

+++Neues vom EuGH+++

UMGEHUNG DER ÜBERGANGSFRISTEN DURCH SCHEINSELBSTÄNDIGKEIT

Schlussanträge von Generalanwalt M. Poiares Maduro im Vertragsverletzungsverfahren Kommission/Österreich, Rs C-161/07 vom 18. September 2008

Unabhängig von der laufenden politischen Diskussion über die Übergangsfristen beschäftigt sich derzeit auch der EuGH in einem Vertragsverletzungsverfahren gegen Österreich mit diesem Thema¹. Da die Übergangsfristen bei der Arbeitnehmerfreizügigkeit, nicht jedoch bei grenzüberschreitender Niederlassung und Dienstleistungserbringung gelten,² ergeben sich in der Praxis immer wieder Probleme. So sind nach Schätzungen der Wirtschaftskammer Österreich mindestens 11.000 sog „Scheinselbständige“ tätig, die mit einem Gewerbeschein in einem freien Gewerbe auf dem Bau arbeiten.

Konkret steht nun eine Bestimmung im Ausländerbeschäftigungsgesetz (AuslBG) auf dem Prüfstand. Diese wurde in den frühen 90er Jahren eingeführt, um Scheinselbständigkeit durch Personengesellschaften und Minderheitengesellschafter von GmbHs aus Drittstaaten zu verhindern. Ob ein Arbeitsverhältnis vorliegt, soll nach dieser Bestimmung nicht nach der „äußeren Erscheinungsform des Sachverhalts“ sondern nach dem „wahren wirtschaftlichen Gehalt“ beurteilt werden. Ein Arbeitsverhältnis liegt daher auch vor, wenn ein Gesellschafter einer Personengesellschaft und Minderheitengesellschafter einer GmbH „Arbeitsleistungen erbringt, die typischerweise in einem Arbeitsverhältnis geleistet werden“. Es sei denn es wird der Nachweis erbracht, dass vom Gesellschafter „ein wesentlicher Einfluss auf die Geschäftsführung der Gesellschaft (...) tatsächlich persönlich ausgeübt wird“.

Während der Übergangsfristen gelten diese Bestimmungen auch für Gesellschaften aus den neuen Mitgliedstaaten und bietet daher einen gewissen Schutz vor Scheinselbständigkeit. Am 18. September 2008 hat Generalanwalt M. Poiares Maduro seine Schlussanträge in der Rechtssache präsentiert. Darin führt er aus, dass die österreichische Bestimmung die Niederlassungsfreiheit von Gesellschaftern aus neuen Mitgliedstaaten behindert und daher gegen Gemeinschaftsrecht verstößt.

An der österreichischen Bestimmung kritisiert der Generalanwalt, dass diese eine gesetzliche Vermutung enthält, wonach Gesellschafter aus neuen Mitgliedstaaten zunächst als „Scheinselbständige“ eingestuft werden und erst selbst den Gegenbeweis erbringen müssen. Diese Feststellung des Generalanwalts ist aber so nicht ganz richtig: Eine gesetzliche Vermutung stellt das AuslBG nur auf, wenn Gesellschafter aus neuen Mitgliedstaaten „Arbeitsleistungen erbringen, die typischerweise in einem Arbeitsverhältnis geleistet werden“. Hier mag der Generalanwalt recht haben, dass der Arbeitnehmerbegriff, der vom AuslBG verwendet wird, kein ideales Abgrenzungskriterium zwischen selbständiger und unselbständiger Tätigkeit ist. Ein besseres Kriterium zur Abgrenzung sei jenes der Unterordnung, führt der Generalanwalt aus und gibt so eigentlich gleich einen guten Hinweis, wie die österreichische Bestimmung repariert werden sollte.

Ein weiterer Kritikpunkt des Generalanwaltes ist die dreimonatige Frist, die dem Arbeitsmarktservice für die Prüfung des Falles zur Verfügung steht. Hier schlägt der Generalanwalt vor – wie auch schon in anderen Fällen –, dass erst in einer *ex post*-Prüfung entschieden werden soll, ob tatsächlich Scheinselbständigkeit vorliegt. Einmal mehr kann man dazu nur sagen, dass eine *ex post*-Prüfung eine Kontrolle erheblich erschwert oder sogar unmöglich macht. Man wird abwarten müssen, ob sich das Urteil des EuGH, das in vier bis sechs Monaten verkündet werden wird, der Rechtsmeinung des Generalanwaltes anschließt. Die spezielle Lage Österreichs in Europa und das immer noch deutliche Lohngefälle zu den Nachbarländern machen es aber notwendig, dass die Bestimmung im AuslBG gegebenenfalls repariert und nicht einfach nur gestrichen wird. Selbst der Generalanwalt sagt, dass die Übergangsfristen zwar „nur dafür verwendet werden [können], den Zugang zum Arbeitsmarkt zu regeln, und nicht zu irgendeiner anderen Erwerbstätigkeit; nichtsdestoweniger [müssen] sie, was den Arbeitsmarkt betrifft, wirksam angewendet werden.“ Ein Indiz, wie die Bestimmung umgestaltet werden könnte, hat der Generalanwalt bereits gegeben.

Alice Wagner, AK Wien (alice.wagner@akwien.at)

Anmerkungen:

¹... Das Verfahren bezieht sich auf die Übergangsfristen, die Österreich nach dem Beitritt der neuen Mitgliedstaaten (mit Ausnahme von Malta und Zypern) am 1. Mai 2004 in Anspruch genommen hat.

².. Ausnahme ist die Mitnahme von Personal in sensiblen Dienstleistungsbranchen.