

Neues zur grenzüberschreitenden Arbeitskräfteüberlassung



RA Dr. Georg Bruckmüller
Bruckmüller Rechtsanwalts GmbH

Der Verwaltungsgerichtshof (VwGH) hat in einer aktuellen Entscheidung (Ra 2024/09/0059) ein für viele Unternehmen hoch praxisrelevantes Thema im Bereich der grenzüberschreitenden Arbeitskräfteüberlassung durch ausländische Firmen geklärt. Dabei ging es darum, dass Arbeitskräfteüberlassungsunternehmen mit Sitz in einem Mitgliedstaat der EU drittstaatsangehörige Arbeitskräfte, die über eine aufrechte Aufenthalts- und Beschäftigungsbewilligung im EU-Ausland verfügten, nach Österreich überlassen haben. Dies sei grundsätzlich rechtlich unbedenklich. Für die so in Österreich tätigen Arbeitnehmer sei eine EU-Überlassungsbestätigung (EU-ÜB) nach § 18 Abs. 12 AuslBG ausreichend.

Die Finanzpolizei hat zuvor eine Vielzahl von Verfahren, insbesondere im Baubereich angestrengt, weil ihrer Auffassung nach, falls diese Arbeitnehmer an einen österreichischen Überlasser und von diesem an heimische Beschäftiger überlassen werden (sogenannte Ketten-, Zwischen- oder Subüberlassungen), eine Beschäftigungsbewilligung erforderlich sei. Im Mittelpunkt stand die Frage, ob österreichische Unternehmen, die diese Praxis auf ausländische Arbeitskräfte anwenden, verpflichtet sind, für diese eine Beschäftigungsbewilligung einzuholen. Es ist anzumerken, dass an einen inländischen Arbeitskräfteüberlasser jedenfalls keine solche Beschäftigungsbewilligung erteilt werden kann.

Ausgangssachverhalt war eine mittlerweile gängige Praxis: In Zeiten akuten Fachkräftemangels beauftragen heimische (hauptsächlich im Baubereich tätige) Unternehmen österreichische Überlassungsfirmen (inländischer Überlasser) mit der Bereitstel-

lung von Personal. Wenn diese nicht über genügend Fachkräfte verfügen, greifen diese wiederum auf ausländische Partnerunternehmen (ausländischer Überlasser) zurück, die Arbeitskräfte – darunter auch Drittstaatsangehörige – zur Verfügung stellen. Der Vorteil dieser Konstruktion liegt für alle Beteiligten auf der Hand: Der heimische Betrieb erhält dringend benötigte Fachkräfte, während der ausländische Überlasser ohne eigene Kundenstruktur in Österreich tätig werden kann. Die Schnittstelle bildet der österreichische Überlasser, der als Zwischenüberlasser fungiert und sich um Quartier und korrekte Abrechnung kümmert.

Unstrittig ist, dass in Österreich Kettenüberlassungen zivil- und arbeitsrechtlich zulässig sind, wenn der Zwischenüberlasser die Pflichten eines Überlassers und eines Beschäftigers übernimmt (OGH 9 ObA 91/07h).

In den meisten Fällen hatte der ausländische Überlasser aufgrund der ZKO-Meldungen eine EU-ÜB gemäß § 18 Abs. 12 AuslBG vom regionalen AMS erhalten – also eine Bestätigung, dass keine Beschäftigungsbewilligung notwendig ist. Die Finanzpolizei vertrat hingegen die Auffassung, dass diese Ausnahmebestätigung nur für die direkte Überlassung vom ausländischen an den inländischen Überlasser gelte, nicht aber für eine darüberhinausgehende Weiterüberlassung an ein drittes Unternehmen. Die Finanzpolizei leitete daher Verwaltungsstrafverfahren gegen die inländischen Endbeschäftiger ein – obwohl diese sich auf eine gültige AMS-Bestätigung stützen konnten und selbst nicht in das ursprüngliche Überlassungsverfahren in-

volviert waren. Unseres Erachtens ging es der Finanzpolizei nicht um eine unerlaubte Beschäftigung nach dem AuslBG, sondern darum, dass ihrer Ansicht nach die ausländischen Sozialversicherungsträger zu Unrecht eine Bestätigung über eine aufrechte Pflichtversicherung im Entsendestaat in Form von A1-Bescheinigungen ausgestellt haben. Diesbezüglich besteht aber eine Bindungswirkung für heimische Behörden. Das heißt, dass österreichische Behörden an diese A1-Bescheinigungen gebunden sind und daher im Verhältnis zum ausländischen Arbeitnehmer oder Arbeitgeber nicht behaupten können, die Sozialversicherungspflicht bestünde in Österreich.

Der VwGH hat nun Klarheit geschaffen und die Strafbarkeit der Endbeschäftiger in solchen Konstellationen verneint. Er argumentierte mit europarechtlichen Grundfreiheiten, insbesondere der Dienstleistungsfreiheit innerhalb des Binnenmarkts. Eine zusätzliche Bewilligungspflicht für eine im Inland weiterüberlassene Drittstaatskraft sei mit diesen Freiheiten nicht vereinbar. Entscheidend sei vielmehr, dass im Rahmen der Überlassungskette überhaupt eine EU-ÜB vorliege. Ob diese nun auf den unmittelbaren Beschäftiger ausgestellt sei oder nicht, spiele keine Rolle. Damit widerspricht das Höchstgericht der Rechtsauffassung der Finanzbehörden, die bis dato eine sehr strenge Auslegung vertraten.

Bemerkenswert an der Entscheidung ist auch, dass der VwGH nicht nur europarechtliche Argumente heranzog, sondern auch mit grundsätzlichen rechtsstaatlichen Überlegungen operierte: Es könne nicht sein, dass Unternehmen, die auf einen rechtsgültigen Bescheid einer österreichischen Behörde vertrauen, im Nachhinein dafür bestraft würden. Eine Überprüfungspflicht der österreichischen Beschäftiger hinsichtlich dieser Bescheide bestehe jedenfalls nicht. Gerade im Verwaltungsstrafrecht gelte das Prinzip der Gesetzmäßigkeit besonders streng: Ohne klare und eindeutige Strafnorm könne niemand zur Verantwortung gezogen werden. Eine strafrechtliche Haftung des Beschäftigers wegen formaler Ungenauigkeiten oder mangelnder Parteilichkeit im Verwaltungsverfahren sei unvereinbar mit diesen Grundsätzen.

Die Entscheidung hat weitreichende Folgen für die Praxis. Sie schützt insbesondere Endbeschäftiger, die über ein Netzwerk von Subüberlassungen auf Arbeitskräfte aus dem Ausland zugreifen, vor strafrechtlicher Unsicherheit. Gleichzeitig setzt der VwGH auch dem Versuch der Behörden, durch zu weitgehende Interpretationen bestehender Regelungen faktisch neue Straftatbestände zu schaffen, klare Grenzen. Wer Missbrauch verhindern wolle, müsse dafür auch gesetzgeberisch tätig werden – und nicht durch kreative Auslegung bestehender Gesetze. Will man die Ausnahmen von der Sozialversicherungspflicht im Tätigkeitsstaat einschränken, ist der EU-Gesetzgeber gefordert.

Insgesamt bringt die Entscheidung Rechtssicherheit für Unternehmen, die im Rahmen grenzüberschreitender Zusammenarbeit auf Drittstaatsangehörige zurückgreifen. Er zeigt aber auch Komplexität des Zusammenspiels von Meldesystemen,



© Robert Kreschke/AdobeStock

Zuständigkeiten und unionsrechtlichen Vorgaben. Klar ist: Wer nachweislich rechtmäßig überlassene drittstaatsangehörige Arbeitskräfte beschäftigt, muss sich nicht vor Sanktionen fürchten – auch nicht, wenn er selbst nicht direkt in das Meldeverfahren eingebunden war oder ist. Nicht behandelt hat der VwGH den Fall, dass von der regionalen Geschäftsstelle des AMS keine EU-ÜB ausgestellt wurde. In diesem Fall dürfen Arbeitskräfte aus dem Ausland – sofern die Voraussetzungen für die Aufnahme einer Tätigkeit im Inland vorliegen – im Inland zu arbeiten beginnen. Eine Vertrauenslage – wie bei der Ausstellung einer EU-Entsendebestätigung (EU-EB) – wird aber in diesem Fall nicht geschaffen. Versagt das AMS die Ausstellung einer EU-ÜB oder einer EU-EB, wird dadurch – allenfalls nach Aufnahme der Tätigkeit von ausländischen Arbeitnehmer:innen – bescheidmäßig festgestellt, dass die Voraussetzungen für die Tätigkeit von ausländischen Arbeitnehmern im Inland nicht gegeben sind. Hätten Arbeitnehmer vor der Entscheidung des AMS dennoch zu arbeiten begonnen, dann wäre die Beschäftigung im Inland rechtswidrig gewesen. Um das Risiko in diesem Bereich zu reduzieren, ist ausländischen Unternehmen zu raten, möglichst frühzeitig ZKO-Meldungen zu erstatten. Dies kann auch für den Fall gemacht werden, dass sich etwa der Beginn des Arbeitseinsatzes oder die Anzahl der in Österreich tätig werdenden Arbeitnehmer noch nicht genau bestimmen lässt. ■

Resümee

Generell ist zu hoffen, dass der grenzüberschreitende Einsatz von ausländischen Arbeitskräften vereinfacht wird. Während die Überprüfung der Einhaltung von sozialversicherungsrechtlichen und arbeitsrechtlichen Bestimmungen durch die Finanzpolizei gut funktioniert, ist für Unternehmen die lückelose Einhaltung der Melde- und Bereithaltungspflichten nach dem Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz (LSD-GB) nicht leicht zu bewältigen. Die Erlangung von Aufenthaltstiteln und Beschäftigungsbewilligungen bei verschiedenen Behörden macht den Einsatz aus dem Ausland nicht leichter.