



MASTER THESIS | MASTER'S THESIS

Titel | Title

Die Umsetzung der EU-Entsenderichtlinie in österreichisches Recht und die damit verbundene Problematik der versteckten Rot-Weiß-Rot - Karte

verfasst von | submitted by

Patrick Böhm LL.B. (WU)

angestrebter akademischer Grad | in partial fulfilment of the requirements for the degree of

Master of Laws (LL.M.)

Wien | Vienna, 2025

Studienkennzahl lt. Studienblatt |
Degree programme code as it appears on the
student record sheet:

UA 999 082

Universitätslehrgang lt. Studienblatt |
Postgraduate programme as it appears on the
student record sheet:

Europäisches und Internationales Wirtschaftsrecht
(LL.M.) [Berufsbegleitend Deutsch]

Betreut von | Supervisor:

Dipl.-Jur. Dr. Maria Elisabeth Sturm LL.M.

Gender-Hinweis

Die in der vorliegenden Arbeit verwendeten Personenbezeichnungen beziehen sich gleichermaßen auf weibliche, männliche und diverse Personen. Auf eine Doppelnennung und gegenderte Bezeichnungen wird zugunsten einer besseren Lesbarkeit verzichtet.

Abstract

Die gegenständliche rechtswissenschaftliche Arbeit beschäftigt sich mit dem österreichischen Zuwanderungsmodell der „Rot-Weiß-Rot – Karte“ bzw. „Blauen Karte EU“ und dem Instrument der EU-Entsendebestätigung gem § 18 des Ausländerbeschäftigungsgesetzes (AuslBG). Es wird untersucht, wie die EU-Entsendebestätigung nach § 18 AuslBG Drittstaatsangehörigen eine versteckte Zuwanderung in das Bundesgebiet ermöglicht und das österreichische Zuwanderungsmodell aushebelt. Dabei werden sowohl die diesbezüglichen unions- und nationalrechtlichen Grundlagen als auch die gegenständliche Judikatur - anhand von Praxisfällen – analysiert. Aufgrund eines anhaltenden Fachkräftemangels wird das österreichische Zuwanderungsmodell kontinuierlich erleichtert und ein Missbrauch der Dienstleistungsfreiheit – ieS der EU-Entsenderichtlinie – von den nationalen Gerichten oftmals nicht aufgegriffen.

Inhaltsverzeichnis

1	Einleitung.....	1
2	Allgemeiner Teil	4
2.1	Der Binnenmarkt und seine Grundfreiheiten	4
2.1.1	Grundlegendes	4
2.1.2	Dienstleistungsfreiheit.....	6
2.1.3	Die Abgrenzung der Dienstleistungsfreiheit zu den anderen Grundfreiheiten.....	9
2.2	Die rechtliche Bedeutung von Richtlinien der Europäischen Union	12
2.2.1	Grundlegendes	12
2.2.2	Unmittelbare Wirkung von Richtlinien	14
2.2.3	Die Umsetzung in das nationale Recht	16
2.2.4	Auswirkungen der Nichtumsetzung.....	19
3	Die EU-Entsenderichtlinie.....	21
3.1	Die Geschichte und das Ziel der EU-Entsenderichtlinie	21
3.2	Geltungsbereich	24
3.2.1	Persönlicher Geltungsbereich.....	24
3.2.2	Sachlicher Anwendungsbereich	25
3.2.3	Räumlicher Anwendungsbereich.....	26
3.3	Begriffsbestimmungen im Sinne der EU-Entsenderichtlinie	27
3.3.1	Entsendebegriff	27
3.3.2	Arbeitgeberbegriff	27
3.3.3	Arbeitnehmerbegriff.....	28
3.4	Rechtsschutz und Kontrolle.....	28
4	Die Umsetzung der EU-Entsenderichtlinie in das österreichische Recht.....	32
4.1	Arbeitsvertragsrecht-Anpassungsgesetz (AVRAG)	32
4.1.1	§ 7 AVRAG	32
4.1.2	§ 7a AVRAG	33
4.1.3	§ 7b AVRAG	34
4.1.4	§ 7c AVRAG	35
4.2	Arbeitskräfteüberlassungsgesetz (AÜG)	35
4.3	Ausländerbeschäftigungsgesetz.....	36

5	Beschäftigung von Drittstaatsangehörigen im Rahmen der Rot-Weiß-Rot-Karte im Sinne des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes in Verbindung mit dem Ausländerbeschäftigungsgesetz	37
5.1	Kriteriengeleitetes Zuwanderungsverfahren	37
5.2	Das Verfahren der Rot-Weiß-Rot – Karte	39
5.3	Besonders Hochqualifizierte - § 12 AuslBG	42
5.4	Fachkräfte in Mangelberufen - § 12a AuslBG	45
5.5	Sonstige Schlüsselkräfte - § 12b Z 1 AuslBG	47
5.6	Studienabsolventen - § 12b Z 2 AuslBG	51
5.7	Blaue Karte – EU - § 12c AuslBG	51
5.8	Ausblick auf eine zukünftige mögliche Entwicklung der Rot-Weiß-Rot – Karte	53
6	Die EU-Entsendebestätigung im Sinne des § 18 Abs 12 AuslBG als versteckte Rot-Weiß- Rot Karte	56
6.1	Grundlegendes zur EU-Entsendebestätigung	56
6.2	Rechtliche Möglichkeiten zur Umgehung der „Rot-Weiß-Rot – Karte“ bzw „Blauen Karte EU“	57
7	Fallbeispiele aus der Praxis.....	63
7.1	Geschäftstätigkeit im Sitzstaat	63
7.2	Antrag auf Rot-Weiß-Rot – Karte nach zahlreich erteilten EU-Entsendebestätigungen.....	72
7.3	Kontrollmechanismus	78
8	Conclusio.....	79
9	Literaturverzeichnis	84
10	Judikaturverzeichnis	86

Abkürzungsverzeichnis

ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch
Abs	Absatz
AEntG	Arbeitnehmer-Entsendegesetz (Deutschland)
AEUV	Vertrag über die Europäische Arbeitsweise der Europäische Union
AktG	Aktiengesetz
AMS	Arbeitsmarktservice
Art	Artikel
ASchG	Arbeitnehmerschutzgesetz
ASVG	Allgemeines Sozialversicherungsgesetz
AÜG	Arbeitskräfteüberlassungsgesetz
AuslBG	Ausländerbeschäftigungsgesetz
AVRAG	Arbeitsvertragsrecht-Anpassungsgesetz
AZG	Arbeitszeitgesetz
BGBI	Bundesgesetzblatt
bspw	beispielsweise
B-VG	Bundes-Verfassungsgesetz
BVwG	Bundesverwaltungsgericht
bzw	beziehungsweise
COM	Kommission
dh	das heißt
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
etc	etcetera
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWR	Europäischer Wirtschaftsraum
ff	fortfolgende
FPG	Fremdenpolizeigesetz
gem	gemäß

GmbHG	GmbH-Gesetz
GP	Gesetzgebungsperiode
idF	in der Fassung
ieS	im engeren Sinn
inkl	inklusive
iSd	im Sinne des
iSv	im Sinne von
iVm	in Verbindung mit
lit	litera
LSD-BG	Lohn- und Sozialdumping Gesetz
m ²	Quadratmeter
NAG	Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz
Nr	Nummer
oa	oben angeführt
Pkt	Punkt
Ra	Rechtsakte
RGS	Regionale Geschäftsstelle
RL	Richtlinie
RV	Regierungsvorlage
S	Seite
ua	unter anderem
UrlG	Urlaubsgesetz
uU	unter Umständen
VfGH	Verfassungsgerichtshof
vgl	vergleiche
VO	Verordnung
VwGH	Verwaltungsgerichtshof
Z	Ziffer
zB	zum Beispiel
ZKO	Zentrale Koordinationsstelle

1 Einleitung

Diese rechtswissenschaftliche Arbeit beschäftigt sich mit der Umsetzung der EU-Entsenderichtlinie (96/71/EG) in das österreichische Recht und untersucht die damit verbundene Problematik der versteckten Rot-Weiß-Rot – Karte.

Angesichts der sich wandelnden globalen politischen, ökonomischen und künftig auch klimatischen Rahmenbedingungen nimmt die Bedeutung Österreichs sowohl als Wirtschaftsstandort als auch als Lebensraum kontinuierlich zu. Gleichzeitig sieht sich das Land – ähnlich wie zahlreiche andere Mitgliedsstaaten der Europäischen Union – mit einem zunehmenden Mangel an qualifizierten Fachkräften in fast sämtlichen Branchen konfrontiert. Besonders ausgeprägt zeigt sich dieser Engpass in Bereichen des Gesundheitswesens und in den handwerklichen Berufen.

Die Ursachen dieses Fachkräftemangels sind vielfältig. Zum einen bieten anderen Länder oftmals attraktivere Bedingungen, zum anderen hinken die diesbezüglichen Berufsausbildungen den Anforderungen am Arbeitsmarkt hinterher.

Um diesem Fachkräfteschwund entgegenzuwirken, setzen viele Mitgliedstaaten der Europäischen Union (EU) auf Integration bzw Inklusion von Drittstaatsangehörigen. Aus österreichischer wie auch europäischer Sicht würden ohne die Möglichkeit der Beschäftigung von Drittstaatsangehörigen bestimmte Branchen am Arbeitsmarkt zusammenbrechen/verschwinden.

Dies hat ua zur Folge, dass die Einwanderungsprozesse für diese Personengruppe stetig vereinfacht werden bzw die Rechtsprechung dementsprechend angepasst wird.

In Österreich erfolgt die Zuwanderung überwiegend im Rahmen des Modells der Rot-Weiß-Rot – Karte. Hierbei handelt es sich um Drittstaatsangehörige, die in Österreich arbeiten und leben möchten und hierfür einen Antrag auf Erteilung einer Rot-Weiß-Rot – Karte stellen. Dieses österreichische kriteriengeleitete Zuwanderungsmodell

wurde im Rahmen der Novellen zum Ausländerbeschäftigungsgesetz¹ (AuslBG) und zum Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz² (NAG), in Umsetzung des Regierungsprogrammes der Bundesregierung auf Basis eines gemeinsamen Vorschlags der Sozialpartner und der Industriellenvereinigung, eingeführt und zielt darauf ab, qualifizierten Arbeitskräften aus Drittstaaten und ihren Familienangehörigen eine nach personenbezogenen und arbeitsmarktpolitischen Kriterien gesteuerte und auf Dauer ausgerichtete Zuwanderung nach Österreich zu ermöglichen.³

Da das Zuwanderungsmodell der Rot-Weiß-Rot – Karte für Drittstaatsangehörige, jedoch einige Hürden aufweist, wird versucht, dieses ua mit bestehenden Gesetzes- bzw Rechtslücken zu umgehen. Vor allem im Zusammenhang mit der Rot-Weiß-Rot – Karte für Fachkräfte im Mangelberuf, die restriktivere Voraussetzungen zum Inhalt hat als die bestehenden Alternativen (zB „Sonstige Schlüsselkräfte“ bzw „Studienabsolventen“), erscheint eine dahingehende Umgehung seitens des Drittstaatsangehörigen und des potenziellen Arbeitgebers besonders attraktiv. Betreffend die Mangelberufe wird jährlich vom Bundesminister für Arbeit und Wirtschaft eine Verordnung erlassen, die die Mangelberufe für die Beschäftigung von ausländischen Fachkräften festlegt. Die Anzahl der darin gelisteten Mangelberufe hat über die letzten Jahre stetig zugenommen. Seit der Fachkräfteverordnung 2019⁴ bestehen auch regionale Mangelberufe, die sich an den Bedürfnissen der Bundesländer orientieren.

Generell ist in diesem Zusammenhang festzuhalten, dass der gegenständliche Fachkräftemangel zu einer Auflockerung der Zuwanderung iSd Gesetzgebung, Rechtsprechung und Vollziehung führt. Dies ist anhand der Novelle⁵ betreffend die Rot-Weiß-Rot – Karten „Fachkraft in Mangelberuf“ und „Sonstige Schlüsselkraft“ ersichtlich. Das Zuwanderungsmodell der Rot-Weiß-Rot – Karte wird in dieser Arbeit

¹ AuslBG BGBl 218/1975 idF BGBl 25/2011.

² NAG BGBl 100/2005 idF BGBl 38/2011.

³ *Deutsch/Nowotny/Seitz*, Ausländerbeschäftigungsrecht³ (2021) § 12 Rz 1.

⁴ Verordnung der Bundesministerin für Arbeit, Soziales, Gesundheit und Konsumentenschutz, mit der für das Jahr 2019 Mangelberufe für die Beschäftigung von ausländischen Fachkräften festgelegt werden (Fachkräfteverordnung 2019), BGBl II Nr 3/2019.

⁵ AuslBG BGBl 218/1975 idF BGBl 106/2022.

in einem eigenen Kapitel erläutert, weshalb hier nicht näher auf die Voraussetzungen der Erteilung eingegangen wird.

In den vergangenen Jahren hat sich eine Praxis herausgebildet, die darauf abzielt, das österreichische Zuwanderungsmodell der Rot-Weiß-Rot - Karte durch die Beantragung fragwürdiger EU-Entsendebestätigungen im Sinne des Ausländerbeschäftigungsgesetzes zu umgehen. Diese Form der Beschäftigung von Drittstaatsangehörigen verfolgt in erster Linie das Ziel, Dienstleistungen innerhalb der Europäischen Union zu erbringen. Dabei entsendet ein Unternehmen mit Sitz in einem EU-Mitgliedstaat bei ihm angestellte Drittstaatsangehörige zur Durchführung eines Projekts in einen anderen Mitgliedstaat. Vor diesem Hintergrund ist es erforderlich, sich im Rahmen der vorliegenden Arbeit auch mit den Grundlagen des europäischen Binnenmarktes sowie dessen Grundfreiheiten auseinanderzusetzen. Besonders relevant ist hierbei die Dienstleistungsfreiheit, da die maßgebliche rechtliche Grundlage in der EU-Entsenderichtlinie verankert ist.

Ziel dieser Arbeit ist es, die EU-Entsenderichtlinie und ihre Umsetzung in österreichisches Recht zu durchleuchten und die Problematik der versteckten Rot-Weiß-Rot – Karte drittstaatsangehöriger Staatsbürger aufzugreifen, die im Rahmen von EU-Entsendungen von einem anderen EU-Staat nach Österreich entsandt werden.

Die vorliegende Arbeit stützt sich auf eine rechtliche Analyse der einschlägigen Rechtsnormen, der Fachliteratur sowie der relevanten Rechtsprechung. Um die bestehende Problematik erfassen und einordnen zu können, wird zunächst ein theoretischer Rahmen entwickelt. Dieser dient insbesondere dazu, die Dienstleistungsfreiheit als Grundlage der Arbeitnehmerentsendung, den Prozess der Umsetzung von EU-Richtlinien in nationales Recht sowie das österreichische Zuwanderungsmodell der Rot-Weiß-Rot - Karte näher zu beleuchten. Die identifizierte Problematik wird im Anschluss anhand von Praxisbeispielen erläutert und unter Einbeziehung der Rechtsprechung analysiert. Ziel ist es dabei, aufzuzeigen, welche Faktoren eine zentrale Rolle spielen und welche rechtlichen Instrumente gegebenenfalls als Ansatzpunkte geeignet sind, um missbräuchlichen Entwicklungen entgegenzuwirken.

2 Allgemeiner Teil

2.1 Der Binnenmarkt und seine Grundfreiheiten

2.1.1 Grundlegendes

Die Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft (EWG) im Jahr 1957 wurde vor dem Hintergrund vollzogen, dass eine Integration der Volkswirtschaften der Mitgliedstaaten erforderlich war, um wirtschaftliche Stabilität und Wachstum zu gewährleisten. Der Regelungsgegenstand der Wirtschaftsverfassung der EWG bestand daher darin, die schrittweise Beseitigung von Wirtschaftsschranken innerhalb der Gemeinschaft zu ermöglichen. Dies sollte durch den Abbau staatlicher Eingriffe und Maßnahmen, die den innergemeinschaftlichen Handel regulierten, erreicht werden. Ziel des Prozesses war die Entstehung eines Gemeinsamen Marktes, auf dem der Handel und die Wirtschaftsbeziehungen frei nach den Gesetzen von Angebot und Nachfrage und unter Berücksichtigung der natürlichen Standortvorteile ablaufen würden.⁶

Im Zuge dieses Bestrebens hat der Europäische Gerichtshof (EuGH) in der Rechtssache *Gaston Schul* den Begriff des „Gemeinsamen Marktes“ folgendermaßen definiert:

*„Der Begriff Gemeinsamer Markt - so wie ihn der Gerichtshof in ständiger Rechtsprechung herausgearbeitet hat - stellt ab auf die Beseitigung aller Hemmnisse im innergemeinschaftlichen Handel mit dem Ziele der Verschmelzung der nationalen Märkte zu einem einheitlichen Markt, dessen Bedingungen denjenigen eines wirklichen Binnenmarktes möglichst nahekomen“.*⁷

Die Errichtung eines Binnenmarktes wird in Art 3 des Vertrags über die Europäische Union (EUV) festgelegt. Eine Vielzahl sehr diverser Ziele wird in Art 3 Abs 3 EUV

⁶ Borchardt, Die rechtlichen Grundlagen der Europäischen Union⁶ (2015) Rz 788.

⁷ EuGH 5.5.1982, C-15/81, *Gaston Schul*, ECLI:EU:C:1982:135.

angeführt. Das bedeutendste Ziel darunter lautet: „Die Union errichtet einen Binnenmarkt“.⁸

Dieses Ziel wird in Art 26 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) konkretisiert. Eine Legaldefinition des Binnenmarkts enthält Abs 2 des Art 26 AEUV: *„Der Binnenmarkt umfasst einen Raum ohne Binnengrenzen, in dem der freie Verkehr von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital gemäß den Bestimmungen der Verträge gewährleistet ist.“*⁹

Nicht nur die Abschaffung der Personen-, Zoll- und Steuerkontrollen folgt unmittelbar aus Art 26 AEUV, sondern auch die Zuständigkeitsverteilung wird zwischen der Europäischen Union (EU) und den Mitgliedstaaten festgehalten. Demnach fällt der Binnenmarkt in die ausschließliche Zuständigkeit der EU, jedoch nur insoweit, als sowohl die Zollunion, die Wettbewerbsregeln und die Währungspolitik der Mitgliedstaaten, in denen der Euro gilt, als auch die gemeinsame Handelspolitik betroffen sind bzw es um die von der EU mit den Mitgliedstaaten geteilte Zuständigkeit im Übrigen geht.¹⁰

Um die Grundfreiheiten in jedem Mitgliedstaat verwirklichen zu können, bedarf es einer Angleichung sowohl der Rechts- als auch der Verwaltungsvorschriften aller Staaten.¹¹

Diesbezüglich ist jedoch festzuhalten, dass dem EU-Gesetzgeber keine allgemeine Kompetenz zur Regelung des Binnenmarktes eingeräumt wurde, da dies mit dem Prinzip der begrenzten Ermächtigung iSd Art 5 Abs 1 EUV unvereinbar wäre. Der Rechtsangleichungsakt muss den Zweck verfolgen, die Voraussetzungen für die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarkts zu verbessern, weshalb eine konkrete Gefahr einer spürbaren Beeinträchtigung der Grundfreiheiten oder der Wettbewerbsordnung aufgrund der Unterschiede im Recht der Mitgliedstaaten vorzuliegen hat. Eine bloße Feststellung von Unterschieden sowie eine abstrakte Gefahr für die Grundfreiheiten oder von Wettbewerbsverzerrungen sind nicht

⁸ Klamert in Jaeger/Stöger, EUV/AEUV (2023) Art 3 EUV Rz 28.

⁹ Kotzur/Schiefelbein in Geiger/Khan/Kotzur/Kirchmair, EUV/AEUV⁷ (2023) Art 26 AEUV Rz 4.

¹⁰ Borchardt, Die rechtlichen Grundlagen der Europäischen Union⁶ (2015) Rz 795.

¹¹ Leidenmühler, Europarecht² (2017) S 144.

ausreichend. In Anbetracht dessen kann ein Rechtsakt nur dann auf Art 114 AEUV – diese Bestimmung bildet die Rechtsgrundlage für die Beseitigung nationaler Hindernisse durch Rechtsangleichung (Harmonisierung) im Binnenmarkt – gestützt werden, wenn aus diesem objektiv und tatsächlich hervorgeht, dass er den Zweck erfüllt, die Voraussetzungen für die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarktes zu verbessern; nicht aber, wenn die Maßnahmen lediglich als Nebeneffekt eine Harmonisierung der Marktbedingungen hervorrufen.¹²

Das zentrale Instrument der Rechtsangleichung in der Europäischen Union sind Richtlinien. Diese legen fest, welche Ziele die Mitgliedstaaten durch ihre nationale Gesetzgebung erreichen müssen, wobei sie diesen einen Spielraum hinsichtlich der konkreten Umsetzung lassen.¹³

2.1.2 Dienstleistungsfreiheit

Die in Art 56 AEUV verankerte Dienstleistungsfreiheit fungiert als Auffangfreiheit. Sie umfasst gemäß Art 57 AEUV entgeltliche Leistungen, die keiner anderen, spezifischeren Grundfreiheit zugeordnet werden können. Diese Konzeption als Auffangfreiheit spiegelt auch die historische Entwicklung der Dienstleistungsfreiheit wider, die sich im Vergleich zu anderen Grundfreiheiten - wie der Warenverkehrsfreiheit oder der Arbeitnehmerfreizügigkeit - erst später herausbildete. So wurden die ersten wegweisenden Urteile des EuGH im Bereich der Dienstleistungsfreiheit erst Mitte der 1970er-Jahre erlassen. Heute nehmen Dienstleistungen eine herausragende wirtschaftliche Stellung im Binnenmarkt ein: Nach Angaben der Europäischen Kommission tragen sie inzwischen zu etwa zwei Dritteln der gesamten Wirtschaftsleistung der EU bei und sind für rund 90 % der neu geschaffenen Arbeitsplätze verantwortlich. Die fortschreitende Digitalisierung fördert das weitere Wachstum des Dienstleistungssektors und unterstreicht dessen zentrale Rolle. Angesichts dieser wirtschaftlichen Bedeutung ergibt sich eine dringende Notwendigkeit, bestehende Hindernisse für die Dienstleistungsfreiheit, die durch divergierende Regelungen der Mitgliedstaaten entstehen, im Wege der

¹² Borchardt, Die rechtlichen Grundlagen der Europäischen Union⁶ (2015) Rz 812.

¹³ Jaeger, Materielles Europarecht² (2020) S 8.

Harmonisierung zu überwinden. Zu den zentralen Harmonisierungsmaßnahmen zählen hierbei insbesondere die Dienstleistungsrichtlinie¹⁴ sowie die Entsenderichtlinie¹⁵, welche spezielle Vorschriften für die grenzüberschreitende Entsendung von Arbeitskräften zur Erbringung von Dienstleistungen enthalten.¹⁶

2.1.2.1 Persönlicher Schutzbereich

Die Freiheit des Dienstleistungsverkehrs nach Art 56 AEUV schützt sowohl die aktive Dienstleistungsfreiheit, bei der Staatsangehörige eines Mitgliedstaats Dienstleistungen in einem anderen Mitgliedstaat erbringen, als auch die passive Dienstleistungsfreiheit, die es Dienstleistungsempfängern ermöglicht, Dienstleistungen in einem anderen Mitgliedstaat in Anspruch zu nehmen. Diese Regelungen gelten gleichermaßen für Gesellschaften im Sinne des Art 54 AEUV, sofern diese ihren tatsächlichen Sitz in einem Mitgliedstaat haben (siehe Art 62 AEUV).¹⁷

Gemäß Art 56 Abs 2 AEUV können auch Drittstaatsangehörige, die innerhalb der Union ansässig sind, unter bestimmten Bedingungen den Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten gleichgestellt werden.¹⁸

Entsendet ein Unternehmen im Rahmen der Ausübung der Dienstleistungsfreiheit eigenes Personal in einen anderen Mitgliedstaat, beispielsweise ein Bauunternehmer seine eigenen Arbeitskolonnen, so fällt auch dieses Personal unter den Schutz der Dienstleistungsfreiheit. Dies bedeutet, dass die entsandten Arbeitnehmer den arbeits- und sozialrechtlichen Vorschriften des Sitzstaates des Unternehmens unterliegen. Eine gesonderte Arbeitserlaubnis für diese Personen ist nicht erforderlich. Diese Regelung erstreckt sich auch auf Beschäftigte aus Drittstaaten, die im Rahmen der Dienstleistungsfreiheit ihres Arbeitgebers tätig sind. Sie unterliegen während der Dauer der Dienstleistungserbringung nicht den allgemeinen

¹⁴ Richtlinie 2006/123/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt.

¹⁵ 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

¹⁶ Jaeger, Materielles Europarecht² (2020) S 183.

¹⁷ Kotzur/van de Loo in Geiger/Khan/Kotzur/Kirchmair, EUV/AEUV⁷ (2023) Art 56 AEUV Rz 3.

¹⁸ Kotzur/van de Loo in Geiger/Khan/Kotzur/Kirchmair, EUV/AEUV⁷ (2023) Art 56 AEUV Rz 3.

ausländerrechtlichen Vorschriften des Aufnahmemitgliedstaats, sondern genießen für diesen Zeitraum die EU-Freizügigkeit. Die Möglichkeit nach Art 56 Abs 2 AEUV, die Dienstleistungsfreiheit durch Beschluss des Europäischen Parlaments und des Rates auf Dienstleister aus Drittstaaten auszuweiten, die innerhalb der EU ansässig sind, wurde bisher nicht genutzt.¹⁹

Die Hauptadressaten der Verbote, die sich aus der Dienstleistungsfreiheit ergeben, sind die Mitgliedstaaten. Der Gerichtshof hat hierbei einen funktionalen Staatsbegriff zugrunde gelegt, wonach er Handlungen „aller Träger öffentlicher Gewalt“ dem jeweiligen Mitgliedstaat zuordnet.²⁰ Darüber hinaus umfasst diese Zuordnung auch private Organisationen, die in einem faktischen Nahe- oder Abhängigkeitsverhältnis zu dem jeweiligen Mitgliedstaat stehen.²¹²²

2.1.2.2 Räumlicher Schutzbereich

Die Abgrenzung des sachlichen Anwendungsbereichs der Dienstleistungsfreiheit - also die Identifikation der Verhaltensweisen, die unter ihren Schutzbereich fallen - wird maßgeblich durch das Tatbestandsmerkmal der grenzüberschreitenden Erbringung innerhalb der Union bestimmt. Dabei ist es von zentraler Bedeutung, die unterschiedlichen Formen grenzüberschreitender Dienstleistungen systematisch zu erfassen. Fragen zur genauen Lokalisierung einer Dienstleistung – etwa, ob eine Versicherungsdienstleistung im anderen Mitgliedstaat oder als Korrespondenzdienstleistung erbracht wird – spielen dabei nur eine untergeordnete Rolle, solange eindeutig ist, dass es sich um eine grenzüberschreitende Leistung handelt. Liegt hingegen keine solche grenzüberschreitende Erbringung vor – etwa wenn ein Auftraggeber aus einem anderen Mitgliedstaat einen Dienstleister beauftragt, der im gleichen Staat ansässig ist wie der Dienstleistungsempfänger - fällt der Vorgang nicht in den Anwendungsbereich der Dienstleistungsfreiheit.²³

¹⁹ Borchardt, Die rechtlichen Grundlagen der Europäischen Union⁶ (2015) Rz 1082 f.

²⁰ EuGH, 15.5.1986, C-222/84, *Johnston*, ECLI:EU:C:1986:206.

²¹ EuGH, 24.11.1982, C-249/81, *Kommission/Irland*, ECLI:EU:C:1982:402.

²² Budischowsky in Jaeger/Stöger, EUV/AEUV (2023) Art 57 AEUV Rz 17.

²³ Calliess/Ruffert/Korte, EUV/AEUV⁶ (2022) Art 57 AEUV Rz 26.

2.1.2.3 Sachlicher Schutzbereich

Die Dienstleistungsfreiheit umfasst sämtliche Tätigkeiten, die zeitlich-befristet und in der Regel gegen Entgelt erbracht werden sowie dabei in irgendeiner Form eine Binnengrenze der Europäischen Union überschreiten. In Art 57 Abs 2 AEUV wird zwischen vier Kategorien von Dienstleistungen unterschieden²⁴:

- Gewerbliche Dienstleistungen (wie beispielsweise Tätigkeiten im Baugewerbe, in der Reisevermittlung oder im Filmwesen),
- Kaufmännische Dienstleistungen (darunter Bank- und Börsenwesen sowie Versicherungsleistungen),
- Handwerkliche Dienstleistungen (wie etwa Friseurtätigkeiten oder sanitäre Dienste),
- Freiberufliche Dienstleistungen (zu denen insbesondere Ärzte, Architekten und Rechtsanwälte zählen)

Die in Art 57 Abs 2 AEUV aufgeführten Kategorien sind jedoch so allgemein gehalten, dass sie im Einzelfall keine ausreichende Orientierung bieten. Daher ist das Vorliegen einer Dienstleistung unabhängig von dieser Aufzählung anhand der spezifischen Merkmale der jeweiligen Tätigkeit zu prüfen. Maßgeblich sind hierbei insbesondere der wirtschaftliche Charakter, die Entgeltlichkeit sowie der vorübergehende Charakter der Leistung.²⁵

2.1.3 Die Abgrenzung der Dienstleistungsfreiheit zu den anderen Grundfreiheiten

Die Abgrenzung der Dienstleistungsfreiheit von der Warenverkehrsfreiheit, der Arbeitnehmerfreizügigkeit und der Niederlassungsfreiheit spielt aufgrund des grundsätzlich ähnlichen Schutzzwecks dieser Grundfreiheiten häufig keine entscheidende Rolle. Anders verhält es sich jedoch bei der Kapitalverkehrsfreiheit, da diese auch Sachverhalte mit Drittstaatenbezug umfasst. Für die Differenzierung zwischen den Grundfreiheiten ist eine Unterscheidung zwischen der

²⁴ Borchardt, Die rechtlichen Grundlagen der Europäischen Union⁶ (2015) Rz 1084.

²⁵ Jaeger, Materielles Europarecht² (2020) S 185.

Tatbestandsebene und der Konkurrenzebene maßgeblich. Auf Tatbestandsebene erfolgt die Abgrenzung der Dienstleistungsfreiheit gemäß Art 57 Abs 1 AEUV von der Warenverkehrsfreiheit, der Arbeitnehmerfreizügigkeit und der Niederlassungsfreiheit.²⁶

Im Gegensatz zu den Feststellungen des Gerichtshofs in der Rechtssache *Fidium*²⁷ stellt sich die Abgrenzung der Dienstleistungsfreiheit zur Kapitalverkehrsfreiheit anders dar. Zwar nennt Art 57 Abs 1 AEUV neben der Freizügigkeit und der Warenverkehrsfreiheit auch Leistungen, die den Vorschriften über den Kapitalverkehr unterliegen, was ein einheitliches Verständnis der in dieser Vorschrift vorgenommenen Abgrenzung nahelegt. Dennoch hat der in Bezug auf den Kapitalverkehr ausgedrückte Vorbehalt eine andere Funktion als jener zugunsten der übrigen Freiheiten. Während die Abgrenzung zu diesen Freiheiten dazu dient, den Begriff der Dienstleistung zu definieren, trifft dies auf die Abgrenzung zum Kapitalverkehr nicht zu. Viele Vorgänge, die dem Kapitalverkehr zuzuordnen sind, weisen zugleich einen Bezug zu Dienstleistungen iSv Art 57 Abs 1 AEUV auf. Dass sich Dienstleistungsfreiheit und Kapitalverkehrsfreiheit nicht gegenseitig ausschließen, zeigt auch Art 58 AEUV, der ausdrücklich „mit dem Kapitalverkehr verbundene Dienstleistungen der Banken und Versicherungen“ regelt. Eine klare Trennung zwischen Dienstleistungs- und Kapitalverkehrsfreiheit erfolgt daher erst auf der Konkurrenzebene.²⁸

Der in Art 57 Abs 1 AEUV festgelegte Vorrang anderer Grundfreiheiten bewirkt jedoch nicht, dass die Dienstleistungsfreiheit zu einem rein umfassenden Auffangtatbestand wird. Vielmehr handelt es sich um eine eigenständige Grundfreiheit mit einem klar definierten und begrenzten Anwendungsbereich.²⁹

Wird ein Sachverhalt sowohl von der Dienstleistungsfreiheit als auch von anderen Grundfreiheiten erfasst, ist anhand der üblichen Kriterien zu ermitteln, ob die

²⁶ *Randelzhofer/Forsthoff in Grabitz/Hilf/Nettesheim*, AEUV (2024) Art 56, Art 57 AEUV Rz 178.

²⁷ EuGH 3.10.2006, C-452/04, *Fidium*, ECLI:EU:C:2006:631.

²⁸ *Randelzhofer/Forsthoff in Grabitz/Hilf/Nettesheim*, AEUV (2024) Art 56, Art 57 AEUV Rz 178.

²⁹ *Calliess/Ruffert/Korte*, EUV/AEUV⁶ (2022) Art 57 AEUV Rz 15.

Freiheiten parallel anwendbar sind, oder ob eine Freiheit vorrangig den Sachverhalt bestimmt.³⁰

Die Abgrenzung zwischen Niederlassungsfreiheit und Dienstleistungsfreiheit erfolgt grundsätzlich danach, ob eine Person ihre Erwerbstätigkeit dauerhaft in einem anderen Mitgliedstaat ausüben und sich damit vollständig in das berufliche und wirtschaftliche Leben des Aufnahmestaates integrieren möchte – ein Merkmal der Niederlassung – oder ob die Tätigkeit lediglich vorübergehend ausgeübt wird, also auf die Dauer der Leistungserbringung beschränkt ist – ein Kennzeichen der Dienstleistung.³¹

Betreffend die Abgrenzung zwischen Dienstleistungsfreiheit und Arbeitnehmerfreizügigkeit erfolgt diese anhand des Kriteriums der Selbstständigkeit oder Unselbstständigkeit der Tätigkeit.³²

Die Entsendung von Arbeitnehmern zur Erbringung einer Dienstleistung in einem anderen Mitgliedstaat basiert auf den Bestimmungen der Art 56 ff AEUV und nicht auf den Regelungen zur Arbeitnehmerfreizügigkeit. Dies liegt daran, dass die entsandten Arbeitnehmer keinen Zugang zum Arbeitsmarkt des Staates, in dem die Dienstleistung erbracht wird, beanspruchen. Darüber hinaus kehren sie nach Abschluss ihrer Tätigkeit in ihre Herkunftsländer zurück.³³

Hinsichtlich der Abgrenzung zur Warenverkehrsfreiheit ist festzuhalten, dass sich diese oftmals schwierig gestaltet. In der Regel ist die Dienstleistungsfreiheit dann einschlägig, wenn die Erbringung von Leistungen weder körperliche Gegenstände noch deren Übertragung beinhaltet.³⁴

Ansätze zur Lösung dieser Abgrenzungsproblematik bietet die Subsidiaritätsklausel in Art 57 Satz 1 AEUV. Diese bestimmt ausdrücklich, dass Leistungen, die den

³⁰ *Randelzhofer/Forsthoff in Grabitz/Hilf/Nettesheim*, AEUV (2024) Art 56, Art. 57 AEUV Rz 179.

³¹ *Borchardt*, Die rechtlichen Grundlagen der Europäischen Union⁶ (2015) Rz 969.

³² EuGH 20.11.2001, C-268/99, *Jany*, ECLI:EU:C:2001:616.

³³ EuGH 9.8.1994, C-43/93, *Vander Elst*, ECLI:EU:C:1994:310.

³⁴ *Piska in Jaeger/Stöger*, EUV/AEUV (2019) Art 34 AEUV Rz 21.

Regelungen über den freien Warenverkehr unterfallen, nicht unter den Begriff der Dienstleistungen iSd AEUV fallen.³⁵

2.2 Die rechtliche Bedeutung von Richtlinien der Europäischen Union

2.2.1 Grundlegendes

Das Recht der Europäischen Union ist in einer hierarchischen Struktur aufgebaut und unterteilt sich in primäres, sekundäres und tertiäres Unionsrecht. Das primäre EU-Recht umfasst den Vertrag über die Europäische Union (EUV) und den Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) in der jeweils gültigen Fassung des Vertrags von Lissabon, einschließlich ihrer Anhänge, Anlagen und Protokolle. Ebenfalls zum Primärrecht zählt die Charta der Grundrechte der Europäischen Union vom 7. Dezember 2000 in der überarbeiteten Fassung vom 1. Dezember 2007 (EU-Grundrechte-Charta), die gemäß Art 6 Abs 1 EUV denselben rechtlichen Status wie die Verträge besitzt. Darüber hinaus gehören auch die Beitrittsverträge sowie die dazugehörigen Protokolle zum primären EU-Recht.³⁶

Das Primärrecht nimmt innerhalb des Unionsrechts die höchste Stellung ein und dient als Maßstab für die Rechtmäßigkeit des sekundären Unionsrechts. In dieser Funktion übernimmt es die Rolle einer Verfassung der Europäischen Union.³⁷

Das abgeleitete Unionsrecht – bestehend aus sekundärem und tertiärem Recht – umfasst vor allem die von den Organen der Europäischen Union auf Grundlage des Primärrechts erlassenen Rechtsakte. In Art 288 AEUV werden die Arten von Rechtsakten aufgelistet, die sowohl als sekundäres als auch als tertiäres Recht erlassen werden können: Verordnungen (Art 288 Abs 1 und 2 AEUV), Richtlinien (Art 288 Abs 1 und 3 AEUV), Beschlüsse (Art 288 Abs 1 und 4 AEUV) sowie Empfehlungen und Stellungnahmen (Art 288 Abs 1 und 5 AEUV). Während

³⁵ Piska in Jaeger/Stöger, EUV/AEUV (2019) Art 34 AEUV Rz 22.

³⁶ Öhlinger/Potacs, EU-Recht und staatliches Recht⁷ (2020) S 5 f.

³⁷ Öhlinger/Potacs, EU-Recht und staatliches Recht⁷ (2020) S 9.

Verordnungen, Richtlinien und Beschlüsse rechtlich verbindlich sind, gelten Empfehlungen und Stellungnahmen als unverbindliche Maßnahmen, die dennoch Rechtscharakter besitzen.³⁸

Nach dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung ist ein Handeln der Europäischen Union jedoch nur dann gestattet, wenn eine entsprechende Zuständigkeit aus den Verträgen hervorgeht und die rechtlichen Maßnahmen in den vertraglich vorgesehenen Formen für den jeweiligen Regelungsbereich erfolgen. So ist die Union bspw verpflichtet, sich bei der Liberalisierung von Dienstleistungen gemäß Art 59 AEUV auf den Erlass von Richtlinien zu stützen und darf nicht stattdessen Verordnungen erlassen.³⁹

Als die wichtigsten Handlungsformen im Sekundärrecht sind sowohl Verordnungen als auch Richtlinien zu qualifizieren.

Der zentrale Unterschied zwischen Verordnungen und Richtlinien wird in Art 288 AEUV [ex-Art 249 EGV (Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft)] festgelegt:

Art 288 AEUV

„[...

Die Verordnung hat allgemeine Geltung. Sie ist in allen ihren Teilen verbindlich und gilt unmittelbar in jedem Mitgliedstaat.

Die Richtlinie ist für jeden Mitgliedstaat, an den sie gerichtet wird, hinsichtlich des zu erreichenden Ziels verbindlich, überlässt jedoch den innerstaatlichen Stellen die Wahl der Form und der Mittel.

...]“

Im Sinne des Art 288 AEUV (ex-Art 249 EGV) haben Verordnungen eine allgemeine Geltung, sind in allen ihren Teilen verbindlich und finden unmittelbare Anwendung in

³⁸ Haratsch/Koenig/Pechstein, Europarecht¹³ (2023) S Rz 358.

³⁹ Bieber/Epiney/Haag/Kotzur, Europarecht⁷ (2023) S 63.

jedem Mitgliedstaat. Dieser Wortlaut verdeutlicht, dass sämtliche mitgliedstaatlichen Behörden dazu angehalten sind, Verordnungen zu beachten und zu vollziehen. Darüber hinaus können natürliche und juristische Personen in den Mitgliedstaaten durch Verordnungen gleichermaßen unmittelbar berechtigt und verpflichtet werden. Dies bedeutet, dass Verordnungen nicht nur für die Mitgliedstaaten, sondern auch innerhalb dieser verbindlich sind. Ihre Wirkung tritt automatisch ein, ohne dass ein zusätzlicher Legislativakt – wie ein Umsetzungsgesetz oder ein Anwendungsbefehl der nationalen Parlamente oder Regierungen – erforderlich wäre.⁴⁰

Im Vergleich dazu sind Richtlinien gemäß Art 288 AEUV (ex-Art 249 Abs 3 EGV) - hinsichtlich des zu erreichenden Ziels - für jeden Mitgliedstaat, an den sie gerichtet sind, verbindlich. Dabei überlassen sie jedoch den innerstaatlichen Stellen die Wahl der Form und Mittel.⁴¹

Der Zweck dieser Rechtsakte besteht somit darin, Eingriffe in das nationale Rechts- und Verwaltungssystem in einer weniger intensiven Form zu gestalten, und den Mitgliedstaaten insbesondere die Möglichkeit zu geben, nationale Besonderheiten bei der Umsetzung der unionsrechtlichen Zielvorgaben zu berücksichtigen.⁴²

2.2.2 Unmittelbare Wirkung von Richtlinien

Wie oben bereits erläutert, normiert Art 288 Abs 2 und 3 AEUV, dass Verordnungen unmittelbar „in den Mitgliedstaaten“ gelten und Richtlinien lediglich „für die Mitgliedstaaten“ bestimmt sind. Dies bedeutet, dass Richtlinien den Einzelnen grundsätzlich nur indirekt betreffen; durch die Umsetzung in nationales Recht durch die Mitgliedstaaten. Bei Defiziten in der Umsetzung einer Richtlinie kann es jedoch unter bestimmten Voraussetzungen dazu kommen, dass einzelne Bestimmungen einer Richtlinie „unmittelbare Wirkung“ entfalten. Dadurch können sich

⁴⁰ Haltern, Europarecht² (2007) S 336.

⁴¹ Haltern, Europarecht² (2007) S 336.

⁴² Borchardt, Die rechtlichen Grundlagen der Europäischen Union⁶ (2015) Rz 512.

Einzelpersonen vor nationalen Behörden und Gerichten ebenfalls direkt auf diese Bestimmungen berufen, die dann ihrerseits zur Anwendung verpflichtet sind.⁴³

Der EuGH hat bereits frühzeitig durch Rechtsfortbildung die unmittelbare Wirkung von Richtlinien anerkannt, wenn diese eine ausreichende Regelungsdichte aufweisen. Eine erste Voraussetzung hierfür ist, dass die Richtlinie sowohl unbedingt als auch hinreichend genau formuliert ist. Als unbedingt gilt eine Richtlinie, wenn sie weder mit Vorbehalten noch Bedingungen versehen ist und keine weiteren Maßnahmen durch die Organe der Union erfordert. Hinreichende Bestimmtheit liegt vor, wenn sowohl der Inhalt der Regelung als auch der betroffene Personenkreis klar und eindeutig definiert sind. Während früher ein dem Mitgliedstaat verbleibender Beurteilungs-, Ermessens- oder Gestaltungsspielraum die unmittelbare Wirkung ausschloss, genügt es dem EuGH mittlerweile, dass das Ziel der Richtlinie zwingend vorgegeben ist.⁴⁴

Eine weitere Voraussetzung für die unmittelbare Wirkung einer Richtlinienbestimmung ist der Ablauf der für ihre Umsetzung vorgesehenen Frist. Vor Verstreichen dieser Frist kann eine Richtlinie keine unmittelbare Wirkung entfalten. Diese Anforderung ist in der Rechtsprechung unstrittig.⁴⁵

Nach der Rechtsprechung des EuGH setzt die unmittelbare Anwendbarkeit einer Richtlinienbestimmung zusätzlich voraus, dass sie eine den Einzelnen gegenüber dem Staat begünstigende Regelung enthält.⁴⁶

In diesem Zusammenhang ist ergänzend festzuhalten, dass Richtlinien keine unmittelbare Wirksamkeit im Verhältnis zwischen Privatpersonen entfalten, wenn keine Unredlichkeit vorliegt.⁴⁷

In Anbetracht der Tatsache, dass die unmittelbare Wirkung einer Richtlinienbestimmung zugunsten eines Einzelnen mitunter zu einer Belastung eines anderen Einzelnen führen kann (sogenannte „Richtlinie mit Doppelwirkung“, die

⁴³ Streinz/Schroeder, AEUV³ (2018) Art 288 AEUV Rz 86.

⁴⁴ Frenz, Europarecht² (2016) Rz 21.

⁴⁵ Calliess/Ruffert/Korte, EUV/AEUV⁶ (2022) Art 57 AEUV Rz 15.

⁴⁶ Öhlinger/Potacs, EU-Recht und staatliches Recht⁷ (2020) S 77.

⁴⁷ Stocker/Vcelouch in Jaeger/Stöger, AEUV (2023) Art 288 AEUV Rz 72.

insbesondere im Vergabe- und Umweltrecht häufig vorkommt), ist jedoch festzuhalten, dass dies die Anwendung der vertikalen Direktwirkung von Richtlinien nicht hindert. Solche Belastungen sind lediglich als negativer Rechtsreflex zu qualifizieren, der sich zwangsläufig aus der Verpflichtung der Mitgliedstaaten ergibt, ihre Rechtsordnung nach Ablauf der Umsetzungsfrist mit den Zielen der Richtlinie in Einklang zu bringen. Eine darüberhinausgehende zusätzliche Belastung wird durch die Anerkennung der vertikalen Direktwirkung nicht herbeigeführt.⁴⁸

In diesem Sinne verdeutlicht der EuGH, dass er zumindest grundsätzlich eine objektive unmittelbare Wirkung von Richtlinien anerkennt. Dies führt dazu, dass die unmittelbare Anwendbarkeit einer Richtlinie unter bestimmten Voraussetzungen auch von Amts wegen berücksichtigt werden muss.⁴⁹

2.2.3 Die Umsetzung in das nationale Recht

Wie oben unterscheiden sich gem Art 288 AEUV Richtlinien von Verordnungen dahingehend, dass sie nicht in allen ihren Teilen, sondern lediglich hinsichtlich des zu erreichenden Ziels verbindlich sind. Die Wahl der Form und der Mittel zur Umsetzung wird den Mitgliedstaaten dabei selbst überlassen. Die primärrechtliche Verpflichtung zur Umsetzung einer Richtlinie ergibt sich aus Art 288 AEUV in Verbindung mit Art 4 Abs 3 EUV („Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit“). Häufig ist die Umsetzungsverpflichtung zusätzlich im Sekundärrecht, dh in der Richtlinie selbst, verankert. Des Weiteren wird in der Richtlinie in der Regel auch eine Frist festgelegt, innerhalb der die Richtlinie umgesetzt werden muss.⁵⁰

Um dem unionsrechtskonformen Handeln zu entsprechen, sind die betroffenen Mitgliedstaaten daher verpflichtet, die Umsetzung der Richtlinie innerhalb der festgelegten Frist sicherzustellen. In diesem Zusammenhang können sich die Mitgliedstaaten weder auf die Komplexität und Dauer, der nach ihrem nationalen

⁴⁸ Borchardt, Die rechtlichen Grundlagen der Europäischen Union⁶ (2015) Rz 521.

⁴⁹ Öhlinger/Potacs, EU-Recht und staatliches Recht⁷ (2020) S 80.

⁵⁰ Stocker/Vcelouch in Jaeger/Stöger, AEUV (2023) Art 288 AEUV Rz 40.

Verfassungsrecht erforderlichen Verfahren noch auf sonstige interne Schwierigkeiten berufen, um eine verspätete bzw unterlassene Umsetzung zu rechtfertigen.⁵¹

Die Zuständigkeit der innerstaatlichen Stellen für die Umsetzung von Richtlinien - wie zB Regierungen oder gesetzgebende Körperschaften - richtet sich nach den jeweiligen nationalen Rechtsvorschriften. Dies gilt insbesondere im Kontext föderaler Systeme. Diese innerstaatlichen Stellen verfügen bei der Umsetzung über die Freiheit, Form und Mittel der Umsetzung selbst zu wählen. Sie entscheiden selbst darüber, wie sie ihr nationales Recht im Einklang mit den Vorgaben der Richtlinie gestalten.⁵² Die verbindlichen Zielvorgaben der Richtlinie sollen die Unionsorgane lediglich dazu verpflichten, allgemeine Leitlinien einzuhalten.⁵³

Diese Konzeption basiert auf dem Subsidiaritätsprinzip iSd Art. 5 Abs 3 EUV, wird in der Praxis der Unionsorgane jedoch nicht durchgängig berücksichtigt. Die Richtlinien sind häufig so detailliert formuliert, dass den nationalen Gesetzgebern lediglich die Möglichkeit bleibt, den Wortlaut der Richtlinie ohne eigene Gestaltungsspielräume in nationales Recht zu übertragen. Der dadurch sichtbar werdende Mangel an Berücksichtigung der mitgliedstaatlichen Eigenständigkeit wird vom EuGH nicht aufgegriffen. In Verbindung mit den weit gefassten Generalklauseln, die die Richtlinienkompetenz begründen, entsteht hier eine erhebliche Einschränkung der mitgliedstaatlichen Rechtsetzungskompetenzen, die so im AEUV nicht vorgesehen ist.⁵⁴

In diesem Zusammenhang ist ergänzend festzuhalten, dass - auch wenn die Mitgliedstaaten grundsätzlich frei in der Wahl und Form bzw der Mittel zur Umsetzung der Richtlinien sind - die Frage, ob die entsprechenden Maßnahmen unionsrechtskonform umgesetzt wurden, anhand unionsrechtlicher Kriterien zu beurteilen ist. Dabei gilt der Grundsatz, dass durch die Umsetzung ein Rechtszustand geschaffen werden muss, der die in der Richtlinie festgelegten Rechte und Pflichten in einer zweifelsfrei verbindlichen, klaren und bestimmten Form

⁵¹ EuGH 11.10.2001, C-110/00, *Kommission/Republik Österreich*, ECLI:EU:C:2001:538.

⁵² EuGH 20.05.1992, C-190/90, *Kommission/Niederlande*, ECLI:EU:C:1992.

⁵³ Kotzur in Geiger/Khan/Kotzur/Kirchmair, EUV/AEUV⁷ (2023) Art 288 AEUV Rz 12.

⁵⁴ Kotzur in Geiger/Khan/Kotzur/Kirchmair, EUV/AEUV⁷ (2023) Art 288 AEUV Rz 12.

erkennen lässt.⁵⁵ Dies führt zu drei zentralen Voraussetzungen, die von den nationalen Umsetzungsmaßnahmen erfüllt sein müssen:

- *Rechtsverbindlichkeit*: die nationalen Umsetzungsmaßnahmen müssen den Charakter von Rechtsnormen haben;
- *Justiziabilität*: die durch die nationalen Umsetzungsmaßnahmen gewährten Rechte müssen gerichtlich durchsetzbar sein;
- *Publizität*: die nationalen Umsetzungsmaßnahmen müssen veröffentlicht werden, damit die Rechtsunterworfenen ihre Rechte und Pflichten zur Kenntnis nehmen können.⁵⁶

Betreffend die erste Voraussetzung ist festzuhalten, dass es für die Umsetzung der Richtlinie nicht ausreichend ist, wenn die mitgliedstaatliche Umsetzungsmaßnahme lediglich einen allgemeinen Verweis auf das Unionsrecht enthält.⁵⁷

Nach österreichischem Verfassungsrecht müsste ein solcher Verweis außerdem eine konkrete Vorschrift einer Richtlinie zum Gegenstand haben, die den Anforderungen des Bestimmtheitsgebots gemäß Art 18 Abs 2 des Bundes-Verfassungsgesetzes (B-VG) entspricht, um den innerstaatlichen Vorgaben an die Normsetzung zu genügen. Ein allgemeiner Verweis auf das Unionsrecht würde daher weder den unionsrechtlichen noch den verfassungsrechtlichen Anforderungen für eine korrekte Umsetzung der Richtlinie entsprechen. Im österreichischen Recht erfolgt die Umsetzung von Richtlinien primär durch (Verfassungs-) Gesetze, gegebenenfalls iVm Verordnungen.⁵⁸

Betreffend Vorwirkungen ist darauf hinzuweisen, dass die Mitgliedstaaten bereits vor Ablauf der Umsetzungsfrist verpflichtet sind, den Erlass von Vorschriften zu unterlassen, die das in der Richtlinie vorgegebene Ziel signifikant gefährden könnten.⁵⁹

⁵⁵ EuGH 27.11.2003, C-429/01, *Kommission/Frankreich*, ECLI:EU:C:2003:643.

⁵⁶ Borchardt, Die rechtlichen Grundlagen der Europäischen Union⁶ (2015) Rz 514.

⁵⁷ EuGH 20.3.1997, C96/95, *Kommission/Deutschland*, ECLI:EU:C:1997:165.

⁵⁸ Stocker/Vcelouch in Jaeger/Stöger, AEUV (2023) Art 288 AEUV Rz 52 ff.

⁵⁹ Nettesheim in Grabitz/Hilf/Nettesheim, AEUV (2024) Art 288 AEUV Rz 118.

2.2.4 Auswirkungen der Nichtumsetzung

Die Mitgliedstaaten werden den Ansprüchen an die Umsetzung von Richtlinien oftmals nicht gerecht. Die mangelhafte Umsetzung von Richtlinien stellt bis dato einen der schwerstwiegenden Fälle fehlerhafter Anwendung des Unionsrechts in den Mitgliedstaaten dar. Die Häufigkeit und Bedeutung dieser Vertragsverletzungen führten nicht nur dazu, dass bei der Unterzeichnung des Vertrags von Maastricht eine gesonderte „Erklärung zur Anwendung des Gemeinschaftsrechts“ abgegeben wurde. Wesentlich bedeutender sind die durch den EuGH im Wege der Rechtsfortbildung entwickelten Instrumente zur Überwindung solcher Umsetzungsdefizite. Dazu zählen insbesondere die unmittelbare Wirkung von Richtlinien, der unionsrechtliche Staatshaftungsanspruch sowie die richtlinienkonforme Auslegung, die zudem weitere wichtige Funktionen erfüllt. Unter entsprechenden Voraussetzungen kann die Nichtumsetzung von Richtlinien sogar vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) gerügt werden.⁶⁰

Einige Richtlinien enthalten ausdrücklich das Erfordernis, dass Umsetzungsmaßnahmen mit angemessenen Sanktionen versehen werden müssen. So verpflichtet bspw. Art 17 der Gleichbehandlungsrichtlinie⁶¹ die Mitgliedstaaten dazu, die notwendigen Maßnahmen zu ergreifen, damit Personen, die sich durch Diskriminierung benachteiligt fühlen, ihre Rechte gerichtlich geltend machen können. In Anbetracht der Tatsachen, dass sowohl das Strafrecht als auch das Strafprozessrecht grundsätzlich nicht in den Zuständigkeitsbereich der Europäischen Union fallen, ist der Unionsgesetzgeber laut Rechtsprechung des EuGH⁶² dennoch befugt, Maßnahmen in Bezug auf das Strafrecht der Mitgliedstaaten zu treffen - Voraussetzung hierfür ist, dass diese Maßnahmen erforderlich sind, um die vollständige Wirksamkeit der von der Union erlassenen Rechtsvorschriften sicherzustellen.⁶³

⁶⁰ Ruffert in Calliess/Ruffert, EUV/AEUV⁶ (2022) Art 288 AEUV Rz 47.

⁶¹ Richtlinie 2006/54/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. Juli 2006 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen.

⁶² EuGH 13.9.2005, C-176/03, *Kommission/Rat*, ECLI:EU:C:2005:542.

⁶³ *Öhlinger/Potacs*, EU-Recht und staatliches Recht⁷ (2020) S 142.

Betroffene können aufgrund einer Verletzung der Umsetzungspflicht einen Schadensersatzanspruch gegen den Mitgliedstaat geltend machen, wenn dieser der Verpflichtung zur Umsetzung einer Richtlinie nicht nachkommt. Dies setzt voraus, dass die Umsetzungsfrist abgelaufen ist; die Richtlinie darauf abzielt, Einzelpersonen bestimmte Rechte zu gewähren; der Inhalt dieser Rechte bereits aus der nicht umgesetzten Richtlinie hinreichend bestimmbar ist; und ein Kausalzusammenhang zwischen der Verletzung der Umsetzungspflicht und dem entstandenen Schaden besteht.^{64 65}

Des Weiteren ist erforderlich, dass der Verstoß des betreffenden Mitgliedstaates als hinreichend qualifiziert anzusehen ist.⁶⁶ Dieser muss die Grenzen, die der Ausübung seiner Befugnisse auferlegt sind, offenkundig und in erheblichem Maße überschritten haben.⁶⁷ Die Verzögerung bei der Umsetzung einer Richtlinie stellt in jedem Fall einen solchen erheblichen Verstoß dar.⁶⁸ Im Gegensatz dazu prüft der EuGH bei einer fristgerechten, allerdings inhaltlich unzureichenden Umsetzung einer Richtlinie, ob die vom Mitgliedstaat vorgenommene Auslegung des Unionsrechts noch als vertretbar angesehen werden kann.⁶⁹ Der EuGH rechtfertigt die Gewährung eines solchen unionsrechtlichen Schadensersatzanspruchs als einen eigenständigen Rechtsanspruch (*sui generis*)⁷⁰ damit, dass die Effektivität des Unionsrechts beeinträchtigt würde, wenn Verstöße gegen die Verpflichtung zur Umsetzung von Richtlinien sanktionslos blieben. Betreffend die Staatshaftung ist sicherzustellen, dass der Zugang zu dieser nicht gegenüber vergleichbaren nationalen Rechtsmitteln erschwert wird.⁷¹ In Anbetracht dessen ist es grundsätzlich möglich, dass Staatshaftungsansprüche verjähren können, sofern dies für vergleichbare Ansprüche im nationalen Recht vorgesehen ist. Nach Ansicht des EuGH entspricht eine Verjährungsfrist von drei Jahren sowohl dem Grundsatz der Äquivalenz als auch jener der Effektivität.⁷²⁷³

⁶⁴ EuGH 19.11.1991, C-6/90 und C-9/90, *Francovich ua/Italien*, ECLI:EU:C:1991:428.

⁶⁵ *Stocker/Vcelouch* in *Jaeger/Stöger*, AEUV (2023) Art 288 AEUV Rz 81.

⁶⁶ EuGH 5.3.1996, C-46/93 und C-48/93, *Brasserie du pêcheur und Factortame*, ECLI:EU:C:1996:79.

⁶⁷ EuGH 25.1.2007, C-278/05, *Robins*, ECLI:EU:C:2007:56.

⁶⁸ EuGH 8.10.1996, C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-189/94 und C-190/94, *Dillekofer ua/Deutschland*, ECLI:EU:C:1996:375.

⁶⁹ EuGH 26.3.1996, C-392/93, *British Telecommunications*, ECLI:EU:C:1996:131.

⁷⁰ EuGH 5.3.1996, C-46/93 und C-48/93, *Brasserie du pêcheur und Factortame*, ECLI:EU:C:1996:79.

⁷¹ EuGH 26.1.2010, C-118/08, *Transportes Urbanos y Servicios Generales SAL*, ECLI:EU:C:2010:39.

⁷² EuGH 24.3.2009, C-455/06, *Danske Slagterier*, ECLI:EU:C:2009:178.

⁷³ *Stocker/Vcelouch* in *Jaeger/Stöger*, AEUV (2023) Art 288 AEUV Rz 82 ff.

3 Die EU-Entsenderichtlinie

3.1 Die Geschichte und das Ziel der EU-Entsenderichtlinie

Besonders in wirtschaftlich herausfordernden Zeiten wird die traditionelle nationalstaatliche Neigung zur bevorzugten Behandlung des eigenen Marktes als Gegenpol zum Binnenmarktgedanken verstärkt sichtbar. Bei jeder Erweiterung der EWG - über die ursprünglichen sechs Mitgliedstaaten hinaus - entbrannte eine intensive Diskussion über die erwarteten wirtschaftlichen und sozialen Folgen für die bestehenden Mitglieder. Zentral war dabei die Frage, inwieweit die neuen Mitgliedstaaten durch die Inanspruchnahme der Grundfreiheiten das Wirtschafts- und Sozialgefüge der alten Mitgliedstaaten beeinflussen würden. Besonders sensibel gestaltet sich in diesem Kontext die Freizügigkeit von Arbeitskräften sowie die Dienstleistungsfreiheit, da beide direkte Auswirkungen auf Arbeitsmarkt und Beschäftigung haben. Diese Problematik war bereits beim Beitritt Griechenlands, Spaniens und Portugals relevant und gewinnt im Zuge der Integration der mittel- und osteuropäischen Staaten erneut an Bedeutung.⁷⁴

Die rechtliche Einordnung der Entsendung von Arbeitnehmern erfolgt aufgrund ihres grenzüberschreitenden Charakters primär auf Grundlage des Kollisionsrechts. In den typischen Fällen der Entsendung aus regelmäßiger Beschäftigung im Herkunftsstaat unterliegt das Arbeitsverhältnis gem Art 8 II 1 Rom I-VO⁷⁵ grundsätzlich dem Recht der Herkunftsstaates. Bei vorübergehender Entsendung bleibt der gewöhnliche Arbeitsort iSd Art. 8 II 2 Rom I-VO im Herkunftsstaat verankert. Die Tatsache, dass sich das anwendbare Arbeitsrecht während einer temporären Entsendung nicht ändert, spiegelt eine etablierte pragmatische Herangehensweise des Kollisionsrechts wider. Eine automatische Anpassung an das Arbeitsrecht des Entsendestaates bereits bei kurzen Aufenthalten würde nicht nur zu erheblichen Unsicherheiten führen, sondern auch komplexe und unnötige Anrechnungsprobleme aufwerfen. Ähnliche Überlegungen prägen auch das sozialversicherungsrechtliche

⁷⁴ Schrammel/Windisch-Graetz, Europäischen Arbeits- und Sozialrecht² (2018) S 97 f.

⁷⁵ Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Juni 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I).

Kollisionsrecht. Bereits Art 14 Abs 1 lit a VO (EWG) 1408/71⁷⁶ sah eine Bindung an das Sozialversicherungsrecht des Herkunftsstaates für einen Zeitraum von bis zu zwölf Monaten vor. Diese Regelung wurde mit Art. 12 I VO 883/2004⁷⁷ fortgeführt und erweitert, sodass das anwendbare Sozialversicherungsrecht während einer Entsendung unverändert bleibt, sofern die voraussichtliche Dauer der Tätigkeit 24 Monate nicht überschreitet.⁷⁸

Die Beibehaltung des Arbeitsverhältnisstatuts des Herkunftsstaates hat jedoch maßgeblich zur Dynamisierung von Entsendesachverhalten im Verhältnis zwischen Niedrig- und Hochlohnmitgliedstaaten beigetragen. Da die Entlohnung nach dem Recht des Herkunftsstaates erfolgt, kann das Lohnniveau im Bestimmungsstaat erheblich unterschritten werden. Dies verschafft Arbeitgebern entsandter Arbeitnehmer einen wirtschaftlichen Vorteil, da sie im Zielland zu günstigeren Konditionen agieren und wettbewerbsfähigere Angebote als einheimische Unternehmen unterbreiten können. In den Rechtsachen *Seco*⁷⁹, *Rush Portuguesa Lda*⁸⁰ und *Vander Elst*⁸¹ stellte der EuGH klar, dass das Gemeinschaftsrecht die Mitgliedstaaten nicht daran hindert, ihre tarifvertraglichen Regelungen auf alle Personen auszudehnen, die auch nur vorübergehend in ihrem Hoheitsgebiet einer unselbstständigen Erwerbstätigkeit nachgehen. Ein wesentlicher Meilenstein dieser Entwicklung war vor dem Hintergrund der Baubranche die Verabschiedung der EU-Entsenderichtlinie⁸² im Jahr 1996.⁸³

⁷⁶ Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 des Rates vom 14. Juni 1971 zur Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und Selbständige sowie deren Familienangehörige, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern.

⁷⁷ Verordnung (EG) Nr. 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit.

⁷⁸ *Krebber in Franzen/Gallner/Oetker, Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht*³ (2024) Art. 56 AEUV Rz 18.

⁷⁹ EuGH 3.2.1982, C-62/81, *Seco/EVI*, ECLI:EU:C:1982:34.

⁸⁰ EuGH 7.3.1990, C-113/89, *Rush Portuguesa Lda/Office national d'immigration*, ECLI:EU:C:1990:142.

⁸¹ EuGH 9.8.1994, C-43/93, *Raymond Vander Elst/Office des migrations internationales*, ECLI:EU:C:1994:310.

⁸² 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.

⁸³ *Krebber in Franzen/Gallner/Oetker, Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht*³ (2024) Art 56 AEUV Rz 19.

Die EU-Entsenderichtlinie verfolgt das Ziel, die Grundsätze des freien Personen- und Dienstleistungsverkehrs innerhalb der Europäischen Union zu stärken. Dabei soll sowohl ein fairer Wettbewerb gewährleistet als auch der Schutz der Rechte entsandter Arbeitnehmer sichergestellt werden. Dieses Anliegen spiegelt sich im zentralen Prinzip der Richtlinie wider, wonach die im Aufnahmestaat geltenden Arbeits- und Entlohnungsbedingungen nicht nur für dort Ansässige, sondern auch für dorthin entsandte Arbeitnehmer Anwendung finden sollen. Gemäß Art 3 Abs 1 der EU-Entsenderichtlinie sind die Mitgliedstaaten verpflichtet, sicherzustellen, dass entsandte Arbeitnehmer im sogenannten Kernbereich des Individualarbeitsrechts denselben Schutz genießen wie lokal Beschäftigte. Dazu zählen insbesondere Regelungen zu Mindestlöhnen, bezahltem Jahresurlaub sowie zwingende Vorschriften wie Höchstarbeitszeiten, Mindestruhezeiten, Arbeitsschutzbestimmungen und Antidiskriminierungsvorgaben.⁸⁴

Trotz der EU-Entsenderichtlinie und ihrer Umsetzung in nationales Recht blieben grenzüberschreitende Entsendungen in der Praxis problematisch, insbesondere aufgrund des damit häufig einhergehenden Lohn- und Sozialdumpings. Nach der Osterweiterung der EU im Jahr 2004 und insbesondere nach dem Auslaufen der Übergangsregelungen im Jahr 2011 nahm der Druck der Hochlohnstaaten – verstärkt auch von Österreich – zu, wirksame Maßnahmen gegen diese Problematik zu ergreifen. Dies führte zunächst zur Verabschiedung der Durchsetzungsrichtlinie⁸⁵, der mit der EU-Entsenderichtlinie 2018⁸⁶ eine entsprechende Reform folgte.⁸⁷

In diesem Zusammenhang ist erwähnenswert, dass mit der EU-Entsenderichtlinie 2018 nun die Differenzierung nach Branchen fällt. Die Mitgliedstaaten waren bislang nur in bestimmten Fällen - insbesondere in der Baubranche - verpflichtet, die EU-Entsenderichtlinie umzusetzen. Diese branchenspezifische Einschränkung entfällt nun. Künftig ist keine Differenzierung nach Wirtschaftszweigen mehr vorgesehen.

⁸⁴ Endfellner/Exel/Freudhofmeier/Kopecek, Personalentsendung kompakt (2010) S 20 f.

⁸⁵ Richtlinie 2014/67/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Mai 2014 zur Durchsetzung der Richtlinie 96/71/EG über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen und zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 1024/2012 über die Verwaltungszusammenarbeit mit Hilfe des Binnenmarkt-Informationssystems („IMI-Verordnung“).

⁸⁶ Richtlinie (EU) 2018/957 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 28. Juni 2018 zur Änderung der Richtlinie 96/71/EG über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen.

⁸⁷ Windisch-Graetz/Studer, Änderungen der Entsenderichtlinie 2018, ZAS 2019/27, S 147.

Der in Art 3 Abs 1 definierte „harte Kern“ an Schutzbestimmungen muss unabhängig davon, ob die Verpflichtungen auf gesetzlichen Regelungen oder Kollektivverträgen basieren, in sämtlichen Branchen Anwendung finden. Weiterhin vom Geltungsbereich ausgenommen bleiben jedoch die Schiffsbesatzungen von Unternehmen der Handelsmarine.⁸⁸

Die Grundstruktur der EU-Entsenderichtlinie 1996 wurde grundsätzlich beibehalten. Ergänzungen wurden ua im „harten Kern“ gem. Art 3 Abs 1 - betreffend die Entlohnung, die Bedingungen für die Unterkünfte von Arbeitnehmern und die Zulagen oder Kostenerstattungen zur Deckung von Reise-, Unterbringungs- und Verpflegungskosten - vorgenommen. Des Weiteren erfolgten Anpassungen hinsichtlich der Vorschriften für Leiharbeitnehmer, langfristiger Entsendungen und der Durchsetzung.

3.2 Geltungsbereich

3.2.1 Persönlicher Geltungsbereich

Die Entsenderichtlinie gilt gemäß Art 1 Abs 1 für Unternehmen mit Sitz in einem Mitgliedstaat. In Bezug auf Unternehmen aus Drittstaaten stellt sie, da diese keinesfalls bevorzugt behandelt werden dürfen - Art 1 Abs 4, zugleich einen Mindeststandard dar. Dies dient der Vermeidung wettbewerbsverzerrender Vorteile. Vom Anwendungsbereich ausgenommen bleiben – wie bereits oben angeführt - Schiffsbesatzungen von Unternehmen der Handelsmarine – Art 1 Abs 2.⁸⁹

In diesem Kontext ist festzuhalten, dass die Bestimmungen der EU-Entsenderichtlinie hinsichtlich der Ansprüche entsandter Arbeitnehmer unabhängig von deren Staatsangehörigkeit Anwendung finden. Der EuGH befasste sich in der Rechtssache *Vander Elst*⁹⁰ mit der Frage, ob ein Mitgliedstaat von drittstaatsangehörigen Arbeitnehmern eines Dienstleistungserbringers aus einem anderen Mitgliedstaat

⁸⁸ Gagawczuk, Die Änderung der Entsenderichtlinie, DRdA-InfAS 2018, 329.

⁸⁹ Riesenhuber, Europäisches Arbeitsrecht² (2021) S 225.

⁹⁰ EuGH 9.8.1994, C-43/93, *Raymond Vander Elst/Office des migrations internationales*, ECLI:EU:C:1994:310.

neben der Einreise- und Aufenthaltserlaubnis zusätzlich eine kostenpflichtige Arbeitserlaubnis verlangen darf. Der EuGH verneinte dies unter Verweis auf seine Vorjudikatur. Eine derartige Verpflichtung würde der Dienstleistungsfreiheit widersprechen, da sie Unternehmen aus anderen Mitgliedstaaten, die grenzüberschreitende Dienstleistungen erbringen und Drittstaatsangehörige ordnungsgemäß und dauerhaft beschäftigen, unangemessen benachteiligen würde. In diesem Zusammenhang stellte der EuGH klar, dass die Verpflichtung, eine Arbeitserlaubnis bei einer nationalen Einwanderungsbehörde einzuholen und die damit verbundenen Kosten zu tragen, mit der Dienstleistungsfreiheit unvereinbar sei. Das Erfordernis einer Einreise- und Aufenthaltserlaubnis wurde hingegen im Rahmen des vorliegenden Sachverhalts nicht weiter in Frage gestellt. Betreffend den Begriff der ordnungsgemäßen und dauerhaften Beschäftigung stellte der EuGH fest, dass eine Regelung, die voraussetzt, dass ein drittstaatsangehöriger Arbeitnehmer seit mindestens einem Jahr bei dem entsendenden Unternehmen beschäftigt ist oder über einen unbefristeten Arbeitsvertrag verfügt, im Widerspruch zur Entsendungsfreiheit steht.⁹¹ Des Weiteren ist die ausnahmslose Versagung der Einreise- oder Aufenthaltserlaubnis bei einer rechtmäßigen Entsendung - jedoch ohne vorherigen Sichtvermerk - als Verstoß gegen die Dienstleistungsfreiheit zu qualifizieren.⁹²⁹³

3.2.2 Sachlicher Anwendungsbereich

Der sachliche Anwendungsbereich der EU-Entsenderichtlinie umfasst gem Art 1 Abs 3 folgende drei länderübergreifenden Maßnahmen, die von Unternehmen iSd Art 1 Abs 1 getroffen werden:

lit a) wenn ein Arbeitnehmer im Rahmen eines Vertrags zwischen dem entsendenden Unternehmen und einem Dienstleistungsempfänger in einen Mitgliedstaat entsandt wird, sofern während der Entsendung ein Arbeitsverhältnis mit dem entsendenden Unternehmen besteht, oder

⁹¹ EuGH 21.9.2006, C-168/04, *Kommission/Österreich*, ECLI:EU:C:2006:595.

⁹² EuGH 21.9.2006, C-168/04, *Kommission/Österreich*, ECLI:EU:C:2006:595.

⁹³ *Schrammel/Windisch-Graetz*, Europäischen Arbeits- und Sozialrecht² (2018) S 107 f.

lit b) wenn ein Arbeitnehmer in eine Niederlassung oder ein konzernzugehöriges Unternehmen in einem Mitgliedstaat entsandt wird, sofern das Beschäftigungsverhältnis mit dem entsendenden Unternehmen während der gesamten Entsendedauer fortbesteht, oder

lit c) wenn ein Leiharbeits- oder Zeitarbeitsunternehmen einen Arbeitnehmer an ein in einem Mitgliedstaat ansässiges oder tätiges Unternehmen überlässt, sofern das Arbeitsverhältnis mit dem entsendenden Unternehmen während der gesamten Entsendedauer bestehen bleibt.

Betreffend den Anwendungsbereich von lit c) ist festzuhalten, dass dieser durch die Änderungsrichtlinie⁹⁴ dahingehend erweitert wurde, dass er nun auch Fälle umfasst, in denen der Entleiher den Leiharbeitnehmer in einem anderen Mitgliedstaat einsetzt. Voraussetzung in jedem dieser drei Fälle ist, dass während der gesamten Entsendung ein Arbeitsverhältnis zwischen dem entsendenden Unternehmen und dem Arbeitnehmer besteht. Wird hingegen im Rahmen der Arbeitnehmerfreizügigkeit ein Arbeitsverhältnis mit einem Arbeitgeber im Aufnahmestaat begründet, so findet kollisionsrechtlich in der Regel das Recht dieses Staates Anwendung - siehe Art 8 Rom I-VO.⁹⁵

3.2.3 Räumlicher Anwendungsbereich

Der räumliche Anwendungsbereich ist in Art 1 Abs 1 festgelegt. Er findet Anwendung, wenn Unternehmen mit Sitz in einem Mitgliedstaat im Rahmen der grenzüberschreitenden Dienstleistungserbringung Arbeitnehmer in das Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats entsenden.

Die Entsenderichtlinie findet ebenso Anwendung innerhalb des Europäischen Wirtschaftsraums (EWR). Die Staatsangehörigkeit der entsandten Arbeitnehmer ist dabei unerheblich, da die Richtlinie keine diesbezügliche Differenzierung vornimmt.

⁹⁴ RL 2018/957/EU.

⁹⁵ *Riesenhuber*, Europäisches Arbeitsrecht² (2021) S 226.

Somit fallen auch Arbeitnehmer aus Drittstaaten in den Anwendungsbereich der Entsenderichtlinie.⁹⁶

Betreffend Unternehmen mit Sitz in einem Drittstaat wird in Art 1 Abs 4 festgehalten, dass diese nicht vorteilhafter behandelt werden dürfen als Unternehmen, die in einem Mitgliedstaat ansässig sind.

3.3 Begriffsbestimmungen im Sinne der EU-Entsenderichtlinie

3.3.1 Entsendebegriff

Wie oben erläutert, beschränkt sich der Anwendungsbereich der Richtlinie auf drei ausdrücklich definierte Fallgruppen. Voraussetzung ist in jedem Fall ein Arbeitsverhältnis zwischen dem entsandten Arbeitnehmer und dem entsendenden Arbeitgeber. Erstens umfasst die Richtlinie Entsendungen, die auf einem Vertrag zwischen dem entsendenden und dem aufnehmenden Unternehmen basieren, wobei der Arbeitnehmer im Rahmen dieses Vertrags entsandt wird - Art 1 Abs 3a. Zweitens erfasst sie Entsendungen innerhalb eines Unternehmens oder Konzerns - Art 1 Abs 3b. Drittens fällt auch die Entsendung von Leiharbeitnehmern in einen anderen Mitgliedstaat unter ihren Anwendungsbereich - Art 1 Abs 3c. Hingegen ist das bloße Erbringen von Dienstleistungen in einem anderen Mitgliedstaat ohne einen dort ansässigen Dienstleistungsempfänger nach dem Wortlaut der Richtlinie nicht erfasst.⁹⁷

3.3.2 Arbeitgeberbegriff

Auf Arbeitgeberseite findet die Entsenderichtlinie gemäß Art 1 Abs 1 Anwendung auf Unternehmen mit Sitz in einem Mitgliedstaat, die im Rahmen der grenzüberschreitenden Dienstleistungserbringung Arbeitnehmer – einschließlich solcher aus Drittstaaten – in das Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats

⁹⁶ *Rebhahn*, Entsendung von Arbeitnehmern in der EU - arbeitsrechtliche Fragen zum Gemeinschaftsrecht, DRdA 1999, S 173 ff.

⁹⁷ *Krömer*, Entsendung oder grenzüberschreitende Arbeitskräfteüberlassung?, ecolex 2016, S 660.

entsenden. Voraussetzung hierfür ist, dass das entsendende Unternehmen von seinem Recht auf Dienstleistungsfreiheit gemäß Art. 56 AEUV Gebrauch macht. Erfolgt die Erbringung grenzüberschreitender Dienstleistungen hingegen ohne die Entsendung von Arbeitnehmern, fällt diese nicht in den Anwendungsbereich der Richtlinie.⁹⁸

3.3.3 Arbeitnehmerbegriff

Für die Definition des Begriffs „Arbeitnehmer“ ist gemäß Art 2 Abs 2 das Recht des Aufnahmestaates maßgeblich. Dies entspricht dem Zweck der Richtlinie, da sie darauf abzielt, das Arbeitsrecht des Aufnahmestaates auf entsandte Arbeitnehmer zu erstrecken. Von praktischer Relevanz ist dies ua, wenn die Problematik der „Scheinselbständigkeit“ differenziert beurteilt wird. Ein entsandter Arbeitnehmer im Sinne von Art 2 Abs 1 ist eine Person, die für einen begrenzten Zeitraum ihre Arbeitsleistung in einem anderen Mitgliedstaat erbringt als demjenigen, in dem sie üblicherweise tätig ist. Wörtlich ausgelegt umfasst diese Definition jedoch nicht Arbeitnehmer, die ausschließlich für die Dauer der Entsendung eingestellt wurden. Diese Auslegung lässt sich teleologisch begründen: Nach Art 8 Abs 2 Rom I-VO unterliegt das Arbeitsverhältnis solcher Arbeitnehmer ohnehin dem Recht des Aufnahmestaates, da sich dort ihr gewöhnlicher Arbeitsort befindet. Wird hingegen angenommen, dass aufgrund einer engeren Verbindung zum Herkunftsstaat dessen Recht anwendbar ist (Art 8 Abs 4 Rom I-VO), ergibt sich eine Regelungslücke in der Entsenderichtlinie, die durch Analogie oder im Wege eines erst-recht-Schlusses geschlossen werden kann.⁹⁹

3.4 Rechtsschutz und Kontrolle

Es gibt nur wenige Bereiche, in denen die Diskrepanz zwischen Theorie und Praxis so groß ist, wie bei der Einhaltung von Arbeitsbedingungen für entsandte Arbeitnehmer. Daher kommt der Durchsetzung ihrer Rechte eine zentrale Bedeutung

⁹⁸ Fuchs/Marhold/Friedrich, Europäisches Arbeitsrecht⁶ (2020) S 658.

⁹⁹ Riesenhuber, Europäisches Arbeitsrecht² (2021) S 227.

zu. Die Entsenderichtlinie von 1996 war in dieser Hinsicht zunächst noch zurückhaltend.¹⁰⁰

Am 15. Mai 2014 wurde die Richtlinie 2014/67/EU zur Durchsetzung der Entsenderichtlinie 96/71/EG verabschiedet. Sie schafft einen einheitlichen Rahmen mit geeigneten Bestimmungen, Maßnahmen und Kontrollmechanismen, die eine effektivere und konsistentere Umsetzung, Anwendung und Durchsetzung der Entsenderichtlinie in der Praxis ermöglichen. Dazu gehören auch Maßnahmen zur Verhinderung und Sanktionierung von Missbrauch sowie zur Vermeidung der Umgehung geltender Rechtsvorschriften.¹⁰¹

Im Zuge der Änderungsrichtlinie¹⁰² erhielt Art 5 eine neue Fassung. Gemäß dieser Bestimmung sind sowohl der Mitgliedstaat, in dessen Hoheitsgebiet der Arbeitnehmer entsandt wird, als auch der Mitgliedstaat, aus dem die Entsendung erfolgt, für die Überwachung, Kontrolle und Durchsetzung der in der Entsenderichtlinie sowie der Richtlinie 2014/67/EU festgelegten Verpflichtungen verantwortlich. Sie sind verpflichtet, geeignete Maßnahmen zu ergreifen, um Verstöße gegen diese Richtlinien zu ahnden. Die Mitgliedstaaten müssen zudem Sanktionen festlegen, die bei Verstößen gegen die iSd Entsenderichtlinie erlassenen nationalen Vorschriften verhängt werden. Diese Sanktionen müssen wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein. Darüber hinaus sind die Mitgliedstaaten verpflichtet, sicherzustellen, dass Arbeitnehmern oder deren Vertretern angemessene rechtliche Verfahren zur Durchsetzung der aus der Richtlinie resultierenden Rechte zur Verfügung stehen, wodurch ein effektiver Rechtsschutz gewährleistet werden soll. Als zulässige nationale Maßnahme hat der EuGH die Regelung des damaligen § 1a des deutschen Arbeitnehmer-Entsendegesetzes (AEntG) – nunmehr § 14 AEntG – anerkannt. Diese Vorschrift sieht eine selbstschuldnerische Bürgenhaftung des Unternehmers für den Nettolohn aller Arbeitnehmer vor, auch den in Subunternehmen beschäftigten.¹⁰³

¹⁰⁰ Gagawczuk, Die Änderung der Entsenderichtlinie, DRdA-infas 2018, 329.

¹⁰¹ Schrammel/Windisch-Graetz, Europäischen Arbeits- und Sozialrecht² (2018) S 109.

¹⁰² RL 2018/957/EU.

¹⁰³ Fuchs/Marhold/Friedrich, Europäisches Arbeitsrecht⁶ (2020) S 674 f.

Des Weiteren wurde die Verpflichtung in den Normtext aufgenommen, die Europäische Kommission einzuschalten, wenn Mitgliedstaaten wiederholt gegen ihre Kooperationspflichten bei der behördlichen Zusammenarbeit verstoßen. Dadurch besteht die Hoffnung, dass der politische Druck auf jene Staaten erhöht wird, für die die Entsendung einen bedeutenden Wirtschaftsfaktor darstellt und die durch eine unzureichende Kooperationsbereitschaft ihrer nationalen Behörden eine protektive Wirkung bei der Durchsetzung der Entsenderregelungen entfalten. Da der Bausektor bei grenzüberschreitenden Entsendungen als besonders problematisch gilt, wurde die Auflistung der Bautätigkeiten im Anhang der Entsenderichtlinie nicht mehr taxativ, sondern demonstrativ festgehalten. Diese Anpassung soll sicherstellen, dass der Schutz von Arbeitnehmern sowie ein fairer Wettbewerb auch in diesem Bereich flexibel an sich verändernde Rahmenbedingungen angepasst werden können.¹⁰⁴

Zur Stärkung des Arbeitnehmerschutzes gemäß Art 5 der Entsenderichtlinie hat der EuGH in seiner Rechtsprechung¹⁰⁵ den Mitgliedstaaten ein weitreichendes Ermessen eingeräumt. Gleichzeitig betont er jedoch, dass die Ausgestaltung entsprechender Maßnahmen den Grundfreiheiten der EU unterliegt, insbesondere der Dienstleistungsfreiheit.¹⁰⁶

Angesichts der Umgehung von Arbeitnehmerrechten durch Briefkastenfirmen, Scheinentsendungen und ähnliche Konstruktionen enthält Art 4 der Durchsetzungsrichtlinie¹⁰⁷ Vorgaben, die es den Behörden der Mitgliedstaaten erleichtern sollen, zwischen tatsächlichen Entsendungen und missbräuchlichen oder umgehenden Praktiken zu unterscheiden. In diesem Zusammenhang sind die Mitgliedstaaten verpflichtet, sicherzustellen, dass Arbeitnehmer ihre Rechte in vollem Umfang wahrnehmen können, wenn festgestellt wird, dass Unternehmen irrtümlich oder in betrügerischer Absicht den Anschein einer Entsendung erweckt haben.¹⁰⁸

Abschließend ist noch Art 6 der Entsenderichtlinie zu erwähnen. Dieser verpflichtet die Mitgliedstaaten dazu, einen zusätzlichen inländischen Gerichtsstand

¹⁰⁴ Kozak, Die Änderung der Entsende-Richtlinie, DRdA 2019, 110.

¹⁰⁵ EuGH 12.10.2004, C-60/03, *Wolff & Müller GmbH & Co KG/José Filipe Pereira Félix*, ECLI:EU:C:2004:610.

¹⁰⁶ *Riesenhuber*, Europäisches Arbeitsrecht² (2021) S 235.

¹⁰⁷ RL 2014/67/EU.

¹⁰⁸ *Gagawczuk*, Die Änderung der Entsenderichtlinie, DRdA-infas 2018, 329.

einzurichten, der die Durchsetzung der in Art 3 festgelegten Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen für entsandte Arbeitnehmer auf ihrem Hoheitsgebiet gewährleistet.¹⁰⁹

¹⁰⁹ *Schrammel/Windisch-Graetz*, Europäischen Arbeits- und Sozialrecht² (2018) S 108.

4 Die Umsetzung der EU-Entsenderichtlinie in das österreichische Recht

Die Umsetzung der europarechtlichen Vorgaben in österreichisches Recht erfolgte maßgeblich durch das Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz (AVRAG), das Arbeitskräfteüberlassungsgesetz (AÜG), das Ausländerbeschäftigungsgesetz, das Lohn- und Sozialdumping Gesetz (LSD-BG) und weiterer einschlägiger Rechtsvorschriften. Im Folgenden werden die zentralen nationalen Bestimmungen iSd AVRAG, des AÜG, des AuslBG zur Regelung von Entsendungen näher erläutert.

4.1 Arbeitsvertragsrecht-Anpassungsgesetz (AVRAG)

Die Umsetzung der Entsenderichtlinie in nationales Recht erfolgte ursprünglich durch die Bestimmungen der §§ 7 bis 7c AVRAG, die auf grenzüberschreitende Arbeitnehmerentsendungen nach Österreich anwendbar waren.¹¹⁰ Diese traten jedoch mit 31.12.2016 außer Kraft und sind seit 01.01.2017 nicht mehr anzuwenden.

Allerdings wurden die angeführten Normen in das LSD-BG übernommen, da sie ausdrücklich der Umsetzung der Entsenderichtlinie, zu Teilen auch der Leiharbeitsrichtlinie, gegolten hatten und das LSD-BG der Umsetzung der Durchsetzungsrichtlinie¹¹¹ dient.¹¹²

4.1.1 § 7 AVRAG

Beschäftigt ein Arbeitgeber ohne Sitz in Österreich, der keiner kollektivvertragsfähigen Körperschaft in Österreich angehört, einen Arbeitnehmer mit gewöhnlichem Arbeitsort in Österreich, so hat dieser Arbeitnehmer zwingend Anspruch auf das gesetzliche, durch Verordnung festgelegte oder kollektivvertragliche Entgelt, das am jeweiligen Arbeitsort für vergleichbare

¹¹⁰ Pfeil, Grenzüberschreitender Einsatz von Arbeitnehmern - Schluss, DRdA 2008, 124.

¹¹¹ RL 2014/67/EU.

¹¹² Windisch-Graetz, Probleme des Anwendungsbereiches des LSDBG, DRdA 2019, 122.

Arbeitnehmer vergleichbarer Arbeitgeber gilt. Diese Regelung wurde eingeführt, um auch jenen Arbeitnehmern, die nicht unter einen Kollektivvertrag fallen, einen entgeltrechtlichen Mindeststandard zu gewährleisten und Lohndumping durch ausländische Arbeitgeber, die nicht kollektivvertragsgebunden sind, zu verhindern.¹¹³

4.1.2 § 7a AVRAG

Die Bestimmung § 7a AVRAG regelt die Ansprüche gegenüber ausländischen Arbeitgebern, die weder in einem EU-Mitgliedstaat noch in einem EWR-Vertragsstaat ansässig sind. Im Gegensatz zu § 7 AVRAG erstreckt sich Abs 1 dieser Bestimmung nicht auf Arbeitnehmer, die gewöhnlich in Österreich beschäftigt sind, sondern auf jene, die zur Erbringung einer Arbeitsleistung nach Österreich entsandt wurden. Diese Regelung erfasst somit zwei der drei Entsendeformen gemäß Art 1 Abs. 3 der Entsenderichtlinie. Die Notwendigkeit einer eigenständigen Bestimmung für Arbeitgeber aus Drittstaaten ergibt sich insbesondere aus Art 1 Abs 4 der Entsenderichtlinie, der den Mitgliedstaaten untersagt, für diese Arbeitgeber vorteilhaftere Regelungen zu schaffen als für Unternehmen mit Sitz in einem EU-Mitgliedstaat.¹¹⁴

Die Bestimmung des § 7a Abs 1 AVRAG erweitert den kollektivvertraglichen Entgeltschutz gemäß § 7 AVRAG auf in Österreich beschäftigte Arbeitnehmer von Arbeitgebern mit Sitz außerhalb des EWR. Dies gilt unabhängig von dem nach dem Arbeitskollisionsrecht anzuwendenden Recht.¹¹⁵

Betreffend den Anspruch auf bezahlten Urlaub ist festzuhalten, dass sich dieser gem §§ 7a, 7b AVRAG auch auf nach Österreich entsandte Arbeitnehmer ausländischer Arbeitgeber erstreckt und unabhängig von dem nach internationalem Privatrecht anzuwendenden Recht gilt.¹¹⁶

¹¹³ Zankel, Der Entgeltschutz nach § 7 AVRAG, ASoK 2015, 446.

¹¹⁴ Pfeil, Grenzüberschreitender Einsatz von Arbeitnehmern - Schluss, DRdA 2008, 124.

¹¹⁵ Marhold/Friedrich, Österreichisches Arbeitsrecht² (2012) S 455.

¹¹⁶ Marhold/Friedrich, Österreichisches Arbeitsrecht² (2012) S 219.

4.1.3 § 7b AVRAG

Diese Norm regelt die Ansprüche gegen ausländische Arbeitgeber mit Sitz in einem EWR-Mitgliedstaat. Unbeschadet des auf das Arbeitsverhältnis anzuwendenden Rechts hat gem. § 7b Abs 1 AVRAG ein Arbeitnehmer, der von einem Arbeitgeber mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat des EWR als Österreich zur Erbringung einer fortgesetzten Arbeitsleistung nach Österreich entsandt wurde, zwingend Anspruch auf folgende Leistungen:

In § 7b Abs 1 Z 1 AVRAG wird normiert, dass Arbeitnehmer iSd Abs 1 Anspruch auf mindestens jenes gesetzlich, durch Verordnung festgelegte oder kollektivvertraglich geregelte Entgelt, das vergleichbare Arbeitnehmer bei vergleichbaren Arbeitgebern am jeweiligen Arbeitsort erhalten, haben. Die Urlaubsansprüche entsandter Arbeitnehmer wird in § 7b Abs 1 Z 2 AVRAG geregelt – in Umsetzung von Art 3 Abs 1 lit b der Entsenderichtlinie. Diese Bestimmung basiert auf dem Grundsatz, dass entsandte Arbeitnehmer während ihrer Entsendung in Bezug auf den Urlaubsanspruch mit vergleichbaren österreichischen Arbeitnehmern gleichgestellt werden sollen. Ist der Urlaubsanspruch nach dem Recht des Herkunftsstaates geringer als der nach § 2 des Urlaubsgesetzes (UrlG) vorgesehene Anspruch, so gilt für die Dauer der Entsendung der höhere Urlaubsanspruch gemäß § 2 UrlG. Betreffend die Arbeitszeitregelungen wird in § 7b Abs 1 Z 3 AVRAG festgelegt, dass neben den als Eingriffsnormen geltenden Bestimmungen des Arbeitszeitgesetzes (AZG) auch jene Arbeitszeitregelungen Anwendung auf entsandte Arbeitnehmer finden, die aufgrund kollektivvertraglicher Ermächtigungen in erheblichem Umfang geschaffen wurden. Dies erfolgt im Einklang mit dem fachlichen und persönlichen Geltungsbereich des jeweiligen Kollektivvertrags, um unerwünschte Wettbewerbsverzerrungen zu vermeiden. Zuletzt verpflichtet § 7b Abs 1 Z 4 AVRAG den Arbeitgeber oder dessen bevollmächtigte Person, einen dies klar und allgemeinverständlich regelnden Dienstzettel am Einsatzort bereitzuhalten, um der erleichterten gerichtlichen Durchsetzung der Ansprüche entsandter Arbeitnehmer in Österreich dienlich zu sein.¹¹⁷

¹¹⁷ Lindmayr, Handbuch zur Ausländerbeschäftigung¹¹ (2012) S 346 f.

4.1.4 § 7c AVRAG

In § 7c AVRAG wird die Generalunternehmerhaftung bei nicht rechtskonformer Subunternehmervergabe geregelt. Gemäß § 7c Abs 2 AVRAG haftet der General- bzw. Subunternehmer bei unzulässiger oder vertragswidriger Weitergabe nach § 1355 Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (ABGB) als Bürge für das gesetzliche, durch Verordnung festgelegte oder kollektivvertragliche Entgelt der vom Subunternehmer eingesetzten Arbeitnehmer während ihrer Tätigkeit. Des Weiteren haftet iSd § 7c Abs 3 AVRAG der Generalunternehmer gem § 1356 ABGB als Ausfallsbürge für das gesetzlich oder kollektivvertraglich festgelegte Entgelt der vom Subunternehmer auf Baustellen gem § 2 Abs 3 des ArbeitnehmerInnenschutzgesetzes (ASchG) eingesetzten Arbeitnehmer. Eine Inanspruchnahme als Ausfallsbürge ist ausgeschlossen, wenn der Arbeitnehmer seine Entgeltansprüche nicht innerhalb von sechs Monaten nach Beendigung der Leistungserbringung gerichtlich geltend macht.

4.2 Arbeitskräfteüberlassungsgesetz (AÜG)

Zusätzlich zum AVRAG leistet auch das AÜG einen Beitrag zur Umsetzung der Entsenderichtlinie. Die im AÜG festgelegten Regelungen für österreichische Leiharbeitnehmer sind somit auch auf den grenzüberschreitenden Arbeitskräfteverleih anzuwenden. In diesem Zusammenhang ist insbesondere § 10 Abs 1 bis 5 AÜG von Relevanz. Diese Vorschrift enthält detaillierte Regelungen zum Arbeitsentgelt (Abs 1), zum Arbeitsentgelt während möglicher „Stehzeiten“ (Abs 2), zur Arbeitszeit während der Überlassung (Abs 3), zur Vergleichbarkeit der Tätigkeit während der Überlassung (Abs 4) sowie zu den Kündigungsfristen (Abs 5). Das AÜG spielt allerdings eine begrenzte Rolle bei der Überlassung von Arbeitnehmern innerhalb eines Konzerns, da diese gemäß § 15 des Aktiengesetzes (AktG) und § 115 des GmbH-Gesetzes (GmbHG) vom Geltungsbereich des I. Abschnittes des AÜG ausgenommen sind, sofern beide Konzernunternehmen im EWR ansässig sind und die Überlassung nicht zum Betriebszweck des überlassenden Unternehmens gehört. Dennoch gelten gemäß § 1 Abs 4 AÜG die Bestimmungen des § 10 Abs 1, 3 und 4 sowie des § 10a AÜG auch für die Überlassung von Arbeitskräften innerhalb

eines Konzerns, sofern diese nicht nur vorübergehend erfolgt. Dies bedeutet, dass auch bei Konzernleihe die ausdrückliche Zustimmung der Arbeitnehmer erforderlich ist (§ 2 Abs 2 AÜG) und die Arbeitsbedingungen sowie die Arbeitsplatzsicherheit im Beschäftigertbetrieb nicht beeinträchtigt werden dürfen (§ 2 Abs 3 AÜG).¹¹⁸

4.3 Ausländerbeschäftigungsgesetz

Für die Entsendung von Arbeitnehmern des EWR und der Schweiz ist keine behördliche Genehmigung erforderlich, da sie nicht unter das AuslBG fallen. Dies gilt unabhängig davon, ob das entsendende Unternehmen seinen Sitz in einem EU-Mitgliedstaat, einem EWR-Staat, der Schweiz oder einem Drittstaat hat. Gemäß § 18 Abs 1 AuslBG benötigen hingegen drittstaatsangehörige Arbeitnehmer für Arbeiten, die nicht länger als sechs Monate dauern, eine Entsendebewilligung, die für die Dauer von vier Monaten pro Arbeitnehmer ausgestellt werden kann. Die Entsendebewilligung muss vom Betriebsinhaber, in dessen Unternehmen die entsandten Arbeitnehmer tätig werden sollen, oder von der privaten Person, die Auftraggeber des ausländischen Arbeitgebers ist, beantragt werden. Der Antrag ist beim zuständigen Arbeitsmarktservice (AMS) in dem Sprengel zu stellen, in dem die Beschäftigung erfolgen soll. Die Bewilligung muss bereits vor Beschäftigungsaufnahme vorliegen.¹¹⁹

Der Austausch eines Arbeitnehmers durch einen anderen, der die gleiche Tätigkeit ausübt, ist nicht gestattet.¹²⁰

Hat der ausländische Arbeitgeber hingegen seinen Betriebssitz in einem Mitgliedstaat der EU und möchte Drittstaatsangehörige nach Österreich entsenden, ist gem § 18 Abs 12 AuslBG eine EU-Entsendebestätigung erforderlich.¹²¹

¹¹⁸ Endfellner/Exel/Freudhofmeier/Kopecek, Personalentsendung kompakt (2010) S 23 f.

¹¹⁹ Kreuzhuber/Pfleger/Bernecker, Arbeitsmigration² (2023) S 42 ff.

¹²⁰ Wiesinger, Entsendebewilligung, in RDB Keywords1 (Stand 24. 04. 2024, rdb.at).

¹²¹ Rauch, Arbeitsrecht für Arbeitgeber²³ (2024), S 204.

5 Beschäftigung von Drittstaatsangehörigen im Rahmen der Rot-Weiß-Rot-Karte im Sinne des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes in Verbindung mit dem Ausländerbeschäftigungsgesetz

5.1 Kriteriengeleitetes Zuwanderungsverfahren

Personen migrieren hauptsächlich aus drei Gründen: Familie, Ausbildung und Arbeit. Die Arbeitsmigration ist eine klassische Form der freiwilligen Migration und wird sowohl von den Migranten selbst als auch von den Aufnahmeländern beeinflusst. In Österreich begann ab den 1960er-Jahren die gezielte Anwerbung von Gastarbeitern zur Deckung des Arbeitskräftebedarfs. Trotz eines Anwerbestopps in den 1970er-Jahren war Migration weiterhin möglich, sofern eine Arbeitsgenehmigung vorlag. Ab 1993 wurde die Arbeitsmigration durch ein Quotensystem stark eingeschränkt, und ab 2002 war eine dauerhafte Zuwanderung von geringqualifizierten Drittstaatsangehörigen kaum noch möglich. Stattdessen wurde verstärkt auf Saisonarbeitskräfte und hochqualifizierte Schlüsselkräfte gesetzt. Im Jahr 2011 trat das „Rot-Weiß-Rot – Karten“-Modell in Kraft, das die Zuwanderung qualifizierter Arbeitskräfte durch ein kriteriengeleitetes Punktesystem steuert.¹²²

Zeitgleich mit der Einführung der „Rot-Weiß-Rot – Karte“ im Jahr 2011 wurde auch die „Blaue Karte EU“ implementiert. Damit erfolgte die Umsetzung der „Blue-Card-Richtlinie¹²³“, die darauf abzielt, die Europäische Union im globalen Wettbewerb um hochqualifizierte Fachkräfte attraktiver zu machen. Im Gegensatz zur „Rot-Weiß-Rot – Karte“ basiert die „Blaue Karte EU“ nicht auf einem Punktesystem, sondern setzt das Erreichen eines festgelegten Mindestgehalts sowie eine Arbeitsmarktprüfung voraus.¹²⁴

¹²² Peyrl/Neugschwendtner/Schmaus, Fremdenrecht⁸ (2023) S 95.

¹²³ Richtlinie 2009/50/EG des Rates vom 25. Mai 2009 über die Bedingungen für die Einreise und den Aufenthalt von Drittstaatsangehörigen zur Ausübung einer hochqualifizierten Beschäftigung.

¹²⁴ Kreuzhuber/Pfleger/Bernecker, Arbeitsmigration² (2023) S 51.

Das kriteriengeleitete Zuwanderungssystem beruht auf dem Prinzip, dass sowohl das Aufenthaltsrecht als auch die Beschäftigungserlaubnis durch eine einheitliche Berechtigung geregelt werden.¹²⁵

Dieses Zuwanderungssystem stellt ein flexibles Modell dar, das sowohl personenbezogene als auch arbeitsmarktbezogene Faktoren berücksichtigt. Zu den individuellen Kriterien zählen unter anderem Qualifikation, Sprachkenntnisse und Berufserfahrung, während arbeitsmarktbezogene Aspekte wie der Bedarf an Fachkräften, das Arbeitsplatzangebot oder ein festgelegtes Mindestentgelt ebenfalls eine Rolle spielen. Mit diesem System wird eine gezielte Steuerung der Zuwanderung ermöglicht, indem sowohl die Qualifikation der Antragstellenden als auch die Anforderungen des Arbeitsmarktes miteinbezogen werden. Die Bewertung erfolgt anhand eines Punktesystems, bei dem eine höhere Qualifikation zu einer höheren Punktzahl führt. Zudem besteht die Möglichkeit, dass verschiedene Kriterien sich einander ausgleichen.¹²⁶

Die Zulassungsvoraussetzungen differieren je nach Kategorie der Zuwanderung und sind an arbeitsplatzbezogene sowie arbeitsmarktpolitische Anforderungen angepasst. Sie gelten für besonders Hochqualifizierte iSd § 12 AuslBG, Fachkräfte in Mangelberufen gem §§ 12a und 13 AuslBG sowie sonstige Schlüsselkräfte nach § 12b Z 1 AuslBG. Die Anlagen A, B und C des AuslBG legen die spezifischen Kriterien fest, die Schlüsselkräfte persönlich erfüllen müssen. Diese Kriterien sind in verschiedene Kategorien unterteilt und werden mit einer festgelegten Punkteanzahl bewertet, wobei pro Kategorie eine maximale Punktzahl erreicht werden kann. Eine Zulassung ist nur möglich, wenn die festgelegte Mindestpunkteanzahl erreicht wird. Absolventen eines österreichischen Hochschul- oder Fachhochschulstudiums iSd § 12b Z 2 AuslBG sowie hochqualifizierte Fachkräfte gemäß der Blue-Card-Richtlinie, die eine „Blaue Karte EU“ gem § 12c AuslBG beantragen, sind von der Teilnahme am Punktesystem ausgenommen. Die Erteilung der Rot-Weiß-Rot-Karte und der Blauen Karte EU unterliegt keiner Quotenpflicht, und beide Karten werden für eine Dauer

¹²⁵ Gerhartl, AuslBG (2019) S 106.

¹²⁶ Kreuzhuber/Pfleger/Bernecker, Arbeitsmigration² (2023) S 51 f.

von zwei Jahren ausgestellt – siehe §§ 41 Abs 5 und 42 Abs 4 des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes (NAG).¹²⁷

Da sich die Thematik dieser rechtswissenschaftlichen Arbeit auf die Umgehung der Rot-Weiß-Rot – Karte für eine unselbständige Erwerbstätigkeit bezieht, wird auf die Rot-Weiß-Rot Karte für Selbständige Schlüsselkräfte und Start-up Gründer iSd § 24 AuslBG bzw. auf die Rot-Weiß-Rot - Karte für Stammmitarbeiter gem § 12d AuslBG (betrifft langjährige Saisoniers im Bereich Tourismus und Landwirtschaft) nicht näher bzw. weiter eingegangen.

5.2 Das Verfahren der Rot-Weiß-Rot – Karte

Das sogenannte One-Stop-Shop-Verfahren gemäß § 20d AuslBG regelt die Zulassung von besonders Hochqualifizierten, Fachkräften, sonstigen Schlüsselkräften, Studienabsolventen und Künstlern. Es entspricht den Vorgaben der Blue-Card-Richtlinie¹²⁸ und der Single-Permit-Richtlinie¹²⁹. Demnach wird sowohl für hochqualifizierte Schlüsselkräfte als auch für alle anderen dauerhaft zuwandernden Arbeitskräfte das Aufenthaltsrecht und die Beschäftigungszulassung in einem einzigen Verfahren entschieden. Erfolgreiche Antragstellende erhalten eine kombinierte Aufenthalts- und Arbeitserlaubnis.¹³⁰

Im Rahmen eines Verfahrens vor der zuständigen Aufenthaltsbehörde wird das AMS hinzugezogen, wenn ein Antrag ua auf eine „Rot-Weiß-Rot – Karte“ bzw „Blaue Karte EU“ gestellt wird. Der Antrag muss gemeinsam mit einer schriftlichen Erklärung des Arbeitgebers über die Einhaltung der Beschäftigungsbedingungen eingereicht werden. Die Einbindung des AMS, das sog „Zulassungsverfahren“, dient der inhaltlichen Prüfung, ob die Voraussetzungen für die Erteilung des Aufenthaltstitels erfüllt sind. In § 20d wird festgelegt, dass die NAG-Behörde bei der Prüfung der

¹²⁷ Deutsch/Nowotny/Seitz, Ausländerbeschäftigungsrecht³ (2021) S 320 f.

¹²⁸ RL 2009/50/EG.

¹²⁹ Richtlinie 2011/98/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Dezember 2011 über ein einheitliches Verfahren zur Beantragung einer kombinierten Erlaubnis für Drittstaatsangehörige, sich im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats aufzuhalten und zu arbeiten, sowie über ein gemeinsames Bündel von Rechten für Drittstaatsarbeitnehmer, die sich rechtmäßig in einem Mitgliedstaat aufhalten.

¹³⁰ Gerhartl, AuslBG (2019) S 171.

Voraussetzungen für die „Rot-Weiß-Rot – Karte“, die „Blaue Karte EU“ und die „Niederlassungsbewilligung – Künstler“ die regionale Geschäftsstelle des AMS einzubinden hat. Dies gilt insbesondere für die Bewertung, ob eine Beschäftigung einem Hochschulabschluss angemessen ist. Erfüllt der Antrag die gesetzlichen Voraussetzungen (§§ 12 ff iVm Anlagen A bis C), bestätigt das AMS dies gegenüber der NAG-Behörde. Andernfalls erlässt das AMS einen Ablehnungsbescheid, der über die NAG-Behörde dem Arbeitgeber und dem Antragstellenden zugestellt wird.¹³¹

Die Möglichkeit einer bescheidmäßigen Ablehnung der Beschäftigungszulassung durch die Regionale Geschäftsstelle (RGS) des AMS gewährleistet – unter Beibehaltung des One-Stop-Shop-Prinzips –, dass Beschwerden gegen eine Ablehnung gemäß §§ 12 ff AuslBG vom Bundesverwaltungsgericht behandelt werden; und nicht - wie üblicherweise in Verfahren vor den Bezirksverwaltungsbehörden - vom jeweiligen Landesverwaltungsgericht. Darüber hinaus besitzt die RGS sowohl das Recht auf Erlassung einer Beschwerdeentscheidung iSd § 20g Abs 3 AuslBG als auch die Befugnis, eine Amtsrevision gegen Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts einzulegen.¹³²

Der Antrag auf eine „Rot-Weiß-Rot – Karte“ oder eine „Blaue Karte EU“ ist zusammen mit der oa schriftlichen Erklärung des Arbeitgebers entweder bei der zuständigen österreichischen Vertretungsbehörde im Ausland oder – nach visumfreier Einreise – bei der für den Wohnsitz des Antragstellers zuständigen NAG-Behörde (Bezirkshauptmannschaft oder Magistrat) einzureichen. Alternativ kann der Antrag vom Arbeitgeber direkt bei der NAG-Behörde im Inland gestellt werden. In diesem Fall übernimmt der Arbeitgeber die gesamte Verfahrensabwicklung, sodass die Fach- oder Schlüsselkraft erst zur Abholung der entsprechenden Aufenthaltskarte nach Österreich einreisen muss.¹³³

Die aufenthaltsrechtlichen Regelungen betreffend die „Rot-Weiß-Rot – Karte“ bzw „Blaue Karte EU“ sind in den §§ 41 und 42 NAG normiert. Gemäß diesen Bestimmungen kann Drittstaatsangehörigen ein Aufenthaltstitel Rot-Weiß-Rot – Karte

¹³¹ Kind, AuslBG (2018) S 548 f.

¹³² Deutsch/Nowotny/Seitz, Ausländerbeschäftigungsrecht³ (2021) S 430 f.

¹³³ Gerhartl, AuslBG (2019) S 172.

bzw. Blaue Karte EU erteilt werden, wenn sie die allgemeinen Erteilungsvoraussetzungen mit Ausnahme des § 11 Abs 2 Z 2 und 4 NAG erfüllen und eine schriftliche Mitteilung der regionalen Geschäftsstelle des AMS darüber vorliegt, dass die Zulassungsvoraussetzungen für die „Rot-Weiß-Rot – Karte“ bzw. „Blaue Karte EU“ erfüllt sind.

Die allgemeinen Erteilungsvoraussetzungen gemäß § 11 Abs 2 Z 2 und Z 4 NAG, wie der Nachweis einer ortsüblichen Unterkunft und eines gesicherten Lebensunterhalts, sind nicht relevant. Daher kann der Aufenthaltstitel auch ohne deren Vorliegen erteilt werden. Der erforderliche Krankenversicherungsschutz (§ 11 Abs 2 Z 3 NAG) ist durch die Pflichtversicherung gewährleistet. Die Prüfung fokussiert sich somit auf die Gefährdung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit (§ 11 Abs 1 und Abs 2 Z 1 NAG).¹³⁴

Die „Rot-Weiß-Rot – Karte“ wird grundsätzlich für einen Zeitraum von zwei Jahren ausgestellt, es sei denn, der zugrundeliegende Arbeitsvertrag sieht eine kürzere Beschäftigungsdauer vor. In diesem Fall wird der Aufenthaltstitel für einen um drei Monate über die Vertragslaufzeit hinausgehenden Zeitraum gewährt, jedoch maximal für zwei Jahre. Der Antrag kann im Falle eines Arbeitsverhältnisses von der Arbeitgeberin für die betreffende ausländische Person gestellt werden. Zudem ist es möglich, gleichzeitig Anträge für dessen Familienangehörige einzureichen, sofern dies bei der zuständigen Niederlassungsbehörde im Inland erfolgt.¹³⁵

Inhaber einer „Rot-Weiß-Rot – Karte“ sind zur Beschäftigung bei einem bestimmten Arbeitgeber berechtigt, ihr Zugang zum Arbeitsmarkt bleibt jedoch eingeschränkt. Zusätzlich können sie eine selbstständige Erwerbstätigkeit ausüben, sofern diese der unselbstständigen Beschäftigung untergeordnet ist und alle gesetzlichen Anforderungen erfüllt - siehe § 20d Abs 8 AuslBG. Nach Arbeitsantritt überprüft das AMS umgehend die Anmeldung zur Sozialversicherung. Entspricht diese nicht den für die Erteilung der „Rot-Weiß-Rot – Karte“ maßgeblichen Voraussetzungen, wird

¹³⁴ Kreuzhuber/Pfleger/Bernecker, Arbeitsmigration² (2023) S 55.

¹³⁵ Böhm/Hollmann/Zischka in Binder/Kopecek, Personalentsendung in der Praxis² (2023) S 164.

die NAG-Behörde informiert, die daraufhin ein Verfahren zur Entziehung des Aufenthaltstitels gem § 28 Abs 6 AuslBG einleitet.¹³⁶

Beabsichtigt der Inhaber einer „Rot-Weiß-Rot – Karte“, während des Bewilligungszeitraums, den Arbeitgeber zu wechseln, ist gem § 20d Abs 2 letzter Satz AuslBG ein erneutes Durchlaufen des gesamten Verfahrens erforderlich. Eine erneute Prüfung der Kriterien gem den Anlagen A, B und C AuslBG entfällt jedoch.¹³⁷

Betreffend den örtlichen Geltungsbereich normiert § 20d Abs 2 AuslBG, dass sich dieser auf das ganze Bundesgebiet erstreckt.

5.3 Besonders Hochqualifizierte - § 12 AuslBG

Im Rahmen der Kategorie der „Besonders Hochqualifizierten“ sollen internationale Spitzenkräfte angesprochen werden. Für diese Gruppe wurde die Möglichkeit geschaffen, ohne ein bereits vorliegendes Arbeitsplatzangebot nach Österreich einzureisen, um vor Ort eine entsprechende Beschäftigung zu finden. Erfüllen „Besonders Hochqualifizierte“ die Mindestpunkteanzahl im Kriterienkatalog, besteht für sie die Möglichkeit, ein sechsmonatiges Visum zur Arbeitssuche - „Job-seeker-Visum“ iSd § 24 des Fremdenpolizeigesetzes 2005 (FPG) - zu beantragen. Besonders Hochqualifizierte, die eine ihrer Qualifikation entsprechende Beschäftigung finden, können eine „Rot-Weiß-Rot – Karte“ beantragen. Sofern die allgemeinen Voraussetzungen für die Erteilung eines Aufenthaltstitels vorliegen, wird diese ohne Durchführung einer Arbeitsmarktprüfung zugesprochen. Wie oben bereits angeführt, berechtigt die „Rot-Weiß-Rot – Karte“ sowohl zum Aufenthalt in Österreich als auch zur Beschäftigung bei dem Arbeitgeber, auf den sich die Zulassung als Besonders Hochqualifizierter bezieht. Eine direkte Beantragung der „Rot-Weiß-Rot – Karte“ ist für diese Personengruppe möglich, wenn die Mindestpunkteanzahl im Kriterienkatalog erreicht wird und ein entsprechendes Arbeitsplatzangebot vorliegt. In diesem Fall ist der Umweg über das Visum zur Arbeitssuche („Job-seeker-Visum“) nicht erforderlich.¹³⁸

¹³⁶ Kreuzhuber/Pfleger/Bernecker, Arbeitsmigration² (2023) S 58 f.

¹³⁷ Deutsch/Nowotny/Seitz, Ausländerbeschäftigungsrecht³ (2021) S 432.

¹³⁸ Kreuzhuber/Pfleger/Bernecker, Arbeitsmigration² (2023) S 60.

Wurde bereits ein Visum D („Job-seeker-Visum“) zur Arbeitsuche bewilligt, kann ein erneuter Antrag frühestens ein Jahr nach der Ausreise gestellt werden. Diese Wartefrist entfällt jedoch, wenn ein vorheriger Antrag abgelehnt oder zurückgewiesen wurde.¹³⁹

Für Personen, die visumfrei nach Österreich einreisen dürfen, ist die Beantragung eines Visums zur Arbeitssuche nicht verpflichtend. Diese haben die Option, während ihres rechtmäßigen visumfreien Aufenthalts im Bundesgebiet die Rot-Weiß-Rot – Karte zu beantragen, wenn sie in diesem Zeitraum eine ihrer Qualifikation entsprechende Beschäftigung finden. In diesem Zusammenhang ist jedoch zu beachten, dass der visumfreie Aufenthalt in der Regel auf drei Monate begrenzt ist. Erfolgt die Ausstellung der Rot-Weiß-Rot – Karte nicht innerhalb dieses Zeitraums, so muss die betroffene Person Österreich verlassen, und das Verfahren ist aus dem Ausland weiterzuverfolgen.¹⁴⁰

Für die Beurteilung der Voraussetzungen für das Visum zur Arbeitssuche bzw für die Erteilung der Rot-Weiß-Rot – Karte sind die in der Anlage A AuslBG (siehe Appendix 1) angeführten Kriterien relevant. Diese lassen sich in die Kategorien „Besondere Qualifikationen bzw Fähigkeiten“, „Berufserfahrung“, „Sprachkenntnisse“, „Alter“ und „Studium in Österreich“ gliedern. Pro Kategorie kann maximal die jeweils festgelegte Höchstpunkteanzahl erreicht werden. Wird die erforderliche Mindestpunkteanzahl (70/100) erreicht und liegen die fremdenrechtlichen Einreisevoraussetzungen vor, so stellt die zuständige österreichische Berufsvertretungsbehörde im Ausland (Botschaft oder Konsulat) ein Visum zur Arbeitssuche aus.¹⁴¹

Seit dem 01.Januar 2019 enthält § 13 Abs 4 AuslBG eine Verordnungsermächtigung im Hinblick auf die Rot-Weiß-Rot – Karte für „Besonders Hochqualifizierte“. Diese Ermächtigung ermöglicht es, durch Verordnung bestimmte Berufe im hochqualifizierten Bereich festzulegen, für die eine bevorzugte Zulassung ausländischer Fachkräfte als besonders Hochqualifizierte vorgesehen ist. In diesen

¹³⁹ Peyrl/Neugschwendtner/Schmaus, Fremdenrecht⁸ (2023) S 104.

¹⁴⁰ Böhm/Hollmann/Zischka in Binder/Kopecek, Personalentsendung in der Praxis² (2023) S 165.

¹⁴¹ Gerhartl, AuslBG (2019) S 106 f.

Berufen wird die erforderliche Mindestpunkteanzahl um fünf Punkte reduziert – diese wird somit schon mit 65 Punkten erreicht.¹⁴²

Betreffend die Qualifikation gem Anlage A AuslBG ist festzuhalten, dass aus den Erläuterungen zur Einführung des § 12 AuslBG durch das BGBl I Nr 25/2011 (RV 1077 Blg NR 24. GP. S 12) sowie zu § 12 AuslBG idF BGBl I Nr 72/2013 (RV 2163 Blg NR 24 GP, S 4) deutlich wird, dass die Intention des Gesetzgebers über den Wortlaut des § 12 AuslBG iVm Anlage A hinausgeht. Es wird klargestellt, dass die Vergabe von Punkten in den relevanten Kategorien – „Besondere Qualifikationen bzw Fähigkeiten“, „Berufserfahrung“ und „Studium in Österreich“ – untrennbar mit dem spezifischen Zweck der angestrebten Beschäftigung verknüpft ist. Eine Punktevergabe setzt somit voraus, dass die rechtliche Beurteilung des Sachverhalts ergibt, dass ein abgeschlossenes Hochschulstudium inhaltlich mit der vorgesehenen Tätigkeit übereinstimmt. Nur wenn dieser Konnex vorliegt, gelten die in Anlage A zu § 12 AuslBG definierten Bedingungen als erfüllt und kann eine Zuerkennung von Punkten vorgenommen werden.¹⁴³

Hinsichtlich des Kriteriums „Berufserfahrung“ wird in der Anlage A des AuslBG normiert, dass eine Punktevergabe nur erfolgen kann, wenn die Berufserfahrung ausbildungsadäquat war bzw in einer Führungsposition vorliegt. Als Nachweis ist die Vorlage von Dienstzeugnissen und Arbeitsbestätigungen erforderlich.¹⁴⁴

Zum Kriterium der Sprachkenntnisse gem der Anlage A des AuslBG – dies gilt auch sinngemäß für die Anlagen B und C AuslBG - ist festzuhalten, dass es erforderlich ist, dass sich diese am Gemeinsamen Europäischen Referenzrahmen für Sprachen orientieren. Als qualifizierte Nachweise der Sprachkenntnisse wird auf international anerkannte Sprachdiplome oder Kurszeugnisse abgestellt. Eine bloße Teilnahme an Sprachkursen ist nicht ausreichend.¹⁴⁵

Die Sprachdiplome bzw Kurszeugnisse, die zum Nachweis von Deutsch- oder Englischkenntnissen vorgelegt werden, dürfen gem § 20d Abs 6 AuslBG nicht älter

¹⁴² Rauch, Arbeitsrecht für Arbeitgeber²³ (2024), S 194.

¹⁴³ VwGH 17.2.2015, Ra 2014/09/0038.

¹⁴⁴ Kreuzhuber/Pfleger/Bernecker, Arbeitsmigration² (2023) S 60.

¹⁴⁵ Deutsch/Nowotny/Seitz, Ausländerbeschäftigungsrecht³ (2021) S 327.

als fünf Jahre sein. Erfolgreich absolvierte Online-Tests werden nur dann als gültiger Nachweis anerkannt, wenn das Prüfungsformat gewährleistet, dass die Prüfung eigenständig absolviert wurde. Dies erfolgt beispielsweise durch ein Foto auf dem Zertifikat bzw durch eine begleitende Videoaufzeichnung.¹⁴⁶

Darüber hinaus ist anzumerken, dass durch die Anerkennung von Reifezeugnissen auch die dementsprechenden Bildungssysteme anerkannt werden. Da die österreichische Matura für die erste lebende Fremdsprache (Englisch) das Erreichen des Kompetenzniveaus B2 vorsieht, ist davon auszugehen, dass aufgrund eines vorgelegten Abschlusszeugnisses (nachgewiesener Abschluss im Fach Englisch auf Sekundarebene) das Vorliegen eines englischen Sprachniveaus B2 bestätigt werden kann – vorausgesetzt es liegt eine Anerkennung des Reifezeugnisses vor. Je nachdem, wie alt das Abschlusszeugnis ist, ist das Sprachniveau herabzusetzen.¹⁴⁷

5.4 Fachkräfte in Mangelberufen - § 12a AuslBG

Um eine „Rot-Weiß-Rot – Karte“ als Fachkraft zu erhalten, sind mehrere Voraussetzungen zu erfüllen. Zunächst muss der ausgeübte Beruf in der Mangelberufsliste angeführt sein. Darüber hinaus ist das Vorliegen einer einschlägigen Berufsausbildung im beabsichtigten Mangelberuf erforderlich. Zudem muss das angebotene Gehalt mindestens dem branchenüblichen Entgelt entsprechen. Abschließend ist das Erreichen einer bestimmten Mindestpunktzahl (55/90) erforderlich.¹⁴⁸

Damit ein Beruf als Mangelberuf gilt, muss dieser in der Fachkräfteverordnung gelistet sein. Die Fachkräfteverordnung wird jährlich vom Arbeitsminister im Einvernehmen mit dem Wirtschaftsminister erlassen, wenn ein langfristiger Arbeitskräftebedarf – nicht bloß vorübergehend - besteht, der nicht durch inländische Arbeitskräfte gedeckt werden kann. Ein wesentlicher Indikator für das Vorliegen eines Mangels ist die sog „Stellenandrangsziffer“: Ein Beruf wird grundsätzlich als

¹⁴⁶ Kreuzhuber/Pfleger/Bernecker, Arbeitsmigration² (2023) S 64.

¹⁴⁷ BVwG 27.10.2021, W209 2245907-1.

¹⁴⁸ Peyrl/Neugschwendtner/Schmaus, Fremdenrecht⁸ (2023) S 106.

Mangelberuf eingestuft, wenn bundesweit oder in bestimmten Bundesländern auf eine gemeldete offene Stelle nicht mehr als 1,5 Arbeitssuchende kommen. In Ausnahmefällen können jedoch auch Berufe mit einer Stellenandrangsziffer von bis zu 1,8 aufgenommen werden, sofern zusätzliche objektivierbare Kriterien, wie etwa ein erhöhter Bedarf an betrieblicher Lehrausbildung vorliegt oder der betreffende Beschäftigungszweig eine überdurchschnittlich ansteigende Lohnentwicklung aufweist.¹⁴⁹

Bei der erstmaligen Erlassung der Fachkräfteverordnung im Jahr 2012 wurden 26 Mangelberufe angeführt – 2014 erfolgte allerdings eine Reduktion auf acht. In den darauffolgenden Jahren stieg die Anzahl der in der Verordnung gelisteten Berufe jedoch kontinuierlich an. Im Jahr 2024 umfasste die Fachkräfteverordnung 110 bundesweite und 90 regionale Mangelberufe. Mit der Fachkräfteverordnung für das Jahr 2025 wurden die bundesweiten Mangelberufe zwar wieder auf 81 herunternovelliert, allerdings stieg die Anzahl der regionalen Mangelberufe von 90 auf 142 an.

Die zu erreichende Mindestpunkteanzahl betreffend ist anzumerken, dass der Verfassungsgerichtshof (VfGH) § 12a Z 2 iVm Anlage B des AuslBG in der bis 30.9.2017 geltenden Fassung als verfassungswidrig erachtete – aufgrund einer vorliegenden Altersdiskriminierung.¹⁵⁰ Allerdings wurde bereits mit BGBl I 2017/66 vom 1.10.2017 das Punkteschema für Fachkräfte in Mangelberufen dahingehend modifiziert, dass die Kriterien „Sprachkenntnisse“ und „Berufserfahrung“ aufgewertet wurden und das Kriterium „Alter“ eine Abwertung erfuhr.¹⁵¹

Des Weiteren ist bezugnehmend auf die Anlage B des AuslBG festzuhalten, dass eine lediglich ausbildungsadäquate Berufspraxis nicht berücksichtigt werden kann. Für Fachkräfte aus Drittstaaten stellt dies eine erhebliche Hürde beim Zugang zum österreichischen Arbeitsmarkt dar, da in Österreich zahlreiche der in der Mangelberufsliste angeführten Berufe im Rahmen einer Lehrlingsausbildung absolviert werden, in vielen Drittstaaten aber ein solches Ausbildungssystem nicht

¹⁴⁹ Deutsch/Nowotny/Seitz, *Ausländerbeschäftigungsrecht*³ (2021) S 336.

¹⁵⁰ VfGH 11.10.2017, G 56/2017-14.

¹⁵¹ Gerhartl, *AuslBG* (2019) S 115.

besteht. In Anbetracht dessen gestaltet sich die Anerkennung des theoretischen Teils der österreichischen Lehrlingsausbildung im Zuge eines Anerkennungs- oder Gleichstellungsverfahrens häufig als schwierig oder gar unmöglich. Daraus resultiert, dass betroffene Personen keine oder nur unzureichende Punkte für ihre berufliche Vorerfahrung geltend machen können. So kann zB ein Koch aus Indien in der Regel keine theoretische Ausbildung nachweisen, die der österreichischen Lehrausbildung entspricht. Dadurch erhält der Antragsteller nicht die benötigte Anzahl an Punkten für seine Berufserfahrung, was schlussendlich dazu führt, dass ihm die Rot-Weiß-Rot-Karte verwehrt bleibt. In diesem Zusammenhang hat der Verwaltungsgerichtshof (VwGH) festgestellt, dass der Begriff der „ausbildungsadäquaten Berufserfahrung“ seinem Wortsinn nach voraussetzt, dass die für die jeweilige Tätigkeit erforderliche Ausbildung zuvor erfolgreich abgeschlossen wurde.¹⁵²¹⁵³

Da es sich bei der behandelnden Problemstellung um Drittstaatsangehörige handelt, die im Rahmen einer EU-Entsendebestätigung in Österreich Tätigkeiten verrichten, die überwiegend in der Mangelberufsliste gelistet sind, wird in erster Linie die Umgehung der Rot-Weiß-Rot – Karte für „Fachkräfte in Mangelberufen“ angesprochen.

5.5 Sonstige Schlüsselkräfte - § 12b Z 1 AuslBG

Um den spezifischen arbeitsplatzbezogenen und arbeitsmarktpolitischen Erfordernissen zu entsprechen, wurde die Zulassung von „sonstigen Schlüsselkräften“ gemäß §§ 12b und 12c AuslBG differenziert geregelt. Daraus lässt sich ableiten, dass der Gesetzgeber mit der Einführung von § 12b Z 1 AuslBG die bis dahin bestehende allgemeine Definition einer Schlüsselkraft ersetzen und ein System konkreter Kriterien etablieren wollte. Folglich wird die Erfüllung der in Anlage C AuslBG festgelegten Kriterien durch den Antragsteller als hinreichender Nachweis für die Erfüllung der gesetzlichen Anforderungen betrachtet. Eine darüberhinausgehende, gesonderte Bewertung der Qualität der Arbeit oder der potenziellen strukturellen Auswirkungen auf den inländischen Arbeitsmarkt ist in

¹⁵² VwGH 22.9.2021, Ro 2021/09/0016.

¹⁵³ Oberhammer, Die Rot-Weiß-Rot - Karte im Wandel, ZAS 2023/21.

diesem Zusammenhang nicht vorgesehen. Die Bestimmung des § 12b Z 1 AuslBG verfolgt das Ziel, Drittstaatsangehörigen mit einer höherwertigen Ausbildung den Zugang zum österreichischen Arbeitsmarkt zu ermöglichen, sofern ihre spezifische Qualifikation und berufliche Verwendung in direktem Zusammenhang stehen, und um inländischen Arbeitsmarkt keine geeigneten Arbeitskräfte zur Verfügung stehen. Essenziell ist dabei, dass der Ausländer als eine überdurchschnittlich qualifizierte Person eingestuft wird, und die beabsichtigte Beschäftigung eine Aufwertung der inländischen marktbildenden Struktur herbeiführt.¹⁵⁴

In diesem Zusammenhang ist auch anzumerken, dass die Qualifikation eines Drittstaatsangehörigen als Fachkraft iSd § 12a AuslBG, die Beurteilung einer solchen Person als „Sonstige Schlüsselkraft“ iSd § 12b Z 1 AuslBG nicht ausschließt.¹⁵⁵

Betreffend die Anlage C des AuslBG ist festzuhalten, dass „Sonstige Schlüsselkräfte“ alternativ zu einer formellen Berufsausbildung auch „spezielle Kenntnisse oder Fertigkeiten“ für die Punktevergabe (für das Kriterium „Qualifikation“) geltend machen können, wenn hierfür keine formale Ausbildungsnachweise existieren, aber diese zur Ausübung der beabsichtigten Tätigkeit erforderliche sind. Dies betrifft ua Profisportler, Designer und Musiker. Um diesbezügliche Punkte jedoch vergeben zu können, sind entsprechende Nachweise zu übermitteln (wie zB Dienstzeugnisse).¹⁵⁶

Hinsichtlich des Kriteriums der „Berufserfahrung“ ist zu erwähnen, dass für „Sonstige Schlüsselkräfte“ seit 01.10.2022 die Einschränkung auf eine „ausbildungsadäquate“ Berufserfahrung aufgehoben ist. In der Folge kann nun auch für eine reine tätigkeitsbezogene Berufserfahrung eine Punktevergabe erfolgen.¹⁵⁷

Parallel zu den Fachkräften in Mangelberufen hat der VfGH mit Erkenntnis vom 13.12.2017 die für die Zulassung als „Sonstige Schlüsselkraft“ normierten Kriterien iSd § 12b Z 1 iVm Anlage C AuslBG zum Teil als verfassungswidrig aufgehoben. Nach dem Punktesystem der aufgehobenen Anlage C zum AuslBG waren Personen über 40 Jahre mit abgeschlossener Berufsausbildung bzw speziellen Kenntnissen

¹⁵⁴ Kind, AuslBG (2018) S 363.

¹⁵⁵ BVwG 29.1.2015, W 131 2013845-1/13E.

¹⁵⁶ Deutsch/Nowotny/Seitz, Ausländerbeschäftigungsrecht³ (2021) S 340.

¹⁵⁷ Ghulam, Die Reform der Rot-Weiß-Rot-Karte, ASoK 2022, 295.

oder Fertigkeiten in der vorgesehenen Tätigkeit von der Zulassung als Schlüsselkraft ausgeschlossen, während eine Zulassung für über 40-Jährige mit allgemeiner Universitätsreife oder abgeschlossenem Studium möglich war. Um diese altersbedingte Diskriminierung zu beseitigen, wurden die betreffenden Bestimmungen durch das Bundesgesetz BGBl I 2018/94 überarbeitet. Angelehnt an die adaptierte Anlage B (Punktesystem für „Fachkräfte in Mangelberufen“) des AuslBG erhielten die Kriterien „Sprachkenntnisse“ und „Berufserfahrung“ in der Anlage C AuslBG nun ein höheres Gewicht durch eine erhöhte Punktevergabe, während die Bedeutung des Kriteriums „Alter“ reduziert wurde.¹⁵⁸

Des Weiteren ist im Zusammenhang mit der Zulassung einer „Sonstigen Schlüsselkraft“ die Durchführung einer Arbeitsmarktprüfung iSd §§4 und 4b AuslBG erforderlich. Die allgemeinen Voraussetzungen gemäß § 4 Abs 1, zweiter und dritter Halbsatz, sowie die besonderen Voraussetzungen der Z 2 bis 11 sind auch für die Zulassung von Schlüssel- und Fachkräften iSd §§ 12 ff AuslBG anzuwenden. Dabei entfällt die Arbeitsmarktprüfung gemäß Abs 1, zweiter Halbsatz, iVm § 4b AuslBG für bestimmte Gruppen.¹⁵⁹

Diese werden taxativ in § 4 Abs 7 AuslBG gelistet, und es handelt sich hierbei um eine Beschäftigung für Schüler und Studenten (§ 4 Abs 3 Z 5 AuslBG), die 20 Wochenstunden nicht überschreitet; um Studienabsolventen (§ 12b Z 2 AuslBG); um Fachkräfte hinsichtlich einer Beschäftigung in einem in der Fachkräfteverordnung (§13 AuslBG) festgelegten Mangelberuf, - um Ausländer, die besonderen Schutz genießen (§ 4 Abs 3 Z 7 AuslBG); und um registrierte befristet beschäftigte Ausländer iSd § 5 Abs 6a und Abs 7 (sog „Stammsaisoniers“).

Der Begriff des Arbeitsmarktes im Sinne des ersten Tatbestandes des § 4 Abs 1 AuslBG erfasst nicht nur das Verhältnis von Angebot und Nachfrage, sondern auch die maßgeblichen rechtlichen Rahmenbedingungen. Diese sind unter Berücksichtigung der Zielsetzung des AuslBG – insbesondere dem Schutz inländischer Arbeitskräfte – zu betrachten.¹⁶⁰

¹⁵⁸ Gerhartl, Aktuelle Entwicklungen im Ausländerbeschäftigungsrecht, ASoK 2019, 57.

¹⁵⁹ Kind, AuslBG (2018) S 189.

¹⁶⁰ VwGH 24.5.1995, 95/09/0012.

Daraus folgt, dass das AMS bei der ihm nach § 4 Abs 1 AuslBG vorgeschriebenen Beurteilung zur Erteilung oder Versagung einer Beschäftigungsbewilligung stets von der im Einzelfall angestrebten Beschäftigung auszugehen hat. Sinngemäß gilt das ebenso für die Rot-Weiß-Rot – Karte.¹⁶¹

Im Verfahren zur Erteilung einer Beschäftigungsbewilligung bzw Rot-Weiß-Rot - Karte ist daher zu überprüfen, ob die antragstellende Person die für die angestrebte Tätigkeit gegebenenfalls nach spezifischen gesetzlichen Vorgaben erforderlichen zusätzlichen Qualifikationen nachweisen kann. Dazu gehören insbesondere der Nachweis fachlicher Befähigungen, wie berufsrechtliche Qualifikationen, sowie gegebenenfalls der Nachweis einer besonderen gesundheitlichen Eignung.¹⁶²

Die Festlegung des vom Arbeitgeber vorgegebenen, rechtlich zulässigen Anforderungsprofils trägt entscheidend zur Bestimmung des relevanten Arbeitsmarktes bei. Ausgehend von diesem ist zu prüfen, ob die aktuelle Lage und Entwicklung des Arbeitsmarktes die Erteilung der Beschäftigungsbewilligung bzw Rot-Weiß-Rot – Karte zulassen.¹⁶³

Im Ersatzkraftverfahren - die Begriffe Ersatzkraftverfahren und Arbeitsmarktprüfung werden synonym verwendet - überprüft das AMS, ob für die zu besetzende Stelle weder ein Inländer noch ein verfügbarer Ausländer zur Verfügung steht, der die betreffende Beschäftigung ausüben kann. Bevorzugt werden dabei arbeitslosenversicherungsberechtigzte Ausländer, EWR-Bürger, Schweizer, türkische Assoziationsarbeitnehmer und Drittstaatsangehörige mit unbeschränktem Arbeitsmarktzugang. Kann das AMS keine geeignete Ersatzkraft vermitteln, ist bei Erfüllung aller weiteren gesetzlichen Voraussetzungen eine Beschäftigungsbewilligung zu erteilen.¹⁶⁴

Betreffend die Voraussetzung des gesetzlichen Mindestentgeltes ist festzuhalten, dass für die beantragte Beschäftigung ein monatliches Bruttoentgelt von mindestens 50 % der monatlichen Höchstbeitragsgrundlage iSd Allgemeinen

¹⁶¹ VwGH 25.9.1979, 1298/79, ZAS 1980/27.

¹⁶² VwGH 24.5.1995, 95/09/0012.

¹⁶³ Gerhartl, AuslBG (2019) S 61.

¹⁶⁴ Kreuzhuber/Pfleger/Bernecker, Arbeitsmigration² (2023) S 25 f.

Sozialversicherungsgesetzes (ASVG) gewährleistet sein muss. Diese vorgeschriebene Mindestentgeltgrenze ist unabhängig vom Beschäftigungsausmaß einzuhalten und gilt somit auch für Teilzeitbeschäftigten. Regelmäßig zustehende Zulagen - insbesondere Pauschalen und Sachbezüge, die auf arbeitsrechtlichen Ansprüchen basieren - sind als fester Bestandteil in die geforderte Bruttoentlohnung einzuberechnen.¹⁶⁵

5.6 Studienabsolventen - § 12b Z 2 AuslBG

Die Rot-Weiß-Rot – Karte für „Studienabsolventen“ wurde 2011 eingeführt, um internationalen Absolventen österreichischer Hochschulen den Aufenthalt und den Zugang zum Arbeitsmarkt zu erleichtern. Die rechtlichen Grundlagen finden sich im NAG und AuslBG, insbesondere in § 12b Z 2 AuslBG. Diese Bestimmung normiert, dass Drittstaatsangehörige als Schlüsselkräfte zugelassen werden, wenn sie ein Studium in Österreich erfolgreich abgeschlossen haben und eine Beschäftigung aufnehmen, die ihrem Qualifikationsniveau entspricht. Ein direkter fachlicher Bezug zwischen der ausgeübten Tätigkeit und dem absolvierten Studium darf nicht verlangt werden, da ausschließlich die Übereinstimmung mit dem erworbenen Ausbildungsniveau maßgeblich ist.¹⁶⁶ Zudem müssen sie ein ortsübliches Bruttoentgelt erhalten. Ist diese Voraussetzung erfüllt, entfällt die individuelle Arbeitsmarktprüfung.¹⁶⁷

5.7 Blaue Karte – EU - § 12c AuslBG

Aufgrund der hohen Mindestentgeltgrenze seit ihrer Einführung wurde die „Blaue Karte - EU“ kaum genutzt, weshalb die EU im Jahr 2021 eine überarbeitete Richtlinie¹⁶⁸ (Neufassung der „Blue Card Richtlinie“¹⁶⁹) verabschiedete, die in

¹⁶⁵ Deutsch/Nowotny/Seitz, Ausländerbeschäftigungsrecht³ (2021) S 341.

¹⁶⁶ VwGH 20.2.2014, 2013/09/0166.

¹⁶⁷ Bernecker, Die Rot-Weiß-Rot - Karte für Studienabsolvent:innen, ZAS 2024/17.

¹⁶⁸ Richtlinie 2021/1883 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20.10.2021 über die Bedingungen für die Einreise und den Aufenthalt von Drittstaatsangehörigen zur Ausübung einer hoch

Österreich im Oktober 2022 umgesetzt wurde. Diese Regelung ermöglicht die Erteilung einer „Blauen Karte EU“ an Personen mit einem mindestens dreijährigen Hochschulabschluss, sofern sie eine diesem Abschluss entsprechende Tätigkeit ausüben und ein Bruttojahresgehalt beziehen, das mindestens dem durchschnittlichen österreichischen Bruttojahresgehalt von Vollzeitbeschäftigten entspricht. Bei ungünstigen Entwicklungen auf dem Arbeitsmarkt oder überdurchschnittlich steigenden Löhnen ist der Arbeitsminister dazu ermächtigt das Mindestentgelt auf das 1,5-Fache des Durchschnittsgehalts anzuheben. Eine Definition für eine ungünstige Arbeitsmarktentwicklung lässt sich dem AuslBG jedoch nicht entnehmen. Darüber hinaus ist festzuhalten, dass für bestimmte IT-Fachkräfte die Studienanforderung durch eine dreijährige einschlägige Berufserfahrung ersetzt werden kann. Die Erteilung der „Blauen Karte - EU“ setzt zudem eine Arbeitsmarktprüfung (siehe Ausführungen zur „Sonstigen Schlüsselkraft“ gem § 12b AuslBG) voraus.¹⁷⁰

Zusammengefasst zeigt dieses Kapitel auf, dass für Drittstaatsangehörige, die über keine höhere Qualifikation verfügen, eine reguläre Zuwanderung und eine damit immanente Arbeitserlaubnis in und für Österreich nicht möglich ist. Aus diesem Grund wird heutzutage seitens der Drittstaatsangehörigen versucht, das Zuwanderungsmodell der „Rot-Weiß-Rot – Karte“ bzw „Blauen Karte – EU“ auszuhebeln. Dieser Umgehung sind keine Grenzen gesetzt - erfolgt diese doch ua durch auf die Ausländer zugeschnittene Freundschaftsanträge seitens der potenziellen Arbeitgeber; durch Fälschungen relevanter Dokumente betreffend die Punktevergabe der Anlagen A bis C des AuslBG; oder auch durch die Beantragung einer EU-Entsendebestätigung gemäß § 18 Abs. 12 AuslBG, die im Einzelfall keine vorübergehende Entsendung beabsichtigt, sondern vielmehr als versteckte Niederlassung zu qualifizieren ist.

qualifizierten Beschäftigung und zur Aufhebung der Richtlinie 2009/50/EG des Rates, ABl L 2021/382, 1.

¹⁶⁹ Richtlinie 2009/50/EG des Rates vom 25.5.2009 über die Bedingungen für die Einreise und den Aufenthalt von Drittstaatsangehörigen zur Ausübung einer hochqualifizierten Beschäftigung, ABl L 2009/155, 17.

¹⁷⁰ Peyrl/Neugschwendtner/Schmaus, Fremdenrecht⁸ (2023) S 116 f.

Dem Letztgenannten ist Kapitel 6 gewidmet. Es erläutert, wie diese Form der Umgehung erfolgt und welche Möglichkeiten bestehen, einem solchen Missbrauch entgegenzuwirken.

5.8 Ausblick auf eine zukünftige mögliche Entwicklung der Rot-Weiß-Rot – Karte

In den letzten Jahren erlebte das Zuwanderungsmodell iSd Rot-Weiß-Rot – Karte eine Aufweichung, die ua damit begründet wird, dass der österreichische Arbeitsmarkt nicht über genügend Fachkräfte bzw Schlüsselkräfte verfügt. Dies spiegelt auch die jährliche Fachkräfteverordnung wider.

Mit der erstmaligen Einführung der Fachkräfteverordnung im Jahr 2012 wurden insgesamt 26 Mangelberufe definiert. In den darauffolgenden Jahren nahm die Anzahl der in der Verordnung angeführten Berufe kontinuierlich zu. So umfasste die Fachkräfteverordnung im Jahr 2024 bereits 110 bundesweit sowie 90 regional ausgewiesene Mangelberufe. Für das Jahr 2025 wurde die Zahl der bundesweit geltenden Mangelberufe zwar auf 81 reduziert, gleichzeitig erhöhte sich die Zahl der regionalen Mangelberufe jedoch von 90 auf 142.

Darüber hinaus wurde für Fachkräfte in Mangelberufen das Punktesystem dahingehend vereinfacht, dass der Nachweis einer abgeschlossenen Berufsausbildung im jeweiligen Mangelberuf pauschal mit 30 Punkten bewertet wird. Diese Punktevergabe erfolgt unabhängig davon, ob es sich bei der für den beantragten Beruf erforderlichen Qualifikation um eine Lehrausbildung, einen Abschluss an einer Berufsbildenden Schule oder ein Hochschulstudium handelt.¹⁷¹ Betreffend die Rot-Weiß-Rot – Karte für „Sonstige Schlüsselkräfte“ ist ua festzuhalten, dass durch die Streichung des Begriffs „ausbildungsadäquate“ verdeutlicht wird, dass Berufserfahrung – in Anlehnung an die Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofes vom 13. Dezember 2016 (Ra 2016/09/0104) – auch dann

¹⁷¹ Änderung des Ausländerbeschäftigungsgesetzes, des Arbeitsmarktförderungsgesetzes, des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes und des Fremdenpolizeigesetzes 2005, BGBl I Nr 106/2022 vom 19. Juli 2022.

zu berücksichtigen ist, wenn sie nicht unmittelbar der absolvierten Ausbildung entspricht und die erworbene Qualifikation nicht mit der angestrebten Beschäftigung übereinstimmt. Um das Kriterium der Berufserfahrung im kriteriengeleiteten Zuwanderungssystem generell stärker zu gewichten, wird die Punktevergabe künftig halbjährlich und nicht mehr – wie bisher – jährlich erfolgen. Antragsteller/innen erhalten somit für jedes absolvierte Halbjahr einschlägiger Berufserfahrung einen Punkt, wodurch weiterhin zwei Punkte pro volles Jahr erreicht werden können. In Übereinstimmung mit dem Erkenntnis¹⁷² des Verwaltungsgerichtshofes sind sämtliche Zeiten der Berufserfahrung zusammenzurechnen und die Punktevergabe jeweils auf Halbjahresbasis vorzunehmen, wobei etwaige Restzeiten unberücksichtigt bleiben. Ein halbes Jahr Berufserfahrung ist demnach auch dann anzuerkennen, wenn es nicht bei demselben Arbeitgeber erworben wurde.¹⁷³

Des Weiteren wird mit der neuen Rot-Weiß-Rot – Karte für „Stammmitarbeiter“ langjährig als Saisoniers beschäftigten Arbeitskräften die Möglichkeit eröffnet, in den Bereichen Tourismus und Landwirtschaft eine dauerhafte Beschäftigung in Österreich aufzunehmen. Drittstaatsangehörige können dabei als sogenannte „Stammmitarbeiter/innen“ zugelassen werden und auf dieser Grundlage eine Rot-Weiß-Rot-Karte erhalten, sofern bestimmte Voraussetzungen erfüllt sind. Dazu zählt, dass sie im Beobachtungszeitraum der vergangenen zwei Kalenderjahre jeweils mindestens sieben Monate als registrierte Stammsaisoniers im gleichen Wirtschaftszweig (Tourismus oder Landwirtschaft) tätig waren, Deutschkenntnisse auf dem Niveau A1 nachweisen, ein unbefristetes Arbeitsverhältnis durch den Arbeitgeber in Aussicht gestellt wird und die allgemeinen Voraussetzungen für eine Beschäftigungsbewilligung sinngemäß vorliegen. Als registrierte Stammsaisoniers gelten ua Saisonarbeitskräfte, die innerhalb der vergangenen fünf Kalenderjahre in mindestens drei Jahren im selben Wirtschaftszweig jeweils für einen Zeitraum von mindestens drei Monaten mit einer Kontingentbewilligung befristet beschäftigt waren und sich darüber hinaus bei den regionalen Geschäftsstellen des AMS für eine erneute Beschäftigung in diesem Wirtschaftszweig registrieren lassen.¹⁷⁴

¹⁷² VwGH vom 22.9.2021, Ro 2021/09/0016 und 0017.

¹⁷³ Änderung des Ausländerbeschäftigungsgesetzes, des Arbeitsmarktförderungsgesetzes, des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes und des Fremdenpolizeigesetzes 2005, BGBl. I Nr. 106/2022 vom 19. Juli 2022.

¹⁷⁴ Kreuzhuber/Pfleger/Bernecker, Arbeitsmigration² (2023) S 83.

Die beschriebenen Erleichterungen im Rahmen des Zuwanderungsmodells der Rot-Weiß-Rot-Karte lassen einen deutlichen Trend erkennen, der auf einen akuten beziehungsweise strukturell bedingten Arbeitskräftemangel zurückzuführen ist. Vor diesem Hintergrund wird erkennbar, dass sich Österreich zunehmend von einem restriktiven Zuwanderungsmodell entfernt und eine offenere Ausrichtung verfolgt.

6 Die EU-Entsendebestätigung im Sinne des § 18 Abs 12 AuslBG als versteckte Rot-Weiß- Rot Karte

6.1 Grundlegendes zur EU-Entsendebestätigung

In der Rechtsache *Vander Elst*¹⁷⁵ stellte der EuGH fest, dass die Dienstleistungsfreiheit von Unternehmen auch das Recht umfasst, Arbeitnehmer aus Drittstaaten zur Erbringung von Dienstleistungen in einem anderen EU-Mitgliedstaat einzusetzen. Dies bedeutet, dass grenzüberschreitend tätige Unternehmen für ordnungsgemäß und dauerhaft beschäftigte Drittstaatsangehörige keine Arbeitserlaubnis einholen müssen. Die Entscheidung beschränkt sich auf Arbeitnehmer, die im Entsendestaat bereits langfristig beschäftigt sind. Das Kriterium der dauerhaften Beschäftigung schließt Saisonkräfte aus, wobei eine mindestens einjährige Beschäftigung erforderlich ist – es sei denn, der zugrundeliegende Vertrag wurde unbefristet abgeschlossen. In diesem Zusammenhang ist ergänzend festzuhalten, dass eine ordnungsgemäße Beschäftigung ua auch die Anstellung überlassener Arbeitskräfte ausschließt. Mit dem EU-Beitritt übernahm Österreich diese Regelungen und musste die Rechtsprechung des EuGH umsetzen. Die frühere Praxis, für Nicht-EWR-Staatsangehörige eine Entsendebewilligung nach § 18 AuslBG zu verlangen, erfüllte die Anforderungen des Urteils nicht, da sie eine konstitutive Genehmigung darstellte. Um den unionsrechtlichen Vorgaben gerecht zu werden, wurde mit dem BGBl I 1997/78 ab dem 01.01.1998 die EU-Entsendebestätigung eingeführt.¹⁷⁶

Für die Erlangung einer EU-Entsendebestätigung muss sichergestellt sein, dass die betroffenen Drittstaatsangehörigen zur Erbringung einer vorübergehenden Arbeitsleistung im Rahmen eines Auftrags entsandt werden, den ein in einem anderen EWR-Mitgliedstaat ansässiges Unternehmen erhalten hat. Diese Regelung entspricht der Entsendung gemäß Art 1 Abs 3 lit a der Entsenderichtlinie.¹⁷⁷

¹⁷⁵ EuGH 9.8.1994, C-43/93, Raymond Vander Elst/Office des migrations internationales, ECLI:EU:C:1994:310.

¹⁷⁶ *Lindmayr*, Handbuch zur Ausländerbeschäftigung¹¹ (2012) S 252.

¹⁷⁷ VwGH 19.3.2014, 2013/09/0159.

Die Entsendung oder grenzüberschreitende Überlassung einer ausländischen Arbeitskraft aus einem EWR-Mitgliedstaat nach Österreich muss gem § 18 Abs 12 AuslBG der Zentralen Koordinationsstelle (ZKO) des Bundesministeriums für Finanzen gemeldet werden. Diese Meldung iSd § 19 LSD-BG wird von der Zentralen Koordinationsstelle an das zuständige AMS weitergeleitet. Der Antrag sowie die im Formular angegebenen Unterlagen werden daraufhin vom AMS geprüft. Im Rahmen der Prüfung wird insbesondere die Einhaltung der in Österreich geltenden Lohn- und Arbeitsbedingungen sowie die ordnungsgemäße Beschäftigung im Entsendestaat überprüft – als Nachweis ist ua das Sozialversicherungsdokument A1 erforderlich. Sind sämtliche Voraussetzungen erfüllt, stellt das AMS eine EU-Entsendebestätigung aus. Andernfalls wird innerhalb von zwei Wochen ein negativer Bescheid erlassen, gegen den ein Rechtsmittel eingelegt werden kann.¹⁷⁸

Darüber hinaus wird in den Erläuterungen zur Novelle BGBl 101/2005 (215 BlgNR 23 GP) dargelegt, dass eine Entsendung – sofern die entsprechenden Voraussetzungen vorliegen – auch ohne Vorliegen einer EU-Entsendebestätigung iSd § 18 Abs 12 AuslBG aufgenommen werden darf. Dies gilt unabhängig davon, ob die Meldepflicht gemäß § 7b Abs 3 und 4 AVRAG erfüllt wurde.¹⁷⁹

6.2 Rechtliche Möglichkeiten zur Umgehung der „Rot-Weiß-Rot – Karte“ bzw „Blauen Karte EU“

Sowohl das AuslBG als auch die Entsenderichtlinie¹⁸⁰ gehen von einer temporären Beschäftigung eines Arbeitnehmers in einem anderen Mitgliedstaat aus. Dies wird durch die Formulierung in § 18 AuslBG („Erbringung einer vorübergehenden Arbeitsleistung eines Ausländers“) sowie in Art 2 der Entsenderichtlinie („während eines begrenzten Zeitraumes“) deutlich. Allerdings legen weder das AuslBG noch die Entsenderichtlinie eine explizite zeitliche Obergrenze für die Dauer einer Entsendung fest. Eine solche Begrenzung lässt sich jedoch aus Art 12 der Verordnung (EG) Nr.

¹⁷⁸ Kind, AuslBG (2018) S 440 f.

¹⁷⁹ BVwG 27.11.2024, W167 2287292-1.

¹⁸⁰ RL 96/71/EG.

883/2004¹⁸¹ ableiten, wonach ein entsandter Arbeitnehmer bis zu einer Dauer von 24 Monaten weiterhin den Rechtsvorschriften des Entsendestaates unterliegt. In diesem Zusammenhang ist auch der Vorschlag der Europäischen Kommission für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinie 96/71/EG, COM(2016) 128 final, relevant. Dieser sieht vor, dass bei einer Überschreitung der Entsendedauer von 24 Monaten der Aufnahmestaat als derjenige gilt, in dem die Arbeit gewöhnlich verrichtet wird. Gleichzeitig enthalten die genannten Rechtsvorschriften keine Regelung, die eine Wartezeit bei einer Verlängerung der Entsendung oder einer erneuten Entsendung vorschreibt.¹⁸²

In diesem Zusammenhang ist festzuhalten, dass der Beschluss Nr A2 der Verwaltungskommission für die Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit vom 12. Juni 2009 zur Auslegung des Art 12 der Verordnung (EG) Nr 883/2004 für Gerichte keine bindende Wirkung entfaltet.¹⁸³ Gemäß Art 72 der Verordnung (EG) Nr 883/2004 ist die Verwaltungskommission befugt, „alle Verwaltungs- und Auslegungsfragen, die sich aus dieser Verordnung [...] ergeben“ zu behandeln. Eine Rechtsetzungskompetenz kommt ihr jedoch nicht zu. Darüber hinaus stellte der VwGH in der Rechtssache *Ra 2017/09/0023* fest, dass die Einstufung des Beschlusses Nr A2 als Gutachten - das im Verfahren als Beweismittel heranzuziehen ist - und die darauf basierende Versagung der EU-Entsendebestätigung verkennt, dass weder auf unionsrechtlicher noch auf nationaler Ebene eine normative Grundlage für die Einführung einer Wartezeit vor einer erneuten Entsendung nach Österreich besteht. Eine solche Regelung kann auch nicht durch den genannten Beschluss geschaffen werden. Zudem muss eine etwaige Verwaltungspraxis in diesem Kontext im Einklang mit dem Legalitätsprinzip stehen. Des Weiteren ist die „Umwürdigung“ des Beschlusses Nr A2 ohne Gewährung des Parteiengehörs und ohne Durchführung der beantragten Verhandlung als Verstoß gegen das auch im Verwaltungsverfahren geltende Überraschungsverbot zu qualifizieren.¹⁸⁴¹⁸⁵

¹⁸¹ Verordnung (EG) Nr. 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit.

¹⁸² VwGH 12. 9. 2017, Ra 2017/09/0023.

¹⁸³ VwGH 31.7.2014, Ro 2014/08/0003; EuGH 5.12.1967, C-19/67, *Bestuur der Sociale Verzekeringsbank/J. H. van der Vecht*, ECLI:EU:C:1967:49.

¹⁸⁴ VwGH 30.3.2016, Ra 2015/09/0075.

¹⁸⁵ VwGH 12.9.2017, Ra 2017/09/0023.

Neben der oa Problematik der Entsendungsdauer ist auch auf die allgemeinen Erteilungsvoraussetzungen einer EU-Entsendebestätigung iSd AuslBG bzw des LSD-BG näher einzugehen.

Für ausländische Arbeitskräfte, die von einem Unternehmen mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat des Europäischen Wirtschaftsraums zur vorübergehenden Arbeitsleistung nach Österreich entsandt oder überlassen werden, besteht gem § 18 Abs 12 AuslBG keine Verpflichtung zur Einholung einer Beschäftigungs- oder Entsendebewilligung, sofern die betreffenden Personen im Herkunftsstaat des Unternehmens über den Zeitraum der Entsendung oder Überlassung hinaus ordnungsgemäß zur Beschäftigung zugelassen sind und in einem rechtmäßigen Arbeitsverhältnis mit dem entsendenden Unternehmen stehen, die österreichischen arbeits- und lohnrechtlichen Rahmenbedingungen eingehalten werden und im Fall einer Arbeitskräfteüberlassung kein Untersagungsgrund gem § 18 Abs 1 AÜG vorliegt.

In Anbetracht dieser Erteilungsvoraussetzungen wird vom AMS grundsätzlich ein unbefristeter Arbeitsvertrag mit dem entsendenden Unternehmen, ein Entsendevertrag (unter Angabe der österreichischen kollektivvertraglichen Einstufung), ein Aufenthaltstitel inkl Arbeitserlaubnis des Wohnsitzstaates (Staates des Sitzes des entsendenden Unternehmens), das oa Sozialversicherungsdokument A1 und der gegenständliche Werkvertrag angefordert, da eine EU-Entsendung gemäß § 18 Abs 12 AuslBG dann vorliegt, wenn ein ausländischer Arbeitgeber, der im Bundesgebiet keinen Betriebssitz hat, die eigenen Arbeitskräfte zur Erfüllung einer vertraglichen Verpflichtung, insbesondere eines Werkvertrages, zu einem Auftraggeber nach Österreich entsendet.¹⁸⁶

Aus den erforderlichen Unterlagen ergibt sich, dass für die Ausstellung einer EU-Entsendebestätigung im Sinne des § 18 Abs 12 AuslBG eine Vorlage qualifikationsrelevanter Dokumente durch die zu entsendende Person nicht notwendig ist.

¹⁸⁶ BVwG 27.11.2024, W167 2287292-1.

Da die gesetzlichen Bestimmungen der EU-Entsendebestätigung jedoch auch im LSD-BG verankert sind, gilt es, dieses ebenfalls dahingehend (betreffend etwaige erforderliche Qualifikationsnachweise seitens der zu entsendenden Person) zu durchleuchten.

Gemäß § 19 Abs 1 iVm Abs 3 LSD-BG haben Arbeitgeber und Überlasser mit Sitz in einem EU-Mitgliedstaat oder EWR-Staat oder der Schweizerischen Eidgenossenschaft die Beschäftigung von nach Österreich entsandten Arbeitnehmern und nach Österreich überlassenen Arbeitskräften zu melden. Betreffend die zu entsendenden Personen – die erforderlichen Angaben hinsichtlich der Meldung einer Überlassung finden sich in Abs 4 – sind ua die Namen, Anschriften, Geburtsdaten, Sozialversicherungsnummern und zuständigen Sozialversicherungsträger sowie die Staatsangehörigkeit (Abs 3 Z 5) unverzüglich mitzuteilen. Ebenso die Höhe des dem einzelnen Arbeitnehmer nach den österreichischen Rechtsvorschriften gebührenden Entgelts und Beginn des Arbeitsverhältnisses beim Arbeitgeber (Abs 3 Z 7); die Art der Tätigkeit und Verwendung des Arbeitnehmers unter Berücksichtigung des maßgeblichen österreichischen Kollektivvertrags (Abs 3 Z 10); und eine gegebenenfalls erforderliche Arbeits- (Abs 3 Z 11) bzw Aufenthaltsgenehmigung (Abs 3 Z 12).

In diesem Zusammenhang ist ersichtlich, dass auch hier eine erforderliche Qualifikation seitens der zu entsendenden Person nicht verlangt wird.

Vielmehr verfolgt die Meldepflicht iSd § 19 LSD-BG das Ziel, während der Dauer der Entsendung die Einhaltung sozialrechtlicher Vorschriften sowie lohnbezogener Regelungen im Aufnahmemitgliedstaat zu überprüfen. Aufgrund ihrer Eignung und Verhältnismäßigkeit im Hinblick auf die angestrebte Zielerreichung ist ergänzend festzuhalten, dass diese Maßnahme als rechtmäßige Einschränkung der Dienstleistungsfreiheit zu qualifizieren ist.¹⁸⁷

Darüber hinaus ist anzumerken, dass vor dem 1.1.2017 der Dienstgeber aus dem EWR jede einzelne Entsendung gem § 7b Abs 3 AVRAG spätestens eine Woche vor

¹⁸⁷ Kozak, LSD-BG (Stand 20.1.2017) § 19 Rz 5.

Beginn der Tätigkeit des entsandten Mitarbeiters bei der ZKO zu melden hatte. Mit Übernahme der relevanten AVRAG Bestimmungen in das LSD-BG fiel jedoch die Einwochenfrist weg, sodass die Entsendung lediglich vor Beginn der Tätigkeit in Österreich zu melden ist – siehe § 19 Abs 2 LSD-BG.¹⁸⁸

Der Wegfall der Einwochenfrist verdeutlicht, dass eine strenge Prüfung betreffend die Ausstellung einer EU-Entsendebestätigung nicht erwünscht ist, weshalb Gegenstand der Erteilungsvoraussetzungen nicht die Qualifikationen der zu entsendenden Person sind.

Im Vergleich zum Verfahren betreffend die „Rot-Weiß-Rot – Karte“ bzw „Blaue Karte EU“ ist somit ersichtlich, dass im Rahmen von EU-Entsendungen vielmehr das Vertragsverhältnis zwischen dem entsendenden Unternehmen und dem inländischen Auftraggeber im Fokus steht, als die Qualifikationen der zu entsendenden Arbeitnehmer. Dies lässt sich damit begründen, dass sowohl das „Rot-Weiß-Rot – Karte“ als auch das „Blaue Karte EU“ -Verfahren als kriteriengeleitete Zuwanderungsmodelle zu qualifizieren sind - Niederlassungsabsicht liegt vor - die EU-Entsendung hingegen auf einen bestimmten Entsendungszeitraum (vorübergehend) bzw Projekt abzielt.

Im Zusammenhang mit der zuvor dargestellten Problematik der Entsendungsdauer eröffnet die Thematik der EU-Entsendung von nicht qualifizierten Drittstaatsangehörigen einen Zugang zum österreichischen Arbeitsmarkt, der faktisch einer Niederlassung gleichkommt – jedoch ohne die Erfüllung der dafür vorgesehenen rechtlichen Voraussetzungen.

Vor dem Hintergrund der dargestellten Umstände erscheint es nachvollziehbar, dass in EWR-Mitgliedstaaten sogenannte Scheinfirmen bzw Briefkastenfirmen gegründet werden, deren primärer Zweck darin besteht, regelmäßig Drittstaatsangehörige ohne einschlägige Qualifikationen nach Österreich zu entsenden. Auf diese Weise wird versucht, das reguläre, an strenge Kriterien gebundene Zuwanderungsverfahren zu umgehen. Die Unternehmensgründung stellt in mehreren EWR-Staaten lediglich

¹⁸⁸ Zankel, Die ZKO-Meldung, ASoK 2016, 377.

einen formalen Akt dar und erfolgt oftmals ohne eingehende Prüfung – eine vertiefte Kontrolle findet in der Regel erst bei begründetem Verdacht statt.

7 Fallbeispiele aus der Praxis

In diesem Kapitel werden praxisrelevante Fallbeispiele analysiert, die dazu dienen, die zentrale Problematik anschaulich darzustellen und die Herausforderungen zu beleuchten, mit denen österreichische Behörden in der praktischen Umsetzung konfrontiert sind. Dabei wird insbesondere auf zwei Aspekte eingegangen: zum einen auf das Kriterium der „Geschäftstätigkeit im Sitzstaat“, zum anderen auf die Konstellation, in der auf bereits erteilte EU-Entsendebestätigungen ein Antrag auf Erteilung einer Rot-Weiß-Rot – Karte folgt.

7.1 Geschäftstätigkeit im Sitzstaat

Regelmäßig werden für Drittstaatsangehörige mehrere EU-Entsendungen (pro Person) iSd § 18 Abs 12 AuslBG im Jahr angezeigt. Dabei kann es uU vorkommen, dass bis zu 24 Anzeigen für eine Person pro Jahr erfolgen. In diesem Zusammenhang ist zu erwähnen, dass die Projektzeiten von zwei Wochen bis zu 16 Monate betragen und sich die Projektzeiträume stellenweise überlappen. In der Regel werden die Anzeigen der EU-Entsendungen kurz nach Einstellung der Arbeitnehmer abgewickelt. Dies, verbunden mit der großen Anzahl an Projekten in Österreich und der oftmals fehlenden Nachweise, dass nach den Entsendungen in Österreich tatsächlich eine Rückkehr und ein Arbeitseinsatz im Sitzstaat des Unternehmens erfolgt, ist als Indiz zu werten, dass die betreffenden Arbeitnehmer im Sitzstaat nicht gem § 12 Abs 1 der VO (EG) 883/2004 gewöhnlich beschäftigt werden. Dies wird dabei durch die Anzahl der Anzeigen der Entsendungen pro Dienstnehmer für ein Jahr untermauert. Wie bereits oben angeführt, setzt die Erteilung einer EU-Entsendebestätigung gem § 18 Abs 12 AuslBG voraus, dass Drittstaatsangehörige zur vorübergehenden Erbringung einer Arbeitsleistung im Rahmen eines Auftrags entsandt werden, der einem Unternehmen mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat des EWR erteilt wurde. Diese Form der Entsendung entspricht jener nach Art 1 Abs 3 lit. a der Richtlinie 96/71/EG. Eine Untersagung der Entsendung kommt dann in Betracht, wenn die Beschäftigung nicht als Entsendung iSd Art 1 Abs 3 Buchstabe a der RL 96/71/EG und § 18 Abs 12 AuslBG zu

qualifizieren, sondern vielmehr als eine andere Form der Erwerbstätigkeit anzusehen ist. Anhand der Anzahl der Projekteinsätze diverser Dienstnehmer im Bundesgebiet, die sich teilweise auch überschneiden, mangelt es an der für eine EU-Entsendung gem § 18 Abs 12 AuslBG erforderlichen Voraussetzung der lediglich vorübergehenden Erbringung einer Arbeitsleistung in Österreich bzw. einer nennenswerten Geschäftstätigkeit am Betriebssitz im Sitzstaat. Dies ergibt sich oftmals durch nicht nachvollziehbare Entsendungszeiträume ¹⁸⁹

In der Praxis erfolgen seitens des AMS zu jeder Meldung einer EU-Entsendebestätigung Parteienghören, da die erforderlichen Unterlagen bei Antragstellung nicht vorliegen. Bei grundsätzlichem Verdacht einer Scheinentsendung/Scheinfirma werden zusätzlich zu den oa Unterlagen auch Nachweise betreffend eine nennenswerte Geschäftstätigkeit im Entsendestaat angefordert – diese werden jedoch oftmals nicht erbracht.

Die Anforderung dieser Nachweise bezieht sich auf Art 4 der RL 2014/67/EU zur Durchsetzung der RL 96/71/EG. In dieser Bestimmung wird festgelegt, dass bei der Bewertung, ob eine Arbeitnehmerentsendung iSd RL 96/71/EG vorliegt, die zuständigen Behörden dazu verpflichtet sind, eine umfassende Prüfung aller maßgeblichen tatsächlichen Umstände des Einzelfalls vorzunehmen. Diese Einzelprüfung dient dem Ziel, potenziellen Missbrauch sowie die Umgehung der geltenden Vorschriften zu verhindern.

Umfasst von dieser Prüfung wird ua die Tätigkeit des Unternehmens (Art 4 Abs 2), die Bewertung der Entsendung des Arbeitnehmers (Art 4 Abs 3), die Gesamtbeurteilung (Art 4 Abs 1 und 4) und die Abgrenzung zum echten Arbeitsverhältnis (Art 4 Abs 5).

Hinsichtlich der Prüfung der Tätigkeit des Unternehmens iSd Art 4 Abs 2 gilt es zu untersuchen, ob das entsendende Unternehmen im Herkunftsmitgliedstaat tatsächlich eine substanzielle wirtschaftliche Tätigkeit ausübt. In diesem Zusammenhang werden ua der Sitz des Unternehmens, seine

¹⁸⁹ BVwG 22.1.2015, L512 2015327-1.

Verwaltungsstrukturen, die Art und der Umfang der Geschäftstätigkeit, die Vertragsbeziehungen und der Anteil der Umsätze im Herkunftsland berücksichtigt. Betreffend die Bewertung der Entsendung des Arbeitnehmers gem Art 4 Abs 3 kommen Faktoren wie die Dauer und der Ort der Entsendung, die Absicht zur Rückkehr in das Herkunftsland, die konkrete Art der ausgeübten Tätigkeit sowie etwaige Unterstützungsleistungen durch den Arbeitgeber (zB Unterkunft und Reisekosten) zum Tragen. Wichtig ist es, die einzelnen Kriterien nicht isoliert, sondern in einer Gesamtwürdigung iSv Art 4 Abs 5 zu betrachten. Die im Zuge der Entsendungsprüfung berücksichtigten Kriterien dienen zugleich der Feststellung, ob die betreffende Person als Arbeitnehmer iSd Art 2 Abs 2 der RL 96/71/EG einzustufen ist – dies unabhängig von einer formalen bzw vertraglichen Bezeichnung des zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses.

Mit der gem Art 12 Abs 1 der VO (EG) Nr 883/2004 normierten Sonderregelung für das Vorliegen einer EU-Entsendung unterliegt eine Person, die in einem Mitgliedstaat auf 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 auf dessen Rechnung auszuführen, weiterhin den Rechtsvorschriften des ersten Mitgliedstaates, sofern die voraussichtliche Dauer dieser Arbeit vierundzwanzig Monate nicht überschreitet und diese Person nicht eine andere Person ablöst.

Abgesehen von der in der genannten Entsendebestimmung vorgesehenen Ausnahme liegt keine Entsendung im unionsrechtlichen Sinne vor, wenn der Arbeitnehmer einer gewöhnlichen Erwerbstätigkeit in mehreren Mitgliedstaaten nachgeht. Gemäß Art 13 Abs 1 der Verordnung (EG) Nr 883/2004 mit dem Titel „Ausübung von Tätigkeiten in zwei oder mehr Mitgliedstaaten“ unterliegt eine Person, die gewöhnlich in mehreren Mitgliedstaaten erwerbstätig ist, gemäß lit. b den Rechtsvorschriften jenes Mitgliedstaates, in dem das Unternehmen oder der Arbeitgeber, von dem sie beschäftigt wird, seinen Sitz oder Wohnsitz hat – vorausgesetzt, die betreffende Person übt keinen wesentlichen Teil ihrer Tätigkeit im Wohnsitzstaat aus.¹⁹⁰

¹⁹⁰ BVwG 28.9.2018, G304 2173442-1.

Artikel 14 der VO (EG) Nr 987/2009 zur Festlegung der Modalitäten für die Durchführung der VO (EG) Nr. 883/2004 enthält nähere Vorschriften zu den Artikeln 12 und 13 der Grundverordnung.

Eine zentrale Regelung in diesem Zusammenhang findet sich in Artikel 14 Absatz 8 der Verordnung (EG) Nr 987/2009. Diese Bestimmung konkretisiert die Anwendung von Artikel 13 Abs 1 und 2 der Grundverordnung dahingehend, dass unter der Ausübung „eines wesentlichen Teils der Beschäftigung oder selbstständigen Erwerbstätigkeit“ in einem Mitgliedstaat zu verstehen ist, dass der betreffende Arbeitnehmer oder Selbstständige dort einen quantitativ bedeutenden Anteil seiner Tätigkeit verrichtet – wobei es jedoch nicht erforderlich ist, dass dies den größten Anteil seiner Gesamttätigkeit ausmacht.

Die Frage, ob ein wesentlicher Teil der Tätigkeit in einem bestimmten Mitgliedstaat ausgeübt wird, ist gemäß Arti 14 Abs 8 der Verordnung (EG) Nr 987/2009 anhand spezifischer Orientierungskriterien zu beurteilen. Bei der Beurteilung abhängiger Beschäftigungsverhältnisse gelten insbesondere die Arbeitszeit und/oder das Arbeitsentgelt als maßgebliche Kriterien – siehe lit a). Im Fall einer selbstständigen Erwerbstätigkeit sind unter anderem der Umsatz, die Arbeitszeit, die Anzahl der erbrachten Dienstleistungen sowie das erzielte Einkommen in die Bewertung einzubeziehen – siehe lit b).

Ergibt die Gesamtbewertung der genannten Kriterien, dass der entsprechende Tätigkeitsanteil weniger als 25 % beträgt, so spricht dies dafür, dass kein wesentlicher Teil der Tätigkeit im betreffenden Mitgliedstaat ausgeübt wird.

Eine gewöhnliche Erwerbstätigkeit in mehreren Mitgliedstaaten liegt zum Beispiel vor, wenn ein in Deutschland beschäftigter Arbeitnehmer regelmäßig in einem anderen Mitgliedstaat eingesetzt wird. Von einer solchen Regelmäßigkeit wird bereits dann ausgegangen, wenn der Arbeitseinsatz mindestens einmal pro Monat oder an fünf Tagen pro Quartal erfolgt. Grundlage für die sozialversicherungsrechtliche Beurteilung sind die vom Arbeitgeber prognostizierten Einsätze innerhalb eines Zeitraums von zwölf Monaten. Im Gegensatz zur Entsendung ist bei einer

gewöhnlichen grenzüberschreitenden Erwerbstätigkeit nicht für jeden einzelnen Auslandseinsatz eine neue A1-Bescheinigung erforderlich. Gleichwohl wird der Geltungszeitraum einer A1-Bescheinigung auch in diesen Fällen – etwa zu Prüf- und Kontrollzwecken – grundsätzlich zeitlich begrenzt.¹⁹¹

Des Weiteren zählt zum relevanten Sachverhalt auch der vom entsendenden Unternehmen sowohl im Entsendestaat als auch im Beschäftigungsstaat erzielte Umsatz innerhalb eines hinreichend charakteristischen Zeitraums. In diesem Zusammenhang führt der Entsendeleitfaden (Pkt I/3) folgendes aus: „Beispielsweise könnte ein Umsatz in Höhe von 25% des Gesamtumsatzes ein hinreichender Anhaltspunkt sein; Fälle, in denen der Umsatz weniger als 25% beträgt, sind einer Einzelprüfung zu unterziehen.“¹⁹²

Nach der Rechtsprechung des VwGH ist Voraussetzung für eine Entsendung im Sinne des Art 12 Abs 1 der Verordnung (EG) Nr 883/2004, dass der Arbeitgeber im Entsendestaat bereits vor der ersten Entsendung eine erhebliche wirtschaftliche Tätigkeit entfaltet. Diese muss über bloß administrative Tätigkeiten hinausgehen, um die Entsendung als rechtmäßig anzusehen. Der entsandte Arbeitnehmer muss dem Entsendestaat bereits vor Beginn der Entsendung unterstellt gewesen sein. Dies kann etwa durch ein bestehendes Arbeitsverhältnis oder andere rechtlich relevante Bindungen wie eine selbständige Tätigkeit, ein Studium oder den Bezug von Leistungen erfolgen. In der Regel ist eine vorherige Zugehörigkeit von mindestens einem Monat erforderlich; bei kürzeren Zeiträumen ist eine Einzelfallprüfung vorzunehmen. Für die gesamte Dauer der Entsendung ist das fortbestehende arbeitsrechtliche Verhältnis zwischen dem entsendenden Arbeitgeber und dem Arbeitnehmer erforderlich. Der Arbeitnehmer muss seine Arbeitsleistung weiterhin im Auftrag des entsendenden Unternehmens erbringen, selbst wenn gleichzeitig Tätigkeiten für andere Unternehmen im Beschäftigungsstaat ausgeübt werden. Die maximale zulässige Entsendedauer beträgt 24 Monate, wobei ein Austausch oder eine Ablösung zuvor entsandter Personen unzulässig ist. Liegen eine oder mehrere der genannten Voraussetzungen nicht vor, finden die Rechtsvorschriften des

¹⁹¹ BVwG 28.9.2018, G304 2173442-1.

¹⁹² BVwG 29.12.2020, I419 2235606-1/11E.

Beschäftigungsstaates Anwendung; die Regelungen des Entsendestaates treten in diesem Fall zurück.¹⁹³

In Anbetracht der Entscheidung¹⁹⁴ des VwGH ist ersichtlich, dass eine vom AMS herangezogene Umsatzgrenze für sich allein genommen keine tragfähige Entscheidungsgrundlage darstellt – dies auch dann nicht, wenn den Zahlen für ein Jahr zu entnehmen wäre, dass 10,9 % des Umsatzes im Entsendestaat erzielt wurden. Dies ergibt sich zum einen daraus, dass nach ständiger Rechtsprechung kein einzelnes Kriterium – auch nicht der erzielte Umsatz – für die rechtliche Beurteilung ausschlaggebend ist. Zum anderen ist zu berücksichtigen, dass hinsichtlich des Umsatzes nicht irgendein Zeitraum maßgeblich, sondern vielmehr ein „hinreichend charakteristischer Zeitraum“¹⁹⁵ zugrunde zu legen ist.¹⁹⁶

Anhand dieser Ausführungen ist festzuhalten, dass sich die Durchführung einer Prüfung iSd Art 4 der RL 2014/67/EU für das AMS äußerst schwierig gestaltet, da diesem durch die bestehenden Bestimmungen und Erkenntnisse des VwGH bzw des Bundesverwaltungsgerichts (BVwG) eine Hürde auferlegt wird, die oft nicht zu bewältigen ist. Hinzu kann kommen, dass seitens des entsendenden Unternehmens keine relevanten Unterlagen vorgelegt werden bzw dem AMS der Zugang zu sachverhaltsrelevanten Dokumenten nicht gewährt wird. Bei der Feststellung einer tatsächlichen Entsendung und Verhinderung von Missbrauch und Umgehung sind somit die Mittel des AMS begrenzt und die Erfolgchancen sowohl stark von den nötigen Unterlagen als auch von den Verwaltungsgerichten abhängig.

Betreffend eine „nennenswerte Geschäftstätigkeit“ ist darüber hinaus auf das Sozialversicherungsdokument A1 einzugehen.

Hier ist auf einen Fall zu verweisen, bei dem im Rahmen eines Projekts die Entsendung von fünf drittstaatsangehörigen Arbeitnehmern durch ein slowenisches Unternehmen nach Österreich angezeigt wurde. Das slowenische Unternehmen hatte für jeden Arbeitnehmer A1-Bescheinigungen des slowenischen

¹⁹³ VwGH 29.1.2020, Ra 2016/08/0040.

¹⁹⁴ VwGH 31.07.2014, Ro 2014/08/0003.

¹⁹⁵ VwGH 29.1.2020, Ra 2016/08/0040.

¹⁹⁶ BVwG 29.12.2020, I419 2237197-1/9E.

Sozialversicherungsträgers vorgelegt. In diesen Bescheinigungen würde der Status der Arbeitnehmer als entsandte Arbeitnehmer deklariert.¹⁹⁷

In diesem Zusammenhang ist die Rechtsprechung des VwGH näher zu betrachten. Laut VwGH beziehen sich die Worte „der gewöhnlich dort tätig ist“ gem Art. 14 Abs 2 der Verordnung (EG) Nr 987/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. September 2009 auf einen Arbeitgeber, der gewöhnlich andere nennenswerte Tätigkeiten als reine interne Verwaltungstätigkeiten auf dem Hoheitsgebiet des Mitgliedstaates, in dem das Unternehmen niedergelassen ist verrichtet. Die betreffende Verordnung dient der Festlegung der Modalitäten für die Durchführung der Verordnung (EG) Nr 883/2004 über die Koordinierung des Systems der sozialen Sicherheit bei der Anwendung von Art 12 Abs der Grundverordnung (VO 883/2004). Dies unter Berücksichtigung aller Kriterien, die die Tätigkeit des betreffenden Unternehmens kennzeichnen. Hierbei müssen die wesentlichen Kriterien auf die Besonderheiten eines jeden Arbeitgebers und Eigenart der verrichteten Tätigkeiten abgestimmt sein.¹⁹⁸

Im Sinne des Art 19 Abs 2 der Verordnung (EG) Nr 987/2009 bescheinigt der zuständige Träger desjenigen Mitgliedstaates, dessen Rechtsvorschriften nach Titel II der Grundverordnung anzuwenden sind, auf Antrag der betreffenden Person oder ihres Arbeitgebers, ob, unter welchen Voraussetzungen und für welchen Zeitraum diese Rechtsvorschriften anzuwenden sind.¹⁹⁹

In ständiger Rechtsprechung bestätigt der VwGH, dass mit dem Vorliegen einer A1-Bescheinigung eine bindende Feststellung darüber getroffen wurde, wessen Sozialversicherungsrecht die von der A1 Bescheinigung betroffenen Arbeitnehmer unterliegen.²⁰⁰ Des Weiteren stellte der VwGH klar, dass eine vom zuständigen Träger eines Mitgliedstaats aufgrund von Art 12 Abs 1 der Verordnung (EG) 883/2004 ausgestellte A1 Bescheinigung – ausgenommen in Fällen des Betrugs oder des

¹⁹⁷ BVwG 18.10.2022, I406 2252287-1.

¹⁹⁸ VwGH 12.9.2017, Ra 2017/09/0023.

¹⁹⁹ BVwG 18.10.2022, I406 2252287-1.

²⁰⁰ VwGH 10.10.2018, Ro 2016/08/0013, 0014; VwGH 29.1.2020, Ra 2016/08/0040.

Rechtsmissbrauchs – für die Träger des Mitgliedstaats, in dem die Tätigkeit verrichtet wird bzw für die Gerichte dieses Mitgliedstaats verbindlich ist.²⁰¹

Betreffend des oa Falles untersagte das AMS die Entsendungen der fünf drittstaatsangehörigen Arbeitnehmer von der slowenischen Firma nach Österreich. In den ablehnenden Bescheiden führte das AMS an, dass der Nachweis einer nennenswerten Geschäftstätigkeit der slowenischen Firma nicht als erbracht angesehen werden kann bzw von einer tatsächlich operativen Tätigkeit der inländischen Auftraggeberin nicht ausgegangen werden kann. Des Weiteren wies das AMS darauf hin, dass einige Indizien auf einen Rechtsmissbrauch im Rahmen von Entsendungen schließen würden. Das AMS begründete einen vorliegenden Rechtsmissbrauch ua damit, dass die inländische Auftraggeberin über lediglich vier Arbeitnehmer verfügt, die teilweise hunderte Kilometer von ihrem Arbeitsort entfernt wohnen und der Hauptsitz sich in einer 40 m² großen Wohnung befindet, für die ein Betrag von € 130,- an Miete zu entrichten ist. Ergänzend führte das AMS aus, dass sowohl die slowenische Firma als auch die inländische Auftraggeberin über dieselbe Alleineigentümerin verfügen – diese ist Geschäftsführerin des slowenischen Unternehmens und nahm diese Funktion auch gegenüber der inländischen Auftraggeberin wahr. Aufgrund dieser Tatsachen stand für das AMS fest, dass der alleinige Zweck des Antrags der inländischen Auftraggeberin darin bestand, die Ausstellung von EU-Entsendbestätigung durch das AMS zu erwirken, um anschließend eine größere Anzahl von Drittstaatsangehörigen, denen in Slowenien Aufenthaltstitel erteilt wurden, auf Baustellen in Österreich einzusetzen. Nach Auffassung des AMS ist dies ein klassischer Fall des Missbrauchs der Dienstleistungsfreiheit und als eine gezielte Umgehung nationalstaatlicher Bestimmungen zur arbeitsmarktrechtlichen Zulassung von Drittstaatsangehörigen zu qualifizieren. In solchen Konstellationen entfalten ausgestellte A1-Bescheinigungen keine verbindliche Wirkung.²⁰²

Das BVwG vertrat jedoch eine andere Ansicht und sprach aus, dass das slowenische Unternehmen bereits eine Vielzahl von Anträgen gemäß § 18 Abs 12 AuslBG

²⁰¹ VwGH 10.10.2018, Ro 2016/08/0013.

²⁰² BVwG 18.10.2022, I406 2252287-1.

einbrachte und in diesem Zusammenhang A1-Bescheinigungen, Entsendungsvereinbarungen und Arbeitsverträge vorlegte – ergänzend wurden auch etwaige Unterlagen, wie eine Umsatzliste, Vertragsunterlagen und Ausgangsrechnungen zur Geschäftstätigkeit des slowenischen Unternehmens und der inländischen Auftraggeberin übermittelt. Betreffend den Nachweis einer „nennenswerten Geschäftstätigkeit„ des ausländischen Unternehmens führte das BVwG aus, dass dieser in der Regel durch die Vorlage von A1-Bescheinigungen erbracht wird. Ergänzend wurde ausgeführt, dass keine Verstöße gegen die in § 18 Abs. 12 Z 2 AuslBG normierten österreichischen Lohn- und Arbeitsbedingungen festgestellt werden konnten, da die in den Entsendungsvereinbarungen angeführten Stundenlöhne im Einklang mit dem jeweils anzuwendenden Kollektivvertrag in Österreich stehen. Schlussendlich stellte das BVwG fest, dass die Dienstleistungsfreiheit dem slowenischen Unternehmen die Erbringung seiner Dienstleistungen in Österreich gewährt und die Voraussetzungen des § 18 Abs 12 AuslBG erfüllt werden.

Anhand dieses Praxisbeispiels ist ersichtlich, dass seitens des AMS die Recherchen, der zeitliche Aufwand und das Offensichtliche oftmals nicht ausreichen, da sich die Gerichte inhaltlich mit dieser Rechtsthematik möglicherweise nicht beschäftigen, sodass es den Anschein erwecken könnte, als würden diese einen einfacheren Weg einschlagen. Dies resultiert vermutlich auch daraus, dass die Dienstleistungsfreiheit als Grundfreiheit über den nationalen Rechtsvorschriften steht und diese, sollten sie eine etwaige strengere Auslegung beinhalten, ausgehebelt werden. In diesem Zusammenhang ist vor Augen zu halten, dass dies Problematiken grundsätzlicher Natur sind und sich nicht auf die Person eines entsandten drittstaatsangehörigen Arbeitnehmers beziehen.

Wie oa sehen die Bestimmungen des AuslB und des LSD-BG keine Voraussetzungen vor, die auf die Qualifikation des entsandten Arbeitnehmers abstellen. Vielmehr ist sowohl den gesetzlichen Bestimmungen als auch den Entscheidungen der Gerichte zu entnehmen, dass wesentliche formale Voraussetzungen vorliegen müssen, die ohne jedwede Schwierigkeiten erbracht werden können. Darüber hinaus ist festzuhalten, dass die unterschiedlichen nationalen Vorschriften der Mitgliedstaaten für das Erlangen eines entsprechenden

Aufenthaltsrechts inkl Arbeitsgenehmigung mit zu bedenken wären. Da diesbezügliche Vorschriften in manchen Mitgliedstaaten nicht so restriktiv sind, wie dies zB in Österreich der Fall ist, ist es in dieser Hinsicht naheliegend, dass versucht wird, den Aufenthalt in einem Mitgliedstaat mit weniger strengen Regelungen zu begründen und von dort aus, unter Nutzung der unionsrechtlichen Freizügigkeits- bzw. Entsenderegelungen, Zugang zum Arbeitsmarkt in anderen Mitgliedstaaten zu erlangen.

7.2 Antrag auf Rot-Weiß-Rot – Karte nach zahlreich erteilten EU-Entsendebestätigungen

Dem AMS wurde seitens der Aufenthaltsbehörde ein Antrag auf Erteilung einer Rot-Weiß-Rot – Karte „Fachkraft im Mangelberuf“ gem § 12a AuslBG für die berufliche Tätigkeit eines Bodenlegers übermittelt. Diese Tätigkeit stellte einen Mangelberuf iSd Fachkräfteverordnung dar. Nach Prüfung der Anlage B des AuslBG konnte festgestellt werden, dass der Antragsteller die erforderliche Mindestpunkteanzahl nicht erreicht. Dies resultierte ua darin, dass keine Nachweise betreffend eine ausbildungsadäquate Berufserfahrung vorgelegt wurden. Darüber hinaus wurden aus Sicht des AMS auch die Tatbestände des § 4 Abs 1 Z 4 und § 4 Abs 1 Z 5 AuslBG erfüllt.

Begründend, führte das AMS diesbezüglich aus, dass Entsendungen nach § 18 Abs 12 AuslBG – unter Rückgriff auf die Entsende-Richtlinie 96/71/EG idF EU/2018/957 bzw das LSD-BG – all jene Sachverhalte grenzüberschreitender Beschäftigung umfassen, die einen vorübergehenden Charakter aufweisen und keinen gewöhnlichen Arbeitsort in Österreich begründen. Für eine Entsendung iSd AuslBG ist demnach der vorübergehende Wechsel des Arbeitnehmers von seinem Beschäftigungsstaat nach Österreich (Tätigkeitsstaat) das entscheidende Kriterium. Dabei kann nicht ausgeschlossen werden, dass es sich auch um Entsendungen handelt, die über einen erheblich längeren Zeitraum andauern. Nach Ansicht des AMS ist dies jedoch nur dann zulässig, wenn die über einen längeren Zeitraum erbrachten Leistungen sowohl in einem sachlichen als auch räumlichen

Zusammenhang stehen – wie dies beispielsweise bei einem Großbauprojekt der Fall sein kann.

Dem beiliegenden Dienstvertrag – abgeschlossen zwischen dem ausländischen Unternehmen (Slowenien) und dem Antragsteller – war zu entnehmen, dass frühestens mit Einlangen der ZKO - Meldung dieser in Kraft tritt und bis zur Beendigung der Entsendung nach Österreich Geltung hat. Der ein Jahr später übermittelte Dienstvertrag, der ebenfalls zwischen dem slowenischen Unternehmen und dem Antragsteller abgeschlossen wurde und mehreren ZKO-Meldungen beigelegt war, wies einen mit dem ursprünglichen Vertrag identischen Wortlaut auf.

Auf Grundlage der zugunsten des slowenischen Unternehmens ausgestellten EU-Entsendebestätigungen für den Antragsteller, im Zusammenhang mit Entsendungen nach Österreich, im Zuge derer der Antragsteller ausschließlich für den inländischen Auftraggeber – dieser ist potenzieller Arbeitgeber für die beantragte Rot-Weiß-Rot – Karte – an zahlreichen unterschiedlichen Projekten tätig war, ergibt sich, dass der Antragsteller im weit überwiegenden Ausmaß im österreichischen Bundesgebiet beschäftigt war.

Das zentrale Kriterium von Entsendungen iSd § 18 Abs 12 AuslBG – wonach die Tätigkeit des Arbeitnehmers außerhalb jenes Staates erfolgt, in dem dieser gewöhnlich beschäftigt ist (im vorliegenden Fall: Slowenien) – ist im gegenständlichen Fall nicht (mehr) erfüllt.

Nach Ansicht des AMS ist – insbesondere unter Berücksichtigung des zuvor genannten Dienstvertrages sowie der tatsächlichen Beschäftigungen des Antragstellers in Österreich – sowohl nach den objektiven Gegebenheiten als auch in subjektiver Hinsicht, nach dem Willen der Vertragsparteien, kein vorübergehender, sondern ein dauerhafter Wechsel des Antragstellers nach Österreich gegeben. Vor diesem Hintergrund ist das Vorliegen einer grenzüberschreitenden Entsendung im konkreten Fall zu verneinen.

In diesem Zusammenhang verwies das AMS auf die Begriffsbestimmungen des § 2 AuslBG und die Voraussetzungen des § 4 Abs 1 AuslBG – diese gilt es im Rahmen des Rot-Weiß-Rot – Karten-Verfahrens zu beachten:

Begriffsbestimmungen

§ 2 Abs 1 [...]

Abs 2: Als Beschäftigung gilt die Verwendung

lit a: in einem Arbeitsverhältnis,

lit b: in einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis,

lit c: in einem Ausbildungsverhältnis, einschließlich der Tätigkeiten nach § 3 Abs. 5,

lit d: nach den Bestimmungen des § 18 oder

lit e: überlassener Arbeitskräfte im Sinne des § 3 Abs. 1 und 4 des Arbeitskräfteüberlassungsgesetzes, BGBl. Nr. 196/1988, und des § 5a Abs. 1 des Landarbeitsgesetzes 1984, BGBl. Nr. 287.

Voraussetzungen

§ 4 Abs 1: Einem Arbeitgeber ist auf Antrag eine Beschäftigungsbewilligung für den im Antrag angegebenen Ausländer zu erteilen, wenn die Lage und Entwicklung des Arbeitsmarktes die Beschäftigung zulässt (Arbeitsmarktprüfung), wichtige öffentliche und gesamtwirtschaftliche Interessen nicht entgegenstehen und

[...]

3. keine wichtigen Gründe in der Person des Ausländers vorliegen, wie wiederholte Verstöße infolge Ausübung einer Beschäftigung ohne Beschäftigungsbewilligung während der letzten zwölf Monate,

4. die Beschäftigung, soweit in diesem Bundesgesetz nicht anderes bestimmt ist, nicht bereits begonnen hat,

5. der Arbeitgeber während der letzten zwölf Monate vor der Antragseinbringung nicht wiederholt Ausländer entgegen den Bestimmungen dieses Bundesgesetzes beschäftigt hat,

[...]

Aus Sicht des AMS ist nach den faktischen Gegebenheiten bzw Umständen (der Verwendung) zu beurteilen, ob eine nach dem AuslBG relevante Beschäftigung vorliegt. Eine zivilrechtliche Betrachtung ist außer Acht zu lassen. Es ist darunter vielmehr die Verwendung in einem Abhängigkeitsverhältnis zu verstehen, das typischerweise den Inhalt eines Arbeitsvertrages bildet. Ein Vorsatz bzw eine subjektive Tatseite ist für die Anwendung dieser Bestimmung des AuslBG nicht notwendig. Die Rechtsfolgen des AuslBG sind ausschließlich an objektive Kriterien geknüpft.

Das zivilrechtliche Band zwischen dem ausländischen (slowenischen) Unternehmen und dem Antragsteller ist demnach für die ausländerbeschäftigungsrechtliche Würdigung des gegenständlichen Sachverhalts nicht von Relevanz.

Zu prüfen bleibt, ob die Zurechnung der vom Antragsteller im Rahmen seiner vermeintlichen Entsendungen erbrachten Tätigkeiten in ausländerbeschäftigungsrechtlicher Hinsicht zu dem formalen Arbeitgeber (slowenischen Unternehmen) oder zu dem inländischen Auftraggeber, dem Zweitbeschwerdeführer, zu erfolgen hat.

Die Erteilung der Aufträge (Projekte in Österreich) des inländischen Auftraggebers an das slowenische Unternehmen erfolgt auf Grundlage einer/s vertraglichen projektbezogenen „Auftragserteilung/Werkvertrages“.

Anhand der vorgelegten Auftragserteilungen war ersichtlich, dass der genaue Umfang und die detaillierte Ausführung der zu verrichtenden Arbeiten zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer vor Beginn der Arbeiten vereinbart wurden. Das diesbezügliche zu verarbeitenden Material wurde seitens des inländischen Auftraggebers zur Verfügung gestellt.

Des Weiteren wurde in den Auftragserteilungen festgelegt, dass der vereinbarte, zu verrechnende Preis (inkl Arbeit, Material etc) entweder nach Fertigstellung einer Baustelle in Rechnung gestellt oder am Ende einer Zeitperiode aliquot und je nach Arbeitsfortschritt verrechnet wird.

Für das AMS bestanden zu keiner Zeit Zweifel an der Richtigkeit bzw Umsetzung der vertraglichen Bestimmungen.

In Anbetracht dieser vertraglichen Bestimmungen lag aus Sicht des AMS eine Eingliederung des Antragstellers in die Organisation des Betriebes des inländischen Auftraggebers und potenziellen Arbeitgebers vor – dieser übte demnach schon die Funktion des Arbeitgebers aus. Aus diesem Grund ging das AMS davon aus, dass der Antragsteller seit Anbeginn der von Slowenien nach Österreich projektbezogenen durchgeführten Entsendungen, spätestens jedoch mit Abschluss des Dienstvertrages, in einem im jeweiligen Projekt begründeten arbeitsrechtlichen Verhältnis zum inländischen Auftraggeber stand. Das Vorliegen erteilter EU-Entsendebestätigungen gem § 18 abs 12 AuslBG änderte an der rechtlichen Würdigung des AMS nichts.

Das AMS kam zu dem Entschluss, dass die vom inländischen Auftraggeber und potenziellen Arbeitgeber begründeten Beschäftigungsverhältnisse sowohl als mehrfache illegale Beschäftigung iSd § 4 Abs 1 Z 5 AuslBG als auch als bereits begonnene Beschäftigung iSd § 4 Abs 1 Z 4 AuslBG einzustufen sind. Vor diesem Hintergrund konnte die beantragte Zulassung als Fachkraft in einem Mangelberuf nicht erteilt werden. Eine Verneinung der Beschäftigung beim inländischen Auftraggeber änderte daran nichts, da der Tatbestand der „bereits begonnenen Beschäftigung“ gem § 4 Abs 1 Z 4 AuslBG weiterhin erfüllt war. Darüber hinaus bestanden in der Person des Antragstellers weitere maßgebliche Versagungsgründe, insbesondere wiederholte Verstöße aufgrund der Ausübung einer Beschäftigung ohne Beschäftigungsbewilligung innerhalb der letzten zwölf Monate.

Die gegenständliche Angelegenheit wurde im Rahmen eines Rechtsmittelverfahrens seitens des potenziellen Arbeitgebers sowie des Antragstellers an das Bundesverwaltungsgericht (BVwG) herangetragen. Im Zuge des Verfahrens legte der Antragsteller weitere Nachweise über Deutsch- bzw. Englischkenntnisse vor, wodurch die in Anlage B des AuslBG vorgesehene gesetzliche Mindestpunkteanzahl erreicht wurde. Bezüglich der vom AMS geltend gemachten Tatbestände nach § 4 Abs. 1 Z 4 und Z 5 AuslBG gelangte das BVwG zu folgendem Erkenntnis:

Der rechtlichen Würdigung des AMS ist dahingehend entgegenzuhalten, dass die Beschäftigung – wie auch seitens des AMS eingeräumt wurde – auf Grundlage erteilter EU-Entsendebestätigungen iSd § 18 Abs 12 AuslBG erfolgte. Diese besitzen für den inländischen Auftraggeber konstitutive Wirkung. Folglich liegt keine unrechtmäßige Beschäftigung durch den Antragsteller vor – dies unabhängig davon, ob die Voraussetzungen des § 18 Abs 12 AuslBG erfüllt sind (vgl § 28 Abs 1 Z 4 AuslBG). Da somit keine unrechtmäßige Beschäftigung seitens des Antragstellers festgestellt werden konnte, ist auch das Vorliegen des Tatbestands einer „bereits begonnenen Beschäftigung“ iSd § 4 Abs 1 Z 4 AuslBG zu verneinen. Diese Bestimmung zielt darauf ab, dass eine Beschäftigung ohne die erforderliche Bewilligung aufgenommen wird. Im gegenständlichen Fall lag jedoch durchgehend eine zulässige Beschäftigung vor, sodass besagter Ausschlussgrund nicht greifen kann. Vor diesem Hintergrund war für das BVwG ebenfalls nicht ersichtlich, inwiefern in der Person des Antragstellers wichtige Gründe iSd § 4 Abs 1 Z 3 AuslBG, wie wiederholte Verstöße durch Ausübung einer nicht bewilligten Beschäftigung innerhalb der letzten zwölf Monate, vorliegen sollten. Des Weiteren bestanden für das BVwG keine Hinweise hinsichtlich des Vorliegens weiterer Ausschlussgründe gem § 4 Abs 1 Z 2 bis 11 AuslBG. Darüber hinaus konnten keine Anhaltspunkte für eine nicht kollektivvertragliche bzw betriebsübliche Entlohnung, die der Ausbildung und Einstufung des Antragstellers nicht entspricht, festgestellt werden.²⁰³

Die analysierten Praxisbeispiele verdeutlichen, dass weder das Fehlen einer „nennenswerten Geschäftstätigkeit im Sitzstaat“ (des ausländischen Unternehmens) noch die Tatsache, dass nach bereits mehrfach erteilten EU-Entsendebestätigungen gemäß § 18 Abs 12 AuslBG (die ieS als bereits begonnene Beschäftigung beim inländischen Auftraggeber zu qualifizieren ist – ua ersichtlich anhand beiliegender Werkverträge) ein Antrag auf Erteilung einer Rot-Weiß-Rot-Karte gestellt wird, von den österreichischen Gerichten als Anhaltspunkte für einen Missbrauch oder eine Umgehung der nationalen Rechtsvorschriften im Bereich des Arbeitsmarktzugangs für Drittstaatsangehörige gewertet werden. In diesem Zusammenhang tritt die

²⁰³ BVwG 1.4.2022, W209 2250979-1.

eingeschränkte Handlungsfähigkeit bzw die faktische Wirkungslosigkeit des AMS deutlich hervor.

7.3 Kontrollmechanismus

Durch die Novelle BGBl I Nr 106/2022, mit der Art 7 Abs 1 lit d der Richtlinie über die Blaue Karte EU²⁰⁴ umgesetzt wurde, fand § 20d Abs 3 AuslBG Eingang in die Rechtsordnung. Nach dieser Bestimmung ist die Zulassung zu einer Beschäftigung in Betrieben, die von Streik oder Aussperrung betroffen sind, zwingend zu versagen. Gleiches gilt unter anderem dann, wenn das in der Arbeitgebererklärung genannte Unternehmen im Wesentlichen zu dem Zweck gegründet oder betrieben wird, die Einreise von Drittstaatsangehörigen zu erleichtern. Mit dieser Versagung soll insbesondere die Errichtung von Schein- oder Briefkastenfirmen unterbunden werden, die der Umgehung migrations-, arbeits- oder sozialrechtlicher Vorschriften dienen. Eine Umgehung der Einwanderungsbestimmungen ist allerdings nicht bereits dann anzunehmen, wenn ein Großteil der neu eingestellten Arbeitskräfte aus Drittstaaten stammt. Als mögliches Indiz kann jedoch gewertet werden, wenn eine auffällig große Zahl dieser Personen in der jüngeren Vergangenheit illegal beschäftigt war oder mit Anträgen auf Beschäftigungsbewilligung bzw Aufenthaltstitel gescheitert ist.²⁰⁵

In diesem Zusammenhang ist grundsätzlich davon auszugehen, dass sich die Regelung des § 20d Abs 3 AuslBG auch auf bereits erteilte EU-Entsendebestätigungen iSd § 18 Abs 12 AuslBG für eine Person beziehen muss, die einen darauffolgenden Antrag auf Rot-Weiß-Rot - Karte eingebracht hat und wo der potenzielle Arbeitgeber der vormals inländische Auftraggeber ist. Hier ist auf den Beginn der EU-Entsendung und der Gründung des Unternehmens des inländischen Auftraggebers bzw potenziellen Arbeitgebers abzustellen, da dieser zeitliche Konnex nach objektiven Kriterien als Indiz der Errichtung einer Schein- bzw. Briefkastenfirma zu qualifizieren ist.

²⁰⁴ RL 2021/1883.

²⁰⁵ *Deutsch/Nowotny/Seitz*, *Ausländerbeschäftigungsrecht*⁴ (2025) S 544 f.

8 Conclusio

Wie bereits im einleitenden Teil dieser Arbeit dargelegt, besteht in Österreich ein erheblicher Fachkräftemangel, der in weiten Teilen durch Arbeitskräfte aus Drittstaaten kompensiert wird. In diesem Zusammenhang sind sowohl unionsrechtliche als auch nationale Regelungen zu berücksichtigen. Dabei ist zwischen einer dauerhaften Zuwanderung und einem lediglich vorübergehenden Aufenthalt zu differenzieren. Da die Zuwanderung mit weiterreichenden Rechten verbunden ist als ein temporärer Aufenthalt, unterliegt sie einem restriktiveren Verfahren, das eine intensivere Prüfung sowie die Erfüllung spezifischer personenbezogener Qualifikationen und Voraussetzungen erfordert.

Im Stufenbau der Rechtsordnung genießen unionsrechtliche Vorgaben gegenüber nationalen Bestimmungen Vorrang und eröffnen in der Regel einen größeren Ermessensspielraum. Vor diesem Hintergrund greifen Drittstaatsangehörige häufig auf die Dienstleistungsfreiheit, insbesondere auf die EU-Entsenderichtlinie, zurück, um die restriktiveren Anforderungen des Zuwanderungsverfahrens zu umgehen.

Die nachfolgende Zusammenfassung konzentriert sich auf die wesentlichen Erkenntnisse, die im Verlauf dieser Arbeit erarbeitet wurden.

Die 1957 gegründete Europäische Wirtschaftsgemeinschaft verfolgte das Ziel, durch die Integration der Volkswirtschaften wirtschaftliche Stabilität und Wachstum zu sichern. Kernanliegen war der Abbau von Handelshemmnissen und staatlichen Eingriffen, um einen Gemeinsamen Markt zu schaffen, in dem wirtschaftliche Prozesse nach marktwirtschaftlichen Prinzipien und natürlichen Standortvorteilen verlaufen. In diesem Zusammenhang wurde der „Binnenmarkt“ errichtet, der gem Art 26 AEUV einen Raum ohne Binnengrenzen umfasst, in dem der freie Verkehr von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital iSd Bestimmungen der Verträge gewährleistet ist.

Zur Realisierung der Grundfreiheiten in allen Mitgliedstaaten ist eine Harmonisierung sowohl der rechtlichen als auch der verwaltungstechnischen Vorschriften erforderlich. Gleichzeitig ist jedoch zu beachten, dass der EU-Gesetzgeber keine generelle

Kompetenz zur Regelung des Binnenmarktes besitzt, da eine derartige Befugnis mit dem Prinzip der begrenzten Ermächtigung gemäß Art 5 Abs 1 EUV unvereinbar wäre. Dieses Prinzip besagt, dass das Handeln der EU nur zulässig ist, wenn die Verträge eine entsprechende Zuständigkeit vorsehen und die Maßnahmen in der vorgesehenen Rechtsform ergehen. So erlässt die Union etwa bei der Liberalisierung von Dienstleistungen gem Art 59 AEUV Richtlinien, nicht aber Verordnungen.

Die Dienstleistungsfreiheit nach Art 56 AEUV umfasst sowohl die aktive als auch die passive Dienstleistungsfreiheit und kann unter bestimmten Bedingungen auch Drittstaatsangehörige einbeziehen. Im Rahmen dieser Freiheit entsandte Arbeitnehmer, einschließlich solcher aus Drittstaaten, unterliegen während der Dienstleistungserbringung den arbeits- und sozialrechtlichen Vorschriften des Sitzstaates des Unternehmens und benötigen keine gesonderte Arbeitserlaubnis.

Das unionsrechtliche Sekundärrecht – bestehend aus Verordnungen und Richtlinien - umfasst die von den Organen der Europäischen Union auf Grundlage des Primärrechts (Verträge) erlassenen Rechtsakte. Der Unterschied zwischen Verordnungen und Richtlinien besteht darin, dass gem Art 288 AEUV die Verordnung eine allgemeine Geltung hat, in allen ihren Teilen verbindlich ist und unmittelbare Anwendung in jedem Mitgliedstaat findet. Die Richtlinie hingegen ist für jeden Mitgliedstaat, an den sie gerichtet wird, hinsichtlich des zu erreichenden Ziels verbindlich, wobei sie den innerstaatlichen Stellen die Wahl der Form und der Mittel überlässt. Unter bestimmten Voraussetzungen ist es jedoch möglich, dass die Richtlinie auch eine unmittelbare Wirkung entfaltet.

Die EU-Entsenderichtlinie regelt sowohl die Entsendung im Rahmen eines Dienstleistungsvertrags, die Entsendung in eine Niederlassung oder ein konzernzugehöriges Unternehmen, als auch die Überlassung durch ein Leiharbeits- oder Zeitarbeitsunternehmen. Dabei wird nicht nach der Staatsangehörigkeit der entsandten Arbeitnehmer unterschieden, weshalb auch Arbeitnehmer aus Drittstaaten in den Anwendungsbereich der Entsenderichtlinie fallen. Die Implementierung der EU-Entsenderichtlinie in das österreichische Recht erfolgte insbesondere durch das Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz (AVRAG), das Arbeitskräfteüberlassungsgesetz (AÜG), das Ausländerbeschäftigungsgesetz

(AuslBG) sowie das Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz (LSD-BG), ergänzt durch weitere einschlägige Rechtsvorschriften.

Unter Anwendung des AuslBG benötigen gem § 18 Abs 1 AuslBG drittstaatsangehörige Arbeitnehmer für Arbeiten, die nicht länger als sechs Monate dauern, eine Entsendebewilligung, die für die Dauer von vier Monaten pro Arbeitnehmer ausgestellt werden kann. Hat der ausländische Arbeitgeber hingegen seinen Betriebssitz in einem Mitgliedstaat der EU und möchte Drittstaatsangehörige nach Österreich entsenden, ist gem § 18 Abs 12 AuslBG eine EU-Entsendebestätigung erforderlich.

In der Rechtssache *Vander Elst* stellte der EuGH klar, dass die Dienstleistungsfreiheit auch den Einsatz von ordnungsgemäß und dauerhaft im Entsendestaat beschäftigten Drittstaatsangehörigen in einem anderen Mitgliedstaat umfasst, ohne dass hierfür eine zusätzliche Arbeitserlaubnis erforderlich ist. Mit dem EU-Beitritt passte Österreich seine Regelungen an die EuGH-Rechtsprechung an. Da die frühere Entsendebewilligung nach § 18 AuslBG unionsrechtswidrig war, wurde mit BGBl I 1997/78 die EU-Entsendebestätigung eingeführt.

Sowohl die Entsenderichtlinie als auch das AuslBG knüpfen an den Begriff der temporären Entsendung an, dessen Dauer durch Art. 12 der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 auf 24 Monate begrenzt wird. Da die maßgeblichen Rechtsvorschriften jedoch weder eine Wartefrist für Verlängerungen noch für wiederholte Entsendungen vorsehen, eröffnet die EU-Entsendung in der Praxis die Möglichkeit, ein reguläres Zuwanderungsverfahren zu umgehen. Dies gilt umso mehr, als die Erteilungsvoraussetzungen einer EU-Entsendebestätigung im Vergleich hierzu lediglich eine untergeordnete Rolle spielen.

Drittstaatsangehörige, die über kein Aufenthaltsrecht in Österreich verfügen, sich aber im Bundesgebiet niederlassen bzw einer Erwerbstätigkeit nachgehen möchten, können dies nur im Wege der Rot-Weiß-Rot – Karte. Dieses Zuwanderungssystem basiert auf einem Punkteschema, das sowohl individuelle Qualifikationen wie Ausbildung, Sprachkenntnisse und Berufserfahrung als auch arbeitsmarktbezogene Faktoren wie Fachkräftebedarf, Arbeitsplatzangebot und Mindestentgelt

berücksichtigt. Es ermöglicht dadurch eine gezielte Steuerung der Migration, wobei unterschiedliche Kriterien einander ausgleichen können.

Um einer Umgehung der Rot-Weiß-Rot-Karte entgegenzuwirken, versucht das AMS regelmäßig, unter Rückgriff auf unionsrechtliche Bestimmungen und deren Auslegung, die nationalen Gerichte von einem Missbrauch zu überzeugen, stößt damit jedoch nur begrenzt auf Gehör. Nach Auffassung der nationalen Rechtsprechung stellen weder ein fehlender Umsatz bzw eine nur marginale Geschäftstätigkeit im Entsendestaat noch der Umstand, dass nach mehrfacher Entsendung derselben Person ein Antrag auf Erteilung einer Rot-Weiß-Rot-Karte gestellt wird – wobei der potenzielle Arbeitgeber zugleich als inländischer Auftraggeber im Entsendeverfahren auftritt – einen Missbrauch der Dienstleistungsfreiheit oder einen Verstoß gegen die EU-Entsenderichtlinie dar, auch wenn entsprechende Indizien auf eine Scheinfirma hindeuten, die eine erleichterte Zuwanderung für Drittstaatsangehörige nach Österreich zum Ziel hat. Der im Entsendeverfahren tätige inländische Auftraggeber agiert hier im Sinne des entsendenden Unternehmens.

Mit der Novelle BGBl I Nr. 106/2022 und der Umsetzung von Art 7 Abs 1 lit. d der EU-Blaue-Karte-Richtlinie wurde in § 20d Abs. 3 AuslBG ein Kontrollmechanismus eingeführt. Im Sinne dieser Regelung ist die Erteilung einer Rot-Weiß-Rot – Karte bzw Blauen Karte EU zu verweigern, wenn ein Unternehmen überwiegend zu dem Zweck gegründet oder betrieben wird, die Einreise von Drittstaatsangehörigen zu erleichtern, etwa durch Scheinfirmen oder Briefkastenunternehmen. Eine Umgehung der Einwanderungsbestimmungen liegt jedoch nicht allein vor, wenn ein Großteil der Arbeitskräfte aus Drittstaaten stammt; als Indiz gelten hingegen frühere illegale Beschäftigungen oder gescheiterte Anträge auf Aufenthaltstitel. In diesem Zusammenhang ist davon auszugehen, dass diese Bestimmung auch auf bereits erteilte EU-Entsendebestätigungen anzuwenden ist, wenn anschließend ein Antrag auf Rot-Weiß-Rot-Karte gestellt wird und der potenzielle Arbeitgeber zuvor als inländischer Auftraggeber fungierte - der zeitliche Zusammenhang zwischen Entsendungsbeginn und Unternehmensgründung ist als Indiz für die Errichtung einer Scheinfirma zu werten.

Angesichts der zunehmenden Flexibilisierung der Voraussetzungen für die Erteilung einer Rot-Weiß-Rot-Karte sowie des weiterhin bestehenden Fachkräftemangels in Österreich erscheint es zweckmäßig, potenziellem Missbrauch bzw. einer Umgehung dieses Zuwanderungsverfahrens durch die Einführung eines an das Modell der Rot-Weiß-Rot – Karte für „Stammmitarbeiter“ angelehnten Verfahrens vorzubeugen. Dabei könnte insbesondere auf bereits erteilte EU-Entsendebestätigungen zurückgegriffen und ein vereinfachter Kriterienkatalog entwickelt werden.

Da ein Großteil der in der Fachkräfteverordnung definierten Mangelberufe für die Ausübung der jeweiligen Tätigkeit weder vertiefte Deutsch- oder Englischkenntnisse noch eine bestimmte Altersgrenze voraussetzt, wäre es sachgerecht, diese Kriterien im Rahmen eines entsprechenden Rot-Weiß-Rot-Karten-Verfahrens als obsolet zu betrachten. Das Entfallen der Sprachkenntnisanforderung ließe sich zudem damit begründen, dass in zahlreichen Unternehmen bereits eine erhebliche Anzahl an Beschäftigten über die Muttersprache des Antragstellers verfügt. In diesem Zusammenhang sei auch auf die Anlagen B und C des AuslBG zu verweisen, die eine Vergabe von fünf Zusatzpunkten vorsehen, sofern die dominierende Unternehmenssprache Englisch ist.

Es wäre demnach als hinreichend zu bewerten, wenn die antragstellende Person über eine abgeschlossene Berufsausbildung in einem Mangelberuf verfügt, in den letzten drei bzw fünf Jahren im Rahmen von EU-Entsendungen für einen bestimmten Zeitraum in Österreich tätig war – wobei die ausgeübte Tätigkeit jener des angestrebten Mangelberufs entsprach –, sich bei den regionalen Geschäftsstellen des AMS für eine erneute Beschäftigung in diesem Bereich registrieren lässt und über grundlegende Deutschkenntnisse auf dem Niveau A1 verfügt, um die Integration zu fördern.

9 Literaturverzeichnis

- Bernecker*, Die Rot-Weiß-Rot - Karte für Studienabsolvent:innen, ZAS 2024/17.
- Bieber/Epiney/Haag/Kotzur*, Europarecht⁷ (2023)
- Binder/Kopecek*, Personalentsendung in der Praxis² (2023)
- Borchardt*, Die rechtlichen Grundlagen der Europäischen Union⁶ (2015)
- Calliess/Ruffert/Korte*, EUV/AEUV⁶ (2022)
- Deutsch/Nowotny/Seitz*, Ausländerbeschäftigungsrecht³ (2021)
- Endfellner/Exel/Freudhofmeier/Kopecek*, Personalentsendung kompakt (2010)
- Franzen/Gallner/Oetker*, Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht³ (2024)
- Frenz*, Europarecht² (2016)
- Fuchs/Marhold/Friedrich*, Europäisches Arbeitsrecht⁶ (2020)
- Gagawczuk*, Die Änderung der Entsenderichtlinie, DRdA-infas 2018, 329
- Geiger/Khan/Kotzur/Kirchmair*, EUV/AEUV⁷ (2023)
- Gerhartl*, Aktuelle Entwicklungen im Ausländerbeschäftigungsrecht, ASoK 2019, 57
- Gerhartl*, AuslBG (2019)
- Ghulam*, Die Reform der Rot-Weiß-Rot-Karte, ASoK 2022, 295.
- Grabitz/Hilf/Nettesheim*, AEUV (2024)
- Halter*, Europarecht² (2007)
- Haratsch/Koenig/Pechstein*, Europarecht¹³ (2023)
- Jaeger*, Materielles Europarecht² (2020)
- Jaeger/Stöger*, EUV/AEUV (2019)
- Jaeger/Stöger*, EUV/AEUV (2023)
- Kind*, AuslBG (2018)
- Kozak*, Die Änderung der Entsende-Richtlinie, DRdA 2019, 110
- Kozak*, LSD-BG (Stand 20.1.2017)
- Kreuzhuber/Pfleger/Bernecker*, Arbeitsmigration² (2023)
- Krömer*, Entsendung oder grenzüberschreitende Arbeitskräfteüberlassung?, ecolex 2016
- Leidenmühler*, Europarecht² (2017)
- Lindmayr*, Handbuch zur Ausländerbeschäftigung¹¹ (2012)
- Marhold/Friedrich*, Österreichisches Arbeitsrecht² (2012)
- Oberhammer*, Die Rot-Weiß-Rot - Karte im Wandel, ZAS 2023/21
- Öhlinger/Potacs*, EU-Recht und staatliches Recht⁷ (2020)

Peyrl/Neugschwendtner/Schmaus, Fremdenrecht⁸ (2023)

Pfeil, Grenzüberschreitender Einsatz von Arbeitnehmern - Schluss, DRdA 2008, 124

Rauch, Arbeitsrecht für Arbeitgeber²³ (2024)

Rebhahn, Entsendung von Arbeitnehmern in der EU - arbeitsrechtliche Fragen zum Gemeinschaftsrecht, DRdA 1999

Riesenhuber, Europäisches Arbeitsrecht² (2021)

Schrammel/Windisch-Graetz, Europäischen Arbeits- und Sozialrecht² (2018)

Streinz/Schroeder, AEUV³ (2018)

Wiesinger, Entsendebewilligung, in RDB Keywords1 (Stand 24. 04. 2024, rdb.at)

Windisch-Graetz/Studer, Änderungen der Entsenderichtlinie 2018, ZAS 2019/27

Zankel, Der Entgeltschutz nach § 7 AVRAG, ASoK 2015, 446

Zankel, Die ZKO-Meldung, ASoK 2016, 377

10 Judikaturverzeichnis

BVwG 22.1.2015, L512 2015327-1.

BVwG 29.1.2015, W 131 2013845-1/13E.

BVwG 28.9.2018, G304 2173442-1.

BVwG 29.12.2020, I419 2235606-1/11E.

BVwG 29.12.2020, I419 2237197-1/9E.

BVwG 27.10.2021, W209 2245907-1.

BVwG 1.4.2022, W209 2250979-1.

BVwG 18.10.2022, I406 2252287-1.

BVwG 27.11.2024, W167 2287292-1.

EuGH 5.12.1967, C-19/67, *Bestuur der Sociale Verzekeringsbank/J. H. van der Vecht*, ECLI:EU:C:1967:49.

EuGH 3.2.1982, C-62/81, *Seco/EVI*, ECLI:EU:C:1982:34.

EuGH 5.5.1982, C-15/81, *Gaston Schul*, ECLI:EU:C:1982:135.

EuGH 24.11.1982, C-249/81, *Kommission/Irland*, ECLI:EU:C:1982:402.

EuGH, 15.5.1986, C-222/84, *Johnston*, ECLI:EU:C:1986:206.

EuGH 7.3.1990, C-113/89, *Rush Portuguesa Lda/Office national d'immigration*, ECLI:EU:C:1990:142.

EuGH 19.11.1991, C-6/90 und C-9/90, *Francovich ua/Italien*, ECLI:EU:C:1991:428.

EuGH 20.05.1992, C-190/90, *Kommission/Niederlande*, ECLI:EU:C:1992.

EuGH 9.8.1994, C-43/93, *Raymond Vander Elst/Office des migrations internationales*, ECLI:EU:C:1994:310.

EuGH 5.3.1996, C-46/93 und C-48/93, *Brasserie du pêcheur und Factortame*, ECLI:EU:C:1996:79.

EuGH 26.3.1996, C392/93, *British Telecommunications*, ECLI:EU:C:1996:131.

EuGH 8.10.1996, C-178/94, C179/94, C-188/94, C-189/94 und C-190/94, *Dillekofer ua/Deutschland*, ECLI:EU:C:1996:375.

EuGH 20.3.1997, C96/95, *Kommission/Deutschland*, ECLI:EU:C:1997:165.

EuGH 11.10.2001, C-110/00, *Kommission/Republik Österreich*, ECLI:EU:C:2001:538.

EuGH 20.11.2001, C-268/99, *Jany*, ECLI:EU:C:2001:616.

EuGH 27.11.2003, C-429/01, *Kommission/Frankreich*, ECLI:EU:C:2003:643.

EuGH 12.10.2004, C-60/03, *Wolff & Müller GmbH & Co KG/José Filipe Pereira Félix*, ECLI:EU:C:2004:610.

EuGH 13.9.2005, C-176/03, *Kommission/Rat*, ECLI:EU:C:2005:542.
EuGH 21.9.2006, C-168/04, *Kommission/Österreich*, ECLI:EU:C:2006:595.
EuGH 3.10.2006, C-452/04, *Fidium*, ECLI:EU:C:2006:631.
EuGH 25.1.2007, C-278/05, *Robins*, ECLI:EU:C:2007:56.
EuGH 24.3.2009, C-455/06, *Danske Slagterier*, ECLI:EU:C:2009:178.
EuGH 26.1.2010, C-118/08, *Transportes Urbanos y Servicios Generales SAL*,
ECLI:EU:C:2010:39.
VfGH 11.10.2017, G 56/2017-14.
VwGH 30.3.2016, Ra 2015/09/0075.
VwGH 29.1.2020, Ra 2016/08/0040.
VwGH 29.1.2020, Ra 2016/08/0040.
VwGH 25.9.1979, 1298/79, ZAS 1980/27.
VwGH 24.5.1995, 95/09/0012.
VwGH 31.7.2014, Ro 2014/08/0003
VwGH 10.10.2018, Ro 2016/08/0013
VwGH 12.9.2017, Ra 2017/09/0023.
VwGH 22.9.2021, Ro 2021/09/0016.
VwGH 22.9.2021, Ro 2021/09/0017.
VwGH 17.2.2015, Ra 2014/09/0038.
VwGH 19.3.2014, 2013/09/0159.
VwGH 20.2.2014, 2013/09/0166