

An  
die Parlamentsdirektion,  
alle Bundesministerien,  
alle Sektionen des BKA,  
die Ämter der Landesregierungen und  
die Verbindungsstelle der Bundesländer

Antwort bitte unter Anführung der GZ an die Abteilungsmail

Betrifft: Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften vom 22. Dezember 2008 in der Rechtssache C-161/08 betreffend § 2 Abs. 4 AuslBG;  
Rundschreiben

## 1. Urteilstenor

Der Gerichtshof hat mit Urteil vom 22. Dezember 2008 in der Rechtssache C-161/08, Kommission gegen Österreich<sup>1</sup>, entschieden, dass **Österreich** dadurch **gegen seine Verpflichtungen aus Art. 43 EG (Niederlassungsfreiheit) verstoßen** hat, dass für die Eintragung von Gesellschaften ins Firmenbuch auf Antrag von Staatsangehörigen der der Europäischen Union am 1. Mai 2004 beigetretenen Mitgliedstaaten (mit Ausnahme von Zypern und Malta), die Gesellschafter einer Personengesellschaft oder Minderheitsgesellschafter eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung sind, die Feststellung ihrer Selbständigkeit durch das Arbeitsmarktservice oder die Vorlage eines Befreiungsscheins verlangt wird.

## 2. Verfahren und Rechtsrahmen

Die Kommission hat Österreich wegen § 2 Abs. 4 Ausländerbeschäftigungsgesetz (AuslBG) vor dem EuGH geklagt, da diese Regelung nach ihrer Ansicht nicht mit dem Gebot der Niederlassungsfreiheit vereinbar ist.

---

<sup>1</sup> Das Urteil kann im Internet unter <http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=de> abgerufen werden.

Nach den Bestimmungen des AuslBG bedarf die Arbeitsaufnahme unselbständiger ausländischer Arbeitskräfte einer Bewilligung; dabei wird in einem hoheitlichen Verfahren festgestellt, ob bestimmte arbeitsmarktpolitische und arbeitsrechtliche Kriterien gegeben sind, die eine Zulassung zusätzlicher Arbeitskräfte zum österreichischen Arbeitsmarkt rechtfertigen. Selbständige Erwerbstätigkeit unterliegt hingegen nicht dem AuslBG.

In der Praxis kommt es jedoch häufig zu Umgehungsversuchen für die Bewilligungspflicht für den Zugang zu einer unselbständigen Beschäftigung durch die Gründung von Gesellschaften. Formal treten die Betroffenen als Selbständige auf, bei inhaltlicher Betrachtung der Tätigkeiten wird allerdings unselbständige Arbeit verrichtet (sog. Scheinselbständigkeit).

Zur Bekämpfung einer solchen Praxis regelt § 2 Abs. 4 AuslBG, dass Gesellschafter einer Personengesellschaft und Gesellschafter einer GmbH mit weniger als 25% der Geschäftsanteile, die Arbeitsleistungen für die Gesellschaft erbringen, welche typischer Weise in einem Arbeitsverhältnis erbracht werden, ein Feststellungsverfahren durchlaufen müssen. In diesem müssen sie nachweisen, dass sie einen wesentlichen Einfluss auf die Geschäftsführung der Gesellschaft haben, andernfalls werden sie als unselbständig tätig betrachtet.

Nach Ansicht der Kommission verstößt diese Methode der Unterscheidung zwischen Selbständigen und unselbständig Beschäftigten gegen die Niederlassungsfreiheit, da auch die Freizügigkeit von Selbständigen dadurch eingeschränkt werde. Die Bestimmung sei zudem diskriminierend, da sie insb. Angehörige jener Mitgliedstaaten, die der Europäischen Union am 1. Mai 2004 beigetreten sind (mit Ausnahme von Zypern und Malta), betrifft. Eine Rechtfertigung dieser Beschränkung aus Gründen der öffentlichen Ordnung sei nicht möglich, da seitens Österreichs nicht nachgewiesen wurde, dass eine tatsächliche und hinreichend schwere Gefährdung des Arbeitsmarktes vorliege.

Österreich hat im Verfahren im Wesentlichen argumentiert, dass die betroffene Regelung nicht die Niederlassungsfreiheit betrifft, sondern eine gerechtfertigte und erforderliche Maßnahme im Rahmen der Arbeitnehmerfreizügigkeit darstellt. § 2 Abs. 4

AusIBG sei nämlich eine bloße Ordnungsregel, die eine wirksame Anwendung der zulässigen Beschränkungen der Arbeitnehmerfreizügigkeit ermögliche, welche die Mitgliedstaaten auf Grundlage des Art. 24 der Beitrittsakte während eines Übergangszeitraumes vorsehen können.

Eine nachträgliche Kontrolle der Tätigkeit von Gesellschaften ohne vorheriges Feststellungsverfahren käme zu spät und könne Störungen des Arbeitsmarktes nicht verhindern.

### **3. Zusammenfassung der Urteilsbegründung**

Der Gerichtshof folgt in seiner Würdigung im Wesentlichen den Argumenten der Kommission und prüft die österreichische Regelung am Maßstab der Niederlassungsfreiheit, da diese nicht nur auf jene Personen Anwendung findet, die tatsächlich unselbständig tätig sind, sondern auch Selbständige Verwaltungsformalitäten unterwirft.

Nach Art. 43 EG darf ein Mitgliedstaat Personen, die sich in diesem Staat niederlassen, keinen anderen Bedingungen für die Ausübung ihrer Tätigkeit unterwerfen als seine eigenen Staatsangehörigen. Da § 2 Abs. 4 AusIBG nur die Angehörigen der acht neuen Mitgliedstaaten betrifft, verstößt er gegen das Verbot der Ungleichbehandlung des Art. 43 EG.

Die Regelung kann nach Ansicht des Gerichtshofes auch nicht zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung, bezogen auf das ordnungsgemäße Funktionieren des Arbeitsmarktes gerechtfertigt werden. Österreich habe lediglich allgemein auf die Gefahr der Umgehung der Übergangsbestimmungen hingewiesen, ohne genaue Tatsachen vorzulegen, die eine Überprüfung ermöglichen, ob eine tatsächliche und hinreichend schwere Beeinträchtigung eines gesellschaftlichen Grundinteresses vorliegt.

Zur Sicherstellung des Ziels, Umgehungen zu verhindern, stünden überdies weniger einschneidende Maßnahmen zur Verfügung.

Nach Auffassung des Gerichtshofes reicht die Einrichtung von regelmäßigen Verwaltungskontrollen aus, verbunden mit der Verpflichtung der Betroffenen,

Informationen zu übermitteln, die eine Überprüfung ermöglichen, ob eine Tätigkeit selbständig oder im Rahmen einer unselbständigen Beschäftigung verrichtet wird.

#### **4. Schlussfolgerung**

Vor dem Hintergrund der Ausführungen des Gerichtshofes geht der Verfassungsdienst davon aus, dass die bisherige Regelung des § 2 Abs. 4 AuslBG hinsichtlich der Angehörigen der betroffenen acht neuen Mitgliedstaaten zu ändern sein wird. Ein vorheriges Genehmigungsverfahren für die Aufnahme der Tätigkeit der betroffenen Personengesellschaften und Minderheitsgesellschafter scheidet damit aus und könnte durch ein **System der verstärkten Kontrolle sowie der nachträglichen Untersagung der Tätigkeit** ersetzt werden.

21. Jänner 2009  
Für den Bundeskanzler:  
Georg LIENBACHER

**Elektronisch gefertigt**