

Michael Friedrich

Die Umsetzung der Entsenderichtlinie in Österreich

Einleitung

Die Artikel 49 ff. EG-Vertrag (Art. 56 ff. AEUV) gewährleisten Unternehmen mit Sitz in der Europäischen Union die Dienstleistungsfreiheit. Will ein solches Unternehmen in einem anderen Mitgliedstaat Dienstleistungen erbringen, so eröffnet ihnen die Dienstleistungsfreiheit die Möglichkeit, seine eigenen Arbeitnehmer sowohl ständig in einem anderen Mitgliedstaat zu beschäftigen als auch nur vorübergehend in einen anderen Mitgliedstaat zu entsenden. Gerade im Fall der vorübergehenden Entsendung von Arbeitnehmern in einen anderen Mitgliedstaat kann es aus der Sicht des Arbeitnehmerschutzes zu unbefriedigenden Ergebnissen führen, wenn Arbeitnehmer aus Ländern mit einem niedrigen Lohn- und Arbeitnehmerschutzniveau in Länder mit einem hohen arbeitsrechtlichen Standard entsandt werden. Grundsätzlich sind nämlich aufgrund der kollisionsrechtlichen Vorschrift des Art. 8 Abs. 2 der Rom I-VO (vormals Art. 6 Abs. 2 des Römer Übereinkommens über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht) Arbeitsverträge nach dem Recht des Staates zu beurteilen, in dem der Arbeitnehmer gewöhnlich seine Arbeit verrichtet.¹ Bei einer bloß vorübergehenden Entsendung eines Arbeitnehmers in einen anderen Mitgliedstaat wird daher regelmäßig das Recht des Staates, aus dem er entsendet wird, einschlägig sein. Dies könnte bei unterschiedlichen arbeitsrechtlichen Schutzniveaus dazu führen, dass ein hohes Schutzniveau im Empfangsstaat unterwandert wird (Lohn- und Sozial-Dumping). Nach den allgemeinen kollisionsrechtlichen Regelungen wären dann vor allem auch die kollektivvertraglichen Regelungen des Empfangsstaates nicht anzuwenden, ein Ergebnis, dass gerade bei einer Entsendung nach Österreich, wo weit über 90% der Arbeitsverhältnisse von Tarifverträgen (in der österreichischen Diktion: Kollektivverträgen) erfasst und umfassend auf hohem Schutzniveau geregelt werden, aus nationaler Sicht nicht zu befriedigen vermag.

Der Europäische Gerichtshof² hat schon früh diese Problematik erkannt und festgelegt, dass die Dienstleistungsfreiheit es den Mitgliedstaaten nicht verwehre, „ihre Rechtsvorschriften und Tarifverträge unabhängig davon, in welchem Land der Arbeitgeber ansässig ist, auf alle Personen auszudehnen, die in ihrem Hoheitsgebiet, und sei es auch nur vorübergehend, eine unselbständige Erwerbstätigkeit ausüben“. Als Folge dieser Rechtsprechung wurde gegen den Widerstand von Portugal und Groß-

¹ Siehe dazu allgemein *Friedrich*, Arbeitskollisionsrecht, in: Fuchs/Marhold, Europäisches Arbeitsrecht, 3. Aufl. 431 ff.

² Vgl. nur EuGH vom 27.3.1990, Rs C-113/89, *Rush Portuguesa*, Slg. 1990, I-1417 m.w.N.

britannien die Richtlinie 96/71/EG³ („Entsenderichtlinie“) erlassen, die das Spannungsverhältnis zwischen der Dienstleistungsfreiheit einerseits und der Gefahr der Wettbewerbsverzerrung aufgrund verschiedener arbeitsrechtlicher Schutzniveaus in den Mitgliedstaaten lösen soll.

I. Die Entsenderichtlinie

Zunächst möchte ich nur überblickartig die wesentlichen Vorgaben der Entsenderichtlinie darstellen, wobei ich vorrangig auf die nach der Entsenderichtlinie zu garantierenden Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen eingehen möchte.

Die Richtlinie findet gem. Art. 1 Abs. 1 Anwendung auf Unternehmen mit Sitz in einem Mitgliedstaat, die im Rahmen der länderübergreifenden Erbringung von Dienstleistungen in das Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaates entsenden. Unternehmen aus Drittstaaten dürfen gem. Art. 1 Abs. 4 der Entsenderichtlinie nicht besser gestellt werden. Grundsätzlich werden gem. Art. 1 Abs. 3 Entsenderichtlinie drei Formen der Arbeitnehmerentsendung erfasst:

- a) die Arbeitnehmerentsendung im engeren Sinne im Rahmen eines grenzüberschreitenden Dienstleistungsvertrags
- b) die konzerninterne, grenzüberschreitende Arbeitnehmerüberlassung sowie
- c) sonstige gewerbsmäßige oder gelegentliche, grenzüberschreitende Arbeitskräfteüberlassung.

Voraussetzung ist jedoch stets, dass das Arbeitsverhältnis zwischen dem entsendenden Unternehmen und dem Arbeitnehmer aufrecht bleibt und kein Arbeitsverhältnis zu einem im Empfangsstaat ansässigen Unternehmen begründet wird, da im letzten Fall ein Fall der Arbeitnehmerfreizügigkeit gegeben ist und sich die kollisionsrechtlichen Probleme der Arbeitnehmerentsendung nicht stellen würden.

Als entsandter Arbeitnehmer gilt gem. Art. 2 der Entsenderichtlinie jeder Arbeitnehmer, der während eines begrenzten Zeitraums seine Arbeitsleistung im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedsstaats als demjenigen erbringt, in dem er normalerweise arbeitet. Dabei ist aufgrund des Zwecks der Entsenderichtlinie der Arbeitnehmerbegriff des Empfangsstaates maßgeblich, geht es doch um die Anwendung der dortigen arbeitsrechtlichen Vorschriften. Dies ist insbesondere dann von Relevanz, wenn die entsandte Person nach den Vorschriften des Entsendestaats als Selbständige gelten, während sie im Empfangsstaat als Scheinselbständige dem Arbeitnehmerbegriff unterfallen, so bspw. bei der Entsendung einer sogenannten Einmanngesellschaft, die in Großbritannien als selbständige Unternehmer, in Deutschland oder Österreich aber als Scheinselbständige und somit als Arbeitnehmer angesehen werden. Der Schutzzweck der Entsenderichtlinie, die Anwendung bestimmter arbeitsrechtlicher Vorschrif-

³ ABl Nr. L 18 vom 21.1.1997, S. 1.

ten des Empfangsstaates unabhängig von den kollisionsrechtlichen Regelungen zu garantieren, verlangt es, über den Wortlaut hinaus auch Arbeitnehmer, die nur für ein Projekt im Ausland eingestellt werden, in den Anwendungsbereich der Richtlinie mit einzubeziehen.⁴

Die wesentliche materiellrechtliche Bedeutung der Entsenderichtlinie liegt in Art. 3. Danach werden die Mitgliedstaaten verpflichtet, unabhängig von dem auf das jeweilige Arbeitsverhältnis anzuwendende Recht einen „harten Kern“ zwingender Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen des Empfangsstaates anzuwenden. Als solchen „harten Kern“ zählt die Entsenderichtlinie folgende Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen auf:

- Höchstarbeits- und Mindestruhezeiten
- Bezahlter Mindestjahresurlaub
- Mindestlohnsätze einschließlich Überstunden
- Bedingungen für die Arbeitskräfteüberlassung
- Arbeitsschutz
- Schutzmaßnahmen für Schwangere, Wöchnerinnen, Kinder und Jugendliche
- Anti-Diskriminierungsvorschriften

Jedoch sind diese Mindestbedingungen nur auf entsandte Arbeitnehmer anzuwenden, wenn sie durch Rechts- oder Verwaltungsvorschriften geregelt sind. In Tarifverträgen geregelte Arbeitsbedingungen müssen die Mitgliedstaaten nur dann garantieren, wenn sie in allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträgen oder Schiedssprüchen geregelt sind und die Tarifverträge die im Anhang der Richtlinie genannten Tätigkeiten der Baubranche betreffen. Den „harten Kern“ der Arbeitsbedingungen, der in sonstigen allgemeinverbindlichen Tarifverträgen geregelt ist, können die Mitgliedstaaten gem. Art. 3 Abs. 10 der Entsenderichtlinie zwar ebenfalls auf entsandte Arbeitnehmer für anwendbar erklären, jedoch besteht keine dahingehende Verpflichtung. Jedoch sind hierbei stets die Grundfreiheiten sowie die Zwecksetzung der Entsenderichtlinie zu berücksichtigen. Durch die Anwendung eines Tarifvertrages darf es insbesondere nicht zu einer Benachteiligung ausländischer Unternehmen gegenüber inländischen Unternehmen kommen⁵, ein Umstand, der gerade bei der Umsetzung der Entsenderichtlinie in Österreich besondere Bedeutung zukommt.

Art. 3 der Entsenderichtlinie sieht jedoch Ausnahmemöglichkeiten davon vor, dass bestimmte Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen zu garantieren sind, so beispielsweise für die Erstmontage oder für kurzfristige Entsendungen. Auf diese möchte ich jedoch erst im Zusammenhang mit der Umsetzung der Entsenderichtlinie in Österreich eingehen, sofern der nationale Gesetzgeber von diesen Ausnahmemöglichkeiten tatsächlich auch Gebrauch gemacht hat.

⁴ Friedrich in: Fuchs/Marhold, Europäisches Arbeitsrecht, 2. Aufl. 314; Riesenhuber, Europäisches Arbeitsrecht, § 6 Rn 12, jeweils m.w.N.

⁵ Friedrich in: Fuchs/Marhold, Europäisches Arbeitsrecht, 2. Aufl., 322; Riesenhuber, Europäisches Arbeitsrecht, § 6 Rn 27.

Abschließend ist noch darauf hinzuweisen, dass gem. Art. 3 Abs. 7 der Entsenderichtlinie das Günstigkeitsprinzip gilt. Wäre aufgrund der kollisionsrechtlichen Vorschriften des internationalen Privatrechts das Recht des Entsendestaates anzuwenden, so bleibt dieses anwendbar, sofern es für den Arbeitnehmer günstigere Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen enthält.

II. Die Umsetzung der Entsenderichtlinie in Österreich

Die wesentliche Vorschrift, mit der die Entsenderichtlinie in das österreichische Arbeitsrecht umgesetzt wurde, ist § 7b des Arbeitsvertragsrecht-Anpassungsgesetzes (AVRAG). Ursprüngliches Ziel des AVRAG war es, generell das österreichische Arbeitsvertragsrecht den Vorgaben des Europäischen Arbeitsrechts anzupassen. § 7b AVRAG erfasst jedoch nur die Fälle der Arbeitnehmerentsendung im engeren Sinne, also wenn ein Unternehmer im Rahmen eines grenzüberschreitenden Dienstleistungs- oder Werkvertrags seine eigenen Arbeitnehmer vorübergehend in einem anderen Mitgliedstaat einsetzt. Die Fälle der grenzüberschreitenden Arbeitskräfteüberlassung hat der österreichische Gesetzgeber in den allgemeinen Bestimmungen des Arbeitskräfteüberlassungsgesetzes mit geregelt. Die Entsendung im Rahmen des § 7b AVRAG ist – mit Ausnahme der Entsendung aus den neuen Beitrittsländern – grundsätzlich bewilligungsfrei und unterliegt gem. § 7b Abs. 3 AVRAG nur einer Meldepflicht.

II.1. Entgeltregelungen

Gem. § 7b Abs. 1 Ziff. 1 AVRAG hat ein Arbeitnehmer, der von einem Arbeitgeber mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat des Europäischen Wirtschaftsraumes als Österreich zur Erbringung einer fortgesetzten Arbeitsleistung nach Österreich entsandt wird, unabhängig von dem auf das Arbeitsverhältnis anzuwenden Recht für die Dauer der Entsendung zunächst einen zwingenden Anspruch auf zumindest jenes gesetzliche, durch Verordnung festgelegte oder kollektivvertragliche Entgelt, das am Arbeitsort vergleichbaren Arbeitnehmern von vergleichbaren Arbeitgebern gebührt. Der Österreichische Gesetzgeber hat somit von der Option des Art. 3 Abs. 10 Entsenderichtlinie Gebrauch gemacht⁶ und auch Kollektivverträge außerhalb der Baubranche in Bezug auf die Entgeltregelungen für entsandte Arbeitnehmer für anwendbar erklärt. Wie bereits erwähnt, darf die Anwendbarkeit österreichischer Kollektivverträge jedoch nicht dazu führen, dass ausländische Unternehmen diskriminiert werden und der Zweck der Entsenderichtlinie vereitelt wird.

Um diese Vorschrift europarechtskonform interpretieren zu können, bedarf es zunächst einer Auseinandersetzung mit der österreichischen Entgeltfindung. Gesetz-

⁶ Wolfsgrubner, Die grenzüberschreitende Entsendung von Arbeitnehmern, 49 f.

liche⁷ sowie durch Verordnung⁸ getroffene Regelungen des Entgelts bilden in Österreich die absolute Ausnahme. Die Entgeltregelungen für über 90% der Arbeitsverhältnisse finden sich in Kollektivverträgen (= Tarifverträgen). Jedoch lässt Art. 3 Abs. 10 der Entsenderichtlinie nur die Anwendung allgemeinverbindlicher Tarifverträge im Sinne des Abs. 8 zu. Als allgemeinverbindlich werden solche Tarifverträge angesehen, die von allen in den jeweiligen geographischen Bereich fallenden und die betreffende Tätigkeit oder das betreffende Gewerbe ausübenden Unternehmen einzuhalten sind. Dahinter steckt der Gedanke, dass es eine Diskriminierung ausländischer Unternehmen darstellen würde, müssten sie den Tarifvertrag des Empfangsstaates einhalten, während eine vergleichbare Verpflichtung für inländische Unternehmen nicht besteht. Dies erfordert innerhalb des österreichischen Tarifvertragsrechts eine differenzierte Betrachtungsweise.⁹

Entscheidend für die Anwendbarkeit eines Kollektivvertrags in Österreich ist gem. § 8 Ziff. 1 Arbeitsverfassungsgesetz die Mitgliedschaft zu einer der am Kollektivvertrag beteiligten Parteien. Da Arbeitnehmer aufgrund der sogenannten Außenseiterwirkung gem. § 12 Arbeitsverfassungsgesetz auch an einen Kollektivvertrag gebunden sind, wenn sie nicht Mitglied der am Kollektivvertrag auf Arbeitnehmerseite beteiligten Partei sind, ist für die Anwendbarkeit eines Kollektivvertrags allein die Mitgliedschaft des Arbeitgebers zur Kollektivvertragspartei auf Arbeitgeberseite maßgeblich. Das österreichische kollektive Arbeitsrecht kennt jedoch verschiedene Körperschaften, die berechtigt sind, auf Arbeitgeberseite Kollektivverträge abzuschließen. Diese Körperschaften unterscheiden sich vor allem in der Form ihrer Mitgliedschaft.¹⁰

Am häufigsten werden auf Arbeitgeberseite die Kollektivverträge durch die jeweiligen Fachgruppen der Wirtschaftskammer abgeschlossen. Diese sind als gesetzliche Interessenvertretungen kraft Gesetzes ermächtigt, Kollektivverträge abzuschließen. Zu diesen Fachgruppen der Wirtschaftskammer besteht eine gesetzliche Pflichtmitgliedschaft. Über seine Gewerbeberechtigung ist ein Arbeitgeber automatisch Mitglied der entsprechenden Fachgruppe der Wirtschaftskammer. Die Gewerbeberechtigung bestimmt somit automatisch die Kollektivvertragsangehörigkeit der Arbeitgeber. Konsequenz dessen ist, dass in dem Fall, dass in einer Branche lediglich ein von der entsprechenden Fachgruppe der Wirtschaftskammer abgeschlossener Kollektivvertrag existiert, sämtliche Arbeitgeber dieser Branche von diesem Kollektivvertrag erfasst sind. Zur Bekämpfung der Schwarzarbeit werden sogar auch Arbeitgeber, die ein Gewerbe ohne eine erforder-

7 So trifft bspw. für Vertragsbedienstete beim Staat das Vertragsbedienstetengesetz (VBG) oder für Pharmazeuten das Pharmazeutischer Gehaltskassengesetz Regelungen zum Grundgehalt oder regeln die §§ 10 und 19d Abs. 3a des Arbeitszeitgesetzes zwingend einen 50%igen Überstundenzuschlag bzw. einen 25%igen Mehrarbeitszuschlags.

8 Als das Entgelt regelnde Verordnungen sind insbesondere der Mindestlohnentarif und die Lehrlingsentschädigung gem. §§ 22 ff Arbeitsverfassungsgesetz zu nennen.

9 Wolfgruber, Die grenzüberschreitende Entsendung von Arbeitnehmern, 50; Holzer/Reissner, Arbeitsvertragsrecht-Anpassungsgesetz, § 7b Rn 5 ff.

10 Zur Kollektivvertragsfähigkeit und -angehörigkeit in Österreich allgemein vgl. nur Marhold/Friedrich, Österreichisches Arbeitsrecht, 386 ff.

liche Gewerbeberechtigung betreiben, von diesem Kollektivvertrag erfasst. Da sich ein österreichischer Arbeitgeber somit der Anwendbarkeit eines von der Wirtschaftskammer abgeschlossenen Kollektivvertrags, sofern es sich dabei um den einzigen in Frage kommenden Kollektivvertrag handelt, nicht entziehen kann, birgt die Anwendbarkeit dieses Kollektivvertrages auf ausländische Arbeitgeber keine Gefahr in sich, diese zu diskriminieren. Für den ausländischen Arbeitgeber gilt im Falle der Entsendung gem. § 7b AVRAG somit jener Kollektivvertrag, der anzuwenden wäre, würde er sein Gewerbe in Österreich mit einer österreichischen Gewerbeberechtigung ausüben.

Jedoch gibt es neben den gesetzlichen Interessenvertretungen mit Pflichtmitgliedschaft in bestimmten Branchen auch sogenannte freiwillige Berufsvereinigungen, denen auf Arbeitgeberseite die Befugnis zukommt, Kollektivverträge abzuschließen. Damit eine freiwillige Berufsvereinigung kollektivvertragsfähig ist, bedarf es der Zuerkennung der Kollektivvertragsfähigkeit durch eine Verwaltungsbehörde, dem Bundeseinigungsamt. Eine Voraussetzung für die Zuerkennung der Befugnis, Kollektivverträge abzuschließen, ist, dass die freiwillige Berufsvereinigung auf freiwilliger Mitgliedschaft beruht. An den von einer freiwilligen Berufsvereinigung abgeschlossenen Kollektivvertrag können somit nur Arbeitgeber gebunden sein, die aufgrund eigenen, freiwilligen Willensentschlusses dieser beigetreten sind. Da keine Verpflichtung zum Beitritt zu einer freiwilligen Berufsvereinigung existieren darf, ist eine einheitliche Anwendung eines von dieser abgeschlossenen Kollektivvertrages über eine gesamte Branche ausgeschlossen. Eine europarechtskonforme Auslegung des § 7b Abs. 1 AVRAG verlangt daher, einen von einer freiwilligen Berufsvereinigung auf Arbeitgeberseite abgeschlossenen Kollektivvertrag grundsätzlich nicht auf entsandte Arbeitnehmer anzuwenden, da auch ein österreichischer Arbeitgeber die Möglichkeit hätte, auf von ihm abgeschlossene Arbeitsverhältnisse die Anwendbarkeit dieses Kollektivvertrags zu verhindern.

Jedoch ist zu berücksichtigen, dass gem. §§ 18 ff. des Arbeitsverfassungsgesetzes Kollektivverträge zur Satzung erklärt werden können. Bei der Satzung handelt es sich um die österreichische Variante der Allgemeinverbindlicherklärung. Auf Antrag einer am Kollektivvertrag beteiligten Partei kann einem Kollektivvertrag durch das Bundeseinigungsamt auch außerhalb seines persönlichen, fachlichen und räumlichen Geltungsbereichs rechtsverbindliche Wirkung zuerkannt werden. Ziel dieser Regelung ist es, auch Arbeitgeber, die an keinen Kollektivvertrag gebunden sind, unter die Rechtswirkungen eines Kollektivvertrages zu bringen.¹¹ Zur Satzung können nur in Geltung stehende Kollektivverträge erklärt werden, die eine überwiegende Bedeutung erlangt haben. Ein sogenannter Firmenkollektivvertrag, der in Österreich nur unter sehr eingeschränkten Voraussetzungen von Vereinen und juristischen Personen des öffentlichen Rechts abgeschlossen werden kann, darf daher nicht zur Satzung erklärt werden. Darüber hinaus ist erforderlich, dass die von der Satzung erfassten Arbeitsverhältnisse denen des zur Satzung erklärten Kollektivvertrages ähnlich sind und die Arbeitsverhältnisse nicht schon durch einen Kollektivvertrag erfasst sind. Ein zur Satzung erklärter Kollektivver-

¹¹ Marhold/Friedrich, Österreichisches Arbeitsrecht, 440; Löschnigg, Arbeitsrecht, 10. Aufl. 99.

trag erfasst als generell abstrakte Regelung sämtliche Arbeitgeber unter denselben Voraussetzungen. Gegen die Anwendbarkeit eines zur Satzung erklärten Kollektivvertrags auf entsandte Arbeitnehmer spricht unter dem Gesichtspunkt der Diskriminierung ausländischer Arbeitgeber daher nichts.¹²

Soweit ersichtlich wurde in Österreich die Frage der Anwendbarkeit eines Kollektivvertrags auf entsandte Arbeitnehmer noch nicht erörtert, wenn in einer Branche sowohl eine freiwillige Berufsvereinigung als auch die gesetzliche Interessenvertretung einen Kollektivvertrag abgeschlossen haben. In diesem Fall sieht § 6 des Arbeitsverfassungsgesetzes vor, dass für die Mitglieder der freiwilligen Berufsvereinigung der von dieser abgeschlossene Kollektivvertrag zur Anwendung kommt, während für alle anderen Arbeitgeber dieser Branche der Kollektivvertrag der gesetzlichen Interessenvertretung gilt. Mit dem Beitritt zur freiwilligen Berufsvereinigung kann sich also ein Arbeitgeber der Anwendung des von der gesetzlichen Interessenvertretung abgeschlossenen Kollektivvertrags entziehen. Steht einem ausländischen Arbeitgeber diese Möglichkeit nicht offen, so darf meines Erachtens auch der von der gesetzlichen Interessenvertretung abgeschlossene Kollektivvertrag nicht zur Anwendung kommen, da anderenfalls eine Schlechterstellung des ausländischen Arbeitgebers erfolgt. Für dieses Ergebnis spricht auch die Rechtsprechung des EuGH in der Rechtssache *Portugaia*¹³, in der es der EuGH mit der Dienstleistungsfreiheit als unvereinbar erachtet, dass sich in Deutschland inländische Arbeitgeber durch den Abschluss eines Firmentarifvertrages den Rechtswirkungen eines für allgemeinverbindlich erklärten Kollektivvertrages entziehen können, während diese Möglichkeit ausländischen Arbeitgebern nicht zusteht. Vielmehr wird man aufgrund des Wortlauts des Art. 3 Abs. 8 der Entsenderichtlinie sogar davon ausgehen müssen, dass der von der gesetzlichen Interessenvertretung abgeschlossene Kollektivvertrag in dem Augenblick, in dem in der selben Branche auch ein von einer freiwilligen Berufsvereinigung abgeschlossener Kollektivvertrag in Geltung trifft, nicht mehr die Erfordernisse eines allgemeinverbindlichen Tarifvertrages erfüllt, da er nicht mehr für alle Unternehmen der Branche gilt.

II. 2. Urlaubsregelungen

Gem. § 7b Abs. 1 Ziff. 2 AVRAG hat der entsandte Arbeitnehmer zudem einen zwingenden Anspruch auf bezahlten Urlaub gem. § 2 des Urlaubsgesetzes, sofern der Urlaubsanspruch im Entsendestaat geringer ist.¹⁴ Der Urlaubsanspruch gem. § 2 Urlaubsgesetz beträgt 30 Werktage, wobei er innerhalb der ersten sechs Monate der Beschäftigung nur aliquot entsteht. Nach Beendigung der Entsendung behält der Arbeitnehmer den der Dauer der Entsendung entsprechenden aliquoten Teil der Differenz zwischen

¹² Holzer/Friedrich, Die Auslegung von § 7 AVRAG aus europarechtlicher Sicht, ASoK 2002, 252 (254); Wolfsgrubner, Die grenzüberschreitende Entsendung von Arbeitnehmern, 50; Holzer/Reissner, Arbeitsvertragsrecht-Anpassungsgesetz, § 7b Rn 7 m.w.N.

¹³ EuGH vom 24.1.2002, Rs C-164/99, Slg. 2002, I-787.

¹⁴ Ausführlich dazu Wolfsgrubner, Die grenzüberschreitende Entsendung von Arbeitnehmern, 51 f.

dem nach österreichischem Recht höheren Urlaubsanspruch und dem Urlaubsanspruch nach den Urlaubsvorschriften des Heimatstaats. Zu erwähnen ist in diesem Zusammenhang nur, dass als Vergleichsmaßstab des ausländischen Urlaubsanspruchs nicht nur gesetzliche, sondern auch zwingende tarifvertragliche Urlaubsansprüche zu berücksichtigen sind.

Für Beschäftigte in der Baubranche gelten jedoch die besonderen Bestimmungen der §§ 33d ff. des Bauarbeiter-Urlaubs- und -Abfertigungsgesetzes. Das Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungsgesetz ist in Österreich als Sozialsystem ausgestaltet, Ansprüche auf Urlaubsgeld richten sich gegen die sogenannte Urlaubs- und Abfertigungskasse, die durch Arbeitgeberbeiträge gespeist wird. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass nach ständiger Rechtsprechung des EuGH¹⁵ es mit der Dienstleistungsfreiheit nicht zu vereinbaren wäre, dass es durch die Einbeziehung des entsandten Arbeitnehmers in ein derartiges System des Empfangsstaates zu einer doppelten Verpflichtung des Arbeitgebers dadurch kommt, dass er im Entsendestaat in ein vergleichbares Sozialsystem eingebunden ist.¹⁶

II. 3. Arbeitszeitregelungen und sonstige Arbeitsbedingungen

Gem. § 7b Abs. 1 Ziff. 3 AVRAG hat der entsandte Arbeitnehmer zudem einen zwingenden Anspruch auf die Einhaltung der kollektivvertraglich festgelegten Arbeitszeiten. Auch die Anwendung kollektivvertraglicher Arbeitszeitregelungen ist durch Art. 3 Abs. 10 der Entsenderichtlinie gedeckt, sofern die Anwendung der österreichischen kollektivvertraglichen Arbeitszeitvorschriften sich nicht nach den oben dargestellten Grundsätzen ausländerdiskriminierend auswirkt.

Nicht ausdrücklich erwähnt sind in § 7b AVRAG die Vorschriften des Arbeitszeitgesetzes (AZG) und des Arbeitsruhegesetzes (ARG) hinsichtlich der gesetzlich höchstzulässigen Arbeitszeiten und Mindestruhezeiten. Dennoch ist hierin kein Umsetzungsdefizit zu sehen. Als öffentlich-rechtliche Zwangsvorschrift, die im öffentlichen Interesse unmittelbar auf die Arbeitsverhältnisse einwirken, sind die Vorschriften des AZG und des ARG als sogenannte Eingriffsnormen im Sinne des Art. 9 Abs. 1 Rom I-VO (Art. 7 des Römer Übereinkommens über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht) zu qualifizieren. Als solche wirken sie international zwingend und sind bei jeder Beschäftigung in Österreich unabhängig vom auf das Arbeitsverhältnis anzuwendenden Recht anzuwenden.

Ebenfalls als Eingriffsnormen sind die öffentlich-rechtlichen Schutzvorschriften des ArbeitnehmerInnenschutzgesetzes, der Vorschriften des Gesetzes über die Beschäftigung von Kindern und Jugendlichen sowie des Mutterschutzgesetzes anzusehen, so

¹⁵ Vgl. nur grundlegend EuGH vom 23.11.1999, Rs C-369/97, 376/96 (*Arblade*), Slg. 1999, I-8453.

¹⁶ Ausführlich dazu Friedrich in Fuchs/Marhold, Europäisches Arbeitsrecht, 3. Aufl. 449 ff.

dass es hinsichtlich der Sicherheit und Hygiene am Arbeitsplatz und des Gesundheitsschutzes sowie des Schutzes von Müttern, Wöchnerinnen, Kinder und Jugendlichen keiner weiteren Umsetzungsmaßnahmen mehr bedurfte. Gleiches gilt hinsichtlich der Diskriminierungsverbote nach dem nationalen Gleichbehandlungsgesetz.¹⁷

II. 4. Das Montageprivileg

§ 7b Abs. 2 AVRAG regelt das sogenannte Montageprivileg.¹⁸ Für entsandte Arbeitnehmer, die bei Montagearbeiten und Reparaturen im Zusammenhang mit der Lieferung von Anlagen und Maschinen an einen Betrieb oder bei der Inbetriebnahme solcher Anlagen und Maschinen nötigen Arbeiten beschäftigt werden, gelten bestimmte sonst auf entsandte Arbeitnehmer anzuwendende Regelungen nicht. Voraussetzung dafür ist jedoch, dass diese Arbeiten von inländischen Arbeitnehmern nicht erbracht werden können, was regelmäßig dann der Fall ist, wenn inländische Arbeitnehmer mit den zu errichtenden Anlagen und Maschinen nicht vertraut sind. Folge des Montageprivilegs ist, dass die österreichischen kollektivvertraglichen Entgeltregelungen nicht auf entsandte Arbeitnehmer anzuwenden sind, wenn die Montagearbeiten in Österreich insgesamt nicht länger als drei Monate dauern. Der österreichische Urlaubsanspruch findet keine Anwendung, wenn die Arbeiten in Österreich insgesamt nicht länger als acht Tage dauern. Der zeitliche Rahmen ist anhand der voraussichtlichen objektiven Dauer der Montagearbeiten zu beurteilen. Keinesfalls einschlägig darf jedoch die Dauer der Beschäftigung des einzelnen Arbeitnehmers sein, da anderenfalls durch den Austausch von Arbeitnehmern die Fristen umgangen werden könnten.¹⁹ Zu berücksichtigen ist jedoch, dass das Montageprivileg nicht für bestimmte in § 7 Abs. 2 zweiter Unterabs. AVRAG angeführte Bauarbeiten gilt.

Mit dem Montageprivileg hat der österreichische Gesetzgeber Art. 3 Abs. 2 der Entsenderichtlinie umgesetzt, welcher ebenfalls für die genannten Bauarbeiten aber keine Anwendung findet. Danach gelten die Vorschriften über den Urlaub sowie die Mindestlöhne nicht für die Erstmontage bzw. Einbauarbeiten, die Bestandteil eines Liefervertrages sind, für die Inbetriebnahme der gelieferten Güter unerlässlich sind und von Facharbeitern und/oder angelernten Arbeitern des Lieferunternehmens ausgeführt werden, sofern die Dauer der Entsendung acht Tage nicht übersteigt. In Bezug auf die Entgeltregelungen sieht Art. 3 Abs. 3 der Entsenderichtlinie jedoch die Möglichkeit vor, die Regelungen über Mindestlohnsätze bei Montagearbeiten bis zu einer Dauer von einem Monat nicht anzuwenden. Da § 7b Abs. 2 AVRAG das Montageprivileg jedoch in Bezug auf das kollektivvertragliche Mindestentgelt drei Monate gewähren will, stellt sich die Frage, ob die österreichische Umsetzung europarechtskonform ist. Meines Erachtens wird man von der Europarechtskonformität dieser Regelung ausge-

¹⁷ Wolfsgrubner, Die grenzüberschreitende Entsendung von Arbeitnehmern, 53 ff.

¹⁸ Wolfsgrubner, Die grenzüberschreitende Entsendung von Arbeitnehmern, 55 f; Holzer/Reissner, Arbeitsvertragsrecht-Anpassungsgesetz, § 7b Rn 12 ff. m.w.N.

¹⁹ Holzer/Reissner, Arbeitsvertragsrecht-Anpassungsgesetz, § 7b Rn 13 m.w.N.

hen können.²⁰ Kollektivvertragliche Mindestlöhne sind gem. Art 3 Abs. 1 der Entsenderichtlinie nur zu garantieren, wenn sie in allgemeinverbindlichen Tarifverträgen der Baubranche geregelt sind. Steht darüber hinaus nach Art. 3 Abs. 10 der Entsenderichtlinie den Mitgliedstaaten die Option offen, auch allgemeinverbindliche Tarifverträge anderer Branchen auf entsandte Arbeitnehmer anzuwenden, so muss ihnen auch zugestanden werden darüber zu entscheiden, unter welchen Bedingungen dies geschieht.

Auffallend ist auch, dass der österreichische Gesetzgeber entgegen dem Wortlaut der Entsenderichtlinie nicht nur die Erstmontage und Einbauarbeiten vom Montageprivileg erfassen will, sondern zudem auch Reparaturen erfasst sieht. Darüber hinaus werden dem Wortlaut des § 7b AVRAG nicht nur Facharbeiter und / oder angelernte Arbeitnehmer vom Montageprivileg erfasst, sondern sämtliche Arbeitnehmer. Meines Erachtens lässt sich § 7b AVRAG jedoch europarechtskonform interpretieren. Lässt diese Vorschrift das Montageprivileg nur zur Anwendung kommen, wenn die Tätigkeiten von inländischen Arbeitnehmern nicht ausgeführt werden können, so ist somit zugleich klargestellt, dass ungelernete Arbeitnehmer vom Montageprivileg nicht erfasst sind, da deren Tätigkeiten auch von inländischen Arbeitnehmern ausgeführt werden können. Im Ergebnis ist so gewährleistet, dass nur Tätigkeiten vom Montageprivileg erfasst sind, die für die Inbetriebnahme einer Anlage oder Maschine unerlässlich sind.

* * *

Michael Friedrich: *A kiküldetési irányelv átvétele Ausztriában*

A szerző a munkavállalóknak szolgáltatások teljesítése körében való kiküldéséről (kiküldetéséről) szóló 96/71/EK számú irányelvnek az osztrák munkajogba való átültetésének elméleti és gyakorlati problémáit elemzi. Az említett közösségi szabályozás alapja a közösségi szerződés 49. és köv. cikkei, amelyekkel kapcsolatosan több ítéletet hozott az Európai Bíróság is. Az értekezés bemutatja az irányelv lényeges rendelkezéseit, különös figyelemmel az irányelv által garantált minimális foglalkoztatási és munkafeltételekre. Az osztrák munkajogban számos munkajogi tárgyú irányelv átvételére egy külön törvénnyel került sor (AVRAG). Ebbe a körbe tartozik a kiküldetési irányelv is, azzal azonban, hogy a határokon átnyúló munkaerő-kölcsönzés külön törvényi szabályozásban részesült (a munkaerő-kölcsönzésről szóló törvény általános rendelkezései között kapott helyet). A minimális munkafeltételek biztosítására irányuló rendelkezések körében a szerző részletesen elemzi a díjazás, a szabadság, a munkaidő szabályozása érdekében megvalósult osztrák jogalkotást, valamint az ún. összeszerelési (és egyéb) tevékenységek érdekében kiküldött munkavállalókra vonatkozó (az irányelv általános szabályaitól eltérő) rendelkezéseket.

²⁰ Vgl. auch Binder, Arbeitnehmerentsendung aus EU- / EWR Staaten nach Österreich unter besonderer Berücksichtigung eines möglichen Sozialdumpings, DRdA 1999, 1 (III D 4); a.A. Mayr, Die Umsetzung der Entsenderichtlinie in das Österreichische Recht, in: Resch (Hrsg.), Arbeitnehmerentsendung, 33 (52).