ist jeweils spätestens eine Woche vor der Arbeitsaufnahme in Österreich zu erstatten; in Katastrophenfällen, bei unaufschiebbaren Arbeiten und bei kurzfristig zu erledigenden Aufträgen genügt die Meldung unverzüglich vor Arbeitsaufnahme. Änderungen der gemeldeten Daten sind unverzüglich zu erstatten. Die Übermittlung der Meldungen hat ausschließlich automationsunterstützt über die elektronischen Formulare des Bundesministeriums für Finanzen zu erfolgen.

(3) Die Meldung gemäß Abs. 2 hat folgende Daten zu enthalten:

...

3. Namen und Anschrift des Beschäftigers sowie dessen Umsatzsteueridentifikationsnummer und dessen Gewerbebefugnis oder Unternehmensgegenstand,

...

(4) Die Zentrale Koordinationsstelle für die Kontrolle der illegalen Beschäftigung hat die Meldungen gemäß Abs. 2 der zuständigen Gewerbebehörde zu übermitteln. Die Zentrale Koordinationsstelle hat die Meldungen an den zuständigen Krankenversicherungsträger (§§ 26 und 30 ASVG), an die Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse (BUAK) und an den Bundesminister für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz zu übermitteln.

...

(7) Der Beschäftiger hat für jede nicht in Österreich sozialversicherungspflichtige überlassene Arbeitskraft Unterlagen über die Anmeldung der Arbeitskraft zur Sozialversicherung (Sozialversicherungsdokument A 1 nach der Verordnung (EG) Nr. 883/04 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit, ABl. Nr. L 166 vom 30.04.2004 S. 1, zuletzt geändert durch die Verordnung (EU) Nr. 465/2012, ABl. Nr. L 149 vom 8.6.2012 S. 4) sowie die Meldung gemäß den Abs. 2 und 3 am Arbeits(Einsatz)Ort in geeigneter Form zur Überprüfung bereitzuhalten oder zugänglich zu machen.

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 Abs 2 leg cit 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.

Wie die ErlRV 450 BlgNR XVII. GP, 17 f ausführen, befasst sich § 4 Abs 2 AÜG speziell mit dem Werkvertrag, der erfahrungsgemäß am häufigsten zur Umgehung der bei der Arbeitskräfteüberlassung zu beachtenden Regeln Verwendung findet. Sofern ein für den Werkvertrag typisches Merkmal nicht vorhanden ist (Z 1, 2 und 4) oder ein für den Werkvertrag völlig untypisches Merkmal (Z 3) gegeben ist, wird das Vorliegen des Tatbestandes der Arbeitskräfteüberlassung angenommen. Auch wenn für die Klassifizierung als Werkvertrag an sich bereits die Kombination einzelner für den Werkvertrag typischer Sachverhaltselemente ausreichend sein mag, muss zur Abgrenzung von der Arbeitskräfteüberlassung die Erfüllung sämtlicher im Regelfall zutreffenden Merkmale (einschließlich des Fehlens bestimmter, auf eine Arbeitskräfteüberlassung hinweisenden Sachverhaltselemente) verlangt werden, um der Erfahrung Rechnung zu tragen, dass häufig die Überlassung von Arbeitskräften den eigentlichen Zweck des Werkvertrages bildet.

Z 1 des Abs 2 stellt darauf ab, dass von den Erfüllungsgehilfen des Werkunternehmers ein völlig eigenständiges Werk erbracht wird oder diese an der Herstellung eines Werkes mitwirken, das sich von allen im Bestellerbetrieb gewöhnlich erbrachten Leistungen deutlich abhebt. Eine Einbindung in die üblichen Arbeitsgänge des Bestellerbetriebes unter dem Deckmantel der Erfüllung eines Werkvertrages soll ausgeschlossen werden. Die Rückführbarkeit des Arbeitsergebnisses auf den Werkunternehmer als dessen Leistung verlangt vor allem die ihm hinsichtlich der Werkentstehung zukommende Dispositionsgewalt.

Zur Erreichung dieses Zieles tragen auch die Z 2 und 3 bei. Aber nicht jede Benutzung von Geräten soll die Einstufung als Überlassung zur Folge haben, sondern nur jene, die bei Würdigung aller Umstände des konkreten Falles das Vorliegen des Tatbestandes der Überlassung von Arbeitskräften erhärtet. Eine ergänzende Verwendung von Material oder Werkzeug des Werkbestellers, die in der Praxis aus Zweckmäßigkeitsgründen oft unvermeidlich ist, wird zugestanden. Dasselbe gilt für Weisungen des Werkbestellers, mit denen im Regelfall zu rechnen ist, zum Beispiel die Zuweisung von Räumlichkeiten, die Einschärfung besonderer Rücksichtnahme auf bestehende Einrichtungen, die Warnung vor Gefahrenquellen, schließlich auch vertraglich vereinbarte Spezifikationen, wie etwa die Mitteilung von Wünschen hinsichtlich der farblichen Gestaltung, die Auswahl unter mehreren möglichen Varianten (etwa welche Fliesen, Tapeten, Furniere Verwendung finden sollen) usw. Die zur Erstellung des Werkes erforderlichen fachlichen, organisatorischen und zeitlichen Dispositionen müssen jedoch beim Werkunternehmer verbleiben.

Durch das in Z 4 genannte Erfordernis der Haftung des Werkunternehmers für den Erfolg der Werkleistung soll klargestellt werden, dass der Werkunternehmer die Gefahr für das von ihm beigestellte Material und für das Werk bis zur Übernahme trägt.

Wie der ehem. UVS in seiner Entscheidung vom 29.03.2010, VwSen-252120/28/Py/Hu sowie das LVwG in seiner Entscheidung vom 05.12.2014, LVwG-300351/9/Kü/JP/PP ausführen, ist für die Beurteilung, ob eine Beschäftigung im Sinn des § 2 Abs 2 AuslBG vorliegt, gemäß § 2 Abs 4 AuslBG der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes maßgebend. In Anwendung dieser Bestimmung hat der VwGH hinsichtlich der Frage, ob die Inanspruchnahme der Arbeitsleistungen eines Ausländers als Entgegennahme einer Leistung im Rahmen eines "echten Werkvertrages" oder als Verwendung im Rahmen eines arbeitnehmerähnlichen Verhältnisses oder die Verwendung überlassener Arbeitskräfte iSd § 3 Abs 4 AÜG anzusehen ist, ausgesprochen, dass es für die Qualifikation eines Arbeitsverhältnisses nicht entscheidend ist, in welche zivilrechtliche Form dieses gekleidet ist. Maßgeblich für diese Beurteilung ist vielmehr die Beurteilung sämtlicher für und wider ein arbeitnehmerähnliches Verhältnis im konkreten Fall sprechender Umstände, die nicht isoliert voneinander gesehen werden dürfen, sondern in einer Gesamtbetrachtung nach Zahl, Stärke und Gewicht zu bewerten sind (vgl. VwGH vom 04.09.2006, 2006/09/0030 mwN). Wie der VwGH wiederholt (VwGH 21.03.1995, 94/09/0097; VwGH 18.11.1998, 96/09/0281; VwGH 18.10.2000, 98/09/0053; VwGH 21.09.2005, 2004/09/0059) dargelegt hat, ist für die Abgrenzung zwischen Werkverträgen, deren Erfüllung im Wege einer Arbeitskräfteüberlassung im Sinn des AÜG stattfindet, und solchen, bei denen dies nicht der Fall ist, grundsätzlich eine Gesamtbetrachtung der Unterscheidungsmerkmale notwendig. Das Vorliegen einzelner, auch für das Vorliegen eines Werkvertrags sprechender Sachverhaltselemente ist in diesem Sinn nicht ausreichend, wenn sich aus den Gesamtumständen unter Berücksichtigung der jeweiligen wirtschaftlichen Interessenlage Gegenteiliges ergibt (vgl. das E vom 16.09.1998, 97/09/0150). Bei Erfüllung auch nur eines der in § 4 Abs 2 Z 1 bis 4 AÜG genannten Tatbestandsmerkmale liegt jedenfalls dem wirtschaftlichen Gehalt nach Arbeitskräfteüberlassung iSd § 3 Abs 1 leg cit durch den Werkunternehmer als Überlasser iSd § 3 Abs 2 leg cit (der insofern die überlassenen Arbeitskräfte mittelbar zur Arbeitsleistung an den Beschäftiger verpflichtet) an den Werkbesteller als Beschäftiger iSd

§ 3 Abs 3 leg cit vor. Es kann Arbeitskräfteüberlassung im Sinn von

§ 4 Abs 2 AÜG insbesondere auch vorliegen, wenn keine

organisatorische Eingliederung der Arbeitskräfte in den Betrieb des Werkbestellers besteht, stellt doch dieses Tatbestandsmerkmal (iSd Z 3 leg cit) nur eines von vier möglichen Merkmalen der Beschäftigung überlassener Arbeitskräfte dar (vgl. hierzu die E vom 17.07.1997, 95/09/0218, vom 18.03.1998, 96/09/0131, und vom 22.10.1996, 94/08/0178).

Bezugnehmend auf die Z 1 bis 4 des § 4 Abs 2 AÜG führt der OGH in seiner Entscheidung 8 ObA 7/14h vom 25.08.2014 aus: Der Gesetzgeber stellt mit der Verwendung des Wortes "oder" klar, dass der wahre wirtschaftliche Gehalt schon dann der einer Arbeitskräfteüberlassung ist, wenn auch nur eines der demonstrativ aufgezählten Tatbestandselemente zutrifft (vgl. VwGH 19.05.2014, Ro 2014/09/0026;

VwGH 03.10.2013, 2013/09/0042; VwGH 22.10.1996, 94/08/0178; VwGH 04.09.2006, 2005/09/0068; Schindler in ZellKomm<sup>2</sup> § 4 AÜG Rz 5 mwN;

Schneller, Eingemietete Dienstleister als Umgehung iS von § 4 AÜG, RdA 2013, 436). Diese Beurteilung ist unabhängig davon, ob die Vereinbarung zwischen dem Dienstgeber und seinem Auftraggeber zivilrechtlich als Werkvertrag einzustufen ist (zu dessen Erfüllung auch überlassene Arbeitskräfte eingesetzt werden können). Ein nicht von vornherein im Vertrag ausreichend bestimmtes Werk kann auch nicht durch unmittelbar der Ausführung vorangehende Anweisungen des Vorarbeiters unterscheidbar gemacht werden (VwGH 18.04.2002, 2002/09/0063, ZfVB 2004/902, 469). Der Gesamtbeurteilung des Sachverhalts iSd § 4 Abs 1 AÜG bedürfte es nur dann, wenn durch den Tatbestand nicht ohnehin bereits einer der gesetzlichen Vermutungsfälle nach § 4 Abs 2 AÜG (in Verbindung mit dem Einleitungssatz dieser Bestimmung) zur Gänze erfüllt ist, sondern nur einzelne Elemente oder nicht in der Aufzählung enthaltene Umstände auf ein Leiharbeitsverhältnis hindeuten (siehe auch VwGH 19.05.2014, Ro 2014/09/0026; VwGH 03.10.2013, 2013/09/0042; VwGH 10.03.1998, 95/08/0345).

Arbeitskräfteüberlassung liegt auch vor, wenn Arbeitskräfte unter den in § 4 Abs 2 AÜG genannten Bedingungen Arbeitsleistungen im Betrieb eines Werkbestellers in Erfüllung eines Werkvertrages erbringen und/oder es sich um bloß untergeordnete Arbeiten handelt, die im unmittelbaren zeitlichen Arbeitsablauf erbracht werden müssen und der Erfüllung einer vom Unternehmer übernommenen, zu ihrem Betrieb gehörigen vertraglichen Verpflichtung dienen (Hinweis auf das E 21.06.2000, 99/09/0024, und die dort wiedergegebene Vorjudikatur). Liegen derartige untergeordnete, im unmittelbaren zeitlichen Arbeitsablauf zu erbringende Arbeitsleistungen vor, ist es unerheblich, mit welchen "Werkzeugen" diese Arbeiten erbracht wurden bzw. ob sich die "Kontrolle" des Ausländers in dem Vorliegen bloßer "Ausführungsanweisungen" des Vorarbeiters der vom Beschwerdeführer vertretenen Gesellschaft erschöpfte oder nicht (VwGH vom 21.09.2005, 2004/09/0059).

Von Bedeutung im vorliegenden Zusammenhang ist insbesondere, dass bei Fehlen wesentlicher Werkvertragsbestandteile und angesichts der rechtlichen Unmöglichkeit des Abschlusses eines Werkvertrages über einfache, bloß mengenmäßig bestimmte Arbeiten, die im unmittelbaren zeitlichen Arbeitsablauf erbracht werden müssen, die Beschäftigung überlassener Arbeitnehmer anzunehmen ist (Hinweis E 07.05.1996, 95/09/0191). Arbeitskräfteüberlassung liegt nämlich gemäß § 4 Abs 2 AÜG auch dann vor, wenn Arbeitskräfte unter den in dieser Bestimmung genannten Bedingungen Arbeitsleistungen im Betrieb eines Werkbestellers in Erfüllung eines Werkvertrages erbringen (Hinweis E 10.03.1999, 97/09/0209, und E 07.07.1999, 97/09/0311). Bei der Tätigkeit der Arbeitskräfte als Fleischzerleger handelt es sich - ähnlich wie bei jener im Bereich der Errichtung von Gipskartonwänden - ebenfalls um einfache Arbeiten, die mengenmäßig verrichtet werden und bei der in der Regel kein abgrenzbares Werk geleistet wird (vgl. E 22.04.2010, 2007/09/0358). Als nachteilige Folgen illegaler Beschäftigung von ausländischen Arbeitskräften sind insbesondere die Gefahr schwerer volkswirtschaftlicher Schäden (vor allem durch den Entfall von Steuern, Abgaben sowie Beiträgen zu den Systemen der sozialen Sicherheit) und die Gefahr einer Wettbewerbsverzerrung - also generalpräventive Gründe - gegeben und kann die volkswirtschaftliche Schädlichkeit dieses Verhaltens nicht als geringfügig angesehen werden (VwGH vom 23.04.2013, 2010/09/0095).

Ein Werkvertrag liegt nach stRsp vor, wenn die Verpflichtung zur Herstellung eines Werkes gegen Entgelt besteht, wobei es sich um eine im Vertrag individualisierte und konkretisierte Leistung, also eine in sich geschlossene Einheit handeln muss. Die Verpflichtung aus einem Werkvertrag besteht darin, die im Vorhinein genau umrissene Leistung (in der Regel bis zu einem bestimmten Termin) zu erbringen. Das Interesse des Bestellers bzw. die Vertragsverpflichtung des Werkunternehmers sind auf das Endprodukt als solches gerichtet. Für einen Werkvertrag essenziell ist ein "gewährleistungstauglicher" Erfolg der Tätigkeit, nach welchem die für den Werkvertrag typischen Gewährleistungsansprüche bei Nichtherstellung oder mangelhafter Herstellung des Werks beurteilt werden können. Mit der Erbringung der Leistung endet das Werkvertragsverhältnis. Eine zwar leistungsbezogene, nicht aber erfolgsbezogene Entlohnung spricht gegen das Vorliegen eines Werkvertrages. Wenn ein dauerndes Bemühen geschuldet wird, das bei Erreichen eines angestrebten "Ziels" auch kein Ende findet, spricht dies ebenfalls gegen einen Werkvertrag (VwGH vom 23.05.2007, 2005/08/0003, mwN; UVS-E vom 29.03.2010, VwSen-252120/28/Py/Hu; VwGH vom 15.02.2013, 2012/09/0046; VwGH vom 19.03.2014, 2013/09/0159).

Es geht, laut VwGH vom 12.07.2011, 2008/09/0239, nicht darum, dass lückenlos alle rechtlichen und faktischen Merkmale vorliegen, sondern darum, die vorhandenen Merkmale zu gewichten und sodann das Gesamtbild darauf hin zu bewerten, ob die Verwendung einer Arbeitskraft, die zugleich Arbeitnehmer eines Dritten ist, in eigenem Betrieb erfolgt.

Leisten die Arbeitskräfte ihre Arbeitsleistung im Betrieb des Werkbestellers für dessen betriebseigene Aufgaben, wenn auch in Erfüllung eines Werkvertrages zwischen dem Werkbesteller und dem Werkunternehmer, nicht vorwiegend mit Material UND Werkzeug des Werkunternehmers (wobei es hinsichtlich des Überwiegens nicht auf numerische Kategorien, sondern auf die Bedeutung des Materials bzw. Werkzeugs für das zu erbringende Werk ankommt), wird in aller Regel dem wirtschaftlichen Gehalt nach die Überlassung der Arbeitskräfte im Vordergrund stehen. Ob die bloße "Benutzung von Geräten" oder die "ergänzende Verwendung von Material oder Werkzeug des Werkbestellers" "die Einstufung als Überlassung zur Folge haben", hängt - unter dem Gesichtspunkt des § 4 Abs 1 AÜG - von der "Würdigung aller Umstände des gegebenen Falles" ab (VwGH vom 22.10.1996, 94/08/0178).

Im Verfahren betreffend Bestätigung von EU-Entsendungen ist die zentrale Frage, ob das entsendende Unternehmen einen von einer reinen Arbeitskräfteüberlassung zu unterscheidenden "vorübergehenden Ortswechsel von Arbeitnehmern" (dem entspricht die in § 18 Abs 12 AuslBG enthaltene Wortfolge: "Erbringung einer vorübergehenden Arbeitsleistung") vornimmt, um eine Dienstleistung im Aufnahmemitgliedstaat zu verrichten; anders ausgedrückt, ob zB zwischen dem Beschäftiger und dem Entsender tatsächlich ein echter Werkvertrag (und nicht bloß ein als solcher bezeichneter anderer Vertrag wie etwa ein verdeckter Arbeitskräfteüberlassungsvertrag) nach dem wahren wirtschaftlichen Gehalt zu Stande gekommen ist. Die Frage

der Tätigkeit verwendeter Arbeitnehmer unter der Aufsicht und Leitung des verwendenden Unternehmens ist nämlich dann zwingende Folge, wenn kein Werkvertrag vorliegt (vgl. Urteil EuGH 10.02.2011, C-307/09 bis C-309/09, Vicoplus ua; Randnr. 47: "Dies folgt zwingend daraus, dass" ...). Eine derartige Leitungsbefugnis könnte zwar neben anderen Merkmalen auch aussagekräftig sein, steht aber nicht im Vordergrund. Liegt nach dem wahren wirtschaftlichen Gehalt überhaupt kein Werkvertrag vor (Hinweis E 15.12.2011, 2011/09/0183), kommt es für die Ausstellung einer EU-Entsendebestätigung nach § 18 Abs 12 AuslBG auf die in § 4 Abs 2 AÜG genannten Merkmale nicht an (VwGH vom 06.11.2012, 2012/09/0130).

Nach der Judikatur des VwGH ist Voraussetzung für die Erlangung einer EU-Entsendebestätigung, dass die Ausländer zur Erbringung einer vorübergehenden Arbeitsleistung in Erfüllung eines dem Unternehmen mit Betriebsitz in einem anderen Mitgliedstaat des EWR erteilten Auftrages entsandt werden. Dies entspricht der Entsendung iSd Art 1 Abs 3 Buchst. a 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, ABl. 1997, L 18, S 1.

Die grenzüberschreitende Überlassung von Arbeitskräften fällt zwar unter den Begriff "Entsendung im Sinne des Art 1 Abs 3 Buchst. c der Richtlinie 96/71", nicht aber unter den Begriff Entsendung im Sinne des AuslBG (vgl. die hg. E vom 31.07.2009, 2008/09/0261, und vom 30.05.2011, 2011/09/0082). Die Unterscheidung des AuslBG geht aber inhaltlich mit dem Unionsrecht konform, denn eine "Entsendung im Sinne des Art 1 Abs 3 Buchst. c der Richtlinie 96/71", also eine grenzüberschreitende Arbeitskräfteüberlassung, darf von der Einholung einer Beschäftigungsbewilligung abhängig gemacht werden (vgl. das Urteil des EuGH vom 10.02.2011, C-307/09 bis C-309/09, Vicoplus u.a., Randnr. 41). Mit dem Urteil des EuGH vom 11.09.2014, C-91/13 kehrt der EuGH nun von der bisherigen Rsp ab - die österreichische Regelung, wonach die Überlassung drittstaatsangehöriger Arbeitnehmer durch ein überlassendes Unternehmen mit Sitz in einem EU-Mitgliedstaat einer konstitutiven Bewilligung des Arbeitsmarktservices für die Verwendung der überlassenen Arbeitskräfte durch ein inländisches Unternehmen bedarf, widerspricht, dem Urteil vom 11.09.2014 sowie dem Erkenntnis des VwGH vom 21.04.2015, Ra 2015/09/0006 folgend, dem Gemeinschaftsrecht und hat daher aufgrund des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts gegenüber dem innerstaatlichen Recht unangewendet zu bleiben.

Für die Qualifizierung als Arbeitskräfteüberlassung muss ein Tatbestandsmerkmal des § 4 Abs 2 AÜG zur Gänze erfüllt sein (vgl u. a. VwGH vom 03.10.2013, 2013/09/0042, VwGH vom 19.05.2014, Ro 2014/09/0026, LVwG vom 17.06.2015, 300668/7/KLi, BVwG vom 11.02.2016, G309 2119125-1).

Zu den einzelnen Tatbestandsmerkmalen:

1. Z 1: "kein von den Produkten, Dienstleistungen und Zwischenergebnissen des Werkbestellers abweichendes, unterscheidbares und dem Werkunternehmer zurechenbares Werk herstellen oder an dessen Herstellung mitwirken"

Es stellt sich die Frage, ob die bP ein abgrenzbares und gewährleistungstaugliches Werk hergestellt hat. Im Werkvertrag wurde konkret als Vertragsgegenstand die "Spoolvorfertigung mit allen Komponenten und Teilen" festgehalten. Die bP wurde mit konkreten Arbeiten beauftragt - das von der bP zu errichtende Werk wurde im Werkvertrag entsprechend konkretisiert und beschrieben und lässt sich daher von anderen im Zuge des Rohrleitungsbaus zu tätigen Arbeiten abgrenzen. Laut Aussage der Finanzpolizei, der Aussage des stellvertretenden Bauleiters der B-GmbH und des Geschäftsführers der bP haben die Arbeiter der bP das Material zugeschnitten, verschweißt, geflext, gebürstet. Die von der bP fertiggestellten Rohre waren das Endprodukt, das nicht mehr bearbeitet wurde. Das fertig verschweißte Rohr war das Werk.

Leistungen, die vertraglich im Vorhinein eindeutig umschrieben wurden, sind auch abgrenzbar iSd § 4 Abs 2 Z 1 AÜG. In Zusammenschau etwa mit dem Erkenntnis des BVwG vom 05.11.2015, G309 2107277 - wonach im Vertrag nicht konkret festgehalten wurde, welches Werk von der bP zu errichten war, da sich das immer sehr kurzfristig ergeben hatte, im Vertrag wurde lediglich die Rahmenleistung vereinbart, zB, dass die bP 120 m<sup>2</sup> Mauerwerk errichtet hat und wieviel kg Eisen verwendet wurden, das konkrete Bauwerk wurde nicht vereinbart - handelt es sich beim Vertragsgegenstand "Spoolvorfertigung", welche die komplette mechanische Fertigung der Teile durch die bP zum Gegenstand hat, grundsätzlich um ein eigenständiges Werk.

Einzelne Arbeitsvorgänge in einem verketteten oder gesamthaft organisierten Produktionsablauf stellen niemals ein unterscheidbares Werk iSd § 4 Abs 2 Z 1 AÜG dar (VwGH vom 25.03.2010, 2008/09/0292). Ein unterscheidbares Werk setzt jedenfalls voraus, dass eine gewisse Unabhängigkeit in zeitlicher und technischer Hinsicht bei der Herstellung gegeben ist, mögen auch Termine abgestimmt und die selbständig festgelegten Arbeitsschritte der verschiedenen Unternehmer abgesprochen sein (Schindler in ZellKomm<sup>2</sup> § 4 AÜG Rz 8).

Die Rückführbarkeit des Arbeitsergebnisses auf den Werkunternehmer als dessen Leistung verlangt vor allem die ihm hinsichtlich der Werkentstehung zukommende Dispositionsgewalt. Daher stellt sich die Frage, ob seitens der bP dieser Anforderung Rechnung getragen wird, da sie in ihrem Tun von den Vorgaben der S-AG und B-GmbH abhängig war.

Die Selbständigkeit der bP wurde eingeschränkt durch die Vorgaben der S-AG hinsichtlich technischer Details sowie zeitlicher Restriktionen. Für die bP bestand eine Abhängigkeit aus der Zuweisung von Arbeitsaufträgen - sie war abhängig von den von der S-AG bereitgestellten Isometrien und dem angelieferten Material. Sollte eines der beiden oder beides ausbleiben, musste die bP mit dem Personal reagieren und konnte die bP, wie die FPol in ihrer Stellungnahme vom 14.06.2016 ausführt, ihren "Auftrag" nicht erfüllen.

Die bP erhielt, über die B-GmbH, von der S-AG jene Pläne, nach denen die Arbeiten durch die bP durchgeführt wurden: Laut Aussage des Zeugen XXXX erhielt die bP die fertigen Isometrien, nach denen die Schlosser den Zuschnitt machten; die bP erhielt die Pläne fix und fertig zum Arbeiten. Ebenso belegt die Aussage vom Geschäftsführer der bP - wonach die Pläne von der S-AG sehr detailliert waren, sodass man alles herauslesen konnte, was man für seine Arbeit braucht - dass die Pläne, die für die Arbeiten herangezogen wurden, von der S-AG stammten und keine weiteren Detailpläne seitens der bP erforderlich waren. Diese Aussagen sowie die niederschriftliche Angabe des stellvertretenden Bauleiters der B-GmbH vom 03.03.2016 widerlegen die Angaben des Rechtsvertreters der bP in der Beschwerde, wonach der Vorarbeiter der bP mittels Detailplänen weitere konkretisierende Vorgaben gemacht hätte ("die bP habe auf Grundlage der Vorgaben der Auftraggeberin zunächst Detailpläne im eigenen Werk erstellen müssen; die bP habe die Ausführungspläne mit eigenem Material im eigenen Werk erstellt; Gegenstand des Werkvertrages sei eine anspruchsvolle Detailplanung mit ca. 50 Detailskizzen"). Das erk Gericht folgt dabei der Auffassung der bB in ihrer Stellungnahme vom 10.06.2016, in der sie ausführt, dass das Vorbringen in der Beschwerde, die bP habe im eigenen Werk als Vorarbeit für die Fertigung selbst Detailpläne erstellt, nicht glaubhaft erscheine, da laut Aussage des stellvertretenden Bauleiters der B-GmbH die Fertigung unmittelbar von der laufenden Bereitstellung der einzelnen Isometrien durch die S-AG abhing. Die bP habe in ihrer Antwort vom 25.01.2016 ebenfalls ausgeführt, dass die Fertigung aufgrund der vom Auftraggeber im Laufe der parallelen Planung zur Verfügung gestellten Isometrien erfolgt sei, eine Vorplanung im Werk also gar nicht möglich gewesen sei.

Die Selbständigkeit wurde ferner eingeschränkt durch die Abhängigkeit der bP von den Vorgaben der B-GmbH hinsichtlich Änderungsisometrien. Bei Änderungsbedarf, welcher vom Vorarbeiter der bP festgestellt wurde, wurde auf dessen Vorschlag im Einvernehmen und in Absprache mit der B-GmbH eine entsprechende Änderung durch Mitarbeiter der B-GmbH vorgenommen.

Auch die B-GmbH war in ihrem Handeln an die Vorgaben der S-AG gebunden - bereits hinsichtlich der Materialbestellung, -beschichtung, -prüfung. Das Handeln der B-GmbH wurde von der S-AG kontrolliert und überwacht. Die Tätigkeit der B-GmbH bezog sich hauptsächlich auf die Materialanlieferung, Weiterleitung der Pläne der S-AG an die bP und Qualitätsprüfung. Die Dispositionsgewalt hinsichtlich der Werkentstehung lag vorwiegend bei der B-GmbH und darüber hinaus beim Auftraggeber S-AG, welcher den Rahmen hinsichtlich zeitlicher und technischer Vorgaben sowie den Qualitätsanforderungen (sehr eng) absteckte. Der Produktionsverlauf war abhängig von der S-AG.

Der Aspekt der Verrechnung ist für die Einordnung als Werkvertrag relevant, denn eine zwar leistungsbezogene, nicht aber erfolgsbezogene Entlohnung spricht gegen das Vorliegen eines Werkvertrages (vgl VwGH vom 23.05.2007, 2005/08/0003, mwN; UVS-E vom 29.03.2010, VwSen-252120/28/Py/Hu; VwGH vom 19.03.2014, 2013/09/0159). Im Werkvertrag zwischen der bP und der B-GmbH wurde zwar - im Gegensatz zur Verrechnung mit dem Personalbereitsteller, welche nach Stunden erfolgte - ein Pauschalpreis für die Werkerstellung vereinbart und erfolgte eine Abrechnung in monatlichen Teilrechnungen gemäß Leistungsfortschritt, die Grundlage für die Pauschalsumme sind aber die Isometrien und die Schweißnahtdokumentation. Wie sowohl die Aussage des Bauleiterstellvertreters der B-GmbH vom 03.03.2016, wonach die Abrechnung nach verschweißten Zoll erfolgte und die Arbeiter der bP auf Leistung arbeiteten, als auch das Leistungsverzeichnis (23-seitige Liste vom 12.01.2016, in den Unterlagen der FPol), welches als Grundlage für die Abrechnung diente, belegen, wurde eine Pauschalsumme (in Teilbeträgen) auf Grundlage des Leistungsverzeichnisses in Rechnung gestellt. Die Verrechnung erfolgte daher leistungsbezogen nach erbrachten Zoll.

Die Frage der Unterscheidbarkeit des Werkes der bP stellt sich insbesondere unter dem Blickwinkel, dass jene Tätigkeiten, die die bP ausgeführt hat, zum gewöhnlichen Geschäftsfeld der B-GmbH gehören, wie auf der Homepage der B-GmbH angeführt ist: "Planung, Fertigung, Montage und Inbetriebnahme u.a. im Kraftwerksrohrleitungsbau; die Bereitstellung von Fachpersonal; Personalpool mit annähernd tausend qualifizierten Montageexperten". Eine Einbindung in die üblichen Arbeitsgänge des Bestellerbetriebes ist augenscheinlich. Hinzu kommt noch der Aspekt, dass die B-GmbH nach Erhalt der negativen Bescheide und der Einstellung der Tätigkeit der bP mit eigenem Fachpersonal und Leasingpersonal das Werk fertiggestellt hat.

Dasselbe Werk wurde durch die B-GmbH mit zugekauftem und eigenem Personal erstellt. Gerade dieses Indiz deutet darauf hin, dass seitens der bP nur die Arbeitskraft zur Verfügung gestellt wurde.

Zur Montage hat sich der VwGH in seinem Erkenntnis vom 13.09.1999, 97/09/0147, geäußert: Die Montage angelieferter mechanischer Aufzugsteile durch von einem ungarischen Unternehmen überlassene Monteure ohne Herstellung einer komplett funktionsfähigen Aufzugsanlage bzw ohne Montage der dafür unumgänglich notwendigen elektronischen Teile der Anlage ist als nach § 2 Abs 2 AuslBG bewilligungspflichtige Beschäftigung und nicht als Werkvertragsverhältnis zu qualifizieren, weil derartige einfache Hilfsarbeiten, die im unmittelbaren zeitlichen Arbeitsablauf erbracht werden müssen, kein selbständiges Werk darstellen (Hinweis E 06.05.1999, 97/09/0313). Schon diese Sachverhaltselemente sprechen im Beschwerdefall für die Verwendung überlassener ausländischer Arbeitskräfte.

Zusammengefasst ist die Z 1 erfüllt: Es liegt kein von den Dienstleistungen des Werkbestellers B-GmbH abweichendes, unterscheidbares Werk der bP vor, die Dispositionsgewalt hinsichtlich der Werkentstehung war eingeschränkt durch die Vorgaben der B-GmbH und S-AG, die Arbeiter der bP waren mit ihren Tätigkeiten in die üblichen Arbeitsgänge der B-GmbH eingebunden und die Verrechnung erfolgte leistungsbezogen.

2. Z 2 "die Arbeit nicht vorwiegend mit Material und Werkzeug des Werkunternehmers leisten"

Feststeht, dass die Halle sowie die Kräne von der B-GmbH angemietet wurden. Dies wurde niederschriftlich am 03.03.2016 festgehalten.

Ob es in der Folge allerdings zu einer Weitervermietung an die bP gekommen ist, war der Finanzpolizei, laut eigener Aussage, nicht bekannt. Seitens der Finanzpolizei wurden darüber hinaus keine Erhebungen gemacht, in wessen Eigentum sich das (übrige) Werkzeug befindet (siehe die betreffenden Aussagen der FPol in der Verhandlung: "VR: Von wem wurde das Werkzeug verwendet? FPol:

Grundsätzlich von der bP. Wobei wir nicht festgestellt haben, ob das auch im Besitz der Firma ist. Die Kräne haben Arbeiter von der bP verwendet, dürften aber im Besitz der Fa B-GmbH sein. Erhebungen betreffend Anmietung habe ich nicht gemacht. VR: Eine Befragung hinsichtlich der Eigentumsverhältnisse, wem Werkzeuge / Kräne gehören, wurden nicht vorgenommen? FPol: Bezüglich des Werkzeuges nicht. Bzgl. der Halle und Kräne wurde niederschriftlich festgehalten, dass diese von der Fa B-GmbH angemietet wurden. VR:

Von Fa B-GmbH oder der bP angemietet? FPol: Das kann man so nicht sagen, die Halle und Kräne wurden von der Fa B-GmbH angemietet. Die Fa XXXX ist der Vermieter und die B-GmbH ist Mieter, die weiteren Schritte sind nicht bekannt.")

Die zur Verfügung gestellte Infrastruktur (Halle, Kräne, Großgeräte) wurde laut Aussagen des Geschäftsfeldleiters, Bauleiters und -stellvertreters der B-GmbH gegengerechnet.

Laut Aussage des Geschäftsführers der bP in der Verhandlung - die bP hat die Großgeräte mit der Halle von der B-GmbH angemietet, ferner laut Beschwerde - die Mietkosten wurden als Variante für das Anbot der bP an den Auftraggeber kalkuliert und vom ursprünglich berechneten Gesamtpreis abgezogen, laut Stellungnahme des Rechtsvertreters der bP vom 24.08.2016 - die Vertragsteile haben sich für jene Variante im Angebot der bP entschieden, die für die Zurverfügungstellung der Halle, des Krans und der großen Schweiß- und Montagegeräte eine Preisminderung vorgesehen hatte, sowie laut Stellungnahme der B-GmbH vom 15.09.2016 - die Kosten für die Halle, Kräne und Großwerkzeug wurden der B-GmbH durch die Inanspruchnahme des Optionspreises aus dem Angebot der bP vergütet, wurden die Anmietungen der Halle und des Großwerkzeuges in der Preisbildung berücksichtigt.

Das von der bP verwendete und bearbeitete Material stammt unbestritten - nach den Vorgaben der S-AG - von der B-GmbH.

Zur Beistellung der Materialien durch die Firma B-GmbH ist festzuhalten, dass dieser Umstand alleine nicht auf Arbeitskräfteüberlassung schließen lässt. Dass das Material beigestellt wird, ist laut Aussagen des Geschäftsfeldleiters der B-GmbH und des Geschäftsführers der bP branchenüblich (vgl auch UVS OÖ, VwSen - 252120/28/Py/Hu vom 29.03.2010, sowie VwSen-252441/14/Lg/Ba vom 21.04.2011). Nach der werkvertraglichen Normenlage kommt der Materialbeistellung für sich allein gesehen nämlich keine allzu große Bedeutung zu. Denn die Vertragsparteien können die Stoffbeistellung (= Material im Sinne des ABGB) beliebig regeln. Ohne vertragliche Regelung hat nach herrschender Meinung der Werkbesteller für die Stoffbeistellung zu sorgen, kann also selbst beistellen, durch Dritte liefern lassen oder aus Beständen des Werkunternehmers auswählen. Anders beim Werkzeug, dessen Beistellung als Abgrenzungskriterium Aussagekraft besitzt (VwGH vom 20.11.2003, 2000/09/0173 und vom 23.05.2002, 2001/09/0073).

Nicht jede Benützung von Material und Werkzeug des Bestellers hat die Einstufung als Arbeitskräfteüberlassung zur Folge, sondern nur jene, die bei Würdigung aller Umstände des gegebenen Falles das Vorliegen des Tatbestandes der Überlassung erhärtet (vgl die ErlRV 450 BlgNR XVII. GP, 17 f; VwGH vom 22.10.1996, 94/08/0178; BVwG vom 29.09.2015, W156 2110583-1).

Da in casu sowohl das gesamte Material, als auch die Infrastruktur (Halle und Kräne) sowie der Großteil des Werkzeuges, nämlich insbesondere die Hebevorrichtungen und Stapler, von der B-GmbH stammt, ist die Z 2 aufgrund des Einsatzes von fremdem Material und überwiegend fremdem Werkzeug erfüllt.

3. Z 3 "organisatorisch in den Betrieb des Werkbestellers eingegliedert sind und dessen Dienst- und Fachaufsicht unterstehen"

Die Dispositionsgewalt in fachlicher, zeitlicher und organisatorischer Hinsicht muss beim Werkunternehmer bleiben.

Die bP bestimmte über die Anzahl der Arbeiter und deren (grundsätzliche) Auswahl. Das belegen die Aussagen des Bauleiters und seines Stellvertreters der B-GmbH, wonach die bP selbst bestimmte, wie viele ihrer Mitarbeiter eingesetzt werden und die B-GmbH weder die Anzahl noch die Art der Arbeiter ("welche Arbeiter?") vorgab. Auch hinsichtlich der Arbeitszeit gab es keine Einflussnahme seitens der B-GmbH, wie der Vorarbeiter der bP als Zeuge aussagte: "Nein, den Arbeitseinsatz und die Arbeitszeit der Arbeiter unserer Firma haben wir selbst geregelt. Das habe ich bestimmt, als Vorarbeiter unserer Firma."

Der Personaleinsatz richtete sich danach, welches bzw. wie viel Material anhand der vorliegenden bzw. fehlenden Isometrien für die Arbeitsbewältigung notwendig waren - und wurde entsprechend von der bP vorgenommen. Bei Ausbleiben von Isometrien und Material musste die bP mit dem Personal reagieren.

Eingeschränkt wurde die Autonomie der bP hinsichtlich der Auswahl der Mitarbeiter durch die von der B-GmbH vorgegebenen Handfertigkeitstests der Schweißer, welche in den Rahmenbedingungen der B-GmbH, die dem Werkvertrag zwischen der B-GmbH und der bP zugrunde gelegt wurden, unter Punkt 5.5. angeführt sind: "Die Schweißer müssen einen positiven Handfertigkeitstest bei B-GmbH ablegen, bevor diese auf den Baustellen schweißen dürfen. Für negative Handfertigkeitstests wird eine Pauschale von € 200 an den Überlasser verrechnet bzw. bei der nächsten Rechnung automatisch in

Abzug gebracht. ... Schweißzeugnisse: Alle Kosten in Bezug auf

Schweißzeugnisse werden generell vom Überlasser getragen." Wie auch der Bauleiterstellvertreter als Zeuge aussagt: "Wer die Tests nicht besteht, darf nicht schweißen." B-GmbH entscheidet sohin über die fachliche Qualifikation der Schweißer der bP.

Eine organisatorische Einbindung der Arbeiter der bP in den Betrieb der B-GmbH kann hingegen nicht angenommen werden: Zwar wurden der Sanitär- und Aufenthaltsraum mitbenutzt, das alleine rechtfertigt allerdings nicht die Annahme einer Einbindung in den Firmenablauf, bei welcher die Arbeiter in den vorgegebenen Arbeitsablauf des Werkbestellers/Beschäftigers eingereiht würden und ihre Tätigkeit nicht unabhängig von diesem Arbeitsablauf frei gestalten könnten.

Dass der Zutritt zur Halle von der B-GmbH geregelt und beschränkt wurde - die Zutrittsberechtigung erfolgte über Chipkarten, die nur einigen Mitarbeitern der bP ausgehändigt wurden - ist den äußeren Umständen, nämlich den Vorgaben des Vermieters der Halle, geschuldet und liegt in der Natur der Sache, um den Eintritt nur mit entsprechender Berechtigung zu gestatten.

Die Unterbringung der Arbeiter der bP wurde von der bP selbst organisiert.

Ein Indiz für die Einbindung ist das Zurverfügungstellen der Arbeitskleidung durch die B-GmbH an die bP. Trotz Zusage des Geschäftsführers der bP in der Verhandlung, eine entsprechende Rechnung zum gegenständlichen Projekt beizubringen und erneuter Aufforderung durch das Gericht am 11.08.2016, wurde eine Rechnung über den Zukauf von Arbeitskleidung zum konkreten Projekt nicht vorgelegt. Die von der bP und der B-GmbH vorgelegten "Beispiele von Verrechnung" (Rechnungen vom 19.08.2015, 06.10.2015 und 13.10.2015 und 10.11.2015) über den Ankauf von Arbeitsbekleidung durch die bP betreffen nicht das verfahrensgegenständlichen Projekt - hierfür konnten keine Rechnungen vorgelegt werden (laut Aussage der bP in ihrer Stellungnahme vom 24.08.2016 sei eine Zuordnung der wiederholt zugekauften Kleider zum gegenständlichen Projekt im Nachhinein schwer möglich, da solche Ankäufe wiederholt getätigt worden seien).

Mangels Rechnung zum verfahrensgegenständlichen Projekt, die belegen würde, dass die bP die Kleidung zugekauft hat, ist anzunehmen, dass der bP die Arbeitskleidung zur Verfügung gestellt wurde. Das Tragen von Arbeitskleidung der B-GmbH erweckt den Anschein der Integration der Mitarbeiter der bP in den Organisationsablauf der B-GmbH.

Die Dienstaufsicht lag bei der bP: Belegt wird dies dadurch, dass Arbeitsanweisungen an die Mitarbeiter der bP alleine durch den Vorarbeiter der bP erfolgten, dieser für seine Mitarbeiter die Stundenaufzeichnungen führte, was - wie die Finanzpolizei feststellte - für die B-GmbH nicht relevant war, und sich die Mitarbeiter beim Vorarbeiter krank meldeten und ihren Urlaub anmeldeten. Die Stundennachweise, die Krank- und Urlaubsmeldungen leitete der Vorarbeiter der bP in der Folge seiner Firma in Slowenien weiter.

Fachaufsicht bedeutet das Recht auf Erteilung fachlicher, also arbeitsbezogener Weisungen. Weisungen, mit denen im Regelfall zu rechnen ist, wie etwa die Zuweisung von Räumlichkeiten, die Einschärfung besonderer Rücksichtnahme auf bestehende Einrichtungen, die Warnung vor Gefahrenquellen, die Mittelung vertraglich vereinbarter Spezifikationen, wie etwa bezüglich Wünschen hinsichtlich der farblichen Gestaltung, die Auswahl unter mehreren möglichen Varianten usw., werden zugestanden.

Sowohl die Frage, ob seitens des Bauleiters der B-GmbH Weisungen an die Mitarbeiter der bP erteilt wurden, als auch, ob der Vorarbeiter und die Arbeiter der bP in ihrem Tun abhängig waren von den Vorgaben der B-GmbH, verneinte der Bauleiter - es sei von der B-GmbH keine Unterstützung benötigt worden, die Arbeiter der bP hätten eigenständig unter Anweisung des Vorarbeiters gearbeitet. Der bP wurde von der B-GmbH nicht vorgeschrieben, mit welchen und wie vielen Arbeitern der Auftrag zu erfüllen ist. Die Einteilung der Arbeiter - auch im Hinblick auf deren Qualifikation (etwa, dass Geübte heikle Arbeiten machen) - erfolgte durch den Vorarbeiter der bP, allerdings, wie oben bereits ausgeführt, mit der Einschränkung durch die Vorgabe der B-GmbH des Erfordernisses der Handfertigkeitstests für die Schweißer.

Dass die Fachaufsicht zum Teil sehr wohl bei der B-GmbH lag, beweist die Tatsache, dass sie laufend und abschließende Qualitätskontrollen durchgeführt hat - mit der Maßgabe, dass auch sie an Vorgaben, nämlich jene der S-AG, gebunden war.

Welcher Arbeiter woran gearbeitet hat, ergibt sich aus jener von der bP geführten Liste, in welche jeder einzelne Vorrichter die jeweiligen Tätigkeiten eintrug. Es waren ständig Mitarbeiter der B-GmbH, aber auch, wie der Bauleiter der B-GmbH aussagte, "zu 99%" ein Überwacher der S-AG anwesend. Nach der Kontrolle übernahm die B-GmbH das jeweilige Werkstück.

Es ist allerdings, wie der EuGH in seinem Urteil vom 18.06.2015, C-586/13, "Martin Meat") ausführte, zwischen der Beaufsichtigung und Leitung der Arbeitnehmer selbst und der vom Kunden durchgeführten Überprüfung der ordnungsgemäßen Erfüllung eines Dienstleistungsvertrags zu unterscheiden. Bei der Erbringung von Dienstleistungen ist es nämlich üblich, dass der Kunde überprüft, ob die Dienstleistung vertragsgemäß erbracht wird. Zudem kann der Kunde bei der Erbringung von Dienstleistungen den Arbeitnehmern des Dienstleistungserbringers bestimmte allgemeine Anweisungen erteilen, ohne dass damit in Bezug auf diese Arbeitnehmer die Ausübung einer Leitungs- und Aufsichts befugnis verbunden ist, sofern der Dienstleistungserbringer seinen Arbeitnehmern die genauen und individuellen Weisungen erteilt, die er für die Ausführung der betreffenden Dienstleistungen für erforderlich hält.

Da es sich in casu allerdings um genaue Anweisungen in fachlicher und zeitlicher Hinsicht handelte, die Qualitätskontrollen laufend und abschließend durchgeführt wurden und somit der bP in ihrer Arbeitsausführung kein Spielraum gelassen wurde, handelt es sich hierbei um eine über die bloße Überprüfung der ordnungsgemäßen Erfüllung des Dienstleistungsvertrages hinausgehende Beaufsichtigung und Leitung der Arbeiter der bP durch die B-GmbH.

Siehe dazu auch die Entscheidung des VwGH vom 29.04.2011,

2011/09/0024: "Gegenständlich wurden die Arbeiten ... jeweils an Ort

und Stelle zugewiesen, und der Arbeitsfortgang sowie die Stundenaufzeichnungen regelmäßig kontrolliert. Diese begleitende Aufsicht über die Slowaken geht über die bloße (abschließende) Kontrolle eines "Werkes" auf dessen fachgerechte Erfüllung oder Koordinationsaufgaben hinaus. Es handelt sich dabei um eine die Arbeiten dauernd begleitende Kontrolle (§ 4 Abs 2 Z 3 AÜG)."

Verfahrensgegenständlich überwiegen die Anhaltspunkte dafür, dass die bP der Fachaufsicht der B-GmbH unterstanden, wie die indirekte Mitarbeiterauswahl über die Handfertigkeitstests der Schweißer, das Tragen der

Arbeitskleidung der B-GmbH und fehlende Dispositionsmöglichkeit in zeitlicher Hinsicht aufgrund der engen Vorgaben durch die S-AG und die B-GmbH zeigen.

In Würdigung des wahren wirtschaftlichen Gehalts des festgestellten Sachverhaltes sowie der wirtschaftlichen Interessenlage ist somit davon auszugehen, dass zwar keine Dienst- jedoch sehr wohl eine Fachaufsicht durch die B-GmbH bestanden hat und die Dispositionsgewalt bei der B-GmbH lag.

#### 4. Z 4 "der Werkunternehmer nicht für den Erfolg der Werkleistung haftet"

Die bP war verpflichtet, eine Haftpflichtversicherung abzuschließen und diese der B-GmbH vorzulegen. Eine solche hat auch tatsächlich bestanden, wie den entsprechenden Dokumenten (Versicherungspolizzen betreffend Haftpflichtversicherung iHv € 1 Mio Versicherungssumme für die Zeiträume 20.07.2015 - 20.07.2016 und 20.07.2016 - 20.07.2017), welche vom Gericht angefordert wurden und von der bP im Zuge ihrer Stellungnahme vom 24.08.2016 beigebracht wurden, belegen.

Durch die Qualitätskontrollen durch die B-GmbH kam es zwar zu einer Haftungsrisikominimierung, die Haftung der bP blieb aber bestehen - wie der Geschäftsfeldleiter der B-GmbH, auf die Frage des vorsitzenden Richters, welche Garantie die Qualitätsprüfung hinsichtlich der Wahrscheinlichkeit, Fehler oder mangelhafte Ausführungen zu entdecken, bringe, ausführte "Es ist nicht lückenlos." Auch der Geschäftsführer der bP bestätigte, dass grundsätzlich immer eine Haftung von Seiten seines Unternehmens besteht. Und wie der Geschäftsfeldleiter der B-GmbH auf die Frage des vorsitzenden Richters, wer die Kosten für einen Verschnitt trage, aussagte, liegt es in der Haftung der bP, diese trägt die Verantwortung für die Verschlechterung.

Die "Garantieleistungen/Haftung" findet sich in den Rahmenbedingungen, welche dem Werkvertrag zwischen der B-GmbH und der bP zugrunde gelegt wurden, unter Punkt 7 und lautet wie folgt:

7.1 Der Auftragnehmer garantiert/haftet für den Zeitraum von 24 Monaten ab Abnahme des Gewerks sowie für die sach- und fachgerechte Ausführung seiner Lieferungen und Leistungen gemäß Spezifikation. Bei nicht vertragsgemäßer Ausführung bzw. bei Mängeln wird dem Auftragnehmer eine Nachfrist von 14 Tagen für die Nachbesserung gewährt. Bei Überschreiten dieser Frist ist der Auftraggeber berechtigt, auf Kosten des Auftragnehmers, die Mängel oder Schäden selbst zu beseitigen oder durch Dritte beheben zu lassen.

7.2 Für sämtliche Schäden, welche durch Verletzung von Gesetzen (insbesondere Ausländerbeschäftigungsgesetz, Aufenthaltsgesetz, Arbeitsvertragsrechtsanpassungsgesetz) entstehen, hat der Sub-Auftragnehmer einzustehen und die XXXX schad- und klaglos zu halten."

Die bP haftete für die Einhaltung und Erfüllung der Leistungserbringung und Qualitätsstandards. Mängel, die die bP verursacht, hat sie zu vertreten. In diesem Punkt unterscheidet sich die Werkerstellung durch die bP ganz wesentlich von jener durch das geleaste Personal über einen Personalbereitsteller - letzterer haftet nicht für das Werk. Die B-GmbH, die nach Erhalt der negativen Bescheide das Werk mit fremdem Personal fertiggestellt hat, kann nicht die Leasingfirma für Sorgfaltsmängel der Mitarbeiter heranziehen, sondern muss selbst dafür geradestehen.

Die B-GmbH haftet der S-AG gegenüber im Wesentlichen für die vollständige und termingerechte Erbringung der Leistungen und für die Erfüllung der Qualitätsanforderungen, im Konkreten für das richtige Material, den Korrosionsschutz, die Ausführung der Schweißnähte, die Geometrie der Stücke und Transport bis zum Hafen.

Die As-built-Doku, welche die bP anfertigte, diene - wie der Bauleiterstellvertreter aussagte, auch als Nachweis dafür, im Schadensfall belegen zu können, wer was wann gemacht hat und welches Material wann und wie verwendet wurde und in der Folge die bP in Haftung nehmen zu können. Wenn bei Überprüfungen der Schweißnähte Fehler aufgetreten sind, wurden, laut Aussage des Geschäftsfeldleiters der B-GmbH, die Kosten für die Korrektur an die bP weiterverrechnet.

Der aufgrund dieser Ausführungen nicht nachvollziehbaren Aussage der Finanzpolizei, wonach durch die laufenden Qualitätskontrollen eine Gewährleistung der bP auszuschließen sei, ist nicht zu folgen. Der Stellungnahme der bB vom 10.06.2016 hinsichtlich Haftung, wonach der in der Beschwerde angeführte Umstand, die Erfolgshaftung der bP würde sich aus dem Vertragspunkt ergeben, die bP würde den Gegenstand des Werkvertrages "vollständig und mangelfrei" an den Werkbesteller zu übergeben haben, von der bB nicht im Vertrag gefunden worden sei, ist zu entgegnen, dass sich die Vereinbarung sehr wohl im Werkvertrag und in den Rahmenbedingungen findet.

Im Werkvertrag zwischen der B-GmbH und der bP wurde eine Pönale vereinbart und diesbezüglich ausformuliert: "Das Bauende ist pönalisiert. Falls aus Gründen, die der Auftragnehmer zu vertreten hat, die vereinbarten Termine nicht eingehalten werden, zahlt der Auftragnehmer dem Auftraggeber - unabhängig vom Eintritt eines Verzugschadens und ohne Anrechnung auf diese - eine Konventionalstrafe von 0,5% pro Tag, max. 10% des Vertragspreises."

Z 4 ist aufgrund der Haftung der bP für Mängel nicht gegeben.

Wie ausgeführt, liegen die anderen Ziffern und Kriterien des § 4 Abs 2 AÜG vor und reicht für die Annahme einer Arbeitskräfteüberlassung das Vorliegen einer Ziffer des § 4 Abs 2 AÜG aus.

Ergänzend ist auf die aktuelle Rsp des EuGH zu verweisen:

In seinem Urteil vom 18.06.2015, in der Rechtssache C-586/13, *Martin Meat kft gegen Géza Simonfay, Ulrich Salburg* hat der EuGH festgehalten, dass für die Feststellung, ob ein Vertragsverhältnis als Arbeitskräfteüberlassung im Sinne von Art 1 Abs 3 lit 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 einzustufen ist oder als Erbringung einer Dienstleistung in Österreich unter Verwendung (Entsendung) von Arbeitnehmern, jeder Anhaltspunkt dafür zu berücksichtigen ist, ob der Wechsel des Arbeitnehmers in den Aufnahmemitgliedstaat den eigentlichen Gegenstand der Dienstleistung darstellt oder nicht.

Einen Hinweis darauf, dass ein solcher Wechsel nicht der eigentliche Gegenstand der betreffenden Dienstleistung ist, stellen grundsätzlich u. a. der Umstand dar, dass der Dienstleistungserbringer die Folgen der nicht vertragsgemäßen Ausführung der vertraglich vereinbarten Leistung trägt, sowie der Umstand, dass es dem Dienstleistungserbringer freisteht, die Zahl der Arbeitnehmer zu bestimmen, deren Entsendung in den Aufnahmemitgliedstaat er für sachgerecht hält. Hingegen erlaubt der Umstand, dass das Unternehmen, dem die betreffende Leistung zugutekommt, kontrolliert, ob diese vertragsgemäß ist, oder allgemeine Anweisungen an die Arbeitnehmer des Dienstleistungserbringers erteilen kann, als solcher nicht die Schlussfolgerung, dass eine Überlassung von Arbeitskräften vorliegt.

Der EuGH führte weiters aus:

"Insoweit ergibt sich aus dem Urteil *Vicoplus u. a.* (C-307/09 bis C-309/09, EU:C:2011:64, Rn. 51), dass eine Arbeitskräfteüberlassung im Sinne von Art. 1 Abs. 3 Buchst. c der Richtlinie 96/71 vorliegt, wenn drei Voraussetzungen erfüllt sind:

Erstens muss es sich bei der Überlassung von Arbeitskräften um eine gegen Entgelt erbrachte Dienstleistung handeln, bei der der entsandte 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.

Was zunächst die zweite Voraussetzung betrifft, die eine Analyse des eigentlichen Gegenstands der Dienstleistung des erbringenden Unternehmens erfordert, ist jeder Anhaltspunkt dafür zu berücksichtigen, dass der Wechsel des Arbeitnehmers in den Aufnahmemitgliedstaat den Gegenstand der betreffenden Dienstleistung darstellt oder nicht darstellt. Hierbei ist zu beachten, dass ein Dienstleistungserbringer grundsätzlich eine Leistung erbringen muss, die mit den Vorgaben des Vertrags übereinstimmt, so dass die Folgen der Erbringung einer nicht vertragsgemäßen Leistung von dem Dienstleistungserbringer getragen werden müssen. Demzufolge 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. Ergibt sich daher aus dem Vertrag, dass der Dienstleistungserbringer verpflichtet ist, die vertraglich vereinbarte Leistung ordnungsgemäß auszuführen, ist es grundsätzlich weniger wahrscheinlich, dass es sich um eine Arbeitskräfteüberlassung handelt, als wenn er die Folgen der nicht vertragsgemäßen Ausführung dieser Leistung nicht zu tragen hat.

Im vorliegenden Fall ist es Sache des nationalen Gerichts, den Umfang der jeweiligen Pflichten der Vertragsparteien zu prüfen, um festzustellen, welche Partei die Folgen der nicht vertragsgemäßen Ausführung dieser Leistung zu tragen hat, wobei der Umstand, dass die Vergütung des Dienstleistungserbringers nicht nur

von der Menge des verarbeiteten Fleisches, sondern auch von dessen Qualität abhängt, darauf hindeutet, dass der Dienstleistungserbringer zur ordnungsgemäßen Ausführung dieser Leistung verpflichtet ist.

Zudem kann der Umstand, dass es dem Dienstleistungserbringer freisteht, die Zahl der Arbeitnehmer zu bestimmen, deren Entsendung in den Aufnahmemitgliedstaat er für sachgerecht hält - was nach den Bemerkungen, die die Beklagten des Ausgangsverfahrens in der mündlichen Verhandlung gemacht haben, im Ausgangsverfahren der Fall zu sein scheint -, dafür sprechen, dass der Gegenstand der betreffenden Leistung nicht der Wechsel des Arbeitnehmers in den Aufnahmemitgliedstaat ist, sondern dieser Wechsel mit der Erfüllung der in dem in Rede stehenden Vertrag vereinbarten Leistung einhergeht, und dass es sich somit um eine Entsendung von Arbeitnehmern im Sinne von Art. 1 Abs. 3 Buchst. a der Richtlinie 96/71 handelt.

Was sodann die dritte Voraussetzung angeht, die der Gerichtshof im Urteil *Vicoplus u. a.* (C-307/09 bis C-309/09, EU:C:2011:64, Rn. 51) aufgestellt hat, so ist, wie die Generalanwältin in Nr. 55 ihrer Schlussanträge ausgeführt hat, zwischen der Beaufsichtigung und Leitung der Arbeitnehmer selbst und der vom Kunden durchgeführten Überprüfung der ordnungsgemäßen Erfüllung eines Dienstleistungsvertrags zu unterscheiden. Bei der Erbringung von Dienstleistungen ist es nämlich üblich, dass der Kunde überprüft, ob die Dienstleistung vertragsgemäß erbracht wird. Zudem kann der Kunde bei der Erbringung von Dienstleistungen den Arbeitnehmern des Dienstleistungserbringers bestimmte allgemeine Anweisungen erteilen, ohne dass damit in Bezug auf diese Arbeitnehmer die Ausübung einer Leitungs- und Aufsichtsbefugnis im Sinne der dritten im Urteil *Vicoplus u. a.* (C-307/09 bis C-309/09, EU:C:2011:64, Rn. 51) genannten Voraussetzung verbunden ist, sofern der Dienstleistungserbringer seinen Arbeitnehmern die genauen und individuellen Weisungen erteilt, die er für die Ausführung der betreffenden Dienstleistungen für erforderlich hält." Vgl dazu auch Lindmayr/Tuma, EuGH: Arbeitskräfteüberlassung aus Ungarn nach Österreich, RdW 2015/446; EuGH C-586/13 DRdA-Infas 2015/205; Shubshizky, Interpretation des Arbeitskräfteüberlassungsbegriffs, ASoK 2015, 358.

Die Frage der Haftung für den Erfolg der geschuldeten Leistung ist für den EuGH, wie für die österr. Höchstgerichte, von Relevanz, allerdings in unterschiedlicher Intensität: § 4 Abs 2 Z 4 AÜG schließt bei einer fehlenden Haftung für den Erfolg das Vorliegen einer Arbeitskräfteüberlassung aus, während für den EuGH in einem solchen Fall eine Arbeitskräfteüberlassung "grundsätzlich weniger wahrscheinlich", aber eben nicht ausgeschlossen ist (EuGH 18.06.2015, C-586/13, Rn 36). Darüber hinaus misst der EuGH dem Umstand, dass es einem Dienstleistungserbringer freisteht, die Zahl der Arbeitnehmer zu bestimmen, die er zur Erfüllung seines Dienstleistungsauftrags einsetzen möchte, Bedeutung bei. Für den EuGH spricht diese Freiheit des Dienstleisters dafür, dass eine Leistung - und nicht das Zurverfügungstellen von Arbeitskräften - geschuldet ist. Bei der Frage der Aufsicht und Leitung der Arbeitnehmer durch den Beschäftigter differenziert der EuGH und betont, dass es wichtig ist, zwischen der Leitung der Arbeitnehmer und der Überprüfung der ordnungsgemäßen Erfüllung eines Dienstleistungsvertrags zu unterscheiden. Letzteres ist nämlich allgemein üblich. Bestimmte allgemeine Anweisungen des Werkbestellers machen diesen noch nicht zu einem Beschäftigter. Solange die genauen individuellen Weisungen für die Ausführung der Dienstleistungen den Arbeitnehmer vom entsendenden Auftraggeber erteilt werden, liegt für den EuGH keine Arbeitskräfteüberlassung iSd EntsenderRL vor.

Bemerkenswert ist die E des EuGH in Bezug auf die Abgrenzung von Arbeitskräfteüberlassung und Erbringung einer Dienstleistung auf Grund eines Werkvertrags. So etwa ist es für den Gerichtshof irrelevant, dass die Tätigkeiten der AN in den Räumlichkeiten und mit den gemieteten Maschinen des Vertragspartners erfolgen. Entscheidend ist seiner Ansicht auch nicht, dass der Vertragspartner den AN bestimmte allgemeine Anweisungen erteilt, sofern die genauen und individuellen Weisungen durch den AG direkt erfolgen. Die Abgrenzung des EuGH zwischen Arbeitskräfteüberlassung und Werkvertrag dürfte sich also wesentlich von der nach österreichischem Recht unterscheiden. Denn für den Gerichtshof ist allein maßgeblich, ob der eigentliche Gegenstand der vertraglich vereinbarten Dienstleistung der Wechsel von AN in den Aufnahmemitgliedstaat ist. Dies ändert jedoch nichts daran, dass für das AÜG die Abgrenzung nach § 4 AÜG weiterhin relevant bleibt (EuGH C-586/13 DRdA-Infas 2015/205, 264).

Den Entscheidungen (EuGH 18.06.2015, C-586/13, VwGH 22.03.2012, 2011/09/0188) lag ein Vertrag über die Verarbeitung von Rinderhälften zugrunde, den der EuGH insbesondere im Hinblick auf folgende Aspekte nicht als Arbeitskräfteüberlassung eingestuft hat:

Bei einer Arbeitskräfteüberlassung ist der Wechsel des Arbeitnehmers zum Beschäftigter der eigentliche Gegenstand der Dienstleistung. Gegen eine Arbeitskräfteüberlassung spricht es, wenn die Folgen der Erbringung einer nicht vertragsgemäßen Leistung vom Dienstleistungserbringer zu tragen sind und die Vergütung von der Qualität der Leistung abhängt. Auch der Umstand, dass der Dienstleistungserbringer (und nicht der Auftraggeber) über die Zahl der für die Auftragsabwicklung eingesetzten Arbeitnehmer bestimmt, ist ein Indiz gegen das Vorliegen einer Arbeitskräfteüberlassung. Der Aspekt, dass der Dienstleistungserbringer nur einen Kunden im Aufnahmemitgliedstaat hat und er dort Räumlichkeiten und Maschinen (des Auftraggebers) mietet, bildet keinen sachgerechten Hinweis. Letztlich muss auch zwischen der für die Arbeitskräfteüberlassung charakteristischen Beaufsichtigung und Leitung der Arbeitnehmer durch den Auftraggeber und der bloß

laufenden Überprüfung der ordnungsgemäßen Erfüllung eines Dienstleistungsvertrages unterschieden werden. Letztere kann nicht als Indiz für eine Arbeitskräfteüberlassung gewertet werden (Shubshizky, Interpretation des Arbeitskräfteüberlassungsbegriffs, ASoK 2015, 358).

Die Judikatur der EuGH zu grenzüberschreitenden Arbeitskräfteüberlassungen iSd RL 96/71/EG ist jedenfalls bei der Auslegung des § 4 Abs 2 AÜG im Anwendungsbereich des Unionsrechts zu berücksichtigen, insb vor dem Hintergrund, dass der EuGH in der Rs Martin Meat der Judikatur des VwGH zu demselben Sachverhalt nicht gefolgt ist (vgl Krömer, Entsendung oder grenzüberschreitende Arbeitskräfteüberlassung? Die Gretchenfrage des LSD-BG, ecolx 2016, 660).

Zusammengefasst:

Die Arbeiter der bP haben zwar eigenständig unter Anleitung ihres Vorarbeiters die Montagearbeiten durchgeführt, selbstbestimmte Arbeitszeiten eingehalten, zum Teil eigenes Kleinwerkzeug verwendet und sind eigenständig zur Baustelle angereist. Die Unterkunft in Österreich für die Arbeiter der bP wurde von der bP selbst organisiert. Auch waren die Ausländer organisatorisch nicht in den Firmenablauf der B-GmbH eingegliedert. Ebenso lag die Dienstaufsicht bei der bP und haftet die bP für die Erfüllung der Leistungserbringung und für Mängel, die sie verursacht hat.

Allerdings war die bP an die Vorgaben sowohl in zeitlicher als auch fachlicher Hinsicht der S-AG und B-GmbH gebunden und bestand diesbezüglich keinerlei Dispositionsgewalt. Das gesamte Material, die Infrastruktur sowie das (Groß-)Werkzeug wurden von der B-GmbH beigestellt. Die Qualitätskontrollen, die laufend und abschließend durchgeführt wurden, erfolgten durch die B-GmbH, von welcher ständig Mitarbeiter anwesend waren. Die Ausführungen der Montagearbeiten erfolgten zwar in Eigenverantwortlichkeit der bP. Vorgegeben wurden allerdings die Qualität der Arbeiten und die Termine des Auftraggebers. Auch wenn die bP über die Anzahl der Arbeiter und deren Arbeitseinteilung bestimmte, war sie hinsichtlich deren Auswahl an die Vorgaben der B-GmbH gebunden, da diese mittels Handfertigkeitstests über die fachliche Qualifikation der Arbeiter entschied.

Eine Gestaltungsmöglichkeit seitens der bP lag durch die engen Vorgaben der S-AG und die Anweisungen durch die B-GmbH nicht vor:

Hinsichtlich technischer Details und zeitlicher Restriktionen war die bP an die Vorgaben der S-AG gebunden, in der Zuweisung von Arbeitsaufträgen in Bezug auf die Zurverfügungstellung von Material und Isometrien und Änderungsisometrien bei Änderungsbedarf war sie von der S-AG und der B-GmbH abhängig.

Die Verrechnung erfolgte leistungsbezogen nach erbrachten Zoll, die Arbeiter der bP führten jene Tätigkeiten aus, die auch das Geschäftsfeld der B-GmbH umfasst, was gegen die Unterscheidbarkeit spricht und wurde dasselbe Werk mit von der B-GmbH mit eigenem und Leasingpersonal fertiggestellt, was darauf hindeutet, dass seitens der bP nur die Arbeitskraft zur Verfügung gestellt wurde.

Dass die Rahmenbedingungen mehrmals den Begriff "Überlasser" verwenden, ist ein weiteres Indiz für Arbeitskräfteüberlassung. Die Verwendung der Begrifflichkeit in den Rahmenbedingungen, die standardisiert dem jeweiligen Vertrag zugrunde gelegt werden, deutet darauf hin, dass es Usus ist, dass sich die B-GmbH als Beschäftiger über einen Überlasser (ausländischer) Arbeitskräfte bedient.

In seinem Urteil vom 11.09.2014, C-91/13, führt der EuGH aus:

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 dieser Freiheit im Sinne von Art. 56 AEUV darstellt (vgl. Urteile Kommission/Deutschland, C-244/04, EU:C:2006:49, Rn. 34, und Kommission/Österreich, EU:C:2006:595, Rn. 40).

Die Voraussetzungen und die Zwänge hinsichtlich einzuhaltender Fristen für den Erhalt dieser Beschäftigungserlaubnis sowie der Verwaltungsaufwand, den der Erhalt einer solchen Erlaubnis mit sich bringt, behindern die Überlassung drittstaatsangehöriger Arbeitnehmer an ein in den Niederlanden ansässiges entleihendes Unternehmen durch ein in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassenes Dienstleistungsunternehmen und damit die Ausübung von Dienstleistungstätigkeiten durch dieses Unternehmen (vgl. in diesem Sinne Urteile Kommission/Luxemburg, EU:C:2004:655, Rn. 23, Kommission/Deutschland, EU:C:2006:49, Rn. 35, und Kommission/Österreich, EU:C:2006:595, Rn. 39 und 42).

Eine nationale Regelung, die in einem Bereich erlassen worden ist, der nicht Gegenstand einer Harmonisierung auf Unionsebene ist, und die unterschiedslos für alle im betreffenden Mitgliedstaat tätigen Personen oder Unternehmen gilt, kann jedoch 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 Zieles zu gewährleisten, ohne über das hinauszugehen, was zu dessen Erreichung erforderlich ist (vgl. Urteile Kommission/Luxemburg, EU:C:2004:655, Rn. 21, Kommission/Deutschland, EU:C:2006:49, Rn. 31, und Kommission/Österreich, EU:C:2006:595, Rn. 37).

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 (vgl. Urteil Kommission/Österreich, EU:C:2006:595, Rn. 44 und die dort angeführte Rechtsprechung).

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 Staates verlangen, da sie nach Erfüllung ihrer Aufgabe in ihr Herkunfts- oder Wohnsitzland zurückkehren (vgl. Urteile Rush Portuguesa, C-113/89, EU:C:1990:142, Rn. 15, Kommission/Luxemburg, EU:C:2004:655, Rn. 38, und Kommission/Österreich, EU:C:2006:595, Rn. 55).

Ein Mitgliedstaat darf allerdings kontrollieren, ob ein in einem anderen Mitgliedstaat ansässiges Unternehmen, das Arbeitnehmer aus einem Drittstaat entsendet, den freien Dienstleistungsverkehr nicht zu einem anderen Zweck als dem der Erbringung der betreffenden Leistung nutzt (vgl. Urteile Rush Portuguesa, EU:C:1990:142, Rn. 17, Kommission/Luxemburg, EU:C:2004:655, Rn. 39, und Kommission/Österreich, EU:C:2006:595, Rn. 56).

Bei solchen Kontrollen sind jedoch die vom Unionsrecht gezogenen Grenzen zu beachten, wie sie sich insbesondere aus dem Grundsatz des freien Dienstleistungsverkehrs ergeben, der nicht illusorisch gemacht und dessen Ausübung nicht dem Ermessen der Verwaltung unterworfen werden darf (vgl. Urteile Rush Portuguesa, EU:C:1990:142, Rn. 17, Kommission/Deutschland, EU:C:2006:49, Rn. 36, und Kommission/Luxemburg, EU:C:2004:655, Rn. 40).

In diesem Zusammenhang ist festzustellen, dass die besondere Natur der Tätigkeit, die darin besteht, dass ein Unternehmen entgeltlich Arbeitnehmer, die im Dienst dieses Unternehmens bleiben, zur Verfügung stellt, ohne dass ein Arbeitsvertrag mit dem Entleihunternehmen geschlossen wird, einem solchen Unternehmen nicht den Charakter eines Dienstleistungsunternehmens nimmt, das in den Anwendungsbereich der Art. 56 AEUV ff. fällt, und diese Tätigkeit nicht den Bestimmungen über den freien Dienstleistungsverkehr entziehen kann (vgl. Urteil Webb, EU:C:1981:314, Rn. 10).

Wenn einem Mitgliedstaat sowohl die Befugnis einzuräumen ist, zu kontrollieren, ob ein in einem anderen Mitgliedstaat ansässiges Unternehmen, das an ein im ersten Mitgliedstaat ansässiges entleihendes Unternehmen eine in der Überlassung von drittstaatsangehörigen Arbeitnehmern bestehende Dienstleistung erbringt, den freien Dienstleistungsverkehr nicht zu anderen Zwecken als der Erbringung der betreffenden Dienstleistung nutzt, als auch die Möglichkeit einzuräumen ist, die hierfür erforderlichen Kontrollmaßnahmen zu ergreifen (vgl. Urteil Kommission/Deutschland, EU:C:2006:49, Rn. 36), kann die Ausübung dieser Befugnis diesem Mitgliedstaat somit gleichwohl nicht erlauben, unverhältnismäßige Erfordernisse vorzuschreiben.

Das Erfordernis einer Beschäftigungserlaubnis für drittstaatsangehörige Arbeitnehmer, die einem in diesem Mitgliedstaat ansässigen Unternehmen von einem in einem anderen Mitgliedstaat ansässigen Unternehmen überlassen werden, dauerhaft aufrechtzuerhalten, geht über das hinaus, was notwendig ist, um das von der im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Regelung verfolgte Ziel zu erreichen.

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).

Eine solche Verpflichtung könnte in einer einfachen vorherigen Erklärung bestehen, die es den niederländischen 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. Urteil Kommission/Deutschland, EU:C:2006:49, Rn. 41).

Ebenso wäre die Verpflichtung eines Dienstleistungsunternehmens, den niederländischen Behörden im Voraus die Anwesenheit eines oder mehrerer entsandter Arbeitnehmer, die vorgesehene Dauer dieser Anwesenheit und die die Entsendung rechtfertigende(n) Dienstleistung(en) anzuzeigen, ein ebenso wirksames, aber weniger einschneidendes Mittel wie das im Ausgangsverfahren in Rede stehende Erfordernis einer Beschäftigungserlaubnis. Dadurch würde es diesen Behörden ermöglicht, die Einhaltung der niederländischen 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 (vgl. Urteile Kommission/Luxemburg, EU:C:2004:655, Rn. 31, und Kommission/Deutschland, EU:C:2006:49, Rn. 45). In Verbindung mit den von diesem Unternehmen zum Status der betreffenden Arbeitnehmer gemachten Angaben im Sinne von Rn. 57 des vorliegenden Urteils würde es eine solche Verpflichtung diesen Behörden ermöglichen, gegebenenfalls die am Ende des für die Entsendung vorgesehenen Zeitraums gebotenen Maßnahmen zu ergreifen.

Der EuGH folgte mit diesem Urteil im Wesentlichen den Schlussanträgen des Generalanwaltes vom 08.05.2014. Dieser hatte zusätzlich noch zum besseren Verständnis u.a. auf folgenden Gesichtspunkt hingewiesen: Ferner hat der Gerichtshof als weniger belastende Maßnahme als eine Beschäftigungserlaubnis '(die Verpflichtung eines Dienstleistungsunternehmens angeführt), den örtlichen Behörden Angaben zu machen, aus denen hervorgeht, dass die betreffenden Arbeitnehmer in dem Mitgliedstaat, in dem sie von dem Unternehmen beschäftigt werden, legalen Status haben, insbesondere, was Aufenthalt, Arbeitserlaubnis und soziale Absicherung angeht'. Nach Auffassung des Gerichtshofs böte eine solche Verpflichtung 'den örtlichen Behörden auf weniger einschneidende Art und Weise als (das Erfordernis einer Beschäftigungserlaubnis), aber genauso wirksam die Garantie, dass diese Arbeitnehmer legal beschäftigt werden und dass sie ihre Haupttätigkeit in dem Mitgliedstaat ausüben, in dem das Dienstleistungsunternehmen ansässig ist. In Verbindung mit den Angaben des betreffenden Unternehmens zum vorgesehenen Zeitraum der

Entsendung ... würden diese Angaben es den ... Behörden (des

Bestimmungsmitgliedstaats) ermöglichen, gegebenenfalls die Maßnahmen zu ergreifen, die am Ende des jeweiligen Zeitraums geboten sind'.

Der VwGH hat in seinem Erkenntnis vom 21.04.2015, Ra 2015/09/0006 Bezug auf die aktuelle EuGH-Rsp genommen und folgendes ausgeführt:

Der EuGH sprach mit Urteil vom 11.09.2014, C-91/13, Essent Energie Productie aus, dass die Art. 56 und 57 AEUV dahin auszulegen sind, dass sie einer Regelung eines Mitgliedstaats entgegenstehen, wonach eine Überlassung drittstaatsangehöriger Arbeitnehmer, wenn diese von einem in einem anderen Mitgliedstaat ansässigen Unternehmen an ein im ersten Mitgliedstaat ansässiges entleihendes Unternehmen, das sie einsetzt, um Arbeiten für Rechnung eines anderen, in demselben Mitgliedstaat ansässigen Unternehmens durchzuführen, überlassen werden, davon abhängig ist, dass für diese Arbeitnehmer eine Beschäftigungserlaubnis erteilt worden ist. Die österreichischen Regelungen, welche in einem Fall, in dem für die Beschäftigung der drittstaatsangehörigen überlassenen Arbeitnehmer auch nach dem Auslaufen der bis zum 1. Mai 2011 geltenden Einschränkungen gegenüber Slowenien bei Annahme der Zulassung der Arbeitskräfte zum slowenischen Arbeitsmarkt sowie ihrer Haupttätigkeit in Slowenien weiterhin eine Beschäftigungsbewilligung oder andere konstitutiv wirkende Bewilligungen oder Bestätigungen fordern, widersprechen nach der durch das Urteil des EuGH vom 11.09.2014, C-91/13, insofern für den Zeitraum nach dem 1. Mai 2011 eindeutig geklärten Rechtslage dem Gemeinschaftsrecht und haben auf Grund des Vorranges des Gemeinschaftsrechtes gegenüber dem innerstaatlichen Recht unangewendet zu bleiben.

Die Revisionswerberin zeigt mit dem (inhaltlich näher ausgeführten) Hinweis auf das Urteil des EuGH vom 11.09.2014, C-91/13, auf, dass die bisherige Rechtsprechung auf Fälle der Überlassung drittstaatsangehöriger

überlassener Arbeitnehmer durch ein überlassendes Unternehmen mit Sitz in einem Mitgliedstaat der EU, im Hinblick auf das Erfordernis einer konstitutiven Bewilligung des Arbeitsmarktservices für die Verwendung der überlassenen Arbeitskräfte durch ein inländisches Unternehmen, nicht mehr aufrecht erhalten werden kann (vgl auch EuGH 11.9.2014, C-91/13, Entsendung drittstaatsangehöriger LeihAN, ZAS-Judikatur 2014/109 (314); Shubshizky, Keine Beschäftigungsbewilligung für die Überlassung aus der EU, ASok 2015, 399; Gerhartl, Grenzüberschreitende Entsendung von Ausländern nach Österreich, Neuerungen durch die EuGH-Rechtsprechung, ASoK 2016, 86).

Dementsprechend sind auch die Bestimmungen des AuslBG, die im Falle einer Überlassung drittstaatsangehöriger Arbeitskräfte durch einen Arbeitgeber mit Sitz in einem anderen EU-Mitgliedstaat die Einholung einer Beschäftigungsbewilligung vorsehen, in den Fällen des Art 1 Abs 3 lit c der Richtlinie 96/71/EG nicht anwendbar. Somit ist in den Fällen des Art 1 Abs 3 lit b und c der Richtlinie 96/71/EG eine Beschäftigung ohne weiteres Verfahren unmittelbar aufgrund der Art 56 und 57 AEUV gestattet. Damit unterliegt die Beschäftigung - unabhängig davon, ob sie nach ihrem wahren wirtschaftlichen Gehalt als Arbeitskräfteüberlassung iSd Art 1 Abs 3 lit c der Richtlinie 96/71/EG zu werten ist - weder der Bewilligungs- noch einer Bestätigungspflicht des AuslBG (vgl dazu BVwG vom 15.02.2016, W209 2117810-1).

Es ist lediglich festzustellen, ob sich die drittstaatsangehörigen Arbeitnehmer in Slowenien rechtmäßig aufhalten und arbeiten durften (Shubshizky, Keine Beschäftigungsbewilligung für die Überlassung aus der EU, ASok 2015, 399).

Die Zuständigkeit einer Behörde für die durch die Meldung ausgelöste Pflicht zur Entscheidung gemäß § 18 Abs 12 AuslBG bleibt auch im Falle der Feststellung einer in Wahrheit vorliegenden Arbeitskräfteüberlassung nach dem AÜG (welche nach dem Urteil des EuGH vom 11.09.2014, C-91/13, ohnehin nach den Gesichtspunkten des § 18 Abs 12 Z 1 und 2 AuslBG zu prüfen wäre) aufrecht, sowie auch die Zuständigkeit, vor ihrer Entscheidung zu klären, unter welchen Bedingungen die Beschäftigung der überlassenen (als entsendet anzusehenden) Arbeitnehmer (vgl. § 18 Abs 12 Z 1 und 2 AuslBG, das Urteil des EuGH vom 11.09.2014, C-91/13, insbesondere dessen RNr. 55, 57 bis 59, und das dazu ergangene hg. Erkenntnis vom 21.04.2015, Ra 2015/09/0006, mit dem lediglich das Erfordernis einer Beschäftigungsbewilligung und anderer konstitutiv wirkender Bewilligungen oder Bestätigungen als nicht vereinbar mit dem EU-Recht erkannt wurde) in Österreich zulässig ist (VwGH vom 24.02.2016, 2015/09/0115 bis 0124).

Mit dem Erkenntnis Ra 2015/09/0006 kehrt der VwGH von seiner bisherigen Rsp ab - bei ordnungsgemäßer Zulassung im anderen Mitgliedstaat darf Österreich nicht zusätzlich eine konstitutive Bewilligung verlangen. Steht also fest, dass sich die drittstaatsangehörigen Arbeitnehmer rechtmäßig im Aufnahmemitgliedstaat, wie in casu Slowenien, aufhalten und arbeiten durften und sie ihre Haupttätigkeit in dem Mitgliedstaat ausüben, in dem das Dienstleistungsunternehmen ansässig ist (in casu Slowenien), darf deren Beschäftigung nicht von einer Beschäftigungsbewilligung oder einer anderen konstitutiv wirkenden Bewilligung oder Bestätigung abhängig gemacht werden.

Für überlassene Arbeitskräfte im Sinne des Urteils des EuGH vom 11.09.2014, C-91/13, ist nun das EU-Entsendebestätigungsverfahren anwendbar. Für sie gilt die Meldung unter Verwendung des ZKO-4-Formulars als Meldung im Sinne des § 18 Abs 12 AuslBG.

Das Bundesministerium für Wissenschaft, Forschung und Wirtschaft (BMWF) sieht vor, dass bei Tätigkeiten auf dem Gebiet von in Österreich reglementierten Gewerben eine Anzeige über die Erbringung grenzüberschreitender Dienstleistungen bzw. deren Kenntnisnahme durch das BMWFW erforderlich ist. Ob bzw. für welche Gewerbe ein Unternehmen eine gültige Anzeige über die Erbringung grenzüberschreitender Dienstleistungen erstattet hat, ist aus dem Dienstleisterregister ersichtlich.

Voraussetzung für die Erbringung grenzüberschreitender Dienstleistungen in Österreich im Rahmen gewerblicher Tätigkeiten ist zunächst das Vorliegen einer entsprechenden Befugnis bzw. Gewerbeberechtigung in Slowenien. Liegt diese vor, so kann der slowenische Unternehmer in Österreich bei Erfüllung bestimmter Voraussetzungen vorübergehend und gelegentlich im Rahmen seines Gewerbes tätig werden. Vorübergehend und gelegentlich bedeutet, dass der slowenische Unternehmer nicht ständig und andauernd in Österreich tätig wird. Der Schwerpunkt seiner Tätigkeit muss jedenfalls in Slowenien verbleiben. Bei ständiger Tätigkeit in Österreich liegt eine Niederlassung vor.

Bei Tätigkeiten auf dem Gebiet von in Österreich reglementierten Gewerben ist eine Anzeige über die Erbringung grenzüberschreitender Dienstleistungen bzw. deren Kenntnisnahme durch das BMWFW erforderlich, wie § 373a Abs 4 GewO regelt: Hat die grenzüberschreitende Tätigkeit ein in § 94 GewO angeführtes Gewerbe oder Tätigkeiten, die diesen Gewerben zuzuordnen sind, zum Gegenstand - wie die in § 94

Z 72 angeführte Überlassung von Arbeitskräften - hat der Dienstleister dem Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit die erstmalige Aufnahme der Tätigkeit vorher schriftlich anzuzeigen und diesen dabei über Einzelheiten zu einem Versicherungsschutz oder einer anderen Art des individuellen oder kollektiven Schutzes in Bezug auf die Berufshaftpflicht zu informieren. Diese Anzeige ist einmal jährlich zu erneuern, wenn der Dienstleister beabsichtigt, während des betreffenden Jahres vorübergehend oder gelegentlich Dienstleistungen zu erbringen. Der Erstanzeige und einer weiteren jährlichen Anzeige bei wesentlichen Änderungen sind folgende Dokumente anzuschließen:

1.

ein Nachweis über die Staatsangehörigkeit des Dienstleisters;

2.

eine Bescheinigung darüber, dass der Dienstleister in einem Mitglied- oder Vertragsstaat rechtmäßig zur Ausübung der betreffenden Tätigkeiten niedergelassen ist, einschließlich der Adresse der Niederlassung, und dass ihm die Ausübung dieser Tätigkeiten zum Zeitpunkt der Vorlage der Bescheinigung nicht, auch nicht vorübergehend, untersagt ist;

3.

ein Berufsqualifikationsnachweis des Dienstleisters;

4.

in den in Abs 1 Z 2 genannten Fällen ein Nachweis darüber, dass der Dienstleister die betreffende Tätigkeit während der vorhergehenden zehn Jahre mindestens ein Jahr lang ausgeübt hat;

5.

sofern die Dienstleistung das Sicherheitsgewerbe (Berufsdetektive, Bewachungsgewerbe) gemäß § 94 Z 62, das Waffengewerbe gemäß § 94 Z 80 oder die Errichtung von Alarmanlagen für Betriebe, Gebäude oder Grundstücke gemäß § 106 Abs 1 Z 3 zum Gegenstand hat, der Nachweis, dass beim Dienstleister und seinen Arbeitnehmern keine Vorstrafen vorliegen.

Ist der Dienstleister eine Gesellschaft im Sinne des Abs 3, so sind der Anzeige die in Z 2 und 4 angeführten Dokumente sowie ein Berufsqualifikationsnachweis des verantwortlichen gesetzlichen Vertreters anzuschließen.

Gemäß Abs 5 leg cit ist bei Anzeigen über die erstmalige Aufnahme einer Tätigkeit gemäß Abs 4 vom Bundesminister für Wissenschaft, Forschung und Wirtschaft wie folgt zu verfahren:

1. Die Anzeigen über die erstmalige Aufnahme einer Tätigkeit gemäß Abs. 4 sind zu überprüfen; dem Antragsteller ist binnen eines Monats der Empfang der Unterlagen zu bestätigen; gegebenenfalls ist ihm mitzuteilen, welche Unterlagen gemäß Abs. 4 fehlen bzw. dass gegen die Ausübung der Tätigkeit kein Einwand besteht.

2. ...

Die bB führte in ihrem Bescheid vom 18.03.2016 aus, dass die Erteilung einer EU-Entsendebestätigung für überlassene Arbeitskräfte nur dann zulässig sei, wenn eine Mitteilung des Bundesministeriums für Wissenschaft, Forschung und Wirtschaft vorliege, wonach kein Einwand gegen die Ausübung des Gewerbes der Arbeitskräfteüberlassung besteht (§ 373a Abs 5 Z 1 GewO) und eine Eintragung ins Dienstleistungsregister des Bundesministeriums für Wissenschaft, Forschung und Wirtschaft vorliegt, dass die bP das Gewerbe Überlassung von Arbeitskräften gültig angezeigt hat. Mit Parteiengehör sei die bP deswegen aufgefordert worden, eine diesbezügliche Mitteilung vorzulegen (§ 373a Abs. 5 Z 1 GewO). Eine derartige Mitteilung habe nicht vorgelegt werden können, somit dürfe das Gewerbe der Arbeitskräfteüberlassung in Österreich nicht ausgeübt werden und daher auch keine EU-Anzeigebestätigung ausgestellt werden. Eine Eintragung ins Dienstleistungsregister des BMWFW liege ebenfalls nicht vor. Auch in ihrem Schreiben vom 10.06.2016 und 13.07.2016 hielt sie an diesem Erfordernis fest. Die bP brachte mit Schreiben vom 24.08.2016 die Mitteilung gem § 373a Abs 5 Z 1

GewO des Bundesministeriums für Wirtschaft, Familie und Jugend vom 24.06.2013 zur Ausübung der Tätigkeit des Handwerks der Metalltechnik für Metall- und Maschinenbau bei.

Die Ausstellung der Mitteilung durch das Bundesministerium setzt voraus, dass die bP über keinen Betriebssitz im Bundesgebiet verfügt. Wie aus der Bescheinigung der slowenischen Handels- und Gewerbekammer vom 17.06.2013 hervorgeht, ist die bP seit 14.06.2013 im Gewerbeverzeichnis in Slowenien eingetragen. Die Gewerbetätigkeiten

25.620 (Mechanische Bearbeitung von Metallen), sowie die gewerbeähnlichen Tätigkeiten 25.620 (Mechanische Bearbeitung von Metallen, hier ist inbegriffen: sonstige Bearbeitung von Metallen), welche die Partei gemäß den slowenischen Vorschriften ausübt, gehören (in Slowenien) nicht zu den reglementierten Tätigkeiten. Die bP hat ihren Betriebssitz in Slowenien und übt ihre Geschäftstätigkeit gewöhnlich in Slowenien als auch europaweit aus, sodass - in Zusammenschau mit der ausgestellten Mitteilung - keine Anhaltspunkte für eine Annahme vorliegen, dass deren Gründung sowie die Auftragsvergabe an die bP lediglich zum Zweck der Umgehung der österreichischen beschäftigungsrechtlichen Vorschriften erfolgt wäre.

Eine Erneuerung der Anzeige durch die bP, wie es § 373a Abs 4 GewO einmal jährlich vorschreibt, wenn eine Dienstleistungserbringung im betreffenden Jahr beabsichtigt ist, ist allerdings (für 2016) nicht erfolgt.

Wie das LVwG in seiner Entscheidung vom 08.01.2015, 33.15-5183/2014, festhält, ist die Arbeitskräftevermittlung zwar ein reglementiertes Gewerbe gemäß § 94 Z 72 GewO, dies gilt jedoch nicht für den Fall einer bewilligungsfreien Überlassung im Sinne von § 135 Abs 2 Z 1 GewO.

Gemäß § 135 Abs 2 Z 1 GewO ist kein reglementiertes Gewerbe iSd § 94 Z 72 die vorübergehende Überlassung von Arbeitskräften an Beschäftigter, welche die gleiche Erwerbstätigkeit wie der Überlasser ausüben, unter der Voraussetzung, dass der Charakter des Betriebes des Überlassers gewahrt bleibt, bis zur Höchstdauer von sechs Monaten im Kalenderjahr, wobei auch die Zeiten nacheinander folgender Überlassungen verschiedener Arbeitskräfte zusammenzuzählen sind.

Der Charakter des Betriebs des Überlassers muss gewahrt bleiben, die Überlassung von Arbeitskräften darf also nicht erhebliche oder gar überwiegende wirtschaftliche Bedeutung für diesen haben. Arbeitnehmer dürfen nicht zum Zweck wiederholter "gelegentlicher" Überlassungen beschäftigt werden (Sacherer/Schöll, RdW 2005, 494). Eine Überlassung ist jedenfalls dann nicht mehr als vorübergehend anzusehen, wenn die Dauer der Überlassung einen Zeitraum von sechs Monaten übersteigt. Zudem muss der Charakter des Betriebes des Überlassers gewahrt bleiben, dh, dass die Überlassung von Arbeitskräften nicht die Haupttätigkeit des Überlassers bilden darf, damit die Tätigkeit nicht unter das reglementierte Gewerbe fällt (Gruber/Paliego-Barfuß, GewO7 § 135 Rz 5). Die "gleiche Erwerbstätigkeit" liegt vor, wenn dieselbe Gewerbeberechtigung erforderlich ist oder sonst der gleiche Wirtschaftszweig vorliegt (Schindler in ZellKomm2 § 1 AÜG Rz 13).

Der inländische Überlasser müsste lediglich ein freies Gewerbe anmelden bzw. könnte er sich nach herrschender Lehre (u. a. Grabler/Stolzlechner/Wendl, Kommentar zur Gewerbeordnung<sup>3</sup> § 135 GewO) auf ein gewerbliches Nebenrecht gemäß § 32 GewO berufen.

Für den hier vorliegenden Fall einer vorübergehenden grenzüberschreitenden Arbeitskräfteüberlassung gelten keine gewerberechtlichen Beschränkungen und ist keine Befugnis gemäß § 94 Z 72 iVm § 135 GewO erforderlich. Insbesondere kommt § 373a Abs 4 GewO nicht zur Anwendung, weil es sich bei der Überlassung gemäß § 135 Abs 2 Z 1 GewO nicht um ein reglementiertes Gewerbe handelt und hat der Überlasser in diesem Fall die Überlassung lediglich gemäß § 17 Abs 1 AÜG der zuständigen Gewerbebehörde zu melden.

Im Übrigen ist das Vorliegen oder Nichtvorliegen einer gewerberechtlichen Bewilligung oder auch bloß gewerberechtlichen Meldepflicht weder für die Definition der Überlassung im Sinne der Entsenderichtlinie (vgl. dazu wiederum vor allem die Judikatur des EuGH im Verfahren "Vicoplus"), noch für die Abgrenzungskriterien des § 4 Abs 2 AÜG relevant.

Wenn also die bB bei Vorliegen einer Arbeitskräfteüberlassung, neben der Meldung einer Überlassung gem § 17 Abs 2 AÜG unter Verwendung des ZKO-4-Formulars, an dem Erfordernis einer Mitteilung des BMWFW, wonach kein Einwand gegen die Ausübung des Gewerbes der Arbeitskräfteüberlassung besteht (§ 373a Abs 5 Z 1 GewO), und der Eintragung ins Dienstleistungsregister des BMWFW, dass die bP das Gewerbe Überlassung von Arbeitskräften gültig angezeigt hat, festhält, ist dem entgegenzuhalten, dass es sich in casu gem § 135 Abs 2 Z 1 GewO um eine vorübergehende und daher bewilligungsfreie Überlassung handelt, bei der lediglich die Meldung gem § 17 Abs 1 AÜG erforderlich ist. Diese hat die bP mittels Meldung an die Zentrale Koordinationsstelle vorgenommen. Darüberhinausgehende Meldungen sind nicht erforderlich, dürfen nicht konstitutiv notwendig sein und entsprechen auch nicht den rechtlichen Vorgaben.

Die Ablehnungen und die Widerrufe erfolgten zu Unrecht, den Beschwerden ist stattzugeben.

Verstöße gegen die Anzeigepflicht gemäß § 17 AÜG sind nach § 22 Abs 1 Z 2 leg cit strafbar:

Sofern die Tat nicht den Tatbestand einer in die Zuständigkeit der Gerichte fallenden strafbaren Handlung bildet, begeht eine Verwaltungsübertretung und ist von der Bezirksverwaltungsbehörde zu bestrafen mit Geldstrafe von 500 € bis zu 5 000 €, im Wiederholungsfall von 1 000 € bis zu 10 000 €, wer die Meldungen gemäß § 17 Abs. 2 nicht oder nicht rechtzeitig oder nicht vollständig oder wissentlich unrichtig erstattet oder die erforderlichen Unterlagen entgegen § 17 Abs. 7 nicht zur Überprüfung bereithält oder nicht zugänglich macht.

§ 28 AuslBG regelt die Strafbestimmungen in Zusammenhang mit der Verletzung von Vorschriften des AuslBG:

Sofern die Tat nicht den Tatbestand einer in die Zuständigkeit der Gerichte fallenden strafbaren Handlung bildet (§ 28c), begeht eine Verwaltungsübertretung und ist von der Bezirksverwaltungsbehörde zu bestrafen,

1. wer entgegen § 3 einen Ausländer beschäftigt, für den weder eine Beschäftigungsbewilligung erteilt noch eine Anzeigebestätigung ausgestellt wurde oder der keine für diese Beschäftigung gültige "Rot-Weiß-Rot - Karte", "Blaue Karte EU" oder "Aufenthaltsbewilligung - Künstler" oder keine "Rot-Weiß-Rot - Karte plus", keine "Aufenthaltsberechtigung plus", keinen Befreiungsschein (§ 4c) oder keinen Aufenthaltstitel "Familienangehöriger" oder "Daueraufenthalt - EU" besitzt, bei unberechtigter Beschäftigung von höchstens drei Ausländern für jeden unberechtigt beschäftigten Ausländer mit Geldstrafe von 1 000 Euro bis 10 000 Euro, im Falle der erstmaligen und weiteren Wiederholung von 2 000 Euro bis 20 000 Euro, bei unberechtigter Beschäftigung von mehr als drei Ausländern für jeden unberechtigt beschäftigten Ausländer mit Geldstrafe von 2 000 Euro bis 20 000 Euro, im Falle der erstmaligen und weiteren Wiederholung von 4 000 Euro bis 50 000 Euro;

...

4. wer

a) entgegen § 18 Abs. 12 als Unternehmen mit Betriebssitz in einem anderen Mitgliedstaat des Europäischen Wirtschaftsraumes einen Ausländer im Inland beschäftigt oder

b) entgegen § 18 Abs. 12 die Arbeitsleistungen eines Ausländers, der von einem Unternehmen mit Betriebssitz in einem anderen Mitgliedstaat des Europäischen Wirtschaftsraumes zur Arbeitsleistung nach Österreich entsandt wird, in Anspruch nimmt, obwohl § 18 Abs. 12 Z 1 oder 2 nicht erfüllt ist und - im Fall der lit. b - auch keine EU-Entsendebestätigung ausgestellt wurde, bei unberechtigter Beschäftigung von höchstens drei Ausländern für jeden unberechtigt beschäftigten Ausländer mit Geldstrafe von 1 000 Euro bis 10 000 Euro, im Falle der erstmaligen und weiteren Wiederholung von 2 000 Euro bis 20 000 Euro, bei unberechtigter Beschäftigung von mehr als drei Ausländern für jeden unberechtigt beschäftigten Ausländer mit Geldstrafe von 2 000 Euro bis 20 000 Euro, im Falle der erstmaligen und weiteren Wiederholung von 4 000 Euro bis 50 000 Euro.

3.7. Zum Widerruf und Vertrauensschutz:

Wie der VwGH in seinem Erkenntnis 99/17/0460 vom 26.06.2000 ausführt, wird unter Gutgläubigkeit in der Judikatur des EuGH verstanden, dass der Betroffene auf die Rechtmäßigkeit des Verwaltungsaktes vertrauen durfte. Dabei schließt die Erkennbarkeit der Rechtswidrigkeit den Vertrauensschutz aus. Hinsichtlich der dabei zu beachtenden Sorgfalt ist zu verlangen, dass der Betroffene bei aufkommenden Zweifeln alle Informationsmöglichkeiten nutzte. Auf die Unkenntnis gemeinschaftsrechtlicher Normen kann sich ein Wirtschaftsteilnehmer in keinem Fall berufen.

Gemäß § 9 Abs 1 AuslBG ist die Beschäftigungsbewilligung zu widerrufen, wenn der Antragsteller im Antrag auf Erteilung der Beschäftigungsbewilligung über wesentliche Tatsachen wissentlich falsche Angaben gemacht oder solche Tatsachen verschwiegen hat.

Gemäß Abs 2 leg cit kann die Beschäftigungsbewilligung widerrufen werden, wenn

a) sich die Voraussetzungen, unter denen sie erteilt wurde (§ 4 Abs. 1 bis 3), wesentlich geändert haben oder die im Sinne des § 4 Abs. 1 erklärten Umstände nicht mehr zutreffen,

b) sonstige wichtige Gründe in der Person des Ausländers vorliegen oder

c) die bei ihrer Erteilung festgesetzten Auflagen (§ 8) nicht erfüllt werden.

Gemäß Abs 5 leg cit gelten die Absätze 1 bis 4 für den Widerruf der Entsendebewilligung (§ 18) sinngemäß.

Der Widerruf ist die den regionalen Geschäftsstellen des AMS kraft Gesetz eingeräumte Befugnis zur Zurücknahme einer Berechtigung. Die Berechtigung ist somit von vornherein nur mit diesem Vorbehalt erteilt.

Ein Widerruf ist in den in § 9 AuslBG geregelten Fällen zwingend vorzunehmen (Abs 1) bzw. liegt im Ermessen der Behörde (Abs 2). Wesentlich iSd Abs 1 sind solche Angaben, die - sofern sie bekannt gewesen wären - zu einer anderen Entscheidung geführt hätten.

Stellt sich heraus, dass die gemeinschaftsrechtlichen Voraussetzungen für die EU-Entsendung nicht erfüllt sind, nachdem bereits eine EU-Entsendebestätigung ausgestellt wurde, kann die Entsendung auch nachträglich noch untersagt werden (Deutsch/Nowotny/Seitz, Ausländerbeschäftigungsgesetz 2014, Rz 447).

Die Erhebungen der Finanzpolizei ergaben, dass es sich bei den von den Arbeitnehmern der bP ausgeführten Tätigkeiten, abweichend von der Darstellung in der Antwort vom 25.01.2016, um Arbeitskräfteüberlassung handelte. Die bB hat mit den Widerrufen der 10 bereits ausgestellten EU-Entsendebestätigungen auf Grundlage der nationalen Rahmenbedingungen, die die Beurteilung als Arbeitskräfteüberlassung ergaben und das Erfordernis der Meldung nach § 373a Abs 5 Z 1 GewO vorsehen und im Rahmen der eingeräumten Befugnis zur Zurücknahme der Bewilligung entschieden.

### 3.8. Zum Einwand der mangelnden Bescheidbegründung:

Bescheide sind nach § 58 Abs 2 AVG zu begründen, wenn dem Standpunkt der Partei nicht vollinhaltlich Rechnung getragen oder über Einwendungen oder Anträge von Beteiligten abgesprochen wird. Während also bei Bescheiden der ersten Instanz eine Begründung allenfalls entfallen kann, bestimmt § 67 AVG ("Der III. Teil [Anm: §§ 56 ff] gilt auch für die Bescheide der Berufungsbehörde, doch ist der Spruch auch dann zu begründen, wenn dem Berufungsantrag stattgegeben wird."), dass Bescheide der Berufungsbehörden auch dann zu begründen sind, wenn dem Berufungsantrag stattgegeben wird. In der Begründung sind 1. die Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens (Sachverhaltsfeststellung), 2. die bei der Beweiswürdigung maßgebenden Erwägungen und 3. die darauf gestützte Beurteilung der Rechtsfrage klar und übersichtlich zusammenzufassen (§ 60 AVG). Zu begründen sind sowohl materiell-rechtliche als auch verfahrensrechtliche Bescheide sowie Mandate gem. § 57 AVG; ebenso sind mündliche Bescheide zu begründen. Keiner Begründung bedürfen Ladungsbescheide (vgl § 10 Abs 2 AVG) und Verfahrensordnungen.

Für eine den §§ 58, 60 AVG entsprechende Begründung eines Bescheides ist es erforderlich, jenen Sachverhalt, den die Behörde als erwiesen annimmt, unzweideutig in eigenen Worten festzustellen. Eine Begründung, in der die belangte Behörde nicht preisgibt, von welchem konkreten Sachverhalt sie überhaupt ausgegangen ist, genügt diesen Anforderungen nicht (vgl VwGH 16.11.2012, 2012/02/0203, VwGH 09.10.2014, 2013/02/0269). Dem Verstoß gegen die Begründungspflicht gem. §§ 58 Abs 2 und 60 iVm § 67 AVG liegt eine Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheides infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften dann vor, wenn die belangte Behörde bei Einhaltung derselben zu einem anderen Bescheid hätte kommen können (VwGH 17.04.1996, 95/21/0297, mit Hinweis auf E 14.11.1980, 753/78).

Die Behörde hat in der Begründung den festgestellten Sachverhalt und die Stellungnahme der Partei anzuführen; dabei sind auch die von der Behörde im Rahmen der Beweiswürdigung angestellten Erwägungen (etwa warum bei widersprechenden Zeugenaussagen einem der Zeugen geglaubt wird) darzulegen. Auch Schlüsse aus Tatsachen, die nur bei der Behörde notorisch sind, sind in der Begründung auszuführen. Weiters hat die Begründung die "Beurteilung der Rechtsfrage" zu enthalten; dies bedeutet, dass die Behörde den Sachverhalt der anzuwendenden Norm zu "unterstellen" hat; es ist der festgestellte Sachverhalt dem gesetzlichen Tatbestand zuzuordnen, was eine Interpretation der anzuwendenden Norm voraussetzt. Ergibt der Interpretationsvorgang mehrere Auslegungsmöglichkeiten, so hat die Behörde eine davon zu wählen und ihre Wahl zu begründen; das Gleiche gilt, wenn die Anwendung verschiedener Rechtsvorschriften in Frage kommt oder wenn das Gesetz eine Interessenabwägung anordnet. Gegebenenfalls ist auch die Beziehung des nationalen Rechts zum Unionsrecht

darzulegen. Die Behörde hat auf alle vorgebrachten Tatsachen und Rechtsausführungen einzugehen; ebenso auf allfällige Einwendungen von Antragsgegnern.

Ein Verweis auf die Aktenlage genügt nicht; ebenso wenig der Hinweis auf einzelnes "Aktenmaterial" oder eine "undifferenzierte Bezugnahme" auf Sachverständigengutachten; ein Hinweis auf den Grundsatz der freien Beweiswürdigung ist nicht hinreichend. In der Begründung eines Bescheids darf auch auf die Begründung eines anderen Bescheids (gegen dieselbe Partei) verwiesen werden, sofern dies in ausreichend klarer Weise erfolgt.

Die drei logisch aufeinander aufbauenden und formal zu trennenden Elemente einer ordnungsgemäß begründeten verwaltungsgerichtlichen Entscheidung bestehen erstens in einer im Indikativ gehaltenen Tatsachenfeststellung, zweitens in der Beweiswürdigung und drittens in der rechtlichen Beurteilung. Die bloße Zitierung von Beweisergebnissen wie zB von Zeugenaussagen ist weder erforderlich noch hinreichend, eine Aufzählung aufgenommenen Beweise mag zweckmäßig sein. Lässt eine Entscheidung die Trennung dieser Begründungselemente in einer Weise vermissen, dass die Rechtsverfolgung durch die Partei oder die nachprüfende Kontrolle durch die Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts maßgeblich beeinträchtigt wird, dann führt ein solcher Begründungsmangel zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung schon aus diesem Grund. Gleiches gilt, wenn eine solche maßgebliche Beeinträchtigung sonst in einem Mangel an Klarheit bzw Übersichtlichkeit der Zusammenfassung iSd § 60 AVG gründet (VwGH vom 20.05.2015, Ra 2014/09/0041).

Eine auf § 17 VwGVG 2014 iVm § 38 AVG gestützte Aussetzungsentscheidung stellt eine Ausübung des in § 38 AVG eingeräumten Ermessens dar. Auch Ermessensentscheidungen sind allerdings nach § 60 AVG in der Weise zu begründen, dass in der Begründung die für die Ermessensübung maßgebenden Umstände und Erwägungen insoweit aufgezeigt werden, als dies für die Rechtsverfolgung durch die Parteien und für die Nachprüfbarkeit des Ermessensaktes auf seine Übereinstimmung mit dem Sinn des Gesetzes (vgl. Art 133 Abs 3 B-VG) erforderlich ist; dies erfordert jedenfalls eine die besonderen Verhältnisse des Einzelfalls voll berücksichtigende Interessenabwägung. Erweist sich die Begründung des Aussetzungsbeschlusses als mangelhaft, so kommt diesem Begründungsmangel auch Relevanz zu, weil ohne entsprechende Darlegungen nicht beurteilt werden kann, ob die Aussetzung zu Recht erfolgt ist (VwGH vom 20.05.2015, Ra 2015/10/0023).

Erschöpfen sich die rechtlichen Ausführungen der belangten Behörde im Verfahren betreffend Übertretungen arbeitnehmerschutzrechtlicher Bestimmungen im Zusammenhang mit der Verneinung der Arbeitgebereigenschaft zur Gänze in Rechtsbehauptungen ohne konkrete Tatsachenfeststellungen, behaftet sie den angefochtene Bescheid mit einem wesentlichen Begründungsmangel (VwGH vom 27.03.2015, 2012/02/0196).

Lässt der angefochtene Bescheid nicht erkennen, welchen Sachverhalt die belangte Behörde als erwiesen angenommen hat, so vermag der Verwaltungsgerichtshof nicht zu überprüfen, ob der Beschwerdeführer durch den angefochtenen Bescheid in einem Recht verletzt wurde. In einem solchen Fall liegt ein wesentlicher Verfahrensmangel (Begründungsmangel) vor (VwGH 21.09.1984, GZ 84/17/0079).

Zutreffend betont die hL, dass Ermessensbescheide - wie andere Bescheide - zu begründen sind und ein bloßer Hinweis auf das freie Ermessen nicht genügt; die neuere Jud folgt dieser Auffassung.

Dem gesetzlichen Gebot, Bescheide zu begründen, wird von der Jud besondere Bedeutung beigemessen; es wird als Ausdruck eines rechtsstaatlichen Verwaltungsverfahrens angesehen. Das gesetzlich geforderte Ausmaß der Begründungspflicht von Bescheiden wird als vom Rechtsschutzinteresse und der Überprüfungsmöglichkeit begrenzt betrachtet. Ein Begründungsmangel kann einen wesentlichen Verfahrensmangel iSd § 42 Abs 2 Z 3 lit e VwGG bilden. Die Begründung eines Bescheids hat im Allgemeinen keine normative Kraft; eine unrichtige oder unvollständige Begründung kann daher einen Bescheid, dessen Spruch eindeutig ist, nicht rechtswidrig machen. Ein Widerspruch zwischen Spruch und Begründung (sofern dieser eine Eindeutigkeit des Spruchs verhindert) macht einen Bescheid inhaltlich rechtswidrig. Die Begründung eines Bescheids kann für die Auslegung der im Spruch enthaltenen Norm von Bedeutung sein; doch darf ein klarer Spruch aus der Begründung nicht umgedeutet oder ergänzt werden; nur ausnahmsweise wird auch der Begründung eines Bescheids "bindende Wirkung" beigemessen (etwa einer Zurückverweisung gem § 66 Abs 2 AVG). Das Ausmaß der Begründungspflicht wird vom Rechtsschutzinteresse bestimmt. Die Richtigkeit der herrschenden Auffassung kann auch aus der Entstehungsgeschichte des § 58 AVG begründet werden.

§ 58 Abs 2 AVG stellt zunächst ausdrücklich den Grundsatz auf, dass Bescheide iSd AVG zu begründen sind. In Ergänzung dazu ordnet § 60 AVG an, welchen Inhalt die Begründung eines Bescheides aufzuweisen hat. Aus dem Zusammenhalt mit § 59 AVG ergibt sich, dass nicht nur der Hauptinhalt, sondern alle Bestandteile des Spruchs, dh zB auch die (Mit-) Erledigung von Einwendungen, die Festlegung von Nebenbestimmungen oder

einer Leistungsfrist, der Begründungspflicht unterliegen. Darüber hinaus hat die Bescheidbegründung nicht nur die Beurteilung von Vorfragen, sondern auch deren Begründung zu enthalten.

Die Behörde wird weder durch den Grundsatz der freien Beweiswürdigung von der Pflicht zur ausreichenden Begründung ihres Bescheides enthoben, noch kann die Unterlassung einer Begründung dadurch gerechtfertigt werden, dass die Oberbehörde eine Weisung erteilt hat, der sich die bescheiderlassende Behörde nicht anschließen vermag.

Schließlich kann ein "Verzicht" der Behörde auf eine Begründung ihres Bescheides auch durch verwaltungsökonomische Überlegungen nicht gerechtfertigt werden. Nach VwGH 31.03.2004, 2002/06/0201, haben sich Aspekte der Verfahrensökonomie vielmehr dem Erfordernis einer nachvollziehbaren Bescheidbegründung unterzuordnen. Dementsprechend darf der - auf den ersten Blick gegenteiligen - Aussage des VwGH im Erk vom 30.11.1966, 1273/66, dass diese beiden "Anliegen" (Begründungspflicht und Verwaltungsökonomie) im österreichischen Verwaltungsverfahren nebeneinander stehen und keines dem anderen untergeordnet werden dürfe, keinesfalls dahin gehend verstanden werden, dass die Begründungspflicht durch das Effizienzprinzip (weiter) eingeschränkt wird. In diesem Sinn hat der Gerichtshof im angeführten Erk selbst betont, die Behörde gehe "entschieden zu weit", wenn sie die Begründung des Bescheides zugunsten der Verwaltungsökonomie vernachlässigen will, und den Bescheid wegen Fehlens einer Begründung aufgehoben.

Insgesamt ist somit - dem Telos des § 58 Abs 2 AVG entsprechend - ein erstinstanzlicher Bescheid immer dann zu begründen, wenn dadurch in subjektive Rechte einer Partei (einschließlich des Antragstellers) eingegriffen wird, weil die Partei diese Rechte nur dann sachgemäß verteidigen kann, wenn sie die Gründe für den Eingriff erfährt.

Im Gegensatz zum Spruch stellt die Begründung des Bescheides kein wesentliches Bescheidmerkmal dar, sodass auch ihr vollständiges Fehlen die Bescheidqualität einer Erledigung nicht beeinträchtigt. Weder kann sie den Bescheidspruch (die normative Anordnung) ersetzen noch modifizieren, noch kann ihr selbst Rechtskraft - und damit Bindungswirkung - zukommen. Folglich kann im Allgemeinen nur der Spruch Rechte der Partei verletzen, eine Rechtsverletzung durch Ausführungen in der Begründung selbst aber nicht eintreten. Allerdings wird die Bescheidbegründung der Rechtskraft des Spruchs insofern teilhaftig, als sich aus ihr der von der Behörde angenommene maßgebliche Sachverhalt ergibt und sie zur Auslegung eines nicht eindeutigen Spruchs heranzuziehen ist. Darüber hinaus wird der Begründung von bestimmten kassatorischen Bescheiden ausnahmsweise Bindungswirkung für das weitere Verfahren beigemessen.

Entspricht die Begründung des Bescheides nicht den Vorgaben des AVG, so belastet dies den Bescheid mit einem Verfahrensmangel. Gem § 66 Abs 4 AVG ist die Berufungsbehörde berechtigt und verpflichtet, ihre Anschauung auch hinsichtlich der Begründung des Bescheides an die Stelle jener der Unterbehörde zu setzen. Begründungsmängel eines unterinstanzlichen Bescheides können also saniert und somit dann nicht zu einer (von der Vorstellungsbehörde iSd Art 119a Abs 5 B-VG oder) vom VwGH aufzugreifenden Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften führen, wenn die Berufungsbehörde diesen Mangel behebt.

Allerdings bewirkt ein Verstoß gegen § 60 AVG über die Begründung von Bescheiden keine Verletzung von subjektiven Rechten der Partei, wenn der Spruch der Behörde durch die Rechtslage gedeckt ist und durch den Begründungsmangel nicht die Rechtsverfolgung "an sich" gehindert ist, also die Behörde auch bei Einhaltung dieser Verfahrensvorschrift zu keinem anderen Bescheid hätte kommen können.

Als Verfahrensfehler führt ein Begründungsmangel nur dann zur Aufhebung des letztinstanzlichen Bescheides durch den VwGH gem § 42 Abs 2 Z 3 VwGG, wenn die Behörde bei rechtmäßigem Vorgehen zu einem anderen Bescheid hätte kommen können. Dies ist anzunehmen, wenn der Begründungsmangel entweder die Parteien des Verwaltungsverfahrens an der Verfolgung ihrer Rechte oder den VwGH an der Überprüfung des Bescheides auf seine inhaltliche Rechtmäßigkeit hindert.

Hingegen scheint der VwGH die Wesentlichkeit des diesbezüglichen Verfahrensmangels (die Möglichkeit eines anderen Ergebnisses) teilweise als ein von der Behinderung der Rechtsverfolgung oder/und der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle des Bescheides verschiedenes Kriterium anzusehen. Dazu ist allerdings anzumerken, dass immer dann, wenn erkennbar ist, dass die Begründung nur in Bezug auf einen unwesentlichen Punkt unrichtig oder unvollständig ist - wenn zB ein Sachverhaltselement falsch wiedergegeben wird, das den Bescheidspruch in keiner Weise trägt - weder die Partei an der Rechtsverfolgung noch der VwGH an der Überprüfung der inhaltlichen Rechtmäßigkeit des Bescheides gehindert ist. Sind hingegen die einen tragenden Teil der Begründung darstellenden Ausführungen (für den VwGH) nicht nachvollzieh- und somit nicht überprüfbar, so liegt ein wesentlicher Verfahrensmangel vor.

Jedenfalls ist es nach der Rsp des VwGH Sache des Beschwerdeführers, die Relevanz des Verfahrensverstößes, d.h. durch konkretes tatsächliches Vorbringen in der Beschwerde darzutun, zu welchem anderen Ergebnis die belangte Behörde bei Einhaltung der Verfahrensvorschriften hätte kommen können.

Wie der VwGH in seinem Erkenntnis vom 19.03.2014, ZI. 2013/09/0159 ausführt, bedeutet die Begründung eines Bescheides die Bekanntgabe der Erwägungen, aus denen die Behörde zur Überzeugung gelangt, dass ein bestimmter Sachverhalt vorliegt und dass damit der Tatbestand einer bestimmten Rechtsnorm verwirklicht ist. Die Begründung eines Bescheides hat Klarheit über die tatsächlichen Annahmen der Behörde und ihre rechtlichen Erwägungen zu schaffen. In sachverhaltsmäßiger Hinsicht hat sie daher alle jene Feststellungen in konkretisierter Form zu enthalten, die zur Subsumtion dieses Sachverhaltes unter die von der Behörde herangezogene Norm erforderlich sind. Denn nur so ist es dem Bescheidadressaten und auch dem Verwaltungsgerichtshof möglich, den Bescheid auf seine Rechtsrichtigkeit zu überprüfen (vgl. das Erkenntnis vom 28.06.2002, ZI. 99/02/0084).

Im vorliegenden Fall hat die belangte Behörde zwar knapp aber dennoch nachvollziehbar dargelegt, aus welchen Gründen sie zu ihren Annahmen gelangte und hierzu alle notwendigen rechtlichen Erwägungen getroffen, womit der bekämpfte Bescheid den zuvor genannten Anforderungen gerecht wird.

Auf Grundlage des festgestellten Sachverhaltes und der obigen Ausführungen kann der Ansicht der bP dem Grundsatz nach insofern gefolgt werden, dass der betroffene Bescheid spärlich begründet wurde. Wie der Stellungnahme der bB vom 10.06.2016 zu entnehmen ist, kam sie aufgrund der Kontrolle der Finanzpolizei am 03.03.2016, welche im Zuge der Ermittlungen zu den 22 weiteren Anträgen stattfand, zu dem Ergebnis, dass es sich, abweichend von der Darstellung in der Antwort der bP vom 25.01.2016, bei den von den Arbeitnehmern der bP ausgeführten Tätigkeiten um Arbeitskräfteüberlassung handelt. Für die Nachvollziehbarkeit ihres Handelns, nämlich der Grund für die Erteilung und den anschließenden Widerruf derselben, wäre eine Begründung nützlich gewesen.

Letztendlich war aber dieser Mangel, bezugnehmend auf die dazu ergangene Judikatur und der einschlägigen Literatur, nicht geeignet, den in Beschwerde gezogenen Bescheid der bB mit Rechtswidrigkeit zu behaften.

Unter Berücksichtigung der Jurisdiktion wäre die bB auch bei vorbildlicher Begründung, unter Zugrundelegung des ihr durch die ihr gegenüber gemachten Aussagen der bP bekannten Sachverhalts zu keinem anderen Ergebnis im Spruch gekommen. Der in Beschwerde geführte Bescheid der bB ist nicht nur in Zusammenhang mit dem Spruch, sondern auch betreffend die Begründung nachvollziehbar und schlussfolgernd kontrollierbar.

Dies erfüllt nach dem VwGH in Summe die Mindestanforderung einer Begründung, weshalb der bP in diesem Beschwerdepunkt nicht gefolgt werden kann.

3.9. Ergänzend sei darauf hingewiesen, dass die Einvernahme sämtlicher ausländischer Arbeitnehmer für den gegenständlichen Prozess notwendig war.

Bei den Überlegungen zur Zeugenladung ist sehr wohl die Verfahrensökonomie ins Kalkül gezogen worden, allerdings bedarf es für eine umfassende Kenntnis der Sachverhaltslage, nämlich darüber, welcher Arbeitnehmer welche Tätigkeit verrichtet hat, in wessen Auftrag und mit welchen und wessen Materialien und Werkzeug, der Aussage jedes einzelnen Arbeitnehmers. Das Gericht konnte sich nur so ein genaues Bild über den genauen Arbeitsablauf verschaffen. Wie der VwGH in seinem Erkenntnis vom 25.05.2016, Ra 2016/11/0038 festhält, ist dem AVG "eine antizipierende Beweiswürdigung fremd. Beweisanträge dürfen nur dann abgelehnt werden, wenn die Beweistatsachen als wahr unterstellt werden, es auf sie nicht ankommt oder das Beweismittel - ohne unzulässige Vorwegnahme der Beweiswürdigung - untauglich bzw. an sich nicht geeignet ist, über den beweiserheblichen Gegenstand einen Beweis zu liefern. Die "freie Beweiswürdigung" gemäß § 45 Abs 2 AVG darf erst nach einer vollständigen Beweisaufnahme einsetzen (vgl. die hg. Erkenntnisse vom 14.04.2016, ZI. Ra 2014/02/0068, vom 03.03.2016, ZI. Ro 2014/08/0020, vom 28.10.2015, ZI. 2012/10/0104, vom 20.10.2015, ZI. Ra 2014/09/0028, vom 23.06.2015, ZI. Ra 2014/01/0117, und vom 20.05.2015, ZI. Ra 2014/09/0041).

3.10. Zur Verfahrensrüge der bP hinsichtlich Verfahrenszusammenlegung:

Dem Antrag des Rechtsvertreters der bP auf Verfahrenszusammenlegung wurde entsprochen, da die Aussagen der 7 Zeugen in der mündlichen Verhandlung am 11. und 12.07.2016 jedem Verfahren zugrunde gelegt werden. Sohin wurde dem Gebot der Verfahrensökonomie, nämlich der Zweckmäßigkeit, Raschheit, Einfachheit und Kostenersparnis, entsprochen.

3.11. Zur Verfahrensrüge der bP hinsichtlich "Ortsaugenschein" am 23.06.2016:

Der Rechtsvertreter wandte in seiner Stellungnahme vom 24.06.2016 ein, dass die bP nachträglich erfahren hätte, dass das Bundesverwaltungsgericht einen Ortsaugenschein der Werkshalle, in der die verfahrensgegenständlichen Arbeiten der bP durchgeführt wurden, angeordnet und durchgeführt habe. Sollte dies zutreffen, dann hielte die bP fest, dass dieser Ortsaugenschein ohne ihre Verständigung und ohne ihre Möglichkeit zur Teilnahme erfolgt sei.

Dem ist entgegenzuhalten, dass es sich nicht um einen Ortsaugenschein des "Gerichts" gehandelt hatte, denn dazu wäre auch die Beiziehung der Laienrichter, die gemeinsam mit dem Vorsitzenden Richter den Senat und sohin das erkennende Gericht bilden, erforderlich gewesen, sondern um Erhebungen seitens des Vorsitzenden Richters im Zuge der Sachverhaltsermittlungen, die ohne bB und ohne Laienrichter stattgefunden hatten, um sich ein Bild des Objekts, der Örtlichkeit und der Gegebenheiten zu machen. Die Parteien hatten im Zuge der mündlichen Verhandlung Gelegenheit, davon Kenntnis zu erlangen und wurde bei der mündlichen Verhandlung das Parteiengehör gewahrt.

3.12. Gemäß § 24 Abs 1 VwGVG hat das Verwaltungsgericht auf Antrag oder, wenn es dies für erforderlich hält, von Amts wegen eine öffentliche mündliche Verhandlung durchzuführen. Eine solche fand am 11. und 12.07.2016 statt.

3.13. Gemäß § 29 Abs 1 VwGVG sind die Erkenntnisse im Namen der Republik zu verkünden und auszufertigen. Sie sind zu begründen.

Gemäß Abs 2 hat in der Regel das Verwaltungsgericht das Erkenntnis mit den wesentlichen Entscheidungsgründen sogleich zu verkünden, sofern eine Verhandlung in Anwesenheit von Parteien stattgefunden hat.

Gemäß Abs 3 entfällt die Verkündung des Erkenntnisses, wenn

1. eine Verhandlung nicht durchgeführt (fortgesetzt) worden ist oder
2. das Erkenntnis nicht sogleich nach Schluss der mündlichen Verhandlung gefasst werden kann

und jedermann die Einsichtnahme in das Erkenntnis gewährleistet ist.

Wie der VwGH in seinem Erkenntnis vom 12.05.2011, 2008/04/0046 ausführt, ist der Behörde nicht entgegen zu treten, wenn sie auf Grund der Komplexität der Rechtslage und insbesondere auf Grund der erforderlichen Präzisierungen bzw. Richtigstellungen des Bescheidspruches eine sofortige Verkündung des Bescheides für nicht möglich erachtet hat (Hinweis E vom 19.03.2003, 2001/03/0025).

Im gegenständlichen Fall war aufgrund des Umfangs der Vorbringen der Zeugen im der Verhandlung, der Komplexität sowohl der Sach- als auch Rechtslage sowie der Notwendigkeit weitergehender Erhebungen und Beratungen im Senat die sofortige Entscheidungsfindung nach Schluss der Verhandlung nicht möglich und es daher erforderlich, das Erkenntnis schriftlich zu erlassen.

3.14. Gemäß § 25a Abs 1 VwGG hat das Verwaltungsgericht im Spruch seines Erkenntnisses oder Beschlusses auszusprechen, ob die Revision gemäß Art 133 Abs 4 B-VG zulässig ist. Der Ausspruch ist kurz zu begründen (VwGH vom 22.05.2014, Ra 2014/01/0030). Gegen ein Erkenntnis des Verwaltungsgerichtes ist die Revision gem Art 133 Abs 4 B-VG 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. Hat das Erkenntnis nur eine geringe Geldstrafe zum Gegenstand, kann durch Bundesgesetz vorgesehen werden, dass die Revision unzulässig ist.

Die Revision ist gem Art 133 Abs 4 B-VG zulässig, weil die Entscheidung von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt und es an einer einheitlichen Rechtsprechung zu dieser Rechtsfrage mangelt.

Wie oben ausgeführt, weicht die Rsp des EuGH von jener der nationalen Gericht und dem nationalen Recht ab. Der Europäische Gerichtshof hat in seinem Urteil vom 11.09.2014, Essent Energie Productie BV gegen die

Niederlande, C-91/13, grundsätzliche Aussagen zum Thema des freien Dienstleistungsverkehr bzw. der Beschränkung desselben getroffen. Im Hinblick auf dieses Urteil hat der der VwGH in seinen Erkenntnissen vom 20.05.2015, Ro 2014/09/0067, sowie vom 21.04.2015, Ra 2015/09/0006, , die obig angeführte aktuelle Rechtsprechung des EuGH erwähnt, und auf Grund von fehlenden Bewilligungen nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz erlassene Strafbescheide behoben. Weiters liegen Entscheidungen des LVwG (vom 08.01.2015, 33.15-5183/2014-35), des BVwG (vom 29.09.2015, W156 2110584-1) und des VwGH (vom 24.02.16, Ra 2015/09/0115) vor, worin im Wesentlichen ausgeführt wird, dass die österreichische Regelung, wonach die Überlassung drittstaatsangehöriger Arbeitnehmer durch Überlasser mit Sitz in einem EU-Mitgliedstaat (im konkreten Fall: Slowenien) einer inländischen Beschäftigungsbewilligung bedarf, - in Abkehr von der bisherigen Rechtsprechung - dem Gemeinschaftsrecht widerspricht und daher aufgrund des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts gegenüber dem innerstaatlichen Recht unangewendet zu bleiben hat. Es ist lediglich festzustellen, ob sich die drittstaatsangehörigen Arbeitnehmer in Slowenien rechtmäßig aufhalten und arbeiten durften.

Es liegt deshalb eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung vor, ob im Hinblick auf das obig zitierte Urteil des Europäischen Gerichtshofes, alleine auf Grund des Umstandes, dass eine Arbeitskräfteüberlassung und keine Entsendung von Arbeitskräften aus Drittstaaten vorliegt, diese untersagt werden kann.

Die Voraussetzungen des Art 133 Abs 4 B-VG waren somit gegeben.

Auf Grundlage der obigen Ausführungen war spruchgemäß zu entscheiden.

### **European Case Law Identifier**

ECLI:AT:BVWG:2016:L517.2126153.1.00