

**BUNDESKANZLERAMT**  **VERFASSUNGSDIENST**

GZ • BKA-600.106/0016-V/A/5/2007

ABTEILUNGSMAIL • V@BKA.GV.AT

BEARBEITER • DR. ANGELA JULCHER

DR. THOMAS KRÖLL<sup>1</sup>MAG. MARTINA WINKLER<sup>1</sup>

PERS. E-MAIL • ANGELA.JULCHER@BKA.GV.AT

TELEFON • 01/53115/2288

IHR ZEICHEN • BMWA-433-001/0035-II/7/2007

An das  
Bundesministerium für Wirtschaft und  
Arbeit

Mit E-Mail: [post@ii7.bmwa.gv.at](mailto:post@ii7.bmwa.gv.at)

Antwort bitte unter Anführung der GZ an die Abteilungsmail

**Betrifft:** Entwurf eines Bundesgesetzes, mit dem das Ausländerbeschäftigungsgesetz und das Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz geändert werden;  
Begutachtung; Stellungnahme

Zum mit der do. oz. Note übermittelten Gesetzesentwurf samt Beilagen nimmt das Bundeskanzleramt-Verfassungsdienst wie folgt Stellung:

### **I. Zum Gesetzesentwurf:**

#### Zu Art. I Z 7 (§ 3a AuslBG):

Auch diese Bestimmung sollte erläutert werden.

#### Zu Art. I Z 11 (§ 18 Abs. 12 AuslBG):

Im Urteil vom 21. September 2006 hat der Europäische Gerichtshof in der Rechtssache C-168/04 festgestellt, dass *„die Republik Österreich gegen ihre Verpflichtungen aus Art. 49 EG verstoßen hat, indem sie die Entsendung drittstaatsangehöriger Arbeitnehmer durch ein in einem anderen Mitgliedstaat ansässiges Unternehmen von der Einholung der „EU-Entsendebestätigung“ nach § 18 Abs 12 bis 16 Ausländerbeschäftigungsgesetz abhängig macht, die nur erteilt wird, wenn erstens der betreffende Arbeitnehmer seit mindestens einem Jahr bei dem betreffenden Unternehmen beschäftigt ist, oder mit diesem einen unbefristeten Arbeitsvertrag geschlossen hat,*

---

1) Für die gemeinschaftsrechtlichen Aspekte

*und zweitens die Einhaltung der österreichischen Beschäftigungs- und Lohnbedingungen nachgewiesen wird“.*

Zur Sicherstellung der Beseitigung der Vertragsverletzung hat die Kommission mittlerweile ein Verfahren nach Art. 228 EG (Vertragsverletzungsverfahren Nr. 1995/4291) eingeleitet („Sanktionsverfahren“). Die Republik Österreich hat in ihrer Stellungnahme vom 23. Mai 2007 zum Mahnschreiben der Kommission vom 21. März 2007 eine gesetzliche Anpassung an die Erfordernisse des Urteils durch eine Novelle des Ausländerbeschäftigungsgesetzes (und des Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetzes) angekündigt.

Nach Auffassung des Bundeskanzleramtes-Verfassungsdienstes scheint durch den vorliegenden Entwurf der Neuregelung des § 18 Abs. 12 AuslBG nach wie vor nicht eindeutig sichergestellt zu sein, dass den im genannten Urteil sowie der Vorjudikatur des EuGH (vgl. die Urteile C-43/93, Van der Elst; C-445/03, Kommission/Luxemburg; C-244/04, Kommission/Deutschland) entwickelten Anforderungen vollinhaltlich Rechnung getragen wird: Während nämlich § 18 Abs. 12 Z 1 und 2 die im Urteil in der Rs. C-43/93, Van der Elst, entwickelten Kriterien der Ordnungsgemäßheit und Dauerhaftigkeit der Beschäftigung gemeinschaftsrechtskonform umsetzt, kann im Hinblick auf die Textierung des Schlussteils der Bestimmung nicht mit Sicherheit davon ausgegangen werden, dass das dort vorgesehene Verfahren den Anforderungen der Rechtsprechung des EuGH entspricht:

Der ständigen Rechtsprechung des Gerichtshofes kann die Unverhältnismäßigkeit und daher Unzulässigkeit einer Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit durch das nationale Erfordernis einer Arbeitserlaubnis für Drittstaatsangehörige sowie einer auf eine solche hinauslaufenden präventiven Kontrolle der Entsendung von Drittstaatsangehörigen entnommen werden. Nachträgliche Kontrollen durch die Behörden des Aufnahmestaates in Folge einer der Entsendung vorausgehenden Anzeige der genannten Informationen (Anzahl der entsendeten Arbeitnehmer, Ort und Dauer der Entsendung, Art und Umfang der Dienstleistungen, ordnungsgemäße und dauerhafte Beschäftigung im Herkunftsmitgliedstaat [Aufenthalt, Arbeitserlaubnis, soziale Absicherung] sowie die Angaben im Rahmen der Entsenderichtlinie RL 96/71/EG) werden, da verhältnismäßig und gleichsam effektiv, als zulässig angesehen (vgl. die oben zitierten Urteile C-43/93, Van der Elst; C-445/03, Kommission/Luxemburg und C-244/04, Kommission/Deutschland).

Nach dem vorliegenden Entwurf des § 18 Abs. 12 ist zur Prüfung der für die Entsendung von Drittstaatsangehörigen erforderlichen Voraussetzungen die Entsendung vom Arbeitgeber der Zentralen Koordinationsstelle für die Kontrolle der illegalen Beschäftigung zu melden; diese hat die Meldung unverzüglich der zuständigen regionalen Geschäftsstelle des Arbeitsmarktservice zu übermitteln. Innerhalb von zwei Wochen ab Einlangen der Meldung hat diese das Vorliegen der Voraussetzungen einer EU-Entsendebestätigung zu bestätigen oder bei deren Nichtvorliegen dem Arbeitgeber und dem Auftraggeber gegenüber die Entsendung zu untersagen.

Das Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit geht offensichtlich davon aus, dass dieses Verfahren als „Anmeldesystem“ zu sehen und daher gemeinschaftsrechtskonform ist. Dies entspricht auch der im Erlass vom 31. Oktober 2006 an den Vorstand des Arbeitsmarktservice, GZ BMWA-432.006/0019-II/7/2006, zum Ausdruck kommende Rechtsauffassung, dass zum gemeinschaftsrechtskonformen Vollzug des dzt. noch geltenden § 18 Abs. 12 AuslBG zwar weiterhin die Pflicht zur Anzeige der Entsendung besteht, jedoch mit der Maßgabe, dass die Arbeit zunächst auch ohne die EU-Entsendebestätigung aufgenommen werden kann.

Nach der nunmehr vorgesehenen Textierung des Schlussteils des § 18 Abs. 12 ist aber nach Auffassung des Bundeskanzleramtes-Verfassungsdienst nicht notwendigerweise davon auszugehen, dass es sich bei der Ausstellung einer EU-Entsendebestätigung um einen rein deklaratorischen Akt handelt; vielmehr könnte diese wohl auch als Genehmigung der Entsendung bei Vorliegen der Voraussetzungen und damit als konstitutiver Akt ausgestaltet werden, wonach erst bei Bestätigung der Voraussetzungen die Entsendung der Arbeitnehmer erfolgen darf. Diesfalls läge aber kein Anmeldesystem, sondern ein Genehmigungssystem vor.

Zur gemeinschaftsrechtskonformen Ausgestaltung des entsprechenden Verfahrens empfiehlt das Bundeskanzleramt-Verfassungsdienst dringend, in den Gesetzestext sowie die Erläuterungen – entsprechend dem oz. Erlass – eine entsprechende Klarstellung dahingehend aufzunehmen, dass die Entsendung – unvorgreiflich einer allfälligen Untersagung durch die regionale Geschäftsstelle wegen Nichtvorliegens der Voraussetzungen – grundsätzlich sogleich nach erfolgter Meldung zulässig ist.

Das Bundeskanzleramt-Verfassungsdienst erlaubt sich darauf hinzuweisen, dass die Europäische Kommission als nächsten Schritt des Verfahrens nach Art. 228 EG wegen Nichtumsetzung des Urteils in der Rs. C-168/04 bereits eine begründete Stel-

lungnahme und in weiterer Folge eine Klage nach Art. 228 EG an die Republik Österreich richten könnte. Eine Verurteilung in einem Verfahren nach Art. 228 EG könnte zu einer kumulativen Verhängung von Zwangsgeld – ab dem Tag des Zweiturteils – und zusätzlich einem nach entsprechenden Kriterien zu berechnenden Pauschalbetrags – für den verstrichenen Zeitraum ab dem Tag des Ersturteils (!) – führen (vgl. das Urteil in der Rs. C-304/02, Kommission/Frankreich).

Es ist davon auszugehen, dass die Kommission die Möglichkeit der kumulativen Verhängung von Sanktionen in Zukunft verstärkt nutzen wird (vgl. die Mitteilung der Kommission zur Anwendung von Artikel 228 EG, SEK(2005)1658).

Im Hinblick auf die Vermeidung einer Verurteilung zu einem Pauschalbetrag, wozu es sogar kommen könnte, wenn dem Urteil in der Rs. C-168/04 erst im Laufe des Verfahrens nach Art. 228 EG entsprochen wird (maßgebliche Rechtslage für die Frage der Gemeinschaftsrechtskonformität der geänderten Rechtslage ist in der Regel zwei Monate ab Übermittlung der begründeten Stellungnahme!), empfiehlt das Bundeskanzleramt-Verfassungsdienst eine entsprechende Klarstellung im oben aufgezeigten Sinn.

#### Zu Art. I Z 14 (§ 28 Abs. 1 Z 1 lit. b AuslBG):

Nach der vorgeschlagenen Strafbestimmung sind Personen, die Arbeitsleistungen eines betriebsentsandten Ausländers in Anspruch nehmen, u.a. dann zu bestrafen, wenn die Voraussetzungen des § 18 Abs. 12 Z 1 und 2 nicht erfüllt sind. Es genügt also, wie auch in den Erläuterungen hervorgehoben wird, nicht das Vorliegen einer EU-Entsendebestätigung; vielmehr hätte jeder, der Arbeitsleistungen eines betriebsentsandten Ausländers in Anspruch nimmt, das Vorliegen der Voraussetzungen des § 18 Abs. 12 Z 1 und 2 materiell zu überprüfen. Damit scheinen aber im Ergebnis einem Privaten Kontrollaufgaben auferlegt zu werden, die in erster Linie den Behörden obliegen; eine solche Regelung könnte gegen das aus dem verfassungsrechtlichen Gleichheitssatz abzuleitende Sachlichkeitsgebot verstoßen (vgl. VfSlg. 16.662/2002 betreffend § 28 Abs. 6 AuslBG idF BGBl. I Nr. 78/1997).

#### Zu Art. I Z 16 (§ 28a AuslBG):

Die Novellierungsanordnung sollte entweder lauten: „Im § 28a wird in Abs. 1 der Ausdruck ... und in Abs. 2 der Ausdruck ...“ oder: „Im § 28a Abs. 1 wird der Ausdruck ... und im § 28a Abs. 2 der Ausdruck ...“.

Zu Art. I Z 17 (§ 34 Abs. 34 AuslBG):

Im letzten Satz hätte die Wortfolge „in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. xxx/2007“ zu entfallen.

**II. Zu Vorblatt, Erläuterungen und Textgegenüberstellung:**

Im Vorblatt wäre auch ein Hinweis auf (allfällige) **Besonderheiten des Normerzeugungsverfahrens** im Sinne des Rundschreibens des Bundeskanzleramtes-Verfassungsdienst vom 13. November 1998, GZ [600.824/8-V/2/98](#), anzubringen.

Im Allgemeinen Teil der Erläuterungen wäre auch anzugeben, worauf sich die Zuständigkeit des Bundes zur Erlassung der vorgeschlagenen Neuregelungen gründet ([Legistische Richtlinien 1979](#), Pkt. 94).

In der Textgegenüberstellung sollten die Überschriften der Spalten „Geltende Fassung:“ und „Vorgeschlagene Fassung:“ zu Beginn jeder Seite zu wiederholt werden.

Diese Stellungnahme wird im Sinne der Entschließung des Nationalrates vom 6. Juli 1961 u.e. auch dem Präsidium des Nationalrats zur Kenntnis gebracht.

22. August 2007  
Für den Bundeskanzler:  
i.V. SIESS-SCHERZ

**Elektronisch gefertigt**