

Arbeitskräfteüberlassung und Konzernprivileg, insbesondere bei grenzüberschreitender Überlassung

Von RA Dr. Georg Schima, Wien

1. Problemstellung

Der Frage, ob das Arbeitskräfteüberlassungsgesetz (AÜG) auf die konzerninterne Überlassung von Mitarbeitern anwendbar ist oder nicht, kommt große praktische Bedeutung zu, weil dieses Gesetz den Vertragspartnern, insbesondere den beiden beteiligten Arbeitgebern, sehr enge Schranken auferlegt, zB bestimmte vertragliche Regelungen (etwa „unsachliche“ Befristungen; vgl § 11 Abs 2 Z 4 AÜG) untersagt, zusätzliche Haftungen begründet und schließlich — dies ist im gegenständlichen Zusammenhang von besonderer Bedeutung — eine *Bewilligungspflicht* bei der grenzüberschreitenden Überlassung statuiert, wobei die Bewilligung für die Überlassung in das Ausland an weniger strenge Voraussetzungen geknüpft ist als die Bewilligung zur Überlassung vom Ausland ins Inland.

Die Bewilligung zur Überlassung in das Ausland kann — sofern nicht eine Verordnung gem § 15 Abs 1 Z 3 AÜG besteht — gem § 16 Abs 2 AÜG auf Antrag des Überlassers dann erteilt werden, „wenn keine arbeitsmarktlichen oder volkswirtschaftlichen Gründe dagegen sprechen und der Schutz der Arbeitskräfte nicht gefährdet ist“.

Die Bewilligung der Überlassung von Arbeitskräften vom Ausland nach Österreich setzt dagegen gem § 16 Abs 4 AÜG neben einem Antrag des Beschäftigers voraus, daß

1. die Beschäftigung besonders qualifizierter Fachkräfte aus arbeitsmarktlichen und volkswirtschaftlichen Gründen *unumgänglich notwendig* ist;
2. diese Arbeitskräfte *ausschließlich* im Wege der Überlassung aus dem Ausland verfügbar sind und
3. deren Beschäftigung keine Gefährdung der Lohn- und Arbeitsbedingungen inländischer Arbeitnehmer bewirkt.

2. Anwendungsbereich des „Konzernprivilegs“

Damit das AÜG *überhaupt* anwendbar ist, muß freilich der Tatbestand der „Überlassung“ gem § 1 Abs 1 AÜG vorliegen. Dies ist jedenfalls dann *nicht* der Fall, wenn zwischen der überlassenen Arbeitskraft und dem beschäftigenden Unternehmen ein eigener Arbeitsvertrag geschlossen wurde, weil dann das durch das AÜG bewirkte Schutzkonzept gar nicht anwendbar ist¹⁾, oder wenn zB eine „Überlassung“ an eine rechtlich unselbständige in- oder ausländische Niederlassung erfolgt, weil in diesem Fall auf Arbeitgeberseite nur *ein* Rechts-subjekt auftritt.

Es ist daher erforderlich, daß das Schwergewicht der vertraglichen Beziehungen auf dem Verhältnis zwischen Arbeitnehmer und überlassendem Unternehmen liegt

und zwischen beschäftigendem Unternehmen und Arbeitnehmer kein eigenes Arbeitsverhältnis abgeschlossen wurde²⁾.

Selbst wenn diese Voraussetzung für die Anwendbarkeit des AÜG vorliegt, ist das sog. „Konzernprivileg“ des § 1 Abs 2 Z 5 AÜG zu beachten. Dieser Bestimmung zufolge sind die §§ 5 bis 22 AÜG nicht anzuwenden auf die Überlassung von Arbeitskräften zwischen Konzernunternehmen innerhalb eines Konzerns iSd § 15 AktG bzw des § 115 GmbHG, sofern die Überlassung nicht zum *Betriebszweck* des überlassenden Unternehmens gehört.

Diese Ausnahmeregelung ist weiter formuliert als die mit der Novelle 1985 in das deutsche AÜG eingefügte Regelung des § 1 Abs 3 Z 2, wonach das deutsche AÜG zur Gänze nicht anzuwenden ist auf die Arbeitnehmerüberlassung „zwischen Konzernunternehmen iSd § 18 AktG, wenn der Arbeitnehmer seine Arbeit *vorübergehend* nicht bei seinem Arbeitgeber leistet“.

Letztere Bestimmung wird vom deutschen Schrifttum überwiegend so gedeutet, daß die Arbeitskräfteüberlassung, um zur Anwendung des „Konzernprivilegs“ zu gelangen, *nicht gewerbsmäßig* sein darf³⁾. Das Kriterium „vorübergehend“ wird — unter Berufung auf die Gesetzesmaterialien — in der BRD *weit* ausgelegt und die Auffassung vertreten, daß selbst *mehrfährige* Abordnungen als „vorübergehend“ iSd § 1 Abs 3 Z 2 dAÜG anzusehen sind⁴⁾.

Die österreichische Regelung stellt mE dagegen nicht — jedenfalls nicht primär — auf die Dauer der einzelnen Überlassung ab, sondern darauf, welche Häufigkeit der Abschluß von Überlassungsvereinbarungen innerhalb des überlassenden Unternehmens aufweist. Diesbezüglich wurde vertreten, daß dann, wenn diese Häufigkeit ein Ausmaß erreiche, daß das Kriterium der „Regelmäßigkeit“ im Sinne des zur *Gewerbsmäßigkeit* gehörenden Begriffes als gegeben angesehen werden müsse, das „Konzernprivileg“ des § 1 Abs 2 Z 5 AÜG nicht greife⁵⁾. Bei nochmaliger Überlegung meine ich allerdings, daß diese Auffassung dem „Konzernprivileg“ *zu enge* Grenzen zieht. „Betriebszweck“ ist etwas anderes als „Gewerbsmäßigkeit“. Um den Betriebszweck zu bilden, muß die Überlassung einen *bedeutenden* Teil der Geschäftstätigkeit des überlassenden Unternehmens ausmachen.

Für eine *weite* Auslegung des Konzernprivilegs spricht ganz allgemein der Umstand, daß das wegen der „notorischen wirtschaftlichen Schwäche“ der Verleihunternehmen auf den besonderen Schutz der Arbeitnehmer zugeschnittene AÜG in der Interessenbewertung auf die Mo-

¹⁾ Vgl Geppert, AÜG 1 f, 42 f, 65; Mazal, Arbeitskräfteüberlassung 67 ff; Runggaldier/G. Schima, Führungskräfte 127 f.

²⁾ Runggaldier/G. Schima, Führungskräfte 128; vgl auch Mazal, Arbeitskräfteüberlassung 14, vgl aber 67, wo von der Möglichkeit eines „Doppelarbeitsverhältnisses“ gesprochen wird.

³⁾ Vgl etwa Becker/Wulfgramm, AÜG³ Rz 113 zu Art 1 § 1.

⁴⁾ Vgl Becker/Wulfgramm, AÜG³ Rz 120 zu Art 1 § 1; ähnlich Windbichler, Arbeitsrecht im Konzern (1989) 79 mwN.

⁵⁾ IdS Runggaldier/G. Schima, Führungskräfte 129.

bilität von Arbeitnehmern in Unternehmensgruppen nicht paßt⁶⁾).

Es wird auf das Verhältnis zwischen der Anzahl überlassener Arbeitnehmer der überlassenden Gesellschaft (denn auf deren Betriebszweck kommt es an) zur Gesamtzahl der in diesem Unternehmen beschäftigten Arbeitnehmer abzustellen sein. Der Anteil der ersteren darf mE nicht bedeutend, nicht wirtschaftlich ins Gewicht fallend sein, weil dann die Konzernüberlassung eben nicht den „Betriebszweck“ des überlassenden Unternehmens bildet⁷⁾).

Dagegen hindert es die Anwendung des „Konzernprivilegs“ mE nicht, wenn im überlassenden Unternehmen *ständig einige (wenige) Mitarbeiter* an andere Konzernunternehmen überlassen werden, dh ständig einige Überlassungsvereinbarungen aufrecht sind. Ebenso bleibt § 1 Abs 2 Z 5 AÜG anwendbar, wenn einzelne Arbeitnehmer des überlassenden Unternehmens von vornherein zwecks Überlassung an ein anderes oder andere Konzernunternehmen angestellt werden⁸⁾).

Damit die konzerninterne Überlassung beim überlassenden Unternehmen dessen Betriebszweck ausmacht, reicht es nicht aus, wenn eine kleine, im Verhältnis zur Gesamtzahl der Mitarbeiter des überlassenden Unternehmens unbedeutende Anzahl von Mitarbeitern *auf Dauer* an andere Konzernunternehmen überlassen wird. Das österreichische Gesetz stellt eben — anders als das dAÜG — nicht auf die Dauer der einzelnen Überlassungsvereinbarung ab.

Im übrigen ist es für die Anwendung des § 1 Abs 2 Z 5 AÜG unbedeutend, ob als überlassendes Unternehmen bzw als beschäftigendes Unternehmen eine beherrschende oder eine beherrschte Gesellschaft auftritt⁹⁾).

3. Konzernprivileg und grenzüberschreitende Überlassung

Für das österreichische Recht wurde die Frage aufgeworfen, ob das Konzernprivileg des § 1 Abs 2 Z 5 AÜG auch auf *internationale* Konzerne Anwendung findet. Einer von der AK Wien vertretenen und publizierten „Rechtsansicht“ zufolge¹⁰⁾, der *Geppert*¹¹⁾ zwar nicht in der Begründung, wohl aber im Ergebnis folgt, soll das „Konzernprivileg“ auf „in Österreich gelegene Konzerne“ beschränkt sein.

Die AK begründet dies im wesentlichen damit, daß das österreichische Gesellschaftsrecht, nämlich § 15 AktG bzw § 115 GmbHG, einen „nationalen Konzernbegriff“ zugrundelege.

Geppert befürchtet dagegen offenbar eine Unterlaufung des Schutzzweckes des § 16 AÜG auf grenzüberschreitende Konzerne bei Anwendung des § 1 Abs 2 Z 5 AÜG, wenn er ausführt, es wäre anderenfalls möglich, daß „über eine Kapitalbeteiligung an einer ausländischen Gesellschaft die in § 16 Abs 3 bis 7 AÜG geregelte Bewilligungspflicht für die Überlassung von Arbeitskräften aus dem Ausland nach Österreich umgangen werden“ könnte¹²⁾).

Dazu ist folgendes zu sagen:

Wenn überhaupt, dann läßt sich eine Beschränkung des gesetzlichen Konzernprivilegs allenfalls auf die Überlassung zwischen zwei in Österreich gelegenen Konzernunternehmen beschränken¹³⁾. Dem Umstand, ob ein solcher Konzern noch ausländische Konzernunternehmen besitzt, die an der Überlassung gar nicht beteiligt sind, kann mE dagegen in keinem Fall Bedeutung zukommen.

Selbst eine derartige, *Geppert* im Ergebnis Recht gebende, weil die grenzüberschreitende Überlassung auch innerhalb des Konzerns eben doch an eine Bewilligung bindende einschränkende Auslegung des § 1 Abs 2 Z 5 AÜG kann aber mE nicht überzeugen.

Es trifft nicht zu, daß § 15 AktG bzw § 115 GmbHG von einem „nationalen Konzernbegriff“ ausgehen. Die genannten Bestimmungen enthalten bloß eine *Konzerndefinition*, eine Beschreibung eines im Wirtschaftsleben bereits seit langem auftretenden Phänomens, ohne jedoch an die Konzernierung irgendwelche Rechtsfolgen zu knüpfen.

Gäbe es — wie (teilweise) in der BRD — in Österreich ein Konzernrecht¹⁴⁾ und gäbe es weiters ein Konzernkollisionsrecht (zB die Anordnung eines Konzernpersonalstatuts etc), dann würde sich im Zusammenhang mit der Konzernierung selbstverständlich regelmäßig die Frage stellen, ob auf einen bestimmten konzernrechtlichen Sachverhalt¹⁵⁾ innerstaatliches oder fremdes Recht anzuwenden ist, wenn der Sachverhalt *Auslandsberührung* aufweist.

Daß der im *Betriebsverfassungsrecht* nach überwiegender Auffassung zeltende Territorialitätsgrundsatz¹⁶⁾ dazu führt, daß zB hinsichtlich der Arbeitnehmerbeteiligung im Aufsichtsrat von konzernangehörigen Gesellschaften ausländische (Tochter-)Gesellschaften nicht mitgezählt werden und deren Arbeitnehmern demgemäß kein Recht auf Vertretung im Aufsichtsrat der (inländi-

¹²⁾ *Geppert*, AÜG 29.

¹³⁾ IdS für das deutsche Recht — allerdings ohne Begründung und nicht überzeugend — *Becker/Wulfgramm*, AÜG³ Rz 116 zu Art 1 § 1.

¹⁴⁾ Zum Stand der Reformbestrebungen jüngst *Doralt*, Zur Entwicklung eines österr Konzernrechts, ZGR 1991, 252 ff.

¹⁵⁾ ZB die Erteilung einer nachteiligen Weisung im faktischen Konzern (vgl § 308 Abs 1 dAktG); die Beurteilung, ob eine Konzernierung „qualifiziert“ idS deutschen Doktrin ist, etc.

¹⁶⁾ Vgl *Kirschbaum*, in *Runggaldier* (Hrsg), Österr Arbeitsrecht und das Recht der EG 336 ff; für die BRD *Schlüpers/Oehmen*, Betriebsverfassung bei Auslandstätigkeit (1984); vgl auch *Runggaldier/G. Schima*, Führungskräfte 130; aM *Schubert*, Unternehmensmitbestimmung und internationale Wirtschaftsverflechtung (1984); dazu die krit Rezension von *Runggaldier*, ZAS 1986, 33 f.

⁶⁾ So zutreffend bei völlig vergleichbarer Sach- und Rechtslage in der BRD *Windbichler*, Arbeitsrecht im Konzern 79.

⁷⁾ Vgl *Runggaldier/G. Schima*, Führungskräfte 129; ähnlich, aber offenbar noch enger *Geppert*, AÜG 29; *Grillberger*, WBl 1988, 315.

⁸⁾ ZB im Wege der sog „Drittanstellung“ (vgl dazu *Runggaldier/G. Schima*, Führungskräfte 98 ff), die nicht notwendigerweise voraussetzt, daß der davon Betroffene im Unternehmen, für das er faktisch tätig wird, Organfunktionen ausübt.

⁹⁾ So auch für die BRD *Becker/Wulfgramm*, AÜG³ Rz 116 zu Art 1 § 1.

¹⁰⁾ INFAS 5/1989 = ARD 4121/1/89.

¹¹⁾ AÜG 29.

schen) Konzernobergesellschaft zusteht, kann die Auffassung der AK sowie *Gepperts* nicht stützen, weil diese Tatsache nichts damit zu tun hat, ob der Konzernbegriff *als solcher* — insoweit ist die österreichische und die deutsche Rechtslage mE vergleichbar — nur die im jeweiligen Inland gelegenen Unternehmen umfaßt.

Da der Wortlaut des Gesetzes ja eindeutig *gegen* die Auffassung von *Geppert* bzw der AK spricht, weil § 1 Abs 1 Z 5 AÜG ausdrücklich die Unanwendbarkeit der Abschnitte II bis IV, dh der §§ 5 bis 22 AÜG und somit auch des § 16 AÜG anordnet, müßten für die Ansicht *Gepperts* zwingende teleologische Gründe sprechen, die — denn darauf läuft die Auffassung *Gepperts* hinaus — eine *teleologische Reduktion* des § 1 Abs 2 Z 5 AÜG verlangen.

In diesem Sinne sind *Gepperts* Ausführungen wohl auch zu verstehen, wenn er sagt, durch eine „Kapitalbeteiligung an einer ausländischen Gesellschaft“ könnte die Bewilligungspflicht für die Überlassung von Arbeitskräften aus dem Ausland nach Österreich umgangen werden.

Diese Argumentation überzeugt in zweifacher Hinsicht nicht:

Ebensogut könnte man sagen, durch die Bestellung eines ehemaligen Angestellten zum Vorstandsmitglied einer AG würden arbeitsrechtliche Schutzvorschriften „umgangen“ werden. Gerade die konzernmäßige Verbindung ist es eben, an die der Gesetzgeber — unter der weiteren Voraussetzung, daß die Überlassung nicht den Betriebszweck des überlassenden Unternehmens bildet — die Nichtgeltung der meisten Vorschriften des AÜG knüpft. Es ist daher unzulässig, in der Etablierung einer solchen konzernmäßigen Verbindung eine „Umgehung“ der gerade *darauf* abstellenden Ausnahmevorschrift zu erblicken.

Weiters setzt *Geppert* die „Schwelle“ für die Konzernierung zu gering an, wenn er — etwas beiläufig — vom Erwerb einer „Kapitalbeteiligung“ spricht. Bei richtigem und — soweit ersichtlich — auch noch nirgends bestrittenem Verständnis des gesetzlichen Konzernbegriffes genügt ja nicht einmal eine Mehrheitsbeteiligung als solche, um einen (Unterordnungs-)Konzern herzustellen; vielmehr muß die „Beherrschung“ bzw „einheitliche Leitung“ durch *faktische* Ausübung von Leitungsmacht bewirkt werden¹⁷⁾. Freilich ist mE schon aus Praktikabilitätsgründen auch für das österreichische Recht ungeachtet des Fehlens einer § 17 Abs 2 dAktG vergleichbaren Regelung von einer „Konzernvermutung“ auszugehen, dh von einem im Mehrheitsbesitz stehenden Unternehmen zu vermuten, daß es vom anderen Unternehmen abhängig ist¹⁸⁾.

Geppert ist — ohne daß er dies überhaupt explizit ausspricht — zuzugeben, daß auch eine *Mehrheitsbeteiligung* an einem ausländischen Unternehmen relativ leicht und ohne viel Aufwand begründet werden kann. Man denke an die Gründung einer Zwerg-GmbH mit gesetzlichem Mindeststammkapital.

Dies könnte *Gepperts* Ansicht aber nur dann stützen, wenn sich daraus gleichzeitig ergäbe, daß der vom Gesetzgeber mit § 16, insbesondere mit § 16 Abs 3 und 4

AÜG betreffend die Überlassung von Arbeitskräften aus dem Ausland nach Österreich verfolgten Zweck unterlaufen, dh „umgangen“ im Sinne *Gepperts* werden könnte.

Dieser Zweck besteht ohne Zweifel darin, einen unkontrollierten Zustrom ausländischer Arbeitnehmer auf den inländischen Arbeitsmarkt zu Lasten der inländischen Arbeitnehmer zu verhindern. Insoweit ist der Zweck dem durch das gesetzliche Erfordernis einer Beschäftigungsbewilligung für nicht die österreichische Staatsbürgerschaft besitzende Arbeitnehmer im AuslBG verfolgten Zweck verwandt.

Nun steckt aber das österreichische AÜG die Grenzen der Geltung des Konzernprivilegs dadurch ab, daß es verlangt, daß die Überlassung nicht zum „Betriebszweck“ des überlassenden Unternehmens gehört.

Selbst bei großzügiger Interpretation dieses Begriffes wurde damit durch den Gesetzgeber ein Regulativ geschaffen, das den arbeitsmarktlich nicht vertretbaren Zustrom aus dem Ausland überlassener Arbeitskräfte im Wege der „Konzernleihe“ hintanhält. Ein arbeitsmarktliches Bedürfnis für die Begrenzung des Konzernprivilegs auf „Binnenkonzerne“ bzw auf die Überlassung zwischen in Österreich gelegenen Konzernunternehmen ist auch bei extensiver Auslegung der Zielsetzungen und Wertungen des AÜG nicht auszumachen¹⁹⁾.

Anderes könnte allerdings dann gelten, wenn keine gesetzliche Handhabe bestünde, bei der Überlassung von Arbeitskräften durch ausländische Konzernunternehmen²⁰⁾ an inländische Konzernunternehmen festzustellen, ob die Voraussetzungen des § 1 Abs 2 Z 5 AÜG überhaupt vorliegen, dh ob die Überlassung den „Betriebszweck“ des überlassenden Unternehmens bildet oder nicht.

In diese Richtung gehende Erwägungen, nämlich die Befürchtung, daß Mißbräuche und Verstöße ausländischer Verleiher nicht unterbunden werden könnten, waren für den deutschen Gesetzgeber dafür ausschlaggebend, in § 3 Abs 2 dAÜG vorzusehen, daß die Erteilung der Erlaubnis (für die Überlassungstätigkeit) oder ihre Verlängerung von der Behörde zu verweigern ist, wenn für die Ausübung der Überlassungstätigkeit Betriebe, Betriebsteile oder Nebenbetriebe vorgesehen sind, die nicht in einem Mitgliedstaat der europäischen Wirtschaftsgemeinschaft liegen²¹⁾.

Richtig ist — umgeleitet auf die hier zu prüfende Fallgestaltung — an derartigen Befürchtungen, daß das im Ausland befindliche überlassende Unternehmen wegen des diesbezüglich für das Verwaltungsrecht geltenden Territorialitätsprinzips²²⁾ nicht durch Androhung von Verwaltungsstrafen oder sonstwie dazu verhalten werden

¹⁷⁾ *Runggaldier/G. Schima*, Führungskräfte 130.

¹⁸⁾ Der umgekehrte Fall der Überlassung durch ein inländisches Konzernunternehmen an ein ausländisches ist weniger heikel und soll hier einmal ausgeklammert bleiben.

¹⁹⁾ Vgl *Becker/Wulfgramm*, AÜG³ Rz 62 zu Art 1 § 3.

²⁰⁾ Vgl dazu grundlegend *Vogel*, Der räumliche Anwendungsbereich der Verwaltungsrechtsnorm (1965) und die Besprechung von *Walter*, Der Staat (1966) 516 ff; *Antoniolli/Koja*, Allgemeines Verwaltungsrecht², 202 f; zumindest gilt dies für den Rechtsfolgebereich; der Bedingungsbereich kann allenfalls weiter gefaßt sein.

¹⁷⁾ Vgl *Schiemer*, AktG² Anm 2.1. und 3.1. zu § 15.

¹⁸⁾ *Runggaldier/G. Schima*, Führungskräfte 130.

kann, den Behörden bzw Sozialversicherungsträgern die erforderlichen Auskünfte zu erteilen (vgl § 20 Abs 2 AÜG) bzw den Behörden und Sozialversicherungsträgern Zutritt zum Betrieb und Einsicht in alle die Arbeitskräfteüberlassung betreffenden Unterlagen zu gewähren (§ 20 Abs 3 AÜG)²³⁾.

Die Behörde besitzt daher keine Möglichkeit, das ausländische Überlassungsunternehmen *direkt* dazu zu zwingen, jene Unterlagen vorzulegen, aus denen sich ergibt, daß die Voraussetzungen des § 1 Abs 2 Z 5 AÜG tatsächlich gegeben sind.

Allerdings statuiert § 20 Abs 2 AÜG ausdrücklich eine umfassende Auskunftspflicht nicht bloß des überlassenden, sondern vielmehr auch des *beschäftigenden* Unternehmens. Dieses ist dazu verhalten, den zuständigen Behörden und Sozialversicherungsträgern auf deren Verlangen „alle für eine Überprüfung erforderlichen Auskünfte zu erteilen, die hierfür benötigten Unterlagen zur Einsicht vorzulegen und die Anfertigung vollständiger und auszugsweiser Abschriften oder Ablichtungen der Unterlagen zu gestatten“.

Dies bedeutet mE, daß die Behörde im Falle einer Überlassung vom Ausland nach Österreich, von der behauptet wird, daß sie unter das gesetzliche „Konzernprivileg“ fällt, sehr wohl die Möglichkeit besitzt, vom inländischen Beschäftigerunternehmen die das ausländische Überlassungsunternehmen betreffenden Unterlagen zu verlangen. Die Behörde könnte daher das inländische Beschäftigerunternehmen auffordern, Unterlagen vorzulegen bzw darin Einsicht zu gewähren, die die Anzahl der vom ausländischen Überlasserunternehmen beschäftigten Arbeitskräfte, die Größe und Tätigkeit des Unternehmens, die Zahl der überlassenen Arbeitskräfte und die sonstigen Umstände dokumentieren, die für die Beurteilung des Vorliegens der Voraussetzungen des § 1 Abs 2 Z 5 AÜG erforderlich sind.

Kommt das inländische Beschäftigerunternehmen dieser Aufforderung nicht nach, dann stellt sich allenfalls die Frage, ob die Behörde in einem solchen Fall gem § 22

Abs 1 Z 3 lit a bis c AÜG eine Verwaltungsstrafe verhängen darf, wenn das inländische Beschäftigerunternehmen glaubwürdig vorbringt, daß das ausländische Überlasserunternehmen die Unterlagen nicht zur Verfügung stellt. Da es sich bei den Verwaltungsstrafatbeständen des § 22 AÜG grundsätzlich um „Ungehorsamsdelikte“²⁴⁾ handelt, müßte dem Beschäftigerunternehmen gem § 5 Abs 1 VStG die Möglichkeit offen stehen, glaubhaft zu machen, daß der Verstoß nicht schuldhaft erfolgte²⁵⁾. Eine solche Bescheinigung wird mE dann nicht gelingen, wenn das inländische Beschäftigerunternehmen das gegenüber dem ausländischen Überlasserunternehmen *beherrschende* Unternehmen ist, weil in einem solchen Fall die Beschaffung der Unterlagen dem inländischen Unternehmen nach den Regeln der wirtschaftlichen Lebenserfahrung leicht möglich ist.

Ganz abgesehen davon wird aber die Behörde mE auch im Falle einer iSd § 5 VStG *nicht schuldhaften* Unterlassung der Beibringung der relevanten Unterlagen durch das inländische Beschäftigerunternehmen davon ausgehen dürfen, daß ein Fall *unzulässiger* grenzüberschreitender Überlassung vorliegt und das inländische Beschäftigerunternehmen, dh dessen zur Vertretung nach außen berufene Personen, wegen Beteiligung an einer solchen unzulässigen grenzüberschreitenden Überlassung gem § 22 Abs 1 Z 1 lit c AÜG bestrafen dürfen, sofern das Beschäftigerunternehmen nicht unverzüglich die Überlassung beendet.

Nach dem Gesagten ist davon auszugehen, daß die zur Vollziehung des österreichischen AÜG zuständigen Behörden und Sozialversicherungsträger auch im Falle der konzerninternen grenzüberschreitenden Überlassung vom Ausland nach Österreich genügend Möglichkeiten besitzen, das Vorliegen der Voraussetzungen des § 1 Abs 2 Z 5 AÜG zu überprüfen und damit sicherzustellen, daß die durch die Vorschrift iVm § 16 AÜG verfolgten arbeitsmarktlichen Zwecke nicht durchkreuzt werden.

Auch bei einer nochmaligen und im Vergleich zu *meiner* und *Runggaldiers* bisheriger Stellungnahme²⁶⁾ gründlicheren Überprüfung der Auffassung von *Geppert* bzw der AK halte ich daher an meiner Meinung fest, daß das „Konzernprivileg“ des § 1 Abs 2 Z 5 AÜG auch für die grenzüberschreitende Überlassung im Konzern uneingeschränkt gilt.

²³⁾ Vgl allerdings die Taxifahrung im § 2 Abs 1 VStG, obwohl eine Übertretung auch dann als iSd § 2 Abs 1 VStG im Inland begangen gilt, wenn „der zum Tatbestand gehörende Erfolg im Inland eingetreten ist“. Bei der (unzulässigen) Überlassung von Arbeitskräften vom Ausland ins Inland ist der Erfolg zweifellos im Inland eingetreten. Die Regelung des § 2 Abs 2 VStG bedeutet aber nur, daß der räumliche Bedingungsbereich iSd Territorialprinzips bestimmt ist (vgl *Walter/Mayer*, *Verwaltungsverfahrensrecht*⁵ Rz 720). Der räumliche Sanktionsbereich ist jedenfalls durch das *Bundesgebiet* begrenzt (vgl *Walter*, *Bundesverfassungsrecht* 118; *Walter/Mayer*, *Verwaltungsverfahrensrecht*⁵ Rz 720).

²⁴⁾ Vgl *Walter/Mayer*, *Verwaltungsverfahrensrecht*⁵ Rz 728.

²⁵⁾ Vgl *Walter/Mayer*, *Verwaltungsverfahrensrecht*⁵ Rz 735, 744 ff.

²⁶⁾ *Runggaldier/G. Schima*, *Führungskräfte* 129 f.